تحقيق وتقريرات
في باب
البيع والخيارات

الجزء السابع

الخيارات

المجلد الثاني


بسم الله الرحمن الرحيم

تحقيقٌ و تقريراتٌ
فى باب الخيارات

آية الله العظمى السيد محمد كاظم الشريعتمدارى



المجلد الثانى

باهتمام آية الله

الشّيخ حسين حقّانى الزّنجانى

حقاني زنجاني، حسين، ١٣١٣ -
تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات؛تقريرات دروس آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري/ المؤلف حسين الحقاني.- قم: نشر تولاّ، ١٣٨٨.
٧ ج.
شابك: دوره: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج١: ٠-٠٧٢-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٢: ٧-٠٧٣-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٣: ٤-٠٧٤-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٤: ١-٠٧٥-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٥: ٨-٠٧٦-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٦: ٥-٠٧٧-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٧: ٢-٠٧٨-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨.
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
مندرجات: ج١: بيع؛ ج٢: في عقد الفضولي والرد والاجازة والنقل؛ ج٣: في الخيار وشرايطه واحكامه والعقد المجاز وفروعات عقد الفضولي؛ ج٤: في أولياء العقد وشرايط العوضين وبيع المباحات قبل حيازتها والأراضي المفتوحة عنوة وبيع الموقوفة و ...؛ ج٥: في بيع العين المرهونة واشتراط القدرة على التسليم والعلم بقدر الثمن والمثمن و...؛ ج٦و٧: في الخيارات.
١. معاملات (فقه). ٢. خيارات. ٣. فقه جعفري — قرن ١٤. الف. شريعتمداري، كاظم، ١٢٨٢-١٣٦٥. ب. عنوان
BP ١٩٠/ت٧ح٣ ٢٩٧/٣٧٢
١٣٨٨
شماره كتابشناسى ملى: ١٧٨١٣٦٩

تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات

في الخيارات «٢»

تقريرات دروس فقه آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري

المؤلف: آية الله الشيخ حسين حقاني الزنجاني
الناشر: مؤسسة نشر تولا
الطبعة الاولى ١٤٣٠ - ١٣٨٨ - ٢٠٠٩
المطبعة: نگين الكمية: ١٠٠٠ نسخة
عدد الصفحات: ٥٢٨ ص. حجم الغلاف: كبير
رقم الإيداع الدولي [دوره (١-٧)]: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN Set.)
رقم الإيداع الدولي [ج٧]: ٢-٠٧٨-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN)

جميع حقوق الطبع محفوظة ومسجّلة للناشر

انتشارات تولاّ

هاتف محمول: ٠٩١٢١٥٣٦٠٢٥
هاتف أرضي: ٨٨٢٣٥٣٥

فهرس المطالب

تمهيد ٩
الكلام فى ارث الخيار ٤١٠
الكلام فى الارش ٢٨٦
الكلام فى الشروط ٣١٥
الكلام فى خيار العيب ١١٧
الكلام فى شروط الشّرط ٣٢٢
خيار التّأخيرُ ١٥
خيار الرّؤية ٦٧
خيار ما يفسد من يومه ٥٧
فذلكة البحث ٤٤٦
مسائل ثلاثة ٤٦٤

بسم الله الرحمن الرحيم

١٣٩٥/٢٤ = ٣٣

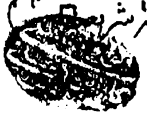
الحمد لوليه والصلاة والسلام على صفوة انبيائه وخلفائه محمد واله .

اما بعد: فانه لما كان شرف كل علم بشرف موضوعه وشرف غايته المتوخاة منه ، فان من اشرف العلوم واجلها علم الفقه اذ هو نور لمن يستضيئ به ونجاة لمن يتمسك بعراه ودليل لمن يعتمد عليه .

وممن بذل جهده الأكيد وصرف شطراً من عمره في حل مشاكله وترتيب مسائله ودراسة مباحثه صاحب الفضيلة حجة الاسلام الحاج الشيخ حسين الحقاني الزنجاني حفظه الله فبلغ الغاية والأمنية في التوسع في مجال الفقه بعد ان حضر دروسنا سنين عديدة وحرر كثيراً مما القيناه من ابحاثنا على المستوى الرفيع في الجامعة العلمية بقم المقدسة .

وقد اطلقت النظر على ما كتبه من مباحث الطهارة فوجدت فيه دليلاً على عمق صاحبه وحسن بيانه وروعة اسلوبه وافياً لما حققناه وجامعاً لما قررناه .

فاشكره تعالى على الائه واسأله ان يوفق الجميع لخدمة شريعته



تمهيدٌ

تميّز علم الفقه من بين العلوم الاسلاميّة من علم الكلام و الفلسفة و علم اصول الفقه و سائر العلوم الاسلاميّة تميّزاً ليس نظيره لسائر العلوم، بل العلوم الاسلاميّة.

لأنّ علم الفقه هو، علم يبحث عن الاحكام الشّرعية الاسلاميّة و المبادى و ادلّة الاحكام الا لهيّة و تحقيقها و دراستها و يبحث عن وظائف الانسان فيما يرتبط بنفسه فى المجتمع و الأسوة و حتّىٰ فى اَعماله الشّخصيّة و حالاته المختلفة و حتّىٰ علم الفقه له ارتباطٌ قريب بكيفيّة الحياة بعد هذه الدّنيا فى عالم البرزخ و يوم القيامة و يعيّن هذا العلم، الوظائف و انجاز الاعمال التّى تحتاجها الحياة بعد هذه الدّنيا الفانية.

و هذا العلم انّما يعبّر بوضوحٍ، ارتباط العلمى و الرّوحى للعباد مع خالقهم و كذا الاحكام و المسائل المتعلّقة بهم.

من مميّزات الفقه الاسلامى، هو ما اذا عُمِلَ بالقوانين و اقوال الفقهاء بالدّقة، يسبّب التّنمية و الرُّقىٰ و التّعالى و تكامل ارواح البشريّة و فى النّتيجة هو موجبٌ، لسعادة البشريّة فى الدّنيا و الآخرة.

لأنّ من البديهى، لوتريد الحياة الانسانيّة، السّعادة و الصّحّة فى الجسم و الرّوح، فى الأُسرة و فى المجتمع الّذى يعيش فيه، لابدّ لها ان تستفيد من الاوامر و القوانين السّماويّة الصحّيحة غير المحرّفة. و هذا لا يمكن حصوله الاّعن طريق الارتباط بالمسائل المرتبط بالفقه و الفقاهة و المعرفة باوامر السّماويّة. و هذه المعرفة تحصل بالدّقّة اذا يستفيد من المستندات الصّحيحة و السّديدة و غير قابلة للانكار، التّى

وصلت الیٰ البشر و مجتمعاته البشريّة المختلفة، عن طريق الوحی فقط.

لهذا، ما كانت المسائل الفقهيّة مولودة للفكر البشریّ بل يلزم ان تكون من ناحية ربّ العالمين الّذی هو خالق كلّ مخلوقات و له صفات و كمالات لا نهاية لها و هنا يستفاد فی علم الفقه من المصادر الاصليّة التّی ترتبط بذاته الكريم.

من جملة هذا الوسائل المعتبرة و الاساسيّة هو القرآن الكريم الّذی يحتوی علیٰ قوانين الحياة الماديّة و المعنويّة فی شئون الحياء البشريّة و مجتمعات البشريّة كلّها، و هذا الكلام الالهی وُصِلَ الیٰ النّبیّ الاعظم من طريق الوحی، طبقاً للآيات القرآنيّة، منها: **«اليوم اكملتُ لكم دينكم و اتممت، عليكم نعمتی و رضيت، لكم الاسلام ديناً»**[1]

فالقرآن الحكيم كان واحداً معتبراً من المصادر الا صليّة لعلم الفقه و مصدره الثّانی هی آلاف الرّوايات و الاحاديث المنقولة من الرّسول صلی الله عليه و آله و الائمّة المعصومين عليهم السلام من طُرق صحيحة و معتبرة و حقّاً لأیّ علم من العلوم البشريّة حتّیٰ العلوم الاسلاميّة، هذه المميّزات؟

لو استفيد من هذه المميّزات فی حقل العلم و العلم، كانت وجودها كلّها بلاشكّ ناشئة من الوحی و ارتباط انبياء اللّه و المعصومين عليهم السلام بخالق الكائنات كلّها ولكنّ اللّه تبارک و تعالیٰ خَلَقَ الانسان بنحوٍ جَعَلَ فی باطنه العقل و الدّراية و الفكر التّی تتناسب مع هذه المميّزات. لاجل هذا ما اعظم العلم و عمل الفقهاء و العلماء الّذين كانت دراستهم، التّحقيق و الاجتهاد فی القرآن و الرّوايات و دراستها و الاستفادة من مصادر الوحی؟

ولا يقدر كلّ فرد ان يقبل هذه المسئوليّة العظيمة و الخطيرة و انجازها.

و من ثمَّ يلزم ان تكون الافراد لانجاز هذه الوظيفة، أناسٌ طيّبون و عدولٌ و فيهم قداسةٌ و اصحاب آراءٍ فی الاحكام الالهيّة و مضطلعين فی الدّقائق القرآنيّة و الآيات و الرّوايات و سائر المصادر الاسلاميّة.

---

١. المائدة / ٣.

لذلک، ينبغی للفقهاء، الیٰ جانب التّخصّص و الاجتهاد، ان يتّصفوا بـالنّزاهـة و الصّداقة و الدّقة فی الفهم و غيرها تعتبر من المسائل المهمّة و ابرزها ادارة المجتمع الانسانی من طريق استنباط الاحكام الشّرعيّة و الوظائف العـلميّة مـن المـصادر الاصليّة من الوحی و القرآن و السنّة و الاجماع و غيرها الّتی يقوم بانجازها، فقهاء الاسلام الكبّار.

الشّروط و المميّزات الّتی ذُكرت، لم تكن موجودةً فـی اَیِّ عـلمٍ مـن العـلوم الاسلاميّة الاُخریٰ لأنّ بامكان الافراد ان يكونوا فلاسفة او متكلّمين و حتّیٰ يقوموا بالتّدريس و مع ذلک لم يكن لديهم واحدةٌ من مميّزات علم الفقه.

مضافاً الیٰ أنّ المعرفة بالاصول و القواعد و المـميّزات لعـلم الفـقه و القـرآن و الاحاديث المعتبرة، تزيد فی التّبحّر و الفائدة الوجوديّة للإنسان فی العلم المرتبط بنفسه فی الفلسفة و الكلام و علم اصول الفقه، تعتبر اعـتزازاً و امـراً مـفيداً الذّی يسبّب التّنْمية و الوَعْی و الإزدهار.

حاصل الكلام، وجود هذه المميّزات فی بعض النُّبَلاء من النّاس تُسبّب ان تكون ادارة شئون المجتمع الانسانی كلّها بيد الفقهاء و يُشرفون علی شئون ذلک المجتمع و اِعمال النّاس فی مِهَنهم المختلفة فی حياتهم. لأجل ذلک لم يستغن كلّ طـالب علمٍ الّذی يدخل فی الحوزات العلميّة من سير الدّراسة الفقهيّه و المعرفة بالمبادی الفقه الاسلامی و القرآن الكريم و الاحاديث.

بناءً علی هذا، اَنَا ايضاً دخلتُ الحوزة العلميّة بقم منذ اربعة و خمسين سنة فی زمنِ آية اللّه البروجردی و آية اللّه حجّت‌ﷺ و بعد قضاء عشر سنواتٍ فی مراحل الابتدائيّة من الصّرف و النّحو و المنطق و الفلسفة و علم الكلام و الاسـتفادة مـن محضر الاساتذة الكبار من جملتهم السيّد حاج محمّد حسين طـباطبائی، تـهيّئتُ نفسی لاشتراک فی الدّورس الخارج للفقهاء العـظام آنـذاک مـن جـملتهم امـام الخمينیﷺ قائد الاعظم للثّورة الاسلاميّة فی ايران و آية اللّه الحاج شـيخ هـاشم آملی الّلاريجانی و آية اللّه السيّد كاظم شريعتمداریﷺ.

لهذا، اشتركتُ فی حلقات الدّرس فی «علم اصول الفقه» للامام الرّاحل فی مسجد السّلماسی بقم مدّة طويلة و فی حلقات درس المكاسب له الیٰ موضوع عقد الصبّی حتّی زمن اِبعاد الامام الخمينی من ايران و اشتركتُ ايضاً فی حلقات الّدرس لآية اللّه حاج شيخ هاشم آملی الآريجانی الّذی كان هو من ابرز تلامذة آية اللّه حاج آقا ضياء بالنّجف الاشرف، من مباحث الاستصحاب الیٰ الاستصحاب دورة كاملة من الاصول باللّغة العربيّة الّتی تكون موجودة حاليّاً. و كذلک استفدتُ من حلقات الدّرس آية اللّه شريعتمداری منذ ثلاث و عشرين سنة الّذی اشتهر فی الفقه و الفقاهة فی مدرسة الفيضية و البَناء التّحتانيّة لمكتبتها و فی مسجد اعظم و لم اكن اغيب حتّیٰ يوماً واحداً و كنتُ أُبّدل دروسه الفارسيّة باللّغة العربيّة بعد انتهاء الدرّس.

و اَشْرِطَتُها موجودة حاليّاً. منذ استفادة من الدّرس الخارج له مدّة ثلاث و عشرين سنة حصلتُ على دورة كاملة فی الفقه من بيع المكاسب الیٰ نهاية الخيارات و مباحث الطّهارة و الصّوم و الزّكاة و الخمس و الّتی بالغت علیٰ اكثر من سبع مأة دفتر ذاتَ مأتَی ورقة باللّغة العربيّة الموجودة حاليّاً و الجدير بالذّكر و هوﷺ نفسه فی حياته، قرأ كثيراً من تلک المباحث الفقهيّة و قام بدراستها و تصحيحها و فی النّتيجة اعطانی اجازة الاجتهاد الّتی تعرض علیٰ القرّاء الاغرّاء فی هذا المقدّمة و الّتمهيد.

و من الرّائع، قام مكتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلميّة بقم و المركز الّذی كان مسئولاً عن دراسة و تعيين مراتب العلميّة للطّلاب، من هذا المركز و الجامعات و اعضاء الحكومة الاسلاميّة، بدارسة كَميّةٍ كبيرةٍ من هذه الكُرّاسات (الدّفاتر) و كان تحت اشراف الشّيخ العبائی آنذاک، ثمّ ارسلوا إلَیَّ اجازةِ اجتهادٍ عن حوزة العلميّة غير الاجازة الاوُلیٰ و الّتی كانت موجودة الآن.

اَشكراللّه سبحانه و تعالی ان وفّقنی لِكَیْ اَقومَ بتهيئة هذه الدّروس فی تلک الازمنة الّتی قَلَّ ما تكون اجهزة السّجيل و البثّ و التّحقيق و الدّارسة، و لم اكن

اغيب حتّىٰ يوماً واحداً و كنت اَسْهَرُ اللّيالی الی ساعتين او ثلاث ساعاتٍ بعد منتصف اللّيل و اشتغل بهذه الدّراسات و الآن بحول اللّه و توفيقه بعد دراستها من جديد و بدقّة كاملةٍ أُقدّمُها لكم ايّها القرّآء الاعزّاء و الافاضل و العلماء، رويداً رويداً.

و الملاحظة الّتی يلزم ذكرها فی نهاية هذه المقدّمة هی انّ المباحث الّتی تبرز فی عِدّة اجزاء مرتبطة بالبحث الخيارات و المسائل المتعلقّة بها و الّتی كانت تعتبر دروسه الاخيرة فی الفقه طيلة ثلاث و عشرين سنة و الّتی يبدأ بطبعها حتّىٰ يساعدنا التّوفيق فی طباعة بقيّة المطالب و الدّروس المرتبطة بالبيع و مباحث الطّهارة و الخمس و الزّكوة و الصّوم و المباحث المتعلّقة بالدّروس الفقهيّة و الاصوليّة للإمام الرّاحل و دورة كاملة فی اصول الفقه لآية الله حاج شيخ هاشم آملیﷺ، شيئاً فشيئاً، نقدّمها للعلماء و الافاضل فی الحوزة العلميّة بقم.

و السّلام حسين الحقانی الزّنجانی

يوم ٧ مهر المطابق ليوم ١٧ من رمضان المبارک سنه ١۴٢٨ هـ ق

تحقيق و الكلام فی خيار التّأخيرّ

يشترط فی خيار التّأخير امورٌ ثلاثةٌ:

الاوّل: عدم اشتراط التّأخير فی الثّمن و المثمن.

الثّانی: عدم قبض المبيع.

الثّالث: عدم كون التّأخير دون الثّلاثة.

فلو حصل احد هذه الامور الثّلاثة فلا خيار للبايع.

دليل خيار الشّرط امورٌ ثلاثةٌ:

الدّليل الاوّل، الشّهرة المحقّقةُ و الاجتماعات المنقولة **الاّ** انّه يظهر من جميع القدماء، الخلاف فی ذلک **منهم، الاسكافی**ﷺ **و ابن الجُنيد**ﷺ و الشّيخ الطّوسی**ﷺ** فی المبسوط و الصّدوق**ﷺ** فی **«من لا يحضره الفقيه» و المحقّق الاردبيلی**ﷺ من المتّأخرين و تظهر المخالفة ايضاً من السّيّد**ﷺ**فی الحاشية.

ذَهَبَ هؤلاء العلماء و الفقهاء الیٰ الانفساخ و البطلان لا الفسخ.

الدّليل الثّانی: الاخبار الوارادة فی باب خيار الشّرط.

الدّليل الثّالث: «قاعدة لا ضرر» و اوّل من ظهر منه الاستدلال بذلک، العلاّمة**ﷺ** فی التّذكرة **و تقريبه انّ** عدم القول بالفسخ و انّ التّلف، يكون من كيس البايع و تأخير الثّمن، ضررٌ عليه منفیٌّ عنه.

و نقل الشّيخﷺ ذلک الاستدلال عن العلاّمة**ﷺ**.

يمكن ان يقال: انّ دليل **«لا ضرر»** لا ينطبق مع الشّروط الثّلاثة كما هو واضحٌ علیٰ من تأمّل فيه.

واعتذارُ السّيّدﷺ عنه بانّ تمسّك العلاّمةﷺ «بقاعدة لا ضرر» انّما هو بصورة التّصور فقط لا انّهﷺ تَمَسَّكَ به فی مقام الاستدلال.

مدفوعٌ بانّ ذكر **«لا ضرر»** انّما يوجب انّ النّظر اليه فی مقام الاستدلال **وكذلك اعتذار المحقّق النّائينیﷺ غير مفيدٍ.**

التّحقيق: انّه لا مورد لنا بالتّمسّك بدليل «لا ضرر»، لا فی صورة عدم قبض المبيع و لا فی غيره، **و لذا لم يتمسّكوا بذلك فی المقام** و انّما اعتمادهم، بالاَخبار، ذَكَرَ العلاّمةﷺ ذلك من باب تكثير الادّلة و التّأييد **و ذلك انّه** مورد الّتمسك بدليل **«لاضرر»** موردٌ كان العقد ضرريّاً كالعقد المتضمّن بالغبن و العقد المشتمل للعيب **و نفوذ المعاملة** فی كلا الموردين، موجبٌ للضّرر و هو منفیٌّ.

و امّا فيما نحن فيه فليس فيه ضررٌ و ليس فيه غبنٌ و ليس احدهما فاقد الوصف و انّما الضّرر نشأمن تخلّف المشترى و من معصية العاصی و عدم العمل بالعقد و ليس فی العقد و الانشاء ضررٌ يتوجّه الیٰ البايع و نظرهﷺ من ذكر «لا ضرر» فی المقام، من باب التّأييد لا انّه دليل.

امّا الاجماع فهو ايضاً مدفوعٌ: بانّه **اوّلاً:** المسألة كانت خلافيّةً عند الصّدوق و جمع آخر من القدماء.

و ثانياً: انّ الاجماع المدّعیٰ معلّلٌ و وجهه، الاخبار و الادّلة الواردة فی الباب **و فی الاخبار بحثان: بحثٌ حكميٌّ و بحثٌ موضوعيٌّ**

و البحث الحكميّ انّ الحكم هنا هل هو الفسخ او الانفساخ؟ و ماذا هو الاصل؟ **و الاخبار الواردة فی الباب اربعةٌ** فوردت فی الثّلاثة منها، عبارة **«فلا بيع له».**

و فی الرّابعة و هی «صحيحة علیّ بن يقطين» جمله: «لا بيع بينهما» فانّ الانفساخ هو الاصل فمرجعه الیٰ بطلان البيع.

و ان كان الاصل هو الفسخ فمنعناه بقرينة المقابلة: البيع للبايع، و ليس البيع للمشترى و لازمه، جواز الفسخ.

ذكروا فی تأييد هذا القول **وجوهاً:**

منها: انّ هذا الحكم و هو قوله عليه السلام: **(لا بيع له)** فی الاخبار، حكمٌ مسامحيٌّ و هذا مقتضٍ للفسخ لا الانفساخ و قال به المحقّق النّائينی رحمه الله.

الثّانی: انّ هذا الحكم كالامر الواقع عقيب الحظر و كالنّهی الوارد فی عقيب الامر بانّ النّفی ليس هنا بمعنیٰ النّفی الحقيقی و لا يدّل علیٰ ازيد من عدم وجوب الوفاء، قال به المحقّق الايروانیّ رحمه الله.

الثّالث: انّ معنیٰ «لا بيع له»، انّ البيع انّما، هو البيع للبايع و قرينة المفهوم و المنطوق و قرينة المطابقة، تفيد القول بالفسخ.

و قال به صاحب الجواهر رحمه الله و تبعه الشّيخ رحمه الله:

صرّح الشّيخ بانّ فهم المشهور كاشفٌ عن انّ دليل الخيار، اظهر حيث انّ المشهور افتوا علیٰ الخيار، و فهم المشهور، قرينةٌ علیٰ الاخبار و حملها علیٰ الفسخ و ان **شكّ** فی ذلک، فيرجع الیٰ استصحاب بقاء الصّحة **لان** الفرض هو انّ العقد كان صحيحاً لازماً فی الثّلاثة و بعد الثّلاثة ايّامٍ، شُكّ فی انّه باطلٌ او باقٍ علیٰ الخيار فتسصحب الصّحة و بقاء العقد.

و يمكن ان يقال فيه: انّ فهم المشهور و اعراضه، حجّةٌ فی باب جبر السّند او وهنه و امّا فهم المشهور و عمله فهو ليست حجّةً و ليس جابراً فی باب الدّلالات الاّ فيما اذا احتمل انّه كان عندهم ما ليس لنا و وصل اليهم ما لم يصل الينا و اشار الشّيخ رحمه الله نفسه بقوله: **«فلا اقلّ من الشّک» هذا اوّلاً:**

و ثانياً: انّه مع وجود ظاهر الاخبار كيف يرجع الیٰ الاصل؟ حيث انّ الاصل دليلٌ حيث لا دليل له و اذا اعترفنا بظهور الرّوايات فيما تخالف المشهور و اعترفنا بعدم صحّة فتویٰ المشهور كيف يرجع الیٰ الاصل مع وجود ظاهر الرّوايات؟

و ثالثاً: علیٰ فرض تسليم الاستصحاب، لا يفيد هذا باثبات الخيار الاّ ان يقال: انّ كلّ من قال بالصّحة قال بالخيار و هو **ايضاً مدفوعٌ** بانّ هذا الملازمة فی الحكم الواقعیّ لا الحكم الظّاهریّ المستبط بالاستصحاب.

نعم- يمكن تأييد المشهور لا لما ذكروه بل لاجل ما ذكر فی امثال المقام و

نظائره و هو انّ اصل الحكم و هو خيار فسخ البايع، امرٌ عرفيٌّ و تحديده بالثّلاثة، امرٌ تعبّديٌّ و ليس التّعبّديّ فى اصل جعل الخيار و لعلّ منشأ فهم المشهور، ذلک **و هذه القرينة اقوىٰ** من القرأين المذكورة من القول بالارفاق و غيره من القرائن.

فى خيار التّأخير اشكالٌ لم ارَ من تنبّه بذلک

و هو انّ الشّهيد الثّانى ﷺ و الشّيخ الانصارى ﷺ و من **تبعهما صرّحوا بانّ** فى تأخير الثّمن فيما اذا كانت المعاملة نقديّةً، خيارٌ مطلقاً سواءٌ اشترط التّأخير ام لا؟ قَبَضَ المبيع ام لا؟ اَخَّرَ مدّة الثّلاثة ام لا؟.

و هذا القول منهم ينافى القول منهم ايضاً بانّ خيار تأخير الثّمن يشترط بامورٍ:

منها: عدم قبض المبيع.

و منها: التّأخير مدّة ثلاثة ايّامٍ.

و لا ينفعنا توارد الخيارات فى موردٍ كالخيار فى تأخير الثّمن و لو ساعةً و خيار تأثير الثّلاثة كما هو واضحٌ.

* * *

هنا سؤالٌ او بعبارةٍ اخرىٰ اشكالٌ آخر فى خيار التّأخير و هو انّ المناط فى خيار التّأخير، تأخير الثّمن و انّ الخيار، تسامح للبايع كما عليه المحقّق النّائينى ﷺ **و يشهد بذلک بعض** الاخبار الواردة كقوله ﷺ: **«و ان جاء بالثّمن الىٰ ثلاثة ايّامٍ».**

و امّا بعض الاخبار «كصحيحة زرارة و صحيحة اسحاق بن عمّار و صحيحة علىّ بن يقطين» الّتى هى كانت ادّل ما فى الباب، جُعِلَ المدار فيها علىٰ قبض المبيع حيث ورد فيها:

«فان قبض بيعه و الاّ فلا بيع بينهما بعد الثّلاثة» و انت كماترىٰ ينافى المدار الموجود فى هذه الرّوايات مع المدار الّذى قال به المحقّق النّائينى ﷺ.

و ايضاً هنا سؤالٌ آخر و هو انّ المشهور، الفرق بين اشتراط النّقد و اشتراط الاجل و اشتراط الاسقاط و بين عدم اشتراطه بان يكون الاطلاق منصرفاً الىٰ النّقد

و عدم كون الفسخ فيه.

فحينئذٍ يتوجّه السّؤال بناءً علىٰ انصراف الاطلاق علىٰ النّقد بانّ النّقد كانّه شرطٌ ضمنّيٌ و لا فرق بين الشّرط الضّمنيّ و الشّرط المّصرح به فاذا اشترط فی المعاملة النّقد و تخلّف عنه فله خيار تخلّف الشرّط فكان كذلک فيما اذا لم يشترط ايضاً **لانّ** النّقد فی المعاملات المطلقة شرط ضمنّيٌ و **لذا** كان له حقّ مطالبة الثّمن فـی المعاملات المطلقة فما الفرق بين اشتراط النّقد و بين ما لم يشترط فيه اصلاً؟

و يمكن رفع التّنافی فی كلا الموردين، باحدالامرين:

اِمّا بانّ تأخير الثّمن فی ثلاثة ايّامٍ، ليس لاجل تأخير الثّمن من حيث هو هو **بل لاجل** انّ المعاملة لم تتحقّق خارجاً فلم يتحقّق قبض الثّمن و لا قبض المثمن.

و اِمّا با لالتزام ببطلان المعاملة فی فرض عدم اقباض الثّمن و المثمن لا انّ له خيار الفسخ كما اعترف به الشّيخ الطّائفةﷺ.

و اَمّا اذا قلنا بما قال به الشّيخ الانصاریﷺ من القول بالخيار فی الفرض المذكور لا البطلان و انّ خيار الفسخ انّما هو فی المعاملة النّقديّة فيما اذا يشترط عدم قبض الثمن و تأخير الثّمن تلاثة ايّامٍ، فهذا القول ينافی مع الاختيار بانّ تأخير الثّمن فی المعاملة النّقديّة، يوجب خيار الفسخ مطلقاً.

و لا تَنا فِیَ بين جعل ثبوت الخيار و رفعه، ففی روايةٍ، عدم قبض المبيع و فـی الرّوايات الاخرىٰ، جعله علىٰ عدم قبض الثّمن.

لانّ المقصود، تحقّق البيع فی الخارج سواءٌ كان مطابقاً لقبض الثّمن او المثمن.

امّا اجمال رواية «علیّ بن يقطين» الّتی وردت فيها قولهﷺ: **«لا بيع بينهما»** فقد نقلها الشّيخﷺ فی المتن و قبلها، هكذا: **«ان قبض بيعه و الاّ فلا بيع بينهما».**

ولكن نقل الشّيخ عن صاحب الرّياض بأَنْ: لا دليل لشرط عدم قبض المـبيع و الرّوايات، مطلقه بالنّسبة اليه حيث ورد: **«من اشترىٰ شيئاً فان جاء بالثّمن فی ثلاثةٍ و الاّ فلا بيعٌ سواءٌ قَبَضَ المبيع ام لم يقبض»**، و الدّليل، انّما هو لتأخير الثّـمن سـواءٌ قَبَضَ المبيع امْلا؟

و تبعه بعض المعاصرين (صاحب الجواهر ﷺ).

مبنیٰ قوله ﷺ، انّ فی نسخة صاحب الرّياض لم ينقل: «لا يـقبضه صـاحبه» و كان ﷺ قرأ الرّواية هكذا: «و ان قبض بيّعه» ای «ان قَبَضَ البايع، الثّمن».

ذكر المحقّق الاصفهانی ﷺ فی حاشيته علیٰ المكاسب احتمالاتٍ متعدّدةٍ:

منها: ماورد فی نسختنا: «فان جاء و قبض بيعه» ای جاء المشتری بـالثّـمن و قَبَضَ بيعه‌ای مبيعه.

و منها: قراءة «قبّض».

و منها: «ان قَبَضَ بيعه».

و منها: ان قَبَضَ بيّعه.

ولكن مراجعة الرّياض يعطينا الاعتراف **بانّ «رواية علیّ بن يقطين»**، تُشْعِرُ علیٰ الفسخ **بل** فيها دلالةٌ عليه و هكذا فی الجواهر فی آخر كلامه.

مضافاً الیٰ ذلك، الاحتمال الصّحيح من بين جميع الاحتمالات انّـما هـو: **«ان قَبَضَ بيعه»**، لا قَبَّضَ و لا بَيَّعَه و لا كليهما **لانّ** «ان قبض بيعه» تكرارٌ فی السّؤال فما ورد فی السّؤال: لا يَقْبِضُهُ صاحبه و الجواب يفرضه: «يقبضه صاحبه».

و هذا المعنیٰ هو المفهوم عند الاكثر.

هذا كلّه فی اصل مسألة خيار التّأخير و امّا الكلام فی فروعها فيأتی البحث عنه فی الصّفحات الآتية.

الكلام فی فروع مسألة خيار التّأخير:

منها: انّه لو مكّنه المشترى من الثّمن و لم يقبضه البايع فـالشّيخ صـرّح بـعدم الخيار حينئذٍ اخذاً بالمناط **حيث** لم يجرهنا التّسامح حينئذٍ.

اقول: حكم الشّيخ هنا صحيحٌ ولكن تعليله ليس بصحيحٍ.

لانّه من قبيل الاخذ بالمناط فی مورد عدم صدق الاطلاق **ولكن** ظاهر الرّواية يدّل علىٰ ذلک و لا يحتاج الىٰ اخذ المناط.

منها: انّه لو قبض المشترى المبيع فی الايّام الثّلاثة **ولكن** قَبَضَهُ من دون استيذانٍ من البايع اجباراً او غفلةً او اختلاساً **هل للبايع بعد الثّلاثة خيار** الفسخ نظراً الىٰ انّ القبض بلا اذنٍ كلا قبض و لم يتحقّق شرط سقوط الخيار و هو القبض و بقی الخيار بحاله **او ليس له** الفسخ **لانّه** تحقّق القبض خارجاً؟ او يقال: انّ البايع ان استرّد المبيع من المشترى فالخيار باقٍ له و ان لم يسترّده، فَسَقَطَ حقّ الخيار و هو ايضاً مبنیٌّ علىٰ تحقّق القبص و عدمه **او يقال:** انّ القبض الّذى رافعٌ للضّمان هل يشمل القبض بلا اذنٍ ام لا؟ كما اختاره الشّيخ فاذا قلنا بانّ القبض بلا اذنٍ، ليس رافعاً للضّمان فله الخيار حتّىٰ يؤدّى بذلک الضّرر المتوجّه الىٰ البايع من ناحية فقدان المثمّن و الثّمن بخلاف ما اذا قلنا بانّ القبض بلا اذنٍ، رافعٌ للضّمان؛ غاية الامر كان البـايع محروماً من التّصرف فی الثّمن و يمكن له تقاصّ المبيع عوضاً من الثّمن فـحينئذٍ ليس له الخيار.

ولكنّه فی غاية الاشكال فی مواردَ:

اوّلاً: انّه لا يجوز ابتناء الفسخ علىٰ مسألة: **«كلُّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»** لانّها مغفولةٌ عند اكثر النّاس.

ثانياً: القول بالتّقاصّ ان كان جائزاً فهو جارٍ فی كلا الصّورتين سواءٌ قـلنا بـانّ

القبض رافعٌ للضّمان: او لم نقل بذلک؟.

و ثالثاً: التّقاص له شرائط منها: انّ المشترى كان ممتنعاً من الاداء اصلاً **مع انّه لم** يعلم هذا الشّرط **بل** احتمل نسيانه او عدم امكان الوصول اليه اولاجل بنائه علىٰ ردّه فيما بعدُ.

و رابعاً: يشترط فى التّقاص، التّساوى فى الماليّة **ولكنّه** يمكن ان لا يكون المبيع مساوياً مع الثّمن فى الماليّة حين التّقاص.

و خامساً: انّ التّقاص علاجٌ خارجٌ عن متن المعاملة ولكن الكلام هو انّ العقد نفسه ضرّرىٌ ام لا؟

فتحصّل ممّا ذكرناه انّ القول الاظهر و الاقوىٰ فى هذا الفرع، عدم الفسخ للمشترى لو قبض المبيع فى الايّام الثّلاثة من دون استيذانٍ من البايع اجباراً او غفلةً او اختلاساً و هو المدلول فى رواية **«علىّ بن يقطين»** حيث علّق الفسخ علىٰ القبض و لم يقيّد الحكم علىٰ الاذن و امّا التّصرّف فيه بلا اذنٍ فهو حرامٌ شرعاً و ليس دليلاً علىٰ كون الفسخ مقيّداً بالاذن حيث كان الفسخ حكماً وضعياً و هذا غير الحكم التّكليفىّ **و امّا القول بانّ القبض** تَعَلَّقَ عليه النّهى و النّهى المتعلّق علىٰ ذات المعاملة، يوجب الفساد و عدم الفساد، عدم ترتب الآثار و منها اللّزوم و عدم الخيار.

فهو مدفوعٌ بانّ النّهى لم يتعلّق هنا بعنوان القبض **بل** تعلّق بما هو خارجٌ عن ذات المعاملة من باب مخالفة الشّرط حيث اشترط فى ضمن العقد بانّ المبيع و لو كان ملكَ المشترى ولكنّه لم يكن مقبوضاً حتّىٰ يتسلّم البايع الثّمن من المشترى و حيث تخلّف الشّرط هنا فقد خالفه **فمعنىٰ النّهى هنا عدم تخالف** شرطک مع: **«أوفِ بعهدكِ»** و حيث كان القبض بلا اذنٍ كان محرّماً، انّما هو باعتبار انّه مخالفٌ للعقد و الشّرط.

من جملة فروع باب خيار التّأخير، ما لو مكّن البايع المشترى من قبض المبيع و اَذِنَ له فی القبض ولكنّ المشترى لم يقبضه و يقول حتّىٰ آتيک بثمنه هل هو فی حكم القبض؟

الشّيخ ﷺ فرّعها كالمسألة السّابقة علىٰ مسألة:

«**تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه**» بانّ المراد من القبض هنا هل هو القبض باليد و تحقّقه او كفاية التمّكين فی باب الضّمان؟

فيه قولان بل و جهان: فان قلنا بكفاية التمّكين فی رفع الضّمان فی مسألة «**تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه**» فنقول: بان التمّكين فی ما نحن فيه، معيار رفع الخيار و فی حكم الفسخ **و ان قلنا بعدم** الكفاية فی مسألة تلف المبيع و ليس رافعاً لضمان المبيع فلنقل بذلک فيما نحن فيه بانّ التمّكين من القبض، غير القبض و هو مقدّمةٌ للقبض و ليس بقبضٍ.

و ليُعلم انّ التمّكين فيما نحن فيه، غير التمّكين الّذی كان احد الاقوال فی القبض فی باب: «**تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه**» **لانّ** المراد من التمّكين هنا مقدّمةٌ للقبض و امّا المراد من التمّكين فی باب «تلف المبيع... الخ» فهو قابلٌ للبحث فی انّ التمّكين و التّخليّة هل هو بعينه، القبض موضوعاً ام لا؟.

و ما هو القبض؟

اقول: انّ المراد من القبض فی قاعدة: «**تلف المبيع قبل قبضه**» انّما هو التّخلية و كفايتها فی رفع الضّمان **بحيث** لو لم يحصل القبض لكان البيع منفسخاً **و ذلک** لما قلناه سابقاً من المبنیٰ من انّ القبض جزء العقد و اصل العقد و داخلٌ فيه **بحيث** اذا لم يحصل، لم يتحقّق العقد فی الحقيقة.

و لا يخفیٰ انّ هذا القول فی باب «**تلف المبيع الخ**» لا ينافی القول بعدم كون القبض بهذا المعنیٰ فی سائر الموارد التّی كان القبض معتبراً فيها و لم تكن التّخلية

بکافٍ کما انّ التّخلیة، لا تکفی فی باب بیع الصّرف بل اُعْتُبِرَ فی القبض فی باب بیع الْسَّلَم یداً بیدٍ.

و هکذا فی باب الْسَّلَم قالوا: باعتبار قبض الثّمن و هکذا یُعتبر القبض فی الهبة بحیث لو مات قبل القبض، ینتقل الی ورثته و لا یکفی التمّکین و التّخلیة و هکذا فی الوقف.

بناءً علیه قول الشّیخ‌ﷺ فی باب **«تلف المبیع الخ»** الّذی هو مبنیٰ کلامه‌ﷺ، خالٍ عن الاشکال **ولکن بنائه**ﷺ علی هذا المبنیٰ من کون القبض فیما نحن فیه بمعنی التّخلیة و هو معنیٰ رفع الضّمان، **خلاف ظاهر الرّوایة لانّه** لم یرد شاهد من الفاظ الرّوایات علی هذا **حیث** انّ ظاهر الرّوایة هو انّه اُخذ القبض، بنحو الموضوعیّة لا انّه رافع الضّمان الّذی هو طریقیٌّ ای ظاهر الرّوایة هو انّ العقد و العهد الواقع بینهما، انّه لم یتحقّق بعدُ فی الخارج فی ثلاثة ایّام، و کان للبایع، الخیار و هذا لیس مرتبطاً لرفع ضمان البایع و ضرره و غیر ذلک من الاعتبارات.

فرع: اذا تحقّق قبض بعض المبيع دون الآخر فماذا حكمه؟

قلنا سابقاً: انّ خيار التّأخير له ثلاثة شرائطَ:

الشّرط الاوّل: عدم قبض المبيع.

الشّرط الثّانی: عدم قبض الثّمن و عدم اشتراط تأخير الثّمن و المثمن.

الشّرط الثّالث: عدم كون التّأخير دون الثّلاثة.

و من فروع عدم قبض المبيع ما قلناه من وقوع التمّكين مع انّه لم يحصل قبضٌ بعدُ.

و منها: وقوع القبض من دون اذنٍ فقد تقدّم الكلام فيه **و بقی فرعٌ آخر و هو** اذا حَصَلَ قبض بعض المبيع دون الآخر قال الشّيخ﵀ انّ هنا احتمالاتٌ:

الاوّل: انّ قبض البعض كالعدم.

الثّانی: كون بعض القبض مُسقِطاً للخيار.

الثّالث: سقوط الخيار بالنّسبة الیٰ المقبوض و بقائه بالنّسبة الیٰ مقدارٍ لم يقبض.

مبنیٰ الاحتمال الاوّل هو انّ ظاهر الرّوايه الّتی اعتبر فيها القبض انّما هو قبض تمام المبيع **حيث** ورد فی رواية «علیّ بن يقطين»، قوله﵇: **«فان قبض بيعه و الاّ فلا بيع بينهما»** و الظّاهر من البيع، تمام المبيع الّذی هو شرط اللّزوم.

و مبنیٰ الاحتمال الثّانی هو انّ ظاهر الجملة الثّانيه و هی قوله﵇: **«و الاّ فلا بيع»** ای ان لم يقبض بيعه‌ای تمام المبيع فلا بيع بينهما.

فلو قَبَضَ بعضه، لا يصدق عليه انّه لا شیءٌ من المبيع بمقبوضٍ و لم يحصل الشّرط **لانّ** الخيار، انّما هو فيما اذا لم يتحقّق قبضٌ اصلاً لا بعضه و لا كلّه **و امّا هنا فقد** تحقّق قبض بعضه فلا يجوز القول بانّ القبض كلا قبضٍ.

و مبنیٰ الاحتمال الثّالث انّ الضّرر ليس بالنّسبة الیٰ المقبوض **و امّا فی غير المقبوض** فالضّرر يتحقّق بالنّسبة اليه فالبايع ضامنٌ له.

اقول: الظّاهر من عبارة الشّيخ فی بيان القول بانّ بعض القبض، كلا قبضٍ، انّه ورد فی مورد قبض الجميع، اخبارٌ حيث قالﷺ: «لظهور الاخبار فی اعتبار قبض الجميع» مع انّه وردت روايةٌ واحدةٌ و هی رواية **«علیّ بن يقطين»** الّتی وقعت دلالتها علیٰ ما نحن فيه محلاً للبحث **و الثّلاثة الباقية** من الرّوايات لم تتعرّض للقبض اصلاً من قبيل **«رواية رزاة»** و **«رواية عبدالرّحمن بن الحجّاج»** و **«رواية اسحاق بن عمّار»** و لعلّ هذا من سبق القلم.

امّا المختار فهو سقوط الخيار فی قبض بعض المبيع ايضاً و كون المعاملة لازمةً **اوّلاً: لانّا اذا قلنا: بانّ** المراد من قولهﷺ: **«فَإِنْ قَبَضَ بَيِّعُه»**، العامّ المجموعی و المراد من الجملة الثّانية ای: **«و الاّ فلا بيع بينهما»** مفهومٌ له و نفیٌ له، لا يجوز فرض الجملة الثّانية، سالبةً كليّة حتّیٰ كان لها نظرٌ الیٰ الاجزاء ايضاً **فان كان المراد من الجملة** الاولیٰ الّتی هی منطوقٌ، قبض الّتمام و الجملة الثّانية ايضاً الّتی هی مفهوم الجملة الاولیٰ، نفیُ الّتمام، يكون المراد، نفی العامّ المجموعیّ لا نفی الاستغراق و السّالبة الكليّة.

و ثانياً: الاقرب الیٰ العرف انّ قبض المبيع، قبض الّتمام و امّا قبض بعض المبيع و لا قبضه فهو خارجٌ عن المفهوم و المنطوق حيث انّه محمولٌ علیٰ الغالب **حيث** انّ الغالب اِمّا ان يقبض المبيع اولا يقبض شيئاً منه و اَمّا اِن قُبِضَ بعضه و لم يقبض المبيع فهو خارجٌ عن المنطوق و المفهوم جميعاً فيرجع الیٰ القواعد المقرّرة و من جملتها، اصالة اللّزوم **و نتيجته: انّ** عدم قبض الّتمام، يوجب الخيار و قبض البعض موجبٌ لسقوط الخيار و هذا موافقٌ لما قلناه سابقاً بانّ خارجيّة العقد و اعتباره، يتحقّق لقبض البعض عرفاً.

كيف كان، المعتمد هو انّ الاصل فی البيع، اللّزوم و لم يخرج منه الاّ ما لم يقبض شيئاً من المبيع و امّا اذا قَبَضَ بعضه و تَرَكَ بعضه فهو خارجٌ عن المنطوق و المفهوم فيرجع فيه الیٰ القواعد المقرّرة، و القاعدة تقتضی اللّزومَ و حاصله انّه لو قَبَضَ بعض المبيع و ترک بعضه، يسقط الخيار و كان العقد لازماً.

و امّا جعل «لا ضرر»، مبنیً للخيار فهو لا يخلو عن ايرادٍ بوجهين:

الوجه الاوّل: هو انّ «قاعدة لا ضرر» لا تنطبق على الشّرائط التّی ذكرت فيها **لانّ هذه القاعدة** انّما تكفی فی اصل تأخير الثّمن **و امّا هنا فمحّل الكلام**، اشتراط عدم قبض المبيع و الثّمن و تأخير الثّلاثة.

الوجه الثّانی: انّ الضّرر هنا يحصل، بعصيان المشترى و تخلّفه و ليس العقد و المعاقدة ضرريّاً؛

فاذن، الاقوىٰ هو المشهور من ثبوت الخيار بعد الثّلاثة ايّامٍ فيما اذا لم يقبض شيئاً من المبيع و ان قَبَضَ بعضه فلا خيار و الاصل فيه، اللّزوم.

و امّا مسألة عدم قبض الثّمن فهو اجماعیّ بانّ عدم قبض الثّمن، شرط خيار التّأخير و تأتی هنا، الفروع السّابقة من تمكين البايع الثّمن و لم يقبضه المشترى و قد تقدّم الكلام فيه فراجع.

و منها: انّ قبض البايع، الثّمن من دون اذن المشترى هل هو كالقبض او بمنزلة عدم القبض؟ و يأتی هنا ما قلناه فی باب قبض المشترى، المبيع من دون اذنٍ من البايع حرفاً بحرفٍ و **كذلك** اذا قَبَضَ البايع بعض الثّمن دون بعضٍ من دون اذن المشترى، يأتی فيه الكلام السّابق **ولكنّ الشّيخ**ﷺ **ادّعىٰ هنا مطلبين:**

المطلب الاوّل: انّ ظاهر الاخبار فی الثّمن، هو ان يكون قبض الثّمن، مع اذن المشترى فلو قبض الثّمن من دون اذن المشترى فبقی الخيار و قبضه، كلا قبضٍ؛ **حيث** ورد فی الاخبار: **«فان جاء بالثّمن بينه و بين ثلاثة ايّامٍ»** الظّاهر منها انّ مجئی الثّمن من المشترى باختياره و اذنه.

يمكن ان يُعْتَرَضَ عليه بانّ هذه العبارة من الرّواية ليست دالّة علىٰ المدّعىٰ، **لانّ** القيد هنا، محمول علىٰ الغالب و لانّ طريق وصول الثّمن غالباً، احضار المشترى الثّمن عنده لا انّ اذن المشترى و رضاه، له دخلٌ فيه.

و امّا دلالة الرّواية المذكورة بانّ **«قبض البيع كلا قبضٍ»** ان كانت موجودةً، **فانّما هی «رواية ابن الحجّاج»** حيث قال: **«اشتريتُ محملاً و اعطيتُ بعض ثمنه و تركتُه**

عند صاحبه ثمّ احتسبتُ ايّاماً ثمّ جئتُ الىٰ بايع المحمل لاخذه فقال: **«قد بعتُ... الخ»**.

امّا نحن نقول اوّلاً: بانّ «ابابكر بـن عـبّاس»، نَـقَلَ الرّوايـة فـقط و لم يـصرّح بمحكوميّة **«عبدالرّحمن بن الحجّاج»** حيث لم يرد تمام الثّمن و لعلّ المحكوميّة راجعةٌ الىٰ بايع المحمل حيث اَخَذَ مقداراً من الثّمن و لم يصّرح بانَّ معنى الرّواية تمام الثّمن او بعضه

و ثانياً: ليس استنباط **«ابى بكر بن عبّاس»** من الرّواية، حجّةً لنا.

فرعٌ: لو قَبَضَ البايع الثّمن بغير اذنٍ ثمّ اَذِنَ له المشترى فيما بعدُ فماذا حكمه؟

هل يلزم كون المبيع فی خيار الشّرط شخصيّا فلو كان المبيع كليّا كالمشاع و الكلیّ فی المعيّن كصاعٍ من صُبرةٍ او الفرد المردّد، فلا خيار فيه لتأخير الثّمن او يعمّ منها؟

محلّ البحث من الكلیّ ليس كالمشاع و الكلیّ فی المعيّن **لانّ** فيهما خيار التّأخير و محلّ البحث هنا الكلیّ فی الذّمة **و معناه** بيع الحنطة مثلاً الّتی لم تكن موجودةً فی الخارج او كانت موجودةً فی الخارج ولكنّها لم يكن مالكاً لها او لم يقع العقد علىٰ الحنطة الموجودة

و المقصود من الذّمة، ليس كالوجود الذّهنیّ و كان له و عاء **بل** المراد منها تعهّد الاداء و المسؤليّة عليها.

بعبارة اخرىٰ معنىٰ بيع الكلیّ فی الذّمة، مالكيّة هذا الكلیّ كالحنطة بعد البيع فی ذمّة البايع.

وقع الكلام فی هذا المسألة من جهاتٍ مختلفةٍ:

منها: من جهة كلمات الاصحاب و الفقهاء فيها.

صرّح الشّيخﷺ **بانّه يفهم** من كلمات المشهور من الفقهاء كون المبيع مختّصاً فی خيار التّأخير **ولكن** يستقاد من كلمات صاحب الجواهرﷺ و السّيّدﷺ و عدّةٌ من المتأخّرين انّ المعروف او الاشهر هو التّعميم لا الاختصاص.

الجهة الثّانية من ناحية دليل المسألة، الدّليل فيها امران:

الامر الاوّل: «فاعدة لا ضرر» بناءً علىٰ كونها دليلاً علىٰ ثبوت خيار التّأخير و قد قلنا سابقاً انّها لا تخلو عن اشكالٍ.

الامر الثّانی: اخبار الباب.

و امّا «قاعدة لا ضرر» فهی لا تجری هنا من حيث وجوب حفظ المبيع **لانه** ليس

فيما نحن فيه، المبيع فی الخارج حتّیٰ يكون حفظه واجباً **لانّ** المبيع، كلّیٌ فی الذّمة و هو لا يحتاج الیٰ الحفظ.

وكذلك لا تجری **«قاعدة لا ضرر»** من حيث التّلف قبل القبض **لانّ** الكلّی فی الذّمة، ليس من شأنه، التّلف **بل** ينفی ضرر المحروميّة من الثّمن و يمكن القول بعدم هذا النّوع من الضّرر ايضاً **هنا لانّ** هذا النّوع من الضّرر يتصوّر فيما اذا اعطیٰ ماله الیٰ طرفه و لم يأخذ عوضه من طرفه لا فيما لم يعطِ شيئاً اصلاً كما فی ما نحن فيه حيث كان هو من قبيل فوت النّفع.

عليهذا لا ضرر هنا من هذه الجهة و لو قلنا بجريانها فی اصل المسألة ولكن لا مورد لها هنا.

و هذا ما قرّره المحقّق الاصفهانیﷺ **ولكن يمكن ان يرد عليه** بانّا بعد الاعتراف بعدم جواز الّتمسّک هنا بلا ضرر فی باب خيار التّأخير لما قلناه من انّ العقد ليس فيه ضررٌ و انّما الضّرر مستندٌ الیٰ سوء اختيار المكلّف.

و مضافاً الیٰ ذلك، الشّرائط الّتی قيلت فی باب خيار التّأخير، لا تنطبق فی باب الّتمسّک بلا ضرر **ولكن ان** قبلنا تطبيق **«قاعدة لا ضرر»** فی باب خيار الشّرط كما عليه الاكثر فيلزم قبوله هنا ايضاً **لانّ** حكم ضمان المبيع، حكمٌ تعبّدیٌّ شرعیٌّ و لا يصدق عليه الضّرر عرفاً لانّ كون الحنطة مثلاً ملكاً للمشتری مع عدم اخذ البايع، الثّمن ضررٌ فی المعاملة و لا ينافيه، التّهاتربين الثّمن و المثمن و عدم ردّ احد الطّرفين شيئاً الیٰ الآخر فيما اذا لم ينعقد العقد.

و لا يقاس هذا بصورة تحقّق المعاملة لانّ عدم ردّ الّثمن الیٰ البايع مع كون المبيع ملكاً للمشتری، ضررٌ علیٰ البايع.

امّا اخبار الباب ففيها الفاظٌ يشكّ فی شمولها، الكلیّ او الشّخصیّ.

توضيحه انّ فی الرّوايات الاربعة الواردة عن المعصومﷺ وقعت تعابير، ثلاثةٌ ففی روايةٍ وردت كلمة **«المبيع»** و فی روايةٍ اخریٰ كلمة **«المتاع»** و فی روايةٍ ثالثةٍ، كلمة **«الشّیٔ».**

مثلاً وردت فی «صحيحة زرارة»: «الرّجل يشترى من الرّجل، المتاع ثمّ يدعه عنده...» و وردت فی نهاية رواية: **عبدالرّحمن بن الحجّاج: «سمعته يقول: من اشترىٰ شيئاً و جاء بالثّمن و ما بينه و ما بين ذلك، ثلاثة ايّامٍ».**

و وردت فی **«صحيحة علیّ بن يقطين»: «عن الرّجل يبيع البيع و لا يقبض صاحبه»** و هكذا وردت فی **«رواية اسحاق بن عمّار»: «من اشترى بيعاً و مضت ثلاثة ايّامٍ».**

قال الشّيخ﵀ فی توضيح مفاد هذه الرّوايات: «انّ البيع هنا بمعنىٰ المبيع و اطلاق البيع للمبيع لاستعداده للبيع و هو لا يكون الاّ فی العين الشّخصیّ، و الكلّی قبل البيع ليس له استعدادٌ حتّی يكون مبيعاً و لا يوصف انّه مبيعٌ».

و امّا حكمة ما عبّر عنه بالمتاع فلانّ المتبادر منه ما يتمتّع به و هو ليس الاّ العين و امّا التّعبير عن المبيع، بالشّی فلانّ الشّیء و ان كان اعمّ المفاهيم وضعاً و يصدق علىٰ العين و الدّين ولكنّه كالمجاز المشهور بحيث انّ ارادة العين منه، لايحتاج الىٰ القرينة و لا تجرى فيه اصالة عدم القرينه **لانّ** الشّیء، مساوِقٌ للوجود و الموجود كالعين كما عليه الشّيخ﵀ و من تبعه خلافاً لبعضٍ حيث ذهبوا الىٰ انّ الفاظ الشّی و المتاع لا يأتی صدقها علىٰ الكلّی و الشّخصی كما عليه السّيّد﵀ و صاحب الجواهر﵀ و بعضٌ آخر من الفقهاء.

اقول: يمكن ان يقال فی المقام انّ فی الاخبار الواردة، قرائن تدلّ علىٰ أنّ المراد من كلمة **«الشّیء و المتاع و البيع»** الشّخصیّ و لو قلنا بعموميّة الفاظ **الاخبار ولكن** هذه القرائن مانعةٌ عن الاخذ بالاطلاق و لا يجوز القول بانّه اريد من احد الاخبار غير ما اريد من الآخر **و هذا هو** السّر فی حمل المطلق علىٰ المقيّد فی المثبتين او المنفيّين و لم يأخذوا فی كلٍّ منها ظهوراً علیٰحدّة كما انّ ملاحظة الاخبار تدلّ علىٰ انّ لفظ **«يدّع عند صاحبه»**، يُعطِي الظّهورَ فی كون المراد من المتاع، الشّخصیّ.

و مضافاً الىٰ ذلك انّ كلمة **«الشّیء»** لا تطلق علىٰ امرٍ اِلاّ بعد فرض وجوده و

معنیٰ فرض الوجود فی الکلّی، وجوب الایجاد و معناه فی الشّخصیّ، تحقّقه و مفرو غیّتُه عن الوجود.

بالجملة، الشّی، لا یطلق علیٰ امرٍ الاّ بعد فرض وجوده و لمّا کانت معاملة الکلّی فی الذّمة لا یفرض وجودها **بل** یکون ایجادها فرضاً واجباً و معنیٰ بیع الکلّی فی الذّمة، وجوب ایجاده فی الخارج **و لذا کان مختار الشّیخ**ﷺ اقویٰ و اظهر من مختار السّیّدﷺ و صاحب الجواهرﷺ **و لو لم نقبل من الشّیخ**ﷺ بعض تعلیلاتهﷺ من عدم حاجة المجاز المشهور الیٰ اصل عدم القرینة.

قد یشترط فی جعل خیار التّأخیر امر ان و شرطان آخر ان لا یخلوانِ عن ضعفٍ: **الشّرط الاوّل انّه یشرط** فی خیار التّأخیر، عدم ثبوت خیارٍ آخر فی مورده.

و هذا امرٌ عجیبٌ لانّ لازمه، عدم خیار التّأخیر فیما اذا کان خیار المجلس **و حیث کان خیار المجلس** ثابتاً فی کلّ معاملةٍ الاّ فیما اذا اشترط سقوطه فی ضمن العقد، فلا مورد حینئذٍ لخیار التّأخیر و هذا منافٍ لاجماع العلماء فی ثبوت خیار التّأخیر و الاخبار الواردة فی بابه **و هکذا** الکلام فی خیار الحیوان فی ثلاثة ایّامٍ و هکذا الکلام فی باب خیار العیب و خیار تعذّر الشّرط و تخلّف الشّرط و الوصف، یلزم ان لا یکون فی موردها، خیارٌ آخر.

امّا مستند هذا الشّرط الضّعیف فهو انّ من التزم انّ اثر الخیار فی باب الخیارات و هو التّزلزل، هو الکامل هنا ای لیس تکلیفٌ لذی الخیار و لا یجب علیٰ ذی الخیار ان یسلّم ما فی یده حتّیٰ قالوا، له ان یسترّد ان ردّه الیٰ طرفه.

ولکنّه مندفعٌ بانّ الجواز فی العقود الجائزه غیر الخیار فی العقود اللازمة ماهیّةً **لانّ** علیٰ المشهور جواز العقد بمعنیٰ انّه لا یجب علیٰ المتعاقدین، قبضٌ و لا اقباضٌ و لا تحویلٌ و لا تحوّلٌ.

و امّا الخیار فی العقود اللّازمة فهو حقٌّ خارجیٌّ لیس معناه انه یجب علیه تسلیمه و لا تسلّمه فهو بعینه کالطّلاق مادام لم یطلّق و تترتّب علیه احکام الزّوجیة کلّها من جواز الاستمتاع و وجوب ردّ النّفقه فالفسخ ایضاً فی العقود اللّازمة

كالطّلاق فما دام لم يفسخ، يترتّب عليه احكام العقد اللّازم من وجوب التّسليم و وجوب التّسلم و جواز الاتلاف و جواز تصرّف النّاقل و جواز الاجارة و غير ذلک **و غاية الامر له حقّ الفسخ و القول بانّ** فی العقود الجايزة ليس التّسليم واجباً لذی الخيار، انّما هو يناسب فی العقود اللّازمة فهذا الشّرط يدلّ عليه دليلٌ من الآية والسّنة.

الشّرط الثّانی هل يعتبر فی خيار التّأخير: تعدّد العاقد ام لا؟

الشّرط الثّانی فی خيار التّأخير هو اعتبار تعدّد العاقد و هو غير المقبول عند الاكثر **فلوعيّن المتعاقدان**، واحداً، وكلياً عنهما فلا يتصوّر هنا خيار التّأخير.

صرّح الشّيخﷺ **فی** عنوان هذا الشّرط عبارةً ولكنّه لم يراعﷺ مفهومها فی مقام الجواب حيث قال: «**بناءً علىٰ كون مبدأ خيار التّأخير بعد التّفرق**» **فبناءً عليه** فی موردٍ لم يتحقّق التّفرّق، ليس فيه خيار التّأخير فاذا كان الموجب و القابل فيما نحن فيه، واحداً كيف يمكن تحقّق تفرّق العاقدين؟ و ليس فيه خيار التّأخير.

و الدّليل علىٰ هذا الشّرط و جهان:

الوجه الاوّل: انصراف نصوص خيار التّأخير فيما اذا تعدّد العاقد دون ما اتّحد.

الوجه الثّانی: انّ التّفرّق، يتحقّق فی موردٍ كان العاقدان، شخصين فاذا فرضنا كون المتعاقدين واحداً فليس فيه تفرّقٌ حتّىٰ يكون مبدأً لخيار التّأخير.

اجاب عنه الشّيخﷺ **بوجهين:**

احدهما: ناظرٌ الىٰ جواب الوجه الثّانی و هو انّ القبض و الاقباض المعتبر فی المقام، انّما يعتبر فی المالكين دون العاقدين.

و لا يخفىٰ عليك انّ هذا الجواب صحيحٌ فيما اذا اشترط عدم تحقّق القبض و الاقباض فيما يمكن القبض و الاقباض و امّا فی موردٍ كان العاقدان واحداً لم يتصوّر تحقّق القبض و الاقباض.

ولكن الجواب المذكور لا يصّح بناءً علىٰ انّ مبدأ هذا الخيار حين التّفرق.

الجواب عن الوجه الثّانی ما قلناه فی باب خيار المجلس و هو انّ الوكيل عن المتعاقدين له، فروضٌ مختلفةٌ:

منها: كونه وكيلاً لمجرّد اجراء الصّيغة و الوكيل فی مجرّد اجرائها فقط، ليس له خيار المجلس حتّىٰ ينتظر الیٰ التّفرّق.

و هذا الجواب و ان كان صحيحاً فی الجملة الاّ انّ القول بانّ الوكيل فی مجرّد اجراء الصّيغة، ليس له خيار المجلس لا يرفع الشّبهة بحذا فيره فی جميع الفروض لما قال الشّيخ قدس سره: من انّ فی بعض فروض الوكالة كالوكيل المطلق، كان للوكيل خيارٌ.

و الجواب الصّحيح عن هذا الشّبهة هنا أمران:

الاوّل: عدم تسليم كون مبدأ خيار التّأخير، بعد التّفرّق **بل هو** من حين العقد كمارَجَّحَهُ الشّيخ قدس سره و هو القول المحقّق.

الثّانی: انّه قلنا سابقاً انّ غاية خيار المجلس، التّفرّق من اجتماع العقد و مجلس العقد، زمن العقد لا التّفرّق الحاصل بين الاثنين.

و التّفرّق المعتبر فی الاخبار، ليست له موضوعيّة و قوله عليه السلام **«فاذا افترقا: وجب البيع»** ليس حكماً آخر **بل** تحديد الحكم الاوّل و هذا المناط، يتحقّق فيما اذا كان العاقدان، واحداً.

مسألة: ما هو مبدأ خيار التّأخير؟

هل مبدأ خيار التّأخير هو، بعد التّفرّق كما عليه البعض او من حين العقد؟

مبنیٰ القول الاوّل انّ ظهور الاخبار هو انّ المبدأ فی خيار التّأخير، التّفرّق: **«فان جاء ما بينه و ما بين ثلاثة ايّام فهو و الاّ لابيع بينهما».**

و تدّل علیٰ ذلك، هذه الرّواية ايضاً: **«و ان جاء بالثّمن...».**

ای لورجع بالثّمن، الظّاهر منه انّ مبدأ خيار التّأخير ای مبدأ ثلاثة ايّامٍ.

و امّا مبنیٰ القول الثّانی فهو «صحيحة علیّ بن يقطين»: «قال: عن الرّجل بِيعَ البَيْعُ و لا يَقبضه صاحبه و لا يقبض الثّمن و قال: فانّ الاجل بينهما ثلاثة ايّامٍ فان قبض بيعه و الاّ فلا بيع بينهما».

المتبادر منها هو انّ مبدأ خيار التّأخير، يكون من حين العقد.

ولكن يمكن حمل الرّواية السّابقة علیٰ الرّواية الاخيرة و القول بانّ المبدأ، حين العقد **لانّ** فی الغالب لم يكن مجلس العقد طويل المدّة، و القول بانّ المراد من قوله عليه السلام: «**فمضت ثلاثة ايّامٍ**» ای مضت من شرائه ثلاثة ايّامٍ و لم يجئ فيما يصدق عليه ان يجیءَ و كذا رواية: «ان جاء ما بينه و ما بين ثلاثة ايّامٍ» معناها: «ان جاء ما بينه و ما بين ثلاثة ايّامٍ، حينٌ من البيع».

بالجملة ما اختار الشّيخ قدس سره **هنا و هو كون مبدأ خيار التّأخير من حين العقد، لا يخلو عن قوّةٍ.**

الکلام فی مسقطات خیار التّأخیر

مسقطات هذا الخیار کسائر الخیارات امورٌ و تزید علیها هنا امورٌ موضوعاً و بحسب الشّبهة الواردة **لانّا قلنا** سابقاً فی سائر الخیارات انّ اسقاط الخیار امّا فی ضمن العقد او بعد القول و بعد العقد ایضاً امّا بالقول کما اذا قال: «اسقطتُ خیاری» او بالفعل و التّصرف الدّال علیٰ الرّضا و کلّ ذلک یصدق بعینه فی باب خیار التّأخیر مع زیادةٍ و هی انّ اسقاط الخیار بعد العقد له مورد ان:

احدهما فی ضمن ثلاثة ایّامٍ **و الآخر** بعد انقضاء ثلاثة ایّامٍ.

و المحقّق هنا بلا اشکالٍ، هو اسقاط الخیار بعد الثّلاثة کما انّه لا اشکال فی اسقاط الخیار بعد العقد.

و امّا الاسقاط فی ضمن الثّلاثة ایّامٍ فهو لا یخلوعن اشکالٍ: **لانّ** الخیار بنحو التّخییر لا یجوز **لانّه** لم یأت بعدُ کیف اسقطه الاّ **علی** نحو التّعلیق بانّه اسقطه فیما لو مضیٰ الثّلاثة و کان له الخیار و هو ایضاً باطلٌ.

ان قلت: بناءً، علیه کیف یجوز شرط، اسقاط الخیار فی ضمن العقد فی سائر الخیارات من خیار الغبن و غیره؟

قلت: الفرق بین سائر الخیارات و بین المقام، هو انّ مقتضیٰ الخیار و موضوعه فی سائر الموارد نفس العقد و امّا فیما نحن فیه فالمُقتضِی انقضاء ثلاثة ایّامٍ و عدم المجیء بالثّمن و هو لم یتحقّق بعدُ.

یمکن ان یجاب عن الاشکال المذکور فی مورد اسقاط الخیار فی ضمن العقد و اسقاط الخیار فی ضمن الثّلاثة بانّ التّعلیق لیس له مانعٌ عقلیٌّ **لانّه** فی المنشأ لا فی الاتشاء **لانّ** الانشاء و الایجاد امّا موجودٌ او غیر موجودٍ؟ و لا معنیٰ للتّعلیق و امّا المنشأ کالوجوب و الملکیّة کما یقال: «**اِن متُّ فداری لزید**» فلا مانع منه عقلاً و امّا شرعاً فلم یدلّ دلیلٌ علیٰ عدم محالیّته فی المنشأ.

نعم: التّعليق فی اكثر الموارد من العقود و غيرها، ليس معمولاً به و لذا اُدّعیَ الاجماع علیٰ بطلانه فی الجملة كما اذا قال: «**كلّ زوجة زوجّتُها من بعدُ فهی طالقةٌ**» او قال: «**كلّ ما اشتريته من زيد فهو لك**» او قال: «**كلّ بيع بعته فخياری ساقطٌ**».

و الاجماع حصل فی هذه الموارد ببطلان التّعليق.

و لعلّ هذا هو المراد من قول من قال: «**بوجود المُقتضِی و عدمه**» و الاّ وجود المُقتضِی او عدمه، لا يؤثّر فی صحة التّعليق **لأنّ** التّعليق ان كان ممنوعاً لا فرق فيه بين وجود المُقتضِی او عدمه، فكلّ موردٍ لا يجوز التّعليق انّما هو لاجل عدم المُقتضِی له و ليس معتبراً عرفاً لا انّه محالٌ.

و امّا فی مورد كان المقتضِی للتّعليق موجوداً فلا مانع من التّعليق فی الواقع و ما نحن فيه من هذا القبيل **لانّه** ليس فی تعليقه، اشكالٌ عقليٌّ و لا شرعيٌّ.

نعم: ورد الاجماع على بطلانه فی بعض الموارد فيما اذا لم يكن معمولاً لا مطلقاً و التّعليق فيما نحن فيه كان معمولاً و الاّ كيف يسقط جميع الخيارات فی ضمن العقد؟ مع انّه لم يعلم وجودها ككونه مغبوناً مع انّه اَسْقَطَ فی ضمن المعاملات و قال: انّی اسقطتُ خيار الغبن فاحشاً كان **بل** افحش و هل هذا هو التّعليق بانّه انّی اِن كنت مغبوناً فيما بعدُ، فقد اسقطته؟ و هكذا القول فی اسقاط خيار تخلّف الشّرط او الوصف.

فتحصّل ممّا ذكرنا انّ اسقاط خيار التّأخير فی الثّلاثة و شرط السّقوط فی ضمن العقد، لا مانع منه لا عقلاً و لا شرعاً.

و من جملة المسقطات التّى تختّص بخيار التّأخير ثلاثة موارد:

صرّح الشّيخ هنا ثلاثة موارد، افتىٰ﵀ فى احدها جزماً بكونه مُسقِطاً و افتىٰ فى ثانيها بكونه غير مُسقطٍ و تردّد﵀ فى ثالثها ثّم رجّح مُسقطيّته اخيراً:

فالمُسقط جزماً، هو احضار الثّمن بعد الثّلاثة و **عدم المُسقِط** جزماً، مطالبة الثّمن بعد الثّلاثة مع انّ المطالبة، دليل الرّضا علىٰ نفوذ العقد و الرّضا بالعقد الدّال عـليه بالقول الأعم عمّا يدّل عليه بالمطابقة و التّضمن و ما يدّل عليه بالالتزام او العمل، مُسقِطٌ للخيار.

و ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل لانّ المطالبة، تدّل علىٰ الرّضا بالالتزام و هو مُسقطٌ من هذه الجهة **ولكن** ردّه الشّيخ بانّه غير مُسقطٍ و لا يدّل علىٰ الرّضا.

و امّا ما تردّد فيه الشّيخ﵀ ثّم رجحّه السّقوط، فهو ما اذا احضر المشترى الثّمن و بناءً علىٰ القول بانّ الاحضار ليس مُسقِطاً و اخذه هل هو دليل الرّضا للزوم العقد ام لا؟

امّا نظريّة الشّيخ فى الموردين: فالاوّل، المُسقِطُ جزماً و عدمه جزماً فهو تبعيض الضّرر، الضّرر الماضى و هو المحروميّة عن الثّمن فى الماضى و الضّرر الاستقبالىّ فيما اذا لم يرّد الثّمن و احضار الثّمن يرفع الضّرر الاستقبالىّ و لا يؤثّر فى الضّرر الماضى كما انّ الفسخ لا يؤثّر فى الضّرر الماضىّ ولا يحتاج حينئذٍ الىٰ الفسخ.

والقول بانّ ضرراً ما كافٍ فى الفسخ كما انّه كافٍ فى خيار الغبن **مدفوعٌ** بالفرق بينهما لانّ مناط الخيار فى خيار الغبن، الضّرر فى العقد فى الماضى و الفسخ يرفعه

و امّا هنا فالمناط هو التّأخير و التّأخير امر تدريجىٌّ و ما مضىٰ منه، ليس قابلاً للتدّارک و ما سيأتى قابلٌ لذلک و يكفى فى التّدارک احضار الثّمن و لا حاجة الىٰ الفسخ لما قالوا بانّ الاحكام، تابعةٌ للاسماء و بعد احضار الثّمن لا يصدق الضّرر حتّىٰ ثبت الخيار.

و امّا ان كان المبنیٰ، اخبار الباب فيمكن الاستصحاب **لانّه** يشكّ فی انّ الخيار ساقطٌ باحضار الثّمن ام لا؟

يستصحب بقاء الخيار بخلاف ما اذا كانت **«قاعدة لا ضرر»** هی المستند **حيث** لا يجری الاستصحاب اِمّا لمعلوميّة الحكم **لانّ** مناط تشريع الخيار هو الضّرر و هو مرتفعٌ قطعاً فلا موجب لبقاء الخيار.

و اَمّا ان كان موضوع الخيار فليس بمحرزٍ هل هو المتضرّر ما دام متضرّراً او متضرّراً فی زمان؟ و اِن كان الموضوعُ، الضّرر و لو فی آناً ما، فبقی الموضوع و ان كان الضّرر مادام متضرّراً فلم يبق موضوع فالشّک فی بقاء الموضوع كما قال الشّيخ﵀ فی باب الّتمسک باستصحاب خيار الغبن الثّابت **«بلا ضرر»** بانّ الاستصحاب لا يثبت لعدم احراز الموضوع و امّا لو كان المستند هو الاخبار فيجری الاستصحاب لبقاء الموضوع.

و من هنا ظهر: انّ مطالبة الثّمن ليست مُسقِطةً للخيار **لانّ** مجرّد مطالبة الثّمن لا يجبر الضّرر الاستقباليّ حتّیٰ ترفع لا ضرر **بل** الثّمن يجبر الضّرر، امّا كون اخذه الثّمن فی المورد الثّالثُ مسقِطاً فهو لاجل دلالته علیٰ الرّضا بالعقد.

فیما ذکره الشّیخ﵀ اشکالٌ فی موارد:

اوّلاً: ان کان المبنیٰ، هو الاخبار و یشّک فی بقاء الحکم فی الزّمان الآتی، فهو یخالف مع استظهار الشّیخ﵀ فیما یأتی فی بحث انّ خیار التّأخیر هل هو فوریٌّ ام متراخٍ؟ و تمسّک لاثبات کونه متراخیاً، باخبار الباب **مثل «لا بیع... الخ»** حیث انّه ان کانت العبارة هکذا: **«لک خیار التّأخیر»** لجاز القول بانّه لیس له اطلاقٌ حتّیٰ تشمل المستقبل و القدر المتّقین منه، هو الفور.

ولکن العبارة، نفی الحکم بلسان نفی الموضوع ای کان **«لا بیع»** نفی الحقیقة ادّعاءً **مثل «لاضرر و لا ضرار».**

و من الواضح انّ نفی الحقیقة لا یلائم مع وجود آناً مافوریّاً **لانّ** نفی الحقیقه لا یصدق الاّ بان ینتفی فی جمیع الازمنة فامّا اذا انتفیٰ فی زمنٍ مٰا و بقی فیما بعده من الازمان، فلیس مُصحِّحاً لنفی الحقیقة.

و ثانیاً: انّ الارجاع الیٰ استصحاب بقاء الخیار، مبنیٌّ علیٰ عدم حجیّة مثل **«اوفوا بالعقود»** کما فی المقام مع انّ الشّیخ﵀ قال: بجریان الاستصحاب مطلقاً.

و ثالثاً: تجزئة الضّرر بالضّرر الماضیّ و الضّرر المستقبل، یوجب رفع الیدعن **«لا ضرر»** اصلاً **لانّ** الضّرر الماضی لم یقبل التّدارک کما صرّح بذلک الشّیخ و امّا الضّرر المستقبل فهو ایضاً لم یأت بعدُ حتّیٰ قلنا بتشریع الخیار.

لهذا قلنا: انّ المدار و المناط فی الّتمسک بلا ضرر، لیس هو ملاحظة الضّرر الزّمنیّ **بل** المدار فیه انّ الزام الشّارع بالتزام احد دون آخر فیما اذا وقع التزام من الطّرفین فی عقدٍ، الزامٌ ضرّریٌّ و هذا هو مبنیٰ خیار تخلّف الشّرط و خیار تعذّر الشّرط و خیار تخلّف الوصف و بعضٍ من الخیارات، فمرجع الضّرر المذکور فیما نحن فیه الیٰ ضررٍ حقوقیٍّ لامالیٍّ.

و امّا قول الشّیخ﵀ فی انّ المبنیٰ ان کان هو **«لا ضرر»** فلیس الموضوع بمحرزٍ

لانّ الموضوع فيه دائرٌ بين كونه متضرّراً آناًما حتّیٰ يقال ببقائه او المتضرّر مادام متضرّراً فليس باقياً.

فمدفوعٌ بانّ تشخيص الموضوع يعلم بملاحظة الأدلة و ملاحظة اخبار **«لا ضرر»** تعطينا انّ موضوع **«لا ضرر»** هو ما جعل الشّارع حكماً يلزم منه الضّرر فلم يؤخذ فيه قيد المتضرّر حتّیٰ يبحث فيه انّه متضرّر آناًما او مادام متضرّراً و ليس موضوع الاستصحاب محرزاً فالاستصحاب، غير جارٍ.

فلا فرق بين أن يكون مستند الخيار، **«لا ضرر»** و بين ان يكون مستنده، **الاخبار فان** دلّ الدّليل علیٰ الدّوام ففی كليهما و ان لم يدلّ علیٰ الدّوام و البناء علیٰ الاستصحاب فيجری الاستصحاب فی كليهما بناءً على عدم كون **«اوفوا بالعقود»** مرجعاً.

و زد علیٰ ذلك ما افاده الشّيخ﵀ من انّ احضار الثّمن موجبٌ لسقوط خيار التّأخير معلّلاً بانّ الضّرر الماضیّ غير قابلٍ للتّدارک و الضّرر المستقبل متداركٌ باحضار الثّمن، يوجب الاختلال فی معنیٰ روايات خيار التّأخير **لانّ** المقصود من الرّوايات، انّه ان جاء بالثّمن فی ثلاثة ايّامٍ فله بيعه و ان جاء به بعد الثّلاث فلا بيع له **و امّا القول بانّ المشتری ان** جاء بالثّمن فی الثّلاثة، ليس له خيارٌ و ان جاءَ به بعد الثّلاثة كما هو مضمون الفتویٰ، ليس له خيارٌ و الخيار انّما هو فيما اذا لم يجئ بالثّمن اصلاً بعد الثّلاثة

فمن الواضح انّ هذا لا يحتاج الیٰ تأخير الثّلاثة **حيث** انّ كلّ موردٍ لم يأت الثّمن، ليست له مطالبة المثمن.

هل خیار التّأخیر فوریٌ ام متراخٍ؟

صرّح الشّیخ‌ﷺ بانّ هذا البحث نظیر البحث فی باب خیار الغبن و ذکرنا هناک وجه الفوریّة و التّراخیّ و قلنا انّ مبنیٰ الفوریّة، الرّجوع الیٰ عموم: **«اوفوا بالعقود»** بانّ القدر المتّقین من تشریع الخیار، الآن الاوّل و الآنات الآتیة اللاّحقة هی مشکوکةٌ فیرجع الیٰ عموم: **«اوفوا بالعقود»** فیلزم العقد فی الآنات.

مبنیٰ التّراخی، استصحاب بقاء الخیار فی الآن الاوّل، فی الآنات اللاّحقة و حیث انّ الاستصحاب، اصل عملیٌّ لا مورد له فی مورد وجود الامارات فالتّردید حینئذٍ بین الاستصحاب و الرّجوع الیٰ **«اوفوا»** مبنیٌّ علیٰ نحو وجود العمومات فبعضٌ من العمومات کما اذا خرج فردٌ من زمنٍ عن تحت العامّ، فلیس له شأنٌ حتّیٰ یشمل الفرد فی الزّمن الثّانی و بعضٌ آخر خلاف ذلک حیث یرجع الیٰ العموم فی الآن الثّانی فیما اذا اُخرج فی زمنٍ.

و توضیح ذلک موکولٌ بباب الاستصحاب و العامّ و الخاصّ، **حیث قالوا** بانّه قد تکون قطعات الزّمن، مکثّرةً للموضوع و قیداً له فیرجع الیٰ العامّ فی الزّمن الثّانی اذا خرج فردٌ عن تحته فی زمانٍ و قد لایکون کذلک ای لم یکن الزّمان ملحوظاً و العموم الازمانیّ فیه باعتبار انّه لم یقیّده بزمانٍ ای کان الزّمان ظرفاً لا قیداً.

و فی هذا النّوع من العامّ، لا یجوز التّمسک بعموم العّام فی الزّمن الثّانی اذا خرج فردٌ عنه فی زمانٍ، و حیث انّ الشّیخ‌ﷺ ذهب **الیٰ انّ: «اوفوا بالعقود»**، لیس الزّمن فیه مُکثّراً له و قیداً له، فلا یجوز الرّجوع الیٰ عموم: **«اوفوا بالعقود»** فی الزّمن الثّانی فیما اذا خرج فردٌ عن تحته.

و امّا الاستحصاب فقد قال‌ﷺ فی باب خیار الغبن انّه ان کان مستند الحکم، **«قاعدة لا ضرر»**، فلا یجوز التّمسک بالاستصحاب و حیث کان مستند خیار الغبن، **«لا ضرر»** فقط، لا معنیٰ لاستصحاب بقاء الخیار و امّا حیث وردت الرّوایات، فیما

نحن فيه (خيار التّأخير)، مضافاً الىٰ **«قاعدة لا ضرر»** فيمكن الّتمسک بالاستصحاب فى المقام **لانّ** موضوع الرّوايات، محرزٌ معلومٌ و هذا دليل القول بالتّراخىّ، و يختّص بباب خيار التّأخير و هذا هو الفرق بين الخيارين: اى خيار التّأخير و خيار الغبن؛

مضافاً الىٰ ذلک يمكن القول بعدم الحاجة الىٰ الاستصحاب لانّ الرّوايات، انّما هى نفى الحكم بلسان الموضوع حيث ورد فيها:

«لا بيع له» و لم يرد **«له الخيار»**.

و من المعلوم انّ، جملة «لا بيع له... الخ» لا يلائم مع الخيار الفورىّ **و يدّل علىٰ** انّ الخيار، امرٌ مستمرٌّ متراخٍ بحيث صحّ بملاحظة ان يقال: **«لا بيع له» ولكنّ الاستصحاب،** لم يكن جارياً فى باب خيار الغبن فلا مناص من الرّجوع الىٰ استصحاب المسبّب و هو استصحاب بقاء آثار العقد بعد الفسخ المفيد للزّوم الّذى يدلّ علىٰ الفوريّة.

اقول: انّ هذا المبنىٰ للتّراخى و الفور، لا ينطبق فى جميع الخيارات **و بناءً علىٰ فرض قبول** هذه القاعدة الاصوليّة، هل تنطبق على ما نحن فيه‌ام لا؟ محلٌّ كلام.

يمكن ان يقال انّ الخيارات علىٰ اقسامٍ: خيارات مبدأها و نهايتها، معلومٌ، عيّنها الشّارع بادلّةٍ خاصّةٍ و ليس الكلام فى هذه الخيارات **و خيارات كان مستندها «قاعدة لا ضرر»** كان لها كلامٌ مختصٌّ بها **و خياراتٌ كان مستندها** دليل اللّزوم مثل **«اوفوا بالعقود»**.

و ربّما خياراتٌ كان مستندها، رواياتٌ خاصّةٌ ليس لها اطلاقٌ من حيث الفوريّة و الخيار.

امّا الخيارات من النّوع الاوّل كقوله عليه السلام: **«البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا، وجب البيع»**، فليس محلّاً للكلام لمعلوميّة مبدأها و منتهاها، و مثل: **«صاحب الحيوان بالخيار الىٰ ثلاثة ايّامٍ» و من المعلوم:** انّ مدة الخيار فى معاملة الحيوان، ثلاثة ايّامٍ و بعدها، اللّزوم ولا حاجة الىٰ الكلام.

و امّا الخيارات من قبيل النّوع الثّانى اى كان **مبناه، «قاعدة لا ضرر»** فقط كخيار الغبن، فكلام الشّيخ﵀ فى المقام، كان متعرضّاً علىٰ صاحب الرّياض حيث قال: «انّ الدّليل ان كان، **«قاعدة لاضرر»** فيستفاد من «لا ضرر»، الفوريّة **حيث** كان المدار علىٰ الضّرر و هو مرتفعٌ فى الآن الاوّل حيث كان له الفسخ، و فى الآن الثّانى لم يتحقّق فيه ضررٌ فيجب الوفاء بالعقد الاّ ان يكون ضرريّاً حين ما يكون ضرريّاً بحيث اذا لم يكن ضرريّاً يجب الوفاء.

اعترض عليه الشّيخ﵀ بانّه حينئذٍ:، ما الفرق بين الدّليل الخاصّ الّذى قلتم فيه بجواز الاستصحاب فى الآن الثّانى و يكون الخيار متراخياً و بين «لا ضرر» الّذى قلتم بانتفاء الضّرر فى الآن الثّانى فلا يجوز الاستصحاب فيكون الخيار فوريّاً.؟

اعترض عليه الشّيخ﵀ بانّ **«لا ضرر»** ساكتةٌ عن الآن الثّانى و لا يثبت علىٰ عدم الحكم فى الآن الثّانى **فلنا انّ** نستصحب الخيار الثّابت بلا ضرر ايضاً.

اقول: هذا الاشكال لا يرد علىٰ صاحب الرّياض لانّ قاعدة: «اذا خرج فردٌ منها فى الزّمن الثّانى عن تحت العام فماذا حكمه فى الآن الثّانى»؟ هل يرجع الىٰ عموم العامّ او استصحاب الُمخصِّص؟

فالمعنون فى علم الاصول، مشروطٌ بشرطٍ يكون فاقداً هنا **و هو انّ** هذا فى موردٍ كان التّخصيص فرديّاً لا عنوانيّاً **لانّ** فى التّخصيص العنوانىّ بعنوان السّفر و الكفر و الايمان، يكون العام الُمخصِّص مُلفِّقاً و مركّباً و لم يلحظ الزّمان فيه حتّىٰ يرجع الىٰ استصحاب حكم المخصّص او عموم العامّ **بل** كانت قضيّتان حقيقتان مثل: **«كلّ عالم يجب اكرامه» و «كلّ فاسق لا يجب اكرامه»** و امّا شمول العامّ للافراد لاجل انّه لا يخلو عن زمانٍ و هكذا شمول المخصّص للفرد كان فى زمان قهراً، فهو، ليس دليلاً علىٰ دخول الزّمان فى دليل العامّ او المخصّص و ملاحظتة فيه **فحينئذٍ** يلزم الرّجوع الىٰ العامّ.

و من المعلوم انّ لا ضرر ايضاً من هذا القبيل اى، الاحكام المترتّبة علىٰ **«لا ضرر»**، من قبيل التّخصّيص العنوانىّ و الحكومة العنوانيّة كماورد: **«من اضرّ له**

الصّوم فالافطار له واجبٌ» و مثل **«رُفِعَ ما لايعلمون»** و **«رُفِعَ ما اضطرّ عليه»** و **«رُفِعَ النّسيان»** و غير ذلک من التّخصيصات العنوانيّة.

فكان قول سيّدنا صاحب الرّياض فی انّ كلّ خيارٍ كان مستنده **«لا ضرر»** و ليس الآن الثّانی ضرريّاً، فيرجع الیٰ عموم العامّ من غير ابتناءٍ علیٰ تلک المسألة الاصوليّة **و هو المختار، الاقویٰ لانّ هذا من قبيل** تخصيص العنوان و ليس من قبيل تخصيص الفرد و ليس فيه كلامٌ من الرّجوع الیٰ عموم العامّ او استصحاب المخصّص فی الآن الثّانی. **و ان كان مستند الخيارات، «اوفوا بالعقود»** بان **تدّل: اوفوا بالعقود»** علیٰ وجوب ما يحسب وفاء و ما يكون وفاء.

و امّا ما لايكون وفاءً يجب وفائه فحينئذٍ اذا تخلّف عن الشّرط و الوصف او تعذّر العمل به فله خيار تخلّف الشّرط او الوصف او تعّذر الشّرط و الوصف. **وكذلک يكون مستند خيار تأخير اداء** الثّمن او المثمن او الامتناع من ادائه، قوله تعالیٰ: **«اوفوا بالعقود»** و لازم الّتمسک بها، القول بالتّراخی فی هذا النّوع من الخيارات.

و امّا ان كان مستند الخيارت، النّص الخاصّ و ليس له اطلاقٌ يدلّ علیٰ كونه فوريّاً او متراخٍ فالقدر المتيّقن، الزّمن الاوّل و امّا الزّمن الثّانی فيشّک فيه كخيار العيب و التّدليس و نحو ذلک ان قلنا بعدم رجوعه الیٰ تخلّف الشّرط و الوصف و نحو ذلک.

اقول: انّ تطبيق قاعدة: «ماورد عامٌّ و خرج فردٌ منه فی زمانٍ و امّا الزّمن الثّانی فهل يرجع الیٰ عموم و استصحاب الُمخصِّص؟»

فيه شبهةٌ لانّ مورد القاعدة المذكورة ما يثبت العامّ، الحكم حدوثاً و بقاءً.

و امّا فی موارد يكون وجودها و حدوثها موضوعاً للاثر الدّائمی كالزّلزال الموجب لوجوب الصّلاة و وجوب الجلد علیٰ الزّانی و الزّانية و العقد ايضاً من ذلک القبيل بناءً علیٰ انّ موضوع وجوب الوفاء، العقد السّببیّ لا العقد المسبّبیّ **و قد يقال بانّ** موضوعه، العقد المسبّبیّ و هو النّقل و الانتقال و هو امرٌ مستمرٌّ **لانّه** هو الّذی يناله الفسخ من حينه ولكنّه خلاف المختار و خلاف ما ذهب اليه اكثر الفقهاء.

من مسقطات خيار التّأخير، التّلف فى ثلاثة ايّامٍ او بعد الثّلاثة، فى تلف المبيع قبل القبض، فرضان:

لانّه اِمّا ان يفرض فى الثّلاثة حينما كان العقد لازماً و اِمّا ان يفرض بعد الثّلاثة حينما كان العقد جائزاً و البايع ذو الخيار.

وكلا الفرضان كان لهما حكمٌ واحدٌ علىٰ المشهور **و لذا قال** المحقّق ﷺ فى الشّرايع: **«لو تلف المبيع فى الثّلاثة او بعد الثّلاثة فهو من البايع علىٰ الاشبه».**

ولكن حيث كان فى الاقوال فيها تفصيلٌ عجيبٌ بين التّلف فى الثّلاثة و التّلف بعدها حيث قالوا كما عن المفيد ﷺ و السّيد المرتضى ﷺ و السّيد بن زهره من القدماء بانّ التّلف، من كيس البايع بعد الثّلاثة و التّلف فى الثّلاثة من كيس المشترى و الحال انّ الممنوع، التّفصيل بعكس ذلك **بان** كان التّلف فى الثّلاثة من البايع حيث كان العقد لازماً بعدُ وكان من قبيل: **«تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه»** و **«كان التّلف بعد الثّلاثة من المشترى»** حيث كان البايع ذا الخيار و ينطبق عليه قوله ﷺ: **«التّلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له».**

هذا بالنّسبة الىٰ الاقوال و امّا بالنّسبة الىٰ المستند فكان لاحد الفرضين معارضٌ زائدٌ علىٰ الفرض الآخر لهما معارضٌ معاً فينبغى البحث عنهما عليٰحدة **ولذا جعلهما** الشّيخ فرضين مع انّ المشهور جعلهما فرضاً واحداً حكماً، **امّا التّلف بعد الثّلاثة فالقاعدة،** تقتضى تلف كلّ ملكٍ من كيس مالكه **ولكنّهم** قالوا فى باب البيع: **«مادام لم يتسلّم المشترى المبيعَ الىٰ البايع وكان عند البايع و تَلَفَ، ليس من مال مالكه بل التّلف من مال بايعه» و عللّوا ذلك بالنّبوىّ** المرسل المشهور **حيث** قال الشّيخ ﷺ: **«يدّل عليه النّبوىّ المشهور و ان كان فى كتبنا غير مذكورٍ»** و هو المعمول به عند الشّيعة ايضاً كانّهُ منجبرٌ سنده بعمل الاصحاب فتلقّوه بالقبول. **فبناءً علىٰ هذا النّبوىّ، «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»** يصدق هذا علىٰ التّلف بعد

الثّلاثة فهو من مال بايعه و تَلَفَ من كيس بايعه **ولكن يعارضها امران:**

الامر الاوّل: النّبويّ الآخر المنقول مضمونه فی اخبارنا ايضاً حيث ورد فی باب خيار الشّرط: **«ارأيت او احترقت من مال من كان، تكون (الغصب)...كذلك يكون عليه الغُرم كما يكون عليه الغُنم»** المعبّر عنه بخراج الضّمان.

استفاد ابوحنيفة بملاحظة هذا النّبويّ، احكاماً مخالفةً لِلكتاب و السّنة و ايضاً بملاحظة **«رواية ابی ولاّد: قيمة يوم خالفتَ»**، ردّه الامام الصّادق عليه السلام حيث قال: لمثل هذا و شبهه، تحبس السّماء مائها او بركاتها».

فبناءً عليه، هذه القاعده: «من له الغُنم فله الغُرم» المعبّر عنه بقولنا: **«الخراج بالضّمان»**، معارضٌ له.

اجاب الشّيخ عن هذه المعارضة بانّهما من قبيل العامّ و الخاصّ المطلق فقولنا: **«الخراج بالضّمان»** قاعدةٌ كليّةٌ تدلّ علىٰ معنىٰ المالكية بناءً علىٰ مبنىٰ الشّيعة لما ذكرته العامّة، خرج منها كلّ مبيعٍ تلف قبل قبضه من مال بايعه، تخصيصاً بل يمكن ان يكون الامر هنا، الحكومة اى «كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ» حاكمٌ عليه.

اقول: اِنّ المعاوضة يتحقّق بينهما بناءً على قول الشّهيد رحمه الله و تفسيره **فی «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»** حيث ذهب رحمه الله الىٰ انّ المبيع ملك المشترى و يتلف فی ملك المشترى **ولكن** يكون غُرمه علىٰ البايع **امّا بناءً** علىٰ ما قال به جمع من الفقهاء من الشّيخ رحمه الله و غيره من انّ **«من مال بايعه»** معناه، التّالف بعض مال البايع و كان **«مِن»**، التّبعيضيّة و **حيث** لايمكن ان يكون التّالف من حيث انّه مالٌ لواحدٍ فيلزم كونه من ملك البايع اى آناً مّا قبل البيع يصير ملكاًله‌اى كان التّالف هنا مُشيراً الىٰ الحكم لا انّ التّالف بوصف كونه تالفاً، لا يمكن ان يكون ملكاً لاحد، فمعنىٰ التّالف اى قبل التّلف يعنى حين كونه مُشرِفاً للتّلف فهو من مالِ بايعه و ليس هذا الاّ الانفساخ **و لذا** قالوا معناه، الانفساخ آنامّاً.

اقول: لعّل هذا كان خلاف ظاهر الرّواية حيث انّ الظّاهر من **«من مال بايعه»** انّه يحسب من كيس بايعه، فظاهرها اوفق لما ذهب اليه الشّهيد رحمه الله و من تبعه.

و القول بالمعارضة بینهما مبنیٌّ علیٰ المعنیٰ الّذی قال به الشّهید الثّانی من کون التّالف، ملکَ المشتری و مع ذلک، یکون التّلف من کیس البایع و هو ینافی مع قاعدة الضّمان بالخراج.

الامر الثّانی: ما یتکررّ فی باب الخیارات کثیراً و هو انّ تلف المبیع فی زمن الخیار، ممّن لاخیار له.

اجاب عنه الشّیخﷺ **اوّلاً:** تختصّ هذه القاعدة لثلاثة خیاراتٍ و هی: خیار المجلس، و خیار الحیوان و خیار الشّرط.

فالمشهور عدم جریانه فی سائر الخیارات **بل** یمکن القول باختصاصها بالخیارین منها: خیار الحیوان و خیار الشّرط.

و انّما قیل فی خیار المجلس لخصوصیّةٍ فی اخبار خیار الحیوان و لیس خیار الباب معلّلاً حتّیٰ یتعدّی من عمومه **بل** نصٌّ خاصّ ورد فی مورده علیٰ خلاف القاعدة فیقتصر علیٰ مورده.

ثانیاً: انّ اخبار **«التّلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له»** وردت فیما تحقّق التّلف بعد القبض و امّا فیما لو فرض تحقّق التّلف قبل القبض، فلا مورد للقاعدة المذکورة لما نحن فیه فلا یعارضان.

و ثالثاً: «التّلف فی زمن الخیار... الخ» حکمٌ خلاف قاعدة المالکیّة و امّا احتساب التّلف من کیس المشتری، فهو علیٰ وفق قاعدة المالکیّة و هذا لا یحتاج لقاعدة التّلف فی زمن الخیار فلا یعارضها.

حكم التّلف فی الثّلاثة فی خيار التّأخير

كانّ حكم التّلف بعد الثّلاثة، اجماعیٌّ بان يحسب التّلف من البايع و امّا التّلف فی الثّلاثة فهو محلّ خلافٍ **فالمتاخّرون** قالوا: بعدم الفرق بين **«بعد الثّلاثة و فی الثّلاثة»** بان يكون كلٌّ منهما، من البايع **ولكن جمع من القدماء** و منهم الشّيخ المفيد اعلیٰ اللّه مقامه و السّيّد المرتضیٰ و السّيّد ابوالمكارم ابن زهرةؒ و سلّار و الشّهيد الاوّلؒ ذهبوا الیٰ انّ التّلف يحسب من المشترى لا من البايع فيحصل فرقٌ بين التّلف فی الثّلاثة و بعد الثّلاثة.

و لم يذكروا لهذا، وجهاً بيّناً و غاية ما قالوا فی وجهه انّ: بعد الثّلاثة ان اراد جبران الضّرر، يمكنه الفسخ و إن لم يُقدِمْ علیٰ الفسخ فهو راضٍ بالضّرر بخلافه فی الثّلاثة **حيث** لم يكن له فسخٌ فاذا قلنا بانّ التّلف من البايع، حينئذٍ ضررٌ مدفوعٌ عنه.

اقول: انّ التّفصيل بينهما خلاف المبادئ و المستندات الموجودة **لانّ** دليل **«تلف المبيع قبل قبضه»** و دليل **«الخراج بالضّمان»**، يشتركان فی التّلف بعد الثّلاثة او فی الثّلاثة.

فان قلنا بتخصيص «الخراج بالضّمان» بدليل **«تلف المبيع... الخ»** فهو فی كليهما يبقیٰ المعارض الآخر الآتی بعد الثّلاثه، **و هو: «التّلف فی زمن الخيار ممّن لا خيار له»** و اجبنا عنه سابقاً **ولكن** لايأتی فی **«التّلف فی الثّلاثة»** لانّ المفروض عدم الخيار فی الثّلاثة.

فبناءً عليه من ذهب الیٰ انّ التّلف بعد الثّلاثة من البايع، فقد تذهب اليد، فی **«التّلف فی الثّلاثة»** بالاولیٰ **ای يمكن لاحدٍ ان** يقول **«فی التّلف فی الثّلاثة»** انّه من البايع **ولكن** فی **«التّلف بعد الثّلاثة»** من المشترى علیٰ عكس التّفصيل الّذی قال به المفيدؒ **هذا اوّلاً.**

و امّا ثانياً: فالفتویٰ الّتی مشوالها فی مسألةٍ فی باب: **«كلّ مبيعٍ قبل قبضه فهو من**

مال بايعه» صحيحيحةٌ فی نفسها **ولكن عمل** المشهور ليس مستنداً الیٰ هذه الرّواية النّبويّة كالخلع و الصّداق.

مضافاً الیٰ ذلك انّ ذكر النّبویّ المذكور، انّما هو من باب التّأييد و الاّ مبنیٰ الفتویٰ المذكورة الّتی يتعدّون منها لموارد، لايقتضيه نصّ الحديث و ليس من ديدن العلماء، الضّمان المعاوضیّ و تعهّد الاداء و القبض و الاقباض و الالتزام المعاوضیّ.

فحينئذٍ لو قلنا بانّ المال، مال المشتری و مع ذلك ان تَلَفَ فهو من **البايع، لاينافی هذا، مع قاعدة: «الخراج بالضّمان» كما** ذهب الیٰ التّنافی بينهما الشّيخ ﷺ **لانّ «الخراج بالضّمان»**، عبارةٌ عن تلازم الضّرر و النّفع و هذا شیءٌ يلتزم به ولايخصّصه **و هذا لا ينافی ضمان** الخسارة مع شرط الضّمان و شرط التّعهّد بحيث اذا تعذّر اداء العوض تصير المعاملة منفخساً قهراً.

و هذا مبنیٰ فتویٰ العلاّمة ﷺ حيث قال: يجری هذا فی كلّ معاوضةٍ حتّیٰ فيما ليس من قبيل المعاوضة كالصّداق.

ممّا يؤيّد ما قلناه من انّ المبنیٰ فی انّ: **«كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»**، ليس هو المبنیٰ **بل** ما قلناه من الضّمان المعاوضیّ و غيره، هذا الفرع و هو انّ المقصود من القبض الّذی هو رافعٌ للضّمان فيما نحن فيه علیٰ المشهور، غير ما اعتبروه فی سائر الموارد من الهبة و الوقف و السّكنیٰ و بيع الصّرف و السلّم **لانّ** المعتبر من القبض فی الهبة و غيرها، **فعل القابض** و اخذه فلو لم يتحقّق القبض من الآخذ و لو تمكّنه من القبض، لم يترتّب عليه اثرٌ شرعیٌّ لان التمّكين من القبض، ليس بقبضٍ فی هذه الموارد.

و امّا فيما نحن فيه فالمشهور علیٰ انّ التمّكين من القبض بحكم القبض، رافعٌ للضّمان **وافتیٰ به الشّيخ الطّوسیّ** ﷺ و جمعٌ آخر.

و يستفاد من كلام الشّيخ الطّوسیّ ﷺ فی الخلاف، الاجماع علیٰ ذلك **و هكذا صرّح الشّيخ** ﷺ بذلك فی موارد متعدّدة و لو لم يقبل صاحب الجواهر ﷺ دعویٰ انّ التمّكين من القبض، قبضٌ **و اشكل عليهم بانّ** هذا التّفصيل ليس له وجهٌ ولكن علیٰ

ما قلناه من المبنیٰ، وجه التّفصيل معلومٌ بيّنٌ لما قلناه **سابقاً اوّلا:**

انّ الحديث النّبويّ لا يعتبر كونه مستنداً وحيداً للمسألة **بل** يكون مؤيّداً و علیٰ فرض كونه دليلاً و مستنداً له حيث كان هو علیٰ طبق المرتكزات و كان من الامضائيّات و ليس بحكم التأسيسات، ينزّل هذا علیٰ الارتكازیّ العرّفی و الدّليل الحقيقی، ضمان المعاوضة و التزام المتبابعين، **و من البديهی انّ ما** التزم البايع حين العقد، التمّكين من القبض، و تلف المبيع... الخ» كان معتبراً و دليلاً فی المسألة، انّما هو محمولٌ علیٰ الغالب، و المصبّ انّما هو الارتكاز العرفیّ و هو «انّ تلف المبيع من مال بايعه قبل قبضه»ای قبل ان يعمل بوظيفته.

فتبيّن مما ذُكِرَ حال الفرعين:

الفرع الاوّل: انّه لو مكّن البايع، المشترى من القبض و امّا المشترى فهو لم يقبضه بعدُ، هل هذا رافعٌ لضمان البايع بحيث لو تلف بعد هذا التمّكين فليس من مال بايعهام لا؟

المشهور انّه ليس من مال بايعه **و الشّيخ الطّوسی**ﷺ **ادّعیٰ الاجماع فی الخلاف** و هكذا صرّح الشّيخﷺ **بانّه الاقویٰ و لم** يبيّن وجهه و لم يعللّه و لعّلهﷺ اعتمد علیٰ الاجماع المدّعیٰ من الشّيخ الطّوسیﷺ **و نحن نعلّله بانّ وجهه** هو التّعهد المعاوضیّ و التزام البايع حين العقد، التّخليّة و تمكين المشترى من المبيع.

الفرع الثّانی: انّ الّتمكيّن من القبض يكفی فی المقام **لانّ** المقصود من القبض هنا، عمل البايع بتعهّده و التزامه فاذا لم يخرج من تعهّده فبقیٰ التعهّد بحاله فالتلّف من ماله و **«تلف المبيع... الخ»** منزّلٌ علیٰ ارتكاز العرف و اعتبار كلمة القبض باعتبار انّ الغالب، التّسليم و التّسلم و امّا تسليم البايع و امتناع المشترى من اخذه فهو من الموارد المستثنیٰ فيه لاجل عوارض حدثت و هذا هو الفرق بين المقام و سائر الموارد الّتی اعتبر فيها القبض حيث اعتبروا تحقّق القبض فی سائر الموارد و لم يعتبروا التمّكين من القبض امّا فيما نحن فيه فقد صرّحوا بانّه رافعٌ للضّمان.

هنا سؤالان:

الاوّل: انّ لازم القول بانّ التمّكين من القبض، قبضُ انتفاء الخيار فى صورة التمّكين **حيث** انّ التمّكين ان كان بحكم القبض فكان المبيع مقبوضاً فاذا كان بحكم المقبوض فلاخيار فيه للتّأخير فاذا لم يكن خيار التّأخير فلا يبقىٰ موردٌ للبحث عن خيار التّأخير فى التّلاثة او بعد التّلاثة.

و هذا الملازمة تستفاد من بعض كلمات الشّيخ ﷺ ايضاً فيما سبق اى يستفاد ممّا سبق انّ خيار التّأخير تابعٌ لضمان المبيع فكلّ موردٍ كان فيه ضمان المبيع، فكان خيار التّأخير موجوداً و الاّ فلا و لازم هذا، الشّبهة و السّؤال الّذى ذكرناها سابقاً.

و امّا بناءً علىٰ ما قلناه، فليس بينهما ملازمةٌ و لا تَرِدُ علينا الشّبهة **لانّه** يمكن القول بتحقّق القبض الرّافع للضّمان و عدم تحقّق القبض الّذى اعتبره لاجل خيار التّأخير فى **رواية: «لايقبضه صاحبه و لا يقبض الثّمن»** لانّ المراد من القبض فى كلّ موردٍ اعتبر فيه، فعل القابض و امّا حملنا فى: «تلف المبيع قبل قبضة...» علىٰ ما هو من فعل المُقبِض، فهو لاجل القرينة و هذا ليس دليلاً علىٰ المراد من القبض فى سائر الموارد، هذا الّذى حملناه فلا مجال للملازمة الّتى قال بها الشّيخ ﷺ **لانّ القبض، قبضان:**

قبضٌ رافعٌ للضّمان يكفى فيه تمكين القبض كما اعترف به

و قبضٌ هو شرطٌ للخيار و هذا فعل المشترى و لا يكفى فيه تمكين البايع و لا ملازمة بين القبضين.

السّؤال الثّانى انّ التمّكين من القبض الّذى قلناه انّه رافعٌ للضّمان **هل هو تمكينٌ** مطلقٌ اى لم يشترط المبيع باداء الثّمن بان قال البايع للمشترى: آخذ المبيع سواءٌ اديّتَ الثّمن ام لا؟ و هذا رافعٌ للضّمان قطعاً، او تمكين مشروط باداء الثّمن؟

المستفاد من خلال كلمات المحقّق الايروانى ﷺ انّه لا يكفى التمّكين المشروط فى رفع الضّمان **لانّ** لازم الكفاية، عدم ضمان البايع، المبيعَ الاّ فى مورد الغصب

فيكون معنىٰ: «**كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**» اذا كان البايع غاصباً و هذا امرٌ غير ممكنٍ.

نحن نقول بعكس ما قالهﷺ حيث قلنا: انّ وظيفة المتعاملين، العمل بوظيفة التّعهد **و من البديهى** انّ وظيفة التّعهد، ليس مطلق التّسليم المطلق بل التّسليم المشروط **و امّا قوله**ﷺ **بانّه اختّص فى مورد الرّواية، بالبايع الغاصب، فليس الامر كذلك لانّ** الغاصب له شرائطُ لم تحصل فى كلّ بايعٍ **و من المعلوم انّ** التّمكين و التّسليم المشروط فى مورد روايات خيار التّأخير، مفروض التّحقّق فحينئذٍ تلف المبيع فى الثّلاثة او بعد الثّلاثة، انّما هو من المشترى.

الاقوال المختلفة:

فتحصّل من جميع ما ذكرناه سابقاً فى باب تلف قبل القبض فى الثّلاثة او بعدها فى مسألة خيار التّأخير انّ فيه اقوالٌ مختلفةً:

منها: كون التّلف من مال البايع.

و منها: التّفصيل بين التّلف فى الثّلاثة و كونه من المشترى و بين التّلف بعد الثّلاثة و كونه من البايع.

و منها: التّفصيل و الشّيخﷺ **لم يذكره** فى المتاجر و فى باب الخيارات **ولكن** نَقَلَهُ صاحب الجواهرﷺ و السّيّدﷺ فى الحاشية و لو استظهره السّيّد بعد نقله بانّ هذا ليس تفصيلاً فى محل النّزاع **و هذا هو الاقوىٰ عندنا و قلنا انّ الدّليل** الّذى كان مورداً للاعتماد فى اصل المسألة و فروعاتها، حديث النّبوىّ: **«كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»** و مع ذلک قلنا سابقاً: انّ هذا الحديث مضافاً الىٰ كونه ضعيفاً سنداً و عدم معلوميّة جبره بعمل الاصحاب و لم يثبت اعتماد القدماء بهذا الحديث بعدُ و انّ مجرّد توافق الفتوىٰ، ليس كافياً فى جبر السّند بل يلزم الاعتماد و الاستناد بحيث علم انّه لم يكن مستنداً سواه و هذا غير محرزٍ، و ليست لفتاوىٰ الواردة فى فروعات المسألة مناسبةٌ لهذا المستند الفريد **حيث** تعدّوا من المبيع الىٰ الثّمن فقالوا: كلّ ثمنٍ تلف قبل قبضه فهو من مال المشترى و تعدّوا من البيع الىٰ الاجارة و عوض الخلع و الصّداق حتّى انّ بعض الفقهاء كالعلّامةﷺ افتىٰ صريحاً بجريانه فى كلّ المعاوضات.

و من البديهى انّ هذه التّعديات، لا تتناسب مع المستند المذكور لعدم وجود العلّة المنصوصة فى البين و عدم معلوميّة الغاء خصوصيّة المورد و تنقيح المناط القطعىّ.

مضافاً الىٰ ذلک هنا، قرينةٌ اخرىٰ علىٰ عدم كونه مستنداً فى المسألة فقط و

يكون التمّكين من القبض بمنزلة القبض رافعاً للضّمان اى لاتجرى قاعدة: «**كلّ مبيع تلف قبل قبضه**»، هنا **لانّ** فی هذه القاعدة، عُلِّقَ الحكم علىٰ مفهوم القبض كما فی مشابهاته من بيع الصّرف و السَّلَم و الوقف و غير ذلک لا علىٰ التمّكين من القبض مع انّ التمّكين من القبض فی المقام كافٍ عن القبض.

فحينئذ يلزم ان يكون المستند فی المسألة، ضمان المعاوضه و تحقّق القبض و الاقباص الّذی هو جزء العقد بحيث لو لم يتحقّق القبض و الاقباض لم يتحقّق التّعاقد و الالتزام الوافع بينهما فی العقد و **هذا معنىٰ الانفساخ القهرىّ**.

و بهذا يعلم انّ فتوىٰ العّلامة بالتّعدى الىٰ عموم المعاوضات متينٌ جدّاً و فی محلّه و يدّل علىٰ ذلک قوله تعالىٰ: «**اوفوا بالعقود**» و ايضاً قولهم: بكفاية التمّكين من القبض» متينٌ جدّاً **حيث** انّ تعهد البايع انّما هو التمّكين من القبض و ليس المراد من القبض، القبض الاجبارىّ **بل** التمّكين من القبض **و المراد من القبض فی** «**كلّ مبيعٍ ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه**»، فعل البايع و قبض الثّمن ايضاً من فعل المشترى **و لا وجه للقول بانّ** القبض و الاقباض فعل البايع فيعتبر فيه الاذن و امّا اقباص الثّمن من المشترى فليس هو من فعل المشترى فلا يعتبر فی الاذن **لانّ** كلّ قبضٍ فی كلّ عقدٍ، اعتبر بالنّسبة الىٰ البايع او المشترى و لا يعتبر فعل احدهما فی مورد الآخر.

هنا مطلبان يكونان وجهاً لقول التّفصيل:

الاوّل: انّه لا ملازمة بين القبض الرّافع للضّمان و بين القبض الّذی هو شرط الخيار فی كون التمّكين من القبض يكفی فيهما **لانّ** مبنىٰ القبض الرّافع للضّمان، هو تعّهد البايع الرّاجع الىٰ فعله **و امّا المراد من القبض الّذی** هو شرط الخيار، فلفظ القبض الذّی ورد فی الرّواية الصّحيحة و يحمل علىٰ فعل الاثنين و فعل القابض الّذی هو حقيقة القبض.

فقول الشيخ ﷺ **بالملازمة** بينهما لاوجه له و مخالفٌ لاطلاق روايات الباب.

فبناءً عليه يكون التمكين من القبض رافعاً للضّمان و ليس رافعا للخيار لانّه ليست للقبض حقيقةٌ فيبقىٰ خياره.

الثّانی: انّ مورد الرّوايات جميعها او غالبها، التمكّين فی القبض و التّمكين من القبض المعتبر فی الاخبار، هو الّتمكين المشروط لاالّتمكين المطلق **لانّ** هذا مقتضیٰ تعّهد البايع حين العقد،

فيما افاده المحقّق الايروانیّ ﷺ **من** انّ الّتمكين الرّافع للضّمان، انّما هو الّتمكين المطلق لا المشروط اذ لو كان تمكيناً مشروطاً يلزم كون مورد الضّمان، البايع الغاصب، **ليس صحيحاً** لانّ تعهّد البايع حين العقد، التمّكين المشروط باداء الثّمن و دليله ايضاً غير صائبٍ **لانّ** الغاصب انّما هو المتعدّی و يمكن ان لا يكون البايع متعدّياً بان لا يطالب المشترى منه او لم يكن متمكّنا من ردّه فی مدّةٍ.

فبناءً عليه لو لم يتحقّق التمّكين من البايع و لو مشروطاً و تلف المبيع فهو من كيس البايع سواءً كان فی الثّلاثة او بعد الثّلاثة **فبناءً عليه هذا** التّفصيل ليس التّفصيل السّابق الواقع فی الثّلاثة و بعد الثّلاثة بل هو تفصيلٌ بالنّسبة الیٰ وضع البايع **و هذا التّفصيل اوجه** ما فی الباب كما فی الوسيلة و المختلف و نقله صاحب الجواهر ﷺ و السّيد ﷺ و غاية الامر قال السّيد: انّ هذا خروجٌ عن محلّ الكلام.

خيار ما يفسد من يومه

هذا النّوع من العنوان هو عنوان ورد فی الرّوايات و امّا المعبّر فی السنة الفقهاء، **فهو «خيار ما يفسد ليومه كالخضروات من العنب و غيره ممّا يفسد ليومه».**

هنا: اشكالٌ مشتركٌ علىٰ الرّوايات و تأدية الفقهاء و اشكالان علىٰ تأدية الفقهاء عنه.

امّا الاشكال المشترك فهو انّ كلمة **«مِن»** امّا **بمعنىٰ «فی» اى «ما يقسد فی يومه»** او بمعنىٰ الابتداء يعنى **«يشرع الفساد من اليوم» فحينئذٍ** جعل الخيار للبايع بعد مضیّ اليوم و طرّو الفساد، ليس فيه جدوىٰ **لانّ** الفرض، ضمان البايع حيث ورد فی الرّواية **قوله عليه السلام: «فان جاء الىٰ اللّيل و الاّ فلا بيع له».**

بالجملة قد يتوّهم التّهافت فی الرّوايات بانّه اذا كان المراد من **«ما يفسده»، «من يومه»**، فخيار اللّيل، لا ينفعه.

أوّلَ عن هذه الشّبهة المشتركة، بوجهين:

الاوّل: انّ المراد من اليوم، ما يشمل اللّيل كما فی خيار الحيوان: **«ثُلاثة ايامٍ»** الشّامل للّيل ايضاً كما قال به الشّيخ رحمه الله حيث استظهر من كلام الشّهيد الاوّل فی الدّروس: «فبما يفسده المبيع... الخ»، الظّاهر منه، شمول اليوم، للّيل ايضاً.

و اجاب صاحب الجواهر رحمه الله عنه بانّه لم يثبت شموله للّيل و ماورد شموله للّيل، انّما هو لاجل القرينة و هو انّه يستفاد من استمرار الحكم الىٰ ثلاثة ايّامٍ و لم يستفد من كلمة **«اليوم».**

و فيما نحن فيه كانت القرينة موجودةً حيث كان **«ممّا يفسد ليومه».**

الثّانی: انّ قولنا «ما يفسد من يومه»، من قبيل المشارفة و ليس المراد من الخيار، الخيار الفعلیّ و ليس تهافتاً فی كلام الفقهاء و لا فی الرّوايات.

نحن نذكر احتمالاً ثالثاً تدّل عليه القرائن و هو انّ الفساد له مراتبُ؛ و ليس المراد

من الفساد، الفساد الآنىّ فى اليوم **بل** المراد من الفساد، الشّروع فى الفساد فى اليوم و استمراره الىٰ اللّيل **و معنىٰ** كلمة **«من»** الابتداء يعنى يشرع الفساد من اليوم و امّا اللّيل ففساده اكثر.

و لا يأتى حينئذٍ الاشكال الاوّل بانّ جعل الخيار فى اللّيل الّذى كان قد فسد فى اليوم، لا فائدة له.

نحن نقول: انّ الخيار له فائدةٌ لانّ الخيار يمنع عن الفساد الكثير فى اللّيل حيث انّ الفساد يشرع من اليوم و استمرّ الىٰ اللّيل ايضاً و الخيار يمنع عن كثرة الفساد.

و يمكن ان يقال: انّ ذكر الصّدوقﷺ الامثلة، انّما هو من باب الاجتهاد و من جملة الامثلة، ذَكَرَ البطّيخ.

و من المعلوم انّ البطّيخ لا يفسد من يومه.

و لا يخفىٰ الفرق بين ما قلناه و بين ما كان من قبيل مجاز المشارفة، حيث كان الفساد، شُرِّعَ علىٰ ما قلناه و امّا علىٰ مجاز المشارفة، لم يتحقّق بعدُ.

و لا يخفىٰ انّ المراد من «ما يفسده من يومه» تعليق الحكم بـبيّنةٍ و بـرهانٍ اى الخيار، لاجل حفظه من الفساد و ترقّب الفساد،

فبناءً عليه ان كان متاعٌ يفسدُ لنصف اليوم (مثل فرصاد). فالمدار علىٰ الفساد و حفظه عن الفساد و ليست لليوم موضوعيّةٌ.

و عليه يندفع الاشكال الاوّل و كان الفساد علّة الحكم فلو تطرّق اليه الفساد اقّل من اليوم يثبت له الخيار اقلّ من اليوم

و هكذا لو تطرّق اليه الفساد قبل الصّبح فالخيار الىٰ قبل الصّبح و هكذا، لو تطرّق اليه الفساد من يومين و نحو ذلك **و لو كان** هذا خروجٌ عن ظاهر النّص **ولكن كان** المتبادر من النّص خصوصاً بملاحظة انّه اعتبر **«ما يفسد من يومه»** انّ المدار، الفساد ايّ زمانٍ تحقّق الفساد، يأتى الخيار فيه.

امّا الاشكال الآخر الوارد علىٰ كلام الفقهاء فهو انّ كثيراً من الفقهاء قالوا: بـانّ الخيار انّما ثبت فى اليوم و جعلوه للمشترى **و امّا الرّوايات**، فقد عيّنت مبدأ الخيار،

اللیّل و جعلته للبایع.

یجاب عنه ایضاً تبعاً عن کلام الشّیخ الطّائفةﷺ بانّ المقصود من الخیار الیٰ اللّیل، الخیار الرّاجع الیٰ المشتری بالمعنیٰ اللّغویّ و هذا غیر الخیار المجعول للبایع **حیث** انّ الخیار المجعول للبایع، خیارٌ تشریعیٌّ جعله الشّارع و قد **جمع «الحلّی ابن ادریس**ﷺ» بینهما فی کلامه **و قال: انّ المشتری کان له خیارٌ الیٰ اللّیل** و اذا لم یأت المشتری الثّمن فللبایع، الخیار و اطلقﷺ علیٰ کلیهما لفظ الخیار.

مستند ما یفسد من یومه

مستند هذا الخیار روایتان و دلیل لاضرر.

وقع الکلام فی متن الرّوایتین و سند هما:

احدا هما: الباب ۱۷ من ابواب الخیار – الحدیث الاوّل:

«محمّد بن یعقوب، عن محمّد بن یحییٰ، عن محمّد بن احمد، عن یعقوب بن یزید، عن محمّد بن ابی حمزه، عمّن ذکره (کانت مرسلةً) **عن ابی عبدالله و ابی الحسن**علیهما السلام، **«فی الرّجل یشتری الشّیٔ الّذی یفسده من یومه ویترکه حتّیٰ یأتیه بالثّمن قال**علیه السلام**: «ان جاء فیما بینه و بین اللّیل بالثّمن والاّ فلا بیع له».**

حَمّلَ قولهعلیه السلام**: «لا بیع له»** علیٰ الخیار کما فی باب خیار التّأخیر و امّا المحقّق **الاردبیلی**قدس سره و تبعهم جمعٌ منهم صاحب الحدائق فقالوا فی باب خیارالتّأخیر انّ **«لا بیع له»** معناه، هو البطلان والانفساخ وافتوا ببطلان البیع بعد ثلاثه ایّامٍ خلافاً للمشهور حیث قالوا: بانّ معنیٰ **«لا بیع له»** ای الخیار بعد ثلاثه ایّامٍ.

وعن بعضٌ المحشّین کما عن المحقّق الاصفهانیقدس سره انّ هذا الخلاف الواقع فی‌باب خیار التّأخیر فی معنیٰ **«لا بیع له»**، لم یأت هنا و الکلّ حملوا قولهعلیه السلام **«لا بیع له»** علیٰ الخیار.

ولا یخفیٰ ما فی هذا القول حیث انّ صاحب الحدائق تبعاً عن المحقّق الاردبیلیّ المردّد فیه، صرّح فی کتابه فی هذا الباب هذا نصّه: «کما قلنا فی ما سبق **«ان لا بیع له»** بمعنیٰ الانفساخ والمختارهنا ایضاً **الانفساخ** و لکن المشهور معناه، الخیار، و هذه العبارة واردةٌ موردَ توهّمِ الحقّ.

ثانیهما: «محمّد بن علیّ بن الحسین باسناده، عن ابن فضّال عن ابن رباط، عن زرارة، عن ابی عبداللهعلیه السلام **فی حدیثٍ قال: «العهدةُ فیما یفسد من یومه مثل العقود، البطّیخ و الفواکه یوم الیٰ اللّیل»** معنیٰ العهدة هنا اللزّوم الیٰ اللّیل لا معنیٰ درک

المبيع و ضمانه **لان** بالنّسبة الیٰ درکه المبيع، لا فرق بين اللّيل واليوم و انّما هو يرتبط بما قبل القبض.

و اشكل عليه المحقّق الاصفهانیﷺ فی الحاشيةّ بان لم تأت العهدةُ بمعنیٰ الزّوم المقابل للجواز و المتبادر منه، الدّرک.

ولكن لنا انّ نقول:

انّ معنی العهدة، ليس، بمعنیٰ اللّزوم و لا بمعنیٰ الدّرک **بل** المتبادر منه، انّ التّعهد و الالتزام بين المتعاملين باقٍ الیٰ اللّيل لا فيما بعد اللّيل، واللّزوم يستفاد من معناه بالملازمة و ليس معناً مطابقيّاً له.

صرّح صاحب الجواهرﷺ بانّ الحديث الاوّل كان مرسلاً يجبر ارساله بعمل الاصحاب.

لا يخفیٰ انّ الحديث الثّانی لم ينقله صاحب الوسائل مرسلاً كما رأيته **و امّا** الصّدوقﷺ فقد نقله فی نسخةٍ **«صحيحة»** «**لمن لا يحضره الفقيه**» مرسلاً هكذا: «عن ابن رباط، عمّن رواه عن ابی عبداللّهﷺ، مكان كلمه «زراره»، و مرسلات الصّدوق بمنزلة مراسيل «**ابن ابی عمير**» كمسانيده حيث التزمﷺ:

«**بانّی لا اورد الاّ هو حجّةٌ بينی و بين ربّی**».

ولذا اورد صاحب الوسائل علیٰ هذا الحديث اوّلاً:

انّ السّند، عمّن رواه كما نقلنا عن الصّدوق، لا عن زرارة **و لذا قال فی بعض الكتب** الاستد لاليّة انّها: مرسلة الفقيه.

و ثانياً: انّ هذا السّند ليس مع هذه الرّوايّه **حيث** انّ الصّدوق قبل نقل رواية العهدة، نَقَلَ روايتين آخريتين و كان لاولّهما هذا السّند و امّا ثانيهما و ثالثهما فليس لهما هذا السّند.

ولذا يحتمل بانّ الحديث الثّابت يكون هكذا: «**العهدة فيما يفسد من يومه... الخ**» من كلام الصّدوق وليس مرتبطاً للرّواية **و اوّل من ابدع** هذا الاحتمال، هو

شارح **«من لايحضره الفقيه»** المجلسىّ الاوّل رحمه اللّه ثّم جزم بهذا الاحتمال صاحب الجواهرﷺ بانّ الظّاهر منه، انّه من كلام الصّدوقﷺ و قال الشّيخ فى المقام: اسنده فى الوسائل الىٰزرارة، موهما الىٰ ردّ كونه مسنداً و ان كان هذا من كلامهﷺ فكان هو مفهوم **«مرسلة محمّد بن ابى حمزة»**، الحديث الاوّل المنقول بمعناه وليس الحديث الثّانى المنقول **عن «ابن رباط»**، روايةً اخرىٰ حتّىٰ يجبر اسناده ارسال «رواية محمّد بن ابى حمزة» كما فىعدّةٍ من الكتب.

و ممّا يؤيّد كونهما رواية واحدة انّ الشّيخﷺ والكلينىﷺ نقلا كلاهما «حديث محمّد بن ابى حمزة»: فان قلنا انّ **حديث: «العهد فيما يفسد من يومه... الخ»** كان رواية علىٰحدّة، ليست رواية محمّد بن ابى حمزه فى **«من لا يحضره الفقيه»** بمنقولةٍ **وكذالك ان قلنا انّ رواية: «العهدة فيما يفسد من يومه... الخ» روايةٌ اخرىٰ غير مفهوم «رواية محمّد بن ابى حمزة»** فليس فى المنقول عن الشّيخﷺ والكلينى اثرٌ من حديث: **«العهدة.... الخ» ومن البعيد جدّاً** نقل الكلينى والشّيخ الطّوسىّ روايةً و لم ينقلها الصّدوق و بالعكس اى نقل الصّدوقﷺ روايةً لم ينقلها الكلينىﷺ و الشّيخﷺ مع انّ اصولهما و كتب اربعة مأٍه، واحدٌ.

خيار ما يُفسد من يومه ان كان مستنده قاعدة «لاضرر»

دليل المسأله امران:

الاوّل: الاخبار و قد بحثنا عنها فراجع.

الثّانی: دليل **«لا ضرر»**. ينجبر الارسال فی الرّوايات بعمل الاصحاب و خبر **«الضّرار»**.

قرّب الشّيخ كيفيّه تطبيق «لاضرر» علىٰ ما نحن فيه: بانّ الاضرار الثّلاثه وهی ضررٌ ناشٍ من ضمان المبيع. و ضرر وجوب الحفظ و المحروميّه من التّصرف و ضرر تأخير الثّمن، يتحقّق كلّها هنا.

و اورده عليه المحقّق الايروانیّ و بعضٌ آخر من المحشّين بانّ **«لاضرر»**، انّما يرفع ضمان المبيع النّاشئ منه الضّرر **لا** انّه يرفع اللزّوم و يثبت الخيار.

و قد يجاب عنه اوّلاً: بما قال به الشّيخ فی مطاوی كلماته بانّ قاعده **«التّلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»** اخصّ من قاعده: **«لاضرر»** فلو قلنا **برفع «لاضرر»**، ضمان المبيع، لا يبقیٰ **لقاعدة «تلف قبل القبض»** مورد اصلاً **لان** التّلف قبل القبض، انّما هو ضررٌ دائماً.

و نحن اجبنا عنه سابقاً بانّ مسأله: «تلف المبيع قبل قبضه...» الخ ليست مُخصِّصةً**لدليل «لاضرر»، لانّ** تخصيص «لا ضرر» ولواتفقّ فی بعض الموارد **لكنّه** ليس بسهلٍ لانّ **«لاضرر»** واردٌ مورد الامتنان **بل** هو تخصيصٌ **لانّ** هذا الضّرر ضررًا قدم عليه بالتزام **«العقد»** وليس ناشئاً من البايع فلا ضرر حينئذ و لا يجوز له، رفع ضمان المبيع.

وان شئت قلت: انّ رفع اللزّوم انّما هو بمعنیٰ رفع ضمان المبيع ای لک انْ تخرج من دائرة مسؤوليّة الضّمان.

و كيف كان، لايرد هذا الايراد و يجری تلف المبيع قبل قبضه و جريانهِ امّا

باعتبار التّخصيص كما ذكره الشّيخ‌ﷺ او التّخصّص كما قلناه سابقاً و **«لا ضرر»** انّما يرفع اللّزوم لا ضمان المبيع.

اقول: يمكن ان يورد علىٰ تقريب الشّيخ‌ﷺ بانّ الادّلة التّى تدلّ علىٰ خيار تأخير الثّلاثة علىٰ انّ اضرار ثلاثة ايّامٍ فى يومٍ واحدٍ ليست قابلةً للملاحظة كما ذكره الشّيخ فيما سبق.

فجعل الخيار فى يوم واحدٍبملاحظه الاَضرار الثّلاثة و عدم جعله فى خيار التّأخير الىٰ ثلاثة ايامٍ، لا يخلو عن تهافت و تناقض فكان ينبغى للشّيخ‌ﷺ بيان خصوصيّة المسألة و كون ما نحن فيه ممّا يتطرّقً اليه الفساد وليس مجرّد ضمان المبيع، مُجوّزاً للفسخ فى يومٍ واحدٍ بل له خصوصيّةٌ و هى انّها ممّا يتطرّق الفساد فيه.

و ينبغى لهﷺ ذكر هذه الخصوصيّة هنا لجعل الخيار ولايكون هذا الاّ جعل الخيار فىشروع الفساد و اِشرافه الىٰ الفساد و ليس هو الاّ هذا اليوم علىٰ ما ذكرناه.

و هذا ايضا لا يخلو عن اشكالٍ فى موارد ذكرناها.

منها: انّ القبض الرّافع للضّمان هو تسليم البايع، المبيعَ و لو لم يأخذه المشترى و صرّح بهذا، الشّيخ‌ﷺ نفسه و هذا المعنىٰ، يحصل فى اغلب موارد البيع و فى مورد الرّواية ايضاً فلا يجوز جعل ضمان المبيع من الاَضرار الثّلاثة.

منها: انّه لو قلنا بعدم التمّكين من القبض فيما نحن فيه و فى مورد الرّواية او قلنا بعدم كفاية التمّكين من القبض، تحقّق الاتلاف من المشترى و هو لم يدخل تحت روايه: «**تلف المبيع**... الخ» **لانّ** ما يتطرّق اليه الفساد، ملك المشترى و هو تعلّل فى اخذه من اتلاف المشترى ولو بالتّسبيب اى لم تشمل قاعدة: «تلف المبيع قبل قبضه... الخ» هذا الفرد و باقياً علىٰقواعده.

فيظهر على ما قلناه ضعف ما قال به المحقّق الايروانىّﷺ ردّاً للاشكالات المذكورة من انّ: **قولهﷺ: «فان جاء الىٰ اللّيل و الاّ فلا بيع له» المراد منه هو «ان جاء الثّمن الىٰ اللّيل مكان المثمن موجوداً** و امّا جاء فى اللّيل فيأخذ البايع الثّمن

ولا بيع ای ليس مبيعٌ فی‌البين **لانّ** الفرض انّ الخضروات لا تهدم الیٰ اللّيل» فالحقّ ما ذكرناه سابقاً.

فالاولیٰ فی تقريب «لاضرر» و تطبيقها علیٰ المورد الخالی عن الاشكالات السّابقة هو انّ **الزام الشّارع** بالتّعهد لاحد المتعاملين من دون عملٍ بالتزامه، ضررٌ عليه ناشٍ عن حكم الشّارع **ولذا** قلنا انّ الخيارات التّی ناشئةٌ عن تخلّف الطرّف او التعذّر عن عمل الطّرف بالتزامه، لا تحتاج الیٰ دليل: «**لاضرر بل** قوله: «**اوفوا بالعقود**» كافٍ فی المقام لانّ «**اوفوا بالعقود**» يدّل علیٰ وجوب الوفاء، والوفاء، العمل بما التزام المتعاملين من التّبادل بين الثّمن و المثمن.

فالالتزام بالثّمن فيما لم يلتزم البايع برّدا المثمن حتّیٰ يفسد المبيع، خلاف الوفاء و هو ضررٌ ناش من حكم الشّارع علیٰ المشترى.

و من هنا يعلم عدم ورود اشكال اورده فی باب خيار التّأخير وهو انّ مورد «**لاضرر**» هو ما يكون العقد والتّعاهد نفسه، ضرّرياً.

و امّا الضّرر فی باب خيار التّأخير وكذلک هنا فهو ناشٍ من سوء اختيار المشترى و عصيانه. **و وجه ضعفه انّ** العمل بالعقد انّما هو التّعاهد و عَملُ كليهما بما التزام وامّا الزام الشّارع بالعمل لاحد المتعاملين دون الآخر، انّما هو ضررٌ عليه منفّیٌ به.

فرع: قال الشّیخﷺ**: ثمّ انّ هذا الخیار یعّد من افراد التّأخیر فیشترط فیه ما یشترط فی خیار التّأخیر من امورٍ ثلاثةٍ او اربعةٍ:**

عدم قبض الثّمن – عدم اشتراط تأخیر الثّمن والمثمن وکون المبیع عیناً لاکلیّا.

اقول: وجه کون هذا الخیار یعدّ من افراد خیار التّأخیر، لم یعلم له معنیٰ **مع انّ خیار** التّأخیر، انّما هو ثلاثة ایّامٍ و هذا الخیار، یومٌ واحدٌ.

وایضاً هذا الخیار، خیار ما یفسد من یومه، هذا، غیر خیار التّأخیر.

غایة توجیه کلام الشّیخﷺ **انّ** هذا الخیار بمنزله الاستثناء فی اخبار خیار التّأخیر بانّ «من اشترىٰ شیئاً وجاء بالثّمن ما بینه وبین ثلاثة ایّامٍ والاّفلا بیع له»، کلّیٌ خُصِّصَ باخبار خیار ما یفسد من یومه ای لم یورد اخبار خیار: **«ما یفسد من یومه»** لقلنا بانّ مدّة الجهل بخیار ما یفسده ایضاً، ثلاثه ایّامٍ ولکن **«اخبار ما یفسد من یومه»** تخصیصٌ له ای کان داخلاً فخرج بالنّص فیشترط فیه مایشترط فی خیار التّأخیر.

و هو ایضاً مندفعٌ بانّه لیس من قبیل الاستثناء **بل** کلاهما خیاران متقابلان.

قالا ولیٰ والاقرب فی اثبات اشتراط هذه الشّروط الثّلاثة فی المقام ایضاً، هو اخبار الباب کروایة **«محمّد بن ابی حمزه: «فی الرّجل یشتری الشّیٔ الذّی یفسد من یومه** و یترکه حتّیٰ یأتیه بالثّمن قالﷺ: **«ان جاء ما بینه وبین اللیّل فی الثّمن والاّفلا بیع له»** وانت لو **تتأمّل، تعرف انّ** الشّروط الثّلاثة مستفادةٌ منها، لا یحتاج الیٰ قیاسه بخیار التّأخیر و کونه من افراده.

فرعٌ: قال الشّیخﷺ: ثّم انّ المعاملة فی باب **«خیار ما یفسد»**، شخصیّةٌ ولیست بکلیّةٍ **لانّ** المعاملة الکلیّة لیس لها خیار ما یفسد من یومه.

وفیه اشکالٌ ایضاً **لانّه** ربّما وقعت المعاملة کلیّةً وعیّن المتعاقدان فرّدها فی الخارج و یمکن ان تکون الخضروات، من هذا القبیل.

خيار الرّؤية

ای الخيار المسبّب عن الرّؤية علیٰ خلاف ما اشترط عليه المتعاقدان من حيث الماليّة و غيرها فی تخلّف الذّات.

اختلفوا فی ما هيّة هذا الخيار هل هو داخلٌ فی خيار الشّرط وليس خياراً برأسه اوكان خياراً برأسه؟

المفهوم من كلام الشّهيدﷺ **انّه** خيارٌ مستقلٌّ ليس داخلاً فی خيار الشّرط و قال به عدةٌ من المحشّين و منهم السّيّدﷺ اختار ذلک.

وامّا المستفاد من كلام الشّيخﷺ **فهو انّه داخلٌ فی خيار** الشّرط وليس خياراً مستقّلاً.

و توضيح ذلک انّ المعاملة علیٰ انحاء مختلفة:

منها: المعاملة علیٰ اشتراط وصفٍ او شئٍ و تخلّفٍ بعد المعاملة.

منها: المعاملة، مبنيّةٌ علیٰ رؤيةٍ سابقةٍ ای لشرط الثّمن مثلاً و هو ايضاً بحكم الاشتراط.

و منها: ما لو عَلِمَ المشتری من الخارج انّ مورد المعاملة كانت له صفةً كذا واعتقد بذلک ككونه فرساً عربيّاً او عبداً خيّاطاً و لم يذكر البايع و لم يشترط شيئاً و لم يوصف قبل هذا ولم يره من قبلُ و لم يُخبربشئٍ و غير ذلک ثّم رأیٰ تخلّفه عن هذا الاعتقاد.

و تظهرالثّمرة بين القولين فی مثل هذا الفرض، فبناءً علیٰ كونه داخلاً فی خيار الشّرط فليس هنا شرطٌ حيث لم يشترط ولم يصف و لم يلتزم بشئٍ.

و امّا بناءً علیٰ كونه خياراً مستّقلاً، كان مسبّباً عن رؤيةٍ سابقةٍ علیٰ خلاف الشّرط و الوصف، **فهنا** ثبت خيارٌ ولو لم يَلتَزِم البايع هنا ولكنّه اشتریٰ المشتری بهذا

الاعتقاد وتخلّف اعتقاده **فله** فى ذلک خيار الرّؤيّة ويعلم تنقيح هـذا فـى ضـمن ملاحظه ادلّة خيار الرّؤيةُ.

و ليعلم انّ فى خيار الرّؤية مرحلتان:

مرحلةٌ قبل المعاملة و مرحلةٌ بعدها.

و امّا المرحلة قبل المعاملة فهو عدم كون المعاملة غرريّاً و من البديهىّ انّه كما انّ عدم العلم بذات المبيع يوجب كونه غرريّاً فالجهل بالصّفات ايـضاً يـوجب كـون المعاملة غرريّةً من حيث الصّفات.

و رفع الغررفى الصّفات يتحققّ امّا بالرّؤية القديمة او يشترط البايع، الرفّع للغرر او توصيفه كذلک او اختاره كذلک او اعتقاده باسبابه وعللّه بالصّفات من الخارج ثّم تخلّف فى الاوصاف لا فى الذّات كان له خيار الرّؤية **غاية الامر** كان له خيارٌ فى دائرة التّوصيف و الاشتراط والالتزام او كان له خيارٌ و لو لم يشترط و لم يلتزم فى العقد **بل** اعتقد بالاوصاف من الخارج.

دليل خيار الرّؤية امور:

الاوّل :الاجماع المحقّق والمستفيض.

الثّانی: قاعدة «لاضرر».

الثّالث: الرّوايات.

وردت هنا روايتان و امّا الروّاية الثّالثة فهی «رواية عبدالرّحمن بن الحجّاج»، عن منهال القصّاب، الّتی ذكرها صاحب الحدائق و نقلها الشّيخ عنه﵀ **فهی من** باب التّفسير و تبيين الرّوايه الثّانية والاّ لا تعتبر من اخبار الباب ولذا نقل صاحب الوسائل﵀ الرّوايتين الاوليتين.

الباب ۱۵- من ابواب الخيارات - الحديث الاوّل

«محمّد بن الحسن باسناده، عن محمّد بن، علیّ بن محبوب، عن ايّوب بن نوح، عن ابی‌عمير، عن جميل بن درّاج (السّند صحيحٌ)،

قال: سألت ابا عبد الله﵇ عن رجلٍ اشترىٰ، صنعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلماّ ان نقد المال صارت ضيعةً فقلّبها (ففتشّها) ثّم «رجع واستقال صاحبه و لم **يُقله فقال ابوعبدالله﵇: انّه لو قَلَّبَ منها و نَظَرَ الی تسعة و تسعين ثّم يقی منها قطعةً ولم يرها لكان له فی ذلك، خيار الرّؤية».**

نسب الیٰ بعضٍ (ولعلّه السّيد﵀) انّها تدّل علیٰ انّ خيار الرّؤية، مستقلٌ ولكن معناه شمول خيار الرّؤية، رؤية المبيع علیٰ خلاف الانتظار و علیٰ خلاف الاعتقاد والتّوصيف و علیٰ خلاف الطّبع والذّوق ايضاً **ولكن لم** يستفد ذلک من كلام السّيّد﵀

اقول: هذا القول مع انّه لم يستفد من كلامه﵀ بل يستفاد عكسه، و استفادتها من الاخبار بعيدٌ جدّاً **لانّ** الرّؤية، طريقٌ لا انّ لها موضوعيّةٌ ای يُریٰ به خلاف ما اعتقد و اشترط.

و الشّيخ﵀ قَرَّبَ و وَجَّهَ دلالة الخبر علىٰ خيار الشّرط **بانه** محمولٌ بـاشتراط البايع او توصيفه او اِخباره **لانّ** الرّواية ليست فى مقام البيان **لانّها** ليست من القواعد المضروبة لتعيين حالٍ بعد العمل، ليس لها اطلاقٌ لتعيين الشّرائط قبل العمل **كما انّ قاعدة الفراغ انّما هى لرفع الشّك بعد الصّلاة** فى الوضوء وليست مـتعرضّةً بـوضع المكلّف قبل الدخّول فى الصّلاة و **كذلك قاعدة** الصّحة فىالعقود، متعرّضةً لحال العقد بعد وقوعه وليست متعرّضةً لحاله و شرائطه قبل وقوع العقد و ليس لها اطلاقٌ من حيث الحالات قبل العقد.

بالجملة، القواعد المضروبة لما بعد العمل، ليس لها اطـلاقٌ يشـمل حـالاً بـعد الدّخول فى العمل **بل** لها قواعدُ اخرىٰ و ما نحن فيه ايضاً كذلك اى خيار الرّؤية حكم عقد وَقَعَ ثّم رأه علىٰ خلاف ما اعتقد و ما اشترط و امّا وقوع العقد علىٰ ايّ نحوٍ فهو باقٍ علىٰ قواعده من التّوصيف اوالاِخبار اوالاِشتراط.

و لذا قرّب الشّيخ هذه الرّواية بانّ خيار الرّؤية، يخّتص بالعقد علىٰ العين الّتى لم يرها البايع و انّما رُفِعَ الغرر عنها باشتراطٍ او توصيفه.

اقول: هنا مطلبان يلزم تمييزهما:

الاوّل: انّ هذه الرّوايه، دليل ثبوت خيار الرّؤية فى الجملة ولا اشكال فيه.

الثّانى: انّ هذا الخيار هل هو خيار الشّرط او خيارٌ مستقلّ؟.

والمستفاد من كلام الشّيخ﵀ الاوّل ويمكن ان يعترض علىٰ الشّيخ﵀ بانّ ظاهر الرّواية، لم تدّل علىٰ اشتراط البايع او توصيفه **بل** تدّل بقرينة الصّدر والذّيل بـانّ موردها، ما لم يكن اعتقاد المشترى مبيّناً علىٰ التزام البايع و توصيفه و اشتراطه، **ومن الممكن كان هذا** وجـه مـن ذَهَبَ الىٰ انّ خـيار الرّؤيـه لم يكـن مشـروطاً بالاشتراط كما صرّح بذلك بعضهم، انّما اشـتراء المشـترى، مـبنّىٌ عـلىٰ الروايـة السّابقة.

ويمكن ان يجاب عنه بانّ الاوصاف الدّخيلة فى الماليّة التّى رأها المشترى، انّما

هی بحكم اشتراط البايع و هو من قبيل الشّرط الضّمنی فمرجعه الیٰ خيار الشّرط وليست دلالةٌ للروّاية، فی غير مورد خيار الرّؤية **والحقّ مع الشّيخ**ﷺ و مجرّد عدم ذكر الوصف او الشّرط، لم يكن دليلاً علیٰ خروجه عن دائرة الاشتراط.

فحينئذ يقع الكلام فی ذلک انّه هل الخيار، يكون فی المعاملة او فی تلک القطعة؟ فان كان فی الثّانی فكان له خيارَ تبعضّ الصّفقه ايضاً فهل هنا خياران: خيار الرّؤيه و خيار تبعضّ الصّفقة او خيار واحد و هو خيار الرّؤية فقط؟

من جمله الرّوايات، صحيحة زيد الشّحام:

الباب ۱۱ من ابواب الخيار - الحديث ۲- باسناده (الشيخ قدس سره) عن احمد بن محمّد، عن الحسن بن محبوب، عن زيد الشّحام قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجلٍ اِشترىٰ سهامَ القصّابين من قبل ان تخرج السّهم فقال عليه السلام: **«لاتشتر شئياً حتّىٰ تعلم اين تخرج السّهم و ان اِشترىٰ شئياً فهو بالخيار اذا خَرَجَ».**

نقلها صاحب الوسائل فی باب خيار الرّؤية فيعلم منه انّ نظر صاحب الوسائل قدس سره، دلالة هذه الرّواية علىٰ خيار الرّؤية و هكذا تَمَسَّکَ بتلک الرّواية صاحب الحدائق و نَقَلَها ممّن بعده من الفقهاء النّافين والمثبتين.

تقريب الاستدلال هو انّه يستفاد من قوله عليه السلام، **«لا تشترى شيئاً حتّى تعلم»** انّ تفاوت الخروج وعدمه، تفاوت العلم وعدمه اى لم يعلم قبل خروج السّهام و يعلم بعده و لمّا لم تخرج السّهام لم يُرَ مورد المعاملة و بعد الخروج والرّؤية و تخلفّه عمّا اِشْتَرَطَ، له خيار الرّؤية.

و امّا ما هو المراد من سهم القصّابين؟ و انّ ما معنا المعاملة قبل الخروج؟ فهو يُعْلَمُ بروايةٍ اخرىٰ مُفسِّرَة لهذه الرّواية لم يذكرها صاحب الوسائل و هى:

مارواه فی الكافی و التّهذيب فی الصّحيح عن عبدالرّحمن بن الحجّاج عن منهال القصّاب (و هو مجهولٌ) قال: قلت لابی عبدالله عليه السلام: **«اشترىٰ الغنم او يشترى الغنم جماعةً ثّم تدخل داراً ثّم يقوم رجلٌ علىٰ الباب فيعدّ واحدتين، ثلاثةً و اربعةً ثّم يخرج السّهم قال: لا يصلح هذا، انّما تصلح السّهام اذا عدلّت».**

لا يخفىٰ انّ فی القسمة يلزم تعديل السّهام من حيث الماليّة **و لكنّة** لم تكن السّهام فی مورد الرّواية معدّلةً و لذا قال الامام عليه السلام: **لا يصلح هذا الاّ اذا عدّلت و اذا عدّلت تلزم القرعة و تعيين السّهام».**

اورد الشّيخ علىٰ صاحب الحدائق و كلّ من استدّل بتلک الرّواية بانّ هذه الرّواية

لاترتبط بخيار الرؤية و لا يجوز العمل بها **لانّ** متعلّق النّهى فى قوله‌عليه‌السلام: **لا تشتر شيئاً حتّىٰ تعلم اين تخرج السّهم»؟**

لا يخلو عن احتمالين:

الاوّل: النّهى عن البيع و المعاملة فى‌السّهام المشاع و هو لا يجوزان وقع منهيّاً **لانّ** معاملة المشاع لا بأس فيه بالاتّفاق وليس فيه خيارٌ.

الثّانى: النّهى عن بيع الفرد الّذى يخرج من بعدُ، فى علم اللّه.

و من الواضح انّ المعاملة عليه باطلةٌ رأساً و لا مجال للقول بالخيار **لانّه** من قبيل المعاملة علىٰ‌الفرد المردّد غير المعيّن.

ولكن المعنىٰ المتبادر عندنا من الرّواية غير الاحتمالات التّى قالوا فيها، فمن جملة الاحتمالات، انّ النّهى **فى: (لا تشتر شيئاً حتّىٰ تعلم اين يخرج؟)**، انّما هو عن الفرد الّذى يخرج بعدُ و النّهى عنه يوجب الفساد كما قال به الشّيخ. و امّا قوله‌عليه‌السلام: **«فان اِشترىٰ** شيئاً فهو بالخيار» ان المراد من الخيار، الا باحة لاالخيار الاصطلاحىّ.

و المراد من «اِشترىٰ» بمعنىٰ اراد الشّراء، **فالمعنىٰ** حينئذٍ انّه اذا اراد شراء شىءٍ فمباحٌ له بعد الخروج.

و هذا احتمالٌ ذكره المحقّق الاصفهانى‌رحمه‌الله فى عداد الاحتمالات و لا ارتباط حينئذٍ بباب خيار الرّؤية.

و لا يخفىٰ عليك انّ هذا الاحتمال، احتمالٌ بعيدٌ من الرّواية **لانّ** جعل معنى الخيار، الاباحة و جعل الشّراء بمعنىٰ ارادة الاشتراء، **لا يخلو عن بُعدٍ لا تتحمّله الرّواية.**

وسائر الاحتمالات المذكورة فى الحاشية الّتى نقلها المحقّق الاصفهانىّ‌رحمه‌الله، كلّها مبنيّةٌ علىٰ التّفكيك فى الرّواية بينِ **«لا تشتر»** و بين **«اذا اشترىٰ»** بانّ المراد من **«لا تشتر»** قبل خروج السّهم والمراد من قوله‌عليه‌السلام: **اذا اشترىٰ»** بعد خروج السّهم؛ و من البديّهى انّ هذا النّوع من التّفكيك، خلاف ظاهر الرّواية.

ولكن المعنى المتبادر من الرّواية، اخذاً لظاهر الرّواية: **«لا تشترى»** ،انّه لا تشتر

المشاع فاذا اِشترىٰ المشاع فهو بالخيار فی القسمة فمورد النّهی والامر كلا هما، المشاع لا الّذی يخرج بعد السّهم **لانّه** لم يكن احدُ فعلاً ما لكاًله **حيث** لم يكن موجوداً فعلاً و لا يلزم فيه التّفكيک ولا تلزم فيه العزامة ولا يلزم التّصرف فی ظاهر الالفاظ و لا يرتبط بخيار الرّؤية.

فبناءً عليه، دليل خيار الرّؤية، انّما هو رواية **«جميل بن درّاج»** و امّا رواية **«زيد الشّحام»** و رواية: **«عبدالرّحمن بن عبدالحجّاج»** فلا ترتبط كلّ واحدةٍ منهما بخيار الرّؤية **بل** مرتبطةٌ بالخيار فی القسمة.

من جملة الادّلة علىٰ خيار الرّؤيه «قاعدة لاضرر» الجارية فی اكثر الخيارات.

تقريب دلالتها علىٰ خيار الرّؤيه هو انّ الزام الشّارع، المشترى لقبول فاقد الوصف، مكانَ واجد الوصف، حكمٌ ينشأ منه الضّرر شرعاً وهو منفّیٌ هنا.

حتّىٰ انّ الضّرر هنا اوضح من الضرّر فی باب خيار الغبن **لانّ هذه الشّبهة** الجارية فی خيار الغبن والجواب عنه فی بابه و هو انّه ضررٌ اقدم عليه، **لا تجری فی باب** خيار الرّؤية **لانّ** البايع باع المبيع الموصوف ولم يُقدِم المشترى علىٰ بيع فاقد الوصف **بل** اَقْدَمَ علىٰ واجد الوصف **فالزام** الشّارع، المشترى بقبول فاقد الوصف مكان واجده، حكمٌ ينشأ منه الضّرر.

فی التّمسّک «لقاعدة لاضرر» فی خصوص المقام، شبهةٌ اوردها بعض المحشّين (المحقّق الايروانی) **و هی انّ فاقد الوصف لا يخلوا امّا ان يتساوىٰ مع واجد الوصف فی الماليّة فيما اذا وقعت المعاملة بينهما ام ليس كذلک؟.**

و فی الاوّل، لاضرر ماليّاً حتّىٰ يقال بالخيار **و فی الثّانی** يكون المورد، مورد خيار الغبن و لا مجالَ لخيار الرّؤية من شيءٍ.

قد يجاب عنها بانّ مورد الالتزام فی المعاملة من قبل المشترى، واجد الوصف و قبوله فاقد الوصف، مكان واجده، ضررٌ نشأ من حكم الشّارع من غير ملاحظة التّساوی فی الماليّة و عدمه فی المقام كما انّ حبس حقّ المالک و منعه عنه، ضررٌ عليه مدفوعٌ بلاضرر و ان كان ربّما لايؤثّر المنع و الضّرر عليه شيئاً.

هنا، شبهةٌ اُخریٰ و هی انّا لانحتاج الیٰ الّتمسّک بلا ضرر فی اثبات الخیار کما ذکرناه سابقاً **لانّ ما نحن فیه حیث** لم یقع الالزام والالتزام علیٰ فاقد الوصف، لم یشمله قوله تعالیٰ: **«اوفوا بالعقود»** حتّیٰ یقال برفعه بقاعدة لاضرر» حکومةً او تخصیصاً.

یمکن الجواب عنها ایضاً بانّ باب «لاضرر» و **«لا حرج»** و غیر هما من القواعد الثّانویّة، لا نحتاج فی الّتمسّک بها الیٰ جعل حکمٍ ضرریٍّ من قبل الرّفع بل هی ترفع الضّرر والحرج، ابتداءً و غیر ابتداءٍ.

بالجملة، الرّفع اعمّ من الدّفع **لانّ المراد منها**، نفی تشریع حکم من الشّارع سواءٌ کان هنا اطلاقٌ من قبلُ و هو یرفعه او لم یکن اطلاقٌ اصلاً.

و من هنا ظهر انّ عدم شمول اطلاقات الادّلة **مثل: اوفوا بالعقود»** و نحو ذلک، ما نحن فیه **لانّه** لم یلتزم المشتری بقبول فاقد الوصف، مکان واجده.

مورد خيار الرّؤية، بيع العين الشّخصيّة

و هكذا مورد خيار العيب، بيع العين الشّخصيّة.

كذلک القول ببطلان البيع فيما اذا تخلّفت الذّات ايضاً، انّما فى البيع الشّخصىّ فلو شرىٰ مبيعاً كليّاً فى الذّمّه فبان كونه غير ما وصف اوكان معيباً اوبان انّه غير جنسه الواقع عليه العقد فى مقام القبض والاقباض والتّسليم والتّسليم، ليس له خيار الرّؤية و خيار العيب **لانّ** المقبوض، غير ما وقع عليه العقد من الكلّى فبقىٰ المبيع فى الذّمة و بقىٰ المبيع الصّحيح فى ذمتّه فيلزم.

بالجملة، مسألة خيار الرّؤية و خيار العيب و مسألة البطلان فيما اذا بان من الجنس المخالف، كلّ ذلک يعتبر من احكام البيع الشّخصىّ فلا يشمل بيع الكلّى فى الذّمة.

و ليس المراد من الشّخصىّ، الجزئىّ المقابل للكلّى المطلق بل يشمل بعض اقسام الكلّى كالكلّى فى المعيّن فلو وقعت المعاملة علىٰ الكلّى فى المعيّن فله خيار الرّؤية اذا بان علىٰ خلاف ما وصف **و هكذا يشمل** الكلّى المشاع لو كان كليّا.

فالمراد من الشّخصىّ، مايعمّ بعض اقسام الكلّى، انّما هو احترازٌ عن البيع الكلّى فى الذّمة ففى بيع الكلّى فى الذّمة لو كان مخالفاً للوصف بل معيوباً بل مخالفاً للجنس، انّما كان التخلّف فى المقبوض لا فى **العقد فلذاكان الخيار**، تخييراً فى ردّ الفرد لا الخيار فى فسخ العقد. **اكثر موارد خيار الرّؤية**، بيع العين و لو يتصّور فى العين المشهودة ايضاً **فيشترط فى الغائبة** لرفع الغرر، ذكر الاوصاف حين العقد و الاّكان البيع غرّرياً باطلاً **و هذا الشّرط** من الشّرائط العّامة للمعاملات فلو تخلّف عن الاوصاف، يوجب الخيار.

والمراد من الاوصاف، الاوصاف التّى كان لها دخلٌ فى ماليّة المال الغائب.

و تعرضّوا لذلک بعباراتٍ مختلفةٍ وادعّوا الاجماع علىٰ ذلک و قالوا بلزوم ذكر

الاوصاف التّی يختلف الثّمن باختلافها.

و قالوا ايضاً بتعبير آخر: **يعتبر فيه ذكر الاوصاف الخ.**

ثمّ اورد الشّيخﷺ **علىٰ نحو اعتبار هذه الشّرائط بوجوهٍ:**

منها: انّهمﷺ جمعوا بين التّعبيرين اللذّين لا يخلو ان عن تهافتٍ:

تارةً قالوا بلزوم ذكر جميع الاوصاف التّی يختلف الثّمن باختلافها.

واخرىٰ قالوا: بلزوم ذكر جميع الاوصاف التّی يجب فی السَّلَم فی خيار الرّؤية ايضاً **و من جملة** الاوصاف التّی يجب فی السَّلَم، انّه لا يجب الاستقصاء فی الاوصاف حتّىٰ الدّخيلة فی الماليّة والاّ انجرّ الىٰ غُرّة الوجود الممنوع فی بيع السَّلَم لعدم العلم بقدرة التّسليم فيه **و قياس** ما نحن فيه، لبيع السَّلَم، يقتضی الاكتفاء بذكر بعض الاوصاف فيما نحن فيه ممّا تختلف بها الماليّه مع انّ مقتضی التعبيّر الاوّل فی بيع العين الغائبة، لزوم ذكر جميع الاوصاف لا ذكر معظم الاوصاف التّی يختلف بها معظم الماليّه.

منها: انّ الاوصاف فی القيميّات كالعبد و الاماء لها مراتبُ كمالاً تختلف بها الماليّة و هذا لا يمكن استقصائها **و حينئذ رفع معظم الغرر** احالة علىٰ المجهول او ذكر جميع الاوصاف ايضاً، لا يكن ضبطه فما هو ميزان ذكر الاوصاف كم هو مقدارها؟

منها: ذكر الاوصاف فی العين الغائبة و وجودٍ تنزيلیٍّ للمشاهدة، فتلزم الدّقة و ملاحظة الاوصاف و ذكرها فی العين المشهودة ايضاً مع انّه لم يكن هذا معتبراً فی بيع العين المشهود **لانّ** لازمه وشرطه، كون مباشرالمعاملة انّما هو اهل الخبرة و لا تجوز المعاملة لغيرهم. اجاب الشّيخ**ﷺ** عن هذه الايرادات، بما ليس وافياً لرفعها.

اقول: فی دفع الاشكالات و لعلّ مراد الشّيخ**ﷺ** ايضاً تكون هذه الملاحظات و حاصله: انّه لم يصدق الغرر علىٰ معاملة العين الغائبة و بيع المشاع فيما اذا لم يستقص من الاوصاف وهكذا فی العين المشهودة اذا لم تذكر الاوصاف ابتداً، لم يصدق عليه الغرر و هذا شئٌ جرت عليه عادة العقلاء جيلاً بعد جيلٍ فلم يستفدْ من

قوله ﷺ: **نهىٰ النبى ﷺ عن بيع الغرر»** شيئاً زائداً علىٰ ما يعمله اهل العرف و العقلاء و هو المتعارف و عادتهم.

وان شئت قلت: انّ اوصاف الاموال نوعان:

نوعٌ، له الصفّات المتكرّره، بها تختلف الماليّة و يعبّر عنها بالصّفات النّوعيّة و يلزم مراعاتها مطلقاً سواءٌ كانت فى بيع العين المشهودة او بيع السَّلَم و الكلّى الغائبّة.

و نوعٌ منهاكان من خواصّ بعض المال دون الآخر و قد يتّفق فى بعض الاموال و لا تلزم مراعاة هذه الخصوصّيات فى سائر المعاملات.

بالجمله، مراعاة الصّفات، تختلف بها الماليّة و يتفق هذا فى بعض الاموال حتّىٰ فى معاملة الحيوان و العبيد و الاماء لو كان غير لازمٍ **لانّه** لم يكن مورداً للملاحظةٍ فى المعاملات نوعاً **بل** تلزم مراعاة الصّفات النّوعيّة التّى بها تختلف الماليّة و تتكرّر فى الاموال مطلقاً سواءٌ كانت فى العين الغائبة او العين المشهودة او بيع الكلّى.

ولا يستفاد من بيع نهى الغرر، شيئاً زائداً علىٰ ما يعلمه اكثر العقلاء فى معاملاتهم و لعّل ذلک مراد الشّيخ ﷺ ولذا قال ﷺ: **«لا نجد اوثق من ان يقال: «انّ الشّارع نهىٰ عن بيع** الغرر» ولا تعتبر هذه الموارد من الغرر **ولكن** لم يبيّن وجه عدم كونه غرّرياً.

من جمله الايرادات (الايراد الرّابع) انّه اذا كانت الاوصاف مجهولةً حيث لم تُذكر، يسرى الجهل من الصّفة الىٰ الموصوف **فالامر حينئذٍ** دائرٌ بين ان تذكر الصّفه فى ضمن العقد او تُهْمَلُ كذلک فَإن أُهْمِلَ و لم تذكر الصّفات، تصير الصّفات مجهولةً وان ذكرت ولكن وجود الموصوف، كان مجهولاً والقدرة عليه مفقودةً، كانت المسألة اسوءَ غرراً موجوداً فى الصّفه فالامر دائرٌ بين جهلين و غرّريين.

اجاب الشّيخ عنه اولاً: بانّه اذا ذكرت الاوصاف للعين الغائبة فليس هذا و صفاً **بل** هو من قبيل الشّرط فلا يسرى الىٰ الموصوف **لانّه** قيد التزامٍ فهو شرطٌ لاقيد الملتزم به حتّىٰ يكون وصفاً وعنواناً للمبيع حتّىٰ يشّک فى انّ العنوان اوالمبيع موجوداً ام لا؟.

اشكل عليه المحقّق الخراسانیّ فی الحاشية بانّ جهاله الشّرط ايضاً موجبٌ لجهالة المشروط و فساده ولولم نقل بافساد شرط الفاسد، العقد حيث تسری الجهالة الیٰ العقد و لكن يصدق عليه انّه بيعٌ فيه غَرَرٌ.

و ثانياً: انّ اعتماد المشتری بذكر البايع، الاوصاف فی‌ضمن العقد، انّما هو بِاخبار البايع الّذی هو من الطّرق العقلائيّة المعتمد عليها وهو امارةٌ شرعيّةٌ معتبرةٌ كما هو كذلک فی بيع الوزن والكيل و كانت الاخبار، امارةٌ فهی من قبيل قيام الامارة، مقام القطع الطّريقیّ الموضوعیّ كما قلناه فی باب: **«نهیٰ النّبیﷺ عن بيع الغرر»** حيث قلنا: انّ العلم مأخوذٌ فی الموضوع علیٰ نحو الطّريقیّ الموضوعیّ ای اَمَرَ بالبيع غير الغرریّ والبيع المعلوم فهو من الموارد التّی اُخِذَ فی موضوعها، العلم.

و ثالثاً: انّ بذكر تلک الصّفات، ترتفع الجهالة عرفاً و امّا وجود الجهالة فی الواقع فلا بأس بها.

اقول: لا يخفی ما فی هذه الا جوبة **امّاكون** الوصف فی قوة الاشتراط فلانّ جهالة الاشتراط ايضاً يوجب جهالة العقد كما قال به المحقّق الخراسانیّ.

و مضافاً الیٰ ذلک انّ كون الوصف فی **قوة الاشتراط، لا يخلو عن تأمّلٍ و اشكالٍ لانّ** الوصف، هنا عنوان المبيع ای انّ الموصوف بهذه الصّفه يكون مورد المعاملة وليس هنا التزامٌ فی التزامٍ حتّیٰ يقال بكونه شرطاً.

و لا يقال: انّ مثل بيع العبد الكاتب، يرجع الیٰ المشروط و الشّرط عرفاً.

علیٰ انّه قالوا فی الشّرط، يلزم ان يكون فعلاً او نتيجة تترتب عليه الافعال **و امّا العين الخارجیّ التّی** ليست فعلاً و ليس الفعل اثراً له، فلا معنیٰ لكونها شرطاً او التزاماً آخر.

بعبارةٍ اخریٰ للشّرط موردان: الفعل مثل **«ان تَفْعَلَ كذا ولا تفعل كذا» والنّتايج** والاعتبارات و يعبّر عنها بشرط النّتيجة – مثل: **«بشرط ان تكون داری لک و بشرط** ان تكون وكيلی» **و امّا الحقائق الخارجيّه – فلا معنیٰ لكونها مورداً للشّرط و الالتزام.**

و امّاكونه بمنزلة اِخبار البايع المعتمد عليه، فهو ايضاً **مردودٌ بانّ** المفروض عدم

احراز عدالة البايع **و امّا كونه ذا اليد و ممّا لا** يعلم الاّ من قِبَلِه، فليست على اطلاقه حجّةٌ **بل** هذه القواعد تعمل بها فى موارد الاطمينان وامّا فى غير مورد الاطميان فالعمل بها غير محرزٍ فلم تعلم حجيّة قول ذى اليد و من لا يعلم الا من قِبَلِه بنحو الاطلاق.

