

اللَاعُ الْفَقِيْهِيْرَ

قِسْمُ (مُخَيَّلَاتٍ) (٢)

الْجُمُعُ الْحَادِي عَشَرَ

لِرَوْسِ

آيَةُ اللَّهِ الْأَكْتَابُ الشَّيْخُ هَادِي النَّجَفِيُّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى خَيْرِ خَلْقِهِ مُحَمَّدٌ وَآلِهِ
وَاللَّعْنُ الدَّائِمُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ إِلَى قِيَامِ يَوْمِ الدِّينِ
أَمَّا بَعْدُ سَرِحَتُ النَّظَرُ لِلآرَاءِ الْفَقِيهِيَّةِ الَّتِي كَبَّهَا الْفَاضِلُ الْعَالَمُ
عَادَ الْأَعْلَامُ الْعَالَمُ الْمُفْضَلُ

الشَّيْخُ هَادِيُ النَّحْفِيُّ دَامَ تَوْفِيقُهُ

فُوجِدَتْهُ لَطِيفًا فِي نُوْعِهِ حِيثُ ذُكِرَ آرَاءُ الْأَعْظَمِ وَمِنْ ثُمَّ يَتَرَكَّبُ
إِلَى مَوَارِدِ أَجَالِهِ وَتَبَيَّنَ أَغْمَاصَانِهِ؛ وَقَدْ يَقُولُ بِالْتَّقِيَّةِ وَ
الْحَكْمُ بَيْنَ آرَاءِ الْعُلَمَاءِ، فَلَلَّهُ دُرْهَمٌ وَكَثُرَ اللَّهُ أَمْثَالُهُ فِي الْمُحَوَّزَاتِ
الْعَلَمِيَّةِ وَجَعَلَهُ دَعَامَةً مِنْ دَعَائِمِ الدِّينِ بِلَطْفَهُ تَعَالَى وَكَرْمُهُ.

وَالسَّلَامُ عَلَيْهِ وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٢٠ جَادِيُّ ثَانِي ١٤٣٩

تَمَةٌ

أَقْسَامُ الْخَيْرِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُهَنْدَش

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

أما بعد؛ فهذا الجزء الحادي عشر من كتاب الآراء الفقهية المشتمل على دروسي حول خيارات الغبن والتأخير والرؤبة، قد ابتدأت بها في يوم الإثنين الخامس من ربيع الآخر سنة ١٤٤١ (١٨/٩/١٣٩٨ش) وقد فرغت منها في يوم السبت التاسع من جمادي الأخرى سنة ١٤٤٢ (١١/٤/١٣٩٩ش) في مدرسة الصدر بالحوزة العلمية في مدينة اصفهان صانها الله من الحدثان، وأصوات مجلس الدرس موجودة على سايتي على النت ALNajafi.ir ومن أراد فليراجع إليها. وأخذت كلها من بحوث أستاذنا المحقق آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني ¹ دام ظله والفقهى المدقق آية الله العظمى السيد محمد الروحانى ² قدس وأستاذهما مرجع الطائفنة آية الله العظمى السيد أبوالقاسم الخوئي ³ قدس مع تصحيحات، تحقیقات، إضافات وحذف وهم الفضل.

والحمد لله أولاً وآخرأ

٢٦ ربيع الآخر ١٤٤٤

اصفهان- هادی النجفی

-
١. بغية الراغب في مباني المكاسب، بقلم الحجۃ الشیخ نزار آل سبل القطیفی دام ظله.
 ٢. المرتقب إلى الفقه الأرقي، الخيارات، بقلم الشهید آیة الله السيد عبدالصاحب الحکیم قدس.
 ٣. التنبیح في شرح المکاسب، الخیارات، بقلم آیة الله المرجع الشهید الشیخ میرزا علی الغروی قدس ومحبّات الفقاهة في المعاملات، بقلم آیة الله الشیخ محمد علی التوھیدی قدس.

الرابع: خيار الغبن

وهو من الخيارات التي دلّ عليه الدليل العام والسيرة العقلائية وفيه جهات من البحث:

الجهة الأولى: خيار الغبن لغة واصطلاحاً

«الغبن لغة: الخديعة، قال الشيخ ^{فقيه}: (وأصله الخديعة، قال في الصاحح: «هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي»).^{٢١١}

وفي اصطلاح الفقهاء: تملك المال بما يزيد على قيمته، أو تملّكه بأقل من قيمته مع جهل الآخر، أعم من حصول الخديعة وعدمه كما لو كانا جاهلين.

فالنسبة بين المعنين - اللغوي والاصطلاحي - نسبة العموم والخصوص من وجه؛ فمن جهة أخذ الخديعة في الغبن اللغوي - وهي لا تكون إلا في صورة العلم - كان المعنى اللغوي أخص من الاصطلاحي؛ لأن الفقهاء يحكمون بالغبن حتى في صورة الجهل.

١. الصاحح ٢١٧٢/٦، مادة غبن.

٢. المكاسب ٥/١٥٧.

ومن جهة عدم اشتراط كون التفاوت فاحشاً في المعنى اللغوي كان أعم من الاصطلاح؛ إذ لا يحكم الفقهاء بالغبن إذا كان التفاوت متسامحاً فيه.

ثم إن ما تعرض إليه الفقهاء كالشيخ نقش، من بيان المعنى اللغوي للغبن إنما يحسن لو كان العنوان مأخوذاً في لسان الأدلة، كما لو كان المستند دليلاً لفظياً خاصاً ذكرت فيه لفظة الغبن، فيرجع إلى اللغة والعرف لتعيين معناه، وأما مع كون المستند «لا ضرر»، أو عقد المستثنى، أو المستثنى منه في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْسِكُمْ بِالْبَيْطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^١، أو الشرط الارتكازي، أو الإجماع، فلا حاجة للبحث اللغوي؛ لعدم الرجوع إلى اللغة والعرف حينئذ.

نعم، يمكن أن يكون المصحح لما ذكروه، هو أن بعض الأدلة التي استدل بها لخيار الغبن - كما في الجواهر^٢ - رواية لـ«غبن المسترسل سحت»^٣، و «غبن المؤمن حرام»^٤، و «لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل»^٥، وإن كان الاستدلال بها موضع إشكال، ولكن ذكر الغبن فيها مصحح لطرح المعنى اللغوي^٦.

الجهة الثانية: اجماع الطائفة على خيار الغبن

قال السيد العاملی: «المشهور بين الأصحاب ثبوت خيار الغبن كما في المذهب

١. سورة النساء / ٢٩.

٢. جواهر الكلام / ٢٤ / ٧٢ / ٤١ (٤١ / ٢٣).

٣. وسائل الشيعة / ١٨ / ٣١، ح ١، الباب ١٧ من أبواب الخيار، خبر إسحاق بن عمار.

٤. وسائل الشيعة / ١٨ / ٣٢، ح ٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، صحيحة مُيسَرَ.

٥. وسائل الشيعة / ١٧، ح ٧، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة، مرسلة أحمد بن محمد بن يحيى.

٦. بغية الراغب في مباني المكاسب / ٣ / ١٢ - ١١.

البائع^١ وغاية المرام^٢ والروضة^٣ وخصوصاً المتأخرین كما في المسالك^٤ والکفایة^٥ بل كاد يكون إجماعاً بين المتأخرین كما في إيضاح النافع وعليه المتأخرین كما في التنقیح^٦ والشيخ وأتباعه كما في الدروس^٧ وعلماؤنا كما في التذكرة^٨ وإجماع الطائفة كما في الغنية^٩.

وبه صرّح في المبسوط^{١٠} والخلاف^{١١} والوسيلة^{١٢} والغنية^{١٣} والسرائر^{١٤} والشرائع^{١٥} والنافع^{١٦} والتحریر^{١٧} والتذكرة^{١٨} والإرشاد^{١٩} والتبصرة^{٢٠} والدروس^١

-
١. المهدب الباع /٢ ٣٧٤.
 ٢. غاية المرام /٢ ٣٦.
 ٣. الروضة البهية /٣ ٤٦٣.
 ٤. المسالك الأفهام /٣ ٢٠٣.
 ٥. کفایة الأحكام /١ ٤٦٥.
 ٦. التنقیح الرائع /٢ ٤٧.
 ٧. الدروس الشرعية /٣ ٢٧٥.
 ٨. تذكرة الفقهاء /١١ ٦٨.
 ٩. غنية التزوع / ٢٢٤.
 ١٠. المبسوط /٢ ٨٧.
 ١١. الخلاف /٣ ٤١، مسألة ٦٠.
 ١٢. الوسيلة / ٢٢٧.
 ١٣. غنية التزوع / ٢٢٤.
 ١٤. السرائر /٢ ٢٤٩.
 ١٥. شرائع الإسلام /٢ ٢٢.
 ١٦. المختصر النافع / ١٢١.
 ١٧. تحرير الأحكام /٢ ٢٨٨.
 ١٨. تذكرة الفقهاء / ١١ ٦٨.
 ١٩. إرشاد الأذهان / ١ ٣٧٤.
 ٢٠. تبصرة المتعلمين / ٩٠.

واللمعة^٢ والحواشي المنسوبة إلى الشهيد^٣ والتفقيح^٤ وغاية المرام^٥ وجامع المقاصد^٦ وتعليق الإرشاد^٧ وإيضاح النافع والميسية والمسالك^٨ والروضۃ^٩ ومجمل البرهان^{١٠} صرّح يحيى بن سعيد في جامع الشرائع^{١١} في مسألة تلقی الركب، وكذا المصنف في نهاية الإحکام^{١٢} إن قلنا: إنَّ المُسَأَّلَتَيْنَ مِنْ سُنْخٍ وَاحِدٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ بَعْضُهُمْ^{١٣}.

وينبغي أن يكون مذهب القاضي^{١٤} لأنَّه من أعاظم أتباع الشيخ، وقد نسبه الشهيد^{١٥} إلى الأتباع، ولم يحضرني من كتبه إلَّا الجوهر.

وهو ظاهر باقي المتأخرین^{١٦} من شارحين ومحشین. وإن كانت مسألة التلقی من سُنْخٍ هذه المُسَأَّلةَ كان جمیع المتأخرین مصَرِّحین بِهِ إلَّا مِنْ شَدَّ. وقد أسبغنا

١. الدروس الشرعية / ٣٧٥.
٢. اللمعة الدمشقية / ١٢٨.
٣. لم نعثر عليه في حواشی الشهید الموجودة لدينا.
٤. التفقيح الرائع / ٤٧.
٥. غایة المرام / ٢٣٦ و ٤٥.
٦. جامع المقاصد / ٤٢٩٤.
٧. حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وأثاره: ج ٩) في الخيار / ٣٩٣.
٨. مسالك الأفهام / ٣٢٠.
٩. الروضۃ البهیة / ٣٤٦.
١٠. مجمع الفائدۃ والبرهان / ٨٤٠٣.
١١. الجامع للشرع / ٢٥٧.
١٢. نهاية الإحکام / ٢٥١٧.
١٣. كالعلامة في تذكرة الفقهاء / ١١٦٩.
١٤. المهدب البارع / ١٣٦١.
١٥. الدروس الشرعية / ٣٥٨.
١٦. كربلاض المسائل / ٨١٩؛ إيضاح الفوائد / ١٤٨٤؛ فوائد القواعد / ٦١٣ و ٦١٤؛ كشف الرموز / ١٤٥٨؛ غایة المراد / ٢٩٩.

الكلام^١ فيها بما لا مزيد عليه.

وكم من حكمٍ معروضٍ مشهورٍ خلت عنه المقنعة والإنتصار والمراسم، فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا يورث ريبة فيه. وأمّا الهدایة والمقنع فقد خلا عنهمَا أكثر الأحكام، وأبو عليٍّ لم يزل موافقاً للعامة. وقد نقل في الخلاف^٢ مخالفة أبي حنيفة والشافعى ومالك وأبى يوسف لنا في هذا الفرع، وسكت عن باقى علمائهم، على أنَّ الشهيد^٣ إنما نسب الخلاف إلى ظاهر أبي عليٍّ وأمّا المحقق فما كنَّا لنلتفت إلى ما ينقل عنه في الدروس^٤ مع ما نشاهده منه.

فقد ظهر أنَّ قول الشهيدين^٥ ومن تأخر عنهمَا^٦ «إنَّ أكثر القدماء لم يذكروه» كأنَّه لم يصادف مخزَّه كما عرفت، ولا وجه أصلًاً لاستظهار صاحب الكفاية^٧ عدم ثبوت الإجماع، وقوله «للتأمُّل فيه مجال» وقد تبعه على ذلك صاحب الحدائق^٨.^٩ . وذكر صاحب الجواهر أنَّ الإجماع «بعد التتبع الحجة»^{١٠}.

١. تقدَّم في ٢/٣٤٨-٣٣٣.

٢. الخلاف ٣/٤١-٤٢، مسألة ٦٠.

٣. الدروس الشرعية ٣/٢٧٥.

٤. المصدر السابق.

٥. المصدر السابق؛ مسالك الأفهام ٣/٢٠٣.

٦. منهم الفاضل المقداد في التبيح الرائع ٢/٤٧؛ والبحاراني في الحدائق الناصرة ١٩/٤٠؛ وأبوالعباس في المهدَّب البارع ٢/٣٧٤.

٧. كفاية الأحكام ١/٤٦٦.

٨. الحدائق الناصرة ١٩/٤١-٤٠.

٩. مفتاح الكرامة ١٤/٢٢٥-٢٢٢.

١٠. الجواهر ٢٤/٧٢ (٤١/٢٣).

ولكن قد يستشكل في ثبوت هذا الاجماع صغرى وكبرى:

أما الصغرى: ففيه اشكالان

«الأول: خلوّ كلمات عدّة من القدماء عن ذكره، وعدم التعرض وإن كان أعم من إنكاره، فلا يكشف عن المخالفة إلّا أنه في مثل المقام يدل على النفي؛ وذلك لأنّه حينما يتعرض الفقيه لأقسام الخيار، ويكون في مقام تعدادها واستقصائها، ويذكرها ولم يذكر خياراً معيناً، ولم يذكر ما يعمّه يكون عدم ذكره ظاهراً في نفيه، والّا لم يكن معنى لعدم ذكره مع القول به وهو في صدد تعدادها.

الثاني: ما نقل من إنكار المحقق ^{قدس} له في مجلس درسه.^١

الجواب عن الإشكال

ويندفع الثاني بأن المحقق ^{قدس} ذكره في الشرائع رابع الخيارات^٢، وما ذكره في الشرائع مقدم على ما نقل عنه في مجلس الدرس.

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه
ولكن المحقق الرشتي ^{قدس} قال: بأن المورد من موارد تعارض الكتابة مع القول، فالمكتوب في الشرائع معارض لقوله ^{قدس} في الدرس، وقد تقرر في محله تقديم القول على الكتابة عند التعارض، فلا ينعقد الإجماع مع مخالفة المحقق ^{قدس}.^٣

ويرد عليه: أن ما أفاده ^{قدس} تام في بعض الموارد، كما هو الحال في الوصية؛ فإنهم قالوا - وهو الصحيح - أنه لو تعارض ما هو مكتوب في الوصية مع وصيته القولية

١. حكاه الشهيد ^{قدس} في الدروس ٣/٢٧٥؛ حيث قال: «وربما قال المحقق في الدرس: بعدم خيار الغبن».

٢. الشرائع ٢/٢٧٧؛ حيث قال: «الرابع: [خيار الغبن] من اشتري شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتخابين به، كان له فسخ العقد إذا شاء».

٣. فقه الإمامية، قسم الخيارات / ٣٨٧

فالقول هو المقدم؛ والسر في ذلك أن القول صريح في الإنشاء، ولا يحتمل عرفاً إرادة خلاف ما يظهر منه؛ تمسكاً بأسالة الجد، وأما الكتابة فهي قاصرة الدلالة على إنشاء الوصية؛ إذ يحتمل أن الموصي كتب ذلك لينظر فيه فيما بعد، ثم ينشيء الوصية فالوصية القولية دالة على الإنشاء دلالة قطعية بحسب سيرة العقلاء، وأما الوصية الكتابية فهي ليست بتلك المنزلة، بل تحتاج إلى إقامة القرينة، وعلى هذا أفتى الفقهاء بتقديم القول على الكتابة في الإنسانيات، دون الإخباريات.

وما نحن فيه ليس صغرى لتلك الكبرى؛ فإن بناء الدرس على النقض والإبرام، وتشريح الأذهان، بخلاف ما هو مدون في كتاب الفتوى، فهو مقام الاختيار وبيان الرأي، فلا يعارضه القول.

نعم لو استفتي المحقق^١ وأجاب بالقول، فهو معارض للكتابية، ولا وجه لتقديم القول أيضاً؛ لكون كل منها في مقام الفتوى وبيان الرأي، فينبغي أن يلاحظ تأريخ صدر وهم ما يؤخذ بالتأخر إن عرف وإلا جرت قاعدة مجهولي التاريخ.

فالحق أن المحقق^٢ غير مخالف قطعاً، بل هو قائل بأن خيار الغبن أحد أقسام الخيارات، وإنما الإشكال في الإجماع من الجهة الأولى، أي عدم تعرض عدّة من الفقهاء المتقدمين في متونهم الفقهية له مع كونهم في مقام استقصاء أقسام الخيار.^٣

الإشكال في كبرى الإجماع

ثم إن الإجماع محل إشكال من ناحية الكبرى؛ فإنه مدركي؛ حيث استند المجمعون إلى آية ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرِيَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^٤، أو إلى قاعدة «لا ضرر»، أو إلى الشرط الارتكازي، فما أفاده صاحب الجواهر^٥ من نوع صغرى وكبرى^٦.

١. وقد عرفت جوابه من كلام السيد العامل^٧ في مفتاح الكرامة. كما مر آنفًا [المؤلف].

٢. سورة النساء / ٢٩.

٣. بغية الراغب في مباني المكاسب / ٣ (١٧-١٥).

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن

١- قوله تعالى: «إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرِيَةً عَنْ تَرَاضٍ»^١

استدل العلامة بعقد المستثنى من هذه الآية الشريفة وقال: «ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض»^٢؛ فإن المعاملة بين الطرفين مبنية على التساوي بين الثمن والمثمن في المالية، ومع عدمه لا تكون تجارة عن تراض.

اشكال صاحب الجوادر على العلامة

وأورد عليه صاحب الجوادر^٣: بحصول الرضا الفعلي بالمعاملة بين الطرفين، وإن كان الداعي له الجهل بالقيمة، وما عليه المدار هو الرضا الفعلي بها، وإن ل كانت باطلة، وعدم الرضا تقديري، بمعنى أنه لو علم لم يرض، وهو غير مضر بالمعاملة.^٤

دفع الشيخ عن العلامة

وأجاب عنه الشيخ^٥ بتوجيهه استدلال العلامة^٦ بقوله: «إِنْ رَضَا الْمَغْبُونَ بِكُونِ مَا يَأْخُذُهُ عَوْضًا عَمَّا يَدْفَعُهُ مَبْنِي عَلَى عَنْوَانِ مَفْقُودٍ، وَهُوَ عَدْمُ نَقْصَهُ عَنْهُ فِي الْمَالِيَّةِ، فَكَانَهُ قَالَ: «اَشْتَرَيْتُ هَذَا الَّذِي يَسَاوِي دَرْهَمًا بَدْرَهُمْ»، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَسَاوِي دَرْهَمًا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ راضِيًّا بِهِ عَوْضًا».^٧

فلم يثبت الرضا بقول مطلق، ولم ينفه كذلك.

وبهذا المقدار من التوجيه لا يرفع الإشكال بالمرة، بل يبقى إشكالاً: **الأول**: أنه إذا كان الرضا مبنياً على تساوي الثمن والمثمن في المالية، فمع عدمه ينتفي الرضا، فيلزم البطلان.

١. التذكرة ٦٨ / ١١.

٢. جواهر الكلام ٧٣ / ٢٤ (٤٢ / ٢٣).

٣. المكاسب ٥ / ١٥٨.

الثاني: بما أن الرضا منوط بالتساوي في المالية، والفرض أنه مفقود فلا يفيده الرضا اللاحق.

أجاب الشيخ تَسْبِّحُ عَنِ الْأَوَّلِ **بقوله:** «لكن لما كان المفقود صفة من صفات البيع - ولم يكن من مقوماته - لم يكن تبيّن فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة، التي لا يوجب تبيّن فقدها إلّا الخيار»^١، كما هو الحال في تخلف الكتابة عن العبد والعربيّة عن الفرس.

وأجاب عن الثاني بقوله: «فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعرض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكره»^٢؛ فإن ما نحن فيه لم يكن البيع من الفضولي، ولا من المكره، بل كان من المالك المختار، فالرضا المتعقب موجب لصحة البيع بطريق أولى من بيع الفضولي والمكره المتعقبين بالرضا.

مناقشة الشيخ للعلامة
ثم أورد تَسْبِّحُ عَلَى العلامة بِهِ إِسْكَالِينَ:

الأول: استدلال العلامة بِهِ إِسْكَالِينَ يتوقف على كون الوصف المذكور - أي تساوي الشمن والمثنى في المالية - عنواناً لا داعياً وهو ليس كذلك.

توضيح ذلك: أن الداعي لا يقع تحت الإنشاء، ولا يتعلّق بالإنشاء به، فتختلفه لا يؤثر في المعاملة، من حيث البطلان، ولا اللزوم، فلا تقع باطلة، ولا تكون جائزة، وذلك من قبيل ما لو اشتري الرجل المتّاع بداعي مجّيئ الضيف له، فتبيّن عدم مجّيئه؛ فإن ذلك لا يخلّ بصحّتها، ولا بلزومها.

١. المكاسب ١٥٩/٥

٢. المكاسب ١٥٩/٥

وأما العنوان فيقع تحت الإنشاء، فإن كان من العناوين المقومة للبيع، وأخذ في مقام الإنشاء، أوجب تخلفه بطلان المعاملة، كما لو اشتري العبد، فتبيّن جارية، وإن كان من الأوصاف أثر في اللزوم، فأوجب تخلفه الخيار، كما لو اشتري العبد الكاتب، فتبيّن عدم كونه كاتباً.

والتساوي في المالية، ليس منها، بل أخذ بنحو الداعي للمعاملة؛ فإن الداعي له، أن لا يكون مغبناً، وأن يأخذ بقيمة ما أعطى، وتأخر الداعي لا يوجب بطلان المعاملة، ولا تزلفها.

الثاني: أن لو كان من العناوين، فهو غير مؤثر أيضاً، ما لم يؤخذ في متن العقد، كأن يقول: «اشترت الماتع بدرهم على أن يكون مساوياً له في المالية»، أو «بعثك هذا العبد على أن يكون كاتباً»، وما لم يؤخذ فيه - كما هو الحال في المقام - لم يكن تخلفه موجباً للخيار.^١

رد مناقشة الشيخ للعلامة
وهنا جهتان من البحث:

الجهة الأولى: في كون التوجيه رافعاً لأشكال صاحب الجواهر^٢ وعدمه، والذي يظهر من الشيخ^٣ - مع قطع النظر عن إشكاليه - أنه رافع له؛ ولكنّه بعد ذكره الإشكاليين قال: «ولو أبدل^٤ هذه الآية بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾ كان أولى».^٥

الجهة الثانية: في إشكالي الشيخ^٦، والصحيح عدم ورودهما على العلامة^٧:
أما الأول؛ فلأن الغرض الأول عند العقلاء في معاملاتهم البيعية هو حفظ

١. المكاسب / ٥ ١٩٥.

٢. سورة النساء / ٢٩.

٣. المكاسب / ٥ ١٥٩.

المالية، وعدم دخول النقص فيها، وهذا ما يشير إليه أصل تعريف البيع لغة، بأي تعريف عَرَفَ، سواء أعرَفَ بمبادلة مال بمال، أم بتمليك عين بعوض، أو بالتبديل في طرف الإضافة.

وببناء على هذا البناء العقلائي يكون جعل التساوي في المالية من العناوين المقصودة عندهم، وأن الإنشاءات واردة على هذه الخصوصية، فلا يشتري العاقل المتعاب بألف دينار، بنحو مطلق، أي حتى لو كانت قيمته بنصفه، فالمعاملة من الأول مقيدة بأن لا تنقص قيمة المتعاب عن هذا المبلغ بالنحو المتعارف، فعدم كونه مغبوناً من القيود المأخوذة في العقد.

نعم، لا شك أن كل واحد من المتابعين يريد أن يحصل على ربح كبير، ولكن ما يريده راجع إلى هوى النفس، وأما ما عند العقلاء - بِهَا هُم عُقلاء - فهو الربح بالنحو المتعارف، فلا تزيد القيمة زيادة فاحشة لا يتسامح فيه، وأما ما يتسامح فيه، فلا مانع منه، ولم يمنع منه الفقهاء.

وعليه، فإنكار كون التساوي من العناوين المقصودة في الإنشاء منوع بلا تأمل. وأما الثاني: فلأن الخصوصية [التساوي] - سواء أكانت من العناوين، أم من الأوصاف، أم من القيود - إن كانت مركبة في أذهان العقلاء، فيكفي ذلك أن يكون العقد مبنياً عليها، وإن لم تذكر في متن العقد، ويكفي في تحقق عنوان الشرط ومفهومه، أن يكون العقد مبنياً عليها.

وبعبارة أخرى: إن القيود والعناوين، إن كانت من الأغراض الشخصية، التي يتعلق به غرض صاحب المعاملة، فلابد لتحقق كونها شرطاً من ذكرها في متن العقد. وإن كانت من الأغراض النوعية، التي يتعلق بها غرض العقلاء، فبناؤهم على إنشاء المعاملة مبنياً عليها، فتكون شرطاً فيها، فمثلاً من الخصوصيات التي يوجب تخلفها اختيار مع عدم ذكرها في متن العقد، هو بناء كل معاملة على تسليم الثمن

واستلام المثمن، فلو سلم أحدهما ما عليه دون الآخر كان للأول الخيار؛ وذلك لأن هذه الخصوصية مرتكزة في أذهان العقلاة، أي أنه أخذ التسليم والاستلام بعد تامة كل معاملة في ذهنهم، فيكون تخلفها منشأً للخيار، من غير حاجة لأنزها في متن العقد.

الصحيح في الإشكال على استدلال العلامة
 وأما أصل استدلال العلامة فهـو غير تام أيضـاً؛ وذلك لأن الرضا في المعاملة غير مهمـل قطـعاً، فإما أن لا يحصل الرضا مطلقاً في فرض عدم التساوي في المالية، فلا تـصـحـ المعـاملـةـ؛ لأنـ التـراـضـيـ قـيدـ فـيـهـ؛ بـمـقـضـيـ قـوـلـهـ تـعـالـىـ: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرِيَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، والمـشـروـطـ عدمـ عـنـدـ شـرـطـهـ.
 وإنـا أـنـ يـحـصـلـ الرـضاـ بـنـحـوـ مـطـلـقـ، حـتـىـ معـ فـرـضـ عدمـ التـساـويـ فـيـ المـالـيـةـ.
 فـالـمـعـاملـةـ صـحـيـحةـ، وـلـازـمـةـ بـلـاـ إـشـكـالـ.

وـإـنـا أـنـ يـحـصـلـ الرـضاـ، مـعـلـقاًـ عـلـىـ التـساـويـ فـيـ المـالـيـةـ، فـتـبـطـلـ المـعـاملـةـ أـيـضاًـ؛
 بـمـقـضـيـ التـعـلـيقـ المـجـمـعـ عـلـىـ بـطـلـانـهـ.

وـعـلـيـهـ فـالـاسـتـدـلـالـ بـالـآـيـةـ عـلـىـ صـحـةـ الـمـعـاملـةـ مـعـ الـخـيـارـ باـطـلـ عـلـىـ جـمـيـعـ تـقـادـيرـ
 الـمـسـأـلـةـ؛ لـدـورـانـهـ بـيـنـ الصـحـةـ وـالـلـزـومـ، أـوـ الـبـطـلـانـ، وـالـخـيـارـ فـرـعـ الصـحـةـ﴾^٢.

٢- قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِإِلْبَطْلِ﴾^٣

تـقـرـيبـ الـاسـتـدـلـالـ بـهـذـهـ الـآـيـةـ عـلـىـ وـجـهـيـنـ:

١. لما ذكرنا في بيع الفضولي من أن صحة المعاملات مستندة إلى استنادها إلى أربابها ولا يدخل فيها الرضا فالاستدلال باطل من رأسه. ثم بعد العدول عن الاستناد يجري في المقام ما ذكره الاستاذ المحقق [المؤلف].

٢. بغية الراغب في مباني المكاسب (٣/٢٣-١٧).

٣. سورة البقرة / ١٨٨ و النساء / ٢٩.

«أحد هما: ما أفاده شيخنا الأنباري^١ وملخصه: أن لليبع مع [الغبن] صور ثالث، الأولى: البيع قبل انكشاف الغبن وقبل الرضا به.

الثانية: البيع بعد انكشاف الغبن وبعد عدم الرضا به.

الثالثة: البيع بعد انكشاف الغبن مع الرضا به.

أما الصورة الأخيرة: أعني البيع فيما إذا انكشف الغبن ولكن المغبون رضي بعنه، فلا إشكال في صحته وعدم كون ذلك من الأكل بالباطل لغرض رضاه بالغبن فهي صحيحة ولو بالأولوية المستفادة مما دل على صحة بيع المكره فيما إذا رضي به بعد الاكراه.

وأما الصورة الثانية: فهي من أكل المال بالباطل، إذا المفروض عدم رضا المغبون بالغبن، فتكون المعاملة حينئذ مصداقاً للأكل بالباطل وهو حرام وفاسد.

وأما الصورة الأولى: فلازم ما ذكرناه في الصورة الثانية وإن كان هو بطلانها أيضاً، لأن مقتضى قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْتَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾ هو عدم جواز أكل أموال الناس بغير رضي منهم، والمفروض في الصورة الأولى عدم رضا المغبون لعدم علمه بالحال، ومع عدم الرضا لا تكون المعاملة صحيحة ومن التجارة عن تراضٍ فلا حالة تقع فاسدة، إلا أنها خبر جنا عن مقتضى الآية المباركة في الصورة الأولى بالاجماع القائم على صحة المعاملة قبل انكشاف الغبن وقبل رضا المغبون هذا ما أفاده شيخنا الأنباري^٢ في تقرير الاستدلال بالأية المباركة.

ويرد عليه وجوه:

الأول: أن لازم هذا الكلام أن تكون المعاملة الغبنية باطلة من غير حاجة في رفعها إلى الفسخ، إذا المفروض أنها أكل للمال بالباطل فلا يحتاج في رفعها إلى الفسخ

مع أئمّهم لا يلتزمون بالبطلان قبل فسخها. [ولا يثبت الخيار].

الثاني: أنّ خروج الصورة الأولى بالاجماع ليس من جهة إجماع تعبدّي قام على صحتها مع كونها من الأكل بالباطل، فإنّ الآية آية عن التخصيص، بل صحتها من جهة التخصّص وعدم كونها من قبيل أكل المال بالباطل^١ لا أنه منه، إلّا أنّا خرجننا عن بطلانها بالاجماع.

الثالث: أنّ البيع في الصورة الثانية ليس من الأكل بالباطل، وذلك لأنّ معنى الآية كما تقدم أنه لا تأكلوا أموال الناس بوجه من الوجوه ويسبب من الأسباب إلّا بالتجارة عن تراضٍ، وحيثند فتكون المعاملة عن تراضٍ مبایناً وقسيماً لأكل مال بالباطل وفي مقابله لا من قبيل الفرد والقسم للأكل بالباطل.

وعليه فنقول: إذا كانت المعاملة قبل انكشاف الغبن معاملة صحيحة وكانت مع التراضي أيضاً لفرض أنه جاهل بالغبن وجهمه به هو الذي بعثه على المعاملة عن الرضا، وبالجملة كانت المعاملة قبل انكشاف الغبن تجارة عن تراضٍ فكيف تنقلب هذه المعاملة الواقعية عن الرضا إلى أكل مال بالباطل بعد انكشاف الغبن وذلك لما عرفت من أنها متقابلان فما يكون مصداقاً لأحدهما كيف يكون منقلباً إلى الآخر ومصداقاً له، وهذا ظاهر.

الوجه الثاني في تقريب الاستدلال بالآية المباركة: ما أفاده [المحقق الناتي] من أنّ المراد بالتجارة في الآية المباركة ليس هو التجارة بالمعنى المصدرى، بل المراد بها المعنى الحالى من المصدر الذى له بقاء، وهذه التجارة التي لها بقاء يعتبر أن تكون مورداً للرضا بحسب الحدوث والبقاء، وعليه فإذا انكشف الحال

١. لأنّ الاستناد إلى المالكين في هذه المعاملة موجودة وهو يخرجها عن كونها من الأكل بالباطل كما مر مراراً وتكراراً [المؤلف].

٢. منية الطالب ٣/١٠٩-١٠٨.

ولم يكن المغبون راضياً بالمعاملة الغبية فلا م حالـة تـعـقـعـ المعـاـمـلـةـ باـطـلـةـ، لأنـهاـ بـحـسـبـ الحـدـوـثـ وإنـ كـانـتـ مـتـعـلـقـةـ لـلـرـضـاـ إـلـاـ أـنـهاـ بـحـسـبـ الـبـقـاءـ خـارـجـةـ عنـ الرـضـاـ فـتـكـوـنـ دـاـخـلـةـ فـيـ الـأـكـلـ بـالـبـاطـلـ، نـعـمـ لـوـ كـانـ رـاضـيـاـ بـهـاـ بـعـدـ الـاـنـكـشـافـ فـلـاـ مـحـالـةـ تـكـوـنـ المعـاـمـلـةـ مـصـدـاـقاـ لـلـتـجـارـةـ عـنـ تـرـاضـ وـتـشـمـلـهـاـ الـآـيـةـ الـشـرـيفـةـ مـنـ غـيرـ حـاجـةـ إـلـىـ الـاـسـتـدـلـالـ بـهـاـ وـرـدـ فـيـ صـحـةـ الـبـيـعـ الصـادـرـ عـنـ الـاـكـرـاهـ.

[وـيـرـدـ عـلـيـهـ]: وـهـذـاـ الـوـجـهـ أـيـضاـ يـلـحـقـ بـالـوـجـهـ السـابـقـ فـيـ أـنـهـ لـاـ يـرـجـعـ إـلـىـ مـحـصـلـ، وـذـكـرـ

أـمـاـ أـوـلـاـ: فـلـاـنـ لـازـمـهـ كـمـاـ أـشـرـنـاـ إـلـيـهـ آـنـفـاـ بـطـلـانـ الـمـعـاـمـلـةـ بـمـجـرـدـ انـكـشـافـ الـغـبـنـ مـعـ دـرـرـ الـرـضـاـ مـنـ غـيرـ حـاجـةـ وـتـوـقـفـ عـلـىـ فـسـخـ، مـعـ أـنـهـمـ لـاـ يـلـتـزـمـونـ بـالـبـطـلـانـ قـبـلـ فـسـخـهـاـ.

وـأـمـاـ الثـانـيـ: فـلـاـنـ الـمـعـتـبـرـ فـيـ صـحـةـ الـمـعـاـمـلـاتـ هـوـ تـعـلـقـ الـرـضـاـ بـهـاـ بـحـسـبـ الحـدـوـثـ فـقـطـ سـوـاءـ تـعـلـقـ بـهـاـ الـرـضـاـ بـحـسـبـ الـبـقـاءـ أـيـضاـ أـمـ لـمـ يـتـعـلـقـ، وـهـذـاـ كـمـاـ إـذـاـ بـاعـ ثـمـ اـرـتـفـعـتـ الـقـيـمـةـ الـسـوـقـيـةـ فـنـدـمـ الـبـاعـ وـلـمـ يـرـضـ بـالـتـجـارـةـ بـقـاءـ، فـإـنـ الـمـعـاـمـلـةـ صـحـيـحةـ حـيـثـيـذـ بـلـ إـشـكـالـ، وـلـمـ يـقـمـ دـلـيـلـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ الـرـضـاـ بـالـمـعـاـمـلـاتـ بـحـسـبـ الـبـقـاءـ أـيـضاـ وـلـعـلـهـ ظـاهـرـ. فـالـاـنـصـافـ أـنـ الـآـيـةـ لـاـ دـلـالـةـ لـهـاـ عـلـىـ خـيـارـ الـغـبـنـ بـوـجـهـ^١.

٣- ثبات خيار الغبن بروايات تلقي الركبان

قال العـلـامـةـ: «وـلـاـنـ النـبـيـ رـبـ الـكـرـبـلـاـ أـثـبـتـ الـخـيـارـ فـيـ تـلـقـيـ الرـكـبـانـ وـإـنـمـاـ أـثـبـتـهـ لـلـغـبـنـ^٢.

قد وـرـدـتـ الـرـوـاـيـاتـ الـعـامـةـ^٣ فـيـ تـلـقـيـ الرـكـبـانـ مـنـ أـنـهـمـ إـذـاـ وـرـدـوـاـ الـسـوـقـ وـرـأـواـ

١. التـقـيـحـ فـيـ شـرـحـ الـمـكـاـبـ، الـخـيـارـاتـ /٣٨ـ (٢٨٣ـ-٢٨١ـ).

٢. تـذـكـرـةـ الـفـقـهـاءـ /١١ـ /٦٩ـ.

٣. صـحـيـحـ مـسـلـمـ /٣ـ، ١٥٧ـ، حـ ١٧ـ؛ سـنـنـ أـبـيـ دـاـودـ /٣ـ، ٢٦٩ـ، حـ ٣٤٣٧ـ؛ سـنـنـ التـرـمـذـيـ /٣ـ، ٥٢٤ـ، حـ ١٢٢١ـ؛ سـنـنـ الـبـيـهـقـيـ /٥ـ، ٣٤٨ـ؛ مـسـنـدـ أـحـمـدـ /٣ـ، ٢٦٩ـ، حـ ٩٩٥١ـ.

اختلاف القيمة السوقية وزيادتها على الثمن الذي باعوا به، فلهم الخيار وليس هذا الخيار إلا من أجل غبنهم.

ويرد عليه أولاً: هذه الروايات «إنما نقل بطريق العامة وليس منه في مجتمعنا عين ولا أثر، فلا يمكننا الاعتماد عليه حتى على تقدير القول بانجبار ضعف الروايات بعمل المشهور على طبقها، وذلك لأنه لم يثبت كونها رواية حتى تنجر بعمل المشهور»^١.

وثانياً: لو تم سند هذه الروايات يمكن المناقشة في دلالتها: «إذ غاية ما تفيده هذه الروايات هو ثبوت خيار الغبن في هذا المورد الخاص، ولا إطلاق فيها ولا عموم، والعمم لموارد الغبن الأخرى يتوقف على إلغاء الخصوصية، ولا يكون ذلك إلا مع القطع، أو مع تقييح المناط القطعي، واحتمال الخصوصية في المورد كافي لرفع اليد عن الإلغاء، فتكون المسألة من موارد مسألة دوران أمر المخصص المنفصل المجمل بين الأقل والأكثر، والقاعدة فيه التمسك - فيما زاد عن القدر المتيقن - بالعام، وهو هنا أصلالة اللزوم»^٢.

٤- قاعدة لا ضرر

أُستدلّ بقاعدة لا ضرر على ثبوت خيار الغبن وقد عدّه الشيخ الأعظم^٣ من أقوى الأدلة في إثباته.

بتقرير: لزوم المعاملات الغبية حكم يوجب تضرر المغبون فهو مرتفع بقاعدة لا ضرر فإذا ارتفع اللزوم فيثبت الخيار إذ لا واسطة بينهما.

١. التقييح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨ / ٢٨٤.

٢. بغية الراغب في مباني المكاسب ٣ / ٣٥.

٣. المكاسب ٥ / ١٦١.

ويرد عليه: **أولاً**: ما أورده المحقق الخراساني «من أنّ حديث نفي الضرر على تقدير جريانه في المقام فغاية ما يتربّط عليه هو نفي اللزوم في المعاملة، وأمّا إثبات الخيار بحيث يقبل الاسقاط وينتقل إلى الورثة بالموت وغيرهما من أحكام الخيار فلا، لأنّ نفي اللزوم أعم من الخيار لا مكان نفي اللزوم بالحكم بجواز المعاملة جوازاً حكمياً غير قابل للاسقاط ولا الانتقال إلى الورثة بالموت. بالجملة: أنّ غاية ما يثبت بحديث نفي الضرر هو رفع اليد عن اللزوم وعن وجوب الوفاء بالعقود وأمّا إثبات الخيار فلا، هذا.

وفيه: **آثاً** ذكرنا سابقاً أنه لا فرق بين الجواز الحقي والحكمي بحسب الذات وإنما هما من سنسخ الأحكام، ولكنها على قسمين فبعضها مما اختياره بيد المكلف من حيث إسقاطه وبعضها الآخر ليس راجعاً إليه، فإذا فرضنا شمول حديث نفي الضرر للمقام وقلنا إنّ لزوم المعاملة ضرري فهو مرتفع بالحديث، فلا محالة يثبت بذلك الجواز أعني كون العقد قابلاً للفسخ، وهذا المقدار من الجواز أي قبول العقد للفسخ هو الذي يمكن أن يتکفله حديث نفي الضرر، إذ بهذا المقدار يرتفع الضرر لا محالة ومعه لا يثبت به أمر زائد، فلذا سيأتي أن المدرك في خيار الغبن لو كان هو حديث نفي الضرر، فلا محالة يكون الخيار فورياً بمعنى أنه إنما يثبت الخيار في مقدار من الزمان الذي يتمكن فيه من الفسخ، إذ بهذا المقدار من الخيار يرتفع الضرر فلا يثبت له الخيار بأزيد من هذا المقدار.

وكيف كان، فالمقدار الثابت في المقام بحديث نفي الضرر عدم لزوم العقد وقبوله الفسخ، وأما الأزيد من ذلك فلا، وعليه فلا يمكننا إثبات الالزام بهذا الجواز بالحديث بأن نقول إنّ الحديث يثبت الجواز الحكمي أي الجواز اللازム وعدم قبوله الاسقاط، وذلك لأنّه أمر خارج عما يرتفع به الضرر، لما مرّ من أنه إنما يرتفع بنفس قبول العقد للفسخ وأمّا كون الجواز لزومياً فلا، بل لا يمكن أن يتکفله الحديث لأنّه

على خلاف الامتنان، وأيّ امتنان في إلزام المغبون بالبقاء على الجواز وعدم تمكّنه من إسقاطه، فبذلك نقول إنّ الثابت بحديث نفي الضرر جواز العقد وقبوله الفسخ من دون إلزام بهذا الجواز، فيما أنّ الجواز ليس إلزامياً فله إسقاطه ورفع اليد عنه فإذا جاز له رفع اليد عنه فتجوز المصالحة عليه في مقابل شيء بأن يرفع اليد عن الجواز بكمّ مقدار من المال.

وأمّا انتقاله إلى الورثة فهو لا يثبت بهذا الحديث، لأنّه إنّما يقتضي الجواز بالإضافة إلى المغبون لتضرّره بلزوم المعاملة، وأمّا الورثة المتلقّون للملك من مورثهم فلا يتوجه عليهم ضرر بلزوم هذه المعاملة، غاية الأمر أنّ منفعتهم تقل بذلك، إذ لو لا تلك المعاملة لكان المال المتقلّل إليهم بمقدار ألف دينار، وأمّا مع لزوم تلك المعاملة فالمال المتقلّل إليهم خمسة دينار.

وبالجملة: أنّ الورثة لا يتضررون بلزوم المعاملة بل تقل منفعتهم، فلابدّ تصحيح الانتقال إلى الورثة فيما إذا علم المغبون بالغبن فأراد أن يفسخ المعاملة فهات أو لم يلتفت المغبون إلى الغبن أصلاً فهات وعلم به الورثة وأرادوا فسخ المعاملة من إقامة دليل آخر، فيمكن أن يقال إنّ الوجه في انتقال الجواز من المغبون إلى ورثته هو ما استفدها من بعض الروايات الواردة في الوصية من أنّ الورثة وجود تنزيلٍ للمورث وأنّهم هو بعينه، غاية الأمر أنّ صورته تبدّلت إلى صورة أخرى، فممّا دلّ على ذلك ما وردٌ في عدم جواز الوصية بأزيد من مقدار الثالث معللاً بأنه تضييع للورثة وظلم في حقّهم، ومن الظاهر أنه لو لا اتحاد الورثة مع المورث لما كان لهذا النهي وجه، لأنّه إنّما يتصرف في مال نفسه وهو أجنبي عن ورثته، فهذه الرواية دلت على أنّ الورثة وجود تنزيلٍ للمورث، وحينئذ فإذا ثبت للمورث جواز فسخ المعاملة من جهة تضرره فلا

محالة يثبت ذلك في حق ورثته أيضاً لاتحادهما وكون أحدهما وجوداً تنزيلياً للأخر، هذا كله.

مضافاً إلى أنّ البائع إذا باع ماله وصرّح بأنه لا يتلزم بتساوي القيمتين وإنما يبيع ماله بهذا الثمن المعين زاد أو نقص لأنّ الناس مسلطون على أموالهم والمشتري أيضاً أقدم على المعاملة المذكورة جاهلاً بالتساوي وعدمه ثم ظهر زيادة القيمة عن القيمة السوقية، ففي هذه الصورة لا إشكال في عدم ثبوت الخيار للمغبون لتصريح البائع باسقاطه وقبول المشتري إياه، وهو نظير ما إذا كان المشتري عالماً بزيادة القيمة عن القيمة السوقية فلا محالة يتلزم صاحب الكفاية في هذه الصورة بعدم الخيار لأنه إسقاط ل الخيار، وعلى مسلكنا إسقاط لاشترط تساوي القيمتين ومرجعه إلى إسقاط الخيار وهذا لا إشكال فيه، فإذا صح إسقاط جواز الفسخ قبل المعاملة وقبل ظهور الغبن فلا محالة يصح إسقاطه بعد ثبوته بالمعاملة وظهور الغبن فمنه يستكشف أنّ هذا الجواز جواز حقي لا حكمي، لما عرفت من أنّ مرجعه إلى إسقاط الاشتراط وإسقاط الخيار، هذا كله فما أفاده صاحب الكفاية والجواب عنه.

ثم إنّ وثانياً: [المحقق النائيني]^١ أجاب عن جريان قاعدة نفي الضرر في المقام بما ملخصه: أنا إن أثبتنا الخيار في الغبن بالاشترط الضمني بين العلاء كما أشرنا إليه سابقاً وقلنا إنّ العلاء إنما يتبادلون باشتراط التساوي بين الثمن والمثمن بحسب المالية، فحيثند يمكن أن يقال إنّ لزوم المعاملة في حقه ضرري لأنّه على خلاف شرطه، وإلزامه على خلاف ما اشترطه موجب للضرر، إلا أنّ المدرك حينئذ هو ذلك الاشتراط الضمني دون حديث نفي الضرر.

وأما إذا لم نعتمد في إثبات الخيار على الاشتراط الضمني كما لم يعتمد عليه

شيخنا الأنباري ^{فتى} وقلنا بأنّ التساوي من قبيل الدواعي للبيع، فحينئذ فلا يبقى مجال للتمسك بحديث نفي الضرر في المقام، لأنّها يتفيضي الضرر الناشئ من قبل الحكم الشرعي نظير وجوب الوضوء الموجب لتضرّر أحد، وأما الضرر الناشئ من إقدامه بنفسه فلا، والضرر في المقام إنّما نشأ من إقدامه على المعاملة بذلك الثمن ولو كان إقدامه عن جهل ^{إلا} أنه أقدم على تلك المعاملة الضررية باختياره والشارع أمضى ما أقدم عليه، وليس الضرر فيها مستندًا إلى حكم الشارع وإلزامه بل مستند إلى إقدامه باختياره، نعم لو كان الضرر مستندًا إلى حكم الشارع كما في إلزامه بالوضوء فلا حالة يرتفع بحديث نفي الضرر.

وبالجملة: أنّ الضرر إنّما يرتفع فيما إذا كان علّته هو الحكم الشرعي أو كان الحكم الشرعي هو الجزء الأخير من علّة التضرّر، والمقام ليس من هذا القبيل لأنّ المفروض أنّ العلّة التامة لتضرره هو إقدامه على المعاملة جهلاً، والشارع لم يلزمه بذلك قبل إقدامه، وإنّما أمضى إقدامه بعد ما صدر منه بنفسه واختياره، ثم نظر المقام بباب الالتفات والضمانات وأنّه إذا أتلف أحد مال غيره جهلاً بتخيل أنه مال نفسه ثم تبيّن أنه للغير أفاله يمكن أن يقال إنّ مقتضى حديث نفي الضرر عدم ضمانه لما أتلفه لأنّ ضمانه أمر ضرري، والوجه في عدم إمكان ذلك هو أنّ الضمان وإن كان أمراً ضرريًا على المتلف ^{إلا} أنه أمر قد أقدم عليه باختياره وإن كان جهلاً والشارع حكم على طبق ذلك الاقدام، وفي المقام أيضًا الضرر مستند إلى إقدام نفسه على المعاملة وغير مستند إلى إلزام الشارع وحكمه، هذه خلاصة ما أفاده ^{فتى} في المقام.

ولا يخفى ما فيه، أما في تبيينه فلما أسلفناه في محله^١ من أنّ بباب الالتفات والضمانات خارجة عن حديث نفي الضرر، لأنّ رفع الضمان فيها على خلاف الامتنان

١. مصباح الأصول ٢ (موسوعة الإمام الحوئي ٤٧) / ٦٢٥ ذيل التبيين الثالث من تنبیهات لا ضرر.

على مالك المال، ومعه لا مجال لحديث نفي الضرر.

وبعبارة أخرى: أنَّ كلاًً من حكم الشارع بالضمان وعدم حكمه به على خلاف الامتنان ومحض التضرر لا محالة، لأنَّ حكمه بالضمان على خلاف الامتنان للمتلقى ومحض تضرره، كما أنَّ عدم حكمه بالضمان على خلاف الامتنان لليهالك ومحض تضرره، وبما أنَّ الشارع لا بدَّ له من أحد الحكمين فلذا لا يشمله حديث نفي الضرر، بل ولا حديث رفع الاكراه ورفع الاضطرار والنسيان، لأنَّ جريانها في موارد الالتفافات على خلاف الامتنان، على كلام في خصوص رفع الاكراه فإنَّ رفع الضمان بالاكراه لا يكون على خلاف الامتنان لليهالك من جهة الحكم بضمان المكره بالكسر للهال وإلزامه بدفعه إليه، وهذا يرفع عدم الامتنان في خصوص مورد الاكراه، وهذا بخلاف المقام لأنَّ جريان حديث نفي الضرر ليس على خلاف الامتنان بل على وفقه بالإضافة إلى المغبون، وأمّا بالإضافة إلى الغابن فهو موجب لعدم انتفاعه لا لتضرره.

وأمّا ما أفاده من أنَّ الضرر مستند إلى إقدامه، ففيه: أنه إنما يصح فيما إذا أقدم عليه مع العلم بالغبن، فإنه حينئذ نظير الهبة إقدام على ما فيه الضرر والحديث لا يشمله كما لا يشمل الهبة مع أنها أيضًا ضرر ومحض للنقص في المالية، وأمّا مع الجهل بالحال فهو إنما أقدم على المعاملة باحراز عدم الضرر وباعتقاد التساوي بين القيمتين، وهذا نظير ما إذا اعتمد على إخبار مخبر بالتساوي فأقدم عليه. وبالجملة أنَّ إقدامه مبني على تخيل عدم الضرر، وعليه فهو إنما أقدم على المعاملة لا على الضرر فلا يكون إقدامه ذلك موجباً وعلة لضرره فيكون ضرره مستندًا إلى حكم الشارع باللزوم، هذا كلَّه فيما أجاب به شيخنا الأستاذ رسالة.

وثالثاً: ما أورده شيخنا الأنصارى رسالة من أنَّ انتفاء الضرر في المعاملات

الغبنة لا يختص ولا ينحصر بجعل الخيار للمغبون، بل يمكن رفعضرر بأحد وجهين آخرين:

أحدهما: أن يكون المقام نظير بيع المريض إذا باع شيئاً في مرضه بأقل من قيمته أو اشتري شيئاً بأزيد من قيمته فهات، فإنّ وارثه يطالب المشتري في الصورة الأولى أو البائع في الصورة الثانية بعين المقدار الزائد عن القيمة السوقية فيقال في المقام إنّ المغبون له أن يطالب الغابن بالمقدار الزائد عن القيمة السوقية من عين الثمن المدفوع وبذلك يرتفع ضرره بلا حاجة إلى جعل الخيار في حقه، وهذا أيضاً نظير ما ذكره العلامة ^{افتى} في بيع المربحة فيما إذا ظهر كذب البائع في إخباره برأس ماله كما إذا أخبر بأن رأس ماله هو عشرة دنانير وباعه بالمرابحة في كل عشرة دنانير بدينار فصار مجموع الربح ورأس المال أحد عشر ديناراً، ثم ظهر كذب البائع وعلمنا أنّ رأس ماله خمسة دنانير، فللمشتري مطالبة البائع بنصف مجموع الربح ورأس المال فيسترجع خمسة دنانير ونصفاً.

وثانيهما: أن يدفع ضرر المغبون بالحكم بتغريم الغابن بالمقدار الزائد عن القيمة السوقية، والفرق بين هذا وبين الوجه السابق أنّ الغرامة بمقدار الزائد عن القيمة السوقية لا يلزم أن تكون من عين الثمن المدفوع، وهذا بخلاف الصورة الأولى فإنّ الرجوع فيها إنما هو في المقدار الزائد عن نفس الثمن المدفوع.

وكيف كان، فالضرر يمكن اندفاعه بأحد الوجهين المذكورين كما يمكن

١. ولكن قال في التذكرة «لأنّ سقوط جزء من الثمن المسمى بضرب من التدليس لا يمنع من صحة العقد، ولا يقتضي جهالة الثمن، كأرش المعيب. ولأنّ لا نسقط شيئاً من الثمن بل نخفيه في الفسخ والإمساء بالجميع» (تذكرة الفقهاء، ٢٣٢/١١، مسألة ٣٩٥)؛ وقال: «قد بيّنا في ظهور كذب أخبار البائع وأنّ المشتري يتخيّر ولا يحبط شيئاً» (تذكرة الفقهاء، ٢٣٤/١١، مسألة ٣٩٧). [المؤلف]

اندفاعه بجعل الخيار، إلا أنه قد يرجح الوجهين على هذا الوجه الثالث أعني جعل الخيار من جهة أن إثبات الخيار بحديث نفي الضرر غير صحيح، لأنه على خلاف الامتنان بالإضافة إلى الغابن، لتعلق غرض الناس بأبدال أموالهم وأعواضها، فإذا جعلنا للمغبون الخيار وبه فسخ العقد واسترجع المال المتقل إلى الغابن فهذا يوجب نقض الغرض للغابن حيث إن غرضه تعلق بما انتقل إليه، ونقض الغرض ضرر وعلى خلاف الامتنان، وهذا بخلاف الوجهين السابقين، ولأجل ذلك احتمل أن يكون الخيار مختصاً بصورة امتناع الغابن من البذل أي بذل الغرامة أو وبذل المقدار الزائد، وعلى هذا يمنع عن جريان استصحاب الخيار من جهة احتمال أن الخيار من الأول مضيق وختص بتلك الصورة، ومعه لا يقى مجال للاستصحاب هذه خلاصة ما أفاده قدس في المقام.

إلا أن للمناقشة فيها أفاده مجالاً:

أما الوجه الأول من الوجهين ففيه: أن حديث نفي الضرر إنما يرفع الأحكام التي يترتب عليها الضرر، ولكنه لا يشرع حكم آخر على خلاف القواعد الفقهية، وذلك لأن المعاملة وقعت بين مجموع الشمن ومجموع المثمن فإذا صحت تلك المعاملة وأمضيت فالمعاملة في مجموعها صحيحة ونافذة، وإن لم تمض تلك المعاملة فالمعاملة الواقعة بين مجموع الشمن والمثمن باطلة وأماماً أنها صحيحة بمعنى وقوع مجموع المثمن في مقابل بعض الشمن فهو مما لا أساس له، لأن هذه المعاملة أعني مبادلة مجموع الشمن بعض الشمن ما لم ينشئها المتعاملان حتى يمضيها الشارع، فلو أمضها الشارع فهو إمضاء لما لم يصدر من المتعاملين ولم ينشئها أصلاً فكيف يمكن أن يقال إن حديث نفي الضرر يوجب إمضاء معاملة لم ينشئها المتعاملان وليس لها اطلاع عليها.

ثم لا يخفى أن لا نقول إن المعاملة الواحدة لا تنحل إلى أجزائها ولا تكون صحيحة في بعضها وفاسدة في بعضها الآخر، فإن ذلك مما صرّحنا به مراراً وقلنا إن

المعاملة الواحدة تنحل إلى معاملتين لو كان لها جزءان، وإن كان لها أجزاء متعددة فتنحل إلى معاملات متعددة، فإذا باع ما يملك وما لا يملك أو ما يملك وما لا يملك فتنحل المعاملة إلى بيعين فتصح في أحدهما وتبطل في الآخر، إلا أنها إذا بطلت يرجع ما يقابلها من الثمن إلى المشتري كما يرجع بعض الثمن إلى البائع، وليس معناه أنّ المعاملة تقع في مقابلة مجموع الثمن وبعض الثمن فإنه أمر لم ينشئه أحد، وفي المقام لا تبطل المعاملة في نصفها بأن يرجع نصف المبيع إلى ملك البائع ونصف الثمن إلى ملك المشتري، بل يخرج نصف الثمن مثلاً عن ملك البائع ويُدفع إلى المشتري بلا إخراج مقابلة من الثمن عن ملك المشتري، وعليه فيكون مجموع الثمن في مقابل بعض الثمن وهذا هو الذي ندعى مخالفته للقواعد الفقهية وأنه مما لا يثبته نفي الضرر، لأنّ معاملة جديدة لم يطلع عليها المعاملان.

وأمّا شراء المريض بأكثر من القيمة السوقية فلو سلّمنا أنّ الورثة يتمكنون من إرجاع المقدار الزائد عن القيمة السوقية من البائع فهو حكم تعبدّي وقع في مورد. وأما مسألة كذب البائع في الرابحة بالإخبار عن رأس ماله فهي يمكن أن تكون على طبق القاعدة، وذلك لأنّ المعاملة وقعت فيها على عنوان رأس المال الواقعي، ولكنه من باب الخطأ في التطبيق طبقه على الزائد، فإذا انكشف الخلاف فهو لا يوجب بطلان المعاملة بل يسترد المقدار الزائد تحصيلاً لذلك العنوان الواقعي، وليس الأمر كذلك في المقام، لأنّ البيع وقع على مجموع الدينارين في مقابل مجموع الثمن فكيف يمكن فيها الحكم بعدم صحة تلك المعاملة وصحة البيع في خصوص نصف الثمن ومجموع الثمن، فلو أراد تنظير المقام بتلك المسألة لكان عليه أن يقول: إذا باع ماله بعنوان القيمة السوقية واقعة وطبقها على دينارين ثم انكشف أنها دينار واحد فلا إشكال في صحة المعاملة واسترداد الزائد.

وأمّا الوجه الثاني من الوجهين فيدفعه: أنّ تغريم الغابن بلا وجه، فبائي دليل

نفرمه، أبدليل الاتلاف أو بدليل اليد أو بغيرهما من الأسباب الموجبة للضمان والغرامة، فلا طريق شرعي لتغريمها حتى نسمّيها بالغرامة خوفاً من أن تكون من الهبة المجانية، ومن هنا أي من جهة عدم اشتغال ذمة الغابن بشيء وعدم قيام دليل على ضمانته ذهب فخر المحققين^١ وجماعة ومنهم المحقق النائيني^٢ قدّس إلى أنها هبة مجانية من الغابن وقد أصرّوا عليه، ونعم ما صنعواه إذ قد عرفت أنّ ذمة الغابن غير مشتغلة بشيء، وما يؤيد ذلك: أنّ المغبون لو لم يلتفت إلى غبنه أو لم يطالب الغابن بتلك الغرامة أفاله تكون ذمة الغابن مشغولة ويكون ضامناً للزيادة بحسب الواقع.

فالانصاف أنّ رفع الضرر بذين الوجهين وإن كان ممكناً إلا أنها لا صحة لها كما عرفت، فالمتعين على تقدير جريان حديث نفي الضرر في المقام هو الحكم بجواز فسخ المعاملة بدعوى أنّ الحديث يوجب رفع وجوب الوفاء بالعقد.

ولكن الصحيح كما ذكرناه [سابقاً] أنّ المقام مما لا يجري فيه حديث نفي الضرر، لأنّه على تقدير جريانه يوجب بطلان المعاملة رأساً لا أنه يرفع لزومها، وذلك لأنّ الموجب للضرر هو صحة المعاملة لا لزومها، بل لزومها إلزام من الشارع بما فيه الضرر لا أنه بنفسه ضرري، والوجه في ذلك أنّ المعاملة وقعت بين المثمن والثمن الرخيص، فتلك المعاملة هي بنفسها أو جبت نقصان المال للمغبون فإنه بهذه المعاملة خرج عن كونه مالكاً لألف دينار وصار مالكاً لخمسين دينار، فيكون إمضاء تلك المعاملة ضررياً فيرتفع بحديث الضرر فلا محالة تقع المعاملة فاسدة، فإذا فرضنا أنه كان مالكاً لجواهر ثمين وقد باعه بدينار مع أنّ قيمته السوقية مائة دينار، فهو بتلك المعاملة خسر تسعه وتسعين ديناراً فصحتها وإمضاؤها يكون ضررياً، ولزوم تلك

١. الإيضاح / ٤٨٥.

٢. منية الطالب / ٣ / ١١٤.

المعاملة إلزام بما فيه الضرر، وليس في نفس الالتزام ضرر بل نفس المعاملة موجبة لخسارته وضررها وإن أمكنه تداركه بأخذ المقدار الناقص من المشتري الغابن، إلا أن حديث نفي الضرر يوجب رفع الأحكام الضررية، وليس معناه تدارك الضرر كما بيناه في محله، وعليه فيوجب رفع صحة المعاملة الغبية، فتكون المعاملات المشتملة على الغبن فاسدة.

فالأمر يدور في المقام بين الالتزام ببطلان المعاملات الغبية، وبين عدم جريان حديث نفي الضرر والالتزام بثبوت الخيار لأجل الاشتراط الضمني كما يأتي.

ولكن لا يمكن الالتزام ببطلان المعاملات الغبية بإجراء حديث نفي الضرر إما للاجماع على صحة المعاملات المضمنة للغبن، إذ لو كانت تلك المعاملات فاسدة لبان ذلك وظهر لكونها من الأمور المبلي بها دائمًا حتى في زمن الأئمة الله حيث كان المسلمون يتعاملون ويتغابنون بمرأى منهم وسمع.

وإما من جهة عدم جريان حديث نفي الضرر في المعاملات الغبية لأنه على خلاف الامتنان بالإضافة إلى الغبن، إذ المفروض أنه يوجب فوت منفعته وهو خلاف الامتنان سيئًا إذا لم يكن الغابن عالمًا بزيادة القيمة السوقية أصلًا فإنه كيف يمكن إبطال معاملته، ويشترط في جريان القاعدة أن لا يكون جريانها على خلاف الامتنان بالإضافة إلى أحد.

وبالجملة: إما ندعى عدم بطلان المعاملات الغبية لأجل التخصيص بالاجماع بأن نلتزم على أنها لا يجري فيه حديث نفي الضرر إلا أننا ندعى المخصوص لتلك القاعدة وهو الاجماع، وإما ندعى عدم بطلانها لأجل التخصيص بدعوى عدم جريان الحديث في المعاملات الغبية لأنه على خلاف الامتنان للغابن، إذ فلا بد من الالتزام بصحة المعاملات الغبية مع الخيار من جهة الاشتراط الضمني بتساوي القيمتين.

فالتحصل: أن التمسك في إثبات الخيار بحديث لا ضرر ما لا وجه له.

٥- الروايات الواردة في حكم الغبن

استدلوا على اثبات خيار الغبن بالروايات الواردة في حكم الغبن التي مرّت في الجهة الأولى من البحث:

منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت.^١ بتقرير: الكلمة «السحت» ظاهرة في المعاملات التي يكون الثمن فيها حراماً كما مرّ في المكاسب المحرمة، وفي الخبر يدلّ على أنّ المعاملة المشتملة على الغبن «سحت» أي ثمنها حرام شديد فيدلّ على بطلانها.

ناقش الشيخ الأعظم في تقرير الاستدلال بهذه الرواية وقال: «هي وإن كانت ظاهرةً فيها يتعلق بالأموال، لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل والخدعية فيأخذ المال. ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذنه زائداً على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان. ويحتمل إرادة كون جموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورةٍ خاصةٍ، وهي اطّلاع المغبون ورده للمعاملة المغبون فيها. ولا ريب أنّ الحمل على أحد الأولين أولى، ولا أقلّ من المساواة للثالث، فلا دلالة»^٢.

ولكن يمكن ان يرد عليه: عدم تمامية شيءٍ من الوجه الذي ذكره الشيخ الأعظم كما أنّ نفس الاستدلال بالرواية في المقام مما لا وجه له وذلك «لأنّ السحت ظاهر في الأموال المأحوذة في المعاملات على وجه الحرام كأجرة الفاجرة وثمن الكلب والرشاء في الحكم وهكذا، وفي هذه الرواية أطلق السحت على نفس الغبن مع أنه ليس من الأموال المحرّمة بل من الأفعال، ولا يصح إرادة الثمن من الغبن لعدم صحة استعمال

١. وسائل الشيعة /١٨، ٣١، ح١، الباب ١٧ من أبواب الخيار.

٢. المكاسب ٥/ ١٦٥.

الغبن في الثمن ولو مجازاً، ولم يطلق السحت على الثمن حتى يستظهر منها المعاملة الغبية، فلا يمكن فيها إرادة المال الحرام من السحت، فيتعين أن يراد بالسحت مطلق الحرام مالاً كان أو فعلاً كما هو أحد معنوي السحت، وبهذا المعنى صح إطلاقه على الغبن، وعليه فتسقط الرواية عن الدلالة على حرمة المعاملات الغبية لاحتمال إرادة الغبن بالفتح منها أي الخيانة في مقام الاستشارة فيكون حال هذه الرواية نظير سائر الروايات التي أسقطنا دلالتها على الحرمة التكليفية في المعاملات الغبية بالاحتمال إرادة الغبن منها بالفتح^١.

ومنها: صحيح ميسير عن أبي عبدالله^{عليه السلام} غبن المؤمن حرام.^٢

منها: مرسلة أحمد بن محمد بن يحيى عن بعض أوليائنا عن أبي عبدالله^{عليه السلام} في حديث: ... ولا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحلى، الحديث.^٣

وأمّا هاتان الروايتان الأخيرتان لا تدلان على عدم جواز الغبن وضعاً وثبوت خيار الغبن أو ثبوت بطلان المعاملة الغبية، وذلك لأنّهما مشتملان على النهي عن الغبن ويمكن أن يراد بالغبن فيهما «هو الغبن - بالفتح - الذي هو بمعنى الخيانة في الرأي والمشاورة، فتكون الأخبار ناظرة إلى بيان حرمة الخيانة عند الاستشارة بأن لا يغبن المسترسل ويريه ما هو ضار في حقه فإنه خيانة، فلا ظهور في تلك الروايات في النهي عن المعاملات الغبية أبداً»^٤. هذا أوّلاً.

وثانياً: تكون مفادها حكم تكليفاً لا وضعياً، أعني غاية ما يدل عليها الروايات الثالث حرمة الغبن وأمّا ثبوت خيار الغبن أو البطلان المعاملة الغبية فهما اجنبيان عن

١. التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٢٩٦.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٣٢، ح ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٧/٣٨٥، ح ١، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة.

٤. التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٢٩٥.

دلالتها.

فلا يمكن الاستدل على ثبوت خiar الغبن بهذه الروايات والله العالم.

الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي المعتمد بالشهرة المحققة»^١.

أقول: قد بحثنا عن اجماع الطائفة على خiar الغبن في الجهة الثانية من البحث، وقد عرفت هناك مناقشتنا في الإجماع صغرى وكبيرى ولكن أجبنا عن الإشكال الصغروي والإشكال الكبروي باق في المقام وهو مدركته أو احتمالها، فلا يمكن التمسك بالإجماع لإثبات خiar الغبن.

٧- تخلف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء

الدليل الوحيد لإثبات خiar الغبن «هو تخلف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء؛ فإن بناءهم في جميع المعاملات على الربح لا على الخسارة، وعلى أن لا يقع في الغبن، وأن التبادل في المعاملات يقع بين الخصوصيات مع التحفظ على المالية، وهذا التباني من جملة التعهادات والالتزامات المركوزة في الأذهان، فهو توأم مع المعاملة محقق للشرط، فلا يحتاج إلى إبرازه وبيانه باللفظ؛ فإن المعاملة من ناحية الغبن لم تقع عندهم مهملاً قطعاً، ولا مطلقاً بمقتضى هذا التعهد والالتزام، فتكون مقيدة بالتساوي بين الثمن والمثمن في المالية، أو بعدم التفاوت الفاحش بينهما، مع تخلفه يثبت الخiar للمغبون بنحو الحق، فترتب عليه جميع آثاره»^٢.

والحاصل: شرط المساواة بين المبيع والثمن شرط ارتكازي يبني عليه العقلاء

١. المكاسب ٥/١٦٥.

٢. بغية الراغب في مباني المكاسب ٣/٦١.

عن أخذه في متن العقد، فيكون تخلفه موجباً لخيار تخلف الشرط، فالبناء على خيار الغبن من باب خيار تخلف الشرط الذي سيأتي البحث عنه في الحديث عن الشروط فانتظر، إن شاء الله وإنما من المتظرين.

الجهة الرابعة: شرائط خيار الغبن
ذكر الشيخ الأعظم^١ أنها أمران:

الأمر الأول: عدم علم المغبون بالقيمة
«عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلا خيار»^٢.

زمان اعتبار القيمة
«وفي الحالات ثلاثة:

الشرط الأول: عدم علم المغبون بالقيمة
فلو علم بها فلا خيار، بل لا غبن حينئذ، والدليل على ذلك أمران:
الأول: أن الدليل على ثبوت خيار الغبن أحد أمور ثلاثة: إما الإجماع كما عليه الشيخ قيس^٣، أو تخلف الشرط الارتكازي القائم على عدم الغبن في المعاملة، أو دليل نفي الضرر.

أما الإجماع فهو دليل لبي، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه، وهو عدم علم المغبون بالقيمة.

أما الشرط الارتكازي فلا يتحقق إلا في ظرف الجهل بالغبن، فإذا أقدم على المعاملة مع العلم بوجوده فقد أسقط الشرط؛ فإن حقيقة الشرط هو كون الالتزام

١. المكاسب ١٦٦/٥.

٢. المكاسب ١٦٦/٥.

بالمعاملة معلقاً على عدم الغبن، فإذا كان عالماً به لم يكن الالتزام معلقاً، بل كان محققاً حتى في صورة الغبن، فيتفي موضع الدليل مع العلم بالغبن.

وأما دليل نفيضرر فهو إنما يجري في ما لو كانضرر ناشئاً من الحكم الشرعي، لامن نفس المتعاملين، ومن أقدم على المعاملة - مع علمه بالغبن - فقد أقدم على ضرر نفسه، فيتفي الدليل بانتفاء موضعه أيضاً.

إشكال المحقق الحائز على الشیخ

قال الشیخ قدس: «فلو علم بالقيمة فلا خیار، بل لا غبن...؛ لأنه أقدم على الضرر»^١.

وأورد عليه المحقق الحائز على الشیخ قدس بإشكالين:

الأول: ما يرتبط بالقسم الأول من كلام الشیخ قدس، وحاصله: أن عنوان الغبن لم يرد في أي دليل من الأدلة حتى يتمسك بعدم صدقه.

والثاني: ما يرتبط بتعليق الشیخ قدس من قصور «الضرر» عن الشمول المورد للعلم، وحاصله: أنه إن أريد بذلك أن الضرر ناشئاً من فعل نفسه حينما عقد على ماله بما ينقص عن قيمته، والشارع لم يقم إلا بإمضاء فعله، فلم يحصل أي ضرر من ناحيته، و «الضرر» تنفي الأحكام الضررية، لا الأفعال الضررية، فيه: أن هذا مشترك الورود بينه وبين الجاهل؛ فإنه أيضاً عقد على ماله بما هو أنقص منه، والشارع لم يقم إلا بإمضاءه.^٢

استدلال المحقق الحائز على الشرط الأول بعدم صدق الضرر

ثم قال قدس: فالذى ينبغي أن يقال في الاستدلال: إن المعاملة لا تخرج عن أحد

١. المكاسب ١٦٦/٥.

٢. الخيارات للشیخ الأراكي قدس / ١٨٤.

حالين: سفهائية أو عقلائية، أما الأولى فخارجة عن محل الكلام، لأن البحث في المعاملة الصحيحة، والمعاملة السفهائية لا دليل على صحتها، وغير مشمولة إلى دليلي **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** ^١ و **﴿أَوْفُوا بِالْعُوْدَ﴾** ^٢.

وأما الثانية فلا تنشأ إلا عن غرض عقلائي، فالعالم بالغبن لم يقدم على المعاملة إلا لوجود غرض عقلائي مزاحم للنقص الحاصل في المال ومقدم عليه، وحيثئذ لا يصدق عليه أنه متضرر، فلا تجري «لا ضرر» في حقه من باب السالبة بانتفاء الموضوع؛ فإنه وإن لم يقع الغرض في مقابل المال إلا أن وجوده كافٍ لرفع عنوان الضرر عنه عند العقلاء، كما في الهبة؛ فإنه لا يصدق على الواهب أنه متضرر وإن نقص من ماله مقدار ما وبه بلا عوض، بخلاف ما لو أخذ مقداره بالسرقة والنهب.^٣

المناقشة في ما أفاده المحقق الحاتري

وفي جميع ما أفاده إشكال:

أما إشكاله الأول فهو وإن كان ذا صورة فنية إلا أنا نقول: بأن الدليل على نحوين: لفظي ولبي، ولا يخفى عدم ورود عنوان الغبن في الأدلة اللغظية غير ما ورد عنهم **التعليق**: «غبن المسترسل سحت»، و «غبن المؤمن حرام» و «لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحيل»، وقد أخرجها الشيخ قيسٌ عن دائرة الاستدلال في المقام.

ولكن الدليل في المقام هو الدليل الليبي وهي السيرة العقلائية، وعنوان الغبن مأخوذ عندهم بنحو الموضوعية؛ فإن الشرط الارتکازی عند العقلاء أن لا يكون في المعاملة غبن، وأن الخيار ثابت في المعاملة الغبية، فعنوان الغبن موجود في الدليل

١. سورة البقرة / ٢٧٥.

٢. سورة المائدة / ١.

٣. الخيارات للشيخ الأرaki قيس / (١٨٤-١٨٥).

اللبي، والمدار على وجوده سواء أكان في الدليل اللفظي أم الليبي.
والحاصل: إن كان الاستدلال بالدليل اللفظي أو بمعقد الإجماع لزم ذكر عنوان الغبن فيما وإلا يتضيء الحكم المترتب على العنوان.
وإن كان بالشرط العقلائي فالعنوان ثابت؛ لبناء العقلاء على عدم الغبن في المعاملات العقلائية، فلا يرد الإشكال على الشيخ قدس.

وأما إشكاله الثاني ففيه: أن العالم بالغبن والجاهل به وإن اشتركا في صدور العقد منها إلا أن الجاهل لم يقدم على ضرر نفسه؛ لأنه يشترط ارتكازاً بأن لا تكون المعاملة غبية، وإلا فله الخيار، فلو أمضى الشارع المعاملة على نحو اللزوم والحالة هذه لكان الضرر ناشئاً من الشارع، بخلاف العالم به؛ فإنه أقدم على المعاملة مع وجود الغبن، فقد أسقط الشرط، والشيخ قدس إنما يرى قصور دليل نفي الضرر عن شموله للعالم بالغبن لأنه أقدم على ضرر نفسه.

وأما ما أفاده من الاستدلال من نفي الضرر مع وجود الغرض المزاحم له والمقدم عليه ففيه: أن الضرر - وهو النقص في المال بدون أن يسد مسدده شيء - أمر واقعي لا يزاحم بالغرض ولا يعوض عنه؛ فإن الغرض مَنْشأً لتحمل الضرر، لا أنه نافٍ له، وبينهما فرق؛ فإن العمل العقلائي مبني على طبق موازين عقلائية؛ فإنهم في مقام وجود الغرض والضرر ينظرون إلى الراجح منها، فإن كان الغرض أرجح أقدموا على الضرر وتحملوه، وإلا فلا، ونفس كون الغرض أرجح دليل على وجود المرجوح لا على انتفاءه، فما أفاده قدس من انتفاء الضرر في حال وجود الغرض في محل المぬ.

وكذلك الحال في الهمة؛ فإن الضرر واقع لا محالة، إلا أن الغرض منها أرجح منه فيقدم العقلاء عليه، ويتحملون الضرر لأجله.

فالحق: أن الضرر في هذه الموارد حاصل لا محالة، إلا أن الغرض مقدم عليه،

والوجه في قصور «لا ضرر» وعدم شمولها لهذا المورد أنها لو شملته ل كانت على خلاف الامتنان بالنسبة للمتضرر المقدم على ضرره لغرض عقلائي، والحال أنها قاعدة امتنانية، فلا تجري في ما يخالف الامتنان.

فتحصل إلى هنا: أن المغبون إذا كان يعلم أو يطمئن بحصول الغبن ومع ذلك أقدم على المعاملة لم يكن له خيار الغبن، لا من جهة دليل «لا ضرر»؛ لقصور شمولها عن المقام؛ لأنه أقدم على ضرر نفسه، ولا من جهة الشرط الارتكازي؛ لإلغائه للشرط [ولا من جهة الاجماع لخروجه عن القدر المتيقن].

الفرع الأول: صور العلم بالتفاوت في القيمة

إذا علم بالتفاوت في القيمة بين الشمن والمثمن ومع ذلك أقدم على المعاملة، فهنا صور، ولا بدّ - قبل بيانها - أن نشير إلى أن حكم هذه الصور يعرف بعد الفراغ عن معرفة أمور:

- ١- أن العقد الغبني صحيح، وغير مشمول لدليل نفي الضرر؛ للتسالم، ولأن جريانها خلاف الامتنان.
- ٢- أن القول بالخيار وعدم لزوم العقد مبني على الشرط الارتكازي، وعموم «لا ضرر».

٣- أن إسقاط الشرط لا يكون إلا بإلغائه.

٤- أن الإقدام على الضرر يمنع من شمول قاعدة «لا ضرر».

وبعد هذا نقول إن الصور أربع:

الصورة الأولى

أن يعلم بالتفاوت ويعتقد أنه بمقدار يتسامح فيه، ثم تبيّن له أنه مما لا يتسامح فيه عرفاً، فهنا له الخيار؛ لانتفاء الشرط الارتكازي؛ لعدم إلغائه بهذا الإقدام؛ ولشمول «لا ضرر» للمورد على فرض صحة الاستدلال بها، لعدم إقدامه على هذا

الضرر.

الصورة الثانية

أن يعلم بالتفاوت وأنه بمقدار لا يتسامح فيه، ثم تبيّن له أنه بمقدار لا يتسامح فيه لكن بأكثر مما كان يعتقد، كأن يشتري ما قيمته السوقية - حسب اعتقاده - خمس مائة دينار بـألف، ثم يتبيّن له أن قيمته مائتا دينار، فهنا له الخيار أيضاً؛ لحفظ الشرط، وشمول «لا ضرر».

الصورة الثالثة

أن يعلم بالتفاوت بمقدار يتسامح فيه عرفاً كأن اشتري المتاع على أن ثمنه أكثر من الواقع بمقدار العُشر، وكان هذا المقدار مما يتسامح فيه عادة، ولكن تبيّن له أن ثمنه أكثر مما كان يعتقد بمقدار العُشر أيضاً، ومن الواقع بمقدار عُشرين، ومقدار العُشر وإن كان مما يتسامح فيه لو كان لوحده، إلا أن مقدار العُشرين لا يتسامح فيه، فالذى كان معلوماً يتسامح فيه عرفاً، والمقدار المنكشف مما يتسامح فيه أيضاً لو كان لوحده، ولكن المجموع مما لا يتسامح فيه.

والحكم فيها هو ثبوت الخيار أيضاً؛ بمقتضى الشرط الارتكازي؛ و «لا ضرر»؛ فإن الشرط قائم على عدم كون التفاوت بين الثمن والمثمن مما لا يتسامح فيه، والعُشر وإن كان مما يتسامح فيه إلا أن المجموع من العُشرين - الذي هو مقدار التفاوت - مما لا يتسامح فيه، فيثبت له الخيار.

ولأن التفاوت الواقع ضرر لم يقدم عليه، فتشمله «لا ضرر».

الصورة الرابعة

أن يعلم بالتفاوت وأنه بمقدار لا يتسامح فيه كأن يشتري المتاع بضعف قيمته السوقية باعتقاده، ثم تبيّن أنه أزيد مما اشتراه بالعُشر، فلو كان الثمن بمقدار الضعف فقط لم يكن له خيار؛ لإقدامه على ذلك، ولو كانت الزيادة على القيمة السوقية بمقدار

العُشر فقط لم يكن له الخيار، لأنَّه مَا يتسامح فيه، ولكن الفرض أنَّ الشمن صار أكثر مما أقدم عليه بالعُشر.

والحكم هنا ثبوت الخيار أيضًا؛ لتخلف الشرط؛ فإن الشرط أن لا يكون التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه إلَّا أن يلغيه، ومقدار ما ألغاه هو الضعف، لا الأكثُر منه بعُشر.

ولشمول «لا ضرر» له أيضًا، فإنَّها تشمل مطلق الضرر إلَّا ما أقدم عليه، ولم يقدِّم على ما هو الأكثُر من الضعف.

وبهذا التوضيح يتضح الخلل في بعض حواشِي المحققين؛ لأنَّ المدار على الشرط والإقدام، فالشرط نافذ إلَّا في مقدار ما يلغيه، وما يرفع شمول «لا ضرر» هو الضرر الذي أقدم عليه، والزائد على الضعف لم يلغ الشرط فيه، ولم يقدِّم عليه. نعم، حكمهما منفردين يختلف عنَّه منضمين.

وبملاحظة هذين الأمرين^١ يتضح الحكم في سائر الفروع^٢.

زمان اعتبار القيمة

«وفيَّ احتِمَالاتٍ ثلَاثَةُ:

الأول: المعتبر القيمة حال العقد.

الثاني: حال العلم بالغبن.

الثالث: حال الردّ.

رأيُّ الشِّيخ

قسَّمَ الشِّيخ قَدِيسُّ العِمَالَاتِ إلى قسمين:

١. أي الشرط والإقدام.

٢. بغية الراغب في مباني المكاسب ٣/٧١-٦٣.

الأول: المعاملات التي لا يتوقف فيها الملك على القبض، واختار فيها أولاً اعتبار القيمة حال العقد، فلو زادت قيمة العين بعده - ولو لم يطلع المغبون على التفاصي حال العقد - لم ينفع؛ لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه، والمعاملة وقعت على الغبن.

ثم احتمل عدم الخيار حينئذ؛ لأن التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشرع لتدارك الضرر؛ لارتفاع موضوعه، ونظيره ما لو برأ المعيوب قبل العلم بالعيوب؛ فإن المدار في خيار العيب على العيب حين الردّ لا حين العقد.

الثاني: المعاملات التي يتوقف فيها الملك على القبض كبيع الصرف فلم يجعل المدار فيها على حال العقد، فلو حصل الغبن حاله ثم ارتفع قبل القبض فلا خيار؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته.

نعم، لو قيل بوجوب التقادب بمجرد العقد يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقراض الزائد في مقابلة الناقص.^١

مقتضى التأمل في البحث ومقتضى التأمل في البحث أن يلاحظ المبنيان في ثبوت خيار الغبن؛ مبني «لا ضرر»، ومبني الشرط العقلاي الإرتكازي في القسمين.

أما القسم الأول فالبحث على المبني الأول يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة؛ فإن الأصل اللفظي في العقود بمقتضى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^٢ هو اللزوم؛ فيجب - بمقتضاهما - الوفاء بكل عقد، ولا يخرج عنها إلا بدليل مخصوص، وهو «لا ضرر» حسب الفرض، فإذا أحرز أن موضوع الخيار

١. المكاسب / ٥ (١٦٨-١٦٧).

٢. سورة النساء / ٢٩.

هو حدوث الضرر، والفرض أنه قد حصل حين العقد، كان المدار على الغبن حاله، فيثبت الخيار من حينه.

وإن أحرز أن موضوع الخيار هو الضرر المستمر إلى حين القبض ثبت الخيار إن استمر إلى حينه، وإلا فلا؛ لارتفاع الضرر الموجب له، فيكون المدار على الغبن وقت التسليم.

وإن تردد أمر الضرر الموجب للخيار، هل هو حدوث الضرر، أو الضرر المستمر؟ كانت المسألة من صغريات الرجوع إلى العام في المخصص المنفصل المجمل، المرددين بين الأقل والأكثر؛ فإن مقتضى عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** هو اللزوم، ودليل «لا ضرر» حاكم عليه لساناً بما نتيجته التخصيص، وبما أن «لا ضرر» متصل ومجمل مردّد بين الأقل والأكثر فالحق فيه هو التمسك بعموم العام في غير القدر المتيقن خروجه، و نتيجته نفي الخيار؛ فإن الضرر إن لم يستمر يوجب الشك في جعل الخيار وعدمه فيتمسك بعموم العام^١.

«الحق في المسألة

والحق في المسألة هو ما ذكره الشيخ قيس بنحو الاتّهال، وحاصله:

أما على مبني «لا ضرر» فلأن العرف والعقلاء على عدم الحكم بكون اللزوم ضررياً فيها لو ارتفع الضرر قبل القبض والإقباض، ولا أقل من حصول الشك في ذلك، والقاعدة في إجمال المخصص ودورانه بين الأقل والأكثر هو التمسك بعموم العام فيتمسك في المقام بـ **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^٢.

وأما على المبني العمدة في ثبوت الغبن، أعني الشرط العقلائي الإرتكازي في

١. بغية الراغب في مباني المكاسب ٣/٧٣-٧١.

٢. سورة النساء / ٢٩.

ضمن العقد القائم على عدم التفاوت الفاحش بين الشمن والمشمن، فللمتحقق النائيني كلام طويل^١، ولكن المدار في ذلك على ما عند العقلاء، وما عندهم هو التساوي في المالية بينهما، وعدم التفاوت بها لا يتسامح فيه حين المعاملة، لا حين العلم، ولا حين الرد، ولا حين القبض.

فتتحقق: أن الحق في المسألة يدور مدار المبني في ثبوت الغبن، فإن كان هو «لا ضرر»، فالمدار على الغبن حين الرد، وإن كان الارتكاز العقلائي، فالمدار على الغبن حين العقد، وبما أن المبني العمدة هو الثاني فالمختار هو الغبن حين المعاملة. هذه كله في القسم الأول من المعاملات، وهي التي لا يشترط فيها القبض لتحقق الملكية.

[الفرع الثاني]: وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض وأما القسم الثاني من المعاملات وهو: ما يتوقف الملك فيها على القبض، فإذا ارتفع الغبن قبله فقد اعتبره الشيخ كاشش^٢ أشكال من القسم الأول بالنسبة إلى القول بأن المدار على زمان العقد؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته، ثم استدرك بقوله:

«نعم، لو قلنا بوجوب التقادب بمجرد العقد - كما صرّح به العلامة^٣ جليله في الصرف - يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقراض الزائد في مقابلة الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقادب»^٣.

وكيف كان فيقع البحث في أن المدار في الغبن، هل وقت العقد؟ أو وقت

١. منية الطالب /٣ (١١٩-١٢٠).

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ٣١٣/٢، تذكرة الفقهاء ٤١٣/١٠، مسألة ٢٠٢.

٣. المكاسب /٥ (١٦٧-١٦٨).

القبض الذي هو وقت حصول الملك؟

والمسألة تبني على أن الإقباض في بيع الصرف هل هو واجب بوجوب شرطي، بمعنى أنه شرط لحصول الملك، أو واجب بوجوب تعبدي، فيجب حتى لو لم يحصل الملك؟

فإن كان الأول، فيما أن التفاوت في القيمة كان قبل تحقق الملكية وقد ارتفع حين تتحققها، فمقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار.

وإن كان الثاني، بحيث يجب الإقباض تعبدًا على كلا الطرفين بمجرد وقوع العقد وإن لم تتحقق الملكية قبله، فيما أن الغبن قد وقع حين العقد، ووجب الإقباض من حينه فهو ضرري؛ لوجوب إقاض الزائد في مقابل الناقص، فيثبت الخيار.

دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبدًا في بيع الصرف
 إنما الكلام في الدليل على وجوب الإقباض تعبدًا في بيع الصرف، وقد استدلّ عليه المحقق الرشتي قدس سره باية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ وتقريبه: أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد، وهو يتحقق بالإيجاب والقبول، وتختلف الحكم عن موضوعه غير معقول، وقد تتحقق العقد في بيع الصرف قبل التسليم، فتشمله الآية.

نعم، في الموارد التي لا يتوقف فيها الملك على القبض يكون وجوب التسليم فيها من باب الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وأما في ما يتوقف الملك فيها على القبض فهو للأمر التعبدي، وليس ذلك من باب استعمال اللفظ في أكثر من معنى؛ لأن الهيئة قد استعملت في معنى واحد، وهو الوجوب، ولكن الداعي في مورد هو الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وفي الآخر الأمر التعبدي، كما لا يوجد ذلك في مثل قوله: «أكرم العشرة» إذا كان غرض الأمر من إكرام بعض، جهة العلم، ومن الآخر جهة الصدقة،

١. سورة المائدة / ١.

وهكذا..

ودعوى اختصاص وجوب الوفاء - بالمعنى المزبور - بها إذا حصل العقد تام الأجزاء والشرائط، فلا يشمل المقام؛ لعدم حصول الملكية قبل القبض، فلم يتحقق شرط كمال العقد، فلا يجب الوفاء به.

fasde؛ بأنه تقيد لإطلاق وجوب الوفاء بلا قرينة تقتضيه؛ فإن مقتضى إطلاق الآية وجوب الوفاء متى ما وقع العقد، سواء أحصل القبض أم لا.

مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي

وما أفاده المحقق المذكور من التحقيق محل تأمل ونظر، ووجهه:
أنه لا يبحث في كون العقود موضوعاً لوجوب الوفاء، ولكن لا شك أن العقود تنقسم إلى قسمين، عقود صحيحة وأخرى باطلة، وصحتها وبطلانها تدوران مدار تمامية الشرائط ونفيها، كما هو الحال في العبادات فإنها تنقسم إلى عبادات صحيحة وأخرى باطلة، ومدار الصحة والبطلان فيها واجديتها للشرائط وعدم واجديتها لها، ولا يمكن أن يكون موضوع وجوب الوفاء مهملاً عند الحاكم بالإضافة إلى العقد الصحيح والفالس، كما لا يعقل أن يكون مطلقاً شاملًا لكلا القسمين، ومع بطلان الإهمال والإطلاق يتعين عقلاً التقيد بخصوص العقد الصحيح، وهو لا يتم إلا بتاممية جميع أجزاءه وشرائطه، وفي حالة الشك في الصحة والفساد مبنيان:

الأول: عدم إمكان التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، لأنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

الثاني: إمكان ذلك، وهو الحق؛ لأن العقد وإن كان مقيداً بالصحيح من حيث اللبّ الواقع، ولكننا نستكشف - من حكم الشارع بوجوب الوفاء بكل عقد - إحراز

الصحة في الرتبة السابقة؛ لأن مرتبتي اللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد متاخرتان عن مرتبة الصحة، فسواء استفدنـا من الآية الحكم الإرشادي باللزوم، أو الحكم المولوي بوجوب الوفاء، فإن كلاً منها في مرتبة متاخرة عن الصحة، وبها أن الشارع حكم باللزوم أو بوجوب الوفاء عن طريق الجمع المحلي بالألف واللام، فهو يكشف عن صحة كل عقد إلا ما قام الدليل على تخصيصه وبطلانه.^١

وكيف كان فال موضوع على المبنيين مقيد لبأً وواعقاً بالصحة، وبها أن بيع الصرف قبل القبض غير محكوم بالصحة؛ لعدم تحقق شرطها فلا يجب الوفاء به، فيكون الحق مع ما ذهب إليه المشهور من عدم وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف؛ لعدم الدليل عليه، وبها أنه لا يحصل الملك قبل القبض، ولا دليل على وجوب الإقباض، كان مدار الغبن على وقت حصول الملك، لا على وقت تتحقق العقد.

وعليه، فالحق أن المدار - في العقود التي لا يشترط القبض في صحتها، وبناء على الشرط الإرتكازي في الخيار - على الغبن حين العقد، وأما العقود التي يشترط القبض في صحتها فالمدار فيها على الغبن حين القبض.

الفرع الثالث: حكم علم الوكيل بالغبن

قسم الشيخ ^٢قدس الله ^{قدس} الوكيل إلى ثلاثة أقسام:

١. أفاد الشيخ الأستاذ ^{دامت} في مقام الجواب على سؤال عن كيفية استكشاف الصحة من الحكم باللزوم أو بوجوب الوفاء بما حاصله:

لا شك أن الحكم بوجوب الوفاء بكل عقد قضية حقيقة، فيفيد لزوم كل ما صدق عليه أنه عقد، وبها أن الحكم باللزوم مترب على الحكم بالصحة؛ حيث لا يعقل الحكم بوجوب الوفاء بالعقد الفاسد، وكذلك بالعقد مطلقاً سواء أكان فاسداً أم صحيحاً، فنستكشف عقلاً بالدلالة الالتزامية الحكم بالصحة فيما إذا حكم باللزوم.

٢. المكاسب ١٦٨ / ٥.

الأول: الوكيل في مجرد إنشاء العقد.

الثاني: الوكيل في المعاملة والبيع.

الثالث: الوكيل المفوض في البيع وما يتبعه.

أما الأول فلا عبرة لعلمه وجهله في إجراء حكم الغبن، ولا في تحقق موضوع الخيار، بل المدار على علم الموكل وجهله؛ وذلك لأن ثبوت الخيار إما أن يكون من باب الضرر، أو للشرط الارتکازی، ومثل هذا الوكيل ليس موضوعاً للحكم الضرري، ولا مورداً للشرط الارتکازی، فلا يكون موضوعاً لخيار الغبن، فلا أثر لعلمه ولا لجهله، بخلاف الموكل؛ فإنه البائع الحقيقي، فالعبرة بعلمه و وجهله.

وأما الثاني فهو إن كان عالماً بالغبن، وكانت معاملته صحيحة كأن وکله الأصيل باشتراء المتناع المحتاج إليه بأي قيمة كانت ولو كان مع الغبن، فلا خيار له ولا للموكل.

وإن كان جاهلاً به فهنا صورتان:

الأولى: أن يكون كل من الوكيل والموكل جاهلين بالغبن، ويكون الوكيل وكيلاً في مجرد البيع، بحيث تنتهي وكالته بعد ذلك، وبالنسبة إليه لا موضوع للي الخيار؛ تكونه أجنبياً حينئذ، ولكن يثبت الخيار للموكل.

الثانية: أن يكون الوكيل جاهلاً بالغبن والموكل عالماً به، فهنا حالتان:

١- أن لا يكون الموكل قادراً على منع الوكيل عن إجراء المعاملة، ولم يمضها له فيثبت له الخيار؛ تكون لزوم المعاملة في هذه الحال ضرراً عليه، فتشمله القاعدة، وعلى خلاف الشرط الإرتکازی العقلائي وإن كان عالماً بالغبن؛ لعدم رفع يده عنه.

٢- أن يكون الموكل قادراً على منع الوكيل عن إجراء المعاملة ولم يمنعه وأمضى فعله فلا خيار له.

وأما الثالث، وهو الوكيل المفوض في البيع وما يتعقبه فيثبت له الخيار.^١

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ في الصورة الثانية من القسم الثاني

وأورد المحقق السيد الخوئي ^{قدّس الله عزّ وجلّ} على هذه الصورة بما حاصله:

إن الأمر لا يخلو عن أحد حالين، إما أن الموكّل العالم بالغبن قد وکّل الوكيل الجاهل به في خصوص البيع مع التساوي بين العوضين فقط دون غيره، فلا شبهة في كون البيع فضوليًّا، فإن أجاز الموكّل صحّ البيع، وإلا فلا.

وإن وکّله بنحو الإطلاق فلا شبهة في ثبوت الخيار للموكّل؛ فإن اطلاعه على الغبن في المعاملة لا يوجب سقوط الخيار؛ فإنه كاطلاعه على أن الوكيل يجري المعاملة بشرط الخيار للموكّل، فكما أنه لا يوجب سقوط الخيار فكذلك المقام، غاية الأمر أن الاشتراط في المقام ضمني؛ فإن الوكيل لجهله بالغبن اشترط المساواة بين العوضين ضمناً.^٢

الحق في المسألة

والحق في المسألة يقتضي التحقيق في أمرين:

الأمر الأول: إن عمل الوكيل وإن صدر منه بال مباشرة إلا أنه ينتمي عرفاً إلى الموكّل، ألا ترى أنه لو باع دار موكّله زيد، فقد صدر البيع من الوكيل، ولكن العرف يقولون باع زيد داره؛ وذلك لكون الموكّل سبباً، ولأن الوكيل وجود تنزيلي للموكّل. وعليه فالبيع الصادر من الوكيل يعتبر بيع الموكّل.

الأمر الثاني: إن المستند العمدة في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي العقلائي القائم على المساواة بين العوضين في المالية، بحيث لا يكون التفاوت بينهما فاحشاً،

١. المكاسب ١٦٨/٥.

٢. مصباح الفقاهة ٦/٣١٤-٣١٥؛ التنتيج في شرح المكاسب، الخيارات ٣٠٧/٣٨.

ومستند لهذا الشرط ليس دليلاً لفظياً حتى يتمسك بإطلاقه، بل هي السيرة العقلائية، وهي دليل لبى، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن في المقام ما إذا كان الموكّل جاهلاً بالغبن، أو أنه غير قادر على منع الوكيل عن إنشاء البيع، وأما في ما نحن فيه من العلم بالغبن والقدرة على منع الوكيل، فثبتوت قيام السيرة على هذا الشرط محل شك، فتكون المسألة من صغريات إجمال المخصص المردد بين الأقل والأكثر، والقاعدة عند الشك هو التمسك بالعموم في غير الفرد المتيقن خروجه منه، وهو في المقام آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾**^١، فيحكم بلزم هذه المعاملة، فيندفع ما أورد على الشيخ **قطن**، فيكون ما أفاده الشيخ **قطن** ومن تبعه من نفي ثبوت الخيار للموكّل في هذه الصورة هو الحق الحقيق الذي عليه التحقيق»^٢.

[[الفرع الرابع]: دعوى بالغين

«وهذه الجهة من المباحث القضائية المهمة، وحاصلها أنه لو ادعى أحد المتابعين الغبن وأنكر الآخر فما هو العمل؟ في المسألة مقامان من البحث:

المقام الأول: تشخيص المدعي والمنكر.

المقام الثاني: وظيفة القاضي.

أما المقام الأول فيقع البحث عنه في ثلاثة مراحل؛ إذ الاختلاف بينهما في حصول الغبن وعدمه، فلا بدّ من معرفة أساس الغبن؛ فإن حصوله يتوقف على ثلاثة أمور، بحيث ينتفي بانتفاء واحد منها وهي:

- ١- الاختلاف في القيمة.

١. سورة المائدة / ١.

٢. بغية الراغب في مباني المكاسب / ٣ (٨٠-٨٨).

٢- أن يكون الاختلاف فاحشًا.

٣- أن يكون المغبون جاهلاً بالاختلاف.

فالنزاع في المسألة القضائية ينشأ من أحد هذه الأمور الثلاثة، فينشعب إلى ثلات مسائل؛ إذ تارة يكون منشأ النزاع هو الاختلاف بينهما في العلم والجهل، فيدّعى أحدهما أن له خيار الغبن؛ لكونه جاهلاً بالقيمة، وينكر الآخر جهله بها، ويدّعى علمه.

و [أُخرى] يكون منشأ النزاع هو الاختلاف في القيمة، فيدّعى أحدهما الاختلاف بين العوضين في القيمة، فله خيار الغبن، وينكر الآخر الاختلاف بينهما فيها.

و ثالثة يكون المنشأ هو الاختلاف في التفاوت الفاحش، فيدّعى أحدهما ليثبت له الخيار وينكره الآخر.

ولا بدّ من ملاحظة الأصول اللغوية والعملية في المسائل الثلاث.

المسألة الأولى: في الاختلاف في علم المغبون بالقيمة، ورأي الشيخ في ذلك

أما المسألة الأولى، وهي أن يكون الاختلاف بينهما في علم المغبون بالقيمة

والجهل بها مع تسليم الاختلاف في القيمة وكونه فاحشاً، فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة

فقد ذهب الشيخ قدس إلى أن جهله يثبت بأحد أمور ثلاثة:

١- اعتراف الغابن؛ وذلك لأن المغبون يدّعى أن له حق الخيار؛ لكونه جاهلاً

بالقيمة، فإذا اعترف المدّعى عليه بذلك فقد ثبت الخيار بإقراره.

٢- البينة إن تحقّقت، وإنما قيدها بأدلة الشرط؛ لأن العلم والجهل من الأمور

النفسانية، فيتعسر إقامة البينة عليها، وإثباته باليقنة لأمرتين:

الأول: عمومات حجية البينة، من قبيل «والأشياء كلها على هذا حتى يستبين

لك غير ذلك، أو تقوم به البينة»^١، فإنها تشمل المقام.

الثاني: الأدلة الخاصة المثبتة لحجية البينة في باب القضاء.^٢

٣- يمين مدعى الغبن، واستدل عليه الشيخ بأمور ثلاثة:

الأول: أن قوله موافق للأصل؛ لأنه يدعى الجهل، والعلم أمر حادث مسبوق بالعدم.

الثاني: أن الجهل من الأمور النفسانية التي يتعرّض الاطلاع عليها من غير أصحابها، فيتعسّر إقامة البينة عليها، فتشتت بيمنيه.

الثالث: عدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون؛ بجهله بالحال؛ لكونه من الأمور النفسانية، ويشترط في الحلف أن يكون عن علم وجزم، ومع عدم تمكّنه من الحلف يتقلّل الحلف إلى المغبون.

هذا ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام، ثم أمر بالتأمل.^٣

الإشكالات على الشيخ
وأورد على الشيخ قدس سره بإشكالات سبعة وهي:

الإشكال الأول

أن المستفاد من صدر كلام الشيخ قدس سره وذيله أن المغبون هو المدعى، والغابن هو المدعى عليه، أما الصدر فمن قوله بآيات دعوه باعتراف الغابن، وبالبينة، وكلامها من أدلة المدعى، وأما الذيل فمن قوله بعدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون، فلهذا ينقل إلى المغبون، ومعنى ذلك أن وظيفة الغابن هي الحلف، وهي وظيفة المدعى

١. وسائل الشيعة ١٧/٨٩، ح٤، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، معتبرة مساعدة بن صدقة.

٢. وهي روايات متعددة كما في وسائل الشيعة ٢٧/٢٣٣، ح٢، صحيحه بريد بن معاویة وغيرها من روايات الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

٣. المكاسب ٥/١٦٨.

عليه.

وعليه فكيف جمع على المغبون بين البينة التي هي وظيفة المدعى، والحلف الذي هو وظيفة المدعى عليه، فقال بثبوت الجهل باليقنة ويقول مدعى مع اليمين؟! فإن ذلك من الجمع بين الصدرين؛ فإن معنى توجّه اليمين عليه أنه منكر، ومعنى ثبوت قوله باعتراف الآخر وبالبينة أنه مدّع، ولا يمكن أن تكون وظيفته كلا الأمرين، بل إما البينة وإما اليمين؛ بمقتضى: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»^١، وأن التقسيم قاطع للشركة.

الإشكال الثاني

إن الشيخ قدس سره قال بثبوت جهل المغبون بيمنيه، وعلّمه بأصله عدم العلم، ومعنى ذلك أنه منكر؛ لأنهم ذكروا في باب القضاء للتمييز بين المدعى والمنكر ثلاثة أوجه:

- ١- أن المدعى هو الذي إن ترك ترك.
- ٢- أن المدعى هو الذي يطالب الآخر حقاً أو مالاً.
- ٣- أن المدعى هو الذي يخالف قوله الظاهر، أو الأصل المعتبر، والمنكر هو الذي يوافق قوله الأصل، وهو الذي عليه المشهور.

ومن تعليل الشيخ قدس سره بأصله عدم العلم يعرف أن قول المغبون موافق للأصل، فيكون منكراً. [كيف حكم عليه بثبات دعواه باليقنة؟!]

الإشكال الثالث

إنه قدس سره صرّح بأن وظيفة المغبون - مع تعسر إقامة البينة على الجهل - هو اليمين، وذلك مناقض لما قاله من قبل بثبوت الجهل بيمنيه لكونه موافقاً للأصل؛ لأن مقتضى

١. وسائل الشيعة ٢٧/٢٩٣، ح ٣، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، صحيحه حماد بن عثمان.

توّجّه اليمين له - بعد تعسر إقامة البينة - أن وظيفته الأولية هي البينة، ومعنى ذلك أنه مدع، ومقتضى ثبوت قوله باليمين لكون قوله موافقاً للأصل أنه منكر.

الإشكال الرابع

إن الكبّرى التي أفادها ^{قدّس} من الانتقال إلى اليمين مع تعسر إقامة البينة لا دليل عليها، وإنما قام الدليل على الانتقال في خصوص ما لا يُعلم إلّا من قبّلِه، لا في كل ما تعسر إقامة البينة عليه.

الإشكال الخامس

إنه ^{قدّس} قال بتعسر إقامة البينة على العلم والجهل؛ لكونهما من الصفات النسانية، فينقض عليه بالعدالة والاجتهداد، فإنّها من الصفات النسانية، فيفترض تعسر إقامة البينة عليهم، فينتقل إلى اليمين، وهو خلاف ضرورة الفقه.

والحل: أن الصفات النسانية التي يمكن إثباتها بالآثار يمكن إقامة البينة عليها، والعلم والجهل بالقيمة من هذا القبيل؛ فإنه يمكن إثباتها من خلال القرائن، فيمكن إقامة البينة عليها.

الإشكال السادس

أنه ^{قدّس} قال: بما أنه لا يمكن للغابن أن يحلف على علم المغبون فينتقل الحلف إليه، ومنشأ ذلك أن العلم من الصفات النسانية، فكما لا يمكن إقامة البينة عليه لم يمكن الحلف.

والإشكال عليه يظهر مما ورد في الإشكال الخامس.

الإشكال السابع

إن المغبون في باب المرافعة والتنازع يحلف على عدم علمه بالقيمة ووجهه بها، وحلفه على ذلك إنما يكون في ما لو كان لجهله أثر شرعي؛ فإن ما لم يكن حكماً شرعياً ولا له أثر شرعي لا يجري فيه الأصل؛ فإن في مجراه الأصول مبنيين:

الأول: أن يكون حكماً شرعاً أو موضوعاً لحكم شرعى، وهو المعروف المشهور.

الثاني: ما هو أوسع من السابق، وهو أن يكون قابلاً للتبعد الشرعي وإن لم يكن حكماً شرعاً أو موضوعاً له.

وعلى كلا المبنيين لا يتمُّ كلام الشيخ قدس سنه؛ فإنه لم يقم دليل شرعى على مدخلية العلم بالقيمة والجهل بها في اللزوم ولا في الخيار، والمتبوع لسان الأدلة، سواء أكان مبنياً الخيار هو «للاضرر»، أم الشرط الارتكازى، وإنما هما من مقدمات تحقق موضوع الحكم.

وبناء على عدم لغوية التبعد لا بدّ أن يجري الأصل في مقام الحكم والتکليف، أو في مقام الامثال، والعلم والجهل لم يؤخذان في مقام الحكم، ولا في مقام الامثال.

في الأصل الجاري لتشخيص المدعى من المنكر البحث في تشخيص المدعى من المنكر بالنسبة إلى دعوى الغابن علم المغبون بالقيمة، ودعوى الثاني الجهل بها، وقد اختلف في الأصل الجاري فيه على وجوه:

وجوه الأصل الجاري في المقام

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ من أن الأصل في المقام هو عدم العلم.

وهو غير تام؛ لعدم كون العلم والجهل حكماً شرعاً ولا موضوعاً له، ولا بدّ في مجرد الأصل من كونه ذا أثر شرعى.

الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم كالحققين النائيني والسيد الخوئي قدس سرها وغيرهما: من أن الأصل الجاري في المقام هو أصلالة عدم الإقدام على الضرر؛ حيث إن الضرر موضوع للخيار،

والإقدام عليه مزيل له، فمع الشك في إقدامه عليه تجري أصالة عدم الإقدام، ومن ثم يثبت أحد جزئي موضوع الخيار، والجزء الآخر هو الغبن المحرز بالوجдан.

الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر)

وفيه: أن الإقدام وعدمه لم يردا في لسان الأدلة، فإن كان المبني في المسألة هو «لا ضرر ولا ضرار»، فمعناها نفي جعل الحكم الضري في الإسلام، فيكون موضوع الأثر هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الإقدام عليه من قبل المكلف لا يكون الضرر من قبل الشارع، بل من قبل نفس المكلف، كما صرّح بذلك السيد الفقيه اليزدي^٢، وعليه فأصل عدم الإقدام - بالنسبة إلى الحكم الضري الآتي من الشارع - مثبت؛ وذلك لأن المكلف إذا أقدم على المعاملة التي يعلم بكونها غبية وحكم الشارع باللزوم لم يعدّ الضرر مستنداً إلى الشارع، وأما مع عدم إقدام المغبون على الضرر فاللازم العقلي لأصالة عدم الإقدام هو أن يكون الحكم باللزوم مستنداً إلى الشارع، فيكون مثبتاً.

والحاصل: أن الإقدام وعدمه ليسا حكمين شرعاً ولا موضوعين له، ولكن الإقدام ملازم لعدم استناد الضرر إلى الشارع، كما أن عدمه ملازم لاستناد الضرر إليه، والأصل في موارد الملازمات مثبت.

رفع المحقق السيد الخوئي للإشكال ورده

وقد رفع المحقق السيد الخوئي^٣ هذا الإشكال بما حاصله: أن منشأ الخيار هو الشرط الارتكازي بالتساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما في المالية، وقد جرت معاملة العقلاء على الأشياء بهذه الشرط، فإذا شك في إقدام المغبون على

١. منية الطالب ١٢٣/٣؛ مصباح الفقاهة ٣١٦/٦.

٢. حاشية المكاسب للسيد اليزدي^٤ ٥٣٣/٢.

المعاملة - مع العلم بعدم التساوي بحيث يكون إقدامه على الضرر مزيلاً لهذا الشرط - فالأصل عدمه، فيكون الشرط باقياً على حاله مع ثبوت الضرر بالوجдан، فلم يترتب ثبوت الشرط على الأصل، بل هو ثابت ببناء العقلاء.

وبالجملة فإن موضوع الخيار هو الضرر مع عدم إقدامه عليه، أي مقيداً بذلك، فلا شبهة في أن الضرر محز بالوجдан، والقيد محز بالأصل فيثبت الحكم وهو الخيار للمغبون.^١

ولكن هذا التقريب لا يرفع إشكال المثبتية الوارد على أساس كون المبني في الخيار حديث «لا ضرر»؛ فإن موضوع الحكم المنفي حيثند هو الضرر المستند إلى الشارع، وأصل عدم الإقدام مثبت بالنسبة إليه.

وإن كان المبني في المسألة هو الشرط الإرتكازي فينبغي التحقيق في المراد منه عند العقلاء؛ فإن الشرط إن كان تعبدياً، أي مما جعله الشارع، كخياري الحيوان والمجلس، فلا شأن للمكلف بالنسبة إلى جعله، وإنما شأنه بالإضافة إليه إنما هو الإسقاط ليس إلا، فالشارع جعل خيار الحيوان للمشتري، ولصاحب الخيار أن يسقطه.

وأما في الشروط الإرتكازية فليس الأمر كذلك، بحيث يشترطها العقلاء ويكون للمتعامل الإسقاط، بل كل متعامل بها أنه من العقلاء يقوم باشتراط هذا الشرط.

والشرط في المعاملة التي هي محل البحث لم يكن من بناء العقلاء، بل اشترطه نفس المتعاملين؛ فإن بناء كل عاقل في معاملاته أن يتساوى ما أخذه مع ما خرج منه في المالية، فمعنى بناء العقلاء أن كل متعامل يشترط في ضمن المعاملة هذا الشرط، ولكن

١. مصباح الفقاهة ٦/٣١٧.

بما أنه ارتکازی لم يجتهد إلى التصریح به في ضمن العقد.

وعليه فالشرط الإرتکازی لم يثبت ببناء العقلاء ولكن البائع أو المشتري قد أسقطه بإقدامهما، بل بين الإقدام والشرط تضاد فلا يجتمعان، فلا يمكن أن يشترط عدم التفاوت في القيمة ومع ذلك يقدم على المعاملة مع إحراز التفاوت، وبما أن النسبة بينهما هي نسبة التضاد، فعدم أحد الضدين ملازم لوجود الآخر، فعدم إقدامه ملازم لاشترطه، وإقدامه ملازم لعدم اشتراطه، فيكون أصل عدم الإقدام بالنسبة إلى تحقق الشرط مثبتة لا محالة.

فالنتيجة: أن موضوع الأثر على هذا المبني هو الشرط، فالخيار وعدمه تابعان لوجود الشرط وعدمه، والإقدام على المعاملة الضرورية ملازم لعدم اشتراط اختلاف القيمة، فيكون أصل عدم الإقدام على هذا التقریب مثبتاً أيضاً. فإشكال المثبتة وارد على كلا المبنيين، «لاضرر» والشرط الإرتکازی.

الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإیروانی

من أن الأصل لتعيين المذكر هو أصالة بقاء العلقة وعدم انحلال المعاملة، وأصالة اللزوم^١، وتوضیح ذلك:

إن أصل اللزوم على نحوين: أصل اللزوم اللفظي، وأصل اللزوم العملي، أما الأول فهو المستند إلى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^٢، ولا يمكن التمسك به في المقام؛ لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصوص؛ فإن العقود في الآية عام، وخصوص بالبيع الغبني ونحوه نشك هل البيع في المسألة غبني أو لا؟ فعلى هذا لا يصح أن يقال بأن قول المغبون موافق للأصل، أي للآية.

١. حاشية الإیروانی على المکاسب ٣/١٣٤، رقم ٢٦٨.

٢. سورة المائدۃ / ١.

وأما الثاني فتقريره استصحاب بقاء أثر العقد الواقع فيما لو فسخ مدعى الغبن وشككنا في بقاء الأثر وارتفاعه، فيكون هو المتبع. وعليه فقول مدعى الغبن مخالف لهذا الأصل. والحق أن هذا الأصل هو المتبع، فيجري استصحاب بقاء الملك الحاصل من العقد، لا أصالة عدم العلم، ولا أصالة عدم إقدام المغبون.

ولكن فيه: أولاً: أن تمامية جريان هذا الأصل متوقفة على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأما على من ينكر جريانه فيها، سواء لقصور أدلة الاستصحاب عنها كما عليه السيد الخوانساري^١، أو للتعارض الدائمي فيها بين استصحاب بقاء المجعل وعدم الجعل كما عليه المحقق السيد الخوئي^٢ فلا فائدة في هذا الأصل، فهو لا يجري على جميع المبني.

وثانياً: أن هذا الأصل - حتى على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية - مخدوش بكونه مسبباً؛ حيث إن الشك في بقاء الملكية الحاصلة من العقد وعدم بقائهما بعد الفسخ مسبب عن الشك في جعل الشارع للخيار وعدمه، فإن جعل الشارع الخيار زالت الملكية بالفسخ، وإن لم يجعله كانت باقية، فلا بد أن يكون المرجع هو الأصل الحاكم، وقد أوضحه المحقق الأصفهاني^٣ بما يأتي في الوجه الرابع.

الوجه الرابع: ما اختاره المحقق الأصفهاني

من أن الأصل هو عدم جعل الخيار؛ لأن مدعى الجهل بالغبن يدعى الخيار، والمنكر له يدعى اللزوم، وبما أن الخيار من المجعلات الشرعية، وهو حادث مسبوق بالعدم، فإذا شك في جعله فالأصل عدمه. والسر في اختياره له ما أوردناه من الإشكال على المحقق الإيراني^٤ من كونه أصلاً حاكماً على أصالة اللزوم.^١

١. حاشية الأصفهاني^٣ على المكاسب ٤/٢٥٥-٢٥٤.

نعم، لا يخفى أن نحو العدم في المقام هو العدم الأزلي، لا النعти؛ إذ أن عدم الخيار قبل تحقق العقد من السالبة بانتفاء الموضوع، وأما حين تتحققه فهو إما إنه وجد محكوماً بالخيار أو محكوماً باللزوم.

وعليه فجريان هذا الأصل يتوقف على القول بجريان استصحاب العدم الأزلي، ولعل هذا هو السبب في تمسك المحقق الإيرلندي ^{فنسٹ} باستصحاب بقاء الملك الحاصل بالعقد؛ لأنه لا يرى استصحاب العدم الأزلي، فمتمى لم يتمسك بأصالة عدم الخيار كانت النوبة لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

ولكن، بما أنها نرى جريانه فهو دليل حاكم على أصالة اللزوم.

وللائل أن يقول: إن المبني في ثبوت خيار الغبن إما هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الإرتكازي، وعلى كلا التقديرين يمكن تصور الشك السببي والمسببي في المقام. فإن كان المستند هي القاعدة فالشك في ثبوت الخيار وعدمه ناشئ من الشك في كون اللزوم الضرري للمعاملة مستندًا إلى الشارع أو لا؛ فإن موضوع ثبوت الخيار هو كون اللزوم ضررياً، وكون الضررية مستندة إلى الشارع، و«لا ضرر» إنما ترفع الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فالشك في ثبوت الخيار مسبب عن الشك في تحقق هذا الموضوع، فلا بدّ من جريان الأصل فيه.

وإن كان المستند هو الشرط؛ فثبتوت الخيار مسبب عن شرط المعاملين بتساوي العوضين، وبها أن الشرط حادث مسبوق بالعدم فالأصل عدمه.

ولكن يرد عليه: أن الأصل إنما يجري لأجل تشخيص المدعى من المنكر، فمن كان قوله موافقاً للأصل فهو منكر، ومن خالف قوله الأصل فهو المدعى، وينبغي أن لا يكون الأصل مخالفاً لظاهر ما عليه العقلاء، فلا يجري الأصل غير العقلائي، وأصالة عدم اشتراط التساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما غير عقلائي؛ إذ الفرض أنه شرط ارتكازي عقلائي، والمفروض أن المعاملين منهم

فأصل عدم هذا الشرط مخالف لظاهر عقلائية العاملة فلا يجري. وبما أن المستند العمدة لثبوت خيار الغبن هو هذا الشرط الإرتكازي^١، وبما أن أصالة عدمه الذي هو أصل موضوعي غير جارية في المقام فتصل النوبة إلى أصالة عدم الخيار، وبناء عليه فأقوى الأقوال في المسألة والأقرب إلى القواعد ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس.

الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة
ولهذه الصورة حالات ثلاث:

حالات الصورة الثانية

الحالة الأولى: أن يدعى الجهل بالقيمة
وأصل قبول الدعوى محل بحث كما حرر في باب القضاء؛ إذ يشترط - قبل تشخيص المدعى من المنكر - أن تكون الدعوى صالحة للقبول، فإن كان فيها محذور عقلي، أو عقلائي لم تقبل، ولا يصح طرحها حتى تصل النوبة إلى تشخيص المدعى من المنكر، ودعوى صاحب الخبرة عدم علمه بالقيمة تستبطن التناقض؛ للتمانع بين الخبروية والجهل؛ فإن معنى كونه صاحب خبرة أنه عالم بالقيمة، وكونه جاهلاً بها يعني أنه غير صاحب خبرة.

وعلى فرض إمكان الجمع بينهما عقلاً، فهي غير مقبولة عند العقلاء، فلا يسمع لها.

١. وأمّا بناءً على أنّ مستنده قاعدة لا ضرر تعارض أصل عدم استناد هذا الضرر إلى الشارع مع أصل عدم استناده إلى المتعامل فتساقطاً فتصل النوبة إلى أنّ أصالة عدم الخيار. [المؤلف]

الحالة الثانية: أن يدعى العلم بالقيمة ولكنها نسيها حين العقد أو غفل عنها وهذه الدعوى وإن كانت قابلة للطرح أمام القاضي، إلا أنها مخالفة للظاهر للأصل، وتشخيص المدعى من المنكر كما يكون من خلال مخالفته وموافقته للأصل، يكون أيضاً من خلال موافقته ومخالفته للظاهر، فمن كان قوله مخالفًا للأصل أو مخالفًا للظاهر فهو المدعى، ومن كان قوله موافقًا له فهو المنكر، ومقتضى الصناعة الترتيب بينهما في التقديم، فتقدم مخالفة الظاهر على مخالفة الأصل.

وقول مدعى الغفلة مخالف لظهور حال المتصدي، والأصل وإن كان عدم الإلتفات؛ لكونه حادثاً مسبوقاً بالعدم فالأصل عدمه، إلا أن الإلتفات موافق للظاهر؛ فإن ظاهر حال العاقل العالم بالقيمة المقدم على العمل عن إرادة واختيار أن يكون ملتفتاً غير غافل، فدعوى الغفلة منه مخالفة لظاهر حاله.

فمدعى الغبن للغفلة وإن سمعت دعواه؛ لإمكانها إلا أن قوله مخالف للظاهر، فيكون مدعياً، والطرف الآخر منكراً؛ لكون دعواه موافقة للظاهر، فيطالب المدعى بالبينة، وإن لم يقمها طولب المنكر باليمين.

دعوى الحلف على المدعى في المقام
و[قد] يقال: بأن على المدعى الحلف في المقام؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول لدعوى الحلف
أن قوله وإن كان مخالفًا للظاهر الحجة؛ لأن سيرة العقلاة قائمة - في الأفعال الاختيارية - على عدم الاعتناء باحتمال الغفلة، المعبر عنه عندهم بأصالة عدم الغفلة. ولا يخفى أن هذا الأصل ليس أصلاً عملياً، بل أصلاً عقلائيًا، والفرق بينهما: أن الأصول العملية غير محرزة للواقع، ولو كان فيها إحراز فهو ملغى، وأما الأصول العقلائية فاعتبارها ليس ناشئاً من التعبد، بل من كاشفيتها عن الواقع، فدعوى الغفلة مخالفة للظاهر الحجة، أما كونه ظاهراً فلما تباني عليه العقلاة، وأما كونه حجة فلعدم

ردع الشارع عنه، فقول مدعى الغفلة مخالف للظاهر الحجة، فيكون مدعياً، ويكون قول الآخر موافقاً له، فيكون منكراً، والقاعدة الأولية أن على المدعى البينة، فإن أمكنه إقامتها على غفلته أقامها وأخذ بها، وإن انتقلت الوظيفة إلى يمين المنكر، فإن كان يعلم بعدم غفلة مدعىها حلف بذلك، وإن حلف على عدم علمه.

إلا أن مقتضى القاعدة الثانية أن وظيفة المدعى - إذا تعسر عليه إقامة البينة - هو اليمين، وبها أن مدعى الغفلة يتعرّض عليه إقامة البينة على دعواه كانت وظيفته اليمين.

رد الوجه الأول

وهذا الوجه مردود كبرى وصغرى:

أما الكبرى؛ فلأن القاعدة في باب القضاء المستفادة من النصوص هي تقسيم الدعوى إلى: أن البينة على المدعى، واليمين على من أنكر، فجعل اليمين على المدعى خلاف القسمة القاطعة للشركة، فلا يصار إليه إلا بدليل يخصص تلك القاعدة، ولم يقم دليل على تخصيصها إلا في موارد خاصة كما في اليمين المردودة، وذلك إذا لم يحلف المنكر فرد اليمين على المدعى، فيردّها القاضي عليه، وأما صورة تعذر إقامة البينة على المدعى من قبل المدعى فليست مما قام عليها دليل من نص أو إجماع.

وأما الصغرى؛ فلأن الغفلة وإن كانت من الصفات النفسانية إلا أنها مما يمكن العلم بها من خلال القرائن، كما لو علم أن المغبون كان في أزمة نفسية طارئة توجب اغتشاش الحواس، بحيث يمكن دعواه الغبن وإن كان من أهل الخبرة.

الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه

إن الدعوى إن كانت مما لا تعرف إلا من قبل المدعى يقبل قوله مع اليمين، والغفلة من هذا القبيل.

وفيه: أنه قد ثبت بالنص أن الموارد التي لا تعرف إلا من قبله كصفات النساء

وحالاتهن يقبل قول المدعى مع يمينه إلا أن الغفلة ليست منها. فتحصل من هذا: أن مدّعى الغبن إن كان من أهل الخبرة وادعى الغفلة؛ فلمخالفه دعواه لأصالة عدم الغفلة، ولم يقم البينة عليها تنتقل الوظيفة إلى المنكر، ووظيفته اليمين على نفي الغفلة إن كان يعلم بها، وإلا حلف على عدم علمه بالحال.

الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة

ولهذه الحالة صورتان؛ إذ تارة يكون الاختلاف بينهما في تغير القيمة وعدمه، كأن يدّعى البائع بأن قيمة المتاع خمسون ديناراً من قبل المعاملة بشهر، وقد بعثك بهذا المقدار، فلا غبن، ويقول المشتري بأن قيمته كانت خمسين ديناراً إلا أنها نزلت حين العقد فصارت بعشرين فأنا مغبون.

وأخرى في أصل القيمة، كأن يدّعى البائع بأن الثمن المسمى في المعاملة هو قيمته الواقعية، ويقول المشتري بأنه أكثر من قيمته الواقعية بالضعف.

الأصل النافي ل الخيار في هذه الحالة عند الشيخ

وقد قال الشيخ ^{افتى} بعدم الخيار في الصورتين؛ وذلك لأصلين:

- ١- أصالة عدم التغير «الموافق لأصالة اللزوم».
- ٢- أصالة اللزوم.

ونتيجة كل من الأصلين عدم الغبن، ومن ثم نفي الخيار^٢.

وأورد عليه بإشكالات:

١. المكاسب ١٦٩ / ٥ ولم يرد فيه «الموافق لأصالة اللزوم» فلا يتم الاشكال الرابع في المقام.

٢. المكاسب ١٦٩ / ٥

الإشكالات الواردة على الأصل

الإشكال الأول

إن المراد من أصلة اللزوم لا يخلو إما الأصل اللفظي، أو العملي، فإن كان الأول - وهو عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾**^١ فهو مخصوص بالمعاملة الغبية؛ بمقتضى قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الضمني الارتكازي، وبما أن المعاملة الواقعية **يُحتمل** كونها غبية، فهي شبهة موضوعية للمخصوص، فلا يصح التمسك بالعام فيها.

وإن كان الثاني فهو أصلة بقاء الملك عند من انتقل إليه، بمعنى أنه بالبيع قد حصل النقل والانتقال قطعاً، فإذا فسخ مدّعي الغبن شك في بقاء المال في ملك من انتقل إليه وزواله عنه فيستصحب بقاوته.

فيرد عليه: بأننا نشك من أول الأمر في كون الملكية المتقلة هل هي ملكية محدودة بحصول الفسخ أو باقيه حتى بعده؟ وفي مثل ذلك لا يجري الاستصحاب؛ للشك في أصل الجعل، فيكون معارضًا بأصله عدم الجعل.^٢

ولكن هذا الإيراد أولاً: مبني على ما اختاره الفاضل التراقي **فتى** وتبعه المحقق السيد الخوئي **فتى** من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية؛ للتعارض بين أصل بقاء المجعل وأصل عدم الجعل، والشيخ **فتى** لا يرى ذلك. وثانياً: أن لازمه جريان الاستصحاب لولا المعارضة، والحال أنه قاصر من حيث المقتضي.

فالحق في الإشكال على الشيخ **فتى**: أن استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ محكم باستصحاب عدم جعل الخيار؛ لكون الشك في بقاء الملك ناشئاً من الشك في جعل الخيار، ومع وجود الأصل الحاكم لا تصل النوبة إلى الأصل المحكم.

١. سورة المائدة / ١.

٢. مصباح الفقاهة / ٦ .٣٢١

إلا أن يقال: بأن السببية بينهما ليست شرعية، فلا حكومة بين الأصلين فتأمل، وهذا الكلام يجري في نظيره فيسائر الموارد، مما تقدم وما يأتي.

الإشكال الثاني

إن المسلم به لزوم كون موضوع الأصل ذا أثر شرعي، وفي دليل خيار الغبن مبنيان:

- ١- أن المستند فيه هو «لا ضرر»
- ٢- أن المستند هو الشرط الارتكازي الضمني بالتساوي بين الشمن والمشن في القيمة.

وأياً كان منها فلا ربط لأصالة عدم التغيير بها إلا بنحو الأصل المثبت في بعض الموارد؛ للتلازم أحياناً بين عدم التغيير والحكم الضرري، أو بينه وبين اختلاف العوضين في القيمة، فأصل عدم التغيير لا يكون معتبراً شرعاً، فلا يكون ميزاناً معرفة المدعي من المنكر.^١

والحق ورود هذا الإشكال على الشيخ قيس^٢؛ لعدم ورود عنوان التغيير وعدمه في لسان الأدلة، ولا بدّ من استفادة موضوع الأصل منها.

١. مصباح الفقاهة /٦ (٣٢١-٣٢٠).

٢. إن قلت: قال المحقق الأصفهاني^٢: «أما إذا كان المراد أصالة عدم وقوع العقد على الزائد أو الناقص فلا تكون مثبتة؛ فإن العقد الواقع على الناقص أو الزائد موضوع الخيار، فالبعد بعدهم تبعد بعدم الخيار».

قلت: أن المدار في جميع الموارد على حجية الظهور، بإرجاع الكلام الظاهر في شيء إلى معنى آخر لرفع الإشكال على خلاف الصناعة وكلام الشيخ^٢ في المقام صريح في أصالة عدم التغيير، فحمله على إرادة أصالة عدم وقوع العقد على ما اختلفت قيمته مخالفٌ للقاعدة.

الإشكال الثالث

إن الاستدلال بأصالة عدم التغير أخص من المدعى؛ حيث إن الاختلاف في القيمة كما يكون منشؤه الاختلاف في تغير القيمة وادعاء العلم والجهل بها، ربما يكون منشؤه الاختلاف في القيمة الواقعية، كما لو تمت المعاملة على خمسين ديناراً قيمة المتع بالاتفاق بينهما، فادعى أحدهما الغبن؛ لكون قيمته الواقعية ثلاثة، وأنكر الآخر، فهنا لا مورد لأصالة عدم التغير؛ لعدم دعوى التغير أساساً.

الإشكال الرابع

إن الشيخ قدس سره صرّح بموافقة أصل عدم التغير لأصل اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء الملك وأثر العقد، مع أنه يخالفه في بعض الصور ويترتب عليه الخيار، وذلك كما لو تم البيع على ثمانية دنانير قيمة المتع، فادعى مدعى الغبن أن قيمته السابقة عشرة دنانير ولم تغير، فصدقه الآخر ولكن قال بتغيرها حين البيع، فمقتضى جريان أصل عدم التغير ثبوت الغبن، ومن ثم ثبوت الخيار فيكون على خلاف أصل اللزوم.

فتحصل إلى هنا: أن الشيخ قدس سره قد تمسك - في غير ما إذا كان الاختلاف من جهة العلم والجهل بالقيمة - بأصلين، أصل عدم التغير، وأصل اللزوم، وقد اتضح سقوط أحدهما بهذه الإشكالات، وأما الثاني فلا يرد عليه إلا ما أورد على مسلك التعارض بين أصل عدم الجعل والمجموع، وأنه مرجع حيث لا أصل حاكم.

تحقيق المحقق السيد الخوئي

وهنا تحقيق للمحقق السيد الخوئي قدس سره [إليك نصه، بيانه: قال المحقق الخوئي: «فالتحقيق أن يقال: إن الشرط الضمني الارتکازی إذا كان واقعاً على تساوي القيمتين بأن يشترط المتعاقدان تساوي كل واحد من المالين بحسب القيمة السوقية كما عبرنا بهذه العبارة في بعض عباراتنا السابقة، فالأصل مع مدعى الغبن وال الخيار، لأنّ

المفروض وقوع المعاملة بين المالين ونشك في شرطها الذي هو أمر وجودي وهو وقوعها على المالين المتساوين بحسب القيمة والأصل عدم وقوع المعاملة على المتساوين فلا لزوم بحكم الاستصحاب، إذ التساوي والمعاملة الواقعة عليه أمران وجوديان مسبوقان بالعدم فالأصل عدم وقوع المعاملة على القيمة المتساوية للقيمة السوقية.

وأما إذا كان الاشتراط الضمني متعلقاً بما هو المتعارف بين الناس والمرتكز في الأذهان وهو عدم الخديعة والزيادة، فكأنها يشترطان عدم الخديعة وعدم الزيادة في الثمن والقيمة فلذا ترى أنه يقول لصاحبه لا يكن يبعك أو شراؤك هذا بأزيد من قيمته، والمراد بالخديعة هو صورتها إذ لا يعتبر في خيار الغبن الخديعة بل يثبت ولو مع جهل الغابن بالحال، وعليه فإذا تعاملنا وشككنا في حصول هذا الشرط وهو عدم الخديعة وعدم الزيادة فأصل مع من يدّعي اللزوم لأصالة عدم وقوع البيع على الخديعة والزيادة وأصالة عدمها، وهذا الوجه الثاني هو الأرجح لأنه المواقف للمتعارف والمرتكز في الأذهان من الغبن، ويؤيد ذلك عنوان الفقهاء حيث عنونوه بخيار الغبن أي خيار الزيادة والخديعة، وعليه ففي جميع الصور المتقدمة نحكم بلزم عدم وقوع البيع على القيمة الزائدة أو الخديعة^١.

وتقريره وتوضيحة: أن المستند الصحيح في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي لعدم الغبن في المعاملة، فلا بدّ من ملاحظة ذلك لتشخيص المدعى من المنكر، فلا بدّ من معرفة هوية الشرط، هل هو شرط عدمي أو وجودي، فإن كان تبني العقلاء على تساوي العوضين في القيمة كان الشرط وجودياً، وإن كان تبنيهم على عدم الاختلاف في القيمة كان شرطاً عدمياً.

١. التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٨/٣١٤؛ ونحوه في مصباح الفقاهة ٦/٣٢١-٣٢٢.

وتوسيع هذه الجهة: أن حقيقة الشرط هي الالتزام المربوط بالالتزام آخر، ففي كل شرط التزام وملتزم به، ونفس الالتزام فعل نفساني بلا شك، وقد يعبر عنه بالعهد، أو بالشرط، أو بالالتزام.

وبتعبير أدق: أن في التعهد والشرط التزاماً، والالتزام ذاته الالتزام، ففرق بين العناوين الثلاثة، فللالتزام في ضمن العقد خصوصية، وللالالتزام المطلق خصوصية، وللالتزام بعنوان الشرط خصوصية أخرى، وهذا عبر الفقهاء واللغويون عن الشرط بأنه التزام مربوط بالالتزام آخر، أو التزام في ضمن التزام آخر، فهذه الخصوصية مأخوذة في مفهوم الشرط.

ولا شبهة في أن نفس الالتزام أمر وجودي، والمردود بين الوجودي والعدمي هو الملتزم به، وعليه فإن كان متعلق التزام المتابعين هو تساوي قيمة الشمن والمثمن فهو أمر وجودي، وكل أمر وجودي مسبوق بالعدم، فالالأصل الجاري عند الاختلاف هو أصل عدم التساوي بينهما، ونتيجة ثبوت الخيار.

وإن كان هو عدم اختلاف العوضين في القيمة فهو أمر عدمي فالالأصل الجاري فيه هو أصل عدم الاختلاف أولاً، ونتيجه لزوم المعاملة ونفي الخيار.

فالتحقيق - إذن - أن يعيّن المبني أولاً في خيار الغبن، هل هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الارتكازي؟ وعلى الثاني، هل الملتزم به تساوي العوضين، أو عدم الاختلاف بينهما؟ فعلى الأول يجري أصل عدم التساوي، ونتيجه الخيار، وعلى الثاني يجري أصل عدم الاختلاف، ونتيجه اللزوم.

التعليق على هذا التحقيق

ولا يخفى أنه إن أحرز بواسطة القرائن المرتكز العقلائي من بين هذين الاحتمالين أمكن جريان الأصل، وإن لم يحرز أحدهما وتردد بينهما فلا يجري؛ لعدم إحراز أركان الاستصحاب من اليقين السابق والشك اللاحق، ولا عبرة بالظن

بأحد هما، استناداً لبعض الخصوصيات؛ لعدم كون هذا الظن معتبراً. وعليه فالمرجع أصالة اللزوم بتقريب: أنه بالبيع الحاصل حصل نقل العوضين من أحد المتعاملين إلى الآخر، وملك كل منها ما انتقل إليه، فإذا فسخ مدعى الغبن شك في خروج الملك عما انتقل إليه ورجوعه إلى المالك الأول فيستصحب بقاوئه عنده، وقد تقدم أن هذا الأصل محكوم بأصالة عدم جعل الخيار، واستصحاب عدم الخيار، وإن كان أثر الأصلين واحداً. هذا تمام الكلام في الشرط الأول وفروعه^١، والحمد لله أولاً وآخرأ.

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً
وقد يقع البحث حوله في جهات:

الجهة الأولى: الدليل على كون التفاوت فاحشاً
وقد استدل عليه: بأن التفاوت بين قيمة الأشياء في المعاملات العقلائية الواقعة في الأسواق من اللوزام العادي لها، بل هو من الضروريات، فلو كان يتحقق الغبن بمطلق التفاوت لللزم الخيار في جميع المعاملات، وهو أمر غير عقلائي قطعاً، ومخالف لضرورة الفقه وتسالم الفقهاء، فيتعين أن يكون التفاوت مما لا يتسامح فيه عادة، المبر عنه بالتفاوت الفاحش.^٢

الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش
ذهب بعض العامة إلى أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر منه أوجبه، وذهب آخرون منهم إلى كون المعيار الرابع، وثالث إلى كون المعيار الخامس.^٣

١. بغية الراغب في مباني المكاسب /٣ (٨٨-١١٢).

٢. مصباح الفقاهة /٦ ٣٢٢.

٣. ما نقله العلامة في التذكرة ١١ /٧٠، عن مالك هو الثالث فقال: «وقال مالك: إن كان الغبن

وكل ذلك باطل؛ لكونها دعوى بلا دليل؛ إذ لا بد من ملاحظة التناقض بين المسألة ودليلها، موضوعة محمولاً وماهية، وبما أن المسألة عقلائية، لا تعبد فيها من قبل الشارع، وإنما دوره فيها الإ مضاء، إما عن طريق «لا ضرر»، أو عن طريق «المؤمنون عند شرطهم»، فالمرجع في تحديد التفاوت إلى العقلاء بما هم عقلاء ليس إلا، وليس المرجع فيه أيضاً إلى العرف بما هو عرف؛ لأن دوره إنما هو في تحديد المفاهيم، وما يتبادر إلى أذهانهم من ظواهر الألفاظ، وأما في البناءات العقلائية - كما في ما نحن فيه - فالمرجع هم العقلاء بما هم عقلاء، بحيث يستكشف ذلك من ارتكاناتهم، فلا يخلط بينها.

وعليه فكل تفاوت لا يتسامح فيه عند العقلاء يكون هو موضوع خيار الغبن، وأما تحديده بالكسور التي تقدمت فبلا وجه.

وذهب **المحقق السيد الخوئي** ^{قدس} إلى أن المسألة عرفية، وهو مختلف من مورد إلى مورد، فالتفاوت بالخمس في بعض المعاملات غبني، كما لو باع ما يساوي أربعة آلاف بخمسة آلاف، وفي بعضها ليس غبنياً كما لو اشتري ما يساوي أربعة فلوس بخمسة.

نعم، الواحد في الألف لا يكون غبناً قطعاً^١

وفيه: أولاً: أن المسألة عقلائية لا عرفية كما ذكرنا.

وثانياً: أن التفاوت بنسبة الواحد على الألف مختلف أيضاً بحسب الموارد، فالتفاوت بهذه النسبة في معاملة بآلف تومان لا يعد غبناً، ولكن التفاوت بها في معاملة بمليار دولار يعد غبناً عند العقلاء.

فالحق أن المرجع في جميع المعاملات إلى الإرتكان العقلائي، ولا بد عندهم من ملاحظة الجهة الكمية والكيفية، فربما يكون التفاوت بنسبة الواحد إلى الألف غبناً

الثالث لم يثبت الخيار. وإن كان أكثر من الثالث ثبت الخيار».

١. مصباح الفقاهة ٦/٣٢٣.

وربما لا يعدّ غبناً.

الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقق للتفاوت الفاحش
 ربما يقع الاشتباه في تحديد المفاهيمعرفية، والارتكازات العقلائية، وهو المعتبر
 عنه بالشبهة المفهومية، فلو اشتبه الحال في بعض الموارد بين كون التفاوت المعين مما لا
 يتسامح فيه أو لا، فما هو مقتضى القاعدة؟

رأي الشيخ

استظهر الشيخ^١ أولاً كون المرجع عند الشك في ذلك أصالة ثبوت الخيار،
 واحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، وليس ذلك منه عدولاً كما نسبه إليه المحقق السيد
 الخوئي^٢؛ فإن ذكر الاحتمال بعد الاستظهار لا يعتبر عدولاً.

ووجه الاستظهار عند الشيخ^١ أن مبني الخيار هو «لا ضرر»، وهو دليل
 لفظي، مؤداته أن كل معاملة ضررية خيارية، خرج من تحته الضرر المتسامح فيه عند
 العقلاء، فإذا شك في مورد من الموارد في كون الضرر مما يتسامح فيه أو لا، فمعنى أنه
 شك في خروجه من تحت عموم الدليل اللفظي أو إطلاقه فيتمسك به، فيكون الأصل
 ثبوت الخيار.

وأما وجه الاحتمال فهو أن الأصل الأولى هو اللزوم، فكل معاملة محكومة
 باللزوم، وخصوصاً بالمعاملة التي وقع فيها الضرر غير المتسامح فيه، وبما أنه يشك في
 كون الضرر الواقع مما يتسامح فيه أو لا، وبالتالي يشك في خروج هذا المورد من تحت
 أصالة اللزوم وعدمه، فيتمسك بها.^٢

١. مصباح الفقاهة ٦/٣٢٤.

٢. المكاسب ٥/١٧٠.

تفصيل المحقق السيد الخوئي

وذهب المحقق السيد الخوئي ^{فتى} إلى التفصيل بين ما إذا كان المستند في خيار الغبن «لا ضرر»، فيكون الأصل الخيار، وبين ما إذا كان المستند الشرط الارتكازي، فالالأصل اللزوم، ووجه التفصيل أنه:

أًمَا بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْمُسْتَنْدِ «لَا ضَرَرٌ»؟ فَلَأَنَّ أَدْلَةَ الْلَّزَومِ كَآيَةً ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^١ قد خصصت بـ «لا ضرر»، وبها أن المخصوص دليل لفظي بالإطلاق فيه محكم، فيشمل كل معاملة ضررية، سواء أكان الضرر الواقع فيها مما يتسامح فيه أم لا، إلا فيما ثبت فيه التخصيص كصورة الإقدام على الضرر، وفي غيره من الموارد التي يشك في خروجه من تحتها يتمسك فيه بإطلاق لا ضرر، فإذا شك في كون فرد من الضرر مما لا يتسامح فيه، فيكون مما لم يقدم عليه، أو مما يتسامح فيه، فيكون مما أقدم عليه، أو مما خرج ببناء العقلاء، كان الشك في المخصوص لها، فيتمسك بإطلاقها، والنتيجة الخيار.

وأًمَا بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْمُسْتَنْدِ فِي الْخِيَارِ هُوَ الشَّرْطُ الْأَرْتَكَازِيُّ الْفَضْمِنِيُّ؟ فَلَأَنَّ مَقْتَضِيَ الْإِطْلَاقِ الْلَّفْظِيِّ فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ هُوَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ بِالشَّمْنِ بِدُونِ أَيِّ قِيدٍ، وَبِمَقْتَضِيَ كَاشْفِيَّةِ مَقَامِ الْإِثْبَاتِ عَنْ مَقَامِ الْثَّبُوتِ تَحْكُمُ بِإِطْلَاقِ الْعَهْدِ فِي مَقَامِ الْثَّبُوتِ أَيْضًاً، فَتَشْمَلُهُ أَدْلَةُ الْلَّزَومِ، وَلَيْسُ فِي مَقَامِ شَيْءٍ يَصْلُحُ لِلْقَرِينِيَّةِ وَالتَّخْصِيصِ إِلَّا الشَّرْطُ الْأَرْتَكَازِيُّ بِأَنَّ لَا يَكُونُ فِي الْمَعَالِمَةِ تَفَاوُتٌ لَا يَتَسَامَحُ فِيهِ بَيْنَ الشَّمْنِ وَالشَّمْنِ، وَبِمَا أَنَّهُ دَلِيلٌ لِبِيِّ لِزَمِ الْأَقْتَصَارِ فِيهِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُتَقْنِ، وَذَلِكَ مَا لَوْ أَحْرَزَ كَوْنَ التَّفَاوُتِ لَا يَتَسَامَحُ فِيهِ، وَأَمَا مَا عَدَاهُ فَلَيْسُ فِي مَقَامِ دَلِيلٍ لَفْظِيٍّ عَلَى الْخِيَارِ كَيْ يَتَمَسَّكَ بِإِطْلَاقِهِ، فَلَا مُحِيصٌ مِنَ الْأَنْذِ بِإِطْلَاقِ الْكَلَامِ وَالتَّمَسُكُ بِأَدْلَةِ الْلَّزَومِ.^٢

١. سورة المائدة / ١.

٢. مصباح الفقاهة / ٦ (٣٢٤-٣٢٥).

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي ويرد عليه: أما ما أفاده من التمسك بإطلاق «لا ضرر» فالحق معه من ناحية كون قاعدة «لا ضرر» قاعدة كلية عامة لجميع المعاملات والعبادات، والحق معه من حيث التبيّنة لو كان المخصوص لها هو (الإقدام على الضرر)، إلا أنه لم يرد في شيء من الأدلة كون هذا اللسان خصصاً لقاعدة، فلم يرد أن مع الإقدام على الضرر ينتفي الحكم الضري.

وإنما لم يحكم بثبوت الخيار معه؛ لكون الضرر الموجب لنفي الحكم - إما لكون موضوعه ضررياً، أو لكونه بنفسه ضررياً، على اختلاف المبنيين - إنما هو الضرر المستند إلى الشارع، وفي حال إقدام المكلف عليه لم يستند إلى الشارع، وإنما استند إلى المكلف، فلا يرفع بـ«لا ضرر»؛ لخوجه تخصيصاً، لا تخصيصاً كما ادعى.

وحينئذ يكون مورد الشك شبهة موضوعية إلى «لا ضرر»، فلا يعقل التمسك بها؛ لكونه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا يتمّ ما أفاده الشيخ قده ولا تأييد السيد المحقق قده له على مبني «لا ضرر».

وبعبارة أخرى: إن دائرة الموضوع في «لا ضرر» بنحو لا تشمل صورة الإقدام عليه، فيكون خروجها تخصيصاً لا تخصيصاً، فلا تكون من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المفهومية للمخصوص، بل من صغريات التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، حيث كان الحكم المرووع هو الحكم الضري المستند ضرره إلى الشارع، كما هو التحقيق عندنا وعند الشيخ قده وعند المحقق السيد الخوئي قده، وأما على مبني الشيخ الشريعة الأصفهاني قده، والمحقق الخراساني قده فقد حقق بطلانها في محله.

وأما ما أفاده على مبني الشرط الارتکازی من التمسك بأصل النزوم اللغظي فنام لو كان التقييد بمعلوم الغبنية، ولكنه ليس كذلك؛ فإن التقييد بواقع الغبن، فيكون التمسك بالدليل اللغظي من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا

يصح.

توضيح ذلك: أن الإطلاق في مقام إنشاء المعاملة مقيد قطعاً بصورة عدم الغبن حتى ولو لم يقيد في مقام اللفظ؛ فإن المعاملة ثبوتاً - بالنسبة إلى الأمور الارتكازية - لا تخلو من ثلاثة حالات، إما أن تكون مهملاً من ناحيتها، أو مطلقة، أو مقيدة، ولا شك في استحالة الأول؛ لوضوحيه، ولا في بطلان الثاني؛ لجريان العاقل الملتفت على طبق ما عليه ارتكاز العقلاة، فيتعين الثالث، وهو تقييد المعاملة بعدم الغبن الواقعي فيها، وحيث تردد أمر الغبن الواقع بين كونه مما يتسامح فيه، فعلى الأول يكون للمغبون الخيار، وعلى الثاني لا خيار له، وكانت المعاملة مقيدة بعدم كونه مما لا يتسامح فيه واقعاً كان التمسك بـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ لإثبات اللزوم من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص؛ فإن المعاملة إن كانت مشتملة واقعاً على الغبن الذي لا يتسامح فيه كانت مخصصة من الآية، ويثبت الخيار للمغبون، وإن لم تكن مشتملة عليه لم يثبت له الخيار.

دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها ربما يقال: بأن الشبهة على نحوين: مصداقية، ومفهومية، ولا يمكن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص، كما هو التحقيق، ولكن يمكن التمسك به في الشبهة المفهومية فيما لو تردد المخصص بين الأقل والأكثر، فيتمسك به فيما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لتردد مفهوم ما لا يتسامح فيه بين الأقل والأكثر، فلا يرد الإشكال.

فنقول: بأن الشبهة في المورد وإن كانت مفهومية إلا أنه لا يمكن التمسك بالعام فيها أيضاً، لكون الشرط من الشروط العقلائية، فيكون من التمسك بالدليل في

الشبهة الموضوعية، وذلك لأن مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^١ هو وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فإن كان مطلقاً وجوب الوفاء به كذلك، وإن كان مقيداً أو مشروطاً وجوب الوفاء به كذلك، أي بجميع شروطه ومتعلقاته، ومقتضى الارتكاز العقلائي أن العقد وقع مشروطاً ومقيداً بعدم الضرر الواقعي مما لا يتسامح فيه، وبما أننا لا نعلم بكون الضرر الواقع ضرراً لا يتسامح فيه أو لا، كان شبهة موضوعية للدليل، فلا يمكن التمسك به من هذه الناحية وإن كان المرجع في الشبهات المفهومية للمخصص هو العام، فالإشكال على قوته.

الحق في المسألة

والحق أن ما يجري في المقام هو الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملك من انتقل إليه؛ فإن المال قد انتقل بالبيع من مالكه الأول إلى صاحبه قطعاً، فإذا فسخ العقد وشك في تأثيره؛ لعدم العلم بكون الغبن مما لا يتسامح فيه، شك في بقاء الملك على ملك من انتقل إليه وعدمه فيستصحب بقاوته.

【إن قلت】: بأن المورد يكون أيضاً شبهة موضوعية لدليل «لا تنقض اليقين بالشك».

【قلت】: بأن الغبن وعدمه لا دور له بالنسبة إلى انتقال الملك؛ فإنه ينتقل بالعقد قطعاً، فإن كان في المعاملة غبن كان للمغبون الفسخ، فإذا فسخ انحل العقد، وإن لم يوجد كان العقد لازماً، فالشك يكون في الرافع للملك، ومتى ما كان كذلك تمت أركان الاستصحاب.

في مناطق الضرر الموجب للخيار

قال الشيخ ^{فقيه} تحت عنوان: (بقي في المقام شيء) ^١ ما حاصله: أن دليل نفي الضرر واحد، ومفاده على المسلك المحقق نفي الحكم الضري المستند إلى الشارع فيجري بنسق واحد في المعاملات والعبادات، بلا فرق بينهما، إلا أن ظاهر الأصحاب وغيرهم التفريق بين المعاملات والعبادات، ففي المعاملات جعلوا المناط في الضرر على الضرر المالي، وكون المعاملة ضرورية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتباعين، ولهذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس، أو بالزائد على الثلث كما تقدّمت الإشارة إليه عن بعض العامة.

وأما في العبادات فقد لاحظوا فيه حال المكلف، ولهذا قالوا في باب الوضوء بعدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر بحاله، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضرورية في حق الكل.

والحاصل: أن العبرة إن كانت بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالي تعين التفصيل في خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره، ولا معنى للتفرق بين المعاملات والعبادات، فيلاحظ المال في الأولى، وحال الشخص في الثانية، مع كون الدليل والمدلول واحداً.

جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر

ثم أجاب الشيخ ^{فقيه} عن هذا الإيراد بجوابين:

الأول: أن المدار على الضرر المالي في الجميع، بدون مدخلية حال الشخص، ولكن خرج شراء ماء الوضوء عن تحت القاعدة بالدليل المخصوص، ولا يخفى أن

الدليل الحاكم كالدليل المحكوم قابل للتخصيص.

الثاني: أن المدار على الضرر المالي، ولكن خرج شراء ماء الوضوء تخصصاً؛ لعدم كونه ضرراً بمحاجة ما يزايه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام: «إن ما يشتري به مال كثير»^١.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

ويرد على الشيخ قدس سره - مع غض النظر عن النص -:

أولاً: عدم كفاية الثواب الأخروي لرفع الضرر عند العرف، فيصدق عندهم على من بذل المال الكثير لأنذ الماء أنه متضرر، والمدار في تطبيق الأدلة على الموضوعات هو النظر العرفي.

نعم، لو كان الأجر في الدنيا لم يصدق الضرر عرفاً.

وثانياً: أن نفي الضرر متفرع على عدم جريان قاعدة «لا ضرر»؛ لأن مع عدم جريانها يتوجه له الأمر بالوضوء، فيكون له أجر بإعطاء المال في مقابل الامتثال، فيتتفىي الضرر، وأما مع جريانها، فلا أمر بالوضوء حتى يكون لذلك الوضوء أجر وثواب.

وبعبارة أخرى: أن عدم الضرر فرع وجود الأثر^٢، وترتباً للأجر وجوده فرع عدم جريان «لا ضرر» [وهذا دور واضح].

ولكن الشيخ قدس سره استند في عدم كون ذلك ضرراً إلى الرواية المتقدمة، وهو تام على ما ورد في التهذيب، التي أوردها [الشيخ] الحر في هامش الوسائل، دون ما ورد في متن الوسائل: «وما يسرني بذلك مال كثير»^٣.

١. التهذيب ١/٤٠٦، ح ١٤، باب التيمم.

٢. أي الأجر.

٣. وسائل الشيعة، ٣/٣٨٩، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب التيمم، صحيحه صفوان.

فما أفاده الشيخ قدس سره بناء على تلك النسخة تام، وسبقه في ذلك الفاضل النراقي قدس سره، ولعله أخذه منه؛ فإن الفاضل المذكور قد تعرّض لذلك في عدّة فروع من باب الحج، كما في مبحث الاستطاعة، في ما لو توقف الحج على بيع متاع بضرر، أو على شراء شيء من وسائل الحج بمال كثير، واستدل على عدم كونه ضرراً بهذه الرواية؛ لكون ما فيها علة، فلا ينحصر الحكم بباب الوضوء^١.

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ ورده وأورد عليه المحقق السيد الخوئي قدس سره؛ بأن القول بعدم الضرر بملاحظة ما يزاءه من الأجر أشبه بالعرفان؛ بداعه أن هذا ضرر بلا شبهة، على أن لازم ذلك القول به في جميع أبواب العبادات، ولم يقل به فقيه.^٢ وفيه: أولاً: أن الشيخ قدس سره قد استند في ذلك إلى الرواية المذكورة فلا يكون قوله أشبه بالعرفان.

وثانياً: أن مثل الفقيه الكبير الفاضل النراقي قدس سره قد التزم به في باب الحج؛ لعموم العلة، وهو من الفقهاء العظام.

ولإنما الإشكال: أن الجملة التي استند إليها الشيخ قدس سره غير ثابتة؛ لعدم ورودها إلا في بعض نسخ التهذيب.

مضافاً إلى أن تعميمها لغير الوضوء يلزم منه عدم جريان قاعدة «لا ضرر» في جميع أبواب العبادات؛ لكون الضرر الواقع فيها متداركاً بالأجر دائماً، والالتزام به في غاية الإشكال.

فالحق أن نسبة قاعدة «لا ضرر» إلى المعاملات والعبادات واحدة، فتجري فيها

١. مستند الشيعة، ج ١١، ص ٤١.

٢. مصباح الفقاهة / ٦ ٣٢٨.

بنسق واحد، والميزان في ذلك إلى العرف، ونظرهم أن الأجر الأخرى لا يرفع الضرر، فمتنى ما تحقق الضرر تحقق موضوعها، من دون فرق بين العاملات والعبادات.

نعم، نرفع اليد عن ذلك في باب الوضوء؛ لوجود النص الصريح فيه، بلزوم شراء الماء ببائة درهم، وبألف درهم، ولا تصل النوبة إلى التيمم. ونود الإشارة إلى أن الفاضل النراقي قد قال في المستند: (وتأكيده الأخبار الآخر المتضمنة لشراء ماء الوضوء ببائة ألف درهم)^١، ولكننا لم نعثر على هذه الأخبار. والحاصل: أن الحق هو التخصيص، لا التخصص؛ لعدم ثبوت الرواية بلفظ «إن ما يشتري به مال كثير»، وصدق عنوان الضرر عرفاً.

اجتماع الغابن والمغبون في واحد
قال المحقق والشهيد الثانيان قدس سرهما: إن المغبون إما أن يكون هو البائع، أو المشتري، أو كل منهما.^٢

الإشكال على اجتماعهما في واحد
ووقع تصور غبن كل من المتباعين معاً محالاً للإشكال؛ فإن معنى الغبن هو عدم تساوي الشمن والمثمن في المالية، ومعنى كون كل منهما غابناً ومغبوناً أن يكون الشمن أقل من المثمن وأكثر منه في آنٍ واحد، وهو من الجمع بين المتقابلين، وهو محال. والإشكال محكم في نظر بعض الأعلام^٣، وأجاب عنه آخرون بطريقين:

١. مستند الشيعة ١١/٤١.

٢. جامع المقاصد ٤/٢٩٥؛ الروضة ٣/٤٦٧؛ المسالك ٣/٢٠٥.

٣. جاء في هامش المكاسب ٥/١٧٢، تعليقاً على قول الشيخ قدس سره: (والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة)، ما لفظه: (وهو المولى أحمد بن محمد التوني وأخوه المولى عبدالله التوني صاحب الوفاية، ذكره في تعليقه على الروضة ذيل قول الشارح:

جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردد

الطريق الأول: الطريق الظاهري، وهو ما أفاده السيد العامل^١ في مفتاح الكرامة، من أن اجتماع الغابن والمغبون في الواقع غير ممكن، فلا يرتفع الإشكال بذلك، ولكن يمكن اجتماعهما في مرحلة الظاهر، وذلك فيما لو ادعى كل من البائع والمشتري أنه مغبون، ولا يوجد مقوّم ليرجع له في تقييم المتع، ولا بُيّنة لأحدهما تشهد له بدعواه، فهنا عند الحكومة يقع التحالف بينهما؛ لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فإذا تحالفَا ثبتت غبنية كل منهما من قبل الآخر، فيجتمع الغابن والمغبون في واحد ظاهراً.^١ وفيه: **أولاً:** أن مقتضى التحالف التساقط، فتسقط كل من الدعويين، لا أنها تثبتان.

وثانياً: أن مقتضى القاعدة الأخذ بمدلول اليمين، كما هو الحال في الأخذ بمدلول البينة، ومتعلق اليمين نفي دعوى الغبن عن الطرف الآخر الذي يدعى كونه مغبوناً، لا إثبات أن الحالف مغبون، فمقتضى حلف كل منهما نفي الغبن عنهم، لا إثباته لهما، فيكون الحكم في مرحلة الظاهر عدم غبن البائع والمشتري، لا ثبوته لهما.

الطريق الثاني: الطريق الواقعي، وذكر في ذلك ثلاثة وجوه:

جواب المحقق القمي عن الإشكال
الوجه الأول: ما أفاده المحقق القمي^٢ من كون ذلك من باب الاشتراط بهذا التقريب: أن يبيع المتع بأربعة تومان بشرط أن يعطيه المشتري ما يقابلها بالدينار، وهي ثمانية دينار، ثم تبيّن أن قيمة المتع خمسة تومان، وأن ما يقابل الثمانية دينار خمسة تومان، فالبائع مغبون؛ من جهة أنه باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، والمشتري مغبون؛

١. «والغبون إما البائع أو المشتري»، راجع الروضۃ البهیۃ (الطبعة الحجریۃ) ١/ ٣٧٨ [وشرح خیارات اللمعة / ١٤١ لخالی الشیخ علی ابن الشیخ جعفر کاشف الغطاء].

٢. مفتاح الكرامة ١٤/ ٢٣٧.

٣. جامع الشتات ٢/ ٥٩، المسألة ٤٨/ ١١١ من الطبعة الحجریۃ.

من جهة أن الشرط أن يعطي بالدينار ما يقابل أربعة تومان، والثانية التي سلمها تقابل الخمسة تومان لا الأربعة.

إشكال الشيخ على جواب المحقق القمي
وأورد عليه الشيخ افتى: بأن الجواب مدفوع، سواء أكان البيع مع الشرط معاملة واحدة أم معاملتين.

أما على كونها معاملة واحدة - كما هو التحقيق من أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، فالشرط الالتزام في ضمن البيع - فلا غبن على الطرفين: أما بالنسبة إلى البائع؛ فلأنه وإن كان باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، إلا أن ما دخل في كيسه - وهو الشهانية دينار - يساوي الخمسة، فلم ينقص منه شيء. وأما بالنسبة إلى المشتري؛ فلأن المتعاقدين دخل في ملكه يساوي ما خرج منه بلا نقص.

وأما بناء على كونها معاملتين - بناء على ما هو خلاف التحقيق من أن البيع الالتزام، والشرط الالتزام آخر - فالغبن وإن وجد إلا أن المغبون في كل معاملة واحد، فالبائع مغبون في البيع دون المشتري، والمشتري مغبون في الشرط دون البائع، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد.

فالنتيجة: أنه بناء على كونها معاملة واحدة لا غبن أصلاً، وأما بناء على كونها معاملتين، فالغبن وإن وجد إلا أنه على واحد في كل معاملة، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد.

ما ذكره صاحب الجواهر
الوجه الثاني: أن يبيع شيئاً بثمينين في معاملة واحدة، لأن يبيع كتاب الرسائل

بنصف دينار مع أن قيمته دينار، ويبيع كتاب المكاسب بدينارين ونصف مع أن قيمته ديناران، فالبائع مغبون في الأول، غابن في الثاني، والمشتري على العكس منه.^١

إشكال الشيخ عليه

وأورد عليه الشيخ فتىٌ: بأننا إما أن نفرض كون المعاملة واحدة، وأن الثمنين قيمة واحدة لمجموع الكتابين، وأن مجموع ما خرج من كيس كل منهما مساوٍ لما دخل في كيسه، فلا غبن في المعاملة أصلًا على كلا الطرفين.

وإما أن نفرضهما معاملتين مستقلتين، فالغبن وإن وجد إلا أنها الواحد في كل معاملة، ففي المعاملة الأولى يكون البائع مغبوناً دون المشتري، وفي الثانية يكون المشتري هو المغبون دون البائع، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد.^٢

ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه

الوجه الثالث: ما ذكره الشيخ فتىٌ بقوله: «ما ذكره بعض: من أنه يحصل بفرض

المتابعين وقت العقد في مكаниن، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه».^٣

ويشكل: بأن اختلاف مكاني المتابعين لا إشكال في حصوله، لأن يكون المشتري من داخل البلد، والبائع من خارجه، كما لا إشكال في اختلاف قيمة المtau في

١. ذكره صاحب الجواهر فتىٌ في الجواهر ٢٣ / ٤٤؛ حيث قال: (بل لو فرض تصور الغبن فيهما، كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد، وكان كل منهما بثمن معين، في أحدهما الغبن على البائع، وفي الآخر على المشتري، ثبت الخيار لهم معاً).

٢. المكاسب ٥ / ١٧٤.

٣. المكاسب ٥ / ١٧٤-١٧٥)، ولم تتحقق من هذا البعض.

مكаниن، وإنما المهم، هل أن اختلاف مكانى المتباعين يوجب اختلاف محل العقد أو لا؟ قطعاً لا؛ لأن البيع أحد فيستحيل أن يقع في مكانين، فإذاً أن يقع في بلد البائع أو في بلد المشتري، فإن وقع في بلد البائع فهو المغبون خاصية؛ لأنَّه باعه بأقل من قيمته في بلدِه، وإن وقع في بلد المشتري كان هو المغبون؛ لأنَّه اشتراه بأكثر من قيمته في بلدِه، فلم يجتمع الغابن والمغبون.

نعم، لو كان البيع في مكانين أمكن ذلك، ولكنه خلاف الفرض.

تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق السيد الخوئي ^{قدس} من التفصيل في المقام بين كون المبني في خيار الغبن الشرط الإرتكازي بالتساوي بين قيمتي الشمن والمثمن، وبين كونه «لاضرر»، فإن كان الأول نفى حصول الغبن لكل منهما؛ إذ لا يخلو الأمر من تخلّف الشرط وعده، فإن لم يخلّف الشرط لم يحصل غبن أصلاً، وإن تخلّف الشرط كان المغبون خصوص من تخلّف الشرط في حقه، لأنَّه أخذ أقل من قيمة ما أداه.

وإن كان الثاني أمكن اجتماع الغابن والمغبون، وذلك كما لو باع الحقة من الخشب بدينار، وكانت قيمته الواقعية نصف دينار، واشترط المشتري عليه أن يكون من خشب داره، فالمعاملة ضررية على الطرفين؛ فإنَّ البائع متضرر فيكون مغبوناً، لتوقف تسليم الخشب على تخريب داره، والمشتري متضرر؛ لأنَّه اشتري ما قيمته نصف دينار بدينار.^١

وما تقدم من الإشكال على المحقق القمي ^{قدس} يتضح الإيراد عليه، بعد ملاحظة أنَّ الضرر المنفي هو الضرر الحاصل من الشارع، فلو كان لزوم العقد الموجب للضرر متسبباً إلى الشارع لتم ما أفاده ^{قدس}؛ فإنَّ المعاملة ضررية عليهما، ولكن سبب الضرر

فيها غير متنسب للشارع؛ فإن البائع يعلم بتضرره؛ لكون الشرط موجباً لخراب داره ومع ذلك أقدم على المعاملة، فهو أقدم على الضرر، فلا يكون منفياً بـ«لا ضرر».

جواب المحقق الحائر والمناقشة فيه

الوجه الخامس: ما أفاده المحقق الحائر ^{فتوى} وحاصله: إن مالية الشيء ربما تختلف بحسب اختلاف المالكين وإن كانا في بلد واحد، فقد يكون ثمن الدواء المجلوب من الخارج في الصيدليات الرسمية بخمسة وعشرين ديناراً، ولكن ربما يأتي به الشخص بنفسه بقيمة عشرة دينار؛ لاعتبارات خاصة به، فإذا اشتري هذا الشخص الدواء من الصيدلية بعشرين ديناراً كان كل من البائع والمشتري مغبونين، أما البائع فلأن القيمة المتعارفة للدواء خمسة وعشرون، بينما باعه بعشرين، وأما المشتري فلأن قيمته بالنسبة إليه عشرة، بينما اشتراه بعشرين.^١

ويرد عليه: أولاً: بالنقض بما لا يلتزم به فقيه، وذلك فيها لو كان نوع من الفرش يباع في سوق الفرش بخمسة وعشرين ديناراً، وقيمتها عند شخص بعشرة دينار؛ لكونه متهم بالسرقة، فينافي لو اشتري هذا الشخص هذا الفرش من السوق بعشرين ديناراً أن يكون غابناً ومبيناً.

وثانياً: بالحل، ويكون ذلك بمعرفة معيار الغبن؛ فإنه ^{فتوى} قال في معيار الغبن ما لفظه: «الانتقال من القيمة العليا إلى السفل وإن كان بواسطة القبض، لا صرف إنشاء المعاملة، ولكن يكفي في غبنية المعاملة بالنسبة إلى المشتري حدوث الضرر من ناحية القبض الذي هو من توابع المعاملة»^٢، فجعل القبض من توابع المعاملة، فيصدق الغبن لو حصل الضرر من ناحيته.

١. الخيارات للشيخ الأراكي / ٢٠٠.

٢. الخيارات للشيخ الأراكي / ٢٠٠.

ولكن، أولاً: لا بد من معرفة رتبة الشرط العقلائي الارتكازي في المعاملة. وثانياً: لا بد من معرفة محل شرط القبض في المعاملة شرعاً وعقلاً.

أما [بيان معرفتهم] فالمدار على الغبن وعدمه، هو تساوي قيمة الثمن والمثمن وعدمه، وهو في رتبة متقدمة على البيع، فيشترط وقت إنشاء البيع أن لا يختلفا في القيمة، فإن وقع البيع مع اختلاف القيمة حصل الغبن، وإن وقع مع التساوي لم يحصل الغبن، فإن المتعلق متأخر رتبة عن المتعلق دائماً، فلا بد من حيث الرتبة، ومن حيث الوجود الخارجي من حصول التساوي أو الاختلاف قبل البيع، ويكون البيع واقعاً عليه.

فهذه هي مرحلة ملاك الغبن وعدمه، فلو كان القبض من متممات الملكية لكان لکلامه قدیث وجه، ولكنه ليس من متممات الملكية، ولا من متممات البيع، بل هو من الآثار الواجبة المترتبة على البيع، فبمجرد تحقق البيع تتحقق الملكية، ويحصل النقل والانتقال، فلو أتلف البائع المبيع بعد البيع، أو أتلف المشتري الثمن كان ضامناً بالضرورة، وهذا الضمان برهان على تتحقق الملكية، وباتفاق المحققين من الفقهاء - إلا من شذ وندر - على أن وجوب الإقلاض من باب وجوب رد مال الغير، بمعنى أنه بمجرد تتحقق المعاملة يكون المال الذي بيد البائع مال الغير ويجب عليه تسليمه له، فإن لم يكن متعدياً في تأخيره إلى أن حصل الغبن فيده يد أمانة، وإن كان متعدياً كانت يده يد عدوان.

والنتيجة: أن ارتفاع القيمة وقت القبض لا يجعل البيع غبنياً وعليه فالغبن في مثال الدواء إنما يكون على البائع خاصة؛ لأن قيمته وقت البيع تساوي خمسة وعشرين وباعه بعشرين، وكذلك مثال الفرش، فلا يتم ما أفاده قدیث.

تصوير المحقق الأصفهاني والرد عليه
الوجه السادس: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدیث قتل في ذيل قول الشيخ قدیث:

«والأولى من هذه الوجوه»^١، ونذكره بلفظه لوضوحيه، قال قدس: «يمكن أن يقال: بفرض لزوم الضرر في كل من الطرفين في معاملة واحدة، فيما إذا كان قيمة الشيء منضباً أزيد من قيمته منفرداً، كمuraiي الباب، فإذا فرض أن قيمة المraعرين منضباً ستة دنانير مثلاً، وقيمة كل منها منفرداً ديناران، فباع أحد المraعرين بثلاثة دنانير، فالمشتري مغبون بدينار واحد، والبائع أيضاً مغبون بدينار واحد؛ لأن حقيقة الانضمام زالت بهذه المعاملة، فنقصت قيمة المraع الباقى على ملكه، ولعله أولى من جميع الوجوه المزبورة»^٢.

ويرد عليه: ما أوردناه على المحقق الحائرى قدس؛ فإن المدار في حصول الغبن على القيمة حين العقد، وعلى أي شيء وقع العقد، فقيمة أحد mraعى الباب منفرداً واقعاً بدينارين، في السوق، وعند البائع والمشتري، ولا يعقل تغيير قيمته الواقعية باختلاف النسب والإضافات، فعندما باعه بثلاثة دينار فالمغبون هو خصوص المشتري. نعم، هذه المعاملة كانت منشأ لدخول الضرر على البائع؛ من جهة تنزّل قيمة المraع الثاني الذي بقي عنده، وتتنزّل قيمة جنس بسبب المعاملة على جنس آخر لا يعقل أن يوجب الغبن في المعاملة الواقعية.

ف تمام الملاك ملاحظة القيمة السوقية بالنسبة لما وقع عليه البيع، وأما إيجاب المعاملة لتنزّل قيمة مال آخر فلا ربط له بالغبن فيها.

تصوير الفقيه السيد اليزدي ومناقشته

الوجه السابع: ما أفاده الفقيه السيد اليزدي قدس؛ حيث قال: «وأولى من ذلك أن يقال: إن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالية عرفاً في حد نفسه، بأن

١. المكاسب ٥/١٧٥.

٢. حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤/٢٦٤.

يكون قيمته في حدّ نفسه أزيد من الثمن، وأن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون، من أجل المعاملة وإن كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمة تسوى عشرة توامين، ولها ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون الولد بعشرين، وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإن كان يبعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة اشتري ما يسوى عشرة بعشرين، فكلّا منهما مغبون.^١

وهذا الوجه مقبول على مبني دون مبني؛ فإن في ثبوت الغبن مبنيين كما تقدّم، مبني الشرط الارتكازي، ومبني «الاضرر»، ولا يأتي هذا الوجه على المبني الأول الذي هو مقتضى التحقيق؛ فإن مفاده أن يلاحظ ما وقع عليه العقد، فيشترط فيه أن لا يكون بين قيمته الواقعية وقيمة المفروضة تفاوت فاحش، فالضرر الموجب للغبن هو الحصول من هذا التفاوت، وأما الضرر الأجنبي - وإن حصل بسبب المعاملة - فلا ربط له بالشرط الارتكازي، فلا يوجب الغبن.

وعليه فالبيع المذكور في المثال غبني بلا إشكال؛ لأنّه على خلاف الشرط الارتكازي، ولكن المغبون هو خصوص المشتري، وأما البائع فليس بمغبون وإن تضرر من أجل المعاملة؛ إذ ليس من شروط العقلاء الارتكازية أن لا ينشأ أي ضرر من المعاملة، بحيث يكون الضرر معلولاً لها وإن لم يكن من ناحية التفاوت في القيمة، لكي يكون البائع مغبوناً أيضاً، أي أن الضرر المعلول للمعاملة لا ربط له بالشرط الارتكازي.

فهذا الوجه على هذا المبني غير تام قطعاً.

وأما على المبني الآخر وهو ثبوت الخيار بقاعدة نفي الضرر، والضرر يثبت

١. حاشية المكاسب للسيد ٢/٥٣٨-٥٣٧.

بالحكم باللزوم فنقول: بأن للبائع حالتين، إذ تارة يعلم بأن انفصال الولد عن أمه موجب للوقوع في هذه الخسارة، وأخرى يجهل ذلك، مع علمه بأن للولد لوحده قيمة، وله مع أمها قيمة، فإن كان يعلم بذلك كان إقدامه على البيع إقداماً على الضرر، وقد تقدّم عدم جريان «لا ضرر» مع الإقدام عليه.

وإن كان يجهل ذلك كان لما أفاده السيد قيسٌ وجه، ولكن الشأن في تصور هذا الجهل؛ فإنه لا يتصور - عقلاً - أن يجهل العاقل وقوع هذه الخسارة عند فصل الابن عن أمها.

والحاصل: أنه إن كان يعلم وأقدم عليه فهو خارج عن «لا ضرر»، وإن لم يكن يعلم وكان منشأ الضرر نفس المعاملة كان كلام السيد قيسٌ تاماً على مبني «لا ضرر». هذا تمام الكلام في مسألة اجتماع الغابن والمغبون، وكل ما ذكر من الوجوه في تصويره مدخول، والحق فيها استحالة حصول الغبن على كل من البائع والمشتري في معاملة واحدة.

[مسألة]: وقت تحقق خيار الغبن

اختلاف الفقهاء في وقت تتحقق خيار الغبن على قولين:

القول الأول: وقت وقوع العقد.

القول الثاني: وقت ظهور الغبن.

وبعبارة أخرى: اختلفوا في أن ظهور الغبن هل هو شرط شرعي الحدوث الخيار، أو كاشف عقلي عن ثبوته من حين العقد؟ وجهاً، ذهب إلى كل فريق من الفقهاء.

وتحقيق المسألة يقتضي البحث في جهات ثلاثة:

الجهة الأولى: مقتضي الأصل العملي.

الجهة الثانية: مقتضي الأصل اللفظي.

الجهة الثالثة: مقتضى الأدلة الخاصة.

مقتضى الأصل العملي

أما الجهة الأولى فمقتضى الأصل العملي كون مبدأ الخيار وقت ظهور الغبن؛ إذ لو فسخ أحد الطرفين العقد قبل ظهور الغبن لشك في نفوذه، ومقتضى الاستصحاب بقاء الملك وجميع آثار العقد، ولم يخرج من تحت هذا الأصل إلا ما بعد ظهور الغبن.

مقتضى الأصل اللغطي

وكذلك الحال بالنسبة إلى الجهة الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللغطي، وهو عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾**^١ لزوم العقد إلا فيما خرج بالدليل، فقبل ظهور الغبن لم يحرز المخصوص فتمسك بالعموم، وأما بعد ظهوره فنقطع بخروجه من تحته.

مقتضى الأدلة الخاصة

وأما مقتضى الأدلة الخاصة فيقتضي أن نلاحظها جميعها وهي ستة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع

فإنه لا شك في قيامه على ثبوت خيار الغبن، بل ثبوته من ضروريات الفقه، وبما أنه دليل ليبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما بعد ظهور الغبن فتكون نتيجته نتيجة الأصلين: اللغطي والعملي.

الدليل الثاني: قوله تعالى: **﴿وَلَا تَأْكُلُوا أُمُّ الْكُمْ بَيْسِكُمْ بِالْبَطْلِ﴾**^٢

وتقريب الاستدلال بها: أن أكل مال الطرف الآخر في مورد الغبن بعد الفسخ من أكل المال بالباطل، ومقتضى ذلك أن يكون مبدأ الخيار من حين وقوع العقد؛ لأن الفسخ يؤثر من زمان وقوع العقد، فيتتحقق من حينه أكل المال بالباطل.

١. سورة المائدة / ١.

٢. سورة البقرة / ١٨٨ والنساء / ٢٩.

إن قيل: بأن أكل المال بالباطل لا يكون إلا بعد الفسخ، والفسخ بعد الالتفات، فيكون مبدأه عند ظهور الغبن.

قلنا: بأن منشأ الأكل بالباطل أن له حق الفسخ، والقاعدة أن الفسخ إذا حصل عند تحقق الغبن - وهو زمان وقوع العقد - يكون أكل المال بالباطل من حينه، فيكون مبدأ الخيار بحسب الآية عند العقد.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْرَةً عَن تَرَاضٍ﴾^١

والتراضي إما أن يكون تقديرية، أو تحقيقاً فعلياً، ومقتضى الآية على التقديرين ثبوت الخيار من حين وقوع العقد، أما على الأول - كما ذهب إليه العلامة قيسن^٢ -؛ فلأن المغبون لو التفت إلى الغبن لم يرض بالتجارة، ونفس هذه الحقيقة موجبة للخيار. وأما على الثاني؛ فلأن أيّاً من الطرفين لم يرض بالغبن. نعم، لا يخفى أن هذه الأدلة كانت محل بحثها، ولكن مقتضى التحقيق أن تلاحظ النتيجة على جميع الأدلة.

الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان

فإن فيها «فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق»^٢، فالقضية المأخوذة في الرواية شرطية، والأصل في العناوين المأخوذة في القيود والشروط هي الموضوعية، فيكون مقتضى ذلك أن لا يثبت الخيار قبل الدخول في السوق، وما لا شك فيه أنه ليس المراد من شرطية الورود في السوق أن يكون شرطاً تعديلاً من حيث هو، بل هو شرط من حيث إن السوق مركز للتجارة وفيه ينكشف الغبن، فيكون مقتضى الرواية أن مبدأ الخيار هو وقت ظهور الغبن.

١. سورة النساء / ٢٩.

٢. تقدم تخریجها عن سنن الترمذی ٣٤٦ / ٢.

وفيه: أن المقدمة الثانية - وهي أن العناوين المأخوذة في الشروط بنحو الموضوعية - محل إشكال؛ فإن الأصل كذلك ما لم يكن العنوان مأخوذاً بنحو الطريقة، كما في قوله تعالى: ﴿كُلُوا وَشَرُبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾^١؛ فإن تبَيَّن العناوين - الأبيض والأسود - لا من حيث ذاتها، بل بما هما طريق، ومن حيث كشفهما عن دخول الفجر، وهذا لو لم يتضح الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلا بعد طلوع الفجر الصادق، فلا إشكال في دخول الوقت من حينه، فالغاية هي التبَيَّن، ولكن التبَيَّن جهة طريقة، وقامت الموضوع ذلك التبَيَّن.

وكذلك الحال في ما نحن فيه؛ فإن شرط الخيار دخول السوق فيعلم حال القيمة، فيكون طبع المطلب أن دخول السوق كاشف وطريق، لا أنه موضوع، وإنما الموضوع هو المنكشف، وهو الغبن الحاصل حين العقد، فيكون مبدأ الخيار من حين العقد.

والحاصل: أن مقتضى ظهور الرواية هو كون دخول السوق طريقةً لانكشاف الغبن، والعبرة بالمنكشف، فينسلخ العنوان المأخوذ فيها عن الموضوعية، فتكون النتيجة أن مبدأ الخيار من حين العقد.

وإن أبيت هذا الظهور، فلا أقل من أن تكون مجملة، فيسقط هذا الوجه من أصله.

الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر
 فإن حكم الشارع بلزوم العقد الغبني ضرري فيرتفع بالقاعدة، وبناء عليه يثبت الخيار من حين الحكم بالضررية، وهو وقت وقوع العقد؛ لأن الإهمال في حكم العقد محال، فإما أن يكون لازماً أو جائزًا، والمفروض أن القاعدة حاكمة على عموم

﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١، وبما أن ضرورة اللزوم من حين العقد، لا من زمان ظهور الغبن، فيثبت الخيار من حين العقد.

الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين
 فإن الشرط - بحسب الارتكاز العقلائي في العقد - قائم على عدم التفاوت الفاحش بين العوضين، ولا شك أن هذا الالتزام حاصل عند تحقق العقد، لا عند ظهور الغبن، وإنما ظهوره كاشف عن ثبوت ما ينافي، فيثبت الخيار من حين وقوع العقد.

فتحصل من ذلك كله:

- ١- أن مقتضى الأدلة الخاصة - ما عدا الإجماع - هو ثبوت الخيار من حين العقد.
- ٢- ومقتضى الأصلين اللغطي والعملي ثبوته من حين ظهور الغبن.

محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات
 وقد رفع الشيخ^٢ قدسُهُ الاختلاف بين الفقهاء بهذا التقريب: أنه يمكن إرجاع القول الأول إلى الثاني، والثاني إلى الأول؛ فإن في باب الخيارات أمران: أصل الحق، والسلطنة الفعلية التي يقتدر بها على فسخ العقد وإمضائه، فمن قال بأن زمان حدوث الخيار هو حين العقد فمراده ثبوت حق للمغبون، لو علم به لقام بمقتضاه؛ فإنه ثابت له قبل العلم، وإنما يتوقف على العلم إعمال الحق.

ومن قال بأن زمانه حين ظهور الغبن فمراده وقت تتحقق السلطنة الفعلية؛ فإنها لا توجد إلا بعد ظهور الغبن لا حين العقد.

١. سورة المائدة / ١.

٢. المكاسب / ٥ ١٧٧.

المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء، وفي ما أفاده ^{قدس} إسحاق لأن:

الإشكال الأول: في ما أفاده ^{قدس} من الجمع بين كلمات الفقهاء بحمل بعضها على كون المراد منها الحق، والأخرى على كون المراد منها السلطنة الفعلية، وتحقيقه يتوقف على إيضاح معنى كل من الحق والسلطنة الفعلية اللذين جعلهما الشيخ ^{قدس} أمرين متغايرين، سبب الأول منها العقد، وسبب الآخر ظهور الغبن فنقول: إن للسلطنة في مرحلة الثبوت وجهين:

الأول: السلطنة الاعتبارية، بأن يعتبر المعتبر السلطنة على أمر ما لشخص آخر.
الثاني: السلطنة التكليفية والوضعية، والأولى بمعنى جواز التصرف تكليفاً، والثانية نفوذ التصرف وضعاً.

وكلا المعنين موجودان في مرحلة الإثبات أيضاً، فإن الشارع جعل لذى الحق السلطنة على إمضاء العقد وفسخه، وجعل للمكلف سلطنة تكليفية في جميع موارد حكمه بجواز التصرف، سواء أكان للهالك، أم للأجنبي بعد إذن المالك؛ بمقتضى «فلا يحل لأحدٍ أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^١، كما جعل سلطنة وضعية للهالك والولي والوكيل، ومعناها نفوذ تصرفهم، فينفذ بيعهم ومصالحتهم.

والنسبة بين السلطنة الاعتبارية والسلطنة التكليفية والوضعية عموماً وخصوصاً من وجه، فتفترق السلطنة الاعتبارية عنهما في المالك أو ذي الحق المحجور عليه لسفه أو إفلاس مثلاً، فإن الأول يملك المال، والثاني صاحب حق، فلهما سلطنة اعتبارية، ولكن ليست لهما سلطنة تكليفية ولا وضعية، فلا يجوز لهما البيع ولا الصلح عليه، ولو باعاً أو صاحماً لم ينفذَا.

١. وسائل الشيعة ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، معتبرة أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدى.

وتفرقان عنها في الولي على الصبي والجنون؛ فإن له السلطتين - التكليفية والوضعية - على مالها، فيجوز له إجراء المعاملات الناقلة وتكون نافذة، وليس له سلطنة اعتبارية؛ فإنه لا يملك المال، بل يملكه الصبي والجنون.

وتحبّم الثلاث في موارد الملك والحق للبالغ العاقل غير المحجور عليه؛ فإن له سلطنة اعتبارية، وهي حقيقة الحق، ويجوز له التصرف، وينفذ وضعاً.

الحق - عند عدم القائلين به - سلطنة اعتبارية، فلمن حجر أرضاً سلطنة عليها، وجواز التصرف تكليفاً، ونفوذه وضعاً لا ينفكان عن هذا الحق، فكما أن من آثار الملك السلطنة التكليفية والوضعية، فكذلك هما من آثار الحق، فلكل ذي حق أن يتصرف في متعلق حقه، ولو تصرف فيه بشيء من الأمور الاعتبارية كان نافذاً.

ومن هذا تتضح المناقشة في ما أفاده الشيخ ^{قدس سره} من أن الحق يحصل من حين العقد، ولكن السلطنة الفعلية من حين ظهور الغبن؛ فإن السلطنة الفعلية - سواء أريد منها السلطنة الاعتبارية أو التكليفية أو الوضعية - هي عين الحق؛ فإن الحق هو سلطنة ذي الحق على متعلق الحق اعتباراً والسلطنة التكليفية والوضعية أثران له غير منفكين عنه، إلا في موارد الحجر لصغر أو سفه أو إفلاس.

وبعبارة أخرى: إن كان مراد الشيخ ^{قدس سره} أن الحق يحدث من حين العقد، ولكن السلطنة الاعتبارية تحصل من حين ظهور الغبن، فما هو الحق الذي وجد إذن، وذو الحق ليس له أمران: الحق، والسلطنة على متعلق الحق اعتباراً، بل ليس له إلا أمر واحد وهو الحق، وهو نفس السلطنة الاعتبارية في هذه الموارد؟!

وإن كان المراد أن السلطنة الاعتبارية تحصل من حين العقد، ولكن جواز التصرف والنفوذ يحصلان من حين ظهور الغبن، فهو غير تمام أيضاً، لاستلزماته تختلف الحكم عن موضوعه، وهو محال، فبمجرد أن يحصل الحق ثبتت السلطنة التكليفية والوضعية، فيجوز تصرفه ويكون نافذاً.

نعم، هو [المغبون] حين العقد كان جاهلاً بحقه، والجهل لا ينفي وجوده، فهو كمن يملك شيئاً ويجهل أنه مالك له، فهو ملوك له فعلاً وواقعاً وتترتب عليه جميع الأحكام والآثار، وخيار الغبن هو السلطة على الفسخ والإمساء بمقتضى الأدلة، فيحدث عند تحقق العقد، ولكن المغبون الجاهل بالغبن لم يكن يعلم بحقه من الجواز التكليفي والنفوذ الوضعي، فيتوقف إعماله له على ظهور الغبن، فاختلط الأمر على الشيخ قدس بين السلطة وإعمالها.

الإشكال الثاني: أن الحق هو نفس السلطة الفعلية، وليس له مرتبان، مرتبة القوة، ومرتبة الفعلية حتى يكون الحق - قبل ظهور الغبن - في مرتبة القوة، ثم بعد ظهوره يكون في مرتبة الفعلية.

نعم، الاستفادة من السلطة الفعلية لا تكون إلا بعد ظهور الغبن.

وحاصل الإشكال على الشيخ قدس: أن الحق إما أن يكون هو اعتبار كون صاحبه هو الأولى والأجر والحقيقة بمتعلقه، فمن حجر أرضاً هو الأولى بها من غيره، والشريك حقيق بالأخذ بالشفعه، فكل من له هذه الأولوية والحق فله السلطة، ولا يمكن انفكاكهما، فعلى هذا تكون السلطة الفعلية من لوازم الحق.

وإما أن يكون [الحق] هو السلطة - كما هو أحد القولين - فالسلطة الفعلية تكون عين الحق.

فالحق إما أن يكون ملازماً للسلطة الفعلية، أو هو عينها، فتفككك الشريك قدس بينهما، وقوله إن الحق يحصل عند العقد، والسلطة الفعلية عند ظهور الغبن لا وجه وجيهأً له.

فالذى يظهر - بعد الرجوع إلى كلمات الفقهاء - أن في المسألة قولين لا يرجع أحدهما إلى الآخر:

الأول: أن الخيار يحصل من حين العقد، وظهور الغبن كاشف عنه.

الثاني: أنه لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن.

آثار الخيار عند الشيخ

ثم تعرّض الشيخ ^{تيسّع} إلى أن الآثار المجنولة للخيار على ثلاثة أقسام:

١- ما يتربّ على السلطنة الفعلية، فلا يثبت إلا بعد ظهور الغبن كالسقوط بالتصرف.

٢- ما يتربّ على الحق، فيثبت من حين العقد كإسقاطه بعد العقد قبل الظهور.

٣- ما يتربّ بين الأمرين كالتصرفات الناقلة.

كما صرّح بأن ما ذكر في الغبن جار في العيب.^١

المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار

وأما ما رتبه الشيخ ^{تيسّع} من الآثار المجنولة على الخيار، فبعضها يتربّ على السلطنة الفعلية، وآخر على الحق، وثالث يتربّ بينهما ففيه:

أولاً: أنه يبتيّ على التفرّق بين الحق والسلطنة الفعلية، ومع بطلان المبني ينهدم البناء.

وثانياً: - بعد التنزّل عما تقدم - ينبغي ملاحظة ثمرات الخيار وأحكامها، وخلاصتها خمس:

الثمرة الأولى: جواز إسقاط الحق، فإن لكل ذي حق إسقاط حقه، فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين العقد - كما هو التحقيق؛ لكون اللزوم حين العقد ضررياً فيكون منفياً، ولكون الشرط الإرتكازي للمتابيعين عدم الاختلاف الفاحش في القيمة بين العوض والمعوض - فموضع الإسقاط يثبت من حينه، ومع ثبوت الحق لذى الخيار يكون له إسقاطه.

وهذا الحكم ثابت حتى لو قلنا بمقالة الشيخ قدس سره من أن السلطنة الفعلية تثبت بعد ظهور الغبن؛ فإن الحق يثبت من حين العقد أيضاً، ولكل ذي حق إسقاط حقه. وإن قلنا بأن الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور الغبن، فإن قلنا بأن إسقاط ما لم يجب غير ممكن حتى في صورة وجود المقتضي لم يصح الإسقاط قبل ظهوره؛ لأنه من إسقاط ما لم يجب.

وإن قلنا بكافية تحقق المقتضي لنفي إسقاط ما لم يجب جاز الإسقاط بمجرد حصول الغبن وإن لم يظهر؛ لأن نفس الغبن مقتضٍ للخيار، وظهوره شرط لتحققه، والفرض أنه بمجرد وجود المقتضي يحصل حق الإسقاط، نظير من أعطى متاعه للغير عارية، فله بعد حصول العارية أن يسقط الضمان، والحال أن الضمان إنما يكون بعد التعدي أو التفريط في العارية، وليس ذلك إلا لكون نفس العارية مقتضياً للضمان، وله الإسقاط بمجرد حصوله.

الثمرة الثانية: الإرث؛ فإن «ما تركه الميت من حق فلوارثه»^١، والحكم فيه يبنت على اختلاف القولين، فإن قلنا بأن الخيار يحصل من حين العقد، فلو اشتري وكان مغبوناً ومات قبل ظهور الغبن انتقل إلى وارثه.

وإن قلنا بأن الخيار لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن، فلو مات المغبون قبل ظهوره لم ينتقل لوارثه؛ لانتفاء موضوع الإرث حينئذ.

ولأثر للقول بأن السلطنة الفعلية تحصل بعد ظهور الغبن؛ فإن المدار في انتقال الحق وعدمه على حصول الحق وعدمه.

الثمرة الثالثة: التلف؛ فإنه لو تلف متعلق الخيار كان التلف من لا خيار له؛

١. رواية مرسلة عن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه، أرسلها صاحب المسالك ٣٤١ / ١٢ وغيره، ولم نجدها بهذا النص في الجواجم الحديبية، الشيعية والسننية.

لقاعدة كون التلف في زمان الخيار من لا خيار له، كما لو تلف الحيوان في الثلاثة الأيام؛ فإنه من مال البائع مع كونه مملوكاً للمشتري؛ لكون الخيار له دون البائع، ومعنى أنه من مال البائع أن العقد ينفسخ آنما، فيرجع الحيوان إلى البائع، فيتلف في ملكه.

وهذه القاعدة على خلاف الأصل الأولي؛ فإن الأصل أن يكون التلف من مال المالك، لا من مال غيره، فبها أنه اشتري الحيوان وانتقل إلى ملكه، فإذا تلف كان مقتضى القاعدة أن يتلف من ماله، ولكنها خصصت بالدليل الخاص، وفي هذا التخصيص أنظار ثلاثة:

الأول: أنه خاص بالحيوان المبيع في خيار الحيوان.

الثاني: عدم الاختصاص بخيار الحيوان وإن ورد النص فيه؛ لعدم الخصوصية؛ فإن منشأ الخيار هو تزلزل العقد، وهو ساري في كل معاملة خيارية، كما لا يختص بالشمن، بل ينتقل إلى الشمن أيضاً.

والتحقيق في كل حكم يكون على خلاف القاعدة هو الاقتصار على مورد النص ما لم يحرز عدم الخصوصية، وأما مع احتمالها فلا يتعذر عنه إلى غيره، وبما أن النص ورد في خيار الحيوان، ونحتمل الخصوصية فيه لا مجرد تزلزل العقد، لم يجز التعدي إلى غيره، فيتمسك في غيرها بالقاعدة الأولية؛ فإن مجرد احتمال الخصوصية يوجب الشك في إلغائها، فإذا كان العام ممكناً والخاص بجملة يتمسك بالعام في غير القدر المتيقن خروجه، وأما التمسك بالخاص في المشكوك، فهو ترك للحججة إلى اللاحجة وهو باطل بالضرورة.

ونتيجة البحث: أنا إذا خصصنا هذه الثمرة بخيار الحيوان فلا موضوع لها في خيار الغبن، فتكون سالبة بانتفاء الموضوع، وأما إذا عممناها إلى خيار الغبن وألغينا خصوصية خيار الحيوان - كما هو رأي غير واحد من الفقهاء - فالتلف في زمان الخيار

من لا خيار له، وهو الغابن، فإن قلنا بأن مبدأ الخيار من حين العقد، فلو تلف المبيع قبل ظهور الغبن كان من ماله، وإن قلنا بأن مبدأه من حين ظهور الغبن، وتلف قبل ظهوره كان من مال المباعون، لعدم الخيار حينئذ.

فاتضح أن هذه الثمرة تدور مدار أمرين: التعميم لغير خيار الحيوان، ومبأداً خيار الغبن.

الثمرة الرابعة: أن عدّة من الفقهاء ذهبوا إلى عدم جواز التصرفات الناقلة من لا خيار له في مورد المعاملة الخيارية، فلا يجوز له البيع لو أراده؛ لاحتمال أن يعمل صاحب الخيار خياره، والمبيع متعلق لحقه.

وهنا بحثان، كبروي وصغروي.

أما الكبروي، ففي الخيار مسلكان:

الأول: أن الخيار متعلق بالعقد، فلصاحب الخيار أن يفسخه.

الثاني: أنه متعلق بالعين، فلصاحب الخيار أن يردها إلى ملكه.

فبناء على الثاني تكون القاعدة عدم جواز تصرف من لا خيار له؛ لأن لصاحب الخيار استرداد العين، ويتلفها ببطل مورد حق الرد.

وأما بناء على الأول - كما هو الحق - فالعقد باقٍ، فله أن يفسخه، فإن كانت العين موجودة ردها، وإن كانت تالفة - حقيقة أو حكماً - انتقل إلى بدتها.

وأما الصغروي، فإنه إن قلنا بعدم جواز التصرف في ما انتقل إليه فالأمر في خيار الغبن يدور مدار تحقق الحق، فإن قلنا بأنه يتحقق من حين العقد لم يجز له التصرف من حينه، وإن قلنا بتحققه بعد ظهور الغبن فله التصرف قبل ظهوره؛ لعدم الخيار حينئذ.

فهذه الثمرة من ثمرات وجود حق الخيار كما هو ظاهر.

الثمرة الخامسة: سقوط خيار من له الخيار بالتصرف في المال.

وفي هذه الشمرة بحثان أيضاً، كبروي وصغروي.

أما البحث الكبروي، فإن سقوط الخيار بالتصرف تابع لكشفه عن الرضا بالمعاملة، فإن كان كاشفاً عن الرضا بها كان إمضاء ومسقطاً، وإن لم يكن كاشفاً عنه، أو صدر لا يقصد الإمساء كان مقتضى القاعدة عدم سقوط الحق.

وبعبارة أخرى: إن الخيار يسقط بالكافش عن الإسقاط، قوله أو فعلاً، فإن كان التصرف كاشفاً عنه بحيث دل على إمضائه للمعاملة والرضا بها سقط، وإلا كان مقتضى القاعدة عدم السقوط.

نعم، قام الدليل الخاص - في خصوص خيار الحيوان - على سقوطه بمجرد إحداث الحدث فيه، سواء أقصد بالتصرف إمساء المعاملة أم لا، فهو حكم تعدي في خصوص خيار الحيوان، وأما في غيره فلم يقم هذا الدليل الخاص، ومقتضى القاعدة أن التصرف - بها هو - لا موضوعية له، بل إن دل على الإمساء كان مسقطاً، وإلا فلا.

وأما الصغرى، فلو قلنا بأن التصرف مسقط للخيار مطلقاً حتى في خيار الغبن ولم يختص الأمر بخيار الحيوان، فالامر في سقوط خيار الغبن بالتصرف يدور مدار ثبوت الحق، فإن قلنا بأن ثبوته من حين العقد، فالتصرف الحاصل بعده وقبل ظهور الغبن مسقط للخيار، وإن قلنا بثبوته بعد ظهور الغبن كان المسقط هو التصرف الحاصل بعد ظهوره.

نتيجة البحث: أن ما أفاده الشيخ قدس من الجمع بين كلمات الفقهاء غير قابل للقبول، كما لا يقبل ما أفاده قدس من التفريق بين وقت حصول الحق - وهو حين العقد - وبين وقت حصول السلطة الفعلية - وهو حين ظهور الغبن - وحمل كلام الفقهاء قدس الله أسرارهم على إرادة ذلك؛ فإن الخيار هو نفس السلطة على الفسخ والإمساء، وهي - على القول بشبوته من حين العقد - موجودة من حين العقد إلا أنه لا يعلم بحصوتها إلا بعد ظهور الغبن، لا أنها معروفة حينه وتوجد بظهور الغبن، ولا يخفى أن الجهل

بالحكم أو بال موضوع لا يؤثر في نفي الحكم وإثباته.

وعليه فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين العقد وإن لم يظهر الغبن، فيثبت الحق له من حين العقد، ويسقط بإسقاطه وإن لم يعلم به، بحيث لو قال بنحو التعليق: إن كان في المعاملة غبن فقد أسقطت خياري، أو قال: أسقطت كل خيار لي في هذه المعاملة، سقط الخيار قطعاً، ولا معنى للسلطنة إلا ذلك.

وما أفاده ~~فيس~~ من التفريق بين الثمرات، فبعضها مما يترتب على السلطنة الفعلية، وأخرى على العقد، وثالثة تردد بين الأمرين، محل المنع أيضاً؛ فإن الثمرات جميعها تترتب على ثبوت الخيار، فإن قلنا بثبوته من حين العقد ترتب كلها من حينه، وإن قلنا بثبوته بعد العلم بالغبن ترتب كلها من حينه.

هذا تام الكلام في هذه المسألة ونتيجة البحث: أن الحق من بين القولين هو القول بثبوت الخيار من حين العقد، وظهور الغبن ما هو إلا كاشف عن تتحققه من السابق، سواء أتمسكتنا لثبوت خيار الغبن بدليل نفي الضرر أم بالشرط الإرتكازي.
أما على الأول: فلأن الحكم بلزوم المعاملة الغبية حين العقد ضرر على المغبون فينفي بـ«لا ضرر».

وأما على الثاني؛ فلأن وجود الغبن في المعاملة مخالف للشرط الإرتكازي، فيثبت للمغبون خيار تخلف الشرط من حين حصوله.

[مسألة]: مسقطات خيار الغبن

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأول: الإسقاط بعد العقد

وله صور أربع؛ لأن الإسقاط تارة يكون قبل العلم بالغبن، وأخرى بعد العلم به، وعلى التقديرين تارة يكون مجانياً، وأخرى بالعوض.
الصورة أولى: إسقاط الخيار مجاناً قبل العلم بالغبن.

معرفة الحكم فيها يتبني على بيان فرضين:
الأول: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين العقد، وقد أسقطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن، فحق الخيار ثابت فعلاً، وإطلاق «لكل ذي حق إسقاط حقه»^١ شامل له.

الثاني: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين ظهور الغبن، فإذا سقطه قبل ظهور الغبن من صغيرات إسقاط ما لم يحب؛ لعدم تحقق الخيار حينئذ، فربما يستشكل في صحة الإسقاط من جهتين عقلية وشرعية:

١. هذه القاعدة متوصدة من الموارد وليس أيضاً وارداً بهذا النظير.

أما الجهة العقلية فتتضح بعد معرفة حقيقة الحال فنقول: بأن في حقيقة الإسقاط مبنيين:

أحدهما: أنه سبب لتحصيل السقوط، وذلك على مبني التسبيب؛ لأن الإسقاط من الإيقاعات، وهي إنشائية، والإنشاء على مبني التسبيب سبب الحصول المسبب، فالإسقاط سبب للسقوط.

والآخر: أن الإسقاط عبارة عن اعتبار السقوط، لا إيجاده، ويرزه بقوله: أسقطت خياري.

وعلى كلا المبنيين تكون رتبة السقوط متأخرة عن رتبة الثبوت، فما لم يكن الشيء ثابتاً لا يمكن إسقاطه، وبما أن رتبة السقوط متفرعة على رتبة الثبوت، فكذلك رتبة الإسقاط متفرعة على رتبة الثبوت، وبما أنه لا يعقل السقوط قبل الثبوت لم يعقل الإسقاط قبله أيضاً، وإلا يلزم التفكك بين السبب والمسبب؛ إذ سيقع الإسقاط من الآن ولا يحصل السقوط إلا بعد تحقق الثبوت.

ويندفع الإشكال: بأن هذه القاعدة العقلية وإن كانت ثابتة في التكوينيات بلا إشكال، فلا يعقل الإعدام قبل الوجود، ولا انفكاك الأسباب التكوينية عن مسبباتها إلا أن قياس الاعتباريات عليها مع الفارق؛ فإن من المعمول أن تنفك الأسباب الاعتبارية والشرعية عن مسبباتها، فيعتبر السقوط قبل ظهور الغبن، ولكن لا يتحقق السقوط إلا بعد ظهوره، فانفكاك الاعتبار عن المعتبر أمر معقول.

وأما الجهة الشرعية؛ فلأن الإسقاط حينئذ معلق على ثبوت الخيار، والتعليق في الإنشاءات مبطل بالإجماع.

والجواب: أولاً: أن هذا الإجماع غير كاشف عن رأي الموصوم؛ الاحتمال استناده إلى الوجه العقلي المتقدم.

وثانياً: سلّمنا بالإجماع إلا أنه دليل لي لا إطلاق له، فيقتصر فيه على القدر

المتيقن، وهي الموارد التي يعلق فيها الإنشاء على ما لا يتوقف عليه تحقق مفهومه، كما لو علّق الإيقاع على مجيء زيد من السفر، وأما في الموارد التي يتوقف فيها تحقق مفهوم الإنشاء على المعلق عليه فلم ينعقد الإجماع، كما لو علّق طلاق هند على كونها زوجته، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن إسقاط معلق على ثبوت الحق، وهو مقوم له.

وأجاب الشيخ قدس سره عنه أيضاً: بأن تتحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي، كاف في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، وهو ظهور الغبن.^١

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سره وردتها

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن السبب إما أن يكون تام التأثير، بحيث يؤثر في المعلول بالفعل، فيكون الخيار ثابتاً بالفعل، فهو خلف الفرض، وإما أن لا يكون تماماً بل مشروطاً بظهور الغبن فيكون إسقاط معلقاً؛ إذ كان قبل ثبوت.^٢

ولكنه لا يرد على الشيخ قدس سره؛ لأن دليل محدود التعليق هو الإجماع، والقدر المتيقن منه ما لم يتحقق أصل السبب، وأما بعد حصول السبب وإن لم يكن تماماً فلا محدود فيه، ومثلوا لذلك بإبراء المالك للوديعي والمستعير عن الضمان - لو فرطا في الحفظ - قبل أن يحصل التعدي والتفريط، والإبراء وإن كان معلقاً إلا أنه جاز لكتفافية تتحقق أصل المقتضي وهي العارية والوديعة.

وكما لو أسقط الموجب جميع خياراته في حال الإيجاب قبل تحقق القبول، فقال: بعترك المتع على أن لا يكون لي خيار، فإنه جائز على رأي الشيخ قدس سره؛ لخروج هذه الموارد - التي وجد فيها المقتضي للحق ولم يحصل الشرط - عن دائرة الإجماع، وبناء

١. المكاسب ١٨٢/٥.

٢. مصباح الفقاهة ٣٣٩/٦.

عليه فلا محذور في إسقاط خيار الغبن بعد العقد وقبل ظهور الغبن.

[إن قلت]: بعدم الدليل على هذا الإسقاط.

[قلت]: إن كان المراد [من] نفي الدليل مطلقاً ففيه:

أن سيرة العقلاء قائمة على الإسقاط قطعاً في ما إذا تحقق السبب ولم يتحقق الشرط.

بل إن دائرة السيرة العقلائية أوسع من ذلك، بحيث هي قائمة حتى في ما لو لم يتحقق السبب، كما لو قال أحدهما لآخر: أسقطت جميع خياراتي في جميع العاملات الصادرة مني معك في هذه السنة.

وإن كان مراده من عدم الدليل عدم وجود هذا النص «لكل ذي حق إسقاط حقه»، فهو صحيح، إلا أنها قاعدة متخصصة من موارد متعددة؛ وأن أصل إسقاط الحق على وفق القاعدة، وقامت عليه السيرة، ولم يمنع منه مانع عقلي ولا شرعي؛ لعدم تمامية الإجماع في المقام.

الصورة الثانية: إسقاط الخيار مجاناً بعد ظهور الغبن.

وفيها صورتان:

الأولى: أن يسقط خياره بعد ظهور الغبن باعتقاد أن الغبن بمقدار معين كالمئة مثلاً فصادف اعتقاده الواقع، أو كان الغبن أقل مما اعتقده.

ولإشكال في هذه الصورة حتى إشكال التعليق؛ لعدمه؛ إذ كان الإسقاط بعد ظهور الغبن وثبتت الخيار.

الثانية: الصورة الأولى، ولكن انكشف له أن الغبن أزيد مما اعتقد بنحو فاحش، ففيها وجهان:

الوجه الأول: عدم سقوط الحق؛ لأن ما قصد إسقاطه لم يقع، وما وقع لم يقصد إسقاطه.

الوجه الثاني: سقوط الخيار بمقدار الحد الذي اعتقده دون الزائد.

ويرد على الثاني: أن ما ذكر في التعليل إنما يصح في الموارد التي تتعدد فيها مراتب الوجود، فيسقط بمقدار المرتبة التي قصدها، كما لو كان له دين على شخص وكان يعتقد أنه عشرة دراهم فأسقطها، فتبين أنه عشرون درهماً، فهنا يسقط من ذمته بمقدار العشرة ويبقىباقي، وأما ما نحن فيه فليس كذلك؛ فإن خيار الغبن وإن كان متعلقه متعددًا إلا أنه حق واحد لا تعدد فيه كي يتبعض، فإما أن يسقط وإما أن يبقى.

وأما الوجه الأول فتحقيق الأمر فيه أن يقال:

بأن إسقاط الحق يتصور بمحابين:

النحو الأول: أن يسقط الحق بداعي كون الغبن بهذا المقدار المعين الذي كان

يعتقد.

النحو الثاني: أن يسقط الحق بقيد أن يكون الغبن بهذا المقدار المعين.

أما على الأول فلا إشكال في تحقق الإسقاط؛ لثبوت الإسقاط وخلاف الداعي، ولا مخدر في تخلفه؛ فإن الداعي ليس بقيد.

وأما على الثاني فلم يحصل الإسقاط أصلًا؛ لكونه مقيدًا ولم يحصل القيد، فينتفي المقيد بانتفاء قيده.

الصورة الثالثة: إسقاط الخيار بعوض قبل العلم بالغبن.

فإن قلنا بأن الخيار يحصل من حين العقد فلا إشكال فيه؛ لثبوت الحق والمصالحة عنه بالعوض.

وإن قلنا بأن الخيار لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن فيشكل الإسقاط؛ لعدم ثبوت الحق حيثًا، فلم يكن للعوض الذي أخذه ما بيازء، فيكون من صغريات أكل المال بالباطل.

جواب الشيخ عن الإشكال وردد

وقد أجاب عنه الشيخ ^{قدس} بقوله: «فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التتحقق، أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول: صاحتك عن كل خيار لي بكندا، ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه؛ لأن المدعوم إنما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود»^١.

إلا أنه غير تام؛ لأنه لا يوجد عندنا إلا عقد واحد، وإسقاط واحد، فإن كان الإسقاط لأجل أن يكون العوض في مقابل الضمية والحق المجهول معاً، بمعنى تقسيط العوض عليها عاد الإشكال، لأن قسماً من العوض كان في مقابل الحق المجهول.

وإن كان لأجل جعل العوض في مقابل تلك الضمية فقط، فهو خلاف الفرض؛ لأن الفرض أنه لم ينشأ كذلك، وإنما أنشأ التقسيط بحيث يكون في مقابل الضمية والحق المجهول.

والحاصل: أن جعل بعض العوض في مقابل الحق المجهول باطل كجعل العوض كله في مقابل الحق المجهول.

جواب المحقق الخراساني والسيد اليزدي عن الإشكال

وقد تخلص المحقق الخراساني ^{قدس} عن الإشكال بقوله: «يمكن أن يقال: بأن العوض مثل هذا الصلح إنما يكون بإزاء نفس الصلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول»^٢.

وأما السيد الفقيه اليزدي ^{قدس} فقد تخلص عن الإشكال: بأن العوض في الحقيقة

١. المكاسب ١٨٢/٥.

٢. حاشية المحقق الخراساني ^{قدس} / ١٨٨.

٣. يأتي كيفية هذا الإنشاء في ما بعد تحت عنوان «بقي أن نقول» في صفحة ١١٤.

مقابل الحق المحتمل بوصف أنه محتمل، وفسّره بمقابل احتمال الحق في الواقع، ثم فسّره أيضاً بأن العوض في مقابل تجاوزه عن الحق المحتمل^١، فيكون أخذه العوض ليس في مقابل الحق المجهول، بل في مقابل التجاوز عن الحق المجهول، فيؤول إلى كلام المحقق الخراساني قدس سرهما: أن العوض في مقابل الفعل - صلحاً كان أم إسقاطاً - لا في مقابل الحق.

إشكال المحقق الأصفهاني على السيد اليردي والمحقق الخراساني
وقد أورد عليهما المحقق الأصفهاني قدس سرهما بوجهين، وتوضيحةما:

الوجه الأول: أن العوض إما أن يكون في مقابل الحق المحتمل - كما يظهر من العبارة الأولى للسيد قدس سرهما - فهو باطل؛ لأن الحق المجهول غير قابل للمعاوضة، والمبادلة بالعوض، فيكون العوض في مقابله أكلاً للهال بالباطل.

وإما أن يكون في مقابل احتمال الحق [- العبارة الثانية للسيد -]، فهو باطل أيضاً؛ لعدم كون الاحتمال ذا مالية ليكون مقابلًا بالمال، وليس قابلاً للإسقاط ليجعل المال في مقابل سقوطه.

وإما أن يكون في مقابل التجاوز عن الحق على فرض وجوده [- العبارة الثالثة للسيد -]، ومرجعه إلى كون العوض يزاوج الصلح العبر عنه بالتجاوز فيرد عليه: (أن الصلح الواقع بقوله «صالحتك بكندا» ملحوظ آلي، ومتعلقه ملحوظ استقلالي، فلو كان هو معيضاً في نفس هذا الإنشاء كان ملحوظاً استقلالياً، والجمع بين اللحاظين محال).

الوجه الثاني: أن المعرض هو الصلح بالحمل الشائع؛ لأنه ذو الأثر، لا الصلح الإنساني بما هو مجرد استعمال اللفظ في المفهوم، والصلح بالحمل الشائع من الأمور

١. حاشية السيد اليردي قدس سرهما / ٥٤٤.

ذات التعلق، ويستحيل وجود المفاهيم التعلقية بدون متعلّقها، فإذا قال (صالحت) لا بدّ أن يكون هناك شيء صالح عليه، و المتعلّق الصالح في المقام هو سقوط الحق، وهو فرع ثبوته، ومع عدم ثبوته - كما هو الفرض - يتّفي سقوطه، فيتّفي الصالح؛ لانتفاء المتعلّق الذي لا يحصل إلا به، فما أفاده العلّمان من المصالحة على سقوط الحق بعوض مستلزم للمحال.^١

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني

أما إشكاله الأول فجوابه: أن المعاني الآلية، أي التي تلحظ بلحاظ آلي تنحصر في قسمين:

الأول: العلم؛ فإنه وإن كان من المعاني الاسمية إلا أن له جهة طريقية وكاشفية عن المعلوم، فربما يلحظ بلحاظ آلي وطريقي، وربما يلاحظ بلحاظ موضوعي استقلالي، كما ذكر في مبحث قيام الأمارات مقام القطع الطريفي والموضوعي.

الثاني: المعاني الحرفية؛ فإنها على مبني المحقق الخراساني قدّس قلّة لکلا اللحاظين؛ فإن المعنى إن لوحظ آلة وحالة لغيره كان معنى آلياً حرفياً كما في لفظ (من ، على)، وإن لوحظ مستقلاً كالاستعلاء والابتداء كان معنى اسمياً.

وعناوين المعاملات كالصلاح والبيع والإجارة والمضاربة والشركة معاني اسمية، وليس فيها جهة طريفية حتى ينظر إليها نظراً آلياً، بل ينظر إليها استقلالاً ثم تنشأ، إلا أنها من المعاني ذات التعلق، فتتوقف على وجود طرف تعلق به، وهذا أمر آخر غير كونها آلة إلى لحاظ الطرف، وقد دلّ على ذلك الوجdan والبرهان.

أما الوجدان، فلا شك أن من قال (صالحتك عن هذا بهذا) لم يجعل الصالح فانياً في الطرفين كفناه العلم في المعلوم، ومن أنشأ البيع لم يجعله كالمعنى الحرفى - عند

١. حاشية المحقق الأصفهاني قدّس على المكاسب ٤ / ٢٧٦-٢٧٥.

المحقق الحراساني ^{قدس} - آلة للحظ حال العوضين، بل هو معنى تعلقى ينظر إليه بنظر استقلالي ثم ينشأ.

وعليه فالصلاح - سواء أوقع معوضاً أم تعلق بالعوض - ملحوظ استقلالاً، لأن يكون آلياً في صورة، واستقلالياً في أخرى حتى يلزم اجتماع اللحاظين.

وأما البرهان؛ فلأن الصلح من المعانى الإنسانية المستقلة، فليس هو من المعانى الحرافية الآلية، ولا من مقوله العلم والظن حتى يقبل الطريقة والاستقلالية، فما أفاده العلما ن قدس سرها من أن العوض في مقابل الصلح، أو في مقابل التجاوز عن الحق المجهول سالم عن إشكال لزوم اجتماع اللحاظين.

وأما إشكاله الثاني فممنوع نقضاً وحلاً:

أما النقض فبأمررين:

الأول: أنه ^{قدس} صرّح في تعليقه على كلام الشيخ ^{قدس}: (وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغين..) ^١ بجواز إسقاط الحق المحتمل، أي الحق معلقاً على شرط ثبوته، حيث قال هناك:

(أما المحذور الثالث المختص بما إذا كان الظهور شرطاً فهو إنما يرد إذا أسقط منجزاً فإنه محال؛ حيث لا سقوط مع عدم الثبوت، وأما إذا أسقط معلقاً على شرط ثبوته فهو إسقاط في ظرف الثبوت، وأما كفاية مجرد وجود المقتضي في الإسقاط فهو بظاهره غير صحيح؛ إذ الشيء لا ثبوت له قبل تامة علته، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت) ^٢.

فنقول أن ما أفاده هناك يأقى بنفسه هنا، بمعنى أن الصلح وقع على الحق في

١. المكاسب ١٨١/٥

٢. حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤/٢٧٢

ظرف ثبوته.

إلا أن يقال بأن ذلك الجواب لا يفيد هنا؛ لأنَّه تام على فرض عدم قدح التعليق في الإيقاعات، كما هو كذلك؛ لأنَّ القدر المتقين من الإجماع هو العقود، والمفروض فيما نحن فيه وقوع الصلح معلقاً على شرط ثبوته وهو من التعليق في العقود.

ولكن يمكن أن يقال بأن الإشكال ليس من جهة مانعية التعليق في العقود شرطاً، بل الإشكال عقلي، من جهة عدم تعلق وجود الأمر ذي التعلق بدون متعلقة.

وبعبارة الأخرى: لا شك أنَّ الأثر يترتب على الإسقاط بالحمل الشائع، لا على الإنسائي المفهومي، ولا شك أنَّه من المعاني ذات التعلق غير المستقلة في التحصل، فكما أنَّ الصلح يتوقف في وجوده على المتعلق فكذلك الإسقاط، ولا طرف للإسقاط التعليقي إلا الحق المحتمل، فما يقال فيه يقال في الصلح قبل ثبوت الحق.

الثاني: أنَّ لازم إشكاله قد يُثبت أنَّ يقول باستحالة جميع العقود والإيقاعات المعلقة، مع أنَّ الفقهاء قالوا بجواز المتعلق منها على أمر مقوم لنفس العقد أو الإيقاع، فيمكن إنشاء الهبة معلقاً على كونه مالكاً للعين الموهوبة، وإنشاء العتق معلقاً على كون المعتق ملوكاً، ولا شك أنَّ العتق والهبة من الأمور ذات التعلق المتقومة بالمتعلق، فإنَّ لم يعقل الصلح على الحق المحتمل لم تعلق هبة العين محتملة الملكية، ولا عتق المحتمل حريته.

وأما الحال، فالآمور ذات التعلق قسمان:

الأول: الأمور التكوينية كإضافة، وتحقّقها بدون وجود المتعلق أمر مستحيل.

الثاني: الأمور الاعتبارية، وهي التي قوام وجودها بالاعتبار، كالصلح والبيع والهبة، فهي من الأمور ذات التعلق إلا أنها معان اعتبارية، وهي وإن كانت مما يتوقف على وجود المتعلق أيضاً، ولكن لا يلزم وجوده خارجاً، فيكتفي وجوده لا حقاً في الزمان المتأخر، بل يكتفي مجرد احتمال وجوده، ولهذا جاز بيع ثمرة الشجرة قبل قطعها لمدة سنة أو ستين؛ فإنَّ ضمّ محتمل الوجود إلى المسلم وجوده أمر معقول عقلاً

وشرعاً.

وعليه ففي ما نحن فيه يكفي نفس احتمال وجود الحق للتحقق الصالح، والتجاوز عن الحق، والإسقاط، ولا يضره كونه من الأمور ذات التعلق. فبهذا يندفع ما أورده المحقق [الاصفهاني] ^ت على العلمين [الخراساني واليزدي] قدس سرها ويسلم جوابها عن الإشكال. نعم، ما أورده على قول السيد اليزدي ^ت أولاً - [١] من جعل العوض في مقابل الحق المحتمل، أو [٢] بإزاء احتمال الحق - تام.

بقي أن نقول: بأن جعل العوض في مقابل الصالح يحتاج إلى مؤونة في مقام الإثبات؛ فإن الظاهر من عباره (صالحتك عن كذا بكتذا) هو كون العوض في مقابل المصالح عليه، بمعنى أن المقابلة وقعت بين ما بعد (عن) وما بعد (الباء)، فحق العبرة بجعل الصالح مقابلأً للعوض أن يقول: أصالحك، وصلحي لك في مقابل كذا، ولا إشكال في الإنشاء بذلك ثبوتاً، ولا إثباتاً.

الصورة الرابعة: إسقاط الخيار بعوض بعد العلم بالغبن.

وفيها فروض:

الفرض الأول: أن يعلم بمقدار الغبن ويصالحه عليه، فلا إشكال في صحة ذلك.

الفرض الثاني: أن يعتقد بمقداره فيصالح عليه، ثم يتبيّن أن أزيد مما صالح عليه، وهو محل إشكال، وفيه أقوال:

القول الأول: بطلان الصالح.

القول الثاني: صحة الصالح ولزومه.

القول الثالث: صحيح غير لازم.

أما الأول: فلأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ فإنه قصد الصالح على أن

يكون الغبن بالمقدار الذي يعتقده وهو لم يقع، وما وقع وهو المقدار الزائد لم يقع عليه الصلح.

وأما الثاني: فلأن المورد من موارد تخلف الداعي، ولا ضير فيه، بعد عدم القصور في مرحلة القصد والإنشاء؛ فإنه أسقط الحق الموجود في الواقع، وكان داعيه أن الغبن بمقدار معين في اعتقاده فتبين أنه أزيد منه، ولا محذور في تخلف الداعي.

وبعبارة أخرى: إنه أسقط حقه باعتقاد أن الغبن قليل فتبين أنه كثير، والاعتقاد لا يقيد الخيار الساقط؛ فإن الاعتقاد من مقارنات إنشاء إسقاط الخيار، والإنشاء لا يقيّد بمقارنته، وبما أنه أسقط الحق فالساقط لا يعود، فيكون الصلح صحيحاً لازماً.

وأما الثالث: فلوقوع الغبن في الصلح كما وقع في البيع؛ إذ كان يعتقد بأن مقدار الغبن قليل فكان أكثر مما اعتقده بنحو فاحش، والغبن يوجب الخيار.

وقد قوى الشيخ ^تالوجه الثالث^١، ووجه القوة يتضح ببيان أمور:

الأول: أن العنوان الواقع على هذا الخيار معاملة من المعاملات، فإن كان صالحًا كان عقداً، وإن كان إسقاطاً كان إيقاعاً.

الثاني: أن العوض في الصلح أو في الإسقاط مختلف بحسب اختلاف مراتب الغبن، فإن كان الغبن بمقدار قليل كان العوض في الصلح عليه قليلاً، وإن كان كثيراً كان العوض بما يإزائه.

الثالث: أن عدمة ما استند إليه في خيار الغبن أمران: قاعدة نفي الضرر، وتخلف الشرط الارتكازي، وكلاهما ينطبقان على الصلح الغبني؛ فإن المغبون في البيع كان له خيار الغبن، فلما علم بالغبن واعتقد أنه بمقدار معين فصالح عليه بالعوض المناسب لاعتقاده فتبين له أن الغبن أكثر من العوض بمقدار فاحش كان له خيار

الغبن في الصلح؛ إذ لو كان الصلح لازماً لكان الحكم بليزومه منشأً للضرر عليه، فينفي بقاعدة (لا ضرر).

كما أنه صالح بهذا العرض المعين بشرط أن لا يكون التفاوت بين العرض ومقدار الغبن فاحشاً، فإذا كان فاحشاً - كما هو الفرض - كان له الخيار لتخليف الشرط.

فيتحصل من هذا وجه القوة في كون الصلح صحيحاً غير لازم، وفي الضمن يتضح بطلان القول بليزومه.

وأما وجه بطلان القول بالبطلان؛ فلأنه استند إلى قاعدة (ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد)، وهي أجنبية عما نحن فيه؛ لأنه قصد الصلح يقيناً إلا أنه كان يعتقد بكون الغبن قليلاً فبان كثيراً، والاعتقاد لا يقيّد القصد، كمن صلّى خلف إمام باعتقاد أنه زيد فبان آخر، أو أعطى رجلاً مالاً باعتقاد أنه هاشمي فتبين كونه عامياً؛ فإن الاعتقاد لا يقيّد الصلة ولا الإعطاء، فكلذلك في ما نحن فيه؛ فإن اعتقاده بكون الغبن قليلاً لا يقيّد الصلح أو الإسقاط.

ثم إن الشيخ ^{قدس} أمر بالتأمل، وقد وجّهه المحقق الإيراني ^{قدس} بأمررين:
الأول: أن الصلح يدور أمره بين الصحة والبطلان، فإن كان الاعتقاد من المقارنات فلا يقيّد به الصلح ولا الإسقاط، بحيث يكون الإسقاط متعلقاً بالحق الموجود أياً كان سببه، صحّ الصلح بالعرض وكان لازماً، وإن كان مقيداً له كما لو كان من الدواعي، بحيث تعلق الإسقاط بالحق غير الموجود - وهو الخيار الناشئ مما اعتقده من الغبن - لم ينعقد الصلح وكان باطلأً.

الثاني: إن بناء المصالحة على المغابة، فكيف يطرّقه خيار الغبن؟^{١٩}

١. حاشية المحقق الإيراني ^{قدس} على المكاسب ١٤٣ / ٣.

أما الوجه الثاني فيرد عليه: أن الصلح - كما قال - مبني على المغابنة، لا على نحو الإطلاق، بل بحدّ لا يكون التفاوت فيه فاحشاً، فلو اعتقد بكون مقدار الغبن خمسة دنانير وصالحة على أربعة فبان سبعة فهو متسامح فيه، ولكن لو تبين أنه بمقدار عشرين ديناراً لم يبين الصلح عليه، فالعالق لا يوقع الصلح بنحو الإطلاق وبأي مقدار، بل يلاحظ الحق، ويلاحظ مالية العرض المتصالح عليه، ثم يوقعه في ما إذا كان التفاوت مما يتجاوز عنه عادة.

