

منهج الفقاہة

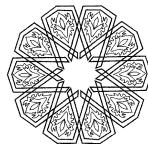
التعليق على مکاسب الشیخ الأعظم

المحقق الفذ آیة الله العظمى

السید محمد صادق الحسینی الرُّوحانی

مد ظلّه العالی

الجزء الخامس



موسوعة الامر لروحاني

منهاج الفہیق

الجزء الخامس

✓ تاريخ النشر: ١٤٣١ هـ. ق = ١٣٨٩ هـ. ش = ٢٠١٠ م

✓ الطبعة: السادسة (الاولى من الناشر)

✓ الكمية: ٣٠٠٠ نسخة

✓ الصفحة: ٤٩١

✓ المطبعة: دذر

✓ الناشر: كلبه شروق - ایران: قم المقدسه (تلفاکس: ۷۷۴۱۴۲۳) (۷۷۴۱۴۲۳)

✓ الشابك: ٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-١٤-١

✓ السعر: ٢٤٠٠ تومان (سعر المجموعة)

روحاني، محمدصادق، ١٣٠٣ - شارح منهج الفقاہہ: التعليق على مکاسب الشیخ الاعظم / السيد محمد صادق الحسینی الروحانی۔۔ قم: کلبه شروق، ١٤٣١ ق. = ٢٠١٠ م،
١٣٨٩ =
٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-٠٩-٧ - (دورہ) ج.
٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-١٤-١ - (ج. ٥) xxx
فہرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.
كتاب حاضر شرح كتاب (المکاسب) شیخ مرتضی انصاری است.
متدربات: ج. ١-٢. المکاسب المحرمه - ج. ٣-٤. البيع. ج. ٥-٦. خیارات.
١. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المکاسب - نقد و تفسیر. ٢. معاملات (فقہ). ٣. خرید و فروش (فقہ).
٤. کسب و کار حلام (فقہ). الف. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المکاسب. شرح. ب. عنوان:
المکاسب. شرح
٢٩٧/٣٧٢٢ BP ١٩٠ / ١ / ٨ الف ٧٠٢٤
١٣٨٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولا نا من التفقة في الدين والهداية إلى الحق، وأفضل صلواته وأكمل تسليماته على رسوله، صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله، الأئمة على حلاله وحرامه، سيمما بقية الله في الأرضين، أرواح من سواه فداه.
وبعد: فهذا هو الجزء الخامس من كتابنا « منهاج الفقاہة » وقد وفقنا إلى طبعه، راجياً من الله سبحانه وتعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات، فإنه ولني التوفيق.

مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم^١، فإنّ الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في «جامع المقاصد» وفي «الذكر»: (أنّ إجماع)، وفي «المبسوط»: (الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء)، وعن «الغنية»: (أنّه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه، تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإنّ ما هذه حالة لا يجوز بيعه بلا خلاف).

اعتبار القدر على التسليم

١. قوله: (الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم)، وقبل الشروع في إقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم أمور:

الأمر الأول: إنّ ذكر هذا الشرط في شروط العوضين، مع أنّ القدرة قائمة بالتعاقددين، وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقددين، لعله من جهة أنّ عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر، والعبد الآبق ونحوهما، بل ربما يُقال إنه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحيه قصور العاقد - كما لو تعاوضاً على عينٍ معينة وهمَا في السجن ولا يرجى إطلاقهما منه - لا يكون ذلك مانعاً عن صحة البيع.

وأماماً ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله في وجه ذلك من: (أنّ القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالاً عند العلاء).

فيفرد عليه: ما سترى من أنّ العجز لا يوجب سلب الماليّة.

الأمر الثاني: إنّ محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقّق العقد، فلو كان حين حدوثه قادرًا على التسليم، وطرأ العجز، دخل في طرّ العيب الموجب لشّبّوت الخيار.

وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، وتعذر الموجب للخيار.

واستدلّ في «الذكرة» على ذلك بأنه نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^١، وهذا غرر، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً على الظاهر المصرح به في موضع من «الإيضاح»، واشتهر الخبر بين الخاصة والعامة، يجبر إرساله، أما كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء

ولعلّ هناك فرقاً آخر، وهو أنه إذا كان البائع غير قادرٍ، ولكن كان المشتري قادرًا على التسلّم، يثبت الخيار.

وإن كان هو أيضاً غير قادر بطل العقد. وسيأتي الكلام في ذلك فانتظر. ومن هنا ظهر الأمر الثالث، وهو أنّ محلّ الكلام عجز البائع والمشتري عن ذلك، وأمّا إذا كان المشتري قادرًا على التسلّم، فهو خارج عن المقام. وسيأتي حكمه. إذا عرفت هذه الأمور فأعلم: أنه قد تكرّر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من «الانتصار» أنّ عليه إجماع العامة، ولم يذكر الخلاف عن أحدٍ سوى الفاضل القطيفي.

وقد استدلّ لاعتباره بوجوه:

١. الأول: النبوي المشهور بين الفريقيين، بل قيل إنه أجمع عليه المخالف والمؤلف: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(١).

وتنقح القول في هذا الحديث الشريف يقتضي البحث في جهات: الجهة الأولى: في سنته. والظاهر أنه من قضية النبي ﷺ المرورية من طرق أهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، وهي بعينها مروية من طرقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعلى أيّ تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه وتلقّيهم إياه بالقبول، وإفتائهم مستنداً إليه لا يبقى مجال الإشكال في سنته.

الجهة الثانية: في معنى الغرر، وتطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. وقد ذكروا

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرك باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ - الدعائم ج ٢ - ص ١٩ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ - وأخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - وأبو داود في كتاب البيوع.

والطّير في الهواء، مع أنَّ معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللّغة صادق عليه، والمروي عن أمير المؤمنين عليه السلام أَنَّه: «عَمِلَ مَا لَا يُؤْمِنُ مَعَهُ مِنَ الضَّرَرِ». وفي «الصحاح»: (الغرّة الغفلة، والغارّ الغافل، وأغره أي أتاه على غرّة منه، واغتر بالشيء أي خدع به والغرر الخطير، ونهى رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء والطّير في الهواء. إلى أن قال: والتغريب حمل النّفس على الغرر)، انتهى. وعن «القاموس» ما ملخصه: (غرّة غرّاً وغروراً، وغَرَّةً بالكسر فهو مغرور، وغرين كأمير خَدَعَهُ وأطمعَهُ في الباطل. إلى أن قال: غرّ بنفسه تغريراً أو تغره أي عرّضها للهلكة، والاسم الغرر محركة. إلى أن قال: والغارّ الغافل، واغتر غَفْل، والأسم الغرّة بالكسر)، انتهى.

ومن «النهاية» بعد تفسير الغرّة (بالكسر) بالغفلة: (أنَّ نهي عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغرس المشتري وباطن مجحول).

وقال الأزهري: (بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنها المتبايان من كل مجحول، وقد تكرر في الحديث، ومنه حديث مطرف: «إنَّ لي نفساً واحدة، وإنَّي لأكره أن أغرس بها» أي أحملها على غير ثقة، وبه سمي الشيطان غروراً، لأنَّه يحمل الإنسان على محاباته ووراء ذلك ما يسوقه)، انتهى.

في تفسير الغرر أموراً: الغفلة، والخدية، والخطير، وعمل ما لا يؤمن معه من الضرر، وما كان على غير عهدة وثقة، وما له ظاهر محظوظ وباطن مكروه.

وقد أفاد بعض المحققين: أنَّ هذه التفاسير ليست كلها بياناً للمعنى الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه، وبعضها الآخر بيان لازمه الدائمي، وبعضها بيان لازمه الغالبي، وبعضها بيان لمورده.

ومعنى الحقيقية: ما يساوق الخديعة، ولا زمه الدائمي هو الغفلة، ولا زمه الغالبي هو الخطير والوقوع في الضرر، والمنخدع لا يكون على عهدة وثقة، ومورده ما كان له ظاهر محظوظ وباطن مكروه.

والحق أن يُقال: إنَّ لمادة الغرر معان٣ ثلاثة لا جامع بينها أصلًا، على ما يظهر من كتب اللّغة، لأنَّ :

وقد حُكى أيضًا عن «الأساس» و«المصباح» و«المُغَرِّب» و«الجمل» و«المجمع» تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء. وفي «التنكرة»: (إِنَّ أَهْلَ الْلُّغَةِ فَسَرُوا بِعِيْغَرِ بَهْذِينِ) ومراده من التفسير التوضيح بالمثال، وليس في المحكى عن «النهاية» منفأة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

وبالجملة: فالكل متّفقون علىأخذ الجهالة في معنى الغرر، سواءً تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كمًا أو كيفًا.

وربما يقال: إن المنساق من الغرر المنهي عنه، الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليميه وعدمه، ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان في بحر ونحوه، بل هو أوضح شيء في بيع الثمار والتزرع ونحوهما. والحاصل: أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلّم وعدمه، خصوصاً بعد جبره بال الخيار لو تعدد.

وفيه: إن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة، خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين.

واحتمال إرادتهم ذكر المثالين، لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده. يدفعه ملاحظة اشتهر التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم، لا للجهالة بالصفات.

ما يكون بمعنى الغفلة إنما هو المعنى المشتقّي اللازم وهو غير بكسر الغين، ومصدره الغرّة بالكسر، واسم فاعله الغاز بمعنى الغافل، ولا يكون له اسم مفعول لكونه لازماً.

وما يكون بمعنى الخدعة إنما يكون متعدّياً وهو غير (بضمّ الغين) واسم مفعوله المغدور، وغير صفة مشبهة، واسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب، فالمحظوظ يلازم مع كونه غافلاً، ومصدره غرور، المستعمل في القرآن الكريم إنما هو المعنى الثاني، ولا جامع بين البابين.

وإنما لفظ (الغرر) فلم يستعمل في شيء منهما، وإنما هو بمعنى الخطر، ولا يكون معناه حَدَثْيَاً اشتقاءً، بل هو جامد كما صرّح بذلك في «الأساس» و«المصباح»

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من «الانتصار»، حيث قال فيما حكي عنه: (ومما انفرد به الإمامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضئيمة، ولا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، وخالف باقي الفقهاء في ذلك، وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل حال).

إلى أن قال: ويعول مخالفونا في منع بيعه، على أنه بيع غرر، وأن نبيّنا ﷺ نهى عن بيع الغرر.

إلى أن قال: وهذا ليس ب صحيح لأن هذا البيع يخرجه عن أن يكون غرراً اندسماً غيره إليه، انتهى.

وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم. والظاهر اتفاق أصحابنا أيضاً على الاستدلال به، كما يظهر للمتبّع، وسيجيء في عبارة الشهيد التصريح به. وكيف كان، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة ولا

و«المغرب» و«الجمل» و«المجمع» و«القاموس»، وقد فهم العلماء فتى منه ذلك، ولذا أفاد المحقق المشار إليه أنه إنما يحمل الغرر في الخبر على الخطر، لفهم العامة والخاصة، لاتفاقهم ظاهراً على ذلك، كما يتضح بالمراجعة إلى استدلالات الفريقين في أبواب المعاملات.

وبالجملة: الغرر بحسب تصريح اللغوين وفهم أهل العرف والعلماء، إنما هو بمعنى الخطير.

فإن قيل: إنه إذا كان جاماً فكيف يقال غرر يغير تغريراً.
أجبنا عنه: بأن بعض الجوامد بواسطة بعض أبواب المزيد فيها يصبح مشتقاً كالماء المشمس والتحجير وغيرهما، والمقام من هذا القبيل، فمعنى غرر بنفسه أوقعه في الخطير.

وما عن «القاموس» من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكة، إنما هو من جهة أن خطير النفس هو الهلاكة، وما فيه من أن الإسم الغرر، مراده منه أن اللفظ الأصلي هو معنى

العرف ولا كلمات أهل الشرع، وما أبعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله حيث قال: (الغرر ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكرود، قاله بعضهم ومنه قوله تعالى: ﴿مَتَّاعُ الْغُرُورِ﴾، وشرعًا هو جهل الحصول^١، ومجهول الصفة فليس غررًا، وبينهما عموم وخصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن وجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر، وقد يتوغل في الجهة كحجر لا يدرى أذهب أم فضة أم نحاس أم صخر، ويوجدان معًا في العبد الآبق المجهول الصفة، ويتعلق الغرر والجهل تارةً بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود، وتارةً بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود وبالجنس كحب لا يدرى ما هو، وسلعةٍ من سلع مختلفة، وبالنوع كعبد من عبيد، وبالقدر ككيل لا يعرف قدره، والبيع إلى مبلغ السهم، وبالعين كثوب من ثوابين مختلفين، وبالبقاء كبيع الثمرة قبل بدء الصلاح عند بعض الأصحاب. ولو اشترط أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررًا عند الكل، كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا، والغرر قد يكون بماله مدخلٌ ظاهر في العوضين، وهو ممتنعٌ إجماعاً، وقد يكون بما يتسامح به عادةً لقلته كأس الجدار وقطن الجبة، وهو معفو عنه إجماعاً، ونحوه اشتراط الحمل،

اسمي غير قابل الإستيقاظ وهو الغرر، وما عن الإمام علي عليه السلام من تفسير الغرر: (عمل لا يؤمن معه من الضرر)، غير ثابت، ولم يحرز صدوره عنه، ولو سلم الصدور لابد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على أي تقدير.

وقد يقال: إنّ بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غررًا، بعد كون المبيع معلوماً ذاتاً ووصفاً، وإنما يكون الغرر والخطر من ناحية الآثار الخارجية، أي التسليم والتسلّم. وفيه: إنّ الملكية المجردة لا يتربّب عليها شيء، ولا يبذلون العقلاء بإذائها شيئاً، فالبيع عليها غرري، وما أبعد ما بين هذه الدعوى. وما ادعاه الشهيد رحمه الله.

١. من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، وإن كان هو أيضاً لا يخلو عن محذور، ويفيد ما ذكرناه تمثيل أهل الفن للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، وعن ابن مسعود عن النبي صلوات الله عليه وسلم: «لا تشر السمك في الماء فإنه غرر». فلا ينبغي التوقف في

وقد يكون مردداً بينهما وهو محل الخلاف كالجذاف في مال الإجارة والمضاربة والثمرة قبل بدو الصلاح والآبق بغير ضميمة)، انتهى.

وفي بعض كلامه تأمل كلامه الآخر في شرح «الإرشاد»، حيث ذكر في مسألة تعين الأثمان بالتعيين الشخصي عندنا: (قالوا - يعني المخالفين من العامة - تعينها غرر، فيكون منهاً عنه. أما الصغرى فلحواظ عدمها أو ظهورها مستحقة فينفسخ البيع. وأما الكبرى، فظاهره.

إلى أن قال قلنا إنّ نمنع الصغرى، لأنّ الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف، بحيث لو تركه وبّخ عليه، وما ذكروه لا يخطر ببالٍ فضلاً عن اللوم عليه)، انتهى.

فإنْ مقتضاه أَنَّه لو اشتري الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل، لم يكن غرراً، لأنَّ العقلاة يقدمون على الضرار القليل رجاء للنفع الكبير. وكذا لو اشتري المجهول المردّد بين ذهبٍ ونحاس بقيمة النحاس بناءً على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإنَّ ذلك كلَّه مرغوب فيه عند العقلاة، بل يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً، فالأولى أنَّ هذا النهي من الشّارع لسدّ باب المخاطرة المُفضية إلى التّنازع في المعاملات، وليس منوطاً بالنهي من العقلاة، ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتّسفة.

صدق الغرر والخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.

الجهة الثالثة: في بيان مفاد النهي.

الظاهر أنَّ النهي عن المعاملة - كما عرفت في أولِ الجزء الأول من هذا الشرح - ظاهر في كونه إرشاداً إلى الفساد، فإذاً ظاهر ذلك هو فساد البيع الغربي.

الجهة الرابعة: أَنَّه قد يقال بأنَّ المانع عن الصحة إنْ كان هو الغرر، فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوه:

أحدها: أَنَّه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعاوض إليه، لا يكون هناك غرر.

وفيه: أن نفوذ الشرط مشروطاً بكونه في ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.

ثانيها: أَنَّه مع تعذر تسليم المبيع، له خيار التعذر، فله الفسخ واسترجاع الثمن.

ثم إنّه قد حُكِي عن الصّدوق في «معاني الأخبار» تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المناizza والملامسة وبيع الحصاة بكونها غرراً، مع أنّه لاجهالة في بعضها كبيع المناizza، بناءً على ما فَسَرَ به من أنّه قول أحدّهم لصاحبه: (انبذ إلّي التّوْبَ أو انبذه إلّيتك فقد وجب البيع)، وبيع الحصاة بأنّ يقول: (إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع)، ولعلّه كان على وجه خاص يُكون فيه خطر، والله العالّم.

وفيه: إنّ الخيار إنّما يثبت في العقد الصحيح، فكيف يصحّ العقد به؟!
ثالثها: إنّه بالفحص إنّما أن يحصل في يده، أو يصير مأيوساً من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لإنفاسخ العقد، الموجب لرجوع الشّمن إلى صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنّه إنّما أن يصل إليه المبيع أو بده.

وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدّم، إذ الحكم بالإفساخ فرع صحة العقد.
رابعها: إنّه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الإمتناع من تسليم الشّمن، فلا غرر.
وفيه: إنّ الإمتناع من تسليم الشّمن بعد فرض كونه ملكاً للبائع لا يوجّب تدارك ما ذهب من ملكه.

هذا كله مع أنّ الغرر باعتبار الغرض المعجمي لا ينجرّ بالفسخ ولا بالإفساخ.
أقول: فالحق دلالة النبوى على الفساد، إلا أنّه مختص بصورة عدم إحراز امتناع التسلیم، لأنّ الخطر إنّما يطلق فيما إذا احتمل الحصول ولو ضعيفاً. ولكن في هذا الفرد يثبت الحكم بالأولويّة القطعية.

الثاني: إنّ بذل المال بإزاء ما لا يمكن تسليمه سفهيّ، فلا تشمله أدلة نفوذ المعاملات، فإنّها مسوقة لبيان إنفاذ المعاملات العقلائيّة.

وفيه أولاً: إنّ بذل المال القليل بإزاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهياً، بل ربما يعُدّ عدم البذل سفهياً.

وثانياً: إنّ أدلة نفوذ المعاملات تدلّ على نفوذ كلّ معاملة، والدليل إنّما دلّ على عدم نفوذ معاملة السفهية، ولم يدلّ دليلاً على عدم نفوذ المعاملة السفهائية.

الثالث: إنّ المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه يعدّ أكلاً للمال بالباطل.

وكيف كان، فلا إشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور، إلا أنه أخص من المدعى، لأنّ ما يمتنع تسليمه عادةً كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه، ليس في بيته خطر، لأنّ الخطر إنّما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفاً، لكنّ هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلاً للمال بالباطل، بل لا يعذر مالاً عرفاً، وإن كان ملكاً فيصبح عنقه ويكون لمالكه لو فرض التمكّن منه، إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفاً. ولذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته إلى المالك^٢، فيملكه معبقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

ثم إنّه ربّما يستدلّ على هذا الشرط بوجوه أخرى :

وفيه: إنّ المراد بالأكل بالباطل - بقرينة المقابلة بتجارة عن تراض - التملّك بالأسباب الباطلة كالقمار ونحوه، وإلا فغاية ما هناك كون إعطاء المال مجانياً وبلا عوض، وليس هذا من قبيل أكل المال بالباطل.

١. الرابع: أنّ ما لا يقدر على تسليمه لا يعذر مالاً عرفاً، فلا يصحّ بيته.

وفيه أولاً: إنّ المال إنّما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بأنفسها، مع قطع النظر عن الأشخاص، وهو ينبع من كون ذلك الشيء موضوعاً لغرضٍ موجب لحدوث رغبة الناس فيه، وهي صفة تنتزع من نفس المال وإن لم يكن هناك مالك.

وثانياً: إنه لو سلم ذلك، فإنّما هو فيما لا يحتمل التمكّن من التسليم كما لا يخفى.

٢. وقد استشهد المصنف لسلب صفة التمول عنه: بأنه يجب على غاصبه قبلًا أن يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة.

وفيه: إنّ لزوم أداء تمام القيمة إنّما يكون من جهة الحيلولة بين المالك وتمام المالية بالحيلولة بينه وبين العين لا من جهة التلف، وقد تقدّم تفصيل القول في ذلك في مبحث بدل الحيلولة.

منها: ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»^١، بناءً على أنّ كونه عندـه لا يراد بهـ الحضورـ لـ جوازـ بـيعـ الغـائبـ وـ السـلـفـ إـجـمـاعـاًـ، فـهيـ كـنـايـةـ لـأـعـنـ مـجـرـدـ الـمـلـكـ، لأنـ الـمـنـاسـبـ حـيـنـئـ ذـكـرـ لـفـظـةـ الـلـامـ، وـلـأـعـنـ مـجـرـدـ السـلـطـةـ عـلـيـهـ وـالـقـرـةـ عـلـىـ تـسـلـيـمـهـ، لـمـنـافـاتـهـ لـتـمـسـكـ الـعـلـمـاءـ مـنـ الـخـاصـةـ وـالـعـامـةـ بـهـاـ عـلـىـ دـعـمـ جـواـزـ بـيعـ الـعـينـ الشـخـصـيـهـ الـمـمـلـوـكـةـ لـلـغـيـرـ، ثـمـ شـرـائـهـ مـنـ مـالـكـهـ، خـصـوصـاًـ إـذـاـ كـانـ وـكـيـلاًـ عـنـهـ فـيـ بـيـعـهـ، وـلـوـ مـنـ نـفـسـهـ، فـإـنـ السـلـطـةـ وـالـقـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيـمـ حـاـصـلـةـ هـنـاـ، مـعـ أـنـهـ مـوـرـدـ الرـوـاـيـةـ عـنـ الـفـقـهـاءـ، فـتـعـيـنـ أـنـ يـكـوـنـ كـنـايـةـ عـنـ السـلـطـةـ التـامـةـ الـفـعـلـيـةـ الـتـيـ تـتـوـقـفـ عـلـىـ الـمـلـكـ، مـعـ كـوـنـهـ تـحـتـ الـيـدـ، حـتـىـ كـأـنـهـ عـنـهـ وـإـنـ كـانـ غـائـبـاً^٢. وـعـلـىـ أـيـ حـالـ فـلـابـدـ مـنـ إـخـرـاجـ بـيعـ الـفـضـولـيـ عـنـهـ بـأـدـلـتـهـ، أـوـ بـحـمـلـهـ عـلـىـ النـهـيـ الـمـقـتضـيـ لـفـسـادـهـ، بـمـعـنـىـ دـعـمـ وـقـوـعـهـ لـبـائـعـهـ لـوـ أـرـادـ ذـلـكـ.

وـكـيـفـ كـانـ، فـتـوـجـيـهـ الـاسـتـدـلـالـ بـالـخـبـرـ عـلـىـ مـاـ نـحـنـ فـيـهـ مـمـكـنـ. وـأـمـاـ الـإـيـرـادـ عـلـيـهـ بـدـعـوـيـ أـنـ الـمـرـادـ بـهـ إـشـارـةـ إـلـىـ مـاـ هـوـ الـمـتـعـارـفـ فـيـ تـلـكـ الـأـزـمـنـةـ،

١. الخامس: ما ذكره المصنف^٣ بقوله: (منها ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: لا تبع ما ليس عندك...).

لا يخفى أنّ أقضية النبي ﷺ المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة ابن الصامت، بعينها مرويّة من طرق الخاصة برواية عقبة بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعليه فهذا النبوي^(١) مرويّ من طرقنا ومن طرق العامة، فلا وجه للمناقشة في سنته.

٢. وأمّا من حيث الدلالة، فمحصل ما أفاده المصنف^٣: أنّ محتملات قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» أربعة:
أحدها: الحضور الذي هو معناه الحقيقي.
ثانيها: الملك.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود، وباب ٢ من أبواب عقد البيع، وسنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك.

من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري. فمدفع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم، يمكن أن يُقال إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي، بل النبوي الأول أيضاً فساد البيع، بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مرعاً بانتفاء صفة الغرر، وتحقق كونه عنده.

ولو أبى إلا عن ظهور النبويين في الفساد، بمعنى لغوية العقد رأساً، المنافية لوقوعه مرعاً، دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، وبين إخراج بيع الرهن وبيع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجاني عمداً، وبيع المحجور لرق أو سفة أو فلس.

ثالثها: السلطنة عليه والقدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد.

ومن البين أن الأول ليس بمراد قطعاً لجواز بيع الغائب إجمالاً.

والثاني خلاف الظاهر، فإن بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

والثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوي، على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، وما لا يقدر على تسليمه، فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلة، أو بحمله على النهي المقتضي لفساده، بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

وفيه: إن إرادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماثلة للعين، أمّا وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل إنّها أن يراد مطلق التصرفات الخارجية، أو لا يكون ذلك بالخصوص بمراد، وحيث إنّه لا يعتبر السلطنة الخارجية المماثلة للعين قطعاً، فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلّاً ولا ضمناً، بل الظاهر منه إرادة السلطنة الإعتبرية على التصرفات التسبيبية المعاملية، فيكون أجنبياً عن المقام.

فإن البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً من التسليم، ولا رجحان لهذه التخصيصات. فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كلّ ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكّن منه «مراعي بالتمكّن منه» في زمان لا يفوّت الانتفاع المعتمّ به.

وقد صرّح الشهيد في «اللمعة» بجواز بيع الضال والمحجود من غير اباق، مراعياً بإمكان التسليم. واحتمله في «التنذرة».

لكن الإنصاف أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر، بمعنى عدم تأثيره رأساً كما عرفت من «الإيضاح».

ومنها: أن لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبایعين العوضين إلى صاحبه^١، فيجب أن يكون مقدوراً، لاستحالة التكليف بالممتنع.

١. السادس: ما ذكره المصنف^٢، وحاصله: إن لازم العقد وجوب التسليم، وهو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم، فيلزم عدم نفوذ العقد، وإلا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

وفيه: إنّه إن أُريد بذلك أن لزوم التسليم من مقتضيات الملك، الذي هو مدلول العقد، فهو مسلم، لوجوب رد المال إلى صاحبه، إلا أنّ هذا اللازم ليس لازماً لا ينفكّ، بل هو فرع التمكّن منه، ومع عدم التمكّن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة.

وإن أُريد به أنه من مقتضيات إطلاق العقد نفسه، فيرد عليه أن العقد عبارة عن تمليك العين مثلاً لا هو مع اعتبار أمر آخر أو تكليف آخر.

وإن أُريد به أن الملكية تكون مقيدة بما يتمكّن من تسليمه، فيرد عليه أن التعليق في العقد موجب للبطلان.

وإن أُريد به أن لزوم التسليم من أحکام العقد من جهة أن التسليم مصدق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من أحکام العقد، فيرد عليه:

أولاً: إن «أَوْفُوا بِالْعُهُودَ»^(١) على ما حققناه في محله يكون إرشاداً إلى لزوم العقد، وعلى فرض كونه تكليفيّاً يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كلّ تقدير لا ربط له بالتسليم.

(١) المائدة آية ٢.

ويضعف: بأنه إن أُريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً، منعنا الملازمة. وإن أُريد مطلقاً وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد^١. وقد يعترض بأصالة عدم تقيد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط^٢، وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، فافهم.

وثانياً: إن التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

١. وأجاب المصنف عنه: (بأنه يضعف بأنه إن أُريد أن لازم العقد وجوب التسليم... منعنا الملازمة).

مراده: أنه إن أُريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً فعلياً، بحيث أنه إن لم يكن قادراً عليه ينكشف عدم وجود الملزم، نمنع الملازمة، أي لا دليل على أن ذلك من لوازم العقد.

وإن كان المراد أن لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، وكذلك الملزم.

قال المصنف: (وقد يعترض بأصالة عدم تقيد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيد البيع).

٢. المعترض، وداعمه، صاحب الجواهر^٣.

وحال الإعتراض بما ذكره المصنف من الجواب: أن مقتضى أصالة عدم تقيد الوجوب، كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقيق الملزم. ومحصل الدفع: أنه معارض بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط، فإن إطلاق أدلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحججة على الإشتراط تعارض الحجية على عدمه.

٣. وأما ما ذكره المصنف^٤ من النظر الواضح في الإعتراض والمعارضة، فلعل وجه النظر في الإعتراض أنه إن أُريد بأصالة عدم تقيد الوجوب الأصل العملي، أي أصالة عدم وجوب المقيد: فيرد عليه: أنه معارض بأصالة عدم وجوب المطلق.

ومنها: أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منها بما يصير إليه، ولا يتمّ إلا بالتسليم^١. ويضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع المطلق.

ومنها: أنّ بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً، وأكله أكلاً بالباطل. وفيه: إنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهًا، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم.

وإن أُريد به الأصل اللغظي، أي إطلاق دليل الوجوب - فهو مقيد بالقدرة عقلاً. ووجه النظر في الدفع: أنّ إطلاق دليل المقيد - لو سلم - لا ريب في حكمته على أصله عدم تقيد البيع، كما لا يخفى.

١. السابع: ما ذكره المصنف بقوله: (ومنها أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منها بما يصير إليه، ولا يتمّ إلا بالتسليم...). وفيه أولاً: إنّ تخلّف الأغراض والداعي لا يوجب فساد المعاملة وبطلانها. وثانياً: إنّ الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

وثالثاً: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرّفات الاعتبارية على التسليم. فتحصل ممّاذ كرناه: أنّ دليل اعتبار هذا القيد هو النبوي المشهور: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر».

هل القدرة شرط أو العجز مانع

وينبغي التنبية على أمور:
الأمر الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما في التكاليف، أم يكون العجز عنه مانعاً؟ وجهان.

ثم إن ظاهر معاقد الإجماعات كما عرفت، كون القدرة شرطاً، كما^١ هو كذلك في التكاليف، وقد أكد الشرطية في عبارة «الغنية» المتقدمة، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروع عند انتفاء الشرط^٢، ومع ذلك كله فقد استظره بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط، قال: (ويظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضاللة، وجعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز)، وفيه ما عرفت من أن صريح معاقد الإجماعات -خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدرة -أن العجز أمر عدمي، لأنّه عدم القدرة عن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر. فكيف يكون مانعاً مع من^٣ أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم.

ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه، لا ثمرة فيه، لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي، ولا في غيرهما، فإنّا إذا شكنا في تتحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالالأصل بقاوها، أو لا معه فالالأصل عدمها، أعني العجز، سواءً جعل القدرة شرطاً أو

وملخص القول: إن الكلام في هذا التنبؤ يقع في موضع :

أحدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.

ثانيها: في معقولية مانعية العجز وعدتها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

رابعها: في ترتيب الثمرة على هذا النزاع.

١. أمّا الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا ومن شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطاً.

ومورد نزاع المصنف^٤ وصاحب الجوادر كلام «الغنية»، وذيله الذي نقله المصنف^٥.

٢. وهو صريح في شرطية القدرة، اللهم إلا أن يكون ذلك من كلام المصنف^٦.

٣. وأمّا الثاني: فقد ذهب المصنف^٧ إلى عدم معقولية مانعية العجز، من جهة أن العجز أمر عدمي، لأنّه عدم القدرة عن من شأنه أن يقدر، والمانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم.

العجز مانعاً، وإذا شكنا في أنّ الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر، أو العجز في الجملة، أو شكنا في أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسر - كما حكى - أم خصوص التعذر، فاللازم التمسك بعمومات الصحة، من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

والحاصل: أنّ التردد بين شرطية الشيء ومانعيّة مقابلة، إنما يصحّ ويثير في الضّدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه وشبيهه كالعلم والجهل، وأمّا اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضاللة، فليس لشكّ المالك في القدرة والعجز، ومبنياً على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، كما يظهر من أدلةّهم على الصحة والفساد، بل لما سيجيء عند التّعرض لحكمها.

وفيه: إنّ المانع في باب العلة والمعلول غير المانع في باب العقود والإيقاعات، كما تقدّم، فإنّ المراد به في هذا الباب ما قيّد صحة العقد بعده، أو حكم بفساد العقد معه، وحيث أنّ هذا ممكّن فمانعيّة العجز معقوله.

وأمّا الموضع الثالث: فالأظهر أنّ المستفاد من الأدلة مانعيّة العجز، وذلك لأنّ ضمّ أدلة نفوذ البيع بقوله ﷺ: «نهى النبي عن بيع الغرر»، يقتضي أن يكون موضوع النفوذ البيع الذي ليس بغرري - أي لا يكون متّصفاً به - لا أنّ الموضوع هو البيع المتّصف بما يضاد الغرر، كما هو واضح.

١. وأمّا الموضع الرابع: ففي المتن أنّ اللازم التمسك بعمومات الصحة، من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، ولكن يمكن أن يقال بظهور الشمرة فيما إذا شكّ في القدرة، فإنه على القول بشرطية القدرة لا بدّ من إحرازها في الحكم بصحة البيع، وأمّا على القول بمانعيّة العجز فيحكم بالصحة، وإن لم يحرز ذلك لو جهين:

الأول أصالة عدم المانع. الثاني قاعدة المقتضى والمانع، من جهة أنّ العقد مقتضى والعجز مانع، فإذا شكّ في المانع مع إحراز المقتضى يبني على تحقق المقتضى بالفتح.

وفيهما نظر:

أمّا الأول: فلأنّ الشبهة إما موضوعية، أو حكمية.

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم^١، فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدها حال استحقاق التسليم، كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد.

فإن كانت موضوعية: فإن كانت الحالة السابقة القدرة يبني عليها، وإن كانت هي العجز يبني عليه، ومع عدم إحراز الحالة السابقة، أو توارد الحالتين، لا يجري الأصل الموضوعي وإنما يرجع إلى أصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين.
وإن كانت حكمية: كما لو شك في أن الخارج هو العجز المستمر أو العجز في الجملة، أو شك في أن المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع إلى عمومات الصحة اقتصاراً في المخصوص على المتيقن منه.

وبالجملة: بعد كون العجز القدرة من قبيل العدم والملكة، لا من قبيل السلب والإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول وشرطية الثانية، كما لا يخفى.
وأما الثاني: فلعدم حاجيتها أولاً، وعدم جريانها في الأحكام الشرعية ثانياً، لعدم تمييز المقتضي عن المانع والشرط. هذا كله مضافاً إلى أن المدرك لاعتبار هذا القيد بما أنه النبوي، فلا يتصور الشك الموضوعي لتقويم الغرر بالجهل.

المانع هو العجز في زمان الإستحقاق

١. الأمر الثاني: هل العبرة في القدرة على التسليم، هي القدرة في زمان استحقاق التسليم، أم في زمان البيع؟ وجهان.
الظاهر أنه لا إشكال كما لا خلاف في أن العبرة في الشرط المذكور، إنما هو في زمان الإستحقاق، من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، أو «نهي النبي عن بيع الغرر»، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو عدم الانتفاع، أو «لا تبع ما ليس عندك».
إذ لا وجوب للتسليم قبل الإستحقاق.

والمعاملة التي يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلاً.

ويتترفع على ذلك عدم اعتبارها أصلًا، إذا كانت العين في يد المشتري^١، وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشتري من ينعتق عليه، فإنه ينعتق بمجرد الشراء، ولا سبيل لأحدٍ عليه^٢، وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدة، وإما لتزلزل العقد، كما إذا اشتري فضولاً، فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك^٣، فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها.

والإقدام على بيع ما يتمكّن من تحصيله في حال الإستحقاق، ليس إقداماً سفهياً، ولا يتربّب الانتفاع من المبيع إلا بعد استحقاقه.

والمراد من عدم بيع ما ليس عنده - على فرض دلالته على هذا الشرط، بقرينة مناسبة الحكم والموضوع، وبحسب المتفاهم العرفي - عدم الالتزام بما لا يقدر عليه، ومن كان قادراً حين الإستحقاق غير قادرٍ حين البيع، لا يكون ملزماً على نفسه بما لا يقدر عليه.

فما أفاده المحقق الإصفهاني^٤ من أنه لو كان المدرك النهي عن بيع ما ليس عنده، لابد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تمام.

فهذه الكلية لا كلام فيها، إنما الكلام في الفروع التي فرعها المصنف^٥ على تلك:

١. أحدها: عدم اعتبارها أصلًا إذا كانت العين في يد المشتري.

وفيه: إن عدم اعتبارها في هذا المورد ليس من متفرّعات عدم اعتبار القدرة حال البيع، بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع، لم تكن معتبرة في الفرض، لأن التسليم طريق إلى وصول المال بيد المشتري، فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم.

٢. ثانية: ما إذا اشتري من ينعتق عليه.

وفيه: إن عدم اعتبارها في المورد إنما يكون من جهة عدم دخوله في ملكه أو خروجه عنه بعد دخوله أنا مَا، لا من جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع.

٣. ثالثها: ما إذا اشتري فضولاً فإنه لا يستحق التسلّم إلا بعد إجازة المالك.

وفيه: إن المعتر هو قدرة من له العقد لا مجري الصيغة، وحيث أن العقد إنما يستند

لكن يشكل على الكشف من حيث أنه لازم^١ من طرف الأصيل، فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله.

نعم، هو حسن في الفضولي من الطرفين ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه^٢، بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم^٣: لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تتحققه، فلا يلزم غرر ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط. ومن المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح، بل لا يدح العلم بتتعذر فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله فإن الشروط المتأخرة لا يجب

إلى من له العقد - وهو المالك من حين الإجازة لا قبلها - فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع، لعدم تتحقق بيع المالك قبل الإجازة.

١. قوله تعالى: (وربما يشكل على الكشف من حيث أنه لازم من طرف الأصيل). والظاهر أنّ منشأ الإشكال إنّه على القول بالكشف إذا كان أحد الطرفين أصيلاً، فيما أنّ تمام الموضوع لوجوب الوفاء والمؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع إلى ما قبل الإجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، وما انتقل إليه. أمّا في الأول فلخوجه عن ملكه، وأمّا في الثاني فلأنّه لا يجب على مالكه التسليم، فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

وفيه: إنّ منشأ الإشكال إن كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل إليه، فهو يتحقق في الفضولي من الجانبي أيضاً، وإن كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم والتسليم، كما لا دخل له بالغرر.

٢. رابعها: بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه.

وهذا التفريع حسن من جهة أنّ المشتري لا يستحق التسليم قبل إجازة المرتهن، على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الإجازة، وإنما العبرة بالقدرة بعدها، وإن كان العقد منتسباً إلى المالك من حين حدوثه.

٣. خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

إحرازها حال العقد، ولا العلم بتحققها فيما بعد.

والحاصل: إن تعدد التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. والسر فيه أن التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور. وبعبارة أخرى: الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل، ولهذا لا يدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده، والمفروض أن المباع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - وهو القبض - حاصل في يد المشتري، فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل، وأولى منها بناءً على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض، إنما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب إحرازه حين الرهن، ولا العلم بتحققه بعده، فلو رهن ما يتعدّر تسليمه، ثم انقض حصوله في يد المرتهن، لأن العقد أثره، وسيجيء الكلام في باب الرهن.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالُ: إِنَّ الْمَنْفِي فِي النَّبُوَيِّ هُوَ كُلُّ مَعْالِمَةٍ يَكُونُ بِحَسْبِ الْعُرْفِ غَرِيرًا، فَالْبَيْعُ الْمُشْرُوطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَالصَّرْفِ وَالسَّلْمِ إِذَا وَقَعَ عَلَى عَوْضِ مَجْهُولٍ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ غَيْرِ مَقْدُورٍ، غَرِيرٌ عَرْفًا، لَأَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ فِي نَقْلِ الْعَوْضَيْنِ شَرْعِيٌّ لَا عَرْفِيٌّ، فَيُصَدِّقُ الْغَرَرُ وَالْخَطَرُ عَرْفًا، وَإِنْ لَمْ يَتَحَقَّ شَرْعًا، إِذَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا انتِقالٌ، وَبَعْدَهُ لَا خَطَرٌ، لَكِنَ النَّهِيُّ وَالْفَسَادُ يَتَبَعَّا بَعْدَ الْغَرَرِ عَرْفًا.

ومحصل ما أفاده في هذا الفرع: أنه في بيع السلم بما أن القبض جزء السبب الناقل، فقبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققاً، فالعجز عن التسليم لا يدح في الصحة، فلو انقض حصوله صحيحة البيع.

وبعبارة أخرى: قبل أن يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنّه جزء المملك، وبعد التسليم متحقق.

١. وأورد عليه: بأنّه قبل القبض البيع العرفي موجود، والبائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غررياً عندهم فيشمله نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، فإن الموضع فيه البيع الغرفي العرفي.

ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه.

اللَّهُمَّ إِنَّمَا يَنْهَا الْغَرَرُ عَنِ الْعُرْفِ بِعْدِ الْأَطْلَاعِ عَلَى كُونِ أَثْرِ الْمُعَامَلَةِ شَرِيعًا عَلَى وَجْهِهِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ خَطْرٌ، فَإِنَّ الْعُرْفَ إِذَا أَطْلَعُوهُ عَلَى اعْتِقَادِ الْقَرِيبِ بِمَجْرِدِ شَرَائِهِ، لَمْ يَحْكُمُوا بِالْخَطْرِ أَصْلًا، وَهَذَا، فَالْمَنَاطُ صَدْقَ الْغَرَرِ عَرْفًا بَعْدَ مَلَاحَظَةِ الْآثَارِ الشَّرِيعَيَّةِ لِلْمُعَامَلَةِ^١، فَتَأْمَلُ.

ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي^٢ المعاصر للمحقق

١. وأجاب عنه المصنف^٣: بأنّ أهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتيب الأثر شرعاً قبل القبض، لا يرون أنه غررياً في الفرض.
ويتمكن الجواب بوجه آخر: وهو أنّ دليلاً اعتبار القبض حاكم على دليل مانعية الغرر، ويدل على أنه لا غرر في الفرض.

وأمّا ما أفاده المحقق الإيرلندي في الجواب عن ذلك: بأنّ ظاهر النبوى أنّ البيع الذي لو لا الغرر كان صحيحاً مؤثراً، هو الذي نهى النبي ﷺ عنه إذا كان غررياً، والبيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحاً، فالغرر فيه لا يكون مانعاً.

فيزيد عليه: أنّ دليلاً كلّ مانع إنما يكون متکفلاً لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة، ولا نظر له إلى سائر الموانع والشروط، ولذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل إلى دعوى عدم مانعية شيء منها، مع أنّ مقتضى البرهان المزبور ذلك، فإنّ دليلاً كلّ منها مقييد على الفرض بعد اقتران العمل بمانع آخر، والمفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.
٢. التنبية الثالث: قال: (إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا عن الفاضل

القطيفي).

ولكن الظاهر من كلامه أنه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم في الجملة، غاية الأمر أنه يتلزم باعتبار أمرٍ في خصوص مورد الجهل وعدم الرضا. وعليه، فلا تنافي بين كلمات المصنف^٤ حيث نفى الخلاف في أصل المسألة، وهنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفي.

الثاني، حيث حُكى عنه أنه قال في «إيضاح النافع»: (إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط، لأنها شرط في أصل صحة البيع، فلو قدر على التسليم صحة البيع، وإن لم يكن البائع قادرًا عليه، بل لو رضي بالابتهاج مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز، وينتقل إليه، ولا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصبح بيع المغصوب ونحوه^١).

نعم، إذا لم يكن المباع من شأنه أن يقبض عرفاً لم يصبح المعاوضة عليه بالبيع، لأنّه في معنى أكل مال بالباطل، وربما احتمل إمكان المصالحة عليه، ومن هنا يعلم أن قوله - يعني المحقق في النافع - : لو باع الآبق منفرداً لم يصح، إنّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحث لا يتمكّن منه عرفاً، ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم) انتهى.

وفيه: ما عرفت من الإجماع، ولزوم الغر الغير المندفع بعلم المشتري، لأن الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلا أن يجعل الغر هنا بمعنى الخديعة^٢، فيبطل في موضع تحققه، وهو عند جهل المشتري، وفيه ما فيه.

١. والظاهر أن المصتف به^٣ فهم من كلام الفاضل القطيفي أنّه يتلزم باشتراط الصحة بأمر لا يجامع العلم والرضا كعنوان الخدعة، وبعبارة أخرى: إنّه يعتبر في صحة المعاملة القدرة على التسليم ما لم يعلم المشتري عدم قدرة البائع على التسليم، وإلا فلو علم بذلك ورضي به فلا يعتبر القدرة على التسليم.

٢. ولذا أورد عليه: بأنّ الغر إنّما هو في النبوي بمعنى الخطر لا الخدعة، ولكن يحتمل أن يكون مراده أنّ القدرة إنّما تعتبر من ناحية حق تسلّم المباع للمشتري، فإذا علم بعدم القدرة، وأقدم على المعاملة راضياً بها، فقد أسقط حقه. والجواب عنه: إن الشارع اعتبر القدرة، وكون ذلك من قبيل الحق القابل للإسقاط، غير ثابت، والأصل يقتضي عدمه.

ثم إنّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أنّ القدرة على التسلیم ليست مقصودة بالاشتراض إلا بالتّبع، وإنّما المقصود الأصلي هو التّسلیم^١.

ومن هنا لو كان المشتري قادرًا دون البائع كفى في الصحة، كما عن الإسکافي والعلامة وكاشف الرّموز والشّهیدین والمحقق الثاني، وعن ظاهر «الانتصار» أنّ صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلیمه مما انفرد به الإمامية وهو المتّجّه، لأنّ ظاهر معiquid الإجماع بضميّمة التّبّع في كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر وغيره، مختصّ بغير ذلك، ومنه يعلم أيضًا أنه لو لم يقدر أحدهما على التّحصیل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتّسلیم - كما لو اعتاد الطائر العود - صحٌّ^٢ وفاصًا للفضلین والشّهیدین والمتحقق الثاني وغيرهم.

نعم، عن «نهاية الإحكام» احتمال العدم، بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسلیم، وأنّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث.

١. الرابع: الظاهر أنّ القدرة على التسلیم ليست مقصودة بالاشتراض إلا بالتّبع، وإنّما المقصود الأصلي هو التّسلیم كما صرّح به العلامة وغيره، وذلك لأنّ المستند لإعتبرار هذا القيد إنّ كان نهي النبيّ عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه أكلاً للمال بالباطل، فواضح، إذ لا غرر ولا سفاهة ولا أكل للمال بالباطل مع تمكّن المشتري من التسلیم. وإن كان «لا تبع ما ليس عندك»، فالوجه فيه أنّ الظاهر بقرينة المناسبة بين الحكم والموضع، كون القدرة على التسلیم إنّما تعتبر من جهة الطريقة إلى وصول المال إلى صاحبه، ولا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلیم متوقفًا على بذل المال، للمشتري الرجوع إلى البائع فيه، لأنّ ذلك وظيفته.

٢. قوله: (لو لم يقدر أحدهما على التّحصیل لكن يوثق بحصوله...).

مرجع الضمير هو ما استدلّ به على كفاية القدرة على التسلیم، وهو عدم لزوم الغرر، وعدم شمول غيره من الأدلة الدالة على المنع لتلك الصورة - فإنّ مقتضاه كفاية الوثائق بحصوله في يد أحدهما - لا كون المناط قدرة المشتري على التسلیم، فلا يرد عليه ما

وفيه: إن العادة باعثة كالعقل، مع أن الكلام على تقدير الوثوق، ولو لم يقدرا على التحصيل، وتعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادةً، وكانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد^١. ففي بطلان البيع - لظاهر الإجماعات المحكية ولثبوت الغرر - أو صحته - لأن ظاهر معقد الإجماع التعذر رأساً، ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا، والغرر منفي، مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدة، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة - وجهاً، بل قولهان، تردد فيما في «السرائر»، ثم قوى الصحة، وتبعه في محكي «السرائر» و«المسالك» و«الكافية» وغيرها.

نعم، للمشتري الخيار مع جهله بفوائط منفعة الملك عليه مدة، ولو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها، ففي الصحة إشكال، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتمدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع.

ذكره المحقق الإبرواني ^{رحمه الله} بأن مسألة كفاية الوثوق بالحصول أجنبية عن المسألة السابقة، فكيف يعلم منها هذه.

١. التنبيه الخامس: ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما إلا بعد مدة، فإن كان التعذر أبداً بطل البيع لما تقدم، وإن كان في مدة يتسامح فيها صحّ.
وإن كان في مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد :

فإن كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوي: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»، فالظهور هي الصحة لما تقدم من أنه في صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، وإنما التزمنا بالبطلان في صورة العلم بالعجز إلى الأبد للأولوية غير الجارية في الفرض، كما أنه لا تكون هذه المعاملة سفهية ولا أكلاً للمال بالباطل.

وإن كان المدرك النبوي: «لا تبع ما ليس عندك». تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة إلا مع شرط تأخير التسليم إلى ذلك الزمان، فإنه حينئذ يكون قادرًا حين الإستحقاق، وقد مر كفاية ذلك.

ثم إن الشرط هي المقدرة المعلومة للمتبايعين^١، لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

ولو باع ما يعتقد التمكّن فتبين عجزه في زمان البيع وتجددها بعد ذلك، صحيح، ولو لم يتجدد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

وبذلك ظهر أن المصنف^٢ يتعين عليه البناء على البطلان، لأنَّه^٣ سلَّم دلالة هذا النبوي على اعتبار هذا الأمر، كما أنه ظهر أن الأظهر هي الصحة على المختار. وإن كان زمان التعدد غير معلوم بطل البيع للغرر.

١. السادس: هل الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية. ملخص القول في المقام: أنه لا إشكال في البطلان إذا لم يكن قادراً واقعاً وكانا عالمين بذلك، كما لا إشكال في الصحة إذا كانوا عالمين بالقدرة وكان قادراً واقعاً. إنما الكلام فيما إذا كانوا عالمين بالقدرة، ولم يكن كذلك، أو كانوا جاهلين بها وكانت متحققة.

فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهي النبي عن بيع الغرر، تعين البناء على الصحة في الصورة الأولى، والبطلان في الثانية، من جهة أن الغرر قوامه بالجهل. ففي الأولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطيرية بخلاف الثانية.

وإن كان المدرك «لا تبع ما ليس عندك» انعكس الأمر، كما لا يخفى، وحيث أنهما معاً عند المصنف^٤ مدرك ذلك، تعين عليه البناء على البطلان في الصورتين. فما أفاده من البطلان في الصورة الثانية، لو تبيّن العجز تاماً، ولا يرد عليه ما أفاده المحقق الإصفهاني^٥، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطلة لا تصح بالتجدد.

ودعوى: أن مدرك البطلان في تلك الصورة «لا تبع ما ليس عندك»، وهو إنما يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت وصار مما عنده لا وجه للبطلان. مندفعة: بأن المصنف وإن احتمل ذلك، لكنه لم بين عليه كما يظهر من الفروع التي رتّبها على أن القدرة المعتبرة هي القدرة حال الاستحقاق.

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكاً لا ما إذا وكيلاً في مجرد العقد^١، فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. وأما لو كان وكيلاً في البيع ولوازمه، بحيث يعذر الموكّل أجنبياً عن هذه المعاملة، فلا إشكال في كفاية قدرته، وهل يكفي قدرة الموكّل، الظاهر نعم^٢، مع علم المشتري بذلك، إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقاد قدرته لم يستلزم علمه بذلك. وربما قيد الحكم بالكافية بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكّل، ورضي المالك برجوع المشتري عليه^٣.

حكم ما لو كان الوكيل عاجزاً والموكّل قادرًا

١. التنبيه السابع: قال المصنف: (ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكاً لا ما إذا كان وكيلاً).

لو كان المالك هو العاقد بال مباشرة، فلا إشكال في اعتبار قدرة نفسه.

ولو كان العاقد غيره:

فإن كان وكيلاً في إجراء الصيغة خاصة، فلا إشكال في أنَّ العبرة بقدرة الموكّل ولا اعتبار بقدرته، لأنَّه ليس ملزماً بالتسليم، ويكون كال الأجنبية، نعم لو علم بقدرته وإعمال قدرته يكتفي بها، لا من حيث أنها قدرة من يعتبر قدرته، بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفایته.

وأما لو كان وكيلاً مفوضاً في البيع ولوازمه، فلا إشكال في الإكتفاء بقدرة الوكيل، من جهة أنه ملزم بالتسليم ومؤمّر بالوفاء بالعقد، والمناط في رفع الغرر قدرة من هو ملزّم بالتسليم، ومؤمّر بالوفاء بالعقد.

إنما الكلام في ما لو كان عاجزاً وكان الموكّل قادرًا، فيه أقوال:

٢. الأول: ما عن المصنف^٤ وتبعه غيره، وهو الإكتفاء بذلك.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني^٥، وهو عدم كفاية قدرته من حيث أنها قدرة من ينسب إليه العقد.

٣. الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب «المصابيح»، وهو الكفاية مع رضا

وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي^١، لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة، وقدرة المالك إنما تؤثر لو بني العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لأن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور، وهو غير متحقق في الفضولي، والبناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال، والحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد، وبعدها إن وجدت لم تنفع.

المشتري بالرجوع إلى الموكل، ورضا الموكل برجوع المشتري إليه.
أقول: والأظهر هو الأول، لأن المناط هو ما يرتفع به الغرر، وهو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، وفي الفرض كل من المالك والوكيل ملزم به، فيكفي قدرة كل منهما في رفع الغرر.

واستدل للثاني: بأن الوكيل الذي يستند إليه العقد ليس ب قادر، والموكل إنما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، وحيث فرضنا أنه غير قادر فيبطل البيع.

وفيه: إن كلاً منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، وهذا مما لا كلام فيه، والعقد الصادر من الوكيل إذا كان الموكل قادراً على التسليم صحيح لعدم الغرر وارتفاعه بقدرته.

وبعبارة أخرى: مع قطع النظر عن نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة ومستندة إلى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، ولا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

واستدل للثالث: بأن الموكل وإن كان أجنبياً عن البيع - ولذا لا يكفي قدرته فقط - لكنه مع التراضي والتزام الموكل لا غرر في البيع، وإن كان الوكيل عاجزاً.

١. وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فإن قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة، ولا تراضي ولا التزام بين المشتري والمالك كي تكفي قدرته.

ثم قال: (لا يقال: إنّه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك، وأنّه لا يخرج عن رأيه، فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد^١، لأنّ هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليًا لمصاحبة الإذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال^٢، وهو ما من أنواع الإذن، فلا تكون فضوليًا، ولا يتوقف صحته على الإجازة ولو سلمنا بقائه على الصفة، فمعلوم أنّ القائلين بصحة الفضولي لا يقترون الحكم على هذا الفرض)^٣.

وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي، ثم في تفريع الفضولي، ثم في الاعتراض الذي ذكره، ثم في الجواب عنه أولاً وثانياً تأمل، بل نظر^٤، فتدبر.

١. ثم أورد على هذا التفريع: بأنّه ربما يحصل للفضولي الوثوق بإرضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، للقدرة على الإجازة المحققة، لقدرته على التسليم، والقدرة على السبب قدرة على المسبب.
وأجاب عنه بوجهين:

٢. الأول: أنّه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية، لمصاحبة الإذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال.

٣. الثاني: أنّ صحة بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها أحد.

٤. والمصنف^٥ بعد نقله ذلك قال: (وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي، ثم في تفريع الفضولي، ثم في الاعتراض الذي ذكره، ثم في الجواب عنه أولاً وثانياً تأمل بل نظر).

أمّا وجه النظر في المبني: فهو ما عرفت من أنّ الموكّل ليس أجنبياً عن العقد وملزم بالتسليم، والعلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، وإلا ف مجرد التراضي لا يوجب رفع الغرر.

وأمّا وجه النظر في تفريع الفضولي، فهو: أنّ الفضولي أجنبي عن العقد، ولا يكون العقد تاماً ومتسبباً إلى مالكه إلا بعد الإجازة، ولذا بنينا على كفاية القدرة حال الإجازة، وعدم اعتبار القدرة حال البيع.

وأمّا وجه النظر في الاعتراض: فهو أنّ قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطباً بلزوم التسليم.

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفرداً على المشهور بين علمائنا، كما في «الذكرة»، بل^١ إجماعاً كما عن «الخلاف» و«الغنية» و«الرياض»، وبلا خلاف كما عن «كشف الرّموز»، لأنّه مع اليأس عن الظّفر بمنزلة التّالف، ومع احتماله بيع غرر منفي إجماعاً نصّاً وقتوى، خلافاً لما حكاه في الذكرة عن بعض علمائنا، ولعلّه الإسکافي: (حيث أنّ المحكي عنه أَنَّه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إِلَّا إِذَا كَانَ بِحِيثِ يُقْدَرُ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي أَوْ يُضْمَنُهُ الْبَائِعُ) انتهى.

وقد تقدّم عن الفاضل القطيفي في «إيضاح النّافع» منع اشتراط القدرة على التسلیم، وقد عرفت ضعفه.

لكن يمكن أن يقال بالصحّة في خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الإسکافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه، فالعمدة الانتفاع بعتقه، وله وجه لو لا النّصّ الآتي والإجماعات المتقدمة، مع أَنَّ قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجه عن الغرر، وكما لا يجوز جعله مثمناً

وأَمّا وجه النظر في الجواب الأوّل: فهو عدم خروج المعاملة عن الفضوليّة بالوثوق بارضاء المالك مع عدم كونه راضياً بالفعل.

وأَمّا وجه النظر في الجواب الثاني: فلم يظهر لي، لأنّ القائلين بصحة بيع الفضولي لم يقتصروا على هذه الصورة.

عدم إلحاقي الصلح بالبيع

١. التنبيه الثامن: وحيث عرفت اشتراط القدرة على التسلیم في صحة البيع، فاعلم أنه لا يجوز بيع الآبق منفرداً، وأَمّا لو ضمّ إليه غيره صح بلا خلاف فيهما. ولا يهمّنا البحث في ذلك لعدم الموضوع، وإنّما نتعرّض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها المصنف^٢ وسائر الأساطين، وإن لم تكن مرتبطة ببيع الآبق بل هي من تذليلات وفروع المسألة المتقدمة. وهي مسائل:

لا يجوز جعله منفرداً ثمناً لاشتراكهما في الأدلة^١. وقد تردد في «اللمعة» في جعله ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثمناً، وإن قرب أخيراً المنع منفرداً، ولعل الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثمناً إلى النص والإجماع الممكّن دعوى اختصاصهما بالثمن، دون نفي الغرر الممكّن منعه بجواز الانتفاع به في العتق، ويعيده حكمه بجواز بيع الضال والمتحمود، مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدرة على التسليم. ونظير ذلك ما في «التذكرة» حيث ادعى أولاً الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثم قال: (والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً).

إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، وحکاه عن بعض العامة أيضاً. ثم ذكر الضال ولم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفرداً أو اشتراطه الضميمة، فإن التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

١. المسألة الأولى: أنه يختص اعتبار القدرة على التسليم بالثمن، بل هو يعتبر في الثمن أيضاً، لإشتراك الأدلة بينهما، فكما أنه من عدم إحراز القدرة على تسليم الثمن يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم إحراز القدرة على تسليم الثمن.

المسألة الثانية: في إلحاقي سائر المعاملات بالبيع.

أقول: والكلام تارةً في غير الصلح، وأخرى فيه.

أما في غير الصلح: فالالأظهر اعتبارها لو جهين:

أحدهما: أن المستفاد من نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر بمناسبة الحكم والموضوع، وأن الموجب للبطلان هو الغرر من حيث أنه غرر بلا خصوصية للبيع.
ثانيهما: ما أرسل عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغرر^(١)، المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب، لاستدلالهم في جميع المعاوضات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعلية وغيرها، بل في غير المعاوضات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما الشيخ في الحلاف.

وكيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتذرّع تسليمه، فيعتبر فيه القدرة على التسليم^١، وجهاً، بل قولان: من عمومات الصلح، وما علم من التّوسيع فيه لجهة المصالح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته، بل مطلقاً^٢، واحتياط الغرر المنفي بالبيع. ومن أن الدائير على ألسنة الأصحاب نفي الغرر من غير احتياط بالبيع، حتى أنهم يستدلون به في غير المعاوضات كالوكالة، فضلاً عن المعاوضات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة. بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي ﷺ: «إنه نهى عن الغرر». وقد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح، وظاهر «المسالك» في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرّهن جواز الصلح عليه.

١. وأمّا في الصلح: فالظهور عدم اعتبارها، وذلك لوجهين:
الوجه الأوّل: إنّ دليل الغرر إنما يكون حاكماً على أدلة المعاملات التي لها صنفان غريوي وغير غريوي.

٢. وأمّا الصلح الذي ليس له صنفان - بل هو بطبيعته مبنيٌ على المسامحة والمسالمة والتجاوز من جهة أنّ الغرض فيه ليس متقوّماً بالمبادلة والمقابلة - فلا يكون دليل الغرر حاكماً عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الوجه الثاني: صحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «في رجلين كان لكلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدرى كلّ واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولِي ما عندِي؟ فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضياً وطابت أنفسهما»^(١).

فإنّه يدلّ على عدم مانعية الجهة المحققة للغرر، وهو وإن لم يصرّح فيه بإرادته الصلح من تلك المعاهدة، إلاّ أنه محمول عليه بقرينة فهم الأصحاب.

(١) الوسائل، - باب ٥ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.

وأما الضال والمجهود والمغصوب ونحوها مما لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز^١، وفacaً لجماعة، للغرر المنفي المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، إلا أن يوهن بتردد مدعيه، كالعلامة في «التنكرة» في صحة بيع الضال منفرداً، ويمنع الغرر خصوصاً فيما يراد عنته تكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع.

وأما فوات منفعة مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهاته غير مضررة مع إمكان العلم بتلك المدة^٢، كضالة يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك وكذا في المغصوب والمنهوب.

والحاصل: أنه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضي لانفساخ البيع من أصله، وفرض عدم تسلط البائع على مطالبه بالثمن، لعدم تسليم المثلث، فإنه لا خطير حينئذ في البيع، خصوصاً مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها، هذا.

بيع الضال والمجهود والمغصوب

١. المسألة الثالثة: أن مقتضى نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، عدم جواز بيع الضال والمجهود والمغصوب كما أفتى به جماعة.

وبعبارة أخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعدّر بنفسه، وما تعدّر بواسطة الغير، وعن جماعة الجواز، واستدلّ له بوجوه:

أحدها: أنه بالفحص عنه إما أن يحصل في يده أو ييأس منه. فإن حصل، وإنّ فهو في حكم التلف الموجب لإنفساخ العقد من أصله، الموجب لرجوع الثمن إلى صاحبه، فهذا البيع مأمون العاقبة من الخطأ.

٢. وإنّ فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهاته غير مضررة، خصوصاً مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

ولكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث الغرر - كما تقدم - هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً، مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع، ولذا قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم.

ومن المعلوم أن بيع الضال وشبيهه، ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفاساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح، الذي ليس في نفسه غرراً عرفاً.

ومما ذكر يظهر أنه لا يجدي في رفع الغرر، الحكم بصحة البيع مراعاً بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتمد به، وإنّا تخير بين الفسخ والإمساء، كما استقر به في «اللمعة»^١، فإن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه

وفيه أولاً: إنّه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائماً، بل ربما يرجى حصوله.

وثانياً: إنّ كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لإنفاساخ العقد غير ثابت.

وثالثاً: إنّ الحكم بالإإنفاساخ مرتب على العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به.

ورابعاً: إنّ الخطر من حيث الغرض المعاملي على حاله لا يرتفع بالإإنفاساخ.

١. ثانيةاً: إنّه مع تعدّر تسليميه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاة بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتمد به فيها، وإنّا تخير بين الفسخ والإمساء، فلا غرر.

وفيه أولاً: إنّ الخيار مرتب على العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.

وثانياً: إنّ الغرر من ناحية الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك.

ثالثها: إنّ له الامتناع من تسليم الشمن مع امتناع البايع من تسليم المبيع، فلا خطر.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدم - أنّ الامتناع من تسليم الشمن مع عدم كونه مالكاً له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه، فالآخر هو فساد بيعه.

العجز عن تسلّم المبیع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له. لكن قد مرّت المناقشة في ذلك، بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا، بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبیع من ضمانه قبل القبض، ومن عدم التسلط على مطالبته الشّمن، فافهم.

ولو فرض أخذ المتبایعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبیع في يده إلى ثلاثة أيام، أمكن جوازه، لعدم الغرر حينئذ عرفاً، ولذا لا يعَد بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأنّ ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه، الموجب للتسلط على الرد، ولعله لهذا اختار في محكّي «المختلف» تبعاً للإسکافي جواز بيع الآبق إذا ضمّنه البائع، فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه، وعن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه، وإن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

١. رابعها: أنّ له شرط الخيال برد الشّمن أو مثله إذا لم يحصل المبیع في يده إلى ثلاثة أيام.

وفيه أولاً: إنّ نفوذ الشرط منوط بوقوعه في العقد الصحيح، فلا يصحّ العقد به.

وثانياً: إنّ الغرر الناشئ من حيث الغرض المعاملني لا يرتفع بذلك.
الرابعة: المشهور بين الأصحاب أنه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفرداً، لا يجوز بيعه منضمّاً بغيره.

وعن ظاهر «الانتصار» جوازه.
ويشهد للأول أنّ بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره في صفة واحدة غرري،
وما عن «الانتصار» من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف.

وأضعف منه الاستدلال بالنصّ الوارد في بيع العبد الآبق، الدال على جوازه مع الضمية، إذ المناط غير محرز، والتعمّي يحتاج إلى دليل.

مسألة: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا^١، فلو باع بحكم أحدهما بطل^٢ إجماعاً، كما عن «المختلف» و«التدكرة»، واتفاقاً كما عن «الروضة» وحاشية الفقيه للسلطان، وفي «السراج» في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله، بأن كلّ مبيع لم يذكر فيه الثمن، فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين، والأصل في ذلك حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

ويؤيده التعليل^٣ في رواية حماد بن ميسرة، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أنه كره أن يشتري التّوْب بدينار غير درهم، لأنّه لا يدرى كم الدينار من الدرهم».

اعتبار العلم بقدر الثمن

١. قوله: (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا).
لم يخالف في هذه الكلية أحد، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الإجماع والاتفاق عليها.
٢. وصاحب «الحدائق» خالف الأصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنصّ، والإسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع.
والمردك لها حديث نفي الغرر المتقدم وفي المتن.
٣. ويؤيده التعليل في رواية حماد^(١).
وفي «مرآة العقول» إن الخبر يتحمل وجهين:
أحدهما: أن يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم إلى الدينار وقت البيع، وإن كان آثلاً إلى المعلومية.
وثانيهما: أن يكون المراد جهازهما بسبب اختلاف الدرارم، أو باختلاف الدنانير،
وعدم معلوميتها عند البيع أو عند وجوب أداء الثمن، ولعل هذا أظهر، أي الوجه الثاني.
ثم نقل عن «المسالك» إنه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار، بأن
جعله مما يتجدد من النقل حالاً أو مؤجلاً أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة، فلو

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

لكن في صحيحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بخارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه، ثم بعثت إليه بـألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم حكمي، عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها متّي، وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بـألف درهم، فقال: أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثتها إليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة، وإن كان قيمتها أقلّ مما بعثت إليه فهو له. قال: قلت له أرأيت إن أصبت بها عيباً بعد أن مسستها؟ قال: ليس عليك أن تردها عليه، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيوب».

لكن التأويل فيها متعين^١ لمنافاة ظاهرها لصحة البيع وفساده، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص.

نعم، هي محتاجة إلى أزيد من هذا التأويل، بناءً على القول بالفساد، بأن يراد من قوله: (باعنيها بحكمي) قطع المساومة، على أن أقوّمها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري حيث أن رفاعة كان نخاساً بيع ويشتري الرقيق، فقوّمها رفاعة على نفسه بـألف درهم إما معاطة وإما مع إنشاء الإيجاب وكالةً والقبول أصلّة، فلما مسّها وبعث التراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع، وأن رفاعة مخطئ في القيمة، أو لثبت خيار الحيوان للبائع على القول به.

علمها صحيحة. وفي رواية السكوني^(١) إشارة إلى أن العلة هي الجهالة، وفيها فلعل الدينار يصير بدرهم، وقد استدلّ صاحب الحدائق ردّ لما ذهب إليه بصحيح^(٢) رفاعة النخاس المذكور في المتن.

١. وأورد عليه المصتف^{عليه السلام}: بأن التأويل فيه متعين، لمنافاة ظاهره لصحة البيع وفساده، إذ لو كان البيع صحيحاً لزم تعين المسمى دون القيمة الواقعية، فلماذا أمر عليه السلام بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ وإن كان فاسداً فلماذا حكم بتعين ما بعث إليه إن كانت القيمة الواقعية أقل؟ ولهذا التزم بأنه يحمل على إرادة التوكيل في التقويم والبيع بعده، بما يتعين في نظره لا بالقيمة الواقعية، والأمر برد ما نقص إنما هو من جهة خيار الغبن،

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب أحكام العقود، حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٨ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وقوله عليه السلام: (إن كان قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص).
إما أن يُراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية. حيث أن المالك لا حاجة له في الجارية، فيسقط خياره ببذل التفاوت.
وإما أن يحمل على حصول الحبل بعد المسن، فصارت أم ولد، وتعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

وقد يحمل على صورة تلف الجارية، وينافي قوله فيما بعد: (فليس عليك أن تردها، إلى آخره).

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية لهذه الرواية - كما حكي عن ظاهر «الحدائق» - ضعيف، وأضعف منه ما عن الإسكافي من تجويز قول البائع: (بعثك بسعر ما بعت)، ويكون للمشتري الخيار.
ويردّه: أن البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل، فلا يجره الخيار.
وأما بيع خيار الرؤية، فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الإسكافي في مسألة القدرة على التسلیم.

فكما أنه إذا عين الموكّل القيمة ظهر الغبن له الخيار، كذلك إذا عينها الوكيل، وإنما عين ذلك من جهة أنه حيث لا حاجة للموكّل في الجارية والوكيل محتاج إليها، فيسقط خياره ببذل التفاوت، أو يحمل على حصول الحبل بعد المسن، فصارت أم ولد.

وأجيب عن ذلك بجوابين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإبرواني رحمه الله، وهو أنّ ما ذكره يتمّ لو كان المراد من البيع بحكم المشتري في الرواية، البيع بتعيينه المطلق، أمّا إذا كان المراد تعينه لقيمة المثل، ويكون تعينه طريقاً محسناً لا موضوعياً، فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة إلى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة.

وفيه: - مضافاً إلى أنها غير منطبقة على القاعدة، إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر - أنّ ما أفاده يستلزم استرجاع الزائد إن كانت قيمتها أقلّ مما بعثه إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع إلى الزائد.
ثانيهما: إنه يحمل على إرادة تعينه بحكمه، وأنّ تعينه يكون له الموضوعية، ولكن

مسألة: العلم بقدر المثمن كالثمن شرط^١ بإجماع علمائنا كما عن «الذكرة»، وعن «الغنية»: (العقد على المجهول باطل، بلا خلاف).

ومن «الخلاف»: (ما يُباع كيلاً فلا يصح بيعه جزافاً، وإن شوهه إجماعاً).

وفي «السرائر»: (ما يُباع وزناً فلابد من كيلاً بلا خلاف).

والأسأل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور^٢، وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعتبرة^٣:

منها: صحيح البخاري: «في رجل اشتري من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، ثم إن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته؟ قال: لا يصلح إلا بكيل. قال: وما كان من طعام سميته فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام».

يشترط أن لا يكون أقل من قيمة المثل، وعليه فلو كانت القيمة السوقية أقل، كان ما بعنه إليه له، ولو كانت أزيد لابد من رد الزايد لاشترطه.

وفيه: إنه خلاف الظاهر جدأ، وإن تم ما أفاده المصنف^٤ ولم نورد عليه - بأن متعلق الوكالة إن كان هو البيع بقيمة المثل خاصة، كان البيع بغيرها فضوليأ، وإن كان عاماً لغيرها لم يكن وجه لثبت خيار الغبن - فإنه لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت، وإلا فيرد الصحيح إلى أهله، وعلى أي تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

عدم صحة بيع ما يُكال أو يُوزن جزافاً

١. لا خلاف ولا إشكال في أنه يشترط في المبيع أن يكون معلوماً، فلا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود إلا مع معرفة المقدار بأحددها، فلا يُباع المكيل والموزون والمعدود جزافاً، ولو كان مشاهداً كالصبرة، ولا بمكيالٍ مجهول كقصعة حاضرة، ولا العدد المجهول كملاً اليد ونحوها بلا خلاف، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

٢. ويشهد له حديث نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١).

٣. وجملة من النصوص: منها صحيح البخاري^(٢) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) باب ٤ من أبواب عقد البيع حديث ٢.

وفي رواية «الفقيه»: «فلا يصح بيعه مجازفة». والإيراد على دلالة الصّحّيحة بالإجمال^١، وباشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع^٢، غير وجيه؛ لأنّ الظاهر من قوله: (سميت فيه كيلاً) أنّه يذكر فيه الكيل، فهي كناية عن كونه مكيلاً في العادة.

اللهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقال: إِنْ توصيف الطَّعام بكونه كذلك الظَّاهِر فِي التَّنوِيْعِ، مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الطَّعامِ مَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ إِلَّا فِي مَثَلِ الزَّرْعِ قَائِمًا، يَبْعَدُ إِرَادَةُ هَذَا الْمَعْنَى، فَتَأْمَلُ.

وَأَمَّا الْحُكْمُ بَعْدَ تَصْدِيقِ الْبَائِعِ، فَمَحْمُولُ عَلَى شَرَائِهِ سَوَاءً زَادَ أَوْ نَقَصَ خَصْوَصًا إِذَا لَمْ يَطْمَئِنْ بِتَصْدِيقِهِ، لَا شَرَائِهِ عَلَى أَنَّهُ الْقَدْرُ الْمُعْتَنَى بِهِ أَخْبَرَ بِهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ هَذَا لَا يَصْدِقُ عَلَيْهِ الْجَزَافُ.

قال في «الذكرة»: (لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صحيحاً عندنا).

وقال في «التحرير»: (لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمن سواءً زاد أو نقص لم يجز).

وأورد عليه بإيرادات:

١. الأول: إن قوله عليه السلام: (وما كان من طعام سميت فيه كيلاً... الخ) مجمل، إذ لو كان المراد به ما يبيع بكيل، فما معنى لا يصح مجازفة؟ وإن كان المراد به ما من شأنه أن يُباع بكيل - أي يُقال إنه مكييل ويكون الخطاب إلى الراوي بما هو من أهل العرف والسوق - فلازمه تنوع الطعام، مع أنه ليس من الطعام ما لا يُكال ولا يُوزن.

وفيه: أنه يمكن اختيار الشق الثاني، وأخذ القيد توضيحيًا، أو بأن يُقال إن من الطعام ما هو مكييل ومنه ما هو موزون ولو في بعض البلدان، فيكون مفاد قوله عليه السلام ذلك، أن ما يكون من الطعام مكيلاً إنما يعتبر فيه الكيل، من جهة أنه لا يصلح بيعه مجازفة، ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

٢. الثاني: إن الخبر مخالف لفتوى المشهور، فإنهم أفتوا بتصديق البائع في إخباره بأن كيل المبيع كذا، وهذا الصحيح يدل على أنه لا يعتمد عليه.

وفيه: أنه في تلك المسألة إنما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما أخبر به.

وأما نسبة الكراهة إلى هذا البيع، فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد^١.

وفي الصحيح عن ابن محبوب، عن زرعة، عن سماعة، قال: «سألته عن شراء الطعام وما يقال ويوزن بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مرابحة، فلا بأس إن اشتريته منه، ولم تكله أو لم تزننه إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع إني أربحك كذا وكذا»^٢ ودلالتها أوضح من الأولى.

بعنوان أن كيله ما أخبر به، وأنه لو نقص يأخذ الزائد ولو زاد يرده، لا بيعه بما أخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع أنه في تلك المسألة يعتبرون البائع مؤتمناً. الثالث: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيراني^٣، وهو أن المراد من قوله: (وما كان من الطعام سميت... الخ) أن البيع إذا انعقد بعنوان الكيل، كما إذا بيع مناً من الحنطة - يعتبر الكيل في مقام التسليم صوناً عن التعقب بالنزاع والمشاجرة - فهو أجنبى عن المقام.

وفيه: إن هذا خلاف الظاهر، فإنه يتوقف على تقدير كلمة (قبضه) أو (تسليمه) بعد قوله: (فإنه لا يصلح) كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

١. الرابع: إن قوله عليه السلام: (هذا مما يكره من بيع الطعام) ظاهر في عدم الفساد.

وفيه: إن الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع، مع أنه لو سلم الإجمال وعدم ظهورها في ذلك تكون المرجع قوله عليه السلام: (لا يصلح مجازفة)، بل المحكي عن «الفقيه» فلا يصح مجازفة. وعليه، فالظهور دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل.

٢. ومنها: موثق سماعة^(٤) المذكور في المتن.

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٧.

ورواية أباجان عن محمد بن حمران، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدق قناته وأخذناه بكيله؟ قال: لا بأس، قلت: أيجوز أن أبيعه كما اشتريت بغير كيل، قال: أما أنت فلا تبعه حتى تكيله». دلت على عدم جواز البيع بغير كيل، إلا إذا أخبره البائع فصدقه^١.

وفحوى مفهوم رواية أبي العطارد، وفيها: «قلت: فأخرج الكر والكررين، فيقول الرجل اعطنيه بكيلك؟ فقال: إذا ثمنك فلا بأس به»، ومرسلة ابن بكير عن رجل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل؟ فقال: أما أن يأخذ كلّه بتصديقه، وأما أن يكيله كلّه»، فإن المنع من التبعيض المستفاد منه إرشادي، محمول على أنه إن صدقه فلا حاجة إلى كلفة كيل البعض، وإن لا يجزي كيل البعض، ويتحمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الإشتراك، وكيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار وما لم يذكر مما فيه، إيماء إلى المطلب، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل. وتقرير الإمام كما في رواية

وأرود عليه المحقق الإصفهاني^٢: بأنّ مورد الاستدلال: إن كان هي الشرطية الأولى، وهي قوله: (فلا بأس إن اشتريته... الخ) فمن الواضح أنّ نفي البأس عن اشتراه بلا كيل ولا وزن لا مفهوم له إلا بلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل أو وزن، وهو من مفهوم الوصف.

وإن كان هي الشرطية الثانية، وهي قوله: (إذا أخذه المشتري الأول... الخ) فمن البين أنه تقرير لصدر الخبر، حيث قال: (أتاي رجلاً في طعام قد كيل وزن) ومعلوم أنّ الشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره فلا مفهوم لها، وعليه فلا مفهوم في القضية إلا مفهوم الوصف.

وفيه: إنه يدلّ على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد، كما يظهر من ملاحظة السؤال والجواب.

١. ومنها: خبر^(١) محمد بن حمران، وفحوى خبر^(٢) أبي العطارد، ومرسل^(٣) ابن بكير، المذكورة في المتن.

(١-٣) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد البيع حديث ٤ و ٦ و ٥.

كيل ما لا يستطيع عده وغيرها، مع ما ذكر من الشّهادة المحقّقة والاتفاقيات المنقوله كفاية في المسألة.

ثم إنّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي^١، وإن كان حكمته سدّ باب المسامحة المفضية إلى الواقع في الغرر، كما أنّ حكمة الحكم باعتبار بعض الشرروط في بعض المعاملات، رفع المنازعـة المتوقـعة عند إهمـال ذلك الشرـط، فحينـئـذـ فيـعـتـبـرـ التـقـدـيرـ بالـكـيلـ وـالـوـزـنـ وإنـ لمـ يـكـنـ فـيـ شـخـصـ المـقـامـ غـرـرـ، كماـ لوـ باـعـ مـقـداـراـ مـنـ الطـعـامـ بـماـ يـقـابـلـهـ فـيـ المـيزـانـ مـنـ جـنـسـهـ أوـ غـيرـهـ^٢ المتساوي لهـ فـيـ الـقيـمةـ، فإنـهـ لاـ يـتصـورـ هـنـاـ غـرـرـ أـصـلـاـ، معـ الجـهـلـ بـمـقـدـارـ كـلـ مـنـ الـعـوـضـيـنـ، ويـحـتمـلـ غـيرـ بـعـيدـ حـمـلـ الإـطـلاـقـاتـ سـيـماـ الـأـخـبـارـ عـلـىـ الـمـوـرـدـ الـغـالـبـ، وـهـ مـاـ كـانـ رـفـعـ الـغـرـرـ مـنـ حـيـثـ مـقـدـارـ

وـمـنـهـ: غـيرـ ذـلـكـ مـنـ النـصـوصـ.

ولا يخفى أنّ ظاهر هذه النـصـوصـ اـعـتـبـارـ الـكـيلـ وـالـوـزـنـ فـيـ الـمـكـيلـ وـالـمـوـزـونـ، سـوـاءـ أـلـزـمـ مـنـ تـرـكـهـماـ الغـرـرـ أـمـ لـ؟ـ كـمـاـ أـنـ مـقـتـضـىـ حـدـيـثـ نـهـيـ النـبـيـ عـلـىـ اللـهـ عـنـ بـيـعـ الـغـرـرـ الشـخـصـيـ، سـوـاءـ أـكـانـ الـعـوـضـ مـمـاـ يـكـالـ أـوـ يـوـزـنـ أـمـ لـ، فـالـنـسـبـةـ بـيـنـهـمـاـ عـمـومـ مـنـ وـجـهـ، وـحـيـثـ آنـهـمـاـ مـثـبـتـانـ لـاـ تـنـافـيـ بـيـنـهـمـاـ، فـيـتـعـيـنـ الـعـلـمـ بـالـدـلـلـيـنـ وـالـبـنـاءـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ الـكـيلـ وـالـوـزـنـ فـيـ الـمـكـيلـ وـالـمـوـزـونـ، مـعـ دـعـمـ كـوـنـ الـبـيـعـ غـرـرـيـاـ.

١. قوله: (ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي). فإنه لا إشكال في أنّ الغرر في حدث نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر الشخصي، وما لم يصر الغرر فعلياً لا يترتب عليه حكمه كما في سائر العناوين المأخوذة موضوعاً. وأمّا في أخبار الكيل والوزن، فلم يؤخذ عنوان الغرر كي يصحّ ما ذكره المصنف^٣، من ابتناء الصحة والفساد - في الفروع التي ذكرها - على كون الحكم منوطاً بالغرر الشخصي أو النوعي، فما ذكره^٤ من المبني لا أصل له.

٢. قوله: (كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابلـهـ فـيـ المـيزـانـ مـنـ جـنـسـهـ). يدلّ على فساد البيع في الفرض، مضافاً إلى أدلة اعتبار الكيل، حدث نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، فإنه وإن لم يلزم الغرر من حيث الماليّة، إلا أنه يلزم من حيث الغرض

العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى كما في الفرض المزبور، وكما إذا كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، وكما إذا كان المببع قليلاً لم يتعارف وزن الميزان لمثله، كما لو دفع فلساً وأراد به رهناً لحاجة. فإن الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين^١، ولا منافاة بين كون الشيء من جنس المكيل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه لقلته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، أو لكثرته كزبرة الحديد كما نبه عليه في «القواعد» وشرحها وحاشيتها، وممّا ذكرنا يتوجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنّها وإن كانت من الموزون - ولذا صرّح في «التنكرة» بوقوع الربا فيها - إلا أنها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود، في أنّ معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها، فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن. وكذا شبه الفلوس من المسكوكة المركبة من النحاس والفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان، وكذا الدرهم والدينار الحالصان، فإنّهما وإن كانوا من الموزون، ويدخل فيهما الربا إجماعاً، إلا أن ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضاً من دون معرفة بوزنها لعدم غرر في ذلك أصلاً.

المعاملي، إذ الأغراض المعاملية والمقاصد العقلائية، كما تختلف باختلاف الأجناس ذاتاً أو وصفاً، كذلك تختلف باختلاف الحدود والمقادير من حيث الاحتياج إلى مقدار خاص بلا نظر إلى القيمة السوقية.

١. وعلى ما ذكرناه فإن لم يكن المببع مكيلاً أو موزوناً - لقلته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، أو لكثرته كزبرة الحديد - أو كان مكيلاً وموزوناً، ولكن كان للمتبايعين حدس قويّ بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشيء في أصله كذلك، ولكن كان ماليته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الأمر، بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكة - غير ما هو من الذهب والفضة والأوراق المطبوعة - صح البيع بلا كيل ولا وزن إن لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.

أمّا في الأول: فلعدم شمول أدلة الكيل والوزن له وانصرافها عنه.
وأمّا في الثاني: فلأن الكيل والوزن إنّما اعتبرا من جهة الطريقة إلى معرفة المقادير

ويؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم بوزنها. نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنها المقرر في وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك. فالنقص فيها عندهم بمنزلة العيب. ومن هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها لكونه غشًا وخيانة. وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود وشبهها، حيث أن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

وإلى ما ذكرنا من الفرق، أشير في صحيحة ابن عبد الرحمن قال: «قلت لأبي عبد الله عليهما السلام أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبة والحبتين؟ قال: لا حتى تبينه، ثم قال: إلا أن تكون هذه الدرهم الوضاحية التي تكون عندنا عدداً». وبالجملة: فإن أطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله مدار الغر الشخصي، قريب في الغاية، إلا أن الظاهر كونه مخالفًا لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

والحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له - مضافاً إلى مناسبة الحكم والموضع - ما دلّ من الإعتماد على إخبار البائع بالكيل أو الوزن، وقوله عليهما السلام في ذيل الصحيح المتقدم: (فإنه لا يصلح مجازفة) الدال على أن المانع هو البيع جزافاً. فإذا كان الحدس موجباً للإطمئنان كفى.

وأقا في الثالث: فلعدم كونه مكيلاً ولا موزوناً.
هذا كله في المكيل والموزون.

١. قوله: (وإلى ما ذكرنا من الفرق أُشير في صحيحة ابن عبد الرحمن)^(١)، رواها في المتن.

ويمكن أن يكون وجه الفرق أن الدرهم الوضاحية هي الدرهم الصحيحة، فلا تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه، فلا بأس بإعطائهما من دون التبيين.

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب الصرف حديث ٧.

ثم إن الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه، حكم المكيل والموزون بلا خلاف ظاهر^١، ويشير إليه بل يدل عليه تقرير الامام في الرواية الآتية، المتضمنة لتجويز الكيل في المعدود المتعذر عده^٢، ويظهر من المحكي عن المحقق الأردني المناقشة في ذلك، بل الميل إلى منعه، وجواز بيع المعدود مشاهدة، ويردّه رواية الجوز الآتية، والمراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بأعدادها، كالجوز والبيض بخلاف مثل الشّاة والفرس والثّوب، وعد العلامة البطيخ والبازنجان في المعدودات حيث قال في شروط السّلم من «القواعد»: (ولا يكفي في السّلم وصحته العدّ من المعدودات، بل لا بدّ من الوزن في البطيخ والبازنجان والرّمان، وإنّما اكتفي بعدها في البيع للمعاينة)، انتهى.

وقد صرّح في «التذكرة» بعدم الرّبا في البطيخ والرّمان إذا كان رطباً لعدم الوزن، وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضاً غير موزونة، وكل ذلك محلّ تأمل لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظّاهر أنّ تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

١. وأقا المعدود: فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مرّ، وعن «مجمع البرهان»: (أنّه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود إلا عدّاً، وأنّ الأصل والعمومات، وحصول التراضي - الذي هو العمدة في الدليل - دليل قوي، فإثبات خلافه مشكل).

٢. ولكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام: «عن الجواز لا نستطيع أن نعدّه، فيكال بمكيال ثم يعده ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال عليه السلام: لا بأس به»^(١).

من جهة ظهوره في اعتقاد السائل لزوم العد، وتقريره عليه ذلك - هو لزوم العد، وبه تقيد إطلاقات الأدلة.

بيع المكيل بالوزن، والعكس

واستقصاء الكلام في المقام إنّما يكون ببيان أمور:

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

مسألة: لو قلنا بأنَّ المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموزون والمعدود بما يتعارف تقديره به، هو حصول الغرر الشّخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كلّ منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك^١، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلًا. لكنَّ تقدُّمَ أنَّ ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقديرين، من غير ملاحظة الغرر الشّخصي، لحكمة سدِّ باب الغرر المؤدي إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراضي الفعلي حال المعاملة، وحينئذ فيقع الكلام والإشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه. فنقول: اختلُّوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدمه على أقوال، ثالثها جواز المكيل وزناً دون العكس، لأنَّ الوزن أصل الكيل وأضبط، وإنما عدل إليه في المكيلات تسهيلاً، فالمحكي عن «الدرّوس» في السلم جوازه مطلقاً، حيث قال: (ولو أسلم في المكيل وزناً وبالعكس فالوجه الصحة، لرواية وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهما السلام قال: لا بأس بسلف ما يوزن فيما يقال وما يقال فيما يوزن).^٢

ولا يخفى قصور الرؤاية سندًا بوهب، ودلالةَ بأنَّ الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكيل وبالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن وبالعكس،

١. الأوّل: في تقدير كلّ من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.

والكلام فيه في موردين:

(١.) في بيع المكيل وزناً وبالعكس، وقد اختلُّوا فيه على أقوال.

ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصحّ، وبين بيع الموزون بالكيل فلا يصحّ.

رابعها: التفصيل بين جعل كلّ من التقديرين طريقاً إلى التقدير المعتبر في المبيع في نفسه فيصحّ، وبين ملاحظته مستقلّاً فلا يصحّ.

فالكلام يقع في مقامين:

الأوّل: في تقدير كلّ منها بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ما تعارف فيه.

ويعرضه ذكر الشيخ للرواية في باب إسلام الرّزّيت في السّمن. فالذّي ينبغي أن يُقال: إنَّ الْكَلَام تارِهَ كفاية كلَّ من التقديرين في المقدّر بالآخر، من حيث جعله دليلاً على التقدير المعتبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس، وتارِهَ كفايته فيه أصلًا من غير ملاحظة تقديره المتعارف. أمّا الأوّل: فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادةً، وقد يكون مما لا يتسامح فيه^١.

أمّا الأوّل: فالظّاهر جوازه، خصوصاً مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه، لأنَّ ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه، غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقةً إليه. ويؤيده رواية عبد الملك بن عمرو، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري مائة راوية من زيت، فأعرض راوية أو اثنتين فاتزنها ثم آخذ سائره على قدر ذلك؟ قال: لا بأس».

استدلّ بها في «الذكرة» على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه^٢ بوزن واحد من المتعدد، ونسبة الباقي إليه.

الثاني: في تقديره به مستقلاً.

١. أمّا الأوّل: فقسمه المصنف^٣ إلى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادةً، وربما يكون مما لا يتسامح فيه. إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادةً، فالظّاهر هي الصّحة، لما عرفت من أنَّ اعتبار التقدير الخاص إنّما هو لمعرفة حد المبيع ومقداره، والتقدير بما هو طريق إلى ذلك - مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافياً - فيصحّ.

ويشهد له: - مضافاً إلى ذلك - صحيح الحلبي المتقدّم بالتقريب الذي قدّمناه، وخبر^(٤) عبد الملك بن عمرو المذكور في المتن.

٢. وما عن «الذكرة» من حمل الخبر على صورة التعذر، ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فإنَّ توزين مائة راوية زيت ليس بمتعدد، بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وأردفه بقوله: (ولأنَّه يحصل المطلوب وهو العلم)، واستدلاله الثاني يدلُّ على عدم اختصاص الحكم بصورة التعدُّر والتقييد بالتعدُّر، لعلَّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال، وهو تعدُّر وزن مائة راوية من الرِّزْيَت. ولا يخفى أنَّ هذه العلة لو سلَّمت على وجه يقدح في عموم ترك الاستفصال، إنَّما يجب الاقتصار على موردها، لو كان الحكم مخالفًا لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنَّ هذا في الحقيقة تقدير وليس بجزاف. نعم ربَّما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصَّحِيحَة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء. وأمَّا لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه: ^١ فالظاهر أيضًا الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير، إذا كان ذلك التقدير أمارة على ذلك المقدار، لأنَّ ذلك أيضًا خارج عن الجزايف، فيكون نظير اخبار البائع بالكيل، ويتحقق المشتري لو نقص، وما تقدم من صحيحة الحلبي في أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما، قد عرفت توجيهه هناك.

هذا كلَّه مع جعل التقدير الغير المتعارف امارة على المتعارف.

الجوز المختصّ بصورة عدم الإستطاعة.

ولكن يرد عليه: أنَّه لا مفهوم له كي يقيد إطلاق هذا الخبر به.

١. وأمَّا إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادةً، فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني.

وتصحّيجه بالبناء على ذلك التقدير.

مخدوش، إذ البناء عليه الراجع إلى شرط الخيار لو نقص لا يصحّ العقد، لأنَّ ذلك لا يخرجه عن الجزايف، ولذا لا يصحّ البيع بالمشاهدة مبنِيًّا على مقدار معين مما تعارف فيه.

ودعوى إطلاق الخبر، ممنوعة، فإنَّ الظاهر - ولا أقلَّ من المحتمل - كون ما بقي من مائة راوية متّحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

وأمَّا المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكي «الرياض»: جواز بيع المكيل وزناً، وعدم جواز بيع الموزون كيلاً.

وأما كفاية أحد التّقديررين عن الآخر أصالةً من غير ملاحظة التّقدير المتعارف، فالظّاهر جواز بيع الكيل وزناً على المشهور، كما عن «الرّياض»، لأنّ ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهي عنه في الأخبار ومعقد الإجماعات، لأنّ الوزن أضبط من الكيل، ومقدار مالية المكيالت معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل. والمحكي المؤيد بالتبّع أنّ الوزن أصل للكيل، وأنّ العدول إلى الكيل من باب الرّخصة^١. وهذا معلوم لمن تتّبع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لأصالة الوزن أنّ المكاييل المتعارفة في الأماكن المختلفة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن، إذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكاييل عليه.

وأما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن، ففيه إشكال، بل لا يبعد عدم الجواز.

وقد عرفت عن «السّرائر» أنّ ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف، فإنّ هذه مجازفة صرفة، إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط، فهو بعينه ما منعوه من

١. واستدلّ له المصنف^{عليه}: بأنّ الوزن أصل للكيل، وأنّ العدول إلى الكيل من باب الرّخصة، وعليه فيبيع المكيل بالوزن ليس بيعاً جزافياً بخلاف العكس.
وفيه: لا إشكال في أنّ الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلائية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة والتّنقل، ولهذه الحيثية مراتب معينة يعبر عنها بالمقاييس وما دونها وما فوقها، وليس الكيل طريقاً إلى معرفة ذلك في نفسه، فلا محالة يقدّر الكيل من حيث أنه يسع مقداراً من الوزن، إلاّ أنه بعد تعارف الكيل في شيء وعدم معرفة وزنه غالباً، لا محالة لا يُعرف مقدار تموّله بالوزن، بل يكون ذلك أيضاً بيعاً جزافياً.

وربما يستدلّ للجواز في الموردين بخبر وهب عن مولانا الصادق^{عليه}، عن أبيه، عن الإمام علي^{عليه}: «لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن»^(١).

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

التقدير بقصعة حاضرة أو ملأ اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة.

ثم إنّه قد علم مما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتباعين دون الآخر^١ - كالحقة والرطل والوزنة باصطلاح أهل العراق، الذي لا يعرفه غيرهم، خصوصاً الأعاجم - فإنه غير جائز، لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه، وجعله في الميزان، ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابلة، لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كلّه في المكيل والموزون.

وفيه أولاً: إن الخبر ضعيف السند لوهب.

وثانياً: إنه يدل على أنه يجوز أن يكون ثمن المكيل موزوناً وبالعكس، ولا يدل على جواز كل من الكيل والوزن في مورد الآخر.
وعليه، فالظاهر هو عدم الجواز مطلقاً.

١. ولو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتباعين دون الآخر.
يمكن الإستدلال لصحتها - مضافاً إلى سيرة المتدلين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرون، أو بكيله مع جهله بالمقدار - بأن الغر لا يلزم - بعد فرض علم المشتري بأن الكيل أو الوزن المشترى به متعارف في البلد - ونصول اعتبر الكيل والوزن تدل على لزوم أن يكون البيع بأحدهما.

وأمّا معلوميّة مقدار ما يوزن تفصيلاً، فلا تدل عليه، بل أغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل والوزن المتعارفين في بلدتهم.

وبعبارة أخرى: إن تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزاً وبالتخمين بلا وزن ولا كيل، ولا تدل على أزيد من ذلك.

ولكن ثبوت السيرة المتصلة إلى زمان المعصوم عليهما السلام محل تأمل، والظاهر صدق الغر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك، وإن لم يصدق من حيث المالية، والنوصوص إنما هي

وأثنا المعدود: فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه، فالكلام فيه كما عرفت في أخيه^١، وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبـي، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «أنه سُئل عن الجوز لا يستطيع أن نعده، فيقال بالمكيال ثم يعده ما فيه، ثم يقال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به».

فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة، ولم يردده الإمام عليهما السلام بالتبني على أن ذلك غير مختص بصورة الاضطرار، لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الرواية لتفصيص العمومات، ولذا قوى في «الروضة» الجواز مطلقاً.

وأما كفاية الكيل فيه أصلـة، فهو مشكل، لأنـه لا يخرج عن المجازفة، والكيل لا يزيد على المشاهدة.

وأما الوزن، فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم في السـلم إنـه لا يكفي العـد في المعدودات، وإن جاز بيعها معجلاً بالعـد، بل لابـد من الوزن، أنه لا خلاف في أنه أضـبط، وأنـه يـغـني عن العـد، فقولهم في شروط العـوضـين إنـه لابـد من العـد في المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير.

في مقام بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع، لا مجرد الكيل والوزن من حيث هما، فالظاهر بطلان تلك المعاملة.

وأثنا صحيح الحلبـي، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع مصر»^(١).

فالظاهر منه المنع عن البيـعـ بـغيرـ صـاعـ المـصـرـ بتـدـليـسـ آـنـهـ صـاعـ المـصـرـ، فـلاـ يـدـلـ عـلـىـ جـواـزـ البيـعـ بـصـاعـ المـصـرـ وإنـ لمـ يـعـلـمـ مـقـدـارـهـ.

١. المورد الثاني: في بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا كلام في أنه إذا كان الكيل أو الوزن طريقاً إلى العـدـ جـازـ ذـلـكـ كـمـاـ تـقـدـمـ، وـصـحـيـحـ الحـلبـيـ المـذـكـورـ^(٢)ـ فـيـ المـتنـ المـخـصـ بـصـورـةـ تـعـدـرـ العـدـ، لـاـ مـفـهـومـ لـهـ كـيـ يـدـلـ عـلـىـ عـدـ.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد البيـعـ وـشـروـطـهـ حدـيثـ ٢ـ.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب عقد البيـعـ حدـديثـ ١ـ.

لكنه ربما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: (ويكفي الوزن عن العد)، فإنه يوهم كونه الأصل في الضبط، إلا أن يريدوا هنا الأصالة والفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

بقي الكلام في تعين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً، فقد قيل إن الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما في زمان الشارع، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد يباع كذا، وإنما عن ظاهر «مجمع البرهان» وصريح «الحدائق» نسبته إلى الأصحاب، وربما منع

جوازه مع الإمكان، وتقريره عائلاً لما في ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

وأثنا إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة، فقد اختار المصنف كفاية الوزن فيه، والظاهر أن وجهها أصالة الوزن في التقدير مطلقاً حتى في المعدود، وفيه: إن أصالة الوزن لو سلمت لا تفيد، بعد فرض كون مناط المالية في شيء العدد، فإنه يلزم من بيعه بالوزن الغرر. فالظاهر عدم الكفاية.

المناط في المكيل والموزون

١. الثاني: في تعين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً. وقبل الشروع في بيان المختار ودليله، ينبغي تقدير أمور:

الأول: إن مورد البحث هو أنه هل المدار على ما كان مكيلاً أو موزوناً في عصر النبي ﷺ لا على كيل عصره وزنه، فإنه لم يقل بذلك أحد، ولا يكون ذلك رافعاً للغرر. وبعبارة أخرى: مورد الكلام تعين ما هو مكيل أو موزون، لا تعين الكيل والوزن، إذ لا كلام في أن المكيل يقال بالمكيل المتعارف في كل عصر، والموزون يوزن بالميزان المتعارف في كل زمان. فما في عبارة «المبسot» المنقولة في «المكاسب»: (والمكials مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة) لابد من تأويله، لا سيما وقد نفي الخلاف عنه.

ذلك بعض المعاصرین قائلًا: إِنْ دُعُوا إِلَيْهِ اجْمَاعٌ عَلَى كَوْنِ الْمَدَارِ هُنَا عَلَى زَمَانِهِ عَلَى الْوِجْهِ الْمَذْكُورِ غَرِيبَةً^١، فَإِنِّي لَمْ أَجِدْ ذَلِكَ فِي كَلَامِ أَحَدٍ مِنَ الْأَسَاطِينِ، فَضَلَّاً عَنْ أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا. نَعَمْ، قَدْ ذَكَرُوا ذَلِكَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى حُكْمِ الرِّبَا لَا أَنَّهُ ذَلِكَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْجَهَالَةِ وَالْغَرَرِ الَّذِي مِنَ الْمَعْلُومِ عَدَمُ الدِّخْلِيَّةِ لِزَمَانِهِ عَلَى لِلَّهِ فِي رَفْعِ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَإِثْبَاتِهِ)، انتهى.

أقول: ما ذكره (دام ظله) من عدم تعرّض جل الفقهاء لذلك هنا - يعني في شروط العوضين - وإنما ذكروه في باب الرّبا حقّ، إلا أنّ المدار وجوداً وعديماً في الرّبا على اشتراط الكيل والوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء، وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعيار فيه هنا - يعني في شروط العوضين - إلا أنّ الأكثر ذكرها في باب الرّبا ما هو المعيار هنا وفي ذلك الباب.
وأمّا اختصاص هذا المعيار بمسألة الرّبا وعدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره، فهو حلاف الواقع.

الثاني: إن النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون، فإنّ مفهومهما اللغوي واضح، ولا حقيقة شرعية لهما قطعاً، ولا تكون مكيلية شيء أو موزونيته من الأمور الواقعية، ولا يكون نظر العرف والشرع طريقاً إليها، حتى يكون الشارع مصوّباً للعرف تارةً ومخطاً لهم أخرى، بل هما أمران جعليان رتب الشارع على هذا الأمر الجعلاني البنياني الذي بنى العرف عليه حكمًا، وحيث أنّ الجعل والبناء يختلف باختلاف الأعصار والأمسكار، فلذا وقع النزاع في أنه هل المعيار عصر خاص ومصر مخصوص، أم الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلاً أو موزوناً؟

الثالث: المحكي عن ظاهر «مجمع البرهان» وتصريح «الحدائق» أنّ الأصحاب أفتوا بأنّ المراد بالمكيل والموزون ما ثبت فيهما الكيل والوزن في زمانه علیه الله، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما.

١. وأورد عليهم صاحب الجوهر^٢: بأنّي لَمْ أَجِدْ ذَلِكَ فِي كَلَامِ أَحَدٍ مِنَ الْأَسَاطِينِ، فَضَلَّاً عَنْ أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا. نَعَمْ، قَدْ ذَكَرُوا ذَلِكَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الرِّبَا.
والمصنف^٣ ذكر طرقاً ثلاثة لإستفادة أنّ الفقهاء أفتوا بذلك:

أَمَا أَوْلًا: فلشيهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه^١، قال في «المبسوط» في باب الرّبا: (إِذَا كَانَتْ عَادَةُ الْحِجَارَةِ عَلَى عَهْدِهِ فِي شَيْءِ الْكِيلِ لَمْ يَجِزْ إِلَّا كِيلًا فِي سَائِرِ الْبَلَادِ وَمَا كَانَ فِيهِ وَزْنًا لَمْ يَجِزْ إِلَّا وَزْنًا) في سائر البلاد، والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة، هذا كله بلا خلاف، فإن كان مما لا تعرف عادة في عهده حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع إلّا كيلًا، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلّا وزنًا). انتهى.

ولا يخفى عموم ما ذكره من التّحديد لمطلق البيع، لالخصوص مبادئ المتماثلين، ونحوه كلام العلامة في «التذكرة».

وأمّا ثالثيًّا: فلأنّ ما يقطع به بعد التّتبع في كلماتهم هنا، وفي باب الرّبا أنّ الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد^٢، أعني المكيال والموزون قد حمل عليه حكمان، أحدهما عدم صحة بيعه جزافًا، والآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلاً، ويزيده وضوحاً ملاحظة أخبار المسألتين المعرونة بما يقال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

١. الأوّل: ان التّتبع في كلمات الأصحاب يشهد بذلك. وذكر منها عبارة «المبسوط».

وفيه: أنّ ما أفاده في «المبسوط» الصريح في ذلك، خيرة «التذكرة» و«نهاية الإحكام» و«المختلف» وحواشي الشهيد وغيرها، وهو المنقول عن القاضي كما عن «مفتاح الكرامة»، ولكن القدماء من الأصحاب لم يصرّحوا بذلك.

٢. الثاني: أن المقطوع به بعد التّتبع أنّ الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الرّبا واحد، وهو المكيال والموزون، وقد حمل عليه حكمان:

أحدهما: عدم جواز بيعه متفاضلاً.

ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفة.

فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

وفيه: إنّ ما ذكروه إن كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصدق مع كونه ظاهراً في ضبط ما هو مصدق الموضوع في المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين

وأقى ثالثاً: فلأنه يظهر من جماعة تصريحاً أو ظهوراً، أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحة بيته^١، قال المحقق في «الشرايع» - بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفريعاً على ذلك - : (إنه لا ربا في الماء إذ لا يشترط في بيته الكيل أو الوزن)، وقال في «الدروس»: (ولا يجري الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيته نقداً). ثم قال وكذا الحجارة والتراكب والحطب، ولا عبرة ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان، لأن الوزن غير شرط في صحته)، انتهى.

وهذا المضمون سهل الاصابة لمن لا حظ كلماتهم، فلاحظ «المسالك» هنا، وشرح «القواعد» وحاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة: (والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وإن لم يدخله لقتله كالحبة والحبتين من الحنطة أو لكثرته كالرببة) ولازم ذلك - يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل والوزن في صحة بيته - أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس، لثبتوت كونه مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله ﷺ، لزم أن لا يجوز بيته جزافاً، وإلا لم يصدق ما ذكروه من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيته.

وبالجملة: فتلزم الحكمين - أعني دخول الربا في جنس، واحتراط بيته بالكيل أو الوزن - مما لا يخفى على المتتبع في كتب الأصحاب، وحينئذ فنقول: كلما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عصره ﷺ فهو ربوى في زماننا^٢، ولا يجوز بيته جزافاً، فلو فرض تعارف بيته جزافاً عندنا كان باطلًا وإن لم يلزم غرر للإجماع.

بنحو الإتصال وفي ذيلهما ذكروا ذلك، تم ما أفاده.

ولكن بما أن ما ذكروه إنما يكون في مقام ضبط ما هو المصدق في ذيل مسألة الربا خاصة، ولا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدي ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل أن الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم، لا خصوص مصدق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من أمرين:

١. أحدهما: إنه يشترط عند الأصحاب في الربا أن يكون الكيل والوزن شرطاً في صحة بيته.

٢. ثانيهما: اتفاقهم على أن العبرة في المكيل والموزون الجاري فيه الربا على ما هو

ولما عرفت من أن اعتبار الكيل والوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه، فهو حكم لحكمة غير مطردة، نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور، لرفع التنازع واعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأنّ في تركه مظلة التنازع والتغابن ونحو ذلك.

والظاهر كما عرفت من غير واحد أن المسألة اتفاقية، وأمّا ما علم أنه كان يباع جزافاً في زمانه عليهما السلام، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً. والظاهر أنه إجماعي، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أنّ مثل هذا ليس بربوي، والشهرة محققة على ذلك. نعم، ينافي ذلك بعض ما تقدّم من إطلاق النهي عن بيع المكيل أو الموزون جزافاً.

الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام علي عليهما السلام، أو في عرف السائل، أو في عرف المتباعين أو أحدهما، وإن لم يتعارف في غيره، وكذلك قوله عليهما السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة»، الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه، وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم أن ما تعارف كيله أو وزنه في عرف الأئمة

كذلك في عهد الشارع الأقدس. فإنه يستنتج منهما اعتبار الكيل والوزن في ما كان مكيلاً وموزوناً في عهده.

وإن شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهده، يجري فيه الربا، وما يجري فيه الربا يشترط أن يباع بالكيل أو الوزن، ونتيجتهما أن كل ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهده يشترط أن يباع بالكيل أو الوزن.

وفيه: إن الأمر الأول - وهو الكجرى في القياس - إن أريد به أن من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطاً في صحة بيعه، ولو في زمانه عليهما السلام خاصة، فهو حق، إلا أنه لا يفيد للمستدل. وإن أريد به أنه من شرطه كون ذلك شرطاً في صحته إلى الأبد، وما دام يجري فيه الربا، فهو أول الكلام وغير ثابت.

فالإنصاف أن دعوى الإجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أن الكلام يقع في موردين:

وأصحابهم كان غير مقدر في زمان الشّارع، حتّى يتحقّق المنافاة، والأصل في ذلك أنّ مفهوم المكيل والموزون في الأخبار لا يراد بهما كلّ ما فرض صيرورته كذلك، حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدر في زمان الشّارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلّم، وهذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة ولا موزونة في زمان النبي ﷺ. لكن يرد على ذلك: - مع كونه مخالفًا للظاهر المستفاد من عنوان ما يقال ويوزن^١ - أَنَّه لا دليل حينئذٍ على اعتبار الكيل في ما شُكَّ في كونه مقدراً في ذلك الزَّمان، مع تعارف التّقدير فيه في الزَّمان الآخر، إذ لا يكفي في الحكم حينئذٍ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لابدّ من كونه أحد المصادر الفعلية في زمان صدور الأخبار، ولا دليل أيضاً على إلحاقي كلّ بلد لحكم نفسه مع اختلاف البدان.

والحاصل: أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يقال أو يوزن، على ما هو المشهور من كون العبرة في التّقدير بزمان النبي ﷺ، ثمّ بما اتفق عليه البلد، ثمّ بما تعارف في كلّ بلدة بالنسبة إلى نفسه في غاية الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

الثاني: في ما استدلّ به على ما هو المنسوب إلى المشهور.

أمّا المورد الأول: فالمستفاد منها أنّ المدار في اعتبار الكيل والوزن على ما هو مكيل أو موزون في زمان البيع وبلدته، فما كان مكيلاً أو موزوناً في زمان البيع وبلدته اعتبار في صحة بيده ذلك، وما لم يكن كذلك وإن كان في زمان الشّارع مكيلاً أو موزوناً، لا يعتبر في صحته ذلك، لأنّ دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١)، والنصوص الخاصة المتقدمة.

أمّا الحديث فدلّاته على ما ذكرناه واضحة، فإنّ من المعلوم عدم مدخلية زمانه ﷺ في رفع الغرر واثباته.

١. وأمّا النصوص، فالماخوذ فيها المكيل والموزون من دون التقييد بزمان خاصٌ

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

تعارف تقديره عند المتباعين، وإثبات ما ينافي ذلك من الأحكام المشهورة بالإجماع المنقول المعتمد بالشّهادة المحققة، وكذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشّارع ولم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن.

وممّا ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك - لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع، بوجوب حمل اللّفظ على المتعارف عند الشّارع^١، ولكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع، هي العادة المتعارفة في البلدان -: (بأنّ الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، ولكون المرجع عادةً كلّ بلد إذا اختلف البلدان بأنّ العرف الخاصّ قائم مقام العام عند انتفائه)، انتهى.

وذكر المحقق الثاني أيضًا: (إنّ الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشّارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، فالمعتبر هو

وبلد معين، ومقتضى إطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند إيقاع المعاملة من حيث زمانها ومكانها).

وبعبارة أخرى: قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً لا يصلح مجازفة» يعُدّ من القضايا الحقيقة المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدرة وجودها، فكلّ ما صدق عليه هذا العنوان شمله هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة والأمكنة.

وأمّا المورد الثاني: فالمنسوب إلى المشهور دعويان:

الأولى: أنّ العبرة في التقدير بزمان النبي ﷺ.

الثانية: أنّ ما لم يثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عهده، العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

وقد استدلّ للأولى:

بالإجماع.

وبأنّ المراد من المكييل والموزون المصدق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلّم.

١. ويوجوب حمل اللّفظ على المتعارف عند الشّارع.

العرف السَّابِقُ، وَلَا أَثْرٌ لِلتَّغْييرِ الطَّارِئِ لِلإسْتِصْحَابِ، وَلِظَاهِرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ اللَّهُ تَعَالَى: «حَكْمِي عَلَى الْوَاحِدِ حَكْمِي عَلَى الْجَمَاعَةِ». وَأَمَّا فِي الْأَقْارِيرِ وَالْأَيْمَانِ وَنَحْوَهَا، فَالظَّاهِرُ الْحَوَالَةُ عَلَى عَرْفِ ذَلِكِ الْعَصْرِ، الْوَاقِعُ فِيهِ شَيْءٌ عَنْهَا، حَمَلًا لَهُ عَلَى مَا يَفْهَمُهُ الْمَوْقِعُ)، انتهى.

أقول: ليس الكلام في مفهوم المكيل والموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم عليهم السلام: «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً أو لا يباع بعضه ببعض إلا متساوياً. إما أن يكون ما هو المكيل في عرف المتكلّم، أو يُراد به ما هو المكيل في العرف العام»، أو ما هو المكيل في عرف كل مكلّف؟ وعلى أيّ تقدير، فلا يفيد الكلام لحكمٍ غير ما هو المراد، فلابد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي وإرادة جميع هذه الثلاثة، خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها، وخصوصاً مع كون مرتبة كل لا حق مع عدم العلم بسابقه، لا مع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى. ولعل المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمل فيما ذكروه من الترتيب بين عرف الشّارع والعرف العام والعرف الخاص، معللاً (باختصار) إرادة الكيل والوزن المتعارف عرفاً عاماً أو في أكثر البلدان أو في الجملة مطلقاً أو بالنسبة إلى كل بلد بلد، كما قيل في المأكول والملبوس في السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم، والظاهر هو الأخير، انتهى.

وقد ردّه في «الحدائق»: (بأن الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار، حملها

وفي الجميع نظر:

أمّا الأوّل: فلما تقدّم. وما عن «المبسوط» من نفي الخلاف عنه، لا يدلّ على الإجماع، إذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء، محمول على أمر آخر غير الإتفاق الكاشف عن رأي المعصوم، مع أنه لو ثبت ليس إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم. وأمّا الثاني: فلأنّ الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية، كونها قضية حقيقة لا خارجية، ألا ترى أنه لم يتوجه أحد اختصاص ما دلّ على حرمة تنبيه المساجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع.

وبالجملة: ما ذكرناه واضح لا غبار عليه .

وأمّا الثالث: فلما عرفت من أن النزاع في المقام ليس في المفهوم، فإنه مبين معلوم

على عرفهم صلوات الله عليهم، فكلما كان مكيلاً أو موزوناً في عرفهم، وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة، ومالم يعلم، فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام (إلى آخر ما ذكره من التفصيل).

ثم قال: (ويمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم في صحيحه الحلبى من قوله: «ما كان من طعام سميّت فيه كيلاً، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً مكيلاً، ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم بأجل ذلك») انتهى.

أقول: قد عرفت أنَّ الكلام هنا ليس في معنى اللُّفْظ، لأنَّ مفهوم الكيل معلوم لغة، وإنَّما الكلام في تعين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم، ثم لو فرض كون الكلام في معنى اللُّفْظ، كان اللازم حمله على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعى، لا إذا جهل عرفه الشرعى، فإنه لم يقل أحد بحمل اللُّفْظ حينئذ على المعنى العرفى، بل لا بد من الاجتهاد في تعين ذلك المعنى الشرعى، ومع العجز يحكم بإجمال اللُّفْظ، كما هو واضح، هذا كلَّه مع أنَّ الأخبار وإنما وصلتلينا من الأئمة صلوات الله وسلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. وأمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من

ولا حقيقة شرعية له.

١. وإنَّما الكلام في أنه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، أم الميزان كلما صدق عليه ذلك، مع أنَّ النصوص إنما وصلتلينا من الأئمة عليهم السلام لا منه بأجل الله، فلو كان الميزان عرف المتكلِّم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم وزنه كما لا يخفى.

واستدل للثانية: بالإجماع، وبأنَّ الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، وبمضمر عليٍّ بن إبراهيم الطويل الوارد فيها قوله: «ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يأكلون اللحم ويأكلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأنَّ أصل اللحم أن يوزن، وأصل الجوز أن يُعد»^(١).

وفي الجميع نظر:

أمّا الأولى: فلما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الربا حديث ٦.

قوله عليه السلام: «ما سميت فيه كيلاً... إلخ) فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاص بالمتباينين. نعم، مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل.

وأبعد شيء في المقام ما ذكره في «جامع المقاصد»: (من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشّارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله) انتهى.

وبالجملة: فإن تمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها. نعم اختلفوا فيما إذا كان البلد مختلفاً في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الرّبا، أو أنه يغلب جانب التحرير، كما عليه جماعة من أصحابنا، لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالرّبا، لا في جواز البيع جزاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير، ثم إنّه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدراً في زمان الشّارع، لكن لم يعلم أن تقاديره بالكيل أو بالوزن، فيه وجوه أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، وأشكال من ذلك ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشّارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، ولا يمكن جعل ترخيص الشّارع لبيعه جزاً تخصيصاً لأدلة نفي الغرر، لاحتمال كون ذلك الشيء من المتبدلات في زمن الشّارع أو في العرف بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته. وقد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها، فالأقوى وجوب الإعتبار في الفرض المذكور بما يندفع به الغرر من الكيل أو الوزن أو العدد.

وبالجملة: فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر في مقام استعلام مالية الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالية ما عنده من الرّمان والبطيخ، فإنه لا يجap إلا بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطة والشعير، فربما يجap بالكيل وربما يجap بالوزن. لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن، وقد تقدّم أن الوزن أصل في الكيل. وما ذكرنا هو المراد بالمكيل والموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الإعتبار بالكيل والوزن عند البيع، وبدخول الرّبا فيهما، وأمّا ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة

كلماء والتبّن والخضريات، فالظّاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير، فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. وأما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لابتدال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، وإن كان عدم مبالغاتهم بالغرر وإقدامهم عليه حرصاً مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة، فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها. فإن النّواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر والمجازفات، كبيع الملاقيح والمضامين والملامسة والمنابذة والحسنة على بعض تفاسيرها، وثمر الشجر قبل الوجود، وغير ذلك لم يرد إلارداً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر، والبناء على المجازفات الموجب لفتح أبواب المنازعات.

وإلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: «ولا يننظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة، ولا يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكتلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأنّ أصل اللحم أن يوزن

وأما الثاني: فلما عرفت من أنّ النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والوزون كي يتمّ فيه ذلك، بل في أنه هل لمصداق خاص منه خصوصية أم لا؟ وأما الثالث: فلعدم حجّيته، لعدم اتصال الخبر إلى المعصوم، وعدم حجّية قول التابعي في حدّ نفسه، مع أنّ المراد بالعامة ليس جميع الناس، وإنّما كان يوجد - سيما في عصر الخبر - شيء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه أنّ بناء المتعاقدين لا يكفي، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه. مضافاً إلى أنه لو أغمض عن ذلك، وسلم كونه دالاً على ما ذهب إليه المشهور، يقع التعارض بينه وبين صحيح الحلبي الدال على أنّ الميزان هو ما يسمى كيلاً عند المتعاقدين بما هما من أفراد البلد، والمحل والترجيح معه كما لا يخفى. وبناءً على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها المصنف ^ب، وهو واضح.

وأصل الجوز أن يُعدّ، وعلى ما ذكرنا، فالعبرة ببلد فيه وجود المبیع^١، لا ببلد العقد، ولا ببلد المتعاقدين.

وفي شرح «القواعد» لبعض الأساطين: (ثم الرجوع إلى العادة مع اتفاقها اتفاقي، ولو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور، وهل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأول ولو تعاقدا في الصحراء^٢ رجعا إلى حكم بلدهما، ولو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار على ذي الجزاف، أو البائع في مبيعه والمشتري في ثمنه أو يبني على الإقراع مع الإختلاف، وما اتفقا عليه مع الإنفاق أو التخمير ولعله الأقوى، ويجري مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان، والأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهة من صلاح أو هبة بعوض أو معاطاة ونحوها، ولو حصل الإختلاف في البلد الواحد على وجه التساوي، فالأقوى التخمير، ومع الإختصاص بجمع قليل إشكال)، انتهى.