و بالجمله، لم يرد نصٌّ علىٰ حجيّة اِخبار البايع سواءٌ كان عادلاً اوفاسقاً او مجهولاً ولم يثبت تعبّدٌ من العقلاء بحيث يعملون بها مقام الامارة و ترتيب الاثرعليه.

و اما الجواب الثّالث فهو صحيحٌ من حيث الدّعوىٰ و هو صحّة بيع العين الغائبة بالتّوصيف **ولكنّه** يشكل معه التّوفيق مع القواعد من لزوم رفع الغرر و الجهالة **فلم يتبيّن الشّيخ**ﷺ **هنا: انّ ما هو را فع الغرر والجهالة؟.**

بالجملة، هذا القول منهﷺ **تهافتٌ لانّ** كون ذكر الاوصاف رافعاً لجهالة الموجود، **مضافاً الىٰ ذلك** ينا فى هذا مع ما قرّره آنفاً من انّ ذكر الاوصاف فى العقد يوجب ان يكون مورد العقد مشكوكاً **لاجل** سراية الجهل الىٰ مورد العقد.

و مصافاً الىٰ هذا كلّه، ينافى مع ذيل هذا الكلام ايضاً، حيث قال فى ذيله: «**لايضّرنا** كون وجود الاوصاف مجهولاً» **لانّ** ذكر الاوصاف ان كان رافعاً للجهالة فكيف يجوز القول بانّ وجود الاوصاف، مجهولٌ؟.

اقول: فى حلّ الاشكال انّه لا دليل علىٰ كون مطلق الجهالة مضّراً بل المضّر، انّما هو الغرر بمعنىٰ الخطر اى عمل ما لايُؤ مَن معه **من الضّرر كما عن علىّ**ﷺ.

فبناءَ عليه، اذا فرضنا عدم توجّه الضّرر فى الجهل و كان الضّرر مأموناً فى الجهل، ليس بغررٍ، و ذكر الاوصاف فى متن العقد حتّىٰ الجهل باصل الوجود، من هذا القبيل اى كان مأموناً من الضّرر، فليس بغررٍ.

امّا كون ذكر الاوصاف مع كونها مجهولةً، مأموناً فيه الضّرر فلانّ الخيار الموجود، لا يُعدّ من الخيار المجهول من الشّارع و لا من خيار المجهول من المتبايعين بعد العقد **بل** معناه، التزامٌ بالتزامٍ وليس معناه التزاماً مطلقاً **بحيث** اذا عَمِلَ احد

المتعاملين بما التزم، **اخذما التزم والاّ فلا، فليس هنا غررٌ.**

ويؤيّد هذا القول فی باب القدرة علىٰ التسليم وفی باب الشّك فی اصل وجود العين بانّ بيع عينٍ مشكوكَ الوجود و مشكوكَ القدرة و بيع العبد الآبق، نوعان: **نوعٌ وقع البيع عليه** من حيث **كون الوجود، مشكوكاً و العبد مشكوكاً من حيث اباقه و انّه علىٰ الوضع الفعلیّ، كان البيع غرّرياً باطلاً ام لا؟**

و نوعٌ وقعت المعاملة عليه بشرط التسّليم، و ليس هذا البيع غرّرياً.

و بيع العين الغائبة سواءٌ كانت مشكوكة الوجود او مشكوكة الاوصاف، يكون من هذا القبيل **فتارةً** وقع البيع عليها لابشرط التسّليم، كان غرّرياً **ولكن** ان وقع البيع عليه بشرط التسّليم والتزام ردّ المبيع، لاغرر فيه لافی الوجود و لا فی الصّفه فليس هذا يرجع الىٰ التّعليق.

و يشهد علىٰ ذلك انّ الفقهاء قبلوا بانّ بيع العين الغائبة بذكر الاوصاف حتّىٰ ولو كان تلك الاوصاف مجهولةً، صحيحٌ عرفاً ليس غرّرياً عرفاً **غاية الامر وقع الكلام** فی تقريبه.

بالجمله، الجهالة المضّرة والموجبّة للفساد هی الجهالة الموجبة للغرر بمعنىٰ الخديعة والخطر **فبناءً عليه لو قلنا برفع الغرر فی** خيار الرّؤية، ليس هذا باعتبار انّه حكمٌ شرعیٌّ يترتّب علىٰ البيع الصّحيح لو لا الخيار **بل** لاجل انّ العقد والالتزام، الواقع بينهما، ليس غرّرياً **حيث** وقع الالتزام بشرط التسّليم والتزامٌ بالتزامٍ فمعنىٰ الخيار هنا انّ مورد التّخلّف، لم يدخل تحت الالتزام و هو رافعٌ للخيار.

و لعلّه هو مراد الشّيخ، ان كان مرادهﷺ من كون الاوصاف الرّافعة للجهالة، انّما هو ذكر الاوصاف الرّافعة للجهالة للغرر، ولا يضّرنا كون وجود هذه الاوصاف مجهولاً بعد ما لم تكن الجهالة غرّرياً بالتّقريب الّذی ذكرناه **ولكن** عبارتهﷺ غير وافٍ به.

ثمّ انّ خيار الرّؤية غير العيب و ان كانا مشتركين فی كونها، فی تخلّف الوصف، **غاية الامر احد هما راجعٌ الىٰ تخلّف وصف** الصّحه و خيار راجعٌ الىٰ تخلّف وصف الكمال.

يمتاز خيار العيب مع كونه من مصاديق خيار الرّؤيه و هو ايضاً من مصاديق تخلّف الوصف، عن خيار الرّؤية بثبوت الارش فی‌خيار العيب دون خيار الرّؤية **لانّ** الاوصاف والشّروط لاتقابل بالاَثمان ولو قالوا: بانّ للشّرط والوصف، قسطٌ من الثّمن **لانّ تخلّف** الاوصاف والشّروط من قبيل تخلّف الدّاعی و تخلّف الدّاعی ليس موجباً للخيار **لانّ** البيع، يلزم ان يتعلقّ بالعين لا بالا وصاف و المنافع حتّیٰ لوصرّح بذلک و قال: **بعتُ عبده بمأةٍ وكتابة العبد بتسع مأةٍ، بَطَلَ العقد لانّ البيع سواءٌ كان بجميعه** او بجزئه، لابّدان يكون من الاعيان لا من الصّفات والمنافع فلو قلنا وقوع مقدار الثّمن فی مقابل الاوصاف، يلزم ان يكون جزءً للمبيع والحال التزمنا بانّ البيع، نقل الاعيان وليس بنقل المنافع و الاوصاف.

و حتّیٰ صّرح المحقّق الايروانیؒ بانّ خيارالعيب مضافاً الیٰ عدم كونه موجباً للارش، ليس موجباً للخيار ايضاً والخيار كالارش علیٰ خلاف القاعدة **لانّه** من قبيل تخلّف الدّاعی وليس فی تخلّف الدّاعی، ارشٌ ولاخيارٌ و انّما اختار ابن ادريسؒ بانّ: **فی خيار الرّؤية ايضاً ارشٌ كخيار العيب ای مخيّرٌ بين الفسخ و الارش.**

و هذا هو الاقویٰ ولكنّهؒ لم يُقم دليلاً علیٰ دعواه.

اشكل الشّيخؒ علیٰ صاحب السّرائر «ابن ادريسؒ»: بانّ ما قال به لادليل عليه و دليل الارش، مختصٌّ بباب خيار العيب ولا يتعدّیٰ منه الیٰ ایّ خيارٍ.

اقول: انّ «قاعدة لاضرر» تجری فی خيار التّأخيّر و خيار الغبن و خيار العيب **و كذلک تجری هنا** ايضاً بمعنا انّه مُثبِتُ الارش فی باب خيار الرّؤية ايضاً ای تدّل علیٰ التّخيير بين الفسخ والارش ای اختار فی باب خيار الغبن **بانّ «لاضرر»** تدّل علیٰ التّخيير بين الفسخ و بين اخذ الارش واخذ التّفاوت مع انّه اخفیٰ بالنّسبة الیٰ ما نحن فيه **حيث** كان القول بالارش و خيار الغبن نادراً شّاذاً **مع انه** لم يتخلّف وصف هنا بخلافه فيما نحن فيه **و لذا لم يذهب ابن ادريسؒ الیٰ الارش** فی باب خيار الغبن و حتّیٰ **صرّح بذلک** الشّيخؒ نفسه فی باب خيار الغبن بانّه تجری

«قاعدة لاضرر» فى كلّ خيارٍ يكون مستند **«لاضرر»** و مع ذلک التّصريح، كيف يجوز القول بعدم الدّليل علىٰ جريانها فى باب خيار الرّؤية؟

امّا حلّ المسألة فهو انّ مبنىٰ المشهور فى عدم ثبوت الارش فى خيار الرّؤية، هو الارش واخذ التّفاوت خلاف القاعدة واخذ الارش والتّفاوت فى باب خيار العيب، انّما بتعبّد النّص.

نعم - تقتضى القاعدة ذلک فى باب تخلّف الجزء بان يوزّع الثّمن علىٰ اجزاء المبيع فيقع كلٌّ من الثّمن فى مقابل جزءٍ من المبيع بنسبته **ولكنّه ليس كذلک** فى باب الاوصاف فلا يقع الثّمن فى مقابل الاوصاف ولوكان للاوصاف والشّرائط قسطٌ من الثّمن و يختلف واجد الاوصاف مع فاقدها بملاحظه وجدان الاوصاف حتّىٰ لو صرّح بذلک كانت المعاملة باطلةً فلو قال: **«اشريت الفرس مع العربيّه بخمسة آلافٍ، كان باطلاً»** لانّه يشترط فى باب البيع وقوع كلّ جزءٍ من المبيع عيناً فلو قال: **«بعتک هذه الدّار مع منفعه تلک الدّار»** فلا يصّح لعدم كون المبيع كلّه عيناً و عدم صلاحيّة وقوع المنفعة، جزء المبيع فى البيع فلا يقابل الوصف بالثّمن.

نعم - للوصف و الشّرط دخلٌ فى زيادة قيمة العين و كانّه من قبيل الدّاعى بانّ الوصف او الشّرط يكون داعياً بان يبذل المشترى ازيد ثمناً فى مقابل العين.

بالجملة، المقابلة الماليّة، **انّما هى بين** العينين لابين العين والوصف و الشّرط والمراد من قولهم: **«انّ للوصف و الشّرط قسطٌ من الثّمن»**، ليس بمعنىٰ صحّة المقابلة بين الثّمن والوصف و الشّرط **بل** بمعنىٰ انّ لهما قسطٌ فى زيادة المبيع، فهما بمنزله الواسطة فى الثّبوت لا الواسطة فى العروض، فكانّ الوصف والشّرط، علة لزيادة قيمة العين

و بعبارةٍ اخرىٰ: هما داعيان لزيادة القيمة فى مقابل العين فاذا تخلّف الوصف والشّرط فكان تمام ما يقابل بالثّمن موجوداً و انّما المتخلّف، الوصف ما قوبل بالثّمن فى الانشاء وان كان له دخلٌ فى زيادة الثّمن فى عالم اللّب والدّاعى.

و لذا كان الارش فى باب خيار الرّؤية و غيره علىٰ خلاف القاعدة الاّ فيما ورد

نصّ علىٰ ثبوته كباب خيارالعيب.

اقول: انّما لوحظت فى هذا المبنىٰ، القواعد الادّبية من معنىٰ المقابلة ونحوها و هذه الملاحظة صحيحةٌ فى باب خيار العيب **حيث** لم يقع مقدارٌ من الوصف فى مقابل الثّمن **ولكن** مجّرد ذلک لايكون دليلاً معتبراً فى المسألة حيث قالوا بانّ الاوصاف لها ضمان اليد اذا اتلفها الغير ولها الماليّة **و مع ذلک كيف** يجوز القول بعدم ضمان المعاوضة لها؟ حيث لم يكن فرقٌ بين ضمان اليد و ضمان المعاوضة فى ماهية الضّمان و انّما الفرق بينهما فى كيفيّة الضّمان و مايضمن به.

و من الواضح انّ زيادة القيمة، انّما هى فى مقابل الوصف والشّرط عرفاً وليس المراد من المقابلة، صحّة استعمال باء المقابلة **عرفاً و مضافاً الىٰ ذلک**، نحو مقابلة كلّ شئٍ بحسبه ولايحتاج فى صحّة مقابلة الوصف بالثّمن الىٰ استعمال باء المقابلة عرفاً

و مضافاً الىٰ ذلک لو قلنا بانّه من الدّواعى فلا نسلّم انّ كلّ داعٍ، لم يدخل فى متن العقد و لم يقابل ثمنٌ فى مقابله بل من الدّواعىّ، الدّواعى النّوعيّة التّى تدخل فى متن العقد و تخلّفها يضّر فى المعاملة و عدم المضّر من الدّواعىّ انّما هى، الدّواعى الشّخصيّته و مسألة وصف الصّحة من قبيل الدّواعى النّوعيّة التّى تدخل فى متن العقد و هى كالشّرط الضّمنى.

و القول بعدم دخول الدّواعىّ فى متن العقد ليس علىٰ اطلاقه بصحيحٍ **بل** هى تصّح فى الدّواعى الشّخصيّة لا الدّواعى النّوعيّة التّى هى نظر اكثراً المتعاملين كوصف الصّحة و غيره **حيث** انّه يصير كالشّرط الضّمنىّ فى المعاملة و حكمه حكم الشّرط وله ضمان المعاوضة.

فبناءً عليه كان الارش علىٰ وفق القاعدة فى باب خيار العيب و خيار الرّؤية كما ذهب اليه ابن ادريس﵀ والشّيخ﵀ فى خيار الغبن الّذى هو اخفىٰ ممّا نحن فيه **لانّه** لم يكن تخلّفٌ من حيث التّعاهد و الالتزام فى باب خيار الغبن

صحّه العقد وبطلانه فيما اذا بان كون المبيع غيرَ واجد الوصف

هذا البحث غير البحث السّابق فيما اذا بحثنا عن صحّة العقد و بطلانه و مجوّز الدّخول فی المعاملة **ولكن بَحثُنا هنا عن صحّة العقد اذا دخلنا** فی المعاملة مع اعتقاد كون المبيع صحيحاً ثمّ بانَ **كونه فاقد الوصف هل هذا يكشف عن البطلان ام لا؟.**

نُسِب الیٰ جمعٍ من القدماء كالمفيد﵀ و جمعٌ من المتّأخرين كالمحقّق الاردبيلیّ﵀ والفيض الكاشانیّ﵀ و الخراسانیّ﵀ تبعاً للمحقّق الاردبيلیّ﵀ البطلان **و وجه البطلان انّه: بان كون المبيع، فاقد الوصف و مغايراً لما قبل العقد.**

اجيب عنه بانّ المراد من المغاير الموجب للبطلان، ما اذا بان انّه غير المبيع السّابق ذاتاً و ماهيّةً **و امّا فاقد الوصف العرضیّ** فی‌المبيع الشّخصیّ، فليس مغايراً لواجد الجنس بل هو هو بالمشار اليه كما قال به الشّيخ ردّاً علیٰ كاشف الغطاء فی حاشية اللّمعة.

و ردّه الشّيخ﵀ بانّ مراد المحقّق الاردبيلی من المغاير، ليس المغاير ماهيّةً بل غير مورد العقد والالتزام و الانشاء و انّما تخلّف مورد الالتزام و العقد ويكفی هذا فی بطلان العقد.

وجهٌ آخر قال به الشّيخ ردّاً علیٰ كاشف الغطاء فی جواب الاشكال المذكور و هو القول بالبطلان، **بانّ ما نحن فيه يدخل فی باب تعارض** الوصف والارشارة و انّ الاشارة هو الاقویٰ من الوصف.

و لازم هذا، القول بالصّحة هنا **لانّ** المفروض انّ مورد البيع، العين الشّخصیّ يشاربه بكلمة هذا او هو و غير ذلک من الادوات مثل: **بعتُ هذا العبد الكاتب. فحينئذٍ اذا** تخلّف الوصف و هو الكتابة فالموجود هنا، المشاراليه، المتخلّف يقتضی البطلان و الموجود، يقتضی الصّحه، فيتعارض الوصف والارشارة **و الاكثر ذهبوا الیٰ تقدّم الاشارة علیٰ الوصف.**

اجاب عنه الشّیخﷺ **بانّ** لازم تقدّم الاشارة علیٰ الوصف فی موارد التّعارض بینهما، عدم ترتّب الاثر علیٰ الوصف، بالکلیّة لا فی الصّحة والخیار و لا فی البطلان و الحال قلتم انّ الوصف، مؤثّرٌ فی الخیار

اقول: فی الجواب بما لعلّه هو مراد الشّیخﷺ ایضاً و هو انّ محور الکلام فی باب تعارض الوصف والاشاره و مناطه تعیین ما هو الاصیل و الاشتباه منهما فی التّطبیق ای تعیین انّ الحظاء فی التّطبیق ایّ واحدٍ منهما یعنی مورد الارادة الجدّیة هذا و اشتبه فی تطبیق الکاتب علیه واعتقد انّه کاتبٌ حتّیٰ یکون صحیحاً اوکان مورد الاعتقاد، الکاتب و اعتقد انّه حاضرٌ حتّیٰ یکون باطلاً کما یکون کذلک فی الاقتداء بالامام الحاضر فیما اذا اقتدیٰ بهذا الحاضر باعتقاد انّه زیدٌ فبان انّه غیره، فاذا اقتدیٰ بالحاضر واعتقد انّه زیدٌ ای کان الخطاء فی التّطبیق فی التّسمیة، کان صحیحاً لوجود الامام للاقتداء و امّا اذا اقتدیٰ بزیدٍ و اعتقد انّه حاضرٌ فبان انّه غیره قالوا ببطلان صلاته **لانّه** اقتدیٰ بزیدٍ و الحاضر من باب التّطبیق و الامام غیر زیدٍ **و ما نحن فیه لم یدخل فی باب** تعارض الوصف والاشاره **لانّه** لم یکن فی کلیهما اشتباهٌ حیث قصد هما ای قصد العبد و قصد الکتابه **غایة الامر احد هما لم یکن موجوداً فی الخارج و تخلّف عنه.**

وقول الشّیخﷺ بانّه لازم کون ما نحن فیه من باب تعارض الوصف والاشارة، عدم تأثیر الوصف بالمرّة و لزوم عدم تأثیره فی الخیار اصلاً، **مبنیٌّ علیٰ ما** ذکرناه من انّ محور تعارض الوصف و الاشارة اِمّا تعیین الاصیل منهما و الاشتباه منهما و من المعلوم انّ مورد الاشتباه منهما، لیس له اثر اصلاً حتّیٰ فی الخیار **و اِمّا استظهار انّ المراد ایّ** واحدٍ من الاشارة والوصف و ایّهما مجازٌ کما هو عبارة بعض الفقهاء؟

و الحقّ هو الاوّل و علیٰ کلّ تقدیرٍ و علیٰ التّقدیرین، مورد تعارض الوصف و الاشارة فیما اذا کان احدهما مقصوداً دون الآخرا وکان الآخر مقصوداً اشتباهاً؛ امّافیما نحن فیه فالفرض انّ کلیهما مقصودان جّداً ولیس فیهما اشتباهٌ، غایة الامر اتفّق فی‌الخارج انّه غیر موجودٍ فالبابُ لیس من باب تعارض الوصف و الاشاره.

قد اجاب عنه المحشّون بانّ دليل المحقّق الاردبيلیّ بناءً علیٰ التّقريب الثّانی صحيحٌ فيما اذا قلنا بوحدة المطلوب فی باب القيود و امّا لو قلنا بتعدّد المطلوب فيحصل الرضّا والانشاء و الالتزام فتعدّد المطلوب لايضّر بالصّحة لا فی العبادة ولافی المعاملات و لا فی‌الانشاءات ولا غير ذلک **لانّه** لا معنیٰ لتعدّد المطلوب الاّهذا.

بالجملة، مرجع هذا الجواب انّه لانسلّم انّه غير مرضّیٍ به وانّه غير المعقود عليه انّما يكون كذلک اذا كان من قبيل وحدة المطلوب و امّا اذا كان من قبيل تعدّد المطلوب فلا، و الاوصاف كلّها من قبيل تعدّد المطلوب.

و مسألة تعدّد المطلوب و وحدته مبنیٌّ لمسائل عديدة فی الفقه بعضها فی مقام الاستظهار و الاثبات و بعضها فی مقام الثّبوت.

و من جملتها مسألة الانشاءات والعقود و الايقاعات حيث قالوا بانّه لو وقع العقد علیٰ الموصوف و تخلّف الوصف فبان غير واجدٍ، كان من قبيل تعدّد المطلوب يعنی لادخل للوصف لاصل المطلوب **بل** دخلٌ فی كمال المطلوب بحيث لو تخلّف لبقی المطلوب بحاله والرضّا بحاله و لو كان الانشاء صورةً واحدةً.

فان قلت، انّما يكون البايع قصد من بيعه، عربيّة الفرس خاصّةً بحيث لو يكن عربيّاً لم يرض الیٰ البيع.

قلت: هذا اعتبارٌ شّاذٌنا درّبل المراد، نوع القضايا و فی نوع القضايا و فی الاوصاف والموصوفات، يكون الموصوف، هو المطلوب الاوّل و الاوصاف؛ المطلوب الثّانی يعنی من قبيل تعدّد المطلوب.

ثمّ انّ السّيّدﷺ بعد اختياره هذا الجواب قال بما فيه طغيان القلم و مبالغةٌ فی بيان المطلب **و حاصله انّه: حتّیٰ** لو كان من قبيل وحدة المطلوب كان العقد باطلاً ولو لم يكن فاقداً للوصف ای لوعومل الكاتب بنحو وحدة المطلوب كان باطلاً **لانّه** تعليقٌ **لانّ** معنیٰ‌وحدة المطلوب انّه لوكان كاتباً فقد اشتريته و الاّفلا.

قد يجاب عنه نقضاً وحّلاً و امّا نقضاً: **فلانّه**ﷺ **قَبِلَ قطعاً فی موارد** وحدة المطلوب

كبيع الحديد فيما اذا بان غير حديدٍ كان باطلاً اى عدم كون تخلّف الاوصاف موجباً للبطلان، انّما هوفی الاوصاف العرضّية العرفّية وامّا فی الاوصاف الذّاتية، فالتّخلّف مبطلٌ و لو كان بعبارة الاشتراء بان يقال: بعتُ هذا بشرط كونه حديداً و بان كونه غير حديدٍ و **مع ذلك** ليس تعليقاً.

و امّا حلّاً: فلانّ المراد من التعلّيق كونه تعليقاً صورةً و الامن المعلوم انّ كلّ حكمٍ، معلقٌّ علىٰ موضوعه كما انّ الوجوب منوطٌ بالصّلاة فی جملة: «**الصّلوة واجبةٌ**» المشروطة انّ قيود الهيئة ترجع الىٰ قيود المّادة **ولكن هذا** امرٌموكولٌ الىٰ بابه، مثلاً لو قال: ان كان هذا مالی فقد بعتُه، كان تعليقاً و هذا جائزٌ فی مورد المشكوک و امّا ان قال: بعتُ مالی هذا فهو ليس تعليقاً و لو كان البيع معلقاً علىٰ الماليّة فی الواقع و هذا شئٌ قرّر فی محلّه و الممنوع كون الهبة و الانشاء معّلقاً علىٰ شئٍ لا المّادة كالبيع.

ما ابعد بين هذا التّحقيق و بين ما اتفقّوا فی علم الاصول من بعد الشّيخ﵀ فی الفرائد فی باب قاعدة الميسور و من جملتهم السّيّد﵀ من انّ: قاعدة الميسور التّی هی نوعٌ من تعدّد المطلوب جاريةٌ فی باب تخلّف الجزء و لاتجری فی باب تخلّف الشّرط و الوصف مثل (الميسورُ لايَسْقُطُ بالمعسور و مالا يُدرک كلّه لايُترک كلّه) **لانّ** فاقد الوصف يباين مع واجد الوصف و ليس من قبيل نسبة الّتمام والنّاقص و امّا تخلّف الجزء فيكون من قبيل الّتمام و النّاقص.

و امّا الحّل: فهو انّ تعدّد المطلوب النّوعیّ لايُصلح هذا مع تسليم الكبرىٰ و هو انّ الاوصاف تكون من قبيل تعدّد المطلوب نوعاً **لانّ** الفرض، وجود الفَرَس العربّی فی الخارج **ولكن** «كون هذا فَرَساً عربيّاً او عدم كون هذا فَرَساً عربيّاً» ليس دليلاً علىٰ رضیٰ المشترى بهذا الفرس غير العرّبی، بمجّردانّ العربّی لولم يكن موجوداً فالمشترى راضٍ بالفرس غير العربّی من باب تعدّد المطلوب **لانّ** معنیٰ تعدّد المطلوب، الرضّا التّعليقیّ لا الرّضا الفعلیّ.

مضافاً الىٰ ذلك، الرّضا بالفرس غيرالعربّی فی صوره فقدان العربّی، لايستلزم

الرّضا بقيمة الفرس العربّی.

ثمّ انّ الشّيخﷺ **اقام دليلاً ثالثاً** لا ثبات انّ تخلّف الوصف ليس موجباً للبطلان و **هو يتضمّن علىٰ ثلاثه موارد:**

المورد الاوّل: مسألة خيار العيب و مورده، تخلّف وصف الصّحة، فالصّحة كالشّرط الضّمنیّ كان مورداً لنظر المتعاملين و هو شرطٌ استغنی عن ذكره،

اذا تخلّف وصف صّحة المبيع و بان انّه معيبٌ من قبل تخلّف الوصف و فاقد الوصف فاذا كان ما نحن فيه باطلاً فيلزم كونه باطلاً فی باب خيار العيب اذا تخلّف وصف الصّحة والحال انّها وردت **رواية صحيحة «جميل بن درّاج»** بانّه مخيّرٌ بين الرّد والارش و هذا دليلٌ علىٰ انّه ليس تخلّف وصف الصّحة موجباً للبطلان مطلقاً و كما انّه اذا لم يكن تخلّف وصف الصّحة، لا يوجب بطلان المعاملة فتخلّف شرط الكمال بالاولىٰ.

المورد الثّانی: الشّاة؟ المصراة ای اشتراط كونها مصراةً ثمّ بان تخلّف ذلک، هذا ليس باطلاً **بل** كان موجبا للخيار.

المورد الثّالث: «بيع ما يملك و ما لا يملك» كما اذا باع شاةً و خنزيراً او باع ماله مع مال الغير من دون اطّلاع **الغير، قالوا انّه صّح فيما يملك من** المبيع **وبطل فيما لا يملك** مع خيارٍ لبعض الصّفقة، **و هذا من قبيل تخلّف الشّرط و الوصف لانّه اوجد الانفكاک** فی الانضمام؛

مرجع هذا الىٰ موردين: المورد الاوّل، النّقصان الكمّی باعتبار انّه ليس مالكاً **و المورد الثّانی**، نقصان الكّم او العدد او الجزء باعتبار انّه ليس قابلاً للملكيّة و هذا المورد يشترک مع ما نحن فيه **لانّه** تَخَلَّفَ فيه وصف الانضمام كما فی نحن فيه.

اقول: هنا مجالٌ للسؤال بانّه لِمَ لم يتمسّک الشّيخﷺ فيما نحن فيه بهذه الرّواية: **«كان فی ذلک خيار الرّؤية»** و انّما تمسّک بها فی خيار الوصف و تخلّف الجزء؟

احتمل هنا انّ من وجهة الشّيخﷺ انّه لم تدّل **الرّواية المذكورة علىٰ ما نحن فيه لانّه** ليس دليلٌ علىٰ انّ الخيار فی كلّ موردٍ بمعنىٰ الخيار المصطلح و هو حقّ

خارجیٌّ **بل** لعّل المراد من الخیار کونه مخیّراً بین القبول و عدمه کقبول الفضولیّ و اجازته و هو فی حدّ نفسه قابلٌ للتّوجّه و متینٌ جدّاً الاّ انّه بعیدٌ عن وضع کلمات الشّیخ ﷺ و عدوله ﷺ عنه.

اقول: فرقٌ واضحٌ بین ما نحن فیه و بین الموردین من الموارد الثّلاثة امّا فی مورد تبعضّ الصّفقة فالمتخلّف، الاجزاء لا الشّرائط.

و قلنا سابقاً نقلاً عن الشّیخ ﷺ: بانّ قاعده المیسور، انّما تجری فی الاجزا **لانّ** النّسبة فیها، نسبة الکامل و النّاقص و لا تجری فی الشّرائط **لان** النّسبة فیها، نسبة التّباین و اَمّا کون الانضمام شرطاً **فالمعروف** فی فرق الکلّ والاجزاء انّ الاجزاء انّما هی بالاسر و الکلّ بشرط الاجتماع و لا یجب فی کلّ جزءٍ، الانضمام بجزءٍ آخر فلا یجوز القول بانّه اذا باع شاةً باعها بشرط انضمامه مع الخنزیر و اذا باع خمستین؟ باعه بشرط انضمامه، الخمسةَ الأُخریٰ ای یکون الانضمام حالاً لا شرطاً یعنی باع فی حال الانضمام لا بشرط الانضمام.

ففرقٌ بین تبعضّ الصّفقة و ما نحن فیه لانّ فی تبعضّ الصّفقة لیس الانضمام شرطاً و لیس التّخلّف من باب تخلّف الشّرط **بل** من باب تخلّف الجزء و انضمام الجزء مع الجزء الآخر لیس من شرائط هذا الجزء **بل** انّما هو فی حال الانضمام و هو الاجزاء بالاسرِ

امّا المسألة المصّراة فلم یرد نصٌّ خاصٌّ من الشّیعة حتّیٰ یستظهر منه، انّما هی منقولةٌ من العامّة و غایة ما فی الباب انّ الخیار هنا مبنّیٌ علیٰ **«قاعدة لا ضرر»** و خیاره، خیار التّدلیس **لا انّه** من باب تخلّف الوصف و الشّرط بان قال: اشتریتُ هذه الشّاة منه علیٰ ان یکون لبنها، کلّ یومٍ موجوداً.

تبقیٰ مسألة خیار العیب و هو ایضاً محلٌّ للکلام فی محلّه بانّ وصف الصّحة **هل هو** من باب الانصراف او من قبیل الشّرط الضّمنّی او من قبیل وجود الامارة کما قال به جمع من الفقهاء؟.

وانت کما تریٰ لیست مسألة کون خیار العیب من باب تخلّف الوصف، امراً

مسلّماً و بعدُ محلّ كلامٍ.

مضافاً الیٰ ذلک علیٰ فرض القول بكونه من باب تخلّف الوصف فی باب خيار العيب، **نقول: انّ** وجود موردٍ واحدٍ، لا يكفی فی انتزاع القاعدة الكليّة بان يقال فی كلّ وصفٍ اذا تخلّف فهو صحيحٌ وفيه الخيار.

غايه ما يمكن ان يقال: انّه لو قلنا بانّ العرف لم يعاملوا مع تخلّف الوصف العرضیّ، معاملة تخلّف الوصف الذّاتیّ حيث قالوا فی مورد التّخلّف الذّاتیّ بالبطلان و الصّحة والخيار، و فی الوصف العرضیّ **يمكن لنا القول** بانّ الشّرع ايضاً يقول بهدا والفقهاء ايضاً يقولون بالتّعليلات المختلفة من قبيل تعدّد المطلوب و غير ذلک.

و امّا اذا لم نقل بانّ العرف ذهبوا الیٰ ذلک فلا يمكن لنا طريقٌ الیٰ اثباته

كيف ماكان صرّح الشّيخ ﷺ بانّ المواد، تخلّف الوصف العرضیّ والذّاتی بانّ تخلّف الوصف الذّاتی موجبٌ للبطلان وربّ اشياءٍ كانت مختلفة الحقيقة فی الواقع ونفس الامر **ولكن** تعامل معها معاملة متّحد الحقيقة مثلاً الانسان زنجّياً او روميّاً و غير ذلک، جيلٌ واحدٌ من اختلافٍ فی الانسانيّة **ولكن فی** باب البيع ليس متّحد الحقيقه فلو اشترىٰ عبداً فبان امةً، كان باطلاً **لانّه** من قبيل تخلّف الصفّات الذّاتية فكانت الذّكوّرية والانوثيّة التّی هی فیباب المنطق والفلسفة، ليست من الفصول، والصّفات المّنوعة هی من الصّفات الذّاتيه فی باب المعاملات التّی كانت موجبةً للبطلان لانّهما متباينان من حيث الماليّة وكما اذا باع خِلاًّ من باب انّه من تمرٍ فبان انّه من زبيبٍ، ليس موجباً للبطلان **لانّهما** ليسا مباينين وكونه من الّتمر والزّبيب، من الصّفات من حيث الماليّة ولو كانتا حقيقتين بالدّقة العقليّه.

و لذا يقال: انّ الضّابطه التّی كانت فی باب الرّبا فی اتّحاد الحقيقة و اختلاف الحقيقة، غير الضّابطة التّی هی فی هذا الباب.

هذا خلاصة كلام الشّيخ ﷺ فی ذيل كلامه ﷺ

اقول: مع الاعتراف بانّ كبریٰ التّی قال بها الشّيخ ﷺ من كون ضابطة الوصف

الذّاتیّ والعرضیّ فی باب الفلسفة و المنطق، و غیر هما فی باب المعاملات **بل** کانت لکلّ علمٍ وفنٍّ، ضوابطُ واصطلاحاتٌ **خاصّةٌ، متینٌ جدّاً لاکلام فیه والخلط فی هذا،** ربما یوجب الاشتباه فی کثیرٍ من المسائل.

نقول: انّ تطبیق هذه الکبریٰ علیٰ ما نحن فیه محلّ نظرٍ لانّه لم یدّل دلیلٌ من الآیات والاخبار و الاجماع علیٰ انّه یتعلّق الحکم علیٰ الوصف الذّاتّی اوالعرضیّ حتّیٰ یقال بالرّجوع الیٰ العرف فی تشخیص کلّ واحدٍ منها بل المبنیٰ هو ضابطة التّی تستفاد من الادّلة کتعدّد المطلوب و وحده المطلوب وغیره فما یستفاد منها، هو الضّابط.

هل خيار الرّؤية فوريٌ ام متراخٍ؟

قال الشّيخ ذهب الاكثر الیٰ الفوريّة و ليس دليلٌ عليه اِلاّ التّمسّک لعموم العّام فی الزّمان المشكوک بناءً علیٰ البحث الّذی قد سبق ذكره غير مرّةٍ من انّه اذا خُصِّصّ عامٌّ فی زمانٍ هل يرجع فيما بعد العّام الیٰ عموم العامّ او استصحاب حكم المُخصِّص؟ كما فی: **«اوفوا بالعقود»** هو عامٌّ خرج منه مورد تخلّف الوصف فی الآن الاوّل واليوم الاوّل و امّا فی اليوم الثّانی فاذا لم يفسخ هل يرجع الیٰ عموم: **«اوفوا بالعقود»** بان لم يكن له فی اليوم الثّانی، خيارٌ ای كان الخيار فوريّاً او يرجع الیٰ استصحاب بقاء الخيار فيكون الخيار متراخياً؟

و ان اشكلنا فی استصحاب بقاء الخيار وقلنا: انّه اِمّا من قبيل الشّک فی المُقتضِی كما يستفاد من بعض كلمات الشّيخ او ليس الموضوع محرزاً **لانّ** موضوع **«لاضرر»**، المتضرّر و الرّواية الموجودة فی البين، تنزّل علیٰ مدلول **«لاضرر»** ای ما علم انّه من باب الضّرر و كانّه ليس موضوعه محرزاً فلا يجری الاستصحاب او تفصيلٌ بين ما يقال: بانّ المستند ان كان **«لاضرر»** فليس موضوعه محرزاً و المستند، هو النّصّ الخاصّ فيحرز موضوعه كما قال به الشّيخ فی آخر خيار الغبن و خيار التّاخير؟.

و ان قلنا بعدم جريان استصحاب بقاء الخيار هل يُرجع الیٰ استصحاب العقد بانّه اذا فَسَخَ فی اليوم الثّانی و الآن الثّانی و يشکّ فی تأثير الفسح هل تجری اصالة عدم تأثير الفسخ و استصحاب بقاء العقد حتّیٰ يكون لازماً و كان الخيار فوريّاً ام لا؟.

و يبقیٰ علیٰ من قال فی خيار الغبن و فی خيار العيب بالتّراخی و هنابالفوريّة، **سئوالٌ بانّه**: ماالفرق بين هذه الخيارات الثّلاثة؟ **حيث قالوا**: بالتّراخی فی موردين والفّورية فيما نحن فيه. **مع انّ الملاک و المناط، واحدٌ** فی الثّلاثة فما وجه

التّفكيک؟

بل لوكان الامر بالعكس اى القول بالتّراخى فى باب خيار الرّوية و الفوريّة فى باب خيار الغبن و خيار العيب فكان اَوْ فىٰ و اَوْلىٰ **لانّه** وردت فيما نحن فيه، صحيحة «**جميل بن درّاج**» مطلقةً لِقوله عليه السلام: «**كان خيار الرّؤيه**»: و لم يرد قوله عليه السلام: «**كان له فى ذلك خيار الرّؤية فى اليوم الاوّل**» و لايجوز القول بانّ المقام، ليس فى مقام البيان عن هذا.

اقول: انّ الفقهاء عاملوا مع خيار الرّوية، معاملةَ سائر الخيارات من حيث الفوريّة و التّراخى ومن حيث الاسقاط الفعليّ او القوليّ قبل تحقّق السبّب او بعده، في ضمن العقد و بعده.

و لكن يمكن ان يصوّر فى هذا الخيار، مبنيً جديد غير مبنيٰ هذه الخيارات و هو انّه: من باع العبد الكاتب و بانَ فيما بعدُ انّه غير كاتبٍ، لم يكن خُلف الوعد، اذا لم يفِ به **لانّه** التزم برّد الّثمن فى مقابل العبد الكاتب فاذا لم يردّ الّثمن فيما اذا لم يكن العبد كاتباً، لم يكن هذا، خلافَ الوفاء بالعقد و مخالفاً للعقد و الالتزام و لم يكن ضدّ الوفاء.

بالجملة، الدّليل المهمّ فى باب خيار الرّؤية هو: قول تعالىٰ : «**اوفوا بالعقود**» و الدّليلان الآخران هما صحيحة: «**جميل بن درّاج**» و «**قاعدة لاضرر**» ترجعان الىٰ هذا الدّليل فهو تخصّصٌ لا تخصيصٌ.

فبناءً عليه، لامجال للقول بانّه «**اذا ورد عامّ خُصِّصَ بزمانٍ الخ**»، فى ما نحن فيه **لانّه** تخصيصٌ و ما نحن فيه، تخصّصٌ **لانّ** خيار الرّؤية، ليس تخصيصاً فى دليل: «**اوفوا ...الخ**» حتّىٰ يقال: بانّه خُصِّصَ فى زمانٍ و فيما بعد الزّمان بما ذايرجع؟.

و من هنا يظهر الفرق بين هذا الخيار و سائر الخيارات **لانّ** فى سائر الخيارات تخصيصٌ فى دليل: «**اوفوا... الخ**» و **لكن** هنا، تخصّصٌ.

فقول الشّيخ رحمه الله **حيث** قال: «وليس لهم دليلٌ علىٰ ذلک اِلاّ الاقتصار علىٰ المتيقّن فى دليل: «**اوفوا**»، **ليس بصحيحٍ لانّ** الباب، ليس باب التّخصيص.

ويشهد علىٰ ذلك ايضاً، حكم العرف، بالبطلان حيث انّ العرف ايضاً، لايـجعل نفسه، مُلزِماً علىٰ الوفاء فی صورةتخلّف الوصف **لانّ** فی نظر العرف، ليس فـاقد الوصف، مطابقاً للعقد و الالتزام.

والقول بانّ العرف، ذهب الىٰ الصّحة و مقصوده من الخيار، الخيار المـصطلح، يلزمه كون الفسخ من حينه كما هوالمعمول فی سائر الخيارات و لازم الفسخ مـن حينه، كونه صحيحاً الىٰ حين الفسخ.

فبناءً عليه، الخيار فی باب خيار الرّؤية، انّما، علىٰ حدّ الخيار فی باب الفضوليّ **حيث قالوا:** بانّ بيع الفضوليّ، صحيحٌ منوطٌ بالاجازة و معنیٰ الاجازة، اسقاط حقّ الشّرط.

فلايجوز القول فيه: انّه من حينه وليس قابلاً للنّقل والمصالحة والانتقال بعوضٍ و بلاعوضٍ وليس قابلاً للارث **لانّ** الخيار هنا، حكمٌ لاحقٌّ وهو بمعنیٰ عدم اللزّوم و بمعنیٰ الحكم و لامجال للقول باسقاطه حيث لم يكن حقّاً حـتّیٰ يكـون قـابلاً للاسقاط وليس هذا الخيار. بمعنیٰ الغاء الشّرط ونحو ذلک.

ولامورد هنا للبحث فی انّه هل الخيار هنا، متراخٍ او فورّيٌ؟ علیٰ مبنیٰ انّه اذا ورد عامٌّ خُصّص فی زمانٍ الخ.

و من العجب انّه نسب الىٰ «**العلّامة**ﷺ»بانّ الرّؤية، سببٌ للخيار ای كان مُـلزَماً قبل الرّؤية و حصل الخيار بعدها مع انّ الرّؤية لا دخل له **بل هوٌ** طريقٌ محضٌ».

مسقطات خيار الرّؤية:

بناءً علىٰ ما ذكرناه من المبنیٰ سابقاً، لامورد بمباحث الاسقاط سواءٌ كان قـبل الرّؤية او بعدها او كان فی ضمن العقد قـوليّاً او فـعليّاً **لانّـه** ليس مـن الخـيارات المصطلحة.

وايدّ الشّيخﷺ **فی باب** خيار الرّؤية، هذا المبنیٰ الّذی ذكرناه فی موارد متعدّدة حيث صرّح انّه: بانَ عيناً كانت موصوفةً بصفةٍ كذا ثمّ بانت فاقدةَ الوصف، لايـعدّ

العمل بهذا العقد وفاءً و تركه لايعدّ نقضاً له».

ولكنّ المسقطات علىٰ المبنىٰ المشهور من انّ الخيار هنا كسائر الخيارات، حقٌّ خارجيٌّ قابلٌ للاسقاط القوليّ والفعليّ **علىٰ ثلاثة فروضٍ: الاسقاط بعد الرّؤية والاسقاط قبل الرّؤية والاسقاط فى ضمن العقد.**

وامّا الاسقاط القوليّ بعد الرّؤية فلاخلاف ولا اشكال فيه.

و امّا الاسقاط الفعليّ اي التّصرف الدّال علىٰ الرّضا فهو ايضاً كالاسقاط القوليّ، مُسقِطٌ للخيار علىٰ المبنىٰ الّذي قلنا في باب خيار الحيوان: «**فَذلِكَ رضَيَ مِنهُ وَ لاخِيارَ**».

و امّا الاسقاط قبل الرّؤية فهو ليس بصحيحٍ اِن قلنا: انّ الرّؤية علىٰ خلاف ما عُقِدَ، سببٌ للخيار كما يستفاد هذا من كلام العلّامةﷺ **لانّه** من قبيل الاسقاط قبل تحقّق الخيار.

وامّا لوقلنا انّ الرّؤية، ليست سبباً بل طريقاً كما هو استظهارنا من الرّواية، من الرّؤية و العلم و نحو هما، فهى ظاهرةٌ فى الطّريقيّة والمقصود منها، المرئيّ.

نعم: صرّح الشّيخﷺ بانّه لا بأس بالقول علىٰ فرض الموضّوعية، انّ الرّؤية شرطٌ لا سببٌ وانّه هو الاقوىٰ اى التّوصيف بالكتابة و تخلّفه، سببٌ و الرّؤية، شرطٌ له اى الرّؤية، الجزء الاخير للعلّة التّامة لانّها سببٌ و حدها.

فموضّوعية الرّؤية، لاتُنافى مع شرطيتّها **لانّه** كما يصحّ استناد المعلول الىٰ العلّة التّامة، كذلک يصحّ استناده الىٰ الجزء الاخير للعلّة التّامة.

فالرّؤية علىٰ فرض الموضوعيّة، ليست هى الّسبب وحدها، **انّما هى** شرط الّسبب و هو حاصلٌ من قبلُ فاسقاط الخيار قبل الرّؤية، ليس من باب اسقاط الخيار قبل تحقّق الّسبب **بل** من باب اسقاط الخيار قبل تحقّق الشّرط كما قالوا بذلک فى باب خيار الغبن و خيار العيب **حيث** انّ بعض الفقهاء فرضوا، ظهور الغبن هو شرط الخيار.

اقول: قلنا سابقاً انّ العلم و الرّؤية و نحو هما، ظاهرها فى الطّريقيّة،

لاالموضوعيّة **فلامجال للقول** للسّببيّة و الّشرطيّة و **ثبوت خيار** الرّؤية هنا، انّما هو راجعٌ الیٰ مقام الاثبات **لانّه** مادام لم يرَ، لم يَستفِدْ من الخيار.

و امّا الفرض الثّالث فهو شرط السّقوط فی ضمن العقد.

و اوردت علیٰ هذا الفرض، ايراداتٌ مشتركةٌ فی سائر الخيارات من خيار الغبن و العيب ونحو ذلک من انّها: اسقاط ما لم يجب و انّه مخالفٌ للشّرع و مخالفٌ لمقتضیٰ العقد و نحو ذلک و **اجيب عنها هنا**، ما اُجيب عنها هناک **و لكن** فی المقام، شبهةٌ خاصّةٌ بهذاالخيار.

الاقوال فی المسألة، ثلاثةٌ:

الاوّل: انّ هذا الشّرطَ فاسدٌ و مُفسِدٌ للعقد كما عن جامع المقاصد.

الثّانی: انّه ليس بفاسدٍ و ليس مُفسِداً للعقد كما عن صاحب الجواهرﷺ والسّيد ره فی الحاشية.

مبنیٰ الوجه الاوّل: انّه انّما اُعْتُبِرَ ذكر الاوصاف ليرفع الغرر فاذا اشترط سقوط الخيار فی ضمن العقد، يوجب الغرر.

و قد قُرِّرَ فی محلّه: انّ الشّرط الموجب للغرر باطلٌ و مُبطِلٌ من غير ابتناءٍ علیٰ النّزاع المعروف: «**هل الشّرط الفاسد، مُفسِدٌ للعقد ام** لا؟»

و مبنیٰ الوجه الثّانی انّ: ثبوت الخيار، ليس رافعاً للغرر حتّیٰ يقال: بانّ عدم ثبوته، موجبٌ للغرر.

و بعبارةٍ اُخریٰ، الخيار يتوقّف علیٰ البيع الصّحيح لولاالخيار ولو فرضنا تصحيح العقد بالخيار للزم الدّور، فبثوت الخيار و عدمه، لايؤثّر فی وجود الغَرَر وعدمه، **كيف؟** اذا كان ثبوت الخيار يؤثّر فی الغرر، كان يلزم تجويز كلّ بيعٍ غرريٍّ اذا كان فيه الخيار.

مضافاً الیٰ ذلک، اَطْبَقَ النّصّ و الفتویٰ فی باب خيار العيب انَّ البايع له ان يشترط التّبرّی عن العيوب و هذا الّشرط بمعنیٰ شرط سقوط خيار العيب.

و معلوم انّ الصّحة، شرطٌ ضمنّيٌ و ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل **لانّ** سبب خيار الرّؤية، ذكر الوصف و رفع الغرر ايضاً انّما بذكر الاوصاف والالتزام و شرط سقوط الخيار، ينا فی هذا الالتزام.

والشّيخ(ره) صرّح بالاخير: انّ الاقوٰی هو الوجه الاوّل و انّه فاسدٌ و مُفسدٌ للعقد، **و بعبارةٍ اُخرٰی:** القيد اِمّا قيدالالتزام كالّشرط مباشرةً او قيد الملتزم به، والاوصاف قيد المُلتَزمُ به فتسری الیٰ الالتزام والعقد و شرط عدم الخيار، الالتزام علیٰ العقد حتّیٰ بدون وصف الكتابة ومعنیٰ شرط الوصف و الفعل، انّه اِن لم كن الفعل و الوصف حاصلاً، ليس العقد بلازمٍ وليس علیٰ العقد ملتزماً و هذان منافيان.

و امّا مسألة شرط التّبری فهو يفترق مع ما نحن فيه **لانّ** صحّة المبيع فی باب خيار العيب، ليس باعتبار وصف الصّحّة وليس ايضاً باعتبار الشّرط الضّمنيّ، انّما هو باعتبار قيام الاجازة حيث كان طبع الاشياء علیٰ الصّحّة لا انّه باعتبار تعهّد البايع و التزامه كما انّ الحمل علیٰ الموصوف و الحمل علیٰ الكتابة، انّما هو بتعهّد البايع،فاذا تَعَهَّد البايع الكتابةَ وشَرَطَ سقوطَ الخيار، هما متنافيان **و امّا اذا لم يتعهّد الكتابة** و احرزت الكتابة من طريقٍ آخر، فَشَرطَ سقوط خيار الرّؤية و العيب فلا مانع منه.

اقول: بعض ما ذكره الشّيخ ﷺ لا يخلو عن دقّةٍ و متانةٍ كما انّ بعض ما ذكره ايضاً **لايخلو عن اشكالٍ.**

و امّا ما ذكره الّذی لايخلو عن متانةٍ فمنها:

انّ قوله ﷺ بانّ تعهّد البايع ايضاً، رافعٌ للغرر و فی رفعه لايحتاج الیٰ العلم بوجود الوصف اوالموصوف، هو متينٌ جدّاً و لا دليل علیٰ انّ الجهل بتحقّق الوصف او بوجود الموصوف، مبطلٌ للعقد و **لكنّه** خلاف ما ذكره ﷺ فی هذ المقام و فی باب الغرر.

و منها: انّ التّنافی بين شرط سقوط الخيار و بين الالتزام و تعهّد الوصف من

البايع، متينٌ فی الغاية و **قول السّيدﷺ فی المقام لايخلو عن صحّةٍ.**

و منها: دعواهﷺ من فساد الشّرط و كونه مُفسداً للعقد، متينٌ جدّاً. **و امّا ما ذكره(ره)** الذّی لايخلو عن اشكالٍ **فمنها:**

انّ مع قولهﷺ بتنا فی شرط السّقوط مع تعهّد البايع بالوصف، لاحاجة الیٰ لزومه الغرر **لانّ** الغرر من شرائط العقد و الكلام فی تحقّق العقد.

ومنها: انّ قوله: انّ كلّ عقدٍ لم يذكر فيه الوصف الذّی هو محتمل وجوده فی الواقع، يوجب الغرر **لانّه** لادليل علیٰ لزوم العلم بكلّ وصفٍ دخيلٍ فی الماليّة و التّبرّی من العيوب ايضاً من هذا القبيل، **لامانع منه** لانّ الالتزام و التّعهّد بالصّحة و وصف الكمال، انّما يلزم فيما اذا كان لازماً و **امّا** فيما لم يكن لازماً فی نظره، ليس بلازمٍ ولم يكن عدم ذكره غرّرياً.

ومنها: قولهﷺ: انّ فی باب وصف الصّحة، الاعتماد، انّما هو بوجود الامارة **لابتعهّد البايع، ليس بصحيحٍ.**

اوّلاً: لعدم قبول الشّيخ نفسهﷺ هذا كما سيجیٔ حيث صرّخ ره بانّه الشّرط الضّمنیّ و البايع قد تَعَهَّد بذلک.

وثانياً: انّ البايع و المشترى اذا علم بهذا النّوع من الامارة غالباً، ينصّب المعاملة عليه و يصير كالشّرط الضّمنیّ **و لذا** اَوْجَدَا لشّهيد الاوّلﷺ في الدّروس، الفرق بين التّبرّی عن العيوب و قال: بالصّحة فيه و بين التّبرّی عن الكتابه و انّه لايصّح اذا تعهّد بالكتابه.

و هذا صحيحٌ فی الغاية لانّ عدم الصّحة فی التّبرّی عنِ الكتابة، انّما فيه، تعهّد ان متنافيان بان يقال: «بعتک العبد الكاتب ای انا ملتزمٌ بكونه كاتباً و ان يقال: «بعتک العبد و ان لم يكن كاتباً» امّا فی باب العيوب فالتّعهدّ بالصّحة، انّما هو من باب الغلبة.

هل يسقط خيار الرّؤية ببذل التّفاوت و بالابدال ام لا؟

لايسقط خيار الرّؤية، ببذل التّفاوت كما توهّم و لو بتدارک ضررالمشترى النّاشىء من فقد الوصف.

و ذلک لاطلاق دليل خيار الرّؤية فى ذلک: **«وله فى ذلک خيار الرّؤية»** المستفاد منه، الخيار، سواءٌ بَذَلَ البايع التّفاوت ام لم يبذل؟

ولايخفىٰ عليكم انّ المستند ان كان **«لاضرر»** فى باب خيار الغبن و خيار الرّؤيةفهو تفرّقُ بين البابين: **«باب خيار الغبن»** و **«باب خيار الرّؤية»** من حيث انّ بذل التّفاوت فى باب خيار الغبن، يوجب عدم جريان قاعدة **«لاضرر»** و لكنها تجرى فى باب **«خيار الرّؤية»** اذا بَذَلَ التّفاوت ايضاً **و ذلک** لاجل فقد التّعهّد والالتزام فى باب خيار الرّؤية **حيث** انّ التّعهّد والالتزام، وَقَعَ فى مورد العبد الكاتب وغير الكاتب ليس مورداً للالتزام، بذل التّفاوتِ، لايوجب قبول فاقد الوصف الّذى هو خارجٌ عن مورد الالتزام، مكانَ واجد الوصف بخلاف باب خيار الغبن **لانّ** فيه، بقىٰ المبيع والثّمن و الالتزام علىٰ حاله، من غير تغييرٍ فيه.

غايةالامر، وقع الغبن والقيمة السّوقية فى المبيع، و بذل التّفاوت حينئذٍ، يرفع الضّرر فلاتجرى قاعدة **«لاضرر»** فيصّح ان يقال: انّه لايسقط هذا الخيار ببذل التّفاوت و لا يقال: بانّه اذا بذل التّفاوت، اِرْتَفَعَ الضّرر كما يرتفع فى باب خيار الغبن فكما انّ الخيار لايجيئى عند بذل التفّاوت فكذلک **فيما** نحن فيه لما ذكرنا وجهه.

هكذا، لايسقط خيار الرّؤية بالاَبدال كما تُوهِّمَ الّسقوطُ **و ذلک لانّ مورد المعاملة**، انّما هو الشّخصيّ كهذه الحنطة الحمراء والزام البدل، خارجٌ عن مورد المعاملة **اللّهمّ الّا ان** يقال: انّ النّظر فى معاملة المثليّات غالباً، ليس علىٰ الشّخص و الشّخصيّات والمعاملة علىٰ شخص المبيع، انّما هى فى مقام المصداق وتطبيق الكلّى عليه، **حينئذٍ** يمكن ان يقال: انّ الاَبدال، مُسقِطٌ للخيار.

نَعَم: فی القّميات انّما العناية، علىٰ الشّخصِ.

و فی المثليّ ايضاً لوثبت في مورد المعاملة، وقعت علىٰ شخص المبيع والعناية علىٰ خصوصّية المبيع، لايكفی الابدال.

فرعٌ: لوباع العبدا الكاتب بشرط الابدال اذا بانَ فاقدالوصف؟

قال الشّيخ: انّ هذا الفرع له فرضان وفی كليهما يكون الشّرط فاسداً وَ مُفسِداً للعقد، هذا ظاهر كلام الشّهيد الاوّل فی الدّروس.

و امّا صاحب الجواهر فی مقام توضيح كلام الدّروس صرّح: بانّ مقصوده انّما، هو فساد الشّرط وامّا فساد العقد فهو خالٍ عن الدّليل **و ذلك لانّ** المأخوذ ثانياً **تارة** يكون بازاء الّثمن **اوّلاً:** بانّ المعاملة اذا بانت غير واجد الوصف، صارت فسخاً ثمّ وقع البيع جديداً بين المأخوذ ثانياً **و بين** الّثمن الاوّلِ، **لانّ الّثمن، حينئذٍ** لايجوز ان يقع ثمناً للعبد الاوّل فاقد الوصف و ثمناً للعبد الثّانی المأخوذ ثانياً **فلا بدّ** ان يخرج عن كونه ثمناً للاوّل ولايكون هذا اِلاّ بالانفساخ ووقوع بيع جديدٍ بين المأخوذ ثانياً و الّثمن الاوّل وليس من وُسع شرط الاَبدال، اثبات هذا **لانّ** كّلاً من الانفساخ و وقوع البيع جديداً، يحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ ولايكفی فيه، مطلق الشّرط.

نعم: بعض الاعتبارات، لايحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ ويكفی فيه مطلق الشّرط كمطلق الملكيّة بان يكون **«دارى لك»** و ان يكون **«دارك لى»** كَأن يقال فی مقامِ النّذر: «ان شُفِيَ مريضي، ان تكون شاتي اُضحِيّةً»، فتكون الشّاة واقعةً في مورد الُاضحيّة.

وامّا اذا قال: «بعتُ بشرط ان تكون زوجتی مطلّقة» او «ان يكون مالی وقفاً للفقراء او ان يكون هذا البيت مسجداً،» فلا يصحّ.

بالجملة؛ شرط النّتيجة قسمان:

قسمٌ لايحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ كالملكيّة فيجوز تحققّه بشرطٍ وعهدٍ و نذر عينٍ

ووصيّةٍ عهديّةٍ وتملكيّةٍ.

و قسمٌ منه يحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ فی تحقّقه و لايكفی فيه مطلق الشّرط **لانّه** كان شرطاً يوجب ان يكونُ محلِّلاً للحرام و مُحرِّماً للحلال و مـخالفاً للكـتاب و السّنّة.

وامّا شرط الفعل اى: «بعتك دارى بشرط تزويج ابنته»، فلا مانع منه و لاينافی احتياجه الىٰ اسبابٍ خاصّةٍ **لانّه** يوجد بسببٍ خاصٍّ **و مـراده**ﷺ بـالابدال، بـنحو شرط النّتيجة، **حيث** يستفاد هذا من تعليله لامن قبيل شرط الفعل و لوكان قـول الّشيخﷺ: **«بشرط الابدال»** يُوهِمُ كونَه من قبيل شرط الفعل.

وايضاً قول الشّيخﷺ بوقوع المبادلة بين المأخوذ ثانياً و هو العبد الكاتب وبين المأخوذ اوّلا وهو العبد غير الكاتب لا انفساخ المعاملة الاوّليّة، هذا ايضاً لايخلوعن اشكالٍ:

اوّلاً: انّه تعليقُ محالٍ بان يكون العقد هكذا: **اِن بانَ غـير كـاتبٍ، فـقد وقـعت المعاملة بينهما».**

و ثانياً: انّه مجهولٌ و غير معلومٍ حين العقد انّه هل يظهر غير كاتبٍ ام لا؟

و ثالثاً: مرجعه الىٰ شرط وقوع المعاملة الجديدة، بنفس الشّرط.

اقول: قولهﷺ بانّ شرط الانفساخ، من قبيل شرط النّتيجة، يـحتاج الىٰ سـببٍ خاصٍّ يمكن فيه النّظر من وجوهٍ:

الوجه الاوّل: انّ هذا الشّرط، ليس شرط الانفساخ **بل** شرط تحقّق الفسخ ممّن له الفسخ و لايحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ بل هو سببٌ موجبٌ للفسخ.

الوجه الثّانی: علىٰ فرض كونه من قبيل شرط الانفساخ، **نقول:** انّه لا دليل علىٰ القول بانّ الانفساخ، يُعدُّ من الاعتبارات الّتی تحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ بل ظـاهره، البيع بشرط الخيار؛ و ماورد من الرّوايات مثل: **«ان جاء بالثّمن فالمال ماله»**، المراد منه ، انّ ردّ الّثمن، كافٍ فی الانفساخ ولايحتاج الىٰ ازيدَ من ذلک.

الوجه الثّالث: انّ ما نحن فيه، ليس من قبيل شرط الفسخ ولاشرط الانـفساخ

لانّ الخيارهنا، ليس كسائر الخيارات **بل** معناه، عدم الرّضا بالمبيع الموجود الفاقد للوصف؛ هذا كلّه راجعٌ الىٰ الفرض الاوّل.

و امّا فى الفرض الثّانى و هو وقوع المعادلة بين المـأخوذ اوّلاً: و ثـانياً: كـون الابدال بيعاً جديداً **ففيه نظرٌ** من وجهين: صغر وّياً و كبروّياً.

امّا الصّغرويّ فلانّا لانسلّم انّ الاَبدال، بيعٌ، للفرق الواضح بين البـيع و الابـدال بالمفهوم و الاعتبار **حيث** انّ تمايز العقود، انّما هو بالمفهوم بالآثار و الاحكام و لا بالمصداق بالحمل الشّايع **بل** لابالحمل الاوّليّ **حيث قال الشّيخ**ﷺ: انّ البيع، تمليكُ عينٍ بالعوض و هذا غير الابدال، اعتباراً و مفهوماً و لاتلحقه احكام البيع و معنىٰ البيع، ليس مبادلة مالٍ، بمالٍ علىٰ الاطلاق.

وامّاكبروّياً فلا دليل علىٰ عدم صحّة البيع فى ضمن الشّرط **لانّه** لادليل علىٰ انّ البيع، يحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ و لايكفى فيه مطلق الشّرط و لا مانع من تحققّ البيع بشرط: «ان يكون دارى لک بازاء عشرة الآفٍ فى ذمّتک».

و امّا قولهم بانّ البيع، تمليکُ عينٍ بعوضٍ **فلانّه** لايتحققّ البيع غالباً الّا **بالصّيغة** الفاعليّ و الاّ انشاء البيع بنحو شرط النّتيجة ايضاً، لامانع منه و لا دليل علىٰ اعتبار الماضّوية و الصّيغة الخّاصة و غيرذلک من الشّروط **و الدّليل علىٰ ذلک** انمّا هـو، صدق العقد و قوله: «**تجارةٌ عن تراضٍ**» و غيرهما من الادّلة الّتى تصدق فيما نحن فيه و حتّىٰ صرّحوا بانّه لو قال: «**زوجّتک بنتى**» و «**بعتک دارى بعشرة آلافٍ**» فقد كان صحيحاً.

و امّا مسألة الجهالة و الغرر فقد اجاب المحشّون عنه بانّ الجهالة و الغرر، انّما هو فى الشّرط وليس هنامضرّاً **و لكنّه مردودٌ** بانّ الجهالة وان كانت فى الشّرط الاّ انّها تسرى الى العقد ايضاً.

والجواب الصّحيح انّه لادليل علىٰ كون كلّ جهالةٍ، مُضِرّاً فى العقد بل الجهالة بمعنىٰ الغرر و الخطر و الخديعة، مضرٌّ فيه وليس هذا النّوع من الجهالة، حاصلاً هنا.

وامّا التّعليق فليس بمانعٍ **لانّهم** صرّحوا بصحّة التّعليق فى باب الايقاعات ايضاً و

هو معمولٌ عندالعرف والعقلاء عند الضّرورة.

بناءً علىٰ ماذكرنا، تلزم صحّة الفرّضين اِلاّ فى الموردين اللّذين يرد عليهما اشكالان: **امّا فى الفرض الاوّل** فيرد بانّه بالانفساخ، ينفسخ الشّرط ايضاً وهو الاَبدال ولاموجب لايجاد العقد الجديد **فما الموجب** لوقوع العقد، عقداً جديداً بعد الانفساخ؟ فهذا الشّرط، شرطٌ غيرُ معقولٍ فى نفسه **لانّ** وقوع العقد الجديد، بحكم الشّرط وبحكم لزوم الاِبدال و الاِبدال، فى ضمن العقد فاذا زال العقد، فقد زال الاِبدال ايضاً.

اجاب عنه المحقّق الاصفهانيّ ﷺ في خلال كلماته بانّ الشّرط، يحتاج الىٰ العقد حدوثاً لابقاءً و **لكنّه مردودٌ** بانّ الشّرط، قيدٌ، **بل** نحو تقيّدٍ مع العقد و اذا فرضنا زوال العقد بالانفساخ، يخرج عن كونه قيداً.

نعم: يمكن القول بهذا، فى تخلّف الاجزاء و فى العقدين.

اشكالٌ آخر علىٰ الفرض الثّانى وهو انّ شرط الابدال، انّما هو متضمّنٌ شرطَ سقوط الخيار وقد قلنا سابقاً: انّ شرط سقوط الخيار، منافٍ لتعهّد البايع و التزامه بانّ العبد غير الكاتب، خارجٌ عن تعهّده و التزامه.

وقد يجاب عن الاشكال الاوّل بانّ الابدال، ليس بيعاً ولا فسخاً و لاانفساخاً، **بل** انّما هو، عدم الرّضا بفاقد الوصف والرّضا بفردٍ آخر فليس هذا الاشكال بواردٍ اصلاً **لانّه** مبنّيٌ علىٰ انّ العقد الجديد، يحتاج الىٰ الفسخ اوالانفساخ المصطلح وعلىٰ هذا، الخيار هنا، ليس كالخيارات المصطلحة وليس من قبيل الفسخ والانفساخ المصطلح **بل** من قبيل صّحة الفضوليّ في كونه مُراعىٰ بالرّضا.

ولوسُلِّمَ ذلك نقول: انّ القول بانّ الانفساخ زال الشّرط ايضاً، انّما يصّح فيما اذا كان الانفساخ فى رتبةٍ متقدّمةٍ والعقد الجديد فى رتبةٍ متأخرّةٍ **والحال انّ الامر** علىٰ عكس ذلك اى كان البيع الجديد فى رتبةٍ متقدّمةٍ والانفساخ فى رتبةٍ متأخّرةٍ حيث كان الانفساخ، لازمَ العقد.

و توضيحه انّ اعطاء البدل، انّما يلزم بحكم العقد الاوّل و اعطاء البدل **حيث**

يحتاج الیٰ الانفساخ، يصير العقد منفسخاً باطلاً قهراً.

وقد يجاب عن الاشكال الثّانی اولاً: انّ الاِبدال، ليس بيعاً مفهوماً.

و ثانياً: انّ المنافاة بين تعهّد البايع والتزامه مع شرط سقوط الخيار الذّی معناه كون الالتزام كالعدم، انّما هو فيما اذا اِشترط سقوط الخيار لاغير **و امّا اذا اِشترط الابدال** فلاينافی هذا مع الالتزام الاوّل كما هو واضحٌ ولو تضمّن شرطَ سقوطِ الخيار.

و من هنا يظهر حال الفرع الآخر الذّی عَنوَنَهُ صاحب الجواهرﷺ و هو ماااذا اِشترط شرطَ البذل و قال: **«بعتُ العبد الكاتب بحيث لوبانَ غير كاتبٍ، يلزم بذل التّفاوت»**، صرّح صاحب الجواهر، انّه باطلٌ **لانّ** معناه، شرط سقوط الخيار **ولكن يظهر** ممّا قلناه، صحّته **لانّ** عدم الخيارهنا، بمعنیٰ رفع المسئوليّة المطلقة حين الوصف وامّا اذا فرضنا انّ البيع كذلک ای ان قال: **«بعتك العبد الكاتب او قيمته»** فلا منافاة بينهما.

فحينئذٍ لامانع من شرط الابدال ومسألة بذل التّفاوت.

الظّاهر ثبوت خيار الرّؤية فی كلّ عقدٍ واقعٍ علیٰ عينٍ شخصيّةٍ موصوفةٍ كالصّلح والاجارة.

قلنا سابقاً: انّ الخيارات علیٰ نوعين:

١- نوعٌ يجری فی البيع فقط.

٢- نوعٌ آخر لايختصّ بالبيع و لوعُنونَ فی باب البيع.

و هذا مبنیٌ عليٰ انّ دليل الخيار يختصّ بباب البيع او يعّم؟

لايخفیٰ انّ دليل باب خيار الرّؤية، يعمّ باب البيع ولواختصّ بعض ادلّته بباب البيع كصحيحة جميل بن درّاج: **«وكان يدخل فيها و يخرج...كان له فی ذلك خيار الرّؤية»**.

ولكن بعض ادلتّها **«كَلاضرر»** وغيرها يعمّ البيع والاجارة والصّلح حتّیٰ يعمّ مثلَ

الصّداق.

غاية الامر جريان خيار الرّؤية فى غير باب البيع ايضاً **له شروطٌ ثلاثةٌ: الشّرط الاوّل:** وقوع العقد علىٰ العين الشّخصيّة فلايجرى خيار الرّؤية فى المعاملة الواقعة علىٰ الكليّ في الذّمّة.

الشّرط الثّانى: كون البيع موصوفاً اى العبد الموصوف بالكتابة او الفرس العربيّ.

الشّرط الثّالث: تخلّف الوصف بعد البيع فلوآجر العبد الكاتب او الطّباخ ثمّ بانَ تخلفّه عن هذاالوصف فله خيار الرّؤية.

والشّيخﷺ اقام فى عدم اختصاص خيار الرّؤية بباب البيع، دليلاً بنحو المنفصلة الحقيقيّة وهو انّ الامر فى غير باب البيع فيمااذا اجتمعت فيه الشّرائط الثّلاثة المذكورة، **لايخلو عن امورٍ ثلاثةٍ:**

اِمّا يُقال ببطلانه كماعن المحقّق الاردبيليّﷺ او لزومه او كونه جائزاً **ولايجوز القول بالبطلان لانّه** خلاف طريقة الفقهاء واجماعهم ولايجوز القول باللّزوم ايضاً **لانّ** قبول فاقد الوصف، مكانَ واجد الوصف، ليس وفاءً بالعقد علىٰ الموصوف فيبقىٰ القول بالجواز و كون العقد جائزاً خياريّاً وهو المتبّع.

اقول: المختار فى المسألة علىٰ ما تقدّم هوالاحتمال الرّابع غير ما ذكره الشّيخﷺ من الاحتمالات و هو البطلان فى تخلّف الاوصاف المُقوِّمةِ كما اذا باع حديداً فبانَ غيرُه حديداً و امّا الاوصاف الكماليّة كما نحن فيه فالجواز، متوقّفُ بالرّضا **لانّه** من قبيل فقد الوصف لافقد الذّات فاذا رضى بالفاقد، يصير لازماً وهو المطابق للعرف والموافق لما يستفاد من الادّلة.

فالمختار فى باب البيع، هوالمختار فى غير باب البيع و هو الجواز مُرْعىٰ بالرّضا وان شئتَ: سمّهِ بالصّحة التّأهلّيّة و ان شئت: سمّهِ صحّةً علىٰ حدّ صحّة العقد الفضوليّ من كونه متوقفّةً علىٰ الاجازة المتأخّرة.

و العجب ممّا قاله الشّيخ(ره) وهذا التّعليل هنا، ينافى مع ما قالﷺ سابقاً من انّ مناط الرّؤية، اشتراط الوصف و مرجعه الىٰ ذلک.

ومضافاً الیٰ ذلک: انّ هذه المنفصلة الحقيقيّة، لاتخلو عن ملاحظاتٍ:

منها: انّ القول بالبطلان، خلاف طريقة الفقهاء واجماعهم، غيرصحيحٍ لانّهم لم يتمسكّوا بالاجماع فی اصل جريانه فی البيع كيف فـی غـير البـيع؟ **لانّ** العـلماء كالمفيد والشّيخ الطّوسی وابن البرّاج الذّين هم لسان الشّرع، كانوا مـخالفين فـی المسألة فی باب البيع و قالوا بالبطلان ولوتردّد الشّيخ﵀ نسبة هذاالقول الیٰ هؤلاء الفقهاء.

مضافاً الیٰ ذلک، دعویٰ الاجماع فی مسألة كان المـبنی مـعلوماً والادّلة بـيّنةً وليس ممّا وصل لهم و لم يصل الينا، ممنوعٌ.

وامّا ابداع احتمال اللّزوم فی المسالّة، فهو ايضا **مدفوعٌ لانّه** كيف يجوز القول بالالتزام لفاقد الوصف مع انّه باع واجد الوصف والتزم فی العقد بـواجـد الوصـف لافاقد الوصف؟ و هوخلاف المتعارف والادلّة والفتاویٰ.

وبالجملة، هو خالٍ عن الاعتبار جدّاً و لاموجبَ لابداع هذا الاحتمال فی المقام **و مع الاَسَف وَجّه** المحشّون، احتمالَ اللّزوم فی مقام ردّ قول الشّيخ﵀ بحيث يميلون اليه **بل الظّاهر** من بعض المحشّين، اختيار القول باللّزوم.

فالسّيد﵀ وجّه اللّزوم بانّ اصل البيع و قوله﷿ **«تجارةً عن تراضٍ...»** يدلّ علیٰ اللزّوم ان قلنا انّ قوله تعالیٰ: **«اوفوا بالعقود»** لايدّل علیٰ اللزّوم **وامّا مسألة الوصف هنا فهو من** قبيل تعدّد المطلوب **و مضافاً الی ذلک،** استصحاب بقاء الملكيّة هـنا، يدّل علیٰ اللزّوم ومال الیٰ ذلک، المحقّق الايروانی﵀ والمحقّق الاصـفهانيّ﵀ فـي الحاشية.

و لكن لايخفیٰ انّ هذه الكلمات من المحشّين كلّها، لاتخلو عن مـلاحظةٍ **لانّ** مفاد قوله تعالیٰ: **«اَحَلَّ اللهُ البيعَ»** وقوله﷿: **«تجارةً عن تراضٍ»** مدلول البـيع و مضمونه **و من الواضح** انّ قبول فاقد الوصف، مكانَ واجد الوصف، باعطاء الـثمن الواجد، مكان ثمن الفاقد، من مضمون البيع و مدلوله.

وامّا مسألة تعدّد المطلوب فهی خلاف الوجدان و خلاف العرف **لانّ** المراد من

تعدّد المطلوب، تعدّد الانشاء، كانّه انشاءٌ وقع علىٰ الكاتب وانشاءٌ آخر علىٰ غير الكاتب فهو خلاف الوجدان و خلاف العرف **و ان كان المراد** منه، تعدّده فى الغرض لافى الانشاء فهو ايضاً **غير صحيح لانّه اولاً:** غرضه هو الكاتب فقط لاغير الكاتب **و ثانيا:** لا يبيع غير الكاتب بقيمة الكاتب.

امّا مسألة الاستصحاب فى فرع الصّحة وهى بعدُ محلّ كلامٍ عند المحقّق الايروانى(ره) وغيره كالشّيخ﵀ **و مع ذلك كيف يجوز القول بالاستصحاب فى توجيه اللزّوم؟**

فاحتمال البطلان، لاموجب له و كذلك القول بالصّحة والجواز خياريّاً، خالٍ عن الدّليل **لانّ** دليل اللزّوم و الصّحة واحدٌ فاذا قلنا: بعدم الدّليل علىٰ اللزّوم فلا دليل علىٰ الجواز والصّحة الفعليّة فتبقىٰ دلالة الادّلة علىٰ الجواز و الصّحة التّأهّليّة علىٰ حدّ صحّة عقد الفضوليّ.

مسألةٌ: اختلاف البايع والمشترى فى التّوصيف.

هذا بحثٌ صغروّيٌ بعد الفراغ عن الكبرىٰ وهو خيار الرّؤية في صورة التّخلّف.

البحث الصّغروّى هو انّ المشترى ادّعيٰ الاختلاف والبايع ادعّيٰ عدمَ الاختلاف فى الاوصاف.

هذا البحث، له صورٌ مختلفةٌ والصّورة التّى عنونها الشّيخ(ره)، انّما هى، الصّورة التّى كان اختلافهما فى التّوصيف لافى تسليم الثّمن.

قال العلّامة﵀ فى التّذكرة: انّ الاصل، مع المشترى **لانّه** منكرٌ و البايع، المدّعى و ذلك لاصالة براءة المشترى عن الثّمن.

ولكن ردّه﵀ فى بعض كتبه: بانّ المفروض، صحّة المعاملة و انتقل الثّمن الىٰ ذمّة المشترى وكانت ذمّته مشغولةً بالثّمن فلامورد لجريان اصالة براءة المشترىعن الثّمن.

واجاب الشّيخ(ره) عنه بانّ المراد من اصالة براءة الذّمة، اصالة براءة الذّمة من

التّسليم فى زمن الخيار مع الاشتغال فى الذّمة.

وكيف كان يقول العلاّمة: بانّ القول، قول المشترى، ليس صحيحاً **لانّ** الفرض، اشتغال ذمّة المشترى من الثّمن و وجوب التّسليم و عدمه، مسبّبٌ عن وجود الخيار و من آثاره الشّرعية للخيار لوقلنا به والخيار ايضاً من آثار الاشتراط اى انشأ الخيار فى صورة الاشتراط و تخلّف الوصف.

فاصل براءة الذّمّة عن وجوب التّسليم، من الاصل المسببيّ المترتّب علىٰ سبب الخيار بواسطتين شرعيتّين **لانّ** عدم وجوب التّسليم، من آثار الخيار و الخيار من آثار الاشتراط حين العقد.

و من الواضح انّ الاصل، عدم الاشتراط اذا شكّ فيه و اختلف فيه فالقول، قول البايع **اللّهم إلاّ ان يقال:** بالفرق بين الاشتراط و التّوصيف، و النّزاع فى التّوصيف **لانّ** الاشتراط، التزامٌ فى التزامٍ و يمكن ان يقال: بانّ الالتزام الاوّل محقَّقٌ و الثّانى، مشكوكٌ والاصل عدمه و لوكان الشّرط ايضاً امراً عليحدّة و كان من القيود سواءٌ كان من قبيل قيد الملتزم او الالتزام؟

و امّا التّوصيف فهو امرٌ و احدٌ بمعنىٰ التّقييد عرفاً غيرالشّرط اى المشترى اذا اِشترىٰ العبد الكاتب يعنى اِشترىٰ الموصوف لا انّه اِشترىٰ الذّات و اِشترط فيه الكتابة و حينئذٍ كان اللّزوم، من آثار وقوع العقد على هذا والخيار، من آثار وقوع العقد علىٰ هذا الكاتب **فالاصل،** عدم وقوع العقد علىٰ هذا والشّك فى الاشتراط، ليس من الاقلّ والاكثر حتّىٰ يقال: بتحقّق الاقّل وهو العبد و كون الاكثر وهو الاشتراط وهو مشكوكٌ **والاصل** عدم ذلک **بل** هما متباينان فالعقد علىٰ الموصوف و على فاقد الوصف وموضوع اللّزوم، العقد علىٰ غيرالموصوف و الاصل عدم ذلک و بذلک يعود الاصل الىٰ المشترى **لانّ** المشترىٰ ادّعيٰ عدمَ اللّزوم.

اقول: المطالب الثّلاثة للشّيخ، قابلٌ للتّأمّل و الاشكال:

امّا التّأمّل فى الاوّل وهو الايراد علىٰ العلّامة و توجيه كلامه فهو انّ مراد

العلّامة من قوله: «**الاصل، براءة ذمّة المشترى من الثّمن**» مبنيٌّ علىٰ ما ذكرناه من انّ المراد من الصّحة فى صورة تخلّف الوصف، الصّحّة التّأهليّة والمراد من الخيار، ليس علىٰ حدّ سائر الخيارات وليس المراد من الصّحة، النّقل والانتقال و ليست ذمّة المشترى، مشغولةً بالثّمن بعدُ، حيث لم يرضَ علىٰ البيع بعدُ.

فحمل كلام العلاّمة(ره) علىٰ براءة ذمّة التّكليفيّ الوضعيّ، بعيدٌ من كلامه ﷺ **فبناءً عليه**، ليست ذمّة المشترى، مشغولةً بالخيار فى زَمَنِ الخيار والشّكّ فى ثبوت الخيار، انّما هو شكٌّ فى اشتغال ذمّة المشترى بالثّمن.

واما التّأمّل فى المطلب الثّانى للشّيخ ﷺ فحاصله: انّ الاصل، عدم الاشتراط ويثبت به عدم الخيار.

وبعبارةٍ اخرىٰ، وجوب التّسليم وعدمه، من الآثار الشّرعيّة للخيار والخيار و عدمه من آثاره الشّرعيّة للاشتراط فالشّك، شكٌّ سببّيٌ و مسبّبيٌ فاذا اجرينا الاصل فى الاشتراط كما فى نظائره، اجرينا اصالة عدم الاشتراط و نتيجته، عدم الخيار.

فحاصل التّأمّل: انّ الذّى يظهر من الشّيخ وغيره انّ: اصل عدم الاشتراط، هو الاستصحاب **و هو يشكل هنا لانّ** الشّرط: «كأن تخيط لى ثوبى» ونحو ذلك، له معنيً اسميٌ كالقيام في قولنا: «**زيدقائم**» وله معنيً حرّفيٍ نعتيّ وهو الالتزامُ في التزامٍ وبهذه الملاحظة، لايجرى الاستصحاب كما لاتجرى اصالة عدم القرشيّة لعدم وجود الحالة السّابقة اى لم يكن عقدٌ، مشروطاً لشيءٍ غيرمشروطٍ يشكّ فى كونه مشروطاً حتّىٰ يجرى اصل عدم الاشتراط حيث كان الشّرط، معناه، القيد و النّعت و اصل عدم الاشتراط بمعنىٰ «**كان النّاقصة**» و من الواضح، عدم الحالة السّابقة، فى «**كان النّاقصة**».

بالجملة، ان كان المراد من عدم الاشتراط، المعنىٰ الاسميّ والعدم المحموليّ، كاصالة عدم وجود القريشيّ بالمعنيٰ الاسميّ، فهو لايثبت انّ هذه المرأة، قريشيّة ولايثبت انّ هذا العقد، ليس مشروطاً.

وان كان المراد، المعنىٰ النّعتيّ اي لم يكن هذا العقد، مشروطاً سابقاً فيشكّ فيه فيستصحب عدم كونه مشروطاً فهو لايصحّ لعدم وجودالحالة السّابقة اى لم يثبت زمانٌ كان عقداً ولم يكن مشروطاً حتيّ يشكّ فيه في الآن الثّاني.

حاصل الاشكال: انّ اصل عدم الاشتراط، له معنىٰ نعتّى والاستصحاب لايجرى **فی «كان النّاقصة»** إلّا اذا كانت له حالةٌ سابقةٌ ولكنّه ليست لها حالةٌ سابقةٌ و مفاد **كان النّاقصه...**

امّا التّأمّل فی المطلب الثّالث للشّيخ(ره) فهو انّ الاصل، عدم الاشتراط **ولكن** ما نحن فيه من قبيل التّوصيف لا الاشتراط وفرقٌ واضحٌ بينهما.

فحاصل التّأمّل فيه انّ الشّيخﷺ لم يجرالاستصحاب فی امثال المقام **لانّ** فی نظره(ره)، اصالة عدم وجود الكرّ، لاتثبت انّ الموجود، ليس بكرٍّ كما انّ اصالة عدم وجود زيد، فی الدّار، لاتثبت انّ هذاالشّخص، ليس بزيدٍ و كما انّ اصالة عدم خروج الحيض، لاتثبت انّ الّدم الخارج ليس بحيضٍ حتّىٰ يقال: انّ كلّ دمٍ ليس بحيضٍ، فهو استحاضةٌ.

وبالجملة، العدم المحموليّ، لايثبت العدم النّعتيّ **ولكن** مع ذلک قالﷺ هناک بخلاف ما قال فی امثال المقام حيث صرّحﷺ هنا: انّ اصالة عدم تحقّق العقد الموجب للّزوم، يثبت انّ العقد الواقع، موجبٌ للخيار وهو خلافٌ لماذكره فيما سبق من انّ اصالة عدم تحقّق العقد علىٰ غير الموصوف، لايثبت انّ الواقع، موجبٌ للخيار والاّ فهو اصلٌ مُثبِتٌ. **هذا اوّلاً:**

و ثانياً: علىٰ فرض تسليم الاصل المُثبِت اومع قطع النّظر عنه، فيحدث التّعارض **لانّ** الاصل، عدم تحقّق العقد علىٰ غير الموصوف، حتّىٰ تعارضه اصالة عدم تحقّق العقد علىٰ الموصوف.

وثالثاً: انّ مورد كلّ دليلٍ، أُخِذَ فی موضوعه، الشّكّ سواءٌ كان الدّليل، اصل البراءة اوالاستصحاب او قاعدة التّجاوز و الفراغ وغير ذلک من الاصول، والمراد من الشّكّ، الشّكّ الابتدائيّ الحقيقيّ العرفيّ لا الشّكّ الجعليّ الفرعيّ كالمصادر

الجعليّة فى النّحو كالحوقلةِ والبسملةِ ونحوهما.

مثلاً اذا شككنا فى قيام زيدٍ فالشّک الاوّليّ، انّما هو، قيام زيد بنحو **«كان النّاقصة»** وامّا الشّکّ فى وجود **«زيد القائم»** بنحو **«كان التّامّة»** فهو شکٌّ جعليٌّ فرعيٌّ وبعضهم قال: اذا شككنا فى قيام زيدٍ ولم تكن له حالةٌ سابقةٌ فينتقل الىٰ الشّکّ الجعليّ وهو وجود زيدالقائم الملازم للشّکّ فى قيام زيدٍ والاصل، عدم تحقق زيدٍ القائم.

وهذا النّوع من الاستصحاب و الاصل، ليس بصحيحٍ لانّ مورد الاصل، انّما هو الشّکّ الحقيقيّ وهو قيام زيد لاالشّک الجعليّ وهو الشّک في وجود زيد القائم ومسألة الشّک فى كرّية ماءٍ مخلوق السّاعة، **من هذا القبيل لانّه** ليست له حالةٌ سابقةٌ تواردت فيها الحالات وزالت الحالةُ السّابقة فى البين ويشّکّ فى كرّية هذا الماء و الشّکّ الحقيقيّ هنا، انّما الشّکّ فى كرّية الموجود اَمّا اصالة عدم وجود الكرّ فى الدّار، التّى اجراها الشّيخ وصرّحﷺ بانّ هذا الاصل،لا يثبت كون هذا الماء كرّاً، **فهى لايصّح جريانها لانّه** شکٌّ جعليٌّ فرعيٌّ لاتشمله الادلّة و مانحن فيه ايضاً من هذا القبيل **لانّ** الفرض، صحّة وقوع العقد علىٰ هذا وحدوث النّقل و الانتقال باعتراف المتبابعين و انّما الشّک فى اعتبار الوصف الذّى هو مفاد **«كان النّاقصة»** وهو شکٌّ حقيقيٌّ ابتدائيٌّ والاصل ان كان موجوداً فهو انّما يجرى فى هذا الوصف والتّوصيف وامّا تركيب الوصف مع الموصوف و القول بالعقد علىٰ العبد الكاتب بنحو الوجود المحموليّ الذّي هو مفاد **«كان التّامة»** والشکّ فيه اى القول بانّ لازم الشّکّ فى التّوصيف انّه هو هل وقع عقدٌ علىٰ الموصوف ام لا؟

فهولايصحّ لا اصلاً ولا عكساً اى لايصحّ القول بانّ الاصل، عدم تحقق العقد علىٰ الموصوف و انّ الاصل، عدم تحقّق العقد علىٰ غير الموصوف **لانّ** الشّکّ فيهما، شکٌّ جعليّ لاتشمله الادلّة.

وهذا يجرى فى كلّ دليلٍ تعلّق حكمه علىٰ الشّک من الاستصحاب واصل البرائة وقاعدة الفراغ والتّجاوز و غير ذلک من الاصول.

ولايخفیٰ انّ المحقّق الخراسانیؒ صرّح فی الكفاية فی باب العامّ والخاصّ فی مسألةَ القرشيّة: بانّ العامّ اذا خُصِّصَ بمُنفصلٍ، قد يكون العامّ معنوناً بعنوانٍ و قد لايكون معنوناً و فی موردٍ لايكون العامّ، معنوناً بعنوان العامّ علیٰ فرض عدم جريان الاصل النّعتيّ، يمكن تعيين موضوع الُمخصِّص بواسطة اصل عدم المحموليّ وندخل بضميمة الاصل، تحت العامّ مثل: «انّ كلّ من عادت بعد الخمسين فهو ليس بحيضٍ» الاّ انّها قريشيّةٍ او نبطيّة بنحوالمنفصلة او المتّصلة وليس هذا معنیٰ انّ موضوع العام، غير قريشيّةٍ او موضوع الُمخصّص قريشيّةٌ **بل** العامّ، لم يعنون بعنوانٍ، اذا شككنا فريشيّة امرأةٍ ولو لم يجراستصحاب عدم القريشيّة بعنوان **«كان النّاقصة»** **ولكن** يمكن جريان اصالة عدم تحقّق الانتساب بنحو المحموليّ بين هذه المرأة وبين القريشيّة، هو يعني اصل عدم المحموليّ، كافٍ في النّفی ولايلزم اصل عدم النّعتی.

ويمكن ان يقال: انّ مانحن فيه ايضاً من هذا القبيل و العامّ هنا، هو قوله تعالیٰ: **«اوفوا بالعقود»** وخرج عنه، العقد الواقع علیٰ الكاتب والحالّ نشكّ فی وقوع العقد علیٰ الكاتب حيث لم يعلم هذا، لم يجر اصل عدم النّعتيّ هنا **ولكن** يمكن جريان اصالة عدم تحقّق الاشتراط بنحو العدم المحموليّ ونتيجة هذا، اللّزوم الذّي ينكره الشّيخؒ.

ورابعاً: انّهمؒ صرّحوا فی باب القضاء بانّه: يعتبر فی المُدعِيّ والمُنكِر، الجزم ومع ذلک كيف يمكن دعويٰ اصل عدم الاشتراط؟ وانّ دعويٰ كلّ واحدٍ من المتبايعين المختلفين ان كانت مطابقاً للاصل، فهو مُدّعٍ ومُوافقاً له فهو المُنكر؟.

و من هنا يقال: انّ المعيار فی تشخيص المدّعی والمنكر الیٰ العرف **فالاصل** مع البايع **لانّه** منكرٌ **لانّ** المشتری ادّعیٰ امراً جديداً و ادّعیٰ تغيير الوضع.

فنباءً عليه، اصل عدم الاشتراط، لايفيد فی مورد الاختلاف.

فرعٌ: لونَسَجَ بعض الثّوب وشَرَطَان ينسج الباقى علىٰ منواله هل يصحّ هذا ام لا؟

قال الشّيخ الطّوسىﷺ فى المبسوط: «بَطَلَ مادام لم ينسج باقيه ايضاً و هكذا القاضى ابن البرّاج**ﷺ** وابن سعيد(ره) والعلاّمة**ﷺ** فى اغلب كتبه ومن جملتها، التّذكّره وايّده جامع المقاصد ايضاً وامّا العلاّمة فى المختلف **فقوّىٰ الصّحة.**

دليل البطلان، عدم معلومية الباقى الذّى فى الذّمة، مجهولاً.

وايضاً أستُدِّلَ بالبطلان: انّ المعاملة لوكانت صحيحةً فيلزم القول بخيار الرّؤية فى النّصف وعدمه فى النّصف فهى معاملةٌ فيها خيارٌ وليس فيها خيارٌ وهذا امرٌ متناقضٌ وهذا محالٌ.

وقد اجاب العلاّمةﷺ **عنه فى المختلف.**

اوّلا: بانّا ان قلنا بالخيار فيلزم لنا القول فى كلّ المعاملات كما ورد فى صحيحة: **«جميل بن درّاج»: «كان له فى ذلك خيار الرّؤية»** يعنى فى مجموع المعاملات.

وثانياً: علىٰ فرض صحّة القول بالخيار فى مالم يَرَهُ واللّزوم فيمايَرَاهُ من المنسوج، **فليس هذا** جمعاً بين المتناقضين **لانّ** مورد اللزّوم، غيرمورد الخيار فالعقد الواحد من هذه الجهة فى حكم العقود المتعدّدة كما لوباع مايملک وما لايملک، فَصَحَ فيما يملک و بَطَلَ فيمالايملک.

وثالثاً: المعقود من العرف و الشّرعِ إمّا معاملةُ الكليّ ومن الواضح، عدم اشتراط الوجود فيه وهو فى الذّمه و الذّمة وعاءُ الكليّات لاالجزئيّات او معاملة الشّخصية ويلزم فيها وجودُ المبيع خارجاً.

والشّيخﷺ جَعَلَ المسألة علىٰ ثلاثة فروضٍ وصرّح بصحّة كلّ واحدٍ منها ولم يتعرّض بالفرض الرّابع الذّى هو مهمٌّ فى المقام و كانّه**ﷺ** قَبِلَ عدم صحّة هذا الفرض وقد بَحَثَ عنه العلّامة فى المختلف فى خلال كلماته وصرّح بصحّته.

الفرض الاول: لو اِشترىٰ الموجود من المنسوج بشرط ان ينسج الباقى علىٰ منوال الاوّل وحقيقة هذا الفرض، يرجع الىٰ امرين موجودين فى الخارج مع شرطٍ فيه اى شراء المنسوج الموجود مع غزلٍ و موادٍّ موجودةٍ حاضرةٍ حين الاشتراء بشرط ان ينسج الموادّ الموجودة علىٰ منوال الاوّل.

وهذا لامانع من صحّته، **غاية الامر** اذا تخلّف عن الشّرط ولم ينسج الباقى علىٰ منوال الاوّل، فله خيار تخلّف الشّرط.

الفرض الثّانى: انّه اِشترىٰ المنسوج مع مادّةٍ من الغزل الموجود فى الذّمّة مثلاً شَرَطَ ان ينسج على منوال الاوّل وحقيقة هذا الشّراء، ترجع الىٰ انّ بعض المعاملة شخصيٌّ وبعضها كليٌّ في الذّمة وهذا ايضاً لامانع منه **غاية الامر** انّه اذا تخلّف عن النّسج فله خيار تخلّف الشّرط.

الفرض الثّالث: انّه اِشترىٰ المنسوج الموجود فى الخارج مع منسوجٍ موجودٍ فى الذّمّة ولامانع منه ايضاً **لانّه** من قبيل ضمّ الكليِّ الىٰ الشّخصيِّ اذا كان قابلا للتّسليم والقبض والاقباض.

والفرق بين هذا الفرض و الفرضين السّابقين، انّ: فى الفرضين السّابقين، كان للمشترى خيار تخلّف الشّرط اذا تخلّف عن النّسج الباقى علىٰ منواله بخلاف هذاالفرض لعدم تسليم فرد الكليِّ وله حينئذٍ خيار الفسخ **بل** له خيار التّبديل اي يجب علىٰ البايع، النّسج.

نعم: اذا لم يمكن له ان ينسج، فله خيار تعذّر الشّرط، لاخيار تخلّف الشّرط.

الفرض الرّابع الذّى لم يتعرّضه الشّيخ﵀ مع انّ القدر المتيقّن للفقهاءِ هذا الفرض، انّه اذا اِشترىٰ الباقى ايضاً منسوجاً شخصّياً اى اِشترىٰ هذا الموجود الذّى كان بعضه موجوداً فى الخارج منسوجاً وبعضه ليس بموجودٍ و سيوجد فى الخارج.

صرّح العلّامة﵀ فى المختلف بصحّة هذا ايضاً لشمول العمومات له ولولم يكن له نظيرٌ فى الشّرع.

وردّه المحقّق الاصفهانى﵀ بانّ النّصف الباقى فى الذمّة، اِمّا شخصيٌّ او كليٌّ فان

كان كليّاً فهو خلاف الفرض وان كان شخصّياً فلايجوز كون الّذّمة وعاءً للشّخصيّات.

اقول: انّ المراد من الذّمّة، العهدة والمسئوليّة وليس المراد من الذّمّة، عالَماً مخصوصاً ووعاءً خاصّاً كالخارج والذّهن فبناءً عليه، الشّخصيّ ايضاً، قابلٌ للتّعهّد.

فبناءً عليه: قول العلامّةﷺ فى صحّة هذا الفرص فى غاية المتانة الاّ انّه نضيف الىٰ قوله(ره) بانّ له نظائر فى الفقه كبيع الّثمار بضميمة شيءٍ آخر موجودٍ و كصحّة الوصيّة بما تحمله الدّابة وصيّةً تمليكّيةً و هكذا تمليک المنافع فى الاجارة بناءً علىٰ انّ منفعة الدّار مثلاً مثل الدّار، امرٌ شخصيٌّ.

الحقّ: انّ المسألة بجميع صورها صحيحةٌ ولا دليلَ لناعلىٰ بطلانها.

الكلام فی خيار العيب

لم يذكر المحقّقﷺ خيارَ العيب فی فصل الخيارات و عدادَ سائر الخيارات بل اِنعقد فصلاً فی احكام العيب بعد الفراغ عن الخيارات و ذكره(ره) فی خلال هذاالفصل بخلاف الشّيخﷺ و غيره حيث ذكروه فی عداد سائر الخيارات.

كيف كان، فتوىٰ الفقهاءﷺ فيما اذا باع احد عيناً شخصيّةً سواءٌ اشترط فيها الصّحة ام لا؟ **انّه** ينصرف الىٰ الصّحيح من العين بحيث اذا بانت معيبةً كان البيع صحيحاً ولكن للمشترى، خيار العيب.

فمورد خيارالعيب، العينّ الشّخصيّة الخارجيّة سواءٌ كانت حاضرةً مرئيّةً او غائبةٌ سواءٌ اشترط صحّتها ام لا؟كما هوالغالب، هنا مطالبُ ثلاثةٌ، قابلةٌ للبحث عنها:

المطلب الاوّل: انّه كيف يصحّ العقد مع عدم العلم بصحّة المبيع والجهل به مع انّه موجبٌ للغرر؟

المطلّب الثّانی: ثبوت الخيار فی المقام.

المطلب الثّالث: انّ الخيار هنا ايّ قسمٍ من الخيارات؟ هل خيار العيب، خيارٌ مستقلٌّ او هو بعينه خيار تخلّف الوصف حيث تخلّف عنه وصف الصّحة او من قبيل خيار الرّؤية بناءً علىٰ انّ خيار الرّؤية، غير خيار الوصف او هو خيار تبعضّ الّصفقه لانّ العين ووصف الصّحة فی قوّة شيئين بحيث يقسّط عليهما الّثمن؟.

و حكم المطلب الثّالث قد يظهر فی ضمن البحث عن المطلبين الاوّلين قهراً.

لايخفىٰ انّ البحث عن هذٰه المطالب الثّلاثة، يقع من جهتين:

من جهة اقتضاء القاعدة فی المقام **و من جهة** الاَخبار الخاصّة **و الآن نبحث عن ما هو مقتضىٰ القاعدة؟.**

اعتمدالفقهاءﷺ **فی** صحّة العقد الّتی هی من اهمّ‌الاوصاف الكماليّة بانصراف

متعلّق العقد الىٰ الفرد الصّحيح من المبيع فهو كالمذكور فاذاتخلّفت الصّحة، له خيارُ تخلّفِ الوصف **و بذلك عللّوا** صحّة العقد و ثبوت الخيار بالانصراف و المراد من اطلاق العقد هنا، ليس اطلاق المادّة ولا اطلاق الهيئة بل هو اطلاقٌ مقاميٌّ، ينتقل الذّهن الىٰ وصف الصّحة فى مورد المبيع فى جميع العقود.

قد اورد الشّيخﷺ و صاحب الجواهر و غيرهما من الفقهاء، اشكالاً علىٰ الانصراف **بوجوهٍ ثلاثةٍ:**

الاوّل: منع الانصراف حيث انّه ان كان صحيحاً لاجل غلبة الاستعمال، **فهو** يجرى فى الكلّ حتّىٰ فى الاَيْمان و النُّذُر مع انّهمﷺلم يذهبوا به فى باب الايمان و النّذور كما اذا نَذَرَ شخصٌ بعدم الاكل من الحنطة او حنطة هذه المزرعة اذا كان راجحاً، فهو يتحقّق فى الحنطة المعيّنة و الصّحيحة، فهو ينصرف الىٰ الصّحيح لاالمعيب.

الثّانى: انّ دعوىٰ الانصراف تصحّ فى الكليّات **و لكنّه** لاتصحّ فى الجزئيِّ الحقيقيِّ كما هو واضحٌ و ما نحن فيه ايضاً من قبيل الجزء الحقيقيِّ.

الثّالث: انّ‌لازم الانصراف، عدم شمول العقد،المعيبَ و عدم كون المعيب، مبيعاً و كونه باطلاً.

و رَدَّالشّيخ كلَّها بانّ الكلام، ليس فى انصراف متعلّق المبيع **بل** ما يستفاد من كلام **العلّامة**ﷺ **هو انّ** البيع، مبنىٌّ علىٰ اصل السّلامة **وكلامه**ﷺ **يرجع الىٰ امرين:**

الاوّل: انّ‌هنا اصلٌ يعبرٌّ عنه باصل السّلامة.

الثّانى: انّ بناء البيع علىٰ هذا الاصل و تصحيح العقد باصل السّلامة و ثبوت الخيار، انّما هو علىٰ بناء البيع علىٰ ذلك الاصل.

ذكروا فى معنىٰ اصل السّلامة، احتمالاتاً ثلاثةً و ردّ المحقّق الايروانىﷺ هذه الاحتمالات الثّلاثة و ردّ السّيدﷺ الاحتمالين وقَبِلَ واحداً منها **و لكنّ‌المختار،** كون هذا الاصل فى غاية المتانة و لم يتوجّه له ايراد المحشّين.

من جملة الاحتمالات، هو انّ‌المراد من اصل السّلامة، كون طبع الاشياء علىٰ

السّلامة و يعارض مع احتمال العيب **و اعتمد العقلاء** علىٰ هذا الاصل فی امورهم فهو رافعٌ، للغرر.

و امّا المحشّون كالسّيدﷺ والمحقّق الايروانیﷺ فقد اعترضوا عليه:

بانّ مجرّد طبع الاشياء علىٰ السّلامة، يعارضه احتمال العيب بحيث لايرفع الجهالة فكيف يرتفع به الغرر؟.

والاحتمال الثّانی فی معنیٰ اصل السّلامة و هو انّ المراد منه، غلبة الاشياء علىٰ اصل السّلامة و الفساد و هو النّادر فی الاشياء و ايّد السيّدﷺ هذا الاحتمال **و ردّه المحقّق الايروانی**ﷺ بانّه لايصدق فی مورد الحيوانات **حيث** انّ الغلبة فی الحيوانات، الفسادُ و عدم السّلامة.

يمكن الجواب عن اعتراض المحقّق الايروانیﷺ و السّيدﷺ علىٰ اصل السّلامة. بمعنیٰ طبع الاشياء، السّلامه، بانّ معنیٰ الاصول العقلائيّة كاصل الصّحة و السّلامة واصل الحقيقة و اصل عدم القرينة، عدم انسباق احتمال الخلاف فی ذهن العقلاء بحيث حملوا احتمال الخلاف علىٰ وسوسة الذّهن **كما قال به المحقّق الهمدانی فی حاشية الفرائد**، فالمراد من اصل السّلامة، ليس انّهم احتملوا العيب و الفساد **و مع ذلك** متعبدّون باصل السّلامة و معتقدون به **بل** عدم انسباق احتمال الفساد الىٰ ذهنهم، اصلاً و **بهذا** يرفع الغرر وليست الاصول العقلائيّة كالاصول التّعبّديّة كاصل البراءة و غيرها بان يكون موضوعها، الشّک كما فی الاصول التّعبّديّة.

عليهذا لايجوز القول بانّ دلالة الكتاب، ظنيّة **و اذا قلنا** بهذا الاصل فی البيع، ترتفع الاشكالات الثّلاثة السّابقة.

امّا فی الأيمان و النُّذُور فلانّ اصل السّلامة، كان فيها **ولكن** ليس بناء العقلاء علىٰ اصل السّلامة فيها.

وليس هذا الاصل فی البيع مبنيّاً علىٰ الانصراف حتّىٰ يقال بانّه ليس انصرافٌ، فی الجزء الخارجيّ الحقيقيّ وليس هو من قبيل الوصف حتّيٰ يقال: بانّه لو بانَ غير صحيحٍ، فهو غير مبيعٍ **بل** هو من قبيل الشّرط **فالصّحة** ليست من قبيل الوصف بل

هی من قبيل الشّرط.

يعلم من كلام الشّيخﷺ بملاحظة هذه الملاحظات انّ: خيار العيب بعينه، هو، خيار تخلّف الشّرط كما انّ خيار الرّؤية هو، خيار تخلّف الشّرط.

و من هنا يعلم حكمُ فرعٍ آخر و هو انّ: مورد خيار العيب، مالم يذكر وصف الصّحة صريحاً و **اذا ذكر وصف الصّحة** فی متن العقد و بانَ انّه معيبٌ فهنا خيار ان: **خيار تخلّف الشّرط و خيار العيب** و لامنافاه فی تعدّد الخيار، لاجل تعدّد السّبب.

و تظهر الثّمرةُ بينهما حيث قالوا بسقوط خيار العيب فی تغيّر العين او التّصرف فيها حتّیٰ قبل العلم بالعيب دون الارش بخلافه فی باب خيار تخلّف الشّرط حيث قالوا ببقائه بتخلّف الشّرط فی صورة تغيّر العين حتّیٰ فی تلف العين ايضاً.

واشارَ الیٰ هذا، السّيدﷺ **حيث قال:** اِنّ الخيارات كلّها علیٰ خلاف القاعدة ای ثبت كلّ واحدٍ منها بالتّعبّد فخيار العيب، خيارٌ مستقلٌ **و لولاالاخبار**، ما كنا معتقداً بالخيار.

وامّا الشّيخﷺ فقد ذهب الیٰ انّ خيار العيب ليس خياراً مستقلاً **بل هو شرطٌ ضمنیٌّ** فی ضمن الالتزام و لا دليل علیٰ كونه خياراً مستقلاً و لو كان ذلک ممكناً من الثّبوت و الامكان **و لكن** كونه خياراً مستقلاً، يحتاج الیٰ دليلٍ ليس بموجودٍ؛ هذا كلّه كلام الشّيخ (ره).

اقول: انّ العقلاء ليس بنائهم، الشّک فی الصّحّة و الفساد حتّیٰ يقال باصل السّلامة،

بناءً عليه، ليس اصل السّلامة كافياً لتصحيح العقد فی كلّ موردٍ و المُصّححُ للعقد، التزامُ البايع و هو الرّافع للغرر **و لاجل** ذلک قالوا: بلزوم ذكر الاوصاف الكماليّة.

فبناءً عليه، علّة تصحيح العقد فی موارد لم يذكر شرط الصّحة، انّما هو بناء العقلاء علیٰ الصّحة و تعهّد البايع **ای من المعلوم:** انّ المشتری لايشتری الاّ الصّحيح و البايع ايضاً التزم الیٰ ردّ المبيع الصّحيح و هذا، دليل صحّة العقد و دليل خيار العيب او خيار تخلّف الشّرط.

مضافاً الیٰ ذلک، یمکن لنا ان نقول: **لاحاجة الیٰ اصل السّلامة و لا التّوصیف** ولا علیٰ بناء العقد علیٰ السّلامة **لانّ** المبیع، اسمٌ للصّحیح؛ و الصّحةُ داخلةٌ فی المسّمیٰ فلیس المراد من الصّحة، الصّحة المحمولیّ حتّیٰ تکون الصّحة شرطاً بل المراد منها، الصّحة المصداقیّ الّتي هي بعینها، هي العین ولیست هي شیئاً خارجیّاً حتّیٰ تشترط فیها و تلاحظ.

وبالجملة، الصّحة بالحمل الشّایع، لیست من الاوصاف کالکتابة و غیر ذلک **بل** هی داخلةٌ فی المسّمیٰ.

و لعلّ مراد من قال باصل السّلامة و انّ بناء العقلاء، علیٰ هذا الاصل، ما قلناه من انّ هذا کلّه، لاجل کون المبیع اسماً للصّحیح و انّالصّحة، داخلةٌ فی المسمّیٰ.

و من هنا یعلم انّ انصراف العقد الیٰ الصّحیح، لیس من اجل الاطلاق المقامیّ **بل** هو من قبیل انصراف المبیع الیٰ ما هو داخلٌ فیه.

و من هنا یعلم ایضاً: انّقول السیّدﷺ و الشّیخﷺ و غیرهما من انّ الارش هنا، علیٰ خلاف القاعدة **لانّ** الاوصاف، لاتقابل بالاعواض و حتّیٰ صرّح السّیدﷺ بانّ خیار العیب ایضاً علیٰ خلاف القاعدة، **لا یخلو عن تعجّبٍ.**

قلنا سابقاً انّه: اُدعِیٍّ الاجماعُ علیٰ التّخییر بین الرّد والارش في باب خیار العیب **غایة الامر**، شرط الرّد، بقاء العین علیٰ حاله فلو حدث تغییرٌ فی العین ولو جهلاً، یسقط الخیار دون الارش.

نقول هنا: انّالاخبار الواردة، غیر وافٍ علیٰ اثبات التّخییر **بل** مفادها، التّعیین ای ان کانت العین تالفةً او متغیّرةً ففیه الارش دون الخیار **و امّا المشهور فقد** قالوا: بالتّخییر مستنداً الیٰ تلک الاخبار.

واوّل من تنبّه لتلک النّکتة، صاحب الحدائقﷺ کما صرّح نفسهﷺ بذلک فی الحدائق.

بناءً علیه، لاتدّل الاخبار فی صورة بقاء العین، علیٰ الارش، فیثبت الارش هنا علیٰ کلٍّ حالٍ،و عدم کون الاخبار مطلقةًحتّیٰ تشمل صورة بقاء العین ویثبت

الارش، **ليس مهّماً لنا لانّ الارش** علىٰ طبق القاعدة، تشمل صورة بقاء العين ايضاً **و لذا** وقع البحث من انّ الارش هل هو علىٰ طبق القاعدة ام لا؟ فيُقتصَر علىٰ موردٍ يدلّ الدّليل علىٰ ذلک.

الاخبار الواردة فى باب خيار العيب، كثيرةٌ، نحن نذكر خبرين منها:

الباب ١٦ من ابواب التّجارة- الحديث ٢: عن الكلينى عن عدّةٍ، عن احمدِ بن محمّد بن الحسين بن سعيد، عن فضّالة، عن موسىٰ بن بكر، عن زرارة عن ابى جعفر عليه السلام (هذه صحيحةٌ): «كان **ايّما الرجلين**، اِشترى شيئاً و به عيبٌ و اباه، لم يتبرّ أ منه و لم يتّبين له ما حَدَثَ فيه بعد ما عاملوا ثمّ عَلِمَ بذلک الابار و بذلک الدّاء، انّه يمضى عليه البيع ويرّد عليه ما نقص من ثمن ذلک البيع الخ. ..».

و هكذا ورد نظير هذه الرّوايه، رواية اخرىٰ فى باب ١٦ من ابواب التّجارة الحديث ٣ فراجع.

هاتان الرّوايتان تدلاّن علىٰ التّرتيب لاعلىٰ التّخيير.

نعم: ما ورد فى الفقه الرّضويّ، يدلّ علي التّخيير و **لكنّه** ليس بمعتبرٍ عند اكثر الفقهاء و ان قلنا باعتبارها، فقد يدلّ على التّخيير.

ولهذا قلنا: انّ التّخيير ذو شقّين: شقٌّ فيه خيار الفسخ و هو ثبت عندهم باصل السّلامة و هو علىٰ طبق القاعدة من غير فرقٍ بين التّغيير و عدمه و بين اَنْ تتلف العين ام لا؟ **ولكنّ الاخبار** اثبتت اِسقاط الخيار فى صورة تغيّر العين علىٰ خلاف القاعدة فالخيار، مطابقٌ للقاعدة خلافاً للسيّد رحمه الله فى بعض كلماته كما انّ الارش عنده، علىٰ خلاف القاعدة.

و امّا شقّ الارش فهو فى صورةِ احداث الحدث، فيثبت كما تدلّ علىٰ ذلک الاخبار ايضاً و فى صورة عدم اِحداث الحدث فلم تثبته الاخبار **و لذا** قال صاحب الجواهر رحمه الله و الشّيخ رحمه الله: انّ الارش علىٰ خلاف القاعدة فليقتصر علىٰ مورده **و ذلک لانّه** يفترق النّقصان الكميّ مع النّقصان الكيفيّ مع انّهما يشتركان في زيادة القيمة و

استرداد التّفاوت فی النّقصان الكّمی علیٰ القاعدة **و امّا فی النّقصان الكيفيّ و منها العيب**، سواءٌ كان من الاوصاف الكماليّة و غيرها، فليس علیٰ القاعدة و **ذلك** انّ فی النّقصان الكمّی، يوزّع الّثمن علیٰ المثمن فلو نقص المثمن فيسترد التّفاوت بحسبه **و لكن** فی الاوصاف، لايقابل بالّثمن ولايوزّع الّثمن فی مقابل الاوصاف كما عن الشّيخ﵀ و صاحب الجواهر(ره) و غيرهما **لانّها** من قبيل تخلّف الدّاعی و هو لايضرّ و ليس معنیٰ بيع العبد الكاتب، بيع العبد والكتابة بحيث كان كلّ واحدٍ منهما بكذا خلافاً للسيّد﵀ حيث صرّح: بانّ الوصف، يقابل بالّثمن لُباً و لو لم يكن مقابلاً به انشاءً.

مضافاً الیٰ ذلك: ان كان الارش علیٰ وفق القاعدة فيلزم كونه من عين الّثمن **مع انّه** لايلزم كونه من عين الّثمن. **زاد صاحب** الجواهر﵀ دليلاً آخر بانّهم﵀ صرّحوا بانّ الخيار كما يمكن اسقاطه، يمكن اسقاط الارش ايضاً فلوكان الارش، جزءً من الّثمن فلا معنیٰ للاسقاط **لانّ الاسقاط** يتعلّق بالذّمم و لو كان جزءً من الّثمن فيلزم الرّجوع فيه مع انّه لايجوز الرّجوع فيه **فبناءً عليه**،كان الارش علیٰ خلاف القاعدة.

اقول: الحقّ انّ الارش علیٰ وفق القاعدة و مع الاعتراف بانّ المطالب الثّلاثة السّابقة ذكرُها، انّما هی من لوازم القول بانّ الارش علیٰ وفق القاعدة **و لكن نقول:** انّه لامانع من الالتزام بهذه الثّلاثة **لانّه** لم يرد نصٌّ من الاخبار و آلايات علیٰ عدم جواز مقابلةالاوصاف بالّثمن و كون الارش من عين الّثمن ايضاًمحلٌّ خلافٍ **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانياً: فالاوصاف لُبّاً و انشاءً، تقابل بالّثمن **و لكن** نوع المقابلة هنا، ليس المقابلة فی باب الذّوات **و ذلك** انّ الاوصاف، من قبيل الحيثيّات التّقييديّة الّتی تقع متعلّقةً للحكم ولا يلزم فيها، استعمال باء المقابلة كما فی الذّوات **حيث** انّ اعتبارنا هنا، اعتبارٌ مُعاملیٌّ غيرُ مرتبطٍ باعتبار عالم اهل الادب و اللّغة. **و السّرُفی عدم** جواز القول: «**بعتُ العبدَ والكِتابةَ....**» انّ الوصف، عَرَضٌ قائمٌ بالجوهر **لا لِانّ** الكتابة، لم تجز مقابلتها بالباء ونحو ذلك. **وامّا ما ذهب اليه السّيد(ره)** من الارش فی غير

وصف الصّحة بالاجماع، **فهو ايضاً مدفوعٌ:** بانّ المسألة، ليست مُجمعةً عليها حيث انّ **«ابن ادريس»** من القدماء، ذهب الى التّخيير بين الرّد و الارش فی سائر الاوصاف الكماليّة هذا اوّلا: **و امّا ثانياً:** فالاجماع المنقول ليس بحجّةٍ **و ثالثاً:** كان الاجماع هنا، اجماعاً معلّلاً و كان وجهه بيّناً.

هل ظهور العيب، كاشفٌ عن ظهور الخيار من حين العقد ام مُسقِطٌ للخيار؟

الظّاهر من اكثر الكلمات انّ ثبوت الخيار، ليس من حين العقد **بل** من حين ظهور العيب بمعنىٰ انّ قبل العلم بالعيب، ليس خيارٌ ولاارشٌ و لو كان مقتضىٰ الخيار و الارش، نفس العيب و **لكنّه** مشروطٌ بالعلم.

ولكن يمكن ان يقال: انّ الاعتبار، بالمعلوم دون العلم **لانّ** العلم و الظّهور و التّبيين و ما يحذو حَذوها، طريقيٌّ و انّما اعتبروا العلم فيه واخذوا فيه **لانّه** لو لم يعلم العيب فلاتظهر للخيار فايدةٌ:

قال الشّيخﷺ: بانّالمستفاد من اشباه المقام، انّ مبدأ الخيار، من حين الظّهور **لانّ** خيار العيب كخيار الرّؤية **لانّه** ليس قبلها، خيارٌ حتّىٰ يسقط فهو من قبيل اسقاط ما لم يجب، فالمبدأ فی خيار العيب من حين ظهور العيب كخيار الرّؤية **لانّه** من افراد خيار الرّؤية او مرجعه الىٰ الرّؤية او تبيّن العين علىٰ خلاف ما كان ينبغی عليه و علىٰ خلاف الوصف المرتكز فی الاذهان مناطاً.

ولكنّ الشّيخﷺ صرّح بانّ فی خيار العيب خصوصيّةً و قرائنُ تعطينا: **انّ حكمَهُ، غَيْرُ حكمِ خيار الرّؤية:**

منها: انّه اَطْبَقَ النّص و الفتوىٰ علىٰ انّ التّبرى عن العيوب الّذى بمعنىٰ التّبرى عن الخيار كما صرّح بذلک صاحب الجواهر سواءٌ كان فی ضمن العقد او بعده، جائزٌ و انّ اِسقاط الخيار سواءٌ كان فی ضمن العقد او بعده، جايزٌ و هذا آية ثبوت الخيار قبل ظهور العيب **لانّه لو لم** يكن خيارٌ قبل ظهور العيب، ما كان معنیً للتّبري و هكذا جواز اسقاط الخيار. **بناءً عليه،** القول بكون الخيار بعد ظهور الغبن و بعد الرّؤية فی

باب خيار الغبن و الرّؤية، لايلزم منه القول بانّ خيار العيب ايضاً، من حين ظهور العيب. **و منها: انّ** الارش الّذی هو مخيّرٌ بينه و بين الفسخ و الامضاء، انّما هو من حين العقد، لا من حين ظهور العيبِ **لانّه** امرٌ ناشٍ من نقص العين **و اذاكان ذاك من حين** ثبوت العقد فعِدْلُهُ و هو جواز الفسخ، من حين ظهور العقد ايضاً.

اقول اوّلاً: انّه ره عَدَلَ عن قاعدة ردّ الفرع الیٰ الاصل و الدّليل الموجود فی اصل المسألة ای كان يلزم عليه‌ﷺ ان يبحث انّ الاصل و الدّليل فی المسألة ماذا يقتضيه فی مورد البحث؟ هل يقتضی انّمبدأه من حين العقد او من حين الظّهور و لم يمشَ مشی القاعدة و طريقها؟ و اَعْرَضَ عن العمل بالاصل؟

و ثانياً: انّالقرائن المذكورة ليست بكافٍ بل ليست صحيحةً.

امّا مسألة جواز التّبری و لو اطبق عليه النّص و الفتویٰ علیٰ ذلک **ولكن** معنیٰ التّبری ليس من قبيل التّبرّی عن الخيار و هو لازم التّبری عن العيوب **بل المراد من التبرّی** عن العيوب، عدم التّعهد بالسّلامة و عدم اشتراط الصّحة فالمراد من التّبری، التّبری عن سبب الخيار لاعن نفس الخيار **فحينئذٍ**، الخيار **ان كان من حين** العقد، فاثر التّبری، عدم ثبوت الخيار من حين العقد **و ان كان من** حين ظهور العيب، فاثره، عدم ثبوت الخيار من حين الظّهور.

وامّا مسألة اسقاط الخيار فلم يرد نصٌّ فيه اصلاً **بل** ورد فی الفتاویٰ، جواز اسقاط الخيار و **مع ذلك**، الفتاویٰ ايضاً لاتشهد علیٰ ذلک **لانّ الشّيخ‌ﷺ و غيره** صرّحوا بجواز الاسقاط فی ضمن العقد مع انّ ثبوت الخيار، انّما هو بعد العقد و حين الاسقاط، لم يتحقّق عقدٌ بعدُ **و ما نحن فيه ايضاً** من هذا القبيل حرفاً بحرفٍ. **و امّا مسألة الارش** و ما صرّح‌ﷺ فيه، فهی ليست بصحيحةٍ علیٰ مبناه‌ﷺ **لانّ** الشّيخ، ذهب الی انّ الارش، ليس جزءً من الثّمن وليس الارش فی مقابل وصف الصّحة بل هو شیءٌ يحصل بالتّغريم. **و من الواضح انّ** التغّريم و الفسخ، امران راجعان الیٰ النّقص الماليّ و فقد الصّحة **فكما** يجوز القول بانّ هذا النّص الماليّ، انّما هو حيث عُلِمَ، يوجب الخيار **فكذلك فی حقّ** التّغريم **لانّه** ليس من قبيل الدّيون و ليس من

قبيل اشتغال الذّمة الفعليّ حتّيٰ يقال بانّه لاتأثير للعلم و عدمه فيه **بل هو حقٌّ** مطالبةِ الغرامة وهو مشروطٌ بالعلم.

ماذا تقتضى ادلّة الباب ؟ هل تقتضى كون الخيار من حين العقد؟ او من حين ظهور العيب و الغبن و الرّؤية؟

ادلّة خيار العيب، ثلاثةٌ:

الاوّل: انّ فقد وصف الصّحة الذّى هو كالشّرط الضّمنيّ الّذي هو ليس من الاوصاف المُقَوِّمَةِ، موجبٌ للخيار **لانّه** خارجٌ عن مورد الالتزام والالتزام، انّما وُضِعَ علىٰ العقد الواجد لوصف الصّحة، لامع فقده.

و من الواضح انّ الملاكَ اِن كان هذا، فهو يقتضى كون الخيار من حين العقد **و كذلك** ان كان الدّليل، **«لاضرر»** بتقريب انّالالتزام علىٰ شئٍ لم يقع فيه التزامٌ اي الالتزامُ بفاقد الوصف الّذى، هو خارجٌ عن مورد الالتزام، ضررٌ سواءٌ يوجب هذا، ضرراً مالّياً ام لا؟.

و بهذا يظهر انّ تقريب الاستدلال «بلاضرر» فى خيار الغبن الّذى هو ضررٌ ماليّ، يفترق مع التّقريب الجارى فى خيار الرّؤية و العيب **لانّ** الضّرر فى باب الغبن، الضّرر الماليّ و هو انّما يستند بحكم الشّارع اذا علم انّه مغبونٌ و الاّ يكون الضّرر، مستنداً الىٰ جهله لابحكم الشّارع.

و هكذا لايقاس ما نحن فيه بباب العبادات نظراً الىٰ انّ العالِمَ بالضّرر، يتوجّه عليه، **«لا ضرر»** و الجاهل بموضوع الضّرر، لايتوجّه عليه، **«لاضرر»**.

الثّالث من الأدلة، الاخبار؛

يمكن ان يتوهّم من بعضها،كونه من حين ظهور العيب:

الباب ١٦ من ابواب الخيار- الحديث ٣: «عن علّى بن ابراهيم عن ابيه، عن ابن ابى عمير، عن جميل، عن بعض اصحابنا، عن احدهما عليهما السّلام: **«فى الرّجل يشرى من الثّوب او المتاع فيجد فيه عيباً فقال: ان كان الشّئى، قائماً بعينه، فردّه الىٰ صاحبه و اَخَذَ الثّمن و ان كان قد قطع او خيط او سيق، يَرْجِعُ الىٰ نقصان العيب».**

الظّاهر منها: انّ الردّ، من حين الوجدان و التّبيّن.

ولكنّه لايستفاد منها، كون الوجدان و التّبيّن، هو مبدأ الخيار و الرّدبامورٍ:

الاوّل: انّ التّبيّن و الوجدان و الظّهور، تتبادرُ منها، الطّريقيّة لا الموضوعيّة و ظاهر الطّريقيّة، كون الرّد والخيار، ثابتاً قبل الظّهور و من حين العقد.

الثّانی: انّ الدّليل العمدة لاثبات عدم المفهوم له، انّ حكم الخيار، ليس حكماً ابتدائيّاً تأسيسيّاً بل حكماً تأكيديّاً مبيّناً علىٰ حكم العرف فی مورد فقد الوصف الموجب للضّرر و الرّوايات الواردة فی المقام، منصبٌ علىٰ الارتكاز والعرف، والعرف لا يَفْهَم منه الاّ ما هو مركوزٌ عنده و لا مفهوم فيه.

هل يجرى خيار العيب فى الثّمن كما فى المثمن ام لا؟

انّما وردت الاخبار فى باب خيار العيب فى باب المثمن ولم ترد فى باب خيار العيب فى باب الثّمن **و لكن** ادعّوا، الاتّفاق و عدم الخلاف فى باب الثّمن ايضاً **و قالوا:** بعدم الفرق بين الثّمن و المُثمن و البايع و المشترى فى خيار العيب.

ولكنّ الكلام فى مستند الاتفّاق و عدم الخلاف و **للسّئوال** هنا مجالٌ و هو انّ خيار العيب علىٰ خلاف القاعدة خصوصاً فى مورد الارش؟ وحيث ورد نّصٌ فى باب المثمن **فنقول به** والنّص لم يرد فى باب الثّمن فلايجوز التّعدى من مورد النّص الىٰ ما لانّص فيه.

والشّيخ(ره) وجّهه بانّ ورود النّص فى مورد المُثمن من قبيل الورود فى مورد الغالب حيث انّالمثمن، انّما هو المُشاع غالباً و هو محّلٌ للعيب غالباً و الثّمن من قبيل النّقود **و من الواضح:** ندرة العيب، فى النّقود دون المثمن الذّى هو من قبيل الاشياء.

اقول: انّ الشّيخ ره قال فى الفرائد فى موارد متعدّدة: انّه يمكن جريان خيار العيب فى الثّمن ايضاً و هو انّ فايدة تنزيل الرّواية بمنزلة الغالب، سقوط المفهوم من رأسه **ولكن** لايستفادعمومٌ او اطلاقٌ فى الرّواية كما فى **«حجوركم»** فى الآية الشّريفة: **«وَرَبائِبُكُمُ اللاّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللّاتي دَخَلْتُمْ بِهِنّ»** حيث: ان قلنا انّه واردٌ مورد الغالب فمعناه سقوط المفهوم و لكنّ السّقوط، علىٰ ثبوت الاطلاق او العموم فيه.

بالجملة، تنزيل القيد بمنزلة الغالب، انّما ينفع فى نفى المفهوم و لا يثبت عمومه او اطلاقه.

نعم: لو كان فى البين، اطلاقٌ او عمومٌ آخر ففى صورة كون القيد احترازيّاً **فالعموم يخصّص بالمفهوم المخالف** و ان كان القيد وارداً مورد الغالب فمعناه، عدم

تخصيصه به.

اللّهم الاّ آن يقال: انّ معنىٰ تنزيل القيد منزلة الغالب، الغاء القيد و فهم عدم دخلٍ له فى الحكم و بمنزلة الحجر فى جنب الدّار و الحكم، انّما هو للنّقل و الانتقال و انّما عُبِّر عنه بالمثمن **لانّه** لايتّفق الاّ فى المثمن **و هذا بعينه** بمعنىٰ تنقيح المناط القطعيّ و هو انّ النّقل و الانتقال فى الصّحيح و عدم جواز النّقل و الانتقال فى المعيب سواءٌ كان فى الّثمن او المُثمن **و لكن** اثبات تنقيح المناط القطعيّ علىٰ عهدة مدعّيه و اثباته يشكل كما صرّح بذلك السّيد(ره) فى الحاشية.

والسّيد(ره) بعد ذلك قال: انّه يمكن القول بكفاية الظّن بالمناط هنا **لانّ مرجع الظّن بالمناط** الىٰ دعوىٰ انّ اللّفظ، ظاهرٌ فيما هو اعمّ و الظّهور، ايضاً يعتنىٰ به.

ولكن هذا ايضاً، مشكلٌ للفرق الواضح بين المناط الظّنيّ و القطعيّ وبين ظهور اللّفظ فى المعنىٰ حيث انّ الظّن بالمناط، معناه، الظّن بالمعنىٰ، بالمناسبات و القرائن المحفوفة فى الكلام المستفادة منها: العّموميّة و الكليّة.

وامّا ظهور اللّفظ فى المعنىٰ فلا تستفاد منه العّمومية و الكليّة فلا يستفاد من قولنا،: **«من اِشترٰى،»** شمول الاشتراء للبيع ايضاً ولايستفاد من كلمة **«المبيع» و كلمة «شيئاً»** الواردة فى الرّوايات انّها: شاملةٌ للثّمن ايضاً و مانحن فيه ليس كقوله تعالىٰ: **«لاتقل لهماافٍّ» الذّى يستفاد منها، تنقيح المناط** الدّاخل فى ظهور الكلام.

فدعوىٰ تنقيح القطعيّ في مقام اثبات جريان خيار العيب في الّثمن، لا تمكن **و دعوىٰ** المناط الظنّيّ ايضاً، ليست بكافيةٍ وليس مرجعه الي دلالة اللّفظ.

نعم، لو كان مستند خيار العيب فى المبيع، بناء العقد علىٰ السّلامة و انصراف العقد علىٰ السّالم واصل السّلامة، فلا فرق بين الّثمن و المُثمن.

و السّيد(ره) بعد الاعتراف بانّه يجرى فى الّثمن و المثمن بل فى سائر المعاوضات حتّىٰ كالصّداق كما ذكره العلّامة فى التّذكرة بجريان خيار العيب فى جميع المعاوضات حتّىٰ الصّداق وقال(ره): انّه لايستفاد منه الارش حيث كان علىٰ خلاف القاعدة و كذلك **«لاضرر»** ان كان هى المستند فى خيار العيب فى باب

المثمّن فهی بعینها جاریةٌ فی الّثمن ایضاً ولکنّه لاتثبت الخیار دون الارش.

فبناءً علیه، «قاعدة لاضرر» و بناء العقد علیٰ السّلامة، لایستفاد منهما، التّخییّر بین الخیار و الارش، انّما المستفاد منهما، الخیار دون الارش.

و ذلک لانّ خیار العیب له، وضعٌ استثنائیٌّ لایشبه سائر الخیارات **لانّ** سائر الخیارات، انّما هی تخییر بین الفسخ و الامضاء حیث قالوا فی تعریف الخیار: **مِلْکُ فکِّ العقد و إبرامُهُ** » ای الزامه **و لکن** خیار العیب، انّما هو التّخییر بین امورٍ ثلاثةٍ:«**ملکُ فسخِ العقد، ملکُ اخذِ الارش و ملکُ امضاءِ العقد بلافسخ و لا اخذ الارش.**»

اقول: قلنا سابقاً انّ الارش علیٰ طبق القاعدة و قول الشّیخ بانّه لیس جزءً من الّثمن و انّما هو تغریمٌ لانّ الاوصاف و من جملتها، الصّحة لاتقابل بمالٍ، **لیس فی محلّه** حیث انّ‌العلّامة(ره) صرّخ فی التّذکّرة: انّها جزء الّثمن **لانّه** یقابل بمالٍ ولکن مقابلة کلّ شیءٍ، بحسبه، فمقابلة المبیع بالّثمن النّقد، نوعٌ من المقابلة و مقابلة الاوصاف بمالٍ، انّما هو نوعٌ آخر من المقابلة **حیث** کان الوصف المشروط فی ضمن العقد جزء الالتزام و هو داخلٌ فیه و بانَ انّه علیٰ خلاف ما التزم.

بناءً علیه، «لاضرر» و هکذا اصل السّلامة و بناء العقلاء علیٰ ذلک، کافٍ فی اثبات خیار العیب و الارش **لانّ** الزام الشّارع، بقبول المبیع مکانَ ضررٍ علیٰ المشتری، غیرمعمولٍ عند العقلاء و العرف.

و هکذا، الزام الشّارع، بقبول المبیع بقیمة الصّحیح فی صورة قبول المبیع، **ضررٌ، علیه** و غیر معمولٍ عند العقلاء و العرف **ولکن** مع ذلک کلّه، انّ‌خیار العیب فی باب البیع، له احکامٌ خاصّةٌ لیس فی وسع **«لاضرر»** و غیره، اثبات تلک الاحکام فی سائر المعاوضات حتّیٰ فی الّثمن ایضاً.

فبناءً علیه ان کان مراد الشّیخ ره من قوله انّ: خیار العیب جارٍ فی الّثمن، انّه مع جمیع خواصّه و من جملتها انّهم قالوا: انّ العیب ان حدث فی ید من انتقل الیه، هو مانعٌ من ردّ العیب القدیم.

فهو مُطالَبٌ بدليله و هكذا اِن تصرّف فی المبيع مثلاً قطع او خيط، فخيار العيب ساقطٌ انّما هو علیٰ خلاف القاعدة يختّص بباب البيع **لانّ مجرّد** جريان خيار العيب فی سائر المعاملات، لايّدل علیٰ جريان احكام خيار العيب فی باب البيع فی سائر المعاوضات ايضاً.

فبناءً عليه ان قلنا: انّ خيار العيب بجميع خواصّه، انّما يختصّ فی باب المثمن و لا يشتمل سائر المعاوضات حتّیٰ الّثمن، فهو مَطلبٌ صحيحٌ **و هكذا** ان قلنابجريان خيار العيب فی الّثمن و سائر المعاوضات حتّیٰ الصِّداق بمعنیٰ التّخييرين الامور الّثلاثة المذكورة لا بمعنیٰ جريان جميع الاحكام **فهو ايضاً مَطلبٌ صحيحٌ متينٌ لاريب فيه.**

فی مسقطات خيار العيب

المسقطات علیٰ ثلاثة انواعٍ:

منها: ما يسقط الرّد دون الارش.

و منها: ما يسقط الارش دون الرّد.

و منها: ما يسقط كلاهما.

الاوّل: وهو سقوط الخيار وحده دون الارش، يقع علیٰ ثلاثة صورٍ:

الاَوّلیٰ، ما يكون صريحاً فی اِسقاط الخيار و اثبات الارش.

الثّانية، ما يكون ظاهراً فيه.

الثّالثة، ما فيها و جهان و احتمالان و الاظهرُ انّه يسقط كلاهما.

وامّا ما يكون صريحاً فهو كما قال:

«واسقطتُ خياری و اثبتتُ ارشی» هذا امر مسلّمٌ لا كلام فيه و امّا ما يكون ظاهراً فيه فكما قال: **اخترتُ لزومَ العقد».**

و الشّيخ(ره) صرّح بانّ هذا ايضاً، ظاهرٌ فی اِسقاط الخيار و اِثبات الارش **و هذا لاينافی مع بقاء العقد.**

وامّا الثّالث فكما قال: «اسقطتُ الخيار» فيه وجهان:

الاوّل: انّ هذا ايضاً كالصّورتين الاولتيين اى اسقط الخيار وحده دون الارش.

و هذا الوجه مع انّه يكون فى بادىء الامر وجهاً ظاهراً **ولكنّ** الشّيخ(ره) ذهب الىٰ خلافه وقال: **انّ الظّاهر، سقوطه اى سقوط الارش ايضاً.**

ولكن لم يذكر(ره) له وجهاً **ولكنّ** السّيد(ره) وجّهه فى الحاشية: بالفرق بين خيار العيب و سائر الخيارات **لما قلناه** سابقاً: انّ خيار العيب تخييرٌ بين الامور الثّلاثة لا انّه تخييرٌ بين الامرين و **بناءً عليه،** ليس الارش شيئاً زايداً **بل** هو مندمجٌ فى بطن الخيار فاذا أُسقِطَ خيار العيب، فقد أُسقِطَ الخيار والارش معاً.

يمكن ان يعترض عليه انّ: معنىٰ الخيار هنا، معنيً يراد في سائر الخيارات و ليست له حقيقةٌ شرعيّةٌ ولم تستعمل كلمة الخيار فى باب العيب فى الرّوايات بل وردت بلفظ: **«ردّه، يمضى عليه البيع».**

فبناءً عليه، لا فرق بين الصّورة الثّانية حيث قال: **اخترتُ لزوم العقد»** وبين الصّورة الثّالثة فيما اذا قال: **«اسقطتُ الخيار»** فى عدم سقوط الارش فى كليهما.

وقَدِ أعْتَرَض المحقّق الايروانى(ره) علىٰ **الصّورة الاولىٰ** بانّ التّفكيك بين الخيار و الارش اسقاطاً و انشاءً، غير صحيحٍ **لانّ** الارش والخيار ليس حقّين، انّما هما،حقٌّ واحدٌ والحقّ الواحد، لايقبل التّجزية والتّفكيك فلا يجوز القول:«بانّى اسقطتُ خيارى» و ما «اسقطتُ ارشى» **لانّ** لازمه، التّفكيك الباطل بينهما.

ولنا ان نختار انّهما حقّان، **غاية الامر،** حقّان تخيير ان بدليلين طوليّين كالواجبات التّخييريّة **بناءً علىٰ** عدم رجوع الواجبات التّخييريّة الىٰ الواجبات التّعيّينية كما ذهب اليه بعض الاصوليّين بل هما واجبان بدلّيان ؛ هذا كلّه علىٰ مذهب الشّيخ وغيره من الفقهاء **امّا** مبنىٰ المختار فهو انّخيار تخلّف الشّرط، يفترق مع خيار تخلّف الوصف خلافاً للقوم **و ذلك** انّ خيار تخلّف الشّرط، انّما هو من قبيل الحقّ و امّا خيار تخلّف الوصف، فهو من قبيل الحكم و ميزان كونه حقّاً انّقوله تعالىٰ: **«اوفوا**

بالعقود» يشتمل العقد طبعاً ويوجب لزومَه و دليل الخيار يُخرج العقد المذكور عن قوله تعالىٰ: **«اوفوا بالعقود»** بالتّخصيصِ كخيار تخلّف الشّرط **و امّا فيما اذا يشمله** قوله تعالىٰ: **اوفوا بالعقود»** اصلاً اى لم يكن العقد من الاوّل، واجبَ الوفاء فحينئذٍ اذا قلنابعدم لزومه فهو حكمٌ لاحقٌ اى ليس فيه حكم اللّزوم، و خيار الرّؤية و تخلّف الوصف وخيار العيب من هذا القبيل **لانّ قوله تعالىٰ: «اوفوابالعقود»**، لايشمل فاقدالوصف من البداية بخلاف خيار تخلّف الشّرط حيث كان من قبيل الحقّ **لانّ: «اوفوا. ....»** يشمله و يجب عليه الوفاء بالشّرط وحيث لم يعمل بذلک، فله خيار تخلّف الشّرط. **فبناءً عليه**، خيار العيب، ليس بحقٍّ بل من قبيل الحكم فهو ليس قابلاً للاسقاط فى الفروض الثّلاثة المذكورة.

نعم: يمكن ان يقال: انّ الاسقاط فيها، يدلّ علىٰ الرّضا بالعقد و صيرورته لازماً فلا خيار ولاارش **و من هنا** يعلم ضعف ما قال به الشّيخ(ره) فى الفرض الثّانى **بانّه: لورضى بلزوم** العقد، لايسقط الارش قطعاً كما هو واضحٌ.

من جمله مُسقطات الرّددون الارش، هو التّصرف.

لخیار العیب، مسقطاتٌ کسائر الخیارات؛ مُسقطاتٌ قولّیةٌ و فعلیّةٌ و قد بحثنا عن المُسقطات القولّیة سابقاً وامّا المسقط الفعلیّ فهو التّصرف.

التّصرف، له اقسامٌ، و له اوقاتٌ، بعضها لااشکال فی کونهُ مسقِطاً وبعضها محلُّ کلامٍ من حیث الفتاویٰ وتطبیق الفتاویٰ علیٰ الادّلة المذکورة **حیث انّ العلامّه**(ره) صرّح فی التّذکرة انّه اذا تصرّف فی العین المبتاعة المعیبة قبل العلم بالعیب، کان هذاایضاً مُسقِطاً لخیار العیب حتّیٰ کما فی مقام بیان مُسقطات خیار العیب کقول السّید للعبد، **«ناولنی الثّوبَ او «اَغلقِ الباب»** ونحو ذلک، یوجب اسقاط الخیار قبل العلم بالعیب.

دلیل العلّامة فی دعواه، الاحادیث الواردة فیها جملةُ: **«ان احدث فیه حدثاً»** او دلالة صحیحةِ **«علی بن رئاب»** المذکورة سابقاً فی باب خیار الحیوان و ورد فیها: **«اِنْ قَبّلَ او لامَسَ و ذٰلِکَ رَضیَ مِنهُ وَلاخیارَ» و ینبغي** ان نذکر الرّوایات الواردة حتّیٰ تعلم مورد تمسّک العلّامة(ره) فی دعواه:

الباب ١٦ من ابواب الخیار الحدیث ٢:«وعنهم، عن احمدبن محمّد، عن الحسین بن سعید، عن فضّالة، عن موسیٰ بن بکر،عن زارة، **عن ابی جعفر**علیه السلام **قال: ایّما رجلٍ اشتریٰ شیئاً وبه عیبٌ و ابارٌ ولم یتبرّأ الیه** و لم یبیّن له فاحدث فیه بعد ما قبضه شیئاً ثمّ عَلِمَ بذلک الابار و بذلک الدّاء انّه یمضی علیه البیع ویرّد علیه بقدر ما نقص من ذلک الدّاء والعیب من ثمن ذلک لو لم یکن به».

تَمَسّکَ العلّامة فی دعواه بکلمة **«اَحْدَثَ»** خصوصاً بضمیمة روایة **«علیّ بن رئاب»** الواردة فی باب خیار الحیوان ما نصّه: **«عن ابی عبدالله**علیه السلام **قال: «الشّرط فی الحیوان، ثلاثةُ ایّامٍ للمشتری ،** اِشْتَرَطَ ام لم یشترط فان اَحْدَثَ المشتری فیما اشتراه حدثاً قبل الثّلاثة ایّام و ذلک رضیً منه و لاشرط و قیل له **و ما الحدث؟**

قال: **«انْ لامَسَ اَوْ قبَّلَ اوْ نَظَرَ مِنها الیٰ ماکانَ یحْرُمُ علَیْهَ قبلَ الشِّراءِ»**

«و عن علیّ بن ابراهیم عن ابیه عن ابي ابن عمير عن جميل عن بعض اصحابنا (هذه الرّوايه و ان كانت مرسلةً و لكـن **«ابن ابی عمیر»** و **«جمیل بن دراج»** مـن اصحاب الاجماع و كانت بمنزلةالصّحيحة) **عن احدهما علیهما السّلام** فی الرّجـل يشترىالثّوبَ او المتاعَ و يجد فيه عيباً و قال: ان كان الشّئی قائماً بعينه رَدَّهُ علیٰ صاحبه و اخذ الثّمن و ان كان الثّوب قد قطع او خيط او صـبغ، يـرجـع بـنقصان العيب.»

يلزم بيان النّسبة بين هذه الرّوايـة والرّوايـة السّـابقة عـليها، فـان كـان مـعنیٰ **«اَحْدَثَ»** ما يشمل **«ناولنی الثّوب»** و نحوه فقد يقع التّعارض بينهما بالعموم مـن وجهٍ **لانّ** المراد من: **«اِن احدث فیه حدثاً یمضی علیه البیع»**: «انّه ان احدث فـيه حدثاً يمضیعليه البيع سواءٌ كانت العين قائمةً بعينها ام لم تكن؟.

وهذه الرّواية، تدلّ على انّ العين ان كانت قائمةً فله الخيار سواءٌ تصرّف فيها **«كناولنی الثّوب»** و **«اغلق الباب» ام لا؟.**

و لكن يمكن ان يقال: انّالنّسبة بينهما، اعمّ مطلقاً **لانّ**مـعنیٰ: «ان احـدث فـيه حدثاً يمضی عليه البيع»، **«ان احدث الخ** سواءٌ كانت العين قـائمةً ام لا؟ و هـذه الرّواية، تدلّ علیٰ انّالعين ان كانت قائمةً لايمضی عليها البـيع و **بـينهما عـمومٌ و خصوصٌ مطلقٌ.**

مضافاً الیٰ ذلک، يلزم من العمل بقاعدة التّعارض بالعموم مـن وجـهٍ يـعنی ان عملنا باطلاق **«اَحْدَثَ»** فی مادّة الافتراق، تبقیٰ مسـألة: **ان كـانت العـين قـائمة بعينها»لغواً لانّ** فی الغالب، وقع الحدث فی موارد تكون العين قائمةًبعينها.

بالجملة، قاعدة التّعارض والّتساقط، تكون صحيحةً و قابلةً للتبّعيّة فيما اذا كانتا علیٰالسّواء فی العمل و امّا فيما اذا عملنا باحد المتعارضين، يصير الآخر لغواًو اذا عملنا بالآخر، لم يكن هذا لغواً يرجّح احدهما علیٰ الآخر كما هو مقرّرٌ فی بـابه حيث انّ العمل باطلاق رواية: **«ان احدث...»** تبقیٰ رواية قيام العين: (ان كانت العين

قائمةً، يردّها...) لغواً الاّ فی مورد النّادر.

بناءً عليه، يمكن ان يقال: بعدم جريان قاعدةالعامّ المطلق والعامّ من وجهٍ و بناء العامّ علىٰ الخاصّ و حمل المطلق علىٰ المقيّد، لا يجرى هنا بل باب هـذا، بـاب المجمل والمبيّن ولا يلزم فی المجمل و المبيّن، كون احدّ الروايتن، المجمل مطلقاً **و لذا** يدخل الاظهر و الظّاهر من باب المجمل و المبيّن و ان كان الظّاهر و الاظهر هو المبيّن **و لكن** ليس فيه ظهورٌ كما فی الاظهر **و بهذه الملاحظة،** يكون من المجمل، فحمل الظّاهر على الاظهر، من قبيل حمل المجمل علىٰ المبيّن **فبناءً عليه يمكن** ان تكون «**صحيحة زرارة**» الواردة فيها هذه الجمله: «**اِنْ اَحْدَثَ فيه شَيئاً**»، مـن قـبيل المجمل و اما رواية: «**اِن كانتْ العينُ قائمةً**» بملاحظة: «**قدقطع او خيط او صبغ**»، **فهی** من قبيل المبيّن يعنى وقع فی قوله عليه السلام «**احدث**» احتمالات لم تجرِ فی «**قطع او خيط او صبغ**»، **فبناءً عليه**، لا يشمل: «**احدث**»، «**ناوِلْنِی اَلثَّوبَ**» و «**اَغْلِقِ الباب**».

يدلّ علىٰ كون قوله عليه السلام «**احدث فيه شيئاً**» مجملاً، ما ورد فی روايةٍ واردةٍ فـی خيار الحيوان:«ان احدث فی تلك الثّلاثة ايّام، حدثاً الخ، **هذا القول:** «**قـال و مـا الحدث؟** «الخ» الدّال علىٰ كون الحـدث مـجملاً بـمناسبة المـقام مـع انّ السّـائل والمجيب كليها من اهل اللّغة، فيحمل المجمل علىٰ المبيّن. **و لا يخفىٰ انّ جملة «اِنْ اَحْدَثَ شيئاً»** الواردة فی رواية «زرارة»: تفترق مع هـذا القـول: «**انْ احْـدثَ فـيه حدَثاً**» الواردة فی رواية «**عليّ بن رئاب**» من وجهين: من حيث الدّلالة فلا يجري ما قلناه في باب «**احدث شيئاً**» فـی «**صـحيحة زرارة**،» فـی «احـدث حـدثاً» فـی «صحيحة عليّ بن رئاب و لو كان ما ورد فی «رواية زرارة»، علّةً منصوصةً مُعّمِماً للحكم، يتجاوز عنها الىٰ جميع الموارد. **امّا الفرق بين قوله** عليه السلام «**ان احدث شيئاً**» مع القول: **ان احدث فيه حدثاً**،» من حيث الدّلالة **فلانّ** الحدث فی رواية: «**انْ اَحْدَثَ فيه حَدَثاً**» مفعولٌ مطلقٌ و امّا كلمة «**شيئاً**» فی الرّواية الاولىٰ، مفعولٌ به الدّال علىٰ ايجاد حالةٍ فی المبيع. **و امّا الفرق الثّانی بينهما فهو** انّ قوله عليه السلام فی باب خيار الحيوان: «**اِنْ اَحْدَثَ فيما اشتراه حدثاً فی الثّلاثة ايّامٍ و ذلك رضـیً مـنه و لا شـرط**» ابـدع

الشّيخ(ره) فيه احتمالاتاً اربعةً ترجع الیٰ احتمالين: **احدهما كونه تعليلاً حقّيقياً و ثانيهما كونه تنزيلاً تعبّدياً.**

و ان كان المراد، الثانّی و هو التّنزيل التّعبديّ، فهو ليس قابلاً للتّعدية **و انّما يختصّ** بخيار الحيوان فقط و حينئذٍ معناه انّ الحدث ، بمنزلة الرّضیٰ فكما انّ الرّضیٰ مسقِطٌ للخيار فكذلک، الحدث.

وامّا اِن قلنا بكونه علّةً حقيقيّاً بمعنیٰ انّ الحدث، كاشفٌ عن الرّضیٰ فيدّل حينئذٍ انّ كلّما دلّ علیٰ الرّضیٰ **فهُو مُسقِطٌ** فيجوز **حينئذٍ**، التّعدی الیٰ غير الحيوان ايضاً مثل خيار العيب. و **حينئذٍ** ان قلنا انّ: «صحيحة زراره» مع «صحيحة عليّ بن رئاب» الواردة فی باب خيار الحيوان،روايةٌ واحدةٌ فيجوز التّعدی الیٰ غيره ايضاً فكلّ ما يكون الحدث دالّا علیٰ الرّضا فهو مُسقطٌ و امّا التّصرف قبل العلم بالعيب، فهو علیٰنحوين: بعضٌ منه دالٌّ علیٰ الرّضا و بعضه لايدّل عليه **فلا يجوز القول** بانّ كلّ تصرّفٍ قبل العلم بالعيب مُسقِطٌ كما قال به العلاّمة(ره) فالفتویٰ بانّ احداث الحدث حتّیٰ بمثل **«ناولنی الثّوب»** قبل العلم بالعيب، مُسقِطٌ عجيبٌ منه(ره) حيث انّ قبوله(ره) يوجب عدم بقاء موردٍ للعمل بخيار العيب.

و اعجبُ من ذلک قوله(ره) بانّ **«مثل ناولنی الثّوب و نحوه»** يدلّ علیٰ الرّضا و ان لم يكن راضياً، لكان له الصّبر.

بالجملة، فتویٰ العلّامة(ره) لاتلائم مع عدّة امورٍ:

«الامر الاوّل انّه لاتلائم الرّواية المرسلة، حيث تدلّ المرسلة بانّالعين ان كانت قائمةً فله حقّ الردّ و ما كانت قائمةً بعينها، يتحقّق فيها مثل هذه التّصرفات: **«ناوِلنِي الثّوب و نحو ذلک».**

و من الواضح انّ المرسلة، كانت قويّةً دلالةً و من حيث السّند ايضاً كانت صحيحةً.

الامر الثّانی: انّ فتویٰ العلّامة(ره)، لاتلائم مع ما ورد فی اقسام العيوب كما اشتریٰ رجلٌ جاريةً و الجارية بقيت عنده ستّة اشهرٍ و لم تحيض الجارية فی مدّة

السّتة، يجوز له ردّها لانّه كان هذا عيباً فيها.

و من المعلوم عادةً، تحقّق التّصرف «الثوب» كنا ولنى و «اغلق الثّوب » فى مدّة السّتة فبناءً علىٰ فتوىٰ العلّامة(ره) تبقىٰ الرّوايات المذكورة لغواً.

والامر الثّالث: انّ فتوىٰ العلّامة(ره) لاتلائم مع اَحداث السّنة حيث وردت رواياتٌ دالّةٌ علىٰ جواز الفسخ فى مورد العبد و الامة فيما اذا بانَ بعض العيوب بعد القبض الىٰ آخر السّنة كالجنون و البرص و الجذام و القرن و هذه الروآية لم ترد فيها جواز الفسخ والرّد علىٰ عدم التّصرف بمثل: **«ناولنى الثّوبَ»** و **«اَغلقِ البابَ»** و نحو ذلک.

انّ **بناءً عليه نقول:** تغيير العين، موجبٌ لسقوط خيار العيب سواءٌ كان بالتّصرف كما اذا قطع الثّوب او صبغه او بغير التّصرف **لانّ** الروآيات، علقّت الرّد علىٰ كون العين قائمةً بعينها و تغيير العين، يوجب عدم بقائها بعينها سواءٌ كان بالتّصرف ام بغيره؟

فبناءً عليه، يمكن ان يقال: انّ مُسقطّيةَ التّصرف، لم تدلّ عليه آيةٌ و لا سُنّةٌ وليست من مُسقطات خيار العيب رأساً **و امّا** كون التّغيّر موجباً للسّقوط، **فهو** ليس مبتنياً علىٰ كون التّصرف مُسقطاً و **لذا** التّغييّر ربّما يوجب سقوط الخيار و ان لم يكن بالتّصرف.

وامّا كون التّصرف الدّال علىٰ الرّضا، مُسقِطاً فهو ايضاً ليس لاجل التّصرف بل انشاء الرّضا انّما، هو مُسقِطٌ سواءٌ كان بالقول او الفعلُ، فالتّصرف من حيث هو تصرّفٌ، لادليلَ علىٰ كونه مُسقِطاً.

هذا كلّه، علىٰ مبنىٰ المشهور و امّا علىٰ ما قلناه من المبنىٰ الصّحيح سابقاً فالمسألة، اوضح من ذلک و ما قلناه سابقاً: انّ المعاملة و الالتزام علىٰ فاقد الوصف، لايشمله قوله تعالىٰ: **«اوفوا بالعقود»** الذّى هو دليل اللّزوم و الصّحة و **هكذا** لايشمله قوله عليه السلام: **«تجارةً عن تراضٍ»** لانّه لم يرض بفاقد الوصف، بل رَضِيَ بواجد الوصف و هكذا، لم يشمله قوله تعالىٰ: **«احلّ الله البيع الخ» لانّه** رَضِيَ بالبيع

الخاصّ الجامع للشّروط لافاقد الوصف و ليس المقام، من قبيل تعدّد المطلوب بمعنیٰ انّ واجد الوصف و فاقده كليهما، مطلوبٌ بحيث ان كان المبيع، واجد الوصف فهو مطلوبٌ و ان لم يكن واجد الوصف فهو ايضاً، مطلوب ان كان المطلوب متعدّداً بمعنیٰ انّ بعد تخلفّ الوصف يمكن ان يتعلّق الرّضا بالفاقد و ليس عقداً جديداً فهو صحيحٌ **لااشكال فيه. بناءً عليه**، لامجال للاسقاط القوليّ حيث انّ الخيار هنا، ليس حقّاً **بل** حكماً **لانّه** لم يكن واجب الوفاء من الاوّل.

و من الواضح انّ الحكم ليس قابلاً للاسقاط لاقولاً و لا فعلاً، لا بالتّصرّف و لا بغيره.

و من هنا يعلم، انّ اخبار خيارالحيوان، لامساسَ لها لما نحن فيه.

و ان اخذنا منها، التّعليل الحقيقيّ و تعدينّا الیٰ غير مورده **بوجهين:**

الاوّل: انّالخيارهنا،حكمٌ و هناك حقٌّ كما قلناه.

الثّانی: انّ الرّضا فی باب خيار الحيوان باللّزوم و فی ما نحن فيه، بالصّحة و التّحقّق، **ففرقٌ** بين ما نحن فيه و بين خيار الحيوان.

الحالات الثّلاثة لتعيّب المبيع بعد العقد.

تعيّب المبيع بعد العقد، لا يخلو عن حالاتٍ ثلاثةٍ:

اِمّا ان يتعيّب المبيع قبل قبض المشتری بعد العقد **و اِمّا ان** يتعيّب عند المشتری بعد القبض فی زمان خيارٍ مختصٍّ بالمشتری، لايشارک فيه البايع كخيار الشّرط او خيار الحيوان **و اِمّا ان** يتعيّب المبيع عند المشتری بعد القبض و بعد انقضاء زمان الخيار.

يقع البحث فی العيب الحادث بعد العقد فی الحالتين الاوليتين من جهتين:

اَلاوّلیٰ: انّ حكم هذا العيب الحادث، كحكم التّعيّب قبل العقد ای كان له خيار العيب و الارش و لو كان هذا العيب بعد العقد.

الثّانية: انّ العيب الحاصل جديداً بعد القبض او فی زمان الخيار، موجبٌ للخيار

وحده بحيث كان له خياران. **وامّا الحالة الثّالثة** و هی حدوث عيبٍ فی المبيع بعد القبض و بعد انقضاء زمان الخيار فيأتی الكلام فيه فيما بعدُ.

الكلام فی العيب الحادث قبل القبض فی الصّحيح والمعيب.

امّا الكلام فيه فی الصّحيح فهو انّ العيب الحادث عند البايع قبل القبض فی الصّحيح، هل موجبٌ للخيار و الارش ام لا؟.

اِدعیٰ الشّيخ(ره) و صاحب الجواهر(ره) عدمَ الخلاف في انّه مثل العيب الحادث قبل العقد فی ايجابه الخيارَ و الارشَ عند كثيرين.

و دليل ذلك، انّه ليست ادلّة خيار العيب، من الاخبار الواردة فيه **لانّ** موردها، كون العيب قبل العقد و فيما نحن فيه كان المبيع صحيحاً قبل العقد.

و انّما دليل ذلك، مفهوم المدلول النّبويّ «**و هو كُلُّ مبيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِن مالِ بايِعِهِ**» و نُقِلتْ علیٰ مضمونها فی باب القبض رواياتٌ اُخریٰ منها:

الباب ۱۰ من ابواب الخيار، الحديث الاوّل: «محمّدبن يعقوب، عن محمّدبن يحيیٰ، عن محمّدبن الحسين، عن محمّدبن عبدالله بن الهلال، عن عقبة بن الحالة:، **عن ابی عبدالله**عليه‌السلام فی رجلٍ اشتریٰ متاعاً من رجلٍ و اوجبه غير انّه تَرَكَ المتاع عنده و لم يقبضه و قال: **آتيك غداً انشاء الله ً فَسُرِقَ المتاع، من مال من يكون؟ قال**عليه‌السلام **: من** مال صاحب المتاع **الذّی فی بيته حتّیٰ** يقبض المتاع و يخرجه **من بيته فاذا خرجه من بيته فالمبتاع ضامنٌ لحقّه حتّیٰ يرّد ماله اليه.»**

من الواضح انّ الاستدلال بهذه الرّواية و اشباهها، مبنیٌّ علیٰ احراز امرين:

الاوّل: عدم الفرق بين تلف ذات المبيع و وصفه و **توضيحه** انّ: مورد الرّواية و ان كان تلف المبيع و هو غير تلف وصف المبيع الذّی هو محلّ الكلام الاّ انّه اِعْتَذَرَ عنه السّيّد بانّ فرض تلف ذات المبيع، من باب اَظْهَرِ الافراد، و الاّ، لافرق فی التّلف بين تلف الذّات او الوصف.

الامر الثّانی: كون المراد «**من مال بايعه**»، الضّمان المعاوضیّ؛

و توضيحه انّ قوله عليه السلام: **«من مال بايعه»** فى سائر الموارد، معناه، الضّمان المعاوضيّ اى الضّمان بالثّمن فى صورة التلّف فاذا تَلَفَ المبيع كلّه، فقد سَقَطَ الثّمن كُلّه و اذا تلف نصفه فيسقط نصفه و اذا تلف وصف الصّحة فيثبت الارش.

و تدّل علىٰ كون المراد منه، ضمانَ المعاوضيّ، روايةُ **«عقبة الخالد عن ابي عبدالله** عليه السلام **»** الذّى ذكرناه سابقاً.

و لكن اختلفوا فى هذين الامرين، فقد احتمل بعضٌ انّ المراد من: **«من مال بايعه»**، ضمان اليد لاالمراد منه الانفساخ و ضمان المعاوضيّ و المراد من التّلفّ، تلف الذّات، لاتلف الوصف فلذا، قال بعضٌ:اذا وقعت المعاملة علىٰ مبيعٍ صحيحٍ حدث العيب فيه بعد المعاملة قبل القبض، يلزم علىٰ البايع ردّ قيمة العيب اى ضامنٌ للنّقص **و لكن** ليست المعاملة منفسخةً فليس فيها خيار العيب و الارش بالمعنىٰ المصطلح فاذا تَلَفَ، يلزم ردّ القيمة فى القيميّ و المثل في المثليّ **وبناءً علىٰ هذا الاحتمال**، ليس لنا دليلٌ علىٰ خيار العيب فيما اذا تعيّب قبل القبض و كان سالِماً حين العقد.

فتحصّل ممّا ذُكِرَ انّ فى فرض ما اذا تعيّب عند البايع قبل القبض، **فيه وجهان:**

وجهٌ بثبوت خيار العيب **لاجل** انّ معنىٰ قولنا: **«تلف المبيع قبل قبضه»**، انتفاء الضّمان المعاوضيّ و الانتفاء كذلك في كلّ موردٍ، له اثرٌ مورده **ففي مورد تلف الذّات**، بطلان العقد و فى تلف البعض، فله اثَرُ بطلان البعض و فى تلف وصف الكمال، يوجب خيارَ تخلّف الشّرط وفى تلف وصف الصّحة، يوجب خيارَ العيب مخيّراً بين الردّ و الارش و هذا قولٌ منصورٌ.

وجهٌ ثانٍ اَشارالفقهاء اليه فى باب القبض انّ قوله: **«من مال بايعه»**، راجعٌ الىٰ ضمان اليد و لايرتبط بضمان المعاوضيّ **و معناه حينئذٍ انّ:** البايع اذا لم يقبضه، فهو ضامنٌ للمبيع ذاتاً و وصفاً وبهذا ثبت الارش فى مورد العيب لاالخيار.

و هذاكلّه علىٰ مَرمىٰ الاصحاب **ولكن** علىٰ ما قلناه من انّ الارش، علىٰ وفق القاعدة و كون القبض والاقباض، داخلاً فى العقد و جزءً منه و جزءَ المسئوليّة و

التّعاهد؛و عدم كونه من شرائط صحّة العقد، لاينافيه.

حاصل الكلام: انّ‌التّعيّب الحاصل فی المبيع علیٰ نحوين:

الاوّل: انّ‌التّعيّب، حاصلٌ فی المبيع الصّحيح بعد العقد و قبل القبض. **الثّانی**: حدوث العيب الجديد فی المبيع المعيب قبل العقد.

الكلام هنا فی النّحو الاوّل وهو انّه هل هو مثل التّعيب الحاصل قبل العقد فی ايجابه الخيار، و فی اقتضاء الارش ام لا؟ **بل غاية ما فی الباب** حينئذٍ فی ضمان البايع له **و نقصه، و جهان: المشهور انّه:** كالموجود قبل العقد و لازمه، الانفساخ كما ذكره السّيد فی الحاشية بقرنية ما ورد فی الرّوايه: **«يصير المبيع للمشتری»** خلافاً لبعضٍ حيث ذهبوا الیٰ انّ مثله، انّما هو مضمونٌ و **مبنیٰ البحث ما قلناه** سابقاً: انّ **«من مال بايعه»** هل المراد منه، ضمان اليد؟ ای يتدارک من مال بايعه و ليس حينئذٍ كالموجود قبل العقد و ليس لازمه، البطلان فيما اذا تلف بالكليّة و ليس لازمه، البطلان فی البعض فيما اذا تَلَفَ بعضه و ليس الخيار ثانياً اذا تعيّب الوصف **بل** لازمه، تدارک الضّرر و جبران الخسارة و **مذهب المشهور** حتّیٰ بعد اصلاحه بضمّ **«صحيحة عقبة بن خالد»** فی مسألة: «خيار العيب»، **لا يخلو من ايرادٍ** ای يثبت الانفساخ لو تلف قبل قبضه و لو تلف بعضه، كان منفسخاً فی البعض **و لكن** لايثبت انّه لو تعيّب، كان له الخيار **فما قال السّيد(ره)** انّه الموجود ذاتاً و وصفاً **خالٍ عن الدليل لانّ** الدّليل ان كان قاعدة: **«تلف المبيع قبل قبضه»** فهو يختصّ بتلف الذّات لاتلف الوصف و ان كان الدّليلُ، **«صحيحة عقبة بن خالد»**، فهی تدلّ علیٰ انّ قبض الذّات، يكفی فی استقرار الثّمن ولو كان معيباً، **حيث** لم يفرض فی مقابل الصّحة، شئٌ و لم يضمن الوصف بشیءٍ حيث لم يبذل فی ازائه، شئیٌ من الثّمن و امّا علیٰ ما قلناه من المبنیٰ من انّ القبض، جزءٌ داخلٌ فی العقد و المعاقدة و مع ذلک، فلانقول بكونه شرطَ الصّحة، شرعاً حتّیٰ لاتحصُلُ الملكيّة بدون القبض كما نقله المحقّق الاصفهانیّ(ره) و تعليقته عن بعض الاجلّاء و ايضاً ليست قاعدة: **«تلف المبيع الخ»** و **صحيحة عقبة بن خالد»** علیٰ خلاف القاعدة **بل** هی موافقة للقاعدة **لانّ** معنیٰ

العقود عرفاً، ليس مجردّ اعتبار الملكيّة بحيث كان لزوم ردّ ملک الغير الیٰ صاحبه و اقباضه، بدليلٍ آخر كما فی قوله تعالیٰ:

«يأمرانْ تُؤَدّوالامانات الیٰ اهلها»[1] بل القبض و الاقباض، مُقوِّمٌ للعقد و جزء مورد للالتزام و الاهتمام علیٰ ذلک **لا انّه شئيٌ خارجٌ عنه ثبت** لوجوب ردّ الامانات او بدليل حرمة التّصرف فی مال الغير فاذا تلف مورد الالتزام وصفاً او ذاتاً فلم يأت بمورد الالتزام فی العقد فهو كالموجود قبل العقد فله الخيار **حينئذٍ، هذا، تحقيقُ مسألةِ العيب الحادث قبل القبض فيما اذاكان صحيحاً من البداية.**

المُسقِط الثّالث: تلف العين و ما هو بحكم التّلف؟.