وأما الوجه الأول ففيه: أن قوله بأن الداعي مقيد، غير تام؛ فإن الداعي لا يقييد المدعو إليه، لأن القيد في رتبة المقيد، والداعي في رتبة متقدمة على المقيد، وما في الرتبة المتقدمة لا يقييد ما في الرتبة المتأخرة، وهذا لما كان الداعي لإنشاء المعاملة حصول النفع والربح، فإذا اتفق عدم حصولها لم يفت فقيه ببطلانها.

وبعبارة أخرى: إن المعاملة أمر إنساني، ولا يتصور الإهمال في الإنسان؛ لكنه من الأمور الإرادية، فإذا أُنْ يترتب الغرض على الخصوصية المعينة فيقييد المعاملة بها، وإنما أن يقوم بالجامع ويترتب عليه فينسبها مطلقة، وكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ في مقام الثبوت، والبيان في مقام الإثبات، والداعي ليست من المقيدات. والذي يقوى في النظر أن أمر الشيخ قائم بالتأمل ليس لبيان الخدشة في ما قوّاه من صحة الصلح وعدم لزومه، بل للدقة في المطلب، وبيان ضعف القولين الآخرين.

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد

وفي هذا المسقط ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول

وهو عام في جميع الخيارات، وحاصله: أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط

ما لم يجُب، لأن الخيار مطلقاً متأخر رتبة عن تحقق المعاملة، وتحقق المعاملة مطلقاً متوقف على تامة الإيجاب والقبول، فيكون إسقاط الخيار في ضمن العقد - قبل تمامته - إسقاط ما لم يجُب.

الإشكال الثاني

وهو مختص بخيار الغبن والرؤبة، وهو إشكال الغرر الذي أفاده الشهيد قدسُه في الدرس^١، وبيانه:

أنه يعتبر في البيع بيان صفات المبيع الدخلية في ماليته ككون العبد كاتباً، ولو لم تُبيَّن لكان البيع غررياً؛ إذ تغير قيمة المبيع بتغيير هذه الصفات، فقيمة العبد الكاتب أعلى من قيمة العبد غير الكاتب، ومع عدم بيان الصفة لم تتعين القيمة فيحصل الغرر. وعین هذا الإشكال يرد في ما إذا أُسقط خيار الغبن في ضمن العقد؛ إذ يحصل الغرر أيضاً، لأنه لا يعلم - حينئذ - بمالية العرض الذي انتقل إليه في قبال ما خرج من كيسه، بخلاف ما إذا لم يسقطه؛ فإن وجود خيار الغبن مانع من الغرر.

وبعبارة أخرى: إن الجهل بأوصاف المبيع الدخلية في الماليية سبب الجهل بمالية؛ لدوران مالية الأمتعة مدار أوصافها، فيكون البيع مع الجهل بها^٢ غررياً، فالبيع - مع الجهل بمالية أولاً وبالذات - غرري بطريق أولى، فإذا كان له الخيار ارتفع الغرر، دون ما لو أُسقطه.

الإشكال الثالث

وهو مختص بخيار الرؤبة، وهو التناقض بين أخذ الأوصاف في المبيع، وبين إسقاط خيار تَخَلُّف الوصف عند الرؤبة، وبيان ذلك:

١. الدرس ٣/٢٧٦.

٢. بمالية.

أنه يشترط في البيع عندما يكون المبيع غائباً أن يبيّن البائع أوصافه، وإذا رأه المشتري بعد البيع، فإن كانت أوصافه مطابقة لما ذكر لزم البيع، وإلا كان للمشتري خيار الرؤية، وهو خيار تخلف الوصف، فإذا أسقط هذا الخيار لزم التناقض؛ إذ يفترض أنه اشتراه مبنياً على هذه الأوصاف، وذلك يتضمن وجودها وأخذها في المعاملة شرطاً، ومعنى إسقاط الخيار عند الرؤية في حال تخلف الأوصاف إطلاق المعاملة بالنسبة إليها، وعدم أخذها فيها، وبين أخذ الوصف ورفضه تناقض بينه.

[ويأتي الجواب عن هذا الإشكال في بحث خيار الرؤية إن شاء الله تعالى فانتظر].

الجواب عن الإشكال الأول

أما الإشكال الأول فالجواب عنه: بأن إسقاط ما لم يجب ينحل عند التحليل إلى أمرين، وذلك لأن ما أنشأه - وهو الإسقاط - فعلي، وما وقع - وهو سقوط حق - استقبالي، فيلزم إما تخلف المعلول عن العلة، والانفكاك بين السبب والسبب، وإما الانفكاك بين المصدر واسميه، وهو أكد في الإشكال؛ لتعدد العلة والمعلول وجوداً، واتحاد المصدر واسميه وجوداً وإن تعدد اعتبراً، وبيان ذلك:

إما أن نقول بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة العلة إلى المعلول، فيينبغي أن يعرف هل قانون عدم الانفكاك بينهما خاص بالتكوينيات أو عام لهما وللاعتباريات؟

ولا يخفى أن القول بانفكاك المعلول عن العلة - بعد تسليم العلية - غلط فاحش؛ فإن قانون العلية حكم عقلي عام للأمور التكوينية والاعتبارية غير قابل للتخصيص بوحد منها، ولكن يمكن إنكار العلية في الاعتباريات، بمعنى أن تكون العلية والسببية فيها اعتبارية فيكون التخلف أمراً ممكناً.

وعليه، فإن قلنا بأن الإنشاء - في الأمور الإنسانية والاعتبارية - ليس بعلة ولا

سبب انحلل الإشكال.

وإن قلنا بكونه علة وسبباً، فـ(بعت) في البيع سبب لتحقق الملكية و (زوجت وأنكحت) سبب للزوجية فأيضاً ينحل الإشكال؛ لكون سببية الإنشاء للأمور الاعتبارية اعتبارية، فالمعتبر اعتبار (أنكحت) سبباً للزوجية، و (بعت) سبباً للنقل، والإسقاط سبباً للسقوط، وبما أنها اعتبارية فهي تدور مدار نحو الاعتبار، فيمكن اعتبار الإسقاط الفعلي سبباً للسقوط الاستقبالي فينحل الإشكال.

وإما أن نقول بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمك كالإيجاد والوجود، فهما واحد وجوداً، متعددان اعتباراً، ولا يمكن الإنفكاك بين الشيء ونفسه، فيصعب حل الإشكال؛ إذ القول بأن الإسقاط حصل فعلاً، والسقوط سيحصل استقبالاً كالقول بأن الغسل - بالفتح - حصل الآن، والغسل - بالضم - يحصل استقبالاً، وكالقول بوقوع الضرب المصدري الآن، وأما اسمه وهو حاصل الضرب و نتيجته فسيقع مستقبلاً، وهو من الاستحالة بمكان.

نعم، ينحصر الحل بما يستفاد من النصوص الواردة في خيار المجلس، والحيوان، وبيع ذي الخيار في زمان الشرط، من قبيل: صحيحة فضيل عن أبي عبدالله الله عليه السلام - في حديث - قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها»^١، و«إن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط...»^٢، وما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله الله عليه السلام أن أمير المؤمنين الله عليه السلام قضى في رجل: اشتري ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع

١. وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٣، الباب ١ من أبواب الخيار، صحيحة فضيل.

٢. وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار، صحيحة علي بن رئاب.

فقد وجب عليه^١، فإن المستفاد و منها أن تمام الموضوع - لأجل سقوط الحق - هو الرضا بالبيع بقاء، فإن كان الرضا بالبيع بعد العقد كان مسقطاً للخيار و رافعاً له، وإن كان حينه كان مانعاً عن حصوله و دافعاً له.^٢

أجوبة الشيخ عن الإشكال الثاني
وأما الإشكال الثاني المختص بخيار الرؤية والغبن فتخلص منه - الشيخ قيس

بوجوه:

[الجواب] الأول: أن الجهل بالقيمة السوقية - المالية - لو كان موجباً للغرر لكان البيع باطلاً بلا شك؛ للنهي عن بيع الغرر^٣، وهو إرشاد إلى الفساد، ولازم القول بأن الجهل بالمالية منشأ للغرر أن لا يمكن من الشراء من يعرف جميع خصوصيات البيع ولكنه يجهل القيمة السوقية، وهو خلاف ضرورة الفقه؛ فإن الجهل بها لا يكون منشأ لبطلان المعاملة ولهذا اتفقوا على صحة المعاملة مع الجهل بها، ولكن إذا كان التفاوت بين الثمن الذي اشتري به المبيع والثمن الواقعي تفاوتاً فاحشاً كان له حق الفسخ، فالاتفاق والضرورة الفقهية يكشفان عن أن الجهل بالقيمة لا يجعل المعاملة غررية.

[الجواب] الثاني: أن الغرر إنما يتحقق في صورة الجهل بذات المبيع أو بأوصافه الدخيلة في ماليته التي تكون محل عناء ورغبة عامة العقلاة، وأما إذا رأى المبيع فعرفه بذاته وبأوصافه، ولكنه كان يجهل قيمته السوقية، أي يجهل مساواة ثمنه المجنول للقيمة الواقعية لم يحصل الغرر أصلاً، ومع تبين عدمها كان له الخيار لانتفاء الشرط

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الخيار، معتبرة السكوني.
٢. قال المؤلف: هذا الجواب لا يتم على مبنانا من عدم دخالة الرضا في المعاملات وكفاية الاستناد، فيكون الجواب عن هذا الإشكال نفس الجواب عن الإشكال الأول من أن الاعتبار بيد المعتبر.

٣. وسائل الشيعة ٤٤٩/١٧، ح ٣، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة.

الارتکازی.

الوجه الثالث: سلمنا بأن الجهل بالقيمة السوقية موجب للغرر إلا أن الخيار حكم شرعي، وهو لا يرفع الغرر حتى يقال بعدم جواز إسقاط الخيار لكي لا يكون البيع غررياً.

بيان ذلك: أن الحكم متأخر عن موضوعه وعن جميع خصوصياته فإذا كان الموضوع مشروطاً بشروط وجودية وعدمية، فمتي لم تتحقق جميع تلك الشروط لم يأت الحكم، والخيار حكم وضعی، وموضوعه العقد الصحيح، لا الفاسد، وعليه فصحة العقد توقف على عدم الغرر؛ لكون الغرر مانعاً منها، فإذا قلنا بمقالة الشهيد ^ت من بقاء الخيار ليرتفع الغرر كان عدم الغرر متوقفاً على الخيار المتوقف على صحة العقد فكان دوراً باطلأً، وهذا معنى قول الشيخ ^ت: «لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر»^١.

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ

وهذا [الجواب الثالث] في غاية القوة والمتانة، إلا أن المحقق الأصفهاني ^ت أورد عليه بيا توضيحة: أن موضوع الخيار لو كان هو العقد العيني الخارجي للزم الدور؛ لتوقف صحة العقد - حينئذ - على الخيار، والخيار على صحة العقد، ولكن يستحيل أن يكون هو الموضوع له، بل موضوعه العقد العنوانی فلا يلزم؛ وذلك لأن الخيار اعتبار شرعي قائم بالاعتبار شأن بقية الأمور الاعتبارية القائمة بمن اعتبرها، فالخيار قائم بنفس الجاعل، فيكون موضوعه العقد العنوانی قهراً؛ لأنه هو الذي يلاحظ العقد ويعتبر الخيار له، وأما العقد الخارجي فهو قائم بالعائد، والعهد الخارجي قائم بالمعهد، فالخيار القائم بالجاعل لا يعقل أن يكون عارضاً على ما يقوم

بالعاقد، فيرتفع إشكال الدور.^١

عبارة أخرى: إن الخيار حق اعتباري من لدن معتبر، والمعتبر له هو نفس الشارع بقوله مثلاً: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وهذا الاعتبار - الحكم - يحتاج إلى موضوع، ولا بدّ أن يكون الموضوع في أفق الاعتبار، وهو البيع العنوا尼، وأما البيع الذي قام به البائع فهو قائم به، ولا ربط له بالشارع.

دفع إشكال المحقق الأصفهاني عن الشيخ
وهو منوع نقضاً وحلاً:

أما النقض؛ فلأن لازم ما أفاده أن تكون جميع الأحكام الوضعية قائمة بال الموضوعات العمرانية، لا العينية الخارجية؛ لأنها اعتبارات قائمة بالمعتبر فتقوم بالعناوين، فالصحة واللزوم اعتباران قائمان بالمعتبر، فينبغي أن يكون موضوعهما العقد العنوا尼 لا الخارجي، وكذا الطهارة بالنسبة إلى الأعيان الطاهرة، والنجاسة بالنسبة إلى الأعيان النجسة، فينبغي الالتزام بعدم الحكم على العين الخارجية بالطهارة والنجاسة، وهو مخالف للضرورة الفقهية والإجماع القطعي.

وأما الحل؛ فلأن الحق والحكم الوضعي وإن كانا أمرين اعتباريين، والأمر الاعتباري وإن كان قائماً بالمعتبر، إلا أنه يعتبر - بحكم العقل - على الموضوع الخارجي، وتوضيح ذلك:

إن الأمور الاعتبارية - عقلاً - متقومة بالاعتبار، والاعتبار قائم بالمعتبر، ولا بحث في ذلك، ولكن نحو وجود الأمر الاعتباري مطلقاً يدور مدار نحو اعتباره، فعند العقلاة أمور اعتبارية جرت سيرتهم على اعتبارها، كالسلطنة والحكومة والمناصب والمقامات، وعلة وجودها هو الاعتبار، ولكن ظرف اعتبارها هو الموجود

١. حاشية المحقق الأصفهاني ^{يقتضي} على المكاسب ٤/٢٧٨.

الخارجي، بمعنى أن اعتبار السلطنة وإن كان قائماً بالاعتبار إلا أن موضوعه الشخص الخارجي.

وذلك مقتضى النصوص أيضاً، فإن مدلول قول الإمام عليه السلام: «فإني قد جعلته عليكم حاكماً»^١ جعل الحاكمة لهذا الشخص الخارجي، وكذا في جعل الإمامة؛ فإن المجعل إماماً لهذا الشخص الخارجي، فجميع هذه العناوين وإن كانت قائمة بالاعتبار إلا أن ظرف تحققها الموجودات الخارجية.

وهذا ما عليه البرهان؛ فإن العقد العيني الخارجي القائم بالعقد عندما نلاحظه بالإضافة إلى اللزوم والجواز، أو الخيار في ما نحن فيه، فهو لا يخلو إما مهمل أو مطلق أو مقيد؟

أما الإهمال فمستحيل كما هو واضح، فيتعين كونه مطلقاً أو مقيداً، وعلى كلا التقديرتين يكون الحكم قائماً بهذا العقد العيني والوجود الخارجي، فيعود إشكال الشيخ تقى إلى قوله؛ إذ يتوقف الخيار على صحة العقد، وتتوقف صحته على عدم الغرر المتوقف على ثبوت الخيار.

وبعبارة أخرى: بأن قوام الأمور الاعتبارية أنه في عين وجودها بسببية الاعتبار أخذ في نفس الاعتبار أن ظرفها الخارج، ومنشأ الإشكال فيها عند المحقق الأصفهاني ^{قدس} أن الأمور النفسانية إذا كانت قائمة بالخارج لزم انقلاب النفسي خارجاً أو العكس.

وهذا تام في الأمور التكوينية كالشوق؛ فإنه قائم بنفس الإنسان فلا يعقل أن يكون موضوعه ما في الخارج، ولهذا - كما حرق في محله - عندنا معلوم بالذات ومعلوم بالعرض، ومراد بالذات ومراد بالعرض، والخارج ليس متعلقاً للعلم القائم بالنفس

١. وسائل الشيعة ٢٧/١٣٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، مقبولة عمر بن حنظلة.

بحسب الدقة والحقيقة، فكما يقول أهل المنطق والفلسفة أن المعلوم بالذات هي الصورة وذوها معلوم بالعرض، وإلا لزم انقلاب النفسي خارجاً أو الخارجي نفسياً. وهذا البرهان لا يجري في الأمور الاعتبارية؛ لأن قوامها بنحو الاعتبار، فعندما يعتبر هذا الشخص الخارجي حاكماً، فقوم الاعتبار أن هذا محكوم بهذه الحاكمية، ولو لم يكن كذلك لكان خلفاً.

هذه هي خاصية الأمور الاعتبارية، فمثلاً معنى أن الماء كله ظاهر حتى تعلم أنه قدر، أن الماء الخارجي محكوم بالطهارة، فالطهارة أمر قائم باعتبار المعتبر في مرحلة الاعتبار، ولكن في مرحلة ثبوت الحكم يكون الموضوع هو الماء الخارجي. وفي **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^١، هل يعقل أن يكون المطلوب هو الوفاء بالعقود العنوانية؛ حيث قال بأن العقد العنوانى قائم بالمعتبر؟! أي هل يعقل أن يكون العاقد محكماً بالوفاء بالعقد العنوانى القائم بالمعتبر أو بالعقد القائم به؟
لا شك أنه الثاني، وما أفاده منعه نقضاً وحلاً.

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره؛ بأن ما أفاده قدس سره متين في ما كان الخيار ثابتاً بجعل الشارع، كخياري المجلس والحيوان؛ فإنها من الأحكام الشرعية التي لا ترتبط بالغرر نفياً ولا إثباتاً، فلا يرتفع الغرر بثوبتها، ولا يتلفي بسقوطها. وأما الخيار الثابت بجعل المتعاقدين فهو يوجب رفع الغرر؛ فإن المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غررية، بمعنى أن الشرط رافع للغرر موجب لسقوطه؛ فإن الغرر هو الخطر، ولا خطر في المعاملة مع الشرط؛ إذ

هو مختار في أن يرضي بها وأن يفسخها.^١

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي

وهو مندفع؛ فإن حقيقة الشروط عبارة عن الإلتزامات، ففي كل شرط التزام وملزم به، فهل الرافع للغرر نفس الالتزام أو الملزم به؟

لا شك أن الأثر منوط بمتعلق الالتزام، وأما الالتزام بدون الملزم به فلا أثر له، فالتأثير في المعاملة على العبد بشرط الكتابة ليس في الالتزام بكتابته، بل في الملزم به وهو الكتابة، والخيار في ما نحن فيه - بناء على ما هو التحقيق - يحصل بالشرط؛ فإن كلاً من المعاملين يشترط في المعاملة أن لا يكون فيها تفاوت فاحش بين الشمن والمالية الواقعية، هذه هي حقيقة الشرط، وما يرفع الغرر هو الملزم به، فإذا حصل التفاوت الفاحش كان للمغبون حق فسخ المعاملة، فالرافع للغرر في الخيار المحقق بالشرط هو نفس الخيار المجعل باشتراط المتعاقدين؛ إذ لما كان له الخيار لم تكن المعاملة غررية، وإذا كان الأثر للخيار كان التفريق بين الخيار المجعل بجعل الشارع والخيار المجعل بجعل المتعاقدين مما لا وجه له؛ فإن الرافع للغرر في البيع الغبي هو وجود حق الفسخ، فليس الأثر لنفس الشرط والالتزام، بل للملزم به وهو حق الخيار، ونفس هذا الحق موجود في خياري المجلس والحيوان إلا أن الجاحد مختلف، وهو وإن اختلف إلا أن المجعل في كليهما واحد وهو الخيار، وهو ذو الأثر، فكيف يكون بيع الحيوان في صورة وجود اختيار غررياً، وفي باب الغبن ليس غررياً؟!

نعم، لو كان الغرر يرتفع بالجاحد كان هذا التفريق صحيحاً، لاختلاف الجاحد في المقامين، ولكنه يرتفع بالمجعل، وهو واحد فيهما، سواء كان جاعله الشارع أو شرط المتعاقدين، فلا يرد ما أورد على الشيخ قدس.

ونتيجة البحث إلى هنا:

- ١- أن الجهل بالقيمة السوقية مع معرفة ذات المبيع وأوصافه الدخيلة في ماليته لا يجعل المعاملة غررية.
- ٢- ولو كانت غررية لم يرفع غررها ثبوت الخيار خلافاً لما أفاده الشهيد ^{قدس}.

المسقط الثالث: تصرف المغبون بالتصرف التكويني

إن تصرف من له الخيار على نحوين:

- الأول: التصرف الكاشف عن رضاه بالعقد، ولا إشكال في مسقطيته للخيار؛ فإن الإسقاط لا ينحصر بالمسقط القولي.
- الثاني: التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد، وهو محل البحث في المقام.

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد

استدل الشيخ ^{قدس} على مسقطيته بما حاصله وتوضيحة:

إن النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف مختص بخيار الحيوان؛ فإن فيه «إن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً»^١، بل في النص ما يدل على سقوطه بأعمال لا تعد من إحداث الحدث عرفاً، كتبيل الحرارة ولمسها والنظر إلى ما لا يحل النظر إليه إلا إلى مولاه؛ فإنها ألحقت شرعاً بإحداث الحدث.

لكن يستدل على تعميم كون التصرف مسقطاً لخياري المجلس والشرط بوجهين جاريين في ما نحن فيه أيضاً:

الأول: إطلاق بعض معاقد الإجماع - بأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، وفيما انتقل عنه فسخ - فإنه يشمل كل خيار، ومنه خيار المجلس والشرط

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

وخيار الغبن، فيبدل على سقوطه بالتصرف.

الثاني: عموم العلة الواردة في خيار الحيوان، من كون التصرف رضا بلزوم العقد^١؛ فإنها بعمومها تدل على أن تصرف كل صاحب خيار رضا منه بالعقد، ومنه صاحب خيار الغبن.

فهذا وجهان لسقوط خيار الغبن بالتصرف مطلقاً، كما أن هنا وجهاً ثالثاً حاصله: أن الدليل على خيار الغبن إما الإجماع، وإما نفي الضرر، وكلاهما قاصر الدلالة لما إذا تصرف صاحب الخيار.

أما الإجماع؛ فلأنه دليل ليبي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما قبل تصرف صاحب الخيار، فلم يثبت الإطلاق لما بعده، ونفس قصور الدليل عن خيار الغبن دليل على سقوطه بالتصرف.

وأما «لا ضرر»، فلأنها تنفي الحكم عن الضرر المستند إلى الشارع، فكما أنها لا تجري في حق من أقدم على الضرر ورضي بالغبن حدوثاً؛ لأن الضرر مستند إليه، لا إلى الشارع، فكذلك لا تجري في حق من تصرف في المال الذي اشتراه، فإنه قد رضي بالضرر بقاء، فلا يكون الضرر مستنداً إلى الشارع، فلا خيار له.

إلا أن يقال: إن الشك - بعد التصرف - في رفع الخيار، لا في دفعه فيستصحب بقاوئه، وتوضيحه:

إن الخيار ثابت في مورد الغبن بالإجماع ودليل نفي الضرر، ونحن نشك في ارتفاع الخيار بعد تصرفه، فيستصحب بقاوئه.

ثم أمر الشيخ قدس سره بالتأمل، والوجه فيه أن المورد من موارد الشك في الموضوع كما سيأتي بيانه.

١. فإن الوارد في الحديث السابق بعد العبارة السابقة: «... فذلك رضا منه فلا شرط».

هذا تمام ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام.^١

مقتضى القاعدة [في المقام]

إن التصرف تارة يكون بعد العلم بالغبن، وأخرى قبله، وعلى التقديررين تارة يكون كاشفاً عن اسقاط الخيار، وأخرى لا كاشفية له عنه، فالصور أربع:

صور تصرف المغبون بالعين

الصورة الأولى

أن يكون التصرف بعد العلم بالغبن، فإن قامت قرينة حالية أو مقالية على [اسقاط خياره] سقط خياره بلا إشكال؛ لأن المسقط كما يكون بالقول لا يكون بالفعل.

وبعبارة أخرى: إن الخيار حق، و اختيار الحق في مقام الإسقاط بيد صاحبه، فيكون هذا التصرف مسقطاً له؛ لأن صاحبه رفع يده عنه بالالتزام بالبيع عملاً.

الصورة الثانية

أن يكون التصرف بعد العلم بالغبن، ولم تقم قرينة على كونه عن [اسقاط خياره]، فإن قام الإجماع على كون التصرف - بها هو - مسقطاً للخيار، وأخذنا به فهو المستند في المقام، وإن لم نأخذ به، لكونه محتمل المدرك، فلا يكون كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام، ولا عن دليل معتبر آخر غير ما ذكره الفقهاء، فلا بد أن نرى، هل في التصرف كاشفية عقلائية عن [اسقاط خياره] أو لا؟

وبكلمة أخرى: هل تصرف المغبون العالم بالغبن يعَد كاشفاً عقلائياً عن [اسقاط خياره] أو لا؟

فإن عدّ عندهم طریقاً کاشفاً عن [الاسقاط]، فما لم یعلم أو یطمئن بالخلاف اعتمد طریقیته، وكان إمضاء للبيع وسقط الخيار.

وإلا فالتصرف في نفسه أعم من کونه طریقاً [للإسقاط] والإمضاء، حتى الصادر من العالم بالغبن، فيمكن أن يكون صادراً منه بما هو مالک له التصرف في ملکه، ويمكن أن يكون لإسقاط حقه، فما لم یحرز کونه من قبیل الثاني، ولم یعلم أنه کاشف عقلائی عن [الاسقاط]، فمقتضی القاعدة عدم سقوط الحق.

الصورة الثالثة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ويكون کاشفاً عن [اسقاط خياره]، فمقتضی القاعدة سقوط الحق على المبني السابق في البحث السابق، فإن قلنا بأن الخيار یثبت من حين وقوع العقد، فيسقط الخيار؛ لأن المسقط الفعلى كالقولي، وإن قلنا یثبت من حين ظهور الغبن وهو وقت العلم به، فهو من باب إسقاط ما لم یجب، وقد تقدم البحث فيه، ومقتضی التحقيق السقوط.

الصورة الرابعة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ولا يكون کاشفاً عن [اسقاط خياره]، وهذه الصورة هي محل الإشكال؛ فإن ما یكون کاشفاً عقلائیاً - على فرض ثبوته - إنما هو التصرف بعد العلم بالغبن، وأما التصرف قبله لا یعدّ کاشفاً عند العقلاء، فلا طريق لنا من هذه الجهة للحكم بسقوط الخيار.

مقتضی الأدلة

والعمدة منها ثلاثة:

الأول: «لا ضرر»؛ فإن الحكم باللزوم ضرر مستند إلى الشارع فيتتفی به؛ ومقتضی الإطلاق شمولاً لهذا النحو من التصرف؛ لعدم علم المتصرف بالغبن؛ فإن التصرف الذي لا تجري معه «لا ضرر» إنما هو المُحَقَّقُ للإقدام على الضرر؛ حيث یسند

الضرر إلى المغبون، لا إلى الشارع، وليس هو ما نحن فيه.

الثاني: الشرط العقلائي الارتکازی القائم على عدم التفاوت الفاحش بين العوضين، ومقتضاه عدم سقوط الحق ما لم يثبت الإسقاط، والتصرف غير الكاشف عن الإسقاط بنفسه، ولا بالقرينة، الحاصل قبل العلم بالغبن لا يسقط الحق.

الثالث: الإجماع على ثبوت الخيار، والقاعدة الأولية في الأدلة الليبية الاقتصرار فيها على القدر المتيقن؛ لعدم الإطلاق فيها، فتحتاج إلى تصحيح الإطلاق في معقد الإجماع، وهذا الشيخ ^{فتى} قال بإطلاق بعض معاقد الإجماع.^١

الإشكال على الاستدلال بالإجماع

وفيه: أولاً: أن هذا الإجماع ليس تعبدية، لوجود المستند له، وهو النص الوارد في خيار الحيوان؛ فإنه فيه: «فإن أحذر المشتري فيما اشتري حديثاً»، ولكن الموضوع خاص؛ لاختصاصه بالحيوان، فيكون الحكم كذلك.

نعم، يمكن أن يستند إلى العلة، وهي: (فذلك رضا منه)، وهي تعمم وتحصص.

ولكن، نقول: بأن العلة على نحوين: تعبدية، وغير تعبدية، فإن لم تكن تعبدية كان مقتضى القاعدة الأخذ بعمومها، وأما إذا كانت تعبدية اقتصر فيها على موردها، والعلة في ما نحن فيه تعبدية؛ لكون التصرف أعم من الرضا بالمعاملة؛ إذ ربما يكون لكونه مالكاً للهال، وللهالك سلطنة التصرف على ما يملكه، فجعل التصرف رضا بالبيع أمر تعبدى، فتكون العلة في النص تعبدية، وبها أنها كذلك لم تكن عامة، وعليه فلا الحكم في النص عام، ولا علته عامة، فلا يصح الاستناد إليها.

ولو تنزلنا وقلنا: بعد إمكان الجزم بكونها علة تعبدية، لم يمكن الاستناد إليها

أيضاً، إذ لا أقلّ من الشك في كونها تعبدية أو لا، ومع الشك تكون مجملة، فيحتفظ الحكم بعلة مجملة، فيكون النص مجملأً ومع إجماله يؤخذ بالقدر المتيقن، وهو خصوص مورد النص، فينحصر سقوط الخيار بالتصريف قبل العلم بالغبن، في خصوص خيار الحيوان.

نفي بعد سقوط الخيار بالتصريف مع الاحتمال والالتفات عند المحقق الإيرواني هذا، ولكن المحقق الإيرواني قدّم لم يستبعد سقوط الخيار بالتصريف قبل العلم بالغبن، مع احتمال الغبن والالتفات؛ لأن التصرف في هذه الصورة دليل على الرضا بالمعاملة، كما ذهب إلى ذلك المشهور في خياري العيب والتدلّيس.^١

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن التصرف قبل العلم بالغبن [وبعده إذا لم يدل قرينة عرفية أو عقلائية على أنه مسقط] ليس من جملة المسقطات؛ تمسّكاً بإطلاق أدلة ثبوت الخيار. [والله العالم].

المسقط الرابع: التصرفات الالزامة الناقلة للملك

لا يخفى أن موضوع البحث هو ما لو تصرف المشتري المغبون فيها اشتراه تصرّفاً مخرجاً له عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، والدعوى أن المبيع يكون - حيئذ - في حكم التالف وإن كان موجوداً حقيقة؛ وذلك لأن المشتري مالك للهال وغير محجور عليه من التصرفات التكوينية والاعتبارية، فإذا باع صحيحاً بيعه وكان نافذاً، بمقتضى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٢، وإذا أعتق صحيحاً عتقه؛ بمقتضى «لا عتق إلا في ملك»، فإذا كان المبيع تالفاً حكماً سقط الخيار، فيكون هذا النوع من التصرفات مسقطاً

١. حاشية المكاسب للإيرواني قدّم ١٤٤/٣.

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

للحيار.

الأدلة على كونه من المسقطات

ومجموع ما ذكره الشيخ قدس سنه من الأدلة على هذه الدعوى أربعة:

الدليل الأول: دليل العلامة

الدليل الأول: ما أفاده العلامة حفيده في التذكرة، وتوضيحه: أن حقيقة إعمال الخيار هو رد العين المغبون فيها إلى ملكه، ومع تلفها يتلف الموضوع، وبما أن التصرفات الناقلة على وجه اللزوم توجب التلف الحكمي لم يمكن رد العين عندئذ؛ لانفاء موضوع الخيار.^١

مناقشة الشيخ لدليل العلامة

وأورد عليه الشيخ قدس سنه: بأنه تام لو قلنا بأن متعلق حق الخيار هو العين، بمعنى أن الخيار هو حق رد العين؛ لأن الرد حينئذ يدور مدار وجودها، فإذا تلفت حقيقة أو حكمًا انتفى موضوع الرد.

وأما إذا قلنا - كما هو الحق - بأن متعلق الخيار هو العقد، بمعنى أن الخيار هو حق فسخ العقد وإبرامه، على ما [قد يقال]، أو حق فسخ العقد وعدمه، كما هو مختار الشيخ قدس سنه، فلا يتم الدليل؛ لأن العبد وإن أعتق، وخرج عن الملك، وكان بحكم التالف، إلا أن العقد الواقع عليه لا يزال قائماً، فبإمكانه فسخه، فإذا فسخ ولم يمكنه رد العين انتقل إلى بدهما، القيمي أو المثلي.

الدليل الثاني ورده

الدليل الثاني: أن حديث «لا ضرر» لم يدل على ثبوت الخيار، وإنما دل على جواز

١. تذكرة الفقهاء ٧١/١١، وعباراته قدس سنه: «ولا يسقط هذا الخيار بتصريف المغبون؛ لأصله الاستصحاب، إلا أن يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبيهه؛ لعدم التمكن من استدرaka».

رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها لتلفها حكماً بانتقالها بنحو اللزوم انتفى موضوع الرد.

والجواب: سلّمنا بأن «لا ضرر» لا ثبت حق الخيار، إلا أن الدليل غير ناهض على المدعى؛ فإن مفاد «لا ضرر» نفي الضرر المستند إلى الشارع عنه، وبما أن الحكم بلزوم العقد في المعاملة الغبية ضرر على المغبون، منتبه إلى الشارع، فهو منفي بها، فيثبت جوازه بمقتضى المقابلة بين اللزوم والجواز، فإذا انتفى أحدهما ثبت الآخر، فهي تدلّ على جواز العقد وإن لم تدلّ على ثبوت حق الخيار، فإذا كان العقد جائزاً جاز فسخه، سواء أحصل التصرف الناقل للملك أم لم يحصل؟ وسواء أمكن رد العين أم لم يمكن؟ فالمستفاد من «لا ضرر» جواز فسخ العقد، أقلينا بأن مفادها ثبوت الحق^١، أم جواز العقد فإن المتعلق فيها واحد وهو العقد، وهو لا زال موجوداً حتى بعد حصول البيع والعتق، فإن فسخ وكانت العين موجودة ردّها بنفسها، وإن تلفت كما هو الفرض ردّ بدها.

الدليل الثالث ورده

الدليل الثالث: أن «لا ضرر» إنما تنفي الضرر المستند إلى الشارع، وأما المستند إلى المغبون فلا تنفيه، وبما أن المغبون نقل العين المغبون فيها عن ملكه باليبيع أو العتق أو الوقف، فهو رضا منه باليبيع والتزام بالعقد، فلا خيار له؛ لإقدامه على ضرر نفسه، وانتساب الضرر إليه، فلا يرفع بالحديث.

وفيه: أن الضرر إنما يستند إلى المغبون فيما لو نقل العين عن ملكه بعد علمه بالغبن، وأما قبل العلم فلا يوجب الرضا باليبيع والالتزام بالمعاملة، ولا استناد الضرر إليه [فالدليل أخص من المدعى].

١. أي حق الخيار.

الدليل الرابع

الدليل الرابع: أن ضرر المغبون مزاحم بضرر الغابن، فتسقط «لا ضرر»، فيرجع إلى أصلالة اللزوم.

توضيح ذلك: أن الأمر لا يخلو من أحد أمرين، إما أن لا يثبت للمغبون الخيار فيتضرك، وإما أن يثبت له فيتضرك الغابن، لفسخ العقد وعدم رد العين المأخوذة منه إليه، بل ردّ بدها، وفي مثل هذا الفرض لا تجري «لا ضرر».

وفي تصوير عدم جريانها في مثل ذلك عدّة بياتنات:

البيان الأول: أن «لا ضرر» من الأدلة الامتنانية في الإسلام كحديث الرفع وشبهه، ويلزم في جريان مثله أن لا يحصل منه ما يخالف الامتنان على آخر، فجريانها في حق المغبون لرفع الضرر عنه وجبران خسارته امتنان من الشارع عليه، ولكنه يوجب خلاف الامتنان على الغابن؛ لتضرره بعدم إرجاع العين المأخوذة منه إليه، فلا تجري.

البيان الثاني: أن «لا ضرر» تنفي الحكم الضري، ويلزم من نفيها للضرر الواقع على المغبون، الحاصل من اللزوم، ثبوت الضرر على الغابن، وهو خلاف مفادها، فلا تشمله من أصل ولو لم نقل بأنها امتنانية؛ فإن مفادها الرفع لا الوضع، فلا تجري في المورد الذي يلزم من نفي الضرر إثبات ضرر آخر.

البيان الثالث: أن الدليل - أيًّا كان - لا إطلاق فيه ليشمل مورد تزاحم المدلول، بمعنى استحالة شمول الدليل للمورد إذا كان في مدلول نفس الدليل تزاحم، وأن المدلول مبتدى بالمزاحم، ومدلول دليل نفي الضرر في ما نحن فيه، هو ثبوت خيار الغبن إلا أن ثبوته للمغبون بعد نقله المبيع إلى غيره بالبيع اللازم، أو بعد نقله بالعتق والوقف، مبتدى بالمزاحم الذي هو سلب سلطنة الغابن عن عين ماله، وانتقاها إلى البدل، ولا إطلاق في الدليل ليشمل مورد التزاحم في المدلول.

وحاصل هذه الوجوه: أن شمول «لا ضرر» مبتلى بمانع، فيسقط دليل الخيار.

جواب الشهيد [الثاني] عن الدليل الرابع

وأجاب عنه الشهيد [الثاني] قده^١ - واستحسنـه الشـيخ قـدهـ^٢ - بعدم التزاحم في مدلول «لا ضرر» في المقام؛ لتضرـر المـغـبـونـ لـوـ لمـ يـكـنـ لـهـ خـيـارـ الفـسـخـ، وـتـصـرـفـهـ معـ الجـهـلـ بـالـضـرـرـ لـيـسـ إـقـدـامـاـ عـلـيـهـ، وـعـدـمـ تـضـرـرـ الغـابـنـ لـوـ كـانـ لـلـمـغـبـونـ الـخـيـارـ وـفـسـخـ الـبـيـعـ؛ لـأـنـ عـيـنـ مـاـ الـغـابـنـ إـنـ كـانـ مـثـلـيـةـ فـلـاـ ضـرـرـ بـتـبـدـلـهـ بـمـثـلـهـ، وـإـنـ كـانـ قـيـمـيـةـ فـتـعـرـيـضـهـ لـلـبـيـعـ يـدـلـ عـلـىـ إـرـادـةـ قـيـمـتـهـ وـقـدـ حـصـلـ عـلـيـهـ، فـلـاـ ضـرـرـ أـصـلـاـ حـتـىـ يـزـاحـمـ الـضـرـرـ الـوـاقـعـ عـلـىـ الـمـغـبـونـ.

مقتضى القاعدة من حيث الكبـرـيـ

اتـضـحـ مـاـ تـقـدـمـ بـطـلـانـ مـاـ اـسـتـدـلـ بـهـ عـلـىـ نـفـيـ الـخـيـارـ، وـمـقـتـضـىـ الـقـاعـدـةـ عـدـمـ سـقـوطـهـ؛ لـتـعـلـقـهـ بـالـعـقـدـ، وـلـأـثـرـ لـوـجـودـ الـعـيـنـ وـلـاـ لـتـلـفـهـ، فـإـنـ فـسـخـ وـكـانـ مـوـجـودـ دـفـعـهـ إـلـىـ صـاحـبـهـ، وـإـنـ كـانـ تـالـفـةـ كـمـاـ هـوـ الـفـرـضـ - اـنـتـلـ إـلـىـ مـثـلـهـ أـوـ قـيـمـتـهـ، سـوـاءـ أـكـانـ الدـلـلـ عـلـىـ ثـبـوتـ الـخـيـارـ حـدـيـثـ «لا ضـرـرـ» أـمـ الشـرـطـ الـأـرـتـكـازـيـ.

صغرـيـاتـ الـمـسـأـلـةـ

هـذـاـ مـنـ حـيـثـ الـكـبـرـيـ، وـأـمـاـ مـنـ حـيـثـ الصـغـرـىـ فـقـدـ ذـكـرـتـ مـوـارـدـ لـعـدـمـ إـمـكـانـ رـدـ الـمـغـبـونـ لـلـمـبـيـعـ، بـعـضـهـ تـامـ، وـالـآـخـرـ غـيـرـ تـامـ، وـهـيـ:

١ـ حـالـةـ التـلـفـ الـحـقـيـقـيـ لـلـمـبـيـعـ، وـهـوـ وـاضـحـ.

٢ـ حـالـةـ التـلـفـ الـحـكـمـيـ لـهـ، كـأـنـ بـيـعـهـ الـمـغـبـونـ بـيـعـ لـازـمـ، أـوـ يـعـتـقـهـ أـوـ يـوـقـفـهـ أـوـ يـصـالـحـ عـلـيـهـ؛ فـإـنـ الـعـيـنـ وـإـنـ كـانـ مـوـجـودـ حـقـيـقـةـ إـلـاـ أـنـ حـكـمـ الشـارـعـ بـصـحـةـ هـذـهـ الـمـعـالـلـاتـ وـلـزـومـهـاـ؛ بـمـقـضـىـ إـطـلـاقـ أـدـلـتـهـاـ، يـوـجـبـ عـدـمـ قـابـلـيـةـ الـمـبـيـعـ لـلـرـدـ

١. الروضـةـ الـبـهـيـةـ فـيـ شـرـحـ الـلـمـعـةـ الـدـمـشـقـيـةـ /ـ ٣١٠ـ /ـ ٣٠٩ـ - ١٨٨ـ /ـ ١٨٩ـ /ـ ٥ـ)ـ؛ الـمـكـاـسـبـ (ـ ١٨٨ـ - ١٨٩ـ).

والاسترداد، فيكون بحكم التالف.

٣- أن يمنع مانع من الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاد.

٤- أن تكون العين المبعة متعلقة لحق الغير، كما لو أجرّها المغبون للغير قبل علمه بالغبن، فهي لم تتلف حقيقة ولا حكماً، والصحيح في هذا المورد أنه يمكنه الفسخ، وترجع العين إلى صاحبها مسلوبة المنفعة، ولا تنتقل إلى بدها أو قيمتها.

٥- ما لو دبر العبد أو أوصى بالبيع قبل علمه بالغبن، فهنا كالسابق؛ أي أن له الفسخ وترد عين المبيع إلى صاحبها، ولا ينتقل إلى بدها أو قيمتها؛ لتمامية مقتضي الفسخ، وعدم المانع منه، وبالفسخ يبطل التدبير والوصية.

٦- ما لو نقل العين إلى الغير بعقد جائز، كما لو باعها ببيع خياري، أو وهبها الغير ذي رحم وكانت موجودة ويمكنه إرجاعها، فهنا محل بحث وخلاف بينهم، فذهب المحقق النائي ^{قد} إلى امتناع الفسخ ما دامت العين المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون؛ لأن الفسخ يقتضي رد نفس العين من ملك الفاسخ المغبون إلى ملك الغابن، وبما أن العين لم تكن ملكاً للفاسخ يمتنع الرد.^١

وذهب غيره إلى إمكان الفسخ؛ لأن الفسخ وإن كان هو رد العين إلا أن للفسخ عمليين: فسخ المعاملة الأولى، وفسخ المعاملة الخيارية، فيتم الفسخ ورد العين. والحق أن مقتضى القاعدة أن للمغبون الفسخ، فإذا فسخ رد بدل العين؛ لأن العين - ما دام لم يفسخ المعاملة الخيارية - ليست في ملكه ليردها، فيرد بدها، فما أفاده المحقق النائي ^{قد} ليس تماماً؛ لأن متعلق الخيار ليس العين حتى يمتنع الرد، بل متعلقة العقد، كما حقق في محله.

وأما القول بأن فسخ المغبون يقتضي عمليين، ثانية فسخ المعاملة الخيارية ففيه:

أن ذلك يحتاج إلى دليل؛ فإن البيع أو فسخه من الالتزامات الاختيارية المتوقفة على القصد، ولا توجد ملازمة تكوينية بين فسخ المعاملة الأولى والثانية؛ إذ يمكن أن يفسخ المعاملة الغبية ويحتفظ بالمعاملة الخيارية، ففسخ الأولى لا يستلزم فسخ الثانية، وعليه فإن قصد فسخ المعاملة الثانية رجعت العين، وإلا فيرجع بدها على ما هو مقتضى القاعدة عند عدم إمكان رد العين تكويناً أو شرعاً.

فرع: ما لو امترج المال المغبون فيه بغيره
 لو امترج المال المغبون فيه بمال الغبون أو بمال غيره، كما لو اشتري دهناً مغبوناً
 فيه فمزجه أو امترج بدهن له أو لغيره، فهنا مسألتان:
المسألة الأولى: في بقاء خيار الفسخ.

المسألة الثانية: على فرض البقاء، ونفوذ الفسخ، فهل يجب إرجاع نفس العين المزروجة؟ أي هل يمكن رد نفس العين فيردّها، أو لا يمكن فيردّ بدها؟
 أما الحكم في المسألة الأولى فهو بقاء الخيار، وهو مقتضى القاعدة، ويتبين ذلك من خلال بيان أمرين:

الأول: إطلاق دليل خيار الغبن، سواء أكان حديث «لا ضرر»، أو الشرط الارتكازي؛ فإن مقتضى الإطلاق بقاء خيار الغبن ما لم يسقطه المغبون أو يرضي بالغبن.

الثاني: إن متعلق الخيار هو العقد، ولا علاقة له بالعين.
 وأما المسألة الثانية فينبغي ذكر صور:

الصورة الأولى: أن يكون المال المغبون - مع اختلاطه بالغير - متميّزاً عنه، فيجب فصله عنه، وردّه بعينه.

الصورة الثانية: أن يستهلك في المال الآخر، فيردّ المثل أو القيمة؛ لأن الاستهلاك فيه إعدام له وإنلاف موضوعاً.

الصورة الثالثة: أن يمتزج المالان، بحيث تحصل الشركة، كما لو كان دهناً فاختلط بدهن آخر، وهذه الصورة هي محل البحث، وينبغي تحرير محل البحث فيها؛ إذريها يقال: بأن المال الممتزج بالأخر له صور:

١- أن يمتزج مع المساوي له في الصفات.

٢- أن يمتزج مع الأرداً منه.

٣- أن يمتزج مع الأجود.

ولكن هذا التقسيم لا أثر له في البحث؛ فإن المدار على حصول الشركة بين المالكين في المال، والشركة على نحوين: عقدية، وقهريّة، وقد حصلت القهريّة حسب الفرض، بلا فرق بين حصولها مع المساوي أو الأرداً أو الأجود.

نعم، ما يؤثر في البحث تقسيم الامتزاج إلى أقسام آخر وهي:

١- أن يمتزج مع مال المغبون.

٢- أن يمتزج مع مال الغابن.

٣- أن يمتزج مع مال الغير.

٤- أن يمتزج مع مال المغبون

أما على الأول فقد حصل الامتزاج قطعاً، إلا أنه لا يقال بحصول الشركة؛ لعدم تصورها بين مالي الشخص الواحد، وإنما كانت له - قبل المزج - حصتان من الدهن منفصلتان، والآن صار عنده مجموع واحد للحصتين.

كما لا يقال: بأن النسبة بينهما نسبة الجزء إلى الكل، فكان يملك الجزء وأصبح يملك الكل، لأن المملك السابق ليس بجزء لشيء، بل يقال بأن المملك دهن معين، وصار يملك مجموع الدهنين، أي انتفى الامتياز بين الدهنين.

وكيف كان، فإذا فسخ، فهل يردّ ما في هذا المجموع؟ أو ينتقل إلى المثل أو القيمة؟

كلام المحقق الأصفهاني في رد الممتزج بمال المغبون ومناقشته
قال المحقق الأصفهاني ^{فتى}: بإمكان رد العين برد المجموع.^١

ويشكل: بأن قاعدة الفسخ أن يرد ما وقع عليه العقد؛ فإن الفسخ في نقطة مقابلة للعقد، وما وقع عليه العقد هو الدهن المتميز، لا المجموع بما هو مجموع، فلا تأتي قاعدة الفسخ بعد الامتزاج؛ فإن المال قد تبدل بعد الامتزاج، إذ ما كان يملكه قبل المزج هو الدهن المتميز، وما يملكه بعده هو المجموع، فلم يبق الذي كان مملوكاً له من الأول، كما لم يبق ما يملكه بالمعاملة الغبينة، ولا نريد من قولنا بعدم بقائهما عقلأً، بل عرفاً، فعندما يشار إليه لا يقال: هذا الذي كان يملكه سابقاً، ولا يقال: هذا الذي اشتراه بالمعاملة الغبينة، فمن نظر عرف أنهما دهنان وامتزجا، والمجموع غير كل واحد منها، فرد المجموع ليس مقتضى قاعدة الفسخ، فلا يتصور رد المجموع إلا بمعاملة جديدة؛ لأن قسماً منه مملوك له من الأول، والآخر مملوك له بالمعاملة الغبينة.
فما أفاده المحقق الأصفهاني ^{فتى} منع؛ لأن بحثنا في الرد بالفسخ، والمجموع ليس هو ما انتقل إليه بالمعاملة الغبينة، ولا بدلها.

٢- أن يمتزج مع مال الغابن
وأما على الثاني، ما لو امتزج المال بمال الغابن، فقد قال المحقق الأصفهاني ^{فتى}:
«يمكن ردّه برد المجموع حقيقة من دون محذور، إلا إذا كان المورد المسلم من الرد رد العين مميزة عن غيرها».^٢

ولا يخفى أن هذا القسم يختلف عن القسم السابق، فقد قلنا هناك بامتناع حصول الشركة، وأما هنا فالشركة القهيرية حاصلة قطعاً بين مال المغبون ومال الغابن، وقد اختلف الفقهاء في تصور حقيقة الشركة على أقوال، إلا أن أهمها قولان:

١. حاشية المحقق الأصفهاني ٤/٢٨٧.

٢. حاشية المحقق الأصفهاني ٤/٢٨٧.

الأقوال في حقيقة الشركة

القول الأول: أن الملكية في الشركة بنحو الإشاعة في المالك والمملوك؛ أما من ناحية المالك، فلأن كلاً من المالكين - قبل الامتزاج والشركة - كان مالكاً لما في يده بالاستقلال، وأما من ناحية المملوك؛ فلأن كل واحد من المالكين كان يملك العين المنفصلة عن الأخرى، وبعد حصول الشركة لم يتغير المالك، ولا الملكية، ولكن تغير المملوك؛ إذ صار مشاعاً بعد أن كان متميّزاً.

ومعنى الإشاعة أن كل جزء جزء متتصور من عين المال - مهما تناهى في الصغر - فهو مملوك للشخصين، ومشاع بينهما.

أو فقل: إن ملكية كل واحد من الشركين سارية في كل المال، فمعنى الإشاعة سريان الملكية إلى تمام أجزاء هذا المال، ولا ينتهي إلى حد بحيث يقال هذا لهذا، وذاك للآخر، بل كل ما يشار إليه بكلمة هذا فهو بينهما.

ولا يعقل وجود الجزء الذي لا يتجزأ في الأجسام؛ فإن الأجزاء إما أن تنقسم خارجاً - كسراً أو قطعاً - أو تنقسم وهمماً، أو عقلاً، ولا يمكن أن نصل إلى جزء لا يتجزأ من الجسم.

نعم، ربما لا ينقسم خارجاً فينقسم بالتقسيم الوهمي، والمراد من الوهم، هو الوهم الفلسفي، لا العرفي، بمعنى أن للنفس قدرة خلاقة تجزء الجزء، ثم تجزء ذلك الجزء وهكذا...، وربما يقف الوهم فيأتي التقسيم العقلي.

والحاصل: أن للتقسيم مراتب:

الأولى: التقسيم الخارجي، بأن يقطع الجسم إلى قطعة قطعة، أو إلى كسور وأجزاء.

الثانية: التقسيم الوهمي، أو التجزئة الوهمية.

الثالثة: التقسيم العقلي؛ فإن الجسم قد يصل إلى مرتبة من الصغر يتوقف فيها

عن التجزئة والتقسيم، فتصل النوبة إلى التقسيم العقلي؛ فإن للعقل قدرة تفوق كل القوى، فحتى لو وصل الوهم إلى مرحلة لم يميز فيها بين الطرفين، إلا أن العقل يحكم بأن الجزء ذو طرفين فينقسم قهراً.

فمعنى الشركة أن الملكية تنقلب إلى هذه الملكية المشاعة، بحيث يكون الشيء ملكاً لها وبينهما في جميع الانقسامات - الخارجية والوهمية والعقلية - ولا يوجد جزء يقال عنه هذا ملك لهذا، وذاك ملك للآخر.

القول الثاني: أن حقيقة الشركة عبارة عن تبدل الملكيتين السابقتين، والمملوكيين السابقين، أما تبدل المملوک؛ فلأن المملوک صار هو المجموع، فالمجموع هو ملك لها، لهذا ولذاك، لا بنحو أن يكون كل جزء جزء مملوکاً لها بنحو الإشاعة، بل المملوک الكل، والممالك كلا الشخصين، بحيث يملكانه بملكية ناقصة، بمعنى أن كل واحد من الشركين [قبل الشركة] كان يملك النصف ملكية تامة كاملة، ولما امترز الملاآن [بعد الشركة] صار كل واحد منها يملك الكل بنصف ملكية، أي صار نصف مالك للكل، فتبدل الممالك والملكية إلى ما هو أضيق من السابق، وتبدل المملوک إلى دائرة أوسع، فلو كان الشركاء ثلاثة لكان كل واحد منها يملك المجموع بثلث ملكية، ولو كانوا عشرة لكان كل واحد منهم مالكًا للمجموع بعشر ملكية، وهكذا...

والتحقيق - على ما ذكر في محله - وإن كان هو القول الأول؛ إذ لا يعقل انقسام الملكية إلى كسور، وإنما الذي ينقسم إليها هو المملوک، إلا أنه لا بد من البحث ومعرفة إمكان الرد وعدمه بناء على كلا القولين.

أما بناء على القول الأول فيمتنع الرد؛ لأن الفرض أن ملكية كل واحد من الشركين سارية في الكل، فما انتقل إلى المعبون بالمعاملة الغبية كان مملوکاً منحازاً ممیزاً، وكانت ملكيته له ملكية مستقلة، وقد تبدل كلاهما بعد الامترزاج وحصول الشركة القهيرية، فصار المملوک مشاعراً، والملكية غير مستقلة، فإذا فسخ وأراد إرجاع

نفس السابق لم يتمكن منه، فلا يقبل الرد، وإن أراد أن يرجع المجموع فهو لم يتقبل إليه حتى يرجعه، فرداً نفس العين محال، ومع امتناعه يتقبل إلى البدل، فإن كان قيمياً فالقيمة، وإن كان مثلياً فالمثل.

وأما بناء على القول الثاني - لو سلّم بصحته - فأيضاً يمتنع الرد؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة الغبية ليس هو المجموع، وإنما البعض، وهو غير الكل، فلو أراد الرد لم يكن المردود هو المملوك بالبيع الغبني، ولا الملكية هي تلك الملكية السابقة؛ لأن الملكية والملكية السابقتين كانتا تامتين بالنسبة إلى البعض، والملكية والملكية الموجودتين ناقستان ولكن بالنسبة إلى الكل، فلا يمكن رد نفس ما انتقل بالفسخ، فلو ردّ ردّ غير ما انتقل إليه، فتنهدم قاعدة الفسخ؛ فإن قاعدته أن يرد نفس ما انتقل إليه بالعقد بخصوصيته، والذي يتغير خصوص المالكين؛ لاختلاف المالك للعين قبل الفسخ وبعده.

والحاصل: أنه لا يمكن الرد على كلا القولين، سواء أقلينا بمبني الإشاعة أم بالملكية الناقصة بالنسبة إلى الكل، ومع امتناع الرد يتقبل الحال إلى رد البدل، إن كان قيمياً بالقيمة، وإن كان مثلياً بالمثل.^١

٣- أن يمتزج مع مال الأجنبي
 وأما على الثالث، ما لو امتزج المال بمال الأجنبي، فهنا مانعان من الرد:
 الأول: ما ذكر في السابق، من امتناع رد ما اشتراه بالعقد الغبني، سواء أقلينا بمبني الإشاعة، أم بمبني الملكية الناقصة.
 الثاني: أنه بعد حصول الشركة القهيرية مع مال الغير لم يكن له حق في التصرف

١. أقول: الظاهر إمكان الرد لأن كلا المالين للغابن عند الرد ولا شركة في البين أصلاً فما ذكره المحقق الأصفهاني يقىئ تام عندي، خلافاً للأستاذ المحقق - مدظله - وأن ما ذكره يأتي في الفرع الأول [١] دون الثاني [٢].

في ماله، لا وضعًا ولا تكليفاً.
وعليه فيمتنع الرد شرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فينتقل إلى رد البدل،
مثلاً أو قيمة.

فروع في تصرفات الغابن
ما تقدم كان في تصرفات المغبون فيما انتقل إليه، وفي تصرفات الغابن فيما انتقل
إليه فروع أيضاً فنقول:

المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون
لو تصرف الغابن لم يرتفع خيار المغبون؛ بناء على ما هو التحقيق، ومن تعلق
حق الخيار بالعقد، وقد قلنا سابقاً بعدم ارتفاعه فيما لو تصرف المغبون فيه بالبيع
ونحوه، فعدم ارتفاعه عند تصرف الغابن بالنقل اللازم بالأولوية القطعية؛ لأن في
تصرف المغبون شبهة رضاه بالمعاملة، فيسقط خياره، وهذه الشبهة لا تأتي عند تصرف
الغابن كما هو واضح؛ فإن تصرفه لا ينافي حق المغبون.
وأما على القول بتعلقه بالعين، فيما أنها متعلقة لحق المغبون فمعاملة الغابن
عليها معلقة على رضاه، فإذا لم يرض انسخت المعاملة، وبالتالي يمكنه رد العين لو
فسخ المعاملة الأولى.

المسألة الثانية: في حكم الرد لو تصرف الغابن تصرفًا لازماً
لو تصرف الغابن فيما انتقل إليه بالمعاملة الغبية تصرفًا لازماً كالبيع اللازم، أو
العتق، أو الوقف، ففي الحكم لو فسخ المغبون أقوال:
القول الأول: أن التصرفات اللازمية للغابن كالتصرفات اللازمية للمغبون، فلا
تنفسخ، فينتقل إلى المثل أو القيمة [وهذا هو القول المختار].
القول الثاني: أن المعاملة الثانية للغابن تنفسخ من أصل بنفس فسخ المغبون
للمعاملة الأولى.

القول الثالث: أنها تنفسخ من حين الفسخ.

أما دليل القول الأول فحاصله: أن العين انتقلت إلى الغابن وصارت ملكاً له، وإن كان ذلك بالبيع الخيري، ومتعلقٌ حق المغبون هو العقد، لا العين؛ إذ ليست كالعين المرهونة، وبعد انتقالها له يجوز له فيها مطلق التصرفات الاعتبارية والخارجية، بمقتضى قاعدة السلطة، فإذا تصرف فيها بالبيع ونحوه أمكن التمسك بإطلاق أدلة تلك المعاملات؛ لتصحيحها ونفوذها، فلو باع مثلاً أمكن التمسك بـ ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^١، فيحکم بصححة البيع ونفوذه أولاً، ويحکم ثانياً وبالعرض بامتناع الرد شرعاً، فينتقل - بعد الفسخ - إلى البدل.

وأما دليل القول الثاني فحاصله: أن العين التي انتقلت إلى الغابن متعلقةٌ بحق المغبون، فيكون العقد الذي أنشأ الغابن متزلزاً من الأول، فإذا فسخ المغبون العقد - ومعنى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول - لزم بطلان عقد الغابن من الأول، وكأنه لم يكن، وعليه ترد نفس العين، ولا ينتقل إلى البدل.

وفيه: أن متعلق حق المغبون هو العقد، لا العين ليقال بتزلزل معاملة الغابن من الأول، ولهذا لم يرتبط بقاء الخيار ببقاء العين وزواها، وعليه فيما أن العين مملوكة له، ومقتضى قاعدة السلطة جواز التصرف فيها بالبيع وشبيهه، فإذا باع كانت بحکم التالفة، فينتقل إلى البدل.^٢

وأما دليل القول الثالث فهو: أن لكل من الغابن والمغبون حقاً، فإن حق المغبون

١. سورة البقرة / ٢٧٥ .

٢. قال الشيخ الأستاذ د. إبراهيم في جواب على سؤال: إن العقد من الأمور ذات التعلق، ولكن لا يعني ذلك أن يتعلق الحق بالعين، بل يتعلق بالعقد، ولا يتجاوز عن ما تعلق به، إلى متعلق متعلقه، وإن كان متعلق المتعلق - وهي العين في المقام - دخيلاً في حقيقة العقد الذي هو متعلق الحق، فالحق كالحكم الذي لا يتجاوز عن متعلقه أو موضوعه.

خيار الفسخ، ويترتب عليه رد العين، وحق الغابن أنه يملك العين التي انتقلت له، وله التصرف فيها بما شاء من أنواع التصرفات المشروعة، فليس هو بمحجور بأحد أسباب الحجر، فإذا باع صاحب بيته، ولكن مقتضى الجمع بين الحدين أن للمغبون أن يفسخ، فإذا فسخ انفسخ بيع الغابن من حين الفسخ، لا من الأول.

وفيه: أولاً: أنه - كالسابق - مبني على أن يكون للمغبون حق في العين، وقد بينا بأن حقه متعلق بالعقد ليس إلا، فإذا فسخ وكان متعلق العقد موجوداً ردّ بنفسه، وإلا ردّ بدله، وبما أن بيته صحيح، فالعين بحكم التاليف فينتقل إلى بدها.

وثانياً: أن الأمر يدور بين احتمالين، إما أن يتعلّق الحق بالعقد، أو بالمال، فإن تعلّق بالعقد انتقل الرد إلى البدل، وإن تعلّق بالمال وقع الفسخ من الأول، كما في العين المرهونة؛ لكون المعاملة متزلّلة من الأول، فلا معنى للبرازخية والقول بأن الفسخ من حين الفسخ.

والحاصل: أن بيع الغابن يقع صحيحاً، ف تكون العين بحكم التاليف، فإذا فسخ المغبون انتقل الرد إلى البدل، مثلاً كان أو قيمة، وبهذا يتضح الحكم في جميع تصرفات الغابن الالزمه، من بيع أو صلح أو هبة معاوضة، أو وقف أو عتق.

المسألة الثالثة: في حكم الرد لو تصرف الغابن تصرفًا مانعًا
إذا تصرف الغابن فيما انتقل إليه تصرفًا يمنع من ردّها وإن كانت باقية في ملكه،
كما لو كانت جارية فاستولدها جاءت الوجوه الثلاثة في المسألة السابقة.

فإن قلنا بأن الحق يتعلق بالعقد، ولا ربط له بالعين، فالجارية - بعد الاستيلاد - تكون بحكم التاليف، فللمغبون الفسخ ويعطيه الغابن قيمتها.
وإن قلنا بأن الحق يتعلق بالعين جاء الوجهان الآخرين.

تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد
نعم، هنا مطلب ذكره الشيخ قيس بنحو الاحتمال، وهو أن مثل أم الولد لها حق،

فيتزاحم حقها مع حق المغبون^١، وتوضيحة: أنه إذا وجد سببان في مورد، وكان كل منها يقتضي حقاً، ولم يمكن الجمع بين الحقين كان المورد من صغيريات باب التزاحم، فتنطبق قاعدته عليه، بالترجح بالأهمية أو الأسبقية، وتطبيق ذلك على ما نحن فيه:

أن للمغبون حق الفسخ، وبالتالي رد العين الموجدة، وسبب هذا الحق هو الغبن الذي حصل في المعاملة.

وأن لأم الولد حق العتق؛ للتثبت بالحرية، وسببه استيلادها. ولا يمكن الجمع بين هذين الحقين؛ إذ إما أن يؤخذ بحق المغبون فترد إلى ملكه، وإما أن يؤخذ بحقها فتبقى في ملك الغابن، ومع التزاحم وعدم إمكان الجمع بينهما، يقدم ما فيه المرجح، وهو حق المغبون؛ لأن سبقه سبب سببه.

ولا يخفى أن مبني هذا الاحتمال، هو تعلق حق الخيار بالعين، فيجتمع على ذلك حقان في أم الولد، لا يمكن الجمع بينهما.

ولكن مقتضي التحقيق: أن حق الخيار يتعلق بالعقد، وحق الأمة موضوعه العين، فلم يجتمع الحقان في شيء واحد ليقع التزاحم.

وقد وجّه المحقق الأصفهاني^٢ جعل الشيخ^٣ له احتمالاً ليس إلا: بأن تزاحم السفين إنما يكون فيها إذا كان بين الحقين منافاة، وبها أن حق الخيار يتعلق بالعقد، فهو لا ينافي حق أم الولد المانع من الرد؛ وإذا لا منافاة بين الحقين فلا تزاحم بين السفين.^٤

وكيف كان فالذي يظهر من الأعلام كالشيخ، والمحقق الأصفهاني، والسيد

١. المكاسب ١٩٢/٥.

٢. حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني^٣ ٢٩٢/٤.

الإِيْزَدِيُّ^١ قَدَّسَ اللَّهُ أَسْرَارَهُمْ أَنَّ التَّرَاحِمَ مَفْرُوغَ عَنْهُ، وَلَكِنْ بَعْضَهُمْ رَجَّحَ بِالْأَسْبِقِيَّةِ كَالشِّيْخِ قَسْيُّ^٢، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّحْقِيقِ فِي الْمَسْأَلَةِ فَنَقُولُ:

لابد أولاً من تحقيق كون المورد من موارد التراحم أو لا، ثم البحث في الترجيح بالأسبقية الذي أفاده الشيخ قيسُ:

التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزام

أما الأول، فقوام التزاحم بأن لا يكون بين الدليلين - في مقام الجعل ولا في مقام الإثبات - أي تمانع ومنافاة، وإنما تكون المنافاة في مقام الامتنال؛ لأنحصر القدرة في واحدة، ولا يمكن صرفها في الاثنين، فلا يمكن امتنالهما معاً، كما لو جعلت الصلاة على كل مكلف قادر، وجعل الحكم بوجوب إزالة النجاسة عن المسجد على كل مكلف قادر، فهنا لا تنافي بين الجعلين؛ لجعل حكمين على موضوعين بنحو القضية الحقيقة، ولا بين الإطلاقين؛ لأنخذ شرط القدرة فيهما، الذي هو شرط في سائر التكاليف، فإذا دخل المسجد في آخر الوقت ليصل إلى فرأي النجاسة فيه، ولا يمكنه الجموع بين الامتنالين؛ إذ ليست لديه إلا قدرة واحدة، فدليل الصلاة في مقام الامتنال يقتضي صرف القدرة فيها، ودليل الإزالة يقتضي صرف القدرة فيها، فيقع التنازع، فالتنازع في المتهى الذي هو مقام الامتنال.

هذا هو قانون التزاحم، بخلاف قانون التعارض؛ فإن التنافي فيه يكون بين الدليلين في مقام الجعل، فإن كان لا يمكن جعل أصل الدليلين، فالتنافي بينهما بنحو التباين، وإن كان لا يمكن إطلاقها، فالتنافي بينهما بالعموم والخصوص من وجہ.

إذا اتضح هذا، فنقول في ما نحن فيه: إن دليل خيار الغبن بالنسبة إلى انقسامات الخيار وموارده لا يخلو أمره من حالات ثلاثة، إما أن يكون مهماً، أو مطلقاً، أو

١. حاشية المكاسب للسيد اليز دي قدسُه ٥٤٩ / ٢

مقيّداً، وبما أن الإهمال في مقام الشوت محال، فينحصر الأمر في الإطلاق والتقييد، وأقسام البيع من جملة الانقسامات، فينقسم البيع الغبني إلى بيع الأمة وبيع غيرها، وبيع الأمة إلى الأمة التي يستولدها وغيرها، وأحد الأقسام بيع الأمة التي صارت أم ولد، ولا نرى في دليل الخيار ما يخرجها ليكون مقيّداً، فيتعيّن الإطلاق، فهو بإطلاقه يشمل بيع الأمة التي صارت أم ولد في ما بعد.

ومن جهة أخرى، إذا لاحظنا الدليل الدال على عدم جواز نقل الأمة أم الولد نراه مطلقاً شاملًا لجميع الأقسام، فهو يدل على عدم جواز نقلها سواء أكانت مورداً للبيع الغبني أم لغيره.

فكل من دليلي الخيار والمنع من البيع مطلق بالنسبة إلى مثل هذه الأمة، فيقع التمايز بين الدليلين من جهة الإطلاق، حصل الامثال أو لا، عمل بالدليلين أو لا، فتكون المنافاة بينهما في مرحلة الجعل، والتعارض بالعموم من وجه، ولم يؤخذ في الموضوع القدرة عليه لتندرج في باب التزاحم.

فالنتيجة: أن المورد يندرج في باب التعارض، لا التزاحم، وعليه فينبغي ملاحظة مرجحات باب التعارض، فتلاحظ الأدلة الدالة على الخيار، وتفصيل ذلك: إن مستند الخيار إن كان قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْتَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾^١ أو ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تَحْرَةً عَن تَرَاضٍ﴾^٢، فدليل المنع عن بيع الأمة ودليل خيار الغبن وإن كانوا متعارضين إلا أن دليل خيار الغبن هو المرجح؛ لموافقته للكتاب، فلا يكون الاستيالاد مانعاً في هذه الصورة.

وإن كان المستند روایات تلقى الرکبان، فيكون كل من دليلي خيار الغبن، والمنع

١. سورتا البقرة / ١٨٨ / النساء / ٢٩.

٢. سورة النساء / ٢٩.

من نقل الأمة المستولدة، هي الأخبار، ولم يكن أحدهما موافقاً للكتاب، فيتحكم التعارض بينهما، إلا أن يقال بموافقة أدلة عدم جواز رد الأمة المستولدة لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ فيتقدم، ولو فرض التكافؤ في المعارضين، فإنما أن يقال في مثل ذلك بالتخير في المسألة الأصولية، فيتخير الفقيه في الأخذ بأيّها، وإما أن يقال بالتساقط، فيرجع إلى الأصل العملي، وهو الاستصحاب في المقام، ونتيجة بقاء الأمة على ملك الغابن.

ويمكن أن يقال: بأن هذا الاستصحاب محكم باستصحاب خيار المغبون؛ وذلك لأن الشك في بقاء الأمة على ملك الغابن بعد فسخ المغبون وعدم بقائه، مسبب عن الشك في زوال الخيار الثابت للمغبون بسبب الاستيلاد، فيجري استصحاب خيار المغبون.

وإن كان المستند «لا ضرر» فقد قال المحقق الرشتبي قدس سره بتقديمهها؛ نظراً إلى حكمتها عليها وعلى سائر الأدلة عند التعارض، فيبطل الاستيلاد والرجوع إلى العين المستولدة.^٢

ولكنه غير تام؛ لأن الاستيلاد يقتضي وجود حق للأمة، وهو تشبيتها بالحرية، وهذا لما ذكروا شرائط صحة البيع في كتاب البيع قالوا بأن أحد الشروط أن يكون المبيع ملكاً طلقاً، ومثلوا لما ينافي هذا الشرط، بحيث لا يجوز بيعه، بالعين المرهونة؛ لتعلق حق الدائن، والموقفة، وأم الولد، ففهراً يخرج المورد من تحت موارد حكمة «لا ضرر»؛ لأنها دليل امتناني، فيشترط أن لا يكون في جريانه ما يخالف الامتنان على آخر، وجريانه في المقام لحفظ حق المغبون ينافي حقها، فيكون خلاف الامتنان بالنسبة

١. سورة المائدة / ١.

٢. فقه الإمامية / ٢ / ٤٥٣.

لها، فإطلاق «لا ضرر» قاصر.

وعليه، فيبقى دليل المنع عن نقل الأمة المستولدة بلا مانع، فتكون النتيجة بالعكس، فالنسبة بينها وإن كانت العموم من وجہ إلا أن دليل المنع من نقلها هو المقدم؛ فلا يجوز ردّ أم الولد بـأعمال الخيار.

وإن كان مستند الخيار الشرط الارتکازی، فمعنى ذلك أن بناء العقلاء في المعاملات على عدم الغبن، فكل عاقل أخذ في المعاملة شرط عدمه ضمیناً بحسب الارتکاز العقلائي، فيكون بحسب الدلالة الالتزامية قد اشترط لنفسه خيار الفسخ لو كان مغبوناً، فيكون الدليل عليه إطلاق دليل «المؤمنون عند شروطهم»^١؛ لعدم الفرق بين كون الشرط مذكوراً أو ضمیماً، وهذا الدليل أخذ فيه قيد «إلا ما حرم حلالاً أو حلال حراماً»، وشرط «أن لا يخالف الكتاب والسنة»، وبما أن دليل المنع عن نقل الأمة مطلق حسب الفرض، فيشمل حتى صورة النقل بسبب خيار الغبن، فهو يرفع موضوع دليل الشروط؛ لأن اشتراط الخيار في بيع الأمة ولو صارت مستولدة فيها بعد يقتضي مخالفه الحكم الشرعي، فيكون الشرط محللاً للحرام، ومخالفاً للسنة، ونتيجة ذلك حکومة دليل المنع من نقل الأمة المستولدة على دليل الشروط.

نتيجة البحث في المسألة

والنتيجة مما تقدم: أنا إن قلنا بأن متعلق الحق هو العقد، فلا تدرج المسألة في باب التراحم ولا التعارض؛ لاختلاف متعلقيهما وعدم المنافاة بينهما، فمتعلق حق الخيار هو العقد، ومتتعلق حق الأمة هي العين، ولهذا قال المحقق الأصفهاني قدس بعد طرح كلام الشيخ حليه: «إنما جعله احتمالاً لما أفاده من أن تراحم السببين وتعين

١. وسائل الشيعة ٢١/٢١، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهر، موثقة منصور بن يونس بُرُوج، و ١٨/١٦، ح ١، الباب ٦ من أبواب الخيار، صحيحه عبدالله بن سنان، بلفظ «المسلمون».

الأسبق في التأثير إنما يكون في ما إذا كان منافاة بين الحقين؛ لتكون مزاحمة بين السببين، وحق الخيار حيث إنه متعلق بالعقد فيجتمع مع إمكان رد العين بنفسها وعدمه، فلا ينافي مثل هذا الحق لحق أم الولد المانع عن الرد؛ وإذا لا منافاة بين الحقين فلا تزاحم بين السببين»^١.

وإن قلنا بأن متعلق الحق استرداد العين، فيحصل التنافي قطعاً بين الحقين، حق المغبون في رد العين، وحق الأمة المقتضي لعدم الرد، فهل هو من صغريات باب التزاحم أو التعارض؟ الحق أنه من باب التعارض، خلافاً لما أفاده الشيخ قيس^٢ وغيره من الأعلام قدست أسرارهم؛ لكون التنافي في مقام الجعل بين الإطلاقين بنحو العموم والخصوص من وجه، وذلك آية التعارض، فينبغي جريان قواعده كما أوضحتناه.

ولو تنزلنا وقلنا بأن المورد من باب التزاحم، فقد رجح الشيخ قيس^٢ ومن تبعه حق الخيار؛ لكونه أسبق، إلا أن المحقق في محله عدم الترجيح بين المترادفين بالأسبقية؛ فإن أحد السببين وإن كان أسبق حدوثاً إلا أنهما متنافيان بقاء.

وبعبارة أخرى: إن المرجح في باب التزاحم هو خصوص الأهمية، ولا عبرة بكون أحدهما أسبق؛ لأن السبب والموضوع دخيلان في الحكم آناء فانـا، فحينما وجد السبب الأسبق أولاً^٣ كان هو السبب بلا مزاحم، ولما وجد الآخر وجد المزاحم بقاء فيحتاج إلى مررـجح فعلاً.

المسألة الرابعة: في تصرف الغابن بالعقد الجائز

إن العقد الجائز على نحوين؛ إذ تارة يكون الجواز حقيقةً، كالجواز في البيع الخياري، وأخرى يكون حكمياً، كالجواز في الهبة غير الموعضة لغير ذي رحم، والبحث فيه تارة من جهة بقاء حق المغبون وارتفاعه، وأخرى في حكم رد العين.

١. حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قيس^٢ / ٤ ٢٩٢.

أما الجهة الأولى، فلا إشكال في بقاء حق المغبون، فإننا أثبتنا بقاءه فيما لو نقل الغابن العين بالعقد اللازم، أو فكّها عن ملكه كما لو وقفها مسجداً أو أعتق العبد، فبالأولوية القطعية فيما لو نقلها بالعقد الجائز.

وإنما الكلام في الجهة الثانية، فقد ذهب الشيخ ^ت إلى عدم رد العين، والانتقال إلى بدلها؛ لأن تصرف الغابن بالبيع الجائز، أو بالهبة غير الموضحة تصرف صحيح، صدر من أهله ووقع في محله؛ بمقتضى سلطته على ما يملكه، وإطلاقات أدلة البيع والهبة.

وأما كون العقد جائزًا، فلا يقتضي الفسخ؛ لأن الجواز إن كان حقياً كما في العقد الجائز، فهو حق قائم بذاته وهو الغابن، وأما المغبون فهو أجنبي، فلا دليل على تسلّطه عليه، وإن كان حكيمًا كما في الهبة، فهو قائم بطرف العقد، والمغبون أجنبي عنه أيضًا، وعليه فلو فسخ المغبون فلا مجال إلا رد البدل إليه.^١

كلام الشهيد الثاني

ثم نقل كلام الشهيد الثاني ^ت في المسالك من قوله: «ولو كان العقد الناقل لما يمكن إبطاله كالبيع بخيار للمشتري، والهبة قبل القبض، احتمل قويًا إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذر قيل: يفسخ المغبون، بل قيل: إن له الفسخ مطلقاً...»^٢.

وأساس رأي الشهيد الثاني ^ت أن للمغبون حقاً متعلقاً بالمال الذي نقله الغابن بالعقد الجائز؛ لأن له الخيار، ولكل ذي حق إلزام من عليه الحق، ففي الدرجة الأولى له أن يلزم الغابن بالفسخ، وإن لم يفسخ كان متنعاً من أداء الحق، فيرفع أمره إلى

١. المكاسب ١٩٢/٥

٢. المسالك ٢٠٦/٣

الحاكم الشرعي؛ لأنَّه ولي على الحق الممتنع عنه فيقوم الحاكم بالفسخ، وإن تعذر الوصول إليه قام المغبون بالفسخ.

وبهذا البيان يكون كلام الشهيد قد فنيَّ استدلالاً.

إشكال الشيخ على الشهيد الثاني

وأورد عليه الشيخ ^ت بأنَّ فسخ المغبون إما أن يقتضي دخول العين في ملكه، أو دخول بدها، فإنَّ كان الأول فلا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ، وإن كان الثاني فقد وصل إليه حقه، فلا حاجة للعدول عَمَّا استحقه بالفسخ إلى غيره.

اللهم إلا أن يقال: بأنَّ البدل المتقلل إلى المغبون بالفسخ إنما هو بدل الحيلولة، فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها.

ولكن يندفع بأنَّ بدل الحيلولة إنما يتم في حال كون العين باقية على ملك المغبون، وأما مع عدمه، وتَمَلُّك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين.^١

انتصار المحقق الخراساني للشهيد الثاني

وأورد عليه المحقق الخراساني ^ت في كلتا جهتيه:

أما الجهة الأولى: فبأنَّ فسخ المعاملة هو حل العقد الواقع، وحقيقة حلّه رجوع كل من العوضين إلى محله، فما انتقل إلى المغبون يرجع إلى الغابن، وما انتقل إلى الغابن يرجع إلى المغبون، والفسخ في المقام وإن لم يكن مقتضياً بنفسه لدخول العين في ملكه حقيقة؛ لخروجها عن ملك من انتقلت إليه، ولكن ترجع إلى ملكه تقديرًا، فيكون الغابن ضامناً، فيلزم المغبون بالفسخ، والتنزّل إلى البدل إنما يكون في ما إذا لم يتمكّن من عين البدل، والمفروض في المقام تمكّنه منها بالفسخ.

وأما الجهة الثانية: فلأنَّ بدل الحيلولة لا ينحصر في ما إذا كانت العين في ملك

المضمون له، بل يكون ثابتاً ولو خرجت عن ملكه، كما إذا صار الخل خمراً في يد الغاصب؛ فإنه يلزم بتسليم بدل الخل بدلاً للحيلولة مع أنه لا يملك الخمر.

دفع جواب المحقق الخراساني

أما ما أفاده في الجهة الأولى فيندفع: بأن دليل رد العين في المعاملات - بعد الفسخ - هو كونه مال الغير، ولا يجوز التصرف فيه، بل يجب ردّه إلى صاحبه، فيكون وجوب رد العين فرع ملكية الغير لها، ومن الواضح أن المراد من هذه الملكية هي الملكية التحقيقية لا الأعم منها، الشاملة للتقديرية؛ فإن الملكية الفرضية ليست موضوعاً لوجوب الرد؛ فإن الموضوع مال الغير، والفرض والتقدير لا يتحقق كونه ماله، فما هو حق للمغبون هو حل العقد ليس إلا، فإن كانت العين تحت يد الغابن كان له حق استردادها، وإن لم تكن في ملكه - كما هو الفرض - لم تكن له سلطنة على استردادها؛ لأن الجواز في المعاملة الثانية حق للغابن، أو حكم بينه وبين الموهوب، والمغبون أجنبي عنه، ولا دليل على تسلّطه، كما أفاد الشيخ قيسٌ، بل عدم الدليل دليل عدم، فلو شكَّ فإن مقتضى الأصل عدم سلطنة المغبون على العين التي وهبها الغابن للغير.

والحاصل: تمامية ما أفاده الشيخ قيسٌ؛ فإن حق المغبون يتعلّق بالعقد، فله حق الفسخ، فإن فسخ وكانت العين موجودة حقيقة ردّها بنفسها، وإن لم تكن موجودة كذلك ردّ بدها، والملكية التقديرية ليست موضوعاً للرد.

وأما ما أفاده في الجهة الثانية في بدل الحيلولة، من النقض بالخل المنقلب إلى الخمر عند الغاصب، فهو قياس مع الفارق؛ فإن الخمر الذي يكون في معرض صيرورته خلاً متعلّق لحق المغصوب منه، وهو في معرض أن يعود إلى ملكيته، وأما العين التي انتقلت إلى الغابن، فنقلها إلى الغير في ما نحن فيه، فليست متعلّقة لحق المغبون، ولا في معرض عودها إلى ملكه.

المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه
لو نقل الغابن المال بالعقد الجائز ثم عاد إليه، ففيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد
કأن وهب المال إلى الغير، ثم اشتراه منه.

ذهب الشيخ قدس سره في هذه الصورة إلى عدم وجوب رد العين؛ لأن ملك جديد تلقاه من مالكه، أي أن ملكية الغابن للعين الحاصلة بالسبب الجديد ليست هي الملكية السابقة، والعين صارت طرفاً لمعاملة أخرى غير المعاملة التي حصل فيها الغبن، فليس للمغبون حق المطالبة بالعين وإن كانت في يد الغابن فعلاً؛ فإن الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز
وكذا برجوعه في الهبة، ويكون ذلك قبل فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ قدس سره فيها وجوب رد العين؛ وذلك لأن ملكية الغابن للعين لم تكن بسبب جديد، بل بنفس ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل بواسطة الفسخ، وحقيقة الفسخ رجوع كل من العوضين إلى محله، فالمقتضي لرجوع العين إلى المغبون موجود، والمانع منه مفقود.

الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون
بأن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز، أو برجوعه في الهبة، ويكون ذلك بعد فسخ
المغبون.

واستظهر الشيخ قدس سره فيها عدم وجوب رد العين؛ لأنه تملك البدل قبل أن يفسخ الغابن، ولا دليل على انتقال حقه منه إلى العين. ١

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ وأورد المحقق الرشتي ^{فتى} على الصورتين الأولى والثالثة بما حاصله: أن العبرة بالأخذ لا بالفسخ، وتوضيح ذلك:

أما بالنسبة إلى الصورة الثالثة، فحالها ليس بأسوأ من حال المغصوب التالف؛ فإن الفقهاء قالوا بأن المغصوب إذا تلف في يد العاصب ضمّن بدلّه، ولكن لو قدر له العود ثانية بأمر غير طبيعي يرجع بنفسه إلى المغصوب منه، كما لو وقع في قاع البحر، بحيث لا يمكن رده عادة، وعدّ تالفاً، يتنتقل الضمان إلى البدل، فلو حصلت زلزلة فخرج إلى شاطئ البحر وجب إعطاؤه للمغصوب منه، وما نحن فيه كذلك، فهو لما كان ملكاً من اشتراه من الغابن كان بحكم التالف، فانتقل إلى البدل، ولما رجع إلى الغابن لزم إعطاؤه إياه؛ فإن الرجوع إلى البدل حكم مؤقت ما دام لم تكن العين عنده. وهكذا الحال بالنسبة إلى الصورتين الأولى، فإن الملكية الأولى وإن لم تُعد؛ لأنه عاد بسبب جديد، ولكن القاعدة أن ما يرجع إلى المغبون هو الأقرب فالأقرب إلى ماله، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، ولا تفرغ الذمة بتسليم الأبعد مع وجود الأقرب، وهو وإن عاد بملكية جديدة إلا أن حاله حال الخل المغصوب إذا انقلب إلى خمر؛ فإنه يتنتقل إلى البدل، ولكن إذا عاد خلاً يعود إلى المغصوب منه بعينه. فالحاصل أن المدار أن يتنتقل الضمان إلى الأقرب فالأقرب، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، والضمان بالبدل من باب الضرورة، والضرورة تتقدّر بقدرها، فمتى ارتفع المانع من أخذ العين أخذها.

هذا كله إن لم يأخذ البدل، وإنما أخذه له رضا به، ومتى حصل التراضي فلا رجوع، فالمدار - إذن - على الأخذ بالرضا، فإن أخذه لم يرجع، وما دام لم يأخذ رجع حقه إلى العين.^١

الجواب عن إشكال المحقق الرشتي

والجواب عن ما أفاده^١: أما عن النقض بالغصب ففرق بين الغصب وما نحن فيه؛ فإنه في الغصب تأتي قاعدة اليد، وحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١، فتكون الذمة مشغولة بالعين التي أخذت إلى أن يؤديها الآخذ؛ فإنه لما تلفت العين بوقوعها في قاع البحر كان الغاصب ملوكاً بالضمان بالبدل، إلا أن العين لما عادت - ولو بأمر غير طبيعي، وكان ذلك قبل الأداء - انطبق الحديث؛ إذ لا زالت ذمة الغاصب مشغولة بها.

ولكن لا توجد هذه القاعدة، ولا هذا النص في ما نحن فيه، فإسراء الحكم من مورد الغصب إلى ما نحن فيه قياس لا نقول به.

وأما في ما نحن فيه، لما نقل الغابن العين بعقد صحيح إلى الغير، كان مقتضى إطلاق دليل صحة العقد الجائز أن العين غير قابلة للرّد وإن كان للغابن فسخ العقد، إلا أنه لا ملزم له، وليس للمغبون إلا حق فسخ العقد، ومقتضى دليل الصحة أيضاً أن العقد الغبني إذا فسخ ولم تكن العين موجودة انتقل الضمان إلى البدل، فمقتضى الدليل هو الانتقال إلى البدل - كما اعترف المحقق الرشتي^٢ بذلك أيضاً - فإذا انتقل إليه فمعناه أنه صار ملك المغبون، فإذا فسخ الغابن بعد ذلك ورجع المال إلى ملكه فلا دليل على تبدل ما في ذمة الغابن من البدل إلى العين.

بل مقتضى الأصل عدم تبدل ما في ذمته من البدل إلى العين؛ فإنه لما انتقل ما في ذمة الغابن إلى البدل فرغت ذمته من ضمان العين، فإذا عادت وشك في اشتغال ذمته جرى استصحاب براءة ذمته من العين، كما يجري استصحاب بقاء ملكية البدل للمغبون، ومقتضى الاستصحابين أنه إذا فسخ المغبون - قبل عود العين إلى الغابن -

١. مستدرك الوسائل ١٤/٧، ح ١٢، الباب ١ من أبواب الوديعة، نقلًّا عن عوالي الالالي ٣٤٤/٢.

.٩ ح

انحصر حق المغبون في البدل.

وأما تفصيله بين الأخذ وعدمه، فإن أخذ لم يرجع إلى العين، وإن لم يأخذ رجع إلى العين ففيه: أنه بعد أن اعترف - بأن انتقال العين من ملك الغابن بالعقد الجائز يقتضي انتقال الضمان من العين إلى البدل بعد فسخ المغبون، ومعنى انتقالها إلى البدل أن ما يملكه المغبون هو البدل مثلاً أو قيمة - فلا يعقل أن يكون له حق في العين، فتكون دعوى تعلق حقه بالعين مع الاعتراف بانتقال الضمان إلى البدل جمع بين المتنافيين.

كما أن مقتضى الأصل أن لا حق له في ما زاد على البدل، فلا وجه لهذا التفصيل، والحق ما أفاده الشيخ قدس سره من التفصيل.

الإشكال على ما أفاده الشيخ
نعم، ما أفاده الشيخ قدس سره في ما لو عادت العين بسبب جديد من عدم الرد مطلقاً
 غير تام؛ لأن حقيقة الفسخ هو حل العقد، والعقد هو نفس العقدة بين الإيجاب والقبول، والتزام الموجب والقابل، وخاصة هذا الحل والانحلال عود العين ما لم تكن تالفة أو بحكمها، فإذا رجعت العين إلى الغابن بالفسخ أو بسبب جديد، فهي موجودة عنده وغير تالفة ولا بحكمها، فإذا فسخ المغبون - بعد ذلك - كان له المطالبة بردها، والانتقال إلى البدل هو الذي يحتاج إلى دليل.

المختار

فالذي ينبغي أن يقال هو التفصيل المتقدم بين أن يكون فسخ المغبون متقدماً على رد الغابن لها أو متأخراً عنه، حتى يلاحظ الانتقال إلى البدل وعدمه، فإن كان فسخ المغبون متقدماً على رد الغابن فقد انتقل الضمان إلى البدل، فلا دليل على تبدلها إلى العين، بل الدليل على خلافه، وإن كان فسخه متأخراً عن رد الغابن كان مقتضي القاعدة المطالبة بها، ولا دليل على الانتقال إلى البدل، بلا فرق في ذلك بين السبب

الجديد والفسخ.

هذا تمام الكلام في موارد النقل وحاصله:

أن تصرّف الغابن على أنحاء:

١- التصرّف بالنقل اللازم كالبيع اللازم والصلاح.

٢- التصرّف بالنقل الجائز كالبيع الخياري والهبة.

٣- التصرّف بفك الملك كالوقف والعتق.

٤- التصرّف بما يمنع من الردّ كالاستيلاد.

وفي جميع ذلك لا يسقط حق المغبون في الفسخ إلا أنه ينتقل إلى البدل، ولا يلزم

الغابن بالردّ حتى في مورد العقد الجائز.

المسألة السادسة: في تصرف الغابن بغير النقل

إن تصرّف الغابن في العين بغير النقل على نحوين أساسين:

الأول: أن لا يوجب التصرّف أي تغيير من الزيادة والنقص والامتزاج، ولا

شك في رجوع العين إلى المغبون لو فسخ؛ فإن المقتضي لاسترداد العين موجود، والمانع

مفقود.

الثاني: أن يوجب التصرّف التغيير في العين، وله أقسام ثلاثة كما جعله

الشيخ قيسٌ:

١- التصرّف بما يوجب النقيصة في المال.

٢- التصرّف بما يوجب الزيادة فيه.

٣- التصرّف بما يوجب الامتزاج.

[النحو الأول]: أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة

أما التصرّف بالنقيصة، فهو على أنحاء أيضاً:

الأول: أن يوجب النقص في الأجزاء، وفي مثله يردّ ما بقي من العين، ويعطى

المغبون عوض ما يقابل النقص، فأثر الفسخ في هذا النحو هو رد العين، ورد بعض الشمن المقابل للنقص.

الثاني: أن يوجب النقص في وصف الصحة، كما لو صار الحيوان معيناً بسبب تصرّف الغابن

الثالث: أن يوجب النقص في وصف الكمال، كما لو كان المبيع عبداً كاتباً، فني الكتابة وقت الفسخ.

ظاهر مراد الشيخ واختياره
والظاهر أن مراد الشيخ ^{قد} ^{يُؤتَى} من قوله: «فإِنْ أَنْ يَكُونْ نَفْسَأً يَوْجِبُ الْأَرْشَ»، هو القسم الثاني، ومن قوله: «وإِنْ أَنْ يَكُونْ مَا لَا يَوْجِبُه»، هو القسم الثالث؛ لأنَّه عَبَرَ بالأَرْشِ، وهو لَا يَكُونُ إِلَّا في موارد العيب، والعيب فَقْدٌ وصف الصحة.
وعليه فيكون رأي الشيخ ^{قد} ^{يُؤتَى} فيهما: الحكم بالضمان فيما يوجب النقص في وصف الصحة؛ حيث قال: «فإِنْ أَوْجَبَ الْأَرْشَ أَخْذَهُ مَعَ الْأَرْشِ، كَمَا هُوَ مَقْتَضِيُّ الْفَسْخِ، لَأَنَّ الْفَائِتَ مَضْمُونٌ بِجُزْءٍ مِّنَ الْعَوْضِ...»، والحكم بعدم الضمان فيما يوجب النقص في وصف الكمال؛ حيث قال: «وإِنْ كَانَ مَا لَا يَوْجِبُ شَيْئاً، رَدَهُ بِلَا شَيْءٍ»^١.
ولكن مجرد تعبيره بذلك لا يوجب الجزم بأنه المراد؛ لأنَّه وإن كان ذلك كذلك في ما يوجب الأَرْشِ، إِلَّا أَنَّ فِي نَسْبَةِ الْعَوْضِ فَقْدَ وصف الكمال - إلى الشيخ ^{قد} ^{يُؤتَى} إِشْكالاً.

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ
وكيف كان، فإن كان مراده ما ذكرناه فيرد عليه إشكالان:
الأول: أن ما أفاده ^{قد} ^{يُؤتَى} في فَقْدِ وصف الصحة على طبق قاعدة الفسخ، ولكن ما

أفاده في فُقد وصف الكمال فعلى خلافها، لأن مقتضاها أن يكون المردود نفس ما نقل بالبيع، وإن كان ناقصاً رد مع جبران النقص، والحال أن المنشول هو العبد بوصف الكتابة، والمردود هو العبد بدونها، فما أرجع غير ما نقل، ولم يجبر النقص، فما أفاده من التفصيل بين الموردين غير تام [والحكم فيها الفسخ مع ضمان النقصان].

إن قلت: قال المحقق الخراساني ^{فتى}: «وأما إذا كان بإزاء صفة الصحة، وإحداث عيب فيها، ففي الأرش إشكال؛ من ثبوته فيها ظهر المبيع معيناً، ومن أن الشمن بتمامه إنما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئاً منه بإزاء صحتها، وإن كانت موجبة لزيادة قيمتها، كسائر الأوصاف، وإنما كان ثبوت الأرش عند فواتها في عيب المبيع دونها تعبدأ لأجل دليل خاص»^١.

قلت: بأننا لا نقول بأن الحكم هنا هو الحكم في خيار العيب حتى يقال: بأن الأرش في خيار العيب إنما كان للنص الخاص، ولا نص في المقام.

وإنما نقول: بأن رد العين في المقام بدون الجبران على خلاف قانون الفسخ؛ فإن قانونه أن يرجع كل من العوضين إلى صاحبه كما انتقل عنه، فعلى الأخذ أن يرد نفس ما أخذه، فإذا أخذ الصحيح رد الصحيح، وإذا أخذ الكامل رد الكامل، وأما إذا أخذ العبد بوصف كونه كاتباً وردده بدون الكتابة، وأخذ العوض كاملاً، ولم يجبر النقص، كان على خلاف قانون الفسخ بأن يرد ما أخذه.

الثاني: قال الشيخ ^{فتى} في تعليمه للحكم بالأرش في فقد وصف الصحة: «كما هو مقتضى الفسخ؛ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض، فإذا رد تمام العروض وجب رد مجموع العوض، فيتدارك الفائت منه بيده».

وظاهر هذا الاستدلال أنه جعل الشمن في مقابل العين والوصف، بحيث يكون

للوصف جزء من الثمن، بينما الأوصاف مطلقاً، سواء أكانت أوصاف صحة أو كمال، لا تقابل بالمال، ولا يكون في مقابلتها جزء من الثمن، وإن كان لها تأثير في زيادته، بمعنى أن الثمن يقابل العين وأجزائها، فيقسط الثمن عليها بحسب أجزائها، وأما الأوصاف فتوجب ارتفاع ثمن العين ونقصانها، فالثمن يقابل العبد إلا أن العبد إذا كان كتاباً كانت قيمته أعلى من العبد إذا لم يكن كتاباً، والعبد إذا كان سلبياً كانت قيمته أعلى مما إذا كان معييناً، ومع وضوح ذلك لا يتم استدلال الشيخ قد؛ لأنه أوجب الأرث بمقتضى قانون التبعيض في الثمن، والحال أن هذا القانون يأتي في الأجزاء لا في الأوصاف.

الحق في المسألة

والحق في المسألة أن يضممن ما نقص مطلقاً في الأقسام الثلاثة؛ وذلك لما قلناه سابقاً: من أن مقتضى قانون الفسخ أن يرد ما أخذه؛ فإن يد الغابن يد ضمان وليس مجانية، فإن فسخ المغبون وكانت العين موجودة بنفسها سلماً لها، وإن كانت تالفة ضمن بدها، وإن كانت ناقصة بعض أجزائها نقص من الثمن بنسبيته، وإن كانت ناقصة بعض أوصافها أرجعها مع ما به التفاوت ما بين الواجد والفاقد؛ فإن الثمن في المعاملة وإن لم يكن في مقابل الأوصاف، إلا أنه وقع في مقابل العين مع أوصافها، فالذي وقع تحت استيلاء الغابن هو العبد الكاتب، لا العبد مجرداً عنها، أي العبد الذي قيمته ألف دينار، لا العبد الذي قيمته ثمان مائة دينار فعليه الضمان.

والحاصل: أنه لا بد من أداء ما به التفاوت بمقتضى قانون الفسخ، وبمقتضى أن هذا المال كان مضموناً بالضمان المعاوضي في برهة، وبضمان اليد في برهة أخرى؛ لعدم انحصار الضمان في اليد العدوانية، بل أحد أسبابه اليد غير المجانية، وهو المراد في المقام.

تصرف الغابن بالإجارة

الحق الشیخ قیس بالتصرف الذي لا يوجب التغیر إجارة العین، فلو فسخ المغبون العقد فوجد العین مستأجراً رجعت العین له مسلوبة المنفعة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقیة المدة بعد الفسخ.^١

واحتمل ما ذهب إليه المحقق القمي رحمه الله من انفساخ الإجارة في بقیة المدة.^٢ ونقل عن العلامة رحمه الله في القواعد: أن الأجرة للغابن المؤجر، ووجب عليه للمغبون أجرة المثل للمرة الباقيه بعد الفسخ.^٣

وجوه المسألة

ففي المسألة ثلاثة أوجه:

مختار الشیخ

الوجه الأول: ما اختاره الشیخ قیس، ودلیله على ذلك: أن المنفعة من الزوائد المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للغابن؛ فإنه حين الإجارة كان مالکاً للعين، وكل من يملك العین يملك منفعتها إلى الأبد؛ فإن المنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقق في زمان ملك منفعة العین بأسراها، فتصح الإجارة بمقتضى الدليل الخاص والعام، فينتقل ملك المنفعة إلى المستأجر، ويملك الغابن المؤجر مال الإجارة الذي هو عوض المنفعة المملوکة له، فإذا فسخ المغبون حينئذ عادت له العین مسلوبة المنفعة، وهذا النقص لا يوجب الأرش.

مختار المحقق القمي

الوجه الثاني: ما اختاره المحقق القمي رحمه الله من انفساخ عقد الإجارة في بقیة

١. المکاسب / ٥ ١٩٤.

٢. جامع الشتات / ٣ ٤٣٢ - ٤٣١، المسألة ٢٠٣.

٣. القواعد / ٢ ٩٦.

المدة؛ لأن المنفعة تابعة للعين، فإن كانت ملكية العين مستقرة كانت ملكية منفعتها كذلك، وإن كانت ملكية العين متزللة كانت منفعتها كذلك، وبما أن ملكية العين في المقام متزللة؛ بسبب خيار الغبن فملكية المنفعة كذلك، فإذا فسخ المغبون العقد انفسخت الإجارة.

إشكال الشيخ على المحقق القمي

وأجاب عنه الشيخ رحمه الله : بأن ملكية المنفعة وإن كانت تابعة لملكية العين، إلا أن تزلزل ملكيتها غير تابع لتزلزل ملكية العين؛ فإن تزلزل ملكية العين يدور مدار وجود الخيار، وهو موجود في المقام حسب الفرض، وأما المنفعة، فإن كانت من الزوائد المتصلة فهي تابعة للعين؛ لكونها جزءاً منها، وإن كانت من الزوائد المنفصلة، فلا دليل على تبعيتها للعين في التزلزل.

وعليه فيما أن الغابن يملك العين فهو يملك المنفعة إلى الأبد مثل بقية الأموال ذات الملكية المستقرة، فإذا أجرّها فهو يملك الأجرة، وليس للمغبون بعد الفسخ إلا العين.

مختار العلامة

الوجه الثالث: ما ذهب إليه العلامة رحمه الله في القواعد، والوجه فيه: أن الإجارة محكومة بالصحة بمقتضى القاعدة؛ لأن الغابن يملك العين ومنفعتها حينها، إلا أن ملكيته المستقرة لها تستمر إلى حين الفسخ، وما بعده، وإن كان يملكها فعلاً إلا أنها متعلقة لحق المغبون؛ إذ لا معنى لأن ترجع له العين مسلوبة المنفعة، وبما أنه فوت عليه المنفعة في المدة الباقيه وجب عليه إعطاؤه أجرة المثال لها، فالجمع بين الحقين يقتضي أن تصح الإجارة، وأن يضمن المدة الباقيه بعد الفسخ.^١

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة: أن ما أفاده الشيخ ^{فقيه} من أن الغابن يملك المنفعة إلى الأبد، لأنه يملك العين، وملكيتها تقتضي ذلك فهو على مقتضى الصناعة، إلا أن هنا أمراً آخر ينبغي ملاحظته وتحقيقه، وهو الضمان المعاوضي بالبيع الأول، فنقول:

إن العقود على قسمين:

الأول: ما لا ضمان في صحيحه، كالمبة؛ فإن الواهب يملك المال للموهوب مجاناً، وبلا عرض.

الثاني: ما فيه الضمان، وهو ما فيه معاوضة، فيكون مبنياً على الضمان؛ أي أن نفس العقد يقتضي الضمان، كالبيع؛ بمعنى أن كلاً من المتابعين أخرج المال من كيسه بضمان العوض والبدل، فيسمى هذا الضمان، الضمان المعاوضي، في مقابل الضمان الحاصل من استيلاء اليد، فإن كان البيع صحيحاً كان الضمان بالسمى، وإن كان فاسداً كان الضمان بالمثل أو القيمة.

ومن هذا القسم الإجارة، فإن كانت صحيحة كان الضمان بالأجرة المسمى، وإن كانت فاسدة كان الضمان بأجرة المثل.

هذه هي القاعدة في العقود المعاوضية، وحيثند فيما دام العقد موجوداً فهو يقتضي أن تكون ملكية العوضين للطرفين على التبادل، بمعنى أن كل واحد منها يملك ما عند الآخر في مقابل ما يعطيه له من العوض، فإذا فسخ أحد الطرفين، فالعقد يقتضي بذلك أن يرجع ما انتقل منه بالمعاوضة إليه، فإن كان موجوداً فينفسه وإلا فيبدله؛ بدلل أنه لو تلف في يد الغابن كان من ماله، فإذا فسخ المغبون أعطاه الغابن بدلله اتفاقاً.

وحيثند، فحل المسألة في هذه النكتة: أن مقتضى العقود المعاوضية أن العقد ما دام موجوداً، فكل عوض محفوظ ببدله، فإذا فسخ العقد عاد العوض إلى محله على ما

كان عليه، فيما أن العين عند المعاملة لم تكن مسلوبة المنفعة، فإرجاعها بعد الفسخ مسلوبة عنها على خلاف قانون الضمان المعاوضي وحقيقة الفسخ؛ فلا بد أن ترجع بنحو ما كانت عليه.

فالجمع بين الأدلة يقتضي القول بصحة الإجارة، وأن الأجرة ملك للغابن، ولكن بما أن المنفعة في [الـ]مدة [التي بقيت من] الإجارة قد تلفت على المغابن، ولم يمكن ردّها مع العين، فلا بد من تقويم العين مع المنفعة، وتقويمها مسلوبتها، وضمان ما به التفاوت؛ بمقتضى قانون الفسخ، والضمان المعاوضي.

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة
وأما التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة فهو على نحوين:

النحو الأول: الزيادة الحكمية
ولها صورتان:

الأولى: أن لا يكون للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فلا توجب شيئاً؛ لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الثانية: أن توجب ارتفاع القيمة كما لو اشتري العبد فعلمته الكتابة أو صنعة، وهي محل بحث بين الأعلام، وفيها أقوال:

الأقوال في الزيادة الحكمية
القول الأول

ما استظهره الشيخ قدس من ثبوت الشركة في العين بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوّم العين معها وبدونها، وتؤخذ النسبة بين الواحد والفائد، فيكون شريكاً بمقدار النسبة،

فلو كانت قيمته بدون الكتابة خمس مائة دينار، وقيمتها معها بـألف دينار كان شريكاً^١ في النصف، وهكذا... .

فإن كان مراده^٢ كما استظهره الفقيه السيد اليزدي^٣ وغيره من أنه أراد الشركة في العين بالنسبة^٢ فالإشكال فيه واضح؛ لأن الشركة في العين تقتضي تبدل المالك والمملوك والملكية، فيحتاج ذلك إلى دليل مفقود.

القول الثاني

ما عن الشهيد الثاني^٤ من أن له أجرة عمله.

وفيه: أنه لا معنى للأجرة؛ لأن إنا عمل في ماله وملكه، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره.

وبعبارة أخرى: إن الأجرة لا تكون إلا بعقد الإجارة، أو بالقيام بعمل يقتضي الأجرة، وكلاهما متفيان، أما الأول فواضح، وأما الثاني؛ فلأن عمله في ماله، فلا يستحق على غيره شيئاً.

القول الثالث

الشركة في المالية التي تبناها عدّة من الأعظم في موارد متعددة من الفقه، وحاصلها: أن لا يكون الغابن شريكاً للمغبون في عين المال، بل في ماليته الاعتبارية بنسبة تلك الزيادة، فلو كانت قيمته بدون الزيادة بخمس مائة دينار، وصارت قيمتها معها بـألف دينار كان شريكاً له في نصف القيمة، بحيث يبيعها ويعطيه النصف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الشركة في المالية وقد وقع هذا القول موقع الإشكال، فأورد عليه المحقق الأصفهاني^٤: بأن

١. المكاسب ١٩٥/٥

٢. حاشية السيد اليزدي^٣ على المكاسب ٥٥٦/٢

الشركة في المالية والقيمة إما أن تكون تتبع الشركة في العين، بمعنى أن تحصل الشركة في العين، وبالتالي تحصل في المالية، وإما أن تكون بالاستقلال، والأول غير معقول هنا؛ لأن العين مختصة بالكها، والشركة فيها يحتاج إلى سبب، ولم يوجد سبب من الأسباب المملوكة بالنسبة إليها بعد الفسخ.

والثاني لا معنى له؛ لأن الشركة بالاستقلال لا تكون إلا في الأمور الخارجية، لأن تحصل الشركة في أرض أو مтай خارجي، ولا تقع في الأمور الاعتبارية، والمالية أمر اعتباري.

نعم، حيث إن العين لا بدّ من رجوعها بما هي عليه من الأوصاف المقومة للمالية حال الفسخ، وهذا الوصف الموجب لزيادة قيمتها زائد على تلك الأوصاف، فالمالية الزائدة غير القابلة للانفكاك عن العين تكون كالشركة، من حيث الإشاعة التي لا تنفك إلا بعد الإفراز، فهذه المالية الزائدة تكون من أحدهما في العين العائد.^١

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني
ولا يخفى أن إسکاله یکش - لو تم - لكان سارياً في جميع موارد الشركة في المالية،
ولكنه مردود:

أولاً: بأن مبناه أن كل واحد من العوضين بما له من الخصوصية عند الفسخ يرجع إلى من انتقل منه بالمعاملة الغبية، وختاره أن الخصوصية الطارئة أمر زائد، فيكون متعلقاً لحق الغابن، والسؤال:

بما أن المالية التي حصلت في العين بسبب وصف الكتابة حق للغابن، فهي إما مفروزة أو مشاعة، ولا سبيل إلى الاحتمال الأول، فيتعين الثاني؛ لعدم وجود مالية مفروزة معينة في العين؛ لأن العين وإن كانت قيمتها بحسب أوصافها، إلا أنها غير

١. حاشية المحقق الأصفهاني یکش / ٤ (٢٩٨-٢٩٧).

معينة من حيث مقابلتها بأوصافها، لأن الأموال في مقابل الأعيان، لا في مقابل الأوصاف، وإنما الأوصاف واسطة في زيادة مالية العين، فللعين الفاقدة للوصف قيمة محددة مقدرة، وللواجدة ضعف قيمتها مثلاً، ولا توزع القيمة بحيث جزء منها في مقابل العين والأوصاف الموجودة من السابق، والجزء الآخر في مقابل الوصف الجديد، الكتابة في المثال.

وبعبارة مختصرة: أن القيمة في مقابل الأعيان لا الأوصاف.

وعليه: بما أن المالية التي أحدها الغابن في مقابل وصف الكتابة ليست مفروزة ولا معينة، يتعين أن تكون مشاعرة؛ إذ لا واسطة بينهما.

وثانياً: بأن دعوه بانحصار الشركة في المالية في الخارجيات بلا دليل؛ فإن الشركة في المالية وإن كان ثبوتها في الخارجيات أمراً مسلماً إلا أن نفيها عن الأمور الاعتبارية يحتاج إلى دليل؛ فإن دعوى النفي - كدعوى الإثبات - لا بدّ لها من دليل.

وأما الدليل على ثبوتها في المالية، فهو قيام السيرة العقلائية القطعية على ذلك، فإن هذه الخصوصية التي حصلت في المال عند الغابن - سواء أكانت بفعله، كما لو علّم العبد الكتابة أو الصنعة، أم كانت من غير فعله لأن تعلمها العبد بنفسه - حصلت في ملكه، وعندما حصلت في ملكه لا يمكن أن تكون هذه الصفة بلا مالك، فإن العبد لما كان في ملكه كان في ملكه بجميع أوصافه، ولا يخلط بين كون الوصف مملوكاً للهالك، وبين عدم جعل جزء من الثمن في مقابلة؛ فإن الأوصاف - كالأعيان - مملوكة لمالك الأموال، فكما أنه يملك العين فهو يملك أوصافها، فيكون هذا الملك طرف إضافة للغابن، فيلزم إما أن يكون شريكاً في العين أو في ماليتها، وسلب حقه عنها على خلاف السيرة العقلائية القطعية.

وبعبارة أخرى: إن ثبوت الحق في هذه العين بعد حدوث الوصف في ملكه، مما لا إشكال فيه، وللعين حيثيات، حيثية الذات والعينية، وهي الأمر الخارجي، وحيثية

المالية، وهي الأمر الاعتباري، وبما أن متعلق الحق ليس هو الأمر الخارجي؛ بمقتضى الدليل المتقدم، فيتعين أن يكون الأمر الاعتباري، وبما أنه غير مفروز فهو مساع، وهذا هو معنى وحقيقة الشركة في المالية في جميع مواردها.

خلاصة البحث وبيان المختار

فيتليخّص ما تقدم: أن العين إذا زادت زيادة حكمية، وفسخ المغبون كان الغابن شريكًا له في المالية، لا في نفس العين، كما هو المستظہر من كلام الشيخ قدسُهُ، ولا أن له الأجرة كما هو رأي الشهيد الثاني قدسُهُ.

النحو الثاني [من أقسام التصرف بما يوجب]: **الزيادة الخارجية**
كأن يشتري الغابن أرضاً فيغرسها، وفي المسألة ستة أقوال، إلا أن أهمها ما ذكره الشيخ قدسُهُ وهي ثلاثة:

القول الأول

أن المغبون مسلط على القلع بلا أرش^١، والدليل عليه أمران:
الأول: أن صفة كونه^٢ منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته^٣ إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بهاله وكان ماله في تلك الأرض موجباً لزيادة في القيمة فلصاحب المكان أن يقول له ارفع متاعك من الأرض، ولا حق للأخر في الامتناع.

١. نسبة الشيخ قدسُهُ في المكاسب ١٩٥/٥، إلى العلامة في المختلف، في الشفعة، قال العلامة في المختلف ٣٥٦/٥: (ومختار أن نقول: إن اختيار المشتري القلع كان له ذلك، وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك، وطم الحفر؛ لأنه يطلب تخلص ملكه من ملك غيره، فعليه أرش ما ينقص بذلك، كما لو أراد كسر القدر؛ لتخلص رأس دابته).

٢. الغرس.

٣. الأرض.

الثاني: أن الغرس إنما وقع في ملك متزلل، فله الحق في البقاء ما دام في ملكه، وأما بعد انتقاله عن ملكه فلا دليل على استحقاقه لبقاء الغرس.

القول الثاني

عدم تسلط المغبون عليه مطلقاً.^١

والدليل عليه أمران:

الأول: أن الشجر الذي غرسه الغابن قبل الفسخ ليس بحكم المال في الدكان؛ لأن النسبة بين الشجرة المغروسة والشجرة المقلوعة نسبة التباين تقربياً، ونسبة الحي إلى الميت، بخلاف المتابع في الدكان، بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان.