نعم يبقى منها فرعان:

الفرع الأول: لو فرضنا كون المبیع في بلد، والعقد في بلد آخر، والمتعاقدين أهل بلد ثالث، وكان ذلك الشيء في أحد البلدان مقدراً بغير ما يقدر به في البلاد الآخر:

١. فهل العبرة ببلد وجد فيه المبیع كما اختاره المصطف^٣؟

أم ببلد العقد؟

أم ببلد المتعاقدين؟ وجوه:

أظهرها الثالث، فإنه الظاهر من صحيح الحلبي في قوله: «ما سَمِّيتْ فِيهِ كِيلًا» فإنه موجه إلى البائع.

٢. الفرع الثاني: أنه لو وقعت المعاملة في الصحراء، وكانت البلد مختلفة في التقدير، ولم تكن الصحراء ملحقة بأحددها، فإن كان المتعاقدان أهل بلد^٤، لحقهما حكمه كما تقدّم، وإلا فلا يعتبر في بيعهما الكيل والوزن، لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الإعتماد عليه^١ على المشهور، وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة، وما تقدم في صحيحة الحلبـي الظـاهرة في المنـع عن ذلك، محمول على صورة إيقـاع المعـاملـة غير مبنـية على المـقدـار المـخـبـرـ به، وإن كان الإـخـبار داعـيـاً لـهـاـ، فـإـنـهاـ لاـ تـخـرـجـ بـمـجـرـدـ ذـلـكـ عنـ الغـرـرـ، وـقـدـ تـقـدـمـ عـنـ «ـالـتـحـرـيرـ»ـ ماـ يـوـافـقـ ذـلـكـ.

إخـبارـ البـائـعـ بـقـدـرـ المـبـيعـ

١. الثالث: لو أخبر البائع بمقدار المبيع، جاز الإعتماد عليه على المشهور. وظاهر «ـالتـذـكـرـةـ»ـ الإـتفـاقـ عـلـيـهـ.

الظاهر أنـ الغـرـرـ وإنـ كـانـ يـرـتفـعـ بـإـيقـاعـ المعـاملـةـ مـبـنـيـةـ عـلـىـ المـقـدـارـ المـخـبـرـ بهـ،ـ إـلـاـ أـنـهـ قدـ عـرـفـتـ أـنـهـ يـعـتـبـرـ الـكـيـلـ وـالـوـزـنـ وـإـنـ لـمـ يـلـزـمـ الغـرـرـ منـ عـدـمـهـماـ،ـ وـمـعـلـومـ أـنـ بـذـلـكـ لـاـ يـتـحـقـقـ هـذـاـ القـيـدـ،ـ فـعـلـىـ هـذـاـ يـتـعـيـنـ الرـجـوعـ إـلـىـ النـصـوصـ الـخـاصـةـ،ـ وـهـيـ عـلـىـ طـوـافـهـ:

الأـولـيـ: ما دـلـّ عـلـىـ الإـعـتمـادـ عـلـيـهـ مـطـلـقاًـ كـخـبـرـ مـحـمـدـ بـنـ حـمـرـانـ،ـ قـالـ:ـ «ـقـلـتـ لـأـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ عـلـيـلـاًـ:ـ اـشـتـرـيـنـاـ طـعـامـاًـ فـزـعـمـ صـاحـبـهـ أـنـهـ كـالـهـ فـصـدـقـنـاهـ وـأـخـذـنـاهـ بـكـيـلـهـ؟ـ فـقـالـ:ـ لـاـ بـاسـ»ـ^(١)ـ وـنـحـوـهـ غـيـرـهـ.

الثـانـيـةـ:ـ ما دـلـّ عـلـىـ دـعـمـ الإـعـتمـادـ عـلـيـهـ كـصـحـيـحـ الـحـلـبـيـ المـتـقـدـمـ^(٢)ـ.

الثـالـثـةـ:ـ ما دـلـّ عـلـىـ الإـعـتمـادـ عـلـيـهـ فـيـ صـورـةـ الـإـتـمـانـ خـاصـةـ كـخـبـرـ أـبـيـ الـعـطـارـدـ عـنـ مـوـلـانـاـ الصـادـقـ عـلـيـلـاًـ:ـ «ـإـذـاـ اـتـمـنـكـ فـلـاـ بـاسـ»ـ^(٣)ـ.ـ وـنـحـوـهـ غـيـرـهـ.

وـالـجـمـعـ بـيـنـهـاـ -ـ لـوـ سـلـمـ كـوـنـ المـقـامـ مـشـمـوـلاًـ لـصـحـيـحـ الـحـلـبـيـ،ـ وـلـمـ نـقـلـ بـاـخـتـصـاصـهـ بـمـاـ إـذـاـ كـانـ الإـخـبارـ عـنـ حـدـسـ لـاـ عـنـ حـسـنـ كـمـاـ هوـ ظـاهـرـهـ -ـ يـقـضـيـ تـقـيـيدـ إـطـلاقـ الطـائـفةـ

الأـولـيــ بـمـفـهـومـ الثـالـثـةـ،ـ وـتـقـيـيدـ إـطـلاقـ الثـانـيـةـ بـمـنـطـوـقـهـاـ،ـ وـبـذـلـكـ يـرـتفـعـ التـعـارـضـ.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٦.

ثم إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طریقاً عرفیاً للمقدار^١، كما يشهد به الروایات المتقدمة، فلو لم يفده ظناً فإشكال من بقاء الجھالة الموجبة للغرر، ومن عدم تقييدهم الأخبار بفائدة الظنّ ولا المخبر بالعدالة. والأقوى -بناءً على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعلى - هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر، كما في صحة المعاملة ايقاعها مبنية على المقدار المخبر به وإن كان مجهولاً، ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العین الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد، فيقول بعنتك هذه الصبرة على أنها كذلك وكذا صاعاً، وعلى كلّ تقدير الحكم فيه بالصحة. فلو تبيّن الخلاف^٢، فإنما أن يكون بالنقيصة، وإنما أن يكون بالزيادة، فإن كان بالنقيصة

وبما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني، من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما أنه يظهر اعتبار كون المخبر مؤمناً، والظاهر أنّ هذا هو مراد المصنف^٣، حيث قال:

١. ثم إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طریقاً عرفیاً للمقدار.
٢. وعلى القول بالصحة، فلو عامل وتبيّن الخلاف، فتارةً يكون بالنقيصة، وأخرى يكون بالزيادة

فالكلام يقع في مقامين:
أثاماً المقام الأول، فالاقوال والوجوه فيه خمسة:

الأول: البطلان.

الثاني: الصحة لزوماً.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار بعض الصفقة.

وتنقیح القول بالبحث في موارد:

الأول: في أنه هل يصحّ أم يكون باطلًا؟

الثاني: في أنه على فرض الصحة، هل يكون على وجه التزوم أو الجواز؟

الثالث: في أنه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلّف الشرط، أو خيار بعض الصفقة، أو خيار الغبن؟

تخيير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في «جامع المقاصد» احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً، ثم ردّه بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه، وإنما الفائت الوصف. لكن يمكن أن يُقال مغایرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغایرة حقيقة^١ لا يشبه مغایرة الفاقد للوصف لواجده، لاشراكهما في أصل الحقيقة بخلاف الجزء والكل فتأمل.

فإن المتعين الصحة والختار، ثم إنّه قد عبر في «القواعد» عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة وللمشتري مع النقيصة بقوله: (تخيير المغبون)، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض أن هذا ليس من خيارات الوصف أو الجزء، معللاً بأنّ خيار الوصف إنما يثبت مع التصرير باشتراط الوصف في العقد، ويدفعه تصرير العلامة في هذه المسألة من «التذكرة»: (بأنّه لو ظهر التقصان رجع المشتري بالناقص). وفي باب الحُصُر من «القواعد»: (بأنّه لو تبيّن المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخيير المشتري

أقا المورد الأول: فقد استدلّ للبطلان في المتن بقوله:

١. بمعايير الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغایرة حقيقة، فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة أمنان إذا تبيّن أنّ الموجود أربعة أمنان، وما له وجود لم يقع عليه العقد، فلا بدّ من البناء على البطلان.

وفيه: إن العناوين على قسمين:

أحدهما: ما هو مناط مالية الأشياء، وهي الصورة النوعية، من غير فرق بين العقلية والعرفية، كعنوان الذهب، والعبد، وما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المائية، وإنما يبذل الثمن بإزاء المعونون كالكم الخاص والحد المخصوص، فإن الثمن لا يبذل بإزاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بإزاء المعون، أي الأجزاء الخارجية المعونة بهذا العنوان، وما ذكر يتم في القسم الأول، وهو أجنبى عن المقام ولا يتم في القسم الثاني، فإنه ينحل العقد إلى العقد على كل جزء جزء، فالقدر الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه، والمقصود ليس شيئاً كي يؤثر العقد في تملكه.

وهذا بخلاف القسم الأول، فإنه لا ينحل العقد فيه إلى العقد على ذات الموجود

بين الفسخ والإمساء بحصة معينة من الثمن)، وتصريح «جامع المقاصد» في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة، وهي مالو باع متساوي الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل، ومن المعلوم أن الخيار في تلك المسألة إنما لفوats الوصف، وإنما لفوats الجزء على الخلاف الآتي. وأما التعبير بالمغبون فليشتمل البائع على تقدير الزيادة، والمشتري على تقدير النقيصة^١، نظير تعبير الشهيد في «اللمعة» عن البائع والمشتري في بيع العين الغائبة برأيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: (تخير المغبون منهما).

وأما ما ذكره من: (أن الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد) ففيه إن ذلك في الأوصاف الخارجية التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع كتابة العبد وخياطته. وأما الملاحظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع، كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدد، فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإن هذا أولى من وصف الصحة الذي يعني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة

والعقد على عنوانه، فإن المادة المشتركة لا مالية لها، ولا يبذل المال بإزائها. فالآخر هي الصحة.

وأما المورد الثاني: فالآخر هو الجواز، لأن التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير، إلا بطل البيع للغرر والجهالة. وسيجيء في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك.

وأما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه في المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة.

وأما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لأن ذلك إنما يثبت فيما إذا بيع بأزيد من القيمة السوقية، وفي المقام ربما يكون بأنقص منها كما لا يخفى، لا في موارد تخلف المبيع جزءاً أو وصفاً.

فما في «القواعد» على المحكي في المتن قبل أسطر من ثبوت خيار الغبن، إن كان تسامحا في العبارة كما قال في المتن:

١. (وأما التعبير بالغبن فليشتمل البائع على تقدير الزيادة، والمشتري على تقدير النقيصة) فلا كلام، إلا فهو غير تام.

وأما ثبوت خيار تخلف الشرط، فإنما هو فيما إذا وقع البيع مثلاً على شيء واشترط صريحاً أو ضمناً في ضمه شيء آخر، بحيث لم يقع شيء من الثمن بإزاء الشرط وإن كان موجباً لإزدياد قيمة المبيع، والمقام ليس من هذا القبيل، فإن كل جزء من المبيع وقع

وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد، بخلاف معرفة وجود المقدار المعين، وكيف كان فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف، وإنما الإشكال في أن المتختلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه، فلذلك اختلف في أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه، نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم^١. وتمام الكلام في موضوع تعرّض الأصحاب للمسألة.

ثم إن في حكم أخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبيّن الخلاف، كل ما يكون طریقاً عرفيأً إلى مقدار المبيع، وأوقع العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود والموزون طریقاً إلى عدّه أو وزنه.

بإزاره جزء من الثمن، وعليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بإزاره الجزء المفقود، وله الخيار بين الإمساء والفسخ بعد ذلك.

١. والفرق بين هذه الأقسام من الخيار أنه لو كان الثابت :

خيار بعض الصفة يردّ جزء من الثمن ثم يتخيّر بين الفسخ والإمساء.

ولو كان هو خيار الشرط لا يردّ شيء.

ولو كان خيار الغبن يتخيّر بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، وإلا فلا خيار له.

وأمّا المقام الثاني: فمن التزم بالبطلان في المقام الأول لابد له من الالتزام به في المقام، ولكن عرفت فساده، فما عن «المبسوط» من البطلان ضعيف، ولا وجه لخيار الغبن كما تقدّم، ولا لخيار التبعّض لعدمه، ولا لخيار الشرط لما تقدّم.

ودعوى: أن العقد يؤثّر في ملكيّة ذات المبيع، وشرط وصف خاصّ مباین للموجود، لا يوجّب إلاّ الخيار بين الفسخ والإمساء بتمام الثمن، ونتيجة ذلك الصحة، وكون الزيادة للمشتري وثبت الخيار للبائع بين الإمساء بتمام الثمن، والفسخ كما التزم به المصنف في باب الشروط.

مندفعه: بأنّ شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدّم، فالعقد لا يؤثّر إلاّ في المتقدّر، والزائد باق على ملك البائع، ولذلك يثبت خيار تخلّف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه وبين البائع في ما اشتراه، والشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه.

مسألة: قال في «الشّرائع»: (يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسحا^١، ولو مسحا كان أحوط، لتفاوت الغرض في ذلك، وتعدّ إدراكه بالمشاهدة، انتهى). وفي «التذكرة»: (لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صحّ، كالثوب والدار والغنم إجماعاً).

وصرّح في «التحرير» بجواز بيع قطيع الغنم وإن لم يعلم عددها. أقول: يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد^٢، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطيع الغنم، والاعتماد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة.

وبالجملة: فإذا فرضنا أنّ مقدار ماليّة الغنم قلّة وكثرة يعلم بالعدد، فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار في المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم في عدد الأذرع والطاقات في الكрабيس، والجربان في كثير من الأراضي المقترنة عادة بالجريب. نعم ربّما يتّفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكрабيس، لكنّ الاعتماد على هذه من حيث كونه طریقاً إلى عدد الأذرع، نظير اخبار البائع، وليس هذا معنى كفاية المشاهدة، وتظهر الثمرة في ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبيّن قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التّخمين به من المشاهدة، إلّا إذا كان النقص عيباً، أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع طولاً وعرضًا.

بيع الثوب والأرض مع المشاهدة

١. الرابع: قال في «الشّرائع»: (يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسحا).

وقد صرّح غير واحد بصحة بيع مختلف الأجزاء كالثوب والدار والغنم مع المشاهدة، وادّعوا أنّ عليها الإجماع.

وأورد عليهم جمع منهم المصطفى^٣، قال :

٢. يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر. وظاهر بعض الموردين وصريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

وبالجملة: فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي، إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل إثابة الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه في المكيل والموزون، فافهم. مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء^١ كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرّقتها، أو ذراع من كرباس أو عبد من عبدين وشبه ذلك يتصور على وجوه: الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعياً من الجملة^٢، مقدراً بذلك العنوان، فيريد بالصاع مثلاً من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها، ومن عبد من العبدين نصفهما.

أقول: ولكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد، ولو لم يلزم الغرر، وهي الموارد التي يباع الشيء بالعد والذرع.

أما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود. وأما في الثاني: فلان العد بالذرع أيضاً داخل في حقيقة العد، ولا فرق بين أن يقال جوزة وجوزتان وأن يقال ذرع وذرعان، ومجرد كون الأول من قبيل الكل المفصل، والثاني من قبيل الكل المتصل لا يصلح فارقاً.

نعم، ما ذكروه يتم فيما يباع لا بالعد ولا بالذرع، فإنه يصح البيع إن لم يلزم الغرر، كما في العباء فإن كل طاقة منه لها قيمة، وهي مناط ماليته كانت أربعة أذرع أو أزيد أو أقل.

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

١. الخامس: في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء، كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرّقتها. والوجوه المتتصورة ثلاثة :

٢. الوجه الأول: أن يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدراً بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة أصوع، كان المبيع عشرها، فيكون الصاع ملحوظاً مرآة إلى الكسر المشاع المساوي للصاع. وقد أوضحنا حقيقة الإشاعة في أول مسألة بيع نصف الدار.

ولا إشكال في صحة ذلك، ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة، ولا فرق بين اختلاف العبددين في القيمة وعدمه، ولا بين العلم بعدد صيغان الصبرة وعدمه، لأنّ الكسر مقدر بالصاع، فلا يعتبر العلم ببنسبة إلى المجموع، هذا^١ ولكن قال في «الذكرة»: (والأقرب أنه لو قصد الإشاعة في عبد من عبدين أو شاة من شاتين بطل، بخلاف الدراع من الأرض)، انتهى^٢.
ولو يعلم وجه الفرق إلا مع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة^٣.

١. لا إشكال في صحة البيع المذكور، من غير فرق بين المثال وبين بيع عبد من عبدين، ومن غير فرق بين اختلاف العبددين والأصوع في القيمة وعدمه، ومن غير فرق بين العلم بعدد صيغان الصبرة وعدمه، لتقدّر الكسر بالصاع، والعلم ببنسبة إلى المجموع لا يكون معتبراً.

٢. وعن العلامة رحمه الله: الإشكال في صحة بيع عبد من عبدين أو شاة من شاتين لو قصد الإشاعة.

وغاية ما قيل في توجيهه أمان:

٣. الأمر الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة، والحال أنه كما يعتبر في الإنسانيات كون الإنشاء بما هو ظاهر أو صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله من الجواب عن هذا الوجه، بأنه ليس الكلام في مقام الإثبات كي يدعى عدم الظهور وانصراف المطلق إلى بعض أفراده، بل في مقام الثبوت، غير تام.

وكيف كان، فيرد عليه: أنه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد، فضلاً عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه، وعليه فمع العلم بإرادة الكسر المشاع، لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه.

الأمر الثاني: أنّ العبددين أو الشاتين بما أنه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتهم تصحيحاً لبيع جزء مشاع منهما إنّما تكون بالإعتبار، وحيث أنه لا إنشاء له غير إنشاء البيع، فيلزم تكفل إنشاء واحد لأمرتين: تنزيل الشترين منزلة الشيء الواحد، وبيع الكسر المشاع في المجموع.

الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع^١، نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتضح في صاع من الصيغان المتفرقة، ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصادر في القيمة^٢ كالعبدين المختلفين، لأنّه غرر. ولأنّ المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما. وأمّا مع اتفاقهما في القيمة - كما في الصيغان المتفرقة - فالمشهور أيضًا كما في كلام بعض المنع^٣، بل في «الرياض» نسبته إلى الأصحاب.

وعن المحقق الأردني^٤ أيضًا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعين أحد طرفيه إلى الأصحاب، واستدلّ على المنع بعضهم بالجهالة التي تبطل معها البيع إجماعاً^٤.

وآخر بأنّ الإبهام في البيع مبطل له^٥ لا من حيث الجهالة، ويؤيده أنّه حكم في «التذكرة» - مع منعه عن بيع أحد العبددين المشاهدين المتساوين - بأنّه لو تلف أحدهما فباع الباقي، ولم يدر أليهما هو صح، خلافاً لبعض العامة^٦.

وفيه: إنّ اعتبار الوحدة لا يحتاج إلى الإنشاء كي يلزم ذلك.
فالظهور هي الصحة في هذا المثال أيضًا.

١. الوجه الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع، وهو على قسمين:

أحدهما: ما يكون له واقع معين ويكون مردّداً عند المتباينين.
ثانيهما: ما لا يكون معيناً ولو في الواقع.

٢. أمّا في القسم الأول: فإن كانت المصادر مختلفة في القيمة بطل البيع للغرر،
٣. وإن كانت متّفقة فيها، فالمشهور بين الأصحاب هو البطلان، وعن سيد «الرياض»
نسبة إلى الأصحاب، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

وقد استدلّ للبطلان في المتن بوجوه:

٤. الأول: بالجهالة التي يبطل معها البيع إجماعاً.

٥. الثاني: بالإبهام في البيع الذي هو مبطل له لا من حيث الجهالة.

٦. وأيّده المصنيف بما نقله في المتن من حكم العلّامة بصحة البيع في مورد الإبهام مع عدم الجهالة.

وثالث بلزم الغرر، ورابع بأنّ الملك صفة وجودية محتاجة إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج، وأحددهما على سبيل البديل غير قابل لقيامه به، لأنّه أمر انتزاعي من أمررين معينين.

ويضعف الأول: بمنع المقدّمتين، لأنّ الواحد على سبيل البديل غير مجهول، إذ لا تعيّن له في الواقع حتّى يجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر غير مسلم. نعم، وقع في عقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدّمتين، ففي «السرائر» بعد نقل الرواية التي رواها في «الخلاف» على جواز بيع عبد من عبدين، قال: (إنّ ما اشتغلت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها، متأفّل لأصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأنّ المبيع إذا كان مجهولاً، كان البيع باطلًا بغير خلاف) انتهى.

وعن «الخلاف» في باب السلم: (أنّه لو قال أشتري منك أحد هذين العبددين أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء، دليلنا أنّه بيع مجهول فيجب أن لا يصح، ولأنّه بيع غرر لا خلاف قيمتي العبددين، ولأنّه لا دليل على صحة ذلك في الشّرع، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع، وقلنا إنّ أصحابنا رروا جواز ذلك في العبددين، فإنّ قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية ولم يقس غيرهما عليهما)، انتهى.

وعبارته المحكية في باب البيوع، هي: (أنّه روى أصحابنا أنّه إذا اشتري عبداً من عبدين على أنّ للمشتري أن يختار أيهما شاء إنّه جائز، ولم يرووا في التّوبيخ شيئاً، ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقـة. وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وسيأتي أيضاً في كلام فخر الدين أنّ عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي موجب النهي عنه الفساد إجماعاً. وظاهر هذه الكلمات صدق الجهة، وكون مثلها قادحة اتفاقاً، مع فرض عدم نص، بل قد عرفت ردّ الحلي للنص المجوز بمخالفته، لإجماع الأمة. ومما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول، يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، أعني كون الابهام مبطلاً.

١. الثالث: لزوم الغرر.

٢. الرابع: أنّ الملك صفة وجودية محتاجة إلى محلّ تقوم به، كسائر الصفات الموجودة في الخارج، وأحددهما على سبيل البديل غير قابل لقيامها به، وفي الجميع نظر.

وأما الوجه الثالث: فيردّه منع لزوم الغرر، مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، ولذا يجوز الإسلاف في الكلي من هذه الأفراد، مع أن الانضباط في السلم آكد. وأيضاً فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبرة، ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً، ولذارّة في «الإيضاح» حمل الصاع من الصبرة على الكلي، برجوعه إلى عدم تعين المبيع الموجب للغرر المفسد إجمالاً.

وأما الرابع: فيمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي، فإن الكلي المبيع سلماً أو حالاً مملوكاً للمشتري، ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أن الملكية أمر اعتباري يعتبره العرف والشّرع أو أحدهما في موارده، وليس صفة وجودية متأصلة كالحموضة والسواد^١، ولذا صرحاً بصحّة الوصيّة بأحد الشّيئين، بل أحد الشّخصين ونحوهما.

فالإنصاف كما اعترف به جماعة أهلهم المحقق الأرديبيلي، عدم دليل معتبر على المنع، قال في شرح «الإرشاد» على ما حكي عنه، بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين، قال: (وفيه تأمل، إذ لم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي طرف أراد المشتري، أو من أي جانب كان من الأرض. فما المانع بعد العلم بذلك)، انتهى.

أما الأول: فلأن الجهة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبظعيتها، والإجماع عليها إن كان ليس إجماعاً تعديياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليهما.

وأما الثاني: فلعدم الدليل على مبظعيته بما هو ابهام.

وأما الثالث: فلما تقدّم.

وأما الرابع: فلما أفاده المصنف^٢:

١. من أن الملكية أمر اعتباري وليس صفة وجودية متأصلة كالسواد.

وأما في القسم الثاني، فالآخر هو البطلان لا للوجه الأربعة المتقدمة، بل لأن المردّ من حيث هو لا ماهية له ولا تتحقق، وهو صرف مفهوم لا مطابق له، والملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً، إلا أنها هوّة تعليقية ومتقوّمة بطرفها، ويستحيل أن تتحقق في أفق

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب. قال بعض الأساطين في شرحه على «القواعد» - بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب والأرض الراتج إلى بيع الكسر المشاع - قال: (وإن قصداً معيناً من عين أو كلياً لا على وجه الإشاعة بطل، لحصول الغرر بالابهام في الأول، وكونه بيع المعدوم، وباختلاف الأغراض في الثاني غالباً، فيلحق به النادر، وللإجماع المنقول فيه).
 إلى أن قال: والظاهر بعد إمعان النظر، ونهاية التتبع، أنَّ الغرر الشرعي لا يستلزم الغرر العرفي وبالعكس، وارتفاع الجهة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في أصل الماهية، ولعل الدائرة في الشرع أضيق، وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين^١، وفهم الأصحاب مقدم، لأنَّهم أدرى بمذاق الشارع وأعلم)، انتهى.
 ولقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات. فرع على المشهور، من المنع لو اتفقا على أنَّهما أرادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه^٢.

الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهي لا يعقل تعلقها بالمردود.
 وبعبارة أخرى: إنَّه لا مطابق له في الخارج، فلا ينطبق على ما في الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملاً لعدم الآخر، فبيع المردود بهذا المعنى باطل.

١. قوله: (وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين).
 تقريب كون النسبة عموماً من وجه: أنَّه إذا اتَّحدت القيم في المحتملات، لا يكون هناك غرر عرفي، ويكون الغرر شرعاً، وقد يكون الغرر العرفي موجوداً ولا غرر شرعياً، كما في بيع الآبق مع الضمية - وقد يجتمعان وهو كثير، وحيث أنَّ مورد إذن الشارع في البيع مع صدق الغرر العرفي قليل، فلذا قال: (لعل الدائرة في الشرع أضيق).

٢. قوله: (لو اتفقا على أنَّهما أرادا غير شائع، لم يصح البيع، لاتفاقهما على بطلانه).
 أقول: لا يخفى أنه بعد أن ذكر صورتين من بيع متساوية الأجزاء، ونسب إلى المشهور المنع في إدراهما والجواز في الأخرى، قال: (لو اتفقا على أنَّهما أرادا غير شائع)، ومراده اتفقا على أنَّهما لم يريدا الكسر المشاع، وحيث إنَّ إرادة الكلي في المعين مفروض عدمها، فيتمحض في إرادة الفرد المنتشر، فلذا أفتى بعدم صحة البيع.

ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصيّح البيع^١، وقال البائع أردت معيناً، ففي «التدكرة»: (الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصلالة الصحة وأصلالة عدم التّعيين)، انتهى.

وهذا حسن لو لم يتusalما على صيغة ظاهرة في أحد المعينين، أمّا معه فالمتبع هو الظاهر، وأصلالة الصحة لا تصرف الظواهر. وأمّا أصلالة عدم التّعيين، فلم يتحققها^٢، وذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعة، كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة، وفيه نظر^٣.

١. قوله: (ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصيّح البيع).
أي إنّهما أرادا الإشاعة لا خصوص المشتري، وإلا فيبطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

وكيف كان، ففي مورد الاختلاف مقتضى أصلالة الصحة البناء على صحة العقد، ما لم يكن هناك لفظ ظاهر في إرادة الفرد المنتشر، وإنّما فلعدم صلاحية أصلالة الصحة - التي هي من الأصول التعبدية، لمعارضة الظهور الذي هو من الأمارات - ببني على البطلان. فيما أفاده المصنف^٤ من تقيد الحكم بالصحة عملاً بأصلالة الصحة، بصورة عدم الظهور في المعين، هو الصحيح، وأظنّ أنّ العلامة^٥ لا يدّعى الحكم بالصحة في هذه الصورة.

٢. قوله: (أمّا أصلالة عدم التّعيين فلم يتحققها).
والوجه فيه: أنّ التّعيين إنّما يكون في مقابل الإشاعة، وقد أحدثها بضادّ قصد الآخر، فمع العلم بقصد أحدهما - أصلالة عدم التّعيين تعارض أصلالة عدم الإشاعة، نعم لو كان التّعيين عبارة عن الإشاعة متخصّصة بمعين - كان قصد الإشاعة متيقناً، وقد أحدث التّعيين مشكوكاً فيه، وجرى فيه أصلالة عدم التّعيين، فتأمل.

٣. قوله^٦: (وفيه نظر).
الظاهر أنّ وجه النظر ما تقدّم من أنّ أصلالة الصحة من الأصول التعبدية، فلا تصلح لمقاومة الظهور الذي هو من الأمارات، أو أنه وإن كانت هي من الأمارات، إلا أنّ طريقتيتها وأماريّتها إنّما تكون في ظرف عدم الظهور، فتدبر.

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل، أن يكون المبیع طبیعة کلیة منحصرة
المصاديق في الأفراد المتصرّرة في تلك الجملة.^١

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني، كما حقيقه في «جامع المقاصد» - بعد التمثيل
للثاني بما إذا فرق الصيغان، وقال: (أن المبیع هناك واحد من الصيغان
المتميزة المتشخصة غير معین، فيكون بيعه مشتملاً على الغرر. وفي هذا الوجه أمر
کلّي غير متشخص ولا متميّز بنفسه، ويتحقق بكلّ واحد من صيغان الصبرة، ويوجد
به، ومثله ما لو قسم الأربع وباع ربّعاً منها من غير تعیین، ولو باع ربّعاً قبل القسمة
صح، وتنزل على واحد منها مشاعاً، لأنّه حينئذ أمر کلّي.
فإن قلت: المبیع في الأولى أيضاً أمر کلّي.

قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيغان المتشخصة بهم بحسب صورة
العبارة، فيشبه الأمر الكلّي، وبحسب الواقع جزئي غير معین ولا معلوم، والمقتضي
لهذا المعنى هو تفريق الصيغان وجعل كلّ واحد منها برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً
على شخص غير معلوم، فصار كبيع إحدى الشیاة وأحد العبيد، ولو قال: (بعثك صاعاً
من هذه شائعاً في جملتها) لحكمنا بالصحة)، انتهى.

١. الثالث من الوجوه المتصرّرة: أن يكون المبیع هو الكلّي في المعین.

والكلام فيه يقع في جهتين.

الأولى: في تصویره.

الثانية: في حكمه.

أما الأولى: فليس المراد به الكلّي الذمّي المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة، بحيث
ينحلّ العقد عليه إلى العقد على الكلّي الذمّي، واشترط وفائه، وأدائه من الصبرة الخاصة،
فإنّ لازم ذلك أنّه لو تلفت الصبرة يكون المبیع باقياً مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط، مع
أنّ الحكم في الكلّي في المعین أنّه لو تلفت الصبرة يكون ذلك في حكم تلف المبیع،
وموجباً لإفساخ العقد، مع أنّ لازمه جواز نقل الصبرة بأجمعها إلى الغير، ولا يلتزمون
به في الكلّي في المعین.

وحاصله: إنّ البيع مع التّردّي جزئيّ حقيقيّ، فيمتاز عن المبيع الكلّي الصادق على الأفراد المتصرّفة في تلك الجملة^١.

وفي «الإيضاح»: (أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّي المقيد بالوحدة، وبين الفرد المنتشر)، ثمّ الظاهر صحة بيع الكلّي بهذا المعنى، كما هو صريح جماعة منهم الشّيخ والشّهيدان والمحقّق الثاني وغيرهم. بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وإن اختلفوا في تنزيل الصّاع من الصبرة على الكلّي أو الإشاعة، لكن يظهر مما عن «الإيضاح» وجود الخلاف في صحة بيع الكلّي، وأنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة، هو بطّلان بيع الكلّي بهذا المعنى، والكلّي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذّمة. قال في «الإيضاح» في ترجيح التنزيل على الإشاعة: (إنه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين وهو الغرر الذي يدلّ النّهي عنه على الفساد إجماعاً، ولأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرّجح، ولا بعينه هو المبهم، وباهام المبيع مبطل)، انتهى.

وأيضاً: لازمه جواز أداء المبيع من غير الصبرة، غاية الأمر ثبت خيار تخلّف الشرط للمشتري، ولا يلتزمون به في المقام.

كما أنّه ليس المراد به الكلّي الموجود خارجاً في الصبرة - فإنّ وجود الكلّي بوجود أفراده، فمع تعدد الأفراد إما أن يقع العقد على أحدّها المعين، أو غير المعين، أو على جميع الوجودات، ولا رابع ليكون هو الكلّي في المعين، وصرف الوجود بمعنى ما لا يشدّ عنه، وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة، وبمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقة، فإنّ كلّ وجود بديل عدم نفسه - بل المراد به هو الكلّي المقيد بالصبرة الخارجية، والظاهر أنّ هذا هو مراد المصنّف^٢، حيث قال:

١. (فيمتاز عن المبيع الكلّي الصادق على الأفراد المتصرّفة في تلك الجملة).

توضيغ ذلك: إنّ الكلّي كما يمكن تقديره بكلّي آخر، ويكون القيد والمقيّد كلياً ثالثاً أضيق من الأوّلين كالحنطة المقيدة بأن تكون من محلّ مخصوص، وبلد خاص، فيكون المجموع كلياً ينحصر أفراده في الموجود الخارجي.

وتبعه بعض المعاصرین مستنداً تارهً إلى ما في «الإيضاح» من لزوم الابهام والغرر^١، وأخرى إلى عدم معهودية ملك الكلّي في غير الذمة لا على وجه الإشاعة^٢، وثالثة باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة^٣.
ويرد الأول ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم في الكلّي، والثاني بأنه معهود في الوصيّة والإصداق، مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية في مورد، فإنّ أنواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقق أحدها في مورد الآخر، إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشّارع بملكية الكلّي المشترك بين أفراد موجودة، فيكفي في ردّه النّقض بالوصيّة وشبها. هذا كلّه مضافاً إلى صحيحة الأطنان الآتية، فإنّ موردها إما بيع الفرد المنتشر، وإما بيع الكلّي في الخارج.
وأمّا الثالث: قفسياً الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وأمّا الثانية: فقد استدلّ لفساد البيع في هذه الصورة:

١. بـلزوم الغرر، وبالجهالة.
٢. وبأنّه لم يعهد ملك الكلّي في غير الذمة.
٣. وباتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة.

أقول: ولكن يمكن دفع الجميع،

أمّا الأول: فـلعدم لزومه مع تساوي الأفراد من حيث القيمة.

وأمّا الثاني: فـلما تقدّم من عدم مانعية الجهل من حيث هو، مع أنه لا جهة هناك، فإنّ المبيع كليّاً ومعلوم.

وأمّا الثالث: فـلأنّ عدم المعهودية ممنوع، كيف وهو معهود في الوصيّة والإصداق، مع أنّ عدم المعهودية لا يصلح دليلاً للمنع.

وأمّا الرابع: فـلأنّ حمل الكلام على معنى لظهوره فيه أو للتعمّد، لا يستدعي بطلان غيره لو صرّح بإرادته.

وبعبارة أخرى: إنه يدلّ على الحمل على الإشاعة إذا لم يحرز المراد، ومحلّ الكلام ما لو أحرز أنّ المراد هو الكلّي في المعين، فالاّ ظهر صحته.

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة، أعني الكسر المشاع، أو على الوجه الثالث وهو الكلّي^١، بناءً على المشهور من صحته، وجهان، بل قولان: حكى ثانيةهما عن الشّيخ والشّهيدين والمحقق الثاني وجماعة. واستدلّ له في جامع المقاصد بأنّه السابق إلى الفهم، وببروایة يزيد بن معاویة عن أبي عبد الله علیه السلام: «عن رجل اشتري عن رجل عشرة آلاف طن من أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعتك من هذا

إذا باع صاعاً من صبرة

١. السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة، -أعني الكسر المشاع - أو الوجه الثالث - أي الكلّي في المعين - بناءً على صحته، وجهان.

ولا يخفى أنه لا فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين وأريد تعبينه بظاهر اللّفظ، وبين ما لو لم يكن قاصداً إلا لمفهوم هذا اللّفظ.

ثم إنّه وإن كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الأجزاء أربعة، إلا أنه حيث تكون النكرة والفرد المنتشر مأخوذه فيما خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي، فتحتاج إرادة أحدهما إلى قرينة وداع آخر، ومع فقد ذلك لا محالة يدور الأمر بين إرادة الكسر المشاع، أو الكلّي في المعين.

اللّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقال: إِنَّ الْمَصْنَفَ يَدْعُ أَنْ مَقْتَضِي الْوَضْعِ هُوَ الْفَرْدُ الْمَنْتَشِرُ، لَكَ سَتَعْرُفُ دَعْمَ تَامَّيْتِهِ.

وأمّا بناءً على مسلك الشّيخ^٢، فلعلّ وجه حصره الوجه في الوجهين، ما ذكره من أنّ احتمال إرادة المنتشر يدفع بأصلّة الصحة.

وكيف كان، فالكلام يقع أولاً فيما يقتضيه النّصّ الخاصّ، ثمّ فيما يستفاد من اللّفظ بحسب الظهور.

وأمّا النّصّ: وهو صحيح بريد^(١) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ١٩ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت واشترى ورضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، ووكل من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحتراق منه عشرون ألف طن، وبقي عشرة آلاف طن؟ فقال عليهما السلام: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري، والعشرون التي أحرقت من مال البائع».

ويمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله: (صاعاً من صبرة) هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أن المشهور بل الإجماع على بطلانه، ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، وظاهره حينئذ الإشاعة، لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه.

وأما الرواية فهي أيضاً ظاهرة في الفرد المنتشر، كما اعترف به في «الرياض»، لكن الإنصاف أن العرف يعاملون في البيع المذكور معاملة الكلي، فيجعلون الخيار في التعين إلى البائع، وهذه أمارة فهمهم الكلي^١.

وأما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، وتدل على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع، وكونه مالاً للمشتري، فالقول الثاني لا يخلو من قوّة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول، وإن حكاه في «الإيضاح» قوله.

ثم إنّه يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

فهو يشهد بالحمل على الكلي في المعين، فإنّه لو كان المبيع كسراً مشاعاً، كان الباقي مشتركاً بين البائع والمشتري، غاية الأمر كان ينفسخ البيع بالنسبة إلى المقدار التالف، فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين.

لا يقال: إنه يلائم مع الفرد المنتشر أيضاً.

فإنّه يقال: إنه بعدما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر، وعدم إمكان تصحيحه ولو بالتعبد، يتعمّن حمل الخبر على الكلي في المعين.

١. وأما الثاني: فالمشهور بين الأصحاب الحمل على الكلي في المعين.

توضيح المقام: إن الصاع كسائر الفاظ اسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، وهو المقدار الخاصّ مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، وتنوينه إما أن يكون تنويناً للتمكن ومجرّد انحفاظ المادة في ضمن حركة إعرابية، أو يكون للتنكير. وعلى الأول

أحدها: كون التّخيير في تعيينه بيد البائع^١، لأن المفروض أن المشتري لم يملك إلا الطبيعة المعرّاة عن الشخص الخاص، فلا يستحق على البائع خصوصية، فإذا طالب بخصوصية زائدة على الطبيعة، فقد طالب بما ليس حقاً له، وهذا جار في كل من ملك كلياً في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكه اقتراح الخصوصية على من عليه الكلّي، ولذا كان اختيار التّعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبيدٍ من عبيده ونحو ذلك.

لا يزيد على الطبيعي شيء، والثاني وإن كان يتوهّم ظهوره في الفرد المنتشر - كما في المكاسب حيث ادعى المصطفى ظهوره في إرادة الفرد المنتشر، إذ لا وجه له سوى ذلك - إلا أنه يمكن أن يقال إن المراد به مجرد عدم التّعيين لا النكرة المصطلحة. وأمّا كلمة (من) فهي للتّبييض، فمفاد هذه الجملة إرادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة، إلا من جهة كونه بعضاً من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهرها هو الكلّي المتقيّد بالوجود الخارجي المشتمل على أفراد خارجية، وقد عرفت أنّ هذا هو الكلّي في المعين.

وبعبارة أخرى: إنّ ظاهرها إرادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، وهذا هو الكلّي في المعين، إذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع.

مضافاً إلى أنّ إرادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر، وهوأخذ الصاع مرآةً وطريقاً ومحرفاً للعشر أو الشمن أو نحو ذلك. وهذا بخلاف حمله على الكلّي في المعين، فإنه يكون الصاع بنفسه وعنوانه مبيعاً.

هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع، وأمّا بناءً على أنّ الكسر المشاع عبارة عن ملكيّة تمام المال بالملكية الناقصة - كما عرفت في مسألة بيع نصف الدار - فحمل العبارة المذكورة على الكلّي في المعين في غاية الوضوح كما لا يخفى.

ثمرات كون المبيع كلياً في المعين أو مشاعاً

ويتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

١. أحدها: كون التّخيير في تعيينه بيد البائع، كما هو المشهور بين الأصحاب.

إلا أنه قد جزم المحقق القمي في غير موضوع من أجوبة مسائله، بأن الإختيار في التعيين بيد المشتري^١، ولم يعلم له وجه مصحح، فياليته قاس ذلك على طلب الطبيعة، حيث أن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور واستحقها منه، لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون أخرى، وكذلك مسألة التملك كما لا يخفى، وأماماً على الإشاعة فلا اختيارات لأحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة إلى التراضي.

ومنها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصدق الطبيعة، انحصر حق المشتري فيه^٢، لأن كل فرد من أفراد الطبيعة وإن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعين مالك المجموع وإقباضه، فكلما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري، فعلاً فينحصر في الموجود. وهذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً

١. وخالف المحقق القمي^٣ القوم، وذهب إلى أن التخيير في تعينه بيد المشتري. والظاهر أن منشأ مخالفته للقوم، قياسه تملك الكلي في المعين بالأمر بالطبيعة والمشتري بالمأمور، فكما أن هناك يكون التخيير في تعين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه في المقام إنما يكون بيد المشتري.

وفيه: إن الأمر بأمره يصير مالكاً لفرد من الطبيعي على المأمور، وفي المقام يصير المشتري مالكاً على البائع، فكان الحرفي^٤ قياس المشتري في المقام بالأمر هناك، فكما أنه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

وبالجملة: إذا كان البائع مملكاً للكللي في المعين، يصير المشتري مالكاً لل الطبيعي دون الخصوصيات، فليس له حق في الخصوصيات ليعين بعضاً منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. وهذا بخلافه على الإشاعة، فإن المال يكون مشتركاً بينهما، فليس لأحدهما التعين إلا مع رضا الآخر.

٢. ومنها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصدق الطبيعة، انحصر حق المشتري فيه.

والوجه في ذلك: أنه مع بقاء مصدق واحد للكللي، لا يكون الكللي تالفاً، بل هو موجود، وحيث أنه لا تعدد لمصادقه، فلا محالة يكون حق المشتري منحصراً فيه، ويكون

ثبتت في كلّ جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار وإقباض، فكلّما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بتنسبة حضته.
ومنها: أنه لو فرضنا أنّ البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة، باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر.

فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول^١ لأنّ الكلّي المببع ثانياً، إنّما هو سار في مال البائع، وهو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلّي فيه سارياً، فقد تلف المببع الثاني قبل القبض^٢، وهذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة.

نظير ما لو أمر بطبيعة وانحصر مصداقها في فرد واحد، فإنه يتعين كونه مأموراً به. وهذا بخلافه على الإشاعة، فإنّ كلّ ما تلف يكون مشتركاً بينهما، وكذلك الباقي.
ومنها: أنه لو فرضنا أنّ البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة، باع من شخص آخر صاعاً كلياً، ففي المتن :

١. أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول.

وقد ذكروا في وجه تعين الصاع الباقي للمشتري الأول، وبكون المببع بالنسبة إلى الثاني من قبيل ما تلف قبل قبضه أمرين:

٢. الأول: ما أفاده المصنف^٣. وحاصله أنّ البائع بعد ما باع صاعاً من الصبرة - التي هي عشرة أصوع - يكون مالكاً لتسعة أصوع، فالمببع الثاني يكون سارياً فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع، فقد تلف جميع ما كان الكلّي سارياً فيه، فقد تلف المببع الثاني قبل القبض.

وفيه: إنّ تسعة أصوع للمالك بعد البيع الأول لا تميّز لها واقعاً، كي يكون سريان الصاع المببع ثانياً فيها.

وبعبارة أخرى: كلّ من المببعين يكون كلياً قابلاً للإنطباق على كلّ فرد من أفراد الصبرة، وما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كلّ منهما على حد سواء في التطبيق على كلّ فرد منها، ولا امتياز لأحدهما على الآخر، وبعد التلف أيضاً تكون هذه النسبة باقية.

وإن شئت قلت: إنّ الأولية إنّما تكون في المببع وهو الكلّي، لا في التطبيق على الفرد.

ثم أعلم أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. وأمّا إذا قبض^١ فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري^٢، وإن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة، فيكون بعضه وفاءً والباقي أمانة حصلت الشركة، لحصول ماله في يده، وعدم توقيفه على تعيين وإقباض، حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الباقي، فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مردج فيحسب عليهمَا^٣.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني^٤، وهو أنه إذا لم يبق إلا مقدار حق أحد المشترين، فحيث أن المشتري الأول سابق على الثاني في المعاملة، فهو سابق في صرف الطبيعي إلى نفسه، وجراه إلى ملكه، وجعله منطبقاً على الصاع الباقي، ويزاحم الآخر في صرف الوجود من الطبيعي.

وفيه: أنه إذا كان هناك تزاحم في بادئ الأمر، كان ما ذكر متيناً - كما لو فرضنا أنه لم يكن له إلا صاع من الصبرة - وأمّا إذا لم يكن التزاحم إلا بقاء فمن حين حدوث التزاحم لا أولوية لأحدهما على الآخر، إذ التقدم يكون في الحدوث، وفي ذلكحين لم يكن تزاحم، وعليه فالظهور أنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما أن نسيته إليهما على حد سواء، فيحكم بأن لكلّ منهما نصفاً منه، وبالنسبة إلى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

١. ثم المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض، وأمّا إن قبض فلا إقباضه صور أربع:
الأولى: أن يعيّن الكلي في فرد ويقبضه المشتري.

الثانية: أن يقبضه المجموع بعد تعين الكلي المبيع في الكسر المشاع.

الثالثة: أن يقبضه المجموع، بأن يكون كلّ واحد منها وفاء والكلّيات الآخر أمانة.

الرابعة: أن يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعيّن حصة الكلي فيما بعد.

٢. لا إشكال ولا كلام في الصورة الأولى، فإنه لو تلف المقبض يحسب على المشتري.

٣. كما لا إشكال في أنه يحسب التالف عليهمَا في الصورة الثانية.

والحاصل: إن كل جزء معين قبل الأقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري فالتألف المعين غير قابل لكون جزءه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقف على اختيار البائع وإقباضه، فيحسب على البائع، بخلاف التالف بعد الأقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقيق الإقباض، فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء بل على وجه التوكيل في التعين، أو على وجه الأمانة، حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض^١. هذا كله مما لا إشكال فيه، وإنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات، واستثنى منها أرطاً معلومة، أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه^٢، وظاهر ذلك تنزيل الأرطال المستثناء على الإشاعة، ولذا قال في

وبعبارة أخرى: لا ينبغي التوقف في حكم الصورة الثانية، وأنه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لأن التعينين بيد البائع، من غير فرق بين أن يكون بنحو الإفراز أو الإشاعة.

١. وأما الصورة الثالثة: فإن تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، وأماماً إن تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فإن المبيع بعد القبض على كليته من دون أن يكون متعيناً في فرد بنحو الإفراز أو الإشاعة، فإذا كان الباقي بمقدار المبيع، فلا يكون المبيع الكلي تالفاً لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

وأما الصورة الرابعة: فبالنسبة إلى التعين حكمها حكم الصورة السابقة. وأماماً بالنسبة إلى الإقباض الذي أثره أنه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر أيضاً اتحاد حكمها مع الصورة السابقة، إذ لا يعقل أن يكون مال الشخص أمانةً عنده، فلا محالة يكون إقباضاً.

الفرق بين الاستثناء والبيع

٢. قوله: (وإنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات... سقط من المستثنى بحسابه).

«الدّرّوس»: (إنَّ فِي هَذَا الْحُكْم دَلَالَةً عَلَى تَنْزِيلِ الصَّابَاعِ مِنَ الصَّبْرَةِ عَلَى الإِشَاعَةِ)، وَهِيَنَّ يَقُولُ إِلَيْهِمْ أَنَّ مَسَأَلَةَ الْاسْتِثْنَاءِ ظَاهِرُهُمْ اِنْتَفَاقٌ عَلَى تَنْزِيلِهَا عَلَى الإِشَاعَةِ، وَالْمُشَهُورُ هُنَا التَّنْزِيلُ عَلَى الْكُلِّيِّ، وَهُوَ مَا تَقْدِمُ مِنَ الصَّحِيحَةِ الْمُتَقْدَمَةِ.

وَفِيهِ: إِنَّ النَّصَّ إِنْ أَسْتَفِيدُ مِنْهُ حُكْمُ الْقَاعِدَةِ، لَزِمَ الْتَّعْدِيُّ عَنْ مُورَدِهِ إِلَى مَسَأَلَةِ الْاسْتِثْنَاءِ أَوْ بِيَانِ الْفَارَقِ وَخَرْجُهَا عَنِ الْقَاعِدَةِ، إِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى مُورَدِهِ لَمْ يَتَعَدَّ إِلَى غَيْرِ مُورَدِهِ حَتَّى فِي الْبَيعِ، إِلَّا بَعْدِ إِبْدَاءِ الْفَرْقِ بَيْنِ مَوَارِدِ الْتَّعْدِيِّ وَبَيْنِ مَسَأَلَةِ الْاسْتِثْنَاءِ.

وَبِالْجَمْلَةِ: فَالنَّصَّ بِنَفْسِهِ لَا يَصْلَحُ فَارِقاً مَعَ الْبَنَاءِ عَلَى الْتَّعْدِيِّ عَنْ مُورَدِهِ الْشَّخْصِيِّ. وَأَضَعُفُ مِنْ ذَلِكَ الْفَرْقَ بِقِيَامِ الْإِجْمَاعِ عَلَى الإِشَاعَةِ فِي مَسَأَلَةِ الْاسْتِثْنَاءِ، لِأَنَّا نَقْطَعُ بَعْدَمِ اسْتِنَادِ الْمُجَمِعِينَ فِيهَا إِلَى تَوْقِيفِ الْخَصْصُوصِ، وَأَضَعُفُ مِنْ هَذِينَ الْفَرْقَ بَيْنِ مَسَأَلَةِ الْاسْتِثْنَاءِ وَمَسَأَلَةِ الزَّكَاةِ وَغَيْرِهِمَا مَمَّا يَحْمِلُ الْكُلِّيُّ فِيهَا عَلَى الإِشَاعَةِ، وَبَيْنِ الْبَيعِ بِاعتْبَارِ الْقَبْضِ فِي لِزُومِ الْبَيعِ وَإِيجَابِهِ عَلَى الْبَائِعِ، فَمَعَ وُجُودِ فَرِدٍ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْبَيعُ يَجُبُ دَفْعَهُ إِلَى الْمُشَتَّرِيِّ إِذَا هُوَ شَبَهَ الْكُلِّيَّ فِي الْذَّمَّةِ.

مَحْصُلُ الْإِشْكَالِ: أَفْتَنَ الْأَصْحَابَ فِي مَسَأَلَةِ الْاسْتِثْنَاءِ الْأَرْطَالَ أَنَّهُ لَوْ تَلَفَّتَ الشَّمْرَةُ سَقْطُ مِنَ الْمُسْتَثْنَى بِحَسَابِهِ، وَلَازِمُ ذَلِكَ الْحَمْلُ عَلَى الإِشَاعَةِ، وَهِيَنَّ يَقُولُ إِلَيْهِمْ أَنَّ مَسَأَلَةَ الْفَرْقِ بَيْنِ الْمُسْأَلَتَيْنِ.

حِيثُ أَنَّ ظَاهِرَهُمْ فِي مَسَأَلَةِ الْأَرْطَالِ الْحَمْلُ عَلَى الإِشَاعَةِ، وَفِي الْمَقَامِ الْحَمْلِ عَلَى الْكُلِّيِّ فِي الْمَعْنَىِ.

وَأَيْضًاً فَإِنَّ لَهُمْ فِي مَسَأَلَةِ الْأَرْطَالِ فَتْوَيْيَنِ لَا تَلَامِنُ مَعَ الإِشَاعَةِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَوْ تَلَفَّ الْبَعْضُ بِتَفْرِيظِ الْمُشَتَّرِيِّ كَانَ حَصَّةُ الْبَائِعِ فِي الْبَاقِيِّ. ثَانِيهِمَا: اسْتِقْلَالُ الْمُشَتَّرِيِّ فِي التَّصْرِيفِ.

وَقَدْ ذَكَرُوا فِي مَقَامِ الْفَرْقِ وَجْوهًا، وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنَّفُ^{تَعَالَى} جَمِيلًاً مِنْهَا، مَعَ مَا يَرِدُ عَلَيْهَا فَلَا حَاجَةٌ إِلَى الْإِعَادَةِ وَالتَّوْضِيحِ، وَمِنْهَا مَا أَفَادَهُ الْمُصَنَّفُ^{تَعَالَى} فِي آخِرِ كَلَامِهِ.

وفيه: مع أن إيجاب القبض متحقق في مسألتي الزكاة والاستثناء، أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلاً أو بعضاً ينفسخ البيع في التاليف، والحكم بالبقاء يتوقف على نفي الإشاعة، فنفي الإشاعة بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصدارة، كما لا يخفي. وأمّا مدخلية القبض في اللزوم، فلا دخل له أصلاً في الفرق، ومثله في الصّفّ لـو لم يكن عينه ما في «مفتاح الكرامة» من الفرق: (بأن التاليف من الصبرة قبل القبض، فيلزم على البائع تسلیم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء، فإن التاليف فيه بعد القبض والمستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما، ولهذا لم يحكم بضمّان المشتري هنا بخلاف البائع هناك)، انتهى.

وفيه: - مع ما عرفت من أن التاليف من الصبرة قبل القبض إنّما يوجب تسلیم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به - أنه إن أريد من كون التاليف

وحاصله: إن المستثنى كما يكون كلياً، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري كلياً، بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فكلّ منهما مالك للكلي، ونسبة الموجود إلى كلّ منهما على حد سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح بلا مردّح، فتكون نسبة التاليف إليهما على حد سواء فيحسب عليهما.

وأمّا في البيع، فإن المبيع وإن كان كلياً، إلا أن مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلي. وفيه أولاً: أن الخصوصيات إمّا أن تكون باقية على ملك البائع في مسألة الاستثناء، أو تكون داخلة في ملك المشتري ؟

فعلى الأول: حكم المشتري في المقام حكمه في تلك المسألة، فلا وجه لحساب التاليف عليه .

وعلى الثاني: كان حكم المشتري هناك حكم البائع في المقام، فلا وجه لحساب التاليف على البائع.

وثانياً: إن ظاهر بيع المجموع إلا مقداراً منها بيع الموجود الخارجي لا الكلي.

وثالثاً: إنه لا يرتفع بذلك إشكال استقلال المشتري في التصرف، كما لا يرتفع به

في مسألة الأستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري.
ففيه: أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري، ولا كلام فيه
ولا إشكال.

وإنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع، والبائع في مسألة
الاستثناء، حيث أن كلًاً منها يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقة، فكيف
يحسب نقص التالف على أحدهما دون الآخر، مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلّي.
وإن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلّي الذي يستحقه البائع قد كان في يده
بعد العقد، فحصل الإشتراك، فإذا دفع الكلّ إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير
ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري، فالإشتراك كان قبل القبض.
ففيه: أن الأشكال حاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: (بعتك صاعاً من هذه
الصبرة) وبين قوله: (بعتك هذه الصبرة أو هذه الشمرة إلا صاعاً منها)، وما الموجب
للإشتراك في الثاني دون الأول؟ مع كون مقتضى الكلّي عدم تعين فرد منه، أو جزء منه
لمالكه، إلا بعد إقراض مالك الكلّ الذي هو المشتري في مسألة الإستثناء، فإنّ كون الكلّ
بيد البائع المالك للكلّي لا يوجب الإشتراك. هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب في مسألة

إشكال أنه لو تلف بتغريب المشتري كان حصة البائع في الباقي كما لا يخفي.
ومنها: ما أفاده المحقق النائيني ^{رحمه الله}، وهو أنّ المبيع في بيع الصاع كليًّا ولا يملك
المشتري من الخصوصيات شيئاً، فما دام يكون صاع من الصبرة موجوداً لا وجه
لحساب التالف عليه، والمبيع في مسألة الإستثناء أيضاً وإن كان كليًّا إلا أنّ البائع يملك
الكلّي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له، بل يحسب عليهم،
ومقتضى استحقاقه الكلّي أن يستحق الباقي لو أتلف المشتري مقداراً من الشمرة، لأنّ
حقه لم يكن مشاعاً في مال المشتري حتى يستحق القيمة، وعلى هذا يرتفع إشكال
جواز تصرف المشتري في الشمرة بلا رضا من البائع، لأنّه لم يكن شريكاً معه بعنوان
الإشاعة.

وفيه: إنّ البائع إن كان مالكاً لجميع الخصوصيات كان المشتري كالمشتري في مسألة
شراء الصاع لا وجه لحساب التالف عليه، وإن ملك بعض الخصوصيات بنحو الإشاعة
عاد سؤال الفرق، وإن ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم.

الإستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك، وعدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع، كما يُشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني، بأنه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

ويمكن أن يُقال: إن بناء المشهور في مسألة استثناء الأرطال إن كان على عدم الإشاعة قبل التلف، واحتصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما يُنبئ عنه فتوى جماعة منهم، بأنه لو كان تلف البعض بتفريح المشتري، كان حصة البايع في الباقي، ويفيده استمرار السيرة في صوره استثناء الأرطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء، فالمسألة مشتركتان في التنزيل على الكلّي، ولا فرق بينهما إلا في بعض ثمرات التنزيل على الكلّ وهو حساب التالف عليهم.

ولا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبار من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع، وإن كان بناه على الإشاعة من أول الأمر أمكّن أن يكون الوجه في ذلك أن المستثنى كما يكون ظاهراً في

ومنها: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمه الله وحاصله أن ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلّي في المعين لا مزاحم له، وظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الإستثناء في كونه متصلة لا منقطعاً، وهو أقوى، فلا محالة يكون المستثنى جزئياً آخر من الجزئيات.

وحيث أنجزي المفروض إما مجهول أو مردّ، والأول باطل والثاني محال، فلابد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه وهو الكسر المشاع. وفيه: - مضافاً إلى أنه بهذا لا يرتفع إشكال استقلال المشتري في التصرف، وأنه لو تلف المجموع بتفريحه من المشتري كان حصة البائع في الباقي - أن استثناء الكلّي من المجموع ليس استثناءً منقطعاً، بل متصل لأنّ الإستثناء المتصل هو ما لو أخرج شيء لو لم يكن استثناءً كان داخلاً في المستثنى منه، وفي المقام كذلك.

الكلي، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فمعنى (بعثك هذه الصبرة إلا صاعاً منها) بعثك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصناع، فهو كلي كنفس الصناع فكل منهما مالك لعنوان كلي، فالموجود مشترك بينهما، لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مردح، وكذا التالف نسبة إليهما على السواء فيحسب عليهما، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإن مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلي في قوله: (بعثك صاعاً من هذه الصبرة)، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصناع.

فإن قلت: إن مال البائع بعد بيع الصناع ليس جزئياً حقيقياً في الخارج، فيكون كلياً كنفس الصناع.

قلت: نعم، ولكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلي حتى يبقى ما بقي ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقاً لهذا العنوان وعنوان الصناع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مردح، فيجيء الاشتراك، فإذا لم يبق إلا

فالحق أن يُقال: إن المستثنى في مسألة الأرطال أيضاً كلي، ولذا يكون المشتري مستقلاً في التصرف، ولكن حيث أنه لا إشكال عند العرف في أنه لو تلف المجموع إلا مقدار المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك أن المستثنى هو الكلي ذو مرتب، ويكون الإستثناء في قوة استثنائات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأرطال تكون مستثنة مع بقاء مجموع الثمرة، وشيء منها نسبته إلى الباقي نسبة المجموع إلى المجموع مع تلف شيء منه، وعدم الإستثناء مع تلف الجميع.

وبعبارة أخرى: إن المستثنى هو الكلي المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً، فكلما تلف يحسب عليهما لا محالة، ومع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، ولا يلزم من ذلك غرر، فإن المستثنى متعين وهو عشر المجموع مثلاً.

وأثما وجه أنه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي، فالظاهر أنه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

صاع، كان موجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري، فيحكم بكونه مالكاً له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمّل.

هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ إليه ذهني القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبر الماهر، عفى الله عن الزلل في المعاشر. قال في «الروضۃ» تبعاً للمحکي عن حواشی الشهید: (إنّ أقسام بيع الصبرة عشرةٌ لأنّها: إما يكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإنّ كانت معلومة صحيحة بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كفیز تشتمل عليه، وبيعها كلّ كفیز بكلّ لا بيع كلّ كفیز منها بكلّها).^٣

أقسام بيع الصبرة

١. قال في محکي الروضۃ تبعاً للمحکي عن حواشی الشهید: (إنّ أقسام بيع الصبرة عشرة).

٢. لا يخفى أنه إذا كانت الصبرة معلومة المقدار صحيحة بيعها في أربعة أقسام: أحدها: بيع جميع الصبرة.

ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع أو صيعان منها مع العلم باشتتمالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كلّ صاع منها بكلّها.

إذ المثمن في هذه الأقسام كالثمن معلوم.

وبطل في القسم الخامس.

٣. وهو بيع كلّ صاع منها بكلّها، لأنّ البيع حينئذٍ غير معلوم، فيكون البيع غررياً، لصلاحية انطباق كلّ صاع بكلّها على الواحد والزيادة.

وعن المحقق النائيني: إنه يظهر مما أفاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة لو قال المؤجر: (آجرتك الدار كلّ شهر بكلّ شهر الأول)، لتضمن هذا القول إجارة هذا الشهر يقيناً صحة البيع في المقام بالنسبة إلى صاع واحد.

وفيه: - مضافاً إلى فساد المبني كما نبه هو عليه من جهة أنّ تردد متعلق العقد

والمجهولة كلها باطلة^١ إلا الثالث، وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه ولو لم يعلم باشتمالها عليه^٢. فظاهر «القواعد» والمحكي عن حواشي الشهيد وغيرها عدم الصحة، واستحسن في «الروضۃ».

ثم قال: (ولو قيل بالاكتفاء بالظن باشتمالها عليه، كان متّجهاً)، والمحكي عن ظاهر «الدروس» و«اللمعة» الصحة، قال فيها: (وإن نقصت تخيّر بينأخذ الموجود منها بحصة من الثمن، وبين الفسخ لبعض الصفة)، وربما يحكى عن «المبسوط» و«الخلاف» خلافه، ولا يخلو عن قوّة، وإن كان في تعبينه نظر، لا لتدارك الضّرر بال الخيار، لما عرفت غير مرّة من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع التّنّظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر وإن قيل عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قنا: نعم، إذا بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود، وأمّا إذا بني على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير معلوم الوجود بتمامه، فلا غرر عرفاً، وربما يحتمل الصحة مراعي بتبيين اشتتمالها عليه.

بين الأقل والأكثر يقتضي الجهل به - أنه لو تم لما أمكن البناء على الصحة في المقام، إذ في الأصل يدعى أن إجارة الشهر الأول متيقنة، وذلك الشهر ممتاز عمّا عداه. وأمّا في الفرع فلا يمكن أن يُقال إن بيع الصاع الواحد متيقّن، فإنه إن أريد به الواحد الشخصي، فهو لترددّه بين الأفراد لا يصحّ كما تقدّم، وإن أريد به الكلّي في المعين فهو غير متيقّن، إذ لو أخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلّي في المعين، بل وقع بإزار الأشخاص الخارجية. فالظهور هو البطلان في هذا القسم.

١. وأمّا أقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار، فلا كلام في بطلان بيع ثلاثة أقسام منها، وهي: بيع جميع الصبرة، وبيع جزء معين منها كالعشر، وببيع كل صاع منها بكذا. كما لا إشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع، مع العلم باشتمالها عليه، إنما الكلام وقع في موردين:

٢. الأول: في حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشتمال الصبرة عليه.
الثاني: في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذي حكمنا فيه بالصحة

وفيه: إن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبيّن الإشتمال هذا، ولكن الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتمال، أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب الاشتغال.

وأما الرابع مع الجهة: وهو بيعها كل قفيز بكتنا، فالمحكى عن جماعة المぬ، وعن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتي «المبسوط» و«الخلاف» أنه لو قال: (بعثتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم) صح البيع، قال في «الخلاف»: (أنه لا مانع منه والأصل جوازه^١).^١

وظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال، وعن «الكافية» نفي البُعد عنه، إذ المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن مما يمكن أن يعرف بأن يقال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها^٢، قال: (وله نظائر) ذكر جملة منها في «التذكرة» وفيه نظر.

في المعلومة.

أثنا المورد الأول: فعن «القواعد» و«التذكرة» وحواشي الشهيد و«الروضة» وغيرها البطلان، وعن ظاهر «الدروس» و«اللمعة» الصحة. والأظهر هو الأول للغرر.

وغاية ما قيل في وجه الصحة ومنع الغرر: إن بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجوداً صَح البيع بالإضافة إليه، وما لم يكن موجوداً بطل بالقياس إليه، وثبت للمشتري خيار بعض الصفقة.

وفيه: إنه لو سلّم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجدياً بعد اعتبار معلومية كيل المبيع أو وزنه إن كان مكيلاً أو موزوناً، مع أن ارتفاع الغرر غير ثابت، فإنه وإن ارتفع من حيث المالية، إلا أنه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملني.

وبعبارة أخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفاً كما لا يخفى، فالالأظهر هو الفساد.

١. وأثنا المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، وعن الشيخ في «الخلاف»: (أنه لا مانع منه والأصل جوازه)، وعن «الكافية»: انه غير بعيد.

٢. واستدل للصحة: بأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن مما يمكن أن يعرف بأن يقال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها.

مسألة: إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها،^١ فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة، وإن اقتضت العادة بقائهما عليها، فلا إشكال في الصحة ولا خلاف أيضًا إلا من بعض الشافعية، وإن احتمل الأمان جاز الإعتماد على أصلالة عدم التغيير والبناء عليها في العقد.^٢

وفيه: إن المعلومية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع أنه يلزم الغرر، فالظهور هو البطلان.

كفاية مشاهدة العين سابقًا

١. لا نقاش في كفاية المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عيناً في زمان سابق على العقد، فلا إشكال في صحة العقد مع قضاء العادة بقائهما على ماهي عليه، كما لا إشكال في الفساد مع قضاء العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر.

إنما الكلام في موردين:

الأول: في أنه لو اقتضت العادة التغيير، هل يمكن تصحيح العقد بإخبار البائع أو الإشارة في ضمن العقد أم لا؟

الثاني: في حكم ما لو احتمل الأمان.

أما الأمر الأول: فالظاهر صحة البيع مع إخبار البائع إذا كان مؤتمناً، أو اشتراط تلك الصفات في ضمن العقد. أما مع إخبار البائع فللنصوص^(١) الواردة في إخبار البائع بالكيل أو الوزن المتقدمة، بناءً على إلغاء خصوصية موردها، والتعمدي إلى سائر الخصوصيات التي يكون الجهل بها موجباً للغرر، وأماماً مع الإشارة فلارتفاع الغرر به.

وأما المورد الثاني: فقد أفاد المصنف^٢ أنه :

٢. (جاز الإعتماد على أصلالة عدم التغيير والبناء عليها في العقد فيكون نظير إخبار

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

فيكون نظير إخبار البائع بالكيل والوزن، لأنّ الأصل من الطرق التي يتعارف التعويم عليها، ولو فرضناه في مقام لا يمكن التعويم عليها الحصول أمارة على خلافه، فإن بلغت قوّة الظنّ حدّاً يلحقه بالقسم الأول، وهو ما اقتضى العادة تغييره لم يجز البيع، وإنّ جاز مع ذكر تلك الصفات لا بدونه، لأنّه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول، إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوًّا، لكن هذا كلّه خارج عن البيع بالرؤيا القديمة.

البائع بالكيل أو الوزن، لأنّ الأصل من الطرق التي يتعارف التعويم عليها). وفيه: إنّ الغرر لا يرتفع بالأصل. وإن شئت قلت إنّه إنّما يجري الإستصحاب فيما كان الأثر مترتبًا على المتيقّن، وأمّا بالنسبة إلى أثر العلم فلا يكون الإستصحاب مفيداً بالإضافة إليه، فإنّ الإستصحاب إن جرى وحكم ببقاء الحالة السابقة، مع تحقق الشرائط من اليقين السابق والشكّ اللاحق، وثبتت الأثر للمتيقّن، تترتب عليه آثار العلم التي تكون مترتبة عليه من حيث أنّه موجب للجري العملي على طبق الحالة السابقة دون غيرها، وأمّا إذا لم يكن هناك أثر للمتيقّن، فلا يجري كي يقوم مقام القطع في تلك الآثار. وفي المقام أنّ ارتفاع الغرر بما أنه من آثار العلم، فلا يتربّب على الإستصحاب، مضافاً إلى أنّه من آثار العلم بما هو طريق، لا بما أنه مقتض للجري العملي، وعليه فلا يفيد الإستصحاب في المقام.

ولكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد بتوجيهه إنّ إيقاع المعاملة على العين المرئيّة سابقاً يكون له ظهور عرفي في اشتراط وجود تلك الصفات، ولن يست هي من قبيل الأوصاف التي لا دخل لها في العقد، كي لا يكفي مجرد البناء، بل هي من قبيل الأوصاف التي تقع المعاملة مبنية عليها، التي هي بمنزلة الأوصاف المذكورة، ولا إشكال في ارتفاع الغرر بذلك.

اللّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقال: إِنَّ ارتفاعَ الغررِ مِنْ حِيثِ الْمَالِيَّةِ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ لَا إِشْكَالٌ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ مَوَارِدِ الإِشْتَرَاطِ، إِلَّا أَنَّ الغررَ مِنْ حِيثِ الْغَرَضِ الْمَعَامِلِيِّ لَا يرتفعُ بِهِ فَتَأْمُلْ.

وكيف كان، فإذا باع أو اشتري برأوية قديمة، فانكشف التّغيير، تخير المغبون^١ وهو البائع، إن تغير إلى صفات زادت في ماليته، والمشتري إن نقصت عن تلك الصّفات؛ لقاعدة الضّرر، ولأنّ الصّفات المبني عليها في حكم الصّفات المشروطة^٢، فهي من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه في «نهاية الإحكام» و«المسالك» بقولهما: (الرأوية بمثابة الشرط في الصّفات الكائنة في المرئي، فكلّ ما فات منها فهو بمثابة التّخلف في الشرط)، انتهى.

وتوهم أنّ الشرط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشرط في متن العقد، مدفوعاً بأنّ الغرض من ذكر الشرط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه، حتّى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد، والصّفات المرئية سابقاً حيث أنّ البيع لا يصحّ إلا مبنّياً عليها، كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، ولذا لو لم يبين البيع عليها، ولم يلاحظ وجودها في البيع، كان البيع باطلأ.

١. قوله: (وكيف كان، فإذا باع أو اشتري برأوية قديمة، فانكشف التّغيير، تخير المغبون).

ونفصيل القول: إنّ صور البيع بالرأوية القديمة ثلاثة:

الأولى: العلم العادي ببقاء تلك الصّفات.

الثانية: إخبار البائع بها.

الثالثة: إيقاع المعاملة مبنّياً عليها.

أمّا في الصورة الأولى والثانية: فالاُظْهَر صحة العقد ولزومه .

أمّا الصحة فلما تقدّم، وأمّا لزومه فلانّه لا موجب للخيار لا خيار الغبن؛ لأنّ ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، ولا خيار الرأوية لما سيأتي من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، ولا خيار الشرط لعدمه، ولا غير ذلك، وهو واضح.

٢. وأمّا في الصورة الثالثة: فالاُظْهَر ثبوت خيار الشرط، لما تقدّم من أنّ الصّفات المبني عليها العقد في حكم الصّفات المشروطة كما أفاده المصنف^٣.

وما عن العلامة في «نهاية الإحكام» من احتمال البطلان، ويمكن أن يكون مدركه أحد أمور:

فالذّكر اللفظي إنّما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد. واحتُمل في «نهاية الإحکام» البطلان، ولعله لأنّ المضي على البيع وعدم نقضه عند تبيّن الخلاف إن كان وفاءً بالعقد، وجّب فلا خيار، وإن لم يكن وفاءً، لم يدلّ دليل على جوازه. وبعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفأ متعلّقه بانتفائه صفةه، وإلا فّلا وجه للخيار^١، مع أصلّة اللّزوم، ويُضيقه أنّ الأوصاف الّخارجّة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع. إنّما ببناء العقد عليها، وإنّما بذكرها في متن العقد، لا يعُد من مقومات للعقد، كما أنها ليست من مقومات المبيع، ففوّاتها فوات حقّ للمشتري ثبت بسببه الخيار، دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه، وتمام الكلام في باب الخيار إن شاء الله تعالى.

١. الأوّل: ما أفاده المصنّف^٢ من أنّ العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفأ متعلّقه بانتفائه صفةه، وإلا فّلا وجه للخيار.

الثاني: أنّ المعترّ في صحة العقد عدم كونه بنفسه غررّياً، والإشارة لا يرفع غررية البيع.

الثالث: أنّ الشرط الذي لم يذكر في العقد لا عبرة به.
والجميع كما ترى.

أمّا الأوّل: فلننقض بجميع الشروط، وللحلّ، فإنّ الشرط التزام في ضمن التزام.
وسيأتي توضيح ذلك في محله.

وأمّا الثاني: فلأنّ الشرط يوجّب رفع الغرر عن البيع وعدم كونه غررّياً.

وأمّا الثالث: فلأنّ الشرط غير المذكور في العقد على قسمين:

الأول: ما يقع العقد مبنّياً عليه ويكون له ظهور عرفي فيه.

الثاني: ما لا يكون كذلك.

وما ذكر يتمّ في الثاني من جهة أنه في باب العقود والإيقاعات لا عبرة بالبنائات القليلة ما لم تبرّز.

ولا يتمّ في الأوّل، إذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شيء آخر، من كون الإبراز بالدلالة المطابقة لا الإلتزامية.

فالأشهر هي الصحة وال الخيار.

فرعان: الأول: لو اختلفا في التّغيير فادعاه المشتري^١، ففي «المبسوط» و«التذكرة»، وفي «الإيضاح» و«الدّروس» و«جامع المقاصد» و«المسالك» تقديم قول المشتري لأنّ يده على الثمن، كما في «الدّروس»، وهو راجع إلى ما في «المبسوط» و«الستائر» من: (أنّ المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه إلا بإقراره أو ببيّنة تقوم عليه)، انتهى^٢.

حكم ما لو اختلفا في التغيير

فرعان:

١. قوله: (الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري، فعن المبسوط والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، تقديم قول المشتري)، واستدلّوا له بأصول ستمرّ عليك، وقبل بيانها لابد وأنّ يعلم أنّ مورد الكلام في هذا الفرع، ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد، وكان الإختلاف في أنّها هي الصفات المرئيّة أو أنّ الصفات المرئيّة كانت غيرها، لا ما لو اتفقا على الصفات المرئيّة، وكان الإختلاف في أنّها كانت باقية إلى حين العقد أم لا؛ فإنّه في هذه الصورة يجري استصحاب بقائها على ما كانت عليه، وهو حاكم على جميع الأصول المفروضة.
وأيضاً الغرض من الأصول التي تمسّكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، وأماماً أنه على فرض كون المشتري منكراً يثبت له الخيار، فهو إنما يكون بموازين بباب القضاء من اليمين والبيّنة.

فإيراد المحقق الخراساني^٣ على القوم - منهم المصطف - بأنّ الخيار لا يثبت بالأصل، لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله.
إذا عرفت هذين الأمرين.

فاعلم أنّ الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا إلى وجوه:

٢. الوجه الأول: أنّ المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، ولا ينتزع منه إلا بإقراره أو ببيّنة تقوم عليه، وليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقة المشتري بالثمن، بناءً على أنّ الخيار من مراتب العلقة الملكيّة التي كانت قبل البيع - إذ المبني فاسد لأنّ الملكيّة من

وتبعه العلامة أيضاً في صورة الاختلاف في أوصاف المبیع الموصوف إذا لم يسبق ببرؤية، حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن، فلا يلزمها ما لم يقر به أو يثبت بالبينة، ولأنّ البائع يدعى علمه بالمبیع على هذا الوصف الموجود والرضا به والأصل عدمه كما في «الذكرة»، ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه كما في «جامع المقاصد». ويمكن أن يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن - بعد اعترافه بتحقق الناقل الصَّحِّيْح - يد أمانة، غاية الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ، فلا ينفع تشبيهه باليد، إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن^١ بناءً على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من «الذكرة»، ولم ينسب خلاف إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر، وحينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن، فلا مدحع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء.

نسخ الوجود وليس ذا مرتب - بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلطًا على الثمن بالتصريف فيه، ولو بالفسخ، فحينئذ إن كان الثمن بيده فلا كلام، وإلا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

وفيه: إنّ يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد أمانية، وليس أمارة تسلطه عليه، ادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

١. والمصنف^٢ بعد هذا الجواب قال: (إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع).

وحاصله: إنه بناءً على ما ذكره العلامة^٣ في «الذكرة» من أنّ البائع لا يكون مسلطًا على تسلّم الثمن في زمان الخيار، كما أنّ المشتري لا يكون مسلطًا على تسلّم المثمن في ذلك الزمان، يصير البائع مدعياً والمشتري منكراً لموافقة قوله للأصل من وجه آخر، وهو أنه مع الشك في ثبوت الخيار، يشك في حدوث سلطنة كلّ من البائع والمشتري، والأصل عدمها.

فمقتضى الأصل عدم تسلط البائع على تسلّم الشمن من المشتري، فإذا صار المشتري منكراً ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء، ثم قال: (إنه لا مدفع لهذا الأصل إلا أصالة عدم سبب الخيار).

والحق في الجواب عن هذا الوجه: ما أفاده المصنف رحمه الله في مبحث الخيارات بقوله: (إني لا أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجده من عنونه وعرض لوجهه).
ولا ينافي ما أفاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله: (إنه لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف والسلم، فثمرة الخيار واضحة وهي عدم وجوب التقابض)، كما توهّمه المحقق النائيني رحمه الله.

فإنّ الظاهر أنّ مراده أنه لو ثبت الخيار، فمن حيث أنّ له حقّ الفسخ، فلو فسخ لما وجب التقابض، وهذه ثمرة الخيار لا أنه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ.
وأمّا تفصيل المحقق المذكور: بين الخيارات الزمانية وغيرها، وأنّه يتمّ ما أفاده العلامة رحمه الله في القسم الأول دون الثاني، من جهة أنّ حقيقة الخيار في القسم الأول عبارة عن كون أمر العقد بيد ذي الخيار، فجميع آثاره تحت تصرّفه ومنها التسلّيم والتسلّم، وأمّا في القسم الثاني فحقيقة عبارة عن ثبوت حقّ الإسترداد، ما لم يصل إلى ذي الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع إلى العقد بل ثانياً، فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على أدلة سلطنة الناس على أموالهم، فيجب على المشتري تسليم الشمن وإن جاز له استرداده لاحقاً.

غير تام: فإنّ حقيقة الخيار في القسمين واحدة، وهي ملك فسخ العقد وإقراره، ولا يؤثّر هذا إلاّ من حين وقوعه، فيرفع أثر البيع، لا أنه يكشف عن عدم صحة البيع من الأول، ولذا يجب التسلّيم في القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثاني: أنّ البائع يدعى علم المشتري بهذه الوصف الموجود والرضا به، والمشتري ينكره، والأصل مع المشتري. هذا ما ذكره العلامة في محكي «التذكرة».

والثاني: مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبیع على وصف آخر^١ حتى يكون حقّاً له يوجب الخيار، بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره، مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغيير المبیع، لم يجز أصالة عدم علمه بهذا الوصف^٢.

والثالث: بأن حق المشتري من نفس العین قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمساء العقد، وثبتت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، والمرجع أصالة لزوم العقد، وأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع، هذا.

وأجاب عنه المصنف^٣ بجوابين:

١. أحدهما: إن المشتري يدعى علمه بالوصف الآخر الذي يدعى، الذي هو منشأ ثبوت الخيار لتناقض الوصف، والأصل عدمه، فالبائع يكون منكراً والمشتري مدعاياً.
 ٢. ثانيهما: إن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره، مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغيير المبیع، لم تجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف.
- وفي كل من الاستدلال وجوابي المصنف^٣ نظر.
- أما الأول:** فلأن أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود، لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر إلا على القول بالأصل المثبت.
- وبه يظهر ما في الجواب الأول الذي ذكره المصنف^٣، إذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود.
- وأما الثاني:** فلأن حكمة الأصل السببي على المسببي إنما تكون فيما إذا كانت السببية شرعية، لا في مثل المقام مما تكون السببية عقلية.
- الوجه الثالث:** أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما عن «جامع المقاصد».
- وفيه: إن حقه من العین واصل إليه قطعاً، ومن الوصف المفقود غير ثابت،

ويمكن بناء المسألة على أنّ بناء المتبایعين حين العقد على الأوصاف^١ الملحوظة حين المشاهدة، هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن «النهاية» و«المسالك»، ولهذا لا يحصل من فقدها إلا خيار لمن اشترطت له، ولا يلزم بطلان العقد، أو أنها مأخوذة في نفس المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز إلغاؤها في المعقود عليه، كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط، فعلى الأول يرجع النزاع في التغیر وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع.

وبعبارة أخرى: النزاع في أنّ العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا؟ لكنّ الإنصال أنّ هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متتصفاً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متتصفاً بذلك الوصف، فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه، والأصل عدمه. ودعوى معارضته بأصله عدم وقوع العقد على العين المقيدة، لا يثبت جواز العقد الواقع، إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين، الغير المقيدة بأصله عدم وقوع العقد على المقيدة، وهو غير جائز، كما حُقِّ في الأصول. وعلى

واستصحاب بقاء كلّي الحقّ من قبيل الإستصحاب في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي، ولا نقول به، فهذه الوجوه لا تتم، ولذلك قال المصنف:

1. (ويمكن بناء المسألة على أنّ بناء المتبایعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة... فهي كشروط مضمرة.)

وحاصله: أنّه إن كان الوصف من قيود المبيع، وكان الالتزام التزاماً وحدانياً متعلقاً بعنوان المتتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري، لرجوع النزاع إلى وقوع العقد على الشيء المطلق، بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه، والأصل مع المشتري، وإن كان في قوّة اشتراطها، على أن يكون هناك التزامان، كان الأصل مع البائع لرجوع النزاع في التغیر وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع.

الثاني يرجع النّزاع إلى رجوع العقد والتّراضي على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعده، والأصل مع المشتري.

ودعوى معارضته بأسالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة^١، مدفوعة، بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهدا، حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فلازم المشتري بالوفاء بالعقد، موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، وهو غير ثابت، والأصل عدمه، وقد تقرر في الأصول أن نفي أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليترتب عليه حكمه.

وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأسالة اللّزوم، حيث أنّ المبتعث ملك المشتري، والثمن ملك البائع اتفاقاً، وإنما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ، فينفي ما تقدم من قاعدة اللّزوم.

توضيح الفساد: إن الشك في اللّزوم وعدمه من حيث الشك في متعلق العقد. فإنّا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللّزوم وهو وارد على أصل اللّزوم.

والحاصل: أنّ هنا أمرين :

أحدهما: عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود وأخذه فيه، وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة.

ولكن ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، وذلك لوجهين:
الأول: إن تقييد المبتعث وتضييقه يختص بالكلّي، فإنه قابل لذلك، ولا يكون الشخصي كذلك، وتعليق البيع على الوصف موجب للبطلان، فلا حالة يكون من قبيل الإلتزام به في ضمن العقد.

الثاني: إن البيع بالرؤبة القديمة إنما صحّحناه بالإشتراط، فراجع ما ذكرناه، وعليه فالأصل مع البائع.

وربما يقال: في تقريب أنّ الأصل مع البائع وجوه أخرى:

١. منها: أصلية عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود، ليثبت الجواز. وفيه: إنه إن أريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تفيد، فإنّ عدم وقوع العقد المتّصف بالوصف المفقود لا أثر له، إلا أن يثبت به وقوعه على المتّصف بالوصف الموجود أو المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين، وإن أريد به ما هو مفاد ليس الناقصة

والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود، وهذا جار غير نافع، نظير الشك في كون الماء المخلوق دفعه كرآ من أصله^١، فإنّ أصالة عدم كريته نافعة غير جار، وأصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة، في ترتّب آثار القلة على الماء المذكور، فافهم واغتنم.

وبما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزّور العقد^٢، الحاكمة على الأصول العلمية المتقدمة، مثل ما دلّ على حرمة أكل المال «أَلَا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍِ»، وعموم: «لَا يَحِلُّ مال امْرَىٰءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ»، وعموم: «النّاس مسلطون على أموالهم»، بناءً على أنها تدلّ على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأنّ المفروض صيرورته ملكاً، إذ لا يخفى عليك أنّ هذه العمومات مخصوصة، قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال، الذي لا يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شك في ذلك، فالالأصل عدم دفع العوض، وهذا هو الذي تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، فإنّ عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت: لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنواناً بالعنوان المذكور، بل تقول:

فلا حالة سابقة له.

١. والمصنف^٣ لاحظ المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعه كرآ من أصله، بدعوى أنّ أصالة عدم كريته نافعة غير جارية، وأصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة في ترتّب آثار القلة على الماء المذكور.

وفيه: إنّه في الماء المخلوق دفعه - من جهة أنّ آثار القلة آثار للماء غير المتّصف بعنوان الكريمة - يمكن إجراء عدم الكريمة الأزلي كما ذكرناه في الجزء الأول من «فقهه الصادق» مفصلاً، وأمّا في المقام فلا يمكن ذلك من جهة أنّ موضوع الزّور هو العقد الواقع على المتّصف بالوصف الموجود أو المطلق، لا على العقد غير الواقع على المتّصف بالوصف المفقود، فلا تنفع أصالة العدم الأزلي في المقام بخلافه في المثال.

٢. ومنها: العمومات المقتضية للزّور العقد، الحاكمة على الأصول العلمية المتقدمة،

قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع. فإذا شك في ذلك، فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.^١

قلت: السبب في الخيار وسلطنة المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه، هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه.

وبعبارة أخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية، كما أنّ السبب في لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري، والأصل موافق للأول ومخالف للثاني، مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنها سمينة فباتت مهزولة، فالواجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه، وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإنّ ذلك لا يقتضي الجواز، وإنما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد.

ومن المعلوم أنّ عدم الإنطباق هو المطابق للأصل عند الشك، فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

مثل ما دلّ على حرمة أكل المال «أَلَا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(١)، وعموم «لا يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢)، وعموم «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣). وفيه: إنّ هذه العمومات قد خصّت بأدلة الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، ولا يرجع فيها إلى العمومات.

١. ومنها: أنّ موضوع الخيار المعاوضة الواقعية على مال لا ينطبق على المدفوع، فإذا شك في تلك، فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. وفيه: إنّ موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه.

(١) النساء آية .٢٩

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرك ج ١ ص ٢٢٢ والاحتجاج ص ٢٦٧

(٣) البحارج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث وج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وكذا صحة ما في «التذكرة» من أصالة عدم التزام المشتري بمتلك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما الزم. نعم ما في «المبسوط» و«السرائر» و«الدروس» من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا يناسب أصالة اللزوم، بل يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من «المختلف» في باب السباق والرمادية، وسيأتي تحقيق الحال في باب الخيارات.

وأما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة^١، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع.

فهي مدفوعة، مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة^٢، فاختلاف في زمان المشاهدة، كما إذا علم بكونها سمينة وأنها صارت مهزولة، ولا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا. فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة، فالأصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد، أن مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينة.

ومن المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة، وتعلق العقد بالمهزول، ثبت لزوم العقد، ولكن الأصول العدمية في مجاريها لا يثبت وجود أضدادها، هذا كله

وبعبارة أخرى: عدم دفع البائع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، والأصل موافق له، مع أنه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به اللزوم.
ومنها: أصالة اللزوم.

وفيه: إن الشك في الجواز واللزوم، مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصرف بالوصف الموجود وعدمه، فإذا جرى الأصل في السبب، لما بقي شك في اللزوم كي يرجع إلى أصالته.

١. ومنها: أن أصالة عدم تغير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع.

وفيه: مضافاً إلى ما أفاده المصطف بقوله:

٢. (مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة، فاختلاف في زمان

مع دعوى المشتري التّنقض الموجب لـلخيار.

ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبة لـلخيار البائع^١، فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجب حتّى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارة «اللمعة» تقديم قول المشتري هنا ولم يعلم وجهه.

المشاهدة).

أنّه إن أُريد بذلك استصحاب عدم التغيير من حيث أنّه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الآخر.

وإن أُريد به استصحاب المعنون، ففيه أولاً : إنّه من الإستصحاب القهقرى، لأنّه يراد إثبات كون الصفة الموجدة كذلك حين العقد.

وثانياً: ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي، فإنّ موضوع الآخر وقوع العقد على المتّصف بهذا الوصف الموجود، لا وجود الصفة حين العقد.

فتحصل ممّاذ كرناه: أنّه إن كانت الأوصاف من قبيل الشرط والإلتزام، كان الأصل مع البائع، وإلا فمع المشتري.

١. ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبة لـلخيار البائع.

فيناءاً على ما اخترناه من أنّ أوصاف المبيع في البيع بالرؤية القيمة مع الشك فيها، إنما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الإلتزام في الإلتزام، وعليه بنينا في المسألة المتقدّمة أنّ الأصل مع البائع، لابدّ من البناء في المقام على أنّ الأصل مع المشتري، لأنّ البائع يدّعى أنّ الشرط غير هذا الوصف الموجود، والمشتري ينكره، والأصل عدمه.

وأمّا بناءً على كونها من قيود المبيع، يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة، فإنّ المشتري يدّعى وقوع البيع على هذا المتّصف بالوصف الموجود، والبائع ينكره، والأصل معه.

وبذلك ظهر أنّ ما بنى عليه الشهيد^٢ من أنّ الأصل مع المشتري في المسألتين، لا ينطبق على القواعد.

وأمّا ما أفاده المحقق النائيني^٣ في توجيهه ما أفاده الشهيد^٢: بأنّ الغالب يقدم

الثاني: لو اتفقا على التغيير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد، واختلفا في تقديم التغيير^١ على البيع ليثبت الخيار، وتأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار، تعارض كل من أصالة عدم تقديم البيع والتغيير على صاحبه، وحيث أن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً، وأصالة بقاء السمن وعدم وجود الهزال حال البيع.

والظاهر أنه لا يترتب على شيء منها الحكم بالجواز واللزموم، لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله إلى المشتري وأصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه، فالمرجع إلى أصالة

البائع على البيع كائناً ما كان، ولا ينظر إلى الوصف الزائد على ما رأه المشتري سابقاً. فغير تام، إذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الإشتاء كذلك تختلف رغبات البائع، سيما في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجوداً وعدماً، كما هو واضح.

لو اختلفا في تقديم البيع على التغيير وتأخره عنه

١. الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغيير بعد المشاهدة، ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقديم التغيير.

والكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا صارت قيمته بعد التغيير أقل، وكان المدعى للخيار هو المشتري.

الثاني: فيما إذا صارت قيمته أزيد وكان المدعى للخيار هو البائع.

أما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

أحدهما: بناءً على أن تلف الوصف بعد البيع وقبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناءً على عدم كونه موجباً للخيار.

وب قبل الشروع في بيان الحق لابد من تقديم مقدمة، وهي:

إنه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف، المتصرف بوصف حال وجود الوصف، وربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

عدم وصول حق المشتري إليه^١، كما في المسألة السابقة، إلا أن الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك ناشيء عن الشك في نفس الحق، وهنا ناشئ عن الشك في وصول الحق المعلوم.

وبعبارة أخرى: الشك هنا في وصول الحق، وهناك في حقه الواصل، ومتضمن الأصل في المقامين عدم اللزوم، ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولةً، ووقوع العقد على المشاهد وحصل السمن.

مثال الأول: ما لو وجب إكمال زيد العالم.

ومثال الثاني: موارد ضمان الأوصاف، فإنه متربّ على الإستيلاء على الوصف نفسه. وفي القسم الأول إذا كان الوصف متيقناً سابقاً ومشكوكاً فيه لاحقاً، جرى فيه الإستصحاب، وترتب حكمه بضم الوجدان إلى الأصل، ولو كان زيد عالماً وشك في بقاء علمه، يستصحب ذلك ويكون إكماله متعلقاً للوجوب.

وفي القسم الثاني لا يكفي استصحاب بقاء الصفة، لأنّه لا يثبت به كون الفعل متعلقاً به، ولو كان الغنم سميناً سابقاً وشك في سمنه حال الغصب، لا يكفي استصحاب بقاء السمن في الحكم بضمان هذا الوصف المتربّ على غصب الوصف أيضاً، وتمام الكلام في ذلك موكول إلى محل آخر.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم:

أنّه في المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري، لإصالة عدم وصول حقه إليه، وأصالة عدم التغيير وبقاء الوصف إلى زمان القبض، لا يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا تجري، وكذا لا تجري أصالة عدم القبض إلى ما بعد التغيير، فإنّها أيضاً لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار، فهذا الأصلان لا يجريان. وأما أصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشتري إليه.

١. وفي المورد الثاني أفاد المصنف^٢: إنّ الأصل مع المشتري، وهو أصالة عدم وصول حقه إليه، وهو غير تام، لأنّه على الفرض القطع بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجباً للخيار، لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجباً للخيار، فكيف باستصحابه.

واختلفا في تقدّمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم وتدبر^١ فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال واشتباه.

ولو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما يكفي في قبضه التّخلية، واختلفا في تقدّم التّلف على البيع وتأخّره^٢، فالاصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأنّه عدم تأثير البيع.

وقد يتواهم: جريان أصالة صحة البيع هنا للشك في بعض شروطه وهو وجود المبيع.

وفيه: إنّ صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنه عقد على شيء معدوم في الواقع، فلا تأثير له عقلاً في تملك العين، لأنّ تملك المعدوم

بل في المورد الثاني يكون الأصل - وهو أصالة اللزوم وأصالة عدم التغيير وبقاء الوصف إلى حين البيع الجارية والمفيدة في المقام من جهة أنّ الأثر وهو اللزوم إنّما يترتب على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة - مع البائع. وما عن بعض من أنّ الأصل الثاني معارض مع أصالة عدم وقوع البيع إلى زمان التغيير.

يردّه: أنه لا أثر لهذا الأصل، لأنّ الخيار إنّما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف.

١. وأثنا الموضع الثاني: وهو ما لو ادعى البائع الخيار، بأنّ كانت العين في حال المشاهدة فاقدة الوصف، والبيع وقع عليها مع عدم الوصف، وصارت بعد ذلك واجدة له، وادعى البائع تقدّم وجود الصفة على البيع والقبض، والمشتري يدّعي التأخّر، فظاهر كلام المصنّف أنّ الأصل مع الباقي، وصرح كلام المحقق النائي^٣ بذلك. ولكن الحقّ أنّ الأصل مع المشتري، إذ مضافاً إلى أصالة اللزوم، تجري أصالة عدم التغيير، وعدم وجود الوصف إلى حين البيع، ولا تعارضها أصالة عدم البيع إلى زمان التغيير، إذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف.

٢. قوله: (ولو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما تكفى في قبضه التّخلية).

لا على قصد تملיקه عند الوجود ولا على قصد تملك بده مثلاً أو قيمته غير معقول، ومجرد إنشائه باللّفظ لغو عرفاً يصبح مع العلم دون الجعل بالحال، فإذا شكتنا في وجود العين حال العقد، فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم^١ لأنَّ التملك الحقيقي غير متحقق، والصوري وإن تحقق لكنه ليس بفاسد، إذ اللغو فاسد عرفاً أي قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجملة: الفاسد شرعاً الذي تنزع عنه فعل المسلم، هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع، فافهم.

هذا، فإنَّه قد غفل عنه بعضُ في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الراهن على رجوع

أقول: لم يعلم وجه تعرّضه لهذا الفرع في المقام، وعلى كلّ حال لا تجري الأصول الموضوعية في شيء من الطرفين في المقام، من غير فرق بين الجهل بالتاريخ والعلم به للمثبتية، فإنَّ استصحاب بقاء العين إلى حين البيع، لا يترتب عليه الأثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تملك مال بعوض، كما أنَّ استصحاب عدم البيع إلى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعاً على المعدوم، فلا محالة يشك في تتحقق البيع وعدمه، وبالتالي يشك في انتقال الثمن عن المشتري وعدمه والأصل يقتضي عدم الانتقال وبقاء ملك المشتري على الثمن.

١. وقد يتوهّم: أنَّه تجري أصالة الصحة في البيع، لأنَّه لو كان المبيع معذوماً يكون البيع فاسداً وبلا أثر، ولو كان موجوداً يكون صحيحاً وأصالة الصحة تقضي بالصحة، وهي حاكمة على أصالة بقاء ملك المشتري على الثمن.

ولكنته فاسد، من جهة اختصاص دليل أصالة الصحة بما إذا شك في الصحة والفساد، بعد إثبات أصل العمل الموصوف بالصحة، لا لأنَّه لا يعقل الشك في الوصف إلا مع إثبات الموصوف، بل لأنَّ دليلاً للتعيّن إنما يتکفل التعيّن بالوصف دون التعيّن بالموصوف وإثباته، فلا تعيّن بالوصف إلا مع إثبات الموصوف.

المرتهن عن إذنه في البيع وتأخيره عنه، حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن، لأنّ^١ الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً لعدم مصادفته محلّاً يؤثّر فيه، نعم لو تحقّقت قابلية التأثير عقلاً، أو تحقّق الإنشاء الحقيقي عرفاً، ولو فيما إذا باع بلا ثمن^٢، أو باع ما هو غير مملوك، كالخمر والخنزير وكالتالّف شرعاً كالغريق والمسروق أو معدوم قصد تملّكه عند وجوده، كالثمرة المعدومة، أو قصد تملّيك بدله مثلاً أو قيمته كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو^٣ أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك في بدله، تحقّق مورد الصحة والفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شك في أن العقد الخارجي منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

وفي المقام بما أتّه يشاك في أصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح وال fasid لأنّه إذا كان المبيع معديماً لم يكن ما وقع بيعاً ولو عرفاً، فلا يكون مجرّى لأصالة الصحة.

١. قوله: (حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن).

المتمسّك هو صاحب الجوهر^٤، وقد حقّقنا في رسالة القواعد الثلاث، أتّه لا تجري أصالة الصحة فيه، من جهة أنّ الرجوع إذا وقع بعد البيع لا يتّبع عليه شيء، لعدم كونه قابلاً للتأثير، ومن شرائط جريانها قابلية التأثير عقلاً.

٢. قوله: (ولو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك).

البيع بلا ثمن كالبيع بلا مبيع بعد فرض تقوّم البيع بالعواضين، ولو شك فيه لا تجري أصالة الصحة لعين ما تقدّم.

٣. قوله: (كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه).

إن قلنا إنّ حقيقة الضمان كون التالّف بشخصه في العهدة إلى حين الأداء، صحّ البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع.

وإن قلنا إنّ حقيقته انتقال المثل أو القيمة إلى الذمة، كان بيعه بعد التلف بيعاً لما لا وجود له، وقد مرّ عدم جريان الأصل لو شك في ذلك.

مسألة: لابد من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك^١، كما في كل وصف يكون كذلك، إذ لا فرق في توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف، وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد، ويُغنى الوصف عن الإختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها، فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك التحول من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف.

لزوم الاختبار

مسائل :

١. الأولى: لابد وأن يختبر الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف، وذلك لدفع الغرر.
ونفصيل القول في هذه المسألة: إنّه تارةً تختلف قيمة الشيء باختلاف أوصافه الثلاثة، وأخرى لا تختلف.
وعلى الأول: قد يكون واحد الوصف صحيحاً وفائدته فاسدةً وقد يكونان معاً من مراتب الصحيح.

أما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع، مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشتراط ولو ضمني للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسداً أو متّماً لا مالية له المترقبة من ذلك الشيء، وبين كونه معيّناً.

وهناك قول آخر، وهو القول بصحّة البيع اعتماداً على أصالة السلامة.

وفيه: إنّه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء ولا من الشرع.

أما الأول: فلا نّهم في أمرائهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها.

وما اعترف به المصنّف^٢ من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طروع المفسد، غير سديد، لأنّهم في ذلك المورد أيضاً لا يبنون عليها مع عدم الإطمئنان، وما يرى من إيقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته إنّما يكون من جهة الشرط الضمني. وسيأتي الكلام فيه.

وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقه والشامة. نعم، لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعلام صحته وفساده، جاز شرائتها بوصف الصحة، كما في الدبس والدهن مثلاً، فإن المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها وفسادها، وإطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته^١ بالوصف، محمول على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخل في الصحة، لا الرائحة على الصحة التي يختلف بها القيمة، بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائتها من دون اختبار ولا وصف، بناءً على أصلالة الصحة، وكيف كان فقد قوى في «الستائر» عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفاصاً للمشهور المدعى عليه الإجماع في «الغنية»، قال: (يمكن أن يقال: إن بيع العين المشاهدة المرئية، لا يجوز أن يكون بالوصف، لأنّه غير غائب، فيباع مع خيار الرويّة بالوصف. فإذا لابد من شمه وذوقه لأنّه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف وهذا أقوى)، انتهى.

وأما الثاني: فلأنّ ما يتوجه كونه دليلاً عليها، ليس إلا الإستصحاب، وهو لا يجري في المقام، لأنّ الأثر متربّ على الإحراز دون المتيقّن.

١. قوله: (إطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف). الكلمات بأنفسها مقصورة على صورة التمكّن من التوصيف، ولا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك، لعدم الانضباط، لأنّه من البديهي أنّ المراد بالتوصيف تعين الصفات للمشتري لامجرّد ذكرها كما هو واضح.

كما لا ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالإختبار أو غيره، أو إخبار البائع به إن كان مؤتمناً، أو اشتراط وجوده ولو بالشرط الضمني لإرتفاع الغرر بجميع ذلك.
أما بالأول: فواضح.

وأما بالثاني: فلما دلّ على حجية خبر الواحد في الموضوعات^(١)، وما دلّ على كفاية إخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتمناً^(٢) بعد إلغاء خصوصيّة المورد.

(١) الحجرات آية ٦. (٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

ويضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً، بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف، بناءً على أصالة الصحة وفacaً للفاضلين ومن تأخر عنهم، لأنّه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة. ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجمالاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرّ البائع بالبراءة من العيوب. وأما رواية محمد بن العيسى: «عن الرجل يشتري ما يذاقه أىذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم، فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري» فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه، ثم إنّه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفید والقاضي وسلام وابن حمزة،^١ قال في «المقنعة»: (كل شيء

وأما بالثالث: فإن كان الشرط صريحاً واضح، وإن كان ضمنياً - أي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها - فلما تقدم إجمالاً، وسيأتي تفصيله من أنه بحكم ذكر الشرط، وليس من قبيل البناء القلبي المجرد كي يُقال إنّه لا عبرة به في باب العقود والإيقاعات.

وخبر محمد بن العيسى المذكور في المتن، لا يدلّ على لزوم الإختبار، فإنه سؤالاً وجواباً في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه.

وأما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجري فيه طابق النعل بالنعل، والفرق بينهما أنه لا مجال في هذا القسم لإحتمال الإستناد إلى أصالة السلامـة.

وأما في القسم الثالث: فالظهور صحة البيع مع الجهل بالوصف، وإن لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

١. ثم إنّه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفید.

ظاهر كلمات هؤلاء كصریح الحلى تعین الاختبار، وعدم كفاية التوصیف، كما أنّ مقتضى إطلاق کلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة وساير الأوصاف التي تنضبط بالتوصیف.

(/) الوسائل - باب ٢٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

من المطعومات والمشومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له، كالأدھان المختبرة بالشم، وصنوف الطيب والحلوات المذوقة، فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار، فإن ابتعي بغير اختبار كان البيع باطلًا، والمتبایعن فيها بالخيار^١، فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس) انتهى.

وعن القاضي: (إنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في رده له على البائع)، والمحكي عن سلار وأبي الصلاح وابن حمزة إطلاق القول بعد صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار، من غير تعرض لخيار المتبایعين كالمفید أو للمشتري كالقاضي.

ثم المحكي عن المفید وسلام أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة، وعن «النهاية» و«الكافي» أن بيعه جائز على شرط الصحة، أو البراءة من العيوب^٢.

وعن القاضي: (لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب). قال في محكي «المختلف» بعد ذكر عبارة القاضي: (إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين. إما الصحة أو البراءة من العيوب، وليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع سواءً شرط أحدهما أو خلّى عنهما أو شرط العيب).

والظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارة الشیخین حيث قالا: (إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة)، ومقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز، لأن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

١. قوله: (المتبایعن فيها بالخيار).

والمراد بالخيار هنا هو الخيار في إحداث بيع جديد، وأن لهم ذلك، لا الخيار المصطلح - وذلك للتصریح قبله ببطلان البيع من دون اختبار وكذلك بعده - ولنسبة الخيار إلى المتبایعين، ولو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب إليه أحدهما لا كليهما.

٢. قوله: (إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب).

المراد بالبراءة من العيوب، براءة المبیع منها، فيكون عطف تفسیر لشرط الصحة

أقول: ولعله لذكرة بيان أن مطلب الشَّيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد، كما عبر في «القواعد» فيما يفسد الاختبار بقوله: (جاز شرط الصحة) لكن الإنصاف أنَّ الظاهر من عبارتي «المقنعة» و«النَّهاية» ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبر في عبارة «المقنعة» من أولها إلى آخرها، وعبارة «النَّهاية» هنا هي عبارة «المقنعة» بعينها فلاحظ.

وظاهر الكلّ كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلّي، فلا يكفي ذكر الأوصاف فضلاً عن الاستغناء عنها بأسالة السلامة، ويدلّ عليه أنَّ هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبائرهم المتقنة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسد الاختبار، وإن فهم في «المختلف» خلاف ذلك، لكنَّ قدمنا ما فيه، فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط^١ خصوصية طعمها وريحها بالوصف.

والظاهر أنَّ ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامة من العيب، إلا أنَّ تخصيصهم الحكم بما لا يفسد الاختبار^٢ كالشاهد على أنَّ المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما أنَّ مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كذلك غالباً، ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

لا براءة البائع عن عهدة العيوب، فإنَّ هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجباً لصحة البيع لو كان باطلاً بدونه للجهالة والغرر، لأنَّه لا يرفعهما لو لم يؤكّد.

١. قوله: (فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط).

حاصله: أنَّه من إفتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسد الاختبار، يستكشف أنَّه يكفي في رفع الغرر، وحيث أنَّه لا يمكن البناء على كفایته في رفع الغرر في مورد دون آخر، فيعلم من ذلك أنَّ ما أفتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسد الاختبار، إنما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف إلَّا بعد الاختبار، وهو ما إذا كانت الصحة ذات مراتب، ولا يمكن تعين مرتبة منها إلَّا بعد سبق الاختبار.

٢. قوله: (إلَّا أنَّ تخصيصهم الحكم لما لا يفسد الاختبار... مناط السلامة).

حاصل ذلك: أنَّه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به، يعلم أنَّ الفساد المنفي تارةً والمثبت أخرى واحد وهو ما يقابل الصحة.

وكيف كان، فإن كان مذهبهم تعين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم منا ولا من الأصحاب، وإن كان مذهبهم موافقاً للحلي^١ -بناءً على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب - فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية. وإن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار والوصف، وإن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت أنَّ الظاهر من حالهم وحال غيرهم، عدم التزام ذكر الأوصاف الراجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الاعيان الشخصية.

ويمكن أن يُقال: - بعد منع جريان أصالة السلامة في الاعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرُو المفسد^٢ ، مع أنَّ الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم، ولا من الشرع لعدم الدليل عليه - أنَّ السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة^٣ على جهة الركينة للمال، كالحلواة في الذبس، والرائحة في الجلاب، والحموضة في الخل وغير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالية، فلابدَ في دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، وحيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة، فلابدَ من الاختبار أو الوصف، أو الاعتقاد

وفيه: إنَّ ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته، يفسد باختبار مراتب صحته، فلا شهادة في هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

١. قوله: (إِنْ كَانَ مَذْهَبُهُمْ مُوافِقاً لِلْحَلَّيِ)، قد عرفت أنَّ الأظهر ذلك فراجع.

٢. قوله: (إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ الشَّكُ فِي طَرْوَ الْمَفْسَدِ).

قد عرفت أنه لا بناء من العقلاء حتى في هذا المورد.

٣. قوله: (إِنَّ السَّلَامَةَ مِنَ الْعَيْبِ الْخَاصِ مَتَى مَا كَانَتْ مَقْصُودَةً).

محصل هذا التفصيل: أنَّ السلامة ان كأن فواتها موجباً لفوات معظم المالية، وكانت هي مقصودة على وجه الركينة، لزم إحرازها حين البيع، ويبطل بدونه، ولا يصحّ الاعتماد على أصالة السلامة - وإن لم تكن كذلك أي لم تكن مقومة للمالية فلا تكون متعلقة للغرض النوعي المعجمي من العقلاء - كما لم يجب إحرازها.

بوجودها لأمارةٍ عرفيةٍ مُغنية عن الاختبار والوصف، ومتى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب إحرازها. نعم، لـما كان الإطلاق منصراً إلى الصحيح^١، جاء الخيار عند تبيّن العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النّقد لا التّسيّة، وانصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد في إحراز الصحة والبناء عليها على أصلّة السّلامه.

وبعبارة أخرى: الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممّن لا تحيس في سنّ الحيض، ومثل هذا لا يعتبر إحراز السّلامه عنه، وقد يستلزم ككون الجارية خنثى، وكون الذّابة لا يستطيع المشي أو الرّكوب والحمل عليه، وهذه ممّا يعتبر إحراز السّلامه عنها، وحيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف. هذا وبيؤيد ما ذكرنا من التفصيل أنّ بعضهم - كالمحقّق في «النافع» والعلامة في «القواعد» - عنون المسألة بما كان المراد طעם أو ريحه. هذا، ولكن الإنصاف أنّ مطلق العيب^٢ إذا التفت إليه المشتري وشكّ فيه، فلا بدّ في رفع الغرر من إحراز السّلامه عنه إمّا بالإختبار وإمّا بالوصف وإمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف. إمّا لأجل الانصراف، وإمّا لأصلّة السّلامه من غير تفرقة بين العيوب أصلًا، فلا بدّ إمّا من كفاية الإطلاق في الكلّ للأصل والانصراف، وإمّا من عدم كفايته في الكلّ نظرًا إلى أنّه لا يندفع به الغرر إلا إذا حصل منه الوثوق، حتى أنّه لو شكّ في أنّ هذا العبد صحيح أو أنّه أجذم،

١. قوله: (نعم لـما كان الإطلاق منصراً إلى الصحيح).

هذا دفع اعتراض مقدر، وهو أنّه ما الوجه لثبت الخيار على هذا التفصيل، فإنّه في الصورة الأولى يبطل البيع، وفي الثانية يصحّ ولكن لا موجب له.

وحاصـلـ الجوابـ:ـ أنـ وجـهـ ثـبـوتـ الخـيـارـ فـيـ الصـورـةـ الثـانـيـةـ لـيـسـ مـنـ حـيـثـ الـاعـتمـادـ عـلـىـ أـصـالـةـ السـلامـةـ،ـ بـلـ لـاقـتضـاءـ إـطـلاقـ العـقدـ -ـ أـيـ الشـرـطـ الضـمنـيـ -ـ بـالـتـقـرـيبـ المـتـقـدـمـ ذـلـكـ.

٢. قوله: (ولكن الإنصاف أنّ مطلق العيب... إحراز السّلامه عنه).

هـذـاـ هـوـ الصـحـيـحـ عـلـىـ مـاـ تـقـدـمـ.

لم يجز البناء على أصالة السّلامـة إذا لم يـفـدـ الوـثـوقـ، بل لـابـدـ منـ الاختـبارـ أوـ وـصـفـ كـوـنـهـ غـيرـ أـجـذـمـ، وـهـذاـ إـنـ كـانـ لاـ يـخـلـوـ عـنـ وـجـهـ، إـلـأـ أـنـهـ مـخـالـفـ لـمـاـ يـسـتـفـادـ مـنـ كـلـمـاتـهـ فـيـ غـيرـ مـوـضـعـ مـنـ دـعـمـ وـجـوبـ اـخـتـبـارـ غـيرـ مـاـ يـرـادـ طـعـمـهـ أوـ رـيـحـهـ مـنـ حـيـثـ سـلـامـتـهـ مـنـ العـيـوبـ وـعـدـمـهـ.

مسـأـلةـ: يـجـوزـ اـبـتـيـاعـ ماـ يـفـسـدـ الاـخـتـبـارـ مـنـ دـونـ اـخـتـبـارـ ^١إـجـمـاعـاـ عـلـىـ الـظـاهـرـ،
وـالـأـقـوـىـ دـمـ اـعـتـبـارـ اـشـتـرـاطـ الصـحـةـ فـيـ الـعـقـدـ، وـكـفـاـيـةـ الـاعـتـمـادـ عـلـىـ أـصـالـةـ السـلـامـةـ ^٢
كـمـاـ فـيـماـ لـاـ يـفـسـدـ الاـخـتـبـارـ، خـلـافـاـلـظـاهـرـ جـمـاعـةـ تـقـدـمـ ذـكـرـهـ مـنـ اـعـتـبـارـ اـشـتـرـاطـ الصـحـةـ

ثـمـ إـنـهـ فـيـ القـسـمـ الـأـوـلـ لـوـ تـبـيـنـ فـقـدـ الـوـصـفـ، فـإـنـ كـانـ الـفـاقـدـ مـمـاـ لـاـ مـالـيـةـ لـهـ بـطـلـ الـبـيعـ،
لـأـنـهـ حـيـثـنـذـ بـنـظـرـ الـعـرـفـ الـفـاقـدـ غـيرـ الـواـجـدـ حـقـيـقـةـ، فـمـاـ وـقـعـ عـلـيـهـ الـعـقـدـ لـاـ وـاقـعـ لـهـ، وـمـاـهـ
وـاقـعـ لـمـ يـقـعـ عـلـيـهـ الـعـقـدـ.

وـبـعـارـةـ أـخـرىـ: مـعـ دـمـ الـمـالـيـةـ لـلـبـيعـ، لـاـ يـصـدـقـ عـنـوانـ الـبـيعـ، وـإـنـ كـانـ الـفـاقـدـ مـعـيـباـًـ وـلـهـ
مـالـيـةـ أـيـضاـ، صـحـ الـبـيعـ وـثـبـتـ خـيـارـ الـعـيـبـ.

وـأـمـاـ فـيـ القـسـمـ الثـانـيـ، فـإـنـ كـانـ الـبـيعـ مـعـ اـشـتـرـاطـ وـجـودـ الـوـصـفـ - وـلـوـ ضـمـنـاـ - ثـبـتـ
خـيـارـ تـخـلـفـ الشـرـطـ، وـإـنـ كـانـ مـعـ الإـخـتـبـارـ أوـ إـخـبـارـ الـبـائـعـ لـمـ يـثـبـتـ الـخـيـارـ، لـاـ خـيـارـ
تـخـلـفـ الشـرـطـ لـعـدـمـهـ، وـلـاـ خـيـارـ الـغـبـنـ لـأـنـ مـورـدـهـ زـيـادـةـ الـقـيـمـةـ السـوـقـيـةـ أـوـ نـقـصـهـ، وـلـاـ
خـيـارـ الـعـيـبـ لـعـدـمـ كـوـنـهـ مـعـيـباـًـ.

حكم شراء ما يفسد الاختبار

١. قوله: (يجـوزـ اـبـتـيـاعـ ماـ يـفـسـدـ الاـخـتـبـارـ مـنـ دـونـ اـخـتـبـارـ).
محـصـلـ الـكـلـامـ فـيـ الـمـقـامـ: أـنـ الـأـوـصـافـ التـيـ تـخـتـلـفـ الـمـالـيـةـ باـخـتـلـافـهـاـ عـلـىـ قـسـمـيـنـ:
الـأـوـلـ: مـاـ يـوـجـبـ فـقـدـهـ كـوـنـ الـفـاقـدـ غـيرـ صـحـيـحـ.
الـثـانـيـ: مـاـ لـاـ يـوـجـبـ فـقـدـهـ ذـلـكـ، بـلـ يـكـونـ الـواـجـدـ وـالـفـاقـدـ مـنـ مـرـاتـبـ الـصـحـيـحـ.
أـمـاـ فـيـ الـأـوـلـ: فـيـجـوزـ الـبـيعـ مـعـ التـوـصـيفـ أوـ الإـشـتـرـاطـ وـلـوـ بـنـحـوـ الشـرـطـ الضـمـنـيـ، كـمـاـ
تـقـدـمـ فـيـماـ لـاـ يـفـسـدـ الاـخـتـبـارـ، وـلـاـ يـصـحـ الـبـيعـ بـدـونـ ذـلـكـ لـلـزـومـ الـغـرـرـ.
٢. وـأـمـاـ الإـعـتـمـادـ عـلـىـ أـصـالـةـ السـلـامـةـ، فـقـدـ عـرـفـتـ فـيـ الـمـسـأـلـةـ الـمـتـقـدـمـةـ مـاـ فـيـهـ.

أو البراءة من العيوب^١ أو خصوص أحدهما، وقد عرفت تأويل العلامة في «المختلف» لعبارة «الملقنة» و«النهاية» الظاهرتين في ذلك، وإرجاعهما إلى ما أراده من قوله في «القواعد»: (جاز بيعه بشرط الصحة) من أنه مع الصحة يمضي البيع ولا معها يتخير المشتري، وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر حتى إن قوله في «القواعد» ظاهر في اعتبار شرط الصحة، ولذا قال في «جامع المقاصد»: (وكما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقاً).

١. وأمّا ما عن جماعة من الإكتفاء بالبراءة من العيوب:
فإن كان المراد بها ما تقدّم وهو براءة المبيع من العيوب، فهو متين، إلا أنه يرجع إلى اشتراط الصحة.

وإن كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب.
فيرد عليه: أن ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، ولا وجه للقول بصحّة البيع معه.
وأمّا في القسم الثاني: فإن كان الوصف مما يمكن ضبطه وتصويفه اعتبار ذلك دفعاً للغرر، إلا جاز بيعه، وإن لم يكن الوصف محرزاً بلا اختبار، للإجماع على عدم لزومه.
والوجه في ذلك: إنما أنه لا يلزم الغرر من جهة أن لهذه الأمور عند العرف مالية معينة، وإن كان لو اكتشف كونها واحدة للوصف تصير ماليتها أزيد، إلا أنه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية.

أو لأنّه على فرض لزوم الغرر، السيرة القطعية المستمرة توجب تحصيص دليل الغرر^(١).

والظاهر أن نظر صاحب الجوهر^٢، المدعى للسيرة على بيع ما يفسده الإختبار بمجرد المشاهدة إلى هذا القسم.

وأمّا في القسم الأول فقد عرفت أنه يمكن أن تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

وكيف كان، فإذا تبيّن فساد البيع،^١ فإن كان قبل التصرّف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفاسده قيمة كبيض النّعامة والجوز، تخّير بين الرّد والأرش، ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعُد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلّا للإحراق، فيحتمل قويّاً بطلان البيع، إن لم يكن لفاسده قيمة تبيّن بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بمتمول، وإن كان تبيّن الفساد بعد الكسر، ففي الأولى تبيّن الأرش خاصةً لمكان التصرّف، ويظهر من «المبسوط» قول بأنه لو كان تصرّفه على قدر يستطيع فيه فساد المبيع لم يسقط الرّد، والمراد بالأرش تفاوت ما بين صحيحه وفاسده الغير المكسور، لأنّ الكسر نقصٌ حصل في يد المشتري، ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمة، لأنّ العبرة في التّمّول بالفاسد الغير المكسور، ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التّمّول، ويبطل البيع في الثاني أعني ما لم

١. قوله: (وكيف كان فإذا تبيّن فساد البيع).

ومحصّل الكلام في المقام: أنه إن كان تبيّن الفساد قبل التصرّف بالكسر ونحوه، فربما يكون للفاسد مقدار من المالّية، ولكنّه أقلّ من مقدار الصحيح. وربما لا تكون له المالّية.

فإن كان له مقدار من المالّية، فإن كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح، كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلّا للإحراق، لا إشكال في فساد البيع، فإنّ ما وقع عليه العقد غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد.

وبعبارة أخرى: ما قصد لا واقع له، وما له واقع لم يقصد. وإن كان ذلك معيباً الصحيح، صحّ البيع، وثبت خيار العيب، وإن لم تكن له مالية بطل البيع لتقوّمه بتبدل المال.