كان الكلام فی مُسقِطات الخيار وحدها دون الارش او كليهما.

و امّاكون تلف العين مُسقِطاً للخيار فلانّ «فی المرسلة»، عُلِقَّ الخيارُ علیٰ قيام العين بعينها:«ان كانت العين قائمةً بعينها الخ...»

فحينئذٍ: من قَطَعَ الثّوب او صَبَغَ او خاطَ فليس له الخيار، **حيث** لم تكن قائمةً بعينها، فاذا كان فی فرضٍ تلف الوصف فليس فی تلف العين و الذّات قائمةٌ بعينها، فكان فيه خيار العيب بخلاف سائر الخيارات حيث لم يكن الخيار، متوقّفاً علیٰ بقاء العين **بل** فی تلف العين، يجری سائر الخيارات.

وكذلک الفرق بين خيار العيب و **سائر الخيارات**، انّه لم يرد دليلٌ بلفظ الخيار فی‌باب خيار العيب بخلاف سائر الخيارات كخيار المجلس:

«البيعآن بالخيار» و «صاحب الحيوان بالخيار» ـ و ورد ايضاً فی باب خيار الرّؤية: **«ماكان له فی ذلک، خيار الرّؤية»** و امّا فی باب خيار العيب فقد ورد مثل **«ردّه»** الظّاهر فی فقد العين.

فَأورِدَ علیٰ الشّيخ(ره): بانّ احتساب تلف العين من المُسقِط، **لايخلو عن اشكالٍ لانّهم** ذكروا فی شرائط خيار العيب، بقاءَ العين و لازم البقاء، عدم كونها تالفةً، فالتلفّ، موجبٌ لسقوط الخيار **لاجل** عدم كون العين حينئذٍ باقيةً بعينها، فاطلاق

---

۱. النساء/ ۵۸.

المُسقطِ عليه، **لايخلو عن مسامحةٍ لانّ** التلفّ، بمعنىٰ تبدّل الموضوع لابمعنىٰ كونه مُسقِطاً **لانّ** لازم المُسقِطيّةِ، وجود المُقتضِى و هو البقاء و وجود المانع و هو الرّافع عنه و حيث لم يكن ردّ العين الذّى يتوقفّ علىٰ بقاء الموضوع، موجوداً فهو سالبةٌ بانتفاء الموضوع.

ولعلّ نظر الشّيخ(ره) من ذكر فقد المُقتضِى فى باب وجود المانع و احتساب التّلف من المُسقِطات، انّما هو عنوان ما هو بحكم التّلف، كمانَقَلَهُ بعقدٍ لازمٍ الىٰ الغير **حيث** انّ دليل نفوذ تصرّفات المشترى فيه، يَجْعَلُهُ تالِفاً اى يجعله بحيث لايمكن ردّه، **فما هو بحكم التّلف، كالتّلف الحقيقيّ بلافرقٍ** فيه بين تغيير ملكيّة العين الّتي هي بمعنىٰ العين حكماً او نقل منافع العين التّى هى بمعنىٰ تبدّل الوصف و تعلقّ حقّ الغير كالرّهن الذّى هو ايضاً، نوعُ تغييرٍ فى العين.

هذا بناءً علىٰ مَمْشىٰ المشهورِ امّا علىٰ ما ذكرناه من المبنىٰ فلا يبقىٰ لتّلف الحكميّ، مصداقٌ قبل الرّضا بالبيع حتّيٰ يقال: انّه بمنزلة التّلف الحقيقيّ **لانّ المراد من الخيارهنا**، الحكم، لاالخيار **بمعنىٰ الحقّ و لعلّ** عدم الورود بلفظ الخيار و وروده بلفظ «**ردّه**» فى الرّوايات، **كان لاجل ذلك** و حيث كان حكميّاً، فلم تحصل الملكيّة بعدُ ولم يحصل النّقل و الانتقال فاذا باعَهُ او رَهَنَ الىٰ الغير، فقد باعَ ورَهَنَ مالايملكه **لانّ الرّضا**، انّما حصل علىٰ الصّحيح و الصّحيح، وَقَعَ فى الالتزام دون المعيب و كون وقوع البيع علىٰ المعيب صحيحاً بمعنىٰ الصّحة التّأهليّة اى لولَحِقَ به الرّضا، لكان يترتبّ عليه الاثرُ من النّقل و الانتقال و الملكيّة و نحو ذلک من الآثار.

هنا فرعٌ خارجٌ عن محلّ الابتلاء و هو انّ: «**من باع جاريةً فوطئها ثمّ عَلِمَ كونها معيوبةً فلا يجوز ردّها بِكراً كان او ثيباً فيصدق عليها، عدم بقائها بعينها.**

نعم: ان كانت تيبّةً لايصدق بالوطئ معها، التّغيّر فى العينِ **الّا انّ العلامة(ره)** وجّهه وقال: انّ الوطئ معها جنايةٌ **و لكن الكلام يحتاج الىٰ توجيه.**

نعم: الوطىء معها بعُنفٍ، لايبعد دخوله فى الجناية **و لكن** فى غيرالعُنف لاتصدق عليه الجناية **وبعضٌ آخر** وجّهه بانّ كونها ثيبّةً، يحسب عيباً الاّ بالجنابة.

فرعٌ: باع جاريةً فقارب معها، فَعُلِمَ انّها حُبلى، يرّد عشر قيمتها ايضاً ولو انّ التّقارب فى سائر الموارد، كان مُسقِطاً للخيار.

مسألةٌ: ما اذا كان المبيع معيوباً من البدايةِ و عَرَضَ له عيبٌ ثانياً قبل القبض، فى هذه المسألة مباحثُ ثلاثةٌ:

المبحث الاوّل: انّ عروض العيب الجديد هل هو موجبٌ للخيار ام لا؟.

المبحث الثّانى: انّه علىٰ كلّ تقديرٍ، هل يوجب زوالَ العيب الاوّل ام لا؟.

المبحث الثّالث: انّه اذا لم يكن موجباً لزوال العيب الاوّل هل هناك، خياران ام خيارٌ واحدٌ؟.

و تظهر الثّمرة بينهما فيما اذا أُسقِطَ احدالعلّتين عن التّأثير هل يبقىٰ حقّ العّلة الاخرىٰ مؤثّرةً ام لا؟.

امّا المبحث الاوّل فمعلوم انّ: العيب الجديد ايضاً، موجبٌ للخيار كما فى المبيع السّالم قبل العقد، العارض عليه العيب بعده فى كون العيب موجباً للخيار.

و امّا المبحث الثّانى فالمدار علىٰ التّغير و العيب الجديد، احدث فيه التّغيّر و التّغيّرُ مُسقِطٌ للخيار الاوّل و زال الخيار الاوّل.

والمحقّق الخراسانيّ(ره) احاله في الحاشية بانّه: يستحيل ان يكون مقتضيٰ الشّئ، مانعاً عنه **حيث** انّا اذا فرضنا انّ العيب الجديد مقتضٍ للخيار فكيف يمنع عن الخيار؟

يمكن الجواب عنه بانّ الاستحالة، تصحّ فيما اذا كان الفرد، واحداً اى فيما اذا كان الفرد الحاصل بالعيب الاوّل، عينَ الفرد الحاصل بالعيب الثّانى.

و امّا اذاقلنا: انّ الحادث من العيب الاوّل فردٌ، والحاصل العيبَ الآخرَ، فردٌ آخرُ، يمنع عن الفرد الاوّل، فلا تتوجّه الاستحالة **حينئذٍ**.

و اِن شئت قلت: انّ مقتضىٰ الخيار، العيبُ بما هو عيبٌ و مقتضىٰ لاخيار، انّما هو تغيّرُ فى العين فالتّغيّرُ مُسقِطٌ للخيار والعيب الجديد،مُوجِبٌ للخيار، فلامنافاة

بینهما ففرقٌ بینهما سبباً و مسبّباً امّا مسبّباً فهذا الفرد، غیرذلک الفرد و امّا سبباً، فلانّ سبب الخیار، هو العیب من حیث انّه عیبٌ و سبب السّقوط، التّغیّرُ فی العین، فلامنافاة بینهما.

و اما المبحث الثّالث فقد عُنْوِنَ فی باب تداخل الاسباب و المسبّبات **ففی بعض الموارد،** حصل التّداخل من باب انّالمسبّب، لیس قابلاً للتکررّ کالقتل و القصاص لاسبابٍ متعددّةٍ کالحدث والجنابة، **و فی بعض الموارد** یکون المسبّبُ قابلاً للتّکررّ و السبّب لیس قابلا للتّکررّ کالافطار ای لو حظ صرفُ وجودِ السبّب.

و فی بعض الموارد، یکون السبّب و المسبّب کلاهما، قابلاً للتّکررّ.

و فی موارد تختلف الاسباب و المسببّ، قابلٌ للتکررّ **فحینئذٍ** لااشکال فی جواز التّکرّر.

فعلیٰ هذا، لواجتمع خیار المجلس و خیار الحیوان و خیار الغبن و خیار الشّرط، فیتکررّ الخیار هنا لتعدّد الاسباب بخلاف ما اذا کان سبب الخیار واحداً بنحو صرفِ الوجود کما اذا تعدّد مورد المبیع او تعدّد العیوب فی مبیعٍ واحدٍ فهنا خیارُ واحدٌ.

و ما نحن فیه ایضاً من هذا القبیل حیث انّ سبب الخیار و هو العیب، واحدٌ بنحوصرف الوجود ولو کان متعدّداً فردّیاً فهنا خیارٌ واحدٌ.

مسألةٌ: حصولُ التّعيّبِ بعد القبض

الحاصل فى زمن الخيار المختصّ بالمشترى.

قلنا سابقاً: انّ القاعدة تقتضى، انّ التّغيرَ الحادثَ علىٰ العين بعد العقد، موجبٌ لسقوط الخيار و انّما خرجنا عنها فى المسألة الْاولىٰ السّابقة لاجل قاعدة: «**تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه**»، **حيث** قلنا بالرّد فى صورة التّغيير ايضاً للقاعدة المذكورة الدّالة علىٰ ضمان البايع.

و معنىٰ كونه مضموناً، كونه مضموناً بضمان المعاوضةِ كالضّمان قبل العقد و يجرى الكلامُ الجارى فى المسألة السّابقة، فى هذه المسألة ايضاً **و علىٰ هذا يأتى** الوجهان الآتيان فى قاعدة: «**تلف المبيع الخ**»، هنا ايضاً كما اشار اليه الشّيخ(ره) فى اَحكام الخيار و اَحكام القبض:

احدهما: انّ معنىٰ تلف المبيع، ضمانُ اليد **فبناءً عليه** ليس الخيار باطلاً فى صورة تلف الوصف والبعض **بل** مضمونٌ بضمان اليد اى تدارک التّلف كضمان الغاصب مِثلاً بِمثلٍ و قيمةً بقيمةٍ **و فيما نحن فيه** ايضاً: انّالبايع كان ضامناً له قبل القبض وبعد القبض ايضاً مع كون المبيع فى تصرّف المشترى، كان له ايضاً ضمانٌ **لانّ** للمشترى، خيارٌ مختصٌّ فهو ملحقٌ بضمان اليد. **فبناءً عليه**، ليس خيار العيب، للبايع **بل** له تدارک النّقص علىٰ حدّ التّدارک و ضمان اليد فلايجرى **حينئذ** انّالتّغيير، موجبٌ لسقوط الخيار و انّه متعددٌّ ام واحدٌ؟ **بل** من المعلوم: **انّه** موجبٌ لزوال الخيار الاوّل **لانّه** حَصَلَ التّغيير فى العين فى يدالمشترى بخلاف ما اذا كان الضّمان بمعنىٰ ضمان المعاوضيّ الذّي هو مُختارُ الشّيخ(ره) و لازمُ ضمان الماوضيّ، الانفساخُ فيما اذا تَلَفَ تمام العين فى زمن الخيار كالتّلف قبل العقد الموجب للبطلان و اذا تَلَفَ بعضها فيكون باطلاً فى البعض و اذا تَلَفَ الوصف فهو كالتّعيّب الحاصل فيه بعد العقد الموجب لخيار العيب والارش وهو القول المشهور.

قلنا سابقاً: انّ المباحث الجاریة فی تلفِ قبل القبض، تجری فیما نحن فیه، **غایة الامر**، کانت القاعدةُ هنا،: **«التّلف فی زمن الخیار ممّن لاخیار له» و لافرق فی المسألة السّابقة و ما نحن فیه**، فی کون القاعدتین الواردتین فیهما قاعدةُ: **«تَلَفُ الْمَبْیعِ قَبْلِ قَبْضِهِ مِن مالِ بایِعِهِ»** و قاعدة: **«اَلتّلفُ فِی زَمَنِ الخِیارِ مِمّنْ لاخَیارَ لَهُ»** مـخَصّصتَیْن للمُرسلة **حیث** انّ مفهوم المُرسلة: انّه ان لم تکن العین قائمةً بعینها قبل القبض او فی زمان الخیار فله الردّ.

غایة الفرق بین القاعدتّین فی موردین، تظهر بعد قراءة الرّوایات.

منها: الباب ۵ من ابواب الخیار- الحدیث الاوّل: «محمّدبن یعقوب، عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمّد بن سماعة، عن غیر واحدٍ، عن ابان بن عثمان، عن عبدالرّحمان، عن عبداللّه قال: **«سألت ابا عبداللّه**علیه السلام **عن رجلٍ اِشتری اَمَةً بشرطٍ من رجلٍ یوماًاو یومین، فمات عنده و قد قطع الثّمن، علیٰ** من یکون الضّمان؟ فقال**علیه السلام**: **«لیس علیٰ الذّی اِشتزی ضمانٌ حتّیٰ یمضی شرطُه»**.

فمن قال: بانّ المراد من الضّمان، ضمان الید، قد تمسّک بهذه الرّوایة بانّ المتبادر من الضّمان، ضمان الید و امّا ضمان المعاوضیّ فهو اصطلاحٌ، من الفقهاء و قسمّوا العقود علیٰ ما یُضْمَنُ و مالا یُضمَنُ وقالوا بهذه القاعدة:

«ما لا یُضمن بصحیحه، لایُضمن بفاسده» و **«ما یُضمن بصحیحه، یُضمن بفاسده»**.

مضافاً الیٰ ذلک: انّ المفروض فی المقام، تلف الدّابة وهو موت الْامةِو هو مـن قبیل تلف العین و اَمّا تلف الوصف الذّی هو محلّ الکلام فهو خارجٌ، عـن مـورد الرّوایة فلا تشمله الرّوایة.

الحدیث۲ عن عدّةٍ من اصحابنا، عن سهل بن زیاد، و عن احمدبن محمّد، جمیعاً عن ابن محبوب، عن ابن سنان قال: سألتُ اباعبداللهعلیه السلام عن الرّجل: یشتری الدّابة او العبد یشترط الیٰ یومٍ او یومین، فیموت العبد او الدّابة او یحدث فیه حدثٌ، **علیٰ من ضمانُ ذلکَ؟** فقالعلیه السلام: **علی البایع**، حتّیٰ ینقضی الشّرط ثلاثه ایّـامٍ و یـصیر

المبيع للمشترى، و ان كان بينهما شرطٌ، ايّاماً معدودةً فهلک فی يدالمشترىفهو من مال بايعه».

هذه الرّواية تدلّ علىٰ قاعدة: **«تلف المبيع قبل قبضه» فی خيار الحيوان و خيار الشّرط.**

و هنا ايضاً الكلام، نفس الكلام فی المسألة السّابقة و الرّواية السّابقة **الاّ** انّه ورد فيها قوله عليه السلام: **«حتّىٰ ينقضی ثلاثة ايّامٍ و يصير المبيع للمشترى»** الظّاهر منها، كانّه من مال البايع وليس من مال المشترى و المستفاد من الضّمان، ضمان المعاوضيّ اي اذا تَلَفَ، تَلَفَ مالٌ ليس للمشترى، و تَلَفَ من مالِ البايع.

و ايضاً استفاد بعض الفقهاء منها، التّعدّى كما هو محلٌّ للبحث فی باب احكام الخيار و ايضاً استظهر بعضٌ من جملة: **«فيموت العبد او الدّابة او يحدث فيه حدثٌ»**، عنوانَ زوال الاوصاف هنا خلافاً لبعضٍ، حيث قالو: انّالمراد من قوله: **«يَحدُثُ فِيهِ حدثٌ»**. قسمٌ خاصٌّ من التّلف من الحتف بعُنفٍ او غرقٍ و غير ذلک لامن قبيل زوال الوصف.

الحالاتُ الثّلاثةُ لحدوثِ العيبِ بعدَ العقدِ:

١- الحالةُ الاوُلیٰ، حدوث العيب قبل قبض المبيع.

٢- الحالةُ الثّانية، حدوث العيب بعد قبضه.

٣- الحالةُ الثّالثة، حدوثه بعد القبض و بعد انقضاء زمان الخيار.

السّوال: ماهو المرادُ من زمان الخيار؟

هل المراد من زمان الخيار، زمانُ مطلق الخيارات ام يختصّ بخيار الحيوان او خيار الشّرط الذّين هما من الخيارات الزّمانيةِ؟ **فيه خلافٌ**، ذهب عدّةٌ من الفقهاء الیٰ الاختصاص بهما **و عن عدّةٍ اُخریٰ**، التّعميم و عنونوه فی باب اَحكامِ الخيار.

و هذا الخلاف مبنيٌّ علیٰ التّعليل الوارد في بعض الاحاديث:

منها: الحديث ٢- الباب ٥ من ابواب الخيار.... «سألتُ ابا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يشری الدّابّة او العبد و يشترط الیٰ يومٍ او يومين فيموت العبدُ و الدّابةُ او يحدث فيه الحدثُ علیٰ ضمان ذلک قال عليه السلام:

علیٰ البايع حتّیٰ ينقضی الشّرطُ ثلاثةَ ايّامٍ و يصير المبيع للمشتری».

ليس المراد، احتمال **«و يصير المبيع للمشتری حتّیٰ يملك المشتری، المبيعَ»** ای‌ليس المشتری مالكاً قبل انقضاء الخيار و انّما يملكه بعد انقضائه.

كما هو مختارُ الشّيخ الطّائفة(ره) فی بعض كتبه **خلافاً للمشهور** حيث ذهبوا الیٰ انّ الملكيّة ، حصلت من البداية و انقضاء زمان الخيار، ليس شرطَ الملكيّة **بل** العقد، فی‌زمان الخيار، ليس بلازمٍ و **حينئذٍ** ليس معنیٰ الرّواية هكذا: **«و يصير المبيعُ للمشتری حتّیٰ يكون البيع لازماً»** لعدم تناسب الحكم و الموضوع **بل** معناه، عدم ترتّب آثار الملكيّة للمشتری مادام لم ينقض زمان الخيار فكان الشّرعُ رَأیٰ انّه باقٍ علیٰ ملكيّة البايع بعدُ و ضمانه علیٰ عهدته ايضاً و لو انتقل البايع الیٰ المشتری‌ظاهراً و اسماً فكان للمشتری خيارُ العيبِ.

فبناءً عليه، يصير الكلام الیٰ انّه لو قلنا بضمان البايع فيما اذا اَحدَثَ العيب بعد العقد قبل القبض او بعد القبض و فی زمان الخيار، **هل يكون ضمانه علیٰ حدّ ضمان اليدا و من سنخ ضمان المعاوضة فيه و جهانِ بل قولانِ؟:**

المعروف انّه من قبيل ضمان المعاوضة و منشأ القول بانّه ضمان اليد مِثلاً و قيمةً **لانّه** مَلِکَ المشترى و تَلَفَ بيد البايع.

وامّا ضمان المعاوضيّ الّذي يختصّ بالمقام، فهو مبنيٌّ علیٰ انّ جملة: «**و يصير المبيع للمشترى**»، ليس بمعنیٰ حصول الملكيّة للمشترى **لانّ** المفروض انّه قد حصل و ليس المراد ايضاً، اللّزوم ،لعدم التّبادر **فی صورة حصول الملكيّة مضافاً الیٰ ذلک، ان** كان المراد، اللّزوم فهو، لا يلائم مع الحكم المذكور فی الرّواية كما لايخفیٰ **بل** المراد منه ما ذكرناه انّه لم يكن بعدُ ملكاً للمشترى و كانّه باقٍ علیٰ وضعه السّابق **ولذا** يستفاد منه، ضمان المعاوضة ولازم ذلک، فی صورة تعيّب المبيع ، خيار العيب.

امّا الفرض الثّالث و هو حدوث العيب بعد العقد، بعد القبض و بعد انقضاءِ زمان الخيار، فمن المعلوم: انّه يُحْسَبُ هذا، تغيّراً فی العين بلااشكالٍ فيه و كادَان يكون اجماعيّاً.

فلوم يكن المبيع معيوباً من قبل، لم يكن موجباً للخيار و لا الارش و ان كان معيوباًمن قبلُ ،فهذا العيب مانعٌ عن الرّد **لانّه** تغييرٌ حاصلٌ فی يدالمشترى و خيار العيب مشروطٌ ببقاء العين و لم يحصل الشّرط هنا فيسقط الخيار دون الارش.

و لم يُنقل خلافٌ فی اصل هذه المسألة الاّ عن شيخ الطّائفةِ فی بعض كتبه **و انّما الكلام فی** بعض افرادها الخفيّةِ **لانّ** العيوب تختلف، بعضها موجبٌ للارش و بعضها لايوجبه كالشّركة حيث انّ التّغيّرَ: **تارةً** يكون حسيّاً **و اُخرى** غيرُ حسّيٍ و **ايضاً** ربّما يحصل بالفسخ كالشّركة او كان من قبيل الفسخ؟.

هل التّغيّر بنحوالشّركة، يوجب خيار العيب ام لا؟

فيه ملاحظاتٌ توجب كون الشّركة، عيباً اَمراً خفيّاً:

منها: انّالشّركة، ليست من قبيل العيب الّذى خرج من خلقته الاصليّة.

و **منها:** انّالشّركة، حصلت بعد الفسخ لاقبله.

و **ايضاً:** لَونسِيَ العبدُ المبيعَ، الخياطةَ و الكتابةَ و نحوهما في زمان الخيار او نسيت الّدابةُ المُعلَّمُ، الطّحانةَ و نحوها **هل** يوجب هذا النّحو من التّغيّر، سقوطَ الخيار ام لا؟.

يمكن ان يقال: بعدم كونه موجباً له اوّلاً:

لانّالنّسيان، ليس تغيّراً حسيّاً بل معنويّاً.

و المتبادر من تغيّر المبيع، التّغيير الحسيّ و هو مدارُ سقوط الخيار.

و ثانياً: انّ هذا النّوع من التّغيير، لايوجب الارش بخلاف وصف الصّحة.

و يمكن ان يقال: انّه موجبٌ للسّقوط **لانّ** المتبادر من الامثلة الواردة فى الرواية المرسلة: «**مثل: «قد قطع او صبغ او خيط ...»**، اطلاقُ العيب علىٰ الاشياء الّتى لاتوجبُ ارشاً كالشّركة **لانّ** الفسخ مع هذا التّغيّر، يوجب الشّركة و هى عيبٌ حاصلٌ فى المبيع موجبٌ سقوطَ الخيار فنسيان العبد، الخياطةَ والكتابةَ و لو كان لايوجب ارشاً و **لكنّه**، يكون كحكم قطع الثّوب و صبغ الثّوب و خياطته، نوعاًمن التّغيّر فى العين.

و هذا خلاصةُ كلامِ الشّيخ(ره) فى المقام.

و لكنّه لايخلو عن ملاحظاتٍ عديدةٍ:

منها: انّ الامور الغير الحسيّة الّتى كانت لها آثارٌ ظاهريّةٌ، **فهى** من قبيل الامور الحسيّة **فالمراد من** الامور الحسّية، كونها محسوسةً بنفسها او محسوسةً بآثارها **و**

بهذه الملاحظة و ردت فی الاخبار:

«عميت عين تراك» و الكتابة و نسيانها،لها آثارٌ خارجـيّةٌ كـالتّغيّر الحسّـی و هی‌لسان الرّوايات: **«القيام بعينها»** و المراد منه، القيام بعينها و شخصها **بـل** القـيام بخصوصيّاتها و عوارضها وبصفاتها من الكتابةو غيرها ،فحصول النّسيان للعبد،هو التّغيّرُ فيه، يوجبُ سقوطَه.

حدوثُ عيبٍ عندالمشترى .

عروض التّغيّر فی مورد المعاملة، يوجب سقوط الخيار و من جملة ذلک التّغيّر، حدوثُ عيبٍ عند المشترى.

غايةُ الامر؛ بعض افراد التّغيّر واضحٌ لاخفاءَ فيه **و لكن** فی بعض العيوب، صدقُ التّغيّر عليه مشكلٌ اذا كان من الامور غير الحسّية او كان من قبيل العـيوب الّـتی لاتوجب ارشاً.

و لذا، وقع كلامٌ فی بعض العيوب **هل** يصدق عليه التّغيّر الموجب للسّقوط ام لا؟.

و منها:كون العيب من قبيل تبعضّ الصّفقة و نسـيان الاوصـاف الكـمالّية مـن الطّحانة فی الدّابة و الكتابة و الخياطة فی العبد او من قبيل الشّرک.

و ذُكِرَ فيه الوجهان و صرّح العلّامة(ره) فی التّذكرة: انّ‌النّقص فی مطلق العيوب، مُسقِطٌ للخيار **لانّ** الخيار الّذی جُعِلَ شرعاًلدفع الّضرر، يخلو عن مستندٍ، هنا جبران **لانّ** الضّرر **اِمّا علّةٌ** و عنوانٌ للخيار ان قلنا انّ المستند، هو **«لاضرر» و اِمّا حكمةٌ له** ان كان المستندُ، الاخبارَ الخاصّةَ.

كيف كان، الحكمُ هنا يخلو عن مناطٍ **لانّ** المناط هنا، تدارک الضّرر و حيث كان البايع و المشترى، هنا علىٰ السّواءِ من حيث توجّه الضّرر و لا ترجيح لاحدهما علىٰ الآخر، فجعلُ خيار العيب تداركاً لضرر البايع، ليس بمتمشٍّ لتعارض الضّررين ، ضرر البايع و المشترى **وردّه الشّيخ (ه):** بانّ‌لازم هذا الدّليل، ليس نفی الخيار **بل**

اثباته و لو لم نقل باثباته فلا اقلَّ من کونه ساکتاً عن نفیَ الخیارِ و عدم شموله نفیَ الخیارٍ **فحینئذٍ** باصالة عدم المُسقِطِ و استصحاب بقاء الخیار، یثبت الخیار السّابق علیٰ عُروض هذا العیب.

نعم: اذا کان مستند الخیار، **«قاعدة لاضرر»**، یمکِن دعویٰ عدم شمولها، هذه الصّورةَ **و امّا اذا کان المستند،** الاخبارَ الواردةَ فی المقام فیمکن جریان الاستصحاب عندالشّک فی بقاء الخیار، بعد حدوث عیبٍ فی المبیع.

ثمّ انّ الشّیخ(ره) صرّح: بانّ العیب الحادث بعد المشتری عند المشتری، **ان کان** من قبیل العیوب الّتی توجب ارشاً فعند ردّه الیٰ البایع یردّه مع الارش و ان کان من قبیل العیوب الّتی لیست موجبةً للارش کنسیان الکتابة و الخیاطة ونحو ذلک، یردّ العینَ من دون ارشٍ **لانّ** هذا النّوع من الاوصاف کالنّسیان ،لیس موجباً للارش و لیس کوصف الصّحة **لانّ** وصف الصّحة، کانّه مضمونٌ بالقیمة و وقع فی مقابله، شئیٌ من الّثمن و امّا کالنّسیان، فلم یرّد فی مقابله ثمنٌ و لیس فیه ارشٌ شرعاً فیردّه المشتری الیٰ البایع بلا ارشٍ.

هذا خلاصة کلام الشّیخ(ره) فی مقام ردّکلام العلّامة(ره).

اقول: یرد علیٰ دعویٰ الاستصحاب امران:

الامر الاوّل: انّ الرّجوع الیٰ الاصول کالاستصحاب فیما اذا لم تکن الادّلةُ الاجتهادیّةُ: موجودةً؛ واطلاقُ ادلّة خیار العیب عند الّشک فیما نحن فیه،دلیلٌ رافعٌ للشّک.

الامر الثّانی: انّالرّجوع علیٰ اطلاق قوله تعالیٰ: **«اوفوا بالعقود»** و نحوها من ادّلة، اللّزوم فیما اذا یشکّ فی بقاء الخیار بعد حدوث عیبٍ بعد العقد، فیما لو سلّمنا عدم اطلاق ادلّة الباب فی المقام و لیس المقامُ، کالمقام فی باب خیار الغبن فی الرّجوع الیٰ عموم العامّ او استحصاب حکم الُمخصِّصَ او التّفصیل بینهما للفرق **بینه و ما نحن فیه لانّ** التّخصیص فیما نحن فیه ای خیار العیب، تخصیصٌ عنوانیٌّ

لازمانيٌّ **و البحث** الاصوليّ من الرّجوع اليٰ عموم العامّ او استصحاب حكم المُخصِّص او التّفصيل بينهما كلّه، راجعٌ الى تخصيصٍ زمانيٍّ و لايجري في التّخصيص العنوانيّ.

و يرد ايضاً علىٰ دعواه(ره) من ردّ العين مع ارشٍ فى فرضٍ و عدمهُ فى فرضٍ آخر حكماً و توجيهاً و دليلاً، **بانّ ردالبايعِ** الّثمنَ، انّما هو فى مقابل ذات المبيع و الاوصاف الكماليّةو عند ردّ المشترى،المبيعَ بعد حدوث العيب، لم يكن المبيعُ هو المبيع عند البيع، مضافاً الى ذلک ، لافرقَ بين وصفِ الصّحة و وصفِ الكمال من حيث الادّلة.

و بهذه الملاحظة نقول: انّ توجيهَ العلّامة و قوله، اَوْجَهُ من توجيه الشّيخ و قوله(ره).

يمكن ان يقال: انّ نظر العلّامة(ره) فى توجيهه بانّ مستند الخيار ان كان **«لاضرر»** فهو من قبيل تعارض الضّررين و ان كان الملاک، الاخبار **فمن المعلوم:** انّ مناط الاخبار، انّما هو تدارک ضرر البايع و حيث كان هنا، ضررٌ للمشترى ايضاً فيتعارضان و ليس حينئذٍ مناطُ الخيار ، موجوداً فلاتشمله ادلّةُ الخيار فيرجع الىٰ اصالة اللّزوم.

مضافاً الىٰ ذلک: قوله الآخر للشّيخ(ره) ايضاً **لايخلو عن اشكالٍ:** و هو انّ العيب الحادث بعد العقد عند المشترى، ان كان من قبيلِ زوال وصف الصّحة فيردّه مع الارش. **و يرد عليه بانّه** حينئذٍ من قبيل انّ تغيّر المبيع، مُسقِطٌ للخيار. **و من هنا ظهر** ضعف ما قال(ره) من انّ الفسخ بعروض القطع و الصّباغة

و الخياطة، يوجب الشرّكة و هى عيبٌ حاصلٌ فيه.

و وجه الضّعف هو انّ هدة التّغيّرات كالقطع و الصّباغة والخياطة و ...كلّها من مصاديق التّغيير و من متفرّعات القيام بالعين و ليست من قبيل الشّركة.

والحقُّ انّ الموجب للارش و غيره الحسّى و غير الحسّى، لافرقَ فى صدق التّغيّر فيه انّه موجبٌ للسّقوط ، سواءٌ سمّيناه عيباً او وصفاً كماليّاً.

فروعٌ: منها: انّه هل يرجع حقّ الردّ للمشترى بزوال العيب الجارى الجديد ام لا؟

للعلّامة هنا فتواتان متناقيتان:

احداهما فى التّذكرة و ذكر(ره) فيها بعدم العود **بل قال: «عدم العود عندنا»**، ربّما يستفاد من قوله **«عندنا»**، الاجماعُ، او الشّهرةُ المحقّقةُ.

ثانيهما فى التّحرير علىٰ عكس ماقاله فى التّذكرّه حيث قال: **«لوزال العيب يعود الخيار،»**

بملاحظة هذه الفتوٰى، يمكن ان يقال: انّ مراده(ره) من **«عندنا»** ليس هو الاجماع كما انّه قيل بذلک فى قول الصّدوق(ره) فى **«اعتقاد الشّيعه»**، **«عندنا»** بانّمراده(ره) من **عندنا**، نفسه و ابيه و شيخه **«محمّد بن حسن بن الوليد»**، فليس مراد العلّامة «من قوله **«عندنا»**، الاجماع و الاّ لما جازت بنفسه مخالفةُ الاجماع الّذى ادعّاه.

و الشّيخ(ره) ذكر لكلٍّ واحدٍ من الفتويين وجهاً علىٰ حدّة:

امّا القول بسقوط الخيار و عدم عوده بزوال العيب، **فلاجل** الاستصحاب **حيث** انّ حين وجود الخيار، كان يسقط الخيار و بعد زوال الخيار، يشّک فى الخيار فيستصحب عدمُ الخيار و نفيه.

و من الواضح انّالصّحة و المعيب، من الحالات العارضة بكون شئٍ صحيحاًو بانَ كونه معيباً، لايجعله من المغاير و لايجعله من تبدّل الموضوع حتّىٰ لايجرىالاستصحاب لعدم بقاء الموضوع.

وامّا وجه فتوىٰ العلّامة(ره) فى التّحرير بعود الخيار فهو زوالُ مناط انتفاء الخيار،والمناط، وجود الضّرريّ، ضرر البايع و ضرر المشتري و بزوال العيب، انتفيٰ الضّرران و ليس هذا كمال المغضوب **حيث** انّ الغاصب اذا ردّه الىٰ مالكه بعد زوال العيب الحادث، «يجب عليه رُدّ غرامة العيب ايضاً **لانّه** حين عروض العيب، كان

الغاصب ضامناً له و امّا فيما نحن فيه فليس المشترى ضامناً للعيب حيث عَرَضَ فى‌ملكه و لايجوز لاحدٍان يضمن ملكه علىٰ عهدةٍ و الشّيخ نفسُهُ، يميل الىٰ الثانّى.

هذا مردودٌ اوّلاً:

بانّ كون علّة سقوط الخيار، الضّررَ علىٰ البايع و المشترى، علّةٌ مستنبطةٌ و ليست بعلّةٍ منصوصةٍ، و العلّةُ المستنبطةُ عند الشّيعه،ليست معتبرةً **لانّها** من قبيل انواع القياس الباطل عند الشّيعة معتبرةً لانّها من قبيل انواعِ القياس الباطل عند الشّيعة و المعمول عند العامّة.

و ثانياً: انّ مسألة عروض العيب الجديد، لم تعنون فى اخبارنا **بل** عَنْوَنَها الفقهاء و المعنونُ فيها،ما يكون التّغيّرُ، موجباً لسقوط الخيار سواءٌ كان بالعيب او بغيره من القطع و الخياطة.

فالقول بكون العيب الجديد مُسقِطاً ،انّما هو من باب انّه تغييرٌ، لابما انّه عيبٌ.

تحقيق المسألة: انّ بعض العناوين و القيود و الاوصاف ، موضوعٌ للاثر حدوثاً فقط و اذا زال العنوان، زال الحكم و الاثرايضاً و بقاءً كما يقال: انّملاقى النّجس، نجسٌ و كلّما لاقاه النّجس فهو نجسٌ و كقوله تعالى **«الزّانى و الزّانية فاجلدوا كلّ واحدٍ منهما مأة جلدةٍ»**[1]

وكذلك تزويج امّ الزّوجة علىٰ الابد، اثرٌ يترتّب علىٰ تزويج بنتها و ان وقع الطّلاق بينهما.

و يلزم ملاحظة انّ فيما نحن فيه، بقاء العين بعينها و عدمه، من ايّ قسمٍ منهما؟ **و المتبادر من الرّوايات ، هو الاوّل حيث** انّ بعد زوال العيب، هو المبيع الاوّل بعينه لحدوث التّغيّر فيه و عروض الحالات المختلفة فيه و **ذلك لانّ** الخيار، هو من احكام العقد و قد زال.

---

١. النّور / ٢.

فرعٌ آخر: بناءً علىٰ كون العيب الجديد، مانعاً عن ردّ المعيب لخيار العيب القديم، لو رضى بالبايع بردّه معيباً مجهولاً بالارشِ ام غير مجهولٍ، هل يصّح ذلک ام لا؟

ظاهر كلامَ الشّيخ(ره) بل صريح كلامه، **الصّحة** و ليس ذلک من باب الاقالة **لانّ الاقاله**، هو مطلوبٌ فى كلّ موردٍ **بل** من باب خيار العيب **غاية الامر**، يرضىٰ بذلک، الطّرف الآخر ايضاً و هذا لايجعله من اِلاقالة.

وجه الصّحة عنده(ره) وجودُ المُقتضى و فقدان المانع، المُقتضى ،قاعدةُباب الخيارات وهى انّالخيار ،لم يكن مقيّداً بوجود العين و المانع ايضاً، و هو حقّ البايع، مفقودٌ علىٰ الفرض حيث يرضىٰ بذلک.

و حينئذٍ يصّح الفسخ **غاية الامر**، ردّ الارش للعيب الجديدِ.

و من هنا: يعلم انّ معيار احتساب الارش من قِبَلِ المشترى الىٰ البايع، غيرُ معيار ردّالارش من قِبَلِ البايع، الىٰ المشترى **حيث** انّكيفيّة ردّالبايع، الارشَ الىٰ المشترى، كسر نسبة التّفاوت بين قيمة المعيب و الصّحيح من الّثمن.

وامّا معيار ردّ المشترى، الارشَ الىٰ المشترى، فهو احتساب قيمة الصّفة الفاقدة وليس فى البين، احتسابُ قيمةِ الصّحيح و المعيب و اخذ النّسبة بينهما و كسرهذه النّسبة من الّثمن.

اقول: ترد عليه امورٌ:

الاوّل: انّ مَرمىٰ روايات خيار العيب، انّه ليس كسائر الخيارات **حيث** انّ سائر الخيارات، حقٌّ متعلّقٌ بالعقد و امّا هو لوكان حقّاً، فهو حقٌّ متعلّقٌ بالغير اى المراد من الفسخ هنا،ردّ العين.

و من الواضح: انّ ردّالعين، انّما هو بخصوصيّاته وبجميع تعيّناته.

و كيف كان، يصدق عليه التّغيّر **و لكن** لابما هو عيبٌ بل بما هو تغيّرٌ **مضافاً** الىٰ ذلک، ماهو مراد الشّيخ(ره) من دعوىٰ مقتضىٰ القاعدة؟

هل هو فاعدة خيار العيب ام قاعدة الخيارات الاخرى ؟ فان كان هو الثّانی، فهو لايرتبط بما نحن فيه و ان كان هو الاوّل، فلم تكن لنا قاعدةٌ شرعيّةٌ من اصلٍ عمليٍّ او اطلاقٍ او عمومٍ يقتضی جريان الفسخ فی صورة تعيّب العين حتّیٰ يقال بوجود المُقتضِی و فُقدان المانع.

و ما هو الموجود فی النّصوص، ردّ العين فی صورة تغيير العين ان كانت بـاقيةً وردّ الارش فی صورة عدم البقاء **و حينئذٍ** تكون المسألة، من باب فقد المُـقتضی، لامن باب وجود المانع فلاينفعه رضیٰ البايع **اللهّم الّا** ان يكون من باب الاقالة و هو ايضاً، ليس محلّ كلام الشّيخ(ره).

نعم: اذا قلنا بجريان الفسخ و ردّ الارش، فلارش هنا،غير الارش الذّی يـأخذ المشتریمن البايع فی صورةِ عدم الفسخ كما يأتی تفصيله فی باب الارش من كون الارش فيما نحن فيه، يضمن بضمان اليد والارش هيهنا، يضمن بضمان المعاوضة.

فرعٌ: قال(ره) فی الشّرایع و ورد فی سائر کتب الفقهاء: **لو اشتری شیئاً او شیئین من بایعٍ واحدٍ بعضه او احدهما معیبٌ وعُلِمَ بذلک و ارادَ الفسخ ، لایجوز ان یردّ المعیب منفرداً اِمّا ان یردّ الجمیع او ان یمسک الجمیع و لا یجوز له التّفریق فی الفسخ؟**

المشهور، عدم جواز التّبعیض فی الفسخ و اُدُعِّیَ الاجماع ولاخلاف في ذلک، انّما الکلام، فی مستند هذا الحکم.

و من الواضح: انّ الشّهرة والاجماع، لیسا لامرٍ وصل الیهم **بل** لاجل الاستدلات فی ذلک، و مع ذلک **تطبیق هذه الفتوی** علیٰ المأخذ الموجود، **لایخلو عن عسرٍ و صعوبةٍ و لذا** وقع خلافٌ بین الشّیخ(ره) وصاحب الجواهر(ره) فی توجیهِ فتویٰ المشهور مع انّهما ذهبا الیٰ عدم التّبعیض فی الفسخ و صاحب الجواهر(ره) سَلَکَ مسلکَ عدم المُقتضِی و الشّیخ(ره) ذهب الیٰ مسلک وجود المانع.

مرجع البحث فی هذه المسأله الیٰ بحثین:

البحث الاوّل: ما هُوَ مقتضیٰ ادلّة الخیارات فی المسألة؟

هل تدلّ الادّلة علیٰ الفسخ فی البعض ام لا؟ کما یجوز حقُّ الشفعةِ، حتّیٰ فیما یلزم التّفکیک و تبعضّ الصّفقة لاطلاق ادلّته و هو ایضاً نوعٌ من الفسخ و التّصاحب و کما یجوز خیار الحیوان حتّیٰ فیما یلزم فیه تفکیکٌ لاطلاق ادلّته

البحث الثّانی: انّه بعد قبول المقتضی هل له مانعٌ من مُقیّدٍ اَوَ مخصّصٍ ام لا؟.

امّا ما ذهب الیه صاحب الجواهر(ره) فوجهه کما عن الشّیخ(ره) : انّ الخیار فی کلّ موردٍ تعلّق بجمیع ما وقع علیه العقد و لا یتعلّق علیٰ الابعاض ولیس موضوع الخیار و الرّد، من قبیل العامّ الاستغراقیّ **بل** یلاحظ الموضوع بما هو شئیٌ واحدٌ، **فردّ المعیب** مبنیٌّ علیٰ ملاحظة موضوع الخیار علیٰ نحو العام الاستغراقیّ **مع انّه لو**

حظ بنحو العامّ المجموعيّ بما هو وحدانيٌ فَإمّا ان يفسخ في ذلک الواحد او يترک؟ وَ امّا الفسخ فی البعض، و التّرک فی بعضٍ، فهو خارجٌ عن مفاد الّادلة **مضافاً الیٰ انّ** بحدوث العيب الجديد،لم تكن العين، قائمةً بعينها فردّ العين، ليس علىٰ نحو كونها قائمةً بعينها **بناءً علىٰ القول** بانّالاعتبار فی القيام بعينها، بيد البايع ولا يختصّ بيدالمشترى.

و ردّه الشّيخ(ره) بانّ محلّ البحث، غيرماذكره صاحب الجواهر الّذی هو امرٌ مسلّمٌ لااشكال فيه و هو انّ موضوع الخيار، ليس علىٰ نحوِ العامِّ الاستقراقيِّ و محلّ الكلام، انّفی مثل المقام ما اذا باع معيباً و غير معيبٍ، انّه هل متعلّق الخيار، المجموع حتّیٰ لايسری الی اجزائه او خصوص المعيب؟

و من الواضح: انّه لايصدق على المجموع ولايستفاد من الادّلة: مثل: «**من اِشترىٰ شيئاً و به عيبٌ و عوارٌ**،» صدق المعيب على المجموع **لانّه** ليس فيه عيبٌ بل فی المعيب، عوارٌ و عيبٌ و يصدق علىٰ المعيب فقط، انصرافاً بقرنية المقام، **هذا اوّلاً:**

وامّا ثانياً: كانت العين قائمةً بعينها اذا ردّ المشترى، المعيب حيث كان متعلّق الخيار، المعيب لماقلنا من انّعدم اطلاقه، علىٰ المجموع.

بالجملة، القيام بعينها، انّما اَشْتُرِطَ فی متعلّق الخيار و اذا كان المتعلّق ، البعض و هو المعيب، فالمفروض انّه قائمٌ بعينها.

و وجّهَهُ الشّيخ(ره) بانّه من مصاديق العيب الجديد **لانّ** المردود اِمّا مُشاعٌ او معيّنٌ **و اذاكان نصف المشاع،** فيكون البايع شريكاً والحال كان هو ملک البايع و **اوّلاً** الشّركة هی عيبٌ فيه و ان كان معيّناً فللبايع، خيار تبعّض الصّفقة.

و ما ورد، فی الرّوايات من الامثلة من انّه اذا قطع او خيط اوصبغ، ليس له خيارٌ و وجهُهُ انّما، هو الشّركة **والحال انّ** قبل البيع، ما كان له شريكٌ، وهو عيبٌ فی المبيع.

لايقال: انّ كون العين قائمةً بعينها الّتی وردت فی الرّوايات ، انّما هو قبل الفسخ

لابعده وهنا، یکون قبل الفسخ قائمةً بعینها ولیست فیه شرکةٌ ولاتبعضّ الصّفقه و الشّرکة، انّما حصلت بعد الفسخ.

لانّه یقال: انّالقول بکون العین قائمةً بعینها،انّما هو، مقدّمةٌ للفسخ ای کون وصول العین الیٰ البایع بعد الفسخ، بما کان المبیع علیه قبل الفسخ.

بالجملة، خلاصة کلام الشّیخ(ره): انّعدم جواز التّبعضّ فی الفسخ بعد وجود المُقتضِی، لاجل مانعین عنه:

الاوّل: لزوم تبعضُ الصّفقة الّذی یعتبر، ضرراً علیٰ البایع و لایدلّ **«لاضرر»** علیٰ وجود خیارٍ للبایع حتّیٰ یلزم منه الانجبار و بذلک قول صاحب الجواهر(ره) فیالانجبار، مندفعٌ لتعارضه مع ضرر المشتری .

الثّانی: وجود تغیّرٍ فی العین الموجب لسقوط الخیار، بمعنیٰ الواسع، الشّامل الشّرکةَ کما یستفاد هذا من الامثلةالواردة فی الرّوایات **و لا یخفیٰ انّ** وجدان موردٍ یکون النّصفُ المُشاعُ من شیءٍ معیباً و نصفه الآخر، صحیحاً **لایخلو عن غُموضٍ: اولاً:** انّالعیب، یسری فی النّصف الآخر ایضاً **لانّ** العیب حَصَلَ فی المُشاع.

وثانیاً: ردّ النّصف **حینئذٍ**، غیرُقابلٍ للردّ **حیث** لم یکنُ مشخصّاً فی الخارج فلاتتصّور معیوبیّة المُشاع.

قول الشّیخ فی اقامة المانِعَینِ فی عدم جواز التّبعضّ فی الفسخ بعد وجود المُقتضی، **لایخلو عن ایرادٍ مضافاً الیٰ الایراد الّذی قال به المحشّون** کالسّید(ره) فی الحاشیة.

امّا مسألة تبعضّ الصّفقة، فلانّها لیس ضررٌ فی کلّ موردٍ بل بینهما عمومٌ من وجهٍ **ففی بعض الموارد** کمِصْراعَیِ الباب، یکون التّبعیض ضرراً **وامّا** في الاقلام المتفرّقة المبیعة منضمّاً، **فلایصدق فیها** ضررٌ فی التّبعض **لانّ** التّقسیط، انّما هو، باعتبار الّثمن ای التّقسیط، انّما هو بنسبة القیمة بالمسمّیٰ.

من هنا ظهر: انّ علّة خیار تبعضّ الصّفقة فی مواردها ، لیست هی الضّرر **بل** تخلّفُ ما کالوصف و کالشّرط من خصوصیّةٍ فی الالتزام والعقد کسائر موارد

التّخلّفات فی‌العقود الموجبة للخيار. **فاذاكان منشأ الخيار** هنا، تخلّف ما من خصوصيّةٍ فی العقد، يختصّ ببعض الصّفقة بنفس العقد و لايشمل فسخ العقد اذا كان الفسخ بدليلٍ **لانّه** ايقاعٌ و تبعضّ الصّفقة، من احكام العقد.

مضافاً الی ذلک، علیٰ فرض كون الملاک، «لاضرر،» نقول:

انّ الخيار، انّما شُرِّعَ لدفعِ ضرر مَن له الخيار و اَمّا ابتلاء الطّرف الآخر بالضّرر لاجل تبعضّ الصفقة، **فهو لم** يلاحظ عند الشّارع، فجعلُ الضّرر الوارد علیٰ البايع عند اِعمال فسخ المشترى مقابلاً لضرر المشترى و ايجاد التّعارض بالضّررين، خارجٌ عن المعمول فی باب الخيارات.

وزد علی ذلک: انّ قوله(ره) انّ الشّركة، عيبٌ لاجل الامثلة الواردة فی الرّوايات، مندفعٌ

اوّلاً: بانّه اذا كان متعلّق الخيار، معيّناً كما فرضه(ره) ردّاً لصاحب الجواهر، لم تحصل فی المعيب، الشّركةُ و لم يحصل فيه تبعضّ الصّفقةِ.

و ثانياً: ليس المتبادر من الامثلة، حصول الشّركة فيها **بل** المتبادر، انّ خيار العيب، خيار ردّ العين و ليس خيار فسخ العقد و لا يرتبط بحصول الشّركة مع انّ‌الاكثر، انكروا هذا النّوع من الشّركة **فبناءً علیٰ هذا**، ليس فی تبعضّ الفسخ،مانعٌ اصلاً.

هنا فروعٌ متعدّدةٌ:

منها: ما لو تعدّد المشترى و كان البايع و الجنس واحداً **هل** لكلّ واحدٍ من المشترين، الفسخُ فى حصّةٍ من دون توافق الآخر او لايجوز؟ **بل** اِمّا ان يفسخا معاً و اِمّا ان يتركامعاً اى لايجوز التّبعضّ فى الفسخ؟.

و منها: ما لو كان المشترى و المبيع واحداً والبايع متعدّداً **يقع البحث فى انّه: هل لكلّ واحدٍ من البايعين فسخُ حصّةٍ من دون توافق الآخر ام لا؟ بل اِمّا ان يفسخا معاً و اِمّا ان يتركامعاً؟.**

لايخفىٰ عليك انّ هذه الفروع تشترک فى جهة البحث و هى انّ التعدّد اِمّا فى المتاع او البايع او المشترى ؟ **و مع ذلك** هل هو موجبٌ لتعدّد الخيار ام لا؟.

و من الواضح: انّ لكلّ واحدٍ منها، خصوصيّةٌ مستقلّةٌ من البحث.

مثلاً نقول: فيما اذا تعدّد المشترى و كان البايع و الجنس واحداً هل لكلّ واحدٍ من المشترى ، الفسخ ام لا؟ هذا نظير المسألة فى باب خيار المجلس من انّ الوكيل والموكّل ان كانا حاضِرَيْنِ فى المجلس **هل** لكلّ واحدٍ منهما خيارٌ علىٰ حدّة او لمجموعهما، خيارٌ واحدٌ؟ و هكذا نظير الكلام فى مسألة: ارث الخيار فيما اذا انتقل خيار الفسخ الىٰ الورثة **هل** لهم فى سهمهم خيارٌ او كان لهم خيارٌ واحدٌ فى مجموع ما ترک؟.

كيف كان، المشهور، عدم تعدّد الخيار فيما نحن فيه وليس لكلّ واحدٍ من المشتريين، الفسخ فى حصّةٍ **بل** كان لهم خيارٌ واحدٌ فى المجموع.

وعلّله العلامّة(ره) فى التّذكره بانّ التّبعيض والتّشقيق، عيبٌ مانعٌ من الردّ **و من القدماء شيخ الطّائفة** فى بعض كتبه والاسكافى والقاضى والحلىّ(ره) ذهبوا الىٰ جواز الفسخ لكلّ واحدٍ منهم.

وعلّله العلّامة ايضاً بانّ التّشقيق، انّما حصل بتقسيم البايع **لا انّه** حصل بفسخ

المشترى فليس هو عيبٌ حادثٌ بالفسخ

و وجهٌ ثالثٌ بالتّفصيل بانّه اذا كان البايع عالماً بتعدّد المشترى فالعيب حصل بتقسيم البايع و ان لم يكن عالماً به، فالتّشقيق قد حَدَثَ لاحقاً.

و وجهٌ رابعٌ اشار اليه شيخ الطّائفة فی ذيل كلامه(ره) و هو الفرق بين وحدة القبول واثنينيّته فی صورة تعدّد المشترى فاذا قال البايع: **«بعتكما واحد المشتريين،** قال المشترى: **انا قبلتُ نصفی و «هكذا الآخر»** فيتعدّد الفسخ لكلّ واحدٍ منهما و امّا اذا قال البايع: **«بعتكما»** و المشترين قالا: قبلناه فلا يتعددّ الفسخ وليس لكلّ واحدٍ منهما، خيار الفسخ علىٰ حّدة.

تحقيق المسألة و بيان الحقّ فيها، يقتضی البحث اوّلاً: عن انّ المُـقتضِی للخيار يدّل **هل** علىٰ تعددّ الخيار او علىٰ وحدته و اعتبار المشترى بما هو مشترٍام لا؟.

و ثانيا: عن المانع.

و امّا البحث فی المُقتضِی فهو انّه يحتمل هنا، الامران من حيث ادلّة الباب:

«ايّما رجلٍ اِشترىٰ شئياً وبه عيبٌ او عوارٌ و لم يبيّن له و لم يتبرّاء منه فاحدث فی‌ذلك حدثاً ثمّ علم بذلك» بانّه هل هی ، ظاهرةٌ فی الاستقلالٍ فلايشمل كلّ واحدٍ او ظاهرةٌ فی الاشتراء و لو كان كلّ واحد، اِشترٰی جزءً من البايع؟ **و لكنّ الظّاهر من الادّلة،** القول بانّ:تعدّد المشترى، موجبٌ لتعدّد العقد و الخيار كما اشرنا اليه سابقاً، ليس علىٰ اطلاقه **بل** فی بعض الموارد، موجبٌ للتعدّد و فی بعضها، لايكون موجباً للتّعدد **بل** المدار فی تعدّد العقد و احكامه، العرف حيث يختلف هذا مع غرض العرف و هدفه و خصوصيّات العقد.

بناءً علىٰ هذا، فی بعض الموارد، يصدقِ «من اشترٰی علىٰ المجموع» و فی‌بعضها «علىٰ كلّ واحدٍ» ففی موردٍ كان المشترى متعدّداً يجمعها جامعٌ واحدٌ والمعاملة، معاملةٌ واحدةٌ فالحقّ مع المشهور من القول بعدم تعدّدٍ للخيار و فی كلّ موردٍ كان المشترى متعددّاً لايجمعها جامعٌ واحدٌ و المعاملة فی الحقيقة، متعدّدةٌ فيجوز التّبعض فی الفسخ كما اذا اِشترٰی احدهما نصفَ المبيع و الآخرُ نصفَ الآخر و كلّ

واحد منهما،بعنوان الثّالث فی إجراء العقد و کان احدهما وکیلاً والآخرُ اصیلاً فیجوز التّبعضّ فی الفسخ.

وهکذا فی خیار المجلس و غیره من الخیارات.

ولایخفیٰ انّ بعض المحشّین کالمحقّق الاصفهانی(ره) فی الحاشیة **قال: باحالة وحدةالبیع و تعدّد المشتری لانّ**القبول و الایجاب،متضائفان فاذا کان المشتری متعدّداً فالقبول ایضاً، کان متعدّداً و فی حکم المتعدّد فاذا کان القبول متعدّداً فالایجاب ایضاً متعدّدٌ فیلزم تعدّد العقد.

وظهر ضعف هذا ممّا ذکرنا من انّ الاعتبار فی تعدّد العقد و وحدته، لیس باللّفظ بل بالعرف، فربّما یصدق علیٰ ما کان متعدّداً، کونه عقداً واحداً.

هذا کلّه فی المقتضی.

و امّا الکلام فی المانع و هو صدق التّغیّر فی المبیع فیما اذا ردّ المشتری نصفَ المتاع، فهو یختلف فی الفرض **ففی موردٍ** کان الخیار، واحداً متعلّقاً بجمیع العین **فحینئذ** لایجوز فسخ النّصف حتّیٰ یصدق التّغیّر و ان کان الخیار متعدّداً فهذا له خیارٌ فی النّصف وذلک له خیارٌ فی النّصف فلم یحصل فی ردّ النّصف المشتری، تغیّرٌ و لم یتغیّر مورد الخیار.

و بما ذکرنا من المختار، یظهر ضعف الوجوه الّتی ذُکِرَتْ فی الباب و اَمّا توجیه العلاّمة و هو انّ التّبعیض ، عیبٌ مانعٌ من الرّد فیرد علیه بانّ الکلام، فی مقتضیٰ الخیار فی النّصف لافی المانع عنه فان کان المُقتضِی له، موجوداً فارجاع النّصف ، لیس بعیبٍ مانعٍ عن الرّد.

و ان لم یکن له مقتضٍ للخیار فی النّصف بل فی المجموعُ فعدم الخیار، لاجل عدم المُقتضِی، لالوجود المانع.

وایضاً: القول بانّه یوجبه عدم الجواز بانّ التّبعض ،انّما حصل بید البایع حین العقد، **مندفعٌ** حیث انّ العقد اذا کان واحداً فلم یحصل تبعیضٌ من البایع و اذا کان

متعدّداً فالخيار متعلّق بالشِّقص ولا مجال **حينئذ** للقولِ بالتّغيّر و قال الشّيخ(ره) بعد هذا: **الحقّ مع المشهور** لانّ من اِشترٰی ،لايشمل كلّ واحدٍ من المشتريين كما ذكرناه سابقاً **لانّ** الظّاهر منها ،اشتراء تمام الشّئی و الفرض انّه اشترىٰ و يعطی المشترى، شيئاً لاتمامه.

و لايخفیٰ: انّ الشّيخ(ره) استظهر خلاف ذلک فی الفرع الاوّل و ادّعیٰ شمول الادلة، **ذلک** لانّ من اِشترٰی معيباً و غير المعيب، فقد اِشترىٰ المعيب ايضاً ای اسناد الاشتراء بالكلّ، اسنادٌ للاشتراء بالاجزاء ايضاً.

وانت كما ترىٰ انّ: هذا مُخالِفٌ لما ذكره فی هذا الفرع.

ثمّ قال الشّيخ(ره) بعد هذا كلاماً يخالف ايضاً ما ذكره سابقاً و هو انّه:

لو فرضنا انّ لكلّ واحدٍ من المشترى ،الخيار، يصدق عليه التّغيّر و التّشقيص و فيه انّه(ره) صرّح ردّاً لصاحب الجواهر(ره) بانّه اذا كان متعلّق الخيار، شاملاً للمعيب ايضاً واراد ردّالمعيب، ليس هذا تغييراً فی متعلّق الخيار.

و هذا بعينه يجری فی ذاک ايضاً بانّه اذا كان لكلّ واحدٍ من المشترى الخيار، ليس هذا تغيبيراً فی متعلّق الخيار.

صرّح الشّيخ(ره) فی هذا الفرع بانّه: اذا كان البايع متعدّداً والمشترى و الجنس واحداً، لااشكال فی جواز التّبعيض فی الفسخ و لايلزم منه، تبعضّ الصّفقة لبايعه و لم يحصل له ضررٌ.

ولكن لايخفیٰ ما فيه لانّه يلزم عليه(ره) ابداء احتمال التّبعضّ فی الفسخ و تعدّده فی هذه الصّورة ايضاً كما صنعه(ره) فيما اذا صار تعدّد المشترى و البايع واحداً لاتّحاد الملاک فيهما و هو اتّحاد العقد فی كلا الصّورتين فلا فرق بين تعدّد المشترى و بين تعدّد البايع بعد كون ملاكهما واحداً وهو اتّحاد العقد.

مسألة: فیما یُسقِطُ الارشَ وحده دون الخیار.

المُسقِطُ للارش، انّما هو فی موارد متعدّدةٍ:

منها: فی الجنس الرّبویّ حیث اذا عُلِمَ واحدٌ من الجنسین **لانّ** الارش، یوجب الرّبا المحرّم **لانّ**الصّحیح و المعیب من جنسٍ واحدٍ، لاتصحّ زیادةُ احدهما علیٰ الآخر حین المعاملة.

و من العلوم: انّ الرّبا فی الشّرع، یقع فی موردین:

الاوّل: فی مورد القرض فیما اذا اِشترط فیه الزّیادة.

الثّانی: فی المعاملات و تحقّق الرّبا فیها،یشترط الامران:

الاوّل: اتحادّ الجنسین

الثّانی: ان: یکون المبیع من قبیل الموزون و المکیل من المعدود و غیره و مع هذٰین الشّرطین،یتحقّق الرّبا بالزّیادة فی المعاملات.

ولافرقَ فی الزّیادة ایضاً، بین کون الزّیادة فی الکمّ او الشّرط علیٰ ما قرّروه و لافرق فی المعاملات ایضاًبین کونها بیعاً او غیره.

و امّا العلّامة(ره) تبعاً لما نقل عن الشّافعیّة فی الوجه الثّالث منه، فقد ذهب الیٰ انّ‌الارش، لایستلزم الرّبا فی جنسٍ واحدٍ کما انّه لایستلزم فی الجنسین **لانّه** لوامتنع من الجنس، لامتنع من غیر الجنسین ایضاً **توضیح هذا الکلام**، یتوقّف علیٰ تحقیق ماهیّة الارش و الرّبا.

امّا التّحقیق فی ماهیّة الارش فهو انّ‌فیه ذُکِرَتْ احتمالاتٌ سنذکرها فی باب الارشِ انشاءالله.

منها: کما عن الشّهید الثّانی فی شرح اللّمعة و العلّامة فی التّذکرة: انّ‌الارش جزءٌ من الثّمن و انّما هو فی مقابل وصف الصّحة فاذا تَخَلّفَ وصف الصّحة فیسقط

الارش من الذّمة قهراً و كان فسخاً سواءٌ كان هو فسخاً قطعيّاً او تخييراً بينه و بين الخيار علىٰ احتمالٍ قرّر فی محلّه.

و منها: انّالارش، انّما هو نوعُ غرامةٍ وليس فی مقابل وصف الصّحة و لوالتزم البايع بصحّة المبيع **ولكنّه** لم يلاحظ هو فی متن المعاملة وجزء الّثمن و هو القول المشهور و الصّائب.

وامّا التّحقيق فی معنی الرّبا فهو انّه تلزم فی تحقّقه، المماثلُة ای مِثلاً بِمِثلٍ فیالمعاقده حين المعاملة زماناً لامتأخّراً عن العقد.

و من المعلوم: انّ الارش الذّی جعله الشّارع، انّما هو بعد العقد و يحتاج اختيار المشترى و لمّا لم يُخيّره المشترى، فليس ارشاً فالاختيار متأخّرٌ عن العقد و ليس مقارناً له.

وبالجملة، للرّبا شرطان:

الاوّل: ان يكون الرّبا مُرَتبطاً بالمتعاقدين و **لكن الارش** انّما هو، حكم الشّارع و لا يرتبط بالعقد و المتعاقدين.

الثّانی: يلزم ان يكون الرّبا، متّحداً مع العقد **و لكن** زمان الارش متأخّرٌ عنه و بهذه الملاحظات، يعلم انّ الارش، لايستلزم منه الرّباو ليس فی الارش، مانعٌ.

و مايستفاد من كلام المحقّق الايروانی(ره) من تعارض ادلّة الرّبا و ادلّة الارش و تساقطهما و الرّجوع الیٰ الاصل من الجواز و الحرمة، لايخلو عن اشكالٍ لانّ ادلّة الرّبا حيث ما يجری،يقدّم علىٰ جميعِ الادّلةِ لامن حيث تغليب جانب الحرمة كما عن السّيد(ره) **بل** للاحراز من الخارج، حرمة ما يكون مصداقاً للرّبا الاّ فی مقام الاضطرار علىٰ اشكالٍ فيه ايضاً.

و ممّا ذكرناه، يعلم ضعف ما قال الّسيّد(ره) فی ملحقات العروة من عدم المانع من اجراء الرّبا فی باب الوفاء و لو انّه يجری فی المعاملات **لانّ** الوفاء، انّما هو

اعطاءُ مصداقٍ لا انّه معاوضةٌ و هكذا الامر فى باب الغرامات لعدم كونها من المعاوضات.

و هكذا الامر فى باب الارش.

من موارد اسقاط الارش وحده دون الخيار كالعبد الخصيّ الّذي هو لايقدر علىٰ التّوالد و التّناسل و هو معبوبٌ من هذه الجهة.

مثلاً اذا باعَ احدٌ، العبد فَبانَ كونه خصّياً فللمشترى، خيار العيب بحكم العيب دون الارش لعدم تفاوتٍ فيه فى القيمة **بل** قد يوجب كونه خصّياً لزيادة القيمة و الرّغبة لبعض الاشخاص كالمتمكّنين واهل الثّروة والامراء و...

فيه مناقشةٌ ذكرها الشّيخ(ره) ايضاً وهى انّ الخَصيّ و ان لم يكن فيه تفاوت القيمة **بل** قد يزيد فى القيمة الاّ انّزيادة القيمة، انّما حصلت لاجل اَغراضٍ فاسدةٍ محرّمةٍ و هىغير ملحوظةٍ فى المعاملات لانّالخصيّ و لو كان غيرقادرٍ علىٰ عمل الجماع الّا انّه لاتعامل معه معاملة المحارم مع النّساء **لانّه** اجنبيٌ لايجوز نظره الي نساء الحرم **بل** كما عن الشّهيد الثّانى(ره): انّ الّخصّى، و ان لم يكن قادراً عن التنّاسل و التّوالد **ولكنّه** قادرٌ علىٰ الجماع و الدّخول و الرّغبة اليهما بالجملة ، مضافاً الىٰ ذلک يقال: انّه جَعلُ العبد خصيّاً كان حراماً، توظيفه ايضاً حرامٌ **لانّه** اجنبيٌّ لنساء الحرم.

فبناءً عليه، زيادة القيمةالحاصلة من اجل اغراضٍ فاسدةٍ محرّمةٍ، ليست مداراً فىالحكم هنا.

ولذا معاملة الجارية للغناء، محرّمةٌ سواءٌ قال: اشتريتُ منک هذه الجاريةَ المغنّية او باعها من دون ذكر الغناء فى العقد، مبنيّاً عليها العقد او كان الغناءُ داعياً علىٰالمعاملة عليها حتّى لايجرى هنا قاعدة: **انّ شرط الفاسد، ليس مُفْسِداً للعقد» كما مالَ اليه بعضٌ.**

اجاب عنها، الشّيخ(ره) بما هو غير كافٍ فى الرّد ظاهراً و حاصل جوابه(ره) : انّزيادة القيمة للخصيّ الّذي ليس بنادرٍ، لاترتبطً مع اَغراضٍ فاسدةٍ فليس فيه ارشٌ.

ولايخفىٰ انّه غير كافٍ لردّالشّبهه لانّ جواب الشّيخ(ره) يصحّ فيما اذا كانت

الشّبهة، انّطالبوا الخصيّ، كثيرون و منفعة الخصيّ، غير نادرةٍ غالباً **ولكن الشّبهة انّ**: زيادةَ القيمة لاجل غرضٍ مُحرّمٍ هل هو موجبٌ لرفع الارش ام لا؟ و جوا ب الشّيخ(ره) و هو ان يكون طالبوا الخصيّ كثيرين، غيرُ كافٍ لرفع هذه الشّبهة.

و لكن يمكن ان يوجّه جواب الشّيخ(ره) بملاحظةٍ قال(ره) فی المكاسب المحرِّمة فی باب الجارية المغنيّة: بانّ الاوصاف المحرّمة الّتی لها آثارٌ محرّمةٌ لاتقابل بالاَعواضِ فی ضمن المعاملة و لو كان لها دخلٌ فی زيادة القيمة و ليست مانعةً من صحّة المعاملة **ولذا** لواتلف شخصٌ ،الجارِيةَ المُغنّيةَ فيردّ قيمة المغنّية الیٰ صاحبها فلايقال هنا: انّالمُغنّيةَ ليست لها اصالةٌ و آثارها،آثار المحرّمة **لانّ** المُغنّية، واسطةٌ فی الثبّوت لاواسطةٌ فی العروض ای كونها مُغنّيةً صارَ سبباً لزيادة قيمتها فصارت سبباًلِاَنْ يقابل الغناء للمال حتّیٰ يكون مُحرّماً.

فصحّ ان يقال: فی العبد الخصيّ فيما اذا لم يكن فيه تفاوتُ القيمة، انّه يكون الارش ساقطاً دون الخيار.

مسألةٌ: لايختصّ خيار العيب بصورة الجهل و لا يعمّ صورة العلم و هنا مواردُ:

منها: العلم بالعيب حين العقد و لذا قالوا: انّ هذا الخيار، مختصٌّ بصورة الجهل و القول بانّ‌العلم به مُسقِطٌ ،تعبيرٌ مُسامِحيٌّ و الدّليلُ عليٰ ذلک انّ الخيار، احدُالامور الثّلاثة:

اِمّا اصلُ السّلامة وبناء العقد علىٰ الصّحيح و اِمّا **«قاعدة لاضرر» و اِمّا الرّوايات الخاصّة**، فان كان الدّليل هو الاوّل فمن المعلوم: انّ‌فی صورة العلم به، **لامجالَ لبناء العقد علىٰ الصّحيح** فالاصل و الاشتراط انّما، هو فيما اذا لم يكن عالماً به.

و ان كان الدّليل، **«قاعدة لاضرر»** فمن الواضح: انّ العالم به، انّما اَقدمَ علىٰ نفسه، عليَ الضّرر و ليس الضّررُ مُستَنِداً اليٰ الشّارع و اَمّا ان كان المستندات، اَخبار الباب كهذاه الرّواية: **«رجلٌ اِشترٰی شيئاً و به عيبٌ او عوارٌ و لم ينبّه عليه و لم يـتبرّأ مـنه و احدث فيه حدثاً الخ....»**

فمن المعلوم: انّ الجهل و عدم التّنبيه ، اُخِذَ فی موضوع خيار العيب فـلوعلم بذلک،ينتفی موضوعه؛ فدائرة تشريع الخيار بملاحظة ادلّة الباب، تختصّ بالجاهل بالعيب و الادّلة،لاتجری فی صورة العلم به **فيرجع الىٰ ادلّـة اصـالة اللّـزوم مـن العمومات من الآيات و الاخبار بل ادعّیٰ** صاحبُ الجواهر(ره) بانّ: لنا دليلٌ عـلىٰ عدم جريان خيار العيب فی صورة العلم رأساً و هو مفهوم قوله «ع» «لم ينبّه عليه» بمعنیٰ انّه اذا نبّهَ فلا خيار.

والشّيخ(ره) اشار الىٰ ضعف هذا بقوله: **«فيه نظرٌ» لانّه لاحـاجة الىٰ الاسـتدلال بالمفهوم لانّ اللزّوم هو مقتضیٰ القاعدة و لادلالة علىٰ ذلک ايضاً.**

ولايخفیٰانّ هذا، عُدَّتنا قضاً منه(ره) كما اَشارَ الىٰ ذلک الّسيد(ره) فی الحاشية حيث انّه استدلّ بمفهوم **«لم يتبرّأ منه»** فی البحث الآتی و هو كون التبّرّأ، مُسـقِطاً للخيار. و بهذا ،ظهر حكمُ المورد الثّانی و هو انّ: هنا هل مفهومٌ يُنفی الخيارَ فـی

صورة العلم به او يكتفى فى نفى الخيار بالعمولات ؟ و يأتى الكلام فيه فيما بعدُ ،

المورد الثالث: ما لو شَرَطَ الخيار فى صورة العلم بالعيب.

و هو علىٰ نحوين:

نحوٌ كان صحيحاً و نحوٌ آخر فاسدٌ باطلٌ، مُفسِدٌ للعقدِ.

امّا النّحو الصّحيحُ فهو انْ شرطَ مُطلقِ الخيار علىٰ حدّ شرط الخيار فى سائر الموارد و امّا النّحو الباطلُ فهو اَنْ شَرَطَ ثبوتَ خيارِ العيب المصطلح.

فالشّيخ(ره) صرّح: بانّه: باطلٌ مُفسِدٌ للعقد لمخالفته للمشروع و هذا لايخلو عن بعض الدّقة.

صرّح صاحب الجواهر(ره)بانّه: لا بأس فى شرط الخيار فى صورة العلم بالعيب **بل** يمكن ان يكون الشّرط، علىَ اَنحاءٍ ثلاثةٍ:

الاوّل: انّه اِشترط فى خيار العيب علىٰ ان يكون له الرّد و الارش.

الثّانى: انّه شَرَطَ الخيار دون الارش بِاَنْ قال : «بشرطِ انْ يكون لى حقّ الفسخ لاجل العيب دون الارش».

الثّالث: اَنْ شَرَطَ الارشَ وحده دون الخيار «بان يكون لى اختيار الارش»

غاية الامر؛ صرّح(ره) فى الاخير انّه يمكن ان يتوّهم عدم صحّته لعدم معلوميّة الّثمن **حينئذٍ** و مع ذلک اجاب عنه(ره) بانّ: الاعتبار بتعيّن الّثمن فى ضمن العقد و تكفى معلوميةُ المجموعِ.

و الشّيخ(ره) ردّه بانّه: لو شَرَطَ خيارَ العيب الّذى له احكامٌ خاصّة، فَفَسَد و اَفْسَدَهُ لمخالفته للمشروع **لانّ** خيار العيب الّذى له احكامٌ خاصّة ،انّما هو فى صورة الجهل بالعيب لافى صورة العلم.

و يمكن ان يذكر لفساد الشّرط، و جهان:

الاوّل: انّهذا الشّرط ، شرطٌ خلافُ الشّرع كما ذكر هذا فى باب الشّروط بانّه

يشترط ان لا يكون مخالفاً لكتاب اللّه و سنّة نبيّ اللّه اي اَنْ لايكون مُحرِّماً للحلال و محِلّاً للحرام **و الدّليل** علىٰ كونه خلاف الشّرع انّ الفرض، هو انّتشريع خيار العيب فىصورة الجهل و جعل الخيار فى صورة العلم، الضّد للجهل، مخالفٌ للشّريعة و مُغيِّراً للاَحكامِ و يلزمه كون الشّرط مُشرِعّا و مُغيِّراً للاَحكام و **امّا شرط الخيار** فىسائر الخيارات كخيار الحيوان و غيره **فهو** معناه ،اعتبار الخيار العرفيّ في موارد و امضاء الشّارع له بخلاف شرط الخيار فى صورة العلم بالعيب لرجوعه الىٰ كونه مُشرِّعاً و مُغيّراً للحكم الشّرعيّ و هذا، ذكره الشّيخ(ره) في وجه الفساد.

الثّانى: انّ هذا الشّرط، شرطٌ غير مقدورٍ **لانّ** الحليّة و الحرمة، ليست فى يد الشّارط **بل** بيد جاعله و لايتمشيّ منه الجِدُ في الانشاء.

فان كان مبناه، ملاحظة الوجه الاوّل كما يستفاد هذا من صريح كلام الشّيخ(ره) **حيث قال: «لمخالفته للمشروع»** فيرد علىٰ الشّيخ(ره) بانّ: الاِفساد، مبنيٌّ علىٰ النّزاع المعروف و هو انّه هل الشّرطُ الفاسداُ مُفسِدٌ ام لا؟ لا المطلق و ان كان مبناه، الوجه الثّانى و هو كون الشّرط، شرطاً غيرَ مقدورٍ، لايتأتّى الجِدُّ فى الانشاء و يسرىعدمُ الجِدِّ فيه الى مشروطه ايضاً فيوجب هذا لِإفساد العقد المذكور ايضاً سواءٌ قلنا : بانّشرط الفاسد، مُفسِدٌ للعقد ام لا؟.

اى غير مبتنٍ لهذا المبنىٰ و بهذا، صحّ حكم الشّيخ(ره) **بانّه «فسد وافسد»** من دون ابتناءً علىٰ النّزاع المعروف: **«هل الشّرطُ الفاسِدُ، مُفْسِدٌ ام لا؟»**

الحقّ فى المسألةً مع صاحب الجواهر **وقول الشّيخ** فى فساد الشّرط لمخالفته للمشروع، **غيرتامٍّ لانّ** نظر الشّيخ فى مخالفته للمشروع، الىٰ الاَحكام الخاصّةِ كما يُشعِرُ بذلک تعبيره حيث قال(ره): **و ان اِشترط خيار العيب الذّى له احكامٌ خاصّةٌ فَفَسَدَ و اَفْسَدَ لمخالفته للمشروع»**

و من المعلوم فى بابه: انّالاحكام الخّاصة له المشروعة شرعاً، ثلاثةُ احكامٍ فقط و سائر الاحكام كحدوث عيبٍ آخر كالشّركة و تبعض الصّفقة و غيرهما كلّها من فروعات بقاء العين.

الحكمُ الاوّل من الاحكام الثّلاثة: ثبوت الارش.

الثّانی: نفی الخيار فی صورة تغيّر العين.

الثّالث: سقوط ردّ الجارية بعد الوطی و عدم سقوطه مع الحمل.

و امّا ثبوت الارش فهو قابلٌ للإسقاط و ليس مُخالفاً للشّرعِ.

و امّا نفی الخيار فی صورة تغيّر العين، فهو لامانع من شرطه و هكـذا، شـرط سقوط ردّ الجارية بعد الوطی و عدم سقوطه مع الحمل، لامانع منه.

بناءً عليه، شرطُ ما يسمّیٰ بخيار العيب فی اصطلاح العرف و المتشرّعة، بمعنیٰ شرطِ فُقدان الخيار فی بعض الصّور و ثبوته فی صورةٍ بمعنیٰ ثبوت الارش مطلقاً ،ليست فيه مخالفةٌ لايٍّ تَشريعٍ و حُكمٍ.

بذلك كان الحقّ، مع صاحب الجواهر(ره) وليس دليلٌ علیٰ كون الشّرط فاسداً و مُفْسِداً حيثُ لم تكن هنا مخالفته للحكم المشروع؛ و ليس للخيار اثرٌ الاّ الارش و ثبوت الخيار فی صورة بقاء العين و عدمه فی صورة عدم بقاء العين.

مسألةٌ: سقوط الخيار والارش معاً و هو تبرّأ البايع عن العيب اى عدم قبول «البايع، الصّحةَ و خلُّو البايع عن تعهّد سلامة المبيع و صحّته اى بيعه علىٰ كلِّ حالٍ سواءٌ كان صحيحاً او معيباً؟».

و الدّليل علىٰ ذلك، عدم جريان ادلّة الخيار فی صورة التّبرّی.

مضافاً الىٰ ذلك ورد تصريحٌ فی ادلّة خيار العيب و كونه مُوجِباً لسقوط الخيار **و امّا عدم جريان ادلّة الخيار فی صورة التّبرّی** فلانّ من الادلّة، **«قاعدة لاضرر».**

و من الواضح، انّفی صورة قبول المشترى تبرّأ البايع عن العيب، الضّرر المتوجّه اليه، ليس ضرراً ناشِئاً من حكمِ الشّارعِ **بل** هو ناشٍ من اِقدام المشترى نفسه و هكذا اصل السّلامة و بناء العقد علىٰ الصّحيح الّذى ذكره العلّامة(ره) من جملة الادلّة **لانّ** مع تصريح البايع بالتّبرّأ، لايجوز القول: **بانّ العقد مبنيّ علىٰ السّلامة و انّ الصّحة ،شرطٌ ضمنيٌّ وكذا روايات خيار العيب ذكر فيها التّبري** و الموجود منها الاثنان:

احدهما: الباب ۱۶ من ابواب الخيار الحديث ۲- عنهم، عن احمدبن محمّد عن الحسين بن سعيد، عن فضالّة ، عن موسىٰ بن بكر، عن زراره ، عن ابى جعفر عليه السلام قال: ايّما رجلٍ اِشترى شيئاً و به عيبٌ و عوارٌ و لم يتبرّأ اليه و لم يبيّن له فَاَحْدَثَ فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ عَلِمَ بذلك العوار و بذلك الدّاء، انّه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الدّاء و العيب، من ثَمَنِ ذلك لو لم يكن به ».

و الشّيخ(ره) تمسكّ فی سقوط الخيار بالتّبرّأ بمفهوم جملة **«لم يتبرّأ اليه»** و الّتمسكّ هنا، بمفهوم **«لم يتبرّأ اليه»** ناقضٌ ما قاله الشّيخ(ره) جواباً عن صاحب الجواهر(ره): **«حيث تمسكّ صاحب الجواهر(ره) بمفهوم «لم يبيّن له» بانّ قوله عليه السلام: لم يبيّن له» خالٍ عن المفهوم و ذلك انّ هاتين الجملتين: «لم يبيّن له» و جملة :«لم يتبرّأ اليه» وردنا هما فی سياقٍ واحدٍ فی روايةٍ واحدةٍ فاذا قلنا بالمفهوم**

ففی کليهما و ان لم نقل به، ففی کليهما».

مضافاً الیٰ ذلک انّ قوله عليه السلام: **«لم يبيّن له»**، له مفهومٌ ايضاً كجملةِ: **«لم يتبرّأ» و نظريّةَ الشّيخ(ره)** فی عدم المفهوم فيه بانّ **«لم يبيّن له»**، شرطٌ مُحقِّقٌ للموضوع، ليس له مفهومٌ، **غيرُ تامٍ لانّ** هذا من قبيل مفهوم القيد . ومن الواضح : انّ‌القيد، فی مقام اعطاء القانون و تحديد الموضوع و الحكم، له مفهومٌ والاّ يصير لغواً.

و هذا وجهٌ قال به السّيّد(ره) فی الحاشية و المحقّق الايروانی(ره) تأييداً لصاحب الجواهر(ره) حيث ذهب الیٰ انّ لكلتا الجملتين مفهومٌ،

مضافاً الیٰ ذلک تكفی فی صحّة التّبرّی و نفوذه، الادّلة العّامة مثل:

«المؤمنون عند شروطهم» و **«اوفوا بالعقود»** و نحوهما.

يمكن لنا ذكرُ وجهٍ فی التّفكيک بين الجملتين فی المفهوم، يرفع به التّناقض عن الشّيخ(ره) ايضاً و هو انّ قوله عليه السلام: **«لم يبيّن له»**، شرطٌ مُحقِّقٌ لموضوعِ تأخّر العلم ای‌كان علمه، متأخّراً عنِ اِحداث الحدث فهو مُحَقِّقٌ للموضوع

وليس شرطاً مُحقّقاً للموضوع بالنّسبة الیٰ قوله عليه السلام: **«لم يتبرّأ اليه»** بقرينة مايأتی‌وهو قوله **«ثمّ عَلِمَ»** فيعلم من جملة **«ثمّ عَلِمَ»**، انّه لم يتبيّن له بالنّسبة اليه من مُحقِّقِ الموضوع حيث انّه اذا تبيّن،لايمكن العلم ممّا بعد و ليس قوله **«ثمّ علم»** بالنّسبة الیٰ جملة **«لم يتبرّأ اليه»**، من قبيل مُحقّقِ الموضوع، بذلک يرتفع الاشكال عنه(ره).

هنا شبهةٌ و هی انّ التبرّأ بمعنیٰ اِهمال صفة الصّحة فاذا قلنا: انّ اهمال صفات الكمال فی العقد و عدم ذكرها، غَرَرٌ فاحتمال صفة الصّحة، الذّی منه التّبرّأ، فهو ايضاً غرريٌ بطريق اَوْلیٰ **مع انّهم** قالوا بصحّة التبرّی فكيف التّوفيق بين صحّة التبرّأ و رواية: **«نهیٰ النّبی صلی الله عليه و آله عن بيع الغرر»؟**

و الشّيخ(ره) دفعها بالفرق بين صفات الكمال و الصّفات الدّخليّة فی الصّحة فرافع الغرر فی صفات الكمال، التزامُ البايع و رافع الغرر فی الصّفات الدّخليّة فی الصّحة، مضافاً الیٰ الالتزام، هو اَصالة السّلامة الّتی يعتمد عليها العقلاء و لايرتفع

ذلک الاصل بمجرد تبرّأ البايع، فليس التّبرأ ،موجباً للغرر **لانّ** رافع الغرر فى الصّفات الدّخليّة فى الصّحة، ليس علىٰ حدّرافع الغرر فى الصّفات الكماليّة حيث انّ رافع الصّفات الكماليّة، التزام البايع فاذالم يلتزم به فالغرر موجودٌ و امّا فى الصّفات الدّخليّة فى الصّحة، فليس هو التزام البايع فقط **بل** رافعٌ آخرٌ و هو اصل السّلامة الرّافع للغرر.

يمكن النّظر فيه، بوجهين.

الاوّل: انّ اصل السّلامة، ليس اصلاً تعبديّاً **بل** من باب الاطمينان النّوعيّ فاذا فرضنا عدم اطمينانٍ للبايع من سلامة المبيع و التّبرّأ من العيوب **فكيف** يجرى المشترى، اصل السّلامة فى المقام فلم يعلم اصل السّلامة فى مورد التبرّى حتّىٰ يرفع الغرر؟.

الثّانى: انّه لايصدق علىٰ الّتبرّأ، الغرر، انّ الغرر، راجعٌ الىٰ نحو المعاملة و كيفيّتها فاذا عيّن البايع وضعَ المعاملة بانّه تَبَرّأَ من العيوب و اَوْقَعَ المعاملة علىٰ ذات المبيع بنحو التّبرّأ من العيوب، لايصدق عليه غَرَرٌ.

بقى امورٌ:

منها: انّه هل يعتبر فى التّبرّى، كونه بنحو التّفصيليّ و لا يكفي التّبرّيُ الاجماليّ كما نسب هذا الىٰ بعض العلماء كالقاضى(ره) حيث نسب اليه، انّه حَكَمَ بالكفايه فى بعض كلماته وعد مها فى بعضٍ آخَرٍ او يكفى التّبرّى منه و لو اجمالاً؟

و لا يخفىٰ انّ هذا البحث، بحثٌ صغرويٌّ ليس بكبرويٍّ **لانّه** من المعلوم كبرويّاً، كفاية كلّ ما قصد المتعاقدان من التّبرّى، بنصب القرائن علىٰ ذلک.

و لا فرق فيه بين الاجمال و التّفصيل و لا مجال للبحث من انّه هل يلزم التّصريحُ بذلک ام لا؟.

و لعلّ بَحَثَ بعض العلماء عنه لاجل انّه قد يتفقّ تبرّأ بعضٍ من بعض العيوب او

من العيب مطلقا؟ **و لكن** فی ذهنهم، من العيوب، ما يحتمل التّبرّی عنها و لايحتمل سائر العيوب **و لكن** قد يتّفق كون العيوب من العيوب غيرِ المحتملة و فی هذه الصّورة ، يصحّ القول بعدم كفاية التّبرّی اجمالاً **لانّه** ينصرف التّبرّی الیٰ مثل هذه العيوب الّتی اتفّق نادراً.

و هكذا لايكفی التّبری عن العين الشّاذة الّتی لاتحتمل عادةً و ليست فی ذهن المتعاقدين عادةً.

بناءً عليه، اذا قلنا: انّ بحث بعض العلماء كالقاضی(ره) فی عدم كفاية التّبرّأ الاجماليّ بملاحظة ذلک، **فهو تامٌّ**، متينٌ و اشكال الشّيخ(ره) عليه فی غير مورده و الدّليل علیٰ ذلک ،انصرافُ كلمة التّبرّی عن مثل هذا العيب النّادرالشّاذ غير المحتمل.

و منها: ما هو التّبرّی؟:

قال الشّيخ(ره): انّ التّبرّی علیٰ ثلاثةِ اقسامٍ:

الاوّل: ما يكون اثرهُ سقوطَ الخيار وحده دون الارشِ.

الثّانی: ما يكون اثرُه سقوطَ الارش دون الخيار.

الثّالث: ما يكون اثرُه سقوطَ خيار العيب ارشاً وردّاً.

و معنیٰ القسّم الثّالث، التّبرّیُ عن تعهّد السّلامة الذّي هو مبنیٰ خيار العيب و لازمه، سقوط الخيار و الارش و **هذا المعنی واضحٌ لانّ** كلّ واحدٍ منهما من اثر التعهّد فاذا تبرّیٰ من تعهّد السّلامة فمعناه، سقوط الخيار و الارش و معنی القسم الثّانی من التّبرّی ،التّبرّی عن ضمان العيب، يشبه بالضّمان المعاوضيّ و اثره ، سقوط الارش دون الخيار **لانّه** تبرّیٰ من العيب من حيث الضّمان الماليّ، و هو الارش لامن حيث الفسخ و الرّد

و معنی القسم الاوّل، التّبرّیُ من حيث الرّد لاالارش **و هذا صحيحٌ عند الشّيخ لانّ** دليل صحّة الشرط، يشمله و لا مانع من اِسقاط الخيار دون الارش.

اقول: انّ صحّة هذا النّوع من التّبرّئ الّذى اثره سقوط الخيار و الرّد دون الارش، انّه **محلُّ اشكالٍ و ما استدلّ به الشّيخ(ره)، غيرُ كافٍ و ذلك** هنا مجالٌ للسّؤال بانّ من شَرَطَ التّبرّى من العيوب، **حينئذٍ هل** تعهّد السّلامة، كان باقياً ام لا؟ و ان كان باقياً فالتّبرّئ، يناقض تعهّد السّلامة.

و ان كان شرط سقوط الخيار و التّبرّئ، كنايةً عن عدم اشتراط السّلامة و عدم التّعهد **فهو لامانع منه** الّا انّه يرجع الىٰ القسم الثّالث و اثره، سقوط الارش ايضاً ، لاسقوط الخيار و بقاء الارش.

و الشّيخ ره صرّح بانّه لامانع من كلّ واحدٍ من هذه المعانى للتّبرّئ اِلّا اَنّ محلّ البحث، الثّالثُ حيث كان محلّ الكلام فى مُسقِطِ كليهما.

منها: انّه لافرق فى التّبرّئ بين العيوب الموجودة حين العقد و بين العيوب الّتى يمكن ان تعرض قبل القبض او تعرض بعد القبض فى زمن الخيار المختصّ بالمشترى سواءٌ كان التّلف، تلفَ الذّات او تلفَ الوصف من الصّحة او الصّفات الكماليّة.

فى صحّة التّبرّى منها و نفوذه الموجب لسقوط الخيار و الارش، **لااشكال فيها.**

و لكن لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل: انّ صحّة التّبرّئ و نفوذه فى الاخيرين من جهةٍ، اوضحُ من التّبرّى فى الاوّل و هو التّبرّى من العيوب الموجودة حين العقد اى ليس المانع المتوهم فى الاوّل، موجوداً فى الاخيرين.

و امّا من جهةٍ اُخرى فحكم التّبرّئ فى الاخيرين، اصعبُ من الّتبرّئ فى الاوّل و امّا الجهة الاوضح فهو انّ شبهةالغرر المتوجهة فى الاوّل، لاتجرى فى الاخيرين **و لو اجيب عنها تارةً بالتّخصيص:** بانّ اخبار صحّة التبرّئ ، تخصيصُ دليل النّهى عن الغرر **لانّ** دليل صحّة التّبرّئ، يدلّ علىٰ صحّته و لو كان غرريّاً اى كان مصداقاً و فرداً من الغرر و خُصِصّ به عمومُ: **«نَهىٰ النّبيُّ عن بيعِ الغرر» و اُخري** انّ سياقَ: **«نَهيٰ النّبيُّ عن بيع الغرر»**، آبٍ عن التّخصيص.

بعبارةٍ اُخرىٰ، هذا من قبيل تعليق الحكم ببينّةٍ و برهانٍ اى انّالغرر من حيث هو

، ليس شيئاً يجوّزه الشّارع و **لذا قال الشّيخ(ره):** انّرفع الغرر عن وصف الصّحة، ليس بتعهّدا لبايع حتّىٰ يقال باهمال البايع فی تعهّده بالتّبرّئ فيعود الغرر **بل** رفع الغرر، باصالة السّلامة و هی موجودةٌسواءٌ يتبرّی او لم يتبرّأ.؟

ولكن لاتجری هذه الشّبهة فی الاخيرين حتّىٰ يجاب عنها بهذا النّحو من الاجوبة **لانّ** مدار الغَرَر، انّما هو، حين العقد لابعد العقد.

و امّا وجه الصّعوبة فی الاخيرين فهو انّ التبرّيٌ من العيوب الموجودة حين العقد، له دليلٌ خاصٌّ كصحيحة زرارة: **« اَيُّما رجلٍ اِشترٰی ... لم يتبيّن و لم يتبرّأ اليه الخ ...»**

حيث انّ المراد من التّبرّئ فيها، الّتبرّئ من العيوب الموجودة حين العقد.

بالجملة؛ النّصُّ، يدلّ علىٰ النّحو الاوّل من التّبرّيٌ و الاخيران خارجان عن النّصّ و لو لم يكن فيهما مانعٌ من الغرر **و لكن** ليس فيهما مقتضٍ فلم يشمل الدّليل الخاصّ، فما الّدليل علىٰ صحّة مثل ذلک التّبرّيٌ؟.

حينئذٍ: لامحيصَ من الّتمسک بالعمومات مثل: **«المؤمنون عند شروطهم» حيث** انّ التّبرّيٌ من العيوب المستقلّة، شرطٌ لاجل الوفاء بالعقد.

و من المعلوم انّ لازم شمول قوله عليه السلام: **«المؤمنون عند شروطهم»** للاخيرين، اجتماع شرائطه فيهما و منها: كون الشّرائط لها معانٍ معقولةٌ و ليس الشّرط فيها معناً معقولاً لانّ هذا الّتبرّی فيهما من حيث انّه تبرّءٌ من عيبٍ، لم يوجد بعدُ فهو من قبيل اِسقاط ما لم يجب مع انّه لم يتحقّق . و العلّامة(ره) اجاب عنه كما نقله الشّيخ(ره) عنه بانّالتّبرّی هنا بمعنیٰ اسقاط الخيار و لايرتبط بموضوع العيب حتّىٰ يستشكل بانّه من قبيل اسقاط ما لم يجب.

اعترض الشّيخ(ره) علىٰ العلّامة(ره) **اوّلاً:** بانّالخيار من احكام العيب الغير الموجود فاذا لم يكن التّبرّی من العيب الغير الموجود، صحيحاً فالتّبرّيٌ من احكام العيب الذّی هو اِسقاط الخيار **فهو ايضاً ليس بصحيحٍ** كما انّ العلّامة(ره) صرّح فی باب خيار الرّؤية بانّ اسقاط خيار الرّؤية ، قبل الرّؤِية **لانّ** الرّؤيةَ، شَرطُ الخيار و ما لم يره، لم يكن له خيارٌ فكيف سقطه؟.

فاذا كان كذلک فى باب خيار الرّؤية ففى باب خيار العيبِ اَوْلى **لانّ** الرّؤية، انّما هى‌الشّرط و امّا العيب فى باب خيار العيب فهو سببٌ، فدخلُ العيب فى الخيار اَقْوىٰ من دخل الرّؤية فى باب خيار الرّؤية **بل** الرّأيُ الظّاهرُ الّذي قال به كثيرون انَّ: الرّؤية، طريقةٌ وليست شرط الخيار **و لكن** لايجوز لاحدٍاَنْ يقول : بانّ تلفَ وصفِ الصّحة، ليس بسبب الخيار».

اقول: انّ اسقاط ما لم يجب علىٰ ثلاثةِ انواعٍ.

النّوع الاوّل: الاسقاط الفعلىّ لما يتحقّق فيما بعدُ اى الاَعدام الفعلىُ لما سيوجد و هذا محالٌ **لانّ** الاِسقاط الفعليّ، يقتضي الوجود الفعليّ مع انّه ليس بموجودٍ.

النّوع الثّانى: الاسقاطُ فى مورد الثّبوت وفرض الثبوت اى اَنْ اقول: اذا كان ثابتاً فَاَنَا اَسْقُطُهُ بعدَ ثبوته و هذا ممكنٌ عقلاً **ولكن** فيما اذا لم يكن له مُقتضٍ، فهو ليس بصحيحٍ لعدم اعتبار العرف ايّاه.

النّوع الثّالث: الاسقاط فى فرض الثّبوت مع وجود المُقتضِى و هو ممكنٌ و صحيحٌ عرفاً و شرعاً.

هذا اذا قلنا بانّ مرجع الاسقاطات فى اسقاط خيار المجلس الىٰ هذا النّوع من الاسقاط، فيجرى فيما نحن فيه .

و مضافاً الىٰ ذلك، قول العلّامة(ره) صحيحٌ و الحقّ معه **لانّ** التّبرّيُ من العيب ،تبرّاً تشريعيٌّ اعتباريٌّ و هو لايتعلّق الاّ بالآثار و منها، الخيار.

و ما معنىٰ للّتبرّيِ من العيب الاّ التّبرّئ عن الخيار الحاصل بسببه كما قلنا: انّ اسقاط ما لم يتحقّق اذا كان فى ظرف الثّبوت و كان المُقتضِى له موجوداً، **ممكنٌ و صحيحٌ عرفاً** فلامانع من شمول **«المؤمنون عند شروطهم»** هذا المورد.

فى التّبرّىء عن العيوب المتّجددة، اشكالٌ آخَرِ اسقاط مالم يجب و هو انّ التّبرّىء الذّى هو بمعنىٰ الاسقاط، انّما يتعلّق بالحقوق ولايتعلّق بالاحكام **لاَن** الاحكامَ، غير قابلةٍ للاسقاطِ والرّفعِ والوضعِ بيدحاكمه وانّما الحقوق، قابلةٌ

للاسقاط. و من الواضح: انّ القاعدتين و هما **«تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه» و «التّلف فى زمن الخيار، ممّن لاخيار له»** منشأتان لخيار العيب، **و حينئذٍ** هنا، مجالٌ للسّؤال: **هل القاعدتان المذكورتان، متضمّنتانِ للحكم او الحقّ؟.**

قالوا: انّهما بمعنىٰ الحكم بالانفساخ آناً ماقبل التّلف و ليستا، بمعنىٰ حقّ الفسخ والخيار اى آناً ماقبلَ التلّفِ يَنْتَقِلُ المبيعُ الىٰ ملك البايع ويقع التلّف فى ملكه، **بناءً عليه،** التّبرئ عن العيوبِ المستقبلةِ و محتملةِ الوجود، إنّما هو بمعنى تخصيص: «قاعدة التلّف قبل القبض» **اوالتلّف فى زمن الخيار** اى هو من قبيل اسقاط حكمٍ وليس باسقاطِ حقٍّ والحكمُ ليس قابلاً للاسقاط بخلاف العيوب الموجودة فى حال العقد حيث انّها حقٌّ ورّد الثمن به قابلٌ للاسقاط.

حاصل الاشكال: انّه فرقُ التّبرّىء عن العيوب الموجودة والعيوب الّتى ستوجد فيما بعدُ **حيث** انّ العيوبَ الموجودةَ، أُحدِثَ فيه الخيارُ و هو قابلٌ للسّقوط و امّا فى العيوب محتملةِ الوجود فيما قبل القبض او فى زمن الخيار، فَوَرَدَتْ فيهما القاعدتان.

و هما فى تلف الذّات بمعنىٰ الانفساخ و فى تلف وصف الصّحة يُعبرُّ عنه بخيار العيب **ولكن** واقع الانفساخ و خيارالعيب، ليس بمُصرحٍ فى الرّوايات **بل** ما وقع فيهما، التّضمينُ فيهما والحكمُ بالضّمان و انّه من كيس البايع اذا تَلَفَ.

ومن الواضح: انّهما من قبيل الحكم وليسا قابلين للاسقاط.

اقول: هذا الاشكالُ قابلٌ للتّوجيه والدّفع فى مورد التلّف قبل القبض **ولكن** غير قابلٍ للتوجّيه فى القاعدة الاُخرىٰ و هى التلّفُ فى زمن الخيار **و امّاكونه قابلاً للدّفع** فى مورد التّلف قبل القبض، فهو بملاحظة ما قلناه سابقاً منّ انّ التلفّ قبل القبض من مالِ بايعه، لاجل كون البايع مُتعهّداً للتّسليم علىٰ ما وصف و علىٰ ماعَقَده واذا لم يسلّم البايعُ، المبيعَ الىٰ المشترى فليس المشترى بمُلزَمٍ فى قبض الّثمن.

فبناءً عليه، تلفُ المبيع قبل القبض، جزء التّعهّد العهدّى وليس تعبّديّاً حتماً و معنىٰ التبرّئ عن العيب الحادث قبل القبض، هو رفع التّعهد ولامانع من هذا كالتّبرئ

عن العیوب الموجودة حین العقد ولایُقالُ بذلک فی مورد: «تلف المبیع فی زمن الخیار ممّن لاخیارله» **لانّه** لیس جزء التعهّد داخلاً و کان حکلماً تعبّدیاً.

و هذا قابلٌ للتوّجیه ایضاً بناءً علیٰ قول غیر المشهور و هو انّ حصول الملکیّة للمشتری، انّما هو بعد انقضاء زمان الخیار کما نُسِبَ هذا الیٰ الشّیخ الطّائفة فی بعض کتبه **لانّ** البایع، ضامنٌ قبل انقضاء زمن الخیار، للمبیع حیث کان مالکاً بعدُ.

ما هو اثر التّبرّیٔ عن العیوب؟

الاثر انِ منهُ، مُسلّمٌ:

الاوّل: انّ التّبرّیٔ، موجبٌ لسقوط الخیار.

الثّانی: انّه یوجب سقوط مُطالبة الارش.

و انّما یقع الکلام فی الأثر الثّالث الذّی قد یتّفقُ وهو کون العیب المتبرّیٔ به تالفاً سواءٌ کان التلّفُ قبل القبض او فی زمانٍ مختصٍّ بالمشتری **حینئذٍ** وقع الکلامُ فی انّ التّبرّیٔ عن العیب المُؤدِیٔ الیٰ التّلف، موجبٌ لازالة اثرالتّلف و هوکون التّلف علیٰ عهدة البایع ولیس التّلف **حینئذٍ** بعهدة البایع اذ البایع تبرّیٔ من العیب بماله من الآثار.

ثّم یقع الکلام فی انّه ما هو محلّ الکلام فی هذا الاثر؟

واذا قلنا: انّ المشتری، له الخیار **هل** المراد منه، الخیارُ غیر الخیار الّذی تَبَرّیٔ عنهُ و اَسقَطَهُ اوالمراد منه خیارُ العیب؟

وهذا شیٔ اختلف السّید(ره) مع غیره من الفقهاء **حیث** انّ السّید(ره) صرّح بانّه یظهر من کلام الشّیخ(ره) والشّهید الاوّل(ره) فی الدّروس: انّ محلّ الکلام خیارٌ غیر خیار العیب کخیار الحیوان و خیارالمجلس ای محلُّ الکلام انّه تبرّیٔ من العیب و کان له خیارٌ آخَر غیر خیار العیب و اَدّیٰ العیب المتَبرّیٔ عنه الیٰ التّلف فی زمن ذلک الخیار، **هل التّبرّیٔ، موجبٌ لسقوط الاثر ای لیس التّلف من البایع اذ هو تبرّیٰ عنه ام لا؟ بل** لمن تبرّیٰ عنه، حکم العیب من حیث هو و امّا التّلف الّذی قد یتّفق و

قدلايتّفق، الّذى لوكان بسبب غيرالعيب، كان ايضاً علىٰ البـايع، **فـالعيبُ** مـصداق المُتْلَفُ و ليس له دخلٌ فى الحكم، **فيه وجهان بل قولان.**

ولكن محلّ الكلام، وجود خيارالعيب وحده، الّذى تبرّئ البايع عنهُ ادّى العيب المُتبرّىٰ عنه الىٰ التّلف **هل** يمكن ان يقال: انّ هذا التلّف، ليس علىٰ عهدة البايع **لانّه** تبرّىٰ عن العيبِ المؤدّىٰ الىٰ التلّف ام لا؟ **او يقال** بأنّه علىٰ عهدته **لانّ** دائرة التّبرّى، لاتشمل صورة التلّف، يبقىٰ التلّف علىٰ عهدة البايع.

ولايأتى الوجهانُ فيه، لانّه تَلَفَ فى زمن الخيار و انّما يزيل التّـبرّئ والاثـرين الآخرين و هما الخيارُ والارشُ. **و حيثُ انّ** السيّد(ره) فَرَضَ انّ محلّ الكلام هو هذا الفرضَ فَسَهِلَ عليه جواب الايرادين كبروّياً و صغروّياً.

وامّا الكبرويّ فهو انّ «تلف المبيع في زمن الخيار ممّن لاخيارَ له» بناءً علىٰ اظهر الوجهين، **يختصّ بخياراتٍ ثلاثةٍ:**

خيارُ المجلسِ و خيارُ الحيوان و خيارُ الشّرطِولايجرى هذاالحكم فى خيارالعيب ولو لم يتبرّأ منه ايضاً **فليس** التّلفُ فى زمن الخيار وحده علىٰ البايع.

وامّا الصّغروّى فهو بعد تسليم انّ **«تلف المبيع فى زمن الخيار ممّن لاخـيارله»** شاملةٌ لسائرالخيارات ايضاً **ولكنّه** يشمل الخيار الّذى هو واجبٌ فِـعلّيٌ ولايشـمل الخيار الشّأنّى اى كان له الخيارُ لولم يتبرّأ **لأن** الخيار الشّأنيّ، ليس موضوع الاثر كما انّ الخيار الشّانيّ، ليس له اثرٌ في باب خيار الحيوان والشّرط لواَسْقَطَهُ.

اقول: انّ محلّ الكلام، ما يظهر من كلام الّشيخ(ره) والشّهيد(ره) **بـل** صـريح كلامهما بحيث لايحتمل الخلاف فيه، هو خيارٌ آخر غـير خـيار العـيب **فـلايرد الاشكالان الواردان من ناحية السّيد(ره) فى محلّ الكلام فـلوعامَلَ احـدّ حـيوانـاً معيوباً فله خياران: خيارُ الحيوان و خيارُ العـيب** فـلوتبرّئ عـن خـيارالعـيب دون خيارالحيوان، يقع البحث فيه من جهة انّ هذه العيب اذا ادّىٰ الىٰ التلّف هل التّبرّئ عنه، يُوجِبُ رفعَ اثركون المبيع علىٰ البايع **لاجل التّبرى** منه بجميع آثاره ام بـقىٰ الاثر المذكور بعدُ؟

هذا محلٌّ للبحث ثبوتاً و اثباتاً.

امّا ثبوتاً فلأن مسألة شرط عدم كون تلف المبيع فى زمن الخيار علىٰ البايع **هل** هو صحيحٌ هنا ام لا؟ **لانّ** التلّف فى زمن الخيار من قبيل الاحكام التّعبدية الموجبة للانفساخ وليس من الحقوق حتّى يكون قابلاً للاسقاط بالتّبرّئ.

وامّا اثباتاً فهو انّ عبادة المتبرّأ حين يتبرّئ **هل** هى ظاهرةٌ فى نفس الخيار والارش كما يقال فى باب التّنزيلات والتّشبيهات، انّها باعتبار الأثر الظّاهر و امّا الآثار الاتفّاقية والنّادرة فلا يشمَلها ام لا؟

المتبادر فيما نحن فيه انّ المُتبرّأ، انّما هو يتبرّأ عن اثرٍ من آثار العيب وليس هو اِلاّ الخيارُ والارشُ وامّا التّلفّ الذّى يتّفق بسبب العيب لوكان له اثرٌ فهو اثرٌ اتفاقيٌّ نادرٌ الّذى لايتبادر من العبارة ولاينصرف اليه الاطلاق.

و ما صرّح به المحقّق الايروانى بانّ مقام الاثبات، ليس قابلاً للبحث لاختلافِ المقامات و تعدّدِ القرائن فتمكن دلالة عبارة المُتبرّى، علىٰ التّبرّئ عن العيب المؤدّى اليه فى موردٍ، و فى موردٍ آخَر دلت القرينة علىٰ خلافها، **غير تامّ لانّ** القول بانّ الكلام فى الظّهورات، ليس من شأن الفقيه، انّما هو فى الظّهورات الخاصّة و امّا الظّهورات النّوعيّة كالبحث من انّ الامر الواقع الحظر، ظاهرٌ فى الاباحة فلايجرى القول بانّ القرائن، متعدّدةٌ والمقامات، تختلف **لانّ** الكلام فى الظّهور النّوعى، للمقام و ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل **لانّه** يُبحث عن ما نحن فيه **تارةً** بانّ المتبرّأ ان اِكْتَفىٰ بهذه العبارة: **«انا متبرّئٌ عن ذلك العيب»**، هل الظّهور النّوعيّ بهذه العبارة، يشمل **«تلف المبيع فى زمن الخيار ممّن لاخيار له» ام لا؟**

يمكن ان يقال: بانّه ينصرف عن التّلف فى زمن الخيار **لانّ** «التّلف فى زمن الخيار ...» و كونه فى عهدة البايع، ليس من آثار العيب، بما هو؟ انّما هو من آثار التّلفّ، كان شبيه ذلك العيب اوالعيب الآخر اولم يكن عيبٌ فى البين **بل** هو تَلَفَ بآفةٍ سماوّيةٍ وكون التّلف الّذى كان العيب مؤّدياً اليه، لايجعله من الآثار الشّرعيّة

للعيب بل هو من اثره الطّبيعيّ له الاّ ان يقال: انّ مقصود المتبرّئ من الآثار، اعّمُ من الآثار الّشرعيّة و الطّبيعيّة **ولكنّه** ليس، بمنصرف الكلام وليس المتبادر من كلام المتبرّئ.

لانّه اثرٌ طبيعيّ نادرٌ اتّفاقيٌّ.

وبالجملة، مختار السّيد(ره)، غير صحيحٍ كبرويّاً و صغّروياً **اوّلاً: قاعدة: «تلفُ المبيع فى زمن الخيار»** لاتشمل خيارَ العيب و علىٰ فرض شموله، ليس هنا خيارالعيب اى انّه **حيث** يتبرّئ عنه و اسقط الخيار والخيار هنا، بمعنىٰ شأنيّةُ الخيار اى لوخُلِّيَ وَ طَبْعَهُ لكان له الخيار و ليس هذا، موضوع قاعدة: **«التّلف فى زمن الخيار الخ» لانّ** الظّاهر منه، الخيارُ الفعليّ الىٰ آخر ماقلناه سابقاً فراجع.

مضافاً الىٰ ذلك، يرد عليه بانّ فى باب خيار العيب اذا تلفت العين، ليس علىٰ البايع و لولم يتبرّأ منه **لانّ** اصل الخيار فى صورة بقاء العين و فى صورة تلف العين كان العقد لازماً و ليس هنا، خيارالغبن **بل** يتعيّن الارش كما ذكرناه سابقاً فى باب المُسقِطات.

و من الواضح: انّ التلّف الموجب لكونه علىٰ البايع و انفساخ العقد آنـاًمّا، غيرالتلّف فى باب خيار العيب **وذلك** لانّ التلّف الموجب لكونه علىٰ البايع والانفساخ، هو تلفٌ كان خياره اعمّ من وجود العين و تلفها اى بَقِيَ الخيار حتّيٰ في صورة تلف العين ايضاً بطبعه.

وفى هذا المورد، كان التلّف موجباً لانفساخ العقد و كونه علىٰ البايع و امّا فى مثل خيار العيب الّذى ان كانت العين قائمةً بعينها، فدائرةُ تشريع الخيار فيما اذا بقت العين بحالها فان احدث فيها حَدَثٌ لم يُجْعَلْ فيها خيارٌ اصلاً وليس التلّف فيه تلفاً فىزمن الخيار ولو عمّمنا الخيار لجميع الخيارات **بل** يتعيّن فيها، الارشُ كما اطبقت عليه النّصُ والفتوىٰ.

وهذا دليلُ لزومِ العقد لاكونه دليلاً علىٰ الانفساخ.

فنباءً عليه فى باب خيار العيب فى صورة تلف العين لولم يتبرّأ منه، **لايحتمل ان يكون** علىٰ البايع كما قال به السّيد(ره) و قد تقدّم فى الامر الرّابع و القول باحتمال كونه علىٰ البايع، خلافُ ما صرّح سابقاً فى الامر الرّابع.

ما هو المختار فى المسألة؟

فى مسألة: «كان فيه خيارٌ غير خيار العيب فى زمن خيارٍ يختصّ بالمشترى لو تبرّىٰ عن عيبٍ واَسْقَطَ به خيار العيب و اسقط حقّ الارش ايضاً و ادّىٰ هذا العيب الىٰ التّلف فى زمن خيارٍ آخر، مختصٌّ بالمشترى كخيار الحيوان ...» **قابلةٌ للبحث بانّ التّبرّى هل يشمل هذا التّلف بحيث لم يكن التّلف علىٰ البايع ام لا؟**

المختار، انّه لايشمله فى زمن الخيار المختصّ بالمشترى لاثبوتاً ولااثباتاً **امّا ثبوتاً فلانّ قاعدة: «التّلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له»**. بمعنىٰ حكم الشّارع بانفساخ العقد كما فَهِمَهُ المشهور منه اى الانفساخ آناً ماقبل التّلف و هذا، حكمٌ من الشّارع و بمعنىٰ الانفساخ وليس من الحقوق حتّىٰ يصير قابلاً للاِسقاط.

وامّا اثباتاً فلانّ من تبرّىٰ عن العيب، انّما يتبرّأ من العيب بما له من الآثار **وامّا العيب المؤدّى** للتّلف الّذى له اثرٌ شرّعيٌ **فهو** عيبٌ له آثارٌ بالواسطة والاثر المجازيّ و اثرٌ لاينطبق عليه التّبرّى و ليس هو من آثار العيب بما هو عيبٌ **فالحقّ**، ما قرّره الشّيخ(ره) و التّلف بعدُ بعهدة البايع.

وترديد الشّهيد(ره) فى ذلك مبنيٌّ علىٰ تفسيرٍ منه(ره) في قاعدة: **«التّلف في زمن الخيار» حيث** صرّح بانّ معناه، ليس انتقال مال التّالف المشترى، الىٰ البايع آناًما **بل** المراد منها: انّ المال، مال المشترى و ضمانه علىٰ عهدة البايع كضمان اليد مِثلاً و قيمةً **فهو حقٌّ ماليّ** قابلٌ للاسقاط **اذ هو من الحقوق.**

و امّا الشّيخ الّذى اختار خلافاً لترديد الّشهيد(ره) بانّ هذا النّوع من التّبرّى، لايرفع الاثر الثّالث و انّ التّلف علىٰ عهدة البايع، **فهو الموفّق المنصور لما** ذكرناه سابقاً.

مسألة: فلوكان المبيع معيوباً حين العقد و زال العيبُ قبل العلم به او بعد العلم بالعيب قبل الرّد، فهذا موجبُ سقوط الخيار ردّاً و ارشاً كما صرّح العلّامة(ره) والشّهيد(ره) والمحقّق(ره) و الشّيخ(ره) مع انّهم قالوا: انّ المدار فى سائر الخيارات كخيار تخلّف الشّرط و الوصف و خيارالغبن، علىٰ حين العقد، والحالات بعد العقد، لايرفع الحكم الموجود حين العقد **ولكنّ** الاعتبار فيما نحن فيه بيوم الرّد، لايوم العقد و حين العقد **لأن** المتبادر من ادلّة خيار العيب مثل: الباب ١٦- الحديث ٣- «عن عليّ بن ابراهيم، عن ابيه، عن ابن عمير، عن جميل، عن بعض اصحابنا، عن احدهما عليهما السّلام. «فى الرّجل يشترى الثّوبَ اوالمتاعَ و يجد فيه عيباً فقال (عليه‌السلام): **ان كان الثّوب قائماً بعينه، ردّه علىٰ صاحبه و اخذالثّمن و ان كان الثّوب قد قطع اوخيط اوصبغ، يرجع بنقصان الشّئ ...»**

ظاهرها، انّ مورد حكم الشّارع بالخيار، صورةُ بقاءِ العين فى يد المشترى و امّا كون المتاع معيباً اوّلاً ثمّ زال العيب بعد العلم او قبل العلم به **فهو خارجٌ عن** مورد حكم الرّواية **فيستفاد من هذه** الرّواية: انّ شرط الخيار امران: صراحةً و ضمناً **وامّا بالصّراحة** فقيامه بعيبها **وامّا ضمناً** فاستمرار العين الىٰ ان تصل فى يدالمشترى، فعدمُ استمرار العين فى يدالمشترى، خارجٌ عن مورد حكم الرّواية.

والشّيخ(ره) قال بالتّفصيل بانّ الاستمرار الىٰ ان تصل فى يدالمشترى، امرٌ لازمٌ فلوزال قبل ان تصل وترّد الىٰ يدالمشترى فليس له خيارٌ بخلاف الارش **فهو باقٍ** سواءٌ زال العيب ام لم يزل فاذا كان المبيع معيوباً حين العقد فالمشترى له حقُّ مطالبةِ الارش، زال العيب اولم يزل؟

وذلك لانّ الارش، حقٌّ ماليٌّ و منشأه، نقصان الوصف **والفرض** انّ حين انتقاله الىٰ يدالمشترى كان الوصف ناقصاً فهو موجبٌ للارش.

فتحصّل ممّا ذكرناه انّ فى المسألة قولان:

قولٌ: بسقوط الخيار و الارش كما ذهب اليه العلّامة(ره).

و قولٌ: بسقوط الرّد دون الارش لولم يرد اجماعٌ علىٰ خلافه وهو قول الشّيخ(ره) **و وجه المشترك** بين القولين انّ استمرار العين الىٰ قبض المشترى، يعتبر فى موضوع الخيار فلوزال قبل العلم، ليس خيارٌ.

و هذا حكمٌ استثنائيّ مختصٌّ لخيار العيب، ليس في سائر الخيارات كخيار الغبن و خيار تخلّف الوصف و خيار تخلّف الشّرط.

حيث قالوا: انّ المدار فى هذه الموارد، بحالة العقد و لايؤثّر التّغيّر فى زوال حالةٍ موجبةٍ للخيار بعد العقد.

و اما فى باب خيار العيب حيث كان المتبادر من ادلّته، موضوع الخيار فما وجده معيوباً، انّما هو بعد اخذه و فى غير هذه الصّورة، ليس خيارُ العيبِ.

والشّيخ(ره) صرّح فى عبارته: انّ كلمة المعيوب كسائر المشتقّات ظاهرٌ فى المتلبّس بالمبتدأ اى اذا قيل ردّ المعيوب بمعنا ردّ ما كان معيوباً فى زمن الرّد.

لانّ المشتّق، كانَ مجازاً فيمن انقضىٰ عنه و انّه ظاهرٌ فى المتلبّس بالمبدأ ولايقال فيما كان معيوباً وزال عيبه، انّه معيوباً **بل** يقال: ردّ المعيوب. اى ردّ ما كان معيوباً بالفعل **ولذا اورد** المحقّق الخراسانى(ره) علىٰ الشّيخ(ره) بانّ المشتّق، مجازٌ فى من انقضىٰ عنه، فيما اذا استعمل باعتبار حالة الانقضاء **وامّا اذا** استعمل باعتبار حال التّلبسّ كما فى آية: **«والسّارق والسّارقة الخ، «ولاينالُ عهدى الظّالمين»** اى من انقضىٰ عنه مبدأ السّرقة **«فاقطعوا ايدهما»، ليس** مجازاً **حيث** لم يكن باعتبار حالة الانقضاء **بل** باعتبار حال التّلبسّ اى كانّه قال: **«من كان ظالماً فى زمانٍ، لاينال عهدى فى جميع الازمنه و من سَرَقَ فى وقتٍ، تُقْطَعُ يده». فى الاستقبال انّما هو باعتبار حال التّلبّس.**

و مع ذلك قال بعضٌ آخر: كلّ ذلک مبنيٌّ علىٰ استفادة الخيار من مفهوم روايةٍ والشّيخ(ره) أنكَرَ ذلک المفهوم و لم يجعلها من ادلّة الخيار **وهى صحيحةٌ زرارة:**

«ايّما رجلٍ اِشترى شيئاً و به عيبٌ و عَوارٌ، لم يتبرّأ اليه و لم يبيّن له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلک العوار و بذلک الّداء انّه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلک الدّاء والعيب من ثمن ذلک لولم يكن به.

والشّيخ(ره) اِستَدَّلَ بهذه الرّواية بعدم الخيار فی صورة التّغيّر و انّما ثبت الارش وحده و **امّا ثبوت الخيار فی صورة وجود العين فلايستفاد منها** حيث لم يكن له مفهومٌ من هذه الجهة.

لايخفىٰ عليک انّ الرّواية الثّانية الّتی هن مبنیٰ الاستدلال، خالٍ عن هذا الاشكال و هی «رواية مرسلة جميل: «عن احدهما (عليه‌السّلام) فی الرّجل يشترى الثّوب او المتاع «ويجدفيه عيباً قال (عليه‌السّلام): **«ان كان الشّئ بعينه، ردّه علىٰ صاحبه و اخذ الثّمن و ان كان الثّوب قد قطع او خيط او صبغ، يرجع بنقصان العيب».**

هذه الرّواية، تدلّ علىٰ الخيار ان كانت العين قائمةً بعينها و علىٰ الارش ان كانت تالفةً و مبنیٰ الاستظهار بهذه الرّواية، انّه يستفاد من كلمة **«يجد»**، كون العين بعد القبض **و مضافاً الىٰ** ذلک تدلّ علىٰ الخيار فيما اذا كانت العين قائمةً بعينها و علىٰ الارش اذا لم يكن قائمةً بعينها.

و لذا قلنا: انّ ظاهر الرّواية انّ: مورد الحكم بالخيار، موردٌ كان موصوفاً بالعيب بالفعل **لا انّه كان معيوباً و زال عيبه.**

هذا كلّه من وجهة نظر الشّيخ(ره) فی التّفصيل بين سقوط الخيار و ثبوت الارش.

اقول: زوال خيار العيب والارش، بزوال العيب علىٰ كلا القولين؛ **قولُ الشّيخ والعلّامة(ره)** علىٰ اختلاف فيهما بملاحظة هذا الاستدلال الّذی نقله الشّيخ عن العلّامة(ره)، **امرٌ مشكلٌ** بعد ما لم يكن المستند منحصراً فی دليلٍ واحدٍ و هو رواية **«صحيحة رزارة» «لأن خيار العيب له، ادلّةٌ ثلاثةٌ:**

منها: تخلّف الوصف الّذی هو مبنیٰ اصل السّلامة و هو هنا، موجودٌ ايضاً فيلزم

ثبوت الخيار هنا **و امّا مجرّد ورود الرّواية فی صورة وجود العيب و بقائه فهو مبنيٌّ علىٰ الغالب** وليس له مفهومٌ فمبنىٰ الرّواية، ايضاً علىٰ مبنىٰ اصل السّلامة و انّه ليس امراً تعبّدياً مجهولَ الكنه.

منها: **قاعدة لاضرر**؛ و مبنىٰ **«قاعدة لاضرر»** علىٰ حالة العقد لا الحالات العارضة بعد العقد **فعروض الحالات العارضة بعد العقد**، ليس موجباً لسقوط الخيار كما صرّح به الشّيخ(ره) فی موارد متعدّدة، منها:خيارالغبن.

بالجملة: المختار هو انّ زوال العيب قبل ان تصل الىٰ يدالمشترى، ليس موجباً لسقوط الخيار والارش كما هو ظاهرُ كلماتِ مَن تقدّم علىٰ العلّامة **فالمسألةُ، ذات اقوالٍ ثلاثةٍ:**

١ـ قولُ العلّامة و من تبعه(ره) و هو سقوطُ الخيار والارش كليهما بزوال العيب.

٢ـ ظاهر اطلاق قول من تقدّم علىٰ العلّامة(ره) و هو عدم سقوط الخيار و الارش كليهما و هو الاقوىٰ عندنا.

٣ـ قول الشّيخ الانصارى بالتّفصيل و هو سقوطُ حقّ الرّد دون الارش والدّليل علىٰ ماقلناه انّ الامور الحادثة بعد العقد، ليست موجبةً لسقوط حقّ الرّد والارش.

من جملة الامور الموجبة لسقوط الارش والرّد فيه جميعاً، تصرّف المشترى فى المبيع بعد العلم بالعيب.

تصرّف المشترى فى المبيع، يمكن ان يتّفق فى واحدٍ من الزّمانين اِمّا ان يتّفق قبل العلم بالعيبِ او يُفْرَضُ بعد العلم بالعيب؟

قلنا سابقاً فى صورة التّصرف قبل العلم به، انّ التّصرف غيرالمُغَيِّرللعين، لا تأثير له، فليس موجباً لسقوط الرّد والارش **وامّا سقوط الردّ فلأن** خيار العيب مشروطٌ ببقاء العين، فالتّغيّرُ موجبٌ سقوط الرّد، دون الارش للنّص الوارد فيه.

واما التّصرف بعد العلم به «فابن حمزه»(ره) صرّح فى الوسيلة: بانّه موجبٌ لسقوط الرّد والارش كليهما **لانّ** هذا التّصرف، كاشفٌ عن الرّضا بالعيب والرّد والارش من احكام العيب فاذا رَضِيَ بالعيب فيسقط الرّدُ والارشُ.

ولكنّ المتأخّرين عنه(ره) اجابوا عنه: بأنّ هذا التّصرف، دليلُ الرّضا بالمبيع الموجب لسقوط الخيار **لا انّه** دليلٌ علىٰ الرضا بالمعيب الموجب سقوط الارش ولامنافاة بين اَخذِ الارش كما اذا كانت له بيّنةٌ و بين ارادة الرّد.

والشّيخ(ره) قال: «أنّاولىٰ فى توجيه هذا الجواب انّ: التّصرف موجبٌ لسقوط الرّد **ولكنَ** الارش حقٌ ماليٌّ يحتاج اليٰ الابراء و اليٰ صيغته حتّيٰ لوفرض انّه رَضِيَ بالعيب ردّاً وارشاً، ليس هذا موجباً لسقوط الارش **لانّه** وَرَدَ سقوط الارش والرّد فىباب خيار الحيوان فقط.

واما فى الامور الماليّ، فمجرد الرّضا بعدم تأدية المديون الدّين، ليس موجباً لسقوط الذّمة عن الدّين لاحتياجِ السّقوط بالاسباب الخاصّة للابرار»

اقول: توضيح الكلام فى سقوط الخيار والارش بالتّصرّف علىٰ الرّضا، يستلزم البحث من انّ التّصرّف الدّالَ علىٰالرّضا، هل هو مُسقِطٌ تعبّديٌ او باعتبار دلالته علىٰ الرّضا بعينِ ما ذُكِرَ فى باب خيار الحيوان: **«ان قَبّلَ اولا مس فذلك رضيٌ منه**

ولاشرطَه يعنى رضيً منه تعبّداً اي ذلک بحكم الرّضا و بمنزلته ولو لم يدّل علىٰ الرّضا.

ولايخفىٰ عليك انّ هذا الاعتبار والاحتمال، لايرتبط بالارش و انّما هذا التّعبّد، فىمورد الخيار فقط ولو عدّينا الىٰ الارش.

وان قلنا انّه مُسقِطٌ من باب دلالته علىٰ الرّضا والكاشف عنه، فيقع الكلام فىالصّغرىٰ و الكبرىٰ **امّا فى الصّغرىٰ** فهو انّ التّصرّف الكاشف عن الرّضا ببقاء العقد و لزومه **هل هوكاشفٌ عن الرّضا لسقوط الارش ايضاً ام لا؟ بل كاشفٌ عن الرّضا لسقوط الخيار وحده دون الارش و هذا،** هو بعينه هو القول بانّه كاشفٌ عن الرّضا بالمبيع الموجب لسقوط الخيار وحده و كانّه منعوا عن الصّغرىٰ.

وامّا فى الكبرىٰ فهو انّ التّصرف الدّال علىٰ الرّضا، «يوجب سقوطَ الارش **لانّ الارش،** حقٌّ ماليٌّ، اسقاطه يحتاج الىٰ اسبابٍ خاصّةٍ و مجرّد الرّضا بالقلب، لايوجب سقوطه ما فى الذّمّة و ملكيّةَ ما فى الذّمّة.

فدعوىٰ «ابن حمزة»، صغرويّةً وكبرويّةً و امّا الصّغرىٰ فلانَّ التّصرف، ليس دالاّ علىٰسقوط الارش **وامّاكبرىٰ** فلانّه لوكان دالاّ عليه فليس هذا بنافذٍ شرعاً فالتّصرفُ بعد العلم بالعيب، مُسقِطٌ للخيار دونالارش.

هذه التّحقيق من الشّيخ فى حدّ نفسه، لايخلوعن دقّةٍ و مع ذلك لايخلو عن تأمّلٍ لانّ التّصرف بعد العلم بالعيب، يختلف امره فى مورد الدّلالة علىٰ اِسقاط حقّ الاشتراط بقاءً فاذا دلّ علىٰ الاسقاط فى مورد، فهو موجبٌ لسقوط الخيار والارش كليهما فيؤل الامرُ الىٰ الاستظهار و **دلالة الصّغرىٰ و هو انّ التّصرف بعد العلم به هل يدلّ علىٰ اسقاط حقّ الاشتراط ام لا؟**

وبعد تسليم دلالة الصّغرىٰ اى دلالة التّصرف بعد العلم به علىٰ الاسقاط، فالكبرىٰ مُسلّمٌ يعنى موجبٌ لسقوط الخيار والارش معاً من دون خدشةٍ و هذا اقربُ الىٰ الصّواب.

من جملة الامور المُسقِطَةِ للخيارِ والارش معاً، التّصرفُ فی المعيوب الّذی لاينقص ماليّة فی العين كالخصيّ في بعض الحيوانات و في العبد.

وهكذا الامر فيما اذا لم يُتصرّف فيه **بل** عروضُ العيب فيه، بنفسه.

فی عبارات الشّيخ(ره) هنا، تشويشٌ و ليس فيها تنقيحٌ **ولكن** توضيح الكلام مع ماورد فی الحواشی:

هنا: تصرّفان مُسقِطانِ للخيار فاحدالتّصرفين ليس محّلاً للكلام و هو التّصرف الدّالُ علىٰ الرّضا بالمعاملة و قد تقدّم البحث عنه مراراً و قد تقدّمت اخبارها فی باب خيارالحيوان من انّه موجبٌ لسقوط الخيار والارش كقوله (عليه‌السلام): «**ان قَبّلَ اولامَسَ فذلك رضیً منه و لاشرطَ**».

و من الواضح: انّ هذا النّوع من التّصرف المسقط للخيار و الارش، انّما هو بعد العلم بالعيب ككونه خصيّاً و هذا، لا اشكال فيه و لا مجالَ للبحث عنه **بل المقصود** من التّصرف هنا، التّصرف المخصوص بباب خيار العيب و هوالتّصرف المُغيّر للعين المسقط للخيار والارش والمُسقطيّة فيه ليست من باب الدّلالة علىٰ الرّضا بالبيع **لانّ** من شرائط خيار العيب فی باب اخبار العيب، بقاءُ العين علىٰ حالها و المستفاد من كلمات الشّيخ(ره) انّ محلّ الكلام، كلاالتّصرفان **و لكن الحقّ انّ** محلّ الكلام، ای**النّوع الثّانی من التّصرف**، التّصرف المُغيّرِ للعين غيرالمشروط دلالته علىٰ الرّضا فلوتصرّف فی مثل البغل الخصّی و البقر الخصيّ قبل العلم بالعيب هل هُو مسقطٌ للخيار كما انّه ليس فيه ارشٌ ام لا؟

قالوا نعم: لانّه تصرّفٌ مُغيّرٌ فی العين و كان الخيار ساقطاً كما انّه ليس فيه ارشٌ. بانه لو **اعترض الشّيخ عليه(ره)** لم يكن دالّاً علىٰ الرّضا و كان مُغيّراً للعين **و مع ذلك** فيما نحن فيه بالخصوص ای فی موارد ليس فيه مثل ما نحن فيه، ليس مُسقِطاً للخيار **و ذلك انّ** اخبار الباب، فی كون التّغيّر موجباً لسقوط الخيار فيما اذا يمكن سقوط الارش ايضاً و امّا فيما اذا لم يمكن فيه ارشٌ اصلاً، لم تدلّ علىٰ عدم الرّد

واخذ الارش ای مورد سقوط خيار العيب بالتصرّف المُغَيّر للعين، يختصّ بما يمكن فيه اخذ الارش و امّا فيما لايمكنه اخذ الارش، فليس التّصرفُ مُسقِطاً للخيار لمادلّ عليه مفهوم الرّوايات الواردة فی باب خيارِ العيب كصحيحة زرارة: «ايّما رجلٍ اِشترىٰ شيئاً و به عيبٌ وعوار، لم يتبرّأ منه و لم يبيّن له واَحْدَثَ فيه بعد ما قَبَضَهُ شيئاً ثمّ عَلِمَ بذلک العوار و بذلک الدّاء و انّه يمضی عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلک الدّاء والعيب من ثمن ذلک لو لم يكن به»

و انت كما ترىٰ انّ: هذه الرّواية فی مورد امكان اخذ الارش و البدل **و اورد المحقّق الايروانی(ره)** علىٰ الشيخ(ره) بانّ هنا حكمان:

حكمٌ بهذه العبارة: «يمضی عليه البيع» و هذا مطلقٌ ای سواءٌ يمكن اخذ الارش ام لا؟.

وحكم اخذ الارش. و من الواضح انّ هذا الحكم فيما اذا يمكن اخذ الارش امّا كون هذا الحكم فی مورد امكان الارش فلايوجب تقييدالحكم الاوّل ايضاً، بمورد امكان الارش.

بالجملة، تقييد الحكم الثّانی، ليس موجباً لتقييد الحكم الاوّل بمورد امكان اخذ الارش.

يمكن الجواب عنه بانّ: مقصود الشّيخ(ره)، ليس انّ تقييد الحكم الثّانی موجباً لتقييد الحكم الاوّل انّ مورد قوله عليه السلام: **«يمضی و يأخذ الارش»** غالباً، ما يمكن فيه اخذ الارش **لانّ** العيب النّادر الّذی ليس فيه تفاوتاً ماليّاً ولايمكن فيه اخذ الارش، فليس مورداً لجملة **«يمضی و يأخذ الارش»** وهذا لايبعدُ.

ان قلت: اذا قلنا: انّ مالايمكن فيه اخذالارش، خارجٌ عن مورد الرّواية **فماالدّليل علىٰ** هذا النّوع من الخيار ای الخيار فيما اذا لم يكن فيه اخذ الارش؟

قلت: دليل الرّد، ليس منحصراً بالرّوايات و من جملة الادّلة: **قاعدة لاضرر»** و منها: و **«مسألة الشّرط الضّمنيّ»** هما يدلّان علیٰ الخيار فيها اذا لم يكن فيه اخذ الارش **«اللّهم الّا ان يقال: انّ مورد «لاضرر»**، الضّررالماليّ و اصل السّلامة **و فيما**

نحن فيه، ليس الضّرر ماليّاً **لانّ** الصّبر علىٰ العيب الّذى ليس فيه الارش و الضّرر الماليّ، فربّمايُوجِبُ ضرراً غَرَضيّاً و تخلّف الاغراض فى المعاملات، ليس موجباً للخيار و قد تقدّم ذلک مِراراً **اللّهم الاّ** ان يكون الغرض، غرضاً نوعيّاً اى يـوجب الحضاضة فىالنّوع فتشمله **«قاعدة لاضرر» حينئذٍ** هذا النّوع من الغرض، النّـوعيّ الموجب للحضاضة **لانّ «قاعدة لاضرر»** تشمل كلّ مايأتى فيه الضّرر سواءٌ كـان عِرضيّاً و شَرَفيّاً، نوعيّاً، او ماليّاً و ...

فيؤل الكلامُ الىٰ انّ العيب الّذى ليس فيه الارش وليس فيه نقصٌ ماليٌّ ان كانت فيه حضاضةٌ غالباً، تشمله **«قاعدة لاضرر».**

ومضافاً الىٰ ذلک، لايمكن عدم نقصٍ ماليٍّ في هذا النوع من الحضاضة **بل فيه** نَقْصٌ ماليٌّ ولايصدق موردٌ لم يكن فيه نقصٌ ماليٌّ **ومع ذلک** فيه حضاضةٌ نوعيّةٌ فاذا فرضنا فيه، الحضاضة النّوعيّة لكان فيها نقصٌ ماليٌّ فتشمله **«قاعده لاضرر»** و لوقلنا: انّ مورد **«لاضرر»**، فهو الضرّر الماليّ.

هكذا الامرُ فيما اذا عَرَضَ العيب بنفسه اى «الخروج عن خلقته الاصليّة» فى يدالمشترى من دون نقصٍ موجبٍ للارش.

قال الفقهاء(ره) بانّ: هذا النّوع من العيب، مُسقِطٌ للخيار لما قلنا انّ العيب العارض جديداً مُسقِطٌ للخيار لعدم قيام العين بحالها والارش ايضاً، مفروض الانتفاءِ.

اورد الشّيخ(ره) عليه بانّ الخيار هنا باقٍ و عروض العيب الجديد، ليس موجباً لسقوط الخيار كما كان ذلک موجباً لسقوطه فى سائر الموارد **وذلک** انّ اشتراط بقاء العين بحالها و كون التّغيّر موجباً لِسقوط الخيار، انّما هو فيما يمكن اخذ الارش لما شرحناه سابقاً وذكرنا الرّواية الواردة فى الباب: **«ايّما رجلٍ اشترىٰ شيئاً و به عيبٌ او عوارٌ الح ...».**

عجيبٌ لايمكن اخذ الارش كما فيما نحن فيه فلا يمضى عليه البيع.

نعم: يمكن ان يقال انّ: ثبوت الخيار هنا **«بقاعدة لاضرر»** و جريانها هنا، خالٍ

عن الاشکال الّذی قلناه فی مورد ما اذا تَصَرَّفَ فی المعیوب الّذی لیس فیه النّقص الماليّ.

اقول: ینافی قوله(ره): بجریان **«قاعدة لاضرر»** هنا مع ما یقول: فیما یأتی: بانّ المسألة من قبیل تعارض الضّررین **و انّه** لایثبت الخیار ولایجری **«قاعدة لاضرر فیه» ثمّ قال: یجری ایضاً** ای مضافاً الیٰ قاعدة لاضرر، استصحاب بقاء الخیار و استصحاب بقاء جواز الرّد.

اورد الشّیخ(ره): فی المباحث المتفرّقة فی غیر هذا المورد، علیٰ هذا الاستصحاب بوجوهٍ:

الوجه الاول: انّه شکٌّ فی المُقتضی ای شکٌّ فی حدود بقاء العین ولایجری **«لاضرر»** فی الشکّ فی المُقتضی.

ولکن اذاقلنا: بعدم الفرق بین الشّکّ فی المُقتضِی و الشّکّ فی المانع کما هو مبنیٰ المشایخ من بعد الشّیخ کالمحقّق الخراسانی(ره) و غیره فلامجالَ لهذا الاشکال.

الوجه الثّانی: انّ موضوع الاستصحاب، لیس بباقٍ **لانّ** ما ثبت فیه الخیار، هوغیر المعیوب و ما ثبت فیه الخیار الآن، هوالمعیوبُ.

الوجه الثّالث: انّ هذا المورد من موارد الرّجوع الیٰ عموم **«اوفوا بالعقود»** فی مسألة: **«ما اذا خَرَجَ فردٌ عن تحت العام فی زمانٍ، هل یرجع الی عمومٍ فی الزّمن الثّانی او باستصحاب حکم المخصّص؟**

و ذلک لانّه قبل عروض العیب الجدید، ثبت الخیار و خَرَجَ عن عموم العامّ و بعد عروض العیب الجدید، یُشَکُّ فی ثبوت الخیار **بعبارةٍ اُخریٰ**، الشّک فی فوریّة الخیار و تراخیه، من وجهٍ آخر لامن جهة الامتداد الزّمانيّ.

ولنا ان نقول اوّلاً: لاتحتاج الیٰ الاستصحاب حتّیٰ تتوّجه علینا هذه الاشکالات المذکورة **بل لنا** مضافاً **الیٰ «قاعدة لاضرر»** واخبار الباب، **دلیلٌ آخر** و هو الشّرط الضّمنيّ و بناءُ العقدِ علیٰ السّلامة فاذا لم تجرِ **«قاعدة لاضرر»** ولو لم نستفد من

اخبار الباب شيئاً مفيداً فيما نحن فيه **فلَنا** الّتمسّک ببناء العقد علیٰ السّلامة علیٰ الخيار بعد ما كان دليلُ مُسقطّيةَ التّغيرّ، غيرُ شاملٍ لهذه الصّورة و مع الْاَسَفْ لم يتعرضّ الشّيخ(ره) لهذا الدّليل رأساً. **مع انّه** ينبغی ان يتعرّض لهذا.

و ثانياً: يمكن ان يقال: انّ هذا النّوع من العيب، ليس له خيارٌ رأساً **لانّ** فی باب الماليّات، الاعتبارُ بالمال **والغرض النّوعيّ** الّذي هو موجبٌ للحضاضة نوعيّاً في المعاملات ايضاً، موجبٌ للتّفاوت الماليّ **فالعيب الّذي** ليس منشأً للتّفاوت الماليّ، ليس فيه خيارٌ مِن الاوّل **وبناءً عليه نحن** نُوافِقُ مع القائلين بانّه ليس خيارٌ ولا ارشٌ، عندعروض عيبٍ جديدٍ و مضافاً الیٰ ذلک، **نقول: لاخيار و لا ارش لولم يعرض العيب الجديد ولو لم يتصرّف ايضاً.**

فبناءً عليه، قول الشّيخ(ره) بتعارض الضّررين (ضررُ البايع ان ردّه و ضررٌ علیٰ المشترى ان لم يردّ) **غير تامٍّ لانّ** المسألة، ليست فرض التّعارض **لانّه** ان ردّه المشترى فهو ضررٌ علیٰ البايع و اذا لم يردّ، ليس ضررٌ علیٰ المشترى لعدم تفاوتٍ ماليٍّ فيه.

فبناءً علیٰ جميع ما ذكرناه، يمكن ان نقول فی جميع الخيارات:

لو عَرَضَ للعين عيبٌ عندالمشترى، لايجوز له الفسخ، لانّه ضررٌ علیٰ البايع ولوقلنا برّد الارش ايضاً.

قلنا سابقاً: انّ من جملة الامور الّتی توجب سقوط الارش، مايجری فيه الرّبا اذا كان الجنس واحداً و كان موزوناً او مكيلاً اذا بانَ مَعيباً،

فی المسأله قولان:

وامّا القول الاوّل فهو جواز اخذ الارش للفرق بين الارش والرّبا من وجوهٍ ثلاثةٍ:

الوجه الاوّل: كون الرّبا المحرّم، انّما هو فی العقد والتّقاعد، والارش، لم يرتبط بالعقد و ليس موافقاً للقاعدة **بل هو** حكمٌ تعبديٌّ من الشّارع عليٰحدّة اي حكمٌ برأسه بناءً علیٰ المعروف.

الثّانی: انّ الرّبا كان مُقارناً زماناً مع العقد، والارش متأخّرةٌ عنه زماناً و رتبةً اذ الارشُ يَثْبُتُ بالمطالبة بعد العقد ولايثبت ابتداءً.

الثّالث: انّ ما وقع فی الرّبا هو العوض **ولكنّ** الارش، تعزيمٌ من باب تخلّف بعض شرايط العقد و تدارک الخسارة.

بناءً علىٰ هذه الوجوه الثّلاثة، اخذالارش هنا، ليس من الرّبا.

و امّا القول الثّانی فهو انّ اخذ الارش فی مقابل العيب، موجبٌ للرّبا ولافرق فی الرّبا بين كونه فی ابتداء العقد و فی اثنائه و اوّله، الىٰ الرّبا **لانّ** المستفاد من قول الشّارع فی مورد الرّبا: «**اَلذَهَبُ بِالذَّهَبِ، اَلْحِنطَةُ بِالْحنطَةِ**» انّ المماثلة فی بيع جنسٍ واحدٍ، يلزم حفظه و مراعاته فی كلّ موردٍ فالشارعُ الّذی الزم علىٰ العباد، حفظُ المماثلَة، فهو اَوْلىٰ بحفظ قانونه فلا يَعْتبرُ الشّارعُ اعتباراً تخرج الحنظة عن المماثلة فلاَ يحْكُم حكماً يُجزِجُهُ عن المماثلة.

فبناءً عليه، علىٰ المشترى، اذا بان معيباً ثمّ عَرَضَ له عيبٌ جديدٌ او تصرّفٌ فيه **فحينئذٍ** عدم الرّدو اخذ المشترى، الارش لاجل عيبٍ قديمٍ، مستلزمٌ للرّبا المحرّم لما ذكرناه.

واذا اَرادَ المشترى فسخَ العقد و ردَّ العين و ردَّ الارش لاجل عيبٍ جديدٍ هل يكون ردّ الارش كاخذ الارش هو من الرّبا و وقع التّلازم بين الارشين فی كونهما ربويّين و فی‌عدمها ام لا؟

والشّيخ(ره) قال: انّه اذا تصرّف المشترى فی المبيع تصرّفاً دالاًّ علىٰ الرّضا، فهو موجبٌ لسقوط الخيار و ذلک يُفْرَضُ بعد العلم بالعيب القديم ولامجالَ للقول بالضّرر و غير ذلک **لانّه** لو سلّمنا الضّررَ فهو ممّا اقدم عليه و رَضِيَ به.

و اذا عَرَضَ عند المشترى عيبٌ جديدٌ ليس هذا موجباً للخيار **لانّ** تغيير العين، موجبٌ لسقوط الخيار **حيث** يمكن فيه اخذ الارش **ومالا يمكن فيه،** اخذ ارش العيب القديم، ليس تغيير العين موجباً لسقوط الخيار، فعروض العيب الجديد، ليس موجباً لسقوط خيار العيب فلواراد ان يفسخ، فَسَخَ من دون ارشٍ.

ولكنّ العلّامه(ره): صرّح بانّه لايمكن له، الاستفادة من الفسخ **لانّ** الفسخ اِمّا مع ردّ الارش او بدونه فان فَسَخَ من دون ردّ الارش فهو ضررٌ علىٰ البايع لعروض العيب الجديد و اذا اراد اعطاء الارش **فهو ايضاً من الرّبا** كما فی اخذ الارش، **فما الفرق** بين ما اعطىٰ الارشَ و ما اخذه؟ **فاذا** كان اخذ المشترى، الارشَ فی صورة امضاء العقد، موجباً للرّبا فردّ الارش للبايع فی صورة عروض العيب الجديد ايضاً، من الرّبا **و هذا امرٌ مُشكِلٌ فی المسألة لانّ جميع شقوق المسألة، لايخلو عن غُموضٍ.**

و عن بعض الكلمات، يستفاد عدم الملازمة بين الارشين لانّ ممنوعيّةَ الارشِ، انّما هی، فی المعاملة اوفی لواحقها و هذا يختصّ بالعيب القديم و لايمنعه عن الفسخ اذ الفسخ، ليس معاملةً بل ايقاعٌ.

و ممنوعيّةُ الرّبا، انّما هی فی الامورا المثبتة لافی الامور المنفيّة التّی تنتهی الىٰ ملاحظة شیءٍ ربويٍّ والفسخ من ذلک القبيل، **هذا اوّلاً: و امّا ثانياً:** فاذا قلنا بالتّعميم فيلزم التّعميم فی مثل الاقالة ايضاً **حيث** انّه يشبه بالعقد فی احتياجه الىٰ تراضِ الطّرفين و لو لم تكن ماهيّةُ الاقاله، ببيعٍ **لانّ** الاقالة من قبيل المنفيّ والبيع، من الامور المثبتة لافی مثل الفسخ الّذی، هو ايقاعٌ ولايشبه بابِ المعاوضةِ من ايٍّ شیءٍ.

فالمسأله ذو غموضٍ كماصرّح بذلك العلّامه(ره) فعن بعضٍ فی رفع الغموص، انّ هذا الفرض، بمنزلة التلّف **حيث** لايمكن الفسخ والرّد فيرجع الىٰ البدل اذا كانت عينُ البايعِ عندالمشترى موجوداً.

وهكذا عين المشترى عند البايع موجوداً مِثلاً و قيميّاً **اَمّا مِثلاً فهو ردّ العين المفروضة معيوباً بالعيب القديم سليماً عن العيب الجديد** و ان لم يمكن ردّ مثل هذا المثل فيردّ قيمَة عينٍ كان فيه عيبٌ قديمٌ سليمٌ عن العيب الجديد **وردّه الشّهيد الاوّل(ره)** فی الدّروس **بانّه** كيف يفرض الموجود الذّی عَرَضَهُ العيب انّه بمنزلة التّألف؟

ثمّ اِنّ الشّيخ(ره) عَنْوَنَ بانّ مراد العّلامة فی قوله(ره) بعدم الاستفاده من الفسخ و

اسقاط الفسخ و الارش و الاّ يلزم الرّبا، **هل هو لزوم الرّبا فى الفسخ اولزوم الرّبا فى اصل المعاملة؟**

و صرّح الشّيخ(ره) بانّ مقصود العلّامة، ليس ما يعطيه ظاهرُ كلامِه و هو لزوم الارش فى الفسخ **بل** مقصوده، لزوم الرّبا فى اصل المعاملة ولزوم بطلان اصل المعاملة **ولكن نهاية كلام الشّيخ لايخلو عن تناقضٍ حيث** قال(ره): انّ كلام العلّامة، ذواحتمالين: «**احتمالُ لزومِ الرّبا فى الفسخ و احتمال لزومِ الربّا فى اصل المعاملة.**

اَمّا لزوم الرّبا فى الفسخ فهو انّهُ يُعطِى مَثَلاً مَنّاً مع زيادةٍ و يأخذ مَنّاً فقط من دون زيادةٍ.

ودعوىٰ وقوع الزّيادة فى مقابل وصف الصّحة الفاقد **مدفوعٌ** بانّ وصف الصّحة، ليس مقابلاً بالمال.

وامّا لزوم الرّبا فى اصل المعاملة فى العقد والفسخ، فهما سويّان من حيث لزّوم الرّبا **غاية الامر**، المعاملة، من قبيل الوجود، والفسخ، انما هو، عدم هذا الوجود فاذا لزمت الزّيادة والرّبا، فيلرم الرّبا فى المعاملة ايضاً **لانّه** وَقَعَ فى مقابل وصف الصّحة، مقدارٌ مِنَ الّثمن بانّ الاقالة وَقَعَتْ بوضيعةٍ باطلةٍ **لانّ** الزّيادة فى الفسخ والاقالة، تُنا فِى مَعَ مفهوم الفسخ والاقالة فاذا فَسَخَ العقد مع الزّيادة، وَقَعَ مقدارٌ من الّثمن فى مقابل وصف الصّحة الفاقد.

بالجملة،اذا قلنا: انّ **مفهوم** الفسخ لايقتضى ازيد من عكس المعاملة فنفيها، ورّد الارش والزّياده، انّما فى مقابل الّشئ التّالّف وليس هو الّا الصّحة ولم يكن منٌّ من الحنطة، مقابلاً بِمَنٍّ آخرمنها فى مقابل الحنطة مع زيادةٍ معها و هذا هو الرّبا فى‌المعاملة.

واشكل السّيد(ره) علىٰ الشّيخ(ره) فى الحاشية بانّا قبلنا قول المشهور و هو انّ الرّبا، يجرى فى المعاملات كلّها حتّىٰ فى باب الوفاء والضّمانات كما عن الفقهاء ولايختّص بباب البيع **ولكنّ** الفسخ، ليس من المعاوضات **بل** هو حلُّ العقدِ فلايجرى‌الرّبا فى الفسخ **هذا اوّلاً:**

وثانياً: علىٰ فرضِ جريان الرّبا فی غيرالمعاوضات، فهو يجرى فيما اذا يحتاج الىٰ طرفٍ واحدٍ كالفسخ فلانسلّم جريانَ الرّبا فيه.

وثالثاً: كان الارشُ غرامةً وليس جزءً من الثّمن.

اقول: هذه المطالب الثّلاثة تصّح كبروّياً **ولكن** لاترتبط لكلام الشّيخ(ره) **حيث** فَرَضَ الشّيخُ انّه لاتجوز الزّيادة علىٰ الفسخ: فسخٌ و زيادةٌ و فسخٌ وهبةٌ و فسخٌ و وديعةٌ.

ثمّ انّ السّيد(ره) اعترض علىٰ الشّيخ(ره) علىٰ لزوم الرّبا فی اصل المعاملة **بوجهين غير واردين ايضاً:**

الاوّل: انّه لاتأثير للرّبا المتأخّر اللّازم فی اصل العقد الّذى وَقَعَ سابقاً.

الثّانی: انّ وصفَ الصّحة، ليسُ مقابِلاً بالمالِ مطلقاً سواءٌ كان فی الرّبويات او غيرها كسائر الصّفات ليس من الاموال و انّما هو مُقوّمٌ لماليّة الاموال **بعبارةٍ اُخرىٰ**، الّصفات، واسطةٌ فی ثبوت المال و مقداره وليس نفسه، مالاً.

اقول: هذان ايضاً غير واردين لانّ الشّيخ(ره) لم يقل بتأثير المتأخّر فی المتقدّم وانقلاب الواقع عمّا وقع عليه **بل** مراد الشّيخ(ره) من استلزام الارش الرّبا فی اصل المعاملة، عدم توفيق الفسخ مع اصل العقد اى اذا فَسَخَ المشترى ورَدَّ الارشَ لاجل عيبٍ جديدٍ و جَعَلَ الارشَ فی مقابل وصف الصّحة، **فهو مبنيٌّ علىٰ** مقابلة الاوصاف بالمال وكون وصف الصّحة، مُقابلاً بالمال.

وبعبارةٍ اُخرىٰ نظريّة الشّيخ(ره) هو انّ الفسخ،كاشفٌ عن كون المعاملة السّابقة ربّوياً لاكون الفسخ ناقلاً هذا اوّلاً:

وامّا ثانياً: فمقابلةُ هذا بهذا، ليس بصحيحٍ فی المعاملات فی الاوصاف مطلقاً سواءٌ كان من الرّبويات او غيرها **ولكنّ** المقابلة فی عالم اللُّب اى اضافة القيمة بحسابها بحيث لو تَخَلَّفَ، يَرجِعُ الىٰ الارش **فهو ثابتٌ فی غير الرّبويّات.**

حلُّ المسألةِ و تَحقيقُها.

نظريّة الشّيخ(ره) فى باب الارش كما سيأتى فى بـاب الارش عـن قـريبٍ انّ الارش، تغريمٌ خارجيٌّ و تداركُ الغرامةِ وليس جزءً من احـدالعـوضين وارسـله الشّيخ ارسالَ المسلّم كما صرّح(ره): بانّ الاوصاف، لاتقابل بالمال فوصف الصّحة ايضاً لايُقابلُ بالمال فليس جزءً من الّثمن فهو غرامةٌ و هو خلافُ القاعدة فيقتصر علىٰ مورد النّص والنّص انّما هو فى البيع ولادليلَ فى سائر الابـواب **ومـع ذلك** صرّحوا ثبوت الارش فى موردين من دون نصٍّ فيهما.

احدهما: بابُ الصّداق فيما لوبان المهر مَعيباً.

و ثانيهما: فى باب الأجرة فيما لوكانت الاجرةُ معيبةً **بل** فى مورد كـون العـين المستأجرة معيبةً و فى هذين الموردين صرّحوا بالارش ولم يصرّحوا فـى سـائر الابواب الّا فى كلام العلّامة فى التّذكرة **حيث** يظهر منه مَيْلُهُ(ره) الىٰ ثبوت الارش فى جميع المعاوضات اذا بانَ معيباً.

وكما سنذكره فى باب الارش عن قريبٍ انّ: كلّ هذه المطالب، خالٍ عن السّداد **لانّ** الارش، جزءٌ من الّثمن كما صرّح بذلك فى باب الارش العلّامة(ره) فى التّذكرة والشّيخ(ره) ارسل عدم كونه جزءً من الّثمن ارسالَ المسلّم ولم يتعرّض لما قال به العلّامة فى التّذكرّة فى باب الارش **من انّه** جزءٌ من الّثمن **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانياً: علىٰ تسليم عدم كونه جزءً من الّثمن، فهذا لايدلّ علىٰ كونه غرامةً و تدارك الغرامة و انّه خارجٌ عن ايجاب المعاملة.

وثالثاً: فى قوله(ره) عدم كون الاوصاف مُقابِلاً بالمال، سيأتى الكـلام فـيه: **انّ المقابلة علىٰ** انحاءٍ ثلاثةٍ:

الاوّل: المقابله فى عالم اللُّب و هو من قبيل الاغراض و الدّواعى؛ وهذا النّوعُ من المقابلة والدّواعى، ليست معتبرةً فى المعاملات و تخلّفها لايؤثّر فى المعاملات.

فقول السّيد(ره) بانّ الاوصاف مطلقاً سواءٌ كانت اوصاف الصّـحة او اوصـاف الكمال، انّما هى مقابلةٌ فى عالم اللّب ان كان المراد من اللّب، الخارج عن الانشاء

اذا كان فيه الجِدّ ولم يدخل فيه، مطابقةً و تضمّناًوالتزاماً فهو لايؤثّر فی المعاملة اصلاً لاصحّةً ولاخياراً ولالغيرذلک، انّما هو المؤثّر للانشاء.

وان كان المراد من المقابلة، الدّاخلة فی دائرة الانشاء **فهو علیٰ** قسمين:

احدهما: مقابلة هذا بهذا بحيث يصحّ فيه استعمالُ باء المقابلة **وثانيهما:** ورود الاوصاف فی عالم الانشاء مثل: «بعتُ العبدَ الكاتبَ» «والفرسَ العربيّ» وازدياد الّثمن **لاجل** هذه الاوصاف ولولم يصحّ اعتبار باء المقابلة فی هذا النّوع و **هذا، يسمّیٰ بالارش.**

والرّبا بخلاف الارش حيث انّ الاعتبار فی دليل الرّبا، بباء المقابلة يعنی كون كلّ المبيع مع كلّ الّثمن مُعادلاً فجعل مقدارٍ من المعوَّض بالمعنیٰ المقابليّ الثّاني في مُقابلِ وصف الصّحة، ليس مُوجباً لبطلان المعاملة كما يستفاد من كلام الشّيخ(ره)، البطلان لتحقّق «**مِثلاً بِمِثلٍ**» كما انّ قوله الآخر فی مقام بيان انّ الارش فی الفسخ، موجبٌ للرّبا فی المعاوضة، **لايخلو عن تأمّلٍ**

و توضيح قوله(ره) انّ: ردّ الارش لاجل العيب الجديد العارض، يوجب جعل مقدارٍ من الّثمن فی مقابل وصف الصّحة فهو رباءٌ فی اصل المعاملة.

و وجه التّأم عدم كونه من الرّبا المحرّم لتحقّق المماثلة فی هذا الموضع.

والحقّ انّه: لوبانَ مَعيباً بالعيب القديم، يجوز فيه اخذُ الارش وليس هذا من الرّبا المحرّم وعلیٰ عدم جوازه فی اصل المعاملة، لاشكّ من جواز اخذ الارش فیالفسخ **لنكتةٍ** ذكرناها و هی انّ الفسخ هنا، ليس من قبيل الفسخ فی سائرالخيارات **لانّ** الفسخ هنا، بمعنیٰ عدمِ اِمضاء البيع وردّ المعاملة لا انّ المعاملة كانت صحيحةً نافذةً وله حقٌّ فسخٍ و هو حقٌ خارجيٌّ له كما في سائر الخيارات؛ **فاذاكان** الفسخ هنا بمعنیٰ ردّ المعاملة، فالمردود، مالُ الغير فهو مضمونٌ بضمان اليد و يلزمه ردّ التّفاوت والارش، **فقرقٌ** بين العيب القديم السّابق والعيب الجديد اللّاحق فی نحوالضّمان **لانّ** العيب السّابق لوكان مضموناً فهو مضمونٌ لضمان المعاوضة **ولذا** ليس ارشه، تفاوتَ قيمةِ الواقعيّ **بل** اخذ نسبة قيمة الواقعيّ بين الصّحيح

والمعيب من الثّمن.

واما فى العيب الجديد فليس الارش فيه بردّ نسبةٍ بين الصّحيح والمعيب من الثّمن **بل** يلزم للمشترى ردُّ مقدار النّقص والتّفاوت فربّما يمكن استيعابُ النّقص تمامَ الثّمن.

فتحصّل: انّ اخذ الارش فى كلا المقامين فى مقام المعاملة، لاجل العيب القديم او فى مقام الفَسخ لاجل العيب الجديد، لابأس به.

مسألةٌ: هل يدلّ خيار العيب علىٰ الفور علىٰ حدّ سائر الخيارات ام متراخٍ؟

فى هذا المسألة بحثانِ: بحثٌ صغرويٌّ و بحثٌ كبرويٌّ.

امّا الصّغرويّ فهو انّ التأخّير هل يدلّ علىٰ الرّضا بالبيع كما هو ظاهر «الغيبة» **حيث** صرّح بانّ: **من تأخّر فى اِعمال الخيار، فظاهره، الرّضا بالبيع فيَسقُطُ الخيارُ والارشُ معاً ام لا؟**

ومن الواضح انّ البحث عن الصّغرىٰ بعد الفراغ عن دلالته علىٰ التّراخى و تسلّم التّراخى.

امّا الكبرىٰ فهو هل يدلّ الدّليل علىٰ الفور او التّراخى؟

فقد صرّح الشّيخ(ره) بانّ صاحب الجواهر(ره) قال: انّ المشهور لاخلاف فى كونه متراخياً عندالمتأخّرين **ولكن لااعتبار لشهرة المتأخّرين بل** الاعتبار، بشهرة القدماء **حيث** كان مدار شهرة القدماء، النّصوص الموجودة عندهم اى شهرتهم، كاشفٌ عن وجود نصٍّ وَصَلَ اليهم مالَم يصِلْ الينا كما انّ اِعراضهم عن روايةٍ، كاشفٌ عن وجود خللٍ فيها وَصَلَ اليهم ولم يصل الينا **ولكن** شهرةُ المتأخّرين لاجل سِعَةِ دائرة الاجتهادِ، **لعلّه** لاجل اشتهار رأيٍ من دون كشفٍ من جود نصٍّ و احترام رأي المجتهدين المتأخّرين، انّما هو من حيث انّه رأيٌ لامن حيث كشفه عن نصّ وَصَلَ اليهم و لم يَصِلْ الينا. **فبناءً عليه،** شهرة المتأخّرين فى المسألة، لامانِعَ من القول

هنا بما قلنا فی سائرالخيارات من انّ المسألة، مبتنيةٌ علیٰ انّ فی المقام هل المرجع، عموم: «**اوفوا بالعقود**» او استصحاب حكم المخصّص.

بعبارةٍ أخریٰ هذه المسألة، من صغرياتِ البحثِ الاصوليِّ :

اذا خَرَجَ فردٌ من تحت عامٍّ فی زمانٍ هل يُرْجَعُ الیٰ عموم العامّ فی مابعد ذلک الزّمان من باب الاقتصار فی التّخصيص بحدّ الاقّل والحكم بفوريّة الخيار او الیٰ استصحاب حكم المخصّص والحكم بتراخی الخيار؟.

استدلال القائلين بالفّورية.

قلنا سابقاً: انّه أُستَدِلَ بالفوريّة بوجهين:

احدُهما: مرجعه الیٰ فقد المقتضی ای لايدّل دليلٌ علیٰ وجود التّراخی **ومرجع الوجه الثّانی** الیٰ وجود الرّافع ای علیٰ فرض وجود دليلٍ علیٰ التّراخی، وجود الرّافع و هو التأخيّر، يوجب سقوطَ الخيار.

مختار الشّيخ(ره)، الفورّيةُ دون التّراخی و قَبِلَ(ره) دليلَ وجود الرّافع و دليلَ فقدِ المقتضی ای لم يدلّ دليلٌ علیٰ ثبوت الخيار فی التّراخيّ.

والشّيخ(ره) ذكر هنا مطالبَ ثلاثة:

الاوّل: انّ التأخّير، دليلُ الرّضا بالعقد والرّضا، موجبٌ لسقوط الخيار والارش كما هو ظاهر «**الغنية**» **و صرّح الشّيخ(ره)** بعد هذا و يقول: «**لنا يمكن القول**»، بانّ التأخّير، دليلُ الرّضا بالعقد و موجبٌ لسقوط الخيار **ولكن** هذا، ليس دليلاً علیٰ سقوط الارش ای التّأخير و امضاء العقد، لايَدُلُ علیٰ سقوط الارش و عدم مطالبة الارش فلو دلّ علیٰ التّأخير، لدّل علیٰ سقوط الخيار دون سقوط الارش.