الثاني: مفهوم ما روي عنهم لهم «ليس لعرق ظالم حق»^٢؛ فإن مفهومه أن لعرق غير الظالم حقاً، والغابن لما غرس الشجر في الأرض كانت الأرض ملكاً له، فتصرّفه فيها كان عن حق، وعرق كل ذي حق محترم شرعاً.

ونتيجة هذين الوجهين: أنه ليس للمغبون حق في قلع شجر الغابن.

القول الثالث

ما اختاره الشيخ قدس واعتبره مقتضي التحقيق، من تسلط المغبون على قلع الشجر مع ضمانه للغابن الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمته منصوباً مغروساً وقيمتها مقلوعاً.^٣

وتوسيع دليله قدس: أن ما يملكه الغابن هي الشجرة قائمة في الأرض، وقد غرسها لما كانت الأرض ملكاً له، ولما فسخ المغبون العقد عادت الأرض إلى ملكه من

١. نسبة الشيخ قدس في المكاسب ١٩٥/٥، إلى المشهور.

٢. وسائل الشيعة ١٩/١٥٧، ح ٣، الباب ٣٣ من أبواب الإجارة، خبر عبد العزيز بن محمد.

٣. المكاسب ٥/١٩٧.

دون الشجر المغروس فيها، ومن حق المغبون تخلص ماله عن مال صاحبه، باعتبار أن الأرض ملكه وله تخلص ماله عن مال صاحبه يجوز له قلع الشجر، باعتبار أن الغابن يملك الشجرة قائمة، لا مقلوعة فله الأرشن، وهو مابه التفاوت بين الشجرة قائمة ومقلوعة.

تحقيق المحقق الرشتي في المسألة

وذهب المحقق الرشتي فتى إلى ما ذهب إليه الشيخ فتى، من جواز القلع، مع الأرشن، واستدل على كلتا الجهتين بما اقتضاه من التحقيق:

أما الجهة الأولى: ففي ثبوت الحق للمغبون في قلع الشجر، وبيانه: إن ما يضنه الغابن في الأرض من الزرع على قسمين:

الأول: ما لم يبن فيه على البقاء في الأرض كزراعة النباتات والبقوء؛ فإنه يضنه فيها لوقت محدود، وأمد معين.

الثاني: ما يبني فيه على البقاء كغرس الأشجار؛ إذ ليس له أمد، فيبني على بقائها ما دامت موجودة، عشرين عاماً أو ثلاثين أو أكثر.

فإذا كانت الأرض سالمة عن مواجهة الحقوق، فلو غرس فيها غرساً لكان ذلك مبنياً على الدوام قطعاً من غير إشكال، كما في أملاك الملائكة المسلمين عن الحقوق، بمعنى أن الملك كان طلقاً لصاحبها، فإذا غرس ذلك الملك أشجاراً، ثم باع الأرض من دون أغراضها، فلا يجوز للمشتري قلع تلك الأغراض، التي بنيت حين غرسها على الدوام، ويستحق للبقاء أيضاً، لأن الأرض إنما اشتريت مشغولة بتلك الأشجار، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حيث.

وأما إذا كانت الأرض مشغولة لحق الغير، فالغرس فيها - مع اشتغaloها في حق - لم يكن مبنياً على الدوام، كما إذا غرس فيها مع تعلق حق الشفيع والمغبون، فلصاحب الحق - حيث - سلطنة على قلع الغرس؛ لسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على

الدوام، فيكون للمغبون في المقام سلطنة على القلع كالشفيع. وهذا معنى قول الفقهاء قدست أسرارهم: إنَّ الغرس إنما وقع في ملك متزلل، أي أنَّ الغرس وقع في أرض متعلقة لحق المغبون، فلا يكون مبنياً على البقاء. إنْ قلت: لو كان للمغبون سلطنة على القلع فقلع، للزم الضرر على الغابن. قلت: بأنَّ الضرر يتوجه على كليهما؛ فإنَّ بقاء الغرس في الأرض ضرر على المغبون أيضاً؛ فإنَّ للأرض المشغولة بغرس الغابن قيمة مغایرة لقيمة الأرض الخالية منه.

وعليه فيتعارض الضرران؛ لأنَّ كليهما مشمولان لقاعدة «الاضرر»، وليس أحدهما بخارج منها، كما في تصرُّف الغاصب، أو المشتري بعقد فاسد، فإذا تعارضتا ورجم إلى قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»، وهي تقضي جواز إزالة الغرس عن ملك المغبون.

فالنتيجة: أولاً: أنَّ للمغبون الحق في قلع الغرس؛ لعدم كون الغرس مبنياً على البقاء؛ لكون الأرض مشغولة لحق الغير.

وثانياً: ولو تنزل عن ذلك، ولزم تضرر كل منها، فالضرر يتعارضان فيسقطان، ومن ثُمَّ يتمسّك بقاعدة السلطنة، وهي تثبت الحق للمغبون في قلع الغرس أيضاً.

ولا يقال: بأنَّ القاعدة مقيدة بأنَّ لا يكون ضرر على الغابن. لأنَّه يقال: بأنَّ ضرره سقط بالتعارض، فتسلم قاعدة السلطنة عن المعارض.

وأما الجهة الثانية: فهي وجوب الأرث على المغبون: وقال فيها: ظاهر المشهور من تعرُّض للمسألة وجوب إعطاء الأرث على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره؛ حيث كان المختار في الجهة الأولى جواز قلعه

للمغبون، وعلّله صاحب الجوادر ^{يقتضي} بقوله: «لأنه مقتضي الجمع بين الحقين»^١، فإن من حق المغبون أن يخلص ملكه من الغرس؛ إذ في بقائه ضرر عليه، وبما أن في قلعه ضرراً على الغابن، فمن حق الغابن أن يتدارك ما فاته، فيعطي الأرش.

وأورد على التعليل: بأن القول بجواز قلع الشجر إنما هو من جهة استلزم بقائه للضرر على صاحب الأرض، فلو قيل بلزوم الأرش على صاحب الأرض في صورة قلعه لللزم الفرار من الضرر إلى ضرر آخر.

ولكن مقتضى القاعدة - بما أن البقاء ضرر على المغبون، والقلع ضرر على الغابن ويعارض الضران ويستقطان - الرجوع إلى قاعدة السلطنة، ومقتضها سلطنة صاحب الأرض على جواز تصرّفه في أرضه كيف يشاء، وإن استلزم ضرراً على صاحب الغرس، ونتيجة ذلك عدم الأرش.

نعم، يمكن أن يستدل لقول المشهور - وإن لم ينصوا عليه - بقاعدة الإتلاف؛ فإن أقصى ما تدلّ عليه قاعدة السلطنة جواز إزالة الغرس، ولكنها ساكتة عن أنه مع وجوب الضمان أو بدونه، فلا ينافي جواز القلع مع الأرش؛ بقاعدة الإتلاف؛ فإن قلع الشجر إتلاف من المغبون مال الغابن، ومن أتلف مال غيره فهو له ضامن، ولا تبرأ ذمته إلا بإعطاء الأرش.

إن قلت: بعدم جريان قاعدة الإتلاف؛ لإذن الشارع بقلعه، وإنذن المالك الحقيقي به يرفع الضمان، كما لو أذن المالك بإتلاف ماله.

قلت: إن إذن الشارع إنما يقتضي عدم حرمة الإتلاف، وجواز إزالة ملك الغير عن ملكه، ولا تنفي الضمان، ولا سبيبة الإتلاف له، كما هو الحال في موارد جواز

الأكل من مال الغير في أيام المخصصة.

المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي

وفي تحقيقه م الواقع للنظر:

[[النظر الأول]]: قوله - لإثبات أن الغرس ليس مبنياً على البقاء في صورة تعلق الحق، فيكون لصاحب الحق - حينئذ - سلطنة على قلع الغرس - بسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام.

يرد عليه: أولاً: أن مقتضى كون حقه غير مبني على الدوام أن يكون محدوداً بفسخ المغبون، وحينئذ يتضي حقه بعد الفسخ، فكيف يقال بتقديم حق المغبون على حق الغابن مع انتفاء حق الثاني، والتقديم فرع وجود كليهما؟

وبعبارة أخرى: إن التقدم بالسبق الزماني في موارد التراحم يتوقف على مقدمتين:

الصغرى: وجود الحقين.

الكبرى: الترجيح بالسبق الزماني.

أما الكبرى، فقد اختلفت فيها الآثار، ورأينا عدم الترجيح به، إذ في حال عدم وجود المسبوق، لا وجود للمزاحم للأسبق، وفي حال وجود المسبوق، فهـما موجودان معاً، ويكونان متزاحمين بقاء، ولا دليل عقلاً ولا شرعاً على ترجح أحدهما على الآخر بمجرد كونه أسبق زماناً، ولا مرجح آخر في البين؛ لانتفاء الأهمية حسب الفرض.

وأما الصغرى، فلا وجود للحقين معاً، لأن حق الغابن - كما اعترف به - محدود بالفسخ؛ بمقتضى تعلق حق المغبون، فيتضي حقه بمجرد فسخ المغبون.

فالقول بأن حق الغابن محدود بالفسخ، والغرس غير مبني على الدوام، والقول

بتقديم حق المغبون لكونه أسبق، جمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنه ^{يقتضي} قال: بأن غرس الغابن في الأرض غير مبني على الدوام، والمراد من ذلك - كما بيّنا - أنه لا حق للغابن بعد الفسخ، فما معنى تعارض الضررين إذن؟!

وبعبارة أخرى: إن تعارض الضررين إنما يكون في مورد وجود الحقين، إذ الجمع بين الحقين يقتضي تعارض الضررين، وبما أن حق الغابن محدود بوجود مالكيته، فهو محدود بالفسخ، فلا حق له بعده، ومع عدم وجود الحق حينئذ، لا يكون الضرر الوارد عليه وارداً بلا حق، حتى ينفي بقاعدة «لا ضرر»، فلا معنى لتعارض الضررين.

النظر الثاني: ما أفاده ^{يقتضي} من التمسك بقاعدة الإتلاف لإثبات الأرض غير تام؛ لأن أصل وجود الغرس في الأرض وإن كان ناشتاً عن حق؛ لوقوعه في ملكه قبل الفسخ، إلا أن الغرس في المقام غير مبني على البقاء كما اعترف به، وتقدم معناه، فيكون بقاوئه في أرض المغبون بعد الفسخ بلا وجه حق، فلا تشمله قاعدة الإتلاف؛ لكون موضوعها مال الغير، وحق الغير، والغرس بعد الفسخ وإن كان ملكه إلا أن بقاءه في أرض المغبون لم يكن عن حق، فالإتلاف الحاصل لتخليص الأرض المغبون فيها غير مشمول لقاعدة الإتلاف.

وأما ما أفاده من التنтир بأكل مال الغير في المخصصة فقياس مع الفارق؛ لأن آية **﴿إِلَّا مَا أَضْطُرْتُمْ﴾**^١، وحديث: «رفع ما اضطروا إليه»^٢ إنما يرفع الحكم التكليفي، لا الوضعي، فيرفع حرمة إتلاف مال الغير بأكله أيام المخصصة تكليفاً، وأما وضعياً فهو محكوم بالضمان؛ لكونه تصرفاً في مال الغير فتشمله قاعدة (من أتلف مال غيره فهو له

١. سورة الأنعام / ١١٩.

٢. وسائل الشيعة / ١٥، ح ١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، صحيحه حriz.

ضامن).

وبعبارة أخرى: إن المقتضي للضمان موجود، والمانع منه مفقود، لكون المانع من طرف جواز الأكل ليس حكماً وضعياً، ولكن للمغبون في ما نحن فيه حقاً وضعياً، لكون بقاء الشجرة في ملك المغبون من زمان الفسخ لم يكن عن حق، فالقياس على تلك المسألة باطل.

فما أفاده المحقق الرشتي قدسُّه لثبت ما أفاده الشيخ قدسُّه في كلتا الجهتين من نوع.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام
أفاد المحقق الخراساني قدسُّه في حاشيته تحقيقاً رشيقاً ينحل إلى أمرين:

الأمر الأول: الإشكال على الشيخ قدسُّه، وحاصله:

أن تخلص كل من الغابن والمغبون ملكه من مال صاحبه حق له ما لم يستتبع ضرراً على الآخر، وتخلص الأرض بقلع الشجر مستتبع للضرر على الغابن، وتخلص الشجر من الأرض مستتبع للضرر على المغبون، والأرض إنما هو تدارك للضرر الحاصل، فيكون الحكم بجواز القلع مع الأرض مساوياً للحكم بجواز الإضرار مع التدارك، بينما المنفي والمرفوع بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» هو جواز الإضرار، ولا تثبت الإضرار مع الأرض.

فعمل كل من الغابن والمغبون على خلاف «لا ضرر ولا ضرار».

الأمر الثاني: مختاره في المقام، وبيانه: أن يحكم ببقاء الغرس في الأرض بالأجرة، ولا يعد ذلك إضراراً بهالك الأرض ليرد الإشكال الوارد على الشيخ قدسُّه؛ لأن استيفاء المنفعة بالأجرة نحو من أنحاء الانتفاع بالأرض.

نعم، إلزام المغبون بإبقاء الشجر في الأرض مع إعطائه الأجرة موجب لتحديد سلطنته، وقبض يده عن إعمالها، فيخالف قاعدة «الناس مسلطون على أمواهم»، ولكن لا ضير فيه، لأن قاعدة السلطة - كسائر الأحكام الشرعية - محكمة بـ«لا

ضرر»، فتتضيق سلطنة المالك فيما لو صارت منشأً للإضرار.
لا يقال: بأن إبقاء الشجر في الأرض، وحجر المغبون، وعدم تسلطه على تخلص أرضه ربما يسبب الإضرار بها كنقصان قيمتها، لا مجرد الحرمان من إعمال السلطنة.

فإنه يقال: بأن الضرر على نحوين:

الأول: ما يكون موضوعاً لقاعدة الضرر، فينفي بها.

الثاني: ما يكون معلولاً لقاعدة نفي الضرر، بمعنى أنه ينشأ من قبل حجر المالك؛ استناداً لقاعدة نفي الضرر، فلا ينفي بها.

وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ إذ هو نتيجة جريان «الضرر»، ومحال أن تنفيه القاعدة؛ لأنها لا تنفي إلا ما كان في رتبة متقدمة عليها، بحيث تنفي الضرر الحاصل، وأما الضرر المعلول لها، فهو في رتبة متأخرة عنها، فمحال أن تنظر إليه وينفي بها.

ويشهد على ذلك نفس رواية «لا ضرر»؛ فإن سمرة بن جندب لما أصرّ على عناده، قال الرسول ﷺ: «اقلعها وارم بها وجهه»^١.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

[أما الأمر الأول]: فما أفاده قيسٌ وإن كان في غاية القوة والمتانة، إلا أن ما أفاده من الإشكال على الشيخ قيسٌ بأن الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوق للحكم بجواز الإضرار وتداركه، وهو خالف لما يستفاد من «لا ضرر ولا ضرار»؛ لنفي جواز الإضرار بالجملة الثانية فنقول فيه:

بأن هذا المعنى بنفسه قد أورده الشيخ قيسٌ في قاعدة «لا ضرر»، إشكالاً وجواباً؛
[فلا يكون هذا مستند كلام الشيخ].

١. حاشية المحقق الخراساني قيسٌ على المكاسب / ١٩٤-١٩٥).

ولئنما مستنده في الحكم بجواز القلع قاعدة السلطنة، فلكل من المالكين تخلص ملكه من مال الآخر، فلِلْبَغَاءِنِ السلطنة على تخلص غرسه من أرض المغبون، وللمغبون تخلص أرضه من الغرس، وليس من حق الغابن أن يعترض؛ إذ لا يملك إلا الغرس منصوباً، ولا يستلزم ذلك أن يكون له الحق في إبقاء الشجر في الأرض وقد خرجم عن ملكه بالفسخ، إلا أن هذا التلخيص يستتبع إتلاف الخصوصية في مال الآخر، فيضممه بالإرث؛ لقاعدة إتلاف مال الغير؛ إذ بالقلع تلفت خصوصية كونه منصوباً، وقد صرخ الشيخ فَيَسْرُ سابقاً: بأن جميع الأوصاف مضمونة، إلا أن الخلاف في ضمان جميع الأوصاف، أو خصوص ما يوجب فقده عيناً كوصف الصحة.

والحاصل: أن المستفاد من مجموع كلمات الشيخ فَيَسْرُ هو أن المستند لجواز القلع هي قاعدة السلطنة، ولو جوب الضمان بالأرث قاعدة إتلاف مال الغير. فإذا كان هذا هو مستند الشيخ فَيَسْرُ، ولم يستند إلى قاعدة الضرر، لأن مبناه عدم تصحيحها لجواز الإضرار، كان إشكال المحقق الخراساني فَيَسْرُ على الشيخ جَلَّ عَزَّلَهُ مجده بلا وجه.

وأما [الأمر الثاني في] ما أفاده فَيَسْرُ في مختاره فهو ينحل إلى أمرين:

١- أن يلزم المغبون ببقاء الشجر في أرضه.

٢- أن يعطى الأجرة في مقابل البقاء.

والدليل على كليهما قاعدة «لاضرر»؛ فإنها حاكمة على قاعدة السلطنة، فتقيد سلطنة المغبون في أرضه بأن لا يلزم منها الضرر، وبما أن قلع الشجر من أرضه يوجب الضرر على الغابن فلا يقع، وبما أن إعطاء الأجرة للمغبون ينفي الضرر عليه، فيعطي الأجرة.

وفيه: أولاً: أن قاعدة «لاضرر» وإن كانت حاكمة على قاعدة السلطنة، إلا أن أي حكم من الأحكام يحتاج إلى دليل، فما هو الدليل على إلزام المغبون بالرضا بقاء

الشجر في أرضه؟

وثانياً: أن حجر المغبون عن السلطة على أرضه، يتوقف على ثبوت حق للغابن في الأرض بعد فسخ البيع؛ ليكون المورد أحد موارد «لا ضرر»، وهي حاكمة على قاعدة السلطة، لكن ما هو الدليل المثبت لهذا الحق؟

وثالثاً: أفاد ^{فتى} في الجواب على الإشكال - الذي أورده على نفسه: بأنه ربّا يوجب حجر المغبون ضرراً عليه - : بعدم الأساس؛ لأن الضرر الناشئ من قبل حجر المالك بقاعدة نفي الضرر، لا ينفي بها، كما يظهر من رواية سمرة بن جندب.^١ وفيه: أنه لا بدّ من تحليل كون الضرر في قضية سمرة ناشئًا من ناحية «لا ضرر»، أو لا.

[وأنت ترى] أنَّ بقاء الشجرة في الأرض ليس علة للضرر، ووجوب الاستئذان عند دخوله لها ليس علة للضرر، وإنما العلة للضرر هو جواز دخوله إلى الأرض بدون استئذان، فهو المنفي بلا ضرر، ولا يلزم من رفعه ضرر حتى يقول المحقق الخراساني ^{فتى} بأن من جريان «لا ضرر» حصل ضرر.

وأما قلعها ورميها له فهو ليس من آثار جريان «لا ضرر»؛ فإن ملكية الشجرة في الأرض ليست علة للضرر ولا معلولاً لها.

بل الشيخ ^{فتى} يصرح في رسالته في «لا ضرر»: بأن الملكية أمر وضعي ليست علة للضرر ولا معلولة له، ولا علة للحكم الضري ولا معلولة له، ولم يعلق عليه المحقق الخراساني ^{فتى}.^٢

وأما ما ذكره المحقق النائيني ^{فتى} من التوجيه: بأن ملكيته للشجرة علة لدخوله

١. وسائل الشيعة، ٢٥/٢٥، ح، ٣، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، موثقة زرار.

٢. رسالة لا ضرر / ٢٠٩.

بلا استئذان، فمن هذه الجهة صار علة للضرر.

فهو مردود؛ لأن ملكيته ليست علة للدخول بلا استئذان حتى يكون علة للضرر، بل تجربة ودخوله بلا استئذان هو علة الضرر.

والحق في المسألة: أن أمر النبي ﷺ بقلع النخلة ورميها إليه حكم سلطاني ولائي؛ بمقتضى ولايته ﷺ المطلقة على الأموال والأنفس، الثابتة له بمقتضى قوله تعالى: ﴿الَّذِي أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾^١.

المناقشة في كلام الشيخ

هذا ما يرجع إلى مبني المحقق الخراساني قدسُهُ وإلى إشكاله على الشيخ قيسُهُ، وقد تبيّن ضعفهما، وأما بالنسبة إلى ما ذهب إليه الشيخ قيسُهُ فيرد عليه ما أوردناه على المحقق الرشتي قيسُهُ من أن الغابن بما أنه غرس الشجر في الملك المترزل، فليس غرسه مبنياً على البقاء، فلا حق له إلا ما دامت الأرض ملكه، بمعنى أنه يملك الغرس منصوباً كما قال الشيخ قيسُهُ، ولكن هذه الملكية - بصفة كونه منصوباً - مقيدة بما دامت الأرض ملكه، لا دائمًاً وأبدًاً، وبمجرد الفسخ يتنتفي حقه في الأرض، فيجوز القلع بلا أرض.

فالنتيجة إلى هنا: أن ما أفاده الشيخ قيسُهُ محل إشكال، وأشكل منه ما أفاده المحقق الخراساني قدسُهُ.

مبني المحقق الأصفهاني في المقام
أفاد المحقق الأصفهاني قدسُهُ ما حاصله: أن حيثية الملكية لها شروط ومن شروطها سلطنة المالك على ملكه، ومقتضها عدم جواز تصرف الغير فيما يضاف إليه بدون إذنه.

وسلطنة المغبون على القلع والإبقاء بعنوانها، سلطنة على مال الغير، فلا تجوز،

وسلطنته على تخلص الأرض من الغرس الذي أفاده الشيخ قدس وإن كان سلطنة على ماله، لا على مال غيره، بحسب عنوان التخلص، إلا أن التخلص فعل توليدي من القلع، أو أمر انتزاعي، ومنشأ انتزاعه القلع، فبقلعه الشجر يخلص ماله منه، ولا يمكن استقلال التخلص بالتحصّل، والقلع تصرّف في مال الغير، فلا سلطان له عليه وحيث لا سلطنة له على القلع، الذي هو الفعل المتولد منه التخلص، والتخلص لا يستقل بالتحقق، فلا حالة لا سلطان له عليه.^١

ومراده: أن المتيقن من ثبوت الحق للمنغبون هو منع الغابن من التصرف في الأرض؛ فإن مقتضى سلطنته على الأرض أن يمنع الغير من التصرّف فيها، وأما قلع الشجر المغروس فهو تصرّف في مال الغير فلا يجوز، ونتيجة ما أفاده قدس أن للمنغبون أن يرضى ببقاء الشجر بالأجرة.

الإشكال على المحقق الأصفهاني

[وفي]: لكن الحق عدم صحة ما أفاد، وتحقيق ذلك يتوقف على بيان معرفة حقيقة سلطنة المالك على أموالهم، فنقول:

في قاعدة السلطنة مبنيان أساسيان:

الأول: أن مدلول القاعدة هو تشريع أنواع التصرفات التكوينية والاعتبارية.

الثاني: أن مدلولها نفي حجر المالك بالنسبة إلى تصرفهم في أموالهم، وعدم حق الغير من منعهم عنها، وليس مفادها تشريع التصرفات، وإلا لللزم أن يتمسك بها لتصحيح ما يشك في صحته من المعاملات، ولزم أن يتعارض مفادها مع مدلول أدلة المحرمات؛ إذ مقتضها جواز شرب المملوك المحرم، وهو يعارض دليل تحريمها.

وببناء على هذا، فسلطنة المالك على ماله متقومة بأمرتين: دفع المزاحم، ورفعه،

فانتفاء القدرة عليها مساوٍ لانتفاء السلطنة، ويشهد له ملاحظة جميع موارد السلطنة والسلط والسلطان في الارتكاز العقلائي؛ فإن وجود هذه المادة في السلطنة التكوينية الخارجية والاعتبارية مقترب بالقدرة على رفع المزاحم ودفعه، ولا يعقل الانفكاك بينهما.

وعليه، فمعنى ما أفاده ^{فتى} أن المالك المغبون مسلط على ماله، ولكن لا قدرة له على رفع المزاحم، وهو مناف لمفهوم السلطنة.

فالصحيح أن معنى «الناس مسلطون على أموالهم» وقوامها بالسلطنة والقدرة على رفع المزاحم، فإذا غرس الغابن في الأرض التي عادت إلى المغبون كان للمغبون أن يرفع الغرس؛ استناداً إلى القاعدة، فلا يقال أنه تصرف في مال الغير.

نعم، لو كان للغابن حق لما جاز للمغبون القلع، ولكن ليس من جهة السلطنة، بل لأنه تصرف في حق الغير.

زبدة المخض

وبعد التعرّض لجميع الكلمات المهمة في المسألة ومناقشتها يتضح: أن للمغبون أن يقلع الغرس، وليس عليه أرض؛ لأن ما للغابن من الحق في غرس الأرض وبقية التصرفات منحصر في زمان تملّكه إليها؛ فإن ملكيته لها وتوابعها محدودة بزمان الفسخ، أي محدودة بما دامت ملكه.

وأما بعد الفسخ فهي وجميع موالدها وتوابعها ملك طلق للمغبون، فيكون بقاء الغرس فيها من تصرفات الغابن في ملك الغير، فيحتاج إلى إذنه؛ لعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، ولما صارت الأرض بالفسخ ملكاً للمغبون، لم تنفك السلطنة المطلقة عن هذه الملكية، والسلطنة المطلقة متقوّمة برفع المزاحم ودفعه، وبها أن شجرة الغابن مزاحمة لملكية المغبون أمره بقلعها، وإلا جاز له قلعها؛ استناداً لقاعدة السلطنة.

وأما الأرض، فلا يجبر عليه؛ لأن معنى الأرض وحقيقة أن يجبر المخالف ما فرّته

من حق مَنْ تلف منه، فلا بدّ من تصوير الحق للغابن بقاءً أولاً، ثم جبران ما أفقده إياه، فإذا انفى حقه، فالقلع جائز بمقتضى قاعدة السلطنة، وعدم الأُرُش بمقتضى عدم التفويت، وعدم إتلاف مال الغير، وعدم الإضرار بهاته.

إن قلت: بأن مال المسلم محترم.

فقال: نعم، بل كل محترم المال والحق فماه وحقه محترمان وإن لم يكن مسلماً كالمعاهد ولكن الكلام في إثبات أنه ماله أو حقه أولاً ثم يكون محترماً، وقد أثبتنا عدم تعلق حق الغابن بالأرض بعد الفسخ.

[والحاصل: الصحيح هو القول الأول في المقام وهو جواز القلع من دون الأُرُش، المنسوب إلى العلّامة في المختلف والله العالم].

تنبيهات

التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة

تقدّم الكلام في ما لو اشتري الأرض بالمعاملة الغبّينة وغرسها، واخترنا فيها جواز القلع وعدم الأرشن، خلافاً لما نقلناه عن الأعلام، فربما ينقض بالأرض المستأجرة، كما لو اشتري الغابن أرضاً بالمعاملة الغبّينة، ثم أجرّها مدة معينة، فالإجارة صحيحة، وليس على الغابن ردّ الأجرة إلى المغبون [على مختار الشيخ الأعظم وعلى مختار الأستاذ مدظلّه مع ارجاع الأرشن إلى المغبون]¹ فليكن الأمر كذلك في غرس الشجر، فنقول بجواز بقاء الغرس إلى نهاية ثمره، والضمان لما به التفاوت بين الأرض الفارغة والمشغولة [على مختار الأستاذ مدظلّه وعلى مختار الشيخ بقاء الغرس من دون الأجرة، فما الفرق بين الفرعين؟]

الأقوال في المسألة

فنقول: الأقوال في الأرض المستأجرة ثلاثة:

1. كما مرّ في صفحة ١٦٤ من هذا المجلد.

القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ
 من عدم فسخ الإجارة، ولا يغرن الغابن للمغبون أجرة المثل، لأنه يملك المفعة في تمام المدة قبل استحقاق المغبون بالفسخ، وبعد أن استوفى المفعة لا حق له في الرجوع، فترجع العين إلى المغبون مسلوبة المفعة، بخلاف مسألة الغرس؛ فإن المستحق هو الغرس المتصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

وأساس هذا المبني أن ما حصل بالعقد المتزلزل متزلزل، وما حصل به ملكية العين، وأما ملكية المفعة فهي مستقرة، وقد استوفاها.^١

وفيه: أن لازمه أن الغابن لو أجرّ الأرض مائة سنة، لعادت إلى المغبون مسلوبة المفعة، فيلزم تضرره بأكثر من الضرر الذي دخل عليه من المعاملة الغبية، ولا فرق بين المدة القصيرة والطويلة.

القول الثاني: أن لا تفسخ الإجارة
 ولكن للمغبون ما به التفاوت بين الأرض مسلوبة المفعة، وبينها واجدتها، بهذا البيان:

أنه فرق عند العقلاه بين الأمور الخارجية والأمور الاعتبارية، فالمนาفع التي حصلت في الغرس أمور خارجية واقعية؛ فإن الغابن غرس شجره في الأرض، وهذه استفادة واقعية، فلما فسخ المغبون تكون هذه المنافع الواقعية تصرفات من الغابن بلا حق؛ لكونها في أرض الغير، وعلى خلاف قانون السلطة.

وأما في باب الإجارة، فالاستيفاء أمر اعتباري، والاعتبار خفيف المؤونة، فالمعتبر فيها ملكية المفعة إلى مدة معينة، وبما أن المعتبر ملك للمعتبر، فيتحقق له بمقتضى أدلة الإجارة أن يعتبره للغير.

نعم، بما أن قيمة الأرض مسلوبة المنفعة أقل من قيمتها واجدتها، وقد أخذها المغبون مسلوبة، فللمغبون الحق في أخذ ما به التفاوت بين القيمتين؛ إذ مقتضى قانون الفسخ أن ترد العين كما أخذت، فلما لم يمكن ردّها مع المنفعة؛ لصحة الإجارة وعدم فسخها، ردّها مع إعطاء التفاوت.

القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقق القمي

من انساخ الإجارة في بقية المدّة الواقعة بعد فسخ المغبون؛ إذ كما أن ملكية الأرض متزللة، فكذلك ملكية منفعتها، فلا فرق بين الأرض المغروسة، والمؤجّرة، فكما أن الغابن لا حق له في بقاء غرسه في الأرض بعد فسخ المغبون، فكذلك لا حق له في إجارتها.

مقتضى التحقيق في المسألة

والتحقيق بين الأقوال يؤيد في بادئ النظر ما أفاده المحقق القمي رحمه الله، وإن اعتبر شاداً بينها؛ لكونه الموافق لمقتضى القاعدة؛ فإن ما أفاده الشيخ رحمه الله من استقرار ملكية المنفعة مع تزلزل ملكية الأرض، لا دليل عليه، ولا قاعدة تقتضيه، ولم يقم إجماع تعبدى كاشف عن رأي المقصوم عليه.

وما أفيده في القول الثاني، لا يرجع إلى محصل؛ فإن بحثنا ليس في خفة الاعتبار وعدمه، وإنما في ثبوت الحق للغابن في أن يؤجر الأرض التي وصلت إليه عن طريق العقد الخيري حتى بالإضافة إلى ما بعد الفسخ وعدمه.

فإن مقتضى القاعدة وما عليه الارتكاز العقلائي أن تتبع المنافع أصولها، في أصل الملكية وكيفيتها، والخلاف فيها يحتاج إلى دليل، فإن كانت ملكية العين مستقرة وغير محدودة بحدٍ - إلا إذا نقلت بناقل عقد، كالتي تنتقل بإرث أو بعقد لازم - كانت منفعتها مستقرة.

وإن كانت ملكية العين متزللة - بمعنى أن بقاءها مرتبط بالفسخ، فتكون

ملوكة إلى المنتقل إليه ما دام ذو الخيار لم يفسخ، ومتى فسخ انتقلت عنه - كانت منفعتها كذلك؛ بمقتضى الارتكاز العقلائي، فالتفصيل بين العين ومنافعها على خلاف ارتكازهم، فيحتاج إلى دليل يدلّ عليه.

ولو ترددنا، وشككنا في كيفية تبعية ملكية المنفعة للعين؛ لعدم قيام دليل على استقرار ملكية المنفعة، ولا على تردد لها، فالالأصل - وهو الاستصحاب - يقتضي عدم ملكية المنفعة بالنسبة لما بعد الفسخ.

إن قلت: لماذا لا نقول: بأن الاستصحاب يقتضي بقاء الملكية، بمعنى أن الغابن كان يملك المنفعة قبل الفسخ يقيناً، وبعد الفسخ نشأ في بقاء ملكيته، فيستصحب بقاها، وليس الفسخ من المقوّمات بل من الحالات، فلا يقال بتبدل الموضوع.

وأما ما أفيده: فإنما يفيد لو قلنا بأن الملكية أمر تدريجي، بحيث يكون لكل آن ملكية، فإذا شككنا في ملكية ما بعد الفسخ نستصحب عدمها، كما يقال في جعل الأحكام، ولكن الملكية ليست كذلك.

قلت: بأن استصحاب الملكية إنما يجري فيما إذا كانت قابلة للبقاء يقيناً، والمفروض فيما نحن فيه هو الشك في أصل قابليتها للبقاء.

وتقريب الاستصحاب: أن العين كانت ملكاً للمغبون وغير منتقلة إلى الغير يقيناً مثلاً، فانتقلت بالبيع الغبني إلى الغابن، لكن نشأ هل انتقلت إليه مطلقاً أو انتقلت إليه إلى حين الفسخ، فالاستصحاب يقتضي عدم الانتقال إلا إلى زمان الفسخ.^١

ولكن الحق عدم صحة ما ذهب إليه المحقق القمي قدّس، وذلك لأننا عندما نلاحظ الإجماع القطعي، ومقتضى الأدلة في الإجارة نلاحظ أمرين:

١. ما ذكرناه بعنوان: إن قلت قلت، استفدناه من الشيخ الأستاذ د. أمير الله خارج الدرس.

الأول: أن من شرط الإجارة الملكية، ولا يشترط أن يكون ملك العين مستقراً، بل إن كان يملك المنفعة جاز له الإجارة إجماعاً، وإن كان ملكه للعين متزلاً، والمحقق القمي فتى يعترف بذلك أيضاً.

الثاني: أن تكون المدة في الإجارة معلومة.

وعليه، فيما أن الغابن يملك المنفعة، وإن كان ملكه للعين متزلاً، فله أن يؤجر العين إلى أجل مسمى؛ لتهامية أدلة الإجارة، وشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^١ له، وهو دليل حاكم على الأصل المتقدم، فيكون الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلس

من المسائل التي أشار إليها الشيخ فتى في المقام، مالو باع البائع أرضه في الذمة، بحيث يكون المشتري مديناً له، ثم غرسها المشتري، وبعد ذلك أصبح مفلساً، فلم يمكنه تسليم الشمن، وحكم الحاكم بتغليسه، والحجر على أمواله، فالبائع أحق بالأرض من غيره من الغرماء؛ لوجود عين ماله، فيجوز له فسخ البيع، ولكن لو فسخه لم يتحقق له قلع الشجر ولو بالأرشن.

والسؤال هنا: ما هو الفرق بين المسألتين، ما نحن فيه، ومسألة التغليس، بحيث حكم الأكثر في الثانية بعدم جواز القلع للبائع الفاسخ ولو بالأرشن؟

ما أفاده الشيخ من الفرق

قال الشيخ فتى: «بإمكان كون الفرق بينهما بأن الغرس في مسألتنا كان متاخراً عن ثبوت الحق للمغبون؛ باعتبار أن البيع كان متزلاً، فكان للمغبون حق الفسخ قبل حدوث الغرس، فإذا فسخ، فمقتضى قاعدة الفسخ أن يرد المشتري ما أخذه كما

كان حين انتقاله إليه، وقد انتقلت الأرض إليه خالية من الغرس فيردّها كذلك، وأما في مسألة التفليس فلم يكن البيع متزللاً، فكان الغرس في ملكهطلق، وإنما ثبت الخيار للمغبون بعد تفليس المشتري، فكان حق المغبون متأخراً عن الغرس، فيشبّه بيع الأرض المعروسة، فيما لو باع الأرض دون الغرس؛ فإنه ليس للمشتري حق القلع ولو مع الأرث بلا خلاف^١.

المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق وفيه: أن الشيخ قد صرّح ثبوت حقين في المتأتتين، أحدهما سابق، والآخر لاحق، فحق المغبون في مسألة البيع الغبني سابق، وحق المشتري في مسألة التفليس سابق، ولكن الصحيح عدم ثبوت حقين، بل هو حق واحد. أما في مسألة الغبن فلم يكن للغارس بعد الفسخ أي حق؛ فإن الأرض ملك للمغبون، وبقاء الغرس فيها بلا حق؛ لكونه تصرفاً في ملك الغير، ومقتضى قاعدة السلطنة أن له أن يرفع المزاحم عنها.

فليس في الغبن حقان، أحدهما سابق، والآخر لاحق، بل لا حق بعد الفسخ للغابن أصلاً، وإنما حقه كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه. وأما في مسألة التفليس، فالبائع وإن لم يكن له حق حين الغرس، إلا أنه بعد أن أفلس المشتري كان له حق الفسخ، ومعنى الفسخ أن يرد كل منها ما أخذه كما انتقل إليه، وبها أن الأرض انتقلت من البائع إلى المشتري بلا غرس، فتعود إليه كذلك، فحق الفسخ يقتضي بذلك أن حق المشتري في الغرس كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه، فليس له حق بعد ذلك، فلم يثبت في المتأتتين إلا حق واحد.

وأما قياسه على بيع الأرض المعروسة، فمع الفارق؛ لأن الغرس في الأرض

المعروفة كان في ملكه الطلق، وباعها المالك حينما باعها مسلوبة المنفعة ما دام الغرس موجوداً، فمتعلق المعاملة الأرض مسلوبة المنفعة، فتفترق عن مسألة الخيار الثابت من ناحية التفليس.

والنتيجة: أن فتوى المشهور على خلاف القاعدة؛ فكما أن من حق المغبون أن يرفع الغرس بعد الفسخ، فكذلك للبائع في مسألة التفليس بعد فسخ البيع.^١

التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه
 لو قلنا بجواز القلع [في مسألة خيار الغبن]، فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة الغابن بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم، أو يقلعه المغبون؟
 وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجرة الجار إلى داره.

بيان الوجوه في المسألة وأداتها
 وينبغي أن يقع البحث في جهتين:
الجهة الأولى: في الوجوه وأداتها.

الوجه الأول
 إن للمغبون قلع الغرس بلا مراجعة الغابن ولا الحاكم، والدليل على ذلك: أن في المقام دليلين لفظيين متعارضين، فيسقطان وينتقل إلى الأصل العملي المقتضي للجواز، وبيان ذلك:

أنه من جهة يكون قلع الغرس تصرفاً في مال الغير، فبمقتضى دليل حرمة التصرف في مال الغير عدم جوازه.

١. أقول: الظاهر تامة فتوى المشهور لأن الأرض تعود إلى مالكها الأول بحكم الحاكم مع الأشجار وأيتها للمفلس فلا يجوز للملك الأول التصرف في مال الغير وهو المفلس، فالفرق بين المسألتين موجود.

ومن جهة أخرى أن الأرض مملوكة للمغبون، ومقتضى إطلاق دليل السلطنة أن يكون له السلطة في رفع ما يزاحم ملكيته، وتخلص أرضه من ملك غيره، فيجوز له القلع مباشرة.

وبما أن كلا الدليلين لفظيان ومتعارضان، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فيسقطان، وتنتقل الحالة إلى الأصل العملي، وهو يقتضي الجواز؛ استناداً إلى قاعدة الحل: «كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه».^١

الوجه الثاني

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإذا امتنع رفع الأمر إلى الحاكم؛ وذلك لأن قلع المغبون للشجر تصرف في مال غيره، فلا يجوز تكليفه، وعليه الضمان وضعاً، فيراجع الغابن في قلعه، فإن امتنع راجع الحاكم؛ لكونه ولّي الممتنع.

الوجه الثالث

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإن امتنع قلعه بنفسه، من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم؛ لعدم الدليل على كون هذا المورد من الموارد التي يرجع فيها إلى الحاكم، وبما أن بقاء الشجرة في أرضه مزاحم لسلطنته، وأن التصرف من قبل نفسه ابتداء تصرف في مال الغير كان عليه مطالبة الغابن بالقلع، فإذا امتنع قام به بنفسه؛ لرفع المزاحم عن سلطنته؛ فإن مقتضي السلطنة - حينئذ - موجود، والمانع منه مفقود.

مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها

أما ما أفيد في الوجه الأول، فيتوقف التعارض والتساقط على تامة مقتضي الحجية في كلٍّ منها بالنسبة إلى المورد، وبما أن الشمول غير ممكن فيقع التعارض، وفي ما نحن فيه وإن كان عندنا قاعدتان:

١. وسائل الشيعة /١٧، ٨٩، ح٤، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، معتبرة مساعدة بن صدقة.

الأولى: قاعدة حرمة التصرف في مال الغير، ودليلها لفظي، وهو: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^١، وهو تام سندًا، ودلالة؛ لشمول إطلاقها للمورد.

والثانية: قاعدة السلطنة، ودليلها أحد أمرين:

الأول: السيرة العقلائية بضم عدم الردع عنها شرعاً، كما هو مبني غير واحد من الأعلام.

وبما أنه دليل لبي لم يحرز إطلاقه ليشمل صورة مالو أوجبت السلطنة التصرف في مال الغير، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما لم توجب التصرف في مال الغير. مضافاً إلى كونه غير مشرع لأنحاء التصرفات.

وببناء على هذا، لا يقع التعارض؛ لتمامية مقتضي دليل حرمة التصرف مع عدم المانع، وقصور دليل السلطنة.

الثاني: حديث «الناس مسلطون على أموالهم»^٢، مع دعوى انجباره بعمل الأصحاب؛ لكونه ضعيف السند.

وهو غير صالح لمعارضة دليل حرمة التصرف أيضاً، لأنه غير مشرع لجواز جميع أنحاء السلطنة، وإنما يدل على جواز خصوص التصرفات المشروعة، من دون أن يكون لأحد حق منعها، ودليل حرمة التصرف يصحح عدم مشروعية التصرف في مال الغير، فلا تعارض بينهما؛ لكون أحدهما في رتبة موضوع الآخر، وتكون نتيجة الجمع بينهما: أن الناس مسلطون على أموالهم، في حال عدم كون التصرف خلافاً للشرع، وقاعدة عدم الحل تثبت أن قلع الشجر من غير إذن المالك

١. وسائل الشيعة ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، معتبرة أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدية.

٢. عوالي اللثالي ٤٥٧/١، ح ١٩٨.

مخالف للشرع.

فالنتيجة: أنه لا تعارض بين القاعدتين، سواءً أكان المستند لقاعدة السلطة، السيرة العقلائية أم النص.

ولو شك في كون حديث السلطة مشرعاً أو لا، فالشك يرجع إلى إطلاقه، فالنتيجة هي النتيجة؛ لأن دليل حرمة التصرف في مال الغير محرز بالإطلاق، ودليل السلطة مشكوك بالإطلاق، فلا يعارضه.

فيتحصل إلى هنا: عدم جواز القلع ابتداء، بل عليه أن يراجع المالك. فإن امتنع، فهل يجب عليه مراجعة الحاكم أو يجوز له القلع بدون مراجعته؟ الحق جوازه له؛ لأن مقتضى السلطة وما قامت عليه السيرة أن له أن يدفع المزاحم عن ملكه، والرجوع إلى الحاكم الشرعي يحتاج إلى دليل مفقود، فالصحيح من بين الوجوه الثلاثة هو الوجه الثالث.

الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار
الجهة الثانية: في الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار إلى داره؟

قال الشيخ قدس سره: بأن هذه الوجوه الثلاثة ذكرت (فيها لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره)، واحتمل الفرق بينهما، بأن دخول الأغصان في دار الجار لم يكن بفعل المالك، فلا يجب إجابتة إلى القلع، بخلاف الغرس؛ فإنه بفعل الغابن.^١ وهو محل إشكال؛ إذ الفرق بينهما في الحدوث والبقاء؛ فإن غرس الشجر حدوثاً كان بفعل الغابن وباختياره، ودخول أغصان الشجرة إلى دار الجار وإن لم يكن بفعل المالك، ولا اختياره حدوثاً، إلا أنه باختياره بقاء، فلا فرق بين الموردين من هذه الجهة.

فالحق فيها أيضاً المطالبة من الجار بقطعها، وإن امتنع كان له قطعها.

التبنيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع

فصل الشهيد الثاني ^{قدس} بين الزرع والغرس، فقال بتعين إبقاء الأول إلى أوان بلوغه بالأجرة؛ لأن له أمداً يتضرر، فيصبر المغبون إلى وقت حصول الشمرة، وأما الثاني فيجوز للمغبون قلعه بعد مطالبة الغابن بذلك.^١

وما أفاده من التعليل غير تام؛ لأن لكل من الغرس والزرع أمداً إلا أنه في أحدهما أطول منه في الآخر.

ووجهه الشیخ ^{تھ}: بأن في إبقاء الزرع جماعاً بين الحقين على وجه لا يحصل منه الضرر على المغبون، بخلاف إبقاء الغرس؛ فإن في تعين إبقاءه ضرراً على مالك الأرض؛ لطول مدة البقاء.^٢

وهو غير تام أيضاً، لأن عدم الضرر على مالك الأرض لو أبقي الغرس مع إعطاء الأجرة على بقائه فيها؛ لاستيفائه المنفعة بالعوض.

وثانياً: لأن التعليل بالجمع بين الحقين فرع ثبوتهما، ولم يثبت للغابن حق في بقاء الزرع في الأرض بعد فسخ المعاملة.

فالحق أن ما ذكرناه في الغرس يجري في الزرع بعينه.

التبنيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع

لو طلب مالك الغرس القلع، فهل مالك الأرض منعه أو لا؟

ووجهان في المسألة:

١. الروضة البهية ٤٦٩/٣، طبعة السيد محمد كلانتر، قال فيها: «ولو كان زرعاً وجب إبقاءه إلى أوان بلوغه بالأجرة».

٢. المكاسب ١٩٨/٥.

الأول: أن المالك الأرض حق المنع، لأن كلاً من المالكين مسلط على ماله، فيحق للمنع منعه عن التصرف في ماله، ولا يجوز للغابن تصرفه في مال غيره إلا بإذنه.

الثاني: ما قوّاه الشيخ قيّسٌ من عدم حق المنع له، لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ملكه.^١

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي قيّسٌ: بأن الغابن وإن كان له السلطة على الغرس؛ لكونه ماله، إلا أن قلعه للشجر يتوقف على الدخول إلى أرض الغير، ولا يجوز له التصرف فيها بدون إذن مالكها، فيكون دخوله فيها حراماً، ودليل السلطة لا يجعل المقدمة الحرام حلالاً، فتحدد سلطنته بما لم توجب التصرف الحرام في مال الغابن، بخلاف سلطنة الغابن؛ فإن منعه للغابن من الدخول في الأرض، ومن التصرف فيها ليس بحرام، فإذا دار الأمر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك الغابن هو المتيّن؛ لأنه لا يلزم التصرف في مال الغير من دون العكس.^٢

ويندفع: بأنه لا شك في كون غرس الغابن الشجر في الأرض كان بحق، لأنها ملكه قبل الفسخ، فسلطنة الغابن على ماله تقتضي جواز تخلیص ماله.

نعم، هذا التخلیص مستلزم للتصرف في أرض الغابن بدون رضاه وهو حرام، إلا أن منع الغابن له من الدخول والقلع مع إرادته له، يستلزم أمرين محظيين أيضاً:

الأول: استيلاء الغابن، ووضع يده على الغرس الذي هو ملك الغير بدون رضاه، وهو حرام تكليفاً، ومستوجب للضمان وضعاً، سواء أتمسكتنا في إثبات قاعدة

١. المكاسب ١٩٨/٥.

٢. فقه الإمامية ٤٩٩/٢.

اليد، بحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١، ألم بالسيرة العقلائية.

الثاني: حبس المغبون مال الغير، ونفس حبس مال الغير وحقه عن صاحبه حرام تكليفاً، إذ يجب على من عنده مال الغير أن يؤديه إليه، وهو مخاطب بالأداء آناً فانا، كما في سائر الموارد، كأداء الزكاة، وخمس الأموال.

فالنتيجة: أن قلع الغابن للغرس يستلزم التصرّف في مال الغير، فيشمله «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»، وإبقاء المغبون للشجر، ومنعه الغابن عن القلع يستلزم الاستيلاء على مال الغير، وهو محرم، فيتعارض عموم «لا يحل» مع عموم ما دلّ على حرمة الاستيلاء، ولا مردّج في المقام، فيسقطان، فيتقوّى كلام الشيخ قيس^٢.

١. عوالي الالكي ١/١، ٢٢٤/١، ١٠٦، ٣٨٩/١، ح٢٢؛ سنن البيهقي ٦/٩٠ و ٩٥؛ كنز العمال ٥/٣٢٧، رقم ٥٧١٣؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢، ح٢٤٠٠؛ سنن الترمذى ٣/٥٦٦، ح١٢٦٦؛ سنن ابن داود ٣/٢٩٦، ح٣٥٦١؛ سنن النسائي ٣/٤١١؛ مسند أحمد بن حنبل ٥/٨ و ١٢ و ١٣؛ المستدرك على الصحيحين ٢/٤٧.

[مسألة: التصرف بالامتزاج]

طرح الشيخ ^{قدس} في حالة الامتزاج صورتين أساسيتين، لأحداها قسمان، وللآخر ثلاثة، فيكون المجموع خمس أقسام، وهي:

الصورة الأولى: امتزاج المباع بغير جنسه
وله قسمان:

القسم الأول: أن يمتزج بغيره على وجه الاستهلاك فيه عرفاً، كامتزاج ماء الورد المباع بالزيت، فهو عند الشيخ ^{قدس} بحكم التالف، فإذا فسخ المغبون العقد، يرجع إلى قيمته.^١

والتحقيق: أن يفصل بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يحصل الامتزاج من غير أن يكتسب المال أية خصوصية بواسطة الامتزاج، ففي هذه الحالة يأتي ما قاله الشيخ ^{قدس} من كونه بحكم التالف، فيرجع إلى بدله؛ بمقتضى قاعدة التلف.

الحالة الثانية: أن يكتسب خصوصية تزيد في ماليته، كما لو ارتفعت قيمة

الزيت، لكونه أصبح معطّراً، فهنا مبنيان:

الأول: ما يستفاد من الشيخ ^{قدس}، من كونه بحكم التالف.

الثاني: أن لا يعامل معاملة التالف، بل تحصل الشركة في المالية، بهذا البيان: إن المال - بعد امتراجه - صار ذا صفة أوجبت ارتفاع قيمته المالية، وبما أن الشركة في العين غير متصورة؛ لعدم الدليل عليها في المقام، فتقع الشركة في المالية، فيكون شريكاً له في المالية بنسبة ارتفاع قيمتها، فلو بيع بثمن أكثر كان شريكاً في زيادة الثمن بالنسبة.

وفي كلا المبنيين إشكال:

أما ما أفاده الشيخ ^{قدس} فيرد عليه، إن المال وإن تلف بالاستهلاك، إلا أن العين اكتسبت صفة أوجبت زيادة في ماليتها، والأوصاف وإن لم تقابل بالمال؛ لأن المال في مقابل الأعيان، فالوصاف ليست حقيقة تقيدية بالنسبة إلى الثمن، ولكنها حقيقة تعليلية، فيبدل الثمن - نزولاً وارتفاعاً - بسبب تبدلها، فكيف لا يكون للمغبون سهم من هذه المالية المرتفعة بسبب ما اكتسبته العين من الامتراج بماله؟

وأما ما أفيد في الشركة المالية، فيرد عليه: أن خروج قسم من المال عن ملك المالك - كدخوله في ملكه أو ملك غيره - على خلاف الأصل، ومالية المال التي هي أمر اعتبري مختصة بهالك المال، فخروج قسم منها عن ملكيته، ودخولها إلى ملك الغير على خلاف الأصل، يحتاج إلى دليل.

مقتضى التحقيق في القسم الأول

فالتحقيق أن يقال: بأن التلف قد حصل بالامتراج والاستهلاك لا محالة، وبما أن المغبون أعمل خياره وفسخ المعاملة الغبية، وصادف انعدام ماله في الخارج عرفاً وإن لم ينعدم واقعاً وعقلاً، فمقتضى قاعدة التلف أن يرجع إلى البطل، قيمة أو مثلاً؛ لعدم تخلّف الحكم عن موضوعه؛ فإن يده يد ضمان معاوضي؛ بحكم (ما يضمن

بصحيحه يضمن بفاسدته)، ومعنى الضمان المعاوضي أنه متى ما فسخ العقد رد العوض إن وجد، وإن لم يوجد رد بدل، ومع الرجوع إلى البدل لا يتصور أن يكون للمغبون سهم في العين، كما لا يمكن أن يكون له حقان، حق بالانتقال إلى البدل، وحق في مالية الزيت المرتفعة، فلا فرق بين الصورتين في الانتقال إلى البدل، صورة اكتساب المال خصوصية توجب ارتفاع ماليتها، وصورة عدم اكتسابها.

وأما الشركة في المالية، فهي في غير المقام؛ فإن المستند فيها السيرة العقلائية، وهي قامت في صورة بقاء العين غير تالفة، ولكنها اتصفت بصفة أوجبت زيادة قيمتها، كما في بيع العبد غير المتعلم، ثم صار كاتباً أو صانعاً أو طيباً؛ فإن الأوصاف لا تقابل بمال كي يكون شريكاً له في العين، ولا يمكن إغفال جانب الاتصال بالصفة؛ فإنها أوجبت زيادة قيمته لا محالة، ولا يعقل القول بإعطائه الأجرة؛ لأن الاتصال إن كان بعمل قام به المالك بنفسه، فهو عمل في ملكه، ولا يأخذ الأجرة على العمل في ملكه.

وإن لم يكن بعمله، بل بعمل العبد نفسه، كأن تعلم الكتابة بدون معرفة سيده، فلم يقم المالك بعمل ليأخذ الأجرة عليه. فيتعين القول بالشركة في المالية.

وأما في ما نحن فيه فالفرض أن المبيع قد استهلك في مال الغابن بالامتزاج فهيا بحكم التالف، فلا تتصور الشركة في المالية، فيكون الحق مع ما ذهب إليه الشيخ ^{قدس} .
القسم الثاني: أن يمتزج بغيره، لا على وجه الاستهلاك، كالعسل المترج بالخل، ففيه وجهان:

الأول: أن يكون بحكم التالف، ولم يذكر الشيخ ^{قدس} وجهاً له^١ ، فالظاهر أنه

١. أشار الشيخ ^{قدس} في المكاسب ٥/١٩٩ إلى الوجه في نسخة ش كما في الهاشم ٢ حيث قال: «ومن تغير حقيقته...».

ناظر إلى أن ما انتقل من المغبون هو العسل، وما يراد إرجاعه ليس هو العسل بصورته النوعية، وقوام وجود أية حقيقة بصورتها النوعية، فإذا زالت انعدم عرفاً، فيكون بحكم التالف.

إشكال المحقق الإيرلندي على الشيخ ودفعه
وأورد عليه المحقق الإيرلندي^١ : بأن الأحكام العقلية غير قابلة للتخصيص، فكما أن الصورة النوعية للعسل قد انعدمت، فكذلك الخل الممتزج معه؛ لتساوي نسبة الامتزاج بينهما، فإن قلت بتلف العسل الذهاب صورته النوعية، فعليك أن تقول بذلك في الخل، فيلزم أن يكون المزيج غير ملوك لأحد، وهو باطل بالضرورة.
ولكنه غير وارد؛ لأن تغيير الصورة النوعية لكتلتها كان في ملك الغابن،
فتتحول المادة المملوكة للغابن من صورتها النوعية للعسل والخل إلى صورة ثلاثة وهي (السكنجبين)، فيملكونها من يملك المادة، فلا يلزم من تغيير صورتها النوعية إلى ثلاثة خروجها عن ملكه بخلاف العسل؛ فإنه انتقل من ملك المغبون إلى الغابن بصورة العسلية، فلما فسخ المغبون المعاملة لم تكن الصورة النوعية للعسل - التي بها قوام مال المغبون - موجودة، بل تبدل بسبب الامتزاج إلى صورة نوعية أخرى، فكان تالفاً عرفاً وقت الفسخ، فينتقل إلى البدل.

الثاني: حصول الشركة بينهما، وقد وجّه بعده توجيهات:

مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك

١- ما أفاده الشيخ^٢ وغايته: حصول الاشتراك قهراً لو كان العسل والخل مالكين فامتزجا، فيكون المالكان شريكيين في الممتزج، فكذلك المقام.^٢

١. حاشية المحقق الإيرلندي^٢ ٣٨/٢.

٢. التعليل موجود في المكاسب ٥/١٩٩، الهاشم، نقلأً عن نسخة ش.

وهذا المقدار من الدليل غير تام؛ لكونه قياساً، إذ لقائل أن يقول: بأن المالين إذا كانا مالكين وامتزجا حصلت الشركة الظاهرة، كما في المقياس عليه، ولكن إذا كان المalan لواحد وامتزجا عنده، فلا معنى الحصول الشركة في ماله، وما نحن فيه كذلك؟ فإن كلا المالين كانا ملكاً للغابن حين الامتزاج، ولم يحصل امتزاج آخر بعد فسخ المعاملة، فجعل المقام كالمقام الآخر قياس لا نقول به.

مختار المحقق الخراساني ومناقشته

٢- ما أفاده المحقق الخراساني ^{تيس}، من أن مقتضى الفسخ، هو رجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه الأول، فالأجزاء الخلية ترجع ملكاً للآخر - صاحبها الأول -، وبما أنها ممتزجة مع الأجزاء العسلية، وكل واحد منها مالك، فيحصل الاشتراك قهراً، كما في صورة الامتزاج بالجنس، مثل ما لو امترج الزيت بالزيت؛ حيث إن ملاك الشركة فيه موجود في المقام بعينه.^١

وهو محل إشكال؛ فإن في حالة الامتزاج بالجنس لم تتبّدّل الصورة النوعية، وإنما انفلى التمايز بين أجزاء الشخصين، بخلاف المقام؛ لأنفقاء الصورة النوعية لكل من العسل والخل، وحدوث صورة نوعية ثالثة، فلا يوجد - فعلاً - عسل ولا خل، فالأجزاء الخلية بها هو خل معدومة، وإنما الموجود مادة الخل، وكذلك الحال في العسل، ولا ينبغي الخلط بين العسل والخل وبين مادتهما.

ومن هذا يظهر أن قياس ما نحن فيه على الامتزاج بالجنس مع الفارق؛ فإن المال حينما كان عند المغبون كان عسلاً أو خلاً، وعند الفسخ ليس بخل ولا عسل، فالملاك الموجود في ذلك المقام غير موجود في هذا المقام.

١. حاشية المكاسب للمحقق الخراساني / (١٩٦-١٩٥).

مختار المحقق النائي ومناقشته

٣- ما أفاده المحقق النائي قىٌّ وحاصله: أن الخصوصية العينية الشخصية لكل من العسل والخل - بعد الامتزاج وتبديل الصورة النوعية - لا يمكن أن يتعلّق بها الحكم تكليفاً ولا وضعاً، إذ من الواضح أن يتوجّه - بعد فسخ المغبون - خطاب تكليفي للغابن بردّ مال المغبون، وخطاب وضعي بالضمان؛ إذ لم تكن يده مجانية حسب الفرض، وبما أن الأجزاء العسلية غير قابلة للرد، فينتفي موضوع كل من الحكم التكليفي، والوضعي، فيتعلّق الحكم الوضعي بأصل المالية، وضمان المالية على نحوين:

أحدّهما: **«الشركة في الشمن»**: أن يكون مورد الضمان نفس القيمة، بمعنى أن

يبيع المال، ثم يقسّم الشمن.

والآخر: الشركة في العين بحسب الماليّة، بمعنى أنها يشتّر كأن بنسنة الشمن، فإذا كانت قيمة العسل دينارين، وقيمة الخل ديناراً كأنها مشترّكين بنسنة الثالث، فلصاحب الخل ثلث المزوج، والثثان لصاحب العسل.^١

وفيه: أولاً: أن ما لا شك فيه أن مقتضى قانون الفسخ هو رجوع ما خرج عن الملك إليه، وأما الشركة فهي على خلاف الأصل من جهتين، فلا يصار إليها إلا بدليل؛ فإن متعلّق الملكية في مفروض الكلام هو هذا العسل، وهذا الخل، وبمقتضى الشركة التي أفادها المحقق النائي يكون متعلّقها الحصة من المزوج، فتبديل متعلّق الملكية يحتاج إلى دليل؛ فإن كل ملوك حادث يحتاج إلى سبب اختياري كالعقد، أو قهري كالإرث، أو مثل الحياة.

وثانياً: أن ما انتقل من المغبون كان مفرزاً معيناً، وما سيرجع إليه مشاعاً، وبينهما تبادل.

١. منية الطالب ٣/١٥٣-١٥٤).

وأما ما أفاده ^{قد} من عدم إمكان تعلق الحكم التكليفي والوضع بالخصوصية العينية الشخصية، فلا يصلح لأن يكون دليلاً على الشركة؛ لكونه أعم من المدعى؛ إذ بما أن العين - وقت الفسخ - تالفة، فمقتضى قانون الفسخ الانتقال إلى البدل، وأما الانقلاب إلى الشركة فلا دليل عليه.

مختار السيد اليزدي ومناقشته

٤- ما أفاده الفقيه النبيه السيد اليزدي ^{قد} ضمناً؛ حيث قال: بأن المغبون ^خير بين أخذ العوض، وبين اختيار الشركة؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، فله المطالبة به، ويكون طريق ذلك الشركة في الثمن، لا في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أن يطالب العوض؛ لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز.^١

وفي كلامه أربعة مطالبات:

- ١- نفي الشركة في العين؛ لعدم الدليل عليها.
 - ٢- إثبات الشركة في الثمن؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، وطريق الوصول إليه بالشركة في الثمن.
 - ٣- إثبات المطالبة بالعوض؛ لبدل الحيلولة.
 - ٤- جواز الشركة في العين مع التراضي.
- والتحقيق يقتضي أن تلاحظ هذه النقاط على حدة، فيكون في كلامه جهات من الإشكال:

الأولى: استدلاله على الشركة في الثمن؛ بكون عين ماله موجوداً في الضمن،

١. حاشية السيد على المكاسب ٥٦٣ / ٢.

غير صحيح بعد الامتزاج وزوال الصورة النوعية؛ فإن الموجود مادة المال، وماهية الأشياء تدور مدار الصور، لا مدار المواد، فالقول بتبدل الصورة النوعية ووجود عين المال جمع بين الصديرين، فإن العين إذا كانت موجودة فالصورة النوعية محفوظة، وإن كانت الصورة متبدلة فالعين غير موجودة، وإنما الموجود مادتها.

الثانية: أن العين إذا كانت موجودة فالأقرب ماله هي الشركة في العين، وهي طريق الوصول إليه، لا الشركة في الثمن، وينبغي حفظ المراتب في المالية.

الثالثة: جعله العوض أحد طرفي التخيير؛ استناداً إلى بدل الحيلولة غير تام؛ لأن دليل بدل الحيلولة هو الإجماع، والقدر المتيقن منه فيما لو كان ماله موجوداً، ولم يتيسر الوصول إليه مؤقتاً، وفي فرض تبدل الصورة النوعية لا يمكن الوصول إلى العين الشخصية أبداً، فلا دليل على بدل الحيلولة.

الرابعة: قوله: (ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز)، لا محصل اله؛ لأن الجواز في الشريعة إما حكمي أو وضعني، ولا إشكال في كون المراد به هنا هو الوضعني، بمعنى تحقق الشركة في العين، ومعناه تحول الملك المفروز المنحاز لكل واحد منها إلى ملك مشاع، ولا ينفي عدم كون الرضا أحد أسباب تبدل الملك بملك، وزوال ملك وحصول آخر؛ فإن أسباب حصول الملكية في الشريعة معينة، وليس من بينها الرضا بها.

الخامسة: قال ^{قتـ} بالتحيير بينأخذ العوض والشركة في المال، ولا ينفي أن التخيير يحتاج إلى دليل، فإما أن يكون بالدليل الخاص، أو بالدليل العام، أما الدليل الخاص على التغيير في المقام فهو منتفٍ قطعاً؛ فإنه لم يرد إلا في موارد خاصة، كالتحيير بين خusal الكفار، وليس المقام منها.

وأما الدليل العام فهو منحصر في مقامين:

الأول: مورد التزاحم، وذلك فيما إذا كان المقتضي في كل من الدليلين للحكمين

موجوداً، والمانع منه مفقوداً، ولكن لا يمكن الأخذ بكليهما معاً في مقام الامتناج، كما أن الأخذ بأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح، وأحدهما المردود غير معقول؛ لأن المردود لا ذات له ولا وجود، فلا يكون موضوعاً للحكم، فيحکم العقل بتقييد إطلاق كل من الواجبين بترك الآخر، فالنتيجة التخيير.

الثاني: مورد التعارض؛ وذلك فيما إذا لم يمكن شمول دليل الحجية لكلا الدليلين؛ للتنافي بينهما، ولم يوجد مرجح لأحدهما، من موافقة الكتاب، ومخالفة العامة، فيحکم بالتخیير.

والحاصل: أنه لا دليل على القول بالتخیير في المقام؛ لانتفاء الدليل الخاص قطعاً، وعدم كون المورد من موارد التعارض أو التزاحم.

الحق في هذه الصورة والحقائق بالاتباع - بعد اتضاح وهن جميع الوجوه المذكورة للشركة - هو الانتقال إلى البدل؛ لكونه تالفاً عرفاً؛ وذلك لأن الامتناج، يكون تارة بين ملكي مالكين، كما لو كان العسل لشخص، والخل إلى آخر، فلا شك في وقوع الشركة القهيرية، وأخرى يكون بين جنسين مالك واحد، فلا تعقل الشركة، وما نحن فيه من قبل الثاني؛ لأن المالين - بعد المعاملة - صارا في ملك الغابن، وحصل الامتناج بينهما وهم في ملكه، فلا معنى لحصول الشركة حينئذ، ولما فسخ المغبون لم يحصل امتناج جديد، فَفَسَخَ المغبون وما له حين الفسخ تالفاً عرفاً؛ لأن الموجود قبل المعاملة غير موجود فعلاً، فتنطبق عليه قاعدة الفسخ، من رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه السابق إن وجد، وإن كان تالفاً انتقل إلى بدلته.

الصورة الثانية: امتناج المبيع بجنسه
كما لو امتنجت حنطة المغبون بحنطة الغابن، وله ثلاث أقسام:

القسم الأول: أن يمتنج المبيع بالمساوي من حيث الجودة والرداة، وحكم

الشيخ ^{قدس} بثبوت الشركة، ولم يقم على ذلك دليلاً^١

أ: في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين

ولا يخفى أن المالين تارة يكونان لمالكين، وأخرى لمالك واحد، فإذا كانا لمالكين، وكانا متساوين في الجودة والرداة فامتزجا، حصلت الشركة القهرية بينهما على الشهر، ولكن ينبغي تنقية الأصل في المسألة أولاً، فنقول:

إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، فالأصل يقتضي بقاء كل من المالين على ملك مالكهما؛ وليس في الامتزاج سبيبة عقلية، ولا شرعية على الخروج عن ملك مالكه.

وإن قلنا بمقالة الفاضل التراقي ^{قدس}، من عدم جريان الاستصحاب فيها، فالأمر مشكل؛ لأن استصحاب المجموع - وهو بقاء الملكية بعد تحقق الامتزاج -

معارض باستصحاب عدم جعل الملكية له بعد الامتزاج، فلا يجري^٢.

فليس في المقام ما يمكن الاستناد إليه إلا ما يدعى من الإجماع، وهو ثابت عند القوم، إلا أنه لا معقد له؛ لكي يتمسك بإطلاقه لو شك في سعته وضيقه، فيقتصر فيه على فرض ثبوته - على القدر المتيقن، وهو ما لو حصل الامتزاج بين المتجلانسين.

ولكن يرد عليه: أولاً: أنه لم يثبت الإجماع المحصل، والمنقول غير مقبول.

وثانياً: أنه - على فرض ثبوته - لا يكشف عن رأي الموصوم ^{قدس}، ولا عن دليل معتبر؛ لكونه مدركيًّا أو محتمل المدرك؛ فإن عدّة من الأعاظم من قال بالشركة قد استند إلى السيرة العقلائية، فتحن والسير.

١. المكاسب ١٩٩/٥.

٢. إن قيل: هل جعل الملكية من قبيل جعل الحكم تدريجي الحصول، بحيث يكون لك آن ملكية؟ فالجواب: أن تعارض استصحاب بقاء المجموع وعدم الجعل ليس مختصاً بالأحكام التدريجية كما يظهر بمراجعة كلام النراقي والمحقق السيد الخوئي قدس سرهما.

وإذا انتهى الأمر إلى السيرة، فلا تكون حجة إلا إذا تحقق فيها أمران:
الأول: أن يحرز قيامها بين العقلاء، بحيث يرون حصول الشركة العينية بمنحو الإشاعة بمجرد امتراج المالين، ومع احتمال أنهم يرون بيعها [وهي الشركة في المالية]، أو تردد الأمر بين هذين الأمرين لا تثبت السيرة.

الثاني: أن يحرز اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام، وتقضى من قبله ولو بعدم الردع، مع كونها بمرأى ومسمع منه.

وفي إحراز ذلك - وإن كان ليس بعيد - تأمل ونظر، كما أن كون الشركة في العين من جملة المركبات العقلائية في غاية الإشكال.

وتوسيع ذلك: أن سيرة العقلاء على نحوين:

١- ما يكون بحد الارتكازات العقلائية، التي هي عبارة عن الأمور المفطور عليها العقلاء بما هم عقلاء، كاستنادهم إلى إخبار الثقة؛ فإنهم يرتبون الأثر عليه، ويعملون على طبقه بمجرد إخباره من دون توقف.

وفي مثل هذا لا يحتاج إلى بيان إحراز الاتصال بزمان المعصوم عليه السلام لكي نحرز الإمضاء؛ لأنها متصلة وثابتة حتى في زمان المعصوم عليه السلام فهي مضادة، ولكن ليست سيرتهم المدعاة على الشركة في العين في ما نحن فيه من هذا القبيل، كما يشهد له اختلافهم في دليل الشركة؛ إذ عدّة استندوا إلى الإجماع، وأخرون إلى السيرة، واحتلوا في الشركة نفسها؛ إذ لا معنى للاختلاف مع كونها من الأمور الارتكازية، فمتي ما عرض الأمر على العقلاء، فتوقفوا فيه ولو آنًا ما، ثم اختاروه بدليل أو برهان علمنا أنه ليس من جملة المركبات، ففيما نحن فيه مثلاً يستدل العقلاء ببرهان السبر والتقييم على الشركة؛ حيث يقولون مثلاً: إن هذا المال الممتزج بعشه ملك لأحدهما، ولا يمكن إفراز ملكه ليترتب عليه آثار الملكية، فلا بد أن يكونا مشتركين في كل

١. المال.

٢- والقسم الثاني هو الذي لم يصل إلى هذا الحد، فإن ثبتت السيرة اشترط فيها إثراز الاتصال، والإمضاء ولو بعدم الردع، ولم يثبت.

فممحصل البحث: أن مقتضى الأصل العملي بقاء العين على ملك مالكها، فإن ثبت الإجماع، أو السيرة العقلائية على الشركة في العين رفعنا اليد عن الأصل، وإلا فلا، ولم يثبتا، فالحق أن الشركة في المالية بنسبة ما لها من العين.

هذا إذ كان الملاآن متساوين في الجودة والرداة. [القسم الثاني والثالث] وأما لو اختلفا، فالسيرة قائمة على الشركة في العين بنسبة مالية المالين، بمعنى أنه لو امترج كيلو حنطة من الجيد، بكيلوين حنطة رديئة، لم يبنَ على التثلث، فيقسم أثلاثاً، بل تلاحظ القيمة، ويشتركان في العين بنسبة قيمة المالين.

ومع قيام هذه السيرة وثبوتها لا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية كل مال على ملك مالكه كما هو ظاهر، والاحتياط في الصلح.

وكيف كان فالمسألة لا تخلو من إشكال، كما ذكرنا وجوهه فيها، وهذا تجد الاضطراب في كلمات أعيان الفن، فالسيد الفقيه اليزدي فقيه استظهر إجماعهم على الشركة في العين، واستشكل فيه، واختار الشركة في الثمن؛ لأنه الطريق إلى التوصل إلى الملك، ثم قال: لو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، ثم استشكل فيه من جهة أن الإعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله

١. قيل للشيخ الأستاذ الله: بأن الاختلاف وقع في خبر الثقة أيضاً، فخالف في حججيه ابن ادريس، فكيف يكون من المرتكزات العقلائية؟

فأجاب الشيخ الأستاذ الله: بأن ابن ادريس لم ينكر سيرة العقلاء على ذلك، وإنما ادعى ردعها من قبل الشارع.

من إعطاء العوض؛ حيث إنه مشتمل على ماله وغيره، هذا ما أفاده في الحاشية.^١ وأما في العروة فاختار الشركة الظاهرية في العين^٢، التي هي محل إشكال ومناقشة، بل غير معقولة؛ لأن موضوع الحكم الظاهري الشك في الواقع، فإذا أحرز بحسب الواقع عدم الشركة، فلا يعقل الحكم بالشركة الظاهرية.

والمحقق السيد الخوئي قدّم ذهب في مصباح الفقاهة إلى تحقق الشركة في العين^٣، وفي المستند جزم بعدم تحقق الشركة في صورة امتزاج دراهم بدراهم، ولم يستبعد ذلك في امتزاج الحنطة بالحنطة^٤، فيبقى المال على ملكه، وفي المنهاج قال بتحقق الشركة.^٥

ب: في امتزاج المالين إذا كانا مالك واحد
 وأما إذا كان الملايان مالك واحد، كما في ما نحن فيه؛ حيث إن المالين كليهما للغابن حين الامتزاج، بمعنى أن حنطة المغبون صارت ملكاً للغابن وقد امتزجت مع حنطة أخرى له، فلا وجه صحيحًا للشركة؛ إذ لا معنى لحصول الشركة وقت الامتزاج؛ لكونهما ملكين مالك واحد حينئذ، ولا تتعقل الشركة في مالي رجل واحد. نعم، ربما تصحّح الشركة، بدعوى رجوع حصة المغبون إلى ملكه آناً ما قبل الفسخ، فيحصل الفسخ والحنطة لها، لا لخصوص الغابن، فتحصل الشركة القهيرية بين المالين، فيكون بحكم مال المالكين.
 ولكنه غير قابل للقبول؛ لأن الملكية الآنية أمر على خلاف ما عليه سيرة العقلاة

١. حاشية السيد اليزدي على المكاسب ٢/٥٦٤.

٢. قال في العروة ٥/٢٧٣، ط. مؤسسة النشر الإسلامي.

٣. مصباح الفقاهة ٦/٣٦١.

٤. قال في مستند العروة الوثقى ٣١/١٨٢.

٥. قال في منهاج الصالحين، ٢/١٢٢، باب المعاملات، المسألة ٥٥١.

في معاملاتهم، فلا يصار إليه إلا بدليل تعبدى، كما في المعاطة؛ حيث إن الجمع بين الأدلة اقتضى القول بالملكية آنًا ما؛ إذ الجمع بين القول بعدم إفادة المعاطة إلا الإباحة من جهة، وبين قيام الإجماع القطعى على صحة التصرفات الاعتبارية للمشتري في ما أخذه من جهة ثانية، وبين «لا بيع إلا في ملك» من جهة ثالثة، هو القول بالملكية الآنية، فيقال بانتقال المأخذ إلى ملك الأخذ آنًا ما قبل بيعه له، ثم بيعه.

وكما في سهم الإمام عليه السلام على ما هو التحقيق؛ فإنه ملك للإمام عليه السلام، وإنما يجوز للفقيه صرفه فيما يرضي الإمام عليه السلام، ونتيجة ذلك جواز إعطائه إلى من يستحق السهم، مما يحرز رضا الإمام عليه السلام في إعطائه إياه، ومقدار ما دل عليه الدليل: أنه له على نحو الإباحة في التصرف، ولكن بما أنه سيضطر جزماً إلى الشراء به، لقضاء حاجاته، فيقال جماعاً بين الأدلة بتملكه له آنًا ما ثم يشتري به.

ولا يوجد مثل هذا الدليل في المقام، فلا وجه للملكية الآنية.

وحاصل البحث: أن المالين إذا كانوا من جنس واحد، سواء أكانا متساوين في الجودة والرداة، أم مختلفين، فالقاعدة تقتضي الانتقال إلى البدل؛ لأن الامتزاج قد تم حال كونهما في ملك الغابن، ولا مورد للشركة حينئذ، فلما فسخ البيع كان مقتضى قاعدة الفسخ أن يردد مال المغبون بعينه، لا على نحو الإشاعة؛ إذ لا دليل عليها، ولما لم يمكن ذلك؛ الحصول الامتزاج عند الغابن، انتقل إلى بدله.

وبعبارة أخرى: إن قانون الفسخ أن ترجع الملكية التي كانت بين المالك والمملوك إلى سابق وضعها، لا بمعنى أن ترجع الملكية بشخصها، بل بنسخها، وبما أن المملك الذي انتقل عنه كان مفروزاً، وملكيته لم يكن أحد يشاركه فيها، فلا بد أن يعودا كذلك، ورجوعهما مشاعاً نقض لقانون الفسخ.

فالنتيجة: أن مقتضى الفسخ عود ما انتقل عنه إليه، فإن لم يوجد انتقل إلى بدله،

قيمة أو مثلاً.

ثم إنّه إذا قلنا بالشركة في العين على حسب المالية حين امتزاج الحنطة الرديئة بالجيدة، فقُهراً يكون سهم صاحب الجيدة أكثر من سهم صاحب الرديئة، فإذا كان الأجدود يساوي قيمتي الرديئيّة كان المجموع بينهما أثلاً.

دعوى الشيخ الطوسي الريا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها ولكن ردّه الشيخ الطوسي تقطّع - في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله - بأنه يستلزم الربا^١؛ وذلك لأنّ ما أخذه من بعد الامتزاج^٢ أكثر من ما سلمه قبله. وعلق عليه الشيخ الأنصاري عليه السلام بقوله: (وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة)^٣.

وتفصيّع ذلك: أن الالتزام بالربا في المقام، بناء على الشركة في العين يتنّي على [أمور ثلاثة]:

الأول: أن يستفاد من أدلة حرمة الربا عموم حرمتها لكل المعاوضات، لا خصوص الريع.

الثاني: أن يلتزم بجريان الربا حتى في المعاوضات القهريّة، ولا يختص بالمعاوضات الاختيارية.

الثالث: أن الشركة القهريّة بالامتزاج هي إحدى المعاوضات القهريّة. وفي كل منهم بحث، ولو فرض أن أدلة حرمة الربا لا تختص بالبيع، بل تشمل كل معاوضة، فلا شكّ أنها تختص بالمعاوضات الاختيارية، ولا تشمل القهريّة كما في ما نحن فيه.

١. المبسوط / ٢ (٢٢٦-٢٢٥).

٢. إذا امتزج ماله بما هو أردي منه.

٣. المكاسب / ٥ (١٩٩).

ولو سلم شموها لكل معارضة لم يسلم صدق المعاوضة على الشركة القهرية؛ لعدم حصول المقابلة والمبادلة في الشركة في العين الحاصلة بالامتزاج، بحيث يصدق عليه أنه بدل ماله القليل بمال أكثر؛ ليصدق عنوان المعاوضة؛ فإن ما حصل فيها هو انعدام الملكية السابقة واستحداث ملكية جديدة.

والحاصل: أن ما حسنه الشيخ فيس من صدق الربا على المالين المترجين، إذا كانا من جنس واحد، وتتوفرت سائر شرائط الربا من المكيل والموزون، يتوقف على الالتزام بأمور ثلاثة:

الأول: أن يلتزم بشمول أدلة حرمة الربا لـكل معاوضة، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بشمول أداته للمعاوضات الاختيارية والقهرية.

الثالث: أن يلتزم بأن الشركة القهرية بالامتزاج فرد من المعاوضات.

ولا أقل من إجمال دليل حرمة الربا، ومقتضى القاعدة في المجمل المردّد بين

الأقل والأكثر، الاقتصر على الأقل، وهو غير الشركة القهرية في العين، فيتنفي إشكال الربا فيها.

مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن

أفاد الشيخ قدس سره: بأن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون، والتلف، إما بآفة، أو بإتلاف أحدهما، أو بإتلاف الأجنبي، فالصور ثمان؛ إذ يتصور التلف عند أي منها على أربع صور، فالمتصور في تلف ما وصل إلى المغبون:

- ١- أن يكون التلف بآفة سماوية.
 - ٢- أن يكون التلف بإتلاف الغابن.
 - ٣- أن يكون التلف بإتلاف المغبون.
 - ٤- أن يكون التلف بإتلاف الأجنبي.
- وهكذا بالنسبة إلى ما وصل إلى الغابن.

في حكم تلف ما عند المغبون

أما بالنسبة إلى تلف ما عند المغبون فأفاد الشيخ قدس سره.

١ و ٢- بأنه إن كان بآفة أو من المغبون، فعلى مبني من قال بسقوط الخيار في حال انتقال المبيع عن الملك بعقد لازم، فهو يقول هنا بالسقوط بطريق أولى؛ لأنه إن قال بسقوطه في التلف الحكمي، فهو يقول بسقوطه في التلف الحقيقي بالأولوية القطعية.

لتكن قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن ما نحن فيه، وتوضيح ذلك:

أن الخيار لو كان هو حق رد العين، لسقط الخيار في التلف الحكمي وال حقيقي، ولكن التحقيق أنه حق فسخ العقد، فمتعلقه العقد، وهو باقٍ حتى بعد التلف الحقيقي، فضلاً عن الحكمي، فيبقى الحق المتعلق به.

وعليه، فإذا فسخ المغبون العقد، وبالنسبة إلى ما عند الغابن، إن كان موجوداً رد المغبون إلى ملكه، وإن كان تالفاً أخذ بده.

وأما ما عند المغبون، فالفرض أنه تالف، فينتقل الضمان إلى البدل، مثلاً أو قيمة، حسب قاعدة التلف، ولكن الكلام في قيمة ما يغره، هل هي قيمة يوم التلف؟ أو يوم الفسخ؟ وذلك مع اختلاف القيمة بين الزمانين، لأن حصل التلف قبل الفسخ بأيام وقد ارتفعت القيمة.

ومقدار ما أفاده الشيخ عليه السلام ذكر الوجهين على نحو الترديد، ولم يبين الوجه فيها.^١

٣- وإن كان التلف بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتَلِّف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل؛ إذ هو ملكه حين التلف، فمن حقه الرجوع إليه - ثم ظهر الغبن، ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ.

والوجه فيه: أن الضمان بالنسبة إلى الأجنبي يكون في زمان الإتلاف؛ «فإن من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، فإذا فسخ المغبون كان البدل بدل ما أتلفه الأجنبي،

١. [وقد بحثنا في مسألة المثلي والقيمي أنّ الأصل في البدل المثل وإذا انتقل إلى القيمة تكون قيمة يوم الاداء فراجع كتابنا «الآراء الفقهية» ٥٥٠ / ٥].

فإن لم يأخذه المغبون رجع الغابن إلى الأجنبي، وإن أخذه رجع الغابن إليه.^١

٤- وإن كان بإتلاف الغابن ففيه ثلاث صور:

١- أن لا يفسخ المغبون فیأخذ البدل من الغابن، لأن «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، فعلى الغابن أن يخرج من عهدة البدل، إن كان قيمياً بالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

٢- أن يفسخ المغبون من دون إبراء الغابن، فیأخذ منه الثمن، وليس على المغبون شيء؛ لأن الغابن قد أتلف ما وجب عليه ردّه.

٣- أن يفسخ المغبون، ولكن كان إتلافه قبل ظهور الغبن، وأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغين ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة إلى الغابن، لأن ما أبرأه بمنزلة المقوض؛ لأن إبراء الذمة بمنزلة وصول التالف إليه.

في حكم تلف ما عند الغابن
وأما إذا تلف ما عند الغابن، فالصور أربع أيضاً:

١ و ٢- فإن كان التلف بآفة، أو بإتلاف الغابن، ففسخ المغبون أخذ البدل، وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ؛ إذ النسبة بينهما عموم وخصوص من وجهه، قولان، ظاهر الأكثر الأول.^٢

٣- وإن كان بإتلاف الأجنبي، وفسخ المغبون المعاملة، ففي رجوع المغبون إلى الأجنبي أو إلى الغابن احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يرجع بعد الفسخ إلى الغابن، والوجه فيه أمران:

١- أنه الذي يرد إليه العوض؛ بمقتضى قانون الفسخ من رجوع المال المتنقل إلى

١. إلى المغبون.

٢. ومحترانا قيمة يوم الأداء كما مرّ.

من انتقل عنه، فيؤخذ منه المعارض أو بدله.

٢- أنه ملك القيمة على المتألف؛ لحصول التلف وهو في ملكه، فهو الذي يطالب الأجنبي؛ لأنّه ماله، فلا وجه لرجوع المغبون إلى المتألف.

الثاني: أن يرجع إلى الأجنبي المتألف؛ لأن المال في ضمانه، فلما فسخ المغبون كان له - بمقتضى قانون الفسخ - أن يأخذ العين إن وجدت أيّنما كانت، وإن لم توجد فيأخذ بدها، فما لم يدفع الأجنبي العوض فنفس المال في عهده.

الثالث: التخيير بين الرجوع إلى الغابن والرجوع إلى الأجنبي؛ أمّا الغابن؛ فلأنه ملك البدل، وأما المتألف؛ فلأن المال المتألف في عهده قبل أداء القيمة.

٤- وإن كان بإتلاف المغبون، فالمستفاد من كلام الشيخ قدس سره ثلاث صور:

الأولى: أن لا يفسخ المغبون المعاملة، فيغفر بدل ما أتلفه عند الغابن؛ لأن «من أتلف مال غيره فهو له ضامن».

الثانية: أن يفسخ المعاملة، ولم يبرئ الغابن ذمة المغبون، فيأخذ الغابن ماله من المغبون.

الثالثة: أن يفسخ المعاملة، ولكن أبرأه الغابن من بدل المتألف قبل الفسخ، فظهر الغابن ففسخ، ردّ المغبون الثمن، ولم يأخذ قيمة المتألف؛ لأن المبرأ منه كالمحبوب.

هذا حكم جميع الصور التي أفادها الشيخ قدس سره وبينها بطولها وأوضحتنا الأحكام فيها بوجوهاها^١.

ولا ينفي عدم الثمرة في التقسيم؛ لأن الحكم واحد في الصورتين، فحكم إتلاف الأجنبي واحد، سواء أكان التالف ما عند الغابن أم كان عند المغبون، وكذا بالنسبة إلى إتلاف أحدهما، أو إذا كان بأفة.

مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه

الكلام في ثبوت خيار الغبن في المعاوضات المالية غير البيع يتنبى على المستند في خيار الغبن، وقد أطال الشيخ ^{فتى} في ذكر الأقوال، ونقل الكلمات، والمهم ذكر المباني وما يتنبى عليها، فنقول:

إن ما ذكر من المستند في خيار الغبن ستة أدلة:

الأول: الإجماع.

الثاني: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾^١.

الثالث: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^٢.

الرابع: أخبار تلقي الركبان.

الخامس: قاعدة (لا ضرر).

السادس: الشرط الارتكازى.

والعمدة بين هذه الأدلة ثلاثة: الإجماع، وـ(لا ضرر)، والشرط الارتكازى؛ فإن أخبار تلقي الركبان ضعيفة سندًا، موهونة دلالة، والآية بعديها - المستثنى والمستثنى

١. سورتا البقرة / ١٨٨ و النساء / ٢٩.

٢. سورة النساء / ٢٩.

منه - غير تامة الدلالة على المدعى.

حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، كما ذهب إليه جماعة من الأعاظم، فلا يثبت في غير البيع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون المخصوص لعموم **﴿أَوْنُوا بِالْعُقُود﴾**^١ الدال على لزوم كل عقد، دليلاً لبياً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص البيع، ويتمسك بالعموم في الباقي.

حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند «لا ضرر» كما عليه جماعة كثيرة من الفقهاء؛ باعتبار أن اللزوم في البيع الغبني حكم ضرري، وهو منفي في الإسلام، فالخيار يثبت في جميع المعاملات المعاوضية الغبنية؛ لنفس المناط، ويستثنى خصوص ما لو أقدم المتعاملان أو أحدهما على الضرر؛ فإن الضرر لا يستند إلى الشارع حينئذ، وإنما إلى نفس من أقدم عليه.

حاجة لا ضرر للجبر عند المحققين الخراساني والأصفهاني ورده
نعم، قال المحقق الأصفهاني **قدّس سرّه** في المقام:

(نعم، إذا قلنا بأن قاعدة الضرر تحتاج في العمل بها إلى الجابر أمكن الإشكال في خصوص الصلح؛ حيث لا شهادة على جريان خيار الغبن فيه؛ لتكون قاعدة الضرر مجبورة بعمل المشهور).^٢

وقد سبقه بهذا المعنى المحقق الخراساني **قدّس سرّه** أيضاً، حيث قال في حاشيته على المكاسب: «وعدم الحاجة في الاستناد إلى نفي الضرر، إلى الجبر بعمل معظم

١. سورة المائدة / ١.

٢. الحاشية على المكاسب ٣١٩ / ٤.

الأصحاب، وإلا فلا يصح الاستناد إليه في ثبوته في غير البيع؛ لعدم ظهور الاستناد من معظم إليه، وإلا في البيع»^١.

ولكنه مما لا وجه له؛ لأننا نحتاج في حجية الخبر إلى ركين: تمامية السندي، وتمامية الدلالة، وكلاهما تامان في حديث «لا ضرر»، فلا حاجة إلى الجبر بعمل الأصحاب؛ فإنما إنما نحتاج إليه - على القول به - في مورد ضعف السندي لينجبر ونه به، أو في مورد قصور الدلالة فيرفع قصورها بعمل الأصحاب.

إن قيل: بأن التمسك بـ«لا ضرر» في المقام يستلزم تخصيص الأكثـر. قلنا: بأن كثيراً من الموارد التي تخرج من دائرة «لا ضرر» إنما تستلزم كثرة التخصيص، لا كثرة التخصيص؛ فإن الموارد التي تكون مبنية على الضرر من أول تشريعها، كالجهاد، والدفاع، خارجة من تحت «لا ضرر» تخصيصاً، وكذلك موارد إقدام المكلف على الضرر.

حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازـي
وإن كان المستند الشرط الارتكازـي، القائم بين العقلاـء في معاملاتهم، على أن لا يكون تفاوت فاحش بين العوض والمعوض، فتختلفـه في أي مورد اتفق يوجب الخيار، فيختلفـ الموارد:

فإن قـامت قـرـينة نوعـية على أن المعـاملـة مـبنـية على المـدـافـة، كـما في الصـلـحـ الـذـي يـرادـ به نـتـيـجـةـ الـبـيـعـ أوـ الإـجـارـةـ، فالـتـفـاوـتـ الـفـاحـشـ بـيـنـ الـعـوـضـيـنـ مـوجـبـ لـلـخـيـارـ؛ لـتـخـلـفـ الشـرـطـ الـارـتكـازـيـ.

وإن قـامت قـرـينة نوعـية على المسـاحـةـ، كـما في الصـلـحـ الـذـي يـرادـ به رـفعـ المسـاجـرـةـ وـالـنـزـاعـ، أوـ في مـوـارـدـ إـبـرـاءـ الـذـمـةـ، فـلاـ شـرـطـ اـرـتكـازـيـاـ عـنـدـهـمـ عـلـىـ التـسـاوـيـ.

بين العوضين، فلا خيار.

نعم، يختلف الحال في التفاوت الفاحش بين الموارد، فربما التفاوت بهائة دينار يوجب الغبن في الصلح الذي يراد به أن يقوم مقام البيع، ولكن لا يوجبه في موارد إبراء الذمة، ولكن التفاوت بخمس مائة دينار يوجب الغبن حتى في موارد إبراء الذمة.

ولو شك في مورد من الموارد أنه مما بني فيه على التسامح عند العقلاة أو لا، فمقتضى الأصلين، اللغظي والعملي، هو لزوم المعاملة؛ لأن الشك في ذلك يرجع إلى الشك في اللزوم وعدمه، ومقتضى الأصل اللغظي اللزوم، كما أن مقتضى الاستصحاب - لو فسخ - بقاء أثر العقد الواقع.

فيتلخص من ذلك: ثبوت خيار الغبن في الصلح الذي لم يبين فيه على التسامح، إلا إذا ثبت إسقاطه من قبل المتعاملين أو أحدهما، وأما ما يبني فيه على التسامح فلا يجري فيه خيار الغبن.

مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي؟

اختلف الأصحاب في كون خيار الغبن على الفور، بحيث يسقط حق الخيار لو لم يعمله المغبون في أول أزمنة الإمكان، أو على التراخي، فيجوز له التأخير في الأعمال على قولين.

نسب الشيخ بن إلى المشهور الأول^١، واستدلّ له بدليلين:

دليل القول بالفور

الدليل الأول

إن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

تقرير المحقق الكركي للدليل الأول

وقرره في جامع المقاصد: بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإلا لم ينفع بعمومه.^٢

١. المكاسب ٢٠٦/٥

٢. جامع المقاصد ٣٨/٤

وتوسيع ذلك: أن في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ عمومين: أفرادياً، وأزمانياً، فمقتضى الأول أن كل فرد من أفراد العقد ملزوم بوجوب الوفاء، وهو يستتبع العموم الأزمانى، فيكون وجوب الوفاء به في كل زمان، ولو لم يستتبعه لم يتفع بعمومه، فيكون العموم الأفرادى الغواً؛ إذ لو وجوب الوفاء بالعقد في آنٍ ما، لم يكن له ثمرة، فإن أريد أن يكون ذا فائدة لزم أن يكون مستمراً، وإذا ثبت الاستمرار، فتخصيصه بزمان دون زمان ترجيح بلا مرجع، فيثبت العموم الأزمانى لكل فرد.

وبعبارة أخرى: إنه إذا ثبت وجوب الوفاء لكل عقد، فلا يخلو الحال من ثلاثة أمور: إما أن يجب الوفاء به آناً ما، فيكون العموم الأفرادى لغواً. وإما أن يجب الوفاء به في مدة معينة، فترجح أحد أفرادها، كشهر أو شهرين، دون الأفراد الأخرى، ترجح بلا مرجع. فيتعين الثالث، وهو العموم الأزمانى، فيجب الوفاء بكل عقد في كل آنٍ.

وعليه، فإذا ثبت العموم الأزمانى، فمن الواضح أن دليل الخيار يخصمه، فبمجرد أن يلتفت المغبون للغبن لم يمكن التمسك بالعموم الأزمانى في الآن الأول، وبعده يشك في بقاء الخيار، فإن لم يكن في المقام عموم تمسك بالأصل، وهو استصحاب بقاء الخيار، ولكن العموم الأزمانى ثابت حسب الفرض، فيتمسك به في ما عدا الآن الأول؛ لرجوع الشك إلى التخصيص الزائد من حيث الزمان، وهذا معنى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، فيكون على الفور.

والحاصل أن بهذا التوضيح يعرف معنى كون الخيار على خلاف الأصل، واقتصره على القدر المتيقن، كما يتضح أن القول بالفور برهانٍ جارٍ على مقتضى القاعدة، وأن المرجع - بعد الآن الأول - العموم الأزمانى في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ ١.

دليل القول بالتراخي

ومستند القول بالتراخي هو الاستصحاب، بدعوى الشك في بقاء الخيار بعد الآن الأول، فيستصحب بقاوئه.

رأي صاحب الرياض

ونسب الشيخ فَيَسْ إلى صاحب الرياض حَفَظَهُ اللَّهُ: إنّاطة الحكم في المقام بالمستند في ثبوت أصل الخيار، فإن كان المستند الإجماع الْجَمَاعُ التمسك بالاستصحاب؛ لأن الإجماع دليل لبني، لا لسان له، فيدل على أصل ثبوت الخيار، ولا يدل على حدّه، فيشك في بقاءه بعد الآن الأول، فيستصحب بقاوئه.

وإن كان المستند قاعدة «لا ضرر» وجب الاقتصار على الخيار في الزمان الأول؛ لارتفاع الضرب به.^٢

ولكن لا يخفى أن كلام صاحب الرياض حَفَظَهُ اللَّهُ كان في مطلب آخر، وهو ثبوت الخيار [في العيب] مع بذل الأرش، لا في الفور والتراخي.

مناقشة الشيخ في الأدلة

وقد خدش الشيخ فَيَسْ في جميع الوجوه المذكورة:
أما ما أفيد من وجوب الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكون الخيار على خلاف الأصل، فهو غير متوجه مع وجود الحجة، وهو الاستصحاب في المقام.

١. سورة المائدة / ١.

٢. رياض المسائل / ٣٠٥

مناقشة الشيخ فيها قرره المحقق الثاني

وأما ما قرره المحقق صاحب جامع المقاصد ^{قد} من استتباع العموم الأفرادي للعموم الأزمني، ففيه: أن الاستتباع يستلزم متبعاً وتابعأ، فلا بدّ من تحقق العموم الأفرادي، وشموله للفرد، ثم يكون لازمه العموم الأزمني، والعموم الأزمني الثابت يكون على نحوين:

النحو الأول: أن يكون الزمان مكثراً لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر، أي يكون الزمان قيداً بالنسبة إلى الحكم، فيكون كل آنٍ من الزمان موضوعاً، ولكل موضوع حكم، كما لو قال المولى: «أكرم كل عالم في كل يوم»، فيكون عندنا عموم أفرادي شامل لكل فرد من أفراد العلماء، استفید من «كل عالم»، وعموم أزمني بالنسبة إلى كل فرد فرد، استفید من «في كل يوم»، بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً، غير إكرام ذلك العالٰم في اليوم الآخر.

فهنا لو علم بخروج فرد من أفراد العلماء في يوم ما، وشك في خروجه في ما عداه، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام، ولا محل للاستصحاب؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنه يشترط في جريان الاستصحاب أن لا يكون المتغير من مقوّمات الموضوع، بل من الحالات، والزمان - على القيدية - من المقوّمات.

الثاني: أن الاستصحاب في المقام ممحوم للدليل، وهو العموم.

فحالنحو في هذا النحو: أن المرجع عموم العام، ولو فرض عدم وجوده لم يجز التمسك فيه بالاستصحاب.

النحو الثاني: أن لا يكون الزمان مكثراً لأفراد العام، بحيث يرد الاستمرار والزمان على الحكم، لا أن يرد الحكم على الزمان كما في النحو الأول، فيكون الحكم بوجوب الإكرام من حيث الأفراد متعلقاً بكل فرد من أفراد العلماء، ومن حيث

الزمان فهو حكم واحد مستمر في الزمان، فلم تتعدد الوجوبات بتنوع قطعات الزمان.

وفي هذا النحو يكون الزمان تابعاً للحكم، فلا بد من فرض الحكم أولاً، ثم استمراره، فلا م حالة يكون الزمان بالنسبة لكل فرد من موضوع الحكم تابعاً لدخوله تحت العموم، فإذا ورد المخصوص، وفرض خروج فرد منه، لم يثبت الحكم في الزمان الثاني حتى تمسك بعمومه الأزمني، فيكون الحكم المستمر منتفياً بانتفاء موضوعه، فيبطل ما أفاده المحقق الثاني ^{فتى}.

فالنتيجة من حيث الكبري: أنه كلما كان الزمان مفرداً، فخروج الفرد في زمان ما، لا يؤثر في التمسك بالعام فيما عداه، وما لم يكن كذلك لم يكن العموم مرجعاً، يرجع إلى استصحاب حكم المخصوص.

وأما من حيث الصغرى، فالدليل في المقام هو: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١، ومدلولها وجوب الوفاء بكل عقد على نحو الاستمرار، لا بنحو يكون الزمان مفرداً حتى يتعدد الحكم بوجوب الوفاء بالعقد بحسب قطعات الزمان، فإذا خصص هذا الوجوب وارتفع تبعه الاستمرار، فينتفي موضوع العموم الزمني، فالباع الغبني خرج من تحت آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، فارتفع اللزوم عنه، فلا يرجع ثانية، فينتفي دليل اللزوم في المقام، فيكون المرجع الاستصحاب.

مناقشة الشيخ في الاستصحاب

ثم إن الشيخ ^{فتى} قد أورد على الاستصحاب بإيرادين:

الإيراد الأول: أن الاستصحاب إنما يجري في المقام بناء على جريانه في الشك في المقتضي، وأما على التحقيق من عدم جريانه فيه فلا يجري؛ وذلك: لأن الخيار في

المعاملة الغبية ثابت في الزمان الأول، والشك في بقائه في الزمان الثاني ليس ناشئاً من وجود الرافع، كما في الشك في بقاء الطهارة للشك في الحدث؛ لعدم الرافع هنا قطعاً، وإنما نشأ الشك في الخيار من الشك في حدّه، فهل هو محدود بالزمان الأول أو لا، فالشك إذن في المقتضي للبقاء، كما في الشك في بقاء الزوجية؛ للشك في كون العقد الواقع دائمًا أو منقطعاً؛ فإن الشك فيه ليس في الرافع قطعاً، وإنما في الأمد واستعداد البقاء، وبما أن الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضي، فهو لا يجري على التحقيق [عند الشيخ الأعظم].

الإيراد الثاني: أن من أركان الاستصحاب أنْ يحرز كون المتغير من حالات الموضوع، لا من مقوماته، فإذا تردد أمره بين الحالات والمقومات لم يجر الاستصحاب، إلا على مبني التسامح العرفي في بقاء الموضوع، وعدم جريانه؛ لكونه من الشك في الشبهة الموضوعية للدليل؛ إذ إن كان من المقومات كان جريان الاستصحاب من قبيل إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان من الحالات جرى، ومع التردد يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب؛ من حيث الشك في صدق النقض الذي هو الموضوع في أخبار الاستصحاب.

وذلك لأن موضوع الخيار في ما نحن فيه - بناء على كون المستند قاعدة «لا ضرر» - هو المتضرر بالمعاملة الغبية، وهو ينطبق على المغبون في الآن الأول حتى لو أضيف قيد: «الذي لم يتمكن من الفسخ»، وأما في الآن الثاني فقد تمكّن من الفسخ ولم يعمل حقه، والتمكن من الفسخ إن لم يقطع بكونه من المقومات فهو يحتمل كونها منها، فإن كان منها وجرى الاستصحاب، كان الحكم بالخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى آخر، فيكون المورد من الشبهة الموضوعية للدليل.

وأما بناء على كون المستند هو الإجماع فبما أنه دليل لبّي - وهو ليس كالدليل اللفظي الذي يمكن فيه معرفة الموضوع بجميع حدوده وقيوده - كان الموضوع مجملًا

ولم يمكن معرفة حدوده، فيكون التمسك بالاستصحاب من التمسك به في الشبهة الموضوعية للدليل أيضاً.

فيتلخص الإشكال على الاستصحاب في جهات ثلاث:

- ١- جريانه مع كون الشك في المقتضي.
- ٢- عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند «لا ضرر»؛ إذ لم يحرز أن الموضوع مطلق المتضرر، أو المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ.
- ٣- عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند الإجماع؛ لكونه دليلاً بلياً، فيكون الموضوع بجملة.

مناقشة الشيخ لصاحب الرياض

وأما ما أفاده صاحب الرياض قدس من التفصيل ففيه: أن المدار في جريان الاستصحاب وعدمه ليس على كون المستند الإجماع أو «لا ضرر»، بل إنبني على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما حققناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع، وإنبني على المساحة فيه - كما اشتهر - جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى «لا ضرر»، وتوضيح ذلك:

أنه إنبني على التدقيق في موضوع الخيار، وأنه خصوص المتضرر بالمعاملة الغبنية، كالذى لم يمض زمان يمكن فيه من الاستفادة من حق الخيار، أو احتمل ذلك، لم يجر الاستصحاب وإن كان المستند الإجماع؛ لأن المغبون متمكن من الاستفادة من حق الخيار في الآخر الثاني، والاستصحاب لا يجري مع تبدل الموضوع، أو مع احتمال تبدلته بخصوصية من المقومات.

وإنبني على التسامح العرفي، بحيث يكون الموضوع مطلق المتضرر، جرى

الاستصحاب وإن كان المستند «لا ضرر»، كما اعترف به ولده^١ مستندًا إلى احتمال أن يكون الضرر علةً لجعل الخيار بصرف حدوثه، والمعاملة الغبنية ضرورية حدوثًا، فيكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع.

وبعبارة أخرى: إن الضرر إن كان علةً حدوثًا وبقاء فالخيار فوري، وإن كان علةً حدوثًا فالخيار باقٍ؛ لكون المعاملة ضرورية حدوثًا.^٢

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني^٣ على ما أفاده الشيخ^٤ في الاستصحاب: بأن أركانه تامة؛ حيث إن الموضوع هو المغبون المتضرر بالغبن، وقد ثبت له الخيار في الآن الأول قطعًا، ويشك في ثبوته له في الآن الثاني فيستصحب بقاوته، ولا يعني باحتمال أن يكون الموضوع له هو الذي لا يتمكن من تدارك ضرره، وإلا لانسدّ باب الاستصحاب في الأحكام بالمرة؛ لعدم تتحقق الشك بدون تغيير الموضوع.

وأما ما أفاده^٣ في رد تقريب جامع المقاصد، فليس على إطلاقه؛ بل لا بد من التفصيل، فإن كان المخصص وارداً على العام من الأول، أو في الأخير كان المرجع عموم العام، كما في خيار المجلس؛ فإن المرجع بعد انقضاء المجلس هو عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^٤؛ لأن الحكم الوحداني المستمر إنما تعلق بالعقد بعد مضي الزمان المعلوم خروجه، فلم ينقطع أصلًا.

وأما إن كان المخصص وارداً على العام في الوسط، أي بعد الحكم بلزوم العقد، فالمرجع الاستصحاب؛ لانقطاع حكم العام بعد أن دلّ الدليل على حدوث الخيار بعد

١. راجع المناهل / ٣٢٧.

٢. المكاسب / ٥ (٢١٠-٢١١).

٣. الضمير عائد إلى الشيخ الأعظم.

٤. سورة المائدة / ١.

اللزوم، فلا وجه للرجوع إلى إطلاقه.^١

المناقشة في كلام المحقق الخراساني

أما الإشكال في الاستصحاب فغير وارد؛ إذ لا يلزم من عدم جريان الاستصحاب في المقام؛ لتردد الموضوع بين مطلق المتضرر، والمضرر الذي لم يمكنه التدارك، انسداد باب الاستصحاب في الأحكام؛ وذلك لأن التغيير في الموضوع أصل أساسي لجريان الاستصحاب؛ لعدم معقولية الشك في الحكم مع بقاء الموضوع بتمامه؛ لاستحالة تخلف الحكم عن موضوعه، فلا بدّ من التغيير في الموضوع ليحصل الشك، ولكن المتغيّر تارة يكون من حالاته، وأخرى من مقوماته، فإن كان من الحالات جرى الاستصحاب بلا إشكال، وإن كان من المقومات لم يغير، وإلا لكان من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، ومع الشك في كونه من المقومات أو من الحالات يكون شبيهة موضوعية لدليل الاستصحاب، فلا يتمسك به أيضاً.

وبما أنه يُشك في المتغيّر في ما نحن فيه، هل هو من الحالات أو من المقومات لم يغير الاستصحاب، وعدم جريانه فيه وفي نظائره من موارد الشك في كون المتغيّر من الحالات أو من المقومات لا يلزم منه انسداد بابه؛ لبقاء التمسك به في ما علم أنه من الحالات.

ومنشأ الشك في الموضوع في ما نحن فيه، هو أن المستند للخيار قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، فالضرر المستند إلى الإسلام منفي، فلا وجه للحكم بالخيار مع عدم استناد الضرر إلى الإسلام، كما لو أقدم مع علمه بالغبن، ولو حكم الشارع بلزوم العقد الغبني مع عدم علم المغبون ووجود الضرر في المعاملة، لكان الضرر مستنداً إلى الإسلام، فيكون منفياً، ولكن لما حكم في الآن الأول بالخيار،

١. حاشية المكاسب للمحقق الخراساني / ١٩٩-١٩٨).

فحكمه باللزوم في الآن الثاني بعد علم المغبون، وعدم إعماله الخيار لا يكون مستندًا إلى الشارع، بل إلى المغبون نفسه، فمع الشك في المراد من الضرر، هل هو مطلق الضرر، أو خصوص ما لم يمكن تداركه؟ لم يحرز بقاء موضوع الاستصحاب فلا يجري.

وأما ما أفاده ^{فتى} من التفصيل في التخصيص، غير تام؛ لأن ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١، لها أفراد، وأحد أفرادها البيع الغبني، والإهمال في الواقعيات محال، فالفرد الغبني في الزمان الأول، إما أن يخرج من تحت العموم أو لا، والثاني باطل قطعًا؛ لاستلزماته الجمع بين الضدين، اللزوم وال الخيار، فيتعين الأول، وليس معنى الخروج من تحته إلا قطع حكمه عنه، وما ذلك إلا بسبب ثبوت الخيار في الزمان الأول، فإذا حصل انقطاع الحكم، الفرق بين الأول والوسط؟

فإما أن يلتزم بعدم وورد التخصيص، وهو باطل بالضرورة، أو يلتزم بوروده، والتخصيص لا يخرج عن حالين، إما أن يكون أفراديًا أو أزمانياً، فإن كان الأول، فالفرد خرج من تحت العام، فلا يرجع ثانية إليه، وإن كان الثاني، فكما أنه يمكن من الأول وفي الأخير، فلا وجه لاستحالته في الوسط، فالتفصيل منوع.

إشكال السيد اليزدي على الشيخ ورَدَّه

وأورد السيد الفقيه اليزدي ^{فتى} على قول الشيخ ^{فتى}: «ويمكن الخدشة في جميع الوجوه»^٢: بعدم اجتماع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن؛ فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار على القدر المتيقن؛ إذ المفروض أن

١. سورة المائدة / ١.

٢. المكاسب / ٥٢٠٧.

الأصل في البيع للزوم.^١

ولكن لا يخفى أن الشيخ قدس سره وإن ذكر العبارة بنحو الإطلاق، إلا أن في كلامه ما يفيد بأنه أراد ردّ القول بالقدر المتيقن، بحسب تقرير المحقق صاحب جامع المقاصد قدس سره.

مختار الشيخ في المقام
وقوى الشيخ قدس سره في الأخير أصالة اللزوم، وكون الخيار على الفور؛ وذلك
لوجهين:

الوجه الأول: أصالة فساد فسخ المغبون؛ فإنها تجري في المقام، كما تجري في
الشك في أصل صحة العقد.

الوجه الثاني: أصالة عدم ترتيب الأثر على الفسخ، وبقاء آثار العقد على ما هي
عليه؛ فإن العقد لا شك في صحته وحصول الأثر به، وإنما الكلام في لزومه، فيشك في
الآن الثاني بعد فسخ المغبون في بقاء الآثار من الملكية الحاصلة به فيستصحب البقاء.

وإنما ذهب إلى ذلك؛ لعدم صحة التمسك بالأصل اللغطي؛ لكون عموم
﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^٢ زمانياً، وهو متربع على العموم الأفرادي، فمع سقوطه يسقط،
وعدم صحة التمسك باستصحاب الخيار؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع؛ لاحتمال كون
موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل
الشخص المتمكن منه، التارك له، فيتعين ما ذكرناه من الوجهين.^٣

١. حاشية المكاسب للسيد اليزيدي قدس سره ٥٦٩/٢.

٢. سورة المائدة / ١.

٣. المكاسب ٢١٢/٥.

المناقشة في مختار الشيخ

وأما ما أفاده الشيخ ^{قدس سره}؛ فيرد عليه:

أولاً: أن ما أفاده في المقام يتهافت مع ما أفاده في الأصول من جهتين:

الأولى: أنه ^{قدس سره} اختار في الفقه عدم التمسك بالعام، ولا باستصحاب الخيار؛

لاحتمال تبدل الموضوع، بل تمسك بأصالة فساد [فسخ المغبون]، واستصحاب عدم

تأثير الفسخ، وبقاء أثر العقد، بينما قوى في الأصول، في مبحث دوران الأمر بين

التمسك بالعام أو بالاستصحاب، استصحاب بقاء الخيار؛ حيث قوى كلام الشهيد

الثاني ^{قدس سره} القائل بجريان الاستصحاب في هذه المسألة، على قول صاحب جامع

المقاصد ^{بlessed}، القائل بالتمسك بالعام.^١

الثانية: أنه ^{قدس سره} اختار في الفقه عدم بقاء الخيار؛ بناء على كون المدرك هو «لا

ضرر»؛ لاحتمال كون الموضوع عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره

بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له^٢، بينما قوى في الأصول جريان

الاستصحاب كما قدمنا.

وثانيةً: أن ما اختاره في الأصول يتهافت مع مختاره في الأصول في مقام آخر؛

فإنه قوى جريان الاستصحاب في المورد المتقدم، بينما اختار عدم جريانه في الشك في

المقتضي، بخلاف الشك في الرافع^٣، استصحاب خيار الغبن من موارد الشك في

المقتضي بلا إشكال؛ فإن الخيار إذا كان على الفور فأمده ينقضي بنفسه، بخلاف ما إذا

كان على التراخي؛ فإن أمده باقٍ، فوزان الفور والتراخي وزان العقد المنقطع والدائم.

١. فرائد الأصول ٣/٢٧٥.

٢. المكاسب ٥/٢١٢.

٣. فرائد الأصول ٣/٥١ وما بعدها.