وأمّا إن كان التبيّن بعد التصرّف بالكسر ونحوه، فإن كان للفاسد مالية، وكان مع الصحيح بنظر العرف واحداً لا وجه لبطلان البيع، ويسقط خياره للتصرّف، فيتعيّن عليه أخذ الأرش. ولو كان تصرّفه بالكسر بالمقدار اللازم في الإختبار، فهل يكون ذلك مانعاً عن الرّد أو لا ؟ وجهاً.

لا يبعد أظهريّة الثاني، فإنّ البيع بشرط الصحة يتضمّن شرط تقبّل الرّد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الإختبار، وليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرّف. وإن كان بنظر العرف مبايناً للصحيح بطل البيع،

يكن لفاسده قيمة، وفاقاً لـ «المبسوط» و«الستائر».

وظاهر من تأخر عنهم وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرّح به الشّيخ والحلبي والعلامة في «التذكرة»، مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات، وهو صريح جملة ممّن تأخر عنهم، وظاهر آخرين عدا الشهيد في «الدروس»، فإنّ ظاهره انفساخ البيع من حيث تبيّن الفساد لا من أصله^١، وجعل الثاني احتمالاً ونسبه إلى ظاهر الجماعة، ولم يعلم وجه ما اختاره. ولذا نسب في «الروضۃ» خلافه إلى الوضوح وهو كذلك، فإنّ الفاسد الواقعی إن لم يكن من الاموال الواقعیة، كان العقد عليه فاسداً.

وإن لم تكن للفاسد مالية، فالكلام فيه في موضع:

الأول: إنّ المبيع الفاسد الذي لا مالية لمكسوره كالبixin، هل له مالية قبل الكسر - من جهة أنّ العقلاء يبذلون بإزائه المال رجاء للسلامة، وليس المال إلّا ما يبذل بإزائه المال - أم ليس له مالية نظراً إلى أنّ الماليّة تتبرّع من كون الشيء موضوعاً لأثر يميل العقلاء إليه، ويكون مورداً لرغبتهم ؟ وجهاً.
أقواماً الثاني، وعليه فيكون البيع في الفرض باطلًا من أصله، من جهة انكشاف عدم الماليّة.

الثاني: أنه على تقدير الماليّة قبل الكسر:

١. هل ينفسخ البيع من حين الكسر وتبيّن الفساد - ما عن الشهيد^٢ نظراً إلى أنّ الخروج عن الماليّة بالكسر حيث أنه لأمر سابق على العقد فيكون مضموناً على البائع -. أم لا ينفسخ من جهة أنّ الخروج عن الماليّة ليس لأمر سابق وهو فساده، فإنه أوجب نقصاً في الماليّة، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلاً، وجهاً: أقواماً الثاني.
إإن قلت: إنه يمكن تصحيح كلام الشهيد^٢ بأن يقال إنه بالكسر يظهر العيب، فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتاً قطعاً، وفي ذلك الحين يتلف المبيع، فيكون تالفاً في زمان الخيار، فتشمله قاعدة: (التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له)^(١).
قلت أولاً: إنّ الكسر إتلاف لا تلف، والقاعدة مختصة بالتلف.
وثانياً: إنّها مختصة بالخيارات الزمانية بأنفسها، وختار العيب ليس زمانياً بذاته.

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

لأنَّ اشتراط تمويل العوضين واقعي لا علمي، وإنْ كان من الأموال الواقعية، فإنَّ لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في القيمة، لم يكن هنا أرث ولا ردٌ، بل كان البيع لازماً، وقد تلف المبيع بعد قبضه. وإنْ كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح وال fasد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهُمَّ إِنَّمَا أَنْ يقال: إِنَّهُ مَالٌ واقعيٌ إِلَى حِينَ تَبَيَّنَ الْفَسَادُ، فَإِذَا سُقِطَ عَنِ الْمَالِيَّةِ لِأَمْرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَدْدِ وَهُوَ فَسَادُهُ وَاقِعًاً، كَانَ فِي ضِمَانِ الْبَايْعِ، فَيُنْفَسِخُ الْبَيْعُ حِينَئِذٍ، بَلْ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بَعْدَ الْانْفَسَاخِ، فَيُجَوزُ لِهِ الْإِمْضَاءُ، فَيَكُونُ الْمَكْسُورُ مَلْكًا لَهُ وَإِنْ خَرَجَ عَنِ الْمَالِيَّةِ بِالْكَسْرِ، وَحِيثُ أَنَّ خَرُوجَهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ لِأَمْرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَدْدِ كَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْبَايْعِ^٢، وَتَدَارِكَ هَذَا الْعَيْبُ أَعْنَى فَوَاتِ الْمَالِيَّةِ، لَا يَكُونُ إِلَّا بَدْفُعِ تَامَّ الثَّمَنِ، لَكِنْ سِيجِيَّهُ مَا فِيهِ مِنْ مُخَالَفَةِ الْقَوَاعِدِ وَالْفَتاوَىِّ. وَفِيهِ وَضُوحٌ كَوْنِ مَالِيَّتِهِ عَرَفًا وَشَرِعًا مِنْ حِيثِ الظَّاهِرِ.

الثالث: إنَّه على تقدير المالِيَّة قبل الكسر وعدم انفاسخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، أم يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمُعيب؟ وجهان:

أقوالهما الثاني، فإنَّ الموجب للأرث هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث

بعدَهُ.

- وَدَعْوَى: أَنَّ الْحَادِثَ فِي زَمَانِ الْخِيَارِ أَيْضًاً مَوْجِبًا لَهُ.
- مَنْدَفِعَة: بِأَنَّ الْحَادِثَ بِالْإِتَّلَافِ لَيْسَ مَوْجِبًا لَهُ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.
١. قَوْلُهُ: (لَمْ يَكُنْ هُنَا أَرْثٌ وَلَا رَدٌ).
 ٢. قَوْلُهُ: (وَحِيثُ أَنَّ خَرُوجَهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ لِأَمْرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَدْدِ كَانَ مَضْمُونًا).
- لَيْسَ مَرَادَهُ بِذَلِكَ ضِمَانَ الْمَعَاوِذَةِ كَيْ يَرِدَ عَلَيْهِ بِأَنَّ لَازْمَهُ انْفَسَاخَ الْبَيْعِ، وَالْمَفْرُوضُ عَدْمُهُ، بَلْ مَرَادَهُ ضِمَانَ الْغَرَامَةِ، نَظَرًا إِلَى مَنْشَأِ هَذَا الْعَيْبِ الْحَادِثِ الَّذِي هُوَ عَيْبُ السَّابِقِ.
- فَالصَّحِيحُ أَنْ يُورَدَ عَلَيْهِ: بِأَنَّ الْكَسْرَ مَوْجِبٌ لِنَقْصٍ مَقْدَارٍ مِنِ الْمَالِيَّةِ الْمُشَتَّرِكِ بَيْنَ

وأمّا إذا اكتشف الفساد، حكم بعدم المالية الواقعية من أول الأمر، مع أنه لو كان مالاً واقعاً، فالعيب حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المالية لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً. ولو سلم فهو كالأمرد يعمى بعد الاشتراك، والمريض يموت، مع أنّ فوات المالية يعد تلفاً لا عيباً. ثم إن فائدة الخلاف تظهر في ترتيب آثار ملكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد، وعن «الدروس» و«اللمعة» أنها تظهر في مؤونة نقله^١ عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه، وفي «جامع المقاصد»: (الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضي)، وتبعه الشهيد الثاني قال: (لأنه نقله بغير أمره، فلا يتوجه الرجوع عليه بها، وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم، إنما يتوجه مع الغرور، وهو منفي هنا لاشراكهما في الجهل)، انتهى.

واعتراض عليه: بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار.

وهنا قول ثالث نفى عنه البُعد بعض الأساطين، وهو كونه على البائع على التقديرتين، وهو بعيدٌ على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

هذا كلّه في مؤونة النقل من موضع الاشتراك إلى موضع الكسر.

الصحيح والمعيب ليس من شأن العيب السابق.

١. قوله: (وعن «الدروس» و«اللمعة» أنها تظهر في مؤونة نقله).

الأقوال والوجوه في المسألة ثلاثة :

الأول: أن المؤونة على البائع مطلقاً.

الثاني: أنها على المشتري كذلك.

الثالث: التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبيّن فعلى المشتري، وبين القول بانكشاف الفساد من الأول فعلى البائع.

والأشهر أنها على المشتري مطلقاً إلا مع صدق التغريب، فإنه يرجع المشتري حينئذ إلى البائع لقاعدة الغرور، أو كون النقل بأمره. أمّا رجوعه إلى البائع في المورددين فواضح، وأمّا عدم رجوعه في غيرهما فلعدم الموجب له.

وأمّا مؤونة نقله من موضع الكسر، لو وجب تفريغه منه^١ لمطالبة مالكه، أو لكونه مسجداً أو مشهداً، فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة: فالظاهر أنَّه على البائع على التقديرتين، لأنَّه بعد الفسخ ملكه، وأمّا لو لم يكن قابلاً للتمكُّن، فلا يبعد مؤاخذة المشتري به، وفي رجوعه على البائع ما تقدَّم في مؤونة نقله إلى موضع الكسر.

ثم إنَّ المحكى في «الدروس» عن الشَّيخ وأتباعه أنَّه لو تبرأ البائع من العيب^٢ فيما لا قيمة لمكسوره صَحَّ، قال: (ويشكل أنَّه أكل مال بالباطل)، وتبعه الشَّهيد والمحقق الثَّانيان.

١. قوله: (وأمّا مؤونة نقله من موضع الكسر).

تارةً: يكون لزوم النقل لحقَّ البائع من جهة أنَّ المكسور ماله ومتعلق حقَّه. وأخرى: يكون لحقَّ الله تعالى كما إذا كان في المسجد وكان بقائه فيه موجباً لهتكه. أمّا في الأوَّل: فمؤونة الرَّد على المشتري إلَّا إذا كانت المؤونة زائدة عما يقتضيه طبيعة الرَّد، فإنه إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رَدَ المال لا محالة، يكون دليلاً وجوب الرَّد أخصَّ من حديث لا ضرر، فيخصص به، وإن كانت زائدة عليه، كان مقتضياً حديث^(١) لا ضرر عدم وجوب البذل عليه.

وأمّا في الثاني: فمؤونة النقل كأصل وجوبه تكون على عامة المسلمين، وصيروارة المشتري سبباً لتوجيه التكليف لا توجُب اختصاص التكليف به، كما حَقَّقناه مفصلاً في الجزء الأوَّل من «فقه الصادق» في مبحث تنبيح المسجد.

٢. قوله: (لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره صَحَّ).

الظاهر أنَّ مراد الشَّيخ وأتباعه أنَّه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمئنان بالصحة والسلامة من الاختبار أو التوصيف أو غيرهما إذا تبرأ من العيوب، ثم تبيَّن الفساد بالكسر صَحَّ، وليس مراده تصحِّح البيع بالتبَّري، حتَّى يورد عليه بأنَّ ذلك موجب للزَّرْوم الغرِّ المبطل، أو يوجَّه بأنَّ المراد اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب. وعلى ما ذكرناه فإنَّ الدروس^(٢) عليهم بأنَّه أكلُّ للمال بالباطل إنَّما يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسر أي حين البيع.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ - ٤ - ٥.

وقد تصدّى بعض لتجيئه صحة اشتراط البراءة^١ بما حاصله: (منع بطلان البيع، وإن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن الأرش غرامة أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابلة من المثلث، ولذا يسقط بالإسقاط، ولا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبّري، وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع إذ المثلث يتحقق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك، يكون قداماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب، ولعله لذلك لم يعبروا ببطلان، وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالثلث، وفهم منه جماعة بطلان البيع، لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية، وإن لم يكن له قيمة، وهو أعمّ من بطلان البيع).

انتهى محصّله وفيه موقع للنظر، فإن المتراعضين للمسألة بين مصحح ببطلان البيع - كالشيخ في «المبسوط» والحلّي في «السرائر» والعلامة في «التنكرة»، معلّين ذلك بأنّه لا يجوز بيع ما لا قيمة له - وبين من صرّح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان، ويُكفي في ذلك ما تقدّم من «الدّرس» من أنّ ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر، واختار الانفصال من

١. قوله: (وقد تصدّى بعض لتجيئه صحة اشتراط البراءة).

المتصدّي للتوجيه هو صاحب الجوهر^٢، ويرد عليه: أنه إن أراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية، وأنّه يكفي المالية الظاهرة في صحة البيع.

ففيه: أنّ البيع إذا كان هو تبديل المالين، فمع عدم المالية الواقعية يتعمّن البناء على الفساد الواقعي.

وإن أراد أن ما لا قيمة لمكسوره يكون مالاً واقعاً قبل الكسر.

ففيه: ما تقدّم في أوائل هذه المسألة.

وإن أراد كفاية الملكية في صحة البيع ولا يعتبر المالية.

ففيه: ما تقدّم في الجزء الأول من هذا الشرح، في مسألة بيع ما لا منفعة له، وعرفت أنه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية.

وإن أراد أنه من حيث كونه محكوماً بالأرش المستوعب، فهو ذو مالية على أيّ تقدير.

ففيه: أنّ الأرش لا يوجب صيروحة المبيع مالاً.

حين تبيّن الفساد، فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش. بل ظاهر العلامة رحمه الله في «الذكرة» عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنّه بعد حكمه بفساد البيع معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية، قال: (وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأنّ الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة^١، وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكلّ الثمن عند فوات كلّ المبيع، ويظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن يختصّ، حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها)، انتهى.

هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان بناءً على ما ذكرنا من القطع بأنّ الحكم بماليّة المبيع هنا شرعاً وعرفاً حكم ظاهري، وتمول العوضين واقعاً شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حُرّاً أو ما بان حُمراً^٢ وغير ذلك، إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما، ثم إنّ الجمع بين عدم خروجه عن الماليّة وبين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم^٣، فلعله أراد الملكية، مضافاً إلى أنّ الأرش المستوجب للثمن لا يخلو تصوره عن إشكال، لأنّ الأرش كما صرّحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح والمعيب. نعم ذكر العلامة في «الذكرة» و«التحرير» و«القواعد» أنّ المشتري للعبد الجاني عمداً يتخيّر مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن أو طلب الأرش، فإن

١. قوله: (على سبيل استدراك الظلامة).

الظلامة هي ما للمظلوم عند الظالم، واستدراها تداركها إما باسترجاع عين ما يكون عنده أو بأداء ما يماثله.

٢. قوله: (ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حُرّاً).
الفرق بين المقام وبين بيع الحرّ والخمر بعد اشتراكهما في عدم الماليّة، أنّ الحرّ والخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام.

٣. قوله: (ثم إنّ الجمع بين عدم خروجه عن الماليّة، وبين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم).

يمكن الجمع بينهما بأنّ المراد عدم الخروج عن الماليّة قبل الكسر، كما تقدّم. نعم لا يمكن الجمع بينهما إن لو حظا في حال واحد.

استوعب الجنائية القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضاً، وقد تصدى «جامع المقاصد» لتوبيخه عبارة «القواعد» في هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد فراجع. وكيف كان، فلا أحد وجهاً لما ذكره، واضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشّيخ وأتباعه بصحّة البيع، واشترط البائع على المشتري البراءة من العيوب، وزعم أنّ معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفاً لاشتراط الصحة، وانت خير بفساد ذلك، بعد ملاحظة عبارة الشّيخ والاتباع. فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح في أنّ المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم أجده في كلام الشّيخين والمحكّي عن غيرهما تعرضاً لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره. ثم إنّه ربّما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب ^١ الغير المخرجة عن الماليّة أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحته وفساده لا يجوز، إلا بناء على أصلّة الصحة، واشترط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها، وقد صرّح العلامة وجماعه بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة، وسيجيء توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله.

مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة^٢، والفأر بالهمزة قيل جميع فأرة كتمر وتمرة، وعن «النهاية» إنّه قد لا يهمز تخفيفاً، ومستند الحكم العمومات^٣

١. قوله: (ثم إنّه ربّما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب بلزوم الغرر).
أقول: لا إشكال فيه إذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحاً غير غرري، لعدم الجهل به، والإطلاع على حاله بالاختبار ونحوه، وكان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب إذا ظهر الخطأ. نعم، يصحّ هذا الإشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر، فإنه يوجبه ولا يرفعه.

بيع المسك في الفأرة

٢. قوله: (المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة).

٣. مقتضى العمومات والسيرة جواز بيع ذلك.

الغير المزاحمة بما يصلح للتحصيص، عدا توهّم التجاسة^١ المندفع في باب التجاسات بالنّص والإجماع^٢، أو توهّم جهالته بناءً على ما تقدّم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة في دفع الغرر. ويندفع بما تقدّم من بناء العرف على الأصل في نفي الفساد^٣، وبناء الأصحاب على عدم التزام الإختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة. لكنّ خبير بأنّ هذا كلّه حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. وأما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلّا بالاختبار، فلا رافع له. نعم قد روى في «التذكرة» مرسلاً عن الصادق عليه السلام جواز بيعه لكن لم يعلم إرادة ما في الفارة. وكيف كان، فإذا فرض أنّه ليس له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالاحوط ما ذكروه من فتقه بإدخال خيط فيها بابرة، ثم إخراجه وشمّه.

واستدلّ لعدم الجواز بوجهين:

١. أحدهما: أنّه دم ولا يجوز بيع النجس.

٢. وأجاب عنه المصنف^٤ بأنّه ليس بنجس للنص^(١) والإجماع .

ويمكن أن يُجاب عنه: - مضافاً إلى ذلك بوجهين - :

أحدهما: عدم كونه نجساً إمّا للإستحالة، فتدبر. أو لأنّ المادة من أصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاصّ.

ثانيهما: إنّه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعة محلّلة معتدّ بها، كما تقدّم تفصيل القول في ذلك في الجزء الأول من هذا الشرح.

الوجه الثاني: إنّه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدّم.

وفيه: إنّه تارةً يحتمل الفساد، وأخرى لا يحتمل ذلك، ويكون الفاقد لوصف محتمل من مراتب الصحيح.

أما في الصورة الأولى فقد أفاد المصنف^٤ :

٣. أنّ بناء العرف على أصالة الصحة في نفي الفساد، وقد تقدّم ما في ذلك في المسألة السابقة.

والحقّ أنّه مع إخبار البايع بالسلامة إن كان مؤتمناً أو اشتراط الصحة ولو

(١) الوسائل - باب ٤٣ - من أبواب لباس المصلي - وباب ٩٥ و٩٧ - من أبواب آداب الحمام.

ثم لو شئه ولم يرض به، فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه، ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط والابرة مراراً؟ وجہ مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم^١، فال الأولى أن يباشر البائع ذلك فيشتم المشتري الخيط. ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف وهو كذلك، وصرح بعدم جواز بيع البيض في بطん الدجاج للجهالة وهو حسن، إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معناد من البيض من حيث الكبر والصغر.

بالشرط الضمني، صحيح البيع لارتفاع الغرر.

أما بالأول: فلما^(١) دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات، وما دل^(٢) على كفاية إخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتنماً بعد إلغاء خصوصية المورد. وأقا بالثاني: فلما تقدم في المسألة السابقة، وبدون ذلك لا يكون البيع صحيحاً للغرر. وأما في الصورة الثانية: فإن لم تختلف القيمة باختلاف الأوصاف، صحيح البيع بلا كلام لعدم الغرر، وإن كان يختلف به القيمة، فيصبح مع إخبار البائع أو الاشتراط ولو ضمناً، وبدونه يتحمل الوجهان: وجه البطلان لزوم الغرر، ووجه الصحة سيرة المتشرعة من التجار وغيرهم على البيع بدون الإختبار، والأحوط أن يختبر بفقههما بإدخال خيط فيها بإبرة ثم إخراجها وشممه.

١. قوله: (وجہ مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم).

وفيه: إنه يمكن القول بعدم الضمان، وإن قلنا بالضمان في تلك المسألة، فإن المشتري إن اختبر مع إذن البائع كان ظاهر ذلك هو المجانية وعدم ضمان النقص، وهذا بخلاف المقبوض بالسوم.

٢. قوله: (عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف).

الإشكال في بيع اللؤلؤ إنما يكون من جهتين:

الأولى: من جهة الجهل بالوجود .

الثانية: من جهة الجهل بالصفة .

وإنما يصح البيع مع التعارف إذا ارتفع الجهل من الجهاتين للتعرف، وإلا فلا يصح.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

(١) الحجرات: ٦.

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه^١ ، لأنّ ضم المعلوم إليه لا يخرجه عن الجهة، فيكون المجموع مجهولاً، إذ لا يعني بالمجهول ما كان كلّ جزء منه مجهولاً، ويترفع على ذلك أنه لا يجوز بيع سك الأجام ولو كان مملوكاً لجهالته، وإن ضم إليه القصب أو غيره، ولا اللبن في الضرع ولو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور، كما في «الروضة» وعن «الحدائق»، وخص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال، أو منضماً إلى المعلوم، وجوزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، وهو المحكي عن «المختلف» وشرح «الإرشاد» لفخر الإسلام و«المختصر»، واستحسنه المحقق والشهيد الثنائيان. ولعلّ المانعين لا يريدون إلا ذلك، نظراً إلى أنّ جهالة التّابع لا يوجب الغرر، ولا صدق اسم المجهول على المبيع عرفاً، حتى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول. فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول، خلافاً للشيخ في «النهاية»، وابن حمزة في «الوسيلة»، والمحكي عن الإسکافي والقاضي، بل في «مفتاح الكرامة»: (أنّ الحاصل من التّابع أنّ المشهور بين المتقدمين هو الصّحة)، بل عن «الخلاف» و«الغنية» الإجماع في مسألة السمك، واختاره من المتأخّرين المحقق الأردبيلي وصاحب «الكافية» والمحدث العاملي والمحدث الكاشاني. وحکى عن ظاهر «غاية المراد» وصريح حواشيه على «القواعد».

بيع المجهول منضماً إلى المعلوم

١. قوله: (لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه). الأقوال في المسألة - أي في بيع المجهول مع الضمية - ثلاثة:
 - أحدها: الجواز مطلقاً، ذهب إليه السيد في محكي «الإنتصار».
 - الثاني: ما هو المشهور بين الأصحاب وهو عدم الجواز كذلك.
 - الثالث: ما عن «المختلف» و«شرح الإرشاد» وغيرهما، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعاً للمعلوم فيصحّ البيع، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.
والحقّ يقتضي البحث في موضوعين:
 - الأول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

وحجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك واللبن وغيرهما: ففي مرسلة البزنطي التي أرسالها كوجود سهل فيها سهل^١، عن أبي عبدالله عليهما السلام، قال: (إذا كانت أجمة ليس فيها قصب آخر خارج شيئاً من سمك فباع وما في الأجمة). ورواية معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب»، والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة^٢. ورواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: يصيد كفأ من سمك تقول أشتري منه هذا السمك، وما في هذه الأجمة بكلّه وكذا».

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

أما الموضوع الأول: فملخص القول فيه، إن بعض النصوص يدلّ على أنه يصحّ بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البزنطي^٣ المذكور في المتن.

١. قوله: (التي إرسالها كوجود سهل فيها سهل).

أما كون إرسالها سهلاً فلأنّ المرسل هو البزنطي الذي لا يرسل إلا عن ثقة، ومن أصحاب الإجماع، وأما كون وجود سهل سهلاً، فلأنّ الأظهر عند جماعة الاعتماد على رواياته منهم «الوحيد».

ونحوه خبر أبي بصير^٤ المذكور في المتن، فإنّهما ظاهران في صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمّه إلى المعلوم بنحو الجزئية.

وفي المتن أنّ رواية^٣ معاوية بن عمار المذكورة فيه من هذا القبيل قال:

٢. (والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة).

وفيه: إنّ ظاهر الخبر شراء رقبة الأرض مع ما فيها من القصب، لا شراء السمك، فهو أجنبي عن المقام.

وجملة من تلك النصوص تدلّ على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة كموثّق سماعة^٤ المذكور في المتن، فتأمل فإنه قابل للحمل على الجهل بالوجود.

(١) (٣-١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢ و ٦ و ٥.

(٤) (٤) الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

وموْتَقَه سَمَاعَة، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَمَا فِي «الْفَقِيهِ»، قَالَ: «سَأَلَتْهُ عَنِ الْلَّبَنِ يُشْتَرِى وَهُوَ فِي الْضَّرْعِ؟ قَالَ: لَا، إِلَّا أَنْ يَحْلِبَ لَكَ فِي سُكْرَجَةٍ^١، فَيَقُولُ: اشْتَرِ مِنِّي هَذَا الْلَّبَنُ الَّذِي فِي الْاسْكَرْجَةِ وَمَا فِي ضِرْوِعِهَا بِثَمَنِ مُسَمَّى، إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْضَّرْعِ شَيْءٌ كَانَ مَا فِي السُّكْرَجَةِ»، وَعَلَيْهَا تَحْمُلْ صَحِيحَةُ العَيْصِ بْنِ الْقَاسِمِ، قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ رَجُلَ لَهُ نَعْمَ يَبْيَعُ أَلْبَانَهَا بِغَيْرِ كِيلٍ؟ قَالَ: نَعَمْ حَتَّى تَنْقَطِعَ أَوْ شَيْءٌ مِنْهَا، بَنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَرَادَ بِيَبْعَدُ الْلَّبَنَ الَّذِي فِي الْضَّرْعِ بِتَمَامِهِ^٢، أَوْ بَيْعَ شَيْءٍ مِنْهُ مَحْلُوبَ فِي الْخَارِجِ، وَمَا بَقِيَ فِي الْضَّرْعِ بَعْدِ حَلْبِ شَيْءٍ مِنْهُ. وَفِي الصَّحِيحِ إِلَى ابْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِي إِبْرَاهِيمِ الْكَرْخِيِّ، قَالَ: «قَلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ أَصْوَافَ مَائِةَ نَعْجَةٍ وَمَا فِي بَطْوَنَهَا مِنْ حَلْبٍ بِكَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا؟ قَالَ: لَا بَأْسَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَطْوَنَهَا حَلْبٌ كَانَ رَأْسَ مَالِهِ فِي الصَّوْفِ».

١. قولـهـ: (يـحـلـبـ لـكـ فـيـ سـكـرـجـةـ).

الـسـكـرـجـةـ مـعـرـبـ سـكـرـهـ، وـهـىـ بـالـفـارـسـيـةـ وـعـاءـ مـتـّـخـذـ مـنـ الطـيـنـ يـحـلـبـ فـيـ الـلـبـنـ.

وـصـحـيـحـ العـيـصـ^(١) الـمـذـكـورـ فـيـ المـتنـ.

٢. قولـهـ: (بـنـاءـ عـلـىـ أـنـ الـمـرـادـ بـيـعـ الـلـبـنـ الـذـيـ فـيـ الـضـرـعـ بـتـمـامـهـ).

وـفـيـهـ: إـنـ الـمـرـادـ بـالـاـنـقـطـاعـ إـنـ كـانـ هـوـ النـفـادـ، فـلـاـ تـعـرـضـ فـيـهـ لـاـعـتـبـارـ الضـمـيمـةـ، إـذـ الـمـرـادـ حـيـنـئـذـ مـنـ قـوـلـهـ: (أـوـ شـيـءـ مـنـهـ) بـيـعـ بـعـضـ الـلـبـنـ.

وـإـنـ كـانـ الـمـرـادـ بـهـ الـاـنـفـصـالـ مـنـ الـضـرـعـ يـكـوـنـ الـمـرـادـ مـنـ قـوـلـهـ: (أـوـ شـيـءـ مـنـهـ) اـنـفـصـالـ بـعـضـ الـلـبـنـ وـبـيـعـهـ مـنـضـمـاًـ إـلـىـ مـاـ فـيـ الـضـرـعـ، إـلـاـ أـنـ الـجـزـءـ السـابـقـ وـهـوـ بـيـعـ جـمـيـعـهـ مـعـ الـاـنـفـصـالـ، بـيـعـ الـمـجـهـولـ وـلـمـ يـعـتـبـرـ فـيـهـ الضـمـيمـةـ.

فـمـاـ هـوـ ظـاهـرـ الـمـتـنـ مـنـ حـلـبـ الـاـنـقـطـاعـ عـلـىـ النـفـادـ - وـحـلـ (أـوـ شـيـءـ مـنـهـ) عـلـىـ حـلـبـ شـيـءـ مـنـ الـلـبـنـ، وـضـمـمـهـ إـلـىـ مـاـ فـيـ الـضـرـعـ - تـفـكـيـكـ بـيـنـ الـجـمـلـتـيـنـ، وـحـلـلـهـمـاـ عـلـىـ مـعـنـيـيـنـ لـاـتـقـابـلـ بـيـنـهـمـاـ أـصـلـاًـ.

وـبـعـضـهـ يـدـلـلـ عـلـىـ أـنـ بـيـعـ مـجـهـولـ الـوـجـودـ يـصـحـ مـعـ الضـمـيمـةـ، كـصـحـيـحـ الـكـرـخـيـ^(٢)

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع، حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

وموثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «في الرجل يتقبل بخراج الرجال جزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطير وهو لا يدرى، لعله لا يكون شيء من هذا أبداً، أو يكون، أيا شريه وفي أي زمان يشتريه ويقبل به؟ قال عليهما السلام: إذا علم من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به». وظاهر الآخرين كموثقة سعادة أن الضمية المعلومة إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في الأسکرجة غير معلوم بالوزن والكيل. وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع أن المشهور، كما عن «الحدائق» المنع عن بيع الأصوات على ظهور الغنم، بل عن «الخلاف» عليه الإجماع، والقائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخي، مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون إلى الأصوات، فتبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها^١، ومثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول، روایتا أبي بصير والبزنطي، فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون. ولذا جعلوه من الربويات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه، كالذي لا يدخل في الوزن لكثرته كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. وأما رواية معاوية بن عمّار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقرينة روایة أبي بصير والبزنطي اللتين عرفت حالهما، فتأمل.

المذكور في المتن، حيث أن المفروض فيه الجهل بالوجود، ونحوه موثق^(١) إسماعيل المذكور في المتن.

١. وأورد عليها المصنف^٢: بأنها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه إلى مجهول آخر، إذ الأصوات على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها، ولا يصح بيعها منفردة، والمستخرج والمتضمن من السمك اللذان تضمنهما مرسل البزنطي وخبر أبي بصير غير معينين، وما في الأسکرجة من اللبن غير معلوم الوزن، وعلى هذا فلم يفت أحد بضمونها، فلابد من رد علمها إلى أهلها.

وفيه: إن إطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شيء آخر، وهو تصحيح بيع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها، وهي جواز ضم المجهول إلى المعلوم وإن كان المعلوم غير مقصود، إلا حيلة لجواز نقل المجهول، فلا دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلّهم خلافه، فإنّا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كلّ مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم، وإن أريد الاقتصر على مورد النصوص - وهو بيع سمك الأحاجم، ولبن الضبرع وما في البطنون مع الأصوات - فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكلّ، من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم، وأصله من العالمة، قال في «القواعد» في باب شرط العوضين: (كلّ مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه، وإن انضمّ إلى معلوم. ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً)، انتهى.

وارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه، إلا أنّ مرادهم من المقصود والتابع غير واضح، والذي يظهر من مواضع من «القواعد» و«التذكرة» أنّ مراده بالتتابع ما يشترط دخوله في البيع^١، وبالمقصود ما كان جزءاً، قال في «القواعد» في باب الشرط في ضمن البيع: (لو شرط أنّ الأمة حامل والذابة كذلك صحيحة، أمّا لو باع الذابة وحملها

المجهول لا تصحّ بيعه الضمية، فلا مورد للتمسّك بإطلاقها من هذه الجهة.
وبعبارة أخرى: إنّ النصوص إنّما سبقت لبيان أنّه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضمية، وليس في مقام بيان ما يعتبر في الضمية، فلا يصحّ التمسّك بإطلاقها من تلك الجهة.

فالحقّ أنّها تدلّ على صحة بيع المجهول بالضمية، ولكن لا تختصّ تلك بصورة كون المجهول تابعاً، وتكون مختصة بموارد خاصة، وليس لها إطلاق أو عموم يتمسّك به للتعدي عنها.

وأثنا الموضع الأول: فإن لم يكن المجهول تابعاً لا كلام في البطلان للغرر.

وأثنا التابع فله معان:

١. المعنى الأول: ما عن العالمة في «القواعد» و«التذكرة»، وهو أنّ التابع ما أخذ

والجارية وحملها بطل، لأنَّ كُلَّمَا لَا يصحُّ بيعه منفراً لَا يصحُّ جزءٌ من المقصود ويصحُّ تابعاً، انتهى.

وفي باب ما يندرج في المبيع، قال: (الستادس: العبد، ولا يتناول ماله الذي ملَّكه مولاه، إِلَّا أَنْ يُسْتَثْنِي المشتري إِنْ قلنا إِنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ فَيَنْتَقِلُ إِلَى المشتري مع العَبْدِ، وَكَانَ جَعْلُهُ لِلْمُشْتَرِي إِبْقَاءً لَهُ عَلَى الْعَبْدِ، فَيُجَوِّزُ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولاً أَوْ غَائِباً). أَمَّا إِذَا أَحْلَنَا تَمْلِكَهُ وَبَاعَهُ وَمَا مَعَهُ صَارَ جَزءاً مِنَ الْمَبْيَعِ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ شَرَائِطُ الْبَيْعِ)، انتهى.

وبمثيل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزءاً، صرَّح في «التذكرة» في فروع مسألة تملك العَبْدِ وَعَدْمِه مُعْلِلاً بِكُونِه مَعَ الشَّرْطِ، كَمَاءَ الْأَبَارِ وَأَخْشَابِ السَّقْوَفِ.

وقال في «التذكرة» أيضاً في باب شروط العوضين: (لو باع الحَمْلَ مَعَ أُمِّهِ جازَ إِجْمَاعاً).

وفي موضع من باب الشرط في العقد: (لو قال بعْتَكَ هَذِهِ الدَّاْبَةَ وَحَمْلَهَا، لَمْ يَصْحَّ عَنْدَنَا، لَمَّا تَقْدَمَ مِنْ أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَصْحَّ جَعْلُهُ مُسْتَقْلًا بِالشَّرْاءِ وَلَا جَزَءًا).

وقال أيضاً: (ولو باع الحَامِلُ وَيُشَرِّطُ لِلْمُشْتَرِيِ الْحَمْلَ صَحٌّ، لَأَنَّهُ تَابِعٌ كَأَسَاسِ الْحَيْطَانِ، وَإِنْ لَمْ يَصْحَّ ضَمْمَهُ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْأُمِّ لِلْفَرْقِ بَيْنِ الْجَزَءِ وَالْتَّابِعِ).

وقال في موضع آخر: (لو قال بعْتَكَ هَذِهِ الشَّيْئَةُ وَمَا فِي ضَرْعَاهَا مِنَ الْلَّبَنِ، لَمْ يَجِدْ عَنْدَنَا).

وقال في موضع آخر: (لو باع دجاجة ذات بيضة وشرطها صَحٌّ، وَإِنْ جَعَلَهَا جَزءاً مِنَ الْمَبْيَعِ لَمْ يَصْحَّ).

شرطاً في المبيع في مقابل ما جعل جزءاً منه، وعليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة في صورة الإشتراط بين أن يكون الشرط أصلًا في الغرض أو تابعاً، كما لا فرق في البطلان على الجزئية بين الصورتين.

وأورد على ذلك المحقق الثاني: بأنَّ هذا الفرق ليس بشيء، لأنَّ العبارة لا أثر لها.

وردَّ المحقق النائي^{نهج}: بأنَّ الجزء يقسِّط عليه الثمن، فإذا كان مجھولاً يفسد البيع،

وهذا بخلاف الشرط، فإنَّ الثمن يقع بإزاره المشروط، وهو معلوم.

وفيه: تارةً يكون الإلتزام البيعي أجنبياً عن الإلتزام الشرطي، وإنما أخذ الأول

وهذه كلّها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية، من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. وقد ذكر هذا المحقق الثاني في «جامع المقاصد» في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: (وما قد يوجد في بعض الكلام من أنّ المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح، وإن اشترط صحّ ونحو ذلك، فليس بشيء، لأنّ العبارة لا أثر لها، والمشروط محسوب من جملة المبيع، وأنّه لو باع الحمل والأمّ صحّ البيع، ولا يتوقف على بيعها، واشتراطه) انتهى.

وهو الظاهر من الشهيدين في «اللمعة» و«الروضة» حيث اشترطا في مال العبد المشرط دخوله في بيته، استجماعه لشروط البيع، وقد صرّح الشّيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال، وعن الشّهيد: (لو اشتراه وماله صحّ، ولم يشترط علمه، ولا التفصي من الرّبا إن قلنا إنّه يملك، وإن أحلاه ملكه اشتراط). قال في «الدّرس»: (لو جعل الحمل جزءاً من المبيع، فالأقوى الصحة، لأنّه بمنزلة الاشتراط، ولا يضرّ الجهة لأنّه تابع)، انتهى. واختاره «جامع المقاصد».

ثم التّابع في كلام هؤلاء، يحتمل أن يراد به ما يعده في العرف تابعاً، كالحمل مع الأمّ، واللبن مع الشّاة، والبيض مع الدّجاج، ومال العبد معه، والباغ في الدّار، والقصر في البستان، ونحو ذلك^١ مما نسب البيع عرفاً إلى المتبع لا إلىهما معاً، وإن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتّابع خاصة، كما قد يتّفق في حمل بعض أفراد الخيل.

ظرفًا للثاني خاصة، من جهة أنّه لا عبرة بالإلتزام الإبتدائي، كما لو كان الإلتزام البيعي لزيادة الشرطيّ لعمره، وأخرى يكونان مرتبطين.

أمّا في الصورة الأولى: فيتم ما أفاده المحقق النّائيني^٢.
ولا يتمّ في الثانية، فإنّ المبيع وإن كان معلوماً إلا أنّه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط وعدمه، لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك.

١. المعنى الثاني: ما يظهر من الشهيدين والمتحقق الثاني، وهو أنّ التّابع هو ما يعده العرف من التوابع، كمفتاح الدار وحمل الأمّ والبيض الذي في جوف الدجاجة، ونحوها.

وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات، كما تقدم عن «التروس» و«جامع المقاصد»، من صحة بيع إلام وحملها، لأن الحمل تابع. قال في «جامع المقاصد» في شرح قوله المتقدم في «القواعد»: (ويجوز مع الانضمام إلى معلوم، إذا كان تابعاً) فإن إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة أخرى، إلا أن يقال: التبعية إنما تتحقق مع الأم، لأنّه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها ومثله زخرفة جدران البيت)، انتهى.

وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام في المقام، إلا أن يريد مثال الأجزاء لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدم من اعتبارهم العلم في مال العبد، وفaca للشيخ الله، مع أنّ مال العبد تابع عرفي، كما صرّح به في «المختلف» في مسألة بيع العبد واشتراط ماله، ويحتمل أن يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتباهيدين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره، وإن لم يكن تابعاً عرفياً، كمن اشتري قصب الأجاج وكان فيها قليل من السمك، أو اشتري سمك الأجاج وكان فيها قليل من القصب، وهذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة، لكن لم يتھيأ له شراؤه إلا في ضمن قصبة الأجاجة، والأول هو الظاهر من مواضع من «المختلف» منها في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه^١، حيث حمل روایة سماعة المتقدمة على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير أصلاً، والذي في الضرع تابعاً.

وعلى هذا أيضاً لا نظر إلى الغرض الشخصي أو النوعي.

والأظهر في التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزءاً للمباع، وبين ما لو أخذ شرطاً. وفي الأول جهالته موجبة للغرر، وفي الثاني لا توجب ذلك. والشاهد على هذا التفصيل هو أهل العرف، فإنّهم يفرّقون في صدق الغرر بين الموردين.

ثم إنّ التابع بهذا المعنى قسمان:

القسم الأول: ما لا يدخل في ملك المشتري لو لم يصرّح في العقد.

القسم الثاني: ما يكون بناء العرف والعقلاء على تبعيته في الملكية للمباع ما لم يصرّح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

١. ثالثها: ما يظهر من العلامة في «المختلف»، وهو: أنّ المراد بالتابع ما يكون تابعاً

وقال في مسألة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة: (والمعتمد أن نقول إن كان الحمل تابعاً صحيحاً البيع، كما لو باعه الأم وحملها، أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن، وضمّ الحمل فهذا لا يأس به وإنما كان باطلأ).

وأثنا ااحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهداً إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم، ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات «المختلف» عليه كما لا يخفى، وربما احتمل بعض بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً، كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما ولو لتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم، الذي هو وإن سمي ضميمة لكنه المقصود في تصحيح البيع^١، قال: ولا ينافي كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض، بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التوابع والتوافق، لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله وعدم حصوله كما أومى إليه في ضميمة الآبق وضميمة الثمر على الشجر، وضميمة ما في المشروع وما في الآجام)، انتهى.

ولا يخفى أنه لم يوجد عبارة من عبائرهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد بالتتابع جعل المجهول شرطاً، والمعلوم مشروطاً، في يريد ما تقدم عن «القواعد» و«التذكرة»، ولا أظن

بالنسبة إلى الغرض من المعاملة، سواء أكان غرضاً نوعياً أو شخصياً، مثل ما لو اراد شراء السرج وكان مالكه لا يبيعه بدون الفرس فاشتراهما معاً، فإن الفرس تابع بهذا المعنى، والظاهر أن جهالة التابع بهذا المعنى مضرّة وموجبة للغرر.

١. رابعها: ما يظهر من المحقق القمي وصاحب الجواهر، وهو أن التابع ما هو كذلك في الجعل والتبايني وإن كان هو المقصود بالأصلية، وإنما يجعل تبعاً تخلصاً عن الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه

إرادة ذلك من كلامه بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة في الموارد المتفرقة، والأوفق بالقواعد أن يُقال: أَمَا الشَّرْطُ وَالْجُزْءُ فَلَا فَرْقٌ بَيْنِهِمَا مِنْ حِيثِ لِزُومِ الْغَرْرِ بِالْجَهَالَةِ، وَأَمَا قَصْدُ الْمُتَبَايِعِينَ بِحَسْبِ الشَّخْصِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ غَيْرَ مُؤْثِرٍ فِي الْغَرْرِ وَجُودًا وَعَدَمًا، لَأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَدِيثِ الْغَرْرِ مِنْ كَلْمَاتِهِمْ عَدَمُ مُدْخَلَيَّةِ قَصْدِ الْمُتَبَايِعِينَ فِي الْمَوَارِدِ الشَّخْصِيَّةِ، بَلْ وَكَذَلِكَ قَصْدُهُمَا بِحَسْبِ النَّوْعِ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذُكِرَ فِي «الْمُخْتَلِفَ» مِنْ كُونِ قِيمَةِ الْمَعْلُومِ تَقْارِبُ الثَّمَنِ الْمَدْفُوعِ لَهُ وَلِلْمَجْهُولِ.

وَأَمَا التَّابِعُ الْعَرْفِيُّ فَالْمَجْهُولُ مِنْهُ وَإِنْ خَرَجَ عَنِ الْغَرْرِ عَرْفًا، إِلَّا أَنَّ الْمَجْعُولَ مِنْهُ جُزْءٌ دَاخِلٌ ظَاهِرًا فِي مَعْدِلِ الإِجْمَاعِ عَلَى اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ بِالْمَبِيعِ الْمُتَوَقَّفِ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَجْمُوعِ. نَعَمْ لَوْ كَانَ الشَّرْطُ تَابِعًا عَرْفِيًّا^١ خَرَجَ عَنْ بَيعِ الْغَرْرِ، وَعَنْ مَعْدِلِ الإِجْمَاعِ، عَلَى اشْتِرَاطِ كُونِ الْمَبِيعِ مَعْلُومًا فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، هَذَا كَلَّهُ فِي التَّابِعِ مِنْ حِيثِ جَعْلِ الْمُتَبَايِعِينَ.

وَأَمَا التَّابِعُ لِلْمَبِيعِ الَّذِي يَنْدَرُجُ فِي الْمَبِيعِ، وَإِنْ لَمْ يَنْضُمْ إِلَيْهِ حِينَ الْعِقدِ، وَلَمْ يَخْطُرْ بِبَالِ الْمُتَبَايِعِينَ.

فَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْخَلَافِ وَالْإِشْكَالِ فِي عَدَمِ اعْتِبَارِ الْعِلْمِ بِهِ، إِلَّا إِذَا اسْتَلَمَ غَرْرًا فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ، إِذَا الْكَلَامُ فِي مَسَأَةِ الضَّمِيمَةِ مِنْ حِيثِ الْغَرْرِ الْحَاصِلِ فِي الْمَجْمُوعِ، لَا السَّارِي مِنْ الْمَجْهُولِ إِلَى الْمَعْلُومِ، فَافْهَمُوهُمْ.

لِعَارِضِ بِايْقَاعِ الْعِقدِ عَلَى شَيْءٍ مَعْبَدٍ مَعْلُومٍ لَا نِزَاعٌ فِيهِ وَيَجْعَلُ ذَلِكَ مِنَ الْلَّوَاحِقِ. وَالظَّاهِرُ عَدَمُ كَفَايَةِ ذَلِكِ، وَإِلَّا لَزَمْ تَحْوِيزُ بَيعِ كُلِّ مَجْهُولٍ. وَإِنْ شَئْتَ قُلْتَ: إِنَّ الْجَهَالَةَ تَوْجِبُ غَرَرِيَّةَ الْمُعَالَمَةِ، وَمَجْرِيدَ الْبَنَاءِ عَلَى كُونِهِ تَابِعًا لَا يَوْجِبُ رُفعَ الْغَرْرِ.

١. قَوْلُهُ: (نَعَمْ لَوْ كَانَ الشَّرْطُ تَابِعًا عَرْفِيًّا خَرَجَ عَنْ بَيعِ الْغَرْرِ). مَحْصُلُهُ: اعْتِبَارُ التَّبَعِيَّةِ فِي مَقَامِ الْوُجُودِ، وَفِي مَقَامِ الْجَعْلِ وَالْإِنْشَاءِ، بِأَخْذِهِ شَرْطًا لَا جُزْءَ، وَقَدْ مَرَّ أَنَّ هَذَا هُوَ الْأَظَهَرُ.

مسألة: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يتحمل **الزيادة والنقيصة**^١ على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة. بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع قال فيما حكى عنه: (نَصَّ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ الإِنذارُ لِلظُّرُوفِ بِمَا يَحْتَمِلُ الْزِيَادَةُ وَالنَّقِيقَةُ)، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول، واستثناء المجهول مبطل للمبيع، إلا في هذه الصورة، فإنَّه لا يبطل إجماعاً، انتهى.

والظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أول الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً، ثم إنَّ الأقوال في تفصيل المسألة ستة^٢:

الأول: جواز الإنذار بشرطين: كون المندر متعارف الإنذار عند التجار، وعدم العلم بزيادة ما يندره، وهو للنهاية وـ«الوسيلة» وعن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها وهو للتحريم.

الثالث: اعتبار العادة مطلقاً ولو علم الزيادة أو النقيصة، ومع عدم العادة فيما يحملهما، وهو لظاهر «اللمعة» وتصريح «الروضة».

الرابع: التفصيل بين ما يتحمل الزيادة والنقيصة فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة. وهو للمحقق الثاني ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصة.

السادس: إنطة الحكم بالغرر.

الإنذار للظروف

١. قوله: (يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقداراً يتحمل الزيادة والنقيصة).

هذا هو المشهور بين الأصحاب، وعن فخر الإسلام دعوى الإجماع عليه.

٢. وأما الأقوال التي نقلها المصطف فهو كما أفاده أقوال في تفصيل المسألة، والفرق بين هذه المسألة والمسألة الآتية واضح، حيث أنَّ محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه، ومحل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه.

ثم إن صورة المسألة أن يوزن مظروف مع ظرفه، فيعلم أنه عشرة أرطال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض، وقلنا بكفاية العلم بوزن المجموع، وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً - على ما هو مفروض المسألة ومعقد الإجماع المتقدم^١ - فتارةً يباع المظروف المذكور جملة بكل ذلك، وحينئذ فلا يحتاج إلى الإنذار، لأن الثمن والثمن معلومان بالفرض^٢، وأخرى يباع على وجه التسuir، بأن يقول: (بعتكه كل رطل بدرهم)^٣، فيجيء مسألة الإنذار للحاجة إلى تعين ما يستحقه البائع من الدرهم. ويمكن أن يحرر المسألة على وجه آخر، وهو أنه بعدما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً، فإنذار أي مقدر للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، والتراضي

١. قوله: (على ما هو مفروض المسألة ومعقد الإجماع المتقدم). والظاهر كما سيأتي أن مورد فتوى المشهور هو الإنذار بعد البيع، لتعيين ما يستحقه البائع، لا الإنذار حين البيع، ولا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع، وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً كما عرفت، فهذا ليس مفروض المسألة، ولا معقد الإجماع.

وكيف كان، فالكلام في المقام يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يستفاد من النصوص.

أما المقام الأول: فملخص القول فيه أن بيع المظروف يتصور على وجوه:

٢. أحدها: أن يوزن المظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكل ذلك. وفي هذه الصورة لا يحتاج إلى الإنذار، وقد حكم المصنف بصحة بيعه بناءً على كفاية العلم بوزن المجموع، وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً.

ولكن بناءً على هذا وإن كان يتم ما أفاده، إلا أن الكلام في المبني، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، وفي المقام وزنه غير معلوم، ومعلوميته وزنه منضماً إلى شيء آخر لا تكفي. فالظهور هو البطلان.

٣. ثانية: أن يوزن المظروف مع ظرفه، ثم يباع المظروف على وجه التسuir،

أو بغير ذلك. فالكلام في تعين المقدار المنذر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف^١ بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير، أو بإخبار البائع، وإلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين، حيث أنماط المقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر، واعتراض على ما في «القواعد». ومثلها من اعتبار التراضي في جواز إنذار ما يعلم زياته، بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصح عقداً، وتبعه في ذلك بعض أتباعه، ويمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة، حيث فرع استثناء المجهول من البيع على جواز الإنذار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إنذار مقدار معين، إذ الإنذار حينئذ لتعيين الثمن^٢، فتأمل:

وكيف كان، فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقين، فإن جماعة منهم - كما عرفت من الفاضلين وغيرهما - خصوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الإنذار لإحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض، وقد صرّح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو التقيصة بأن الإنذار من دون التراضي تضييع لمال أحدهما، ولا يخفى أنه لو كان اعتبار الإنذار قبل العقد لتصحيحه، لم يتحقق تضييع المال، لأن الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً، هذا مع أنه إذا فرض كون استقرار العادة على إنذار مقدار معين

بأن يقول: (بعثتكه كل رطل بدرهم)، فإن الكلام في هذه الصورة يقع في جهتين:

١. الأولى: في أنه هل يعتبر الإنذار قبل العقد لتصحيح البيع أم لا؟

٢. الثانية: في الإنذار للحاجة إلى تعين ما يستحقه البائع من الدراهم.

أما الأولى: فقد تقدم الكلام فيها في مسألة بيع صاع من صبرة، وعرفت أن الأظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

وأما الثانية: فالالأظهر هو الإكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع، وأن الإنذار في هذا المقام لا يضر، فلو عين مقداراً للظرف وتراضيا عليه مع احتمال الزيادة

يتحمل الزيادة والنقيصة^١، فالتراضي على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً، بل يكون كاشتراك زبادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادر في صحة البيع، مثلاً لو كان المجموع عشرة أرطال، وكان المعتاد إسقاط رطل للظرف، فإذا تراضياً على أن يندر للظرف رطلاً، فكانه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً ولو تراضياً على إندر نصف رطل، فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعه أرطال ونصف ثمناً للتسعه، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في إندر ما علم زيادته أو نقيصته، بأن التراضي لا يدفع غرراً، ولا يصح عقداً. وكيف كان، فالظاهر هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسألة تعين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول، كما عنون المسألة بذلك في «اللمعة»، بل نسبة في «الحدائق» إليهم لا من حيث إندر مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد والتواتر على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندر.

وذكر المحقق الأربيلـي رحمه الله في تفسير عنوان المسألة: (أن المراد إنـه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، بحيث يتحمل كونه مقدار الظرف لا أزيد ولا أقلـ، بل وإن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساـهل به عادةً، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع)، انتهى.

والنقيصة، فلا إشكال فيه، إذ البيع على الفرض تمام الأجزاء والشرائط، والتراضي إنـما يكون في مرحلة تسليم حق البائع، وفي هذا المقام كما له أن يبرء المشتري عن الثمن بتمامه أو بعضه، كذلك له التراضي على مقدار معين وإبراءه عن الزيادة لو كان، وللمشتري أيضاً أن يرضى بأن يأخذ البائع أكثر مما يستحقه.

١. قوله: (استقرار العادة على إندر مقدار معين يتحمل الزيادة والنقيصة).

هذا دفع لما أورده بعض الأساطين على من اكتفى بالتراضي في إندر ما يعلم زيادته، بأنـ التراضي لا يدفع غرراً، وحاصله أنه لو فرض استقرار العادة على إندر مقدار معين، فالتراضي على الزاـيد عليه أو الناقص يكون كاشتراك زيادة مقدار على المبيع غير قادر في صحة البيع، ولا يكون ذلك من الغرر في شيء.

فظاهره الوجه الأول الذي ذكرنا، حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الإنذار لأجل تعيين الباقى الذي يجب عليه دفع ثمنه.

وفي «الحدائق» في مقام الرد على من الحق النقيصة بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها، قال: (إن الإنذار حق للمشتري، لأنّه قد اشتري مثلاً مائة من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة قوله وله إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن)، انتهى.

وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقر بناه في تحرير المسألة، إلا أنّ جعل الإنذار حقاً للمشتري، والتمثيل بما ذكر لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتري مائة من السمن في هذه الظروف، لأنّ التعبير بهذا من العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائة من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع المظروف مائة من، فإن باعه بشمن معين، فلا حاجة إلى الإنذار، ولا حق للمشتري، وإن اشتراه على وجه التسعير، بقوله: (كلّ من بكتها)، فالإنذار إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث.

وقد علم مما ذكرنا أن الإنذار الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن، إنما هو لتعيين حق البائع وليس حقاً للمشتري.

ثالثها: أن يوزن الظرف والمظروف ثم يندر مقداراً للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك، كما لو وزن المجموع وكان عشرة أرطال، ثم أندر رطلين للظرف، فباع المظروف الذي هو ثمانية أرطال تخميناً بعد الأنذار بمبلغ معين. وفي هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الإعتياد معلوماً، وأطمأن بأن وزنه بالمقدار الذي أندر صحت البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة ولا غرر، وإلا بطل البيع للجهالة والغرر. والتراضي لا يصحح البيع الغري، كما أن معلومية وزن المجموع لا تكفي كما تقدم.

رابعها: أن يبيع مقداراً من المظروف الذي يعلم باشتماله عليه، ثم في مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه، ثم يندر مقداراً للظرف، ويسلمه إلى المشتري. وفي هذه الصورة يصح البيع، إذ لا غرر ولا جهالة. وأماماً في مرحلة الوفاء، فحكمها حكم الصورة الأولى - فراجع - هذا ما تقتضيه القواعد.

وأمّا الأخبار^١ فمنها موثقة حنّان، قال: «سمعت معمر الزّيّات قال لأبي عبدالله عليهما السلام: إنّ نشتري الزّيت في زفافه، فيحسب لنا النّقصان لمكان الزّفاف؟» فقال له: إنّ كان يزيد وينقص فلا بأس، وإنّ كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه^٢. قيل: وظاهره عدم اعتبار التّراصي».

أقول: المفروض في السّؤال هو التّراصي^٣، لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران، والمحسوب له هو المشتري.

والتحقيق: أنّ مورد السّؤال صحة الإنذار مع إبقاء الزّفاف للمشتري بلا ثمن أو بثمن مغایر للمظروف، أو مع ردّها إلى البائع من دون وزن لها، فإنّ السّؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتباعين عليه، فلا إطلاق فيه يعمّ صورة عدم التّراصي، ويفيده النّهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإنّ المنهي عنه ليس ارتكابه بغير تراض، فافهم.

فالمحصل منها: أنّ للإنذار صورتين:

إحداهما: الإنذار بعد البيع وفي مقام الوفاء.

ثانيهما: الإنذار في ضمن المعاملة.

وفي الصورة الأولى: الإنذار لا يضرّ بصحة المعاملة إن كانت صحيحة في نفسها. ثمّ هو إن كان بما هو المعتاد الذي عليه بناء العرف والعقلاء لا يعتبر فيه التّراصي، وإلاّ اعتبر فيه ذلك.

وفي الصورة الثانية: إن كان بالمعارف صحّ البيع، وإلاّ بطل حتى مع التّراصي.

١. وأمّا بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص في مقام ثلاثة.

٢. الأول: موثق حنان^(١) عن الإمام الصادق عليهما السلام المذكور في المتن.

٣. قوله: (المفروض في السّؤال هو التّراصي لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله). كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التّراصي، فإنه ربما لا يرضى المشتري به، وعلى أيّ حال فقد مرّ ظهور الخبر في اعتبار التّراصي.

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

فحينئذ لا يعارضها ما دلّ على صحة ذلك مع التّراصي، مثل رواية عليّ بن أبي حمزة، قال: «سمعت معمّر الزّيّات يسأل أبا عبد الله عائلاً، قال: جعلت فدك نطرح ظروف السّمن والزّيت كلّ ظرف كذا وكذا رطلاً، فربما زاد وربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس»^١، فإن الشّرط فيه مسوق لبيان كفاية التّراصي في ذلك، وعدم المانع منه شرعاً، فيشبه التّراصي العلة التّامة الغير المتوقّفة على شيء، ونحوه اشتراط التّراصي في خبر عليّ بن جعفر المحبّي عن «قرب الاستناد» عن أخيه موسى عائلاً: «عن الرجل يشتري المتعاق وزناً في النّاسية والجّوالق، فيقول: (أدفع النّاسية رطلاً أو أكثر من ذلك) أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن النّاسية والجّوالق فلا بأس إذا تراضياً»^٢.

ثم إنّ قوله: (إن كان يزيد وينقص) في الرواية الأولى يحمل أن يراد به الزيادة والنقّيصة في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة، بمعنى زيادة مجموع ما اندر لمجموع الرّفاق أو نقصانه عنه، أو بمعنى أنه يزيد في بعض الرّفاق وينقص في بعض آخر، وأن يراد به الزيادة والنقّيصة في نوع المقدار المندر^٣ في نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتّفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض أخرى النقّيصة.

وهذا هو الذي فهمه في «النّهاية»، حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارةً وينقص أخرى، ونحوه في «الوسيلة»، ويشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير يزيد وينقص إلى مجموع التّقاصان المحسوب لمكان الرّفاق، وللثاني عطف النقّيصة على الزيادة بالو، أو الظّاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، وللثالث ما ورد في بعض الروايات^٤ من أنه: «ربما يشتري الطعام من أهل السّفينة ثم يكيله فيزيد؟ قال عائلاً: وربما نقص. قلت: وربما نقص، قال: فإذا نقص ردوا عليكم؟ قلت: لا، قال: لا بأس».

١. الثاني: خبر عليّ بن حمزة^(١) المذكور في المتن.

٢. الثالث: خبر عليّ بن جعفر عن أخيه عائلاً المذكور في المتن^(٢).

٣. قوله: (وأن يراد به الزيادة والنقّيصة في نوع المقدار المندر).

سيأتي أنّ هذا الاحتمال هو المتعين، وخبر عليّ بن أبي حمزة صريح في ذلك.

٤. وأمّا الرواية التي استشهد بها لتعيين إرادة هذا الاحتمال فهي أجنبية عن مسألة الإنذار.

فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذي يحسب لكم زائداً مرّة وناقصاً أخرى، فلا بأس بما يحسب وإن بلغ ما بلغ، وإن زاد دائماً فلا يجوز إلا بهبة أو إبراء من الثمن أو مع التراضي، بناءً على عدم توقف الشق الأول عليه، ووقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير إطلاق صاحب الرّيـت. وكيف كان، فالذـي يقوـى في النـظر هو المشهور بين المتأخـرين من جواز الإنـذار ما يـحمل الرـيـدة والـثـيقـة، لأـصالـة عدم زـيـادـة المـبـيع عـلـيـه، وـعدـم استـحقـاقـ الـبـاعـيـ اـزيدـ مـاـ يـعـطـيـهـ المشـتـريـ منـ الثـمـنـ!ـ لكنـ العملـ بـالـأـصـلـ لـاـ يـوجـبـ ذـهـابـ حقـ أحـدـهـماـ عـنـ انـكـشـافـ الـحـالـ.

١. قوله: (لأـصالـة عدم زـيـادـة المـبـيع عـلـيـه، وـعدـم استـحقـاقـ الـبـاعـيـ اـزيدـ). أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأنه بمفاد ليس التامة وإن كان صحيحاً إلا أنه لا أثر له، وبمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة، وإجراء العدم المحمولي لترتيب آثار العدم الـعـتـيـ مـثـبـتـ.

يرد عليهم: أنـ أـصالـة عدم زـيـادـة المـبـيع عـلـيـه لاـ تـجـرـيـ، للـعـلـمـ بـعـدـ زـيـادـةـ المـبـيعـ عـلـيـ ماـ فـيـ الـظـرفـ، مـنـ غـيرـ فـرقـ بـيـنـ الإـنـذـارـ حـيـنـ الـبـيعـ، وـالـإـنـذـارـ بـعـدـهـ، لـأـنـ الـمـفـرـوـضـ كـوـنـ المـبـيعـ مـاـ فـيـ الـظـرفـ.

ويرد على المحقق النائيني رحمه الله: أنـ أـصالـة عدم استـحقـاقـ الـبـاعـيـ اـزيدـ مـاـ يـعـطـيـهـ المشـتـريـ تـجـرـيـ لـاـ لـإـثـبـاتـ كـوـنـ ماـ يـعـطـيـهـ تـامـ ماـ يـسـتـحـقـهـ، كـيـ يـقـالـ إـنـهـ مـثـبـتـ، بـلـ لـبـراءـةـ ذـمـتـهـ. أـقولـ: وـتـامـ الـكـلـامـ فـيـ هـذـهـ الـرـوـاـيـاتـ بـالـبـحـثـ فـيـ جـهـاتـ الـأـولـىـ فـيـ سـنـدـهـاـ.

فالـأـولـانـ مـوـتـقـانـ، وـأـمـاـ النـالـثـ فـلـيـسـ فـيـ طـرـيـقـهـ مـنـ لـمـ يـوـثـقـ إـلـاـ عـبـدـالـلـهـ بـنـ الـحـسـنـ. ثـمـ إـنـ الـغالـبـ عـلـىـ الـظـنـ كـوـنـ الـأـوـلـيـنـ حـاكـيـنـ عـنـ قـضـيـةـ وـاحـدـةـ، إـذـ مـنـ الـمـسـتـبـعـ سـؤـالـ الـرـيـاتـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـالـلـهـ عـلـيـهـ مـسـأـلـةـ وـاحـدـةـ مـرـتـبـنـ. وـالـلـهـ الـعـالـمـ.

الـثـانـيـةـ: فـيـ أـنـ مـوـرـدـهـاـ هـوـ الإـنـذـارـ بـعـدـ الـبـيعـ، أـوـ الإـنـذـارـ فـيـ ضـمـنـ الـمـعـاـمـلـةـ. ظـاهـرـ قـوـلـهـ فـيـ موـتـقـ حـنـانـ: (فـيـحـسـبـ لـنـاـ النـقـصـانـ) تـرـتـبـ حـسـابـ النـقـصـانـ عـلـىـ الإـشـتـرـاءـ، فـهـوـ مـنـ الإـنـذـارـ بـعـدـ الـمـعـاـمـلـةـ لـتـسـلـيـمـ حـقـ المشـتـريـ إـلـيـهـ، وـإـنـ أـبـيـتـ عـنـ ذـلـكـ فـلـاـ أـقـلـ مـنـ اـحـتـمـالـهـ فـيـ مـقـاـيـلـ اـحـتـمـالـ كـوـنـ الـفـاءـ تـفـسـيـرـةـ، وـبـيـانـاـ لـكـيـفـيـةـ الإـشـتـرـاءـ، فـلـاـ يـمـكـنـ اـسـتـفـادـةـ حـكـمـ مـخـالـفـ لـلـقـاعـدـةـ مـنـهـ.

وأماماً مع العلم بالزيادة أو التّقىصة، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعاً عليها مع علم المتباعين بها، ولعله مراد من لم يقتد بالعلم، ومع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التّراضي، لسقوط حق من له الحق، سواء توافطنا على ذلك في متن العقد بأن قال: (بعثك ما في هذه الظروف كلّ رطل بدرهم على أن يسقط لكلّ ظرف كذا)، فهو هبة له، أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الدّمة أو هبة للعين.

هذا كلّه مع قطع التّظر عن النّصوص. وأماماً مع ملاحظتها، فالمعول عليه روایة حنّان^١ المتقدمة الظاهرة في اعتبار الاعتراض من حيث ظهورها في كون حساب المقدار

وأماماً خبر علي بن أبي حمزة، فإن كان متّحداً مع خبر حنّان فلا كلام، وإلا فيمكن أن يُقال إنه مهمّل من هذه الجهة.

وأماماً خبر علي بن جعفر ظاهر صدره كون الإنذار بعد البيع، وما في ذيله: (أي حل ذلك البيع) قابل للحمل على إرادة حلّية البيع بلازمه، من حيث إنّ الإنذار من توابع البيع المتعلق بما له ظرف. وعليه فهذا الخبر أيضاً ظاهر في الإنذار بعد البيع، وقد مرّ أنّ جواز الإنذار بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذاً ما تقتضيه القواعد وتدلّ عليه النّصوص، هو جواز الإنذار بعد البيع الذي هو المتعارف من الإنذار، والظاهر أنّ ما هو المشهور بين الأصحاب أيضاً ذلك.

الثالثة: في القيود المعتبرة فيه.

ظاهر موّثق حنّان في بادئ النظر، اعتبار احتمال الزيادة والنّقصان، وظاهر الآخرين اعتبار التّراضي.

وقد يقال: في الجمع بين النّصوص كما عن صاحب الجواهر رحمه الله، بأنه يحمل الموّثق على صورة العادة المقتضية للإنذار بذلك المقدار، ولذا لم يعتبر فيه التّراضي، ويحمل الخبرين الآخرين على ما إذا لم تكن هناك عادة، ولذا اعتبر فيهما التّراضي.

وفيه: إنه جمع تبرّعي لا شاهد له.

١. وقد يقال: - كما في المكاسب - : إنّ المعول عليه روایة حنّان.

والظاهر أنه لضعف سند الآخرين، أو ضعف سند الأخير واتحاد الأول منهمما مع الموّثقة.

الخاص متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله، وكان الشیخ رحمه الله في «النهاية» فهم ذلك من الروایة، فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب، وحيث أن ظاهر الروایة جواز الإنذار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعاً بانكشاف الزیادة والنقيصة، علمنا بها كذلك، فيكون المرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته، نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الرائدة عما يتسامح به، فإن ذلك يحتاج إلى هبة جديدة، ولا يكفي اقباصها من حيث كونها حقاً للمشتري، هذا كلّه مع تعارف إنذار ذلك المقدار، وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيدين، فمع الشك في الزیادة والنقيصة، وعدم العادة يجوز الإنذار، لكن مراعاً بعدم انكشاف أحد الأمرين، ومعها يجوز بناء على انتصار العقد إليها، لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط في ضمن العقد، لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له.

١. وهي ظاهرة في اعتبار الإعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله.

أقول: ما أفاده رحمه الله من أنّ المعول عليه خصوص المؤتّق متبنٍ، وأما ما أفاده من أنّ ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفاً.

فيرد عليه: أنّ ظاهره كصریح خبر علي بن أبي حمزة احتمال الزیادة والنقصان، وهذا لو لم يختصّ بصورة عدم التعارف، لا يكون مختصاً بصورة التعارف، كما لا يخفى. والحق أن يُقال: إنّ الزیارات حيث لم يكن سائلاً عن معاملة شخصية، بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله، فلا محالة يكون المراد من قوله عليه السلام: (إن كان يزيد أو ينقص) الزیادة والنقيصة في نوع المقدار المندر، في نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتتفق في بعض المعاملات الزیادة، وفي بعض آخر النقيصة، الذي هو الإحتمال الثالث في المتاجر، فلا محالة يصبح ذلك سبباً لإحتمال الزیادة والنقيصة في كلّ معاملة شخصية.

ثم الظاهر أن الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن والزيت، بل يعم كل ظرف، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه الله، وعبارة «النهاية» و«الوسيلة» والفضلين والشهيدين والمتحقق الثاني رحمه الله، ويؤيد هذه الرواية المتقدمة عن «قرب الاستناد»، لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه، وعدم تفريغه منه كقوارير الجلاب والعطريات، لا مطلق الظرف اللغوي أعني الوعاء، ويحمل العموم وهو ضعيف. نعم، يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه، كالشمع في الحلبي المصنوعة من الذهب والفضة، وكذا المظروف الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من التبس في الرفاق. وأما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع مما لا يراد بيعه معه، فمما لا ينبغي احتماله.

مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه^١، وإن لم يعلم إلا بوزن المجموع، على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة، إلا ما أرسله في «الروضة»، ونسب في «التنزكرة» إلى بعض العامة استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد واختلاف قيمتها، فالغرر الحاصل في بيع الجزار حاصل هنا، والذي يقتضيه النظر، أما فيما نحن فيه مما جوز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهالة وزنه، فالقطع بالجواز منضماً إذ لم يحصل من الانضمام مانع ولا ارتفع شرط.

فمراده عليه السلام أنه إن كان يتحمل الزيادة والنقيصة لا محالة يتراضيان. أما إن كان يتحمل خصوص الزيادة فقد لا يرضي المشتري، وفيه بأس.

فالمحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الآخرين.

وبالجملة: أنه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

بيع المظروف مع ظرفه

١. قوله: (يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، وإن لم يعلم إلا بوزن المجموع). تارةً يكون كل من الظرف والمظروف مما يجوز بيعه منفرداً إذا وزن المجموع

وأمّا في غيره من أحد المنضَمين اللذين لا يكفي في بيته منفرداً، معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي^١، كما لو باع سبيكة من ذهب مردّد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنهما ألفي مثقال. فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر، يستحق لأجله اللّوم من العقلاء^٢. وأمّا مع انتقاء الغرر الشخصي، وانحصر المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن والإجماع، المنعقد على بطلان البيع إذا كان المباع مجهول المقدار في المكيل والموزون، فالقطع بالجواز، لأن النص والإجماع إنما دل على لزوم اعتبار المباع لا كل جزء منه. ولو كان أحد الموزونين يجوز بيته منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع، وعدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضرّ جهالته وإلا فلا.

وأخرى: يكون كلّ منهما ممّا لا يجوز بيته منفرداً إذا وزن المجموع.

وثالثة: يكون أحدهما يجوز بيته منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الآخر.

أمّا في الصورة الأولى: فلا ينبغي التوقف في جواز بيتهما منضماً لوجود المقتنصي لصحة بيع المجموع، وشرطه وهو العلم بوزن المباع ومقدار الثمن متحقق، والمانع وهو الغرر مفقود.

وأمّا في الصورة الثانية: فإن كان قيمة كلّ منهما مساوية لقيمة الآخر، فلا ريب في الجواز، لعدم اعتبار العلم بوزن كلّ جزء من المباع، بل المعتبر العلم بوزن المجموع، والغرر غير لازم.

وإن كانت القيمتان مختلفتين، كما لو باع سبيكة من ذهب مردّد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنهما ألفي مثقال:

١. فقد اختار المصنف الله بطلان البيع في الفرض معللاً ذلك :

٢. بأنّ الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللّوم من العقلاء.

ولكن الأظهر هي الصحة، وذلك يظهر بعد بيان مقدمتين:

الأولى: إنّ الغرر المبطل إنما يكون متقوّماً بالجهل بالوجود أو بالمقدار أو بالصفة، وأمّا الجهل بالقيمة فقط، فلا يكون موجباً للغرر، ولذا لو علم بوجود المباع ووصفه

١. ثم إنّ بيع المظروف مع الظرف يتصرّر على صور:

إحداها: أن يباعه من ظرفه بعشرة مثلاً، فيقسّط الثمن على قيمتي كلّ من المظروف والظرف لو احتاج إلى التقسيط، فإذا قيل قيمة الظرف درهم، وقيمة المظروف تسعه كان للظرف عُشر الثمن.

الثانية: أن يباعه مع ظرفه بكلّ رطل من المظروف بكلّ^٣، فيحتاج إلى اندار مقدار للظرف، ويكون قيمة الظرف ما بقي بعد ذلك، وهذا في معنى بيع كلّ منها منفرداً.

ومقداره ولم يعلم قيمته، لا يكون بيعه غررياً، بل لو بيع الشيء بأضعاف قيمته مع العلم لا يكون غرر، وإن كان يلام المشتري على ذلك البيع.

المقدمة الثانية: أن الغرر المدعى في المقام إنما يكون من جهة الجهل بالقيمة، ولذا لو كانت قيمة كلّ منها مساوية لقيمة الآخر، لم يكن توقف في الصحة. وعلى هذا، فالبيع في الفرض ليس غررياً ويكون صحيحاً.

ولكن الإنصاف هو البطلان في الفرضين، من جهة الجهل بوصف المبيع، فإنه كما يلزم الغرر لو اشتري المردّد بين الذهب والرصاص ولو بقيمة الرصاص، كذلك يلزم لو اشتري شيئاً مركباً من المجموع مع الجهل بمقدار كلّ منها.

وأمّا في الصورة الثالثة: فإن كان ما لا يجوز بيعه منفرداً تبعاً صحيحاً، وإلا بطل على القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لا يخفى.

١. قوله: (ثم إنّ بيع المظروف مع الظرف يتصرّر على صور).

أقول: بيان الصور وأحكامها إنما هو لأجل الاحتياج إلى استرجاع جزء من الثمن -لو ظهر الظرف مستحقاً - للغير، وكيف كان ففي المقام صور:

٢. إحداها: أن يباعه مع ظرفه بعشرة مثلاً.

وفي هذه الصورة لا ينظر إلى نسبة الوزن، بل يسترجع بحسب نسبة القيمة، فلو كان وزن الظرف نصف وزن المجموع، ولكن كانت قيمته العُشر يحسب الثمن أعشاراً لا بالمناصفة.

٣. الثانية: أن يباعه مع ظرفه بكلّ رطل من المظروف بكلّ.

الثالثة: أن يباع مع الظرف كل رطل بهذا، على أن يكون التسعير للظرف والمظروف^١، وطريقة التقسيط لو احتياجه إليه كما في «المسالك» أن يوزن الظرف منفرداً وينسب إلى الجملة، ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، وتبعه على هذا غير واحد، ومقتضاه أنه لو كان الظرف رطلاً واحداً والمجموع عشرة أخذ له خمس الثمن، والوجه في ذلك ملاحظة الظرف والمظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع ليساوي ثمنه من المظروف.

فالمباع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف^٢، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلاً، وزع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمة مثليهما.

إذا كان قيمة خمس الرطل المذكور - الذي هو وزن الظرف الموجود فيه - مساوياً لقيمة أربعة الأخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّط الثمن عليه أخماساً؟!

وفي هذه الصورة يندر مقدار للظرف، ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بهذا في المظروف، بلا احتياج إلى النظر إلى نسبة الوزن أو نسبة القيمة.

١. الثالثة: أن يباع مع الظرف كل رطل بهذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف.

ولهذه الصورة فرضان:

أحدهما: أن يلاحظ أرطال المظروف، وأرطال الظرف، فيبيع جميع أرطالهما كل رطل بدرهم، وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن.

ثانيهما: أن يلاحظ كل رطل ملحق من الظرف والمظروف بهذا، وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الأولى.

٢. قوله: (فالمباع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف).

الأول إشارة إلى الفرض الأول، الثاني إلى الثاني، فتدبر.

مسألة: المعروف بين الأصحاب - تبعاً لظاهر تعبير الشّيخ بلفظ (ينبغي) - استحباب التّفقة في مسائل الحال والحرام المتعلقة بالتجارات، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلّم من الربا^١.

وعن «إيضاح النّافع» إنّه قد يجب، وهو ظاهر عبارة «الحدائق» أيضاً، وكلام المفيد^٢ في «المقنعة» أيضاً لا يأبى الوجوب، لأنّه بعد ذكر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿لَقُقُوا مِنْ طَيَّبَاتِ مَا كَسَبُوكُمْ وَمِمَّا أَخْرَجَنَّكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ نَنْهَا فُوْنَ﴾ قال: (فندب إلى الإنفاق من طيب الاتّساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والإإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحال من المكتسب والحرام، لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال، ولا كان على ثقة في تفقة من طيب الاتّساب.

وقال تعالى أيضاً: ﴿ذُلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا، ليعلم بذلك ما أحلّ الله وحرّم من المتاجر والاتّساب، وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين عـ أَنَّه كَانَ يَقُولُ: «مَنْ اتَّجَرَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَقَدْ ارْتَطَمْ فِي الرِّبَا ثُمَّ ارْتَطَمْ»، ثم قال: قال الصادق عـ: «مَنْ أَرَادَ التِّجَارَةَ فَلِيَتَفَقَّهْ فِي دِينِهِ لِيَعْلَمْ بِذَلِكَ مَا يَحْلُّ لَهُ مَمْا يَحْرِمُ عَلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَتَفَقَّهْ فِي دِينِهِ ثُمَّ اتَّجَرَ تَورَّطَ فِي الشَّبَهَاتِ»، انتهى.

التفقة في مسائل التجارات

١. يشهد لوجوب التفقة في مسائل الحال والحرام المتعلقة بالتجارات، ما يدلّ على وجوب التعلّم في الأحكام الشرعية، وهي طائفتان:

الأولى: ما تضمّن الأمر بالتفقة، والتحث والترغيب على فعله، والذم على تركه كآية النفر^(١) والنوصوص الكثيرة^(٢).

الثانية: ما تضمّن مؤاخذة الجاهل بفعل المعصية لترك التعلّم.
لاحظ ما في «الأمالي» عن الإمام الصادق عـ عن قوله تعالى: ﴿فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ إِلَيْهِ الْأَمْلَى﴾

(١) التوبة: ١٢٢.

(٢) أصول الكافي ج ١ ص ٣٠ باب فرض العلم.

أقول: ظاهر كلامه الله الوجوب، إلا أنّ تعبيره بلفظ (ينبغي) ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أنّ الإنصال أنّ ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة، فإنّ معرفة الحال والحرام واجبة على كلّ أحد بالنظر إلى ما يُبَتلى به من الأمور، وليس معرفة جميعها مما يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعه، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، أو عند إرادة الإقدام على أفعالٍ يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم، وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإنّ التفاتاته السابق، وعلمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام، كاف في حسن العقاب، وإنّ لم يعاقب أكثر الجهل على أكثر المحرمات، لأنّهم يفعلونها وهم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

فقال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ لِلْعَبْدِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، عَبْدِي أَكْنَتْ عَالَمًا؟ إِنَّهُ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ لَهُ: أَفَلَا عَمِلْتَ بِمَا عَلِمْتَ، وَإِنْ كَانَ جَاهَلًا؟ قَالَ لَهُ: أَفَلَا تَعْلَمْتَ حَتَّى تَعْمَلْ؟ فِي خَصْمَهُ، فَتَلَكَ الْحَجَّةُ الْبَالِغَهُ»^(١).

وأورد عليها المحقق العراقي:

- ١) باختصاصها بالتعلم الموجب للعلم بالواقع، والمطلوب أعمّ من ذلك.
- ٢) وبأنّها ظاهرة في الإرشاد إلى حكم العقل بلزوم الفحص لأجل استقرار الجهل الموجب لعدره.

ويرد الأول: أنّ الإمارات قائمة مقام العلم.

ويرد الثاني: أنّها ظاهرة في الإرشاد إلى حكمه بلزوم الفحص عمّا جعله الشارع، وهذا ينفي كون وجوبه نفسيّاً.

وبعبارة أخرى: إنّ الخبر المذكور ظاهر في كونه في مقام إفهام العبد بما يقال له هلا تعلّمت، ولو لم يكن وجوبه إرشاديّاً وكان نفسيّاً، كان له أن يجيب بعدم علمه بوجوب التعلم، وبالجملة لا كلام في الواجبات المطلقة.

إنّما الكلام في وجوب التعلم إذا كان الواجب مشروطاً بشرطٍ غير حاصل، من جهة أنه في ظرف إمكان التعلم، لم يثبت وجوب الواجب كي يجب تعلمه مقدمة له، وفي ظرف حصول الشرط لا قدرة له على الامتثال.

(١) تفسير الصافي ج ٢ ص ١٦٩ - ذيل آية ١٤٩ الأنعام ونحوه في تفسير البرهان.

ولذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع، وقد ورد ذم الغافل المقصّر في معصيته في غير واحد من الأخبار. ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعور - كما هو ظاهر جماعة، تبعاً للأردبيلي رحمه الله من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمته عن تقصير لقبح خطاب الغافل، فيقيبح عقابه - لكن وجوب تحصيل العلم وإزالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

وتنقيح القول في ذلك وفيما هو مورد بحث المصّنف في المقام بالبحث في موارد:
المورد الأول: في أن التعلم هل هو واجب نفسي تهيئي كما اختاره المحقق الأردبيلي وتلميذه الفقيه صاحب المدارك.

أم يكون وجوبه وجوباً مقدّميّاً، بملأك وجوب المقدّمات المفوّتة، لكونه من متّمامات الخطاب بذاته المقدّمة، كما اختاره المصّنف ونسب إلى المشهور.
أم يكون وجوبه إرشادياً.

أم يكون وجوبه طريقياً، من قبيل وجوب الاحتياط في موارد لزومه، كما اختاره المحقق النائيني.

المورد الثاني: في أنه هل يكون وجوب التعلم في باب المعاملات شرعاً كما اختاره المصّنف في المتن، أم لا فرق بين المعاملات وغيرها كما هو الحق.

المورد الثالث: إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب، وكسب المعيشة إذا كان واجباً، أيهما يقدّم؟

أما المورد الأول: فقد أشرنا إلى أن فيه مسالك أربعة:
أحدها: إن وجوبه نفسي تهيئي، ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم وإن لم يؤدّ إلى مخالفة الواقع.

ثانيها: إن وجوبه مقدمي، ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم المؤدي إلى مخالفة الواقع كما هو ظاهر المصّنف.

ثالثها: إن وجوبه طريقي من قبيل وجوب الاحتياط، ولازمه استحقاق العقاب على مخالفة الواقع.

رابعها: إن وجوبه إرشادي.

والحاصل: إن التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا على فعل الحرام، ولا على ترك التعلم، إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريميه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلة التحريم ووجوب طلب العلم على كل مسلم، وعدم تقبیح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتکاب الحرام في هذا الأثناء، وإن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام.

ثم إن المقام يزيد على غيره، بأن الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلّف إذا اراد التجارة وبني على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضية، يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرف منها، بمقتضى أصالة عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة، ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «الّاجر فاجر، والفاجر في النار إلا من أخذ الحق وأعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى، بناءً على أنّ الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق وأخذ الحق، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي، لنهي الشارع عن التصرف في ما لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصالة عدم انتقاله إليه، وفي غير هذا المقام عقلّي مقدمي لئلا يقع في الحرام.

وقد استدلّ المحقق الخراساني لوجوبه قبل حصول شرط الوجوب، بقوله: (من باب استقلال العقل بتنجيز الأحكام على الأنام، بمجرد قيام احتمالها، إلا مع الفحص واليأس عن الظفر بالدليل على التكليف، فيستقلّ بعده بالبراءة) انتهى.

وفيه: إن الاحتمال لا يزيد على العلم من حيث المنجزية للحكم، فكما أن العلم بالتكليف المشروط قبل حصول شرطه موجب للتنجيز عند حصول الشرط، مع بقاءه على شرائط فعليته وتنجزه عند حصول الشرط، فلذا لا عقاب على مخالفته مع عروض الغفلة عند حصول شرطه، ولا يجب إبقاء الالتفات العلمي والتحفظ على عدم النسيان، كذلك الاحتمال إنما يوجب التنجّز في وقته، مع بقاءه على صفة الالتفات إلى حين تنجّز التكليف، ولا يجب بقاءه بالتحفظ على عدم الغفلة المانعة عن الفحص عنه.

وأمّا الشيخ الأنصاري رحمه الله: فقد استدلّ لما اختاره بما دلّ على وجوب المقدّمات التي يتربّى على تركها عدم القدرة على الواجب في ظرفه، وسيأتي الكلام عليه عند بيان المختار.

وكيف كان، فالحكم باستحباب التفقة للتجّر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً وشرعاً، وإن كان وجوب معرفة باقي المحرّمات من باب العقل فقط، ويمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقة الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة، والمعاملات الفاسدة، كذلك ويطلع على موارد الشّبهة والمعاملات الغير الواضحة الصّحة، فيجتنب عنها في العمل فإنّ القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى، لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات، ويشهد للغاية الأولى، قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقة: «إنّ الربا أخفى من دبيب النفلة على الصفا»، ولغاية الثانية قول الصادق عليه السلام في الرواية المتقدمة: «من لم يتتفق ثم اتّجر تورّط في الشّبهات»، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ.

وأثما المحقق النائيني رحمه الله: فقد استدلّ لما اختاره - بعد الاعتراض على الشيخ الأعظم رحمه الله القائل بأنّ التعلم ليس من المقدّمات العقلية التي لها دخل في القدرة، لأنّ الجهل بالحكم لا يوجب سلب القدرة، ومن هنا كانت الأحكام مشتركة بين العالم والجاهل - بما حاصله: إنّ العقل يستقلّ بأنّ لكلّ من المولى والعبد وظيفة، فوظيفة المولى إظهار مراداته، وتبلیغها بالطرق المتعارفة التي يمكن للعبد الوصول إليها، إن لم يحدث هناك مانع، فوظيفته إرسال الرسل وإزالة الكتب وتشريع الأحكام.

وبعد ذلك تصل النوبة إلى وظيفة العبد، وأنّه على العبد الفحص عن مرادات المولى وأحكامه، وحينئذ يستقلّ العقل باستحقاق العبد للعقاب عند ترك وظيفته، كما يستقلّ بقيح العقاب عند ترك المولى وظيفته، ولو لا استقلال العقل بذلك لانسدّ طريق وجوب النظر إلى معجزة من يدّعي النبوة، وللزام إفحام الأنبياء، إذ لو لم يجب على العبد النظر إلى معجزة مدّعي النبوة، لما كان للنبي أن يحتاج على العبد بعدم تصديقه له، إذ للعبد أن يقول لم أعلم بأئتكنبي.

وبالجملة: كما يستقلّ العقل بلازوم النظر إلى معجزة من يدّعي النبوة، كذلك يستقلّ بوجوب تعلّم أحكام الشريعة، والمناط في الجميع واحد، وهو استقلال العقل بأنّ ذلك من وظيفة العبد.

ومن هنا لا يختص وجوب التعلم بالبالغ، كما لا يختص وجوب النظر في معجزة النبيّ به، بل يجب ذلك قبل البلوغ إن كان مميّزاً ليكون أوّل بلوغه مؤمناً مصدّقاً بالنبوة،

وإلا لزم عدم وجوب الإيمان عليه أولاً البلوغ، ويجب تعلم الصبي أحكام العبادة الواجبة عليه أولاً البلوغ، إذا لم يتمكن منه في وقته لو ترك التعلم قبل البلوغ.

أقول: وفي كلامه موعظان للنظر، يظهر ببيان ما هو الحق في المقام.

ونفصيله: إن ترك التعلم قبل وقت الواجب أو شرطه على أقسام:

أحدها: ما لو تمكّن المكلّف مع تركه من تعلم الواجب بعد ذلك، والامتثال العلمي التفصيلي، كما لو ترك تعلم مسائل الحجّ قبل زمان وجوبه، مع كونه متمكّناً من تعلم أحكامه تدريجاً من الوقت الذي يحرم فيه إلى آخر أعمال الحجّ، ومن الضروري أنه لا وجه للقول بوجوب التعلم قبل دخول الوقت حينئذ، على القول بعدم كون وجوبه نفسياً، نعم بعد دخول الوقت لا يجوز له تركه مع عدم إمكان الامتثال الإجمالي.

ويلحق بهذا القسم الثاني، وهو ما لو فرض أنه لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكّن من الامتثال العلمي التفصيلي، إلا أنه كان متمكّناً من الامتثال العلمي الإجمالي، كما لو دار أمر الواجب بين المتباينين كالقصر والإتمام، وكان بحيث لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكّن من تمييز الواجب عن غيره بعده، ولكنّه كان متمكّناً من الاحتياط. وكما لو لم يعلم بمقدار النفقة الواجبة عليه على فرض الازدواج، ولم يتمكّن من معرفة ذلك بعده، ولكنّه كان متمكّناً من الاحتياط، بناءً على ما هو الحق من أن الامتثال الإجمالي إنما هو في عرض الامتثال العلمي التفصيلي، فإنه حينئذ لا وجه لوجوب التعلم قبل الازدواج. وأثنا من حيث الامتثال في غير موارد دوران الأمر بين المتباينين، كما في المورد الثاني، فقد يقال إنه حيث يكون شاكاً في التكليف، فتجري البراءة عنه، وإن تمكّن من الاحتياط فلا يجب عليه شيء.

لكنه توهم فاسد، إذ بعد حصول الشرط بما أنه يتحمل التكليف، ولا محالة يتحمل العقاب على مخالفته، والعقل مستقل بوجوب دفعضرر الآخروي المحتمل. بمعنى أنه لو كان واجباً ولم يأت به، أو كان حراماً ففعل، وعاقبه المولى، يكون عقابه في محله، فلابد له من الاحتياط.

فإن قيل: إنه ما المانع من جريان البراءة عن ذلك التكليف المحتمل، ويرفع احتمال العقاب بها، فيترفع موضوع قاعدة، ووجوب دفعضرر المحتمل.

أجبنا عنه: بأنّ عدم جريان البراءة العقلية إنما هو من جهة أنّ موضوعها عدم البيان، وحيث أنّ بيان المولى، ليس بإيصال التكليف إلى العبيد بأيّ نحوٍ أمكن، بل إنما هو يجعل القانون، ووضعه في معرض الوصول، بحيث لو تفهّموا عنه لوصلوا إليه، فلا موضوع لها في المورد، ومن لم يتفحّص عنه مع التمكّن منه قبل حصول الشرط لا يجري في حقّه هذه القاعدة.

فإن شئت فاختبر ذلك من حال الموالي والعبد العرفية، فإنه إذا أرسل المولى مكتوباً إلى العبد، وعيّن فيه تكاليفه في الشهر القادم، ووصل المكتوب إلى العبد، ولكنه لم ينظر إليه حتّى يعرف وظائفه، مستندًا إلى أنه لا تجب المقدمة قبل وجوب ذيها، وبعد تحقق الشرط لم يتمكّن من المراجعة إليه وتمكّن من الاحتياط، ومع ذلك لم يحتظر وترك واجباته، فهل يتوهّم أحدُ بأنّه ليس للمولى أن يعاقبه على ذلك لقاعدة قبح العقاب بلا بيان، والظاهر أنّ هذا من الوضوح بمكان.

وأمّا عدم جريان البراءة الشرعية: فلما حفّقناه في مبحث البراءة والاشتغال من أنها لا تجري في الشهادات قبل الفحص مطلقاً.

ثالثها: إن المكلّف لو ترك التعلّم قبل الوقت، فكما لا يتمكّن من الامتثال العلمي التفصيلي، كذلك لا يتمكّن من الامتثال الإجمالي بعد الوقت، ويكون متمنكًا من الإتيان بذات الواجب أي الامتثال الاحتمالي، كما إذا فرض أنّ الوقت ضيق لا يتمكّن المكلّف إلا بإتيان إحدى الصالاتين، الجمعة أو الظهر، والقصر أو الإتمام، وفي هذا القسم يجب التعلّم لأنّه يتحمل ترك الواجب في ظرفه، لو ترك التعلّم قبل حصول الشرط ويكون احتمال ذلك مستندًا إلى ترك التعلم، فيجب التعلم، لا للمقدمية، ولا لما أفاده الشيخ الأعظم رحمه الله، من ما دل على وجوب المقدمة التي لو تركت قبل الوقت، لما تمكّن من امتثال الواجب في ظرفه كالسير إلى الحجّ.

بل من باب وجوب دفع الضرر المحتمل حيث إنّه لا احتمال ترتّب ترك الواجب على ترك التعلّم يتحمل العقاب على المخالفة، ولا مؤمنٌ منه، فيحكم العقل بوجوب الدفع، وهو لا يمكن الا بالتعلّم قبل الوقت.

رابعها: ما لو كان ترك التعلّم قبل الوقت موجباً لترك الواجب في ظرفه، إما للغفلة عن

التكليف، أو لعدم التمكّن من امتثاله، والأول كثيراً ما يتّفق في المعاملات، فإنّه إذا لم يتعلّم أحكام المعاملات، ولم يميّز الصحّيحة عن الفاسدة، فأُوقع المعاملة فاسدة في الخارج، وتحقّق الانتقال في نظره، فلا محالة يتصرّف فيما يراه منتقلًا إليه غافلاً عن حرمته، وأمّا الثاني فإنّه كثيراً ما يتّفق في العبادات كالصلوة، حيث أنّها مركبة من عدّة أجزاء وشرائط، ومعلوم أنّ تعلّمها يحتاج إلى مدة من الزمن لا سيما لمن لا يحسن اللّغة العربيّة. وفي هذا القسم يجب التعلّم قبل الوقت، لما أفاده الشّيخ الأعظم رحمه اللّه، وهو الملّاك الذي لأجله يبني على وجوب المقدّمة، الموجب تركها فوت الواجب في ظرفه.

وبذلك يظهر أنّ إيراد المحقّق النائيّي، في غير محلّه.

كما أنّ ما أفاده من أنّ وجوب التعلّم ثابت، حتّى فيما قبل البلوغ بالتقريب المتقدّم. يردّه: ما دلّ على رفع القلم عن الصّبي، فإنه يشهد بعد عدم الوجوب، ولم يظهر وجه اختصاص هذا الحكم الطريقي بعدم شمول دليل الرفع له، سوى ما قيل من أنّ وجوب التعلّم عقلي، وحديث الرفع لا يصلح لرفعه.

وهو مردود، بأنّه بعد ورود التعبّد من الشّارع بأنّه لا شيء على الصّبي من ناحية مخالفّة الأحكام الشرعيّة، لا يحكم العقل بوجوب التعلّم.

فإن شئت قلت: إنّه يرتفع موضوع الحكم العقلي بتعبد الشّارع، فلا يلزم من ذلك التخصيص في الحكم العقلي، كي يُقال إنّه ممتنع.

وقد حكم الشّيخ الأعظم رحمه اللّه في رسالته العمليّة بفسق تارك تعلم مسائل الشّك والسهو فيما يبتلي به عامة المكلّفين.

وأورد عليه المحقّق النائيّي رحمه اللّه: بأنّ ذلك يبنتى على أحد أمور:

١- اختيار مذهب المحقّق الأرديلي من كون وجوب التعلّم نفسياً موجباً للعقاب في تركه.

٢- كون التجّري موجباً للفسق وإن لم يوجّب العقاب.

٣- الفرق بين مسائل الشّك والسهو وبين غيرها، من جهة قضاء العادة باستلزم ترك التعلّم فيما يكثر الابتلاء به، لمخالفّة الواقع، والأول لم يلتزم هو رحمه اللّه به، وأمّا الثاني فالالتزام به بعيد، وأمّا الثالث فالالتزام به أبعد بعد فرض كون الوجوب طرقياً.

ويمكن أن يُقال: إنّه على القول بأنّ العدالة هي الملكة الباعثة للإتيان بالواجبات وترك المحرّمات، يتمّ ما أفاده الشيخ لكشف التجرّي عن عدم وجود الملكة في النفس وإن لم يكن الفعل حراماً.

وجوب التعلم عند الشك في الإبتلاء

هذا كله فيما لو علم المكلّف بالإبتلاء، أو اطمأن به.
وأمّا لو شكّ في ذلك، فهل يجب التعلم كما هو المشهور بين الأصحاب، أم لا؟
قد استدلّ للأول بما استدلّ به لوجوب التعلم مع العلم بالإبتلاء.

ولكن قد يُقال: إنّه يمكن إجراء استصحاب عدم الإبتلاء بالإضافة إلى الزمان المستقبل، لليقين بعدم الإبتلاء فعلاً، والشكّ في الإبتلاء لاحقاً، فيستصحب عدم الإبتلاء، بناءً على ما هو الحقّ من جريان الاستصحاب في الأمور المستقبلية.

وأورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأنّ الاستصحاب إنّما يجري فيما إذا كان المستصحب أثراً شرعياً، أو موضوعاً ذا أثر شرعي، وإلاّ كما في المقام حيث أنّ الأثر - وهو استقلال العقل بوجوب التعلم - إنّما هو متربّ على مجرد احتمال الإبتلاء، لقاعدة وجوب دفعضرر المحتمل، لا على واقعه، فلا يجري الاستصحاب.

وبعبارة أخرى: إنّ الأثر في كلّ مورد كان متربّاً على نفس الشكّ، والاحتمال دون الواقع متى شكّ فيه فالموضوع محرز بالوجودان، ومعه لا مورد للتعيّد بالواقع أصلًا لأنّه لغو، وما نحن فيه كذلك، لأنّ الموضوع هو احتمال الإبتلاء، وهو محرز بالوجودان، وأمّا الإبتلاء الواقعي فلا أثر له كي يجري الاستصحاب فيه.

وفيه: إنّه وإن كان التعيّد بما هو محرز بالوجودان لغواً صرفاً، ومن اراداً أنباء تحصيل الحاصل، والتخصيص في الحكم العقلي لا ريب في امتناعه، ولكن التعيّد بما يوجب رفع موضوع حكم العقل لا محذور فيه. وبعبارة أخرى إنّ الحكم العقلي قابل للتحصّص والخروج الموضوعي.

وقد حكى توجيهه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد، ولا يخلو عن وجه في مقام التوجيه. ثم إن التفقة في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا، الجامعة بين أكل المال بالباطل وارتكاب الموبقة الكاذبة، لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقة هنا، وأدلة تحصيل المعاش. نعم، ربما أورد في هذا المقام - وإن كان خارجاً عنه - التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات، وأنواع المعاملات المتوقف على الإجتهاد، وبين أدلة طلب الإكتساب والإشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، وترك إلقاء كلّه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الإكتساب ما ورد من: أنه أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا وآلـه وعليه السلام: يا داود إنك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال، ولا تعمل بيديك شيئاً. فبكى عليه أربعين صباحاً، ثم لأن الله تعالى له الحديد، وكان يعمل كل يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال». الحديث.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن موضوع حكم العقل هو الضرر المحتمل، والمطلوب بالاستصحاب ليس إثبات وجوب الدفع، بل المثبت بالاستصحاب عدم العقاب والضرر، وبه يرتفع موضوع وجوب الدفع.

وعلى الجملة، كما أنه يصح رفع موضوع قبح العقاب بلا بيان بالاستصحاب الوجوب، كذلك يصح رفع موضوع وجوب دفع الضرر المحتمل بالاستصحاب المذكور، ولا محظوظ في ذلك.

ولكن يمكن الاستدلال لوجوب الدفع، وعدم جريان الأصل المذكور بوجهين:

- ١ - العلم الإجمالي بجملة من الأحكام الشرعية في ظرفها، وهذا العلم الإجمالي مانع عن إجراء الأصل المذكور في كل ما هو من أطراف العلم الإجمالي.
- ٢ - إطلاق ما دلّ على وجوب التعلم، إذ لو اخترض ذلك بموارد العلم أو الاطمئنان بالابتلاء لم يبق تحت تلك الأدلة إلا موارد نادرة.

وما أرسله في «الفقيه» عن الصادق ع: «ليس من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لدنياه، وإن العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال». وأما الأخبار في طلب العلم وفضله فهي أكثر من أن يذكر، وأوضح من أن يحتاج إلى الذكر، وذكر في «الحدائق»: (إن الجمع بينهما بأحد وجهين: أحدهما وهو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم، ويقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله واستفادته وتعليمه وإفادته. قال: وبهذا الوجه صرحاً الشهيد الثاني ر في رسالته المسماة «بنينة المرید في آداب المفید والمستفید» حيث قال في جملة شرائط العلم: وأن يتوكّل على الله، ويفوض أمره إليه، ولا يعتمد على الأساليب فيتوكّل عليها، فيكون وبالاً عليه، ولا على أحدٍ من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى، فيظهر له من نفحات قدسه، ولحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه، ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي ع: «إن الله تعالى قد تكفل لطالب العلم برزقه عمما ضممه لغيره»، بمعنى أن غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، وطالب العلم لا يكفل بذلك بل بالطلب وكفاه مؤونة الرزق إن أحسن النية، وأخلص القربة، وعندى في ذلك من الواقع ما لو جمعته ما لا يعلمه إلا الله من حُسن صنع الله تعالى، وجمل ما اشتغلت بالعلم، وهو مبادي عشر الثلاثين وتسعمائة إلى يومنا هذا، وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاثة وخمسين وتسعين.

وبالجملة، ليس الخبر كالعيان، وروى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني ر في بساندته إلى الحسين بن علوان، قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفذت نفقتنا في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذاً والله لا تسعف بحاجتك، ولا تبلغ أملك، ولا تنفع طلبتك، قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إن أبا عبدالله حدثني أنه قرأ في بعض كتبه أن الله تبارك وتعالى يقول: وعزتي وجلالي ومجدي وارتفاع مكاني على عرشي، لأقطعن أمل كل مؤمل غيري باليأس، ولأكسونه ثوب المذلة عند الناس، ولأنحنيه من قربي، ولأبعدنه من وصلي، أيؤمل غيري في الشدائدين، والشدائدين بيدي، ويرجو غيري ويقرع باب غيري، وبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقة، وبابي مفتوح لمن دعاني، فمن ذا الذي أملني لنوابيه فقطعته

دونها، ومن ذا الذي رجاني لعظيمةٍ فقطعت رجائه مني، جعلت آمال عبادي عندي محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملاّت سماواتي ممّن لا يملّ من تسبيحي، وأمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيّني وبين عبادي، فلم يثقوا بقولي. ألم يعلم من طرقته نائبة من نوابي أنّه لا يملك كشفها أحدٌ غيري إلّا من بعد إذني، فما لي أراه لاهياً عنّي، أعطيت بجودي ما لم يسألني، ثم انتزعته منه فلم يسألني رده وسأله غيري، افتراني أبداً بالعطايا قبل المسألة، ثم أسأله فلا أجيّب سائلي؟! أبخيل أنا فيبخلني عندي؟! أليس الجود والكرم لي، أليس العفو والرحمة بيدي؟ أليس أنا محل الآمال؟ فمن يقطعها دوني؟ أفلًا يستحي المؤمّلون أن يؤمّلوا غيري؟ فلو أنّ أهل سماواتي وأهل أرضي أملوا جميعاً، ثم أعطيت كلّ واحد منهم مثل ما أمل الجميع، ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّة، وكيف ينقص ملك أنا قيمه، فيابوساً للقاطنين من رحمتي، ويا بوساً لمن عصاني ولم يراقبني»، انتهى الحديث الشريف وانتهى كلام شيخنا الشهيد الله.

قال في «الحدائق» ويدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في «الكافي» بسانده إلى أبي إسحاق السباعي، عمن حدّثه، قال: «سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: أيّها الناس إنّ كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإنّ طلب العلم أو جب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم، قد قسمه عادل بينكم وضمنه لكم، وسيفي لكم، والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه» الخبر.

قال: ويؤكد ما رواه في «الكافي» بسنده عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلوات الله عليه وسلم: يقول الله عزّ وجلّ: وعزّتي وجلالي وكريائي ونوري وعظمتي وعلويٰ وارتفاع مكاني، لا يؤثّر عبدٌ هواي على هواه إلّا استحفظته ملائكتي، وكفلت السماوات والأرضين رزقه، وكنت له من وراء تجارة كلّ تاجر، فتأتيه الدنيا وهي راغمة» الحديث. انتهى كلامه).

وأنت خير بآن ما ذكره من كلام الشهيد الله وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر، من دفع التنافي بين أدلة الطّرفين، لأنّ ما ذكر من التّوكل على الله، وعدم ربط القلب لغيره، لا ينافي الاشتغال بالاكتساب، ولذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه وعلى أخيه وزوجته وولديه وذرّيته جامعاً بين أعلى مراتب التّوكل، وأشدّ مشاقّ

الاكتساب، وهو الاستقاء لحائط اليهودي، وليس الشهيد أيضاً في مقام أن طلب العلم أفضل من التكسب، وإن كان أفضل، بل في مقام أن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم، فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطلاب العلوم، من الوظائف المستمرة من السلاطين، والحاصلة من الموقوفات للمدارس وأهل العلم، الموجودة الحاصلة غالباً للعلماء والمشتغلين من معاشرة السلطان وأتباعه، والمراودة مع التجار والأغنياء والعلماء، الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الرزكـات، ورد المظالم والأخـمات وشبه ذلك، كما كان متعارفاً في ذلك الزمان، بل في كل زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالجملة: فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوّله إلى آخره، وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور، أعني تخصيص أدلة طلب الحال بغير طالب العلم. ثم إنّه لا إشكال في أن كل من طلب العلم وطلب الرزق، ينقسم إلى الأحكام الأربعـة أو الخمسـة. ولا ريب أن المستحبـ من أحدهما لا يزاحم الواجبـ، ولا الواجبـ الكفائيـ الواجبـ العينـيـ، ولا إشكال أيضاً في أن الأهمـ من الواجبـ المعينـينـ مقدمـ على غيرـهـ، وكذا الحكمـ في الواجبـينـ الكفائيـينـ مع ظـ قيامـ الغيرـ بهـ، وقد يكونـ كسبـ الكاسبـ مقدمةـ لاشتغالـ غيرـهـ بالعلمـ، فيجبـ أو يستحبـ مقدمةـ.

بقي الكلامـ في المستحبـ من الأمـرينـ، عند فرضـ عدمـ إمكانـ الجمعـ بينـهماـ. ولا ريبـ في تفاوتـ الحكمـ بالترجـيحـ باختلافـ الفوائدـ المرتبـةـ علىـ الأمـرينـ، فربـ من لا يحصلـ لهـ باشتغالـهـ بالعلمـ إلاـ شيءـ قليلـ لا يترتبـ عليهـ كثيرـ فائـدةـ، ويترتبـ علىـ اشتغالـهـ بالتجـارةـ فوائدـ كثـيرةـ، منهاـ تكفلـ أحـوالـ المشـتـغلـينـ منـ مـالـهـ أوـ مـالـ أـقرـانـهـ منـ التجـارـ المـخـالـطـينـ معـهـ، علىـ وجهـ الصـلـةـ أوـ الصـدـقةـ الواجبـةـ والـمستـحبـةـ، فيحصلـ بذلكـ ثوابـ الصـدـقةـ، وثوابـ الإـعـانـةـ الـواـجـبـةـ أوـ الـمـسـتـحـبـةـ عـلـىـ تـحـصـيـلـ الـعـلـمـ، وربـ من يحصلـ بالـاشـتـغالـ مـرـتـبةـ عـالـيـةـ مـنـ الـعـلـمـ، يـحيـيـ بهاـ فـنـونـ عـلـمـ الدـيـنـ، فـلاـ يـحـصـلـ لـهـ مـنـ كـسـبـ إـلـاـ قـلـيلـ مـنـ الرـزـقـ، فإـنـهـ لاـ إـشـكـالـ فيـ أنـ اـشـتـغالـهـ بـالـعـلـمـ وـالـأـكـلـ مـنـ وـجـوهـ الصـدـقـاتـ أـرجـحـ. وماـ ذـكـرـ منـ حـدـيـثـ دـاـوـدـ عـلـىـ نـبـيـنـاـ وـآلـهـ وـعـلـيـهـ السـلـامـ فـإـنـمـاـ هوـ لـعدـمـ مـزاـحةـ اـشـتـغالـهـ بـالـكـسـبـ لـشـيءـ مـنـ وـظـائـفـ النـبـوـةـ وـالـرـئـاسـةـ الـعـلـمـيـةـ.

وبالجملة: فطلب كلّ من العلم والرّزق إذا لوحظ المستحبّ منها من حيث النّفع العائد إلى نفس الطّالب، كان طلب العلم أرجح. وإذا لوحظ من جهة النّفع الواصل إلى الغير، كان اللازم ملاحظة مقدار النّفع الواصل، فثبتت من ذلك كله أنّ تزاحم هذين المستحبّين كتزاحم سائر المستحبّات المتنافية، كالاشتغال بالاكتساب أو طلب العلم الغير الواجبين، مع المسير إلى الحجّ المستحبّ أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الأخوان الذي لا يجامع طلب العلم، أو المال الحلال إلى غير ذلك مما لا يُحصى.

وأمّا المورد الثاني: فأفاد المصنّف أنّ وجوب التعلّم في غير باب المعاملات يكون عقلياً محضاً، وقد تقدّم ما يمكن أن يستدلّ له ونقدّه، وأمّا في باب المعاملات فهو شرعي، لنهي الشارع عن التصرّف مع الجهل بصحّة المعاملة، لأصالة عدم الانتقال.

وفيه أولاً: إنّ الأصل في العبادات أيضاً هو الاحتياط، لاختصاص أدلة البراءة بالشبهات قبل الفحص.

وإن قيل: إنّ أصالة الاحتياط لا تجري مع الغفلة.
أجبنا عنه: بأنّ أصالة عدم الانتقال أيضاً توجب تنجّز الواقع، وعدم جواز التصرّف في الأموال المكتسبة، ولا تدلّ على وجوب معرفة أحكام المعاملات.
وأمّا الثالث: فمحض القول فيه أنه إذا لم يمكن الجمع بين تعلّم المسائل الواجب وكسب المعيشة إذا كان واجباً، فأيهما يقدّم، ولقد أطال المصنّف عليه السلام تبعاً للحدائق الكلام في المقام.

أقول: والحقّ أنهما من قبيل الواجبين المترافقين، فلا بدّ من ملاحظة الخصوصيّات والموارد والفوائد المترتبة على كلّ منهما، وترجيح الأهمّ من كلّ منهما على الآخر، وليس ذلك تحت ضابط واحد، فالمعنى ملاحظة كلّ مورد ثمّ الحكم بالتقديم.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية^١، واختلفوا في حرمتها وكرابتها، فمن التقي والقاضي والحلبي والعلامة في «المنتهى» الحرمة، وهو المحكم عن ظاهر «الذروس»، وحواشى المحقق الثاني، وعن الشیخ وابن زهرة لا يجوز. وأول في «المختلف» عبارة الشیخ بالکراهة، وهي -أى الكراهة - مذهب الأکثر، بل عن «إيضاح النافع» أن الشیخ ادعى الإجماع على عدم التحرير، وعن «نهاية الإحكام» تلقي الركبان مکرود عند أكثر علمائنا، وليس حراماً إجمالاً، ومستند التحرير ظواهر الأخبار^٢:

منها: ما عن منهال القصّاب، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلقي، فإن رسول الله عليه وسلم نهى عن التلقي، قلت: وما حدّ التلقي؟ قال عليه السلام: ما دون غدوة أو روحة. قلت: وكم الغدوة والروح؟ قال: أربعة فراسخ. قال ابن أبي عمر: وما فوق ذلك فليس بتلقي».

حرمة تلقي الركبان

١. قوله: (لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية).

وتنقيح القول في المسألة بالبحث في مقامين:

الأول: في أصل الحكم.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة فيه.

أما الأول: ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهراً على المرجوحية، فمن التقي والفالضل والحلبي والعلامة وغيرهم الحرمة، وعن الأكثر الكراهة.

٢. ومستند الحكم جملة من النصوص^(١) الظاهرة في التحرير، المذكور في المتن جملة منها.

وأورد على الاستدلال بها للحرمة بوجوهه:

أحدها: ضعف السند، بدعوى أن جميع تلك النصوص سبعة، وخمسة منها تنتهي أسنادها إلى منهال القصّاب، وهو مجهول، وواحد منها روايه عمر بن شمر الضعيف عن عروة بن عبد الله المجهول، والسابع مرسل.

وفيه: إن في طريقين من روایات منهال من هم من أصحاب الإجماع، فإن في طريق

(١) الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة.

وفي خبر عروة: «لا يتلقى أحدكم تجارةً خارجاً من مصر، ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض».

وفي رواية أخرى: «لا تلق ولا تشر ما يتلقى ولا تأكل منه».

وظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون أكلاً بالباطل، ولم يقل به إلا الإسكافي.

وعن ظاهر «المنتهى» الاتفاق على خلافه، فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب^١، فيقصر عن إفادة الحرمة والفساد، نعم لا بأس بحملها على الكراهة، لو وجد القول بكرامة الأكل مما يشتري من الملتقي، ولا بأس به حسماً لمادة التلقي. ومما ذكرنا يعلم أن النهي في سائر الأخبار أيضاً محمول على الكراهة، لموافقته للأصل^٢ مع

أحدهما ابن أبي عمير، وفي طريق الآخر ابن محبوب، فلا مورد للمناقشة فيها من حيث السند.

١. ثانية: إعراض المشهور عنها.

وفيه أولاً: إن جماعة أفتوا بالحرمة.

وثانياً: إن الإعراض الموهن هو الإعراض عن الخبر سندًا لا دلالة، والأصحاب عملوا بهذه النصوص، فإنهم حكموا بالمرجو حسنة وإنائهم بالكرامة لا يكون حجة علينا.

٢. ثالثها: موافقة القول بالكرامة للأصل، ومخالفة القول بالحرمة له.

وفيه: إن الأصل لا يقاوم الدليل، ومع وجوده يرتفع موضوع الأصل بالورود أو الحكومة.

مع أن القول بالكرامة أيضاً مخالف للأصل، وعدم الحرمة وإن كان موافقاً له، إلا أنه لا يثبت به الكرامة.

رابعها: كون الروايات موافقة للعامة.

وفيه: إن مخالفة العامة من مرجحات إحدى الحجتين على الأخرى، بعد فقد جملة من المرجحات، لا من مميزات الحجة عن اللا حجة.

وبالجملة: موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات.

خامسها: إن النهي وإن كان ظاهراً في نفسه في الحرمة، إلا أن النهي عن التلقي من جهة وقوعه في سياق النهي عن أكل الملتقي بقوله: «لا تأكل منه»، وقوله: «لا تأكل من

ضعف الخبر، ومخالفته للمشهور. ثم إن حد التلقي أربعة فراسخ^١، كما في كلام بعض. والظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود^٢، لأن الظاهر زوال المرجوحة إذا كان أربعة فراسخ، وقد تبعوا بذلك مرسلة الفقيه.

وروي أن: «حد التلقي روحه فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب»، فإن الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون إلا بارادة خروج الحد عن المحدود، كما أن ما في الرواية السابقة: «أن حد ما دون غدوة أو روحه» محمول على دخول الحد في المحدود. لكن قال في «المنتهى»: (حد علمائنا التلقي بأربعة فراسخ، فكرهوا التلقي إلى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجارةً وجليباً، وهو ظاهر لأنه بمضييه ورجوعه يكون مسافراً، ويجب عليه القصر، فيكون سفراً حقيقياً، إلى أن قال: ولا يعرف بين علمائنا خلافاً فيه) انتهى.

لحم ما تلتقي»، الذي لم يرد منه الحرمة يقيناً، لعدم فساد المعاملة، يحمل على الكراهة. وأجيب عنه: بأن الحرمة كما يمكن أن تكون منبعثة عن فساد المعاملة، باعتبار أن أكل مال الغير بلا سبب شرعي حرام، كذلك يمكن أن تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الأكل وحسن مادة التلقي المحرم.

بل الظاهر أن الأكل حرام من حيث أنه أكل لما تلقى، لا من حيث أنه مال الغير. وفيه: إن الظاهر منه كون النهي عنه من جهة كونه مال الغير، فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحمله على ما ذكر، فتأمل.

والأولى في الجواب أن يقال: إن النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد، لو حمل أحدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه، لا وجه لحمل غيره عليها، بناءً على ما حققناه في محله، من أن الحرمة والكراهة خارجتان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه، وإنما تنتزuan من الترخيص في فعل ما تعلق النهي به وعدمه.

فتتحصل أن الأظهر هو القول بالحرمة.

وأمّا المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في حد التلقي.

١. ولا كلام في أن حد أربعة فراسخ، إنما الكلام في دخول الحد في المحدود، وخروجه عنه.
٢. قال المصنف: (والظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود).

والتعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحة في التعبير، ولعل الوجه في التحديد بالأربعة، أن الوصول إلى الأربعة بلا زيادة ونقيصة نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة، إذ لا يقال إنّه وصل إلى الأربعة، إلا إذا تجاوز عنها ولو بسيراً.

فالظاهر أنّه لا إشكال في أصل الحكم، وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص والفتاوي. ثم إنّه لا إشكال في اعتبار القصد^١، إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى، فلو تلقى الرّكب في طريقه ذاهباً أو جائياً، لم يكره المعاملة معهم. وكذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقى، فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعاملة.

ومقتضى خبر ابن أبي عمير: قلت «وما حد التلقى؟ قال: ما دون غدوة أو روحة. قلت: وكم الغدوة والروحة؟ قال: أربعة فراسخ»^(١) هو الثاني.

ومقتضى خبر ابن محبوب: «قال قلت له: ما حد التلقى؟ قال: روحة»^(٢) في بادئ النظر هو الأول، ولكن بما أن للحد معنيين: أحدهما ما ينتهي به الشيء، والآخر ما ينتهي عنده الشيء، فالحد في الخبر الأول يُحمل على المعنى الأول، فإن الحد بذلك المعنى داخل في المحدود، وهو في الخبر الثاني يُحمل على المعنى الثاني، فإنه بذلك المعنى خارج عنه، فالجمع بين الخبرين يقتضي البناء على الخروج. والذي يسهل الخطب أنّ الوصول إلى الأربعة بلا زيادة ولا نقيصة نادر جدًا.

الجهة الثانية: في اعتبار القصد وعدمه.

١. قال المصنف: (ثم إنّه لا إشكال في اعتبار القصد).

واستدل بأبيه لا اعتباره بعدم صدق عنوان التلقى بدونه.

وأورد عليه المحقق الإبرواني رحمه الله: بأنّ عنوان التلقى ليس منهاياً عنه بالنهي النفسي، فإنه ليس بمرجوح قطعاً، بل المرجوح السبق إلى الاشتراك ممّن قصد البلد بمتاعه، وعليه نفس هذه المعاملة مرجوحة ولو لم يتلق أصلاً.

(١) و (٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب التجارة حديث ١ و ٤.

قيل ظاهر التّعليل في رواية عروة المتقدّمة، اعتبار جهل الرّكب بسعر البلد^١. وفيه: إنّه مبني على عدم اختصاص القيد بالحكم الآخرين، فيحتمل أن يكون العلة في كراهة التلقي، مسامحة الرّكب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقي، أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه، أو ادخاره عن أعين النّاس وبيعه تدريجاً، بخلاف ما إذا أتى الرّكب وطرحاً أمتعتهم في الخانات والأسواق، فإنّ له أثراً بيّناً في امتلاء أعين النّاس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطّعام. وكيف كان، فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشة. ثم إنّه لا فرق بينأخذ المتلقي بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم، لا بأس باستيهابهم ولو بإهداء شيء إليهم.

وفيه: إنّ التلقي للاشتراك بنفسه منهٰ عنه، والظاهر مرجوحٍ عنه أيضاً، كيف وقد جمع في النصوص بين النهي عنه والنهي عن الاشتراك. والحق أن يقال: إنّ المنهي عنه هو التلقي للاشتراك، فإذا لم يكن من قصده التلقي أصلاً، أو كان ولم يكن للاشتراك، لا يكون ذلك مرجحاً. وأمّا الاشتراك، فحيث أنّ الظاهر من الخبر مرجحٍ للاشتراك إذا كان مع التلقي المرجوح لا مطلقاً، فلا يكون مرجحاً إذا لم يكن التلقي عن قصد، فالاُظْهَر اعتباره. الجهة الثالثة: في اعتبار جهل الرّكب بسعر البلد.

١. قيل ظاهر التّعليل في رواية عروة المتقدّمة، اعتبار جهل الرّكب بسعر البلد.

وقد وقع هذا التّعليل في خبرين:

أحدهما: خبر عروة، عن الإمام الباقر عليه السلام، عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يتلقي أحدكم تجارة خارجاً عن المصر، ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»^(١).

ثانيهما: ما عن الشيخ بسنده عن جابر، عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا

(١) أورد صاحب الوسائل صدره في الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث - وذيله في - باب ٣٧ - منها حديث ١.

ولو تلقاءهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحة^١.
نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»،
قوى سراية الحكم إلى بيع شيء منهم، وإيجارهم المساكن والخانات، كما أنه إذا جعلنا
المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه النبوى العامى: «لا تلقو الجلب»،
فمن تلقاءه واشتري منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار» قوى سراية الحكم إلى كل معاملة
يوجب غبنهم كالبيع والشراء منهم متلقياً، وشبه ذلك، لكن الأظهر هو الأول.

الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(١).