مضافاً الی ذلک انّ: رضاه فی القلب والباطن بعدم مطالبة الارش، لايكفی فی سقوط الارش.

اقول: قول الشّيخ(ره) بانّ التّأخير، موجبٌ لسقوط الخيار دون الارش، **لايخلو**

عن تأمّلٍ فى كلاالفرضين:

امّا فى ايجاب التّأخير لسقوطِ الخيار **فلانّ** مجرّد التّأخير فى اخذ الحقّ، ليس دليلاً علىٰ الرّضا بلزوم البيع لامكان عدم وصول يده حتّىٰ يُعلمه و غيرذلک من وجوه التّأخير فالتأخير، من قبيلِ احداثِ الحدث او التّصرّف الموجبِ لسقوط الخيار لاجل دلالتها علىٰ الرّضا.

و امّا قوله(ره) بعدم دلالة التّأخير علىٰ سقوط الارش و علىٰ فرض دلالتة، ليس صالحاً علىٰ الاسقاط، **فهو مخدوشٌ لانّ** فى باب خيارالحيوان فى قوله عليه السلام: **«وان قَبَّلَ اولامَسَ، فَذلكَ رضيً مِنهُ وَلاخِيارَ»، احتمالاتٌ ثلاثةٌ واختار الشّيخ(ره) الاحتمال الثّانى و نحن اخترنا الاحتمال الثّالث؛**

الاحتمال الاوّل: كون التّقبيل والمسّ، بحكم الرّضا تعبّداً من غير دلالة عليه و هذا ليس مطرح الكلام **حيث** كان مخصوصاً لخيار الحيوان.

والاحتمال الثّانى و هو دلالته علىٰ الرّضا بالعقد ودلالته علىٰ انشاء اسقاط الخيار و لزوم العقد واختاره الشّيخ(ره) **وبناءً علىٰ هذا المعنى، القول بعدم سقوط الارش محّلُ نظرٍ لانّه حينئذٍ، اسقاطُ الارش علىٰ القاعدة حيث:** انّ المقرّر عندالمحقّقين، الانشاءآت سواءٌ كانت بالاقوال او بالافعال، تؤثّر الّا فى بعض الموارد كالنّكاح **حيث** قالوا: بعدم الاعتبار بمجرّد الفعل و عدم جريان المعاطاة فيه.

بالجمله، حقُّ الارش و حقّ الخيار كلاهما، حقّان و كلّ حقٍّ يحتاج الىٰ اسقاطِ الانشاء و قوله **«فَذلك رضيً مِنْدُ وَلا شَرْطَ علىٰ القاعدة** وهو من باب اسقاط الانشاء ولافرقَ فى الاسقاط بين حقّ الارش و حقّ الفسخ.

والاحتمال الثّالث انّ فى قوله عليه السلام: فذلك رضيً منه ولاخيارَ» اقرارٌ بالعقد والابرامُ له و ليس بابُهُ بابَ اسقاطِ الخيار.

المطلبُ الثّانى انّ: الرّوايات الخاصّة الواردة فى باب خيار العيب، ليس لها اطلاقٌ و دعوىٰ الاطلاق ليست بصحيحةٍ **لانّ** الرّوايات الواردة، فى مقام بيان اصل الخيار وليس فيها، اطلاقٌ زمانيٌّ.

المطلبُ الثّالثُ انّه(ره) بَحَثَ فی مسألة: **ما اذا خرج فردٌ عن تحت العامّ فی زمانٍ و فیما بعد ذلک الزّمان هل یُرْجَعُ الیٰ عموم العامّ او الیٰ استصحاب حکم المخصّص؟**

والعامّ مثل: «اوفوا بالعقود» یدّل علیٰ لزوم الوفاء فی جمیع الازمان فی جمیع الافراد و خَرَجَ منه خیارُ العیب فی زمانٍ اوّلٍ بمقدار الفورّیة و امّا الزّمان الثّانی ای‌التّراخی هل یرجع الیٰ عموم العامّ او باستصحاب حکم المخصّص؟

فالحقّ انّه یرجع الیٰ عموم العامّ والقول بالفّوریة.

اقول: قول الشّیخ(ره) بعدم الاطلاق فی روایات الباب، محلُّ اشکالٍ **لانّ** الظّاهر لها اطلاقٌ کما عند السّید(ره) **«کمرسلة جمیل»** عن احدهماعليه السلام: **«فی الرّجل یشتری‌الثّوب اوالمتاع و یجدفیه عیباً فقال**عليه السلام **» ان کان الشّیٔ قائماً بعینه، ردّه علیٰ صاحبه و اَخَذَ الثّمنَ» لانّه** کما قُرِّرَ فی باب المطلق و المقیّد، انّ الاطلاق، لازمٌ عقلیٌّ علیٰ وضع الحکم علیٰ الطّبیعة ولایحتاج فی الاطلاق الیٰ نظر المُطلِق الیٰ کیفیّة الخیار ولحاظه **لانّ** مجرّد القول بثبوت الخیار، یلزمه الاطلاقُ الأزْمانیّ والحالیُّ وعدم انصراف قوال الطّبیب الیٰ المریض: **«اشترالدّواء، الیٰ کلّ دواءٍ»**، انّما هولوجود القرنیة الحالیّة.

امّا فی قوله(ره) فی ورود المسألة تحت مسألةٍ عامّةٍ: «اذا ورد عامٌّ و خَرَجَ منه فردٌ فی‌زمانٍ ما الخ» **فنقول:** انّه(ره) صرّح سابقاً بانّ خیار العیب وخیار تخلّف الوصفِ والشّرط، لیس کسائر الخیارات حیث لم تکن حقّاً **بل** من قبیل الحکم فَلَمْ تدخل تحت: **«اوفوا بالعقود»** فلیست المسألة من قبیل خروج فردٍ عن تحت العامّ حتّی یبحث انّه هل یرجع فی الزّمان الثّانی الیٰ عموم العامّ او استصحاب حکم المخصّص بل یرجع بطّاً الیٰ استصحاب بقاء الخیار **بل** لایحتاج الیٰ استصحاب بقاء الخیار **لانّه** معلومٌ لاشکّ فیه فیدلّ خیارالعیب علیٰ التّراخی.؟

هل يجب اعلامُ العيبِ علىٰ المشترى

ام لايجب ام فيه تفصيلٌ؟ فيه اقوالٌ خمسةٌ:

الاوّلُ: قولٌ بوجوب الاعلام مطلقاً سواءٌ كان العيب جلّياً ام خفيّاً.؟

الثّانى: عدم الوجوب مطلقا.

الثّالث: التّفصيل بين الجلّيِ و الخفيّ فعدم الوجوب في الجّليّ والوجوب فـي الخفيّ.

الرّابع:وجوب الإعلام مطلقاً سواءٌ كان جليّاً او خفياً الّا فيما اذا تبرّئُ

الخامس الوجوب فى العيب الخفيّ الاّ اذا تبرّئ.

ما هو مبنى الاقوال؟

لم ترد فى المسألة، رواياتٌ خاصّةٌ **بل** مدار الحكم فى الاقوال، ادلّةُ حرمةِ الغَشِّ فىالمعاملة مثل: **«ليس منّا مِنْ غَشٍّ مُسلماً او ضرّه اوماكره»** ونحو ذلک **هل يصدق الغشُّ فى المسألة المبحوثة، مطلقاً او عدم صدقه ام بالتّفصيل؟**

فَمَنْ ذَهَبَ الىٰ الوجوب، ذَهَبَ الىٰ انّه يصدق عليه، الغشّ، اذا لم يُعلم، **ومـن ذَهَبَ** الىٰ عدم الوجوب مطلقاً ذَهَبَ الىٰ انّه لايصدق **لاجل** انّ وظيفة المشـترى، السّؤال والتّرويّ عن العيب **والتّحقيق عن** عيوب المبيع وغير ذلک ولم يسئل ولم يُقدم علىٰ التّرويّ فلايجب علىٰ البايع، الاعلامُ لعدم الغشّ من قِبلَه.

وهكذا فى العيب الجليّ،كان المشتري مُقصّراً **حيث** كان العيب جليّاً و وظيفتة، ملاحظة المبيع ولم يلاحظه بخلاف ما اذا كان العيب خفيّاً **لانّ** العيبَ ممّا لايعلم **الّا** من قِبَلِ البايع **فالخيانة**، من قِبَلِ البايع **حيث** لم يُعْلِمَ المشترى.

وهكذا التّفضيلُ من حيث التّبريّ و عدمه **حيث** انّ البايع اذا تبرّئ من العيوب، فقد لايلزم علىٰ اشتراط السّلامة فلم يصدق عليه الغشّ **بخلاف** اذا يتبرّأ منه كما هو واضحٌ **ولذا ذَهَبَ اكثر الفقهاء الىٰ** التّفصيل بين العيب الجليّ و الخفيّ بانّ الاعلام،

يجب فی العيب الجليّ دون الخفيّ وليس المراد من وجوب الاِعلام فـي الجـليّ، الوجوب الاصليّ **بل** المراد منه، الوجوبُ التّبعيّ اللّازم لتحريم الغشّ كحرمة ضـدّ العامّ.

اقول: المناسبُ لباب خيار العيب، بحث الشّيخ(ره) من انّـه: **اذا فـرضنا عـدم الاقدام بالاِعلام فی الصّور الخمسة، هل له خيار العيب او هل له حقّ الارش ام لا؟،** لاالبحث من وجوب الاعـلام وصـدق الغشّ و عـدمه **لانّ** المـناسب فـيه، بـابُ المكاسب المحرّمة **الّا ان يقال** بالملازمة بين البحثين فی نظر الشّـيخ(ره) ای كـلّ موردٍ قلنا بوجوب الاعلام لولم يفعل، فله الخيار و فی كلِّ موردٍ ما لم نقل بوجوب الاعلام، ليس له خيارٌ.

وهذه الملازمة ايضاً لا تصّح لانّ: من قال بعدم وجوب الاعلام كما عن المحقّق الثّانی‌فی الشرّايع و العلّامة فی بعض كلماته من التّذكره **و مع ذلك** قـالا: بـالخيار فی‌العيب و هكذا الارش، فلا ملازمةَ بـين الحـرمة التّكـليفيّة والحكـم الوضـعيّ والارش.

و من الواضح، عدم الخيار عند التّبرّی فان كان نظر الشّيخ فی البحث هنا، عن الحكم الوضعيّ فلا مجالَ هنا للبحث عن التّبرّي قد قدّم منه(ره) **انّ التّبرّي،** موجبٌ لسقوط الخيار.

و امّا فی العيب الخفيّ اذا لم يُعْلِمِ البايعُ المشتري، فللمشتري خيارُ العيب مسلّماً **و امّا فی العيب الجَلِيّ من دون التّفاوتِ للعيب ثمّ عَلِمَ بالعيب فيبقیٰ الكلام في انّـه هل له خيارالعيب ام لا؟ فيه وجهان:**

وجهٌ بالثّبوت و وجهٌ بالنّفی، وجهُ الثّبوتِ انّ الدّليل علیٰ ثبوت الخـيار، اصـالة السّلامة. و بناءُ العقدِ علیٰ الصّحيح و هذا موجودٌ فی العيب الجَـلّيِ اذا لم يـلتفت عليه.

و امّا وجهَ نفيِ الخيار فهو انّ البايع، لم يلتزم بسلامة المبيع من العيب، كان العيب جليّاً يلتفت به بأَدنیٰ توجّهٍ من المشترى فحيثُ لم يلتفت المشترى له **فهو مُقَصِّرٌ و**

هذا هوالاقوىٰ ولم تأت هنا، **«قاعدة لاضرر»** ايضاً **لانّه** ضررٌ جاءَ من ناحية المشترى نفسه و اَمّا اخبار خيارالعيب فهو ينصرف عن العيب الجَليِّ **لانّ** كلمة **«يجد»** فى الرّوايات يُستخدَم فى موردٍ كان العيب خفيّاً و وجده، **فَصدقُ اخبار الباب علىٰ العيب الجليّ الظّاهر، غير معلومٍ** ان لم يكن معلومَ العدم خصوصاً ماورد في مورد خلط الرّدى مع الجيّد: **فماذا حكمه؟** قال عليه السلام : «اذا رؤيا جميعاً فلابأس مالم يقتّل الجيّد، الرّدى» حيثُ صَرَّحَ بعدم البأس وليس فيه خيارٌ ولاارشٌ فيما اذا رُؤِيَا؛ هذا كلّه فى مورد الحكم التّكليفيّ والوضعيّ للاعلام.

ثمّ وَقَعَ الكلام علىٰ فرض القول بوجوب الاعلام تبعاً سواءٌ قلنا بالوجوب مطلقاً او بالتّفصيل ام بالوجوب فى صورة عدم التّبرى **لاجل صدق الغشّ المُحَرَّم هل تكون المعاملة، فاسدة ام لا؟**

القاعدةُ تَقتضى عدمَ بطلانِ المعاملة **لانّ**النّهى، عن عنوانٍ خارجٍ عن المعاملة ولم يتعلّق النّهى بذات المعاملة **بل** تَعَلَّقَ بعنوان عروضٍ عُنوِنَ فيه اى كان عدم الاعلام، حراماً من جهة كونه حراماً **لامن جهة كونه بيعاً** الّا فيما اذا كان التّعيب من قبيل خلط غيرالجنس بالجنس **حيث** كانت المعاملة باطلةً كما صرّح به الشّهيد والمحقّق الثّانى فى جامع المقاصد حيث قال:

«يمكن انّ هذا المورد، من قبيل تعارض الوصف والاشارة كَأَن يقال: بعتُكَ هذا اللّبن بكذا مع انّه لبنٌ و ماءٌ فباعتبار وجود المشار اليه، يمكن القول بالصّحة و باعتبار التّوصيف باللّبن مع انّه لبنٌ وغيرلبنٍ، يوجب البطلان.

ثمّ: انّه لامجالَ للبحث والكلام من امرين:

الاوّل: كتمانُ البايع عن بيان العيب اوجوابه بالكذب او عدم جوابه و سكوته عن بيان العيب او اِغفال المشترى بنحوٍ من الانحاء فيما اذا سَئَلَ المشترى عن العيب، حرامٌ تصدّق عليه الغشّ حتّىٰ عندالقائلين بعدم وجوب الاعلام او استحباب الاعلام، سواءٌ كان الكتمان فى العيب الجَلِيِ او الخَفِيِ.

الثّانى: عدم صدق الغشّ، مُسَلّماً من قِبَلِ البايع فيما اذا كان العيبُ جليّاً ولم يُردالبايع ان يخفىٰ العيب الجليّ **ولكن** باع المشتري، المعيوب بعيبٍ جليٍّ من دون تبرٍّ عن العيب و وردت علىٰ طبقه، روايةٌ مذكورة فى باب المكاسب المحرّمة فىمورد، خلط الجنس الاعلىٰ من الرّديّ بحيث لم يكن الرّديّ مخفيّاً، صرّح الامام عليه السلام : **«لابأس اذا رَوَّ يا جميعاً، لم يُخفِ الجليّ الرّدي» يبقيٰ الكلام، في العيب** الشخصيّ الّذي اذا لم تبيّن البايع، يبقيٰ المشتري في الغفلة ولم يعلم بالاختيار **وفى هذا، اقوالٌ:** فعن الشّيخ(ره)، كونه حراماً لصدق الغشّ الّذى هو بمعنىٰ عدم النُّصح عليه.

وعن السّيد(ره)، عدم الحرمة لانّه يصدق عليه الغشّ حيث لم يَسئَل المشترى عن العيب وكان المشترى مُقصّراً فيه كما انّه لايصدق عليه النُّصح.

ثمّ قال السّيد(ره): «ان قلت: المعاملة مبنيةٌ علىٰ الصّحة والمشترى إعْتَمَد علىٰ اصل الصّحة و تَخَيَّلَ عدمَ كونه معيباً».

قلت: انّ المشترى اعتمد علىٰ امارةٍ تخلّفت و هذا، لايرتبط بالبايع.

اقول: قول السّيد(ره) هنا ضعيفٌ لما قلنا: انّ المراد من بناء العقد علىٰ الصّحة، تعهّدُ البايع، علىٰ السّلامة المعلومة عنده فقدها و مع هذا العلم، اغوىٰ المشترىو اغراه الى الجهل و الضّرر لما هو كانّه اَخْبَرَ المشترى بانّه صحيحٌ مع انّه ليس بصحيحٍ.

ثمّ انّ الشّهيد(ره) ذكر فى جامع المقاصد بحثين: نقل الشّيخ احدهما، هنا والآخر فى آخر المكاسب المحرّمة.

و امّا المطلب الّذى نقله الشّيخ عن الشّهيد الثّانى فى جامع المقاصد **فهو انّ** الغشّ المحرّم فى المعاملة علىٰ المعروف، ليس مُوجباً لبطلان المعاملة خلافاً للمحقّق الاردبيلى(ره) فى شرح ارشاده **حيث** ذهب الىٰ انّ الغَشّ المحرّم، موجبٌ للبطلان.

ووجه عدم البطلان، ما قرّر فى علم الاصول من انّ النّهى المتعلّق علىٰ المعاملة

الموجب للبطلان، انّما هو فيما اذا تَعَلَّقَ علىٰ ذات المعاملة و امّا النّهى المتعلّق بخارج المعاملة بعنوانٍ اعمّ من المعاملة او بعنوانٍ عارضٍ للمعاملة المطابق علىٰ المعاملة، فلايوجبُ البطلان بخلاف باب العبادات **حيث** انّ تعلّق النّهى بها، موجبٌ للبطلان مطلقاً سواءٌ تعلّق بذات العبادة او خارجها بايٍّ جهةٍ من الجهات العارضة لها كالنّهى عن الصّلاة فى الدّار المغضوبة.

نعم أستثنِيَ من عدم البطلان، ما اذا كان التّعيّب من غير الجنس كخلط النّحاس مع الذّهب و ضرب السّكة غشّاً؛ فى مثل هذا المورد تكون المعاملةُ باطلةً **لا لاجل** تعلّق النّهى **بل لاجل** تغيّر عنوان المعاملة وفقدها و من قبيل ذلك، مَزْجُ اللّبن بالماء فهو باطلٌ فى الجميع لاجل تغيير عنوان المعاملةو معلومّية وزن المجموع غيركافٍ ولايجوز القول بالصّحة فى الماء و صحّته فى مقدار اللّبن كبيع ما يملك ومالايملك فى صَفقةٍ واحدةٍ **حيث** قالوا بصحتّة فى مايَمْلِكُ و عدم صحّته فيما لايملك **وذلك لانّ اللّبن فيما نحن فيه، من الموزونات** و تلزم معلومية وزن اللّبن والفرض عدم كونه معلوماً الّا ان يقال: انّ العلم لوزن الجملة، كافٍ فى اعتبار العلم بمقدار الاَجْزاء كما يظهر من الشّيخ و السّيد(ره) من كفاية العلم بقدر المجموع تأييداً لجامع المقاصد كما يكفى فيما يملك و مالايملك **حيث:** انّ مقدار ما يستحقّه من الثّمن، **غيرمعلومٍ ولكنّ** العلم بمجموعه، كافٍ فيه.

اقول: انّ العلم بالمجموع، غير كافٍ هنا خصوصاً كما يكفى العلم بالمجموع فيما يملك و مالايملك.

والفرق بينهما: انّ المشترى والبايع فى مورد مايَمْلِكُ وما لا يَمْلِكُ، توافقا علىٰ البيع و ورد الايجاب والقبول فى موردٍ واحدٍ، **غاية الامر لم** يمضه الشّارع، فيصّح فيما امضاه ومايصّح فى مالاَامْضاه بخلاف **مانحن فيه حيث** انّ الايجاب والقبول، لم يكن متواردا علىٰ موردٍ و احدٍ **حيث** انّ البايع، باعَ اللّبن والماءَ والمشترى، اِشترى اللّبنَ.

اِعْتَرَضَ السّيد(ره) والشّيخ(ره) على الشّهيد مؤلّف جامع المقاصد بانّ

المفروض، استهلاک الماء باللّبن کازیاد الملح فی الطّعام فلیس هناک ماءٌ ولبنٌ حتّیٰ یقال بانّه من قبیل تبعیض الصّفقة حتیٰ یقع البحثُ في انّ معلومّیة المجموع کافٍ ام لا؟ **وذلک** کجمیع الاستهلاکات و هذا الاستهلاک، انّما هو من قبیل العیب الوارد علیٰ المبیع فالمعاملةُ تصّح فی الجموع مع خیار العیب للمشتريِ .

اقولُ: اعتراضُ الشّیخ(ره) والسّید(ره) بانّ ما نحن فیه من قبیل الاستهلاک و کون خلط الماء باللبن عیباً، **محلّ تأمّلٍ و نظرٍ.**

و امّا الاول و هو عدم کون المسألة من قبیل الاستهلاک الّذی لیس غَشّاً و خیانةً **فلانّ** معنی الاستهلاک، الخلط بحیثُ زالَ اثرالماء فی اللّبن لاجل کونه قلیلاً و لیس الامر کذلک فیما نحن فیه ولایعتبر فی الاستهلاک عدم رؤیة الماء و غلبة لون اللّبن علیٰ الماء **فتحصّل** ان نظریّة الشّهید فی جامع المقاصد، اصوبُ من استهلاک الشّیخ(ره) و السّید(ره).

و امّا الثّانی و هو جعل الخلطِ بالماءِ عیباً فهو ایضاً لایخلو عن تأمّلٍ لعدم صدقِ العیب علیه **ولذا** فیما اذا خَلَطَ الانسانُ، اللبنّ مع الماء لاجل الاکل، لایُعَدُّ عیباً **بل** عدم صدق اللّبن فیما نحن فیه.

فالحقّ، مع الشّهید فی جامع المقاصد وکان الّثمن فی مقابل الماء او فی المجموع، حراماً ولیس هذا من قبیل البیع فی الجنس المعیوب و حلیّة الّثمن فی المجموع.

وهذه المسألةُ، مسألةٌ عامّةٌ سیّالةٌ تجری فی کلِّ جنسٍ اختلط مع غیرالجنس.

البحثُ الثّانی فی جامع المقاصد، انّ اِختلاط الماء باللّبن، من قبیل تعارض الوصف والاشارة کانّه باعَ هذا الموجودَ بعنوان انّه لبنٌ فکان المشارالیه موجوداً و انّما تخلّف الوصف و هواللّبن **فان** کان الاعتبار بالاشارة فالمبیع وهو المشار الیه، موجودٌ لم یتخلّف **وان کان الاعتبار** بالعنوان و هو اللّبن، **تَخَلَّفَ فیوجب البطلان.**

اعترض السّید(ره) فی الحاشیة علیه(ره) بانّ اختلاط الماء باللّبن بناءً علیٰ کون الماء مستهلکاً، لیس من باب تعارض الوصف والاشارة لوجود المشار الیه

والوصف كليهما، **غايةالامر** كان اللّبن معيوباً **بل**، من باب توافقهما.

اقول: ليس لهذا فرضاً خارجاً **لانّ** الغالب، ليس الخلطُ علىٰ مقدار الاستهلاک بحيث زال اثر الماء فيما اذا كان الماء المختلط، قليلاً جدّاً.

نعم: قال الشّيخ(ره) فی باب المكاسب المحرّمة فـی مـورد تـعارض الوصـف والاشاره فی مورد مزج الماء اشكالاً **هو وجيهٌ و حاصله انّ البحثَ فی باب تعارض الوصف والاشارة فی تشخيص انّ مقصود البايع هل هوالاشارةُ او الوصف، فی مقام الاثبات؟ و امّا موردِ كان** ضميرالعاقد البايع، معلوماً مثلاً انّـه قَـصَدَ العـنوان و انّـما اَشارَاليه بهذا من جهة انّه حاضرٌ، فهو خارجٌ عن تـعارض الوصـف و الاشـارة و **وذلک انّه** اذا فرضتَ انّه اِشترىٰ اللّبن و قَصَدَ العنوان و اشارَاليه بقوله: **اشتريتُ من هذا اللّبن لكونه حاضراً، فهذا باطلٌ وهذا الكلام من الشّيخ(ره) وجـيهٌ جـدّاً وليس جعلُ المسألة من قبيل تعارض الوصف والاشارة، كما فی جامع المقاصد.**

موارد اختلاف: البايع والمشترى فی الخيار، هنا موارد ثلاثة:

الاوّل: فی موجب الخيار، الواقع بين البايع والمشترى.

الثّانی: الاختلاف فی المُسقِطِ

الثّالث: الاختلاف فی العمل بالخيار بالفسخ.

والاختلاف فی موجب الخيار تارةً فی اصل وجود العيب بـاَنْ ادّعیٰ البـايع، الصّحة والمشترى، العيب والفرض هو انّ الاختبار والتّحقيق و غيرذلک لايـمكن فعلاً.

و اخریٰ فی عيبيّة الموجود ای يشكّ فی كون الموجود عيباً عرفاً ام لا؟ كما يشكّ فی انّ عدم اثبات الشّعر فی الجارية، موجبٌ للعيب ام لا؟

وثالثةً انّ عروض العيب مُحَقّقٌ **ولكن** لم يعلم تاريخ عروض العيب والاختلاف يكـون فـی تـاريخ عـروض العـيب، مـثلاً اِدّعیٰ البـايع انّ العـيب عَـرَضَ عندالمشترى وبعدالقبض فليس له خيارٌ والمشترى اِدّعیٰ انّه كان عندک معيوباً قبل القبض و كان لی، الخيار.

والشّيخُ اِختار فی الاختلافات الثّلاثة: انّ القول، قولُ مُـنكر العـيب اوالارش و منكر عيبيّة الموجود و مُنكر تقدّم العيب **ولكن** تقاريبها، مختلفةٌ.

و امّا تقريبُ مختاره(ره) فی الاختلاف بينهما فی اصل وجوب العـيب، فـهو انّ اصل السّلامة، يقتضی تقديم مُنكر العيب لاجل اصل السّلامة.

فقول مُدّعِی العيب، مخالفٌ لاصل السّلامة.

وهكذا اصل السّلامة يقتضی تقديمَ قولِ من اَنْكَر عيبيّة الموجود.

وامّا الاختلاف الثّالث وهو الشّک فی التّقديم و تأخير العيب والعـقد **فهو** مـبنيٌّ علیٰ مجهولَيْ التّاريخ كموت المتوارثين، الاب والابن.

و فى مجهولَيِ التّاريخ، فروضٌ ثلاثةٌ:

تارةً: تاريخهما مجهول، والمعروف هنا، تعارض الاستصحابين اى استصحاب بقاء الابن الىٰ موت الاب و استصحاب بقاءُ الاب الىٰ موت الابن و نتيجته عدم التّوارث والتّوارث فى الغرقىٰ والحريق والمحكوم عليهما، انّما خرج بالدّليل و سائرالموارد بقيت تحت المنع **لانّ** شرط الارث، حياة احدهما عندموت الآخر.

واخرىٰ: كان تاريخ احدهمان معلوماً والآخر، مجهولاً كما اذا مات الابُ اوّل الصّباح و يشكّ فى موت الابن انّه هل مات قبل الصّباح او بعده فيُستصحب بقاء حياة الابن اليٰ موت الاب فورث الابن من الاب والعكس، بالعكس و هي، الصّورة الثّالثة.

ويجرى الكلام المذكور فى ماءٍ تواردت عليه الكرّية والنّجاسة ولم تُعلم ملاقاة الماء، النّجاسةَ ثمّ تيمّم كرّاً حتّىٰ يكون نجساً او تيمّم كراً اوّلاً ثمّ عرضته النّجاسة حتّىٰ يكون طاهراً.

فان كان تاريخ احدهما معلوماً كما لو انّ الكرّية كانت بداية الطّلوع يُشّك فى انّ النّجاسة هل عَرَضَت هى قبل الطّلوع او بعده؟ **يستصحب** عدم ملاقاة النّجاسة الىٰ ان يصير كرّاً فليس الماء بنجسٍ بخلاف ما اذا كان تاريخ النّجاسة معلوماً كما اذا لاقىٰ نجساً بدايةَ الطّلوع و يشكّ فى انّه صار كرّاً بداية الطّلوع او تأخّرت الكريّة عن طلوع الشّمس فيستصحب عدم كرّية الماء و قلّته الىٰ زمان ملاقاة النّجاسة **فنتيجته،** نجاسة الماء.

وان كان كلاهما مجهولاً فيتعارض استصحاب النّجاسة و استصحاب الطّهارة.

نعم: لايختلف فى بعض مواردِ مجهولَيِ التّاريخ، حكْمَ الفروض الثّلاثة المذكورة **وما نحن فيه** من هذا القبيل سواءٌ كان تاريخ العيب والعقد مجهولاً او تاريخ العقد معلوماً و تاريخ العيب مجهولاً او بالعكس ولايجرى حكم التّعارض، و تقديم معلوم التّاريخ فيما نحن فيه،علىٰ خلاف سائر موارد مجهولَيِ التّاريخ.

وذلك لضابطة ذُكِرَتْ فى بابه **لانّ** استصحاب عدم تحقّق العقد الىٰ زمان تحقّق العيب فيما اذا فرضنا تحقّق العيب بداية الطّلوع ويشكّ فى انّ العقد هل حصل بعده او قبله؟ لايُثْبِتُ وقوعَ العقد علىٰ المعيب والّا يلزم كونه مُثبِتاً.

فالاصل فى هذه الفروض الثّلاثة، مع المنكر لانّ الاصلَ فى المبيع حين العقد، السّلامة او الاصل، اصل اللّزوم الجارى فى العقود فى الشّبهات الحكمية والموضوعيّة و مخالف الاصل، هو المُدّعي و هو من ادّعيٰ الجواز والخيار.

اقولُ: قول الشّيخ(ره) و هوالتمسّک باصل السّلامة فى صورة الاختلاف فى اصل وجود العيب، متينٌ **لانّ** الشّکّ، فى اصل تحقّق العيب، و اصل السّلامة، تقتضى السّلامة و مُدّعي العيب، انّما هو مدّعٍ خلافَ الاصل و فعليّةَ الاثبات.

وامّا جريان اصل السّلامة فى الثّانى و هوالشّک فى عيبيّة الموجود اى كانت فى المبيع؛ صفةٌ يشكّ انّها عيبٌ ام لا؟ **فلايخلو عن تأمّلٍ لانّ** مورد جريان اصل السّلامة الّذى هو اصلٌ عقلائيٌّ حكميٌّ، الشّکّ في التّحقّق.

فلايجرى فى الشّکّ فى صفة الموجود كما نقله الشّيخ(ره) عن بعضٍ فى باب الاستصحاب بانّ استصحاب عدم تحقّق الحديث، لايجرى فيما اذا عَرَضَ للانسان وَ ذيٌ او مَذيٌ او غيرُهما، لانّ مرجع الشّکّ، في رافعيّة الموجود ولايجري الاستصحاب فيها.

بالجملة، الاصول العقلأيّة، انّما تجرى فى الشّک فى اصل التّحقق ولاتجرى فيما اذا شکّ فى كيفيّة الموجود و صفتها **ولذا** صرّح المحقّق الخراسانى(ره) فى الكفايه بانّ اصل عدم القرينة، يجرى ولايجرى عدم قرينيّة الموجود **لانّه** هو من قبيل الاستصحاب حتّىٰ يمكن ان يقال بانّ دليله: **«لاتنقض اليقين بالشّک»** اى انّ اصل عدم القرينة، ليس استصحاب عدم القرينة حتّىٰ يقال بشموله دليلَ الاستصحاب، **هذا ايضاً** ليست له حالةٌ سابقةٌ وليس له اثرٌ شرعيٌّ بل هو اصلٌ عقلائيٌّ **والاصل العقلائيّ، يجري** فيما اذا شکّ في اصل التّحقّق لافي الشّکّ في كيفيّة الموجود اذا شکّ فيها.

نعم يمكن القول بجريان التّعبديّة فى الشّكّ فى اصل التّحقّق والشّك فى صفة الموجود لعموم دليله كما انّه لايجرى اصل السّلامة الّذى هو اصلٌ عقليٌّ حكـميٌّ **لانّ** الشّكّ، فى عيبيّة الموجود، لافى اصل تحقّق العيب.

وكذلك، ليس هنا عامٌّ لانَّ التّمسّك بالعامّ، من قبيل الّتمسّك بالعامّ فى الشّـبهة المصداقيّة للمُخصّصِ **ولايجرى** ايضاً استصحاب بقاء الملكيّة بعد تحقّق الفسخ **لانّ** الفرض هوَ انّ الملكيّة، لم تحصل بعدُ و يحتاج الىٰ الرّضا ثانياً.

وبهذه الملاحظات، جَعْلُ قولِ المشترى مدعيّاً، يكون علىٰ خلاف الاصل فـى هذا الفرض، محلُ تأمّلٍ و اشكالٍ.

نعم: علىٰ مبنىٰ الشّيخ(ره) و بعض الفقهاء(ره) من انّ بيع المعيوب، صـحيحٌ و يوجب النّقل والانتقال ملكاً والخيار هنا كسائر الخيارات، من قبيل الحقّ لاالحكم، يجوز لهم القول بانّ استصحاب بقاء الملكيّة بعد الفسخ، موجبٌ للّلزوم.

و بعبارةٍ اخرىٰ، الاشكال هنا، اشكالٌ مبنائيٌّ **فعلي** ما قلناه من المبنىٰ، فليس هذا الفرض كالشّك فى اصل وجود العيب فى كون مُدّعِى العيب،مدّعياً للعيب والقول، مع المنكر **لانّ** الاصل، هو السّلامة.

وامّا فى الشّك فى عيبيّة الموجود، فلايجوز القول بانّ مُدّعيِ عيبيّة المـوجود، ليس مدّعيّاً **لانّه** مخالفٌ للاصل **لانّه** ليس لنا اصلٌ هنا فانّ المراد من الاصل، هـو اصل السّلامة وقلنا انّه يجرى هنا وليس المراد مـن الاصـل، العـموم **لانّ** العـموم لايجرى فـىالشّـبهات المـصداقـيّة للـمخصّص المـنفصل وليس المـراد مـخالفاً لاستصحاب بقاء الملكيّة **لانّ** الملكيّة، لم تكن لها حالةٌ سابقةٌ ولم تحصل الملكيّة بعدُ.

ثمّ انّ الشّيخ(ره) بعدالبناء علىٰ جريان اصل السّـلامة فـى الشّك فـى عـيبيّة الموجود و انّ مُدّعيِ العيب، هو مدّعٍ، عليه الاثبات والقول، قول من يُنكر العـيب فلاخيارٌ ولا ارشٌ

قال(ره): نعم لو ثبت كونه نقصاً مع عدم معلوميّة كونه عـيباً، كـان للـمشترى،

الخيار دون الارش **لانّ الاصل**، البراءة عن ثبوت الارش **وبالجملة**، حاصل كلام الشّيخ(ره) هو مع الشّكّ فى عيبيّة الموجود، ان لم يَثبتْ كونه نقصاً، فلاخيار ولاارش **ولكن** ان ثَبَتَ عيباً **ففيه** خيارٌ لشمول **«لاضرر»** له دون الارش لنفى البراءة، العيبَ عن غير مورد العيب.

اقول: يعلم من قول الشّيخ(ره) فى الشّك فى الارش، التّفاوت المالىٰ بين الصّحيح والمعيب **وجريان اصل** البراءة فى نفى **الارش، انّ** مراده(ره) من النّقص، التّفاوت المالىٰ والنّقص المالىٰ فان كان مراده(ره) من النّقص، النّقص الماليّ، فيصدق علىٰ النّقص الماليّ، العيب **لانّه** لم يعلم مصداقٌ للنّقص الماليّ، غير الّصادق عليه العيب، فكيف يمكن ان يكون المبيع ناقصاً و موجباً للنّقص المالىٰ ومع ذلك، لم يصدق عليه العيب؟ **هذا اوّلاً.**

و ثانياً: لوفرضنا انّ النّقص، لم يعتبر فيه التّفاوت المالىٰ و غيرصادقٍ عليه العيب فليس فيه خيارٌ **ايضاً** لاتجرى فيه كما «قاعدة لاضرر» كما تقدّم سابقاً من انّ: هذا الوصف من قبيل الدّاعى و تخلّفه، غيرضّارٍ **و امّا قوله(ره)** فى مجهولَيْ التّاريخ من انّ القول، قول البايع المنكر، لتقدّم العيب والاصل، تأخّر العيب فى جميع الصّور الثّلاثة لمجهولَيْ التّاريخ، سواءٌ دعّيٰ المشتري كونه معيوباً قبل العقد او قبل القبض والّا يلزم اصل المثبت الباطل، **ففيه تأمّل من وجهين:**

الوجه الاوّل انّ: قول الشّيخ(ره) فى عدم الفرق فى الصّور الثّلاثة فى مجهولَي الْتّاريخ لو سلّمناه، انّما نقبله اذا كان الاختلاف واقعاً فيما قبل العقد بانّ العيب هل كان موجوداً قبل العقدام حَدَثَ بعد العقد؟ لافيما اذا شكّ، فى حالة القبض هل تعيّب قبل القبض او بعده؟ فان كان هنا، احدهما معلوماً والآخر مجهولاً فيختلف الحكم مثلاً ان علم انّ القبض تحقّق فى بداية طلوع الجمعة ولكن يُشكّ فى تاريخ التّعيّب من الازمنة المشكوكة و منها زمن القبض، يجرى حينئذٍ استصحاب عدم التّعيب الىٰ زمان اوّل طلوع الجمعة و حين القبض فقُبِضَ ولم يكن معيوباً فليس له خيارٌ ولاارشٌ بخلاف العكس اى اذا علم تاريخ العيب ولم يعلم تاريخ القبض بأنْ

عُلِمَ انّ المبيع، كان معيوباً بدايةَ طلوع الجمعة ولم يعلم القبض ولم يعلم انّ المبيع عندالبايع او عندالمشترى؟ فيستصحب عدم تحقّق القبض الىٰ طلوع يوم الجمعة **ونتيجتُه** انّه حصل عيبٌ ولم يكن مقبوضاً ولازمه، الخيار والارش.

الوجه الثّانى الوارد علىٰ جميع صور المسألة هو انّ قول الشّيخ(ره) باستصحاب عدم تحقّق العقد فى زمن الصّحة، **لايُثبت** انّه وَقَعَ العقدُ علىٰ المعيب، ليس بصحيحٍ بظاهره و يحتاج الىٰ التّوضيح والتّوجيه **لانّ** المحقِّقَ، عدم وقوع العقد علىٰ المعيب سواءٌ كان معيباً فى زمن العقد او غير مَعيبٍ؟ والعقد، انّما وقع علىٰ الصّحيح و **انّما الكلام** فى انّه هل كان المبيع صحيحاً او معيباً حين وقوع العقد؟ و هل قارن مع العقد تعيّب المبيع ام لا؟ واستصحاب عدم التّقارن، يثبت الخيار اوليس مُثبتاً؟ وليس لنا، اثبات هذا التّقييد و هو انّه اذا لم يقع العقد فى زمن الصّحة، فقد وقع العقد علىٰ المعيب.

فَالْأَوْلىٰ علىٰ الشّيخ(ره) ان يقول فى عدم الفرق فى حكم احد قسمَيْ معلوم التّاريخ مع القسم الآخر بما قال به المحقّق الخراسانى(ره) فى الكفاية: «من انّ الاثر، فىمورد كان يترتّب علىٰ **«كان التّامة»** كالقرشيّة **وفى هذا المورد**، اصالة عدم تحقق القرشّية، شُبِّهَ بنحو عدمِ المحموليِّ، **لايكفي في اثبات انّ هذه المرأة، ليست بقرشّيةٍ.**

واصالة عدم تحقّق الحيض، لايثبت انّ الدّم السّائل، ليس بحيضٍ حتّىٰ يقال: كلّ دمٍ ليس بحيضٍ، فهو استحاضةٌ **وهكذا** اصالة عدم الكرّ فى الّدار، لايثبت انّ الماء الموجود فى الّدار، ليس بكرٍّ **وبالجملة**، عدم المحموليّ، لايُثبت عدمَ النّعتي **وهكذا** اصالة عدم دحول زيدٍ فى الدّار، لايثبت انّ الانسان الموجود، ليس بزيدٍ.

ومانحن فيه ايضاً من هذا القبيل لانّ الكلام فى انّه هل قارن العقد مع التعيّب ام لا؟ واستصحاب بقاء العيب الىٰ زمان العقد، لايُثبت انّه اِشترىٰ و به عيبٌ و عوارٌ.

مسألة: الاختلاف فی موجبات العيب و مُثبتات الخيار؛ هنا مطالبُ ثلاثةٌ قابلةٌ للبحث والطّرح:

الاوّل: تعيين المُدّعِی والمنكر والاصل هل هو موافقٌ لقول البايع اوالمشترى؟ و قد تقدّم الكلام فيه، وعلىٰ المشهور، البايع المدّعی للصّحة، هوالمنكر والمشترىالمدّعی للفساد، هو المُدّعِي.

الثّانی: فی البيّنة والبيّنات.

والثّالث: فی كيفيّة اليمين والحلف.

امّا الكلام فی البيّنة، فمن المعلوم انّ القاعدة المقرّرة فی باب القضاء، **«البيّنة علىٰ من ادّعی واليمينُ علىٰ من اَنكَرَ».**

والعلّامة(ره) قال فی التّذكرة: انّه لواقام احد المتبابعين، البيّنة، حُكِمَ به ولو اقام كلاهما، البيّنةَ، حُكِمَ بالمشترى **لانّ** القول، قول البايع وقالوا فی باب القضاء: **«من كان القول، قوله فالبيّنة، بيّنةُ صاحبه»** ای من اُحْتُسِبَ هو المنكر، فلصاحبه، البيّنُة.

اقول: الظّاهر بل الصّريح من كلام العلّامة هو انّ المنكر سواءٌ كان البايع اوالمشترى، إن اَقامَ البيّنةَ، حُكِمَ به **فلاحاجة** الىٰ الحلف **فاذا** اَقامَ المُدّعِی، البيّنة علىٰ العيب والمنكر اقامَ البيّنة علىٰ الصّحة فتُقدّمُ بَيّنتةُ المُدّعی.

اقول: يتبادر من هذين الحكمين من العلّامة(ره)، توهّم التّنافی والتّناقض معاً **لانّهم(ره)** ذكروا فی باب القضاء فی معنىٰ حديث: **«البيّنةُ للمدّعی واليمين علىٰ من انكر»** احتمالين:

احدهما: انّ اليمين يختصّ بالْمنكَر والبّينتُه، تختصّ علىٰ المُدّعی ولايجوزالعكس **حيث:** قالوا **«انّ التّفصيل، قاطعٌ للشركة» و بهذا الاحتمال،** الحكم الثّانی من العلّامة **يصّح ولكن الحِكم الاوّل، لايخلو عن اشكالٍ حيث:** انّ ظاهر كلامه(ره) فی الحكم الاوّل هو انّ المنكر إن اقام البيّنةَ، يُسمع به ويُحكم به

ولاحاجة الىٰ الحلف حينئذٍ.

ثانيهما: انّ معنىٰ الحديث و مفاده، سيق مساقَ الالزام اى فى مقام الالزام، يُلزَم البايع علىٰ البيّنة والمشترى علىٰ الحلف اى لايكلّف المنكر علىٰ اقامة البيّنه لا انّه لاتسمع منه البيّنة اى يكتفى المنكر بالاقّل ولايُلزَم اكثر من اليمين وليس المراد منه انّه: اذا اتىٰ المنكر، الاكثر و هوالبيّنة تطّوعاً، لم يُقبل منه اى مفادالحديث، انّه فى مقام رفع كلفة الاثبات علىٰ المنكر.

وبهذا الاحتمال الثّانى، يكون الحكم الاوّل من العلّامة صحيحاً **حيث انّه** لو انفرد احدهمان حتّىٰ المنكر بالبيّنة، يُسمعُ به ولاحاجة الىٰ اليمين **ولكنّ** الحكم الثّانى منه(ره) **مشكلٌ** حيث قال(ره): لو اقاما معاً، البيّنة للمدّعى **لانّ** من كان القول، قولَه فالبيّنةُ بيّنُة صاحبه اى ليست البيّنة لمن كان القول، قَوْلَه و هذا ينافى سماعَ بيّنتِه فى صورة الانفراد فى الحكم الاوّل.

نعم: يمكن توجيه الوجهين للعلّامة(ره) و تصحيحها علىٰ تفصيلٍ غير مشهورٍ اختصّ به بعضٌ:

وهو انّ الحقّ اوّلاً وابتداءً ينحصر فى اقامة البيّنة علىٰ المُدّعى و معه،لاحقٌّ علىٰ المنكر اَنْ يقيم البيّنة **واما** اذا اقام البيّنة او امكن له ذلک واحال الىٰ المنكر فله اقامة البيّنة **وذلك** لاينافى مع قولهم.

«البيّنةُ للمُدّعى واليمين علىٰ مَن انكر».

وبهذا الاحتمال والتّفصيل، يصير الحكمان للعلّامة(ره) كلاهما، صحيحين و قولهم: **«من كان القولُ قوله فالبيّنةُ، بيّنةُ صاحبِه»** يوافق مع هذا التّفصيل اى الحقّ ابتداءً و اوّلاً للمدّعى، البيّنة و معه، لاحقٌّ للمنكر **وهذا الاحتمال والتّفصيل لا يبعد** و تفصيل المسألة قُرِّرَ فى باب القضاء خصوصاً فى باب تعارض البيّنات الّتى هى كثيرة الاطراف و هى غامضةٌ.

و امّا الثّالث و هو كيفيّة الحلف اذا لم تكن للمدّعى البيّنة **فهل يلزم الحلف باللّهِ بتّاً او يكفى حلف نفى العلم بالعيب؟**

ذَهَبَ كثيرٌ من الفقهاء الیٰ الاوّل و هو لزوم كون الحلف بتّاً.

ولايخفیٰ أنّ العلم فی الشّهادة والحلف، أُخِذَ بنحو الموضوعيّة **فحينئذٍ وقع** الكلام فی انّه هل تجوز الشّهادة والحلف بالاستصحاب **فعن بعضٍ، جوازه** فاستصحاب بقاء الصّحة الیٰ حين العيب الّذی هو ملاک البايع كما انّه يجوز له ترتيب الأثر فی عمل نفسه فتجوز الشّهادة به والحلف عليه جزماً **حيث قالوا** فی باب الملكيّة والزّوجيّة بانّ الحلف والشّهادة يجوز عليه حتّیٰ بالاستصحاب.

والشّيخ(ره) صرّح بالفرق بين موارد جواز الحلف والشّهادة بالاستصحاب فی باب الملكيّة والزّوجيّة و بين باب خيار العيب لانّ الملكيّة والزّوجيّة والطّهارة والنّجاسة تُعتبرُ من الامور الشّرعيّة فالطّهارة لايراد منها الّا ما حَكَمَ الشّارعُ بطهارته سواءٌ كان واقعاً او ظاهراً **وهكذا** الملكيّة والزّوجيّة واقعيّاً او ظاهريّاً فاذا عَلِمَ شخصٌ بطهارة شيءٍ او نجاسته او ملكيّة شيءٍ لشخصٍ او زوجيّة امرأةٍ لرجلٍ مثلاً علیٰ ظاهر الشّرع، تصّح شهادته و حلفه وبعبارةٍ أُخریٰ فی هذه الموارد ظنّيّة الطّريق، لاتنافی قطعيّةَ الحكم **امّا فی مثل العيب الّذی**، هو امرٌ واقعيٌّ ليس له ظاهرٌ، فالحلف والشّهادة بتّاً عليه، مشكلٌ **لانّه** لاتجری هنا قاعدةُ: **«ظنّية الطّريق لاتنافی قطعيّةَ الحكم»**.

مسألةٌ: اذا قلنا بعدم جواز الحلف بتّاً هل يكتفى الحلف بنفى العلم بالعيب ولوكان العلم هناً طريقاً وليست له موضوعيّةً ولكن مرجعه الىٰ انّه لم يَثبت عندى ما تقول، ام لا؟ فيه وجوهٌ واقوالٌ كماذكر فى باب القضاء من انّ المشترى فى مقابل دعوىٰ البايع اِمّا يُقرُّ و اِمّا يُنكرُ و اِمّا يُسكتُ و امّا يقولُ: لا ادرى؟ فان اَقَرَ، فقد تَجسّمت مادّة النّزاع و ان انكره فله اِمّا اليمين بنفسه اوردّه الىٰ البايع؟ وهكذا ذُكِرَ فى باب القضاء حكمُ السّكوت.

وان قال: لا ادرى، ففيه وجوهٌ واقوالٌ:

قولٌ بالحلف بنفى العلم. لامانع منه فيما نحن فيه و مرجعه الىٰ انّه لم يثبت عندىولكن صرّحوا بانّ الحلف بنفى العلم، متينٌ صحيحٌ **الّا** انّ مادة النّزاع، المطلوب هو فى المقام، غير ظاهرةٍ ولايترتّب عليه الاحكام المترتّبة علىٰ حكم الحاكم فى مورد الاختلاف من عدم التّقاصّ لاحد بعد الحكم ولايجوز ردّ الحكم و نقضه **لانّ** مورد الحلف بنفى العلم، مختصٌ، بماكان مورد الدّعوىٰ، فعل الغير و امّا اذا كان الحلف بنفى العلم فى فعل نفسه، **لايكفى** بل يلزم الحلف هنا بتّاً **وردّوه بانّه** لافرق فى الحلف بنفى العلم، بين فعل الغير و فعل نفسه فيما اذا لم يمكن العلم، فيكفى فيه الحلف **«بلاادرى»** واذا يمكن العلم به، فلايكفى فيه الحلف **«بلاادرى»**.

قولٌ: بايقاف الدّعوىٰ فيما اذا لم يمكن به بتّاً **وردّوه** بانّه ان حصل بالايقاف علمٌ، فلامانع من الايفاف و ان لم يحصل بالايفاف علمٌ وَاِسْتَدام النّزاعُ، فلايصّح لخروجه عن موازين باب القضاء.

قولٌ برّد المنكر، اَلْقَسَمَ الىٰ البايع العالم **لانّ** ميزان باب القضاء، البيّنةُ واليمينُ لماورد عنه (عليه‌السلام): **«انّما اقضىٰ بالبيّنات والاَيمان» والامر فى فصل الخصومة،** دائرٌبين الامور الثّلاثة: **اِمّا اقامة البيّنة من** المدّعى و هى ليست علىٰ البايع **و اِمّا ان**

يحلف المنكرُ بالعلم البتّی و هوليس له عِلمٌ بتّاً، فلامحالةينتقل اليمين من المشترى الیٰ البايع.

مال الشّيخ(ره) و بعضٌ آخر من الفقهاء الیٰ هذا الوجه و توضيحه، يتوقّف علیٰ ذكر مقدّمتين:

اَلْاَولیٰ لزوم القضاء و حسم النّزاع.

الثّانية: تعيّن الثّالث من الامور الثّلاثة: البيّنة واليمين الاصليّ واليمين المردودة ولمّا تعذر الاوّلان فلا بدّان يتعيّن الثّالث و هواليمين المردودة.

اقول: لازم الرّد، التزام المشترى علیٰ يمين البايع و آثاره و هذا، موجبٌ للضّرر **لانّه** ربّما يكون البايع غير مُقَيّدٍ و غير متديّنٍ واليمين عليه سهلٌ من دون ملاحظة حقٍّ.

هنا فرعٌ يزيد فی الابهام و هو انّه اذا وقع فی البين موكّلٌ و وكيلُ المشترى ادّعیٰ العيب فی المبيع هل يرجع المشترى الیٰ الوكيل او الموكّل ام فيه تفصيلٌ؟ **الحكم المسلّم هنا:** ما اذا عَلِمَ المالک الموكّل بكون المبيع معيوباً، فيرجع المشترى الیٰ الموكّل بعد الفسخ دون الوكيل.

امّا اذاكان كونه موكّلاً، معلوماً بينهما دون كونه معيوباً اى انكر البايعُ، العيب واعترف به المشترى، فَيُرْجَعذ الیٰ الموكّل فيجب علیٰ المالک، اليمين دون الوكيل **وحينئذٍ** اِن اِعترف الوكيلُ للمشترى علیٰ البايع بكون المبيع معيوباً فهو ليس بنافذٍ وليس علیٰ الوكيل ضمانٌ كما صرّح به الشّيخ بسلب الوكيل عن الوكالة هنا، لعدم كون الوكالة مطلقاً.

ولاتشتمل قاعدة: **«من مَلِكَ شيئاً، مَلِكَ الاقرار به فی جميع الازمنة»، هذا المورد لانّ** المورد هنا، كون المبيع معيوباً و هو امرٌ واقعيٌّ يترتّب عليه احكامه الشّرعية الواقعيّة و خارجٌ عن دائرة التّوكل فلا تشمله قاعدة: **«من ملك .... الخ»** فلا معنیٰ للقول بانّ: **«من مَلِكَ العيبَ فقد ملك الاقرار به».**

بالجملة: عدم شمول قاعدة: «**من مَلِكَ ...**» ما نحن فيه انّما هو لاحد امورٍ ثلاثةٍ:

الاوّل: انّه لادليل علىٰ كليّة هذه القاعدة فى جميع ما مَلَكَ لو تعلّق به حقّ الغير.

الثّانى: انّه علىٰ فرض كليّة هذه القاعدة، انّما تختصّ فى موارد بقىٰ المبدأ بحاله و المالكيّةُ محفوظةٌ، **مع انّ** المالكيّة هنا، ليست بباقٍ والاقرار فيها، اقرارٌ فى حقّ الغير.

الثّالث: انّه علىٰ تسليم عدم بقاء المبدأ، ليس ما نحن فيه من هذا القبيل **لانّه** ماكان يملك بالعيب حتّىٰ يملك الاقرار بالعيب اى وجود المعيب و عدمه، ليس داخلاً فىالتوكّيل و انّما الوارد، هو المبيع و هو يُقرِّرُ بوقوع البيع علىٰ الصّحيح لا انّه مبيعٌ

و دعوىٰ انّ المراد هو انّ الوكيل اذا مَلِكَ بيعَ المعيوب فقد مَلِكَ الاقرار بانّه باع المعيوب.

غير تامٍ لانّه باعَ المبيع صحيحاً لا معيوباً.

وهكذا لايجوز فى المقام ايضاً، الّتمسّک بانّ اقرار الوكيل بمنزلة اقرار الموكّل **بناءً علىٰ بقاء الوكالة بعدُ لاجل** كون الوكالة بنحو الاطلاق حتّىٰ فى الاقرار و كان اقراره نافذاً.

فقول الشّيخ(ره) بعدم سماع اقراره فى المقام، غيرَ مقبولٍ.

و وجه عدم جواز التّمسّک بذلک هو انّ هذا القول مبنيٌّ علي انّ الاقرار كسائر الامور، قابلٌ للّتوكيل و الّذى بفهم من مَجارى الكلمات، انّه ليس قابلاً للتوكّيل كالحلف والشّهادة و من هذه الجملة، الاقرار **لانّ** الحلف والشّهادة و الاقرار كلّها، متقوّمةٌ للعلم و هذا، لايتمشّىٰ من الوكيل **لانّ** الاقرار والشّهادة، اِخبارٌ عن حقٍّ لازمٍ و هو يستلزم العلم بالمخبربه ولايتمشّىٰ التوكّيل فى حصول العلم بالنّسبة الىٰ الوكيل وليس الاقرار من قبيل الانشاءات المملّكة وليس كسائر الانشاءات.

وامّا الاجازة فى نقل الرّوايات الدّائرة بين الفقهاء فليس بابها، باب التّوكيل **بل**

من قبيل نقل الاحاديث من المُجيز ای بمنزلة تصريح المُجيز **«بانّی راوٍ کلَّ ماورد فی الکتب الاربعة مثلاً فی سلسلة سنديّة»** وهکذا شهادة الفرد، ليست من باب التوکّيل فی الشّهادة.

فتحصّل ممّا ذکرنا: انّ اقرار الوکيل بکون المبيع معيباً تأييداً للمشتری غير نافذٍ علیٰ المُوکِّل ولو فرضنا کونه وکيلاً مطلقاً فی الامور المتعلّقة علیٰ الموکّل.

اقول: اطلاق الرّجوع الیٰ الوکيل فی صورة ظهور العيب فی المبيع و معلوميّة الموکّل لاجل انّ وکالته تَمَّتْ و مَضَتْ و سَقَطَتْ عن الاعتبار بوقوع العقد علیٰ القول بعدم کونه وکيلاً مطلقاً، **لايخلو عن تأمّلٍ.**

لانّه لاينطبق مع کيفيّة المعاملات فی الخارج لانّ فی معاملات العرف کانّ الرّجوع الیٰ الوکيل من الشّرائط الضّميمة للعقد و نوع تضمينٍ **حيث** انّ المشتری، ربّما لايَعرِفُ البايعَ کثيراً ماً **و انّما** يعرف الوکيل کبعض الدّلاليين فی السّوق و يُحسِبُ طَرف المعاملة، الوکيل فقط لاالبايع ولايسمعُ قول الدّلال: انّی واسطةٌ فی المعاملة و اَنَا وکيلٌ عنه و سقط وکالتی بعد وقوع العقد **بل** يرجع العقلاء کلّهم الیٰ الوکيل الدّلال والواسطة فی المعاملة فی ضورة تعيّب المبيع.

فحينئذٍ صحّ ان يقال: انّه لايُرجَعُ الیٰ الوکيل فيما اذا باع العيب فی المبيع و کان الموکّل، معلوماً بل يُرجعُ الیٰ الموکّل الّا اذا جریٰ ديدن المعاملة علیٰ الرّجوع الیٰ الوکيل ويصير بمنزلة الشّرط الضّمنيّ.

وامّا اِن لم تکن الوکالة ثابتةً عندالمشتری و ادّعیٰ انّ ظاهر المعاملة و ظاهر اليد، هو انّک کنتَ اصيلاً فی المعاملة لا انّک کنتَ وکيلاً، **فالوکيل حينئذ** بحسب الظّاهر الشّرعيّ هو المالک **وهذا لايخلو، عن شقوقٍ:**

اِمّا ان يُقيم المشتری، الدّعویٰ علیٰ الوکيل بدعواه، **حقّ الفسخ او الارش** او غير ذلک من الدّعاوی **فالوکيل ايضاً لايخلو عن حالاتٍ ثلاثةٍ: اِمّا يَقْبل** العيبَ او نيکره؟ و نباءً علیٰ الانکار امّا يحلف او يردّ الحلف الیٰ المشتری المدّعی للعيب؟

امّا فی صورة القبول فتترتّب عليه الآثار الشّرعية للعيب من قبول المبيع و ردّ

الّثمن الىٰ المشترى **لانّ** هذا لازم الاقرار ولايمكنُ ان يرجع الوكيل الىٰ الموكّل فىذلک **لانّ** اقرار الوكيل بالنّسبة الى المشترى، لاينفذ فى حقّ الموكّل **لانّه** اقرارٌ فى حقّ الغير و قُرِّرَ فى محلّه انّ الاقرار فى حقّ شخصٍ علىٰ انحاءٍ ثلاثةٍ:

اقرارٌ كلّه له و اقرارٌ كلّه عليه و اقرارٌ مِن جهةٍ له و من جهةٍ عليه اَمّا الاقرار عليه بتمامه فهو يُقبل فى تمام ما اُقِرَّ به و اَمّا الاقرار له بتمامه، فيردّ فى تمامه ما اقرّ به و اَمّا الاقرار الّذى له من جهةٍ له و من جهةٍ اخرىٰ عليه، فهو قابلٌ للتّفكيک من حيث الرّد والقبول فالّذى اَقَرَّ به له فهو مردودٌ والّذى اقرّ به، عليه فهو مقبولٌ.

و لايمكن القول بانّ الامارات و من جملتها، الاقرار، حجّةٌ فى الّلوازم و مُثبِتَةُ حجّةٍ مطلقاً حتّىٰ فى موردٍ كان الاقرار له لاعليه.

وذلک لانّ دائرة حجّية الاقرار، محدودةٌ مُضَيّقَةٌ عندهم فى صورة الاقرار عليه **ولذا قالوا: «اقرار العقلاء علىٰ انفسهم، جائزٌ».**

و بعبارةٍ أُخرىٰ، حجّية الامارة فى اللّوازم، كُلها عقليّاً، شرعيّاً، عادياً وغيرها، انّما هى مقتضىٰ ادلّة الامارة ولامانع من تصريح الشّارع بمحدوديّة اعتبار الاَمارة فىموردٍ **ولذا** صرّح السيّد حاج رضا الهمدانيّ(ره) في باب الاصول اللفظيّة الّتي كانت حجّيتها من باب كونها امارةً كاصالة العموم واصالة الاطلاق و اصالة الحقيقة و اصالة عدم التّخصيص فى حاشيته علىٰ الفرائد بانّ: «هذه و ان كانت امارةً» و حجّيتها من باب حجيّه الامارة **ولكن** ليست كسائر الامارات حتّىٰ يكون جميع لوازمها حجّةً حتّىٰ اللّوازم الاتّفاقيّة **لانّ** اماريّة هذه، عقلائيةٌ والعقلاء يعملون بها فى موارد التّخصيص و التّقبيد والتّجوز و لايعملون فى اللّوازم الاتّفاقيّة مثل انّ هذا العامّ ان خُصِّصَ فى موردٍ فقد خُصِّصَ عامٌّ آخر ايضاً من باب الاتّفاق.

نعم: بعض الموارد الّتى يثبت باقرار شخصٍ عليه، ربّما كانت له آثار كانت هذه له و عملوا فى هذه الآثار، بها.

بالجملة، الاقرار ان كان له من جهةٍ وعليه من جهةٍ اخرىٰ، يعمل بالاقرار فيما عليه ولايعمل به فيما له و ما نحن ايضاً من هذا القبيل **لانّ** الوكيل اقرّ بالعيب فيعمل

به فيما عليه من الآثار لاجل الاقرار بالعيب و منها: رد الثّمن الىٰ المشترى واخذ العين المبيع من المشترى ولايرجع الوكيل الىٰ الموكّل.

ودعوىٰ العيب فی المبيع و مطالبة الثّمن منه **لانّه** اقرارٌ على حقّ الغير و اقرارٌ له فلايُقبل منه.

اَمّا اِنْ انكَرَا الوكيل، العيبَ و حَلَفَ علىٰ ما هو قاعدة المدّعى والمنكر اِمّا حَلْفاً بنفی العلم ان جوزّناه او حَلْفاً بتّياً واقعيّاً، فتسقط دعوىٰ المشترى حينئذٍ هل للمشترى الزام المالک الموكّل، علىٰ الحلف آخذاً باقراره بكونه موكّلاً ام لا؟

قالوا: ليس له الزام المالک الموكّل **لانّ** لازم رجوعه الىٰ المالک الموكّل، اقرارٌ بالوكالة ولازم هذا، لغويّة رجوعه الىٰ الوكيل فلايجوز للمشترى فی آنٍ واحدٍ، الزام المالک علىٰ الحلف **ومع ذلك** رجوعه الىٰ الوكيل واحلافه.

بناءً عليه انّ الوكيل غير الثّابت الوكالة عند التبرّی لوانكر العيب،يحلفٍ ولايجوز للمشترى اَنْ يراجع الىٰ الموكّل و طَلَبَ عنه الحلف و يجرّه الىٰ المحكمة ايضاً.

و اَمّا ان رَدَّ المنكر، الحلفَ الىٰ المشترى بالثّمن المردوة، يثبت العيب بظاهر الشّرع ويلزم للوكيل قبول المبيع وردّ الثّمن الىٰ المشترى **وحينئذٍ يقع الكلام فی انّه** هل للوكيل، ردّ المبيع المعيب الىٰ الموكّل و مطالبة ثمنه منه ام لا؟ **صرّح العلّامة(ره)** فی القواعد: انّ هذا، مبنيٌّ عليٰ بحثٍ في باب اليمين المردودة؛ هل اليمين المردودة، بمنزلة الاقرار او بمنزلة البيّنة؟.

فان كان بمنزلة الاقرار، فلاينفع الوكيل **لانّه** اقرارٌ فی حقّ الغير واقرارٌ له **وان كان بمنزلة البيّنة** فالوكيل يرجع الىٰ الموكّل **لانّه** بمنزلة ثبوت العيب فاذا ثبت العيب،يثبت، بالنّسبة الىٰ كلّ احدٍ فيرجع الوكيل الىٰ الموكّل.

تنظّر فيه صاحب جامع المقاصد(ره) **بانّه** لايرجع الوكيل الىٰ الموكّل حتّىٰ فيما اذا كان اليمين المردودة، بمنزلة البيّنة لاَنكار الوكيل، البيّنةَ ولاتجوز له الاستفادة من البيّنة.

وامّا صاحب، **مفتاح الكرامة(ره)** فقد اشكل علىٰ مؤلّف جامع المقاصد بانّه(ره)

تخيّل: انّ مورد الاقرار والبيّنة، الرّاد المنكر **ولذا اشكل عليه بانّ** المنكر حيث انكر، لايجوزان يعمل بالبيّنة مع انّه ليس تبّامٍ لانّ الانكار والاقـرار، راجـعٌ الىٰ المُـنكِر والبيّنة راجعة الىٰ المُدّعي **فيؤل الكلام الىٰ** انّه هل هو بمنزلة اقرار المنكر او بمنزلة بينّة المدّعى؟ والمدّعى، الّذى هو صاحب البيّنة، لايكذبها.

و امّا الشّيخ فقد صرّح بانّ البيّنة سواءٌ كانت راجعةً الىٰ الرّاد او المنكر، يشترط فيها، احتمال الصّدق فمن يكذّبها قطعاً سواءٌ اقام المكذّبُ البيّنةَ او غيره، فـليست البيّنة فى حقّه حجّةً.

فبناءً عليه اشكال جامع المقاصد علىٰ العلّامة فى محلّه و اعتراض صاحب مفتاح الكرامة علىٰ جامع المقاصد غير تامٍّ.

والحقّ مع جامع المقاصد والتّحقيق هو انّ اليمين المردودةَ سواءٌ كانت بمنزلة الاقرار او بمنزلة البيّنة، لايجوز للوكيل بعد اخذ المعيوب و ردّ الّثمن، ان يُـراجِـعَ الموكّلُ اّما ان كانت بمنزلةالاقرار فهو واضحٌ و ان كانت بمنزلة البيّنته **فلانّه** مـنكرٌ للبيّنة سواءٌ كانت البيّنةُ راجعةً الىٰ المدّعى اوالمنكر؟.

فرعٌ: قال العلّامة(ره) فی التّذكرة: لو قَدَّمَ المشترى سلعةً معيبةً الىٰ البايع و قال: «انّها سلعتك» و قال البايع: «هذه، ليست بسلعتی و سلعتی، انّما هی «كانت صحيحةً».

هذا- ينحلّ الى فرعين:

احدهما جَلِّيٌ والآخر خَفِيٌ

الفرع الجلّی، هو ان يرجع الاختلاف بينهما الىٰ الخيار اى قال المشترى: **«هذه سلعتك و هی معيبةٌ ولی الخيار»** وقال البايع: **«انّ هذا المعيوب ليس سلعتی، انّما سلعتی، سلعةٌ صحيحةٌ فلاخيار لك».**

والفرع الخفّی: ما اذا يرجع الاختلاف بعد اعترافهما بثبوت الخيار للمشترى و انّ السّلعة الّتی ردّها البايع الىٰ المشترى كانت معيبةً الىٰ تعيين السّلعة اى ادعیٰ المشترى انّ المعيوب الّذى له فيه الخيار، هذه السّلعة و ادّعیٰ البايع انّ السّلعة الّتی له فيها خيارٌ غيرهذه السّلعة **بل** هی سلعةٌ اخریٰ.

اتّفق الفقهاء فی الفرع الاوّل انّ: الاصل، مع البايع **لانّه**، منكرٌ حيث انّ قوله علیٰ طبق الاصل **بل** علیٰ طبق الاصول **لانّ الاصل**، عدم وقوع العقد علیٰ هذه السّلعة الّتی ادّعاها المشترى وقوعَ العقد عليها و انّ الاصل، عدمُ الخيار و انّ الاصل، صحّة القبض كما ادّعاه صاحب الايضاح و كلّ هذه الاصول، تُؤيّد قولَ البايع.

و امّا الفرع الثّانی ففيه احتمالان:

احتمال ان يكون القول، قول البايع لانّ، الاصل، عدم تحقّق العقد علیٰ هذه السّلعة الّتی يدعيّها المشترى.

واحتمال ان يكون القولُ قول المشترى مع جريان بعض الاصول الّتی كانت موافقةً للبايع، هنا ايضاً كاصالة عدم كون هذه السّلعة، سلعةُ البايع **وذلك بوجهين**

كما ذكرهما فخرالمحقّقين فى الايضاح.

احدهما: انّ البايع ادّعىٰ خيانة المشترى بدعواه: انّ هذه السّلعة ليست سلعتى و الاصل عدم الخيانة و حمل فعل المسلم علىٰ الصّحةوالامانة لاالخيانة **وهذا الاصل يقدّم على سائر الاصول** من الاستصحاب و البراءة و غيرهما **لانّه** ظهور حال المسلم.

وثانيهما استصحاب بقاء الخيار للمشترى.

و ردّ جامع المقاصد(ره) قول فخرالمحقّقين فى مسألة ظهور حال المسلم واصل عدم الخيانة بانَّ حَملَ فعلِ المسلم علىٰ الصّحة واصل عدم خيانة المسلم بمقتضىٰ قوله عليه السلام : **«ضَعْ اَمْرَ اَخِيكَ علىٰ اَحْسَنِه» امرٌ اخلاقيٌّ**، يقتضي عدم التّفتيش فى امور اخيک المسلم وعدم الافتراء و عدم الايذاء له **و لكنّه** ليس مُثبتاً للخيار و غيرذلک من الاحكام الشّرعيّة **ومالَ اليه الشّيخ(ره)** فى المكاسب و قَرَّبه و اَيَّده.

ولكن ردّه السّيد والمحقّق الاصفهانى بتقربين مختلفين؛

وحاصل قول السّيد فى الحاشية هو انّ مقتضىٰ اعتراف البايع بانّ للمشترى، الخيار وباعه معيوباً و المشترى ردّالعين المعيوبة اليه و استرداد الثّمن، بناءً عليه، انّ المشترى امينٌ بالنّسبة الىٰ الرّد والفسخ فكانّه نوعُ استيمانٍ من البايع بالنّسبة الىٰ المشترى **ومن المعلوم انّه** لايتّهم الامين ولايستودعه الخائن واتّهامه بالخيانة، لايسمع منه **لانّه** اتّهام الامين، غير مسموعٍ **وهذا** لايجرى فى الفرع الاوّل الّذى ليس فيه خيارٌ.

حاصل قول المحقّق الاصفهانى(ره) هو ان الشّارع، يجعل الخيار للمشترى باعتراف البايع له و جعله اميناً علىٰ الرّد، اميناً شرعيّاً.

وهكذا قول فخر المحقّقين فى الوجه الثّانى و هو استصحاب بقاء الخيار للمشترى، **واضح البطلان لانّ** جريان استصحاب بقاء الخيار للمشترى، لايثبت انّ هذه السّلعة، سلعة البايع و كانت معيوبةً وقعت عليها العقد اِلّا من اللّازم الاتّفاقيّ

وهو اصلٌ مُثبِتٌ.

مضافاً الیٰ ذلک، لایلزم من دعویٰ البایع بانّ هذه السّلعة، لیست سلعتی، دعواه بانّ سلعتی تلفت عندالمشتری **بل** یمکن دعـواه انّ: «**سـلعتی غـیر تـلک السّـلعة الموجودة**».

فتحصّل ممّا ذکرناه **انّ الوجه الثّانی لفخر المحقّقین، غیر تامٍّ** وهکذا الوجه الاوّل لماردّه جامع المقاصد و توجیه السیّد(ره) والمحقّق الاصفهانی(ره)، **غیروجیهٍ لانّه** لایتبادر ولایستفاد من الخیار شرعاً، استیمان البایع، المشتری فی الرّد والفسخ عرفاً **وهکذا**، لایستفاد من ثبوت الخیار للمشتری، انّ الشّارع جَعَلَ المشتری امیناً للبایع فی الرّد والفسخ.

وبذلک، یصیرالحقّ مع الشّیخ(ره) **بانّه** لافرق فی الفرعین بین ما رَجَعَ الخلاف الیٰ الخیار و بین ما رَجَعَ الیٰ تعیین المبیع والسّلعة.

ولنا فی الفرع الاوّل تأمّلٌ و اشکالٌ یسری الیٰ الفرع الثّانی ایضاً قـهراً **وهـو انّ** الخلاف فیه من قبیل التّداعی کما هو الظّاهر **لانّ** الاختلاف انّما هو، فی تعیین المبیع (هذه او تلک ...!)

و قول کلّ منهما، مخالفٌ للاصل والقول بالتّداعی، واضحٌ فی الفرع الثّانی **حیث** کانت معیبةً و کانت ذاخیارٍ هل هی هذه او تلک؟ ای ادّعیٰ البایع وقوعَ العقد علیٰ هذه السّلعة والمشتری یُدّعی وقوعَه علیٰ تلک السّلعة کما انّه من قبیل التّداعـی اتّفاقاً اذا اختلفا قبل القبض فقال المشتری: «**اَنَا اشریتُ تلک الشّاة**» و قال البـایع: «**بعتُ هذه الشّاة**».

الخلاف فی الفرع الاوّل من قبیل التّداعی و کان هو اخفیٰ من الفرع الثّانی **لانّهما** و ان اختلفا فی الخیار **ولکن** لایرجع الخلاف الیٰ دعویٰ المشتری، الخیار و اِنکار البیع ایّاه بل المشتری ادّعیٰ الخیار ای ردّ المعیب الیٰ البایع و مطالبة الّثمن منه ان ردّه و ادّعیٰ البایع انّ مورد المعاملة غیر هذه السّلعة و لم یقبل العیب ومطالبة الّثمن اذا لم یأخذه.

وحينئذ لايجوز القول بانّ الاصل مع المشترى بل يتعارض الاصلان اى اصالة عدم وقوع العقد علىٰ هذا المعيوب يعارض مع اصالة عدم وقوع العقد علىٰ هذا الصّحيح و من المعلوم انّ احد هذين الاصلين خلاف الواقع.

مضافاً الىٰ ذلك، لاتجرى اصالة الصّحة حينئذٍ لانّ اصالة الصّحة، انّما تجرى فيما اذا شكّ فى اصل تحقّق الصّحة لافيما اذا شكّ فى انّ الاصل هل وَقَعَ علىٰ الصّحيح او الفساد؟

وهكذا ان كانت المسألة من قبيل التّداعى، لاتجرى اصالة عدم وقوع العقد علىٰ ماجاء به المشترى **لانّه** معارضٌ باصالة عدم وقوع العقد علىٰ ماجاء به البايع فيتعارضان.

هكذا لاتجرى اصالة عدم الخيار الّذى قالوا فى الفرع الاوّل **لانّه** اصلٌ مسبّبٌ علىٰ اصل اللّزوم الّذى هو محلّ الكلام **حيث** انّ المشترى ادّعىٰ وقوعَ العقد علىٰ المعيب الموجب للخيار وادّعىٰ البايع وقوعه علىٰ الصّحيح الموجب للّزوم فاذا كانت المسألة من قبيل التّداعى فضابطة التّداعى، تجرى فيه ايضاً و هى **اِمّا** الحكم بالانفساخ قهريّاً اوالرّجوع الىٰ الاصول بعد التّساقط؟ ولّما لم تجر اصالة الصّحة فمرجع الشّكّ انّه هل سَلَّمَ البايع تمام حَقّ المشترى اليه ام لا؟

الاصل، عدم تسليم المشترى المبيع صحيحاً وذلك موجبٌ لكون الاصل مع المشترى بعد ما تعارضا و تساقطا **خلافاً** لمن قالوا: انّ الاصل مع البايع.

هذا كلّه فى الفرع الاول و امّا فى الفرع الثّانى فيؤل الامر الىٰ انّ المالك ادعّىٰ احدَ العينين فالمرجع **حينئذٍ** امّا الىٰ التّوزيع القهريّ والصّلح القهريّ بينهما بالمناصفة و اِمّا القرعة و غيرهما من الطّرق المذكورة فى بابه.

الكلامُ فی المُسقط فی فروضٍ ثلاثةٍ:

الفرض الاوّل: انّهما اختلفا فی العلم بالعيب بأنْ ادّعیٰ المشتری، علمَ البايع بالعيب و انكره البايع.

قال الشّيخ(ره) انّه يجب علیٰ مُدّعي العيب، اثباتُه و انّ من ادّعیٰ العلمَ هو المُدّعی. **وهذا مخالفٌ منه(ره)** مع ما قال(ره) به فی باب الغبن **حيث** صرّح انّ من ادّعیٰ الجهل هوالمدّعی.

الفرض الثّانی: انّه زال العيب السّابق قطعاً **ولكن** يشّک انّ زوال العيب، بعدالعلم بالعيب او قبله؟

الفرض الثّالث: انّه بناءً علیٰ القول بانّه لوزال العيب حين العقد قبل الرّد، سَقَطَ الخيار ولاعبرة بعروض العيب الجديد ولابقائه ولابارتفاعه؟ **ربّما بقع** البحث فی انّه زال احد العيبين (القديم والحديث).

واختلف البايع والمشتری فادّعیٰ البايع: انّ الزّائل، القديم فلاخيارلک ولاارش **والمشتری** ادّعیٰ انّ الزّائل هو الجديد فلی الخيار والارش **وهذا** هو الذّی عَنْوَنَهُ العلّامة فی التّذكرة والشّيخ(ره) قال باستصحاب بقاء العيب القديم و هذا موجبٌ لزوال الفسخ فالاصل مع المشتری.

اِن قلت لِمَ لايجری استصحاب بقاء العيب الجديد؟

قلتُ ذلک لانّ بقاء العيب الجديد لااثر له **الّا** باعتبار اثبات زوال العيب القديم الّذی**هو** ملازمٌ عاديٌّ و هذا اصلٌ مثبتٌ فلايتعارض استصحاب بقاء العيب القديم مع استصحاب بقاء العيب الجديد **لانّ** استصحاب بقاء العيب الجديد، لايُثبت ارتفاع ضدّه.

اقول: هذا لايخلو عن اشكالٍ بوجهين:

الاوّل: انّه لايجرى استصحاب بقاء العيب القديم **وذلك لانّ** الشّكّ ليس فى بقاء العيب القديم بل الشّك فى التّوصيف.

بعبارةٍ اخرىٰ: ليست الشّبهة، شبهةً خارجيّةً، بانّه هل يعتبر فى جريان الاستصحاب فيها، كون الخارج مشكوكاً من حيث وقوع الحادث ام لا؟ **ولذا** لايجرىعدم الكرّية فيما اذا شكّ فى انّ سبعة و عشرين شبراً هل هو كرٌّ ام لا؟ **لانّ الخارج، معلومٌ لاشبهةَ فيه** و انّما الشّكّ فى التّسمية والشّبهة المفهوميّة وليست شبهةً خارجيّةً **وهكذا** لاتجرى اصالة عدم تحقّق المغرب فيما اذا استترالقرص ولم تزل الحمرة **وذلك لانّ** الخارج، معلومٌ وليست الشّبهة، خارجيّةً.

الثّانى: انّ عُروض العيب الجديد المسقط للخيار لكونه من التّغيّر فى العين، يقع اِمّا فيما كان فى يدالبايع او فيما كان فى يد المشترى؟

فَاِنْ عَرَضَ عيبٌ جديدٌ بعدِ العقد فيما كان فى يد البايع قبل قبض المشترى فهو كالعيب القديم، موجبٌ للخيار فالعيب قديمةً او حديثةً، موجبٌ للخيار و ان عَرَضَ عيبٌ جديدٌ فى يدالمشترى فالجديد مُسقِطٌ للخيار، زال العيب القديم او بقى؟ اِلّا اَنْ يقال: بانّ العيب الجديد، مُسقِطٌ للخيار مادام موجوداً فاذا زال، ليس مُسقِطاً للخيار **ولكن** لم يقل بذلك احدٌ.

مضافاً الىٰ ذلك نقول: بعكس ما قال به الشّيخ حيث يجرى استصحاب بقاء العيب الجديد وليس اصلاً مُثبتاً و هو الاصل فى المقام ولايجرى استصحاب بقاء العيب القديم لكونه غيرَ مفيدٍ و اَمّا استصحاب العيب الجديد فهو موجبٌ لسقوط الخيار ولوكان العيب القديم محفوظاً و غير زائلٍ فَكان لبقاء العيب الجديد اثراً شرعيّاً فليس بمُثبتٍ.

واَمّا عدم جريان استصحاب بقاء العيب القديم **فلانّه** لااثر للعيب القديم، لاّن ترتّب الاثر علىٰ العيب القديم مشروطٌ بقيام العين علىٰ حالها و مجرّد بقاء العين،

لايكفی فی ثبوت الخيار كما دلّت عليه مرسلة: «**فی الرّجل يشترى الثّوب او المتاع و يجدفيه عيباً** فقال عليه السلام: «**ان كان الثّوت قائماً بعينه ردّه علىٰ صاحبه**».

و من الواضح: انّ مع عروض العيب الجديد **لاتكن العين قائمةً بعينها** فمجرّد بقاء العيب القديم لايكفی فی ثبوت الخيار، مادام لم يثبت زوال العيب القديم ذااثرٍ و هو الخيار **لانّ** ثبوت الارش ممّا لااشكال فيه حتّىٰ اذا زال العيب الحديد ايضاً والقديم **حيث** انّ بزوال العيب، لايزول الارش.

وبهذا ظهر ضعف ما جعل السّيد(ره) الارش محلّ التّرديد حيث قال: «**انّ الاصلين تعارضا فی مورد الخيار و تساقطا و امّا فی مورد الارش، لايتعارضان فيعمل باستصحاب بقاء العيب القديم فی مورد الارش**»

فتحصّل ممّا ذكرنا انّ الاصل، مع البايع علىٰ عكس ما قال الشّيخ(ره) من انّ الاصل مع المشترى لجريان استصحاب بقاء الجديد، ليس مُثبتاً ولازم الجريان، عدم الخيار و امّا استصحاب بقاء العيب القديم لايثبت الخيار **لانّه** لايكفی فی ثبوت الخيار، مجرّد بقاء العيب السّابق و يشترط فيه امران: **الاوّل:** بقاء العيب السّابق و عدم تغيير العين ولم يحصل هنا بالفرض والاصل الجارى هنا، بقاء تغييرالعين.

ولامانع من جريان الاصول فی اطراف العلم الاجمالیٰ اذا تردّد التّكليف بين شخصين و لوكان جريانها موجباً للمخالفة القّطيعة العمليّة، فتجرى اصالة بقاء الطّهارة فی مثل واجِدَيِ المنّي في الثّوب المشترک ولوكان جريانها موجباً للمخالفة القّطعية العمليّة، **ولكن لايخفیٰ** انّ فيما نحن فيه بخصوصه، مانعٌ من جريان الاصول **لانّه** ربّما يَدّعيِ احدالمتعاملين، القطعَ علیٰ ما ادّعاه **ولذا** يحلف و معه لاحاجة الیٰ جريان الاستصحاب.

نعمَ يجرى الحاكم، الاصلَ بملاحظة تكليفه **وهنا** ان كان الاصل موجباً للمخالفة القطعيّة العمليّة، لايجرى و سيأتی توضيح هذا فيما بعدُ.

مضافاً الیٰ ذلك، ليس علىٰ الشّيخ(ره) فرض هذه المسألة رأساً لما قلنا سابقاً: انّ زوال العيب القديم قبل الرّد، موجبٌ للخيار و امّا العيب الجديد بحدوثه فمُسقطٌ

لخيار العيب القديم سواءٌ زال العيب الجديد ام لم يزل كما قال به الشّيخ والعلّامة؟

فلايبقىٰ لهذه المسألة، حينئذٍ مجال البحث اِلّا علىٰ قولٍ شاذٍ و هو انّ العيب الجديد كالعيب القديم لوزال، فهو مُسقطٌ لخيار العيب القديم **وتشهد علىٰ ذلك، المرسلة السّابقة** حيث اِنّ شرط بقاء خيار العيب، بقاء العيبُ و بقاء العين و امّا كون عروض العيب الجديد فهو موجبٌ لسقوط الخيار فقد صرّح بذلك الشّيخ(ره) نفسه فی المكاسب حيث قال(ره):

«و امّا الثّالث اعنی العيب الحادث فی يدالمشتری بعد القبض والخيار فالمشهور انّه مانعٌ عن الردّ بالعيب السّابق و امّاكونه موجباً لسقوط خيار العيب القديم سواءٌ زال العيب الجديد ام لم يزل فی نظر الشّيخ(ره)؟

فقد صرّح بذلك ايضاً فی المكاسب: «ثمّ مُقتضیٰ الاصل، عدم الفرق فی ثبوت الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله و لايثبت الخيار بعد زواله لعدم الدّليل علىٰ الثّبوت بعد السّقوط و قال العلّامة(ره) فی التّذكرة: **«عندنا انّ العيب المتجدّد، مانعٌ عن الرّد بالعيب السّابق سواءٌ زال ام لا؟»**

نعم: يبقىٰ هنا مطلبٌ و سؤالٌ وهو انّ احدالعيبين قد زال قطعاً و جريان الاصول فی‌اطراف العلم الاجمالی[1] (من قبيل استصحاب بقاء العيب القديم و استصحاب بقاء العيب الجديد) غير صحيحٍ **لانّه** ربّما تعارضا و تساقطا **بناءً علىٰ ما ذهب اليه الشّيخ (ره) فی باب الاستصحاب** من انّ ادلّة الاستصحاب، تشمل اطراف العلم الاجمالیٰ ای كانت الادّلة، مُقتضيةً لجريان الاستصحاب فی اطراف العلم الاجمالیٰ ايضاً **فان** الجريان فيها موجبا للمخالفة القطّعية العلّمية، يتعارضان ويتساقطان و ان لم يلزم العمل فيها، المخالفة القطعيّة العمليّة فيعمل بهما و مجرّد لزوم المخالفة القطعيّة الالتزاميّة، لابأس به **وامّا مبنیٰ المحقّق الخراسانی** وعدّةٍ من المحقّقين فهو عدم جريان الاصول و منها، الاستصحاب فی اطراف العلم الاجمالیٰ سواءٌ استلزم مخالفة قطعيّةً عمليّةً ام لم يستلزم؟ لا لاجل لزوم المخالفة القطعيّة الالتزاميّة حتّیٰ يقال: انّه لادليل علىٰ عدم جواز ذلك اذا اقتضته **الاصول بل** لاجل قصور الادلّة و

عدم اقتضاء الادلّة بذلک.

وبناءً علىٰ هذين المبنيّين (مبنىٰ الشّيخ(ره) و مبنىٰ المحقّق الخراسانى (ره)) هنا **مجالٌ للسّؤال:** فان كان المصير هنا مبنىٰ الشّيخ فيتعارضان و يتساقطان و ان كان المصير مبنىٰ المحقّق الخراسانى(ره) فلاتجرى الاصول فى اطراف العلم الاجمالىٰ رأساً فاستصحاب بقاء العيب الجديد اِمّا كان مُبتليً بالمعارض و هو استصحاب بقاء العيب القديم و يتعارضان ويتساقطان.

و اِمّا لايجرى فى اطراف العلم الاجمالىٰ رأساً علىٰ مبنىٰ المحقّق الخراسانى؟

نجيب عن هذا السّؤال بانّ الاستصحابين لايتعارضان معاً ولايلزم من العمل بهما، المخالفة القطّعية العمليّة **وذلک انّ** خيار العيب مبنيٌّ علىٰ احراز امرين:

الاوّل: بقاء العيب القديم.

الثّانى: عدم التّغير فيه و كلّ واحدٍ من الاستصحابين، ناظرٌ الىٰ تأمين احد الامرين فلايتعارضان **لانّ** استصحاب بقاء العيب السّابق، لايقتضى الخيار وحده و اَمّا استصحاب بقاء العيب الجديد، فهو يقتضى ثبوت الخيار فلا تَعارُضَ بين الاصلين.

فبناءً عليه لنا ان نقول: بجريان الاستصحاب علىٰ كلا المبنيين **امّا علىٰ مبنىٰ عدم جريان الاستصحاب** فى اطراف العلم الاجمالى، فهو انّما فى صورة لزوم المخالفة القّطيعة العمّلية اولااقلّ، لاجل لزوم المخالفة القطعيّة الالتزاميّة و جريان الاستصحاب هنا لايلزم المخالفطة القطعيّة مطلقاً **لانّ** نتيجة بقاء العيب السّابق واللاّحق، عدم ثبوت الخيار و هو امرٌ محتملٌ مقطوعٌ حتّىٰ تلزم المخالفة القطعيّة **وهكذا** علىٰ المبنى الآخر.

و ان شئتَ قلتَ: انّه لايجرى استصحاب بقاء العيب القديم رأساً **لانّه** وان قبلنا كفاية جزء الاثر فى جواز الاستصحاب ولايلزم كون مَجرىٰ الاستصحاب، تمام الموضوع للاثر **ولكن يكفى** جزء الاثر فى جريان الاستصحاب فيما تحرز الاجزاء امّا بالوجدان او التّعبد والحال انّ هنا، يحرز رفع الجزء الآخر بالتّعبد اى ارتفاع بقاء

العيب الحادث.

بالجملة، يمكن ان يقال: بعدم جريان استصحاب بقاء العيب القديم و ان كان هو من قبيل الاستصحاب الجارى فى جزء الموضوع و صرّحوا بصحّته **ولكن** يشترط فيه انّه فيما أُحْرزت اجزائه الآخرىٰ بالوجدان اوالتّعبد حتّىٰ يكون له اثرٌ عمليٌّ بالّتعبدّ.

فتحصّل ممّا ذكرنا انّه يجرى استصحاب بقاء العيب الجديد بلا معارضٍ و مزاحمٍ و الاصل، مع البايع.

و امّا الكلام فى الفرض الاوّل وهو الاختلاف فى العلم، فمدّعى العلم و هوالبايع، هوالمدّعى و مُدّعيِ الجهلِ و هوالمشتري، مطابقٌ للاصل **لانّه** ادّعيٰ عدم العلم والاصل، عدم تحقّق العلم.

وقرّب السّيد(ره) هذا بانّ المسألة من قبيل الشّک فى وجود المانع بعد اقرار المُقتضِى للخيار وِفقاً لعنوان المسألة فى كلام الشّيخ(ره) فيؤخذ المُقتضِى و يُدفع المانع، بالاصل كما هو الشأن فى غالب موارد المُقتضِى والمانع.

وليس هذا التّقريب بصحيحٍ فى هذا المورد بخصوصه و ليس المورد، من موارد الشّک فى المُقتضِى والمانع **لانّ** الجهل، انّما هو جزء موضوع الخيار **حيث** ورد فىادلّة الباب: «**لم يتبيّن له**»، الظّاهر فى انّ موضوع الخيار، عدم العلم و عدم التّبيّن وليس مقتضىٰ الخيار، العقد من حيث هو والعلم بالعيب، مُسقِطٌ له.

ويزيد ذلك وضوحاً، ماقلنا سابقاً من انّ مقتضىٰ الخيار، اشتراط الصّحة فى ضمن العقد والاشتراط، حصل فى صورة الجهل دون العلم فليس المُقتضِى بموجودٍ فىصورة العلم **لا انّ المُقتضِى موجودٌ والعلم بالعيب، مانعٌ عنه.**

فبناءً عليه، اطلاق القول بانّ الاصل مع المشترى و مدّعٍ للجهل بناءً علىٰ مبنىٰ الشّيخ، هوالمدّعى، يُشكِل و هو محلّ نظرٍ الآانْ يقال: انّ الالفاظ المستعملة فىالعقود والايقاعات، لها ظهورٌ نوعيٌّ فمن ادّعيٰ الظّهور الخاصّ له، له اثباتها **و هذه قاعدةٌ** جَرَوُا عليها فى باب العقود والايقاعات حتّىٰ الاوامر والنّواهى.

وما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل لانّه: من الواضح انّ الظّهور النّوعيّ، انّما هو في الصّحيح و مَن ادّعیٰ انّه اُريدَ من ذلک الظّهور، المعيب هوالمدّعی، عليه الاثبات و **بهذا** صحّ القول بانّ الاصل، مع المشتری.

وهمٌ و دفعٌ

انّ العلم والجهل الّذی هو من صفات النّفس، الواقع هنا محلّ البحث والكلام، ليس علیٰ ما يعطيه ظاهر بعض الكلمات من الشّيخ و غيره(ره) من كون المراد من العلم والجهل فی مقام الثّبوت وباعتبار كونهما من الصّفات النّفسانيّة كما كان كذلک فی‌باب الايمان و سايرالصّفات النّفسانيّة **بل** المراد منهما، العلم والجهل فی مقام الاثبات يعنی بالنّسبة الیٰ وضع الخارج و خصوصيّة الانشاء اذا كان بحيث اذاكان عالماً بالعقد والعيب وغيرذلک، غير ما كان جاهلاً بها حكماً.

اختلاف البايع والمشترى فی زوال العيب بعد العلم او قبله

فلوزال العيب قبل علم المشترى بالعيب، يسقط خيارالمشترى وارشه ولوزال بعد علمه به، لايسقط الخيار والارش.

قلنا سابقاً فی باب المسقطات: انّ وجود العيب حين العقد، لايكفی فی ثبوت الخيار بل يعتبر استمراره فلولم يستمرّ و زال العيب، فليس له خيارٌ غاية الامر، صرّح العلّامة(ره) انّه: لوزال قبل العلم، يسقط الخيار بل لوزال قبل الرّد ولوكان بعد العلم، سَقَطَ الخيار ايضاً.

والشّيخ(ره) قال: بناءً علىٰ الفرق بين الزّوال قبل العلم فيسقط و بعد العلم لايسقط، **لواختلفا فی تاريخ الزّوال** فالمشترى ادّعىٰ انّه زال بعد علمی به فلی الخيار والبايع ادّعىٰ انّه زال قبل علمک وليس لک خيارٌ.

الشّيخ(ره) صرّح بانّ الاصل، مع المشترى لاستصحاب بقاء العيب الىٰ زمان العلم بالعيب فالقول، قول المشترى.

قولٌ آخرهنا و هو انّ القول، قول البايع، لانّ استصحاب بقاء العيب لايُثبت انّه عَلِمَ بالعيب فی زمن بقاء العيب و الشّيخ(ره)، **اختار الاوّل و انّ الاصل مع المشترى والقول، قوله.**

والسّيد(ره) قَرَّبَ مختار الشّيخ(ره) تأييداً **بل** بانّ خيارالعيب، غير مشروطٍ بظهور العيب واقع العيب، موجبٌ للخيار فالقولُ، قول المشترى .

لنا ان نقول اوّلاً:

مختار الشّيخ فی باب مُسقطات الخيار هو انّ استمرار العيب الىٰ زمان الرّد، لازمٌ و هكذا العلاّمة اختار هذا بعد البحث عنه واستظهر هذا من قوله عليه السلام: «**ردّه**» اى ردّ المعيوب الفعليّ اي استمرار العيب لاماكان معيوباً في زمانٍ.

فبناءً علىٰ مختار الشّيخ(ره) و العلّامة(ره) و استظهارهما فلامجال لطرح هذا النوع هنا رأساً **لانّه** بناءً علىٰ هذا، سواءٌ زال العيب قبل العلم او بعده، ليس للمشترى، خيارٌ لعدم الاستمرار و بقاء العيب الىٰ حين الرّد **فالتّفصيل** بين زواله قبل العلم و بعد العلم، ليس له قائلٌ والشّيخ(ره) ايضاً، لم يقل به والعلّامة(ره) ايضاً ما قال به مع انّه اصلٌ فى هذا التّفصيل.

وثانياً: انّ المقام، من قبيل مجهولَي التّاريخ و في مجهولَي التّاريخ، فروضٌ ثلاثةٌ يختلف حكمها: **فان كان زمان** العلم بالعيب، معلوماً و زمان ارتفاع العيب غير معلومٍ، فاستصحاب بقاء العيب الىٰ زمان العلم بالعيب:

و ان كان زمان ارتفاع العيب معلوماً و زمان العلم بالعيب غير معلومٍ مثلاً علم به قبل الظّهر او بعد الظّهر، تكون المسألة بعكس ذلک بجريان استصحاب بقاء عدم العلم الىٰ زمان الزّوال اى ظهر يوم السّبت مثلاً.

فحينئذٍ قول الشّيخ(ره) باستصحاب بقاء العيب الىٰ زمان العلم بالعيب، لاينطبق علىٰ الفروض الثّلاثة لمجهولَي التّاريخ بل ينطبق علىٰ فرضٍ واحدٌ و هو ما اذا كان العلم،معلومَ التاريخ و امّا اذا كان زوال العيب، معلومَ التاريخ والعلم بالعيب مجهولاً فيجرى استصحاب بقاء الجهل **و نتيجته** انّ الاصل، مع البايع **لانّ** البايع، ادّعىٰ انّ المشترى كان لم يعلم بالعيب الىٰ زمان العيب و انّما علم بعد ذلک **وان كان كلاهما** مجهولَي التّاريخ، يتعارضان وليس الاصل مع احدهما.

وثالثاً: انّ فى صورة كون العلم بالعيب، معلوم التّاريخ و الزّوال، مجهول التّاريخ، لايجرى الاستصحاب هنا **لانّه** اصلٌ مُثبِتٌ، فكما انّ مجردّ استصحاب كون الامام راكعاً، لايثبت انّ المأموم رَكَعَ والامام راكعٌ **فكذلک فيما نحن فيه**،استصحاب بقاء العيب الىٰ زمان العلم بالعيب،لايُثبت استمرارَ العيب الىٰ ذلک الزّمان.

فالاقوىٰ هو انّ العيب هل هو موجبٌ للخيار ام ظهور العيب يفترق مع مسألة زوال العيب بعدالعلم و قبل العلم؟ مسألتان.

والسّيد(ره) لم يفرّق بينهما و وقع خلطٌ فى كلامه بينهما.

المختار فى المسألة انّه لافرق هنا بين زوال العيب قبل العلم بالعيب او بعده او قبل الرّد او بعده **بل المدار** هو العلم بالعيب حين العقد **لانّ** اَخبار الباب كُلَّها من قبيل تخلّف الشّرط **لانّ** الشرط لابدّ ان يكون صحيحاً حين العقد لا ان يكون معيوباً فيزول عيبه بعد العقد.

وقوله عليه السلام: «**يجده معيوباً**» مجهولٌ علىٰ الغالب وليس له مفهومٌ و ليس فى مقام بيان انّه هل زال قبل اَنْ يجد او مازال؟ **فَلْيَرْجِعْ الىٰ مقتضى القاعدة و هو كونه معيوباً.**

ولو تعبّدنا بظّاهر الرّواية فنقول: انّ ظاهرها، لزوم استمرار العيب الىٰ حين الرّد.

مسألةً: لو كان فى المبيع عيبٌ آخر غيرالمتّفق عليه، لم يعلم انّه كان موجوداً سابقاً او حَدَثَ ممّا بعدُ؟

قال الشّهيد الاوّل(ره) فى الدّروس: انّ الاصل، مع البايع لِاَصالة عدم تقدّم العيب حين العقد اى اصالة تأخّر الحادث و هذا، مثل مالم يكن الّا عيبٌ فى الحكم فيما اذا اختلفا فى العيب الاوّل و هو انّ الاصل، مع البايع.

ردّه الشّيخ(ره) بالفرق بين العيب الاوّل والثّانى وذلک، فرقٌ فى الاثر لا فى الاسم فقط **لانّ** اثر العيب الاوّل، الخيار **فبناءً عليه،** الاصل عدم الخيار و اثر العيب الثّانى، سقوط الخيار الاوّل **فهما** متضادّان فى الاثر.

فاصل عدم التّقدّم، مقبولٌ فى العيب الاوّل اذا كان مشكوكاً و ليس مُثبِتاً **وامّا** اصل عدم التقدّم فى العيب الثّانى فهو مُثبِتٌ **لانّ** اصالة عدم التّقدم، لايُثبت انّ العيب، حَدَثَ عندالمشترى و ان كان هو من اللّوازم العقليّة **وما دام لم يثبت** حدوث العيب عندالمشترى، لايوجب سقوط الخيار كما انّ استصحاب عدم موت المُورِّث الىٰ زمانٍ كذا، لايُثبت حدوثَ موته عند كذا، **ونتيجة هذا انّ** القول، قول المشترى لاصالة عدم المُسقِطِ

اقول: لاينحصر اثر العيب الثّانى فى سقوط الخيار الحاصل، بالعيب الاوّل **بل** له اثرٌ شرعيٌّ آخر خاصٌّ له فهو ثبوت الارش بالعيب الثّاني غيرالارش الثّابت بالعيب الاوّل فيمكن القول بعدم جريان الاستصحاب بملاحظة عدم الاثر الشّرعيّ.

فحينئذ، يرجع الكلام الىٰ انّ النّزاع فى العيب الثّانى ان كان، من حيث الارش **فدعوىٰ الشّهيد** الاوّل(ره) فى انّ الاصل مع البايع، صحيحاً **لانّ** الاصل، عدم تقدم العيب ولاخيار من اجله ولاارش **وان كان** استصحاب عدم التّقدم من جهة اثر سقوط الخيار الثّابت بالعيب الاوّل؛ **فقول الشّيخ(ره)** و اشكاله عليه، **صحيحٌ** لولا الاشكال الّذى سيأتى الكلام فى اصل عدم المُسقط.

فبناءً عليه؛ لايجوز القول بانّ قول الشّهيد الاوّل(ره) مَردودٌ علىٰ كلّ حالٍ بل يصحّ فى صورةٍ واحدةٍ.

و ان كان النّزاع فى كليهما كما هو الظّاهر، فلا وجهَ لسوق الكلام لصورةٍ واحدةٍ فقط **فالمشترى** الّذى ادّعىٰ وجود العيب من السّابق، ادّعىٰ بقاءالخيار و ارش العيب الجديد، والبايع الّذى ادّعىٰ انّ العيب، حَدَثَ عندالمشترى، اَنْكَرَ الخيار والارش فجريان الاستصحابين، استصحابُ عدم وجوب الارش (او اصل عدم التّقدّم مراداً به نفى الارش) واصالة عدم الّمسقط (او استصحاب بقاء الخيار الاوّل)، يوجب مخالفة العلم الاجمالىٰ **لانّه** نعلم اجمالاً: انّ المشترى اِمّا له حقّ الفسخ و حقّ ارشِ العيب الثّانى و اِمّا ليس له هذا الحقّ؟

وهذان، موجبانِ لمخالفة العلم الاجمالىٰ العمليّ **الاّ ان يقال:** انّ المخالفة الاجماليّة القطعيّة العمليّة فيما اذا تردّد التّكليف بين الشّخصين، **لامانع فيه** كما فى واجدَيِ المَنِّي و مانحن فيه ايضاً، التّكليف، دائرٌ بين البايع والمشتري، **ولكن لايخفىٰ** انّ البايع والمشترى لم يتردّد وَ لم يشّكافى شيءٍ و كلاهما، يُدّعي القطعَ وليس ما نحن فيه مثل واجدَيِ المَنِّي، وانّما يَبتلي الحاكمُ بالمخالفة القطّعية ولايةً لا المدّعي والمنكر.

مسألةٌ: لواختلفا فی البراءة فادّعیٰ البایع: اِنّی بعتُ بالبراءة من کلّ عیبٍ وانکر المشتری، البراءة.

نسب الیٰ المشهور من غیر خلافٍ یعرف انّ الاصل، مع المشتری **لانّه** منکرٌ، والبایع، مدّعی البراءة فالخیار، **حینئذٍ** موجودٌ.

لکن، ربّما یستفاد من روایةٍ منقولةٍ فی المقام، خلافَ المشهور و انّ القول، قولُ البایع فیما اذا اختلفا فی البراءة.

لکن، ربّما فی الرّوایة، انّها فُسِّرَتْ علیٰ انحاءٍ، **وعلیٰ بعض** الانحاء تکون الرّوایة موافقةً للقاعدة، و انّ القول، قول البایع المُدّعیِ للبراءة و **علیٰ بعض انحاء** التّفاسیر والاحتمالات، تکون الرّوایة، علیٰ خلاف القاعدة.

هکذا الرّوایة: فی ابواب احکام العیوب- الباب ۸- الحدیث ۱: «محمّدبن حسن باسناد، عن سفّاح، عن محمّد بن عیسیٰ، عن جعفربن عیسیٰ، قال: کتبتُ الیٰ ابی الحسن علیهماالسّلام، جُعِلتُ فداک، المتاع، یباع فیمن یزید و ینادی علیه المُنادِی فاذا نادیٰ علیه، بَرَأ من کلّ عیبٍ فیه و اذا اِشتراه المشتری و رَضِیَهُ ولم یبق الّا نقدالّثمن و ربّما زَهَدَ و اذا زَهَدَ فیه، ادّعیٰ فیه عیوباً و انّه لم یُعلم بها، فیقول المنادی قد برأتُ منها،فیقول المشتری لم اَسْمَعِ البرائةَ منها، اَیُصدَّق فلایجب علیه الّثمن ام لایُصَدّق فیجب علیه الّثمن؟ فَکَتَبَ علیه‌السلام: **«علیه الّثمنُ»**.

ظاهر هذه الرّوایة هو انّ القول، قول البایع المُدّعی للبراءة و هذا، خلاف فتویٰ المشهور **ولهذا،** استفاد المحقّق الاردبیلی(ره) من هذه الرّوایة **ولذا قال: انّها متروکةٌ لایعمل بها لانّها ضعیف السّند و مخالفةٌ للقاعدة** ای تُخالِفُ فتویٰ المشهور **حیث ذهبوا** الیٰ انّ الاصلُ، مع المشتری المنکر للبراءة **وامّا کونها ضعیف السّند، فلاجل انّها مکاتبةٌ** حیث یحتمل فیها من التّقیّة، مالایحتمل فی المشافهة.

وامّا الشّیخ محمّد باقرالخراسانی(ره) فقد عَکَسَ المسألة وقال: بانّها موافقةٌ

لقاعدة المُدّعى والمنكر فما اَبْعَدَ بينه و بين ما قال به المحقّق الاردبيلى(ره)؟

و لعلّ نَظَرَهُ(ره) هو انّ ادّعاءُ المشترى بعدم سماعه، خلافُ **فهو** مدّعٍ حيث ادّعىٰ المشترى خلاف الظّاهر و هو عدم السّماع فيما نادىٰ المتاع، البراءة من كلّ عيبٍ و قول البايع فى البراءة، موافقٌ للظّاهر.

و امّا صاحب الحدائق فقد صَرَّحَ بانّ قول عليه السلام: **«عليه الثّمن»**، ليس مُبتنياً علىٰ قاعدة البايع والمشترى فى مقام الاختلاف **بل** وجوبُ الّثمن **لاجل** كونِ المشترىفى ادّعائِهِ عدمَ السّماع كاذباً **بل حيثُ** تَغَيَّرَ نظره عن المعاملة فَجَعْلُ ادّعائه عدمَ السّماع، وسيلةٌ لفسخ المُعاملة.

وقال(ره) فى آخر كلامه: **«انّ الامام، عَلِمَ بمعونة علم الامامة، انّ المشترى كان كاذباً فى ادّعائه»**.

ولايخفىٰ انّ هذا القول الاخير، ضعيفٌ جدّاً لانّ الامام، فَرَضَ الامر كلّياً ولانظر له عليه السلام الىٰ المشترى الخاصّ.

و ردّ الشّيخ، صاحب الحدائق(ره) بانّه ان كان المشترى كاذباً فى ادّعائه عدمَ السّماع، فلاحاجة **حينئذٍ لِاَنْ** يكتب الىٰ الامام عليه السلام و يَسئلَ عن حكم المسألة و كَتَبَ فى مُراسلته: **«ايُصدّق ام لايُصَدّق؟»**

فعليه، يكون قول الشّيخ محمّد باقر الخراسانى(ره) والسّبزوارى(ره)، **لايخلو** عن كونه اقبل لما قلناه **لانّ** كلمة المدّعي و المنكر، ليست لهما حقيقةٌ شرعيّةٌ **فهما** كسائر الفاظ المعاملات يحملان علىٰ العرف و عندالعرف، المُدّعي قولُه، خلاف الظاهر والمُنكِرُ قوله، موافقٌ للظّاهر والبايع هنا بهذا المناط منكرٌ قوله موافقٌ للظّاهر و ادّعاء المشترى فى عدم سماعه، خلاف الظّاهر.

نعم: ذكر الشّيخ(ره) هنا اشكالاً غَير مهمٍّ و هو انّ الاعتبار بالشّرط الواجب عليه العمل، ما ذُكِرَ العقد **و امّا جَعْلُ ذكره سابقاً** قبل العقد، فى مقام المساومة مع تركه حين العقد ولوكان العقد مبتنياً علىٰ هذا الشّرط، **فلا اعتبار بها** كما يأتى تفصيله **فى باب الشّروط**.

و من الواضح:

الشّرائط علىٰ الاغلب فی باب بيع الحرّاج (بيع من يزيدُ) تذكر قبل العقد توضيحاً و ترغيباً للمشترى، **فالبرائةُ** مع كونها من شرائط العقد **ولكن** لم تذكر حين العقد **بل** قبل العقد **فلااعتبار بها.**

وهذا الاشكال، مدفوعٌ: بانّه لافرق فی الشّرائط، بين الشّرائط المبنيّة عليها العقد والشّرائط المذكورة فی العقد **لانّ** مدلول الكلام، اعمّ من المدلول المطابقيّ بحيث تدلّ عليه الالفاظ المذكورة او الالفاظ المحفوظة بقرينة المقام اوالقرينة المقالّية؟

اقول: انّ موضوع الرّواية المذكورة، غير ما نحن فيه **لانّ** موضوعها، ما وقع التّبرّی، من البايع و اِعْتَرفَ بذلک المشترى ايضاً **ولكنّ** المشترى ادّعىٰ عدمَ سِماعه **و امّا المبحوث عنه هنا** ومورد فتوىٰ المشهور، فهو ادّعاء البايع بالبراءة و سماع المشترىبذلک و اَنْكَرَ البراءةَ و سماعَه ای قال البايع: تواقفنا عليه و اَنْكَر المشترى، التّوافقَ بينهما **فان سلّمنا ذلک** وعلمنا بانّ المشترى صادقٌ فی دعواه، تبرّأ البايع **فيقع البحث** فی حصول التّبرّئ حينئذٍ.

و يمكن ان يقال: انّ مبنیٰ خيار العيب علىٰ اشتراط الصّحة و توافق المشترى و البايع فيه فاذا علمنا انّهما، لم يتوافقا علىٰ شرطٍ فقال البايع: **«اَنَا بَعتُه بشرط عدم الكتابه»** وقال المشترى: **«اشتريتُه بِشَرْطِ الكتابه»**، فلم يحصل الشّرط بهذا ثبوتاً فاختلف الموجب و القابل فی هذا الاشتراط.

فبناءً عليه، كانت الرّواية علىٰ خلاف القاعدة، فهذه الرّواية، ساقطةٌ فيرجع علىٰ القاعدة و يقال علىٰ ما قال به المشهور و هو انّ القول، قول المشترى **حيث** انّه ينكر التّبرئ الّذی هو شرطٌ كسائر الشّرائط الّتی ادّعاه البايع **بل يمكن ان يقال: انّ اعتبار** علم المشترى وجهله فی باب خيار العيب و فی خيار الغبن، انّما تأثيرهما فی‌الانشاء بحيث اذا كان عالماً فهو قرينةٌ بانّه باعَهُ بشرطِ التّبرّأ حاليّاً و اذا كان

جاهلاً فهو قرينةٌ: بانّه باعه بشرط الصّحة.

و من الواضح فى باب بيع الحرّاج فى الغالب، اعتبار شرط التّبرّئ و انّ المشترى يُريد اثبات انّه تَبَرَّءَ من المبيع قبل العقد و ما بعده والغاء المشترى الشّرطَ فى انشائه.

و من الواضح انّ: مجرّد تخيّل المشترى، عدمَ سماعه خصوصاً مع شهادة الظّاهر علىٰ خلاف قول المشترى، يجعله غير مسموعٍ؛ فمورد الرّواية، خارجٌ عن محلّ البحثِ.

ولنا يمكن التّأمّل فيه و هو انّا قلنا سابقاً: انّ الصّحة، من جملة الشّرائط الضّمنيّة للعقد و منشاءُ خيارالعيب، تخلّف الشّرط، فمسألة التّبرّئ، تَؤُلُ الىٰ اشتراط عدم الصّحة فَمُدّعي التّبرّأ، لايَدّعي الاشتراطَ انّما يَدَّعي عدمَ الاشتراط؛ فالقولُ، قولُ مُدّعي التّبرّئ و هو البايع لا المشترى.

الّا اَنْ يدفع بانّ مدار تشخيص المُدّعى و المنكر، علىٰ العرف حيث كان المدّعى و المنكر لفظان عرفيّان و حينئذٍ عند العرف، المدعّى هنا، من ادّعىٰ التّبرّأ والمنكرُ منكِرُه **فالقول، قولُ المشترى هذا اوّلاً:**

وثانياً: قلنا فى اوّل خيارالعيب، بانّ الصّحة، داخلةٌ فى المسمّىٰ وليست زائدةً عليه و انّما هى، شئٌ يقتضيها الاسم **ومراد القائلين** بانّ الاصل فى الاشياء، السّلامة و بناء العقدِ علىٰ الصّحة، **انمّا هو ما يقتضيه مسمّىٰ الكلمة والاسم.**

فبناءً عليه دخولُ الصّحة فى المبيع، ليس كدخول الشّرائط الضّمنيّة فى البيع **بل** اَعْرَفُ منها و معنىٰ كون المبيع معيباً، فقد بعض اجزاء المبيع سواءٌ ظَهَرَ فى الاسم اولم يظهر، فليس خيارالعيب، داخلاً فى خيار تخلّف الوصف ولاخيار تخلّف الشّرط **بل** هو خيارٌ مستقلٌّ برأسه و لو كان مُشبّهاً له من بعض الجهات؛ **والقول بانّه** من قبيل الشّروط الّضمنيّة، **انّما يصّح ببعض الاعتبارات لا انّ المراد انّ ماهيّة خيارالعيب من قبيل ماهيّة الشّروط الّضمنيّة ولاكماهيّة خيار تخلّف الوصف والشّرط.**

بناءً علىٰ هذا، يكون مدّعی التّبرّئ مُدّعياً و منكره موافقٌ للاصل **لانّ** مُدّعي التّبرّئ يَدّعی اشتراطَ شيءٍ زائداً عن اسم المبيع و يدّعی زيادة الشّرط والغاء مفهوم الاسم ببعض مراتبه و منكره، يدّعی تسليم الاسم الصّحيح والصّحة ليست شيئاً زائداً علىٰ اسم المبيع حتّىٰ يقال بانّ التّبرّئ بمعنىٰ الغاء الصّحة **بل** المرادُ من الصّحيح هنا، الصّحيح بالحمل الشّايع وليس المراد منه، معنىٰ الصّحة مفهوماً **حتّىٰ يقال:** بانّه شيءٌ زائدٌ عن المسّمىٰ **فالحقُّ مع المشهور** حيثِ انّهم قالوا: بانّ القول، قولُ منكرِ التّبرّئ لا لما ذكروه فی الكلمات **بل** لما ذكرناه الآن.

ثمّ انّه بناءً عَلىٰ تقدّم المنكر فی التّبرّئ، وقع الكلام فی انّه كيف يحلف و بماذا يحلف؟ **هل يلزم عليه الحلف علىٰ عدم الواقع بتّاً** اذ يكفی حلف نفی العلم بـاَنْ حَلَفَ: «**انّی لا اعلم بالتّبرّئ**» صرّح الشّيخ(ره) بانّ الحلف بنحو نفی العلم، كافٍ علىٰ خلاف ماقال سابقاً من لزوم اليمين فی خيار العيب بتّاً **وعلّله ذلك** بانّ العلم بالتّبرّئ مُسقِطٌ والحلف علىٰ عدم العلم بالتّبرّئ، كافٍ.

و وَجَّهَ السّيدُ(ره) هذا الفتوىٰ بانّ الحلف بنفی العلم بالتّبرّئ يُعّدُ حَلفاً بتّياً **لانّ** الاثر يترتّب علىٰ نفس العلم **لانّ** مُسْقِطّيةِ خيارالعيب، الرّضا بالعيب.

بعبارةٍ اُخرىٰ، انقسامُ الحلف علىٰ البتّی و نفی العلم، انّما هو فيما اذاكان الاثر، يترتّب علىٰ الواقع والعلمُ، طريقٌ اليه. **وامّا فيما اذاكان العلم له موضوعيّة** والاثر راجعٌ الىٰ نفس العلم **فمحلّ النّزاع** هو نفس العلم فالحلفُ علىٰ نفی العلم، انّما هو يعدُّ حلفاً بتّياً. **وفيه انّ** مسألة العلم بالعيب حين العقد، مُسقِطٌ قد فرغنا عنه و مسألة الرّضا بالعيب، بعد العقد مُسقِطٌ آخر سيجئ بيانه و ما نحن فيه و هو التّبرّئ، غير هذين المُسقِطَيْنِ و هو شرطٌ فی ضمن العقد، يحتاج الىٰ انشاء الشّرط و قبول المشروط عليه **وحينئذٍ** اذا قلنا بلزوم الحلف بتّياً فيما اذا يرجع الىٰ فعل نفسه، **فنقول** به فيما نحن فيه **ولايكفی فيما نحن** الحلف بنفی العلم **لانّ** حلف منكر التّبرّئ، يرجع الىٰ فعل نفسه و انشائه فليس الاَثَرُ راجعاً الىٰ العلم وليست له موضوعيّةٌ ولايصّح ارجاعه الىٰ الرّضا بالعيب. **والحقّ حينئذٍ مع صاحب الجواهر**

حیث ذهب الیٰ لزوم کون الحلف بتّیاً خلافاً للشّهید(ره) فی الدّروس **حیث** ذهب الیٰ اکتفاء حلف نفی العلم فی مقام انکار التّبرّی.

ثمّ انّ الشّیخ(ره) رَجَعَ الیٰ الفرع الّذی ذکره(ره) سابقاً ولم یعلم ما وجه هذا الرّجوع و تکراره هنا ثانیاً؟

وهو ما اذا تبیّن انّ المبیع له عیبان:

عیبٌ کان موجوداً من الابتداء وکلاهما یعترقان به وکان خیار العیب محقّقاً سابقاً وعیبٌ آخَر حَدَثَ و هو محلّ الخلاف بین البایع والمشتری **فالبایع**،ادّعیٰ انّه حَدَثَ عندالمشتری والخیار ساقطٌ و ادّعی المشتری انّه کان موجوداً سابقاً **فالخیار باقٍ. قد صرّح الشّیخ(ره) فیما سبق:** ان استصحاب عدم حدوث العیب سابقاً، لایُثْبِتُ انّه حَدَثَ عند المشتری **لانّه** مُثبِتٌ و قد تقدّم تفصیله فی کلام الشّیخ(ره) و غیر ذلک من المطالب.

والّذی ذکر(ره) هنا، مطلباً جدیداً، تأییداً للمشتری، **هو اصالة عدم وقوع العقد علیٰ السّلیم من هذا العیب حتّیٰ یضمنه المشتری.**

اقول: ان کان المراد من عدم وقوع العقد علیٰ السّلیم، عدم قصد المتعاملین، الصّحیحَ من کلِّ عیبٍ حین الانشاء **فهو خلاف الفرض لانّ** الفرض انّه وقع العقد علیٰ الصّحیح من کلِّ عیبٍ یفرض **ولذا**کان له خیار العیب لاجل العیب الاوّلُ و **اذا کان المراد هو انّ** حین العقد، لم یکن سلیماً من العیب و کان معیوباً **فهو خلاف اصالة الصّحة. مضافاً الیٰ ذلک**،کان هذا الاصل، اصلاً مُثْبِتاً **لانّ** لازم جریان اصالة عدم وقوع العقد، سلیماً عن العیب الثّانی، وقوعُ العقدِ علیٰ المعیوبِ فلیس العیبُ حادثاً فَبَقِیَ الخیارُ، فبقاءُ الخیار، اثرٌ شرّعیٌ یترتّب علیه بواسطتین.

ومضافاً الیٰ ذلک، قول الشّیخ **«حتّیٰ یضمنه المشتری» لایخلو عن اشکالٍ لانّ الکلام**، لیس فی ضمان المشتری للبایع اذا فَسَخَ **بل** الکلامُ فی انّ العیب الجدید، مُسقِطٌ للخیار الاوّل ام لا؟

لكلام فى الاختلاف فى العمل بالخيار بين البايع والمشترى، ادّعى اَحَدُهما العملَ بالخيار و اَنْكَرَهُ الآخرُ.

هذا الاختلافُ يُفرض فى حالتين:

اَلْاُوْلىٰ: فيما اذا عَرَضَ التّغييرُ فى المبيع بعد تلف العين و سقوطِ الخيار فادّعىٰ فسخه قبل تلف العين.

الثّانية: ما وَقَعَ الاختلافُ فى زمن الخيار مع بقاء العين بحالها و يمكن ان يكون مُدَّعيَّ الفسخ، هو البايع اوالمشتري؟

قال الشيخ(ره) فى الحالة الثّانية انّه كان لذى الخيار، انشاءُ الفسخ و يمكن تنفيذ اقراره اوجعله، بمنزلة انشاء الفسخ و اَمّا **اذاكان الاختلاف،** بعد تغيّر العين و تلفها، فيلزم علىٰ مُدّعى، الفسخ، الاثباتُ واقامة البيّنة **والّا** فيحلفُ منكر الفسخ.

هذا ما نصّ عليه الشّيخ(ره) فى المقام:

الحالة الاولىٰ: لواختلفا فى الفسخِ فان كان الخيار، باقياً، فله انشائه «**وفى الدّروس**» انّه يمكن جعل اقراره، انشاءً **ولعلّه** لِما اِشْتَهَرَ من ان «**مَنْ مَلِكَ شَيئاً مَلِكَ الْاِقْرارُ بِه**».

اقول: عبارة «لواختلفا فى الفسخ الخ» «لايخلو عن مسامحةٍ لانّه ان تَحَقّقَ الفسخُ احتمالاً، فلاخيار له **ومع ذلك** كيف يقول: لواختلفا فى الفسخ فان الخيار كان باقيا الخ»؟.

بالجملة، فرض اختلاف الفسخ مع فرض بقاء الخيار، لا يلائمان **لانّ** الاختلاف فى الفسخ، عبارةٌ اخرىٰ عن الاختلاف فى بقاء الخيار **ومع ذلك** كيف يمكن ان يفرض: «فان كان الخيار باقيا الخ ...»؟.

ویمکن توجیه کلامه(ره) بانّ مراده(ره): ان کان الخیار باقیاً ای اذا کان موضوع الخیار و زمن العین، **باقیاً و تشهد علیٰ ذلک ایضاً**، قرینة المقابلة: اذا کان بعد انقضاء زمان الخیار کما لو تلفت العین، افتقر مدّعیّه علی البیّنة هذا اوّلاً: **وامّا ثانیاً:** فعبارته(ره) یُوهِم، عدمَ اِعمال قاعدةِ المُدّعی والمنکر فی فرض بقاء العین و عدم انقضاء زمان **الخیار، حیث** صرّح(ره): «**کان له انشائه» مع انّه لاوجه لعدم جریانه** الّا ان یقال: نظره(ره) هو انّه لایُجدی جریانها فیها **اللّهم الّا ان یقال: انّ** جریانها فیها باالنّظر الی الّنماءات والمنافع والتّغییرات الحاصلة فی العین من حین الفسخ الیٰ زمان الاختلاف بانّه اذا کان الفسخ، قبل التّلف، فالّنماءات کلّها للفاسخ و ان کان الفسخ من حینه **فالمنافع ملکُ** المفسوخ علیه **وهذا بعیدٌ ایضاً** عادةً **حیث** لم تکن فی العین، فی مدّةٍ قلیلةٍ بعدالفسخ و قبله، **نماءاتٌ** عادةً **وحینئذٍ** کان للشّیخ

ان یُشْعِرَ اِلیٰ احد الامرین حتّیٰ لایرد علیه اشکالٌ اِمّا ان یَقولَ:انّ هذا الاختلاف، لم یکن مطروحاً قبل انقضاءِ زمن الخیار لعدم ترتّب الاثر علیه و اِمّا اَنْ یَقوُلَ بجریان قاعدة المُدّعی والمنکر اذا کان فی نظره(ره)، ترتّب الاثر کما فی الفرض الآتی.

امّا ثالثاً: فقوله «الاختلاف فی الفسخ فان کان الخیار باقیاً، فله انشائه»، انّما یصّح فیما اذا اِدّعیٰ البایعُ، الفسخَ وانکره المشتری ای بعد اقامة الدّعویٰ والعمل بلوازم الدّعویٰ من البیّنة والیمین، للمشتری انشائه بالفسخ. **ولکن فیما** اذا ادّعیٰ المشتری الفسخ، **لایصّح** ان یقال: انّ للمشتری انشائه بالفسخ **لانّه** ینکر کونه ذاحقٍّ بعدُ علیٰ الفسخ.

والقرینة، تدلُّ علیٰ انّ مقصوداً الشّیخ(ره) من هذه العبارة، ادّعاءُ المشتری بالفسخ لاالمطلق حتّیٰ یحمل علیٰ ادّعاء البایع، الفسخَ.

والقرینةُ علیٰ ذلک قوله(ره) نقلاً عن الدّروس: بانّه یمکن جعل اقراره، انشاءً **لانّ** قاعدة «**من مَلِکَ شیئاً فقد مَلِکَ الاقرار به**» لوجرت، لجرت فیمن یملک ولیس هو الّا المشتری و امّا البایع فهو ما یملک الخیار والفسخ.

و رابعاً: لوكان الفسخ نظير اجازة العقد فی الفضولّی ونظير الرّد والرّضا بالمعاملة فی‌عدم احتياجه الیٰ انشاءٍ خاصٍّ بل يلزم فی تحقّقه مُظهِرٌ و مُبرِزُ الباطن فلايلزم فی الفسخ انشاء الفسخ بل اظهار كراهة العقد قولاً او فعلاً يكفی فی الفسخ ولايعتبر فيه انشاء الفسخ بل يكفی فيه الاِخبار واظهار ذلک بايّ سببٍ و وسيلةٍ **ومن الواضح** انّ هذا موجودٌ بعينه فيمن اِدّعیٰ الفسخ ای يَكْرَهُ بقاء العقد حتّیٰ يُظهر ادّعاءالفسخ فهو فسخٌ فادّعاء الفسخ فسخٌ من الآن لا من القبل فلوقلنا بهذا المبنیٰ كما قال به او مال به بعضٌ من الفقهاء فلا دخل بهذه القاعدة: «مَن مَلِکَ شيئاً فقد مَلِکَ الاقرار به بل هو امرٌ و مسألةٌ برأسها».

نعم: لوقلنا: انّ الفسخ، امرٌ يحتاج الیٰ الانشاء **ولكن** اقراره، اِخبارٌ عن الانشاء و كلّ من كان له الانشاء، له ان يُخبِرَ عن الانشاءِ فَقَدْ يَرتَبِطُ بقاعدة: **«من مَلِکَ الخ»** ولازمة، تحقّق الفسخ من قبلُ.

وخامساً: علیٰ فرض جريان فاعدة:«من مَلِکَ ... الخ»، انّما تُجدی هذه القاعدةُ فی باب القضاء فی انّه ايّهما مُنكِرٌ و ايّهما مدّعٍ؟ والحال انّ الشّيخ(ره) لم يتعرّض للمدّعی‌والمنكر حتّیٰ يتميّز المُدّعی عن المُنْكِر بهذه القاعدة **وامّا فيما اذا عَرَضَ تَغييرٌ** فی المبيع اذا ادّعیٰ المشتری الفسخ وانكره البايع، فعلیٰ المشتری، البيّنةُ فی الفسخ واذا لم يُقم البيّنةَ فَيحلف البايعُ علیٰ نفی العلم.

مسألة: هل للمشترى مطالبةُ الارش مع دعواه الفسخَ فيما اذا عَرَضَ التّـغييرُ فـى المبيعِ بعد تلف العين و سقوطِ الخيار ام لا؟

فيه وجوهٌ ثلاثةٌ:

الوجه الاوّل: انّه ليست له مطالبةُ الارش لاقراره بالفسخ الّذى، هو يـقابل مـع الارش، فاذا اِخْتارَ الفسخ، فقد اقرّ بذهاب آثار العقدِ و منها، الارش فلايجوز له، اختيار الارش **حينئذٍ.**

الوجه الثّانى فى انّ عدم مطالبة الارش ايضاً مع عدم الفسخ له، مخالفٌ لتخييره بين الفسخ والارش.

الوجه الثّالث: ما ذهب اليه الدّروس و هو اخذ المشترى،القَدر المتيقّن من القيمة بين الأمرين من الفسخ و اخذِ الارشِ.

والمحقّقُ الاصفهانى(ره) اعترض علىٰ فتوىٰ الدّروس: بانّ هذا يتمّ فيما اذا دارَ الامرُ بين طلبَيْن ثابتين فى الذّمة علىٰ ما يفتون **بل انّما هو**، تغريمٌ، يَحدثُ بالمطالبة و حيث اقرّ بالفسخ، اَقَرَّ بسقوط الارش فَاَقَرَّ انّه ليس له حقُّ المطالبةِ.

يمكن الجوابُ بانّ كلامه(ره) يصّح فيما اذا لم يتولّد من العلم الاجمالى، العـلم التّفصيليّ **حيث** يصّح ان يقال **حينئذٍ:** بانّ اِقرار الفسخ و سقوط العقد وآثاره و من جملتها سقوط الارش، يُسقِطُ مطالبةَ الارشِ و اَمّا فيما اذا لم يعلم انّـه اذا طـالَبَ فالواقع لايخلو عن امرين: اَمّا فَسَخَ ام لم يفسخْ؟ فَاِنْ فَسَخَ، يطلبُ المشترى مـن البايع، المأة مثلاً و ان لم يفسخ، يُطلب الثّلاثين بعنوان الارش فالثّلثون حينئذٍ، يكون قدراً متيقّناً معلوماً تفصيلاً لامناصَ عن العمل به.

و لافرق فى العلم التّفصيليّ بين الموارد والاسباب والاشخاص و الوقايع مـن وجوب متابعتها و وجوب العمل بها.

مسألة: الاختلاف فی زمن الفسخ هل فَسَخَ سابقاً او فَسَخَ لاحقاً؟

فيه: الوجهان فی مسألة الطّلاق و رجوع الزّوج فيما اذا طلّق احدُ زوجته طلاقاً رجعّياً و قد رَجَعَ باعتراف كليهما و انّما الاختلاف بينهما، فی انّ الزّوجة ادعّت انّ الّرجوع بعد انقضاء العدّة فلااثر له و ادّعیٰ الزّوج انّه وقع فی زمان العدّة فبقت الزّوجيّة؟

بالجملة، الزّوجُ ادّعیٰ صحّة الرّجوع والمرأةُ ادّعت فساد الزّوجية فاذا نظرنا الیٰالاستصحاب فالاصل، عدم تحقّق الرّجوع فی العدّة الیٰ آخر زمان العدّة.

واذا قلنا باصالة الصّحة فی الرّجوع، فهی واردةٌ علیٰ الاستصحاب.

احد الوجهين انّ القول: قولُ البايع المدّعی لتأخير الفسخ لِاَصالةِ عدم التقدّم المسمّاة باصالة التّأخّر كما هو كذلک فی كلّ شیءٍ اختلفا فی حدوث شیٍٔ سابقاً او لاحقاً او اختلفا فی اصل الحدوث؟

هذا ما قال به المتأخّرون من الفقهاء بانّ اصالة التّأخّر، لايُثبِتُ وصفَ التّأخّر و تاريخَ الحدوثِ والتّكوّنِ و ان كان متأخراً لازماً عقليّاً لِاَصلِ عدم التقدّم واصالة التّأخّر.

والعجبُ من السّيد(ره) حيث صرّح فی الحاشية باستصحاب بقاء الخيار الیٰ زمن الفسخِ ولايُعارضُ مع عدم الفسخِ فی زمنِ الخيار **لانّه** لايُثبت تأخّرَ الفسخِ.

وجهُ التّعجّب، انّا لانحتاج فی تعارض اصالة عدم الفسخ فی زمن الخيار مع استصحاب بقاء الخيار، الیٰ اثبات كونه متأخّراً حتّیٰ يكونُ مُثبِتاً.

الوجه الثّانی: انّ القول قول المشتری لاصالة الصحّة الجارية فی العقود والايقاعات **فلايعارض** استصحاب الفساد مع استصحاب عدم انتقال الّثمن الیٰ ملک المشتری**لانّه** لو بُنِيَ علیٰ العمل بالاستصحاب، لايبقیٰ لاصالة الصّحة موردٌ واحدٌ حتّیٰ تَقَدَّمَت اصالة الصّحة الحاكمة، علیٰ الاستصحاب.

ومع ذلك، تردّد الشّيخُ فى تقدّم اصالة الصّحة علىٰ الاستصحاب، **لعلّه**، انّما هو لاجل جريان اصالة الصّحة فى بعض الموارد **مع اشكالٍ** كما اذا كان الشّكّ فى اركان المعاملة مثل انّه هل هو خِلٌّ او خمرٌ؟ او يشّك فى انّه باعَ عبداً او حرّاً؟ و...

ومن الواضح: ان جريان اصل الصّحة هنا مشكلٌ كما انّها لاتجرى فى اثبات الوكالة فى المعاملة.

ويمكن ان يكون المقام، من هذا القبيل **لانّ** الخارج عن زمن الخيار، كغير المملوك و يَرْجِعُ الشّكّ هنا الىٰ انّه يشكّ انّ من فَسَخَ، كان له خيارٌ او لم يكن له خيارٌ؟ فيشكل جريان اصالة الصّحة هنا.

ولايكاد ينقضى تعجّبى من السّيد(ره) **مع انّه مدفوعٌ** حيث صرّح بانّ اَصالةَ الصّحة فى المعاملات، لاتُجدى فى مقام المنازعةو المرافعة و هذا اوّلاً :

و ثانياً: علىٰ فرض جريانها فى مقام المنازعة انّما هو فى العقود، لافى الايقاعات **مع انّه مدفوعٌ** بانّه ان كان مراده(ره) من جريانها فى المنازعة والمرافعة، انّما هو فىمقام رفع الخصومة اى ان كان مراده(ره) فى اعتباره الفعلّى بحيث يكون حجّةً علىٰ الموجب فى مقام المنازعة، فالحقّ معه(ره) لانّ ايّ اصلٍ من الاصول و من جملتها، اصالة الصّخة، لا يُجدى فى فصل الخصومة و قطعِ المنازعة؟

و لكنّ المراد من جريان اصالة الصّحة فى المقام، لتشخيص المُدَعّي و المنكر **حيث قالوا** بانّ المنكر من وافقَ قولَهُ، الاصلَ و القاعدةَ، و الظّاهر انّ فيما نحن فيه، مَن اِدَعى الصّحة، فقولة وفقٌ للقاعدة.

و هذا لايختّص فى العقود بل يجرى فى الايقاعات فى كلّ مورد الاختلاف.

التّحقيق فى مسألة الاختلاف فى زمن الخيار و انّ قول الشّيخ(ره) لا يخلوعن اشكالٍ فى موارد:

الاوّل: انّ اصالة الصّحة فى مثل الفسخ و الرّجوع، **لا تجرى لا لاجل** انّ اصالة الصّحة، اصلٌ اخلّاقيٌ ترتبط بالحكم الوضعيّ و**لالاجل** انّ اصالة الصّحة لاتجري في المنازعات **ولالاجل** انّ اصالة الصّحة، انّما هى تجرى فى العقود لا فى الايقاعات **لانّ** كلّ ذلک، مردودٌ لانّ اصالة الصّحة، تجرى فى الحكم الوضعّي ايضاً و تعّم العقود و الايقاعات كليهما.

و لا فرق فيه بين مقام المنازعة و غيرها بل الّذى ينبغى ان يقال فى ضابط جريانها و عدم جريانها: انّ اَصالة الصّحة فى باب المعاملات كقاعدة الفراغ فى باب العبادات **بانّ** اصالة الصّحة، تُعالِجُ الشّكوکَ الّتى تحدث مع العقد و بعده كَأَنْ يُشّک بانّه هل اجرىٰ العقد بالعربيّة ام بالفارسّية علىٰ انّ العربّية، شرطٌ فى صّحة العقد اويُشكّ فى تقّدم القبول علىٰ الايجاب او كان المبيع معلوما ام لا؟ او يشكّ فى تحقّق القبض فى المجلس ام لا؟ و يشير الىٰ ذلک تقسيم الفقهاء، الشّرأيطَ الىٰ ثلاثةِ انواعٍ:

١- شرائط العاقد

٢- شرائط العقد

٣- شرائط مورد العقد

و من الواضح: انّ شرائط العقد وحدها، موردٌ لجريان اصالة الصّحة **لانّ** هذا الشّكّ، شّكٌ حادثٌ او شّكٌ فى اوصاف العاقد او شكّ فى كيفيّة المعقود عليه خِلّاً او خمراً، شاةً او خنزيراً؟ فلايرتبط بالعقد، حَصَلَ هذا سوءٌ اَقْدَمَ علىٰ العقد ام لم يُقدم عليه؟ كما انّ قاعدة الفراغ لا يعالِجُ الشّک فى المصّلى الاجير هل هو مُسلِمٌ او كافرٌ او بالغٌ او غيرُه او عاقلٌ او مجنونٌ؟

بناءً علیه، لاتجری اصالة الصّحة فی الشّکوک التّی کانت حادثاً قبل العقد کما اذا شَکَّ فی مالکیّة شخصٍ قبل العقدا و بلوغِ رِندٍ کذلک او یُشکّ فی کون هـذا الاناء خِلّاً او خمراً؟ حیثُ انّ هذا الشّکَ، حَدَثَ سواءٌ عقد ام لَا؟

بناءً علیه لاتجری اصالة الصّحة فی مثل الفسخ و الرّجوع و ما یحذو حذوهما **لانّ** الشرّط فی تأثیر الفسخ، لیس من حیث انّه فسخٌ **بل** انّما هو، لاجل انّه هل له سلطنةٌ و خیارٌ اِم لا؟

و هذا الاصل، لا یعالجه کما انّ اصالة صّحة الرّجوع کـذلک و یکـون الامـر کذلک فی‌باب بیع الرّهن اذا اَذِنَ فی البیع و رَجَعَ عن الاذن وَ وَقَعَ البیعُ و شَکَّ فیه انه هل هو قبل الرّجوع او بعده؟ **خلافاً** للسیّد(ره) **لانّه** صرحّ بانّ القول مع المشتری فی‌الفسخ **والقول** قولُ الزّوج فی باب الرّجوع.

الاشکال الثّانی انّ المسألة هنا من قبیل الحادثَیْنِ الواقِعَیْن، لم یعلم تقدمّ ایّـهما فیلزم حینئذٍ ذکر الفروضِ الثّلاثةِ الموجودةِ فی مسألة مجهول التّاریخ الّتی یفترق حکم الفروض الثّلاثة فتارةً، یعلم تاریخ الانقضاء و لم یعلم تاریخ الفسخ و اُخْریٰ یعلم الفسخ و لم یعلم تاریخ الانقضاء **و ثالثةً** یکون کلاهما مجهولین.

فما ذکره(ره) من استصحاب عدم وقوع الفسخ الیٰ زمن انـقضاء الخـیار، **انّـما یتمشّیٰ**فی فرضٍ واحدٍ فقط لافی الفروض الثّلاثةِ ای انّما یجری الاستصحاب فیما اذا علم تاریخ زمن انقضاء الخیار و لم یعلم تاریخ الفسخ و هذا صحیحٌ مـنه(ره) **والاصل حینئذ** مع البایع ولایرد ما اورده السّید(ره) و امّا فی مورد کان تاریخ الفسخ معلوماً و زمان الانقضاء مجهولاً فلا مانع من جریان الاستصحاب موضوعاً و **حکماً و امّا موضوعاً فاستصحاب** بقاء العین علیٰ ما کانت علیه **لانّ** الخیار، ثبت مـادامت العین موجودةً و اذا تغیّرت العین فیسقط الخیار، فنحن نشکّ انّ تغیرّ العین هل هو بعد الفسخ او قبله؟ حیث کان زمان الفسخ معلوماً فیستصحب بقاء العین علیٰ ما کانت علیه الیٰ زمن الفسخ.

امّا حکماً فاستصحاب بقاء الخیار، الیٰ زمن الفسخ و نتیجة ذلک، تأثیر الفسخ

فالقول، قول المشترى.

و امّا اذا كان كلاهما من قبيل مجهولَي التّاريخ فيتعارضان فالاصل، في عدم الفسخ الىٰ زمن الانقضاء يُعارض مع اصل عدم الانقضاء الىٰ زمن الفسخ فيرجع حينئذٍ الىٰ استصحاب بقاء العقد.

بالجملة، اذا كان مراد الشّيخ(ره) من ذلک الاصل، صورةً واحدةً فقط مع قصور عبارته(ره) عن بيان هذا و تأديته **فحينئذ**، لنا مجالٌ للسّؤال عنه(ره) بانّه لِمَ اَهْمَلَ الصّورتين الاخريتين؟

و ان كان مراده(ره)، الا طلاق فيردعليه الاشكالُ فی اصل حكمه(ره) هنا **الّا ان يجاب عنه بوجهٍ نذكره فی الفرع الآتی.**

فرعٌ: اذا كان الفسخُ معلومَ التّاريخ و شكّ فى وقوع العقد يوماً من قبلُ بحيث كان بقى زمانُ الخيار حين الفسخ فوقع الفسخ مؤثراً او كان العقد قد وقع قبل ثلاثةِ ايّامٍ و قد انقضىٰ زمان الخيار و وقع الفسخ، بعد الانقضاء؟

صرّح الشّيخ(ره) بجريان اصالة التّأخّر بمعنىٰ نفى وجوده فى الازمنة المشكوكة **لا بمعنىٰ اثبات وجوده فى زمن المتأخّر لانّ** اصالة عدم تقدّم العقد لا يُثبِتُ وقوعَه من بعدُ و مقارنة العقد مع الفسخ **و يمكن بذلك**، اندفاع ما اوردنا علىٰ الشّيخ(ره) من انّه(ره) جَعَلَ حكم الصّورتين فى مجهولَي التّاريخ، في المسألِة السّابقة، واحداً.

وَجْهُهُ انّ اتحّاد حكم الصّورتين فى مجهولَي التّاريخ في نظره(ره) في المسألة السّابقة، انّما هو لخصوصيّةٍ فى المقامُ راجعةٍ الىٰ مادكر فى باب قاعدة الاستصحاب **لانّه** قديتوّهم استصحاب بقاء الخيار هنا كما ذهب اليه(ره) فى الحاشية **لانّ** الخيار، قد تَحَقّقَ قبل الخيار هنا كما ذهب اليه فيستصحب بقاء الخيار **و لكنّه** لا يجرى فى‌مثل المقام **لانّه** ليس الشّك، فى امتداد وجود الحادث **بل** الشكُّ فى حدوث الحادث فليس البقاء مفروضاً حتّىٰ يُشكّ فى طوله او قصره و يستصحِب.

هذا بخلاف سائر موارد الشّك فى مجهولَي التّاريخ لأن في سائر الموارد، الشّك في البقاء فى كلا الصّورتين من مجهولَي التّاريخ **ولكن** هنا ليس الشّك في البقاء في صورة ما اذا كان الفسخُ معلوماً و يُشكّ فى وقوع العقد الخ، **و هذه خصوصيّةٌ** فى‌المقام ليست فى سائر موارد مجهولَي التّاريخ و مع ذلك يبقيٰ علىٰ الشّيخ(ره) مجالٌ، للايراد و لم يندفع الاشكال كلّه عن كلام الشّيخ(ره) : بانّ هذا يتّم فيما اذا كان الشّكّ، من اصل انقضاء زمان الخيار و الحال انّ فى الشّك فى سقوط الخيار، فروضٌ اُخرىٰ لصدق الشّك فى البقاء.

و وجه عدم اندفاع الاشكال كلّه عن الشيخ(ره) انّ: لنا ان نفرض انّ المُسقِط،

ليس تغيّر العين فقط **بل** حدوث العيب و التّصرف و التّصرف، اسقاط الخيار و فی ذلک كلّه، الشّک فی البقاء.

و من هنا يظهر ما فی كلام السّيد(ره) فی الحاشية حيث كان صدر كلامه(ره) يُناقض مع ذيله **لانّ** استصحاب بقاء الخيار الیٰ زمن الفسخ، لوصّح، انّما فيما اذا كان الفسخُ معلومَ التّاريخ و انقضائه مجهول التّاريخ **و لكن المستفاد من صدر كلامه** حَيث صرّح بانّه لايعارض باستصحاب عدم الفسخ الیٰ انقضاء زمن الخيار لانّه لا يثبت التأخّر، انّه جُعلت المسألة من قبيل مجهولي التّاريخ **و لكن** فی آخر كلامه(ره) صرّح: بانّ ما ذكرناه، يصّخ اذا كان الفسخ معلومَ التّاريخ **و اَمّا اذا كان الامر بالعكس او كان مجهولَي التّاريخ فالامر مشكلٌ.**

مضافاً الی ذلک انّ اصل حكمه(ره) فی الاستصحاب، لا يخلوعن اشكالٍ يظهر ممّا ذكرناه سابقاً.

مسألةٌ: لوادّعىٰ المشترى الجهل بالخيارا و الجهلَ بالفّورية، فيسمع منه باصالة عدم العلم كما صرّح بذلک الشّيخ(ره).

و عن بعضٍ انّه يفترق الحكم مع اختلاف البلاد حيث انّه يسمع منه فى البلاد الّتى لم تعلم الا حكام الواقعة من الشّرع عادةً و لا يسمع منه فيما اذا ادّعىٰ الجهل بالخيار فى البلاد الاسلامّية لانّ ادعائه، علىٰ خلاف الظّاهر

نعم دعواه: **الجهل بالفوريّة**، يسمع منه(ره)

و عن بعضٍ آخر التّفصيّل بين الجهل بالحكم و الجهل بفوريّة الحكم حيث قالوا بالسّماع فى ادعائه بالجهل بالفوريّة فيسمع قوله اوّلاً: لانّ فوريّة الحكم محلُّ الخلاف

و **ثانياً**: انّه ليس من الاحكام الشّايعة المشهورة و امّا مدعّى الجهل بالخيار، فهو ليس بمسموعٍ الّا فى بلاد يتفّق عدم العلم.

اقول: انّ قولهم بالسّماع اذا كان فى صورة بقاءالعين، **فلا حاجة الىٰ النّزاع** فله الفسخ **و اذاكان فى زمان** سقوط الخيار فى صورة تغيّر العين و غيرها **فلا يسمع قوله و ليس له الفسخ و ان كان جاهلاً هذا اوّلاً:**

امّا ثانياً: فقوله(ره)إنّ الجاهل بالخيار، ليس بمعذورٍ و الجاهل بالفوريّة معذورٌ، ليس له ارتباطٌ لما نحن فيه **لانّ** ما نحن فيه و هى المعاملة الواقعة بين البايع و المشترى و تشخيص المُدعّى و المُنكر، لا يرتبط بالمعذورّية الواقعة بين العبد و الخالق.

و ثالثاً: إنّ حكم خيار العيب، علىٰ حدّ سائر الاحكام الشّرعيه وقُرِّرَ فى علم الاصول فى باب حجيّة القطع و فى باب التّصويب و التّخطئة فى باب الاحكام الظّاهرّية اَنَ الحكم الشّرعّى، لايجوزان يقيّد بالعلم بذلک الحكم **و الّا لَزِمَ** التّصويبُ والدّورُ الباطلُ فلا يجوز القول: انّ الفوريّةَ حكمُ العالم بها اى تَرَتَّبَ حكمُ الفوريّة

علىٰ العلم بها و هذا شيءٌ قرّروا استحالته حتّىٰ لايجوز اخذ العلم فـى مـوضوع الحكم فىمورد الجهر و الاخفات و القصر و الاتمام **و لذا** وجّهوا باحداالتّوجيهات المذكوذرة فى بابه **و هكذا** الكلام فى دعواه، الجهل بالخيار **و حاصل الكلام هنا**: انّ هذا الكلامَ اى دعوىٰ ذى الخيار: بانّى كنتُ جاهلاً بالخيار او بقيود الخيار و زمن الخيار و شرطه و فوريّتة و نحو ذلک، لم يكنْ محّلَ البحث فى سائر الخيارات.

ولاينبغى ان يطرح ايضاً لانّ ادّلة جعل الخيارات كسائر ادلّة الاحكـام، تشـمل العالم و الجاهل و لاتقيّد بعلمٍ ولا بجهلٍ **و ما نحن فيه** ايضاً من هذا القبيل **لانّ** من جملة ادلّة خيار العيب، قوله ﷺ **(ايّما رَجُلٍ اِشْترىٰ شَيئاً وَ بِه عَيبٌ اَوْعوارٌ ثُمَّ اَحْدثَ فيه حدثاً فَعِلِمَ بِذلكَ العيبِ و العوارِ... يمضى عليه البيع و يأخذُ بِقَدْرِ ما نَقَصَ)** و هذه العبارة، بالنّسبة الىٰ الحكم، مُطلقٌ فلا يتقّيد الحكم بالخيار بالعلم.

حاصل ما ذكرناه من الاشكال علىٰ قولِ الشّيخ(ره) اثباتاً و ثبوتاً، انّه **امّا اثـباتاً:** فلما ذكرناه من انّ ادلّة خيار العيب عليّ حدّ ادلة سائر الخيارات **بل** سائر الاحكام فكما انّ ادلّة سائر الاحكام سواءٌ كان تكليفّياً او و ضعيّاً او تشريّعياً او تنزيّلياً و من جملتها، الخيارات، تشمل حكماً عامّاً تشمل الجاهل و العالمَ **فليكن المقام من هذا القبيل.**

و امّا ثبوتاً فلمّا قُرِرَّ فى علم الاصول من استحالة تقييد الحكم بـالعلم بـذلک الخيار، فلا يجوز القول بانّ العلم بالخيار مُحْدِثٌ للخيار **لانّه** دورٌ باطلٌ **لان** العلم، يتوقّف علىٰ تقّرر المعلوم الذّى فى رتبةٍ سابقةٍ علىٰ العلم فلوتَوَقَّفَ المعلوم الذّى هو فى رتبةٍ سابقةٍ علىٰ العلم، علىٰ العلم، لدار.

ولا فَرْقَ فيه بين الحكم التّكليفيّ والوضعيّ والامر التّكـوينيّ و التّشـريعيّ لعـدم كون الدّليل العقليّ قابلاً للتّخصيص.

و ما يُتوّهَمُ من اخذ العلم فى مواردَ كاجتماع الامر و النّهى **حـيث** انّ اجـتماع الامر و النّهى، يوجبُ البطلان اذا اعَلِم بذلک فلوجهل، ليس موجباً للبطلان،

مدفوعٌ بانّ العلمّ بالّنهى التّكليفيّ موجبٌ للبطلان اي العلمُ بالحكم اُخِـذَ فـي

موضوع حكمٍ آخر و هو خارجٌ عن محّل البحث **حيث** انّ محلّ الكلام هو انّ العلم بالحكم، ان يؤخذ فى موضوع نفس ذلک الحكم فاذا قيل: **اذا عَلِمتَ بحرمة الخمر فيجب عليك التّصدق بدرهمٍ»** فهو خارجٌ عن محلّ الكلام و اجتماع الامر و النّهى من ذلک القبيل **لانّه** قيل: لو جَهِلَ بوجود النّهى لايبطل و امّا اذا عَلِمَ بوجود النهّى يَبطِلُ، و هكذا اذا عَلِمَ بوجود النّهى و ما عَلِمَ بالبطلان يبطل اى البطلان لم يؤخذ العلم فيه و لكنّ العلم بالتحّريم أُخِذَ فى موضّوع البطلان و **هذا** من قبيل اخذ العلم فى موضوع حكمٍ آخر و لا مانع منه و **هكذا** فى الكفّارات و قد قال بعض الفقهاء فى باب الصّوم بانّ العلم بتحريم المفطرات، موجبٌ للكفّارة و مقصودهم هو العلم بالحرمةِ، مأخوذٌ فىموضوع الكفّارة اى اذا عَلِمَ بالتّحريم و خالف فَعَليهِ الكفاّرةُ و امّا اذا عَلِمَ بالتّحريم و خالف و ما عَلِم بَثبوت الكفارة فلم يقولوا بسقوط الكفاّرة فيه اى لم يقولوا بتوقفّ وجوب الكفارة، علىٰ العلم بوجوبها.

وهكذا ما ادعّىٰ السّيد(ره): بانّى تفحصّتُ انّ فى خمسةٍ و عشرينَ مورداً فـى باب كفاراتّ الاحرام، أُخِذَ فيه العلمُ، اِنّما هى، من هذا القبيل اى العلم بتحريم مـا يحرم فىباب الاحرام، أُخِذَ موضوعُ الكفّارات لا العلم بوجوب الكفّارة.

وهكذا القول فى قولنا: **الحدود تدرؤا بالشّبهات موضوعّياً او تكليفّياً و ذلک** لانّ العِلْمَ بتحريم الامد الذّى يَفْعَلُهُ او فَعَلَهُ، أُخذَ موضوعَ الحّد **لا انّ العلم بوجوب الحّد،** أُخِذُ فى موضوع وجوب الحّد.

و هكذا الامر فى باب ادلّة الضّمانات **«كما لوأتلَفَ»** حيث اِنّهم تمسكّوا باطلاق ادّلة الضّمانات و ليس ذلک الّا **لانّه** يمكن التقّييد بالعلم و لم يتمسكّوا بالا طلاق فى باب الاحكام التّكليفيّة لانّها ليست قابلةً للتّقييدِ.

فتحصّل ممّا ذكرناه: انّ الحقّ فى المسألة، انّه لا معنىٰ لسماع قول الجاهل **حينئذٍ اذا بقى زمن الخيار** و زمن الفور العرفّى و لم تتغيّر العين، فله الفسح و **و ان انقضىٰ** زمن الخيار و تغيّرت العين و مَضىٰ زمن الفور، فلا فسخ.

الكلام فی ماهيّة العيب

حكم خيار العيب ردّاً و ارشاً فی ادلّة الباب، معلّقٌ علىٰ عنوان العيب و العوار كماورد:

«ايّما رَجُلٍ اِشْتَرى شَيْئاً وَ بِه عَيْبٌ و عوارٌ فاخدثَ فيه حَدَثاً ثُمَّ عَلِمَ بِذلِكَ العَيبِ و بذلك العَوارِ و المراد من العوار، هو العيب **و يمكن ان يقال: انّه** اخصّ من العيب **حيث** انّ المراد من العوار، العيب الظّاهر و المراد من العيب، الا عّم من العيب الظّاهر و غيره.

ولذا بَحَثُوا فی معنی العيب من انّه: **ما المراد من العيب؟**

هل له ضابطٌ جامعٌ و مانعٌ غير ما كان مصطلحاً عليه من المعنىٰ العرفيّ اللّغويّ؟

و المنقولُ عن اكثر الفقهاء كما عن الشّرايع و غيره هو انّ معنىٰ العيب، الخروج عن الخلقة الاصلّية بزيادةٍ او نقيصةٍ كزيادة الاصبع او خَروج المزاج عن الاعتدال الطّبيعی و مأخذها روايةٌ وردت و لعلّ اكثر التّعاريف فی معنىٰ العيب، مأخوذٌ منها.

و الشّيخ(ره) اورد فی تفصيل كلمة: العيب، تفاسير مختلفةً من دون تعرّضٍ لهذه الّرواية و اِنْ ذكرها فيما بعدُ **لكن** لم يتعرّض هنا مع انّ له اَنْ يذكر(ره) الرّواية اوّلاً ثمَّ اورد التّفاسير المختلفة الواردة عن الفقهاء فی مورد **كلمة العيب** عملاً علىٰ القاعدة المعمولة عند الاصوليّين **حيث ذكروا اوّلاً:** الاصطلاح الخاصّ للشّارع ان كان موجوداً و ان لم يكن اصطلاحٌ خاصٌّ عنه فيتوجّه الىٰ العرف العّام و ان عُدِمَ ذلک فيتوجّه الىٰ بيان المعنىٰ اللّغويّ.

الشّيخ(ره) عَدَلَ عن هذه القاعدة المعمولة، هل وجه العدول عنها، ضعف سندها اودلالتها؟ و كيف كان، ينبغی ان يذكرها فی بداية الكلام سواءٌ قبَلَها اَوْ لَم يَقْبِلْها؟

يلزم لنا ان نقول هنا: انّ الرّواية، لا تّدل علىٰ اصطلاحٍ خاصٍّ غير ما كان فی العرف من المعنىٰ و ليس للّشارع عرفٌ خاصٌّ و حقيقةٌ شرعّيةٌ. و الرّوايةُ فی

الباب/ ٧ من ابواب العيوب و احكامها، الحديث:

«محمّد بن يعقوب عن الحسين بن محمّد عن السّيارى قال: روى، عن ابن ابى ليلىٰ: انّه قدّم اليه رجلٌ خَصماً له فَقالَ: إنّ هذا، باعنى هذه الجارية فلم اَجِدْ علىٰ رطبها حين كشفتها شعرها و زعمتُ انه لم يكن قطّ قال: فقال له ابن ابى ليلىٰ: إنّ النّاس يحتالون لهذا، بِالْحَيْلِ حتّى يذهبوا به فما الذّى كرهت؟ قال: ايّها القاضى ان كان عيباً فاقضنى به قال: اِصبِر حتىٰ اَقْبَضُ اليک فانّى اَجِدُ اذيً في بطني ثُمّ دَخَلَ و خَرَجَ من بابٍ آخر فَاتى محمّد بن المسلم الثّقفى فقال له: ايُّ شيءٍ تروون عن ابي جعفر عليه السلام فى مرأة لا يكون علىٰ ركبها شعرٌ يكون ذلک عيباً فقال محمّدبن المسلم:امّا هذا نصّاً فلا اَعْرِفُه **ولكن** حدثنّى **ابوجعفر** عليه السلام عن ابيه عن آبائه عن النّبيّ صلى الله عليه و آله انّه قال: كُلَّما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص، فهو عيبٌ قال: حَسْبُکَ ثُمَّ رَجَعَ الىٰ القوم فقضىٰ لهم بالعيب». سيأتى البحث عن سندها و دلالتها فيما بعدُ؛

و من الواضح انّه ليس مراد الرّواية بيان حقيقةٍ شرعيّةٍ لكلمة العيب مثل كلمة الصّلوة و غيرها.

و ايضاً من البعيد، انّ هنا للشّارع اصطلاحٌ خاصٌّ و لو بالمجاز

فالاقرب انّ الشّارع، وَجّهَ ما كان عند العرف من المعنىٰ فلا يستفاد منها الحصرُ.

كيفَ ماكان تعريف الشّيخ(ره) عن العيب: المرتبةُ المتّوسطةُ بين الكمال و النّقص و المأخوذ فيه العرف و الرّواية، ناظرةٌ الىٰ ذلک **لانّه ليس كلّ ما خرج عن الخلقة الاصليّة فهو عيبٌ فلا بّد حَمْلُهُ علىٰ غالبِ الافراد و الملاک فيها، العرف.**

لا يخفىٰ انّ هذه التعاريف، ربّما لا يلائم مع الفتاوىٰ فى مصاديق العيب و عدمه كما اِذا اَفْتُوا بانّ اَخْذَ الخراج عن صنعَةٍ معيّنةٍ زائداً عن الحدّ المتعارف فى اشباهها و نظائرها يُعتبرُ عيباً لانّ اخذا الخراج، مساوياً اوزايداً، لايرتبط بالخلقة رأساً.

كما انّهم افتوا بانّه اذا ظَهَرَ انّ المزرعةَ المبيعةَ مَسْكنُ العساكر، فهو عيبٌ فيه **مع انّه** لا يلائم مع ضابطة:**الخروج عن الخلقة الاصليّة بزيادةٍ او نقيصةٍ» و ايضاً صرّح العلّامة و جمعٌ آخر من الفقهاء(ره):** بانّ الثّيبوبة و ازالة البكارة الّتى هى نقصٌ عن

الخلقة الاصليّة، ليست عيباً فى الاماء **و الحال** انّ الاصل فى الجارية، كونها بكراً و ذهابها، نَقصٌ فيها.

و هكذا، قالوا: كون العبد الكبير اغلف، يعتبرُ عيباً مع انّه مُقتضىٰ الخلقة و الطّبيعة.

فتحصّل: انّ تعريف العيب بالخروج عن الخلقة الاصليّة بـزيادةٍ او نـقيصةٍ، لا يُلائمُ مع هذه الفتاوىٰ الّتى ارسلوها ارسالَ المُسَلّمِ.

و لذا ألجأوا الىٰ التّصرف فى التّعريف المذكور للعيب: بانّ الخلقة، معناها، اعمّ من الخلقة الاصليّة و العادّية السّارية الغالبة و الطّبيعة الثّانويّة و انّ الخلقة، ما كان غالب الافراد، علىٰ ذلک الوصف سواءٌ كان الوصفُ بخلقةٍ الهّيةٍ او بـعادةٍ جـاريةٍ عرفيّةٍ.

و بهذا التّعريف، يمكن اصطلاح زيادة اخذ الخراج من الارض الخّاصة **و هكذا** اكون المزرعة مَسكنُ العساكر **و لكن لايصلح هذا،** كونَ العبدِ اَغْلَفُ (غير مختونٍ) فَيَحْتاجُ الىٰ بيان ضابطةٍ اُخرىٰ تُصلِح هذين ايضاً.

و هنا ملاحظةٌ اخرىٰ و هى انّ الطّبيعة، الاوّلية، تُـعارِضُ مـع الطّـبيعة الثّـانويّة فالطّبيعة الاوليّة تقتضى بقاء الغلاف و فقدانُه نقصٌ و عيبٌ عن الخلقة الاصليّة. **و امّا العادة المألوفة الثّانوّية** فقد تقضى ذهابَ الغلافِ و حصولَ الخـتانِ فـتقدم العـادة المألوفة، علىٰ الطّبيعة الاوليّة **فيقال:** انّ الاغلفَ عيبٌ والمختونُ، ليس بمعيوبٍ.

نعم: صرّح الشّيخ فى هذين الموردين بانّه يمكن ان يقال: انّ مراد العلامّة من انّ الثّيبوبة و الغلفة، ليستا عيباً **لانّه** ليس فيهما، حكم العيبِ **لا انّهما يكونا لم عـيباً لانّ** الغالب فى الاماء الكبيرة،الثّيبوبة.

و هكذا الغالب فى العبيد المجلوبة من بلاد الكّفار، الغلفة.

و المعاملات ايضاً، مُنَزَّلَةٌ علىٰ الغالب فحيث كان الغالب علىٰ هذا المنوال بحيث ان وُجِدَ صحيحاً فهونادرٌ فكانّ البايع قد تَبَرأَ من العيب فكانّه وقعت المعاملة بشرط التّبرئ فليستا عيباً.

و يشهد علىٰ ذلک قول العلّامة(ره) بانّ الثّيبوبة، ليست عيباً فى الاماء **و لكن** لو

شرط فی امةٍ، البكارة فبانت ثَيّبةً فله الفسخ بالرّد او الارش **و وجه هذا الحكم**، انّه اذا لم تكن الثّيبوبة عيباً موضوعاً، لا يثبت الارش فی صورة شرط البكارة **لانّ** الارش، لم يثبت تخلّفاً فی صفات الكمال غير صفات الصّحة فحيث صرّح العلّامة بالارش فيما اذا بانت ثيّبةً **فيعلم** انّ الثّيبوبة كانت عيباً عنده حتّىٰ رُتِبَّ عليها حكمُ العيبِ و هو الخيار و الارش.

و بهذا يُعْلَمُ انّ مقصوده(ره) ممّا ذكر من عدم كون الثّيبوبة عيباً بنحو الارسال، انّه ليس فيه حكمُ العيبِ.

اقول: المدار فی مفهوم العيب، ما ورد فيه العرفُ و اللّغةُ **و امّا ما ذكره(ره) من الامثلة هنا، فهو ليس داعياً للخروج عمّا وَرَدَ فيه العرفُ و اللّغة** و امّا الثّيبوبة فهی ليست عيباً **حيثُ** لم تكن خروجاً **عن الخلقة** الاصلّية **بل** حفظ البكارة الىٰ حدٍّ طويلٍ عيبٌ **نعم: الثّيبوبة** فی الاماء غير البالغ عيبٌ، بعبارة اُخرىٰ كون الامة ثيّبةً من حين التولّد هو عيبٌ و امّا كونها ثيّبةً بعد البلوغ فی الاماء، فليس عيباً **و هكذا كون** العبد المجلوب من بلاد الكفر اغلف، ليس بعيبٍ **فهذان المثالان ليسا مأخذاً للتّفسير و التّفصيل.**

و امّا مثال ثقليّة الخراج و مسكن العساكر، فليسا بعيبٍ فی انفسهما **بل** العيبُ و النّقصانُ من حيث انّهما مالٌ و مملوكٌ.

و امّا روايّة «السّيارى» الواردة فی المقام و نقلناها سابقاً فهی صيغت الىٰ بيان العيب بالنّسبة الىٰ طبايع الاشياء و فی انفسها، لا العيب الّذی يتولّد بشرائه و بتملّكه و من حيث مالكيّته و ماليّته.