إشكال الشيخ على المحقق الثاني

وثالثاً: أن الشيخ قدّسَ أفاد في إشكاله على المحقق الثاني قدّسَ من التمسك بالعموم: أنَّ خروج الفرد من تحت العموم بالشخصيَّة في زمانٍ أى من الأزمنة، في حال عدم كون الزمان مكثراً للأفراد، يوجب عدم كونه فرداً من العام، ليشمله حكمه في الزمان الثاني، فلا معنى لرجوعه إليه ثانياً.

وفيه: أنه لو كان المراد خروج فرد من تحت العام الأفرادي بالشخصيَّة في زمان من الأزمنة، وشك في مقدار خروجه، هل هو في كل الأزمنة، أو في خصوص هذا الزمان، لتمَّ ما أفاده الشيخ قدّسَ، كما لو خصص «من حاز ملك»^١ ببعض الأفراد، لأنَّ أخرج من تحته الأراضي المعمورة؛ فإنه لا تعود تحت العام.

وكما لو قال: (أكرم العلماء) وخصوصاً؛ فإنه لا يعود تحت العام ثانية. ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ لعدم الشخصيَّة الأفرادي في ما نحن فيه، فلم يخصص العموم الأفرادي، بل قيد الإطلاق الأزمني، وفرق بين الأمرين، فلا يخلط بينهما.

وبيان ذلك: أن الآية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^٢ عموماً وإطلاقاً، أما العموم فهو المستفاد من الكلمة «العقود»، الجمع المحل بـأى، فيشمل جميع أنواع العقود وأفرادها، فيشمل البيع، والإجارة، والصلح وغيرها من الأنواع، كما يشمل أفراد البيع، وبقية أفراد العقود.

وأما الإطلاق فهو بلحاظ الزمان، بمعنى أن كل فرد من العقود يجب الوفاء به مطلقاً من حيث الزمان، أي دائماً ومستمراً، لا أن وجوب الوفاء به بنحو الموجبة

١. هذه قاعدة متصيدة جرت على لسان الفقهاء، وليسَت رواية.

٢. سورة المائدة / ١.

الجزئية.

إذا اتضح هذا، فالمخصص في خيار الغبن كما هو التحقيق، إما الشرط الارتکازی، أو «لا ضرر»، وكلاهما لم يخرجا البيع الغبني من تحت أفراد العام، بل قيّدا إطلاقه الأزمانی؛ فإن مدلولهما أن المغبون متى ما كان متضرّراً ارتفع عنه لزوم الوفاء، وأما في الوقت الذي تمكن من الخيار ولم يعمله، لم يكن اللزوم ضرریاً عليه فلم یُنفَّ، ولم يكن مخالفاً للشرط الارتکازی، فلم يتحقق التقييد من ناحية الشرط إلى ما بعد الزمان الأول.

فهو من قبيل ما لو قال: «أكرم العلماء»، ثم خصص زيداً في زمان معين، فقال: «لا تكرم زيداً في هذا الوقت المعين»، فإكرامه في ما عدا الزمن المخصص يشمله الإطلاق الأزمانی لوجوب إكرام العلماء.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن اللزوم المجعل لكل فرد من أفراد البيع منفي عند تحقق البيع الغبني، أو عند ظهور الغبن، إلا أن نفي اللزوم محدود بحسب الأدلة؛ وذلك لأن دليل نفي اللزوم إن كان هو «لا ضرر» فمفادها: أن الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع منفي في الإسلام، وبما أن الحكم بلزم العقد الغبني ابتداء يستند ضرره إلى الشارع فهو منفي، وأما لو اطلع المغبون على الغبن، وحكم له بالخيار، ولم يعمله، فالحكم باللزوم بعد ذلك الآن، لا يستند ضرره إلى الشارع، فلا يكون منفياً بـ«لا ضرر»، فمقتضى القاعدة عدم تقييد الإطلاق الأزمانی بالوفاء بالعقد الغبني بنحو التراخي، بل على نحو الفورية.

وإن كان الدليل هو الشرط الارتکازی، فمفاده أن المعاملة بين العقلاة مبنية على عدم الغبن الفاحش، فإن وجد كان للمغبون الفسخ، وبما أنّ البناء العقلائي سيرة للعقلاة وعملُ لهم، والعمل لا لسان له؛ ليتمسك بإطلاقه، فيقتصر على القدر المتيقن،

فيكون له فسخ المعاملة في ما إذا علم بالغبن وأمكنته، وأما استمرار الخيار إلى ما بعد علمه وتمكنه من الفسخ ولم يفسخه فمشكوك، فيقتصر على القدر المتيقن، وبما أن النسبة بين البناء العقلائي، و﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^١ نسبة المخصوص المنفصل المجمل، الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فالمرجع الإطلاق.

وللائل أن يقول: إن المرجع في ما زاد على القدر المتيقن في المخصوص المنفصل المجمل هو إطلاق الدليل أو عمومه، ولكن المخصوص في المقام هو البناء العقلائي، وهو متصل بالخطاب، وليس منفصلاً عنه.

والجواب: أن المخصوص الليبي والبنياني على نحوين؛ إذ تارة يكون ضرورياً، فيكون كالمتصل، ويكون احتفافه بالكلام مسقطاً للعموم أو الإطلاق، وأخرى يكون نظرياً يحتاج إلى تأمل، فيعامل معاملة المخصوص المنفصل، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ بدليل أنه لم يطرح الشرط الارتكازي كدليل في المسألة إلا في العصر الأخير، وإن فقد كان استدلال مشهور القدماء، ومن بعدهم على خيار الغبن بدليل «لا ضرر»، أو بأخبار تلقي الركبان، وهذا يكشف عن عدم كونه ضرورياً، بل يحتاج إلى تأمل ونظر، وإن كان حقاً، ومتى كان المخصوص الليبي نظرياً كان مثل المخصوص المنفصل.

فتحصل مما ذكر: أن الحق في المسألة كون خيار الغبن فورياً، والمستند العمدة الإطلاق الأزمني لدليل لزوم العقد؛ إذ لم يخرج منه - سواء بـ«لا ضرر» أو بالشرط الارتكازي - إلّا خصوص القدر المتيقن.

ولا يخفى أن المراد من الفورية في المقام هي الفورية العرفية، لا العقلية؛ لبناء الأمور الشرعية في مثل هذه الموارد على العرف.

وبهذا يتم الكلام في خيار الغبن، والله الحمد.

الخامس: خيار التأخير

قال العلامة ^{قدس} في التذكرة: «من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري، ولا قبض الشمن، ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالشمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين. وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالشمن تخير البائع بين فسخ العقد، والصبر والمطالبة بالشمن عند علمائنا أجمع»^١.

أدلة خيار التأخير عند الشيخ

وقد أقام الشيخ ^{قدس} على هذا الخيار ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع المحيي عن الانتصار^٢ والخلاف^٣ والجواهر^٤ وغيرها^٥، المعضد بدعوى الاتفاق المصح به في التذكرة، والظاهره من غيرها^٦.

١. تذكرة الفقهاء ١١/٧١.

٢. الانتصار / ٤٣٧، مسألة ٢٤٩.

٣. الخلاف / ٣، ٢٠، مسألة ٢٤.

٤. جواهر الفقه / ٥٤، مسألة ١٩٣.

٥. كالخدائق ١٩/٤٤؛ رياض المسائل ٨/٣٠٦؛ مستند الشيعة ١٤/٣٩٧؛ جواهر الكلام ٢٣/٥١.

٦. المكاسب ٥/٢١٧.

الوجه الثاني: ما اعتبره الشيخ ^{تيس} الأصل في المسألة، وهي قاعدة نفي الضرر؛ إذ «أن الصبر أبداً مذنة الضرر، المبني بالخبر»^١.

بل اعتبر الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ لأسباب ثلاثة:

١- أن المبيع في ما نحن فيه في عهدة البائع وضمانه؛ حيث إن المبيع مال للمشتري، ولكنه في يد البائع، وهو مكلف بحفظه، وحفظ نماءاته، ونفس هذا التكليف -بسبب كون يده يد ضمان - يكون ضررياً على البائع.

٢- أن تلف المبيع من البائع؛ لقاعدة «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعيه»، فيتضرر البائع بضرر ثانٍ، بخلاف خيار الغبن؛ إذ لا يضمنه.

٣- أن الثمن لم يصل إليه، والمبيع ملك لغيره، ولا يجوز له التصرف فيه. فلا محالة يكون لزوم المعاملة، وعدم الخيار للبائع، ضررياً عليه بضرر أكد من ضرر الغبن، فما دام يلتزم في الغبن بالخيار؛ لقاعدة «لا ضرر»، فالتمسك بها هنا أولى.

الوجه الثالث: النصوص الخاصة، وما ذكرها الشيخ في أربع، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل بيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيته، وإنما فلا بيع بينهما»^٢.

الرواية الثانية: موثقة إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح، قال: «من اشتري بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»^٣.

الرواية الثالثة: صحيحة ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبسست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمول لأخذته، فقال: قد

١. المكاسب ٢١٨/٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

٣. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٤، الباب ٩ من أبواب الخيار.

بعثه، فضحكـتـ، ثم قـلتـ: لا واللهـ، لا أـدعـكـ أو أـقـاضـيكـ، فـقالـ: أـتـرضـيـ بـأـبـيـ بـكـرـ بـنـ عـيـاشـ؟ـ قـلتـ:ـ نـعـمـ،ـ فـأـتـيـنـاهـ فـقـصـصـنـاـ عـلـيـهـ قـصـتـنـاـ،ـ فـقـالـ أـبـوـ بـكـرـ:ـ بـقـولـ مـنـ تـحـبـ أـنـ أـقـضـيـ بـيـنـكـمـاـ،ـ بـقـولـ صـاحـبـكـ أـوـ غـيرـهـ؟ـ قـلتـ:ـ بـقـولـ صـاحـبـيـ،ـ قـالـ:ـ سـمـعـتـهـ يـقـولـ:ـ مـنـ اـشـتـرـىـ شـيـئـاـ فـجـاءـ بـالـشـمـنـ مـاـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ،ـ وـإـلـاـ فـلـاـ بـيـعـ لـهـ»ـ^١ـ.

الرواية الرابعة: صحيحـةـ زـرـارـةـ عـنـ أـبـيـ جـعـفـرـ قـتـيـشـ:ـ قـلتـ لـهـ:ـ الرـجـلـ يـشـتـرـىـ مـنـ الرـجـلـ المـتـاعـ،ـ ثـمـ يـدـعـهـ عـنـدـهـ،ـ فـيـقـولـ:ـ أـتـيـكـ بـشـمـنـهـ؟ـ قـالـ:ـ «ـإـنـ جـاءـ مـاـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ،ـ وـإـلـاـ فـلـاـ بـيـعـ لـهـ»ـ^٢ـ.

فـإـنـ مـدـلـوـلـهـ إـنـ جـاءـ بـالـشـمـنـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ فـلـهـ،ـ وـإـلـاـ لـاـ بـيـعـ لـهـ.

إشكالـ الشـيـخـ عـلـىـ مـدـلـوـلـ الرـوـاـيـاتـ

ولـكـنـ الشـيـخـ قـتـيـشـ:ـ أـورـدـ عـلـىـ الـاسـتـدـلـالـ بـهـ بـقـولـهـ:ـ (ـوـظـاهـرـ هـذـهـ الـأـخـبـارـ بـطـلـانـ الـبـيـعـ،ـ كـمـاـ فـهـمـهـ فـيـ الـمـسـوـطـ؛ـ حـيـثـ قـالـ:ـ «ـرـوـىـ أـصـحـابـنـاـ أـنـهـ إـذـ اـشـتـرـىـ شـيـئـاـ بـشـمـنـ مـعـلـومـ،ـ وـقـالـ لـلـبـائـعـ أـجـيـئـكـ بـالـشـمـنـ وـمـضـىـ،ـ فـإـنـ جـاءـ فـيـ مـدـةـ الـثـلـاثـةـ كـانـ الـبـيـعـ لـهـ،ـ وـإـنـ لـمـ يـجـيـعـ بـطـلـ الـبـيـعـ»ـ^٣ـ اـنـتـهـىـ»ـ^٤ـ.

وـتـوـضـيـحـ إـلـشـكـالـ:ـ أـنـ الـحـكـمـ بـالـخـيـارـ مـتـفـرـعـ عـلـىـ إـثـبـاتـ الـبـيـعـ،ـ وـالـتـعـبـيرـ بـ«ـلـاـ بـيـعـ لـهـ»ـ يـفـيدـ نـفـيـ الـحـقـيـقـةـ؛ـ بـمـقـتضـيـ ظـهـورـ (ـلـاـ)ـ الـدـاخـلـةـ عـلـىـ الـمـاـهـيـةـ،ـ وـنـتـيـجـةـ نـفـيـ الـحـقـيـقـةـ بـطـلـانـ الـبـيـعـ،ـ لـإـثـبـاتـ الـخـيـارـ؛ـ فـإـنـ نـفـيـ الـحـقـيـقـةـ وـإـثـبـاتـ الـخـيـارـ،ـ مـتـنـافـيـانـ مـتـضـادـانـ.

١. وسائلـ الشـيـعةـ ١٨/١٨، حـ ٢، الـبـابـ ٩ـ مـنـ أـبـوـابـ الـخـيـارـ.

٢. وسائلـ الشـيـعةـ ١٨/١٨، حـ ١، الـبـابـ ٩ـ مـنـ أـبـوـابـ الـخـيـارـ.

٣. المـسـوـطـ ٢/١٧ـ.

٤. المـكـاـسـبـ ٥/٢١٩ـ.

جواب الشيخ عن الإشكال

وأجاب عنه الشيخ ^{تَهَبَّثُ أولاً} بأن ظهور الأخبار وإن كان في الفساد، إلا أن فهم العلماء، وحملة الأخبار نفي اللزوم، فيقترب هذا المعنى.

وثانياً: أن قوله ^{تَهَبَّثُ} في أكثر الروايات: «لا بيع له» ظاهر في انتفاءه عن المشتري، وبما أن البطلان لا يتبعض، بحيث يبطل بيع المشتري دون البائع، فهو محمول على نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين: «لا بيع بينهما».

وثالثاً: لو شك في المراد؛ إذ ظاهر العبارة وإن كان هو البطلان، إلا أن فهم العلماء - وهم أهل الحرفة والصناعة - نفي اللزوم يجعلها مجملة، فالمرجع الأصل، وهو استصحاب الآثار المترتبة على البيع؛ حيث إن البيع قبل انقضاء الثلاثة صحيح بلا كلام، وبعد انقضائه نشك في بقاء الصحة والبطلان، فنستصحب بقاء الصحة، وترتيب آثار البيع.

وتوهم: كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، وقد ارتفع قطعاً، سواء أقلاها بالبطلان أم بالخيار، فترتفع بارتفاعه.

مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة؛ لارتفاع بارتفاعه، در وإنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار، وإن كانت نسبة الصحة إلى اللزوم نسبة الموضوع له، بمعنى أن البيع لا بدّ من أن يكون صحيحاً حتى يكون موضوعاً لأثر اللزوم، فلا يلزم من ارتفاع اللزوم نفي الشك في الصحة، فنستصحب الصحة، ونحکم على البيع بالجواز.

المناقشة في أدلة الشيخ

أما الإجماع المنقول فقيه: أولاً: عدم ثبوته مع خالفة الشيخ الطوسي، وتوقف

المحقق الأرديبيلي^١، وجزم صاحب الحدائق^٢ بالبطلان، وقوية المحقق السبزواري^٣ له، بل يكفي مخالفة الشيخ قيس^٤، فأقصى ما يمكن القول بثبوته هي الشهرة، وهي ليست بحجة.^٤

وثانياً: مع غض النظر عن البحث في خصوصيات ناقل الإجماع؛ إذ يختلف من واحد لآخر، فنقل الشهيد الثاني^٥ له اعتباره الخاص؛ إذ يعتمد على البحث والتبغ والتدعيق، دون نقل السيد [المرتضى]^٦، المستند عادة على الإجماع في الكبرى؛ لإثباته في الصغرى - .

فلو سلم الثبوت، فالثابت هو الإجماع المنسوب، وقد اعترض عليه ما الشيخ [الأعظم]^٧ في الأصول: بأن الإجماع المنسوب إخبار حديسي عن قول المعصوم عليه السلام، وأدلة حجية خبر الواحد قاصرة الشمول عن الأخبار الحدسية.

وثالثاً: أنه لو سلم الثبوت فهو إجماع مدركي؛ للاستدلال عليه بحديث: «لا ضرر»، والأخبار الخاصة، فلا يكون حجة.

١. مجمع الفائدة ٨/٤٠٦.

٢. الحدائق ١٩/٤٨.

٣. كفاية الحكم ١/٤٦٧.

٤. قال السيد العاملی: «والمخالف الظاهر أبو علي». حيث قال: فلا بيع من دون قيد له (نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥/٧٠): والصدوق (من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠٢، ح ٣٧٦٦) عَبَرَ بعبارة النصّ. والشيخ في المسوط ٢/٨٧ (٨٧/٢) حيث نسب بطلان البيع إلى رواية أصحابنا. وربما نسب إلى صريحهما في المذهب البارع (٣٧٩/٢). وفي الدروس (٣/٢٧٤) نسب إلى ظاهرهما. قرّبه صاحب الكفاية (١/٤٦٧). ونفي عنه البعد صاحب مجمع البرهان (٨/٤٠٦) وجزم به صاحب الحدائق (١٩/٤٨).».

٥. المسالك ٣/٢٠٨؛ وقد ادعى الإجماع في جامع المقادد ٤/٢٩٧؛ والتنقح الرائع ٢/٤٨؛ والغنية ٢١٩.

إشكال المحقق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه
 وأما الاستدلال بقاعدة نفي الضرر، فأورد عليه المحقق الخراساني ^{فتى}: بأن
 الضرر إنما نشأ من تأخير قبض الشمن، لا في نفس البيع، وقاعدة «لا ضرر» إنما تنفي
 الحكم عن الموضوع الضرري، فلا معنى لتدارك الضرر الحاصل من شيء، ببني حكم
 شيء آخر، فالضرر الحاصل من التأخير، لا ينفي لزوم البيع.

وبعبارة أخرى: لو كان للتأخير حكم لكان مرفوعاً بـ«لا ضرر»، وأما حكم
 موضوع آخر كالبيع فلا وجه لرفع حكمه.^١

وهو وإن كان متيناً من حيث الصورة، إلا أنه محل إشكال من جهتين:
الجهة الأولى: أنه مبني على مبناه في مفاد قاعدة نفي الضرر؛ حيث يرى بأن
 المبني فيها هو حكم الموضوع الضرري، بخلاف الشيخ ^{فتى} القائل بأن مفادها نفي
 الحكم الضرري، والحكم باللزوم في هذه المعاملة ضرري، فينفي بالقاعدة، ولا يلاحظ
 عدم كون الموضوع ضررياً، فلا يكون الإشكال فنياً.

الجهة الثانية: أن لازم مبناه أن لا يقول بخيار الغبن، بل يقول بنفي صحة
 العقد؛ حيث إن البيع الغبني موضوع ضرري، وحكمه الصحة، فينفي هذا الحكم بها.

مناقشة المحقق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردها
وأورد المحقق الإيرواني ^{فتى} على استدلال الشيخ ^{فتى} بقاعدة «لا ضرر»
 بإشكالين:

الأول: أن قاعدة نفي الضرر، لا تحدد التأخير بثلاثة أيام، بل تحدد بما يوجب
 الضرر، قل التأخير عن ثلاثة أو زاد عليها، فالحكم بعدم الخيار في أثناء الثلاثة خرج
 عن تحت «لا ضرر»، بالإجماع والنصوص، فلم يبق العموم الأزمانى فيها ليرجع إليه

بعد قطعة زمان التخصيص.

ولَا أَقْلَى مِن الشكِّ فِي ثَبَوتِ الْعُمُومِ الْأَزْمَانِيِّ، وَمَعَهُ يَرْجِعُ إِلَى اسْتِصْبَاحِ حَكْمِ الْمُخْصَصِ.

الثاني: عدم جريان قاعدة «لا ضرر» في المقام؛ لأن المبيع لا يزال في يد البائع، فمع عدم أداء المشتري للثمن يمكن للبائع التخلص من الضرر، بأخذ المبيع مقاصدة عن الثمن.^١

أما الأول، فيجب عليه: بأن مبناه في قاعدة «لا ضرر» كون «لا» لنفي الحقيقة، حقيقة لا ادعاء، فيراد من نفي الضرر نفي وجود حقيقة العمل الضرري في جملة الأعمال التي قررها القانون الإسلامي، كما يشهد له وجود قيد (في الإسلام) في بعض الأخبار، فيكون المراد نفي وجود العمل الضرري في عداد تلك الأعمال، لا في الخارج حتى يحتاج إلى حمل القضية على النفي الإدعائي.

فالكلام مسوق لبيان أن ما هو الثابت من الضرر في الخارج، خارج عن الأعمال الإسلامية، والأصل في ذلك أن الأعمال المرخصة في شريعة أو دولة بأي أنحاء الترخيص، كان إلزامياً أو غير إلزامي، يعد من أعمال تلك الشريعة، بخلاف الأعمال الممنوعة فيها، فإنها تعد خارجة عن أعمال تلك الشريعة والدولة.

فإذا أريد بيان الترخيص والمنع، فكما يصح أن ينشأ بنفس عبارة الترخيص والمنع، صح أن ينشأ بلسان: أن العمل الكذائي من أعمال هذه الشريعة أو الدولة، أو ليس من أعمالها، بل هذه أبلغ في إفاده المقصود.

فتدل قضية «لا ضرر» بأبلغ وجه: على نفي كل حكم تكليفي، أو وضعي ضرري.

١. حاشية المكاسب ١٨٢/٣.

واحتمل في آخر البحث: أن يكون الضرر بمعناه المصدري، فيكون مفاد الرواية: أن الشارع لا يورد الضرر على أحد بسبب تشريع حكم ضرري.^١

إذا اتضح ما أفاده ^{قدس} فالجواب على كلا التقديرتين:

أنه لا شبهة في أن «لا ضرر» تحمل اطلاقين، أفرادي، فتشمل نفي جميع أفراد الأفعال، والأحكام الضررية، وأزمانى، فتنفي الضرر في الإسلام عن جميع الأزمنة، ولا معنى لنفي الضرر في زمان دون زمان، فإذا خصص النفي في أحد الأزمنة، فلا إشكال في تقييد الإطلاق في ذلك الزمان، وأما في سائر الأزمنة فالإطلاق على حاله، فيتمسك به، فيرتفع الإشكال عن الشيخ ^{قدس}؛ فإن الثلاثة الأيام الأولى خرجت من تحت النفي بالإجماع، فيبقى الباقي تحته؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

وأما الثاني، فيرده أولاً: أن لازم كلامه ^{قدس} أن يخصص خيار الغبن بحالة ما إذا لم يكن المغبون متمكناً من التناصص، وإلا فإذا كان متمكناً فلا ضرر عليه، فلا خيار له، ولا يمكن أن يلتزم به أحد من الفقهاء؛ إذ مقتضى عموم الدليل، والفتوى، والإجماع المحصل ثبوت خيار الغبن مطلقاً، سواء أكان المغبون متمكناً من التناصص أم غير متمكن.

وثانياً: أن مدلول «لا ضرر» نفي الحكم الضرري، سواء كان بلسان نفي الموضوع الضرري^٢، أو بلسان نفي الحكم مباشرة^٣، وليس مدلولاً ثبوت جبران الضرر وتداركه، وجواز المقاصلة يجبر الضرر، فلا تدل عليه القاعدة. وبهذا يندفع الإشكالان عن الشيخ ^{قدس}، كما دفعنا إشكال المحقق الخراساني ^{قدس} عنه أيضاً، وأما الحق في الإشكال عليه ^{قدس} فنقول:

١. نهاية النهاية / ٢ (١٥٩-١٥٨). حافظنا على عين عباراته في الغالب لوضوّحها.

٢. كما عليه الآخوند.

٣. كما عليه الشيخ الأعظم.

التحقيق في التمسك بلا ضرر

والتحقيق في المسألة: أن منشأ التمسك بقاعدة «لا ضرر» في المقام، هو دعوى حصول الضرر من جهات أربع:

الأولى: كون التلف من مال البائع.

وأورد عليه المحقق الأصفهاني ^{قدس}: بأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعيه، حكم وارد في مورد «لا ضرر»، فيكون مختصاً لها، لا محظوماً بها؛ فإنها إنما تكون حاكمة على الأحكام التي تشمل بإطلاقها مورد الضرر، فتخصيصها بغير مورده، سواء أكان الحكم تكليفيأً، كما في وجوب الوضوء الشامل بإطلاقه لمورد الوضوء الضري، فترفع الوجوب عنه، أو وضعياً، كما في لزوم البيع الشامل للبيع الغبني، فترفع اللزوم فيه.

وأما إذا كان الحكم في نفسه ضررياً فلا ترفعه، كالذي نحن فيه؛ فإن الحكم بكون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعيه حكم ضرري، وارد في مورد الضرر، فلا يرفع بها.^١

وهو مع دقته ومتانته إلا أنه مندفع: بأن الحكم بتلف المبيع قبل قبضه من مال بائعيه، وإن كان حكماً ضررياً؛ إلا أنه لو كان بجعل الشارع، وكان منشأ الضرر هو جعل الشارع، لكان وارداً في مورد الضرر، فيكون مختصاً إلى «لا ضرر»، ولم يكن مختصاً بها، ولكنه ليس كذلك؛ فإن منشأ الضرر، هو تأخير المشتري للثمن، فلا وجه لتصنيف «لا ضرر» به.

الثانية: كون البائع ضامناً.

وفيه: أن يد البائع على المبيع يد أمانة، وليس بعدها نية، فلا يضمن إلا مع

١. حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤ / ٣٤٣-٣٤٤.

التعدي أو التفريط.

الثالثة: كون البائع محروماً من التصرف في المبيع.

وفيه: أن المبيع صار ملكاً للمشتري بالمعاملة، ولا ضرر في حرمان البائع من التصرف في مال المشتري.

نعم، يحصل الضرر بضم الحرمان من التصرف في الثمن، وهذا بحث آخر، سترعرض له في ما يأتي إن شاء الله.

الرابعة: كون المشتري حبس الثمن عن البائع، والصبر على حبس الثمن ضرر

على البائع.

وفيه: **أولاً:** أنه إذا أريد إثبات خيار التأخير من جهة الضرر الحال من حبس الثمن، فلا وجه لضم عدم إقراض المبيع، والحال أن الفقهاء مطلقاً إنما أفتوا بالخيار في حال عدم حصول القبض من الجانبيين، ولو كان بسبب الضرر من جهة حبس الثمن، فهو موجود سواء أقبض المشتري المبيع أم لم يقبضه، ولم يفتوا بالخيار في صورة قبض المشتري للمبيع وإن آخر الثمن.

والحاصل: أن المستند للخيار إن كان هو «الاضرر»؛ بدعوى ضرورة الصبر على الحبس، فالضرر يحصل عند حبس الثمن، سواء أقبض المشتري المبيع أم لا، فيفترض أن يحكم بالخيار في الصورتين؛ العموم المنشأ الموجب لعموم الناشئ.

وثانياً: أن بين الضرر وثبوت الخيار عموماً وخصوصاً من وجه؛ فإنه ربما يحصل الضرر قبل التأخير عن ثلاثة الأيام، كأن يبيع المتع، ثم تحصل له فرصة لشراء متاع آخر يتضرر من فوته، فلا خيار مع وجود الضرر، وربما يحصل التأخير عن ثلاثة الأيام بلا ضرر؛ لعدم حاجته إلى الثمن إلى شهر، فله الخيار ولا ضرر، وربما يجتمعان.

وثالثاً: أن غاية ما يلزم هو حرمان البائع من التصرف في ماله، وهو لا يعدّ ضرراً، وإنما عدم انتفاع؛ فإن الضرر نقص في المال أو النفس أو الطرف، فوقع الخلط

في كلام الشيخ قدس سره بين الضرر وعدم الانتفاع.

ورابعاً: تقدم في المباحث السابقة عدم صحة التمسك بقاعدة «لا ضرر» لإثبات الخيار، لأن الخيار حق تترتب عليه أحكام خاصة، كقبول الإسقاط، والمصالحة عليه بعوض، والإرث، وأثر «لا ضرر» نفي الأحكام الضررية، من قبيل لزوم المعاملة إذا كان ضررياً، فإنه ينفي بها، فيحل محل اللزوم المنفي الجواز الحكمي، كاجلواز في مورد المبة؛ فإنه ليس بحق، وإنما هو حكم، فلا يقبل الإسقاط ولا غيره من آثار الخيار، فـ«لا ضرر» لا تثبت الحق الذي هو منشأ لآثاره الخاصة.

وبعبارة مختصرة: أن «لا ضرر» تنفي اللزوم، ونفيه أعم من إثبات الحق.

ردّ ما أفاده المحقق الحائر

وأما ما أورده المحقق الحائر قدس سره بقوله: «وقد يشكل على الاستدلال بلا ضرر - من أن الصبر الذي في كلمات الأصحاب كالعلامة في التذكرة من أن الصبر مظنة الضرر المنفي بالخبر - أن الصبر غير واجب، بمعنى عدم المطالبة، بل يجوز له المطالبة، ويجب بحكم الشرع على المشتري التسليم، وهذا الإيجاب حكم دافع للضرر، ولو خالف المشتري ولم يسلّم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناشٍ من قبيل عصيانه»^١.

[وفيه]: فهو شبهة منشأها أن كلمة الصبر وردت في لسان الشيخ قدس سره، والصبر لغة حبس النفس، وهو الذي نظرت إليه الروايات، وهو مراد الشيخ قدس سره؛ فيكون مراده أن حبس المشتري الثمن عن البائع ضرر عليه، فلو حكم الشارع على البائع بلزوم المعاملة، ولا بدّ له من الصبر مع حبس المشتري الثمن عنه لكان ضررياً، لأن مراده وجوب صبر البائع على حبس المشتري للثمن، ليقال بعدم وجوبه، وبنفيه يرتفع الضرر.

١. الخيارات للشيخ الأرaki حبله / ٢٥٨.

المناقشة في الاستدلال بالروايات

وأما التمسك بالروايات، فالشيخ فقيه استند إليها بناء على تقريرين:

التقريب الأول: أن مفاد الروايات وإن كان هو نفي الحقيقة كما هو ظاهر التعبير بـ«لا بيع له»، لأن ظاهر النفي المتعلق بحقيقة نفي تلك الحقيقة، لا نفي آثارها، إلا أن تقوم قرينة على الخلاف كما في: «يا أشباء الرجال ولا رجال»؛ فإن المراد نفي أثر الرجالة عنهم، إلا أن فهم الفقهاء من المتقدمين والمتاخرين بأن المراد في المقام نفي الأثر أو جب رفع اليد عن الظهور، والقول بنفي اللزوم، لا نفي حقيقة البيع.

التقريب الثاني: أن ما ورد في الروايات نفي البيع عن المشتري، وبما أن البيع حقيقة واحدة لا يتعقل فيها التبعيض، بحيث يكون ثابتاً للبائع، ومنفياً عن المشتري، وكذلك الحال في الصحة، لزم حمل النفي على ما يقبل التبعيض وهو نفي اللزوم، فيكون لازماً من جهة المشتري، غير لازم من جهة البائع.^١

المناقشة في تقريري الشيخ للاستدلال بالروايات

أما التقريب الأول، فيرد عليه: أن فهم الفقهاء إنما هو حجة عليهم وعلى مقلديهم، لا على المجتهدين الآخرين، فإن الحجة عليهم ظاهر الأدلة، وبما أن الظهور قام على نفي الحقيقة، فلا وجه لحمله على نفي اللزوم بناء على فهم الفقهاء. نعم، لو أوجب فهمهم الظهور عندنا، بحيث يكون اللفظ قالباً لنفي اللزوم، لتمّ ما أراده الشيخ فقيه، ولكن دون إثبات ذلك خرط القتاد.

وأما التقريب الثاني، فيرد عليه: أن النفي وإن تعلق بالبيع عن المشتري في روايات إسحاق بن عمار، وابن الحجاج، ووزارة، إلا أن ذلك لأجل وقوعه محل السؤال، فبین الإمام اللهم وظيفته، فيحمل «لا بيع له» على حقيقته، وهو نفي الحقيقة،

وسبب اختصاصه بالمشتري، كونه مورداً للسؤال. ولا أقل من احتمال ذلك - أعني كون الاختصاص لأجل السؤال - ومجرد احتماله يكفي في حمل النفي على نفي الحقيقة، وعدم رفع اليد عن أصلالة الحقيقة. كما يحتمل أن عدم نفي حقيقة البيع عن البائع والمشتري، إنما هو للملازمة العقلية القطعية بين نفي البيع عن أحدهما ونفيه عن الآخر؛ لعدم قابلية حقيقة البيع للتبعيض، فاكتفى الإمام عليه السلام بنفي حقيقة البيع عن المشتري عن نفيها عن البائع؛ لعدم الحاجة للتعرض لففيها عن الآخر بعد نفيها عن الأول. ومع وجود هذين الاحتمالين في الروايات بالوجودان، لا موجب لرفع اليد عن أصلالة الحقيقة.

ولا أقل أن وجود هذين الاحتمالين يوجب الإجمال في الروايات، فلا يعلم أن المراد منها نفي اللزوم أو نفي الحقيقة، وبما أن صحيحة ابن يقطين بيان؛ لكونها نصاً في نفي الحقيقة عنهم؛ بمقتضى: «فلا بيع بينهما»، فتحمل تلك الروايات عليهما، أو لا تصلح لعارضتها؛ لعدم معارضته المجمل للمبيّن، فيتّم كلام الشيخ الطوسي، والفضل السبزواري، والمحدث صاحب الحدائق قدست أسرارهم [من بطلان البيع].

تقرير المحقق الخراساني الاستدلال بالروايات
وأما ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله في حاشيته بقوله: «إن مثل هذا التركيب، - أي لا بيع له - وإن كان بحسب أصل الوضع لنفي الماهية، إلا أنه حيث قد غالب استعماله في نفي صفة الصحة، أو الكمال، أو غيرهما من الأحكام، كما في «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»^١، بناء على وضع أسامي العبادات للأعم، و«لا صلاة بحار المسجد إلا

١. وسائل الشيعة ٦/٣٧، ح ١، الباب ١ من أبواب القراءة في الصلاة.

في المسجد»^١، و«لا ضرر ولا ضرار»^٢، ونحوهما، فيراد منه نفي إحدى هذه الصفات، حسب اختلاف المقامات، وملاحظة مناسبة الموضوعات، لا يبعد دعوى ظهور الأخبار في إرادة نفي الزروم؛ لبعد بطلان البيع، وارتفاعه بنفسه بمجرد التأخير»^٣.

فيرد عليه: أولاً: أنه مخالف لبناء في الأصول؛ فإن مبناه الحمل على المعنى الحقيقي في مرحلتي الإرادتين، الاستعمالية والجدية، بمعنى أنه إذا كان للفظ معنian حقيقي ومجازي، ودار الأمر بينهما، فالقاعدة الأولية تقتضي الحمل في مقام الإرادة الاستعمالية على استعماله في المعنى الحقيقي، وفي مقام الإرادة الجدية على إرادته أيضاً؛ بمقتضى تبني العقلاط على ذلك ما لم تقم قرينة صارفة عن معناه الحقيقي، وغلبة الاستعمال ليست من القرائن الصارفة عن المعنى الحقيقي، فلو كان للفظ معنى حقيقي، ومعنى مجازي، واستعمل في المعنى المجازي كثيراً لم يكن ذلك من القرائن المانعة من أصلية الحقيقة في الاستعمال.

وثانياً: أن غاية ما ذكره قدّس لعدم الحمل على نفي الحقيقة، والحمل على نفي الزروم، هو استبعاد بطلان البيع بمجرد تأخير الثمن، والاستبعاد ليس مناطاً في القواعد الفقهية، والأحكام الشرعية؛ لعدم العلم بمتلاكات الأحكام الواقعية، فليس لنا إلا العمل بالظاهرات، والظهور في المقام يوجب نفي الحقيقة، وأصل الصحة.

كلام صاحب الجواهر

ولوقيع الاضطراب في كلمات الأعاظم قدست أسرارهم في فهم هذه الأخبار، وحل الإشكال، ينبغي طرح كلام صاحب الجواهر قدّس أيضاً؛ لاشتماله على مطالب

١. وسائل الشيعة ٥/١٩٤، ح ١، الباب ١ من أبواب أحكام المساجد.

٢. وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٧، ح ١، الباب ٢ من أبواب كتاب إحياء الموات.

٣. حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدّس / (٢٠١-٢٠٠)، ونقلناه بلغته لوضوحة.

مهمة، وحل للإشكال، قال رفع مقامه في ما يرتبط بالإجماع: «بل في المسوط: «روى أصحابنا أنه إذا اشتري شيئاً بعينه بشمن معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالشمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له، وإن لم يحيط في هذه المدة بطل البيع»^١، إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم»^٢.

وفي هذه الجملة رفع الإشكال عن عبارة الشيخ الطوسي قدس سره؛ فإن الشيخ الأنصارى قدس سره وغيره قد استفادوا من عبارة رحمه الله في المسوط بطلان البيع بعد الثلاثة، ولكن صاحب الجواهر قدس سره حملها على إرادة بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غير المسوط من كتبه؛ حيث نسب الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم، والجمع بين الكلامين يقتضي إرادة بطلان اللزوم، لا البيع.

فإن ثبت توجيهه قدس سره يسلم بالإجماع المدعى على الخيار من المخالف، وإن لا يترتب عليه مخالفة مثل الشيخ الطوسي قدس سره ما يهدى بهم إجماعاً؛ فإن المهم إجماع المتقدمين واتفاقهم، والشيخ قدس سره من أركانهم، فإن خالف لم يتم، وأما مخالفة المؤخرین كصاحب الحدائق وغيره فلا تضر بالإجماع إن ثبت.

وإن لم يثبت التوجيه، بل كان محتملاً، فاحتماله مفید في المقام أيضاً؛ حيث يسلم إجماع العلامة رحمه الله وغيره من ثبوت المخالف.

فلدعواه قدس سره فائدة على التقديرين؛ إذ على تقدير تامة التوجيه يثبت بالإجماع، وعلى تقدير احتماله لم يثبت المخالف له.

هذا ما يرتبط بالإجماع، وأما ما يرتبط بالنصوص، فقال بإمكان إرادة بطلان

١. المسوط ٢/١٧.

٢. جواهر الكلام ٢٤/٩٢ (٥١/٢٣).

اللزوم منها، وأقام على ذلك وجوهاً، أخذ بعضها الشيخ قدس سره، والآخر المحقق النائيني حفيده، وعبارة في ذلك:

«كما أنه يمكن إرادة ذلك - بطلان اللزوم - من النصوص، ولو بمعونة الشهرة، والإجماع، المستفيض أو المتوادر، وأصالة الصحة، وعدم البطل، وغير ذلك»^١.

وهي تشتمل على عدّة مطالب، ولا يخفى أن مراده قدس سره من أصالة الصحة ليس معناها المصطلح؛ فإن تلك لا تجري إلا في الشبهات الموضوعية، والشبهة في ما نحن فيه حكمية، فمراده منها هو استصحاب الصحة عند الشيخ حفيده الذي بيّناه سابقاً، وبيان ذلك:

أنا إذا استفدتنا من الروايات بطلان البيع بعد الثلاثة الأيام، فنقض اليقين بصحته - الموجود قبل انقضائه - يكون باليقين، وأما إذا كان مدلولاً بطلان اللزوم، أو احتمل ذلك ولو بمعونة الإجماع والشهرة، فنقض اليقين بصحته يكون بالشك، فلنا يقين سابق بصحة البيع، وشك لاحق في بطلانه، فنستصحب ببقاء الصحة، وهو المراد من تعبيره بأصالة الصحة.

الأصل الثاني في كلامه قدس سره: عدم البطل؛ للشك في إيجاب تأخير الثمن عن الثلاثة الأيام بطلان البيع، فيرجع الشك إلى تحقق البطل له وعدمه؛ فإن البيع قد وقع مع تمام شرائط الصحة بلا إشكال، فيشك في مبطالية تأخير الثمن عن القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، فالالأصل عدم المبطالية.

وأما قوله: «وغير ذلك» فيحتمل فيه ثلاثة أوجه، نقتصر على ذكر وجه واحد؛ تحرّزاً من الإطالة، وهو استصحاب الاشتغال، وبيانه:

أن المعاملة بعد أن تمت بين المتباعين اشتغلت ذمة البائع بتسليم المبيع

للمشتري، وذمة المشتري بتسليم الثمن للبائع، وهذا الاستعمال محرز إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيشك في بقائه وعدمه؛ إذ إن بطل البيع ارتفع الاستعمال، وإلا فلا يزال، فيستصحب بقاوه.

ثم قال عليه السلام: «على أنه هو المناسب للإرافق للبائع».^١

وهذا وجه آخر، وهو المستند العمدة للمحقق النائي قدس سره، وبيانه: أن المطلوب حفظ حق البائع، وضمان وصول الثمن إليه، والإرافق به يقتضي نفي اللزوم، لا بطلان البيع، والنكتة في ذلك ما علّ به القول السابق بقوله: «إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة»؛ فإن المبيع ربما تنزل قيمة، فيكون البطلان على خلاف الإرافق بالبائع، دون نفي اللزوم، والقول بالخيار.

ثم أشار إلى مطالب ثلاثة بقوله: «بل قد يدعى انصراف الإطلاق إليه، ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبائع، واللزوم قابل للتبعيض بخلاف الصحة».^٢

أما مراده من قرينة المقابلة في الشرطية، فهو الإشارة إلى ما في الروايات؛ فإنها تضمنت الجملة الشرطية، كما في قوله عليه السلام: «إإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما».^٣

وقوله: «إإن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له».^٤

فإن قوله عليه السلام: «فلا بيع بينهما، أو فلا بيع له» وقع في مقابل الشرط، ومقتضى تحقق الشرط حصول اللزوم، فبالمقابلة يكون مقتضى عدم تتحققه موجباً لنفي اللزوم،

١. جواهر الكلام ٩٣/٢٤ (٥٢/٢٣).

٢. جواهر الكلام ٩٣/٢٤ (٥٢/٢٣).

٣. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣، صحيحه علي بن يقطن.

٤. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١، صحيحه زرار.

١. لا لنفي الصحة.

ثم دفع إشكال التنافي بين صحيحة علي بن يقطين، التي نفت البيع بينهما: «وإلا فلا بيع بينهما»، الظاهر في نفي الصحة؛ لعدم تعقل نفي اللزوم عن المشتري، وبين بقية الروايات التي وقع النفي فيها على نفيه عن خصوص المشتري: «وإلا فلا بيع له»، بقوله:

(ولا ينافيه صحيح ابن يقطين، لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبائع منها).

هذا تمام الكلام فيما أفاده صاحب الجواهر قدس.

التحقيق في كلام صاحب الجواهر

والتحقيق في كلامه يقتضي التعرض لجهات:

الأولى: ما أفاده قدس من الجمع بين عبارتي الشيخ عليه السلام في المسوط والخلاف، بحمل المراد من بطلان البيع على بطلان اللزوم، غير تام؛ لأن البطلان والصحة من صفات موضوعات الأحكام ومتعلقاتها، كالبيع المتصف بها، كما بين في مبحث الصحيح والأعم، وأما الأحكام، التكليفية والوضعية، فلا تتصف بها، بل يدور أمرها بين الوجود والعدم، واللزوم حكم وضع، فلا يتتصف بالبطلان لكي يقول: «إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم...»، فينعدم الأساس الذي بني عليه الجواب عن التعارض بين كلامي الشيخ قدس، والتعارض بين الروايات.

الثانية: أراد صاحب الجواهر قدس أن يستعين بالشهرة والإجماع، المستفيض أو المتواتر، لبيان إرادة نفي اللزوم من النصوص المصرحة بنفي البيع.

ولما يخفى أن الأصل في هذا التعبير، هو نفي الحقيقة، وهو هنا يعني بطلان

١. أشار الشيخ الأستاذ لله إلى قرینية الظرفية فانتهى الوقت ولم يبينها.

البيع، والحمل على نفي اللزوم يحتاج إلى مؤونة زائدة، والمؤونة التي أقامها صاحب الجواهر قدس، هي الشهرة والإجماع المستفيض أو المواتر.

ولابد من التوقف في هذه الجهة؛ فإن الكلام إذا كان له ظهور، وأعرض الأصحاب عنه، فهل ينعدم ظهوره، فلا يتمسك به، أو يبقى على ما هو عليه، فيصبح التمسك به؟

فيه أنظار:

الأول: الأخذ بالظهور، وعدم الاعتناء بإعراض المشهور عن الدلالة، كما عليه المحقق السيد الخوئي قدس، على ما في مصباح الفقاهة جازماً به؛ لعدم الوجه في إسقاط الحجية بإعراض المشهور، وهذا ذهب في المقام إلى بطلان البيع، تبعاً للشيخ الطوسي قدس في المبسوط.^١

وفيه: أولاً: ينقض عليه بما اختاره في المنهاج؛ فإنه اختار ما ذهب إليه المشهور، من صحة العقد وثبوت الخيار.^٢

وثانياً: بما سيأتي في بيان الرأي الثاني.

الثاني: أن المشهور، والإجماع المنقول، يوجبان انقلاب الظهور.

وهذان النظaran في حدائي الإفراط والتغريط، والحق هو:

الثالث: وهو: إجمال الكلام، وعدم انعقاده في خلاف ظاهره، وتوضيح ذلك: إن المتكلم إذا صدر منه الكلام، ورأينا أصحابه والعارفين بكلامه لم يأخذوا بظاهره، وأعرضوا عنه، لم يمكن الأخذ بظاهر كلامه؛ إذ لا يكون ظهور كلامه حجة عند العقلاة، وسيرتهم هي المعتمدة في حجية الظواهر.

١. مصباح الفقاهة ٧/٦؛ والتفقيح في شرح المكاسب ٣٥/٥ و ٨.

٢. منهاج الصالحين ٢/٤٢.

ولكن في نفس الوقت، لم يمكن الأخذ بخلاف الظاهر، بل يكون الكلام مجملًا، فلا تتم دعوى صاحب الجواهر رحمه الله، من الأخذ بخلاف الظاهر، ولا دعوى المحقق السيد الخوئي قدس سره، من الأخذ بالظاهر، وعدم الاعتناء بالإعراض.

الثالثة: قوى صاحب الجواهر رحمه الله مسلك المشهور بدعوى إمكانية إرادة نفي اللزوم من النصوص، ولو بمعونة أصالة الصحة، وعدم البطل، وغير ذلك.

وفيه: أن ما هو حجة للفقيه هو ظهور الكلام، ولو برقة القرينة، وما لم يكن الكلام ظاهرًا لم يكن حجة، ولو كان الأصل على طبقه؛ فإن الأصول لا تسقط الكلام عن ظاهره، فضلاً عن أن تجعله ظاهراً في غير معناه.

وبهذه الجهة يفترق المشهور عن الأصول؛ فإن إعراض المشهور يوجب سقوط ظهور الكلام، ولا يوجب انعقاد الظهور في غيره، بخلاف مخالفة الأصول؛ فإنها لا توجب سقوطه عن الظهور، فضلاً عن إيجابها لانعقاد الظهور في المعنى المخالف.

الرابعة: أن في ما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله خلطًا بين المرجح، والمرجع؛ حيث جعل أصالة الصحة، وعدم البطل، وغير ذلك، مرجحًا لما دلّ على نفي اللزوم، والحق أن الأصول بعد تعارض الروايات تكون مرجعاً، وذلك بعد تساقط الروايات المتعارضة، ولا تكون مرجحًا لأحد الروايتين، فالروايات النافية للبيع عن المشتري ظاهرة في نفي اللزوم، وصحيحة ابن يقطين ظاهرة في بطلان البيع، فمع عدم وجود المرجح بينهما تسقطان، وتكون أصالة الصحة مرجعاً لا مرجحًا للطائفة الأولى.

والسر في ذلك: أن المرجح لا يخلو أمره من حالين، إما أن يكون مرجحًا ذاتياً، ككون أحدهما أظهر من الآخر، أو جعلياً كموافقة الكتاب، ومخالفة العامة، وموافقة الأصول ليس شيئاً منها.

الخامسة: أنه رفع التنافي بين صحيحة ابن يقطين، المستفاد منها نفي اللزوم بينهما، وغيرها المستفاد منها نفي اللزوم عن أحدهما: بصدق نفي اللزوم بينهما، ولو

بنفيه عن أحدهما وهو البائع.

والإشكال: أن لسان الروايات على نحوين؛ إذ تارة يكون لسانها إثبات اللزوم بين الاثنين، وأخرى يكون لسانها نفي اللزوم بينهما، فإن كان الأول كانت بنحو الموجة الجزئية، وهي تصدق بتحققها في أحد الطرفين.

وإن كان الثاني، فنقىض الموجة الجزئية سالبة كلية، فلا تصدق إلا بالسلب الكلي.

وما في الرواية «لا بيع بينهما»، فهي تنفي أصل البيع بينهما، ونفي الحقيقة بين المتباعين يختلف مع نفي الحقيقة عن أحدهما، فلا يصدق إلا بالانتفاء عنهما كليهما، كما لو قيل: (لا كدورة بين زيد وعمرو)؛ فإن هذه القضية لا تصدق إلا إذا انتهت من كلا الطرفين، وأما لو وجدت عند أحدهما دون الآخر لم تصدق، وبما أن البيع من الحقائق ذات التعلق، وقد نفيت عن الطرفين، فسواء أكان المنفي حقيقة البيع أم لزومه، فهو على نحو السلب الكلي بينهما، لا على نحو التبييض.

تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات

وأفاد المحقق الأصفهاني تفصيلاً تحقيقاً لقوية ما ذهب إليه المشهور، من نفي اللزوم، وحاصله: أن المراد من البيع المنفي في هذه الروايات، و إما الإنسائي، وهو العقد الذي يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية، وإما الحقيقى، وهو المسبب، وهو يكون بالحمل الشائع تعليكاً.

فإن كان الأول، فلا يعقل إرادة نفي الحقيقة من: «لا بيع له»؛ لتحقق البيع العقدي وجданاً، وما وقع لا ينقلب عما هو عليه، فلا بد من رجوعه إلى نفي الآثار، أي نفي أثر هذا السبب، وأثره إما الصحة أو اللزوم، وتعيين أحدهما يحتاج إلى فرينة، والمعنى نفي اللزوم، لأن البيع بما هو عقد، وإن كان أثره الظاهر منه نفوذه وتأثيره، إلا أنه بما هو بيع أثره الظاهر منه لزومه؛ فإنه المعاملة المبنية على اللزوم، وحيث إن المنفي

هو البيع بما هو بيع، لا بما هو عقد ومعاملة، فالنفي متوجه إلى أظهر آثاره وخصوصه، وهو اللزوم.

وإن كان المراد الثاني، أي نفي البيع الحقيقي، فأمره يدور بين الوجود والعدم، لا بين الصحة والفساد، فلا يعقل أن يحصل البيع الحقيقي ويتصف بالبطلان، فالنفي له يرجع إلى نفي أصل الحقيقة، وحيثئذ فلا يخلو الأمر من أحد حالين: إما أن نقول: بأن تركيب (لا بيع) ظاهر بظهور ثانوي في نفي الآخر، كقوله تعالى: ﴿لَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقٌ وَلَا جِدَالٌ﴾^١، وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فالنتيجة نفي اللزوم.

وإن لم نقل بذلك؛ لعدم بلوغ الاستعمال إلى حد يوجب انقلاب الظهور، فنقول بقيام القرينة على إرادة نفي الآخر، لا نفي الحقيقة؛ لقولهم ﷺ: «لا بيع له»؛ فإن البطلان أو الانفاسخ غير قابلين للتبعيض، بحيث يكون العقد باطلًا أو منحلاً من طرف المشتري فقط؛ فإن الآخر واحد، فلا يعقل وجوده من طرف البائع وعدمه من طرف المشتري، والعقد واحد، فلا يعقل أن يكون منحلاً وغير منحل، بخلافه، فإنه يمكن أن يكون العقد لازماً من طرف المشتري، وخيارياً من طرف البائع، فيكون المراد من قوله ﷺ: «لا بيع له»، أي ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع، بخلاف البائع؛ فإن أمر البيع بيده، فله مطالبة المشتري بالثمن، وله تركها بحل البيع.

وأما قوله ﷺ في صحيحة ابن يقطين: «لا بيع بينهما»، وإن كان له ظهور في نفيه حصول حقيقة البيع بينهما، إلا أنه ليس بحيث لا يمكن الجمع بينه وبين تلك النصوص الدالة على نفي اللزوم، فليس هو بحيث يأبى عن الحمل على عدم البيع،

الذي يستحق به كل منها على الآخر؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض.

وتوضيحة: أن المقرر بينهم في الأصول، وهو الحق: أن الظاهر لا يعارض الأظهر، فكما ترفع اليد عن الظاهر بالنص المخالف له، فكذلك ترفع اليد عن الظاهر بالأظهر المخالف له، والنصوص النافية للبيع عن المشتري، الظاهرة في نفي اللزوم - حسب الوجه المتقدم، من عدم قابلية الصحة للفكك، لكي تنفي عن المشتري دون البائع - أظهر في نفيه من رواية ابن يقطين، الظاهرة في نفي البيع، فيتخلى عن الظاهر بالأظهر.

مضافاً إلى ورود هذه العبارة في بيع ما يفسده المبيت^١، والإجماع على عدم البطلان، فحملت على إرادة نفي اللزوم^٢.

هذا نهاية ما أفاده هذا المحقق من التحقيق، ونتيجه تقوية ما عليه المشهور من نفي اللزوم، وخلاصته:

أن المقتضي في الروايات لحمل النفي على نفي اللزوم موجود، والمانع منه مفقود؛ ببركة رفع اليد عن الظاهر بالأظهر، والإجماع في ما يفسد في يومه.

المناقشة فيما أفاده المحقق الاصفهاني

ويرد عليه: أولاً: ما أفاده من التقسيم بين البيع الإنساني وال حقيقي، وأن الأول سبب لتحقق الثاني، لا يتم على ما أفاده في الأصول، من عدم كون الألفاظ في الإنسانيات سبباً للمعنى الاعتبارية، وهذا المبني هو الذي دعا المحقق السيد

١. إشارة إلى ما ورد في وسائل الشيعة ١٨ / ٢٤، ح ١، الباب ١١ من أبواب الخيار، مرسلة محمد بن أبي حمزة أو غيره عَنْ ذَكْرِهِ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، وَأَبِي الْحَسْنِ لَهُمَا: فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الشَّيْءَ الَّذِي يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ، وَيَتَرَكُهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِالشَّمْنِ، قَالَ: «إِنْ جَاءَ فِيهَا وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ الْلَّيْلِ بِالشَّمْنِ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ».

٢. حاشية المحقق الاصفهاني على المكاسب ٤ / ٢٤٦-٢٤٥.

الخوئي قدّس إلى تبني فكرة أن النسبة بين الإنشاء والمعانى المنشأة نسبة المبرز إلى المبرز، لا السبب إلى المسبب.

وثانياً: أن ما أفاده، من جعل البيع على قسمين، إنسائى، وحقيقى، وكون الصحة واللزوم من آثار الأول، وأما الثاني فأمره يدور بين الوجود والعدم، محل نظر وإشكال.

ووجهه: أنه جاء في القرآن الكريم، وفي السنة المطهرة، إثبات أثر الخلية والجواز إلى البيع، ففي قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^١ أثبت الخلية للبيع، فالبيع الذي جعل موضوعاً في الآية، إما أنه البيع الإنسائى، أو الحقيقى؛ لأنّه يحصر الأقسام فيها، حسب الفرض، فإن كان الإنسائى لزم رفع اليد عن أصلّة الحقيقة؛ لأن البيع الإنسائى هو سبب البيع، وليس ببيع؛ فيلزم استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب، وهو استعمال مجازي.

وإن كان الحقيقى، فالمفروض أنه لا أثر له على مبناه؛ إذ يدور أمره بين الوجود والعدم، فلا يتصور ترتّب الخلية على البيع الحقيقى على مبناه.

وأما في السنة المطهرة، فورد في الرواية المعتبرة، في من يريد الشراء من شخص بيع ما يملك، وما لا يملك، فقال الإمام عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^٢، فرتّب أثر الجواز على البيع، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقى؛ لأنّ أمره يدور بين الوجود والعدم.

والحاصل: أن البيع في الكتاب والسنة قد حكم عليه بتأثير الخلية والجواز، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقى.

١. سورة البقرة / ٢٧٥

٢. وسائل الشيعة / ١٧، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، صحيحه الصفار.

وثالثاً: ما أفاده - من أنه لو أريد من نفي البيع عن المشتري، البيع الإنسائي، الذي هو سبب البيع، فهو نفي للأثر، وهو إما الصحة، أو اللزوم، ولكن يتعين في المقام نفي اللزوم؛ لتعلق النفي بالبيع بما هو بيع، لا بما هو عقد، وأثره بما هو بيع، اللزوم - محل إشكال؛ وذلك:

لأن إثبات الآثار - ثبوت وإثباته - لا يكون إلا من خلال الأدلة الشرعية، وبالرجوع إليها نستفيد عكس ما أفاده قيٌّ؛ وذلك لأن مدعاه: أن أثر العقد الصحة، وأثر البيع اللزوم، ومقتضى النصوص - كتاب وسنة - عكس ذلك، فإن ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ دليل على اللزوم، سواء أفلنا بأن مفادها الإرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء، ولازمة اللزوم، وعلى كل حال، فمدلول الآية هو كون اللزوم أثراً للعقد.

ومفاد الكتاب والسنة كون الصحة والخلية والجواز والنفوذ آثاراً للبيع، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٢، و«وجب الشراء»؛ فإن الوجوب والخلية يجتمعان مع اللزوم، ومع الخيار.

ورابعاً: ما أفاده، من حمل «لا بيع بينهما»، في صحيحه ابن يقطين على نفي اللزوم، وإن كانت ظاهرة في نفي الحقيقة؛ بقرينة كون المبني في «لا بيع له»، هو اللزوم، لنفيه عن المشتري بالخصوص، والحقيقة لا تقبل التبييض.

حمل إشكال أيضاً؛ لأن مقتضى ظهور (لا) نفي مدخولها، فمقتضى الظهور، وأصلحة الحقيقة في «لا بيع بينهما» حمل نفي البيع على نفي الحقيقة، فلا يكون بينهما بيع حقيقة، ونتيجة البطلان، وحمله على نفي البيع، الذي يستحق به البائع على المشتري

١. سورة المائدة / ١.

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

الثمن، والمشري على البائع المثمن؛ لعدم استحقاق المشري على الفرض، حمل له على معنى مجازي، وهو مدفوع بأصالة الظهور؛ لعدم الوجه في كون الرواية المنفصلة - وهي النافية للبيع عن المشري - قرينة على رفع اليد عن ظهورها؛ فإن مقتضى القاعدة الأصولية، أنه متى انتفت القرينة الصارفة المتصلة، أو التي بحكمها، كانت أصالة الظهور هي الحاكمة في الكلام، وتكون الرواية الأخرى - إذا كانت ظاهرة في معنى آخر - معارضة للأولى.

نعم، ترفع اليد عن الظهور في صورتين، في ما لو كانت المعارضه بين النص والظاهر، أو بين الأظهر والظاهر؛ فإن مقتضى الجمع الدلالي بينهما، رفع اليد عن الظاهر بالنص والأظهر.

والمفروض فيها نحن فيه، أن جملة «لا بيع بينهما» ظاهرة في نفي الحقيقة، كسائر مواردها من قبيل (لا عداوة بينهما) أو (لا صدقة بينهما)؛ فإنها تنفي الحقيقة بالمرة، وجملة «لا بيع له» وإن كانت ظاهرة أيضاً في نفي الحقيقة، لو خلّيت ونفسها، ولكن للقرينة العقلية القائمة في خصوصها، وهي عدم إمكان التبعيض في الحقيقة، بحيث تنتفي حقيقة البيع عن المشري وثبت للبائع، كانت ظاهرة في نفي اللزوم، فيكون عندنا رواية ظاهرة في نفي اللزوم، وأخرى في نفي الحقيقة، والقاعدة تقتضي التعارض بينهما، لا حمل النافية للحقيقة على نفي اللزوم.

كلام المحقق الحائر لرفع التعارض بين الروايات

وذهب المحقق الحائر ^{فقيه} إلى القول بدلالة: «لا بيع بينهما» على نفي اللزوم، على خلاف ما أفاده الجميع من دلالتها على ن في الحقيقة، وتقريره في ذلك: أنا إذا لم نقل بأنها لنفي اللزوم يستلزم اللغوية في كلام الإمام ^{عليه السلام}؛ فإن بيان البطلان يكفي فيه أن يقتصر على القول بـ«لا بيع»، بدون إضافة «بينهما»، فإذا صفتها لأجل بيان نفي الحقيقة لغو، والذي يخرجه عن اللغوية، أن يكون لنفي معنى الإلزام والالتزام،

الموجود في حاقد البيع، أو الذي هو من آثاره وخصائصه، فينتفي مطالبة أحدهما إلى الآخر، أو الاحتجاج بينهما، بأن يقول أحدهما إلى الآخر: أين البيع إذا رأه خالف مقتضاه؟

فصوناً لكلام الإمام البيهقي عن اللغوية، لا بدّ من حمل «لا بيع بينهما» على نفي الآخر، لا نفي الحقيقة، ولو كان الظهور الأولي نفي الحقيقة.^١

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائز

ويندفع ما أفاده قدس، عموماً وخصوصاً، أما العموم؛ فلأن المتعارف في ذكر الأمور ذات التعلق أن تذكر مع أطرافها، فلو سئل عن العداوة بين اثنين، لكان الجواب: لا عداوة بينهما، والبيع من هذا القبيل؛ فإنه من الأمور ذات التعلق التي تحتاج إلى طرفين، البائع والمشتري، فحينما ينفي البيع عنهم، ينفي بذكر الطرفين، كما هي عبارة (لا بيع بينهما)، وبهذا ترتفع اللغوية من البين.

وأما خصوص هذه الرواية؛ فلأنها تتحدث عن أمر بين طرفين، فالسؤال كان عن البائع والمشتري؛ حيث فيها: «قال: سألت أبا الحسن البيهقي عن الرجل بيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن»، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما».^٢

فالتأمل في صدر الرواية وذيلها، يقضي بأن ذكر البيع مضافاً إلى كلمة «بينهما»، على وفق القاعدة.

ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات

ذهب الفاضل النراقي قدس إلى أن ظهور «لا بيع بينهما» في نفي الحقيقة، وناقش

١. الخيارات للشيخ الأراكي قدس / ٢٦١.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، صحيحه على بن يقطين.

في جميع الوجوه المذكورة لنفي اللزوم، ثم في آخر المطاف، قال: بأن مدلول الروايات - بما فيها رواية ابن يقطين - نفي اللزوم، لا نفي الصحة، واستند في ذلك إلى أن البيع هو فعل صادر من البائع، فلا يصح نفيه بنحو الحقيقة؛ إذ النفي المتعلق بالبيع، إما أن يكون تعلقاً به عند الحدوث، أي بالبيع السابق، أو بعد الثلاثة الأيام.

أما الأول فغير ممكن؛ إذ لا يتعلّق نفي الحقيقة بالبيع الحاصل قطعاً؛ فإن الموجود لا ينقلب إلى المعدوم، فلا يعقل نفي البيع قبل الثلاثة الأيام بنفي الحقيقة. وأما الثاني؛ فلا بيع حينئذٍ بعد الثلاثة الأيام حتى ينفي.

فالنتيجة: عدم إمكان الحمل على المعنى الحقيقي، فإذا لم يمكن الحمل على المعنى الحقيقي، تصل النوبة إلى المعنى المجازي، وهو يدور بين خمسة معان: نفي المبيع، ونفي الصحة، ونفي الاستمرار، ونفي مطلق الآثار، ونفي اللزوم.

ومع تعدد المجازات، وعدم تعين أحدها يقتصر على القدر المتيقن ويرجع إلى الأصل في الباقي، والقدر المتيقن في المقام نفي اللزوم؛ فإنه يجتمع مع جميعها؛ فإنه متى انتفى المبيع، أو الصحة، أو الاستمرار، أو مطلق الآثار، انتفى معها اللزوم.

والحمل على نفي الصحة - لكونها أقرب المجازات - غير جيد؛ إذ لا دليل على تعين الحمل على مثل ذلك الأقرب.^١

والمراد من الأصل في المقام إطلاق ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع﴾^٢، فالقدر المتيقن من أخبار النفي، إثبات الحلية، ونفي اللزوم.

وفيه: أن النفي إذا تعلّق بحقيقة من الحقائق، إما أن يمكن ذلك على وجه الحقيقة، أو لا يمكن، فإن كان ممكناً، فمقتضى أصلالة الحقيقة الحمل على نفي تلك

١. مستند الشيعة / ١٤ (٣٩٩-٣٨٩).

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

الحقيقة والماهية، على نحو الحقيقة، وإن لم يمكن تعين الحمل على نفي الحقيقة ادعاء، ولا تصل النوبة في هذا الباب إلى بقية المجازات، ففي مثل «لا صلة إلا بفاتحة الكتاب»^١، و «يا أشباء الرجال ولا رجال»^٢، وغير ذلك من الموارد التي تعلق فيها النفي بالحقيقة، ولم يمكن الحمل على نفي الحقيقة على نحو الحقيقة، لا ترفع اليد عن نفي الحقيقة، وإنما يبقى متعلقاً بالحقيقة ادعاء، ومعنى نفيها ادعاء نفي جميع الآثار، وهو عين البطلان، فما أفاده ^{قد} من تردد الأمر بين خمسة أمور في محل المنع.

فتحصل إلى هنا: أنا تعرضنا إلى جميع ما أفاده الأعلام من الشيخ، والمحقق الخراساني، و صاحب الجواهر والمحقق الاصفهاني، والمحقق الحائرى والفضل النراقي، قدست أسرارهم، واتضح من خلال ذلك اضطراب كلماتهم غاية الاضطراب، فلم تنهض لإثبات الخيار، ونفي اللزوم من الروايات.

التحقيق في المسألة البحث في المقامين

والتحقيق في المسألة أن نوع البحث في مقامين:

المقام الأول: البحث في مقتضى القاعدة مع غض النظر عن الروايات.

المقام الثاني: البحث مع ملاحظة الروايات.

مقام الأول: مقتضى القاعدة

أما المقام الأول، فالمعاملة وقعت - حسب الارتكاز العقلائي - مبنية على شرط الإقباض على كل من الطرفين، البائع والمشتري، فإذا تخلف الشرط، فالأصل بحسب ارتكازهم صحة البيع، وله خيار تخلف الشرط.

وبعبارة أخرى: إن على كل من الطرفين إقراض الآخر ما في يده حسب ما عليه

١. عوالي اللائي / ١٩٦.

٢. الكافي ٥/٦، ح ٦، باب فضل الجهاد؛ نهج البلاغة / ١٧٠.

العقلاء، ويلزمهما على هذا الأساس أن لا يتأخرا في الإقباض عن الحد المتعارف بين العرف والعقلاء، فالأصل عندهم الصحة، وإذا تأخر أحدهما عن الإقباض عن الحد المتعارف في المعاملة، كان للآخر الخيار، فالقول بالخيار مطابق للمرتكز العقلائي، وقول الشيخ رحمه الله في المبسوط مخالف لمقتضاه.

المقام الثاني: مقتضى الروايات

وأما المقام الثاني، فمقتضى ظهور صحيحة علي بن يقطين - كما تقدم - نفي حقيقة البيع ادعاء، فتفيد نفي صحته، وهو الموافق لكلام الشيخ رحمه الله في المبسوط. ولكن، لا يمكن الأخذ بها؛ وذلك لأننا لو نظرنا إلى الأقوال في المسألة، لما وجدنا من المتقدمين إلا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط^١، وقد خالفه في كتابه الخلاف؛ حيث نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم^٢، ومع هذا التعارض بين قوله لا يثبت عندنا قول بالبطلان عند المتقدمين، إلا ما يمكن أن يستفاد من عبارة العالمة رحمه الله في المختلف؛ حيث نسب القول بالبطلان إلى غير المشهور^٣.

وأما من المتأخرین فلم يذهب إليه إلا صاحب الحدائق^٤، وقربه صاحب الكفاية^٥، والمحقق السيد الخوئي في المصباح، وخالفه في المنهاج، فقال بالصحة^٦. فمن هذا يظهر أن هذه الصحيحة، مما أعرض عنها مشهور الفقهاء بل كلهم؛ حسب تصريح العالمة في التذكرة^٧، والشهید في الدروس^٨، والشهید الثاني في

١. المبسوط / ٢٨٧.

٢. الخلاف / ٣٢٠.

٣. المختلف / ٥٧١ - ٧٠.

٤. الحدائق / ١٩٤.

٥. كفاية الأحكام / ١٤٦٤.

٦. مصباح الفقاهة / ٧٨.

٧. التذكرة / ١١٧.

المسالك^٢؛ حيث ادعوا الإجماع على الخيار، فلا تكون هذه الرواية مشمولة لأدلة حجية الخبر، كما حقق في الأصول.

والسر في ذلك: أن الروايات الدالة على حجية خبر الثقة، إنما هي إمضاء لسيرة العقلاء، ومثل هذه الرواية التي أعرض عنها مشهور القدماء، وفقهاء الأصحاب، وبطانة المذهب في الفقه والحديث، ما عدا ابن الجنيد، الذي لا يعني الفقهاء بمخالفته، لا تكون مورداً للاحتجاج في السيرة العقلائية، فيكون دليلاً حجية خبر الثقة قاصر الشمول عنها.

وبهذا يتضح: أن عمدة الإشكالات في المسألة - وهو ظهور صحيحة ابن يقطين - قد تبيّن سقوطه، وعدم حجيته، فلا تعارض الروايات الأخرى ببناء على دلالتها على نفي اللزوم، كما استفاده الشيخ [الأعظم] قدس وعدة من الأعاظم.

ولو أغمضنا النظر عن سقوطها، وقلنا بتماميتها في نفسها، فإنما أن يقال: بإجمال روایات «لا بيع» أو يقال: بعدم إجهاها:

إما على الأول فلا ظهور لها في نفي اللزوم؛ وذلك لما تقدم من أن الشيخ قدس وغيره، من ذهب إلى ظهورها في نفي اللزوم، استند إلى عدم إمكان التبعيض في الصحة، وبما أنها نفت البيع عن المشتري بالخصوص، فتحتمل على نفي اللزوم. ولكن مع قيام احتمال كونها تنفي الصحة، وإنما خصّص المشتري بالذكر؛ لكونه مورد السؤال، لم تكن دالة على نفي اللزوم حينئذ، بل كما يحتمل نفي اللزوم، يحتمل دلالتها على نفي الصحة عن الجميع، لا على نحو التبعيض؛ ليرد المحدور، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة، فلا تعارض الروايات الدالة على الصحة.

وأما على الثاني أي عدم إجهاها فهي معارضة بتلك الروايات، والترجح لتلك

١. الدروس / ٣٧٣.

٢. المسالك / ٣٠٨.

الروايات؛ لشهرتها رواية وفتوى [ولموافقته لكتاب ومخالفته للعامة]. ولو قلنا بعدم ترجيح تلك الروايات عليها، وتحكّم التعارض، فهنا مبنيان: **الأول**: أن يقال بالتخيير في المسألة الأصولية بين المعارضين، ومقتضاه صحةُ الأخذ بالروايات الدالة على نفي اللزوم، فمقتضى الاحتياط في الفتوى الأخذ بها؛ لموافقتها للمشهور.

الثاني: أن يقال بالتساقط، فمقتضى القاعدة التمسك بالأصل اللفظي أو العملي، والمتصور من الأول اثنان: عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١، و﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٢، أما الأول منها، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن البيع - بعد الثلاثة الأيام - يدور أمره بين البطلان وعدم اللزوم، ولا احتمال ثالث في البين، وعلى كلا التقديرين لا يمكن التمسك بها، ويتعين التمسك بآية الحال؛ فإن البيع - بعد الثلاثة الأيام - غير لازم قطعاً، ويشك في نفي صحته، فالمرجع للأية الكريمة، ونتيجة القول بما اختاره المشهور، من الصحة ونفي اللزوم.

وأما بناء على الإجمال في كلتا الطائفتين، كأن يقال: بأن كلاً من الروايتين: «لا بيع بينهما» و «لا بيع له»، يحتمل فيهما نفي اللزوم، ونفي الصحة، فمقتضى القاعدة التمسك بالإطلاق؛ لتردد المخصوص المنفصل بين الأقل والأكثر.

توضيح ذلك: أن مقتضى قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٣، صحة المعاملة التي أخر فيها الثمن إلى ما بعد الثلاثة الأيام؛ فإنها مطلقة من حيث الأفراد والأزمان، والفرض أن الروايات الواردة مخصوصة لها، إلا أنها مخصوصة بجمل بين الأقل والأكثر؛ لدورانه بين نفي اللزوم فقط، وبقاء الصحة، كما عليه المشهور، وبين نفيها اللزوم

١. سورة المائدة / ١.

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

٣. سورة البقرة / ٢٧٥.

والصحة، كما عليه الشيخ في الميسوط، واختاره صاحب الحدائق، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو الحكم - بعد الثلاثة - بالصحة ونفي اللزوم، ونتيجه ما عليه المشهور.

هذا هو مقتضى سير البحث على جميع الاحتمالات والوجوه.

مقتضى الأصل العملي في المسألة

هذا كله في مقتضى الأصل اللغطي، وأما الأصل العملي في المسألة، فتشخيصه يبني على مفاد «لا بيع بينهما»، فهل مفادها - على القول بالبطلان - نفي الصحة من الأول، أو بعد انقضاء الثلاثة الأيام؟

فإن كان من الأول، فلا مجال للاستصحاب؛ إذ الفرض أنه بعد الثلاثة الأيام يحكم ببطلان البيع من حين العقد، فلم يحرز البيع، ولا الملكية ليستصحب أحدهما. وإن كان الثاني، فالتردد في كون إفادتها نفي اللزوم أو نفي الصحة، يقتضي التردد في الصحة والبطلان بعد الثلاثة الأيام، أي إن كان مفادها نفي الصحة، فلا ملكية بعد الثلاثة الأيام، وإن كان مفادها نفي اللزوم، فالملكية باقية، فيما أن الملكية متيقنة الحدوث في الثلاثة، ونشك في بقائها بعدها، فالأصل بقاء الصحة، واستصحاب الملكية.

شروط خيار التأخير

الشرط الأول: عدم قبض المبيع

قال الشيخ قدس الله عرضاً عن هذا الشرط: (ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله الله أعلم: في صححه علي بن يقطين المتقدمة: «إِنْ قَبَضَ بِعْهُ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا»، بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع) ^١.

إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفاده الشرط من الروايات وأنكر صاحب الرياض الله أعلم دلالة الأخبار عليه، ^٢ وتبعه صاحب الجواهر الله أعلم، واعتمد في اشتراطه على الإجماع، وهو المعنى بقول الشيخ الله أعلم: (وتبعه بعض المعاصرين) ^٤.

ولم ير الشيخ الله أعلم لهما محملأ إلا وجهين:
الأول: سقوط هذه الفقرة من النسخة المأخذوذ منها الرواية.

١. المكاسب ٢٢٠/٥.

٢. رياض المسائل ٣٠٧/٨.

٣. جواهر الكلام ٩٦/٢٤ (٥٤/٢٣).

٤. المكاسب ٢٢٠/٥.

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

الثاني: احتمال قراءة «قبض» بالتحفيف، و«بيعه» بالتشديد، يعني قبض بائعة الثمن، في قبال «قبض» بالتشديد، و«بيعه» بالتحفيف، بمعنى المبيع.

إشكال الشيخ عليهما

وأورد عليهما الشيخ رحمه الله بوجهين:

الأول: أن استعمال «البيع» بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، بخلافه في الثنية، فقد ورد «البيعان بالختار».

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

والحاصل: أن المستفاد من الرواية عند الشيخ رحمه الله اشتراط عدم قبض المبيع لثبتختار؛ بناء على قراءة «قبض» بالتشديد، و«بيعه» بالتحفيف.

وأما مختار صاحب الرياض فالامر بالعكس من حيث تشديد الكلمة وتحفيتها؛ أي «قبض» بالتحفيف، و«بيعه» بالتشديد، أي البائع، وما يقبضه البائع هو الثمن، فيكون الشرط عدم قبض الثمن.

إشكال المحقق الإيراني على الشيخ

وأورد المحقق الإيراني على الاستدلال بالرواية: بأن فيها احتمالات ثلاثة، فلا

يتم الاستدلال مع وجودها، وهي:

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

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

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

والعمدة في الاستدلال اختصاص موارد الأخبار بصورة عدم قبض المبيع، وعدم الإطلاق في الرواية، أو تنقية مناط، بحيث تشمل صورة قبض المبيع، فلهذا يقتصر على القدر المتيقن، وهو صورة عدم القبض، وهو مورد الروايات؛ إذ مع عدم الإطلاق في الرواية يكون المرجع أصالة اللزوم في غير القدر المتيقن.¹

هذا ما أفاده المحقق الإيرواني حَلَّهُ، ولكن إثبات الإجمال في الأدلة يتوقف على كون المحتملات المذكورة في الكلام موافقة لقواعد المحاورة، وهو غير تام في ما ذكر: **أما الاحتمال الأول:** فلعدم استعمال كلمة البيع وإرادة الثمن في الروايات، ولا في كلمات الفقهاء، بخلاف إرادة المبيع منها؛ فإنه أمر شائع الاستعمال، والقياس على الاشتراط مع الفارق؛ إذ يستعمل الشراء في ما اشتراه (المشتري)، كما يستعمل البيع في المبيع، فأي ربط باستعمال البيع في الثمن؟ بل استعمال الشراء في المشتري يؤيد كلام الشيخ حَلَّهُ من استعمال البيع في المبيع، لا العكس.

١. حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني ١٨٣/٣، رقم ٣٧٤.

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

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

وأما الاحتمال الثالث؛ فأولاً: أن تقدير المذوف على خلاف الأصل.
وثانياً: لا توجد قاعدة تدل على أن «بيعه» في «فإن قبض بيعه» جواب شرط مذوف.

تأييد المحقق الرشتي للشيخ

وأيّد المحقق الرشتي تَسْتَعِفُ، ما احتمله الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ؛ برواية «قبضه» مع ضمير المفعول، بناء على قراءة «قبض» حيئذ بالتشديد، و«بيعه» بالتخفيف؛ أي «قبضه بيعه»، بمعنى قبض البائع المشتري مبيعه، فتكون حيئذ دليلاً على المشهور، وسالمة عن الإشكال.

وأما على قرائتها بتحفيف «قبضه»، وتشديد «بيعه»، فهي على عكس المطلوب أدل؛ إذ يكون المعنى قبض الثمن بائعه.^١

الحق في لفظ الرواية ومقادها

والذي ينبغي أن نتابع الرواية من أواها ومرجع الضمائر فيها، فأوها السؤال:

١. فقه الإمامية: الخيارات / ٥٤٧

«عن الرجل يبيع البيع»، ولا شك أن المراد من «البيع» هنا هو المبيع، «ولا يقابضه صاحبه»، وفي ضمير «صاحب» احتفالاً:

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

٢- أن يعود على البيع بمعنى المبيع، أي صاحب المبيع، وهو المشتري.
وعلى كل فالمراد أن المشتري لم يقابض المبيع، كما أن البائع لم يقابض الثمن، فما هي الوظيفة؟

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

هذا هو الحق في بيان الرواية، وعليه يتم مدعى المشهور، ولا عبرة بمدّعى الشيخ عليه السلام، ولا باحتفالات المحقق الإيراني عليه السلام.

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

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

نعم، لا يتم قوله على الاحتمال الذي احتمله الشيخ عليه السلام في وجه إنكار صاحب الرياض عليه السلام لدلالتها، وهو: «إن قبض بيعه» بتشديد البيع.

إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه

وقد أورد عليه الشيخ حَلَّةَ بايرادين:

الأول: ندرة استعمال «البيّع» بالتشديد مفرداً.

الثاني: أصالة عدم التشديد.

أما الأول، فيرد عليه: أن الاستعمال إذا كان صحيحاً مادة وهيئة، فعدم الاستعمال لا يضر، فضلاً عن ندرته، ولا شك أن الاستعمال صحيح؛ بدليل وروده في حال التشنية كما في «البيّان بالخيار»، فمع صحة استعماله في حال التشنية، فما هو المانع من صحة استعماله مفرداً؟

فليس من شرائط الصحة، رؤية الاستعمال، وكل استعمال مسبوق بالعدم، فلا بدّ من شروع الاستعمال من نقطة ابتداء.

وأما الثاني، فيحتمل فيه احتمالان:

الأول: الأصل العقلاي.

الثاني: الأصل الشرعي.

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

ولا يخفى أن هذا الأصل ثابت من حيث الأصل، ولم يثبت إطلاقه، بمعنى أنه ثبت جريانه عند العقلاء، فيما لو شك في زيادة كلمة أو جملة في الكلام، هل هي ثابتة أو زائدة، فالأصل عدم الزيادة، وأما إذا شك في كيفية الكلمة - وإن اعتبرت الكيفية زيادة فيها - فلم يثبت جريان الأصل عندهم، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن التشديد زيادة في كيفية الكلمة.

وأما الأصل الشرعي، فهو هنا استصحاب العدم الأزلي؛ لعدم الحالة السابقة زماناً؛ أي أن الكلمة قبل تلفظها لم توجد، ولم تكن مشددة ولا مخففة، فحينما تلفظ بها

الإمام عليهما مسند، فهل نطقها مشددة أو مخففة؟ هذا ما نشك فيه، فالعدم المأمور، سالبة بانتفاء الموضوع، لا بانتفاء المحمول، وما كان كذلك كان أصلاً أزلياً.

وجريدة يدور مدار المبني فيه،^١ فالمحقق النائيني عليه الذي لا يرى جريانه من أساس، لا يتمسك به في المقام، بخلاف من يراه.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه

ولهذا، لا يصح إيراد المحقق الخراساني عليه: بعدم وجود حالة، سابقة للكلمة حتى تستصحب؛ فإن التخفيف والتشديد كليهما، من الكيفيات التي تكون للكلمة، فتوجد مكيفة به أو بعده، فهي - حينما وجدت - إما وجدت مشددة أو مخففة.^٢

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

المناقشة في أصل عدم التشديد

نعم، يرد عليه وجهان:

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

الثاني: معارضته بأصل مثله، وتصوير المعارضة بنحوين:

النحو الأول: أن أصلالة عدم التشديد في البيع، معارضه بأصلالة عدم التخفيف

١. أي جريان الاستصحاب عدم الأزلي وعدمه.

٢. حاشية المكاسب للمحقق الخراساني عليه / ٢٠١.

فيها؛ إذ كل منها هيئة مستقلة للإدلة، وكما أن للبيع بالتشديد أثراً، حيث يترتب عليه الحكم بشرطية عدم قبض الثمن، فكذلك للبيع بالتخفيض؛ فإن له أثراً، حيث يترتب عليه القول بشرطية عدم قبض المبيع.

وهو إشكال لا مفرّ منه، ولا دافع له أيضاً.

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

وهذا الإشكال، إنما يتم على قول من قال: بتوقف قول المشهور على تشديد «قبض»، وأما على ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني^١ رحمه الله، وهو المختار عندنا - كما تقدم - من تمامية قولهم حتى على قرائتها بالتخفيض، فلا موضع له.

فتلخص: أن الإشكالات الواردة على الأصل ثلاثة:

الأول: أنه مبني على لكونه استصحاب عدم الأزل.

الثاني: أنه أصل مثبت.

الثالث: معارضته لأصالة عدم التخفيض في «بيعه».

وأما قياس أصالة عدم التشديد، بأصالة عدم المد في البكاء الوارد في قواطع الصلاة، فهو مع الفارق؛ إذ أن الأمر في مسألة البكاء مردّد بين الأقل والأكثر؛ فإن في البكاء بالمدّ مداً زائداً، وهمة زائدة، وهما حرفان زائدان، دون البكا بالقصر، فإذا تردد الأمر بينهما جرى الأصل العقلائي بعدم الزيادة^٢، وجرى الأصل الشرعي على القول بجريانه، كما أجراه الشيخ رحمه الله.

وأما ما نحن فيه فالامر مردّد بين متبادرتين؛ فإن «البيع» بالتشديد مبادر إلى

١. حاشية المحقق الأصفهاني ٤ / ٣٥٠-٣٤٩.

٢. والعجب ردّ الاستاذ المحقق جريان هذا الأصل في كيفية الكلمة وسبحان من لا يسهو. مضافاً إلى عدم جريان المسائل الأصولية في علم الأدب كما لا يخفى على أهله.

«البيع» بالتحفيف؛ لأنّه ضده، فلا يقاس على البكاء.

ونتيجة البحث:

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

تحقيق المحقق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن

توضيح ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله:

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

فإن كان المستند للإجماع، فيما أنه دليل لبّي، اقتصر في تخصيصه لعموم دليل اللزوم على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض الثمن والمبيع؛ وذلك لأن عموم: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾**^١ يقتضي اللزوم، سواء أقبض كل منها الثمن والثمن أو لم يقبضها، ولكن خصّص هذا العموم بالإجماع القائم على خيار التأخير، وبما أنه دليل لبّي، لا لسان له، وهو مخصوص منفصل بجملة لتردّده بين الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهي صورة عدم تحقق قبض كل من الثمن والثمن.

وإن كان المستند «للاضرر»، فلا وجه لاعتبار الجلّ، لو لا الكل؛ إذ المدار حينئذ على حصول الضرر وعدمه، لا على قبض الثمن أو المثلثن وعدمه، فلو حصل الضرر وقبض الثمن والمثلثن ثبت الخيار، ولو لم يحصل الضرر، ولم يقبض الثمن ولا المثلثن، لم يثبت الخيار.

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

المثمن.

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

بيان ذلك: أنه في صحيحة علي بن يقطين شرط، وهو «فإن قبض بيعه»، ومفهومه إن لم يقبض المبيع فله الخيار مطلقاً، أي سواء أقبض المثمن أم لم يقبض. وفي صحيحة زرارة^١ شرط أيضاً، وهو: إن أتى المشتري بالمثل فلا خيار له، ومفهومه أنه إذا لم يأت بالمثل فله الخيار مطلقاً، سواء أقبض المثمن أم لم يقبضه. والتوفيق بينهما يتم بأحد وجهين:

الأول: أن يقييد إطلاق كل منهما بتقييد الأخرى، والتالي إن لم يقبض المثمن، بمقتضى صحيحة ابن يقطين، ولم يقبض المثمن بمقتضى صحيحة زرارة ثبت الخيار، وإن تختلف أحدهما فلا خيار.

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

والوجه الأول هو الأظهر، وعلى فرض عدم أظهريته، فليس الثاني بأظهر، فيقع التنافي بينهما، ويرجع حينئذ إلى الأصل، فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل

اللزوم عدم تحقق قبض الثمن والمشمن معاً.^١

المناقشة في تحقيق المحقق الخراساني

ولا بدّ من تعين أصل المسألة؛ فإن المجعلول على المشهور لللزوم، والجواز (والخيار)، وعلى مسلك الشيخ رحمه الله الصحة والبطلان، والمسألة من صغريات تعدد الشرط، واتحاد الجزاء؛ فإن في صحيحة علي بن يقطين^٢، شرط عدم قبض المبيع، وفي صحيحة زرارة^٣ و[موثقة] إسحاق بن عمار^٤ شرط عدم قبض الثمن، فالحكم واحد وهو الخيار، والشرط متعدد.

هذا هو أصل المسألة، وقد ذكر المحقق الخراساني رحمه الله في الأصول في كبرى هذه المسألة - إذا تعدد الشرط واتحاد الجزاء - أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن إطلاق مفهوم كل منها مقييد بمنطق الآخر، ونتيجة اعتبار أحد الشرطين لتحقيق الجزاء.

الوجه الثاني: أنه في مثل هذه الحالة لا مفهوم لكلا القضايان، فيتحقق الجزاء بتحقق أي من الشرطين

الوجه الثالث: أن يتقيّد كل منها بالأخر بنحو الانضمام، فيكون الشرط اجتماعهما، أي مركب من جزئين.

الوجه الرابع: الشرط هو الجامع [أي كليّ ينطبق على كلّ واحد].
واختار من جهة عرفية الوجه الثاني، لعدم المفهوم في مثل هذه القضية؛ لعدم تعرّضها للنفي، وإنما تقتصر على الإثبات.

١. الحاشية على المكاسب / ٢٠١.

٢. وسائل الشيعة / ١٨، ٢٢، ح. ٣.

٣. وسائل الشيعة / ١٨، ٢١، ح. ١.

٤. وسائل الشيعة / ١٨، ٢٢، ح. ٤.

وأما من جهة عقلية فقد اختار الوجه الرابع؛ فإنه وإن كان مقتضى الظهور أن يكون كل واحد من الشرطين شرطاً مستقلاً؛ إلا أن هذا الظهور ساقط عقلاً؛ لامتناع صدور الواحد من الكثير؛ فإن الواحد لا يصدر إلا من الواحد، فيمتنع ترتيب الجزاء على الخصوصيات المتباعدة، فيكون الشرط هو الجامع بحكم العقل.

وما اختاره هنا، يخالف لما اختاره في الكفاية في كلا الوجهين؛ فقد اختار في الكفاية من جهة عرفية عدم المفهوم للقضية الشرطية في مثل هذه الصورة، فيكون تحقق كل واحد من الشرطين كافياً لترتيب الأثر، بينما اختار في المقام كون الشرط عدم قبض الثمن والمثمن معاً.

وهو يخالف أيضاً لما اختاره في الكفاية من جهة عقلية، لأنه اختار فيها كون الشرط هو الجامع، وهو كلي ينطبق على كل واحد، فيخالف كون الشرط هو الجميع. وأما الحل، فما أفاده من الوجه العرفي مردود؛ لأن مستنده أن مفهوم الشرط إنما يوجد مع كون العلة منحصرة، وفي حال تعدد الشرط لم يحصل الانحصار، فلا مفهوم.

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

وأما الوجه الثاني [العلقي]، فهو مبني على قاعدة فلسفية، وفيها صيغتان:

الأولى: الواحد لا يصدر إلا من الواحد.

الثانية: الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وهي لو تمت في محلها لم تتم في ما نحن فيه؛ فإن محلها العلل الطبيعية، أي الفاعل الطبيعي التكويني، فلا يصدر من النار الحرارة والبرودة، كما لا تصدر الحرارة

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

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

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

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

فروع

الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع ثم إنه لو كان عدم القبض بعذوان البائع، كأن بذل المشتري له الثمن، فامتنع عن قبضه وعن إقراض المبيع، فهل للبائع الخيار؟

استظهار الشیخ عدم ثبوت الخيار
استظهار الشیخ حَلَّهُ عدم الخيار، واستند في ذلك إلى (أن ظاهر النص والفتوى

كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرره، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله).^١

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ وأورد عليه المحقق السيد الخوئي حَلَّهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: بعدم إناطة الحكم بالإرافق بالبائع في الروايات، ومقتضى إطلاقها ثبوت الخيار - على القول بثبوته - ما دام لم يحصل القبض ولو كان عدم القبض بسببه.^٢

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:

إن كان المستند في ثبوت هذا الخيار هو الإجماع، فيما أنه دليل ليبي، ومحض منفصل لآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾^٤، لزم الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة ما إذا لم يكن عدم القبض من قبل امتناع البائع.

ومن الواضح تاماً ما أفاده الشيخ حَلَّهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بناء على هذا المستند، ولعل هذا مراده حَلَّهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من قوله: (ظاهر الفتوى).

وإن كان المستند قاعدة (لا ضرر)، فالحال كالسابق؛ لأنها إنما تنفي اللزوم الضري إذا استند الضرر إلى الشارع، وأما إذا كان مستندًا إلى البائع نفسه، فلا ترفعه. وإن كان المستند الشرط الارتكازي، بمعنى أن معاملات العقلاة مبنية على أن يقبض البائع المشتري المبيع، وعلى أن يقبض المشتري البائع الثمن، فإنما يقتضي كل منها

١. المكاسب ٢٢١ / ٥.

٢. مراده اطلاق صحيحة علي بن يقطين لما ورد فيها: «ان قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما». [وسائل الشيعة ١٨ / ٢٢، ح ٣]. ويرد عليه: «لا يكون للبائع داع إلى عدم قبض الثمن غالباً، وهذا ظاهر السؤال عدم إقاضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن»، راجع إرشاد الطالب ٦ / ٢١٨.

٣. مصباح الفقاهة ٧ / ١١؛ التتفيق في شرح المكاسب، الخيارات ٣٩ / ١٢.

٤. سورة المائدة / ١.

الآخر، شرط ضمني في المعاملة، ومتى تختلف أحدهما عنه كان للآخر الخبراء، فالحق مع الشيخ عليه السلام أيضاً كما هو واضح.

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

نقول: إن الخيارات، من حيث المستند على قسمين: ارتكازية، وتعبدية، فالارتكازية كخياري الغبن والعيوب؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على عدم التفاوت الفاحش بين الشمن والمثمن، وعلى سلامتهما، فمتى تختلف أحدهما ثبت الخيار.

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

وكلا القسمين جعلا لمصلحة صاحب الخيار، والإرافق به؛ فخيار المجلس جعل للمتابعين ليتروى كل واحد في ما انتقل إليه، وفي مصلحته من العقد، ولرفع الغفلة عنه إن كانت، وخيار الحيوان - كما يظهر من روايات صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام^١ - جعل لكي يتروى المشتري ويتأمل في الحيوان ليعرف عيوبه.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الخيارات الارتكازية؛ فإنها جعلت للإرافق بصاحبها، فرقاً بالمحبون لم يجعل البيع الغبني لازماً في حقه، ورقاً بمن انتقل إليه المعيب لم يجعل البيع لازماً له.

وما نحن فيه، أعني خيار التأخير لم يخرج عن هذه القاعدة؛ فإنها جعل - من ناحية عقلائية، وعطفاً له على سائر الخيارات - إرافقاً بالبائع؛ لكي لا يقع في شدة؛ إذ لو كان البيع لازماً، وحرم من ماله، وهو الشمن، وألزم بحفظ مال غيره، وهو المثمن، لوقع فيها، فجعل الخيار له إرافقاً به، وهذا هو معنى كلام الشيخ عليه السلام: (لأن ظاهر

١. وسائل الشيعة ١٨ / ٢٢، ح ٣، صحيحة الحسن بن علي بن فضال.

النص كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع).

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

ولو ترلنا عن هذا الظهور، وقلنا بعده، فلا أقل أن المعاملة مبنية بحسب الارتكاز العقلائي على أن يتنتقل الشمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، ومتى تختلف أحدهما عن الإقباض لم تكن المعاملة لازمة؛ بمقتضى السيرة العقلائية القطعية، ومعه لا يعقل انعقاد الإطلاق؛ فإن الإطلاقات ملقة إلى العرف والعقلاة، فتكون الارتكازات العقلائية قرائن حافة بالكلام، ولا أقل أنها محتملة القرينة، وعلى كلا التقديرتين لا ينعقد الإطلاق.^١

فما أورده المحقق السيد الحوئي رحمه الله على الشيخ رحمه الله غير تام.

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

وكيف كان، ففي ثبوت الخيار أو سقوطه أربعة وجوه، ذكرها الشيخ رحمه الله:

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

١. قد مرّ وجه عدم الإطلاق في التعليقة السابقة.

الوجه الثاني: أن القبض بلا إذن كلاً قبض؛ لأنصراف أدلة القبض عنه.

الوجه الثالث: التفصيل بين استرداد البائع للمبيع وعدمه، فإن استرده كان القبض كلاً قبض؛ لعدم تحقق القبض بقاء، فله الخيار؛ لتحقق شرطه، وإن لم يسترده فهو راضٍ بالقبض، فلا خيار له.

رأي الشيخ في المسألة

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

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

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

وإن قلنا في تلك المسألة باعتبار هذا القبض، وعدم ضمان البائع للمبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بعدم الخيار؛ لعدم تضرره؛ إذ لا ضمان عليه، وأما ضرر حفظه وحرمانه من الشمن فيرتفع بأخذ المبيع مقاصدة، وبما أن رأيه في تلك المسألة هو سقوط الضمان، فرأيه في المقام سقوط الخيار.^١

١. المكاسب / ٥، ٢٢١، بشرح وتوضيح من الشيخ الأستاذ د.المطربي.

المناقشة فيما اختاره الشيخ

وما أفاده الشيخ ذات الملة يتنبى على مقدمات تقدّمت مفصلاً، وهي:

الأولى: أن المبني في خيار التأخير قاعدة نفي الضرر.

الثانية: نفس قاعدة (تلف المبيع من مال باعه قبل قبضه) يعَد ضرراً، إذ

الفرض عدم حصول التلف لحد الآن.

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

ومع أخذ هذه المقدمات بعين الاعتبار يظهر تأثيرها في المطلب، ولكن تقدّم متأخّراً

أنا قلنا: بأن نسبة الضرر إلى عدم القبض والإقباض في خلال الثلاثة الأيام، نسبة

العلوم والخصوص من وجہ، فربما يحصل الضرر بالتأخير في خلال هذه المدة، وربما

لا يحصل الضرر، فليس كل تأخير ضررياً.

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

الضمان على حصول التلف، وصرف الحكم بذلك لا يعَد ضرراً عرفاً، فإن الضرر -

لغة وعرفاً - هو النقص في المال أو الطرف أو النفس، وليس ذلك شيئاً منها، وكذلك

حرمانه من الثمن، وعدم وصوله إليه؛ فإنه لا يعَد ضرراً عرفاً، بل هو عدم انتفاع.

فإذا أخذنا هذه الأمور بعين الاعتبار اتضح بطلان ما أفاده الشيخ رحمه الله، كبرى

وصغرى، هذا أولاً.

وثانياً: أن عمدة ما استند إليه الشيخ رحمه الله في المقام هي الروايات، ولو استفید

منها كون الضرر علّة للحكم بالخيار لتمّ ما أفاده رحمه الله، ولكن غاية ما يستفاد منها كونه

حكمة، فلا يفيد.

وثالثاً: أن غاية ما دلّت عليه الروايات هو أن القبض إن تمّ في خلال الثلاثة

الأيام فالبیع لازم، وإلا فالبیع باطل، على مبنيٍ^١، وغير لازم، على مبنيٍ آخرٍ، ولا

١. مبني الشيخ الطوسي ومن تبعه.

تدل على كون الضرر علة ولا حكمة.

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

فتحصل إلى هنا:

أنه يرد على الشيخ رحمه الله: أن كون الضرر علة أمر مجهول عندنا، وغاية ما يمكن ادعاؤه أن الخيار للإرافق بالبائع، وهذا أصل كلي لجميع الخيارات. وعلى فرض كونه علة ثبوتاً، إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، والعلة ثبوتاً تحتاج إلى بيان إثباتاً، مثل: (لا تشرب الخمر فإنه مسكر)، فإذا ثبت مثله دار الحكم مدار العلة، ولا شيء في النصوص ما يشعر بالعلية، وغايتها استفادة الحكمة.

التحقيق في المسالة

إذا اتضح هذا فليس لنا إلا الرجوع إلى الروايات؛ لمعرفة ما يستفاد منها، فمنها صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيته، وإنما فلا بيع بينهما»^٢.

وفي الرواية نكات أربع، لا بد من ملاحظتها:

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

الثانية والثالثة: إن قرئت «قبض» بالتحفيف، فربما يقال بتحقق الشرط؛ لأن

١. على مبني المشهور.

٢. وسائل الشيعة ١٨، ح ٢٢.

الضمير يعود حينئذٍ على المشتري، فيتحقق القبض وإن لم يكن بإذن البائع، فلا خيار.
ولكن الحق ليس كما يحتمل، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن المعاملات البيعية تقع مبنية على الشروط الإرتكازية بين العقلاء، فمن الشروط أن يسلّم البائع المبيع للمشتري في ظرف تسليم المشتري الثمن له، ولم يبنِ البائع على تسليم المثلمن ولو لم يستلم الثمن.

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

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

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

والنتيجة: أن الخيار يثبت على كلا التقديرتين في قراءة «قبض»، أي فرئت بالتشديد أو بالخفيف؛ لأنه لم يتحقق شرط اللزوم.

الوجه الثاني: أن مقتضى التأمل في روايات الباب يفيدنا بأن هذا الخيار إنما جعل لكي لا يحرم البائع من الثمن، والمشتري من المبيع، فلاحظ قوله الله، في صحیحة ابن الحجاج: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإنما فلابيع له»^١.

وصحیحة ابن يقطین: سألت أبا الحسن الله عن الرجل يبيع المبيع، ولا يقبضه

صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيته، وإن لا فلا بيع بينهما»^١.

وموثقة إسحاق بن عمار: «من اشتري بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يحييء، فلا بيع له»^٢.

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

فتحصل أن فقه الحديث يقضي بأن يكون قبض المبيع بإذن البائع وتواءماً مع إقراض الثمن.

الرابعة: سلّمنا الإطلاق في صحيحة ابن يقطين، فيكون مفاد: «إن قبض بيته»^٣ أعم من كونه بإذن البائع أو من غير إذنه، ولكنها مقيدة بما في صحيحة ابن الحجاج؛ فإن فيها: «من اشتري شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإن لا فلا بيع له»^٤؛ فإن مفهومها: (من اشتري شيئاً ولم يحييء بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع له)، فيثبت بهذا التقييد الخيار للبائع.

فالنتيجة: أن المستفاد من الروايات أيضاً ثبت الخيار للبائع فيما لو أخذ المشتري المبيع بدون إذن البائع ولم يسلم الثمن.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح.٣.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح.٤.

٣. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح.٢.

الفرع الثالث: لو مكّن [البائع] المشتري من القبض فلم يقبض

الفرع الثالث: لو مكّن [البائع] المشتري من قبض المبيع فلم يقبضه، فهل يبقى

الخيار للبائع؟

رأي الشيخ

قوّى الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه، بمعنى أنه لو تلف المبيع بعد التمكين وعدم القبض، فهل على البائع الضمان؟ باعتباره من مصاديق تلف المبيع قبل قبضه، أو لا ضمان عليه؛ لأنّه مكّنه منه؟ فإذا اختيربقاء الضمان، فالخيار باقٍ؛ إذ لو لم يحکم له بالخيار لللزم تضرّره؛ حيث يضمن لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع حرمانه من الشمن.

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

وبما أنّ الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ قوّى في تلك المسألة عدم الضمان في صورة التمكين من القبض، فالأقوى عنده هنا سقوط الخيار.

الطريق الأول: ورد في السؤال في صحيحه زراره: الرجل يشتري من الرجل المtau ثم يدعه عنده^٢، واستظهره مِنْ (يدعه عنده) عدم كفاية التمكين؛ حيث إن البائع مكّن المشتري من المبيع ولم يقبضه، بل تركه عنده، فيثبت الخيار.

واكتفى الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ في مناقشته بقوله: (فيه نظر)^٣.

١. المكاسب / ٥، ٢٢٢، بتوضيح الشيخ الأستاذ حَفَظَهُ اللَّهُ.

٢. وسائل الشيعة ١٨ / ٢١، ح ١.

٣. المكاسب / ٥، ٢٢٢.

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

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله بتوضيح منا.

رأي صاحب الجواهر

وأما صاحب الجواهر رحمه الله فذهب إلى أن التمكين والتخلية إن صدق عليه القبض، فيسقط الخيار، لأن شرط الخيار عدم القبض، وقد تحقق القبض. وإن لم يصدق عليه القبض، فالخيار ثابت؛ لأن موضوع عدم الخيار في الروايات هو القبض، ولم يتحقق، كما لم يثبت أنَّ التمكينَ جعلَ بدلاً عنه، فالاصل بقاء الحق.^١

التحقيق في المسألة

ومقتضي التحقيق في المسألة [لا بدّ من] النظر في مستند خيار التأخير، والمتصور

ثلاثة مبانٍ:

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

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

المبني الثالث: النصوص الخاصة؛ فإن المستفاد منها - عند عدم تحقق قبض

الثمن والثمن - لزوم المعاملة إلى ثلاثة أيام، وبعدها يكون البيع باطلًا على رأي^١، وجائزًا على رأي آخر^٢.

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

النحو الأول: أن يجعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري بغرض أن يمكنه من الثمن، فهنا وإن لم يتضرر البائع من جهة ضمان المبيع؛ لأنَّه ممكَّن المشتري منه، إلا أنه يتضرر بحرمانه من الثمن، فيثبت له اختياره من هذه الجهة.

النحو الثاني: أن يمكنه من المبيع، لا بغرض أن يمكنه المشتري من الثمن، فهنا لا يثبت اختيار للبائع؛ لأنَّه لا يضمن المبيع لو تلف؛ إذ ممكَّن المشتري منه، وجعله تحت اختياره، وتضرره بحرمانه من الثمن لا يوجب اختياره؛ لأنَّه كان بإقدامه عليه، فلا تشمله قاعدة «لا ضرر».

فمقتضى مبني قاعدة «لا ضرر» هو التفصيل.

أما إذا كان المبني الشرط الارتكازي، فغاية ما يستفاد منه تمكين البائع المشتري من المبيع ورفع المانع من أخذه، وتمكين المشتري البائع من الثمن، والأخذ والقبض يكون في عهدة الطرف الآخر، ولا يشترط العقلاء أن يقبض كل من الطرفين ما عند الطرف الآخر، وعليه فإذا ممكَّن من المبيع، ولم يقبضه المشتري فقد انتفى شرط اختياره، ولا يتوقف على تحقق القبض [فلا خيار حينئذ].

【الطريق الثاني】 وأما بناء على الأخبار، وفيها عبارتان:

١. الشيخ الطوسي ومن تبعه.

٢. المشهور.

الأولى: القبض، كما في صحيحه ابن يقطين: «فإن قبض بيده»^١.

الثانية: الإتيان والمجيء، كما في صحيحه زرارة: «حتى آتاك بشمنه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام...»^٢.

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

وإن لم نجمد على العبارة؛ باعتبار أن الأخبار ملقة إلى العرف والعقلاء، فهي متزللة على المرتكز العقائدي للمعاملين، إلا أن الشارع أضاف شيئاً تعبدًا كإعطاء المهلة ثلاثة أيام، فيصدقان على التمكين، ويتحقق شرط اللزوم به، فيتفيضي الخيار.

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

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

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

فالنتيجة: أن الخيار يثبت في خصوص ما إذا أحرز أن المراد من القبض نفس

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح.٣.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح.١.

الاستيلاء الخارجي؛ إذ لم يتحقق بالتمكين، فيثبت الخيار؛ لثبت شرطه، وأما في فرض إحراز صدقه على التمكين، وفي صورة تردد أمره بينهما، فلا يثبت الخيار، لانتفاء شرط الخيار في الأول، والتمسك بعموم دليل اللزوم في الثاني.

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع، فهل يسقط الخيار؛ لصدق تحقق القبض، ولو في الجملة، أو لا يسقط؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؟

فيه وجوه ذكرها الشيخ رحمه الله وهي:

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

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

الوجه الثالث: تبعيض الخيار بالنسبة إلى المقبوض، أي يسقط الخيار بمقدار المقبوض، ويبقى بالنسبة إلى غير المقبوض؛ لابتناء الخيار على قاعدة نفي الضرر، بالنسبة إلى المقدار المقبوض لا يكون ضمانه على البائع، فلا ضرر عليه، فيسقط الخيار بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى غير المقبوض، فلو تلف كان في يده، وضمانه عليه، فلو لم يثبت له الخيار بإزاءه لكان ضرراً عليه.^١

الوجه الرابع: أن البيع على نحوين، فتارة يكون الإنشاء واحداً، والمنشأ متعددًا، كما لو قال: بعتك هذين البيتين، كالأحكام الشرعية المجعلة بنحو القضايا الحقيقة؛

١. هذه الوجوه هي التي ذكرها الشيخ رحمه الله في المكاسب ٥/٢٢٢، مع توضيح وشرح الشيخ الأستاذ د. أمين قلابة.

فإن إنشاء حرمة الخمر واحد، ولكن المنشأ متعدد بتنوع المواقع.

وآخر يكون للإنشاء والمنشأ واحداً، كما لو قال: بعتك هذا الفرش.

فإن كان من قبيل الأول يسقط الخيار بمقدار المقبض، كما لو قبض أحد البيتين دون الآخر؛ فإن الخيار بالنسبة له ساقط، ويبقى الخيار بالنسبة إلى البيت الآخر.

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

والإنصاف: أن هذا الوجه لا يخرج عما أفاده الشيخ عليه السلام من الوجوه الثلاثة؛ لأن نظر الشيخ عليه السلام إلى ما إذا كان للإنشاء والمنشأ واحد.

وظهور الرواية يقتضي الوجه الثاني؛ لأن ظاهر قبض المبيع، الذي أخذ شرطاً لسقوط الخيار، قبضه كله، لا بعده.

ولو تردد الأمر في المراد من القبض، هل قبض المبيع كله أو بعده، فالقاعدة تقتضي اللزوم؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم، وخصص منه ما لو لم يقبض المبيع كاملاً، وأما ما لو قبض بعضه فيشك في خروجه من تحت عموم اللزوم، فيتمسّك بالعام؛ لكونه من الشك في التخصيص الرائد.

إشكال على المحقق الرشتني

وهنا ورد في تقريرات المحقق الرشتني عليه السلام: هكذا أفاد شيخنا الأستاذ دام ظله العالى، وقد أوردت عليه في مجلس البحث بأن المرجع في المقام دليل الخيار، لا دليل اللزوم، وقبل بيان الإشكال ينبغي لنا التنبيه على أن المورد ليس من صغيريات دوران الأمر بين التمسك بالعام أو استصحاب حكم المخصص، فيكون المرجع حال الشك هو العموم؛ إذ لا حالة سابقة عندنا إلا اللزوم؛ حيث إن البيع ما لم يحصل القبض لازم إلى ثلاثة أيام، فلا يوجد مخصوص بالخيار حتى يقال باستصحاب حكمه، ولهذا تفطن المحقق المذكور إلى التمسك بدليل الخيار، لا باستصحابه، وبينهما فرق، وبينما

إشكاله عليه السلام.

أن النص المشتمل على قبض المبيع هو صحيحة علي بن يقطين، وبافي أخبار الباب راجعة إلى الثمن، ومطلقة من هذه الجهة، بمعنى أن موثقة إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، فيها: «من اشتري بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»^١، ومفادها أن للبائع الخيار بعد الثلاثة الأيام، سواء أقبض المشتري بعض المبيع أم لم يقبض شيئاً، فالمرجع إذا لم يأت بالثمن، وانقضت الثلاثة، هو إطلاق تلك الخيارات، التي هي دليل الخيار، لا دليل للزوم؛ لأن عموم دليل للزوم، وهو: ﴿أوفوا بالعُهُود﴾^٢ قد خصص بالأخبار، والقاعدة عند التردد والشك تقتضي الرجوع إلى إطلاق الدليل المخصص، لا إلى دليل العام.

إشكال ودفع

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

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

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

وحاصله:

جواب المحقق الرشتي

أن الروايات الواردة - ما عدا صحيحة ابن يقطين - وإن لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه، إلا أنها كلها مشتملة على الثمن، أي أن الخيار مقيد بها لو لم يأت بالثمن،

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٤.

٢. سورة المائدة / ١.

فيأتي البحث فيه أيضاً، أي هل المراد من عدم الإتيان بالثمن أن لا يأتي به بالمرة أو حتى لو لم يأتي به كاملاً، بحيث يصدق على عدم الإتيان ببعضه، وإذا تردد الأمر فيه كان المرجع للزوم، فلو أتي ببعض الثمن وشك في ثبوت الخيار وعدمه تمسك بدليل الزوم.

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

ثم قال عليه السلام: هكذا أفاده الله، فافهم.

المناقشة في الدفع

وهذا الجواب مخدوش بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الإجماع المركب، يبني على القول بأصالة اللزوم، في مورد الإجمال والشك في قبض بعض الثمن، هل هو كلا قبض أو كقبض المجموع، أي لأجل التمسك بالإجماع المركب لا بد أن نقول: بأن الأصل بعد قبض بعض الثمن هو اللزوم، ثم نقول: وكل من قال به في الثمن قال به في المبيع، فلا بد من إحراز أن مبني الفقهاء في فرض الإجمال، هو أصل اللزوم.

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

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

وهو يتوقف على أمرين:

الأول: أن نقول بحجية أصل الاستصحاب.

الثاني: أن نقول بحجية الشبهات الحكمية الكلية.

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

فمنهم من ذهب إلى عدم جريانه في الأحكام الكلية؛ لقصور في المقتضي؛ لأن الروايات الواردة في حجتيه مختصة موارد她的 بالشبهات الموضوعية.

ومنهم من قال: بأن موردتها وإن كان هي الشبهات الموضوعية، كما في: «لأنك كنت على يقين من طهارتك فشككت»، إلا أن التعليل الموجود فيها من قبيل: «فإنه لا ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك» يشمل الشبهات الحكمية أيضاً.

ولكن الإشكال من جهة المانع؛ لعارضه استصحاب المجعل باستصحاب عدم الجعل، كما ذهب إلى ذلك الفاضل النراقي رحمه الله.

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

وأما الأصل اللغطي، فهو عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾^١؛ حيث يقتضي لزوم كل عقد، ولو وجد دليل يدل على الخيار وكان مجملًا، فالمرجع في الفرد المشكوك، هو أصلة العموم.

ونفس هذه المسألة محل بحث وإشكال من جهات، ننصر على بعضها:
الجهة الأولى: هل الجمع المثل بـالألف واللام يفيد العموم أو لا؟ محل بحث بينهم، فإن كان يفيد العموم، فالمرجع عند إجمال المخصوص، ودورانه بين الأقل والأكثر هو العموم في غير القدر الميتن.