وقد استدل العلامة به، واستند إلى غير واحد على اعتبار الجهل.
ويرد عليه: أنّ الظاهر - ولا أقل من المحتمل - كونه علة لحكم بيع الحضري للبدوي،
والمناسب أيضاً ذلك، فإنه إذا لم يصر الحاضر وكيلًا للبادي في البيع، يشتريه المشتري
بأقل فيرتفع عنه، فتدبر.

مع أنّ كونه من قبيل العلة المعمرة والمخصصة غير ثابت، فالأشهر هو التعميم،
لإطلاق الروايات، وعدم معلومية علة الحكم، ولعلها شيء موجود في فرض العلم.
الجهة الرابعة: في أنه هل يختص الحكم بالتلقي للاشتراء، أم يعم التلقي للبيع منهم،
أو لمعاملات أخر غير شراء متاعهم؟، ففي المتن:

١. (ولو تلقاءهم لمعاملات أخر... فظاهر الروايات عدم المرجوحة).

وجه الظهور مع إطلاق قوله عليه السلام في خبر منهال القصاب، عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا
تلق فإن رسول الله نهى عن التلقي»^(٢)، هو ورود الإطلاق مورد الغالب المتعارف،
وهو التلقي للاشتراء، كما هو مفاد سائر النصوص.

وبه يظهر حال قوله عليه السلام: «لا يتلقي أحدكم تجارة خارجاً عن مصر»^(٣)، مع أن
الصدق رواه هكذا: «ولا يتلقي أحدكم طعاماً»، وهو ظاهر في التلقي لاشتراء الطعام.

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) و (٣) الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ١ و ٥.

وكيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر، فثبت لهم الغبن الفاحش، كان لهم الخيار^١. وقد يُحكى عن الحلي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن، ولعله لإطلاق النبوى المتقدم^٢ المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق، والاطلاع على القيمة، واحتلوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة: يحرم النجاش على المشهور كما في «الحدائق»^٣، بل عن «المنتهى» و«جامع المقاصد»: أنه محرم إجماعاً، لرواية ابن سنان، عن أبي عبد الله عائض قال: «قال رسول الله ﷺ: الواشمة والمؤشمة والتاجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد ﷺ». لسان محمد ﷺ.

وفي النبوى المحكى عن «معانى الأخبار»: «لا تناجشوا ولا تدبروا»، قال: ومعناه أن يزيد الرجل في ثمن السلعة، وهو لا يريد شرائها ليس مع غيره فيزيد بزيادته، والتاجش خائن، والتدبر الهجران، انتهى كلام الصدق. والظاهر أن المراد بزيادة التاجش مواطاة البائع المنجوش له.

١. الجهة الخامسة: إذا فرض جهلهم بالسعر، فثبت لهم الغبن الفاحش، كان لهم الخيار، كما هو المشهور بين الأصحاب، وعن الحلي ثبوت الخيار، وإن لم يكن غبن، وفي المتن:

٢. (ولعله لإطلاق النبوى المتقدم).

ولكنه كما أفاده محمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة، وتمام الكلام فيه في خيار الغبن.

٣. قوله: (مسألة يحرم النجاش على المشهور كما في «الحدائق»). وقد تقدم الكلام فيه حكماً موضوعاً في آخر المكاسب المحرّمة في الجزء الثاني من هذا الشرح مفضلاً، فلا نعيد.

مسألة: إذا دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم^١، ولم يحصل للمدفوع إليه ولایة على ذلك المال من دون الدافع، كمال الإمام أو رد المظالم المدفوع إلى الحاكم، فله صور:

إحداها: أن يظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ منه، كما إذا عين له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده، ولا إشكال في عدم الجواز، لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه^٢.

الثانية: أن يظهر قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد، ولا إشكال في الجواز حينئذ^٣، إلا أنه قد يُشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة، لأن عين للمجتهدين مقداراً، والمشتغلين مقداراً، واعتقد الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه^٤.

كيفية صرف المال المدفوع للصرف في قبيل

١. قوله: (إذا دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم). لا يخفى أنه تارةً يدفع المال إليه من جهة كونه ولبيّ الأمر، كدفع سهم الإمام علىثلا إلى الحاكم الشرعي بما أنه نائب الإمام علىثلا. وأخرى يدفع إليه ليكون وكيلًا عن الدافع في صرفه في قبيل. لا كلام في جواز أخذ المدفوع إليه من ذلك المال في الصورة الأولى. وإنما الكلام في الصورة الثانية. وفي تلك الصورة فروض :

٢. أحدها: أن يظهر قرينة على عدم رضاه بالأخذ منه، لا إشكال في عدم جواز الأخذ في هذا الفرض.

٣. ثانية: أن يظهر قرينة على جواز أخذه منه، لا إشكال في جواز الأخذ حينئذ.

٤. إنما الإشكال فيما إذا اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة، لأن عين للمجتهدين مقداراً ولغيرهم مقداراً أقل منه، واعتقد أنه من المجتهدين، والداعي

والتحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية^١، لأن يقول: (ادفع إلى كل مشتغل كذا، وإلى كل مجتهد كذا، وخذ أنت ما يخصك). وإن كان على وجه الداعي، بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع، لأن الداعي إنما يتفرّع على الإعتقاد لا الواقع.

الثالثة: أن لا يقوم قرينة على أحد الأمرين، ويطلق المتكلّم^٢، وقد اختلف فيه كلماتهم، بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكالة «المبسوط»، وزكاة «السرائر»، ومكاسب «النافع»، و«كشف الرموز»، و«المختلف»، و«التذكرة»، و«جامع المقاصد» تحرير الأخذ مطلقاً.

وعن «النهاية» ومكاسب «السرائر» و«الشّرائع»، و«التحرير»، و«الإرشاد»، و«المسالك» و«الكافية» أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق، من دون زيادة على غيره. ونسبة في «الدّروس» إلى الأكثر. وفي «الحدائق» إلى المشهور، وفي «المسالك» هكذا شرط كلّ من سوّغ له الأخذ.

وعن «نهاية الأحكام» و«التنقّيح» و«المهدب البارع» و«المقنعة» الاقتصر على نقل القولين، وعن «المهدب البارع» حكاية التفصيل بالجواز إن كان الصيغة بلفظ ضعه فيهم، أو ما أدى معناه، والمنع إن كانت بلفظ ادفعه، وعن «التنقّيح» عن بعض الفضلاء

يعتقد عدم كونه منهم، ففي المتن ما حاصله:

١. (إنّه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية يراعى معتقد المدفوع إليه، وإن كان ذلك العنوان داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع).

وفيه: إنّ العنوان في الأفعال الخارجية المتعلقة بالأشخاص كالاقتداء والبيع والرضا ونحو تلّكم، يكون داعياً، ولا معنى لكونه موضوعاً، والرضا وإن كان يتعلّق بالعنوان الكلي، إلا أنه من حيث كونه مرأةً وطريقاً إلى الأفراد، وعليه فلا حالة يكون المناط اعتقاد الدافع، فإنّه إذا عيّن مقداراً للمجتهدين، وكان يعتقد عدم كون المدفوع إليه مجتهداً، لا يكون راضياً باخذه ذلك المقدار.

٢. ثالثها: أن لا يقوم قرينة على أحد الأمرين، وقد اختلفت فيه كلماتهم، لاحظ المتن.

أنه إن قال: هو للفقراء جاز، وإن قال: (اعطه للفقراء)، فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراده لخّصه، وإن لم يعلم جاز، احتاج القائل بالتحرير - مضافاً إلى ظهور اللّفظ في مغایرة المأمور بالدفع للمدفوع إليهم^١، المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة أن يزوجها من شخص فزوجها من نفسه، أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده - بصحيحة ابن الحجاج المسندة في «التحرير» إلى مولانا الصادق عليه السلام وإن اضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالاً ليصرفه في محاويح أو في مساكين، وهو يحتاج، أياخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى ياذن له صاحبه».

واحتاج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، والفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير، واللّفظ وإن سُلم عدم شموله له لغة، إلا أن المنساق عرفاً صرفة إلى كلّ من اتصف بهذا العنوان. فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصاً خاصة، وكان الداعي على الدفع اتّصافهم بذلك الوصف، لم يشمل المأمور، والرواية معارضة بروايات أخرى، مثل ما عن

فالمعنى صرف عنان الكلام إلى بيان المدرك، والكلام فيه يقع في موردين:
المورد الأول: فيما يقتضيه القواعد.

والالأظهر أنه الجواز مطلقاً، فإنّ ظاهر تعليق كلّ حكم على موضوع ثبوته لجميع أفراده، ولو علق رضاه على المجتهد، كان مقتضاه جواز تصرف كلّ مجتهد بما هو مجتهد، لا سيّما مع إحراز عدم خصوصية فرد في نظره، فإذا كان المدفوع إليه يرى نفسه مجتهداً جاز له التصرف.

١. وأما ظهور الدفع في مغایرة الدافع والمدفوع إليه، والواضح والموضوع فيه، فهو سُلم وأغمض عن اختصاصه ببعض الموارد، فهو لا يقاوم الظهور المُشار إليه، وعلى ذلك فيجوز له التصرف فيه.

المورد الثاني: فيما يقتضيه النصوص الخاصة، وهي طائفتان:
الطائفة الأولى: ما يدلّ على عدم الجواز، كمصحح^(١) ابن الحجاج المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٨٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث^٢.

«الكافي» في الصحيح عن سعد بن يسار، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يعطي الزكاة يقسمه في أصحابه أيأخذ منه شيئاً؟ قال: نعم». وعن الحسين بن عثمان في الصحيح أو الحسن بابن هاشم: «في رجل أعطى مالاً يفرقه ممن يحل له، أيأخذ شيئاً لنفسه؟ وإن لم يسم له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره»، وصحيح ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدرهم يقسمها ويضعها في مواضعها، وهو ممن يحل له الصدقة؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطي غيره، ولا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه في مواضع مسماة إلا بإذنه».

والذي ينبغي أن يقال: أمّا من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن في الدفع والصرف فإنّ المتبع الظُّهُورُ الْعَرْفِيُّ، وإن كان ظاهراً بحسب الوضع اللّغوي في غيره، كما أنّ الظُّهُورُ الْخَارِجِيُّ الذِّي يُسْتَفَادُ مِنْ الْقَرَائِنِ الْخَارِجِيَّةِ، مَقْدَمٌ عَلَى الظُّهُورِ الْعَرْفِيِّ الثَّابِتِ لِلْفَظِ الْمُجَرَّدِ عَنِ الْقَرَائِنِ. ثُمَّ إِنَّ التَّعْبِدَ فِي حُكْمِ هَذِهِ الْمَسَأَةِ لَا يَخْلُو عَنْ بُعْدِ

الطائفة الثانية: ما يدلّ على الجواز.

صحيح سعد بن يسار^(١)، وحسن الحسين بن عثمان^(٢)، وصحيح ابن الحجاج^(٣) المذكورة في المتن، فلاحظها.

والجمع بينهما إنّما يكون بأحد أنحاء:

١. اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذي يكون من الحقوق الشرعية، أمّا اختصاص الأول فواضح، وأمّا الثاني فلقوله: (يفرقه فيمن يحل له)، وأمّا الثالث فلقوله: (وهو ممن يحل له الصدقة)، وخبر المنع مختص بمال يكون للدفع.

٢. إنّ خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر في إرادة أشخاص معينين، فلا يعارض الأخبار المجوزة.

٣. الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة، ومن المعلوم أنّ الأخير يتوقف على عدم تمامية الأوّلين، وعدم إمكان الجمع بنحو آخر.

أقول: والأظهر هو الثاني، فإذاً لا تدلّ الأخبار على ما ينافي القواعد،

(١-٣) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١ و ٢ و ٣.

فالأولى حمل الأخبار المجوزة^١ على ما إذا كان غرض المتكلّم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له، من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصّحّيحة المانعة على ما إذا لم يعلم الامر بفقر المأمور، فأمرها بالدفع إلى مساكين، على وجه يكون المسكنة داعياً إلى الدفع لا موضوعاً، ولما لم يعلم المسكنة في المأمور، لم يحصل داع على الرّضا بوصول شيء من المال إليه، ثمّ على تقدير المعارضة، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللّفظ^٢ لأنّ الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي، ولو لم يكن اللّفظ ظهور، فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع^٣، إذ لا يجوز التصرّف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشّارع.

مسألة: احتكار الطعام - وهو كما في «الصحاح» وعن «المصباح»: (جمع الطعام وحبسه يتربّص به الغلاء) - لا خلاف في مرجوحيته^٤.

فالأقوى هو الجواز مطلقاً.

١. قوله: (فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلّم صرف المدفوع في العنوان).

وفيه: إنّه جمعٌ تبرّعي لا شاهد له.

٢. قوله: (ثمّ على تقدير المعارضة، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللّفظ).

وفيه: إنّه على تقدير المعارضة، يتبعّن الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الأخبار المجوزة في الجواز.

٣. قوله: (فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع).

وفيه: إنّ الواجب حينئذ الرجوع إلى الأخبار العلاجية.

حرمة الاحتكار

٤. قوله: (مسألة احتكار الطعام وهو ... لا خلاف في مرجوحيته).

في المسألة قولان، بناءً على ما هو الظاهر من أنّ مورد كلمات الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية.

وأمّا بناءً على أنّ مورد كلماتهم هو الأعمّ، ففي المسألة أقوال:

وقد اختلف في حرمتها، فعن «المبسوط» و«المقنعة» والحلبي في كتاب المكاسب و«الشّرائِع» و«المختلَف» الكراهة، وعن كتب الصّدوق و«الإِسْتِبْصَار» و«السَّرَّائِر» والقاضي و«التذكرة» و«التحرير» و«الإِيْضَاح» و«الدُّرُوس» و«جامع المقاصد» و«الروضَة» التحرير، وعن «التنقِيق» و«الميسِيَّة» تقويتها، وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية، لصحيح سالم الحنّاط^١ قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنّاط، وربما قدمت على نفاق، وربما قدمت على كсад فحبست. قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون يحتكر. قال: ببيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزء. قال: لا بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كلّه، فمر عليه النبي عليه السلام فقال له: يا حكيم بن حذام إياك أن تحترم، فإنّ الظاهر منه أنّ علة عدم البأس وجود الباذل، فلو لاه حرم.

وصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سُئل عن الحكرة؟ فقال: إنما الحكرة أن يشتري طعاماً وليس في المصر طعام غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعاماً غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»، وزاد في الصّحِيحَةِ المُحْكَيَّةِ عن «الكافِي» و«التَّهَذِيب»، قال: «وسأله عن الزَّيْتِ؟ قال: إن كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه»، وعن

الأول: ما هو الأشهر، وهو كراهة الاحتكار.

الثاني: ما ذهب إليه جمّع من الفقهاء، وهو التحرير.

الثالث: ما ذهب إليه المصطفى عليه السلام، وهو التحرير مع عدم باذل الكفاية، والكراهة معه.

وكيف كان، فقد استدل للحرمة مضافاً إلى وجوه اعتبارية، بكثير من النصوص^(١)، وهي وإن كان بعضها ضعيف السنّد، وبعضها قاصر الدلالة، من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذي هو بمعنى الإبعاد الملائم مع الكراهة، أو وروده في مقام بيان موضوع الاحتكار المحكم بالحرمة أو الكراهة، إلا أن جملة منها صحيحة السنّد، ظاهرة الدلالة عليها:

١. ك صحيح^(٢) الحنّاط عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٢٧ و ٢٨ - من أبواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث .٣

أمير المؤمنين عليه السلام في «نهج البلاغة» في كتابه إلى مالك الأشتر: «فامنع من الاحتكر، فإنّ رسول الله منع منه^١، ول يكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يجحف بالفريقين البائع والمبتاع، فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به، وعاقب في غير إسراف».

وصحيحة الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام ويتربيض به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس، فإنه يكره أن يحتكر وترك الناس ليس لهم طعام»، فإن الكراهة في كلامهم عليه السلام وإن كان يستعمل في المکروه والحرام^٢، إلا أنّ في تقييدها بصورة عدم باذل غيره، مع ما دلّ على كراهة الإحتكار مطلقاً، قرينة على إرادة التحرير^٣. وحمله على تأكيد الكراهة أيضاً مخالف لظاهر (يكره) كما لا يخفى. وإن شئت قلت: إن المراد بالباس في الشرطية الأولى التحرير، لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطية الثانية كالمفهوم

١. وما^(١) في «نهج البلاغة» في كتابه عليه السلام إلى مالك الأشتر: «فامنع من الاحتكر، فإنّ رسول الله عليه السلام منع منه»، ونحوهما غيرهما . و يؤيدها النصوص الأخرى.

٢. ولا يعارضها صحيح^(٢) الحلبي المذكور في المتن، فإن الكراهة في اصطلاحهم عليه السلام أعمّ من الكراهة المصطلحة . وعليه فهو أيضاً بمفهوم الشرط يدلّ على التحرير، فإنه يدلّ على ثبوت الباس مع عدم كثرة الطعام، وهو ظاهر في التحرير . وبما ذكرناه ظهر مدرك القول بالكراهة وضعفه.

٣. وقد استدلّ المصنف^(٣) لما اختاره بأنّ جملة من النصوص متضمنة للنبي عن الاحتكر، وظاهر ذلك مرجوحاته مطلقاً، وظاهر صحيح الحنّاط وصحيحة الحلبي حرمتها في صورة عدم باذل الكفاية . أمّا الأولى: فلانّ الظاهر منه أنّ عدم الباس وجود الباذل، فلو لاه حرم . وأمّا الثانية: فلانّه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره، وهذا بواسطة ما دلّ على

(١) و (٢) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ١٣ و ٢ .

لها، ويؤيد التحرير ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنباري، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيْمًا رَجُلٌ اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للMuslimين، ثم باعه وتصدق بثمنه، لم يكن كفارة لما صنع». وفي السنن بعض بنى فضال، والظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي^١ قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رأوا وذرروا ما رأوا» ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السنن، وقد ذكرنا أن هذا الحديث أولى بالذلة على عدم وجوب الفحص عمّا قبل هؤلاء من الإجماع الذي أدعاه الكشي على تصحیح ما يصحّ عن جماعة، ويؤيده أيضاً ما عن الشیخ الجلیل الشیخ ورّام، من أنه أرسّل عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن جبرائيل، قال: «اطلعت على النار فرأيت في جهنّم وادياً، فقلت: يا مالك لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكر، والمدمرين للخمر، والقوادين».

ومما يؤيد التحرير، ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ الزامه بذلك ظاهر في كون الحبس محرّماً، إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر، وخلاف قاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

كرامة الاحتكار مطلقاً فرينة على إرادة التحرير.

وفيه: إنّ الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهي عنه، سواءً حمل النهي فيها على الكراهة أو الحرمة، فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره، وإلا فلا يكون الاحتكار مكروهاً، وبذلك يظهر ما في قوله: (وإن شئت قلت الخ).

١. قوله: (والظاهر أنّ الرواية^(١) مأخوذة من كتبهم التي قال...).

ففيه: دليل على اعتبار ما في كتبهم، وقد ذكر المصنف رحمه الله هذا الكلام في كتاب الصلاة، وعليه بنى حجّية ما في كتبهم، وإن كان المروي عنه ضعيفاً أو مجهولاً. ويرد عليه: أن ذلك النص^(٢) سوءاً وجواباً مسوق لبيان أنّ فساد عقайд وآراء بنى فضال لا يمنع عن الأخذ برواياتهم، فغاية ما يدلّ عليه حجّية قولهم ورواياتهم، وأنّها كالروايات المرويّة عنهم في حال استقامتهم، بلا نظر فيه إلى حجّية الروايات من غير تلك الجهة.

(١) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي، حديث ١٣.

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة يتم ببيان أمور:
 الأول: في مورد الإحتكار^١، فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة، وبعض الأخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام. وفي رواية غياث بن إبراهيم: «ليس الحركة إلا في الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب»، وعن «الفقيه»: (زيادة الرزية)، وقد تقدم في بعض الأخبار المتقدمة أيضاً دخول الرزية أيضاً.

وفي المحكي عن «قرب الاسناد» برواية أبي البختري عن علي عليه السلام، قال: «ليس الحركة إلا في الحنطة والشعير والتمر والرزية والسمن».

وعن «الخصال» في رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهما السلام، قال: «قال رسول الله عليه السلام: الحركة في ستة أقسام: الحنطة، والشعير، والتمر، والرزيب، والسمن»، ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهراً، وعن «كشف الرموز» وظاهر «السراج» دعوى الاتفاق عليه، وعن «مجمع الفائدة» نفي الخلاف فيه. وأما الرزبة: فقد تقدم في غير واحد من الأخبار، ولذا اختاره الصدوق والعلامة في «التحريم»، حيث ذكر أنّ به رواية حسنة، والشهيدان والمحقق الثاني، وعن «إيضاح النافع» أنّ عليه الفتوى.

وأما الملح: فقد ألحه بها في «المبسot» و«الوسيلة» و«التذكرة» و«نهاية الإحكام» و«الدروس»^٢ و«المسالك»، ولعله لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار من حاجة الناس.

وأما أصحاب الإجماع، فقد دل الدليل على الاستغناء برواياتهم عن ملاحظة من قبلهم في السندي.

١. قوله: (الأول: في مورد الإحتكار).

والظاهر أن ثبوته في الغلات الأربع والسمن لا خلاف فيه، بل عن جماعة الإجماع عليه، وتشهد به النصوص^(١)، منها الروايات الثلاث في المتن، وفيها الرزبة، ولا إشكال في شيء من ذلك، وإنما الكلام في الملح، ففي المتن:

٢. (وأما الملح فقد ألحه بها في المبسot والوسيلة والتذكرة ونهاية الإحكام والدروس).

(١) الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب آداب التجارة.

الثاني: روى السكوني عن أبي عبدالله ع: «أن الحكمة في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء والشدة ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين في الخصب، فصاحب ملعون، وما زاد في العسرة على ثلاثة أيام فملعون»^(١).

ويؤيدتها ظاهر رواية المجالس المتقدمة، وحُكى عن الشيخ ومحكي القاضي و«الوسيلة» العمل بها، وعن «الدروس»: (أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس، ومظنته الزِّيادة على ثلاثة أيام في الغلاء، وأربعين في الرخص للرواية)، انتهى. وأمّا تحديده بحاجة الناس فهو حسن، كما عن «المقنعة» وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمة.

وأمّا ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة، فهو جيد^٢، ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددين تعبداً.

قال في محكي «المبسوط»: يثبت الاحتكار في الملح، ولم تف على حديث دال عليه، ولعله نظر في ذلك إلى دعوى الحاجة إليه، وأساس الضرورة إلى تناوله فصار كالطعام) انتهى.

ولكن مقتضى الحصر في خبر^(١) غياث عدم ثبوت هذا الحكم في الملح، والعلة المستنبطة المشار إليها لا تصلح لإثبات الحكم الشرعي بها، لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كي تعمّم، ولذا لم يفت أحد بشيوته في غير ذلك من ما يحتاج إليه الناس، فالأظهر عدم الإلحاد.

١. الثاني: روى^(٢) السكوني عن أبي عبدالله ع: «أن الحكمة في الخصب إلى آخر الخبر». ظاهر الخبر تحديد الحكمة في الشخص بأربعين يوماً، وفي الغلاء بثلاثة أيام، وعمل به الشيخ القاضي وصاحب «الوسيلة».

والإيراد عليه: تارة بضعف السند، وأخرى:

٢. بأنه محمول على بيان مظنة الحاجة، كما عن «الدروس»، واستحسنه المصنف^{رحمه الله}. في غير محله: أمّا الأولى فلما تقدم في هذا الشرح مراراً من اعتبار خبر السكوني، وأمّا الثاني فلأن ذلك خلاف الظاهر لا شاهد له، فالأظهر تمامية هذا التحديد.

(١) و (٢) الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤ و ١.

الثالث: مقتضى ظاهر صحة الحلبي المتقدمة في بادئ النظر، حصر الاحتكار في شراء الطعام، لكن الأقوى التعميم بقوله تفريع قوله: «فإن كان في مصر طعام»، ويفيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحبسه، سواءً كان بالاشتراك أو بالرُّزْع والحساب والاحران، إلا أن يراد جمعه في ملكه، ويفيد التعميم تعلييل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام، وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه، أو من ميراثه، أو يكون موهو باهله، أو كان قد اشتراه لحاجة، فانقضت الحاجة وبقي الطعام لا يحتاج إليه المالك، فحبسه متربيضاً للغاء.

الرابع: أقسام حبس الطعام كثيرة، لأن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له، والجس إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء وهو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله وإن حصل ذلك لغاء عارضي لا يتضرر به أهل البلد، كما قد يتفرق ورود عسكر وزوار في البلاد، وتوقفهم يومين أو ثلاثة، فيحدث للطعام عزة لا يضر بأكثر أهل البلد، وقد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغاء غرضاً آخرأً هذا كلّه مع حصول الغلاء. وقد يجس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحسبه، بل لقلة الطعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام، ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال، وقد يكون لحبّ إعانة المضطربين، ولو بالبيع عليهم والإرافق بهم، ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم، وقد يكون للبذر أو علف الدواب، أو الإسترباح بالثمن، وعليك في استخراج أحكام هذه الأقسام^١ وتنمي المباح والمكره والمستحب من الحرام.

١. قوله: (وعليك في استخراج أحكام هذه الأقسام).
الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس، والمباح هو الاحتكار لا مع حاجتهم. والواجب هو الاحتكار لإعانة المضطربين في أيام الغلاء، والمستحب هو الاحتكار لإعانة الزوار، وأماماً المكره فلم نجد له مثالاً.
ثم إن الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجباً ولا مستحبباً، واتصاله بهما إنما يكون من جهة انطباق عنوانين آخر عليه.

الخامس: **الظاهر عدم الخلاف** - كما قيل - في إجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة، بل عن «المهدب البارع» الإجماع عليه، وعن «التنقح» - كما في «الحدائق» - عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب. ولذا ذكرنا أنّ ظاهر أدلة الإجبار تدلّ على التحرير، لأنّ الزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعّر عليه إجماعاً، كما عن «السرائر»، وزاد وجود الأخبار المتواترة. وعن «المبسوط» عدم الخلاف فيه، لكن عن «المقنعة» أنّه يسعّر عليه بما يراه الحاكم. وعن جماعة منهم العلامة وولده والشهيد أنّه يسعّر عليه إن أجحف بالثمن، لنفي الضّرر^١، وعن الميسى والشهيد الثاني أنّه يؤمر بالنزول من دون تسعير، جمعاً بين التّهي عن التّسعير، والجبر بنفي الإضرار.

خاتمة

ومن أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب والإقتصاد فيه. ففي مرسلة ابن فضّال، عن رجل، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «ليكن طلب للمعيشة فوق كسب المضييع، ودون طلب الحرير الصّافي بدنياه، المطمئن إلية، ولتكن انزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعّفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف، وتكتسب ما لا بد للمؤمن منه، إنّ الذين اعطوا المال، ثمّ لم يشكروا لا مال لهم».

وفي صحيحه الثّمالي، عن أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ، قال: «قال رسول الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ في حجة الوداع: ألا إنّ روح الأمين نفت في روعي أنّه لن يموت نفس حتّى يستكمل رزقها، فاتّقوا الله، واجملوا في الطلب، ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرّزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإنّ الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالاً، ولم يقسمها حراماً،

١. قوله: (إنّه يسعّر عليه أن أجحف بالثمن لنفي الضّرر).
قالوا: ولأنّه لو لاه لانتفت فائدة الجبر، إذ بدونه يمتنع المالك من البيع إلا بأضعاف ثمنه، فلو سوّغناه انتفت الحكمة في إلزامه بالبيع.
أقول: وهو جيد؛ إلا أنّه لا يدلّ على التّسعير لملائمته مع ما عن الميسى والشهيد الثاني أنّه يؤمر بالنزول من دون تسعير، والله العالم.

فمن اتقى الله وصبر أتاه الله برزقه من حله، ومن هتك حجاب الستر وعجل فأخذه من غير حله، قصر به من رزق الحال، وحسب عليه يوم القيمة».

وعن أبي عبد الله عائلاً: «أنه كان أمير المؤمنين عائلاً كثيراً ما يقول: إلهموا علماء يقيناً أن الله عزوجل لم يجعل للعبد وإن استد جهده وعظمت حيلته وكثرة مكائدته، أن يسبق ما سمي له في الذكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه، وقلة حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم.

أيها الناس إنّه لن يزداد امرء نقيراً لحذقة، ولم ينقص امرء نقيراً لحمقه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحة في منفعته، والعالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرّته، وربّ منعم عليه مستدرج بالاحسان إليه، وربّ مغرور في الناس مصنوع له، فأباق أيها الساعي من سعيك، وأبصر من عجلتك، وانتبه من سنة غفلتك، وتفكر فيما جاء عن الله عزوجل على لسان نبيه ﷺ.

وفي رواية عبد الله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبد الله عائلاً يقول: إن الله عزوجل وسّع في أرزاق الحمق ليعتبر العقلاء، يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل ولا حيلة».

وفي مرفوعة سهل بن زياد، أنه قال: «قال أمير المؤمنين عائلاً: ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك أقبل على العبادة وترك التجارة، فقال: ويحيه! أما علم أن تارك الطلب لا تستجاب له دعوته، إن قوماً من أصحاب رسول الله عائلاً لما نزل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلُ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقُهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾ أغلقوا الأبواب، وأقبلوا على العبادة، وقالوا: قد كفينا. فبلغ ذلك النبي عائلاً فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا يا رسول الله عائلاً تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا، فاقبلنا على العبادة. فقال عائلاً: إنه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب». وقد تقدم رواية: «أنه ليس من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته»، وتقدم أيضاً حديث داود على نبينا وأله وعليه السلام وعلى جميع أنبيائه الصلاة والسلام، بعد الحمد لله الملك العلام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسام، التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة وكتابة كلمات أوليائه الكرام، التي هي مصابيح الظلام للخاص والعام.

الخيارات

القول في الخيار وأقسامه وأحكامه:

مقدّمتان الأولى: **الخيار** اسم مصدر من الاختيار، **غلب** في كلمات جماعة من المتأخرین في ملك فسخ العقد^١، على ما فسره به في موضع من «الإيضاح»، فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة، وفي عقد الفضولي، وملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثالث، وملك العمة والخالة لفسخ العقد على بنت الأخ والأخت، وملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كل من الزوجين لفسخ بالعيوب. ولعل التعبير

معنى الخيار إصطلاحاً

قبل بيان الخيار وأقسامه وأحكامه، لابد من تقديم مقدّمتين:
المقدّمة الأولى : في معنى الخيار.

الخيار على ما في كتب اللغة اسم مصدر من تخيّر مثل الطيرة اسم تطير، وهو مرادف للاختيار.

وأماماً في الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين:

١. أحدهما: ما عن موضع من «الإيضاح»، وجماعة من المتأخرین، واختاره المصطف^{للهم}، وهو ملك فسخ العقد.

ثانيهما: ما عرّفه المحققون من القدماء، وهو ملك إقرار العقد وإزالته.

وقبل بيان ما هو الحق عندنا، ينبغي تقديم مقدّمة وهي:

إنّ الجواز واللزوم الثابتين في العقود على قسمين:

القسم الأول: ما لا يقبل الإسقاط والانتقال إلى الغير، كلزوم النكاح، ولذا لا يصح جعل خيار الفسخ فيه ولا يقبل الإقالة، وجواز الهبة، فإنه غير قابل للإسقاط والانتقال، ويعبر عنهما باللزوم والجواز الحكيمين.

القسم الثاني: ما يقبل ذلك كلزوم البيع وجوازه، ويعبر عنهما باللزوم والجواز الحقيمين، وعن هذا الجواز يعبر بالخيار.

إذا عرفت هذه المقدّمة، فاعلم:

بالمملوك للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام^١، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والرد لعقد الفضولي، والتسلط على فسخ العقود الجائزة، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق. ولذا لا تورث ولا تسقط بالإسقاط. وقد يعرّف بأنّه ملك إقرار العقد وإزالته. ويمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاءه على حاله بترك الفسخ^٢، فذكره مستدرك، لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، إذ القدرة لا يتعلّق بأحد الطرفين. وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

أنّه يرد على التعريف الأول: أنّ الملك المستعمل في المقام، لا يراد به الملكية المصطلحة المضافة إلى الأعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوي، وهو السلطنة، وهو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثاني من الجواز، يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

وما أفاده المصنّف بأنّ التعبير بالملك:

١. (للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة). إن أراد به الملكية المصطلحة من جهة أنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك. فيرد عليه: ما ذكرناه في أوائل الجزء الثالث عند بيان حقيقة الحقّ، وإن أراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء، وهو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء وعزل نفسه عن السلطنة عزلاً ابتدائياً. فيرد عليه: أنّه لا يعتبر في الملك إلا دخول المملوک تحت السلطان، لا دخول السلطنة أيضاً تحت السلطان.

وأمّا التعريف الثاني: فأورد عليه المصنّف بأنّه بإبرادين، أحدهما:

٢. أنّه إن أريد بإقرار العقد إبقاءه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرك، لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، وإن أريد به إلزام العقد كان مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

وفيه: إنّ المتعين هو الثاني، وليس مرجعه إلى ما ذكر، بل حقيقته تثبيت العقد الذي هو أمرٌ وجوديٌّ، ولا زمه سقوط الخيار.

وإن شئت قلت: إنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ إزالة العقد لا إسقاط الخيار، فالخيار

مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بال الخيار المشترك، فإن لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً. ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المعتبر منه عرفاً عند الإطلاق في كلمات المتأخرین، وإلا فاطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة والرد لعقد الفضولي، وسلطنة الرجوع في الهبة وغيرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانية: ذكر غير واحد - تبعاً للعلامة في كتبه - أن الأصل في البيع اللزوم^١، قال في «التذكرة»: (الأصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه)، انتهى.

أقول: المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معانٍ:

مركب من سلطنتين: السلطنة على إزالة العقد، والسلطنة على رفع هذه السلطنة.
المقدمة الثانية: إن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ، جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك.

وفيه: إن الذي يبيد ذي الخيار الإلزام من طرفه لا من الطرفين، وإنما يكون لازماً من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، وهذا الظهور في الفسخ أيضاً من نوع، فإنه إزالة من جانبه، ولكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد، يلتزم بانحلاله من الطرفين، لأن معنى الفسخ ذلك كي يلتزم به في الإجازة بقرينة المقابلة.
فظهر أن ما عرّفه القدماء متبن لا يرد عليه شيء.

الأصل في البيع اللزوم

١. الثانية: (ذكر غير واحد - تبعاً للعلامة في كتبه - أن الأصل في البيع اللزوم، قال في محكي التذكرة: الأصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه). انتهى.
وقد تقدم البحث والكلام في المقصود الأصلي من هذه المقدمة في أول كتاب البيع

الأول: الراجح، احتمله في «جامع المقاصد» مستندًا في تصحیحه إلى الغلبة.^١ وفيه: إن أراد غلبة الأفراد، فغالبها ينعقد جائزًا، لأجل خيار المجلس، أو الحيوان أو الشّرط. وإن أراد غلبة الأزمان، فهي لاتتفع في الأفراد المشكوكة، مع أنه لا يناسب ما في «القواعد» من قوله: (وإنما يخرج من الأصل لأمرین: ثبوت خيار، أو ظهور عيب).

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات، التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد، أو بعض الأحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في «التذكرة» في توجيه الأصل.

الثالث: الإستصحاب، ومرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما، وهذا حسن.

الرابع: المعنى اللغوي، بمعنى^٢ أن وضع البيع وبنائه عرفاً وشرعًا على اللزوم، وصيروة المالك الأول كالأجنبي، وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط وبغيره، وليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعاً له أصلاً وبالذات، بحيث لا يقبل الإسقاط.

في مسألة المعاطاة، وإنما تعرضنا هنا لها لجهتين:

الأولى: للتعريض لمحتملات الأصل الواقع في كلمات الفقهاء.

الثانية: للتسهيل على الطالب.

وكيف كان، فالأصل المزبور قابل لإرادة معان:

١. **الأول:** الراجح المستند إلى الغلبة، ذكره في «جامع المقاصد».

وفيه: إنه ممنوع صغرى وكبيرى.

أما الأولى: فلأنَّ أغلب أفراد البيع تنعقد جائزه من جهة خيار المجلس وغيره، وإرادة غلبة الأزمان لاتتفع، فإنها توجب الإلحاق لو شك في لزوم فرد في زمان خاص، لا فيما إذا شك في لزوم فرد في جميع الأزمان.

وأما الثانية: فلعدم الأساس لما اشتهر من أنَّ الظن يُلحق الشيء بالأعمم الأغلب.

٢. **الثاني:** المعنى اللغوي، وهو ما يبني عليه الشيء، بمعنى أنَّ وضع البيع وبنائه

من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمنة انعقاد البيع، لا ينافي كونه في حد ذاته مبنياً على اللزوم، لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم لو كان في أول انعقاد محكوماً شرعاً بجواز الرجوع، بحيث يكون حكماً فيه لاحقاً مجهولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا - كما قيل - نظير قولهم: (إن الأصل في الجسم الاستداري) فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارية لأجل القاسير الخارجي). ومما ذكرنا ظهر وجه النّظر في كلام صاحب «الوافية» حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس، إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

بقي الكلام في معنى قول العلامة في «القواعد» و«التذكرة»: (أنه لا يخرج من هذا الأصل ^١ إلا بأمرتين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب). فإن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع أنه من أسباب الخيار. وتوجيهه بعطف الخاص على العام - كما في «جامع المقاصد» - ^٢ غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، وهو مبait له لا أعم. فنعم قد يساعد عليه ما في «التذكرة» من قوله: (وإنما يخرج عن الأصل بأمرتين:

عرفاً وشرعاً على اللزوم).

وأحسن توجيهه لذلك ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله، وهو أن بناء العرف على اللزوم، فإذا ورد دليل الإمساء كفى.

وفيه: إنه لا ريب في أن بناء العرف على اللزوم في موارد، وعدمه في موارد آخر، كما في المعيب والمعبون وشبههما، وعليه فإذا شك في مورد أنه من قبيل الأول أو الثاني، لا وجه للتمسّك بعموم بناء العرف، إذ لا عموم له.
وإن قيل: إنه يتمسّك بعموم أدلة الإمساء.

يُحاجب عنه: بأنه تمسّك حينئذ بالقاعدة المستفادة من العمومات، وسيأتي الكلام فيها.

١. قوله: (بقي الكلام في معنى قول العلامة... أنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرتين).

وقد ذكر في توجيه قوله قول العلامة وجوه:

٢. منها: أن عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار، من قبيل عطف الخاص على العام

أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين، بل للتروي خاصة.

والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين)، انتهى.

وحاصل التوجيه على هذا: أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بترزيل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع، أو بجعل المتعاقدين، لاقتضاء نقص في أحد العوضين، وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين، لكنه مع عدم تماميته تكفل في عبارة «القواعد»، مع أنه في «التذكرة» ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصولاً سبعة بعد أسباب الخيار، وجعل السابع منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيراً، ومقتضى التوجيه أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب. ويمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لترزيل العقد في مقابل الخيار^١، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب، وإن لم يثبت خيار الفسخ، موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإيقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكتفي في ترزيلا العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. وإن شئت قلت: أن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر، لكنه مبني على كون الأرش جزءاً حقيقةً من الثمن، كما عن بعض العامة، ليتحقق انفصال العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

وقد صرّح العلامة في كتابه بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله، لأن الأرش غرامة، وحينئذ فثبتوت الأرش لا يوجب ترزاً في العقد^٢.

وفيه: إن المعطوف عليه ليس مطلق السبب، كما أن المعطوف ليس خياراً خاصاً، بل المعطوف عليه مطلق الخيار، والمعطوف سبب من أسبابه فلا يتم ذلك.

١. ومنها: ما أفاده العلامة رحمه الله، وحاصله أن العيب سبب مستقل لترزيل العقد في مقابل الخيار، فإن ثبوت الأرش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، فالعقد بالإضافة إلى جزء من الثمن متزلزل، وإن لم يثبت الخيار.

٢. وأورد المصنف عليه: بأنه ليس الأرش جزءاً حقيقةً من الثمن، بل هو غرامة، فلا يوجب ثبوته ترزاً العقد.

ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أما لو شك في عقد آخر من حيث التزوم والجواز، فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه، لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأما الأصل بالمعنى الأول، فقد عرفت عدم تماميته. وأما بمعنى الاستصحاب فيجري في البيع وغيره إذا شك في لزومه وجوازه. وأما بمعنى القاعدة فيجري في البيع وغيره، لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب، يعم غير البيع. وقد أشرنا في مسألة المعاطاة إليها، ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.

فمنها: قوله تعالى: «أوفوا بالعُهُود»^١، دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد - كما فسر به في صحيحه ابن سنان المرويّة في تفسير علي بن إبراهيم -

والظاهر أن نظره^٢ إلى أن العقد يقتضي التزوم، وكون أحد العوضين فقط عوضاً عن الآخر، والمخرج عن الأمر الأول هو الخيار، وعن الثاني ظهور العيب، فإنه يجبأخذ الأرض مع المبيع.

ومنها: غير ذلك مما ذكره العلامة، مع ما يرد عليه وغيره.

القاعدة المستفادة من العمومات

الثالث: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

١. فمنها: قوله تعالى «أوفوا بالعُهُود»^(١).

وتقريب الاستدلال به: أنه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد أو ما يسمى عقداً عرفاً، ومني وجوب الوفاء، العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تملك العاقد ماله من غيره، وجب العمل بما يقتضيه، فأخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فإذا حرم جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - ومن جملة ذلك التصرفات الواقعية بعد فسخ المتصرف من دون رضاه - كان هذا لازماً مساوياً للزروم العقد.

.٢) المائدة: (١)

أو ما يسمى عقداً لغةً وعرفاً، والمراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللّاظفية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دل العقد مثلاً على تمليك العاقد ماله من غيره، وجب العمل بما يقتضيه التّملّك، من ترتيب آثار ملكيّة ذلك الغير له، فأخذته من يده بغير رضاه، والتصرّف فيه كذلك، نقضٌ لمقتضى ذلك العهد فهو حرام.

إذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد، ومنها التّصرفات الواقعـة بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه، كان هذا لازماً مساوياً للزّرورـة العقد، وعدم انفسـاخـه بمجرد فسخ أحدهـما، فيـتـسـتـدـلـ بالـحـكـمـ التـكـلـيفـيـ عـلـىـ الحـكـمـ الـوضـعـيـ،ـ أـعـنـيـ فـسـادـ الـفـسـخـ مـنـ أـحـدـهـماـ بـغـيرـ رـضاـ الـآـخـرـ،ـ وـهـوـ مـعـنـيـ الـلـزـرـومـ،ـ بـلـ قـدـ حـقـقـ فـيـ الـأـصـوـلـ أـنـ لـاـ مـعـنـيـ لـلـحـكـمـ الـوضـعـيـ إـلـاـ مـاـ اـنـتـزـعـ مـنـ الـحـكـمـ التـكـلـيفـيـ،ـ وـمـمـاـ ذـكـرـنـاـ ظـهـرـ ضـعـفـ مـاـ قـيـلـ:

وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: إن الوفاء إنما يتعلق بالعهد والالتزام، وهو إنما يتعلق بأمر اختياري مثل النذر، ولا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية إلى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن وجوب الوفاء بشيءٍ فرع كونه تحت الاختيار، والملكية وبقائهما إلى الأبد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، وهذه آية اختصاص الآية الشريفة بباب النذر وشبيهه.

وفيه: إن الوفاء بمعنى التمام أو ما يقاربه، وعليه فإن كان العقد متعلقاً بالفعل، كان الوفاء به إيجاده، وإن كان متعلقاً بالنتيجة كالعقد على الملكية، كان الوفاء به إتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه.

الإيراد الثاني: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، وهو أن موضع وجوب الوفاء هو العقد، وبقائه بعد الفسخ مشكوك فيه، فالتمسّك بعموم الآية من باب التمسّك فيما لا يعلم انتباق المطلق عليه.

وفيه: إنه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، وعليه فالأمر بالوفاء إن كان إرشاداً، كان مدلول الآية المطابقي لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ، وإن كان مولوياً نفسياً، كان عدم

من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللّزوم^١.

توضيح الضعف: إنّ اللّزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه، مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى -أعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه- يصير بدلالة الآية حكماً شرعاً للعقد، مساوياً للّزوم، وأضعف من ذلك ما نشأ من عدم التقطن لوجه دلالة الآية على اللّزوم، مع الإعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور، وهو أنّ المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي ووضعي. وقد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً

الفسخ أيضاً مأموراً به، فلو حرم الفسخ لم يكن مؤثراً إجمالاً.
مع أنّ حرمة الفسخ لو ثبتت، فإنّما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحقّ له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ومن عدم الحقّ يستكشف عدم تاثيره.

١. الإبراد الثالث: ما عن العلامة في «المختلف»، وهو أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللّزوم.
وفيه: إنّ العقد الجائز لا يجب الوفاء به لجواز فسخه وحلّه، فمن الوجوب يستكشف كونه لازماً.

مع أنّ الجواز واللّزوم من أحكام العقد، لا من منشآت المتعاقدين، ولذا لو أوقعوا العقد اللازم غير قاصدين للّزوم بل للجواز، اتصف العقد به.

الإبراد الرابع: ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله، وهو أنّ العقد بمعنى العهد، وهو يشمل التكاليف الإلهية والعهد الذي بين الخالق والمخلوق كالنذر، وما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض، وحينئذ يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب، فيكون خروج العقود الجائزة والمستحبات من باب التخصيص، وحمله على القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب فيسقط الاستدلال، وحيث إنّه وبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني.

وفيه أولاً: سترى عدم كون العقد بمعنى العهد.
وثانياً: إنّ الالتزام بالتفصيص لا محذور فيه.

وضعيّاً، ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعُ» على الْلَّزُوم^١، فإنّ حليّة البيع التي لا يراد منها إلّا حليّة جميع التصرّفات المترتبّة عليه، التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتباعين بغير رضا الآخر، مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ، وكونه لغوًا غير مؤثّر.

وثالثاً: إنّ الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه، وإنّما ينتزعان من الترخيص في الترك وعدمه، وعليه فعدم الْلَّزُوم في بعض الموارد للترخيص في الترك، لا يوجب الالتزام بالتخصيص، ولا بعدم الْلَّزُوم في الموارد التي لم يرد فيها ذلك.

فتحصل: أنّ شيئاً من هذه الإبرادات لا يتم:
ولكن يرد عليه أمور:

الأمر الأول: أنّ العقد غير العهد، إذ العهد هو الجعل والقرار، والعقد هوربط شيء بشيء، وهو في اصطلاح الفقهاء في قبال الإيقاع، فالعقد إنّما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كلّ من المتعاقدين بالآخر.

الأمر الثاني: إنّ الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الإتمام والإنهاء.

الأمر الثالث: إنّ الأمر به إرشاد إلى الْلَّزُوم، ولا يكون حكماً تكليفيّاً، وإن كان على هذا أيضاً تدلّ الآية على الْلَّزُوم، وقد تقدّم تفصيل القول في كلّ واحد من هذه الأمور في مبحث المعاطاة في الجزء الثالث، وعلى ما ذكرناه دلالة الآية على الْلَّزُوم أظہر.

١. ومنها: قوله تعالى «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعُ»^(١)، وقد ذكر المصنّف^{الله} في وجه دلالة الآية الشريفة على الْلَّزُوم، بأنّ الحليّة المستندة إلى البيع ظاهرة في التكليفيّة، لا سيّما بواسطة مقابلة ذلك بـ «حرّام الرّبَا»، وحيث أنّه لا موهم لحرمة البيع - لا بما هو فعل ولا بما هو تسبّب للملك - فلا بدّ من تقدير التصرّفات، ومن حليّة التصرّفات يستكشف صحة البيع، إنّما من جهة أنها تدلّ على حليّة التصرّفات المترتبّة على البيع - ومرجع ذلك إلى حليّة الأكل من هذا السبب - ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكيّة، وإنّما من جهة أنّ حليّة التصرّفات

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥.

المتوقّة على الملك كالبيع والوطء ونحوهما من آثار الملك، فإذا دلت الآية على جوازها، دلت بالملازمة العقلية على الملكية، أو من جهة الملازمة العرفية بين حلية التصرّفات ونفوذ البيع.

ومقتضى إطلاق الآية حلية التصرّفات بعد فسخ أحد المتباعين بغير رضا الآخر، وهذا يستلزم عدم تأثير الفسخ، وكونه لغوًّا، وهو لازم للزوم.

وهو ^{متّباع} بعد أسطر أورد على هذا الوجه: بأن المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآية، فلا يمكن التمسّك في رفعه بالإطلاق.

أقول: وفي كلامه موضع للنظر:

الأول: ما أفاده من أن المراد بالحلية الحلية التكليفيّة، فإنه يرد عليه أنّ الظاهر منها من جهة استنادها إلى البيع هي الوضعية منها، وهكذا في الحرمة المنسوبة إلى الربا، وعليه فتدل الآية الشريفـة على صحة البيع ونفوذه بالمطابقة بلا نظر لها إلى الزوم.

الثاني: ما أفاده من تقدير التصرّفات، فإنه يرد عليه أنه لا وجه لذلك سوى توهم أنه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الأعمال، فيتعين التقدير، وهذا عليل، فإنّ البيع من حيث أنه يتوصّل به إلى التصرّفات، قابل لأن يكون حلالاً وحراماً، وعليه فلا وجه للتقدير، وعلى هذا فيستكشف من حلية البيع بهذا المعنى نفوذه وصحته، إذ لو لا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه.

الثالث: ما أورده على نفسه، فإنه يرد عليه أنه لو قدر التصرّفات، وكان مقتضى إطلاق الآية حلية التصرّفات بعد الفسخ، لم يكن الشك في تأثير الفسخ مانعاً عن ذلك، فإنّ التمسّك بالإطلاق إنما يكون لدفع مثل هذا الشك.

والمحقق النائي للله: وجّه إيراد المصنّف للله بأنّ القيد الراجعة إلى الموضوع يمكن أن يكون الحكم بالنسبة إليها مطلقاً أو مقيداً، وأمّا حالات نفس الحكم فلا يمكن أن يكون الحكم بالنسبة إليها مطلقاً ولا مقيداً، فضلاً عن أن يكون مطلقاً أو مقيداً بالإضافة إلى رافعه، إذ المحكوم ليس ناظراً إلى نفسه، فضلاً عن أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراضٍ، فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر، فدلالة الآيات الثلاث على أصلية اللزوم على نهج واحد. لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين، لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب، ولا ينفع الإطلاق^٢.

حاكمه، وفي المقام الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لأصل الحلية، ولا إطلاق لها بالنسبة إلى رافعها.

وفيه أولاً: إن المصنف صرّح بالإطلاق.

وثانياً: إن الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لمنشأ الحلية، وهو البيع والعقد لا للحكم نفسه، وإطلاق الحكم بالنسبة إلى رافع منشأ كسائر حالاته أمر ممكّن.

وثالثاً: إن هذا الوجه يجري في «أَوْفُوا بِالْمُعْوَدِ» بأن يقال إن الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لوجوب الوفاء، فلا يمكن أن يكون ما دل عليه مطلقاً بالنسبة إلى رافعه.

وقد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع وصحته دون لزومه.

١. قال المصنف^٣: (ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض)^(١).

تقريب الاستدلال: إن الأكل الذي رخصه الشارع، عنوان للتصرفات المترتبة على المعاملة لالنفسها - لما تقدم - فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، ومن إطلاقه - لما بعد الفسخ - يستكشف اللزوم.

٢. ثم أورد عليه بما أورده على سابقه.

وفيه أولاً: إن الأكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

وثانياً: إن الإيراد غير تمام كما تقدم.

(١) سورة النساء آية ٢٩.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَ الْكُفَّارِ إِنَّمَا يَنْهَا عَنِ الْبَاطِلِ﴾^١، دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلًا عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإن أكل المازة من ثمرة الأشجار التي تمز بها باطل، لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعه والخيار، فإن رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار والشفعه، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً^٢. نعم، لو دل الشارع على جوازه - كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض - كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.

والمحض قد استدل بالآية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة، وقد تعرضا له هناك، وبهذا عدم تماميته فراجع.

١. ومنها: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَ الْكُفَّارِ إِنَّمَا يَنْهَا عَنِ الْبَاطِلِ﴾^(١).

تقريب الاستدلال به على اللزوم وجهان:

٢. الأول: أن الأكل المنهي عنه كناية عن التصرف المعاملبي، وهو التملك، فيدل على النهي عن التملك بالباطل، ومنه أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه.

وفيه أولاً: إن المراد بالباطل إنما هو الباطل العرفي أو الشرعي، أو الفاسد الخالي عن الأثر الذي لا يختلف معناه عرفاً وشرعاً، وإنما الاختلاف بينهما في المصدق؛ أمّا على الأول: - الذي هو أساس الاستدلال - فحيث أن إذن المالك الحقيقي موجب للخروج عن كونه باطلًا، وفي المقام يحتمل الإذن في الفسخ، فلا محالة يشك في صدق الباطل عليه، ومعه لا يبقى مورد للتمسك بإطلاق الحكم.

وأمّا على الآخرين: فالشك في صدق الموضوع أظهر.

وثانياً: إنه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير بـ ﴿أَمْوَالَ الْكُفَّارِ﴾ الظاهر في إعطاء مال وأخذ مال، والرجوع ليس منها، فإنه رد للملك، ويستتبع ذلك رجوع العوض، لا أنه تملك بعوض.

وثالثاً: إن الفسخ حل للعقد، فلا تشمله الآية، لعدم كونه سبباً للأكل، بل هو رافع

(١) سورة النساء آية ٢٩.

وممّا ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»!^(١)

ومنها: قوله: «الناس مسلطون على أموالهم»، فإنّ مقتضى السلطة التي أمضتها

للسبب المملىك، وبعده يكون الملك بالسبب الأوّل.

الوجه الثاني: أنّ الأكل المنهي عنه كنایة عن التصرّفات، فتدلّ الآية على عدم جواز التصرّفات بعد السبب الباطل، ومنه الرجوع والفسخ.
ويرد عليه ما أوردناه على الوجه الأوّل.

١. ومنها: قوله ﷺ: (لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه)^(١).

وتقرّيب الاستدلال به من وجهين:

الوجه الأوّل: إنّ الخبر يدلّ على عدم حلّية مال الغير بغير رضاه، وحيث أنّه لا معنى لحرمة المال، وتقدير تصرّف دون آخر ترجيح بلا مرّجح، فتقدر جميع التصرّفات ومنها الفسخ، ومن حرمتها يستكشف عدم تأثيره.

وفيه أوّلاً: إنّ الحرمة حيث استندت إلى المال، تكون ظاهرة في إرادة حرمة التصرّفات الخارجية المتعلقة به، ولا تشمل التصرّف الاعتباري.
وثانياً: إنّ حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها، كما تقدّم في أوّل الجزء الثالث من هذا الشرح.

الوجه الثاني: إنّه يدلّ على حرمة التصرّفات في مال الغير بغير رضاه، ومقتضى إطلاقه حرمتها حتّى بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ.
وفيه: إنّه حيث يحتمل تأثير الفسخ، فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، ومعه لا مورد للتمسّك بإطلاق الحكم.

(١) هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرك ج ٩ ص ٢١٢ وغيرهما.

الشارع أن لا يجوز أخذه من يده، وتملكه عليه من دون رضاه^١، ولذا استدل المحقق في «الشريائع» على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه، بـأن فائدة الملك التسلط، ونحوه العلامة في بعض كتبه.

والحاصل: إن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالاً لغيره وأخذه منه بغير رضاه، منافٍ لهذا العموم.

ومنها: قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^٢. وقد استدل به على اللزوم غير واحد، منهم المحقق الأرديبيلي، بناءً على أن الشرط مطلق الإلزام والالتزام ولو ابتدأه من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده، ويحرم التعدي عنه.

١. ومنها: قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١).

هذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند، إلا أنّ ضعفها مجبور بالعمل، وتقريب الاستدلال بها: أنها تدلّ على ثبوت السلطنة التامة للملوكين على أموالهم، ومن مقتضيات السلطنة التامة، رفع مزاحمة الأجانب ومنهم المالك الأول، ولا زمه عدم تأثير فسخه.

وبعبارة أخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه منافي للسلطنة.

وأورد عليه بإيرادات، وقد ذكرناها مع أجوبتها في مبحث المعاطة.

والحق في الجواب عنه: أنها تدلّ على ثبوت السلطنة ما دام كونه مالاً له، ولا تدلّ على تسلطه على إبقاء الموضوع، وكون بقائه تحت اختياره كي تكون إزالته منافية للسلطنة التامة له، فتذهب. وتمام الكلام في ذلك المبحث، كما أنّ التقريب الآخر لدلائلها على ذلك مع جوابه مذكوران هناك فراجع.

٢. ومنها: قوله عليه السلام: «المؤمنين عند شروطهم»^(٢).

وتقريب الاستدلال به: إن الشرط هو مطلق الإلزام والالتزام ولو ابتدأه من غير ربط

(١) البحارج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار وفيها المسلمون.

فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في: **أَوْفُوا بِالْعُهُودِ** لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ، حتى في مثله قوله إِنَّمَا في دعاء التوبة: «ولك يا رب شرطي أن لا أعود في مكرورهك، وعهدني أن أحجز جميع معاصيك»، وقوله إِنَّمَا في أول دعاء التذكرة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا»، كما لا يخفى على من تأملها. مع أنَّ كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ذكرناه من الاختصاص. ففي «القاموس»: (الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه).

ومنها: الأخبار المستفيضة في أنَّ البيعين بالخيار ما لم يفترقا^١، وأنَّه إذا افترقا وجباً البيع، وأنَّه لا خيار لهما بعد الرضا. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً.

بعد آخر، وعليه فالعقد شرطٌ يجب الوقوف عنده، ويحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في **أَوْفُوا بِالْعُهُودِ**.

ولكن تمامية الاستدلال به تتوقف على أمرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع، ودلالته على اللزوم.

أما الأول: - فمضافاً إلى ما سياطي في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية - إنَّه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام، وهو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. وبعبارة أخرى: الشرط هو الالتزام التابع، كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا قال في محكي «القاموس»: (الشرط الزام الشيء أو التزامه في البيع ونحوه).

وأما الثاني: فالظهور أنَّه إنشاء حكم تكليفي لا وضعي، إذ مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك إرشاداً إلى صحته أو لزومه، بل هو صفة في المؤمن، فلا محالة يكون ظاهراً في كونه أمراً بالوفاء بالشرط تكليفياً، وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في **أَوْفُوا بِالْعُهُودِ**.

١. ومنها: الأخبار المستفيضة في أنَّ البيعين بالخيار^(١) ما لم يفترقا، وأنَّه إذا افترقا وجباً البيع.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب^١ أيضاً. وربما يقال إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب^٢ المتقدم المقتضي للزّوم. ورُدّ بأنه إن أُريد بقاء علاقة الملك أو علاقة يتفرّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وإن أُريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك^٣، وإنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالاصل عدمها.

وأورد على هذا الوجه:

بأن هذه النصوص تدل على الزّوم الحيثي، لا الزّوم من جميع الجهات، ولذا لا تنافي ثبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما.
وبأنها في مقام جعل الخيار لا جعل الزّوم، فلا وجه للتمسّك بإطلاقها من هذه الجهة.

ولكن يرد على الأول: أنه خلاف إطلاق النصوص.

وعلى الثاني: أنها في مقام بيان الجواز قبل التفرّق والزّوم بعده، ولذا في بعض تلك النصوص قال عليهما^٤ بعد ذلك: «إذا افترقا فلا خيار لهما».

الاستدلال للزّوم بالاستصحاب

١. وربما يستدل على الزّوم بالاستصحاب.

بتقرير: أن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، وقد أشبعنا الكلام في هذا الاستصحاب، وما يمكن أن يورد عليه في مبحث المعاطاة، وإنما نذكر في المقام الإشكال الذي لم يذكره المصنف^{الله} هناك، وذكره في المقام، وهو:

٢. (إن) هذا الأصل محکوم باستصحاب بقاء علقة الملك الأول)، واستصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس.

٣. وأجاب المصنف^{الله} عن الأول: بأنه إن أُريد بقاء علاقة الملك أو علاقة تتفرّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وإن أُريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

وإن أُريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، في مقابل من جعلها لازمة بالتصريف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس^١ بل مطلقاً، بناءً على أنَّ الواجب هنا الرجوع في زمان الشك

توضيح ما أفاده:

إنه ربما يتوهم أنَّ الملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً، إلا أنها ليست بسيطة، بل هي ذات مراتب، فإذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له إرجاعها إلى ملكه إلا بعقد جديد، فقد انقطعت العلاقة بالمرة، وإذا انتقلت بنحوٍ له إرجاعها إلى ملكه متى ما شاء، فقد بقيت مرتبة منها. فلو شك في الجواز والتزوم، يشك في أنَّ علقة المالك الأول هل انقطعت بالمرة أم بقيت مرتبة ضعيفة منها، فيستصحب بقائهما بعد كون قوة العلاقة وضعفها من مراتب شيء واحد، فإذا جرى هذا الأصل لا يبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب، فإنَّ الشك في بقائه بعد الرجوع، مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه.

وربما يتوهم أنَّ للشخص سلطنة على ماله، وسلطنة على تسلیط الغير عليه حدوثاً وبقاءً، وبالبيع زالت السلطنة عليه، وكذلك السلطنة على تسلیط الغير حدوثاً. أمّا السلطنة على تسلیط الغير بقاءً فهي مشكوكه الارتفاع، فيستصحب بقائهما، ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

أقول: وكلاهما فاسدان:

أقا الأول: فلان الملكية التي هي أمرٌ اعتباريٌ ومن سُنخ الوجود بسيطة، وليس ذلت مراتب، وهي قد زالت بالبيع ولم يبق منها شيء.

مع أنه لو سلم كونها ذات مراتب - حيث أنَّ ما يبقى بعد العقد الجائز مباین مع الملكية، ولذا ترى أنَّ خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكية - فلا يجري الاستصحاب.

وأقا الثاني: فلان السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة إن ثبتت، فإنّها تثبت في ظرف عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك؟!

وأجاب المصنف عن الأصل الثاني بوجهه:

١. **الأول:** إنَّ الدليل أخصٌ من المدعى لعدم جريانه في غير البيع.

إلى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^١ لا الاستصحاب أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق^٢، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم، فتأمل. ثم إنّه يظهر من «المختلف» في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزه، أنّ الأصل

١. الثاني: إنّ الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) لا الاستصحاب.

وأورد عليه: بأنّ «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» حيث لا عموم زماني له، فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما أنسسه في الأصول. ويمكن دفعه: بأنّ ذلك يتمّ في ما إذا كان خروج الفرد في الأثناء لا من الأول، كما في المقام، وإلا فالمرجع عموم العام. وتمام الكلام في محله.

٢. الثالث: إنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق. وأورد عليه: بأنّ الكلام إنّما هو مع قطع النظر عن الأدلة الإجتهادية، مع أنّ هذه الأخبار كما توجب عدم جريان هذا الأصل، توجب عدم جريان الأصل المحكوم أيضاً. وفيه: إنّ ما يثبت بهذه النصوص، هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، وأماماً زوال الحق الآخر المشكوك حدوث فهي لا تدلّ عليه.

وحيث أنه يتحمل ذلك، فإنّ قلنا بأنّ الخيار واحد وإن تعددت أسبابه، يجري استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقاً.

وإن قلنا بتعديده بتعديده أسبابه، فيمكن إجراء استصحاب الكلّي الجامع بينهما، فإنه وإن كان من قبيل القسم الثالث من أقسام الكلّي، إلا أنه حيث يتحمل حدوث فرد آخر مقارنا لحدث المتيقّن، يجري استصحاب الكلّي على مسلك المصنّف للله.

ولكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض، فلا يجري الأصل المزبور في المقام.

فتحصل: أنّ الاستصحاب أيضاً من أدلة اللزوم.

(١) سورة المائدة آية ٢.

عدم اللزوم^١، ولم يرده من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^٢. ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه، مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً، ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين. ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم، إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، ويجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المردود بين عنواني العام، والمخصص إلى العموم. وأما بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقددين، إلا أن يكون

١. وقد أفاد العلامة في مسألة المسابقة عند الشك في أنها جائزة أو لازمة أنها غير لازمة لأصالة عدم اللزوم.

٢. ورد من تأخر عنه بعموم آية الوفاء بالعقد^(١)، والمصنف^{للله} استحسن الأصل المزبور في بعض الأبواب، قال:

٣. (نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً). وأورد عليه المحقق الإيراني: - مضافاً إلى أن غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الأثر بعد الفسخ الذي هو معنى أصالة اللزوم لا صحة أصالة الجواز - بأنه بناءً على جريان الاستصحاب التعليقي، يجري الاستصحاب في المقام، فإنه يجري استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ، ويحكم بأنه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ، ثم ناقش^{فتن} فيه بأن المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي.

وفيه: إن هذا الاستصحاب يجري وإن بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي، من جهة أن الاستصحاب التعليقي المصطلح إنما هو فيما لو تحقق أحد جزئي موضوع الحكم كالعصير العنب، ثم حين ما تتحقق الجزء الآخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الأول لاحتمال التبدل، وفي المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو إنشاء تملك على تقدير السبق والمشكوك فيه بقاء هذا الأثر وارتفاعه عن موضوعه، فيجري الأصل

(١) سورة المائدة آية ٢.

هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة. فإن الأصل عدم قصد القرابة، فيحكم بالهبة الجائزة^١، لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللّزوم.

وأمّا تعين العقد اللازم حتّى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم، كما إذا أريد تعين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة^٢ التي هي من آثار الهبة.

فيه، ونظير المقام ما لو شك في وجوب الحجّ على المستطيع.
وبالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده، فيجري الأصل، وهذا غير الاستصحاب التعليقي المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه من دلالة العمومات على أصالة اللّزوم، إنما هو في الشك في حكم الشارع باللّزوم.

وأمّا إذا كان الشك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، فلا مورد للتمسّك بالعمومات، فيتعين حينئذ الرجوع إلى الاستصحاب، إلا أن يكون هناك أصل حاكم، وقد أشار إليه المصنف في المتن بقوله:

١. (كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل حينئذ عدم قصد القرابة فيحكم بالهبة الجائزة).

أقول: ولكن يتم ذلك بناءً على كون الهبة والصدقة حقيقة واحدة، والفرق بينهما إنما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء، فالتمليك المجاني المجرّد عن قصد القرابة هبة، والتمليك المجاني الذي قصد به القرابة صدقة، إذ عليه تكون أصالة عدم قصد القرابة نافية لللّزوم المترتب على الصدقة.

وأمّا بناءً على ما مال إليه في «الجواهر» من كونهما حقيقتين متباينتين، فلا أصل لهذا الأصل، وتمام الكلام في محله.

٢. قوله: (إذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة).

وإذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم: «على اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة^١، وإن كان المستند دخوله في ضمان العين^٢ أو قلنا بأنّ خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

القول في أقسام الخيار

وهي كثيرة، إلا أن أكثرها متفرقة، والمجتمع منها في كل كتاب سبعة^٣، وقد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في «اللمعة» مجتمعاً أربعة عشرين، مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نقتفي أثر المقتصر على السبعة كالمحقق والعلامة^٤، لأنّ ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغایر لسائر أنواع الخيار.
فنقول، وبالله التوفيق:

إلا أن يحصل العلم الإجمالي بالمخالفة القطعية من جريان أصالة اللزوم وأصالة البراءة معاً، كما لو شك في أن الواقع هبة أو بيع، فإن مقتضى أصالة اللزوم عدم رجوع العين إلى مالكها الأول بعد الفسخ، ومقتضى أصالة البراءة عدم استحقاقه العوض، مع أنه يعلم إجمالاً إما باستحقاقه العوض، أو رجوع ماله إليه بالفسخ، فلا يجري شيء من الأصلين.

١. قوله: (العموم على اليد^(١) إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة).

أقول: التمسك به في المقام مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، لأنّه قد خرج عنه ما إذا كانت اليد بعنوان تسلیط المالك مجاناً، وحيث أن المختار عدم جوازه، فلا يجوز التمسك به في المقام.

اللهم إلا أن يقال: إن الخارج عن العموم ليس هو التسلیط المجاني بهذا العنوان، بل بعنوان إسقاط المالك احترام ماله، وعليه فاحترام المال معلوم، وسقوطه مشكوك فيه، والأصل عدمه.

٢. قوله: (وإن كان المستند دخوله في ضمان العين).

وقد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أن الإقدام على الضمان ليس دليلاً مستقلاً للضمان.

٣. قوله: (وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة والمجتمع منها في كل كتاب سبعة).

(١) المستدرك - باب ١ - من كتاب الوديعة، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

الأقل في خيار المجلس

فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتباعين حين البيع^١، وإنما عبر بفرده الغالب، وإضافة الخيار إليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الإفتراق.

والحق في بيان الجامع لها أنَّ الخيار تارةً يكون يجعل الشارع ابتداءً ومطلقاً كخيار المجلس والحيوان، وأخرى يكون يجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار، وثالثةً يكون وسطاً بينهما، بأن يلتزم المتباعان في ضمن العقد وجود شرط أو وصف، أو عدمه أو عمل خارجي وتبيَّن خلافه، فإنَّه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، والكلام يقع أولاً فيما يكون يجعل شرعياً ابتداءً.

الخيار المجلس

١. قال المصنف الله: (فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتباعين). ولكن ليس في أدلة هذا الخيار لفظ المجلس ولا مكان المتباعين، بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيناً بالإفتراق، ويستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفي في جانب المغينا، فلو لم يكن بينهما اجتماعٌ حال البيع لم يكن هناك خيار، كما لو أوقعوا العقد بواسطة التلفون، مع كون كلّ منهما في بلد غير بلد الآخر.

نعم، حيث يكون المراد الاجتماع بالأبدان، فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان، وحيث أنَّ الغالب من مكان الاجتماع كونه محلّاً للجلوس، فلذا عبر بخيار المجلس.

وعلى هذا، فكما لا يعتبر المجلس، كذلك لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتباعين وعدم تفرق أحدهما عن صاحبه كان الخيار باقياً. فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس، وإضافته إلى الاجتماع إضافة المسُبِّب إلى سببه، ويعبر عن سببه بمحلّ سببه من باب تنزيل المحلّ منزلة المحال.

ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار^١، والتصوّص به مستقيضة، والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» مطروح أو مأول. ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع، نعم سيجيء استثناء بعض الأشخاص المبيع كالمنعن على المشتري، وتنقیح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسالة.

١. وفي «الجواهر»: (إجماعاً متناً بقسميه، والتصوّص المستفيض شاهدة به، لاحظ صحيح محمد بن مسلم، عن الإمام الصادق عليه السلام: قال رسول الله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» الحديث^(١) ونحوه صحيح زرارة عنه عليه السلام^(٢). صحيح الفضيل عنه عليه السلام في حديث، قال: «قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهم»^(٣). ونحوها غيرها. وأماماً موافق غياث عن جعفر، عن أبيه، عن الإمام علي عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع، فقد وجب وإن لم يفترقا»^(٤) فربما يحمل على التقيّة. وأورد عليه: بأن الخبر علوي، ووجب التقيّة حدث في عصر الإمامين الصادقين عليهما السلام.

ودفع بأنّ الحاكي لهذه الرواية حيث أنه الإمام الصادق عليه السلام، فبممكن التقيّة في مقام الحكاية، والرواية عن الأمير عليه السلام.

وفيه: إن التقيّة في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه وكونه كذباً غير معهود.

ولعلّ أحسن الوجوه ما أفاده بعضهم من أن المراد من (الصفق على المبيع) هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع، لا الصفق المحقق للبيع، كيف موضوعه المبيع، فيكون البيع محققاً قبله)، انتهى.

(١) - (٤) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢ و ٣ و ٧.

مسألة: لا إشكال في ثبوته للمتباعين إذا كانا أصيلين، ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة^١. وهل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف، قال في «التذكرة»: (لو أشتري الوكيل أو باع، أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين، مع حضورهما في المجلس، وإن بالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأنّ ملكه أقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان:

أحدهما إنّه يتعلق بالموكل، والأخر إنّه يتعلق بالوكيل)، انتهى.

أقول: والأولى أن يقال إن الوكيل إن كان وكيلًا في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما، وفacaً لجماعة منهم المحقق والشهيد الثانيان، لأنّ المتبارد من النص غيرهما، وإن عمناه لبعض أفراد الوكيل، ولم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد

وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل:

ثبوت الخيار للوكيل

١. الأولى: لا خلاف ولا إشكال في ثبوت هذا الخيار للمتباعين إذا كانا أصيلين، ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة، إلا ما عن المحقق الثاني في «جامع المقاصد» من إنكار ثبوته للوكيل بقول مطلق.

وكيف كان، فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في ثبوت الخيار للوكيل.

الثاني: في ثبوته للموكل.

أما المقام الأول: فتوضيحة أنّ الوكيل قد يكون وكيلًا في إجراء الصيغة خاصة، وقد يكون وكيلًا مستقلًا في إيجاد المعاملة فقط، وقد يكون وكيلًا مستقلًا في أمر المعاملة إيجاداً وفسخاً - على كلام في معقوليته سببيـه - وقد يكون وكيلًا مفوّضاً إليه أمر المعاملة وجوداً وعدمـاً، إن شاء باع وإن شاء لم يبع.

أما القسم الأول: فقد استدلّ لعدم ثبوت الخيار له - في قبال ما قيل من صدق البيع

بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك، مضافاً إلى أنّ مفاد أدلة الخيار إثبات حقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين، على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج^١، ألا ترى إنّه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينبعق عليه لقربة، أو يجب صرفه لنفقة أو إعاقته لئذ، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع وعدم وجوب عتقه.

عليه، فتشمله أدلة الخيار - بوجوه:

١. الوجه الأول: ما أفاده المصطفى عليه السلام وتفرد به وهو أنّ مفاد أدلة الخيار إثبات حقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر، بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج.
وفيه: إنّ الخيار إنما أن يكون سلطنة على حلّ العقد، أو على تراد العوضين، وعلى التقديرتين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الردّ.
أثنا على الأول: فواضح،

وأثنا على الثاني: فلانه لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة، سوى أنّ المالك والوكيل المفوض لهم السلطنة على الردّ بالإقالة ونحوها، فلا معنى لجعل الخيار لهما إلا السلطنة على الاسترداد.

وحيث أنه لا يعقل السلطنة على الاسترداد دون الردّ، فلا محالة يكون الخيار مفعولاً لمن له سلطنة على الردّ.

وهو توهمٌ فاسد: لأنّ الردّ بما أنه له مصاديق، وما يكون ثابتاً للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الردّ والاسترداد بلا اعتبار رضا الآخر، لا يلزم منه اللغوية، وعليه فال الخيار هو السلطنة على تردد العينين، لا على جلب ما ذهب خاصة.

ثم إنّ المحقق النائيني عليه السلام وجّه كلام المصطفى عليه السلام بما سنذكره في الوجه السابع، فانتظر.

هذا، مضافاً إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار، المقرر في بينه وبين خيار الحيوان^١، الذي لا يرضي الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، فإنّ المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد، إلا أنّ سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتباعين، مع أنّ ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور^٢، مضافاً إلى أدلة سائر الخيارات^٣، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه. والظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمة عن «التنذكرة»، فإنّ الظاهر من قوله: (اشترى الوكيل أو باع) تصرف الوكيل بالبيع والشراء، لا مجرد إيقاع الصيغة.

١. الوجه الثاني: ما أفاده المصنف^٤ تبعاً لغيره، وهو أنّ بعض^٥ أخبار هذا الخيار قد قرن فيه بينه وبين خيار الحيوان الذي لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، وظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحداً. وفيه: إنّ الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما في بعض^٦ روایاته من جعل الخيار لخاص صاحب الحيوان لاختصاص الموضوع به.

٢. الوجه الثالث: ما في «المكاسب» أيضاً، وهو أنّ ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور.

وفيه: إنّ الحكمة غير معلومة، مع أنّ الحكم لا يدور مدارها.

٣. الوجه الرابع: ما في المتن أيضاً، قال: (مضافاً إلى أدلة سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه).

وفيه: إنّ بعض تلك الخيارات مختص بالمالك، لاختصاص دليله به، كخيار العبن لو قلنا إنّ مدركه حديث لا ضرر، وبعضها تابع لجعل المتباعين، ولو كان هو الأجنبي كشرط الخيار، وبعضها كخيار العيب يجري فيه ما هو الجاري في المقام.

الوجه الخامس: ما في «المكاسب» في أواخر المبحث، وهو أنّ ثبوت الخيار للوكيل يضاد مع سلطنة الموكّل على ماله، لأنّ بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهراً عليه، فأدلة الخيار على فرض شمولها له، تعارض دليل سلطنة المالك، ويقدم دليل السلطة، وإن

(١ و ٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٥ .

كانت النسبة عموماً من وجه، لحكم العقل وبناء العقلاء، ولا أقلّ من التساقط، فيرجع إلى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

وفيه: إنّ النسبة بين دليل الخيار ودليل السلطنة عموم مطلق، لأنّ خيار كلّ من المتعاملين ينافي سلطنة الآخر على ما انتقل إليه.

الوجه السادس: ما أفاده بعض المحققين رحمه الله، وهو أنّ بعض ^(١) نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، وعدم شموله لمجرى الصيغة واضح، وبه يقتيد إطلاق سائر النصوص.

وفيه: إنه بما أنّهما مثبتان لا وجه للحمل.

الوجه السابع: إنّ دليل الخيار مخصوص لعموم أَوْفُوا بِالْمُعْهُود^(٢)، فكلّ من يجب عليه الوفاء بالعقد، مختار في الفسخ بدليل الخيار، والذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال. أمّا الوكيل في إجراء الصيغة، حيث أنه لا يملك التصرف في المال المنتقل إليه، لا وفاء له، فلا يكون ذلك واجباً عليه، ولا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة. وبهذا وجّه المحقق النائيني رحمه الله كلام المصنّف رحمه الله الذي هو الوجه الأول الذي ذكرناه.

وفيه: إنّ الوفاء بمعنى التمام، فال責موري به في الآية الشريفة - كما تقدّم في أول هذا الجزء وفي مبحث المعاطاة - هو الإتمام والإنهاء، وإنتهاء العقد وإتمامه إنّما هو بعدم نقضه وحلّه، وليس المأمور به ترتيب الآثار عملاً كي يقال إنّها لا تشتمل الوكيل المذكور، وعليه فهي شاملة له أيضاً، ودليل الخيار يخصّص بالنسبة إليه.

فالحقّ في وجه عدم ثبوت الخيار له أن يقال: إنّ دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحة: إنّ البائع - وكذا البيع - له إطلاقان: أحدهما هو المُتّشّي والموجّد للبيع، والثاني من كان حصول البيع باختياره واستقلاله وسلطانه، ولو كان غير مباشر له، فيقال:

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٦. (٢) سورة المائدۃ: ٢.

ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين، كما هو ظاهر «الحادائق»، وأضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكّل من الفسخ^١، بزعم أنّ الخيار حقّ ثبت للعقد بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكّل. وعلى المختار فهل يثبت للموكيلين؟ فيه إشكال، من أنّ الظاهر من (البيعين) في النص المتعاقدان فلا يعمّ الموكيلين^٢، وذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحثّ ببيع وكيله. ومن أنّ الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، ونسبة الفعل إليهما شائعة، ولذا لا يتبادر من قوله: (باع فلان ملكه الكذاي) كونه مباشرًا للصيغة، وعدم الحثّ بمجرد التوكيل في إجراء الصيغة ممنوع.

(فلان^٣ باع داره وعقاره)، وإن كان البيع صادراً عن وكيله، والمنصرف إليه لفظ (البائع) عند الإطلاق هو الثاني، وعليه فهو لا يشمل الوكيل الموقّع للصيغة. ويفيد ذلك، بل يدلّ عليه ما في بعض نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه^(٤)، فإنه يستكشف من ذلك أنّ الخيار إنّما يكون ثابتاً لمن يكون رضاه معتبراً في المعاملة، والوكليل المُجّري للصيغة لا يكون رضاه معتبراً فيها، ولا ربط له بالمعاملة كي يكون تصرّفه دالاً على رضاه، ولعله إلى هذا نظر المصنّف^{الله} في ما ذكره من الوجه الذي ذكرناه أولاً. فراجع وتدبر.

١. قوله: (أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكّل من الفسخ). أقول: لم يظهر لي ولا لغيري وجه الأضفاف، إذ على فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل، لا فرق فيه بين منع الموكّل وعدمه.

ثبوت الخيار للموكّل

وأمّا المقام الثاني: وهو ثبوت الخيار للموكّل، فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في أصل ثبوت الخيار للموكّل.

الثاني: في الأمور المتفرّعة على ثبوته له.

أمّا الأول: فقد استدلّ لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

٢. منها: (أنّ الظاهر من (البيعين) في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الموكيلين، وذكروا أنه

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث^٣.

لو حلف على عدم البيع لم يحنت ببيع وكيله). وفيه: ما تقدم من أنّ (البيع) بالإطلاق الثاني من الإطلاقين المتقددين الذي هو المنصرف إليه عند إطلاقه - وهو من كان حصول البيع باختياره واستقلاله - يشمل الموكّل دون الوكيل، إلا في مورد واحد.

مع أنه لو سلم أنّ المراد به العقد، بما أنّ العقد كما يناسب إلى الوكيل بال مباشرة، يناسب إلى الموكّل بالتسبيب، لا سيما إذا كان الوكيل وكيلًا في إجراء الصيغة خاصة، يعمّ بيع الموكّل أيضًا.

وأمّا مسالة النذر، فإن نذر أن لا يباشر البيع لم يحنت ببيع وكيله، وإن نذر أن لا ينقل ماله حنث.

وإن نذر أن لا يبيع بما له من المفهوم، فإن باع وكيله المفوض الذي تكون وكالته قبل النذر، لم يحنت، من جهة أنه لم يصدر البيع عن اختياره، ولم ينذر أن يعزل وكيله، وإن وكل غيره بعد النذر حنث، سيما إذا كان ملتقطاً إليه حين البيع. وتمام الكلام في محله.

ومنها: أنه لو سلم صحة انتساب البيع إلى المباشر والسبب، إلا أنه في الاستعمال الواحد لا بد أن يُراد أحدهما، فقوله عليه: «البيان» لا بد أن يُراد به الوكيلان أو الموكّلان، وحيث إن المفروض ثبوته للوكيل المفوض، فلا يشمل الموكّل.

وفيه أولاً: ما تقدم من عدم شموله للوكيل إلا إذا كان وكيلًا في البيع وعدمه. وثانياً: إن المستعمل فيه على فرض الشمول لهما، ليس هما معاً بما هما معنّيان، بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما، وعليه فلا محذور من إرادتهما معاً منه.

ومنها: إنه مع فرض تأثير فسخ الوكيل، كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكّل، مع أن الحق الواحد لا يعقل قيامه بأكثر من واحد.

وفيه: إنه على فرض شمول النصّ لهما، لا يكون الثابت لهما خياراً واحداً بل خيارين، فإنه كسائر القضايا الحقيقة ينحل إلى أحكام عديدة بحسب ما لموضوعه من الأفراد، فالالأظهر ثبوت الخيار للموكّل.

فالأقوى ثبوته لهما، ولكن مع حضورهما في مجلس العقد^١، والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فاطلعاً على عقد الوكيلين، ف مجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلاً منهما موكلاً، والعبرة بافتراق الموكيلين عن هذا المجلس لا بالوكلين.

توقف خيار الموكّل على حضوره مجلس العقد

١. ثم إن ثبوت الخيار للموكّل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بني عليه المصنف^{الله}، أو لا يتوقف عليه. أم يفصل بين الوكيل في إجراء الصيغة فقط، أو في خصوص عاملة خاصة، بحيث تنتهي وكالته بالعقد، فلا يكفي اجتماع الوكيلين، بل يعتبر حضور الموكيلين مجلس العقد، وإلا فلا خيار لهما، وبين الوكيل المفوض المستقل فيكفي اجتماع الوكيلين، ولا يعتبر حضور الموكيلين، كما ذهب إليه المحقق النائيني^{الله}؟ وجوه:
والحق في المقام أن يُقال: إن موضوع هذا الخيار قوامه بأمرین:
أحدهما: صدق البيع.
ثانيهما: كون البائع والمشتري مجتمعين، لما عرفت من أن هذا الخيار حيث يكون مغيّباً بالافتراق، فيعلم أنه خيار الاجتماع، بحيث أن الافتراق المعمول غاية يراد به الانفصال بدنياً، يكون المراد به الاجتماع بدنياً وفي المكان، ويعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، ولو اجتمعا في مكان لا للبيع، بل لغرض آخر، وكانا غافلين عنه غير ملتفتين إليه لا يثبت لهما الخيار.

وعليه، فإذا حضر الموكيلان مجلس العقد متوجّهين إليه، أو اجتمعا في مجلس للبيع ووكلان شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع، أو لم يجتمعا وأوقعوا العقد غير مجتمعين، كما إذا كانوا في محلين متبعدين وأوقعوا العقد بواسطة التلفون، ثبت لهما الخيار.

واستدلل للثاني بوجهين:

الأول: ما في محكي «الجواهر» احتماله، وهو أن نصوص الباب مختصة بالوكليل

ولا تشمل الموكل، لتبادر العاقد من (البيع)، وإنما نلتزم بثبوته للموكل من جهة أن هذا الحق الثابت متعلق بالمال، فيتبعه في النقل والانتقال، وما تضمنه النصوص يكون معيّناً بالافتراق، وأمّا ما ثبت من الخارج فلا وجه لتنقييده به، بل حيث أن الحق الثابت بعقد الوكيل يكون معيّناً به، فيدور بقاء حق الوكيلين وثبوت حق الموكل وبقايه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط.

وفيه: ما تقدّم من أن ثبوت الحق للموكل، ليس إلا من جهة صدق (البيع) عليه، وعليه فيعتبر فيه أيضاً الاجتماع، وإلا فلا وجه لثبوته له، لأنّ الخيار متعلق بالعقد لا بالمال، مع أنه لو كان متعلقاً به لما كان وجه لثبوته للوكيل، بعد فرض كون ثبوته له من جهة صدق (البيع) عليه.

ودعوى: أنّ الموكل كما أنه بعده يستفيد بإزاء ماله ملكاً وحقاً، فكذا بتوكيله يستفيد ما كان له مباشرة.

مندفعة: بأنّ الموكل إنما يستفيد بإزاء ماله ملكاً من جهة كون المال له والبيع له، وهذا موجود في بيع وكيله، وأمّا استفاداته الحق فإنّما تكون لأجل باعيته وعاقديته، وهذا العنوان مفقود في فرض التوكيل على الفرض، فلا وجه لثبوته له.

الثاني: ما أفاده المحقق الإيرلندي بـ الله، وهو أنّ المجلس لا عنوان له في الخيار، ولا أُنيط به الخيار، وإنما العبرة ومدار الخيار على هيئة المتابعين من النسبة والبعد حينما صارا متابعين، فيحدث الخيار قائماً بهذه الهيئة، ويستمر ما استمرت الهيئة، ويزول بزوال الهيئة بالافتراق، فإذا تعاقد الوكيلان، وكان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من بعد، يثبت لهم الخيار متقوّماً بهذه الهيئة، دائمًا بدوامها ومنقطعًا بانقطاعها.

وفيه: ما تقدّم من أنه من جعل هذا الخيار معيّناً بالافتراق، يعلم اعتبار الاجتماع في ثبوته، وأنه لا خيار مع عدم الاجتماع، إذ لا تفرق إلا بعد الاجتماع. فراجع.

هذا كله إن كان وكيلًا في مجرد إيقاع العقد. وإن كان وكيلًا في التصرف المالي كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلًا في التصرف في مال الموكّل، بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحقّقها، نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين^١، فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص^٢. ودعوى تبادر المالكين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة، فإن معاملة الوكلاه والأولياء لا تحصى.

ثبوت الخيار للوكيل المستقل

وأما القسم الثاني: وهو الوكيل في إيجاد المعاملة مستقلًا فقط، فعدمة الوجوه التي ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الأول جارية في هذا القسم، كما هو واضح، فالظاهر عدم ثبوت الخيار له.

١. وأما القسم الثالث: فقد اختار المصنف رحمه الله ثبوته له.

والكلام فيه في مواضع:

الأول: في أن عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح أم لا؟
والحق عدم صحته، فإنه إن أريد به الفسخ من قبل الموكّل إعمالاً لحقه، فهذا لا ربط له بشبوت الخيار للوكيل، وإن أريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، إذ لا معنى للوكالة فيما هو وظيفته ومستقلٌ فيه، مع أن ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه، المتوقفة على ثبوت الخيار، وهذا دور واضح، وعلى هذا فلا فرق بين هذا القسم وسابقه.

الثاني: أنه على فرض صحة ذلك، والفرق بينه وبين سابقه، ما ذكره رحمه الله في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل: «الناس مسلطون على أموالهم»، يجري في هذا القسم، وعليه فقوله:

٢. (فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص)، لا وجه له.

الثالث: أن ما اخترناه في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسمين الأولين، يجري في هذا القسم، فإن البائع بالإطلاق الثاني الذي هو المنصرف إليه من لفظه عند الإطلاق، وهو من كان حصول البيع باختياره وسلطانه واستقلاله، لا يشمل هذا الوكيل أيضاً.

وأما القسم الرابع: وهو الوكيل المفوض إليه أمر المعاملة، إن شاء أوجدها وإن شاء

وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما، كما تقدم عن «التدكرة»؟ إشكال^١: من تبادر المتعاقدين من النصّ، وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله، ومن أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات وخيار الحيوان، المقررون بهذا الخيار في بعض النصوص، كون الخيار حقاً لصاحب المال شرعاً إرفاقاً له^٢، وأن ثبوته للوكييل لكونه نائباً عنه، يستلزم ثبوته للمنوب عنه^٣، إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

ولكن الوجه الآخر لا يخلو عن قوّة.

لم يوجد لها، فالظاهر ثبوت الخيار له، لصدق البائع ولو بالإطلاق الثاني عليه، كما هو واضح.

١. قوله: (وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما، كما تقدم عن «التدكرة») إشكال). والمصنف^٤ استدلّ لثبوت الخيار للموكل فيما إذا صدر البيع من الوكيل المطلق، في قبال دعوى عدم شمول (البيع) للموكل بوجهين آخرين:
 ٢. أحدهما: أن المستفاد من الأدلة كون الخيار حقاً لصاحب المال إرفاقاً.
 ٣. ثانيهما: أن ثبوته للوكييل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه.
- وفيهما نظر:

أما الأول: فلأنّه لو سلم كون حكمة جعل الخيار الإرفاقي بالمالك، أنّ مفاد الأدلة حينئذ أن الخيار مهما ثبت يكون للإرفاقي، لا أن كلّ من يناسبه الإرفاقي يكون الخيار ثابتاً له.

وأمّا الثاني: فلأنّ ثبوت الخيار للوكييل ليس بعنوان كونه وكيلاً ونائباً، كي يقال إنّه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه بيعاً، غير الصادق لهذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان (البيع) عليه.

وهل يعتبر حضور الموكل مجلس العقد في ثبوت الخيار، لو كان الوكييل وكيلاً مفوّضاً كما هو صريح المتن.

أم لا يعتبر ذلك كما أفاده المحقق النائيني؟، وجهان :

قد استدلّ المحقق النائيني لما اختاره بأنّه إذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكييل، كان

وحييند فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد، أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى اعماله، نفذ وسقط خيار الباقيين^١ بلزوم العقد أو بانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجين، فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين، وهذا فرض من جانب واحد.

اجتماع الوكيلين كاجتماع الأجنبيين، والمفروض عدم اجتماع الموكلين، وحيث أنه يعتبر في ثبوت هذا الخيار الاجتماع، فلا يكون ثابتاً لهما. وأمّا إذا كانت الوكالة باقية بعد البيع، وكان الوكيل وكيلًا مفوّضاً مستقلّاً، كان اجتماع الوكيلين اجتماعاً للموكلين، لأنّهما بدنان تنزيليان للموكلين فيثبت لهما الخيار، وإن لم يكونا بيدهما الحقيقين مجتمعين.

وفيه: إنّ الاجتماع كسائر الأفعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح والسود ونحوهما - لا يستند إلى شخصين طولاً: أحدهما المباشر، والآخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرح في زيد إنّه فرح، ولا لسبب وجود السود في جسم إنّه سود، بخلاف الأفعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الإيجاد والإصدار، كالتكلّم والتوفّي والبيع ونحوها، فإنّها تستند إلى المباشر والسبب، ولذا ورد تارةً: «الله يتَوَقَّى الْأَفْئَسَ حِينَ مَوْتِهَا»^(١) وأخرى: «فُلْ يَتَوَقَّا كُمْ مَلَكُ الْمَوْتِ»^(٢). فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين إنّه مجتمع مع غيره، بل هو مجتمع لأحدهما مع الآخر.

وبالجملة: الاجتماع من الأفعال التي لا تُنسب إلى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه. وأمّا المورد الثاني: فالكلام فيه في فروع:

تقديم الفسخ على الإجازة

١. الفرع الأول: إنّه لو ثبت الخيار للموكل والوكيل، ففسخ أحدهما وأجاز الآخر، هل

(١) سورة السجدة: ١١.

(٢) سورة الزمر: ٤٢.

يقدم الفاسخ على المجيز - كما في مورد ثبوت الخيار للبائع والمشترى - أم يكون إعمال السابق خياره نافذاً، ويسقط الخيار عن الباقى كما اختاره المصنف الله؟ وجهان: وغاية ما يمكن أن يقال في وجه ما ذهب إليه المصنف الله أمران: أحدهما: إن تقدّم الفاسخ على المجيز إنما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين الذين لهما الخيار، كما في مورد الخيار من الجانبيين.

وفيما نحن فيه يكون الثابت خياراً واحداً قائماً بطبيعة البائع، وطبيعة المشترى، المنطبقة في كل جانب على المتعدد، فإذا سبق واحد من أفراد الطبيعة إلى الإعمال فسخاً أو إمساءً، سقط خيار البقية، لأنّه يصدق أن الطبيعة فسخت أو أُبرمت لفسخ واحد منها أو إجازته.

ثانيهما: أنه وإن كان الثابت للموكل والوكيل خيارين، إلا أنّ الموكل إذا أعمل خياره بإجازة أو فسخ يكون ذلك فسخاً عملياً للوكالة، ومعه لا مورد لإعمال الوكيل خياره لأنّه سقط بالعزل، وإذا أعمل الوكيل خياره، كان ذلك إعمالاً للموكل خياره، لأنّ فعل الوكيل فعل للموكل، وإن لم يقصد الوكالة والنيابة، بل وإن قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية، وعليه فلا يبقى مورد لإعمال الموكل خياره.

وفي كلا الوجهين نظر:

أثنا الأول: فلأن قوله عائلاً^(١): «البيعان بال الخيار» كسائر القضايا الشرعية، يكون من قبيل القضية الحقيقة المنحلة إلى قضايا عديدة، حسب ما للموضوع من الأفراد الخارجية، يثبت به لكلّ فرد من أفراد الموضوع حكم واحد، غير ما هو الثابت لغيره من الأفراد. وعليه فكلّ من الموكل والوكيل له خيار غير ما يكون للآخر.

أثنا الثاني: فلأنّ الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتاً له بعنوان الوكالة، بل بعنوان أنه باع، فإعماله خياره ليس إعمالاً للموكل، مع أنّ فعل الموكل يكون عزلًا للوكيل إذا كان

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

ثم على المختار من ثبوته للموكلين، فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد، وجوه أقواها الأخير^١.

وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلًا في التصرف على وجه المعاوضة، كما إذا قال له: (اشتر لي عبداً).

والظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لأن انتراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول من أن إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدین على ما نقله عنه، بعد الفراغ عن تمكّنه من رد ما انتقل إليه، فلا تنقض لإثبات هذا التمكّن عند الشك فيه، ولا لتخسيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه، المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه بردّه إلى مالكه الأصلي. وفي ثبوته للموكلين ما تقدم.

منافيًا مع بقاء الوكالة، وأمامًا في مثل المقام فلا.
فالظهور أن المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

بيان حقيقة تفرق الموكلين

١. الفرع الثاني: هل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الجميع؟ وجوه، قوى المصنف للله الأخير.
وأورد عليه السيد في الحاشية: بأنّ الظاهر أنّ الحكم معلق على صدق التفرق، لا على صدق عدم التفرق، والمفروض صدقه، وإن كان يصدق عدم التفرق أيضًا مع بقاء أصيل أو وكيل، فيكفي في سقوط الخيار تفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل.

تحقيق القول في المقام: إن المستفاد من النصوص^(١) كون شرط الخيار عدم التفرق، وغاية ثبوته التفرق - وهو نقيسان لا يرتفعان ولا يجتمعان - وعليه فإن كان الخيار ثابتاً لجنس البائع والمشتري، بلا نظر إلى الأفراد، كان الخيار ثابتاً ما لم يفترق الجميع عن الجميع، وإن تفرق البعض عن البعض، لأنّه لا يصدق افتراق الجنس وإن صدق

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه.
ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل، بحيث يصير ذا حقّ خياري؟ الأقوى العدم، لأنّ المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد في صورة القول به عند العقد، لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيه في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

افتراق بعض المصاديق، فما أفاده المصنف رحمه الله متين.
إلا أنه يرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدم من منافاة المبني لظاهر القضية - أنّ لازم ذلك الالتزام بشبوت الخيار للموكلين، وإن لم يجتمعا، لصدق اجتماع الجنسين مع اجتماع الوكيلين.

وإن قلنا: بأنّ الخيار ثابت للأفراد لا للجنس، كما هو الحق، فإنما أن يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، أو يكون مجلس الجميع واحداً.
فإن كان المجلس متعددًا، يكون سقوط خيار كلّ من الصنفين تابعاً لتفرقه، فلو تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، ولو انعكس الأمر انعكس.
وإن كان مجلس الجميع واحداً، وكان اجتماعهم للمعاملة اجتماعاً واحداً، لا محالة يكون لكلّ بائع مشترىان، ولكلّ مشترى بائعان، إذ مجموع الموكل والوكيل بائع، كما أنّ مجموع الوكيل والموكل مشترى، وحينئذ لو تفرق الموكل والوكيل سقط الخيار، وإن تفرق الموكل من طرف أو هو مع الوكيل من الطرف الآخر، سقط خيار المترافق، وبقي خيار من لم يتفرق، لأنّه يصدق عدم تفرق البائع عن المشتري، وبهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

وإنّ هذا وجّه رابع لم يذكره المصنف رحمه الله.

تفويض الأمر إلى الوكيل

١. الفرع الثالث: بناءً على ثبوت الخيار للموكل، هل له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خياري أم لا؟
قوّى المصنف رحمه الله العدم، لأنّ المتيقن من الدليل ثبوته للعاقد عند العقد لا لحوقه له بعده.

وقد أورد عليه جلّ المحشّين: بأنّ ما ذكره المصنّف بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ علّة للعدم غير مرتبط بدعواه، إذ لا يراد إثبات الخيار للوكيل بأدلة كي يقال إنّ متى يقّن الأدلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، وإنّما يُراد إثبات الخيار له بنقل من الموكّل، وخيار الموكّل ثابت من حين العقد.

أقول: وتحقيق الكلام يستدعي البحث في مقامين:

الأول: في صحة نقل الخيار إلى الوكيل وعدتها.

الثاني: في بيان مراد المصنّف بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ.

أما المقام الأول: فالظاهر صحة النقل، لا بمعنى التوكيل في الفسخ والإمساء، فإنّ ذلك مما لا كلام في صحته، ولا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعاً لغيره ابتداء، إذ هذا مما لا كلام في عدم صحته، إذ ليس أمر الجعل بيده.

بل بمعنى نقل حقه إليه بناقل، لأنّه بعد القطع بانه قابل للإسقاط - كما يأتي تفصيله - فإنّ مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) جواز نقله ونفوذ العقد الواقع عليه.

وقد استدلّ المحقق الإصفهاني بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ لعدم جواز نقله: بأنّ حق خيار المجلس حيث أنه مغيّباً بالافتراء، فثبوته مع عدم لحظ الغاية منافي لفرض كونه مغيّباً، وثبوته إلى افتراق المنقول إليه عن طرفه بلا وجه، لأنّ افتراق المنقول إليه ليس مقبلاً للجتماع على المعاملة المستفاد من الغاية، وثبوته للمنقول إليه إلى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النصّ، لأنّ ظاهره استمرار الخيار إلى افتراق ذي الحقّ عن طرفه، والناقل ليس له حق حتّى يمتّدّ الخيار إلى زمان افتراءه.

وفيه: إنّا نختار الشقّ الأخير، وما ذكره يرده أنّ الافتراق قيد للموضوع، وهو مركّب من أمرين: كونه بيعاً، ومجتمعاً مع طرفه، والمنقول إنّما هو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلا تصرّف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع، يكون الخيار المنقول ثابتاً للمنقول إليه، فإذا ارتفع الموضوع بارتفاع أحد جزئيه، سقط الخيار عن المنقول إليه.

(١) سورة المائدة: ٢.

وممّا ذكرنا أتّضح عدم ثبوت الخيار للفضوليّين، وإن جعلنا الإجازة كاشفة^١، لا لعدم صدق المتبایعين، لأنّ البيع التّقل ولا نقل هنا كما قيل، لأنّه ينبعه بـأنّ البيع التّقل العرفي وهو موجود هنا.

نعم، ربّما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة. ويندفع أيضاً بـأنّ مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والتسليم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصح على مذهب الشّيخ القائل بـتوقف الملك على انقضاء الخيار.

وأثّمّ المقام الثاني: فالظاهر أنّ مراد المصنّف^{الله} ليس نقل الخيار إلى الوكيل، ولا يكون هذا مورداً كلامه، بل محلّ كلامه إثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما إذا فوّض الموكل أمر المال إليه بعد العقد.

توضيح ذلك: ذكر المصنّف^{الله} سابقاً أنه يعتبر في ثبوت الخيار أمران: الأول صدق البيع، الثاني تسلّطه على ما انتقل إليه، وفي هذه المسألة فرض المصنّف ما لو كان وكيلًا تنتهي وكالته بالعقد، فلا خيار له في نفسه.

وإنّما الكلام في أنّه إذا فوّض الموكل أمر المال بعد البيع إليه قبل التّفرق، هل يثبت له الخيار نظراً إلى تحقق كلاً القيدتين، أم لا؟

وقد اختار عدمه، من جهة أنّ ظاهر الأدلة أو متيقّناً ثبوت الخيار من حين العقد، وهذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطاً على ما انتقل إليه، فلم يكن الخيار ثابتاً له، فبعدما صار مسلطاً عليه لا يثبت له الخيار.

وعلى هذا فما أفاده متین، ولا يرد عليه إبراد المحتشّين.

والشاهد على أنّ مراده ذلك - مضافاً إلى ظهور كلامه فيه - أنّ مسألة نقل الخيار بحثٌ عام غير مربوط بالوكالة والوكيل والأجنبي فيه سواء، ولا وجه لجعله في ذيل هذه المسألة.

ثبوت الخيار للفضولي

- المسألة الثانية: إذا كان العقدان فضوليّين، فهل يثبت الخيار لهما أو للمالكين؟
وحقّ القول في المسألة بالبحث في مقامين:

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليّين، فهو ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلّين^١. نعم، في ثبوته للمالكين بعد الإجازة، مع حضورهما في مجلس العقد وجه، واعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه^٢، خصوصاً على القول بأنّ الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدّم توضيحة في مسألة عقد الفضولي، ويكتفى حينئذ إنشاء إصالّة من أحدهما، والإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفاً.

الأول: في ثبوت الخيار للفضوليّين وعدمه.

الثاني: في ثبوته للمالكين مع الإجازة.

أثنا الأول: فتقريب ثبوته - بعد صدق البيع على الفضولي - أنّ الخيار ملك حل العقد لا ملك استرجاع العين، وموضوعه العقد، الأعمّ من المؤثر الفعلي والاقتضائي - كما يشهد لكلا الأمرين ثبوت الخيار في الصرف والسلام قبل القبض - وعلى ذلك فمقتضى إطلاق الأدلة ثبوت الخيار لهما.

١. واستدلّ المصنّف عليه لعدم ثبوته بفهو ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلّين.

وفيه: إنّ بعض ما ذكره وجهاً لعدم ثبوته لهما، وهو أنّ المتبادر من النصّ غيره، لا يجري في المقام على اعترافه بصدق المتبادرتين عليهما، وبعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل إليه بعينه يجري فيه، فلا وجه لدعوى الأولوية، ولكن حيث عرفت أنّ الوجه في عدم ثبوت الخيار للوكيل، عدم صدق البيع عليه، فعلى فرض تسلیم صدقه على الفضولي، يتبعين البناء على ثبوت الخيار له.

وأثنا المقام الثاني: فالآقوال فيه أربعة:

٢. أحدهما: ما مال إليه المصنّف عليه، وهو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الإجازة على القول بالنقل.

ثانية: ما اختاره المحقق الإصفهاني، وهو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقاً.

ثالثها: ما أفاده المحقق النائيني عليه، وهو الثبوت لو أجازا في مجلس العقد، وعدم الثبوت لو أجازا في مجلس آخر.

رابعها: الثبوت مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الإجازة مطلقاً، أي حتى على القول بالكشف.

واستدلّ عدم الثبوت مطلقاً: بأنّ موضوع الخيار هو (البيع)، وهو لا يصدق إلّا على من صدر عنه البيع - إما بال مباشرة أو بالتبسيب - ومجرد الإجازة لا يصحّ الانتساب المذكور، وليس الإجازة محققة للقيام بأحد الوجهين وإن صار البيع بيعه بالإجازة، إلّا أنه ليس بائعه، ولا يُقال إنّه باعه.

وفيه: إنّ قلنا بأنّ حقيقة الإنشاء هي الإيجاد، تمّ ما أفاده، وأمّا بناءً على ما اخترناه وذكرناه في أوائل الجزء الثالث من هذا الشرح - من أنّ الإنشاء عبارة عن إبراز أمر نفسي من اعتبار ونحوه - فلا يتمّ، إذ المجيز حينما يجيئ تعتبر ملكيّة طرفه لما له في مقابل ملكيّة ماله له، ويبرز ذلك بالإجازة، فهو حين الإجازة يصير بائعاً حقيقة.

واستدلّ المحقق النائيني رحمه الله لما ذهب إليه من عدم الثبوت، إذا لم يحضر مجلس العقد: بأنّه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد، ولا دافع لهذا الاحتمال، وإطلاق: «البيعان بال الخيار» ليس بقصد البيان من هذه الجهة.

وفيه: إنّ «البيعان بال الخيار» يثبت الخيار لكلّ من صدق عليه البيع، وكان مجتمعاً حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه، واحتمال دخل الخصوصية المشار إليها مدفوع بالإطلاق.

ودعوى عدم كونه بقصد البيان من هذه الجهة، كما ترى.

فالحقّ ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الآخر، إما في مجلس العقد أو مجلس آخر حين الإجازة.

وما ذكره المصطفى رحمه الله من الاختصاص بالقول بالنقل لا وجه له، فإنه لا فرق بين القولين سوى حصول الملكيّة من حين العقد على القول بالكشف وهذا غير دخيل في الخيار، ولذا يثبت الخيار في بيع الصّرف والسلّم مع عدم حصول الملك قبل القبض،

نعم، يتحمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجبى التزاماً بالعقد^١، فلا خيار بعدها، خصوصاً إذا كانت بلفظ (التزمت)، فتأمل.

ولا فرق في الفضوليين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحقوق الإجازة^٢، بخلاف ما لو رد الموجب منها قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة، والله العالم.

مسألة: لو كان العقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره، ولالية أو وكالة^٣، على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بأن كان وليناً أو وكيلًا مستقلًا في التصرف. فالمحكى عن ظاهر «الخلاف» والقاضي والمحقق والعلامة والشهيدين والمحقق الميسري والصيمرى وغيرهم، ثبتت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنَّه بائع ومشترٍ، فله ما لكل

فالأظهر هو القول الرابع.

١. قوله: (نعم يتحمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجبى التزاماً بالعقد). لكنه احتمال ضعيف، فإن الإجازة وإن كانت بلفظ (التزمت) تكون التزاماً بالمعاملة وهذه بخلاف إجازة من له الخيار، فإنَّها التزام باللزوم، بمعنى أنها إما تكون إبراماً للعقد أو إسقاطاً لحقه الخياري - ولعله إلى هذا وأشار بالأمر بالتأمل.

٢. قوله: (فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا، لم يزل العقد عن قابلية لحقوق الإجازة). ملخص القول في المقام: إنه على القول بثبوت الخيار للفضوليين كما تقدم، لا سيما في الفضولي المستولي على العين، ينحل العقد بذلك ويسقط عن قابلية لحقوق الإجازة، وعلى القول بعدم الثبوت، لم يزل العقد عن قابلية لحقوق الإجازة.

إذا كان العقد واحداً

٣. المسألة الثالثة: (لو كان العقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولالية أو وكالة، فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والمصنف والشهيدين والمحقق

منهما كسائر أحكامها الثابتة لها من حيث كونهما متباعين. واحتمال كون الخيار لكلٍّ منهما بشرط انفراده بإن شائه، فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتباعين، وجعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنيًّا على الغالب، خلافاً للمحكي في «التحرير» من القول بالعدم، واستقرره فخر الدين، ومآل إليه المحقق الأرديبيلي والفضل الخراساني والمحدث البحرياني، واستظهره بعض الأفضل ممن عاصرناهم. ولا يخلو عن قوّة بالنظر إلى ظاهر النصّ، لأنَّ الموضوع فيه صورة التعدد^١، والغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولو لاها لأمكن استظهار كون التعدد في الموضوع لبيان حكم كلٍّ من البائع والمشترى كسائر أحكامها، إذ لا يفرق العرف

الثاني وغيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لأنَّه بائع ومشترى، فله ما لكلٍّ منهما).

ولكن قد ذكر في وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:

الأولى: من ناحية تثنية موضوع الخيار.

الثانية: من ناحية الغاية وهي الافتراق.

١. **أمَّا من الناحية الأولى:** فتقريره أنَّ الموضوع هو البيعان، وهذا اللفظ ظاهر في التعدد، ولا يشمل ما إذا كان البائع والمشترى واحداً.

وفيه: إنَّ التثنية في المقام باعتبار العنوان، أي البائع والمشترى لا الأفراد، والعنوان في المقام متعدد.

وبعبارة أخرى: هذه قضية حقيقة ومتضمنة لثبوت الخيار لكلٍّ فرد صدق عليه عنوان البائع أو المشترى والعائد، وفي المقام يكون مجمع العنوانين، فيثبت له الخيار.

وأمَّا من الناحية الثانية: فتقريره من وجوه:

منها: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من أنَّ الافتراق المجعل غاية، ومقابله الذي هو قيد للموضوع، من قبيل العدم والملكة، والشخص الواحد غير قابل لعرض الافتراق عليه، فيكون خارجاً عن مورد الحكم.

وفيه: إنَّ الافتراق ليس عبارةً عن عدم الاجتماع كي يكون هو وما يقابلها من قبيل

بين قوله: (المتبایعان كذا)، و قوله: (لكلّ من البائع والمشتري)، إلا أنّ التقييد بقوله: «حتى يفترقا»، ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد.^١

ومنه يظهر سقوط القول بأنّ كلمة (حتى) تدخل على الممكّن والمستحيل. إلا أنّ
يُدّعى أنّ التفرق غاية مختصّة بصورة التعدد، لا مختصّة للحكم بها.
وبالجملة: فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللّفظ مشكل، نعم لا يبعد بعد تنقیح
المناط. لكن الأشكال فيه والأولى التّوقف، تبعاً للتحريّر وجامع المقاصد. ثم لو قلنا
بالخيار. فالظّاهُر بقائه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.^٢

العدم والملكة، بل الافتراق وعدمه من قبيل السلب والإيجاب، حيث لا يعقل ارتفاعهما.
ولعله إلى ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله نظر المحقق النائيني رحمه الله، حيث قال إنّ
قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا» قيد للموضوع، فيختصّ الخيار بموردٍ يمكن فيه الافتراق
والاجتماع.

١. ومنها: إنّ الغاية لابد وأن تكون أمراً ممكناً، وإلا لا معنى لجعلها غاية، وحيث أنّ
التفرق في شخص واحد غير معقول، وظاهر النص كون الغاية غاية في كلّ مورد يتّشتّت
الخيار، فيختصّ الخيار بمورد تعدد البائع والمشتري المعقول فيه التفرق.
وفيه: إنّ عدم صحة جعل أمرٍ غير معقول غاية، إنما يكون من جهة اللّغوية، وعليه
فإذا أمكن تحقّق الغاية في مورد، ولم يمكن في مورد آخر صحّ جعل الحكم بنحو
الإطلاق، وجعل ذلك الشيء غاية، كما أنّ الأمر كذلك في شرائط الموضوع وقيوده.
لاحظ الاستطاعة المجموعية قياداً لوجوب الحجّ.

ومنها: إنّ الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، أي الخيار
الملحوظ بالافتراق، فإذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتاً.
وفيه: إنّ الغاية ما ينتهي عنده الحكم، لا أنها مقيدة للحكم.
فالظّاهُر ثبوت الخيار له من الجانبيين.

٢. وقد ظهر مما ذكرناه أنه لو قلنا بالختار، فالظّاهُر بقائه إلى أن يسقط بأحد
المسقطات غير التفرق.

مسألة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.^١
 منها: من ينعتق على أحد المتباعين، والمشهور - كما قيل - عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر «المسالك» إنّه محلّ وفاق، واحتُمل في «الدّروس» ثبوت الخيار للبائع، والكلام فيه مبني على قول المشهور، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

والظّاهر أنّه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لأنّ مقتضى الأدلة الانعتاق بمجّد الملك، والفسخ بال الخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحقّقها، إلّا على احتمال ضعفه في

وفي حاشية السيد: (يمكن أن يقال: يبقى إلى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو أوسطها).

وفيه: إنّ الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طریقاً إلى مقدارٍ من الرّزمان، كي يجري فيه ذلك، بل الظاهر من النصّ دخله فيه من حيث هو.
 فالاّ ظهر بقائه إلى أن يسقط بأحد المسقطات.

استثناء من ينعتق على أحد المتباعين

١. المسألة الرابعة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها: من ينعتق على أحد المتباعين.

والوجه بل الأقوال في هذا المورد ثلاثة:
 أحدها: الثبوت مطلقاً.

ثانيها: ما هو المشهور بين الأصحاب، وهو عدم كذلك.
 ثالثها: ما احتمله في محكي «الدّروس»، وهو التفصيل بين البائع والمشتري، والثبوت للأول.

أقول: والكلام في المقام مبني على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار، كما أنّه ينبغي نفي الإشكال عن عدم الثبوت، بناءً على عدم دخول من ينعتق على شخصٍ في ملكه، إذ المعاملة حينئذ إمّا أن تكون استنقاذًا محضاً

«التحرير»، فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيّباً مبني على تزلزل العتق. وأمّا الخيار بالنسبة إلى أحد القيمة فقد يقال مقتضي الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقية، فيفرض المعتقد كالالتالـف، فلمن انتقل إليه أن يدفع القيمة ويسترد الثمن،

كاشتراء المسلم الأسير من الكافر، أو وإن كانت معاملة عقلائية متضمنة للتمليك، إلا أن الشارع الأقدس لم يمضها، وحكم بعدم انتقاله إلى المشتري وصيروته منعتقاً، أو أنّ البيع في الفرض ليس تمليكاً، بل الإعطاء بعوض الذي هو حقيقة البيع أثره في مثل هذا البيع الاعتقاق، ففي الحقيقة يكون المال بإزاء الاعتقاق.

وعلى جميع التقادير، لا وجه لثبوت الخيار:

أثما على الأول: فلانه لا يصدق على المتعاقدين (البيعان).

وأمّا على الثاني: فلان الخيار حكم شرعاً ثابت للبيع الصحيح، وهذا البيع على الفرض ليس كذلك.

وأمّا على الثالث: فلان الالتزام المزبور غير قابل للفسخ، للإجماع على عدم رجوع الحر عبداً.

إنّما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انتفاء الخيار، وانتقال من ينعتق إلى من ينعتق عليه ثم انتهائه، والكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في وجود ما يقتضي الخيار، بمعنى شمول أدلة الخيار له.

الثانية: في أنه على فرض الشمول في نفسه، هل هناك ما يمنع عن ثبوته أم لا؟
أثما الجهة الأولى: فقد استدلّ المحقق الإبرواني رحمه الله لعدم المقتضي بأنّ المستفاد من دليل الخيار تقوم حقّ الخيار بقيام العوضين، إما بتعلق الحق به ابتداءً، وإن كان الحق قائماً بالعقد، لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين، فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين.

وفيه: إنّ حقّ الخيار متعلق بالعقد، والمراد من كون الغرض استرجاع العوضين إن كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه أنّ ذلك ليس قيداً للخيار، وإن كان غرض الشارع، فيرد عليه أنه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضي له.

وما في «التذكرة» من أنه وطن نفسه على الغبن المالي^١، والمقصود من الخيار أن ينظر ويترى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع، لأن التوطين على شرائه عالمًا بانتقامه عليه، ليس توطيناً على الغبن من حيث المعاملة، وكذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن ويأخذ القيمة. وما في «التذكرة» من تغليب جانب العتق، إنما يجدي مانعاً عن دفع العين. لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لأن شرائه إتلاف له في الحقيقة، وإخراج له عن المالية، وسيجيء سقوط الخيار بالإتلاف^٢، بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به أولى. ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لأن بيده ممن ينتقم عليه إقدام على إتلافه، وإخراجه عن المالية.

وأثنا الجهة الثانية: فقد استدلّ لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

١. الأول: ما عن العلامة وهو أنه لا خيار لمن انتقل إليه، لأنّه وطن نفسه على الغبن المالي، والمقصود من الخيار أن ينظر ويترى لدفع الغبن عن نفسه، ولا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق.

وفيه: إن المشترى وطن نفسه على اعتقاد من يشتريه بازاء قيمته الواقعية، لا على الغبن من حيث المعاملة، وتغليب جانب العتق إنما يقتضي عدم رجوع الحرّ عبداً. ولا كلام في ذلك، وإنما محل الكلام الرجوع إلى قيمته.

الثاني: إن ثبوت الخيار أو سقوطه إنما هو بعد تحقق القبض من المشترى، ثم دعوى الرجوع إلى القيمة لثبوت الخيار، وامتناع تعلقه بالعين أو سقوطه، وعليه فحيث أن البيع إتلاف للمبيع، ووجب لخروجه عن المالية، فلا يتحقق القبض، فلا مورد لثبوت الخيار أو سقوطه.

وفيه: إن القبض المعتبر في البيع المترتبة عليه الآثار، ليس هو القبض الخارجي، بل عبارة عن رفع اليد عنه، وجعله تحت سلطانه ويده، وعليه نفس اعتقامه عليه إقباض، ولو لا ذلك لابد وأن يكون التلف من مال البائع، ولا يستحق شيئاً من الثمن والقيمة. وهذا مما لم يقل به أحد.

٢. الثالث: ما أفاده المصنف بأنه بأنّ البائع والمشترى قد تواطئا على إخراجه عن

والحاصل: إنّا إذا قلنا إنّ الملك قيمٌ ينعتق عليه تقديرٍ لا تتحقق، فالمعاملة عليه من المتباعين مواطنة على إخراجه عن المالية، وسلكه في سلك ما لا يتمول، لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

وقد يقال: إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، مبنيٌ على أنّ الخيار والانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنًا مًا، أو الأول بالأول والثاني بالثاني، أو العكس^١؟، فعلى الأوّلين والأخير يقوى القول بالعدم، لأنصيَّةُ أخبار العتق، وكون

المالية الذي هو بمنزلة إتلافه. وسيجيء سقوط الخيار بإتلاف، بل بأدنى تصرّف، فعدم ثبوته به أولى.

وفيه: إن سقوط الخيار بالتصرّف والإتلاف ليس من الأمور البرهانية، حتّى يكون ما ذكر وجهاً له جارياً في المقام، بل إنما هو من جهة ما في نصوص^(١) خيار الحيوان من التعليل بكون ذلك: «رضًا منه بالبيع»، فلابد من الاقتصر على التصرفات الكافحة نوعاً عن الرضا بالبيع. وهذا يختص بما إذا كان التصرّف وارداً على ملكه، ولا يجري في التصرّف قبله أو حينه، كما لا يخفى.

وإن شئت قلت: إن الأولوية ممنوعة، فإن سقوط الخيار بإتلاف المشتري ماله الذي له فيه الخيار، لا يقتضي عدم ثبوته له بإتلافه مال الغير، فإن العبد إنما يخرج عن المالية بقبول المشتري العقد الواقع عليه، مع أنّ البيع ليس إتلافاً للمباع، بل إنما يكون البيع إفداماً على إيجاد الملكية، والانعتاق حكم شرعي متربّ على فهراً. فالاظهر ثبوت الخيار.