فلا يبعد كون ما وَرَدَ فی الرّواية و هو **«كُلَّما خَرَجَ عن خِلْقَتِهِ الاصلّية فهو عيبٌ»** هو المدارُ، هو ينطبق مع العرف و العادة ولا دليلَ علىٰ التّوسع منه الىٰ مَعنىٰ اِرْتَكَبَهُ الشّيخ(ره).

و يمكن علاجُ مثال صَنيعة ثقليّة الخراج و كونها مسكن العساكر **لا لاجل** دخولها فی مفهوم الرّواية **بل** امّا من باب الالحاق او بَادَلّةٍ اُخْرىٰ.

فما قال به الاكثر من انّ العيب، خروجُ عن الخلقة الاصلّية بزيادةٍ او نقيصةٍ،هو ممّا تشهد عليه الرّواية و كذلک يشهد عليه العرفُ و العادة والوجـدان و كـلمات الفقهاء و لا معنیٰ للْعُدولِ عنها بمجرّد امثلةٍ ذكرها الشّيخ(ره) **فيشكل تطبيقُ القاعدة علیٰ الامثلة مع ما قلناه من جواب الا مثلة ايضاً و ما قلناه، لا يُنا فی مع القـول بـانّه ليست للشّارع حقيقةٌ شرعيّةٌ و لا اصطلاحٌ خاصّ ولو بالمجاز.**

فبناءً عليه، النّسبةبين ما كان العيب من قبيل المعنیٰ العرفّی و بين ما كان معناه عند الشّيخ(ره)، اعّمُ من وَجهٍ فكان موردٌ ليس من العيبِ عرفاً و لغةً و بملاحظة تعريف اكثر الفقهاء مع انّه عند الشّيخ(ره) يُحْتَسَبُ عيباً و **موردكان عيباً** عند العرف و اللّغة و عند اكثر الفقهاء، مع انّه لا يعتبر عيباً عند الشّيخ(ره).

و هكذا، كون العبد المجلوب من بلاد الكفر، اَغْلَفَ اوكون الجارية لاجل ثيبوبتها يحسب عيباً عند الشّيخ و **لكن** علیٰ ما قلناه من قول اكثر الفقهاء، ليس بعيبٍ.

هكذا قال الشّيخ(ره): انّ مثل الخصاء الّذی كان فيه عيبٌ خلقةً، لا يُحْسَبُ عيباً **مع انّا** قلنا: انّ هذا ، عيبٌ و يشمل مورد الرّواية هذا العيبَ و عدم كون الارش فيه و عدم النّقص المالّی، ليس دليلاً علیٰ عدم كونه عيباً و تدلّ علیٰ كونه عيباً **روايـة «السّياری».**

و اشكل الشّيخ(ره) عليها بوجوهٍ اربعةٍ ذكرت فی ذيل المسألة فی المكـاسبِ فراجِع.

الکلامُ فی موارد مفهوم العیب و مصادیقه.

للعیب، مصادیقُ و مواردُ واضحةٌ کسائر المفاهیم لایشّک فیها کالعمیٰ و العرج و البَکم و الصُمّ و له مواردُ و مصادیقُ مشکوکةٌ و خفیّةٌ **وقع فیها الکلام فی** انّه هل یصدق علیها العیبُ و حکمه من قبیل التّخییر بین الرّد و الارش و سائر آلاثار المختصّة؟ کسقوط الخیار فی صورة تلف العین و تغییرها بخلاف سائر الخیارات حیث ثبتت الآثار المذکورةُ فی صورة تلف العین ایضاً فضلاً عن بقاء العین و تغییر بعض الصّفات، **من جملة هذه المصادیق، کونُ** العبدِ خصّیاً و **توضیحه انّ الخصّیة** و ان کانت من قبیل نقص الخِلقةِ و هی عیبٌ لیست هذه، موجبةً لنقص مالیّة العبد **بل** ربّما یوجب زیادة الرّغبة و زیادة المالّیة له و لیس فیه ارشٌ حیث کان هذا مرغوباً فی‌العبید **لانّه** کثرت خدمة العبد الخصّی لمولاه من دون ان یصدر عنه امرٌ خلافِ مولاه.

ولذا وقع الکلام فی هذا النّوع من العبید و اشباهه، انّه هل هذا ای کونه خصّیاً، عیبٌ حتّیٰ یکون فیه خیار العیب او لیس عیباً؟

بل هو بمنزلة الاشتراط و خیاره،

خیار تخلّف الشّرطُ؟

فیه و جهان بل قولان: فعن بعضٍ انّ، المناط فی العیبِ هو النصّ الجسّمی الخلقّی و کون الخصّی، عیباً فی العبید لغةً و عرفاً و عدم کونه نقصاً مالّیاً **بل** یوجب ازدیاد المالّیة و **سقوطُ الارش فیه، لیس دلیلاً علیٰ عدم صدق العیب علیه بل الخیار،** هنا، خیار العیب **و عن بعضٍ آخَر انّ** المدار، عرفاً فی العیب و النّقص فی باب المعاملات، ما یوجب النّقص المالّی و الفرض انّه هو الخّصی و هو لیس موجباً للنّقص المالّی و کونه معیوباً خلقةً، لا یُضّر هنا مع فرض انّه لایوجب النّقص المالّی.

نعم: مع عدم کونه عیباً کان فیه خیارُ تخلّف الشّرط **لانّ** المعاملة، تنصرف الیٰ الموارد الغالبة و الغالبُ، غیرالخصّیِ و قلنا سابقاً: انّ الغالب فی مورد المعاملة

بحيث تنصرف اليه المعاملة بمنزلة الاشتراط و الشّرط الضّمنی فكانّه اِشْتَرطَ ضمناً اَنْ لايكون العبدُ مثلاً خصّياً فحيث تخلّف، فللمشترى خيار تخلّف الشّرط.

اِن قلت: البحثُ هنا، حينئذٍ خالٍ عن الفائدة و هو **لغوٌ لانّ الارش**، ليس فيه علىٰ الوجهين مطلقاً سواءٌ كان خياره خيار العيب ام لا؟ و كان فيه حقّ الرّد علىٰ الوجهين.

قلت: تظهر الّثمرة فيما اذا كان الخيار، خيار العيب او خيار تخلّف الشّرط او خيار الشّرط او خيار تعذّر الشّرط فی موردين:

الاوّل: انّ من جملة آثار خيار العيب، سقوطُ الخيار فی صورة تغيّر العين او حدوثُ عيبٍ جديدٍ بخلاف خيار الشّرط و خيار تخلّف الشّرط **حيث** لم يكونا مشروطين لبقاء العين علىٰ ما كانت عليه **فاحداث** الْحَدث و التّصّرف فی العبد الخصّی، موجبٌ لسقوط خيار العيب دون سائرالخيارات

الثّانی: انّه من جملة الّثمرات بين ما كان الخيار، خيارَ الشّرط و بين ما كان الخيارُ، خيارَ العيب، انّه اذا باع الْعَبْدَ بشرط الكتابة او الخياطة او كونه طبّاخاً و زال حالة كتابته او نَسِيَ الكتابَه قبل قبض العبد او نَسِيَ الخياطةَ و الطّباخة بعد القبض و في زمن الخيار المختصّ بالمشترى، للمشترى ان يأخذ الارش لضمان البايع نسيان الكتابة و الخياطة و غيرهما بخلاف باب خيار العيب حيث كان العيب فيه كالعيب الموجود قبل العقد من التّخيير بين الرّد والارش.

بالجملة، تظهر الّثمرة بينهما فيما اذا عَرَضَ عيبٌ قبل القبض او بعد القبضِ و فی زمن الخيار المختّص بالمشترى فی كيفيّة الضّمان فان كان الخيارُ، خيار العيب فضمانه، ضمانُ المعاوضةِ و هو التّخيير بين الرّد و الارش **و اذاكان غير خيار العيب، فضمانه، ضمان اليد. فعن بعض ثالثٍ من الفقهاء:** انّ الخصّی كما يكون عيباً مُوجباً للنّقص الماليّ ايضاً تدلّ عليه «رواية السّيارى» المذكورة سابقاً لانّ مورد الرّواية المذكورة، عدمُ انباتِ الَشّعر فی الجارية و هو عيبٌ موجبٌ لنقص المالّية بمقتضىٰ ظاهر الرّواية مع انّه ليس موجباً لقلّة الرّغبة و الخصّی ايضاً مثل ذلک بعينه.

اوردا الشّيخ(ره) عليه بوجوهٍ ثلاثةٍ:

اوّلاً: انّ الخصّى ليس من قبيل العيب الذّى كان موضوع ترتّب الآثار فى الرّوايات و لو كان الخصّى، بالنّسبة الىٰ الخلقة.

ثانياً: لا تدّل الرّواية المذكورة علىٰ ذلك.

ثالثاً: ترتّب الثّمرات المذكورة ليست بصحيحةٍ:

اَمّا عدم كونه عيباً فلانّه يعتبر فى مفهوم العيب، النّقصُ والمعتبر فى النّقص، ليس مجرّد الخلقة **بل** نقص الخلقة الموجب لنقص المالّية و ليس الامر كذلك فى الخصّى **و اَمّا عدم دلالة الرّواية علىٰ ما نحن فيه فاموزٌ:**

منها: كونها ضعيفةً سنداً لكونها مُرْسَلةً .

و لكن صاحب الجواهر(ره) صرّح: بانه لا يُضّر ارسالُ الرّوايةِ لانّه عَمِلَ بها الاصحاب **و اوردوا** مضمونها فى كتبهم **و هذا** يُجْبِرُ ضعفَ الرّواية من جهة الارسال **مضافاً الىٰ ذلك** تمسّك نفسه(ره) بها فيما بعدُ فى نظير المسألة **منها:** انّه لو قلنا كون الخصّى عيباً و فيه حكمُ العيبُ لكنّ المتبادر من حكم العيب، ثبوت حقّ الرّد و لايترتّب عليه سائرآثار خيار العَيب كعدم جواز ردّه بطرّو موانع الرّد لخيار العيب و كونه مضموناً علىٰ البايع قبل القبض و فى مدّة الخيار **لانّ** التّشبيه فى الامور التّكوينيّ و التّنزيل في الامور التّشريعيّ، ينصرف الىٰ الاثر الظّاهر كما **انّ المراد من الفقّاع، خمرٌ اى لاتشتر به لا انّه خمرٌ فى النّجاسة و غيرها.**

يجاب عنه بانّ الخصّى و عدم انبات الشّعر و غيره من الامور، ان كانت مصداقاً للعيبِ واقعاً فيشمله جميعُ احكامه.

منها: انّ مورد الرّواية و هو عدم انبات الشّعر فى ركبها، كاشفٌ عن مرضٍ فى العضوا و فى اصل المزاج فكونه عيباً، ليس لمجّرد عدم الانبات بل لكشفه عن مرضها اِنّاً.

و هو مدفوع بانّ الامرو ان كان كذلك **و لكن** عدم الانباتِ، ما اَوْجَبَ نقصاً مالّياً

ولذا قال ابن ابی ليلیٰ»: **«انّ النّاس ليحتالون فی ذلك حتّیٰ يذهبوه»** و كان بعينه كالخصاء فكما انّ الخصاء يُعتبر نقصاً فی الخلقة **ولكن** ليس موجباً للنّقص الماليّ.

و منها انّ الرّواية لا تدّل علیٰ الزّائد عمّا يدّل عليه العرف لانّ المراد بالزّيادة و النّقيصة علیٰ اصل الخلقة، ليس مطلق ذلك مورد الكلام فان زيادة شعر رأس الجارية اوحدّة بصر العبداو تعلّمهما للّصيغة و الطّبخ **وكذا** نقص العبد فی حَلْقِ الرأس، ليس عيباً قطعاً **فيظهر ممّا قلناه:** انّ المراد من الزّيادة و النّقيصة، الموجبتين لنقصٍ فی الشّی ، من حيث الآثار و الخّواص المترتّبة عليه **و لازمُ ذلك** ،نقصه من حيث المالّية **لانّ** المال المبذول فی مقابل الاموال، بقدر ما يترتّب عليها من الآثار و المنافع **وايّده السيّدره هذا الايراد و هذا ايضاً غير واردٍ لانّ** النّقص والنّقيصة، معتبرٌ فی مفهوم العيب فلا اطلاقَ فيه من حيث شمولها الكمال و النّقص حتّیٰ يقال باختصاصه لجهة النّقص بدليل العقل و غيره و **المراد من النّقص،** التّفاوت الخلقيّ سواءٌ ظهر بصورة النّقيصة او الزّيادة.

امّا عدم ترتّب الثّمرات المذكورة و ترتّب آثار المذكورة فی خيار العيب و فی خيار الشّرط ايضاً فلانّ المتبادر من قاعدة:«تلفُ المبيع قبل قبضه من مال بايعه» و قاعدة: «التلّف فی زمن الخيار ممّن لا خيار له» خصوصاً بقرينة الارتكاز، امتدادُ حالةٍ قبل العقد الیٰ انقضاءِ الخيار فانّه يفرضَ قبل العقد و لمّا فرض قبل العقد فكان حكمه حكم العيب قبل العقد من التّخيير بين الرّد والارش و **هذا لافرقٌ** فی معنی التّلف قبل القبض بين خيار العيب و خيار الشّرط **فضمانه ضمان المعاوضة و ليس ضمان اليد.**

اَقُولُ: الا يرادات الثّلاثة للشّيخ(ره) غير تامٍّ

اَمّا ترتيب الّثمرة بين القولين فهی تصّح فی مورد ونَ آخر و انّما اكتفیٰ الشّيخ(ره) بقوله: «فتامّل» و لم يُعْلَمُ نظرهُ(ره) فی عدم الفرق بين خيار العيب و خيار الشّرط فیالمراحل الثّلاثة قبل العقد و قبل القبض و قبل انقضاء زمان الخيار

و ما قیل: بالفرق بین خیار الشّرط و خیار العیب من انّ وجود العیب، یوجب الخیار فی‌المراحل الثّلاثة: قبل العقد و قبل القبض و قبل انقضاء زمان الخیار بخلاف خیار الشّرط والوصف **حیث** انّ تخلّف الشّرط والوصف موجبٌ للخیار فی مرحلةٍ واحدةٍ و هی ما اذا لم یحصل شرطٌ و وصفٌ قبل العقد **امّا فیما** اذا حصل الشّرط اوالوصفُ و لم یحصل قبل القَبض او حَصَلَ قبل القبض وزال قبل انقضاء زمن الخیار **فلیس هذا** موجباً لثبوت خیار الشّرط والوصف و کانّ المدار فی تخلّف الشّرط و فقد الوصف بحالة العقد.

و **امّا** قبل القبض او قبل انقضاء زمن الخیار، فلیس موجباً لثبوت خیار الشّرط.

فلیس بتامٍ و نحن ایضاً نوافق الشّیخ(ره) فی عدم الفرق بین خیار الشّرط و خیار العیبت بانّ وجود العیب مطلقاً سواً کان خیار الشّرط او خیار العیب، موجبٌ لحدوثِ الخیار فی المراحل الثّلاثة **فلا فرق بین الخیارین من هذه الجهة لوحدة الدّلیل و اتّحاد الطّریق و هذه، لیست مسألةٌ وقعت فی البین بل هی مسألةٌ سیّالةٌ.**

و امّا قوله(ره) فی عدم الثّمرة بین القولین اذا بانَ العبدُ خَصِیّاً بانّ حدوث العیب الجدید بعد القبض و بعد انقضاء زمان الخیار فی ید المشتری، مُسقِطٌ لخیار العیب بخلاف ما اذا کان الخیار خیارَ الشّرط بِاَنْ باعَ العبدَ الکاتب فَبانَ غیرَ کاتبٍ فحدوث العیب الجدید فی ید المشتری، لیس مُسقِطاً للخیار و لعلّ اشار(ره) الیٰ هذا بقوله، **فَتأمّل فلیس بتامٍ** لترتّب هذه الثّمره فیما نحن فیه ای اذا کان الخیار فی العبد الخصّی، خیار العیب و عَرضَ فی ید المشتری، عیبٌ جدیدٌ او تغییرٌ بحیث لا یصدق معه قیام العین بحالها، یُوجِبُ سقوطَ الخیار **بخلاف** خیار الشّرط **لانّ** سقوط خیار العیب، بحدوث عیبٍ جدیدٍ فی ید المشتری یُعتبرُ من الاحکام المختصّة لخیار العیب.

و امّا باقی الخیارات فیبقیٰ الخیارُ حتّیٰ لو تلفت العین و صّرح بذلک الشّیخ(ره) نفسه فی مواردَ عدیدةٍ.

و امّا عدم اِعتماد الشّیخ(ره) بالرّواية فی کون الخصّی عیباً، **فهو مَدفوعٌ بانّ**

الرّواية، ظاهرةُ الدلالةِ علىٰ المطلوب و **امّا كونها مُرَسَلةً**، فلا يُضرّلعمل الاصحاب بها فی مورد معنیٰ العيب و اوردوها ها فی كتبهم كما نبّه عليه صاحب الجواهر(ره) مضافاً الیٰ ذلک، تمسّکَ الشّيخ نَفْسُهُ بهذه الرّواية فيما يأتی من المسألة.

و امّا عدمُ مساعدة العرف فی المقام فهو اوّل الكلام لانّه اذا قلنا بعدم كون الخّصی نقصاً مالّياً عرفاً **فلا ريب** فی كونه عيباً من قبيل الخلقة الاصليّة **خصوصاً** فيما يَجْتَنِبُ المُتَدِيّنونَ عن العبدِ الخَصّيِ **لانّ** تَرَدُّده في البيت و الخدمة في الدّار بين النّساء، يوجب اختلاط العبد الخصّی مع النّساء و لا اشكال فی كونه محّرماً كما صرّح بذلک المحقّق الاردبيلی(ره).

و امّا قوله(ره) بانّ المتبادر من حكم العيب، ثبوت حقّ الرّد لا الآثار الأُخریٰ فغيرُ واردٍ لانّه لم يرد فی الرّواية تعبّدٌ و لا تنزيلٌ **بل** بيانُ المصداق و بيانُ الموضوع و تعريف العيبِ بانّ كلمّا خَرَجَ عن الخلقة الاصليّة، فهو عيبٌ فاذا تحقّق موضوع العيب، فتترتّب عليه، آثار العيب جميعاً.

الموارد و الآثار و الاحكام الّتى اختلفوا فى كونها عيباً هى ام لا؟

هى مختلفةٌ متّعدّدةٌ **ولكن** اكثرها يرتبط بالعبيدِ و الاماءِ ولاحاجةَ الىٰ البحث عنها فى هذا العصر.

نعم: انّما نتعرّض من بينها الىٰ مسألتين عامتّين خارجتين عن بحث الاماء و العبيد:

المسألة اَلْأُولى ما وُجِدَ فى العبد حمّيّ هل هو يعتبر هذا عيباً ام لا؟ قلنا سابقاً انَّ كلمة العيب كسائر الكلمات لها مفهومٌ عرفّيٌ و في رواية **«السّياري»** ايضاً، قُرِرَّتْ المعني العرفّى له **فحينئذٍ** اذا رأ ينا مورداً صَدَقَ عليه التّعريف الوارد فى الرّواية المذكورة: **«الخروج عن الخلقة الاصليّة» مع انّه ليس عيباً** اورأ ينا مورداً كان عيباً **ولكن لا يصدق** عليه التّعريف المذكور، لا يُهمّنا ذلک لانّه ليس فى كلمة العيب، تعبّدٌ و حقيقةٌ شرعيّةٌ و المدارُ، هو المعنىٰ العرفّى الارتكازيّ مع انّه في بعض الموارد لم يُلاحظْ الىٰ هذا المعنى العرفيّ حقَّ الملاحظة **ولذا** افتيٰ بعضٌ بانّه لووُجدَ في العبد حمّيً و لو في يومٍ خاصٍّ فهو عيبٌ يردّ به **لانه** زاد عن خلقته الاصليّة **و لكن من المعلوم** انّ العرف، لا يساعد مع هذا **لانّه** لم يكن هذا النّوع من الحمّىٰ غير المستمّر، عيباً عرفاً **فصدق العيب علىٰ هذا النّوع من الحمّىٰ الموّقت، مشكلٌ جّداً.**

و هكذا لاتدل الادّلة الأُخرىٰ كلاضرر و غيرها علىٰ ثبوت الخيار فى الفرض المذكور.

نعم: اذا استّمر الحمّىٰ و اذا كان الحمىٰ من قبيل القّب، فهو عيبٌ قطعاً يوجب خيار العيب.

المسألة الثّانية: انّها لو اشترى سمناً او بذراً ثّم وَجَدَ فيه ثِقلاً او دَرّدياً و يمكن فرض هذا فى اغلب المتاعاتُ والاجناس كالحنطة و الشّعير و غير ذلک من الاجناس فىمقام المعاملة حتّى قد يفرض فى باب الزكّوة واداء الدّين ثُمَّ وَجَدَ فيه

ثقلاً و هكذا يجرى هذا فى بابِ اِعطاء الخمس و الكفّارات حتّىٰ فى باب التّكاليف.

فيه فروضٌ مختلفةٌ:

منها: ما لم يكن مقداره ازيدَ من المتعارف و من الواضح: انّه ليس فيه حقّ الرّد و الارش **لان** الثّقل فى امثال ذلک، داخلٌ فى المسّمى الحقيقيّ فتصّح المعاملة معه و يُؤَدّىٰ به الدّينُ و تسقط به الزكّوة و ليس فيه خيارُ العيب و التّدليس و خيار تخلّف الشّرط و غير ذلک من الخيارات المتوهّمة فى المقام.

و منها: ما لو وقعت المعاملة علىٰ السّمن او البذر و غير ذلک من الاجناس **ثُـمَّ** تبيّن انّ وزنه و ثقله ازيدُ من المتعارفِ و هو علىٰ فرضين:

اِمّا ان يُعْلَمَ به قبل العقد و اِمّا لا يُعْلَمْ و ان عُلِمَ بذلک قبل العقد، فيصّح العقد و لاخيارَ **لانّ** شرط خيار العيب، الجهل به فان عُلِمَ به قبل العقد و مع ذلک اقدم علىٰ المعاملة، فقد رَضِيَ به، فهو بمعنيٰ اِسقاط الخيار و لا تشمله ادلّة الخيار بخلاف ما اذا لم يعلم ثّم تَبَيَّنَ له فَهُنا خيار العيب.

و هذه، الفروض الثّلاثة و هى تارةً: لم يكن ثقل الاشياء از يد من المتعارف فيصّح العقد و ليس للمشترى حقّ الرّد و الارش.

و اخرىٰ: كون ثقلها خارجاً عن المتعارف و عُلِمَ بذلک قبل العقد فالعقد صحيحٌ و لا خيار له.

و ثالثةً: كون ثقلها از يد من المتعارف العرفّى و ما عُلِمَ بذلک قبل العقد بل تَبَيَّنَ له بعد العقد، كان له خيارُ العيب.

قد ذكر المحقّق الثّانى فى الشّرايع هذه الفروض الثّلاثة.

لا يخفىٰ انّ حكم الفرض الاوّل، ممّا لا ريب فيه ولا اشكال و امّا الفرضان الآخران فهما محلُّ تأمّلٍ و اشكالٍ.

امّا حكم الفرض الثّانى و هو الصّحة و عدم الخيار، فقد قيل فيه بانّا اذا علمنا: انّ الثّقل فى معاملةٍ كالسّمن، ازيدُ من المتعارف، لم يعلم وزن السّمن الخالص لعدم

معلوميّة وزن الثّقل و هو عَزَرٌ موجبٌ للبطلان و لا يكفينا معرفة الوزن جُملةً مع الظّروف و المظروف.

و اجاب عنه صاحب الجواهر بانّه قد حُقِّقَ فى محلّه بانّه اذا وقعت معاملةٌ علىٰ شيئين جملةً واحدةً معلومةً بالوزن **مع انّه** لم يعلم وزن كلّ واحدٍ منهما علىٰحدّة و كانت المعاملةُ صحيحةً علىٰ احدهما كما يملك دون الآخر و هو ما لا يملك، تصّح المعاملة فى احدهما دون الآخر و عدم معلوميّة وزن كلّ واحدٍ علىٰحدّة، لايضّر **مع انّه** من قبيل الجهالة فى المثمن و الّثمن **و وجه الصّحة:** انّ الاعتبار بمعلوميّة المبيع جملةً لا العلم بالْأَبعاض.

ثمّ قد اَشْكَل الشّيخُ(ره) علىٰ هذا الفرض بانّه غير صحيحٍ لانّ الثّقل، ليست. له ماليّة، و لا تصّح معاملة شىءٍ غير متمّول كالسّمن مع غيره من قبيل الثّقل غير المتمّول و صاحب الجواهر(ره) تنبّه بهذا الاشكال ايضاً **و اجاب عنه فى خلال كلماته(ره)** بانّ الثّقل و ان كان غير متمّولٍ الاّ انّه يكفى العلمِ بمجموع مورد المعاملة ولو بالعنوان.

و لعلّ وجهُ الكفاية بهذا النّحو انّ المراد من البيع فى قوله ﷺ: **«نَهى النّبيُ عَنْ بَيْعِ الغررِ»** ليس البيع الصّحيح و لا البيع الواقعّى **بل** المراد منه، البيع العرفيّ ينشأه البايع اى النّظر انّما هو، الىٰ **«نهى الغرر عن البيع»** و لا نَظَرَ الىٰ صّحة البيع و لا كونه بيعاً واقعّياً و غير ذلک من الجهات كما هو الشّأن فى جميع الشّرائط **حيث** لم يكن اعتبار شرطٍ ناظراً الىٰ اعتبار شرطٍ آخر اونفيه.

وكما نحن فيه ايضاً، النّظر الىٰ نفى العزر فاذا كان المقصود من البيع، البيع المُنشَأ للبايع و لم يفرض فيه اجتماع جميع الشّرائط و انّما فرض فيه، نفى العزر فيه، فهو بعينه، يصدق فى ما نحن فيه ايضاً.

نحن نجيب عن اشكال الشّيخ(ره) و لعّل نظر صاحب الجواهر ايضاً الىٰ ذلک و هو انّ الثّقل، تابعٌ للسّمن فى البيع و **غاية الامر،** لم تجر العادة، التبّعيّة فيه اى وقعت المعاملة علىٰ السّمن مع الثّقل و تصّح المعاملة **حينئذٍ** من دون ان يكون فيه خيار

العيب و لاخيارٌ لبعض الصّفقة لا انّه باعَ السّمن و الثّقل حتّىٰ يقال: انّ الثّقل، مستقلٌ فی البيع مع انّه غير متموّلٍ.

و لعلّ نظر صاحب الجواهر(ره) فی قوله:« و قوع المعاملة بالعنوان» الىٰ ما قلناه **والّا** اذا باع السّمن والثّقل بنحوالاستقلال فی صفقةٍ واحدةٍ كانت المعاملة فی مورد الثّقل باطلةً حتّىٰ فيما اذا لم يخرج الثّقل عن العادة و المتعارف ايضاً كما هو احد الفروض الاربعة التّی قال به الشّيخ(ره).

امّا الفرض الثّانی الّذی قال به المحقق الثّانی فی الشّرايع فهو ما اذا كان الثّقل، ازيدَ من المتعارفِ و عَلِمَ المشترى بذلک قبل العقد، صّرح المحقّق الثّانی فی الشّرايع: «بصّحته و لزومه من دون ان يكون فيه خيارُ العيب **لانّ** الثّقل الزّائد، شّأنُهُ شأن سائر العيوب بانّ علم المشترى بالعيب المذكور، مُسْقِطٌ للخيارِ **و امّا فروض المسألة عند الشّيخ(ره) فاربعةٌ محصلّه انّ** الثّقل، مع السّمن والبذر و غير ذلک من الامور تارةً بنحو الا متزاج و اُخرىٰ كان الثّقلُ منعزلاً عن السّمن و غيره و كان منفصلاً عنه، مجتمعاً معه.

فماكان بنحو الا متزاج تارةً يكون الثّقل خارجاً عن المتعارف زائلاً خواصّ السّمن و غيره فصار معيوباً **فالمعاملة معه صحيحةٌ** و فيها خيار العيب **و اُخرىٰ** انّ الا متزاج، لم يكن مُزيلاً خواصّ السّمن و آثارهای خواصّ الشّیء الممزوج و لم يصر معيوباً و عَلِمَ بذلک حين المعاملة.

و من الواضح: انّه تصّح المعاملة لزوماً من دون خيارٍ اصلاً.

لانّ الفرض، عدم كونه معيوباً بالا متزاج وَ اَقْدَمَ عَلىٰ ذلک بالعلم بالامتراج **و ثالثةً:** قال المشترى: **اشتريتُ منک جميع ما هو موجودٌ** فی هذا الظّرف ای جميع السّمن الّذی موجودٌ فی الظّرف زعماً منه انّ ما فی الوعاء جميعه، سمنٌ ثّم بانَ فيه مقدارٌ من الثّقل ممزوجٌ مع السّمن، صحّت المعاملة فی مورد السّمن و بطلت فی غيره و له خيار تخلّف الصّفقة.

و رابعةً عَلِمَ انّ الثّقل و غيره، ازيد من المتعارف و له وجودٌ مستقلٌ و غير

ممزوجٍ مع السّمن دردياً.

و هذا، هو الذّى اَشْكَلَ عليه صاحب الجواهر(ره) و تردّد المحقّق الثّانى فى‌الشّرايع فى حكمه و لكنّ الشّيخ(ره) صرّح ببطلانه للجهل بوزن السّمن **و لا تكفى هنا، معلومية المجموع من السّمن و غيره** فى صحّة المعاملة فى مورد السّمن و فى‌المسألة وردت روايتان:

روايةٌ تدلّ علىٰ حكم المشهور فى المسألة و قديُتَرَاى من الاُخْرىٰ خلاف المشهور. **الرّواية** الدّالّة علىٰ قول المشهور هى:

«رواية عيسىٰ‌بن عبدالعزيز قال: قلتُ لا بى عبداللّه عليه السلام: فى الرّجلِ يشترى زقّ زيتٍ و يَجِدُ فيه دردّياً قال عليه السلام: **ان كان يعلم انّ الدّردى يكون فى الزّيت فَليس عليه ان يرّده و ان لم يكن يعلم، فله ان يرّده».**

ظاهر هذه الرّواية، الاطلاقُ اى تشمل هذه الرّواية، ما جرت به العادة و غير ما جرت به العادة و انّها غير موافقٍ لفتوىٰ المشهور حيث انّ المشهور هو انّ ماجرت به العادة سواءٌ عَلِمَ به اولم يعلم به،؟ يصّح من دون خيارٍ **و لكنّ المستفاد من كلمة:** «يجد»، فيها، انّ مورد الرّواية غير ما جرت به العادة.

ولا يخفىٰ انّ هذا، مطابقٌ لفتوىٰ المشهور و هذا الاستظهار، متينٌ جّداً.

و امّا الرّواية المترأىٰ فى مخالفتها للمشهور فهى: رواية السّكونى عن جعفرٍ عن ابيه انّ علياً عليه السلام قضىٰ فى رجلٍ اِشترىٰ من رجلٍ عكّة فيها السّمن، احتكرها حكرة فوجد فيها رُباً فَخَاصَم الىٰ علىٍّ عليه السلام فقال له علىٌّ عليه السلام: **«لك لكيل الرُّب سمناً»**

فقال له الرّجل: انما بعتُ منه حُكرةً فقال له علىٌّ عليه السلام:

«انّما اِشترىٰ منك سمناً ولم يشتر منك رُبّاً» والقاعدة كانت تقتضى فى الرُبّ الّذى له وجودٌ مستقلٌ منهاضٌ عن السّمن خارجٌ عن مقدار العادة ان يقال فيه: **«امّا بخيار العيب بكون السّمن معيوباً و اِمّا بخيار تبعّضِ الّصفقة» و لكنّ المستفاد من الرّواية،** صحّةُ المعاملة فى المجموع سمناً و حيث بانَ انّه غير سمنٍ فيلزم اعطاء مقدار الرّب من السّمن اى ليس فى الرّواية حكمُ خيار العيب ولا حكم خيارِ تبعضّ

الصّفقة، فبعضُ الفقهاء(ره) حَمَلَها علىٰ موردٍ وقعت المعاملةُ علىٰ الكلّی و ما تتضّمن الرّواية، تصّح حينئذٍ **ولكن** الرّواية المذكورة، لاتلائِمُ مع هذا القول حيت ورد فيها: **«انّما بِعْتُهُ مِنهُ جُمْلَةً»** ای مورد المعاملة، الشّخصيّ، لا الكلّي اي **«انّما اَقبضتُهُ جُمْلَةً»**.

و لكن الحّق فی الجواب عن الرّواية المذكورة، انّه لعلّها قضيّةٌ فی واقعةٍ غَيْرَ معلومةٍ لنا خصوصيّات المورد و لعلّ المورد كان علىٰ نحوٍ كان حكمه ما حكم به علیٌّ عليه السلام و هذا، ليس دليلاً علىٰ القول به فی سائر الموارد علىٰ خلاف المشهور.

مضافاً الی ذلك انّ قوله عليه السلام: انّما اِشترىٰ منك سمناً ظُهورُهُ فی الكلّی اَظْهَرُ من ظهور **قوله «بعته» فی الشّخصیّ.**

فكيف ماكان، ليست الرّواية معمولةً بها علىٰ خلاف المشهور.

الکلام فی الارش

هل الارش یکون علیٰ طبق القاعده؟ و هل هو، داخلٌ فی ضمانِ الید والمعاوضة ام لا؟ الارش، انّما هو حقٌّ مالیٌّ یختصّ به خیارالعیب و لایعمّ سائر الخیارات.

انّما یختلف معاینه: و هو لغةً، دیةُ الجراحات کما عنّ الصحّاح و عن المصباح و عن القاموس **«انّه الدیّة» و عن حواشی الشّهید(ره):**

«انّه یطلق بالاشتراک اللّفظی علیٰ معانٍ:

منها: ما یطلق علیٰ مالٍ یؤخذ بَدَلاً عن نقصٍ مضمونٍ فی مالٍ او بدنٍ و لم یقدّر له فی الشّرع، مُقَدّرٌ.

و منها: نقصُ الصحّة کجنایة الانسان علیٰ عبد غیره فی المقدّر الشّرعیّ.

و منها: ثمن التّالف المقدّر شرعاً بالجنایه لقطع یدالعبد و غیر ذلک من المعانی **و ما یطلق عند الفقهاء**، هو مالٌ یؤخذ بدلاً عن نقص مضمونٍ فی مالٍ او بدنٍ؛ و ضمانُ النّقصِ، تابعٌ لضمان العین المنقوص فی الکیفیّة.

فان کان الضّمان، ضمان الید ای ان کان مضموناً بالقیمة الواقعیّةِ کالمغصوب والمقام کان النّقص بما یخصّه من القیمة اذا وُزِعَّتْ علیٰ الکلّ و ان کان الضمّان، ضمانَ المعاوضة **ای ان کان مضموناً بعوضٍ** بمعنیٰ فقدانه، یوجب عدم تملّک عوضه المسمّیٰ فی المعاوضة کان النّقص مضموناً بما یخصّه من العوض اذا وُزِّعَ علیٰ مجموع النّاقص والمنقوص **و لذا** عَرَّفَهُ جماعةٌ فی عیبِ المثمن بانّه جزءٌ من الّثمن نسبته الیه کنسبة التّفاوت بین الصّحیح والمعیب الیٰ الصّحیح.

و وجه الفرق بینهما، انّ ضمان تمام المبیع الصّحیح علیٰ البایعُ، ضمانُ المعاوضة بمعنیٰ انّ البایع تَعَهّدَ لتسلیم المبیع تامّاً الیٰ المشتری فاذا لم یتعهّد بعهدٍ و لم یتسلّم بعضه، ضَمِنَهُ بمقدار ما یخصّه من الّثمن لابقیمته.

هنا، اشكالٌ ذكره الشّيخ(ره) و هو انّ الارش، خارجٌ عن الضّمانين **لانّ** ماهيّةَ الارشِ هو التّغريم يحتاج الىٰ المطالبة لاالضّمان.

امّا خروجه عن ضمان اليد فلانّهم صرّحوا بانّه لم يكن ضامناً بالقيمة الواقعيّة فان كان الضّمان، ضمانَ اليد فيلزم ضمانه بالقيمة الواقعيّته.

و امّا خروجه عن ضمان المعاوضه فلانّه ان كان ضمان المعاوضة، لايحتاج الىٰ التّغريم والمطالبة **لانّه حينئذٍ** بمعنىٰ انفساخ المعاوضة بالنّسبة. الىٰ

الفائت المضمون مع انّا قلنا انّ ماهية التّغريمُ يحتاج الىٰ المطالبة.

نعم: ظاهر النّصوص، ارادة قيمة العيب كلّها كما هو ظاهر جماعةٍ من القدماء تستلزمه المحاذير:

منها: انّ لازم كون المدار فی الارش، هو نفس التّفاوت والقيمة السّوقيّه، و تكون زيادته علىٰ الّثمن فی بعض الاحيان و هو لايجوز **ولذا** ينبغی فی حلّ الاشكال المذكور ان يقال: انّ هذا التّعبير لاجل غلبة عدم استيعاب التّفاوت للثّمن و ضمان النّقص والارش من قبيل ضمان المعاوضة ای انّ الارش، جزءٌ من الّثمنُ، و نسبته اليه كنسبة التّفاوت بين الصّحيح والمعيب الىٰ الصّحيح **و يرد علىٰ ضمان المعاوضة** ايضاً، بانّه يلزم من ذلكٌ، تعيّن اخذ الارش من الّثمن **مع انّ** ظاهر جماعةٍ عدمُ تعيّنِه منه معلّلاً بانّه غرامةٌ. فيخرج عن الضّمانينِ المذكورين **لانّ** ضمان المعاوضة، يقتضی انفساخ المعاوضة بالنّسبة الىٰ الفائت المضمون و ضمان اليد، يقتضی ضمان الشّیء بقيمته الواقعيّةِ و حيث لم يكن الارشُ مُستلزِماً لهذين، فيخرج عن الضّمانين **فذهب الشّيخ(ره)** فی حلّ الاشكال الىٰ الالتزام بكون الارشُ، ضماناً ثالثاً لاضمان المعاوضة و لاضمان اليد.

و بيانه يتوقّف علىٰ ذكر مقدّمتين:

المقدّمةُ الْأُوْلىٰ: انّ الارش تتميمُ النّاقص لاتنقيص الزّائد كما فی سائر موارد الضّمانات **المقدّمة الثّانية:** انّ وصف الصحّة ممّا لايقابل الّثمن، انّما الّثمن فی مقابل

العين لاالوصف الّذى هو فى اعتبار المعنىٰ الحرّ فـى **لانّـه** امـرٌ مـعنويٌّ كسـائر الاوصاف **ولكنّه** داخلٌ تحتِ الزام البـايع و تـعهّده فـاذا لم يـعمل البـايع بـتعهّده، فللمشترى ان يُطالِبَ الغرامةَ منه.

و يظهر من كلام السيّد(ره)، الاشكال عليه **بانّ** هذا، تهافتٌ منه(ره) اى الآخـر والصّدر، بينهما تهافتٌ **ولكنّ** الحقُّ ليس فيه تهافتٌ.

نعم: يرد علىٰ الشّيخ(ره) بانّ غاية مايظهر من الشّيخ(ره) فى حلّ الاشكال انّ الارش هو علىٰ خلافِ القاعدة و الالتزامِ بالخروج عن الضّمانين.

و اذاكان موقف الارش، ذلك فلاحاجة **حينئذ** الىٰ الاشكال عليه والتّفصيل فيه والقول بانّه لااوثق من ان يقال انّ مقتضىٰ المعاوضة عرفاً، هو عدم مقابلة الوصف بشىءٍ من الّثمن **وحينئذ** لامجالَ لاحتمال ضمان اليد و غيره من المباحث المذكورة **لكونه** خلاف القاعدة و ورد به نصٌّ.

حاصل كلام السيّد(ره) انّ الا قوىٰ كون الارش موافقاً للقاعدة **و ذلك بوجهين:**

الوجه الاوّل: انّ مرجع هذه المعاوضة الىٰ معاوضتين:

معاوضةٌ لفظيّةٌ ظاهِريّةٌ انشائيّةٌ و معاوضة لبيّةٌ و **عدم تقابل الوصف** بالّثمن، انّما هو فى معاوضةٍ انشائيّةٍ و **الّا** لامانع من التّقابل فى عـالم اللبّ و حـيث لم تكـن المقابلة فى الاوصافُ فى معاوضه انشائيّة ثابتاً، فلم يأت حكم الانفساخ فيه.

و حيث كان التّقابل ثابتاً فى المعاوضة اللبّيّة فكان الارشُ علىٰ وفق القاعدة و كان جزءً من الّثمن فيحتاجُ الىٰ المطالبة اخذاً بلازمِ المعاوضة اللّبيّة.

الوجهُ الثّانى هو انّ البايع و ان لم يجعل فى مقابل الوصفُ بشىءٍ **الّا** انّه **تَعَهَّدَ** تسليمَ المبيع صحيحاً **و حيث** لم يعمل بتعهّده، فيلزم عليه تداركه.

اقول: الاعتبارُ بابٌ فى العقودُ، انّما هو الانشاءات و غيرها كالّلب و غيره من الشّرائط الضمنيّة و توابع العقود الدّالة عليها، بالقرائن العقليّة و العاديّة، خارجةٌ عن اعتبار الانشاء و لاتأثير له فى الانشاءات.

مضافاً الیٰ ذلک لازم ذلک، القول بالارش فی سائر الاوصاف غیرالصحّةِ من تخلّف الاوصاف و القیود و الشّرائط لجریان الدّلیل و هو اللّبُ فیها ایضاً، **مع انّهم** لم یقولوا بذلک فی سائر الاوصاف، هذا کلّه بالنسبة الیٰ الوجه الاوّل.

و امّا الوجه الثّانی فهو بعینه ما قال به الشّیخ(ره) و النّقص هنا، هوالنّقص هناک **والتّحقیق فی المسألة انّ الارش، مُوافِقٌ للقاعدة** و هو داخلٌ فی ضمان المعاوضة **و ذلک انّ** الارش و هو النّسبة، امرٌ عرفیٌّ ارتکازیٌّ للعقلاء و ماوردت الاخبار فی باب الارش، انّما هی متلّقاةٌ لإمضاء تأیید العرف و لیس فی حمل الاخبار علیٰ الامر العرفیّ اشکالٌ کثیرٌ **و لایبعد** کون حمل الاخبار علیٰ المورد الغالب، وجهُ اطلاقات الاخبار.

مضافاً الی ذلک، المراد من المقابلة فی باب العقود، **انّما** هو، تقابل العهود معاً لاتقابل المعهود به و لیس معنیٰ المقابلة، صحّة استعمال باءالمقابلة؛ **علیهذا،** کانت الاوصاف، مقابلةً بالمال بمعنیٰ تقابل التّعهّدات و لایحتاج هذا، الی تقدیر عالَمِ اللُبِّ **و لازم القول بذلک،** الالتزام بالارش فی سائر الاوصاف کَتخلّف الوصف و غیره من الاوصاف.

و نحن، نلتزم بذلک کما ذکرناه سابقاً حیث کان هذا، امراً عرفیّاً و لیس هذا، خلاف الاجماع لذهاب بعضِ القدماء کابن ادریس بالارش فی سائر الاوصاف هذا، اوّلاً:

و ثانیاً: لیس مثل هذا الاجماع، ممّا وصل الیهم ولم یصلْ الینا حتّیٰ یکون حاکیاً عن ورود نصٍّ فی المَسألة.

و حلُّ الشّیخِ(ره) ایضاً لایخلو عن اشکالٍ **و امّا قوله الاوّل** و هو کون الارش تتمیمُ النّاقص، لاتنقیص الزّائد فهو، **خلاف العرف والوجدان بل الاخبار الواردة، بل الارشُ هنا،** ایضاً کساير الموارد، تنقیصُ الزّائد حیث ورد فی الرّوایات: «**یرجع الیٰ الثّمن و یرد فیه**».

منها: الباب ۱۶ ـ الحدیث ۲: «اَیُّما رجلٍ اِشتریٰ شیئاً و به عیبٌ و عوارٌ لن **یبترّأ** منه و لم یبیّن له فَاْحَدَثَ فیه بعد ما قبضه، شیئاً ثمّ عَرفَ بذلک العوارِ و بذلک الدّاء بانّه یمضی علیه البیعُ و یرّد علیه، بقدر ما نقص من ذلک الدّاء و العیب بثمن ذلک لو لم یکن به...

الظّاهر منها: انّ الارش، تنقیص الزّائد و الرّجوع و الاسترداد من عین الّثمن و **هکذا، ضَعُفَ قوله الآخر له(ره)**، یظهر بما قلناه سابقاً من انّ: المراد من المـقابله، تقابُل التّعهّدین و لیس المرادُ، منه صحّة استعمال باء المقابلة **فعلیهذا**، یصحّ استعمال تقابل العهود فی باب الاوصاف ایضاً و لیس لازم ذلک، کون الانفساخ من البدایة.

هل يعتبر كون الارش من عين الثّمن ام لايعتبر ذلك؟ بل يكفى ردّ ما يوافق ذلك المقدار من العين او من غيرها؟

ظاهر كثيرٍ من الفقهاء(ره) كونه من عين الثّمن **ولكنّ** الشّهيدين و العلاّمة فى التّذكرة و الشّيخ(ره) و عدّةٌ من المتأخّرين، **ذهبوا الىٰ انّ الاقوىٰ، عدم لزوم** كونه من عين الثّمن **لاصالة عدم تسلّط المشترى علىٰ عين الثّمن.**

و امّا الظّاهر من الرّوايات مثل: «يردّ على المشترى» فهو ان المردود، من عين الثّمن، فهى، واردةٌ فى مورد الغالب **حيث** انّ الغالب، كون الثّمن، النّقد **و من جملة الاخبار الواردة،** هذا الحديث ورد عن عدّةٍ (كما عن الكلينى) ـ الباب ١٦ ـ من ابواب التّجارة ـ الخيار ـ الحديث ٢: «عن احمد بن محمّد عن الحسين بن سعيد، عن فضّالة، عن موسىٰ بن بكر، عن زرارة، عن ابى جعفر عليه السلام قال: «ايّما رَجلٍ اشترىٰ شيئاً و به عيبٌ و عوارٌ، لن يتبرّأ منه و لم يبيّن له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمَّ عَرَفَ بذلك العوار و بذلك الدّاء **بانّه** يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الدّاء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به...».

هذه الرّواية، دليلٌ علىٰ خلافِ ما ذهب اليه العلاّمة(ره) و من تبعه من وجهين:

الوجهُ الاوّل: انّ قوله عليه السلام **«يردّ عليه»،** يدّل على انّ المردود، من الثّمن و انّ الارش، من عين الثّمن. **الوجه الثّانى:** انّ قوله(ره) **«من ثمن ذلك»،** تصريحٌ علىٰ انّ الارش له من الثّمن و من عين الثّمن **و مع هذا التّصريح كيف جاز للشّهيدين، القول بعدم لزوم كون الارش، من عين الثّمن؟.**

و من جملة الرّوايات: الباب ٤ من ابواب احكام العيوب فى مورد العبيد و الجوارى ـ الحديث ١ـ: «محمّد بن يعقوب، عن عدّةٍ من الاصحاب، عن سهل بن زياد، عن احمد بن محمّد جميعاً «عن ابن محبوب، عن ابن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديثٍ قال: «قال علىٌ عليه السلام: لاتردّ الّتى ليست بحبلىٰ اذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها قدرُ عيبٍ ان كان فيها».

هذه ایضا دالّةٌ علیٰ انّ الارش من ثمنها.

و ایضاً وردت فی هذا الباب اخبارٌ و فیها **«لایردّ صاحبها ولکن تقوّم ما بین العیب والصحّة فیردّ علیٰ المبتاع»** بناءً علیٰ انّ الردّ لایکون الّا فی المأخوذ و الّا لایسمّیٰ ردّاً بل اعطاءً. **و هکذا** الحدیث ۵: قال علیّ بن الحسین علیه السلام: **«لا تردّ الّتی لیس بحبلیٰ اذا وطئها وکان یَضَعُ من ثمنها، بقدر عیبها».**

و من جملة الاخبار هذا **الحدیث:** «قال علیّ بن الحسین علیه السلام: **کان قضاء الاوّل فی الرّجل اذا اِشتریٰ و وطئها ثمّ ظهر علیٰ عیبٍ، انّ البیعَ لازمٌ و له ارش العیب.»**

اطلاق هذه الرّوایه، دلیلُ مختار الشّیخ(ره) والعلّامة(ره) فی عدم لزوم الارش من عین الّثمن.

و دعویٰ انّ هذه الرّوایةٌ مطلقةٌ و الرّوایات المذکورة الواردة فیها عبارة **«یوضع من ثمنها و یردّها من ثمنها»** و غیر ذلک، مقیّدةٌ بکون الردّ من الّثمن، فیحمل المطلق علیٰ المقیّد **مدفوعةٌ لانّ** المقیّد واردٌ، فی مورد الغالب **حیث** انّ الغالب فی المعاملات خصوصاً معاملات العبید والجواری، هو ان یکون الّثمنُ نقداً و من النّقدین و اطلاق الردّ فی قوله علیه السلام: **«یردّ علیه من ثمنها»**، لیس باعتبار شخص الّثمن **حیث** لم یکن الشّخصُ و خصوصیّةُ الّثمن معتبراً فی الاثمان النّقدیّة کما تکون کذلک فی قوله تعالیٰ: **﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾**[1] **هذا اوّلاً: و ثانیاً:** اذا لم یُحرز شیء من الرّوایات و بقی شکٌّ فی ذلکٌ، یرجع الیٰ الاصل و هو فی المقام، البراءة **حیث** کان الامر، دائراً بین المطلق و المقیّد **حیث** انّ بعضِ الرّوایات دالّةٌ علیٰ ردّ الارش مطلقاً سواءٌ کان من عین الّثمن او من غیره و بعضها دالّةٌ علیٰ کون الارش من عین الّثمن فاذا شککنا فی التّقیید، **فالاصل، البرائة** فاذا لم یکن من عین الّثمن یلزم ان یکون خارجاً عن المعاوضةُ ان یکون غرامةً و لیس جزءً من الّثمنِ و علیٰ خلاف القاعده و یلزم اَنْ یکون ضماناً ثالثاً.

---

۱. سورهٔ نسا، آیه ۲۳.

اقول: قُرِّرَ فی علم اصول الفقه: انّ الاقلّ والاکثر الارتباطیّ، له مواردُ ثَلاثةٌ:

الاوّل: ان یکون الشّک فی الاقلّ و الاکثر الارتباطیّ فی الجزئیّة ککون السّورة، جزءً من الصّلاة **حیث** کانت الصّلوة مع السّورةُ، اکثر والصّلوة بلا سورةٍ اقلُّ، **هل الواجبُ، الصّلاة مع السّورة او بلا سورةٍ؟** تجری فیه البراءة عن جزئیّة السّورة.

الثانی: کون الشّک فی الشّرطیّة و القیدیّة کأنّ الجهر هل معتبرٌ فی القراءة ام لا؟ هل الاستقبال معتبرٌ فی الصّلوة ام لا؟ **تجری فیه ایضاً اصل البراءة لانّ** الشّک، فی المطلق و المقیّد و المطلق و المشروط، تجری فیه اصلُ البراءةِ.

الثّالثُ: کون الشکّ دائراً بین العامّ و الخاصّ کما النعقد المحقّق الخراسانی(ره) فی هذا المورد بحثاً فی الکفایة بانّه لودار الامر بین کون هذا انساناً او حیواناً او دارَ الْاَمرُ بین الکلّی و الفرد، هل یجب الزام زید العالم او مطلق العالم؟ لیس هذا موردَ جریان اصل البراءة **لانّ** مرجع هذا، الیٰ المتباینین **و ما نحن** فیه ایضاً من هذا القبیل حیث یُشکّ فی انّ الارش، یردّ من عین هذا الّثمن او مطلقُ او یردّ مقدار الّثمن و ان لم یکن من عین هذا الّثمن.؟

فعلیهذا اصل عدم تسلّط المشتری علیٰ اخذ الارش من عین الّثمن معارِضٌ مع اصل عدم تسلّط البایع علیٰ الزام المشتری لغیر الّثمن و هذا الشّک، شکٌّ مسبّبیٌ ای مسبّبٌ عن الشّک فی اعتبار العامّ او الخاصّ **بانّ** الارش مطلقُ المال او الّثمن؟ و هذا مَجریٰ الاحتیاط **و امّا آخذ الاطلاق من قوله**ﷺ **«و له ارشُ العیبِ»** و حمل الرّوایات المقیّدة علیٰ مورد الغالب، کلاهما محلُّ نظرٍ:

امّا قولهﷺ: **«و له ارش العیب»** فهو فی مقام بیانِ اصل الارش و لیس فی مقام بیان کیفیّة الارش **و امّا حمل الرّوایات** المقیّدة علیٰ مورد الغالب، **فهو عدولٌ** عن دوائر الرّوایات **لانّ** لازم تصویر الارش بانّه من الّثمن یردّه البایع بداعی فقدان و صف الصحّة کون الاسترداد، من عین الّثمن **و امّا کون الاعتبار فی الاَثْمانَ**، انّما هو للنّوع و لااعتبار بالشّخص فی باب الاثمانِ، فهو صحیحُ فی کلّ موردٍ من النّقدین، لایختصّ بمورد الارش **و لذا اذا** کان شخص الّثمن، حراماً لاتکون المعاملة به

باطلاً **لانّ** المشار اليه بهذا، ليس شخصّ الّثمن **بل** كونه نقداً كليّاً **بناءً عليه**، يلزم ردّ الارش من عين الّثمن، غاية الامر، العرف لانظريّة له فى الاثمان الىٰ الشّخص فى الارش و غيره اذا كان من النّقدين و اذا ردّه من غير الشّخص فى النّقدين، لامانع منه لكونه من النّقدين لامن جهة انّه حكمٌ خاصٌّ للارشِ.

مسألةٌ: اذا لم يعتبر كون الأَرش من عين الثّمن هل يعتبر كونه من النّقدين؟ ام يكفى ردّ مطلق الاموال نقداًكان او غير نقدٍ؟

ظاهرُ الكلمات هنا، هوان يكون من النّقدين و عن العلّامة(ره) فى القواعد و التّحرير، جواز كونه من غير النّقدين **حيث** انّه(ره) عَنْوَنَ فى القواعد فرعاً لازمه ذلک حيث قال(ره): اذا وقعت معاملةُ صَرفٍ فى الجنسين المخالفين اى مثلاً اذا باع الذّهب بالفضّة ثمّ بانَ احدُهما مَعيباً فحينئذٍ، ان عَلِمَ بالعيب فى المجلس قبل التفرّق، يمكن ردّ الارش من النّقدين و لايلزم من ذلکُ الرّبا **لكونهما** جنسين مخالفين و حيث كان ذلک قبل التّفرق عن مجلس العقد، لايلزم منه فقدان الشّرط، لحصول القبض فى المجلس بتعيّب احدهما **و ان تَذَكّرَ** بعد التّفرق، يَلزَم اخذُ الارش من غير النّقدين **لانّ** اخذ الارش من النّقدين، يلزمه حصول قبض النّقد بعد التّفرّق و هو لايجوز.

اختار الشّيخ(ره) فى المقام: انّ الا قوىٰ كونه من النّقدين **لانّه** الاصل فى باب الضّماناتِ و الغراماتِ.

والظّاهرُ انّ المراد من الاصل ما هو المتبادر من ادلّة الضّمانات من تقويم الاشياء بالنّقد الرّائج فى البلاد، موجوداً كان او تالفاً و كفايةُ غير النّقدين، يحتاج الىٰ دليلٍ **و الارشُ ايضاً** حيث كان من جملة الضّمانات، كان من النّقدين.

و فيه تأمّلٌ و اشكالٌ لانّ الاصل المذكور، انّما يصّح فى الضّمان المالىّ اى فى ضمان اليد فيما اذا كان العوض، النّقد و **لايصّح هذا فى ضمان المعاوضة و لا الارش لانّ** الضّمان، فى ضمان المعاوضة بثمن و عوضٍ غيرالنّقد و الاصلُ فيه نفسُ الّثمن فَإن كانت حنطةً فحنطةٌ و ان كان شعيراً فشعيرٌ و ان كان جنساً فملحقٌ لضمان المعاوضة **حيث** كان جزءً من الّثمن فحُكمُه، حكم الّثمن و العوض فى ضمان المعاوضة.

ثمّ انّ جامع المقاصد اشكَلَ علىٰ ما قال به العلّامة فی القواعد و التّحریر من جواز كون الارش من غیر النّقدین، بوجهین:

الوجه الاوّل: انّ الارش، ثَبَتَ بحكم الشّارع بعد محكوميّة العقد بالصحّة فلا یلحق علىٰ العوضین و هذا، اشكالٌ متینٌ.

الوجه الثّانی هو اوّلاً: ان كان اخذ غیرالنّقدین، من باب الارش اصالةً، فهو خلافُ الاصل الموجود فی باب الضّمانات، من كون الارش مِن النّقدین **و لذا،** قبل التّفرّق اذا اعطىٰ مَنْ علیه الارشُ، یجوز امتناع صاحب الارش عن قبوله **لانّ** الاصل فیه، النّقدان و عدم كون الارش عوضاً.

هذا شیءٌ قال به الشّیخ(ره) ایضاً كما نقلناه(ره) سابقاً.

و ثانیاً: ان كان مراده(ره)، كون الارش عوضاً حیث یستحقّ المشتری الجاهل بالعیب حین العقد، الارشَ **و حیث** لایمكن اخذه نَقداً، انتقل الىٰ بدله من غیر النّقدین، **ففیه انّ** الانتقال الىٰ العوض و البدل، یصحّ فیما اذا كان له حقٌّ فی العین و مٰا اَمْكَن استیفائه من العین **و حیث** انّ هنا، اخذ الارش من النّقدین، یمتنع بحكم الشّارع، **فلیس له** حقٌّ فی العین حتّی انتقل الىٰ بدله وَ وَجَّه الشّیخ(ره) قولَ العلّامة(ره) بحیث ان یخلص عن اشكال جامع المقاصد، مع حفظ اصل لزوم كون الارش، فی باب الضّمانات من النّقدین بانّ: الارش لیس امراً متعیّناً كالضّمان لانّ الارش، حقٌّ تخییریٌّ بین امورٍ ثلاثةٍ فاذا كان تخییریّاً فهو غیر متعیّنٍ فیحتاج الىٰ المطالبة و الاقتراحِ.

و قبل الاقتراح و المطالبة، لایَثْبُتُ شیءٌ فی الذّمّة.

و علیه، یجوز ان یكون متعلّق الارش، مطلقُ المال من النّقدین و غیرهما **غایةالامر، وسیلةُ التّغریم** فی الغالب، هو النّقدان **امّا** اذا توافقا بغیر النّقدین او لم یمكن اخذ النّقدین اِمّا لعدم النّقدین فی الخارج او بعدم تجویز الشّارع اخذ النّقد فیجوز و لایحسب هذا عوضاً للارش **لانّ** مفهوم الارش سدّ الجسارة و تدارك الغرامة و غیر النّقدین ایضاً تَتدارك به الغرامة. فی توجیه الشّیخ(ره) تأمّلٌ و اشكالٌ

حيث قلنا: انّ المراد من الاصل المذكور، التّبادر اى المتبادر المتعارف من ادلّة الضمانات هوان، يكون الارشُ و التّغريمُ من النّقدين، **لافرق فيه** بين كون الضمّان تعييناً او تخييراً اى لافرق فيه، بين ان يقول: **انتَ ضامنٌ متعيّناً او يقول يجوز لخصمك ان يضمّنك فيصدق على الارش كونه عوضاً؟**

و لذا اشكالُ جامع المقاصد اذا خَلَصَ عن بعض الاشكالات الواردة علىٰ بعض مقدّماته، **واردٌ عليه متينٌ جدّاً.**

هل الارشُ المستوعب للثّمن، صحيحٌ ام لا؟

بناءً علىٰ انّ الارش، جزءٌ من الّثمنِ، لايصحّ الارش المستوعب للثّمنِ فى بابِ خيار العيب **لانّه** لايكون الارشُ، مستوعباً للقيمة **الّا بان** لاتكون للعين قيمةٌ و اذا لم تكن له قيمةٌ فليس هو بمالٍ و لايصحّ بيعه **لانّ** البيع، مبادلةُ مالٍ بمالٍ، هذا فيما اذا عُلِمَ قبل العقد كونه معيوباً بحيث يكون مُسقِطاً عن الماليّة.

ففرقٌ بين ارش باب خيارالعيب و بين ارش الابدان **حيث يمكن الارش** المستوعب فى باب الابدان كما فى جنايات العبد المستوعب بقيمته و ثمنه.

نعم: اذا حَصَلَ العيبُ المستوعبُ المُسقِطُ للماليّة بعد العقد قبل القبض، يصحّ العقدُ **ولكن البايع** ضامنٌ للعيب عملاً بقاعدة **«تلفُ المبيع قَبلَ قبضِه مِنْ مَالِ بَايِعِهِ».**

كما سيأتى فيما بعدُ: انّ فى كيفيّة ضمان البايع فى باب **«تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه»**، و «تلف المبيع فى زمن الخيار، ممّن لاخيار له»، احتمالاتٌ ثلاثةٌ **بل** اقوالٌ ثلاثةٌ:

قولٌ: بضمان المثل والقيمة كضمان اليد و هذا قولٌ نُسِبَ الىٰ الشّهيد(ره) و هو قول خلاف المشهور.

و قولٌ ثانٍ مشهور و هو انّ المبيع اذا تَلَفَ حقيقةً او سَقَطَ عن الماليّة، فهو يَكشِفُ عن الانفساخ آناماً قبلِ التّلف بانتقال المبيع الىٰ البايع و تلفه فى ملكه و الّثمن الىٰ المشترى و لم يَرِدْ تخصيصٌ فى قاعدة: **«مَنْ لَهُ الغُنم فَعَلَيْهِ الغُرم».**

والقول الثّالث: بعدم الانفساخ و كون التّلفِ قبل القبض من البايع و «كون التّلفِ فى زمن الخيار، ممّن لاخيارَ لَهُ».

و علىٰ القولين الآخرين (الانفساخ او عدم الانفساخ و كون التّلف من البايع، الضّمان، ضمانُ المعاوضة لاضمانُ المِثلِ والقيمة اى اذا تَلَفَ قبل القبض فللمشترى، عدم ردّ الّثمن او استردادُ الّثمن اذا رَدَّهُ الىٰ البايع **و تظهر الثّمرة بين هٰذين القولين فى موردين: الاوّل: انّه علىٰ القول بالانفساخ،** للمشترى اَنْ يطالبَ عينَ الّثمن الّذى

رَدِّهُ الیٰ البایع **و علیٰ القول** بعدم الانفساخ و ضمان المسمّیٰ، یَرُدَّ البایعُ مقدارَ الثّمن و ان لم یکن عین الثّمن.

الثّانی: انّه علیٰ الانفساخ، یعود المبیع الیٰ مالکه الاوّل مالاً و ملکاً **و علیٰ القول بعدم الانفساخ** و کون الضّمان، ضمان المسمّیٰ، لایعود علیٰ ملک البایع، نفیٰ علیٰ ملک المشتری وله ان یطالبَ تمامَ الثّمنِ **کما اذا انقلب الخِلّ خَمْراً، اتّخذ للتّخلیل، فعلیٰ** القول بالانفساخ، یعود الخمر المتّخذّ للتّخلیل الیٰ ماله الاصلی و هو البایع و علیٰ القول الثّانی و هو عدم الانفساخ و ضمانه، ضمان المسمّیٰ، لایَرْجِعُ الیٰ ملک البایع وَ بَقِیَ فی ملک المشتری و له ان یطالب تمام الثّمن من البایع.

***

یتصوّر الارشُ المستوعبُ فی احد هٰذین القولین حیث اذا قلنا بالانفساخ، لامورد للارش لِإنفساخ البیع و کون الارشِ مِن اَحکام المعاملة الصّحیحةِ فلاٰ یتصوّر فیها الاَرشُ المستوعبُ بخلافَ القول الثّانی و هو عدم الانفساخ و ضمانه، ضمانُ المعاوضةِ **حیث** یتصوّر فیه الارشُ المستوعبُ کما لایخفیٰ ای یتصوّر الارش المستوعب فی العیوب المادّیّة قبل القبض او فی زمان الخیار.؟

ولکن حیث کان هذا القول، خلاف المشهور فَکَأنَّ الارش المستوعب لافرض **له نعم:** قال العلّامة فی التذکّرة و القواعد و التّحریر فی باب العبد الجانی: **مطلباً** لازُمُه تصویرُ العیب المستوعب لِلقیمة قبل البیع ایضاً و صحّة البیع بذلک **و ذلکِ فی** العبد الجانی و فی العبد الجانی عمداً یستوعب قیمتهً فی العبد الجانی خطأً فیما اذا کانت الجنایةُ مستوعبةً للقیمةِ، کان المولی مُخیّراً بینَ فکِّ العبدِ باعطاءِ تمام القیمة او تسلیم العبد اِلیٰ صاحبِ الجنایةِ واسترقاقه العبدَ؛ **و فی العبد الجانی عمداً، مخیّرٌ بین امور ثلاثةٍ: القصاص، او الاسترقاق او قبول الدیّة بأخذِ، قیمة تمام العبد.**

و اورد علیه الشّیخ(ره): انّ لازم استیعاب القیمة وردّ تمام قیمة العبد، سقوطُهُ عن الماليّة و بطلانُ بیعه.

و حیث کان النّقض و الابرامُ و اطالةُ الکلام فی العبید و الاماء، کان خارجاً عن

محلّ الابتلاء فى عصرنا هذا، فالْاِعراضُ عنه اَجْدَرُو اَفْيَدُ.

و لنا فى المقام اى فى ترتّب الْثمرة الاخيرة علىٰ القولين اشكالٌ، و هو انّه لايجوز ان يَملِك المشترى، السّاقطَ عن الماليّة و تمام الْثمن **لانّه** جمعٌ بين العوضِ و المعوّضَ لايُساعِدُهُ العرفُ والاعتبارُ و انّه ظلمٌ و **هذا هو بعينهٖ، مدار الاشكال فى باب بدل الحيلولة.**

ماذا طُرُقُ التّقويمِ وَ شَرائِطِهِ؟

لمّا كان الارش فى باب خيار العيب، جزءً من الْثمن، نسبته اليه كنسبة قيمة المعيب الىٰ الصّحيح **فلابدّ** من تعيينِ قيمة الصّحيح و المعيب بالتّقويم و التّسعير بالرّجوع الىٰ اهل الخبرة.

طرقُ التّقويم ثلاثةٌ:

الاوّل: الاِخبارُ عن سِعْرِ الاَجْنَاس فى المعادلات فى السّوق و الشّهادة علىٰ القيمة فى السّوق و الاطّلاع عن السّعر بانّ قيمة هذا الجنس فى السّوق كذا و كذا.

الثّانى: انّ الاِخبار عن سِعر الاجناس، ليس معتبراً فيه **بل** التّقويم و مبنّىٌ علىٰ رأيٍ و نظرٍ له فيه و كثيرٌ من التّقويمات، يقع بهذا النّحو من اعطاء السّعر **و الفرق بينهما واضحٌ** حيث انّ النّوع الاوّل من التّقويم، بابه بابُ الشّهادة فيعتبر فيه عدلان **و امّا النوع الثّانى** فهو من قبيل رجوع الجاهل الىٰ العالم الّذى هوامرٌ فطرىٌّ جَرىٰ عليه بناءُ العقلاء فى امورهم و لايعتبر فى اعتباره، التعدّد **و الّا** يلزم الحرج و ركودُ المعاملات حيث انّ تعدّد العدل، لم يحصل فى اكثر المعاملات، يلزم الحرج فى المعاملات.

مضافاً الىٰ ذلك، يلزم انسداد الصّغير و ليس فى انسداد الصّغير ايُّ مقدّمةٍ من مقدّمات انسداد الكبير من العلم الاجماليّ بالتّكاليف و عدم امكان الاحتياط و انّ الرّجوع الىٰ البراءة، خروجٌ عن الدّين و دوران الامر بين العمل بالموهومات و

المطنونات و المشكوكات حتّىٰ لايلزم ترجيحُ المرجوح علىٰ الرّاجح.

و المراد من الانسداد هو انّ الاناطة بالعلم و وقوع المكلّف فی الضّـرر غـالباً، خلافُ غرض الشّارع **حيث** كان تضييعاً للحقوق غالباً و هو غيرُ مَرْضِيٍّ للشّارع.

الثّالث الملحق بالثّانی: هو انّ السِّعر، معلومٌ من الخارج **ولكنّ** الصّـفات، غـير معلومةٍ و التّقويم لتعيينِ صفات الشّیء كتعيين عيار هـذا الذّهب، مـن قِـبَل بـايعِ الذّهبِ.

و هذا التّقويم ايضاً كالثّانی مبنیٌّ علىٰ النّظر و الرأی و مراجعة الاشباه و الموارد و الرجوع الىٰ العالم فلا يعتبر فيه ايضاً تعدّدُ العدل لانّه من باب النّظر و الرّأی و مـن باب رجوع الجاهل الىٰ العالم.

و ربّما يقال: انّ التّقويم الاوّل من باب الشّهادة و هذا، من باب الخبر و يبحث **حينئذ** انّه ما الفرق بين الشّهادة و الخبر؟ **كما بَحَثَ عنه الشّيخُ**ﷺ **فی باب القـضاء و الشّهادة فقال:** انّ مورد الشّهادة، مسبوقةٌ بالسّؤالِ و مورد الخبر، ليس مسبوقاً به.

و قال الشّهيد(ره): انّ مورد الخـبر، الامـور العـامّة و مـورد الشّـهادة، الوقـايع الخاصّة.

و قال ثالثٌ من الفقهاء: انّ مورد الخبر، حقوق الله و مورد الشّهادة، الزام حـقٍّ للغير و نحو ذلک من الاقاويل المذكورة فی بابه.

و عن السيّد(ره) فی حاشية المكاسب: انّ الخبر، لايفرق مـع الشّـهادة مـعناً و اعتبار التعدّد فی الشّهادة دون الخـبر، انّـما هـو بـحكمٍ شـرعیٍّ **و فـی اصـطلاح الاصوليّين:** انّ ما يحكىٰ عن الحكم الشّرعیّ الكلّی، فهو الخبر كما يقول: **سمعتُ عن الصّادق**ﷺ: «كان يقول كذا» و لما يثبَتُ الهلال شرعاً، هو مورد الخبر يكفی فيه، عدلٌ واحدٌ.

و ما يُحكىٰ عن الوقايع الخارجيّة، فهو مورد الشّهادة كما اذا وقع البحث فی انّ الهلال مرأیّ ام لا؟ فهو مورد الشّهادة كـما ورد: **«لا أُجِـيزَ فـی الهـلالِ الّا شـهادةُ عدلينِ»**.

القوّیُ عند الشّیخ(ره) اعتبارُ تعدّدِ العدلِ فی الطّرقِ الثّـلاثهِ مـن التّـقویم و لم یعتنِ(ره) بمسألة العُسْرِ و الحَرَجِ و انسداد الصّغیر و اطلاقات الاخبار فی حـجیّة خبر العدلِ الّا ما خرج، لعدم المفهوم، لآیة النّبأ **حیث** لم یعملوا بخبر الواحد حتّی فی مورد الآیة ایضاً و دلالة الآیة، علیٰ کون المدار علیٰ التّبیین فی مورد الشکّ فی الصّدق من غیر فرقٍ بین العادلِ و الفاسقِ **غایة الامور**، قولُ الفاسقِ مشکوکٌ غالباً کما انّ قول العادل غیرُ مشکوکٍ غالباً بحیث اذا شُکَّ فیه، یلزم التّبیین فی قـوله ایضاً.

بالجمله؛ المشهور اعتبار تعدّد العدل فی الموضوعات الخارجیّة **الّا** اذا حَـصَلَ الاطمینان بواحدٍ **و ما نحن فیه من هذا القبیل و امّا** عدم اعتبار التّعدّد فی التقلّید و بعض آخر **فهو** لاجل کونه خبراً... یُخبرُ عن رأیه و هو صادقٌ فی رأیه لایعتبر فیه التعدّد....

و الحقّ، مع ما قَرَرَ الشّیخ(ره) من اعتبار التعدّد فی الطـرق الثّـلاثة المـذکورةِ سابقاً.

مسألةُ تَعارضِ المُقوّمينَ:

من الواضح: انّ تعارض المقوّمين، من قبيلِ تعارض البيّنات المبحوثة عنها فی باب القضاء تفصيلاً **و ينبغی** ان يكون الاصل فيها ايضاً كسائر الموارد، التّساقِطُ كما فی تعارض الخبرين و الامارتين من باب الطُّرُقِيَّةِ.

و لا فرقَ فی الطُّرُقِيَةِ بين الاخبار الدّالة علىٰ الحكم الكلّی و الاخبار و البيّنات الدّالةِ علىٰ الموضوعاتِ.

ولكنّ الشيخ(ره) لم يذهب الىٰ ذلك فی هذا، **بل** ذكر(ره) وجوهاً محتملةً فيها **منها:** الاخذ بالاقلِّ من باب البراءة عن الاكثر كما ذكره صاحبُ الجواهر و اختاره.

قال الشّيخ(ره): انّ ما نحن فيه من قبيل الامارات **لا الاصل،** فليس الاصل، مُرجِّحاً او ناقضاً له **لانّه** لم يكن فی رتبة الدّليل الاجتهاديّ **و بهذا ردّ الشيخ(ره) صاحب الرّياض**ﷺ و صاحب الجواهر(ره) حيث قالا: بانّ الدّليل، يُؤيّد الاصلَ.

منها: الاخذ بالاكثر من باب انّ الشّهادة على الاقلّ كالشّهادة على النّفی و القائل بالاكثر، انّما هو من قبيل الشّهاده علىٰ المثبت الحسّی فيوخذ به **لانّهم قالوا:** بانّ الشّهادة المنفیّ، غيرُ نافذةٍ **بل** يلزم ان تكون الشّهادة، علىٰ الامر المثبت.

ردّ الشيخ هذا ايضاً بانّ هذا، ليس من قبيل الشّهادة علىٰ النّفی **بل** من قبيل الخطّ الطّويل و القصير و من قبيلِ تحديد الحدود و تعيين المميّزاتِ.

وردّ الشيخ(ره) ايضاً، دعوىٰ القرعة فی المقام **لانّ** مورد القرعة، الواقع المردّد سواءٌ كان معيّناً عندالله و مردّداً عندنا او كان مردّداً فی الواقع كمالوا وصیٰ بعتق واحدٍ من عبيده او يتملّک واحدٌ من اولاده؟ **و امّا ما نحن فيه فليس من** الواقع المردّد....

و هكذا، لايصحّ القول بالصّلح **لانّ** الصّلح انّما يتعلّق بامرٍ مجهولٍ و هذا ليس من المجهول **وهكذا،** الارجاعُ الىٰ الحاكم، انّما هو فی موردٍ لم يعلم الرّوايتين

المتعارضتين **و امّا فيما نحن فيه** فليس الامرُ كذالک **و لذا صرحّ الشيخ**(ره) تبعاً للمشهور، العمل بالجمع **لانّ** الجمع مهما امكن اَوْلىٰ من الطّرح، الذّى قالوا فى باب التّعارض و التّراجيح انّ فى تعارض الاَحْوالِ و الاَمارات، اربعةُ اَوْجَهٍ:

الاوّل: التّساقط، هذا وجهُ اختاره الشّيخ فى الفرائد **بناءً علىٰ طريقيّة الاخبار و الامارات تبعاً للمشهور المتصوّر.**

الثّانى: التّخيّر بينهما **و الثّالث:** التّرجيح لو كان المدار علىٰ التّرجيح **والّا** التّخيير.

الرّابع، الجمع مهما امكن، اَوْلىٰ من الطّرحِ.

امّا مبنى التّخيير فهو امّا ان تكون الاخبار، معتبرةً بالسّببيّة لما ورد من قوله عليه السلام **«فحيث كانا كلاهما، جاء المصلحةُ»** لايجوز الطّرحُ **حينئذٍ** فيلزم التّخيير بينهما **و اِمّا بملاحظة** الاخبار الواحدة فى باب التّراجيح و التّعادُلِ: **«فبايّ اَخَذِهما اَخَذْتَ من باب التّسليم، و سَعَكَ».**

و امّا مبنى التّرجيح ثمّ التّخيير فهو الرّوايات الواردة عن «عمر بن حنظلة»: «يأتى عندكم، الخبران و الحديثان المتعارضان: احدهما يأمر و الآخرُ ينهىٰ فَاَيُّهما نأخُذُ قال عليه السلام: **«خُذْبما يقول اَعْدَلَهُما و اَفْقَهُما... الىٰ آخر»** و امّا الجمع فيأتى الكلام فيه فيما بعدُ.

و منها: القرعةُ بينهما كما هو كذلک فى تعارض البيّنات و وردت علىٰ طبقها، رواياتٌ فى بعضِ الفروص.

و صرحّ الشّيخ(ره) بانّه لاتجرى القرعة فيما نحن فيه **لانّها،** لاجل تشخيص الواقع المردّد و ما نحن فيه من قبيل تعارض البيّنات، يلزم العمل هنا بقول المقوّمين **و حيث** لايمكن العمل بكليهما، يُجمع بينهما بالجملة، **ما نحن فيه** اى الجمع المذكور، حاكمٌ علىٰ ادلّةِ: **«القُرعةُ لكلّ امرٍ مُشتَبهٍ ولكلّ امرٍ مُشكلٍ»** فاذا قلنا بالجمع، لا اشكال و لااشتباه فى البين فزال موضوع القرعة.

و منها: ارجاعُ الامر الىٰ الحاكم فيحكم الحاكم بينهما بما يراه من المصلحة لعدم مُرجّحٍ فى البين. **و منها: الصّلحُ(ره)** و الشّيخ(ره) بعد ذكر عدم تماميّة هذه الوجوه

المذكورة، صرّح: بانّه يلزم الجمع بينهما فنأخذ من كلّ واحدٍ منهماً سهماً.

و هذا، قول العلّامة و المحقّق الثّانی و جمعٌ آخر من المتأخّرين و من القدماء، المفيد(ره).

و المراد من هذا الجمع، اختيار الحدّ الوسط بين البيّنات ای اختيار قيمةٍ متوسّطةٍ بين القيمتين او بين القِيَم ای العملُ بكلٍّ منهما فی بعضِ مدلولهما **لانّه** حيث لايمكن تصديق البّينتين او البيّنات فيما قالوا، يلزم الاخذُ بما يمكن منهما **و هذا** هو المرادُ من قول الفقهاء: **«الجمع مهما اَمْكَنَ اَوْلیٰ من الطّرح» و ليس المرادُ من الاوّلويـة،** الاباحةُ و الجواز **بل** المرادُ منها، التّعيين **و هذا** كقاعدة الميسور، يقتصر فيما لايمكن العمل به، بقدر الامكان فيؤخذ **من هذا** شِقْصاً **و من ذلك** شقصاً آخر.

و القول بانّ هذا فحالفةٌ قطعيّةٌ للمقوّمين، **فحينئذٍ** التّخيير، ای الاخذ باحدهما و العمل بالآخر **حيث** كان من المخالفة الاحتماليّة، اَوْلیٰ من هـذا الجـمع كـما هُـوَ مقتضیٰ الاخبار العلاجيّة. **مدفوعٌ:** بانّ هذا، تامٌّ فی مورد حقوق الله تعالیٰ حيث انّه عبادةٌ و انقيادٌ يلزم الاحتراز عن التّجری فضلاً عن ارتكاب المخالفة القطعيّة **و غير تامٍّ فيما نحن فيه** الذّی هو، من قبيل حقوق النّاس **بل** المدارُ فـی حـقوق النّـاس، استيفاء حقوقهم بتمامه و حيث لايمكن فيقتصر بما يمكن و الجمع بين الحقوق بما امكن، **هذا خلاصة كلام الشيخ(ره) فی المقام.**

اقول: الجمعُ نوعان: التّبرئیُ و العرفیُّ.

امّا الجمع التّبرئیّ الّذی قال به الشّيخ الطائفة فی الاسـتبصار و التّـهذيب، فـهو لحفظ الادب، ليس هو مبنیً فقهیٌّ فی الموارد **بل** هو احتمالٌ من بـاب الادب و التّسليم، فی مقابل ما وَرَد عن الأئمّة عليهم السلام كما اذا ورد: **«ثَمَنُ العَذِرَةِ سُحْتٌ»،** و ورد ايضاً: **«لا بَأْسَ بِبَيْعِ الْعَذَرةِ»** فيحمل قولنا: **«ثمن العذرة»** علیٰ ثمن غـير المأكـول لَحْمُه و المراد من **«بيع العذرة»** فی قولنا: **«لأباس ببيع العذرة»**، هی عَذَرَةُ مأكـولِ اللّحم **و من الواضح:** انّه ليس لهذا الجمع، شاهِدٌ من الرّواية و غيرها، **و لايراد من قولنا: «الجمع مهما امكن اولی من الطّرح»**، هذا النّوع من الجـمع ای ليس المـراد

منه، الامکان الذّاتی و الوقوعیّ **بل** المراد منه، الامکان العرفیّ ای **«یُحْسَبُ اَحَدُ الکلامین قرینةً للآخر»** بان یکون احدهما ظاهراً و الآخر، اظهر **و اشار الیٰ** هذا الجمع بعض الرّوایات ایضاً کماورد فی بعض الروایات انّه: **«اذا وردت منّا، روایتین متعارضتین فَاِنْ وَجَدْتَ شاهداً من کتاب الله و سُنّة رسول الله** صلی الله علیه و آله**...»**.

و علیه بنو احمل المطلق علیٰ الخاصّ و حمل الظّاهر علی النّص او علیٰ الاظهر و تفسیر المجمل بالمبیّن.

و لا یخفیٰ انّ هذین النوعّین من الجمعین، لامجالَ لهما فی باب تعارض البیّنات **و امّا الجمع التّبرئیّ فهو واضحٌ و امّا الجمع العرفیّ فهو ایضاً غیر تامٍّ فیما نحن فیه ای حمل المطلقَ** علیٰ المقیّد و العامُّ علیٰ الخاصّ و الظاهرُ علیٰ النصّ او الاظهر **لیس بصحیحٍ هنا لانّ** هذا یتمّ فیما اذا کان المتکلّمُ واحداً، فیما نحن فیه یکون المتکلّم اثنین او اکثر فلا یجوز جَعْلُ کلامِ احدِ المتکلّمین، قرینةً علیٰ الآخر **و امّا حمل کلام** بعض الائمّة علیٰ کلام بعضٍ آخرٍ منهم علیهم السلام فهو لاجل کونهم نوراً واحداً و فی حکم کلامٍ واحدٍ و من مأخذٍ واحدٍ.

و من هنا ظهر: انّ قول الشّهید فی القواعد من کون ما نحن فیه، من فروع قاعدةِ: **«الجمع مَهْمٰا اَمْکَنَ اَوْلیٰ مِنَ الْطّرْحِ» محلُّ اشکالٍ هذا اوّلاً:** و ثانیاً: الاصل الاولیّ فی تعارض البیّنات بناءً علی الطّریقته، التّساقَط کما قرّره الشّیخ(ره) فی الفرائد و مشیٰ علیه.

فیخرج هذا عن تحت ادلّة الحجیّة بالعرض **فلا یجب العمل** و الامتثال بکُلِّ واحدٍ حتّیٰ یجب الاخذُ فیما قالا بمقدار الممکن.

نعم: یصحّ ما قال(ره) بناءً علیٰ کون حجیّة الاخبار و البیّنات و الامارات، من باب الموضوعیّة و السّببیة **فیلزم الجمع بین الحقوق** حتّیٰ الامکان، حیث کان کلاهما ذا مصلحة و مَناطٍ.

و ثالثاً: اذا کان الأصلُ، هو التّساقط، **فلا حقّ فی البین** حتّیٰ یلاحظ هذا الحقّ و یحکم بالجمع **و حینئذٍ** تجور المخالفة القطعیّة.

و رابعاً: القول بجواز المخالفة القطعيّة فى مورد حقوق النّاس، لايلائم مع قوله(ره) فى الفرائد: **لااشكالَ فى وجوب متابعة القطع عقلاً و لا فرق فيه بين الاسباب و الاشخاص و الموارد و غير ذلك.**

و لا يجوز ان يُخصّصُ حكمُ العقل **بهذا المورد لانّ** حكم العقل، غير قابلٍ للتّخصيص.

امّا مسألة الدّرهم الودعىّ الذّى يوهم كونها مخالفةً قطعيّةً، فهى حكمٌ قضائىٌّ فى مورد فصل الخصومة و حيث انّ حكم الشّارع، غيرٍ قابلٍ للعمل فى هذا المورد فهو نوعُ صلحٍ قهريٍ بين الطّرفين حَكَمَ الشّارع بكونها مالكاً لما فى يده.

خامساً: ينتقض ما ذكره الشّيخ(ره) من جواز الجمع بين حقوق النّاس اذا تعارضا **بانّه** يلزم القول بالتّنصيف و الجمع بين حقوق النّاس فى تعارض روايات الاحكام **كما اذا اوردت رواية: «على انّ حقّ الجدّ، السُّدس» و رواية أُخرى،** تدلّ علىٰ انّه لاحقّ له مع وجوب الاب **فيلزم** بناءً علىٰ القول بلزوم الجمع، القولُ بالتّنصيف و ثبوتها فى بعضٍ و عدمها فى بعضٍ آخرٍ **و هكذا** فى باب الخيارات و غير ذلك من الاحكام.

سادساً: جواب الشّيخ عن احتمال القرعة، **لا يخلوعن تهافتٍ لانّ** الظّاهر من قوله(ره): **«حكومةُ الجمع المذكور، علىٰ ادلّة القرعة»** انّ ما نحن فيه، مورد القرعة **ولكن،** محكومٌ بدليلٍ حاكمٍ عليه **ولكنّ** الظاهر من تعليله، انّ، نحن فيه، ليس مورد القرعة حيث انّ مورد القرعة، الواقع المردّد و ليس فيما نحن فيه، الامر المردّد **هذا اولاً:**

و ثانياً: وردت فى باب القرعة، رواياتٌ متعدّدةٌ بانّها تجرى فى مورد تعارض البيّنات **و ما نحن فيه من هذا القبيل و العجب من الشيخ**(ره) انّه لم يتعرّض لهذا الرّوايات اصلاً **و صرّح** بانّ ما نحن فيه، ليس من باب تعارض البيّنات **لانّ** مورد القرعة، الواقع المردّد و ليس هنا، الواقع المردّد. جاء فى كتاب الوسائل ـ كتاب القصاء ـ باب ١٢ ـ حكم تعارض البيّنتين فى الحديث ٥ـ قال: **كان علىّ**عليه السلام اذا

اتیٰ رجلانِ بشهودٍ عدلهم سواء و عددهم، **اقرع بینهم علی ایّها تصیر الیمین** و کان یقول: «**اللّهم ربّ السّموات و السّبع و ربّ الارضین السّبع، ایّهم کان له الحقّ فَـاَدّه الیه ثمّ یجعل الحقّ، للذّی یشیر علیه الیمین اذا حلف...**»

الحدیث ٦ـ: عن ابی عبدالله علیه السلام فی شاهدین شَهِدا علی امرٍ واحدٍ و جاء آخر ان فَشهدا علی غیر الذّی شَهِدا علیه فاختلفوا قال: «**یُقرع بینهم و ایّهم قرع، علیه الیمین و هو اولیٰ بالقضاء**»

الحدیث ۷: عن زرارة عن ابی عبدالله علیه السلام قلت: له رجلٌ شَهِدَ له رجلانِ بانّ له عند رجلٍ خمسین درهماً و جاء آخران فَشَهدا انّ له عنده، مأة درهمٍ، کُلُّهمُ شَهِدوا فی موقفٍ قال: «**اِقرع بینهم ثم استحلف الّذین اصابهم القرع، بالله انّـهم یـحلفون بالحقّ**» و غیرها من الروّایات الواردة فی مورد تعارضِ البیّنات، فـالقرعة ایـضاً لامانع منه و نوعُ ترجیحٍ.

فالحاصل من جمیع ما ذکرناه، انّ الحقّ اختیارُ احدا لطّرفین:

الاوّل القرعة اذا امکننا، العمل بها و اخلصنا عن الاشکالات الواردة فی بابه و اذا لم نعمل به نقول: تَعارضا و تَساقَطا **بناءً علیٰ الطّریقیة** فیرجع الیٰ اصل البراءة عن الالتزام بالمتوسّطتین بین القیمتین حیث انّ ما نحن فیه من قبیل الاقّـل و الاکـثر الاستقلالی و لیس من قبیل الشّک فی المحصّل حتّی یقال بالاحتیاط و لا یخفیٰ انّ مورد التّعارض هو التّعارض فی النّسبة لافی القیمة ای مورد التّعارض، الاختلاف فی النّسبة لا الاختلاف فی القیمة کما اذا ادّعیٰ احدٌ انّ قیمته الصّحیح الاثنا عشر تومانا و المعیب ستّة توامین و الآخر قال: انّ الصحیح قیمته ستة توامین و المعیب ثلاثة توامین لیس بینهما تعارضٌ فی النّسبة و ان کان بینهما تفاوتٌ فی القـیمة و هکذا فی مثالٍ قال احدهما انّ قیمة الصّحیح اثنا عشر و المعیب الاربعة و الآخر ادّعی انّ الصّحیح ستّة و المعیب، الاثنان فبناءً علیه مایستفاد من کلام الشیخ(ره) و صاحب الجواهر فی کون هذین المثالین من قبیل تعارض المقوّمین موضوعاً فلیس فی محلّه لما ذکرناه **اللّهم الّا ان یقالَ**: انّ وجه القول بالجمع، لیس منحصراً بالجمع

بين الدّليلين كما كان القول الى هنا، مبتنياً علىٰ ذلک بان نقول: **بانّ مبنىٰ الجمع المذكور، الجمعُ بين الحقّين كما صرّح بذلك الشّيخ(ره) نفسه فى آخر كلامه ولكنّه** لم يقرّ به هنا، و ما قال الشّهيد(ره) «فى تمهيد القواعد» من ان **«الجمع، مهما امكن اَولىٰ من الطّرح» من فروع تلك القاعدة فيما قال: «لو تداعيا داراً و هى فى يَدَىٰهما او لا يدٌ، عليهما عليه و قامَا البيّنةَ، يُعطىٰ نصف الدّار الىٰ هذا و النّصف الآخر الىٰ الآخر».**

و توضيح هذا المبنىٰ انّ البيّنتين اللّتين اقيمت و ان خالفتا فى المعنىٰ المطابقىّ الّا انّما تتطابقان فى المعنىٰ الالتزامىّ و هو عدم كون المال و الدّار ملكاً للثّالث اى اشتركا فى نفى الثّالث و ان اختلفتا انّ ايّاً منهما، مالکٌ له؟ و حيث كانت البيّنة من الامارات، فتصير البيّنتان المشتركتان فى المعنىٰ الالتزامىّ حجّةً بعد تساقطتهما فى المدلول المطابقىّ للتّعارض فينصّف بينهما كالدّرهم الودعىّ كماورد: **«واحدٌ اَوْدَعَ درهماً عند شخصٍ و الآخر درهمين فَتَلَفَ احدُ الدّراهم فينصّف الدّرهم التّالف»** و لاتجرى هنا، قاعدة الشّركة و عدم احتسابه فى الخسارة اثلاثاً **لانّ** النّسبة هنا، اليهما، علىٰ حدٍّ سَواءٍ **و ذلك انّ** التّنصف هنا، تقتضيه قاعدة العدل و الاحسان المشار اليه بالآية الشّريفة: **﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾**[1] **بناءً علىٰ انّ المراد منهما، المولويّة و التّأسيس** كما عن بعض المحقّقين **لا الارشاديّة و التّأكيديّ و لا يبعدُ** كون هذا من المولوىّ التّأسيسىّ **بل** هو الظّاهر **و بهذه القاعدة** يمكن استنباط كثيرٍ من الفروع غير المنصوصةِ.

اقول: اطلاق الجمع بين الحقّين فيما نحن فيه، لايخلو عن مسامحةٍ لانّ اطلاقه يصحّ، فيما اذا احرز الحقّان فى الواقع و لم يعلم انّ الحقّ مع ايّهما كما اذا تعارض ضررُ المالک و الجّار فى حفر البئر فَيُحكم هنا، بحفر البئر امّا مع مراعاة حقّ الجارّ فى عدم حفره، بنحوٍ يوجب الضرّر علىٰ الجارّ عملاً بالجمع بين الحقّين **و امّا فيما نحن فيه** فلا يصحّ اطلاق الجمع بين الحقّين **لانّ** الحقّ، فيما نحن فيه لواحدٍ منهما

---

١. سورة نحل، آية ٩٠.

حتّىٰ يقال: الجمع بين الحقّين **اللّهمَ اِلّا اَنْ يقال** بالجمع بين الحقّين المحتملين و هو ايضاً خلافُ ظاهرِ الحقّ.

فَالاَوْلىٰ ان يعبّر بقاعدة العدل و الاحسان ابتداءً من دون تعبيرٍ للجمع بين الحقّين و لايلزم فى قاعدة العدل و الاحسان، احراز الحقّين حتّى يرد الاشكال المذكور.

كيفيّة اخذ الارش فی صورة تعارض المقوّمين:

القول: بانّ الارشَ هو اخذُ نسبةِ قيمة المعيبِ اِلیٰ الصّحيح بالنّسبة الیٰ الّثمن و كسرهُ عن الّثمنِ بهذه النّسبة، **لا اشكال فيه اذا** كان المقوّم واحداً و لا تعارضَ بين المُقوِّمينِ.

و امّا اذا تعارضا بناءً علیٰ القول بالجمع بين المقوّمين كما عليه مُعظمُ الفقهاء و اختاره الشّيخُ(ره) **فيصحّ البحث فی كيفيّة التّقويم فی صورة تعارض المقوّمين.**

و الظّاهر من المشهور، غير ما نقل الشّهيد الثّانی فی ظاهر اللّمعة عن الشّهيد الاوّل، **من طريق التقوّيم و اغلب** من تصدّیٰ له، **ذهبوا** الیٰ قول الشّهيد الاوّل و لو تردّد الشّهيد الثّانی فی دلالة كلامه(ره) علیٰ ما نسب اليه، **و طريق المشهور** فی اخذ كيفيّة التّقويم، **هو الجمع بين القيمتين الصّحيحتين** و الجمع بين القيمتين المعيبتين ثمّ، التّنصيف ثمّ، اخذ النّسبة بينهما و الاخذ من الّثمن بهذه النّسبة.

و طريق الشّهيد الاوّل: اخذ النّسبة بين الصّحيح و المعيب فی المقوّمين بانفراده ثمّ الجمع بين النّسبتين ثمّ التّنصيف.

هذان الطّريقان تارةً: يتحدّان فيما اذا كانت قيمة الصّحيح، متّفقاً عليه بين البيّنتين و الاختلاف فی سعر المعيب كما اذا اتّفقنا فی انّ سعر الصّحيح، عشرةَ دنانير و اختلفا فی قيمة المعيب فادّعیٰ اَحَدَهُما: انّ سعر المعيب ثمانية دنانير و ادّعیٰ الآخر: انّ سعره ستّة دنانير.

و اخریٰ: ما اذا يتحدّان فی سِعر المعيب و يختلفان فی سعر الصّحيح يختلف الطّريقان دائماً....

و ثالثةً فيما اذا كانت سعر كلّ واحدٍ من الصّحيح و المعيب، محلّ الاختلافِ قد يتحدّان و قد يختلفان **و امّا مورد الاتّحاد** فيما اذا كانت النّسبتان فی المقومّين، متساويتين كما اذا قال احدهما: انّ قيمة سعر الصّحيح، اثنا عشر ديناراً و سعر

المعيب ستّةُ دنانير و الآخرىٰ انّ قيمة سعر الصّحيح، ستّة دنانير و قيمة سعر المعيب ثلاثة دنانير و كما انّ قيمة سعر الصّحيح، اثنا عشر ديناراً و قيمة سعر الاربعة و الاخرىٰ قال: قيمة سعر الصّحيح، السّتة و قيمة سعر المعيب، الاثنان.

هذا ما قال به الشّيخ(ره) و صاحب الجواهر(ره) **ولكنّه، لامجال للبحث عنه هنا لانّه** ليس من قبيل تعارض المقوّمين فيما اذا كانت النّسبتان فى المقوّمين، متساويتين و لا يجرى فيهما، الجمعُ.

و امّا فى مورد كانت النّسبتان، مختلفتين **فتختلفتان.**

ثمّ: انّ الشّيخ(ره) **صرّح بانّ** مبنىٰ قولنا بالجمع بين النّسبتين المتعارضتين: **امّا** الجمعُ بين الخبرين **او** الجمع بين الحقّين.

و فى الجمع بين الحقّين نُلاحِظُ روايات تعارض الرّوايتين و ادلّة حجيّة البيّنة و انّ الامتثال، يجب بما يمكن من المقدار **بل** النّظر فيه، هو انّ مقدار الزّيادة فيما بين الحقّين، حقٌّ مردودٌ بين شخصين مؤيّدين بالبيّنتين من دون ترجيحٍ بينهما **فقاعدة العدل و الاحسان، يقتضى التّنصيف بينهما** كمال الودّعى اى تلاحظ النّسبة بينهما كما يقول له الشّهيد(ره) **و امّا ان كان من باب الجمع** بين الخبرين و البيّنين **فقد قلنا** انّ مورده فيما اذا كان الحقّ ثابتاً **و امّا هنا فالكلام فى ثبوت الحقّ.**

فحينئذٍ، المدار، ادلّة حجيّة البيّنة **و حيث** لاترجيح بين الحقّين من هذه الجهة، فيقال بالتّنصيف فيرجع هذا، الىٰ ملاحظة النّسبة بين المقوّمين؛ **بالجمله،** حاصلُ الكلام: انّ التّقويم، امرٌ مُقدِّمِيٌ لاخذ النّسبة بين القيمتين **حتّىٰ يقال بهذا** ايضاً بين الّثمنين انّ النّسبة، المدلولُ الالتزامىّ للقيمتين اذا كانت قيمة الصّحيح، العشرةُ و المعيب، الّثمانية و المدلول المطابقىّ له، هو العشرة و الّثمانية و المدلول الالتزامىّ، النّسبة بينهما و العمل بالمدلول الالتزامىّ، يلزمه العمل بالمدلول المطابقىّ **حيث** انّ المدلول الالتزامىّ، خصوصيّة فى المنطوق و المدلول المطابقىّ فيلزم تقويم الصّحيح و المعيب و التّنصيف و اخذُ النّسبةِ بين النّصفين **و هذا هو الوجه المتوّهم للمشهور و تدلّ عليه روايةٌ ايضاً و باقى الرّوايات تدلّ علىٰ قول الشّهيد**(ره).

و الرّواية الدّالة علىٰ قول المشهور هی:

فی الباب ۶: من الابواب و احكام العيوب ـ الحديث ۲:

«عن محمّد بن يحيىٰ، عن احمد بن محمّد، عن محمّد بن يحيىٰ، عن طلحة بن زيد، عن ابی عبدالله عليه السلام قال: قضىٰ اميرالمؤمنين عليه السلام فی رجلٍ اِشترىٰ جاريةً فوطئها ثمّ وجد فيها عيباً قال: **«تُقوّم و هی صحيحةٌ و تُقوّم و بهاداءٌ ثمّ يردّ البايع علىٰ المبتاع فضلَ ما بين الصحّة و الدّاء».**

و هذه الرّوايه و ان لم تكن فی مورد التّعارض **ولكن** الطّريق، فی الاخذ فی التّعارض، هكذا.

و امّا باقی الرّوايات فتدلّ علىٰ خلاف ذلک:

الحديث ۱ـ «لا تردّ الّتی ليست بحبلىٰ اذا وطئها صاحِبُهٰا فيوضع عنه من ثمنها، بقدر العيب ان كان فيها».

الحديث ۳ـ «...ولكن يُرَدُّ عليه بقيمة ما نقصّه العيب...»

الحديث ٤ـ «...لكن تقوّم ما بين العيبُ والصّحّة، فيردّ علىٰ المبتاع»

الحديث ۵ـ «...كان يضع عنه بقدر عيبها...»

الحديث ٦ـ «... ردّ البايع بقدر العيبِ...»

الحديث ۷ـ «... له ارشٌ للعيبِ...»

الحديث ۸ـ «... ولكن يرجع بقيمة العيب...»

الباب ۱۶ من ابواب خيار العيب الحديث ۲: **«اَيُّما رجلٍ اِشترىٰ و به عيبٌ و عوارٌ... الىٰ ان قال:... و يردّ عليه بقدر ما نزقَصَ من ذلک، الدّاء و العيب من ثمن ذلک لو لم يكن به».**

الحديث ۳: «... يرجع بنقصان العيب»

يعلم من هذه الرّواية: انّ الاصل فيه، اخذ التّفاوت و التّقويمُ مُقدِّمَةٌ لذلک بخلاف الرّواية الأُولىٰ مع انّه يمكن ان تنزل الأُولىٰ ايضاً علىٰ طبق باقی الرّوايات

حتّىٰ يكون كلّ الروّايات، شاهدةً علىٰ قول الشّهيد(ره) **و دعوىٰ انّ** المدلول الالتزامىّ، لازمٌ للمدلول المطابقىّ فيكون المدار علىٰ التّقويم و هو دالٌّ علىٰ قول المشهورُ.

مدفوعٌ لانّ تبعيّة المدلول الالتزامىّ علىٰ المطابقىٌّ فى مرحلة الوجود و انّه بمنزلة المعلول، بالنّسبة الىٰ المدلول المطابقىّ **و امّا** فى شمول الادّلة **فلا تُلاحظ الفرعيّة و التبعيّة و الملازمة.**

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّه اذا كان مبنىٰ المسألة، الحقّ بين الحقّين فكلام الشّهيد(ره) صحيحُ، **و ان كان مبنىٰ المسألة،** الاخذ باوامر الوجوب بالبيّنة، **ففيه و جهان:**

وجه المشهور اوّلاً: روايةٌ فريدةٌ ذكرناها.

و ثانياً: القاعدة المذكورة، النّسبةُ من المدلول الالتزامىّ و المدلول الالتزامىّ، تابعٌ للمدلول المطابقىّ فالاصل المدلول المطالقىّ و هو ملاحظة القيمتين بين الصّحيح و المعيب و الجمع و التّنصيف الخ.

و من الواضح: انّ المدلول المطابقىّ و المدلول الالتزامىّ، ليس بمنزله خبرين حتّىٰ يقال: انّ عدم العمل بنقص الحمل، لايمنع من العمل بالآخر.

هنا يُطرحُ سؤالٌ: و هو انّ ايّ القولين، ينطبق مع ادلّة الارش؟

جوابه ان: قول الشّهيد(ره) اوْفَقُ بالادلّة و علّله الشّيخ ايضاً بنحوٍ غامضٍ و لا يبعد انّ مراده، ما نذكره من التعلّيل و هو انّ التعبّد بالامارات و البيّنات لامعنىٰ له **الّا** وجوبُ ترتيب الاثر الشّرعىّ عليه و هو اخذُ تنصيفِ جمع النّسبتين جمعاً بين الحقّين و هو المختار المحقّق **و لعلّ مراد المشهور ذلك حملاً له للغالب.**

الكلام فی الشروط

هل للشّرط معنیً واحدٌ ام لا؟

انّما انتقل الشّيخ (قُدِّسَ سِرُّه) من بين الخيارات، الیٰ الشّروط والوفاء لها مع انّه لايناسب البحث عنها بين الخياراتِ و احكام الخيارات الّتی تأتی من بعدُ والمناسب للذّكر هنا، البحثُ عن خيار تخلّف الشّرط ثّم البحثُ عن الشّروط فی ضمنه.

وذلک، انّه لعلّ الشّيخ(ره) كان بَحَثَ الشّروطَ و عنده رسالةٌ مستقلّةٌ الّفها من قبلُ، ذكرها فی البين كما ذكره السيّد(ره) فی الحاشية.

***

وردت فيها رواياتٌ كثيرةٌ من العامّة والخاصةِ نبويّاً و غيره يأتی تفصيلها ممّا بعدُ كما قال رسول اللّه:«**المؤمنون عند شروطهم الاّ ما خالَفَ كتابَ اللّه وما خالف السّنةَ**» او مثل:«**المؤمنون عند شروطهم الاّ ما أحَلّ حراماً و حَرَّمَ حَلالاً**» و نحو هما من الرّوايات التی تأتی فيما بعدُ. **هنا بحثٌ فی لفظ الشّرط و ما هو المبحوث عنه فی المقام و فی الفقه للشّرط معانٍ لغویّ و اصطلاحیٌّ:**

المعنی الاوّل اللّغوی للشّرطُ: المعنی المصدریُّ اَلحَدَثیُ الفِقهیّ و هو الاشتراط والالزام مثل: و «بشرط ان تُخيط توباً» مثل: «بشرط ان تؤدّیَ الثّمَن اَقساطاً».

المعنیٰ الثّانی اللّغوی للشرط: هو المعنیٰ الجامدُ و هو ان يلزم من عدم الشّرط، عدمُ المشروط سواءٌ لَزِمَ من وجودهْ الوجودُ ام لا؟ و هو التّقييد و يسمّیٰ به، الشّرطُ الاصوليّ بان يكون الببعُ مَثَلاً منوطاً بالخياطة و غير ذلک **والمعنیٰ الاصطلاحیُّ** له فی المنطق والفلسفةَ، ما يلزم من العدمُ، العدمُ و لا يلزم من وجودهُ، الوجودُ و ليسمّونهُ السّبب. **والمعنی الاصطلاحیّ الآخرُ،** هو الشّرط فی علم النّحو كقولها:«**ان جاء بكَ زيد فاكرمه**».

المبحوث فى الفقه هو المعنىٰ الاوّلُ **اى** المعنى المصدريُّ و هو الالزام، كالمعنى الحدّثى فى مادّة الامر **ولكن المعنىٰ الثّانى والثّالث،** انّما هما، بمعنىٰ القيد و هو نُوعُ تعليقٍ.

ربّما يُستفاد من كلام الشّهيد(ره)، المعنىٰ الثّانى للشّرط **حيث** ذهب الىٰ البطلان فى مواردِ تَخلّف الشّرط **لانّ** المشروطَ عدمُ شرطه.

المستفادُ من كلام الشّيخ(ره): انّ كلا المغنيين للشرطِ مستعمَلٌ فلا بدّ من ملاحظة القرنية فَتتّبع اذا دلّت علىٰ كلّ واحدٍ منهما **والاّ** يصير الكلامُ مجملاً **امّا روايات البَاب** فانّما تدلّ علىٰ المعنى الحدّثى المصدرىّ و **حينئذٍ** اذا كان معنىٰ الشّرطِ الالتزامَ فى التزامٍ، لا يلزم ان يكون فى ضمن العقدِ لازماً او جائزاً فيجوز من قبيل الشّرط البدوىّ حيث يصدق عليه الالزام.

و ما صرّح فى القاموس من كون الالتزام فى البيع و نحوه المستفاد منه لزوم الشّرط فى ضمن العقد اللاّزم، **منقوضٌ بما** اطلقوا فى الاخبارُ، علىٰ الشّرط البدوىّ ايضاً **و كانّه** لم يُعثَرْ علىٰ تلك الموارد و اِلاّ لَذَكَرها كقوله عليه السلام :**«ما الشّرط فى الحيوان؟ و ما الشّرط فى غير الحيوان؟»**

و من المعلوم: انّ شرط اللّه، ليس يلزم ذكره فى ضمن العقد جائزاً او لازماً.

ربّما قال بعضٌ: انّ الشّرط، له معنىٰ واحدٌ و هو الا ناطةُ و ما ينتفى بانتفائه **اى** ايجاد الرّبط و هذا المعنىٰ، موجودٌ فى الشّرط الفقهىّ و سائر المعانى للشّرط، **عليهذا** ليس الشّرط البدوىّ، شرطاً لعدم الاناطة فيه والرّبط و هذا قول المتحقّق الايروانى(ره).

لا يخفىٰ انّ المعنى الاصطلاحىُّ، ليس له مساسٌ لما نحن فيه فى باب الشّروط **اى** لا مساسَ مع قوله(ره): **«المؤمنون عند شروطهم» لانّ** زمان تكوين هذا الاصطلاح، متأخّرٌ عن زمان صدور: **«المؤمنون عند شروطهم».**

انّما يبقىٰ المعنيان العرفيّان اللّغويّان فان كانت القرنيةُ، موجودةً علىٰ ايِّ واحدٍ منهما، نأخذ به و ان لم تكن القرينةُ علىٰ احدهما يبقىٰ الكلامُ مُجملاً؛ **هذا خلاصة**

كلام الشّيخ(ره).

اقولُ: الّذى يظهر من اللّغة انّ للشّرطِ معنىٰ واحدُ و ليس المعنىٰ الجامد للشّرطِ، من المعانى اللّغويّة **بل** من قبيل المعانى الاصطلاحيّة و القول بالاجمال، **خالٍ** عن الحقيقة.

وبهذا، ظهرالتّعجّبُ فى قول المحقّق الايروانى(ره) حيث صرّح بانّ معنىٰ الشّرط، هو المعنىٰ الجامدُ و هو ربطٌ بشىءٍ بحيثُ لولم يكنْ، لم يكن و ما يلزم من عدمه، العدمُ اى بمعنىَ التّقييد **ولذا صرّح(ره)** بانّ الشّروط البدويّة، ليست بشرطٍ **لانّه** لم يكن هنا تقييدُ.

وَالاَوجَهُ من الكلّ، ما قال به السيّد(ره) بانّ معنىَ الشّرطُ، هو المعنىٰ الحدّثىُ والمعنىَّ الثّانى، يرجع الىٰ الاوّل وليس فيه التزامُ فى التزامٍ اصلاً حيث أُطْلِقَ فى الشّرع، علىٰ خيارالحيوان، الشّرطُ و نحو ذلک **بل** المراد من الشّرط، الجعلُ والتّقرير اعمُّ من الالتزام والتقيّد جعلاً تكوينيّاً او تشريعيّاً

بالجملة، المراد من الشّرطُ، مطلقُ الجعلِ والتّقييد و لا يختصّ بمورد الالزام والالتزام **فراجع.**

اقولُ: نحن نوافقه(ره) فى اصلِ انكارِ المعنىٰ الثّانى و تأييد المعنىٰ الاوّل **ولكن** لانَقبل منه(ره)، القولَ بعدم الزامٍ والتزامٍ فى الشّرط **بل** كلّ شرطٍ، يستلزم الالزام والالتزام عرفاً و لغةً و كان للخيار، الزامٌ والتزامٌ.

الحقّ: انّ معنىٰ الشّرطِ هو المعنىٰ الحدثّى و فيه الزامٌ والتزامٌ والشّرطُ هنا، بمعنىٰ المشروط كالخلق بمعنىٰ المخلوق.

المنقولُ من الشّهيد الاوّل فى الدّروس فى باب الشّرائط والمشهور منه(ره)، فتَوىً تمكن ان تكون مرتبطةً بهيئةِ: «**المؤمنون...**» كما سجيىء الكلامُ فيه و **تمكن** ان تكون مرتبطةً بمادّة: «**المؤمنون**» اى مرتبطةً بمعنىٰ الشّرط و هو الاَقربُ.

و حاصل الفتوىٰ، عدم كون الشّرط، بالمعنىٰ الاوّل الفقهىّ و هو المعنىٰ الحدّثى و ليس فيه الزامٌ والتزامٌ و ليس الشّرطُ، واجِبَ العمل علىٰ المشروط، انّما فايدته،

تزلزل العقد اى المرادُ من الشّرط عنده، نوعٌ من التّعليق السّائغ و هو الرّبطُ و الاتّصالُ **و مال اليه الزّاقى(ره)** فى العوائد **ولكن صرّح(ره)**: انّ هذا الفتوىٰ منه، خلافُ المشهور **حيث** انّ هنا، مجالٌ للسّؤال بانّ الا ناطةَ راجعٌ الىٰ اصل البيع او لزوم البيع او استمراره؟ و كلٌّ محتملٌ **واختاره «اَلزّاقى»**، الثّالثُ و هو اناطة استمرار البيع بالشّرط **لانّ** تعليق اصل البيع و الانشاء، موجبٌ للبطلان والتّعليق المحال **و هكذا**، ليس التّعليق، فى اللّزوم والجواز **لانّ** اللّزوم والجواز، لم يكن مذكوراً فى متن العقد.

بالجملة، يرجع كلامه(ره) الىٰ المعنىٰ الثّانى اى الىٰ نوعٍ من المعنىٰ الجامدىّ التّقييدىّ **والفرق بين قول الشّهيد(ره) والقول المشهور**، انّ الشّرط، عنده(ره) الشّرط فى الواجب المشروط و عند المشهور، من قبيل شرائط الواجبِ المطلقِ و من قيود المادّة.

اقول: انّ الشّرط بمعنىٰ التّعليق بايٍّ نحوٍ من المعانى الثّلاثة، التّعليق فى اصل البيع و لزومه و استمراره، **ليس تبامٌّ لابنحو** شرط النّتيجة او شرط الفعل **لانّ** شرط النّتيجة، انّما هو الزامٌ و التزامٌ

فتحّصل: انّ معنىٰ الشّرط، الشّرط الفقهىٌّ و هو المعنىٰ الحدّثى و هو الالزامُ و الاستزامُ سواءٌ تعلّق الالزامُ و الالتزامُ بالاَفعال و النّتايج؟ و فايدته، وجوبُ العمل و لزومه.

و لذا، لو اِمْتَنَعَ المشروط عليه اجيره و اَلْزَمَهُ الحاكم و اَدَّبَهُ، لا يستفاد من قولنا: **«المؤمنون عند شروطهم»**، خيار الفتح **بل له** دليلٌ آخر و ما يستفاد من ذلک الاّ وجوب العمل بالشّرط و آثاره و كثيراً ما يحدث الاشتباه، فى كثيرٍ من فروع الفقه من الخلط بين الشّرط الفقهىّ و الاصولىّ.

ذكر السيّد(ره) فى المقام تعليقاً حاصله انّه يجب ان يعلم انّ ما بيد العرفِ، شرط الفعل و هو المعنىٰ الاوّل او التّقييد الّذى هو المعنىٰ الثّانى حتّى ينزّل قوله عليه السلام: **«المؤمنون عند شروطهم» عليه.**

ثمّ انّه(ره) اِختار فی اول التّعليق انّ ما بيد العرف، الالزامُ و الالتزامُ ای المعنیٰ الاوّل للشّرط **ولكن صرّح** فی ذيل كلامه(ره) انّ كلا المعنيين، انّما هما بيد العرف، ای يمكن تطبيق: **«اَلْمؤمِنونَ عِنْدَ شُروطِهِم»** علیٰ كلٍّ واحدٍ من المعنيين؛ **غاية الامر، تطبيق: «المؤمنون»**، عَلیٰ المعنیٰ الثّانی، انّما هو نوعُ مجازٍ و توسّعٍ حيث لم يكن العبد الكاتب، قابلاً للعمل و الوفاء و اطلاق الشّرط عليه، نوع مجازٍ **الاّ ان يقال:** انّ معنیٰ هذا الشّرط، ثبوت الخيار عند عدم كون العبد كاتباً.

و لا يخفیٰ انّ مضمون هذا التّعليق، لا يُلائِمُ مع ما قال(ره) من قبلُ، من كون الشّرط معناهُ، الجعلُ و التّقريرُ، الاعمُّ من الالزام و الالتزام و التّقييد ای الاعمّ من المعنیٰ الاوّل و الثّانی **حيث** انّا ان قلنا بهذا، لا مجال للقول بانّ ايّهما بيد الحرف؟ و البحث عن تطبيق: **«المؤمنون»** علیٰ ايّهما من المعنيين؟ **لانّ** العامّ، ينطبق علیٰ ایٍّ موردٍ من موارد العامّ؟ **هذا اوّلاً: و امّا ثانياً:** يمكن ان يقال انّ مسألة القيود و الاوصاف، غير الشّرائط **حيث** انّ الشّرط، الزامٌ فی التزامٍ **ولكن** الاوصاف و القيود، من خصوصيّات الالزام الاوّل و ليس هذا التزاماً فی التزامٍ **و هكذا** الامر فی العرف و ان تمكّن تأدية الوصف بنحو الشّرط كأن يقال: **«بعتك هذا الفرس علیٰ ان يكون عربيّاً»** كأن يقال: **«اشتريتُ هذا العبد بشرط ان يكون كاتباً».**

و لكنّه توسّعٌ فی العبارة و تفنّنٌ فيها و الحقيقةُ و الواقع انّ الشّرط، الزامٌ فی التزامٍ، فعلیٍّ و الوصف، الزامٌ والتزامٌ تحليليٌّ **و الاّ** تكون الحقيقة فی الوصف هی خصوصيّةٌ فی الالزام الاوّل.

***

هل الشّرط و «المؤمنون» یعمّ الشّروط البدویّة ام لا؟

هل یعتبر ان یکون الشّرط فی ضمن التزامٍ آخر حتّیٰ لا یصدق علیٰ الشّروط **البدویّة کالاجاره و غیر ذلک من العقود البدویّة**، عنوانُ الشّرطِ.

و لم یشمل دلیلُ **«المؤمنون عند شروطهم» ام لا؟**

لا یخفیٰ انّه لا یعدّ هذا، دلیلاً علیٰ اعتبار الشّروط البدویّة **حیث** کان معنیٰ الشّرط، الزامُ فی التزامٍ و لا یصدق علیٰ الشّرط البدویّة کما علیه، العلاّمة الانصاری(ره) و کما صرّح بذلک «القاموس» بانّ الشّرط هو الالزامُ فی بیعٍ و نحوه.

بالجملة، کون الشّرط و ادلّته، شاملاً للشّروط البدویّه، مبنیٌّ، علیٰ انّ الشّرط اِمّا خصوصیّةٌ فی الالتزام او الزامُ، فی التزامٍ.

انّ الشّیخ(ره) تعرّض لهذه المسألة، فی موارد ثلاثةٍ من الخیارات تنافی کلٌّ واحدٍ من هذه الثّلاثة مع الآخر:

الاوّل: انّه بَحَثَ عنه فی اوّل الخیارات فیما اذا صرّح بانّ الخیار، علیٰ خلاف الاصل و هو اللّزومُ و ذکر(ره) هنا بانّ: **«المؤمنون...»**، لیس من جملة ادلّة اللّزوم **لانّ** الشّروط البدویّةُ لیست بشرطٍ اصلاً **لأنّه** خلافُ التّبادر **لانّ** التّبادر، الالزامُ فی التزامٍ من العقود و **مضافاً الیٰ ذلک** اَیَدَّ قوله بما قال به «القاموس» **بل** استخدام الشّرط فی الشّروط البدویّة، انّما هو توسّعیٌ قابلٌ للتّوجیه کما ذکرت فی الرّوایات هذه العبارات: **«ماالشّرط فی الحیوان؟» «و ما الشّرط فی غیر الحیوان،؟»** او ورد فی باب مُسقِطاتِ خیار الحیوان: **«اذا انقضیٰ الشّرطُ فلا خیارَ»** او ورد: **«شَرْطُ اللّه قبل شرطکم، اوکتابُ اللّه احقُّ و شرطٌ اوثقُ، الولاءُ لِمَن اعتق و...»**

و قول الامام الرّابع علیه السلام فی دعاء التّوبه: «ولک یا ربِّ، اَشرطی ان لا اَعُوَدَ الیٰ مکروهک و ضمانی اَنْ اَهْجُرَ جمیعَ معاصیک».

و هکذا فی دعاء النّدبة وَرَدَ: **«بعد ان شرطتَ فی الزّهدِ فی هذه الدّنیا**

الدّنيّه...»،

عند الشّيخ(ره) كلّ ذلك من باب الالزام فى التزامٍ بتأويلٍ و تفسيرٍ بانّ التّوبة و غير ذلك كالعقد والشّرط بان لا اَعودَ و غير ذلك، بمنزلة الزامٍ فى التزامٍ **و امّا هو(ره) فاختار فى باب الشّرط، عكس ذلك** و انّ الشّرط، يصدق على الشّروط البدويّة ايضاً **و مع ذلك صرّح** فى موضعٍ آخرٍ ثالثٍ فى باب الشّروط:

بانّ الشّرائط غير المذكورة فى ضمن العقد و لكن كان العقد مبنيّاً عليها لاجلِ سَبْقِ الذّكر، ليست كالمذكور فى ضمن العقد و ليست واجب الوفاء **لانّها لم تكن** مذكورة فى العقد و ليست الشّروط البدويّة ايضاً واجب الوفاء قطعاً **خلافاً لما** قال هنا: بانّ الشّروط البدويّة، واجبة الوفاء و يشملها قوله عليه السلام: **«المؤمنون عند شروطهم».**

انت كما ترىٰ انّ ما ذكره(ره) منافٍ لما قاله(ره) من قبلُ و لما سيذكرها(ره) فى باب الشّروط فى باب الشّرط الثّامن حيث كان صرّح فيما قبل فى اوّل الخيارات: بانّ الشّروط البدويّة، ليست بشرطٍ **ولكن** صرّح(ره) هنا بانّها من قبيل الشّروط و صرّح فيما بعدُ فى باب الشّروط: بانّ الشّروط البدويّة، ليست بشرطٍ **ولكن** صرّح(ره) هنا بانّها من قبيل الشّروط و صرّح فيما بعد و فى باب الشّروط: بانّ الشّروط البدويّة، ليست واجب الوفاء قطعاً.

اقول: انّ البحث فى كون الشّروط البدويّة يشملها سايرالادلّة مثل قوله تعالى: **«اوفوا بالعقود»** و **«تجارةً عن تراضٍ» هنا اوّلاً و ثانياً** انّ المستفاد من قوله عليه السلام **«المؤمنون»** حيث ترتّب وجوب الوفاء علىٰ الايمان، انّ الشّروط البدويّة كالشّرط فى ضمن العقد، واجبُ الوفاء.

الكلام فى شروط الشّرط

يشترط فى صحّة الشرط، شروطٌ:

الشّرط الاوّل: كونه امراً ممكناً و الاّ لايصير العملُ به مقدوراً للمشروط عليه الّذى التزم عليه **فبناءً عليه،** شرطُ صيرورة الزّرع سُنبلاً فى ضمنِ بَيْعِ الزّرع اوان يجعل الزرعُ سنبلاً كما ذكره الشّهيد(ره) فى القواعد، **ليس بصحيحٍ، حيث:** انّه خارجٌ عن قدرة العبد **و لذا وجّهه** الشّهيد(ره) بانَّ ظاهِرَه، غير مرادٍ **بل** المراد منه، شرط ان يجعل اللّهُ الّزرعَ سنبلاً **و هكذا الامرُ فى قولنا** بشرط ان تحمل الدّابة فى بيع الدّار.

و دعوىٰ انّ هذا بعينه، يجرى فى الاوصاف الحاليّة كما اذا باعَ العبدَ بشرط الكتابَةِ **لانّ** هذا خارجٌ عن قدره المشروط عليه **لانّه ان** لم يكن كاتباً كيف يجعل غير الكاتب كاتباً؟

مدفوعة لانّه ورد فيه اجماعٌ و الاّ لقلنا هنا ايضاً بالفساد **هذا اوّلاً: و ثانياً:** انّ فى بيع العبد كانّه، اِخبارٌ عن ثبوت الكتابة و البناءُ علىٰ تحقّقها.

و الدّليلُ علىٰ امكان الشّرط انّه اِمّا كان الشّرطُ محالاً فهو غير عقلائيٍ.

و ان كان فعل الغير او فعل الخلقة او سائر المخلوقات، الخارجة عن قدرتها ليست فيها القدّرة علىٰ التّسليم و لم يقع التّعهّد عليها فيلزم حينئذٍ، الغرر المنفىّ فى المعاملات؟

اقول: يمكن لنا ان نقول بصحّة الشّرط، من قبيل صيرورة الزّرع سنبلاً بشرط ان يجعل اللّه الزّرع سنبلاً، كما عن الشّهيد(ره) **و هكذا،** يصحّ ان يشرط، بشرط ان تحمّل الدّابةُ فى المستقبل **لانّ** الشّروط و نحو ذلک مُنَزِّلةٌ علىٰ مورد الغالب و مَجَرىَ العادة **حيث** سعوا فى الغالب و العادة فى نموّ الزّرع و نضجه و يصّح اسناد الصّيرورة و الجعل الىٰ السّاعى **بناءً** علىٰ جريان اصل السّلامة الجارية فى الامور فى العادة كما انّه يجوز اِسناد هذه الامور الىٰ اللّه تعالىٰ.

بناءً علىٰ هذا اذا كان معنىٰ هذه العبارات والشّرائط علىٰ هو التفاهَمُ عرفاً كما لايبعد كونه كذالک فی الازمنة السّابقة، يصحّ هذا النّوع من الشّرط و ليس من الشّروط المخالَة **بل** من الممكن و لايصدق عليه غير المقدور كما هو المتعارفُ فی اكثر الامور العاديّة.

و تَشْهَد علىٰ ما قلناه، العبارةُ الواقعةُ بعد القول بعدم صيرورة الزّرع سنبلاً الاّ ان تشترط التّبقيّة **هذا اوّلاً:**

و ثانياً: وقع خلطٌ فی كلام الشّيخ(ره) بين معانی الشّرط **مع انّ** الكلام هنا، الشّرطُ الفقهیّ و هو المعنىٰ الحدثیّ لا الشّرط الاصوليّ و **ايضاً وقع** خلطٌ من حيث استخدام الاوصافِ مكانَ الشّرط **مع** انّهما شيئان ممتازان كما ذكرناه سابقاً من انّ الوصف من خصوصيّة الالزام الاوّل و الشّرطُ، الزامٌ فی التزامٍ.

***

هنا فروعٌ مبنيّةٌ علىٰ الشّرط الاوّل و هو لزوم كون الشّرطِ مقدوراً عليه

منها: ما صرّح به العلاّمةُ و هو انّه لو اشترط بيعه لزيدٍ مثلاً اِمْتَنَعَ زيدٌ من الشّراء **ففيه احتمالانِ:**

الاوّلُ: صحّة المعاملة و لزومها حتّىٰ ليس للشّارط، خيارُ الفسخ.

الثّاني: صحّة المعاملة و للشّارطِ خيارُ الفسخ.

و انت كماترىٰ يستفاد من كلام الشّيخ(ره) انّ هذا النّوع من الشّرط صحيحٌ و ليس من قبيلِ غير المقدورِ **ولكن** تكلّم انّ امتناع زيدٍ من الشّراء و تعذّر البيع **هل** يوجب عدم خيار تعذر الشّرط **حيث** انّ الزام المشترى فيما اذا اراده البيعُ و حيث لم يردّه هنا، لا يُعدُّ من قبيل تعذّر الشّرط ام يوجب خيار تعذّر الشّرط **حيث** لا دليلَ عَلىٰ التّقدير **بل** الشّرطُ، بيعه لزيدٍ و حيث امتنع زيدٌ من الشّرط، يكون من قبيل تعذّر الشرط؟

اورد عليه الشّيخ(ره) بانّه لا مَجالَ للقول بالخيار هنا **لانّ** امرالعقد، دائرٌ بين امرين: **امّا القول بالصّحة واللّزوم و امّا القول بالبطلان من رأسٍ؟**

و توضيح ذلك انّ المراد من البيع المشروط علىٰ زيدٍ، ان كان للبايع، الايجاب، والقبول **فهذا** يصيرُ من قبيل الشّرط غير المقدور فيبطل الشّرطُ والبيع **لانّ البيع،** موقوفٌ علىٰ الايجاب والقبول والقبول، ليسُ مُتقوِّماً للبايع فيكون من غير المقدور و ان كان المراد من البيع، الايجاب اى من وظيفة الشّارط، الايجابُ **فهو** يبذلُ الايجاب فيعمل بالشّرط فيصحّ البيع لازماً سواءٌ قَبِلَه ام لا؟

اقول: انّ لكلام العلاّمة(ره) احتمالُ ثالثٌ و هو انّ الفرضين المذكورين من الشّيخ خارجان عن العرف و عن ديدنهم **وانّما** المراد من الايجابُ، الايجابِ المؤثّر، لا بذل الايجاب سواءٌ اَثّرَ او لم يُؤثِّرْ؟ سواءٌ قَبِلَ او لم يقبَلْ؟ و هو المتعارفُ، **عليه** يُحمل كلام العلاّمة(ره).

و جينئذٍ لهُ خيارُ تعذّر الشّرط لو بَدا له حيث يحسب الايجابُ والقبول، مفروضَ الوجود و محقّقَ الوجودِ.

فبناءً عليه: قول العلاّمة جيّدٌ جدّاً وَ وجيهٌ مَتينٌ و يصحّ البيع والشّرط و ثبوت الخيار و عدمُه مبنيٌّ علىٰ نحو ملاحظة نحو الاشتراط **هل** ليس فی صورة امتناع المشترى الاشتراط فلم يتخلّف او تخلّف عنه و تعذّر الشّرط و فيه خيار؟

فرعٌ: اذا اشترط نتايج تَحتاج الىٰ اسبابٍ خاصّةٍ: كانّی ابيع لک ان طلقّت امرأته و نحو ذلک **يعدّ هذا ايضا من غير المقدور** توضيح ذلک انّ الشّرط الفقهیّ الّذی هو بمعنیٰ الالزام والالتزام علىٰ **قسمين: قسمٌ منها: من قبيل** شرط الفعل مثل: ان تخيط لیَ ثوباً او اَنْ تُسافر او اَنْ تزرع او اَنْ تسقیٰ و شَرَطَ: ان تهب لي ثوباً بحيث يوجب الالتزام الىٰ الفعل سواءٌ كانت من الافعال التّكوينيّة او الاعتباريّة الا يجادّية؟ **و فی هذا النّوع من الشّرط،** ليس البايع مالكاً له **الاّ** ان تهب ای شَرَطَ فعلاً لم يقع بعدُ.

قسمٌ آخرَ، من قبيل شرط النّتيجة، شَرَطَ ان يكون دارک ملكاً لی فـيصير الدّار ملک الشّارط ان وَقَعَ الشّرطُ صحيحاً و لا يحتاج الىٰ تحقّق البيع جديداً.

والنّتايج علىٰ ثلاثةِ اقسامٍ:

منها: النّتايج المحتاجة الىٰ اسبابٍ خاصّة لا يكفی الشّرط فی حصول النّتيجة، **هذا الشّرط، ليس بصحيحٍ كان يقال:** بعثُ بِشَرْطِ ان تكون زوجتک مُطلّقةً او بنتک زوجةً لی **لانّ** النّكاح والطّلاقَ، يحتاجُ الىٰ سببٍ خاصٍّ و لم يحصل بعدُ فالشّرط، باطلٌ غير صحيحٍ **لانه** من قبيل غير المقدور **و هكذا:** لا يصّح هذا النّوع من شرط النّتيجة كَاَنْ يَشْتَرِطُ فی البيع ان تكون دارُک مبيعاً **لانّ** كون شیءٍ مبيعاً يحتاج الىٰ الايجاب والقبولَ: **«بشرط ان تكون دارک ملكاً لی،» صحيحٌ لانّ الملكيّة المطلقة، لا تحتاج الىٰ سببٍ خاصٍ، يكفی فيها** نفس الشّرط كالوكالة و غيرها.

و قسمٌ ثالثٌ مورد الشّک من جهةِ انّه هل يحتاج الىٰ اسبابٍ خاصّةٍ ام لا؟ و من هنا يظهر ما فی كلام صاحب الجواهر(ره) من الايراد **حيث** صرّح(ره) بانّ القول: **«بانّ**

دارى كان ملكاً لك و داركَ ملكاً لى»، ليس شرط الملكيّة **بل** شرط ملك، اَنْ يَملك فيصير هبةً بلا عوضٍ يحتاج الىٰ القبض و لا يكفى نفس الشّرط فكانّه ان يملك الملك بالقبض.

و وجه الضّعف انّ الشّرط فى ضمن العقد، لا يُحسبُ من الهبة لانّ للشّرط، قسطٌ من الثّمن و ليس مجّاناً حتّىٰ يكون من قبيل الهبة بلا عوضٍ **فاحتسابُ هذا من قبيل الهبّة غير المعوّضة، لا يخلوعن اشكالٍ.**

مضافاً الىٰ ذلك، لا دليلَ، لِلْقول بانّ كلّ شىءٍ اَعْطىٰ الىٰ الغير و لو فى ضمن العقد، فهو هبةٌ تحتاج الىٰ القبض **بل** ظاهِرُ الفقهاءِ، حصولُ الملكيّةِ من دون حاجةٍ الىٰ القبض **فلا يرجع** هذا الىٰ ملك ان يملك و لايرتبط بالهبة **فادلّة** اعتبار القبض لا تشمل المقام فشرط الملكيّة، من الشّرط النّتيجة، صحيحٌ لايحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ و يكفى فيه مطلقُ الشّرطِ و لا يرجع الىٰ الهبة و شرطِ مِلك اَنْ يملكُ و لا يحتاج الىٰ القبض بعد العقد.

و هكذا الامرُ فى شرط الوكالة، لانّها ان كانت عقداً جائزاً **و لكنّها** ان وقع فى ضمن العقد اللاّزم صار لازماً و لا ينعزل بالعزل.

شرط الوكالة يمكن ان يقع على نحوين:

احدهما بنحو شرط الفعل: بان يوكّله من بعدُ و ان تخلّف عنها فَيُعدُّ من قبيل تخلّف الشّرط و هذا خارجٌ، عن محلّ البحث.

ثانيهما بنحو شرط النّتيجة بان يشترط الاثر الحاصل من عقد الوكالة بان يقول: **«انت وكيلى الىٰ مدّةٍ كذا»** وتلزم الوكالة فى ضمن العقد اللاّزم **والمتأخرون من الفقهاء و منهم الشّيخ(ره) والسيّد(ره)** صرّحوا بصحّته **و هكذا** يجوز وكيل الزّوجة عن قَبِلَ الزّوج فى طلاق نفسها كما هو موردُ الابتلاء فى زماننا هذا **ولكن** يلزم ان تكون الوكالة، بنحوٍ لم يكن فيه تعليقٌ فلو قال: **«لو غاب الزّوجُ سنةً فالزّوجة وكيله عن الزّوجة فى طلاق نفسها» فهو تعليق حيث** علّق الوكالة على غيبةِ الزّوج **بل** يوكّل

الزّوجُ الزّوجة فى ضمن عقدٍ لازمٍ غير النّكاح لا بنحو التّعليق.

خالف فيه صاحبُ الجواهر(ره) حيثُ يستفاد من كلامه(ره)، عدمَ جوازِ شرطِ الوكالة **لانّها** متقوّمةٌ بالاذن و حيث لا اذنَ، لا وكالةَ.

بالجملةِ، مَبنىٰ الخلاف فيها: انّ الاذن هو جزءُ الوكالةِ او يكون الاذنُ شرطاً فى صحّة الوكالة؟

و مبنىٰ صاحب الجواهر هو الاوّلُ و مَبنىٰ الشّيخ(ره) و السيّد(ره) و جمعٌ من المتأخّرين هو **الثّانى** اى الوكالة عند هم، استنابةٌ بالتّصرف و يُشرط فيها الاذن شرعاً و الاستنابة، غير الاذن **كما لا يخفىٰ على المتأهّل حيث** انّ المأذون، غير النّائبِ كما انّ الْولىّ غير النّائب؛ و هذا القول، ظاهرٌ و موافقٌ للتّحقيق.

و لذا، بقت الوكالة للوكيل فيما لوعز له الموكّل و لم يصل اليه العزل **و الحال** لم‌يحصل اذنٌ فيها.

هذاكلّه فيما اذا يحتج الى اسبابٍ خاصّةٍ و يكفى فيه مطلقُ الشّرط.

و امّا القسم الثّانى من النّتايج التى تحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ كالزّوجيّة فلو شَرَطَ هذا القسم من النّتايج فى ضمن عقدٍ لايحصل النّكاح و العلقة بين الزّوج و الزّوجة **لانّه** يحتاج الىٰ سببٍ خاصٍّ و لا يكفى فيه مطلق الشّرط و هو من قبيل الشّرط غير المقدور.

و هكذا شرط المبيعيّه فى ضمن عقدٍ لازمٍ كالاجارة، **لا يصحّ لانّ** المبيعيّة، تحتاجُ الىٰ سببٍ خاصٍّ بخلاف الملكيّة فلو قال: **«علىٰ ان يكون داركَ لى» يصحّ** و لو قال: **«بعتُ هذا علىٰ ان تكون داركَ مبيعةً لى او بنتك زوّجتى» لا يصحّ.**

اقول: هذان المثالان كلاهما قابلٌ للمتأمّل حيث انّه خالٍ عن الدّليل **لانّ** البيع، معناه، مبادلةُ مال بمالٍ و تمليک عينٍ بعوضٍ و لا دليل علىٰ لزوم تحقّق البيع، مستقلاً من دون ان يقع فى ضمن معاملةٍ لازمةٍ اخرىٰ و لايكفى شرط البيع فى ضمن عقدٍ آخر **فلا فرق** بين الملكيّة المطلقة و الملكيّة بعوضٍ عرفاً.

و وقع مثله فى القرآن الكريم اى وقع عقدُ الاجارة فى ضمن عقد النّكاح:

«قال انّی ارید ان اُنکِحَکَ اِحدیٰ ابنتیّ هاتین عَلیٰ اَنْ تَأجُرَنی ثمانیهٔ حجج...»[1] **و علیه، لا مانع من وقوع عقد النّکاح فی ضمن الاجارة و لا** یحتاجُ الیٰ ایجاد النّکاح، الاستقلالُ فی صدق العنوان **لا فی ضمن** عقدٍ آخر و لا دلیلَ علیٰ ذلک من الکتاب و السنّة **بل** یمکن ان یقال: شمول العمومات علیٰ شرط المبیعیّة و غیر ذلک.

اورد السیّدُ(ره) علیٰ الشّیخ فی القسم الثّانی بوجهین:

الوجهُ الاوّلُ بانّ: اطلاق کلامه(ره) «ما غیرُ تامٍّ لانّ شرط الزّوجیّة فی ضمن عقد لازمٍ بعنوان المساومة، لا مانع منه کما تصحّ المساومة فی البیع.

نعم: اذا کان المراد من شرط الزّوجیّة، کون المرأة، زوجةً له، یصحّ کلامه(ره).

فیه منعٌ ظاهرٌ لانّ الفرض فی فرض النّتیجة ای فی کون المرأة زوجةً و المتاع مبیعاً فی الحال و فَرَضَ السیّد(ره) فی المساومة و شرط الزوجیّة فی شرط الفعل و هو خارجٌ عن محلّ الکلام.

الوجه الثّانی: انّه ایراد شرط کون المرأة زوجةً، لیس هو کونه غیر مقدورٍ کما قال به الشّیخ(ره) لکونه امراً عرفیّاً سائغاً **بل** ایراده مخالفٌ للکتاب **بناءً علیٰ احتیاج الزّوجیّة** علیٰ سببٍ خاصٍّ.

اقول: هذا و ان کان اوجهَ من الایراد الماضی **و لکنّه** یمکن الجواب عنه ایضاً **لانّ** مفروض الشّیخ هو انّ قصد المتعاقدین، الزّوجیّة الشّرعیّة الصّحیحة لا الزوجیّة الفاسدة شرعاً **بعد الاعتراف بانّ** الزّوجیة امرٌ عرفیٌ و الزّوجیّةُ الشّرعیة، غیر مقدورٍ.

اورد الشّیخ محمّد حسین الاصفهانی (الکمپانی) علیٰ الشّیخ(ره) ایراداً کان ینبغی ان یذکره(ره) فی اصل شرط غیر المقدور.

و حاصل الایراد: انّ اصل الجدّ، یعتبر فی الانشاء و لا یصحّ و قوعهها زلاً و غیر المقدور لیست فیه ارادةٌ جدیّةٌ **حیث** لا یتمشّی الجدّ علیٰ الامر المحال غیر

---

۱. قصص، آیه ۲۷.

المقدور.

و هو ايضاً، مرفوعٌ بعد اعترافٍ بالكبرىٰ بانّ اصل الجدّ، يعتبر فـی الانشـاءات، **ولكن نقول:** انّ الجِدّ لا يتمشّىٰ فی غير المقدور اذا التفت الىٰ غير المقدور.

و امّا فيما اذا كان غافلاً عن كونه غير المقدور، فلا مانع من الجدّ فيه.

بالجملة، القولُ بعدم تمشّیِ الجدِّ مطلقاً فی جميع الموارد، غير تامٍّ

و دفعه، اوضحُ سيّما علىٰ القول بما ذهب اليه السيّد(ره) من انّ موردا لانشاء فی شرط الزّوجيّة و المبيعة، العرفيّة و هو شیءٌ ممكنٌ يتمشّىٰ فيهما القصد، و الّذی لا يتمشّىٰ فيه القصد، الزّوجيّة و المبيعة الشّرعيّة الصّحيحة و هـما غـير مـنشأٍ **و لو رددناه فقلنا:** انّ المراد من المبيعة و الزّوجيّة، الصّحيحة الشّرعيّة و لكنّها غير داخلةٍ فی الانشاء.

و امّا القسمُ الثّالثُ من النّتايجُ فهو ان يُشّک فی النّتايج هـل يـحتاج الىٰ سـببٍ خاصٍّ ام لا؟

صرّح الشّيخ(ره) فی ذيل الشّرط السّادس: انّ صحّة الشّرط، عملٌ باصل عـدم مخالفة الشّرط، للشّرع و لا يجوز الرّجوع الىٰ عموم: «**المؤمِنونَ عِندَ شُـروطِهِم**» **لانّه** لايجوز الرّجوع بالعامّ فی الشّبهة المصداقيّة للمخصّص المـتّصل، بـالاتّفاق **و ليس هذا الاصل من قبيل** اَصالةِ الْاَزليّ كاصالة عدم القرشيّة.

و يثبت بهذا الاصل، عدم كون المشكوک من الاحكام الفعلیّ **حيث** انّ الحكـم الفعلیّ، يحتاج الىٰ زيادة عنايةٍ و الىٰ شمول الاطلاق و شمول العناوين الثّانويّة

و اورد السّيّد(ره) عليه بانّه اصلٌ مثبتٌ **لانّ** هذا، لا يثبت كون المشكـوک مـن القسم الاوّل كما انّ اصل عدم الاستحاضة و اصالة عدم الحيض، لا يثبت كـونها مستحاضةً كما انّ القول بانّ الاصل عدم كون الماء الكرّ فی الدّار، لا يثبت كونه ماءً قليلاً **لانّ** نفی احد الضدّين، لا يثبت الضدّ الآخر **ولايخفیٰ** انّ هذا الايراد، غير واردٍ علىٰ الشّيخ كما سنذكره.

و لكنّ الاشكال الوارد علىٰ الشّيخ(ره) انّ اصالة عدم تحقّق النّتيجة فی النّتايج

تحکمُ بانّ مورد المشکوک، غیر القسم الاوّل حُکماً **و قیاس هذا بالقسم الاوّل غیرُ تامٍّ لانّ** فی القسم الاوّل حیث وردت اطلاقات الادلّة العامّةُ لا تجری اصالة عدم تحقّق النّتیجة فیه **ولکن** فیما نحن فیه، حیث کان المورد، الشّک و عدم ورود الاطلاقات، یجری اصل عدم تحقّق النّتیجة فی مورد الشّک فیه.

فرعانِ آخرانِ لم يذكر هما الشّيخ(ره) هنا:

الفرع الاوّل: انّه اذا عَرَضَ التّعذّر للشّرط و غير مقدور التّسليم بعد العقد او حين العمل بالشّرط هل يقال: بالبطلان من الاوّل غاية الامر، ظهر من بعدُ ام لا؟

ورد ما يشابه هذا الفرع فی باب الاجارة فيما لو سقطت الدّارُ المستأجرة فی اثناء المدّة و تَعَذَّر الانتفاع فيه، **هل هو كاشفٌ عن بطلان الاجارة من الاوّلِ بالنّسبته الیٰ باقی المدّة ام لا؟**

نُسِبَ الیٰ المشهور، البطلانُ والسيّد و من تبعه من المتأخّرين قالوا: بالبطلان من البداية و نحن قلنا هناک بالبطلان من حين تعذّر المنفعة **لانّ** ماهيّة الاجارة، ليست على ما تعطی عبارات الفقهاء، الّتمليک علیٰ المنفعة **بل** تمليک العين **لاجل** الانتفاع عنها فی مدّةٍ كذا.

والقول بانّ منفعة العين، تدريجیٌ، غير صحيحٍ **لانّها** ليست بتدريجیٍّ **بل** الانتفاع تدريجیٌّ فلا يكشف التعذّر، عن عدم وجود المنفعة حين العقد الیٰ هذه المدّة **بل** تلفت المنفعة كما انّ غصب الغاصب، العينَ فی اثناء مدّة الاجارة يَكشِفُ عن كونها باطلةً بالنّسبة الیٰ باقی مدّة الاجارة مستنداً بانّ المنفعة، لم تكن فی علم اللّه موجودةً و كانت المنفعة تدريجيّاً.

و هذا لا يصحّ لانّ المنفعة، ليست تدريجيّةً **بل** الانتفاع، امرٌ تدريجیٌ.

هذا الكلام عينه يجری فيما نحن فيه ايضاً **فصاحب** الشّرط، مخيّرٌ بين **امورٍ ثلاثةٍ: الفسخ** اذا يحصل له شرطُه **او اخذ القيمة** إن كانت له قيمةٌ **او الانتظارُ الیٰ** انيحصل الشّرط فيما بعدُ.؟

الفرع الثّانی: انّ الشّرط الفاسد غير المقدور هل هو مُفسِدٌ للعقدام لا؟

هذا، مبنیٌّ علیٰ النّزاع المعروف بانّ الشّرط الفاسد، مُفسدٌ للعقدام لا؟ المقرّر فی محلّه.

الشّرط الثّانى: فى صحّة الشروط، ان يتعلّق به غرضٌ عقلايىٌّ فلو شَـرَطَ بـنحو الشّرط غير العقلايىٍّ، لا يصحّ كما اذا شَرَطَ فى بيع العبد بكونه جاهلاً بالعبادات او شَرَطَ بكون المتاع مَكيلاً بالمِكيال الخاصّ علىٰ اوصافٍ كذا من دون ان يكون فرقٌ من حيث التّورين.

او شَرَطَ المشترى مع البايع بانّ العبد المُشتَرىٰ، يلزم ان لا يأكل الاّ الحليم و لا يلبس الاّ الخزّ كما مَثّلَ بذلک العلاّمة(ره) او شَرَطَ كون العبد مثلاً كافراً.

هنا ملاحظتان:

الملاحظة اَلأولىٰ انّ هنا ذكروا مباحث لايحتاج فى زماننا و عصرنا الىٰ هـذه المباحث لتغيير اوضاع الزّمان.

فالشّيخ ذكر شروطاً ثلاثة لايحتاج هنا الىٰ ذكرها و البحث عنها:

منها: شرط غير المقدور و هو الشّرط الفقهىّ، ليس من شأن العقلاء.

و منها: كون الشّرط فيه غرضٌ عقلانىٌّ و هو لايحتاج الىٰ الذّكر اصلاً.

و لم يتّفق الشّرط غير العقلانى الاّ نادراً.

و منها: عدم كون الشّرط منافياً لمُقتضىٰ العقد و هو ايضاً لايحتاج الىٰ الذّكر **لانّ** العاقل، لم يقع فى تنافٍ و لم يقل بقولٍ مخالفٍ لمُقتضىٰ العقد **الاّ** عن سفهٍ او غير ذلک.

الملاحظة الثّانية: ما هو المراد من ضابطة الغرض العقلايى؟

لاينبغى كون الضّابط الّذى قالوا فى باب الاموال، مورداً للنّظر هنا **و ما ذكروا من الضّابط فى باب الاموال**، كون المعاملة، لها منفعةً شايعةً عقلائيّةً. فـالمعاملةُ الّـتى كانت لها منفعةٌ نادرةٌ، ليست ان تفع مورد البيع.

و وجه عدم جريان هذا الضّابط فيما نحن فيه انّ المقصود، ليس هنا بيعُ المنفعةِ لعدم كونه مالاً **بل** المقصود، الشّرط و يكفى فيه الغرض العقلانىٌّ و لو لم يكن مورداً للتوجّه لغالب العقلاء.

ففرقٌ بين الغرض العقلانیّ الّذی يشترط هنا والغرض العقلانیّ الّذی كان شرطاً فی باب المعاملات.

فالمراد من الغرض العقلانیّ فی باب المعاملاتَ، الغرضُ العقلانیّ الغالبیّ، الشّايعیّ، فيصحّ القول بعدم كفاية المنفعة النّادرة.

و امّا فی الشّرط، فلا تنطبق هذه الضّابطة بل اللّازمُ فيه، عدم كونه سفهيّاً **و امّا القول بكون** الشّرط له غرضاً عقلانيّاً **فلانّه** يعتبر الجدّ فی المعاملات و لا تشمل ادلّة المعاملات، المعاملات السّفهيّة غير العقلانيّة و هذا بالنّسبة الی الكبریٰ.

و امّا الصّغريّات فتختلف بالنّسبة الیٰ الاشخاص فی الموارد الخاصّة **اِلاّ ان يقال بانّ الضّابطة،** الغرض العقلانیّ النّوعیّ **و لكن قلنا: انّ الضّابطة،** ليست من قبيل السّفاهة و خروجها عنها.

من جملة شرائط صّحة الشّرط، عدم كونه مخالفاً لكتاب اللّه و عدم كونه تحليلاً للحرام.

هذا، من جملة الشّرائط المهمّة فی باب شرائطِ صّحة الشّرط و باقی الشّروط **اِمّا** غَيْرُ لازمٍ او من قبيل الشّرائطِ المستنبطةِ **لانّها وردت علىٰ طبقها، اخبارٌ كثيرةٌ و مع ذلك** تشخيص مواردها و مصاديقها، لا يخلو عن غموضٍ و ابهامٍ **و لذا** يكون هذا، هو المهمّ فی الباب **والشّيخ(ره)** ذَكَرَ هذا الشّرط تحت عناوينٍ ثلاثةٍ **مع** انّه كان يكفی ذكره تحت عنوانٍ واحدٍ مثلاً ذكر(ره) فی تعليل الشّرط الثّانی و هو عدم جواز شرط الفعل الحرام بقوله: **لانّه مخالفٌ لِلْكِتاب والسّنة و هكذا** صرّح فی ذيل الشّرط الرّابع انّه بلزم عدم شرط ما يكون مخالفاً لِلْكتاب والسنّة **و هكذا** ذَكَرَ فی ضمن شرط عدم شرط عدم جواز شرط خلاف مقتضیٰ العقد، بانّه لا يجوز شرطُ خلاف المقتضیٰ الشّرعیّ للعقد الّذی هو عبارةٌ اخریٰ عن عدم كونه مخالفاً لِلكتاب والسنّة.

و هكذا ذكر الشّيخ(ره) فی ضمن الشّرط الثّانی بانّ شرط فعل الحرام كشرب الخمر، ليس بنافذٍ **لانّه** يلزم منه تحليلُ الحرامِ و هو لا يجوز.

و لا يخفیٰ انّ المخالف الكتابُ والسنّة، تارةً مخالفٌ للحكم التّكليفیّ كشرط شرب الخمر و اُخریٰ مخالفٌ للحكم الوضعیّ كتوريث الاجنبیّ او ممنوعيّة الوارث عن‌الاث. **انّما اختصّوا هذا البحث** بباب الشّروط **لاجل** عموم مناطه و شموله بجميع ابواب العقود والايقاعات و ورود هذه العِبارات فی غير باب الشّروط من باب الوصيّة والصّلح والبيع والعهد والنّذر.

وردت هنا اخبارٌ بعضها وردت فی باب خيار الشّرط **و بعضها** فی باب النّكاح **و بعضها** فی باب الطّلاق و روايات اُخریٰ لم ينقلها الشّيخ(ره) **منها:** النبویّ المشهور الّذی لم يرد فی كتب الخاصّة من الوسائل فی مورد بيع العايشه جاريةً مسمّیٰ

«بالحريرة» وَ اَشْتَرَطَ بايعها علىٰ العايشةِ بانّ ولائها معه خلافاً لما ورد: **«انّ الولاء لمن اعتق»** و ورد فی النّبوی المذکور انّه قال‌ﷺ: **(ما بال اقوامٍ يَشْتَرِطُونَ شُروطاً لَيْسَتْ فی كتابِ اللّه...»**.

و انت كما ترىٰ يستفاد من هذا النّبویّ، لزومُ كون الشّرط، موافقاً لِلْكتاب و لايكفی عدم كونه مخالفاً له.

والمتبادر من المخالفة، مخالفةُ كتابِ اللّه **و من الواضح انّه** لم يرد: **«الولاء لمن اعتق»** فی كتاب اللّه و انّما هو شیءٌ اُسْتُنْبِطَ من السّنّة **و لذا** وجّهوها بانّ المراد، عدم كونه موافقاً لكتابِ اللّه **و حيث** انّ هذا ايضاً **لا يخلوا عن غموضٍ**، وَجَّهَهُ الشّيخ (ره) بان المراد من الكتاب، ما كَتَبَ اللّه علىٰ عباده من المقرّرات **و هذا بعيدٌ جِدّاً لانّ** المتبادر من الكتاب، كتابُ اللّه **و مضافاً الىٰ ذلك**، انّ هذا مخالفٌ مع لسان الحديث.

و هنا نُشير الىٰ جملة الرّوايات الوردة فى باب خيار الشّرط:

ابواب الخيار الباب ۶، الحديث الاوّل:

«محمّد بن يعقوب، عن عدّةٍ من اصحابنا، عن سهلِ بن زيادٍ، عن احمد بن محمّد جميعاً، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، عن بى عبداللّه عليه السلام (كان «لعبد بن سنان» ثلاثةُ متونٍ نقلها الشّيخ(ره) منها: الاثنان و لم يذكر الثّالث مع انّ مضمونها و سندها قابلٌ للتّوجه):

قال: **«سمعته يقول مَنِ اَشْتَرَطَ شرطاً مخالفاً لكتاب اللّه فلا يجوز علىٰ الّذين اشترط عليهُ المسلمونَ عند شروطهم عندما وافق اللّهَ عزّوجلّ».**

هذه الرّواية اوّلاً: «جَعَلَتِ المناطَ، المخالفةَ لكتاب اللّه» و فى ذيل الحديث: **«جعلت المناط، الموافقة لكتاب اللّه».**

و من الواضح انّ الموافقة، اخصّ عن عدم المخالفة و لا تلاخط قاعدة حمل المطلق علىٰ المقيّد **لانّها** فى المثبتين او المنفيين لا فى مثل ذلك.

و من جملة الاخبار الواردة:

باسناده، عن الحسين بن سعيد، عن نضر بن سويد، عن عبداللّه بن سنان عن ابى عبداللّه عليه السلام قال: **«المؤمنون عند شروطهم» الاّكلّ شرطٍ خالف كتاب اللّه عزّوجلّ و لا يجوز».**

يتعارض هذا الحديث مع الحديث الاوّل لابن سنان **حيث** انّ مُقتضىٰ الاوّل، كون المناط: **«المؤمنون عند شروطهم فى كلّ موردٍ حتّىٰ فيما وافَقَ او مالم يُوافق؟ الاّ ان يكون مخالفاً».**

الحديث الثّالث لابن سنانٍ ايضاً لم ينقله الشّيخ(ره): «و عنه، عن صفوان، عن ابن سنان قال: «سألتُ ابا عبداللّه عليه السلام عن الشّرط فى الاماء لا تُباعُ و لا توهَبُ قال:

«يجوز ذلك فی غير الميراث فانّها لورث لانّ كلّ شرطٍ خالَفَ كتابَ اللّه فهو باطلٌ».

الحديث الرّابع الّذی لم يذكره الشّيخ(ره): «و باسناده، عن احمد بن عيسىٰ ، عن علیّ بن الحديد، عن ابی المِعْزال، عن الحلبیّ، عن ابی عبداللّه عليه السلام: «فی رجلين اشتركافی مالٍ و رَبَوْا فيه و كان المال ديناً و قال احدهما لصاحبه: اعطیٰ به رأس المال، فقال: **«لابأس فيه اذا اشترط عليه و ان كان شرطاً مخالفاً للكتاب اللّه عزّوجلّ فهو ردّ الی كتاب اللّه».**

لا يخفیٰ انّ هذه الرّوايات مضافاً الیٰ ممنوعيّة شرطٍ مخالفٍ للكتاب اللّه تدلّ علیٰ صدق الشّرط علیٰ الشّروط البدويّة.

الحديث الخامس باسناده، عن الصّفوان، عن الحسن بن موسیٰ الجسّا، عن قياس بن كلر، عن اسحاق بن عمّار، عن جعفرٍ، عن ابيه (هذه موثّقةٌ) انّ علیّ بن ابيطالب كان يقول: **«من شَرَط لامرأته شرطاً فليأت به فانّ المسلمون عند شروطيهم الاّ شرطاً حرّم حلالاً او احلّ حراماً».**

يستفاد من هذه الرّواية انّ المدار علیٰ المخالفة دون الموافقة **و مضافاً الیٰ ذلك** يصحّ صدق كونه مخالفاً للكتاب، شرطُ فعل الحرام او شرطُ فعل تركِ الحلال **و مع ذلك** قابلٌ للتّشكيک و ان كان خلاف الظّاهر **و لكن** فی صدقه علیٰ تحليل الحرام و تحريم الحلال، ليس مجالٌ للتّشكيک.

فتحصّل انّ: فی هذه الرّوايات السّابقة وردت تعابيرُ ثلاثةٍ:

الاوّل: «اَحَلّ حراماً و حَرّمَ حلالاً».

الثّانی: «المخالفة للكتاب اللّه.»

الثّالث: «الموافقة للكتاب اللّه». كما ورد فی الرّوايات الاخریٰ **«كالمؤمنون عند شروطهم الاّ شرطاً احلّ حراماً او حرّم حلالاً: كما ورد: «المؤمنون عند، شروطهم الاّ شرطاً خالف كتاب اللّه او مثل: «المؤمنون عند شروطهم الاّ ماوافق كتاب اللّه.»**

ثمّ وقع الكلام فی انّ المناط هنا، الموافقة لكتاب اللّه **والمخالفة، مانعٌ لا انّ**

الموافقه شرطٌ الاّ انه يستفاد من الحديث النّبوى الاوّل: كون الموافقة شرطاً و من حديث ابن سنان: «**المؤمنون عند شروطهم الاّ فيما وافَقَ كتابَ اللّه**».

هنا توجيهان يوجبان للخلط فى كلام الشّيخ(ره) فى كتاب الفرائد: **التّوجيه الاوّل انّ المراد،** عدم كونه مخالفاً لكتاب اللّه و ليست العناية، للموافقة و مراد القائلين بالموافقه، ليس وجود آيةٍ فى القرآن يوافقه **بل** عدم المخالفة مع القرآن **سيّما** انّ الموافقه فُرِّعتْ علىٰ عدم المخالفة فى رواية «ابن سنان» فراجع.

مضافاً الىٰ ذلك، اكثر الشّروط الّتى كانت صحيحةً بالاجماع والنصّ، لم يرد امرٌ خاصّ من الآية فيها فاذا قلنا باشتراط الموافقة، لا يبقىٰ لهذا موردٌ نادرٌ **و هذا التّوجيه،** امرٌ قريبٌ الىٰ الذّهن و موافقٌ للعرف و وجيهٌ جِدّاً.

التّوجيه الثّانى: انّ المناط، الموافقة، لا عدم كونه مخالفاً **و لكن** لا يلزم فى الموافقة ورودُ نصٍّ آخر فيه **بل** ورود العمومات، كافٍ فيه و تطبيقُ الشّرط مع العمومات الواردة، يكفى فى كونه موافقاً للكتاب فكلُّ شرطٍ لم يكن مخالفاً فهو موافقٌ للعموماتُ و الاطلاقّات الدّالة علىٰ جواز الشّرط الاّ ما خرج.

هذا ايضاً وجيهٌ الاّ انّ المتبادرَ من الموافقة، ليس هذا النّوع من التّوجيه والشّيخ(ره) جَمَعَ بين هذين التّوجهين **مع انّهما مستقلاّن حيث قال: المراد من الموافقةُ عدمُ المخالفة لانّ ما لم يكن مخالفاً، موافقٌ** لعمومات التّحليل.

من الواضح، عدم التّوافق بين العلّة والمعلّل **لانّ** ما يكون موافقاً للعمومات، لا يلزم ان يكون المرادُ من الموافقة، عدم المخالفة.

ما تفسيرُ حديث: المؤمنون عند شروطهم؟

ما هو المناط و ميزان المخالفة؟

الاحكامُ علىٰ نحوين: احكامٌ حيثيّةٌ او حكمٌ اقتضائىٌ اولىٌّ و احكامٌ فعليّةٌ، مورد الاحكام الحيثيّة، ليس مخالفاً لكتاب اللّه.

و امّا فى الفعليّةَ الّتى لها اطلاقٌ احواليٌّ حتىٰ العارضة الثّانويّة كادلّة غالب المحرّمات والواجبات **فتمكن** المخالفة **و ذلك لانّه** يلزم فى كلِّ شرطٍ، تغييرُ حالةٍ قبل الشّرط من الوجوب و الاباحة **والاّ** يبقىٰ قوله: **«المؤمنون عند شروطهمْ»** بلا موردٍ و هذا التّغيير، يمكن ان يكون مع تغيير الموضوع او بدونه و اذا كان تغيير الحكم مع تغيير الموضوع، لا يكون هذا من تحليل الحرام او تحريم الحلال و مخالفة الكتاب و هذا يصدق فى الحكم الحيثىّ كما انّه فى مورد الحكم الفعلىّ من تحليل الحرام و تحريم الحلال كما هو شأن الجمع بين الحكم الواقعىّ والظّاهرىّ.

و بعبارةٍ اُخرىٰ هنا اشكالٌ و هو بقاء: **«المؤمنون عند شرطهم»** بلا موردٍ و لا فائدةٍ، **لانّ** المتبادَرَ من حديث: **«المؤمنون عند شروطهم الاّ ما خلف اللّه او ما خالف الكتاب او السنّة»** انّ الشّرط، ليس له ان يغيّر حكمَ الشّرعِ و ليس مُحرِّماً للحلال و لا مُحِلّلاً للحرام مع انّ المقصود من الشّرط، ليس الاّ هذا اى اراد بالشّرط ان يجب بالشّرط، ما لا يجبُ من قبلُ و يَحْرُمَ به ما لاٰ يَحْرُمَ قبل الشّرط فاذا فَرضنا عدم تغيير الشّرط، حالةَ قبلِ الشّرط، يبقىٰ: **«المؤمنون»** بلا موردٍ و من دون فائدةٍ له.

والشّيخُ(ره) لاجل حلّ هذا الاشكال، صرّح هنا بانّ الاحكام الشّرعيّة **قسمان: قسمٌ كان** الشّرط مخالفاً للكتاب و مُحرِّمٌ و مُحلِّلٌ و ليس بنافذٍ و يدخل فى مُستَثْنىٰ **«المؤمنون».**

و قسمٌ آخر ليس الشّرط فى موردها، محرِّماً و مُحلِّلاً و ليس مخالفاً لكتاب اللّه **مع انّ** الشّرط تغييرُ حالةٍ قبل الشّرط **و ذلك** لانّ بعض الاحكام، له فعلىٌ و له

اطلاقٌ حتّیٰ الا حوالیّ بملاحظةِ حالاتِ جمیع النّاس.

فمثل: «حرّم اللّه الخمر» حیث انّه مُحرّمٌ ذاتاً و بالنّسبة الیٰ جمیع الحالات العارضةِ یُسمّیٰ بالفعلیّ من جمیع الحالات.

و امّا القسم الاوّل من الاحکام ففعلیّتها بنفس العنوان والّذاتیّ و هی حیثیٌّ ای فعلیٌّ من جهة الّذات لا بملاخطه الحالات العارضةِ.

هذا کغالب المستحبّات والمحرّمات والواجبات و لیس لها اطلاقٌ حالیٌّ و جُعِلَ بعنوانٍ اَوَلِیٍّ لا بملاحظة العناوین الثّانویّة و لا بملاحظة عنوانٍ ثانویٍّ یعرض و لیس هذا من قبیل تغییرِ الموضوع **بل** «بمعنیٰ بشرط لا» **بل** بمعنیٰ عدم اللحاظ و هذا لیس من المخالفِ للکتابِ من شیءٍ مثل: **الغنم، حلالٌ» حیث** انّ حلیّته، بملاحظة کونه غنماً و کونه حراماً بملاحظة کونه مغصوباً لاُینا فی کونه حلالاً بملاحظة ذاته **و لیس هذان** من قبیل اجتماع الحکمین المتّضادین کما هو شأن الجمع بین الحکم الواقعیّ والظّاهریّ عند الشّیخ(ره) و جمعٌ آخر من الفقهاء(ره).

هذا خلاصة کلام الشّیخ و غایةُ ما یمکن ان یوجّه علیه **و لکن الظّاهر** من السّیّد(ره) توجیه کلام الشّیخ(ره) بنحوٍ آخر **و توضیحه** انّه(ره) اَبْدَعَ فی قول الشّیخ(ره) **فی «اَلْغَنَمُ، حَلاٰلٌ»** انّه بالعنوان الاوّلیّ و انّ **«الغَنَمُ، حرام»** فی مورد الغَصبُ، بالعنوان الثّانویّ **ای فی وجه تقدیم** حکم حرمة الغنم بحلیّة الغنم اذا کان مغصوباً او موطوئاً او مشروطاً او مخلوقاً او غیر ذلک، **احتمالاتٌ:**

الاوّل: انّ قولنا: «اَلْغَنَمُ حَلاٰلٌ» لیس له نظرٌ بالنّسبة الیٰ الحالات ای مطلقٌ فی مقام البیان و اطلاقه لا یشمل ما اذا کان فیها احتمالاتٌ.