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

مقتضى التحقيق عندنا - وإن كان المرجع هو الإطلاق، ولا فرق بينه وبين عموم العام - إلا أن هذا الكلام بعد التحقيق، لا قبله، وغرضنا بيان البحث والخلاف في المسألة.

الجهة الثانية: بعد الفراغ من الجهة السابقة، نقول: بأن الإجماع يتوقف على إحراز عدم تمامية الإطلاق في موثقة إسحاق بن عمار¹ عند فقهاء السلف، وأما لو احتملنا أنهم متوجهون للإشكال، ولكنهم تمسكوا بإطلاق الموثقة، فلا ينعقد الإجماع، و مجرد احتمال ذلك يكفي في سقوط الإجماع.

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

الوجه الثاني: أن الإجماع المقبول - على فرض قبوله - إنما هو الإجماع المحصل لا المنشئ؛ فإن الثاني يعود كونه إخباراً حديدياً عن الإمام عليه السلام، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

[ثم] وعلى فرض تحصيل الإجماع وقبوله، فالحججة هو الإجماع المحقق لا المعلق، والتحقيقي لا التقدير، وما صحّحه المحقق الرشتبي عليه السلام هو الثاني، لا الأول؛ لأن أساسه أنه إذا وصلت التوبه إلى الشك، فكل من قال باللزوم في الشمن، فهو يقول به في الشمن، وسيأتي البحث نصاً وفتوى في الشمن، فهل استفاد الفقهاء من النصوص قبض

المجموع أو كفاية قبض البعض؟ ولم يطرح عند المتقدمين حالة الشك والإجمال، والشيخ رحمه الله لم يطرح في بحث الثمن قبض البعض؛ لأنَّه استفاد من النصوص قبض المجموع، فيكون الإجماع تقديرياً.

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

فالجواب، من المحقق الرشتي رحمه الله غير ناهض برد الإشكال، فيبقى على قوته.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن

وفي هذا الشرط جهات من البحث:

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

١- ما إذا لم يحصل قبض أصلًا.

٢- ما إذا قبض بعض الثمن.

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

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ رحمه الله بقوله: (واشتراطه مجمع عليه نصاً وفتوى)^٢.

الوجه الثاني: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبس أياً ماً، ثم جئت إلى بايع المحمل لآخره، فقال: قد بعثه، فضحك، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن

١. المكاسب ٢٢٢/٥

٢. المكاسب ٢٢٢/٥

أقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشتري شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإنما فلا بيع له»^١.

استدل بها العلامة عليه السلام في التذكرة^٢، على أن قبض بعض الثمن كلاً قبض؛ باعتبار أن الوارد فيها أنه قبض بعض الثمن، وحكم بثبوت الخيار.

وتتطرق الشيخ عليه السلام في ذلك، ولعل وجه تنظره: ضعف الرواية سندًاً ودلالة، أما السند فلوجود الحسن بن الحسين، وأبي بكر بن عياش، ولا توثيق لها.

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

ولكن ما أفيد في السند يمكن دفعه: بأن الحسن بن الحسين، وإن لم يوثق^٤، إلا أن الراوي عنه إبراهيم بن هاشم، وهو من القميين الذين لا يروون عن كل أحد، ولا يأخذون بقول كل راوٍ، بل يتشددون في أمره، بحيث امتنعوا من الأخذ عن من يروي عن الضعفاء، كما هو معروف من حالمهم، فيشكل طرحة، مع كون إبراهيم بن هاشم الراوي عنه.

وأما أبو بكر بن عياش، فيشكل طرحة أيضًاً، مع كون الراوي عنه عبد الرحمن بن الحجاج^٥، الذي عبر عنه النجاشي بقوله: (وكان ثقة ثقة ثبتاً وجهاً)^١، وكونه من

١. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج.

٢. تذكرة الفقهاء ١١/٧٣، ذيل مسألة ٢٥٨.

٣. المكاسب ٥/٢٢: «وفي نظر».

٤. بل وثقة النجاشي واستثناء ابن وليد روايته عن أسانيد نوادر الحكمة لمحمد بن أحمد بن يحيى لا يدل على عدم وثاقته ولهذا توقف السيد الحوئي عليه السلام في شأنه بلا وجه.

٥. وابن الحجاج يقدر على مسألة الإمام الصادق عليه السلام في ذلك مع ما وصفه المفید، ولو لم تثبت عنده هذه الرواية علق عليها بأنه سألهما من الإمام عليه السلام وانكرها ولم يعلق عليها فتمت الرواية ولذا قال

رجال ابن أبي عمر وصفوان، وقال عنه المفید: بأنه من الفقهاء والخاصة من أصحاب جعفر بن محمد^{عليه السلام}.^٢

هذا ما يرتبط بكلام الشيخ^{عليه السلام}، ووجه تنظره، والإشكال فيه، ولكن:

الحق في المسالة

الحق في المطلب تامة الشرط، والاستدلال عليه بالنصوص؛ فإن المستفاد عرفاً من «إن جاء بالثمن [فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلابيع له]»^٣ هو المجموع، لا البعض؛ إذ لا يصدق على قبض بعض الثمن، قبض الثمن حقيقة، وإطلاق الثمن عليه يحتاج إلى عناية، والشاهد على ذلك صحة السلب عنه، فتقول: قبض بعض الثمن، ليس قبضاً للثمن.

وربما يقال: بما هو الفرق بين هذا الشرط والسابق، بحيث إن الشيخ^{عليه السلام} قال في تلك المسألة، في حال قبض بعض المبيع: إن فيها لا ثلاثة وجوه: قبضه كلاً قبض،

السيد المحقق الروحاني «المورد ليس من موارد اجتهاد أبي بكر في مدلول الرواية وتطبيقه على مورد التحاكم كي لا يكون فهمه حجة، بل المورد من موارد النقل بالمعنى الذي هو حجة بلا إشكال، لاستناده إلى الحسن أو ما يقرب منه - كما حقّ في محله - . وذلك لأنّه بين حكم المسؤول عنه بالنقل عن الإمام^{عليه السلام} وهذا ظاهر في أنه ينقل عن الإمام^{عليه السلام} ما ينطبق على مورد السؤال، ونقله بهذه الكيفية حجة مع قطع النظر عن عدم وثاقته.

وبالجملة، هو ينقل الحكم المطلق عن الإمام^{عليه السلام} بما هو مطلق شامل لمورد السؤال، لا أنه ينقل لفظاً ويستفيد الإطلاق منه، فانتبه» [المرتقى إلى الفقه الأرقي - الخيارات ١/٣٨٩].

١. رجال النجاشي / ٢٣٨

٢. الإرشاد ٢/٢١٦، قال الشيخ المفید^{عليه السلام} في فصل النص على إمامية الإمام الكاظم^{عليه السلام}: فممن روی صريح النص بالإمامية من أبي عبدالله الصادق^{عليه السلام} على ابنه أبي الحسن موسى^{عليه السلام} من شيوخ أصحاب أبي عبدالله، وخاصته، وبطانته، وثقاته، الفقهاء الصالحين - رضوان الله عليهم ... وعبدالرحمن بن الحجاج...».

٣. كما في صحيحة زرارة المروية في وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١.

وقبضه كقبض المجموع، وتبعيض الخيار: بالنسبة إلى المقوض وغيره، بينما لم يذكر في هذه المسألة إلا قولًا واحدًا؟

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

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

والحاصل:

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

مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها

ولكن المحقق الخوئي عليه السلام قال: بأنه لا دليل على اعتبار قبض مجموع الثمن إلا بالإجماع، وهو مدركي؛ لاستناده إلى رواية أبي بكر بن عياش، فلا اعتبار به، ولا اعتبار بمستنداته؛ إذ على فرض ثبوت وثيقة أبي بكر بن عياش، لا دليل على حجية فهمه بالإضافة إلى غيره.^١

وهو غير تام؛ لأن المستند ليس بالإجماع، وإنما هو النص؛ لما ذكرناه من أن الوارد في الجملة الشرطية في الرواية: «فجاء بالثمن»، وإطلاق الثمن - إطلاق المثمن - ظاهر في المجموع، لا في البعض، وحمله على بعض الثمن كحمل المثمن على بعضه، خلاف

١. مصباح الفقاهة ١٥ / ٧؛ التتفيق في شرح المكاسب، الخيارات ٣٩ / ١٨.

الظهور الإطلاقي، كما أن العرف في المعاورات العرفية يقولون: أعطيت المبيع، وأخذت الثمن، ويعنون بذلك المجموع فيما، لا البعض، ولو أعطاه نصفه مثلاً ليُبين ذلك واحتاج إلى قرينة لبيانه.

[نعم] ولو وجد الإجماع لكان مدركيًّا.

فروع

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

رأي الشيخ ودليله

ذهب الشيخ رحمه الله إلى التفصيل بين ما لو قبضه بدون حق، كما لوم يعرض عليه المبيع، وأخذ الثمن بلا إذن، وبين ما لو قبضه بحق، لأن عرض عليه المبيع فلم يقبضه [في الأولى ذهب إلى بقاء الخيار وفي الثانية إلى سقوطه].

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حق
أما الأول، فقال: بأن القبض كلاً قبض، واستدل عليه بوجهين:
الأول: ظهور الأخبار في اشتراط وقوع القبض بالإذن، في بقاء البيع على اللزوم، ووجه الظهور ورود الكلمة «وجاء بالثمن»؛ فإن المستفاد من الكلمة « جاء» أن يكون بإذنه.

الثاني: أن قبض الثمن إذا لم يكن بإذن المشتري، لم يجز للبائع أن يتصرف فيه؛ لأن الثمن وإن كان ملكه، إلا أن الشرط الارتكازي للمتابعين أن يسلّم كل واحد منها الآخر ما عنده، فيعطي البائع المبيع للمشتري، ويعطي المشتري الثمن للبائع، في وقت واحد، فإذا لم يعط البائع المبيع للمشتري، لم يكن له حق في التصرف في الثمن، وكان قبضه بدون إذنه كلاً قبض، ولم يتحقق شرط اللزوم، فلو تلف المبيع كان الضمان

عليه، فيتحقق الضرر الذي هو ملاك الخيار؛ فإنه يضمن المبيع لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع الحرمان من التصرف في الثمن.^١

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

وهو غير وارد؛ لأن جميع الروايات الواردة في الباب، سواء منها المعمول به عند الفقهاء، كالروايات المتقدمة^٣ التي أخذت الشرط المجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام، أم الرواية^٤ التي أعرض عنها الأصحاب، التي أخذت الأجل شهراً، كلها أخذ فيها المجيء بالثمن، أو الإتيان به والمستفاد منه أن يأتي به، لا أن يؤخذ منه بدون إذنه.

نعم، في صحيحه علي بن يقطين^٥، أخذ القبض، ونسبته إلى البائع أيضاً، ولكنها محملة من هذه الجهة، فلا تعارض البين.^٦

فالنتيجة: أن مقتضى النصوص كون إذن المشتري شرطاً.

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

١. المكاسب / ٥ (٢٢٢-٢٢٣).

٢. حاشية المكاسب / ٣، ١٨٧، رقم ٣٨٤.

٣. وسائل الشيعة ١٨ / ٢١، ح ١ و ٢، و ٢٢ / ١٨، ح ٤.

٤. وسائل الشيعة ١٨ / ٢٣، ح ٦، صحيحه علي بن يقطين.

٥. وسائل الشيعة ١٨ / ٢٢، ح ٣.

٦. ووجه الإجمال من جهة هل أنه قبض مع الإذن أو بدونه؟

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

ولا أقل من الشك في صدق القبض بدون الإذن وعده، ومقتضى الأصل حيئن^١ اللزوم.

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

وأما ما ذكره من كون الإثبات طريقاً إلى الوصول؛ فنقول: بأن الأصل في العناوين المأخذة في الروايات أن تكون بنحو الموضوعية، إلا أن يكون العنوان المأخذ في الدليل، طرقياً من حيث ذاته؛ كما في عنوان العلم واليقين والقطع؛ فإن طرفيتها ذاتية، وأما ما لم يكن كذلك - كالذى نحن فيه - فمقتضى أصله الموضوعية الجمود على نفس العنوان المأخذ، وحمله على الطريقة يحتاج إلى قرينة تصرفه عنه، ولا قرينة في المقام.

دفع شبهة أثارها المحقق النائيني

ثم إن هاهنا شبهة أثارها المحقق النائيني حَلَّهُ تقتضي ارتفاع الخيار، لا من جهة كفاية مطلق أخذ الثمن أو وصوله كيف اتفق، وإنما من جهة كون قبضه «عدواناً كأنه

ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار^١.

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

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

فيجب عنه: بأن النهي التكليفي في المعاملات بالمعنى الأعم، لا يقتضي فسادها، فالإنشاء نافذ لو كان عن قصد الإسقاط، ولكن كلامنا فيما لو أخذه بدون إذن، ولا قصد بذلك الإسقاط.

فتحصل إلى هنا: أن الحق في المسألة، اشتراط كون القبض بإذن المشتري، وإلا لا يتم به سقوط الخيار، والدليل على ذلك وجهان:

الأول: ظهور النصوص - بضم أصلالة الموضوعية في العناوين - في أن شرط اللزوم هو المجيء، والإتيان بالثمن، وشرط الخيار عدم المجيء به، وهذه العناوين تعتبر الإذن قطعاً.

الثاني: أن الروايات ملقة إلى العرف وما عند العقلاة، وبناء العقلاة في معاملاتهم على أن يتحقق قبض المبيع في ظرف تحقق قبض الثمن، ومقتضى هذا الشرط الضمني، أن لا يأخذ البائع الثمن بلا إذن المشتري، ولو أخذه بدونه، ولم يسلم له المبيع، كان قبضه كلاً قبض.

هذا كله، فيما لو قبضه بلا حق.

[الفرع الثاني]: عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق وأما الثاني^١ وهو ما لو قبضه بحق - كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم

يقبضه - فاستظهر الشیخ حلل عدم الخيار؛ لوجهین:

الأول: عدم دخول هذا المورد في منصرف الأخبار، أي لا إطلاق في هذه الروايات لتشمل ما لو قبضه بحق.

الثاني: عدم تضرر البائع بالتأخير؛ فإنه حينما يقبض الثمن بلا حق، يكون المبيع في ضمانه، بحيث لو تلف لكان من كيسه، ولا يجوز له التصرف في الثمن، فيكون محررًا منه، فيتضرر بالضمان وبالحرمان.

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

[الفرع الثالث] لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري
لو قبض البائع الثمن بدون إذن، ثم أجازه المشتري، فهل يكفي في رفع المانع؟
وعلى فرض تأثيرها، فهل هي كاشفة أو ناقلة؟
في المسألة صورتان:

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

الثانية: أن تكون الإجازة بعد انقضاء الأيام الثلاثة، فتبيني كفايتها على كون

١. معطوف على «أما الأول» في صفحة ٣٠٧ من هذا المجلد.

الإجازة كاشفة أو ناقلة، فإن كانت كاشفة فتكتفي؛ لأنها تكشف عن حصول الإذن من حين قبض الثمن، كما هو معنى الكاشفة.

وإن كانت ناقلة، فلا تكتفي، ويكون القبض كلاً قبض؛ لأن الإجازة الناقلة إنما تؤثر من حين وقوعها، والفرض أنها وقعت بعد الثلاثة، وشرط اللزوم حصول القبض المأذون فيه في خلاها، فالنتيجة البطلان على مسلك الشيخ عليه السلام، وثبوت الخيار على مسلك المشهور.

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

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

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

القول الأول: أنه على خلاف القاعدة، بمعنى إن قام الدليل على صحة العقد الملحوق بالإجازة فهو، وإلا فالعقد باطل، والمستند الأساس لهذا القول ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^١؛ فإنها تدل على شرطية كون التجارة ناشئة عن التراض؛ فإنها إذا كانت كذلك خرجمت من تحت عقد المستثنى منه، ودخلت في عقد المستثنى، والإجازة المتأخرة لا تجعل العقد ناشئاً عن تراضٍ، وعليه فإذا قام الدليل على صحة العقد

بالإجازة المتأخرة، فهو على خلاف القاعدة.

القول الثاني: أن صحة العقد حينئذٍ على طبق القاعدة، وإن لم يوجد دليل خاص؛ وذلك لأنّه يلزم في التجارة وفي العقد حصول أمرين:

الأول: استناد ما وقع إلى مالك العقد - وهو المجيز في المقام -، لأن قوله تعالى:

﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^١ خطاب إلى المتعاقدين، كأنه قال: أوفوا بعهودكم، فما لم يتتسّب البيع إلى المالك، لم يحصل موضوع الوفاء، فلا يصح أن يخاطب بالوفاء بعده، وهو لم يكن عقده بعد، وانتساب العقد إلى مالك المتأخر، تارة يكون بالأصلّة، وأخرى بالوكالة وثالثة بالإجازة.

أما تحقّقه بالأولين فواضح، ووجه تحقّقه بالإجازة هو أن الأمور على نحوين: ما كان من **الأفعال التكوينية**، كالشرب والأكل والقيام والقعود، فهذه لا تنتسب إلا إلى من قام بها بال مباشرة، ولا يصح استنادها إلى الرجل القيام وكيله بها، أو إذنه فيها.

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

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

ومطلق الأمور العهدية على هذا الوزان، فالبيع الواقع وإن صدر من الفضولي، وهو المسبب بيعت، أو هو الذي اعتبر وأبرز بيعت، إلا أنه يتتسّب إلى المالك بعد إجازته، أي بالإجازة يكون البيع الصادر مضافاً إلى المجيز ومتسبباً إليه، فبالإجازة

يتحقق موضوع **﴿أَوْفُوا﴾**^١، وهو العقد المضاف.

الثاني^٢: رضا المالك بالبيع؛ إذ أخذ التراضي في التجارة، والتصرف في مال الغير بدون رضا مخالف لقانون: (الناس مسلطون على أموالهم)، فقاعدة السلطنة تقتضي الرضا وكذا: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه».

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

نعم، الذي لم يحصل، هو كون إنشاء التجارة عن رضا، ومقتضى الجمع بين الأدلة عدم اعتباره، بل المعتبر حصول الرضا بالتجارة.

وعلى هذا، فكلا الأمرين متحققاً في بيع الفضولي إذا لحقته الإجازة، فتكون صحة بيعه مطابقة لمقتضى القاعدة، بمعنى أنه يحكم عليه بالصحة بنفس آية وجوب الوفاء بالعقود، «ولا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه».

وعليه، فإن كانت الإجازة تصحح البيع من حين وقوعها، فالإجازة ناقلة، وإن كانت تصححه من زمان وقوعه، فهي كاشفة؛ لأنها وإن حصلت الآن، إلا أنها من الأمور ذات التعلق، وبما أنها تعلقت بالبيع الذي وقع سابقاً، فهي تصحح إسناده إلى المジيز من حين وقوعه.

نعم، الإشكال في أنه، هل يتسبّب البيع للمجيز من حين العقد حقيقة، أو من حيث الأثر، أو لا هذا ولا ذاك، بمعنى أن المال يبقى ملك البائع، والثمن ملك المشتري إلى أن تحصل الإجازة، فينقلب من الآن، ولكن الرجوع من السابق، فالأول

١. سورة المائدة / ١.

٢. غير معتبر عندي كما مرّ في مباحث البيع مراراً. والأول وهو الاستناد يكفي في صحة العقود والإيقاعات.

- وهو الكشف الحقيقى - مبني صاحب الفضول، والثانى - وهو الكشف الحكيم - مبني الشيخ عليه السلام، والثالث - وهو الكشف الانقلابي - مسلك المشهور.

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

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

الأول: صحة عقد الفضولي بنفس العمومات، ك﴿أوفوا بالعقود﴾^١.

الثاني: كاشفية الإجازة.

وأما الأمور التكوينية، فالأمر على العكس، بمعنى أن صحة الاستناد بالإجازة، والكافية كلية على خلاف القاعدة؛ فإن الأمور التكوينية تنقسم إلى ما يقبل الاستنابة، وما لا يقبلها، والرجوع في تحديد ذلك إلى المرتكز العقلائي، فما يتحقق عندهم بال المباشرة، وبالسبب فهو يقبل الإجازة، فتجري فيه الوكالة، وما لا يقبل إلا المباشرة في القيام به، أي ما لا يصدر بالسبب، فلا يقبل الاستنابة، ولا تجري فيه الوكالة، وهذا كانت التكاليف الشرعية على قسمين، فقسم منها لا يصح الإتيان به إلا بال المباشرة كالصلة، وقسم آخر يمكن أن يؤتى به بالنيابة كعيادة المريض.

والقبض ليس من الأمور الاعتبارية، بل من الأمور التكوينية، التي تقبل الاستنابة، وتحتتحقق بالسبب، فيتم الاستناد بالإذن والوكالة^٢، وهذا أمكن في الحقوق

١. سورة المائدة / ١.

٢. وأشار هنا شيخنا الأستاذ الطلحة إلى الفرق الفقهية بينهما؛ فإن الإذن من الإيقاعات، والوكالة من العقود، ولكل منها أحكام تخصه.

الشرعية أن يقبضها نفس صاحب الحق بال المباشرة، وأن يقبضها وكيله، وفي الحالين تبرأ ذمة من عليه الحق، ويكون القابض بنفسه أو بوكيله مالكاً؛ لأن سهم السادة مثلاً ليس ملكاً للأشخاص، وإنما هو ملك أو مصرف للطبيعي الجامع بين اليتيم والمسكين وابن السبيل من الماشرعين، وهو غير قابل للإعطاء والأخذ، فيسلم إلى مصداقه، فإذا أعطي له وقبضه صار مالكاً، على الخلاف أيضاً كما في محله.

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

والحاصل: أن القبض من الأمور التكوينية القابلة لتحقّقها بالتسبيب، فيمكن فيها الاستناد بالنيابة والإذن، فهل يمكن فيها الاستناد بالإجازة؟
 نقول: نعم يمكن، فلو قبض الفضولي حقاً الذي حق، ثم أجازه صاحب الحق استند القبض إليه، وإنما الكلام في مجيء بحث الكاشفية والناقلية هنا أيضاً وعدم مجيئه.

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

والحق أن حد الإجازة تتحقق الاستناد من حينها، لا من حين حصول المجاز،
 وهذا التزم الشیخ عليه السلام في بيع الفضولي بالكشف الحکمی، وقال بترتب الأثر من زمان المجاز، وأما في المقام فقال بترتب الأثر من حين الإجازة، والتزم بالنقل.

والسر في ذلك: أن البيع من الأمور الاعتبارية، ومقتضى ذات الإجازة والمجاز،
 التحقق من حين وقوع المجاز، وأما القبض فهو من الأمور التكوينية، إلا أنه من الأمور القابلة للاستناد بالإذن والإجازة؛ بمقتضى المركبات العقلائية، ولكن من

حين تتحققها، لا من حين تتحققه.

ويترتب على ذلك:

أنه لو قبض البائع الشمن في أثناء الثلاثة، وأجازه المشتري بعد انقضائه، فلا أثر لهذه الإجازة؛ لأنه حين القبض لم يكن مأذوناً فيه، وبعد الإذن انقضت الثلاثة، وليست الإجازة كاشفة، لتكشف عن تتحقق القبض أثناءها، فالقبض كلا قبض، ويبقى الخيار للبائع [إلى هنا توضيح كلام شيخنا الأنصاري رحمه الله].

بيان آخر للمحقق النائيني لعدم كاشفية الإجازة

وقد أفاد المحقق النائيني رحمه الله وجهاً آخر لعدم كاشفية الإجازة، وهو يتوقف على

بيان مقدمة وهي:

أن موارد تعلق الإجازة تنقسم إلى أربعة أقسام:

الأول: المعاملات المعاوضية، كالبيع والصلح.

الثاني: ما كان من قبيل الجحالة والمضاربة.

الثالث: العقود الإذنية المترقبة بالإذن كالوكالة والوديعة والعارية.

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

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

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

وأقوى ما استدلوا به على ذلك: أن بيع الفضولي يجب أن يكون تام الأجزاء والشرط، وفائقاً لجميع الموانع من غير جهة استناده إلى المالك، ووظيفة الإجازة أن

تحقق الاستناد، فيتّم البيع، وأما لو كان البيع فضوليًّا، والمبيع مجهولاً مثلاً، ثم أجازه المالك، فلا يمكن أن تكشف هذه الإجازة عن صحته من حين الواقع؛ لفقده للشرط من غير جهة الاستناد.

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

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

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

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

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

وتحمل الإشكال: أن البائع قبض ماله؛ إذ بعد حصول البيع انتقل الثمن إلى البائع، والثمن إلى المشتري، فلا إشكال من جهة الاستناد، ولكن هذا القبض على

١. منية الطالب ٣/١٨٠-١٨٢.

خلاف المرتكز العقلائي؛ فإن ارتکاز العقلاء في المعاملات البيعية أن يعطي البائع المبيع للمشتري في ظرف قبضة الثمن منه، وقد تختلف هذا الشرط، والإجازة المتأخرة لا تجعل فاقد الشرط واجداً له، ولا واجد المانع فاقداً له.

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

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

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

أما بالنسبة إلى المقيس عليه - وهو بيع العين المرهونة - فلأنه مستند وجهاً: **الأول:** رواية: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»، وهي مرسلة، لا سند لها، غير قابلة للاستناد في الفتوى.^١

الثاني: الإجماع، وهو العمدة، وهنا مبنيان:

- ١- من يرى بأن الإجماع مدركي، فلا يعتمد عليه، فيقول بصحبة بيع العين المرهونة، فتنتقل إلى المشتري متعلقة لحق الرهن، وعليه لا موضوع للبحث.
- ٢- من يعتمد على هذا الإجماع، والإجماع دليل لبي، والأصل فيه أن العين المرهونة متعلقة لحق المرتهن، وهذا البيع تصرف في متعلق الحق، وتعلق الحق مانع كما ذكرنا، وعندما يكون المانع من صحة البيع تعلق الحق، فحد دليله ما إذا لم يأذن به إذناً مقارناً، ولا لحقته إجازة متأخرة، وأما ما عداه فلا إطلاق يدل على بطلان التصرف

١. مستدرك وسائل الشيعة ١٣/٤٢٦، ح ٦، الباب ١٧ من أبواب كتاب الرهن، نقاً عن ابن أبي جمهور الأحسائي في درر الالبي ١/٣٦٨: عن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه، أنه قال: الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن».

فيه.

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

وأما الروايات، فهي ملقة إلى العقلاء، فلا ينعقد فيها الإطلاق، كي يقال بشمولها إلى حال عدم الإذن في القبض؛ فإن المركبات العقلائية حافة بالكلام، فيتسع أو يضيق بقدرها، وأما شمولها إلى ما لو لم يأذن بالقبض حاله، وأجازه بعد ذلك، فلا؛ لعدم الإطلاق، ولم يقم الإرتكاز العقلائي على البطلان في هذه الصورة؛ فإن الشرط الضمني عندهم أن يأذن حال القبض، أو يحيز بعده، فيكتفون بالإجازة اللاحقة.

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

فما أفاده المشهور وإن كان قوياً إلا أن ما ذكرناه غير قابل للرد. هذا كله من ناحية الظهور، ولا أقل - بعد ملاحظة الإرتكاز العقلائي - من الشك في كون القبض الملحق بالإجازة كلاً قبض أو لا؟ أو فقل: هل الخيار بعد القبض الملحق بالإجازة ثابت أو لا؟ فنقول: إن المرجع حينئذ هي أصاله اللزوم؛ لكون الدليل المخصص مجملأً، فلم يثبت إطلاقه.

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

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين عن الثلاثة

وعله الشيخ^{افتى} بان المبادر من النص غير هذه الصورة. وقد ^{بُينَ} وجه الانصراف بان ظاهر قوله: «ولم يجيء»^٢ هو عدم المجيء فيها من شأنه ان يجيء بالثمن، فالتقابل الملحوظ تقابل العدم والملكة. فاذا كان عدم المجيء بالثمن لأجل الاشتراط فليس ذلك تأخيرًا لما من شأنه أن لا يؤخر.

هذا بالنسبة الى تأخير الثمن مع الشرط، وأما بالنسبة إلى تأخير المبيع مع الشرط، فلأن قوله: «ثم يدعي عنده فيقول آتيك بثمنه»^٣ ظاهر في أن ترك المبيع عند المشتري بطبيعة من جهة تأخيره ثمنه لا انه ملزوم به اشتراط البائع تأخير تسليمه سواء سلم الثمن أم لا.

واما قوله: «فإن قبض بيعه»^٤ فإن محظ النظر هو مفهومه أعني: «فإن لم يقبضه...».

ومن الواضح ان المراد به وبعدم الاقباض الوارد في الصدر هو التأخير لا عن

١. المكاسب ٢٢٣/٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٤، موثقة إسحاق بن عمار.

٣. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١، صحيحه زراره.

٤. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣، صحيحه علي بن يقطين.

اشترط وإنما كان، وجه للسؤال والخير إذا فرض أنه قد اشترط تأخير المبيع، فانتبه.

ثم إن الشيخ قد ذكر في مقام تقريب هذا الشرط «بأنه في الجملة إجماعي»^١.

والذي يريد بقوله: «في الجملة» هو عدم ثبوت الخيار في زمان الشرط بالاتفاق، فان من اثبته مع شرط التأخير انما اثبته فيما بعد انقضاء الشرط. فعدم ثبوت الخيار عند شرط التأخير ثابت بالاجماع في الجملة. فانتبه.

ثم إنه لا بد من التبيه على شيء وهو: ان الالتزام بهذا الشرط في خيار التأخير

يلازم لغويه بالمرة.

وذلك لأن غالباً المعاملات العرفية المهمة وغيرها لا يخلو من شرط ارتكازي

ضمني يدل عليه ظاهر الحال أو بعض المناسبات، يرجع إلى شرط تعجيل الثمن أو المثلث أو تأخيرهما.

ففي مثل شراء الدواء للمعالجة يكون ظاهر الحال اشتراط تعجيل تسليم المبيع،

وفي مثل بيع حاجة لأجل دفع ضرورة عاجلة ظاهر في اشتراط تعجيل تسليم الثمن،

وفي مثل شراء دار ظاهر في صحة التأخير أكثر من ثلاثة أيام من ناحية الثمن والمثلث.

ومن الواضح أنه مع ثبوت هذا الشرط الضمني الارتكازي، لا موضوع حينئذٍ

لخيار التأخير، اذ مع اشتراط التعجيل ضمناً لا مجال للاموال ثلاثة أيام بل يثبت الخيار

عند مجرد التأخير، فلا معنى للسؤال عن حكم التأخير عن ثلاثة أيام والخير فيما يثبت

له، فالأخبار منصرفة عنه. ومع اشتراط التأخير عرفت أنه لا ثبوت لخيار لأنه

منصرف النصوص.

والمفروض أن غالباً المعاملات تشتمل على هذا الشرط. ومن المقطوع بعدمه

تکفل نصوص خيار التأخير حكمًا تعبدياً يرجع إلى عدم الاعتناء بالشرط الضمني.

وعليه، فلا يبقى مورد لخيار التأخير إلا نادراً، ومن هنا نستطيع ان نقول ان مضمون هذه النصوص خصوصاً بعد ظهورها بدوأ في نفي الصحة^١، مما يرد علمه إلى أهله. فالتفت.^٢

١. والختار ظهورها في الخيار لافي نفي الصحة.

٢. أقول: في موارد عدم الشرط الضمني الارتكازي وعدم اشتراط التعجيل يجري خيار التأخير وموارده ليس بنادر خلافاً لما ذكره المحقق الروحاني قدسُ. وكذلك فيهما بعد مضي الشرط.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه
أن يكون المبيع عيناً أو شبهه - كصاع من صبرة - وقد التزم الشيخ ^{افتى} بهذا
الشرط لوجوه ثلاثة:

الأول: ما ذهب إلى استفادته من كلمات العلماء من أن هذا الشرط إجماعي.
وحاول دفع جميع ما يحاول به نفي الأجماع.
الثاني: عدم تأتي قاعدة نفي الضرر بلحاظ ضمان المبيع قبل القبض، فان ذلك
انما يتأتى بالنسبة إلى المبيع الشخصي، إذ هو المضمون على البائع قبل القبض ولا يجوز
له التصرف فيه فيثبت له الخيار دفعاً للضرر، ولا يتأتى بالنسبة إلى المبيع الكلي، كما لا
يتحقق.

الثالث: ظهور النصوص في كون الموضوع خصوص المبيع الشخصي.
أما روايتا ^٢ ابن يقطين وابن عمار فقد اشتملتا على لفظ: «البيع»، وقد عرفت انه
بمعنى المبيع. واطلاق المبيع قبل تحقق البيع لا بد ان يكون بلحظة معروضيته للبيع،
وهو انما يتصور في الاعيان الشخصية ، إذ هي القابلة للعرض لاجل البيع دون الكلي.

١. المكاسب ٢٢٣/٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣ و ٤.

وأما رواية زرارة^١، فقد اشتملت على لفظ المتع و هو ظاهر في المبيع الشخصي، كما اشتملت على لفظ «يدعه عنده» وهو أنها يتصور في المبيع الشخصي.

وأما رواية أبو بكر بن عياش^٢، فهي وإن اشتملت على التعبير بـ«من اشتري شيئاً» وهو مطلق الكلي والمعين، إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجي كما يقال «اشترى شيئاً» إذ لا يعبر به عن شراء الكلي.

هذا ملخص ما ذكره الشيخ قيس^٣ في المقام. وقد خالفه الاعلام المحسون^٤ قدس سرهم وذهبوا إلى عموم الحكم لصورة بيع الكلي أيضاً وتصدوا لمناقشة جميع هذه الوجوه، وملخص ما قيل في وجه مناقشتها:

أما الاجماع، فبعد ظهور ذلك من كلمات الكل خصوصاً وإن الشهيد في الدروس^٤، نسب إلى خصوص الشيخ عليه السلام تقييد هذا الخيار بشراء معين، فإنه ظاهر في عدم فهمه التقييد من كليات العلماء غيره.

وأما قاعدة نفي الضرر، فهي وإن لم تتطبق بلحاظ الضرر الحال من قبل ضمان المبيع لعدم الضمان في الكلي. ولكن ضرر تأخير الثمن بعد استحقاقه له بالملك لا يرتفع في بيع الكلي، فيمكن تطبيق قاعدة نفي الضرر بلحاظه واثبات الخيار بها. ودعوى: أن ضرر تأخير الثمن إنما هو بلحاظ حبس البائع عن التصرف في المبيع المقابل له، وهذا إنما يكون في بيع الشخصي دون الكلي إذ البائع مطلق العنوان في التصرف في جميع أمواله، فتأخير الثمن يكون فواتاً للنفع لا ضرراً.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ٢.

٣. كالسيد الطباطبائي في حاشيته ٣/١٦؛ والمحقق الاصفهاني في حاشيته ٤/٣٦٣؛ والمحقق الإبرواني في حاشيته ٣/١٩١.

٤. الدرس الشرعية ٣/٢٧٣.

تندفع: أن الشمن بعد أن صار ملكاً للبائع بواسطة البيع فحبسه عنه حبس له عن التصرف في ملكه وحرمانه منه وهو ضرر بلا إشكال، لأنه نقص يرد عليه.

نعم، قبل تملكه يكون فوات الشمن فوات نفع وليس بضرر، فانتبه.

وأما النصوص، فروایتا ابن يقطين وابن عمار يمكن أن يراد بلفظ «البيع» فيهما معناه المصدري لا المبيع فيكون مفعولاً مطلقاً، كما يقول من عامل معاملة أو تاجر تجارة ونحو ذلك. ولو فرض أن المراد بالبيع، فإطلاقه قبل تحقق البيع يمكن أن يكون بمناسبة الأول والمشاركة لا المعروضية للبيع، فيعم الكلي حينئذ، ولو سلم ارادة المعروضية للبيع.

وأما رواية زرارة، فلا ظهور للمتاع في الشخصي، كما لا ظهور لقوله: «يدعه» في ذلك، إذ يصدق على عدم قبض الكلي وتركه لدى البائع أنه يدعه عنده.

وأما رواية أبي بكر بن عياش، فالشيء وإن كان يساوق الموجود لكن لا ظهور له في ارادة الموجود الخارجي، بل يعم كل موجود ولو كان موجوداً في الذمة، كالكلي، لأنه يعتبر في الذمة كما أشرنا إليه سابقاً، فيقال له بهذا الاعتبار أنه شيء، ويصبح أن يعبر عن شراء الكلي بشراء شيء.

وبالجملة، فيها أفاده الشيخ تَدَبَّر لا يمكن الإلتزام به، فالصحيح هو التعميم لطلق موارد البيع شخصياً كان المبيع أم كلياً.

الشرط الخامس: عدم الخيار لها أو لأحدهما

وحكى عن التحرير^١ أنه قال: «وكذا لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما». والأقوال التي أشار إليها الشيخ ^{قدس} في هذا الشرط أربعة:

الأول: إشراط عدم الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما [كما هو ظاهر التحرير].

الثاني: إشراط عدم الخيار لخصوص البائع، فالخيار الثابت للمشتري لا يمنع من خيار التأثير. [اختاره السيد بحر العلوم في المصايح^٢ والسيد العاملي^٣ وشارح الخيارات^٤ وصاحب الجواهر^٥].

الثالث: إشراط عدم خصوص خيار الشرط لأحدهما. [كما هو ظاهر السرائر^٦].

الرابع: نفي إشراط عدم الخيار لأحدهما بقول مطلق ومرجعه إلى إنكار الشرط

١. تحرير الأحكام الشرعية ٢٨٩/٢.

٢. نقل عنه في هدى الطالب ٣٧٩/١١.

٣. مفتاح الكرامة ١٤/٥٥.

٤. شرح الخيارات ١٠١/.

٥. جواهر الكلام ٩٨/٢٤ (٥٠/٢٣).

٦. السرائر ٢/٢٧٧.

الخامس بالمرة وهو مختار الشیخ قدسُهُ.

أما القول الأول: فقد وجهه بها حاصله: أن ذا الخيار يكون له حق تأخير الثمن أو المثلمن ولا يلزم التسليم، وقد تقدم أن الأخبار الدالة على خيار التأخير منصرفة عما إذا كان التأخير بحق، كموارد اشتراط التأخير، بل موضوعها ما إذا كان التأخير لغير حق. فثبتت الخيار بمنزلة اشتراط تأخير أحد العوضين. واستشهد على ذلك بما ذكره العلامة في التذكرة^١.

وبالجملة، هذا الوجه مركب من مقدمتين:

إحداهما: جواز تأخير الثمن إذا كان الخيار للمشتري وجواز تأخير المثلمن إذا كان الخيار للبائع، فان ذلك من أحكام الخيار.

والأخري: انصراف الأخبار الدالة على خيار التأخير عن صورة ما إذا كان التأخير عن استحقاق لا عن ظلم وتعٍد.

والذي يظهر من الشیخ قدسُهُ توقفه في كلتا المقدمتين. والوجه في ذلك

أما المقدمة الأولى: فلأن الثابت في باب الخيار هو سلطنة ذي الخيار على حل العقد بيعمال حق خياره، أما جواز حبسه الثمن أو المثلمن فلا دليل على جوازه بعد دخول كل منهما في ملك الآخر، فلا يقتضي الخيار سلطنة عليها مادام العقد ثابتاً.

وأما المقدمة الثانية: فقد يتخيل أن الاستشكال فيها ينافي ما تقدم منه من الالتزام بعدم الخيار عند اشتراط تأخير أحد العوضين بدعوى إنصراف الأخبار عن صورة كون التأخير بحق، إذ التأخير فيها نحن فيه بحق أيضاً.

وقد ذكر في وجه عدم التنافي: أن الجامع بين الفرضين وإن كان هو كون التأخير عن حق لا عن ظلم وإهمال.

لكن المالك في عدم الخيار في صورة إشتراط التأخير ليس مجرد كون التأخير عن حق حتى يسري الحكم إلى ما نحن فيه، بل لأنّه مع إشتراط التأخير والتزام البائع بحقيقة المشتري تأخير الشمن لا مجال للسؤال عن أنه إذا أخر الشمن ماداً أ فعل، إذ لا حيرة له بعد التزامه كي يسأل عن حكمه، ف تكون الأخبار الظاهرة في الحيرة منصرفة عن هذه الصورة.

وهذا لا يتأتى في مورد يجوز للمشتري التأخير بلا التزام البائع على نفسه بذلك، إذ تتصور الحيرة في أمره وله مجال السؤال عن حكمه إذا أخر المشتري ولو كان تأخيره جائزًا شرعاً، نظير ما إذا كان التأخير عن إمتناع عقلي ، فإنه أيضًا عن حق لا عن ظلم لكن تشمله أخبار خيار التأخير، فلا حظ.

ثم إنّ الشيخ قدّس سرّه بعد تسليمه كتاب المقدمتين^١ أورد على الوجه المزبور: أنه يستلزم عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان لثبوت الخيار فيه في الأيام الثلاثة، فيكون التأخير فيها عن حق. مع أن الإتفاق على ثبوت خيار التأخير في الحيوان، كما يظهر من المختلف^٢.

فلازم الدليل المزبور نتيجة تنافي الإجماع. ثم قال قدّس سرّه: «إلا أن يراد بها في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير مadam الخيار ثابتًا لأحدهما فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة^٣».

وأورد عليه السيد الطباطبائي رحمه الله: بعد إرتباط هذا القول بما قبله. وذلك لأنّ الشيخ قدّس سرّه ذكر دليلاً على القول بإشتراط خيار التأخير بعد خيار لأحدهما، وذهب

١. على الفرض.

٢. مختلف الشيعة ٥ / ٧٠.

٣. المكاسب ٥ / ٢٢٩.

٤. حاشية المكاسب ٣ / ١٨.

إلى أن مقتضاه عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان وهو خلاف الإتفاق. ولا يخفى أن الاستدراك المناسب الذي يرجع إلى تصحيح الدليل ودفع الإشكال عنه ليس هو بيان مراد العلامة في التحرير وأنه لا يخالف الإجماع، إذ هو لا يرفع الإشكال عن الدليل لو كان مقتضاه عاماً بنحو ينافي الإجماع، بل المناسب هو بيان أن مقتضى الدليل هو نفي خيار التأخير مادام الخيار لأحدهما ثابتاً، فلا يستلزم نفي خيار التأخير في الحيوان مطلقاً حتى ينافي الإجماع.

وقد دافع المحقق الاصفهاني^١ عن الشيخ قيس وأثبت إرتباط قوله: «إلا أن يراد...» بما قبله، ببيان يرجع إلى أن مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان بضميمة مادل على عدم إستحقاق التسليم في زمن الخيار ودليل خيار التأخير، هو ثبوت خيار التأخير في الحيوان بعد الثلاثة بحيث يلاحظ تأخير الشمن بعد الثلاثة، فيكون قوله «إلا أن يراد...» تنبئاً على هذه النكتة، فيرتبط بما قبله.

ولain يخفى عليك أن ما ذكر يرجع إلى فرض مقدمات مطوية في كلام الشيخ قيس وبدونها يثبت عدم الارتباط بين الاستدراك وما قبله. وهذا في الحقيقة إعتراف بعدم الربط بحسب ظاهر الكلام. وهو ما يريد السيد^٢ بيانه، فما أفاده متيقن. فلاحظ.

وأما القول الثاني: فقد وجّه الشيخ قيس بوجهين:

الأول: أن ظاهر أخبار خيار التأخير بقرينة المقابلة بين المجيء بالشمن وعدم المجيء، به هو ثبوت اللزوم قبل الثلاثة ونفي الخيار فيها. وظاهرها هو كون المنفي قبل الثلاثة هو المثبت بعدها، وبها أن المثبت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق فيكون هو المنفي قبل الثلاثة، وليس المثبت بعد الثلاثة هو خصوص خيار التأخير إذ الحكم لا يتقييد بسببه، فلا معنى لأن يكون التأخير سبباً لخيار التأخير بما هو كذلك إذ مقتضاه

سببية السبب لنفسه وهو محال، فالمسبب هو مطلق الخيار لا الخيار الخاص، فيكون المنفي قبل الثلاثة هو مطلق الخيار، فإذا فرض ثبوت الخيار قبل الثلاثة كان ذلك خارجاً عن منصرف الأخبار وظاهرها.

وهذا البيان لا يتأتى فيها إذا كان الخيار للمشتري خاصة، إذ الأخبار لا تثبت له الخيار حتى يقال أن مقتضاه نفيه قبل الثلاثة بقرينة المقابلة.

وقد ناقش الشيخ قدس سره هذا الوجه وحمل كلامه على أن عدم تقييد المسبب بسببه للمحذور السابق لا يمنع من كون المنفي خصوص خيار التأخير، لعدم سببه. فيلتزم بأن المنفي هو خيار التأخير خاصة لعدم سببه.

وأورد عليه قدس سره: بأن إثبات نفي الخيار المطلق قبل الثلاثة ليس من جهة عقلية كي يقال: أن المحذور العقلي في تقييد المسبب بسببه لا في عدم المسبب الخاص لعدم سببه، بل من جهة ظهور الكلام بلاحظ المقابلة في وحدة المنفي والمثبت.

ولكن الذي يظهر لنا من كلام الشيخ قدس سره ليس ذلك، بل نظره إلى أن قرينة المقابلة لا تختم نفي الخيار في الثلاثة بالنحو الثابت بعدها بحيث تكون النصوص دالة على اللزوم بقول مطلق. بل المقابلة تتحقق بجهة أخرى أيضاً وهي أن الخيار ثابت بعد الثلاثة لحصول سببه ولا ثبوت له قبلها لعدم سببه وهو لا ينافي ثبوت الخيار من جهة أخرى. وبهذا تتم المقابلة بلا إستلزمان لنفي الخيار وإثبات اللزوم، ولا ظهور للمقابلة في المعنى الأول بعد تماميتها بهذا الوجه.

الثاني: إن ملاك هذا الخيار هو دفع الضرر الوارد على البائع وفي مورد تمكن البائع من دفع الضرر بختار آخر لا يكون في إثبات هذا الخيار إرافق به و منه.

وبهذا البيان لكلام الشيخ قدس سره لا يتوجه عليه حينئذ بأن تدارك الضرر لا ينافي إنطابق «لا ضرر» بعد تمامية الموضوع. إذ ليس مجرد نفي الضرر هو الملاك في تطبيقها بل مع كونه إرافقاً، وقد عرفت انه لا ارافق فيه مع تمكن البائع من دفعه بختار آخر.

نعم، يتوجه على هذا الوجه أنه يتم لو فرض أن دليل الخيار هو قاعدة نفي الضرر، وليس الأمر كذلك بل دليله هو النصوص، ولا ظهور فيها في كون تمام الملاك في الحكم هو الارفاق بنحو يدور الحكم مداره وجوداً وعدماً. بل هو ملحوظ بنحو الحكمة، فلا ينافي تخلفه في بعض الموارد ثبوت الخيار فيها.

وأما القول الثالث: فلا وجه له ظاهر. فالمتعين هو القول الرابع.

الشرط السادس: تعدد المتعاقدين

تعدد المتعاقدين^١، فلا يثبت مع وحدتها، كالوكيل عن المالكين في اجراء صيغة العقد، فيكون البائع والمشتري واحداً.

والوجه فيه: أن النص يختص بصورة التعدد. مضافاً إلى أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس وختار المجلس باق مع إتحاد العاقد إلا مع إسقاطه، إذ لا يتصور التفرق حينئذ الذي هو غاية لخيار المجلس.

ولكن كلا الوجهين مندفعان، كما أفاده الشيخ^٢ أستاذ: أما الأول: فلان بعض الأخبار وإن كان ظاهراً في كون مورده تعدد العاقد، لكن إطلاق بعضها يشمل صورة وحدتها.

ثم إن ظاهر الأخبار كون المناط^٣ هو القبض وعدمه. ومن الواضح أن المنظور فيه هو المالكان لا العاقد، إذ الثمن لا يعطى لمن ينشيء الصيغة. والمالكان متعددان وإن إتحاد العاقد من قبلهما.

١. يظهر هذا الشرط من السيد العامل^٣ العامل في مفتاح الكرامة ١٤/٢٥٧ وذكره في الجواهر ٢٤/٩٩ (٥٥/٢٣) بعنوان بعض الأساطين.

٢. المكاسب ٥/٢٣٠.

٣. وهذا ليس من تنقية المناط في الحكم بل من تنقية المناط في الموضوع.

نعم، لو كان العاقد ولِيًّا بِيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأول لتحقق قبض المبيع والثمن، فلا يثبت الخيار ولكنه ليس من جهة وحدة العاقد.

وأما الثاني: فقد أفاد الشيخ ^ت بأن خيار المجلس لا يثبت للوكيل في إجراء العقد فقط ولو سلم ثبوته فيمكن إسقاطه أو إشراط عدمه في ضمن العقد.

ثم إنه لا يخفى أن دعوى كون هذا الخيار بعد خيار المجلس - ويراد به ظاهراً أن مبدأ الثلاثة بعد خيار المجلس - مما لا وجه له بحسب الصناعة بالمرة. نعم يقع البحث على ما مستعرف - في أن مبدأ الثلاثة هل هو من حين العقد أو من حين التفرق، وهذا أجنبي عن كون مبدئه من بعد خيار المجلس، إذ قد يسقط خيار المجلس قبل التفرق، فانتبه.

يبقى الكلام في أمر أشرنا إليه وهو أن مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد؟

ووجه الأول: هو أن ظاهر قوله: «إن جاء [بالثمن] فيما بينه وبين ثلاثة أيام»^١ كون مدة الغيبة ثلاثة، إذ لا يقال للحاضر أنه جاء بالثمن.

ووجه الثاني: أنه من المعلوم هو قوله ^ت المتقدم كنایة عن القبض وعدمه في الثلاثة بلا خصوصية للغيبة، كما هو ظاهر رواية ابن يقطين لقوله ^ت: «الأجل بينها ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع له»^٢ فإن الظاهر كون تمام المناط هو القبض وعدمه في الثلاثة ولا دخل للتفرق والغيبة فيه. ومن هنا يظهر أن المتجه هو القول الثاني.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح ٣.

الشرط السابع: أن لا يكون المباع حيواناً أو خصوص الجارية
أن لا يكون المباع حيواناً أو خصوص الجارية، فإنه حكى عن الصدوق عليه السلام في
المقمع^١ التزامه فيما إذا أشتري جارية بأنه إن جاء بالشمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع
له. ونسبة^٢ الخلاف له في مطلق الحيوان.
ولا يخفى أنه ليس إنكاراً لخيار التأخير في الحيوان والجارية، وإنما هو قول به
بنحو خاص.

وعلى كل، فالوجه فيه [صحيحه] ابن يقطين^٣: «عن رجل أشتري جارية فقال
أجيئك بالشمن فقال عليه السلام: إن جاء بالشمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له».
وناقش الشيخ^٤ دلالتها: بأنه لا دلالة لها على صورة عدم إقراض الجارية،
كما أنه لا قرينة على حملها عليه.

وبما أنها منافية لعمل معظم فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه، كحملها على
صورة اشتراط المجيء بالشمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت خيار تخلف الشرط عند
التأخير عن الشهر. أو على استحباب صبر البائع إلى شهر و عدم فسخه.
هذا تمام الكلام في شرائط هذا الخيار.

١. المقمع / ٣٦٥، الطبعة الأولى.

٢. مختلف الشيعة / ٥ / ٧٠.

٣. وسائل الشيعة / ١٨ / ٢٣، ح ٦.

٤. المكاسب / ٥ / ٢٣١.

مسقطات خيار التأخير

يسقط هذا الخيار بأمره:

الأول: إسقاطه بعد العقد، ولا كلام في صحته إذا كان بعد الثلاثة وفي زمان فعلية الخيار.

إنما الأشكال في صحته إذا كان قبل انتهاء الثلاثة، ووجهه أنه يكون من إسقاط ما لم يحب، إذ فعلية الخيار بعد الثلاثة.

أقول: إن أريد بالاسقط قبل إنتهاء الثلاثة تتحقق السقوط فعلاً، فهو حال إذ لا حق كي يسقط. وإن أريد به الانشاء الفعلي للسقوط كي يتحقق السقوط في ظرف ثبوت الخيار، فليس قبل الثلاثة إلا الاسقط الانشائي على تقدير حدوث الخيار وفعليته، فلا محالية فيه كما لا يخفى، لكن فيه اشكال من جهتين:

الأولى: أنه يرجع إلى التعليق في الانشاء، لأن المنشأ هو السقوط على تقدير فعلية الخيار وتحقق ظرفه، وهو - أي التعليق - باطل في المعاملات.

ويمكن دفعه: بأن إمتناع التعليق ليس عقلياً بل إجماعياً، ولا إجماع على عدم صحة الاسقط فيما نحن فيه.

الثانية: أن دليل تحقق السقوط بالاسقط هو الاجماع على أن لكل ذي حق

إسقاط حقه، وهو مشكوك الشمول لما نحن فيه - أعني ما كان الاستقطاع فعلياً والسقوط استقباليًّا. وبعبارة أخرى: ما لم يكن انشاء الاستقطاع في ظرف فعلية الحق - . فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهو صورة إسقاط الحق الثابت فعلاً. وعلى هذا فتشكل صحة الاستقطاع قبل انتهاء الثلاثة.^١

الثاني: - من المسقطات - إشتراط سقوطه في متن العقد^٢، والوجه في صحته عموم «المؤمنون عند شروطهم».^٣

لكن استشكل فيه الشيخ^٤ بأن العموم المزبور إنما يقتضي نفوذ الشرط فيما كان مشروعًا في حد نفسه ولا يثبت مشروعيته إذا لم يكن مشروعًا في نفسه. وعليه، فصحة الشرط فيها نحن فيه تتوقف على المفروغية عن مشروعية الإسقاط قبل إنتهاء الثلاثة، ولا يثبت به مشروعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط.

نعم، لو قام إجماع على صحة الشرط فيها نحن فيه [كما] قيل^٤ به، وبفحواه نقول

١. أقول: يمكن تصحيحه على نحوين:

الأول: قامت السيرة العقلائية على ذلك بأن يقول البائع للمشتري قبل التأخير: انه لو اتفق لك التأخير فليس لي ان اطالبك.

الثاني: ثبوت الخيار آنًا ما بعد التأخير وسقوطه بالاسقاط السابق وهو أمر ممكن عقلاً ولكن لم يثبت في الشري ثبوت الخيار الآني.

ولكن ما في السيرة العقلائية يكفي في إثبات سقوط الخيار من دون إثبات عنوان الاستقطاع.

٢. كما قال به في الدروس ٢٧٦/٣؛ جامع المقاصد ٤/٣٠٢ و ٣٠٣؛ حاشية الارشاد /٣٩٦ (ج ٩ من آثار المحقق الكركي)؛ كنز الغوائد ١/٤٥١؛ المفاتيح ٣/٧٤؛ شرح خيارات اللمعة /١٠٣.

٣. وسائل الشيعة ٢١/٢٧٦، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهرور، موثقة منصور بن يونس بزرج.

٤. قال بالاجماع المنقول الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرح خيارات اللمعة /١٠٣ و ١٠٤.

بصحة إسقاط الخيار بعد العقد وقبل إنتهاء الثلاثة. وإلا فلننظر فيه مجال.^١

الثالث: - من مسقطات الخيار - بذل الثمن من المشتري بعد الثلاثة.

وقد حكي ذلك عن التذكرة^٢ وقيل^٣ بعدم سقوطه للاستصحاب.

وقد ناقش الشيخ بنبيه في جريان الاستصحاب في المقام لو كان المستند في الخيار

هو قاعدة نفي الضرر.

والوجه فيه: إما عدم الشك في البقاء - كما يظهر من كلامه - باعتبار أن ملاك

الخيار إذا كان دفع الضرر، فلا شك في عدم الضرر بعد بذل المشتري للثمن، فلا خيار لأجل عدم الضرر.

وإما لتبدل الموضوع، إذ الخيار كان ثابتاً عند تحقق الضرر، فإذا زال الضرر ببذل

الثمن تبدل الموضوع ولا مجال للاستصحاب معه، كما حرر في محله.

وقد نوقش الوجه الأول: بأن المعلوم إرتفاعه هو شخص الحكم الثابت سابقاً

بملاك الضرر وهو لا ينافي ثبوت سخن الحكم بلاك آخر غير الضرر الفعلي. نعم لو أستفید من دليل نفي الضرر انحصر العلة به بنحو المفهوم تم ما ذكر، ولكنه مما لا

وجه له.

ونوقش الوجه الثاني: أن موضوع الخيار قبل بذل الثمن وإن كان هو البائع

المتضرك لكن التضرر بعد عرفاً من حالاته لا مقوماته، فزوالة لا يكون مستلزمًا لزوال

الموضوع، نظير زوال وصف التغير عن الماء النجس بالتغيير.

ويمكن الجواب عن مناقشة الوجه الأول: بأن ما أفاده الشيخ بنبيه ليس من جهة

١. ولكن يمكن القول بالصحة بالاجماع والسيرة العقلائية التي مضت في المسقط الأول.

٢. تذكرة الفقهاء، ١١/٧٣ و ٧٤؛ قواعد الأحكام ٦٧/٢.

٣. جواهر الكلام ٢٤/١٠٤ (٢٣/٥٧)؛ مصايح الأحكام (مخطوط)؛ رياض المسائل ٨/٣٠٩؛

مفتاح الكرامة ١٤/٢٥٩؛ مستند الشيعة ١٤/٤٠٠؛ شرح خيارات اللمعة ١٠٥.

دلالة الحديث على المفهوم، بل من جهة القطع في المقام خاصة بعدم ثبوت خيار التأخير لغير جهة الضرر وأنه^١ على تقدير ثبوته، فهو من جهة دفع الضرر. فيكون اندفاع الضرر مستلزمًا للقطع بعدم الخيار.

كما يمكن الجواب عن مناقشة الوجه الثاني: بأن التضرر ليس ملحوظًا من عوارض نفس البائع كي يقال أنه من حالاته لا مقوماته. بل إنما هو ملحوظ قيدها لمعاملة أو لحكمها وهو اللزوم. ومن الواضح أن الضرر في المعاملة قد لوحظ مقوّمًا، فالبيع الخياري هو البيع الضرري بما هو كذلك. وهكذا الضرر في اللزوم فإن المفروع هو اللزوم الضرري بما هو كذلك.

وبعبارة أخرى: إن تمام ملاك ثبوت الخيار هو دفع الضرر وهذا يقتضي كون الضرر قوامًا للموضوع عرفاً، نظير العلم في لزوم التقليد للعام، فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عرفاً تقوم جواز التقليد بجهة العلم.

وبالجملة، لا مجال للاستصحاب ببناء على كون دليل الخيار هو قاعدة نفي الضرر.

وأما لو كان مستند الخيار هو الأخبار، فقد أستحسن الشیخ قیس جريان الاستصحاب.

أقول: مقتضى إطلاقها - كما قيل - هو ثبوت الخيار على تقدير بذل الشمن، فلا محل للاستصحاب.

وأمّا دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلاً بلزم العقد، فلا تدل على ثبوت الخيار على تقدير بذل الشمن.

ففيها: أن ظاهر الأخبار هو ملاحظة الضرر الحاصل بالتأخير ثلاثة أيام ولا

١. أي الخيار.

نظر لها إلى الضرر لما بعد الثلاثة، فكان خيار التأخير جزاءً على الضرر الذي أورده المشتري على البائع، فانتبه.

تنبيهٌ: مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير

في مبدأ الثلاثة الأيام التي يبدأ بعدها خيار التأخير وجهان:

الوجه الأول: أنه من حين التفرق، ونقل القول به صاحب الجواهر رحمه الله عن: (ظاهر الشيدين^١، والسيدين^٢، والقاضي^٣، والديلمي^٤، والخلي^٥، والعلامة في المختلف^٦، والتحرير^٧)^٨.

الوجه الثاني: أنه من حين العقد.

وقوى الشيخ رحمه الله الثاني^٩.

والبحث في ذلك من جهتين:

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص.

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

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص

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

١. المقنعة / ٥٩١؛ الخلاف / ٣، ٢٠، مسألة ٢٤.

٢. الانتصار / ٤٣٧، مسألة ٢٤٩؛ غنية التزوع / ٢١٩.

٣. جواهر الفقه / ٥٤، مسألة ١٩٣.

٤. المراسيم / ١٧٢.

٥. السرائر / ٢٧٧.

٦. مختلف الشيعة / ٥/٦٨.

٧. تحرير الأحكام الشرعية / ٢/٢٨٩.

٨. جواهر الكلام / ٢٤/١٠١ (٥٦/٢٣).

٩. المكاسب / ٥/٢٣٢.

الأول ثلاثة:

الوجه الأول: أن المستفاد من النص أن الثلاثة الأيام ظرف لزوم العقد، وأن ما بعدها ظرف للخيار، وبها أن لزوم العقد بعد التفرق من المجلس، فيكون مبدأ الثلاثة من حين التفرق.

وفيه: أنه يتم على قول منْ قال بأن اللزوم في الثلاثة لزوم من جميع الجهات، وأما على ما استفدناه من النصوص، من أن اللزوم إضافي، ومن حيث تأخير الشمن فقط، لا من كل جهة، فلا يأقى هذا الوجه؛ إذ يجتمع اللزوم من حيث تأخير الشمن مع خيار المجلس، ولا يتوقف على التفرق.

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

والتعبير بـ« جاء» يقتضي التفرق؛ إذ لا يصدق على الإعطاء والتسليم، وإنما تصدق على من ذهب لرأي، ولا يتم ذلك إلا بالتفرق، فتدلّ الصحيحة على أن مبدأ الثلاثة من حين التفرق.

ذكره صاحب الجواهر^{عليه السلام}، ولم يحب عنه^٢، كما ذكره الشيخ^{عليه السلام}، ولم ينافق في ظهوره^٣، بعد غض النظر عن بيان دليل القول الآخر.

والحق أن هذا الظهور غير قابل للإنكار، ولكن المحقق الإيرواني^{عليه السلام}، ناقش فيه بما حاصله:

أن الجملة غير ظاهرة في كون مبدأ الثلاثة من زمان التفرق؛ لكون الضمير في «بينه» من جملة «إن جاء ما بينه» إما أن يعود إلى الاشتراء، المفهوم من قول السائل:

١. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١.

٢. جواهر الكلام ٢٤/١٠٢ (٢٣/٥٧)؛ حيث قال: «بل لعل المبادر...».

٣. المكاسب ٥/٢٣٢؛ حيث قال: «من ظهور قوله: فإن جاء بالشمن...» ولم يعلق عليه.

«عن الرجل يشتري»، و zaman الاشتاء هو زمان العقد، لا التفرق، وإنما أن يعود إلى المشتري بوصف كونه مشترياً، وهو من حين العقد أيضاً^١.

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

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الرشتبي رحمه الله، من أن الضمير يعود على المشتري، ولكن بما أنه لا معنى لأن يكون المشتري مبدأ الثلاثة، فلا بد أن يكون المبدأ ما كان له جهة اختصاص بالمشتري، وهو ليس إلا التفرق؛ لكونه مختصاً بالمشتري؛ فإنه هو الذي يفترق عن البائع للمجيء بالشمن، وأما زمان العقد فهو مشترك بينهما، ولا اختصاص له بالمشتري، فيكون المبدأ حين التفرق، وهو الذي قوله في قبال قول

الشيخ رحمه الله.^٢

وفيه: أنه وإن كان الضمير يعود إلى المشتري، فلا بد أن يرجع إلى ما يختص به، إلا أن الضمير في صحيحة علي بن يقطين يعود إليهما كليهما: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإن فلا بيع بينهما»^٣، والأمر المشترك بينهما هو العقد، فلا تتم تقويته مع هذا الظهور.

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

الوجه الأول: ما يستفاد من صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

١. حاشية المكاسب ١٩٦/٣، رقم ٤١١.

٢. فقه الإمامية ٥٧٢/٢.

٣. وسائل الشيعة ٢٢/١٨، ح.

عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الشمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيته، وإن لا فلا بيع بينهما»^١.

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

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

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

الوجه الثاني: ما يستفاد من موثقة إسحاق بن عمار؛ إذ فيها: «من اشتري بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»^٢.

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

الوجه الثالث: أنه يلزم من القول بأن المبدأ زمان التفرق، تالٍ فاسد، وهو فيها لو لم يفترق المشتري عن البائع في مدة ثلاثة أيام، وامتنع أيضاً عن المجيء بالشمن؛ فإنه على القول بأن مبدأ الثلاثة زمان التفرق، فينبعي أن يكون البيع لازماً في الثلاثة الأولى؛ لعدم التفرق، ولازماً في الثلاثة الأيام الأخرى، لابداء زمانها من حين التفرق، فيكون البيع لازماً ستة أيام، ولا قائل به من الفقهاء، ومع فساد اللازم يفسد الملزوم، فيتعين

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٢، ح٣.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح٤.

كون المبدأ من حين العقد، فإذا نقضت الثلاثة الأولى كان للبائع الخيار، سواء أتفرقا أم لم يتفرقا.

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

ووجه الأظهرية ما قدمناه من النكتتين [في الوجه الأول]، مضافاً إلى تأييدهما بالوجهين الآخرين. [الثاني والثالث].

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة

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

أما تقريب الأصل اللغطي في هذا البيان:

أنه لو تأخر زمان التفرق عن زمان العقد بخمس ساعات مثلاً، وبعد انقضاء الثلاثة الأيام من حين العقد، تبقى خمس ساعات عن انقضاء الثلاثة من حين التفرق، فنشك في ثبوت الخيار في هذه المدة؛ إذ إن كان مبدأ الثلاثة من زمان العقد، فقد انقضت الخيار، وإن كان المبدأ من حين التفرق، فلم تنقض بعد، فلم [ينته] وقت الخيار، ومع الشك في ثبوت الخيار وعدمه يتمسك بعموم ما دلّ على اللزوم، فالمرجع

هو عموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ ما دام لم يتيقن بثبوت الخيار [ونتيجته أن المبدأ من حين التفرق].

وأما تقريب الأصل العملي فبنحوين:

النحو الأول: أنه في المثال السابق لو فسخ البائع العقد في المدة المتخاللة بين انقضاء الثلاثة من زمان العقد، وعدم انقضائه من زمان التفرق، فنشك في انفساخ العقد وعدمه، فنستصحب بقايه.

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

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

الرابع: أخذ الثمن من المشتري

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

فإذا قلنا بعدم سقوطه بالبذل كان الأخذ مسقطاً له؛ لسقوط الخيار بالالتزام بالبيع، والالتزام كما يكون قوله يكون فعلياً، وأخذ الثمن التزام فعلي بالبيع، ورضا بليزومه.^٢

وبما أن مسقطية الأخذ كانت من جهة الكشف عن الالتزام بالبيع، فقد ذكر

١. سورة المائدة / ١.

٢. المكاسب / ٥ ٢٣٥.

الشيخ حَلَّيْهِ وجوهًا ثلَاثة، من جهة أخذ العلم بالالتزام و عدمه، وهي :

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

الثاني: كفاية الظن برضاء البائع والالتزام بالبيع؛ لكون الأخذ مع إفادة الظن أمارة عرفية على الالتزام، كالقول.

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

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

هذا ما أفاده الشيخ حَلَّيْهِ من التحقيق، وفيه :

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

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

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

وفي كلتا الصورتين يأتي البحث، في سقوط خياره حينئذٍ و عدمه، من دون أن تترتب مسقطية الأخذ على عدم مسقطية البذل.

وثانياً: أن كلمة الشيخ حَلَّيْهِ بأن «خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى هو الأخير»^٢، وقعت موقع الإشكال من قبل الأعلام، فقد قال المحقق السيد الخوئي حَلَّيْهِ:

١. المكاسب / ٥٢٣.

٢. المكاسب / ٥٢٣.

إن الخيرية في المقام معناها الأقوائية وبالعكس.^١

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

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

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

وأما الوجه الثالث، فهو محل الإشكال؛ لعدم دلالته الأخذ في نفسه على الإسقاط، وعدم إفادته للظن حسب الفرض؛ لتتولد القرينة العرفية، والأخذ في نفسه أعم من الالتزام بالبيع، فكيف صار هو الأقوى، مع أن الأخص - وهو الالتزام بالبيع - لا يثبت بالأعم، وهو الأخذ؟

وجه القوة هو ما استفید ما ورد في خيار الحيوان، كصحيحه على بن رئاب، عن أبي عبدالله ح، قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: «إن لامس، أو قبل، أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء...».^٢

فإن المستفاد منها أن التصرف قرينة عرفية عامة على الرضا، وإن لم يستفاد منها

١. مصباح الفقاهة ٧/٣٦؛ التتفريح في شرح المكاسب، الخيارات ٣٩/٥٠.

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

الظن الشخصي، والمدار على الكاشف النوعي.

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

وبهذا يتضح اندفاع ما أورده المحقق الخوئي عليه السلام على الشيخ عليه السلام.

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

نعم، يمكن ذلك بأحد طريقين:

الطريق الأول: أن نستفيد من قول الإمام عليه السلام في خيار الحيوان: «إإن أحدث المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه»، أنه إرشاد إلى أمر عرفي عقلائي؛ بحيث يثبت أن التصرف بنظر العقلاه كاشف عن الرضا والالتزام بالبيع. ولكن الحكم بذلك في غاية الإشكال، وإثبات السيرة يحتاج إلى أن العقلاه بهم عقلاء، يرون أن مطلق التصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا.

الطريق الثاني: إلغاء خصوصية خيار الحيوان المنصوص عليه، ولو لم يثبت من نظر عقلائي.

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

وبهذا تظهر الخدشة فيما اعتبره الشيخ عليه السلام هو الأقوى.

تأييد المحقق الأصفهاني للشيخ

ومن الإنصاف أن نذكر هنا تأييد المحقق الأصفهاني رحمه الله للشيخ رحمه الله، فقد قال ما حاصله: أن في المقام خصوصية تقتضي أن نقول بوجود الكاشف النوعي عن الرضا؛ وذلك لأن محل البحث هي المعاملة التي ثبت فيها الخيار بسبب تأخير الثمن، سواء أكان ثبوته لحصول الضرر على البائع أم لوجود النص، المهم أنه ثبت الخيار للبائع بسبب حرمانه من الثمن، فلو تبدل الرضا العقدي بالكرامة، فإنما هو من ناحية هذا التأخير، فحيثئذٍ أخذ البائع الثمن، بعد تحقق الكراهة وثبت الخيار، قرينة عرفية عامة، وكاشف نوعي عن رضاه بالمعاملة، ولو لم يحصل ظن شخصي به؛ لكتفافية الظن النوعي، من قبيل حجية الظهور؛ لأن ظواهر الأفعال كظواهر الأقوال حجة ببناء العقلاة، والظهور متقوم بإفادهطن النوعي.^١

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده رحمه الله: أنه فرق بين الألفاظ والأفعال، فإن الألفاظ بعد وضعها على معانيها تكون قالباً للمعنى، على جميع المبني في الوضع، بما فيهم مبنياه رحمه الله، من جعل اللفظ علامه على المعنى اعتباراً، على مثال جعل العلامه على رأس الفرسخ جعلاً حقيقياً، فاللفظ بعد الوضع الاعتباري يكون قالب للمعنى، وحيثئذٍ يكون كاشفاً عن المراد، وفي حال لم يوضع اللفظ للمعنى، ولكن احتف بالقرينة يكون اللفظ المحتف بالقرينة كاشفاً عرفيًّا عن المراد أيضاً، وعلى هذا الأساس تبني أصله الظهور. فكاشفية باب الألفاظ عن المراد تبني على أحد هذين الأمرين، الوضع، أو احتفاف اللفظ بالقرينة، وبهـما كانت الألفاظ كاشفاً نوعياً عن المراد.

وأما باب الأفعال، فالوضع موجود في باب الألفاظ، لا مجال له فيها؛ والفعل

١. حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله على المكاسب .٣٨٢ / ٤

في حد ذاته محمل، يحتمل الأمرين، وبما أن الكاشفية الذاتية الحاصلة من الوضع مفقودة فيها، فلا شيء يؤثر في الكاشفية إلا القرينة - الحالية أو المقالية - المنضمة إلى الفعل، ويشرط فيها أن تكون بحد من القوة، بحيث يكون الفعل معها كاشفاً عرفيأً عن المراد.

والموجود فيها نحن فيه، عبارة عن وقوع العقد، وتأخير الثمن، فتسبب التأخير في ثبوت الخيار للبائع، والذي حصل من البائع أنه أخذ الثمن، وذات العقد من حيث هو يقتضي الالتزام به، سواء أكان العقد لازماً أم كان جائزأً، فإن نفس العقد عبارة عن الالتزام بمضمونه، ففي البيع مثلاً يلتزم البائع بملكية المشتري للمبيع في مقابل العوض، ويلتزم المشتري بملكية البائع للثمن في مقابل المعاوض، هذا ما يقتضيه العقد في حد ذاته، فهو يقتضي النقل والانتقال للعواوضين، من أحدهما إلى الآخر، فيكون المبيع للمشتري، والثمن للبائع، ولازم الملكية جواز الأخذ؛ لتحقيق سلطنة كل مالك على ماله.

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

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

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

الألفاظ مع الفارق، والاستناد إلى ذلك بلا مستند.

يشترط في الأخذ حتى يكون مسقطاً للخيار أن يكون كاشفاً نوعياً عن الالتزام بالبيع، كالكاشفية النوعية في خبر الثقة، وإثبات ذلك في غاية الإشكال.

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

ولو فرض وشكٌ - بعد أخذ الثمن - في حصول رضا جديد يتعلق بالبقاء على المعاملة، علاوة على الرضا المعجمي الأول، فأيضاً تمسك بالإطلاق.

لا يقال: قوى السيد اليزدي رحمه الله الوجه الأخير في صورة الالتفات إلى الحكم والموضع؛ لكونه كاشفاً عن الاسقاط حيثٌ فعلاً، بمعنى أن كشفه فعلي وإن لم يحصل الظن الفعلي بإرادة الإسقاط.^١

لأننا نقول: بأن جوابه يظهر مما قدمناه؛ لأن فرض الكلام في صورة العلم والالتفات إلى الحكم والموضع.

[اللهم إلا ان يقال: لو كان البائع بانياً على فسخ العقد لا معنى لأخذه الثمن لأنه عمل لغو، فأخذه الحال هذه يكون كاشفاً عن إختياره الالتزام بالعقد، وليس الحال كذلك بالنسبة إلى أخذه بعد العقد مباشرة، إذ يمكن أن يكون متربداً ولم يميز الصالح بعد لعدم مضي زمان صالح للتزوّي والجزم بأحد الطرفين، فلا يكون أخذ الثمن كاشفاً نوعياً عن التزامه بالعقد في مثل ذلك.

وبالجملة، لا اشكال بأن أخذ الثمن فيها نحن فيه كاشف نوعي عن الالتزام بالعقد والرضا به - بعد فرض أن التصرف مسقط للخيار - وبمقتضى حجية الظواهر

العرفية في باب الأقوال والأفعال يتم المطلوب^١.

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

الخامس: مطالبة الثمن

وما تقدم في البحث السابق يظهر عدم مسقطية المطالبة بالثمن من باب أولى؛ لأن أخذ الثمن أعم من الالتزام بالمعاملة وإسقاط الخيار، وإثبات الأخص لا يثبت الأعم.

والأعمية في المطالبة بالثمن من جهتين:

الأولى: أن المطالبة بالثمن أعم من الإسقاط ومن إرادة الوصول إلى ماله.

الثانية: يحتمل أن تكون المطالبة لإرادة استكشاف أن المشتري هل هو في مقام إرادة إعطاء الثمن وعده، فتكون المطالبة أعم من الإسقاط وإرادة استكشاف هذا المعنى.

ومع كون المطالبة أعم من الإسقاط من جهتين، فيكون إثبات الإسقاط به من مصاديق إثبات الأخص بالأعم.

وذكر الشيخ عليه السلام في المسألة وجهين:

الأول: عدم سقوط الخيار به، واستدل العلامة عليه السلام^٢ عليه بالأصل وعدم الدليل

[وتبعه في عدم السقوط المحقق^٣ والشهيد^٤ الثانيان والسيد بحر العلوم^٥ وخالي الشيخ

١. المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/٤٠٦.

٢. تذكرة الفقهاء ١١/٧٤.

٣. جامع المقاصد ٤/٢٩٨.

٤. المسالك ٣/٢٠٨؛ الروضة البهية ٣/٤٥٨.

عليٌّ[٢]

الثاني: السقوط، وذكر [الشيخ الأعظم] بنحو الاحتمال؛ لدلالة على الرضا بالبيع.

وأجاب عن الثاني، بأن المطالبة بالثمن لا تدل على الالتزام بالضرر المستقبل، حتى يكون التزاماً بالبيع، بل هو استدفأع للضرر المستقبل، وفرق بينهما، أي يطالب بالثمن حتى يدفع ضرر تأخير الثمن؛ وذلك لأن العقود على قسمين:

الأول: عقد يقتضي الخيار بنفسه.

الثاني: عقد لا يقتضيه بنفسه.

الأول كالعقد الغبني، أو ما إذا كان المبيع معيناً؛ فإن العقد فيها يقتضي الخيار، والالتزام فيها بالضرر مسقط له، والمطالبة بالثمن فيها بعد العقد والعلم بالضرر تكون التزاماً بالضرر؛ لكونه متحققاً فعلاً، فالمطالبة بالثمن كاشفة عن الالتزام به.

وأما في خيار التأخير، فالضرر لم ينشأ من العقد، بل من التأخير، والضرر السابق لا ينجر بال الخيار، فالخيار إنما هو لدفع الضرر المستقبلي، فإذا طالب بالثمن، فإنما يريد دفع الضرر المستقبلي من ناحية التأخير، فليس فيه التزام بالضرر.

ثم إن الشيخ رحمه الله في الأخير، قال هو «محل نظر»^٣.

والحق أن مطالبة الثمن ليست من جملة المسقطات؛ إذ يمكن أن تكون مبنية على الرضا بأصل البيع، لا الرضا بإمداده وإنفاذه، والوجه فيه: إطلاقات روايات روايات خيار التأخير؛ فإن مفادها ثبوت الخيار مطلقاً، طالب بالثمن أو لم يطالب به.

١. مصايم الاحكام / لم يطبع كتاب الخيارات منها إلى الآن؛ ولكن نقل عنه في هدى الطالب ٤١٨/١١

٢. شرح خيارات اللمعة / ١٠٥

٣. المكاسب ٥ / ٢٣٥-٢٣٦

وأما الشيخ رحمه الله فقد استند في عدم المسوطية إلى أن مطالبة الشمن ليست من باب الالتزام بالبيع، بل من باب دفع الضرر المستقبلي؛ لكي يحصل على حقه ولا يتأخّر عليه أكثر مما تأخّر.

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقق الرشتي رحمه الله على الشيخ رحمه الله: بعدم الفرق بين القسم الأول من العقود التي يكون الضرر فيها لازماً للعقد كالغبن والعيوب، وبين القسم الثاني الذي لا ينشأ الضرر من نفس العقد، بل من التأخير؛ فقال [الشيخ الأعظم] بسقوط الخيار في الأول دون الثاني، ولا معنى لبقاء الخيار حتى في الثاني؛ فإن الالتزام بالعقد التزام بجميع لوازمه، وبما أنه التزم بالبيع في القسم الثاني فهو يتزامن بعدم الخيار.^١

ويندفع بالتأمل في كلام الشيخ رحمه الله؛ لتصريحه بأن المطالبة بالشمن ليست التزاماً بالبيع، حتى يرد عليه الالتزام بالبيع بـلوازمه.

المناقشة في استدلال الشيخ الأعظم

أقول: يرد عليه وجهان:

الأول: أنه لا وجه لتركيزه الكلام على الضرر الماضي والمستقبل وإهماله الضرر الفعلي بالمرة، مع أن ملاك نفي الضرر هو الضرر الفعلي لظهور الدليل في فعليية الحكم بفعالية موضوعه. فالخيار ثابت بـملاك دفع الضرر إنما يلحظ فيه الضرر الفعلي الحاصل من التأخير لا الضرر الماضي لعدم تداركه بالخيار ولا الضرر الاستقبالي لأنه خلاف ظاهر الدليل. ولم نعلم الوجه في إغفال الشيخ قد ذلك وسكت المحسين عنه.

ولا يخفى عليك أنه يمكن تقريب دلالة المطالبة بالثمن على الرضا بالعقد والتجاوز عن الضرر الفعلي بعين ما تقدم في بيان دلالة أخذ الثمن، إذ لا معنى للمطالبة إذا فرض أنه بانٍ على الفسخ، إذ لا يمكنه التصرف به لو أخذه لأن التصرف مسقط بحسب الفرض. فلو لا أنه راض بالمعاملة ل كانت مطالبته لغواً. فالمطالبة كاشف نوعي عن الالتزام بالعقد.

الثاني: ما ذكره السيد الطباطبائي^١ من أن الظاهر من الأخبار كون الضرر الماضي دخيلاً في ثبوت الخيار، فيكون المالك فيه هو الضرر الماضي والمستقبل. فإذا فرض أن المطالبة كاشفة عن الرضا بالضرر الماضي سقط الخيار، لأن جعل الخيار مع الرضا بالضرر لا امتنان فيه بل يكون من قبيل موارد الاقدام على الضرر.

ولا يخفى أن نظره^٢ إلى أن الرضا الفعلي بالضرر الماضي يوجب سقوط الخيار فعلاً وعند المطالبة، لا أنه يرجع إلى الرضا بسقوط الخيار في الماضي كي يورد عليه بأنه لا معنى له، كما في حاشية المحقق الاصفهاني^٢، فراجع.

ويعق الكلام بعد ذلك في مسائل:

المسألة الأولى: في أن هذا الخيار على الفور أو على التراخي، فإن فيه قولين كما ذكر الشيخ^٣.

وقد ذكر الشيخ^٣ أنه قد تقدم في خيار الغبن الحديث في هذه الجهة. وقد بين هناك الضابط العام وما يصلح أن يستند إليه كل طرف مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد.

وإختار^٣ هناك أن الخيار على الفور، لعدم امكان الرجوع إلى إستصحاب

١. حاشية المكاسب ٢٨/٣، رقم ٣٧.

٢. حاشية المكاسب ٣٨٣/٤، قوله: مدفوع.

٣. المكاسب ٥/٢٣٧.

الخيار، في الوقت الذي لا يمكن الرجوع إلى عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾**^١، فيرجع إلى أصلة اللزوم العملية لا اللفظية، ولكن هذا الخيار يختلف عن سابقه، فيمكن أن يتلزم به بالتراخي لوجهين:

الوجه الأول: ظهور النص في نفي اللزوم بقول مطلق بلا تحديد له في زمان خاص.

بيان ذلك: أنه قد عرفت أن قوله **اللهِ أَعْلَم** في روايات الباب^٢ «لا بيع له» ظاهر في نفي الحقيقة. وحيث امتنع حمله على نفي الحقيقة فالأقرب إلى ذلك هو نفي الصحة. وظاهر أنه ينفي الصحة بقول مطلق لا أنه ينفيها في زمان مّا، فإذا فرض حمله على نفي اللزوم باعتبار أنه أظهر الآثار - كما قيل - فهو ظاهر أيضاً في نفيه بقول مطلق، الظهور اللفظ عرفاً في إرادة النفي في مطلق الأزمنة لا في زمان خاص. ولكن الشيخ^٣ قدّس تأمل في ذلك.

وقيل في وجه تأمله: أن ما أفاده قدّس من ظهور النص ينافي ما صرّح به مراراً وبنى عليه من أن النص لا يتكلّل حكمًا زائداً على قاعدة نفي الضرر في المقام، وقاعدة نفي الضرر لا تقتضي أزيد من الخيار آناً مّا لاندفاع الضرر بذلك.

الوجه الثاني: إمكان جريان استصحاب الخيار وعدم اللزوم، ولا ينافي ذلك ما تقدم منه من كون المستفاد من النص هو الحكم ملاك نفي الضرر باعتبار أن مقتضاه تحقّق الشك في بقاء الموضوع، أو العلم بزواله كما تقدم في خيار الغين.

وذلك لأن الخيار ليس مستفاداً من قاعدة نفي الضرر كي يقال أن موضوعها المتضرر وقد زال، وإنما أُستفيد من النص وهو وإن كان بملأ نفي الضرر لكن لا

١. سورة المائدة / ١.

٢. وسائل الشيعة ١٨ / ٢١، الباب ٩ من أبواب الخيار.

٣. المكاسب ٥ / ٢٣٧.

يستلزم ذلك تقييد الموضوع - في باب الاستصحاب - في ظاهر النص بالمتضرر، إذ الملاك يوجب تحديد سعة الحكم الثابت بالدليل ولا يوجب تغيير ظهور الدليل في كون الموضوع - معنى معروض الحكم - ذات البائع.

وقد تقدم أنه إذا كان هناك دليل لفظي ينفع معروض الحكم فالمدار عليه، فانتبه ولا تغفل. هذا بيان ما أفاده الشيخ^١ في المقام وهو متين لا اشكال لنا فيه. [ولذا قال الشيخ: «وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوّة، إمّا لظهور النصّ وإمّا للاستصحاب»^٢.]

مقتضى التحقيق في المسألة

مقتضى التحقيق في المسألة، أن نلاحظ مستند الحكم بثبوت الخيار، وعلى أساسه يتضح الحكم؛ فإنها مختلفة بحسب المبني:

المستند الأول: الإجماع، وإنما صير إليه؛ لأن ظاهر النصوص نفي الصحة، لا اللزوم، فلا تصلح أن تكون مستندًا للخيار، وكذلك قاعدة «لا ضرر»؛ إذ بين تأخير الشمن والضرر عموم من وجه، فربما تحصل المنفعة في التأخير.

مضافاً إلى دلالتها على نفي اللزوم، لا على إثبات حق الخيار.

المستند الثاني: قاعدة «لا ضرر»؛ فإن الحكم باللزوم في حال تأخير المشتري للشمن ضرر على البائع، فينفي بها.

المستند الثالث: الشرط الإرتكازي؛ فإن المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسليم من الطرفين بعد تحققها مباشرة، ولكن تصرف الشارع في الشرط، فأجاز التأخير إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيأتي قانون تخلّف الشرط يستلزم ثبوت الخيار.

١. المكاسب ٢٣٧ / ٥

٢. المكاسب ٢٣٧ / ٥

المستند الرابع: الأخبار، وفيها طريقان:

- الأول:** أن نحمل النفي في الرواية على نفي اللزوم؛ لتعذر حملها على المعنى الحقيقي، فنلجاً إلى الحمل على أقرب المجازات، كما تقدم شرحه.
- الثاني:** أن يدعى أن مفادها نفي اللزوم.

الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، فمقتضى القاعدة أن الخيار على الفور؛ وذلك لأننا إن قلنا - كما هو المختار - بإمكان الرجوع إلى العموم، عند التردد في حدّ الخيار، ودوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصوص، فالقدر المتيقن من الإجماع تخصيص الآية في الآن الأول، وأما بعده فيرجع إلى العموم المقتضي للزوم، فيكون الخيار فورياً.

وإن قلنا بمقالة الشيخ رحمه الله، من عدم إمكان الرجوع إلى العموم، فالإجماع لا يدل على الخيار إلا في الآن الأول، ولا يدل على ثبوته بعده، فيكون المرجع بعد الآن الأول استصحاب أثر العقد، والحكم ببقائه، فيما لو فسخ العقد، وشككنا في تأثيره، والنتيجة كون الخيار على الفور أيضاً.

فالنتيجة:

أن الخيار - في فرض كون المستند هو الإجماع - فوري.

ودعوى أن استصحاب بقاء الخيار مقدم على استصحاب بقاء الملك؛ لأن الشك في تأثير الفسخ وعدمه، وبقاء الملك وزواله، مسبب عن الشك في بقاء الخيار. منوعة بيان المستند إن كان هو الإجماع، فنحن لا نعلم سعة موضوعه، بمعنى هل أنه قام على الخيار في خصوص المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ أو مطلق المتضرر، حتى لو أمكنه الفسخ ولم يفسخ، ومع الشك في الموضوع، وكون الإجماع دليلاً لبياً، لسان له، لا نحرز بقاء الموضوع بعد الآن الأول، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار؛

لا شرط إثراز وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة في موضوع الاستصحاب، ولم تحرز. نعم، لو استفید من كلمات المجمعين، قيام الإجماع على اختيار للمتضارر الذي لم يعمل خياره، فهو مورد استصحاب بقاء الخيار.

الحكم إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند هو «لا ضرر»، فالامر مشكل، وقبل بيان جهة الإشكال، يلزم أن نبين الفرق بين ما نحن فيه، وبين خيار الغبن، مع كون المستند في كليهما «لا ضرر»، فنقول: بأن الفرق من جهتين:

الأولى: أن الضرر في خيار الغبن ناشئ من نفس العقد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ناشئ من تأخير الشمن.

الثانية: أن الضرر في خيار الغبن واحد، وهو نقصان المالية؛ للتفاوت الفاحش بين قيمة ما خرج من كيسه، وقيمة ما دخل فيه، وأما في ما نحن فيه، فالضرر متعدد؛ إذ كل تأخير في كل يوم يعدّ ضرراً، فالضرر من التأخير في اليوم الأول إن لم يجبر بالخيار، فيمكن جبران الضرر الناشيء من التأخير في اليوم الثاني.

إذا اتضح الفرق بين البابين، ففي خيار الغبن، إذا علم المغبون بالحكم والموضوع، ولم يعمل خياره، كان الضرر في الآخر الثاني مستندًا إليه، لا إلى الشارع، فلا تجري في حقه «لا ضرر».

وأما فيما نحن فيه، فعدم إعماله للخيار في اليوم الأول مستند إلى نفسه، وإما الضرر في اليوم الثاني فلم يلتزم به.

وعلى هذا الأساس ذهب المحقق النائيني رحمه الله إلى أن «لا ضرر» ترفع اللزوم آنًا، لأن الضرر الناشيء من الحكم باللزوم ممتد في طول الزمان، آنًا فآنًا، فكلما حكم باللزوم حصل ضرر فيرتفع بها، فـ«لا ضرر» بنفسها تثبت التراخي في الخيار، بلا

حاجة إلى استصحاب بقائه.^١

وفي قباله ما أفاده المحقق الرشتى رحمه الله؛ فإنه قال: بأن المستند إن كان «لا ضرر» أو الأخبار بتزيلها على مؤدى «لا ضرر»، فيثبت الخيار بها، وبعد الشك في بقاء الخيار، في الآن الثاني، نستصحب بقاءه.^٢

والفرق بين الرأيين - مع اشتراكيهما في كون الخيار على التراخي - أن الخيار يثبت في الآن الثاني، حسب مبني المحقق النائيني رحمه الله، بنفس «لا ضرر»، وأما على مبني المحقق الرشتى رحمه الله، فباستصحاب بقائه.

والفرق بين رأي المحقق النائيني رحمه الله ورأي الشيخ رحمه الله، أن الشيخ رحمه الله أخذ الموضوع من الأخبار، وتمسك باستصحاب بقاء الخيار؛ لبقاء موضوعه. وأما المحقق النائيني رحمه الله، فقال لا حاجة إلى ذلك، بل نفس «لا ضرر» تثبت بقاء الخيار.

والفرق بين رأي المحقق الرشتى رحمه الله، ورأي الشيخ رحمه الله، أن رأي المحقق الرشتى رحمه الله استصحاب بقاء الخيار حتى لو تمسكتنا بقاعدة «لا ضرر»، وغضضنا النظر عن الأخبار، بخلاف الشيخ رحمه الله، الذي قال بلزوم أخذ الموضوع من الأخبار لأجل جريان استصحاب بقاء الخيار.

هذا ما أفاده الأعلام، ولكن لا يخفى أن المستند إن كان «لا ضرر»، فهـي إنما ترفع الضرر المستند إلى الشارع، لا غير، وبـها أن نسبتها إلى دليل ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^٣ نسبة الحكومة التي هي بمنزلة التخصيص، فـهي ترفع للزوم الضرري في الآن الأول؛ لانتساب الضـرر إلى الشـارع لـو حـكم بالـلزوم، وأـما اللـزوم الضـرري فيـ الآنـ الثاني -

١. منية الطالب ١٨٩/٣.

٢. راجع فقه الإمامية ٢/٥٧٩-٢٧٨.

٣. سورة المائدة ١.

بعد علم البائع والتفاته للحكم والموضوع، وعدم إعماله الخيار - فلا يستند إلى الشارع، وإنما يستند إلى البائع، فيتمسك عند الشك بعموم الآية.

ولا أقل من الشك والتردد في إسناد الضرر إلى الشارع، وبما أنه لم يحرز الاستناد إليه كان المخصوص مجملًا مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو التخصيص في الآن الأول، ويتمسك بالعموم في ما عداه.

الحكم إذا كان المستند الشرط الارتکازی

وإن كان المستند الشرط الارتکازی، فالقاعدة تقتضي التراخي؛ لأن مقتضى الشرط ثبوت الخيار عند تأخير الثمن مطلقاً، من دون اشتراط الغور في إعماله، فما دام التخلف عنه ثابتاً يثبت الخيار.

الحكم إذا كان المستند الأخبار

وإن كان المستند الأخبار، فكلمات الشیخ رحمه الله مضطربة، ولكن نقول: تارة نقول بأن الروايات منصرفة إلى مؤدى «لا ضرر» ومتزلة عليها، وأخرى، لا نقول بذلك. وعلى الأول، تارة نقول بأن الضرر علة، وأخرى حكمة.

فإن كانت منصرفة إلى مؤدى «لا ضرر» وكان الضرر علة، كان مفادها عين مفاد «لا ضرر»،^١ وإن كان حكمة، فالمرجع إلى طلاق الأخبار.

والحق بعد أن نرجع إلى النصوص أنا لا نجد فيها للضرر عيناً ولا أثراً، بل ما أخذ فيه هو عدم القبض والإقباض، وغاية ما يمكن أن يقال أن الضرر حكمة للحكم بالخيار، فلا يدور مدارها، وعليه فيتمسك بإطلاقها، ومقتضاه التراخي؛ لأن مدلوها

١. بل ليس مفادها عين مفاد «لا ضرر» لما مرّ من أن «الملائكة يوجب تحديد سعة الحكم الثابت بالدليل ولا يوجب تغيير ظهور الدليل في كون الموضوع -بمعنى معرض الحكم- ذات البائع» [المرتقى إلى الفقه الأرقمي ٤٠٨/١].

المستفاد من «إلا فلا بيع له» هو نفي اللزوم، من دون تحديد بزمان دون زمان. [عبارة أخرى]: إن موضوع الحكم ومتعلقه إذا كان ينقسم إلى انقسامات، وجعل الشارع الحكم على الموضوع أو على المتعلق بدون أن يخصصه بأحد الأقسام فمقتضى أصلية البيان أن يكون الحكم على جميع الأقسام، وبما أن الخيار ينقسم إلى الفور والتراخي، ونفي الشارع اللزوم عن هذا البيع بقوله: «لا بيع له» المحمول على نفي اللزوم، لا البطلان حسب الفرض، من دون تحديده بحد، فمقتضى الإطلاق نفي اللزوم أبداً.

المسألة الثانية: في تلف المبيع، وهو تارة يكون بعد الثلاثة وأخرى قبلها. أما إذا كان التلف بعد الثلاثة، فذكر الشيخ ^{افتدى} أنه من البائع إجماعاً مستفيضاً بل متواتراً^٢، كما في الرياض^٣. ويدل عليه الحديث النبوى المشهور وإن لم يوجد في كتابنا «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^٤. ومقتضى اطلاقه ثبوت الحكم مطلقاً في حال الخيار أو بعد بطلانه باسقاطه، أو لتأخيره -بناء على الفور- وغير ذلك. وقد يدعى معارضه هذا النبوى بقاعدتين آخرتين:

١. المكاسب / ٥٢٣٨.

٢. قال خالي الشيخ على: «لا خلاف في أن لا خلاف في أن المبيع إذا تلف بعد الثلاثة كان من مال بائعه. وقد نقل عليه الإجماع في الخلاف [٣/٢٠، ٢٤/٢٧٨] والرسائل [٢/٢٧٨] والجامع [٢/٤٩] والمختلف [٦٨/٦٧] والقواعد [٢/٦٧] والإيضاح [١/٤٨٥] والتفتيح [٢/٤٩] والمهدى البارع [٢/٣٨٠] والدروس [٣/٢٧٣] وغاية المرام [٢/٣٩] وغيرها لأنه مبيع تلف قبل قبضه فيكون من مال بائعه بالقاعدة الكلية الثابتة بالنص» [عوالي الالاى ٣/٢١٢] والإجماع»، شرح خيارات اللمعة / ١٠٧.

٣. رياض المسائل / ٨١٩٥.

٤. عوالي الالاى ٣/٢١٢، ح ٥٩؛ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣/٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

إحداهما: قاعدة الملازمة بين النماء والدّرك المستفاد من النص والاستقراء المعبر عنها بقاعدة: «الخراج بالضمان» أو: «من له الغنم فعليه الغرم» فإن مقتضها كون التلف من المشتري إذ النماء له لو تحقق.

والأخري: قاعدة أن التلف في زمن الخيار من لا خيار له، فإن مقتضها كون التلف من المشتري لأنّه لا خيار له.

وردّ الشيخ قدس اللهم هذه المعارضة...

أما بالنسبة إلى قاعدة الخراج بالضمان، فذكر [الشيخ^١] قدس اللهم أن النبوي خصص لها، لأنّه خاص بالنسبة إليها.

وأضاف إليه غيره^٢: أنه بناء على الالتزام بأن مقتضى النبوي هو إنفساخ المعاملة قبل التلف آنًا مّا ورجوع المبيع إلى ملك البائع آنًا مّا قبل التلف، كان المورد خارجًا موضوعاً عن قاعدة الخراج بالضمان، لأن النماء للبائع قبل التلف آنًا مّا لا للمشتري.

وأما بالنسبة إلى القاعدة الثانية ، فذكر قدس اللهم أنها لا عموم لها الجميع أفراد الخيار بل سيجيء اختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان. كما لا عموم لها مطلق أحوال البيع بل تختص بما إذا كان التلف بعد القبض.

وأما إذا كان قبل الثلاثة، [١] فالمشهور أنه من مال البائع وعن الخلاف^٣ الاجماع عليه.

[٤] وعن جماعة من القدماء منهم [نقي الدين الحلبي]^٤ والمفید^٥ والسيدان^٦

١. المكاسب / ٥٢٣.

٢. حاشية المكاسب للسيد اليردي / ٣١، رقم ٤٢.

٣. الخلاف / ٣٢٠ ولكن الموجود فيه «من مال المباع».

٤. الكافي في الفقه / ٣٥٣.

٥. المقنعة / ٥٩٢.

والدليمي^٢ أنه من مال المشتري وأدعى عليه الاجماع [كما في الانتصار والغنية].
وذكر الشيخ^٣ أن الاجماع بضميمة قاعدة «ضمان المالك ماله» يصلح حجة لهذا القول.^٤

ثم ناقشه: بأن الاجماع معارض - كما عرفت - بل موهون بكثرة المخالف.
والقاعدة مخصصة بالنبوى المتقدم المنجبر ضعف سنته بعمل الكل والتسالم عليه ، مع تكفله حكماً على خلاف القاعدة مما يوجب الجزم بصدوره.

مضافاً إلى رواية عقبة بن خالد^٥ عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل إشتري متابعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتابع عنده ولم يقبضه قال آتاك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتابع من مال من يكون؟ قال: «من مال صاحب المتابع الذي هو في بيته حتى يقبض المتابع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتابع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه».

وبعد ذلك تعرض الشيخ^٦ إلى نقل قول الشيخ الطوسي عليه السلام في النهاية^٦ يرتبط بما نحن فيه وظاهره المنافاة لما تقدم. وإليك نصه كما جاء في كتاب المكاسب: «إذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتابع ولا قبض الثمن ومضى المتابع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المتابع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له، وإن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتابع، [١] فإن هلك المتابع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبضه أيام كان من مال البائع دون المتابع [٢] وإن كان قبضه أيام ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المتابع، [٣] وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له

١. الانتصار / ٤٣٧؛ الغنية / ٢١٩.

٢. المراسم / ١٧٢.

٣. المكاسب / ٥ ٢٣٩.

٤. أي [٢].

٥. وسائل الشيعة ١٨/١٨، ح ١، الباب ١٠ من أبواب الخيار، ضعيف بابن هلال.

٦. النهاية / ٣٨٦.

بعدها».

وقد قال العلّامة^١ رحمه الله بعد حكايته هذا القول: «وفيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع».

وأفاد الشيخ رحمه الله بعد نقله لكلا القولين أن الظاهر من كلام العلّامة^٢ رحمه الله أنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله خصوصاً بـ «بـ ملاحظة قوله: «على كل حال»».

وإشتُكل فيه بأن ظاهر تعليل الشيخ [الطوسي]^٣ رحمه الله الحكم بقوله: «لأن الخيار له بعدها»^٤ هو فرض التلف في زمن الخيار ومن المعلوم أن عدم القبض شرط فيه، فيدل على أن الحكم المعلّل مفروض قبل القبض.

وأما قوله: «على كل حال»، فيمكن حمله على إرادة ثبوت الحكم في ما بعد الثلاثة على كلا القولين فيه إذا كان التلف قبل الثلاثة من كونه من مال البائع أو المشتري.

وقد وجّه المحقّق الايرلندي^٥ رحمه الله كلام الشيخ رحمه الله في النهاية - بعد حمله على ما استظهره العلّامة - بنحو يدفع عنه إيراد العلّامة وإشكال الشيخ رحمه الله. وبيان ذلك: أن المنسوب إلى الشيخ رحمه الله أنه يرى أن تحقّق النقل والانتقال إنما هو بعد مضي زمان الخيار فلا ملك في زمان الخيار، بضميمة أن القبض بعد الثلاثة لا يستلزم سقوط الخيار، وإنما الذي يرفع الخيار هو القبض قبل الثلاثة، كما تقدم.

وعليه، فإذا تلف المبيع بعد الثلاثة فهو تلف في زمن الخيار فيكون من مال البائع، لأنّه بعد في ملكه سواء كان قد قبضه المشتري أم لم يقبض. أما إذا كان قبل

١. مختلف الشيعة ٦٩/٥.

٢. أي بعد ثلاثة أيام.

٣. حاشية المكاسب ٣/٢٠٢، رقم ٤٣٠.

الثلاثة فإنه إذا كان بعد القبض كان من المشتري لأنّه لا خيار، فالنقل والانتقال تحقّق بالبيع. وإن كان قبل القبض، فلأنّه وإن كان الخيار بعد الثلاثة لكن يقال إنه تلف في زمن الخيار ولو بمحاجة أنّ له الخيار بعد ذلك.

وهذا التوجيه متين يتناسب مع تعليل الشيخ [الطوسي] رحمه الله للحكم بأنّ له الخيار بعد الثلاثة.

وعليه، فلا وجه لحمل الشيخ [الطوسي] كلامه على ما تقدم [من كلام الشيخ الأعظم]، إذ الخيار وإن فرض أن عدم القبض شرط فيه إلا أن الشرط هو عدم القبض في الثلاثة لا بعدها. كما لا وجه الإيراد العلامة، إذ بالقبض قبل الثلاثة يلزم البيع لا بعد الثلاثة، فتدبر.

ثمّ إن هاهنا فرعان:

«الـ[فرع الأول]: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه إذا مكّن البائع المشتري من القبض فلم يقبضه، فهل يكون التمكين بحكم القبض، بحيث لو تلف فيما بعد كان من مال المشتري أو لا؟

بني الشيخ رحمه الله المسألة على المبنيين في الضمان، فإن قلنا بارتفاع الضمان بالتمكين، قلنا هنا بأن التمكين بحكم القبض، وإن قلنا بعدم ارتفاعه به، لم يكن هنا بحكمه.^١

التحقيق في المسألة

والتحقيق: أن ذلك يدور مدار المستند في المسألة:

فإن كان المستند لقاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه) [و] هو الارتكاز العقلائي، القائم على أن القبض والإقباض من متممات البيع، فالحق كفاية التمكين؛

لكونه هو الشرط المتم للبيع والشراء في مرتكزهم العقلائي، لا قبض الخارجي.
وعليه فالتمكين يكون بحكم القبض، فإذا تلف بعده كان من مال المشتري.
وإن كان المستند هو النبوي،^١ فقد أخذ فيه عنوان القبض، ولا يصدق لغة على
التمكين، كما يشهد عليه صحة السلب عنه، فيكون التلف من مال البائع.

ودعوى الانصراف إلى صورة عدم التمكين، منها المحقق الإيرلندي^٢:
باختصاص الانصراف في الإطلاق، كانصراف المطلق إلى الفرد الشائع، وأما انصراف
اللفظ من معناه إلى غير معناه، كما نحن فيه من انصراف القبض إلى التمكين، فلا

وجه.^٢

والتحقيق: عدم الدليل على حصر الانصراف في حالة الإطلاق، بل لا بدّ من
البحث في وجود القرينة الموجبة للانصراف وعدمه، وبيان ذلك يقتضي الكلام في
الكبير والصغرى:

أما الكبير، فإن الألفاظ قوالب للمعاني، وأن قاعدة أصلية الحقيقة تجري في
مرحلتي الإرادة الاستعمالية، والجدية، فالأصل في الاستعمال أن يكون اللفظ
مستعملاً في معناه الحقيقي، كما أن الأصل في مراد المتكلم أنه أراد المعنى الحقيقي
أيضاً، ولا خلاف في نفس هذين الأصلين.

فالأصول العقلائية، مشروطة من الأول بعدم وجود القرينة الصرافية، بلا
خصوصية للإطلاقات، فلا وجه لما أفاده من الحصر.

وأما الصغرى، فكما قلنا سابقاً: بأن الارتكاز العقلائي قائم على الإعطاء
والأخذ الخارجي، بمعنى وقوع المعاملة مبنية على أن يسلم كل من المتعاملين كلاً من

١. كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

٢. حاشية المكاسب ٣/٤٢٨، رقم ٤٢٨، إلا أنه اكتفى بقوله متنوعة، ولم يعلل.

العوضين إلى الآخر، وأن ما له الموضوعية عندهم هو التمكين والتمكن، لا القبض الخارجي، وهذا الارتكاز قرينة موجبة لانصراف القبض.

والنتيجة: أنا إذا استندنا إلى النبوى، فمقتضى الجمود على اللفظ، أن لا يكون التمكين بحكم القبض، وأما مع ملاحظة قرينة الارتكاز، و المناسبة الحكم للموضوع، فالتمكين كافٍ لتحقّق ذلك الشرط المعاملى.

وإن كان المستند روایة عقبة بن خالدا^١، فلا يكفي التمكين؛ لأن في النص «حتى يُقْبَضَ المَتَاعُ، وَيُخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ»^٢، فالتصريح بالقبض والخروج من البيت يمنع من القرينة المذكورة، إلا أن يقول قائل: بأن الخروج من البيت، لا يدل على أكثر من القبض، والقبض منصرف، كما تقدم، ولكن عهدة هذه الدعوى على مدّعها.

وإن كان المستند هو الإجماع، فيما أن قاعدة الملازمة بين النماء والذرّك، تقتضي أن يكن التف من مال مالكه مطلقاً، قبل القبض وبعده، والإجماع خصص لها، وهو دليل ليبي، فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو صورة تحقّق القبض الخارجي، فلا يكفي بمجرد التمكين.

الـ[فرع [الثاني]: في تلف الثمن

والحكم فيه يبتنى على ما تقدم، من المباني في المسألة السابقة: فإن كان المستند الارتكاز؛ لعدم تمامية النص والإجماع، فهو يقتضي بأن تلفه قبل قبضه من مال المشتري، كما كان تلف المبيع من مال البائع؛ فإن الشرط الارتكازي الذي بنيت عليه المعاملة، ويعتبر من متممات البيع، هو تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، فالحال فيها واحد، والتفكك بينهما باطل.

١. وقبله محمد بن عبدالله بن هلال مهمل.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٣، ح ١، الباب ١٠ من أبواب الخيار.

وإن كان المستند النص، فقد قيل بإلحاقي الشمن بالمباع أيضاً، لأن البيع يطلق على ما يعم الشراء، فإذا ذكر المباع، فلا يقصد خصوص الشمن؛ بل يعم الشمن والشمن وهو منوع؛ لأن الشمن لغة وعرفاً غير الشمن، وإطلاقه على الشمن مجاز بلا إشكال، فلا يصار إليه إلا بقرينة، ومع عدمها، يكون حمل اللفظ عليه مخالفًا لأصله الحقيقة والظاهر، فبناء على الالتزام بالنص أن نتعبد باختصاص القاعدة بالمباع.

ولا أقل من الشك؛ لبطلان الجزم بكون المباع أعم من الشمن والشمن؛ لأنه إما ظاهر في الشمن المقابل للشمن، أو مجمل مردّد بين الأقل والأكثر، وإذا كان المخصص بجملة اقتصر فيه على القدر المتيقن، فينحصر تخصيص قاعدة الملازمة^١ بتلف المباع خاصة.

وإن كان المستند الإجماع، فلا إشكال في اختصاص القاعدة بتلف المباع، ولا وجه للتعدي إلى الشمن.

هذا تام الكلام في هذه المسألة، ولم يبق إلا البحث في المراد من اليوم، هل هو بياض النهار خاصة، أو ما يشمل النهار والليل، وهو يصدق على التلفيقي منه أو لا؟ وقد بحثناه في خيار الحيوان، فلا نعيد.^٢

المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه

ذهب المشهور إلى أن المعاملة لازمة إلى الليل، وبعد دخوله يثبت الخيار للبائع، وتعرض الشيخ ح في هذه المسألة إلى خمسة مطالب، وبين المدعى والدليل عليه، وذكر دليلين، ولكن الأدلة في المسألة أربعة، ونبأ بها ذكره الشيخ ح:^٣

١. بين النماء والدَّرَك.

٢. تقدم في الآراء الفقهية ٤١٥/١٠.

٣. المكاسب ٥/٢٤٢-٢٤١.

الدليل الأول: قاعدة «لا ضرر»؛ فإن الحكم بلزوم البيع مع ذهاب طراوة ما يفسد ليومه، ضرر على البائع؛ لكونه ضامناً للمبيع، من نوعاً من التصرف فيه، محروماً عن الشمن، فينفي اللزوم بالقاعدة، ويثبت الخيار له.

ثم **أفاد قتّش**: بأن المستند إذا كان «لا ضرر»، فلا يقتصر على ما يطابق فتوى المشهور، بل يتعدّي إلى ما يستمر إلى يومين أو إلى ثلاثة، فيحکم بلزومه أكثر من يوم، ثم يحکم بالخيار، وكذلك فيما يفسد في نصف يوم، فيثبت الخيار في أقل من يوم. فالدليل تام عند الشيخ رحمه الله، ولكن مع ملاحظة النسبة بين الدليل ومدعى المشهور، من أنها نسبة العموم والخصوص من وجه.

الدليل الثاني: مرسلة محمد بن أبي حمزة: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالشمن، قال: «إن جاء فيما بينه وبين الليل بالشمن وإنما لا بيع له»^١.

وهي مرسلة، ودلالتها محل إشكال؛ من جهة أن الموضوع فيها «ما يفسد من يومه»، والحكم فيها بثبوت الخيار من أول الليل، فيكون الخيار في أول أزمنة الفساد، فلا يكون الخيار حينئذ ذا فائدة تعود للبائع.

ولهذا التزم بالتصريف في مدلولها، وذكر الشيخ رحمه الله كلمات الفقهاء في ذلك، ثم اعتبر أحسن الكلمات كلمة الشهيد^٢ رحمه الله؛ حيث جعل اليوم ما يعم النهار والليل، فيفسد بعد انتهاء الليل، والخيار يبدأ من أوله، وهذا عبّر عنه بخيار ما يفسده البيت. وأحسن منها كلمة الصدوق رحمه الله، التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال: «العهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل»^٣.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٤، ح ١، الباب ١١ من أبواب الخيار.

٢. راجع: الدروس الشرعية ٣/٢٧٤.

٣. وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١١ من أبواب الخيار.

وفي ما أفاده الشيخ رحمه الله إشكاو:

أما الاستدلال بـ«لا ضرر»، - فمضافاً إلى أن بينها وبين مدّعى المشهور خصوصاً وعموماً من وجه، كما أشار الشيخ رحمه الله إليه؛ فإن بعض المبيعات مما يتلف في أقل من يوم، وبعضها يتأخر إلى يومين وثلاثة، ولا خلاف المناطق دور أيضاً، من حيث حرارة المكان وبرودته، فيما يتلف في أقل من يوم في مكان، لا يتلف إلا بعد يومين في مكان آخر.

أنها لا تدل على إثبات الخيار على مبناه رحمه الله في مفاد «لا ضرر»؛ فإن في مفادها قولين: ما اختاره المحقق الخراساني رحمه الله، نفي الحكم عن الموضوع الضري.

وما اختاره الشيخ رحمه الله - وهو الحق - من نفي الحكم الضري، بمعنى عدم جعله في الشريعة الإسلامية، على وزان: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ^١، فيكون مفادها نفي اللزوم، ونفيه لا يثبت حق الخيار الذي هو المدّعى.

ثم إن المحقق الخوئي رحمه الله، أورد على التمسك بـ«لا ضرر»، بأنه إنما يتمّ لو انحصر التخلّص من الضرر في جعل الخيار، ولكنه ليس كذلك في المقام؛ إذ يمكن التخلّص بالمقاصة؛ فإن للبائع إن لم يأتِ المشتري بالثمن أن يقتضي من المبيع، فلا تصل النوبة إلى رفع لزوم المعاملة بها.^٢

وهو محل تأمل ونظر، وذلك بعد ملاحظة حقيقة التقادص ومورده وحكمه، ولكن نقتصر في المقام على بيان ما يرتبط بمحل البحث؛ فإن التقادص تصرف وتملك مال الغير؛ ليستنقذ حقه الذي منعه منه، فيقتضي مخالفة القواعد والأصول، تكليفاً ووضعاً؛ فإن التصرف في مال الغير حرام تكليفاً، بمقتضى ما ورد عنهم رحمه الله: «لا يحل

١. سورة الحج / ٧٨

٢. مصباح الفقاهة / ٧ / ٥١

لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه^١، وغير نافذ وضعاً، لأن تملك مال الغير يتوقف على حصول سبب من أسباب التمليل، ولا يمكن حصوله من دونه من جهة فقهية، والفرض أن كلا الأمرتين غير حاصلتين في مورد التناقض، فالقاعدة تقتضي الاقتصر في جواز التناقض تكليفاً وضعاً على مورد انحصار أخذ الحق فيه.