١. القائل هو صاحب المقاييس، وحاصل ما أفاده: أنه إن قلنا بأنّ الخيار والانعتاق معلوان للبيع في عرض واحد، أو معلوان للملك المعلول له، أو أنّ الخيار معلول للملك، والانعتاق معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار.
أمّا على الأخير: فلسبيك الانعتاق على الخيار.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، ولسبق تعلقه على الآخرين. ويحتمل قريباً التّبّوت جمعاً بين الحَقِّين^١، ودفعاً للمنافاة من البين، وعملاً بالنصّين^٢ وبالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، وتنتزلاً للفسخ منزلة الأرث^٣ مع ظهور عيب في أحدهما، وللعتق بمنزلة تلف العين، لأنّهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة، فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممّن ينعتق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك.

والظّاهر عدم الفرق بينه وبين المقام. وعلى الثالث يتّجه الثاني لما مرّ ولسبق تعلق حقّ الخيار وعروض العتق.

ثم قال: وحيث كان المختار في الخيار إنّه بمجرد العقد وفي العتق إنّه بعد الملك،

وأمّا على الأوّلين: فلأنصيّة أخبار العتق. ولا يتّوهُم إمكان الجمع بالرجوع إلى القيمة، لأنّها بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل. ثمّ احتمل قريباً ثبوت الخيار.

وذكر في وجهه وجوهاً:

١. أحدها: إنّه جمع بين الحَقِّين.

٢. ثانيةاً: إنّ التعارض بين النّصّين إنّما يكون بالنسبة إلى نفس العين، وأمّا بالنسبة إلى القيمة فلا منافاة أصلًا، بل هو عمل بالنصّين، ومقتضى ذلك الرجوع إلى القيمة، للإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن الشّمن وعن قيمة المبيع.

٣. ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الأرث، فكما أنّ الانعتاق لا يوجب سقوط حقّ المشتري من الأرث إذا ظهر المبيع معيباً، فكذا لا يوجب سقوط حقّ البائع بالنسبة إلى القيمة، لعدم التنافي بينهما.

وأمّا لو قلنا بأنّ الخيار معلولٌ للبيع، والانعتاق معلولٌ للملك المعلول له، فيقوى القول بشّبوت الخيار لسبق تعلق حقّ الخيار. ثمّ اختار هو ^{وهيئ} الآخرين.

أقول: وفي كلامه موقع للنظر:

الأول: ما ذكره من أنصيّة أخبار العتق في وجه السقوط.

ودلل ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب على أن أحكام العقود والإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها، إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرّحوا بأنَّ الخيار يثبت بعد العقد، وأنَّه علة، والمعلول لا يختلف عن علة، كما أنَّ الانتعاق لا يختلف عن الملك، فالأقرب هو الآخر، كما هو ظاهر «المختلف» و«التحرير»، ومال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه، ويؤيده إطلاق الأكثر، ودعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضرورب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: إن قلنا إِنَّه يعتبر في فسخ العقد بال الخيار أو بالتقايل، خروج الملك عن ملك من انتقل إِلَيْه^١ إلى ملك من انتقل عنه، نظراً إلى أنَّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما

فإنَّه يرد عليه: أنَّ الأنصيَّة لا تنافي ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا يرجع إلى محصل، إذ المفروض حصول المبدل – وهو العين – في ملكه، والتلف عليه. مع أنَّ تعارض أخبار الانتعاق^(١) وأخبار الخيار^(٢) ليس من باب تعارض الدليلين، بل من باب تزاحم الحقيقين، فأنصيَّة أحدهما غير مفيدة.

الثاني: ما ذكره من الإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين.

فإنَّه يرد عليه: إنَّه على فرض الفسخ بال الخيار لا تزول يد البائع عنهما، إذ مع الفسخ يأخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الأرش.

فإنَّه يرد عليه: إنَّ عدم مانعية الانتعاق من أخذ الأرش إنَّما هو من جهة عدم منافاة دليل الأرش لدليل الانتعاق، بخلاف المقام كما لا يخفى.

١. قوله: (إن قلنا إِنَّه يعتبر في فسخ العقد بال الخيار أو بالتقايل، خروج الملك عن ملك من انتقل إِلَيْه).

مبني الشرطيتين أنَّ الخيار حق حل العقد حقيقةً أو رفع أثره، وعلى الأول بما أنَّ عقد المعاوضة مقتض لخروج كلِّ من العوضين عن محل يدخل فيه الآخر، فيكون حلُّه مقتضياً لخروج المعوض عن ملك المشتري إلى ملك البايع، كذلك العكس، فلا محالة يكون الفاسخ متلقياً للملك من المفسوخ عليه.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب العنق. (٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديرًا، لم يكن وجه لل الخيار فيما نحن فيه^١، ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعتاق عقيب الملك آنًا مًا، إذ برفع العقد لا يقبل المنعтик عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديرًا، إذ ملكية المشتري لمن ينعتق عليه ليس على وجهٍ يتّرب عليه سوى الانعتاق، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجًا عن ملك المشتري إلى ملك البائع، ثم انعتاقه مضمونًا على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار، ثم فسخ البائع.

والحاصل: إن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه.

وإن قلنا: إن الفسخ لا يقتضي أزيد من رد العين إن كان موجوداً، وبدلـه إن كان تالفاً أو كالتألف، ولا يعتبر في صورة التالـف إمكان تقدير تلقـي الفاسـخ الملك من المفسـوخ عليه وتمـلكـه منهـ، بل يكـفي أن يكون العـين المـضمـونـة قـبـل الفـسـوخ بـثـمـنـها مـضمـونـة بـعـد الفـسـوخ بـقـيمـتها مع التـالـفـ، كما يـشـهـدـ بهـ الحـكـمـ بـجـواـزـ الفـسـوخـ وـالـرـجـوعـ إـلـىـ الـقـيـمةـ فـيـماـ

وأـمـاـ عـلـىـ الثـانـيـ فـلاـ يـقـتضـيـ ذـلـكـ، بلـ حـيـثـ أـثـرـ العـقـدـ بـقـاءـ مـضـمـونـيـةـ العـينـ بـمـطـلـقـ الـبـدـلـ، فـرـفـعـهـ إـتـمـاـ هوـ بـضـمـانـ قـيمـتهـ.

١. قوله: (لم يكن وجه لل الخيار في ما نحن فيه).

غاية ما يمكن أن يُقال في وجه ذلك: إن رجوع العين إلى المشتري حتى يتلقى الفاسخ منه إما تحقيري أو تقديري، والأول مستلزم لعود الحرر رقاً وهو ممتنع شرعاً، والثاني لا يجدي، فإن الملكية الفرضية التقديرية للانعتاق لا أثر لها سوى الانعتاق.

ولكن يمكن رد الأول: بأن عود المبيع حقيقة إن كان بعوده بشخصه، جاء المحذور المذكور، وإن كان بعوده بماليته المتحفظة تارةً بعينه وأخرى ببدلـهـ الذيـ لـابـدـ لـلـقـائـلـ بشـبـوتـ الـخـيـارـ معـ تـلـفـ الـعـينـ مـنـ الـإـلتـزـامـ بـذـلـكـ، فلاـ يـكـونـ وـارـدـاـ كـمـاـ لـاـ يـخـفـيـ.

ويـمـكـنـ ردـ الثـانـيـ: بـأـنـ المـقـدـرـ بـعـدـ الفـسـوخـ عـلـىـ فـرـضـ الـخـيـارـ، لـيـسـ هـوـ الـمـلـكـيـةـ التـيـ أـثـرـهـ الـإـنـعـتـاقـ، بلـ الـمـلـكـيـةـ التـيـ أـثـرـهـ رـجـوعـ الـبـاـيـعـ فـيـ قـيـمـتـهـ إـلـىـ الـمـشـتـريـ، وـهـذـاـ لـاـ مـحـذـورـ فـيـهـ.

تقديم في مسألة البيع بشرط العتق.

ثم ظهور المبيع منعطاً على المشتري، وحكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم، مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ، كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا، والرجوع إلى القيمة، إلا مع إقدام المتباعين على المعاملة، مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه.^١ فالأقوى العدم لأنهما قد تواطئا على إخراجه عن المالية الذي هو بمنزلة إتلافه.

وبالجملة: فإن الخيار حق في العين، وإنما يتعلق بالبدل بعد تعدد لا ابتداء، فإذا كان نقل العين إبطالاً لماليته، وتقويتاً لمحل الخيار، كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه، فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببدلته. وقد صرّح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع ونقله إلى من ينعتق عليه، كالإتلاف له من حيث المالية، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل.

١. قوله: (إلا مع إقدام المتباعين على المعاملة، مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه). أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأنه يمكن أن يقال بسقوط الخيار حتى في مورد الجهل، لأن إنشاء البيع إذا كان سبباً للإتلاف، فالجهل به لا يقتضي عدم تأثير السبب، كما في كل ما كان من قبيل الأسباب والمسببات. وفيه: إنه في سائر الموارد إنما نلتزم بعدم مانعية الجهل، وثبتوت الحكم في ذلك المورد من جهة إطلاق الأدلة.

وفي المقام الدليل يختص بصورة العلم، لأن الدليل ينحصر في النصوص الواردة في خيار الحيوان، المتضمنة لمسقطية الإتلاف للخيار وهي - لاسيما من جهة ما فيها من التعليل بأنه رضا منه - تختص بصورة العلم.

ومنها: العبد المسلم المشترى من الكافر^١، بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتملكه إياته. وأما بالنسبة إلى القيمة، فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكه الأصلي ولو تقديرأً، لتكون مضمونة له بقيمتها على من انتقل إليه، ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز^٢، وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد للإمام الشهيد عليه السلام، حيث قال: (إنه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط)، ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين في «الإيضاح»، من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاد، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع، بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له، لأن الملك سبيل، وإنما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأن الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع أنه لا معنى لتحقق العقد البيعي من طرف واحد، فإن شروط البيع إن كانت موجودة

شراء العبد المسلم من الكافر

١. ومنها: العبد المسلم المشترى من الكافر.

والآقوال والوجوه في المسألة أربعة:

أحدها: عدم ثبوت الخيار مطلقاً.

ثانيها: الثبوت مطلقاً ورجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقاً، وتقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به البدل. اختاره المصنف عليه السلام.

رابعها: التفصيل بين البائع والمشتري، وثبتوت الخيار للثاني دون الأول، وثبتوت الخيار للمشتري إما بإرجاع العبد نفسه أو قيمته.

٢. وقد استدل للأول: بأن الكافر لا يملك المسلم، وب مجرد الإسلام يخرج عن ملكه، وإنما كان له حق في قيمة من تملكه كإرث الزوجة من العقار، فتكون المعاملة عليه

تحقق من الطرفين، وإن لم يتحقق أصلًا، كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحربي من من ينعتق عليه، والأقوى في المسألة وفقاً لظاهر الأكثر وصريح كثير ثبوت الخيار في المقام، وإن تردد في القواعد بين استرداد العين أو القيمة، وما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبني على إمكان تقدير الملك في ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدم في المسألة السابقة غير قادر هنا، لأن تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم^١، ولذا جوزنا له شراء من ينعتق عليه، وقد مر بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين.

حيثئذٍ بتملك المسلم إياه بقيمتها، واستيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليس هي بيعاً، فلا تشملها أدلة الخيار.

وفيه: إنّه لا دليل على خروج العبد بمجرد الإسلام عن مالك مالكه، وأية نفي السبيل^(١) لا تدلّ على ذلك، لأنّ الملكية التي يكون صاحبها محجوراً عن التصرف في المملوك، لا تعدّ سبيلاً مع أنّ ما دلّ على أنّه يجب على البيع^(٢) يدلّ على بقاء الملكية. واستدلّ للثاني: بما عن العلامة في «القواعد»، وهو خروج الملك الظاهري كالإرث عَتَّا دلّ على أنّ الكافر لا يملك المسلم، والملك العائد بحلّ العقد قهري لا تملك ابتدائي بالاختيار.

وفيه: إنّ ذلك يتمّ بالنسبة إلى فسخ المشترى دون فسخ البائع، فإنّ التملك حينئذ باختياره. وبه يظهر مدرak القول الرابع.

١. واستدلّ للثالث: بأنّ ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله، ليس سبيلاً للكافر على المسلم.

وفيه: إنّ الملكية الحقيقة في ذلك المقدار من الزمان، وإن لم تكن سبيلاً، إلا أنها في الزمان الطويل، مع محجوريته عن التصرف، ولزوم البيع عليه أيضاً لا تعدّ سبيلاً. فتحصل: أنّ الأظهر هو القول الرابع، بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، على ما هو المفروض في عنوان المسألة.

(٢) الوسائل - باب ٧٣ - من أبواب كتاب العنق.

(١) سورة النساء آية ١٤١.

ومنها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه^١، فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه، ولو بالنسبة إلى القيمة، لعدم شمول أدلة الخيار له^٢، واقتاره في «الذكرة»، وفيها أيضاً أنه لو اشتري جمداً في شدة الحر، ففي الخيار إشكال^٣، ولعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار^٤، فلا ينفع الإشكال بما في «جامع المقاصد» من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف بأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

شراء العبد نفسه

١. قوله (ومنها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه).

مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، وذلك إما بالشراء بمال في ذمته، أو بمال شخصي خارجي، مع عدم كون ماله لمولاه أو بمال غيره، بناءً على ما هو الحق من جواز شراء شيء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

وقد ذهب المصنف^{الله} إلى عدم ثبوت الخيار ولو بالنسبة إلى القيمة.

٢. قال: (العدم شمول أدلة الخيار له).

وفيه: إنّ وجه عدم الشمول إن كان عدم عود الحرّ رقاً.

فيرد عليه: أنّ ما ذكره في وجه عود القيمة في بيع من ينعتق عليه يجري في المقام. وإن كان هو ما أفاده المحقق الإبرواني^{الله} من أنّ ملك الشخص لنفسه، ليس إلا عين الحرّية، فكان بيع العبد لنفسه عبارة أخرى عن العتق، ومن المعلوم عدم جريان الخيار في العتق.

فيرد عليه: أنّ بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، وأثره الانعتاق على ما تقدم تحقيقه في أول بحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور في ثبوت الخيار فيه.

٣. قوله: (وفيها: أيضاً أنه لو اشتري جمداً في شدة الحر، ففي الخيار إشكال). والمتحقق الثاني وجّه الإشكال: بأنّ كون المبيع تالفاً شيئاً فشيئاً مانع عن إعمال الخيار فيه. ثم أورد عليه: بأنّ الخيار لا يسقط بالتلف.

٤. والمصنف^{الله} وجّه الإشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد في تعلق الخيار بها.

توضيحة: إنّ التلف ربما يكون متأخراً عن ثبوت الخيار، وربما يكون مقارناً للخيار

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع^١ عند علمائنا، كما في «الذكرة»، وعن تعليق «الإرشاد» وغيرهما، وعن «الغنية» الإجماع عليه، وصرّح الشّيخ في غير موضع من «المبسوط» بذلك أيضاً، بل عن «الخلاف» الإجماع على عدم دخوله في الوكالة والعارية والقراض والحوالة والوديعة إلا أنه في «المبسوط» بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار، والتي لا يدخلها قال: (وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجعالة، فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع)، انتهى^٢.

ومراده خيار المجلس والشرط، وحُكى نحوه عن القاضي، ولم يعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في «الذكرة» بأنه لا معنى للخيار فيها، لأنّ الخيار فيها أبداً. واحتُمل في «الدّروس» أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، ولعلّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود لا الموجب، إذ لا معنى

المترتب على العقد، وما ذكروه من أنه لا يسقط الخيار بالتلف، يكون المراد به التلف المتأخر، لا التلف المقارن كما في المقام.

وفيه: إنه لا دليل على اعتبار عدم التلف في ثبوت الخيار.

والمحقق النائيني^{رحمه الله} وجّه الإشكال: بأنّ مورد خيار المجلس هو البيع الذي لم يكن بناء المتعاردين على الإعراض عن العوضين، ومع علمهما بأنّ المال بمجرد البيع يخرج عن المالية إما شرعاً أو عادةً كما في المثال، فقد أقدما على ذهاب مالهما.

وفيه: إنّ البيع ليس إقداماً على ذهاب المال، بل هو يذهب باعاً أم لا، والبيع إنّما يكون إقداماً على الملكية، والمتفق إنّما هو شدة الحرّ. فالأظهر ثبوت الخيار فيه.

اختصاص خيار المجلس بالبيع

١. المسألة الخامسة: قال^{رحمه الله}: (ولا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا كما عن «الذكرة»).

٢. قوله: (إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود... فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع) يمكن أن يكون نظر الشّيخ^{رحمه الله} مما أفاده في «المبسوط» إلى ما

لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار، لأنّ أثر هذه العقود تمكّن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ ^{رحمه الله} أثر البيع متوقفاً عليه. لكن الإنصاف أن تتبع كلام الشيخ في «المبسوط» في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرّح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع، والذي يخطر بالبال أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود، إذا وقعت في ضمن عقد البيع^١، فتنفسخ بنسخه في المجلس، وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن. وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان. وصرّح في «السرائر» بدخول الخيارين في هذه العقود، لأنّها جائزة^٢، فيجوز الفسخ في كلّ وقت، وهو محتمل كلام الشيخ، فتأمل، وكيف كان فلا إشكال في اصل هذه المسألة.

ذكرناه من عدم المانع في ثبوته، والجمع بين كلامه هذا وما ذكره في غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها أنه وإن لم يكن مانع عن ثبوته إلا أنه لا مقتضى له، والله العالم.

١. قوله: (مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع).

وفيه: إنّ الخيار حينئذ ثابت في البيع لا في ذلك.

٢. قوله: (يدخل الخيارين في هذه العقود لأنّها جائزة).

يعني أنّ ذلك الخيار بما أنه ثابت في المجلس، فيصبح أن يقال إنّ خيار المجلس ثابت، وهو كما ترى، وأحسن التوجيهات ما ذكرناه.

وكيف كان، فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في العقود الالزمة .

الثاني: في العقود الجائزة.

أما الأول: فالظهور عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضي له، فإنّ الأدلة مختصّة بالبيع، والمناط غير معلوم كي يتعدّى عنه إلى غيره. ولا يقاد ذلك بالأحكام الشابطة للبيع على القاعدة ك الخيار العيب، فإنّ نفس ما يدلّ على ثبوته في البيع - وهو الاشتراط الضمني الذي بناء كلّ عاقد عليه - يدلّ على ثبوته في غيره. وهذا بخلاف هذا الخيار،

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد^١، لأنّ ظاهر النص كون البيع علة تامة^٢، ومقتضاه كظاهر الفتوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو

فإنّ جعله تعبد صرف فلا يتعدى منه إلى غيره.

وأمّا المقام الثاني: فقد استدلّ لعدم ثبوت الخيار في العقود الجائزه - مضافاً إلى عدم المقتضى - بوجود المانع، وتقريره من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى أنّ الخيار ذاتي لها، فلا معنى لجعل الخيار له.

وفيه: إنّه بعد شمول دليل الخيار لها، يكون الخيار ثابتاً من جهتين: ذاتية وعرضية، كالخيارات المتعددة العرضية.

وإن شئت قلت: إنّ الخيار الذاتي أيضاً يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعلان، ولا أولوية لأحدهما على الآخر كي يلتزم بثبوته دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوّية من جعله.

وفيه: إنّ للخيار آثار وفوائد، ومع عدم أولوية أحدهما على الآخر، لا معنى لكون خيار المجلس لغواً دون الجواز، مع أنه على القول بعدم جواز تصرّف غير ذي الخيار في زمان الخيار، عدم اللغوّية واضح، فإنّ ذلك أثر الخيار الحقي خاصّة. فالوجه في عدم ثبوته فيها عدم المقتضى أيضاً.

ولا يخفى أنّ محلّ هذه المسألة بعد المسألة السابعة، وقد قدّمت اشتباها.

مبدأ خيار المجلس

١. المسألة السادسة: لا خلاف ولا إشكال في أنّ مبدأ هذا الخيار من حين العقد.

٢. إذ ظاهر الأخبار أنّ البيع علة تامة.

وهل يشمل الحكم للصرف والسلم قبل القبض؟

فيه إشكال من جهتين:

الأولى: في أنه هل يجب التقادم في المجلس أم لا؟

الثانية: في جريان الخيار فيهما على كلّ من القولين.

قلنا بوجوب التّقابض في المجلس في الصرف والسلّم وجوباً تكليفيّاً، إما للزّوم الربا كما صرّح به في صرف «الذّكرة»^١، وإما لوجوب الوفاء بالعقد^٢، وإن لم يكن بنفسه مملّكاً، لأنّ ثمرة الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التّقابض.

أما لو قلنا بعدم وجوب التّقابض وجواز تركه إلى التّفرق المبطل للعقد ففي أثر

أثراً الجهة الأولى: فقد استدلّ لوجوب التّقابض بوجهه:

١. الأوّل: ما عن العلّامة رحمه الله، وهو التّحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية. وتوضيحة: إنّ إذا كان العوضان من جنس واحد، وحصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق، تصير المعاملة كالنّسيئة مع المساواة ذا مدّة وأجل، فتكون به ربوية، لأنّ للأجل قسطاً من الشّمن.

وفيه: إنّه مع عدم اشتراط التّأخير لا تكون ربوية، ومجرد الشّباذه بالربا لا يوجب البطلان، مع أنّ هذا الوجه لو تمّ لدلّ على وجوب القبض شرطاً لا وجوبه مولويّاً.

مع أنّه لو تمّ لدلّ على وجوب القبض بعد قبض أحدهما حّقه.

٢. الثاني: ما أفاده المصنّف رحمه الله، وهو آية وجوب الوفاء بالعقد^(١).

بدعوى: أنّ للعقد بنفسه آثاراً مع قطع النظر عن مملّكيّته، ويجب ترتيبها ولو قبل حصول الملكيّة، ومنها الإقباض في المقام.

وفيه: إنّ قلنا بأنّ معنى الآية الشريفه هو لزوم إبقاء العقد على حاله، وإتمامه بعدم فسخه وحلّه كما قوّيناه، فعدم دلالة الآية حينئذ على وجوب التّقابض واضح، بل تكون حينئذ إرشاداً إلى الزّوم.

وإن قلنا: بأنّ معناها هو ترتيب آثار العقد - كما عن المصنّف رحمه الله - فمعناها ترتيب الآثار التي التزم بها، ومن المعلوم أنّ ما التزم بما هو إقباض كلّ منهما على فرض إقباض الآخر لا مطلقاً، فلا تدلّ على لزوم التّقابض، ولا ينتقض بلزم إقباض كلّ منهما في سائر البيوع، فإنّ فيها إنّما يجب الإقباض من جهة تأثير البيع في الملكيّة، ويجب ردّ المال إلى صاحبه، وهذا بخلاف باب الصرف.

الخيار خفاء، لأن المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر، ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحقوق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد، لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير. قال في «التذكرة»: (لو تقاپضا في عقد الصرف، ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقاپض فكذلك، وعليهما التقاپض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فانفرد أحدهما بالمخارقة عصى)، انتهى.

وأمّا ما أوردته السيد الفقيه: - وتبعه المحقق الإيراني عليه - بأنّ بيع الصرف لا أثر له إلا بعد التقاپض، فلا يجب الوفاء به إلا بعده.

فيرد عليه: أن للعقد مرحلة، ولتأثيره في الملك مرحلة أخرى، ولكلّ منها آثار، فإذا كان التقاپض من آثار العقد وجب ترتيبه على هذا العقد، وإن لم يحصل الملك.

الثالث: النصوص^٣ المتضمنة للأمر بالتقاپض والنهي عن البيع إلا يداً بيده.

وفيه: إن تلك الأوامر والنواهي تكون إرشاداً إلى شرطية التقاپض، لصحة العقد وتأثيره في الملك ولا مولويته، لما حرق في محله من ظهور الأوامر والنواهي في المعاملات في الإرشاد. فالآخر عدم لزوم التقاپض.

وأمّا الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين:

إحدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضى.

أمّا من الناحية الأولى: فثبتت الأثر للخيار على القول بوجوب التقاپض واضح، فإنّ أثره حيئنـدـ أنّ له فسخ العقد وإسقاط وجوب التقاپض باعدام موضوعه.

لا يقال: إنّه على القول بوجوب التقاپض، كيف يجري الخيار الذي لازمه عدم وجوبه؟

فإنّه يجاب: بأنّ الخيار معناه السلطنة على حلّ العقد، ولا ينافي ذلك وجوب التقاپض

(٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب الصرف.

وفي «التروس»: (يثبت - يعني خيار المجلس - في الصرف تقبضاً أو لا، فإن التزماً به قبل القبض، وجب التّقابض، ولو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية، ويحتمل قويًا عدم العصيان مطلقاً، لأنّ للقبض مدخلاً في التّزوم فله تركه)، انتهى.

وصرّح الشّيخ أيضًا في «المبسوط» بثبوت التّخاير في الصرف قبل التّقابض. وممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليّين، على القول بثبوت الخيار لهم، من زمان إجازتهم على القول بالنقل، وكذا على الكشف^١، مع احتمال كونه من زمان العقد.

على فرض بقاء العقد. ونظير هذا التكليف في الشرع كثیر، كما لو وهب أمّته للغیر، فإنه مع جواز الرجوع يحرم عليه وطئها مع عدم الرجوع، ووجب القصر ما دام مسافرًا، مع أنّ له أن يقصد الإقامة أو يصير حاضراً.

وأمّا على القول بعدم وجوب التّقابض، قال المصنّف: (إنّ في أثر الخيار خفاء). وفيه: إنّه لا خفاء فيه، فإنّ السلطة على حلّ العقد وإلغائه عن قابلية التأثير على فرض التّقابض، غير السلطة على حلّه بالتفريق.

وأمّا من الناحية الثانية: فيمكن أن يُقال بقصور أدلة خيار المجلس عن الشمول له، من جهة أنّ ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس، يدلّ على لزوم البيع بالافتراق، فيصلح ذلك قرينةً على صدرها، ويكون الخيار ثابتاً في بيع لو حصل افتراق البيعين يصير لازماً، وأمّا بيع الصرف الذي يبطل بالافتراق قبل التّقابض، فلا يكون مشمولاً لها. هذا بناءً على عدم دخول التّقابض في البيع شرعاً، وإلا فعدم ثبوت الخيار في غاية الوضوح لحكومة ما دلّ على ذلك على أدلة الخيار.

١. قوله: (من زمان إجازتهم على القول بالنقل وكذا على الكشف).

وذلك لأنّ مبدأ الخيار إنّما هو من حين صدق عنوان البيع، وهذا العنوان إنّما يصدق من حين الإجازة، فيثبت الخيار من ذلك الحين، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

القول في مسقطات الخيار

وهي أربعة على ما ذكرها في «التذكرة»: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، وإسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف^١، فيقع الكلام في مسائل: مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن «الغنية» الإجماع عليه^٢، ويدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض: «المؤمنون أو المسلمين عند شروطهم».

سقوط الخيار باشتراط سقوطه

١. السابعة: ذكر العلامة في «التذكرة» ومن تأخر عنه أنّ هذا الخيار يسقط بأربعة أشياء: اشتراط سقوطه، إسقاطه بعد العقد، التصرف، التفرق.

فالكلام في مواضع:

٢. الأول: لا خلاف ظاهراً في سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن «الغنية»: الإجماع عليه، وعموم أدلة نفوذ الشرط^(١) شاهد به.

وإنما الخلاف هنا فيما أفاده العلامة في «التبصرة» بقوله: (أو يشترط سقوطه قبل العقد أو بعده) بعد معلومية أنّ مراده من بعد العقد ليس بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه. ومورد الخلاف الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ في «الخلاف» سقوط الخيار به، وعن «المختلف» بعد نقل ذلك عنه (وعندي في ذلك نظر، لأنّ الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتباعاً على ذلك الشرط صحيح ما شرطاه). انتهى.

وأظنّ أنّ مراده في «التبصرة» هو ما ذكره أخيراً في «المختلف».

وكيف كان، فشرط سقوط الخيار في قبال شرط عدم الفسخ، وشرط إسقاط الخيار اللذان - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على وجهين:

أحدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع إلى إسقاط الخيار.

ثانيهما: شرط عدم كون العقد خيارياً.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكتبة وغيرهما من الأبواب.

وقد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار^١، ويرجح على تلك الأدلة بالمرجحات^٢، وهو ضعيف، لأن الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود^٣، وموافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً، بعد العلم بانحصر مستندهم في عموم أدلة الشروط، كما يظهر من كتبهم.

والإشكالات الآتية عمدتها تخص بالثاني، وبعضها يختص بالأول، وبعضها يشتراك بينهما.

وكيف كان، فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول أدلة الشروط لهذا الشرط وعدمه.

الثاني: في أنه هل يعارض أدلة الخيار لأدلة الشروط على فرض شمولها به أم لا؟ وتبعاً للمصنف نقدم البحث في المقام الثاني على البحث في المقام الأول.

١. المقام الثاني: قد يتوجه أنّه يعارض أدلة الشروط مع أدلة الخيار، والنسبة بينهما عموم من وجهه، فلا وجه لتقديم الأولى.

ولكنه فاسد، فإن كل مشروط لا محالة يكون محكوماً بحكم قبل أن يقع في حيث الشرط، فحيئنذا إما أن يوافق حكمه مع الشرط، كما لو شرط فعل واجب أو مستحب، وإما أن يخالفه، لا سبيل إلى تخصيص أدلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح.

وحيث أن نسبة دليل الشرط مع كل واحد من أدلة تلك الأحكام عموم من وجهه، فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، وتقديمه على جميعها، وتقديمه على بعضها، والأخير مستلزم للترجح بلا مرجح، والأول مستلزم لإلغاء دليل الشرط، فيتعين الثاني.

٢. وقد يقال: إنه يرجح على تلك الأدلة بالمرجحات.

٣. وأجاب عنه المصنف بأن الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود.

وفيه: إنه بناء على المذهب الحق أنه في موارد التعارض بالعموم من وجهه، يرجع إلى أدلة الترجيح، وأول المرجحات الشهرة الفتواوية، وعليه ففي المقام يتبع ترجيح أدلة الشروط للأشهرية.

ونحوه في الضعف التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزء من العقد الذي يجب الوفاء به^١، إذ فيه أن أدلة الخيار أخص، فيخصص بها العموم^٢، بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط، عدم نهوض أدلة الخيار لل المعارضة، لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع^٣، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي - وهو الشرط - لوجوب العمل به شرعاً، بل التأمل في دليل الشرط

١. وقد يتوهم التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزء من العقد الذي يجب الوفاء به.

٢. وأجاب عنه المصنف: بأن أدلة الخيار أخص، فيخصص به العموم. وفي حاشية السيد تقريب الاستدلال بأية واجب الوفاء بتقريب آخر، وحالته: انحلال العقد المشروط إلى عقدين: بيع وشرط، وأخصية دليل الخيار إنما ينفع بالنسبة إلى حيّثيّة البيعية، لا بالنسبة إلى حيّثيّة الشرطية، فيكون عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بالنسبة إلى عقد الشرط حاكماً على دليل الخيار، نظير ما لو صالح على سقوط الخيار في ضمن عقد البيع، فإن عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بالنسبة إلى الصلح مقدم على أدلة الخيار.

وفيه: إن الشرط حيث أنه مرتبط بالبيع، لا محالة يكون دليل الخيار بإطلاقه شاملًا للبيع المجرد والبيع المشروط به، وهذا بخلاف الصلح، فإنه عقد مستقل ليس من شؤون البيع المحكوم بال الخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار بإطلاقه البيع المجرد عنه والمقييد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. وعليه فحيث أن دليل الخيار أخص ف يقدم عليه.

وأجاب المصنف^{الله}: عنه عن معارضة أدلة الخيار مع أدلة الشرط:

٣. بعدم نهوض أدلة الخيار لل المعارضة، لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع.

محصل ما أفاده في المقام جواباً:

أحدهما: أن الخيار لم يلاحظ في موضوعه إلا ذات البيع من حيث هو، فلا ينافي أن يثبت له حكم آخر بعنوان عرضي.

يقضي بأنّ المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام، فحاله حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر والعهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لولا النذر.

ويشهد لما ذكرنا من حكمة أدلة الشرط، وعدم معارضتها للأحكام الأصلية حتّى يحتاج إلى المرجح، استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية^١، منها صحيحة مالك بن عطيّة، قال: «سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك، وكان تحت أبيه جارية مُكاتبَة قد أدرت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لكِ أنْ أعينكِ في مكاتبتكِ حتّى تؤدي ما عليكِ بشرط أن لا يكون لكِ الخيار بعد ذلك على أبي إذا أنت ملكتِ نفسك؟ قالت: نعم، فأعطتها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك؟ قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمين عند شروطهم»، والرواية محمولة بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم^٢، أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبَة بذلك المال. وكيف كان، فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات، دليل على حكمتها عليها، لا معارضتها المحوجة إلى التماس المرجح.

الثاني: إنّ موضوع الخيار البيع المجرّد عن الشرط، ومعه فهو موضوع آخر، وهو حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية والعَرَضية.

١. ثم إنّ المصتّف استشهد بصحيحة مالك بن عطيّة^(١) المذكور في المتن، على أنّ أدلة الخيار كسائر أدلة الأحكام الأوّلية لا تصلح للمقاومة مع أدلة الشرط، بل هي حاكمة على جميعها، وتبيّن المراد منها، وتدلّ على أنّ المورد مشمول لأدلة الشرط. وأورد عليه: بأنّ مورد الصحيح الشرط الابتدائي، وهو غير نافذ بالإجماع.
٢. وأجاب عنه المصتّف^{للله}: بأنه مطلق قابل لأن يقيّد بصورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقّق سببه بالمكاتبَة بذلك المال.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب المكاتبَة.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه^١ :

وفي حاشية السيد: (الإنصاف أن هذه الرواية دليل على شمول أدلة الشروط للشروط البدوية، وأنها أيضاً وجبة الوفاء، والإجماع على الخلاف ممنوع). وفيه: إن مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله: «فأعطها في مكاتبها على أن لا يكون لها الخيار».

ولم يظهر لي منشأ اشتباه القوم وتخيلهم كون مورده الشرط الابتدائي. والإبراد عليه: بأن الهبة جائزة، والشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء، سيأتي الجواب عنه.

وأما ما احتمله المصنف، من احتمال حمل الصحيح على المصالحة على إسقاط الخيار، فهو يوجب خروجه عن محل الكلام، وأجنبيته عنه من جهتين: إحداهما: من جهة أن المصالحة خارجة عن عنوان الشرط. ثانيةهما: من جهة أنها مصالحة على الإسقاط دون السقوط. وكلاهما خلاف الظاهر.

أما الأول: فلا استدلال الإمام عثيمان على نفوذه بدليل الشرط. وأما الثاني: فلأن صريحة شرط عدم الخيار لا إسقاطه، وقد تقدم أن مورده الشرط في ضمن عقد الهبة، فراجع.

١. أما المقام الأول: فقد أشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه: أحدها: أن مفاد المستفيض: «المؤمنون - أو المسلمين - عند شروطهم»^(١) لزوم العمل بالشروط، فلابد وأن يكون الشرط فعلاً اختيارياً للمشروط عليه، و اختيارياً له، فلا يشمل الشروط الخارجية عن تحت اختياره وقدرته، ومنها شرط عدم الخيار. وفيه: إن هذا يتم في نفسه، إلا أن صحيح^(٢) مالك المتقدم آنفًا المذكور في المتن، يدل على صحة شرط عدم الخيار، وأن المستفيض يشمله، وهو يصلح قرينة على إرادة

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكافحة وغيرهما من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب المكافحة.

الأول: إن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد^١، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط، لزم الدور.

نفوذ كل شرط يكون مربوطاً بالمشروط عليه.

١. ثانيةاً: أن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنّه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

وفيه أولاً: أنه لا دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازماً، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به، لزومه حتى في العقود الجائزة.

ودعوى: أنه لا يزيد حكمه على حكم أصل العقد:

إن أريد بها أنه تابع والتابع لا يزيد حكمه على حكم المتبوع:

فيردّها: أنه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقلٌ في الاعتبار والدليل.

وإن أريد بها أنه ينافي جواز العقد الذي لازمه جواز إعدامه وحله مع وجوب الوفاء بالشرط.

فيردّها: أن الجواز واللزوم لا يرددان على محل واحد كي يتنافيان، بل الجواز إنما هو متعلق بما هو كالموضوع لللزوم، ومتضاهماً معه أنه يجوز حل العقد، ولكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، وكم له نظير في الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم، ولكن له أن يسافر فلا يصوم، وهكذا غيره.

وثانياً: أنه لو تم البرهان المذكور، كان لازمه اعتبار أن لا يبقى العقد جائراً مع لزوم شرطه، لا لزوم العقد قبل لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.

وأماماً ما ذكره المحقق الإصفهاني رحمه الله زائداً على ذلك: بأن لزوم الشرط حسب الفرض وإن توّقف على لزوم العقد، إلا أن لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف على صحته، لأن مجرد صحته يكفي في سقوط الخيار.

الثاني: إنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار»، فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط عدم بعض مقتضيات العقد.^١

الثالث: ما استدلّ به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط، من أن إسقاطه الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب، لأنّ الخيار لا يحدث إلا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله.

هذا، ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

أما الأول: فلأنّ الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية، لأنّها كال وعد، والواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار، مع بقائها على الجوائز، لأنّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المنشروط به مما لا يجتمعان، لأنّ الشرط تابع وكالتقييد للعقد المنشروط به. أما إذا كان نفس مؤدي الشرط لزوم ذلك العقد المنشروط به، كما فيما نحن فيه، لا التزاماً آخر مغاييرًا للتزام أصل العقد، فلزم تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجوائز.

وأما الثاني: فلأنّ الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلّي ونفسه^٢، فلا ينافي

في رد عليه: أنّ دليل صحة الشرط ولزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لا سبيل إلى الحكم بالصحة. فال الصحيح ما تقدّم.

١. ثالثها: إنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، والمراد من مقتضى العقد في المقام على ما ذكره المصنّف^{الله} - ما يشمل لازمه كالحكم الشرعي.

وعليه فلا يرد على المصنّف^{الله} بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الإشكال أولاً في منافاته لمقتضى العقد، وأخيراً في منافاته لحكمه الشرعي كما في الحاشية.

وأجاب المصنّف^{الله} عن هذا الإشكال بوجهين:

٢. الأول: إنّ المتبادر من إطلاق دليل الخيار صورة الخلوّ عن اشتراط سقوطه، وغاية ما يمكن أن يُقال في توجيهه بأنّ الخيار حيث إنه من باب الإرافق بالمالك كي يتrocّى في أمر المعاملة، فدليله ينصرف إلى صورة عدم الالتزام بالمعاملة، واحتراط عدم الخيار.

سقوطه بالشرط. وبعبارة أخرى المقتضي للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هي، حتى لا يوجد بدونه، قوله: «البيان بال الخيار» وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط، مع أن مقتضى الجمع بيته وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً لإتمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً. نعم، يبقى الكلام في دفع توهّم أنه لو بني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب والسنة، لم يبق شرط مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد ومحل ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه، إنما حيث علمنا بالنص والإجماع أن الخيار حق مالي قابل للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافي للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترطا في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وفيه: إن هذا الانصراف بدوي لا يصلح لتقييد الإطلاق.

١. الثاني: إن مقتضى الجمع بين دليل الخيار ودليل الشرط، كون العقد مقتضياً لإتمام العلة.

وفيه: - بعد إصلاحه بأن المراد من كون العقد تارةً علة تامة وأخرى مقتضياً، وأن تمام الموضوع تارةً نفس العقد، وأخرى العقد المجرد عن الشرط - إنه على فرض شمول إطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط ومنافاة الشرط له، يكون دليل الخيار مقدماً لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب والسنة.

والحق أن يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بمعناه الأخشن، وهو المنافي لحقيقة العقد، كالبيع بشرط أن لا يملك، والمنافي لما يتقوّم به العقد كالبيع بشرط أن لا يكون له عوض - إن هذا الشرط ليس مخالفًا للكتاب والسنة، فإن الخيار من الحقوق القابلة للإسقاط والنقل، فله أن يسقطه بعد تتحققه، ومن أول آن ثبوته، بأن يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار بهذا المعنى أو سقوطه ليس مخالفًا للشرع، لفرض جوازه وأن له ذلك. وتمام الكلام في ذلك موكول إلى محله.

وأما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط، وإقام المتباعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط إبطال المقتضى لا إثبات المانع^١، ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه، بصحيحة مالك ابن عطية المتقدمة.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشترط عدم الخيار، وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط^٢، فيقول: (بعث بشرط أن لا يثبت خيار المجلس)، كما مثل به في «الخلاف» و«المبسوط» و«الغنية» و«التذكرة»، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

رابعها: أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب، فإن الخيار لا يحدث إلا بعد العقد، فإذا سقط في ضمن العقد كإسقاطه قبله.

١. وأجاب المصنف^{رحمه الله} عنه: بأنه مع شرط الخيار لا تشمل أدلة ذلك العقد، ففائدة الشرط إبطال المقتضى لا إثبات المانع. وقد عرفت الجواب عن ذلك. والحق أن يقال أولاً: إن هذا الوجه مختص بشرط السقوط، ولا يجري في شرط عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته.

وثانياً: إن شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذي لا دليل على المنع عنه سوى الإجماع المختص بغير الشرط، كيف وقد ادعى الإجماع على سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد.

فتحصل: إن شرط سقوط الخيار بكلام معنويه لا مانع عنه، وتشمله أدلة الشروط.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

٢. أحدها: أن يشترط عدم الخيار، قال المصنف: (وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط، فيقول: (بعث بشرط أن لا يثبت خيار المجلس)، كما مثل به في «الخلاف» و«المبسوط» و«الغنية» و«التذكرة»، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع).

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: (بعث بشرط أن لا أفسخ في المجلس)^١. فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ، فيحتمل قويًا عدم نفوذ الفسخ، لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه، وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع متذور التصدق به على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذة في حقه، ويحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار. والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ، على ما قاله بعضهم من أن بيع متذور التصدق حنث موجب للكفار لا فاسد.

الثاني: أن يشترط سقوطه في فرض ثبوته . وهذان القسمان من قبيل شرط النتيجة، بخلاف القسمين الآخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

اشتراط عدم الفسخ

١. الثالث: أن يشترط عدم الفسخ، فيقول: (بعث بشرط أن لا أفسخ). والكلام في هذا الوجه يقع في جهات:
الجهة الأولى: أنه لو فسخ وعصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد أم لا؟ وقد ذكر في وجه عدم التأثير، في قبال عموم دليل الخيار المقتضي للانحلال وجوه: أحدها: ما أشار إليه المصنف رحمه الله في ابتداء كلامه، وأوضحه المحقق النائيني رحمه الله، وهو أنه يشترط في نفوذ كل تصرّف معاملي السلطنة عليه، ومع تعين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط، لا سلطنة له على الفسخ، لأن الإلزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعاً فلا يكون مؤثراً.

وفيه: إن المعتبر في نفوذ التصرّف السلطنة الوضعية لا التكليفية، ومقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفية دون الوضعية. وقد تقدم توضيح ذلك في أول الجزء الأول من هذا الشرح، فراجع.

ثانيها: إن الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، ولذا

وحيئذ، فلا فائدة في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مرتب هنا، والاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتيب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ^١، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد، على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً، لا يرفع وجوب الوفاء.

يجوز إجباره عليه، فهو ممنوع عن إعمال خياره، لكونه متعلق حق الغير كما في بيع منذور التصدق.

وفيه: إن غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، وأمام حدوث حق اعتباري للمشروط له، فلم يدل عليه دليل، وجواز الإجبار مشترك بين التكليف والحق.

ثالثها: إن دليل الخيار بالدلالة المطابقية يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ، ومن ذلك يستفاد الخيار، وأن المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فإذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص، وحرمة الفسخ، ارتفع الخيار أيضاً، لأن المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطابقي في الحججية كتبيعتها لها في الوجود.

وفيه: إن المدلول المطابقي لدليل الخيار هو الوضع لا التكليف المحسض.

١. رابعها: ما ذكره المصنف رحمه الله أخيراً، من أن مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، ولا زم ذلك وقوع الفسخ لغواً.

وفيه: إن مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، ولذا لو اشترط بيع شيء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط وصحته، أو لزوم العمل به.

فتححصل مما ذكرناه: أن شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ.

الجهة الثانية: في صحة هذا الشرط وشمول العموم له.

وقد يقال: بعدم صحته من جهة المحذور الثاني من المحاذير المتقدمة، وهو كونه شرطاً في ضمن عقد جائز.

والجواب عنه: ما تقدم من أن الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء.

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار^١، ومقتضى ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد^٢، فلو أخلّ به وفسخ العقد، ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، والأقوى عدم التأثير.

نعم، لا يندفع ذلك بما أجاب به الشيخ رحمه الله من لزوم العقد بلزوم الشرط، بناءً على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الجهة الثالثة: في أثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ؟
الظاهر أنه لا أثر له سوى الإثم على مخالفته، وما يتربّب على مخالفه الشرط فيسائر الموارد - من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفه الشرط - لا يتربّب هنا كما لا يخفى.

١. الرابع: أن يشترط إسقاط الخيار.

والكلام في جواز هذا الشرط هو الكلام في جواز شرط عدم الفسخ، كما أنّ الكلام في تأثير الفسخ هو الكلام في تأثيره في الوجه المتقدم كما سنشير إليه.
وفي المقام خصوصيات لابدّ من الإشارة إليها:
إحداها: هل يجب الإسقاط، أم لا؟ فيه وجهان، قال المصنف:

٢. (إنّ) مقتضى ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد).

وعلى عليه السيد الفقيه بقوله: (يعني أنّ ظاهر الاشتراط الإسقاط بعد العقد بلا فصل، وإلا فمطلق الإسقاط بعد العقد مقتضى صريحة).

أقول: ولكن يمكن أن يكون نظر المصنف رحمه الله إلى أحد الوجهين:
إما إلى أنه بعد فرض اتحاد الإسقاط والسقوط حقيقة، واختلافهما اعتباراً لو اشترط الإسقاط، يمكن حمله إما على إرادة السقوط، فيسقط بعد البيع، أو يمكن أن يكون مراده الفعل، والظاهر إرادة الثاني.

أو إلى إنكار هذا الظاهر، وأنّه لا يحتاج إلى الإسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، ولم يكن للفسخ بعده أثر كما يختاره.

ثانيتها: على فرض وجوب الإسقاط، لو أخلّ به، ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، إذ مع لزوم الإسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، وهو إعمال الخيار بفسخ العقد، وكذا دليل الشرط - على فرض دلالته على لزوم ترتيب آثار الشرط -

وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد، وإن لم يفسخ؟^١ وجهان: من عدم حصول الشرط، ومن أن المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ^٢. والأولى - بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ - هو عدم الخيار، لعدم تخلف الشرط، وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنّه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد^٣، ويكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفًا لمصلحة

يشمل إطلاقه بعد إنشاء الفسخ، فيكشف عن عدم تأثيره، وكذا الوجهان الآخران كما هو واضح، وقد عرفت فساد الجميع، فالاُظْهَر تأثير فسخه.

١. هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد، وإن لم يفسخ أم لا؟ فيه أقوال:

الأول: أنّ له ذلك مطلقاً.

الثاني: عدم ثبوته له مطلقاً.

الثالث: ما اختاره المصنف^٤، وهو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ وعدمه، و اختيار أنّ له ذلك على الأول دون الثاني.

أقول: والأظهر هو الأول، لما دلّ على ثبوت الخيار للمشروط له إذا تخلف الشرط، ولم يعمل بالشرط فيسائر الموارد، فإنه يجري في المقام طابق النعل بالنعل.

٢. واستدلّ للثاني: بأنّ المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ، وبعده لا موضوع له.

٣. والمصنف^٤ قال: (وال الأولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ، هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنّه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد).

أقول: والظاهر أنّ مراده من عدم تخلف الشرط، عدم تخلفه من حيث الغاية والنتيجة المرادة.

ويرد عليه: - مضافاً إلى أنّ الغرض قد يكون سقوط الحق، لا خروج العقد عن التزلزل - أنّ الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة. فالاُظْهَر ثبوته مطلقاً.

المشروط له، وقد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد^١، فلو ذكره قبله لم يفده، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به، وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لأن المتبارد عرفاً هو الالتزام المرتبط بمطلب آخر^٢. وقد تقدم عن «القاموس» أنه الإلزام والالتزام في البيع ونحوه.

وعن الشیخ والقاضی تأثير الشرط المتقدم، قال في محکي «الخلاف»: (لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صبح الشرط، ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول، ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعی، ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط، والأصل جوازه، وعموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع)، انتهى.

الشرط غير المذكور في متن العقد

١. قوله: (بقي الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد).

بناءً على جواز الشرط كما هو المفروض في المقام، وستعرف في محله تفصيل القول فيه.

أقول: لا كلام في نفوذ الشرط المذكور في متن العقد، ولو بأن يذكره قبل العقد، ويشير إليه في العقد بأن يقول مثلاً: (بعث على ما ذكر).

كما لا كلام معتمد به في عدم نفوذ الشرط غير المذكور في العقد، ولم ينشأ العقد مبنياً عليه بأن يكون حين العقد غافلاً عنه.

إنما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد ووقع العقد مبنياً عليه. فظاهر جماعة نفوذه.

وصریح آخرين عدمه.

واستدلّ لعدم العبرة به بوجوه:

٢. الأقل: ما في «المکاسب»، وحاصله: أن الشرط هو الإلزام أو الالتزام المرتبط بأمر آخر، وعليه فالشرط المذكور سابقاً لا يجب الوفاء به، لأنّه إنما وعد بالتزام أو التزام

ونحوه المحكي عن «جواهر» القاضي، وقال في «المختلف» على ما حُكِي عنه بعد ذلك: (وعندي في ذلك نظر، فإن الشّرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد، وتباعاً على ذلك الشّرط، صَحَّ ما شرطاه) انتهى.

أقول: التباع على ذلك الشّرط إن كان بالإشارة إليه في العقد، بأن يقول مثلاً: (بعت على ما ذكر) فهو من المذكور في متن العقد، وإن كان بالقصد إليه والبناء عليه عند إنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشّيخ. نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى، وأراد بقوله قبل العقد قبل تمامه، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعد المانع من هذا الاشتراط. ويؤيده أيضاً بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعى إنما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد، وقد صرّح في «التذكرة» بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدلّ عنهم بأنّ الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح إسقاطه قبل تمامه.

تبرّعي لا يجب الوفاء به، وهو وإن كان باقياً إلى حين العقد، إلا أنه لا يرتبط بالالتزام العقدي إلا بجعل المتكلّم.

وفيه: إن الالتزام الشرطي والبيعي كليهما من مقوله المعنى دون اللّفظ، واللّفظ مبرز لهما، وعليه فإذا كان الالتزام الشرطي باقياً إلى حين العقد، وأوقع العقد مبنياً عليه - أي قيد التزامه البيعي بالالتزام الشرطي بالنحو الصحيح الذي سيمرّ عليك في باب الشروط، الذي به يخرج العقد عن التعليق - صدق على ذلك الالتزام الضمني الشرط، حتى على القول بأنه التزام مربوط بأمر آخر، فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو أن القصد والداعي غير معترفة في العقود، ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرّد وقوع العقد مبنياً على شرط، مع عدم ذكره في متن العقد، لا يكون مؤثراً.

ثم تفطن لإشكال، وهو: أنه لا إشكال في الاكتفاء بالقصد في الشروط التي جرت العادة والعرف على الالتزام بها في العقد، كوصف الصحة، وتسليم المبيع وما شابههما. فأجاب عنه: بأنه في تلك الشروط إنشاء العقد إنشاء لها، لأنّها من لوازم الفاظ العقود،

والحاصل: أن ملاحظة عنوان المسألة في «الخلاف» و«التذكرة»، واستدلال الشيخ على الجواز، وبعض الشافعية على المنهج، يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد. وكيف كان، فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد، غير مؤثر، لأنّه لا يلزم بنفسه اشتراطه السابق، لأن المتحقق في السابق: إما وعد بالتزام، أو التزام تبرّعي لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وإن وقع مبنياً عليه لا يلزم، لأنّه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا يجعل المتكلّم، وإلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين وقيودهما، حتى يقدر شرطاً منوياً، فيكون كالمحذوف النحوي بعد نصب القرينة، فإنّ من باع داره في حال بناه في الواقع على عدم الخيار له، لم يحصل له في ضمن بيته إن شاء التزام بعدم الخيار، ولم يقيّد إنشائه بشيء، بخلاف قوله: (بعثت على أن لا خيار لي) الذي مؤدّاه بعثتك ملتزماً على نفسي وبنانياً على أن لا خيار لي فإنّ إنشائه للبيع قد اعتُبر مقيداً بإنشائه التزام

فكمّا أنّه ينشأ بها معانيها المطابقة، فكذا مداليلها الالتزامية، وهذا بخلاف الشرط الخاص للعقد الخاص، فإنه ليس من المداليل الالتزامية، فليس هو المنشأ في العقد إلا مع ارتباط العقد به صريحاً أو إشارة.

وفي: لا كلام في أنه يعتبر في باب العقود والإيقاعات وجود اللّفظ أو مبرز آخر، وأمّا في باب الشروط فلا دليل على اعتباره، ولعلّ الاكتفاء بالقصد والالتزام النفسي في الشروط التي جرت العادة على الالتزام بها في العقد، أقوى شاهد على ذلك، إذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعي، كي يكون اللّفظ المبرز للالتزام البيعي مبرزاً له بالالتزام.

ولو بنى على كفاية ذلك، لابد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين أيضاً، فإنّ بناء غيرهما من أهل العرف غير دخيل في الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة في النكاح، الدالة على أنه لا عبرة بالشرط قبل العقد:

منها: موثق ابن بكير، عن مولانا الصادق عائلاً: «إذا اشترطت على المرأة شرط المتعة،

عدم الخيار، فحاصل الشرط إلزام في التزام، مع اعتبار تقييد الثاني بالأول. وتمام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فرضيت به، وأوجبت التزويج، فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه، فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح^(١).

ومنها: موثق محمد بن مسلم، عن الإمام الباقر عليه السلام:

«في الرجل يتزوج المرأة متنة، أنهم يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنما الشرط بعد النكاح»^(٢).

ومنها: موثق ابن بكير، عن الإمام الصادق عليه السلام:

«ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»^(٣).

وفيه أولاً: إن هذه النصوص مختصة بشروط المتنعة، وتدل على أنه إذا لم تذكر في ضمن العقد تنقلب دائماً.

أمّا الأولان فواضح.

وأمّا الأخير فلقوله: «هدمه النكاح»، فإن شروط المتنعة يهدّمها النكاح بدون الشرط.

وأمّا سائر الشروط، فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها، لا هدمها وجعلها كالعدم.

وثانياً: إنه لا وجه للتعدي عن باب النكاح إلى سائر الموارد والأبواب.

وثالثاً: أنها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقاً، ولم يكن مضمراً حال العقد، على وجه يكون مبنياً عليه، إذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصةً بعد فرض قصده في الثنائيه.

فتحصل: أن الأظهر نفوذه ووجوب العمل به.

(١) - (٣) الوسائل - باب ١٩ - من أبواب المتنعة من كتاب النكاح حديث ١ و ٤ و ٢ .

فرع: ذكر العلامة في «الذكرة» مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأي قال: (لله عَلَيْ أَنْ أَعْتَدَ إِذَا بَعْتُكَ)، قال: (لو باعه بشرط نفي الخيار، لم يصحّ البيع لصحة النذر^١، فيجب الوفاء به، ولا يتمّ برفع الخيار، وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط، يلغى الشرط، ويصحّ البيع ويعتق) انتهى.

أقول: هذا مبني على أن النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط النازر على التصرفات المنافية له^٢. وقد مرّ أن الأقوى في الشرط أيضاً كونه كذلك.

المندور عتقه

١. ذكر العلامة في محكي «الذكرة» مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، قال: (لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصحّ البيع لصحة النذر).

وتصوير النذر المذكور بنحو يجب الوفاء به، ويكون صحيحاً هو أن ينذر التملّك ثم العتق، إذ لو نذر العتق وهو ملك المشتري بطل النذر، ولو نذر العتق بعد التملّك على أن يكون التملّك شرطاً للنذر، لم يجب التملّك والوفاء بالنذر. وعليه فحينئذٍ

تارةً: لا يمكن الإقالة أو الشراء منه ثانياً.
وأخرى: يمكن ذلك.

فالكلام يقع في موردين:
المورد الأول: إذا لم يمكن الإقالة أو الشراء منه ثانياً، ولا إشكال في صحة البيع، اشترط عدم الخيار أم لا، بناءً على أن الشرط الفاسد لا يفسد البيع، وأمّا شرط عدم الخيار فهل يكون باطلاً وفاسداً أم لا؟ وجهان.

قد استدلّ المصنف^{للله عَلَيْهِ الْكَفَافُ} للأول:

٢. (بأن النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط النازر على التصرفات المنافية له). وفيه أولاً: إن غاية ما يقتضيه ذلك، حرمة الشرط لا فساده، لما تقدّم من عدم دلالة الحرمة على الفساد، إلا أن يضم إليه ما سنذكره.

وثانياً: إن وجوب الوفاء بالنذر إنما يكون بعد البيع، فما دام لم يتم البيع لا وجوب من ناحية النذر، كي يوجب عدم تسلط البائع على هذا الشرط.

والحق أن يُقال: إن هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض، وعدم القدرة على امتنال التكليف في ظرفه - وقد حقيقنا في الأصول حرمتها - فيصير الشرط حراماً، فلا يكون نافذاً، من جهة أنه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون مخالفًا للكتاب والسنة، والشرط المخالف لهما، سواءً كان المشروط مخالفًا أو الشرط نفسه، لا يكون نافذاً على ما سيجيء في باب الشروط.

ودعوى: أن الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفة المشروط إنما لا يكون نافذاً إذا كان الشرط مخالفًا للشرع، وفي المقام الشرط لا يكون مخالفًا بنفسه، وإنما يكون المحرّم إسقاط الخيار.

مندفعه: بأن الشرط بنفسه إسقاط، فيكون حراماً ومخالفاً للشرع.

المورد الثاني: ما إذا أمكن الإقالة أو الشراء منه ثانياً، فقد أفاد السيد الفقيه رحمه الله أنه يصح الشرط ولا مانع عنه.

وأورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأن الإقالة أو الشراء ليس تحت قدرة الناذر، لأن تحقق هذه العناوين يتوقف على إرادة شخص آخر، وقد لا يريدها، وما هو تحت قدرته إعمال الفسخ، فيجب على الناذر إعماله، ومقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار.

وفيه: إن حرمة شرط سقوط الخيار، إنما تكون لأجل كونه تفويتاً للغرض، فلو فرضنا العلم بعد الفوت - ولو بفعل غير اختياري - لا يكون هذا الفعل مفوتاً، فلا يكون حراماً، فيكون صحيحًا ونافذاً.

وعليه فالظهور ما أفاده السيد رحمه الله.

مسألة: ومن المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد^١، بل هذا هو المسقط الحقيقى، ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه -بعد الإجماع- فحوى ما سيجيء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصريح، معللاً بأنه رضا بالبيع^٢، مضافاً إلى القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق إسقاط حقه^٣، ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم، فهم

الإسقاط بعد العقد

١. الثاني من المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد.

واستدلّ لسقوطه بالإسقاط بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا مجال للاعتماد عليه.

٢. الوجه الثاني: فحوى ما سيجيء من النص^(١) الدال على سقوط الخيار بالتصريح، معللاً بأنه رضا بالبيع، استدلّ بها المصنف^{للله}.

وأورد عليه المحقق الإبرواني^{للله}: بأن النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام، بلا حاجة إلى الفحوى، بل ومع منع الفحوى.

ولكن تقريب الفحوى على مسلك المصنف^{للله} - الملزتم بأن لزوم العقد بالرضا وإقراره إنما يكون من جهة أن مرجعه إلى إسقاط الخيار: - أنه إذا دل الدليل على مسقطية الرضا، وكونه موجباً للزوم، من جهة أن مرجعه إلى إسقاط الخيار، فنفس الإسقاط أولى بأن يكون مسقطاً للخيار، وبالتالي فلا يرد عليه ما أورده المحقق المذكور.

٣. الثالث: القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق إسقاط حقه: (فحوى تسلط الناس على أموالهم^(٢)، فهم أولى بالسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال).

وأورد عليه بوجوه:

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١. (٢) البحارج ١ ص ١٥٦ الطبع القديم.

أحدها: إن دليل السلطنة ضعيف السند.

وفيه: إنه لا يعتمد الأصحاب عليه وتمسكهم به، يكون معتبراً.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الإيراني رحمه الله، وهو أن علقة الحق أضعف من علقة المال، والسلطنة في القوي لا تقتضي السلطنة في الضعيف، بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال.

وفيه: إنه على فرض تسلیم دلالة هذا الدليل على سلطنة الإنسان على اعدام الملك والإعراض عنه، يتم هذه الأولوية، إذ السلطنة على اعدام القوي وإذهابه، توجب بالأولوية السلطنة على اعدام الضعيف.

وإن شئت قلت: إن السلطنة في الشيء غير السلطنة على الشيء، والأولوية الثابتة في الثانية بخلاف الأولوية في الأولى.

ثالثها: إن دليل السلطنة لا يدل على أن للملك الإعراض عن ماله، وسلب الملكية عن نفسه، لما تقدم - في الجزء الثالث من هذا الشرح في مبحث المعاطاة - من أنه كسائر الأدلة إنما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع، ولا نظر له إلى بقاء الموضوع وارتفاعه، وموضع السلطنة المال المضاف بإضافة الملكية، فلا يدل على أن له الإعراض عنها.

وبعبارة أخرى: إنه يدل على أن له السلطنة على التصرفات في المال، ولا يدل على أن له السلطنة على السلطنة باعدامها والإعراض عنها، وعليه فلا يدل بالفحوى على أن له إسقاط الحق واعدامه.

لا يقال: إنه حيث لا معنى لسلطتهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها، بما يشمل الإسقاط، كما عن المصنف، فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالأولوية، دل على أن له الإسقاط.

فإنه يقال: إن هذا يتم لو كان ذلك - أي ثبوت السلطنة على الحقوق - مفاد دليل

أولى بالسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال، ولا معنى لسلطتهم على مثل هذا لحقوق الغير القابلة للنقل^١، إلا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط. ويمكن الاستدلال به بدليل الشرط، لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدلّ عليه بإحدى الدلالات العرفية^٢، لفحوى المتفقمة^٣، وفحوى مادل على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي^٤. وصدق الإسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من السلط

خاصّ لا فيما إذا كان مستفاداً من الدليل العام، فإنّ الالتزام بعدم السلطة في مثل هذه الحقوق رأساً لعدم المعنى لها، لا يتربّ عليه محذور.

١. قوله: (لا معنى لسلطتهم على مثل هذه الحقوق... إلا نفوذ تصرّفهم فيها). فقد أورد عليه السيد: بأنه على فرض كونه قابلاً للنقل أيضاً، يمكن الاستدلال بأن يراد الأعمّ من النقل والإسقاط.

وقد عرفت في ذيل الإيراد الثالث على الوجه الثاني، أنه يمكن توجيه كلام المصنف^{عليه السلام} بنحوٍ لا يرد عليه هذا الإيراد، وإن كان غير تامٍ على أيٍ تقدير. فراجع.

٢. قوله: (ثم إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ، يدلّ عليه بإحدى الدلالات). وقد استدلّ له بوجوه:

٣. الأول: فحوى ما دلّ على سقوط الخيار بالتصرّف، فإنه إذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع والالتزام به مسقطاً للخيار، فاللفظ الدالّ على ذلك أولى بأن يكون مسقطاً، لأنّوائية اللفظ من الفعل.

وهذا هو مراد المصنف^{عليه السلام} من قوله: (لفحوى المتفقمة). فلا يرد عليه ما عن المحقق الخراساني^{عليه السلام} من أنّ دليلاً السلطة لا يتکفل نفوذ السبب، بل يتکفل مشروعيّة المسبّب، فإنه يتوقف على إرادة الفحوى الثانية دون الأولى.

٤. الثاني: فحوى ما دلّ على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي. وفيه: إنّا لم نجد ما يدلّ على ذلك سوى طائفتين من النصوص.

على إسقاط الحقوق، وعلى هذا فلو قال أحدهما: (أسقطتُ الخيار من الطرفين)، فرضي الآخر، سقط خيار الراضي^١ أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

أحدهما: في العبد يزوج نفسه بغير إذن مولاه، المتضمنة: «إنّ سكوت المولى بعد العلم إقرار منه»^(١).

ثانيهما: في المرأة تزوج نفسها في حال السكر، المتضمنة: «إنه لو أقامت معه بعد الإفادة يكون التزويج نافذاً»^(٢).

وموردهما ما يكون العقد تماماً من جميع الجهات، سوى عدم إحراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، ومن المعلوم أنّ الرضا القلبي يكفي بأي شيء أحرز، وهذا بخلاف الموارد التي يكون العقد فيها ناقصاً من جهة أخرى، وتتوقف تماميته من تلك الناحية على الإنشاء كبيع الفضولي، حيث إنه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، ومن ناحية عدم كونه مستندًا إلى المالك، وهو من الجهة الثانية يحتاج إلى الإنشاء، ولهذا لا يكفي في الإجازة الرضا القلبي، بل لا بدّ من الإنشاء.

والمقام من هذه الموارد، أي يتوقف على الإنشاء، ولا يكفي مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.

الثالث: أنّ مقتضى إطلاق الدليل، كفاية كلّ ما يصدق عليه الإسقاط، وفرع المصنف على ذلك، وقال:

١. (وعلى هذا فلو قال أحدهما: (أسقطتُ الخيار من الطرفين) فرضي الآخر، سقط خيار الراضي).

لعلّ وجه التفريع على ما سبق، أنه بناءً على كفاية كلّ ما يدلّ على الإسقاط في سقوط الحق، لو أنشأ أحدهما السقوط من الطرفين، ورضى الآخر، كفى ذلك في سقوط الخيار، لتحقق الإنشاء والرضا.

ولكن يرد عليه: أنّ إنشاء أحدهما السقوط من طرف الآخر لا يكفي، بل لا بدّ من استناده إليه، وعلى فرض جريان الفضولي في الإيقاع، لا بدّ من اعتبار الإجازة تحقيقاً

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) الوسائل - باب ١٤ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: (اختر)^١، فإن اختار المأمور الفسخ، فلا إشكال في انفساخ العقد، وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر، بل عن «الخلاف» الإجماع عليه، أو بشرط إرادته تمليل الخيار لصاحب، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر «التذكرة»، أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض، ويكون حكم التفويض كالتمليك، أقول. ولو سكت فخيار الساكت باق إجماعاً، وجهه واضح. وأمّا خيار الأمر ففي بقائه مطلقاً أو بشرط عدم إرادة تمليل الخيار، كما هو ظاهر «التذكرة»، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشّيخ، أقول. والأولى أن يُقال: إنّ كلمة

لو قال أحدهما لصاحبه: (اختر)

للاستناد، والرضا بالإسقاط ليس إثناءً للسقوط وإسقاطاً.

١. مسألة: (لو قال أحدهما لصاحبه (اختر) فإن اختيار الفسخ فلا إشكال في انفساخ العقد، وإن اختيار الإمضاء ففي سقوط خيار الأمر أيضاً أقول):
أحدهما: السقوط مطلقاً. تُسب ذلك إلى جمع من الأسطلين فيما لو اختيار الإمضاء، وأمّا لو سكت فلم أظفر بمن يقول بالسقوط، وإن تُسب إلى الشّيخ عليه السلام، ولكن الثابت خلافه.

ثانيها: السقوط إذا قصد التمليل.

ثالثها: السقوط إذا قصد التمليل أو التفويض.

رابعها: السقوط إذا قصد التمليل وأسقط الآخر.

خامسها: عدم السقوط.

أقول: ولا يخفى أنّ عنوان هذه المسألة إنما يكون تبعاً للنصّ المروي عن نافع عن ابن عمر: «أنَّ النَّبِيَّ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ قال: المتباعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»^(١). من جهة أنَّ الأصحاب لم يفهموا منه التعبّد المحسّن، فالتجأوا إلى تطبيقه على القواعد، وحيث أنَّه نبوي ولم يصل إلينا بطريق معتبر، واعتماد الأصحاب عليه غير

(١) الخلاف كتاب البيوع مبحث خيار المجلس.

(آخر) بحسب وضعه، لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره من تملك الخيار، أو تفويض الأمر، أو استكشاف الحال. نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب^١، وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تملك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق، فإن تم دلالته حينئذ على إسقاط الأمر خياره بذلك، وإنما لا مزيل لخياره، وعليه

ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد. وملخص القول فيه: إن لا خلاف في معنى كلمة (آخر) مادة وهيئة، ولكن بعد عدم إرادة طلب الاختيار حقيقة يتحمل فيها معان:

أحدها: أن يكون إنشاء الطلب بها بقصد إسقاط حقه، والإعراض عنه.

ثانيها: أن يكون لغرض نقل خياره إلى صاحبه وتتملكه إياه.

ثالثها: أن يكون بقصد تفويض إعمال خياره بفسخ أو إمساء إلى صاحبه.

٤. رابعها: أن يكون بغرض استعلام حال المخاطب.

وعلى جميع هذه المحتملات لو اختار الآخر الفسخ، فلا إشكال في الانفاسخ، كما أنه لو سكت لا الكلام في عدم سقوط خياره، ولو أجاز لا الكلام في سقوط خياره. إنما الكلام فيما لو اختار الإمساء أو سكت، في أنه هل يسقط خيار الأمر أم لا؟ أتنا على الأول: فيسقط خياره بمجرد الأمر.

وأما على الثاني: فإن قبل صاحبه التملك سقط وإنما لا.

لا يقال: إن قد تقدم عن المصنف^{للله} وغيره أن هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف يحكم سقوط خياره.

فإنه يُجَاب أولاً: قد مرّ أنه قابل له.

وثانياً: إن من يقول بعدم قابلية للنقل، إنما يلتزم به في النقل إلى الأجنبي، من جهة أنه خيار المجتمعين ويكون مغيناً بافتراضهما، فلا يمكن نقله إلى غير من هو طرف المعاملة.

وأمّا في النقل إلى من هو طرف المعاملة، فلا يلتزم به، لعدم جريان هذا الوجه فيه. وأمّا على الثالث: فإن سكت يبقى خياره، وإن اختار الإمساء من الطرفين سقط،

يُحمل - على تقدير الصحة - ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بال الخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه (آخر).^١

ثم إنَّه لا إشكال في أنَّ إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر، ومنه يظهر أنَّه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد، لأنَّه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجين، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما، وهذا ليس تعارضًا بين الإجازة والفسخ وترجحًا له عليها.

نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين^٢، كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقددين أو من طرفيهما لمتعدد بالأصل والوكيل، فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة، أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً بجارية ثم اعتقهما جميعاً، حيث أنَّ اعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجارية إجازة، أو اختلف الورثة في الفسخ والإجازة، تحقق التعارض. وظاهر العلامة في جميع هذه الصور، تقديم الفسخ، ولم يظهر له وجهٌ تامٌّ وسيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه.

إذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

وأمّا على الرابع: فلا يسقط خياره أصلًا حتى بعد الإجازة.

ولا يبعد دعوى ظهوره في الأول أو الثاني، وعلى فرض عدم الظهور في شيء منها، فإنَّ مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الإمضاء.

١. قوله: (وعليه يُحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض ... (آخر)).

من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة الصادرة من أحدهما غاية لخيار كلّ منهما، وعليه فلابدّ من حمل ذلك على أنَّها غاية لمجموع الخيارين لا لكلّ واحد منها.

٢. قوله: (نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين).

وضابط ذلك: أن يكون الخيار ثابتاً للطبيعة المنطبقة على كلّ منهما، كما في خيار الورثة على احتمال - أو يكون إجازة أحدهما إجازةً للآخر، ومستندة إليه أيضًا، كما في الخيار الثابت للوكيل والأصل - فإنَّ إجازة الوكيل إجازة للموكل ومستندة إليه، اللهم إلا أنْ يقال إنَّ فسخ الأصل مقارناً لإجازة الوكيل، يعد عزلاً، وعليه فيؤثر الفسخ أثره.

مسألة: من جملة مسلطات الخيار افتراق المتباعين^١، ولا إشكال في سقوط الخيار به، ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع^٢، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك^٣ مثل قوله: «إذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا»، ومعنى حدوث افتراقهما المسلط، مع كونهما متفرقين حين العقد، افتراهم بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسماه ارتفع الخيار.

من المسلطات افتراق المتباعين

١. الثالث: من جملة مسلطات الخيار افتراق المتباعين.
أقول: لا كلام في مسقطية الافتراق، بمعنى انتهاء أمد الخيار به، إنما الكلام وقع في موارد ثلاثة:

المورد الأول: في أن مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفته عن الرضا بلزوم العقد، أو أنه بنفسه مسقط وغاية للخيار؟

الثاني: في تعين أقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: في أنه هل يلزم حركة كلّ منهما إلى جانب، أم يكفي حركة أحدهما؟

٢. أمّا المورد الأول: فالحق أنه بنفسه غاية له، إذ لا طريقيّة ولا كاشفية للتفرّق عن الرضا، والشاهد به ملاحظة حال سائر أقسام الخيار، فهل يتوفّم أحد كاشفية التفرّق عن الرضا فيها، مع أن مقتضى إطلاق النصوص^(١) عدم اعتبار شيء في ذلك غير عنوان التفرّق.

واستدلّ لاعتبار كشفه عن الرضا، وأن مسقطيته بهذا الاعتبار، بوجهين:

أحدهما: قوله عليه السلام في صحيح جميل: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢). وإليه أشار المصنف بقوله:

٣. (وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك).

فلا يعتبر الخطوة^١، ولذا حُكِي عن جماعة التَّعبير بأدْنِي الانتقال. والظَّاهر أَنَّ ذكره في بعض العبارات لبيان أَقْلَى الأَفراد، خصوصاً مثُل قول الشَّيخ في «الخلاف»: (أَقْلَى مَا ينقطع به خيار المجلس خطوة)، مبني على الغالب في الخارج، أو في التَّمثيل لأَقْلَى الافتراق، فلو تباينا في سفينتين متلاصقتين، كفي مجرد افتراهما. ويظهر من بعض اعتبار الخطوة اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. وعن صريح آخر التَّأمل، وكفاية الخطوة، لأنصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار، ويفيد قوله في بعض الروايات: «فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهَا قَمْتُ فَمَشَيْتُ خَطًّا لِيْجَبُ الْبَيْعُ حِينَ افْتَرَقْنَا». وفيه: منع الانصراف ودلالة الرواية.

ثانيهما: أَنَّ الطَّريقة العقلانية جارية على أَنَّهُمْ إِذَا اجتمعوا عَلَى إِنْفاذِ معاملة، لا يفترقون إِلَّا بعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على الغالب، فلا دليل على انتهاء إِمْداد الخيار في غير مورد الرضا. وفيهما نظر:

أمّا الأوّل: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفته عن الرضا بالبيع لا تنكر، مع أنَّ المطلق لا يحمل على الغالب.

وأمّا الثاني: فلأنَّه حيث لم يذكر متعلّق الرضا في الخبر، فيمكِن أَن يكون المراد الرضا بأصل المعاملة، إِمَّا بِأَنْ يكون المراد أَنَّهُمَا أَوجداً البيع عن الرضا، أو أَنَّهُمَا رضيا بالبيع بمعنى عدم الإِكراه والفسخ قبل التفَرُّق، ويُمكِن أَن يكون المراد الرضا بالتفَرُّق في مقابل صدوره عن كره، ويُمكِن أَن يكون المراد الرضا بلزم العقد.

ولو لم ندع ظهوره في الأوّل، فلا أَقْلَى من الإِجمال، وحيث أَنَّ الاستدلال يتوقف على إِرادة الثالث، فهو لا يتم لعدم ثبوتها.

الغريب أَنَّ المصنَّف^{الله} في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، وفي المسألة الآتية يصرّح باعتباره استناداً إلى الصحيح.

وأمّا المورد الثاني: فالآقوال فيه ثلاثة:

١. أحدها: كفاية مجرد الافتراق، ولو كان أَقْلَى من خطوة. ذهب إليه المصنَّف^{الله}.

ثم أعلم أنَّ الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما^١، فالحركة من أحدهما لا يسمى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الإفتراق من المتحرك، وانصافها بكونها افتراقاً من الساكن، ولو تحرك كلُّ منها، كان حركة كلِّ منها افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر. وكيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المنسق، حركة كلِّ منها إلى غير جانب الآخر، كما يدلُّ عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام أرضاً وأنَّه عليه السلام قال:

ثانية: اعتبار الخطوة وكفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها أيضاً، وأنَّ المدار على صدق الافتراق عرفاً.

أقول: والأظهر هو الأخير لوجهين:

الأول: أنَّ الافتراق المجعل غاية في مقابل الاجتماع البدنى الصادق على ما إذا كان الفصل بينهما خطوة أو أقلُّ أو أكثر، من المفاهيم العرفية الذي لا يشكَّ أحد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة أو خطوتين.

الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص: «فلمَا استوجبتها قمتْ فمشيتْ خطأً ليجب البيع»^(١).

تقرير الاستدلال به: تعليقه عليه السلام وجوب البيع على المشي خطأً، ولا ريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، وليس مورد الاستدلال به فعله عليه السلام كي يُقال إنه لا يدلُّ على اعتبارها.

واستدلل للأول: بأنَّ الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

وفيه: إنَّ الافتراق غير التباعد، والثاني يصدق بأدنى فصل بخلاف الأول.

وأمَّا المورد الثالث: ف محل الكلام ليس صدق التفرق مع عدم تأثير من المتفرقين، بل هذا يبحث فيه في المسألة الآتية، والمفروض في المقام صدقه بدونه.

١. بل هو كفاية حركة أحدهما مع سكون الآخر. والأظهر ذلك، لأنَّ الهيئة الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، وأنَّ كلاًّ منهما مجتمع مع

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب الخيار.

«فَلَمَا اسْتَوْجَبْتُهَا قَمْتُ فَمَشَيْتُ حُطَّاً لِيَجِبُ الْبَيْعُ حِينَ افْتَرَقْنَا»^١، فَأَثَبَتَ افْتَرَاقَ الْطَّرْفَيْنِ بِمَشِيهِ عَلَيْهِ مَا يَشَاءُ فَقَط.

مَسَأْلَةُ: الْمَعْرُوفُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ بِالْافْتَرَاقِ عَنْ إِكْرَاهٍ إِذَا مَنْعَ مِنَ التَّخَارِيْرِ أَيْضًا^٢، سَوَاءً بَلَغَ حَدَّ سَلْبِ الْاخْتِيَارِ أَمْ لَا، لأَصَالَةِ بَقَاءِ الْخَيَارِ بَعْدَ تَبَادُرِ الْاخْتِيَارِ مِنَ الْفَعْلِ الْمُسَنَدِ إِلَى الْفَاعِلِ الْمُخْتَارِ^٣، مَضَافًا إِلَى حَدِيثٍ: «رَفَعَ مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^٤، وَقَدْ تَقدَّمَ فِي مَسَأْلَةِ

الآخِرِ، وَعَدَمِ تَلْكِ مَحْقُوقٌ لِعِنْوَانِ الْافْتَرَاقِ - إِيَّ افْتَرَاقٍ كُلَّ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ - وَعَلَيْهِ فَلَوْ تَحرَّكَ أَحَدُهُمَا وَسَكَنَ الْآخِرُ، تَنْعَمُ الْهَيَّةُ الاجْتِمَاعِيَّةُ، فَلَا مَحَالَةٌ يَصْدِقُ الْافْتَرَاقَ. أَضَفَ إِلَى ذَلِكَ إِثْبَاتُ الْإِمَامِ عَلَيْهِ مَا يَشَاءُ افْتَرَاقُ الْطَّرْفَيْنِ بِمَشِيهِ عَلَيْهِ مَا يَشَاءُ فَقَطْ حِينَ قَالَ:

١. «فَمَشَيْتُ حُطَّاً لِيَجِبُ الْبَيْعُ حِينَ افْتَرَقْنَا».

الْافْتَرَاقُ عَنْ إِكْرَاهٍ

٢. قَوْلُهُ: (الْمَعْرُوفُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ بِالْافْتَرَاقِ عَنْ إِكْرَاهٍ إِذَا مَنْعَ مِنَ التَّخَارِيْرِ).

وَقَدْ اسْتَدَلَّ لِذَلِكَ بِوجُوهٍ:

٣. الْأَوَّلُ: تَبَادُرُ الْاخْتِيَارِ مِنَ الْفَعْلِ الْمُسَنَدِ إِلَى الْفَاعِلِ الْمُخْتَارِ. وَأَجَابَ عَنْهُ الْمَصْنَفُ عَلَيْهِ: بِأَنَّ الْمَتَبَادِرَ هُوَ الْاخْتِيَارِيُّ فِي مَقَابِلِ الاضْطَرَارِيِّ، لَا فِي مَقَابِلِ الْمَكْرُهِ الْفَاعِلِ بِالْاخْتِيَارِ.

وَالْحَقُّ أَنْ يُقَالُ: إِنَّهُ لَا يَتَبَادِرُ الْاخْتِيَارِيُّ فِي مَقَابِلِ الاضْطَرَارِيِّ أَيْضًا، لَأَنَّهُ هَيَّئَاتُ الْأَفْعَالِ مَوْضِوعَةٌ نَوْعِيَّاً، مُثَلًاً هَيَّةُ فَعْلٍ (وَضُعُوتُ) لِإِفَادَةِ النَّسْبَةِ التَّحْقِيقِيَّةِ فِي ضَمْنِ أَيِّ مَادَّةٍ كَانَتْ. وَقَدْ تَكُونُ الْمَادَّةُ اخْتِيَارِيَّةً، وَلَا سَبِيلٌ إِلَى غَيْرِ الْاخْتِيَارِيَّةِ فِيهَا كَبَاعٌ وَطَلَقٌ، وَقَدْ تَكُونُ بِالْعَكْسِ كَمَاتٍ وَوَجْدٍ وَغَيْرِهِمَا. وَقَدْ يَجُوزُ الْأَمْرَانِ فِيهَا، وَالْهَيَّةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ تَسْتَعْمِلُ فِي مَعْنَى وَاحِدٍ، وَلَهَا وَضْعٌ وَاحِدٌ. وَبِذَلِكَ يَسْتَكْشِفُ دَخْلُ الْاخْتِيَارِ فِي مَعْنَاهَا أَصْلًا.

٤. الثَّانِيُّ: حَدِيثٌ: «رَفَعَ مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^(١)، بِدَعْوَى أَنَّهُ يَدْلِلُ عَلَى أَنَّ الْافْتَرَاقَ

(١) الْوَسَائِلُ - بَابُ ٥٦ - مِنْ أَبْوَابِ جَهَادِ النَّفْسِ.

اشتراط الاختيار في المتباعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلّف، فلا يختص برفع التكليف، هذا. ولكن يمكن منع التبادر، فإنّ التبادر هو الإختياري في مقابل الإضطراري الذي لم يعد فعلاً حقيقةً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضططر، لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار، لدفع الضّرر المتوجّد على تركه، فإنّ التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الإضطراري، لعدم القول بالفصل، مع أنّ المعروف بين الأصحاب أنّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار، إذا كان الشخص متوكلاً من القسخ والإمساء، مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار.

عن كره لا يترتب عليه الآخر، ووجوده كالعدم، وقد تقدّم في مسألة اشتراط الاختيار في المتباعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعي.

وقد أورد على الاستدلال به بوجوه:

أحدها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله والسيد في الحاشية، وهو أنه من التزام القائل باعتبار الاختيار في مقابل الإكراه بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة، يستكشف أنّ ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات، لا بما هو فعل صادر عن اختيار، وحديث الرفع إنّما يجري فيما كان الفعل منوطاً بالقصد كالعقود.

وفيه: إنّ النقض بالنسيان والغفلة يمكن أن يجّاب عنه بما أجبنا به عن إيراد المصنف، وهو ثالث الوجوه وسيأتي.

وأنّما ما أفاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصدية.

فيIRD عليه: ما حقّقناه في محله من منع التخصيص بعد إطلاق الدليل.

ثانيها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنه من كون مورد بعض المرفوعات منحصراً في متعلق التكليف كالحسد، يستكشف اختصاص الحديث بمتطلقات التكاليف، ولا يعمّ الموضوعات، لعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، ولذا لو تحقّق الإقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، والتفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمله الحديث.

وفيه: إنّ الحديث يدلّ على رفع كلّ ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم، إذا كان

قال في «المبسوط» في تعليل الحكم المذكور: (لأنه إذا كان متمكنًا من الإمضاء والفسخ، فلم يفعل حتى وقع التفرق، كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء)، انتهى. وفي «جامع المقاصد» تعليل الحكم المذكور بقوله: (لتحقق الانفصال مع التمكن من الاختيار) انتهى.

ومنه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره، للاعتراف بدخول المكره والمضطر إذا تمكنا من التخيير.

والحاصل: أن فتوى الأصحاب هي أن التفرق عن إكراه عليه وعلى ترك التخيير غير، مسقط للخيار^١، وأنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خيارة، وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري، ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق، لأن المفروض أن التفرق الاضطراري أيضاً مسقط مع وقوعه

عن كره، من غير فرق بين الموضوع والمتعلق، ولذا لو شرب الخمر عن إكراه يجوز الاقتداء به، وإن ورد: «لا تصل خلف شارب الخمر». وقد صرح بذلك هو ^{عليه} في حديث الرفع.

وأمام مسألة الإقامة: فالجواب عنها أن الإقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، وهو لا يكون إكراهيًا، وما هو إكراهي ليس متعلق التكليف ولا موضوعه.

١. ثالثها: ما أفاده المصطفى عليه السلام: بأنه لو كان الحديث مدركاً لهذا الحكم، كان اللازم البناء على عدم مسقطية التفرق الإكراهي، مع عدم المنع من التخيير، ولم يتزموا بذلك، فيستكشف منه أنه لا يكون الحديث مدركاً له.

وفيه: إن كان إجماع تعبدى على السقوط، كان هو المقيد للإطلاق، وبه ترفع اليد عمّا يقتضيه الحديث، وإلا يلتزم المستدلّ بعدم السقوط في هذا الفرض أيضاً.

رابعها: - وهو الصحيح - وهو أن لسان الحديث هو رفع الحكم لا وضعه، ولذا لو تعلق الإكراه بعدم التزويج لا يحكم بتحقق الزوجية، والتفرق ليس موضوع الحكم،

في حال التمكّن من التّخاير، فالأولى الإستدلال عليه - مضافاً إلى الشّهادة المحقّقة الجابرة للإجماع المحكي، وإلى أنّ المتّبادر من التّفرق ما كان عن رضا بالعقد^١، سواءً وقع اختياراً أو اضطراراً - بقوله عليه السلام في صحيح البخاري: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما»^٢، دلّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق، والرّضا منها، ولا ريب أنّ الرّضا المعترّ لليس إلا المتّصل بالتفريق^٣، بحيث يكون التّفرق عنه إذ لا يعتبر الرّضا في زمان آخر إجمالاً.

أو يقال: إنّ قوله: «بعد الرّضا» إشارة إلى إنّاطة السقوط بالرّضا بالعقد، المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً، لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد^٤ وإنّ اعراضهما عن الفسخ.

بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. وأما اللّزوم فهو يثبت بأدلةه وموضوعه العقد.

وبالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتّباعين، والافتراق سبب لانعدامه، وهو ليس موضوعاً لحكم، فلا يصح أن يقال إنّ التّفرق الإكراهي كلاً تفرق، فيعدّ الاجتماع باقياً. فالظّهر عدم صحة الاستدلال به.

١. الثالث: أنّ المتّبادر من التّفرق ما كان عن رضا بالعقد. استدلّ به المصنّف عليه السلام. وفيه: ما تقدّم في المسألة المتقدمة من منع كاشفته عن الرّضا، فلا وجه لهذه الدّعوى أصلًا.

٢. الرابع: قوله عليه السلام في صحيح البخاري: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما»^(١). وذكر المصنّف عليه السلام في تقرير الاستدلال به وجهين:

٣. الأول: أنه يدلّ على أنّ الافتراق المجعل غاية هو الذي ينبع عن الرّضا بالعقد، بمعنى أنه بعد الفراغ عن أمر العقد والرّضا به يفترقان.

٤. الثاني: أنّ الافتراق من حيث كاشفته عن الرّضا بالعقد جعل غاية، وعلى

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٣.

وعلى كلّ تقدير، فيدلّ على أنّ المتفرّقين ولو اضطراً، إذا كانوا متمكنين من الفسخ ولم يفسخا، كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد، فسقط خيارهما، فهذا هو الذي استفاده الشّيخ رحمه الله كما صرّح به في عبارة «المبسوط» المتقدمة.

التقديران الافتراق الإكراهي غير مشمول له، لأنّه غير منبعث عن الرضا ولا كشف عنه، والفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت والإثبات.

وفيه أولاً: ما عرفت من تطرّق احتمالات في الرضا الموجود في الحديث.

وثانياً: إنّه لو سلّم أنّ المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد والالتزام به، إنّما نلتزم بالقييد إذا كان لسان الخبر هكذا: (فلا خيار لهما إن افترقا بعد الرضا منهمما).

وأثنا مفاد ما في الخبر، فهو كون الافتراق التزاماً عملياً، ويكون قوله: «بعد الرضا» بياناً للافتراق.

وبعبارة أخرى: مفاد ما في الخبر أنه لا خيار بعد الافتراق لكونه رضاً بالعقد.

الخامس: أنّ تشريع الخيار إنّما هو للارفاق بالمتابعين، وهذا لا يلائم مع سقوطه بالافتراق الإكراهي.

وفيه أولاً: إنّ ذلك حكمة لا يدور الحكم مدارها.

وثانياً: إنّ أصل ثبوت الخيار إنّما هو للإرافق، وهذا لا يلائم مع كون غاية الخيار أيضاً ملائمة له.

السادس: الإجماع المحكمي عن غير واحد.

وفيه: إنّه لمعلومية مدرك المجمعين لا مجال للاعتماد عليه.

فالظهور سقوط الخيار بالافتراق الإكراهي أيضاً.

هذا إذا كان الإكراه على التفرّق مع المنع من التخاير. وأمّا مع عدم المنع منه فالأمر أوضح.

مسألة: لو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التّخاير، وبقي الآخر في المجلس^١، فإن منع من المصاحبة والتّخاير لم يسقط خيار أحدهما، لأنّهما مكرهان على الافتراق وترك التّخاير، فدخل في المسألة السابقة، وإن لم يمنع من المصاحبة. ففيه أقوال.

وتوسيع ذلك: إن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت، يحصل بحركة أحدهما اختياراً وعدم مصاحبة الآخر كذلك، وأن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه، ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التّخاير، فحينئذ نقول تحقق الإكراه المسقط في أحدهما دون الآخر، يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق وترك التّخاير، وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة أو التّخاير، وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التّخاير، وذهب الآخر اختياراً، ومحل الكلام هو الأول وسيتضح به حكم الثاني، والأقوال فيه أربعة:

سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد، والسيد العميد وشيخنا الشهيد قدس الله اسرارهم.

وثبوته لهما، كما عن ظاهر «المبسوط» والمتحقق والشهيد الثانيين ومحتمل «الإرشاد».«

وسقوطه في حق المختار خاصة. وفصل في «التحرير» بين بقاء المختار في المجلس، فالثبوت لهما، وبين مفارقته فالسقوط عنهم.

لو أكره أحدهما على التفرق

١. قوله: (ولو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التّخاير، وبقي الآخر في المجلس). بناءً على ما اخترناه في المسألة السابقة، من سقوط الخيارين بالتفريق الكريهي، لا مجال لهذا البحث، بل يكون الخياران ساقطين بالأولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال.

ومورد البحث في المقام: أن التفرق إذا كان عن إكراه أحدهما، هل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ وأمّا الجهات الأخرى فهي لا يبحث عنها في المقام.

وبعبارة أخرى: البحث في المقام متمحض في مانعية إكراه أحدهما عن السقوط وعدمها، وعليه فلا وجه للنزاع في أن التفرق هل يحصل بحركة أحدهما وسكون الآخر، أم لا؟ وقد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار في ذلك.

ومبني الأقوال على أن افتراقهما المجعل غاية لخيارهما، هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ وعلى الأول هل يكون اختيار كلّ منها مسقطاً لخياره، أو يتوقف سقوط خيار كلّ واحد على مجموع اختيارهما؟ فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن «الخلاف» و«جواهر» القاضي، وعلى الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمتحقق والشهيد الثانين. وعلى الثاني فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً وحركة صادرة باختيار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟ فعلى الأول يتوجّه التفصيل المصحّ بـ«التحرير» بين بقاء الآخر في مجلس العقد وذهابه، وعلى الثاني يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد.

واعلم أنّ ظاهر «الإيضاح» أنّ قول «التحرير» ليس قوله مغایراً للثبوت لهما، وأنّ محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، وإنّ سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال في شرح قول والده: (لو حُمِّل أحدهما ومنع عن التّخابر، لم يسقط خياره على إشكال). وأمّا الثابت فإن منع من المصاحبة والتّخابر، لم يسقط خياره، وإنّ فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول)، انتهى.

وهكذا لا وجه لجعل النزاع في المقام، ومبني الأقوال فيه بقاء الأكون وعدمه، وافتقار الباقى إلى المؤثر وعدمه، إذ لو قلنا ببقاء الأكون وعدم احتياج الباقى إلى المؤثر، فغاية ما يلزم منه أنّ بقاء الساكن ليس بفعله، وقد مرّ أنّ الافتراق يحصل ولو مع عدم تأثير من المتفرقين.

أقوال: وتنقيح القول في المقام إنّما هو بالبحث في مقامين:

الأول: في ما تقتضيه الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة؟

الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية ل فعله عليه؟

أمّا المقام الأول: فمقتضى المتبادر من التفرّق، ما كان عن رضا بالعقد، ومقتضى

الإجماع سقوط الخيارين في المقام.

ومقتضى حديث الرفع^(١) ثبوتهما معاً.

(١) الوسائل - باب ٥٦ - من أبواب جهاد النفس.

قال: إنّ هذا مبنيّ على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثّر وعدمه، وأنّ الانفراق ثبوتي أو عدمي، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثّر يسقط، لأنّه فعل المفارقة، وعلى القول ببقائهما واستغناء الباقي عن المؤثّر وثبوتية الإنفراق لم يسقط خياره، لأنّه لم يفعل شيئاً.

وإن قلنا: بعدمية الإنفراق والعدم ليس بمعلم كذلك.

وإن قلنا: إنّه يعيل سقط أيضاً والأقرب عندي السقوط لأنّه مختار في المفارقة)، انتهى.
وهذا الكلام وإن نوّقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التّدقيقات، إلا أنّه على كلّ حال صريح في أنّ الباقي لو ذهب اختياراً، فلا خلاف في سقوط خياره، وظاهره كظاهر عبارة «القواعد» أنّ سقوط خياره لا ينفكّ عن سقوط خيار الآخر، فينتفي القول المحكى عن «الخلاف» و«الجواهر». لكنّ العبارة المحكية عن «الخلاف» ظاهرة في هذا القول، قال: (لو أكرها أو أحدهما على التفارق بالأبدان، على وجه يمكن من الفسخ والتّخابر، فلم يفعل، بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك)، ونحوه المحكى عن القاضي، فإنه لولا جواز التّفكير بين الخيارين لا يقتصر على قوله: (بطل خيارهما)، فتأمل.

ومقتضى صحيح الفضيل^(١) هو التفصيل بين المكره وغيره، وسقوط خيار غير المكره خاصة.

أمّا التبادر: فلأنّ المتيقّن اعتبار رضا أحدهما، وليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاهما.

وأمّا الإجماع: فلعدم وجوده في المقام.

وأمّا حديث الرفع: فلأنّ غاية ما قيل في توجيهه دلالته على التفصيل، أنّه يدلّ على ارتفاع حكم ما تعلق بالإكراه به خاصة دون غيره.

ودعوى: أنه لو شمل الحديث تفرق المكره، وحكم عليه بكون افتراقه كلاً افتراق، كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، ومع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعاً يكون خيار كليهما باقياً شرعاً.

مندفعة أولاً: بأنّ لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنّه حينئذ وضع لا رفع، بل لسانه رفع الحكم، بلا نظر إلى بقاء الموضوع وعدمه، كما حقّ في

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث .^٣

بل حكي هذا القول عن ظاهر «الذكرة» أو صريحتها وفيه تأمل. وكيف كان، فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل، وما تقدم من تبادر تفّرّقهما عن رضا منها، فإن التّفرق وإن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين، ولا من أحدهما، إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التّفرق، فرضًا أحدهما في المقام وهو الماكث لا دليل على كفيته في سقوط خيارهما، ولا في سقوط خيار خصوص التّراضي، إذ الغاية غاية للخيارات، فإن تحقّقت سقطًا وإلا ثبت، ويدلّ عليه ما تقدم من صحيحة الفضيل المصّرحة بإناظة سقوط الخيار بالرّضا منها، المنفي بانتفاء رضا أحدهما^١. ولكن يمكن التّفضي عن الأصل بصدق تفّرّقهما، وتبادر تقييده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما.

الأصول.

وثانياً: إنّ مقتضى كون افتراق المكره كلاً افتراق، كونه مجتمعاً مع صاحبه تعبيداً، لا كون صاحبه مجتمعاً معه، وعدم الانفكاك بينهما واقعاً لا يلزم عدم الانفكاك بينهما تنزيلاً وتعبيداً.

ولكن الأرجح في النظر أنّه يقتضي ثبوت الخيارين معاً، لأنّ الغاية للخيارات أمر واحد، من جهة أنّ الافتراق من المعاني المتضائفة كالاجتماع، ولا يعقل افتراق أحدهما عن صاحبه من دون أن يفترق صاحبه عنه، وعليه فجعل الغاية متعددة لغو، فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: إنّه مع لحق خصوصية الإكراه يكون قابلاً للانفكاك، فيصبح جعل الغاية متعددة.

فإنّه يقال: إنّ الإكراه لا يكون قيد الافتراق واقعاً كالرّضا، بل خصوصية عدم الإكراه إنّما تعتبر بحديث الرفع، الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عرض الواقع ما يثبت القيدية، وعليه فحدث الرفع إنّما يرفع حكم الافتراق المجنول غاية، وهو سقوط الخيارين معاً، ولا زم ذلك ثبوتهما معاً. فتدبر فإنه دقيق.

وأمّا صحيح الفضيل، فقد أفاد المصنف^{رحمه الله} وتبعه المحقق النائيني^{رحمه الله}:

١. (بأنّ الظاهر منه تقييد السقوط بالرّضا منها، المنتفي بانتفاء رضا أحدهما أو

وظاهر الصّحة وإن كان اعتبار ذلك، إلا أنّه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكمة لفعل الإمام علیه السلام، وأنّه قال: «فمشيّط حُطاً ليجب البيع حين افترقنا»، جعل مجرد مشيّط سبباً لصدق الافتراق المجعل غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له، من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشيّط الإمام علیه السلام^١. ودعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر وتركه المصاحبة اختياراً، ممنوعة.

وظاهر الصّحة وإن كان أخصّ^٢، إلا أنّ ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر، زائداً على مفارقة أحدهما صاحبه، مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختياراً، فإنّ الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين. وقد قطع به في «جامع المقاصد» مستدلاً بأنّه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع أنّ المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه، وكذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته عن مفارقة صاحبه، مع تأييد ذلك بنقل الإجماع عن السيد

كليهما، فيبقى الخيار حتّى بالنسبة إلى المختار).

وفيه: إنّ مقتضى مقابلة الثنوية بالثنوية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، وأنّ خيار كلّ من البائع والمشتري يكون معيّناً برضاه، ولازم ذلك هو التفصيل بين المكره وغيره. فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر أو الإجماع، كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، ولو كان صحيح الفضيل، كان هو التفصيل بين المكره وغيره، ولو كان حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين.

١. وأما المقام الثاني: فقد استدلّ المصنّف^{عليه السلام} لسقوط الخيارين في المقام بالرواية المتقدّمة الحاكمة لفعله علیه السلام وأنّه قال: «فمشيّط حُطاً ليجب البيع حين افترقنا»، فإنّها تدلّ على أنّ مجرد مشيّط سبب لصدق الافتراق المجعل غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشيّط الإمام علیه السلام.

وفيه: إنّها متضمّنة لقضية شخصيّة، ولعلّ تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط وهو الرضا منه أو منها.

٢. قال المصنّف^{عليه السلام}: (وظاهر الصّحة وإن كان أخصّ، إلا أنّ ظهور الرواية في عدم

عميد الدين.

وظاهر المبني المتقدم عن «الإيضاح» أيضاً عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين. وإنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر «القواعد» أيضاً أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث، من غير إشارة إلى وجود خلاف في هذا التفريع، وهو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران وإن لا بقى، فتأمل:

وعبارة «الخلاف» المتقدمة وإن كانت ظاهرة في التكفيك بين المتباعين في الخيار، إلا أنها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخابر من حيث تمكنه، مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر، لأجل التلازم بين الخيارين، من حيث اتحادهما في الغاية، مع أن شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن، مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل، وحملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعل نظر الشیخ والقاضی إلى أن الإفتراق المستند إلى اختيارهما جعل غایة لسقوط خيار كلّ منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة، وهو استنباط حسن، لكن لا يساعد عليه ظاهر النص.

ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة:

مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة أحدهما صاحبه، مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات) انتهى.

أقول: والذى أظنه أن هذا الكلام منه ^{ذلك} مبني على ما ذكره في الأصول في مبحث التعادل والترجح، من أن الخاص إذا كان ظني الدلالة لا يقدّم على العام مطلقاً، بل لا بد من ملاحظة أقوى الظهورين، فإنه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما، ليست قطعية بل ظنية، ومن باب الظهور، فلا بد من ملاحظة أقوى الظهورين منه ومن ظهور الرواية، وحيث أن ظهور الرواية أقوى - من جهة التزام مقتضاه في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف ^{رحمه الله} - فيكون مقدماً على ظهور الصحيح.

وعليه، مما أورده المحقق الإبرواني ^{رحمه الله} عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

وهي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التّخاير، وفارق الآخر اختياراً، فإنّ مقتضى ما تقدم من «الإيضاح» من مبني الخلاف في سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبني الأقوال، جريان الخلاف هنا أيضاً. وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهمَا هنا أقوى كما لا يخفى.

مسألة: لو زال الإكراه^١، فالمحكي عن الشّيخ وجماعة، امتداد الخيار بامتداد مجلس الرّوال^٢. ولعله لأنّ الانفصال بينهما في حال الإكراه كالمعود، فكانُوا بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باقٍ^٣. وفيه أنّ الهيئة الإجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسناً، غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها، وهو الخيار بسبب الإكراه، ولم

لو زال الإكراه

١. ولو زال الإكراه وهو لم يرد، فيه أقوال:

٢. الأولى: ما عن الشّيخ وجماعة، وهو أنه يتمتدّ الخيار بامتداد مجلس الرّوال.

الثاني: ما عن «النذركة»، وهو أنه ينقطع خياره ببقاءه سائراً، قال: (وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد، ليجتمع مع العقد الآخر إن طال الزمان، وإن لم يطرأ فيه احتمال عند الجويني). انتهى.

الثالث: ما عن جمعٍ منهم السيد في «الحاشية» وهو بقاء الخيار إلى أن يحصل أحد المسقطات الأخرى.

٣. وقد استدلّ للأول: بأنّ الانفصال الحاصل عن كره كالمعود، فكانُوا بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق إلى أن يحصل الانفصال. وفيه: ما تقدم من أنّ حديث الرفع لا ينفي الموضوع، وإنما يتضمن رفع الحكم خاصة.

واستدلّ للثالث بوجهين:

أحدهما: أنّ النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع إلى استصحاب الخيار.

وفيه: - مضافاً إلى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام -

يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد.

والحاصل: أن الباقي بحكم الشّرع هو الخيار لا مجلس العقد، فالنّص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلابد إما من القول بالفور كما عن «الذّكرة»، ولعله لأنّ المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبایعين، وإما من القول بالتّراخي إلى أن يحصل المسقطات، لاستصحاب الخيار. والوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

أنه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام، مع وجود عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١) فإنه وإن لم يكن له عموم أزمني، إلا أن المخصوص بما أنه من الابتداء لا من الوسط، يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانيهما: ما أفاده السّيد عليه السلام وهو أن النّص يدل على ذلك، فإنه جعل المسقط الافتراق الاختياري، والمفروض عدم تتحققه، وعدم بقاء شأنية التتحقق له أيضاً، لأن المفروض حصول الافتراق حسناً، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا إذا قلنا بأنّ الافتراق منصرف إلى الاختياري، وإن قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك، لأنّ مقتضاه أنّ الافتراق الإكراهي لا أثر له في الإسقاط، والمفروض عدم مسقط آخر، فلابد من بقاء الخيار.

وفيه أولاً: إن ذلك لو تم فإنّما هو على القول بأنّ الغاية هي حدوث الافتراق، أمّا لو قلنا بأنّها مطلق الافتراق؛ حدوثاً كان أو بقاءً، فيمكّن أن يُقال إنّ الغاية وإن كانت حدوثاً عن إكراه وعن غير رضا، إلا أنها بقاءً تكون لا عن إكراه، ومع تتحقق الغاية بتحقق شرطها أو زوال مانعها، يرتفع المعيّن وهو الخيار. وعليه فلا يكون الخيار باقياً لا فوراً ولا بنحو التّراخي.

وثانياً: إنه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية وإن كانت ممتنعة التتحقق، إلا أنّ بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الإطلاق لدليله، ويمكن منعه من هذه الحيثية - أي حيثية امتناع تتحقق غايته وإمكانه - فتأمّل.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث، وما يمكن أن يرد عليه.

مسألة: ومن مسقطات هذا الخيار التصرف^١، على وجه يأتي في خياري الحيوان والشرط، ذكره الشّيخ في «المبسوط» في خيار المجلس وفي الصرف، والعلامة في «الذكرة»، ونسب إلى جميع من تأخر عنه، بل ربما يدعى إطباوهم عليه، وحُكي عن «الخلاف» و«الجواهر» و«الكافي» و«السّرائر»، ولعله لدلالة التّعليل في بعض أخبار خيار الحيوان^٢.

مسقطية التصرف

١. الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف،
أقول: ولا بدّ أولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه.
الظاهر أنّ مرادهم منه، هو تصرف البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وأمّا العكس فلو دلّ على شيء فهو الفسخ لا لزوم العقد.
وأيضاً المراد مسقطية تصرف كلّ منهما لخصوص خياره دون صاحبه.
وكيف كان، فقد استدلّ لمسقطيته بوجوه:
الوجه الأول: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو أنّ التصرف إجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

وفيه: إنّه في صرّح في غير مورد بأنّه يعتبر في الإنشاء أن يكون ما ينشأ به مصداقاً للعنوان المقصود إنشائه، فكلّ تصرف ليس مصداقاً للإجازة، لا يصحّ الإنشاء به، نعم التصرف الذي يكون كذلك - وبعبارة أخرى - أي يكون مبرزاً عرفاً يصحّ إنشاء الإجازة به.

٢. الوجه الثاني: ما في المتن، وهو عموم العلة المذكورة في خيار الحيوان، وهي قوله عليه السلام:^(١) «فذلك رضاً منه فلا شرط له».
بتقرير: أنّه يدلّ على أنّ التصرف كاشف نوعي عن الرضا بالعقد، والشارع الأقدس

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

وهو الوجه أيضاً في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصريفه، مستفاداً من نفس تلك الرواية المعللة، حيث قال: «فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة أيام، فذلك رضاً منه فلا شرط»^١، فإن المنفي يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمل.

وتفصيل التصرّف المسقط سيجيء إن شاء الله تعالى.

أمضى هذه الكاشفية، ومن المعلوم أنه لا اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان. وفيه: إنه سيجيء أن محتملات هذه الجملة متعددة، وأظهرها أنه عليه بقصد التعبد تكون تلك الأفعال التزاماً وإجازة. وعليه، فلا سبيل إلى التمسك بعموم العلة، فإنه إنما تكون العلة معتممة، فيما إذا كانت علة عرفاً، ويفهم العرف عليه، ولا تكون تعبدية، وإنما فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، وحيث أن النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدي.

١. الوجه الثالث: ما في المتن أيضاً، وهو أن سقوط خيار المشتري بتصريفه مستفاد من نفس الرواية المعللة، حيث قال: «فإن أحده المشتري فيما اشتري حدثاً قبل ثلاثة أيام، فذلك رضاً منه فلا شرط»، فإن الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: إن الشرط المنفي خصوص خيار الحيوان، إذ الشرط الذي يسقط بذلك قبل ثلاثة أيام خصوص ذلك.

وأما خيار المجلس، فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة وبعدها، ولعله لذلك أمر بالتأمل.

فالحق عدم مسقطية التصرّف من حيث هو.

نعم، الأفعال التي تكون مبرزة لذلك، وقصد بها السقوط، تكون مسقطة لكونها إسقاطاً، لا لمسقطية التصرّف.

هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

والثاني: خيار الحيوان^١، لا خلاف بين الامامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، وظاهر النص والفتوى العموم لكل ذي حياة، فيشمل مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته في الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء، والجراد المحرز في الإناء وشبه ذلك خارج، لأنّه لا يباع من حيث أنه حيوان، بل من حيث أنه لحم، و^٢ يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد

خيار الحيوان

١. الثاني: خيار الحيوان الذي هو في الجملة إجماعي، بل ضروري عند علماء المذهب، كما في «الجواهر»، والنصوص الشاهدة به مستقيضة إن لم تكن متواترة. أقول: واستخلاص القول في المقام بالبحث في أمور:

أحدها: هل يثبت الخيار في بيع كلّ حيوان، حتّى مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز، وحتى الحيوان المشرف على الموت، أم يختصّ بما يقصد حياته، فلا يشمل المقصود لحمه، أم يختصّ بما يقصد لحمه وحياته معاً؟ وجوه:
الظاهر من النصّ والفتوى العموم لكل ذي حياة،

وقد وقع الكلام في الحيوان الذي يكون المقصود لحمه لا حياته، لعدم بقاء حياته بالأصلّة كالسمك المخرج من الماء، أو لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه، وعن جماعةٍ من متأخّري المتأخّرين عدم ثبوته فيه.

٢. والمصنف^{للله} نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار في القسم الأول، واستشكل في القسم الثاني، واستدلّ للأول بالنصّ.

وفيه: إنّ الظاهر من أخذ كلّ عنوان في الموضوع دخله فيه من حيث هو، لا كونه إشارة ومعرفةً للمصاديق الخارجية، وعليه فيما أنّ المأخذ في موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتاً فيما يباع بما أنه حيوان - أي ذو نفس.

وأيّما ما يباع لا بهذا العنوان، بل بما هو لحم، فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالأصلّة، أو بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان، بل بما أنه لحم لا يكون مشمولاً له.

المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم، وعلى كل حال، فلا يعد زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار^١، وفي منتهى خياره مع عدم بقائه إلى ثلاثة، وجوه^٢.

وهل يعد زهاق روح المشرف على الموت تلفاً من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار على القول به، أو في المجلس، أم لا؟ وجهان :

١. مختار المصنف الثاني.

وأورد عليه: بأنه بناءً على ثبوت الخيار، لم لا يعد زهاق روحه تلفاً في زمان الخيار. وبعبارة أخرى: إن لوحظ جهة اللحمية لا خيار ولا تلف من البائع، وإن لوحظ جهة الحيوانية، دخل الخيار فيه، وكان تلفه من البائع.

وفيه: إن ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان، وإن لم يقصد هذه الجهة، وأمّا ملاك التلف فهو زوال الوصف والمقوم للمالية، والحياة في الفرض غير مقوّمة لها، فلا يعد زوالها تلفاً.

٢. ولو كان الحيوان لا يبقى إلى ثلاثة أيام، ففي منتهى خياره وجوه وأقوال: مقتضى ظاهر النص أن كل حيوان ثبت فيه الخيار، كان خياره باقياً إلى الثلاثة، وقد يقال بأن منتهاه في المقام التلف.

وفيه: إنه مبني على كون متعلق الخيار العين، وهي الحيوان، فمع نفاده يزول الخيار، والمبني فاسد، فإنه متعلق بالعقد.

وقد يقال: بأنه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل، فإن النصوص من جهة حكمة جعل الخيار - وهي الإطلاع على عيوب الحيوان - تكون منصرفه عنه، فيأتي فيه الوجهان: من امتداد الخيار إلى أن يأتي أحد المسقطات للاستصحاب، ومن كونه على الفور، لأنّه القدر المتيقّن.

وفيه: إن الحكمة لا سيما غير المنصوصة منها لا يعتنى بها، فالمتبع هو إطلاق النصوص.

هذا كله لو كان المبيع معيناً.

ثم إنّه هل يختصّ هذا الخيار بالمبیع المعین^١ - كما هو المنساق في النّظر من الإطلاقات، مع الاستدلال به في بعض معاقد الإجماع، كما في «الذّكرة»، بالحكمة الغير الجارية في الكلّي الثابت في الذّمة - أو يعمّ الكلّي كما هو المترائي من النّصّ والفتوى؟ لم أجد مصراً حاً بأحد الأمرين.

نعم، يظهر من بعض المعاصرین الأول، ولعله الأقوى. وكيف كان، فالكلام فيمن له الخيار، وفي مذته من حيث المبدأ والمنتهى، ومسقطاته يتمّ برسم مسائل: مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري^٢، حُكى عن الشّيخين والصّدوقيين والإسكافي وابن حمزة، والشّامييْن الخمسة، والحلبييْن الستة، ومعظم المتأخّرين.

١. قوله: (ثم إنّه هل يختصّ هذا الخيار بالمبیع المعین).
وملخص القول فيه: إنّه إن كان المبیع كليّاً في المعین، لا كلام في ثبوت الخيار فيه، وإن كان كليّاً في الذّمة، مقتضى إطلاق النّصوص ثبوت الخيار فيه.
وقد استدلّ للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النّصوص إلى الشخصي، من حيث أنّ المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصي، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف إلى ما هو المتداول عندهم.

وفيه: إنّ التّعارف والتّداول لا يوجب الانصراف المقيد للإطلاق، فهل يتوهّم أحد انصراف «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١) عنه؟

الثاني: إنّ حكمة جعل الخيار لا تجري في الكلّي.
وفيه: إنّ الحكمة لا توجّب تقييد الإطلاق، فالأشهر ثبوت الخيار في الكلّي مطلقاً.

اختصاص الخيار بالمشتري

٢. المشهور بين الأصحاب اختصاص هذا الخيار بالمشتري، وعن «الغنية» و«الدّروس» دعوى الإجماع عليه.

وعن «الغنية»، وظاهر «الدروس»، الإجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع»^١، خرج المشتري وبقي البائع.

أقول: وتقبيح القول في هذا الأمر بالبحث في مقامين:
الأول: في أنه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل إليه الحيوان، أم يكون ثابتاً لمن انتقل عنه أيضاً؟

الثاني: في أنه هل يثبت لمن انتقل إليه مطلقاً، أم يختص بخصوص المشتري؟
أما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، وعن السيد الأجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه، وقواه في محكي «المسالك» مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه في ذلك صاحب «المفاتيح»، وتوقف في محكي «غاية المراد» وحواشى «القواعد»، وتبعه في محكي «المختصر».

وتحقيق الكلام يقتضي البحث في موردين:
الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.
أما المورد الأول: فقد استدلّ المصنف رحمه الله لعدم الثبوت بوجهين:
١. أحدهما: عموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع»^(١). خرج المشتري وبقي البائع.

وفيه أولاً: إنه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركة، فالتفصيل بين الحيوان وغيره في صحيح الفضيل الآتي وغيره، موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.
وثانياً: إن الوجوب الذي تبنته هذه الجملة، هو الوجوب الإضافي، وقد ورد نظيره في خيار الحيوان، ولذا لا تكون أدلة الخيارات متعارضة.
وثالثاً: إن الوجوب بمعنى لزوم العقد، وعدم قابليته للانحلال، فإذا ثبت الخيار

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

بل لعموم: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل، أو بالاشتراط، ويثبت الباقى بعدم القول بالفصل^١، ويدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الأخبار^٢.

منها: صحيحة الفضيل بن يسار، عن أبي عبدالله علیه السلام، قال: «قلت له: ما الشرط في

- ولو للمشتري - لم يكن البيع واجباً، وليس وجوب البيع من قبيل العام كي يقال إنه خُصص بالإضافة إلى المشترى، وتخصيصه بالنسبة إلى البائع مشكوك فيه، فيتمسّك بالعموم.

وبما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار»^(١).

١. ثانيةهما: العمومات العامة للبيع وغيره، مثل «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(٢) فيما لا يكون فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت في الباقى بعدم القول بالفصل.

وفيه: إنه يصح التمسّك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فإنه لو سُلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص إذا لم يكن للعام عموم أ Zimmerman - مع أنه غير تام - فإنما هو فيما إذا لم يكن التخصيص من الابتداء، وإنما المرجع هو عموم العام.

واستدل للقول الآخر: بأصله جواز العقد من الطرفين، بعد ثبوت خيار المجلس.

وفيه: بعد تصحيحه بأنّ اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي جهتين، وعليه فتصح دعوى استصحاب الكلّي الموجود بوجود خيار المجلس، فإنه من قبيل الكلّي المردّد بين الطويل والقصير، ومضافاً إلى أنّ المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

فإنّ المقام - كما تقدّم - من موارد التمسّك بالعموم لا الاستصحاب.

فتحصل: أنّ الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

٢. وأما المورد الثاني: فقد استدل للاختصاص بصحاح خمسة.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

(٢) المائدة: ٢.

الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري، وإطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق، يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً. ويتلوها في الظهور رواية علي بن أسباط، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري»، فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية^١. ونحوها صحيحة الحلبى في «الفقيه» عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري».

منها: صحيح الفضيل^(١) المذكور في المتن، وتقريب الاستدلال به على ما في المتن من قوله:

١. (وإطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق، يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً).
وفيه: إنّ الظاهر كما تقدم أنّ الخيار المنفي خصوص خيار المجلس، لا مطلق الخيار.
وقد أفاد صاحب «الجوهر» في وجه اختصاصه وغيره من النصوص، بأنّ اللام تفيد الاختصاص.

وفيه: إنّ الاختصاص الذي تفيده اللام، غير الانحصار الموجب لثبت المفهوم، فإنّ الاختصاص ليس إلا أنّ المشتري لا شريك له في حقّ الخيار غير المنافي ثبوت فرد آخر منه للبيع.

ومنها: رواية علي بن أسباط^(٢) المذكورة في المتن، وتقريب الاستدلال بها على ما في المتن - فضلاً عن أنه الوجه عنده في دلالة سائر النصوص - قوله:
٢. (فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية).

وفيه: إنّ هذا ذكر وجهاً لدلالة الوصف واللقب على المفهوم، وقد حُقِّق في الأصول

(١) ذكره صدره في باب ٣ وذيله في باب ١ من أبواب الخيار في الوسائل.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٨.

وصحىحة ابن رئاب، عن أبي عبدالله عائلاً، قال: «الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري». وأظهر من الكل، صحىحة ابن رئاب^١ المحكية عن «قرب الإسناد»، قال: «سألت أبا عبدالله عائلاً عن رجل اشتري جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ قال: الخيار لمن اشتري نظرة ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام، فقد وجب الشراء».

عدم تماميته.

ومنها: صحيح الحلبي^(١) الذي ذكر في المتن، وتقريب الاستدلال به ما في سابقه.

ومنها: صحيح ابن رئاب^(٢) المذكور في المتن، وتقريب الاستدلال به وما يرد عليه ما في سابقيه.

١. نعم، لا كلام في دلالة صحيح^(٣) علي بن رئاب الثاني المذكور في المتن على ذلك، فإن المسؤول عنه إنما هو جنس الخيار لا فرد منه، إذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع وفرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع واحتضانه به وثبوته للمشتري، فجوابه عائلاً كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع. وفي مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، أمّا صحيح ابن رئاب فلانه وارد في الجارية دون الحيوان، وأمّا غيره فلانه يحمل قوله عائلاً: «ثلاثة أيام للمشتري» على أنّ جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري، لا أنّ المجعل له الخيار هو المشتري، فكأنّ اللام للغاية لا للاختصاص.

وفيه: الظاهر أنّ عدم الفرق بين الجارية وسائر الحيوانات من المتسلالم عليه، وحمل اللام على الغاية خلاف الظاهر، لا سيما بعد وقوع هذه الجملة جواباً عن السؤال عن حدّ الخيار.

فالظهور دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط والتحديد، لا سيما ما وقع منها جواباً عن السؤال عمّا هو الشرط في الحيوان، ويؤيدّه تغيير التعبير،

(١) و (٢) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٩.