الثّانی: انّ المراد من قولنا: **«الغَنَمُ حلالٌ»** بشرطِ لا ای بشرط عدم کونه مغصوباً او بِشرط عدم کونه مشروطاً.

و هذان الاحتمالان بعید ان من کلامه(ره) **لانّه** ان لم یکن له اطلاقٌ لاجل الا همال او لاجل تقییده بشرط لا، یلزم منه عدم شمول حلال هذا المورد اصلاً و لومع قطع النّظر عن دلیل: **«المؤمنونَ عِنْد شُروطِهم»** و هذا شیءٌ لا یجوز القول به

فلامناصَ من القول بشمول الغُنم الحلال، موردًا الموطوء والمشروطِ **والقول، بالاحتمال الثّالث** و هو انّ وجه تقديم دليل الوجوب عليه، من باب «تقديم اَقْوَى المتزاحمين» اى من اجلِ تقديم ملاكِ الواجب، علىٰ الاباحة.

اقول: انّ مراد الشّيخ(ره) ليس هذا قطعاً **لانّ** التّزاحم المبحوث عنه، البحثُ عند الاصوليّين، التّزاحم المأموريّ لا الآمر و معنىٰ التّزاحم، المأموريّ، صدور حكمين ذا ملاكٍ من اَلمولىٰ و عدم قدّرةِ المكلّف عليه.

و هذا هو المراد من قولهم بالفرق: بين باب التّزاحم و التّعارض.

و القول بالتّرجيح و الاعدليّة و الموافقة للكتاب و المخالفة للعامّة و التّساقط و الجعل العرفيّ، لا يجرى فى هذا النّوع من التّزاحم.

و التّزاحم المأمور، انّما هو فى مقام الامتثال بعد الفراغ عن التّشريع.

و امّا التّزاحم الآمريّ، فهو خارجٌ عن دائرةِ التّكليف فهو مرتبطٌ بالآمر و قوله تعالىٰ: «**يسئلونك عن الخمر و الميسر قل فيهما اثمٌ كبيرٌ و منافعٌ للنّاس و اثمهما الكبرُ من نفعهما**[1]» من مصداق التّزاحم الآمريّ.

و ما نحن فيه ليس من قبيل التّزاحم المأموريّ **لانّه** بعد الفراغ عن تشريع الاحكام فى مقام الامتثال **و ما نحن فيه فى مقام** تشريعِ الاحكامِ و فى توضيح معنىٰ: «**المؤمنون...**» و انّ ما هو مناط المخالفة لكتابِ اللّه؟

فعليه لا يحمل كلام الشّيخ(ره) علىٰ هذا و لايستفاد هذا من كلامه(ره).

و من هنا، ظهر ضعف ما اورد السّيّد(ره) من انّ صورة الشّرط، خارجةٌ عن دليلِ «**اَلغَنَمُ، حلالٌ**» **لانّه** ليس بخارجٍ ذاتاً و انّما هو خارجٌ و صفاً **اى الغَنَمُ الحلالُ بعنوان انّه** مغصوبٌ، ليس مشمولاً للدّليل **و لكن** يدخل فيه بالعنوانِ اَلاَوّلِي، **بعبارة اُخرىٰ، «الغنمُ حلالٌ»** له اطلاقٌ ذاتيٌ ليس له اطلاقٌ احواليٌّ و عدم الاطلاق الّذاتى، ليس هو المدّعىٰ **بل** المدّعىٰ، عدم كونه اطلاقاً احواليّاً بعدِ الاعتراف بالاطلاق الّذاتيّ له.

---

۱. سوره بقرة، ۲۱۹.

و بالجملة، اختلطَ فی کلام السیّد(ره) بین الاطلاق الذّاتی والاحوالیّ.

نعم: هنا مورد نقصٍ توجّه الیه الشّیخ(ره) فی مطاوی کلامه و **هو انّ** لازم ذلک الالتزام، انّ ترک المباح، لا مانِعَ منه و هو نافذٌ ای نفوذ الشّرط فی مورد المباحات فعلاً او ترکاً، لا مانع منه **لانّه** لیس من قبیل تغییر الاحکام و لیس من المحلّل و المحرّم و لیس مخالفاً لکتاب اللّه.

و الحال انّ ماورد فی تفسیر العیّاشی فی باب الطّلاق والنّکاح من الرّواية، منافٍ لذلک و حاصلُ الرّواية انّ من تَزَوَّجَ امرأةً و شَرَطَ علیها انّ هو تزوّج علیها او اَخَذَ سرّیّةً فهی طالقٌ قال علیه السلام: **«شَرْطُ اللّهِ قبل شرطِکُم»** قال اللّه: **«انکحوا الایامیٰ منکم والصّالحین من عبادکم و امائکم»**[1] و قوله تعالیٰ: **«و اللاّتی تخافونَ نُشوزهنّ فَعِظوهنّ و اهجُرُوهنّ..»**[2].

انّ الشّیخ(ره) اوّله بوجهین من باب مانعة الخلوّ و اَعْتَرَف بضعفِ احدهما دون الآخر.

الوجه الاوّل: انّ التّسریّ من المباحات الّتی له اقتضاءٌ، علیٰ بقاء الاباحة کاباحة التّمتّع موقّتاً **حیث** کان موجباً لسدّ باب الزّنا و لیس للتّلهّی و الالتذاذ الصّرف **و هذا امرٌ وجیهٌ کبروياً** اعطیٰ ضابطةً و عَلَلُهُ **و لکنّ** تطبیق هذا علیٰ مورد الرّاوية، **محل کلامٍ لانّه** علیه السلام لم یُرد کونه من المباحات الّتی بقیٰ علیٰ اقتضائه بانّه مخالفٌ لحکم اللّه فی القرآن: **«اَنْکِحوا الاَیامیٰ...الخ»**

الوجه الثّانی انّه: یستفاد من آخر کلامه(ره) انّ علّة تحریم هذا الشّرط، لیس لاجلِ کونه مخالفاً للتّعلیل الوارد فی الرّواية **بل** لاجل انّ قول المرأة: **«و ان هو تسرّیٰ علیها او اخذت زوجةً فهی طالقٌ»** باطلٌ فاسدٌ، **ذلک لیس بصحیحٍ** و ان لم یذکر الشّیخ(ره) وجه الفساد فیه **و لکن** وَجْهُهُ انّ الطّلاق، شرطُ نتیجةٍ تحتاج الیٰ سببٍ خاصٍ و مجرّد الشّرط، لایوجب تحقّقها.

---

۱. سورة نور آیه ۳۲.

۲. سورة نساء آیة ۳۴.

و لكن لا تؤيّده الرّواية لانّه ورد فيها **«آنكِحُوا»** و لم يرد فيها: انّ الطّلاق فی يد **«من اخذ بالسّاق»** او انّه يحتاج الىٰ سببٍ خاصٍ او الطلاقُ مرّتان و... **و يمكن لنا** ان نوجّه بنحوٍ آخَر و هو انّ المقصود من اخذ التسرّی، ليس قبوله و رضاه بالطّلاق **بل** شرط عدم التسرّی و جعل الطّلاق من باب العقوبة **فاصل الشّرط**، الالتزامُ بعدم التّسری واشتراط ان لا يفعل كما اذا اشترط فی خيار الحيوان، عدم الخيار فی الايّام الثّلاثة بمعنیٰ اسقاط الخيار و سلب حقّ الخيار عنه.

مضافاً الىٰ ذلك، تعارض هذه الرّواية، الرّوايتين ذكر الشّيخ(ره) إحداهما سابقاً **و حاصلها** انّ رجلاً طَلَقٌ المرأة و بان منها واردان يراجعها فابت منه **الاّ** ان يشترط عليها ان لا يتزوّج عليها و لا يتسرّیٰ فعقد بهذا الشّرط قال **«ليس ما صنع مايَدّعی ما يقع فی قلبه فی اللّيل والنّهار و امّا الآن فقل: فَلْيَفِ بشرطِهِ لانّ «المؤمنون عند شروطهم»**.

والرّواية الأخریٰ الثّانية: ما حاصلها: «اَنّ رجلاً اَعْتَقَ عبده و شَرَطَ فی ضمنه ان يزوّجه ابنته بشرط لا يتزوّج عليها و ان تزوّج فعليه مأة دينارٍ قال عليه السلام **«لا بأس»**.

التّحقيق فی المسألة، يحتاج الىٰ تقديم امورٍ:

الامر الاوّل: ارجاع المعنیٰ: «المؤمنون عند شروطهم الخ» الىٰ العرف كما وردت هذه القاعدة فی باب الوصيّة و باب الصّلح و سائر الابواب و ليس فيها غموضٌ فی العمل بهذه القاعدةِ **القول** بانّها تدلّ علی معنیً يختصّ فهمها الىٰ الفقيه و تقسيم الاحكام الىٰ احكامٍ حيثيّةٍ و فعليّةٍ خارجٍ عن شأن العرف، **غير تامٍّ**.

الامر الثّانی: انّ المستفاد من مطاوی كلمات الشّيخ(ره) انّ الاشكال المذكور، ينشأ من الاستثناء الوارد فی ذيل **رواية: «المؤمنون»: «الاّ تحليل الحرام او تحريم الحلالِ و ما خالف كتاب اللّه و...»** مع انّ تحليل الحرامِ و تحريم الحلالِ، لايجوز مطلقاً لعدم جواز تغيير العبد، القوانين و لو لم يكن هذا الاستثناء فی ذيل الرّواية وارداً لقلنا به ايضاً **لانّ** مثل هذه الاستثناءات، امرٌ طبيعیٌ بحيث اذا لم يرد، لقلنا به

ایضاً **لانّ** تحریم الحلال و تحلیل الحرام والمخالفة مع کتاب اللّه و غیر ذلک ممنوعٌ شرعاً **لانّه** ورد فی قوله تعالیٰ: «**ماکان لمؤمنٍ و لا مؤمنةٍ اذا قضیٰ اللّه و رسوله ان یکون لهم الخیرة**».

و لذا نقول: انّ ذکر عدم جواز تحلیلِ الحرام و تحریمِ الحلال فی‌الواقع، توضیح الارتکاز: و ارجاعٌ الیٰ الامر المرتکز فی مقابل تعدّی بعضٍ الجُهَلاٰءِ.

الثّالث: انّه قُرِّرَ فی باب الاطلاق والتّقیید، مبنیان:

الاوّل: مبنیَ المتأخّرین من الشّیخ(ره) والمحقّق الخراسانی(ره) والمحقّق النّائینی(ره) و هو انّ جریان الاطلاقَ ـ یحتاج الیٰ مقدمات الحکمة من کونه فی مَقام البیان و عدم نصب القرینة و عدم انصرافٍ فی المورِدِ و عدم کون القدر المتّقین فی مقام التّخاطب.

والتّحقیقَ، المبنی الثّانی الّذی هو المستفاد من کلمات القدماء و هو انّ الاطلاق، لایحتاج الیٰ هٰذه المقدّمات و مجرّد انّ المتکلّم اذا رَتَّبَ الحکمَ علیٰ الطبیعة، یَسْرِی هذا الحکم حیث تسری الطّبیعة **ولذا** قالوا: انّ الاحکام تابعةٌ للآثار.

و ما قال المحقّق الخراسانی(ره) فی باب الاطلاق من انّ قول المَشهور بجعل الشُّیوعِ، جزءًلمدلولِ اسم الجنسِ، **لیس بصحیحٍ لانّه** یلزم کون الماهیّة اللّا بشرط اَلقِسْمیّ موضوعاً له و هو الکلّی العقلیّ و لا مَوطِنَ له الاّ الذّهن، **غیر تامٍّ لانّ** مرادهم من کون الشّیوع لازماً للمطلق ما قلناه من مبنیٰ القدماء و لیس المراد منه، کوّن الشّیوع بالمعنیٰ الاسمیّ، جزءً مدلولِ اسم الجنس ای لازم اسم الجنس، الشّیوع و لا یتخلّف عنه **فکلّ موردٍ وُجِدَ اسمُ جنسٍ، یترتّب علیه حکمه.**

و دعویٰ انّ قول الطّبیب للمریض: «**فلیشرب الدّواء**»، لیس فیها اطلاقٌ و یعلم منه انّه لیس فی مقام بیان الاطلاق.

مدفوعٌ لان القرنیّة الخارجیّة، تدلّ علیٰ انّ المراد من الدّواء، الدّواء المناسب الخاصّ.

فبناءً علیه، لا معنیٰ للاطلاق الحالیّ غیر الاطلاق الذّاتیّ و لایجوز تفکیک

الاطلاق الّذاتى عن الحالىّ **فنقول** بانّ قولنا: «**اَلغَنَمُ حَلاٰلٌ**» له اطلاقٌ ذاتىٌ بانّسبة الىٰ افراد الغنم و ليس له اطلاقٌ حالىٌ حتّىٰ فى حال الشّرط و كونه موطوئاً او منذوراً **لانّ** معنىٰ الاطلاق، عدم ملاحظة ايّ قيدٍ حتّىٰ انّ الاطلاق نفسه، غير ملحوظٍ فاذا رُتِّبَ حكمٌ علىٰ طبيعةٍ، يسرى الحكم بسريان الطّبيعة والمقارنات للحالات العارضة، لها اطلاقٌ ذاتىٌّ.

و امّا بملاحظة نفس الحالات، فليس اطلاقٌ فى ادلّة الُمحَلِّلاتُ و لا فى ادلّة المحرّمات **فلا فرق** بين ادلّة المحرّماتُ والُمحَلِّلات فى انّ لهما اطلاقٌ ذاتىٌّ و عدم اطلاق حالىّ فيهما فى قبال اطلاقٍ ذاتىٍّ اى الحكم فى «**الخمر حرامٌ**،» انّما هو باعتبار انّه خمرٌ لا باعتبار انّه مشروطٌ او منذورا و غير ذلک.

فقول الشّيخ(ره) بالفرق بين ادلّة المحرّمات وادلّة المحلّلات لعدم الاطلاق الحالىّ غالباً فى ادلّة المحلّلات باعتبار الحالاّت العارضة **مع الاعتراف** بانّ فيها اطلاقٌ ذاتىٌ و وجود الاطلاق الحالىّ والّذاتىّ فى ادلّة المحرّمات.

مدفوعٌ بانّ المراد من الاطلاق الحالىّ، انّه جُعِلَ الحكم حتّى بلحاظ تلک الحالات اى كانت الحالات جزءَ الموضوع وجوداً او عدماً **ليس بتامٍّ** و ان كان المقصود من الحالىّ، حصولُ الاطلاق مقارناً لهذه الحالات فهو كذلک فى الُمحَلِّلات ايضاً.

يمكن حلُّ الاشكال بِانّه قد يتوهّم انّ بحث الاباحة والحظر فى علم الاصول هو المراد من بحث البراءة والاشتغال **و لكن كما** عن بعض المحقّقين هما بحثان خاصّان لكلّ واحدٍ منهما آثارٍ خاصّةٍ **لانّ** بحث البراءة والاشتغال، بعد ورود الشّرع و بعثة الانبياء و ورود الادلّة من الاخبار و خفاء بعض الادلّة و عدم وصولها الينافى مقام الشكّ اى كان البحثُ عن البراءة والاشتغال حكماً ظاهريّاً **و لكنّ** البحث عن الاباحة اى الحليّة غير الجعليّةِ والحظر احتياج الاحكام لجعلٍ، حكمٌ واقعىٌّ امضائىٌ لا تأسيسىٌّ والشّرط هنا، لا مانع منه.

فالضّابطةُ فى خلاف الشّرط و غيره، انّ كلّ ما كان للشّارع، جعلُ حلّيةٍ او

حرمةٍفشرط الخلاف فیه شرطُ خلاف الکِتاب والسّنة الممنوع وضعیّاً کاتّوریث للاجنیّ او تکلیفیّاً **و امّاکل مورد لیس** فیه جعلٌ خاصٌ فهو بمعنی البقاء علیٰ اصالة الاباحة فلا مانع من شرط الخلاف فالرّوایة المذکورة سابقاً المؤهمة لتجویز شرط الخلاف، فهی توسّعیٌ من هذا البقیل.

ثمّ انّ الشّیخ(ره) صرّح بانّه لا اشکال فی صحّة الضّابطة الّتی قال السیّد(ره) فی حلّ الاشکال من انّ الاحکام **علیٰ نحوین:** نحوٌ من قبیل الاحکام الحیثیّة الّتی لیس لها اطلاقٌ حالیٌّ بالنّسبة الیٰ العناوین الثّانویّة والشّرط من جملة العناوین الثّانویّة و لیس الشّرط مخالفاً له بخلاف الاحکام الفعلیّة.

انّما الاشکال فی تشخیص المصادیق و اَنَّ ایِّ موردٍ، من الاحکام الحیثیّتی، و لا مانعَ من الشّرط فیه و ایّاً منها فعلیّة فیه منعٌ.

فبناءً علیه، تشخیص حکم الموارد الثّلاثة مبنیٌّ علیٰ تشخیصِ انّ حکمه حکمٌ حیثیٌّ ام فعلیّ؟ **و منها:** مسألة حریّة من کان احد ابویه حرّاً **و من الواضح انّه** لا یُمْلَکُ و لدُ حرٍّ مطلقاً **و انّما الاشکال فی انّه اذا اِشْتَرَطَ انّه اِن کان لِلاَمَةِ المزوّجة، ولدٌ یصیرّ رقّاً لمولاه هل هو قابلٌ للاشتراط امر لا؟ فیه قولان: والشّیخ(ره)** صرّح بانّ هذا، مبنیٌّ علیٰ انّ عدم کون الحُرِّ مِلکاً هل هو من الاحکام الاقتضائیّ لو خُلِیَّ وَطَبَعَهُ، لا ینافی کونه مملوکاً بالاشتراط و مَن الحکام الفعلیّ؟ ای لیس قابلاً للملکیّة مطلقاً فلا یصحّ شرط الرّقبة.

منها: شرط توریث امرأةٍ متمتّع بها والمشهور انّ المرأة المتمع بها، لا یورّث کما وَرَدَ انّ من حدود المُتْعة، ان لا یرث منها و لا ترث منه.

و لکن وقع الکلام فی التّوریث اذا اشترط التّورث فی ضمن المتعة.

و هذا مبنیٌّ علیٰ انّ عدم الارث هل هو داخلٌ فی ماهیّة الّتمتّع انّه حکمٌ فعلیّ، بحیث اذا اِشْتَرَطَ شرط الخلاف، فهو مخالفٌ مع ماهیّة التمتّع و مخالفٌ لحکم الشّرع ام لا؟.

منها: شرط المکان من قِبَلِ الزّوجة-**من الواضح:** انّ اختیار المکان حُوِّل للزّوج

الاّ اذا اِشْرطَتِ الزّوجةُ انَّ اختيار المكان مع الزّوجة **و فيه خلافٌ: قول بالصّحة و هو المشهور لانّ للزّوج حقّ الاستمتاع فی ایّ زمانٍ و ایّ مكانٍ** شرط المكان مخالفٌ لذلک، **و غير المشهور، عدم الصّحّة و هذا ايضاً** علىٰ المبنىٰ الّذی ذكره الشّيخ(ره) **و صرّح بانّ شرط** اختيار المكان هل هو من قبيل شرطِ ولاءِ العتق حتّىٰ يكون مخالفاً لقوله عليه السلام: **«اَلْوِلاءُ لِمَنْ اَعْتَقَ»** كما ورد: انّ قضاء اللّه اوثق و شرطٌ اَحقُّ و اِمّا شرط عدم الخيار فی باب خيار الشّرط والحيوان و سائر الخيارات، فليس مخالفاً لقوله عليه السلام: **«البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»** والحال انّ هذين الموردين، مشابهان معاً؟ **والفرق بينهما مبنیّ علىٰ** ما ذكره الشّيخ(ره) من انّ **«الولاءَ لمن اعتق»** من قبيل الاحكام الفعليّة.

و امّا قوله عليه السلام: **«البيعان بالخيار»** من قبيل الاحكام الاقتضائيّ **فلذا** شرط عدم الولاء بالنّسبة الىٰ المُعتق، مخالفٌ للشّرط و امّا شرط عدم الخيار و سقوطه فليس مخالفاً للشّرط **و لذا صرّح الشّيخ(ره) بانّ تشخيص الموارد فی غاية الاشكال ـ مضافاً الىٰ ذلک(ره)** فی انّ **«البيّعان بالخيار»**، لم ينافِ مع **«اذا افترقا وَجَبَ البيع»** لانّه الحكم الاقتضائيّ **و لعلّ المستفاد من** كلامه(ره) انّه اذا كان من الحكم الفعلیّ ينافيان **مع انّه باطلٌ جدّاً لانّ كلّ واحدٍ من قوله عليه السلام: «اذا افترقا»** و قوله **«البيّعان...»** كلمان، حكمان لهما موضوع ان و لَعَلّ هو سهو القلم

من جملة الشّروط القابلة للبحث، ضمان العين المستأجرة.

و هذا ايضاً مبنیٌّ علىٰ المبنىٰ الّذی ذكره الشّيخ(ره).

اقول: انّ هٰذه الموارد الاربعة وردت بها اخبارٌ قُرِّرَتْ فی محلّها و الاشتراط مبنیٌّ على الاخبار الواردة الخاصّة لا علىٰ ملاحظة الضّابطة الّتی ذكرها الشّيخ(ره).

مثلاً فی باب ارث المتمتّع بها اقوالٌ اربعةٌ:

قولٌ بالارث مطلقاً و قولٌ بعدم الارث مطلقاً سواءٌ شَرَطَ الثّبوتَ ام لا؟ قولٌ ثالثٌ و هو قول السّيّد المرتضىٰ و هو ثبوت الارث الاّ ان يشترط السّقوط.

الرّابع: عدم الارث **الاّ** ان يشترط الثّبوت و هو قولُ المحقّق(ره).

و وردت فی کلّ واحدٍ منها اخبارٌ خاصّةٌ و عمومات الارث لصدق الزّوجة علیه ام عدم صدقها؟ لم یبحث واحدٌ من الفقهاء فی المسألة فی صدق الضّابطة المذکوره علیها او غیره.

والقاعدة حینئذٍ تقتضی ترتّبَ آثار الزّوجیّة **و لکن التّحقیق انّه** تصدق علیٰ المتمتّع بها، الزّوجیة **و لکن لا تشملها الأدلة** لانصرافها الیٰ الزّوجة الدّائمة لا المنقطعة.

ثمّ انّ الشّیخ(ره) صرّح فی هذه المسألة بانّه مالفرق بین شرط ارث الاجنبّی فی غیر عقد المتعة حیث قالوا: بعدم جوازه و بین شرط الارث فی ضمن عقد المتعة حیث قالوا بجوازه؟ **فان کان الحکم حکماً** فعلیّاً فیلزم عدم جوازه مطلقاً و ان کان من الاحکام الحیثیّة فیلزم صحّته مطلقاً

اقول: هذا عجیبٌ منه(ره) لانّ الفرق بینهما مبنیٌّ علیٰ الاخبار الواردة و ان کان المعیار، القاعدة فقلنا انّ المتمتّع بها تصدّق علیها الزّوجیّة فتتوارث سواءٌ شَرَطَهُ ام لا؟

و شرطُ خلافِه، لا یصحّ و ان لم تُصَدِّقْ علیها الزّوجیّة و ان کانت زوجةً و لم تشملها الاطلاقات فلا تتوارثُ سواءٌ شَرَطَتْ لم تشترط؟

و امّا مسألة تنا فی الشّرط مع: «**الولاءُ لِمَنْ اَعْتَقَ**»، **فمدفوعةٌ لانّ** تعذّر الشّرط، منصوصٌ بالنّبویّ المذکور **و امّا شرط الخیار فهو لا یرتبط بمسألة «الولاء لمن اعتق» بل هو الاستفادة من الحقّ** و الاّ ان کان الشّرط، السّقوط بمعنیٰ عدم الثّبوت من البدایة و لم یکن له معنیٰ الاسقاط، فلا نُسلِّمُ کُونَ هذا الشّرط صحیحاً.

امّا جواز شرط العاریة دون شرط ضمان العین فی الاجارة فالفقهاء صرّحوا فی عاریة الذّهَبِ والفضّة، بجواز شرط العاریة سواءٌ شَرَطَ ام لم یَشترطْ؟ دونَ شرط ضمان العین فی الاجارة **حیث اختلفوا فی باب ضمان العین المستأجرة فعن بعضٍ، الصّحة فیها تمسّکاً باخبار العاریة و عن بعضٍ عدمُ صحّته لانّ الاجارةَ نوعُ امانةٍ و لیس الشّرط فیها، بصحیحٍ.**

والّذی تقتضی القاعدةُ، هـو صّـحةُ شـرطِ الخـلاف فـی بـاب ضـمان العـين المستأجرة **و ما يقال:** انّ هٰذا منافٍ للاستيمان كما عن السّيد فی الحاشية **والعروة مدفوعٌ** حيث كان بانّ: معنی الاستيمان تازةً مِنْ قبيل الوديعة **حيث** كان احسـاناً محضاً و شرطُ الضمّان مخالفاً للاحسان المحض، لا يجوز حيث قال **اللّه** تعالیٰ: «**ما عَلَى المُحْسِنينَ من سبيلٍ**»[1] **و اخریٰ**؛ مبنیٌّ علیٰ المعاوضة ولاجل تحقّق المعاوضة و من لوازمها، و هذا، ليس مخالفاً للاحسانُ و لا يشمله قـوله تـعالیٰ: «**مـا عَـلَى المحسِنين من سبيلٍ**».

هكذا الكلام فی شرط المكان من الزّوجة حيثُ انّ الرّوايات، تدلّ علیٰ صـحّة هذا الشّرط من قِبَل الزّوجة و حتیّ وردت فی ضمن هذه الرّوايات، «**المؤمنون عند شروطهم**» **كما هو المَشهور بَلْ الاشهر.**

نعم: عن بعضِ الفقهاء، القول بعدم الجواز **لانّ** شرط المكان من الزّوجة، مخالفٌ لوجوب الاطاعة عن الزّوج، **مضافاً الیٰ ذلك استمتاع الزّوج زوجته**، يجوز فی ایِّ زمانٍ و مكانٍ و هذا، يقتضی تسليم الزّوجة و شرط المكان، بنا فی حقّ الاستمتاع و ظاهر هذا الدّليل، العملُ بالقاعدة و حمل الرّوايات الواردة، علیٰ الاستحباب.

اقول اوّلاً: ليست الاطاعةُ واجبةً علیٰ الزّوجة فی جميع الاوامر، انّما هی فی مورد العصمة والخروج عن الدّار و انواع الاستمتاعات و يستفاد هذا من مَجاریِ كلمات العلماء والرّوايات.

و ثانياً: وجوب الاستمتاع ايضاً مُنَزّلٌ علیٰ العرف و المتعارف و عرف المتعارف، لا يقتضی وجوبَ الاطاعة فی كلِّ مورد حاجة الزّوج و فی كلِّ مكانٍ و كلّ زمانٍ.

و بهذا تصير القاعدة مع الفتاویٰ والاخبار، متوافقين.

مسألةٌ: اِن بقينا علیٰ الشكّ فی كون شرط المكانُ، مخالفاً للحكم الفعلیّ بالشّبهة الحكميّة او لم يخالَف؟.

---

١. سورة التّوبة الآية / ٩١.

قال الشّيخ(ره): يجرى اصل عدم المخالفة **والشكّ، حينئذٍ شكٌ فی المانعِ و حيثُ انّ استصحاب** عدم مخالفة الشّرط، من مصاديق الاصل العدم الازلیّ و هو بيّنُ الفسادِ، صرّح الشّيخ(ره) انّ مرجع الاصل، الیٰ شیءٍ آخَر.

امّا فساده فهو انّ المخالفةَ ذلک الشّرط بملاحظةِ: **فهو من** قبيل اصالة عدم قرشيّة المرأة **حيث** كان معناه، مفاد «**كان النّاقصة**» فان كان المراد من نفی المخالفة، نفی «**كان التّامة**» بان لم يكن سابقاً فليس الآن ايضاً موجوداً **فهذا** لا يُثبِتُ انّ هذا الشّرط، غير مخالفٍ.

و ان كان المراد من استصحاب نفی المخالفة، نفی «كان النّاقصة» بانّ هذا الشّرط، كان فی وقتٍ و لم يكن مخالفاً للكتاب **فهو باطلٌ لانّه** ليست لها حالةٌ سابقةٌ لم يكن شرطٌ موجوداً، لم يكن مخالفاً للكتاب و ان كان هذا قبل الشّرع، فلم يكن كتابٌ حتّی تتصوّر المخالفة او عدمها.

بالجملة، استصحاب العدم الازلیّ، لا يجرى هنا **لانّ العدم المحمولی مثبت و عدم النّعتیّ، ليست له حالةٌ سابقةٌ.**

كما اذا يُشَكُّ فی انّ الماء الموجود فی الدّار هل هوكرٌ لا؟ و هو ماءٌ مخلوق السّاعة و ليست له حالةٌ سابقةٌ من الكريّة والقلّة؛

فالشّيخ صرّح: بانّه لا يجرى عدم المحمول و هو استصحابُ عدم الكرّ فی الدّار **لانّه** لايثبت انّ الماء الموجود فی الدّار، غَيْرُ كرٍّ فعدُم المحمولیّ، لا يُثبِتُ العدمَ النّعتیّ.

و هكذا فی الدّم الخارج من المرأة المردّد بين الحيض والاستحاضة **لانّ** عدم خروج دمِ الحيض من المرأة المسمّیٰ بالعدم المحمولیّ لا يُثبِتُ انّ الدّم الخارج منها، ليس بحيضٍ.

قد تكرّر نظير هذا الكلام فی كلام الشّيخ(ره).

و لذا عَدَلَ الشّيخ(ره) عن استصحاب العدم الازلیّ لانّه كان فساده بيّناً كما ذكرناه.

و قال: انّ مرجعه، ليس علىٰ ما يُعطِى ظاهرُ **هٰابل** مرجعه الىٰ اَصالة عدم الحكم الفعلىّ.

والسّيد(ره) اَوْرَدَ علىٰ الشّيخ بانّ هذا لا ينتفع **لانّه** مُـثبِتٌ والكـلامُ، فـى حـال الشّرطُ، حال حكم الشّارع و لو كان حكم الشّارع، منشأً لهذا الشّك **لانّـه** مُـثْبِتٌ حيث كان ملازماً عقليّاً **فاصل عدم الحكم الفعلىّ، لا يثبت انّ الشّرط، غيرُ مخالفٍ للكتاب لانّه مُثبِتٌ يمكن الجواب عنه** بانّه اُستِثنَى عن عدم جواز المُثبتَ كـما عـن الشّيخ(ره) والمحقّق الخراسانى(ره) **مواردَ:**

منها: كون الواسطة، خفيّةً كَمٰا انّ جريان استصحاب بقاء الشّهر فى يوم الشكّ و عدم دخول الشّهر اللاّحق، **يُثبِت** انّ يوم الشّك، اوّل شهر الشّوّال مثلاً و تَرَتّبَ آثار يوم الفطر **مع انّه مُثبِتٌ و ذلك لانّ الواسطة، خفيّةٌ** غير قابلةٍ للتّفكيك بينهما عـند العرف **والمتضايفان** كالابوّة والنّبوّة والزّوجيّة والاخوّة والمخالفة من جـملة ذلك **فيثبتُ كون زيد اخاً لعمرو، انّ عمروٍاً، اَخُ زيدٍ و انّ مخالفة الشّرط لِـلكتاب، يُـثبِتُ كونَ الكتاب مُخالفاً للشّرط.**

نعم: يمكن الان يورد علىٰ الشّيخ(ره) بانّ هذا، من قبيل الفرار من المطر الى مَطَرٍ مثله **لانّ** المراد من الاصل المذكور ان كان، عدم المحمولىّ اى الاصل، عدم تحقّق الحكم المخالف للكتاب، فهو لا يُثبِتُ العدمَ النّعتىّ و ان كان المراد، العدم النّـعتىّ لكتاب اللّه، فهو ليست له حالةٌ سابقةٌ اى كلّ اشكالٍ وَرَدْتُم فى الشّرطُ بعيبه يَرِدُ فى الكتاب ايضاً **لانّ** الشّرطَ والكتاب متضايفان والتّخالفِ، داخلٌ فى المتضايفين و يرد عليه ما يرد علىٰ الشّرط.

قال المحقّق الخراسانى(ره) لاجل تصحيح جريان العدم الازلىّ فى موردٍ وَرَدَ عامٌّ و خُصِصٌ بمُخَصّصٍ فى باب العامّ والخاصّ فى استصحاب العدَم الازلىّ فـى مسألة القرشيّة: انّ تَخصيص العامَ لا يُعَنوِن العام بِـعُنوانٍ و لو بـعنوانِ عـدمِ ذلك الُمخَصِّصِ فاذا قال: كلّ امرأةٍ تـرى الدّم الىٰ خـمسين سـنةٍ او مـاترى الدّمَ بـعد

الخمسین، استحاضةً اِلاّ تکون قرشیّةً.

و هذا المرکّب ای ذات المرأة و عدم تحقّق الانتساب بینهما و بین القریش، **داخلٌ** تحت العامّ ایضاً **لان** التّخصیص، لم یُعْطِ عنواناً فیه و استصحاب العدم المحمولی، یُقیِّدُ هنا.

حاصل کلامه(ره) انّ اصل عدم المحمولیّ الّذی کان له حالةً سابقةً و کان مثبتاً فی سائر الموارد، لامانع من جریانه هنا و لیس مُثبتاً **لانّ** الحقّ عنده(ره)، العامّ المخصّص، لا یُعنَونُ بعنوانٍ و لا یوصف بصفةٍ بان لایکون معنیٰ «... اِلاّ ان تکون المرأة قرشیّةً» امّا تکون المرأة قرشیّةً و امّا لم تکن قرشیّةً **بل** الموضوع، امرأةٌ من دون دخل ایّ قید فیه الاّ انّه یلزم عدم کونه مورد الاستثناء و عدم کونه مورداً للاستثناء، یمکن مع العدم المحمولیّ ایضاً فی مورد الشکّ فیجری عدم اصالة تحقّق الانتساب بین هذه المرأة و القریش بنحو العدم المحمولیّ فیدخل تحت العامّ.

اقول: فیه ضعفٌ **لانّ** مراده(ره) من عدم المحمولیّ امّا الّتمسّک بالعامّ او بالاصل العملیّ **امّا الاوّل** فلایجوز الّتمسّک بالعامّ لکونه من الشّبهات المصداقیّه للمخصّص کما صرّح(ره) بذلک **و ان کان مراده(ره)**، الّتمسّک بالاصل العملیّ و استصحاب عدم کونه قرشیّاً فهو ایضاً لا یجوز **لانّ** وجوده المحمولیّ، لیس له اثرٌ حتّیٰ یکون عدمه ذا اثرٍ فیستصحب.

حاصل ما صرّح المحقّق النّائینی(ره) فی المقام: انّ موضوع الاثر الشّرعیّ اما عرضٌ و محلّهُ و اِمّا عرضیّین فی محلٍّ **والاوّل** هو النّعتیّ کقیام زیدٍ و زید و الماءُ الکریّة و هو مفاد **«کان النّاقصة»** و النّزاع وقع هنا و امّا **الثّانی** کعالم و شاعر فی مورد زید فلا معنیٰ لمفاد **«کان النّاقصة» هنا و امّا الثّالث** کعلم زیدٍ و شاعریّة عمروٍ فهو ایضاً لا بمعنیٰ مفاد النّاقصة فیها بطریق اَوْلیٰ، **فیلاحظ لسان الادلّة فکلّ** مورد کان من قبیل عرضیّین فی محلٍّ فیجری استصحاب عدم المحمولیّ و لیس بمُثبت و کلُّ موردٍ من قبیل عرضیّین فی محلّین فیجری استصحاب عدم المحمولیّ ایضاً و

ليست فيه شبهةُ مثبتٍ، انّما وقع النّزاع فی المثبتة و غير المثبته فی مورد عَرَض محلّ ذلک العرض كما اذا بلغ الماء قدر كرّ و المرأة القرشيّة، فهما من قبيل كان النّاقصةً **و هكذا** شبهة المُثبِتْ، تجری فی اصل عدم الّتذكية **لانّ** استصحاب عدم المحموليّ فی الحيوان، لا يُثبتُ كونَ هذا الحيوان، غير مذكّیٰ و جريان استصحاب عدم النّعتی فيه ای الحيوان حين موته، لم تقع عليه التّزكية فيستصحب فهو ليست له حالةٌ سابقةٌ.

رَفَعَ المحقّق النّائينی(ره) هذه الشّبهه عن اصل عدم التّزكية فيستصحب فهو ليست له حالةٌ سابقةٌ **لانّ** الموت عرضٌ و الذّبح، عرضٌ آخر واردان علیٰ الحيوان و ليس احدهما بالنّسبة الیٰ الآخر من قبيل «**كان النّاقصة**».

اقول: هذا القول منه(ره)، ينافی مع ما ذهب اليه فی الفقه و الاصول فی موارد كثيرة:

منها: ما قال فی مسألة: **لو اقتدیٰ احدٌ الیٰ شخصٍ و رَكَعَ ثمّ يشكّ فی انّه دَرَكَ الامامَ فی الرّكوع ام لا؟**

هل يجوز استصحاب بقاء ركوع الامام الیٰ زمن ركوع الامام حتّیٰ يكون الاقتداء صحيحاً؟

و هو (قدس سرّه) صرّح: بعدم جوازه لانّه من قبيل الحال النّحویّ ای رَكَعَ و الامام راكعٌ و لا يُثبت هذا بالاستصحاب **مع انّهما** من قبيل عرضيّين لمحليّن **لانّ** ركوع المأموم و ركوع الامام من قبيل عرضيّن لمحليّن **و هكذا** فی مورد ما اذا ترتّب الاثر علیٰ قولنا: «**ان جائك زيدٌ راكباً اَكْرِمْهُ**» لا يجوز استصحاب الرّكوب الیٰ زمن المجيی **لانّ** هذا لا يصحّح حال النّحوی **فعليه نقول:** انّ الاقسام الثّلاثة، لا فرق فی كونها واردةً فی محلّ النّزاع و مسأله التّزكية من هذا القبيل **لانّ** مجرّد انّ الذّبح عَرَض للحيوان و ذهوق الرّوح ايضاً، عَرَضٌ آخر فهما عرضان فی محلٍّ واحدٍ، ليس دليلاً علیٰ عدم «**كان النّاقصة**» فيهما، **لانّ** مورد الرواية، الموت المستند

الیٰ الذّبح، لا الموتُ المستند الیٰ غیره **فبناءٍ علیه** کان نحوِ تقیّدٍ و «کان النّاقصة» فبقت الشّبهةُ علیٰ حالها و مجرّد کونهما عرضیّین لمحلٍّ واحدٍ لیس جواباً قانعاً.

فالاَوْلیٰ ان یقال: انّ الشکّ فی کونه من قبیل الحکم الحیثیّ او الفعلیّ، دلیلٌ علیٰ عدم دلالة کتاب اللّه و السنّة و لیس الشّرط مُخالفاً للکتاب و السنّة **لانّ** معنیٰ المخالفةُ مخالفة ما دلّ علیه الکتاب **فبناءً علیه**، ینحل الاشکال المذکور علیٰ المختار من المبنیٰ **و هکذا** علیٰ مبنیٰ الشّیخ(ره) **و لکن** علیٰ المختار یکون الحلّ، ابتهلُ **لانّ** اکثر المحلّلاتُ لیست مجعولة للّشرع و لیست تأسیسیّةً **بل** امضائیّةً و معنی الحلال عدم التّحریم بخلاف المحرّمات والنّجاسات **فبناءً علیه اذا شکّ** فی جعل الشّرع فی موردٍ، لیس هذا، مخالفاً **للکتاب- حاصل جوابنا علیٰ المبنیٰ المختار، امران:**

الاوّل: انّ میزان المخالفة والموافقه، دلالةُ الکتاب و حیثُ فُرِضَ الشّک ای عدم الدّلالة فلیس مخالفاً للکتاب و لا یحتاجُ الیٰ اجراء الاصل.

الثّانی: انّ مرجع الشکّ هنا الیٰ الشّک فی جعل الشّارع کالشّک فی شرب شیءٍ فاجراء الاصل هنا بمعنیٰ انّ شرطه، لیس شرطاً مخالفاً للکتاب.

ربّما یقال: انّ شرط ترک الحلال الّذی لیس مخالفاً للکتاب ظاهراً، من تحریم الحلال و هو داخلٌ فی مخالفة الکتاب حتّیٰ فی جانب فعل الحرام الّذی لیس مخالفاً للکتاب **بل** معصیةً للخالق کما اذا شَرَطَ ان یشرب الخمر او شَرَط ان یترک الصّلاة، داخلٌ فی مخالفة الکتاب کما عن الشّیخ(ره) **غایة الامرّ**، المخالفةُ هنا بمعنیٰ الالتزام بالشّرط لا باعتبار مورد الشّرط **و لکنّ الّزاقی** فی العوائد صرّح بخلاف ذلک و عَبَّرَ الشّیخُ عنه ببعض المعاصرین فی المکاسب **و حاصل کلامه(ره)** انّ موردَ المخالفة للکتاب والسّنة، هو القسم الاوّلُ لا القسم الثّانی **لانّ** کتاب اللّه و سنّة نبیّه صلی الله علیه و آله ، من قبیل الاحکام والقضایا الحقیقیّة والاعتبارات ویلزم ان یکون مخالِفُها من قبیل الاحکام **ولکنّ** الفعل لا الوصف بمخالفةٍ و لا موافقةٍ للکتابُ السنّة و لا یسمّیٰ فعل الحرام، المخالفة للکتاب **بل** انّما یعصی **فبناءً علیه**، الالتزام فیی جعل

الحرام و ترک المباح، ليس داخلاً فی تحريم الحلال و تحليل الحرام لعدم كونه مخالفاً للكتاب **بل** يدخلان فی المعنيين منه **غاية الامر وقع التّعارض بين ادلّة** الشّروط و ادلّة تلک المحرّماتُ النّسبة بينهما عمومٌ، من وجهٍ فيرجّح ادلّة التّحريم للاجماع و الاّ تتعارضان و تتساقطان و الرّجوع الیٰ الاصل.

اورد علیٰ الشّيخ(ره) انّ هذا، يوجب كون: «**المؤمنون الخ**» لغواً **و ذلک لانّ** قوله «**المؤمنون**» فی المحلِلاّت، يبتلی بالمعارض بادلّة الحليّة فی المحرّمات يَبتلی بالمعارض بادلّة الحرمة و تتعارضان و تتساقطان و الرّجوع الیٰ الاصل و الاصل الاوّليّ فی شرط ترک المباح، استصحاب بقاء الاباحة و فی شرط ترک الواجب، استصحابُ بقاء الوجوب و فی شرط فعل الحرام، استصحاب بقاء الحرمة .

و انت كما ترىٰ يعمل هنا ما يعمل فی صورة فقدان: «**المؤمنون**» و تصير «**المؤمنون**» لغواً بلافائدةٍ.

قال الشّيخ(ره) بعد الزّاقی(ره): اَلاَوْلیٰ ما ذكرنا من انّ كلا القسمين، داخلان فی المستثنیٰ ای شرط كون حكم الوضعیّ و شرط كون الطّلاق بيد المرأة كما انّه شرط مخالف للكتاب فشرط فعل الحرام و شرط ترک المباح ايضاً مخالفٌ للكتاب، يصدق تحليل الحرام عليهما و ليس المرادُ من المناقصة، التّناقض و التّضاد الاصطلاحیّ.

ثمّ قال(ره): انّ التحقيق انّ الاحكام علی قسمين:

احكامٌ فعليةٌ ليست قابلةٌ للتّغيير بشرط و نحوه سواءٌ كانت فی مورد المحرّمات، او فی موردِ اُلمحلّلات و شرط التّرک فيها مخالفٌ لكتاب اللّه **لانّ** كتاب اللّه، يمنع و هذا الشّرط يجوّزُ.

و قسمٌ من الاحكام، حيثيّةٌ ليس فيها تحريمُ الحلال و تحليل الحرام.

و الحقّ مع الشّيخ(ره) و قول الزّاقی(ره) فی غاية الضّعف و لوُجّهه السّيد(ره) فی الحاشية **و لكن هنا امر ان فی قول الزّاقی:** الاوّل هو انّ عقد التّعارض بين دليلِ الشّرط و ادلّة المحرمات غريبٌ جدّاً **لانّ** العرف لايریٰ التّعارض فی المقام و ليس

عملُ الفقهاء علیٰ ذلک و ینبغی ان یشبّه الشّیخ(ره) لذلک ایضاً.

الامرُ الثّانی انّ قوله علیه السلام: «**... الاّ شرطاً اَحَلَّ حراماً او حَرَّمَ حلالاً**» کقوله «**... الاّ ما خالف کتاب اللّه و السّنة**» من قبیل الاستثناء المنقطع المرتکز، **فَفُرِضَ هذا استثناءً تعبّدیاً و البحث** عن مفرداته و عقد التّعارض بینهما و بین ادلّة المحرّمات، غیر جایزٍ فلو لم یرد هذا الاستثناء لایجوز العمل باطلاق: **المؤمنون**... ایضاً.

ثمّ انّ الشّیخ(ره) اورد امثلةً لتحلیلِ الحرام **ولکن ذَکَرَ امثلةً کتحریم الحلال بالشّرط مُشکلٌ** و الاشکال السّابق ذکره، باقٍ هنا **لانّ المراد** من المحلّلات، ان کانت المحلّلات المعروفة الّتی تصیر محرّمات بشرط التّرک **فحینئذٍ** مجالٌ للسّؤالِ **و هو انّه ما الّذی یجوّزها و موجبٌ للفائدة منها؟**

اللّهم الاّ ان یقال: انّ حلیّة بعض المُحلّلات، من قبیل الاحکام الفعلیّة ای انّ الحلیّة باقیةٌ حتّیٰ فی صورة عروض العناوین الثّانویّة و هذا النّوع من المحلّلات المحرّمات کالمحرّمات فکما انّ المحرمات من الاحکام الفعلیّة و تشمل المحالات العارضة **فکذلک** هذا النّوع من المحلّلات و ذلک کتزویج المرأة الثّانیه و کالتّسری فهما و ان کانا من قبیل المباحات **ولکن** ان شُرِطَ فیها بشرط ان لایتزوّج و لا یتسرّیٰ، کان من تحریم الحلال کما وَرَدَ فی الرّوایات من انّه لا یجوز لانّه قال اللّه تعالی:«ما طاب لکم من النّساء مثنیٰ و ثلاث و رباع...»[1].

و لکنّه(ره) ردّ هذا ایضاً لانّه یعلم انّ الحلیّة من قبیل الحلیّة الفعلیّة المطلقة **لانّ** ادلّة المُحلّلات کُلّها، متضمّنةٌ للحکم الحیثیّ الاقتضاییّ و العنوانیّ و لیست من قبیل الاحکام الفعلیّة و کون حکم من الفعلی، یحتاج الیٰ دلیلٍ بخلاف ادلّة المحرّمات **حیث** تدلّ علیٰ الحکم الفعلیّ، **فالاشکال حینئذٍ** باقٍ عنده(ره) فی تحریم الحلال **و الشّیخ(ره) نَقَلَ** غیر هذا التّفصیل من التّفصیلات المتعدّدة لحلّ الاشکال غیر المُقْنِعَةِ عنده(ره): **منها:** ما نقل عن الّزاقی(ره) کما اشترنا الیه سابقاً من انّ شرط الفعل و التّرک، لیس من قبیل شرط التّحلیل و التّحریم؛ **و لازم هذا التّفصیل**، انّ شرط الفعل

---

۱. سوره نساء آیه ی ۳.

و شرط التّرک، ليس داخلاً فی مستثنیٰ:

«المومنؤن عند شروطهم الاّ ما اَحَلَّ حراماً او حَرَّمَ حلالاً» و هـذا مـثل: **«الاّ مـا خالف کتاب اللّه او السّنة». منها:** التّفصيل الّذی قال به الميرزا القمیّ فی رسالة کَتَبَهٰا فی المسألة **و حاصل کلامه(ره)** «انّ شرط الفعل و التّرک، داخلٌ فی المستثنیٰ و من شرط التّحليل و التّحريم **الاّ انّ الاحکام** جرت علیٰ طبقِ طبايع الاحکام فَاِنْ شَرَطَ ترک مطلق الطّبيعة فهو من التّحريم و اَمّا اِن شَرَطَ فی زمانٍ او مکانٍ او بالسنّة الیٰ شخص فهو ليس من التّحريم و التّحليل فمثلاً اِنْ شَرَطَ الاّ تأکل الخُبز ابـداً فـهو تحريم الحلال **و اَمّا اِنْ** شَرَطَ الاّ يأکل الخبز فی اليوم، فليس من تحريم الحلال **لانّ** اليوم، ليس له حکمٌ فی الشّرع **بل** الحکم، متعلّقٌ الیٰ الخبز.

التّحقيق فی المسألة و المختار فيها کما قلناه، مـن انّ الاسـتثناء، ليس اسـتثناءً تعبديّاً **بل** هو من قبيل الاستثناءِ المنقطع بحيث لو لم يکن هذا الاستثناءُ وارداً من الشّرع لقلنا بعدم صحّة هذا الاستثناء، **هذا فی المحرمات.**

و امّا المُحلّلات فقد قلنا: انّ قسماً منها ليس بمجعولٍ **و الجعل** اِنْ وُرَدَ فـيها فـی موردٍ هو امّا لبقاء الحالة السّابقة او لجعل بعض النّاس، المحلّلات و اللّذائذ تحريماً لهم **زعماً منهم انّ** هذا النّوع من التّحريم، موجبٌ للتقرّب.

و قسماً آخر کان مجعولاً فقول الميرزا القمیّ فيه کلامٌ جيّدٌ مُثبِتٌ.

و امّا تقسيم الاحکام الیٰ الحلال و الحرام الحيثیّ و الذّاتـیّ و الفـعلیّ و ايـجاد الفرق بين ادلّة المحرّمات و المحلّلات بالاطلاق الحاليّ فی الاُوْلیٰ و و عدمُها فی الثّانية **فنقول:** انّ المراد من الاطلاق الحاليّ ان کان بمعنیٰ ملاحظة الحالات، فليس هذا، فی المحرّمات و لا فی الُمحلِّلات حيث لم تکن العناوين الثّانويّة، ملحوظةً فيها ابداً **و ان کان المراد، الاطلاقُ** الّذاتی فی مقام عروضِ هذه الحالات فهو علیٰ السّواء فی کليهما فليس فرقٌ بين ادلّة المحرّمات و الُمحلِّلات من حيث الاطلاق الحاليّ **بل الفرقُ** بينهما من حيث المَفسدةِ فی المحرّمات و عدمها فی المحلّلات.

مسألةٌ: من جملة شرائط صحّة الشّرط، عدم كونه مخالفاً لمقتضىٰ العقد.

المخالف لمقتضىَ العقد تارةً يكونُ مُخالِفاً لجزء العقد، مثلاً لو قال:

«بِعتُک بلاٰ ثمنٍ او آجرتُکَ بلاٍ اُجرةٍ، كان مخالِفاً لمقتضىٰ عقد البيع و الاجارة **لانّ** الّثمن و المثمن فى البيع و الاجرة داخلٌ فى ماهيّتهما و من الاجزاء المشكلّة لهما و شرط عدمها مخالفٌ لتحقّق العقد و مقتضاه.

و اُخرىٰ: بان يكون مُخالفاً للعقد بنحو المدلول الالتزامىّ البيّن بمعنىٰ الاخصّ اى لِلازمه غير المنفكّ عن الماهيّة كَاَنْ شَرَطَ للمالکُ عدم التّصرف فيه بايٍّ نحوٍ من التصّرفات و المراد من اللاّزم هنا، لازمُ مطلقِ الماهيّة.

و امّا لازم اطلاق الماهيّة فلا مانع من شرطه فهو بحكم الانصراف **ففرقٌ بين لازمِ اطلاق العقد و بين لازم مُطلقِ العقد،** فكثيراً ما يتكرّر فى كلامهم: انّ هذا، لازمُ اطلاقِ العقد او هذا، لازم مطلق العقد **كثيراً** ما يقولون: اِنّ هذا الشّرط، ليس بجائزٍ مثلاً يجاب عنه بانّ هذا جائز **لانّه** لازم الاطلاق دون المطلق فيراد بشرط مخالف مقتضىٰ العقد بمعنىٰ اللازم، ما كان مخالفاً مقتضىٰ مطلق العقد لاما كان مخالفاً لمقتضىٰ اطلاقِ العقد.

الدّليلُ لعدم جواز المخالف لمقتضىٰ العقد امران:

الاوّل: كونه مستلزماً للتّناقض فى الانشاء فلا يُمكن الوفاء بهما **لانّ** المبيعَ معناه، مُبادلةُ مالٍ بمالٍ و شرطُ عدم الّثمن **معناه،** عدم مُبادلةِ مالٍ بمالٍ **و حينئذٍ امّا** تعارُضا و تساقطا للتّمانع او لتقدّم الاصل منهما و يعرض عن البايع كما يقال بعينه فى باب تعارض الوصف و الاشارة **حيث** يقدّم الاصل منهما **بانّ** مورد نظر المتكلّم و قصده فى اغلب المقامات بالمشار اليه و انّما وصفه، من باب الاشتباه فى التّطبيق و هو ادّعاءٌ او يقال: بانّ مورد النّظر و العناية، الموصوف و انّما اِشْتَبَهَ فى الاشارة

الیٰ ذلک الموصوف.

و الثّانی: انّه مخالفٌ للکتاب **حیث** انّ البیع معناه، مبادلةٌ حیث قال الله تعالیٰ: **﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾**[1] ای «احلّ»، المبادلةَ و البیعُ من دون ثمنٍ و بدلٍ، مخالفٌ للکتاب **بعبارةٍ اخریٰ مُقتضیٰ** العقد سواءٌ کان بمعنیٰ جزء العقد اولازمه غیرا المتخلّفً، داخلٌ فی مسمّیٰ العقد و دلیل الامضاءِ، بمضییّه بجمیع خصوصیّاته و بکافّة لوازمه و شرط خلافه مخالفٌ للامضاء الوارد فی الکتابِ و السّنة.

اورد السّید﵀ علیٰ الدّلیل الاوّل اشکالین:

الاشکالُ الاوّل: انّه بعد الاعتراف بلزوم التّناقض فی جزء الماهیّة، یقال: **بانّ التّناقض** فی مورد لازم الماهیّة الّذی هو غالب الموارد وقوعاً، **غیر تامٍّ** لعدم لزوم التّناقض فی صورة اختلاف الموضوعات کان شَرَطَ عدم التمتّع لایُخالفُ مع عقد الزوّاج **لانّ** موضوع انشاء العقد اوّلاً الزّوجیّة و موضوع الانشاء الثّانی و الشّروط، اثر الزّوجیّة و هذا، لایعدّ من التّناقض فی شیءٍ **فحینئذٍ**، یکون الدّلیل اخصَّ من المُدّعیٰ **بل** تعرّض الشّیخ﵀ لفردٍ نادرٍ مع اهمالِ الفرد الشّایع و هو القسم الثّانی.

الاشکال الثّانی: انّ احتمال الوجه الثّانی و هو الاخذ بانشاء العقد و الغاء انشاء الشّرط **لانّ** الشرط تابعٌ، **بلاوجهٍ لانّ** المسألة، لیست دائرةً لمسألةِ الاصالة او التّبعیّة و هذا شیءٌ ذکروه فی باب تعارض الوصف و الاشارة.

و الدّلیل الثّانی ایضاً مردودٌ بانّ هذا الدّلیل، غیر ملائمٍ مع الدّلیل الاوّل **لانّه** اذا کان الشّرط من قبیل التّناقض فی الانشاء و لم یتمشّ القصدً، کان کلاهما باطلاً او کان العقد صحیحاً و الشّرط باطلٌ **لانّه** لم یکن انشاء العقدِ جدیّاً، فلیس حینئذٍ شرطٌ حتّی یکون مخالفاً لکتاب الله او غیر مخالفٍ؟

اقول: مع فرض المسألة ای مع فرض کون الشّرط مخالفاً للازم الماهیّة غیر المنفکّة عنها و من قبیل الزّوجیّة للاربعة، لامجالَ للبحثِ و الاختلافِ و الاستدلالِ

---

١. سورهٔ بقره، آیهٔ ٢٧٥.

و ذكرِ الادّلة عليها **حيث كانت قضايا قياساتها معها** و من جملة القضايا الضّروريّة بشرط المحمول **«كزيد لا الكاتب، كاتبٌ بالضّرورة»**.

و امّا الدّليلان اللذّان تمسّك الشّيخ﵀ بهما، فكلاهما محلُّ تأمّلٍ:

امّا فی الاوّل فلانّ جعل المانع فی الوفاء فی مورد كون الشّرط، مخالفاً لجزء العقد كما عن الشّيخ﵀، **لايخلوعن تعجّبٍ لانّ** المانع، انّما هو فی مرحلة الانشاء و العقد قبل مرحلة الوفاء **لانّ** القصد الجدّی من العاقد، لايتحقّق بالنّسبة الیٰ العقد المتناقض **نعم:** اذا كان الشّرط مخالفاً للاّزم غير المتخلّف عنه، فلم يتحقّق التّناقض لعدم اتّحاد الموضوع فيهما **الّا انّه يمكن ان يقال:** بعدم تمشّی القصد الجِدّی فی مثل هذا المورد ايضاً ان كان اللاّزم غير المنفكّ عرفاً؛ **و ان قلنا** بتحقّق القصد الجِدّی هنا لو انشاء العقد و شَرَطَ نفی واحدٍ من آثاره و احكامه **فيمكن** ان يقال: انّ الشّرط هنا، باطلٌ قطعاً **و امّا كون المشروط باطلاً ام لا؟ فمبنیٌ علیٰ كون الشّرط الباطل الفاسد هل يوجب فساد المشروط ام لا؟** فلا يجوز حينئذ قوله﵀ بوجود التّمانع و عدم الوفاء بالشّرط و المشروط و لزوم التّساقط او القول بانّ العقد، يصحّ لإصالته و الشّرط باطلٌ لكونه كان تبعيّا؟

و من هنا ظهر، ضعف ما قال فی موضع آخر ايضاً **حيث قال﵀: انّ الشّرط المخالف لمُقتضیٰ العقد مُبطِلٌ للعقد من غير ابتنائه علیٰ مُفسِدِيَّةِ** الشّرط الفاسد.

و امّا فی دليل الثّانی فيرد عليه اوّلاً:

انّ مسألة خلاف الكتاب و السنّة، مسألةٌ اُخریٰ تقدّم الكلام فيها.

ثانياً: لايصدق خلاف الكتاب و السنّة هنا **لانّ** المراد من مخالفة كتاب الله، ما يكون مخالفاً له ينصّه او بظاهره **لا انّ المراد منه وردُ خبرٍ عن النّبیﷺ او الائمّة او دلّ العرفُ علیٰ شیءٍ فی العقد و بمقتضیٰ: «أَطِيعُوا اللهَ وَالرَّسُولَ»[1]؛ «وَأَحَلَّ اللهُ**

---

١. سورة آل عمران، آية ٣٢.

الْبَيْعَ»[1] كان مدلول الخبر و العرف دلّ عليه الكتاب و خلافه خلاف، الكتاب و السّنة و قول الشّيخ﵀ هنا، من هذا القبيل.

هذا كلّه الىٰ هنا كان البحث عن كبرىٰ المسألة **و هو ما الدّليل علىٰ فساد الشّرط المخالفُ لمقتضىٰ العقد؟**

بحثٌ آخر راجعٌ الىٰ صغريات المسألة و هى انّ الشّرائط الّتى هى محلّ الخلاف، من ايّ القسمين كانت؟ هل من قبيل شرائط المخالف لمقتضىٰ العقدام غيرها.

بَقِيَ من الكبرىٰ هذا المطلبُ و هو انّ الشّيخ﵀ تَسلَّمَ انّ مثل **«بعتك بلاثمنٍ»** و **«آجَرتُكَ بلا اجرةٍ»** فاسدٌ موجبٌ للضّمان لقاعدة: **«ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده» و صاحب الجواهر﵀ بعد الاعتراف بكونه تبعاً فاسداً** صرّح بعدم الضّمان **لانّ معنى «ما يُضمَنُ الخ»** اِن كان يُضْمَنُ به، فلا يُضمن بفاسده.

و من الواضح: انّ **«بعتك بلا ثمنٍ»** و **«آجرتك بلا اجرةٍ» لوكان صحيحاً لا يُضمن و ردّه الشيخ﵀** فى باب البيع فى مسألة: «ما لو قبض ما ابتاعَهُ بالعقد الفاسد، لم يملكه و كان مضموناً» بانّ معنى القاعدة انّ **«ما يضمن الخ»** يفرض فعليّاً لا تقديراً كما فعله صاحبُ الجواهر﵀.

اقول: بناءً علىٰ ما قلناه، لايصحّ القول ببطلان هذا النّوع من البيع و الاجارة و الضمّان فيه **و ذلك انّ فى قولنا: «بعتك بلا ثمنٍ» احتمالانِ: احتمالٌ ظاهرٌ عرفاً** بانّ استعمال كلمة البيع فى مقام الاثبات، معناً مجازيّاً يراد منه الهبة فى البيع و العارية فى **«آجرتك بلا اجرةٍ»** كقولنا: «رأيت اسداً يرمى»، حيث يراد من جمع، **«اسداً و يرمى»** كون المراد منه، الرّجل الشّجاع.

و احتمالٌ آخر نادرٌ شاذٌّ و هو انّه قَصَدَ حقيقة البيع و نَفىٰ اثراً من آثاره و احكامه اى العلم بارادة البيع من **«بعتك بلا ثمنٍ»** و الاجارة من **«آجرتك بلا اجرةٍ»** بماله المعنىٰ **و لنا هنا، مشىٌ** و للشّيخ﵀ مشىٌ آخر و قد قلنا نحن: انّ الارادة

---

١. سورهٔ بقره، آيهٔ ٢٥٧.

الجدّیة، لا تتمشیٰ هنا فهو لیس ببیعٍ و لا اجارةٍ.

امّا الکلامُ فی الصّغریات، ففیه غموضٌ من حیث الادّلة و من حیث الفتاویٰ لانّهم جوّزوا الشّرط فی مواردَ و مَنَعُوا فی اشباهها **و لذا** وقع الاشکال فی الجواز و المنع.

فمنها: انّه لو شَرَطَ فی ضمن العقد، اَنْ «لا یَبیعُ و لایَهَبُ»، فالاکثر ذهبوا الیٰ عدم صحّته **لانّه** خلاف سلطنة المالک و خلافُ مقتضیٰ العقد **حیث** انّ من مقتضیٰ العقد، التّسلّط فی ملکه بایِّ تصرّفٍ من الهبة و البیع و غیر ذلک من التّصرفات.

کما انّهم اجمعوا علیٰ صحّته فی مورد کما لوباع العبدَ بِشَرْطِ ان یعتقد، کان صحیحاً او لو باع العین بشرط کونها وقفاً علیٰ البایع او علیٰ و الد البایع، کان صحیحاً.

هنا مجالٌ للسؤال و هو انّه ما الفرق بین المثالین؟

غایة ما یمکن ان یقال فی الفرق بین المثالین ما ذکره العلّامة﵀ من انّ: بناء العتق علیٰ التّغلیب و الشّیخ﵀ فی مقام الردّ علیه قال: بعد قبول هذا فی العتق قلنا: انّ هذا التّغلیب، لم یجر شرعاً فی الوقف سیّما للبایع او والده **مضافاً الی ذلک** انّ التّغلیب، لایصحّح اشکال خلاف مقتضیٰ العقد کما عن الشّیخ﵀ و لاتوجد الارادة الجدّیّة کما قلناه سابقاً.

و وجهٌ آخر فی الفرق بینهما: انّ الثّانی ای مسألة العتق، مسألةٌ اثباتیّةٌ بمعنا انّه تُؤکِّدُ اِعمال سلطنة المالک فی العتق **بخلاف الاوّل حیث** کان فیه نفیُ سلطنة المالک.

و السّیّد﵀ و ان قال فی هذا الوجه، «**کما تریٰ**» **ولکن قول السّیّد﵀ هوکماتریٰ بالجملة**،کون شرطٍ مخالف لمقتضیٰ العقد و الکتاب یختلف باختلاف الموارد و فهم العرف و المرجعُ فیه هو العرف لا الشّرع.

***

ذَکَرَ الشّیخ﵀ هنا مواردَ اُخریٰ فی مسألة الشّرط المخالف لمقتضیٰ العقد کما ذکر﵀ اکثرها سابقاً فی مسألة کونه مخالفاً للکتاب و السنّة **حیث** انّ المخالفة

للكتاب، تنطبق فيما نحن فيه ايضاً **لانّ** بينهما اعمُّ و اخصُّ مطلقاً **ای كلّما** كان مخالفاً لمقتضیٰ العقد فهو مخالفٌ للكتابُ و السّنة و لاعكس **ای، ليس** كلّما كان مُخالفاً للكتاب و السنّة، يلزم ان يكون مُخالفاً لمقتضیٰ العقد.

منها: مسألة شرط سكنی الزّوج.

منها: مسألة شرط الارث المتمتّع بها

منها: شرط الضمّان فی العين المستأجرة.

ذكر الشّيخرحمه‌الله انّ تشخيص كون هذه الموارد مخالفةً لمقتضیٰ العقد، كما يكون الامر كذلک فی مسألة كونه مخالفاً للكتاب و السنّة و الكلام فيها هو الكلام فيها **و اضاف**رحمه‌الله هنا موردين لم يكن ذكرهما فی مسألة الشّرط المخالف للكتاب و السّنّة:

احدهما: مسألةُ العتق و الوقف و قد ذكرهما سابقاً فراجع.

ثانيهما: شرط عدم تحمّل احد الشّريكين، الخسارة.

بِاَنْ يكون الرّبح باحدهما و الخسران لآخر علیٰ خلاف مُقتضیٰ الشّركة بانّ الرّبح و الخسران، بالنّسبة الیٰ رأس المال **و صرّحوا هنا** بعدم صحّة هذا **بل** يلزم تسألمهما عليه.

نعم: جَوِّزَ هذا الشّرطَ بعضُ ماورد من الاخبار منهم‌عليهم‌السلام:

فی الوسائل فی كتاب التّجارة فی ابواب بيع الحيوان ـ الباب ١٤.

الحديث الاوّل: «محمّد بن يعقوب، عن محمّد بن يحيیٰ، عن احمد بن محمّد، عن ابن محبوب، عن رفاعة قال: سألتُ‌عليه‌السلام عن رجلٍ شارَکَ فی جاريةٍ له و قال: ان ربحنا فيها و لک نصف الرّبح و ان كانت و ضيعةً، فليس عليک شیءٌ **و قال**عليه‌السلام: **«لا ارىٰ بهذا بأساً اذا طابت نفسُ صاحب الجارية».**

الحديث الثّانی: باسناده، عن احمد بن محمّد بن عيسی، عن ابن محبوب عن خارج بن جليل، عن ابن ربيع، عن ابی عبدالله‌عليه‌السلام قال: فی رجلٍ شارَک رجلاً فی جاريةٍ و قال: ان ربحتَ فَلَکَ و اِنْ وضعتَ فليس عليک شیءٌ و قال‌عليه‌السلام: **«الابأسَ بذلکَ اذاكانت الجاريةُ للقائل».**

ردّ ابن ادريس الحلّىﷺ هذه الرّوايةَ **بناءً على مذهبه حيث لم يعمل باخبار الآحاد** فيما خالفت الرّواية، القواعدَ فى باب الشّركة **حيث** انّ القاعدة فى الشّركة، تقتضى الشّركه فى الربّح و الخسران.

و الشّهيد الثّانىﷺ ايضاً صرّح بانّ هذه، خلاف عقد الشّركة **بل** خلافُ اصول المذهب بعد ذكره**ﷺ** انّ قوله**ﷺ**: **«المؤمنون عند شروطهم»** يجوّزه **و مع ذلك** عَمِلَ الشّهيد الثّانى فى الدّروس بهذا الحديث **لانّه** خلافُ اطلاق العقد، لاخلاف مطلق عقد الشّركه اى ليس هذا من لوازم ماهيّة الشّركة حتّىٰ يكون شرطه مخالفاً لمُقتضىٰ العقد.

و يردّد المحقّقﷺ **فى بحث الشّرائط فى هذا الحديث** و قال: **«فيه تردّدٌ» و المروّى، الجواز بل** احتمل الشّهيد الاوّل فى الدّروس: التعدّى من مورد الرّواية و هو بيع الحيوان الىٰ غيره **حيث** انّه لم «تكن المسألة» تعبّديّةً.

حيث علّلﷺ **فى الرواية المرويّة** عنه بقوله**ﷺ**: **«اذا كانت نفسه صاحب الجارية»** فهو حكمٌ علىٰ وفق القواعد و ليس حكماً مخالفاً للقاعدة حتّىٰ يقتصر علىٰ مورده.

هنا تفصيلٌ كما عن بعضٍ و اشار اليه السّيد**ﷺ** فى الحاشية و هو الجواز فى موردٍ و عدم الجواز فى موردٍ آخرَ **و ذلك انّ منفعة المال المشترك تارةً من قبيل المنافع المتّصلة و المنفصلة.**

و أُخرىٰ من قبيل ارتقاء السّعر، السّعر بين البيع و الرّبح فان كان من قبيل الاوّل فهو قابلٌ للاشتراط و ليس شرطاً مخالفاً لمُقتضىٰ العقد **لانّ** ذلك بمنزلة اسقاط احدٍ من حقّه لحصول حُسْنٍ من مالكه.

و ان كان من قبيل الثّانى، فالشّرط غير صحيحٍ **لانّه** مخالفٌ لمفهوم المعارضة فى المِلكين لعدم دخولِ العوضِ فى ملك من خَرَجَ المعوّض عن ملكه.

و لذا قالو انّه اذا اَعطَىٰ المالكُ شيئاً قال: **«اِشْترَ به لنفسك طعاماً»**، فهو ليس غير صحيحٍ علىٰ ظاهره الّا بتقدير التّمليك آنّاماً قبل الاشتراء **و حينئذٍ** يصّح.

يمكن ان يجاب عنه بما قال السّيّدﷺ فی باب الفضوليّ فی باب انّ الغاصب الفضوليّ يبيع عن نفسه و كيف يجبره المالک عن نفسه لاعنه؟

و حاصل الجواب عنه بانّ هذا، ليس مُخالفاً لمفهومِ المعاوضة و لا تدّل عليه قاعدةُ المعاوضة الّتی قال بها العلّامة و انّما قال بهذا فی مقابل عدم كونه مجّاناً و لصدق المعاوضة علیٰ قوله: «**اِشتَرْبه لنفسک طعاماً**» و لاحاجةَ الیٰ التّقدير رأساً و هذا مرادُ من يصرّح بانّ المعاوضة باعتبار المالين فی صورة الشّرط لا باعتبار المالكين.

و يشهد علیٰ ذلک العرف ايضاً حيث يصدق علیٰ هذا القول: «اِشتَرْبها لنفسک طعاماً»، العقدُ و المعاوضةُ.

و لذا نقول: التّحقيق هو انّ تحقيق السّيّدﷺ فی باب الفضولی بعينة، يجری هنا ايضاً **و نِعْمَ التّحقيق؟**

و بهذا ظهران تحقيق الشّهيد الاوّل فی الدّروس فی الجواز، **لا يخلو عن قوّةٍ لانّه** مطابقٌ للقاعدة و ليس فيه خلافُ القاعدة و وردت فيه ايضاً روايةٌ و يجوز التعدّی منه الیٰ غير مورد الرّواية.

و بهذا ظهر انّ قول الجواهر بعدم الجواز لكونه خلاف مقتضیٰ العقد و الرّواية ايضاً، من باب الاباحة و طيب النّفس بعد ورود الخسارة، **لايخلوعن ضعفٍ لانّ** الرّواية، دلّت علیٰ الجواز و من قبيل العلّة المنصوصة و مطابقٌ لعمل العرف و تصدق المعاوضةُ عليه ايضاً.

فالحقّ انّ: شرط هذا فی باب عقد الشّركة و هكذا فی عقد التّشريک، لامانِعَ منه **ثمّ انّ الشّيخﷺ قال:** انّ لاجل ما ذكرنا من المحقّق الثّانی صاحب جامع المقاصدﷺ مع تبحّره فی الفقه حتّیٰ لُقِّبَ بالمحقّق الثّانی، **اِغْتَرفَ بالاشكال و هو انّ تشخيص** موارد خلاف مُقتضیٰ العقد كَاَنْ شَرَطَ عدم انتقال المال فی ذمّة الضّمان فی عقد الضّمان و شَرَطَ عدم اشتغال ذمّة الْمحالُ عليه فی عقد الحوالة و شَرَطَ عدم حصول الثّقة فی الرّهن و عدم كونه تحت يديه و كونه مقبوضاً، **مشكلٌ و ذكرهنا**

موردين:

المورد الاوّل: انّه عند المشهور شرطُ عدمِ البيع، باطلٌ **ولكن** شرطُ عدم الانتفاع او عدم البيع فی زمانٍ معيّنٍ، صحيحٌ مع انّ الفرق بينهما، مشكلٌ جِدّاً **لانّ** كليهما خلافُ مقتضیٰ العقد **لانّ** عدم التسلّط، لافَرْقَ فيه بين زمان قصيرٍ او طويلٍ او مُؤبّداً.

المورد الثّانی: هو انّ شرط عدم الخيارات كخيار الحيوان و نحو ذلک، مخالفٌ للادلّة ثمّ **قال المحقّق الثّانی الّذی يجسّم مادّة الاشكال:** انّ الشّرط اِنْ اُدِعیَّ فيه صحّةً و فساداً فيتبّع و ان لم يكن فيه اجماعٌ **ولكن** ان علمنا عدم جوازه من الخارج سواءٌ كان لاجل خلاف المقتضیٰ او خلاف الكتاب او جوازه نأخذبه **و ان شككنا فی جوازه** و عدمه فهو موكولٌ الیٰ نظر الفقيه **لانّه** ليس فيه ضابطٌ يحكم بخصوصيّات كلّ موردٍ.

الشّيخ رحمه الله بعد ذكر هذا من جامع المقاصد رحمه الله لم يقبل الاخيرَ منه رحمه الله **و صرّح** بانّ فيه ضابطٌ مع كونه مُشكِلاً بما هو حاصلُ كلامه رحمه الله: انّ الشّرط المخالف للمُقتَضِی اِمّا من قبيل المخالف عرفاً او من قبيل المخالف شرعاً ای اِمّا مخالفٌ لمقتضیٰ المدلول العرفیّ للعقد او مخالفٌ لمقتضی المدلول الشّرعیّ للعقد فان كان الشّرط مخالفاً للمدلول العرفیّ للعقد فلا يتّاتیٰ معه انشاء العقد كما لو قال: «**بعتُک بلاثمنٍ**»، لم يتأتّ هنا انشاء العقد **لانّ** ايجاد النقيّضينِ، غير ممكنٍ و هذا من قبيل انشاء النقيّضين.

و ان كان الشّرط مخالفاً لمقتضیٰ الشّرعیّ للعقد فالاحكام علیٰ قسمين:

حكمٌ فعلّیٌ و اطلاقٌ احوالیٌ حتّیٰ حال الشّرط؛ و لا يجوز فيه شرط الخلاف و ان كان الحكم من قبيل الحكم الفعلیّ الحيثیّ و ليس فيه اطلاقٌ احوالیٌ، **فشرط الخلاف جائزٌ و ان شككنا فی احدهما** فالاصل، عدم ثبوت الحكم علیٰ الوجه الفعلیّ **و انت كما تریٰ** يمكن لنا تعيين ضابطةٍ للموارد و ليس حكم «جامع المقاصد رحمه الله» عند الشّيخ رحمه الله بصحيحٍ.

اقول: بناءً علیٰ ذكر كلامٍ فی ذيله بَقِیَ الاشكالُ بحاله و ليس الاشكالُ مردوداً

هذا اوّلاً:

و ثانياً: الموردان اللّذان ذكرهما، لاينبغی الاشكال فيهما كما تقدّم الكلام فيه.

و امّا مسألة شرط عدم الخيارات فقد قلنا فی باب الخيارات انّ شرط عدم الخيارات بمعنیٰ السّقوط و هو لا اشكالَ فيه.

و هكذا، فرقُ عدم الانتفاع فی زمانٍ معيّنٍ مع شرط عدم الانتفاع دائماً، **واضحٌ** لاينبغی الاشكال فيه **لانَّ شرط عدم الانتفاع مطلقاً، ينافی مفهوم البيع لانّ انتفاعاً ما فی البيع كالمُقوِّم ولكن عدم** الانتفاع وقتاً ما ليس كالمقوّم، لايخالفُ مع مفهومِ البيع.

ثمّ انّ الشّيخ ذكر فی تحقيق ما ذكره(ره) انّ فی مثل شرط ان يكون الجماع بيد الزّوجة، استفاد الفقها: انّ هذا لايُلائِمُ مع قوله تعالیٰ: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**﴾[1] **حيث** انّ قوله تعالیٰ، حكمٌ فعلیٌ لايُلائمُ مع جعل السّلطنة بيد الزّوجة ای الاختيار بيد الزّوج و سلب الاختيار عنه، منافٍ لقوله تعالیٰ المذكور و فی مقابل هذا، فهم الفقهاء من قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار**»، الحكم الحيثیّ.

اقول: فيه موارد من الاشكال:

منها: انّ قوله ﷺ «**انّ شرط المخالف لمُقتضیٰ العرّفی للعقد، لايتأتّیٰ معه انشاءُ العقد**» فی غاية المتانة **ولكن** يناقض هذا مع ما قال ﷺ به فی اوّل المسألة من انّ التّنافی بين العقد و الشّرط، يوجب فساد الشّرط فلا يمكن الوفاء به **فالامرا دائرٌ بين تساقطهما او سقوط الشّرط و بقاء العقد لانّ الشّرط تابعٌ.**

و ظاهر هذا، يُعطِی انّ الانشاء، ممكن التّحقّق **غاية الامر** يرد عليه اشكالُ التّعارضِ و حكمُ التّعارضِ.

الحقّ، ما ذكره هنا لا ماذَكره هناك.

و امّا الضّابطةُ الّتی قال بها الشّيخ فی المخالف للمُقتضیٰ الشّرعیّ للعقد **ان قبلناها** للتنتفع فی الشّرط المخالف لكتاب‌الله و كلامُنا فی خلاف مُقتضیٰ العقد و لا تجری

---

۱. سورهٔ نساء، آيهٔ ۳۴.

هذه الضّابطة فيها و ان وقع امتزاجٌ فى كلام الشّيخ﵀ و بعضُ آخر **ولكن** مناط البحثين، مختلفٌ.

مضافاً إلىٰ ذلك قلنا انّ هذه الضّابطةَ غير تامّةٍ حتّىٰ فى شرط المخالفِ لِلكتابِ و السنّة لعدم ثبوت الحكمين: الحيثىّ و الفعلىّ.

و امّا التأمّل فى المثالين فهو باقٍ ايضاً لانّ قوله﵀ فهم الفقهاء من قوله﵇: «**البيّعان بالخيار...**» جواز شرط عدم الخيار، **غير تامٍّ لانّ** فهم الفقهاء﵀ ليس لاجل هذا **بل** لاجل انّ شرط السّقوط، نوعُ استيفاءٍ بالحقِّ **بل** نوعُ تحقيقٍ للخيار كما تقدّم فى بابه كما انّ ابراء الدّين، لايُنا فى مع الدّين **و امّا شرط ان يكون الجماع بيد الزّوج فاوّلاً: لانّه** لم يعلم كون مورد: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**﴾ بيدٍ من الجماع؟ **بل** كانت الآية الشّريفة فى مقام بيان ادارة نظام الأُسرة و نحوه و انّ من هو رئيس الاسرة.

و ثانياً: عدم جوازِ شرط ان يكون الجماع بيد الزّوجة، الّذى هو من قبيل الحكم الوضعىّ، انّما هو **لاجل** انّه شَرَطَ الحكم.

من جملة الشّرائط، عدم كون الشّرط مجهولاً.

الاقوال فی عدم جواز كون الشّرط مجهولاً ثلاثة: ذكرها العلّامة﵀ فی المواضع المتعدّدة و مالَ اليها **و هذا لايخلو عن تعجّبٍ:**

منها: قول الشّيخ الانصاری و بعضٌ آخر و هو بطلانُ الشّرط و العقد للجهل و لو لم يكن الشّرط الفاسد، مُفسداً و لا يَبتَنی علىٰ مسألة كون الشّرط الفاسد مُـفسِداً للعقد و عدمه **و هو اردءُ الوجوه.**

منها: بطلان هذا الشّرط و عدم كونه مُفسِداً للعقد **بناءً علىٰ** انّ الشّرط الفاسد ليس بمُفسدٍ.

و منها: عدم كونه فاسداً و لا مُفسِداً **و ظهر** هذا من بعض كلمات العـلّامة﵀ و اختاره السّيد﵀! **و هنا، تفصيلٌ** و هو ان لم يكن قولاً رابعاً يكون مُصَحِّحاً لبـعض الاقوال و هو يظهر من بعض كلمات العلّامة﵀ و غيره.

و هو المجهولُ فَإنْ اُدِيِّ بعبارة غير الشّرط، فهو فاسِدٌ و مُفسِدٌ و ان اُدِيِّ بعبارة الشّرط، فهو ليس بفاسدٍ و لا مُفسِدٌ فلو باعَ حـيواناً و حـملها، يـبطل الشّـرطُ و المشروطُ و هو العقد و لو باع حيواناً علىٰ انّه حامِلٌ، يصحّ و ليس مُفسِداً.

منشاء الأقوالُ مدركها:

امّا مبنىٰ قول الشّيخ﵀ فی بطلان الشّرط و العقد فهو انّ عليّة الاتّحاد بين الالزام فی التزامٍ انّ الشّرط، قيد العقد و خصوصيّة فيه سواءٌ كانَ قيد المـلتزم او الالتـزام علىٰ اختلافٍ فيه فلو جَهِلَ شرطَه و قيدَه فالبيعُ غَرَرِيٌّ يوجب فسادَ الشّرط.

و من هنا يعلم انّ فساد الشّرط و العقد هنا، يتعاكس مع ما فی باب انّ الشّرط الفاسد، مُفسِدٌ للعقد ام لا؟

لانّ فی باب كون الشّرط الفاسد، مُفسداً للعقد ام لا؟ يفرض فسادُ الشّرط و فساده يَسري الىٰ العقد المشروط فيكون العقدُ باطلاً.

ولكن فيما نحن فيه يثبت **اوّلاً** فساد البيع فاذا فَسَدَ البيع، فَسَدَ الشّرط ايضاً **و هذا حاصل كلام الشّيخ**ﷺ فی مبناه بتوضيحٍ و تنقيحٍ منّا.

و امّا مبنیٰ القول بفساد الشّروط دون الحقد فهو انّه ورد: **«نَهیٰ النَّبِیﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»** كما نقله العلّامةﷺ و العامّة مُرسلاً و ورد فی الوسائل ايضاً: **«نَهیٰ النَّبِیﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» و هذه الرّواية** و لو كانت مُرسلةً **ولكن** مُرسِلُها، العلّامةﷺ، لا تقصر مراسيله عن مسانيد غيره سيّما انّهمﷺ عملوا بهذا الحديث المرسل حيث انّهمﷺ لم يكتفوا فی الغرر بباب البيع و تمسّكوا بها فی باب الاجارة و المسافاة و المضاربة و الوكالة و نحوها من الابواب و ان كان المدرک فی الابواب قوله ﷺ: **«نَهیٰ النَّبِیﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»** لايشمل هذا الدّليل كالوكالة.

فهذه الرّواية، تشمل الشّرطَ و لايسری البطلانُ الیٰ العقد **حيث** انّ الشّرط، التزامٌ فی التزامٍ و ليس من قيود العقد حتّیٰ يسری البطلان من الشّرط الیٰ العقد ايضاً

اقول: فيه تأمّل من وجهينْ:

الوجة الاوّل: انّ هذا الحديث غير الحديث المعروف: **«نَهیٰ النَّبِیﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»** لاجلِ عدم ذكره قيدَ **«عن بيع الغرر» مع انّه**ﷺ فی مقام الاستدلال، انّما هو نَقَلَ الحديث بمعناه و اشارَﷺ الیٰ مفاد الرّواية فی التّذكرة كما هو دأبهﷺ **و يحتمل حذفُ كلمة «عن بيع الغرر»** امّا من قِبَلِ نفسه او فی النّسخة **لانّه** من البعيد ذكرهﷺ هذا الحديث بنحو المطلق و عدم وجوده فی سائر جوامعِ الكتب من مشايخ العلّامة كما انّ فی باب التّعادل و التّراجيح نُقِلَ عن العلّامةﷺ حديثاً غير حديث **«عمر بن حنظلة»** علیٰ اختلافٍ معه فی المتن كما نقله **«ابن ابی جمهور احسائی»** فی «غو الی اللّيالی» عن العلّامة فی التّذكره و ذكره الشّيخ فی باب التّعادل و التّراجيح و قالﷺ: **«كيف ورد هذا الحديث مع انّه ذكره «ابن ابی جمهور» فقط عن العلّامة».**

مضافاً الیٰ ذلك قد قدح و طعن صاحبُ الحدائق، **«ابن ابی جمهور»** بانّه خلط: غثها بسمينها و صحيحها بسقيمها و لو قلنا بانّه ثقةٌ.

الوجه الثّانی: انّه علیٰ فرض تسليم صحّة هذا الحديث نقول:

انّ هذا الحديث يشمل معاملاتٍ كان لها عنوانٌ مستقلٌّ من الاجارة و الصّلح و غيرهما لاكون خصوصيّة كلّ معاملة، مصداقاً للحديث **و ما نحن فيه** و هو فساد الشّرط، من قبيل الخصوصيّات لاكونه عنواناً مستقلّاً حتّىٰ يشمله الحديث المذكور.

ان قلت: ينتقض هذا الحديث بحديث: «**المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» اى اذا كان الامر كذلک كما قلتم، كيف يشمل قوله عليه السلام: «**المؤمنون الخ**» خصوصيّات العقد مع انّهم قالوا يشمول: «**المؤمنون**» كلّ خصوصيّة العقد و هى الالتزام فى التزامٍ؟

قلنا: فرقٌ بينهما **حيث** انّ «**المؤمنون...**» شاملٌ بعنوانه الاوّل، الخصوصيّات **ولكن قوله** صلى الله عليه و آله: «**نَهىٰ النَّبِي** صلى الله عليه و آله **عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ**»، انّما يشمل ابتداءَ العناوين لا الخصوصيّات **حيث** لم يكن ملحوظاً بالاستقلال.

امّا مبنىٰ القول الثّالث و هو قول السّيّد رحمه الله فهو انّه ليس الشّرط، بفاسدٍ و المشروط بمُفسدٍ **لانّه** ليس من قبيل الغَرَر و لايسرى جهل الشّرط الىٰ المشروط **لانّ** الشّرط حيث لم يكن ملحوظاً بالاستقلال.

فرعٌ: اذا شَرَطَ المقدار هل هو بحكم بيع المقدار و له نفس حكم الجزء و استرداد بعض الثّمن او حكمه حكم تخلّف الشّرط المخيّر بين فسخ العقد و بين اجازته لكلّ ثمنٍ و عدم اشتراط جزءٍ من الثّمن؟

تخلّف الشّرط و الجزء، كان لهما ما به الاشتراک و ما به الاختلاف.

و ما به الاشتراک بينهما وجود الخيار، غاية الامر، فی تخلّف الجزء يُسمّیٰ خيار تخلّف الصِّفقة و فی تخلّف الشّرط، خيار تخلّف الشّرط.

و ما به الاختلاف بينهما، استرداد جزءٍ من الثّمن فی تخلّف الجزء دون تخلّف الشّرط علیٰ المشهور.

هذا معلومٌ فيما اذا ظَهَرَ كلُّ واحدٍ من تخلّف الشّرط او الجزء و لاكلام فيه و امّا اذا ذكر الجزء بصورة الشّرط ای جُمِعَ بينهما بمعنا انّه ذُكِرَ المقدار بصورة الاشتراط كما اذا قال: «بعتُ هذه السّيرة من الحنطة علیٰ انّه مأة خروار و بانَ كونه اقلّ، **هل فيه حكم الشّروط و لا يسترّد شيئاً من الثّمن ام لا؟**

جعلوا المسألة علیٰ اربع صورٍ:

تارةً يكون موردها متفّق الاجزاء ای يفرض فی متّفق الاجزاء؛ **اُخریٰ فی** مختلفِ الاجزاء **و التخلّف** ايضاً تارةً فی ظهور النّقص **و اُخریٰ** فی تبيّن الزّيادة.

و البحثُ هنا الآن فی فرضٍ واحدٍ من هذه الصّور الاربعة و الباقی من الصّور، يعلم من هذا البحث **مع انه** فيها ايضاً زيادةُ كلامٍ.

و البحثُ هنا تبيّن النّقص فی متفّق الاجزاء و متساويها ای فی المثليّات ای فيما ثمائلت اجزائه و ماليّته و **صفاته، فيه قولان: قولٌ:** بانّه من قبيل الجزء من قبيل تخلّف الجزء و عليه **حكمه لانّ الاصل،** المقدار **لانّ** الاصل هو انّ المقدار فی الاشتراط، تابعٌ له و هذا هو قول المشهور و منهم، الشّيخ الانصاری﵀.

و القول، بكونه من قبيل الشّرط و تخلّفه من قبيل تخلّف الشّرط و لا يسترّد شیء من الثّمن، غاية الامر، الشّروط مختلفةٌ، **قد يكون الشّرط من قبيل الصّفة و**

الحالة كالكتابة و قد يكون من قبيل المقدار؛؟

مٰال اليه جمعٌ من الفقهاء المتأخّرين و من جملتهم، الشّهيد الثّانی فی المسالک و العلّامة فی جامع المقاصد و فی القواعد و امّا فی سائر كتبه، مٰال﵀ الیٰ الاوّل، **ردّ الشّيخ﵀ هذا القول:** بانّا لانُسلِّمُ كونه شرطاً و تخلّفه من قبيل تخلّف الشّرط **ولكن** مسألة عدم الالتزام فی جزء الّثمن فی باب الشّرط، **انّما هو** بحكم العرف و حكم العرف، ليس هنا، فی الشّرط المحضة المجرّدة لا فيما يجتمع مع شرط المقدار.

اقول: رَدُّ الشّيخ﵀ لايخلو عن اشكالٍ لانّ حكم العرف علیٰ نحوين: حكمٌ بدوّیٌ كالحكم بحجيّة الظّواهر و اصالة عدم القرينة و غيرهما.

حكم ثانویٌّ و عدم استرداد جزءٍ من الّثمن فی باب الشّرط، من قبيل الحكم الثّانوی الّذی يرجع الیٰ وجوب الوفاء بالعقود و العهود.

التّحقيقُ فی المسألة انّ النزّاع تارةً يقع فی الصّغریٰ و هو تعيين مراد المتعاقدين ای **هل المراد من المقدار المذكور فی العقد، هو الجزء؟** و انّما اتیٰ بعبارة الشّرطِ توسّعاً **و بعبارةٍ اخریٰ هل ارادا بذلك، الاشتراط ام ارادا، الجزئيّة؟ و ان شئت قلت:** انّه بحثٌ فی مقام و فی مقامِ الاستظهار ای ما هو مقصود المتعاقدين اذا جُمِعَ الجزء و الشّرط معاً اذا ادّی الجزء بصورة الشّرط.

و اُخریٰ يقع البحث فی الكبریٰ و هی انّ كلّ شرطٍ، ليس مقصوداً ان يقسّط عليه الّثمن اِلّا هذا الشّرط.

و يظهر من بُدء كلام الشّيخ، غير ما يظهر من آخره **حيث** يستفاد من بداية كلامه﵀ انّ البحث، صغرویٌّ اثباتیٌّ و يظهر من آخر كلامه حيث قال﵀: انّ حكم الشّرع، هو حكم العرف و حكم العرف ليس هذا الشّرط، انّ البحث، بحثٌ كبرویٌ ای قيلت، رواية الشّرط و انّ قاعدةَ الشّروط، عدم تقسيطِ الّثمن فی مقابل الشّروط و انّ مقصود المتعاقدين معلومٌ الّا انّ هذا الشّرطَ، يستثنیٰ من قاعدة الشّروط و لهذا شَرَط له قسطاً من الّثمن.

و السيّد﵀ اِختارهنا قولاً ليس باطلاقه، صحيحٌ؛ و حاصل كلامه﵀ انّ ظاهر هذا

النّوع من الشّرط و العبارة، المقدارُ من باب التّوسّع فى العبارة و الجزئيّة، هذا، كلامه فى مقام الاثبات.

اقول: طرح كلامه‌ﷺ فى مقام الاثبات جيّدٌ، لا اشكال فيه **ولكن حكمه،** ليس بصحيحٍ علىٰ اطلاقه **لانّه** يتمّ كلامه‌ﷺ فى المقدار و المكيل و الموزون كما اذا عامَلَ صُبرةً من الحنطة علىٰ عشرين خرواراً حملاً علىٰ العرف الغالب **و امّا** فى غير المقدار و المكيل و الموزون، **فهو ليس بتامٍّ** كما اذا عامل مأةَ بيضاتٍ بشرطِ كونها علىٰ ثلاثةِ كيلواتٍ **و حينئذٍ** يقال: انّ المدار هنا، العرف فكلّ موردٍ كان الغالب فيه، المعاملة بالمقدار و الوزن و المتراج و الذّرع فالعرف، حاكمٌ بكون المقدار، هو مورد المعاملة و تراد منه الجزئيّة و قولنا بانّه كذا و كذا، غير ملاحظٍ بخلاف ما تكون المعاملات فيه بغير المقدار **بل** بالعدد و القطعة فاذا ذكر فيها المقدار، فهو بحكم شرطٍ فقط.

فلو كان البحثُ فى مقام الاثبات فَيُرجَعُ الىٰ العرفِ فكلّ معاملةٍ يكون المعمولُ المتعارفُ فى ماليّتها، المقدارَ و الكيل و الوزنَ و شَرَط المقدارَ فيه، يكون مقام الاثبات، دليلاً علىٰ كون الشّرط هو المقدار اى يستكشف منه علىٰ انّه ليس بشرطٍ **بل** معاملةِ الجزءِ.

وكلّ موردٍ ليس المعمولُ فيه، معاملة المقدارِ و الموزونِ و المكيلِ **بل** يُعامَلُ بنحو القطعة و العدد و ليست المعاملةُ بالمقدار، كان هو الشّرط **هذاكلامنا فى** مقام الاثبات **فما اختاره السّيّدﷺ فى كون المعاملةِ علىٰ المقدار علىٰ الاطلاق، ليس بصحيحٍ باطلاقه.**

هذاكلّه بالنّسبة الىٰ مقام الاثبات و امّا فى مقام الثّبوت و فيما اذا علم انّ مراده، الشّرط فالسيّدﷺ فى الحاشية صرّح بانّه يحمل علىٰ الشّرط و لا يستردّ منه شيءٌ.

و هو ان كان بظاهره لا يخلو عن قوّةٍ و مع ذلك، يمكن التأمّل فيه و القول بانّ فيه حكم الجزء لما ذكره الشّيخﷺ لانّ المسألةَ، مبنيّةٌ علىٰ حكم العرف **و ليس حكم العرف هنا** ثابتٍ **بل لاجل** انّه من المعلوم، وقوع الّثمن بازاء مجموع المثمن **و**

حينئذٍ، اذا لم يوقع شرط المقدار بازاء مجموع مقدار المثمن، يقع الّثمن بازاء كلّ جزءٍ من المثمن و اذا اِشْتَرِطَ فيهِ المقدار و جَعَلَهُ فی ازاء مجموع مقدار المثمن فَيَقَسِّطُ اذا ظهر فيه نقصانٌ فيُستردّ نَقصُ الجزءِ **و هذه خصوصيّةٌ موجودةٌ فی** نفس الشّرط.

و لذا يمكن ان يقال: انّ قول المشهور فی شرط المقدار، باسترداد شیءٍ من الّثمن فی صورة النّقصان من دون تعرّضٍ لمقام الاثبات و الثّبوت و من غير تعرّضٍ بمعلوميّةِ مراد المتكلّم و عدمه، مبنّیٌ علیٰ خصوصيّةٍ موجودةٍ فی هذا الشّرط **و لايراد انّ** حكم العرف، ليس هنا حتّیٰ يقال: بانّ حكم العرف تابعٌ للعقد **بل** معنیٰ شرط المقدار هو انّ الّثمن، يَقَعُ فی مقابلِ مجموعِ المثمن بحيثُ كلُّ جزءٍ منه يقع فی مقابل كلِّ جزءٍ من المثمنِ.

و لذا اَلْغَوا حُكْمَ الشّرط و اَجْرَوا حُكْمَ الجزئيّة.

غاية الامر، يلزم تنزيل مطلق فتوىٰ الفقهاء علیٰ مواردَ لم تكن الماليّة متقوّمةً بالمقدار كما اذا اِشْترىٰ العِبدَ بشرطِ كون قَدِّهِ ١/٥ متراً و الّا لامجالَ لتخلّف الجزء هنا كما فی بيع العبد **فمطلق قول الفقهاء**، ليس فی مورد هذا المثال.

فما اَفتیٰ به مشهورُ الفقهاءِ بانّه اذا شَرَطَ المتعاقدان المقدارَ و بَانَ خلافُهُ، كان له حكْمُ تخلّف الجزء، هو الاقوىٰ.

مضافاً الیٰ ذلك، وَرَدَ فی الباب، خبرٌ عَمِلَ به «**ابن ادريس**رحمه‌الله» و هو الدّالُ علیٰ انّه بحكم تخلّف الجزء و كانت هذه الرّواية، علیٰ طبق القاعدة.

هذا كلّه فی المِثليّات و متساوی الاجزاء فی تبيّن النّقصان.

و امّا فی مختلف الاجزاء ای فی القسميّات فالكلام، كالكلام هناك استدلالاً و مناطاً و اشكالاً **الّا انّه يزيد اشكالُ المسألةِ فی مختلف الاجزاء** و هو انّ فی استرداد جزءٍ من الّثمن، فی صورة تبيّن النّقصان، النّاقص يُحْسَبُ من ایِّ جزءٍ من المبيع **هل من الجزءِ الاعلیٰ او من اَلْاَرْذیٰ** او المتوسّط كما اذا باع ارضاً علیٰ انّ مقدارها كذا فبان نقصها، يحسب النّاقص من اَعْلیٰ الارض او اَرْذاه او متوسّطها؟

القائلون بالقول الثّانى فى مسألة تبيّن النّقصان فى متساوى الاجزاء حيث قالوا: بكونه بحكم الشّرط، **اَخَذُوا من** هذا المسألة دليلاً آخر علىٰ قولهم بانّ الاسترداد، غَير ممكنٍ و غير قابلٍ للصّلح لعدم كون الواقع، المشخّص له **فحينئذٍ**، يَصيرُ الّثمنُ مجهولاً لجهالةِ جزئهِ و البيعُ فيه غَرَرٌ.

و من هنا، المنقول من شيخ الطّائفة: من القدماء فى بعض كتبه و العلّامةﷺ فى القواعد لافى سائر كتبه، **هو القول الثّانى** و من جملة الدلائل علىٰ هذا القول، عدم امكان الاسترداد فى مثل الارض، **لجهالةِ** الّثمن.

و ما قيل عليهم بانّ جهالة الّثمن النّاشى من التّقسيط، ليس بمُضرٍّ فى البيع كما لو بَاعَ مالَ نفسه و غيره بقيمةٍ واحدةٍ و الجهل بقيمة كلّ واحدٍ من مالهِ و مال غيره علىٰحدّة، **ليس بمضرٍّ لانّ** الاعتبار بالّثمن العقدىّ لا مايُؤلُ الىٰ اخذ الشّركاء بالتّقسيط، و الّثمن العقدىّ، معلومٌ لاغَرَرَ فيه حتّىٰ انّهم قالوا: بانّه لو باع شاةً و خنزيراً بثمنٍ واحدٍ، صَحّ فى مورد الشّاة و بَطَلَ فى مورد الخنزير **مع انّ** قيمة الخنزير **غير معلومٍ** حين العقد قبل التّقسيط و قبل المحاسبة حتّى لو لم يقسّط بعد العقد لاجل عدم وُجدان المُقَوِّم، **غَيْر ضارٍّ لانّ** الحقّ واقعاً، معلومٌ يعلم بالصّلح و التخلّص و غيرهما من الانحاء **مدفوعٌ بانّ** جهالة الّثمن النّاشى من تقسيط الّثمن، **مضرٌّ هنا لانّه** ليس لنا طريقٌ تشخيص النّاقص **لانّ** تعيين كلّ واحدٍ من اجزاء الارض، الاردىٰ و اَلْاعْلىٰ و المتوسّط، ترجيحُ مرجّحٍ فلوعيّن الّثمن **ولكن** كان القسط، قسطاً، لايمكن تعيّنه، يكون هذا باطلاً من البداية و المقامُ من ذلک القبيل.

لا يخفىٰ انّ القائلين بالقول الثّانى فى مورد مختلف الاجزاء فى انّه كان له حكمُ الشّرط لاحكم الجزء اى التّخيير بين الفسخ و الامضاء لكلّ الّثمنِ لَهم دليلانِ:

الدّليل الاوّل هو المشتركُ بين مختلف الاجزاء و متّفق الاجزاء.

و حاصله انّ: مورد المعاملة المشاراليه اى من مصاديق تعارض الوصف و الاشارة **«كبعتُكَ هذا الفرسَ علىٰ انه ستّة امثارٍ»** و هذا الوصف الغالب الدّال على تقديم المشاراليه علىٰ الوصف **حيث** انّه هو الاصلُ و الوصف، امرٌ ثانويّ عارضيٌّ

من قبيل تعدّد المطلوب كما هو شأن جميع الاوصاف و الشّرايط.

الدّليل الثّانی: انّه حيث لم يكن لنا طريقٌ لتعيين قيمة الجزء المفروض عادةً لاختلاف قيمة الاجزاء و عدم جواز ترجيحٍ بلا مرجّح، كان هو باطلاً.

و هذا دليلٌ خاصٌّ فی مختلف الاجزاء و من هنا: كان الحكم، هنا اغمضُ من الحكم فی متّفق الاجزاء عندهم.

اقول: حكم الجزء فی مختلف الاجزاء، **انّما هو لاجل** نصٍّ خاصٍّ واردٍ فيه.

و هذا النّصُ و الخبر و ان وردت فی ذيلها عبارةُ: **«قيل: هی خلافُ الاجماع» و مع ذلك عَمِل به الشّيخ**ﷺ و وَجَّهَهُ العلّامةﷺ بانّ الرّواية و ان اشتملت علىٰ جملاتٍ و عباراتٍ كان احدها غير معمولٍ به كما اذا كان مخالفاً للاجماع، لامانع من العمل لغيرها كالعامّ الْمخصَّصَ من عموم **«صَدِّقِ العادلَ»** كما صرّح بذلك صاحب الحدائقﷺ.

حلُّ الشّيخﷺ هو انّه ينسب مقدارُ النّاقصِ الىٰ الكّلِ ای فرضنا حدوثَ النّقصان الىٰ العٰالی و المتوسّط و الرَّدِیّ **و هذا وجيهٌ فی نفسه ولكن حلّ صاحب الحَدائق** اوجهُ و هو انّه علىٰ فرض انّ الموجود لو كان عشرة امتارٍ، لكان قيمته الف دينارٍ فاذا كان الموجودُ نصف العشرة فقيمته نصف الالف فيمكن تشخيص النّاقص **و لا فرقَ** فی التّوزيع بين مختلفِ الاجزاء و متّحدها؛ غاية الامر، فی متّحد الاجزاء كان واحدٌ مالیٌّ فی البين دون مختلف الاجزاء.

و الرّواية الواردة فی المقام هكذا:

الباب ١٤ من ابواب الخيار ـ الحديث ١: محمّد بن الحسن باسناده عن محمّد بن علیّ، بن محبوب، عن محمّد بن الحسين...، عن موسىٰ بن اكيد، عن داود بن الحصيد، عن عمرو بن حنظلة، عن ابی عبدالله عليه السلام: «فی رجلٍ بٰاعَ ارضاً علىٰ انّها عشرة اجربةٍ فَاِشْتَرىٰ المشترى ذلک منه لوجوده و نَقَدَ الثّمن فوقع صفقة المبيع فافترقا فلمّا مَسَحَ الارضَ وجدها، خمسة اَجربةٍ قال عليه السلام: **اِن شاءَ، اِسْتَرْجَعَ فَضْلَ**

مٰالِهِ و اَخَذَ الْاَرْشَ و اِن شاء ردّ البيع و اخذ ماله كلّه الّا ان يكون له الىٰ جنبِ تلك الارض ايضاً شيئاً فليؤخذ فيكون البيع لازماً له فعليه الوفاء بتمام البيع و ان لم يكن له فی هذا المكان، غير الذّی باعه فان شاء المشترى، اَخَذَ الارض و استرجع قدر ماله و ان شٰاءَ ردّ الارض و اَخَذَ المالَ كلّه».

هذه الرّواية، دليل القول الاوّل فی مختلف الاجزاء فتدلّ فی متساوی الاجزاء بالاوّلوية.

ولكن هذا الحكم علىٰ خلاف القاعده و مخالفٌ للاجماعِ و غير معمولٍ به عندهم و ان عَمِلَ بها بعض الفقهاء.

وَ وَجْهُ كونها خلافَ القاعده لانّ الفرض هو انّ البيع، وقع علىٰ ارض خاصّةٍ حدث فيها نقصٌ و قاعدة النّقصان، استرداد الجزء و امّا ردّ ارضٍ اُخرىٰ له غيرها فهو مخالفٌ للقاعدة و خلافُ الاجماع.

عَمِلَ بها الشّيخﷺ و وَجّهَهُ العلّامة علىٰ كونها مطابقةً للقاعدة **لان** القاعدة هی انّ البايع اذا تعهّد الىٰ ردّ ما بٰاعه الىٰ المشترى فلمّا تعذّرت عينه و يمكن ردّ مثلهما يجب ردّه **و ردّه الشّيخ**ﷺ بانّ القاعدة، صحيحةٌ فی محلّها **الّا** اَنّ كون ما نحن فيه من موارد هذه القاعدة، محلِّ اشكالٍ.

لانّ الفرض هو انّ مورد المعاملة، عشرة امتارٍ من الارض و الفرض انّ الارض فيها نقصٌ و هی خمسةُ امتارٍ، صار البيع باطلاً فی مقدار الفقدان لفقد المبيع و لاضمان هنا و ليس اشتغال ذمّةٍ حتّىٰ يصحّ ردّ مثلها فی مقابل ما فَقَدَ و القاعدة المقرّرة، انّما هی فيما اذا ثبت ضمانٌ و امّا فيما اذا لم يثبت ضمانٌ بيعیّ فی الزّائد، بَطَلَ فی الزّائد.

الحقّ مع الشّيخﷺ فی قوله ﷺ من انّ شرط المقدار هنا، ليس فی حكم الشّرط لا لما ذكره الشيخ ﷺ لما قلناه **بل** لانّ ما نحن فيه، ليس من قبيل تعارض الوصف و الاشارة و انّ الاصل معهما و ليس هنا اصلٌ و تابعٌ كما فی تعارض الوصف و الاشارة **لانّ معنىٰ اشتراط المقدار** هو ان يقع الثّمن بازاء مجموعِ المقدار و انّ

احدهما من الشّرط و المقدار، يؤيّد الآخر و شرط المقدار معناه، وقوع الثّمن بازاء مجموع المقدار و لو فرضنا العناية جدّيّاً علىٰ الشّرط و كانت له اصالةً و ليس من باب التّوسع فی العبارة و ليس هنا، تعارضٌ.

و لا يَبْعُدُ كون هذه الملاحظة مبنىٰ قول المشهور من كون الشّرط هنا، بحكم المقدار و الجزء **و بهذا** ظهر ضعف كلمات السّيّدﷺ فی المقام.

و من هنا تكون المسألة مطابقةً للقاعدةِ و قلنا سابقاً: ورود خبر دالٍّ علىٰ كونه بحكم الجزء فی مختلف الاجزاء كالارض و فی متّفق الاجزاء بالْأَوْلىٰ و ان قالوا فيها بالضّعف سنداً لوجود بعض ما يتكلّم فيه **الّا انّه** عَمِلَ بها **«ابن ادريس»** الذّی لايعمل الّا بالقطعيّات و الشّيخﷺ و وجّهها العلّامةﷺ **و مع ذلك** فی ذيلها عبارةٌ مخالفةٌ للاجماع كما ذكرناها سابقاً، و وجّهها العلّامةﷺ وردّ الشّيخﷺ هذا التوّجيه كما ذكرناه آنفا فراجع.

اقول: انّ توجيه هذا الخبر بوجهٍ اقربُ من توجيه العلّامة الموجب لعدم ورود اشكالِ الشّيخﷺ عليه، انّه وَقَعَ هذا التوّجيه جارياً فی مسألة زيادة الجزء.

محصّله انّ المعاملة تقع علىٰ نوعين:

نوعٌ تقع المعاملة علىٰ المقدار التّطبيق علىٰ الموضوع من باب الوفاء، **نوعٌ ثانٍ تقع المعاملة علىٰ المبيع الشّخصيّ و الوفاء من المقدار.**

ففی النّوع الاوّل، يلزم الوفاء كالمبيع و اشباهه، الفاقد **لافی الثّانی؛ و الغالب فی بيع الارض،** هو الاوّل و من قبيله، فيلزم الوفاءُ من الارضِ الاُخْرىٰ اذا تبيّن نقصانها **فاذا قلنا** بانّه يحتمل هذا فی الرّواية و ان لم نقل بكونه مطنوناً قويّاً، فَنَحمِلُ علىٰ عدم كونها مخالفاً للاجماع و هو كافٍ **فحينئذٍ** تكون هذه العبارة من الرّواية موافقةً للقاعدة **و لعلّ** عمل الشّيخ الطّوسی بهذه الرّواية من دون ذكر اشكالٍ فيها، مبنیٌّ علىٰ ما قلناه.

و مع ذلك كلّه يمكن لنا القول بانّ هذه الرّواية، ليست من روايات الباب ای

ليست من قبيل الجمع بين المقدار و الشّرط **لانّه** من النّـادر، عـدم المـلاحظة الىٰ المقدار فى مثل بيع الارض و الأمتعة **و علىٰ انّه** ليس بمعنىٰ شرط المقدار، الجمع بين المقدار و الشّرط **لانّه** فردٌ، نادرٌ لاتنزل عليه الاطلاقات **بل** بمعنىٰ تعيين مورد المعاملة.

مسألةٌ: فی تبين الزّيادة فی متساوی الاجزاء.

مثلاً لوباع شيئا و شَرَطَ مقداراً منه، ضمن العقد فبانت زيادته هل المعاملةُ صحيحةٌ من المالكّ للزّائد ام لا؟ **هل هو للمشتری او البايع و مورد المعاملة، مشترک ام لا؟**

جَعَلَ الشّيخ﵀ لهٰذه المسالةٌ فرضين:

الفرضُ الاوّلُ: كون المقدار المعيّن من الارض و غيرها، بالنّسبة الیٰ الزّائد، لابشرطٍ و فی هذا الفرض اذا تبيّت الزّيادة، تكون الزّيادة ملكَ المشتری كالاصل و المعاملة، لازمةٌ و ليس فيها خيارٌ لا للبايع و لا للمشتری و ليس التخلّفُ من قبيل تخلّف الشّرط و لامن قبيل تخلّف الوصف **لانّ الارض، موردُ المعاملة و شرط المشتری** و عدم كونه اقلّ من مقدار معيّن، موجودٌ و بالنّسبة الیٰ الزّيادة، لابشرط **و ذكر الشّيخ﵀** هذا الحكمَ فی هذا الفَرض بلا اشكالٍ فيه.

الفرض الثّانی: كون المقدار المعيّن بالنّسبة الیٰ الزّائد، **بشرط لا** و ليس المراد من قولنا بشرط لا، كون المبيع بشرط لا ای ليس المراد منه، بشرط لا المبحوث عنها فی الماهيّة ای ليس المراد انّ الماهيّة، مشروطةٌ بعدم الزيّادة **بحيث** اذا زادت فهی ليست ببيعٍ **بل** المراد انّ مورد المعاملة، المقدار الزّائد و غيره ليس داخلاً فی المعاملة و غير مورد المعاملة **فله** حكمُ الاستثناء فكان المال الّذی مقداره عشرين منّاً، باع منه عشرة امنانٍ منها و لازمه الشركة اِشاعةً **و هی** من العيوب و للمشتری، خيار **الفسخ لاجل** عيب الشّركة.

و حينئذٍ لو تبيّنت فيه الزّياده، عن الشّيخ﵀: هنا، **احتمالان:**

احتمالَ الاوّلُ: انّ فيه حكمُ معاملةِ المقدار و نقص الجزء ای مورد المعاملة، المقدار المعيّن و الزّائد عنه، يبقیٰ فی ملک البايع و المبيع يصير مشتركاً بين البايع

المشترى و يأتى هنا ما قلناه فى صورة تبين النّقيضة فى متساوى الاجزاء.

و عليه احكامٌ ثَلاثةٌ:

الاوّل: صحّة المعاملة.

الثّانى: بقاء الزّائد فى ملک البايع و خروج الزّائد عن مورد المعاملة.

الثّالث: كون المبيع مشتركاً بين المشترى و البايع و حيث كانت الشّركة من جملة العيوب و لم يعلم المشترى بالشّركة و انّما اتّفق من غير علمه به، له خيار الشّركة.

الاحتمال الثّانى: انّه للبايع، خيار تخلّف الوصف و انّ الشّرط له حكم التّوصيف و ان امضاه فهو يمضي بكلّ الثّمن.

و الفرقِ بين الاحتمالين المذكورين، انّه علىٰ الاحتمال الاوّل بَقِيَ الزّائدُ فى ملک البايع و تَحَقَّقَ الشّركة فى المبيع و علىٰ الاحتمال الثّانى يكون المبيع كلّه مال المشترى و ليست هنا شركةٌ.

و الشّيخرحمه الله بعد ذكر هذه المطالب استظهر، الاحتمال الثّانى **و ذلک بوجهين:**

الوجه الاوّل: لظهور المقام فى التّوصيف.

الوجه الثّانى: انّ القاعدة تقتضى التّوصيف مطلقاً سواءٌ كان فى تبيّن النّقصان او الزّيادة و انّما لم نقل بذلک فى تبيّن النّقصان لوجود النّصِ و تبقى القاعدة بحالها فى تبين الزّيادة و بذلک اَشارَ قولُ الشّيخ**رحمه الله** هكذا: **«بعض من قال بالتّخصيص (اى الجزئيّة) هنا، قال بجريان حكم الوصف هنا»**

اقول: فى كلام الشّيخ**رحمه الله** مواقعَ مِن النّظر:

امّا الفرض الاوّل فهو شاذّ تحقّقاً **مضافاً الىٰ ذلک، لا يخلوعن اشكالٍ فارسال الشّيخ**رحمه الله هذا الفرض، ارسالَ المسلّم، **ليس بصحيحٍ.**

محصّل الاشكال عليه انّ فيه جهالةٌ و غَرَرٌ يلزم القول ببطلانه.

امّا الفرض الثّانى فقد اهمل**رحمه الله** صورةً مهمّةً سيّالةً فى الفرض و ينبغى ان تَعَرَّضَ

لها و هی انّ الحقّ فی تعارض الوصف و الاشارة انّ المـوارد مـختلفةٌ ای **تـارةً**، المقصود الاصلیّ، المشار الیه و الخطاء فی التّطبیق فی الوصف **و اُخریٰ**، المقصود الاصلیّ،

الوصف و الخطاء فی التّطبیق فی الاشارة **و من امثلة ذلک قالوا:** «اِقتدیٰ المصلّیٰ للامام الیٰ قبرٍ بعنوانِ زیدٍ ثمّ بانَ انّه عمروٌ فَاِنْ کان الاعتبار، بالاشاره و الخطاء فی التّطبیق، هٰذا غیر مضرٍّ للاقتداء و ان کان الاعتبار بالتّوصیف فی کونه زیـداً لیس الامام موجوداً فیبطل الاقتداء، **بعبارةٍ اُخریٰ، المناطُ** هنا تشخیص ما هو الاصلُ فی المعاملة العرفیّة و ما هو التّابع؟

***

و الفرض الّذی اهمله الشّیخﷺ **مع انّه** من فروض بشـرطِ لاوالمـقدار مـعیّن و یطّرد کثیرةً، ما اذا اِشْتَریٰ هذا السّجاد بعنوان انّه اثنیٰ عشر متراً ثمَّ بانَ انّه اَزْیَـدُ، یلزم ردّ المشتری الزّیادة و له الخیار **و ذلک لانّ الاصالة**، للموجود و الاشتباه فی تطبیق المقدار **هذا اوّلاً: و امّا ثانیاً:** فتشقیق الشّیخ الصّورة الاربـعة بـنحو انّ تـبیّن النّقص اِمّا فی متساوی الاجزاء او مختلف الاجزاء؟ و تبیّن الزّیادة ایضاً اِمّـا فـی متساوی الاجزاء او مختلف الاجزاء؟ و بهذا تصیر الاقسام اربعةً، مبنیّةٌ علیٰ وجود روایةٍ فی باب معاملة الارض الّتی من قبیل مختلف الاجزاء، و متساوی الاجزاء، لم ترد فیه روایةٌ فقسّموا بموردٍ وردت فیه روایةُ و غیره.

ولکنّ التّحقیق فی تشقیق المسألة، یقتضی ان یقال: انّ الماليّة فـی المـعاملات العرفیّة و فی التّقویم و الضّمانات **تارةً تتقوّم علیٰ** المقدار ای معاملةٌ فیها واحدٌ مالیٌّ و واحدٌ مقداریٌ کما فی الموزونات و المکیلات **و اُخریٰ** لیست المـالیّة، مـتقومّةً للمقدار **بل** متقوّمةً بالعدد و القطعة و غیرهما و لو کان المقدار کثیرةً او قلیلةً مؤثّرةً فی المّالیة زیادةً و قلیلةً **ففی الاوّل** یکون من قبیل تخلّف الجزء سواءً کـان فـی الزّیاده او النّقصان **لانّ فی شرط** المقدار کانّه شرطُ توزیعِ الثّمن فی مقام المبیع و کان له حکمُ الجزءِ.

و امّا فی الثّانی فلو تخلّف الشّرط فبابه، باب تخلّف الوصف کما فی معاملة **الحانوت** فی عصرنا هذا سواءٌ کان فی تبیّن النّقصان او الزّیادة؟

فحاصل تشقیق المسألة الّتی هی دائرةُ مدارَ الحکم، اَنَّ تبیین الزّیادة او النّقیصة **اِمّا فی المعاملات الّتی کان لها واحدٌ مالیٌ و واحدٌ مقداریٌ** فیترتّب علیه حکم تخلّف الجزاء او فی المعاملات الّتی یعامل فیها علیٰ نحو القطعة و لو کان کثرة المقدار او قلّته لهما دخلٌ فی مالیّة المال فیترتّب علیه حکم تخلّف الوصف.

و الرّوایة الواردة فی الباب، لیس اشکالها وجودُ عبارةٍ فی ذیلها کانت غیر معمولٍ بها و لیس اشکالها ایضاً ضعفُ سندِها **بل اشکالها**، انّ هذه الرّوایة غیر مرتبطةٍ بما نحن فیه **لانّها** من قبیل معاملة المقدار، **لامن قبیل محلّ الکلام و هو شرط المقدار الّذی هو من مصادیق تعارض الوصف و الاشارة و قلنا سابقا: انّ الموارد** فی تعارض الوصف و الاشارة، مختلفةٌ فکلُّ موردٍ کانت المعاملة علیٰ المقدار، الاصل حینئذٍ، بیع الوصف لابیع الموجود و المشار الیه و کلُّ موردٍ کانت المعاملةُ علیٰ الشّخص و لیس المقدار مأخذاً للمحاسبة، فالاصل مع المشار الیه الموجود و المتخلّف، الوصف **مضافاً الیٰ ذلک کلّه** یرد علیٰ الشّیخ﵀: الوجهان الّلذان ذکرهما الشّیخ لایتوارد ان علیٰ صورة واحدةٍ **حیث** قال﵀: انّ الزّائد اذا کان بشرط لا فبانَ انّه زائدٌ، **فیه و جهان: وجهٌ انّ الزّائد، استثناءٌ و وجهٌ بکونه وصفاً و من الواضح:** انّ تخلّف الوصف هو، فیما اذا کانت المعاملة بنحو القطعة و الاصالة مع الإشارة کما قلنا **و امّا فرض الشّیخ المسألةَ فی متساوی الاجزاء** من قبیل تخلّف الوصف، **فلا یخلو عن تأمّلٍ لانّ** الغالب فیها، المعاملةُ علیٰ المقدار **و الحکم یکون** الزّائد، استثناءاً و الاصالة مع المقدار، **فعلیه، الوجهان** لایتوارد ان فی صورةٍ واحدةٍ.

و العجبُ من الشّیخ﵀ مع انّه فَرَضَ المسألة من قبیلِ مُتّحدِ الاجزاء، اِخْتارَ: انّ هذا من قبیل تخلّف الوصف.

الكلامُ فی مفسديّة الشّرط الفاسد.

الشّرطُ فی ضمن العقد اللاّزم اِمّا ان يكون صحيحاً و اِمّا ان يكون فاسِداً **و قد فرغنا عن الاوّل** بانّ ما هو معنی الشّرط؟ هل هو حكمٌ تكليفیٌّ و هو وجوب الوفاء، هل تجری فيه الاخبار و فيه حقٌّ وضعیٌ؟ و هل يُقَسِّطُ عليه شیءٌ من الّثمن و انّ الخيار اذا تخلّف الشّرط او تَعَذَّرَ من ایِّ قسمٍ من الخيارات؟ و هل شرائط صحّة الشّرط الّتی هی ثمانية؟ و غيرها من المسائل و الامور الّتی ذكرناها.

بَقِیَ الكلامُ فيما اذا كان الشّرط، فاسداً فيما اذا تَخَلَّفَ بعض الشّرائط الّثمانية المعتبرة فی صحة الشّرط هل يجوز القول بصحة العقد و المشروط فی صورة فساد الشّرط ای ليس الشّرط الفساد، مُفسِداً للعقد ام لا؟ و جهان **بل قولان:**

المنقول من جمعٍ من القدماءِ الاجلّاءِ كالشّيخ الطّوسیﷺ و ابن البرّاج و الاسكا فی ابن الجنيدﷺ، انّهم ذهبوا الیٰ عدم المُفْسِدَيّةِ **و امّا المتأخّرون** كالعلّامةﷺ و الشّهيد الاوّل و الثّانی و المحقّق الثّانی و من تبعهم فقد قالوا: بالمفسديّة ولكلّ واحدٍ من القولين، دليلٌ من روايةٍ و غيرها.

قبل الدّخول فی اصل المطلب، ذَكَرَ الشّيخﷺ تنبيهين:

التّنبيّه الاوّل: ما قال به الشّيخﷺ من انّ الشّرط الفاسد، ان قلنا بان الشّرط الفاسد ليس مُفسِداً للعقد و انّه لم يكن فعلٌ محرّمٌ، يستحبّ الوفاء به من باب انّه يصدق عليه الوعدُ الوارد فيه الحديث: «**المؤمنُ اذا وَعَدَ وَفیٰ**».

و يجری فی نظر الشّيخﷺ، الاستحباب فی الشّروط البّدوية **بناءً علیٰ عدم** كونه، واجبَ الوفاء **لانّ** واجبَ الوفاء، ما يقع فی ضمن عقد لازمٍ حتّیٰ قالوا: بعدم صدق الشّرط عليه **لانّ** معنی الشّرط، التزامٌ فی التزامٍ و الشّروط البّدوية لم تقع فی ضمن التزامٍ آخر فلم يشمله: «**المؤمنون عند شروطهم**» و الشّرط الفاسد ايضاً كالشّروط البدويّة فكما انّ الشّروط البّدوية تكون مستحبّ الوفاء فكذلک الشّرط الفاسد الواقع فی ضمن العقد و لم يكن فعله حراماً من باب انّ الوفاء علیٰ الوعد، امرٌ

مستحبّ، هذا ان قلنا بان الشّرط الفاسد لیس مُفسِداً للعقد و امّا اذا کان مفسداً للعقد فلیس الشّرط الفاسد، مستحبّ الوفاء **لانّه** لاعقدُ حتّیٰ یکون فی ضمنه شرطٌ.

بالجملة، استحباب الوفاء، یَبْتَنِی علیٰ قولین: فان قلنا بکونه مُفسِداً لا یستحبّ الوفاء علی الشّرط الفاسد **و بناءً علی عدم** کونه مُفسداً، یستحبّ الوفاء به **ولکن** ظاهر السّیّدﷺ و بعضٌ آخَرَ قالوا: بالاستحباب مطلقاً سواءٌ کان مُفسِداً ام لا؟ حیث یصدق علیه الوعد.

اقول: القول باستحباب الوفاء ان قلنا بعدم وجوب الوفاء، **فیه تأمّل و اشکال لانّ** الشّرط، قیدُ المتعلّق و الوعدُ اِخبارٌ و الشّرط سواءٌ کان، الابتدائیّ او فی ضمن العقد، انشاءٌ و التزامٌ بالعمل.

و من هنا لیس الوعدُ بالعمل بواجبٍ و لو قلنا بانّ الشّرط الابتدائیّ، واجبَ الوفاء و لیس الشّرطُ له حالةَ الوعد **و ممّا یشهد علیٰ ذلک،** انّ فی العقود الفاسدة الّتی هی بحکم الفساد، لانقول باستحباب الوعد.

و ان شئتَ قلتَ: انّ الدّلیل الّذی کان مصداقَ العّام لو خرج من ذلک العامّ، لایجوز ادخاله تحت عامٍّ آخر **و هکذا** العقود الفاسدة الّتی کانت داخلةً تحت عمومِ: **﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَیْعَ﴾**[1] و **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**[2] و بدلیلٍ آخر خرجت عن تحتِ ذلک العموم و **حینئذٍ** لایجوز القول: انّها اذا خرجت عن تحت العموم فتدخل تحت عمومات استحباب الوعد **سیّما** انّ الشّرط و الوعدَ فی ضمن عقدٍ و التزامٍ، صارَ لغواً لم یعمل به، کان الوعدُ و الشّرطُ لغواً.

فقول المحقّق الایروانیﷺ بکون العقد، لَم یَلْغَ عرفاً بل صار لغواً شرعاً لیس بتّامٍ لانّ الکلام فی صحّة العقد شرعاً.

نعم: هنا موارد کان الشّرط و المشروطُ کلاهُما فاسدین مطلقاً سواءٌ قلنا بمُفْسِدیَّةِ الفاسد ام عدمها؟

---

۱. آیهٔ ۲۷۵، سورهٔ البقره.

۲. سورهٔ مائده، آیهٔ ۱.

و خروج هذه الموارد عن تحت مسألة المبعوث عنها، خروجٌ عن الموضوع و استثنائها، استثناءٌ منقطعٌ **حيث** انّ حيثيّته البحث فی ما نحن فيه، حيثيّةُ الاتّصال و الارتباط **و وجه الفساد فی الموارد الّتی قال** الكلّ، المثبت و النّافي علىٰ فساد الشّرط و المشروط، فقدانُ بعض شرائط اصل العقد **و محلّ الكلام فيما نحن فيه**، ما اذا كانت شرائط صحّة العقد موجودةً فی نفسها **الّا انّه** يُبحث فی انّ فساد الشّرط هل يسری الىٰ المشروطِ حتّىٰ يصير المشروط و العقد فاسداً ام لا؟

ذكر الشّيخرحمه‌الله **منها: خمسة موارد**، ثلاثةٌ منها صرّح الشّيخ انّها من هذه الموارد قطعاً و الاثنان منها، نقلرحمه‌الله عن الغير و لم يقبلهما.

من الموارد الثّلاثة، ما لو كان فساد الشّرط لاجل كونه مجهولاً، يبطل عقده علىٰ كلٍّ من القولين لما ذكرناه لفقدان شرطٍ صحّة العقد بسراية جهالة الشّرط الىٰ مشروطه فيصير العقد غَرَرياً بواسطة فساد الشّرط واسطةً فی الثبوت ای صارت جهالةُ الشّرط سبباً لجهالة المشروط و جهالة المشروط، مبطلٌ للبيع من ایِّ جهةٍ كانت حتّىٰ علىٰ القول بعدم مُفسديّة الشّرط الفاسد.

منها: ما لو شَرَطَ فی البيع، ان يبيعه من البايع ثانياً و قد تقدّم بعضُ الكلام فی شرائط صحّة العقد و هذا الشّرط، فاسدٌ **لانّ** شرط بيعه من البايع ثانياً، مستلزِمٌ للدّور المحالِ كما عن العلّامة فی القواعد و ما يستلزم المحالَ، محالٌ بالتّقريب الذّی قد مضیٰ او مُستلزمٌ لما قال به الشّهيد الاوّل فی الدّروس من انّ الشرط هكذا، يكشف عن عدم ارادةٍ و قصدٍ جدیٍّ من البايع للمِعاملة.

منها: بيع عِنَبٍ بشرط اتّخاذ الخمر منه او بيع الخشب بشرطِ ان يصنع صنماً او بيعِ العصير العنبی لِشْرطِ اتخّاذ الخمر منه و **هذا النّوع من البيع و شرطه ،كلامهما فاسدان بالاتّفاق لكونه من قبيل اكل المال بالباطل.**

لنا ان نقول: امّا مثال الغَرَرِ و الجَهالةِ فَاورد السيّدرحمه‌الله بانّ الشّرط، امرٌ تبعیٌّ و الجهالةُ فيه، لايسری الىٰ العقد فلا يبعد التّفكيک بين الشَّرط و المشروط **و لعلّه** سيجیئُ الكلامُ فی هذا الرّد. **نحن نقول فی مسألة الغَرَر: انّ رواية: «نَهیٰ اَلنَّبیُ**صلی‌الله‌عليه‌وآله

عَن بَيْعِ الْغرَر»، موردُ التّوافق بين الفقهاءﷺ و وردت فى الكتب المعتبرة **ولكنّ** المرسلة المنقولة عن العَلّامة فى القواعد فى ضمن مسألة: **«النَهىٰ عَن الْغَرِر»**، ليست محقّقةً و لَعَلَّ العَلامةﷺ استفادَ هذه الرّواية من رواية: **«نَهىٰ اَلنَّبىُ ﷺ عَن بَيْعِ الْغِرَر»** بعد الغاء خصوصيّة البيع و تنقيح المناط، سيّما اذا كان معنى الغرر، الخُذعَة و الجهالةَ او بمعنىٰ الخطر و الضّرر دون الاحتمال المشهور فى اكثر الكتب و هو بمعنىٰ الجهالة و الغفلة.

حينئذٍ، يكون المطلبُ علىٰ عكسِ ما قال به الشّيخُﷺ حيث ان تعلّقَ النّهىِ علىٰ العقد ابتداءً، يوجب بطلانه للغَرَر **لا انّ الفساد**، نشأ و سَرىٰ من فسادِ الشّرط الىٰ المشروط.

امّا مثال بيع العصير خمراً فهو يتصوّر علىٰ نحوين: **نحو شرط الفعل او النّتيجة؟**

و ان كان بنحو شرط النّتيجةِ لايجوز هذا حتّىٰ فى الشّروطِ الُمحَلِّلةِ لكونه مخالفاً لمقتضىٰ العقد **اَمّا شرط الفعل** فالّثمن فى مقابل الاكل بالحلال، ليس بفاسدٍ و شرطه فاسدٌ.

فليس هذا المثال ايضاً من موارد الاستثناءِ قطعاً **اللّهم** الّا ان يُستفاد من الرّواية الواردة، **تعبّداً لا بمقتضىٰ القاعدة و صدقِ الاكل بالباطل.**

و امّا مثالُ ما لوشَرَطَ فى البيع، بيعه ثانيةً فيمكن ان يجاب عن دور العلّامة بوجوهٍ:

منها: انّ هذا يتمّ فيما اذا كان الشّرط هنا، الشّرط الاصوليّ بمعنىٰ التّعليق اى فيما اذا يقال بانّ صحّة البيع الاوّل و تمليكه، مشروطٌ علىٰ صحّة البيع الثّانى **و ذلك لانّ** تمليك المبيع فى البيع الاوّل، موقوفٌ علىٰ تمليك المشترى ثانياً فى البيع الثّانى متأخّراً **و هذا التّمليك** ايضاً، موقوفٌ علىٰ تمليك البايع، المبيع للمشترى **ولكنّ** الكلام فى الشّرط الفقهىّ و هو عدم تعليق الّتمليك علىٰ شىءٍ و لزوم كونه منجّزاً و فى الشّرط الفقهى، لايلزم الدُّور اصلاً.

و هكذا، دليل الشّهيدﷺ من عدم كونه من قصدٍ جدّىٍ، **مردودٌ** لتحقّق القصدِ

الجِدّی و الغرض العقلائیّ فی بعض الموارد **فیصحّ هذا اوّلاً:**

و ثانیاً: لوقلنا بالبطلان فوجهه، وجودُ نصٍّ فی المسألة: «ان شاء بَاع و ان شئتَ ما اشتریتَ» فلا مانع منه و امّا اشتراطُ البیع ثانیاً **فهی** دالٌّ علیٰ بطلانه و ان قلنا لعدم دلالة النصّ علیه فَقُلنا ببطلان البیع **اوّلاً لا انّ الفساد، نَشَاَء** من الشّرط الفاسد.

و امّا المثالان اللّذان ذکرهما الشّیخﷺ **هنا و لم نقبلهما،** فاحدهما: ما اذا اشترط شرطاً غَیْرَ مقدورٍ **و هو باطلٌ لانّ اللّازم،** کون التّعهّد مقدوراً سواءٌ کان فی البیع او فی سائر المعاملات فاذا کانَ الشّرطُ باطلاً **فالعقد ایضاً باطلٌ** و هذا، لیس مبنیّاً علیٰ النّزاع المعروف مُفسدیّةِ الشّرط الفاسد و عدمها.

وَاَجابَ عنه بانّ فساد الشّرط هنا، لایسری الیٰ المشروط الّا عَلی القول بمُفسدِیَة الشّرط الفاسد و فساد الشّرط من جهة عدم کونه غیر مقدور التّسلیم، امرٌ عقلیٌّ لایحتاج الیٰ النّص و لم یدخل تحت الاطلاقات مثل: «**المؤمنون عند شروطهم**».

فاذا لم یکن مشمولاً للادّلة فلا مانعَ من القول لفساد الشرط دون المشروط.

فثانیهما: ما اذا کان الشّرط لغواً غَیرَ جدّیٍ، غیر عقلائیٍّ ما اذا ارادَ توزینَ حِنَطَةٍ بشرطِ البایع آنّاً مٰا **حیث** یکون البیع بذلک فاسداً.

اجاب عنه الشّیخﷺ بان الشّرط ، باطلٌ فاسدٌ لغوٌ لایسری علیٰ العقد.

اقول: جوابهﷺ لایخلو عن قُوّةٍ **الّا** انّه یمکن ان یقال: بانّ مراد القائل بفساد البیع فی المثال المذکور، انّما هو عدمُ تحقّقِ قصدٍ جدّیٍ فی البیع و لغویّة الشّرط ، کاشفٌ عن عدم قصدٍ جدّیٍ فی البیع ولکن الحقّ انّ الموارد، تختلف من هذه الجهة.

اذا عرفتَ المقدمتّین المذکورتین سابقاً؛ نقول: انّ فی المسألة قولان: **قولٌ بالمُفسدیّة و قولٌ بعدم** الافساد و هو قولُ جمعٍ من القدماء و عدّةٍ من **المتأخّرین و منهم الشّیخ الانصاری**ﷺ **وَ اِن صرّح انّ المسألة، فی غایَة الاشکال و وجه عدم الافساد، شمول** عمومات صحّة البیع و **امّا فساد الشّرط** فهو لایمنع من شمول العمومات له نظیر بیع ما یَمْلکُ و مالا لایَملِکُ **حیث** تصحّ المعاملةِ فی ما یملک

كالشّاة و تبطل فيما لايَمْلِكُ كالخنزير **و هكذا** كما لو لم يكن فساد الجزء موجباً لفساد الكلّ كذلک الشّرط مع المشروط **بالأولىٰ و لذا صرّح المحقّق الثّانی** فی جامع المقاصد رد القائلين بفساد المشروط عند فساد الشّرط **بانّه** يشكل الفرق بين الجزء الفاسد و الشّرط الفاسد **حيث** انّ فساد الجزء، لا يوجب فساد الكلّ و كذلک الشّرط.

و امّا السيّد بعد اعترافه رحمه الله بصحّة نظر الشّيخ رحمه الله بشمول: «**احل الله البيع**» و «**تجارةٌ عن تراضٍ**» دون «**أوفوا بالعقود**» فكانّ العقد بمعنىٰ التّعهّد و الشّرط جزء التّعهّد فاذا فرضنا فساد الشّرط الذّی هو جزء التعهّد و العقد، لايشمله «**أوفوا بالعقود**» لانّ العقد، يتقوّم بالشّرط فاذا كان الشّرط فاسداً، لا تشمل: «**أوفوا بالعقود**» هذا الشّرط بخلاف البيع **حيث** كان معناه، مبادلةَ مالٍ بمالٍ و من حيث انّه مبادلةُ مالٍ بمالٍ، يشمله....

وجه القول بالإفساد، امورٌ ثلاثةٌ علىٰ سبيل الانفصال الحقيقیّ:

الاوّل: الجهالةُ الّتی قال بها الشّيخ الطّوسی رحمه الله فی المسبوط.

و توضيحه انّ للشّرط قسطٌ من الّثمن فاذا فَسَدَ الشّرط، سَقَطَ قسطٌ من الّثمن **و حيث** لم يعلم مقدار السّاقط، يصير الّثمن مجهولاً الموجب للفساد بقوله صلى الله عليه و آله: «**نَهىٰ اَلنَّبیُ صلى الله عليه و آله عَن بَيْعِ الْغِرَر**» المخصّص به عمومات البيع.

اجاب الشّيخ الانصاری رحمه الله عنه بوجوهٍ ثلاثةٍ:

الوجه الاوّل: انّ الشّرط، لايقابل بشیءٍ من الّثمن و المقابلُ بالّثمن، الاعيانُ لا الاوصاف و القيود و الشّرائط **مع انّ** لها دخلٌ فی زيادة الّثمن **و لذا قالوا:** انّ للّشرط، قسطٌ من الّثمن **ولكن** لايُعنىٰ منه انّ بعضاً من الّثمن وَقَعَ بازاء الشّرط او الوصف.

و الثّانی: لو فرضنا مقابلة الشّرط للثّمن، لانُسلّمُ مجهولَ قسطِه من الّثمن **بل** قيمة الشّرط، معلومةٌ فی الغالب.

الوجه الثّالث: لو سلّمنا كونه مجهولاً قسطه من الّثمن **ولكن** الاعتبار فی باب المعاملات بثمن الجملة لا الاجزاء و كلّ واحدٍ منها، كما فی بيع مايَمْلِكُ و ما لايَمْلِكُ، يكون ثمن الجملة معلوماً **ولكن** القسط من الّثمن المقابل لما يَمْلِك و ما لايَمْلِك، غَيْرُ معلومٍ و هو غيرُ ضّارٍّ فی صحّة **ما يَمْلِكُ؛**

يمكن ان يجاب عن الشّيخﷺ بعد الاعتراف بانّ الجواب الثّانی، **لايخلو عن قوّةٍ** و هكذا الجوابِ الثّالث و هو كون الاعتبار فی باب المعاملات بثمن الجملة، لم يكن بيّناً تمامَ الوضوح **اِلّا اِنّا** لانتكلّم منه، بانّ الجواب الاوّل منهﷺ **لا يخلوعن ضعفٍ** كما ذكرنا سابقاً من انّ الشّرائط و الاوصاف تقابَلُ بالمال **لانّ** المراد من المقابلة، ليس هو صحّة استعمال الباء المقابله، **بل** هما، داخلانِ فی الالتزام و التّعهّد، و الّثمن انّما هو فی مقابل العين الموصوفة و المشروطة: عرفاً **و لذا** قلنا سابقاً: اِنّ الارش، مطابقٌ للقاعدة.

و لو سلّمنا جواب الشّيخ فی الاوصاف، لانسلّمه فی الشّرائط حيث انّ قسماً من الشّرائط من قبيل شرط الفعل المتّفق عليه وقوعهُ مقابِلاً للثّمن كما صرّح بذلک الشّيخ فی اوائل البيع بامكان كون ما يقابل فی مقابل تمام الّثمن، عمل الحّرمن المنافع فاذا صَلَحَ كون عمل الحرّ الذّی هو من الشّرائط مقابلاً بالّثمن فيصحّ وقوعه فی مقابل بعض الّثمن بالاَوْلیٰ.

الامر الثّانی: عموم شمول عمومات صحّة البيع **لانّ** الشّرط قيدُ و من خصوصيّات ذلک البيع و داخلٌ فی البيع و جُزء التعهدّ سواءٌ كان قيد الملتزم او الملتزم به **فاذا فَرَضَ** كون الفرد المعيّن المقارن بالشّرط الفاسد، مورداً للانشاء، لاتشمله العمومات و فاقد الشّرط ايضاً **حيث** لم ينشاء، لا تشمله العمومات **«كاوفوا بالعقود»** و **«وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ»**[1] و مرجع هذا، الیٰ التخصّص ای ليس الفرد الفا قد للشّرط، فرداً منشأً به حتّیٰ تشمله العمومات و الاطلاقات عليه **و بعبارةٍ**

---

۱. سورهٔ بقره، آیهٔ ۲۷۵.

أُخرىٰ، المقيّد، ينتفىٰ بانتفاء قيده **و امّا فاقد القيد**، لايرتبط بالمنشأ و مورد المعاملة فاذا فُرِضَ كون العقد المقرون بالشّرط الفاسد، فاقداً لخصوصيّات العقد، لاتشمله العمومات فاقد الشّرط ايضاً، فرد آخر لم ينشأ حتّىٰ تشمله الادلّة العامّة.

اَجابَ عنه الشّيخﷺ **انّ قولهم: «المُقَيَّدُ ينتفىٰ بانتفاء قيده»، غير تامٍّ** فى الامور **العرفيّة الاعتباريّة** و مورده، الامورُ العقليّة، غير قابلةٍ للتّخصيص **كما يقال: «الكلّ ينتفى بانتفاءِ جزئه و المقيّد، ينتفي بانتفاء جزئه»**.

و امّا فى الامور العرفيّة الاعتبارية و المعاملات فالقيود بحسب الاغراض و الاغراض هنا، علىٰ نوعين: غَرَضٌ اصليٌّ ثانويٌّ و من قبيل تعدّد المطلوب بحيث كان عنوانٌ منهما لازماً، تخلّفه موجبٌ لفساده و عنوانٌ آخَر موجبٌ للكمال و تخلّفه، غيرُ مضرٍّ بِفساد العقد **و الشّرائط ايضاً من هذا القبيل** اى من قبيل الغرض الثّانويّ و من قبيل تعدّد المطلوب **و لايقال:** «انّ ما وَقَعَ لم يُقْصُدْ و مَا قَصَدَ لَم يَقَعْ».

بالجملة، نظرُ العرفِ بالقيود، غيرُ نظر العقلِ بالعقود **ففى باب العقليّات**، انتفاء القيد، يوجب انتفاء المقيّد و امّا فى العرفيّات فانتفاء بعضِ القيود لايَنْتَفِى بانتفائه، العقدُ **و يَشْهَدُ لما تقرّره فى باب** شرط الفاسد، بحثُ الاوصاف و قيود المبيع او الثّمن كما لو بَاعَ العبدَ الكاتبَ فَبَانَ غير كاتبٍ، لايبطل العقد بتخلّف الكتابة **غاية الامر**، له خيار تخلُّف الوصف و هذا يراد من قولهم: **«تعدّد المطلوب» و هكذا** الكلام فى تخلّف الشّرط **و هكذا** فى تبعّض الصّفقة **كما يشهد لذلك ايضاً** باب النّكاح **حيث** انّ فى النّكاح، شرائط متعدّدة، وردت علىٰ انّ فسادها، لايوجب النّكاح و هذا معنىٰ تعدّد المطلوب.

اقول: هذا القول منهﷺ **فى غاية الاشكال لانّ** القيود كلّها، مورد الالتزام و داخلةٌ فى المعاملة، ينتفى العقد بانتفائها و انّ الرّضا فى العقد، مقيّدٌ بحصول الاوصاف و القيود بحيث لو لم تحصل الاغراض الشّامل للقيود و الشّرائط، لم يلتزم نفسه علىٰ الوفاء بمقتضىٰ العقد. **فما اَبْعَدَ ما بينه و ما بين** مدعيّهﷺ فى الفرائد ما اذا تعذّر بعض اجزاء العبادة من انّ قاعدة الميسور، تحسن فى الاجزاء عرفاً و لا تجرى فى فاقد

الشّرط عرفاً كفاقد الطّهورين **لانّ فاقد الطّهور و واجده، متباينا لامن قبيل الكلّ و الجزء و فاقد الجزء.**

و هذا مورد قاعدة الميسور.

من هنا يَظهر ما فی قوله فی وجه عدم الافساد و هو شمول عمومات صحّة البيع لفاقد الشّرط من الضّعف **و هكذا** يظهر ضعف قول السّيّدﷺ شمول: «**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**» و «**و تجارةً عن تراضٍ**» دون قوله تعالىٰ: «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»[1] **لانّ** مورد المعاملة، فردٌ واحدٌ و هو المشروط او الموصوف و هو خَرَجَ من تحت: «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» و لا فرق فيه، بين «**أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**» و «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»[2] حيث يصدق علىٰ هذا الفرد من المعاملة، العقد و البيع و التّجارة...»

الامر الثّالث للقول بالافساد، اَلْاَخْبار و هی ثلاثةٌ ذكرت فی الابواب المختلفة و ذكرها الشّيخﷺ و اجاب عنها و جوابُ الشّيخﷺ و ان كان فی نفسه، مَتينٌ **الّا انه لايخلو عن ضعفٍ من حيث فقه الحديث.**

الخبر الاوّل فی الوسائل فی باب بيع الحيوان فی كتاب التّجارة، الباب ١٤ الحديث ١٣ باسناده (الكلينی) عن احمد بن محمّد بن عيسىٰ، عن علیّ بن الحكم، عن عبدالملک بن عتبة قال: سألت ابا الحسن موسىٰ الرّضاﷺ (و هذه النّسبة هنا، اشتباه **لانّ** الرّواية، مرويّةٌ عن موسىٰ بنِ جعفرﷺ و لعلّه من النسّاخ) عن الرّجل ابتاع منه طعاماً (او ابتاع منه متاعاً) علىٰ ان ليس له عيبٌ **هل يستقيم هذا و كيف يستقيم؟ هل له ذلک؟** قالﷺ: **لايَنبغی التّمسّک بهذه الرّواية من** ذهب الىٰ انّ من شرط انّ ضرر ماله علىٰ الغير، لايجوز **حيث كان** خلافُ مقتضىٰ العقد **خلافاً** لمن قال بصحّته علىٰ القاعدة **لانّه** مَرَّ مِراراً، الفرق بين كونه خلاف مقتضىٰ مطلق العقد و بين كونه خلافَ مقتضىٰ اطلاق العقد و هذا النّوع من الشّرط، كان خلاف اطلاق العقد، لا خلاف مطلق العقد و لا مانع منه **هذا اوّلاً و ثانياً:** قولهﷺ: «**لايَنْبغی**»، لا

---

١. سورهٔ مائده، آيهٔ ١.

٢. سورهٔ مائده، آيهٔ ١.

يدّل علىٰ الحرمة كما ادّعىٰ صاحب الحدائق استعماله فيه كثيراً فی الاخبار حتّىٰ انكر صاحبُ الحدائِق، دَعْوَىٰ الشّيخ رحمه الله فی استعماله فی الاستحباب **بل** فی اصطلاح المتأخّرين، اُسْتُعْمِل **«لايَنبغی»** فی الكراهة.

و وردت رواياتٌ اُخرىٰ علىٰ الجواز كالحديث الاوّل فی الباب المذكور و هكذا الحديث الثّانی عن ابی عبدالله عليه السلام **«شارَكَ جارية فی رجلٍ فليس عليك شیٌ فلا بأسَ عليه»** الخ الدّالان علىٰ جواز شرط الخسارة علىٰ المالك و الغير.

و هذان يُثبتان علىٰ انّ «لايَنبغی»، لم يستعمل فی التّحريم.

و الشّيخ رحمه الله اَجابَ عن دلالة هذه الرّواية علىٰ فساد المشروط بانّ فيها، احتمالاتٌ اربعةٌ، علىٰ احتمالٍ واحدٍ، يدلّ علىٰ المطلوب دون الاحتمالات الثّلاثة.

الاوّل: تعلّق **«لايَنْبغی»** علىٰ الشّرط بمعنىٰ الكراهة.

الثّانی: تعلّقه عليه بمعنىٰ التّحريم، علىٰ هٰذين الاحتمالين، يدّل علىٰ فساد الشّرط دون المشروط.

الاحتمال الثّالث: تعلّق **«لايَنْبغی»** علىٰ الفعل و البيع بمعنىٰ التّحريم و ليس المراد منه، التّحريم التّكليفیّ **بل** الوضعیّ و هو الفساد **و هذا**، يدّل علىٰ فساد المشروط ايضاً.

الاحتمال الرّابع: تعلّق **«لايَنْبغی»** علىٰ المعاملة و البيع بمعنىٰ الكراهة.

و هذا ايضاً لايدّل علىٰ فساد المشروط.

و الحقّ فی الجواب عن هذه الرّواية، جوابان:

الاوّل: انّها معارضةٌ مع سائر الرّوايات الدّالة علىٰ كونه بمعنىٰ الكراهة و لم يذكر الشّيخ اسماً عن هذهِ المعارضات.

الثّانی: انّ هذا الشّرط، يدخل تحت شرائط الّتی كانت مخالفة لمقتضىٰ المالكيّة و خلاف المقتضىٰ **و الشّيخ رحمه الله ، اختار** الجواب الثّالث و هو احتمالُ تعلّقِ **«لايَنْبغی»** علىٰ الشّرط بمعنىٰ التّحريم او الكراهة او تعلّقة على البيع بمعنىٰ الكراهة.

نعم: اذا كان تعلّق **«لايَنْبغی»** علىٰ البيع و بمعنىٰ الحرمة، يدلّ علىٰ فساد

المشروط **ولكن هذا** خالٍ عن الدّليل.

الخبر الثّانی ـ الباب ٥ ـ من ابواب التّجارة ـ الحديث ۴: و عنه و عن عدّةٍ من اصحابنا، عن احمد بن محمّد بن عيسى، عن ابن ابی عمير، عن حفص، عن حسين بن منذر قال: قلتُ لابی عبدالله عليه السلام: يَجئُ الرّجلُ و يَطلبُ العينَ و الشّرىٰ منک المتاع فاشترىٰ له المتاع مُرابحةً ثمّ اَبيعُه ايّاه ثمّ اشترٖيه منک مكانی قال: **«اذاكان بالخيار، ان شاء باعَ وَ اِنَ شاءَ لم يبع وكنتَ انتَ بالخياران شئتَ اِشتريتَ و ان شئتَ لَم يَشتر فلا باسَ» و قلتُ:** انّ اهل المسجد يزعمون: انّ هذا فاسِدٌ و يقولون: اِنْ جاءَ بعد الشّهر، صَلَحَ **قال: انّما هذا تقديمٌ و تأخيرٌ فلا بأس.**

و اَجابَ الشّيخ رحمه الله عنها بوجهين: **الاوّل:** انّ شرط انّ يبيع المشترى من البايع ثانياً خارجٌ عن محلّ الكلام **و ذلک انّ** هذا الشّرط، ليس من مورد بحثنا **لانّ** محلّ الكلام، ما اذا لم يكن مشروعاً فی حدّ ذاتها **اِمّاكان حراماً او باطلاً** و اشتراط هذا، فی ضمن العقد، يقع فيه البحثُ: **هل هو موجبٌ لفساد المشروط للدّور او لعدم تمشّی القصد الجدیّ ام لا؟**

و امّا الشّرط فيما نحن فيه فليس مِنْ غير المشروع **و هو محلُّ اتّفاقٍ** و لا يقع فيه بحثُ **السّراية الیٰ المشروط ام لا؟** فليس هذا الشّرط من محلّ الخلاف و ليس من مصاديق ما نحن فيه.

و امّا عدم كونه خلافيّاً حيث اتّفقوا علیٰ انّ شرطَ بيعه منه، غير صحيح.

الوجه الثّانی: انّه لم يُعلم اشتراطُ هذا فی ضمن العقد الاوّل **بل** لَعَلَّ وَقَعَ الاشتراطُ بينهما خارجَ العقد و لم يذكر فی ضمن العقد و ان وقع العقد مبنياً عليه كما هو المعمولُ فی هذا النّوع من المكالمات و المساومات.

بالجملة، فَرْضُ وقوعِ شرطٍ فی ضمن العقد و كونه فاسداً موجباً لفساد العقد، **لادليل عليه من** العادة غيرها **و يرد عليه اوّلاً:** انّ دعوىٰ ذكرِ الشّرط فی ضمن العقد **بعيدٌ لانّ** المقصود، تحقّق الشّرط و هو الرّكن الّذی يكون داعياً لِلاقدام.

ثانياً: علیٰ فرضِ عدم ذكره فی ضمن العقد **ولكن** من المسلّم وقوع العقد مبنيّاً

علىٰ الشرط و المساومة و المقاوَلَة قبلَ العقد، غير المذكور فى ضمن العقد.

و لذا قلنا: انّ الأَجْناس الّتى كانت لها سِعرٌ معيّنٌ من قبل، لايحتاج الىٰ ذكر الّثمن **مع** انّ ذكر الّثمن ركنٌ فى العقد و عدم ذكره فى العقد، موجبٌ للغرر الموجبِ لفساد العقد.

ولكن من الواضح: انّ البطلان، فيما لم يكن الّثمن فى الواقع معيّناً فاذا كان معيّناً من الخارج و لو بالمقاوَلةِ، لايحتاج الىٰ ذكر الّثمن ثانياً ضمنَ العقدِ.

و هكذا يرد علىٰ الجواب الاوّل للشّيخﷺ: انّ شرط اَنْ يَبيعَ منه ثانياً، عُنْوِنَ فى ثلاثةِ مواردَ فتوىً و نصّاً **و حكموا** فى هذه الثّلاثة، بالبطلان لاجل صِدق الخيانة و الغشّ:

منها: فى مورد بيع المرابحة كما صرّح المحقّق فى الشّرايع لانّه غشٌّ و خيانةٌ.

منها: انّه عُنْوِنَ فى باب المعاطاة فى مقام ذكر عدم لزوم ما ليس عندك فيها.

منها: عُنْوِنَ فيما نحن فيه لتصحيح الرّبا.

فالمراجعة الىٰ الاخبار المتفرقّة و وُرودِ هذا الحديث فى الابواب المتّفرقة، لايؤيّد دعوىٰ الشّيخ: بانّ شرطَ المذكور، شرطٌ جائزٌ فى حدِّ ذاته و ليس اِبطاله فى ضمن العقد من قبيلِ ابطال الشّرط الفاسد **بل** الشّرط، لاجل غرضٍ فاسدٍ **نعم:** بيعة ثانياً لا اشكال فيه **ولكن** شرطُ بيعه منه ثانياً، انّما هو لتصحيح الرّبا او لاجل بيعِ ما ليس عندك او لاجلِ بيع المرابحة و لا يرتبط بمسألة شرط الفاسد.

الخبر الثّالث، مضمونه: ما اذا باع متاعاً فقداً بعشرة دراهمَ و اِشْترىٰ منه ثانياً بخمسةِ دراهَم، قالﷺ: **«اذا لَم يَشترط، لا بأس».**

فى مقابل هذه الرّوايات، وردت روايات اِدَّعىٰ القائل بعدم الافساد دلالتها عليه.

منها: ما ورد فى باب نكاح العبيد و الاِماء فى الوسائل و فى كتاب **«من لايحضره الفقيه»** فى باب عتق الاماء و فى «كتاب الزّكوة» فى الوافى.

فى كتاب النّكاح ـ باب نكاح العبيد و الاماء ـ الباب ٥٠ ـ الحديث ٣ ـ «قال (محمّد بن يعقوب) ذَكَرَ اورَوىٰ انّ بربرةً كان عند زوج لها و هى مملوكةٌ فاِقتراها

عائشةً و اعتقها و خيّرها رسولُ اللهﷺ و قال: ان شائت، ان يُقرّ عند زوجها و إن شائت، فارقته و كان مَوالي الّذين باعُوها، اشترطوا علىٰ عائشة: انّ لهم و لائها و قال رسول اللهﷺ: «الولاء لمن اعتق» و يصدّق علىٰ بربرةٍ بلحم فاحطته الىٰ رسول الله فعكفّته عائشة و قالت: انّ رسول اللهﷺ لا يأكل لحم الصّدقة و جاءَ رسول الله: و اللّحم معلّقٌ و قال رسول الله: ما شأن هذا اللّحم لم يطبخ و قال عائشة يا رسول الله و صدّق به علىٰ بربرةٍ و انت لا تأكل الصّدقة و قال: هو لها صدقةٌ و لنا هديّةٌ ثمّ اَمَرَ بطبخه و جانب فيها ثلاثٌ من السُّنن (الاوّل: اختيار الزّوجة المملوكة بعد الاعتاق بين فسخ النّكاح و ابقائه

الثّاني: «الوَلاءُ لمن اعتق» و لو اِشْتَرَطَ خلافه **و الثّالث:** الصّدقة او عرض لها انّه هديّة الىٰ من كان تحرم عليه الصّدقة، لايصدق عليه عنوان الصّدقة).

و الشّيخ الطّوسيﷺ استدلّ بهذه الرّواية فی المبسوط بعدم الافِساد **و العلّامة**ﷺ: بانّها ترتبط بمسألةُ مكاتبةِ العبيد لمواليه **لا انّه بيعٌ و شراءٌ** و شرطٌ و غير ذلک و لاترتبط بما نحن فيه و تبعه الشّهيد الثّانی فی المسالک و بعض آخر به.

اِعْتَرضَ صاحبُ الحدائقﷺ علىٰ العلّامة بانّه نقلﷺ الرّواية بطريق العّامة **و مع ذلک** تنطبق مع ما ورد فی احاديث الخاصّة **و الحقُّ مع** الشّيخ الطّوسیﷺ حيث استدلّ بهذه الرّواية علىٰ عدم الاِفْساد و ليس هذا قضيّةٌ فی واقعةٍ منحصرةٌ علىٰ موردٍ **بل** هو مطابقٌ للقاعدة سيّما بملاحظة تطبيقاتٍ واردةٍ فی الابواب المختلفة كالشّرط فی ضمن التّزويج بأَنْ لايتزوّج و لايتسرىٰ **حيث** ورد فيها: انّ الشرط باطلٌ و لايكون النّكاحُ باطلاً.

و من جملة الاخبار الدّالة علىٰ عدم الافِساد، ما وردت فی باب بيع الحيوان، الباب ١٥ الحديث الاوّل: محمّد بن يعقوب، عن علیّ بن ابراهيم، عن ابيه عن ابن ابی عمير، عن حمّاد، عن الحلبیّ (المسمّىٰ بصحيحة «حلبی» حيث له انّ رواة الرّواية، كُلها صِحاحٌ) قال: سألتُ عن الشّرط فی الاِماء: لاتُباعُ و لاتُورّثُ و لا توهب و قال: **يجوز ذلک غير الميراث فانّها تورث وكلُ شرطٍ خالف الله فهو ردّ».**

هذا الحديث، دليلٌ علىٰ عدم الافساد **لانّ** المردودة، تنحصر بالشّرط المخالف لكتاب الله لا العقد المشروط فهو غير مردودٍ، صحيحٌ **و لذا** قالو: انّ السّالبة بانتفاع الموضوع، خلاف العرف **و بعبارة أُخرىٰ، النّفى يُتَعلّق بالقيد لا المقيّد و هذا** بعينه يصدق هنا **لانّ** الشّرط، قيدٌ فى العقد سواءٌ كان قيد الالتزام او قيد المُلْتَزمِ فاذا تَعَلّقَ النّهىُ و الردّ علىٰ الشّرط فالظّاهِرُ، انّه يَنْهىٰ عن الشّرط وحده لا العقد المشروطِ.

نعم: فيها احتمالٌ آخر لا يدّل علىٰ المطلوب **بناءً عليه ولكنّه** خلافُ الظّاهر و هو انّ فرض الرّواية، الكلّى اى السّؤالُ عن ذكر شرطٍ لا يُباعُ فى معاملةٍ و بشرط الآخر فى معاملةٍ أُخرىٰ **و هكذا الثّابت فى المعاملة الثّالثة** لا السّؤال عن صورة الشّروط الثّلاثة فى العقد الواحد **(لا يباع و لا تورث و لا يوهبُ)**

و جواب الامام عليه السلام بصحّة الشّرطين دون شرطِ عدم الميراث.

منها الحديث ٢: بِاسناده، عن احمد بن محمّد بن عيسىٰ، عن علىّ بن حديد، عن جميل بن درّاج، عن بعض اصحابنا (المُسمّىٰ **«بمرسلة جميل»** حيث كان **«الجميلُ»** من اصحاب الاجماع حيث ورد: **«جميلنا، الجميل مع ابانى و العبد لان ثمّ حمادٌانى،** كانت الرّوايه صحيحةً **و لذا** اجمعت الاصابة علىٰ تصحيحِ ما يصحّ عنه) عن احدهما: فى رجلٍ اِشترىٰ جاريةً و شَرَطَ نهيهٰا ان لا يبيع و لايهب، قال عليه السلام: **«يفى بذلك اذا شَرَطَ الّا الميراث».**

هذه، دالّةٌ جزماً علىٰ عدم كون الشّرط الفاسد، مُفسداً.

منها: ماورد فى كتاب النّكاح من الرّوايات فى خصوص بعض الشّرائط كشرط الخيار و غيره **حيث** صرّح ببطلان الشّرط دون النّكاحِ و ذكره الشّيخ رحمه الله من باب المؤيّد **حيث** كان هو المتّفق عليه و بعد الاتّفاق فيه، اختلفوا فى سائر الابواب.

فحينئذٍ، هل يمكن التّعدى و من الرّوايات الّتى وردت فى باب النّكاح فى بعض الشّروط، الىٰ غيره من الشّروط فى سائر الابواب كما عليه الاكثر و انّ الرّوايات الواردة فى النّكاح، خارجةٌ مَخْرَجَ المثال كما يكون الامر كذلك فى ماوَرَدَ فى باب

الاماء **حيث** انّها واردةٌ موردَ المثال **و الّا يجوز ذلك فی باب العبيد ايضاً و الّذی ينبغی** ان يذكر انّ الرّوايات الّتی استدلّ بها القائل بالافساد و عدم الافساد كليهما، راجعان الیٰ شرطٍ مخالفٍ لكتابِ الله، **لاختصاص النّصوص بهدالنوع من الشّرط ولكنّه يمكن ان يدفع** بانّ الاَبْحاثَ الّتی قيلت فی باب الشّروط الّثمانية فی صحّة الشّروط، اكثر تطويلٍ بلاطائلٍ **فبعضها يُوجب فسادَ** العقد بالاتّفاق كشرط مناقض العقد و شرط مخالفه و شرط التّعليق **و بعضها ايضاً** غير قابلٍ للطّرح كشرطٍ عن المزاج الّذی ليس له غرضٌ عقلاّئیٌ و الشّرط، غير المقدور.

ثمّ: انّه بناء علیٰ عدم كون الشّرط الفاسد مُفسِداً و صحّة العقد هل فيه خيارٌ ام لازمٌ؟

قال الشّيخﷺ: بانّه يمكن القول بالخيار **لاجل** تخلّف الشّرط او تعذرّه **ولكن** ردّه بانّ الاَقْویٰ، عدم الخيار **لانّ** دليل خيار الشّرط فی باب تخلّف الشرط، احد الامرين:

الاوّل: هو الاجماع **و الثّانی: هی «قاعدة لاضرر» لانّ** الالزام بقبول فاقد الشّرط غير المرضیّ به، حكمٌ ضررّیٌ منفّیٌ.

و من الواضح عدم الاجماع فيه **و جريان «قاعدة لاضرر» فيه ايضاً**، يوجب تأسيس فقهٍ جديدٍ فيعمل «بقاعدة لا ضرر» المجمل، فيما اذا عمل القوم و الاصحاب له **والّا من عَمِلَ به بنحو الاطلاق حتّیٰ فی سائر الابواب و التّكاليف من الزّكوة و الخمس و الصّلوة و الجهاد غير ذلك، يلزم تخصيص الاكثر.**

بناءً عليه، يلزم الالتزام بفساد الشّرط و لزوم العقد من دون خيارٍ و لايبعد تمسّک الاصحاب فی بعض الموارد «بقاعدة لاضرر» لاجل قرائن موجودة عندهم يوجب العمل **«بقاعدة لاضرر»** فيها و عدم العمل بها «فی بعض الموارد» عندهم لعدم القرائن.