فإذن جواز التناقض، متوقف على انحصار طريق أخذ الحق فيه، وانحصاره في موردنا، يتوقف على عدم تحقق الخيار بـ«لا ضرر»؛ إذ لو ثبت له الخيار بها، لما انحصر استخلاص حقه فيه، ولما احتاج إلى مخالفته الأصل في الحكمين، التكليفي والوضعي - وعدم تتحقق الخيار بها، يتوقف على جواز التناقض، فيكون جواز التناقض دوريًا. فما أفاده من جواز التناقض؛ لمنع التمسك بـ«لا ضرر» لإفادة الخيار، يستلزم الدور الحال.

وأما المرسلة، فهي ضعيفة سندًاً ودلالة:

أما السنن؛ فلكونها مرسلة، فلا يمكن الاستناد إليها إلا على القول بانجبارها بعمل المشهور، فقد ادعى من لا يرتضى بقاعدة الجبر عمل المشهور بها، إلا أن المناقشة فيها من حيث الكبرى^٢.

ولكن الصحيح عدم ثبوت الصغرى أيضًا؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنا لكي ثبت عمل المشهور بها علينا إحراز استنادهم إليها لا إلى غيرها، وأنني لـنا إثبات ذلك مع وجود دليلين آخرين في المسألة، مرسلة الصدوق، التي عنونها الوسائل برواية زرار، وارتکاز المتعاملين، وإذا أضفنا «لا ضرر» كانت الأدلة ثلاثة.

١. وسائل الشيعة ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

٢. مصباح الفقاهة ٧/٤٨.

الثاني: أن الرواية مرسلة، ومورد انجبار ضعف السنن بعمل المشهور - كما حرق في الأصول - ما إذا كان الراوي معيناً، إلا أنه مجھول الحال عندنا، حتى يمكن القول بالتوثيق العملي، لا ما إذا لم يكن معيناً أصلاً.

وأما الدلالة؛ فأولاً: أن مقتضى ظهورها أن نقول بلزم البيع إلى الليل، ثم نحكم بالخيار من أوله، فيكون الحكم بالخيار حين طرو الفساد، ومن الواضح أن الخيار حينئذ لا فائدة فيه؛ لأن الخيار إنما جعل لدفع الضرر، فجعله بعد تحقق الفساد لغو مغض، فلا يمكن المصير إليه.

ولهذا التجأ الشهيد ح إلى التصرف في المراد باليوم، بحيث يشمل النهار والليل، والقول بما يفسد المبيت، فالفساد بعد انتهاء الليل، والخيار من أوله، ولكنه رفع للليد عن الظاهر بلا دليل.

ومجرد عدم إمكان الالتزام بالظاهر، لا يعني الالتزام بما يطابق ما نريد، بل ينبغي الطرح.

[ثانياً]: «أن الضرر الوارد على البائع بتأخير السلعة إلى الليل وكونها في معرض التلف على تقدير مبيتها عنده لا يندفع بالخيار أول الليل، إذ ينقطع البيع عادة في الليل في غالب الأماكن خصوصاً في مثل القرى والأرياف وخصوصاً في الأزمنة السابقة فإن أسواق المأكولات تفتح عادة في النهار»^١.

وثالثاً: أنه لا بد من التصرف في كلمة الفساد أيضاً، لأن غالب الموارد التي أفتى فيها المشهور، كالخضروات لا تفسد إلى الليل، ولا إلى اليوم التالي، وإنما تذهب رطاوتها، وهو غير فسادها.

فالحاصل: أن الرواية مخدوشة سنداً ودلالة، وما ذكره الأعظم لا يرفع

الإشكال؛ لعدم الشاهد على حمل اليوم على ما يشمل الليل، ولا على حمل الفساد على ذهاب الطراوة.

إلا أن يقال: بأن عمل المشهور كما يجبر ضعف السند فيجبر ضعف الدلالة أيضاً.

ولكن - مع وجود القائل بهذه الكبرى - إلا أن المحقق في الأصول، أن الحجة في دلالة الألفاظ هي الظهور، سواء أكانت ظاهرة بنفسها أم بضم القرينة، وعمل المشهور لا يجعل غير الظاهر ظاهراً.

الدليل الثالث: مرسلة الصدوق عليه السلام قال: «العهدة فيها يفسد من يومه - مثل القول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل».^١

والكلام فيها من حيث السند نفس الكلام في المرسلة السابقة، وإن أسندها بعض المحدثين^٢، إلا أنها مرسلة، أو مرددة بين الإرسال والإسناد، فلا تنجر بعمل المشهور، حتى لو ثبت عملهم بها، وقبلنا بالكبرى أيضاً، فلا تشملها أدلة حجية الخبر. وغاية ما يمكن أن يقال: إن فتوى المشهور كان بسبب حصول الوثوق الشخصي عندهم بالمرسلتين، أو استناداً إلى «لا ضرر».

وبحسب ما قدمناه يتبين عدم حجية كلتا الروايتين سندًا ودلالة، ولكن ذهب المحقق الرشتبي عليه السلام - مع اعترافه بلغوية الخيار بعد الفساد - إلى القول بالالتزام بظاهر الرواية؛ لعدم الموجب لانصراف الرواية عن معناها الحقيقى.^٣

وفيه: بأننا لم نفهم المراد من عدم الموجب لانصراف؛ لأن المستند في حمل اللفظ على المعنى الحقيقى أمران: أصالة الحقيقة، وأصالة الظهور.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١١ من أبواب الخيار.

٢. وهو صاحب الوسائل عليه السلام.

٣. فقه الإمامية / (٥٨٧-٥٨٨).

أما أصالة الحقيقة، فلا تجري إلا إذا أمكن الحمل على المعنى الحقيقي، ومع كون الحمل عليه مستلزمًا للغوية فيمنع التمسك بها ثبوتاً.

بيان ذلك: أن العمل بأصالة الحقيقة يتوقف على وجود أمور ثلاثة:

١- الإمكان الشبوري.

٢- عدم المانع في مرحلة الإثبات.

٣- عدم القرينة الحالية أو المقالية.

والأولان متنفيان في المقام، أما الأول؛ فلأن الحمل على المعنى الحقيقي، بحيث يجعل مبدأ الخيار أول الليل، ومن جهة لفظ الفساد، يقتضي لغوية جعل الخيار، فيستحيل على الحكيم.

وأما الثاني؛ فلأن حمل الفساد على معناه الحقيقي يتنافى مع ما في ذيل مرسلة الصدوق: «مثل البقول والبطيخ والفواكه»؛ فإنها لا تفسد في يومها إلى الليل، فأصل الحقيقة لا يمكن أن يصار إليه، وهذا التجأ الفقهاء إلى حمله على ما يفسده المبيت، وإن لم ينحل به الإشكال كما تقدم.

[مضافاً إلى أنه «لا يعرف المراد من العهدة هل هو عهدة البيع فتكون دالة على الخيار، أو عهدة البيع ف تكون دالة على ارتفاع الضمان عند حلول الليل. ولعل الظاهر هو الثاني لتعارف التعبير عن الضمان بالعهدة»^١.]

الدليل الرابع: التمسك بالشرط الارتكازي، وتقريبه: أن العقلاه في جميع معاملاتهم بنوا على شرط التسليم والتسلم، وجواز تأخير الشمن بإجازة البائع للمشتري إنما هو بحدٍ لا يوجب النقص في نفس المبيع أو صفتة أو في ماليته، فإذا تأخر بمقدار سيوجب ذلك كان للبائع الخيار في الفسخ؛ ليدفع الضرر عن نفسه، بل ليدفع

عدم النفع أيضاً، كما لو باعه عليه في وقت أوج حصول المعاملات في السوق، فآخره إلى حدٍ سيضعف السوق وسيضطر إلى بيعه بأقل من الثمن المتعارف. وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، فيستند الخيار في المقام إلى خيار الشرط.

فتحصل مما تقدم الفرق بين الوجوه؛ فإن المستند إن كان إحدى المرسلتين، فاللازم الاقتصار على مورد النص، وهو خصوص ما يفسد ليومه، أو ما يفسده البيت، على ما تقدم من التأويل، ولا يصح التعدي إلى غيره؛ لأن التعدي إليه، إما أن يكون بإلغاء الخصوصية المستند إلى تبييض المناط، أو لقاعدة «لا ضرر»، والأخذ بأي منهما في غاية الإشكال؛ إذ الأول ظني، والثاني مبتنى بعده إشكالات تقدمت. وعليه، فيتمسك في غير مورد النص بمقتضى القاعدة.

وإن كان المستند الشرط الارتکازی، فهو يدور سعة وضيقاً مدار ما عند العرف والعقلاء، وما بنيت عليه المعاملة عندهم، وينتظر ذلك باختلاف الأمة، من حيث سرعة حصول الفساد فيه وتأخره، وكذا سرعة التغير في الصفة أو في المالية أو عدم النفع، فبعض الأمة تبقى ساعتين أو ثلاث على نظارتها وطراوتها ثم تتغير صفتها، وبعضها تتأخر إلى يومين وثلاثة، وبعضها تختلف قيمتها في السوق باختلاف وقت البيع والشراء فيه، ففرق بين ما يباع في وقت أوج السوق وارتفاعه وكثرة المشترين، وبين ما يباع وقت انتهاء السوق وقلة الراغبين، فلا بد من ملاحظة كل ذلك، والفتوى على طبق ما تقتضيه قاعدة تخلف الشرط الضمني الارتکازی.

وما نحن فيه، أعني ما عنون (بها يفسد البيت) إحدى صغریات تلك الكبرى العامة، وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، والأسلم عن الإشكال [والحمد لله على كل حال].

السادس: خيار الرؤية

وهو من الخيارات التي وقع فيها البحث من جهات، وكما التزمنا سابقاً أن نبين ما أفاده الشيخ رحمه الله أولاً، ثم ما يقتضيه المقام، من البحث والكلام، فنقول:

تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدله عليه

قال الشيخ رحمه الله في بيان المراد منه: «ومراده اختيار المسبّب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبایعان»^١.

فجعله خياراً مسبّباً عن تخلّف الشرط بعد الرؤية، ومن المعلوم أن الخيارات في الشريعة المقدّسة تنقسم إلى قسمين أساسين:

الأول: الخيارات الشرعية التعبدية، المسبّبة من أمور خاصة، كخيار المجلس والحيوان.

الثاني: الخيارات المسبّبة عن تخلّف الشرط، وهي نوعان:

١- الخيارات المسبّبة عن تخلّف الشروط الارتكازية العقلائية، وإن ورد في موردها نص شرعي، كخيار العيب، والغبن؛ فإن المعاملات الجارية عند العقلاء،

مبنية على سلامة العوضين، والتساوي بين ماليتهم، وعدم الغبن بينهما.

٢- الخيارات المسببة عن الشروط الخاصة، التي يجعلها أحد المعاملين.

وجميع الخيارات ترجع إلى أحد هذه الأنحاء، والظاهر من عبارة الشيخ رحمه الله أنه يرجع خيار الرؤية إلى القسم الأخير، ولكنه في مقام الاستدلال أقام ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع، وعبر عنه بـ(المحقق والمستفيض)١.

وقد عبر عنه الفقهاء بـالسنة مختلفة، منها: عدم الخلاف، وعدم وجдан الخلاف، واتفاق الأصحاب، وإجماع الأصحاب، وفي الجملة - بعد التتبع والبحث - عدم وجدان الخلاف، بل هي مسألة اتفاقية بينهم.

الدليل الثاني: قاعدة «لا ضرر»، ببيان: أن الحكم بـلزوم المعاملة المبنية على شرط وصف في المتع، وقد تبيّن بعد الرؤية خلافه، ضرر على المشتري، فينفي بالقاعدة، ونتيجة ثبوت الخيار.

الدليل الثالث: النص الخاص، وهو صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشتري ضبيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضبيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فـلـمـ يـقـلـهـ؟

فقال أبو عبدالله عليه السلام: «إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعه وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»٢.

المناقشة في تحرير الشيخ

ومن الواضح أن دليل الشيخ رحمه الله، لا يتفق مع مدعاه؛ فإن المدعى كون خيار الرؤية مسبباً عن الشرط المتختلف، فلا يتفق مع قاعدة نفي الضرر، ولا مع النص

١. المكاسب ٢٤٥ / ٥

٢. وسائل الشيعة ١٨ / ٢٨، ح ١، الباب ١٥ من أبواب الخيار.

الخاص.

أما بالنسبة إلى القاعدة؛ فلأن مبناه فيها نفي الحكم الضري، وأن الضرر بمعنى النقص، والنسبة بين حصول الضرر، ومورد خيار الرؤية، نسبة العموم والخصوص من وجه، سواء أقمنا بأنه مسبب عن الشرط أم لم نقل، كما يستفاد من صحيحة جميل؛ فإننا إن قلنا بأنه مسبب عن الشرط، فلا ملازمة بين تخلف الشرط والضرر؛ إذ ربما يتخلف الشرط، ولا يتضرر صاحبه. نعم يتخلف غرضه، وتخلف الغرض، لا يعني الوقوع في الضرر.

وإن قلنا بأنه غير مسبب عن الشرط، فتختلف المبيع عن الصفة المعتقد البائع بوجودها، أعم من حصول الضرر أيضاً؛ لعدم الملازمة بينهما.

وأما بالنسبة إلى الصحيحة؛ فلأن غاية ما تدل عليه أن المشتري كان يعتقد بوجود صفة معينة في الضيعة، ولم يكن رآها كلها، فلما اشتراها ودخلها وقلبها، لم يجد الصفة التي اعتقاد بوجودها، فاستقال البائع فلم يقله، فيين له الإمام عليه السلام، أنه لا يحتاج إلى الإقالة، بل له خيار الرؤية، فليس في الرواية عين ولا أثر للاشترط، فالرواية مطلقة من حيث اشتراط الوصف المعتقد بوجوده وعدمه، فالموضوع فيها أعم من صورة الاشتراط.

بل ما في ذيل الصحيحة شاهد على عدم الاشتراط؛ إذ لو وجد الشرط لما احتاج إلى الاستقالة والإقالة؛ فإنها لا تكون إلا في البيع اللازم، فطلب الاستقالة دليل على عدم الاشتراط.

فالصحيحة - سؤالاً وجواباً - لا ربط لها بالخيار المسبب عن الشرط، فلا تتوافق مع مدعى الشيخ عليه السلام.

نعم، ربما يرد على الرواية إشكال، من جهة أن المشتري اشتري شيئاً بجهولاً

بالنسبة إليه، فيقتضي البطلان، ولكن الشيخ رحمه الله حملها على محمل تصح معه المعاملة؛ فإنه اشتراها استناداً إلى وصف القطعة غير المرئية، أو بدلالة ما رأه منها على ما لم يره، وكلامه حق.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق في المسألة: أن الخيار إن كان مسبباً عن الشرط، فيختلف المدعى والدليل والنتيجة؛ فإن الدليل على لزوم الشرط أمران:

الأول: آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١؛ فإنها تدل على وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، أي العقد بجميع متعلقاته، ومن بينها الشرط، بلا فرق بين أن نقول بإفادتها اللزوم ابتداء، أو الحكم التكليف المستلزم له.

الثاني: دليل الشروط: «المؤمنون عند شروطهم»، كما سيأتي في محله من بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

فالخيار - على هذا المبني - مسبب عن الشرط، والدال عليه هذان الوجهان، والإجماع القطعي في المقام، مدركي بلا كلام، أو محتمله.

وقاعدة «لا ضرر»، لا تجري في الشروط، كما قلنا؛ لعدم الملازمة بين تخلف الشرط والضرر، إلا إذا وسعنا دائرة الضرر، بحيث تشمل فوت الغرض، ولكن مقتضى الأخذ بظهور كلمة الضرر عدم التوسيعة، والاقتصار على ما يصدق عليه ضرر عرفاً.

والنتيجة: أن الخيار - بناء على كونه مسبباً عن الشرط - يثبت مع تخلفه مطلقاً سواء للبائع أم للمشتري، تعلق الشرط بالثمن أم بالثمن؛ لأن للشرط أثرين: وجوب

١. المكاسب ٢٤٥ / ٥

٢. سورة المائدة / ١

الوفاء تكليفاً، وثبتت الخيار وضعاً، بمعنى أن صاحب الشرط يملك التزامه وتعهداته بالمعاملة، لو تخلف الآخر عن شرطه، فله أن يرفع يده عنه حيئاً، بخلاف العاملات التي لا شرط فيها؛ فإن التزامه يخرج عن اختياره.

وإن لم يكن [الخيار] مسبباً عن الشرط، بل كان بمعنى أنه اشتري متابعاً بوصفه، من دون أن يشرطه؛ لأن الوصف أعم من الاشتراط، أو كان يعتقد بوجوده، فلا يخفى عدم إمكان التمسك بآية الوفاء؛ لعدم كون الأوصاف، المعتقد بوجودها، من متعلقات العقد، لتدخل في ما يجب الوفاء به.

وتحتاج المسألة في هذا الحال، إلى بسط من المقال، فنقول:

إن المشتري إذا اشتري المتابع بوصف البائع صاحب المال، فكان على خلاف وصفه، فالذى يقوى في النظر أن له حق الخيار، وإن لم يكن اشرطه؛ لسير العقلاء وارتكازهم على ذلك، وفرق عندهم بين توصيف البائع، وبين توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف؛ إذ في الأول للمشتري أن يقول - بحسب ارتكاز العقلاء وسيرتهم - أني اشتريت المتابع منك بهذا الوصف، وقد تخلف عنه، فلست بملزم بالبقاء على المعاملة.

وأما في الصورتين الآخرين - أعني صورتي توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف - فلم تقم السيرة على ذلك، ولا تشملها قاعدة نفي الضرر، ومقتضى الدليل اللغظي، والأصل العملي للزروم، فيليس لنا لإثبات الخيار إلا النص الخاص، والدليل التعبدي، وصحيحه جميل دالة عليه؛ إذ دلت على ثبوته في حال عدم اشتراط المشتري، ولا وصف البائع.

فتحصل من ذلك: أن القاعدة فيها نحن فيه - ونعني به عدم الاشتراط من قبل المشتري، وعدم الوصف من قبل البائع، وإنما اعتقد المشتري وجود وصف خاص، أو وصفه له الأجنبي - لا تقتضي الخيار، وإنما يقتضيه الدليل الخاص، وهو صحيحة

جميل؛ فإنها تامة سندًا، ظاهرة دلالة.

وأما في صورتي اشتراط المشتري، وتصحيف البائع، فالخيار في الأولى خيار تختلف الشرط الخاص، وفي الثانية خيار تختلف الشرط الارتكازي، لا خيار الرؤية. ولو فرض إجمال الرواية لا يقتصر في الخيار على وجود الشرط من قبل المشتري، أو تصحيف البائع، ومع عدمهما، فالمدار على وجود عنوان آخر من العناوين الموجبة للخيار كالغبن وغيره، والفرض عدم كل ذلك، وإنما نحن والرؤبة على خلاف ما يعتقد، فلا خيار حينئذ.

وقد يستدل عليه بصحيحة زيد الشحام، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشتري سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: «لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشتري شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»^١.

ولا دلالة فيها على المطلوب؛ فإنه - كما أورد الشيخ عليه السلام - إنما أن يكون السهم المشتري مشاعراً، فالمعاملة صحيحة، ولا مورد لخيار الرؤية، وإنما أن يكون السهم المعين الذي يخرج، فهو شراء فرد غير معين، وهو باطل^٢.

والنهي في الرواية قرينة على أن السؤال كان عن شراء المعين قبل تعيينه، فيكون باطلًا، ولا محل لخيار الرؤية.

واستدل أيضًا برواية عبد الرحمن بن الحجاج، عن منهال القصاب، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري الغنم، أو يشتري الغنم جماعة، ثم يدخل داراً، ثم يقوم على الباب، فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثم يخرج السهم، قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة^٣.

١. وسائل الشيعة ١٨/٢٩، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار.

٢. المكاسب ٥/٢٤٦.

٣. وسائل الشيعة ١٧/٣٥٦، ح ٨، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وهي - مضافاً إلى ضعف سندها، لجهة منهال القصاب - أنها ظاهرة في تعديل الشهاد في قسمة الشركة، ولا ربط لها بخيار الرؤية. وعليه، فينحصر المستند لخيار الرؤية من حيث إنه خيار رؤية، في صحيحة جميل.

في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه قال الشيخ تَسْتَعِذُ بِاللهِ مِنَ الشَّرِّ (والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبيّن كونه زائداً على ما وصف) ^١.

هذا من حيث الأقوال، وأما من حيث الأدلة، فالذي ينبغي أن نلاحظ المستند في هذا الخيار:

فإن كان المستند الشرط، كما يظهر من الشيخ تَسْتَعِذُ بِاللهِ مِنَ الشَّرِّ في عنوان المسألة، فالقاعدة تقتضي عدم الفرق بين البائع والمشتري؛ فإن الخيار لمن كان له الشرط مطلقاً، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وسواء أكان في المثمن أم الثمن؛ فإنه مشمول لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾ ^٢، الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط، ولعموم: «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن نسبتها إلى البائع والمشتري واحدة، ولم يثبت تخصيصها.

وإن كان المستند الوصف من طرف المعطي، كما يبناه واحتراناه، فالقاعدة أيضاً التعميم، بمعنى إن صدر الوصف من المشتري للثمن، وجرت المعاملة مبنية عليه، فتبيّن للبائع خلافه، كان للبائع الخيار وإن لم يشترط؛ بمقتضى سيرة العقلاء وارتكازهم، كما احترناه في جانب المشتري، لو صدر الوصف من البائع، فتبيّن خلافه.

١. المكاسب ٥/٢٤٦.

٢. سورة المائدة / ١.

ولأن المستند صحيحة جملاً، فالتعيم في غاية الإشكال؛ لاختصاصها بالمشري، والتعدي إلى البائع يحتاج إلى دليل، وقد ذكروا وجهين للتعدي منه، وهما:

الوجه الأول: إلغاء خصوصية المشري وإن كان هو موضوع الحكم.

وبهذا أن إلغاء خصوصية على خلاف الأصل، ذكروا لاختياره سببين:

١- تنقية المناط.

٢- مناسبة الحكم للموضوع عرفاً، بحيث يكون حجة في الفقه.

أما تنقية المناط، فها لم يصل إلى حد القطع، فلا يفيد؛ لعدم تجاوزه القياس الظني، و **﴿الظَّنُّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾**^١، وحصول القطع - مع خفاء مناطات الأحكام نفس الأممية علينا - لا طريق له عند أهل الفن.

وأما مناسبة الحكم للموضوع، وإن كانت تقتضي إلغاء خصوصية عرفاً في بعض الموارد، كما في الحكم بتنجس الثوب بمقابلاته للنجاسة؛ فإنه يتعدى إلى غيره، مع كون الموضوع خاصاً؛ لأن مناسبة الحكم للموضوع تقتضي بكون العبرة بانفعال الملاقي للنجاسة بها، ولا يختص الانفعال بالثوب.

إلا أنها لا توجب التعيم في المقام؛ لكون المناسبة فيه هي الإرافق فقط؛ إذ لا يوجد في خيار الرؤية غبن، ولا عيب، من الأمور العقلائية الموجبة للخيار، بل لا يوجد إلا أن المشري، كان يعتقد بوجود أوصاف في المبيع، فتبين له بعد الشراء انتفاوتها، فالتخلف كان بحد الداعي؛ لأنه اشترى بداعي وجود الصفة، فالشارع جعل له خيار الرؤية إرفاقاً به، فتعدي الإرافق منه إلى البائع يحتاج إلى دليل.

وبعبارة أخرى: أن المتخلف في خيار الرؤية هو الغرض الشخصي، من دون حصول ضرر مالي، وتختلف الغرض ليس من موجبات الخيار بحسب السيرة

العقلائية، فإذا حكم الشارع بالخيار في مورد لأجله، لا يستلزم ثبوت الخيار في غيره، فلا موجب للتعيم من هذه الجهة.

عبارة أخرى: إن الشارع عندما أرفق في مورد على خلاف الأصل، احتاج إلغاء الخصوصية إلى دليل، فإن لم يكن الحكم تعدياً، كان إلغاء الخصوصية مورداً لارتباك العلاء، وإن كان تعدياً اقتصر في مخالفة الأصل على المورد، والمرجع في غيره إلى الأصل والقاعدة.

الوجه الثاني: الاتفاق على ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً.

والحق أن هذا الاتفاق وإن كان تماماً في نفسه، إلا أن قيامه على مورد صحيحة جليل في غاية الإشكال؛ فإن موردها ما إذا لم يوجد شرط، ولا توصيف من قبل صاحب الم Bauer، بل كان المشتري يعتقد بوجود الوصف فتبين خلافه، وكلمات الفقهاء مختلفة، فبعضها - كعبارة الشيخ جليل - أخذت وجود الشرط، وإن ذكر الصيحة من جملة الأدلة، ويظهر من غيره وجود الوصف، فيمكن أن يكون منشأ الاتفاق تخلف الشرط، ويمكن أن يكون منشأه تخلف الوصف، فتعيم الاتفاق إلى تخلف الاعتقاد مشكل جداً.

وتوسيع ذلك: أن المحقق الحلي جليل في الشرائع أخذ ذكر الوصف في خيار الرؤية، فقال: (وهو: بيع الأعيان من غير مشاهدة، فيفترض ذلك إلى: ذكر الجنس.. إلى قوله: إلى: ذكر الوصف، وهو: اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس، كالصرابة في الحنطة، أو الحدارة، أو الدقة) ١.

وصاحب الجواهر^{رحمه الله} أخذ ذكر الوصف أيضاً في موارد من كلامه.^١ والمحقق الأردبيلي^{رحمه الله} في مجمع الفائدة والبرهان ذكر الوصف في موردين، فقال: (العل في ثبوت أصل هذا الخيار أيضاً عندنا لا خلاف فيه، إن لم يوافق الوصف ما وصف، وتغيير الغائب بعد الرؤية تغيراً موجباً لزيادة الثمن أو نقصانه عادة وعرفاً...).

وقال: لعلها محمولة على عدم كونها على الوصف الذي بيع به).^٢

وهكذا غيرهم من أعلام الفقهاء؛ فإن كلماتهم تشتمل إما على ذكر الشرط أو الوصف، وعلى بعض النصوص التي استندوا إليها وهي محل مناقشة، ولا يخفى أن بين مخالفة الوصف، ومخالفة الاعتقاد فرقاً، فذكر الوصف في مورد المعاملة حيثية تقييدية، فترجع إلى الموضوع، وأما مخالفة الاعتقاد فالنحْلُف عن الداعي، ولا ربط له بالموضوع.

وعليه فالقول بكون مورد تخلف الداعي والاعتقاد محل اتفاق، بحيث يحكم بثبوت الخيار للبائع بالنسبة إلى الثمن، في غاية الإشكال.

نعم، يمكن ادعاء إلغاء الخصوصية بالنسبة إلى البائع في خصوص الثمن؛ فإنه بيع واحد، فإن تخلف وصف المبيع عن ما اعتقده المشتري كان له الخيار، وإن تخلف وصف الثمن عن ما اعتقده البائع كان له الخيار، والتعدية إلى البائع بالنسبة إلى

١. جواهر الكلام ٢٣/٩٣؛ حيث قال ما لفظه: (نعم، لا يبعد جوازه بعد الإنطة بالوصف، وإن لم يوثق بوجوده؛ لارتفاعه على كل حال، وجر الخلاف بالخيار... . فالأولى الإنطة بما عرفت، من أنه لا بد من ذكر كل وصف، تفاوت الرغبة بثبوته وانتفاءه، وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضاً، وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه).

٢. مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤١٠.

خصوص الثمن أمر يحكم به العرف.
وأما التعديّة له بالنسبة إلى المثمن، لأنّ باع متاعه باعتقاد وجود وصف فيه، من غير شرط ولا توصيف، ثم تبيّن خلافه، ولم يحصل من ذلك ضرر ولا غبن عليه، فمشكل؛ لأنسداد جميع طرق التعديّة.

مسألة: مورد خيار الرؤية

قال الشيخ رحمه الله: (مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة).^١

أقول: إن المبيع من حيث الكلية والشخصية على أقسام، فيكون البيع من هذه الناحية على أقسام أيضاً:

١- بيع الكلي في الذمة.

٢- بيع الكلي في المعين.

٣- بيع السهم المشاع.

٤- بيع العين الشخصية.

والكلام في شمول خيار الرؤية لكل هذه الأقسام وعدمه، والعمدة ملاحظة الأدلة، وقبل ذلك نبدأ بمقتضى الأصل والقاعدة.

وبما أن الأصل في العقود الالزوم، وال الخيار على خلاف الأصل، فالمدار على إثراز الدليل الحاكم أو المخصص، وإلا فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمتيقن منه في المقام ما إذا كانت العين شخصية، كما قال الشيخ رحمه الله.

وأما مقتضى الدليل، فلا شك في خروج الكلي في الذمة من تحت خيار الرؤية

خروجاً تخصصياً، لعدم قابلية الكلي في الذمة للرؤبة، وإنما يقبلها فرده ومصداقه، فيشتري المشتري الكلي بأوصاف معينة، فتشتغل ذمة البائع به، فإن طابقه المصدق في مقام الأداء فرغت ذمته؛ لأداء الدين، وتسليمه المبيع، وإلا فيكون مدinyaً للمشتري. وعليه فما يمكن جريان خيار الرؤبة فيه، هو الأقسام الثلاثة الأخرى، فينبغي

ملاحظة جريانه فيها على حسب المباني فنقول:

إن كان المستند للخيار هو الشرط، كما يظهر من عبارة الشيخ ح في العنوان، فهو يجري في الأقسام الثلاثة بلا إشكال؛ فإن المبيع - سواء أكان كلياً في المعين، أم سهماً مشارعاً، أم عيناً شخصية - إذا كان مشروعاً بوجود أوصاف معينة فيه، وتخلفت عنه حين ما رأها المشتري كان له الخيار.

ومنه يظهر الإشكال في حصر الشيخ ح لمورد الخيار في العين الشخصية، مع أن موضوع البحث عنده رؤية المبيع على خلاف الشرط.

وإن كان المستند التخلف عن وصف البائع ملائمه، فهو يجري أيضاً في الأقسام الثلاثة.

وإن كان المستند قاعدة «لا ضرر»، فيجري أيضاً فيها ثلاثتها؛ لأن لزوم المعاملة فيها كلها ضرر على المشتري، فينفي بالقاعدة.

وإن كان المستند صحيحة جميل، وجدنا على النص، فهو يختص بالعين الشخصية؛ لأنها فيها سؤالاً وجواباً، وعدم الإطلاق في جواب الإمام ع ليتمسك به.

وأما بالنسبة إلى الكلي في المعين، والكسر المشاع، فيتمسك فيهما بالأصل والقاعدة، وهو يقتضيان اللزوم؛ لعدم ثبوت التخصيص إلا في العين الشخصية. نعم، يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع، حسب الارتكاز العريفي.

وهو أمر ممكن في الكسر المشاع؛ فإنه وإن كان خارجاً عن مورد الصححة، إلا أنها ظاهرة في كون منشأ ثبوت الخيار، هو تخلف ما اعتقده عما رأه، ولا فرق من هذه الحقيقة بين الفرد المعين والمشاع، فلو اشتري نصف الضياعة، ثم ذهب وقلبها فوجد بعضها على خلاف ما وصف له، أو ما اعتقده فيها، كان له الخيار، ولا فرق بين المعين والمشاع.

بل عند التأمل، لا فرق بين العين الشخصية، والكلي في المعين، من جهة عرفية، فلو اشتري صاعاً من صبرة من الحنطة بصفات خاصة، فتبيّن أنها على خلاف تلك الصفات، فله الخيار، وتلغى الخصوصية عرفاً.

فالنتيجة:

أن المستند إن كان الشرط، أو الوصف، أو قاعدة نفي الضرر، فالخيار يأتي في الأقسام الثلاثة بلا إشكال، وإن كان الصححة، ففي التعميم للكسر المشاع، والكلي في المعين إشكال، إلا أنه يندفع بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى ملاحظة الارتكاز العرفي.

فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع

إذا باع العين الغائبة، واحتراها المشتري باعتقاد اشتراها على صفات معينة، فتبيّن خلافه، كما هو مورد خيار الرؤية، فذكر الشيخ رحمه الله، لأجل صحة البيع، شرط الوصف، ونقل أقوال الفقهاء في ذلك، ومجموع ما تنتهي إليه أقوالهم أربعة:

١- الاقتصر على اعتبار ذكر الوصف، من دون قيد فيه.

٢- اعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

٣- ذكر الوصف المعتبر في صحة بيع السلم.

٤- ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهة الموجبة للغرر.

وهذا الاختلاف لم يقتصر على ما بين الفقهاء، بل وقع حتى في كلام الواحد

منهم، كما في العلامة رحمه الله في التذكرة^١، ولهذا ينبع إشكال؛ إذ مع هذا الاختلاف ينفي أحدها الآخر؛ فإذا كان الشرط ذكر مطلق الوصف فهو يتحقق بمطلقه، وأما إذا كان الشرط ذكر الوصف الدخيل في مراتب المالية، فلا يتحقق بذكر مطلق الوصف.

المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع

وقد رفع الشيخ رحمه الله الإشكال بكون الظاهر (أن مرجع الجميع واحد، ولذا أدعى الإجماع على كل واحد منها).

ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفي في السلم عندنا.

وعنه في موضع آخر من التذكرة: أن «شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهة عند علمائنا أجمع»^٢.

فلا بد أن يكون الشرط المجمع عليه واحداً، وإن كانت عباراتهم فاصلة عنه، والمستفاد من الشيخ رحمه الله في آخر بحثه: أن الوصف المجمع على اعتباره في صحة البيع، هو الوصف الرافع للجهة والغرر.

الإشكالات الواردة في المقام ودفعها

ثم أورد الشيخ رحمه الله عدة إشكالات:

الإشكال الأول وجوابه

أنه ربما يتراءى التنافي بين اعتبار الأوصاف الدخلية في المالية، والتي يختلف

١. راجع تذكرة الفقهاء ٧٥/١١، ٢٦٠ و ١٥٠/١١، مسألة ٣٢٢ و ٢٩٩/١١، مسألة ٤٥٤.

٢. تذكرة الفقهاء ٧٥/١١.

٣. المكاسب ٢٤٩/٥.

الشمن باختلافها، وبين الأوصاف المأ孝وذة في صحة بيع السلم؛ فإن الأولى كثيرة، واعتبار ذكرها كلها يوجب تضييق دائرة المبيع، وأما صحة السلم، فمبينة على التوسيعة والتسامح، لثلا يلزم عزّة الوجود، أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق، فلا يشترط فيه وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوتت به القيمة.

وأجاب عنه الشيخ رحمه الله بأجوبة ثلاثة:

الأول: أن الشرط واحد في الاثنين، بمعنى أنه يشترط في بيع السلم ما يشترط في بيع العين الغائبة، من ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية، بغض النظر عن العذر الموجب للمساحة في بعض أفراد السلم.

الثاني: أن استقصاء الأوصاف الدخيلة في المالية، شرط في صحة بيع السلم، حتى وإن أفضت إلى عزّة الوجود؛ لأن المدار على حصول الغرر، وعدم ذكر ما يوجب اختلاف القيمة غرر، وعزّة الوجود ليس بعذر للترخيص، بل عزّة الوجود وتعذرها يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه.^١

الثالث: ما اختاره في آخر البحث، وهو الحق، من أن مقتضى إطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٢ صحة كل ما يصدق عليه بيع، والمانع من هذا الإطلاق ينحصر في «نفي النبي صلوات الله عليه عن بيع الغرر»، وعليه فيكون المدار في جميع الموارد - سواء في بيع العين الغائبة، أو بيع السلف - على وجود الغرر، فلا تنافي بين الموردين؛ فإن المرجع إلى القواعد الأصولية، فإن وجد الإطلاق نظرنا، فإن كان له مقيد، نظرنا في حدوده، فإن كان مبيّناً قيدنا به المطلق، وإن كان مجملًا اقتصرنا في التقيد على القدر المتيقن، وتمسكتنا بالإطلاق في غيره.^٣

١. المكاسب / ٥ - ٢٥٠ / ٢٤٩.

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

٣. المكاسب / ٥ / ٢٥٣.

وهذا البيان في غاية الإتقان.

الإشكال الثاني

أن الأوصاف الدخلية في الماليّة، التي تختلف باختلافها القيمة، كثيرة غير مخصوصة، وخصوصاً في العبيد والإماء؛ فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أنفسهم، كالكتابة، والفهم، وجودته، والجمال، والطول...، غير مخصوصة جداً، فإذا علّقت صحة بيع العين الغائبة على استقصائها لم يتيسر بيعها، وانتهت بيعها إلى الغرر، لا سيما وأن الغرر الشرعي أدق من العرفي، والثاني أخص من الأول^١؛ فإن بيع الحنطة إلى وقت الذرو، ليس بغرري عرفاً، ولكنه غرري شرعاً^٢.

الإشكال الثالث

وهو ما عبّر عنه وأشكل من ذلك، وحاصله: أنه يلزم - إذا علّقت صحة بيع العين الغائبة، على ذكر جميع الأوصاف الدخلية في الماليّة - عدم الفرق بين بيع العين الغائبة، والعين الحاضرة؛ فإن الظاهر أن وصف العين الغائبة، يقوم مقام الرؤية في الحاضرة، فكما أنه يعتبر ذكر الأوصاف الدخلية في الماليّة في العين الغائبة، فكذلك يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطّلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة، مما يختلف الثمن باختلافها، والحال أن السيرة العقلائية القطعية في حال الرؤية، على عدم حصول الاطّلاع على جميع الخصوصيات، فينبغي - والحال هذه - أن يُفصل في شرط صحة البيع، من حيث الأوصاف، ولم يذهب إليه أحد من الفقهاء المتقدمين، ولا المتأخرین.^٣

١. لأنّ في بيع العبد الآبق والمجحود والضال مع الضميمة الغرر العرفي موجود دون الشرعي.

٢. المكاسب ٥/٢٥٠.

٣. المكاسب ٥/٢٥٠.

جواب الشيخ عن الإشكاليين الثاني والثالث

وما أجاب به الشيخ ح في الأخير يكون جواباً عن هذين الإشكاليين، وبيانه:

أن المدار في الصحة على نفي الغرر، وعنوان الغرر ما ذكر في لسان الدليل،

فيكون المرجع فيه إلى العرف، وأن المانع هو الغرر العرفي، ولا معنى للقول بالغرر

الشرعى، بل لا معنى لتقسيم الغرر إلى عرفي وشرعى؛ فإنه من الأغلاط.^١

نعم، الشارع أضاف في بعض الموارد قيوداً، مما أوجب التضييق في نظر العرف،

كما في بيع المكيل والموزون؛ فإن الغرر العرفي يرتفع بالمشاهدة، ولكن الشارع اعتبر فيه

الكيل والوزن بالدليل الخاص، واعتبار الزائد لا يوجب أن يكون للغرر حقيقة

شرعية.

فالمانع هو خصوص الغرر العرفي، وما أضافه الشارع من القيود، يكون ببعد

الدال والمدلول.

نعم، بما أن الغرر كغيره من المفاهيم، تقع فيه الشبهة من ناحية المفهوم؛ فإنما وإن

أخذنا الغرر من العرف، إلا أنه ليس بالنحو الذي كانت جميع حدوده مبيّنة عند

العرف، فلو شك في سعته وضيقه يكون من المخصوص المجمل، المرد بين الأقل

والأكثر، فيخرج عن الإطلاق بالمقدار المتيقن، ويتمسك في حالة الشك في غررية فرد

من أفراد البيع بإطلاق ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^٢، فيحکم بصححة البيع.

الإشكال الرابع والجواب عليه

أن الغرر يحصل في بيع العين الغائبة، سواء ذكرت الأوصاف أم لم تذكر، أما

إذا لم تذكر فالغرر فيه واضح؛ لاختلاف قيمة المبيع من حيث وجود الأوصاف فيه

وعدمه، ولاختلاف قيمته من حيث نوع الوصف، وأما إذا ذكرت وأخذت مقيدة فيه،

١. كما قال: «الغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف»، المكاسب ٥/١١٤.

٢. سورة البقرة / ٢٧٥.

فيشك في وجود العين المتصفة بها، فيكون الغرر فيه أعظم.^١

وما يستفاد من الشيخ حَلَّةُ اللَّهِ للجواب عنه وجوه:

الوجه الأول: أن الغرر هو ترك ذكر الأوصاف، أو أخذها مقيدة في العين، وليس المراد أحدهما، بل هنا شق ثالث، وهو أخذ الأوصاف مشروطة، لا مقيدة، ولا غرر فيه، بحيث يبيع العين ملتزماً بوجود الأوصاف الفلانية.

ثم نقل وأيّد ما صرّح به نهاية الإحکام والمسالك - في مسألة مالو رأي المبيع ثم تغير عما رأه - : أن الرؤية بمنزلة الاشتراط، ولا زمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطًا^٢، فإذا رأى العين بصفة معينة، ثم تغيرت، فهو بمنزلة اشتراط تلك الصفة، فالوصف قائم مقام الرؤية فيكون ذكره اشتراطًا.

الوجه الثاني: كما أن الاعتماد على وصف الأجنبي يرفع الغرر، فكذلك الاعتماد على بيان البائع لأوصاف المبيع.

الوجه الثالث: أن المانع من صحة البيع الغرري هو: «نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر»، وبما أنه أخذ في المانع عنوان الغرر، فالمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى الغرر في بيع العين الغائبة، المبني بيعها على الأوصاف.

هذا من جهة العرف، وأما من جهة الشارع، فلا دليل على المنع من صحة بيع العين، من حيث الجهل بوجود تلك الأوصاف، التي بنيت عليها المعاملة، فالمقتضي للصحة موجود، والمانع مفقود.^٣

إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أوجوبة الشيخ وقد أورد المحقق الخراساني حَلَّةُ اللَّهِ على الوجه الأول: بأن الشرط نفسه غرري؛

١. المكاسب ٥/٢٥٢.

٢. نهاية الإحکام ٢/٥٠١ و في المسالك ٣/١٧٨.

٣. المكاسب ٥/٢٥٣-٢٥٢.

لأنه باع العين مع الالتزام بوجود الأوصاف المعينة، فيما أنه لم يعلم بتحقّقها وجودها، فلا محالة يكون الشرط غررياً، والغرر في الشرط موجب لفساده، فإذا فسد الشرط، فإن قلنا بأن الشرط الفاسد موجب لفساد المشروط، فلا محالة يكون البيع باطلأً.

وإن قلنا بعدم إيجابه بطلاق المشروط، فلا شك في أن الشرط الغرري يوجب غررية المشروط، فيسري الغرر من الشرط إلى البيع، فيبطل البيع من جهة غرريته. فهذا الاشتراط على كلا المبنيين منشأ لفساد البيع، فينحصر رافع الغرر في ذكر البائع أوصاف البيع، واعتقاد المشتري عليه.

رد إشكال المحقق الخراساني

وفيه: أولاً: أن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة البيع مطلقاً، والمانع من صحته إنما هو البيع الغرري؛ بمقتضى «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»، وأما الغرر في غير البيع، فلم يثبت منعه من الصحة؛ لكون رواية «نهى النبي ﷺ عن الغرر» مرسلة، وعلى هذا، فالغرر في الشرط لا يقتضي بطلاقه.

وثانياً: أن الغرر عرفاً عبارة عن الخطير، والمدار على كون المعاملة خطيرية عند العرف، والمبيع مع اشتراط وجود أوصاف فيه، معاملة متداولة عند العرف والعقلاء، ولا يرون فيها أي خطورة، فلا غرر في بيع العين الغائبة مع اشتراط وجود الأوصاف، وما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله على خلاف ما عند العرف والعقلاء.

ولو شك في صدق الغرر بالنسبة إلى بيع العين مع اشتراط وجود أوصاف معينة فيها، فهو شبهة صدقية، لا مصداقية، والقاعدة تقتضي في الشبهة المفهومية للمخصوص، الاقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، فما علم أنه غرر يخرج من تحت عمومات الصحة، والباقي يبقى تحته، فيحكم بصحّة بيع العين الغائبة مع شرط الأوصاف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أوجوبة الشيخ وأورد المحقق الأصفهاني رحمه الله على الوجه الأول أيضاً: بأن الشيخ رحمه الله أرجع الوصف إلى الاشتراط، لا إلى التقييد، ومع الالتزام بالوصف لا غرر، لا من حيث وصف المبيع، ولا من حيث وجود المبيع.

والتحقيق: أنه مع الجهل بصفات المبيع، لا يعقل التقييد، ولا الالتزام [بالوصف]، حتى يكون أحدهما مدار الإشكال، والآخر مدار الجواب: أما التقييد، فلا يقال بإيجابه البطلان إلا إذا كان ممكناً، والحال أنه محال؛ فإن مورده الكلي الذي يتضيق به دائرة التقييد، فيكون المبيع حصة خاصة، وأما الجزئي فغير قابل للتقييد؛ لكون التقييد تضييقاً في المقيد، والجزئي غير قابل للتضييق والتضييق. وبعبارة فنية: أن التقابل بين الإطلاق والتقييد، سواء أكان تقابل التضاد أو الملكة وعدم، لا بد أن يتواترا على موضوع قابل للتوسيعة والتضييق، كما في الرقبة القابلة للتوسيعة بالنسبة إلى الإيمان والكفر، وقابلة للتضييق بالإيمان، والموضوع الخارجي شخصي جزئي، والجزئي لا يقبل التوسيعة والتضييق، فالتضييد غير متصور في مورد البحث.

وأما الالتزام الشرطي، فالمقىول منه أمران:

- الالتزام بفعل، كأن يتلزم بخاتمة ثوب، فيوجب استحقاق المشرط له ذلك العمل المشرط على الشارط.
- الالتزام بالنتيجة، كأن يبيع الدار بشرط أن يكون الكتاب ملكاً له، فيؤثر الشرط في حصولها للمشرط له.

وأوصاف المبيع، ليست فعلاً حتى يتعلق بها الالتزام، وليس ت نتيجة حتى تتحقق بالشرط.^١

١. حاشية المحقق الأصفهاني رحمه الله /٤٤٠٢-٤٠١.

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني

وما أفاده ^ف قوي من جهة فنية، ووارد على تعبير الشيخ رحمه الله، لإرجاعه الاشتراط إلى الالتزام؛ فإن كتابة العبد، وصفات الفرس، غير قابلة لتعلق الالتزام، لعدم قوتها تحت الاختيار.

ولكن هنا شرطاً ثالثاً صحيحاً؛ إذ هو ممكن ثبوتاً، وقام الدليل عليه إثباتاً، وبيان

ذلك:

أن في كل معاملة التزامين، أحدهما الالتزام بأصل نقل الملك إلى طرف المعاملة، وهو الالتزام المعاملي، والآخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، والوفاء به، والشروط في المعاملات ترجع إلى الالتزام الثاني، فإذا اشتري المبيع مشروطاً بوجود الوصف، كأن يشتري العبد الكاتب، فهو لم يشتري العبد المقيد بكونه كاتباً، لتكون الكتابة مقوماً للمبيع، بل اشتري العبد بشرط أن يكون كاتباً، فلو أراد بذلك الشرط الالتزام المعاملي، بمعنى تعليق الإنسان على الكتابة، لكان من التعليق البطل بالإجماع. ولكنه إذا أراد به الالتزام بالوفاء، بمعنى أن يكون الوفاء بالمعاملة مشروطاً بأن يكون العبد كاتباً، فلا ضير فيه، وهو ليس من قبيل شرط الفعل، ولا شرط التبيّنة، اللذين هما محل الإشكال عند المحقق الأصفهاني رحمه الله، وهذا النحو من الشرط ممكن ثبوتاً، وقام عليه الدليل إثباتاً، وهو حديث «المؤمنون عند شروطهم»، بل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ أيضاً؛ فإن المقصود منها الوفاء بالعقود وبجميع متعلقاتها.

ونتيجة ذلك: ثبوت الخيار عند تخلف الشرط والوصف.

والحاصل: أن إشكال المحقق الأصفهاني رحمه الله، وارد على تعبير الشيخ رحمه الله، ولكن حصره لاشتراط وصف المبيع في القيد الممتنع في الجزئي، والشرط المنحصر في شرط الفعل والنتيجة، غير تام، لأن هناك قسماً ثالثاً للشرط، وبيع العين الغائبة بشرط

١. سورة المائدة / ١.

الأوصاف، بالنحو المتقدم من الشرط صحيح، إلا أن له الخيار عند تخلف الشرط والوصف.

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور
والمشهور بين الأصحاب^١ أن الخيار بين الرد، والإمساك بدون الأرش، وفي المسألة وجهان آخران:

الوجه الأول: التخيير بين الرد والإمساك بالأرش، فيكون تخلف ثبوت الوصف عن العين الغائبة المبعة بالوصف موجباً لخيار العيب، وهو مختار ابن إدريس الحلبي رحمه الله في السرائر^٢.

الوجه الثاني: بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف، ونقله الشيخ رحمه الله عن جماعة من المتقدمين^٤، ووجهه المحقق الارديبيلي رحمه الله كما سيأتي.

[رد الوجه الأول]

أما ما أفاده ابن إدريس رحمه الله فيه ما أورده الشيخ رحمه الله عليه:

أولاً: أنه لا دليل على الأرش، وثبوته يحتاج إلى دليل؛ فإن ثبوته حتى في خيار العيب ليس بمقتضى القاعدة، بل لثبوت الدليل عليه؛ فإن مقتضى القاعدة أن سلامه

١. كما افتى به الشيخ في النهاية /٣٨٦؛ المبسوط /٢٧٦؛ الخلاف /٣/٧، مسألة ٥، والدليلمي في المراسم /١٧٣ و ١٨٠؛ وابن حمزة في الوسيلة /٢٤٠؛ والمحقق في الشرائع /٢٥؛ والنافع /١٢٢؛ والعلامة في التحرير /٢٩٠.

٢. السرائر /٢٤١-٢٤٢.

٣. المكاسب /٥/٢٥٣.

٤. ومنهم: المفید في المقنعة /٥٩٤؛ والشيخ في النهاية /٣٩١؛ والدليلمي في المراسم /١٨٠؛ والأخرين في الاعمال المخرومة والجُرُب المشددة.

٥. مجمع الفائدة والبرهان /٨/١٨٣.

٦. المكاسب /٥/٢٥٣.

المبيع من جملة الشروط، فإذا تخلّفت ثبت الخيار، وأما ثبوت الأرشن، فهو على خلاف القاعدة، فيحتاج إلى دليل.

وثانياً: أن الوصف المفقود لو كان له دخل في صحة المبيع لتوّجه أخذ الأرشن، لكن بخيار العيب، لا بخيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه.

وأما ما استطهر من كلام المفید والشیخ قدس سرہما، فالنسبة مورد تأمل؛ لأن تعبیر كل منهما أنه (إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً)، والرد وإن كان ظاهره البطلان، إلا أن الشیخ ح عبر بهذا التعبير في [النقد والنسيئة]^١، ولا يخفى أن المراد منه فيه، الخيار في البيع، لا البطلان، وأما الشیخ المفید ح فقد تعرض للمسألة في مقامين، في أحدهما عبر بمردود^٢، وفي الآخر بالبطلان^٣، ومع هذه العبارات المختلفة لا يبقى مجال لظهور الرد في البطلان في المقام.

[توضیح الوجه الثاني ونقدہ]

إن المحقق الأردني ح قد تأمل في الصحة، وبين الوجه في تأمله، فنحن وما أفاده، والبحث يقع في ضمن نقاط:

النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقق الأردني
وحاصله: وقوع العقد على شيء مغایر للموجود، فالمفقود عليه غير موجود،
والموارد غير معقود عليه.^٤

وتوضیحه: أنه لما وقع العقد على المبيع موصوفاً بالوصف الخاص، كأن قال بعثك هذا العبد الكاتب، ثم تبيّن أن العبد الموجود ليس بكاتب، لم يقع العقد على

-
١. النهاية / ٣٩١
 ٢. المقنعة / ٥٩٤
 ٣. المقنعة / ٦٠٩
 ٤. جمع الفائدة والبرهان / ٨ / ١٨٣

الموجود؛ لأنه ليس بكاتب، وما وقع عليه العقد لم يكن موجوداً، فمقتضى القاعدة البطلان؛ لأن دراجه تحت كبرى: ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقق الأردني
وناقشه صاحب الجواهر^{رحمه الله} - ورماه بالضعف - بأنه يتنبى على عدم التفريق بين وصف المعين [للكليات]، والوصف المعين [في الشخصيات]، والخلط بين الذاتي والعرضي.^١

وقد سبقه [الشيخ علي] كاشف الغطاء^{رحمه الله} في الإشكال عليه بما نصه:
«والقول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة فيكون البيع باطلأ، لا وجه له.

وسر الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات، ووصف المعين من الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي. مع أنه أقصى ما هناك أنه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى...»^٢.

وقد تعرّض له الشيخ^{رحمه الله} أيضاً وأضاف له هذه الضمية: «وأن أقصى ما هنالك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى»^٣.
وتفصيّح مراد صاحب الجواهر^{رحمه الله}: أن المبيع إذا كان كلياً فالوصف ليس معيناً له، لأن الكلي غير معين، بل هو معين للموصوف، فإذا باع الحنطة بيعاً كلياً، كأن قال بعثك مائة من الحنطة، ووصفها بالحنطة السينية^٤، فهذا الوصف لهذا الفرد معيناً للموصوف، والكلي يتصل بهذا الوصف ويتعين به.

١. الجواهر ٢٤/١٧٦ (٩٤/٢٣).

٢. شرح خيارات اللمعة / ١١٨.

٣. المكاسب ٥/٢٥٥.

٤. بالفارسية: ديم.

والوصف للكلي على نحوين: ذاتي، وعرضي، فالأول عنوان الحنطة، والثاني كونها سيحية، وكلا الوصفين مقوّمان للكلي، فإذا كان المبيع الحنطة السيحية، فكما لا تتطبق على الشعير، لا تتطبق على الحنطة المسقية سقياً بالماء، وعلى هذا التقدير يتم كلام المحقق الأردني، فإنه إذا تخلّف الوصف - الذاتي أو العرضي - كان المقصود غير موجود، والموجود غير مقصود، فلا بد في مقام الأداء من انطباقه على الحصوصيتين، الذاتية والعرضية.

وتوضيحة: أن الكلي كلما وصف لا يخرج عن الكلية، فالكلي المتصف بوصف يخالف الكلي غير المتصف، والكلي المتصف بغير ذلك الوصف، فيلزم تخلّف المبيع عند فقدان الوصف، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، وعليه فالوصف في الكلي سواء أكان ذاتياً أم عرضياً مقوّم للمبيع، فإذا تخلّف يوجب البطلان.

وأما إذا كان المبيع جزئياً، فلا يعّينه الوصف، بل يكون الوصف معيناً، فإذا باعه الحنطة التي في الأنبار بوصف كونها سيحية، وتخلّف الوصف، فهنا لا تأتي قاعدة: (ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد)، بل المبيع نفس هذه الحنطة، وقد تخلّف الوصف. نعم، لو تخلّف الوصف الذاتي، كأن قال بعثك الحنطة التي في المستودع، فتبيّن أنها شعير، وكانت صغرى إلى: الموجود غير مقصود، والمقصود غير موجود.

فتحصل أن تخلّف القصد عن الموجود يكون في موردين:

الأول: كون المبيع كلياً، أكان المتخلف الوصف الذاتي أم العرضي.

الثاني: كون المبيع جزئياً، والمتخلف الوصف الذاتي.

ومورد بحثنا في ما إذا كان المبيع شخصياً، والوصف معيناً، لا معيناً، وتخلّف الوصف العرضي لا الذاتي، وعليه فيبطل برهان المحقق الأردني رحمه الله.

النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء، وصاحب الجواهر
وأشكال الشيخ رحمه الله على كلامي كاشف الغطاء وصاحب الجواهر: بأنه مجازفة لا

مُحَصّلٌ لَهَا^١

ومراده حَلَّهُ يحتاج إلى تحقيق؛ فإنه أراد أن يبيّن منشأ تأمل المحقق الأرديبي حَلَّهُ؛ بأن المعاملة لما وقعت على المبيع بالوصف الخاص، وتبيّن كونه فاقداً له، لم تكن مورداً للرضا المعامل، فإنه لما باع العين الشخصية، ولو كانت موصوفة بالوصف العرضي، ككتابة العبد، وكون الحنطة سيحية، وتبيّن الخلاف؛ فإن المبيع الفاقد للوصف لم يكن مورداً للرضا المعامل، فما كان مورداً للرضا المعامل لم يوجد، وما وجده يكُن مورداً للرضا المعامل.

وبعبارة أدق: أن كبرى تَبَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ^٢ لا تنطبق على هذه المعاملة؛ لأن البناء في المعاملة على وجود خصوصية معينة مفقودة.

وإذا كان هذا هو المراد، فجواب صاحب الجواهر حَلَّهُ لا يدفع الإشكال. وأما تعارض الإشارة والوصف، وتقديم الإشارة، فلم يتعرض لها صاحب الجواهر حَلَّهُ، ولكن مراد الشيخ حَلَّهُ منه: أنه البائع عندما أشار إلى العبد، وقال بعثك هذا العبد الكاتب، فمقتضى الإشارة أنه باع العبد المشار إليه، فما قُصد وقع، وما وقع قُصد، فيصح البيع، ومقتضى الوصف أنه باع العبد الكاتب، وهو غير موجود، فما قُصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فيبطل البيع، وبما أن ظهور الإشارة مقدم على ظهور الوصف، فالبيع صحيح.

وإشكال الشيخ حَلَّهُ عليه: أولاً: أن هذه القاعدة وإن كانت مسلمة من حيث الكبرى، إلا أنها فيها إذا وجد الظهوران المتنافيان، أي ظهور الإشارة، وظهور الوصف، وبما أن الإشارة أظهر من الوصف فتقدم، ولكن في المقام لم يوجد تعارض

١. المكاسب ٢٥٥ / ٥

٢. سورة النساء / ٢٩

بين الإشارة والوصف، بل إن متعلق البيع هو مورد للإشارة والوصف، وقد جمع بينهما، فقال: بعترك هذا العبد الكاتب، فأشار إلى العبد، ووصفه بالكاتب، فلا يوجد بينهما تعارض، وإنما تختلف الوصف، والاختلاف أمر، والتعارض أمر آخر.

وثانياً: تنزلنا وقلنا بالتعارض، فمقتضى تقديم الإشارة على الوصف أن يصح البيع ويكون لازماً؛ لأن معنى تقديم الإشارة هو إسقاط الوصف، فلا يأتي خيار تختلف الوصف، وما يراد إثباته في مقابل المحقق الأردني رحمه الله أن يصح البيع مع كونه خيارياً.

فاتضح إلى هنا كلام كل من المحقق الأردني، وصاحب الجواهر، والشيخ

قدست أسرارهم.

جواب إشكال الشيخ

وأما التحقيق، فالحق ما قال به صاحب الجواهر رحمه الله، وذهب إليه بعض شراح اللمعة^١ أيضاً، وهو صاحب الإضافة^٢ التي لم يذكرها صاحب الجواهر، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمه الله: بأنه «مجازفة لا محصل لها»^٣، والدليل على ما نقوله، هو بيان نفس الشيخ رحمه الله في بحث الشرط الفاسد^٤؛ فإن الشيخ الأعظم طرح هذا الإشكال ورده بقوله:

«أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تغدرت الخصوصية لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والثمن بدون الشرط، معاوضة أخرى، محتاجة إلى

١. وهو الشيخ علي بن جعفر كاشف الغطاء في شرح خيارات اللمعة / ١١٨.

٢. يعني إشكال تعارض الإشارة والوصف على ما أفاده المحقق الأردني.

٣. المكاسب ٥/٥٢٥.

٤. راجع المكاسب ٦/٩٣ و ٩٤ و ٩٥.

تراضٍ جديد، وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلاً للهال لا عن تراضٍ». ثم قال: «ودعوى: أن الأصل في الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد - لأجل الدليل - لا يوجب التعدي». وهذا هو لبّ مدعى المحقق الأردني رحمه الله، من أن تخلّف الشرط يقتضي أن يكون المقصود غير واقع، والواقع غير مقصود. فأجاب الشيخ رحمه الله عن ذلك:

«وحل ذلك: أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية: منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيم مقام الغسل. ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتتن جيداً، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب. والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعدّ التصرف الناشيء عن العقد بعد فساد الشرط تصرفًا لا عن تراضٍ.

نعم، غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول».^١

وملخص بيانه: وقد فرق الشيخ رحمه الله في ذلك البحث بين التقييد والاشترط، ومعنى ذلك: أن المبيع تارة يكون كلياً مقيداً بقييد، ذاتياً أو عرضياً، فهنا إذا تخلّف

القيد، فالمقيّد ينتفي بانتفائه.

وتارة يكون معيناً، موجوداً خارجياً، إلا أنه متصرف بوصفه، فهذا الوصف يكون شرطاً، لا قيداً ينتفي المقيد بانتفاءه.

ففرق بين الوصف المعين للكلي، وبين الوصف الموجود المعين، وأيضاً فرق بين الوصف الركني، والوصف الذي ليس بركن، بل من العوارض.

وهذا الكلام، هو عين كلام صاحب الجواهر عليه اختصاره؛ حيث قال:

بأنه اشتباه ناشيء من عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات، والوصف المعين في الشخصيات، وبين الوصف الذائي والعرضي.

فِيمَا رَمَاهُ الشَّيْخُ حَلَّيْهِ بِالْمَجَازِفَةِ، هُوَ عَيْنُ الصَّوَابِ بِلَا إِشْكَالٍ.

نعم، الإشكال على الضمية - غير الموجدة في كلام صاحب الجواهر رحمه الله،

ووجودة في كلمات الشيخ علي كاشف الغطاء شارح خيارات اللمعة، من حصول التعارض بين الإشارة والوصف، والإشارة أقوى - تام ووارد عليه.

فالنتيجة: أن جواب صاحب الجواهر حَلَّلَهُ، هو نفس جواب الشيخ حَلَّلَهُ في باب

الكلي والوصف المعين، وفي الركن المقوم، والعرضي، وبه ينحل الإشكال.

ويعبّارة أخرى: إنّ الحاكم في ثبوت التبّاين بين الموجّد، والمعقوّد عليه، وفي

تختلف القصد عن العقد، هو العرف والعقلاء، فمتى ما حكم العرف بأن المورد من مصاديق ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فالحكم هو البطلان، ومتى ما حكم بأنه ليس من مصاديقه، وإنما هو من مصاديق تختلف الشرط أو الوصف، فهو صحيح مع ثبوت المختار.

والعرف والعقلاء يحكمون بالأول في موردين:

١- في الكلي المقيد بقييد، ركني أو عرضي، كما لو باع بنحو الكلي مائة من الحنطة المسيحية، وفي مقام الأداء أتي بحنطة غيرها، فهنا ماقع لم يقصد، وما قصد لم

يقع؛ لأنّه باع الكلي، فلا بدّ أن يأتي بما هو فرد. بخلاف ما إذا باعه الحنطة التي في المستودع، واشترط أن تكون سيحة؛ فإنه إذا تبيّنت أنها غيرها، لم يبطل البيع، ولكن له الخيار؛ فإن الوصف المعين، غير الوصف المعين للكللي.

٢- في الشخصي، الموصوف بوصف ركني؛ فإن تخلّفه يوجب البطلان؛ لأن المتخلف قوام المبيع، فإذا تخلّف، تخلّف ما تعلّق به الإنشاء.

خلاصة البحث

وخلالمة المباحث السابقة: أن المبيع إذا كان كلياً، وكان موصوفاً بوصف ركني مقوم للمبيع، أو بوصف عرضي، فالبيع صحيح ولازم، ويجب في مقام الأداء أن يؤدي ما هو مصدق لذلك الكللي، فإذا باعه العبد الكاتب، وسلم له الحمار، أو العبد غير الكاتب، لم يتخلّف البيع الكللي، ووقع صحيحاً، إلا أن ما أداه لم يكن هو المبيع، وعليه أن يؤدي ما وقع عليه العقد.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، و تخلّف الوصف المقوم، فالبيع باطل، كما لو باعه العبد الحبشي، وما في الخارج هو حمار وحشى.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، و تخلّف الوصف غير المقوم، فالبيع صحيح، والمورد من موارد خيار الرؤية، ويجرّي خيار تخلّف الوصف والشرط.

إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض
هذا كله إذا كانت الخصوصية واضحة، لأن اتضح كونها من مقومات المبيع أو من أوصافه.

وأما إذا تردد أمرها بينهما، فلا يخفى قبل كل شيء، أن تعليق البيع على ما هو ركن ومقوم، غير مبطل له، وأما التعليق على غيره فمبطل، فإذا قال بعثك ما في الدار على أن يكون عبداً، بحيث علق البيع على هذه الخصوصية، فالبيع صحيح، وأما إذا

قال بعتك ما في الدار على أن يكون كاتباً، فهذا التعليق مبطل له.
 أما عدم كون الأول مبطلاً؛ لأن البيع معلق على ما هو دخيل في صحته،
 والتعليق على ما هو الدخيل فيها، موافق لمقتضى القاعدة، كأن يقول: بعتك هذا إن
 كان مالٍ؛ فإن هذا البيع المعلق صحيح بلا إشكال.
 وأما تعليق البيع على الخصوصيات غير الدخلية في الصحة، فهو مبطل له
 للإجماع القطعي.

ولكن البيع فيما نحن فيه، ليس بمعلّق، وإنما المعلق هو الالتزام بالوفاء به،
 والتعليق المبطل، هو تعليق نفس البيع على قيد أو شرط، وأما تعليق الالتزام والوفاء
 بالمعاملة على شرط، فليس من التعليق المبطل، ولكنه موجب لثبوت الخيار.

إذا اتضح هذا، فإذا تردد أمر الخصوصية المعلق عليها البيع، بين كونها من
 المقومات للبيع، فيصح البيع، وبين كونها من الصفات الكمالية له، فيبطل، فقد ذهب
 المحقق السيد الخوئي جع إلى صحة المعاملة؛ لأن مقدار ما قام عليه الدليل من بطلان
 التعليق، هو التعليق على وصف كمالي، لا على المقومات؛ وبما أن الدليل ينحصر في
 الإجماع؛ لعدم وجود الدليل اللغطي، ليتمسّك بإطلاقه، والإجماع دليل لبي، لا لسان
 له، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص ما إذا أحرز كون الوصف وصفاً
 كمالياً.

وببيان آخر: أن مقتضى إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^١ صحة كل بيع
 ونفوذه، بما فيه البيع المعلق، وخصص هذا الإطلاق بواسطة الإجماع، الدال على
 بطلان البيع المعلق، والإجماع دليل لبي منفصل، وقد حقق في الأصول أن الدليل
 المنفصل إذا كان مردداً بين الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن،

ويتمسك بالإطلاق بالنسبة إلى ما زاد عليه، فيقتصر في التخصيص على ما إذا أحرز كون المعلق عليه من الأوصاف العرضية.

ثم قال في ذيل الكلام: أنه إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة، فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير؛ لأنَّه إنْ كان التخلُّف في الواقع في المقوَّم، فيحكم ببطلان؛ لعدم وجود المبيع، وإنْ كان التخلُّف في غيره، فيحكم ببطلان؛ للتعليق.^١

[ويرد عليه]: أولاً: أن حكمه بصحة المعاملة في صدر البحث مطلقاً، ثم حكمه ببطلان على كلا التقديرتين متهافتان؛ لأن حكمه بالصحة في أول الكلام كان لأجل أن التعليق إنْ كان على المقوَّم فلا يوجب بطلان، وإنْ كان على العرضي، فلا يوجبه؛ لعدم دخوله في الإجماع، وعليه فإذا تبيَّن الخلاف، فإنْ كان فاقداً للخصوصية المقوَّمة، كانت المعاملة باطلة؛ لأنَّ المبيع غير محقَّق، وأما إذا كان فاقداً للخصوصية العرضية، فالمعاملة صحيحة، ولا وجه لبطلانها.

وإنْ قيل: بأنَّ الوجه في بطلانها أنه تبيَّن أنَّ المبيع معلق على الخصوصية العرضية والتعليق موجب للبطلان حينئذ.

فيقال: بأنه قد تقدم أن التعليق في الإنشاء مبطل وإنْ كان ذكر على وجه الاشتراط، والاشترط صحيح وإنْ ذكر على وجه التعليق، فالمعيار على ما هو الواقع من كون المذكور من المقوَّمات أو الخصوصيات، فإنْ كان من الخصوصيات فالعقد صحيح، وإنْ ذكر على نحو التعليق.

وثانياً: أنه حكم في الذيل ببطلان على التقديرتين، فنقول: بأنَّ متن الواقع لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون المتخلف ركناً، فالمعاملة باطلة، وإما أن يكون غير ركن، فهيء باطلة أيضاً بنظره، فلا يعقل صحة هذه المعاملة من أساس؛ إذ لا يوجد

غير هذين التقديرتين، وكلاهما محكوم بالبطلان.

إن قيل: إن الحكم بالصحة كان في ظرف عدم تبّين الخلاف، وهو موافق للقاعدة، وأما مع تبّين الخلاف فلا موجب للصحة.

قيل: المفروض أن المحقق الخوئي حَفَظَهُ اللَّهُ حكم بالبطلان من جهة عدم التراضي على فاقد الوصف.

مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟

قال الشيخ نهض: «الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة^١ عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد؛ حيث جعله ممتدًا بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، واحتمله في نهاية الإحکام»^٢.
هذا من جهة الأقوال، وأما البحث في الأدلة، فكلام الشيخ نهض - على تسویشه -

يقع في نقاط:

الأولى: مقتضى القاعدة.

الثانية: مقتضى الدليل الخاص.

وهاتان النقطتان ترتبان بالقول بالفور.

الثالثة: دليل القول بالتراخي.

١. تذكرة الفقهاء ١٠/٥٨.

٢. نهاية الإحکام ٢/٥٠٨، ولكن قال فيها: الأقرب أن خيار الرؤية متراخٍ...» خلافاً لما افتى به في التذكرة؛ والتحرير ٢/٢٩١.

٣. المکاسب ٥/٢٥٧.

مقتضى القاعدة عند الشيخ

أما النقطة الأولى، فقد قال الشيخ رحمه الله تعليقاً على قول القائلين بالفور: «ولم أجد لهم دليلاً صالحأ على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن». وتوضيح مراده: أن الأصل في البيع هو اللزوم، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بمقدار ما قام عليه الدليل، فإن لم يكن للدليل إطلاق اقتصر في الخروج على المقدار المتيقن، وأما ما عداه فيبقى تحت اللزوم، وفي المقام ثبت الخيار في الزمان الأول، فثبتت خروجه عن أصلية اللزوم، وأما ما عداه، فلم يثبت خروجه، فيبقى تحتها، والتاليه هي الفور.

وللتوضيح أكثر، لا بد من معرفة مبني الشيخ رحمه الله في كبرى المسألة، وأصلية اللزوم، وما المقصود منه في المقام، اللغظي أو العملي، فنقول:

إن منشأ أصل اللزوم، أصل لغظي، وأصل عملي، أما الأصل اللغظي، فالمراد به التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^١، ويتم بهذا البيان: إن موضوع بحثنا هو البيع الواقع، وهو بحسب الزمان محكوم باللزوم مستمراً؛ فإن لـ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيثيتين:

الأولى: العموم الأفرادي، بمعنى وجوب الوفاء بكل عقد، أو كل عقد لازم.

الثانية: العموم الأزمني، بمعنى أن وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقد، مستمر من حيث الزمان.

ولا إشكال في ثبوت خيار تناقض الوصف، أو الاعتقاد عند الرؤية، بالنسبة إلى البيع الذي وقعت عليه المعاملة موصوفاً بوصف، أو مع اعتقاد اشتغاله على وصف، فتباين خلافه، ومعنى ذلك تخصيص العموم الزمني لللزوم؛ فإن هذا الفرد قد خرج من تحت عموم دليل اللزوم في هذه القطعة من الزمان، فما هو الحكم بعد الزمان المقطوع؟

١. سورة المائدة / ١.

وبعبارة أخرى:

أن ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ قد ارتفعت دلالتها على اللزوم بالنسبة إلى المقدار المتيقن،
فما هو الحكم بالنسبة إلى غيره؟

مبني الشيخ ﷺ هو أن العموم الزماني على قسمين:

- ١- العموم الزماني بنحو العام الاستغراقي.
- ٢- العموم الزماني بنحو العام المجموعي.

ولا ثالث لها؛ لأن عموم الحكم في الزمان، إن كان بنحو يوجب تعدد الطاعة والعصيان، فلازمه تعدد الحكم، وهو معنى العام الاستغراقي، ومع تعدد الأحكام، فالفرد المتيقن خرج من تحت العموم يقيناً، وأما ما عداه فتنطبق عليه قاعدة التمسك بالعموم عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن لم يكن بنحو يوجب تعدد الطاعة والعصيان، فالعام مجموعي، فالحكم واحد، ومتعلقه واحد، فإذا ورد عليه التخصيص، فقد زال ذلك الحكم الواحد، ورجوعه بعد زواله يحتاج إلى دليل، فلا مرجعية للعموم حينئذ.

هذا نظر الشيخ ﷺ في البابين من حيث الكبري، وتطبيقه على ما نحن فيه لا بدّ أن يكون بهذه الصورة:

أن لزوم العقد في المقام بحسب الزمان، ليس بنحو العموم الاستغراقي؛ إذ ليس فيه وجوب وفاء لكل آن، بل له لزوم واحد، أو قل وجوب وفاء مستمر، وقد ارتفع، فلا يعود، ولا يمكن التمسك بـ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾.

فليس المراد من الأصل اللزوم، في كلام الشيخ على ﷺ - إذن - هذا الأصل اللفظي؛ لزواله قطعاً حسب مبناه.

وإنما مراده ﷺ هو الأصل العملي؛ فإنه باليبيع انتقلت الملكية من أحدهما إلى الآخر، وقام الدليل على جواز هذا الانتقال في الآن الأول، وهو القدر المتيقن، وأما

بالنسبة إلى الآن الثاني، فمحل شك، فلو فسخ البائع لشك في نفوذ الفسخ، وشك في بقاء الملكية عند المنتقل إليه، فيستصحب بقاوئها.

مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ

وأما النقطة الثانية: فالنص الخاص في المسألة، هي صحيحة جميل المقدمة، ولو خلينا والصحيحة لدلت على التراخي؛ لعدم بيان مدة الخيار، وعدم تقييده بعد الرؤية بزمان خاص، وهي حاكمة على الأصل.

ولكن بما أن الملاك في الخيار هو الضرر؛ إذ يدخل عليه الضرر لو لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، فالنص ينزل عليه، ويسقط إطلاقه، فنكون نحن وما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، وهي تدل على ثبوت الخيار في الآن الأول فقط؛ لأن اللزوم وعدم الخيار فيه يوجب الضرر، مع انتسابه إلى الشارع، وأما في الآن الثاني، فالضرر الحاصل من الحكم باللزوم، لا يتسب إلى الشارع، وإنما هو أوقع نفسه في الضرر؛ لعدم إعماله الخيار، فلا ينفي بالقاعدة، فالنتيجة هي الفور أيضاً.

دليل القول بالتراخي

وأما النقطة الثالثة، وهي دليل القول بالتراخي، فهو التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فإن دليل خيار الرؤية خصّص دليل اللزوم، فيستصحب الخيار في الآن الثاني.

ولكنه ضعيف؛ لعدم جريان الاستصحاب؛ لأن مستند الخيار هو «لا ضرر» [عند الشيخ] فلا يحرز - بعد الآن الأول - وحدة الموضوع في القضية المتيقنة والمشكوكة.

وتوسيع ذلك: أن موضوع هذا الخيار هو المتضرر غير المتمكن من رفع ضرره؛ إذ لو حكم عليه باللزوم، لكان ضرره مستنداً إلى الشارع، فلهذا ينفي بـ«لا ضرر»، وهذا الموضوع محرز في الآن الأول، وأما في الآن الثاني فقد تبدل الموضوع؛ لتمكنه من

رفع ضرره بـأعمال الخيار.

ولا أقل من احتمال تبدل الموضوع؛ لاحتمال كون الموضوع هو المتضرر الذي لا يمكنه رفع ضرره بال الخيار، فيترد أمر الخصوصية الزائلة بين كونها قياداً للموضوع وعده، فعلى تقدير كونها قياداً له، فالموضوع قد تبدل، وعلى تقدير العدم فالموضوع باقٍ، فيكون المورد شبهة موضوعية إلى «لا تنقض اليقين بالشك».

والحاصل:

أن القول بالتراخي يتوقف على جريان الاستصحاب، وهو لا يجري، إما لإحراز تبدل الموضوع، أو لعدم إحراز بقائه.

نكتة دقة في جريان الاستصحاب في المقام

وهنا نكتة دقة في كلام الشيخ رحمه الله، وهي: أن الاستصحاب محكم للدليل اللغطي، والدليل حاكم على الاستصحاب دائمًا، وبما أن الشيخ رحمه الله فيما نحن فيه قد ردَّ التمسك بأية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^١، بحسب البيان المتقدم، فموضوع الاستصحاب تام؛ لعدم الدليل الحاكم عليه.

ولكن بما أن الشيخ رحمه الله قد استند في اختياره الفورية إلى الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملكية من انتقل إليه، فلا بدّ من البحث في النسبة بينه، وبين استصحاب بقاء الخيار، وربما يقال بتقديم الثاني، فيبطل كلامه رحمه الله، والبحث فيه يبقي على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن أصلة اللزوم لو كانت الأصل اللغطي، فلا شك في حكمتها على استصحاب الخيار، ولكن بما أن الأصل العملي، فلا شك في تقديم استصحاب الخيار عليه؛ لأنَّه أصل سببي بالنسبة إلى أصلة بقاء أثر العقد؛ فإن الشك

في بقاء أثر العقد مسبب عن الشك في الخيار، فإن كان له الخيار شرعاً، لم يجرِ استصحاب أثر العقد، وإن لم يكن له الخيار جرى.

المقدمة الثانية: أن الاستصحاب يقوم مقام العلم بنفس دليل اعتباره، وعليه فاستصحاب بقاء الخيار محرز تعدي، فإذا فسخ زال أثر العقد، الذي هو موضوع أصل اللزوم.

ولهذا ذهب الشيخ رحمه الله - في مقام الإشكال على استصحاب بقاء الخيار - إلى تبدل الموضوع، وإلا لو كان موضوعه تماماً جرى وقدّم على استصحاب بقاء أثر العقد، كما أوضحتناه، ولكن لما تبدل موضوعه لم يجرِ، فلا تبقى إلا أصالة اللزوم عملاً.

هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله من التحقيق مع إيضاح متن.

التحقيق في أصل المسالة

وأما التحقيق في أصل المسألة، فينبغي أن يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في مقتضى القاعدة.

الجهة الثانية: في مقتضى الأدلة المستدل بها على خيار الرؤية.

مقتضى القاعدة

أما الجهة الأولى، فما أفاده الشيخ رحمه الله فيها من نوع؛ لأنه استند في ذلك إلى كون الحكم المستفاد من العموم الأزمني في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^١ من قبيل العام المجموعي، فيكون الحكم واحداً مستمراً، فإذا انقطع لم يُعد، فلا يمكن التمسك بالأية لإثبات الفورية.

وفيه: أن التمسك بالعام في حال الشك في التخصيص الزائد، لا يفرق فيه بين

١. سورة المائدة / ١.

العلوم الاستغرافي والمجموعي، أما الأول فيجوز التمسك به بلا إشكال عند الجميع حتى الشيخ رحمه الله.

وأما الثاني، فالعام المجموعي على قسمين:

الأول: العام المجموعي العرضي، كما لو قال: أكرم هؤلاء العشرة بنحو العام المجموعي، بحيث لا توجد إلا طاعة واحدة، وعصيان واحد، ثم ورد المخصص واستثنى واحداً منهم؛ فإنه لا يقال بسقوط الحكم عن البقية أيضاً، بينما لازم مبني الشيخ رحمه الله أن يسقط الحكم عن الجميع؛ لكونه حكماً واحداً لا يتبعض.

الثاني: العام المجموعي الطولي، كما فيما نحن فيه؛ فإن بجميع الأرمنة بنحو المجموع حكماً واحداً بوجوب الوفاء، فلما خرج منها فرد لم يسقط العام عن بقية الأفراد.

ألا يقال بأن ما ذكر في العام المجموعي العرضي والطولي مجرد دعوى.

وعليه، فالمرجع في اللزوم، بحسب القاعدة - بعد الآن الأول الذي ثبت فيه الخيار - هو آية الوفاء، لا استصحاب بقاء أثر العقد، فيرتفع استصحاب حكم المخصص بالآية، بلا حاجة إلى الإشكال عليه بتبدل موضوعه.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى القاعدة عندنا، وعند الشيخ رحمه الله فورية الخيار، إلا أن المستند على حسب مبنانا هي آية **﴿أوفوا بِالْعُهُود﴾**، وعلى حسب مبني الشيخ رحمه الله الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء أثر العقد، ومع رفع إشكال الشيخ رحمه الله، والتمسك بالآية لا يبقى مجال للتمسك بالأصل [العملي].

مقتضى الأدلة الخاصة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى الأدلة التي استدل بها الفقهاء لخيار الرؤية،

فهي وجوه:

الوجه الأول: قاعدة لا ضرر التي استند إليها عدّة من الفقهاء، و نتيجتها الفورية، إلا أن وجهه يحتاج إلى توضيح، وبيان مقدمة مسلمة وهي: أن جريان «لا ضرر» و حكمتها على الأدلة الأولية يتوقف على إحراز الضرر، وعلى استناده إلى الشارع.

فإذا اتضح هذا، يتضح جريانها في الآن الأول؛ لأن الحكم باللزوم فيه ضروري بلا إشكال، ومستند إلى الشارع أيضاً، فيرفع بها، ويف适用 بالخيار، وأما في الآن الثاني، فإن لم يكن استناد الضرر إلى الشارع محرز العدم، فهو غير محرز؛ لأنه تمكّن من دفع الضرر بإعمال الخيار، ولم يعمّله فالضرر المتوجّه له من لزوم المعاملة مستند إليه، لا إلى الشارع.

ولا أقل أنه لم يحرز استناده إلى الشارع، ومع عدم إحرازه، لا يمكن التمسك بها؛ لعدم انعقاد الإطلاق فيها.
فالنتيجة: فورية الخيار.

الإشكال في هذا الوجه
ولكن المبني مخدوش؛ لأن خيار الرؤية لا يدور مدار الضرر؛ فإن المشتري لو اشتري عيناً غائبة باعتقاد أنها متصفّة بأوصاف معينة، فتبيّن الخلاف بعد رؤيتها، كان له الخيار عند الفقهاء ولو لم يكن متضرراً.

الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي
بمعنى أن ارتكازهم قائم على جعل الخيار لمن اشتري شيئاً بوصفه، ثم تبيّن خلافه، و نتيجته الفورية أيضاً؛ لأن الارتكازات العقلائية من جملة الأمور الليبية، التي لا لسان لها، حتى يتمسّك بإطلاقها، فيؤخذ منها بالقدر المتيقن، وهو ثبوت الخيار له في الآن الأول فقط، بنحو الفورية العرفية، وأما ما زاد عليها، فالمرجع أصالة اللزوم.

الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة
وهي إن ثبت فيها الإطلاق دلت على التراخي، وإلا فعل الفور، وفيها نظران:

مفادها عند الشيخ
الأول: ما أفاده الشيخ عليه السلام، من أنها إنما ثبتت جعل الخيار بملك الضرر، كما أشار إليه بقوله في المقام: «مع أن صحيحة جميل - المتقدمة في صدر المسألة - مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفوريّة وإن كان خلاف التحقيق، كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص»^١.
وبناء على هذا، فمدلول الرواية ما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، فتدل على كون الخيار على الفور.

المناقشة في ما أفاده الشيخ
ولكن ما أفاده عليه السلام غير تام؛ لعدم تعرّض الصريحة إلى الضرر سؤالاً وجواباً؛
فإن تمام الموضوع في السؤال هو: «سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل اشتري ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟»^٢

وتمام الموضوع في الجواب هو: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعه وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»^٢
فليس فيها للضرر عين ولا أثر، فهي تثبت الخيار، حصل ضرر أو لم يحصل.

مفاد الرواية عند المحقق السيد الخوئي
الثاني: ما أفاده المحقق السيد الخوئي عليه السلام، من أن الخيار إذا أضيف إلى شيء فلا

١. المكاسب ٤/٥٢٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨/٢٨، ح ١، الباب ١٥ من أبواب الخيار.

يخلو - بحسب الاستقراء - من أقسام ثلاثة، وإن كانت الأقسام أكثر بحسب التقسيم العقلي، وهي:

١- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى متعلقه، كإضافة الخيار إلى الحيوان؛ فإن الحيوان هو المبيع الذي تعلق به الخيار.

٢- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى سبيه، كما في خيار الغبن؛ فإن الخيار مسبب عنه، ولا يبعد كون خيار العيب من هذا القبيل.

٣- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى ظرفه، ك الخيار المجلس؛ فإن المجلس ليس بسبب للخيار ولا متعلق له، بل هو ظرف له، وهو واقع فيه.

والإضافة فيها نحن فيه ليست من القسم الأول بلا شبهة؛ فإن الرؤية ليست متعلقة للخيار، فليس حالها حال الحيوان، فيدور أمرها بين القسم الثاني والثالث، والفرق بينهما أنه إذا كانت الإضافة بنحو السبيبة فمفاد الرواية تراخي الخيار؛ لأن المسبب - بعد تحقق السبب - غير مقيد بزمان، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي، وإذا كانت بنحو الظرفية فمفادها الفورية؛ لأن مقتضها أن الخيار حال الرؤية وفي ظرفها، وأما بقاوته بعدها فلا أقل من الشك وحصول الإجمال، فيكون المرجع حينئذ عموم **﴿أَوْفُوا بِمَا عَهْدُوا﴾** ١.

ولكن قام الدليل على أن المراد هي الظرفية دون السبيبة؛ لأن تقييد الخيار بالرؤية - في حال أريد كونها سبباً للخيار - لغو محض؛ لأن السؤال في الرواية كان عن الرجل الذي اشتري الأرض من دون أن يراها كلها، فلما رأها بعد الشراء استقال صاحبه فلم يقله، فأجابه الإمام البيهقي: بأنه لو «نظر إلى تسعه وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»، فلو كانت الرؤية سبباً لاكتفى

بقوله كان له الخيار، ولا حاجة للتقييد بالرؤوية؛ فإن السائل سأله عن حكم المسألة بعد الرؤوية، ومقتضى الحال حينئذ أن يقال: له الخيار؛ إذ بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤية، فإن ذلك مثل أن يقال: إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، وال الصحيح أن يقال: فيجب الصوم. وبما أن حمل الرؤية على السببية يلزم منه لغوية التقييد، فيتعين الحمل على الظرفية، والت نتيجة حينئذ الحكم بفورية الخيار.^١

الإشكال فيما أفاده المحقق الخوئي
وفيما أفاده عليه السلام تأمل وإشكال:

أولاً: ما نقض به من مثال الصوم في شهر رمضان، والحكم بعدم صحته أول الكلام، بل غير تام؛ فإن الآية الشريفة تقول: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْءَانُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبِيَنَتِ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهَرَ فَلِيَصُمُّهُ﴾^٢، ولم تقل: فليصم، فهي بقعة فليصم شهر رمضان، إلا أنه استبدل الظاهر بالضمير. وثانياً: أن تعلق الصوم بالشهر في الآية بعد فرضية دخول الشهر دليل على جوازه مع أن دخول الشهر سبب للصوم، وفيما نحن فيه أمكن تقييد الخيار بالرؤوية مع كون الرؤية سبباً له.

فالكتاب والسنّة شاهدان على صحة هذا الاستعمال، مضافاً إلى صحة الاطلاق عرفاً، وعدم وجود المحذور فيه عندهم، فالرؤوية لها دخل في الخيار.

الصحيح في مفad الرواية
إن منشأ ثبوت هذا الخيار وعلة تحققه في مثل هذه الموارد، حسب المركبات

١. مصباح الفقاهة /٧٧١-٧٧٢ .

٢. سورة البقرة /١٨٥ .

العرفية والعقلائية، هو تخلّف الوصف، وحمل سببه على غير ذلك يحتاج إلى تعّبّد خاص، وحيثية الرؤية حيّة كاشفة، ولا موضوعية لها؛ فإن المشتري اشتري المتاع بوصف معين، فلما رأه على خلاف الوصف كان له الخيار؛ لتخلّفه عن الوصف المنكشف بالرؤى، فوزان هذه القضية وزان من اشتري المتاع ثم رأه فبان معيباً؛ فإن له خيار العيب.

ومن التعبير المتقدم بضم المترکز العقلائي نستفيد أن منشأ الخيار هو تخلّف الوصف، ولما رأه على خلاف ما وصف حكم له بالخيار.

ولو قلنا بأن الرؤية ظرف ثبوت الخيار للزم القول بعدم ثبوت الخيار قبلها ولو تخلّف وصف المبيع، ولو جب الالتزام بلزوم المعاملة فيما لو اشتري العين بوصف ثم مات قبل الرؤية، وكانت العين فاقدة للوصف الأول؛ لأن الفرض حيثُد أن الرؤية ليست سبباً ولا كاشفاً عنه، وإنما من هي مجرد ظرف للخيار.

والحاصل: أنه لا يمكن الالتزام بالتعّبّد المحسّن في نفس الرؤية، لا من نظر عقلائي وعرفي، ولا من نظر فقهي، فلا يقال بأن الرؤية - من حيث إنها رؤية، لا من حيث إنها كاشفة عن التخلّف - تمام موضوع الخيار.

الحق في المسألة: - بعد ضم الارتكاز إلى ظهور النص - استظهار سببية تخلّف الوصف لهذا الخيار، والرؤى كاشفة عنه، وطريق إليه، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي.

وهذا اختار نفسه ^{عليه} في المنهاج القول به، فقال: «المشهور أن هذا الخيار على الفور، ولكن الأقرب عدمه»^١؛ لأن مستنده في خيار الرؤية النص، لا قاعدة نفي الضرر، ولا الإجماع، وإنما اختار في بحثه القول بالفور استناداً إلى كون علاقة إضافة

١. منهاج الصالحين، ٢/٣٨، المسألة ١٤٨، للسيد الخوئي.

الخيار للرؤية علاقة الظرفية.

خلاصة البحث

وملخص البحث: أنه إذا كان مستند خيار الرؤية قاعدة «لا ضرر»، أو الارتكاز العقلائي فالخيار على الفور بلا إشكال.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة الظرفية فالخيار على الفور أيضاً.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة المسبب إلى السبب، من حيث إن الرؤية طريق إلى تخلف الوصف، والتخلف هو السبب فالخيار على التراخي، وهذا هو الحق.

مسقطات خيار الرؤية

المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً

على ما ذكره الشيخ رحمه الله في أول المسقطات، ولكنه صحيح على مبناه، من القول بالفورية في الخيار، وأما على ما اخترناه من التراخي، فلا يتمّ.

المسقط الثاني: الإسقاط

والبحث فيه من جهات؛ حيث إن الإسقاط تارة يكون بالقول، وأخرى بالفعل، وكل منها تارة بعد الرؤية، وأخرى قبلها، وعلى الثاني، تارة نقول بظرفية الرؤية، وأخرى بكاففيتها، فهاهنا جهات:

الإسقاط بعد الرؤية

أما بعد الرؤية فإسقاط الخيار بالقول، أو بالفعل، وهو التصرف الكاشف عن الرضا بالمعاملة صحيح بلا إشكال؛ لوجود المقتضي وعدم المانع؛ فإن خيار الرؤية حق، لا حكم، وهو بعد الرؤية فعلي بفعالية سببه وشرطه، ولكل ذي حق إسقاط حقه، وبما أن الإسقاط إيقاع، فإنشاء هذا الأمر الإيقاعي كما يتم بالقول يتم بالفعل.

الإسقاط قبل الرؤية

وأما قبل الرؤية، فإن قلنا بأنها كاشفة عن تحقق الخيار، لا سببية فيها، ولا

شرطية، فلا إشكال أيضاً في الإسقاط؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية
وإن لم نقل بأنها كاشفة، فالإسقاط محل إشكال؛ وتصويره بຕربيعين:

التجريب الأول للإشكال ودفعه
أنه يلزم منه تخلف المنشأ عن الإنسـاء؛ لعدم وجود الحق بالفعل حتى يتسبب
الإنسـاء في سقوطـه، فالإنسـاء قد حصل فعلاً، ولم يحصل المنشأ؛ إذ لا يثبت اختيارـ إلا
بعد تحققـ الرؤـية.

ويمكن دفعـه بهذاـ البيان:

أنـنا تارة نقول:

بأنـ النسبةـ بينـ الإنسـاءـ والمـنشأـ نـسبةـ السـبـبيةـ وـالـمـسـبـبيةـ،ـ كماـ هوـ المـعـرـوفـ منـ أنـ
الـصـيـغـ الـإـنـسـائـيـ مـوـجـدـ لـلـمـعـانـيـ الـمـنـشـأـ،ـ كـإـيجـادـ الـبـيـعـ مـثـلاـ بـصـيـغـةـ (ـبـعـتـ)،ـ وـالـنـكـاحـ
بـصـيـغـةـ (ـأـنـكـحـتـ)،ـ وـهـكـذـاـ...ـ،ـ فـيـكـونـ لـبـ الـإـشـكـالـ تـخـلـفـ الـمـسـبـبـ عنـ السـبـبـ.

والـجـوابـ:ـ أـنـ قـاعـدـةـ اـسـتـحـالـةـ تـخـلـفـ الـمـسـبـبـ عنـ السـبـبـ إـنـاـ هـيـ فـيـ الـأـسـبـابـ
الـتـكـوـيـنـيـةـ،ـ وـأـمـاـ الـأـسـبـابـ الـجـعـلـيـةـ الـاعـتـبـارـيـةـ فـهـيـ تـدـورـ مـدـارـ الـعـتـبـرـ،ـ فـيـمـكـنـ لـهـ أـنـ يـعـتـبرـ
شـيـئـاـ سـبـيـاـ لـأـمـرـ اـعـتـبـارـيـ اـسـتـقـبـالـيـ،ـ بـحـيـثـ يـوـجـدـ الـسـبـبـ الـاعـتـبـارـيـ مـنـ الـآنـ،ـ وـلـاـ يـوـجـدـ
الـمـسـبـبـ الـاعـتـبـارـيـ فـيـ وـعـاءـ الـاعـتـبـارـ إـلـاـ فـيـ الـمـسـتـقـبـلـ،ـ وـسـبـبـيـةـ الـصـيـغـ الـإـنـسـائـيـ لـلـمـعـانـيـ
الـمـنـشـأـ اـعـتـبـارـيـ،ـ اـعـتـبـرـهـاـ الـعـقـلـاءـ،ـ إـذـ هـمـ مـنـ اـعـتـبـرـ أـنـ الـصـيـغـ الـإـنـسـائـيـ أـسـبـابـ لـتـلـكـ
الـمـعـانـيـ الـاعـتـبـارـيـةـ،ـ فـيـنـدـفـعـ الـإـشـكـالـ بـهـذـاـ التـجـربـ.

وتـارـةـ أـخـرىـ نـفـيـ السـبـبـيـةـ بـيـنـ الـإـنـسـاءـ وـالـمـنـشـأـ مـنـ أـصـلـ،ـ وـنـقـولـ بـالـاعـتـبـارـ المـبـرـزـ
[ـفـيـ تـعـرـيفـ الـإـنـسـاءـ]ـ،ـ فـلـاـ سـبـبـيـةـ فـيـ الـبـيـنـ حـتـىـ يـقـالـ بـتـخـلـفـ الـمـسـبـبـ عنـ السـبـبـ،ـ وـتـعلـقـ
الـاعـتـبـارـ بـأـمـرـ اـسـتـقـبـالـيـ أـمـرـ مـمـكـنـ.

التقريب الثاني للإشكال ودفعه
أن جعل الإسقاط فعلياً، والسقوط معلقاً على الرؤية مستلزم للتعليق المبطل
بالإجماع.

والجواب عنه: - بعد فرض ثبوت عدم كون الإجماع مدركيًّا مستندًا للوجه المقدم، بل كان تعدياً - فبما أنه دليل لبّي يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالمتيقن منه صورة ما لو لم يوجد سبب المنشأ ولا شرطه، وأما مع وجود السبب دون الشرط، فلم يحرز ثبوت الإجماع.

وعليه، فإن كان الإسقاط قبل تحقق العقد، فالإسقاط باطل؛ لكونه قبل تحقق السبب والشرط، وهو القدر المتيقن مما قام عليه الإجماع، وأما إذا كان بعد تحقق العقد وإن لم يحصل الشرط - وهو الرؤية - فلم يثبت قيام الإجماع على بطلانه حينئذٍ.

الصحيح في الإشكال
هذا، ولكن الصحيح في الإشكال هو عدم إمكان الإسقاط قبل الثبوت عقلاً؛
وذلك:

لأننا إن قلنا بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسميه، كنسبة الإيجاد للوجود، فالإسقاط عين السقوط، والاختلاف بينهما اعتباري؛ فإنه إذا أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن لم يصف إليه كان سقوطاً، فلا يعقل تحقق الإسقاط فعلاً، وعدم حصول السقوط إلا بعد الرؤية مستقبلاً، كما لا يعقل تحقق الإيجاد فعلاً، والوجود غداً؛ فإنها من وادٍ واحد.

وإن قيل:
 بأن المراد من الإسقاط هو أنه يعتبر قبل الرؤية ثبوت حق الخيار بعد الرؤية، فالنسبة بينهما لا تكون نسبة المصدر لاسميه، بل ترجع إلى نسبة الإنسان إلى المنشأ المقدم بحثه، ولكن الجواب السابق غير وافٍ بحل الإشكال حتى على هذا التقدير؛ لأن

السقوط يتوقف على الثبوت، فلا يعقل تحققه من دونه، فلا بدّ من فرض الثبوت أولاً، وبعد ذلك يسقط ما ثبت، ومن هذه الناحية اختلف هذا الإيقاع عن سائر الإيقاعات؛ فلا محذور عقلياً في أن ينشيء من الآن عتق العبد في السنة القادمة، وكذلك في سائر الأمور الاعتبارية، فينشيء من الآن الزوجية غداً، ولكن إنشاء الإسقاط قبل الثبوت أمر غير معقول؛ لتوقف السقوط على الثبوت مفهوماً.

عدم وفاء، كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال
وما ذكره الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنِ الْكُفَّارِ وأخرون - من الاقتصر في الجواب على أن الإسقاط إن كان قبل تحقق السبب - وهو العقد - فلا يمكن السقوط، وأما إذا كان بعد تحقق السبب فممكن وإن لم يتحقق الشرط، وهي الرؤية^١ - فلا يدفع الإشكال.

جواب المحقق الرشتي

وقد سلك المحقق الرشتي حَفَظَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنِ الْكُفَّارِ طريقاً آخر للجواب، وحاصله: أنه بعد تحقق السبب وهو العقد، وقبل تحقق الشرط التي هي الرؤية وإن لم يثبت له حق الخيار، ولكن ثبت له استحقاق ثبوت الحق، فيكفي ذلك في صحة الإسقاط، ويرجع ذلك إلى إسقاط حق الاستحقاق، لا إسقاط نفس الخيار.^٢

المناقشة في جواب المحقق الرشتي

وما أفاده تام لو كان ما دلت عليه الأدلة ثبوت الحق بالعقد، ولكن ما^٣ دلت عليه ثبوت الحكم، وبين الحكم والحق فرق كما هو واضح.
وبيان ذلك: أن العقد وقع على العين الغائبة الموصوفة، فيكون العقد موضوعاً

١. قال الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنِ الْكُفَّارِ في المكاسب ٢٥٨/٥، السطر الأخير: «ولو جعلت الرؤية شرطاً سبباًً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب، وهو العقد. ولا يخلو من قوة».

٢. فقه الإمامية، الخيارات، ٥٩٤/٢.

٣. موصولة.

لثبوت حق الخيار فيما لو حصلت الرؤية وبيان تخلف الوصف، فنسبة العقد إلى ثبوت الخيار بعد الرؤية نسبة الموضوع، ومعنى ذلك أن العقد مصحح لموضوع الخيار بعد الرؤية، فالعقد لا يوجد الحق، وإنما المنشأ للحق - بحسب النص - هي رؤية العين على خلاف الوصف، واستحقاق الحق يحتاج إلى دليل.

وببيان آخر: إن الحق على جميع المبني نحو اعتبار قابل للإسقاط والميراث؛ لأن «ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه»، و«لكل ذي حق إسقاط حقه»، والحق على المسلك المحقق، وما أفاده عمدة الفقهاء هو سلطنة خاصة، وذلك جارٍ في جميع موارد ثبوت الحق، كحق التحجج، والسبق، وحق الشفعة، وحق الخيار، والعقدُ الحاصلُ لا يُوجِدُ الحقَّ، وإنما هو موضوع لحكم الشارع بثبوت الخيار، فلا يفي ما ذكر لرفع الإشكال.

جواب المحقق الخراساني ومناقشته

وأجاب المحقق الخراساني رحمه الله عن الإشكال بقوله: «يمكن أن يقال بجواز الإسقاط، ولو بناء على كون الرؤية سبباً، بأن يكون إسقاطاً لما ثبت بعد الرؤية، ليثبت، فيسقط، لأن يكون إسقاطاً فعلاً، كي يكون إسقاطاً لما لم يثبت»^١.
 فأولاً: يتحقق ثبوت الحق، ويتفرع عليه السقوط بالإنشاء السابق، فلم يحصل الإسقاط فعلاً حتى يقال بعد عدم وجود الحق حينه ليسقط، ولا يلزم السقوط بدون الثبوت في ظرفه، أي بعد تحقق الرؤية، حتى يشكل بأن لازمه السقوط بدون الثبوت.
 ويرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول: أن ثبوت أي حق بدون استثناء يحتاج إلى دليل، وبما أن الحق من الاعتبارات الشرعية فيحتاج إلى جعل شرعي، والدليل على مثل هذا الثبوت،

١. حاشية الآخوند على المكاسب / ٢٠٧.

بحيث يثبت فيسقط لا يخرج عن وجهين:

الأول: سيرة العقلاء القائمة على ذلك، المتصلة بزمن المعموم اللليل بدون أن يردها.

ومن المقطوع به عدم وجود سيرة عقلائية قائمة على مثل هذا الحق، أي الحق الذي يتحقق ولا يترتب عليه إلا العدم والسقوط، وغاية ما قامت عليه السيرة هو إسقاط الحق الموجدة بالفعل.

الثاني: النصوص.

ولكن لا يوجد أي نص يدل في مورد الإسقاط قبل التتحقق على أن الحق يثبت، وبعد ثبوته يسقط.

الإشكال الثاني: أن كل أمر اعتباري، فاعتباره إنما يكون بلحاظ الأثر الذي يترتب عليه، وأما اعتبار العنوان الذي تكون نتيجة وجوده العدم، كالحق الذي نتيجة ثبوته السقوط، فهو لغو.

وأما الموارد التي وردت في الفقه، فيما أن الدليل قام عليها التزمنا باعتبار الشيء آناً ما، واعتبار ذلك المعتبر في مثل هذه الموارد إنما كان بلحاظ الأثر لذلك العنوان، فلتلزم مثلاً في شراء العمودين بتحقق الملكية آناً ما، والأثر المترتب عليه الانعتاق وإن كان لازمه العدم، ولكن الأثر المترتب هو العتق.

والحاصل: أن هذا النحو من الشبوت إنما كان ببركة قيام الدليل، وهو ضم قاعدتين مسلمتين بالإجماع الضروري، بل التسالم، وقيام النص، أولاًهما: «لا عتق إلا في ملك»، والأخرى: عدم ملكية الإنسان لعموديه، ولهذين الدليلين التزمنا بالملكية الآنية، وفي مثل ما نحن فيه لا يوجد مثل هذا الدليل للتلزم بالحق آناً ما، وأيضاً يفترق الحق عن مسألة الملكية الآنية؛ فإنه لا أثر لوجود الحق إلا عدمه، كما لا أثر لثبوته إلا سقوطه، وأما في مسألة الملكية الآنية فله أثر وهو العتق.

فلا يفي جواب الآخوند بحل الإشكال، ولا طريق لحله.

وأما التثبت بالعرف فلا طائل تحته؛ فإن مرجعية العرف منحصرة في أمرين:

الأول: في تعين مفاهيم الألفاظ.

الثاني: في مناسبة الأحكام للموضوعات، مثلاً عندما يُسأل عن حكم ملاقة البول للثوب، فيأتي الجواب: طهره بالماء؛ فإن الثوب وإن كان هو موضوع الحكم في السؤال، ولكن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عدم الخصوصية لمورد السؤال، وأن التأثير والتأثير بالتجسس عام.

وأما في ما عدّاهما فليس بمرجع، والرجوع إلى العرف لا يجعل غير العقول معقولاً.

نعم، هنا رواية يمكن أن يتمسّك بها في المقام، وهي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سأله عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكتابة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن تُعينِي في مكتابتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطتها في مكتابتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار المسلمين عند شروطهم».^١

فإنه يمكن أن يقال: بأن الشرط كان قبل أن يثبت لها الخيار؛ فإن الخيار لا يثبت لها إلا بعد أداء مال الكتابة.

ولكنه غير تام؛ فإن متعلق الشرط في الرواية هو عدم ثبوت الخيار لها^٢، لا

١. وسائل الشيعة ٢٣/٢٣، ح ١، الباب ١١ من أبواب المكتابة.

٢. ثبوت الخيار أو عدمه من الأحكام الشرعية وليس من الحقوق حتى يكونا تحت اختيار المرأة فهذه الصحيحة تدل على سقوط خياره قبل ثبوته بالشرط وهي نص في المقام يرفع بها الظلام فيما ذكره صاحب الجوهر وقواه الشيخ الأعظم في المكاسب ٥/٢٩٥ تام عندنا.

سقوطه، وبين الأمرين فرق كبير، ومحل بحثنا الثاني، لا الأول. وبعد استقصاء جميع أنظار الأعظم، كالشيخ والمحقق الرشتي والمحقق الخراساني قدس الله أسرارهم والمناقشة فيما أفادوه يظهر عدم وجود الحل لهذا الإشكال، وصاحب الجوهر^١ وأمثاله أرسلوا المسألة إرسال المسلمين - ولو أنه نقل عن التذكرة^٢ مخالفة العلامة للقول بإسقاط خيار الرؤية قبل تحقّقها - فإن ثبت الإجماع التعبدى على إسقاط هذا الحق وأمثاله في ظرف الثبوت تعبدنا به، وإنما فمن ناحية صناعية لا يوجد حل للإشكال.

بقي بحث: في شرط سقوط الخيار وأوجه المذكورة فيه ذكر الشيخ رحمه الله^٣ في شرط سقوط الخيار ثلاثة أوجه:
الأول: أنه إذا شرط في ضمن العقد سقوط الخيار، فالشرط فاسد ولكن العقد صحيح.^٤
الثاني: الشرط والعقد صحيحان.^٥
الثالث: الشرط والعقد فاسدان.^٦

١. الجوهر ١٧٩ / ٢٤ (٩٥ / ٢٣).

٢. تذكرة الفقهاء ١٠ / ١١؛ ٥٩ / ١٥٣؛ وتبعه الشهيد في الدروس ٣ / ٢٧٦؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ / ٣٠٣؛ والشهيد الثاني في المسالك ٣ / ٢٢١.

٣. المكاسب ٥ / ٢٥٩.

٤. لم أجده قائله هنا نعم قال به جماعة في مبحث الشرط الفاسد منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ١ / ٤٧٤.

٥. قال به العلامة في نهاية الأحكام ٢ / ٥٠٧؛ والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣ / ٧٢.

٦. قال به العلامة في التذكرة ١٠ / ٥٩؛ والشهيد في الدروس ٣ / ٢٧٦؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ / ٣٠٣؛ والفاضل التراقي في المستند ١٤ / ٤٠٨؛ والشيخ الأعظم في المكاسب ٥ / ٢٦١.

الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله

أما الأول فالوجه فيه ينحصر في أن متعلق الشرط في شرط السقوط سقوط ما لم يجب، وإسقاط ما لم يجب فاسد بالإجماع، فالشرط فاسد، وسيأتي في مباحث الشرط: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، ونتيجة انتظام هاتين أن الشرط فاسد، والعقد صحيح.

الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله

وأما الثاني فالوجه فيه أن شرط سقوط الخيار متفرع على ثبوته، وثبتت الخيار في العقد متفرع على صحة العقد؛ فإن شرط سقوط الخيار في العقد الفاسد غير معقول؛ وبما أن المعلول لا يمكن أن يوجب زوال علته، فالشرط لا يمكن أن يوجب فساد العقد، فالعقد محكم بالصحة إذن.

وأما صحة الشرط؛ فلأن وجه الفساد ينحصر في كونه من إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم أن مستند ذلك بالإجماع، وبما أن القدر المتيقن من الإجماع هو خصوص صورة عدم تحقق السبب والشرط، والسبب فيما نحن فيه هو العقد، وهو متحقق، ولكن الشرط - وهي الرؤية - هي المفقودة، فالإسقاط مع وجود المقتضي خارج عن مورد الإجماع، فلا موجب للحكم بفساده، فيكون الشرط - كالعقد - صحيحاً.

الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله

وأما الثالث، وهو مختار الشيخ ^{رحمه الله} وجامعة من المحققين فذكرت له وجوه:
الأول: أن شرط سقوط الخيار فاسد؛ لأنه إسقاط ما لم يجب، والشرط الفاسد مفسد للعقد، فيفسد كلاهما.

وفيه: أولاً: أنا قد أثبتنا سابقاً عدم المحذور في إسقاط الخيار قبل تتحققه، لا

عقلاً ولا شرعاً، فليس الشرط فاسداً.
وثانياً: أنه سيأتي إن شاء الله تعالى في بحث الشروط عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

دليل المحقق الثاني ومناقشته
الثاني: ما أفاده المحقق الثاني حبله، من لروم الغرر عندما يشترط السقوط؛ لأن الغرر يرتفع إما بالرؤبة، أو بالوصف الذي يقوم مقامه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، فيكون البيع غررياً، وقد نهى النبي صلوات الله عليه عن بيع الغرر.^١

وفيه: أنه وإن كان له وجه فني إلا أنه يمكن المناقشة فيه: بأن حكم البدل لا يتجاوز حكم المبدل، ولا يكون البدل أقوى من المبدل، ولو تمت الرؤبة - التي هي المبدل - ثم اشترط سقوط الخيار في المعاملة لم يكن الشرط مضرأً بالمعاملة، ولم يوجب الغرر، فشرط ذلك في البدل بالأولوية القطعية، فلا ينهض هذا الوجه للاستدلال.

الدليل المعتمد عند الشيخ

الثالث: ما اعتمدته الشيخ حبله، ويقرب بتقريرين:

ال Tuckerib الأول: أن التحقيق وإن كان عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، إلا أنه في هذا المقام مفسد له؛ لخصوصية تقتضي ذلك؛ لأن معنى أن يبيع العين الغائبة بشرط الخيار في صورة تخلف الوصف هو أن البائع ملتزم بوجود الوصف في العين، ومعنى ذلك عدم الإطلاق في المعاملة، بل تقييدت بهذه الأوصاف، والتقييد - بمقتضى القسمة العقلية - إما أن يرجع إلى البيع أو إلى المبيع، ورجوع التقييد إلى البيع غير

١. عوالي الباقي / ٢٤٨ / ٢

٢. جامع المقاصد / ٤ / ٣٠٣

صحيح؛ لأنَّه يلزم التعليق المبطل، ومع انتفاء رجوعه إلى البيع يتعيَّن رجوعه إلى المبيع بالضرورة؛ لبطلان الإطلاق، وبطلان تقييد البيع، فيتتعيَّن تقييد المبيع.

إذا كان معنى اشتراط الوصف تقييد المبيع به، فلو اشترط سقوط الخيار حينئذٍ - الذي معناه أن يلتزم بالبيع سواءً أكان المبيع واجداً للوصف أم فاقداً له - للزم الجمع بين المتنافيين، أي بين تقييد المبيع بالوصف، الذي هو نتيجة اشتراط الوصف، وبين إطلاق المبيع من ناحيته، الذي هو نتيجة شرط سقوط الخيار، وهو فاسد بحكم العقل، فيكون وجود هذا الشرط في المبيع المقيد بالوصف موجباً لفساد نفس البيع.

التقريب الثاني: أنه يشرط أن يخرج بيع العين الغائبة عن الغرر، وبها أن الفرض

عدم رؤيتها، فلا يخرج له عن الغرر إلا اشتراط الوصف، بحيث يلتزم البائع بوجوده فيها، فإذا اشترط سقوط الخيار فمعناه عدم الالتزام بوجوده، فيلزم الغرر، فيكون شرط السقوط فيها نحن فيه فاسداً ومسداً؛ لأنَّ مدلول شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بالوصف، ومع عدم التزامه به يكون البيع غررياً بالضرورة.

دفع إشكال

لا يقال: إذا كان كما تقولون فيلزم أن يكون اشتراط البراءة من العيوب في المبيع موجباً للغرر أيضاً، فيكون فاسداً.

فإنه يقال أولاً: «وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأنَّ نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيها على أصالة الصحة، لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها^١، بخلاف الصفات فيها نحن فيه؛ فإنَّ البائع يتعهد لوجودها في المبيع، والمشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على

١. العيوب.

المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك. نعم، لو شاهده المشتري واحتراه معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البراءة من العيوب....

والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمارة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك^١.

وثانياً: أن الفارق بين الموردين هو النص والإجماع؛ فإن مقتضى الأصل والقاعدة فيها البطلان، إلا أنه في اشتراط البراءة من العيوب قلنا بالصحة للنص والإجماع عليها، فخصصنا قاعدة البطلان، وأما فيها نحن فيه من شرط سقوط الخيار فلم يقم إجماع ولم يرد نص، فمقتضى القاعدة الحكم بالفساد والإفساد.^٢

جواب المحقق الخراساني عن إشكال الشيخ وأجاب المحقق الخراساني رحمه الله عن إشكال المنافاة للشيخ رحمه الله: بأن المنافاة المذكورة إنما تتم فيها لو كان اشتراط الخيار علةً تامة، دون ما لو كان مقتضياً له، والحال أن الشرط هنا يصحّّ المقتضي للخيار ليس إلا، وشرط السقوط وإن كان يمنعه من التأثير فيها يقتضيه، إلا أنه لا ينافي، بل ربما يؤيّده؛ حيث التزم باقتضائه، وصار بصدق إبداء المانع عن التأثير فعلاً فيه.^٣

وحاصل كلامه رحمه الله: أنه عندما يبيع العين الغائبة، ويشرط لنفسه الخيار في حال

١. المكاسب / ٥ و ٢٦٢ .٢٦٢

٢. راجع المكاسب / ٥ (٢٥٩-٢٦٢).

٣. حاشية المحقق الخراساني على المكاسب / ٢٠٨ .

فقدّها للأوصاف يكون له الخيار لو لا شرط السقوط، وشرط السقوط مانع من تأثير المقتضي، فلا منافاة بينهما.

دفع جواب المحقق الخراساني

وهو منوع؛ لأن المراد من الشرط رفع الغرر عن المعاملة؛ لأن بيع العين بدون رؤيتها، وبدون اشتراط الأوصاف فيها غرري، فيما أن الرؤية غير حاصلة حسب الفرض، فالرافع للغرر هو الشرط، ورفعه^١ لا يتمّ بإيجاد المقتضي للخيار، المتبّل بالمانع؛ فإن شرط سقوط الخيار يمنع من وصول الخيار - الذي وجد مقتضيه - إلى حد الفعلية، فيلزم من ذلك بيع العين من دون رؤية، ومن دون شرط الخيار، فتكون غررية قطعاً.

وحاصل الكلام: أنه بالشرط يرفع الغرر، فإذا كان المقتضي متبّل بمانع فالخيار متّفٍ على كل حال، إلا أنه تارة يتّفّي لعدم وجود المقتضي، وأخرى لوجود المانع للمقتضي الموجود، فتكون المعاملة مع شرط سقوط الخيار غررية، فلا يرتفع إشكال الشيخ عليه السلام بهذا الجواب.

الإيراد على الشيخ

وقد أورد على الشيخ عليه السلام: بأن للشيخ عليه السلام تقريرين، أحدهما: أنه عندما يبيع بهذا الشرط فهو يتّزم بوجود الأوصاف، وعندما يشترط سقوط الخيار، فهو لا يتّزم بوجودها، وهو جمع بين المتنافيين؛ وذلك لأن التقييد إما في البيع، وأما في المبيع، وبما أن الأول باطل؛ لاستلزمـه التعليق فيتعين الثاني، والإشكال في ما أفاده:

أولاً: أن الإلتزام لا بدّ أن يتعلّق بأمر اختياري للملتزم، فلا يكون متعلّق الإلتزام إلا أفعال الشخص نفسه؛ فإنها الواقعة تحت اختياره وإرادته، وأما أوصاف

الأعيان فهي أمور خارجية غير قابلة للتعهد والالتزام، فمن الغلط أن يلتزم الشخص بأن يبيع العبد الكاتب؛ لأن كتابة العبد إما أن تكون موجودة بالفعل أو غير موجودة، وعلى كلا التقديرتين لا تكون قابلة للتعهد والالتزام، أي إن كانت موجودة فلا تقبل التعهد والالتزام بوجودها، وإن كانت غير موجودة فأيضاً لا تقبل التعهد والالتزام، فقول الشيخ رحمه الله بأن الالتزام بالأوصاف يرفع الغرر غير تام؛ لأن الأوصاف غير قابلة للالتزام؛ لكونها خارجة عن الاختيار.

وثانياً: أن التقييد الحاصل من بيع العين بشرط الوصف، كما أنه لا يصح أن يرجع إلى تقييد البيع؛ لاستلزم المطالع، فكذلك لا يصح رجوعه إلى المبيع؛ لأن المبيع عين شخصية، فهي جزئي لا يقبل التقييد، فلا يقبل الإطلاق، وإن لم تكن المقابلة بينهما مقابلة الملكة والعدم.

الدفاع عن الشيخ

وهذا الإشكالان واردان على ظاهر كلمات الشيخ رحمه الله، وغير قابلين للجواب من هذه الناحية، ولكن يمكن الدفع بنحو آخر، حاصله:

أن كلمات الشيخ رحمه الله، وإن كانت مضطربة في هذا الباب، ولكن المستفاد من بعضها أن الشروط بالنسبة إلى الأمور الخارجية لا ترجع إلى الالتزام بوجودها، بل ترجع إلى تعليق الالتزام العقدي، وهذا مطلب دقيق يحتاج إلى حسن التأمل في كلامه رحمه الله، فنقول في بيانه:

إن متعلق الشرط تارة يكون الفعل والعمل، كأن يبيعه العين بشرط أن يحيط له ثواباً، فهذا الشرط التزام بالعمل، وتعهد بالقيام به؛ لأن متعلق الشرط أمر اختياري. وأخرى يكون المتعلق أمراً غير اختياري، مثل كتابة العبد، وعربية الفرس، فالشرط هنا يرجع إلى الوفاء بالعقد؛ فإن عندنا في البيع التزامين:

- الالتزام البيعي، بمعنى أن البائع يلتزم بتبدل المتعاقدين بالشمن المقرر.

٢- الالتزام الوفائي، بمعنى أن يلتزم بأن يبقى على التزامه الأول، ويفي به ولا يرجع عنه.

والشروط في الأمور غير الاختيارية ترجع إلى الالتزام الثاني، وتكون النتيجة: أن البائع قال بعتك العبد، فقال المشتري قبلت، ولكن التزامي بالمعاملة مبني على وجود صفة الكتابة فيه، فلو تختلفت لم ألتزم بالوفاء.

وهذا المعنى يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في موارد، وهو التحقيق في باب الشروط، وبناء عليه لا ترد الإشكالات؛ لأن القيد لم يرجع إلى المبيع الجزئي، ليقال باستحالة تقييده، ولم يتعلّق الالتزام بأمر خارج عن الاختيار، وإنما تعلّق بالالتزام بالوفاء بالعقد، فأصبح الوفاء به معلقاً على وجود الوصف، وهو أمر اختياري، ومتى ما حصل هذا الشرط كانت النتيجة ثبوت الخيار.

الحق في المسألة

هذا، وأما الحق في المسألة، وما هو مقتضى القاعدة فيها؟ بعد ملاحظة كلمات الأعلام فنقول:

إن البيع يكون على أنحاء:

الأول: أن يبيع العين بعد الرؤية، فهنا يصح العقد والشرط بلا إشكال، أما العقد، فلأنَّ المانع إنما هو الغرر، وهو مرتفع بالرؤية، فيكون البيع جاماً للشراطط، ولو تختلف العين عن الوصف لكان له الخيار، كما في صحيحه جميل، من رؤيته لبعضها وحمله الباقى عليه، فتبين له خلاف ذلك.

وأما شرط سقوط الخيار؛ فلو جود مقتضيه، وفقد مانعه.

الثاني: أن يبيع العين من دون أن يراها المشتري، بل يعتمد في ذلك على وصفها،

فيكون الوصف بدلًا عن الرؤية، فيما أن الوصف قائم مقام الرؤية فالغرر مرتفع به، فيصح البيع، فإذا رآها على خلاف الوصف كان له الخيار، فإذا شرط سقوط الخيار، فمقتضي الشرط موجود والمانع مفقود أيضًا، لارتفاع الغرر بالوصف، وتختلف الوصف سبب للخيار، ولا مانع من شرط سقوطه.

الثالث: أن يبيع العين من دون رؤية ولا وصف، فهل يرتفع الغرر بواسطة الشرط؟ وهل يمكن اشتراط سقوط الخيار حينئذ؟

يقع البحث في فرضين:

الأول: أن تكون أوصاف العين مجهولة للمشتري، ويشتريها بشرط الخيار.

الثاني: أن تكون أوصاف العين مجهولة له، ويشتريها بشرط وجود الأوصاف.

أما الأول ففيه ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الغرر المانع من الصحة أمر عرفي، والخيار حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يمكن أن ينفي الأمر العرفي أو يثبته.

الإشكال الثاني: إن لازم القول بارتفاع الغرر بشرط الخيار أن تصبح المعاملة على المجهول بشرط الخيار، ولا يلتزم به فقيه.

الإشكال الثالث: إن رفع الغرر المانع من صحة البيع بشرط الخيار يستلزم الدور؛ لأن الخيار لا يتحقق إلا في ضمن العقد الصحيح، فيتوقف الخيار على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ بمقتضى: «نَهَى النَّبِيُّ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، فإذا أريد رفع الغرر بشرط الخيار، فلازمه توقف صحة العقد على الخيار الذي كان متوفقاً على صحة العقد، وهو دور واضح.

وبهذه الإشكالات الثلاثة يظهر بطلان ما أورده المحقق السيد الخوئي عليه السلام على الشيخ عليه السلام، بقوله: «... ففي مثل ذلك لا شبهة في كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط، ومعه يرتفع الغرر، ولا وجه لما ذكره المصنف، من أن الخيار حكم

شرعى يثبت للبيع الصحيح، فلا ربط له بالغرر، ولا يجب رفعه؛ وذلك لما عرفت سابقاً أنه مع الخيار يرتفع الغرر^١.

إذ لا يمكن رفع الغرر بشرط الخيار للمحاذير الثلاثة.

أما الثاني، وهو ما كان بشرط وجود الأوصاف، وبيعتبر الشيخ جليل^ج: رفع الغرر بسبب الخيار، فقد ارتضاه الشيخ جليل^ج ومن تبعه؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع، فيشمله دليل: «المؤمنون عند شرطهم» وتحلّف الأوصاف سبب للخيار.

ولكن شرط سقوط الخيار غير ممكن؛ لما تقدم من استلزماته الجمع بين المتنافيين بالتقريب الذي ذكرناه، لا ما كان بحسب ظاهر كلام الشيخ جليل^ج، من تقييد المبيع، بل من طريق تعليق الالتزام بالعقد على وجود الأوصاف؛ فإن الشروط التي يكون متعلّقها الأمور غير الاختيارية صحيحة على هذا التقريب، وبها يرتفع الغرر في المعاملة، فإذا اشترط أيضاً سقوط الخيار فقد عاد الغرر، فيجتمع المتنافيان: عدم الغرر؛ حيث ارتفع بواسطة شرط وجود الوصف، وثبوت الغرر؛ حيث عاد بشرط سقوط الخيار.

في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط
وهنا بحث دقيق، فيه جهتان:

أ: الجهة الأولى: في أصل صحة [شرط وجود الأوصاف]، بمعنى هل يرتفع الغرر بشرط وجود الأوصاف أو لا؟

ب: الجهة الثانية: هل هذا الشرط الرافع للغرر في البيع قابل للسقوط بالشرط أو لا؟

أ: أما الجهة الأولى فذهب الشيخ جليل^ج، وآخرون إلى ارتفاع الغرر به، إلا أن فيه

تماماً؛ وذلك بملاحظة أصل ماهية الشرط وحقيقةه؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، فالربط أخذ في حقيقته وماهيته، وهذا لا يصدق عنوان الشرط على الشرط الابتدائي، وعلى هذا يكون بين الشرط والعقد تقدم وتأخر طبيعي؛ إذ يتوقف الشرط في وجوده على العقد، ولا يتوقف العقد في وجوده على الشرط، فقهراً كل عقد متقدم طبعاً على الشرط المأخوذ في ضمنه، وذلك الشرط متأخر عنه.

هذا من ناحية نفس الشرط والعقد، وأما من ناحية صحة الشرط وصحة العقد، فهل يوجد بينهما هذا التقدم والتأخر؟

لا يخفى أن الشرط فيها نحن فيه - وهو الرافع للغرر - هو شرط الأوصاف، الذي هو سبب للخيار بتغيير الشيخ رحمه الله، وليس الرافع للغرر الخيار نفسه؛ لأن الغرر يتغى بالشرط، ومصلحة هذا الشرط عائدة إلى المشتري؛ ليكون في سعة من أمره بالنسبة إلى العقد، فيختار إمضاءه أو فسخه؛ إذ لو قيده الشرط من ناحية قبول العقد ورده لم يتغى الغرر؛ حيث سيكون ملزماً بأخذ المبيع مع فقده للأوصاف.

وعليه فإذا كان النافي للغرر نفس الشرط الذي هو سبب الخيار فيلزم الدور بهذا التقريب: إن موضوع سبيبة الشرط للخيار لا يمكن أن يكون مهملاً. أو فقل: إن العقد المهمل من حيث الصحة والفساد لا يمكن أن يكون هو الموضوع أو الظرف للشرط الذي هو سبب للخيار عقلأً.

وعليه إما أن يكون الموضوع للشرط العقد المطلقاً من ناحية الصحة والفساد، أو العقد المقيد بالصحة، ولا شق ثالث في البين، والقول بأن الشرط الذي هو سبب الخيار هو الشرط في ضمن العقد مطلقاً، أي سواءً كان العقد صحيحاً أم فاسداً الذي نتبيجهه الإطلاق، فلازمه أن يكون شرط الأوصاف في ضمن العقد الفاسد سبباً للخيار، وهو باطل بالضرورة؛ لعدم معقولية أن يكون الشرط في ضمن العقد الفاسد نافذاً حتى يكون سبباً للخيار ورافعاً للغرر.

فينحصر الشرط الذي هو سبب الخيار في الشرط في ضمن العقد الصحيح، وإذا تعين هذا الشق بمقتضى البرهان لزم الدور والخلف؛ لأن سببية الشرط للخيار يتوقف على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على نفي الغرر المانع من الصحة، ونفي الغرر يتوقف على سببية هذا الشرط للخيار، فيلزم الدور والخلف واجتماع المتقابلين.

وبهذا يتضح استحالة نفي الغرر بشرط وجود الأوصاف.

ب: وأما الجهة الثانية، فلو تنزلنا وقلنا بصحة شرط وجود الأوصاف، وكونه رافعاً للغرر، فلا إشكال في كون شرط السقوط باطلًا، لاستلزمـه الجمـع بين المـتنـافـيين، وهو باطل بالـضـرـورة.

مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

قال الشيخ رحمه الله: «مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، ولا بإبدال العين؛ لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة... إلخ»^١.
تعرّض الشيخ رحمه الله، في هذه المسألة إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين
كما لو اشتري هذا العبد بوصف كونه كاتباً وكان قيمته ألف دينار مثلاً، فتبين
أنه غير كاتب وقيمه ثمان مائة دينار، فبذل البائع التفاوت بينهما، وكذا لو بذل له عبداً
آخر واحداً بوصف الكاتبة.

ودليله على هذا المدعى: أن العقد إنما وقع على العين الشخصية، فتملك ما به
التفاوت، أو العين الأخرى يحتاج إلى سبب جديد، ومعاوضة جديدة فلا يسقط الخيار
ببذلها.

المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف
لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، فهل هذا الشرط

صحيح أو فاسد؟

رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه

ذهب الشهيد رحمه الله في الدروس إلى أن الأقرب لفساد الشرط، ووجهه الشيخ رحمه الله،

بقوله: «ولعله لأنّ البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن

ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كل منها متعلق على ظهور المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض

الشرط لإثبات ذلك.

وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضاً إلى انعقاد

معاوضة تعليقية غريرية؛ لأن المفروض جهالة البدل.

وعلى أي تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيفسد ويفسد

العقد»^٢.

وحاصله: أن للشرط عمليّن:

الأول: انفساخ المعاملة الأولى بالشرط على تقدير المخالفة، وما لم تنفسخ

يستحيل أن يقع الثمن في مقابل البدل، فيرجع الشرط إلى شرط انفساخ البيع الأول.

الثاني: أن يكون البدل في مقابل الثمن، فيكون متعلق الشرط معاوضة أخرى.

ويلزم من هذه المعاوضة أمران:

١- التعليق؛ لأنها متعلقة على تخلّف الوصف.

٢- الغرر؛ لعدم العلم بالتلخّف، وعدم العلم بما بإزاء الثمن.

١. الدروس ٢٧٦/٣.

٢. المكاسب ٢٦٤/٥.

فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولا يندرج في دائرة دليل الشرط؛ لأن «المؤمنون عند شروطهم» غير مشرعٍ، بل هو يقضي بتنفيذ الشرط المنشود، وانفاسخ المعاملة الأولى، وحدوث بيع جديد بمقتضى الشرط يتوقف على كون دليل الشرط مشرّعاً.

وإن كان البطل في مقابل المبيع فتكون المعاوضة معلقة غريرية، أما معلقة؛ فلتتعليقها على تخلّف الوصف، وأما غريرية؛ فلعدم العلم بحال المبيع من حيث وجود الوصف وفقدته.

المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد
وأورد صاحب الحدائق علي الشهيد بقوله: «إن ظاهر كلامه - أي الشهيد - أن الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المنشود، وب مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمة.

نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجرّه هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار، والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور؛ حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

وبالجملة، فإني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحمل عليه ، والله العالم»^١.

وتوضيّع إشكال صاحب الحدائق علي الشهيد: أن الظاهر من كلام الشهيد علي الشهيد فساد الشرط مطلقاً، سواء أكان المبيع مطابقاً للوصف أم لم يطابقه، وهذا الإطلاق باطل؛

لأنه لا يخرج عن حالين؛ فإن المبيع إن لم يتخلف عن الوصف فالشرط غير فاسد ولا مفسد، والمعاملة صحيحة؛ لأن مقتضى أخبار خيار الرؤية صحة المعاملة لو باع العين الغائبة بالوصف، وكان كما وصفت، وجد الشرط في المعاملة أم لم يوجد، بينما حكم الشهيد رحمه الله بالفساد، فالتعييم غير تام.

نعم، لو تبيّنت المخالفة للوصف فالبيع فاسد والشرط لا يجبره.

المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق

قال الشيخ رحمه الله: وبما بيّناه من توجيهه كلام الشهيد رحمه الله ظهر فساد ما أورده في الحدائق^١، ومرجعه:

أولاً: إلى عدم وضوح مراد الشهيد رحمه الله له؛ فإن مراده أن هذا الشرط يرجع إلى انفساخ المعاملة الأولى وحدوث معاملة جديدة، وليس الشرط بمشروع ليصح، فيقع فاسداً.

وثانياً: أن قوله: بفساد المعاملة عند المخالفة، غير صحيح؛ لأن تخلف الوصف يوجب الخيار، لا فساد المعاملة، إلا على مبني المحقق الأردبيلي^٢ رحمه الله، وهو واضح الفساد، فإن التخلف في المقام تخلف للوصف، لا لقوع المبيع، فلا يقتضي الفساد، بل الخيار.

التحقيق في المسألة

ومقتضي التحقيق في المسألة أن يقال:

أما القسم الأول، ونعني به عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت، فالأمر يدور مدار المستند في ثبوت الخيار، فينبغي ملاحظته، فنقول:

١. المكاسب ٥/٢٦٥.

٢. راجع مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٨٣.

إن المبني في ثبوت الخيار، إن كان دليلاً الشرط، الذي مقتضاه أن الوفاء بالمعاملة يدور مدار ثبوت الوصف المشترط وجوده في المبيع، فإن كان موجوداً وفي بالتزامه بالعقد، وإن كان له الخيار.

وهذا الشرط غير مقيد بشيء، فمقتضاه ثبوت الخيار عند تخلف الوصف بنحو الإطلاق، بذل البائع التفاوت أم لا، ودليل نفوذ هذا الشرط نفس عموم دليل الشروط.

وإن كان المبني الأخبار كصحيحة جيل المقدمة، فأيضاً المستفاد منها ثبوت الخيار بالإطلاق.

ولو فرض الشك في الإطلاق لكان مقتضى الأصل العملي ثبوت الخيار بعد بذل التفاوت أيضاً، لأن أصل الخيار قد ثبت بالشرط أو بالدليل اللغظي، فإذا شككنا في بقاء الخيار بعد البذل وعدم بقائه نستصحب بقاءه.

إلا أن يقال: بأن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر في مخصوص دليل اللزوم؛ فإن دليل اللزوم - وهو عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ - يقتضي لزوم العقد، وخصوص بالدليل المنفصل الدال على ثبوت الخيار، فإذا شك في كون الخيار محدوداً بعدم بذل التفاوت أو لا كان المخصوص بجملة دائرةً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو صورة عدم البذل، ويتمسك في صورة البذل - عند الشك في الخيار - بعموم دليل اللزوم.

والذي يهون الأمر أنا لا حاجة لنا بالأصل العملي؛ لإحراز إطلاق الدليل اللغظي.

وإن كان المبني قاعدة نفي الضرر، فمن الواضح انتفاء الضرر مع بذل

التفاوت، ومع انتفائه لا تكون القاعدة حاكمة على دليل اللزوم، فيسقط الخيار.
نعم، ربما يشكل بأن بذل التفاوت يحبر به الضرر الحاصل، ولا ينفي ضرورة اللزوم، بمعنى أن المفروض أن لزوم العاملة مع تخلف الوصف ضروري، فينفي لزومها بـ«لا ضرر»، وبذل التفاوت يحبر الضرر، وبين عدم الضرر، ووجوده واجباره ببذل فرق.

وبالجملة، إن قلنا بعدم الضرر مع بذل التفاوت فلا خيار؛ لانتفاء موضوعه، وإن قلنا بوجود الضرر واجباره ببذل فالخيار ثابت.
وبهذا أن المستند الصحيح عندنا هو الشرط أو النص، فالحق عدم سقوط الخيار ببذل التفاوت؛ للإطلاق.

وأما القسم الثاني، وهو شرط الإبدال في متن العقد، فيحتاج إلى تحليل:
فإن متعلق الشرط يكون الإبدال تارة، ويكون المبادلة أخرى، فإن كان الأول فهو من صغيريات شرط الفعل، وإن كان الثاني فهو من صغيريات شرط التبيجة، بحيث يرجع الشرط إلى العقد، وتحقق المبادلة والمعاوضة بنفس الشرط، ولا ينبغي الخلط بينهما، والموجود في كلام الشهيد عليه السلام هو الأول؛ حيث قال: «ولو شرط البائع إبداله إن لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد»^١، وهو الظاهر من كلام الشيخ عليه السلام في توجيهه كلام الشهيد عليه السلام بقوله: «ولعله لأن البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط...»^٢.
فإن كان الشرط الإبدال - بمعنى أن يشترط المشتري على البائع أن يبدل المبيع إن لم يكن المبيع على ما وصف، فيبدل العبد غير الكاتب بالعبد الكاتب - فالشرط والعقد الذي وقع فيه الشرط صحيحان على كلا التقديرتين، [أي سواء أجعل البدل

١. الدروس ٢٧٦/٣.

٢. المكاسب ٢٦٤/٥.

بإزاء الشمن أَم بِإِزَاءِ الْمَبِيعِ].

وهنا نكتة دقيقة ينبغي التنبيه عليها، فلاحظوا تعبير الشيخ رحمه الله في موردين؛ فإنه قال: «ولو شرط... الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف^١»، وقال: «على تقدير ظهور المخالفة»^٢، ثم قال: «بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة»^٣، وفرق كبير بين التعبيرين؛ إذ فرق بين أن يجعل الشرط عند ظهور المخالفة، وبين أن يجعله عند المخالفة، ولكن على كلا التقديرين إذا اشترط الإبدال فالشرط صحيح لا إشكال فيه، فيلزم البائع بالعمل بالشرط لو تختلف، ولو امتنع عن الوفاء بالشرط ألزمه الحاكم الشرعي بالوفاء وأداء البدل.

وإن كان الشرط المبادلة، الذي هو شرط نتيجة، فإن كانت بين الشمن والبدل الواحد للوصف، فلا يمكن إلا بأن تنفسخ المعاملة الأولى؛ لعدم وقوع الشمن الواحد في مقابل مثمنين، فتنفسخ المعاملة الأولى أولاً، ثم تحدث معاملة جديدة، فهل يصح ذلك من دون الرجوع إلى دليل الشروط أو لا؟

ذهب إلى كل فريق.

أما الرأي الأول؛ فلأن متعلق الشرط عند ظهور التخلف عن الوصف هي المعاوضة بين الشمن والبدل، وعندما يكون متعلقه المعاوضة فهي تدرج تحت عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^٤، و **﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**^٥؛ لأنهما غير مقيدين بأن لا تكون العقود والتجارة شرطاً في ضمن العقد، فتشملان هذه المعاوضة بعمومها،

١. المكاسب ٢٦٤/٥.

٢. المكاسب ٢٦٤/٥.

٣. المكاسب ٢٦٤/٥.

٤. سورة المائدة ١/١.

٥. سورة النساء ٢٩/٥.

وحيثُ يكون هذا الشرط جائزًا مسروعًا بدليل هذين العمومين، فينهدم ما بناه الشيخ رحمه الله، ونحكم بصحة الشرط والعقد.

ولكن يرد عليه: أن العموم لا يشمل هذا الشرط إلا على وجه دائرة؛ فإن المعاوضة بين الثمن والبدل، أو بين البدل والمبيع تتوقف على انفساخ المعاملة الأولى؛ إذ لا يمكن حدوث المعاملة الثانية إلا بعد انفساخ الأولى، وانفساخها يتوقف على مسروعية الشرط، ومسروعيته تتوقف على شمول العموم له، وشموله له يتوقف على انفساخ المعاملة الأولى، فيلزم الدور.

فأساس العويسية في المسألة في تصحيف انفساخ العقد الأول بالشرط، وإثبات مسروعيته، والشرط هنا على أحد نحوين:

الأول: شرط الانفساخ بعد ظهور المخالفة.

الثاني: شرط الانفساخ على تقدير المخالفة.

وبينهما فرق كبير، وإن لم يبيّن ذلك في كلمات القوم، بل وقع الخلط بينهما في كلمات الشيخ رحمه الله كما أشرنا لذلك في ما تقدم، فإنه في صدر المسألة عبر بظهور المخالفة، وفي ذيلها بعده المخالفة.

وكيف كان، فإن كان الشرط هو الأول، فالعقد قد وقع تاماً، وشرط الانفساخ حصل بعد تحقّقه، بخلافه على التقدير الثاني؛ فإن الشرط وقع قبل تامة العقد، وعلى واقع عدم وجود الوصف، والكلام الآن في الأول، والبحث فيه ببيان مقتضى القاعدة، والأدلة العامة والخاصة عميق طويل، وإجمال البحث:

إن في المسألة وجهين:

الوجه الأول: عدم مسروعية هذا الشرط والعقد.

الوجه الثاني: صحة الشرط والعقد ومسروعيتها.

أما الوجه الأول، فما يمكن أن يستدل عليه به هو: أن انفساخ العقد كان عقاده لا

يمكن أن يحصل بدون سبب، وانفساخ العقد الذي هو انحلاله بنفسه - كالفسخ الحاصل بفاسخ - لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وكما أن الفسخ غير ممكن بدون ثبوت حق الخيار شرعاً، فالامر في الانفساخ بطريق أولى؛ لأنه انحلال بنفسه، فهو أشد إشكالاً من الفسخ، فيحتاج بمقتضى العقل والشرع إلى سبب ثابت الشرعية، فإذا أريد تحصيل الانفساخ بالشرط فلا بد من كون الشرط مشرعًا، أو دلّ الدليل على مشروعيته.

والمستفاد من غير واحد من أعلام الفن، ومنهم الشيخ رحمه الله عدم إمكان الانفساخ؛ لما بيّناه الآن، وقد أوضحه الشيخ رحمه الله في بحث رد الثمن، وأشار إليه في المقام بقوله: «ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك»^١، فالنتيجة فساد الشرط. وأما فساد العقد فيه طریقان:

الطريق الأول: أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً.

الطريق الثاني: أن الشرط الفاسد وإن لم يكن مفسداً مطلقاً، إلا أنه مفسد في المقام؛ لاقتضاء غررية الشرط غررية العقد، فيفسد لهذه الناحية.

وأما الوجه الثاني، وهو صحة الشرط والعقد - فبعد تسليم أن كلاً من انفساخ العقد، والمبادلة بين المالين لا يتحققان من دون سبب؛ لأنهما أمران إنسائيان، والأمور الإنسانية، عقوداً أو إيقاعات، مسببات عن أسباب، على جميع المباني في حقيقة الإنسانة - نقول:

إن الأمور الإنسانية على قسمين:

القسم الأول: ما يكون لها سبب خاص، كالطلاق والنكاح، وفي مثلها لا يتحقق إلا بسببه، فلا يتحقق بالشرط، فلو اشترط في ضمن عقد البيع طلاق امرأته لم

يقع الطلاق بالضرورة.

القسم الثاني: ما لا يتوقف إنشاؤها على سبب خاص في الشريعة، فيتتحقق بكل ما يفيد إنشاءه، قولهً أو فعلًاً، فيتتحقق بالشرط؛ وذلك لأن الشرط صلاحية السببية في الإنشاء، وهو أحد أسباب حصول التمليل بلا إشكال؛ إذ من الممكن أن يوجب عقد البيع على الدار، ويشرط في ضمه أن يكون الكتاب الفلاني ملكه، والشرط والتمليل صحيحان بلا إشكال، مع أن حصول الملكية بلا سبب غير ممكن.

وبما أن المورد - وهو انساخ العقد، وحصول المبادلة - ليس من القسم الأول؛ إذ لم يقم دليل على توقفه على سبب خاص شرعاً، فيمكن حصوله بالشرط.

والحاصل: أن في الشرط صلاحية إنشاء انساخ العقد، كما فيه صلاحية حصول المبادلة بين المالين، كما أوضحتنا، وهو مشمول لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بلا إشكال، فإذا حصل الشرط انطبقت عليه هذه الكبرى فوجب نفوذه. نعم، ربما يقال بمخالفة هذا الشرط للكتاب والسنة، ولكن لا دليل على ذلك، وعلى المدعى الإثبات، ولا يخفى أن التعبير الوارد في أدلة الشروط، وإن كان بثلاثة عناوين: موافقة الكتاب والسنة، وعدم مخالفتها الكتاب والسنة، وأن لا يكون محللاً للحرام، أو محظىً للحلال، إلا أنها ترجع إلى اعتبار عدم مخالفتها الشرط للكتاب والسنة، كما سيأتي تحقيقه في مبحث الشروط إن شاء الله تعالى، والشرط هنا غير مخالف لها.

ودعوى أن التمسك بدليل الشروط - مع احتمال مخالفته للكتاب والسنة - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

فهنا بحث دقيق وهو: هل تقييد الشروط بعدم مخالفتها للكتاب والسنة عقلٌ، والأدلة الشرعية بيّنته وأرشدت إليه، أو هو بالطبع الشرعي؟

إن كان الأول فموضوع دليل الشروط مقيد بعدم مخالفتها الكتاب والسنة من

الأول.

وإن كان الثاني فدليل الشروط في نفسه عام، إلا أن الأدلة الأخرى قد خصصته بعدم المخالفة.

فإذا شككنا في كون شرط مخالفًا للكتاب والسنة أو لا، كان التمسك بالعام على المبني الأول من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وأما على المبني الثاني فالتمسك بالدليل من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصوص، ويمكن تصحيح الشرط على هذا المبني بهذا البيان:

أنا إذا شككنا في مخالفة الشرط للكتاب والسنة فيمكن إحراز الموضوع بالأصل؛ لأن موضوع النفوذ مركب من جزئين: الشرط، وعدم مخالفته للكتاب، والشرط محرز بالوجдан، وعدم المخالفة باستصحاب عدمها.

نعم، هذا الأصل من قسم استصحاب عدم الأزلي؛ للشك في حدوثه من الأول، بمعنى أنه من أول وجوده، إما وجد مخالفًا للكتاب والسنة، أو وجد غير مخالف لها، كما في قرشية المرأة التي أخذ عدمها في موضوع التحيض إلى الخمسين، فيتوقف جريانه على المبني، وبما أنا نرى جريانه، فنحرز هنا الجزء الثاني من موضوع دليل الشروط بالأصل، فيتم الموضوع ونرتب عليه حكم الشروط.

هذا كله من حيث المقتضي، وأما من حيث المانع، فالمانع المذكور هو التعليق على تقدير، والتعليق والغرر على تقدير آخر.

أما التعليق ففيما لو باع العبد بوصف الكتابة بثمن ما، فالثمن في مقابل العبد بوصف الكتابة، واشترط إن ظهر العبد على خلاف الوصف، فالثمن يكون في مقابل عبد بهذه الصفة، فمرجع ذلك إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، وكل منها معلق على ظهور المخالفة.

أ: وإشكال التعليق مندفع؛ بأن دليل مبطالية التعليق دليل ليبي، وهو الإجماع،

والقدر المتيقن منه التعليق في العقد المستقل، كأن يبيع الدار معلقاً على شيء، وأما إذا كانت المبادلة في ضمن العقد كما فيما نحن فيه فلا إطلاق في الإجماع ليشمله.

ب: وأما التقدير الآخر فيما لو كان البديل بإزاء المبيع إذا ظهر على خلاف الوصف؛ فإن مرجعه إلى انعقاد معاوضة تعليقية غريرية؛ لأن المفروض جهالة المبدل.

وإشكال التعليق متدفع كما تقدم، وأما إشكال الغرر ففيه:

أولاً: عدم الغرر في المقام؛ لأن المبيع والبدل كليهما معلومان؛ فإن المبيع هو العبد الفاقد للوصف، واشترط إذا ظهر هذا العبد على خلاف ذلك فبدله العبد الواجب للوصف، فكل منها معلومان، فلا غرر.

وثانياً: سلمنا بالغرر، ولكن الغرر المسلم مانعه هو الغرر في البيع؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، فلا يشمل المورد، وأما الغرر بنحو مطلق، المستفاد من نهي النبي عن الغرر، فهو وإن كان يشمل المورد، إلا أن المستند مرسل، ولم يثبت انجباره بالعمل.^١

وبعبارة أخرى: إن الشرط الغري غير مشمول لدليل المنع عن الغرر.

فتحصل إلى هنا - بعد الجواب على التعليق واتفاق الغرر - أن مقتضي صحة هذا الشرط موجود، والمانع منه مفقود، فالأقوى حسب نظرنا - خلافاً للشيخ الألباني، ومن اختار فساد الشرط تبعاً للشهيد الألباني - صحة الشرط والعقد فتحقق المبادلة به.

هذا كله إذا كان الشرط ظهور المخالفة، وأما إذا كان الشرط على تقدير المخالفة، بمعنى أن يشترط - فيما لو كانت العين الغائبة الموصوفة على خلاف الوصف - كون الثمن في مقابل العين الواجبة للوصف، أو كون المبيع في مقابل العين

١. لم نجدها في كتب الحديث، لا عند الخاصة، ولا العامة، ولكن يوجد في كتاب الخلاف ٣١٩/٣ قوله في مسألة: لا يصح ضمان المجهول...: «دللنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغرر».

الواجدة للوصف، فيكون الانفساخ والمبادلة معلقين على تخلّف الوصف.

فهنا ثلاثة إشكالات: اثنان منها مشتركان^١، والآخر مختص^٢، وهي:

الأول: أن الشرط إذا كان بأن تكون المبادلة بين الشمن والبدل، أو بين المبيع والبدل، فلا يعقل بدون أن يكون مع انفساخ العقد السابق، فالشرط يرجع لبّاً إلى انفساخ العقد، والمبادلة بين الشمن أو المبيع وبين البدل الواجد للوصف.

فمتعلق هذا الشرط أمران: انفساخ العقد، والمبادلة بين متعلق العقد والبدل، والإشكال: أن انفساخ العقد لا يعقل قبل انعقاده؛ لتفريعه عليه فكيف يشترط المشتري على البائع انفساخ العقد عند تخلّف الوصف قبل تمامية العقد، والحال عدم وجود العقد حينئذ؟!

فيما أن مقتضى هذا الشرط حصول الانفساخ قبل الانعقاد فهو غير معقول قطعاً.

الثاني: أن متعلق الشرط عبارة عن المبادلة، والمبادلة بين المالين مبادلة في الإضافة، وهي تتوقف على تحقق الإضافة، والفرض عدم تحقق إضافة الملكية قبل تمامية العقد؛ فإن شرط المبادلة بنحو شرط التبيّنة، سواء أكان متعلق الشرط المبادلة بين الشمن والبدل أم كان بين المبيع والبدل، فالشرط - إذن - يقتضي المبادلة قبل التملك.

فهذا الإشكالان تشتّرك فيهما كلتا صورتي الشرط، أعني أن يكون الشمن في مقابل البدل، أو أن يكون المبيع في مقابل البدل.^٣

١. مشتركان في كُلّي صورتي الشرط: يعني ان يكون الشمن في مقابل البدل أو ان يكون المبيع في مقابل البدل.

٢. بصورة كون الشرط هو الشمن في مقابل البدل.

٣. ويقتضي هذان الاشكالان بطلان الشرط فقط دون العقد.

الثالث: وهو الإشكال المختص بصورة كون الشرط هو الثمن في مقابل البدل، وحاصله: لزوم التردد والغرر حينئذ، وبيانه:

أن المشتري اشتري هذه العين بشرط وجود الوصف فيها، وعلى فرض المخالفة، فالمبادلة تكون بين الثمن والبدل الواحد للوصف، وبما أن المفروض تحقق المخالفة من الرمان الأول للعقد، لا أنها ستحقق فيها بعد، فقهراً وقع العقد مردداً بين أن يكون الثمن في مقابل البدل، على فرض أن تكون واحدة للوصف، أو بينه وبين البدل، على فرض المخالفة، وعدم واجديه المبدل للوصف، فالمبيع في المعاملة مردداً بين البدل وبين هذه العين [المبدل]، فالعقد باطل بسبب التردد الحاصل فيه، سواء أقلفنا بمفسدية الشرط الفاسد للبيع، أم قلنا بعدم مفسديته، بخلاف الإشكالين السابقين؛ فإن فساد العقد بها يتوقف على القول بمفسدية الشرط الفاسد للعقد، وإلا - كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط - فلا موجب للبطلان.

هذا مقتضى التحقيق في هذه المسألة، على خلاف ما أفاده أعيان القوم؛ إذ ذهب الشيخ رحمه الله ومن تبعه إلى البطلان مطلقاً، وذهب المحقق الخراساني، والفقهي النبوي السيد اليزيدي قدس سرهما إلى القول بالصحة مطلقاً، والتحقيق التفصيل كما بيناه، فإنه إذا كان الشرط نفس المخالفة فالشرط باطل على تقدير، وعلى تقدير آخر يبطل الشرط والعقد، وإذا كان الشرط ظهور المخالفة لا تتحققها فالشرط والعقد صحيحان.

مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد

ذهب الشيخ رحمه الله إلى القول بثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة، واستدل على ذلك بما لفظه: «لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإنما أن يحكم ببطلان العقد؛ لما تقدم^١ عن الأردبيلي^٢ في بطلان بيع العين الغائبة.

وإنما أن يحكم بلزمته من دون خيار.

وال الأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه.

والثاني فاسد؛ من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقض، ومعلوم أن عدم الالتزام بترتّب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم^٣ عن بعض^٤ أن ترتّب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرّف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

والحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأول

١. المكاسب ٥/٢٥٤.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٨٣.

٣. المكاسب ٥/٢٥٣.

٤. لعل مراده ما حكاه عن الشيختين في المقنعة /٥٩٤؛ والنهاية /٣٩١؛ والسلّار في المراسم /١٨٠.

منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني»^١.

وفيه: أولاً: أن استدلاله على بطلان الالتزام بالبطلان: بأنه مخالف لطريقة الفقهاء؛ فإن طريقتهم ليست من الأدلة الشرعية للاستنبط ما لم تبلغ حد الإجماع الكاشف عن رأي المعموم حَلَّهُ، أو عن دليل معتبر.

وإن أريد منه الإجماع، فهو - في المقام - لا يكون كاشفاً عن رأي المعموم حَلَّهُ، مع قطع النظر عن ما يدلّ عليه، وخصوصاً مع مخالفته مثل المحقق الأردبيلي.

وثانياً: أن الشيخ حَلَّهُ لم يطرح المسألة بصورة صحيحة؛ فإن المراد من خيار الرؤية المطروحة سابقاً هو الأعم من صورة الشرط؛ إذ يوجد مع التخلف ولو لم يحصل شرط، وعدم الالتزام به في غير البيع، والحكم باللزوم فيما عداه لا يكون مخالفًا لقاعدة ولا لأصل.

نعم، ما يخالف طريقة الفقهاء - غير الأردبيلي حَلَّهُ - الحكم بالبطلان في صورة الاشتراط.

والحاصل: أن الدليل الذي أفاده الشيخ حَلَّهُ أخص من المدعى؛ فإن المدعى - وهو موضوع خيار الرؤية، وهو المذكور في العنوان أيضاً - أعم من صورة الشرط، إلا أن الدليل عليه كان بمورد الاشتراط وهو أخص.

إشكال المحققين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ وأقوى ما أورد على الشيخ حَلَّهُ ما أورده المحقق الإيرواني حَلَّهُ، وتبعه المحقق السيد الخوئي حَلَّهُ، وحاصله:

أنه إذا وجد احتفالان في مورد، ولم يقم دليل على أحدهما^٢، فعدم قيامه عليه لا

١. المكاسب ٢٦٦/٥

٢. وهو اللزوم في المقام.

يبت الاحتمال الثاني^١، وتطبيقه على ما نحن فيه: أن الشیخ حلل ادعى عدم شمول دليل
اللزوم وهو آیة ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^٢ لما نحن فيه؛ لأن عدم ترتيب الآثار - في ما إذا
اشترط الوصف في الإجارة أو الصلح، وتخلّف الشرط - لا يكون من نقض العهد
والعقد، ومع انتفاء الشمول فلا دليل على اللزوم، وهذا تام، إلا أنه استنتاج من ذلك
جواز عقد الإجارة والصلح، وهو غير صحيح؛ لأن الفرض أنا لم نكن نعلم بأن عقد
الإجارة أو الصلح المتخلّف فيه شرط الوصف، هل هو لازم أو جائز، وعدم الدليل
على اللزوم لا يكون دليلاً على الجواز.^٣

دفع إيراد العلمين

والحق عدم ورود هذا الإشكال مع قوته ومطابقته للصناعة، إلا أن بيان الدفع
يتوقف على تحقيق كلام الشیخ حلل في موردين:
الأول: مسلك الشیخ حلل في آیة ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾.
الثاني: في الشرط الفاسد.

أما الأول، فمسلك الشیخ حلل فيها أن مفادها حكم تكليفي في قبال من يراها
إرشاداً إلى لزوم العقود، بمعنى أن المستفاد منها وجوب الوفاء بالعقد، وترتيب آثاره
على طرف العقد، ومعنى الوفاء أن يكون البائع ملزماً بتسليم المثمن إلى المشتري،
وعدم التصرف فيه بدون رضاه، كما على المشتري ذلك بالنسبة إلى الثمن، وهذا الحكم
التكليفي عام، وفيه إطلاق لما بعد الفسخ، أي حتى لو فسخ أحدهما المعاملة فهو ملزם
بتحويل ما عنده من العوض إلى الطرف الآخر، ولا يتصرف فيه، فالدلالة المطابقة

١. وهو الجواز في المقام.

٢. سورة المائدة / ١.

٣. حاشية المكاسب ٣/٢٢٣، رقم ٤٧٩ للمحقق الإيرلندي؛ مصباح الفقاہة ٧/٨٣.

للإطلاق يحكم بترتيب آثار العقد، فسخ أو لم يفسخ، وبالالتزام يدل على اللزوم.

وتقريب الدلالة الالتزامية: أنه عندما يكلّف البائع - بعد أن يفسخ - بعدم التصرف في المبيع، فهذا الحكم كاشف قطعاً عن تأثير الفسخ؛ إذ لو أثر لكان المبيع من أمواله وجاز له التصرف فيه؛ لأنّ حقيقة الفسخ حلّ العقد ورجوع العوضين، كل مالكه الأول، فعموم حرمة النقض، ووجوب ترتيب الأثر حتى بعد الفسخ يكشفان عن عدم تأثير الفسخ، فتتم الملازمة العقلية مع اللزوم.

وبالتوجه لهذا المسلك يرتفع ما أورده العلّمان؛ لأن استدلال الشيخ رحمه الله على جواز معاملة الصلح أو الإجارة - فيما لو اشترط وصفاً في العين وتخلّف الوصف - قائم على أن عدم ترتيب الأثر من له الشرط، في حال استفادته من الشرط، وعدم معاملته مع العين معاملة مال الغير، لا يعّد نقضاً للعقد، ولا يكون ناقضاً له، ولا يعتبر متخلفاً عن وجوب الوفاء، ويكشف ذلك بالضرورة عن نفوذ الفسخ، وإلا لكان عدم ترتيب الأثر نقضاً للعقد، فبهذا تكون الآية دليلاً على جواز هذه المعاملة.

والحاصل: أن الشيخ رحمه الله - طبقاً لمبناه في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ - يستدل بعدم لزوم ترتيب أثر المعاملة في المقام على نفوذ الفسخ، وبعده لا يكون المال مال الغير حتى يكون عدم ترتيب الأثر خالفاً لوجوب الوفاء، فتدل على الجواز؛ فإن الشيخ رحمه الله في جميع أبواب المكاسب استدل على اللزوم بأن المورد الذي يكون عدم ترتيب أثر العقد عليه بعد الفسخ نقضاً له، ومخالفاً لوجوب الوفاء فالمعاملة لازمة، والمورد الذي لا يعّد عدم ترتيب الأثر نقضاً له، ولا مخالفًا لوجوب الوفاء بالعقد فالمعاملة جائزة، والسر فيه أن عدم ترتيب الأثر بعد الاشتراط والتخلّف لا يعّد عند العرف والعقلاة نقضاً للعقد، فتكون بين نفوذ الفسخ والجواز ملازمة ظاهرة.

ولو توجّه لمبناه لما أورد الإشكال.

وأما الثاني، فالشيخ رحمه الله قد التزم بأن المتخلف عن العقد - من الشرائط

والأوصاف - إن لم يكن مقوّماً للموضوع، ولا ركناً فيه لم يوجب البطلان، وإنما الخيار، ولهذا قسم في بحث الشرط الفاسد العناوين المأكولة في المعاملات إلى قسمين: **الأول:** أن يكون العنوان تمام الموضوع أو مقوّماً له ولغرضه، كأن يريد الفرس العربي وأعطي الحمار الوحشي، فالتلخّف مبطل للعقد؛ لانتفاء الركن المقوّم له. **الثاني:** أن لا يكون العنوان مقوّماً للموضوع، وقد أخذ شرطاً أو وصفاً فالغرض متعلّق بالذات كما هو متعلّق بالوصف، فإذا تلخّف الوصف فقد انتفى الغرض الوصفي، وأما الغرض المقوّم للذات فهو محفوظ، فالعقد صحيح ولكن له الخيار.

فيمعرفة هذين المبنيين يتضح عدم ورود الإشكال على الشيخ رحمه الله.

مقتضى التحقيق في المقام

والحق في المقام يدور مدار المبني المختار في أصل خيار الرؤية، وهو لا يخرج عن **أمور ثلاثة:**

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار **الأول:** أن يكون المبني صحيحة جميل^١ والروايات الخاصة، وبناء عليه لا إشكال في عدم تعدّي الخيار إلى غير البيع؛ لانحصر الموضوع فيها بالبيع، ولا إطلاق فيها ليشمل غيره، فيختص الحكم بموضوعه.

نعم، من ينفي خصوصية البيع بتنقيح المناط، ودعوى أن ثبوت الخيار فيه من حيث إنه معاملة، لا من حيث إنه بيع، يمكنه التعميم لغيره. إلا أنه واضح البطلان؛ لكون تنقيح المناط ظنياً.

بناءً على كون دليل خيار الرؤية الشرط الثاني: أن يكون المبني هو الشرط، فيجري خيار الرؤية في جميع المعاملات؛ لأن خاصية الشرط - بها هو شرط - أنه إذا وقع على أمر اختياري فيجب العمل على طبقه، وإذا وقع على أمر غير اختياري كالوصف، بحيث يكون الوصف شرطاً كما إذا اشترط العبد الكاتب، فلا معنى لوجوب العمل على طبقه؛ لعدم وقوعه تحت الاختيار، وإنما يرجع إلى أن الالتزام بالوفاء بهذه المعاملة معلقاً على وجود هذا الوصف، فإذا انتفى ثبت الخيار، بلا فرق في ذلك بين البيع والصلح والإجارة وغيرها.

بناءً على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر الثالث: قاعدة «لا ضرر» كما هو معتمد [الشيخ الأعظم و] صاحب الجواهر، والمحقق الرشتي قدس سره، وقد اختار صاحب الجواهر عليه السلام - بناءً عليها - التفصيل بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة؛ فإنه يشترط فيها عدم الجهالة، فإذا وقع العقد مبنياً على الوصف وكانت العين فاقدة له، فقاعدة «لا ضرر» تثبت الخيار. وبين العقود غير المبنية على الوصف ورفع الجهالة كالصلح؛ لاغتنار الجهالة فيه، فالخيار بالنسبة إلى العين الغائبة الموصوفة متزلاً منزلة الإبدال في المبيع الكلي الموصوف بخصوصيات معينة، وبيان ذلك:

إذا كان مورد المعاملة كلياً مقيداً بوصف، وسلم لطرف المعاملة فاقد الخصوصية فالوظيفة الإبدال، سواءً كانت المعاملة بيعاً أم صلحاً أم غيرهما؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة هو الكلي الموصوف بخصوصية معينة، وفاقد هذه الخصوصية ليس بمصدق لورد المعاملة.

وأما إذا كان متعلق المعاملة هي العين الشخصية الموصوفة، فالحكم في حال التخلف عن الوصف هو الخيار، لا الإبدال، والفرق بين هذه الصورة وتلك الصورة أن في تلك الصورة لم يكن المُعطى مصداقاً لورد المعاملة، بخلاف هذه الصورة فإن

المعطى هو نفس المبيع إلا أنه فاقد للوصف.
فالخيار في نظر صاحب الجواهر ج1 في هذه الصورة متزل منزلة الإبدال في
صورة كون المبيع كلياً.

المناقشة في كلام صاحب الجواهر
وهنا بحثان:

- الأول: في المبني.
- الثاني: في البناء.

أما الأول، فلا يصح أن تكون قاعدة «لا ضرر» مستندًا لخيار الرؤية؛ لكونها
أخص من المدعى؛ فإن الفقهاء أفتوا - وهو الحق - في ما لو رأى المشتري المتاع
[سابقاً]، واشتراه بدون أن يصفه له البائع، ولا أن يشترطه في العقد - بأن للمشتري
 الخيار الرؤية فيما لو تختلف المبيع عن الوصف، مع أن ضرر تختلف الوصف - إن وجد -
لم يستند إلى البائع، ولو حكم الشارع باللزوم لم يكن الضرر مستندًا إليه، بل إلى
المشتري؛ لإقدامه على المبيع استناداً لرؤيته السابقة.

وكذلك فيما لو اشتراه استناداً إلى توصيف البائع؛ فإن وصفه لها في الأعم
الأغلب أعم من الشرط؛ إذ تارة يصف البائع سلعته فيشتري المشتري بناء على
الوصف بلا شرط ولا إلزام.

بل حتى في صورة اشتراط الوصف يفترق الحال من حال إلى أخرى؛ إذ تارة
يشترط الوصف في المبيع ولم يكن الوصف مما تتبدل به قيمة المتاع تبعاً لوجوده وعدم
وجوده وإن كان غرض المشتري متعلقاً به، وأخرى تدور القيمة مداره، فعلى الأول لا
يحصل الضرر من تختلف الوصف، إلا بناء على تعميم الضرر إلى تختلف الغرض، وهو

خلاف المستفاد من النصوص واللغة؛ فإن الضرر هو النقص في المال أو الطرف، وتختلف الغرض لا يعد ضرراً، بخلاف الثاني؛ فإن تخلفه ضرري، فينبغي أن لا تجري القاعدة^١ إلا في الصورة الأخيرة.

ولو تنزلنا، فقاعدة نفي الضرر إنما هي حاكمة على الأحكام الضررية، فترفع الحكم الضرري عن المكلف، فغاية ما تدل عليه القاعدة - على فرض جريانها - نفي اللزوم، لا إثبات الخيار، الذي هو حق من الحقوق، يقبل الإرث والإسقاط، وفرق بينهما، وما نريده الثاني^٢، لا الأول^٣.

【أما الثاني】، فعل فرض تمامية المبني، فالمستفاد من كلام صاحب الجواهر^{ج1:10} التفريق بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة، فتجري فيها «لا ضرر»، وبين العقود غير المبنية عليهما كالصلاح، فدليله أن الخيار بمنزلة الإبدال في ما إذا كان البيع كلياً.

والسؤال: ما هو الدليل على هذا الإبدال؟ فإن كانت «لا ضرر» تجري، فلا فرق بين الإجارة والصلاح، وإن لم تجر فالقاعدة تقتضي الحكم باللزوم؛ لأن مبني الخيار قاعدة نفي الضرر، ولم تتمسك بها في الصلاح، فلا سبيل إلا إلى الحكم باللزوم، ولا دليل على الجواز، وأما كونه بمنزلة الإبدال في بيع الكلي، فغير تام؛ لفرق بينهما؛ فإن المبيع في بيع الكلي أو المصالح عليه فيه هو الكلي، وهو لا ينطبق على الفرد الفاقد للخصوصية فيجب الإبدال، وأما فيما نحن فيه فالمصالح عليه هو نفس هذه العين الشخصية، فمقتضى القاعدة اللزوم، ودعوى ثبوت الخيار لتنزيله منزلة الإبدال في تلك المسألة بلا دليل.

١. أي لا ضرر.

٢. يعني إثبات الخيار.

٣. أي نفي اللزوم.

كلام المحقق الرشتي والإشكال فيه
وأما المحقق الرشتي رحمه الله فقد قال في المقام بالتفصيل بين الصلح وغيره، وهو من حيث المبني يستند في خيار الرؤية إلى «لا ضرر»، ولكنه لا يجريها في الصلح ويقول بعدم الخيار في حال تخلف الوصف؛ لاغتفار الجهة والغرر في الصلح.^١

وفيه: أن الصلح وإن كان مبنياً على الاغتفار فيه ما لا يغترف في غيره كالبيع والإجارة، فلهذا يمكن المصالحة على المجهول دونها، إلا أن ذلك في غير مورد الشرط، أما فيه - كما فيما نحن فيه، فإنه إذا صالح على العين الموصوفة، فهو يشرط هذا الوصف - فمع التخلف عنه يندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم»، ومقتضاه عدم الاغتفار، فلا ينبغي الخلط بين طبيعة الصلح المبنية على الاغتفار، وبين الصلح مع الشرط.

والحاصل: أن الحق في المسألة - بناء على كون المبني في خيار الرؤية هي قاعدة «لا ضرر» - عدم الفرق في جريان الخيار بين الصلح وغيره، فيما إذا كانت العين مشروطة بوصف دخيل في ماليتها. [تجري قاعدة لا ضرر في جميع العقود ويثبت بها الخيار].

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدهما

لو اختلف البائع والمشري، فقال البائع لم تختلف صفتة، وقال المشري قد اختلفت، فالمسألة تدخل في باب القضاء وتعيين المدعى من المنكر، وبعد تعيينهما يتضح حال الحكم فيها، وكلمات الشيخ حَفَظَهُ اللَّهُ في هذه المسألة جاءت بين كرّ وفرّ، كما سيتضح من بيانها:

شرح كلام الشيخ الأعظم

أـ نقل أولاًً قول العلامة حَفَظَهُ اللَّهُ في التذكرة فقال:

«ففي التذكرة: قدم قول المشري؛ لأن الصالحة براءة ذمته من الشمن، فلا يلزمها ما لم يقرّ به أو يثبت باليقنة»^١؛ فإن المشري على هذا التقريب يكون هو المنكر؛ لموافقة قوله للأصل، وقول المنكر هو المقدم.

ثم نقل رد العلامة حَفَظَهُ اللَّهُ في المختلف في نظير هذه المسألة، بقوله: «وردّه في المختلف في نظير المسألة: بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالشمن»^٢؛ أي أن المشري قد اعترف بالشراء، والإقرار به إقرار بالاشتغال بالشمن، أو قل: إقرار بوجوب انتزاع

١ـ المكاسب/٥؛ تذكرة الفقهاء/٦١/١٠.

٢ـ المكاسب/٥؛ المختلف/٢٩٧/٥.

الثمن منه، فينقلب الأصل من البراءة إلى الاشتغال، فيكون قول البائع موافقاً للأصل الاشتغال، فيكون هو المنكر.

بـ- ثم وَجَّهَ قول العلامة رحمه الله في التذكرة بقوله: «ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة^١: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلثن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر»^٢.

فالمراد من أصل البراءة في المقام البراءة من وجوب التسليم، لا من أصل الثمن؛ لوقوع المعاملة واحتغال ذمته به، فيعود القول قول المشتري لكونه المنكر.

توضيبح ذلك: أنه لا بدّ لمعرفة المدعى من المنكر من ملاحظة الاختلاف بين الحكم الوضعي والتکليفي؛ فإن الحكم الوضعي هنا اشتغال ذمة المشتري بالثمن؛ بمقتضى المعاملة، ولكن الحكم التکليفي في زمان الخيار عدم وجوب تسليم الثمن للبائع، فأصل براءة الذمة من وجوب تسليم الثمن يقع في صالح المشتري، فيكون قوله موافقاً للأصل.

ثم أشكل عليه بقوله: «فيمكن أن يخداش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن، سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد»^٣.

وتوضيحة: أن المعاملة قد تحققت بين المتباعين قطعاً، واحتغلت ذمة المشتري بالثمن، ودعوى أنَّ له الخيار أنَّ لا يؤدّي الثمن في زمن الخيار غير صحيحة؛ لأنَّ

١. تذكرة الفقهاء ١١/١٨١.

٢. المکاسب ٥/٢٦٧.

٣. المکاسب ٥/(٢٦٨-٢٦٧).

كلَّ واحدٍ من العوضين صار مالاً لآخر بمجرد وقوع المعاملة، ولما صار ماله كان حبسه عنه حبسًا مال الغير وحْقَهُ، وعليه أداوه له؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمْانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾^١، وفائدة الخيار ثبوت حق فسخ العقد، لا حق حبس الثمن، وعليه فأصالحة الاستعمال تقضي باشتغال ذمة المشتري، ووجوب الأداء عليه، فيكون قوله مخالفًا للأصل.

ج- ثم أشار للرجوع عن ذلك بقوله: «ويمكن دفع ذلك بأنّ أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط»، بمعنى أن المسألة ترجع إلى أنه هل اشترط الوصف أو لا؟ والاشتراط حادث مسبوق بالعدم والأصل عدمه، فالمنكر هو البائع. إلا أنه لم يقبله كما يتضح من الاستثناء عقِب العبارة المتقدمة بقوله: «... إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة، أو ما يعمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه»^٢.

وتوصيحة: أن الأصل وإن كان عدم اشتراط الوصف، ونتيجته لزوم البيع، وأثره تقديم قول البائع؛ لموافقتها لأصل عدم الاشتراط، إلا أن الاشتراط في الأوصاف مختلف عن الاشتراط في سائر الموارد؛ فإن المعاملة لو وقعت وشككنا في اشتراط قيام أحدهما بعمل ما، فالأصل عدمه.

وأما إذا كان المبيع العين الموصوفة فالشرط فيها يرجع إلى التقييد، بمعنى أنه يبيع هذه العين مقيدة بأنها واحدة لهذا الوصف، لأن يبيع العبد مقيدًا بمعرفته الكتابة، فاشتراط الأوصاف في الأعيان المبعة يرجع إلى تقييدها بها، فيكون الأصل حينئذ

١. سورة النساء / ٥٨.

٢. المكاسب / ٥٢٦٨.

موافقاً لقول المشتري؛ فإن الاختلاف بين البائع والمشتري يرجع إلى أن البيع هل وقع على العين مقيّدة بهذا الوصف الفاقدة له، فتكون النتيجة الخيار، أو وقع عليها بهذا الوصف الواجبة له، أو الأعم من وجده وفقدانه، و نتيجتها اللزوم؟

وبما أن الاختلاف يرجع إلى هذه الجهة؛ لأن معنى الاشتراط التقيد، فقهرأً يرجع الشك إلى اللزوم وعدهما، والأصل العدم، فيكون قول المشتري هو المقدم.

والنتيجة: أن الشيخ رحمه الله بعد كرّه وفرّه في المسألة ست مرات اختار تقديم قول المشتري الذي نقله عن العلامة رحمه الله أولاً، ولكن ليس من أجل جريان أصالة البراءة عن الشمن، بل لأصالة عدم اللزوم؛ فإن اللزوم أمر زائد على صحة البيع، والأصل عدمه، فيكون المشتري منكراً لموافقة قوله لهذا الأصل.

ضابطة تشخيص المدعى والمنكر

هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمه الله، وتحقيق المسألة يقتضي البحث أولاً في ضوابط المدعى والمنكر، ثم تطبيقها على المقام، فنقول:

إن المسألة ذات محتملات متعددة، وللأعظم فيها أقوال مختلفة:

الأول: القاعدة في مثل هذا الاختلاف هي التحالف، وذهب إليه المحقق الرشتي رحمه الله.

الثاني: إن المورد من موارد الحلف، لا التحالف، واختاره من سوى المحقق الرشتي رحمه الله.

وفي مورد الحلف وجوه وأنظار، ومستندها في غاية الاختلاف.

مستند المحقق الرشتي في القول بالتحالف

أما مستند التحالف فهو تعارض الأصولين الجاريين في الطرفين؛ وذلك بناء على

كون مثبتات الأصول في مقام تشخيص المدعى والمنكر حجة، وبيان ذلك:

أن أحد الطرفين - وهو البائع - يدّعى أن العقد وقع على العين الموجودة، أعم

من وجود الوصف فيها وعدمه، وهذا العقد بهذا النحو موضوع للزوم، والأصل يقتضي عدمه.

والطرف الآخر - وهو المشتري - يدّعى أن العقد وقع على العين الموصوفة بالوصف المفقود، وهو وإن لم يترتب أثر على عدمه، إلا أن لازم عدم وقوعه على العين بتلك الأوصاف المفقودة أنه وقع على العين الموجودة، أعم من اتصافها بتلك الأوصاف وعدمه، وهو وإن كان أصلًا مثبتاً، إلا أن أمر تشخيص المدعى موكول إلى العرف، والعرف يرى صدق عنوان المدعى على من كان قوله موافقاً للأصل المثبت. فيصدق عرفاً على كل منها أنه مدعى؛ لأن كل واحد منها يدّعى شيئاً غير ما يدّعيه الآخر، ولا يضر بالصدق العرفي كون الأصل في أحدهما مثبتاً، والقاعدة - بعد ثبوت أن كلاً منها مدعٍ عرفاً - هي التحالف، فيحلفان ثم تتطبق آثار التحالف، وهي محل بحث عميق مذكور في محله.^١

ومن الواضح أنه لا يوجد على هذا المبني مدعٍ ومنكر، بل كلاهما مدعيان.

المناقشة في كلام المحقق الرشتي

ويرد عليه: أن في المدعى أربعة تعريفات:

الأول: أن المدعى هو الذي إن ترك ترك.

الثاني: أن المدعى من كان قوله مخالفًا للدليل أو الأمارة المعتبرة أو الأصل، وهذا هو المعروف بينهم.

الثالث: أنه من كان في مقام إثبات القضية على الغير.

الرابع: أن عنوان المدعى وارد في النصوص، كما في «البينة على المدعى واليمين

على المدعى عليه»^١، وكل عنوان أخذ في موضوع الدليل الشرعي فالمرجع فيه إلى العرف.

ونظر المحقق الرشتي رحمه الله مستند إلى هذا المبني [الأخير]، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في بحث القضاء أن هذه الألفاظ وإن وردت في النصوص، وكل عنوان جعل في موضوع الحكم فالمرجع فيه إلى العرف، إلا أن العرف يرى - بحسب ارتكانه - أن المدعى هو كل من احتاج في دعواه إلى إقامة الدليل عليها، وعليه فمن نظر عرف أن كل من كان قوله مخالفًا للدليل، أو للأمارة المعتبرة، أو للأصل المعتبر فهو مدعٍ، وهذا هو المعروف المشهور بين الفقهاء، وهو مرادهم من التعبير بأن المدعى من كان قوله خالغاً للأصل؛ فإن المراد من الأصل هنا الأعم من الدليل والأمارة المعتبرة والأصول الشرعية، فيلزم لإثبات صغرى المدعى أن يكون قوله مخالفًا للأصل المعتبر شرعاً، وبما أن الأصل المثبت لا شرعية له، فلا يصلح لأن يكون ميزاناً لتشخيص المدعى.

والحاصل: أنا نسأل: هل الأصل المثبت حجة أو لا؟ فإن كان حجة فمن خالقه مدعٍ، ويحتاج أن يقييم الدليل على دعواه، وإن لم يكن حجة - كما هو الحق - لم يصلح لأن يقال لمن خالقه أن قوله مخالف للأصل فأنت مدعٍ.

أدلة القول بتقاديم قول المشتري

مستند الشیخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري وأما القول بالحلف فقد اختلف القائلون به في تقرير دليله، فقد تقدّم تقرير الشیخ رحمه الله، وخلاصته: أن الاختلاف يرجع إلى الشك في تعلق البيع بالعين، فهل تعلق بالوصفة بالوصف المفقود، أو بالوصف الموجود، أو بالأعم من الموجود

١. وسائل الشیعة / ٢٧، ٢٢٣، ح، صحيحة برد بن معاویة.

٢. راجع المکاسب / ٥، ٢٦٨.

والمفقود؟ وعلى الآخرين يكون البيع لازماً دون الأول، فيشك في لزوم البيع وعده، والأصل عدمه.

لا يقال: كما أن الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف الموجود أو الأعم، كذلك الأصل عدم وقوع العقد على العين الموصوفة بالوصف المفقود.

لأنه يقال: بأن الأخير مثبت؛ إذ لا أثر يترتب عليه، بل يترتب على لازمه، وهو وقوع العقد على العين الواحدة للوصف.

المناقشة في تقريب الشيخ

وفيه: أن قوله برجوع توصيف العين الغائبة إلى التقييد، لا إلى الاشتراط، فلا يجري أصل عدم الاشتراط، الذي نتيجته اللزوم، وكون البائع منكراً.

مردود: بأن العين الغائبة شخصية، والجزئي لا يقبل التقييد والإطلاق، فلا يعقل فيها إلا الاشتراط.

ولو تنزلنا وقلنا بقبولها للتقييد، وأن الوصف يرجع إلى التقييد، فالإشكال أن المقيد يتضيي بانتفاء قيده، والتنتيجة بطلان البيع، لا الخيار.

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثاني للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده الشهيد رحمه الله، من أن الثمن في يد المشتري، والبائع يريد أن ينزعه منه، واليد أمارة على الملكية، فيكون قول المشتري موافقاً للأمارة المعتبرة.

وهو مردود اقتضاء ومنعاً، أما من حيث الاقتضاء؛ فلأن دليل أمارية اليد على الملكية لا يخرج عن ثلاثة النصوص، والسيرة العقلائية، والإجماع، وكلها غير ناهضة في المقام.

أما النصوص الواردة فلا إطلاق فيها لتشمل المقام؛ لأنها لا تشمل المورد الذي يعترف فيه صاحبه بانتقاله إلى الغير، والمشتري يعترف بانتقال الثمن إلى البائع بالعقد.

لكنه يدّعى أن له حق الفسخ، وبالفسخ يملك الثمن، والنصوص لا تثبت أماريتها كذلك.

وأما السيرة فهي متنافية في هذا المورد قطعاً.
وأما الإجماع فالقدر المتيقن منه غير هذا المورد.

وأما المنع؛ فلأن التمسك بأدلة أمارية اليد على الملكية مستلزم للدور؛ لتوقف أمارية يد المشتري بالنسبة لملكية الثمن على ثبوت حق الفسخ ونفوذه؛ إذ لو لم ينفذ فسخه وكانت يده على الثمن يداً على ملك الغير، ونفوذ الفسخ يتوقف على أمارية يده على الملكية، وهو دور محال.

مستند المحقق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته
الدليل الثالث للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده المحقق الثاني رحمه الله، وحاصله: آنّا في هذا المورد نشك في وصول حق المشتري إليه، والأصل عدمه، فيكون قوله موافقاً للأصل، فيقدم^١.

وفيه: أن هذا الشك مسبب عن الشك في ثبوت الحق له زائداً على العين التي سلمها له البائع؛ لأن مورد الشك هو هل أن المعاملة وقعت على هذه العين، أو على العين الواجبة للوصف؟ فيجري الأصل في السبب، وهو أصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

أدلة القول بتقديم قول البائع
و قبل البدء فيها نذكر بأن المناط في تعين المدعى والمنكر - كما تقدم - هي الموافقة والمخالفة للدليل أو للأصل المعتبر، والأصل الأولى - اللغطي والعملي - في كل معاملة هو اللزوم.

١. راجع جامع المقاصد ٤٤٢/٣.

رأي السيد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام، أما بالنسبة إلى الأصل اللغطي ففي بعض أداته اختلاف بين الأعلام، فالإطلاق في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^١ محل بحث وإشكال بينهم، فقد ذهب المحقق السيد الخوئي حَفَظَهُ اللَّهُ إلى أن التمسك بها لإثبات اللزوم في هذه الموارد من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن الإهمال والإطلاق في المُشَيَّأ من ناحية المتباعين غير معقولين، أما الإهمال فواضح، وأما الإطلاق؛ فلأن الملكية المنشأة في موارد حق الفسخ محدودة به، أي إلى أن يختار الفسخ، فمن له خيار العيب أو الغبن مثلاً، إذا أنشأ الملكية فلا يعقل صدور إنشاء الملكية المطلقة منه؛ لأنه إذا اختار الفسخ فملكنته قهراً تكون محدودة بحدٍ إلى أن يفسخ، ولا يمكن تجاوز هذه الملكية إلى ما بعده، فالمالك إذا أنشأ الملكية، فإن لم يكن له حق الفسخ كان إنشاؤه مطلقاً، وإن كان له حق الفسخ فإن إنشاؤه مقيد، وبها أنا نشك في ثبوت حق الفسخ له - في ما نحن فيه - فإنما نشك في الملكية المنشأة، فإن كان له حق الفسخ فالملكية مقيدة، وإن لم يكن له الحق فالملكية مطلقة، فالتمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ تمسك بها في الشبهة الموضوعية؛ لأن الملكية المستفادة من الآية الشريفة هي الملكية المطلقة، فالأصل اللغطي من ناحية هذه الآية ساقط الاعتبار.

التمسك بآية التجارة عن تراضٍ لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع
نعم، إطلاق آية التجارة عن تراضٍ لا إشكال فيه؛ لأن المال عندما يكون مال الغير لا يحل التصرف فيه، ولا تملّكه وضعاً إلا بسبب شرعي، والأسباب المعينة في الشرع معلومة، وليس الفسخ من بينها، فالمال المتقلّل من البائع إلى المشتري إذا أريد إرجاعه فلا بد أن يكون بسبب شرعي، وما هو إلا التجارة عن تراضٍ، وما لم يتحقق

هذا السبب بإطلاق ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١ محكم.

فإذن لا بد أن يثبت حق الفسخ ليسقط هذا الإطلاق، وإن لم يثبت بقى الإطلاق على حاله، فيصبح بذلك قيام الأصل اللفظي على اللزوم.

وبناء على هذا يكون مقتضى الأصل اللفظي لزوم هذه المعاملة الواقعة، فيكون قول البائع موافقاً للدليل، وقول المشتري مخالفاً له، فيقدم قول البائع.

ولو لم يتم الدليل ونوقش فيه فالمرجع إلى الأصل العملي؛ فإن العين الغائبة قد انتقلت بالمعاملة إلى المشتري، كما أن الثمن انتقل إلى البائع، والشك في تخلف الوصف أوجب الشك في ثبوت الخيار، فإذا فسخ الحال هذه يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملكية في ملك من انتقلت إليه، فيكون قول البائع موافقاً للأصل اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع موافق للأصل دون قول المشتري، سواء أقلنا بالأصل اللفظي أم لم نقل به فيكون المشتري مدعياً، والبائع منكراً^٢.
والتحقيق: أن الاختلاف بين المتباهيین على أنحاء:

١- النحو الأول: أن يكون الاختلاف في تحقق سبب الخيار كشرط الوصف الخاص الذي تخلف، فالأصل مع البائع كما تقدم، وتميم البحث أن نقول: إن المبني في ثبوت خيار الرؤية ثلاثة أمور:

١- شرط وجود الوصف في العين الغائبة.

٢- قاعدة نفي الضرر.

٣- صحيحة جيل المتقدمة.

١. سورة النساء / ٢٩.

٢. مصباح الفقاهة / ٧٨٨.

ومقتضى الأصل على المبني الأول عدم تحقق الشرط، والت نتيجة اللزوم. وعلى مبني قاعدة نفي الضرر، فالمفروض الشك في تحقق الضرر المستند للشارع، الحاكم على دليل اللزوم، ومقتضى الأصل عدم تتحقق هذا الضرر، فالنتيجة اللزوم.

وإذا كان المستند صحيحة جليل فالشك في مورد الاختلاف شك في تتحقق خيار الرؤية، ومقتضى الأصل عدم تتحققه؛ لأن الخيار مجعل شرعى، وقد شك في تتحققه وثبوته، والأصل عدمه، والت نتيجة اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع هو المقدم على جميع المباني؛ لموافقته للدليل والأصل المعتبرين.

النحو الثاني: أن يكون الاختلاف في تتحقق الوصف المشترط، بمعنى أنها متفقان في حصول أصل اشتراط الوصف، كاشتراط وصف الكتابة في العبد، ولكنها اختلفا في وجود الوصف المشترط عند البيع وعدهم.

وبما أنها متفقان في أصل اشتراط ومخالفان في متعلقه فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الوصف المشترط مسبوقاً بالعدم، أي من الأوصاف غير الالزام للوجود كوصف الكتابة في العبد.

الصورة الثانية: أن يكون الوصف المشترط غير مسبوق بالعدم، بمعنى أنه من لوازם الوجود للمشترط فيه كوصف الحبشيّة لهذه الأمة.

أما الصورة الأولى فيها أن الشك فيها شك في وجود الوصف الملزّم به في وقت البيع وعدهم، فالالأصل عدم وجوده في العين، فيكون الأصل موافقاً لقول المشترى، فيكون هو المقدم.

وأما الصورة الثانية فالمسألة تبني على جريان استصحاب العدم الأزلي فيها وعدهم، فعلى من يرى جريانه - كما هو الحق - يكون القول قول المشترى؛ لموافقته

للأصل، وهو عدم اتصف العين بالوصف الملزם به، فحال حبشيّة هذه الأمة كحال قرشية هذه المرأة؛ فإنها حينما لم تكن حبشيّة، ويشكّ عند وجودها في اتصفها بها فالأصل عدمه.

وأما على القول بعدم جريانه - كما اختاره المحقق النائي^{رحمه الله} - ، فلا أصل موضوعياً في المقام، ولكن بما أنها متفقان على وقوع البيع على الأمة الحبشيّة، ولا أصل في المقام، فهما يتفقان على ثبوت الحق للمشتري، فيكون الشك في وصول الحق إليه، فيأتي كلام المحقق الثاني^{رحمه الله}، من أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه، فيقدم قوله؛ لموافقته للأصل.

النحو الثالث: أن يكون الاختلاف في زوال الوصف قبل البيع أو بعده، بعد الاتفاق على أصل وجوده وعلى ارتفاعه، كأن يتفقان على تعلق البيع بهذا العبد الكاتب، ويتفقان على أنه كان كاتباً وقد زالت الكتابة عنه، ولكن اختلفا في أن زواها عنه كان قبل البيع أو بعده، فيدّعى البائع أن زواها بعده فالبيع لازم ويدّعى المشتري أن الزوال قبله فله حق الخيار.

فهنا موردان للأصل، أحدهما الأصل بقاء وصف الكتابة إلى زمان البيع، والآخر عدم تحقق البيع في زمان وجود الوصف، فإن كان المقتضي في كل من الأصلين تماماً تعارض الأصلان، وإن كان أحدهما تماماً دون الآخر كان قول صاحبه هو المقدم. ولمعرفة ذلك لا بدّ من التدقّق في تشخيص موضوع الآخر، فهل هو اجتماع البيع مع الوصف في زمان، فإذا تحقق البيع وكتابة العبد في زمان واحد كان القول قول البائع؛ لوصول الحق إلى المشتري.

أو هو بيع العبد الموصوف بالكتابه؟

الصحيح أن موضوع الزوم هو بيع العبد الموصوف بالكتابه، بمقتضى الارتكاز والنصوص وصرف اجتماع البيع والوصف في زمان لا أثر له؛ لأن الآخر

يترتب على البيع المتعلق بالعبد الكاتب، واستصحاب بقاء الكتابة بالنسبة إلى وقوع البيع على العبد الكاتب مثبت.

فعلى رأي من يقول بحجية الأصل المثبت يكون قول البائع هو المقدم؛ لتحقق البيع بالوجдан، وثبتوا الكتابة بالأصل.

وأما عند من لا يرى حجيته فلا مجال لإثبات موضوع اللزوم؛ فإن استصحاب بقاء كتابة العبد إلى زمان البيع لا يصح وقوع البيع على العبد الكاتب، فلا يقدم قول البائع.

وأما من الطرف الآخر، أعني أصل عدم تحقق البيع في زمان وجود الوصف، فلا إشكال في كونه مثبتاً أيضاً؛ لأن لازم عدم تتحقق البيع في زمان كتابة العبد هو وقوع البيع على العبد الفاقد للوصف، وهذا لازم عقلي بالنسبة إلى أصل عدم البيع. فالأسأل من طرف المشتري مثبت أيضاً.

فالنتيجة: أن كلاً من الأصلين ساقطان، فلم ينهض أصل بقاء الكتابة حتى يقدم قول البائع، ولا أصل عدم وقوع البيع على العبد الكاتب حتى يقدم قول المشتري، وإذا سقط الأصلان تمسّك بأصل اللزوم؛ فإنه بعد فسخ المشتري يشك في ارتفاع الملكية الحاصلة، فيستصحب بقاوتها، فيقدم قول البائع؛ لموافقته لأصالة اللزوم.

الخلاصة

وخلال الكلام: أن في الاختلاف ثلاثة فروض:

- ١- الاختلاف في أصل تتحقق سبب الخيار، أي في أصل اشتراط الوصف في البيع، وقد ناقشنا جميع أنظار الأعلام من العلامة والشهيد والمحقق الثاني والشيخ الأعظم قدست أسرارهم، القائلين بتقدم قول المشتري، وآخرنا تقديم قول البائع.
- ٢- الاختلاف في أصل وجود الوصف حين البيع، والحق تقديم قول المشتري

على جميع التقادير على خلاف الفرض السابق.

٣- الاختلاف في بقاء الوصف في وقت البيع وزواله، والحق فيه تقديم قول البائع؛ لكون الأصول الموضوعية مثبتة، والرجوع بعد ذلك إلى أصلية لزوم العقد.

مسألة: لو نسج بعض الثوب واشترىه على أن ينسج الباقي كالأول

ذهب الشيخ الطوسي، والقاضي، وابن سعيد، والعلامة في بعض كتبه،
والمحقق الكركي في جامع المقاصد إلى القول بالبطلان.^١
والدليل الذي نقله الشيخ عليه السلام في المكاسب عن التذكرة وجامع المقاصد هو:
«أن بعضه عين حاضرة، وبعضه في الذمة مجهول»^٢، فلا تكون المعاملة واجدة لشرط
صحة البيع.

وذهب العلامة عليه السلام في المختلف إلى القول بالصحة،^٣ وقال الشيخ عليه السلام: «لا
يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً»^٤.

تحقيق الشيخ في المسألة

ثم قسّم الشيخ عليه السلام المسألة إلى صور ثلاثة:

-
١. المسوط / ٢٧٧؛ المذهب / ١٣٥٢؛ الجامع للشرائع / (٢٥٦-٢٥٧)؛ التذكرة / ١١/٧٩؛ جامع المقاصد / ٤٣٠٢.
 ٢. المكاسب / ٥٢٦٩.
 ٣. المختلف / ٥٧٣.
 ٤. المكاسب / ٥٢٦٩.

الصورة الأولى: أن يبيع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وحكم فيها بالصحة؛ وذلك لأن المبيع مؤلف من جزئين، أحدهما المنسوج والآخر الغزل الجزئي المعين، واشترط في المعاملة شرط نسج الغزل على منوال المنسوج، فالمقتضي لصحة البيع موجود، والمانع مفقود، والشرط مشمول لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولو لم يف البائع بالشرط كان للمشتري خيار تخلّفه.

الصورة الثانية: أن يبيع البعض المنسوج منضمًا معه مقدار معين كلي من الغزل، على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وقد حكم فيها أيضاً بالصحة؛ إذ لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة إلا بالكلية والجزئية، ولا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وللمشتري خيار الشرط لوالخلّف البائع.

الصورة الثالثة: أن يبيع هذا البعض المنسوج المعين منضمًا إلى منسوج معين كلي على أن يكون النسج على هذا المنوال.

والفرق بينها وبين سابقتها أن النسج الكلي في السابقة أخذ شرطاً، وفي هذه الصورة أخذ قيداً ووصفاً.

وقد حكم فيها بالصحة أيضاً؛ إذ ضم الكلي إلى الجزئي لا يضرّ بصحة البيع، غايتها يكون البائع مديناً للمشتري بالكلي الموصوف، والفرق بينها وبين السابقة أن للمشتري في الصورة السابقة خيار تخلّف الشرط؛ لاستلامه المبيع فاقداً للشرط، وأما في هذه الصورة فلم يستلم المشتري كامل المبيع، بل المتخلف باقي على مال البائع، فله في القسم المنسوج خيار تبعّض الصفة.

ولو تعدد التسليم كان له خيار آخر، أعني خيار تعدد التسليم.

هذا تمام ما أفاده الشيخ رحمه الله من التحقيق في المقام.^١

أدلة القول بالبطلان

الوجه الأول: ما نقله الشيخ رحمه الله عن العلامة والمحقق الكركي قدس سرهما، من أن بعضه معلوم وبعضه مجهول، والتبيّنة تتبع أحسن المقدمات فيكون المبيع مجهولاً. وهو غير ناهض؛ إذ الفرض أن البعض المنسوج معين، واشترط في البعض الآخر أن يكون على منواله، فلا جهالة في البين ولا غرر.

الوجه الثاني: ما اعتمدته الشيخ الطوسي رحمه الله، من أن البيع واحد، وهو بالنسبة إلى المنسوج لازم، وبالنسبة إلى غير المنسوج، الذي اشترط فيه أن يكون نسجه على منوال الأول جائز، والبيع الواحد لا يتحمل حكمين متضادين.

وهذا الوجه لم يذكره الشيخ الأنصاري رحمه الله، وذكره العلامة رحمه الله في بعض كتبه^٢ وأجاب عنه بجوابين:

الأول: أن في هذا البيع عقدين، عقد تعلق بالمنسوج، وهو المحكوم باللزوم، والآخر تعلق بغير المنسوج، وهو المحكم بالجواز، فلم يجتمع اللزوم والجواز في شيء واحد.

وفيه: أنه خلاف الفرض؛ فإن الفرض كون البيع واحداً، والمبيع مركباً من جزئين، منسوج وغير منسوج.

الثاني: أن حكم هذا البيع واحد؛ لثبت اختيار في التوثيق أجمع لو لم ينسج الباقي على منوال الأول.

الوجه الثالث: ما استدل به العلامة رحمه الله في بعض كتبه، من أن هذا النحو من

١. المكاسب ٥/٢٧٠-٢٦٩.

٢. المختلف ٥/٧٣.

البيع غير معهود في الشع؛ فإن المعهود بيع الكلى، أو الجزئي، وأما بيع الكلى منضماً إلى الجزئي فليس بمعهود.^١

وفيه: أن إطلاق **﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾**^٢ يشمل مثل هذا البيع مع رعاية المعتبر في بيع الكلى والجزئي، والمعهودية ليست من موجبات الانصراف، والمعيار انطباق عنوان متعلق الإنشاء على المورد، فيكفي في انطباق الحكم عليه، أعم من كونه نادراً أو شائعاً.^٣

تنبيه

إن الحكم في ما ذكره الشيخ رحمه الله من الصور الثلاث صحيح ولا إشكال فيه، ولكن هذه الصور تختلف عن الفرع المعنون عند القدماء؛ فإنهم لم يعنونوا المسألة بضم الكلى إلى الجزئي، بل المعنون عندهم بيع ثوب شخصي، بعضه منسوج، وبعضه الآخر غير منسوج، فهو من ضم الموجود الشخصي إلى المعدوم الشخصي، ومثل هذا البيع غير معهود؛ لاشترط الملكية في البيع، والمملوك إما جزئي خارجي، أو كلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فليس طرفاً بالإضافة الملكية، فيبيع الثوب الشخصي بنحو ما عنونه القدماء، من أن بعضه منسوج، وبعضه غير منسوج محل إشكال، والحكم بصحته في غاية الإشكال.

وإما إطلاق **﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾**، فلا يشمله؛ للزوم أن يكون متعلق البيع ملوكاً، لأن حقيقة البيع التمليك، أو تبديل طرف بالإضافة، فلا بدّ من وجود بالإضافة، والمضاف بالإضافة الملكية لا يخلو من شيئاً: الجزئي الموجود في الأعيان، والكلى في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فلا يقع طرفاً بالإضافة.

١. تذكرة الفقهاء ١١/٧٩؛ تحرير الأحكام ٢/٢٩١.

٢. سورة البقرة ٢٧٥.

٣. المختلف ٥/٧٣.

لا يقال: بأن المطلوب عمل، وهو نسج الباقي على منوال الأول.

لأننا نقول: بأن العمل أمر آخر، خارج عن محل بحثنا؛ فإن العمل في الذمة قابل للتمليك، فيكون أجيراً لنسج الثوب، والفرض في ما نحن فيه تملك الجزئي المعدوم قبل تعينه، وهو غير قابل للتمليك.

أقول: الظاهر عدم تمامية ما ذكره الأستاذ المحقق د.أ.ف.الله لما مرّ من كلام العلامة أنّ عدم المعهودية ليست من موجبات الانصراف ولا تمنع من الاطلاق وإذا جرى الاطلاق صح البيع والله العالم.

وبهذا يتنهى الكلام في خيار الرؤية، والحمد لله رب العالمين.

فهرس المطالب

٣	تقرير سماحة المرجع الديني آية الله العظمى الشيخ يد الله الدوزاني التبريزى <small>طه الله</small>
٥	تنمية أقسام الخيار /
٦	تمهيد
٧	الرابع: خيار الغبن /
٧	الجهة الأولى: خيار الغبن لغة واصطلاحاً
٨	الجهة الثانية: اجماع الطائفة على خيار الغبن
١٢	أما الصغرى: ففيه اشكالان
١٢	الجواب عن الإشكال
١٢	دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه
١٣	الإشكال في كبرى الإجماع
١٤	الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن
١٤	١- قوله تعالى: «إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرِيَّةً عَنْ تَرَاضٍ»
١٤	اشكال صاحب الجواهر على العلامة
١٤	دفاع الشيخ عن العلامة
١٥	مناقشة الشيخ للعلامة
١٦	ردّ مناقشة الشيخ للعلامة
١٨	الصحيح في الإشكال على استدلال العلامة
١٨	٢- قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ»
٢١	٣- إثبات خيار الغبن بروايات تلقي الركبان
٢٢	٤- قاعدة لا ضرر

٥- الروايات الواردة في حكم الغبن	٥
الإجماع	٣٥
٧- تخلف الشرط الارتکازی القطعی عند العقلاء	٣٥
الجهة الرابعة: شرائط خيار الغبن	٣٦
الأمر الأول: عدم علم المغبون بالقيمة	٣٦
زمان اعتبار القيمة	٣٦
الشرط الأول: عدم علم المغبون بالقيمة	٣٦
إشكال المحقق الحائر على الشيخ	٣٧
استدلال المحقق الحائر على الشرط الأول بعدم صدق الضرر	٣٧
مناقشة في ما أفاده المحقق الحائر	٣٨
[الفرع الأول]: صور العلم بالتفاوت في القيمة	٤٠
الصورة الأولى	٤٠
الصورة الثانية	٤١
الصورة الثالثة	٤١
الصورة الرابعة	٤١
زمان اعتبار القيمة	٤٢
رأي الشيخ	٤٢
مقتضى التأمل في البحث	٤٣
«الحق في المسألة»	٤٤
[الفرع الثاني]: وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض	٤٥
دليل المحقق الرشتي على وجوب الإيقاض تعبدًا في بيع الصرف	٤٦
مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي	٤٧
[الفرع الثالث]: حكم علم الوكيل بالغبن	٤٨
إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ في الصورة الثانية من القسم الثاني	٥٠
الحق في المسألة	٥٠
[الفرع الرابع]: دعوى بالغبن	٥١
المسألة الأولى: في الاختلاف في علم المغبون بالقيمة، ورأي الشيخ في ذلك	٥٢
الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة	٥٢
الإشكالات على الشيخ	٥٣
الإشكال الأول	٥٣
الإشكال الثاني	٥٤

٥٤	الإشكال الثالث.....
٥٥	الإشكال الرابع
٥٥	الإشكال الخامس
٥٥	الإشكال السادس.....
٥٥	الإشكال السابع.....
٥٦	في الأصل الجاري لتشخيص المدعى من المنكر
٥٦	وجوه الأصل الجاري في المقام
٥٦	الوجه الأول: ما أفاده الشيخ.....
٥٦	الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم
٥٧	الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر).....
٥٧	رفع المحقق السيد الخوئي للإشكال ورده.....
٥٩	الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرلناني
٦٠	الوجه الرابع: ما اختاره المحقق الأصفهاني
٦٢	الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة
٦٢	حالات الصورة الثانية.....
٦٢	الحالة الأولى: أن يدعّي الجهل بالقيمة
٦٣	الحالة الثانية: أن يدعّي العلم بالقيمة ولكنه نسيها حين العقد أو غفل عنها
٦٣	دعوى الحلف على المدعى في المقام
٦٣	الوجه الأول لدعوى الحلف
٦٤	رد الوجه الأول
٦٤	الوجه الثاني لدعوى الحلف ورده
٦٥	الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة
٦٥	الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ
٦٦	الإشكالات الواردة على الأصل
٦٦	الإشكال الأول
٦٧	الإشكال الثاني
٦٨	الإشكال الثالث
٦٨	الإشكال الرابع
٦٨	تحقيق المحقق السيد الخوئي
٧٠	التعليق على هذا التحقيق
٧١	الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

الجهة الأولى: الدليل على كون التفاوت فاحشاً	٧١
الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش	٧١
الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقق للتفاوت الفاحش	٧٣
رأي الشيخ	٧٣
تفصيل المحقق السيد الخوئي	٧٤
المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي	٧٥
دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها	٧٦
الحق في المسألة	٧٧
في مناطل الضرر الموجب للخيار	٧٨
جواب الشيخ عن الإيراد على المناطق في الضرر	٧٨
المناقشة في ما أفاده الشيخ	٧٩
إشكال المحقق الخوئي على الشيخ ورد	٨٠
اجتماع الغابن والمغبون في واحد	٨١
الإشكال على اجتماعهما في واحد	٨١
جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال ورد	٨٢
جواب المحقق القمي عن الإشكال	٨٢
إشكال الشيخ على جواب المحقق القمي	٨٣
ما ذكره صاحب الجواهر	٨٣
إشكال الشيخ عليه	٨٤
ما نقله الشيخ عن بعض المناقشة فيه	٨٤
تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته	٨٥
جواب المحقق الحائرى ومناقشة فيه	٨٦
تصوير المحقق الأصفهانى والرد عليه	٨٧
تصوير الفقيه السيد اليزدي ومناقشته	٨٨
[مسألة]: وقت تحقق خيار الغبن	٩٠
مقتضى الأصل العملي	٩١
مقتضى الأصل اللفظي	٩١
مقتضى الأدلة الخاصة	٩١
الدليل الأول: الإجماع	٩١
الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ﴾	٩١
الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرِيًّا عَنْ تَرَاضٍ﴾	٩٢

٩٢	الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان
٩٣	الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر
٩٤	الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين
٩٤	فتححصل من ذلك كله:
٩٤	محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات
٩٥	المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء
٩٨	آثار الخيار عند الشيخ
٩٨	المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار
١٠٤	[مسألة]: مسقطات خيار الغبن
١٠٤	المسقط الأول: الإسقاط بعد العقد
١٠٦	مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردها
١٠٩	جواب الشيخ عن الإشكال ورده
١٠٩	جواب المحقق الخراساني والسيد اليزدي عن الإشكال
١١٠	إشكال المحقق الأصفهاني على السيد اليزدي والمحقق الخراساني
١١١	الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني
١١٧	المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد
١١٧	الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد
١١٧	الإشكال الأول
١١٨	الإشكال الثاني
١١٨	الإشكال الثالث
١١٩	الجواب عن الإشكال الأول
١٢١	أجوبة الشيخ عن الإشكال الثاني
١٢٢	إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ
١٢٣	دفع إشكال المحقق الأصفهاني عن الشيخ
١٢٥	إشكال المحقق الخوئي على الشيخ
١٢٦	الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي
١٢٧	المسقط الثالث: تصرف المغبون بالتصرف التكوبيني
١٢٧	دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد
١٢٩	مقتضى القاعدة [في المقام]
١٢٩	صور تصرف المغبون بالعين
١٢٩	الصورة الأولى

١٢٩	الصورة الثانية.....
١٣٠	الصورة الثالثة.....
١٣٠	الصورة الرابعة.....
١٣٠	مقتضي الأدلة.....
١٣١	الإشكال على الاستدلال بالإجماع.....
١٣٢	نفي بعد سقوط الخيار بالتصريح مع الاحتمال والالتفات عند المحقق الإيرواني.....
١٣٢	الحق في المسألة.....
١٣٢	المسقط الرابع: التصرفات الالزامة الناقلة للملك.....
١٣٣	الأدلة على كونه من المسقطات.....
١٣٣	الدليل الأول: دليل العلامة.....
١٣٣	مناقشة الشيخ لدليل العلامة.....
١٣٣	الدليل الثاني ورده.....
١٣٤	الدليل الثالث ورده.....
١٣٥	الدليل الرابع.....
١٣٦	جواب الشهيد [الثاني] عن الدليل الرابع.....
١٣٦	مقتضى القاعدة من حيث الكبri.....
١٣٦	صغريات المسألة.....
١٣٨	فرع: ما لو امترج المال المغبون فيه بغيره.....
١٣٩	١- أن يمترج مع مال المغبون.....
١٤٠	كلام المحقق الأصفهاني في رد المترج بهال المغبون ومناقشته.....
١٤٠	٢- أن يمترج مع مال الغابن.....
١٤١	الأقوال في حقيقة الشركة.....
١٤٣	٣- أن يمترج مع مال الأجنبي.....
١٤٤	فروع في تصرفات الغابن.....
١٤٤	المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون.....
١٤٤	المسألة الثانية: في حكم الرد لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً.....
١٤٦	المسألة الثالثة: في حكم الرد لو تصرف الغابن تصرّفاً مانعاً.....
١٤٦	تصویر التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد.....
١٤٨	التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم.....
١٥١	نتيجة البحث في المسألة.....
١٥٢	المسألة الرابعة: في تصرف الغابن بالعقد الجائز.....

كلام الشهيد الثاني.....	١٥٣
إشكال الشيخ على الشهيد الثاني.....	١٥٤
انتصار المحقق الخراساني للشهيد الثاني	١٥٤
دفع جواب المحقق الخراساني	١٥٥
المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه	١٥٦
الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد	١٥٦
الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز	١٥٦
الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون	١٥٦
إشكال المحقق الرشتي على الشيخ	١٥٧
الجواب عن إشكال المحقق الرشتي	١٥٨
الإشكال على ما أفاده الشيخ	١٥٩
المختار.....	١٥٩
المسألة السادسة: في تصرف الغابن بغير النقل	١٦٠
[النحو الأول]: أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالتفصية	١٦٠
ظاهر مراد الشيخ و اختياره	١٦١
الإشكال على ظاهر كلام الشيخ	١٦١
الحق في المسألة	١٦٣
تصرف الغابن بالإجارة.....	١٦٤
وجوه المسألة	١٦٤
مختار الشيخ	١٦٤
مختار المحقق القمي	١٦٤
إشكال الشيخ على المحقق القمي	١٦٥
مختار العلامة	١٦٥
التحقيق في المسألة	١٦٦
التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة	١٦٧
النحو الأول: الزيادة الحكمية	١٦٧
الأقوال في الزيادة الحكمية	١٦٧
القول الأول	١٦٧
القول الثاني	١٦٨
القول الثالث	١٦٨
إشكال المحقق الأصفهاني على الشركة في المالية	١٦٨

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني	١٦٩
خلاصة البحث وبيان المختار	١٧١
النحو الثاني [من أقسام التصرف بما يوجب]: الزيادة الخارجية	١٧١
القول الأول	١٧١
القول الثاني	١٧٢
القول الثالث	١٧٢
تحقيق المحقق الرشتى في المسألة	١٧٣
المناقشة في تحقيق المحقق الرشتى	١٧٦
إشکال المحقق الخراسانى على الشیخ وتحقيقه في المقام	١٧٨
المناقشة فيها أفاده المحقق الخراسانى	١٧٩
المناقشة في كلام الشیخ	١٨٢
مبني المحقق الأصفهاني في المقام	١٨٢
الإشكال على المحقق الأصفهاني	١٨٣
زبدة المختصر	١٨٤
تبيهات	١٨٦
التبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة	١٨٦
الأقوال في المسألة	١٨٦
القول الأول: ما ذهب إليه الشیخ	١٨٧
القول الثاني: أن لا تفسخ الإجارة	١٨٧
القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقق القمي	١٨٨
مفتضي التحقيق في المسألة	١٨٨
التبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلس	١٩٠
ما أفاده الشیخ من الفرق	١٩٠
المناقشة فيها أفاده الشیخ من الفرق	١٩١
التبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه	١٩٢
بيان الوجوه في المسألة وأدلةها	١٩٢
الوجه الأول	١٩٢
الوجه الثاني	١٩٣
الوجه الثالث	١٩٣
مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها	١٩٣
الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار	١٩٥

التتبّيـه الرابع: تفصـيل الشـهـيد الثـانـي بـين الغـرس والـزـرـع	١٩٦
التتبـيـه الخامس: لو طـلب مـالـك الغـرس القـلـع	١٩٦
إـشكـال المـحـقـق الرـشـتـي عـلـى الشـيـخ وـدـفـعـه	١٩٧
[مسـأـلة]: التـصـرـف بـالـامـتـاج	١٩٩
الصـورـة الأولى: اـمـتـاجـيـعـيـغـيرـجـسـه	١٩٩
مـقـتـضـيـالـتـحـقـيقـفـيـالـقـسـمـاـلـأـوـلـ	٢٠٠
إـشكـالـمـحـقـقـالـإـبـرـوـانـيـعـلـىـالـشـيـخـوـدـفـعـه	٢٠٢
مـخـتـارـالـشـيـخـفـيـالـامـتـاجـلـاـعـلـىـوـجـهـالـاسـتـهـلـاـكـ	٢٠٢
مـخـتـارـالـمـحـقـقـالـخـرـاسـانـيـوـمـنـاقـشـتـه	٢٠٣
مـخـتـارـالـمـحـقـقـالـنـائـيـنـيـوـمـنـاقـشـتـه	٢٠٤
مـخـتـارـالـسـيـدـالـيـزـدـيـوـمـنـاقـشـتـه	٢٠٥
الـحـقـفـيـهـذـهـالـصـورـة	٢٠٧
الـصـورـةـالـثـانـيـةـ:ـامـتـاجـيـعـيـجـسـه	٢٠٧
أـ:ـفـيـامـتـاجـالـمـالـيـنـإـذـاـكـانـاـلـاـكـيـنـ	٢٠٨
بـ:ـفـيـامـتـاجـالـمـالـيـنـإـذـاـكـانـاـلـاـكـوـاـحـدـ	٢١١
دـعـوـيـالـشـيـخـالـطـوـسـيـالـرـبـاـعـلـىـالـقـوـلـبـالـشـرـكـةـفـيـالـعـيـنـحـسـبـالـمـالـيـةـوـرـدـهـا	٢١٣
مسـأـلةـفـيـحـكـمـتـلـفـالـعـوـضـيـنـمـعـالـغـبـنـ	٢١٥
فـيـحـكـمـتـلـفـمـاـعـنـدـالـمـغـبـونـ	٢١٥
فـيـحـكـمـتـلـفـمـاـعـنـدـالـغـابـنـ	٢١٧
مسـأـلةـفـيـثـبـوـتـخـيـارـالـغـبـنـفـيـغـيرـالـبـيـعـوـدـمـهـ	٢١٩
حـكـمـالـمـسـأـلةـإـذـاـكـانـالـمـسـتـنـدـهـوـالـإـجـاعـ	٢٢٠
حـكـمـالـمـسـأـلةـإـذـاـكـانـالـمـسـتـنـدـلـاـضـرـرـ	٢٢٠
حـاجـةـلـاـضـرـرـلـلـجـبـرـعـنـدـالـمـحـقـقـيـنـالـخـرـاسـانـيـوـالـأـصـفـهـانـيـوـرـدـهـ	٢٢٠
حـكـمـالـمـسـأـلةـإـذـاـكـانـالـمـسـتـنـدـالـشـرـطـالـاـرـتـكـازـيـ	٢٢١
مسـأـلةـهـلـالـخـيـارـعـلـىـالـفـوـرـأـوـالـتـرـاثـيـ؟	٢٢٣
دـلـيـلـالـقـوـلـبـالـفـوـرـ	٢٢٣
الـدـلـيـلـاـلـوـلـ	٢٢٣
تـقـرـيـرـالـمـحـقـقـالـكـرـكـيـلـلـدـلـيـلـاـلـوـلـ	٢٢٣
دـلـيـلـالـقـوـلـبـالـتـرـاثـيـ	٢٢٥
رـأـيـصـاحـبـالـرـيـاضـ	٢٢٥
مـنـاقـشـهـالـشـيـخـفـيـالـأـدـلـةـ	٢٢٥

٢٢٦.....	مناقشة الشيخ فيها قرره المحقق الثاني
٢٢٧.....	مناقشة الشيخ في الاستصحاب
٢٢٩.....	مناقشة الشيخ لصاحب الرياض
٢٣٠.....	إشكال المحقق الخراساني على الشيخ
٢٣١.....	المناقشة في كلام المحقق الخراساني
٢٣٢.....	إشكال السيد البزدي على الشيخ ورده
٢٣٣.....	مختار الشيخ في المقام
٢٣٤.....	المناقشة في مختار الشيخ
٢٣٥.....	إشكال الشيخ على المحقق الثاني
٢٣٦.....	الحق في المسألة

الخامس: خيار التأخير / ٢٣٨

٢٣٨.....	أدلة خيار التأخير عند الشيخ
٢٤٠.....	إشكال الشيخ على مدلول الروايات
٢٤١.....	جواب الشيخ عن الإشكال
٢٤١.....	المناقشة في أدلة الشيخ
٢٤٣.....	إشكال المحقق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه
٢٤٣.....	مناقشة المحقق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردها
٢٤٦.....	التحقيق في التمسك بلا ضرر
٢٤٨.....	ردد ما أفاده المحقق الحائر
٢٤٩.....	المناقشة في الاستدلال بالروايات
٢٤٩.....	المناقشة في تقريري الشيخ للاستدلال بالروايات
٢٥٠.....	تقرير المحقق الخراساني الاستدلال بالروايات
٢٥١.....	كلام صاحب الجواهر
٢٥٥.....	التحقيق في كلام صاحب الجواهر
٢٥٨.....	تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات
٢٦٠.....	المناقشة فيها أفاده المحقق الأصفهاني
٢٦٣.....	كلام المحقق الحائر لرفع التعارض بين الروايات
٢٦٤.....	المناقشة في ما أفاده المحقق الحائر
٢٦٤.....	ما أفاده الفاضل التراقي في الجمع بين الروايات
٢٦٦.....	التحقيق في المسألة البحث في المقامين
٢٦٦.....	مقام الأول: مقتضى القاعدة

المقام الثاني: مقتضى الروايات ٢٦٧
مقتضى الأصل العملي في المسألة ٢٧٠
شروط خيار التأخير ٢٧١
شرط الأول: عدم قبض المبيع ٢٧١
إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات ٢٧١
إشكال الشيخ عليهم ٢٧٢
إشكال المحقق الإيراني على الشيخ ٢٧٢
تأييد المحقق الرشتي للشيخ ٢٧٤
الحق في لفظ الرواية ومقادها ٢٧٤
إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه ٢٧٦
إشكال المحقق الخراساني على الشيخ ودفعه ٢٧٧
المناقشة في أصل عدم التشديد ٢٧٧
ونتيجة البحث: ٢٧٩
تحقيق المحقق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن ٢٧٩
المناقشة في تحقيق المحقق الخراساني ٢٨١
فروع ٢٨٣
الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع ٢٨٣
استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار ٢٨٣
إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ ٢٨٤
التحقيق في المسألة ٢٨٤
ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال: ٢٨٤
الفرع الثاني: لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع ٢٨٦
رأي الشيخ في المسألة ٢٨٧
المناقشة فيها اختاره الشيخ ٢٨٨
فتتحقق إلى هنا: ٢٨٩
التحقيق في المسألة ٢٨٩
الفرع الثالث: لو مكّن [البائع] المشتري من القبض فلم يقبض ٢٩٢
رأي الشيخ ٢٩٢
رأي صاحب الجواهر ٢٩٣
التحقيق في المسألة ٢٩٣
الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع ٢٩٦

٢٩٧	إشكال على المحقق الرشتي
٢٩٨	إشكال ودفع
٢٩٨	جواب المحقق الرشتي
٢٩٩	المناقشة في الدفع
٣٠٣	الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن
٣٠٥	الحق في المسالة
٣٠٦	مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها
٣٠٧	فروع
٣٠٧	الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري
٣٠٧	رأي الشيخ ودليله
٣٠٧	لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حق
٣٠٨	إشكال المحقق الإيررواني على الشيخ
٣٠٨	إشكال السيد اليعزدي على الشيخ ودفعه
٣٠٩	دفع شبهة أثارها المحقق النائي
٣١١	[الفرع الثاني]: عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق
٣١١	[الفرع الثالث] لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري
٣١٧	بيان آخر للمحقق النائي لعدم كافحة الإجازة
٣٢١	الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين عن الثلاثة
٣٢٤	الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه
٣٢٧	الشرط الخامس: عدم الخيار لها أو لأحدهما
٣٣٣	الشرط السادس: تعدد المتعاقدين
٣٣٥	الشرط السابع: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوصاً جارياً
٣٣٦	مسقطات خيار التأخير
٣٤٠	تنبيه: مبدأ ثلاثة الأيام في خيار التأخير
٣٤٠	الجهة الأولى: فيما يستظره من النصوص
٣٤٤	الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة
٣٤٥	الرابع: أخذ الثمن من المشتري
٣٤٩	تأييد المحقق الأصفهاني للشيخ
٣٤٩	المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني
٣٥٢	الخامس: مطالبة الثمن
٣٥٤	إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

المناقشة في استدلال الشيخ الأعظم	٣٥٤
مقتضى التحقيق في المسألة	٣٥٧
الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع	٣٥٨
الحكم إذا كان المستند لا ضرر	٣٥٩
الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي	٣٦١
الحكم إذا كان المستند الأخبار	٣٦١
[الـ] فرع [الأول]: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه	٣٦٦
التحقيق في المسألة	٣٦٦
[الـ] فرع [الثاني]: في تلف الثمن	٣٦٨
المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه	٣٦٩
السادس: خيار الرؤية / ٣٧٧	
تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلة عليه	٣٧٧
المناقشة في تحرير الشيخ	٣٧٨
مقتضى التحقيق	٣٨٠
في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه	٣٨٣
مسألة: مورد خيار الرؤية	٣٨٨
فرع: في اشتراط ذكر أو صاف المبيع	٣٩٠
المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع	٣٩١
الإشكالات الواردة في المقام ودفتها	٣٩١
الإشكال الأول وجوابه	٣٩١
الإشكال الثاني	٣٩٣
الإشكال الثالث	٣٩٣
جواب الشيخ عن الإشكالين الثاني والثالث	٣٩٤
الإشكال الرابع والجواب عليه	٣٩٤
إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أوجوبة الشيخ	٣٩٥
رد إشكال المحقق الخراساني	٣٩٦
إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أوجوبة الشيخ	٣٩٧
الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني	٣٩٨
الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور	٣٩٩
[رد الوجه الأول]	٣٩٩
[توضيح الوجه الثاني ونقاذه]	٤٠٠

النقطة الأولى: فيها ما أفاده المحقق الأرديلي	٤٠٠
النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقق الأرديلي	٤٠١
النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر	٤٠٢
جواب إشكال الشيخ	٤٠٤
خلاصة البحث	٤٠٧
إذا ترد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض	٤٠٧
مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟	٤١١
مقتضى القاعدة عند الشيخ	٤١٢
مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ	٤١٤
دليل القول بالتراخي	٤١٤
نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام	٤١٥
التحقيق في أصل المسالة	٤١٦
مقتضى القاعدة	٤١٦
مقتضى الأدلة الخاصة	٤١٧
الوجه الأول: قاعدة لا ضرر	٤١٨
الإشكال في هذا الوجه	٤١٨
الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي	٤١٨
الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة	٤١٩
مفادها عند الشيخ	٤١٩
المناقشة في ما أفاده الشيخ	٤١٩
مفاد الرواية عند المحقق السيد الخوئي	٤١٩
الإشكال فيها أفاده المحقق الخوئي	٤٢١
الصحيح في مفاد الرواية	٤٢١
خلاصة البحث	٤٢٣
مسقطات خيار الرؤية	٤٢٤
المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً	٤٢٤
المسقط الثاني: الإسقاط	٤٢٤
الإسقاط بعد الرؤية	٤٢٤
الإسقاط قبل الرؤية	٤٢٤
الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية	٤٢٥
التقريب الأول للإشكال ودفعه	٤٢٥

٤٢٦.....	التقريب الثاني للإشكال ودفعه
٤٢٦.....	الصحيح في الإشكال
٤٢٧.....	عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال
٤٢٧.....	جواب المحقق الرشتي
٤٢٧.....	المناقشة في جواب المحقق الرشتي
٤٢٨.....	جواب المحقق الخراساني ومناقشته
٤٣١.....	بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه
٤٣٢.....	الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله
٤٣٢.....	الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله
٤٣٢.....	الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله
٤٣٣.....	دليل المحقق الثاني ومناقشته
٤٣٣.....	الدليل المعتمد عند الشيخ
٤٣٤.....	دفع إشكال
٤٣٥.....	جواب المحقق الخراساني عن إشكال الشيخ
٤٣٦.....	دفع جواب المحقق الخراساني
٤٣٦.....	الإيراد على الشيخ
٤٣٧.....	الدفاع عن الشيخ
٤٣٨.....	الحق في المسالة
٤٤٠.....	في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط
٤٤٣.....	مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين
٤٤٣.....	المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين
٤٤٣.....	المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف
٤٤٤.....	رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه
٤٤٥.....	المطلب الثالث: في إشكال صاحب المدائن على الشهيد
٤٤٦.....	المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب المدائن
٤٤٦.....	التحقيق في المسألة
٤٥٧.....	مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد
٤٥٨.....	إشكال المحققين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ
٤٥٩.....	دفع إيراد العلمين
٤٦١.....	مقتضى التحقيق في المقام
٤٦١.....	بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط	٤٦٢
بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر	٤٦٢
المناقشة في كلام صاحب الجواهر	٤٦٣
كلام المحقق الرشتي والإشكال فيه	٤٦٥
مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه	٤٦٦
شرح كلام الشيخ الأعظم	٤٦٦
ضابطة تشخيص المدعى والمنكر	٤٦٩
مستند المحقق الرشتي في القول بالتحالف	٤٦٩
المناقشة في كلام المحقق الرشتي	٤٧٠
أدلة القول بتقديم قول المشتري	٤٧١
مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري	٤٧١
المناقشة في تقريب الشيخ	٤٧٢
مستند الشهيد بتقديم قول المشتري ومناقشته	٤٧٢
مستند المحقق الثاني بتقديم قول المشتري ومناقشته	٤٧٣
أدلة القول بتقديم قول البائع	٤٧٣
رأي السيد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام	٤٧٤
التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع	٤٧٤
الخلاصة	٤٧٨
مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراءه على أن ينسج الباقى كالاول	٤٨٠
تحقيق الشيخ في المسألة	٤٨٠
أدلة القول بالبطلان	٤٨٢
تنبيه	٤٨٣
فهرس المطالب	٤٨٥