وعن سيدنا المرتضى عليه السلام وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً، وحکي عن «الانتصار» دعوى الإجماع عليه، لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس^٢. ولصحیحة محمد بن مسلم: «المتبایعان بالخیار ثلاثة أيام في الحیوان، وفيما سوی ذلك من بیع حتی یفترقا»^٣، وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الانفراق، وهي أرجح بحسب السند من صحیحة ابن رئاب المحکیة عن «قرب الإسناد»^٤.

لاحظ صحيح محمد بن مسلم الوارد فيه قوله عليه السلام: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا، وصاحب الحیوان بالخیار ثلاثة أيام»^(١).

ودعوى: أنَّ (صاحب الحیوان) مطلق من حيث إرادة الصاحب الفعلى والسابق، فیعم كلیهما.

مندفعه: بأنَّ الماشتق حقيقة في المتلبس.

١. وعن السيد الأجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه، وقواه في محکي «المسالك» مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه في ذلك صاحب «المفاتیح»، وتوقف في محکي «غاية المراد» وحواشی «القواعد»، وقد استدلَّ له بوجهین:

٢. أحدهما: أصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

وفيه: - بعد تصحیحه بأنَّ اجتماع السببين للخیار موجب لثبوت خیار واحد ذی جهتين، وعليه فیصّح دعوى استصحاب الكلی الموجود بوجود خیار المجلس، فإنه من قبل الكلی المردُّ بين الطويل والقصير، ومضافاً إلى أنَّ المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام - أنَّ المقام كما تقدم مورد التمسّك بالعموم لا الاستصحاب.

فتحصل: أنَّ الأَظْهَر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

٣. ثانیهما: صحيح محمد بن مسلم^(٢) المذکور في المتن، قال:

٤. (وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً، وبعد الانفراق، وهي أرجح بحسب السند من صحيح ابن رئاب).

أقول: قد أتعب المصطفى نفسه في أرجحية سنته، وكيف كان فحيث لا شبهة في ظهوره في عدم الاختصاص، فيتعین بيان ما يقتضيه الجمع بين الروايات.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١. (٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٣.

وقد صرّحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم وزراة وأضرابهما على غيرهم من الثقات، مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربع المرجحة على مثل «قرب الإسناد» من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا، مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها. وأمّا الصّحاح الآخر المكافئة سندًا لصحيحه ابن مسلم، فالإنصاف أنَّ دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطق الصّحة^١، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأنَّ الغالب في المعاملة - خصوصاً معاملة الحيوان - كون إرادة الفسخ في طرف المشتري، لاطلاعه على خفايا الحيوان، ولا ريب أنَّ الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثريّة.

وأمّا ما ذكر في تأويل صحيحة ابن مسلم، من أنَّ خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففي غاية السقوط. وأمّا الشّهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقاً بعد العلم بمستند المشهور، وعدم احتمال وجود مردج لم يذكروه، وإنّ جماع «الغنية» لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري، لا مجرد ثبوته له، معارضٌ بإجماع «الانتصار» الصّريح في ثبوته للبائع، ولعله لهذا قوى في «المسالك» قول السيد مع قطع التّنطر عن الشّهرة، بل الإنفاق على خلافه، وتبعه على ذلك في «المفاتيح»، وتوقف في «غاية المراد» وحواشي «القواعد»، وتبعه في «المختصر». هذا ولكنَّ الإنصاف أنَّ أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصّحة^٢، مع اشتهرها بين الرواية، حتى محمد بن مسلم الراوي للصّحة.

١. وقد أفاد المصطفى^{عليه السلام} في مقام الجمع بينه وبين الروايات المتقدمة أولاً :

بأنَّ تلك النصوص - سوى ما عن «قرب الإسناد» - إنما تكون دلالتها بالمفهوم، ولا تبلغ في الظهور مرتبة منطق الصّحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، إذ الغالب كون إرادة الفسخ في طرف المشتري، ولا ريب أنَّ الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثريّة. وأمّا صحيح ابن رئاب، فصحيح ابن مسلم أرجح منه من حيث السند، لأنَّ راويه من أجيال الثقات، وهو مروي في الكتب الأربع، و«قرب الإسناد» ليس في الاعتبار بتلك المكانة. ثم قال:

٢. (الإنصاف أنَّ أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصّحة،

مع أنّ المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراء، والمتيقن خروج المشتري^١، فلاريب في ضعف هذا القول.

مع اشتهرها بين الرواية، حتّى محمد بن مسلم الراوي للصحيحة).

١. قوله: (مع أنّ المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراء، والمتيقن خروج المشتري).

ولكن يرد على ما أفاده ^{﴿أو لا﴾}: أنّ قوّة دلالة أحد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم، لعدم دلالة دليل على ذلك، وإنما توجب ذلك فيما إذا كان قرينةً على الآخر، ولم يكونوا عند العرف متنافيين.

وضابط ذلك أنّه لو جمعنا في كلام واحد، وفرض صدور المجموع عن شخص واحد، لا يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله، وكان أحدهما قرينة على الآخر، كما لو ورد: (اغسل للجمعة) ثمّ ورد: (لا بأس بترك غسل الجمعة).

وهذا الضابط لا ينطبق على المقام، فإنّا إذا جمعنا قوله ^{عليه السلام} في صحيح الفضيل في جواب السائل: «ما الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» مع قوله ^{عليه السلام} في صحيح محمد بن مسلم: «المتباعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان» لا يرى العرف أحدهما قرينة على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله.

ويرد على ما أفاده ثانياً: أنّه في الخبرين المتعارضين لا يحكم بالتساقط والرجوع إلى العام الفوق، بل لا بدّ من الرجوع إلى المرجحات، ومع فقدها يحكم بالتخمير.

وقد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني ^{رحمه الله} بوجه آخر وهو: إنّ صحيح محمد بن مسلم ياطلاقه، يشمل ما إذا كان الثمن أو المثمن أو كلاهما حيواناً، فيقييد بواسطة النصوص الأخرى التي منها صحيحة الآخر بما إذا كان العوضان حيوانين.

وفيه: إنّه حمّل على الفرد النادر، وفيه مثله يكون المطلق معارضًا مع المقيد.

ودعواه: أنّ قوله ^{عليه السلام}: «صاحب الحيوان» أظهر في الاختصاص، لا تكون جواباً عن ذلك، فإنّ ما ذكره تقرير لدلالته على المفهوم، وصيغته مقيدةً، وهذا لا يلائم صلاحيته لقييد الإطلاق بهذا النحو من التقييد.

نعم، هنا قول ثالث لعله أقوى منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثمناً، نسب إلى جماعة من المتأخرین منهم الشهید في «المسالك»^١ لعموم صحة محمد بن مسلم: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا، وصاحب الحیوان بالخیار ثلاثة أيام»^٢، ولا ينافيه تقييد: (صاحب الحیوان) بالمشتري في موثقة ابن فضال، لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لأنّ الغالب كون صاحب الحیوان مشترياً^٣، ولا ينافي هذه الدعوى

فالحق: أنَّ الطائفتين متعارضتان، ولا يمكن الجمع بينهما، والترجيح مع أخبار المشهور لوجهين:

أحدهما: أنَّها المشهورة بين الأصحاب رواية وقتواً.
ثانيهما: أنَّها موافقة للكتاب، فإنَّها تدلُّ على عدم ثبوت الخيار للبائع، وصحيح ابن مسلم يدلُّ على ثبوته له، وهي موافقة لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(١) فتقديم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه.
مع أنَّها قابلة للمنع من جهة إعراض الأصحاب عنه، وعدم إفتائهم بمضمونه.
فالظاهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل إليه، وعدم ثبوته لمن انتقل عنه.
وأمّا المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري.

١. (وعن جماعة من المتأخرین منهم الشهید في «المسالك» ثبوته لمن انتقل إليه الحیوان ثمناً أو مثمناً).

واستدلُّ للعموم بصحيحة محمد بن مسلم المذكور في المتن^(٢).
وأورد عليه بإيرادات:

الأول: إنَّه مطلق يقيد إطلاقه بموثق ابن فضال عن علي بن موسى عليهما السلام: «صاحب الحیوان المشتري بالخیار ثلاثة أيام».

٢. وأجاب عنه المصتف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، إذا الغالب كون صاحب الحیوان مشترياً.

ثمَّ أورد على نفسه: بأنَّه كما يتحمل ذلك، يتحمل ورود الإطلاق في الصحيح مورد الغالب، بأنَّ يكون المراد من (صاحب الحیوان) هو المشتري، وإنَّما لم يذكر القيد من

(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١.

(١) المائدة: ٢.

التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم، لأنّ الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا يوجب تنزيل الإطلاق^١، ولا ينافيها أيضاً مادّاً على اختصاص الخيار بالمشتري، لورودها مورد الغالب من كون الشفاعة غير حيوان. ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتباعين^٢، لإمكان تقييدها وإنْ بعدَ بما إذا كان العوضان

باب الاتكال على الغلبة.

١. وأجاب عنه: بأنّه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا توجب تنزيل الإطلاق.

وأورد عليه السيد الفقيه: - وتبعه المحقق الإبرواني^٣ - بأنّ مجرد الدعوى والإمكان لا يصحّ الاستدلال.

أقول: - توضيحاً لما أفاده المصنّف^٤ بنحو يظهر عدم ورود ما أورد عليه، مع ما هو الحق في المقام - إنّ المطلق في الأحكام الانحلالية لا يحمل على المقيد، إذا كانا متافقين - كما في (أكرم العلماء) و(أكرم الفقهاء) - لعدم التنافي بينهما، والمقام من هذا القبيل، ولا ينافي ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم، يبقى حينئذ سؤال، وهو أنّه على هذا ما فائدة القيد، ولمَ ذكر ذلك؟

والجواب: أنه إنّما ذكر القيد لكونه غالباً، كما في قوله تعالى: ﴿وَرَبَّا يُثْكِنُ الَّذِي فِي حُجُورِكُم﴾^(١).

فإن قيل: لمَ لا يحمل المطلق على الغالب؟

أجبنا عنه: بأنّه مع تمامية مقدّمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الإطلاق، ولا يصحّ إرادة المقيد منه إلاّ مع ضمّ ما يصلح عرفاً أن يتّكل عليه في مقام إرادة المقيد، وبعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، وهذا بخلاف حمل المقيد عليه، فإنّه لا يُراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيداً، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، وإنّما يحمل على الغالب خروجاً عن اللغوّية. وعلى هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الإطلاق، مع أنّه يمكن أن يكون (المشتري) وصفاً للحيوان بأن يقرأ بفتح الراء.

٢. الثاني: ما ذكره المصنّف^٤ بقوله: (ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار

.٢٣) النساء: (١).

حيوانين، لكن الإشكال في إطلاق الصّحّيحة الأولى من جهة قوّة انصرافه إلى المشتري، فلامختص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس^١، فلا محيسن عن المشهور. مسألة: لا فرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار^٢، وفي «الغنية» - كما عن الحلبي - أن مدة خيار الأمة مدة استبرائتها، بل عن الأول دعوى الإجماع، وربما يناسب هذا إلى «المقنعة» و«النهائية» و«المراسيم» من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء، ولم أقف لهم على دليل.

للمتباعين، لا إمكان تقييدها وإن بعد بما إذا كان العوضان حيوانين). ولكن لم يظهر لي وجه هذا الإيراد، وأنه كيف يكون إيراداً على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضاً ليس بمناف قطعاً.
الثالث: إنه يقييد إطلاقه بما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة في المقام الأول.

والجواب عنه: أنه لا مفهوم لها، لأنّ صحيح ابن رئاب مورده اشتراء الجارية، وغيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بشبوب المفهوم للوصف واللقب.

الرابع: ما أفاده المصنف^{الرحمي} وتبعه المحقق الإصفهاني^{الرحمي}، وهو:
١. (انصرافه إلى المشتري، فلا مختص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس).

وفيه: إنه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، وهي لا توجب الانصراف المقيد للإطلاق كما حقّ في محله.

فالالأظهر ثبوت هذا الخيار لمن انتقل إليه مطلقاً.

٢. قوله: (لا فرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار).

وقد استدلّ لما عن جمع من أنّ مدة خيار الأمة مدة استبرائتها، بحكم الأصحاب بضمان البائع لها مدة الاستبراء، من جهة تسالمهم على أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له، فإنه يستكشف من ذلك أنّ مدة الاستبراء مدة الخيار.

وفيه أولاً: إنه لا دليل على ضمان البائع في تلك المدة.

وثانياً: إنه لو تم ذلك لم يفد في الحكم بثبوت الخيار في تلك المدة، فإن الملازمة

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد^١، فلو لم يفترقا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان، أو بقي خيار المجلس، لظاهر قوله علیه: «إن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام. وفي غيره حتى يتفرق»، خلافاً للمحکي عن ابن زهرة فجعله من حين التّفرق. وكذا الشیخ والحلّی في خيار الشرط المتّحد مع هذا الخيار في هذا الحكم، من جهة الدليل الذي ذكراه. قال في «المبسوط»: (الأولى أن يُقال: إنّه - يعني خيار الشرط - يثبت من

إنّما تكون بالعكس.

و ثالثاً: إنّ صحیح ابن رئاب - المحکي عن «قرب الإسناد» المتقدم - صریح في أنّ امد الخيار في الجارية انتهاء ثلاثة أيام.

ولولا هذا الصحیح وصحیحه الآخر الآتی، لكان للتشکیك في ثبوت الخيار في بيع الأمة مجال، لأنصراف الحیوان عن الإنسان.

وعليه، فالأظهر هو ثبوت الخيار فيها، وانتهاء أمده بانتهاء ثلاثة أيام.

ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حیواناً

١. الرابع: مبدأ هذا الخيار من حين العقد - كما صرّح به جماعة - وهو ظاهر الباقيين، بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن «مجمع البرهان». وعن ظاهر «الدروس» : التوقف.

وعن «الغنية»: إطلاق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار، بحيث يشمل خيار الحیوان.

ونصّ على ذلك الشیخ وابن إدريس في خيار الشرط، ويلزمهما القول به في غيره لعموم ما علّلا به.

وكيف كان، فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في إنّه هل يختص خيار المجلس بما إذا لم يكن المبيع حیواناً، أم يعمّ ما إذا كان حیواناً؟

الثاني: في أنه على فرض التعميم، هل يكون مبدأه من بعد التفرق، أو من حين العقد؟

أثنا المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرلندي إلى الأول. واستدلّ له بأن النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، وأن نوعاً من الخيار وهو خيار الحيوان ثابت فيه، ونوعاً آخر منه ثابت في غيره، تدلّ على الاختصاص، وبها يقتيد إطلاق ما دلّ على خيار المجلس مطلقاً، كقوله عليه السلام: أيما رجل اشتري من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع^(١).

وفيه أولاً: إن المقابلة الواقعية بين الخيارين، إنما هي من حيث منتهاهما لا في أنفسهما. وعليه، فالنصوص المشار إليها تدلّ على أن أحد الخيار في الحيوان ثلاثة أيام، وبعدها لا خيار، ونصوص خيار المجلس بإطلاقها تدلّ على أن أحد الخيار مطلقاً التفرق، ولا خيار بعده، ولا تعارض بين الجملة الإيجابية من كلّ منهما مع الجملة الإيجابية من الأخرى، وإنما التعارض بين الإيجابية من كلّ منهما مع السلبية من الأخرى، والسبة بما أنها عموم مطلق فيقييد إطلاق السلبية من كلّ منهما بـ الإيجابية الأخرى.

وثانياً: إن النصوص المشار إليها بأنفسها لا تصلح دليلاً للتفصيل القاطع للشركة، وذلك لأنّ صحيح محمد بن مسلم المتقدم في المسألة المتقدمة، يعدّ دليلاً على السيد المرتضى عليه السلام وإن كان مفصلاً، إلا أنه قد عرفت أنه مطروح إما للإعراض أو لترجيح غيره عليه.

لا يقال: إنه متضمن لحكمين: أحدهما ثبوت خيار الحيوان للمتباعين. الثاني عدم ثبوت خيار المجلس فيه، وهو غير حجة في المدلول الأول دون الثاني، إذ لا مانع من طرح الخبر من جهة العمل به من جهة أخرى.

فإنّه يرد: بأن دلالته على الحكم الثاني إنما تكون من جهة التفصيل، فإذا سقط

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٤.

حين التّفرق؛ لأنَّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التّفرق^١، انتهى.

عن الحجّية بالإضافة إلى أحد طرفي التفصيل، وهو ثبوت خيار الحيوان للمتباينين، تبعه سقوطه عن الحجّية في الحكم المترتب على التفصيل.
وأمّا خبر علي بن أسباط المتقدم، فهو ضعيف السند، لأنَّ في طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) وهو مجهول.

وأمّا صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه إنّما يكون في كلام السائل لا الإمام عليه السلام.

وأمّا الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١)، فهو لا يدلّ على عدم ثبوت خيار المجلس في الحيوان، فإنه ذكر عليه أولاً أنَّ خيار المجلس ثابت في كلّ بيع، ثمّ عقبه ببيان حكم آخر لبعض أفراد البيع، وهو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاصّ بعد العام، وترتيب حكم آخر على الخاصّ غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مختصّاً له. وبه يظهر حال صحيح الحلبي.

فالالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان المباع حيواناً.

مبدأ هذا الخيار

وأمّا المقام الثاني: فظاهر النصوص كالفتاوی كون المبدأ من حين العقد.
وقد استدلّ لكون المبدأ من حين التّفرق بوجوه:
١. الأوّل: ما عن الشيخ في «المبسوط»، وهو أنَّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التّفرق.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١.

ونحوه المحكي عن «السّرائر»، وهذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدلّ عليه بأصللة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد^١، بل أصللة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس^٢، وبلزم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دلّ على أنّ تلف الحيوان

وفيه: إنّه إن أُريد من عدم التثبوت، عدم تأثيره في الملكية.

فيرد عليه: أنّه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفرق.

وإن أُريد به عدم اللزوم الذاتي، فيردّه: أنّ البيع من العقود الالزمه.

وإن أُريد به عدم اللزوم الفعلي، فيردّه: أنّ اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنّهما ضدان لا يجتمعان، واللزوم الفعلي مع قطع النظر عنه موجود، إذ لا جه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءً، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد.

١. الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد.

وفيه: - مضافاً إلى أنه لا يجري مع ظهور الدليل - إنه لا يجري في جميع الموارد، فإنه إذا فرض عدم التفرق قبل مضي ثلاثة أيام، وحصوله بعده، لا يجري هذا الأصل، فإنه إن أُريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، وإن أُريد استصحاب بقاء خيار الحيوان، فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، وإن أُريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من أقسام الكلّي، والمختار عدم جريانه. فتأمل.

مع أنه لا يتربّ على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق من كون إسقاطه إسقاطاً لما لا يجب ونحوه، لأنّه بالنسبة إليها مثبت.

٢. الثالث: أصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

ويرد عليه: أنه لا يجري مع ظهور الدليل.

وأورد عليه بإيرادين آخرين:

أحدهما: ما أفاده المحقق النائي^{الله}، وهو أنه بمعناه المحمولي - وهو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان - لا أثر له، وبمعناه النعتي مثبت.

في الثالثة من البائع^٢، مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، ويرد الأصل ظاهر الدليل، مع أنه بالتقدير الثاني مثبت^١.

وفيه: إن العدم المحمولي والنتعي إنما يكون مقسمهما الوصف والموصوف، فيقال: (عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولي، وعده بعده عدم نتعي)، ولا ربط لذلك بالمقام، فإن من له الخيار في المقام هو هذا المعنى.

١. ثانيةما: ما أفاده المصنف^{الله}، وهو أنه مثبت، فإن عدمه قبل الافتراق لازم عقلي لبئاته إلى الثالثة من حين التفرق.

وفيه: إنه كذلك بالنسبة إلى آثار وجوده بعد انتفاضة الثالثة من حين العقد، وأمّا بالنسبة إلى الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق، فلا يكون مثبتاً. وبذلك يظهر أن هذين الأصلين بالنسبة إلى الآثار متعاكسان، وكل منهما يتترتب عليه سخن خاص من الآثار، ومثبت بالنسبة إلى السخن الآخر، فلا وجه للإشكال في جريان أحدهما خاصة بالمبني عليه.

أقول: ويمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، وهو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرق، ويكون المستصحب العدم النتعي، فإنه^{عليه} في أول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفرق قطعاً، ويستصحب ذلك.

وما عن المحقق النائيني^{الله} من أن استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعل، فقد أجبنا عنه في الأصول في مبحث البراءة حالاً ونقضاً.

ولكن يرد عليه: أنه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافاً إلى محكميته بالنسبة إلى الروايات الظاهرة في أن المبدأ من حين العقد.

٢. الرابع: أن جملة من النصوص^(١) تدل على أن تلف الحيوان في الثالثة من البائع لا المشتري. وبضم هذه النصوص إلى ما دل على أن التلف في زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه، يستكشف أن مبدأ خيار الحيوان مما بعد التفرق، إذ لو كان من حين العقد

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

وأدلة التلف من البائع محمول على الغالب، من كونه بعد المجلس^١، ويرة التداخل بآن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية، فلا بأس بالنوع، وإن اتّحدا فكذلك،

لم يكن التلف في جزء من الثلاثة من البائع.

١. وأجاب المصنف^{للله}: عن ذلك بآن أدلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس.

وفيه أولاً: إنّ الغلبة ممنوعة، إذ نسبة التلف إلى كلّ جزء من الأجزاء كنسبته إلى سائر الأجزاء بلا تفاوت.

وثانياً: إنّ الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للإطلاق.

والحق في الجواب أن يقال:

أولاً: إنه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتکفلين لحكمي، لما كان وجه للتصرف في الدليل الظاهر في آن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.

وثانياً: إنه لا دليل بالخصوص على آن التلف في زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه، وإنما يتلزم به على القاعدة، فتخصّص القاعدة بالخصوص الدالة على آن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع.

وثالثاً: إنه لو سلم التعارض وعدم التخصيص، ولزوم التصرف في أدلة الخيار، نقول كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس، وبأن خيار الحيوان يثبت بعد المجلس إلى آن تتم ثلاثة أيام من حين العقد، بل لعلّ الأخير أظهر من جهة أنه مقتضى ثبوت المقتضي لخيار الحيوان مع وجود المانع في المجلس.

الخامس: إنه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد، يلزم إما اجتماع المثلين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لأنّ الثابت قبل التفرق إما خياران أو أحدهما، فعلى الأول يلزم اجتماع المثلين، وعلى الثاني يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد. والمصنف^{للله} في مقام تقرير الإشكال اقتصر على المحذور الثاني، والعلامة اقتصر

لأنَّ الأسباب معرفات، وإنما لأنَّها عللٌ ومؤثرات، يتوقف استقلال كلَّ واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقة، فهي عللٌ تامةٌ إلَّا من هذه الجهة^١، وهو المراد مما في «التذكرة» في الجواب عن أنَّ الخيارين مثلاً فلا يجتمعان، من أنَّ الخيار واحد والجهة متعددة.

ثم إنَّ المراد بزمان العقد، هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة، أو زمان الملك؟^٢ عبر بذلك للخلبة الظاهر هو الثاني، كما استظرفه بعض المعاصرين.

على المحذور الأول، وعليه فمن الغريب أنَّ المصطفَ اللهمَّ حمل جواب العلامة اللهمَّ على ما ذكره في مقام الجواب، مع أنه في مقام الجواب عمَّا ذكره من المحذور لا ما أفاده المصطفَ اللهمَّ. ١. وكيف كان، فقد أجاب المصطفَ اللهمَّ عنه بأنَّ الخيار - الذي هو المستحب - إن كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد، فلا محذور في تعدد السبب لفرض تعدد المسبب، ولا يلزم مع ذلك اجتماع المثلين، وإن كان في جميع الموارد متَّحد الحقيقة، فلا بأس بتردد السبب، وإنما لأنَّ الأسباب معرفات والسبب الحقيقي واحد، وإنما لأنَّ السببين عند الاجتماع معاً علَّة تامة، وعند الانفراد كلَّ منهما علَّة تامة، وعلى التقديرتين السبب واحد.

وفيه: إنَّ الأسباب لا معرفات ولا مؤثرات، بل المؤثر في جعل الأحكام الشرعية إرادة الجاعل، وهي تكون موضوعات للأحكام، ولا يعقل تخلف الأحكام عنها.

والحق في الجواب أنْ يُقال: إنه عند تعدد السبب إنَّ أمكِن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعين، وإلا فإنَّ أمكِن الالتزام بالتعدد من حيث الإضافة إلى الأسباب كالقتل بالنسبة إلى أسبابه يتعمَّن ذلك، وإلا فيلتزم بالتأكد إنَّ أمكِن، والمقام من قبيل الثاني، فإنَّ الخيار الذي هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد ولا التأكُّد، ولكنَّه يمكن تقييده من جهة السبب، وأثره إمكان إسقاطه من جهة وإيقائه من جهة أخرى .

٢. وهل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بالنقل، أو زمان الملك؟ وجهان: أقربهما الثاني.

ويدلُّنا على ذلك أنَّ الخيار إنما يثبت في العقد الذي لولاه كان لازم الوفاء.

وبعبارة أخرى: دليل الخيار مخصوص لعموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»، إذ على هذا فهو يكون

قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام، وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً كان مبدأه بعد القبض، وتمثيله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدم التردد في ذلك.

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض، يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لابد له من أثر. وقد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقادم.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة أيام^١، لا للدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للإستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليل الثلاثي عند التلفيق مع الإنكسار.

ولو عقد في الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، ويحمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد. لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام،

ثابتاً من حين صدق عنوان البائع والمشتري، وهمما إنما يصدقان من حين الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

نعم، التعبير (بصاحب الحيوان) في بعض النصوص موهם لكون المدار على الملكية. وعليه، فالتفصيل بين القول بالنقل أو الكشف في محله، ولكن الظاهر - ولو بقرينة سائر النصوص - أن المراد (بالصاحب) المتلقّي للحيوان لا المالك الفعلي، والغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري.

فالظهور ثبوت الخيار من حين الإجازة على جميع المسالك. فما أفاده المحقق النائيني^{رحمه الله} من أنه على القول بالكشف الحقيقي يتعمّن البناء على ثبوت الخيار من حين إجراء الصيغة، في غير محله.

دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة الخيار

١. قال المصنف: (لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة أيام). والوجه في ذلك: ظهور النصوص في امتداد الخيار من أول تحققه إلى حين زواله.

والإطلاق على المقدار المساوي للنهار ولو من الليل خلاف الظاهر.
 قيل: (والمراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصلية، فتدخل الثالثة، وإلا اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد)، إنتهى.
 فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن، إلا أنه لا يعلل بما ذكر، وإن أراد الليلة الأخيرة، فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد، إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم والليلة، واستعمال اليوم الثالث في خصوص النهار، بل نقول إن اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من نهارين، لا في مجموع النهار والليل أو مقدارهما، ولا في النهار ولو ملتفقاً من الليل^١، والمراد من الثلاثة أيام هي بلياليها، أي ليالي مجموعها لا كل واحد منها، فالليالي لم ترد من نفس اللفظ، وإنما أريدت من جهة الإجماع وظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار الخيار، فكانه قال: (ال الخيار يستمر إلى أن يمضي ست وثلاثون ساعة من النهار).

ولا إشكال أيضاً في دخول الليلة الأولى إن وقع العقد في الليل.
 إنما الكلام فيما لو وقع العقد في أول اليوم، وأنه هل تدخل الثالثة أم لا؟
 قد يقال بالدخول، واستدلّ له:
 بظهور اليوم في النهار مع الليل، إنما لأنّه اسم للمجموع أو للتغليب.
 وبأنه تدخل الليلتين في الثالثة كما تقدم فتدخل الثالثة، وإلا اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد.

وفيهم نظر:

أثنا الأول: فلان اليوم في اللغة وبحسب المتفاهم العربي، اسم لبياض النهار، والتغليب ليس بنحو يوجب الظهور.

وأثنا الثاني: فلان دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما في المستعمل فيه، بل لما عرفت، فلا يلزم الاختلاف في مفردات الجمع.

١. ثم يقع الكلام في أن المراد باليوم، هل هو اليوم التام، فلا يكفي الملحق أو مقداره ولو من نهارين، أو مقداره من الزمان ولو بضم الليل؟ والأظهر هو الأوسط، لأنّ

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: اشتراط سقوطه في العقد^١، ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرّح بعض بالصحة ولا بأس به.

والثاني: إسقاطه بعد العقد^٢، وقد تقدم الأمان.

والثالث: التصرّف، ولا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار^٣، ويدلّ عليه قبل الإجماع النصوص:

الظاهر من الدليل اعتبار اليوم - أي بياض النهار - على نحو الطريقة إلى الساعات النهارية، وعليه فيكتفي الملحق من نهارين، ولا يكتفي الملحق من يوم وليل.

التصرّف مسقط للخيار

الخامس: إنّ هذا الخيار يكون باقياً ما لم يتحقق أحد المسقطات، وهي أمور:

١. أحدها: اشتراط سقوطه في العقد.

٢. والثاني: إسقاطه بعد العقد.

وقد تقدم الأمان في خيار المجلس، فلا حاجة إلى ذكر ما لهما من المباحث.

٣. والثالث: التصرّف، ولا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار

أقول: كلمات القوم في المقام مشوّشة ومضطربة، والأقوال كثيرة، حتى إنّ بعضهم أفتى في كتاب غير ما أفتى به في كتاب آخر، وأفرط بعضهم وحكم بمسقطيّة التصرّف إذا كان إجازة فعلية، وفَرِط آخر وحكم بمسقطيّة كلّ تصرّف حتّى التصرّف للاستخار، والتصرّف في طريق الردّ، وبينهما أقوال لا يهمنا التعرّض لها، والغريب مع ذلك دعوى الإجماع في المقام. اللّهم إلا أن يُراد به الإجماع على مسقطيّة التصرّف في الجملة، ولو بمعنى إسقاط الرضا المستكشف به.

وكيف كان، فال الأولى صرف عنان الكلام إلى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص الأئمّة الأطهار صلوات الله عليهم.

ففي صحيح ابن رئاب: «إِنْ أَحْدَثَ الْمُشْتَرِيَ فِيمَا اشْتَرَى حَدِيثًا قَبْلَ الْثَّلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَذَلِكَ رَضَاً مِنْهُ، وَلَا شَرْطٌ لَهُ». قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرباً عليه قبل الشراء». وصحيح الصفار: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ: فِي الرَّجُلِ اشْتَرَى دَابَّةً مِنْ رَجُلٍ، فَأَحْدَثَ فِيهَا حَدِيثًا مِنْ أَخْذِ الْحَافِرِ أَوْ نَعْلَهَا أَوْ رَكْبَ ظُهُورِهَا فَرَاسِخٌ، أَلَّهُ أَنْ يَرَدَّهَا فِي الْثَّلَاثَةِ أَيَّامٍ تِي لَهُ فِيهَا الْخِيَارُ، بَعْدَ الْحَدِيثِ الَّذِي يَحْدُثُ فِيهَا، أَوْ الرَّزْكُوبُ الَّذِي يَرْكُبُهَا فَرَاسِخٌ؟ فَوَقَعَ عَلَيْهِ: إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدِيثًا فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى».

وفي ذيل الصحيح المتفق عليه عن «قرب الأسناد»: «قلت له: أرأيت إن قبلاها المشترى أو لامس؟ فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط، ولزم البيع». واستدلّ عليه في «الذكرة» بعد الإجماع بأن التصرف دليل الرضا، وفي موضع آخر منها إله دليل الرضا بلزوم العقد، وفي موضع آخر منها - كما في «الغنية» - أن التصرف إجازة.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار المذكورة في المتن، وهي صحيح ابن رئاب^(١) وصحيح الصفار^(٢) والصحيح المتفق عليه عن «قرب الأسناد».
الثاني: في المبعدات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطاً.
الثالث: فيما توهّم من منافاة طائفة أخرى من الأخبار لهذه الروايات.
أثنا عشر الأول: فالكلام فيه في جهات:

الجهة الأولى: إن قوله عَلَيْهِ في صحيح الصفار: «إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا حَدِيثًا فَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ»، ونحوه ما في صحيح ابن رئاب، يدلّ على أن إحداث الحدث بنفسه مسقط، والمراد به إعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف ك斯基 الدابة وإعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخار أو للردد، لأنّه ليس هذا التصرف

(١) - (٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢ و ٣.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلا برضاه، كما يشير إليه قوله: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام الم المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرّح به في «التذكرة» في بيان التصرف المسقط للرد بالعيب، من أنه لو استخدمه بشيء خفي مثل: (اسقني) أو (ناولني الثوب) أو (أغلق الباب)، سقط الرد، ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط، معللاً بأنّ هذه الأمور قد يؤمر بها غير المملوك، بأنّ المسقط مطلق التصرف، وقال أيضاً: (لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الرد، لأنّه استعمال وانتفاع)، انتهى.

وقال في موضع من «التذكرة»: (عندنا أن الاستخدام، بل كلّ تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد)، انتهى.

وهو في غاية الإشكال، لعدم تبادر ما يعمّ ذلك من لفظ الحدث، وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أنّ من المعلوم عدم انفكاك الم المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو، مع أنّهم ذكروا أنّ الحكمة في هذا الخيار الاطلاع

من باب تصرف المالكين في أملاكهم، ولذا قيد الرواية ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ، الذي هو من شؤون المالك، ومن وجوه الانتفاع بماله، كما أنّ الإمام عليه السلام قيد النظر بما كان محراً قبل الشراء، وعلى هذا فالمستفاد من هذه النصوص أنّ كلّ تصرف مالكي لم يكن للمشتري قبل الشراء إذا وقع بعده يكون مسقطاً للختار، ولو لم يكن إجازة فعلية.

الجهة الثانية: إنّه قد يتوجه أنّ الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية ولمسها والنظر إليها ليست مصاديق لإحداث الحدث، بل هي من قبيل الأمر بإغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها؟

لكنه فاسد: إذ قد عرفت أنّ إحداث الحدث يعمّ كلّ تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد، وهذه منه.

الجهة الثالثة: ورد في صدر صحيح ابن رئاب: «إإن أحدث المشتري فيما اشتري

على أمور خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري، وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والستقي وشبيه ذلك. وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالته على الرضا بلزوم العقد، كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رئاب^١، ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد، فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها. ودعوى أن جميعها مما يدلّ لو خلّي وطبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية كما ترى.

ثم إن قوله عليه السلام في الصحيح: «فذلك رضاً منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابلة كراهة ضده، أعني الفسخ، وإن فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد إلى حين الفسخ، ويشهد لهذا المعنى روایة عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين، عن أبيه، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، قال: «قال رسول الله عليه السلام: في رجل اشتري عبداً بشرطٍ إلى ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط؟ قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو بريء من الخصم»، فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة، أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك.

إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام: «فذلك رضاً منه ولا شرط له»^٢ يحتمل وجهاً :

حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط».

١. رتب سقوط الخيار على كون إحداث الحدث رضاً بالبيع.

وقد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، وقبل بيان ما ذكره المصنف^{رحمه الله} من المحتملات، لابد من بيان ما هو الحق عندنا، وهو يتوقف على مقدمة، وهي: إن المراد بالرضا ليس هو طيب النفس المعدود من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، وذلك لوجهه :

منها: حمله على إحداث الحدث الذي هو من الأفعال، ولا يصح حمل الصفة على الفعل إلا مع العناية.

ومنها: إنه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعاً.

ومنها: إن الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باه، وبمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، وهو في هذه النصوص تعدى بنفسه، وعلى هذا فالمراد من قوله: «فذلك رضاً

أحداها: أن يكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعاً بـأن التصرّف التزام بالعقد وإن لم يكن التزاماً عرفاً.

الثاني: أن يكون توطئة للجواب، وهو قوله: «ولا شرط له»^٢، لكنه توطئة لحكمة الحكم، وتمهيد لها لا علة حقيقة، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرّف دلالة غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا، وعلى هذين المعنيين، فكلّ تصرّف مسقط وإن علم عدم دلالته على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة أخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب، وملاحظة نوع التصرّف لو خلّي وطبعه، ويكون علة للجواب^٣، فيكون نفي الخيار معللاً بـكون التصرّف غالباً دالاً على الرضا بـلزم العقد، وبعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى عنته، كما في قوله: (لا تأكل الرمان لأنّه حامض). دلّ على اختصاص الحكم بالتصرّف الذي يكون كذلك. أي دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد، وإن لم يدلّ في شخص المقام.

منه» أنه اختيار وإجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بـأن كلّ ما يكون إحداث الحدث، يكون إجازة للعقد، ووجباً لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر النصوص المطلقة.

إذا عرفت هذا فاعلم، أن المصطف^{للله} لما بنى على أن المراد من الرضا هو طيب النفس، احتمل وجوهاً فيها:

١. أحداها: أن الرضا محمول على التصرّف بعنوان التعبد والتنزيل.

٢. ثانيةا: إن قوله: «فذلك رضا منه» توطئة للجواب الذي هو قوله: «ولا شرط له»، ويكون المراد منه أن التصرّف لكونه كاشفاً نوعياً عن الرضا، يكون مسقطاً، لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرّف مسقطاً ولو علم في مورد عدم الرضا بالعقد.

٣. ثالثها: أن يكون المراد من قوله: «فذلك رضا منه» هذا المعنى المشار إليه في

فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانٍ لها مقيداً بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة، كما إذا دل الحال أو المقام على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباهاً بعين أخرى مملوكة له، ويدخل فيه كلما دل نوعاً على الرضا، وإن لم يعُد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع، والإذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: أن يكون إخباراً عن الواقع، ويكون العلة هي نفس الرضا الفعلي والشخصي، ويكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلو لم يثبت الرضا الفعلي لم يسقط الخيار^١.

ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانوا موافقين لإطلاق سائر الأخبار وإطلاقات بعض كلماتهم -مثل ما تقدم من «التذكرة» من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانيين، بل لإطلاق بعض معاق الإجماع -إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتهما لأكثر كلماتهم. فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصريف للاختبار والحفظ. بل ظاهرها اعتبار الدلالة في الجملة على الرضا كما سيجيء

الوجه الثاني، لكنه مأخذ على وجه العلية، فيكون مفاده أن كل تصرف يكون كافياً نوعياً عن الرضا يكون مسقطاً للخيار.

١. رابعها: هذا المعنى مع إرادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا.

وقد اختار المصنف الوجه الثالث.

وجميع هذه الوجوه بعيدة:

أولاً الأول: فلأن الرضا بنفسه لا حكم له في باب المعاملات، كي ينزل التصرف منزلته.

وأثنا الثاني: فلأن الظاهر مما يذكر في مقام العلة كونه علة لا حكمة.

وأثنا الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة في النصوص، لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خلّيت وطبعها.

وأثنا الرابع: فيرد عليه - مضافاً إلى ما أورد على الوجه الثالث - : إن لم يلتزم به أحد، وأضف إلى ذلك ما عرفت من فساد المبني، فالمعنى هو ما ذكرناه.

ويؤيده حكم بعضهم بكافية الدال على الرضا، وإن لم يعد تصرّفاً كتقبيل الجارية للمشتري^١، على ما صرّح به في «التحرير» و«الدروس». فعلم أنّ العبرة بالرضا، وإنما اعتبر التصرّف للذلة وورود النص أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة^٢، مع أنه ليس حدثاً عرفاً. وممّا يؤيّد عدم إرادة الأصحاب كون التصرّف مسقطاً إلا من جهة دلالته على الرضا، حكمهم بأنّ كلّ تصرّف يكون إجازة من المشتري في المبيع، يكون فسخاً من البائع^٣، ولو كان التصرّف مسقطاً تعدياً عندهم من جهة النص، لم يكن وجه للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً. وقد صرّح في «التذكرة» بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول وبال فعل، وذكر التصرّف مثلاً للفسخ والإجازة الفعليين، فاندفع ما يقال في تقرّب كون التصرّف مسقطاً لا للذلة على الرضا، بأنّ الأصحاب يعدّونه في مقابل الإجازة.

ثم مع الإغماض عما ذكرناه، فغاية الأمر إجمال هذه الجملة، فلا مقيد لإطلاق النصوص، فالمستفاد من النصوص أنّ إحداث الحدث بنفسه مسقط للخيار. فيما عن المحقق النائي^{عليه السلام} من حمل النصوص على إرادة أنّ كلّ تصرّف يكون إجازة فعلية يكون مسقطاً، غير تام.

وأئمّا المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعّدات كون كلّ إحداث الحدث مسقطاً أموراً:
١. منها: حكم بعضهم بكافية الدال على الرضا، وإن لم يعد تصرّفاً، كتقبيل الجارية.
وفيها: إنّه وإن لم يكن ذلك تصرّفاً إلا أنه إحداث الحدث.

٢. منها: ورود النص أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة، مع أنه ليس حدثاً عرفاً، والكلام في النص سياق مفصلاً في المورد الثالث.
وفيها: إنّ التعريض للبيع إذا كان بعنوان بيعه لا بعنوان استخار قيمته من الحدث عرفاً.

٣. منها: أنّ الأصحاب ذكروا أنّ كلّ فعل وتصرّف يكون إجازة، إذا كان فيما انتقل إليه، ويكون ردّاً وفسخاً إذا كان في ما انتقل عنه، ومن المعلوم أنّ كلّ تصرّف فيما

وأما المعنى الرابع فهو وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللّفظ، بل جزم به في «الدّرّوس»، ويؤيده ما تقدّم من روایة عبد الله به الحسن بن زيد، الحاکية للنبوي الدالّ -كما في «الدّرّوس» أيضًا - على الاعتبار بنفس الرّضا.

وظاهر بعض كلماتهم الآتية أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناثة الحكم بالرّضا الفعلي بلزم العقد، مع أنّ اظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة، فتعين إرادة المعنى الثالث، ومحضه دلالة التصرّف لو خلّي وطبعه على الالتزام، وإن لم يفدي خصوص المقام، فيكون التصرّف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية، وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه، قال في «المقنعة»: (إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرّضا بالابتهاج)، انتهى.

ومثل للتصرّف في مقام آخر بأن ينظر إلى الأمة إلى ما يحرم لغير المالك. وقال في «المبسوط» في أحكام العيوب: (إذا كان المبیع بهيمة، وأصاب بها عیباً فله ردها. وإذا كان في طريق الرّد جاز له رکوبها وسقیها وعلفها وحلبها وأخذ لبّنها، وإن نتجت كان له نتاجها، ثم قال: ولا يسقط الرّد، لأنّه إنما يسقط بالرّضا بالعيوب، أو بترك الرّد بعد العلم بالعيوب، أو بأن يحدث فيه عیب عنده، وليس هنا شيء من ذلك)، انتهى.

انتقل عنه لا يكون ردًا، فكذا الإجازة.

وفيه: إنّه قد عرفت أنّ إحداث الحدث بنفسه مسقط، لا بما أنه إجازة فعلية، والملازمـة التي ذكرها الأصحاب إنما هي بين ما هو إجازة فعلية وفسخ فعلـي، لا بين إحداث الحدث والفسـخ، فلا ربط لذلك بالمقـام.

منها: أنّه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخبرـار، إذ من المعلوم عدم انفكـاك المملـوك أو الحـيوان المشـترى عن تصرـف ما في أثناءـ الثلاثـة.

وفيـه: قد مرّ أنّ إحداثـ الحـدثـ أـخـصـ منـ وجـهـ منـ التـصرـفـ.

وبـهـ يـظـهرـ الجـوابـ عنـ الـأـمـرـ الثـانـيـ، وـهـوـ أـنـ الـحـكـمـةـ فيـ هـذـاـ الـخـيـارـ الـاطـلـاعـ عـلـىـ أـمـورـ خـفـيـةـ فيـ الـحـيـوانـ، تـوجـبـ زـهـادـةـ الـمـشـتـرـىـ، وكـيـفـ يـمـكـنـ أـنـ يـطـلـعـ إـلـيـانـ عـلـىـ ذـلـكـ معـ دـمـ التـصرـفـ.

وفي «الغنية»: (لو هلك المبيع في مدة الخيار، فهو من مال بائعه، إلا أن يكون المباع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا)، انتهى.

وقال الحلبي في «الكافي» في خيار الحيوان: (إإن هلك في مدة الخيار، فهو من مال البايع، إلا أن يحدث فيه حدثاً يدل على الرضا)، انتهى.

وفي «السرائر» بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام، قال: (هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثاً يدل على الرضا، ويتصرّف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرّف أجرة، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها، أو يدبرها تدبّراً، ليس له الرجوع فيه كالمنذور)، انتهى.

وقال في موضع آخر: (إذا لم يتصرّف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة). وأما العالمة فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرّف دليل الرضا باللزوم.

وقال في موضع آخر: (لو ركب الدابة ليردها، سواء قصرت المسافة أو طالت، لم يكن ذلك رضاً بها، ثم قال: ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها، لم يكن ذلك رضاً منه بامساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرّف يؤذن بالرضا).

وفي «التحrir» في مسألة سقوط رد المعيّب بالتصرّف، قال: (وكذا لو استعمل المبيع أو تصرّف فيه بما يدل على الرضا). وقال في «التروس»: (استثنى بعضهم من التصرّف؛ ركوب الدابة والطّحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر وليس بعيد).

وقال المحقق الكركي: (لو تصرّف ذو الخيار غير عالم، وأن ظنّها جاريته المختصة فتبينت ذات الخيار، أو ذهل عن كونها المشتراة. ففي الحكم تردد، ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرّف، ومن أنه غير قادر إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، والتصرّف إنما عد مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم).

وقال في موضع آخر: ولا يعد ركوب الدابة للاستخار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرّفاً، ثم قال: وهل يعد حملها للاستخار تصرّفاً ليس بعيد أن لا يعد. وكذا لو أراد ردها وحلبها لأخذ اللبن، على إشكال ينشأ من أنه ملكه، فله

استخلاصه)، انتهى.

وَحُكِيَّ عَنْهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ قَالَ: (وَمَرَادُ بِالْتَّصْرِيفِ الْمُسْقَطُ مَا كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ التَّمْلِكُ، لَا الاختِبَارُ، وَلَا حَفْظُ الْمُبَيْعِ كِرْكُوبُ الدَّابَّةِ لِلْسَّقِيِّ)، انتهى.

ومَرَادُهُ مِنَ التَّمْلِكِ البقاءُ عَلَيْهِ وَالإلتِزَامُ بِهِ، وَيُحَتمِّلُ أَنْ يُرَادُ بِهِ الإِسْتِعْمَالُ لِلانتِفاعِ بِالْمَلْكِ لَا لِالْأَخْتِبَارِ أَوِ الْحَفْظِ، هَذَا مَا حَضَرَنِي مِنْ كَلْمَاتِهِمْ فِي هَذَا الْمَقَامِ، الظَّاهِرَةُ فِي الْمَعْنَى الْثَالِثِ. وَحَاصِلُهُ التَّصْرِيفُ عَلَى وَجْهِ يَدِّلُ عَرْفًا لِوَحْيِي وَطَبْعِهِ عَلَى الْإلتِزَامِ بِالْعَقْدِ، لِيَكُونَ إِسْقَاطًا فَعْلِيًّا لِلْخِيَارِ، فَيُخْرِجُ مِنْهُ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَى وَقْوَعِهِ لَا إلتِزَامَ، لَكِنْ يَبْقَى الإِشْكَالُ الْمُتَقَدِّمُ سَابِقًا مِنْ أَنَّ أَكْثَرَ أَمْثَلَةِ التَّصْرِيفِ الْمُذَكُورَةِ فِي النَّصوصِ وَالْفَتاوَى لَيْسَ ذَلِكَ، بَلْ هِيَ وَاقْعَةٌ غَالِبًا مَعَ الْغَفْلَةِ أَوِ التَّرَدُّدِ أَوِ الْعَزْمِ عَلَى الْفَسْخِ مُطْلَقًا. وَإِذَا اطَّلَعَ عَلَى مَا يُوجَبُ زَهْدُهُ فِيهِ، فَهِيَ غَيْرُ دَالَّةٍ فِي نَفْسِهَا عَرْفًا عَلَى الرَّضَا. وَمِنْهُ يَظْهُرُ وَجْهُ التَّنَّرِيرِ فِي دُفُعِ الْإِسْتِبْعَادِ الَّذِي ذُكِرَنَا هُوَ سَابِقًا مِنْ عَدْمِ اِنْفَكَاكِ اِشْتِرَاءِ الْحَيَوانِ مِنَ التَّصْرِيفِ فِيهِ فِي الْثَالِثَةِ، فَيَكُونُ مُورِدُ الْخِيَارِ فِي غَايَةِ النَّدرَةِ، بِأَنَّ الْغَالِبَ فِي هَذِهِ التَّصْرِيفَاتِ وَقَوْعَهَا مَعَ دَعْمِ الرَّضَا بِالنَّزُومِ، فَلَا يَسْقُطُ بِهَا الْخِيَارُ، إِذَا فِيهِ أَنَّ هَذَا يُوجَبُ استِهْجَانَ تَعْلِيلِ السَّقْوَطِ بِمُطْلَقِ الْحَدِيثِ بِأَنَّهُ رَضَا، لَأَنَّ الْمَصْحَحَ لِهَذَا التَّعْلِيلِ

وَأَقْمَى الْمُوْرَدِ الْثَالِثِ: فَمَا تَوَهَّمَ مِنَافَاتِهِ لِلنَّصُوصِ الْمُتَقَدِّمَةِ خَبْرَانِ: أَحَدُهُمَا: خَبْرُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ الْحَاكِي لِلنَّبُوِيِّ: «فِي رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدًا بِشَرْطٍ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَمَاتَ الْعَبْدُ فِي الشَّرْطِ؟ قَالَ عَلَيْهِ اللَّهُ أَكْبَرُ: يَسْتَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا رَضِيَهُ ثُمَّ هُوَ بِرِيءٍ مِنَ الصَّمَانِ»^(١).

بِتَقْرِيبٍ: أَنَّهُ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بَيْنَ اِحْدَادِ الْحَدِيثِ وَعَدْمِهِ، وَحُكِمَ بِالْبَرَاءَةِ وَلَوْ أَحْدَدَ الْحَدِيثَ، فَيُسْتَكْشِفُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْمُسْقَطَ إِنَّمَا هُوَ الرَّضَا، وَمُسْقَطِيَّةُ إِحْدَادِ الْحَدِيثِ إِنَّمَا تَكُونُ لِأَجْلِ كَاشِفِيَّتِهِ عَنِ الرَّضَا، لَا أَنَّهُ بِنَفْسِهِ مُسْقَطٌ. وَفِيهِ أَوَّلًا: إِنَّ الْخَبَرَ ضَعِيفَ السَّنْدِ.

وَثَانِيًا: إِنَّ الْمَرَادَ بِالرَّضَا فِيهِ لَيْسَ هُوَ طَيِّبُ النَّفْسِ، إِذَا هُوَ لَيْسَ مُسْقَطًا لِلْخِيَارِ

(١) الْوَسَائِلُ - بَابُ ٥ - مِنْ أَبْوَابِ الْخِيَارِ حَدِيثٌ ٤.

مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضا هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبة، فإذا فرض أنّ الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ، أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلّا في قليل من أفراده مستهجنًا، وأما الاستشهاد بذلك بما سيجيء من أنّ تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، وليس ذلك إلّا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ بردّ مثل الثمن. ففيه ما سيجيء، ومما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام، يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف، مثل روایة عبدالله بن الحسن المتقدمة، التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفّي في زمان الخيار وعده، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى، ومثل الخبر المصحّح: «في رجل اشتري شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّ؟ قال: إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنيها يردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء». ونحوه الآخر^١، وما فيهما من ردّ ثلاثة أمداد لعلّه محمول على الاستحباب، مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الروایة، فتأمل.

قطعاً، بل المراد به الالتزام بالعقد والاختيار، وقد مرّ أنّ إحداث الحدث منه تعبدأ وبالحكومة.

وثالثاً: إنّ الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة، لا للبيان من جهة أخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين إحداث الحدث وعدمه.

١. ثانيهما: المصحّح^(١) المذكور في المتن ونحوه الآخر.

وفيه أولاً: إنّ موردهما الردّ بعد الثلاثة، فهما أجنبيان عن المقام، ويحملان على إرادة الردّ بخيار العيب، والتصرف ليس مسقطاً له.

وثانياً: إنه لم يعمل بهما لتضمنهما ردّ ثلاثة أمداد.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

وقد أفتى بذلك في «المبسوط» فيما لو باع شاةً غير مصرأة وحلبها أياماً، ثم وجد المشتري فيها عيباً، ثم قال: (وقيل: ليس له ردها لأنَّه تصرف بالطلب). وبالجملة: فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً، لدلالته على الرضا بلزوم العقد، وبين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى، خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد أو التردد فيه، وفي التصرفات للإستخدام مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد، في غاية الإشكال، والله العالم بحقيقة الحال.

الثالث: خيار الشرط، أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد^١، ولا خلاف في صحة هذا الشرط، ولا في أنه لا يتقدر بحد عندنا، ونقل الإجماع عليه مستفيض، والأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوَّغة لاشترط كل شرط إلا ما استثنى، والأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة.

فمن الأولي: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى توافره: «أنَّ المسلمين عند شروطهم»^٢.

ويزيد في صحيحه ابن سنان: «ألا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز». وفي موثقة إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً».

فتحصل: أنَّ الأَظْهَر كون إحداث الحدث - أي إعمال عمل جديد - لم يكن له قبل الاشتراك من المسقطات بنفسه.

خيار الشرط

١. الثالث: خيار الشرط ثابت بالضرورة بين علماء المذهب والكتاب والسنّة عموماً وخصوصاً في بعض أفراده. كما في «الجواهر» وهو يثبت في كل مبيع اشتراط الخيار فيه.

وقد استدلَّ لصحة هذا الشرط بوجهين :

٢. الأول: الأخبار العامة المسوَّغة لاشترط كل شرط إلا ما استثنى، كالخبر

المستفيض: «الMuslimون عند شروطهم»^(١).

وقد أورد على الاستدلال بها بأمور:

أحدها: ما عن «المستند» من أنّ هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة، إذ السنة دلت على أنّ البيع يجب بالافترار، فاشترط عدم وجوبه مخالف للسنة، فلا يكون مشمولاً لتلك الأخبار، لأنّه قد استثنى من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب والسنة.

وفيه: إنّ وجوب البيع ولزومه حقي لا حكمي، لجريان الإقالة فيه، فشرط عدمه ليس مخالفًا للكتاب والسنة، إذ الشرط المخالف للسنة هو شرط فعل، أو ترك محظوم بحكم إلزامي، أو عدم حكم وضع غير حقي، كما تقدّمت الإشارة إليه، وسيجيء تفصيله في باب الشروط.

ثانيها: إنّ شرط مخالف لمقتضى العقد، لأنّ مقتضاه لزوم البيع.

وفيه: إنّ اللزوم من أحكام العقد لا من مقوماته، فشرط عدمه ليس مخالفًا لمقتضى العقد.

ثالثها: ما أفاده المحقق الإبرواني^{رحمه الله}، وهو أنّ ظاهر الأخبار التكليفي، ووجوب أن يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعمّ ما هو من قبيل شرط النتيجة الذي منه المقام، وهو شرط الخيار وثبتوت حق الرجوع.

وفيه أولاً: قد تقدّم في مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس، أنّ مفاد هذه النصوص -بقرينة غيرها من الأخبار - نفوذ الشرط الذي له ربط بالمشروط عليه، فتشمل شرط النتيجة.

وثانياً: إنّ يمكن إرجاع هذا الشرط إلى شرط الفعل، بأن يشترط أن يفسخ متى ما أراد.

رابعها: ما أفاده المحقق الإبرواني^{رحمه الله} أيضاً، وهو أنّ المقام داخل في شرط فعل الله

(١) راجع الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار - وباب ٤ من أبواب كتاب المكتابة.

نعم، في صحيحة أخرى لابن سنان: «مَنْ اشترط شرطاً مُخالفاً لكتاب الله، فَلَا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله»، لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب، و تمام الكلام في معنى هذه الأخبار، وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط، في ضمن العقد إن شاء الله، والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد، وهي تظهر برسم مسائل:

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلًا بالعقد أو منفصلًا عنه^١، لعموم أدلة الشرط^٢، قال في «التذكرة»: (لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافاً للشافعي).

-أعني حكمه بال الخيار - وهو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب المؤمنون.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدم من إمكان إرجاعه إلى شرط الفعل - إنّ هذا الحكم الشرعي بما أنه مجعول في ظرف إنشاء المكلف - كما في سائر الإنسانيات - يكون مقدوراً بالواسطة. وإن شئت قلت: إنّ المشروط هو الخيار عند المتباعين، والشارع الأقدس أمضى ذلك وحكم بال الخيار، لا أنه هو المشروط، فتدبر. فالظهور تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني: الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة:

منها: النصوص المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برد الثمن الآتي نقلها.

و منها: صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: «إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرْطٌ أَيَّامًا مَعْدُودَةً، فَهُلْكَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَمْضِي الشَّرْطُ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ»^(١).

و منها: غير ذلك، وقد جعلها صاحب «المستند» مخصوصة لما دلّ على عدم صحة الشرط المخالف.

وأورد عليه: بأنّ سياق أدلة عدم صحة الشرط المخالف آبٍ عن التخصيص.

لو جعل الخيار ولم يعيّن المدة

١. قوله: «لا فرق بين كون زمان الخيار متصلًا بالعقد أو منفصلًا عنه».
- محل الكلام في هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلاً، بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك.
٢. لعموم أدلة الشروط.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ٢.

واستدلّ له في موضع آخر بلزم صدور العقد جائزًا بعد اللزوم^١، ورُدّ بعدم المانع من ذلك، مع أنه كما في «الذكرة» منتفض بخيار التأخير وخيار الرؤية. نعم يشترط تعين المدة، فلو تراضياً على مدة مجهولة^٢ كقدم الحاج بطل

١. ودعوى: أنه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه.
مندفعه: بأنه لا محذور في ذلك، مضافاً إلى ثبوت نظيرها في الشرع كخيار التأخير، ولا في جواز تقدير أي مدة شاء.

٢. قال المصنف: (إنما الكلام وقع فيما لو عين مدة مجهولة كقدم الحاج).

والكلام فيه في موردين:
الأول: في صحة الشرط وفساده.

الثاني: في صحة البيع وفساده.

أما المورد الأول: فقد استدلّ على بطلان الشرط بوجوه:

أحدها: الإجماع، وهو كما ترى.

ثانيها: ما أرسله بعض من نهي النبي ﷺ عن الغرر^(١). وهو عام شامل للشرط أيضاً، ولا بأس به، وهو وإن كان ضعيف السندي، إلا أنّ عمل الأصحاب واستدلالهم به في جملة من المواقع يوجب جبره.

ثالثها: أنّ البيع يبطل، فيكون الشرط باطلًا بالتبع.

رابعها: ما في «الجواهر» من أنّ اشتراطه مخالف للسنة.

وفيه إن أريد بذلك أنّ البيع بواسطة هذا الشرط يصير غريباً، فهذا شرط مخالف للسنة، فيرده: أنّ الظاهر من قوله: «إلا شرطاً خالفاً كتاب الله» كون الالتزام بنفسه أو الملتم به مخالفًا لكتاب أو السنة، وأما الشرط الموجب لمخالفته شيء آخر لكتاب أو السنة، فهو غير مشمول له، وإن أردت به أنّ الشرط الغريبي بنفسه منهياً عنه، فيكفي في فساده نفس دليل الغرر.

وأما المورد الثاني: فقد استدلّ ببطلان البيع بوجوه:

(١) الذكرة ج ١ - ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - وعن الشهيد رحمه الله نحوه.

بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحاً، لصيوررة المعاملة بذلك غررية^١، ولا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات، وإقدام العقلاء عليه أحياناً^٢، فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات، عدم رضا الشارع بذلك، إذ كثيراً ما يتافق التشاح في مثل الساعة والساعتين من زمان الخيار، فضلاً من اليوم والبيومين.

وبالجملة: فالغرر لا ينتفي بمسامحة الناس في غير زمان الحاجة إلى المداققة، وإنما يكن بيع الجزاف وما تعدد تسليمه، والثمن المحتمل للتتفاوت القليل، وغير ذلك من الجهالات، غرراً، لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداققة في أكثر الجهات. ولعل هذا مراد بعض الأساطين من قوله: (إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرة في العرف)، وإن فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف. نعم، الجهة التي لا يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاح، بحيث يكون التأثر كالمعود لا تعدّ غرراً، كتفاوت المكائيل والموازين.

أحدها: الإجماع، وهو كما ترى.

ثانيها: أن الشرط إذا فسد فسد المشروط، وقد تقدم فساد الشرط.

وفيه: ما سيجيء في محله من أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً.

١. ثالثها: صيوررة المعاملة بذلك غررية.

٢. وأورد عليه تارة: بأن العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة، ويسامرون في مثل هذه الجهة.

وآخر: بأن الشرط إنما يكون التزاماً في ضمن التزام، وجهالة المظروف لا تسري إلى الظرف، وهو معلوم من جميع الجهات، فلا يكون غررياً.

وثالثة: بما عن المحقق الإيرلندي الله، وهو أن الغرر المنهي عنه لا يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، وإنما يبطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس.

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن إقدام العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فإنهم ربما يقدمون على المعاملة الخطيرة، والشارع الأقدس لأجل سد هذا الباب نهى عن البيع الغربي.

ويشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالة على اعتبار كون السّلام إلى أجل معلوم، وخصوصاً موثقة غياث: «لا بأس بالسلام في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يُسلم إلى دين أو إلى حصاد». مع أنَّ التأجيل إلى الدياس والحساب وشبيههما فوق حد الاحصاء بين العقلاة الجاهلين بالشّرعي، وربما يستدلّ على ذلك بأنَّ اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة، لأنَّه غرر^١.

وفيه: إنَّ كون البيع بواسطة الشرط مخالف للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالف للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم إلا أن يُراد أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر، وإن لم يكن بيعاً فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالف للكتاب والسنة، لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع^٢، فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

وأمّا الثاني: فلأنَّ الشرط وإن كان التزاماً في ضمن التزام، إلا أنَّ المشروط بما أنه جواز العقد - ومن المعلوم أنَّ الملكية الازمة غير الملكية الجائزة - فلا محالة تسرى الجهالة إلى البيع، ويصير البيع بذلك غررياً كما لا يخفى.

وأمّا الثالث: فلأنَّ خيار المجلس إنما يكون بجعل من الشارع، وأمّا المتعاملان فهما عالمان بما ينشآن، ولا جهالة فيه بوجه ولا غرر. وحكم الشارع لا يوجب غررية البيع. فالظهور تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

١. قوله: (إنَّ اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة لأنَّه غرر).

قد عرفت أنَّ مراد من استدلّ بهذا الوجه، إثبات بطلان الشرط بمخالفته للكتاب والسنة، ويكون نفس الشرط غررياً، فنفس الشرط مشمولٌ لقوله عليه عليه: «نهى النبي ﷺ عن الغرر»، وإذا كان الشرط باطلًا، كان البيع باطلًا؛ لأنَّ الشرط الفاسد مفسد، وعليه فلا يرد عليه ما أورده المصنف بقوله:

٢. (لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع).

وفيه: إنَّ إذا كان الشرط غررياً وباطلاً، لا يسري ذلك إلى البيع، لما سبأته في محله من أنَّ الشرط التزام في ضمن التزام، إلا بالتقريب الذي ذكرناه، فراجع.

مسألة: لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدم الحاج، وبين عدم ذكر المدة أصلاً، لأن يقول: (بعثتك على أن يكون لي الخيار)، وبين ذكر المدة المطلقة، لأن يقول: (بعثتك على أن يكون لي الخيار مدة) لاستواء الكل في الغرر^١، خلافاً للمحكي عن «المقنعة» و«الانتصار» و«الخلاف» و«الجواهر» و«الغنية» والحلبي، فجعلوا مدة الخيار في الصورة الثانية ثلاثة أيام، ويحتمل حمل الثالثة عليها، وعن «الانتصار» و«الغنية» و«الجواهر» الإجماع عليه. وفي محكي «الخلاف» وجود أخبار الفرق به، ولا شك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار^٢، فيكتفي في انجبارها بالإجماعات المنقولة. ولذا مال إليه في محكي «الدروس»، لكن العلامة في «التذكرة» لم يحك هذا القول إلا عن الشّيخ رحمه الله، وأوله بإرادة خيار الحيوان.

وعن العلامة الطّباطبائي في مصابيحه: الجزم به، وقوّاه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في «مفتاح الكرامة» من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه، إذ الغرر مندفع

١. وقد صرّح غير واحد بعدم الفرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة، وبين عدم ذكر المدة، وبين ذكر المدة المطلقة، بأن يقول: (بعثتك بشرط أن يكون لي الخيار مدة)، لاستواء الجميع في الغرر بالتقريب المتنقدم. وقيل: إن المشهور بين المتقدمين الصحة في الثالث، والانصراف إلى ثلاثة أيام، وعن جماعة دعوى الإجماع عليه.

٢. واستدلّ له بوجوه: الأول: ما عن محكي «الخلاف» من وجود أخبار الفرق به. بتقريب أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار، فيكتفي في انجبارها بالإجماعات المنقولة. وفيه: إن عمل الأصحاب إنما يوجب انجبار ضعف السندي، لو علم استنادهم إلى الخبر، وإلا ف مجرد مطابقة الفتوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، وفي المقام حيث لم يحرز ذلك، ولعلّهم استندوا إلى الوجه الثاني، بل يحتمل أن يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبراً. مع أن العمل يوجب جبر ضعف السندي لا الدلالة، وحيث إنّه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها، فلا يصح الاستدلال بها.

بتتحديد الشرع، وإن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته، وزاد في «مفتاح الكرامة» التعليل بأنّ الجهل يؤل إلى العلم الحاصل من الشرع.

وفيه: ما تقدم في مسألة تعذر التسليم، من أنّ بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعبد شرعاً، لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مختصاً لعموم نفي الغرر، وكان التحديد تعدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة، أو يكون حكماً شرعاً ثبت في موضوع خاص، وهو إهمال مدة الخيار.

والحاصل: إن الداعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر لا في تخصصها، والإنصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار ونقل الإجماع، لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، لأنّ الظاهر -بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار -أنّه عوّل في هذه الداعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان^١، ولا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجبر قصور السنّد المرسل المتّضح

وما أفاده المحقق الإبرواني رحمه الله بأنّ المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم، والمرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه.

يردّه: أنّ فرق بين الخبر المنقول بالمعنى، من غير أن يدخل فيه اجتهاد الراوي، وبين نقل مفاده بحسب اجتهاده، والأوّل حجة دون الثاني، والمقام من قبيل الثاني.
١. الثاني: الأخبار الواردة في شرط الحيوان، بدعوى أنّ قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط»^(١)، يدلّ بالفحوى على أنّ الشرط في غيره ثلاثة أيام، مع اشتراط الخيار، وإن لم يشترط ثلاثة أيام، لا اشتراطها، لعدم اختصاصه به، إذ ضرورة صحة اشتراط أي عدد شاء، فالمحخصوص بها حينئذ إطلاق اشتراط الخيار.

وفيه: إنّه لا مفهوم لتلك الأخبار أصلاً، وعلى فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة في غير الحيوان، لا الثلاثة مع الاشتراط.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

دلالته، أو القاصر دلالته، لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً، فالتعوييل حينئذ على نفس الجابر، ولا حاجة إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنَّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار.

ولا ريب أنَّ المستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهرة إجماع السيد في «الانتصار». نعم، قد روی في كتب العامة أنَّ حنّان بن منقد كان يخدع في البيع لشحة أصابته في رأسه، فقال له النبي ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلاة»، وجعل له الخيار ثلثاً، في رواية: «ولك الخيار ثلاثة»^١، والخلابة: الخديعة، وفي دلالته فضلاً عن سنته ما لا يخفي، وجبرها بالإجماعات كما ترى، إذ التعوييل عليها مع ذهاب المتأخرین إلى خلافها في

١. وقد يستدلُّ بالنبوّيين الواردين في حنّان بن منقد، الذي كان يخدع في البيع، فقال ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلاة، ولك الخيار ثلاثة» كما في أحد هما، وجعل له الخيار ثلاثةً كما في الآخر^(١).

وفيه: إنَّهما ضعيفان سندًا وقاصران دلالة.

أَمَّا الأوَّل فواضح، وأَمَّا الثاني فلما عن «التذكرة»: (من أَنْ قوله: «لا خلاة» عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثة، وإذا أطلقاها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، انتهى).

فالالأَظْهَر أَنَّ حكم هذه الصورة حكم الصورة الأولى.

واستدلُّ للقول الآخر: بأنَّ الغرر مندفع بتحديد الشرع، وإن لم يعلم به المتعاقدان كما في خيار الحيوان، فالالأَظْهَر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع وعدمه. فعلى الأوَّل: لا غرر، إذ التزامهما بال الخيار التزامُ به في ثلاثة أيام.

وعلى الثاني: يكون غريّاً، فإنه لا إقدام على الحكم الشرعي، وما أقدما عليه حيث إنه غرري، والحكم الشرعي لا يرفع الغرر، فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصوصاً لدليل الغرر، ولا يقاد بالجهل بختار الحيوان ومدّته، فإنه ليس هناك إقدام معاملي على الخيار.

(١) التذكرة ج ١ ص ٥١٩.

الخروج عن قاعدة الغرر مشكل، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوّة. ثم إنّه ربّما يقال ببطلان الشرط دون العقد، ولعله مبني على أنّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

وفيه: إنّ هذا على القول به، فيما إذا لم توجّب الشرط فساداً في أصل البيع، كما فيما نحن فيه، حيث أنّ جهالة الشرط يوجّب كون البيع غرريّاً، وإنّ فالمنتجه فساد البيع، ولو لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط، وسيجيء تمام الكلام في مسألة الشروط.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، لأنّ المتبادر من الإطلاق^١، ولو كان زمان الخيار منفصلاً، كان مبدئه أول جزء من ذلك الزّمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدأه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدأه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدأه من حين العقد.

وفي الصورة الثالثة: وهي ما لو ذكر مدة مطلقة إمّا أبداً أو ما دام العمر، ذهب المحقق النائيبي رحمه الله إلى الحكم بفساد الشرط، بدعوى أنّه مخالف لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه بمدلوله الالتزامي هو التزام كلّ من المتباعين بما أنشئاه، فلو لم يلتزم أحدهما به في مقدار من الزمان، فهو ينافي إطلاقه، ولا يأس به. وأمّا لو لم يلتزم به أبداً فهو ينافي مقتضاه ويفسد.

وفيه: إنّ الشرط المخالف لحقيقة العقد أو لما يتقوّم به إنّما لا يكون نافذاً فيما إذا كان منافيّاً لمقتضاه حتّى مع الشرط، وأمّا ما ينافي مقتضاه الذي يكون مقتضاه لولا الشرط، فلا مانع من نفوذه، كما سياطي تنتيجه في مبحث الشروط، والمقام من هذا القبيل كما لا يخفى. فالظاهر صحة البيع والشرط في هذه الصورة.

مبدأ خيار الشرط

١. قوله: (مبدأ هذا الخيار من حين العقد، لأنّ المتبادر من الإطلاق). وقد تقدّم في مبحث خيار الحيوان ما يمكن أن يستدلّ به على كون المبدأ من بعد انتهاء أمدسائر الخيارات، وأنّه لا يتمّ شيء مما ذكروه، فلا مانع ثبوتاً من الالتزام بأنّ مبدأه في المقام من حين العقد، وإذا كان المتبادر من الإطلاق كون المبدأ من حين العقد

ولو جعل مبدأه من حين التّفرق، بطل لأدائه إلى جهة مدة الخيار^١.
وعن الشّيخ والحلّي أنّ مبدأه من حين التّفرق، وقد تقدّم عن الشّيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم، يمكن أن يُقال هنا إنّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في «السّرائر»، لكن لو تمّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع أنّ هذا إنّما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلاّ الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوته من حين التّفرق، حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما^٢.

نلتزم به، وإنّما الكلام في المقام في موردين:

١. الأوّل: فيما أفاده المصنّف^{رحمه الله} بقوله: (لو جعل مبدأه من حين التّفرق بطل، لأدائه إلى جهة مدة الخيار...).

فإنّه يرد عليه: إنّه لو جعل الخيار من حين التّفرق إلى ثلاثة أيام، يكون المجعل معلوماً بحسب المقدار، وإنّما المجهول وقته، ولا يوجب ذلك الغرر، بل لو جعل الخيار من حين التّفرق إلى ما يكمل مع المجلس ثلاثة أيام صّح، للعلم بمدة الخيار الثابت له الأصلي والجعلي، وجهاة كلّ واحد منها لا توجب الغرر. فتأمّل.

٢. الثاني: فيما أفاده بقوله: (بل الحكم بثبوته من حين التّفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما...).

فإنّه أورد عليه المحقّق النائيني^{رحمه الله}: بأنه إذا قلنا إنّ المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم إمكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر، لا يلزم هذا المحذور، إذ المانع من التأثير قهري، فلا يلزم مخالفة القصد التي لا يمكن الالتزام بها.

وفيه: إنّ ذلك خلاف طريقة المصنّف^{رحمه الله}، فإنّ مورد بحثه ما إذا كان الالتزام بكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف، لا من جهة عدم إمكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر، إذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين العقد، فالحكم بثبوته من حين التّفرق، حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، وهو وإن لم يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل، إلاّ أنه لفقده لا يمكن الالتزام به.

مسألة: يصح جعل الخيار للأجنبي، قال في «التذكرة»: (لو باع العبد، وشرط الخيار للعبد، صحيحة البيع والشرط عندنا معاً)، وحکي عنه الإجماع في الأجنبي، قال: (لأن العبد بمنزلة الأجنبي).

جعل الخيار للأجنبي

١. قال في «التذكرة»: (لو باع العبد وشرط الخيار للعبد، صحيحة البيع والشرط عندنا معاً) وحکي عنه الإجماع في الأجنبي، وهذا مما لا كلام فيه.
إنما الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:
الأول: في أنه هل يصح جعل الخيار للأجنبي أم لا؟
وقد استدل للثاني بوجوه:

أحدها: ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله، وهو: (أن الخيار عبارة عن رد كل مال إلى مالكه الأصلي، أو إقراره في ملك مالكه الفعلي، وهذا ينفذ ممّن كان زمام المال بيده، وأمّا الأجنبي فأجنبى عنه. وبعبارة أخرى: وإن كان الأصل في كل حق أن يكون قابلاً للإسقاط، إلا أنه ليس كل حق قابلاً للنقل إلى الغير، وعلى فرض كونه قابلاً له، فليس قابلاً للنقل إلى كل أحد، فإن حق القسم قابل للتسلية إلى الزوج والضّرورة، ولا يقبل التسلية إلى الأجنبي، فالخيار وإن كان قابلاً للتسلية إلى أحدهما إلا أنه لا يقبل التسلية إلى الأجنبي).

وفيه: إن الخيار عبارة عن حل العقد، ولا زمه رد كل مال إلى مالكه الأصلي، مع أنه لو سلم كون ذلك معناه، لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممّن كان زمام المال بيده.
وما ذكره بعده بقوله: (وبعبارة أخرى) غير مربوط بالمقام، فإنه إنما هو في نقل الحق الثابت له كخيار المجلس ونحوه، ومحل الكلام جعل الخيار له ابتداءً.

ثانيها: ما ذكره المصنف رحمه الله في مسألة ثبوت الخيار للوكيل، واستند بعضهم إليه في المقام، وحاصله: أن مفاد أدلة الخيار إثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر، بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، والأجنبي حيث أنه لا سلطنة له على ما

ولو جعل الخيار لمتعدد، كان كلّ منهم ذا خيار، فِإِنْ اخْتَلَفُوا فِي الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ، قَدْمَ الْفَاسِخِ^١، لَأَنَّ مَرْجِعَ الإِجَازَةِ إِلَى إِسْقَاطِ خِيَارِ الْمُجِيزِ، بِخَلَافِ مَا لَوْ وَكَلَ جَمَاعَةٍ فِي الْخِيَارِ، فِإِنَّ التَّنَافِذَ هُوَ تَصْرِفُ السَّابِقِ لِفَوَاتِ مَحْلِ الْوَكَالَةِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَعَنْ «الْوَسِيلَةِ»:

انتقل إلى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، ولعلّ ما أفاده المحقق النائيني^{الله} يرجع إلى ذلك.

وفيه أولاً: إنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَكُونُ سُلْطَنَةً عَلَى حَلِّ الْعَدْدِ.
وثانياً: إِنَّهُ لَوْ تَنَزَّلَنَا عَنْ ذَلِكَ، فَهُوَ سُلْطَنَةٌ عَلَى التَّرَادِ، لَا خَصُوصَ الْإِسْتِرْدَادِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي تِلْكُ الْمَسَأَةِ تَوْضِيْحَ ذَلِكَ.

ثالثها: ما أفاده المحقق الإصفهاني^{الله}، وهو: (أَنَّ الْخِيَارَ بَنَاءً عَلَى تَعْلِقَهُ بِالْعَدْدِ إِنَّمَا يَنْسَبُ مِنْ لَهُ عَدْدٌ وَمِنْ شَانِهِ الْوَفَاءُ بِهِ، وَالْأَجْنَبِيُّ أَجْنَبِيُّ عَنْهُ وَعَنِ الْوَفَاءِ بِهِ، وَلَذَا قَلَّنَا إِنَّ دَلِيلَ الْخِيَارِ مُخْصَصٌ لِدَلِيلِ الْوَفَاءِ بِالْعَدْدِ، وَإِنَّهُ لَا يَتَوَجَّهُ إِلَّا إِلَى مَنْ لَهُ الْعَدْدُ، فَدَلِيلُ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ لَا قَصْرُ لَهُ مِنْ حِيثِ شَمْوَلِهِ لِكُلِّ شَرْطٍ، بَلْ الْقَصْرُ مِنْ نَاحِيَةِ الْخِيَارِ، حِيثُ أَنَّهُ لَا مَعْنَى لَهُ إِلَّا بِالإِضَافَةِ إِلَى مَنْ لَهُ الْعَدْدِ).

وفيه أولاً: إِنَّهُ لَمْ يَدْلِلْ دَلِيلًا عَلَى كُونِ الْخِيَارِ ثَابِتًا لِخَصُوصِهِ مِنْ يَكُونُ مَأْمُورًا بِالْوَفَاءِ بِالْعَدْدِ، وَمَا أَفَادَهُ مَجْرِدُ الْإِعْتِبَارِ.

وثانياً: إِنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ - عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي مِبْحَثِ الْمَعَاطَةِ - هُوَ عَدْدُ حَلِّ الْعَدْدِ وَنَقْضِهِ، وَلَيْسُ هُوَ تَرْتِيبُ الْآثارِ عَمَلًا كَيْ لَا يَشْمَلَ الْأَجْنَبِيُّ، وَعَلَيْهِ فَالْآيةُ تَشْمَلُ الْأَجْنَبِيَّ، وَدَلِيلُ الشَّرْطِ يَكُونُ مُخْصَصًا لَهَا.

رابعها: ما ذَكَرَهُ الْمُصْنَفُ^{الله} فِي آخِرِ الْمَسَأَةِ، وَسِيمَرٌ عَلَيْكَ وَمَا يَرِدُ عَلَيْهِ.

١. الثاني: لو جعل الخيار لمتعدد، ففي «المكاسب»: (كان كلّ منهم ذا خيار، فِإِنْ اخْتَلَفُوا فِي الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ قُدْمَ الْفَاسِخِ).

أقول: إنَّ جَعْلَ الْخِيَارِ لِمَتَعْدَدٍ يَتَصَوَّرُ عَلَى وَجْهٍ:

أَحَدُهَا: جَعْلُ خِيَارٍ وَاحِدٍ لِلْمَجْمُوعِ مِنْ حِيثِ الْمَجْمُوعِ.
ثَانِيَهَا: جَعْلُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مُسْتَقْلًا.

(إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا، وَاجْتَمَعَا عَلَى فَسْخٍ أَوْ إِمْضَاءٍ نَفْذٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعَا بَطْلٌ^١، وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِمَا وَرَضِيَ نَفْذَ الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضِ كَانَ الْمُبَتَاعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ)^٢، انتهى.

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.
وعلى الأول: لا أثر لفعل واحد منهم ما لم يوافقه الآخرون.
وعلى الثاني: يقدم الفاسخ، لأنّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المميز خاصة.
وعلى الثالث: يقدم فعل المقدم في فعله، إجازةً كان أم فسخاً.
١. وعن الوسيلة: (إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا وَاجْتَمَعَا عَلَى فَسْخٍ أَوْ إِمْضَاءٍ نَفْذٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعَا بَطْلٌ).

وقد احتمل في توجيه هذه العبارة وجهان:
الأول: أن يكون مراده جعل المتباعين الخيار لأنفسهما بقييد الاجتماع، وعليه فإن
اجتماعاً فهو، وإن خالف أحدهما الآخر بطل، أي لم يؤثر الفسخ ولا الإجازة.
الثاني: أن يكون مراده جعل الخيار لكلّ واحد مستقلّاً، فقوله: (ولم يجتمعوا) أي فسخ
أحدهما وأمضى الآخر، بطل - أي بطل البيع - أي يكون الفسخ مؤثراً.
يرد على الوجه الأول: أنّ جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد أنّ لهما الإقالة.
٢. قال فيها أيضاً: (وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِمَا وَرَضِيَ نَفْذَ الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضِ كَانَ الْمُبَتَاعُ
بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ).

ومراده من الرضا ليس هو إجازة العقد، بل المراد الرضا بجعل الخيار وقوله، وعليه
فمراده من هذه العبارة: أنّ الأجنبي المجعل له الخيار إن قبل نفذ البيع من ناحية
المتباعين - أي ليس للشارط خيار - وإن لم يقبل فالمبتاع بالختار لعدم الشرط.
وعلى هذا، فلا يرد عليه ما عن «المختلف» بأنّ هذا الخيار إن جعل للأجنبي، لم
يكن لأحد المتباعين خيار، فإن اختار الأجنبي الإمضاء نفذ، وإن اختار الفسخ انفسخ،
ولا عبرة بالمتباعين.

وفي «الدروس»: (يجوز اشتراطه للأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما. ولو خولف أمكن اعتبار فعله، وإن لم يكن لذكره فائدة)، انتهى^١.

أقول: ولو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته، والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائدة^٢.

ثم إنّه ذكر غير واحد أنّ الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل، ولعله لتبادره من الإطلاق، وإنّ فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل، من دون ملاحظة مصلحة^٣، فتعميل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

كما إنّه لا يرد عليه ما في الحاشية من أنّ مقتضى كون الخيار للأجنبي، كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع، مع فرض فسخه.

فإنّ منشأ هذين الإيرادين توهّم كون مراده من الرضا إمضاء العقد وإجازته.

١. وعن «الدروس»: (يجوز اشتراطه للأجنبي منفرداً، ولا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما ولو خولف أمكن اعتبار فعله...).

أقول: مراده بحسب الظاهر إنّه لو جُعل الخيار للأجنبي مع أحدهما أو معهما، فإنّ اتفقا على فسخ أو إمضاء فهو، وإن خولف بأنّ فسخ الأجنبي وأجاز الأصيل، أمكن تقديم فسخه، إذ لو لم يقدّم - والمفروض إنّه لا يقدم إجازته، لأنّها لا توجب سقوط خيار الأصيل - لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

٢. وعلى هذا فكلام المصنف للله مؤيد له.

ولكن يرد عليه: إنّ كان المجعل خياراً واحداً لهما عدم، فإنّ تقديم فسخه على إجازة الأصيل لا يوجب لغوية ذكره، إذ فائدته حينئذ تأثير فسخه في صورة موافقة الأصيل، وإن كان المجعل متعدداً، قدّم فسخه - كما هو الشأن في جميع الموارد - لعدم لغوية ذكره لو لم يقدّم.

٣. الثالث: إنّ جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التمليل أو التوكيل أو التحكيم؟ فقد يقال - كما عن المحقق النائيني للله - بأنّه ليس من قبيل التمليل، لأنّه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه إرث وارث الأجنبي عنه، لأنّ ما تركه لوارثه.

ثم إنّه ربما يتخيل أنّ اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع^١، نظراً إلى أنّ الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخياري المجلس والشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقددين، وهو ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقددين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق

ولا من باب التوكيل، وإلاً أمكن عزله، بل هو متوسطٌ بين الملكية والوكالة، نظير التولية على الوقف، وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء رحمهم الله في المقام. ولكن يمكن أن يُقال: إنّه من قبيل التمليل وجعل الحق له، وإنّما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجموع، لأنّ المجموع هو حق الخيار للأجنبي بما أنه ذو نظر ورأي يعتمد عليه في أمر العقد، ولا يجوز نقله إلى الغير، لأنّه حق خاص لا يتعداه. كما أنه يمكن أن يُقال: إنّه من باب التوكيل، وإنّما لا يجوز عزله، لأنّه بعنوان الشرط في عقد لازم، إذ الوكالة جائزة بعنوانها، ولا ينافي اللزوم إذا وقعت موقع الاشتراط في ضمن العقد اللازم، والظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول.

وهل يراعي المصلحة للجاعل أم لا؟ وجهان:

قد استدلّ للأول: بأنه أمينٌ فيجب عليه مراعاة الغبطة.

وأورد عليه المصنف^{الرحمي}: بأنّ مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

وفيه: إن كان جعل الخيار من باب التحكيم أو التمليل أو التوكيل، فلا بدّ من رعاية غبطة الجاعل. أمّا على الأخير فواضح، وأمّا على الأولين فلأنّ جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب إنّما يكون للوثيق بنظر من جعل له الخيار، فالإطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلحاً، وعليه فيصحّ التعليل المذكور، فإنّه تأمّن بتفويض أمر العقد إليه لا جعل الحق له خاصّة.

١. قوله: (ربما يتخيل أنّ اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع).

هذا هو رابع الوجوه التي ذكروها لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي، وهو أنه مخالف

الفاسخ بالعقد أو بالعين، وإن كان أجنبياً، فحينئذ يجوز للمتباعين اشتراط حق للأجنبي في العقد، وسيجيء نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة: يجوز لهما اشتراط الإستئمار^٢، بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد، فإذا تمر بأمره، أو بأن يأمره ابتداءً، وعلى الأول فإن فسخ المشروط عليه من دون استئمار لم ينفذ، ولو استئمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الإستئمار، بل الالتزام بأمره، مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ، وإن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه. أما مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفترض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ والتعاقدان

للمشروع نظراً إلى أن الثابت في الشعـر صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل أو بالعارض.

١. والجواب عنه: ما أفاده الله من (منع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً).

فالظهور صحة جعل الخيار للأجنبي.

جواز اشتراط الاستثمار

٢. لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار، بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد، فإذا تمر بأمره، أو بأن يأمره إذا أمره ابتداءً.

والكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

أما الأول: فتارةً يجعل الخيار لنفسه ويشرط عليه أن لا يختار أحد الأمرين من الفسخ أو الإمضاء إلا بتعيين المستأمر (بالفتح).

وآخر: يجعل الخيار لنفسه عند أمر الأجنبي بأحدهما.

لا يريدهانه. وأما مع طلب الآخر للفسخ، فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر (بالكسر) راجع إلى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً، فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ^١، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرطٍ لكلٍّ منهما على صاحبه.

وثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند أمر الأجنبي به، ولا يجعل شيئاً عند أمره بالإجازة.

ورابعة: يجعل الخيار للأجنبي، ويقيد بأن لا يباشر إعماله، بل يأمر العاقد بما يريد. ففي الصورة الأولى: إذا فسخ قبل الاستثمار أو بعده مع أمره به أو بالإجازة، يكون نافذاً، لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تختلف ما اشترط عليه في الفرض الأول والثالث.

فما أفاده من أنه لو فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ، لا يتم في هذه الصورة.

وفي الصورة الثالثة: لا ينفذ فسخه قبل الاستثمار، وكذا بعده، وأمره بالإجازة والإمضاء.

وفي الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه إلا بعد أمره به، لكون الحق للأمر، والمأمور آلة. هذا في الفسخ.

وفي هاتين الصورتين الأخيرتين يتم ما أفاده، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ دون الأوليتين.

وأما الإجازة: فإن كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصور الثلاث الأخيرة، ونفذت في الأولى، ولا يخفى وجهه.

وإن كانت بعد الاستثمار، وأمره بالفسخ، نفذت في الصورتين الأوليتين، ولم تنفذ في الأخيرتين.

وإن كانت بعده وأمره بالإمضاء نفذت في جميع الصور. ولا يخفى وجهه.

١. قوله: (إإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه).

والحاصل: أنَّ اشتراط الاستثمار من واحدٍ منهمما على صاحبه، إنَّما يقتضي ملكه للفسخ، إذا أدن له الثالث المستأمر، واحتراطه لكلِّ منها على صاحبه يقتضي ملك كلِّ واحدٍ منهمما للفسخ عند الإنذن. وممَّا ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني، وهو الإنتمار بأمره الابتدائي، فإِنْ كان شرطاً لأحدهما، ملك الفسخ لو أمره به، وإنْ كان لكلِّ منها ملكاً كذلك. ثُمَّ في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة وعدمه، وجهان^١: أوجههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقرينة حالية أو مقالية.

وفيه: إنَّ اشتراط الاستثمار من الطرفين، يقتضي سلطنة كلِّ منها على فسخ العقد إذا أذن الثالث، لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه.

١. قوله: (ثُمَّ في اعتبار مراعاة المصلحة وعدمه وجهان).

الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعي، وأنَّه هل يثبت حقَّ الخيار للمستأمر (بالكسر) عند إذن الثالث مطلقاً، أو عند إذنه بشرط مراعاته للمصلحة أم لا؟ وأما المقام الثاني: فإنَّ كان المشروط ثبوت الحق من دون أن يعمل أحدهما عملاً، ولو معلقاً على أمر المستأمر (الفتح) كما في الصورة الثانية والثالثة، فلا كلام في عدم وجوب الاستثمار، ولا العمل بأمره، فإنَّ غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط، فلا ملزم له بالاستثمار أو الفسخ لو أمر به.

وإنْ كان المشروط مع ذلك عملاً:

فتارةً: يكون ذلك حقاً للمستأمر على صاحبه خاصة، كما في الصورة الأولى لو اشترط المستأمر (بالكسر) أن يكون اختياره للفسخ أو الإمساء عن أمر المستأمر.

وأخرى: يكون حقاً لصاحبه عليه إما خالصاً أو بالمشاركة.

وفي الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، إذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه، لأنَّ الحق له، وجاز له أن يرفع اليد عن حقه، فلو أمره بالفسخ له أن لا يفسخ.

وفي الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يأمره.

وعلى أيِّ حال، لا يجب الاستثمار إلا إذا اشترط أحدهما على صاحبه أن يستأمر زائداً على جعل الخيار بعد الاستثمار.

مسألة: من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، ويقال له بيع الخيار^١، وهو جائز عندنا كما في «الذكرة»، وعن غيرها الإجماع عليه، وهو أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتاج المباع، والأصل فيه - بعد العمومات المتقدمة في الشرط - التصوّص المستفيضة، منها موئنة إسحاق بن عمّار، وقال: «سمعت من يسأل أبا عبدالله عليه السلام وسائله رجل وأنا عنده، فقال له: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه، ويكون لك أحبت إلي من أن يكون لغيرك، على أن تشترط لي أني إذا جئت بثمنها إلى سنة تردها علي؟، قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها ردها عليه. قلت: أرأيت لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة؟ فقال: للمشتري، إلا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله».

بيع الخيار

١. مسألة: من أفراد خيار الشرط، ما يضاف البيع إليه، ويقال له بيع الخيار، وهو اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتاج المباع.
وهو جائز عندنا كما عن «الذكرة»، وعن غيرها دعوى الإجماع عليه، وفي «الجوامِر» إجماعاً بقسميه عليه.
والكلام في هذه المسألة يقع أولاً: في مدركتها، ثم في الفروع المستخرجة من الأخبار.

أقا الأول: فالتصوّص الوارد في المقام أربعة:
الأول: موثق^(١) إسحاق بن عمّار المذكور في المتن، وهو على ما في «الكافي» و«التهذيب» يكون مرسلاً، فإنه لم يذكر المخبر لإسحاق، نعم على ما عن «الغقيه» يكون موثقاً.

والظاهر من الموثق أن الشارط هو المشتري، والمشروط له هو البائع، والمعلق عليه هو رد الثمن، والمشروط رد المباع. وعلى هذا فليس الالتزام برد المباع فسخاً إذ

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ١.

ورواية معاوية بن ميسرة، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليهما السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الذي اشتري منه الدار خلطة، فشرط إنك إن أتيتني بمالك ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأناه بمالي؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله. وقال عليهما السلام: أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟! يكون الدار دار المشتري». وعن سعيد بن يسار في الصحيح، قال: «قلت لأبي عبدالله عليهما السلام: إننا نخالط أناساً من أهل السواد أو غيرهم، فنبين لهم ونربح عليهم في العشرة اثنى عشر وثلاثة عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، ويكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منها شراء، بأنه باع وبضم الثمن منا، فنعده إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن ترده عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرارم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال الموقّت فرد عليه».«

المشتري ليس له الخيار، لأنّ من له الخيار هو البائع، بل المتعين إما إرادة الإقالة أو إرادة رد المبيع ردًا ملكيًّا معاطاتيًّا.

الثاني: خبر معاوية بن ميسرة^(١) المذكور في المتن.

وهذا الخبر من حيث السنّد قابل لأن يخدش فيه، لعدم توثيق ابن ميسرة.

وأماماً من حيث الدلالة فظاهره شرط النتيجة، إما شرط ملكيّة الدار للبائع عند إعطاء الثمن أو انفساخ البيع.

ولا يبعد دعوى أظهرية الثاني، من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال.

الثالث: صحيح سعيد بن يسار^(٢) المذكور في المتن.

أقول: وما استطهرناه في المؤتّق المتقدّم جاري هنا.

ويحتمل فيه معنى آخر، وهو اشتراط تحقق البيع في رأس المدة، إذا لم يرد مثل الثمن، وكان الواقع فعلاً صورة بيع. ويؤيد هذه أنّ الظاهر من السؤال عدم أخذهم أجرة المبيع من البائع ، ولو كان البيع حقيقياً، كان اللازم الأخذ منه.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ٣. (٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار حديث ١.

وعن أبي الجارود، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «إن بعت رجلاً على شرط، فإن أتاك بماك، وإنما فالبيع لك»^١.

إذا عرفت هذا، فتوسيع المسألة يتحقق بالكلام في أمور:
الأول: أن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه:
أحدها: أن يؤخذ قياداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله^٢، ويكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد ولو بقليل، ولا خيار قبل الرد، والمراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وإن أبي المشتري.

١. الرابع: خبر أبي الجارود^(١) عن الإمام الباقي عليه السلام المذكور في المتن.
وهذا الخبر ضعيف سندًا، وأجنبي عن المقام.
أما ضعفه، فلأنّ أبي الجارود زياد بن المنذر ضعيف.
وأما أجنبيته عن المقام، فلأنّ ظاهره إرادة أنّ من باع شيئاً على شرط، ولم يعمل المشروع عليه بالشرط، يثبت الخيار للبائع.
فتحصل: أنّ ما يستفاد من نصوص الباب أمران:
أحدهما: شرط الإقالة أو التمليل الجديد.
ثانيهما: شرط الانفاسخ عند رد الثمن، لا تعليق الخيار على ردّه.

الأُنحاء التي يقع الشرط عليها

إذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار والفتوى، فاعلم أنّ توضيح المسألة يتحقق بالبحث في أمور:
الأمر الأول: ما في الأُنحاء التي يمكن أن يقع الشرط عليها، وهي خمسة:
٢. أحدها: أن يكون الخيار معلقاً على رد الثمن، أو موّقاً من حيث المبدأ بزمان رد الثمن. والفرق بين التعليق والتوكيد إنما هو في مقام الإثبات.
وقد أورد على صحة الشرط في هذه الصورة في خصوص الأول بالتعليق الممنوع

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

الثاني: أن يؤخذ قياداً للفسخ، بمعنى أن له الخيار في كلّ جزء من المدة المضروبة، والسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخّره عنه^١.

الثالث: أن يكون رد الثمن فسخاً فعلياً، بأن يُراد منه تمليل الثمن ليتملّك منه المببع^٢، وعليه حمل في «الرياض» ظاهر الأخبار الدالة على عود المببع بمجرد رد الثمن.

عنه شرعاً، وفي كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث المبدأ، لأنّه لا يعلم وقت رد الثمن.

ويندفع الأول: بأنّه لا دليل على مبطلية التعليق في غير العقود.

وقد يقال في مقام اندفاع الثاني: بأنّ الجهالة لا تضرّ هنا لعدم الغرر، لأنّ أمر الخيار بيده، كما عن المحقق الخراساني.

وفيه: إنّ الغرر اللازم إنّما هو بالنسبة إلى المشتري، لأنّه لا يعلم متى يفسخ العقد.

وعن المحقق النائيني الجواب عنه: بأنّ الخيار هنا غير مجهول إلا من باب الجهل بالمعلّق عليه، وهو يرجع إلى إشكال التعليق لا الجهالة.

وفيه: إنّ الجهل بالمعلّق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، وهو يوجب الغرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق.

فالالأظهر هو البطلان، إلا مع تعين المدة، كتحديده بالرد عند رأس السنة التي هي الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني رحمه الله.

١. ثانية: أن يكون الفسخ معلقاً على الرد لا الخيار، بأن يكون الحق ثابتاً من حين العقد متعلقاً بالفسخ عند رد الثمن.

ففي الحقيقة ينحل إلى شرط الخيار مطلقاً، وشرط عدم إعماله إلا عند رد الثمن، لا كلام في مشروعية الشرط في هذه الصورة.

٢. ثالثاً: أن يكون الرد فسخاً فعلياً، بأن يشترط حق الخيار متعلقاً بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ.

وسيأتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرّض المصنف رحمه الله له، فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

الرابع: أن يؤخذ رد الثمن قيداً لانفساخ العقد^١، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ، لا على مباشرة الفسخ، وهذا هو الظاهر من روایة معاویة ابن ميسرة، ويحتمل الثالث كما هو ظاهر روایتی سعید بن یسار، وموثّقة إسحاق بن عمار، وعنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من «الغنية» حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، وإنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزه في متن العقد، قال: (أن يبيع ويشترط على المشتري إن رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له)، انتهى.

١. رابعها: ان يكون رد الثمن قيداً لانفساخ، بأن يشترط انفساخ العقد عند رد الثمن.
وأورد على صحة هذا النحو من الاشتراط:
تارة: بأن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء مخالف للمشروع، لأن المسبيبات متوقفة
على أسبابها الشرعية، كما في «المكاسب» في ذيل الوجه الخامس.
وأخرى: بأنه من قبيل شرط النتيجة.

وثالثة: بأنه يلزم منه إما انفساخ البيع بلا سبب، وإما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه،
إذ لو كان اشتراط الانفساخ إنشاءً للفسخ، لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع حتى
يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، وإلا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، وهو
مخالف للستة كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن الشرط يكفي في سببته للفسخ.
وأما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة.
وأما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحدود
الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققاً
ثابتاً، والشرط لا يقتضي عدمه.

هذا كلّه مضافاً إلى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا
النحو.

الخامس: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقله إذا جاء بالثمن واستقاله^١. وهو ظاهر «الوسيلة» حيث قال: (إذا باع شيئاً على أن يقله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه، لزمه الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن في المدة)، انتهى. فإن أبي أجريه الحاكم أو أقال عنه، وإن استقل بالفسخ، وهو محتمل روایتی سعيد ابن يسار وإسحاق بن عمار، على أن يكون رد المبیع الى البائع فیهما کنایة عن ملزومه وهي الإقالة، لأن يكن وجوب الرد کنایة عن تملک البائع للمبیع بمجرد فسخه بعد رد الثمن، على ما فهمه الأصحاب، ومرجعه إلى أحد الأولین، والأظهر في كثير من العبارات مثل «الشّرائع» و«القواعد» و«التذكرة» هو الثاني، لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فإن فيه إشكالاً من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى أو قوله يشبه انعقاده بنفسه في مخالفه المشروع^٢، من توقيف المسببات على أسبابها الشرعية، وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه. الأمر الثاني: الثمن المشروط ردء إنما أن يكون في الذمة، وإنما أن يكون معيناً^٣، وعلى كل تقدير: إنما أن يكون قد قبضه، وإن لم يقبضه، فإن لم يقبضه فله الخيار، وإن

١. خامسها: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري أو التسلیك الجديد، وهذا لا إشكال في مشروعيته، وهناك أنحاء آخر يظهر حكمها مما ذكرناه.
٢. وقد مر توضیح هذا الإيراد، وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به أن الشرط يکفي في سببیته للفسخ.

الثمن المشروط ردء لفسخ البيع

٣. الأمر الثاني: الثمن المشروط ردء، إنما أن يكون في الذمة، وإنما أن يكون معيناً، وعلى كل تقدير: تارةً يقبضه وأخرى لا يقبضه. فالكلام في المقام يقع في موضعين:
الأول: فيما إذا لم يقبض البائع الثمن المعلق على رد الخيار من المشتري، إلى أن حل موعد الرد.
الثاني: فيما إذا قبضه.

لم يتحقق رد الثمن، لأنّه شرط على تقدير قبضه، وإن لم يفسخ حتّى انقضت المدة، لزم البيع، ويتحمل العدم بناءً على أنّ اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله^١، وإن قبض الثمن المعين: فإذاً أن يشترط رد عينه، أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكّن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً أو ولو مع التمكّن منه، على إشكال في الآخرين، من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد العين مع الامكان. وفي جواز اشتراط رد القيمة في المثلّي وبالعكس وجهان. وإنما أن يطلق.

فعلى الأول: لا خيار إلا برد العين، فلو تلف لا من البائع. فالظاهر عدم الخيار^٢،

وأثنا الموضع الأول: فالكلام فيه إنما هو في ثبوت الخيار وعدمه.

١. وقد بنى المنصف^{الله} المسألة على أنّ الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا مطلقاً، أو أنّ اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. فعلى الأول يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت.

لا إشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر، فإنّ مآلـه إلى كون الخيار مطلقاً على تقدير عدم القبض - ومشروطاً على تقدير القبض، وظاهر القضية كونه مشروطاً مطلقاً. بل المسألة مبنية على أنّ الرد الذي أخذ شرعاً هل هو ماخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن وحصوله عند البائع، أم يكون ماخوذًا على وجه الموضوعية؟ فعلى الأول يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت، ولعلّ الظاهر المتعارف هو الأول وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتّى انقضت المدة لزم البيع.

وأثنا الموضع الثاني: فالكلام فيه في موارد:

الأول: ما إذا كان الثمن عيناً شخصية.

الثاني: ما إذا كان في ذمة المشتري.

الثالث: ما إذا كان في ذمة البائع.

٢. وأما المورد الأول: فإنّ كان الشرط رد العين بنفسها، فلا شبهة في أنه لا خيار مع عدم ردها، من غير فرق بين صورة التلف وغيرها، وفي التلف بين كونه بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو بافة سماوية.

إلا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع، فيبقي الخيار في إتلاف غيره على حاله، وفيه نظر.

وعلى الثاني: فله رد البدل في موضع صحة الاشتراط.

وأتنا الثالث: فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين، ويظهر من إطلاق محكي «الدروس» وحاشية «الشراح» أن الإطلاق لا يحمل على العين^١، ويتحمل حمله على الثمن الكلي وسيأتي.

وإن كان الشرط رد العين مع وجودها، ورد بدلها مع تلفها، فلا كلام أيضاً في تحقق الخيار على التقديرتين.

وإن كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص أو بالإطلاق، فقد أشكل عليه: بأن مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين إلى صاحبها الأصلي، فاشترط رجوع البدل مع بقاء الأصل، شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. ولذا قطع السيد في الحاشية بالفساد.

ولكن ذلك فيما إذا قيد الفسخ بالرد، وكان الرد فسخاً فعلياً، وهي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، ولا يتم في باقي الصور من كون الرد مقدمة للفسخ أو معلقاً عليه الخيار، أو مقدمة للإقالة أو التملك الجديد، إذ الفسخ لا يتحقق به، بل يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبول بالسوم، فإن فسخ البائع بعد ذلك يرجع الثمن إلى المشتري، والمردود باق في ملك البائع. فلهمما التراضي على كون كلّ منهما بدلًا عن الآخر.

ويمكن أن يُقال: إن المعاملة بينهما - وهي تملّك عين الثمن الراجع إلى البائع، ببدله الذي أحضره - إنما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج إلى معاملة أخرى.

وإن كان الشرط رد الثمن بنحو الإطلاق من دون تعين عينه أو بدلها، فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة، أن العبرة برد العين، فيسقط الخيار بتلفها.

ولكن لا يبعد دعوى أن المتعارف المنصرف إليه الإطلاق، أن المقصود دفع الأعم من العين والبدل.

١. قوله: (ويظهر من إطلاق محكي «الدروس» وحاشية «الشراح» أن الإطلاق

وإن كان الثمن كلياً: فإن كان في ذمة البائع - كما هو مضمون روایة سعید بن یسار المتقدمة - فرده باداء ما في الذمة، سواءً قلنا إنه عین الثمن أو بدلہ، من حيث أنّ ما في ذمة البائع سقط عنه بصیرورته ملکاً له، فكانه تلف، فالمراد بردہ المشترط رد بدلہ، وإن لم يكن الثمن في ذمة البائع وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أورداً مثله بأحد الوجوه المتقدمة، فالحكم على مقتضى الشرط، وإن أطلق فالمتبارد بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع - المشتهر ببيع الخيار - هو رد ما يعم البدل، إما مطلقاً، أو مع فقد العين، ويدل عليه صريحاً بعض الأخبار المتقدمة، إلا أنّ المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الأصحاب - بناءً على ما نقدم، من أنّ رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع - أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ^٢، وصرح به في «الدروس» وغيره.

لا يحمل على العين).

الظاهر أنّ مرادهما أن الإطلاق منزّل على المتعارف، من كون المقصود دفع الأعمّ من العين والبدل.

١. وأما المورد الثاني: فال الخيار فيه معلق على رد البدل يقيناً، فإنّ ما في ذمة البائع يسقط بالبيع، ويصبح له كما لو كان تالفاً. فالمراد بردہ المشترط رد بدلہ. وأما المورد الثالث: فقد يقال بأنّ ردہ - أي رد الثمن - يتحقق بمثله أيضاً، كما يتحقق بنفس المقبوض، إذ كلّ فرد من مصاديق الكلّي، وشرط رد الكلّي معناه شرط رد ما كان مصداقاً له، كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

وفيه: إنّ الثمن وإن كان هو الكلّي في الذمة، إلا أنه بعد أداء فرد منه - بما أنه أداء للكلّي - يستقرّ الثمن على الفرد المقبوض، والفرد الآخر بدلہ، لا أنه مصدق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

الفسخ بالرّد

٢. الأمر الثالث: هل يصح إنشاء الفسخ بالرّد، أم لا كما هو ظاهر الأصحاب، نظراً إلى

أن رد الشمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان:

وملخص القول: إن الكلام في المقام ليس في كفاية الرد في الفسخ إذا قصد به ذلك، بل البحث في المقام إنما هو في أن الرد المتعلق عليه الخيار، أو الفسخ، أو الإقالة، هل يمكن أن ينشأ به الفسخ أم لا؟

والكلام فيه في مقامين:

الأول: في معقولية ذلك في مقام الثبوت.

الثاني: في الدلالة عليه في مقام الإثبات.

أما الأول: فعمدة ما قيل في وجه عدم المعقولية، إن الخيار وحق الفسخ إنما هو في رتبة لاحقة على الرد، فكيف يحصل به الفسخ.

وفيه أولاً: إنه لو تم لاختص بوجهي من الوجوه المزبورة، وهمما الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - والوجه الثالث - وهو اشتراط الفسخ بالرد من غير أن يكون خيار قبله - دون سائر الوجوه.

أما في الوجه الثاني: فلأنه يكون الخيار قبله وإن اشترط أن لا يفسخ إلا بعد الرد، وهذا لا يوجب عدم تأثير فسخه في مرتبة مقارنة، بل أو سابقة على الرد.

وأما في الوجه الرابع: فلأنهما الإقالة أو المعاملة الجديدة قبل أن يرد الشمن.

وثانياً: إنه لا يتم، فإن الرد شرط مقارن لحق الخيار، فمقارناً للرد يحدث الخيار ويثبت له حق السلطة على الفسخ، وفي ذلك الزمان له إعمال الخيار وتفصيله، ومن خلاله ينسخ العقد. وبمجرد تقديم الرد على الخيار رتبة لا يوجب عدم المعيية في الوجود، التي هي المعيار في الأسباب والمسببات الشرعية.

وبالجملة: حين الرد يثبت الخيار، ولمن له الخيار استيفاء حقه في نفس ذلك الزمان، فلا مانع من جعله آلة للإعمال، نعم إذا كان الرد شرطاً متقدماً صحيحاً ما ذكر.

وأما الثاني: فقد استدل على عدم دلالته على الفسخ بوجهي:

ولعلّ منشأ الظّهور أنّ هذا القسم فرد من خيار الشرط، مع اعتبار شيء زائد فيه وهو رد الثمن، وعلّوا ذلك أيضاً بأن الرد من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً، وهو حسنٌ مع عدم الدلالة. أمّا لو فرض الدلالة عرفاً: إما بأن يفهم منه كونه تملِيًكاً للثمن من المشتري، ليتملّك منه المباع على وجه المعاطاة، وإما بأن يدلّ الرد بنفسه على الرضا بكون المباع ملكاً له، والثمن ملكاً للمشتري، فلا وجہ لعدم الكفاية، مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة. وما قيل من أن الرد يدلّ على إرادة الفسخ والإرادة غير المراد^٢. ففيه أن المدعى دلالته على إرادة كون المباع ملكاً له، والثمن ملكاً للمشتري^٣، ولا يعتبر في الفسخ الفعلى أزيد من هذا، مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع^٤، بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المباع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلى به^٥.

١. أحدهما: إن الرد من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً.
 ٢. ثانيهما: إن الرد يدلّ على إرادة الفسخ، والإرادة غير المراد.
- والجواب: إن الرد من حيث هو وإن كان لا يدلّ على الفسخ، إلا أنه يدلّ عليه مع قصد الفسخ، كما أن الإعطاء بنفسه لا يدلّ على التملك، ولكن يدلّ عليه مع القصد إليه.
- وأجاب عنهم المصنف^٦ بوجه آخر:
٣. الأول: إن الرد بنفسه يدلّ على الرضا بكون المباع ملكاً له، والثمن ملكاً للمشتري، والفرق بين هذا الوجه وما اخترناه الذي ذكره أيضاً قبل ذلك، أن السبب المؤثر في الوجه المختار الرد بنفسه، وفي هذا الوجه ما ينكشف به وهي الكراهة الباطنية. فالفعل دالٌّ على ما به الفسخ لا أنه هو ما به الفسخ.
 - وفيه: إن الفسخ يعدّ من الانسائيات، ولا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج إلى دالٌّ ومظهر خارجي من قول أو فعل.
 ٤. الثاني: ظهور الأخبار في كفاية رد الثمن في وجوب رد المبيع.
 - وفيه: إنه قد عرفت أن المستفاد من الروايات أمران: شرط الإقالة أو التملك الجديد بعد الرد، وشرط الانفساخ عند رد الثمن. وبه يظهر ما في الوجه الثالث الذي صرّح به بقوله: ٥. (بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المباع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلى به).

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد^١، على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، بل وعلى الوجه الأول، بناءً على أن تتحقق السبب - وهو العقد - كاف في صحة إسقاط الحق^٢. لكن مقتضى ما صرّح به في «التدكرة»: (من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد، بناءً على حدوثهما من زمان التفرق) عدم الجواز أيضاً، إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالكُ للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد^٣ الموجب له، فله إسقاطه بخلاف ما في «التدكرة».

مسقطات خيار الشرط

يسقط هذا الخيار بأمور:

١. منها: إسقاطه بعد العقد، ذكره جماعة، واستشكل فيه العلامة في «التدكرة». وعلى ضوء عدم جواز إسقاط الخيار قبل ثبوته - إنما منجزاً كما هو المختار، أو ولو معلقاً كما ذهب إليه جمع من جهة أنه إسقاط لما لا يجب - تعرض الفقهاء إلى أنه: هل يصح إسقاط هذا الخيار بعد العقد أم لا؟

أقول: لا إشكال في صحته على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، لتحقق الخيار، وثبوته بعد العقد.

وإنما على الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - فقد ذكر في وجه صحة إسقاطه وجوه:

٢. أحدها: ما في المتن، وهو أن تتحقق السبب - وهو العقد - يكفي في صحة إسقاط الحق.

وفيه أولاً: إن الرد أيضاً جزء السبب.
وثانياً: إن البرهان المذكور لعدم صحة إسقاط ما لم يجب، لا يفرق فيه بين تحقق سببه وعدمه.

٣. ثانية: ما في المتن أيضاً، وهو أن المشروط له مالكُ للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد.

ويسقط أيضاً بانقضاء المدة^١ وعدم رد الثمن أو بدله، مع الشرط أو مطلقاً على التفصيل المتقدم، ولو تبين المردود من غير الجنس، فلا رد. ولو ظهر معيناً كفى في الرد، وله الاستبدال^٢.

وفيه: إن هذا لو تم لاقتضى جواز الإسقاط قبل العقد أيضاً، لكونه مالكاً لسببه، وهو العقد. والفرق بين السبب - وهو العقد - والشرط - وهو الرد - والالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكم.

ثالثها: ما أفاده السيد الفقيه والمحقق النائي^{رحمه الله}، وهو أن حق الخيار وإن لم يمكن إسقاطه، إلا أن حق الشرط ليس إلا الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد، والشرط في ضمه فعلي، وقابل للإسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد.

وفيه: إن المشروط إن كان فعلاً من أفعال المشروط عليه، كان لثبوت حق الشرط معنى معقول، وإن كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنّه بنفوذ الشرط ثبت تلك النتيجة، ولا حالة متوقعة كي يستحقه المشروط له. والمقام من قبيل الثاني، فإنّ المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، ونفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فإنه دقيق.

فالظهور أن حق الخيار - على القول بعدم نفوذ إسقاط ما لم يجب - لا يصح إسقاطه قبل الرد وبعد العقد. نعم، لو قلنا بأنّ إسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الإجماع، والمتيقن منه عدم تحقق السبب أيضاً، أمكن القول بصحة إسقاطه في المقام بعد العقد.

١. ومنها: انقضاء المدة وعدم رد الثمن أو بدله، مع الشرط أو مطلقاً.
ويشهد له الإجماع والنصوص على ما تقدم.

٢. قوله: (ولو تبين المردود من غير الجنس، فلا رد، ولو ظهر معيناً كفى في الرد). وقد أورد عليه المحقق الإبراهامي^{رحمه الله}: بأنّ الرد الذي علق عليه الخيار إن كان هو رد خصوص الصحيح، لم يكف رد المعيب، وكان ردّه كردّ غير الجنس.

ويسقط أيضاً بالتصريف^١ في الثمن المعين مع اشتراط رد العين^٢ أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد العين المدفوع. كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصريف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد ولا خيار. وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخياري المجلس والشرط.

وإن كان هو رد الأعم من الصحيح والمعيب، لم يكن له الاستبدال، وكان المعيب فرداً من حقه - وإن كان رد الأعم شرطاً لحدوث الخيار، من غير أن يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعوضية، فسخ العقد برده، ثم أخذه وأعطي مكانه الصحيح، كان ذلك خلاف ظاهر ما هو المتداول من البيع الخياري، مع أنه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه أيضاً. وهكذا ظهر أنه لا فرق بين رد المعيب والخارج عن الجنس في كل صوره وفرضه.

وفيه: إن هناك شقّاً رابعاً وهو المتعارف، وهو تعليق الخيار على رد كلي مثل الثمن، الشامل للمعيب أيضاً، مع اشتراط كونه صحيحاً ضمناً. فالمعيب مصدق لما علق عليه الخيار، وإنما له الاستبدال من جهة أنه فاقد للوصف المشترط، فله المطالبة بتلك الخصوصية، وهي لا يمكن أدائها إلا بالتبديل، وهذا بخلاف ما لو رد من غير الجنس، فإنه ليس مصداقاً لما علق عليه الخيار.

التصريف في الثمن المعين مسقط

١. ومنها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: أن يكون الخيار فعلياً، وإعماله معلقاً على الرد، أو كون الخيار معلقاً عليه.

٢. الثاني: أن يكون المشروط رد الثمن المعين لا مثله، وإلا لم يكن التصرف فيه مسقطا بلا كلام، إذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفاً عن الرضا بلزوم العقد، لعدم المنافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف.

الثالث: أن يكون التصرف مسقطاً للخيار مطلقاً لا في خصوص خيار الحيوان.

والمحكي عن المحقق الأردني وصاحب «الكافية» أنّ الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرّف في الثمن، لأنّ المدار في هذا الخيار عليه، لأنّه شُرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقط الفائدة^١، وللموثق المتقدم المفروض في مورده تصرّف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك^٢، والمحكي عن العلامة الطباطبائي في مصابيحه الرد على ذلك بعد الطعن عليه، بمخالفته لما عليه الأصحاب، بما محصله: (إنّ التصرّف المسقط ما وقع في زمان الخيار، ولا خيار إلّا بعد الرد^٣، ولا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرّف بعد الرد، لأنّ ذلك منه بعده لا قبله، وإن كان قادرًا على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوّة، على أنّه لا يتم فيما اشترط فيه الرد في

وعلى هذا فمحل الكلام صورتان:

إحدهما: ما إذا كان الخيار فعلياً وإعماله معلقاً على ردّ الثمن، وحينئذ لا ينبغي التوقف في مسقطيّة التصرّف في هذه الصورة.

وما ذكره من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطيّة التصرّف لهذا الخيار، وهي:

١. منافاة ذلك لموضوعيّة الخيار لانتفاع البائع بالثمن.

٢. موافق إسحاق المتقدّم.

٣. وأنّ التصرّف المسقط ما وقع في زمان الخيار، ولا خيار إلّا بعد الرد.

لا يجري شيء منها في هذه الصورة.

أمّا الأوّل: فلأنّ المغروض في هذه الصورة تعلّق الغرض بردّ عين الثمن، فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه.

وأمّا الثاني: فلأنّ مورد الموثق شرط ردّ مثل الثمن لا عينه، مع أنّه قد مرّ عدم كون مورده بيع الخيار بشرط ردّ الثمن.

وأمّا الثالث: فلأنّ الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.

ثانيتهما: ما إذا كان الخيار معلقاً على الرد، فقد ذكر في وجه عدم مسقطيّة التصرّف له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفاً، وقد ظهر جواب الأوّلين منها.

وأمّا الثالث: فقد أجاب عنه المصنّف فيما سيأتي، بأنّ المستفاد من النصّ والفتوى أنّ التصرّف مسقط فعلي كالمقول، يسقط الخيار به في كلّ مورد يصحّ إسقاطه بالمقول،

وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً، انتهى محصل كلامه . وناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره: (من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، بأن ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار).

وبأنّ الظاهر من إطلاق العرف، وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشّيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الداللة على أنّ غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار)، انتهى .
أقول: في أصل الاستظهار المتقدم، والرد المذكور عن «المصابيح» والمناقشة على الرد نظر^١ :

أما الأول: فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصريف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. وأما بناء هذا العقد على التصرف، فهو من جهة أنّ الغالب المتعارف، البيع بالثمن الكلّي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، ولذا قوينا

وقد تقدّم جواز الإسقاط قولاً قبل العقد.
وفيه: ما تقدّم من عدم جوازه على القول بعد عدم جواز إسقاط الخيار قبل مجيء زمانه .
نعم على القول بجواز إسقاط الخيار قبل مجئه معلقاً، أمكن البناء على مسقطية التصرف الذي يكون كاسفاً عن الرضا، والالتزام بسقوطه في فرض مجيء زمانه. هذا كبروياً .
وأمّا الصغرى: فالظاهر أنّ بيع الخيار المتعارف بين الناس - كما يظهر من الروايات - هو البيع بشرط الخيار بردّ مثل الثمن لا عينه، وهو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف في الثمن، كما أنّ الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق إعمال الخيار على الردّ لا نفسه.

١. قوله: (في أصل الاستظهار المتقدم، والرد المذكور عن «المصابيح»، والمناقشة على الرد نظر).

الاستظهار من المحقق الأرديبيلي، وصاحب «الكافية»، والرد من «المصابيح»، والمناقشة من صاحب «الجوهر».

ومحصل ما أفاده المحقق الأرديبيلي، وصاحب الكافية: أنّ الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصريف في الثمن، لأنّ المدار في الخيار عليه، لأنّه شرع لانتفاع البائع

حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعم البطل، وحينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد، وصحة هذا التصرف واستمراره، وهو مورد الموثق المتقدم، أو منصرف إطلاقه. أو من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً. أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، وقد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعاً مطلقاً حتى المقررون منه بعدم الرضا بلزم العقد.