اقول: انّ القول بلزوم العقد الفاقد للشّرط، لايخلوعن تعجّبٍ حيث انه خارجٌ عن التّعهّد و الالتزام بلزوم العقد الفاقد للشّرط و لم يرض بالفاقد **هذا اولاً:**

و امّا ثانياً: فقد أُجيبَ عن تخصيصِ الاكثر فى اكثر الابواب بانّ فيها الاجر، يجبر الضّرر كما فى الآية: **«مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا»**[1] فلا يصدق عليه الضّرر كماورد: **«الصّوم جُنَّةٌ من النّار»** و **«الصّلوةُ عمودُ الدّين»** و... **ولكنه مدفوعٌ بانّ «قاعدة لاضرر»** شُرِّعَتْ لاجل تنظيم الامور الدّنيويّة لا الاُجور الاخرويّة.

فالاولىٰ فى جواب تخصيص الاكثر ان يقال: انّ بملاحظة الاَغْراض المهمّة الّتى شرّعت الاحكام لاجلها فى الشّرع، لايصدق عليه الضّرر **فبناءً عليه من قال:** بكون الجهاد، حكمٌ ضررىٌ، انّما لوحظ به من حيث الانفراد لا اجتماعيّاً **و الّا** بملاحظة الاجتماع و الفوائد المترتّبة عليها لاجل كيان الاسلام، لايصدق عليه الضّرر.

هكذا الامر بالنّسبة الى الزّكوة و الخمس و غيرهما من الابواب الماليّة و غيرها.

مضافاً الىٰ ذلك، يمكن ان يجاب عن الشّيخ رحمه الله لو سلّمنا ان **«لاضرر»**، لايجرى هنا، **لاجل لزوم تخصيص الاكثر،** بما قلناه سابقاً ايضاً بانّ اثبات الخيار، لايحتاج الىٰ **«قاعدة لاضرر»**، خصوصاً ان قلنا بانّ الشّرط الفاسد، مُفسِدٌ **و ذلك** انّ خيار تخلّف الشّرط مع خيار تخلّف الوصف و تعذّر الشّرط، سنخان من الخيار خلافاً للاكثر **حيث** لم يقولوا بالفرق بينهما من هذا الحيث **لانّ** فى خيار تخلّف الشّرط كتخلّف الخيّاطة، جاء الخيار من خارج العقد اللّازم الشّامل له ادلّة اللّزوم و امّا خيار تخلّف الوصف كما لو باع الفرس العربىّ و بانَ غيرَ عربىٍّ فلايصحّ القول بانّ العقد، كان لازماً لادلّة اللّزوم و لَحِقَ له الخيار من الخارج **لانّ** ادلة: **«اوفوا بالعقود»** و **«وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ...»** لاتشمله حتّىٰ يقال بلزومه و لحوق الخيار له من الخارج.

اى ليس المُقتضى بموجودٍ اصلاً **لا انّ المقتضىٰ** موجودٌ **و هو مانعٌ من ترك العمل بل** المانع، ناشٍ من ذات المعاملة و هو عدم العمل بالالتزام و عدم قبض الفرس العربىّ الّذى هو مورد التّعهّد و انّما لم نقل ببطلانه هنا للفرق بين تخلف الذّات و الوصف **حيث** انّ تخلّف الذّات موجباً للبطلان لعدم وجود مورد المعاملة دون تخلّف بل وجود مورد العقد ناقصا فتخلّف الوصف عرفاً من قبيل تعدّد

---

۱. سورهٔ انعام، آية ۱۶۰.

المطلوب. **فلذا** كان الخيار فی خيار تخلّف الوصف **و تعذّر الشّرط، من قبيل الحكم لامن قبيل الحقّ بخلاف** خيار تخلّف الشّرط **حيث** كان من قبيل الحقّ لا الحكم.

فالتّحقيق، ثبوت الخيار هنا و عدم اللّزوم و المراد من الحقّ، الخيار الحكمیّ لاالحقّی و الخيار الحكمیّ، ليس من قبيل ما لَحِقَهُ من الخارج **بل** لاجل عدم المُقتضِی له و اِنْ رَضِیَ بالعقد **فهو و الّا** باطلٌ **و قلنا: ان خيار** تخلّف الوصف و خيار تعذّر الشّرط ايضاً **من هذا القبيل** بخلاف خيار تخلّف الشّرط **لانّ العقد،** لازمٌ و الخيار لَحِقَ من الخارج.

و بهذا ظهر، ضعفُ ما اشار اليه السّيّدُﷺ **و صرّح به المتحقّق الايروانی فی الحاشية** من انّ الضّرر، يجئی لاجل تخلّف الشّرط و عدم العمل به و امّا كون الشّرط سأنعاً او ممنوعاً او غير ذلک **فهو** لادخلَ فيه فی المطلب **و لذا** صرّحاﷺ بالتزامهما بالخيار **و لكنّ** المدارَ فی الخيار، **ليس** لاجل فساد الشّرط **بل** الخيار دائرٌ مدارَ تخلّفِ الشّرط فَاِنَ عَمِلَ بالشّرط المحرّم، ليس فيه خيارٌ و ان لم يعمل له الخيار **مثلاً** لو اشترىٰ منه العنبَ و شَرَطَ ان يعصره خمراً **و حينئذٍ** لو جعل العنبَ خمراً **فلا خيار لانّه** عَمِلَ بالشّرط المحرّم **فلاضرر هنا** فما تخلّف الشّرطَ فلا خيار **و ان** لم يعمل بالشّرط **فهو** من مصاديق تخلّف الشّرط **فله** الخيار **فالمسألةُ** ليست من باب تعذّر الشّرط و ليست من باب الممنوع شرعاً كالممنوع عقلاً **بل** من بابِ عدم العمل به سواءٌ كان جائزاً او محرّماً، معتقداً للجواز او معتقداً للتّحريم؟

بالجملة، حاصلُ قولهما: انّ فی باب الشّرط الفاسد المفروض عدم كونه مُفسِداً للعقد، لو اتیٰ بالشّرطِ المحرّم **فلا تخلّف و لاخيار** و لو تَخَلَّفَ و عَمِلَ به الشّرط فله الخيار **و الفرق بين ما قالاﷺ و ما ذكرناه واضحٌ** لما قلنا سابقاً من انّ الخيار فی ما ذكرنا، من قبيل الحكم و انّه من باب عدم شمول العمومات و خيار تخلّف الشّرط، من قبيل الحقّ و شمول العمومات و اَلْعَلَمَانِ الْمحترَمَانِ: السّيّدﷺ و المحقّق الايروانیﷺ، اندرجاه تحت خيار تخلّف الشّرط **لامن مصاديق تعذر الشّرط** كما يظهر من الشّيخﷺ فحيثُ عَمِلَ بالشّرط المحرّم، لاتخلّف و لاخيار **حيث** لم يتوجّه

ضررٌ و ان لم‌يعمل به **فله الخيار عملاً «لقاعدة لاضرر»** من غير فرقٍ بين المحرّم و المحلّل.

و فيه انّ قولهما بعيدٌ من المبانىء **لانّ** الكلام فى تشخيص امضاء الشّارع **لا انّه فى العمل** و عدمه، **بعبارةٍ أُخرىٰ** محلُّ الكلام فى اصل التّشريع لا انّا فرغنا عن التّشريع و بَنينا علىٰ لزوم العقد و لمّا لم يعمل بالشّرط، لَحِقَهُ الضّرر و حَدَثَ له الخيارُ.

و امّا لو قلنا بانّ شرط الفاسد مُفسِدٌ للعقد هل التّراضى باسقاط الشّرط و الغائه بعد العقد، ينفع فى صحّة العقد كما لو اشترىٰ العنب علىٰ ان يعصره خمراً كما ذكره العلّامة﵀ ثمّ اَسْقَطَ الشّرط الفاسد بناً علىٰ كون الشّرط الفاسد مفسداً للعقد لو لا الالغاء و الاسقاط؟

ففيه و جهان بل قولان: ذكرهما الشّيخ﵀ ، و قال العلّامة﵀ فى بعض كلماته فى التّذكرة او مَالَ الىٰ صحّةِ العقد بعد التّراضى، بالاسقاط بالايقاف الىٰ الاجازة لكون العقد، بعد الشّرط المذكور حالَه مُراغىٰ فيصحّ العقد بالاسقاط بعد ما كان فاسداً.

قال الشّيخ﵀: انّ هذا يشكل لانّ العقد الّذى صار فاسداً و حُكِمَ بفساده كيف يصيرُ صحيحاً؟ باسقاط الشّرط للزوم الانقلاب عمّا هو عليه و رَضِىَ البايعِ بالعقد الفاقد للشّرط ثانياً، لا اَثَرَ لَهُ فى تصحيح العقد الفاسد.

و لنا ان نجيب تأييداً للعلّامة بما ذكر الشّيخ﵀: **حيث** اجاب﵀ عن القائلين بانّ العقد اذا بَطَلَ بالشّرط الباطل، لايَبْقىٰ شىءٌ بالعقد الفاقد بعض الشّرائط عنه، باقٍ بحاله، انّما تَخَلَّفَ عن الاوصاف، **فالعقدُ الفاقدُ، عين العقد** الواجد فى نظر العرف و تشمله العمومات و ليس هذا من باب فقد مورد **العقد و مع ذلك كيف يقول﵀** بانّ العقد مع فقد الشّرط لاعقد؟ لايؤثّر الرّضا بعده **لانّه** لم يتّفق عقدٌ حتّىٰ لَحِقَه الرّضا؟ **و لذا نقول:** انّ الشّرط و المشروط، من قبيل تعدّد المطلوب فالاسقاطُ ايضاً من قبيل تعدّد المطلوب، **الحقّ مع العلّامة** بانّ اسقاط الشّرط و التّراضى به، يوجب صحّة العقد **و تعليل الشّيخ﵀** فى بطلان **العقد غير تامٍّ.**

و بهذا يظهر انّ القول بكون الشّرط الفاسد، مُفسِداً للعقد او القول بعدم كونه مُفْسِداً للعقد، لايُؤثرّ فی فرض المسألة **لانّ المراد من القول بعدم** كونه مُفسِداً للعقد، ليس كون العقد لازماً **بل** موجبٌ للخيار **و معنیٰ الخيار، هنا،** الرّضا لفاقد الشّرط.

و ان قلنا بكونه مُفسِداً للعقد، ليس المراد منه، فساد العقد بحيث لايُجْدِی الرّضا باسقاط الشّرط الفاسد فی صحّة العقد **بل** يصحّ العقد اذا تراضيا بالغاء الشّرط الفاسد **فلايبقیٰ** فرقٌ بين القولين فی مقام العمل.

و السّر فی ذلك: انّ كون الشّرط الفاسد مُفسِداً للعقد، ليس من قبيل مُفسِديّةِ الجهالة للعقد و ليس من قبيل مُفسِديّة الرّبا و مُفْسِديَةِ تعذّر التّسليم **و لابمعنیٰ** كونه من العقود الفاسدة **بل** بمعنیٰ عدم كون ادلّة الصحّة من العمومات، شاملةٌ لهذا النّوع من العقد الفاسد شرطُهُ فاذا سَقَطَ الشّرطُ صار العقدُ صحيحاً كصحّة بيع الفضوليّ صحّةً تأهليّاً بحيث لو لَحِقَ به الرّضا و الاجازة، صارَ صحيحاً **مع ذلك** يقال: بفساد بيع الفضوليّ بمعنیٰ عدم شمول اَدلّه الصحّة، العقد الفضوليّ.

من جملة الاخبار الواردة، الاخبار الخاصّة وردت فی باب النّكاح و الزّكوة غير مشتملةٍ علیٰ الفاظ العامّ حتّیٰ تدلّ علیٰ الحكم العامّ **و لا تدّل علیٰ العلّة المنصوصة** حتّیٰ يقال: بتصميم الحكم بملاحظتها **و لذا** اختلفت فيها الآراءُ بانّه هل يجب الغاءُ الخصوصيّةِ و استفادة القاعدة الكليّة كما هو غير عديدٍ فی الابواب المختلفة من الفقهام لا؟ **لا يخفیٰ انّ** الخصوصيّتين المَوجودتين فی باب النّكاح، ما نعتانِ عن استفادة القاعدة الكليّة:

المانع الاوّل: كون مبنیٰ النّكاح علیٰ التّوسعة و الاحتياط **وكون الرّكن** فيه، الزّوج و الزّوجة **و لذا** ليس المهرُ شرطاً فيه و حتّیٰ شرط عدم المهر او فساد المهر، لايقدح فی صحّته.

الثّانی: انّ اكثر الرّوايات، واردةٌ فی شرط المخالف لكتاب الله و يمكن ان يكون الشّرطِ مخالفاً للكتابِ و السّنة خصوصيّةً كما وَرَدَ: «**شرطُ الله قَبلَ شرطكم**»، لا

تشمله ادلّة الصحّة و ليست هذه الخصوصيّة موجودةً لكلّ شرطٍ فاسدٍ.

ثمّ انّه بناءً علىٰ كون الشّرط الفاسد، مُفسِداً للعقد، هل الشّرطُ غير المذكور فى العقد و ايقاع العقد مُبتنياً علىٰ ذلک الشّرط الفاسد، كالمذكور فى العقد، يدخل فى النّزاع بانّ القائل بالافِساد يلزم ان يقول: بانّ الشّرط الفاسد المبنىّ عليه العقد، موجبٌ للافساد ايضاً ام لا؟

الشّيخﷺ **ابتنىٰ هذه المسألةِ عَلىٰ النّزاع** السّابق فى الشّرط الصّحيح المبنّى عليه العقد هل هو كالمذكور واجبُ الوفاء ام لا؟ و قد نَسَبَﷺ الىٰ المشهور، لزومَ ذكره فى ضمن العقد و مجرّد البناء علىٰ ما ذكر سابقاً قبل العقد، غير كافٍ، هذا فى الشّرطِ الصّحيح و امّا الشّرطُ الفاسدُ المذكور قبل العقد ايضاً ليس بواجب الوفاء **لانّ صحيحه**، ليس بواجب الوفاء فضلاً بفاسده.

فَبناءً عليه اخذ الرّبح فى البنک من دون ذكر شرائط الاخذ اى شرط ربحٍ لايذكر فى ضمن عقد مع انّ وقوع القرض مبنىٌّ عليه، لامانِعَ من وقوع العقد صحيحاً و لو كان شرط الرّبح شرطَ فاسد ذُكِرَ قبل العقد و وَقَعَ العقد مبنيّاً عليه **لانّه** لا تأثير للشّرط غير المذكور فى ضمن العقد **فحينئذٍ**، ليس الشّرط الفاسد مُفسِداً للعقد لعدم كونه مذكوراً فى العقد **حيث** ورد فى الرّواية: «**انّما الرّبا مِن قِبَلِ الشّروط**» و المراد من الشّروط، الشّرط المذكورة فى ضمن العقد و الشّرط الْبَدْوِىّ، ليس شرطاً مؤثّراً **حيث** لم يكن مذكوراً فى ضمن العقد كما قد نسب هذا الىٰ بعض الاعلامﷺ.

ولكن هذا المبنىٰ ضعيفٌ جدّاً لانّ العقود، كلامٌ آدمىٌّ سبيلها سبيل سائر الجملات و الكلمات الصّادرة من الانسان فكما انّ الجملات و الكلمات عند المحاورة لها، قرائن حاليّة و مقاليّة مذكورةٌ او غير مذكورةٍ **ولكنّها** بمنزلة المذكورة عرفاً.

فبناءً عليه فاذا وَقَعَ العَقْدُ مبنيّاً علىٰ الشّرائط المذكورة قبل العقد، بمنزلة المذكورة فان كانت صحيحةً فلها حُكْمُ الصّحيح واجب الوفاء و ان كانت فاسدةً تدخلّ فى النّزاع المعروف: «**من انّ الشَّرطَ الفاسِدَ هل يكون مُوجباً لمُفْسِدَيّةِ** العقد ام لا؟»

بناءً علىٰ انّ الشّرط الفاسدَ مُفسدٌ للعقدِ لو أسْقِطَ الشّرطُ الفاسِدُ بعد العقد هل العقد صحيحٌ ام لا؟

فيه وجهانِ بل قولانِ:

وجهٌ بصحّة العقد الفاسد شرطه، علىٰ حدّ صحّة العقد الفضولىّ مُراعىٰ، الموقوف علىٰ لحقوقِ الاجازة عليه لا علىٰ فساد بيع **الغرر حيث** كان بطلانه بَتيّاً لا يُصْلِحُهُ الحاقُ الرضّا به كما انّ اسقاطَ الزيّادة فى الغرض الرّبوىّ بعد العقد، لا يُجدِى **لانّ** ما حُكِمَ عليه بالفسادِ، لا ينقلب عمّا هو عليه من الفساد.

وهكذا الامر فى بيع ما تعذّر تسليمه حين العقد **لانّ** حصول امكان التّسليم بعد العقد الّذى كان مورده متعذّر التّسليم حين العقد، لا يُجدى فى تصحيح العقد الباطل **فالمراد** من فساد العقدِ المشروطِ هنا، الفسادُ والبطلانُ لو لا الاسقاط كما انّ المراد من الفسادِ والبطلانِ فى باب عقد الفضولى، البطلانُ والفسادُ لولا لحقوق الاجازة عليه من بعدُ.

غاية الامر، الفرق بين الفضولى و اسقاط شرط الفاسد **انّ** الرّضا اللاحّق علىٰ العقد، من باب ايجاد شرطِ صِحَّةِ العقد **و امّا الاسقاط فيما نحن فيه،** بمنزلة رفع المانع و مع قطع النّظر عن هذا الفرق، يشتركان فى انّ كلّ واحدٍ منهما، عملٌ متأخّرٌ عن العقد يُصَحِّحُ العقدَ السّابق **و قال العلاّمة بهذا الوجه.**

وجهٌ آخر بعدم صحّته بعد الاسقاط **حيث** كان فرقٌ بين الاسقاط و لحقوق الاجازة بعد العقد فى الفضولى **لانّه تحَقَّقَ عقدٌ فى الخارج فى مسألة الفضولى، غاية الامر،** لم يلحق به الرّضا **و امّا فى مسألة الاسقاط،** فقد يتحقّق الرّضا، الفاقد الشّرط و فاقد الشّرط، لم يُعْقَدْ حتّىٰ يرضى به.

و من الواضح، لزوم تحقّق العقد و التّجارة مع الرّضا فى كلِّ عقدٍ والحالُ انّه لم يحصل هنا، العقد والتّجارة وانّما حصل الرّضا و هو بمجرّده غير كافٍ فى صحّة

العقد، مٰالَ الیٰ هذا الوجه الشّیخ(ره) **بل** رجّحه(ره) **اقول:** یلزم علیٰ الشّیخ، اختیار الوجهِ الاوّل و هو الصحّة عملاً بمبناه و هو الاظهر و هو الحقّ **لانّ** مبنیٰ الشّیخ(ره) سابقاً فی اصل المسألة فی باب فقد شرائطِ غیر مقوّم العقد، انّ مورد العقد الفاقد بشرط والعقد الواجد للشّرط، واحدٌ و قد حصل فیهما الرّضا **و هذا البعینه** مثل بیع الموصوف اذا بٰان فاقدَ الوصف کما لو بٰاعَ الفرسَ العربیِّ فبٰانَ غیر عربیّ فمورد العقد فیهما واحد و حصل الرّضا فیهما ایضاً و کان صحیحاً **غایة الامر،** خیارُ تخلّفِ الوصف، یجری فیه لاجل تخلّفِ الوصف یعنی لیس بینهما فرقٌ لامن حیث العقد و لامن الرّضا.

مسألةٌ: بناءً علیٰ کون الشّرط الفاسد مُفْسِداً للعقد هل الشّرط الفاسد المبنیّ علیه العقد مُفسدٌ للعقد کالشّرط الفاسد المذکور فی ضمن العقد ام لا؟

ابتنیٰ الشّیخ(ره) هذه المسألةَ علیٰ البحث السّابق فیِ الشّرائط غیر المذکورة المبنّی علیها العقدِ و اَجْریٰ الشّیخُ(ره) للشّرط الفاسد، حکمَ الشّرط الفاسد بان یقال: انّ الشّرط المبنیّ علیه العقد اذا کان کالمذکور فی العقد اذا کان فاسداً ایضاً کالمذکور فی ضمن العقد **ای الصّحیح** من الشّرط اذا کان واجبَ الوَفاءِ، کان فاسده مُفْسِداً **و امّا** اذا قلنا بعدم کون الصّحیح من الشّرط المبنیّ علیه العقد، واجبَ الوَفاء فلَیس فاسِدُه ایضاً مُفسِداً **و ذلک** لانّا اذا قلنا عدم وجوب الوفاء **لاجل** عدم صدق الشّرط علیه **فلافرق** فی عدم الصّدق بین الصّحیح والفاسد فاذا لم یصدق الشّرط فی الصّحیح من الشّرط المبنیّ علیه العقد، لا یجب وفائه واذا لم یصدق علیٰ الشّرط الفاسد المبنیّ علیه العقد فلا یَفْسُدُ العقد.

و عن المحقّق الایروانی(ره) نفی هذه الملازمه و قال(ره): بامکان القول بوجوب الوفاء فی الشّرط الصّحیح المبنیّ علیه العقد وکون فاسِده منه، مُفسِداً للعقد لتعدّد المناط فیهما **فمناط عدم وجوب الوفاء فی الشّرط الصّحیح المبنیّ علیه العقد،** عَدَمُ صدقِ الشّرط علیه و مناط کون الشّرط الفاسد المبنیّ علیه مُفسِداً، تقیّد الرّضا بالمقرون بالشّرط بمٰا ذکر سابقاً و هو لم یحصل هنا.

یجاب عنه نقضاً و حلاّ امّا نقضاً فلازم القول بعدم وجوب الوفاء بالشّرط الصّحیح المبنیّ علیه العقد، فسادُ العقد ایضاً لتقیید الرّضا بالشّرط کذلک و لم یحصل الرّضا **مع انّهم** لا یقولون بالفساد **بل ارسلوا صحّة العقد فی الشّرط الصّحیح المبنیّ علیه العقد ارسالاً مسلّماً و انّما الاشکال فی وجوب وفاء شَرْطِه.**

و امّا حلاًّ فهو انّ المعتبر من الرّضا فی المعاملات، الرّضا الانشائیّ فی مقابل الاکراه والاجبار لاالرّضا التّقدیریّ الارتکازیّ بالشّرط المبنیّ فاذا فرضنا عدم

تقييد الانشاء بالرّضا بالشّرط المذكور اى لا يرد علىٰ الانشاء، لا يقيّد الانشاء و ما يقيّد بالرّضا (التّقديرىّ) الارتكازىّ، هو غير معتبرٍ فى باب المعاملات.

يتفرّع عليه جواز التّصرّف فى العين المقترضه من البنك الرّبوى مع القول بفساده و لو بناءً علىٰ كون الشّرط الفاسد مُفْسِداً لما قال الشّيخ(ره) من انّ الشّرائط المبنىّ عليها العقد، صحيحُها، غيرُ واجبِ الوفاء ففاسِدُها ايضاً غير مُفْسدٍ **و لازم ذلك انّ** فساد الشّرائط المبنىّ عليها العقد فى فرض القرض من البنک، غير مُفسدٍ للعقد، جايزٌ تصرّفه **لانّ الرّبا يجئى من قِبَلِ الشّروط** (انّما الرّبا من قِبَل الشّروط، و امّا لم يذكرالشّرط فى متن العقد والمبنىّ عليه العقد لا يصدق فيه الرّبا.

و لكنّ الكلام كلّ الكلام فى صحّة هذا المبنىٰ اى يُشكل القول بعدم صدق الشّرط علىٰ الشّرائط المبنيّة عليها العقد و عدم كونه من الشّرائط المذكورة فى متن العقد كما عليه المشهور **اللهمّ الاّ يوجّه قولهم(ره)** بانّ مرادهم، المبنىّ عليه العقد، انّما هو فيما لم يحتسب بمنزلة القرائن الحاليّة و امّا فيما اذا كانت الشّروط المبنىّ عليها العقدُ بمنزلةِ القرائن الحاليّة كما هو الاكثر، فهو كالمذكور.

فرعٌ: القائلون بكون الشّرط الفاسد، مُفسِداً استثنوا شرطاً واحداً و هو ماكان الفساد لاجلَ لغويّته والعلاّمة(ره) صرّح بانّ هذا فاسدٌ ليس مُفسِداً.

اعتراض الشّيخ(ره): بانّه لافرق فی المُفْسِديّة بين كون الشّرط الفاسِدِ، من قبيل اللّغويّة او غيرها **من حيث الدّليل؟** و هو انّ الرّضا مقيّدٌ بالشّرط الفاسد و غير المشروط، غير مَرْضِيٍّ به و هو جارٍ فی هذا الشّرط ايضاً.

يمكن الجواب عنه: انّ ما قاله العلاّمة(ره)، لا يخلو عن دقّة لانّ ماكان الفساد لاجل لغويّته، غير جدّي و لا يعتنِ العقلاءُ به **و لكن فيه** غَرَضٌ عُقَلائيٌّ خاصٌّ لا نسلّم عدم كونه واجبَ الوفاء و لا يصدق عليه الاكل بالباطل و ان كان المراد منه ما كان غير جدّيٍ فی نظر الكلّ من العقلاء فهو غير مُفْسدٍ و نظر العلاّمة، الیٰ ذلک و ما قال به العلاّمة هو التّحقيق و اشكال الشّيخ، غير واردٍ.

الکلام فی ارث الخیار

الخیار، موروثٌ بانواعه سواءٌ کان الدّلیلُ علیه العموماتُ مثل **«قاعدة لاضرر» و «المغرور یَرجِعُ الیٰ من غرّة»** مثل خیار الغبن و خیار تخلّف الشّرط و خیار التّدلیس او کان دلیله الخاصّ من الرّوایات و غیرها کما فی سایر الخیارات **و هذا هو المشهور بل ادّعیٰ صاحب الرّیاض، الاجماعَ** والعلاّمة فی التذکّره **صرّح: «بانّه عندنا انّ** خیار الشّرط فاصل الحکم، من المسلّمات و هو اجماعیٌ کما صرّح به الشّیخ(ره).

بعد الاجماع، یدلّ علیٰ کون انواع الخیارات، قابلٌ للارث، امرانِ:

ظاهرُ الکتاب والسّنة.

و ظاهر الکتاب لم یذکره الشّیخ(ره) و لم یدلّ من الکتاب، ما یدلّ علیٰ جواز الارث فی جمیع الحقوق.

غایة ما یقال فی المقام قوله تعالیٰ: **«و اُولُی اَلاَرْحام بَعْضُهُمْ اَوْلیٰ بِبَعْضٍ فی کتابِ اللّه...»**[1]

یشکل ذلک انّ الایة المذکورة فی مقام بیان تعیین الوارث، لا ما یرث منه.

و من السنّة، النّبویّه المعروف لاالرّوایة الواردة عن الخاصّة **حیث انّه** لیست فی المقام **روایةٌ خاصّةٌ والنّبویّ هکذا: «ماتَرَکَ المیّتُ مِنْ حقٍّ، هو لوارثه» و وصول هذا النبویّ بحدٍّ من العمل عند الخاصّة یوجب النجبار السند، غیر معلومٍ،** اشکل الشّیخ(ره) فی الاستدلال بهذه النّبویّة و خالَفَ فی العمل بهذا الحدیث النَبویّ، الشّافعی **حیث ذهب الیٰ کون** خیار المجلس و خیار الحیوان، موروثاً فقط لثبوت ارث الخیار **بانّ فی الارث،** یُعْتَبرُ امرانِ لیسا بموجودین فی الخیار:

الاوّل: انّ الخیار لیس بحقٍّ و مجرّدُ جواز الرّجوع، لایدلّ علیٰ کونه حقّاً **و الاّ**

---

۱. سوره‌ی انفال آیه ی ۷۵.

يلزم كون الهبة حقّاً **حيث** كان فيه ايضاً جواز الرّجوع، لا يدُلُّ علىٰ كونه حقّاً **بل** من الاحكام، غير قابل للارث فلو وَهَبَ و اَقْبَضَ ثُمّ مات، لا ينتقل الىٰ وارثة حيث كان هو حُكْمٌ لاَحَقٌّ **وكذلك** حقّ الاجارة فى الفضولى، غير قابلٍ للانتقال الىٰ وارثة **حيث** انّه من الاحكام لا الحقوق.

من الواضح: انّ كل حقٍّ لابدّ ان يحكم به فكلّ حقٍ، فيه حُكْمٌ موجودٌ جوهريّاً و اَثَريّاً.

والفرق الجوهرىّ والمفهومىّ بين الحقّ والحكم، انّ الحكم جَعْلُ مجرّدِ الاقتضاء فى غير الاباحة والتّخيير فى الاباحة.

و امّا الحقّ فهو اعتبار الشّارع و حكمه بانّ بيد ذى الحقّ، شىءٌ و لک ذلک مثل من سبق الىٰ ما لم‌يسبق اليه اَمَدُ فهو احقُّ به و حاصل الفرق بينهما: انّ الحقّ و ان يحتاج الىٰ الحكم بثبوت ذلک الحقّ **و لكن** متعلّق الحكم فى الحقّ، حكم شىءٍ لذى اليد و بيده الامر **والفرقُ بينهما من حيث الآثار** انّ الحكم غير قابلٍ للاسقاط **لانّ** الحكم تابعٌ لموضوعه فما دام يكون الموضوع ثابتاً فالحكم، ثابتٌ، و بزواله يزول الحكمُ **بخلاف الحقّ لانّه فى نفسه قابلٌ للاسقاط و قابلٌ للنّقل الىٰ الغير و قابلٌ للارث والمصالحة والمراد من هذا القول،** ليس انّ كل حقٍّ يَثْبتُ فيه كلُّ واحدٍ من هذه الامور **بل المراد** انّ طبع الحقّ يأبىٰ عن ذلک و لو انّ بعض الحقوق مع كونه حقّاً، غير موروثٍ بخلاف الحكم **حيث انّه يأبىٰ عن ذلک كلّه.**

امّا تمييز، مصاديق الحقّ والحكم فقد قيل فيه، انّه فى غاية الاشكال **حيث** اُطْلِقَ علىٰ كثيرٍ من موارد الحكم، الحقّ فى الاخبار كما انّه فى رسالة الحقوق المنسوبة الىٰ سيّد السّجاد عليه السلام اكثرها من جملة الاحكام مثل حقّ المرأة و حقّ المؤمن علىٰ الجارّ و حقّ الدّائن و حقّ المديون **لا من قبيل الحقّ المصطلح فى الفقه.**

اقول: و لنا ان نقول، يفهم من كلام الشّيخ(ره) **امران:**

الامر الاوّل انّ قوله عليه السلام **«ان قَبّلَ اولاٰمَسَ الخ» يدّل علىٰ كونه حقّاً**

الامر الثانى: انه عدم كون دليلٍ آخره سواه ولنا ان نتأمّل فى كلامرين و امّا دلالة

قولهﷺ: **ان قَبّلَ او لامسَ فذلک رضیٍ الخ...» علی کونه حقّاً ظهوراً بتیّاً** ففیه تأمّلٌ بعد تسلیم انّه بمنزلة العلّة المنصوصة و جواز التعدّی من خیار الحیوان الیٰ سایر الخیارات **لانّه مع ذلک** لایرتبط هذا، باسقاط الخیار **لانّه** من قبیل ایجاد المانع و هذه الرّوایة، یمکن ان تکون من قبیل فقد المُقتضی یعنی المراد من قوله **«فذلک رضیَ منه»** انّه جعل الخیار لغیر الرّاضی او المتردّد؟ و امّا من رَضِیَ فکانّه اَقَرَّ و اَبْرَمَ واخْتارَ احدَ طَرَفیِ الخیار **و امّا قوله(ره):** عدم کون دلیلٍ آخَر فی المسألة سوىٰ قولهﷺ **«فذلک رضیَ الخ»** فهو ایضاً **محلّ تأمّلٍ اوّلاً:** انّ الاستدلال بالرّوایات الّتی تدلّ علیٰ جواز شرط الخیار، اَوْلیٰ من الاستدلال بهذا الحدیث **لانّ** الخیار، کان حکماً فهو غیر قابلٍ للاشتراط **و حیث بجوز اشتراطه فهو دالٌّ** علیٰ کونه من الحقوق **و بهذا** ظهر انّ دعویٰ اختصاصه بباب خیار الشّرط، لایتعدّی الیٰ سایر الخیارات **مدفوعةٌ** بانّ الخیار ان کان حکماً فهو غیر قابلٍ للاشتراط فی کلّ الخیارات و ان کان من الحقوق، یجوز مطلقاً سواءٌ کان فی خیار الشّرط او غیره من الخیارات کما ورد فی باب روایات خیار الحیوان: **انّ مدّة الخیار فی الحیوان ثلاثه ایّامٍ سواءٌ اِشْتَرَطَ ام لا؟**

و ثانیاً: ادلّة الخیارات علیٰ اقسامٍ:

منها: کون دلیل الخیار، **«لا ضرر»** فی باب خیار الغبن و خیار التّدلیس و خیار فقد الوصف و خیار تخلّف الشّرط و تعذّر الشّرط؛ **فما ورد فی** بعض الرّوایات: **«ثمنِ المسترسل سُحْتٌ»** او «غَبْنُ الْمُسْتَرسِلِ سُحْتٌ»، فغیر دالٍّ علیٰ خیار الغبن **و قد قلنا** سابقاً: انّ کلّ خیارٍ منشأهُ، **«لاضرر»**، لا یستفاد منه الخیار و لو بالملازمة **بل** «لاضرر»، یرفع اللّزوم **فکیف یستفاد** منه الخیار حتّیٰ یُبحثُ عن کونه حقّاً او حکماً؟

و بعضٌ آخر من الخیارات مثل خیار العیب دلیله، الرّوایات مثل قولهﷺ **«ردّه او یردّه او تردّه و...» مع انّها لا تدلّ علیٰ کونه حقّاً لانّ «ردّه» دالٌّ علیٰ انّ جواز الرّدا و حقّ الردّ، الاعمّ من الحقّ** و بعضٌ آخر من الرّوایات وردت فی دلیل الخیار، **کلمة**

«الخيار» مثل قوله ﷺ: **«البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار... ثلاثه ايّام»**، يمكن ان يقال دلالة هذا النّوع من الادّلة علىٰ كونه حقّاً.

و بعض آخر مثل خيار فقد الوصف او خيار تعذّر الشّرط، الخيار فيهما من باب عدم شمول دليل اللّزوم مثل: «اوفوا...».

فتحصّل انّ من انواع الاربعة من الخيارات، **الثّلاثة منها** لا تدلّ علىٰ كون الخيار حقّاً **«و قول الشّيخ(ره) فيه متينٌ صحيحٌ و لكن واحدٌ منها مثل قوله ﷺ: البيّعان بالخيار...» يدلّ علىٰ كونه حقّاً.**

ثالثاً: انّه لا اشكال فی عدم الحقيقة الشّرعية للخيار فبعضٌ من الخيارات مثل خيار تخلّف الوصف والشّرط والْغَبْنِ والعيب و بعضٌ آخر، امرٌ عرفيٌّ ای من اعتبارات العرف كما انّ العقود والايقاعات كذلک، **غاية الامر**، تأييد الشّارع، لا يكون تأسيسيّاً او امضائيّاً

نعم: يمكن ان يقال: انّ خيار الحيوان و خيار المجلس، انّما ثبت بحكم الشّارع.

بناءً عليه، الخيارات سواءٌ كان من قبيل خيار العيب و نحوه الّذی عرّفه العرف او من قبيل خيار الحيوان والمجلس الّلذان لم يعرفهما العرف سواءٌ صرّح الشّرع بالامضاء بلفظ: **«ردّه او يردّه» «او بلفظ الخيار»** كما فی بعض الرّوايات كُلُّها اشارةٌ الىٰ ما هو المرتكز العرفیّ و اعتبار العرف.

و من المعلوم: انّ اعتبار العرف كلّها من قبيل الحقّ لاالحكم التّكليفیّ.

و هذا هو الّذی قد تقدّم منّافی اوّل باب الخيارات و فی مطاويه و قلنا: انّ الاصل فی البيع، اللّزومُ والخيارُ امرٌ خارجٌ ملحقٌ بالبيع **والفرق** بين البيع اللاّزم الّذی يكون الاصل فيه اللّزومُ و بين العقود الجائزة، انّ المراد من الجواز فی العقود الجائزة، ليس بمعنىٰ الفسخ و وجوب الوفاء قبل الفسخ **بل** هو علىٰ حدِّ الاباحات، لا يحتاج الىٰ الفسخ والرّجوع، كما انّ البيع الّذی طبعُه، اللّزوم واجبُ الوفاءِ قبل الفسخ الىٰ الفسخ كما صرّح بذلک السّيد(ره) فی بعض حواشيه فی باب الخيارات.

بل يمكن ان يقال: انّ دليل الخيار ایّ شیءٍ سواءٌ كانت **«لاضرر»** او غيرها، فی

خيار الغبن او غيره، يدلّ علىٰ كون الخيار من الحقوق.

و لا يرد اشكالُ انّ «لاضرر» يُنْفِى منشاءَ الضّرر و هو اللّزوم و هو غير مُـلازمٍ اثباتَ حقِّ الخيار **لانّ دليل اللّزوم: «اوفوا با العقود» و هو يدلّ علىٰ وجوب الوفاء بالعقود.**

و هنا مجالٌ للسؤال و هو انّه هل المراد من رفع «لا ضرر»، اللّزوم و وجـوب الوفاء؟ و هل يجعل العقد، جايز الوفاء او جايز الفسخ؟

و لا يجوز جعله جايز الوفاء علىٰ حدّ العقود الجائزه؟

فهو مدفوعٌ لانّ الاصل فى البيع، اللّزوم و ان كان المراد منه، جواز الفسخ فثبت الخيارُ.

بناءً عليه لا فرق فى الادلّة بين ما كان الدّليل **بلفظ الخيار «او يردّه» او دليله «لا ضرراً» كما عن المحقّقين يظهر الفرق بين الادلّة.**

بالجملة، الاشكال الاوّل للشّيخ(ره) انّه مع قطع النّظر عن الاجماع المدّعى فيه، لم يعلم انّ جميعَ انواعِ الخيار حقٌّ بمعنىٰ المصطلح و ليس فـيه دليـلٌ **حـيث لم تتعرّض الاخبار بذلك الاّ** ممّا ورد فى باب خيار الحيوان السّابقة ذكره: «وَ اِنْ قَبَّلَ اَوْ لاٰمَسْ **فَذٰلِكَ مِنْهُ رِضِىً فلاِخيارَ والاَشْرطَ» بتقريب** انّ فى خيار الحيوان، الخـيار، قابل الاسقاطِ بالرّضا **لانّ** متعلّق الرّضا فى الرّواية، **ليس المراد منه، الرّضا بـالبيع حيث كان حاصلاً و لا يحتاج الىٰ الذّكر** فيلزم ان يكون المراد، الرّضا للزوم البـيع، اسقاطُ الخيار بالفعل كيف عن القول؟

و حيث كان قابلاً للاسقاط فهو لا محالة، حقٌّ بالالتزام و يُعْلَمُ مِنْهُ انّه بمنزلة العلّة المنصوصة و لا يختصّ بباب خيار الحيوان **يعنى:** كلّ من رَضِىَ بِسـقوطِ الخـيار فلاِخيارَ له و لا شرط له **و لذا اجروا هذا الىٰ ساير الخيارات** و عـدم اخـتصاصه بباب خيار الحيوان **و قالوا:** انّ التّصرف والرّضا بالعقد، مُسقِطٌ للخيار.

الامر الثّانى: انّ ظاهر الرّواية، صدقُ التّرک يعنى المال الموجود من الميّت علىٰ الحق و هو الموروثُ و امّا من الحقوق ما يكون الميّتُ مُقوِّماً له، لا مورداً له فهو

غير موروثٍ **و ذلك** انّه ما ترک شيئاً فلو وقف علىٰ اعلم البلد فهذا لا ينتقل الىٰ وارث الاعلم الميّت **لانّ** حق الاستفادة، موقوفٌ علىٰ عنوانٍ مُقوِّمٍ له و ليس هو مورداً، **حينئذٍ** لا يصدق انّه تَرَکَ شيئا لوارثه كما لو كان فقراء او موارد استحقاق الخمس ثمّ ان كانوا اغنياء غير مستحقّين **و ذلك لانّ** الخمس، مترتّبٌ علىٰ عنوان استحقاقٍ ذهب هو و ما ترک شيئا، كان مُقوّماً بهذا الحقّ لا مورداً.

فحقّ الجلوس فی المسجد من هذا القبيل، لا ينتقل الى وُرّاثه **و هكذا** حقّ النّظارة تسبيبيّاً او اطلاعيّاً، غير منتقلٍ إلىٰ ورّاثه **و هكذا** حقّ القبول للمشترى، غير منتقلٍ الىٰ ورثة المشترى **فمّا قرر فی باب** الوصيّة من جواز تقدّم قبول الموصىٰ له من الموصى، انّما هو، لاجل ورود نصٍّ خاصٍّ علىٰ خلاف القاعدة.

نعم- اذا انتقل شخصٌ الملک الىٰ احد وُرّاثِه **و مع ذلك** اراد بقاء اختيار ماله ما دامَ الحياة و اَرَادَ عدم كون الخيار غير قابلٍ للارث والانتقال و بقائه فی ملک واحد وُرّاثه بعد حياته، يجوز تغيير كونه مورداً الىٰ كوّنه مقوِّماً بجعل الخيار لسانی يعنی الفسخ بلسانی و انقلب كونه مقوّماً **لانّه** لم يمكن الخيار باللّسان بعد الحياة.

بناءً عليه قد يمكن ان ثبوت الخيار فی بعض الموارد من قبيل المقوّم **بانّه** لم يصدق عليه انّه تَرَکَ شيئاً **قال الشّيخ(ره):** انّ اثبات هذاالامر ايضاً فی جميع الخيارات **مشكلٌ** الاّ بجريان الاستصحاب **بتقريب** انّ هذا الحقّ كان ثابتاً لزيد مثلاً و يُشكُّ فی بقاء هذا الحقّ بعد الحياة فی عمروٍ و نيابةً عن رندٍ فيستصحب.

و هذا ايضاً غير صحيحٍ بوجهين:

الوجه الاوّل: انّه من قبيل استصحاب القسم الثّالث المقرّر فی بابه عدم جريانه **الاّ** فی مورد فرض الفرد الشّديد والضّعيف.

الوجه الثّانی انّه من قبيل تبدّل موضوع الاستصحاب المقرّر عدم جريانه عند التبدّل.

فالتمسّک بالنّبویّ المذكور، يحتاج الىٰ اثبات امرين:

الاوّل: كون الخيار حقّاً لاحكماً و هذا فی نظر الشّيخ(ره) خالٍ عن الدّليل الاّ

ماوَرَدَ فى باب خيار الحيوان: **«و ان قَبَّلَ او لامَسَ الخ»** بالتّقريب الّذى ذكرناه فراجع.

الثّانى: كونه مورداً لا مُقوِّماً و لكن بعض الحقوق، متقوّمٌ بعنوانٍ متقوّمٍ بالمورّث و كان منطبقاً عليه والقاعدة فيه زواله بذهاب المورّث.

قد يستدلّ بكون الخيار موروثاً بالتّبع لا استقلالاً انّ الخيار، تابعٌ للعين و من خصوصيّاتها و حقٌّ فى العين و حق استرداد العينين **و من الواضح** انّ المال الموروث، موروثٌ بجميع حدوده و مرافقه والخيارُ ايضاً من جملة حدوده و قيوده.

و لا يقال: انّ هذا مبنىٌّ علىٰ كون الخيار حقٌّ متعلّقٌ علىٰ العين **و قد قال الشّيخ(ره):** انّه حقٌّ متعلّقٌ بالعقد لاالعين فهو ليس من خصوصيّات العين، انّما هو من خصوصيّات العقد.

لانّا نقول: الفرق بين كون الخيار متعلّقاً بالعين او العقد، فرقٌ ظاهرىٌّ و الاّ العقد ايضاً متعلّقٌ الىٰ العين والخيار ايضاً حقٌّ استرداد العين، تَعَلّق الىٰ العقد الواقع علىٰ العين. **و ليس المراد من الاسترداد،** الاسترداد الخارجىّ **بل** الاسترداد الملكىّ والعقد السببىّ.

بناءً عليه اذا كان الخيار موروثاً فهو موروثٌ بجميع خصوصيّاته و مرافقه و من جملتها، حقّ الخيار.

الاشكال فى الامر الثّانى للشّيخ و هو عدم كون الخيار، ممّا تركه الميّت، **يظهر من بعض** ما فى شبهة المحقّق الايروانى فى حاشيته والجواب عنه، **بانّ** ارث الخيار، لا يمكن حتّىٰ فيما يكون هو المورد **و ما ورد فى الاَخبار فى هذا المورد، انّما تعبّدٌ محضٌ لانّ الحقّ،** مرتبةٌ نازلةٌ من المالكيّة والملكُ والموروث والمنتقل، انّما هو المملوك والمال لا المالكيّة والمملوكيّة؛ **لا المالكيّة لانها** امرٌ اضافىٌّ تذهب بذهاب المالك كما انّ اضافة المملوكيّة والمالكيّة **و بالجملة،** الاضافةُ كلّها، تذهب غير موروثٍ.

يمكن الجواب عن تلك الشّبهة بانّه لابدّ للحقّ، من متعلّقٍ، متعلّق الحقّ امّا من الاعيان او من الذِّمَم فِی الاشخاص مثل حقّ القصاص **فحينئذٍ** يكون متعلّق الحقّ، اعتبارُ البقاء **كالمال فالحقُّ** مثلُ المال فكما انّ المال له وجودٌ خارجیٌّ و وجودٌ اعتباریٌّ ذمیٌّ فلذلک الحقّ قد يتعلّق بالعين و قد يتعلّق بالشّخص والذّمة فاذا مات، يعتبر فيه شیءٌ فيكفی فی البقاء، البقاء الخارجیّ والاعتباریّ كحقّ المتّخذ من الخمر فلا ينتقل الیٰ وارثه اذامات ذوالحقّ فيصدق علیٰ الحقّ، ما ترک.

و بهذا ظهر ضعفُ ما قال(ره) فی الامر الثّانی و انّ الاستصحاب ايضاً قابلٌ للجريان **لانّ** مورد الاستصحاب، بقاء الحقّ بمعنیٰ الاسم المصدّری لا بمعنیٰ الفاعلیّ الاضافیّ بين ذی الحقّ و من عليه الحق، حتّیٰ يقال بعضهم بقائه.

و امّا قوله(ره) فی المورد والمقوّم فنقول: انّ ضابهما انّ كلّ حقٍّ راجعٍ الیٰ خصوصيّات الاموال فهو حقٌّ مُقوِّمٌ للمال فهو موروثٌ و كل حَقٍّ راجعٌ الیٰ صفات الاشخاص كالاجتهاد والامامة والولاية و غير ذلک **و بعبارةٍ اخریٰ كلُّ** حقٍّ جُعِلَ لشخصٍ من باب خصوصيّةٍ فيه و صفاتٍ فيه فهو غير موروثٍ فهو مقوِّمٌ له و كلُّ حقٍّ يرجع الیٰ خصوصيّاتٍ فی المال فهو موروثٌ و يكونِ مورداً، الخيار من جملة ذلک **و قوله(ره) اثبات ذلک** يعنی اثبات انّ ذی الخيار، ليس مقوِّماً **بل** مورداً، **مشكلٌ، لايخلو عن ضعفٍ** لما قلنا: انّ الخيار ايضاً من خصوصيّات المال والمعاملة فهو قابلٌ للارث فما لک المال، موردٌ لا مقوِّم. **مضافاً الیٰ ذلک قوله(ره): كون موضوعُ الخيار، مورداً لا مُقوّماً، لا يخلو عن اشكالٍ لانّ امر الخيار بل كُل حكمٍ جُعِلَ لشخصٍ بالنّسبة الیٰ ما بعد الحياة، لا يخلو عن هذه** الشّقوق الثّلاثة: **امّا مقيّدٌ لحياة هذا الشّخص او لعنوانٍ ملازمٍ مع حياته المسمّیٰ، بالمُقَوِّمِ** او يلاحظ مطلقاً سواءٌ كانت الحياة او المماة او لوحظت المهملة؛ فی الاوّل والثّالث يكون الخيار مُقوِّماً لحياة الشّخص فغير موروثٍ و امّا فی صورة الاطلاق، الشّامل لصورة الحياة والمماة، **فهو موروثٌ** والخيار من احكام المال يعنی هو تابعٌ للمال فكلّ موردٍ يُوجد المال يوجد الخيار الحقّ فلايلزم كونه حقّاً يعنی الخيار تابعٌ للمال سواءٌ كان هو

حقّاً او حكماً و هذا، ينا فی مع اشتراط الشّيخ(ره) كونه حقّاً.

حاصل الاشكال: انّ قول الشّيخ(ره) بكونه موروداً الا مُقوِّماً لا معنیٰ **له الاّ** الاطلاق له من هذا الحيث و هذا، لافرق فيه بين كونه حقّاً او حكماً و هذا ينافی مع اشتراطه(ره) بكونه حقّاً لاحكماً.

مسألةٌ: ارثُ الخيار لا يدورُ مدارَ ارثِ المال بل بينهما اعمّ من وجهٍ و هو مختار الشّيخ(ره).

و قد تتوهّم التّبعية لانّ الخيار من مراتب ارث المال و حيثُ لا يرث المالَ، لا يرث الخيارَ ايضاً و كلّ موردٍ يرث الخيار فلابدّ ان يَرِثَ المالَ ايضاً.

توضيح الدّفع، يحتاج الیٰ ذكر فروضٍ ثلاثةٍ هنا:

الاوّل: انّه من يرث المالْ لا يرث الخيار فيه قطعاً.

الثّانی: انّه لايرث المال و يرث الخيار قطعاً.

الثّالث: انّه لايرث المال لاجل تعبّدٍ شرعیٍّ **و لكن** هل يرث الخيار ام لا؟

فيه وجهان: **امّا الوجه الاوّل** فهو لاجل ممنوعيّةٍ فی الوارث المانع عن ارث المال والخيار كليهما كما فی الكافر والرّق والقتل العمدیّ ايضاً و هذا ليس محلّ خلافٍ.

امّا الوجه الثّانیٰ ذٰلک مثل الدّين المستغرق للتّركة ففيه قولان:

قولٌ: بانّه تنتقل التّركة الیٰ الوارث **و لكن** ليس لهم حقُّ التّصرّفِ فيه فيما اذا استغرق الدّين، للتّركة.

قولٌ آخر: انّه ينتقل الدّين للدُيّان لاالیٰ الوارث و هذا هو المعروف قد نسب الیٰ كثيرين؛ **بناءً عليه،** الورثُة محرومٌ عن المال اذا استغرق الدّين، التّركةَ **و لكنّه** يرث الخيارَ قطعاً فهم ممنوعون عن ارث المال و عن ارث حقّ الخيار فلا يدور ارث الخيار مدارَ ارثِ المالِ.

قد اشكل السيّد(ره) عليه بما هو جَيِّدٌ فی نفسه **و لكنّه غير تامٍّ** يحتاجُ الیٰ ضمِّ ضميمةٍ تأتی تفصيلها فيما بعدُ.

و امّا الثّالث الّذی هو محلّ الكلام فهو مثل العقار بالنّسبة الیٰ الزّوجة فهی لا ترثه و مثل الحيوة بالنّسبة الیٰ غير الولد الاكبر، هل غير الولد الاكبر الّذی لايرث الحبوة والزّوجة، يرثان الخيار ام لا؟

فيه وجوهٌ بل اقوالٌ: وجهٌ بكون الزّوجة و غير الولد الاكبر مع كونهما محرومين من العقار والحبوة، هل يرثان، الخيارَ الموجود فی العقار والحبوة مطلقاً سواءٌ كان العقار والحبوة، منتقلين الیٰ الميّت او عن الميّت؟

وجهٌ بعدم ارثهما منهما مطلقاً و وجهٌ بالتّفصيل بانّ العقار والحبوة ان انتقلان الیٰ الميّت، كان للزّوجة لاترث الخيار و للغير الولد الاكبر فی الحبوة، لايرث الخيار و ان انتقلان عن الميّت يرثان **و وجهٌ** بعكس ذلک.

و امّا الوجه الاوّل فهو مبنیٌّ علیٰ الاصل المذكور من انّ ارث الخيار لا يتّبع ارث المال **لانّ الخيار،** حقٌّ تعلّق الیٰ العقد فذوالخيار هنا، مثل الثّالث غير البايع والمشترى قد يكون له حقُّ الخيار بجعل البايع او المشترى بانّ الخيار حقٌّ متعلّقٌ الیٰ العقد فيمكن الخيار للثّالث ايضاً اذا اشترط الخيار للثّالث فی ضمن العقد **و امّا دخول** المبيع والثّمن و خروجه فی ملک من؟ و الیٰ من؟ كلٌّ خارجٌ عن مفهومِ الخيار و هو تابعٌ لقاعدة المورد و هذا لا يُضرّ باصل الخيار فلامانعَ من ارث الزّوجة والولد غير الاكبر، اَلخيارَ مطلقاً سواءٌ انتقل عن الميّت او الیٰ الميّت؟

و امّا وجه القول بعدم الارث مطلقاً فَيُعلم ممّا يذكر فی دليل كلا التّفصيلين:

و دليل التّفصيل الاوّل: انّ معنی الفسخ حقّ استرداد ما عند طرفک ثمناً و مثمناً.

و هذا يختصّ فی من كان ما عنده، فی اختياره و يمكن التّصرف فی ما عنده من المبيع او الثّمن و امّا بالنّسبة الیٰ من ليس له حقّ التّصرّف فيما عنده، و ما عنده، ملک للغير فلم يجعل الخيار له.

و امّا دلیل التّفصیل الاخر فهو انّ العقار، انتقل عن المیّت و کان للزّوجة حقٌّ فی الّثمن فلا یلزم هنا محظورُ تفصیل السّابق **لانّ** للزّوجة حقُّ التّصرف فیما عندها من الّثمن و لها حقُّ الفسخ فان ردّت الّثمن و اخذت العقار و لو لم‌تکن الزّوجة مالکاً للعقار بعد الفسخ و اختاره الشّیخ والسیّد(ره).

ثمّ انّ العلاّمة(ره) ذکر فی القواعد: انّ القول الاقرب، ذلک **و فخر المحقّقین فی توجیه کلامه(ره)** صرّح بانّ المراد من **«ذلک»**، ثبوت الخیار **و لکن جامعُ المقاصد** صرّح انّ المراد من حکمه **«ذلک»**، نفی الخیار، علیٰ ایّ تقدیرٍ، اختار التّفصیل المذکور آنفاً فخر المحقّقین(ره) **بانّ العقار**، ان انتقل الیٰ المیّت فللزّوجة خیار الفسخ کما یکون «کذلک» بالنّسبة الیٰ الولد غیر الاکبر بالنّسبة الیٰ الحبوة و ما ان انتقل عن المیّت، فلا خیار له **والشّیخ(ره)** فی ذیل کلامه اختار هذا التّفصیل و ردّ الوجه الاوّل: بانّ هذا الدّلیل، غیر متکفّلٍ لبیان حقّ الردّ ای حیث کان له حقّ الردّ و کان الاختیار بیده، قالوا، لک حقُّ الاسترداد **فحینئذٍ** اذا انتقل العقار الیٰ المیّت بعد الفسخ والزّوجة محرومةٌ عن العقار، لیس للشّارع ان یقول للزّوجة، حقّ استرداد لکِ، حقّ استرداد الّثمن **مع انّه** لیس لها حقّ استرداد العقار **فاطلاق ادلّة** جعل الخیار، غیر شاملٍ للمقام **لانّ** الاشیاء الّتی تفرض فی موارد، مفروغا عنها **فهی** بمنزلة الشّرائط فی الواجب المشروط کما فی وجوب الحجّ فیما اذا کانت الاستطاعة مفروغةً عنها کما یکون الامر کذلک فی عناوین الموضوعات مثل: **«صلّ فی المسجد» و «لیُحجّج المستطیع»** و مثل: **«اِقتدِ بالعادلِ»** و مثل **«الخمر، حرام»** و مثل «البولُ، نجسٌ» و مثل **«صاحب النّصاب، له زکوةٌ».**

بالجملة، عناوین الموضوعات و شرائط الوجوب، کلّها تفرض مفروغةً بخلاف القیود الّتی یلزم تحصیلها **و هذا هو الفرق بین قید الهیئة والمادّة، بناءً علیه، الّذی** مفروغٌ عنه سواءٌ اُخِذَ عنوان الموضوع مثل العادلِ والفاسق و غیرهما و سواءٌ اُخِذَ بعنوان شرط الوجوب مثل: **«ان استطعتَ فحجّ»** و سواءٌ عُلِمَ من قرائن الاحوال انّه مفروغٌ عنهُ انّه لیس من قبیل شرط الوجوب و لا من قبیل العنوان مثل ما نحن فیه،

علم من سیاق الكلام و تناسب الحكم والموضوع انّ العناية، بجعل حقّ الاسترداد لا جعل حقّ الرّد.

فعليه، القيد الّذی فُرِضَ مفروغاً عنه فی المقام، هو بمنزلة موضوع القضيّة و بمنزلة وجوب الواجب المشروط، **لم يحصل هنا لانّ العقارَ**، ملكٌ للغير و ليس للزّوجة حقٌّ فيها، لايجوز لها التّصرف فی العقار فلايشمل اطلاق ادلّة الخيار للمورد **و هذا الوجه** و ان كان امتن و اوجه من التّفصيل الّذی اختاره الشّيخ(ره)، مع ذلک ردّه فی ذيل كلامه.

وجه كونه امتن لانّه هنا، مجالٌ للسؤال ايضاً بانّ الزّوجة الّتی ليس لها حقٌّ فی التّصرف فی مال الغير و ليس لها حقّ الرّد و بالفرض انه جعل الخيار متبوعاً عن حقّ الرّد، لِمَ لايشمل المقام؟

و مجرّد انّ لها حقٌّ فی الّثمن، لايُجدی فی ذلک.

امّا مسألة انّ لها حقٌّ فی الّثمن الّذی انتقل الیٰ الميّت و كانت متزلزلاً ملكيّتها، حقاً اصطلاحيّاً فی مقابل الحكم، فلم يرد عليها نصٌّ فی الشّرع حتّیٰ لم يجعل له حكماً ايضاً.

غاية ما يقال انّ: باقی الورثة اذا استردّوا، ترث الزّوجه ايضاً مثل ساير الورّاث و لوسلّمناه مع كونه محلّ شكٍ بعدُ كما سنذكره و انّه خلاف التّحقيق **قلنا:** انّه ليس معناه انّ لها، حقّ الفسخ و انّها ترث ممّا تُرِكَ مع عدم فسخ باقی الورثة.

مضافاً الیٰ ذلک، ذلک الوجه لا يأتی فی موردٍ ينتقل العقار عن الميّت **لانّ** الورثة اذا فسخوا و عاد العقار الیٰ ملک الورثة، لا ترث الزّوجة **و فی هذا المورد صرّح** الشيّخ(ره) فی الفرع الآتی بانّ الزّوجة، ليس لها حقٌّ استرداد العقار و الحال عدم حقّ الاسترداد اَوْلیٰ بالقول فيه فی عكسه يعنی فيما اذا انتقل العقارُ الیٰ الميّت و لو لم يكن هو المختار عندنا.

و وجه الْاَوْلَوِيّة انّ شرط حقّ الردّ بالنّسبة الیٰ ما عنده من الّثمن فی الفسخ فی فرضٍ انتقل العقارُ الیٰ الميّت والميّت اَخَذَ الّثمن و ورث الزّوجةُ من الّثمن، هو

حاصل **و من الواضح** ردّ شيءٍ فيه حقٌّ، اهونُ من استرداد حقّ الغير من العقار.

و حاصل هذا الاشكال: انّ حقّ الردّ، مفروض التّحقّق و لم تجعل ادلّة الخيار، الخيارين فى الردّ والاسترداد فحثُ ما كان به حقّ الردّ، فيجعل حقّ الاسترداد و هذا فى غاية الفضاحة.

و هنا شبهةٌ و هى انّها ليس للزّوجة حقّ فى العقار **و هكذا** للولد غير الاكبر فى الحبوة **لانّه** اذا فرضنا انّ لها حقُّ الخيار و معنى الخيار، حلّ العقد يعنى دخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوّض، **فهو لايتحقّق فى حقّ المرأة و غير الولد الاكبر لانّهما** يملكان العقار والحبوة حتّىٰ تتحقّق قاعدة المعاوضة فمعنىٰ الخيار لا يأتى فى حقّها ارث الخيار.

و امّا ان لم نلتزم بدخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوّض بعد اِعمال الخيار يعنى ان قلنا: انّ الفسخ لايتقوّم باسترداد العين **بل** يتقوّم بنفس العقد و امّا استرداد العينين، **فهو من احكام الفسخ والموارد،** مختلفةٌ والمقامات مختلفةٌ **فحينئذٍ** قد ترث الزّوجة والولد غير الاكبر، الخيارَ الموجود فى العقار والحبوة و ان كانا محرومين بعد الفسخ عن العقار والحبوة.

و من الواضح انّ هذا المحظور، ليس موجوداً فى دَيْن المستغرق **لانّ** دين المستغرق، مالُ الدّيان فاذا فَسَخَ الورثة وردِّ الشّركة و اَخَذَ الثّمن، يصير الثّمن مالاً للدّيان.

فمفهوم الفسخ يتحقّق قطعاً، فهذا الفرق موجودٌ بين مسألة الدَّيْن المستغرق و مسألة العقار **و من اجل النّظر** الىٰ هذا الفرق يعنى لاجل تحقّق مفهوم الفسخ، صرّح(ره) بانّه لامانع هنا من ارث الخيار مع كونه محروماً من اصل المال فى الفرض الثّانى.

و امّا فى الفرض الثّالث فلايتحقّق مفهوم الفسخ و الاخذ و الاعطاء فلا ترث الخيار.

والسيّد(ره) لم يتوجّه الىٰ هذا الفرق والنّكتة بين الفرض الثّانى والثّالث؛

لذا اعترض السيّد(ره) فی الفرض الثّانی: انّ اِعمال الخيار مع فرض المحجوريّة من قَبِلَ الزّوجة و غير الولد الاكبر، **غير قابلٍ** للعمل **لانّه** ممنوعٌ من التصرّف والخيار جزءٌ من التّصرّف.

يمكن الجواب عنه ايضاً بانّه فرقٌ بين المانع عن اِعمال الخيار و بين غير المانع عن اصل الخيار **حينئذٍ** ان قلنا: انّ الخيار يعنی حقّ الاسترداد، مثل حقّ الشّرب و غيره من خصوصيّات المال، **ليس لنا قبولُ** هذا الاصل: انّ ارث الخيار لايدور مدار ارث المال **بل** يدور مداره و امّا ان مشينا مشیَ القوم وَ مْشیَ الشّيخ(ره) **فيمكن لنا الجواب عن ايراد السيّد(ره) بانّه اوّلاً:** انّه لم يتعرّض(ره) للفرق الثّانی والثّالث مع اشتراكهما فی محروميّة ارث المال و قد قلنا الفرق بينهما بانّ الفسخ علیٰ عكس المعاوضة **فليس الفسخ الاّ فرض المعاملة كالعدم** و تترتّب عليه حالته السّابقه قبل المعاوضة و هذا، يتحقّق فی الفرض الثّانی. دون الثّالث **لانّ** فی الفرض الثّانی يعنی فی دين المستغرق بالفسخ، تخرج التركّة عن ملک الدُيّان و يدخل الّثمن فی ملک الدُيّان و يتحقّق مفهوم الفسخ بخلاف العقار والحبوة **حيث** لا يدخل شیء فی ملک الزّوجة والولد غير الاكبر بعد الفسخ.

و ثانياً: انّ الممنوعيّة من اِعمال الخيار، لا تدلّ علیٰ نفی الارث **لانّه** ان رفع المنع و لو برضیَ الدُّيان للفسخ، يرفع الممنوعيّة.

و لعلّ مراد الشّيخ(ره) من الفرق غير المذكور فی كلامه بينهما، هو الّذی ذكرناه من الفرق.

اقول: حلّ الشّبهة هنا انّهم صرّحوا بانّ الّثمن او المثمن بعد الفسخ، يردّ الیٰ ملک الميّت **لانّ الميت** اوقع َالعقدَ و ذوالورثة كانّه نايبٌ عن الميّت فی الفسخ فبعد الفسخ يردّ الّثمن او المثمن الیٰ ملک الميّت و ينطبق قانون الارث فی ملک المورّث بعد دخوله فی ملک الميّت و ليس هذا شیءٌ ينافی معنیٰ الفسخ **و صرّح بما قلناه، الشّيخ فی ذيل الفرع الآتی.**

المختار والتّحقیق فی المسألة والاشکال فی اصل عدم تبعیّة ارث الخیار لارث المال.

اوّلاً: انّ المستفاد من الاخبار، انّ الخیار لم یجعل بالمعنیٰ الاسمیّ و مستقلاً **بل هو** خصوصیّات المال و من حریمه و هو حقٌّ فی المال فاذا فرضنا فی موردٍ، ممنوعیّةَ فردٍ من التّصرف فی مالٍ، لاینا فی هذا مع بقاء سایر خصوصیّات المال و من جملتها، الخیار علیٰ حاله.

و حینئذٍ لنا ان نقول: انّ قول الشّیخ(ره) بانّ ارث الخیار، لا یَتّبِعُ ارث المال، غیر صحیحٍ **بل نقول:** انّه تابعٌ له عرفاً، المبنیّ علیٰ متفاهم الرّوایات **لانّ** اطلاقات الخیار، منصرفٌ عمّن لیس مالکاً للمال و محروماً له **و هذا نظیرُ دعویٰ الشّیخ(ره)** فی انصراف الاطلاقات لمن کان له حقُّ التّصرف فی ما عنده **و امّا قیاس هذا،** بالشّخص الثّالث، لایرتبط بالمبیع والثّمن و یجوز ان یشترط له شرط الخیار **فغیر تامٍّ لانّه** لیس الخیار للاجنبیّ جعلاً شرعیّاً **بل** یشترط علیه المتعاقدان **و علیٰ هذا ایضاً لا یخلو عن مفهوم** الارفاق الیٰ المالک و انّه یختصّ بمالک العین او من یقوم مقامه.

و ثانیاً: قول الشّیخ(ره) بانّه لو فسخ باقی الورثة، فارث الزّوجة من الثّمن، غیر مسلّمٍ حتّیٰ نقله الشّیخ(ره) فی ذیل الفرع الآتی و ذکر دلیله ثمّ ردّه و امّا هنا فاختار الّذی ردّه سابقاً.

فتوضیح ذلک مبنیٌّ علیٰ انّ فسخ الورثة بناءً علیٰ کونهم موروثین، الخیار، **لایخلو عن تصویرین:**

التّصویر الاوّل: انّ کونهم بمنزلة الوکلاء، اذا فسخوا المعاملة، یرجع الثّمن الیٰ ملک المیّت ثمّ یرثونه من المیّت علیٰ نهج قانون الاسلام و ترث الزّوجة ایضاً سهمها و هذا مبنیٰ قول الشّیخ(ره) فی ارث الزّوجة اذا فَسَخَ باقی الوَرثة.

و لکن الشّیخ(ره) ردّه فی ذیل المسألة الآیته و قال: لا دلیلَ **علیٰ کونهم وکلاءُ**

وقوع الفسخ عن الميّت و دخول المال الخارج عن ملكه الميّت، الىٰ ملک جديداً و خروج ما دخل فی ملكه عن ملكه **بل** معنیٰ الخيار كونهم اذا حقّ الخيار بحكم الارث **لا عن قِبَلِ الميّت وكيلا او بغيره من الطّرق المثبتة لحقّ الخيار لهم و لذا** اختار الشّيخ(ره) التّصوير الثّانی و هو انّهم فسخوا من ناحيتهم **لانّ متعلّق الخيار**، العقد المسبّبی و هو الاثرُ الحاصلُ من العقد و لازمه كونهم مالكين للثّمن كما انّهم مالكون للعقار، فالزّوجة حينئذٍ لاترث من الثّمن شيئاً و لو فَسَخَ باقی الورثة **بناءَ** علىٰ كون الفسخ

من حينه لا من اصله.

بناءً عليه قول الشّيخ(ره) من ارث الزّوجة اذا فَسَخَ باقی الورثة و لها حقّ فی الثّمن بل يملک الثّمن جميعهم و لها استيفاء الحقّ، **تامٌّ**، بناءً علىٰ التّصوير الاوّلُ فلو فسخ باقی الورثه، ما ورثت الزّوجة من الثّمن و امّا بناءً على التّصوير الصحيح المختار: الّذی اختاره الشّيخ(ره) فی ذيل الفرع الآتی ايضاً **فهو غير تامٍّ**

و ثالثاً: انّ مختار الشّيخ و كذلک مختارنا فی المسألة الآتية و هی انّ الورثة الّتی هی الموروثون، الخيارَ هل لكلّ واحدٍ منهم خيارٌ مستقلٌّ فی مجموع المال او كلّ واحدٍ له الخيار فی حصّته او ثبوت خيارٍ واحدٍ لمجموعهم او ثبوت الخيار للطّبيعة قد تنطبق علىٰ الواحد و قد تنطبق علىٰ الكثير، **فيه وجوهٌ بل اقوالٌ؟**

انّ لهم خيارٌ واحدٌ قائمٌ بجميع الورثة فی مجموع المال للزوم اتّفاقهم لاِعمال الخيار و عدمه، **هو الظّاهر و هو الحقّ.**

و بملاحظة هذا المبنیٰ للشّيخ، نسئل منه(ره): بناءً علىٰ قوله السّابق بانّ الزّوجة ترث من الثّمن و لها حقّ الثّمن و لها استيفاء حقّها و لها الفسخ، هل لها حقّ الفسخ مستقلاً من دون اجتماع باقی الورثه؟ مع انّه خلافُ المبنیٰ المذكور فی المسألة الآتية من انه نَفیٰ لباقی الورثة الفسخَ مستقِلاً؟

و ان كان المراد انّ لها حقّ الفسخ مع باقی الورثة منضّماً فانت قلت لباقی الورثة، الفسخ من دون ضميمةٍ فلا مورد لفسخ الزّوجة، الارثَ فهو من قبيل ضمّ

شىء اللهمّ اِلاّ ان يقال: انّ هذا علىٰ مبنى باقى الاقوال الّتى هى غير المختار للشّيخ و لنا.

فالمختارُ فى المسألة انّ العقار سواءٌ انتقل عن المـيّت او الىٰ المـيّت، لا تـرث الزّوجة من العقار الّذى هى محرومةٌ عنه و قياس الاجنبىّ، لايقاس هذا **لانّه** انّما هو بجعل المتعاقدين **فارث المال** يتّبع لارث المال **و لا فرق بين** مسألة عدم ارث الورثة و بين الدّين المستغرق للشّركة فى مسألة العقار **لاتّحاد الملاك والمناط حرفاً** بحرف **لانّ** التّركة، ملك الغير و قول الشّيخ بالفرق بينهما و امتيازهما معاً بناءً علىٰ عدم انتقاله الىٰ الورثة، غير صحيحٍ.

و علىٰ فرض كونهم موروثين، كيفيّة الخيار ليس علىٰ نحو خروج العقار عـن ملك الورثة و كون الزّوجة مالكاً له **بل** المالك بالمثمن هو المالك بالّثمن.

الكلام فی كيفيّة استحقاق كلٍّ من الوُرّاث من الخيار.

لا اشكال فی وحدة الخيار فيما اذاكان الورّاثُ واحداً **و امّا** اذا كانوا متعدّدين كما هو الاكثر، فقد وَقَعَ الكلام فی كيفيّة ارثه.

و من المعلوم انّ الخيار ليس مثل المال **لانّ** المالَ قابلٌ للقسمته دون الخيار.

و لذا يقع البحث فی كيفيّة استحقاق كلٍّ من الورثة للخيارا و لكلّ حقٍّ فُرِضَ؟

هنا وجوهٌ و اقوالٌ:

قولٌ بكون كلّ واحدٍ من الورثة له حقٌّ مستقلٌّ بتعداد الورثة كما انّ الاب والجدّ لكلّ واحدٍ منهما ولايةٌ مستقلّه، للصّغير والمولّىٰ عليه **و هكذا** فيما اذا جُعِلَ الاثنان او الاكثر وصيّاً او وكيلاً او قيّماً او ناظراً مستقلاً لامع انضمام الآخر **و هذا هوالمراد** من مٰا وَرَدَ كلّ مٰاتُرِكَ من حقٍّ فهو لوارثه يعنی كلٌّ واحدٍ من الورثة، مالكٌ للحقّ.

و يُعلم من اشاراة الشّيخ(ره) فی المتن انّ هذا النّوع من الكلام فی مورد الحقّ يمكن جريانه فی المال ايضاً **لاجل ما ورد فی بعض الرّوايات و من** جملتها: «**كلّ ما تُرِكَ الميّت من مالٍ او حقٍّ فهو لوارثه**» و ان قلنا بعدم وجود **كلمة «مال»** فی بعض النّسخ **فالمستفاد من** مفهوم روايات باب الارث، انّ كلّ واحدٍ من الورثة، مالكٌ لماتُرِكَ **و حيث لا** يجوز تعلّق المالک المتعدّد علىٰ مالٍ واحدٍ، ان هذا الاّ بمعنىٰ الشّركة بعدم امكان الاستقلال.

و امّا فی مورد الحقّ مثل حقّ الخيار و حقّ القصاص و حقّ الشّفعة **فيمكن** واحدٌ من الورثة مالكاً لها مستقلاً فربّما شیءٌ لا يمكن فی باب الاموال من المالكيّة، فيمكن و يُفْرضُ فی باب الحقوق.

والسّيّد(ره) التزم فی الحاشية و ملحقات العروة فی باب القضاء والشّهادة فی ضمن مسألة: فاعدة اليد فی الاموال بامكان تعلّقِ مالكيّة كلّ واحدٍ من الاثنين او

الاكثر الىٰ مالٍ واحدٍ مستقلاً **و لذا** قال: ان كان للاثنين يدٌ للعين، يمكن ان يقال: انّ لكلّ واحدٍ منهما يدٌ علىٰ المال بالتمام خلافاً للمشهور **حيث التزم** بكون كلّ واحدٍ منهما مالكاً له فى النّصف قهراً كما اذا قامت البيّنتان علىٰ مالكيّة الاثنين علىٰ مالٍ واحدٍ فيحمل علىٰ انّ البيّنتان، قامت كلّ واحدة منهما علىٰ النّصف.

قولٌ ثانٍ انّ: كلّ واحدٍ من الورثة له حقّ الخيار علىٰ طبق قانون الارث بحسب سهمه من الارث **حيث** انّ الحلّ مثل المال قابلٌ للتّقسيم **و لكن** تقسيم الحقّ ليس باعتبار نفسه **بل** باعتبار متعلّقه **فاذا اختلفوا** فى الفسخ والامضاء، تبعّضت عليهم الصّفقةُ.

و دعوىٰ انّ هذا حينئذٍ من نبيل استعمالٍ اللفظ فى اكثَر من معنىً واحدٍ، مدفوعٌ بانّه ليس هذا لاجل استعمال الكلمة فى اكثَر مَن معنىً واحدٍ بل انّما هو بقرينةٍ خارجيّةٍ.

و هذا القول اختار السّبد(ره) و علّله بانّ الموروث ان كان مالاً فتقسميه، باعتبار نفسه و ان كان حقّاً، فتقسميه باعتبار متعلّقه **فحقّ الخيار**، نفسه غير قابلٍ للتّجزيّة يعنى اذا تعلّق حقٌّ، فى العين و ورثتها الورثة فمعناه انّ لكلّ واحدٍ من الورثة حقّ الخيار.

اقولُ: ان كان المراد من حقّ استرداد كلّ واحدٍ من الورثةِ، الاسترداد فى ضمن استرداد الجميع **فهو تامّ لا اشكال فيه و ان كان المقصود**، انّ لكلّ واحدٍ منهم حقّاً مستقلاً فى سهمه حيث يجوز لكلّ واحدٍ منهم الفسخ فى حصّته و **سهمه فهو غير جائزٍ لانّ** الميّت لم يكن له هذا النّحو من الحقّ و لم يترك الميّت هذا النّحو من الحقّ حتّىٰ يكون لهم هذا النّحو من الحقّ.

قولٌ ثالثٌ انّ هنا خيارٌ واحدٌ فى مجموع اكمالٍ لجميع الورثة و هو غير قابلٍ للتّجزيّة لا باعتبار نفسه و لا باعتبار متعلّقة **و لازم هذا** اتّفاقَ الكلِّ علىٰ الفسخ والابرام والاضاء فلو اختلفوا فبعضهم فَسَخَ و بعضٌ آخر اَمْضىٰ، ليس الفسخ والامضاء مؤثراً حتّىٰ اتّفقوا علىٰ الفسخ او الامضاء **و مبنىٰ هذا الوجه** ملاحظة

وحدة خيار المورّث كما سيأتی **و هذا، اختاره الشّيخ(ره) و صرّح بانّ هذا، لا** يختص فی حقّ الخيار **بل** القاعدة الواردة هنا، قاعدةُ سيّالةٌ تجری فی جميع الحقوق فی مثل حقّ القصاص و حقّ الشّفعة و حقّ القذف، هل للورثة كلّهم حقٌّ واحدٌ او كان لكلّ واحدٍ من الثّلاثة حقٌّ بشبهةٍ او غير ذلک من الاقوال؛ و مختار الشّيخ(ره) هوالاقویٰ **و يقرّب بوجهين: الوجه الاوّل الاستظهار من ادلّة الارث.**

و لا يخفیٰ انّ الاستظهار المذكور، مختصٌّ فی هذا المورد و لايتعدّی منه الیٰ ساير الحقوق و امّا اخذ القدر المتّقين من بين الوجوه، الدّليل العقلی، **فهو يشمل** كلّ حقٍّ واحدٍ موروثٍ للمورّث يعنی كان الاقویٰ فی كلّ حقّ كذلک، القولُ الثّالث.

الوجه الثّانی: علیٰ فرض عدم الاستظهار من الادلّة، واحداً من الاقوال و دَارَالامرُ بين الوجوه الاربعة، المتّقين، هذا الوجهُ ای اذا اجتمعوا علیٰ الفسخ، ينفسخ و اذا اجتمعوا كلّهم علیٰ الامضاء يمضی؛

فما وَرَدَ فی بعض الرّوايات بانّ بعضاً من ذی الحقّ اذا عفوا عن حقّهم، القصاص من دون الآخرُ، فلآخرُ حقِّ القصاصِ فی سهمه **و هكذا** فی حقّ القذف، فاذا رَضِیَ بعضٌ بالعفو و بعضٌ آخر لم يعف عن حقّه، **فله** قتل الجانی ان كان حقّه، القتل **غاية الامر** يُرَدديةَ غير سهمه من القصاص بساير ذوی الحقوق و نحو ذلک، **انّما خَرَجَ بالدّليل الخاصّ يَختصّ بمورده.**

قولٌ رابعٌ، قيام الخيار بطبيعی الوارث لصدقه علیٰ الفردا والمجموع، نظير صدق اَسمٰاء الاجناس علیٰ الواحد والكثير و مثل القضيّة الطّبيعيّة باعتبار صدق الوجود فاذا فسخ المجموعُ، يصدق فسخ الوارث **و هكذا** اذا فسخ واحدٌ من الورثة، يصدق له صدق الوارث.

اِختار المحقّق الايروانی(ره) هذا الوجه لانّ الظّاهر فی المأخوذ فی الطّبيعی و اسم الجنس، وجودٌ ماً و امّا الاستغراق، فيلاحظ فيه الافراد مستقلاً و امّا فی المجموع فيلاحظ المجموع **والافراد من حيث انّه مجموعٌ** و ليس ما نحن فيه من هذين القبيلين **بل** من قبيل المأخوذ فی الطبيعیّ و اسم الجنس وجوداً ما ظاهراً.

و لکن الشّیخ(ره) اختار الثّالث یعنی قیام الخیار فی المجموع للمجموع بالمعنیٰ الّذی ذکرناه **فکانّ موضوع الخیار**، العامّ المجموعیّ لا العامّ الاستغراقیّ کما فی القول الاوّل والقول الثّانی **فالقول الاوّل والثّانی** یشترکان فی اخذ العامّ الاستغراقیّ یعنی لکلّ فردٍ من الوُرّاثِ له خیارٌ، **غایة الفرق بینهما انّ** فی القول الاوّل، الخیارُ لکلّ واحدٍ من الوُرّاث فی تمام التّرکة **و فی الثّانی**، الخیار لکلّ واحدٍ منهم فی حصّته.

فمبنیٰ القولین (الاوّل والثّانی)، ملاحظةُ العامّ بنحو العامّ الاستغراقیّ علیٰ فرقٍ بینهما کما ذکرناه **و مرجع مختار الشّیخ(ره)**، القول الثّالث علیٰ العامّ المجموعیّ و مرجع القول الرّابع، ملاحظةُ الطّبیعة باعتبار صِرف الوجود و هو الاقویٰ.

دلیلُ مختار الشّیخ وجهان: وجهٌ عقلیٌّ و وجهٌ لفظیٌّ، امّا العقلی فهو انّ الخیار الثّابت للمورّث، هو واحدٌ، **هنا مجالٌ للسّؤال**، کیف یتعدّد هو فی ید الورثة مع انّ تعدّد الواحد من حیث انّه واحد، محالٌ؟

و اجاب السّیّد(ره) عنهـ فی مطاوی کلماته بانّ الوحدة والتعدّد، قد یکون باعتبار المورد فتابعٌ له **نعم** اذا کان موضوع الحقّ، مقوّماً له فلا یجوز تعدّده، هذا الجواب ضعیفٌ یأتی وجه الضّعف فیما بعدُ **امّا الوجه اللّفظی** فهو انّ مفاد الادلّة، معیار صدق **«ما ترک المیّت» و من الواضح انّ «ما ترک المیّت»** هنا، خیارٌ واحدٌ لا متعدّدٌ **و حیث** انّ الخیار الواحد، غیر قابلٍ للتّجزیة فیلزم کونه للمجموعِ.

بالجملة، عدم کون الخیار متعدّداً، انّ المتعدّد لیس ممّا تَرَکَ المیّت و لیس متجزیّاً **لانّه** غیر قابلٍ للتّجزیة فیلزم قیامه بالمجموع **و امّا القول** بالتّجزیة والتعدّد باعتبار متعلّقه، **فهو ایضاً لم یصدق علیه، عنوان «ما ترک المیّت» لانّه** ترک خیاراً واحداً فی الکلّ و لم یترک الخیار المتعدّد **و بهذا ظهر ضعف القول المحقّق الایروانی(ره) حیث قال(ره)**: انّ المراد من الوارث فی الادلّة، طبیعیّ الوارث یصدق علیٰ الواحد والکثیر. **و وجه الضّعف انّ «ما ترک المیّت»** خیارٌ واحدٌ و هو غیر قابلٍ للتّجزیة والتّعدّد. **نعم:** قول المحقّق الا یروانی(ره) یتمّ فی باب الاوامر **و امّا**

فی باب الاحكام والملكيّة والسّلطنه سيّما باب الارث، لا يصدق و قول الشّيخ(ره) اظهر الوجوهِ و اقواها.

فرعٌ: بعد الفراغ عن كيفيّة ارث الخيار و بناءً علىٰ لزوم فسخ جميع الورثة او امضائهم جميعاً اذا فسخوا جميعاً، يقع الكلام فی حالات التّركة بعد الفسخ بالنّسبة الىٰ موجوديّة التّركه و بالنّسبة الىٰ وجود الدُّيان و عدمه و كون الدّين مستغرَقاً ام لا؟

منها: ما اذا فسخت الورثة و عيّنوا الّثمن موجوداً فی التّركة، **لا اشكال فی الفسخ وردّ الثّمن او المثمن من التّركة.**

و منها: انّ عين الّثمن، تألفةُ حين حيات المورّث او مماته فاذا فسخوا، ادّوا مثل الّثمن او المثمن او قيمتها من التّركة **حيث انّ الفرض، وجود ما يمكن الاداء بقدر الثّمن او المثمن.؟**

و حكم هذين الفرضين لا اشكالَ فيه. و لافرق فيهما بين كون الميّت عليه دينٌ مستغرقٌ للتّركة ام لا؟

و ذلك انّ الخيار يوجب حلّ العقد و دخول الّثمن او المثمن الخارج عن ملكه، جزءَ ملكه، هو لاينا فی مع بقاء اصل التّركة فی حالها.

و منها: انّ بعدَ الفسخ، ليست عين الّثمن و لا ما يمكن به اداء الّثمن، موجوداً يعنی بعد الفسخ، يُأخَذ العوضُ و ليس فی الشّركة شیءٌ يؤدّی به المثمن، اذا لم تكن للميّت تركةٌ يمكن بها الاداءُ؛

فيه وجهان: وجهٌ بالفسخ و اخذ العوض من البايع **و امّا المعوّض فهو يبقىٰ فی ذمّة الميّت غاية الامر، يدخل العوضُ المأخوذ بالقيمة، فی تركة الميّت.**

فان كان العوض، بقدر الّثمن فينحلّ الاشكال وادّوه ثمناً **و ان لم يف التّركة بِاَداء** الّثمن و كان ناقصاً عنه و تنزل عن قيمته الاصليّة هل يلزم للفاسخين، ردّ الباقی من كيسهم؟

صرّح الشّيخ(ره) انّه لا يجب ردّه من كيسهم و يبقىٰ الميّتُ مشغولَ الذمّة **والحقّ أنّ** الفسخ، ليس من ناحية الميّت فيجب عليهم اداء الّثمن من كيسهم و يلزم عليهم إنْ لم يعملوا عملاً يوجب اشتغال ذمّة الميّت.

وجهٌ آخر انّه ان لم يف مال التّركة بقدر الدّين، فيلزم اخذ الورثة، الفاسخين، العوضَ و احتسابه من التّركة و اداء المثمن من كيسهم.

مبنىٰ الوجهين، انّ كيفيّة فسخ الخيار من قبل و ارث الفسخ، ماذا؟

هل هم يفسخون من باب النّيابة عن الميّت فسخوا مثل فسخ الوكيل و الوصيّ و الوليّ عن قِبَل الموكّل او المولىٰ عليه، بان يرجع المال الّذى يستردّ بالفسخ الىٰ ملك الموكّل و العوض المردود ايضاً من مال الموكّل فيقضى منه ديونه و تنقسم بقيّة الاموال المردودة، بعد ذلك بين الورثة؟

او يقال انّ الورثة انّما يفسخون عن انفسهم كما انّ للمُوَرِّثِ ذلك و يمضى عن نفسه و يخرج المال عن ملك نفسه **حيث انّ الفسخ** حلّ العقد و به يخرج المال عن ملكه و يردّ العوض من كيسه ايضاً؟

اى لايفسخون عن قبل الميّت، انّما يفسخون من عند انفسهم و يتملّكون من انفسهم **و لازم ذلك** انّ المورّث ان لم يكن له مالٌ، يلزم اداء الّثمن و المثمن من كيسهم.

قال الشّيخ(ره) انّ الاقوىٰ، الوجهُ الثّانىّ و هو الاصالة يعنى اداء الورّاث ديونَ الميّت من كيسهم عند الفسخ لا النّيابة و هو الاقوىٰ.

يرد عليه(ره) بانّ ما ذكره(ره) هنا منافٍ لما قال(ره) هناك سابقاً **حيث** انّه ذكر فيما سبقىٰ من انّ العقار اذا انتقلت الىٰ الميّت و استردّ باقى الورثة، ترث الزّوجة منه **لانّ الزّوجة** لها حقٌّ فى الّثمن فهو مبنىٌّ علىٰ انّ الفسخ، من قِبَل الميّت و هذا يخالف لما فاله(ره) هنا من انّ مالك العقار و هم الورثة، يفسخون من عند انفسهم و يخرجون المثمن من ملكهم و يدخلون الّثمن فى ملكهم و ليس للزّوجة حقٌّ فى الّثمن **لانّ** الزّوجة ليس لها حقٌّ فى العقار و الفسخ ايضاً من قبلهم لا من قِبَل الميّت

حتّیٰ یدخل الّثمن فی ملک المیّت و ترث الزّوجة من الّثمن **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانیاً: ففی کلا الوجهین اشکالٌ: امّا قوله الاوّل من انّه لایمنع استغراق الدّین من العمل بالخیار علیٰ کلاٰ المبنیین فی باب استغراق الدّین، التّرکة، **فهو اِمّا مبنیٌّ علیٰ عدم کون** التّرکة، ملک الورثة اذا استغرق الدّین التّرکة **لانّ** الخیار مرتبةٌ ضعیفةٌ من الملک و من جملة التّرکة. **من الواضح** انّ الورثة اجنبیٌّ عن ملکٍ فلاحقٍّ لهم فی الخیار.

و اِمّا مبنیٌّ علیٰ انّهم مالکون للتّرکة مع استغراق الدّین، التّرکة الاّ انّهم ممنوعون من التّصرّف فلهم حقّ الخیار و هم الموروثون من الخیار **ولکنّه** مانعٌ من العمل بالخیار و اِعماله، **لانّ** اِعمال الخیار، تصرّفٌ فی التّرکة الممنوع علیهم التّصرّف فیها سیّما اذا وقع النّقل و الانتقال فی التّرکة فلا یجوز قوله(ره) انّه لایمنع استغراق الدّین من الخیار.

و دعویٰ انّهم اذا کانوا ممنوعین من التّصرّف فما فایدة حقّ الخیار لهم؟

مدفوعةٌ بانّ المراد من الخیار، یعنی السّلطنة و حقّ الخیار هو لوخلیّ و طبعه، یعنی الممنوعیّة فیما اذا بَقِیَ استغراق الدّین فاذا اَبْرَء الدُیّان، المیّتَ من الدّین، فَلهاِعمالُ ذلک الخیار.

و امّا ثالثاً: فالقول بانّ الفسخ لیس من قِبَلِ المیّت، لیس بمعنیٰ انّ کلّ واحدٍ من الورثة اذا فَسَخَ فهو من قِبَل نفسه یعنی یلزم خروجه من ملکه و یدخل فی ملکه **بل** معناه انّه لایعتبر کونه عن المیّت و لا کونه عن نفسه **و انّما معنیٰ فسخ العقد،** جعله کالعدم و لیس هذا من القول: بان التّرکة اذا لم تکن وافیةً للثّمن فیلزم علیٰ الورثة ادائه من کیسهم للفرق بینهما **لانّ** العین هنا، مال جمیع الورثة فیلزم لجمیع الورثة ردّ الّثمن فاحتمال ردّ الّثمن من کیسه لا من کیس الورثة، **احتمالٌ ضعیفٌ کما هو واضحٌ.**

مسألةٌ: سقوط الخیار، بالقول و الفعل بالتصرّف فیما انتقل عنه، بلا فرق بینهما قدسبق سابقاً انّ التصرّف الدّال علیٰ الرّضا مُسقِطٌ للعقد و ابرامه کما ورد من قوله علیه السلام: **«ان قبّل او لاٰمَسَ فذلک رضیً منه فلا خیار و لا شرطَ».**

وجه عدم الفرق: انّ الفسخ امرٌ انشائیٌّ فکما انّ الاقوال قابلةٌ للانشاء و یصدق علیها الفسخ کذلک، الافعال قابلةٌ للانشاء و یصدق علیها الفسخ فیمکن التّصرّف فیما انتقل عنه بقصد انشاء الفسخ فیدلّ علیٰ انشاء الفسخ.

و امّا ماورد من قوله علیه السلام: **«انّما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام»** فهو لیس دلیلاً علیٰ تعیّن الاقوالُ الانشاءات و اعتبارها، و انّ الافعال لا اعتبار بها ؛ فالمراد من الکلام الموجود فی قوله علیه السلام: **«انّ السّالب منه الاختیار»** هو المحرّم و عدمه غیر محرّمٍ، لانّ المراد من الکلام من حیث انّه لفظٌ و قولٌ **ولذا** قلنا فی باب المعاطاة: انّها لیس لها دلیلٌ علیٰ فساد المعاطاة، کما انّ قوله علیه السلام: **«انّما یحلّل الکلام الخ» لیس** دلیلاً علیٰ فساد المعاطاة و لیس المراد من المُحلِّل و المحرّم، العقود اللّفظیّة فقط و منها الفسخ **لانّ** الفسخ من الایقاعات و امر الایقاعات اهونُ من العقود فیمکن الفسخ فی الفعل ایضاً **ولذا** صرّح الفقهاء(ره) انّ التّصرّف فیما انتقل الیه، اجازةٌ و فی ما انتقل عنه، فسخٌ.

غایة الفرق بین الفسخ الفعلیّ و اللّفظیّ انّ الفسخ الفعلیّ انّما یعتبر فیما اذا کان مقصوداً بالانشاء یعنی نظره من التّصرّف، الفسخ.

و توهّم اعتبار الفسخ الفعلیّ، انّما هو بالتّعبّد من دون ان یکون مقصوداً بالانشاء دلیل ما صرّحوا من انّ التّصرّف فیما انتقل الیه اجازةٌ و فیما انتقل عنه فسخٌ و لم یحملوا قوله علیه السلام: **«انّ قَبّلَ او لاٰمَسَ فذلک رضیً منه فلاخیار»** علیٰ ما یدلّ علیٰ الرّضا **بل** قالوا بانّ المراد من **«ذلک رضیً»** ای ذلک بحکم الرّضا تعبّداً **مدفوعٌ** بانّ مقتضی القاعدة انّ التّصرّف ما لم یدلّ علیٰ الفسخ فهو لیس بفسخٍ عرفاً و لادلیل

علیه شرعاً و روایة باب خیار الحیوان، انّما هی فی التّصرّف الموجب للرّضا **و امّا قولهم:** «بانّ التّصرّف فیما انتقل الیه، اجازةٌ و فیما انتقل عنه، فسخٌ» **فهو مبنیٌّ علیٰ قول** من اِعْتَبَر فی الفسخ والاجازة و هو انشاء الفسخ و لم یدّع الاجماعُ علیٰ التّفکیک بینهما.

بناءً علیه، هنا ابحاثٌ ثلاثةٌ:

البحث الاوّل: انّه یکفی فی الفسخ، الفعل و لایعتبر فیه القولُ **والدّلیلُ علیٰ ذلک،** صدق الخیار علیه ایضاً عرفاً فاذا قلتَ: «**لک الخیار و صاحب الحیوان بالخیار**» فالمراد من الخیار الّذی هو امرٌ عرفیٌّ قد یحصل بالفعل و قد یحصل باللّفظ کما یقال بعین هذا فی باب المعاطاة من صدق البیع علیٰ المعاطاة و علیٰ العقد اللّفظیّ و جریان المعاطاة فی جمیع العقود و الایقاعات و من جملتها، الفسخ و امّا عدم جریانه فی بعض العقود والایقاعات مثل النّکاح والطّلاق فهو لاجل دلیلٍ خاصّ ورد فیه.

البحث الثّانی: انّه علیٰ القول بکون الفسخ الفعلیّ، معتبراً ایضاً هل هو معتبرٌ فی باب الدّلالة علیٰ الرّضا او من باب التّعبد من دون قصدٍ و انشاءٍ؟

قلنا: لا دلیلَ علیٰ اِلغاء قصد الانشاء فی الفعل و لیس له منشأً الاّ امران لاتصلحان لذلک:

الامر الاوّل: ما ورد فی قول اکثر الفقهاء من انّ التّصرّف فیما انتقل الیه، اجازةٌ والتّصرّف فیما انتقل عنه فسخٌ فهو لاجل الاجماع الوارد علیٰ اتّحاد الموضوعین.

فمن اعتبر فی موضوع الاجازة، التّعبّد **فنقول** بالتعبّد فی الفسخ ایضاً **و الاّ** لزم خرق الاجماع المرکّب و قلنا انّه غیر صحیحٍ.

الامر الثّانی: ما لم یتعرّضَ الشّیخ لذلک و هو انّ التّصرّف فیما انتقل عنه بناءً علیٰ المشهور، انّما هو فسخٌ تعبّدیٌ و لیس هو باعتبار انشاء الفسخ فمن وهب مالَه حتیٰ اقبضه فاذاً لم یلزم بعدُ، فبعد ذلک اذا باعت العین الموهوبة او اوقع فیها الصّلح، فان قَصَدَ فیه انشاءُ الفسخ والرّد **فهو** و ان لم یقصد فیه الانشاء ایضاً، **لازم**

فتوىٰ المشهور بل المصرّح فى كلام بعضهم انّه لا يدلّ علىٰ اعتبار الرّضا و ذلك انّ الجواز فى العقود الجايزة، ليس علىٰ حدّ الجواز فى العقود اللاّزمة، **ففى العقود اللاّزمة**، مادام لم‌يفسخ، يجب الوفاءُ به اى اذا تحقّق العقد اللاّزم طبعه مادام لم‌يقصد الفسخ، يلزم تحويل المبيع و اخذ الثّمن فاذا فَسَخَ، يزيل الموضوع يعنى العقد **فالجواز هنا** بمعنىٰ الحقّ اى السّلب بانتفاء الموضوع لا انّ العقد فى زمنٍ من الازمنة، لا يجب الوفاء به فما دام العقد باقياً، يجب الوفاء به، لم يبق العقد بالفسخ، فعدم وجوب الوفاء هنا، باعتبار اِعدام الموضوع و حلّ العقد فاذا فسختَ فلا عقد فقبل الفسخ، يجب الوفاء به و بعد الفسخ ايضاً لا عقدَ حتّىٰ يقال: بالجواز او عدمه بخلاف العقود الجايزة مثل الهبة **حيث انّها** لايجب الوفاء بها من حين تحقّق العقد فوطىءُ مالك الجارية الموهوبة الىٰ الغير من دون قصد فسخٍ، لا يُعَدُّ من الزّنا **لانّ** الوفاء؛ لا يجب فيها والوطىء بعينه، موجبٌ للفسخ قهراً **و هكذا** اذا باع المالك، الجاريةَ الموهوبة الىٰ الغير فهو فسخٌ قهراً **و هكذا** الجماع مع المرأة فى العدّة الرّجعيّة، رجوعٌ و لو قَصَدَ به الزّنا و ان صدق عليه التّجرى **و ذلك** لعدم وجوب الوفاء بالطّلاق **حيث** انّ المطلّقة الرّجعيّة، زوجةٌ، **فبناءً عليه ليس** التصرّف فى ما انتقل عنه، فسخٌ تعبّداً.

نعم: اِحْتَسَبَ بعضُ القدماء مثل الشّيخ الطّوسى(ره)، زمان الخيار بمنزلة العقود الجايزه **حيث** انّه ما لم ينقض الخيار، لم تحصل الملكيّة و لم يجب الوفاء به و هو بعينه مثل الطّلاق الرّجعىّ والعقد الجايز **حيث** انّ حصول الملكيّة، يحتاج الىٰ انقضاء زمان الخيار.

و لازم هذا القول انّ كون التّصرّف فيما انتقل عنه، فسخٌ تعبّداً **و لكن** حيث كان هو خلاف المشهور، صرنا الىٰ انّ فى باب البيع الخيارىّ قد تحصل الملكيّة و يجوز فيها حتّىٰ يجوز لمن عليه الخيار فى ساير الخيارات حتّىٰ التصرّفات النّاقلة المتلفة **خلافاً** لما صرّح به السيّد(ره): «انّ العقود الجايزة والعقود اللاّزمة فى كليهما، يجب الوفاءُ به و فى كليهما، الفسخُ بمعنىٰ اِعدام الموضوع، **غاية الفرق بينهما**، كون الفسخ

فی العقود اللاّزمة، من قبيل الحقوق و فی العقود الجايزة، من قبيل الحكم.

البحث الثّالث: انّه اذا تصرّف فی ملكه الّذی باعه للغير بـبيعٍ خـيارىٍّ تـصرّفاً لايجوز لغير المالک مثل التّقبيل والدّخول و غير ذلک، كان قصده الفسخ و ان لم يُحرزْ انّ قصده، الفسخ و شككنا فيه فيحملُ علىٰ كونه قاصداً للفسخ بحكم اصالة الصّحة كما صرّح بذلک العلاّمة(ره) ايضاً **و ذلک** لانّه ان لم يقصد به الفسـخ فـهو غصبٌ وزناً محرّمٌ.

و ان قلنا بالفسخ، يحمل فعله علىٰ الصحّة و انّه وَقَعَ فی ملكه آناً مّا قبل التّصرّف **فيدور الامرُ** المُسلِّمُ بين الصّحيحُ والفاسد فيحمل عمله علىٰ الصحّة عملاً بالاصل فَيُحكم بكونه قاصداً للفسخ بهذه التّـصرّفات الّـتی لاتـجوز لغـير المـالک هـذه التّصرّفات.

الشّيخ(ره) صرّح فی الفرائد فی باب اصالة الصحّة: **بقوله**ﷺ «**ضَعْ اَمْرَ اخـيکَ علىٰ اَحْسنه**» بانّ هذه العبارة و ان كانت مسألةً اَخلاقيّةً مع كونها من قبيل الخُلقيّات، لا ينافی كونها اِلزاميّةً، يجب احترام المؤمن و لا يجوز اهانتة و يحرم اتّهام المؤمن و يجب حمل فعل المؤمن علىٰ الصّحة **و لكنّها** ليس مُثبِتاً اللّوازم كما لو تردّد كلام المسموع بين كونه قذفاً او سلاماً؟

مقتضی الاصل الاخلاقیّ، يقتضی حمل كلامه، علىٰ السّلام لا علی الشّتم **و لكن** حمل فعل المسلم علىٰ الصحّة، لا يثبت اللّوازم بان قال جواب السّلام واجبٌ **و فيما نحن فيه ايضاً** حمل فعل المالک علىٰ احسنه، لايثبت انّه كان قد فَسَخَ العقد. و كان العقد منفسخاً **اللّهم** الّا ان يقال: بكونه مُثبتاً فی موارد من الافعال لهـا ظـهورٌ فـی الفسخ كظهور الاقوال كما اذا كان الفاعل انساناً مطمئنّاً معروفاً بالحُسْنِ؛ وهذه قرينةٌ حاليّةٌ موجبةٌ للحمل علىٰ الفسخ، **امّا مجرّد** حمل فعل المسلم علىٰ الصحّة مع قطع النّظر عن ظهور فعله فی الفسخ، فهو غير ظاهرٍ فی الفسخ **لانّه** لا يثبت اللّوازم **و امّا** لو كان للفعلِ ظهورٌ دالٌّ علىٰ الفسخ و لو ظهوراً نوعيّاً، قد يتّفق فی بعض الاشخاص باعتبار حالاته الخاصّة بالقرائن الحاليّة، فهو متّبعٌ كظهور الاقوال.

و لکنّ الشّیخ(ره) صرّح هنا بما لم یلتزم فی الفرائد بل ردّه، من انّ اصالة الصحّة، من قبیل الظّواهر یعنی کانّها من قبیل الامارات الّتی مُثبِتةٌ للصحّة ایضاً **حیث انّ** اصالة الصحّة مَبنیّةٌ علیٰ ظاهر حال المسلم و لیست من باب الاصل فاذا کانت من قبیل ظهور حال المسلم فهی یُثبِتُ کلَّ شیءٍ من لوازمها و منها الفسخ

اقول: هذا النّظر مضافاً الیٰ انّ نفس الشّیخ(ره) لم یقبله فی الفرائد، **ضعیفٌ** فی حدّ نفسه **لانّ** المُسِلمَ کثیراً ما مع کونه مُسلماً اسماً **ولکنّ** قد لایلتزم بالعمل بقوانینه کما انّ قولَ الشّیخ الطّوسی(ره) بانّ الاصل فی المسلم، العدالة **تامٌّ فی الجملة** یعنی فی المجامع الّتی کانوا ملتزمین بذلک و العاملین بقوانین الاسلام لا فی کلّ المجامع بنحو الاصل المسلّم فی جمیع المجامع و وفی جمیع الافراد.

فالقول بکونها من الظّواهر و الامارات ضعیفٌ ولم یثبت کونها من اللّوازم خلافاً للشّیخ(ره).

بالجملة، انّ مورد اصالة الصّحّة و معناها امران:

احدهما: انّ مورداً اذا لم يقصد فيه الفسخ، لايجوز له الاقدام كما اذا تَصَرّفَ فيما انتقل عنه، والانتقال الىٰ غيره و وَطَیءَ الجاريةَ و وَطَیءَ الزّوجةَ فی العدّة الرّجعيّة **فحينئذٍ** ما لم يقصد الفسخ فهو غصبٌ و تصرّفٌ فی ملک الغير والزّنا، فاذا فرضنا قصد الفسخ فهو مبنیٌّ علىٰ حملِ فعلِ المسلم علىٰ الصحّة بانّه قصد الفسخ.

المورد الثّانی: انّ اصالة الصّحّة واردةٌ علىٰ استصحاب عدم الفسخ او استصحاب بَقاء العقد و الاّ لصارت الاصول الخاصّة لغواً و تبقىٰ بلا موردٍ **لانّ** فی اصل قاعدة الفراغ والتّجاوز و ساير الاصول الخاصّة، يكون الاستصحاب علىٰ حلافها دائماً.

الاشكال علىٰ الشّيخ فی المورد الاوّل و هو ما اذا لم يقصد من جعله، الفسخ فعلمه غصبٌ او فضوليٌّ، هو الّذی مَضىٰ فی الصّفحات السّابقة الماضية فراجِع.

و امّا الاشكال فی المورد الثّانی من اصل الصّحّة و هو انّه اذا فرضنا قصد الفسخ من فعله بناءً علىٰ حمل فعل المسلم علىٰ الصحّة، فهو انّ هنا اصلان:

اصلّ جارٍ فی فعل المسلم و اصلّ آخر عقلائیٌّ يجری فی كلِّ فعلِ انسانٍ من دون اختصاصٍ بالمسلم.

مضافاً الىٰ ذلک، فرقٌ آخر بين الاصلين **حيث** انّ الاصل الاوّل و هو ما يجری فی فعل المسلم، يختصّ بالاوامر والنّواهی و ثبت هو بتعبّدٍ من الاخبار يعنی يختصّ فی موردٍ اذا لم يحمل علىٰ فعل المسلم علىٰ الصحّة، تلزم المعصية يعنی يختصّ بالحكم التّكليفیّ **و امّا الاصل الثّانی فيختصّ** بالحكم الوضعیّ المبنیّ علىٰ بناء العقلاء.

فقول الشّيخ(ره) فی الثّانی من القول بكونه مبنيّاً علىٰ ظهور الحال، اَقْبَلُ مِن القول به فی الاصل الاوّل **حيث** انّ عرفَ العقلاءِ ليس بينهم تعبّدٌ فيمكن الاعتماد بظهور الحال فی الاصل بالمعنیٰ الثّانی فلوازمه ايضاً حجّةٌ.

فحينئذٍ اذا اوقع معاملاتاً فيما انتقل عنه، **لا تصحّ الاّ من المالك فيمكن القول باصل الصّحّة** العقلائىّ و يثبت لوازمه و من جملتها كون فعله فسخاً.

و لكن هنا بحثٌ قال به الشّيخ(ره) فى موارد متعدّدة و هو انّ بناء العقلاء، لم يعلم جريانه فيما اذا كان المال ملك الغير قبل التّصرّف و المقام، من ذلك القبيل **لانّه** مال الغير قبل التّصرّف و الانتقال الىٰ الغير.

بالجملة، اصالة الصّحّة فى المقام، لا تُثبِتُ صفات العاقد و صفات عينٍ موردٍ للانتقال كما لو تردّد بين كونه خلاًّ او خمراً فاصل الصحّة لايثبت كون هذا خِلاًّ كما لوتردّد انَّه بالغٌ او غير بالغٍ او مالكٌ او غير مالكٍ، لا يُثبتُ كونه بالغاً او مالكاً **و ما نحن فيه ايضاً من ذلك الفروض حيث كان مردّداً كونه مالكاً او غير مالك و...**

فرعٌ: لو بان الخيار لا جنبيٍّ فمات سواءٌ كان بالشّرط كما لو شَرَطَ له احد المتعاقدين اوكلاهما، الخيار او باصل الشّرع فی الوكاله كما اذا قلنا انّ الوكيل المباشر للعقد فی بيع الحيوان، له خيارُ الفسخ علىٰ قولٍ فيه فبناءً علىٰ كون الخيار موروثاً هل هذا الخيار ايضاً موروثٌ و ذوی الخيار ماذا؟

هل ينتقل الىٰ ورثة الثّالث او من له الشّرط او يقال بعدم كونه موروثاً مطلقاً وجوهٌ و اقوالٌ؟

مختار الشّيخ(ره) عدم كونه موروثاً و كان ساقطاً.

امّا وجه انتقاله الىٰ ورثة الثّالث فعموم ماورد من قوله عليه السلام: «**ما ترك من حقٍّ فهو لوارثه**» شاملٌ لهذا ايضاً.

امّا وجه انتقاله الىٰ من له الشّرط فهو انّ الثّالث مُظهِرٌ للخيار لا مالكٌ للخيار والمالك احد المتعاقدين فلذا اذا وقع اختلافٌ بين من له الشّرط و الثّالث فالمدّعی من له الشّرط لا الثّالث.

و امّا وجه سقوطه فلا جل انّه ليس العمل به ممكناً و ليس ممّا تركه الميّت **حيث** كان الثّالث مُقوِّماً لا مورداً له و انّ الدّاعی هنا، بمنزلة العنوان **و لذا** قد اشترطوا الخيار للثّالث فی بعض القبالجات و بطلان خيارٍ بنفسه و بلسانه حتّی ان لايكون الخيار، موروثاً له.

و هذا القول الاخير الّذی هو مختار الشّيخ(ره) فی الجملة لا بأس به الاّ انّ اطلاق كلامه فيه نظرٌ: لانّه ربّما يكون الثّالث هو المورِدُ لا مُقوِّماً.

و امّا اشتراط الخيار للثّالث بنفسه و بلسانه و ان كان هو المشهور و مورداً للعمل **الاّ** انّ فی النّفس منه ايضاً للشّیءٍ قابلٌ للذّكر **لانّ** معنىٰ الخيار فی المقامات المختلفة واحدٌ بمعنىٰ حلّ العقد **و امّا اشتراط الخيار للثّالث بنفسه و بلسانه فمعناه انّه لايورث و هو خلاف ادلّة الارث.**

اقسام الفسخ العقلائىّ و منها: ما يتوقّف علىٰ سبق الملك قلنا سابقاً: انّ الفسخ فعلىٌّ و قوليٌّ و الفسخ الفعلىّ، ليس امراً تعبّدياً **بل** يتحقّق من باب قصد الانشاء و اعتباره من باب دلالة انشاء الفسخ.

و الفسخ الفعلىّ له، اقسامٌ متعدّدةٌ:

منها: فعلٌ يتوقّف علىٰ سبق الملك مثل العتق و الوطىء للجارية و التّقبيل و المسّ؛ **و هو ايضاً** من باب انشاء الفسخ و من باب انّه فعلٌ دالٌّ علىٰ الفسخٌ و عقدٌ ايضاً كما اذا اوقع العقد علىٰ مالكٍ باعه الىٰ الغير بالبيع الخيارىّ **ففيه** دلالتان، دلالةٌ ذاتيّةٌ و دلالةٌ وضعيّةٌ.

و الدّلالة الذّاتية، انّما هى الدّلالة علىٰ الفسخ لانّه فعلٌ لا يفعله الاّ الفاسخ؛

فالفعلُ يُدلّ علىٰ الفسخ دلالةً اِنيّةً و يدلّ علىٰ كونه مالكاً دلالةً طبيعيّةً.

و الدلاّلة الوضعيّةُ هى علىٰ حدّ دلالة الالفاظ الموجبة للنّقل الىٰ الغير فبيع الشّىء فى البيع الخيارى الىٰ الغير، فى الرّتبة السّابقة فسخٌ بالدّلالة الطّبيعيّة و هو المعبّر بالفسخ الفعلىّ الدّال علىٰ انشاء الفسخ فى الرّتبة اللاّحقة نُقِلَ الىٰ الغير يعنى يصير نفسه مالكا قبل الانتقال الىٰ الغير المعبّر عنه بالدّلالة الوضعيّة، **هذا، هو فتوىٰ المشهور.**

يشكل هذا انّ التّصرّفات المالكيّة سواءٌ كانت فعليّةً او قوليّةً، متوقّفةٌ علىٰ كون المتصرّف مالكاً قبل الفعل و القول مثل ماورد: **«لابيعٌ الاّ فى ملكٍ»** و **«لا عِتقَ الاّ فى ملكٍ»** «ولا وطئٌ الا فى ملك» فحينئذٍ كيف يجوز الوطىءِ غيره من التّصرفات المتوقّفه علىٰ الملك قبل حصول الملك؟ قبل حصول الملك فيصير من باب: **«من باع شيئاً ثمّ مَلِكَ»** الّذى قيل فيه انّه يحتاج الىٰ اجازةٍ جديدةٍ حتّىٰ قالوا بالبطلان فى **«مَنْ عَتَقَ ثمّ ملك» حيث** يلزم كون العتق منجّراً و لايتصوّر فيه الفضولىّ.

بالجملة،الفعل بمٰا هو فسخٌ مُعتبرٌ يعنى من حيث انّه من مصاديق الفسخ، مؤثّرٌ و الفرض انّ الفسخ من المعانى الانشائىّ يعنى ينشأ بالفعل كما هو منشأٌ بالقول، فالفسخ، متأخّرٌ عن الفعل **فكيف** يجوز الفعل المتقدّم عليه؟ **و الحاصل:** انّ الفسخ

ينشأ بالفعل فيقع بعده **فكيف** يجوز الفعل ان يكون هو المقدّم علىٰ الفسخ زماناً و رتبةً؟

فی توجيهه و جوابه ذُكِرات امورٌ منها: الفرق بين الفسخ القوليّ و الفعليّ **حيث** انّ اثر الفعل يُقدّم علىٰ الفعل **فهو كاشفٌ عن الفعل بخلاف الفسخ القوليّ حيث كان سبباً لحصول الملكيّة كما نذكر توضيحَه فما بعدُ.**

***

الشّيخ(ره) اراد حلّ الاشكال المذكور اوّلاً:

بانّ الفسخ الفعليّ، كاشفٌ عن سبق الملكيّة فان قلناه انّه كاشفٌ عنها فينحلّ الاشكال فالعتق يكشف عن سبق الملك قبله كما تكشف الاجازة عنها بخلاف الفسخ القوليّ **حيث** كان سبباً ناقلاً **لانّه** بمنزلة العقد و الايقاع و اثرة يحصل بعد المؤثّر.

و امّا الفسخ الفعليّ فهو ليس قابلاً للانشاء، انّما هو دالٌّ علىٰ سبق الكراهة الباطنيّة دلالةً طبيعيّةً وانيّةً كما اذا دلّ عليه فعلٌ من الافعال من الوطىءُ و اللمسّ لا مجرّد الكراهة كما عليه المحقّق الايراوانی(ره) من انّ الاجازة دالةٌ علىٰ سبق الرّضا الّذی يتحقّق بعده عملٌ، لايتحقّق الاّ عن الرّاضی بالعقدِ و مجرّد الرّضا الباطنیّ، لايكفی فی ذلک.

و يدلّ عليه قولهﷺ **«فذلك رضیً منه فلاخيار»** و الفتاوىٰ ايضاً **حيث** انّ المؤثّر فی نظرهم، الكراهة و الرّضا.

بعض المحشين ردّه بانّ هذا، يعنی عدم كون الفعل، غير قابلٍ للانشاء، من طغيان القلم **لانّه** ان كان الامر كذلک، يلزم بطلان المعاطاة بالكليّة **لانّها** بيعٌ

ولا يخفی انّه لايجوز القول فی البيع انّ المدار فيه، الرّضا **بل** انّما هو انشاءُ تمليک عينٍ بعوضٍ فاذا لم تكن المعاطاةُ، انشاء تمليكِ عين بعوضٍ، كيف بصدق عليه تعريف البيع؟ و كيف يدخل فی عموم: **«اَحَلَّ اللّهُ البيع»** فالفعل ايضاً قابلٌ للانشاء؟ **غاية الامر**، دلالته علىٰ الانشاء، طبيعیٌ لاوضعیٌّ كما فی دلالة القول علىٰ الانشاء.

و قولهﷺ **«فذلك رضىً منه...»** ليس معناه انّه يدلّ علىٰ سبق الرّضا **بل** المراد منه، انّ الفعل، بحكم الرّضىٰ و انّ الفعل فسخٌ فالفسخ الفعلىّ مثل الفسخ القولىّ سببٌ لحصول الملكيّة لا كاشفٌ **لانّه** لا فرقَ فى دلالة **«البيعان بالخيار مالم يفترقا»** فى سببيّة الفسخ للملكيّة بين القولىّ و الفعلىّ و امّا كون الاجازة كاشفةً علىٰ فرض قبولها، انّما هى لاجل وردُ الرّوايات علىٰ ذلک و لعلّ الشّيخ نفسه(ره) تَوَجَّه الىٰ هذا **الاشكال ثمّ قال فى حلّ الاشكال:** انّ المقصود من قوله**ﷺ** **«لا عِتْقَ الاّ فى ملكٍ»** و **«لابيعَ الاّ فى ملكٍ»** و نحوهما، ليس انشاءُ هذه العناوين و انّ باء **«بعتُ»** و همزة **«اعتقت»** حين الانشاء منطبقاً علىٰ **الملك بل المراد** منه، العتق و البيع المؤثّر عرفاً **لانّ** الحقّ انّ الفاظ المعاملات و العقود و الايقاعات، اسماءٌ للصّحيح العرفىّ **و امّا المعاملات الفاسدة** العرفيّة اِمّا لاتصدق العناوين، عليها او لا اقلّ من الانصراف فى الاستعمالات المتعارفة و ليس المراد، المستعمل فيه و هذا لاينطبق الاّ مع تمام السّبب والمجموع لا اوّل السّبب يعنى يلزم العتق المؤثّر، فى ملكٍ **و يؤيّد هذا** انّ مثل هذه العبارات مثل: **«لاوقفَ الاّ فى ملكٍ» و «لابيع الاّ فى ملكٍ» و نحوهما،** انّما هى بيانُ مقتضى المالكيّة عرفاً.

و ثانياً: المحقّقُ عند المحقّقين انّ الفاظ المعاملات، اسماءٌ للمسبّبات من النّقل والانتقال و استعمال الالفاظ فى الاسماء من باب اتّحاد الاسباب والمسبّبات والدّال مع المدلول والمرأىّ مع مارأها، **فيلزم فى قوله**ﷺ**: «لا بيعَ الاّ فى ملكٍ»، النّقل المسبّبىّ** و لايرتبط بالاسباب حتّىٰ يقع الكلام فى انّه اوّل السّبب، مثل باء **«بعت» او وسطه او آخره، فليس معنى: «لا بيعَ الاّ فى ملكٍ»** انّه لا ايجابٌ و لا قبولٌ **الاّ فى ملكٍ** حتّىٰ يقال: بعدم حصول الملكيّة فى اوّله او وسطه **بل معناه،** انّه **لم يقع نقلٌ فى البيع و من الواضح** انّ حين النّقل كانت الملكيّة حاصلةً.

هذا و ان كان حسناً فى نفسه اذا صحّح الانشاءات من المعاملات **و من الواضح انّه** لا يصحّح الافعال الّتى تحتاج الىٰ سبق ملكٍ فيها **لانّ** اللّمس مع شهوةٍ فى الجارية، يحتاج الىٰ المالكيّة والمالكيّةُ تحتاج الىٰ الفسخ والفسخ يحصل بعد العمل

و اوّل العمل **حينئذٍ** لايجوّزه شیءٌ **لانّ** الفسخ والمالكيّة، انّما يحصل بعد الفعل زماناً **فحينئذٍ** كيف يصحّح الفسخ الحاصل بعد الفعل، جواز الفعل مثل اللّمس قبل الفسخ؟

الشّيخ(ره) صرّح فی ذيل كلامه(ره): «الحقّ ما قال به المحقّق الثّانی(ره) فی جامع المقاصدُ والشّهيد الثّانی حيث ذهبا الیٰ صحّة الفعل والقول و لم يقيما دليلاً علیٰ ذلک.»

والحقّ انّه لايصحّح جواز الفعل واللّمس يعنی الحكم التّكليفی نعم: يصحّح صحّة المعاملات.

خلاصة الابحاث الماضيه (فذلكة البحث).

الخيار، مثل الاجازة اعمٌّ من القوليّ والفعليّ و فى انشاء الفسخ يكفى الفعليّ **والخيار الفعليّ** سببٌ لا كاشفٌ و يعتبر فيه انشاءُ الفسخ كالقوليّ.

الافعال علىٰ نوعين: نوعٌ يتوقّف علىٰ الملكيّة و نوعٌ آخر دالٌّ علىٰ الفسخ غير متوقّفةٍ علىٰ الملكيّة.

تحقّق انشاء الفسخ فى غير ما يتوقّف علىٰ الملكيّة من الافعال، ممّا لا اشكال فيه حكماً و وضعاً مثل جعل المبيع مَعْرَضاً للبيع.

و انّما وقع الاشكال فى ما يتوقّف علىٰ الملكيّة سواءٌ كان فى العقود والايقاعات او من قبيل اللّمس والوطىء و غير ذلک و قال الفقهاء(ره) بحصول الفسخ بهذه الافعال **الاّ انّ** جواز صحّة هذه الامور والافعال و نفوذها و حليّتها **يحتاج الىٰ الملكيّة والملكيّة**، تحتاج الىٰ الفسخ والفسخ يحصل بعد الفعل فالفعل قبل تحقّق الفسخ و بعده، غير صحيحٍ و ليس له مجوّزٌ **و مجرّدُ انّه** يحصل به الفسخ و يملكه ثانياً بعد العمل، لا تكفى فيه نيّةُ سابقِ الفعل.

و هذا هو اشكالٌ مشهورٌ من حيث حكم الوضع و اجيب عنه بوجوهٍ:

الوجه الاوّل ،كما عن بعض الحواشى: انّ اسماء المعاملات اِمّا اسماءٌ للاسباب و اِمّا اسماءٌ للمسبّبات **والتّحقيق انّه اسماءٌ للمسبّبات.**

لا يخفىٰ انّ المراد من المسبّبات، المسبّبات المؤثّرة و هى مجموعُ العقد والمحتاج الىٰ الملكيّة.

و لا يخفىٰ انّه مدفوعٌ بانّ الفسخ الفعليّ فقد يحصل فى اوّل الشّروع بالفعل والفعل بما هو فعلٌ من حين الشّروع، يدلّ علىٰ الفسخ **مع انّه** تحصل الملكيّة حين الفعل سواءٌ قلنا بكونها اسماءً للاسباب والمسبّبات و قد ذُكِرَ تفضيله سابقاً.

الوجه الثّانى: أنّ اطلاق ادلّة الخيار، دالٌّ علىٰ كونه يحصل بالفعل مثلاً اذا قلت:

«لک الخيار» يعنی «لک خيار الفسخ» بالقول او الفعل سواءٌ كان متوقّفاً علىٰ المِلْكِ ام لا؟

فاطلاق ادلّة الخيار، محورٌ و مدارٌ لهذه الامور من الوطىء واللّمس و...

ردّه الشّيخ(ره) بانّ ادلّة الخيار متعرّضٌ لجهة الفسخ مثل قوله تعالىٰ: **«اَحَلَّ اللّهُ البيع» يعنی: «البيع حلالٌ بما هو بيعٌ» فبناءً عليه،** تجويز البيع بما هو بيعٌ، لا يجوّز كون الغصب الّذی وقع البيع فی المكان المغصوب مُحلِّلاً **فادلّة** الخيار ايضاً ناظرٌ الىٰ الفسخ من حيث انّه فسخٌ يعنی حكمٌ حيثيٌّ فاطلاق ادلّة الخيار، لا يجوّز المحرّمات.

الوجه الثّالث: انّ ادلّة عدم جواز اللّمس والنّظر الىٰ الاجنبیّ والوطىء و غير ذلک فی الاجنبیّ، ينصرف لما بَقیَ الىٰ آخره اجنبيّاً **و امّا اللّمس او الوطىء** او النّظر الىٰ الاجنبیّ فی موارد الضّرورة، فلا تشمله الادلّة المانعة.

هذا ايضاً مدفوعٌ بانّ الادلة المانعة، تشمل قبل الحليّة و قبل حصول الملكيّة و مجرّد صيرورته محلِّلاً بعد مدّةٍ، لايوجب كون هذه الامور، جايزةً قبل حصول الملكيّة والتّجويز.

والحقّ انّ الافعال المتوقّفة علىٰ الملک اذا صَدَرَ عن شخصٍ قصد به الفسخ قبل حصول الملكيّة والفسخ، لايجوز، **فما لم يحصل بمقدارٍ لا يصدق عليه الفسخ كما فی اوائل الفعل، لايجوز و هو غير صحيحٍ لانّه لادليل علىٰ جوازه.**

و امّا مقارنة ا لمعلول للعلّة زماناً كما قال به الفلاسفة بانّ الفعل، علّةٌ للفسخ والفسخ ايضاً علّةٌ للملكيّة فالملكيّة مقارنةٌ مع العمل زماناً فلو سلّم فی محلّه فهو لا يُجدی هنا **لانّ** العرف يقول فی امورهم بتأخّر المعلول عن علّته زماناً.

مسألة: لو اشترىٰ عبداً بجاريةٍ فقال: «اعتقهما جميعاً» فعن بعضٍ صحّةُ عتق الجارية دون العبد يعنى يصّح ما عند البايع ما انتقل عنه دون ما عند المشترى **لانّـه** من تعارض الاجازة والفسخ، فالفسخ يُقدّمُ و لو كان متأخّراً **لانّه** هدمٌ والاجازة بناءٌ فالهدمُ يُقدّم علىٰ البناء.

والشّيخ ردّه و قبل ذكر ردّه(ره)، يلزم لنا ذكر هذه النّكتة بانّ مورد البحث فى هذه المسأله، العبد والجارية الاّ انّه يجرى فى غيرهما ايضاً **فلذا** ينبغى البحث عنه.

حاصل ردّ الشّيخ(ره) انّ ما نحن فيه، ليس من مورد هذه القاعدة **لانّ** موضع هذه القاعدة، ما اذا كان الخياران، الفاعل بهما شخصان احـدهما اراد الفسـخ والآخـر امضاه، يقال حينئذٍ انّ الفسخ يقدّم و لو كان متأخّراً و امّا اذا كان الخيار واحداً و لو كان الفاعل شخصين كما اذا وكلّتَ زيداً علىٰ الفسخ او الامضاء و عمرواً عـليهما مستقلاً **و هكذا** فيما اذا كان الولىّ متعدّداً مستقلاً كالابِ والجدّ فقال احدهما: **«انّى فسختُ»** و قال الآخر: «انىّ امضيتُه فى زمان الفسخ، فليس هـذا المـورد، مـوردَ قاعدة تعارض الامضاء والفسخ **لانّ** هنا خيارٌ واحدٌ اِما ان يفسخ او يمضىٰ.»

و عن بعضِ آخر، صحّةُ عتقِ العبد اِلقاءً للعقد والعتق القاءله.

و ردّه الشّيخ(ره) بانّه تَحَقّق هنا عتقان و كلّ عتقٍ منهما، موقوفٌ علىٰ الملكيّة **فاذا فرضنا ملكيّة** العبد فيلزم عدم كون الجارية مملوكةً و اذا فرضنا ملكيّة الجارية.

فلازمه عدم كون العبد مملوكاً و لا يمكن الجمع بينهما فبينهما تضادٌّ.

فالا ولىٰ فى نظر الشّيخ(ره)، استصحاب بقاء العقد و كان العقد مستمرّاً و لايقع عتقٌ، لا عتقُ العبد و لاعتق الجارية ولاجازةٌ و لا فسخٌ **لانّها** من قبيل المتعارضين والمتضادّين فتعارضا و تساقطا.

و لكنّ الا قوىٰ فى نظرنا وقوعُ عتقِ العبد و عدم وقوع الجارية فليس تعارضٌ فى البين اصلاً **اوّلاً:** لما قلناه من انّ الفسخ الفعلىّ، يعتبر فيه كالقولىّ، انشاء الفسخ بناءً علىٰ كون الفسخ سبباً **و ايضاً** يعتبر فى الانشاء، الجدّ و لاتكفى صورة الانشاء **و**

ليس من المعقول هنا تحقّقُ القصد الجدیّ والانشاء الجدّی فی الفسخ والامـضاء کلیهما **حتّیٰ یقال بالتّعارض والتّساقط و لکن** حیث کان العبد ملکاً له، لایتوقّف عتق العبد علیٰ شیءٍ فیقع عتق العبد و امّا عتق الجاریة فیتوقّف علیٰ سبق الملکیّة.

و ثانیاً: علیٰ فرض الجمع بینهما و امکان التّعارض بین الفسخ والاجارة والتّساقط فنقول: انّ عتق العبد یحصل و یبقیٰ علیٰ حاله.

و ثالثاً: شرط العتق، سبق المالکیّة و هو یحصل فی عتق العبد قبل حصول عتق الجاریة.

هذا کلّه فیما اذا کان الخیار مختصّاً بالمشتری المعتق و قد ذکرنا ابحاث هـذا الفرض آنفاً.

امّا الفرض الثّانی فهو انّه اذا کان الخیار، مالَ البایع المالک للجاریة و اِشـتریٰ عبداً بجاریةٍ ثمّ قال: «**اعتقتُها**».

مختار الشّیخ(ره) فی هذه الصّورة، عدم صحّة عتق الجاریة و لاعتق العبد؛ امّا عدم صحّة عتق الجاریة **فلانّ** صحتها مبنیّةٌ علیٰ الفسخ والفرض انّه لیس للمشتری المعتق، حقُّ الفسخ **و انّما الخیارُ، مالُ البایع و امّا عدم صحّة عتق العبد علیٰ خلاف الفرض الاوّل لانّ تصرّف غیر ذی الخیار فی زمن الخیار فی العین، غیر صحیحٍ** بناءً علیٰ قول المشهور **لانّ** العبد الّذی عند المشتری، تعلّق علیه حقُّ البایع والتّصرّف فی العبد الّذی فیه حقّ الغیر و هو البایع، منافٍ لحقّه **والحقّ هنا** مع الشّیخ(ره) فی ذهابه(ره) الیٰ بطلان عتق العبد والجاریة کلیهما.

والفرض الثّالث و هو کون الخیار لکلیهما (البایع والمشتری) کما هی قاعدةُ بیعِ الحیوان و اِشتَریٰ عبداً بجاریةٍ ثمّ قال: **اَعْتَقْتُهُما جمعیاً.**

مختار الشّیخ(ره) هنا، صحّة عتق الجاریة و عدم صحّة عتق العبد سواءٌ اجـازه البایع ام لم یجزه یعنی کان العقد منفسخاً **امّا صحّة عتق الجاریة** فلانّ الفـرض، له خیار الفسخ فالتّصرف فی الجاریة بالعتق، صحیحٌ **و امّا صحّته فیما اذا یجزه البایع فلانّ** تصرفَ غیر ذی الخیار، تصرّفٌ فی متعلّق خیار الغیر **لانّ** الفرض انّ للـبایع

حقّ الخيار و له حقّ استرداد العبد فاذا اراد المشترى، عتق العبد من دون اجـازةٍ للبايع فهو منافٍ لحقّ البايع **امّا عدم صحّته فيما اجاز البايع، فـلانّ اجـازة العـتق بمعنىٰ** اجازة البيع بمعنىٰ اسقاط الخيار والّذى يعتق الجارية يفسخ **فـحينئذٍ** وقـع التّعارض بين الفسخ والاجازة و قلنا سابقاً: انّ فى تعارض الاجازة والفسخ اذا كانا، اثنين، يقدّم الفاسخ علىٰ المُجيز فيصير عتقُ الجاريةِ، صحيحةً فقط.

الحقّ والمختار فى هذا الفرض، صحّة عتق العبد دون الجارية فـيما اذا اجـاز البايع و امّا اذا لم يجزه البايع فلا يصحّ عتقهما معاً **و امّا عدم صحّة العبد** فلعدم اجازة البايع دون عتق العبد **لانّه** تعَلّقَ به حقّ الغير.

و امّا عدم صحّة عتق الجارية فلانّ عتق الجارية فهو مبنىّ علىٰ الفسخ والفرض انّه وَقَعَ تعارضٌ بين الفسخ و الاجازة و الفرض انّه لايقدّم هنا الفسخ علىٰ الاجازة.

فماذكّره الشّيخ(ره) لايخلوعن نظراتٍ اربعةٍ:

النّظر الاوّل: انّ قول الشّيخ(ره) بالفرق بين هذا ئو الفرض السّابق بانّ الفسخ يقدّم علىٰ الاجازة هنا دون السّابق، **غير تامٍّ** لمـا قـلنا: انّ فسـخ البـايع و اجـازة المشترى فى الاثنين صحيحٌ فى نفسه **ولكن** هذالتّعارض، لايرفع التّعارض الواقع فى واحدٍ ايضاً **حيث** انّ فسخ المشترى مع اجازته متعارضان و يبقىٰ التّعارض علىٰ حاله بعدُ.

النّظر الثّانى: انّ قول الشّيخ(ره) فى صورة الجازة بصحّة عتق الجارية، يـنافى قوله(ره) فى الفرض السّابق من عدم صحّة عتقهما فان كان حاله، حـال الفـرض السّابق فيلزم عدم صحّة عتقهما معاً.

النّظر الثّالث: ما وقلنا فى فرض اجازة البايع للعتق: بصحّة العتق علىٰ مـنوال الفرض السّابق.

النّظر الرّابع: انّه فى صورة عدم اجازة البايع، لايصحّ عتق العبد و عتق الجارية **لانّ** عتق الجارية مبنىٌّ علىٰ الفسخ و الفسخ مُعارِضٌ مع اجازة المشترى فلا يكون فسخ الجارية صحيحاً حتّىٰ يكون عتقها صحيحاً.

مسألةٌ: انّ الملكيّة هل تحصل فی زمن الخيار ام تحتاج حصولها الیٰ انقضاء زمن الخيار كما نسب هذا الیٰ بعض القدماء من الفقهاء(ره) كشيخ الطّائفة؟

لا يخفیٰ: انّ القول الثّانی خلافُ المشهور و ما يستفاد من كلام الشّيخ الطّائفة فی بعض كتبه(ره) قابلٌ للتّوجيه و التّأويل بانّه ليس مراده من الملكيّة، حكم الملكيّة كما سيأتی تمام الكلام فيه فيما بعدُ **والشّيخ الانصاری(ره)** اختارالقول الاوّل و بَحَث عنها فی ذيلِ كلامه، لعلّه لاجل شدوذ قولٍ بخلاف هذه المسألة.

مسألةٌ: تصرّف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه، تصرّفاً مالكيّاً منافياً لحقّ الغير هل يجوز تكليفاً او نافذٌ وضعاً ام لا؟ فيه قولانِ بل اقوالٌ:

قولٌ بعدم الجواز، قد نسب هذا الى المشهورِ و ذلك لانّه امّا عدم جواز تصرّفه فيما انتقل عنه، **فلانّه** مالُ الغير و ليس له الخيار **و اَمّا عدم جواز تصرّفه** فيما انتقل اليه مع كونه مالكاً له **فلانّه تَعَلّقَ** عليه حقُّ الغير فليس ملكٌ طلقٌ لايجوز تصرّفه.

هذا اذا كان لاحدهما، الخيار **و امّا** اذا كان الخيار لكليهما، فلكلّ واحدٍ منهما، جواز التّصرّف فيما انتقل اليه، متعلّقاً عليه حقّ الغير.

قولٌ آخر كما عن المحقّقين المتأخّرين مثل الشّيخ(ره) و السّيّد(ره) بالجواز لقوله ﷺ **«النّاس مُسَلَّطُونَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ»** فله ان يتصرّف فيه ايّ تصرّفٍ فان شاءَ اَتْلَفَهُ و ان شاءَ وَ هَبَهُ و غير ذلک من التّصرّفات.

و بعد تصرّف غير ذى الخيار، يجوز لذى الخيار، الرّجوع الىٰ العين ان كانت موجودةً و ان كانت تالفةً او انتقل الىٰ الغير فيرجع الىٰ البدل مِثليّاً او قيّمياً.

قولٌ ثالثٌ بالفرق بين التّصرّف بالنّقل و الانتقال الّذى هو بحكم الاتلاف و بين الاتلاف الحقيقىّ فيجوز له الاتلاف **و ذوالخيار** ان اختار الفسخ، يرجع الىٰ المثل او القيمة.

و فى الاتلاف الحكمىّ اذا فَسَخَ العقد، ينفسخ العقد الثّانى ايضاً.

قولٌ رابعٌ بالفرق بين الخيارات الاصلىّ و الخيارات الجعلىّ ففى الخيارات الاصليّة يجوز التّصرّف بالاتلاف حقيقيّاً او حكميّاً بخلاف الجعلىّ مثل خيار الشّرط فلايجوز فيه التّصرّف مطلقاً.

مبنىٰ القولين الاوّلين انّه اِنْ تَعَلّق الفسخُ علىٰ العين اِمّا ابتداءً او بالمآل فهو مانعٌ من الاتلاف الحقيقىّ و الحكمىّ و النّقل و الانتقال، و ان تَعَلّقَ الفسخ بالعقد وحده كما مال به الشّيخ(ره) من دون مساسٍ له فى العينِ لا ابتداءً و لا بالمآل، انّما هو فكٌّ

العقدِ و حلّه فان بقت العينُ فيستردّها و الاّ يرجع الیٰ المثل و القيمة.

امّا منع غير ذی الخيار من التّصرّف فی ملكه خلافاً لمقتضیٰ: «**النّاس مُسَلّطُون علیٰ اموالهم**» **فهو شیٔ لا يفيه عقد الخيار.**

و الشّيخ(ره) اختار عدم جواز التّصرّف مطلقاً، متوقّفاً علیٰ مقدّمتين:

المقدّمة الاولیٰ: انّ خيار الفسخ باقٍ فی صورة تلف العين **حيث** انّ الخيار، غير متقوّمٍ بالعين و لو اتلف العينَ عِصياناً او نسياناً.

المقدّمة الثّانية: انّ الخيار ان كان متعلّقاً علیٰ العين سواءٌ كان ابتداءً او بالمآل فقد خرجت العينُ عن كونها ملكاً طلقاً و لايجوز التّصرّف فيه من الاتلاف و النّقل و الانتقال.

و قد قلنا فی شرائط المبيع، كونه مملوكاً طلقاً يعنی لم يتعلّق عليه حقّ الغير **و هذا وجهٌ** منع كلّ من قال بعدم الجواز و ان كان حقّاً متعلّقاً علیٰ العقد يجوز التّصرّف فی العين لكونها ملكاً طلقاً.

بملاحظة هاتين المقدّمتين يقال: انّه لو كان الفسخ بمعنیٰ استرداد العين، لم يكن الاسترداد ممكناً فی حال تلف تلك العين **فيعلم منه** انّ متعلّق الخيار، ليس نفس العين بل نفس العقد و الاّ يسقط الاسترداد بسقوط نفس العين و لمّا لم تسقط، لم يكن الفسخ متقوّماً بالعين فمعنیٰ الفسخ **حينئذٍ** فسخ العقد و حلّه.

و من جملة احكامه، استرداد العين اذا بقت و فی صورة تلف العين، يرجع الیٰ المثل او القيمة **و حينئذ مجالٌ للسّؤال و هو انّ بفسخ العقد الاوّل هل ينفسخ العقد الثّانی ام لا؟**

فان قلنا: انّ انفساخه، انّما هو باعتبار فرعيّة العقد الثّانی للاوّل، كانّ المشتری الثّانی يتلقّی الملك عن المشتری الاوّل بمعنیٰ انّ المشتری الاوّل، اِشتریٰ الدّار فصار مالكاً لها ثمّ اِشتریٰ الثّانی، الدّار من المشتری الاوّل **و حينئذٍ** يقال للمشتری الاوّل كانّك لستَ مالكاً للدّار و علیٰ فرض عدم مالكيّته، ليس المشتری ايضاً مالكاً.

يجابُ عنه بانّ الفسخ، من حينه لامن اصله يعنى كان مالكاً سابقاً و الانتقالُ وَقَعَ فيما بعدُ **و لنا** فى كلتا المقدّمتين، كلامٌ يأتى فيما بعدُ.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه اوّلاً: انّ الخيار فى صورة تلف العين، ثابتٌ.

و ثانياً: مبنىٰ المسألة انّ الخيار هل هو حقٌّ متعلّقٌ علىٰ العقد و علىٰ العين؟ و هى قابلةٌ للبحث كما سيأتى بحثها فلو كان متعلّقاً علىٰ العين فيمنع من التّصرّفات **لانّه** ليس **ملكاً طلقاً و من الواضح من نظر الشّيخ(ره):** انّه ليس متعلقاً علىٰ العين **بل** القول المنصور **و الحقّ، انّه** متعلّقٌ علىٰ العقد، ثابتٌ فى صورة تلف العين ايضاً و فى صورةٍ ليس الفسخ معناه استرداد العين **بل** استرداد العين من احكامه اذا كانت العينُ، موجودةً، انتقل اللاّزم فمجرّد حقّ البايع علىٰ العقد، لايوجب منع المشترى من التّصرّف فى العين تصرّفاً مُتلِفاً حقيقةً او حكماً فلو بَاعَ واتلف العين حكماً فبفسخ البايع، لاينفسخ العقد الثّانى و لو يُتلَقّىٰ المشترى الاوّل بتلقّى الملك من المشترى الثّانى **و لكن لا يدوم هذا التّلقىّ بل** تحقّق فى آنٍ و الفسخ لايرتبط معه **لانّ** الفسخ، من حينه لا من اصله.

لا يتوهّم بانّ الفسخ يتعلّق علىٰ العين و لزوم حفظ العين بقول المشهور المسلّم فى مسألة: «**انّ من عليه الخيار اذا تصرّف فى العين باذن من له الخيار، سَقَطَ خيار من له الخيار**».

فلو كان الخيار متقوّماً بالعقد و كان ثبت فى حال تلف العين ايضاً، **لا يوجب** سقوط الخيار بمجرّد اذن من له الخيار، فلا مُضادّة بين تلف العين و بقاء الخيار فلا يكون الاذن فى الاتلاف، دليلاً لانتفاء الخيار مع المسلّم عند المشهور بانّ اذنِ من له الخيار، موجبٌ خيارَ من له الخيار.

لانّه يقال: انّ هذا، ليس دليلاً علىٰ كون متعلّق الفسخ، العين **لانّ** هذا بدلالة العرف فلو كان الحقّ المتعلّق الىٰ العقد السّابق و حق انتقال العين، مانعٌ من التصرّفات، **فليكن فى الشّفعة ايضاً كذلك** و الحال انّه ليس مانعاً فى الشّفعة **و مجرّد**

الفرق بين الفسخ و الشّفعة بانّ الفسخ، حلّ العقد و الشّفعة نقلٌ جديدٌ، **غير مؤثّرٍ فی المسألة لانّ** المناط و هو تعلّق حقّ الغير، هو غير مانعٍ عن التّصرّفات النّاقلة سواءً كان فی الشّفعة او فی الخيارات.

بناءً عليه فی نظر الشّيخ(ره) الاتلاف جايزٌ و التّصرّفات اللاّزمة ايضاً غير مانعٍ حتّیٰ انّ ذا الخيار بعد نقل المشترى نقلاً لازماً، اذا فَسَخَ العقد الاوّل، لاينفسخ العقد الثّانی بفسخهِ **و مجرّد انّ المشترى الثّانی يتلقّی الملك من المشترى الاوّل، غير ضارٍّ لانّ الفسخ، من حينه لا من اصله بقیٰ شیءٌ و هو** انّ المشترى الثّانی اذا نقل مورد المعاملة الیٰ ثالثٍ بنحو العقد الجايز مثل الهبة اذا لم يصر الیٰ كونه لازماً و بَقیٰ علیٰ جواز رجوعه هل للعاقد الاوّل و البايع الاوّل، الزام المشترى الثّانی فسخ العقد الثّانی ام لا؟ ام للبايع نفسه الفسخ؟

قال الشّيخ(ره): امّا البايع فلايجوز له الفسخ **لانّ** جواز الهبة، انّما هو بالنّسبة الیٰ واهبه لا بالنّسبة الیٰ الغير و لو كان مالكاً من قبلُ **لانّ** الهبة بالنّسبة الیٰ الغير مثل الوصیّ و الوكيل و غيرهما، لازمٌ.

امّا الزام البايع، المشترى الثّانی بالفسخ و اخذ البدل منه **فقد صرّح الشّيخ (ره) بانّ له وجهٌ محتملٌ لانّ العين، باقٍ بعدُ و غاية الامر** وقعت تفرقةٌ بنيه و بين ماله بالنّقل، فله الزام المشترى الثّانی، بالفسخ حتّیٰ يمكن استرداد العين الیٰ صاحبها و مادام لم تصل العينُ الیٰ يده، يلزم ردّ البدل الیٰ صاحبها **الاّ انّه(ره)** صرّح بانّ قانون بدل الحيلولة، لايجرى هنا **لانّ** بدل الحيلولة فيما اذا بقت العينُ علیٰ ملكِ صاحبها الاصلیّ، انّما حصل مانعٌ من استرداد العين.

و امّا هنا فالفرض انّه لم يبقَ علیٰ ملكيّتها و خرجت عن ملكيّتها و مجرّد انّ له حقّ الرّجوع و الاسترداد، لايوجب انطباق قانون بدل الحيلولة هنا.

ثمّ انّ الشّيخ(ره) نقل كلام الشّهيد الثّانی(ره) فی ذيل كلامه فی نقل الاجماع و الاتّفاق علیٰ عدم جواز التّصرّفات الكذائيّة فی زمن الخيار **ثمّ صرّح بانّ المسألة فی غاية الاشكال.**

اقول: التّحقيق انّ الاجماع المدّعىٰ هنا، علىٰ طبق القاعدة و لا ينافيها **لانّ الاجماع**، ليس ممّا وَصَلَ اليهم و لم يصل الينا **فبناءً عليه** فتوىٰ المشهور دليلٌ علىٰ انّ عدم جواز التّصرّفات النّافلة و عدم جواز الاتلاف، علىٰ طبق القاعدة و ليست القاعدة هى الّتى اسّسها الشّيخ(ره) **و قول الشّيخ(ره) بجريان الخيار فى صورة تلف العينين لانّه تعلّق علىٰ العقد غير تامٍّ** لعدم دليل من فتوىٰ الفقهاء و لم تدلّ روايةٌ علىٰ ذلک و كذلک لم يدلّ عليه العرف حتّىٰ تُنْزَلَ عليه ادلّة الخيار **بل** المتبادر من متعارف العرف، وجود قرينةٍ علىٰ انّ الخيار تعلّق على العقد **لانّ** مايِهُمّ عند المتعاقدين و المتعارف من عملهم، تبادلُ العينين و اخذ المثل و القيمة فى صورة التّلف، من الاحكام المالية لاجزء المفهوم لها **و يَشْهَدُ عَلىٰ ذلک** ما ورد فى الاخبار: **«و صاحب الحيوان بالخيار الىٰ ثلاثة ايّام»** و هكذا ورد من قوله عليه السلام: **«البيعان بالخيار ما لم يفترقا»** و هكذا قوله عليه السلام: **«ردّه و يردّه»** فى بعض الاخبار الظّاهر فى استرداد نفس العين، **هذا كبرويٌّ و امّا علىٰ فرض دلالة** الدّليل الخاصّ و اطلاقات ادلّة الخيار علىٰ جريان الخيار فى صورة تلف العينين ايضاً، فقد يقع الكلامُ صغرويّاً **بانّ** جريان الخيار فى صورة تلف العينين، ليس دليلاً علىٰ جواز الاتلاف و النّقل و الانتقال **لانّ** القول بكون البدل فرعُ العين كما فى ضمان الاموال، لا يوجب التّخيّير بين الردّ و البدل و يجوز لک اتلاف العينين.

فجريان الخيار فى صورة اتلاف العين، لاينافى مع طوليّة البدل و العين كما هو شأن كلّ اصلٍ و بدلٍ.

بل يمكن ان يقال: بانّه لافرق بين القول بكون الخيار، تعلّق بالعقد او العين؟ كما هو المشهور ما هويّاً اذا كان المقصود من العقد، العقد المسببىّ و هو النّقل و انتقال العينين لا العقد السببىّ المنعدم.

و المقصود من العينين، الاسترداد الملكىّ بينهما لا الاسترداد الخارجىّ.

امّا قول الشّيخ(ره) فى باب خيار الشّرط بانّ عدم جواز التصرّف المنافى، انّما هو بشرطٍ آخرَ فلم يدلّ عليه دليلٌ **حيث** لايدلّ خيار الشّرط علىٰ انّ الشارط، يشترط

بشرط ان تبقیٰ العين فی ملكك و لا يتصرّف فيه و لا فيه تخلّف.

غاية ما يقال هنا: انّه شرطٌ ضمنیٌّ **و حينئذٍ** يقال: انّه مدلولٌ التزاميٌ بجعل الخيار و لا فَرْقَ فی كونه من المدلول الالتزاميّ بجعل الخيار بين كون الخيار بجعل الشّارط او جعل الشّارع.

و كذلك قول الشّيخ(ره) من تسالم الفقهاء بانّه لو اَذِنَ ذو الخيار فی التّصرّف النّاقل للطرّف المقابل، كان ذلك اسقاطاً للخيار بنظر العرف **مدفوعٌ** لانّه لا يتمشّیٰ ذٰلك اِلاّ علیٰ منافاد نقل العين مع بقاء الخيار و الاذن فی النّقل اذنٌ فی المنافی **و لذا قالوا** بكونه اسقاطاً للخيار و الاّ لو كان الخيار، اعمّ من وجود العين و تلفها، لمّا كان الاذن فی النّقل، اذناً فی سقوط الخيار و انشاءً لسقوطه **و بذلك** يعرف انّه، بالدّلالة الالتزاميّة بين تلف العين و سقوط الخيار **و دلالة العرف بذلك**، كاشفٌ عن الملازمة العرفيّة **و اذا كانت بينهما ملازمةٌ** عرفيّةٌ فهو ايضاً كذلك فی باب الشّرع.

و هكذا حقّ الشّفعة ايضاً لايشهد علیٰ ما ذكره الشّيخ **لانّا** لو سلّمنا فی باب الشّفعة: انّ للشّفيع الشّريك، حقُ الانتقال الیٰ نفسه **نقول:** انّ باب الشّفعة: يفترق مع ما نحن فيه **لما ذكره الشّيخ(ره) من الفرق** من انّ الخيار، هنا فسخ العقد و الشّفعة نقلٌ جديدٌ للعين **بل لانّ** الممنوع من التّصرّفات هنا، التّصرّف المنافی لحقّ ذی الحقّ و امّا تصرّف الشّفيع فليس من قبيل التّصرّف المنافی لحقّ ذی الحقّ.

بناءً عليه، الحقّ من يقول: انّ التّصرّف المنافی للفسخ و الاسترداد ممنوعٌ و انّ معنی الفسخ حقّ استرداد العين سواءٌ قلنا: انّ الفسخ حقٌّ متعلّقٌ للعقد او العين؟ و لا فرق مآلاً بين هذين المبنيّين.

بناءً عليه كلّ عملٍ لايلائم مع هذا الحقّ، ممنوعٌ سواءٌ كان اِتلافاً خارجيّاً او حكميّاً من قبيل النّقل و الانتقال **فبناءً عليه،** لايجوز النّقل و الانتقال اللاّزم فی العين **لكونه** منافياً لاسترداد العين **و من هنا،** النّقل و الانتقال، نحو العقد الجايز، لا مانع منه لعدم كونه موجباً لذهاب حقّ الخيار اِلاّ علیٰ بعض فروضه **و لذا** جَوَزَّهُ من لم يجوّز النّقل اللاّزم.

ثمّ انّه وقع البحث فيما اذا بَاع زيدٌ عيناً الىٰ عمروٍ و وهب العين المذكورة الىٰ فردٍ آخر ثالثٍ **فحينئذٍ مجالٌ للسُّوال:** البايع اذا فَسَخَ العقد هل له فسخُ الهبة ايضاً؟ و علىٰ فرض عدم حقّ الفسخ هل له، الزام المشترى الواهب علىٰ فسخ الهبة؟

والشّيخ(ره) منعهما امّا عدم جواز فسخه **رأساً فلانّ** الهبة و ان كانت عقداً جائزاً **الاّ انّه** جايزٌ بالنّسبة الىٰ الواهب لا بالنّسبة الىٰ الغير **و امّا الزام الواهب للفسخ و عدمه،** فقد تردّد فيه الشّيخ(ره) **تارةً** يقال: بجوازه **لانّ** الانتقال الىٰ البدل فى باب الفسخ مثل بدل الحيلولة، كما فى باب الضّمانات

و اُخرىٰ بعدم جواز الالزام و انّه لا يقاس ما نحن فيه، بباب بدل الحيلولة **لانّ** فى بدل الحيلولة، المالك يملك العين والعين لم تتلف بعدُ و بَقىٰ علىٰ ملك مالكه.

غاية الامر لم يمكن الوصول اليه، يرجع الىٰ اخذ بدل الحيلولة.

و امّا فيما نحن فيه فالغرض، خروج العين من ملك مالكه و ليس له وجودٌ اعتباريٌّ و لا يمكن الوصول الىٰ العين بعد الهبة.

يرد عليه بوجهين:

الوجه الاوّل: انّه اذا كان الامر هنا، كذلك يعنى ليس للبايع فسخُ الهبة ولا الزامه، لم‌يبقَ فرقٌ بين الجائز! واللاّزم بالنّسبة الىٰ البايع ذى الخيار فى ذهاب حقّه.

و ان كان بينهما فرقٌ، انّما هو بالنّسبة الىٰ المشترى غير ذى الخيار.

الوجه الثّانى: ما اجاب عنه السّيّد(ره) فى الحاشية، بانّ العين نفسها، انّما ترجع الىٰ ملك بايعه بالفسخ سواءٌ كان فى الاتلاف او النّقل، جائزاً او لازماً يعنى يلاحظ فى عالم رجوع العين الىٰ ملك بايعه فمعنىٰ رجوع العين الّتى هى عند المشترى الىٰ البايع، ضمان المشترى ايّاه مِثلاً او قيمةً.

بالجملة، انّ ما يرجع بالفسخ الىٰ ملك بايعه، العين نفسها، موجوداً او تالفاً.

غاية الامر اذا لم يمكن ردّ العين تالفاً، ينقلب الىٰ بدله مِثلاً او قيمةً **و امّا اذا امكن** الوصول الىٰ العين و لو بالتزام المشترى الىٰ الفسخ فيجوز له الالزام **و اذا تعذّر،**

يرجع الیٰ الحاكم و ان لم تصل يده الیٰ الحاكم، يباشر نفسه الیٰ الفسخ.

و هذا بعينه مثل باب الضّمانات حيث اختار السّيّد(ره) فی بـاب الضّـمانات، انّ المدار، قيمةُ يوم الدّفعِ مَبنيّاً علیٰ المذكور خلافاً للمشهور **حيث** ذهب الیٰ انّ المدار، دفع قيمة يوم التّلف **حيث** ذهب الیٰقول المشهور بانّ البايع يملک العين عند وجوده و امّا فی صورة التّلف، يملک قيمتها و هی قيمة يوم التّلف.

اقول: انّ كلام السّيّد(ره) صحيحٌ متينٌ فی المقام **لانّ** اعتبار الفسخ، انّـما هـو، اعتبار رجوع العين يعنی مورد المطالبة، العينُ امكاناً و جواز الرّجوع ايضاً من طرق المطالبة.

و امّا استظهار السّيّد(ره) فی انّ المدار، قيمة يوم الدّفع **فهو غير مـرضیٍّ و قـول المشهور هنا، صحيحٌ لانّ الذمّة** بمعنیٰ انّه يملک تلک العين فی الذمّة، **لامحصّل له فی مورد الاعيان** سواءٌ كانت موجودةً او تالفةً **و لا يدلّ علیٰ** ذلک قوله عليه السلام: «**علیٰ اليد الخ**» **لانّه** دالٌ علیٰ معنی الضّمان فی مورد الاعيان لا مفهوم المالكيّة فی الذّمة **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانياً: فانّ المالكيّة المتعلّقة الیٰ العين، انّما هی فی الخارج، لا فی الذّمة.

فبناءً عليه قول السّيّد: بقاء نفس العين فی الذمّة، **لايخلو عن اشكالٍ** فـما فَـهِمَهُ المشهور من قاعدة «**علیٰ اليد**» هو الحقّ المنصور **حيث انّ** «**علیٰ معنی اليـد**» انّ ضرر العين، ليس علیٰ مالكها مثل ساير الموارد **بل** علیٰ آخذها **و حينئذٍ**، الميزانُ، يوم التّلف.

فرع: بناءً علىٰ المنع من التصرّف المنافى فى زمن الخيار هل المنع، يختصّ بالخيارات المنجّزة المحقّقة فى الحال او يجرى فى الخيارات المشروطة علىٰ حصول شرطٍ او زمانٍ لم يحصل بعدُ كما فى خيار تأخير الثّلاثة أو خيار مايفسده المبيع كالخضراوات و تركه عند صاحبه او خيار الشّرط مثل: ما اذا كان رأس السنّة فانا بالخيار اذا اردت مثل الثّمن؟

قال الشّيخ(ره) فيه و جهان:

وجهٌ بشموله الخيارات المشروطة كلّها، لاجل انّ المدار فى المنع، تزلزل العقد و هو موجودٌ فى المنجّزة و المشروطة.

وجهٌ بعدم شموله لها **لانّ** المدار فيه، علىٰ مناقاته للحقّ الموجود و اذا لم يكن الخيار موجوداً فلم تتحقّق المنافاة.

و الاَوْلىٰ فى نظر الشّيخ(ره) التّفصيل بانّ كل خيارٍ يرتبط بزمانٍ خاصٍّ، يشمله المنع و ان كان مُرتبطاً بوصف، لايشمله **و ذلك انّ** الزّمان، امرٌ محقّق وجوده و بذلک يصير الخيار موجوداً محقّقاً **و امّا تعليق** الخيار بالوصف مثل تأخيره الىٰ الثّلاثةٍ الىٰ اللّيل، فلم يعلم وجود الوصف.

اقول: مبنىٰ الشّيخ(ره) و مختاره، لايخلو عن تأمّلٍ **و امّا المبنىٰ** فهو تزلزل العقد فلم يحتسب عندهم من جملة المانعين من التّصرّف و لو **احتمالاً و علىٰ فرض بحث** التّزلزل فى المقام، انّما هو لاجل ثبوت الخيار فى المتزلزل **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانياً: فى مٰا تعلّق علىٰ شرطٍ او زمانٍ لم يحصل بعدُ، **لا يقال انّه** كان متزلزلاً بالفعل **بل** يتزلزل فيما بعدُ، مثلاً فى خيار تخلّف الشّرط، فيما لم يحصل تخلّفٌ بعدُ، لايجوز القول بتزلزل العقد **و هكذا** فى خيار تأخير الثّلاثة، مادام لم يحصل تأخير الثّلاثة، لايجوز القول بتزلزل العقد **بل** قد يقال فى هذه الخيارات بلزوم العقد **غاية الامر**، اذا فات الشّرط،، يتزلزل العقد.

بالجملة، الكبرىٰ ليست محلّ الاشكال و **هى** انّه اذا ثبت حقٌّ من قِبَل الشّارع

فهو مانعٌ من التّصرّف **و انّما الكلام فی الصّغریٰ** و هی جعل حقّ الخيار علیٰ نحوٍ ينافيه التصرّف ام لا؟

بعبارة اُخریٰ حقّ الخيار هل هو متعلّقٌ للعقد حتّیٰ لا ينافيه البيع او متعلّقٌ على العين حتّی ينافيه؟

امّا مختار الشّيخ(ره) و هو التّفصيل، فهو ايضاً مدفوعٌ لانّه قرّرَ فی محلّه انّ مقدّمات الواجب المطلق، يجب تحصيلها و امّا مقدمّات الواجب المشروط، فهی غير واجبٍ تحصيله و لو كانت من قبيل الزمّان مثل: «**ان استطعتَ فحجّ**» فما دام لم تحصل الاستطاعة، لا يجب الحجّ و هكذا: «**اذا دخل الوقت، تجب الصّلاة و الطّهور**».

حيث انّ وجوب الصّلاة و الطّهور، مشروطٌ بدخول الوقت فما دام لم يدخل الوقت، لاتجب الصّلوة و الطّهور سواءٌ كان الحكم تكليفيّاً او وضعيّاً متعلّقاً علیٰ وصفٍ او علیٰ زمانٍ معلوم الحصول او مشكوكةً لايجب الحكم و الوضع لعدم حصول شرطه فعلاً. **فلا مانع** من التّصرّف المنافی.

نعم: يمكن ان يقال فی قسمٍ من الواجبات المشروطة فيما اذا كانت مقدّماتها علیٰ نحوٍ اذا لم يهيّؤها قبل الوقت، قد تفوت فی الوقت؛ يجب تحصيل مقدّماتها و لايجری هنا اصلُ عدم وجوب المقدّمات و غير ذلک مثل انّ الفحص عن تعلّق الخمس و الزّكوة و احتسابهما يجب **لانّ** تعلّق الوجوب المعلوم لايتمّ الاّ به **و لا يبعد** كون الخيار المشروط بزمانٍ يأتی فيما بعدُ قطعاً، **من هذا القبيل** فيجب منع التّصرّف فيه الیٰ انقضاء زمان الخيار و الاّ تلزم لغويّة جعل الخيار سواءٌ كانت من قبيل الشّبهات الحكميّه او الموضوعيّة **و دعویٰ الاجماع علیٰ عدم** الفحص فی الشّبهات الموضوعيّة، انّما تستثنیٰ منه هذه الموارد **و لايبعد القول بانّ** تفصيل الشّيخ(ره) بين الزّمان و ساير الاوصاف، يرجع الیٰ انّ فی ساير الاوصاف، لم يتحقّق الموضوع، مثلاً فی خيار تخلف الشّرط، لم يتخلّف بعدُ و فی خيار تأخير الثّلاثة، لم تتأخّر الثّلاثة بعدُ و ليس فيهما خيارٌ و امّا فی مثل المشروط بزمانٍ يأتی

زمانه يقيناً و لو لم تكن مقدّمته واجبةً بحكم العقل و لكن بحكم لزوم لغويّة الجعل، يحب تحصيلُ مقدّماته و لايجوز ارتكاب منافيه **و هذا وجهٌ قيل** فی باب وجوب الغسل قبل الفجر فی شهر رمضان.

هذا، مرادُ صاحب الفصول(ره) من تشريع الواجب المعلّق و جعله، حتّیٰ لايقع فی اشكالٍ و هو انّ الصّوم قبل الفجر، لايجب و كيف يحرم البقاء علیٰ الجنابة؟

و عالجه(ره) بجعل الواجب المعلّق يعنی حصول الوجوب قبل دخول الوقت، غاية الامر زمان العمل، متأخّرٌ.

و اجابَ عن هذا الاشكال من لم يذهب الیٰ الواجب المعلّق **بانّ** وجوب الغسل قبل الفجر من قبيل الواجب المشروط و لم يجب تحصيل مقدّماته قبل دخول الوقت **و لكن يعلم** بالدّلالة الالتزامية عرفيّاً او عقليّاً و للزوم لغويّة، الجعل وجوب مقدّمات الصّوم و هو الغسل قبل الفجر **و لذا** قال بعض الفقهاء(ره): انّه لاجل واجبٍ لا انّ وجوبه مقدّمیٌ لاجل القاعدة العقليّة.

و مسألة جعل الخيار سواءٌ كان شرعيّاً او عقليّاً اذا عَلِّقَ بزمانٍ و لو كانت صورته بنحو الواجب المشروط لا الواجب المعلّق فهو من هذا القبيل.

لا يخفیٰ انّ بين الخيارات الشّرعيّة، ليس لنا خيارٌ معلّقٌ علیٰ زمانٍ فقط **و انّما ينحصر**، فی خيار الشّرط الّذی هو خيارٌ جعلیٌّ **والامر فيه سهلٌ لانّه** مبنیٌ علیٰ العرف.

يمكن ان يقال فيه: انّه لافرق فی خيار الشّرط عرفاً بين كونه واجباً مشروطاً او واجباً معلّقاً **بل** المقصود فی خيار الشّرط عرفاً، اِعمال الخيار فی آلاتی و استرداد داره و عينه باِعمال الخيار و كلّما كان منافياً لذلک فهو ممنوعٌ بحكم العرف والعادة.

و من هنا يقال: انّ مختار الشّيخ(ره) علیٰ حسب ظاهر مبانيه فی الاصول كما نقل عنه(ره) فی مطارح الانظار، **غير مرضیٍّ لانّ** حكماً اذا جُعِلَ معلّقاً علیٰ زمانٍ يتحقّق وقوعه، مادام لم يحصل الزّمان، لايجب تحصيل مقدّماته و لا يحرم ارتكاب منافياته.

و هذا مقتضی القاعدة الاصوليّة.

و ما قيل: من وجوب الفحص من القبلة او الماء، انّما هو راجعٌ الیٰ الشکّ فی المکلّف به وکلا منافی التّکليف.

و لکن يمکن ان يکون مراد الشّيخ(ره) هنا، لم تکن هذه القاعده **بل** الیٰ موارد الاستثناء الّذی ذکرناها آنفاً و کان ما نحن فيه و هو جعل الخيار، من قبيل موارد الاثتثناء والاّ تلزم اللّغويّة.

مسائل ثلاثة:

۱- هل تجوز اجارة العين فی زمن الخيار المنجّز والمحقّق ام لا؟

۲- علیٰ فرض الجواز او علیٰ فرض اذن ذی الخيار فی الاجارة اذا فسخ العقد هل تنفسخ الاجارة ايضاً ام لا؟

۳- علیٰ فرض جواز الاجارة فی صورة الفسخ و فی صورة عدم الانفساخ، هل يجوز اخذ اجرة المثل او المسمّیٰ فی الاجارة او لايجوز بل يتسلّم العينِ بعد الفسخ مسلوبَ المنفعة؟

و هذا، لم يتعرّض لذلک الشّيخ(ره) و كانّه يستأنس من كلامه(ره)، الذّهاب الیٰ الثّانی **و هذا فی غاية الاشكال.**

توضيح الكلام فی المسائل الثّلاثة: امّا المسألة الاولیٰ و هی انّه هل يجوز اجارة العين فی زمن الخيار المنجّر ام لا؟

فقيه وجهان:

وجهٌ بجوازه لانّ متعلّق الاجارة، المنفعة والبيع، العين و لايتواردان فی متعلّق البيع فلا تمنع الاجارة من ثبوت الخيار و استمراره.

وجهٌ آخر بعدم جوازه **لانّ** المقصود من الفسخ، يعنی استرداد العين، بقاء العين علیٰ ما كانت عليه كمّاً و كيفاً، يعنی استفادة المالک من العين و تسلّمها والتّصرّف فيها بایّ نحوٍ كان **و لكن** هذا المقصود من الفسخ، لم يحصل مع الاجارة **لان** المستأجر، يستحقّ منافع العين بالاجارة والمالک محرومٌ من المنافع **فالاجارة ايضاً من جملة** التّصرّفات المنافية لحقّ الخيار.

توهّم انّ مورد الاجارة والبيع مختلفٌ والخيار لايمنع عن الاجارة **غير تامٍّ لانّ** البيع والاجارة و ان اختلفا مورداً **الاّ** انّ بقاء الاجارة، ينافی مع مفهوم الفسخ والاسترداد كما كان عليه من الاوصاف والكيفيّة.

فصحّ ان يقال: بعدم جواز الاجارة فی زمن الخيار المنجّز و اختاره الشّيخ(ره) تبعاً للاجماع المدّعیٰ هنا و لنا استثناءُ صورةٍ واحدةٍ منه **حيث انّ** المدار فی عدم جواز الاجارة فی عدم جواز الاجارة فی زمن الخيار، ليس هو النصّ حتّیٰ يعمل باطلاقه او عمومه **بل** المدار فی عدم الجواز بملاحظة المنافاة و كلّ مورد لم يكن بينهما منافاةٌ لا مانع منه علیٰ القاعدة **و فی مورد خيار الشّرط** حتّیٰ الشّرط بردّ مثل الثمن، اذا اجار المشترى، العينَ مدةً تنقضی مدّتها قبل حلول الخيار، لامانع من اجارته و كان ينبغی للشّيخ(ره) استثناء هذه الصّورة **و لعل** مقصوده(ره)، الاستثناء **و لكن** عبارته(ره) غير وافٍ بهذا.

و لايختصّ هذا النّوع من التّصرّف بالاجارة **بل** يجرى فی ساير موارد نقل المنفعة قبل حلول وقت حقّ الفسخ مثل وقوع منفعة الدّار، صِداقاً للمرأة الیٰ زمان وصول وقت الخيار.

امّا فی المسألة الثّانيّة فهی فرض جواز الاجارة فی صورة الفسخ فی زمن الخيار المنجّز، **ففيه ايضاً وجهان:**

المشهورَ قالوا فی ساير الموارد: بعدم بطلان الاجارة فی مورد بيع العين المستأجرة.

و حينئذٍ، المشترى حين البيع اذا علم بالاجارة، تنتقل العين اليه مسلوب المنفعة انتقالاً لازماً و اذا جَهِلَ بذلک حين البيع ثمّ عَلِمَ بذلک، له الخيار **والقاعدة المذكورة،** تقتضی كون ما نحن فيه، من هذا القبيل.

ولكن هنا احتمال البطلان و الانفساخ، خ **بوجهين:**

الوجه الاوّل: انّ بالفسخ تنفسخ التّصرّفات السّابقة عليه مطلقاً من الاجارة و غيرها عملاً بالتّبعيّة **و قد ذكرناه سابقاً وردّه الشّيخ** و نحن نقلناه سابقاً من انّ الفسخ، انّما هو من حينه و الاجارة كانت قبل الفسخ.

الوجه الثّانی: انّهم قالوا فی باب الاجارة بانّ الاجارة لاتبطل بالبيع الاّ ذا كانت مالكيّة منفعة الموجر بانتهاء الْاَمَد و بانتهاء الاستعداد فلو آجر البطن الاوّل من

الموقوف عليهم، عشرة سنواتٍ ثمّ قالوا و انقرضوا، و هذا البطن قبل انقضاء مورد الاجارة، قالوا بانفساخ الاجارة مع كون مدّة الاجارة، عشرة سنواتٍ و كان الموقوف عليهم مالكين لمورد الاجارة و المنفعة **و ذلك** لانتهاء استعدادهم **حيث** انّ مالكيّة المنفعة، تابعةٌ لمالكيّة العين و انتهىٰ بالموت استعداد مالكيّتهم **و هكذا الامر** فى باب العمرىٰ **حيث** انّ المالك، لا يتملّك المنفعة مادام العمر و اذا مات، تبطل اجارته و كذلك الامر فى السّكنى و الوصيّته بالمنفعةٍ مادام العمر و الوقف علىٰ البطون تبطل الاجارة بالموت **حيث** كانت الملكيّة محدودةً لامطلقةً **و لعلّ ما نحن فيه من هذا القبيل و توضيحه انّ** بالفسخ يعلم انتهاء استعداد مالكيّة المشترى و تنتقل العين مع ما فيها من المنفعة الىٰ البايع و عاد الىٰ اوّله قبل البيع و كانّه يتلقّاها عن ابيه بالارث و كانت لابيه، العين مع المنفعة و اذا تلقّاها عنه، يتلقّاها مع المنفعة و لازمه، انفساخ الاجارة **و بهذا** يصير ما نحن فيه مثل اجارة البطن الاوّل الموقوف عليهم و بطلانه اذا ماتوا و انقرضوا فى اثناء الاجارة **لانّ البطن** الثّانى، لا يتلقّى الملك من البطن الاوّل فلو تلف من قِبَل البطن الاوّل تبطل الاجارة **بل** تتلف العين من قبل واقفها و هو وقف العين مع المنفعة.

و هكذا اذا فَسَخَ البايع، البيع، لا يتلقّى الملك من المشترى بحيث لو تلف، تنتقل اليه مسلوب المنفعة **بل** يتلقّاه من السّبب الاوّل و هو الاب بالارث.

و من المعلوم انّه تيلقّاه من ابيه بالمنفعة و هذا ما قرّره الميرزا القمىّ ايضاً.

و يمكن ان يجاب عنه انّهم قالوا فى باب الاجارة: كلّ منفعةٍ كانت ملكيّتها دائمةً لو لا الرّافع، فهو موجبٌ لصحّة الاجارة الىٰ آخر المدّة **و ما نحن فيه** من هذا القبيل، بخلاف اجارة البطن الموقوف عليهم **لانّ** فيه، يعلم البطمن الموقوف عليهم انّ مالكيّتهم، مادام الحيوة **و بعبارة اخرىٰ فى** اجارة البطن، فقد المقتضى **و فيما نحن فيه وجود** الرّافع بحيث لو لم يأت الرّافع اَثَرَ المقتضّىٰ، المالكيّة دائماً فاذا ملك المشترى، العين، ملكت المنفعة مادامت العين بخلاف باب الوقف **فاذا ملك البطن** الاوّل، العين، يملك المنفعة مادام موجودين بانتهاء الاَمَدْ.

امّا المسألة الثّانية فلم يتعرّض الشّيخ لها بالصّراحة و يمكن ان يستفاد من اشارات كلامه(ره) فی خلال البحث.

وهی انّ الظّاهر من كلامه(ره)، عدم جواز الاجرة، لا المثمن و لا اجرة المثل **لانّه** صرح(ره) بانّه يتلقّاه مسلوب المنفعة **و هذا** لايلائم مع جواز الاجرة مطلقاً و لو فی باقی مدّة الاجارة **الوجه الآخر** و هو الا وجه، انّ جواز اجرة الايّام الباقية لا اخذ اجرة المسمیٰ بالنّسبة الیٰ الايّام الباقية **لانّ** الفرض انه وقعت الاجارة باذنه و اجازته لا انّه وقعت فضوليّةً حتّیٰ يقال باجارته باجرة المسمّیٰ بالنسبة الیٰ الايّام الباقية.

وجه جواز اخذ الاجرة، هو مقتضیٰ مفهوم الفسخ **لانّ** العين بالفسخ فی عالم التّقدير، ملک الفاسخ فان كانت موجودةً فيأخذ نفس العين و ان كانت تالفةً فيرجع الیٰ المثل او القيمة و ان كانت بعضها تالفةً و بعضها موجودةً، يرجع الیٰ المثل او القيمة فی مقدار التّالف و ان كان حَدَثَ فيه التّغيّر من النّقص كمّا و كيفا فله اخذ التّفاوت و النّقص **حيث** كان ضامناً علیٰ حدّ ضمان اليد و بهذه الملاحظة، يلزم اخذ اجرة المثل للمنافع فی الايّام الباقية الیٰ انقضاء مدّة الاجارة.

هذه الكبریٰ هنا، صحيحٌ فی نفسه **الاّ** انّ هنا، مطلبٌ لعلّ نظر الشّيخ(ره) فی عدم جواز الاجرة بملاحظة ذلک **و هو انّ** اجازة ذی الخيار كما انّه يصحّح الاجازة، كذلک يوجب تعلّق الاجرة الیٰ الموجر كانّه قطع **يده** من اجرةٍ مدّةَ الاجارة فليست الاجارة مغيّاة بلافسخٍ يعنی سواءٌ فَسَخَ ام لا؟

صحّت الاجارة و معنی الصحّة، تعلّق الاجارة الیٰ المشتری الموجر فاخذُ البايع، الاجرة خِلافُ مفهوم الاجارة.

يمكن ان يقال: انّ المنساق المتبادر من الاجارة، مجرّد جواز التّصرّف المنافی بنحو الاجارة فی العين و ليس المجير فی مقام عدم رجوعه الیٰ اجرةِ المثل بعد الفسخ **بالجملة**، انّ المتبادر من كلام الشّيخ(ره) انّه اذا فَسَخَ البايع العقد، تتلقّی العين مسلوبَ المنفعة و ليس له حقٌّ لا فی المنفعة و لا فی اجرته و هو خلاف القاعدة

المسلّمة من انّ بالفسخ يتلقّى الملک کالاوّل و يلزم اخذ اجرة المنافع فى الايّام الباقية.

منشأ الشّک فيه انّ الاجازة هل تدلّ علىٰ ذلک ام لا؟

قلنا انّ هذا، فرع انّه کان فى مقام البيان من هذه الجهة و مجرّد الاجازة، لا يدلّ علىٰ ذلک **لانّ** الاجازة، يرفع المانع لو لا الاجارة و لا تدلّ الاجارة فى علاج مايفسخ بعد الفسخ و استرداد العين و تخلّف العين عن المنفعة **بل** فى علاجه يحتاج الىٰ قرينةٍ.

فحينئذٍ الاقوىٰ و الاوجه، انّ البايع ان فَسَخَ المعاملة بعد بقاء الاجارة علىٰ نفوذه، له حقّ مطالبة الفاسخ البايع، اجرة المسمّىٰ بالنّسبة الىٰ المنافع الآتية الىٰ انقضاء مدّة الاجارة **لانّه** هو مقتضىٰ قاعدة الفسخ و ليس ما هو موجبٌ عن خروجه عن تحت القاعدة من الاسقاط و الهبته و غير ذلک، و الاجارة، لا تدلّ علىٰ ذلک.

مسألةٌ: لو اجاز البايع ان يبيع المبيع عن نفسك فهو موجبٌ لسقوط الخيار سواءً باعه من ثالثٍ ام لم يبعه؟

وقع الكلام فی وجهه خصوصاً بناءً علىٰ ان الخيار، حقّ متعلّقٌ الىٰ العقد، غير متقوّمٍ علىٰ بقاء العين.

الشّيخ(ره) قال: انّ دلالة الاجارة علىٰ سقوط الخيار، هو العرفیّ لا بدلالةٍ التزاميةٍ عقليّةٍ **لانّ** الفرض، انّ الخيار بقیٰ فی صورة تلف العين ايضاً **و قد قلنا سابقاً:** انّ دلالة العرف، انّما يصحّ فيما اذا يدلّ علىٰ الملازمة العرفيّة و ليس الامر كذلک.

اعترف بذلک فی ذيل كلامه(ره) فيما قال(ره) من انّه لو اجاز بعد البيع، يسقط الخيار و لو كان متعلّقه العقد و يصحّ البيع **و امّا صحّة البيع** فلا جل صحّة الاجارة **و امّا سقوط الخيار فلانّ** الخيار امّا استرداد العين ان كانت موجودةً او استرداد البدل ان لم تكن العين موجودةً؟

و من الواضح انّه ليس هنا، استرداد العين بعد الاجارة و امّا استرداد البدل فهو فرع ثبوت حقٍّ فی العين و لم يصل الىٰ حقّه فينتقل الىٰ البدل، و الفرض، سقوط حقّه فی العين **اقول: هذا القول منه(ره)** صحيحٌ علىٰ مبنی تعلّق الخيار علىٰ العين و امّا علىٰ فرض تعلّقه علىٰ العقد فلاطوليّة بين العين و البدل و الانتقال من العين الىٰ البدل ؛ ليس المراد منه انتقال حقٍّ من العين الىٰ البدل **بل** من باب انّ اداء الحقّ انّما هو بذلک.

مسألة: هل يعتبر فی حصول الملكيّة، الخيار مطلقاً او عدمه مطلقاً بان حصلت ملكيّة الثّمن او المثمن قبل انقضاء الخيار يعنی التّملك هل هو بنفس العقداو به و بانقضاء مدّة الخيار؟

تنقيح محلّ النّزاع، يحتاج الیٰ ذكر انّ النّزاع المذكور؛ انّما وقع فی مورد خيار الحيوان و خيار الشّرط و خيار المجلس **لانّ** الدّليل الوارد يختصّ بهذه الثّلاثة **و امّا سایر الخيارات** مثل خيار الرّؤية و خيار تخلّف الشّرط و الوصف فلم يدخل فی محلّ النّزاع **حيث** انّ المسلّم فيها انّ الملكيّة يتحقّق، بنفس العقد و لايحتاج الیٰ انقضاء زمان الخيار لعدم دليلٍ فی تلك الخيارات.

ان قلت: اطلاق الكلمات، يقتضی كون محلّ النّزاع العموم فَلِمَ يقال بلاختصاص بهذه الثلاثة دون سايرها؟

قلت: انّ انقضاء زمان الخيار، انّما يتصوّر فی الخيارات الزّمانيّة و هو يختصّ بهذه الثّلاثة **و القول** بانّ كلّ حكمٍ، يحتاج الیٰ زمان يقعٍ فيها، لا يُنافی مع ما قلناه للفرق بين كون الزّمان ظرفاً او قيداً، **يرشدنا الیٰ ذلك** انّه كلّما كان ذوالخيار، ممنوعاً من التّصرّف فليس مملوكاً و يتمّ هذا فی باب خيار الحيوان و خيار الشّرط و امّا فی مثل خيار الغبن فلايجوز القول **بانّه ممنوع التّصرّف قبل الغبن** و هكذا لايجوز القول بمنع التّصرّف قبل ظهور العيب و كذلك فی ساير الخيارات.

بالجملة، انّ محلّ النزاع باعتبار عنوان محلّ الكلام الّذی عبرّوا عنه بانقضاء زمان الخيار **و هكذا** باعتبار الدّليل و المناط الّذی فی المسألة و هو الممنوعيّة من التّصرّف، لايشمل غير الخيارات الثّلاثة.

القول المشهور، الثّانی يعنی حصول الملكيّة قبله بنفس العقد بعد تحقّق شرائط الصّحّة؛ و اثر الخيار، انّما هو حلّ العقد و رفع اللّزوم من دون دخالة نزاع الخيار.

و فی مقابله، قولٌ آخرٌ و هو حصول الملكيّة فی جميع موارد الخيار بعد انقضاء

مدّته و صيرورة العقد الیٰ اللّزوم **و هذا** نسب الیٰ الاسكافی(ره) و الشّيخ الطّائفة(ره) و المحقّق(ره) **و جماعةٌ اخریٰ** منهم(ره) فی الفروض الثّلاثة للخيار من فرض ثبوت الخيار للبايع و المشتری و فرض ثبوته للمشتری دون البايع و فرض ثبوته للبايع دون المشتری.

و لكنّ الشهيد الاوّل فی الدّروس قد تنبّه الیٰ انّ قول الشّيخ الطّائفة، غير مانقل عنه المحقّق(ره) و غيره **بل** الشّيخ الطّائفة قائلٌ بالفصل و هو انّ الخيار ان كان ثابتاً لهما او للبايع فقط لاتحصل الملكيّة للمشتری علیٰ المبيع و امّا فی صورة ثبوت الخيار للمشتری وحده، تحصل الملكيّة له فيه **بالجملة**، الشّيخ الطّائفة قد قال بالتّفصيل بين ما اذا كان الخيار مختصّاً للمشتری او غيره سواءٌ كان الخيار لكليهما او البايع وحده **ففی الاوّل** تحصل الملكيّة للمشتری فی المبيع قبل انقضاء الخيار ايضاً **و فی الثّانی** لاتحصل الملكيّة قبله.

فالمسألة تصير ذات اقوالٍ ثلاثةٍ:

الاوّل: حصول الملكيّة بنفس العقد و لايحتاج الیٰ انقضاء زمن الخيار فی الفروض الثّلاثة للخيار.

الثّانی: ثبوت الملكيّة يحتاج الیٰ انقضاء زمنه فی الفروض الثّلاثة.

الثّالث: التّفصيل بين ما يختص الخيار للمشتری فتحصل الملكيّة له فيه و بين ما لم يختصّ للمشتری فيه **فلا تحصل الملكيّة له فيه الاّ بعد انقضاء زمن الخيار.**

و قد نسب هذا الیٰ الشّيخ الطّائفة فی الخلاف و الاستبصار و غيرهما من كتبه **ولكنّه قابلٌ للتأويلِ و لكنّ** الاصل فی انتساب هذا القول، الیٰ الشّيخ الطّائفة، الخلاف **و مع ذلك** انّ الموجود فی الخلاف، لاينطبق بالكليّة مع ما نقل عنه من القول بالتّفصيل **حيث** انّ الشّهيد الثّانی(ره) نَقَلَ «فی المسالک» ما تنبّه الشّهيد الاوّل من التّفصيل و قال(ره) فی المسالک: انّ نظر الشّيخ الطّائفة انّ حصول الملكيّة للمشتری، لايحتاج الیٰ انقضاء زمن الخيار و المشتری يملكها قبله و الشّهيد الثّانی

قد اصاب فى نسبة القول بالتّفصيل الىٰ الشّيخ الطّائفة الىٰ انّ الشّهيد الاوّل لم يصب بالواقع فى نسبة حصول الملكيّة للمشترى بنفس العقد **بل** عبارة الشّيخ الطّائفة: انّه يخرج المبيع عن ملک البايع بنفس العقد **ولكن** لايدخل فى ملک المشترى الاّ بعد انقضاء الخيار.

و لذا اورد علىٰ كلام الشّيخ الطائفة: بانّه ان كان المراد، الالتزام بعدم كون البايع مالكاً للثمن ايضاً **فهو مشكلٌ جدّاً** و ثانياً: ان كان المراد، كون البايع مالكاً للثّمن دون المبيع **فهو خلاف حقيقة المعاوضة و بقاء الملك بلا مالكٍ.**

مضافاً الىٰ ذلك قيل: انّ هذا هو موافقٌ لقول بى حنيفة **ولذا** اَوّلَ الشّيخ الانصارى(ره) قولَ الشّيخ الطائفة بانّ مقصوده، ليس خروجه عن ملكه بالكليّة **بل** هو من قبيل بيع الفضولى بحكم الخروج كما يقال فى بيع الفضولى باللّزوم بالنّسبة الىٰ الاصيل و حقّ الخيار بالنّسبة الىٰ الفضوليّ و مالكه **يعنى فيما نحن فيه، البيع لازمٌ** بالنّسبة الىٰ البايع و ليس لازماً بالنّسبة الىٰ المشترى و لا يخفىٰ ما فى هذا التّأويل.

ثمّ انّه قد وقع هنا بحثٌ آخر و هو انّه بناءً علىٰ كون انقضاء زمن الخيار، شرطاً فى حصول الملكيّة كما عليه الشّيخ الطّائفه(ره) و الاسكافى(ره)، هل الشّرط، كاشفٌ او ناقلٌ؟ **يعنى ان اِنْقَضىٰ** زمن الخيار و لم يفسخه هل هو كاشفٌ من كون المشترى مالكاً من الاوّل اجارة الفضولى او كونه مالكاً من حينه مثل القبض، فى الصرّف والسّلم بان تكون الصّحّة والملكيّة بعد تحقّق القبض، حين يكون ناقلاً؟

و هذا لم يصرّح به كلام الشّيخ(ره) ولكن المناسب للكلمات، استظهار الكاشفيّة.

***

ثمّ انّه تظهر الثّمرة بين القولين فى انّه لو قلنا بحصول الملكيّة بنفس العقد، فالمشترى مالكٌ للمبيع قبل الفسخ فلو كان المبيع من الاعيان الزّكوية، يجرى فى الحول من ذلک الزّمان **و هكذا** المنافع المتّصلة و المنفصلة، مَلِکَ المشترى و لايجوز للبايع مطالبة ذلک بعد الفسخ **لانّه** مالكٌ له و من مَلَکَ شيئاً مَلَکَ منافعه.

و لو قلنا بحصول الملک بعد انقضاء الخيار فيلزم للمشترى، استرداد منافع العين معها ايضاً لو فَسَخَ البايع، لايجرى فی الحول **لانّه** ما كان يملكه، انّما يـملكه بـعد انقضاء الخيار و هكذا الامر كذلک بالنّسبة الیٰ احكام الخمس و الاستطاعة و الفقر و الغنیٰ و غير ذلک من الامور المتوقّفة علیٰ المالكيّة فی زمن الخيار.

و هٰذه ثمرةٌ عظيمةٌ بين القولين

الاقویٰ عندنا و عند اكثر الفقهاء، ماذهب اليه المشهور و صاحب الجواهر(ره) نقل ادلّة المشهور فی الجواهر من العمومات مثل: **«احل‌اللّه البيع...»** و **«تجارةً عن تراضٍ...»** **و ردّه الشّيخُ اكثرها و قد تمسّک الشّيخ(ره)** بادلّة الخيارات **لانّ** الخيار و الفسخ يعنی حلّ العقد و استرداد العين، يدلّ علیٰ تمليک العين للمشترى و كـونه مالكاً **و لكن اُشْكِلَ عليه** بانّ هذا، منافٍ، لما ذكره الشّيخ سابقاً من انّ الفسخ حـلّ العقد لا استرداد العين **و لكن استدلاله هنا** مبنیٌّ علیٰ كونه بمعنیٰ استرداد العين حتّیٰ يدلّ بالدّلالة الالتزاميّة علیٰ ملكه بانّ العين، انتقلت منک و بالخيار تستردّها مـن ملكيّتک.

صاحب الجواهر(ره) ذكر فی جملةٍ من الادلّة الدالّة علیٰ قول المشهور، وجهاً وجيهاً لم يذكره الشّيخ(ره) فی المتن و هو انّ انشاء المتعاقدين، انشاءٌ فعلیٌّ و حقيقةُ البيع، تمليک عينٍ بعوضٍ تمليكاً فعليّاً و حاليّاً بالنّسبة الیٰ العوض والمعوّض.

و ليس فی ادلّة الخيارات شیءٌ يُنا فی ذلک و هذا الوجـه، وجـهٌ مـتينٌ جـدّاً والمختار فی المسألة، قول المشهور.

من جملة الادلّة لقول المشهور، ما يجوّز التّصرفات المتوقفة علیٰ المـلک فـی مورد اشتراء الجارية مثل ما ورد من قوله عليه السلام.

«و ان قَبَّلَ او لاٰمَسَ فذلک رضیً فلا خيارَ و لا شرطَ».

يعلم منه: انّ الجارية كانت مملوكةً للمشترى قبل التّصرّف فـيها حـتّیٰ يـجوز التصرّف فيها فی حال انقضاء الخيار لقوله تعالیٰ: **«والّذين هم لفروجهم حافظون**

الآعلىٰ ازواجكم او ما ملكت ايمانكم...»[۱]

هذا الوجه وجهٌ وجيهٌ و مع ذلک تردّد الشّيخ(ره) فيه و قال: انّ هذا لعلّ من باب رجوع المطلّقة رجعيّاً باللّمس والتّقبيل بانّ الجارية و لو لم‌تكن مملوكةً فى زمن الخيار **و لكن** حيث كان له حقّ اسقاط الخيار و يمكن حصول الاسقاط بالفعل و لو كان من قبيل ما لايجوز فاللّمس والتّقبيل حينئذٍ بمعنىٰ اسقاط الخيار علىٰ بحثٍ قد تَقَدّمَ من انّ المقارنة بين الفعل و اسقاط الخيار، كافٍ.

فيه انّ هذه التّقديرات، ليست المتبادر من الدّليل المذكور والذّهن الاوّلى الابتدائىّ **السّليم، يحكم بانّ الخيار،** ساقطٌ بعد التّصرّف واللّمس و يُحْكَمُ بجواز تلک الامور من دون وحشةٍ من انّ الجارية ليست مملوكةً عليه و هذا هو المتبادر عرفاً **حيث** انّ المقاربة بين المعلول والعلّة، ليست معتبرةً فى العرف **بل** العرف يرىٰ المعلول متأخّراً عن العلّة و لو كان بالدّقّة العقليّة، متأخّراً.

و من جملة الادلّة الدالّة على قول المشهور، ما ورد فى باب خيار الشّرط، الدّال علىٰ انّ المنافع والغلّة فى زمن الخيار، مال المشترى **حيث** قال عليه السلام:... **«ارأيت لو انّ الدّار احترقت من مال من تكون؟...»**

لا يخفىٰ انّ هذا، دليلٌ علىٰ كون الدّار مملوكةً.

و قد تردّد الشّيخ(ره) فيها ايضاً بانّ جعل الخيار علىٰ انحاءٍ:

منها: انّ جعل الخيار مشروطٌ بالرّد مثل الواجب المشروط يعنى حدوث الخيار مشروطٌ برأس السنّة و مشروطٌ باحضار الثّمن سواءٌ قلنا بلزوم الفسخ بعد احضار الثّمن او قلنا باحتساب ردّ الثّمن فسخاً فعليّاً؟

و علىٰ كلّ حالٍ ليست مدّة السّنة، زمن الخيار.

فما قيل: من انّ الغُرم والغُنَم من مال المشترى، لم يكن هو فى زمن الخيار **و لعلّ الرّواية** مذكورة، ناظرةٌ الىٰ هذا الاحتمال لا الاحتمالات الأُخَر.

منها: انّ احتساب احضار الثّمن، انّما هو فسخٌ فعلىٌّ يعنى كان له الخيار الآن ايضاً

---

۱. سورة المؤمنون / ۵.

فحينئذٍ، التّلف والمنفعة فی زمن الخيار و هو دليلٌ علىٰ حصول الملكيّة للمشترى فی زمن الخيار.

فيه اوّلاً: انّ اشتراط الخيار دليلٌ علىٰ البيع و مدّة السّنة، زمن الخيار، **غاية الامر،** العمل بالخيار بعد السّنة.

و ثانياً: المتبادر من الحديث المذكور انّ طبع البيع فی مورد الرّواية، تُوجد الملكيّة بدليل انّه لو احترقت كان من ملكه و لو نَفَعَ ايضاً فهو كان من ماله **و بناءً عليه،** هذا الدّليل ايضاً لابأس به.

و من جملة الادلّة، ما ذكره الشّيخ والعلاّمة(ره) و هو ما ورد فی ضمن حديث: **«ليس هو مَتاعُكَ وَ لا غَنَمُكَ»** و هكذا الرّواية: الباب ۵ من ابواب احكام العقود الحديث ۳- «محمّد بن يعقوب، عن محمّد بن يحيىٰ، عن محمّد بن الحسين، عن محمّد بن اسماعيل، عن منصور بن يوسف، عن شعيب بن الحدّاد، عن بشاربن يسار، قال: سألت ابا عبداللّه عليه السلام عن الرّجل يبيع المتاع بنسيئةٍ و يشتريه من صاحبه الّذی يبيعه.

قال عليه السلام: **«لا بأس به»**؛ قلتُ: اِشترى متاعی؟

قال: **«هو ليس متاعك و لابقرك و لا غنمك»**؛ فيعلم منه، حصول الملكيّة فی زمن خيار المجلس للمشترى.

اورد عليه الشّيخ(ره): بان توافق الطّرفين علىٰ المعاملة الثّانيّة و لو كان فی المجلس، مثل التّعريض علىٰ البيع مُسقِطٌ للخيار فكلاهما اسقطا خيارهما و يخرج عن كونه، زمن الخيار.»

اقول: المتبادر من هذا الدّليل، انّ حصول الملكيّة انّما هو بالبيع لا اسقاط الخيار.

و هكذا يدلّ علىٰ قول المشهور ما ورد فی ضمن رواية: **«انّما البيع بعد ما يملكه (السّمسار) و بعد ما يشتريه»** يعنی انّما يحصل الملك بمجرد شراء السّمسار ثمّ يبيعه ثانياً.

ردّه الشّیخ(ره): انّ اغلب السّمسارّین، یشترون فی مجلس آخرَ، الاجناس بعد التّفرق من المجلس و سقوط الخیار، و یبیعه فی مجلس آخر لیس له خیار.

و فیه ایضاً انّ المتبادر من الحدیث، حصول الملکیّة للسّمسار بمجرّد الشّراء.

و من جملة الادلّة الدّالة علیٰ قول المشهور، ما ذکره العلاّمة فی التّذکرة من قوله ﷺ: **«انّ المشتری اذا اِشتریٰ العبدَ، یملک ما للعبدِ من المالِ نقداً و نسیئةً مطلقاً او بالشّرط».؟**

فحینئذٍ لو کان یملک المشتری ما للعبد من المال فالعبد نفسه بالاَوْلیٰ لانّه تابعٌ للعبد **ردّه الشّیخ(ره)** ایضاً بانّ الرّوایة فی مقام بیان انّ المشتری یملک مالَ العبد علیٰ حدّ مالکیّته للعبد و لا ینفکّ مالُ العبد عن العبد فی الملکیّة.

و لیس هو فی مقام تعیین تاریخ الملکیّة و انّه فی ایِّ زمانٍ یملک؟

من جملة الادلّة الّتی استدلّ به صاحب الجواهر و نقلها الشّیخ(ره) فی ذیل کلامه و صرّح انّه اضعفُ الاحتمالاتٍ مع انّه اقویٰ الوجوه، هو ما ذکرناه سابقاً عن صاحب الجواهر(ره) **و حاصله** انّ حصول الملکیّة اِمّا بتبعِ انشاء المُنشأِینِ او بتعبّدٍ من الشّارع.؟

و ما یُریٰ من العاقدین، تملیک البایع، العین بعوضٍ **فحینئذٍ** اِمّا للشّارع، امضاء البیع و تملیکه او ردّه او تعبّد حصول الملکیّة بعد انقضاء الخیار.؟

و لا یخفیٰ انّ الرّد، انّما هو خلاف الاجماع والقبول و حصول الملکیّة فی زمن الخیار هو المطلوب **و ان کان نظر** الشّارع، الثّالث یعنی حصول الملکیّة بعد انقضاء زمن الخیار فیلزمه انّ مٰا قَصَدَهُ لم یَقَعْ و ما وَقَعَ، لم یقصد و هو منافٍ للادلّة الموجودة **و قلنا: انّ اقویٰ الوجوه فی توجیه قول المشهور حتّیٰ نقول: بانّ التّمسّک** بالعمومات مثل: **«احلّ اللّه البیع...» و «اوفوا بالعقود» و «تجارةً عن تراضٍ»** من دون ضمیمة المقدّمة، **غیر تامٍ لانَّ** التمسّک بالعمومات لا یمکننا الاّ بعد تنقیح موضوع العقد و انّ الّذی عَقَدَ العاقدُ للعمومات.

نظر الشّيخ(ره) فی كون هذا الوجه الوجيه، اضعفُ الوجوه، انّ هذا الوجه مبنیٌّ علیٰ كون زمانٍ، جزءَ مدلول العقد و **هو غير تامٍّ** كما ذكره الشّيخ(ره) فی باب اجازة العقد الفضولی **و امّا حصول الاثر بعد تحقّق العقد فهو تابعٌ لقانون السببيّة و المسبّبية لانّ فی العقد دخلٌ فی الزّمان و هو جزءٌ له.**

و فيه انّ الوجه المذكور ليس مبتنياً علیٰ كون الزّمان، جزءً له **بل** يقع البحث فی انّ نفس العقد، سببٌ لحصول الملكيّة او هو مع انقضاء زمن الخيار، سببٌ له يعنی هل يشترط فی حصول الملكيّة فی العقد، انقضاء الخيار ام لا؟

فصاحب الجواهر(ره) لا يدعیّ دخول الزّمان فی العقد، **بل** انّما يَدعیّ عدمَ دخل شیءٍ آخر فی العقد و كم بينهما من فرقٍ؟

دليلُ القول غير المشهور و هو قول الاسكافی(ره) و الشّيخ الطّائفة، ماورد فی باب خيار الحيوان و خيار الشّرط:

الباب ۵ من ابواب الخيار ـ الحديث ۱ ـ «سألت ابا عبداللّه عليه السلام عن رجلٍ اِشْتَرَطَ امةً بشرطٍ من رجلٍ يوماً او يومين فماتت عنده، قطع الثّمن علیٰ من يكون الضّمان؟ فقال عليه السلام: **«ليس علیٰ الّذی اِشتریٰ، الضّمان حتّیٰ يمضی شرطُهُ»**.

الحديث ۲ – سألتُ ابا عبداللّه عليه السلام عن الرّجل يشتری الدّابة او العبد فيشترط الیٰ يومٍ او يومين، فيموت العبدُ و الدّابةُ او يحدث فيه حدثٌ **علیٰ من ضمان ذلك؟** فقال عليه السلام: **«علیٰ البايع حتّیٰ ينقضی الشّرط ثلاثة ايّامٍ فيصير المبيع للمشتری»**.

الحديث ٤ –: قال رسول اللّه صلی الله عليه و آله فی رجلٍ اِشْتریٰ عبداً بشرط ثلاثة ايّام فمات العبد فی الشّرط قال عليه السلام: **«يستحلف باللّه، ما رَضِیَ ثمّ انّه بریءٌ من الضّمان»**.

الحديث ۵ –... عن ابی عبداللّه عليه السلام **«... اِنْ حَدَثَ فی الحيوانِ قَبْلَ ثلاثةِ ايّامٍ فهو من مالِ البايع...»**.

تقريب الاستدلال بهذه الاحاديث الواردة فی باب خيار الحيوان و خيار الشّرط انّ هنا، احكامٌ ثلاثةٌ متلازمةٌ ؛ و هذه الاحاديث تدلّ علیٰ واحدٍ منها **فنحن** نستدّل بهذه الرّوايات علیٰ الآخرين ايضاً بالملازمة؛

فما تدلّ هذه الرّوايات صريحاً هو انّه اذا اِشْترىٰ، ليس عليه الضّمان اذا حَدَثَ فى البيع حَدَثٌ و انّما توجّهت الخسارةُ علىٰ البايع دون المشترى **ولكن** ورد فى الرّواية مضافاً الىٰ ذلک، الارتكاز بانّ الخراج، بالضّمان فمقتضىٰ ذلک، انّ منفعة المبيع للبايع كما انّ خسارته عليه و يلزمه كون البايع مالكاً له.

فالاحكام المترتّبة، انّ الضرّر و الخسارة متوجّهٌ علىٰ البايع فالمنفعة ايضاً بمقتضىٰ «**الخراج بالضمّان**» راجعٌ الىٰ البايع فالبايع مالكٌ لاجل قاعدة التّلازم و لاتدلّ الرّوايات علىٰ ذلک بالصّراحة **و حينئذٍ** الامر، دائرٌ فى التّخصيص بين الدّليلين اِمّا تخصيصُ اطلاقِ هذه الرّوايات او تخصيص الاطلاق و عمومات المشهور مثل: «**احلّ اللّه البيع**» و غيرها من العمومات بان يقال: **احلّ اللّه البيع اذا انقضىٰ** زمان الخيارات الثّلاثة او يقال: تقييد هذه الرّوايات، **بعبارةٍ اُخرىٰ** تعارض اطلاق ادلّة المشهور و هذه الرّوايات الدّلالة علىٰ قول غير المشهور، ليس بالاطلاق و التّقييد **حتّىٰ يقال بحمل مُطْلَقِها علىٰ مُقيّدِها بل** تعارضهما بالاطلاق يعنى دلالة روايات الباب علىٰ عدم الملكيّة بالمفهوم و الاطلاق لا بالمنطوق و التّصريح قابلاً للتّقييد اى قابلاً بان يقال:

الضّرر متوجّهٌ للبايع و المنفعة و الملک لا يتوجّه الىٰ البايع .

او يقال: انّ المنفعة و الضرّر و الملكيّة مالُ البايع يعنى الاخذ باطلاق هذه الرّوايات و تقييد العمومات **فحينئذٍ**، الامر، دائرٌ بين احد التّخصيصين **فلا بدّ** من العمل باطلاق العمومات و العمل بهذه الرّوايات فى المنطوق او العمل باطلاق هذه الرّوايات و تخصيص العمومات **فالعلم الاجماليّ، حاصلٌ** بين تخصيص احد المطلقين و العامّين من وجهٍ، تعارضا و تساقطا و يُرجع الىٰ القاعدة الاوّلية و هو استصحاب بقاءِ ملكيّة البايع الاوّل و اصالة عدم انتقال الملک الىٰ المشترى و هو الموافق لقول الشّيخ(ره)؛ ردّه الشيخ(ره): انّ المرجع، التّساقط ان لم يكن ترجيحٌ، فى البين **و امّا هنا، فالقول المشهور: له ترجيحٌ علىٰ الآخر** و هو الشّهرة المحقّقة و الاجماع المحكّى عن السّرائر **و حينئذٍ**، تخصيص قاعدة التّلازم، هذه الرّوايات لا

العمومات.

و امّا قوله‌ﷺ: فی ذيل الرّواية «**حتّىٰ يصير المبيع للمشترى**» فظهورها فی الاختصاص و الملكيّة **ولكنّ التّحقيق** انّه ليس للاّزم، ظهورٌ فی الملكيّة و ان تبرّأ منه فی موردٍ **بل** يختلف معناها فی الموارد المختلفة بمناسبتها كما انّ اللاّزم فی قوله تعالىٰ:

«**فان للّه خمسه و للرّسول و لذی القربىٰ و اليتامىٰ الخ**»، لا تدلّ علىٰ الملكيّة و الاّ تلزم شركة المستحقّين مع المالكين و اختصاص المنفعة بالنّسبة الىٰ سهمهم، مع انّه لايُلتزمُ بذلک.

اقول: علىٰ فرض تماميّة هذه الرّواية، لم يَعْمَلْ قائلٌ هذه القول (ای قول الشّيخ الطّوسی غير الاسكافی ابن الجنيد حيث ذهبوا الىٰ فتوىٰ العامة ايضاً اكثراً) بهذه الرّوايات **حيث** انّ موردها، الخيار المختصّ للمشترى و الشيخ(ره) ايضاً ذهب اليه بانّه خرج المبيع عن ملک البايع و معه كيف يمكن اثبات عدم خروجه عن ملكه بالتّلازم؟

اقول: کلّ ما قال به الشّیخ هنا، محلُّ نظرٍ فی مواردَ:

المورد الاوّل: انّ فرض الشّهرة من المرجّحات بعد فرض الاطلاقین بامورٍ ثلاثةٍ:

اوّلاً: انّ الشّهره انّما هی من المرجّحات السّنديّة و مورد الاخبار العلاجيّة، ذلک لاالدّلالی و ما نحن فيه من قبيل تعارض الاطلاقين لا تعارض السّندين.

و ثانياً: انّ الشّهره والمجمع عليه، الّتی هی من المرجّحات، انّما هی الشّهرة الّتی ادعيّت من القدماء لا المتأخّرين والشّهرة المدّعاة من القدماء، انّما هی کاشفةٌ عن قرائنَ و اماراتٍ وصلت اليهم ما لم يصل الينا.

و ثالثاً: هذه الشّهرةُ من قبيل الشّهرة الفتوائيّة لا اعتبارَ بها حجّةً و لا مُرجِّحاً و انّما المعتبر، الشّهرة الرّوائيّة.

المورد الثّانی: انّ الاستنادة بقوله عليه السلام: «**الخراج بالضّمان**»، ليس معمولاً عند الاصحاب بالمعنیٰ المتبادر منه و هو رأی ابی حنيفة و لاجل هذا قال الامام الصّادق عليه السلام: «**ولمثلِ هذا و شبهه، تحبس السّماءُ مائها والاَرضُ برکاتها**» **و ذلک** لانّ «**الخراج بالضّمان**» يحتمل فيه وجوهٌ ثلاثةٌ: تارةً يقال: بانّ معناه، جعل التّلازم بين المنفعة والضرّر فی الاملاک و ترتّب الضّرر علیٰ المنفعه کما قال به الشّيخ(ره)

و فيه اوّلاً: انّ هذا مخالفٌ لفهم ابی حنيفة من هذا الحديث بل هو مخالفٌ لفهم العرف.

و ثانياً: انّه لايصدق ضمان شخصٍ علیٰ نفسه **بل** يحتاج بضمانِ من عليه الضّمان، کما انّ الانسان، لا يملک شيئاً علیٰ نفسه حتّیٰ انّاًما فالمراد من «**الخراج بالضّمان**» انّ الخراجَ والضّمان کليهما، معلولين لعلّةٍ ثالثةٍ يعنی کلاهما اثرُ موضوعٍ واحدٍ و هو المالكيّة بلا ترتّبٍ بينهما يعنی اذا کان شخصٌ مالکاً لعينٍ فضرره عليه و نفعه له يعنی کلاهما من آثار الملكيّة والمالكيّة بلا ترتّبٍ بينهما **فجعل هذه، قاعدةً**

من القواعد و عامّاً من العمومات و مقابلته مع عمومات الكتاب والقول بلزوم تخصيص هذه او العمومات، **غير تامٍّ و علىٰ فرض تماميّته يقع الكلام فی** انّ ما نحن فيه من قبيل التّخصيص او التّخصّص؟

لانّ الحكم فی مورد الخيارات معلومٌ **حيث** انّ ضمان البايع معلومٌ و انّ المشترى غير ضامنٍ **و لكن لم** يعلم انّه علىٰ وجه التّخصيص فی قاعدة «**الخراج بالضّمان**» ام لا؟.

كما انّه يعلم انّ زيداً مثلاً ليس واجبَ الاكرام **و لكن** لم يعلم انّه تخصيصٌ فی «**اَكرِم العلماءَ**» بان يكون زيدٌ عالماً و ليس واجبَ الاكرام او تخصّصٌ بان لم يكن عالماً حتّىٰ لم يكن واجبَ الاكرام و اصالة عدم التّخصيص لايكشف الموضوع بعد معلوم الحكم و هو وجوب الاكرام.

و ما نحن فيه، من هذا القبيل **لانّ** المشترى غير ضامنٍ هنا و امّا انّه هو تخصيصٌ او تخصّصٌ فی «**اوفوا بالعقود**» فلاتجرى هنا اصالة العموم حتّىٰ يقال: بانّ اصل عدم التّخصيص، فی مورد هذه الرّوايات و اصل عدم التّخصيص فی مورد العمومات، يتعارضان و يتساقطان و يُرَجّحُ بالشّهرة.

هذا كلّه، بالنّسبة الىٰ الرّوايات الواردة فی الباب و امّا الرّوايات، من باب فقه الرّواية فقد قلنا سابقاً: انّ الرّوايات المذكورة كلّها واردةٌ فی موردٍ لايقول بها قائله و هو الشّيخ الطّوسی(ره) **لانّ** موردها، الحيوان و هو مختصٌّ بالمشترى و قد صرّح الشّيخ الطّوسی(ره) بحصول الملكيّة فی هذا الخيار و ليس البايع مالكاً له **مضافاً الىٰ ذلك** انّ هذه الرّوايات تُعارِضُ مع الرّوايات الواردة فی خيار الشّرط الدّالة علىٰ اختصاص الخيار بالبايع دون المشترى والمنافع، مال المشترى **حيث** استدلّ الامام عليه السلام بانّ خيار الشّرط: «**ارأيت لو انّ الدّار احترقت مِن مال من يكون؟**»

قال عليه السلام: «**من مال المشترى، فكذلك انتقل للمشترى**».

التّلف فى زمن الخيار، ممّن لا خيارَ له

ما انتقل الىٰ ذى الخيار فى زمن الخيار المختصّ، لا يخلو عن احكامٍ ثلاثةٍ:

قد فرغنا عن الحكمين و انّما بقى الثّالثُ.

الحكم الاوّل الّذى قد بحثنا عنه: عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار، المنافى للخيار فى زمن الخيار بالنّقل والانتقال و الاتلاف و غيرها تصرّفاً تكوينيّاً او تشريعيّاً حقيقيّاً او اعتباريّاً.؟

الحكم الثّانى الّذى قد قلناه سابقاً ايضاً: انّ الملكيّة، قد تحصل بنفس العقد فى زمن الخيار و لا يحتاج الىٰ انقضاء الخيار، **غاية الامر**، انّ العقد **حينئذٍ**، متزلزلٌ خلافاً لمن قال بعدم حصول الملكيّة.

الحكم الثّالث: انّ تلف المبيع فى زمن الخيار، ممّن لا خيار له علىٰ كلا القولين سواءٌ قلنا بحصول الملكيّة بنفس العقد او علىٰ القول بحاجتها الىٰ انقضاء الخيار.

هذا، لا اشكال فيه فى الجملة و مستنده، الاخبار الواردة و لكنّ القاعدة تقتضى، ابتداءً، ذكر هذا قبل الحكم الثّانى لانّه من مقدّمات الحكم الثّانى **حيث** انّ من يقول بعدم حصول الملكيّة فى زمن الخيار و انّه و يحتاج الىٰ انقضاء الخيار، **انّما تمسّك** بهذا الحكم **لانّه** حيث كان فى زمن الخيار ممّن لا خيار له فالمنفعةُ ايضاً مالُ من الخيار فالمنفعةُ ايضاً مالُ من لاخيار له والملكيّة ايضاً مالُ من لاخيار له.

و لكنّ الشّيخ(ره) لم يقل هذا الحكم الثّانى، لعلّه اشارةٌ الىٰ انّ الحكم الثّالث ثابتٌ علىٰ كلّ تقديرٍ و انّه ليس مبنيّاً علىٰ القول بعدم كون ذى الخيار فى زمن الخيار مالكاً لما انتقل اليه يعنى ليس الحكم المذكور علىٰ القاعدة و ليس من فروعها، **هذا الحُكم، مسلّمٌ فى موردين:**

الاوّل: فى باب خيار الحيوان بالنّسبة الىٰ مشترى الحيوان الىٰ ثلاثة ايّامٍ **لانّ** النّص **ورد:** «**اِنّ تَلَفَ الْمَبيعِ مِنْ كَيْسِ البائِعِ.**»

الثّانی: فی باب خيار فيما اذا بَاعَ المبيعَ بشرط الخيار وانتقل المبيع الیٰ المشترى فالبايع، من له الخيار والمشترى ممّن لا خيار له و تلف المبيع من كيس المشترى.

هذا المورد ايضاً، منصوصٌ و لا يرد نصٌّ فی غير هذين الموردين **بل يمكن** ان قال: **انّ المورد الثّانی لايرتبط** بهذه القاعدة و هذا الحكم **لانّ** الحكم فی خيار الشّرط علیٰ القاعدة و لو لم يكن هذا الحكم و هذه القاعدة موجوداً اصلاً **لانّ** المشترى ممّن لا خيار له و كان مالكاً للمبيع و للبايع، الخيار ولو لم نقل بهذه القاعدة والحكم الثّالث، لكان التّلف من كيس المشترى، فليس خيار الشّرط من فروع قاعدة: **«تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له»** و لا تدلّ الرّواية الواردة فی باب خيار الشّرط علیٰ كونه من فروعات هذه القاعدة **بل** الرّوايات المذكورة تدلّ علیٰ كونه مرتبطاً لقاعدة الملكيّة كما ورد: **«ارأيتَ لو انّ الدّار لا حترقت من مال من كان؟»**

و بهذا ظهر انّ قاعدة «تلف المبيع...» انّما ترتبط مع خيار الحيوان **و مع ذلك** اتّفقوا علیٰ جريان القاعدة المذكورة فی موردين: **«خيار الحيوان و خيار الشّرط».**

انّما اختلفوا فی جريانها فی خيار المجلس فيما اذا اشترطا عدم خيار المجلس لاحدهما حتّیٰ يكون خيار المجلس ثابتاً لاحدهما **اذ** من جملةُ مُسقِطاتِ الخيار، شرطُ السّقوط فی زمن العقد و لو لا اسقاط خيار المجلس لاحدهما فی ضمن العقد لكان لكليهما خيار والمجلس.

فنخرج من بحث هذه القاعدة لانّ موردها، فی خيار المختصّ باحدهما لا الخيار المشترک فلا تجرى القاعدة المذكورة فی الخيار المشترک و لو انفكّ خيار الحيوان عن خيار الشّرط فلو جرت، جرت فی الخيار المختصّ لا المشترک.

و امّا جريانها فی المجلس لاطلاق كلمة «الشّرط» علیٰ خيار المجلس **حيث** ورد فی باب خيار المجلس: «ما الشّرط فی غير الحيوان؟» قال عليه السلام: **«البيّعان بالخيار، ما لم يفترقا»** و ما الشّرط فی الحيوان؟ قال عليه السلام: **«صاحب الحيوان، بالخيار الیٰ ثلاثة ايامٍ»** و انت كما ترىٰ: اطلق الشّرط علیٰ خيار المجلس فی الرّواية و لذا يشمل

الشّرط فيما ورد فى الرّواية: «**المبتاعُ عن البايع ضامنٌ حتّىٰ يصير المبيع للمشترى و ينقضى شرطه**» **خيارَ المجلس.**

من جملة الرّوايات: ابواب الخيار،الباب ۵- محمّد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن حسن بن محمّد بن سماعة، عن غير واحدٍ عن ابان بن عثمان، عن عبدالرّحمن بن ابى عبداللّه، قال: سألت عن ابى عبداللّه عليه السلام عن رجلٍ اِشترٰى اَمَةً بِشرط من رجلٍ يوماً او يومين فماتت عنده و قد قطع الثّمن و علىٰ من يكون الضّمان؟ فقال عليه السلام: ليس علىٰ الّذى اِشترٰى ضمانٌ حتّىٰ يَمْضِى شرطُه».

فى جملة: «حتّىٰ يَمْضِى شرطُه» احتمالان:

احتمالٌ بانّ المراد من الشّرط، الشّرط الّذى فى السّؤال (**بشرطٍ من رجلٍ يوماً او يومين**) يعنى التّلف فى اليوم او يومين، من كيس البايع؛ **بناءً علىٰ هذا الاحتمال،** يكون الحكم مربوطاً باشتراط العاقدين والتّلف فى اليوم او اليومين، من كيس البايع و بعد اليوم او اليومين، من كيس المشترى **والحال انّ هذا** شيءٌ لايقولون به **لانّ** الاَمَةَ والجارية، حيوانٌ والتّلف الىٰ ثلاثة ايّامٍ، علىٰ عهدة البايع لامن المشترى.

من هنا يكون هذا الاحتمال، خلاف المشهور **الاّ** ان يقال بتقييد اطلاقه بادلّة اُخرىٰ بان يكون التّقدير: حتّىٰ يَمْضِى شرط المعاملة يعنى الشّرط المربوط بالحيوان و هو ثلاثةُ ايّام.

الحديث ۲- قال: سألت ابا عبداللّه عليه السلام عن الرّجل يشترى الدّابة او العبد و يشترط الىٰ يومٍ او يومين فيموت العبد او الدّابة او يحدث فيه حَدَثٌ و علىٰ من ضمان ذلک؟ فقال عليه السلام: «فعلىٰ البايع حتّىٰ تنقضى عليه ثلاثة ايّامٍ و يصير المبيع للمشترى و ان كان بينهما شرطٌ ايّاماً معدودةً فهلک فى يد المشترى فهو من مٰال بايعه».

هذه الرّواية يؤيّد ما قلناه فى توجيه الرّواية السّابقة من انّ المراد من الشّرط فى قوله عليه السلام «**حتّىٰ يمضى شرطه،** ثلاثة ايّامٍ فى الحيوان».

و ذيل الرّواية: «**و ان كان الخ**» دليلٌ علىٰ جريان القاعدة المذكورة فى خيار

الشّرط فی مورد الحيوان لا فی خيار الشّرط مطلقاً فاذا قلنا بانّ وقوع خيار الشّرط فی مورد الحيوان، انّما خرج مخرج المثال بكون هذه الرّواية، دليلاً علىٰ جـريان القاعدة المذكورة فی خيار الشّرط مطلقاً.

لكن الحقّ انّ الحكمة و عناية الشّارع، يقتضی اختصاص القاعدة المذكورة علىٰ خيار الشّرط فی مورد الحيوان و لا دليلَ علىٰ جريانها فی خيار الشّرط مطلقاً و لو فی غير الحيوان.

يمكن ان يدعّیٰ بجريان القاعدة المذكورة فی جميع الخيارات الشّـاملة بـخيار الغبن و خيار العيب و غيرهما كما ادعّیٰ بعضُ العمومَ **نظراً لما وَرَدَ فی ذيل بـعض الرّوايات، «حتّیٰ يصير المبيع للمشتری»** الّذی هو بمنزلة المناط والعلّة المنصوصة والتعدّی من مورد الرّوايات و هو خيار الحيوان و خيار الشّرط، الیٰ ساير الخيارات والقول بجريانها فيها ايضاً.

ردّه الشّيخ(ره) بانّ المستفاد من الرّواية من كلمة **«حتّیٰ ينقضی الخ»**، استمرار تزلزل العقد من مبدأه الیٰ انقضاء الخيار و هذا ليس موجوداً فی خيار العيب والغبن **لانّ** خيار العيب والغبن، يحدث من حين ظهور العيب والغبن و قبل الظّهور، كـان العقدُ لازماً فيها.

والحاصل: انّه يختصّ هذه القاعدة بموجب النّقوص، بـخيار الشّـرط و خـيار الحيوان بالنّسبة الیٰ المبيع اذا كان عند المشتری.

و منشأ الخلاف فی اختصاصها بـالموردين المـذكورين او جـريانها فـی جـميع الخيارات،؟

مبنیٌّ علیٰ انّ قوله ﷺ: **«الضّمان علیٰ البايع حتّیٰ ينقضی عنه ثلاثةَ ايّامٍ و يـصير المبيع للمشتری»** هل هو العلّة المنصوصة الموجبة للتّعدّی من مورد خيار الشّرط والحيوان الیٰ غيرهما من الخيارات، الموجب للتّعدی، للثّمن والمثمن كليهما ام يقال بعدم كونه من العلّة المنصوصة و عدم التعدّی مطلقاً؟ او يقال بكونها علّةً منصوصةً يتعدّیٰ فی بعض الفروض لا فی جميعها، **فيه وجوهٌ اقوالٌ؟**

نظر الشّيخ(ره): انّ هذه القاعدة تشمل الّثمن و ان كان مورد الرّواية، المثمن **الاّ انّ البايع** اذا كان له الخيار و قَبَضَ الّثمن و تَلَفَ الّثمنُ عنده، يمكن **ان يقال** بضمان المشترى حتّىٰ ينقضى شرطه و يصير الّثمن للبايع **لانّ** هذا، يجوز التّعدى من العلّة المذكورة الىٰ هذا المورد و امّا التعدّى من مورد خيار الحيوان والشّرط الىٰ ساير الخيارات مثل خيار تبعّض الصّفقة و خيار العيب و خيار الغبن فلا، فلا تجرى قاعدة تلف المبيع فى هذه الخيارات **و هكذا** لاتجرى هذه القاعدة فى التّلف قبل القبض **و هكذا** لاتجرى القاعدة المذكورة فى المبيع والّثمن الكليّين **بل** تختصّ ما اذا كان المبيع والّثمن كلاهما شخصاً او شخصيّاً و امّا عدم جريانها فى ساير الخيارات فقد نقلناه سابقاً من انّا بعد تسليم كونه من العلّة المنصوصة، نقول: انّه يعتبر بهذه الرّواية فى تزلزل العقد الموجب للضّمان، الاستمرار من حين العقد الىٰ المنتهىٰ و هذا، لايتحقّق فى غير خيار الغبن والعيبِ و تبعّض الصّفقه **و هكذا** ليست هذه القاعدة فى تلفِ قبل القبض حيث كانت فيه قاعدةٌ اُخرىٰ مقدّمةٌ لهذه القاعدة.

امّا عدم جريانها فى المبيع والّثمن الكليّين **فلانّ** العقد وَقَعَ علىٰ الكلّى و هو باقٍ فى الذمّة والتّلف الواقع فى فرد الكلّى، يوجب بطلان الوفاء فيه بخصوصه لابطلان العقد **امّا جريان القاعدة فى الّثمن** فلجواز التعدّى من المبيع الّذى هو مورد الرّواية، الىٰ تلف الّثمن

اقول: يمكن النّظر فيه صغرىً وكبرىً، امّا صغرىً فلانّه قُرِّرَ فى باب خيار العيب والغبن و تبعّض الصّفقة، انّ المناط فى الخيار فيها، وجود الغبن والعيب و تبعّض الصّفقة من اوّل وجوده لا من زمن ظهورها.

والقول بشرطيّة الظّهور فيها، انّما هى من حيث المرافعة و من حيث الحكم بالانقضاء يعنى فى باب مقام الاثبات.

امّاكبرىً فهو استمرار التّزلزل من حين العقد الىٰ المنتهىٰ فيقال فيه ايضاً: انّ المتبادر من الحديث المذكور، انّه ليس الاستمرارُ، مورداً للعناية كما يكون هو الشّأن فى كلّ علّةٍ منصوصةٍ **لانّه** ليس الضّمير فى قولنا: **«لا تشرب الخمر لانّهُ مسكرٌ»،**

دخيلاً فی الحكم الكلّی **لانّ** الخمر، لا دخلَ له و لا عنايةَ له كما عليه المشهور **خلافاً** للسّيّد(ره) **حيث** صرّح انّ المراد من العلّة، اسكار الخمر فلا يجوز التّعدّی الیٰ غير الخمر **والحقّ مع المشهور** و ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل **لانّ الاستمرار الّذی** هو بمنزلة الموضوع، لا دخل له **بل** العناية والمناط، صيرورة البيع بانقضاء مدّة الخيار لازماً و هو العلّة هنا الّتی تجری فی ساير الخيارات ايضاً **مضافاً** الیٰ ذلک، ان يقال: انّ هذه الفقرة، ليست من قبيل العلّةِ المنصوصةِ **لانّه مضافاً الیٰ عدم افادة ظاهر التّركيب، العليّة** لعدم وجود لام التّعليل و غيرها من ادوات التّعليل، لا يتبادر يَفْهَمُ العليّة منه **لاجل نكتةٍ قيلت فی بابها و هو انّ شأن التّعليل فی كلّ موردٍ، بامرٍ ارتكازیٍّ يفهمون العرف لا التّعليل التّعبدّی لانّه** من الواضح انّه ليست الملازمة بين وجود الخيار و تزلزل العقد والضّمان فی صورة التّلف عرفاً.

و هذا النّوع من الملازمة والتّعليل التعبدّی، ليس من شأن التّعليل و ليس هو المتفاهم العرفیّ و انّما يكون هذا، بيان موضوع الحكم فی المورد لا التّعليل يعنی الحكم بكون البايع ضامناً للمبيع و قوله عليه السلام: **«حتّیٰ ينقضی شرطه» غايةُ الضّمان لا انّه علّةُ الضّمان.**

بالجملة، ليس هو بحكم التّعليل و لا يتعدّیٰ منه حتّیٰ الیٰ الّثمن **خلافاً** للشّيخ(ره) حيث عَمِلَ(ره) بحكم التّعليل فی مورد الّثمن فيما اذا كان للمشتری، الخيار دون البايع و تلف الّثمن عند البايع بعد القبض فهو تلفٌ من كيس المشتری و المعاملة منفسخةٌ يجوز التّعدّی من التّعليل الیٰ الثمن و لو كان مورد التّعليل، المبيع بان يكون المشتری ضامناً للثّمن حتّیٰ ينقضی لشرطه و يصير الّثمن للبايع.

مضافاً الیٰ الّتمسّک بالتّعليل، تمسّک الشّيخ(ره) فی مورد جريان القاعدة المذكورة فی مورد الّثمن فی الفرض المذكور سابقاً، باستصحاب بقاء الضّمان بعد القبض.

لايقال: انّ استصحاب بقاء الضّمان بعد القبض، مخالفٌ لقاعدة المالكيّة و قاعدة: **«الخراج، بالضّمان»** مثل قوله عليه السلام **«من عليه الغُرْمُ، فله الغُنْمُ»** فلا مجال

للاستصحاب هنا **بل** المورد، مورد القاعدة الاوّلية والدّليل الاجتهاديّ و مع وجوده، لا يرجع اليه.

و انّما قلنا بالضّمان قبل القبض مع كونه مخالفاً للقاعدة لدلالة الدّليل عليه **لانّه** يقا: انّ الضمان حتّىٰ قبل القبض، غير مخالفٍ لقاعدة السّلطنة و قاعدة: **«من عليه الْغُرْمُ فَعَلَيْه الغُنْمُ»** و **«الخراج بالضّمان»**

نعم: ان قلنا ببقاء المبيع قبل القبض و انّه بعد العقد، باقٍ فى ملك المشترى و قلنا بذلك فى باب **«ضمان التّلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له»** و التّلف وَقَعَ فى ملكه و مع ذلك سَدُّ الخسارة بعهدة البايع، **فهو مخالفٌ** لقاعدة السّلطنة و غير ذلك **ولكن قلنا** ما بالانفساخ آنامّاً قبل التّلف، كانّ التّلف كاشفٌ عن الانفساخ من قبلُ **و لذا قلنا:** انّ الضّمان هنا، ليس من قبيل الضّمان بالمثل و القيمة فى باب الايادى الغاصبة لا فى باب التّلف قبل القبض و لا فى باب: «التّلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له» **بل** بمعنىٰ ثبوت الثّمن يعنى الضّمان بالثّمن و الضّمان بالمسمّىٰ و ثبوت الضّمان المعاوضىّ و ليس هو الاّ الانفساخ و وقوع التّلف من مال البايع لا من المشترى.

و اورد السيّد(ره) عليه اشكالاتاً اجاب عن اكثرها:

منها: انّ الاستصحاب المذكور، انّما هو من قبيل الشكّ فى المُقتضِى و هو لايجرى.

منها: انّ عدم جريانه لعدم بقاء الموضوع.

منها: انّه من قبيل الاستصحاب التّكليفىّ **و حيث اجاب(ره) عنها لا نذكرها هنا. فراجع.**

نعم: ذكر السيّد(ره) اشكالاً وجيهاً لم يُجِبْه(ره) و هو انّ الضّمان مخالفٌ لقاعدة السّلطنة **«النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم» لانّ** الانفساخ مع كونه ملكاً من دون جهة، مخالفٌ لقاعدة السّلطنة **و هذا الاشكال، لايخلو عن وجهٍ.**

يمكن الاشكال فى الاستصحاب المذكور مضافاً الىٰ الاشكال الّذى ذكره السّيّد(ره) فى مورد الحالة اللاّحقة و هو صحيحٌ فى الغاية، نقول: انّ الحالة السّابقة

الموجودة فی التّلف قبل القبض، غير قابلٍ للبقاء فی اللاّحق **لانّ** ضمان التّلف قبل القبض بمعنیٰ عدم تحقّق العقد خارجاً و هو الانفساخ و هذه الحالة، غير موجودةٍ فی التّلف فی زمن الخيار و لو قلنا به، فضمانه فی زمن الخيار، غير ضمانِ التّلف قبل القبض و ليس هذا، من استصحاب عين الضّمان الّذی كان موجوداً **اضف الیٰ ذلك** انّ الشّيخ(ره) جعل الامر الانتزاعیّ و هو التّزلزل، مناطَ الاستنباط مع انّه تلزم ملاحظة انّ مدلول الدّليل مخالفةٌ للقاعده ام لا؟.

مسألةٌ: لماذا لاتجری قاعدة «تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له» فی مورد التّلف قبل القبض من مال بايعه؟

حاصل كلام الشّيخ(ره) فی قاعدة «تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له» انّها لاتجری، فی غير الخيارات الثّلاثة و **هكذا** لاتجری فی التّلف قبل القبض و لا فی الثّمن و المبيع الكليّين.

امّا عدم جريانها فی غير الخيارات الثّلاثة فقد تقدّم البحث عنه.

و امّا عدم جريانها فی التّلف قبل القبض فتوضيحه انّ بين القاعدتين، اعمُّ من وجهٍ ففی مورد الاجتماع و التّعارض، قد يقع الكلام فيه.

ذهب الشّيخ(ره) الیٰ انّ قاعدة **«تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له»**. لا تجری بالكليّة فی مورد تلف المبيع قبل القبض يعنی تقدّم فاعدةُ **«تلف المبيع قبل القبض»** مع انّ المصرّح به فی كلمات الفقهاء، التمسّک بها حتّیٰ فی مورد التّلف قبل القبض مثل المحقّق الاردبيلی(ره) فی شرح الارشاد.

و الشّيخ(ره) لم يذكر وجهاً لما ذهب اليه **الاّ** انّه صرّح بانّه لا خلاف و لا اشكالَ فيه مثل: انّ البايع شَرَطَ الخيار فی بيعٍ و ليس للمشتری، الخيار **حينئذٍ**، اذا سلّم البايع، المبيع الیٰ المشتری و تلف عند المشتری، لا اشكال فی كون المشتری ضامناً له و امّا اذا تَلَفَ قبل القبض عند البايع، تتوارد القاعدتان هنا امّا قاعدة تلف المبيع قبل قبضه فلانّ البايع، ضامنٌ له و امّا قاعده: **«تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن**

لاخيار له» فتقتضى كون المشترى، ضامناً له و قد تتعارضان.

و قد يظهر ذلك فى مورد خيار التّأخير كما اذا بَاع شخصٌ، عيناً و تَرَكَها عند صاحبها و ذهب الىٰ ان يجيئى بالّثمن و اخرّه الى ثلاثةِ ايّامٍ، فللبايع، خيارُ الفسخ بعد ثلاثة ايّام مختصّاً له **فحينئذٍ**،اذا فرضنا كون المبيع، تَلَفَ عند البايع بعد الثّلاثة فقاعدةِ: **«التّلف قبل القبض من مال بايعه»**، تقتضى انفساخ العقد و قاعدة: **«تلف المبيع فى زمن الخيار»** تقضى ضمان المشترى و انّه ذهب من كيس المشترى.

بالجملة،القاعدتان المذكورتان فى تلف المبيع قبل القبض، فيما اذا كان الخيار للبايع، و فى صورة: **«تلف الثّمن قبل القبض»** اذا كان الخيار للمشترى، تتعارضان **حيث** انّ قاعدة **«التّلف قبل القبض»** تقتضى كون البايع، ضامناً له و من كيسه و قاعدة: **«تلف المبيع فى زمن الخيار»** تقتضى كون المشترى ضامناً له و من كيسه **و لكنّ الشّيخ(ره)** لايقول بجريان قاعدة: **«تلف المبيع فى زمن الخيار ممن لاخيار له»** بلاخلافٍ و اشكالٍ فيه م انّ المسلّم، وجود الخلاف و هو قول المحقّق الاردبيلى(ره) مجمع الفائدة».

و السيّد(ره) وجّه تقديم قاعدة: **«تلف المبيع قبل القبض»** علىٰ القاعدة الأُخرىٰ بانّ دلالتها اقوىٰ من الاخرىٰ **لانّ** دلالة رواية **«عقبة بن خالد»** فى مورد التّلف قبل القبض، دالّةٌ علىٰ انّ البايع ضامنٌ للمبتاع (المبيع) حتّىٰ يخرجه عن بيته و امّا مورد قاعدة: **«تلف المبيع فى زمن الخيار»**،المبيع الّذى كان البايع ضامناً و هو غير محلّ الكلام فى الرّوايات المذكورة و هو كون المشترى ضامناً للمبيع و التّعدّى من موردِ الرّوايةَ الىٰ غيره، انّما هو بفهم المناط و نوعٍ من المفهوم.

و بالجملة، دلالة الرّواية الدّالة علىٰ انّ: **«التّلف قبل القبض...»**، باطلاق المنطوق و دلالة قاعدة: **«تلف المبيع فى زمن الخيار»** بالمفهوم **و من المعلوم:** انّ المنطوق، اقوىٰ من المفهوم.

و فيه: انّ المفهوم والمنطوق، غير مؤثّرٍ فى ترجيح الظّهورات **لانّ** المفهوم، لازمُ خصوصيّةٍ فى المنطوق و لا فرق بين المفهوم والمنطوق **الاّ** بالاجمال والتّفصيل

فالتّعارض بينهما، من قبيل تعارض المنطوقين و من قبيل تعارض الاصلين.

مضافاً الیٰ ذلك، دليل: **«التّلف قبل القبض»**، لايختصّ برواية **«عقبة بن خالد» بل** هی موافقةٌ للقاعدة، يشهد لها العرفُ ايضاً **حيث** انّ العقد تبادلٌ و بدون التّبادل والتّقابض، لا يتحقّق العقد فی الخارج **فكانّ** النّسبة بين القاعدتين، من قبيل الوارد والمورود **لانّ** قاعدة: **«التّلف فی زمن الخيار ممّن لا خيار له»** من احكام بقاء العقد و انّه حكمٌ تعبّدیٌ و امّا تلف المبيع قبل القبض فهو من قبيل اِعدام الموضوع الّذی هو بمنزلة الوارد علیٰ دليل: **«التّلف، فی زمن الخيار ممّن لاخيار له».**

بالجملة، تقدّم دليل: **«تلفُ المبيع قبل القبض»** علیٰ دليل: **«تلف المبيع فی زمن الخيار...»** من قبيل تقدّم الوارد علیٰ المورود، و امّا مجرّد كونها من المنطوق و ذاك من المفهوم، فلا تأثير فی التّقديم.

نظر الشّيخ(ره) فی الحكم الثّالث و هو كون المبيع او الثّمن كليّاً لاشخصيّاً، **انّ قاعدة التّلف فی زمن الخيار ممّن لاخيار له»** مثل تلف المبيع قبل قبضه، تختصّ فی الاعيان الشّخصيّة من المبيع والثّمن و لاتجری فی المعاملات الكليّة فكما انّ القاعدة: **«التّلف قبل قبضه من مال بايعه»** لا تجری فی الكلّی مطلقا **لانّ** المبيع الكلّی، ما لم يقبض، لا يصدق عليه انّه مبيعٌ و اذا قُبِضَ فقد خَرَجَ عن تحتِ قاعدة: **«التّلف قبل القبض...» وكذلك قاعدة: «التّلف فی زمن الخيار ممّن لاخيار له»** لا تجری فی المبيع الكلّی و لو كان مقبوضاً و انّما اختصّ بالمبيع الشّخصیّ **لانّ** المتبادر من قوله‌ﷺ: **«فعلیٰ البايع حين ينقضی عليه، ثلاثةُ ايّامٍ و يصير المبيعُ للمشتری»**، الانفساخ و هو يصدق فی المبيع الشّخصیّ و لا يصدق فی المبيع الكلّی **لانّ** العقد فی تلف المبيع الكلّی قبل القبض، غير منفسخٍ **بل** تصحّ و تلزم تأدية الفرد الآخر.

فالقول بالانفساخ فی مورد الشّخصیّ والصحّة والرجوع الی بدله، خارجٌ عن منساق رواياتِ البَاب.

اُشْكِلَ عليه السيّد(ره): انّ اطلاق الاخبار، يشملهما **و هذا وجهٌ وجيهٌ فی نفسه الاّ**

انّه لاينحّل اشكال الشّيخ(ره) لانّ قول الشّيخ(ره) هو انّ المستفاد من الاخبار، بقاء الضّمان السّابق و لازم البقاء كذلک، انّه اذا تَلَفَ فى السّابق، كان موجباً للانفساخ ان كان صحيحاً، لاينفعنا الاطلاق **لانّ** هذاالقول بمعنىٰ عدم الاطلاق.

و لذا، يلزم الجواب عن هذا القول و يمكن ان يقال فيه: انّ بيع الكلّى والشّخصىّ و ان كان بينهما فروقٌ و ثمراتٌ مثل البطلان والخيار و غيرهما **و منها:** ما اذا علم فى البيع الشّخصىّ انّه غير جنسٍ، يوجب البطلان و امّا فى الكلّى اذا تخلّف فى الوفاء، يصّح البيع صحيحاً و انّما الوفاء باطلٌ **و لكن** قد يتحوّل الكلىّ الىٰ الفرد و ينصّب الىٰ المقبوض اذا رضينا بذلک **و لذا قال** بعضٌ ببطلان البيع الكلّى اذا كان قصده، ردّ المبيع من الفرد الحرام **لانّ** المعاملة، ينصبّ علىٰ المقصود **لانّ** البايع اذا قصد كون الوفاء محرّماً فكانّ البايع، بَاع الحرامَ و لم يبع، اعمّ من الحرام والحلال و وَفىٰ بالحرام فى مقام الوفاء والعمل بالعقد **و لذا** يحتمل ثبوت الرّبا فى بعض الموارد كما اذا وقعت معاوضةٌ بين مَنٍّ مِن الحنطة الجيّدة و بين مَنٍّ مِن الحنطة الجيّدة الأُخرىٰ **ثمّ ردّ احدا المتبايعين،** مكان مَنٍّ من الجيّدة، منّين من الرّدية **و ذلک لا يجوز** للزوم الرّبا و ان كانت ابتداءً معاملةُ منٍّ بمنٍّ من دون ازيادٍ **و لكن** ينجّر البيع علىٰ المقبوض الموجب للرّبا فى مقام الوفاء.

لا بأس لنا بالقول بالانفساخ اذا تحوّل الكلىّ الىٰ الشّخصىّ اذا توافقا عليه كما يقال فى الشّخصىّ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ دعوىٰ السّيّد(ره) اطلاقَ الاَخبار بضميمة ما قلناه، يوجب جريانَ القاعدة المذكورة فى الكلىّ والشّخصىّ والانفساخ فى كليهما او الرّجوع الىٰ المثل والقيمة فى كليهما.

مضافاً الى ذلک، يقع الكلام فى المسألة الآتية انّ المراد من الضّمان ماذا؟

هل هو من قبيل التّلف قبل القبض او من قبيل الضّمان بالمثل والقيمة؟

والشّيخ(ره) إختار انّه مثل التّلف قبل القبض **و لكنّ** المنقول من جماعةٍ من الفقهاء من العلاّمة(ره) والشّهيد الاوّل(ره): انّ الضّمان، انّما هو بالمثل او القيمة فان

كان هو الصّحيح، يهدم اساس الشّيخ(ره) **لانّ** مبنیٰ الشّيخ علیٰ الانفساخ والانفساخ غير صحيحٍ عند العلاّمة والشّهيد الاوّل **لانّ** معنى **«علیٰ البايع حتّى ينقضیٰ»** بـقاء العقد علیٰ حالهٍ لو تلف المبيع و يلزم ردّ المثل او القيمة مثل الاعيان المغصوبة.

ماالمراد من الضّمان هنا؟

المتبادر من اطلاقات الضّمان فـی «مـن تـلف... الخ» و «اوفـوا بـالعقود...» و غيرهما، تدارک الخسارة اِمّا بالمثل او القيمة؟ **و اَمّا فيما نـحن فـيه،** فـليس مـعنیٰ الضّمان، هذا **بل** المقصود من الضّمان، الانفساخ بالتّلف يعنى آناماً قبل التّلف يرجع المبيعُ الیٰ مٰالكه الاوّل والثّمن، يرجع الیٰ المشترى.

والمنقولُ من بعض الفقهاء كالعلاّمة والشّهيد(ره) انّ الضّمان هنا ايضاً، بالمثل او القيمة مثل ساير الموارد.

والشّيخ(ره) صرّح بانّ الضّمان بمعنیٰ الانفساخ، بوجوهٍ ثلاثةٍ:

الوجه الاوّل: انّ المتبادر من الاخبار انّ الضّمان، بقاء الحالة السّابقة يعنى المبيع قبل القبض، كان فی عهدة البٰايع مع كونه مملوكاً للمشترى فاذا تَلَفَ، يتلفُ من مِلک بايعه و ليس الضّمان هنا، بمعنى اداءِ المثل او القيمة **لانّه** من المسلّم انّ: **«تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه»**، ليس الضّمان بمعنیٰ اداء المثل او القيمة **بل** الملكيّة آناًمّا والانفساخ القبلیّ و ان تَلَفَ فی ملک البايع و هذا واضحٌ فيما اذا لم يكن الخـيار موجوداً و امّا البيع الخيارىّ فمعناه، استدامة الوضع السّابق والحالة السّابقة.

الوجه الثّانی: انّ قولهم: **«تلف المبيع فی زمن الخيار من مال مـن لاخـيار له»**، الدّالة علیٰ الانفساخ آناًمّا قبل التّلف.

و فيه اوّلاً: انّ هذه القاعدة، ليست مَعْقداً للاجماع و ليس مُجْمَعاً عليه.

و ثانياً: الكلام فی مدرک القاعدة دون نفسها.

الوجه الثّالث: انّ قاعدة: **«تلف المبيع قبصة...»** لا تخلو عن فرضين:

الفرض الاوّل: انّ المبيع، بقیٰ فی يد المشترى الیٰ بعد التَّلَفِ، يعنى: المشترى، مالکٌ له **و لكن** يجب ضمان البايع، و هذا، خلافُ قاعدة المالكيّة و علیٰ خـلاف

قاعدة: «**الخراجُ بالضّمان**» و «**مَنْ عَلَيْهِ الْغُرْمُ فَعلَيْهِ الْغُنْمُ**» فيبقىٰ **الفرض الثّانى** و هو الانفساخ و هو رجوع المبيع آناً مّا قبل التّلف و يتلف فى ملك بايعه صحيحاً و هو المبيع.

و هو ايضاً مخدوشٌ صغرىً وكبرىً امّا الصّغرىٰ فلانّ الانفساخ، والرّجوع الىٰ ملك البايع آناً مّا قبل التّلف علىٰ كلٍّ تقدير، مخالفٌ لقاعدة: «**سلطنة المالك**».

و امّاكبرىً فلانّه قُرِّرَ فى علم الاصول: من انّه اذا عُلِمَ حكم فردٍ و لا يُعْلَمُ انّه من باب التّخصيص فى الادلّة او التّخصّص فلا يتمسّک فى تعيين ذلک، بالرجوع الىٰ اَصالة العموم مثلاً اذا ورد: «**اَكْرِم العلماء الاّ الفسّاق**» و علّم: انّ زيداً ليس بواجب الاكرام **حينئذٍ**، يشكّ فى انّه عالمٌ و ليس بواجبِ الاكرام حتّىٰ يكون من قبيل التّخصيص او ليس بعالمٍ و لم يجب اكرامه فهو من التّخصّص و مجرّد ورد امر: «**اَكرِمِ العلماء**» لا يُجوِّزُ بانّ هذا، فاسقٌ **كما لايجوز التّمسک** فى باب المعاطاة فيما عُلِمَ انّه واجب الوفاء، باصالة عموم: «**اوفوا بالعقود**» ينبغى ان يعلم انّ المعاطاة بيعٌ و عقدٌ ام لا؟.

لانّ اصالة العموم، لتشخيص المراد، لا تشخيص كونه بيعاً و غير ذلک.

و بالجملة، كلُّ واحدٍ من الامور الثّلاثة، غير مُقْنِعٍ.

و لكنّ الاَوْلىٰ من هذه الوجوه، القرائن الّتى فى الاخبار الدّالة علىٰ انّ المراد من الضّمان، ضمان الثّمن.

الباب ٥ من ابواب الخيار ـ الحديث ٤ ـ عن جعفر بن محمّد عليهما السّلام قال: قالَ رسولُ اللّه ﷺ: «فى رجلٍ اِشترىٰ عبداً بشرط ثَلاثةِ ايّامٍ فمات العبدُ فى الشّرط قال: «**يستحلف باللّه ما رضيه ثمّ هو بَرِىءٌ من الضّمان**» **يعنى انّ المشترى بَرِىءٌ من ضمان الثّمن** الحديث ٢... سألتُ ابا عبداللّه عليه السلام عن الرّجل يشترى الدّابة او العبد فيشترط يوماً الىٰ يومٍ فيموت العبداو الدّابة او يحدث فيه حدثٌ، علىٰ من ضمان ذلک؟

فقال عليه السلام: «**علىٰ البايع حتّىٰ ينقضى شرطه، ثلاثة ايّام و يصير المبيعُ للمشترى**»

الدّالة علىٰ انّ الضّمان هنا، من قبيل ضمان ما لم يصل الىٰ يد المشترى و ليس هو كالّثمن.

الباب ۱ـ من ابواب الخيارـ صحيحة عقبة بن الخالد عن ابى عبداللّـهﷺ فـى رجلٍ اشترىٰ متاعاً من رجلٍ و اوفاه غير انّه ترک المتاع عنده و لم يقبضه و قال: آتيک غداً انشاء اللّه تعالىٰ فسُرِقَ المتاعُ، **من مال من يكون؟**.

قالﷺ: «**من مال صاحب المتاع الّذى هو فى بيته حتّىٰ يقبض المتاع و يخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاعُ ضامنٌ لحقّه حتّىٰ يرد ما له اليه**»

يستفاد منها: انّ ضمان الّثمن، انّما هو، مادام القبض و ما لم يقبض الّثمن و تَلَفَ، لم يكن للمشترى الضّمانُ له؛ **و انت كماترىٰ:** انّ المراد من الضّمان، ضمان المسمّىٰ ضُمان الّثمن **لانّ** هذا الضّمان، ضمانٌ جعلىٌّ معاوضىٌّ لا ضمان الشّرعىّ.

قلنا: انّ المتبادر الاقوىٰ من الاخبار انّ الضّمان، ضـمانُ المـعاوضىّ والضّـمان بالّثمن و مع قطع النّظر عن هذه القرائن، انصراف الضّمان الىٰ المثل والقيمة **فلاوجه** للتّفصيل المذكور: **بانّه لو فَسَخَ فالضّمان، ضمان المعاوضىّ و ان امضاه ففيه وجوهٌ:**

وجهٌ: بانّ له ان يطالب بالمثل والقيمة.

وجهٌ: بانّ له، مطالبة الّثمن.

وجهٌ ثالث: التّخيير بين مطالبة الّثمن والقيمة.

وجهٌ: رابعٌ: ليس له حقّ المطالبة اصلاً.

هذاكلّه، حكم تلف العين و حكم الوصف و حكم تلف ابعاضه، كذلک يحكم فى تلف العين فى الضّمان فيدّل عليه قولهﷺ: «**فان ماتَ او حَدَثَ فيه حدثٌ...**»

امّا حكم الاتلاف، فقد يتصوّر علىٰ فروضٍ ثلاثةٍ:

تارةً: كون المُتلِف هو ذوالخيار.

اُخرىٰ: كون المُتلِف، البايع **و ثالثةً:** كون المُتلِف، الاجنبىّ.

من المسلّم فى باب الاتلاف اوّلا:

انّ حكم التّلف و هو الانفساخ و قاعدة «**التّلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له**»

و غيرهما من الاحكام، لا يجرى فی مورد الاتلاف و مورد الرّوايات، التّلف لاالاتلاف **وَ دَعوىٰ انّ** كلّ اتلافٍ فيه، التّلفُ مثل: «**كسرتُ الكوزَ فانكسر**» غير مُقْنِعٍ عند الفقهاء **لانّ** المراد من التّلف، التّلف السّماوىّ و نظيره، غير الانسان.

و ثانياً: انّ الخيار، لا يزول بالاتلاف لانّ الخيار، ليس مُتقوّماً ببقاء العين و بقول الشّيخ(ره): **الخيار متعلّقٌ بالعقد دون العين.**

بعد تسلّم هذين الامرين، نقول: انّ ذالخيار (المشترى) لو اتلف نفسُه **فمن المعلوم انّه** موجبٌ لسقوط الخيار **لانّه** تصرّفٌ دالٌّ علىٰ الرّضا بالبيع ولاخيار؛ و امّا لو كان المُتلِف لما هو عند المشترى، هو البايعُ فللمشترى، حقّ اختيار الامرين:

اِمّا ان يَفْسَخَ و اِمّا ان يُجِيزَهُ فان فَسَخَ العقد، يأخذ الثّمنَ و لا يُعطِى فی مقابلته شيئاً **و اَمّا** اخذ الثّمن لا يجاب القبض و عدم ردّ شیءٍ، **فلانّه هوكالمقبوض.**

و ان امضاهُ يأخذ المثل او قيمة المبيع كما هو شأن الاتلاف فی كلِّ موردٍ.

و امّا الفرض الثّالث و هو مٰا كان المُتْلِفُ، الا جنبیّ، فالعقدُ باقٍ علىٰ قوّته والبايعُ غير ضٰامنٍ و للمشترى، اختيار الامرين من الفسخ والامضاء و كان المتلف، هو الضّامن **هذاكلّه ممّا لا اشكال فيه لاجل مٰا ذكرناه من انّ مورد ادلّة الضّمان والانفساخ، التّلف لا الاتلاف** والفرض انّ التّلف، ليس مُسقِطاً للخيار فالعقدُ والخيار حينئذٍ باقٍ و ضمانُ المُتلِف ايضاً، مُسلّمٌ **لانّه** مُتلِفٌ والمشترى له اختيار الامضاء فَاِنْ اَمضٰاه، يرجع المشترى الىٰ الاجنبیّ و يأخذ البدل من المثل او القيمة و له اختيار الفسخ فان فَسَخَ المشترى فيستردّ المشترى ثمنه من البايع بحكم الفسخ **و هٰذا ايضاً لا اشكالَ فيه.**

و امّا البايع فهل يرجع الىٰ الثّالث الاجنبیّ **لانّه** كما انّه كان لزم عليه الرّجوع الىٰ الثّالث فيما اذا بقت العينُ فی يده و كذلک فيما اذا تلفت العينُ عنده فَيَرْجِعُ الىٰ الثّالث الىٰ اخذ البدل من القيمة او المثل او يرجع الىٰ المشترى عملاً بمقتضىٰ ضمان المعاوضیّ والثّالث اجنبیّ منه و حيث لا وجود للمبيع، فيرجع الىٰ البدل من المثل او القيمة **و هو اظهر و اقوىٰ او مخيّرٌ بين الرّجوع الىٰ الثّالث الاجنبیّ او البايع، فيه**

وجوهٌ ثلاثةٌ؟

و من العجب انّ كلام الشّيخ هنا، يشمل علىٰ سهوٍ و اشتباهٍ من انه(ره) ذكر مكان الفاسخ، المفسوخ عليه و هكذا وقع فی موضع عكسه **و لعلّه** من النّساخ و تعرّض لذلک، السّيّد(ره).

امّا مبنیٰ وجه الرّجوع الیٰ المشتری من الوجوه الثّلاثة فلانّ المشتری، طرف المعاملة و بالفسخ يُرجع اليه **و هذا شیءٌ** مطابقٌ للعرف والعادة والفطرة.

و امّا وجه الرّجوع الیٰ الثّالث فامران:

الامر الاوّل: انّه لو كانت العين عند الثّالث، كان يجب علىٰ المالک، الرّجوع الىٰ الثّالث فليكن ذلک فيما اذا تَلَفَ عنده و استقرّ بَدَلُهُ فی ذمّته.

و فيه: انّا لم نجد دليلاً دالاًّ علىٰ انّ القيمة او المثل، بَدَلٌ للعين حتّىٰ يقال بترتّب احكام البدل و من جملتها: انّ العين اذا وجدت، يرجع الىٰ العين الثّابت و كذلک فی بدله و ليس البدل بمعنىٰ المعاوضة **بل** البدليّة انّما حَدَثَتْ من اصطلاح الفقهاء فی البين، المقصود منها تدارک خسارة العين بالقيمة فی القيّميات و بالمثل فی المثليّات **يعنی بدلٌ بالنّسبة الیٰ مالكه حين التّلف لا انّه بدلٌ من جميع الجهات حتّىٰ** فی رجوع مالک العين الىٰ الثّالث عند التّلف كما كان له ذلک عند وجود العين .

الامر الثّانی: انّ الرّجوع الىٰ المثل والقيمة فی مورد الفسخ فی العين التّالفة، ليس هو بحكم الفسخ **لانّ** الفسخ انّما هو حلُّ العقدِ فی العين و موجبٌ لارجاع العين.

و حيث كانت العين تالفةً فيرجع البايع فی العين آناً ما قبل التّلف و مع ضمّ ادلّة الضّمانات هذا ينتج امرين:

الاوّل: انّ بالفسخ، رُجِعَتِ العين الیٰ مالكه آناًما قبل التّلف.

الثّانی: انّ الرّجوع الىٰ المثل والقيمة، بحكم ادلّة الضّمانات.

و فيه: انّ تقدير المالكية آناً ما قبل التّلف، لا يترتّب عليه جميع آثار المالكيّة من وجوب الحجّ و اخراج الخمس والزّكوة **بل** التّقدير، انّما لتصحيح فرض الفسخ كما انّ التّقديرات الواقعة فی جملاتٍ فی النّحو، من هذا القبيل **و لعلّ جواب الشّيخ(ره)**

من هذا الامر الثّانى، يرجع الىٰ ضمان اليد و قبله ضمان المعاوضة كـان مـوجوداً يرجع الىٰ مٰا قلناه و الاّ لاٰ يكفى كونه جواباً عنه فى نفسه.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه: انّ المختار عند الشّيخ(ره) انّ البايع يجوز له ان يرجع الىٰ المشترى والتّخيير بين الرّجوع الىٰ الثّالث او المشترى، **صرّح الشّيخ بانه اضعفُ الوجوه؛ المختار عندنا:** انّ التّخيير اقوىٰ الوجوه فى نظرنا **لانّه** مبنىٌّ عـلىٰ ترتّب الايادى الّذى يجوز الرجوع الىٰ كلّ يدٍ ضامنٍ؛**صرّح بذلك** الشّيخ نفسه(ره) فى بابه **غاية الفرق بين** ما نحن فيه و باب ترتّب الايادى، انّ فيما نحن فيه يـدان: احدهما لضمان المعاوضة و يد الآخر لضمان اليد و فى باب الترتّب، ضمان الايادى كلّها من قبيل ضمان اليد و هذا الفرق، غير فارقٍ هنا.

قال العلاّمة(ره)فى التّذكرة فى باب احكام الخيار مطلباً قـال الشّـيخ(ره) فـى مورده: «**لم اجد من تعرّض لهذا الحكم و لوجهه وكانّه خـلافُ المشـهور و خـلافُ المسلّمات**».

حاصل كلام العلاّمة(ره) انّه لايجب علىٰ البايع فى زمان الخيار، تسليم العين و علىٰ المشترى، تسليم الثّمن فى زمن الخيار يعنى مقتضىٰ العقد، انّه لايجب الوفاء فيه فى صورة الخيار حتّىٰ صرّح(ره)،: «بل لو سَلّمَ شرعاً ثم بدٰاله و اراد ان يستردّ فله ذلک و حتّىٰ لو سلّم المبيعَ الىٰ المشترى فى زمن الخيار، ليس له حـقّ الزام المشترى بتسليم الثّمن اليه فى مقابل تسليمه، المبيع اليه».

ثمّ نقل العلاّمةُ عن الشّافعى فى مـورد: «**مـا لو سـلّم شـرعاً...الخ**» انّ التّسـليم الابتدائىّ لايجب **و لكن** لو سَلّمَ شرعاً، ليس له الاسترداد والشّيخ(ره) استظهر من كلامه هذا، انّ الخلاف فى الاسترداد و عدمه لو كان، انّما هو فى مـورد التّسـليم تبرّعاً، و فى مسألة عدم وجوب التّسليم، ليس مورد الخلاف عندهم.

كلام العلاّمة، لا يخلو عن ايرادين:

الاوّل: انّه ارسل المسألةَ ارسالَ المسلّم فى عدم وجوب التّسليم **مع انّه** لم يقل

بذلک احدٌ من الفقهاء من قبله(ره).

الثّانی: انّه خالٍ عن الدّليل علیٰ مدّعاه **نعم:** لو كان ذهب العلاّمة(ره) مثل الشّيخ الطّوسیّ فی بعض اقواله الیٰ حصول الملكيّة بعد انقضاء الخيار، لكان لهذه الفتویٰ **و وجهٌ قویٌ و لكن العلاّمة** لم يقبل هذا من الشّيخ الطّوسیّ و ذهب الیٰ حصول الملكيّة بنفس العقد لا بعد انقضاء الخيار.

و من هنا توجيه الاشكال فی غاية الاشكال.

نعم: يخطر بالبال: انّ نظر العلاّمة فی فتواه الیٰ لازمِ الخيار **حيث** انّ من اراد الفسخ له استرداد الثّمن الیٰ البايع و ان لا يأخذ المثمن.

و لكن لا يخفی ما فيه لانّ هذا، امرٌ واضحٌ لازمٌ لمفهوم الخيار، لا يحتاج الیٰ ذكره **والبحث عنه،** و نقل الخلاف عن الشّافعی.

و من هنا يعلم: انّ توجيه السّيّد(ره) من كلام العلاّمة(ره)، غير تامٍّ.

حاصل توجيهه انّ لعلّ نظر العلاّمة(ره) انّ الخيار، حقٌّ متعلّقٌ بالعين، و هذا لازم حقٍّ مانعٍ من التّصرّف و اثباتِ الوجوب **ثمّ اجاب السّيّد عنه(ره)** بانّ هذا الحقّ، معارضٌ لقاعدة السّلطنة و قاعدة المالكيّة والسّلطنة، هی اَقویٰ من قاعدة الحقّ **و من المحتمل انّها:** ليس اقویٰ منها **الاّ** انّهما يتزاحمان و قاعدة التّزاحم عند عدم التّوافق، وُضِع موردَ التّزاحم عند ثالثٍ حتّیٰ انقضیٰ زمان الخيار. **و لا يخفیٰ انّ هذا،** اعجبُ **بل** اغربُ من اصل فتویٰ العلاّمة لايجابه لاختلال نظامٍ فی السّوق.

و امّا الجواب عن توجيه السّيّد(ره) عن كلام العلاّمة فهو انّا قبلنا انّ الخيار، حقٌّ متعلّقٌ بالعين **و لكن** ليس كلّ حقٍّ، مانعٌ من التّصرّف مثل حقّ الاستطراق و حقّ الشّرب

نعم: التّصرّف المنافی لحقّ الغير كما تقدّم فی بابه، غير نافذٍ لكونه منافياً لدليل الحقّية حدوثاً و بقاءً و امّا الخارج من دائرة المنافی، فلا.

مضافاً الیٰ ذلک، تعلّق الخيار علیٰ العقدا اوالعين، لا فرق فی عدم جواز التّصرّف

المنافى لدلالة ادلّة تشريع الحقّية كما هو المقرّرُ فى باب العقود والايقاعات.

امّا تصوير معنىٰ الخيار، فهو حقّ ابطال الموضوع و ادلّة الخيار، يجعل حقّ التخصّص فليست ادلّة الخيارات تخصيصاً فى **«اوفوا بالعقود» لانّ** ادلّة الخيارات، من قبيل جعلُ مُزيلٍ للموضوع و اِبطال العقد فما معنىٰ لهذا الكلام للقول بانّ ما شكّ من كون الخيارات هل هى فوريٌ او تراخٍ؟ يدخل تحت هذه القاعدة الاصّولية و هى: ما اذا ورد عامٌّ و خرج عنه شيءٌ فى زمانٍ و يُشَكُ فيما بعد. ذلک الزّمان **هل هو مستمرٌّ حتّىٰ يكون دالاًّ علىٰ التّراخى او لم يستمر حتّىٰ تدلّ علىٰ الفور؟**

بناءً عليه، التّسليم والتّسليم، واجبٌ فى زمن الخيار و لا يجوز الامتناع من تسليم الّثمن او المثمن فى زمن الخيار **و قول العلاّمة(ره) خالٍ عن السّداد لانّ ادلّة الخيارات،** ليست تحصيصاً لادلّة: **«اوفوا بالعقود»** فيلزم ترتّب احكام العقد والبيع فى زمن الخيار، من التّسليم والتسلّم و غيرهما من الاحكام.

هذا ما قال به الشّيخ(ره) و هو التّحقيقُ فبناءً عليه، قول الشّيخ(ره) فى اوّل باب البيع فى باب المعاطاة و اوّل باب الخيارات، علىٰ خلاف ما قاله(ره) فى مقام بيان ادلّة اصالة اللّزوم و هو الّتمسّک باطلاق: **«اوفوا بالعقود»** حاليّاً و زمانيّاً لنفى الخيار **غير تامٍّ** ابتناءً علىٰ القول بالتّخصيص الّذى انكره هنا **لانّ التّمسک «باوفوا بالعقود»** بعد الشكّ فى تأثير الفسخ، تمسّکٌ بالعامّ فى الشّبهة المصداقيّة للعامّ **لانّه** بعد تأثير الفسخ، ليس عقدٌ حتّىٰ يجب الوفاء به او لا يجب؟

و هذا غير جايزٍ باجماع الاصوليّين و تجويز الّتمسّک فى العامّ كما نقل عن بعضٍ، انّما هو الّتمسّک بالعامّ فى الشّبهة المصداقيّة للمخصّص لا العامّ.

فبناءً عليه، فتوىٰ العلاّمة مع كونها غريبةً و شاذّاً، له وجهٌ وجيهٌ من الوجوه السّابقة و لو لم نقبل لحنَ فتوىٰ العلاّمة(ره) **لانّه** مخالفٌ لعمل العرف و مخالفٌ للفتاوىٰ **و لكن** ليس قول الشّيخ(ره): انّا لم بخدله وجهٌ، خالٍ عن خدشةٍ و يمكن ان يكون نظر العلاّمة فى فتواه انّ ادلّة الخيار، تخصيصٌ فى **«اوفوا بالعقود»** فلا يجب الوفاء بها و لا يجب التّسليم والتسلّم.

قال العلاّمة فی القواعد: لا يبطل الخيار بتلف العين.

هذا من جملة احكام الخيار و قال المحقّق الثّانی(ره) فی جامع المقاصد، شارح القواعد: «انّ فی اطلاقه، اشكالٌ **حيث** انّ موارد، يسقط الخيار، بتلف العين كما فی خيار التّأخير **و هكذا** فی جميع موارد التّلف قبل القبض، يسقط الخيار **بل** فی بعض صورٍ بعد القبض، يكون الامر كذلک كما فی باب خيار الحيوان و خيار الشّرط و ساير الخيارات فيما اذا كان للمشترى، الخيار وحده و تَلَفَ المبيع عنده **حيث** انّ تلف المبيع **«فی زمن الخيار، ممّن لا خيار له»**، يوجب الانفساخ كما تقدّم و ليس له حقّ الخيار **و موارد ايضاً**، موردُ الشّک فی السّقوط و عدمه.

منها: بيع المرابحة (رأسُ المال)؛ قال العلاّمة(ره) كما عن بعضٍ ايضاً انّه اذا ظهر كذب البايع بعد بيع المشترى مورد المعاملة، ليس للمشترى، خيار التّدليس بتلف العين بالنّقل علىٰ خلاٰف ما قال(ره) هنا.

اشكل عليه الشّهيد الثّانی و بعضٌ آخر بعدم سقوط الخيار فی باب بيع المرابحة ايضاً و بقاء الخيار، لوجود المقتضی و عدم المانع.

و من جملة الموارد المشكوكة، خيار الغبن لانّ الدّليل عليه ان كان الاجماع و رواية **«غَبَنِ المسترسل سُحْتٌ»**، **فالقدر المتّقين، صورةُ وجود العين و ان كان المستند**، قاعدة **«لا ضرر»**، فلا يسقط الخيار بتلف العين لجريان **«لا ضرر»** فی هذا الحال ايضاً.

منها: مثل الخيار العيب، فتلف المبيع، موجبٌ لسقوط الخيار لعدم جريان قاعدة **«لا ضرر»** فی صورة تلف العين لتداركه بالارش و ليس ضرراً ماليّاً و بالنصّ الخاصّ الوارد فی روايات خيار العيب: «ان كانت قائمةً بعينها، رَدَّهٰا».

و حينئذٍ، لايجوز القول فی باب خيار العيب انّ التّلف، لا يوجب سقوطَ الخيار.

و منها: بيع الخيار بشرط ردّ مثل الثمن **بل** جميع موارد خيار الشّرط.

ثمّ انّ الشّيخ(ره) بعد ذكر كلام العلاّمة(ره) والاشكال عليه، صرّح بانّ الخيار فی

حدّ نفسه، له مفهومٌ سِعِيٌّ و حقٌّ متعلّقٌ بالعقد جارٍ فى صورة تلف العين؛ هذا بحسب التّصوّر **و لكن** امكان جريانه فى صورة تلف العين، بحسب الثّبوت، ليس دليلاً علىٰ جريانه فى صورة التّلف فى مقام الاثبات و فى مقام الاثبات، تختلف الخيارات مع اشتراك جميعِ الخيارات فى مفهوم الخيار و فى قابليّة تطبيق مفهومه، بصورة التّلف و من هنا، **يظهر ما فيه من الاشكال فى اطلاق كلام العلاّمة(ره).**

اقول: قلنا سابقاً انّ الخيار حقٌّ متعلّقٌ علىٰ العين و هذا ظاهرٌ من قوله عليه السلام: **«ردّه او يردّه»** و حتّىٰ من كلمة **«الخيار»**، فى قوله عليه السلام: **«البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وَجَبَ البيع».**

فليس الخيار فى صورة تلف العين اصلاً و لو قلناه به، انّما هو من باب تعلّق حقّ الرّهن ببدل العين و ما فى قول السّيّد(ره) فى الحاشية، ما لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل.

مسألةٌ: لو فَسَخَ ذوالخيار، فالعين فى يده مضمونةٌ

لا اشكال فى الضّمان فيما اذا فَسَخَ و لم يردّه الىٰ صاحبه عند المطالبة و هكذا اذا اَفْسَخَ و تعلّل فى اِعلاٰم الفسخ بطرف المقابل **و هكذا الامر** اذا اَخرّ فى ايصال ملك الغير الىٰ صاحبه من الثّمن او المثمن اكثر من زمانٍ معتاد.

و انّما الكلام فيما اذا فَسَخَ و لم يطالب الطّرفُ، ما عند الفاسخ من ماله و لم يكن الفاسخ ممتنعاً فى ادائه و بقىٰ ماله عند الفاسخ.

الشّيخ(ره) صرّح: بانّ العين فى يده، مضمونةٌ بوجهين:

الوجه الاوّل: استصحاب بقاء الضّمان حيث انّه كان ضامناً بالثّمن قبل الفسخ و يُشَكُّ فى ضمانه بعد الفسخ فَيُستصحبُ الضّمان به.

و حيث انّ الشّيخ(ره) تَوَجَّه الىٰ عدم كون الاستصحاب مُجدياً، صرّح بانّ المراد من الاستصحاب، بيان عدم كون شيءٍ موجباً للامانة المالكيّ **فالمراد** من الحالة السّابقة اى **كما انّه** لم يكن استيمانٌ مالكيٌّ سابقاً **فكذلك** فى اللاحقّ **و لكنّ الشّيخ(ره)** لم يذكر علّةً لتردّده ممّا بعدُ فى الاستصحاب **و لعلّ وجهه امورٌ:**

منها: عدم حجّية الاستصحاب فی الشكّ فی المقتضی **و ما نحن فيه** من قبيل الشكّ فی المقتضی.

منها: انّ الاستصحاب المذكور، انّما هو من قبيل الشكّ فی المقتضی و هو لا يجری.

منها: انّ عدم جريانه لعدم بقاء الموضوع.

منها: انّه من قبيل الاستصحاب التكليفیّ **و حيث اجاب (ره) عنها لا تذكرها هنا. مراجع.**

نعم: ذكر السيّد(ره) اشكالاً وجيهاً لم يُجِبْه(ره) و هو انّ الضّمان مخالفٌ لقاعدة السّلطنة «**النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم**» **لانّ** الانفساخ مع كونه ملكاً من دون جهة، مخالفٌ لقاعدة السّلطنة **و هذا الاشكال، لايخلو عن وجهٍ.**

يمكن الاشكال فی الاستصحاب المذكور مضافاً الیٰ الاشكال الّذی ذكره السيّد(ره) فی مورد الحالة اللاّحقه و هو صحيحٌ فی الغايه، نقول: انّ الحالة السّابقة الموجودة فی التّلف قبل القبض، غير قابل للبقاء فی اللاّحق **لانّ** ضمان التّلف قبل القبض بمعنیٰ عدم تحقّق العقد خارجاً و هو الانفساخ و هذه الحالة، غير موجودةٍ فی التّلف فی زمن الخيار و لو قلنا به، فضمانه فی زمن الخيار، غير ضمانِ التّلف قبل القبض و ليس هذا، من استصحاب عين الضّمان الّذی كان موجوداً **اضف الیٰ ذلك** انّ الشّيخ(ره) جعل الامر الانتزاعیّ و هو التّزلزل، مناط الاستنباط مع انّه تلزم ملاحظة انّ مدلول الدّليل مخالفةٌ للقاعده ام لا؟

مسألة: لماذا لاتجری قاعدة «تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له» فی مورد التّلف قبل القبض من مال بايعه؟

حاصل الكلام الشّيخ(ره) فی قاعدة «تلف المبيع فی زمن الخيار ممّن لا خيار له» انّها لاتجری، فی غير الخيارات الثّلاثة و **هكذا** لاتجری فی التّلف قبل القبض و لا فی الثّمن و المبيع الكلیّين.

امّا عدم جريانها فی غير الخيارات الثّلاثة فقد تقدّم البحث عنه.

و امّا عدم جریانها فی التّلف قبل القبض فتوضیحه انّ بین القاعدتین، اعمُّ من وجهٍ ففی مورد الاجتماع و التّعارض، قد یقع الکلام فیه.

ذهب الشّیخ (ره) الیٰ انّ قاعدة **«تلف المبیع فی زمن الخیار ممّن لا خیار له»**. لا تجری بالکلیّة فی مورد تلف المبیع قبل القبض یعنی تقدّم فاعدةُ **«تلف المبیع قبل القبض»** مع انّ المصرّح به فی کلمات الفقهاء، التمسّک بها حتّیٰ فی مورد التّلف قبل القبض مثل المحقّق الاردبیلی(ره) فی شرح الارشاد.

و الشّیخ (ره) لم یذکر وجهاً لما ذهب الیه **الاّ** انّه صرّح بانّه لا خلاف و لا اشکالَ فیه مثل: انّ البایع شَرَطَ الخیار فی بیعٍ و لیس للمشتری، الخیار **حینئذٍ**، اذا سلّم البایع، المبیع الیٰ المشتری و تلف عند المشتری، لا اشکال فی کون المشتری ضامناً له و امّا اذا تَلَفَ قبل القبض عند البایع، تتوارد القاعدتان هنا امّا قاعدة تلف المبیع قبل قبضه فلانّ البایع، ضامنٌ له و امّا قاعده: **«تلف المبیع فی زمن الخیار ممّن لاخیار له»** فتقتضی کون المشتری، ضامناً له و قد تتعارضان.

و قد یظهر ذلک فی مورد خیار التّأخیر کما اذا بَاع شخصٌ، عیناً و تَرَکَهَا عند صاحبها و ذهب الیٰ ان یجیئی بالّثمن و اخرّه الی ثلاثةِ ایّامٍ، فللبایع، خیارُ الفسخ بعد ثلاثة ایّام مختصّاً له **فحینئذٍ**، اذا فرضنا کون المبیع، تَلَفَ عند البایع بعد الثّلاثة فقاعدةٍ: **«التّلف قبل القبض من مال بایعه»**، تقتضی انفساخ العقد و قاعدة: **«تلف المبیع فی زمن الخیار»** تقضی ضمان المشتری و انّه ذهب من کیس المشتری.

بالجملة، القاعدتان المذکورتان فی تلف المبیع قبل القبض، فیما اذا کان الخیار للبایع، و فی صورة: **«تلف الثّمن قبل القبض»** اذا کان الخیار للمشتری، تتعارضان **حیث** انّ قاعدة **«التّلف قبل القبض»** تقتضی کون البایع، ضامناً له و من کیسه و قاعدة: **«تلف المبیع فی زمن الخیار»** تقتضی کون المشتری ضامناً له و من کیسه **و لکنّ الشّیخ (ره)** لایقول بجریان قاعدة: **«تلف المبیع فی زمن الخیار ممن لاخیار له»** بلاخلافٍ و اشکالٍ فیه م انّ المسلّم، وجود الخلاف و هو قول المحقّق الاردبیلی(ره) مجمع الفائدة».

و السيّد(ره) وجّه تقديم قاعدة: «**تلف المبيع قبل القبض**» علىٰ القاعدة الأُخرىٰ بانّ دلالتها اقوىٰ من الاخرىٰ **لانّ** دلالة رواية «**عقبة بن خالد**» فی مورد التّلف قبل القبض، دالّةٌ علىٰ انّ البايع ضامنٌ للمبتاع (المبيع) حتّىٰ يخرجه عن بيته و امّا مورد قاعدة: «**تلف المبيع فی زمن الخيار**»، المبيع الّذی كان البايع ضامناً و هو غير محلّ الكلام فی الرّوايات المذكورة و هو كون المشترى ضامناً للمبيع و التعدّی من موردَ الرّوايةَ الىٰ غيره، انّما هو بفهم المناط و نوع من المفهوم.

و بالجملة، دلالة الرّواية الدّالة علىٰ انّ: «**التّلف قبل القبض...**»، باطلاق المنطوق و دلالة قاعدة: «**تلف المبيع فی زمن الخيار**» بالمفهوم **و من المعلوم:** انّ المنطوق اقوىٰ من المفهوم.

و فيه: انّ المفهوم والمنطوق، غير مؤثّرٍ فی ترجيح الظّهورات **لانّ** المفهوم، لازمُ خصوصيّةٍ فی المنطوق و لا فرق بين المفهوم والمنطوق **الاّ** بالاجمال والتّفصيل **فالتّعارض بينهما**، من قبيل تعارض المنطوقين و من قبيل تعارض الاصلين.

مضافاً الىٰ ذلك، دليل: «**التّلف قبل القبض**»، لايختصّ برواية «**عقبة بن خالد**» **بل** هی موافقةٌ للقاعدة، يشهد لها العرفُ ايضاً **حيث** انّ العقد تبادلٌ و بدون التّبادل والتّقابض، لا يتحقّق العقد فی الخارج **فكانّ** النّسبة بين القاعدتين، من قبيل الوارد والمورود **لانّ** قاعدة: «**التّلف فی زمن الخيار ممّن لا خيار له**» من احكام بقاء العقد و انّه حكم تعبّدیٌ و امّا تلف المبيع قبل القبض فهو من قبيل اِعدام الموضوع الّذی هو بمنزلة الوارد علىٰ دليل: «**التّلف، فی زمن الخيار ممّن لاخيار له**».

بالجملة، تقدّم دليل: «**تلفُ المبيع قبل القبض**» علىٰ دليل: «**تلف المبيع فی زمن الخيار...**» من قبيل تقدّم الوارد علىٰ المورود، و امّا مجرّد كونها من المنطوق و ذاك من المفهوم، فلا تأثير فی التّقديم.

نظر الشّيخ(ره) فی الحكم الثّالث و هو كون المبيع او الثّمن كليّاً لاشخصيّاً، **انّ قاعدة التّلف فی زمن الخيار ممّن لاخيار له**» مثل تلف المبيع قبل قبضه، تختصّ فی الاعيان الشّخصيّة من المبيع والثّمن و لاتجری فی المعاملات الكليّة فكما انّ

القاعدة: «**التّلف قبل قبضه من مال بايعه**» لا تجری فی الكلّی مطلقا **لانّ** المبيع الكلّی، ما لم يقبض، لا يصدق عليه انّه مبيعٌ و اذا قُبِضَ فقد خَرَجَ عن تحتِ قاعدة: «**التّلف قبل القبض...**» **وكذلك قاعدة: «التّلف فی زمن الخيار ممّن لاخيار له»** لا تجری فی المبيع الكلّی و لو كان مقبوضاً و انّما اختصّ بالمبيع الشّخصیّ **لانّ** المتبادر من قوله عليه السلام: «**فعلیٰ البايع** حين ينقضی عليه، ثلاثةُ ايّامٍ و يصير المبيعُ للمشتری»، الانفساخ و هو يصدق فی المبيع الشّخصیّ و لا يصدق فی المبيع الكلّی **لانّ** العقد فی تلف المبيع الكلّی قبل القبض، غير منفسخٍ **بل** تصحّ و تلزم تأدية الفرد الآخر.

فالقول بالانفساخ فی مورد الشّخصیّ والصحّة والرجوع الی بدله، خارجٌ عن منساق رواياتِ البَاب.

الشكل عليه السيّد(ره): انّ اطلاق الاخبار، يشملهما **و هذا وجهٌ وجيهٌ فی نفسه الاّ انّه لاينحلّ اشكال الشّيخ(ره) لانّ** قول الشّيخ(ره) هو انّ المستفاد من الاخبار، بقاء الضّمان السّابق و لازم البقاء كذلک، انّه اذا تَلَفَ فی السّابق، كان موجباً للانفساخ ان كان صحيحاً لاينفعنا الاطلاق **لانّ** هذاالقول بمعنی عدم الاطلاق.

و لذا، يلزم الجواب عن هذا القول و يمكن ان يقال فيه: انّ بيع الكلّی والشّخصیّ و ان كان بينهما فروقٌ و ثمراتٌ مثل البطلان والخيار و غيرهما **و منها**: ما اذا علم فی البيع الشّخصیّ انّه غير جنسٍ، يوجب البطلان و امّا فی الكلّی اذا تخلّف فی الوفاء، يصّح البيع صحيحاً و انّما الوفاء باطلٌ **و لكن** قد يتحوّل الكلیّ الیٰ الفرد و ينصّب الی المقبوض اذا رضينا بذلک **و لذا قال** بعضٌ ببطلان البيع الكلّی اذا كان قصده، ردّ المبيع من الفرد الحرام **لانّ** المعاملة، ينصبّ علیٰ المقصود **لانّ** البايع اذا قصد كون الوفاء محرّماً فكانّ البايع، بَاع الحرامَ و لم يبع اعمّ من الحرام والحلال وَفیٰ بالحرام فی مقام الوفاء والعمل بالعقد **و لذا** يحتمل ثبوت الرّبا فی بعض الموارد كما اذا وقعت معاوضةٌ بين مَنٍّ مِن الحنطة الجيّدة و بين مَنّ من الحنطة الجيّدة و بين مَنّ مِن الحنطة الجيّدة الأُخریٰ **ثمّ ردّ احدا المتبايعين**، مكان مَنٍّ من الجيّدة، منّين من الرّدية

و ذلك لا يجوز للزوم الرّبا و ان كانت ابتداءً معاملة منٍّ بمنٍّ من دون ازيادٍ **و لكن** ينجّر البيع علىٰ المقبوض الموجب للرّبا فی مقام الوفاء.

لا بأس لنا بالقول بالانفساخ اذا تحوّل الكلیّ الىٰ الشّخصیّ اذا توافقا عليه كما يقال فی الشّخصیّ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ دعوىٰ السّيد(ره) اطلاقَ الاَخبار بضميمة ما قلناه، يوجب جريانَ القاعدة المذكورة فی الكلیّ والشّخصیّ والانفساخ فی كليهما او الرّجوع الىٰ المثل والقيمة فی كليهما.

مضافاً الى ذلك، يقع الكلام فی المسألة الآتية **انّ المراد من الضّمان ماذا؟**

هل هو من قبيل التّلف قبل القبض او من قبيل الضّمان بالمثل والقيمة؟

والشّيخ(ره) اِختار انّه مثل التّلف قبل القبض **و لكن** المنقول من جماعةٍ من الفقهاء من العلاّمة(ره) والشّهيد الاوّل(ره): انّ الضّمان، انّما هو بالمثل او القيمة فان كان هو الصّحيح، يهدم اساس الشّيخ(ره) **لانّ** مبنیٰ الشّيخ علىٰ الانفساخ والانفساخ غير صحيحٍ عند العلاّمة والشّهيد الاوّل **لانّ** معنى **«علىٰ البايع حتى ينقضى»** بقاء العقد علىٰ حالةً لو تلف المبيع و يلزم ردّ المثل او القيمة مثل الاعيان المغصوبة.

مالمراد من الضّمان هنا؟

المتبادر من اطلاقات الضّمان فی «من تلف... الخ» و «اوفوا بالعقود...» و غيرهما، تدارک الخسارة اِمّا بالمثل او القيمة **و اَمّا فيما نحن فيه**، فليس معنىٰ الضّمان، هذا **بل** المقصود من الضّمان، الانفساخ بالتّلف يعنى آناماً قبل التّلف يرجع المبيعُ الىٰ مالكه الاوّل والثّمن، يرجع الىٰ المشترى.

والمنقولُ من بعض الفقهاء كالعلاّمة والشّهيد(ره) انّ الضّمان هنا ايضاً، بالمثل او القيمة مثل ساير الموارد.

والشّيخ(ره) صرّح بانّ الضّمان بمعنى الانفساخ، بوجوهٍ ثلاثةٍ:

الوجه الاوّل: انّ المتبادر من الاخبار انّ الضّمان، بقاء الحالة السّابقة يعنى المبيع قبل القبض كان فی عهدة البايع مع كونه مملوكاً للمشترى فاذا تَلَفَ، يتلفُ من مِلک

بايعه و ليس الضّمان هنا، بمعنى اداءِ المثل او القيمة **لانّه** من المسلّم انّ: «**تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه**»، ليس الضّمان بمعنى اداء المثل او القيمة **بل** الملكيّة آناما والانفساخ القبلىّ و ان تَلَفَ فى ملك البايع و هذا واضحٌ فيما اذا لم يكن الخيار موجوداً و امّا البيع الخيارىّ فمعناه، استلامة الوضع السّابق والحالة السّابقة.

الوجه الثّانى: انّ قولهم: «**تلف المبيع فى زمن الخيار من مال من لاخيار له**»، الدّالة علىٰ الانفساخ آناما قبل التّلف.

و فيه اوّلاً: انّ هذه القاعدة، ليست مَعْقداً للاجماع و ليس فُجْمَعاً عليه.

و ثانياً: الكلام فى مدرک القاعدة دون نفسها.

الوجه الثّالث: انّ قاعدة: «**تلف المبيع قبصة...**» لا تخلو عن فرضين:

الفرض الاوّل: انّ المبيع، بقىٰ فى يد المشترى الىٰ بعد التّلَفِ، يعنى: المشترى مالكٌ له **و لكن** يجب ضمان البايع، و هذا، خلافُ قاعدة المالكيّة و علىٰ خلاف قاعدة: «**الخراجُ بالضّمان**» **و** «**مَنْ عَلَيْهِ الْغُرْمُ فَعلَيْهِ الْغُنْمُ**» فيبقىٰ **الفرض الثّانى** و هو الانفساخ و هو رجوع المبيع آناً ما قبل التّلف و يتلف فى ملک بايعه صحيحاً و هو المبيع.

و هو ايضاً مخدوشٌ صغرىً وكبرىً امّا الصّغرىٰ فلانّ الانفساخ، والرّجوع الىٰ ملك البايع آناً ما قبل التّلف علىٰ كلٍّ تقدير، مخالفٌ لقاعدة: «**سلطنة المالك**».

و امّاكبرىً فلانّه قُرِّرَ فى علم الاصول: من انّه اذا عُلِمَ حكم فردٍ و لا يُعْلَمُ انّه من باب التّخصيص فى الادلّة او التّخصّص فلا يتمسّک فى تعيين ذلک، بالرجوع الىٰ اَصالة العموم مثلاً اذا ورد: «**اَكْرِم العلماء الاّ الفسّاق**» و علّم: انّ زيداً ليس بواجب الاكرام **حينئذٍ**، يشكّ فى انّه عالمٌ و ليس بواجبِ الاكرام حتّىٰ يكون من قبيل التّخصيص او ليس بعالمٍ و لم يجب اكرامه فهو من التّخصّص و مجرّد ورد امر: «**اَكرم العلماء**» لا يُجوِّزُ بانّ هذا، فاسقٌ **كما لايجوز التّمسک** فى باب المعاطاة فيما عُلِمَ انّه واجب الوفاء، باصالة عموم: «**اوفوا بالعقود**» ينبغى ان يعلم انّ المعاطاة بيعٌ و عقدٌ ام لا؟

لانّ اصالة العموم، لتشخيص المراد، لا تشخيص كونه بيعاً و غير ذلک.

و بالجملة، كلٌّ واحدٍ من الامور الثّلاثة، غير مُقْنِعٍ.

و لكنّ الاَوْلیٰ من هذه الوجوه، القرائن الّتی فی الاخبار الدّالة علیٰ انّ المراد من الضّمان، ضمان الّثمن.

الباب ٥ من ابواب الخيار ـ الحديث ٤ ـ عن جعفر بن محمّد عليهما السّلام قال: قالَ رسولُ اللّه ﷺ: «فی رجلٍ اِشترىٰ عبداً بشرط ثَلاثةِ ايّامٍ فمات العبدُ فی الشّرط قال: «**يستخلف باللّه ما رضيه ثمّ هو بَرِیءٌ من الضّمان**» **يعنی انّ المشتری بَرِیءٌ من ضمان الثّمن** الحديث ٢... سألتُ ابا عبداللّه ﷺ عن الرّجل يشترى الدّابة او العبد فيشترط يوماً الیٰ يومٍ فيموت العبداو الدّابة او يحدث فيه حدثٌ، علیٰ من ضمان ذلک؟

فقال ﷺ: «**علیٰ البايع حتّیٰ ينقضی شرطه، ثلاثة ايّام و يصير المبيعُ للمشتری**» الدّالة علیٰ انّ الضّمان هنا، من قبيل ضمان ما لم يصل الی يد المشتری و ليس هو كالّثمن الباب.

١ـ من ابواب الخيار ـ صحيحة عقبة بن الخالد عن ابی عبداللّه ﷺ فی رجلٍ اشترىٰ متاعاً من رجلٍ و اوفاه غير انّه ترک المتاع عنده و لم يقبضه و قال: آتيک غداً انشاء اللّه تعالیٰ فُرِقَ المتاع، **من مال من يكون؟**

قال ﷺ: «**من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بيته حتّیٰ يقبض المتاع و يخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاعُ ضامنٌ لحقّه حتّیٰ يرد ما له اليه**»

يستفاد منها: انّ ضمان الّثمن، انّما هو، مادام القبض و ما لم يقبض الّثمن و تلف، لم يكن للمشتری الضّمانُ له؛ **و انت كماتریٰ:** انّ المراد من الضمان، ضمان المسمّیٰ ضُمان الّثمن **لانّ** هذا الضّمان، ضمانٌ جعلیٌ معاوضیٌ ضمان الشّرعیّ.

قلنا: انّ المتبادر الاقویٰ من الاخبار انّ الضّمان، ضمانُ المعاوضیّ والضّمان بالّثمن و مع قطع النّظر عن هذه القرائن، انصراف الضّمان الیٰ المثل والقيمة **فلاوجه** للتّفصيل المذكور: **بانّه لو فَسَخَ فالضّمان، ضمان المعاوضیّ و ان امضاه ففيه وجوهٌ:**

وجهٌ: بانّ له ان يطالب بالمثل والقيمة.

وجهٌ: بانّ له، مطالبة الثّمن.

وجهٌ ثالث: التّخيير بين مطالبة الثّمن والقيمة.

وجه: رابعٌ: ليس له حقّ المطالبة اصلاً.

هذا كلّه، حكم تلف العين و حكم الوصف و حكم تلف ابعاضه، كذلك يحكم فی تلف العين فی الضّمان فيدّل عليه قوله عليه السلام: «فان مٰاتَ او حَدَثَ فيه حدثٌ...»

امّا حكم الاتلاف، فقد يتصوّر علىٰ فروضٍ ثلاثةٍ:

تارةً: كون المتلف هو ذوالخيار.

اُخرىٰ: كون المتلف، البايع **و ثالثةً:** كون المتلف، الاجنبیّ.

من المسلّم فی باب الاتلاف اوّلا:

انّ حكم التّلف و هو الانفساخ و قاعدة **«التّلف فی زمن الخيار ممّن لاخيار له»** و غيرهما من الاحكام، لا يجری فی مورد الاتلاف و مورد الرّوايات، التّلف لاالاتلاف **وَ دَعویٰ انّ** كلّ اتلافٍ فيه، التّلفُ مثل: **«كسرتُ الكوزَ فانكسر»** غير مُقْنِعٍ عند الفقهاء **لانّ** المراد من التّلف، التّلف السّماویّ و نظيره، غير الانسان.

و ثانياً: انّ الخيار، لا يزول بالاتلاف **لانّ** الخيار، ليس مُتقوّماً ببقاء العين و بقول الشّيخ(ره): **الخيار متعلّقٌ بالعقد دون العين.**

بعد تسلّم هذين الامرين، نقول: انّ ذالخيار (المشترى) لو تلف نفسه **فمن للعلوم انّه** موجبٌ لسقوط الخيار **لانّه** تصرّفٌ دالٌّ علىٰ الرّضا بالبيع ولاخيار؛ و امّا لو كان المتلف لما هو عند المشترى، هو البايعُ فللمشترى، حقّ اختيار الامرين:

و اِمّا ان يَفْسَخَ و اِمّا ان يُجِيزَهُ فان فَسَخَ العقد، يأخذ الثّمنَ و لا يُعطِی فی مقابلته شيئاً **و اَمّا** اخذ الثّمن لا يجاب القبض و عدم ردّ شیءٍ، **فلانّه هو كالمقبوض.**

و ان امضاهُ يأخذ المثل او قيمة المبيع كما هو شأن الاتلاف فی كلّ موردٍ.

و امّا الفرض الثّالث و هو مٰا كان المُتْلِفُ، الا جنبیّ، فالعقدُ باقٍ علىٰ قوّته والبايعُ غير ضامنٍ و للمشترى، اختيار الامرين من الفسخ والامضاء و كان المتلف، هو

الضّامن **هذا كلّه ممّا لا اشكال فيه لاجل ما ذكرناه من انّ مورد ادلّة الضّمان والانفساخ، التّلف لا الاتلاف** والفرض انّ التّلف، ليس مُسقِطاً للخيار فالعقدُ والخيار حينئذٍ باقٍ و ضمانُ المتلفَ ايضاً، مُسلّمٌ **لانّه** مُتلِفٌ والمشترى له اختيار الامضاء فَإنْ اَمضاه، يرجع المشترى الىٰ الاجنبيّ و يأخذ البدل من المثل او القيمة و له اختيار الفسخ فان فَسَخَ المشترى فيستردّ المشترى ثمنه من البايع بحكم الفسخ **و هٰذا ايضاً لا اشكالَ فيه.**

و امّا البايع فهل يرجع الى الثّالث الاجنبيّ **لانّه** كما انّه كان لزم عليه الرّجوع الىٰ الثّالث فيما اذا بقت العينُ فى يده و كذلک فيما اذا تلفت العينُ عنده فَيَرْجِعُ الىٰ الثّالث الىٰ اخذ البدل من القيمة او المثل او يرجع الىٰ المشترى عملاً بمقتضىٰ ضمان المعاوضىّ والثّالث اجنبيّ منه و حيث لا وجود للمبيع، فيرجع الى البدل من المثل او القيمة **و هو اظهر و اقوىٰ او مخيّر بين الرّجوع الىٰ الثّالث الاجنبيّ او البايع، فيه وجوه ثلاثه؟**

و من العجب انّ كلام الشّيخ هنا، يشمل علىٰ سهوٍ و اشتباهٍ من انه(ره) ذكر مكان الفاسخ، المفسوخ عليه و هكذا وقع فى موضع عكه **و لعلّه** من النّساخ و تعرّض لذلک، السّيد(ره).

امّا مبنىٰ وجه الرّجوع الىٰ المشترى من الوجوه الثّلاثة فلانّ المشترى، طرف المعاملة و بالفسخ يُرجع اليه **و هذا شيءٌ** مطابقٌ للعرفُ العادة والفطرة.

و امّا وجه الرّجوع الىٰ الثّالث فامران:

الامر الاوّل: انّه لو كانت العين عند الثّالث، كان يجب علىٰ المالک، الرّجوع الىٰ الثّالث فليكن ذلک فيما اذا تَلَفَ عنده و استقرّ بَدَلُهُ فى ذمّته.

و فيه: انّا لم نجد دليلاً دالاًّ علىٰ انّ القيمة او المثل، بَدَلٌ للعين حتّىٰ يقال بترتّب احكام البدل و من جملتها: انّ العين اذا وجدت، يرجع الىٰ العين الثّابت و كذلک فى بدله و ليس البدل بمعنىٰ المعاوضة **بل** البدليّة انّما حَدَثَتْ من اصطلاح الفقهاء فى البينى، المقصود منها تدارک خسارة العين بالقيمة فى القيّميات و بالمثل فى

المثليّات **يعنى بدلٌ بالنّسبة الى مالكه حين التّلف لا انّه بدلٌ من جميع الجهات حتّىٰ** فى رجوع مالک العين الىٰ الثّالث عند التّلف كما كان له ذلک عند وجود العين .

الامر الثّانى: انّ الرّجوع الى المثل والقيمة فى مورد الفسخ فى العين التالفة، ليس هو بحكم الفسخ **لانّ** الفسخ انّما هو حلُّ العقدِ فى العين و موجبٌ لارجاع العين.

و حيث كانت العين تالفةً فيرجع البايع فى العين آناً مّا قبل التّلف و مع ضمّ ادلة الضّمانات هذا ينتج امرين:

الاوّل: انّ بالفسخ، رُجِعَتِ العين الىٰ مالكه آناًمّا قبل التّلف.

الثّانى: انّ الرّجوع الىٰ المثل والقيمة، بحكم ادلّة الضّمانات.

و فيه: انّ تقدير المالكية آناً ما قبل التّلف، لا يترتّب عليه جميع آثار المالكيّة من وجوب الحجّ و اخراج الخمس والزّكوة **بل** التّقدير، انّما لتصحيح فرض الفسخ كما انّ التّقديرات الواقعة فى جملاتٍ فى النّحو، من هذا القبيل **و لعلّ جواب الشيخ(ره)** من هذا الامر الثّانى، يرجع الىٰ ضمان اليه و قبله ضمان المعاوضة كان موجوداً يرجع الىٰ مّا قلناه و الاّ لاٰ يكفى كونه جواباً عنه فى نفسه.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه: انّ المختار عند الشّيخ(ره) انّ البايع يجوز له ان يرجع الىٰ مشترى والتّخيير بين الرّجوع الىٰ الثّالث او المشترى، **صرّح الشّيخ بانه اضعفُ الوجوه؛ المختار عندنا:** انّ التّخيير اقوىٰ الوجوه فى نظرنا **لانّه** مبنىٌّ علىٰ ترتّب الايادى الّذى يجوز الرجوع الىٰ كلّ يدٍ ضامنٍ؛**صرّح بذلك** الشّيخ نفسه(ره) فى بابه **غاية الفرق بين** ما نحن فيه و باب ترتّب الايادى، انّ فيما نحن فيه يدان احد: همالضمان المعاوضة و يد الآخر لضمان اليد و فى باب الترتّب، ضمان الايادى كلّها من قبيل ضمان اليد و هذا الفرق، غير فارقٍ هنا.

قال العلاّمة(ره)فى التّذكرة فى باب احكام الخيار مطلباً قال الشّيخ(ره) فى مورده: **«لم اجد من تعرّض لهذا الحكم و كوجهه و كانّه خلافُ المشهور و خلافُ المسلّمات».**

حاصل کلام العلاّمة(ره) انّه لایجب علیٰ البایع فی زمان الخیار، تسلیم العین و علیٰ المشتری، تسلیم الثّمن فی زمن الخیار یعنی مقتضیٰ العقد، انّه لایجب الوفاء فیه فی صورة الخیار حتّیٰ صرّح(ره)،: «بل لو سَلِّمَ شرعاً ثم بذاله و اراد ان یستردّ فله ذلک و حتّیٰ لو سلّم المبیعَ الیٰ المشتری فی زمن الخیار، لیس له حـقّ الزام المشتری بتسلیم الثمن الیه فی مقابل تسلیمه، المبیع الیه».

ثمّ نقل العلاّمةُ عن الشّافعی فی مـورد: «**مـا لو سـلّم شـرعاً...الخ**» انّ التّسـلیم الابتدائیّ لایجب **و لکن** لو سَلِّمَ شرعاً، لیس له الاسترداد والشّیخ(ره) استظهر من کلامه هذا، انّ الخلاف فی الاسترداد و عدمه لو کان، انّما هو فی مـورد التّسـلیم تبرّعاً، و فی مسألة عدم وجوب التّسلیم، لیس مورد الخلاف عندهم.

کلام العلاّمة، لا یخلو عن ایرادین:

الاوّل: انّه ارسل المسألةَ ارسالَ المسلّم فی عدم وجوب التّسلیم **مع انّه** لم یقل بذلک احدٌ من الفقهاء من قبله(ره).

الثّانی: انّه خالٍ عن الدّلیل علیٰ مدّعاه **نعم:** لو کان ذهب العلاّمة(ره) مثل الشّیخ الطوسی فی بعض اقواله الی حصول الملکیّة بعد انقضاء الخیار، لکان لهذه الفتویٰ **و وجهٌ قویّ و لکن العلاّمة** لم یقبل هذا من الشّیخ الطوسی و ذهب الیٰ حصول الملکیّة بنفس العقد لا بعد انقضاء الخیار.

و من هنا توجیه الاشکال فی غایة الاشکال.

نعم: یخطر بالبال: انّ نظر العلاّمة فی فتواه الیٰ لازمِ الخـیار **حـیث** انّ مـن اراد الفسخ له استرداد الثّمن الیٰ البایع و ان لا یأخذ المثمن.

و لکن لا یخفی ما فیه لانّ هذا، امرٌ واضحٌ لازم المفهوم الخـیار، لا یـحتاج الیٰ ذکره **والبحث عنه،** و نقل الخلاف عن الشّافعی.

و من هنا یعلم: انّ توجیه السیّد(ره) من کلام العلاّمة(ره)، غیر تامٍّ.

حاصل توجیهه انّ لعلّ نظر العلاّمة(ره) انّ الخیار، حقٌّ متعلّقٌ بالعین، و هذا لازم حقٍّ مانع من التصرّف و اثباتِ الوجوب **ثمّ اجاب السیّد عنه(ره)** بانّ هـذا الحـقّ،

معارضٌ لقاعدة السّلطنة و قاعدة المالكيّة والسّلطنة، هى اَقوىٰ من قاعدة الحقّ **و من المحتمل انّها:** ليس اقوىٰ منها **الاّ** انّهما يتزاحمان و قاعدة التّزاحم عند عدم التّوافق، وُضِع موردَ التّزاحم عند ثالثٍ حتّىٰ انقضىٰ زمان الخيار.

و لا يخفىٰ انّ هذا، عجبُ **بل** اغربُ من اصل فتوى العلاّمة لايجابه لاختلال نظامٍ فى السّوق.

و امّا الجواب عن توجيه السيّد(ره) عن كلام العلاّمة فهو انّا قبلنا انّ الخيار، حقٌّ متعلّقٌ بالعين **و لكن** ليس كلّ حقٍّ، مانعٌ من التصرّف مثل حق الاستطراق و حقّ الشّرب **نعم:** التصرّف المنافى لحقّ الغير كما تقدّم فى بابه، غير نافذٍ لكونه منافياً لدليل الحقّية حدوثاً و بقاءً و امّا الخارج من دائرة المنافى، فلا.

مضافاً الى ذلك، تعلّق الخيار علىٰ العقدا اوالعين، لا فرق فى عدم جواز التصرّف المنافى لدلالة ادلّة تشريع الحقّية كما هو المقرّرُ فى باب العقود والايقاعات.

امّا تصوير معنىٰ الخيار، فهو حقّ ابطال الموضوع و ادلّة الخيار يجعل حقّ التخصّص فليست ادلّة الخيارات تخصيصاً فى **«اوفوا بالعقود» لانّ** ادلّة الخيارات، من قبيل جعلُ مزيلٍ للموضوع و اِبطال العقد فما معنىٰ لهذا الكلام للقول بانّ ما شكّ من كون الخيارات هل هى فوريٌ او تراخٍ؟

يدخل تحت هذه القاعدة الاصّولية و هى: ما اذا ورد عامٌّ و خرج عنه شىءٌ فى زمانٍ و يُشَكُ فيما بعد، ذلك الزّمان **هل هو مستمرٌّ حتّىٰ يكون دالاًّ علىٰ التّراخى او لم يستمر حتّىٰ تدلّ علىٰ الفور؟**

بناءً عليه، التّسليم والتّسليم، واجبٌ فى زمن الخيار و لا يجوز الامتناع من تسليم الّثمن او المثمن فى زمن الخيار **و قول العلاّمة(ره) خالٍ عن السداد لانّ** ادلّة الخيارات، ليست تحصيصاً لادلّة: **«اوفوا بالعقود»** فيلزم ترتّب احكام العقد والبيع فى زمن الخيار، من التّسليم والتسلّم و غيرهما من الاحكام.

هذا ما قال به الشّيخ(ره) و هو التّحقيقُ فبناءً عليه، قول الشّيخ(ره) فى اوّل باب البيع فى باب المعاطاة و اوّل باب الخيارات، علىٰ خلاف ما قاله(ره) فى مقام بيان

ادلّة اصالة اللّزوم و هو التمسّک باطلاق: «**اوفوا بالعقود**» حالیّاً و زمانیّاً لنفی الخیار **غیر تامّ** ابتناءً علیٰ القول بالتّخصیص الّذی انکره هنا **لانّ التّمسک «باوفوا بالعقود»** بعد الشکّ فی تأثیر الفسخ، تمسّکٌ بالعامّ فی الشّبهة المصداقیّة للعامّ **لانّه** بعد تأثیر الفسخ، لیس عقدٌ حتّیٰ یجب الوفاء به او لا یجب؟

و هذا غیر جایز باجماع الاصولیّین و تجویز التمسّک فی العامّ کما نقل عن بعضٍ، انّما هو التمسّک بالعامّ فی الشّبهة المصداقیّة للمخصّص لا العامّ.

فبناءً علیه، فتویٰ العلاّمة مع کونها غریبةً و شاذّاً، له وجهٌ وجیهٌ من الوجوه السّابقة و لو لم نقبل لحن فتویٰ العلاّمة(ره) **لانّه** مخالفٌ لعمل العرف و مخالفٌ للفتاویٰ **و لکن** لیس قول الشّیخ(ره): انّا لم بخدله وجهٌ، عن خدشةٍ و یمکن ان یکون نظر العلاّمة فی فتواه انّ ادلّة الخیار، تخصیصٌ فی «**اوفوا بالعقود**» فلا یجب الوفاء بها و لا یجب التّسلیم والتسلّم.

قال العلاّمة فی القواعد: لا یبطل الخیار بتلف العین.

هذا من جملة احکام الخیار و قال المحقّق الثّانی(ره) فی جامع المقاصد، شارح القواعد: «انّ فی اطلاقه، اشکالٌ **حیث** انّ الموارد، یسقط الخیار، بتلف العین کما فی خیار التّأخیر **و هکذا** فی جمیع موارد التّلف قبل القبض، یسقط الخیار **بل** فی بعض صورٍ بعد القبض، یکون الامر کذلک کما فی باب خیار الحیوان و خیار الشّرط و سایر الخیارات فیما اذا کان للمشتری، الخیار وحده و تَلَفَ المبیع عنده **حیث** انّ تلف المبیع «**فی زمن الخیار، ممّن لا خیار له**»، یوجب الانفساخ کما تقدّم و لیس له حقّ الخیار **و موارد ایضاً**، موردُ الشّک فی السّقوط و عدمه.

منها: بیع المرابحة (رأسُ المال)؛ قال العلاّمة(ره) کما عن بعضٍ ایضاً انّه اذا ظهر کذب البایع بعد بیع المشتری مورد المعاملة، لیس للمشتری، خیار التّدلیس بتلف العین بالنّقل علیٰ خلاٰف ما قال(ره) هنا.

اشکل علیه الشّهید الثّانی و بعضٌ آخر بدم سقوط الخیار فی باب بیع المرابحة ایضاً و بقاء الخیار، لوجود المقتضی و عدم المانع.

و من جملة الموارد المشكوكة، خيار الغبن لانّ الدّليل عليه ان كان الاجماع و رواية «**غَبَنِ المسترسل سُحْتٌ**»، **فالقدر المتّقين، صورةُ وجود العين و ان كان المستند**، قاعدة «**لا ضرر**»، فلا يسقط لاخيار بتلف العين لجريان «**لا ضرر**» فی هذا الحال ايضاً.

منها: مثل الخيار العيب، فتلف المبيع، موجبٌ لسقوط الخيار لعدم جريان قاعدة «**لا ضرر**» فی صورة تلف العين لتداركه بالارش و ليس ضرراً ماليّاً و بالنصّ الخاصّ الوارد فی روايات خيار العيب: «ان كانت قائمةً بعينها، رَدِّها».

و حينئذٍ، لايجوز القول فی باب خيار العيب انّ التّلف، لا يوجب سقوطَ الخيار.

و منها: بيع الخيار بشرط ردّ مثل الثمن **بل** جميع موارد خيار الشّرط.

ثمّ انّ الشّيخ(ره) بعد ذكر كلام العلاّمة(ره) والاشكال عليه، صرّح بانّ الخيار فی حدّ نفسه له مفهومٌ سِعِيٌّ و حقٌّ متعلّقٌ بالعقد جارٍ فی صورة تلف العين؛ هذا بحسب التصوّر **و لكن** امكان جريانه فی صورة تلف العين، بحسب الثّبوت، ليس دليلاً علىٰ جريانه فی صورة التّلف فی مقام الاثبات و فی مقام الاثبات، تختلف الخيارات مع اشتراك جميعِ الخيارات فی مفهوم الخيار و فی قابليّة تطبيق مفهومه، بصورة التّلف و من هنا، **يظهر ما فيه من الاشكال فی اطلاق كلام العلاّمة(ره).**

اقول: قلنا سابقاً انّ الخيار حقٌّ متعلّقٌ علىٰ العين و هذا ظاهرٌ من قوله عليه السلام: «**ردّه او يردّه**» و حتّىٰ من كلمة «**الخيار**»، فی قوله عليه السلام: «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وَجَبَ البيع**».

فليس الخيار فی صورة تلف العين اصلاً و لو قلناه به، انّما هو من باب تعلّق حقّ الرّهن ببدل العين و ما فی قول السيّد(ره) فی الحاشية، ما لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل.

مسألةٌ: لو فَسَخَ ذوالخيار، فالعين فی يده مضمونةٌ

لا اشكال فی الضّمان فيما اذا فَسَخَ و لم يردّه الىٰ صاحبه عند المطالبة و هكذا اذا اَفْسَخَ و تعلّل فی اعلام الفسخ بطرف المقابل **و هكذا الامر** اذا اَخرّ فی ايصال ملك الغير الىٰ صاحبه من الثّمن او المثمن اكثر من زمانٍ معتاد.

و انّما الكلام فيما اذا فَسَخَ و لم يطالب الطّرفُ، ما عند الفاسخ من ماله و لم يكن الفاسخ ممتنعاً فی ادائه و بقیٰ ماله عند الفاسخ.

الشّيخ(ره) صرّح: بانّ العين فی يده، مضمونةٌ بوجهين:

الوجه الاوّل: استصحاب بقاء الضّمان حيث انّه كان ضامناً بالّثمن قبل الفسخ و يُشَكُّ فی ضمانه بعد الفسخ فَيُستصحبُ الضّمان به.

و حيث انّ الشّيخ(ره) تَوَجَّه الیٰ عدم كون الاستصحاب مُجدياً، صرّح بانّ المراد من الاستصحاب، بيان عدم كون شیءٍ موجبٍ للامانة المالكیّ **فالمراد** من الحالة السّابقة ای **كما انّه** لم يكن استيمانٌ مالكیٌّ سابقاً **فكذلك** فی اللاحقّ **و لكنّ الشّيخ(ره)** لم يذكر علّةً لتردّده ممّا بعدُ فی الاستصحاب **و لعلّ وجهه امورٌ:**

منها: عدم حجّية الاستصحاب فی الشكّ فی المقتضی **و ما نحن فيه** من قبيل الشكّ فی المقتضی.

منها: انّ الاستصحاب المذكور، من قبيل استصحاب الكلّی القسم الثّالث **و ما نحن فيه، منه لانّ الضّمان، امرٌ كلّی** له فردانِ: الضّمانُ بالمسمّیٰ والضّمانُ بِالمثل او القيمة والضّمان بالمسمّیٰ، كان موجوداً قبل الفسخ و بعد الفسخ ارتفع قطعاً **حينئذٍ** يُشكّ فی انّه هل تبدّل بضمان المثل والقيمة يعنی تبدّل بفرضٍ آخرٍ من الضّمان ام لا؟

كما اذا علمنا بخروج زيدٍ من الدّار **حينئذٍ،** يشكّ فی انّ عمرواً هل دَخَلَ حين خروج زيدٍ ام لا؟ **يُستصحبُ** بقاءُ الانسان فی الدّار و كما اذا علمنا برفع الحدث الاكبر و يُشكُّ فی تَخَلُّفِ الحدث الاصغر حين رفع الحدثِ الاكبر ام لا؟ يُستصحبُ بقاءُ الحدث و هو من قبيلِ استصحاب الكلّی القسم الثّالث و كما انّ الاستحاضة الكثيرة ارتفعت قطعاً؟ **و لكن** يشكّ فی انّ الجاری فعلاً هل هو دمُ حيضٍ او جروحٌ و قروحٌ يستصحب بقاءُ ا لحدث و هذه الموارِدُ كلّها، من قبيل استصحاب القسم الثّالث و صرّح الشّيخ(ره) فی الفرائد: بعدم جريانه **الاّ ان** يكون من قبيل الشّديد والضّعيف مثل السّواد الشّديد والضّعيف **من الواضح انّ** ما نحن فيه، ليس من هذا القبيل.

والاولىٰ حينئذٍ من الوجهين الآخرين والاقرب منهما فى عدم جريان الاستصحاب فيما نحن فيه حتّى من قِبَل من جَوِّزَ استصحاب القسم الثّالث وجهٌ و جوّز جريانه فى الشّک فى المقتضى **و ذلک** انّ الضّمان فى عقدٍ لم ينفسخ، ليس من الحكم الشّرعىّ و لم يجعل هنا جعلُ ضمان المسمّىٰ بضمان المسمّى والضّمان بالمسمىٰ انّما هو، تعبيرٌ مسامّحىٌ **لانّ** المال قبل فسخه، داخلٌ فى ملكه ولا يُضْمَنُ الانسانُ علىٰ ماله.

فليس هنا للضّمان، فردانِ: فردٌ قد انقضىٰ قطعاً والآخرُ مشكوکُ البقاء حتّىٰ يُستصحبُ الكلّى فالضّمانُ المبحوثُ عنه فى المقام، ليس ضمانَ المسمّىٰ **حيث** لم تكن لضمان المسمّىٰ ماهيةُ الضّمان والتّدارک الّتى هى التّدارک بالمثل والقيمة **فحينئذٍ**، لا يجوز القول بانّه قبل الفسخ، كان ضامناً للعين لما قلنا بانّ المالک، لا يضمَنُ مالَه **بناءً عليه** للاستصحاب حالةٌ سابقةٌ.

الوجه الثّانى للضّمان عمومُ، «**على اليد**» الشّامل لما نحن فيه ثمّ قال(ره) **لكن انّ الضّمانَ و شمول «على اليد» لا يخلو اشكالٍ لانّ** اجازة الشّارع، الفسخَ تجويزُ لوازمه و هو عدم الضّمان فى مدّةٍ كان الّثمن عنده حتّىٰ يردّه الىٰ صاحبه **و يمكن ان يقال:** انّ الشّارع فى اجازة الفسخ، لا نَظَرَ لَهُ الىٰ هذه الاحكام.

اقول: ورد فى باب الضّمانات: انّ اليد علىٰ ثلاثةِ انواعٍ:

يدّ عاديةٌ و يدّ امانىٌّ مالِكىٌّ و يدٌ امانىٌّ شرعىٌّ، يختلف حكم هذه الثّلاثة ففى اليد العادية، الضّمانُ و عدم جواز التّصرف و فى‌اليد الامانىّ المالكىّ، عدم الضّمامن و جواز التّصرف.

و امّا فى النّوع الثّالث فقد وَقَعَ الكلام انّ قاعدة: «**علىٰ اليد**»، تشمله ام لا؟

و علىٰ فرضِ عدم الشّمول، خَرَجَ تخصيصاً او تخصّصاً **و ما نحن فيه**، من القسم الثّالث **لانّ** الطّرف، عَلِمَ بالفسخ و لم يطالب منه **فحينئذٍ** رَضِىَ مالکٌ ببقائه عند الفاسخِ و اَجازَهُ الشّارعُ ايضاً فلا يحرم التّصرفُ فيه **حينئذٍ، وَقَعَ الكلام فى الضّمان ايضاً** و عدمه، وجهانِ بل قولانِ حتّىٰ اتّفق من بعض الفقهاء انّ فى بعض الموارد،

بالضّمان فی مثل المورد و قال بخلاف ذلک فی بعض الموارد **ففی مثل ما نحن فیه** يُبْحَثُ فی ثلاثةِ امورٍ:

الامر الاوّل:

انّ فی مثل المورد، علم الطّرف بالفسخِ و رضاه ببقائه عنده و عدم مطالبته، **هل هو بمنزلة اذنٍ من المالک وکان من قبیل استیمانٍ** مالکیٍّ **غایة الامر** هذا، شیءٌ دلّ علیه الحالُ کما یدّل علیه المقال فی بعض الاوقات ام لم یکن بمنزلة اِنشاء الرّضیٰ؟

اضف الیٰ ذلک انّه واسطةٌ بین الاذن والعدوان **فمن** عدم المطالبة و سلوک المالک و عدم الرّجوع علیه بالعین، لا یکشف اذنَ المالکِ واستیمانه؟

والاکثرُ علیٰ الثّانی الاّان تدلّ قرینةٌ علیٰ کونه بمنزلة الاذن من المالک.

الامر الثّانی: انّ اجازة الشّارع الفسخَ مثل اجازة الشّارع فی اخذ اللّقطة هل تدلّ علیٰ رفع الضّمان ام لا؟

التّحقیق: انّ حکم هذا، یختلف بحسب الموارد ففی موردٍ کانت الاجازة، حَسَنَةً للمالک الواقعیّ، یمکن ان یقال: انّه دلیلُ رفع الضّمان و اَمّا فی مثل المقبوض لمصلحةِ نفسه، فلیس دلیلاً علیٰ رفع الضّمان **لانّه «لیس علیٰ المحسنین من سبیلٍ»**.

فبناءَ علیه انّ فیمامن مجرّد اجازة الشّارع بالفسخ، لا یستفاد منه رفع الضّمان.

الامر الثّالث: انّ المستفادَ من قاعدة **«علیٰ الید... الخ»** خصوصُ الایادی الغاصبة او تشمل کلِّ یدٍ وُضِعَ علیٰ مالِ الغیر و ان لم یکن غاصباً؟

الظّاهر، الثّانی و اَنْ یُتَرایٰ من بعضِ الاعلام کالمحقّق النّائینی(ره)، اختصاص **«علی الید»**، علیٰ الایادی العادیة، یکون الاداء مِغیاةً بالغایة: **«حتّیٰ یُؤدِّیَ»** فعلیه، لا دلیلَ علیٰ الضّمان ولعلّ نظر الشّیخ(ره) بقوله **«فیه اشکالٌ»** الیٰ هذه المطالب او بعضها.

(بسمه تعالی)

تاریخ ۷۱/۲/۱۵

شماره ۴۰۱۰۴

۲۲۶۷۷
تلفن : ۲۲۶۷۶
۲۲۲۳۳

دفتر تبلیغات اسلامی
حوزه علمیه قم

به : دانشکده الهیات وعلوم اسلامی دانشگاه الزهرا

از : واحد مدارج علمی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

موضوع : گواهی مدارج علمی

باسلام :

احتراماً ، عطف به نامه شماره ۳۱۱۱/۳۴/س مورخ ۷۰/۱۲/۱۰ به اطلاع می رساند ،

به موجب مصوبه شماره ۵۶۹۲۲ هیئت محترم وزیران و برابر ارزشیابی و اعلان هیئت ممتحنه ،

گواهی مدارج علمی آقای حسن حقانی فرزند علی شماره شناسنامه ۳۴۵

تاریخ تولد ۱۳۱۳ صادره از زنجان دوره دوم خارج تعیین و به

شماره ۳/۱۱۴ تاریخ ۷۱/۲/۱۵ ثبت گردیده است .

هادی قانع

مسئول واحد مدارج علمی دفتر تبلیغات اسلامی

رونوشت :

آقای حسن حقانی جهت اطلاع

پیش‌گفتار

علم فقه در میان علوم اسلامی از قبیل علم کلام و فلسفه و علم اصول فقه و سایر علوم اسلامی، ویژگی‌هائی دارد که نه تنها سایر علوم بلکه علوم اسلامی، آنها را ندارد **زیرا علم فقه**، علمی است که از احکام شرعی اسلامی و مبانی و ادلّهٔ احکام الهی و تحقیق و بررسی آنها، بحث می‌کند و وظائف انسان‌ها را در رابطه با خود انسانها در میان جامعه و خانواده و حتّیٰ در اَعمال شخصی انسانها در حالات مختلف، حتّیٰ علم فقه، رابطهٔ نزدیکی با کیفیّت زندگی بعد از این دنیا در عالم برزخ و روز قیامت دارد و وظایف و انجام اَعمالی را که زندگی بعد از این دنیای فانی، بآنها نیاز دارد، معیّن و مشخّص می‌کند.

و تنها فقه اسلامی است که رابطهٔ عملی و روحی مخلوقات را با آفریدگار خویش و احکام و مسائل مربوط بآنها، روشن و صریح بیان می‌کند.

یکی دیگر از ویژگی‌های فقه اسلامی این است که اگر به قوانین و دستورات فقهاء دقیقاً عمل شود، باعث رشد و ترقّی و تعالی و تکامل ارواح انسانها و در نتیجه، موجب خوشبختی و سعادت انسانها در دنیا و آخرت می‌گردد.

زیرا بدیهی است زندگی انسان در میان خانواده و جوامع دوران زندگی، اگر بخواهد به سعادت و خوشی و سلامتی جسمی و روحی، منتهی گردد ناچار است از دستورات و قوانین آسمانی درست و تحریف نشده، استفاده کند و این عمل، امکان ندارد جز اینکه از طریق رابطه با مسائل مربوط به فقه و فقاهت و آشنائی با دستورات آسمانی، تأمین گردد و این آشنائی، هنگامی دقیقاً حاصل می‌گردد که از مدارک صحیح و محکم و استوار غیر قابل انکار که تنها از طریق وحی بدست

انسان‌ها و جوامع مختلف بشرها رسیده، استفاده کند.

از این رو، مسائل فقهی، زائیدهٔ فکر بشر نیست **بلکه لازم** است از ناحیهٔ خدای عالم، خالق کلّ مخلوقات که صفات و کمالات بی نهایت دارد القاء شده باشد.

از اینجا است که در علم فقه از منابع اصلی ارتباط با خدای کریم و رحیم و مهربان، استفاده می‌شود.

یکی از این وسائل معتبر و اساسی و زیر بنائی، قرآن، کلام خدا است که حاوی دستورات زندگی مادّی و معنوی در تمام شئون زندگی تمامی انسانها در همهٔ جوامع بشری است و این کلام خدا نیز، از طریق وحی به پیامبر گرامی اسلام طبق آیات قرآن از جمله این آیهٔ شریفه:

«الیوم اکملتُ لکم دینکم واتممت علیکم نعمتی و رضیت لکم الاسلام دیناً»[1] یعنی «امروز دین را برای شما تکمیل و نعمت خود را برای شما کامل و اسلام را برای شما انسانها برای رشد و ترقّی و تعالی، قرار دادم و بآن راضی شدم».

پس، از منابع اصلی علم فقه، یکی قرآن و دیگری هزاران روایات و احادیث نقل شده از طریق صحیح و معتبر از پیامبر وائمّهٔ معصومین می‌باشد.

راستی این ویژگی‌ها را کدام یک از علوم بشری حتّیٰ علوم اسلامی دارد؟

در حوزهٔ علم و عمل اگر از این نوع ویژگی‌ها، استفاده شده باشد قطعاً وجود همهٔ آنها، ناشی از وحی و رابطهٔ پیامبران الهی و معصومین با خداوند خالق تمام موجودات است؛

منتها خداوند، انسان را بگونه‌ای آفریده است که در باطن او، عقل و درایت و هوش نیز قرار داده است که با ویژگیها، سازگاری دارد.

از این رو علم و عمل فقهاء و دانشمندان اسلامی که کارشان و رشتهٔ عملی شان، پردازش و پژوهش و اجتهاد در قرآن و روایات و احادیث و بررسی آنها و استفاده از منابع وحی است، چه اندازه ارزشمند می‌باشد؟

---

۱. المائدة / ۳.

و هر کس نمی‌تواند این مسؤلیّت بزرگ و سنگین را بپذیرد و انجام دهد.

از اینجا لازمست برای انجام این وظیفه، انسانهائی پاک و عادل و مقدّس و صاحب نظر در دستورات الهی دارای اطلاّعات دقیق قرآن و آیات و روایات و احادیث و سایر منابع اصلی اسلامی را داشته باشد.

از اینرو صاحب نظر شدن و اجتهاد همراه خیلی از شرائط از جمله، پاکی و صداقت و درستی و فهم دقیق و غیر آنها از مسائل مهمّی است که باید فقهاء آنها را داشته باشند و از همهٔ آنها بالاتر، ادارهٔ جامعهٔ انسانی از طریق استنباط احکام شرعی و وظائف عملی از منابع اصلی وحی، قرآن و سنّت و اجماع و غیر اینها باید توسّط فقهاء برجستهٔ اسلامی انجام بگیرد.

این شرائط و ویژگی‌ها که نام برده شد، در هیچ یک از علوم اسلامی دیگر موجود نیست زیرا افرادی می‌توانند فیلسوف یا متکلّم و...؛ شوند و فلسفه و علم کلام را بدانند و حتّیٰ تدریس کنند و در عین حال هیچ یک از ویژگی‌های علم فقه را نداشته باشند؛ گر چه آشنائی با اصول و قواعد و ویژگی‌های علم فقه و قرآن و روایات و احادیث معتبر، مهارت و دقّت و فایدهٔ وجودی انسانها را در علم مربوط به خود در فلسفه و کلام و علم اصول فقه و... زیاد می‌کند و خود، افتخاری است و امری مفید است که باعث رشد و ترقّی است.

نتیجهٔ کلام اینکه، وجود این ویژگی‌ها در برخی از انسانهای وارسته، باعث می‌شود که تمام امور اداری یک جامعه، در اختیار فقهاء بوده، نظارت بر امور جامعه و افعال انسانها در شغل‌های مختلف زندگی، داشته باشند.

از این جهت هیچ فردی بعنوان طلبه که وارد حوزه‌های علمیّه اسلامی شود، بی نیاز از سیر تحصیلات فقهی و آشنائی با مبانی فقه اسلامی و قرآن و احادیث نمی‌باشد.

روی این اساس اینجانب نیز ۵۴ سال قبل در زمان مرحوم آیة الله بروجردی و مرحوم آیة الله حجّت وارد حوزهٔ علمیّهٔ قم شدم و بعد از گذراندن مدّت ۱۰

سال مراحل مقدّماتی از صرف و نحو و منطق و فلسفه و علم کلام و استفاده از محضر اساتید بزرگ مربوطه از جمله مرحوم: آیة الله حاج محمد حسین طباطبائی، خود را آماده کردم در دروس خارج فقهای بزرگ آن عهد از جمله امام خمینی و امام راحل رحمة الله پیشوای بزرگ انقلاب اسلامی ایران و مرحوم آیة الله آقای حاج شیخ هاشم آملی لاریجانی و مرحوم آیة الله حاج سیّد کاظم شریعتمداری رحمة الله علیه شرکت کنم.

از این رو مدّت مدیدی در درس «علم اصول فقه» امام راحل، در مسجد سلماسی قم و درس مکاسب امام راحل را تا عقد صبّی تا زمان تبعید امام از ایران و نیز در دروس مرحوم آیة الله آقای حاج شیخ هاشم آملی لاریجانی که از شاگردان برجستهٔ مرحوم آیة الله حاج آقا ضیاء در نجف اشرف بودند، شرکت و از استصحاب تا استصحاب یک دورهٔ کامل علم اصول را بعربی نوشته کاملاً موجود است و آن مرحوم در اواخر عمر خود چندین مرتبه از من خواستند که دورهٔ کامل اصول فقه را تنظیم کنید و من آماده‌ام تمام آنها را اصلاح کنم و بچاپ برسد ولی متأسّفانه در اثر کثرت کار در آن روزها، توفیق بآن عمل، پیدا نکردم ولکن موجود است از خداوند می‌خواهم که مطالب و درسهای مرحوم امام خمینی و مرحوم آیة الله حاج شیخ هاشم آملی نیز بمرحلهٔ چاپ برسد.

و نیز ۲۳ سال از محضر درس مرحوم آیة الله شریعتمداری که در فقه و فقهاهت در آن زمان مشهور بودند در مدرسهٔ فیضیّه زیر کتابخانه، و در مسجد اعظم قم بدون غیبت و همراه ضبط، استفاده کردم و درسهای ایشان را که بزبان فارسی بود هر روز بعد از درس، تبدیل بزبان عربی می‌کردم و نوارهای این درسها نیز اینک موجود است.

در عرض ۲۳ سال استفاده از درس خارج آن مرحوم، تقریباً یک دورهٔ کامل فقه از بیع مکاسب تا آخر خیارات و مباحث: طهارت ـ صوم ـ زکات و خمس و... را حاوی متجاوز از ۷۰۰ دفترچهٔ ۲۰۰ برگی بزبان عربی اینک موجود است.

نکتهٔ قابل ذکر اینکه مقدار بیشتری از مباحث دروس فقه را، خود ایشان در حال حیات خود، مطالعه و بررسی و اصلاح فرمودند و در نتیجهٔ اجازه اجتهاد باینجانب مرحمت فرمودند که در همین مقدّمه و پیش گفتار، متن آن برای اطّلاع خوانندگان عزیز، عرضه می‌گردد.

جالب اینکه مقدار بیشتری از این دفترچه‌ها را، دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیّهٔ قم که مسؤول بررسی و تعیین مراتب علمی طلاّب از دفتر حوزهٔ علمیّهٔ قم و دانشگاهها و هیأت دولت و حکومت اسلامی بودند و در آن زمان زیر نظر آقای عبائی مسؤول اصلی دفتر تبلیغات اسلامی بود مطالعه و بررسی دقیق کرده، سپس اجازهٔ اجتهادی را جداگانه از حوزهٔ علمیّه قم باینجانب ارسال نمودند که اینک در ابتدای شروع این کتاب موجود است مراجعه فرمایید.

خدا را سپاسگزارم که توفیقی داد که این درسها را در آن زمانها که وسائل ضبط و پخش و تحقیق و بررسی بسیار کم بود بدون روزی غیبت تا دو یا سه بعد از نصف شب بیدار مانده، آماده می‌کردم و اینک بتدریج با توفیق خدا، بعد از بررسی مجدّد و دقیق، بشما خوانندگان عزیز و فضلاء و دانشمندان، تقدیم می‌کنم.

تذکّر این نکته نیز در خاتمهٔ پیش گفتار، لازم است که مباحث ارائه شده در چند جلد مربوط به بحث بیع و مسائل مربوط بآن می‌باشد که آخرین دروس، در عرض ۲۳ سال فقه آن مرحوم، محسوب می‌گردد که شروع به چاپ آن می‌شود تا توفیقی باشد که بتوان بقیهٔ مطالب و دروس مربوط به مباحث طهارت و خمس و زکوة و صوم و نیز مباحث مربوط بدروس فقه و دروس علم اصول امام راحل﵀ و دورهٔ کامل علم اصول فقه مرحوم آیة اللّه آقای حاج شیخ هاشم آملی را بتدریج آمادهٔ چاپ کرده، تقدیم دانشمندان و فضلای حوزهٔ علمیّهٔ قم بنمائیم.

و السّلام، حسین حقانی زنجانی

هفت مهر سال ۱۳۸۶ ش

مطابق ۱۷ رمضان سال ۱۴۲۸ هـ ق