وأما الثاني: فلأن المستفاد من النص والفتوى كما عرفت، كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولي، يسقط الخيار في كل مقام يصح إسقاطه بالقول. والظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا، مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبني على الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار، ولا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس. بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الثاني، أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الرد فيها قيداً للخيار، وقد يؤخذ قيداً للفسخ.

بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، وللموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك.

ويرد عليهم: أنه إن كان مرادهما أن التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما أفاداه كما عرفت. وإن كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار أصلاً - كما يظهر من التعليل - فيرد عليهم ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور.

وأما المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيحه في الرد على ذلك، فحاصله: إن التصرف إنما يسقط الخيار، إذا وقع في زمان الخيار، وما قبل الرد ليس زمان الخيار، وال الخيار وإن كان مقدوراً في المدة المشروطة للقدرة على سبيه، إلا أن التمكن منه لا يقتضي الفعلية، والحكم منوط بالفعلية دون القوة، مع أن القوة غير مطردة، إذ لو اشترط الخيار، وقام بالرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً لا خيار حينئذ لا بالفعل ولا بالقوة.

نعم، لو جعل الخيار والرّد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة، كان التصرّف قبله تصرّفاً مع لزوم العقد، وجاء فيه الإشكال في صحة الإسقاط هنا ولو قوّاً، من عدم تحقق الخيار ومن تحقق سببه. وأمّا المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرّد بلزموم جهالة مدة الخيار^١، ففيه إنّها لا تقدح مع تحديد زمان التّسلط على الرّد والفسخ بعده إنشاء، نعم ذكر في «التذكرة» أنّه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التّفرق، إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد، لكنّ الفرق يظهر بالتأمل. وأمّا الإستشهاد عليه بحكم العرف^٢، ففيه أنّ زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلّا ما كان الخيار متتحققاً فيه شرعاً، أو بجعل المتعاقدين، والمفروض أنّ الخيار هنا جعلٌ، فالشّك في تتحقق الخيار قبل الرّد بجعل المتعاقدين. وأمّا ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشّيخ من بعض أخبار المسألة^٣، فلعلّهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاض زمان الخيار مطلقاً حتّى المنفصل، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، وإطلاق ما استدلّ له به من الأخبار.

وفيه: إنّ ما أفاده إن تمّ فإنّما هو في غير بيع الخيار المتعارف بين الناس، وهو تعليق إعماله على الرّد، مع أنّ تماميتته فيه أيضاً محلّ كلام كما تقدّم.
وأفاد صاحب «الجواهر» في رد صاحب «المصابيح» بما حاصله يرجع إلى أمور

ثلاثة:

١. الأوّل: أنّ تعليق الخيار على الرّد موجب لجهالة مبدأه.
٢. الثاني: أنّه خلاف فهم أهل العرف، لأنّهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة.

الثالث: أنّ المنقول من الشّيخ رحمه الله عدم ثبوت الملك في زمان الخيار.

٣. وردّه الأصحاب ببعض نصوص^(١) الباب الدالٌ على أنّ غلة المبيع للمشتري، ولو لا كون ذلك مدة الخيار لم يصحّ هذا الرّد، فيستكشف من ذلك أنّهم فهموا من هذه النصوص أنّ مجموع المدة ظرف للخيار.

أمّا الوجه الأوّل: فقد عرفت في أوّل مبحث خيار الشرط تماميتته، وأنّ ما ذُكر في جوابه ممنوع.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ١.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري^١، سواءً كان قبل الرد أو بعده، ونمائه أيضاً له مطلقاً. والظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدلها، ويحتمل عدم الخيار بناءً على أنَّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنَّ له رد الثمن وارتجاع البيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه^٢.

وأمّا الوجه الثاني: فقد عرفت آنفًاً تماميتة.
وأمّا الوجه الثالث: فقد أجاب عنه المصنف^{الله} بأنه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ أنَّ مذهبة توقف الملك على انقضاء زمان الخيار ولو منفصلًاً، فتأمّل.
وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف وموارد الرد والقبول منها.

حكم تلف المبيع

١. الخامس: وقد طفحت كلماتهم بأنَّه لو تلف المبيع كان من المشتري والنماء له.
أمّا كون النماء له، فواضح،
وأمّا كون التلف منه، فالكلام فيه في مقامين:
الأول: في حكم تلف المبيع.
الثاني: في حكم تلف الثمن.

أمّا المقام الأول: فلا كلام في أنَّ التلف يكون من المشتري، سواءً كان قبل الرد أم بعده، وإنما الكلام في أنَّ هل يسقط خيار البائع أم لا، وفيه أقوال:
الأول: السقوط مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك.
الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد وما بعده، والسقوط في الأول دون الثاني، اختاره في «الجوهر».

واستدلّ للأول بوجهين:
٢. أحدهما: أنَّ الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

وفيه: إنّه متعلق بالعقد، وهو ملك حلّ العقد، ولا مانع من ثبوته بعد تلف العين، هذا مضافاً إلى أنّه محقّ في محلّه، من أنّ نفس تشريع بيع الخيار أقوى شاهد له، لدلالة ثبوته على أنّ المتعارف فيه، التصرّف في الثمن بالنقل والإتلاف، ومع ذلك يكون الخيار باقياً.

ثانيهما: أنّ الغرض من البيع الخياري نوعاً هو أن يصون البائع ماله بما له من الخصوصية العينية، فلا محالة يشترط ارجاع المبيع عند ردّ الثمن، فمع تلف العين يسقط الخيار.

وفيه: إنّ المتعارف في هذه المعاملة هو أنّ الغرض صون البائع ماله من التلف بما له من المالية، من دون غرض له في الخصوصية العينية، والعين وجوداً وعدماً عنده على حد سواء، ولو كان في مورد غرض شخصي متعلق بالعين، استلزم اشتراطه على المشتري صريحاً. وبما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط.

وأمّا القول الثالث: فغاية ما ذكره صاحب الجواهر في وجهه، أنّ التلف بعد الردّ حيث أنّه في زمان الخيار، فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المثل أو القيمة، وأمّا التلف قبل الردّ، فحيث أنّه ليس في زمان الخيار كي يستحقّ الرجوع عليه، فيتّجه سقوط الخيار.

وفيه: إنّ كان نظره إلى قاعدة (التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له).

فيرد عليه: أنّ مقتضاه الانفساخ، لا ثبوت حقّ الفسخ.

مع أنّه لو دلت القاعدة على ذلك، كان مفادها ثبوت الخيار للبائع من هذه الجهة أيضاً، وهذا لا ينافي ثبوته له قبل الردّ من جهة أخرى.

مع أنّ تلك القاعدة إنّما هو فيما لو تلف عند من انتقل إليه في زمان خياره، وهنا يتلف عند المشتري الذي لا خيار له.

مضافاً إلى أنّه التزم عند جوابه عن دعوى «المصابيح» بأنّ الخيار ثابت قبل الردّ أيضاً، وإن كان نظره إلى غير تلك القاعدة فعليه البيان. فاللأظهر عدم السقوط مطلقاً.

ثم إنّه لا تنافي بين شرطية البقاء، وعدم جواز تفويت الشرط^١، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجيء في أحكام الخيار، لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتمّ إلا بالتزام ابقاءه للبائع ولو تلف الثمن^٢، فإن كان بعد الرّد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من أن التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له^٣ كونه من المشتري، وإن كان ملكاً للبائع، إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن، ويُدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرین واستظهاره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة، ولم أعرف وجه الاستظهار^٤، إذ ليس فيها إلا أن نماء الثمن للبائع،

١. قوله: (ثم إنّه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط). وجه التنافي: أنه إذا كان الخيار معلقاً على بقاء العين، وكان ذلك شرطاً، فهو من قبيل المقدمة الوجوبية، وهي لا تكون واجبة، فكيف حكموا هنا بعدم جواز إتلاف العين. والجواب عنه: أنه إنما يلتزم بذلك من جهة أن هناك شرطين: أحدهما شرط الخيار على تقدير ردّ الثمن، ثانياًهما شرط الإبقاء ليتمكن من استرداد العين.

حكم تلف الثمن

٢. وأما المقام الثاني: وهو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه في موضعين:
الأول: في أن تلف الثمن من البائع أو المشتري.
الثاني: في سقوط الخيار وبقائه.
أما الموضع الأول: فإن كان التلف بعد الرّد وقبل الفسخ، فمقتضى القاعدة كونه من البائع، لأنّه مملوك له، وتكون يد المشتري أمانة.
وقد استدلّ لكونه من المشتري:

٣. بقاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.
وفيه: إن مورد نصوص^(١) تلك القاعدة خيار الحيوان، والشرط مع كون التالف هو المبيع، والتعمّي إلى غيرهما وإلى تلف الثمن يحتاج إلى دليل مفقود.
٤. قوله: (ولم أعرف وجه الاستظهار).

(١) الوسائل - باب ٥ و٨ - من أبواب الخيار.

وتلف المبيع من المشتري، وهو إجماع عيّان حتّى في مورد كون التّلف ممّن لا خيار له، فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية، ولا يكون الرّواية مخالفة للقاعدة، وإنّما المخالف لها هي قاعدة: (أنّ الخراج بالضمّان)^(١) إذا انضمت إلى الإجماع على كون النّماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعدة للثّمن كعمومها لجميع أفراد الخيار، لكنّ الظّاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثّمن، واحتصاصها بالخيارات الثلاثة - أعني خيار المجلس والشرط والحيوان - وسيجيء الكلام في أحكام الخيار. وإن كان التّلف قبل الرّد فمن البائع، بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الرّد. وفيه مع ما عرفت من منع المبني منع البناء^٢، فإنّ دليلاً ضمّان من لا خيار له مال صاحبه، هو تزلّل البيع، سواءً كان بختار متصل أو منفصل، كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء. ثم إنّ قلنا بأنّ تلف الثّمن من المشتري انفسخ البيع وإن قلنا بأنّه من البائع، فالظّاهر بقاء الخيار، فيرد البطل ويرتجع المبيع.

الظّاهر أنّ وجهه جعل نماء الثاني في قبال تلف المبيع، فكما أنّ الثاني من مالكه فكذلك الأوّل.

وهذا يكشف عن أنّ النّماء كالتلف، والبائع كالمشتري والثّمن كالضمّان. لكنه كما ترى.

١. وقد يقال: إنّ مقتضى قاعدة: (أنّ الخراج بالضمّان) فيما إذا انضمت إلى الإجماع، على أنّ النّماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، وتلف الثّمن من البائع.

وفيه أوّلاً: إنّ سند ما تضمن^(١) القاعدة ضعيف للارسال، وجبره بالعمل غير معلوم، كما بيّناه في الجزء الثالث من هذا الشرح في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

وثانياً: إنّ محتملات هذه العبارة كثيرة، أظهرها أنّ المراد بالضمّان المعنى المصدرري مع إمضاء الشارع له، فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، وهذا هو الذي فهمه المشهور منها، فهي أجنبية عن المقام.

مع أنّه سيأتي في أحكام الخيار أنّ قاعدة التّلف في زمان الخيار حاكمة عليها.

وبما ذكرناه ظهر حكم تلف الثّمن قبل الرّد، وأنّه من البائع.

٢. قوله: (مع ما عرفت من منع المبني منع البناء).

محصل ما أفاده: أنّه إن كان الخيار ثابتاً قبل الرّد، فلا ريب في كونه مشمولاً

(١) صحيح الترمذى: ج ٥ ص ٢٨٥، وسنن أبي داود: ج ٢ ص ٢٥٥. والمبوسط كتاب البيوع، فصل الخراج بالضمّان.

الأمر السادس: لا إشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو بردّه على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول، مع التصرير بذلك في العقد^١. وإن كان المشروط هو ردّه إلى المشتري مع عدم التصرير ببدلته^٢، فامتنع ردّه إليه عقلاً لغيبة ونحوها، أو شرعاً لجنون ونحوه، ففي حصول الشرط بردّه إلى الحاكم، كما اختاره

لقاعدة التلف في زمان الخيار، وهي تدلّ على أنه من المشتري، وإلا فحيث أنّ البيع متزلزل - ولو بواسطة الخيار المنفصل - فتشمله القاعدة أيضاً، كما هو مقتضى أخبار المسألة، والظاهر أنّ نظره الشريف إلى ما في نصوص الباب من قوله^(١): «حتى يمضي شرطه»، بدعوى شموله لما إذا كان البيع في معرض حدوث الخيار، وإلا فموردتها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى.

فالظهور كونه من البائع في الصورتين.

وأمّا الموضع الثاني: فإنّ البحث عمّا إذا كان الشرط ردّ عين الثمن، فإنّ كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم إمكان رده، وإلا فهو باق، سواءً كان الشرط ردّ مثل الثمن أو كان التلف بعد الرد، ووجهه واضح.

رد الثمن إلى الوكيل أو الولي

١. السادس: لا خلاف ظاهراً في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو بردّه على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول، مع التصرير بذلك في العقد، ووجهه ظاهر.

إنّما الكلام فيما إذا لم يعلّق الخيار على ما يشمل الرد إلى غير المشتري من الوكيل أو غيره، وإلا فلا ريب في الكفاية، بل لو علق الخيار على الإلقاء في البحر أو الوضع في مكان مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما أنه لا نقاش فيما لو علق الخيار على الرد إلى خصوص المشتري بنحو التقييد، إذ لا ريب حينئذ في عدم الكفاية، وأنّه لو امتنع الرد إليه سقط الخيار لتعذر شرطه.

٢. إنّما البحث فيما لو علق الخيار على الرد إلى خصوص المشتري لا بنحو التقييد،

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

المحقق القمي في بعض أوجوبة مسائله، وعدهم كما اختاره سيد مشائخنا في منهاله، قوله^١. وربما يظهر من صاحب «الحدائق» الإتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار، وأنّه لا اعتبار بالأشهاد خلافاً لبعض علمائنا، قال: (إنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن، فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري، يجعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهراً لهم الإتفاق عليه، إلاّ أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة)، انتهى.

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرّض لحكم رد الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار، ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتّى يحضر المشتري، وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار، إنّما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو، في مقابل العامة وبعض الخاصة، حيث اشترطوا في الفسخ بال الخيار حضور الخصم، ولا تنافي بينه وبين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، وهو رد الثمن إلى المشتري. مع أنّ ما ذكره من أخبار المسألة لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ، وإن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد، إلاّ أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الرد بزمان، بناءً على مغایرة الفسخ للرد، وعدم الإكتفاء به عنه.

بل الرد إليه فقط يكون ثابتاً بالقصر الذاتي لا بل حاظه بما هو مشترٍ فقط.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنه يقع الكلام في هذا الأمر في موارد:

الأول: في أنه هل يكفي الرد إلى وكيل المشتري، أم لا؟

١. الثاني: في كفاية الرد إلى الحاكم الشرعي، كما عن المحقق القمي، وعدمها كما عن سيد المناهل.

الثالث: في أنه إذا كان المشتري هو الأب واشترى للصغير، هل يكفي الرد إلى الجد أم لا؟

الرابع: في أنه إذا كان المشتري هو الحاكم الشرعي، واشترى ولاية، هل يكفي الرد إلى حاكم آخر أم لا؟

الخامس: في أنه إذا اشتري شخص فمات، هل يكفي الرد إلى وارثه أم لا؟

نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالرّد، اخترّ موردها بحضور الخصم، لكنّ الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الشمن، فافهم.

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرّ باشتراط الرّد إلى خصوص المشتري، هو قيام الولي مقامه^١، لأنّ الظاهر من الرّد إلى المشتري حصوله عنده وتملكه له، حتى لا يبقى الشمن في ذمة البائع بعد الفسخ، ولذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى، وكذا لو ردّ وارت البائع، مع أنّ المتصّر به في العقد ردّ البائع، وليس ذلك لأجل إرثه للخيار، لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلية خصوص البائع في الرّد، وكذا الكلام في ولته.

أمّا المورد الأول: إن لم يكن وكيلًا في قبض الشمن، فلا إشكال في عدم الكفاية. وإن كان وكيلًا فيه، فقد يقال - كما عن المحقق النائيني^(١) وغيره - إنّ عموم دليل الوكالة على فرض إطلاق الوكالة لماله وعليه كما هو المفروض في المقام، يدلّ على أنّ قبض الوكيل قبض الموكل، فإذا كان قبض الموكل يشمل الإطلاق الرّد إليه. وفيه: إن كان المعلق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من أفعاله صحّ ذلك، وأمّا إن كان المعلق عليه إحضار البائع الشمن عند المشتري، لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فإنّ معنى التوكيل الاستنابة فيما هو من وظائف الموكل، ويكون تحت اختياره وسلطانه، ولا تقتضي الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، ولا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس ردّ البائع إليه وإحضار الشمن عنده ردّاً للشمن إلى الموكل وإحضاراً لديه، فلا يكون ذلك كافياً.

ولعله إلى هذا نظر السيد الفقيه^(٢) حيث قال: (إنّ عموم دليل النيابة لا يجعل الرّد إلى الوكيل ردّاً إليه).

١. وأمّا المورد الثاني: فقد استدلّ المحقق النائيني^(٢) للكفاية بعموم دليل ولالية الحاكم^(١).

وفيه: إنّ ولالية الحاكم إن كانت من جهة ولاليته على الغائب لا يشمل دليله المقام،

(١) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح - مبحث ولالية الحاكم.

ودعوى: أنّ الحاكم إنما يتصرّف في مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحة، والثمن قبل رده باق على ملك البائع، وقبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحةً للغائب، أو شبهه، فلا يكون وليناً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ.

مدفوعة: بأنّ هذا ليس تصرّفاً اختيارياً من قبل الولي حتّى ينات بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب، صحّ له الفسخ، إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو ولائه للثمن، حتّى يقال إنّ ولaitه في القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكّن المشتري أو ولائه منه إذا حصل الفسخ. ومما ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن إلى عدول المؤمنين ليحافظوها حسبةً عن الغائب وشبهه. ولو اشتري الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصحّ له الفسخ مع ردّ الثمن إلى الولي الآخر -أعني الجدّ مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب، أو لا؟ وجوه، ويجري مثلاً

فإنّ موردها مال الغائب، والغائب لا مال له في المقام قبل الردّ، لأنّه للبائع لا المشتري. وإن كانت من جهة ولايته على الممتنع، فلابدّ من التفصيل المتقدّم، فإنّ دليل الولاية يدلّ على أنّ للحاكم تصديّ ما هو فعل الممتنع، وعليه فإنّ كان المعلّق عليه الخيار قبض المشتري بما هو فعله، كان مقتضى عموم دليل الولاية أنّ للحاكم ذلك، وإن فعله بمنزلة فعله، وإن كان المعلّق عليه إحصار البائع الثمن عنده، لم يكف دليل الولاية، فإنه ليس هناك فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.

هذا بناءً على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، وإلا لم يكفي في الفرض الأول أيضاً.

١. وأما المورد الثالث: فالظهور عدم الكفاية مطلقاً حتّى في مورد قيام الحاكم والوكيل مقامه، فإنّ دليل ولاية الجدّ إنما يدلّ على ولايته في عرض ولاية الأب، بخلاف دليل نيابة الوكيل وولاية الحاكم، فلا يقام الجدّ مقام الأب، ولا يكون فعله فعله، وعليه فإنّ كان الشرط الرد إلى الأب بما هو ولائي، كفى الرد إلى الجدّ، لكنّه خارج عن فرض المسألة، وإن كان هو الرد إلى الأب بما هو، لم يكفي الرد إلى الجدّ قطعاً. وما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من كفايته لولاية كلّ منهما على الطفل، حيث إنّ قبض

فيما لو اشتري الحاكم للصغير، فرد البائع إلى حاكم آخر، وليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول، حتى لا يجوز^١ قبوله للثمن، ولا يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة، بناءً على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور، لما عرفت من أنَّ أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البائع إذا وجد من يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري عنه فسخه، جاز له الفسخ، وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول، غاية الأمر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب، لأنَّ هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمة. لكنَّ الأظهر أنَّها مزاحمة عرفاً^٢.

كلٌّ منها قبض الطفل.

غريب، فإنَّ المعلق عليه ليس قبض الطفل، بل قبض الأب الذي هو المشتري.

وأمّا المورد الرابع: فقد استدلَّ المصنف^{رحمه الله} للكفاية فيه:

١. بأنَّ قبول الحاكم الآخر وتملكه، ليس مزاحمة للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال:

٢. (لكنَّ الأظهر أنَّها مزاحمة عرفاً).

واستدلَّ المحقق النائيني^{رحمه الله} لعدم الكفاية: بأنَّ بتصريف الحاكم الأول، ووضع يده عليه، خرج مال الطفل عن المال الذي لا ولية له، فليس للحاكم الآخر التصرف في هذا المال. وفيه: الظاهر أنَّ هذه الكلمات أجنبية عمّا هو محلُّ البحث، فإنَّ مورد البحث كفاية ردَّ البائع الثمن إلى الحاكم الآخر مع اشتراط الرد إلى الحاكم المشتري نفسه، ولا ريب في أنه ليس له ذلك، لعدم ولايته على الحاكم الآخر، نعم إذا كان الشرط الرد إلى الحاكم كفى. فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

وأمّا المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فإنَّ الرد إلى الوارث لا يعُدْ ردًا إلى المورث الذي علق عليه الخيار.

وما أفاده المحقق النائيني^{رحمه الله}: بأنَّ الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع إليه، فالردة إليه كالرد إلى مورثه.

غير تامٍ، فإنَّ ما أفاده يتمُّ في ورثة البائع، والكلام إنما هو في ورثة المشتري.

الأمر السابع: إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن، لم يكن له ذلك إلا برد الجميع^١، فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية، إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع، ولو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن^٢، جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، وللمشتري خيار التبعيض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة، وهل له ذلك قبل خروجها؟

حكم الفسخ برد بعض الثمن

١. الأمر السابع: لا خلاف ولا كلام في أنه إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن، ليس له الفسخ إلا برد الجميع، ولو رد بعضه لم يكن له الفسخ، وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه، لبقائه على ملك البائع.

كما لا كلام في أنه لو اشترط الفسخ برد بعضه له ذلك.

٢. إنما الكلام في أنه لو اشترط الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن، والكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في صحة هذا الشرط وفساده.

الثاني: في أنه على فرض فسخ البعض لو قلنا بصحّة هذا الشرط، هل يثبت للمشتري الخيار أم لا؟

أما المورد الأول: فقد استدل للفساد بوجهين:

أحدهما: ما عن «المستند»، وهو أن شرط الخيار في نفسه شرط مخالف للسنة، وإنما التزمنا به للإجماع والنصوص^(١) الخاصة، ومورد النصوص شرط الخيار بالفسخ في الجميع، والتعميّد يحتاج إلى دليل مفقود، والمتيقّن من الإجماع غير المقام.

وفيه: ما تقدّم مفصلاً من أنه ليس شرطاً مخالفًا للسنة، وإنّه يصح على القاعدة.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار.

الوجه ذلك^١، ويجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدة، بل بجزء غير معين^٢، فيبقي الباقى في ذمة البائع بعد الفسخ.

ثانيهما: أن الالتزام العقدي أمر بسيط، فأماماً أن يجعل للمشروط له تمام الالتزام، وأماماً يبطل. وبعبارة أخرى إنه غير قابل للتبعيض.

وفيه: إن الالتزام وإن كان واحداً، وإذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع أجزاء الملزام به متّحد الحكم، ولا يجوز الفسخ في البعض.

وأماماً إذا جعل له الخيار بهذا النحو، فالالتزام المذبور ينحل إلى الالتزام بكون كل جزء من المبيع في مقابل كل جزء من الثمن، بلا ربط له بسائر الأجزاء، فكانه التزامات عديدة، وعليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية، وبالتالي فالظهور صحة هذا الشرط. وأماماً المورد الثاني: فإن كان المجموع رد كل جزء مستقلّاً، ولو لم يرد البقية لا خيار للمشتري قطعاً، فإنه الذي أقدم على ذلك.

وإن كان رد الجميع بهذا النحو، فما دام لم تخرج المدة وكانت باقية لا خيار له، فإن المشتري أقدم على الفسخ تدريجاً.

وأماماً إن خرجت المدة فلم يفسخ الجميع، بل فسخ البعض، فحينئذ إن كان جعل الخيار له بهذا منوطاً برد الثمن بتمامه تدريجاً، كشف ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، وإن لم يكن منوطاً به، بل شرط في ضمن هذا الجعل أن يفسخ الجميع، كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

وعلى أي حال، لا وجه لثبوت خيار التبعيض الذي أفاده المصنف للله.

١. وأضعف منه الالتزام بشبوته وإن لم تخرج المدة.

٢. قوله: (بل بجزء غير معين، فيبقي الباقى في ذمة البائع بعد الفسخ).
لا يقال: إنه يبطل حينئذ للجهل بالجزء غير المعين.

فإنّه يُجَاب عنه: بأنّ هذا الجهل لا يوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، إذ لا ريب في صحة جعل الخيار مع عدم التعليق على رد الثمن، فإذا لم يكن أصله معتبراً لم يكن وجه لاعتبار تعنته.

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن^١، ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، ولا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه، لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده وبدله مع تلفه، وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ. وفي جواز اشتراط رد بدله ولو مع التمكّن من العين إشكال، من أنه خلاف مقتضى الفسخ، لأنّ مقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة. نعم لو اشترط رد التاليف بالمثل في القيمي، وبالقيمة في المثل^٢ أمكن الجوان، لأنّه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التاليف المثلبي بالقيمة والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمّل.

ويجوز اشتراط الفسخ لكلّ منهما برد ما انتقل إليه أو بدله، والله العالم. مسألة: لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع^٣، وجريانه في كلّ معاوضة لازمة، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقات، بل قال في «الذكرة»: (الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كلّ عقد معاوضة، خلافاً للجمهور).

١. الكلام في صحة هذا الشرط، هو الكلام في صحة شرط الخيار برد المبيع في جميع الصور الخمس أو السنت المتقدمة، مع جميع فروعه، فلا وجه للإعادة.

٢. قوله: (نعم لو اشترط رد التاليف بالمثل في القيمي). إذ كما أنّ مرجع هذا الاشتراط إلى اشتراط الإيفاء، ولا يكون منافيًّا لحقيقة الفسخ، كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين، فإنّ مرجعه إلى اشتراط تملك البدل بدلاً عن العين المرجوعة بمقتضى الفسخ.

جريان خيار الشرط في العقود الجائزة

٣. مسألة: هل يختصّ خيار الشرط بالبيع أم يعم كلّ معاوضة لازمة، أو العقود مطلقاً، أم يدخل خيار الشرط في الإيقاعات أيضاً؟ وتمام الكلام فيها بالبحث في مقامات:

ومراده ما يكون لازماً، لأنّ صرّح بعدم دخوله في الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة، لأنّ الخيار لكلّ منهما دائمًا، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه. والأصل فيما ذكر عموم: «المؤمنون عند شروطهم»، بل الظاهر المتصرّح به في كلمات جماعة دخوله في غير المعاوضات من العقود الالزمه ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز، ولو من الطرف الواحد.

فعن «الشّرائع» و«الإرشاد» و«الدّروس» وتعليق «الإرشاد» و«مجمع البرهان» و«الكافية»، دخول خيار الشرط في كلّ عقد سوى النّكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق، وظاهرها ما عدا الجائز. ولذا ذكر نحو هذه العبارة في «التحرير» بعدها منع الخيار في العقود الجائزة. وكيف كان، فالظاهر عدم الخلاف بينهم في أنّ مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكلّ، وإنّما الإخراج لمانع^٢، ولذا قال في «الدّروس» بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشّيخ^٣: (إنه لم يعلم وجهه، مع عموم صحيحة ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم»)، فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الإيقاعات.

الثالث: في العقود الالزمه .

أثنا الأول: فظاهر «الشّرائع» و«الإرشاد» و«الدّروس» وتعليق «الإرشاد» و«مجمع البرهان» و«الكافية»، دخول خيار الشرط فيها.

١. وتوجيه الشيخ كلماتهم بأنّ مرادهم العقود الالزمه، لا وجه له، إذ لم يذكر وجهاً له سوى أنّ هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في «التحرير»، بعدها منع من الخيار في العقود الجائزة، وهو كما ترى.

٢. وكيف كان، فقد استدلّ لعدم الجريان في مقابل عموم ما دلّ على نفوذ كلّ شرط

وصحّته^(١) ، بوجوه:

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكتبة.

فنقول: أما الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها^١، كما يرشد إليه استدلال الحلي في «السرائر» على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود، قبل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين^٢ كما ينبه عليه جملة من الأخبار، والإيقاع إنما يقوم بواحد.

ومنها: أنه من قبيل تحصيل الحاصل، فإن السلطة على الفسخ فيها ثابتة دائمًا، ولا تنفك عنها، ولا تسقط بالإسقاط.

وفيه: أن الثابت بالشرط فرد آخر من السلطة دون ما هو من لوازمه.

ومنها: أنه يلزم اجتماع المثلين. وقد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان.

ومنها: لزوم اللغوية، فإنها جائزة ذاتاً، فجعل الخيار فيها لغو رأساً.

وفيه: إن هذه السلطة المجنولة غير ما هو من لوازם العقد وثابت فيها، فإن تلك السلطة غير قابلة للمصالحة والإسقاط والإرث، وهذه قابلة لتلك، فييمكن أن ينقلها إلى غيره بالصلح ونحوه، ويرثها وارثه. فالظهور صحة جعل الخيار فيها.
ثم إن هذه الوجوه لو تمت، فإنما هي في جعل الخيار للعقد، وأما جعله للأجنبي فلا يجري شيء منها فيه.

وأفاد المحقق النائي^{بِاللهِ}: أن العقود الإذنية كالوكالة لا يجري فيها الخيار لوجه آخر، وهو أن إطلاق العقد عليها إنما هو لكونها واقعة بين اثنين، وإلا نفس حقيقتها متقومة بالإذن المحسض والرضا الصرف.

وفيه: إن مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار، بعد كون هذا الإذن والرضا بعنوان العقد والالتزام، وله آثار غير ما هو مترتب على مجرد الإذن.

جريان الخيار في الإيقاعات

١. وأما المقام الثاني: وهو أنه هل يثبت هذا الخيار في الإيقاعات أم لا؟

وقد استدلّ لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

٢. منها: أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين - كما هو المستفاد من جملة من الأخبار - والإيقاع إنما يقوم بواحد.

وفيه: أن المستفاد من الأخبار، كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له والمشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب والقبول، لأن ترى إنهم جوزوا أن يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة، تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الأمر توقيف لزومه كاشتراض مال على العبد على قبول العبد، على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول. فالأولى الاستدلال عليه - مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط وانصرافه^١، خصوصاً على ما تقدم عن «القاموس» - بعد مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل، لاشتراط التسلط على الفسخ فيها، والرجوع في العدة ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده، ومرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لابد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة، وثبتت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها بخلاف الإيقاعات^٢، فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

وفيه: إن الشرط متقوّم بأمرین: مشروط له، ومشروط عليه، وهذا غير كون مورده ومحله متقوّماً بأمرین، فلو سلم احتياج الشرط إلى القبول، فإنّما هو محتاج إلى قبول الشرط لا قبول محله ومورده.

ومنها: الإجماع الذي ادعاه في «المبسوط» على عدم دخوله في الطلاق والعتق، والذي ادعاه في «المسالك» على عدم دخوله في الإبراء.
وفيه: إنه مضافاً إلى كونه أخص من المدعى، ليس إجمالاً تعدياً كاسفاً عن رأي المعصوم عليهما.

١. منها: ما في المتن، وهو: (منع صدق الشرط، وانصرافه عمّا هو في ضمن الإيقاع).

وفيه: إن غاية ما يثبت بالدليل، خروج الشروط الابتدائية عن تحت أدلة الشروط إما تخصيصاً أو تخصّصاً، وأما لزوم كونه في ضمن التزامين، وعدم كفاية ما هو في ضمن التزام واحد، فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الآتية تدل على عدم لزوم ذلك.

٢. منها: ما في المتن أيضاً، وحاصله: أن دليل الشرط إنما يدل على إيجاب ما هو سائغ في نفسه، ومشروعية الفسخ لابد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة

وبالجملة: فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع، أو علم عدمه بناءً على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة، فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه في متن الإيقاع. هذا كلّه مضافاً إلى الإجماع عن «المبسوط»، ونفي الخلاف عن «السرائر» على عدم دخوله في العتق والطلاق، وإجماع «المسالك» على عدم دخوله في العتق والإبراء، ومما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع ولو كان عقداً كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما في «التحرير» و«جامع المقاصد».

مشروعية الإقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان فيها، ولم يثبت ذلك في الإيقاعات. وفيه: إنه لم تثبت مشروعية الفسخ في العقود - أي الفسخ الذي يجعل للمشروط له - بل الثابت عدمها قبل الشرط، ومشروعية الإقالة والفسخ بسبب خيار المجلس أو الحيوان، لا توجّب مشروعية الفسخ بسبب آخر، مع أنها غير ثابتة، بالإضافة إلى الأجنبي، ويصحّ جعل الخيار له.

ومنها: ما أفاده المصنف رحمه الله في آخر كلامه، وحاصله: إنّاطة دخول الشرط بصحّة التفاصيل، فيكون الالتزام في ضمن العقد مثلاً، بمنزلة رضا المتعاقدين بعده، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافياً في الانحلال، كان الالتزام به في ضمن العقد كافياً في تسلط المشروط له على حلّه أيضاً، وإلا فلا.

وفيه: إن اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضي بعد العقد، لا يكون من منشآت الشارط، ولم يدلّ دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعي، فلا وجه له.

ومنها: أن دليلاً الشرط خُصّص بما دلّ على عدم نفوذ ما خالف الكتاب والسنة، وشرط الخيار في الإيقاع إن علم كونه مخالفًا للسنة من جهة كون لزومه حكيمياً، لا حقيّاً فهو، وإلا فالنتيجة ثبوته في عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية.

وفيه: إنه سيجيء في محله أنه في موارد الشك يقتضي أصلّة عدم المخالفـة، البناء على شمول العموم لها.

وفي «غاية المرام»: (أنَّ الصلح إنْ وقع معاوضةً دخله خيار الشرط، وإنْ وقع عما في الذمة مع جهالته، أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها، لم يدخله لأنَّ مشروعيته لقطع المنازعَة فقط، واشترط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكلَّ شرط ينافي مشروعيَّة العقد غير لازم) انتهى، والكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقلَّ من الشك في ذلك الرَّاجع إلى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع.

ومنها: أنَّ الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حلٌّ إلا بين أمررين مرتبطين، فلا يعقل في الإيقاع الذي هو التزام واحد.

وفيه: إنَّ الفسخ رفع الأمر الثابت، سواءً كان واحداً أم متعدداً.

ومنها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وحاصله أنَّ الإيقاع حيث أتَه إذا انشأ يوجد المنشأ ولا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده: إما يرجع إلى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به. وإما إلى تعليق المنشأ الذي هو باطل، لو أنيط أصل المنشأ به. وإما إلى تخصيص المنشأ بخصوصية.

وعلى أيِّ تقدير، فهو خارج عن الالتزام في ضمن الالتزام الذي هو محلُّ الكلام، وهذا بخلاف العقود، فإنه يعقل فيها إنَّاطة المنشأ به بحيث يصبح الشرط ضميمة لأحد العوضين.

وفيه: إنَّه في العقود لا ينط المنشأ به بهذا المعنى، ولذا لا يردُّ من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، وسيأتي في باب الشروط بيان حقيقة الشرط، وأنَّه أمرٌ يوجد في العقد والإيقاع بلا تفاوت بينهما.

فتحصل: أنَّ الأَظْهَر صحة شرط الخيار في الإيقاع إلا ما خرج بالدليل.

ويشهد له: - مضافاً إلى ذلك - النصوص الواردة فيمن يعتقد عبده أو جاريته ويشترط عليه العمالة أو الخدمة^(١).

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب كتاب العقق.

وأقْتَال العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً^١: فالأول: النكاح^٢، فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن «الخلاف» و«المبسوط» و«السرائر» و«جامع المقاصد» و«المسالك»، الإجماع عليه، ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق^٣، وعدم مشروعية التقاييل فيه^٤.

جريان الخيار في غير البيع من العقود الالزمه

١. وأما المقام الثالث: وهو جريان الخيار في العقود الالزمه، فملخص القول فيه، أنها على أقسام:

الأول: ما ادعى أنه لا يدخله شرط الخيار اتفاقاً.

الثاني: ما اختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقاً.

٢. أما القسم الأول: فهو النكاح، وقد استدلّ على المنع فيه بوجوه:

٣. أحدهما: ما ذكره المصنف^{رحمه الله} في المقام، وهو توقف ارتفاعه شرعاً على صيغة الطلاق.

وفيه: إنه لو كان دليلاً على عدم ارتفاعه، ولو بنحو رفع علقة النكاح من دون إنشاء البينونة والفرقة بغير الطلاق إما بالمنطق أو بالمفهوم، كان ما أفاده متييناً جدّاً، ولكن حيث إنه لا يدلّ على ذلك، فلا يصح هذا الاستدلال.

٤. ثانية: ما أفاده المصنف^{رحمه الله} أيضاً، وهو عدم مشروعية التقاييل فيه. وتقديم تقريريه مع جوابه.

ثالثها: ما أفاده صاحب الجواهر^{رحمه الله}، وهو أنّ فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار.

وفيه: إنّ مجرد ذلك لا يكفي، لكونه عبادة لا يجري فيها الخيار، فإنه لا يعتبر فيه القرابة قطعاً.

رابعها: ما عن «الجواهر» أيضاً، وهو أنّ اشتراط الخيار فيه يفضي إلى ابتذال المرأة، وهو ضرر لها.

ومن الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه^١، وعن «المسالك» إنّه موضع وفاق، ويظهر من محكي «السرائر» و«الدروس» وجود الخلاف فيه، وربما على باشتراط القرابة فيه^٢، وإنّه فكّ ملك بغير عوض، والكبرى في الصغاريين ممنوعة^٣.

وفيه: إنّه مع إقدامها عليه، لا يوجّب دليل نفي الضرر نفيه.
خامسها: إنّ شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

وفيه: إنّ الخيار لا ينافي الدوام، فإنّه رفع للموجود، لا توقيت له في البيع، ولذا في البيع لا إشكال في صحة شرطه، مع أنّه أيضاً إنشاء للملكية الدائمة.
سادسها: إنّه شرط مخالف للسنة، لأنّ لزوم النكاح حكمي لا حقي، ولا أقلّ من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام.

وفيه: إنّه لم يثبت كونه كذلك، وقد مرّ أنّ الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام، لأحالة عدم المخالفة.

فالالأظهر أنّه لا دليل على المنع، سوى الإجماع المدعى في كلمات غير واحد، ولا يأس به.

١. وأما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدلّ للمنع فيه بوجوه:

٢. منها: أنّه يشترط القرابة فيه، وما كان الله لا يرجع.

٣. والمصنف أورد عليه بمنع الكبرى.

وأورد عليه السيد^٤ وتبعه المحقق الإيراني: بأنه^٥ سيعترض بصحة الكبرى في الصدقة.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ ما ذكره في المقام لا ينافي مع ما ذكره في الصدقة، فإنّه يسلم دلالة النصوص^(١) المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، إلا أنّ منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام، فإنّ المراد بها ليس ما يقع

(١) الوسائل: باب ١١ من أبواب كتاب الوقف والصدقات، وباب ٦ من أبواب الكتاب الهبات، وباب ٢٤ من أبواب الصدقة.

ويمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة في مسألة شرط الواقف، كونه أحق بالوقف عند الحاجة، وهي قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل، فإنها ترجع في الميراث»^١، وقرب من منها غيرها. وفي دلالتها على المدعى تأمل، ويظهر من المحكي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجويز اشتراط الخيار في الوقف، ولعله المخالف الذي أُشير إليه في محكي «السرائر» و«الدروس».

في الخارج لله، وإن أمكن أن يقع لغيره كالبيع، ولا ما يتشرط في صحته الوقع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته إلا لله كالصدقة بالمعنى الأخضر، التي تكون القربة من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط.

ويمكن أن يورد على هذا الوجه: بمنع الصغرى أيضاً، فإنه وإن كان المشهور اعتبار القربة في الوقف، إلا أن الأظهر تبعاً لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للإطلاقات، ولما دل على صحة وقف الكافر، وإطلاق الصدقة عليه إنما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القرابة. وتمام الكلام في محله.

ومنها: أنه فلك ملك بلا عوض، وشرط الخيار يصح في العقود المعاوضية.

وفيه أولاً: إن الوقف حقيقته ليست فلك الملك، بل حبس العين وتسبييل المنفعة.

وثانياً: إنه قد مر جريان شرط الخيار في الإيقاع، فضلاً عما هو بمنزلته.

ومنها: خبر إسماعيل بن الفضل، عن مولانا الصادق عليه السلام: «عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له، وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً إلى أهله أو يمضي صدقته؟ قال عليه السلام: يرجع ميراثاً على أهله»^(١).

١. وموثقة الآخر^(٢) المذكور في المتن.

وتقريب دلالتهما: أنهما يدللان على بطلان الوقف، وليس إلا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣ - من أبواب كتاب الوقف والصدقات حديث ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٩٥٠ طبع النجف.

وأما حكم الصدقة، فالظاهر أنه حكم الوقف، قال في «التذكرة» في باب الوقف: (إنه يشترط في الوقف الإلزام، فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، ويكون الوقف باطلًا كالعتق والصدقة)، انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: (أما الهبة المقبوسة، فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القربة، ولا تصرف المتهب، يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن احتل أحد القيود لزmet، وهل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك)، انتهى.

وظاهره دخول الخيار في الهبة الالزمة حتى الصدقة، وكيف كان، فالآقوى عدم دخوله فيها، لعموم مادل على أنه لا يرجع فيما كان لله¹، بناءً على أن المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعاً ل Maher الصدقة، نظير الجواز للعقود الجائز، ولو شكل في ذلك، كفي في عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها. وتوهم: إمكان إثبات السببية بنفس دليل الشرط، واضح الاندفاع.

وفيه: إنه يمكن أن يقال بدلاتهما على الصحة بقرينة التعبير بالرجوع، إذ مع البطلان لا رجوع، بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة الوقف والشرط، وإنه يعود إليه عند الحاجة، ثم إن مات يرثه وارثه.

وعلى فرض دلالتهما على البطلان، يمكن أن يكون الوجه فيه إدخال نفسه في الوقف.

وقد استدل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة.

فالظاهر تبعاً للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار في الوقف.

ومنه: الصدقة.

١. وقد استدل المصنف^{للهم} لعدم دخول خيار الشرط فيها، بعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله، وهي أخبار مستفيضة:

منها: قوله عائلاً^(١): «إِنَّمَا الصَّدْقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَمَا جَعَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ».

ونحوه غيره.

وتقريب الاستدلال بها: أنها تدل على أن اللزوم حكم ل Maher الصدقة، وأنها ماهية

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب كتاب الوقف والصدقات حديث ١.

ومنه الصلح: ^١ فإنَّ الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في «الذكرة»، دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن «المذهب البارع» في باب الصلح الإجماع على دخوله فيه بقوله مطلقاً. وظاهر «المبسوط» كالمحكي عن «الخلاف»، عدم دخوله فيه مطلقاً. وقد تقدم التفصيل عن «التحرير» و«غاية المرام»، ولا يخلو عن قُرْبٍ ^٢، لما تقدم من الشك في

منافية للرجوع، وهذا المعنى آبٌ عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم، فلا يصح جعل الخيار فيها.

وأورد على الاستدلال بها السيد الفقيه رحمه الله: بأنه لا يصدق الرجوع إلى الصدقة على الفسخ بالختار، لأنَّ إخراجه للمال ليس على كلِّ تقدير، والإخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقة، فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام.

وفيه: إنَّ الرجوع الحقيقي هو رد الملك، وهو المراد في هذه النصوص، إذ الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو ما يكون جائزاً في الهبة، ومن المعلوم أنَّ الرجوع الجائز فيها رد الملك، لا التصرف في الموهوب مع بقاء الهبة.

فاللأنَّ ظهر عدم دخول خيار الشرط فيها.

١. ومنه: الصلح، وفيه أقوال:

الأول: دخوله فيه مطلقاً، ولعله المشهور، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

الثاني: عدم دخوله كذلك، وهو المنسوب إلى الشيخ في «المبسوط» و«الخلاف».

الثالث: التفصيل بين الصلح الذي فائدته الإبراء فلا يدخل فيه، وغيره فيدخل، ذهب إليه العلامة في «التحرير»، والمحقق الثاني في «جامع المقاصد».

٢. واختاره المصنف رحمه الله.

وقد استدلَّ للمنع في المفید فائدة الإبراء بوجوه:

أحدها: ما عن «غاية المرام» بأنَّ مشروعيته لقطع المنازعـة فقط، واشترط الخيار

لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكل شرط ينافي مشروعيـة العقد غير لازم.

وفيه أولاً: إنَّ مشروعيته ليست لخصوص قطع المنازعـة، ولذا يصح الصلح في غير

سببية الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته^١.

ومنه الضمان: ^٢ فإن المحكي عن ضمان «الذكرة» و«القواعد»: عدم دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر «المبسوط»، والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه.

ومنه الرهن: ^٣ فإن المتصرّح به في «غاية المرام» عدم ثبوت الخيار للرهن، لأن الرهن وثيقة للدين، وال الخيار ينافي الاستيشاق^٤، ولعله لهذا استشكل في «التحرير»، وهو ظاهر «المبسوط»، ومرجعه إلى أن مقتضى طبيعة الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقة، وال الخيار منافٍ لذلك.

مقام الدعوى.

وثانياً: إن مجرد ذلك لا يصلح للمنع، لأنّه حكمة لا علة.

١. الثاني: ما أفاده المصنف رحمه الله. قال: (لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع الإبراء، أو ما يفيد فائدته). انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن الشك في السببية لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: إنه إيقاع، ولا يدخل شرط الخيار في الإيقاع.

وفيه أولاً: إنه عقد لا إيقاع، وإن كان الإبراء إيقاعاً.

وثانياً: إنه قد تقدم دخوله في الإيقاع.
فالالأظهر جريانه فيه مطلقاً.

٢. ومنه: الضمان.

وقد استدلّ المحقق النائيني رحمه الله للمنع من دخول شرط الخيار فيه، بأنّ لزومه حكمي كالنكاح، لأنّ من آثاره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة المديون، فإرجاعه إلى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر.

وفيه: ما تقدم من أنه لو لا الإجماع، لكنّا ملتزمين بدخوله في النكاح، فضلاً عن الضمان.

٣. ومنه: الرهن.

٤. وقد استدلّ للمنع فيه بأنّ الرهن وثيقة للدين، وال الخيار ينافي الاستيشاق.

وفيه: إنّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين^١.

ومنه الصرف: فإنّ صريح «المبسوط» و«الغنية» و«السراير» عدم دخول خيار الشرط فيه، مدعى على ذلك الإجماع، ولعله لما ذكره في «التذكرة» للشافعى المانع عن دخوله في الصرف والسلم، من أنّ المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا، ولا يبقى بينهما علقة، ولو أثبتنا الخيار بقيت العلقة، والملازمة ممنوعة، كما في «التذكرة»، ولذا جزم فيها بدخوله في الصرف^٢، وإن استشكله أولاً كما في «القواعد». ومن الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف، ومطلق الإجارة والمزارعة والمساقاة، وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإنّ الظاهر عدم الخلاف فيها.

واعلم أنه ذكر في «التذكرة» تبعاً للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة، وإن لم يكن فيها رد، ولا يتصور إلا بأن يشرط الخيار في التراضي القولي بالسهام. وأما التراضي الفعلى، فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد، ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطة^٣، وإن قلنا

١. وأجاب عنه المصنف^{الله}: بأنّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين.

وفيه: إنّ المدعى منافاة الخيار والتزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

وبما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم فيسائر الأبواب التي لم نتعرض لها.

٢. قوله: (والملازمة ممنوعة كما في «التذكرة»، ولذا جزم فيها بدخوله في الصرف).

لأنّ العلقة الحقيقة تتعلق بالعقد لا بالعواضين، فهما يفترقان، ولا علقة بينهما، ولا يستحق أحدهما شيئاً من صاحبه، ولو كان الخيار ثابتاً.

ويتمكن منع المقدمة الأولى، إذ لا سبيل لنا إلى إثبات أنّ المقصود من اعتبار التقابض ما ذكر.

٣. وهل يجري هذا الخيار في المعاطة، أم غير جاري نظراً إلى أنّ الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى - ذكره في محكي التذكرة تبعاً للمبسوط - ؟

بلزومها من أَوْلِ الْأَمْرِ أَوْ بَعْدِ التَّلْفِ، وَالسُّرُّ فِي ذَلِكَ أَنَّ الشَّرْطَ الْقَوْلِيَ لَا يَمْكُنُ ارْتِبَاطَهُ بِالْإِنْشَاءِ الْفَعْلِيِّ، وَذَكَرَ فِيهِمَا أَيْضًا دُخُولَ الْخِيَارِ فِي الصَّدَاقِ^١، وَلَعِلَّهُ لِمُشْرُوعِيَّةِ الْفَسْخِ فِيهِ فِي بَعْضِ الْمَقَامَاتِ، كَمَا إِذَا زَوْجَهَا الْوَلِيُّ بَدْوَنَ مَهْرِ الْمُثَلِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ. وَذَكَرَ فِي «الْمُبِسُوتِ» أَيْضًا دُخُولَ هَذَا الْخِيَارِ فِي السَّبِقِ وَالرَّمَايَةِ لِلْعُمُومِ.

أَقُولُ: وَالْأَظْهَرُ بِحَسْبِ الْقَوَاعِدِ إِنَّا طَرَادُ دُخُولِ خِيَارِ الشَّرْطِ بِصَحَّةِ التَّقَاضِيِّ فِي الْعَدْدِ، فَمَتَى شُرُعَ التَّقَاضِيِّ مَعَ التَّرَاضِيِّ بَعْدِ الْعَدْدِ، جَازَ تَرَاضِيهِمَا حِينَ الْعَدْدِ عَلَى سُلْطَنَةِ أَحَدِهِمَا أَوْ كُلِّهِمَا عَلَى الْفَسْخِ، فَإِنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى ذَلِكَ حِينَ الْعَدْدِ كَافٍ فِي ذَلِكَ، بَعْدَمَا وَجَبَ عَلَيْهِ شُرُعًا الْقِيَامُ وَالْوَفَاءُ بِمَا شَرَطَهُ عَلَى نَفْسِهِ، فَيَكُونُ أَمْرُ الشَّارِعِ إِيَّاهُ بَعْدِ الْعَدْدِ بِالرَّضَا بِمَا يَفْعَلُهُ صَاحِبُهُ مِنَ الْفَسْخِ وَالْإِلْتَزَامِ وَعدَمِ الاعتراضِ عَلَيْهِ، قَائِمًا مَقَامَ رِضَاهُ الْفَعْلِيِّ بِفَعْلِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ لَمْ يَرِضْ فَعْلًا.

والحق: أَنَّ لِلْعَوْدِ وَالشُّرُوطِ مَقَامَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَقَامُ الثَّبُوتِ وَالتَّحْقِيقِ، وَهُوَ مَقَامُ الْإِلتَزَامِاتِ النَّفْسَانِيَّةِ.

ثَانِيهِمَا: مَقَامُ إِظْهَارِهِا وَإِبْرَازِهِا.

أَقَاتِيَ المَقَامُ الْأَوَّلُ: فَلَا دُخُولُ لِلْفَظِ وَلَا لِلْفَعْلِ فِيهِ.

وَأَقَاتِيَ المَقَامُ الْثَّانِيُّ: فَلَا مَانِعٌ مِنْ أَنْ يَدْلِلَ عَلَى الْإِلتَزَامِ الْعَقْدِيِّ بِالْفَظِّ، وَعَلَى الْإِلتَزَامِ الشَّرْطِيِّ بِالْفَعْلِ.

وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى: إِنَّ رِبْطَ الْإِلتَزَامَيْنِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْمَرْتَبَةِ السَّابِقَةِ عَلَى الإِبْرَازِ، وَاللِّفْظُ أَوْ الْفَعْلُ كَاشِفُ عَنْ ذَلِكَ وَدَالِلُ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ فَكَمَا أَنَّ الْفَعْلَ رِبَما يَحْتَفِظُ بِالْكَلَامِ، وَيَوْجِبُ صِرْفَهُ عَنْ ظَاهِرِهِ، كَذَلِكَ يَمْكُنُ أَنْ يَدْلِلَ عَلَى رِبْطِ مَا انْكَشَفَ بِهِ بِمَا يَنْكَشِفُ بِاللِّفْظِ، فَلَوْ قَالَ مَقَارِنًا لِلْفَعْلِ: (بِشَرْطِ كَذَا) يَكُونُ قُولَهُ مَرْتَبَطًا بِفَعْلِهِ.

١. وَعَنْ «الْتَّذَكْرَةِ» وَ«الْمُبِسُوتِ»: دُخُولُ الْخِيَارِ فِي الصَّدَاقِ.

وَلَكِنْ رِبَما يُقَالُ: إِنَّ الصَّدَاقَ لَيْسَ عَقْدًا كَيْ يَمْكُنُ حَلَّهُ وَفَسْخُهُ، وَلَكِنْ يَمْكُنُ أَنْ يُقَالُ إِنَّ الْمَهْرَ حِيثُ لَا يَعْدُ رَكْنًا لِعَقْدِ النِّكَاحِ، يَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الْإِلتَزَامِ الضَّمِنِيِّ، وَالْفَسْخُ يَوْجِبُ رَفْعَهُ، فَكَانَهُ لَمْ يَقُعْ عَلَى الصَّدَاقِ أَصْلًا، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْخَلَافِ فِي دُخُولِ الْخِيَارِ فِيهِ، وَقَدْ عَرَفَتْ أَنَّهُ عَلَى الْقَاعِدَةِ، فَلَا حَاجَةٌ إِلَى مَا اسْتَدَلَّ بِهِ الْمُصْنَفُ.

وأمّا إذا لم يصح التقاييل فيه، لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنّه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضيهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثراً، لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعاً، والله العالم.

الرابع: خيار الغبن^١، وأصله الخديعة، قال في «الصحيح»: (هو بالتسكين في البيع، والغبن بالتحريك في الرأي)، وهو في إصطلاح الفقهاء: (تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر)^٢، وتسمية المملك غابناً والآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدعاً أصلاً

الخيار الغبن

١. الرابع: خيار الغبن، وقال عنه المصنف في المتن: (أصله الخديعة). ولكن الظاهر أنّ الغبن والخديعة يتضادان على موردِ أحياناً، ولا اتحاد بينهما مفهوماً، بل الظاهر أنه بسكون الوسط، وهو عبارة عن نقص في المعاملة والمقاسمة كما صرّح بذلك أئمّة الفن. وعليه، في يوم التغابن في الآية الشريفة «ذلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ»^٣ مستعار من تغابن القوم في التجارة.

وفي الحديث:^٤ «نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس: الصحة والفراغ». واستعمال الغبن فيه إنما هو من جهة أن اشتعال المكلف أيام الصحة والفراغة بالأمور الدنيوية الذاتية يجعله مغبوناً، لأنّه قد باع أيام الصحة والفراغة بشيء لا قيمة له.

وهو بتحريك الوسط، نقص في العقل والرأي، وفي المجمع: (وгин رأيه غبناً من باب تعب، قلت فطنته وذكاؤه، ومغابن البدن الارتفاع والأباط الواحد المغبن كمسجد، ومنه حديث الميت: «فامسح بالكافور جميع مغابنه»)^٥.

وبما ذكرناه يظهر أنّ ما أفاده الفقهاء في تفسيره بأنه:

٢. (تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر).

ليس من جهة أن لهم اصطلاحاً خاصاً، وإنما يطلقونه بما له من المعنى اللغوي.

(١) سورة التغابن: ٩.

(٢) سفيّة البحار ج ٢ ص ٣٠٥

(٣) جامع أحاديث الشيعة - باب ٦ - من أبواب تحنيط الميت، حديث ١.

كما لو كانا جاهلين، لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع^١، والمراد بما يزيد أو ينقص، العوض مع ملاحظة ما انضم إليه الشرط، ولو باع ما يساوي مائة دينار بأقل منه، مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن، لأنّ المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط.

والظاهر أنّ كون الزّيادة ممّا لا يتسامح به، شرط خارج عن مفهومه^٢، بخلاف الجهل بقيمة، ثم إنّ ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبة في «الذكرة» إلى علمائنا، وعن «نهج الحق» نسبته إلى الإمامية. وعن «الغنية» و«المختلف» الإجماع عليه صريحاً، نعم المحكي عن المحقق^٣ في درسه إنكاره، ولا يعد ذلك خلافاً في المسألة^٤ كسكوت جماعة عن التّعرض له.

١. قوله: (لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدعا). بناءً على ما ذكرناه يكون تسمية الملك غابناً، والآخر مغبوناً في مورد جهلهما، على طبق المعنى اللغوي لا للغلبة.

٢. قوله: (والظاهر أنّ كون الزّيادة ممّا لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه). ربما تكون الزّيادة يسيرة جدّاً، بمقدار لا يصدق الغبن، من جهة أنّ تحديد القيمة بحدّ ليس على وجه التّحقيق، بل على نحو التّخمين، وربما تكون بمقدار يصدق ذلك، وفي مثل ذلك لا دليل على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليله. وكيف كان، فإذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب، وقد تكرّر في كلماتهم دعوى الإجماع عليه، ولم ينقل الخلاف إلّا عن الإسکافي والمحقق.

٣. وما أفاده المصنف^{الله} من أنّ إنكاره في مجلس درسه أعمّ من كون فتواه ذلك كما ترى.

وسكوت جماعة من القدماء عن التّعرض له، لا يكون كاسفاً عن خلافهم، بعد دعوى غير واحد الإجماع عليه. وعلى أيّ حال، لا يكون حجّة بعد معلوميّة المدرك، فالعمدة ملاحظة أدلةهم.

نعم، حكى عن الإسکافي منعه وهو شاذ، واستدل في «الذكرة» على هذا الخيار بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مُّنْكَرٌ﴾^١. قال: (ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض)، وتوجيهه أن رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضاً عمما يدفعه، مبني على عنوان مفقود^٢، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكانه قال: (اشترىت هذا الذي يسوى درهماً بدرهم)، فإذا تبين أن الله لا يسوى درهماً تبين أن الله لم يكن راضياً به عوضاً. لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع، لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزم لزوم المعاملة الزامه بما لم يلتزم ولم يرض به، فالآلية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكره.

وقد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

١. الأول: ما عن «الذكرة»، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) قال: (ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض)، وحيث أن ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلي، وجّهه المصنف بِحَلْمِهِ بقوله:
٢. (وتوجيهه أن رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضاً عمما يدفعه، مبني على عنوان مفقود).

وحاصله: أن الرضا الفعلي مفقود، بتقريب أن الرضا متعلق بعنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، وحيث أن العنوان المفقود وصفي في المبيع، فلا يوجب تخلفه إلا الخيار كما في سائر موارد تخلف الوصف، فالآلية تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي، كان كالرضا السابق، فكما أن الرضا السابق بالفأقد للوصف مؤثّر في اللزوم، كذلك الرضا اللاحق مؤثّر فيه، فإن رضا المالك المتأخر إذا كان مؤثّراً في الصحة وفي انعقاد البيع في الفضولي والمكره، كان رضاه المتأخر أولى بالتأثير في لزومه بعد صحته.

وبما ذكرناه في تقريب هذا الوجه اندفع إبراد المحقق السيد الفقيه بِحَلْمِهِ عليه بأنّ

(١) النساء آية ٢٩.

ويضعف يمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً^١، بل قد لا يكون داعياً أيضاً^٢، كما إذا كان المقصود ذات المبيع، من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى احتمال ذلك، مع أنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر في متن العقد^٣.

مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار، كما هو مقتضى قوله: (إذا حصل... الخ) فإنه أيضاً إنما يناسب البطلان بدون الرضا، وإلا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم، لا حاجة إلى إجراء فحوى حكم الفضولي والمكره، انتهى.

وأجاب المصنف^{رحمه الله} عنه بأجوبة:

١. أحدها: (إنَّ الوصف المذكور من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً).

وفيه: إنَّ الداعي هو الغرض من الفعل والعلة الغائية له، ومن المعلوم أنَّ عنوان ما يساوي بالثمن ليس علة غائية للفعل.

٢. ثانيها: إنه قد لا يكون داعياً أيضاً، كما إذا كان المقصود ذات المبيع، من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته، والتفت إلى احتمال ذلك.

وفيه: إنه في مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتاً لإقدامه عليه.

٣. ثالثها: إنَّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر في متن العقد.

وفيه: إنَّ هذا يصلح وجهاً لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط، لا لعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالأولى أن يورد عليه أولاً: بما تقدم في مبحث المعاطاة وبيع المكره، من أنَّ الاستثناء في الآية الشريفة منقطع غير مفرغ، فلا تدلُّ على الحصر، ولا على عدم جواز الأكل بغير التجارة عن تراض.

وثانياً: إنَّ العنوان المشار إليه لا يكون قيداً للمبيع، فضلاً عن كونه عنواناً له.

وثالثاً: إنه لو سلم كونه عنواناً للمبيع، وقيداً في متعلق الرضا على نحو وحدة

ولو أبدل ^{تَبَيَّنَ} هذه الآية بقوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا آمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» كان أولى^١، بناءً على أنّ أكل المال على وجه الخدع، ببيع ما يسوى درهماً بعشرة، مع عدم تسلط المخدوع - بعد تبيّن خدعة - على رد المعاملة، وعدم نفوذ رده، أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبيّن بذلك، فلا يعد أكلًا بالباطل، ومقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل حتى قبل تبيّن الخدع، إلا أنه خرج بالإجماع، وبقي ما بعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة، لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» بناءً على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم^٢، إلا أن يُقال إن التراضي مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلًا بالباطل^٣.

المطلوب، لزم منه بطلان المعاملة، وإلا كان داخلاً في منطوقها. فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

١. الثاني: قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا آمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»^(١). وتقريب ما أفادوه في تقرير الاستدلال: أنّ البيع الغبني إذا وقع على وجه الخديعة، يكون الأكل به أكلًا بالباطل، وهو حرام، سواءً في ذلك قبل تبيّن الخديعة أو بعده، سواء رده المغبون أم لم يرد. نعم، لو تبيّن ورضي المغبون لا يكون أكلًا للمال بالباطل، وحرمة الأكل بعد الرد مساوقة لتأثيره وأنّ له ذلك، ومقتضى إطلاق الآية وإن كان حرمة الأكل حتى قبل تبيّن الخديعة، إلا أنه خرج بالإجماع، وبقي ما بعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة .

٢. وأجاب المصنف عنه بما حاصله: إنّ قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» بناءً على ما تقدّم من وجود الرضا الفعلي قبل تبيّن الخديعة، يدلّ على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان، فيرجع إلى أصالة اللزوم. ثمّ استدرك عن ذلك بما حاصله:

٣. إنّ مورد آية التجارة عن تراضٍ إنما هو قبل تبيّن الخديعة وردة المغبون، وتدلّ الآية على أنّه سبب صحيح، ومورد آية النهي عن الأكل بعد التبيّن وردة البيع،

ويمكن أن يُقال: إن آية التراضي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فيدلّ على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة، ففيثبت عدم الخيار في الباقى بعد القول بالفصل، فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعد القول بالفصل^١، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافؤهما إلى أصالة التزوم، واستدلّ أيضاً في «التذكرة» بأن النبي ﷺ ثبت الخيار في تلقي الركبان، وإنما أثبته للغبن^٢.

ولا تعارض بين كونه سبباً صحيحاً في نفسه إلا أنه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، وهو كون الأكل بعد رد المغبون أكلاً بالباطل يصير منهياً عنه، وعلى هذا فحرف (لا) في قوله: (ولا يخرج) ليس زائد كما توهمه جمع منهم المحقق الإيرواني رحمه الله.

وبالجملة: بعد فرض أن لكلّ منهما مورداً مختصاً به، فلا تعارض بينهما.

١. ثم أورد عليه بوجه آخر، وحاصله: إن مورد كلّ منهما وإن كان غير مورد الآخر، إلا أنه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين، يتتحقق التعارض بالعرض.
ولكن يرد على الاستدلال بالآية: أن التجارة المفروضة بما أنه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهي، إما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحد، أو من جهة الاستثناء، وأما الأكل بعد رد المغبون - فمضافاً إلى عدم كونه مشمولاً لآية، لأنّ نظرها إلى التصرفات المعاملية، بقرينة كلمة (بينكم) الظاهرة في إعطاء مال وأخذ مال - فإنه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولاً لها.

وبذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي أفاده المصنف رحمه الله.

٢. الثالث: النبوى الذى استدلّ به جماعة من الأصحاب: «إن النبي ﷺ نهى أن يتلقى الجلب، فإن تلقاء إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالختار إذا ورد السوق»^(١).

(١) أخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧. وأخرجه أبو داود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقي حديث رقم ٣٤٣٧. ورواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن أبي هريرة.

ويمكن أن يمنع صحة حكاية إثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل^١، وأقوى ما استدلّ به على ذلك في «الذكرة» وغيرها قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^٢.

والكلام فيه يقع: أولاً في سنته، وثانياً في دلالته.
أثنا من حيث السند: ١. فقد أورد عليه المصنف^{رحمه الله} بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الإمامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

وفيه: إنّه مع تسلیم العمل كما هو كذلك، فإنّ المحکي عن الشیخ فی «الخلاف» الاستناد إلیه، وكذلك ابن زهرة فی «الغنیة»، مع أنه لا يعمل إلا بالمقطوع به من الأخبار، والظاهر أنه مشهور عند قدماء الأصحاب، ولذا يعدون غبن الرکبان من أحد أسباب الخيار، وظاهر «الذكرة» الاستناد إلیه، لا وجه لعدم البناء على الانجبار، إذ لا يتشرط في الجبر وجود الروایة في الكتب المعروفة، مع أنه موجود في «الغنیة».

وقد يقال: إنّ قول ابن زهرة: (نهى النبي عليه السلام إلى آخر الحديث) يشعر بإذاعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحدّوفين، فتشمله أدلة حجّية الخبر الواحد.

وفيه: إنّ غاية ما يثبت بذلك إذاعانه بمضمون الخبر، وحيث يحتمل أن يكون ذلك للقرائن الخارجية، فلا يكون توثيقاً للوسائل، فالعمدة ما ذكرناه.
وأثنا من حيث الدلالة: فيرد عليه أنه لا يدلّ على أنّ ما أثبته من الخيار هو خيار الغبن، بل مقتضى إطلاقه بالنسبة إلى غير مورد الغبن عدمه، وقد أفتى الحلي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

٢. الرابع: حديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١).

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب موانع الارث، والذكرة المسألة الأولى من خيار الغبن، وهو مردود مع حذف كلمة في الإسلام في الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار وباب ١٢ و ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات وباب ٥ من أبواب كتاب الشفعة، وفي الكتب الأخرى، وأيضاً مردود مع إضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الأبواب، وفي المستدرك وغيرهما.

وكان وجه الاستدلال أن لزوم مثل هذا البيع، وعدم تسلط المغبون على فسخه، ضررٌ عليه، وإضرار به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر، ولم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم ببعضًا، ولم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه. ومنه يظهر صحة التمسك للتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرارًا على الممضى عليه، سواءً كان من جهة الغبن أم لا، وسواءً كان في البيع أم في غيره كالصلاح الغير المبني على المسامحة، والإجارة وغيرها من المعاوضات، هذا. ولكن يمكن الخدشة في ذلك: بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والإمساء بكل الثمن^١، إذ يحتمل أن يتخير بين إمساء العقد بكل الثمن، وردّه في المقدار الزائد^٢، غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبغض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشتري بأزيد من ثمن المثل، وحاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض، كما عليه الأكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحابات، وإن اعترض عليهم العلامة بما حاصله أن استرداد بعض أحد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة^٣.

بتقرير: إن لزوم مثل هذا البيع، وعدم تسلط المغبون على فسخه، ضررٌ عليه وإضرار به، فيكون منفيًا.

وأورد عليه بوجوه:

١. الأول: ما عن المصنف^{الله} من أن حديث لا ضرر لا يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ والإمساء ب تمام الثمن، كما هو المدعى، فإنه يمكن تدارك الضرر بأحد أنحاء ثلاثة:

الأول: الخيار بين إمساء العقد بكل الثمن، وردّه كذلك.

٢. الثاني: الخيار بين رد مقدار ما تضرر به من المثل أو الثمن. وبين إمساء العقد بكل الثمن.

وظاهر صدر كلامه - بل صريحه - إرادة الرد من عين الثمن أو المثل.

٣. ولذا أورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض، من منافاته لمقتضى المعاوضة.

ولكن ظاهر عبارته المتأخرة: (منها قوله: فالمبذول غرامه، ومنها قوله: إن المبذول

ويحتمل أيضاً أن يكون نفي اللزوم بسلط المغبون على إلزم الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكل، ومن تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله. ومرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت^١، فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبة مستقلة، كما في «الإيضاح» و«جامع المقاصد» حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت، بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، وسيجيء ذلك. وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في «التذكرة» واحتماله في «القواعد» من أنه إذا ظهر كذب البائع مراقبة في إخباره برأس المال، وبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري، فإن مرجع هذا إلى تخير البائع بين رد التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل، ولعل هذا هو الوجه في استشكال العلامة في «التذكرة» في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعده، كما يظهر من «الرياض».

ليس هبة، ولا جزء من أحد العوضين) إرادة رد مقدار منه أو بدله غرامة.

١. الثالث: تخير الغابن بين رد الزائد غرامة وفسخ المغبون، نظير ما احتمله في «القواعد» من أنه إذا ظهر كذب البائع مراقبة في إخباره برأس المال، وبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري.

والظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين الآخرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون، مع بذل الغابن للتفاوت، أولى من إثبات الخيار، لأن إلزم الغابن بالفسخ ضرر عليه، وهذا وإن كان لا يصلح لمعارضة ضرر المغبون، إلا أنه يصلح لترجيح أحد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار.

ولا يخفى أن المصنف لا يدعى أن بذل التفاوت تدارك للضرر، والحديث ينتفي بالضرر غير المتدارك، فإن ذلك خلاف مبناه، بل يدعى أن اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد بالإضافة إلى تمام الشمن وبالإضافة إلى المقدار الزائد، وعدم التسلط

ثم إن المبدول ليس هبة مستقلة حتى يقال إنها لا تخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه، ولا جزء من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر، جمعاً بين جزء المعموض و تمام العوض منافياً لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الأرش في المعيب.

ومن هنا ظهر الخدشة فيما في «الإيضاح» و«جامع المقاصد»: (من الإستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية، لأنها هبة مستقلة، حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه، إذ لا ريب في أن من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره)، انتهى بمعناه. وجاه الخدشة ما تقدم

على حلّه مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت، وارتفاع هذا اللزوم كما يكون بشيّوط السلطة على الحل في الجميع، كذلك بشيّوطها على الحل في المقدار الزائد، وبشيّوطها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعيّن ارتفاع اللزوم الضري بالنحو الأول. فتدبر فإنه دقيق.

ولكن يرد عليه: أن بذل مقدار من أحد العوضين غير صحيح، فإنه مناف لمقتضى المعاوضة، كما اعترف به في أثناء كلامه، وبذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلا وجه، فإنّ الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، ومجّرد كون الطرف غابناً لا يصير سبباً لضمانه، فلا محالة يكون هبة، وهي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غبنية. وبالجملة: إن اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطة على حل العقد في تمام الثمن، ونفي ذلك لا يقتضي سوى الجواز المشهور.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله، بناءً على أن لا يكون اعتبار التساوي في المالية من قبيل الشرط الضمني، بأن مفاد حديث لا ضرر أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر، بحيث يكون الضرر عنواناً ثانويّاً له، فهو مرفوع، دون ضرر لا يكون عنواناً للحكم، بل يكون عنواناً لنفس فعل المكلّف، وبإقدام واختيار صدر الفعل عنه، ومنشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع، لأن العاقد من دون أن يكون مُلزمًا شرعاً أقدم على المعاملة

من احتمال كون المبدول غرامة لما أتلفه الغابن على المغبون، قد دلّ عليه نفي الضرر. وأما الاستصحاب، ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به، إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل، ثم إنّ الظاهر أنّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين، أولى من إثبات الخيار له، لأنّ الزام الغابن بالفسخ ضرر، لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم، خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضرر وإن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، إلا أنه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين، على ما اشتهر من تخيره بين الرد والإمساء بكل الثمن، إلا أن يعارض ذلك بأنّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملك عين ذات قيمة، لكون المقصود اقتناها للتجمّل. وقد يستنکف عن اقتناه ذات القيمة اليسيرة للتجمّل، فتأمل.

فلا معنى لرفعه.

وفيه: إنّ المعاملة الغبنية الواقعـة - مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة واللزوم - لا تكون ضررـية، لفرض بقاء ماله على ملكه، ومع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثاً ضرريـاً وبقاء غير ضرريـ، فاللزوم منشأ لضررـية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعاً بحكم الحديث.

الثالث: ما أفاده جمع منهم المحقق الإیروانـي رحمه الله، وهو أنّ الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، وملك اليسير في مقابل الكثـير لا من الحكم باللـزوم، وإنـما الفسخ علاج لما وقع فيه من الضرـر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرـر، وليس مفاد دليل نفي الضرـر تشريع ما يعالج به الضرـر الواقع فيه المـكلـف باختيـاره، وإنـما مفاده رفع ما يقتضـي الضرـر من الأـحكـام، فنتـيـجة دليل نـفي الـضرـر، هو خروـج المعـاملـة الغـبـنـية عن أدلة الصحة والـحـكم بفسـادـها.

وفيـه: ما تقدـم من أنـ الصحة والـلـزـوم كلاـهما ضـرـرـيانـ، تلك باعتـبار حدـوثـ المعـاملـة، وذلك باعتـبار بـقـائـهاـ، نـعـمـ يـبـقـىـ حـيـنـئـذـ سـؤـالـ وـهـوـ آنـهـ ماـ المـوجـبـ لـالـتـفـكـيـكـ، وـالـحـكـمـ بالـصـحةـ دونـ الـلـزـومـ؟ـ وـالـجـوابـ:ـ إنـ الصـحةـ لاـ تـكـونـ مـسـمـوـلـةـ لـهـ لـوـجـهـيـنـ:ـ أحـدـهـماـ:ـ الإـجـمـاعـ.

وقد يستدلّ على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن^١، فعن «الكافي» بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليهما السلام، قال: «غبن المسترسل سحت». وعن الميسير، عن أبي عبدالله عليهما السلام، قال: «غبن المؤمن حرام».

ثانيهما: إنّ حديث لا ضرر إنّما ينفي الحكم الذي في رفعه متّة، ورفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللّزوم.

هذا بناءً على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر. وأمّا بناءً على مسلك المحقق الخراساني عليهما السلام من أنّ مفاد الحديث نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، وأنّه إنّما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضررياً، فالامر واضح، فإنّ الصحة إذا كانت ضررية، فهي لا ترتفع بالحديث، وبما أنها موضوع للّزوم فيكون اللّزوم مرفوعاً.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني عليهما السلام، وهو أنّ غاية ما يثبت بحديث لا ضرر، هو مجرد السلطنة على الحلّ الموجود مثلها في الهبة، لا الخيار الذي يبعد من الحقوق، ويقبل الإسقاط، ويكون حقاً خارجياً لا دخل له بالجواز، وعليه فإنّ لسان الحديث هو النفي دون الإثبات.

أقول: ما أفاده عليهما السلام لا بأس به، بناءً على شمول الحديث له. وأولى من ذلك المنع من شموله له، فإنّ اللّزوم ليس حكماً وجودياً مجعلواً، بل هو أمر عدمي، وهو عدم السلطنة على الحلّ. وقد حققنا في محله أنّ حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فإنّ النفي إنّما يتعلق بما هو وجودي، وعدم ليس شيئاً قابلاً لتعلق النفي به إلا بالعنایة.

١. الخامس: من أدلة هذا الخيار، النصوص الواردة في حكم الغبن:
 منها: خبر إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليهما السلام: «غبن المسترسل سحت»^(١).
 ومنها: خبر ميسير عنه عليهما السلام: «غبن المؤمن حرام»^(٢).

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١ وذكره في باب ٩ من أبواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

وفي رواية أخرى: «لا تغبن المسترسل، فإن غبته لا يحلّ». وعن «مجمع البحرين»: (أن الاسترسال: الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان، والثقة به فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث: أيمما مسلم استرسل إلى مسلم فَغَبَنَهُ فَهُوَ كَذَا، وَمِنْهُ: «غَبَنَ المُسْتَرْسَلَ سُحْتُ») انتهى. ويظهر منه أن ما ذكره أولاً حديث رابع. وإن الصاف عدم دلالتها على المدعى، فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة^١، فيحمل كونه الغبن بفتح الباء.

ومنها: المرسل: «لا يغبن المسترسل فإن غبته لا يحلّ»^(١). ومنها: خبر السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه عليهما السلام، عن رسول الله عليهما السلام: «غبن المسترسل ربا»^(٢). ومنها: خبر «دعائم الإسلام» عن مولانا الصادق عليه السلام - في حديث - : «وإن كان أمراً فاحشاً وغبناً بيئناً - إلى أن قال - ثم قيل للمشتري: إن شئت خذها بمبلغ القيمة وإن شئت فداء»^(٣).

ولكن يرد على هذا الوجه: أن أكثر هذه الأخبار ضعيفة الأسناد، لأن في طريق الأول أبا جميلة، والثالث مرسل، وفي طريق الرابع أحمد بن علي بن إبراهيم، وهو لم يوثق، والخامس مرسل.

وأما من حيث الدلالة: فالأخير صريح فيما ذكر، والباقيه لا تدل على ذلك.
١. أما الثاني والثالث: فقد استظرف المصنف عليهما دلالتهما على حرمة الخيانة في المشاورة، ثم قال: (فيحمل كون الغبن بفتح الباء).

أقول: سواءً كان بفتح الباء أو سكونها، فإنه لا دخل لهما بما أفاده كما سترى. مع أن الظاهر كونه بسكون الباء، إذ هو بالفتح لازم، وقد استعمل في الخبر متعدياً.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٧.

(٢ و ٣) المستدرك - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢.

وأمّا الرواية الأولى فهي وإن كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال، لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل^١، والخديعة فيأخذ المال، ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقه، بمنزلة السحت في الحرمة والضمان^٢. ويحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة، وهي اطلاق المغبون ورده للمعاملة المغبون فيها، ولا ريب في أن الحمل على أحد الأولين أولى، ولا أقل من المساواة للثالث، فلا دالة، فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي المعوض بالشهرة المحققة، وحديث نفي الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل:

والحق أن يُقال: إن النهي إنما بمحاجة تضمنه للسمك والخديعة، أو بمحاجة أن المعاملة المشتملة على الزيادة إذا صدرت عن علم وعمد حرام، وعلى أي تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكليفية دون الفساد أو الجواز.

وأمّا الخبر الأول: فالسحت وإن كان في نفسه ظاهراً فيما يتعلق بالأموال، إلا أنه من جهة حمله على الغبن الظاهر في المعنى المصدري، لا بد من التصرف في أحدهما إنما بإرادة المال المغبون فيه من الغبن، ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون، للإجماع على عدم حرمتها قبل ذلك، أو بإرادة الحرام من لفظ السحت، ولا ريب في أظهرية الثاني.

وهذا الذي ذكرناه أولى مما أفاده المصنف^{الرحمي}:

١. من الحمل على أن الغابن بمنزلة آكل السحت.
٢. أو الحمل على إرادة كون المقدار الزائد عما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان.

السادس: أن الغرض النوعي في المعاملات المعاوضية الذي عليه بناء العقلاء في معاملاتهم، حفظ مالية أموالهم، مع التبديل بإعطاء مال وأخذ ما يقوم مقامه في الماليّة، وهذا شرط ضمني ارتكازي في جميع المعاملات غير المبنية على التسامح، ومثل هذا الغرض النوعي العقدي يكون العقد بما هو مبنياً عليه، ولا يعتبر ذكره صريحاً في متن العقد.

مسألة: يشترط في هذا الخيار أمان: ^١

الأول: عدم علم المغبون بالقيمة، فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن^٢، كما عرفت، بلا خلاف ولا إشكال، لأنّه أقدم على الضّرر^٣.

وبعبارة أخرى: إنّ بناء العقلاء وإن كان على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات النفسيّة ما لم تبرز ولم تنشأ، إلا أنّ ذلك في غير الشروط المبني عليها العقد، وفي تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، وعليه فتلخّله موجب للخيار من باب تخلّف الشرط.

فتحصل: أنّ دليل هذا الخيار الالتزام الضمني.

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

وتمام الكلام بالبحث في مواضع:

١. الأول: إنّه يشترط في هذا الخيار أمان:

٢. أحدهما: عدم علم المغبون بالقيمة، فلو علم بها لا خيار، بلا خلاف ولا إشكال في ذلك.

والوجه في ذلك بناءً على الوجه المختار - وهو الالتزام الضمني - واضح، فإنه مع علمه بالقيمة لا بناء ولا شرط، ويكون إقادمه إسقاطاً للشرط المزبور.
وأثنا بناءً على كون المدرك حديث لا ضرر :

٣. فقد يقال كما في المتن وعن المحقق النائيني رحمه الله: (إنّه أقدم على الضّرر).
توضيحه: إنّ منشأ الضّرر إذا كان حكم الشارع فهو منفي بالحديث، وإن كان فعل المكلّف لا يكون حكمه مشمولاً له، ومع العلم بالضرر وإقادمه عليه، يكون منشأ الضّرر فعل المكلّف، فلا يشمله الحديث.

وفيه: إنّه في صورة العلم بالضرر والإقدام، فإنّبقاء المعاملة ولو منها منشأ لبقاء الضّرر، إذ لو كانت المعاملة جائزة، وتمكن المكلّف من التخلّص عن الضّرر بالفسخ، لا يكون الضّرر باقياً، فحكم الشارع باللّزوم ضرري يكون مشمولاً للحديث.
هذا بناءً على تسلیم المبني، وأنّ حديث لا ضرر إنما ينفي الحكم الذي يكون منشأً

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمزّة أو ملتفتاً إليها، ولا بين كونه مسبوقاً بالعلم وعده، ولا بين كونه الجهل المركب والبسيط، مع الظنّ بعدم الرّيادة والتّقىصة، أو الظنّ بهما أو الشكّ^١. ويُشكّل في الآخرين إذا أقدم على المعاملة بانياً على المسامحة على تقدير الرّيادة والتّقىصة فهو كالعالّم، بل الشاكّ في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمله، فهو في حكم العالم، من حيث استحقاق المدح عليه أو الذمّ، ومن حيث معدوزريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه.

والحاصل: أن الشاك الملتفت إلى الضّرر مقدم عليه^٢، ومن أنّ مقتضى عموم نفي الضّرر، وإطلاق الأجماع المحكّي ثبوته بمجرد تحقق الضّرر، خرج المقدم عليه عن علم،

للضرر، وأمّا بناءً على القول بشموله لما إذا كان موضوع الحكم ضررياً، ويرفع حكمه، فالأمر واضح،

فالحقّ في وجه عدم الشمول أن يقال: إنّ الحديث إنّما ينفي الحكم الذي في رفعه منه، ومع العلم بالعنّ والضرر، وإقادمه عليه، لا يكون نفي الزّوم امتنانياً، فلا ينفيه الحديث. وينبغي التنبيه على أمور:

١. الأوّل: إنّه لا خلاف ولا كلام ولا إشكال في ما إذا كان غافلاً من القيمة أو ملتفتاً، مع كونه عالماً أو مطمئناً بالتساوي، وأنّه في هذين الموردين يثبت الخيار، كما لا إشكال في عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوي.

إنّما الكلام فيما إذا كان شاكّاً أو ظائناً بالظنّ غير المعتبر، فإنّ كان مدركاً لهذا الخيار حديث لا ضرر، فقد يقال - كما في «المكاسب» وتبعه غيره - بأنّه يثبت الخيار.

٢. إذ الحديث يدلّ على النفي في غير مورد الإقدام، ولا يصدق الإقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر.

وفيه: إنّه مع الاحتمال إن كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، وإلا فلا محالة يكون مقدماً على المعاملة كيّفما كانت القيمة، فلا محالة يكون مقدماً على الضرر، إلا ترى أنّ من يتحمل أن يكون في طريقه سبع يفترسه، لو مشى من ذلك الطريق يصدق أنه

بل مطلق الشاك ليس مقدماً على الضرر، بل قد يقدم برجاء عدمه. ومساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح والذم، لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه، ولذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد، لم يقدم عليه.

نعم، لو صرّح في العقد بالإلتزام به، ولو على تقدير ظهور الغبن، كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن. ومما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل وإن كان قادراً على السؤال، كما صرّح به في «التحرير» و«التذكرة».

ولو أقدم عالماً على غبن يتسامح به، فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه، ومن المعلوم، فلا يبعد الخيار.

ولو أقدم على ما لا يتسامح، فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً، أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه.

أقدم على ذلك، وينسب الفعل إليه، فعلى هذا المسلك لابد من البناء على سقوط الخيار. وأماماً بناءً على الالتزام الضمني، فالظهور ثبوت الخيار، إذ لا اختصاص بالشرط سواءً كان صريحاً أم ضمنياً ثابتاً ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

ثانيها: لو أقدم عالماً على غبن فبان أزيد، فتارةً يكون ما أقدم عليه مما يتسامح به، وأخرى يكون مما لا يتسامح به، وعلى كلّ تقدير، قد تكون الزيادة مما يتسامح به، وأخرى مما لا يتسامح به. فصور المسألة أربع:

١. الأولى: أن يقدم على ما يتسامح به، فبان أزيد مما يتسامح به منفرداً ولا يتسامح به منضتاً، ففي المتن: (فلا يبعد الخيار).

وقد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم سقوط الخيار فيها، من جهة أنّ المجموع لم يكن مقدماً عليه، والإقدام على القدر المتسامح به لا أثر له، لكونه مقيداً بهذا المقدار. وفيه: إنّ المجموع مرَكَب من المقدار الذي أقدم عليه، والمقدار الذي يتسامح به،

وليس شيئاً ورأهما، وشيءاً منها لا يقتضي الخيار، فالأشهر عدم الخيار.

الثانية: هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به، فالأشهر في هذه الصورة

ثبوت الخيار.

الثالثة: أن يقدم على ما لا يتسامح به فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً.

والأشهر في هذه الصورة عدم الخيار، لأنّ ما يوجب الخيار أقدم عليه، وما لم يقدم عليه لا يوجب الخيار.

الرابعة: هذه الصورة مع كون الزائد مما لا يتسامح به، والأقوى في هذه الصورة الخيار.

لا يقال: إنّه مع الإقدام على ما لا يتسامح به، أسقط شرط التساوي، ومعه كيف يبني على الخيار.

فإنّه يقال: إنّ المشرط ليس هو التساوي، بل عدم الزيادة، وللزيادة مراتب، فيمكن أن يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض.

الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد

ثالثها: هل العبرة بالقيمة حال العقد، فلو زادت بعده ولو قبل اطّلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، كما هو المشهور، أم لا خيار له في الفرض، كما عن «التذكرة»؟، وجهان :

إن كان مدركاً لهذا الخيار حديث لا ضرر، أمكن القول بسقوط الخيار لو زادت قيمته السوقية قبل الردّ مطلقاً، لأنّه بعد ازدياد القيمة لا يكون لزوم العقد بقاءً ضررياً، ومع عدم كونه ضررياً لا وجّه لرفع اللزوم، إذ الحكم وجوداً وعدماً يدور مدار ما أخذ في موضوعه، ولعلّ هذا مراد المصنّف بِاللهِ حيث قال:

ثم إنّ المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت بعده ولو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد، لم ينفع، لأنّ الزيادة إنما حصلت في ملكه، والمعاملة وقعت على الغبن. ويحتمل عدم الخيار حينئذ، لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضّرر^١، كما لو براء المعيوب قبل الاطلاع على غبنه، بل في «الذكرة» أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد، سقط حق الرد. وأشكّل منه ما لو توقف الملك على القبض، فارتُفَعَ الغبن قبله^٢، لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته.

١. (ويحتمل عدم الخيار حينئذ، لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضّرر).

وما ذكره وجهاً لل Xavier قبل ذلك، بأنّ الزيادة قد حصلت في ملكه، والمعاملة وقعت على الغبن.

لا يفيد، فإنه وإن حصلت الزيادة في ملكه، إلا أنها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة.

وإن كان المدرك الالتزام الضمني، فالشرط الضمني ليس خصوص التساوي حين العقد، فإنّ المقصود الأصلي تسلّم شيء لا ينقص ماليته عن ماليته ما أعطاها، فالزيادة بعد العقد قبل القبض، توجب عدم الخيار قطعاً.

وكذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد إن كان في زمان قصير، وإلا فيمكن أن يُقال بسقوط الخيار أيضاً من جهة أن حدوث الخيار وبقائه تابعان لانتفاء الشرط، فإذا حصل الشرط ارتفع الخيار.

فتتحصل: أنّ الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد وقبل الرد.

٢. قوله: (وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتُفَعَ الغبن قبله).

لما أشكّل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد، وقال: (ويحتمل عدم الخيار)، قال: (وأشكل منه الخ) يعني احتمال عدم الخيار في الصرف والسلم أظہر إن ارتفع الغبن بعد العقد وقبل القبض، إذ الملك انتقل إليه من غير نقص، فلم يتوجه إليه ضرر، لا أنه توجّه وارتُفَعَ كما في الفرض السابق.

نعم، لو قلنا بوجوب التّقابض بمجرد العقد^١، كما صرّح به العلّامة في الصرف، يثبت الخيار، لثبوت الضّرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة النّاقض، لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التّقابض. ولو ثبتت الزيادة أو النّقيصة بعد العقد^٢، فإنه لا عبرة بهما إجماعاً كما في «الذكرة». ثم إنّه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد، بل العبرة بعلم الموكّل وجشه^٣.

١. قوله: (نعم لو قلنا بوجوب التّقابض بمجرد العقد... يثبت الخيار).

بعدما وجّه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني، بعدم توجّه الضّرر إليه، توجّه إلى إشكال، وهو أنّه إذا وجب التّقابض، فقبل ارتفاع الغبن المفروض، فإنّ وجوب الإقباض، ونفس حكم الشارع بوجوب إقباض الزائد ضررٌ ينفيه الحديث، وحيث أنّه من لوازם لزوم العقد، بل لا معنى للزّوم في هذه المعاملة إلا ذلك، فيرتفع المنشأ وهو اللّزوم، فيثبت الخيار، فيكون حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الآخر المذكور في الفرض السابق. وبهذا البيان اندفع إبراد المحقق الإيرلندي بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ عليه بأنّه يرتفع بالحديث وجوب الإقباض، لأنّه يثبت به الخيار.

ولكن يرد عليه: ما تقدّم في خيار المجلس من ضعف المبني.

٢. قوله: (ولو ثبتت الزيادة أو النّقيصة بعد العقد، فإنه لا عبرة بهما).

مورد الكلام فيما ذكره سابقاً وأشّكل فيه، ما إذا كان الغبن موجوداً ثم ارتفع، وفي المقام ما إذا لم يكن حين العقد موجوداً بل تحقّق بعد العقد، وقد ادعى بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ الإجماع على عدم ثبوت الخيار.

لا عبرة بعلم مجري الصيغة

٣. رابعها: هل العبرة بعلم الوكيل، أو الموكّل، أو هما معاً؟ وجوه:

وملخص القول فيه: أنّه لا إشكال في أنّ الوكيل في مجرد إجراء الصيغة لا عبرة بعلمه ولا بجهله، ولا يثبت له الخيار، وأمّا الوكيل المفوض، فالكلام فيه في موردين:

الأول: في أنّه متى يثبت الخيار.

الثاني: فيمن يثبت له.

نعم، لو كان وكيلًا في المعاملة والمساومة، فمع علمه وفرض صحة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل^١، ومع جهله يثبت الخيار للموكل، إلا أن يكون عالماً بالقيمة، وبأنّ وكيله يعقد على أزيد منها ويقرر له، وإذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة، إلا أن يكون وكيلًا مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذ، وقد من ذلك مشروعًا في خيار المجلس^٢.

أثنا الأول: فلا إشكال في ثبوته لو كان الوكيل والموكل جاهلين.
إنما الكلام فيما إذا كان الوكيل عالماً بالغين، والموكل جاهلاً أو عالماً، وفيما إذا انعكس الأمر؟

أثنا في الصورة الأولى: فقد يقال إن التوكيل إنما يشمل المعاملة الغبية، أو يختص بغيرها، لا إشكال في اللزوم في الفرض الأول، وعدم الصحة في الثاني، فما معنى ثبوت الخيار؟

وفيه: إنه يمكن أن يقال إنه يشمل التوكيل المعاملة الغبية، ولكن بما لها من الأحكام والخصوصيات ومنها ثبوت الخيار.

١. وصريح المصنف^{رحمه الله} وغيره عدم ثبوت الخيار.

والوجه فيه: أن طرف المعاملة إنما هو الوكيل، والموكل أجنبي عن المعاملة، فلا بناء من الموكل كي يوجب تخلفه الخيار، ولا إقدام منه على معاملة ضررية.
وأثنا في الصورة الثانية: فظاهر المصنف^{رحمه الله} عدم ثبوت الخيار، وصريح المحقق النائيني^{رحمه الله} ثبوته، وهو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل، فهو الملزם بالمساواة، ويوقع المعاملة مبنيةً عليها، والمعاملة الضررية لزومها مستند إلى الشارع دون المكلف، ومجدد علم الموكل بالغين لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

وأثنا المورد الثاني: فإن كان مدرك الخيار حديث لا ضرر، كان الخيار ثابتاً للموكل، كما أفاده المصنف^{رحمه الله}، لأنّ الذي يتضرر من المعاملة، وإن كان المدرك هو الالتزام الضمني كان الخيار للوكييل، لأنّه طرف المعاملة والبناء منه.

٢. قوله: (وقد من ذلك مشروعًا في خيار المجلس).

وفيه: إنه لا يكون طريق المسؤولتين واحداً، فإنّ موضوع الخيار في تلك المسألة

ثم إنّ الجهل إنّما يثبت باعتراف الغابن وبالبيّنة إن تحقّقت، وبقول مدعّيه مع اليمين^١، لأصالة عدم العلم^٢ الحاكمة على أصالة اللزوم، مع أنّه قد يتعرّض لإقامة البيّنة على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمل. هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة، بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها، وإنّما يقبل قوله. كما في «الجامع» و«المسالك».^٣

عنوان البيّع، وهو يصدق على الوكيل، وفي المقام المتضرّر على مسلكه، وهو لا يصدق عليه.

ما يثبت به الجهل

خامسها: فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما في المتن إنّه :

١. (يثبت باعتراف الغابن، وبالبيّنة إن تحقّقت، وبقول مدعّيه مع اليمين).

وظاهر ذلك جعل المغبون مدعّياً.

٢. واستدلّ له بأصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له أو بإقامته البيّنة عليه أو بيمينه، حيث يتعرّض لإقامة البيّنة عليه.

وفي كلامه ^{هذا} موقعان للنظر:

الأول: إنّه إن جرى الأصل المزبور، لزم منه كون المغبون منكراً، لموافقة قوله الأصل لا مدعّياً، نعم لو كان المدعي من لو ترك ترك، صحّ جعل المغبون مدعّياً.

الثاني: أنّ المانع عن ثبوت الخيار إنّما هو إقدام المغبون على الضرر والغبن، وبه يسقط اشتراط التساوي، ولا يكون مشمولاً لحديث نفي الضرر، والعلم من حيث هو لا دخل له في ذلك، وإجراء أصالة عدم العلم لإثبات أثر عدم الإقدام، من أوضح أنحاء الأصل المثبت.

فالحق أن يُقال: إنّ المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل، وهو أصالة اللزوم، وعليه فإنّ أقام المغبون البيّنة على جهله فهو، وإنّما يحلف الغابن، وإن ردّ الحلف يحلف المغبون.

٣. وقد ذكر صاحبا «المسالك والجامع»: إنّه إذا كان المغبون من أهل الخبرة لا يقبل قوله.

وقد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، فغاية الأمر أن يصير مدعياً من جهة مخالفة قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسر إقامة البينة عليه، ولا يعرف إلا من قبله، يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.^١ إلا أن يقال إنّ مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعى مقبول القول بيمينه^٢، لا جعل مخالفة مدعياً يجري عليه جميع أحكام المدعى، حتى في قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البينة، لأنّه لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد، هذا مع عموم تلك القاعدة^٣، ثم اندرج المسألة فيها محل تأمل^٤.

١. والمصنف أورد عليهما: بأنّ غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر، فالمحبون يصيرون مدعياً، والمدعى إذا تعسر عليه إقامة البينة - لأنّ ما يدّعيه لا يعرف إلا من قبله - يقبل قوله مع اليمين، والمقام من هذا القبيل.

وقد ردّ هو ذلك بوجوه:

٢. الأول: إنّ مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقة باليمين، فتكون القاعدة المشار إليها - أي سماع قول المدعى بيمينه مع تعسر البينة عليه - مختصة بما إذا لم يكن قول المدعى مخالفًا للظاهر.

٣. الثاني: إنّ عموم تلك القاعدة محل تأمل، إذ لا وجه له سوى أنه يلزم من عدم تقديمها إيقاف الدعوى، وضياع الحقوق، وهذا اللازم مختص بما إذا لم يتمكّن المدعى عليه من الحلف، وإلا لكان الفصل ممكناً، وفي المقام يتمكّن المنكر من ذلك.

٤. الثالث: إنّ المقام غير داخل في تلك القاعدة، لأنّه ليس إقامة البينة متعرّضة عليه نوعاً.

وفي ما أفاده الله موقعاً للنظر:

أحد هما: إنّ العلمين إنّما حكما بعدم قبول قوله المحبون، لا من جهة كونه مدعياً، بل من جهة أنّ من شرط سماع الدعوى أن يكون ما يدّعيه محتملاً بالاحتمال العقلائي والعادي، وإلا لا تُسمع الدعوى.

ولو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده، مع تعدد الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن^١، لأصالة عدم التغير^٢، وأصالة اللزوم، ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير واحتلما في تاريخ العقد، ولو علم تاريخ التغير فالاصل وإن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

ألا ترى أنه إذا أدعى الفقير على غني فصاً بقيمة عشرة آلاف ليرة لا تسمع دعواه، والمقام من هذا القبيل، فإن الخبر إذا أدعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقلائياً صدقه.

ثانيها: أن ما أفاده في الجواب الأول يرد عليه أنه إذا ثبت كون من يكون قوله مخالفًا للظاهر مدعياً، كيف لا تترتب عليه جميع أحكام المدعى، وما المخصص لقاعدة المشار إليها؟!.

سادسها: لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده، مع تعدد الاستعلام.

١. ففي المتن: (القول قول منكر سبب الغبن).

والظاهر أن مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، ومدعى الغبن يدعي تغير القيمة، وأنها كانت حين العقد أزيد مثلاً.

٢. وفي هذا المورد أدعى المصنف أنّ أصالة عدم التغير تجري، ويثبت بها قول منكر الغبن.

وأورد عليه المحقق النائيني أنّ هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهري، ولا نقول بحججته، مع أنّ الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعي، بل على منشأ انتزاعه، وهو عدم التساوي. ولكن الظاهر أن مراد المصنف أنّ من أصالة عدم التغير، أصالة عدم وقوع العقد على الزائد، وعليه فليس هو من الاستصحاب القهري ولا مثبتاً، فإنّ موضوع الخيار وقوع العقد على الزائد، وبه ينتفي موضوع الخيار.

ولا تعارضها أصالة عدم وقوع العقد على المساوي، لعدم ترتب الأثر عليه، إذ الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد أو الناقص، وقد أشبعنا الكلام في هذه المسألة في أواخر كتاب البيع في الجزء الرابع من هذا الشرح، فراجع.

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً، فالواحد بل الأثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا، كما في «الذكرة»: (ما لا يتغابن الناس بمثله)، وحتى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر من الثلث أوجبه، ورده بأنه تخمين لم يشهد له أصل في الشرع، انتهى.

والظاهر أنه لا إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الرابع فاحشاً. نعم، الإشكال في الخامس، ولا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه، كما سيجيء التصرير من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتباعين. ثم الظاهر أن المرجع عند الشك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار، لأن ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، ويحمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأن الخارج هو الضرر الذي يناقش فيه لا مطلق الضرر.

اشترط كون التفاوت فاحشاً

١. الأمر الثاني: الذي يعتبر في ثبوت الخيار، كون التفاوت فاحشاً، ذكره الأصحاب.

أقول: وتنقيح القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: في اعتبار ذلك في الجملة.

الثاني: في ضابطه.

الثالث: في ما لو شك في أنه مما يتسامح فيه أو لا؟

أما الأول: فلا ينبغي التوقف في اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار إن كان هو الشرط الضمني، فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه، وإن كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، وبنائهم على تحمله.

وأما الثاني: فأحسن ما قيل في المقام، ما ذكره العلامة رحمه الله بقوله:

٢. (ما لا يتغابن الناس بمثله) أي لا يعدونه غبناً ولا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت في مقام العقد معنى به أم لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به في مقام فسخ العقد، وهذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلاً في المعاملات الحقيرة مع التفاوت بالنصف بل بالمساوي لا يقدمون على رد المعاملة، كما

بقي هنا شيءٌ، وهو أن ظاهر الأصحاب وغيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار، كون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، ولذا حدوه بما لا يتغابن به الناس، أو بالزائد على الثالث، كما عرفت عن بعض العامة. وظاهر حديث نفي الضرر المستدل عليه في أبواب الفقه، ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقع، ولذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلّف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرّ به ذلك، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية في حق الكل.

والحاصل: أن العبرة إذا كان بالضرر المالي، لم يجب شراء ماء الوضوء باضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالي، تعين التفصيل في خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره، والأظهر اعتبار الضرر المالي^٢، لأنّه ضرر في نفسه من غير مدخلية الحال الشخص. وتحمّله في بعض المقامات إنما خرج بالنّص، ولذا أجاب في «المعتبر»

إذا اشتري شيئاً بقرainين يسوى قراناً واحداً، وفي المعاملات الخطيره ربما يقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعشر، كما إذا اشتري شيئاً بعشرة ملايين تومان وهو يسوى تسعة.

فما أفاده المصنف الله في مقام الضابط كغيره لا يتم.

وأثنا الثالث: فإن كان مدرك الخيار قاعدة نفي الضرر، فلا يمكن التمسك بها، لأنّ مخصوص القاعدة في موارد الإقدام وإن لم يكن لفظياً، إلا أنّه الفرينة المقارنة، وفي مثله لا يتمسّك بالعموم، فيتعين الرجوع إلى أصلالة اللزوم، وإن كان هو الشرط الضمني فثبتوه غير محرز، فالمعنى الرجوع إلى أصلالة اللزوم أيضاً.

١. بقي في المقام إشكال، ومحصلة: أن المدار في الضرر في باب العبادات والمعاملات إن كان على الضرر المالي، فلم يجب شراء ماء الوضوء بأضعف قيمته، وإن كان على الضرر الحالي - كما هو فتوى الأصحاب في باب الوضوء - تعين التفصيل في خيار الغrin بين ما يضر بالمعيون وغيره.

وأجاب المصنف^{تلميذ} عن ذلك بجوابين:

٢. الأقل: إن المدار على الضرر المالي، وإنما لا يلتزم به في باب الوضوء للنصّ الخاص.

عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور، بأنّ الضّرر لا يعتبر مع معارضته النّصّ، ويمكن أيضاً أن يلتزم الضّرر المالي في مقام التكليف لا لتخفيض عموم نفي الضّرر بالنّصّ، بل لعدم كونه ضرراً بلحظة ما بإزائه من الأجر^١، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائمه عليه السلام ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يُشتري به مال كثير».

نعم، لو كان الضّرر مجحفاً بالمالك، انتفى بأدلة نفي الحرج^٢، لا دليل نفي الضّرر، فنفي الضّرر المالي في التكاليف لا يكون إلا إذا كان تحفله حرجاً.

١. الثاني: أنّ المدار على الضّرر المالي، وعدم الالتزام به في باب الوضوء من جهة أنه لا يعدّ بذل المال في مقابل ماء الوضوء ضرراً بلحظة ما بإزائه من الأجر.

ثم إنّه تتبّه لإشكال وهو: أنه على هذين الجوابين، لابدّ من البناء على وجوب الوضوء، وإن كان ضرراً بحاله، فأجاب عنه:

٢. بأنه إنّما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج.

وفي ما ذكره عليه السلام موقعاً للنظر:

الأول: تسلیمه لكون بذل المال الكثير بإزاء ماء الوضوء ضرراً.

فإنّه يرد عليه: أنّ قيمة الماء إذا كانت في نفسها كثيرة، وأكثر من ثمنه المعتمد - كما لو كان الماء في محلّ يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالية لقلّته وكثرة الحاجة إليه - لا يعدّ بذل الماء بإزائه ضرراً مالياً.

الثاني: ما أفاده من عدم كون بذل المال الكثير بإزاء ماء الوضوء ضرراً بلحظة ما بإزائه من الأجر.

فإنّه يرد عليه: إنّ الأجر متوقف على ثبوت الأمر، وهو على عدم الضّرر، مع أنّ الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضّرر في باب العبادات.

فالمحصل مما ذكرناه: إنه في باب الوضوء أيضاً المدار على الضّرر المالي لولا النّص^(١) المخرج.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب اليتّم حديث ١ و ٢.

إشكال: ذكر في «الروضة» و«المسالك» تبعاً لجامع المقاصد في أقسام الغبن: (أن المغبون إنما يكون هو البائع أو المشتري أو هما)، انتهى.

فيقع الإشكال في تصور غبن كل من المتباعين معاً، والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على «الروضة»، ما حاصله استحاللة ذلك، حيث قال: (قد عرفت أن الغبن في طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية. وفي طرف المشتري إذا اشتري بأزيد منها، ولا يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين، وحينئذ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، وإلا لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية، وأكثر وهو محل، فتأمل)، انتهى.

وقد تعرّض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض: منها: ما ذكره المحقق القمي صاحب «القوانين» في جواب من سأله عن هذه العبارة من «الروضة»، قال: (إنها تفرض فيما إذا باع متعاه باربعة توامين من الفلوس، على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنها يسوى بأربعة توامين، ثم تبيّن أن المتعاه يسوى خمسة توامين، وأن الدنانير تسوي خمسة توامين إلا خمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس توامان، والمشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توامين، فالبائع مغبون في أصل البيع، والمشتري مغبون فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن، وإن لم يكن مغبوناً في أصل البيع)، انتهى.

أقول: الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين، على أن يحيط له ثوباً، مع فرض كون أجرة الخياطة ثلاثة دراهم. ومن هنا يقال إن للشروط قسطاً من العوض. وإن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة، ولا مدخل له في زيادة الثمن، وخرج ذلك عن فرض غبن كلٍ من المتباعين في معاملة واحدة. لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة، وكون الغبن من طرف واحد.

ومنها: ما ذكره بعض المعاصرين، من فرض المسألة فيما إذا باع شيئاً في عقد واحد بثمينين، فغبن البائع في أحدهما والمشتري في الآخر.

وهذا الجواب قريب من سابقه في الضعف، لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض

ثبوت الغبن لأحدهما خاصة، حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة، فهذا معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منها لأحدهما خاصة، فلا وجه لجعل هذا قسماً ثالثاً لقسمي غبن البائع خاصة والمشتري خاصة، وإن لم يجز التفكيك بينهما، لم يكن غبن أصلاً مع تساوي الزيادة في أحدهما للتفصية في الآخر، ومع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

ومنها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعم الشّامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقاً على خلاف ما شاهده، أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره. وقد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة في «القواعد» والشهيد في «اللمعة». وعلى هذا المعنى الأعم تحقق الغبن في كلّ منهما وهذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد والمتحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار، وهو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسّروه به.

ومنها: ما ذكره بعض من أئمه يحصل بفرض المتباعين وقت العقد في مكانين، 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.

ويُمكن ردهُ بـأَنَّ المُبِيعَ بَعْدَ الْعَهْدِ بَاقٍ عَلَى قِيمَتِهِ حِينَ الْعَهْدِ، وَلَا غَيْرُ فِيهِ لِلْمُشْتَرِيِ
مَا دَامَ فِي مَحْلِ الْعَهْدِ، وَإِنَّمَا نَزَّلَتْ قِيمَتِهِ بِقَبْضِ الْمُشْتَرِيِ وَنَقْلِهِ إِيَاهُ إِلَى مَكَانِ الرِّخْصِ.
وَبِالْجَمْلَةِ: الْطَّعَامُ عِنْدَ الْعَهْدِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مَحْلٍ وَاحِدٍ لَهُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ.

ومنها: ما ذكره في «مفتاح الكرامة» من فرضه فيما إذا أدعى كلّ من المتباهي عن الغبن،
كما إذا بيع ثوب بفرس بطن المساواة، ثم أدعى كلّ منها نقص ما في يده عما في يد
الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفاً، فيثبت الغبن لكلّ منها فيما وصل إليه.
وقال: (ويتصور غبنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائة درهم، ثم أدعى
البائع كونه يسوى بمائتين، والمشتري كونه لا يسوى إلا بخمسين، ولا مقوم يرجع
إليه فتحالفان ويثبت الفسخ لكلّ منها)، انتهى.

وفيه: إنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لَازِمَ التَّحَالُفِ عَدْمُ الغَبْنِ فِي الْمُعَامَلَةِ أَصْلًا، مَعَ أَنَّ الْكَلَامَ فِي الغَبْنِ الْوَاقِعِيِّ دُونَ الظَّاهِرِيِّ، وَالْأُولَى مِنْ هَذِهِ الْوَجْهَاتِ هُوَ الْوَجْهُ الْثَالِثُ، وَاللَّهُ الْعَالَمُ.

وَأَنَّا مَا أَوْرَدَهُ الْمُحَقِّقُ الْإِبْرَوَانِيُّ^(١) عَلَى تَمْسِكِهِ بِقَاعِدَةِ نَفْيِ الْحَرْجِ، بِأَنَّهُ يَأْتِي فِي الْحَرْجِ مَا تَقْدِمُ فِي الْفَضْرِ مِنْ اعْتِبَارِ الْحَرْجِ النُّوْعِيِّ أَوِ الشَّخْصِيِّ. فَمَنْدُفعٌ، بِأَنَّ الإِشْكَالَ لَمْ يَكُنْ مَرْبُوطًا بِنَوْعِيَّتِهِ وَشَخْصِيَّتِهِ.

فَرَاجِعٌ.

تصوير الغبن من الطرفين

ذكر في «الروضة» - في أقسام الغبن - : (أنَّ المغبون إِمَّا أَنْ يَكُونُ هُوَ الْبَائِعُ أَوِ الْمُشْتَريُّ أَوِ هُمَا).

وقد أشكل في تصوّر غبن كُلّ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ، بِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ كُونَ الشَّمْنَ أَقْلَى مِنَ القيمة السُّوقِيَّةِ وأَكْثَرَ، وَهُوَ مَحَالٌ، وَقَدْ ذَكَرُوا فِي تصوّرِهِ وَجْهًا، ذَكَرَ الْمُصْنَفُ^{الله} جملةً مِنْهَا مَعَ مَا يَرِدُ عَلَيْهَا.

١. وقد استحسن هوَ^{الله} الوجهُ الثالِثُ فِي كَلَامِهِ.

وَيَرِدُ عَلَيْهِ أَيْضًا مَا أَفَادَهُ مِنْ أَنَّ عَبَاراتِ الْأَعْلَامِ لَا تَوَافِقُهُ.

أَقُولُ: وَيُمْكِنُ أَنْ يَتَصَوَّرَ بِوَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ:

أَحدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضماً أزيد من قيمته منفرداً، كمصارعي الباب، بأن تكون قيمة كل مصارع توأمانين، وقيمتهما معاً ستة توامين، فباع من له مصارعين مصارعاً واحداً بتخييل أنه ليس له إلا ذلك بثلاثة توامين، فإن المشتري حينئذ مغبون بتومان، والبائع أيضاً كذلك من جهة زوال حيّثيّة الانضمام الموجب لنقص ما عنده.

ثانيهما: أن يكون شيء واحد مختلف القيمة بالإضافة إلى شخصين، كما لو فرض أنّ

(١) سورة المائدة آية ٧ سورة الحج آية ٧٧ سورة البقرة آية ١٨٥.

مسألة: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عقلّي عن ثبوته حين العقد^١؟ وجهان: منشأهما اختلاف كلمات العلماء في فتاواهم ومعاقد إجماعهم واستدلالاتهم.

فظاهر عبارة «المبسوط» و«الغنية» و«الشّرائعة» وغيرها هو الأول، وفي «الغنية» الإجماع على أنّ ظهور الغبن سبب للخيار. وظاهر كلمات آخرين الثاني، وفي «التذكرة» أنّ الغبن سبب لثبتوت الخيار عند علمائنا، وقولهم: (لا يسقط هذا الخيار بالتصريف)، فإنّ المراد التصرّف قبل العلم بالغبن، وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته.

للشخص أمة تسوى مائة تومان، ولها ولد يسوى مائة أيضاً، فباع الأمة بمائة وخمسين وفرض أنّ الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمّه، فالبائع مغبون من جهة أنّ الأمة تسوى بالإضافة إليه بأكثر من ما باعها به، والمشتري مغبون لفرض أكثرية ثمنها من قيمتها.

ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

١. الثاني: ظهور الغبن شرطٌ شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عقلّي عن ثبوته حين العقد؟ وجهان :

أقول: والكلام في هذه المسألة يقع في جهات:
الأولى: في أنّ مدرك هذا الخيار هل يقتضي ثبوته من حين العقد، أو من حين ظهور الغبن؟

الثانية: في أنّ الحقّ الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية أم غيرها؟
الثالثة: في أنّه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد أو من حين ظهور الغبن؟
الرابعة: في أنّ الآثار المجنولة للخيار، هل هي بأجمعها مترتبة على الحقّ، أو على السلطنة، أم هناك تفصيل؟

أما الجهة الأولى: فإنّ كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر، فهو يقتضي ثبوته من حين العقد، لأنّ لزوم العقد المشتمل على النقص المالي ضرر، وإن لم يكن البائع

وممّا يؤيد الأوّل أنّهم اختلفوا في صحة التّصرفات النّاقلة في زمان الخيار، ولم يحکموا ببطلان التّصرفات الواقعية من الغابن حين جهل المغبون، بل صرّح بعضهم بنفوذها وانتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل، ويؤيده أيضًا الاستدلال في «الذّكرة» و«الغنية» على هذا الخيار، بقوله عَزَّلَهُ اللَّهُ فِي حَدِيثِ تَلْقَى الرَّكْبَانِ: «إِنَّهُمْ بِالْخَيْارِ إِذَا دَخَلُوا السَّوقَ»، فإنّ ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن. هذا، ولكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر.

وتوسيع ذلك: أنّه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقدّر بها على الفسخ والإمساء قولًا أو فعلًا، فلا يحدّث إلّا بعد ظهور الغبن، وإن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه، فهو ثابت قبل العلم^١. وإنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق،

ملتفتاً إليه، وكذلك إن كان المدرك الشرط الضمني، فإنّ الشرط هو التساوي بين المالين واقعًا لا في اعتقاد الشارط.

وأثنا إن كان المدرك نصوص الغبن، فيمكن أن يُقال إنّها تقتضي حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فإنّه علق الخيار فيها على دخول السوق الذي هو كناية عن ظهور الغبن. اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالُ: إِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ التَّعْلِيقُ عَلَى دُخُولِ السَّوقِ لِكُونِهِ طَرِيقَ الضرر. وأثنا الجهة الثانية: فالظاهر أنّ الحقّ الخياري غير السلطنة، من جهة أنّ الخيار حقّ وهو أمر اعتباري كالملكية والسلطنة التي هي عبارة عن جواز التّصرفات، ونفوذها غير ذلك الأمر الاعتباري، بل ربما تفارقه كما في التّصرف في مال الصغير، فإنّ الحقّ والملك للصغير، ومن له السلطنة هو الولي.

فما أفاده المحقق الإيرلندي^٢ من أنّه لا معنى للخيار إلّا السلطنة غير تمام.

وأثنا الجهة الثالثة: فالحقّ أنّ السلطنة الفعلية التي هي أثر الخيار، ثابتة من حين حدوثه، فكما أنّ المغبون له الخيار من حين العقد، وإن لم يعلم به، كذلك له السلطنة وإن لم يلتفت إليها. فما أفاده المصطفى^٣ في مقام الجمع بين كلمات القوم من: ١. كون الحقّ ثابتًا من حين العقد، والسلطنة حادثة من حين ظهور الغبن، في غير محلّه.

فيكون حال الجاهل بموضع الغبن، كالجاهل بحكمه أو بحكم خياري المجلس أو الحيوان أو غيرها.

ثم إن الآثار المجعلة للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصريف، فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجيء ومنه التلف، فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً لو قلنا بعموم قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له، لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض وتردد فيه آخر، وبين ما يترتب على ذلك الحق الواقعي كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره^١، وبين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة^٢، فإن تعليهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذي الخيار من العين، ظاهر في ترتيب المنع على وجود نفس الحق، وإن لم يعلم به. وحكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار، بمضي التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون، ويظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلي.

والمتبع دليل كل واحد من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتيب الآثر على نفس الحق الواقعي ولو كان مجهولاً لصاحبها. وقد يظهر منه ترتيبه على السلطنة الفعلية، ويظهر ثمرة الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً، أو بظن وجود سبب معذوم

١. وأما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه في الجهة الثالثة، لا فرق بين كون جميع الآثار آثار الحق أو السلطنة أم يكون هناك تفصيل.

وأماماً بناءاً على المسلك الآخر: فالظاهر أنها بأجمعها آثار الحق، كما هو لسان الأدلة، نعم إن كان سقوط الخيار بالتصريف بمناطك اشتفيته عن الرضا والالتزام بالعقد، لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطاً، لأنّه لا يكون كاشفاً عن الرضا مع الجهل.

وأماماً التلف: فجماعة وهم الأكثرون إنما أفتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن، من جهة أنّهم يرون قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له مختصة بغير هذا الخيار، وجماعة آخرون ممّن يرى عدم الاختصاص، لعلهم حكموا بأنّه من المغبون من جهة أنّهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.

٢. وأما التصرفات الناقلة التي تردد المصتف^{للله} فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر في وجه المنع، من كونها تصرفاً في متصل حق الغير، المنع عنها قبل ظهور الغبن، وحكم

في الواقع فصادف الغبن.

ثم إن ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جار في العيب، وقد يستظهر من عبارة «القواعد» في باب التدليس، الوجه الأول، قال: (وكذا - يعني لا ردة - لو تعنيت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتدليس)، انتهى.

فإنه ذكر في «جامع المقاصد» أنه لا فرق بين تعبيتها قبل العلم وبعده، لأن العيب مضمون على المشتري، ثم قال: (إلا أن يقال إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبتوت الخيار)، وظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له، لكن الاستظهار المذكور مبني على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب، وسيجيء عدم العموم إن شاء الله تعالى. وأمّا خيار الرؤية فسيأتي أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور: أحدها: إسقاطه بعد العقد^١، وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا إشكال في صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن، ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبة كان فاحشاً كان أو أفحش.

بعض من منع من التصرف في زمان الخيار بمضي التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، إما من جهة أنه يرى حدوث الخيار من حين الظهور، أو يكون الإشكال وارداً عليه.

إسقاط خيار الغبن بعد العقد

١. الثالث: يسقط هذا الخيار بأمور :

أحدها: إسقاطه بعد العقد، وقد جعل المصنف الله صحة الإسقاط مفروغاً عنها، مع أنها محل البحث، فإنه إذا كان مدركاً لهذا الخيار حديث لا ضرر، فقد مرّ أن مقتضاه نفي اللزوم خاصة، لا إثبات خيار حقي قابل للإسقاط والمصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازاً حكمياً، ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

نعم، إذا كان مدركه الشرط الضمني، كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للإسقاط، كما أنه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن أو الإجماع.

والظاهر أن الإسقاط متعلق بالحق، ومن الإنسانيات، ولا يكفي فيه الرضا النفسي.

ولو أُسقطه بزعم كون التفاوت عشرة، فظهر مائة. ففي السقوط وجهاً: ^١ من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أُسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً، ومن أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به، ولا تعدد فيه فيسقط بمجرد الإسقاط^٢، والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

بل يحتاج إلى إنساء.

أقول: وبعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف^{الله}، من أنه :

١. (لو أُسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهاً).

والكلام فيه في موردين:

الأول: في الإسقاط بلا عوض.

الثاني: في الإسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

٢. أما الأول: فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق ووحدته، وأنه على الأول لا

يسقط لو أُسقطه بتخيّل كون التفاوت عشرة فظهر مائة، وعلى الثاني يسقط.

ولكن هذا المقدار لا يكفي، إذ يمكن أن يقال إنه على الوحدة أيضاً يمكن إسقاطه

على تقدير دون آخر.

وفي حاشية السيد الفقيه^{الله}: أن مبني الوجهين أن اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي أو التقبييد، فعلى الأول يسقط دون الثاني.

ويرد عليه: أنه ليس من قبيل الداعي ولا من قبيل التقبييد.

أما الأول: فلان الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، ومن الواضح أن الاعتقاد المزبور ليس كذلك.

وأما الثاني: فلان متعلق الإسقاط - وهو الحق - جزئي خارجي، وهو غير قابل للتقبييد.

وقد يقال: إن مبني الوجهين كون الإسقاط معلقاً على كونه مسبباً من مرتبة يعتقدوها، أو أنه متعلق به كائناً ما كان سببه، فعلى الأول لا يسقط، وعلى الثاني يسقط.

وأمّا الإسقاط بعوض، بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه، مع العلم بمرتبة الغبن، أو التصریح بعموم المراتب. ولو أطلق وكان للإطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقّق في المتعاقب المشترى بعشرين بدرهم، فإنّ المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعاملة، هو كون التفاوت أربعة أو خمسة في العشرين، فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، وأنّ المبيع يسوى درهرين، ففي بطلان الصلح - لأنّه لم يقع على الحقّ الموجود، أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أنّ الخيار حقّ واحد له سبب واحد، وهو التفاوت الذي له أفراد متعددة، فإذا أسقطه سقط - أو صحته متزلزاً، لأنّ الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أنّ عوضه المتعارف درهم، تبيّن كونه ممّا يبذل في مقابلة أزيد من الدرهم - ضرورة أنّ كلّما كان التفاوت المحتمل أزيد، يبذل في مقابلة أزيد مما يبذل في مقابلة لو كان أقلّ، فيحصل الغبن في المصالحة^١، إذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه؛ وجوه، وهذا هو الأقوى، فتأمل.

وفيه: إنّه لو كان معلقاً بطل الإسقاط، ولو لم يكن الاعتقاد خطئاً، لأنّه من الإنسانيّات، مع أنّ الإسقاط بما أنّه من الإنسانيّات لا يكتفى فيه ولا في قيده بالقصد المجرّد، بل يتوقف على الإنشاء، فإذا أسقط الخيار غير معلق، كان منشأ سقوط الخيار كائناً ما كان سببه، واعتقاد كونه من سبب خاصٍ من المقارنات، فالظهور السقوط.

وأمّا الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة والبطلان ما تقدّم.

وأمّا من حيث ثبوت الخيار، فقد أفاد المصنف^{الله} في وجهه:

١. إنّه يحصل الغبن في المصالحة، من جهة أنّه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كون للجهل بعينه وأورد عليه المحقّق الإبرواني^{الله}: بأنّ بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرّقه خيار الغبن؟

وفيه: إنّ الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، إما لعدم إمكان البيع لعدم كون المعارض عيناً، أو لعدم وجود شرائط البيع، لا يكون مبنياً على المغابنة، والمقام من هذا القبيل.

وأمام إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن^١، فالظاهر أيضاً جوازه، ولا يقدر عدم تحقق شرطه، بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار، إذ يكفي في ذلك

وربما يورد عليه: بأنّ حقيقة الصلح التسالم، والغبن إنّما يدخل في المعاوضات. وفيه: إنه لا ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تمليلك شيء بعوض. فالألهي أن يورد عليه: بأنّ الغبن في المقام أيضاً من جهة الجهل بمقدار المالية، لفرض أنّ التفاوت المحتمل كلّما كان أزيد، يبذل في مقابلة أزيد مما يبذل في مقابلة لو كان أقلّ؛ ولعله إلى هذا أشار بقوله: (فتأمّل).

إسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

١. هذا كله في إسقاط هذا الخيار بعد العلم بالغبن، وأمام إسقاطه قبل ظهور الغبن، فالكلام فيه يقع أولاً في الإسقاط، ثم في الصلح عليه.

أما الأول: فقد اشترط على جوازه بوجوه أربعة، اثنان منها متوجّهان كان الغبن شرطاً شرعياً أم كان كاشفاً عقلياً، واثنان منها مختصتان بما إذا كان الغبن شرطاً شرعياً. أمّا المحدودان المشتركان:

فأحدهما: إنه لا جرم بالإسقاط، فلا يكون الإسقاط جدياً، لعدم تعقل الجد إلى الشيء مع عدم الجرم به. وثانيهما: التعليق.

أما الأول: فيمكن دفعه بأنّ الإنشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده أمر ممكّن لا استحالّة فيه.

وأمام الثاني: فيندفع بأنّ التعليق لا دليل على مبطليته سوى الإجماع، وهو على فرض شموله لجميع العقود والإيقاعات، المتيقّن منه التعليق على ما لا يتوقف عليه الشيء، وإلا كما في تعليق البيع على الملكية والطلاق على الزوجية، فلا محذور فيه، والمقام من هذا القبيل.

تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي^١ وإن لم يعلم به، وهذا كاف في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الوديعي المفرط عن الضمان^٢، وكبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق، المسبب عن وجودها قبل العلم بها. ولا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق، إذ لا مانع منه إلا التعليق، وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قادر هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه، وأما ما نحن

أثما المحذوران المختصان:

فأحدهما: ما أشار إليه المصنف، وهو أن إسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل.

و الثانيهما: ما أفاده المحقق الإصفهاني^{رحمه الله}، وهو أن إسقاط الخيار لا دليل على نفوذه شرعاً، سوى قاعدة أن لكل ذي حق إسقاط حقه، والظاهر منها أن من كان له حق فعلاً له إسقاطه فعلاً، ولا تشمل المقام.

أثما المحذور الأول: فقد أجاب المصنف^{رحمه الله} عنه بـأنه :

١. (يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار وهو الغبن الواقعي). ثم أشكل على المقام بإبراء المالك الوديعي المفرط عن الضمان، مع أن اشتغال ذمته بالبدل إنما يكون بعد التلف، وبالتالي من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع أن ظهور العيب شرط.

ويرد على جوابه: ما تقدم في خيار المجلس، من أنه لا ثبوت للشيء مع عدم تتحقق أجزاء علته، وإن تحقق مقتضيه، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع أن تمييز المقتضى عن الشرط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات والأسباب والشروط مقتضيات قطعاً. وتمام الكلام في محله.

٢. وأثما مسألة الوديعي، فهي غير ثابتة أولاً، وعلى فرض الثبوت الوديعي، فإنه بمجرد التفريط تنتقل العين إلى عهده، ومن آثار العهدة رد بدلها مع التلف، وهي أمر ثابت لا مانع من إسقاطه.

وأثما التبرير من العيوب، فالكلام فيه هو الكلام في المقام.

فيه وشبيهه^١ - مثل طلاق مشكوك الزوجية، وإعتاق مشكوك الرقية منجزاً، أو الإبراء عمّا احتمل الاشتغال به - فقد تقدم في شرائط الصيغة أنه لا مانع منه، لأنّ مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلّم، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع، وضمان ذرک المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير^٢.
نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لابد من وقوع شيء بإزائه^٣، وهو غير معلوم.

أمّا ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله في مقام الجواب من أنه ليس إسقاطاً لما لم يجب، بل هو إسقاط لحق الشرط، بناءً على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني، فقد تقدم في إسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع.
فالحق في الجواب أن يُقال: إن إسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته - أي إسقاطه في زمان وجوده - لا دليل على المنع عنه، ولو سلم الإجماع عليه، فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

وأمّا المحذور الثاني فيمكن دفعه: بأنّ القاعدة التي أشار إليها ليست مضمون روایة خاصة، كي يستدلّ بظاهر تلك الجملة، بل هي مستفادة من دليل السلطة بالتقريب المتقدّم في خيار المجلس، وهو غير مختصّ بصورة المفروضة.

مع أنه قد تقدم في ذلك المبحث أنّ مدرك مشروعيته فحوى ما دلّ^(١) على أنّ التصرّف إنما يكون مسقطاً لكونه التزاماً بالعقد، وإسقاطاً للخيار. فراجع.

١. قوله: (وأمّا ما نحن فيه وشبيهه مثل طلاق مشكوك الزوجية).

هذه الأمثلة إنما ذكرت نظيرًا للمقام من حيث التعليق وعدم الجزم، لا من حيث كفاية وجود السبب في إسقاط المسبّب، كما توهّم.

٢. قوله: (وضمان ذرک المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير).

الظاهر أنّ مراده ضمانه مع كون الثمن تالفاً، وإلاّ وجّب دفع الثمن إلى مالكه.

٣. وأمّا الصلح عن الحق، فقد أشـكـلـ عـلـيـهـ بـأـنـهـ مـعـ دـمـ الـحـقـ الـمـعـوـضـ عـنـهـ، كـيـفـ

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق^١، أو ضم سائر الخيارات إليه، بأن يقول: (صالحتك عن كل خيار لي بكتها)، ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه^٢، لأن المدعوم إنما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

يمكن المعاوضة الصحيحة، ولذا قال المصنف^{الله}:

١. فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التتحقق).

وقد أفيد في وجه صحته، والجواب عن هذا الإشكال أمور:

الأول: ما أفاده السيد الفقيه^{رحمه الله}، وهو أن المعارض هو المحتمل بما هو محتمل، لا الحق الواقعي. وبعبارة أخرى إنه احتمال الحق وهو ثابت محقق.

وفيه: إن الاحتمال والمحتمل غير قابلين للنقل والإسقاط.

الثاني: ما أفاده المحقق الخراساني^{رحمه الله}، وهو أن المعارض نفس الصلح - فیأخذ العوض بإزائه - لا الحق المجهول.

وفيه: إنه حينئذ لا مصالح عنه، ولا يمكن تتحقق الصلح بدونه.

الثالث: ما أفاده المحقق الإيراني^{رحمه الله}، من أن المعارض الرضا بالعقد ولزومه، وهو فعلي.

وفيه: إن الرضا بلزوم العقد إنما يكون موجباً للزوم من جهة أن مرجعه إلى إسقاط الخيار، كما تقدم في خيار المجلس.

فالظهور تمامية هذا الإيراد، فلا يصح الصلح عنه، مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطاً شرعياً لحدوث الخيار.

وأما بناءً على ما اخترناه من كونه كاشفاً عقلياً، فالإشكال مندفع من أصله.

٢. قوله: (ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه).

والوجه فيه: أن الصلح إنما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعارض على تقدير وجوده، وإلا فالضمية مستقلة في العوضية، وعليه فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيراني^{رحمه الله} من أنه لو صح الإشكال لم يجد في دفعه ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول، فإن الخيار المجهول إن لم يقابل بالمال على انفراده، لم يقابل بالمال مع الضمية، لوقوع جزء من العوض بإزائه، فيعود المحدود.

الثاني من المسلطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد^١، والإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة في إسقاط الخيارات المتقدمة، قد علم التفصي عنها، نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار وخيار الرؤية، وهو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه.

قال في «الدروس» في هذا المقام ما لفظه: (ولو اشترطا رفعه أو رفع خيار الرؤية. فالظاهر بطلان العقد للغرر)، انتهى.

ثم احتمل الفرق بين الخيارين، بأن الغرر في الغبن سهل الإزالة، وجَزْم الصimirي في غاية المرام ببطلان العقد والشرط، وتردد فيه المحقق الثاني إلا أنه استظهر الصحة، ولعل توجيهه كلام الشهيد هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالية المبيع كالجهل بصفاته، لأن وجه كون الجهل بالصفات غرراً، هو رجوعه إلى الجهل بمقدار ماليته^٢، ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة، لكن الأقوى الصحة، لأن مجرد الجهل بمقدار المالية لو كان غرراً لم يصح البيع مع الشك في القيمة^٣، وأيضاً فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار، حتى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، وإلا لم يصح البيع إذ لا يجدي في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار،

اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

١. الثاني من المسلطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد.
واستدل الشهيد^{رحمه الله} على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن، بلزوم الغرر.
ووجهه المصنف^{رحمه الله}:

٢. بأن الجهل بصفات المبيع أو الثمن إنما يوجب الغرر، لا لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، وإنما لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخلية في التمويل، بل إنما هو لأجل ادائه إلى الجهل بالمالية، ولازمه بطلان البيع في المقام.

وأجاب المصنف^{رحمه الله} عنه بجوابين تقضيين:

٣. أحدهما: إنه لو كان الجهل بالقيمة موجباً للغرر، لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلا لصبح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار^١، كبيع المجهول وجوده والمتعدّر تسليمه. وأمّا خيار الرؤية^٢ فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف في العين الغير المرئية، فكأنهما تباعا، سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا.

١. ثانيهما: أن الخيار لا يرفع الغرر، وإلا لزم صحة كل بيع غرري بشرط الخيار.

والحق في الجواب عنه أن يُقال: إن هذا الوجه أساسه أمان :

الأول: كون الجهل بالقيمة موجباً للغرر.

الثاني: ارتفاع الغرر بالخيار.

ويندفع الأول: بأن الموجب للغرر الذي نهى عنه، هو الجهل بذات المبيع أو صفاته الدخلية في المالية، وذلك لأن غررية البيع إنما هي من ناحية متعلقه، وجهالة المبيع أو الثمن إنما هي من ناحية ذاته أو صفاتاته، أمّا جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به، فهي أجنبية عن البيع ولا توجب الغرر.

وبالجملة: الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع أو الصفات الدخلية في المالية، لا صفات من حيث هي، ولا المالية المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر.

ويندفع الثاني: بأن الخيار متوقف على صحة العقد، فإذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزم الدور.

ويمكن أن يوجه كلام الشهيد^{للله}: بأن شرط سقوط الخيار - مع كون ثبوته غير معلوم - غرري للجهل بالمشروع، وهو يوجب بطلان العقد، لأن الشرط الفاسد مفسد. والظاهر أنه إلى هذا نظر الصيمرى في «غاية المرام» الملتمم بفساد العقد والشرط. ولكن يرد عليه: أن الشرط الفاسد غير مفسد، مع أن شرط سقوط الخيار بما أنه يؤول إلى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غررياً، فالحق صحة الشرط والعقد.

٢. قوله: (وأمّا خيار الرؤية).

أقول: الأولى إيكال البحث عن ذلك إلى محله.

فصحة البيع موقوفة على اشتراط تلك الأوصاف، وإسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك أيضاً، لأنّ مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشتراطاه من الأوصاف، ولا تنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الإلتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمّل، وسيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية.

وكيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يُشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غرر.

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن^١، ويدلّ عليه ما دلّ على سقوط خياري المجلس والشرط به، مع عدم ورود نصّ فيهما، واحتصاص النصّ بخيار الحيوان، وهو إطلاق بعض معاقد الإجماع، بأنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة وفيما انتقل عنه فسخ، وعموم العلة المستفادة

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

١. الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، ذكره بعضهم، والمشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به.

وفي «الحدائق»: (وَظَاهِرُهُمْ أَنَّهُ سَوَاءً كَانَ الْمُتَصَرِّفُ الْغَابِنُ فِي مَالِ الْمُغَبُونَ أَوْ بِالْعَكْسِ، خَرَجَ بِهِ عَنِ الْمُلْكِ كَالْبَيْعِ، أَمْ مَنْعِ الْرَّدِّ كَالْسْتِيَالَادِ أَمْ لَا، وَلِهِمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تَفَاصِيلٌ وَشَقَوْقَهُ شَيْخَنَا فِي «الرُّوضَةِ» وَ«الْمَسَالِكَ» إِلَى مَا يَزِيدُ عَلَى مائَتِي مَسْأَلَةٍ). انتهى.

أقول: فالكلام في موردين:

الأول: في التصرف غير المخرج عن الملك.

لا إشكال في مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزم العقد مع قصده ذلك، فإنه حينئذ إسقاط فعلي، كما لا إشكال في عدم مسقطية التصرف لا عنوان الالتزام بالبيع إذا كان قبل الإطلاق، بل الظاهر إجماعهم عليه.

من النّص في خيار الحيوان المستدلّ بها في كلمات العلماء على السقوط، وهي الرّضا بلزوم العقد، مع أنَّ الدليل هنا إما نفي الضّرر وإنما الإجماع^١.

والأول: منتفٍ، فإنه كما لا يجري مع الإقدام عليه، فكذلك لا يجري مع الرّضا به بعده. وأما الإجماع: فهو غير ثابت مع الرّضا، لأنَّ يقال إنَّ الشك في الرفع لا الدفع، فتستصحب^٢، فتأمل.

أو ندعى أنَّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه أنَّ هذا الخيار لا يسقط بالتصريف، شموله للتصريف بعد العلم بالغبن، واحتياط هذا الخيار من بين الخيارات بذلك، لكنَّ الإنصاف عدم شمول التصرّف في كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، وغرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أنَّ التصرّف مسقط لكلِّ خيار ولو وقع قبل العلم بالخيارات، كما في العيب والتدليس سوى هذا الخيار، ويؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من أنَّ التصرّف قبل العلم بالعيوب والتدليس ملزم، لدلالة على الرّضا بالبيع فيسقط الرّد، وإنما يثبت الأرش في خصوص العيب، عدم دلالة التصرّف على الرّضا بالعيوب.

وكيف كان، فاحتياط التصرّف الغير مسقط في كلامهم بما قبل العلم، لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم.

إما التصرّف بعد العلم بالغبن، مع عدم كونه إجازة فعلية، فقد استدلّ على مسقطيّته بطريقين: أحدهما من ناحية المانع. ثانيةهما من ناحية عدم المقتضى.

إما الأول: فهو إطلاق بعض معاقد الإجماعات، وعموم العلة في خبر الحيوان، وقد تقدم الكلام عليهما في خيار المجلس، وعرفت عدم تماميتهم.

١. وأما الثاني: فتقريبيه: أنَّ مدرك خيار الغبن إما حديث نفي الضّرر، وإنما الإجماع، والأول لا يشمل المقام، لأنَّه كما لا يشمل المعاملة الغبية التي أقدم عليها، كذلك لا يشمل المعاملة الضّررية التي رضي المغبون بها بقاء، فإنه لا يكون اللزوم بقاءً ضررياً، بل الضّرر ناشٍ من اختيار المغبون حقيقةً.

٢. وأورد المصنف^{الله} عليه: بأنَّ الشك إنما في الرفع لا الدفع، فتستصحب الخيار، ثم أمر بالتأمل. وقد قيل في وجه التأمل أمور:

نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك، عدا ما حكى عن صاحب «المسالك» وتبعه جماعة. لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل مما لا ينبغي. بل ربما يستشكل في حكمهم بعد السقوط بالتصريف قبل العلم، مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصريف قبل العلم، والاعتذار بالنحش إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص، ومقتضى القاعدة في حكم التصريف قبل العلم فيما واحد.

والتحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعدة عدم السقوط، لبقاء الضرر، وعدم دلالة التصريف مع الجهل على الرضا بلزم العقد وتحمل الضرر.

نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط، وادعى عليه الإجماع، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش، وإن كان نفس إمساك العين قد تكون ضرراً، فإن تم دليل في التدليس أيضاً قلنا به، وإلا وجوب الرجوع إلى دليل خياره. ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصريف بعد العلم بالغبن، مبني على ما تقدم في الخيارات السابقة، من تسليم كون التصريف دليلاً على الرضا بلزم العقد، وإلا كان اللازم في غير ما دل فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصريف الرجوع إلى أصله بقاء الخيار.

منها: ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله: وهو أن الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضى، لعدم إحراز مقدار استعداد المستصحب مع التصريف، فلا يجري فيه الاستصحاب.

ومنها: أن المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لا استصحاب حكم المخصوص.

ومنها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو أن الشك شك في الموضوع، لأن موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون ولا العقد الغبني، بل يحتمل أن يكون لوصف عدم الرضا ولو نوعاً دخل في الموضوع، فلا يجري الاستصحاب.

وبعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، ولكن في بعضها الآخر - بضميمة أن المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام - كفاية.

ولكن مع ذلك كله يرد على أصل الاستدلال: أن مفروض البحث هو التصريف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، وعليه فلا مانع من إجراء قاعدة لا ضرر.

الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن، تصرفًا مخرجاً عن الملك على وجهه اللازم كالبيع والعتق^١، فإن المصريح به في كلام المحقق ومن تأثر عنه هو سقوط خياره حينئذ. وقيل إنه المشهور، وهو كذلك بين المتأخرین. نعم، ذكر الشیخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع، أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد، والظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من «جامع المقاصد» في شرح قول الماتن، ولا يبطل الخيار باتفاق العين فراجع.

واستدل على هذا الحكم في «التذكرة» بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، وهو بظاهره مشكل، لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين. ويمكن أن يوجه: بأن حديث نفي الضرر لم يدل على الخيار، بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها،

التصريف المخرج عن الملك

١. الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، وقد ذكره المصنف رابع المسقطات، وفي بعض الكلمات بعد تسلیم مسقطیته: (أن الأولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فإنه هو المسقط السابق بل بما هو إتلاف).

وكيف كان، فالتلف قد يكون حقيقةً، وقد يكون حكميًّا، ومجموع ما ذكر في وجه المسقطية وجوه أربعة، ثلاثة منها جارية في كلا التلفين، وواحد منها مختص بالتلف الحکمي، ولا يجري في التلف الحقيقي.

وهي على قسمين:

الأول: من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف.

الثاني: من طريق المانع.

أما القسم الأول فهو اثنان:

أحدهما: إن دليل هذا الخيار إما الإجماع أو قاعدة نفي الضرر، والمتيقن من الإجماع صورة بقاء العين، وقد أفتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها، يعني تلف ما في يد المغبون.

فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد^١. وتضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل، فإن دفع الضّرر من الطرفين إنما يكون بتسليط المغبون على رد العين، فيكون حاله من حيث أن له القبول والرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أن له أن يشتري وأن يترك، وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر ولو جهلاً منه به^٢.

هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في «اللمعة» بما توضيحه: إن الضّرر الموجب لل الخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضّرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالماً به، فيجب تدارك الضّرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد، برد نفس العين، مع بقائهما على ملكه وبدلها مع عدمه، ففوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً لأن العين المبوبة إن كانت مثالية، فلا ضرر بتبدلها بمثلها،

١. وقاعدة نفي الضّرر إنما تنفي اللزوم وتثبت الجواز، والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد.

وفيه أولاً: إن حديث نفي الضّرر ينفي اللزوم فيثبت بدليله، وبدليل لزوم العقد جوازه، وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفي الضّرر.

وثانياً: إنه لو تم لاختصاص بتلف العين الحقيقي، ولا يجري في التلف الحكمي - أي الانتقال بالعقد اللازم - فإن حديث نفي الضّرر لحوكمة على جميع الأدلة، يصلح لرفع لزومه، وجواز حل المغبون بذلك العقد أيضاً.

وثالثاً: إن مدرك هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمني، دون حديث نفي الضّرر.

٢. ثانيةما: إن إتلاف المغبون العين، وإخراجها عن ملكه التزام بالضرر ولو جهلاً منه به، وتوطين النفس على الالتزام بالبيع ولو كان مغبوناً فيه واقعاً، والإقدام بحسب الدوام كإقدام ابتداءً في إسقاط الخيار.

وإن كانت قيمية، فتعرى ضها للبيع يدل على إرادة قيمتها، فلا ضرر أصلًا، فضلاً عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة. وإن صاف أن هذا حسن جداً، لكن قال في «الروضة»: (إن لم يكن الحكم إجماعاً^١).

أقول: والظاهر عدمه^٢ لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تَبَعَّتْ، ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري، قال في «التحرير» بعد أن صرّح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً: (ولا يسقط الخيار بالتصريف مع إمكان الرد)، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، وبين فك الملك كالعتق والوقف، وبين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاد، بل ويعم التلف.

وفيه: إن التصرف قبل العلم بالعنين ليس التزاماً بالعقد ورضاً ببقاءه، وإلا كان الإقدام على المعاملة مع الجهل، إقداماً على الضرر، موجباً لعدم ثبوت الخيار رأساً، مع أن الرضا بالعقد ما لم يرجع إلى إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه.

وأما القسم الثاني: فهو أيضاً اثنان: أحدهما ظهور الإجماع:

١. قال الشهيد في محكي «الروضة»: (إن الحكم بعدم السقوط حسن إن لم يكن الحكم إجماعاً).

٢. وفيه أولاً: ما أفاده المصنف^{رحمه الله} من أن الظاهر عدمه.

وثانياً: إنه ليس إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المقصوم^{عليه السلام}.

ثانيهما: أن دليلاً نفي الضرر في جانب المغبون مزاحم به في جانب الغابن، لأن قبول البدل ضرر على الغابن، كما أن الالتزام بالبيع ضرر على المغبون، وبعد التساقط المرجع هو أصلالة التزوم.

وفيه: إن ضرر الغابن إن كان بلحاظ فوات خصوصية العين، فهو ضرر أقدم عليه بالبيع، وإن كان بلحاظ النقص في المالية فالمفروض أنه يأخذ مالية ماله بأخذه القيمة. فتحصل: أن الأظهر عدم كونه مسقطاً.

وعن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، فإن أرادوا قصر الحكم عليه، فلا يعرف له وجه، إلا أن يبني على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعني نفي الضّرر، فيقتصر على مورد الإجماع.

ثم إن ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، وظاهر التعليل بعدم إمكان الإستدراك، ما صرّح به جماعة من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بال الخيار^١ إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير والوصيّة من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلًا، وهو حسن، لعموم نفي الضّرر^٢. ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدرك ضرر الغبن.

فروع

وذكر المصنف^{الله} في المقام فروعًا، ولكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطيّة التلف لهذا الخيار، فلا مجال للكلام في هذه الفروع.

وأمامًا بناء على ما هو المشهور من المسقطيّة، فيقع الكلام فيها، وهي فروع:

١. الفرع الأول: أن الناقل الجائز هل يمنع الرد أم لا؟

٢. وقد استدلّ المصنف^{الله} للثاني بعموم نفي الضّرر، وأن مجرّد الخروج عن الملك لا يسقط تدرك ضرر الغبن.

وفيه: إن كان مدرك مسقطيّة التلف بالإجماع، صح ما ذكر من عدم مسقطيّة الناقل الجائز، وإن كان غيره، فحكمه حكم اللازم، فإنه إذا لم يفسخ العقد الجائز - كما هو مفروض البحث - كان الرد غير ممكناً.

ولو قيل: إن دليل الخيار يقتضي فسخ العقد الجائز توطئه لفسخ العقد الغبني.

أجبنا عنه: أنه يقتضي إعادة العين إلى ملكه ولو بالشراء أو الإقالة.

وإن قيل: إنه يقتضي انفساخ العقد الجائز.

قلنا: إنه يقتضي انفساخ اللازم أيضًا.

وبالجملة: لا فرق بين اللازم والجائز أصلًا.

ولو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد وفسخ العقد اللازم لعيٍب أو غبن^١، ففي جواز الرد وجهان: من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع^٢. وربما يبنيان على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد^٣. وكذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد. وعدم الخيار هنا أولى، لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ برفع السبب السابق. وفي لحق الإجارة بالبيع، قولان^٤: من امتناع الرد وهو مختار الصيمرى وأبى العباس، ومن أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك^٥، وهو المحكى عن ظاهر الأكثر، ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجّه الرد، وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

١. الفرع الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت أم الولد، وفسخ العقد اللازم لعيٍب أو غبن^٦، قال المصنف: (ففي جواز الرد وجهان)، وقد ذكر في مبني الوجهين أمرتين:
 ٢. أحدهما: إنه يتمكن من الرد فله ذلك، لأن البيع استقرّ وصار لازماً فلا يعود حق الخيار.

الظاهر أن مدرك مسقطية التلف، إن كان تزاحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر إنما يثبت حق رد العين لا حل العقد، كان الأوجه هو الأول، لأن سقوط الخيار ولزوم العقد إنما هو لمانع عن شمول لا ضرر، فمع ارتفاعه لا مانع من شموله.
وإن كان هو كون الناقل اللازم التزاماً بالعقد، الأوجه هو الثاني كما لا يخفى.

٣. ثانيهما: أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد.
والظاهر أن الزائل في المقام بما أنه أمر اعتباري وهي الملكية، فهي إن عادت بفسخ السبب كالتي لم تزل، لأن العائد وإن كان غير الزائل بالدقة العقلية، إلا أنه عينه اعتباراً وعرفاً، وإن عادت بسبب آخر، فالظاهر أنه غيره ولو اعتباراً. لكن شيئاً من المبنيين ليس وجهاً لثبوت الخيار، وعود ذاك الحق وعدمه، فإنه وإن كان العائد كالذي لم يزل يمكن أن يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

٤. الفرع الثالث: هل يلحق الإجارة بالبيع - كما عن الصيمرى - أم لا كما عن ظاهر الأكثر؟ قولان.

٥. وقد استدلّ لعدم اللحق: بأن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

وفي لحق الامتزاج مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه: أقواها اللّحق^١ لحصول الشركة، فيمتنع رد العين الذي هو مورد الاستثناء.

ويرد عليه: أنّ مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة، لم يكن خصوص الإجماع، ولا روایة خاصة متضمنة لمسقطيّة التصرّف المخرج عن الملك، كي يستدلّ بظاهره. فلابدّ من ملاحظة سائر الأدلة.

والحقّ هو اللّحق، فإنّ العين لا يمكن ردّها خارجاً ولا ملكاً على ما هي عليه من المنفعة، فإنّ كان هذا الخيار هو جواز ردّ العين، فلا محالة يسقط في الفرض.

١. الفرع الرابع: ما ذكره بقوله: (وفي لحق الامتزاج مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه: أقواها اللّحق).

أقول: الامتزاج تارةً يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك، كما لو امترج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، وأخرى يوجب الشركة على القول بذلك، كامتزاج دهن بدهن آخر، وثالثة لا يوجب شيئاً منهما.

مورد الكلام هو الوسط، أمّا الأوّل فهو ملحق بالتلف قطعاً، وأمّا الأخير فهو لا يمنع من الرّد كذلك، وإنّما الكلام في الموجب للشركة.

ثم إنّ الامتزاج: قد يكون بملك الغابن، وقد يكون بملك المغبون، وقد يكون بملك شخص ثالث.

فإنّ كان الامتزاج بملك الغابن بما هو من جنس المبيع، فلا أرى مانعاً من الرّد، واحتمال اعتبار ردّ العين متميزة لا يعنى به.

وأمّا في سائر صور الامتزاج، فالحقّ هو اللّحق، فإنّ الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة، وهي إما عبارة عن الملكية الناقصة - كما هو المختار، وبيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح - أو عبارة عن كون كلّ جزء نصفه له ونصفه لشريكه. وعلى التقدير الأوّل تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف مثلاً، بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع، وعلى التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله إلى شريكه بإزاء نصف مال شريكه.

وكذا ولو تغيرت العين بالنقية^١، ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية، أو من الجهتين، فالأقوى الرد في الوسطى^٢ بناءً على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون.

وأما تصرف الغابن: فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به^٣، حينئذ فإن فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعقد أو الوقف أو البيع اللازم، ففي تسلطه

١. الفرع الخامس: ما ذكره بقوله: (وكذا لو تغيرت العين بالنقية). الأظهر فيه أيضاً اللحق، فإنه مع التغير بالنقية لا يمكن رد العين بعينها وبحدّها، وهو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.
 ٢. الفرع السادس: ما ذكره بقوله: (لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية، أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى).
- أقول: الظاهر أنّ المراد من الحكمية، ترقى القيمة السوقية، ومن العينية الزيادة غير المنفصلة، وعليه فالزيادة الحكمية لا تمنع من الرد، إن لم تكن بمقدار الغبن، وإلا فتمنع كما تقدم عند بيان أنّ العبرة بالقيمة حال العقد أو بها بعده أيضاً.
- وأما الزيادة العينية، فعلى القول بأنّ الشركة مانعة عن الرد كما تقدم، فهي تمنع من الرد لاستلزمها الشركة، كما لا يخفى.

تصرف الغابن المخرج عن الملك

- الموضع الرابع: في تصرف الغابن، وتمام الكلام فيه في طي فروع:
٣. الفرع الأول: اختيار المصنف لله كغيره - وتبعده غير واحد - عدم سقوط الخيار بتصريف الغابن المخرج عن الملك، وأنه لا وجه لسقوطه.
- أقول: وهو يتمّ لو كان مدرك سقوط الخيار باتفاق المغبون، كونه التزاماً بالعقد وتوطيناً للنفس على تحمل الضرر، وأما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد، وهو لا يمكن بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق بين التصريفين، إذ الخيار لو كان هو

على إبطال ذلك من حينه^١، أو من أصلها كالمرتهن والشَّفِيع^٢، أو رجوعه إلى البدل^٣، وجوه: من وقوع العقد في متعلق حق الغير، فإنْ حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبنية. وإنما يظهر له بظهور السبب، فله الخيار في استرداد العين إذا ظهر السبب، وحيث وقع العقد في ملك الغابن، فلا وجه لبطلانه من رأس.

السلطنة على الرد، ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه وعلى الاسترداد، بل قيل إنه السلطنة على الاسترداد خاصة، ومع عدم التمكّن من الاسترداد، فلا معنى للخيار حينئذ.

ولكن قد عرفت أن الخيار لا يسقط بتصرف المغبون، فضلاً عن تصرف الغابن.

١. الفرع الثاني: مع بقاء خيار المغبون، إن فسخ العقد ووجد العين خارجةً عن ملكه لزوماً بالبيع أو الوقف، أو ما شاكل، ففي تسلّطه على إبطال ذلك من حينه، أو من أصله أو رجوعه إلى البدل، أو بطلان تصرف الغابن وجوه:

محل البحث في الوجه الأخير إنما هو مبحث أحكام الخيار.

فالكلام في المقام في الوجه الثلاثة الأول التي ذكرها المصنف^{رحمه الله}:

١. الأول: تسلّطه على حل العقد الثاني الذي أوقعه الغابن من حين الفسخ.

٢. الثاني: تسلّطه على حل إبطاله من أصله.

٣. الثالث: رجوعه إلى البدل.

والظاهر أن مراده من التسلط على حل العقد من حينه وإبطاله من أصله، كون الفسخ موجباً لبطلانه من حينه أو من أصله.

فلا يرد عليه ما أورده المحقق الإيرواني^{رحمه الله} من أنه لا وجه لإبطاله، بل هي إما أن تنفسخ أو تبقى نافذة لا تنفسخ بفسخه.

وقد استدلل للأول: بأنه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على أموالهم^(١) المقتضي لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه في ملكه، وبين دليل الخيار، المقتضي لاستحقاق العين بالفسخ.

(١) البحارج ٢ ص ٣٧٢ الطبع الحديث.

ومن أنّ وقوع العقد في متعلقٍ حقَّ الغير يوجب تزلزله من رأسٍ^١، كما في بيع الرّهن، ومقتضى فسخ البيع الأوّل تلقي الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني. ومن أنَّه لا وجه للتزلزل، إما لأنَّ التصرف في زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم، كما سيجيء في أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل. وإما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا.

وفي خيار العيب قبل ظهوره، فإنَّ غير واحد ممن منع من تصرف غير ذي الخيار بدون إذنه أو استشكل فيه، حكم بلزم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن والعيب، وهذا هو الأقوى، وسيأتي تتمة لذلك في أحكام الخيار.

وفيه: إنَّ الخيار إنْ كان متعلقاً بالعقد، لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن ملكه، وإنْ كان متعلقاً بالعين، اقتضى توقيف نفوذ تصرف الغابن على إذن المغبون وإجازته.

والمحقق الإصفهاني رحمه الله: استدلَّ له بوجه آخر، وهو أنَّ تصرف الغابن بدليله صحيح، وفسخ المغبون يوجب حلَّ العقد من حينه، وحيث أنَّ مقتضى الفسخ عود العين إلى ملك الفاسخ، فلا محالة يؤثُّ في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبية.

ويردَّه ما ذكره رحمه الله: من أنَّ مقتضى الفسخ إنْ كان عود العين، فعدم إمكانه يوجب امتناع الفسخ وسقوط الحق، وليس مقتضاه ولاية ذي الخيار على حلَّ التصرف المترتب عليها، وإنْ لم يكن مقتضاياً لعودها حقيقة، فلا موجب لانحلال التصرف.

١. وقد استدلَّ للثاني: بأنَّ دليل الخيار يقتضي استحقاق العين بالفسخ، وتلقيها من الغابن، وحيث أنَّ العقد الثاني الواقع بين الغابن والمشتري متزلزل من رأسه، لكون المبيع حقَّ المغبون، فالفسخ يوجب حلَّه من أساسه.

وفيه: ما تقدَّم من أنَّ حقَّ الخيار إنْ كان متعلقاً بالعقد، اقتضى رجوع العين مع الإمكان، وبدلها مع التلف ولو تعبداً، وإنْ كان متعلقاً بالعين اقتضى توقيف تصرف الغابن على إذن المغبون أو إجازته.

وكذا الحكم لو حصل مانعٌ من رده كالاستيلاد^١، ويحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الإستيلاد.

ثم إنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز^٢، لأنّ معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه، إما تسلط الأجنبي وهو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً.

وفي «المسالك»: (لو كان النّاقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، لزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، وإن تعذر فسخ المغبون)^٣، ويمكن النظر فيه بأنّ فسخ المغبون إما بدخول العين في ملكه، وإما بدخول بدلها^٤:

مع أنه لو تمت المقدّمات اقتضى انفاسخ المعاملة الثانية آناً ممّا قبل فسخ الأولى.
فتحصل: أنّ المتعين هو الوجه الثالث.

١. قال المصنف: (وكذا الحكم لو حصل مانعٌ من رده كالاستيلاد).

يعني: أنّ الوجوه الثلاثة المتقدّمة في بيع الغابن، جارية في الاستيلاد، بناءً على تأثيره مطلقاً، ويحتمل فيه - زائداً على ذلك - بطلان الاستيلاد، وعدم تأثيره في المنع عن الاسترداد، من جهة أنّ الاستيلاد يوجب حدوث حق لامّ الولد مانع عن انتقالها، فتفع المزاحمة بين الحقين: حق الاستيلاد، وحقّ خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، وحيث أنّ سبب الخيار مقدمٌ على سبب حق الاستيلاد لأنّه العقد، وهذا الاستيلاد، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثّر الاستيلاد شيئاً، ولو فسخ المغبون يستردّها.

ويرد هذا الاحتياط: أنّ سبق السبب زماناً لا يوجب تقديم دليل السابق، مع أنه لا تزاحم بينهما، فإنّ حق الخيار متعلق بالعقد، وحق الاستيلاد متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما ولا تزاحم.

٢. الفرع الثالث: لو فسخ العقد، وقد خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز، فقد يقال - كما عن المصنف - : (إنّ الوجوه الثلاثة الجارية في العقد اللازم، جارية في العقد الجائز، لأنّه بالنسبة إلى المغبون لازم، وجوازه بالإضافة إلى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون. وإن تعذر فسخه المغبون).

٤. وأورد عليه المصنف^{للله}: بأنه لا وجه لإلزام الغابن بالفسخ، إذ مقتضى الوجهين

فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ، حتى يتكلّم في الفاسخ. وعلى الثاني فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ إلى غيره.

اللَّهُمَّ إِنَّمَا يُقَالُ: إِنَّهُ لَا مُنَافَاةُ، لِأَنَّ الْبَدْلَ الْمُسْتَحْقُقَ بِالْفَسْخِ إِنَّمَا هُوَ لِلْحِيلَوَةِ، فَإِذَا أَمْكَنَ رَدَّ الْعَيْنِ، وَجَبَ عَلَى الْغَابِنِ تَحْصِيلِهَا^١. لَكِنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَتَمَّ مَعَ كَوْنِ الْعَيْنِ بِاِقْيَاهُ عَلَى مَلْكِ الْمَغْبُونِ^٢، وَأَمَّا مَعَ عَدْمِهِ وَتَمْلِكِ الْمَغْبُونِ لِلْبَدْلِ، فَلَا دَلِيلٌ عَلَى وَجْهِ تَحْصِيلِ الْعَيْنِ.

ثُمَّ عَلَى الْقُولِ بَعْدِ وَجْهِ الْفَسْخِ فِي الْجَائِزِ، لَوْ اتَّقَى عُودُ الْمَلْكِ إِلَيْهِ لِفَسْخِ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ فَسْخِ الْمَغْبُونِ، فَالظَّاهِرُ وَجْهُ رَدِّ الْعَيْنِ. وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ، فَالظَّاهِرُ عَدْمُ وَجْهِ رَدِّهِ^٣، لِعَدْمِ الدَّلِيلِ بَعْدِ تَمْلِكِ الْبَدْلِ. وَلَوْ كَانَ الْعُودُ بَعْدَ قَدْمِيَّهِ، فَالْأَقْوَى عَدْمُ وَجْهِ الرَّدِّ مُطْلَقاً، لِأَنَّهُ مَلْكٌ جَدِيدٌ تَلَقَّاهُ مِنْ مَالِكِهِ، وَالْفَاسِخُ إِنَّمَا يَمْلِكُ بِسَبِيلِ مَلْكِهِ السَّابِقِ بَعْدِ ارْتِفَاعِ السَّبِيلِ التَّأَقْلِ.

الأولين انفساخ معاملة الغابن، ودخول العين في ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، ومقتضى الوجه الثالث دخول بدلها في ملكه، ومعه لا يستحق شيئاً على الغابن كي يوجب إزالته بالفسخ.

١. ثُمَّ أورد على نفسه: بأنّه يمكن أن يُقال إنّ البدل إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن رد العين على الغابن، وجب تحصيلها.

٢. وأجاب عنه: بأنّ مورد بدل الحيلولة ما إذا كانت العين باقية في ملكة، وفي المقام تكون هي لمن انتقلت إليه من الغابن، وللمغبون البدل.

أقول: ولكن هذا الإيراد على الشهيد^{الله} يتمّ إذا كان مراده إزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، وأمّا إن كان مراده إزالة بالفسخ قبله توطة لفسخ المغبون، فلا يرد عليه هذا الإيراد، وعليه فالصحيح أن يورد عليه بأنّ إزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

٣. الفرع الرابع: ولو اتّقى عود الملك إلّي لفسخ، فقد أفاد المصنّف^{الله}: إِنَّهُ إِذَا فَسَخَ الْغَابِنَ مَعَالِمَتِهِ ثُمَّ فَسَخَ الْمَغْبُونَ الْمُعَالَمَةَ الْغَبِيَّةَ، فَالظَّاهِرُ وَجْهُ رَدِّ الْعَيْنِ، وَأَمَّا إِنْ تَمَلَّكَهَا الْغَابِنُ بَعْدِ قَدْمِيَّهِ ثُمَّ فَسَخَ الْمَغْبُونَ، فَالظَّاهِرُ عَدْمُ وَجْهِ رَدِّهَا.

ولو تصرف الغابن تصرفًا مغيراً للعين^١، فإنما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج. فإن كان بالنقيصة، فإنما أن يكون نصاً يوجب الأرش، وإنما أن يكون مما لا يوجبه^٢: فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأنّ الفائت مضمون بجزء من العوض.

ومحصل ما ذكره الله في مقام الفرق: إنّ الفسخ إنما يرفع السبب الناقل ويوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، وهذا بخلاف التملك بسبب آخر، فإنّها غير الملكية السابقة، فإذا كان الغابن مالكاً بالملكية السابقة، والمفروض فسخ المغبون، والفسخ ي عدم السبب، ويوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود إليه، وإن كان الغابن مالكاً بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها إليه.

وفيه: إنّ المغبون له أن يرجع العين إلى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر أو غيره، وبحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكاً للغابن بالملكية الجديدة أو السابقة، مع أنّ الملكية جديدة على أيّ تقدير، إذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

تصرّف الغابن الموجب للنقيصة

١. الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفًا مغيراً للعين.

أقول: والكلام فيه في مقامات:

الأول: في التصرف الموجب للنقيصة.

الثاني: في التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: في الامتزاج.

٢. أمّا الأول: فقد قسمه المصنف الله إلى قسمين:

أحدهما: ما يوجب النقيصة بالنقص الموجب للأرش.

ثانيهما: ما يوجب النقيصة بما لا يوجبه.

ومراده من الأول نقص وصف الصحة المساوقة للعيوب، وبالثاني نقص وصف الكمال، لا النقص المالي وغير المالي، لجعله العين المستأجرة من القسم الثاني.

فإذا رد تمام العوض، وجب رد مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدلته^١، ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين. وإن كان مقا لا يوجب شيئاً رده بلا شيء.

وكيف كان، فالكلام يقع في موردين:
الأول: في النقصان الموجب للأرش.

وقد استدلّ لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول منها ما ورد في المتن، وحاصله:
١. إنّ وصف الصحة الفائت مضمون بجزء من العوض، فإذا رد تمام العوض، وجب رد مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدلته.

وفيه: إنّ الوصف سواءً أكان من قبيل وصف الصحة، أو كان من قبيل وصف الكمال - كان مقوماً للمال وموجباً لازدياد الماليّة أم لم يكن - لا يقابل بجزء من العوض، والشيخ رحمه الله أيضاً ملتزم بذلك، فلا وجه لعود بدلته إن كان تالفاً.

الوجه الثاني: إنّ مقتضى قاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له)^(١) بناءً على شمولها لخيار الغبن ولتلف وصف الصحة، ضمان الغابن للنقص.
وفيه: إنّ تلك القاعدة لا تشمل خيار الغبن، ولا الأوصاف.

الوجه الثالث: إنّ الفسخ يوجب رجوع العين على ما هي عليه حين البيع، ليكون العائد ما وقع عليه العقد، ولازم ذلك ضمان كلّ وصف فائت، سيما إذا كان الفوت بفعل الغابن كما هو المفروض.

والظاهر أنه وجه متين، وسيأتي تمام الكلام فيه في مسألة تلف أحد العوضين أو كليهما فانتظر.

المورد الثاني: في النقصان غير الموجب للأرش.

فإن كان وصفاً لا ماليّة له، ولا يوجب ازدياد الماليّة، فلا إشكال في عدم ضمان شيء، وإلا فإن كان مدركاً الضمان في المورد الأول الوجه الأول أو الثاني، لم يكن عليه شيء في المقام، فإنّ وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعاً، كما أنه غير مشمول

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

ومنه ما لو وجد العين مستأجرة^١، فإن على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضي مدة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ، لأن المنفعة من الروائد المنفصلة المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلقاً، فإذا تحقق في زمان ملك المتخلل العين بأسرها، ويحتمل انتساب الإجارة في بقية المدة، لأن ملك منفعة الملك المتخلل متخلل^٢، وهو الذي جزم به المحقق القمي، فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع، وفيه نظر، لمنع تخلل ملك المنفعة.

نعم، ذكر العالمة في «القواعد» فيما إذا وقع التنازع لأجل اختلاف المتباعين، أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الأجرة للمشتري المؤجر، ووجب عليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقيَة بعد الفسخ، وقرره على ذلك شراح الكتاب، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

لقاعدة التلف في زمان الخيار. وإن كان هو الوجه الأخير، كان الوجه الضمان في المقام، إذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة أو الكمال، فتفصيل الشيخ رحمه الله بينهما في غير محله.

١. وفي المتن: (ومنه ما لو وجد العين مستأجرة).

أقول: الكلام فيه تارةً في حكم الإجارة.

وأخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالإجارة.

أما الكلام من الجهة الأولى: فقد استدلّ لانفساخ الإجارة:

٢. بأن ملكية العين بما أنها متخللة، فملكية المنافع أيضاً كذلك، لأنها تابعة لها.

وفيه: إن ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة إلى الأبد، فيصبح لمالك العين استيفائها بالإجارة، فإذا صحت الإجارة شملتها أدلة لزومها، فلا وجه لانفساخ.

وأما الكلام من الجهة الثانية: فالحق أن الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء منافعها بالإجارة، فإن المنافع شوؤن وحيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث أن المفسوخ عليه أتلفها باستيفائها بالإجارة، فيكون ضامناً لها، ولا يهمّنا النزاع في أنه هل يضمن أجرة المثل للمنافع، أو النقص المالي الوارد على العين، إذ هما متطابقان دائماً.

وإن كان التّغيير بالزيادة، فإن كانت حكميّة محضة كقصارة الثّوب وتعلّيم الصّنعة، فالظّاهُر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة، بأن يقوم العين معها ولا معها ويؤخذ النّسبة^١.

ولو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فالظّاهُر عدم شيء لمحدثها، لأنّه إنما عمل فيما له، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، ولو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال، ولو في ضمن العين.

تصرف الغابن الموجب للزيادة

وأمّا المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

المورد الأوّل: في الزيادة الحكميّة، وهي ما ليس لها ما يحذّر في الخارج كقصارة الثوب.

وملخص القول فيه: إنّ الزيادة إن لم تكن موجبة لزيادة القيمة، فلا إشكال في عدم الشركة، ولا في عدم استحقاق أجرة العمل.

أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلأنّه عمل عملاً في ملكه.

وإن كان لها دخل في زيادة القيمة ففي المتن:

١. (فالظّاهُر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة، بأن يقوم العين معها ولا معها ويؤخذ النّسبة).

وأورد عليه المحقق الإبرواني: بأنّه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج ماليين من شخصين، فإنّ المال جمِيعاً واحد، وأمّا الوصف فذلك لا يقابل بالمال، بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

وفيه: إنّ الشركة تنشأ من أنّ الوصف الحادث الموجب لازدياد القيمة الباقي، لا يدخل هو ولا ما هو معلوله وأثره – وهو زيادة القيمة – في ملك الفاسخ، بل يكون باقياً في ملك المفسوخ عليه، وحيث أنّ ذلك المقدار من الماليّة غير متميّزة واقعاً، فلا محالة تحصل الشركة.

ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس^١، ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرض^٢، كما اختاره في «المختلف» في الشفعة، أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري، أو تسلطه عليه مع الأرض كما اختاره في «المسالك» هنا، وقيل به في الشفعة والعارية، وجوهه:

١. المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضة كالغرس.

أقول: والكلام فيها في جهات:

٢. الجهة الأولى: في أنه هل للغابن سلطنة على الإبقاء، بحيث لا يجوز للمغبون قلعه، ولا إجبار المالك بالقلع، أم لا؟ نسب إلى المشهور الأول، وقد استدلّ له بوجوهه: الوجه الأول: أنّ الغرس وقع من أهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية.

وبعبارة أخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقياً، فيكون الغرس كالاستيفاء الاعتباري بالإجارة، فالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة بالغرس إلى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.

وفيه: إنّ استيفاء المنفعة إما أن يكون حقيقياً أو اعتبارياً، وشيء منهما لا يكون في هذه المنفعة بعد الفسخ.

أما الأول: فلأنّ استيفاء هذه المنفعة إنما يكون تدريجياً بانتفاع الشجرة من خلال عروقها الممتدّة إلى أعماق الأرض، ومن الضروري أنّ ما كان منه بعد الفسخ، لا يكون حاصلاً بمجرد الغرس.

وأما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود إلى المغبون.

الوجه الثاني: ما في حاشية السيد رحمه الله، وحاصله أنّ مقتضى الجمع بين تسلط المالك الأرض على ماله، وتسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس، الذي يكون عرقه حقاً هو سلطنة مالك الغرس على الإبقاء، غاية الأمر مع الأجرة.

وفيه: إنّ مالك الشجر مسلط على ماله وهو الشجر لا على انتفاع الشجرة من خلال عروقها في أعماق الأرض، والإبقاء مستلزمً لذلك أيضاً.

الوجه الثالث: إنّ سلطنة المغبون على القلع ولو بمعنى المنع عن إبقاء الشجر، تستلزم تضرّر الغابن بصيرورته حطباً، وقاعدة نفي الضرر حاكمة على دليل السلطنة كسائر أدلة الأحكام.

وفيه أولاً: إنّه يعارض ذلك بتضرّر المغبون ببقاء الغرس في ملكه، وبعد التساقط يرجع إلى القواعد الأولية.

وثانياً: إنّه مع العلم بالغبن يكون قد أقدم على ذلك، فلا تشمله قاعدة نفي الضرر. فالاُظْهَر أنّ له السلطنة على المنع من البقاء.

الجهة الثانية: في أنّه على فرض السلطنة على عدم البقاء، هل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة المالك بالقلع، فإن امتنع يجبره الحاكم، أو يقلعه هو؟ وجوه: والأُظْهَر هو الأخير، فإنه وإن لم يكن له من ابتداء الأمر القلع، لأنّه تصرف في مال الغير وهو غير جائز، إلا أنه بعد امتناعه يجوز له قلعه، إما لأنّه أسقط حرمة ماله بالامتناع، أو لأنّ توقف جواز القلع على الإذن ضرري مرفوع بالحديث.

وعلى أيّ حال، لا دليل على لزوم الرجوع إلى الحاكم، فإنه إنما يرجع إليه في موردين:

الأول: فيما إذا كان لشخصٍ حقٌ على الآخر، وامتنع من عليه الحق من الوفاء به، فإنه يرجع إليه لكونه ولِي الممتنع.

الثاني: فيما إذا كان لشخصٍ ولاية على تصرف لازم عليه، والمقام ليس داخلاً في شيءٍ من الموردين.

أما الأول: فلأنّه لا حق للمغبون على الغابن.

وأمّا الثاني: فلأنّ الغابن لا ولادة له على التصرف، بل إنّما يجب عليه القلع فقط. فالاُظْهَر هو الرجوع إليه، فان امتنع قلعه بنفسه.

من أنّ صفة كونه منصوباً، المستلزمة لزيادة قيمته، إنّما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حقٌ للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله، وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمةً، مضافاً إلى ما في «المختلف» في مسألة الشفعة، من أنّ الفائت لما حدث في محلّ معرّض للزوال، لم يجب تداركه. ومن أنّ الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري، مالٌ مغایر للمقلوع عرفاً، وليس كالمتراع الموضوع في بيت، بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حقٌ»^٢، فيكون كما لو باع الأرض المغروسة. ومن أنّ الغرس إنّما وقع في ملك متزلزل، ولا دليل على استحقاق الغرس^٣ على الأرض البقاء. وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة، حيث لا يفسخ إجارتها، ولا تغفر لها أجرة المثل، فاسدٌ؛ للفرق بتمثيل المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناك، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ

الجهة الثالثة: في أنه لو قلّعه هل يستحقّ الغابن أرش الغرس أم لا؟ وجهان:

١. قد استدلّ للأول: بما في «المكاسب»، وحاصله: إنّ الغابن مستحقّ لصفة منصوبية الغرس، فإذا زال هذا الوصف بقلع المغبون، غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوباً وغير منصوب.

وفيه: إنّ الغابن في ابتداء الأمر غرس بحقٍّ، ولكن بعدما فسخ المغبون المعاملة وانتقلت العين بما لها من المنافع إلى المغبون، يكون بقاء الغرس ومنصوبيته في هذا المكان بقاءً بغير حقٍّ، فلا موجب للأرش لقيام الدليل على أنه (ليس لعرق ظالم حقٌ)، فالحقّ أنه لا يستحقّ الأرش.

٢. قوله: (مضافاً إلى مفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حقٌ»)^(١).

قد مرّ أنّ المقام داخل في منطوق قوله عليه السلام.

٣. قوله: (ومن أنّ الغرس إنّما وقع في ملك متزلزل، ولا دليل على استحقاق الغرس). محصل هذا الوجه: أنّ الغابن يستحقّ الغرس مع وصف منصوبيته، نعم لا يستحقّ المنصوبية في المكان الخاصّ، وعليه فلمالك الأرض قلّعه مع الأرش، أمّا القلع فلعدم استحقاق الغابن النصب في هذا المكان، وأمّا الأرش فلفوات وصف المنصوبية.

(١) الوسائل - باب ٣ - من كتاب الغصب حديث .١

هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.
فالتحقيق: أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له^١، فلكل منهما تخلیص ماله عن مال صاحبه، فإن أراد مالك الغرس قلعة، فعليه أرش طم الحفر، وإن أراد مالك الأرض تخلیصها فعليه أرش الغرس، أعني تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً، وكونه مقلوعاً. وكونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً، ليس اعترافاً بعدم تسلطه على قلعة^٢، لأن المال هو الغرس المنصوب، ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسألة التفليس، حيث ذهب الأكثرون إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرش، ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسألة التفليس، لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبه بيع الأرض المغروسة^٣، وليس

وفيه: إن المتحقق وصف خاص وهو النصب في مكان خاص، لا وصفين: النصب والنصب في مكان خاص، ليستحق الغابن أحدهما دون الآخر، فمع عدم استحقاقه ذلك الوصف لا حق له على صاحب الأرض لو قلعة.

١. وبذلك يظهر ما في تحقيق المصنف^{رحمه الله}.

٢. قوله: (وكونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً بعدم تسلطه على قلعة).

حاصل الإشكال: أنه إذا استحق الغابن خصوصية النصب، ولذا تكون ملحوظة في مقام التدارك، يستحق الإبقاء، وهو مضاد لاستحقاق المغبون القلع.

ومحصلة الجواب: أن هناك أمرين : النصب، والنصب في مكان خاص، والذي يضاد حق المغبون الثاني، والذي يكون منشأ الغرامة هو الأول، وقد عرفت ما فيه فلا نعيد.

٣. قوله: (فيشبه بيع الأرض المغروسة).

ما ذكرناه في المقام يجري بعينه في تلك المسألة، فإن البائع إذا باع العين من غير استثناء شيء من المنافع، وانتقلت المنافع إلى المشتري، يكون بقاء الغرس بغير حق،

للمشتري قلعة، ولو مع الأرشن بلا خلاف. بل عرفت أن العلامة في «المختلف» جعل التزلزل موجباً لعدم استحقاق أرش الغرس، ثم إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشرةً القلع أم له مطالبة المالك بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. ويحتمل الفرق بين المقامين^١ من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، ولذا قيل فيه بعدم وجوب إجابة المالك الجار إلى القلع، وإن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله. هذا كله حكم التخليص.

وأما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاق الأجرة على البقاء، لأن انتقال الأرض إلى المغبون^٢ بحق سابق على الغرس، لا بسبب لا حق له، هذا كله حكم الشجر. وأما الزرع ففي «المسالك» إنه يتبعن إبقاءه بالأجرة، لأن له أمداً ينتظر^٣، ولعله لإمكان الجمع بين الحدين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعين إبقاءه بالأجرة ضرراً على مالك الأرض لطول مدة البقاء، فتأمل.

فلا يستحق شيئاً نعم في تلك المسألة يمكن أن يقال بظهور البيع مع استثناء الشجر في استثناء هذه المنفعة واستحقاق البقاء، بخلاف المقام فإنه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها وصفاتها بلا استثناء شيء منها.

١. قوله: (ويحتمل الفرق بين المقامين).

وفيه: إن الدخول في ملك الغير هناك، وإن كان حدوثه بغير فعل المالك، إلا أنه بقاءً يكون بفعله، فإن إبقاء الأغصان في دار الغير إشغال لقضائها.

٢. قوله: (وأما لو اختار المغبون الإبقاء... لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس).

أقول: كون الانتقال بحق سابق أو لاحق، لا دخل له في استحقاق الأجرة، بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الأرض إلى المغبون وعدمه، إذ على الأول يستحق الأجرة، ولا يستحقها على الثاني.

٣. قوله: (وأما الزرع لأن له أمداً ينتظر ولعله لإمكان الجمع بين الحدين).

ولو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه^١ لاستلزم نقص أرضه، فإنَّ كلاًًاً منها مسلط على ماله، ولا يجوز تصرُّفه في مال غيره إلا بذنه، أم لا؟ لأنَّ التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله، وجهان: أقواهما الثاني.
 ولو كان التغيير بالامتزاج^٢، فإنَّما أن يكون بغير جنسه، وإنَّما أن يكون بجنسه:

وأورد عليه المحقق الإبرواني^{رحمه الله}: بأنَّ دفع الأُجرة لو كان مانعاً للضرر في الزمان القصير، لكنَّه مانعاً عنه في الزمان الطويل.

وفيه: إنَّ دفع الأُجرة مانع من حيث المالية في الموردين، والفرق بينهما إنَّما هو من ناحية نقص الأرض من حيث القيمة، فإنَّ اشتغال الأرض بالغرس في المدة الطويلة، يوجب نقص قيمتها، بخلاف اشتغالها بالزرع، فإنه لا يوجب نقص قيمتها لقصر المدة.
 نعم، يرد عليه^{فيه} ما أوردته أولاً، وهو أنَّ مناط استحقاق القلع، لم يكن هو الضرر، بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان، وهذا مشترك بين الموردين.

١. قوله: (لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه?).

أقول: قد مرَّ أنه لا حق لمالك الغرس في الأرض، ولا لمالك الأرض في الغرس، فله أن ينقله إلى مكان آخر، ولا أرى وجهاً لجواز منعه، إلا من جهة استلزماته التصرف في أرض الغير، وعلاجه مراجعته في ذلك، فإنَّ امتنع قلَّعه بنفسه أو تصدّاه الحكم، وعلىه أُجرة طم الأرض، فضلاً عن أُجرة المثل من يوم الغرس إلى يوم القلع، وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

التغيير بالامتزاج

٢. وأما المقام الثالث: وهو التغيير بالامتزاج، فقبل الدخول في البحث لابد من تقديم أمرين:

الأمر الأول: إن خلط مال بمال يتصور على وجوه:

الوجه الأول: أن يكون بنحو لا يتميّز أحدهما من الآخر حسماً، كامتزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

فإن كان بغير جنسه، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً، بحيث لا يحكم في مثله بالشركة، كامتزاج ماء الورد المباع بالزيت، فهو في حكم التاليف يرجع إلى قيمته^١. وإن كان لا على وجه يعده تالفاً، كالخل الممترز مع الانجبين:

الوجه الثاني: أن يكون بنحو يتميز حسماً، ويكون كل من المالين باقياً على ما هو عليه من الصورة.

الوجه الثالث: أن يكون بنحو لا يتميز حسماً، ولا تحصل صورة ثالثة، ويعد أحد الخليطين مستهلكاً في الآخر وتلفاً كخلط ماء الورد بالنفط.

ومورد الشركة هو الوجه الأول، ودليله - مضافاً إلى الإجماع - زوال وتلف الخصوصية الشخصية لكل من المالين، والتاليف لا يتعلّق به تكليف أو وضع، فمالك المال قبل الامتزاج لا يمكن أن يكون مالكاً لشخص ماله بعد الامتزاج، فلا حالات يوجب التلف الإشاعة قهراً، ولا فرق في ذلك بين المتّحدين وصفاً والمخالفين. فما أفاده المحقق الإبرواني رحمه الله، بأن دليل الشركة هو الإجماع المختص بالمتماطلين ذاتاً ووصفاً، غير تام.

الأمر الثاني: أنه للشركة مراتب:

المرتبة الأولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، والوجه فيها أن التاليف خصوص خصوصية الشخصية لا أصل المال ووصفه ومايته.

المرتبة الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا الوزن، كما في المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل، اذ الفائت حينئذ - عدا الخصوصية الشخصية - الصورة النوعية، فلا محالة يشتراك في قيمة الممزوج، ولكن من نفس الممترز.

المرتبة الثالثة: الشركة في الشمن كما في قصارة الثوب.

أقول: إذا عرفت هذين الأمرين، فاعلم أن الامتزاج تارةً يكون بغير جنسه، وأخرى يكون بجنسه.

١. **أمّا المورد الأول:** فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً، فهو في حكم التاليف،

ففي كونه شريكاً^١، أو كونه كالمعدوم، وجهان: من حصول الاشتراك قهراً لو كانوا لمالكين، ومن تغيير حقيقته^٢، فيكون كالنّالـف الرافع للخيار^٣.

ويرجع إلى قيمته كما في «المكاسب»، وإن كان لا على وجه يعد تالفاً كالخلل الممترز مع الانجبيـن، فقد ذكر المصنـف^{الله} فيه وجهـين:

١. أحدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهراً لو كانوا لمالكين.

٢. ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغيير حقيقته.

وأورد المحقق الإبرواني^{الله} على الوجه الثاني: بأنه لو كان هذا كالنـالـف، كان الممترز الآخر أيضاً كالنـالـف، لأنّ نسبة الصورة الحادـثة بالامـتـاز إلى كلّ من المـمـتـزـجـين نـسـبـةـ واحدة، ولاـزم ذلك أن لا يكون المـمـتـزـجـ مـالـاً لـواـحـدـ منـهـماـ، معـ أنـ ذلكـ باـطـلـ باـضـرـورـةـ. أقول: تنـقـيـحـ القـوـلـ فـيـ المـقـامـ، بـنـحـوـ يـظـهـرـ ماـ هـوـ الـحـقـ، وـيـجـابـ عـنـ إـيـرـادـ المـحـقـقـ الإـيـرـوـانـيـ^{اللهـ}ـ، وـهـوـ أـنـ الشـرـكـةـ إـنـمـاـ تـكـوـنـ فـيـ مـالـيـنـ لـشـخـصـيـنـ، وـأـمـاـ إـذـاـ حدـثـ الصـوـرـةـ الـثـالـثـةـ فـيـ حـالـ يـكـوـنـ مـالـيـنـ لـمـالـكـ وـاحـدـ، فـلـاـ مـعـنـىـ لـحـصـولـ الشـرـكـةـ، وـعـلـيـهـ فـلـوـ مـزـجـ الغـابـنـ الـخـلـلـ الـذـيـ اـشـتـرـاهـ بـالـانـجـبـيـنـ ثـمـ فـسـخـ الـمـغـبـونـ الـمـعـاـمـلـةـ، لـاـ مـعـنـىـ لـرجـوعـ الـخـلـلـ بـالـفـسـخـ إـلـىـ صـاحـبـهـ لـعـدـمـ بـقـائـهـ، وـالـصـوـرـةـ الـثـالـثـةـ لـمـ تـمـلـكـ بـالـبـيـعـ كـيـ تـعـودـ بـالـفـسـخـ، فـلـابـدـ مـنـ إـجـرـاءـ حـكـمـ التـلـفـ عـلـيـهـ، وـهـوـ رـجـوعـهـ بـمـاـلـيـتـهـ إـلـىـ الـفـاسـخـ.

٣. وأـمـاـ مـاـ فـيـ المـتنـ مـنـ أـنـ حـكـمـهـ اـرـتـفـاعـ الـخـيـارـ، فـالـظـاهـرـ أـنـ مـرـادـهـ اـرـتـفـاعـهـ عـلـىـ وجـهـ يـوجـبـ رـجـوعـ الـعـيـنـ.

حكم الامتزاج بالجنس

وـأـمـاـ المـورـدـ الثـانـيـ: فـالـكـلامـ فـيـ مـوـاضـعـ:

الأـوـلـ: فـيـ الـامـتـازـ بـالـمـساـوىـ.

الـثـانـيـ: فـيـ الـامـتـازـ بـالـأـرـدـأـ.

الـثـالـثـ: فـيـ الـامـتـازـ بـالـأـجـوـدـ.

وإن كان الامتزاج بالجنس: فإن كان بالمساوي يثبت الشركة^١، وإن كان بالأردي فكذلك، وفي استحقاقه لأرش النقص، أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج، أو من ثمنه، وجوه^٢:

١. أمّا الموضع الأول: فقد حكم المصنف^{الله} فيه بالشركة.

وأورد عليه المحقق الإصفهاني^{الله}: بما حاصله أنّ المزج إنْ كان بمال الأجنبي وحصلت الشركة بين الغابن والأجنبي، فلا يبقى مجال لعود العين، إذ يستحيل عود الملك الاستقلالي بعد زواله، والملك الإشاعي لم يكن بسبب البيع حتّى يوجب فسخه عوده إلى المغبون ليكون شريكاً للمغبون.

وإن كان الامتزاج بمال الغابن، فلا شركة قبل الفسخ، إذ الإنسان لا يكون شريكاً لنفسه، وفسخ العقد إنْ أوجب رجوع العين إلى المغبون حقيقة، فلا شركة. وإن لم يوجب رجوع العين - نظراً إلى أنّ الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالي شرعاً - فلا عود للعين.

ولكنه يمكن أن يكون نظر المصنف^{الله} إلى أنه وإن لم يمكن عود العين بالفسخ فيعدّ بحكم التالف، إلا أنه حيث يمكن أن يرجع بعض العين ممترجاً بما هو مثله، كان ذلك متعيناً في مقام أداء التالف، فيتعيّن إرجاع ذلك، ولهذا يحكم بالشركة.

٢. وأمّا الموضع الثاني: فقد احتمل المصنف^{الله} فيه وجوه:
أحدّها: الشركة بنسبة المالين، ويكون الغابن ضامناً لأرش النقص.
ثانية: الشركة في العين بمقدار المالية.

ثالثها: الشركة في قيمة العين.

وقد اختار المحقق النائي^{الله} الوجه الأول، وعلّمه بأنه إذا أمكن الشركة في العين بنسبة المالين، فإنه لا تصل النوبة إلى المرتبتين اللاحقتين.

وفيه: إنه لا وجه للشركة في العين، إذ العين - كما عرفت في الموضع الأول - بحكم التالف، وليس ردّ بعضها ممترجاً بالأرداً أقرب إلى التالف.

وعن المحقق الإصفهاني^{الله}: اختيار الوجه الثالث نظراً إلى أنه وإن لم يكن وجه الشركة في العين، إلا أنه حيث يمكن عود العين بما يليتها من المالية الشخصية، فهو

ولو كان بالأجود، احتُمل الشّرّكة في الثّمن، بـأأن يباع ويـعطـي من الثـمن بـنـسـبة قـيـمـة، ويـحـتـمـلـ الشـرـكـةـ بـنـسـبةـ الـقـيـمـةـ^١ـ، فـإـذـاـ كـانـ الـأـجـودـ يـسـاوـيـ قـيـمـتـيـ الرـدـيـءـ، كـانـ المـجـمـوـعـ بـيـنـهـمـ أـثـلـاـثـاـ. وـرـدـهـ الشـيـخـ فـيـ مـسـأـلـةـ رـجـوـعـ الـبـائـعـ عـلـىـ الـمـفـلـسـ بـعـيـنـ مـالـهـ، بـأـنـهـ يـسـتـلـزـمـ الرـبـاـ، قـيـلـ: وـهـوـ حـسـنـ مـعـ عـمـومـ الرـبـاـ لـكـلـ مـعـاـوـضـةـ. بـقـيـ الـكـلـامـ فـيـ حـكـمـ تـلـفـ الـعـوـضـيـنـ مـعـ الغـبـنـ^٢ـ، وـتـفـصـيلـهـ أـنـ التـلـفـ إـمـاـ أـنـ يـكـونـ فـيـماـ وـصـلـ إـلـىـ الـغـابـنـ، أـوـ فـيـماـ وـصـلـ إـلـىـ الـمـغـبـونـ. وـالـتـلـفـ إـمـاـ بـآـفـةـ أـوـ بـإـتـلـافـ أـحـدـهـمـاـ أـوـ بـإـتـلـافـ الـأـجـنبـيـ:ـ

المـتـعـيـنـ، لـأـنـهـ أـقـرـبـ مـنـ الـمـالـيـةـ الـمـطـلـقـةـ.ـ وـلـكـنـ هـذـاـ يـتـمـ فـيـماـ إـذـاـ كـانـ الـمـالـ مـنـ الـقـيـمـيـاتـ، وـالـظـاهـرـ أـنـهـ مـنـ الـمـثـلـيـاتـ، فـيـتـعـيـنـ دـفـعـ المـشـلـ إـنـ أـمـكـنـ، وـإـلـاـ فـيـماـ أـفـادـهـ مـتـيـنـ.ـ اللـهـمـ إـلـاـ أـنـ يـقـالـ: إـنـ الـمـالـيـةـ الـخـاصـةـ أـقـرـبـ إـلـىـ التـالـفـ مـنـ الـمـشـلـ، وـلـاـ بـعـدـ فـيـهـ، وـعـلـيـهـ فـيـتـعـيـنـ ذـلـكـ.

١ـ.ـ وـأـمـاـ الـمـوـضـعـ الـثـالـثـ:ـ فـقـدـ اـحـتـمـلـ الـمـصـنـفـ^{للـهـ}ـ فـيـهـ اـحـتـمـالـيـنـ:

أـحـدـهـمـاـ:ـ الـشـرـكـةـ بـنـسـبةـ الـمـالـيـةـ.

ثـانـيـهـمـاـ:ـ الـشـرـكـةـ فـيـ الثـمـنـ.

ثـمـ رـدـ الـأـوـلـ:ـ بـأـنـهـ يـسـتـلـزـمـ الرـبـاـ، وـوـجـهـهـ اـنـتـقـالـ ثـلـثـ الـمـجـمـوـعـ إـلـىـ الـمـغـبـونـ بـإـزـاءـ نـصـفـهـ، فـإـنـهـ بـالـامـتـزـاجـ يـعـطـيـ النـصـفـ وـيـأـخـذـ الـثـلـثـ، وـمـعـ وـجـودـ سـائـرـ الـشـرـائـطـ مـنـ كـوـنـ الـمـبـيـعـ مـنـ الـمـكـيـلـ وـالـمـوزـونـ، وـعـمـومـ:ـ (ـحـرـمـةـ الرـبـاـ لـكـلـ مـعـاـوـضـةـ وـلـوـ كـانـتـ قـهـرـيـةـ)ـ يـتـوـجـهـ حـكـمـ الرـبـاـ.ـ وـالـجـوابـ:ـ إـنـ هـذـاـ الـوـجـهـ غـيـرـ تـامـ،ـ لـعـدـ شـمـولـ دـلـلـ حـرـمـةـ الرـبـاـ لـلـمـعـاـوـضـةـ الـقـهـرـيـةـ.ـ وـلـكـنـ بـمـاـ ذـكـرـنـاـ فـيـ الـمـوـضـعـيـنـ الـأـوـلـيـنـ ظـهـرـ ضـعـفـ الـاحـتـمـالـ الـأـوـلـ،ـ فـالـمـتـعـيـنـ هوـ الـثـانـيـ.

حكم تلف العوضين

٢ـ.ـ قـوـلـهـ:ـ (ـبـقـيـ الـكـلـامـ فـيـ حـكـمـ تـلـفـ الـعـوـضـيـنـ مـعـ الغـبـنـ)ـ.ـ الـظـاهـرـ أـنـ حـكـمـ التـلـفـ لـابـدـ وـأـنـ يـذـكـرـ فـيـ أـحـكـامـ الـخـيـارـ،ـ وـإـنـمـاـ أـشـارـ إـلـيـهـ الـمـصـنـفـ^{للـهـ}ـ فـيـ الـمـقـامـ مـنـ جـهـةـ أـنـ الـمـشـهـورـ بـيـنـ الـأـصـحـابـ أـنـ تـصـرـفـ الـمـغـبـونـ قـبـلـ الـعـلـمـ بـالـغـبـنـ الـمـخـرـجـ

وحكمة أنَّه لو تلف ما في يد المغبون، فإنَّ كان بأفة، فمقتضى ما تقدم من «الذكرة» في الإخراج عن الملك، من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك، سقوط الخيار^١. لكنَّ قد عرفت الكلام في مورد التعليل، فضلاً عن غيره. ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ غُرم قيمته يوم التلف، أو يوم الفسخ، وأخذ ما عند الغابن أو بدله. وكذا لو كان بإتلافه. ولو كان بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المتألف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل، ثم ظهر الغبن ففسخ، رد على الغابن القيمة يوم التلف، أو يوم الفسخ ولو كان بإتلاف الغابن، فإنَّ لم يفسخ المغبون، أخذ القيمة من الغابن، وإن فسخ أخذ الثمن. ولو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغبن ففسخ، وجب عليه رد القيمة، لأنَّ ما

للمال عن ملكه مسقطٌ لخياره، فتوهم أنَّ التلف أيضاً كذلك، بل هو أولى بأن يكون مسقطاً، فذكر حكم التلف في المقام لتنقيح ذلك.

ولا فرق بين تلف ما في يد المغبون، وتلف ما في يد الغابن في الأحكام إلا من جهتين نشير إليهما، فلا وجه للبساط والإطناب في بيان الأحكام لكلِّ منها مستقلًا، فلنفرض تلف ما في يد المغبون، وبه يظهر حال تلف ما في يد الغابن.

أقول: وحق القول فيه، يقتضي البحث عن جهات:

الجهة الأولى: في أنَّه هل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ ومحض القول فيها إنَّه إن قلنا بأنَّ هذا الخيار متعلق بالعواضين، وحقيقة جواز الرد والاسترداد،

١. كما هو مقتضى الوجه الذي ذكره العلامة، ووجهه المصطف^{للله} لمسقطية التصرف، تعين البناء على مسقطية التلف، بل هو أولى بأن يكون مسقطاً، فإنَّه في التصرف يمكن أن يقال بجواز الرد وانفساخ معاملته، وفي المقام لا سبيل إلى ذلك.

وبهذا يظهر أمران:

أحدهما: إنَّ المصطف^{للله} الملزم بمسقطية التصرف من جهة ما أفاده في تلك المسألة، ليس له البناء على العدم في المقام.

ثانيهما: إنَّ ظاهر تبصرة العلامة أنَّ التلف أولى من التصرف، في عدم صحة الاستدلال، مع أنَّ الأمر بالعكس.

أبرأه بمنزلة المقوض، ولو تلف ما في يد الغابن بأفة أو بإتلافه ففسخ المغبون، أخذ البدل. وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ، قولان: ظاهر الأكثر الأول. ولكن صرّح في «الدروس» و«المسالك» ومحكي حاشية «الشّرائـع» للمحقق الثاني وصاحب «الحدائق» وبعض آخر: أنه لو اشتري عيناً بعين فقبض إداهما دون الأخرى فباع المقوض، ثم تلف غير المقوض، أن البيع الأول ينفسخ بتلف متعلقه قبل القبض، بخلاف البيع الثاني، فيُغمر البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقوض!.

وهذا ظاهر بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، والفرق بين المسألتين مشكل، وتمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله تعالى.

وأمّا إن قلنا بأنّ هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث أنّ العقد باق مع تلف العين أيضاً، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، والأظهر هو الثاني. نعم، لو قلنا بشمول قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له^(١) لخيار الغبن، يكون التلف بأفة سماوية موجباً لكون تلف ما عند المغبون من الغابن وإنفساخ العقد، ولكن المبني فاسد كما سيأتي.

١. الجهة الثانية: إنّ قيمة التلف التي يرجع إليها، هل هي قيمة يوم التلف - كما احتمله العالّمة ولعله ظاهر الأكثر - أم قيمة يوم الفسخ - كما ذهب إليه جماعة - أم قيمة يوم الأداء - كما عليه المحقق الخراساني للله - ؟ وجوه :

وجه الأول: إنّ القيمة في يوم التلف تقوم مقام العين في كونها متعلقة لحق الخيار. ووجه الثاني: ما أفاده السيد الفقيه من أنّ الانتقال إلى الغابن إنما هو من حين الفسخ، فلابدّ من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذي كان للمغبون.

ووجه الثالث: إنه في موارد الضمانات تكون العين ثابتة في الذمة إلى حين الأداء، ولذا بنينا على أنّ الضامن يدفع قيمة يوم الأداء.

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

ولو تلف باتفاق الأجنبي، رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن، لأنَّه الذي يرده إليه العوض، فيؤخذ منه العوض أو بدلـه، ولأنَّه ملك القيمة على المتـلـفـ. ويـحـتـمـلـ الرـجـوـعـ إلىـ المـتـلـفـ، لأنَّ المـالـ فـيـ ضـمـانـهـ، وـمـاـ لـمـ يـدـفـعـ العـوـضـ فـنـفـسـ المـالـ فـيـ عـهـدـتـهـ، ولـذـا صـرـحـ فـيـ «ـالـشـرـائـعـ»ـ بـجـواـزـ المـصـالـحةـ عـلـىـ ذـلـكـ المـتـلـفـ بـمـاـ لـوـ صـالـحـ بـهـ عـلـىـ قـيـمـتـهـ لـزـمـ الرـبـاـ، وـصـرـحـ العـلـامـةـ بـأـنـهـ لـوـ صـالـحـ عـلـىـ نـفـسـ المـتـلـفـ بـأـقـلـ مـنـ قـيـمـتـهـ، لـمـ يـلـزـمـ الرـبـاـ، وـصـرـحـ العـلـامـةـ بـأـنـهـ لـوـ صـالـحـ عـلـىـ قـيـمـتـهـ بـأـقـلـ، لـزـمـ الرـبـاـ، بـنـاءـ عـلـىـ جـريـانـهـ فـيـ الصـلـحـ.

وفي المقام وإن كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامناً، إلا أنَّ البيع بما هو متـرـلـ وـمـتـلـقـ لـحـقـ الـخـيـارـ، فـتـعـتـرـ الـعـيـنـ باـقـيـةـ فـيـ عـهـدـهـ، وـفـسـخـ يـقـتضـيـ عـودـ الـعـيـنـ الـتـيـ تـكـونـ فـيـ عـهـدـةـ إـلـىـ الـفـاسـخـ، وـعـلـيـهـ فـيـتـعـيـنـ قـيـمـةـ يـوـمـ الـأـدـاءـ. وبـهـ يـظـهـرـ مـاـ فـيـ الـوـجـهـيـنـ الـأـوـلـيـنـ.

الجهة الثالثة: إنَّه لو أتلف الأجنبي المالـ، فـهـلـ الفـسـخـ يـقـتضـيـ الرـجـوـعـ إـلـىـ الغـابـنـ أوـ المـتـلـفـ؟

١ـ اـحـتـمـلـ الـمـصـنـفـ بـهــ فـيـ المـقـامـ الرـجـوـعـ إـلـىـ الغـابـنـ، وـالـرـجـوـعـ إـلـىـ المـتـلـفـ، وـالتـخـيـرـ. وـفـيـ تـلـفـ ماـ عـنـدـ الغـابـنـ، وـإـنـ كـانـ يـذـكـرـ وـجـوهـاـ، وـلـكـنـ ظـاهـرـهـ اـخـتـيـارـ أـنـ المـغـبـونـ يـرـجـعـ إـلـىـ الغـابـنـ، وـيـذـكـرـ لـهـ وـجـهـيـنـ جـارـيـيـنـ فـيـ المـقـامـ أـيـضاـ.

وـكـيـفـ كـانـ، فـقـدـ اـسـتـدـلـ لـلـرـجـوـعـ إـلـىـ طـرـفـ الـعـاـمـلـةـ بـوـجـهـيـنـ:ـ أـحـدـهـماـ:ـ إـنـ الـعـوـضـ يـرـجـعـ إـلـىـ الغـابـنـ، فـيـؤـخـذـ مـنـهـ الـعـوـضـ أوـ بـدـلـهـ.ـ وـفـيـهـ:ـ إـنـهـ إـذـاـ أـتـلـفـ الـأـجـنـبـيـ الـمـالـ، تـثـبـتـ الـعـيـنـ فـيـ عـهـدـتـهـ، وـمـقـضـيـ الـفـسـخـ رـجـوـعـ الـعـيـنـ إـلـىـ الـمـغـبـونـ، وـحـيـثـ أـنـهـ فـيـ عـهـدـةـ الـأـجـنـبـيـ فـيـرـجـعـ إـلـيـهـ.ـ ثـانـيـهـماـ:ـ إـنـ الـغـابـنـ يـمـلـكـ الـقـيـمـةـ عـلـىـ الـأـجـنـبـيـ، وـلـيـسـ لـشـيءـ وـاحـدـ إـلـاـ قـيـمـةـ وـاحـدـةـ، فـلـاـ يـعـقـلـ رـجـوـعـ الـمـغـبـونـ إـلـىـ الـأـجـنـبـيـ.

وـفـيـهـ:ـ مـاـ تـقـدـمـ مـنـ أـنـ الـعـيـنـ تـثـبـتـ فـيـ عـهـدـتـهـ، فـالـأـظـهـرـ أـنـهـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـأـجـنـبـيـ، وـلـكـنـ لاـ يـتـعـيـنـ ذـلـكـ، بلـ لـهـ أـنـ يـرـجـعـ إـلـيـهـ، أـوـ إـلـىـ الـمـفـسـوخـ عـلـيـهـ، لأنَّ المـالـ كـانـ فـيـ عـهـدـتـهـ قـبـلـ وـضـعـ الـأـجـنـبـيـ يـدـهـ عـلـيـهـ.

الجهة الرابعة: إنَّه لو أتلف الغابنـ ماـ فـيـ يـدـ المـغـبـونـ، ثـمـ فـسـخـ الـمـغـبـونـ الـعـقـدـ، فـقـبـلـ

ويحتمل التّخيير أَمَا الغابن فلأنَّه ملك البدل، وأَمَّا المُتَلَّف فلأنَّ المال المُتَلَّف في عهده^١ قبل أداء القيمة. وإن كان باتفاق المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدلته. ولو أبرأه الغابن من بدل المُتَلَّف ظهر الغبن ففسح، رد الثمن وأخذ قيمة التّلف، لأنَّ المبرأ منه كال المقبوض.

هذا قليلٌ من كثيرٍ ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي إحالة الرائد على ما ذكروه في غير هذا المقام، والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفائه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيمة.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية، بناءً على الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفي الضّرر. ^٢ نعم، لو استند إلى الإجماعات المنشورة، أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصالة اللّزوم. وممّن حُكِي عنه التصرير بالعموم فخر الدين ^٣ في شرح «الإرشاد»، وصاحب «التدقيق» وصاحب «إيضاح النافع»، وعن إجارة «جامع المقاصد» جريانه فيها مستندًا إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم، حكى عن «المهدب البارع» عدم جريانه في الصلح، ولعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعات، فلا يشرع فيه الفسخ، وفيه ما لا يخفى.

الفسخ كانت العين التالفة في عهدة الغابن، وبعده تثبت في عهدة المغبون، ونتيجة ذلك سقوط العهدة بالنسبة إلى كلّ منهما كما لا يخفى.

١. قوله: (ويحتمل التخيير، أمّا الغابن فلأنه ملك البدل، وأمّا المخالف فلأنّ المال المخالف في عهده).

هذا الاحتمال وإن كان هو الأظهر كما عرفت، إلا أنه لما ذكرناه لا لما أفاده فَيُؤْكِدُ، فإن مبني أحد فردي التخيير في كلامه اشتغال ذمة المترافق بالقيمة، ومبني الآخر دخول العين في العهدة، وهما متقابلان.

ثبوت خيار الغبن في غير البيع

٢. الموضع الخامس: في ثبوت خيار الغبن فيسائر المعاوضات أقوال:
أحدها: ثبته فيها، اختاره فخر الدين وصاحبـا «التنقـح» و«إيضاـح النافـع».

وفي «غاية المرام» التفصيل^١ بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه، وبين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها. ثم ظهر حقيقة ما يدعى به، وكان مغبوناً فيما صالح به، والواقع على ما في الذم و كان مجهولاً. ثم ظهر بعد عقد الصلح، وظهر غبن أحدهما على تأمله. ولعله للإقدام في هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائناً ما كان، فقد أقدم على الضّرر. وحُكى عن بعض التفصيل^٢ بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة، وكان الإقدام فيه على المعاملة مبنياً على عدم الالتفات إلى النّقص والزيادة، بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما، فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه: مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظر، أنّ الحكم بال الخيار لم يعلق في دليل على مفهوم لفظ (الغبن) حتى يتبع مصاديقه. فإن الفتوى مختصة بغير البيع، وحديث نفي الضّرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى في الفتوى من صورة الإقدام على الضّرر عالماً به.

نعم، لو استدلّ بآية التجارة عن تراضي، أو الذهاب عن أكل المال بالباطل، أمكن اختصاصها بما إذا أقدم على المعاملة محتملاً للضرر، مسامحاً في دفع ذلك الاحتمال. والحاصل: إن المسألة لا يخلو عن إشكال من جهة أصلالة اللزوم، واحتياط معقد الإجماع والشّهادة بالبيع، وعدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع، كما

ثانيها: عدم ثبوته فيها، ولعله الظاهر من اجارة جامع المقاصد.

ثالثها: عدم جريانه في خصوص الصلح، حكى عن المذهب البارع.

رابعها: التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة وبين غيره.

١. قوله في غاية المرام التفصيل، قد عرفت تماميته.

٢. قوله وحُكى عن بعض التفصيل

بما حققناه ظهر تمامية ما أفاده هذا البعض، فلا حاجة إلى التكرار، ودفع ما أورده المصنف عليه.

وكيف كان فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثاني: في قابلية الصلح في ذاته للخيار.

تعرّضوا لجريان خيار الشرط، وتعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع، لكونه محلّ خلاف لبعض العامة في بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع، ومن دلالة حديث نفي الضّرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها في صورة امتناع الغابن، عن بذل التّفاوت بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب. وقد استدلّ به الأصحاب على إثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع، لا يخلو عن قوّة^١.

نعم، يبقى الإشكال في شموله للصّورة المتقدمة، وهي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة، بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنة والمكاييسة من حيث المالية، كما إذا احتاج المشتري إلى قليل من شيء مبتدل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية، فإنّه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدلة لمثل هذا خفاء، بل منعاً، إلا أن يتمّ بعدم القول بالفصل^٢، والله العالم.

أما المقام الثاني: فقد تقدّم الكلام فيه في خيار الشرط، فراجع.

١. وأما المقام الأول: فإنّ كان مدرك هذا الخيار هو الإجماع، مختصاً بالبيع، لأنّه المتيقّن من معقده. وإنّ كان غيره من الشرط الضمني، أو نفي الضّرر^(١)، أو آية التجارة^(٢)، أو «لاتاً كُلُوا»^(٣)، أو خبر تلقّي الركبان^(٤)، أو خبر: «غبن المسترسل سحت»^(٥)، لم يكن مختصاً بالبيع، لعدم الفرق في هذه الأدلة بين البيع وغيره من المعاوضات المالية المبنية على المداققة.

وحيث أنّ المختار كون مدركه الشرط الضمني، فلا وجه لدعوى الاختصاص.

٢. ثم إنّه بناءً على المختار، إنّ كانت المعاملة مبنية على تساوي المالين نوعاً كالبيع والإجارة والصلاح القائم مقامهما، جرى فيها خيار الغبن، إلا مع الإقدام على المعاوضة

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من أبواب كتاب إحياء الموات وغيرهما من أبواب المتقدّم إليها الإشارة.

(٤) وهو النبي المروي عن غير طرقنا المتقدّم.

(٢ و ٣) النساء آية ٢٩.

(٥) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١.

مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور، أو على التراخي على قولين^١:

واستند للقول الأول: - وهو المشهور ظاهراً - إلى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن، وقرر في «جامع المقاصد»: (بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإن لم ينتفع بعمومه) انتهى^٢.

للقول الثاني: إلى الاستصحاب^٣، وذكر في «الرياض» ما حاصله: (إن المستند في هذا الخيار إن كان الإجماع المتفق، اتجه التمسك بالاستصحاب، وإن كان نفي الضرر، وجوب الاقتصار على الزمان الأول، إذ به يندفع الضرر).

بالغة ما بلغت فإنه حينئذ يكون مسقطاً لشرط التساوي، وإن كانت لعكس تلك، وكان بنائها على التسالم والتجاوز عن الحق، كائناً ما كان كالصلاح الواقع في مقام رفع الخصومة، لا يكون هذا الخيار ثابتاً فيها، لأنّه يسقط شرط التساوي، وإن لم تكن مبنية لا على ذلك ولا على هذا كالجعلة، فثبتت هذا الخيار فيها وعدهما يدوران مدار الاشتراط وعدمه.

كون هذا الخيار على الفور أو التراخي

١. مسألة: اختلف أصحابنا في كون الخيار على الفور أو على التراخي؟ على قولين.
لا يخفى إنّ هذا النزاع جارٍ في كلّ خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب ونحوه. وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:
٢. الأول: في عموم **«أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»**^(١)، وأنّه هل يتمسّك به في زمان الشكّ أم لا الذي هو مدرك القول بالفور.
٣. الثاني: في استصحاب الخيار الذي هو مدرك القول بالتراخي.
الثالث: في أنّه على فرض المناقشة في كليهما، هل هناك ما يرجع إليه لتعيين أحدهما أم لا؟

أقول: ويمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة:
 أما في وجوب الاقتصار على المتيقّن، فلأنه غير متوجه مع الاستصحاب.
 وأما ما ذكره في «جامع المقاصد» من عموم الأزمنة، فإن أراد به عمومها المستفاد
 من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره في جميع
 الأزمنة، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فرد من موضوع الحكم، تابع لدخوله تحت
 العموم، فإذا فرض خروج فرد منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائمًا أو في
 زمانٍ مَا، إذ ليس في خروجه دائمًا زيادة تخصيص في العام، حتى يقتصر عند الشك
 فيه على المتيقّن، نظير ما إذا ورد تحرير فعلٍ بعنوان العموم^١، وخرج منه فرد خاص
 من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أنّ ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض
 الأزمنة أو عام لجميعها؟ فإنّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاص^٢، أعني الحلية، لا
 الرجوع فيما بعد الزّمان المتيقّن إلى عموم التحرير، وليس هذا من معارضة العموم
 للاستصحاب، والسرّ فيه ما عرفت من تبعيّة العموم الرّماني للعموم الأفرادي، فإذا
 فرض خروج بعضها، فلا مقتضى للعموم الرّماني فيه، حتى يقتصر فيه من حيث
 الزّمان على المتيقّن، بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

١. قوله: (نظير ما إذا ورد تحرير فعل بعنوان العموم).
 التنظير بالتحرير من جهة أنه يقتضي الدوام والاستمرار، مع كون الزمان ظرفاً محضاً
 غير مأخذ في موضوع الحكم.

٢. قوله: (إنّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاص).
 وربما يورد عليه بأنّ مدار جريان استصحاب حكم الخاص، على كون الزمان ظرفاً
 في الدليل الخاص، لا على كونه ظرفاً في الدليل العام.

ولكن يمكن الجواب عنه: بأنه ^{بأنه} صرّح في الأصول بأنه إذا كان الزمان قيداً في
 الدليل الخاص، يستكشف منه كونه قيداً في الدليل العام، ومثل لذلك بما إذا ورد: (أكرم
 العلماء) ثم ورد: (لا تكرم زيداً يوم الجمعة) فإنّ إذ الاستثناء قرينة علىأخذ كلّ زمان
 فرداً مستقلاً، فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم، وعلى هذا إذا كان الزمان ظرفاً بالنسبة
 إلى حكم العام، يكون ظرفاً بالنسبة إلى الخاص، فلا مانع من جريان الاستصحاب من
 هذه الجهة.

نعم، لو فرض إفادة الكلام للعموم الْزَّماني، على وجه يكون الْزَّمان مكثُر الأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايِراً له في زمان آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فردٍ في زمان مَا، الإقتصار على المتيقَن، لأنَّ خروج غيره من الْزَّمان مستلزمٌ لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى لعبدِه: (أكرم العلماء في كل يوم) بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم، وشك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجوب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصل آخر. كما أنَّ في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجيَّة الاستصحاب، لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين^١.

التمسُك بآية الوفاء بالعقد عند الشك

وأمّا المورد الأول: فالكلام فيه من جهتين:

الأولى: في أنَّه إذا ورد عام أفرادي يتضمن العموم الأزمني، وخصّص ذلك بخروج بعض أفراد العام عن الحكم بالتفصيص في بعض الأزمنة، ثم شك في أنَّ خروجه عنه في تمام الأزمنة أو بعضها، فهل يرجع في زمان الشك إلى عموم العام أم لا؟
الثانية: في خصوص **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾**.

أثنا الجهة الأولى: فتفصيل الكلام فيها في الأصول، وإنما نشير إلى ما هو الحق في المقام بنحو الإجمال، وحاصله:

١. إنَّ المصطفَ بِاللهِ ذهب إلى أنَّ العام إنْ كان له عموم أزمني، وكان كل زمان موضوعاً مستقلاً لحكمٍ مستقلٍ، لينحل العموم إلى أحکام عديدة بتعدد الزمان، لابد من التمسك بعموم العام، لاستلزم عدم التمسك به التفصيص الزائد. وأمّا إذا لم يكن له عموم أزمني بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفاً للحكم، وكان المجنول حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فلا مجال للتمسُك به، فإنه ليس في خروجه عن تحت العام

ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكم، وكونه في الصورة الثانية عموماً لغوياً، بل المناط كون الزمان في الأولى ظرفاً للحكم، وإن فرض عمومه لغوياً، فيكون الحكم فيه حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب، والزمان في الثانية أكثر لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشك في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام، مغاير للفرد الأول. ومعلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم، فافهم واغتنم.

دائماً زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.
والجواب عنه أمران:

الأمر الأول: إنه لابد من التمسك بالعام في المورد الثاني أيضاً، وذلك بيتبين على بيان
مقدّمات:

منها: أن الإطلاق عبارة عن رفض القيود، وعدم دخل شيء من الخصوصيات، لا
دخل جميع القيود.

ومنها: أن العام الذي أخذ الزمان ظرفاً لاستمرار حكمه، له حيثيتان:
إحداهما عموم الأفرادي، ثانيةهما إطلاقه الزمني، بمعنى أن مقتضى إطلاقه استمرار
الحكم الثابت لكل فرد في zaman المستمر.

ومنها: أن المطلق إذا خرج منه فرد، بقي الباقى بنفس الظهور الذى استقر فيه أولاً.
أقول: إذا عرفت هذه الأمور، تعرف أنه بعد مضي زمان التخصيص يتمسك بعموم
العام لا بحيثية عمومه، بل بحيثية إطلاقه، بلا فرق بينه وبين سائر المطلقات.
لا يقال: إنه إذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان، لا يكون استمراه للحكم الأول، بل هو
حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد.

فإنه يرد بأن معنى استمراه الثابت بالإطلاق المزبور، ليس استمراه خارجاً، بل
جعل ظرف واحد لهذا الحكم الوحداني، لا جعل حصتين من طبيعى الظرف.

وبذلك يظهر فساد دفع كلام «جامع المقاصد» بأن آية أوفوا وغيرها مطلقة لا عامة، فلا تنافي الاستصحاب. إلا أن يدعى أن العموم الاطلاقي لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول، فقد ظهر أيضاً مما ذكرنا من تغاير موردي الرجوع إلى الاستصحاب، والرجوع إلى العموم، فساد ما قيل في الأصول من أن الاستصحاب قد يختص العموم، ومثل له بالصورة الأولى، زعماً منه أن الاستصحاب قد يختص العموم. وقد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم، ولو على فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز الرجوع إلى الاستصحاب، ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منها ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين. إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء، فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد، وبين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلة التخصيص وكثرته، حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن^١؛ فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار - على ما سنشير إليه - لم

فإن قلت: إن المطلق له ظهور واحد في معنى واحد مستمر، فإذا انقطع لا يبقى ظهور لكي يصح التمسك به.

قينا: إن التقييد إنما يكون لقيام حجة أقوى من الحجة المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. وتمام الكلام في محله.

الأمر الثاني: إنه لو تم ما أفاده كان مختصاً بما إذا كان التخصيص من الوسط، وأماماً إذا كان فرد خارجاً عن العام من الأول، فمن عدم التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص، يلزم التخصيص في العموم الأفادي أيضاً، نفس عمومه من تلك الحيثية، يكفي في الحكم بثبوت حكم العام والتمسك به.

وفي المقام وجهان آخران: أحدهما للمحقق البزدي، والآخر للمحقق النائيني رحمه الله، ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص، إذا لم يكن له عموم زماني.

وقد أجبنا عنهما في «زبدة الأصول» وليس المقام مقام ذكره، فالظهور هو التمسك بالعام مطلقاً.

١. وأما الجهة الثانية: فالحق أنه لا عموم زماني له بنحو يكون العقد في كل زمان

يجز التمسك بالعموم أيضاً. نعم يتمسّك فيه حينئذ بأسالة الّزوم الثابتة بغير العمومات.

وأمّا استناد القول بالتّراخي إلى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع، في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. وأمّا على التّحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التّحقيق، فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب، فإنّ المتيقّن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشّرع، فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق، مع كون الشخص قد تمكّن من التدارك ولم يفعل، لأنّ هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم^١. نعم، لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحاب، أو كان الشك في رفع الحكم حتّى لا يحتمل أن يكون الشك لأجل تغيير الموضوع، اتّجه التّمسك بالاستصحاب.

موضوعاً مستقلاً، ولكن له إطلاقاً زمانياً، بمقتضى مقدّمات الحكمة، وإنّه لو لم يكن حكماً ثابتاً في عمود الزمان لزم لغويّة جعله، إذ لا أثر للّزوم العقد في زمان واحد، وبناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد، يكون الخارج خارجاً من الأول، فيتمسّك بالعام حتّى على المسلك الآخر.

استصحاب الخيار

أثنا المورد الثاني: فقد أورد على التمسك بالاستصحاب بوجوه:

١. الوجه الأوّل: في المتن، وحاصله: إنّه إذا كان دليل الحكم لفظياً مشخصاً للموضوع، وكان الشك في بقاء الحكم مع إحراز الموضوع، جرى الاستصحاب، وأمّا إذا كان غير لفظي أو لفظياً غير مشخص له، وكان يحتمل كون الموضوع عنواناً لا يكون باقياً، فلا يجري الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع.
والمقام من قبيل الثاني، فإنّ دليل هذا الخيار الإجماع أو حديث لا ضرر، ولا يكون

وأَمَّا مَا ذُكِرَ فِي «الرِّياض»، فَفِيهِ أَنَّهُ إِنْ بَنَى الْأَمْرَ عَلَى التَّدْقِيقِ فِي مَوْضِعِ الْاسْتِصْحَابِ - كَمَا أَشَرْنَا هُنَا وَحَقَّنَا هُنَا فِي الْأُصُولِ - فَلَا يَجْرِي الْاسْتِصْحَابُ، وَإِنْ كَانَ الْمَدْرُكُ لِلخِيَارِ الإِجْمَاعِ. وَإِنْ بَنَى عَلَى الْمَسَامِحةِ فِيهِ - كَمَا اشْتَهِرَ - جَرْيُ الْاسْتِصْحَابِ. وَإِنْ اسْتَنَدَ فِي الْخِيَارِ إِلَى قَاعِدَةِ الضَّرَرِ - كَمَا اعْتَرَفَ بِهِ وَلَدَهُ فِي «الْمَنَاهِلِ»، مَسْتَنَدًا إِلَى احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الضَّرَرُ عَلَّةً مَحْدُثَةً - يَكْفِي فِي بَقاءِ الْحُكْمِ وَإِنْ ارْتَفَعَ، إِلَّا أَنْ يَدْعُوا أَنَّهُ إِذَا اسْتَنَدَ الْحُكْمُ إِلَى الضَّرَرِ، فَالْمَوْضِعُ لِلخِيَارِ هُوَ الْمُتَضَرِّرُ الْعَاجِزُ عَنْ تَدارُكِ ضَرَرِهِ، وَهُوَ غَيْرُ مَحْقُوقٍ فِي الزَّمَانِ الْلَّاحِقِ كَمَا أَشَرْنَا.

المَوْضِعُ مَشَخَّصًا فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا، وَلِعَلَّهُ الْعَاجِزُ عَنْ تَدارُكِ الضَّرَرِ بِالْفَسْخِ لَا الْمُتَضَرِّرِ بِمَا هُوَ مُتَضَرِّرٌ، فَلَا يَكُونُ الْاسْتِصْحَابُ جَارِيًّا. وَفِيهِ أَوْلَأَ: إِنَّ الْمَوْضِعَ لِيُسَّرَّ لِي الْعَاجِزُ قَطْعًا، لَأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَعَ الْخِيَارِ، وَنَفْسُ الْخِيَارِ رَافِعٌ لِلْعَجَزِ، فَلَا يَعْقُلُ أَنْ يَكُونُ هُوَ الْمَوْضِعُ لِهِ. نَعَمْ، يُمْكِنُ أَنْ يُقَالْ بِكُونِهِ عَلَّةً لِثَبُوتِ الْخِيَارِ، لَكِنْ ذَلِكَ كَالْأَجْنِيَّ عنْ دُخُلِهِ فِي الْمَوْضِعِ.

وَثَانِيًّا: إِنَّ مَا أَفَادَهُ لَوْ تَمَّ، فَإِنَّمَا هُوَ لَوْ قَلَنَا بِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الْاسْتِصْحَابِ بِقَاءَ الْمَوْضِعِ الدَّلِيلِيِّ، وَأَمَّا إِنْ قَلَنَا بِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ بِقَاءَ الْمَوْضِعِ الْعَرْفِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْضِعُ الدَّلِيلِيُّ بِاقِيًّا كَمَا هُوَ مَبْنَاهُ فِي الْأُصُولِ، فَلَا يَتَمَّ، فَإِنَّ الْمِيزَانَ حِينَئِذٍ بِقَاءَ الْمَوْضِعِ بِنَظَرِ أَهْلِ الْعَرْفِ الَّذِينَ يَرَوْنَهُ مَوْضِعًا لَدَلَالَةٍ مَنْاسِبَةً لِلْحُكْمِ وَالْمَوْضِعِ.

الْوَجْهُ الثَّانِي: مَا أَفَادَهُ الْمَحْقُوقُ النَّائِبِيُّ لِلَّهِ مِنْ أَنَّ الشَّاكَ فِي بَقاءِ الْخِيَارِ فِي الْمَقَامِ، شَاكٌ فِي الْمُقْتَضَى لَا فِي الرَّافِعِ، فَإِنَّهُ لَا يَشَكُّ فِي مَسْقَطِيَّةِ شَيْءٍ لِلْخِيَارِ، بَلْ فِي بَقاءِ الْخِيَارِ بِحَسْبِ طَبَعِهِ فِي عَمُودِ الزَّمَانِ، مَعْ قَطْعِ النَّظرِ عَنْ طَرْوَهِ زَمَانِيِّ عَلَيْهِ، فَلَا يَجْرِي.

وَفِيهِ: إِنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَشَكُّ فِي بَقَائِهِ لَوْ تَمَكَّنَ الْمَكْلُفُ مِنْ إِعْمَالِهِ وَلَمْ يَعْمَلْهُ، وَأَمَّا مَعْ قَطْعِ النَّظرِ عَنْ ذَلِكَ، فَلَهُ اسْتِعْدَادُ الْبَقَاءِ فِي عَمُودِ الزَّمَانِ، فَلَيْسَ مِنْ قَبْلِ الشَّاكِ فِي الْمُقْتَضَى، مَعْ أَنَّ الْحَقَّ جَرِيَانُ الْاسْتِصْحَابِ فِي مَوَارِدِ الشَّاكِ فِي الْمُقْتَضَى أَيْضًا.

الْوَجْهُ الثَّالِثُ: مَا أَفَادَهُ الْمَحْقُوقُ النَّائِبِيُّ لِلَّهِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنَّ دَلِيلَ هَذَا الْخِيَارِ إِنْ كَانَ

ثم إنّه بنى المسألة بعض المعاصرین^١ على ما لا محضّ له، فقال ما لفظه: (إنّ المسألة مبنية على أن لزوم العقد معناه أنّ أثر العقد مستمر إلى يوم القيمة، وأنّ عموم الوفاء بالعقود عموم زماني للقطع، بأن ليس المراد بآية الوفاء بالعقود آنًا ما، بل على الدّوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، باعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاهما. ولا ريب أنّ مفاده عرفاً وبحسب قصد المتعاقدين الدّوام، فإن دلّ دليل على ثبوت خيار من ضرر، أو إجماع أو نص في ثبوته في الماضي، أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في

حديث نفي ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، وحيث إنّه يحتمل أن يكون الموضوع هو الموصوف فيكون باقياً، وإن يكون هو الوصف فلا يكون باقياً، فلا يكون بقاء الموضوع محراً، فلا يجري الاستصحاب.

وفيه أولاً: إنّ عنوان المتضرر ووصفه يكون باقياً، ومجدد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

وثانياً: إنّ المعتبر بقاء الموضوع عرفاً لا دليلاً كما تقدم.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله أيضاً، وهو أنّ مدرك هذا الخيار، إن كان حديث نفي ضرر يكون الموضوع هو الحكم المعنون بالضرر، ويدلّ الحديث على رفعه، فلزم العقد إن كان ضررياً يكون مرفوعاً، وإلا فلا، ومن يتمكّن من إعمال الخيار ولو آنّا ما؛ فاللّزوم ليس ضررياً عليه أصلاً، فالقضية المتبقية غير المشكوك فيها بأسرها موضوعاً محمولاً ونسبة.

وفيه: - بعد إصلاحه بإرادة كون اللّزوم بعد ذلك الآن ضررياً أقدم عليه، والحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه - إنّ مدرك هذا الخيار عندنا وعنه هو الشرط الضمني، ولازمه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك في بقائه يستصحب.

فالحق أن لا محذور من جريان هذا الاستصحاب، سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، والمختار عدم جريانه، لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه في محله.

١. قوله: (ثم إنّه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محضّ له).
محضّ ما يفيده هذا المحقق أنّ المسألة مبنية على ثبوت العموم الزماني وعدمه

الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام، ويبقى العام على عمومه، كاستثناء أيام الإقامة والثنتين ووقت المعصية ونحوها من حكم السفر، أو أن اللزوم ليس كالعموم، وإنما يثبت ملكاً سابقاً، ويبقى حكمه مستتصحاً إلى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابين، والثاني وارد على الأول فيقدم عليه، والأول أقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة، يقضي بعدم اعتبار السابق، أما مع بقائهما فلا يلغى اعتبار السابق)، انتهى.

ولا يخفى أن ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم - وهو استمرار اللزوم - مبني لطرح العموم، والرجوع إلى الاستصحاب^١.

وأما ما ذكره أخيراً لمبني الرجوع إلى الاستصحاب. وحاصله أن اللزوم إنما يثبت

وعلى الأول يحكم بأنه على الفور، وعلى الثاني يحكم بأنه على التراخي، فهو ممن لا يفرق في التمسك بعموم العام بين أن يكون الزمان ظرفاً له أم قيداً كما اخترناه.

وقد ذكر في وجه وجود العموم في المقام أمرتين:

أحدهما: إنّ معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد أبداً، ولو من جهة أنّ مفاد العقد الدوام.

ثانيةهما: القطع بأنه ليس المراد بالآية الوفاء بالعقد آنا مَا بل على الدوام.

وذكر في وجه عدمه إنّ معنى «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» ترتيب أثر الملكية في أول الوهله، وعلى الثاني إنه إنما يحكم ببقاء الملكية من جهة أنّ شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع، وإنما يحكم باللزوم للاستصحاب.

وعليه، فعلى الأول بما أن العموم موجود، فمع الشك في الخيار يتمسّك به، ويحكم بعدم الخيار. وعلى الثاني مع الشك في الخيار، بما أن الخيار ثابت قبل ذلك، فيستصحب بقائه، وهو حاكم ومقدم على بقاء أثر العقد.

وهو يختار الأول، ومحصل ما ذكره في وجهه: أن اللزوم ووجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة، إنما لا يحكم ببقائه لو زال علته، وأما مع بقائهما كما في الآية - من جهة أن علته المعايدة على الملكية الدائمة وهي باقية - فاللزوم أيضاً باق.

١. قوله: (مبني لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب).

هذا على مسلك المصنف للله من التفصيل في التمسك بعموم، بين كون الزمان ظرفاً

بلاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه.
ففيه: إن الكل متفقون على الاستناد في أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء^١، وإن
أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإغماض عن الآية، وملاحظة
الاستصحاب المقتضي لللزوم، مع استصحاب الخيار.

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة، أن الأقوى كون الخيار
هنا على الفور، لأنّه لما لم يجز التمسك في الرّمان الثاني بالعموم -لما عرفت سابقاً من
أنّ مراعي العmom الرّمانى في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد، فإذا انقطع
الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها
الانقطاع -ولا باستصحاب الخيار -لما عرفت من أنّ الموضوع غير محزن، لاحتمال كون
موضوع الحكم عند الشّارع هو من لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ -فلا يشتمل
الشخص المتمكن منه التّارك له، بل قد يستظهر ذلك من حديث نفي الضّرر تعين
الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون^٢، وعدم ترتّب الأثر عليه، وبقاء آثار العقد،
فيثبت اللزوم من هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأن الشك هنا في الواقع،
فالموضوع محزن كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذى، فافهموا واغتنم
والحمد لله.

أم قيداً، وأمّا على مبني المستدل الذي هو المختار عندنا فاستدلاله تام لا يرد عليه هذا
الإيراد.

١. قوله: (ففيه أن الكل متفقون على الاستناد... إلى عموم آية الوفاء).
يرد عليه: أنه أيضاً من يتمسّك بعموم الآية، ولكن يقول إنه على فرض عدم العموم
للآلية يكون مدركاً اللزوم الاستصحاب، فاستصحاب الخيار يقدّم عليه للحكومة.

أصالة فساد فسخ المغبون

وأمّا المورد الثالث: فقد تمسّك المصنّف رحمه الله للقول بالفور:

٢. بأصالة فساد فسخ المغبون، وعدم ترتّب الأثر عليه.

مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، وقد تقدّم
في مبحث المعاطاة أن هذا الأصل يجري، ولا يرد عليه شيء مما أورد عليه.

هذا مضافاً إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي ونكاحة وغيرهما، من أن تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار، وفيه تأمل. ثم إن مقتضى ما استند إليه للفوريّة -عدها المؤيد الأخير - هي الفوريّة العرفية^١، لأن الاقتصر على الحقيقة حرج على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، والزائد عليها لا دليل عليه، عدا الاستصحاب المتسلّم على ردّه بين أهل هذا القول. لكن الذي يظهر من «التدوّر» في خيار العيب على القول بفوريّته، ما هو أوسع من الفوري العرفي. قال خيار العيب: (ليس على الفور على ما تقدم، خلافاً للشافعي، فإنه اشتهرت الفوريّة والمبادرة بالعادة، فلا يؤمر بالعدد ولا الركض للردد وإن كان مشغولاً بصلة أو أكل أو قضاء حاجة، فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس إجماعاً. وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً، ولو اطلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يصبح وإن لم يكن عذر)، انتهى.

وقد صرّح في الشفعة على القول بفوريّتها بما يقرب من ذلك، وجعلها من الأعدان، وصرّح في الشفعة بأنه: (لا يجب المبادرة على خلاف العادة، ورجع في ذلك كلّه إلى العرف، فكلّ ما لا يعده تقصيراً لا يبطل به الشفعة، وكلّ ما يعده تقصيراً وتوانياً في الطلب، فإنه مسقط لها)، انتهى.

فتتحصل: أن مقتضى العمومات والاستصحاب هو القول بالفور، ولكن بما أن مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمني، فما دام لم يجز العقد ولم يتلزم به، يكون الخيار باقياً. ولا يرد عليه: بأن تجويز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فإنه لا ضرر عليه مع فرض أنه غير من نوع من التصرف في زمان الخيار، فالآخر إثباته على التراخي.

المراد من الفوريّة

١. بقى الكلام في المراد من الفوريّة.
- أقول: وتنقيح القول في ذلك أن الفوريّة قسمان:
- فوريّة حقيقة، وهي أول مرتب الإمكان دقة.
- وفوريّة عرفيّة، ولها مرتب، منها ما لا يلزم من الاقتصر عليه حرج على من له الخيار.

والمسألة لا يخلو عن إشكال، لأنّ جعل حضور وقت الصّلاة، أو دخول اللّيل عذرًا في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله: (فسخت) لا دليل عليه. نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم، أو القاضي، أو على الاشهاد، توجّه ما ذكر في الجملة، مع أنّ قيام الدليل عليه مشكل، إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فيدفع ذلك بلزم المبادرة العرفية، بحيث لا يعدّ متواترًا فيه، فإنّ هذا هو الذي يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه، وكون تصرفاته فيه في معرض التقصّ. لكنك عرفت التأمل في هذا الدليل.

فالإنصاف أنّه إن تم الإجماع الذي تقدم عن العلامة على عدم الbas بالامر المذكورة، وعدم قدر أمثالها في الفورية^١، فهو، وإنّ وجوب الإقتصار على أول مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثم إنّ الظاهر أنّه لا خلاف في معذوريه الجاهل بالختار في ترك المبادرة، لعموم نفي الضّرر^٢، إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن، والجاهل بحكمه. وليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي، منافيًا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن وعدمه.

ولو جهل الفورية، ظاهر بعض الوفاق على المعذوريّة، ويشكل بعدم جريان نفي الضّرر هنا، لتمكنه من الفسخ، وتدارك الضّرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصلالة بقاء آثار العقد، وعدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الأول، وقد حُكى عن بعض الأساطين عدم

١. ومنها: ما هو أوسع من ذلك، كالأمثلة المذكورة في كلام العلامة رحمه الله.

ومنها: ما هو أوسع من ذلك، وهو ما إذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، إلا أنّ هذا اللّفظ لم يرد في الدليل كي يقع النزاع في المراد منه، بل لابدّ من الرجوع إلى دليل الفورية، واستخراج الحكم، وقد عرفت أنّ دليل الخيار لا إطلاق له، فيشان في الخيار بعد مضيّ زمان يتمكّن من إنشاء الفسخ، والمرجع فيه عموم «أَوْقُوا بِالْعُوْدِ»، وعليه فإذا كان الفسخ غير متوقف على شيء سوى قول: (فسخت) فالمعنى هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

٢. وهل يكون الجاهل بالختار معذورًا في ترك المبادرة إلى الفسخ على القول بالفورية أم لا؟ وجهان.

المعذورية في خيار التأخير، والمناط واحد.

ولو أدعى الجهل بالخيار، فالأقوى القبول، إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر.

وقال في «التنكرة» في باب الشفعة أنه: (لو قال: إني لم أعلم ثبوت حق الشفعة) أو قال: (أخرجت لأنني لم أعلم أن الشفعة على الفور)، فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأت في بريئة لا يعرفون الأحكام، قبل قوله، وله الأخذ بالشفعة وإلا فلا، انتهى. فإن أراد بالتقيد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقه الجهل، فلا حاجة إليه، لأن أكثر العوام وكثير من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام، وإن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقه عدم العلم، فيه أنه لا داعي إلى اعتبار الظهور، مع أن الأصل العدم، والأقوى أن الناسي في حكم الجاهل. وفي سماع دعوah التسیان نظر، من أنه مدع، ومن تعسر إقامة البينة عليه، وأنه لا يعرف إلا من قبله. وأما الشك في ثبوت الخيار، فالظاهر معذوريته، ويحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن، ثم السؤال عن صحته شرعاً، فهو متمكن من الفسخ العرفي، إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنماء، فهو مقصري بترك الفسخ لا لعدم فافهم. والله العالم.

الظاهر أن مدرک القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن وحكمه، إنما هو أنه مع ذلك لا يكون شارطاً بالشرط الضمني تساوي المالين، ويكون مقدماً على الضرر، فالضرر إنما يحصل من ناحية إقادمه، وحديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، وعليه فلا وجه للتوقف في معذورية الجاهل بالجهل المركب، والغافل ولو كان جهله عن تقصير، فإنه مع ذلك يكون شارطاً وغير مقدم على الضرر.

وتوجه: أن العالم بالخيار لا يبقى خياراً، والمفروض أن الجاهل بالحكم غير معذورٍ، فيجري عليه حكم العالم.

fasد: فإن الحكم ببقاء الخيار مع الجهل، ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً للدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع أن هذا الحكم ليس لزومياً كي يكون مقصراً غير معذور في عدم تعلمه، فيكون محكوماً بحكم العالم.

الجزء الخامس

فهرس المحتوى

٥	بيع الفضولي.....
٥	اعتبار القدرة على التسليم
١٨	هل القدرة شرط أو العجز مانع.....
٢١	المانع هو العجز في زمان الإستحقاق.....
٣٠	حكم ما لو كان الوكيل عاجزاً والموكل قادرًا.....
٣٣	عدم إلحاقي الصلح بالبيع
٣٦	بيع الضالّ والمجهود والمعنوب.....
٣٩	اعتبار العلم بقدر الثمن
٤٢	عدم صحة بيع ما يُكال أو يُوزن جزافاً.....
٤٩	بيع المكيل بالوزن، والعكس.....
٥٥	بيع المعدود بالكيل أو الوزن.....
٥٦	المناط في المكيل والموازن
٦٨	إخبار البائع بقدر المبيع
٧٣	بيع التوب والأرض مع المشاهدة.....
٧٤	بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
٨٤	إذا باع صاعاً من صيرة
٨٦	ثمرات كون المبيع كلياً في المعين أو مشاعاً
٩٠	الفرق بين الاستثناء والبيع
٩٦	أقسام بيع الصيرة
٩٩	كفاية مشاهدة العين سابقاً
١٠٣	حكم ما لو اختلفا في التغير
١١٣	لو اختلفا في تقدّم البيع على التغير وتأخره عنه
١١٧	لزوم الاختبار

١٢٥	شراء ما يفسده الاختبار.
١٣٤	بيع المسك في فأرة
١٣٧	بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم
١٤٧	الإندار للظروف
١٥٧	بيع المظروف مع ظرفه
١٦١	التference في مسائل التجارة
١٦٧	حول وجوب التference
١٦٩	وجوب التعلم عند الشك في الإبتلاء
١٧١	الأخبار الواردة في الحث على التعلم
١٧٥	حرمة تلقي الركيان
١٨٢	كيفية صرف المدفوع للصرف في قبيل
١٨٦	حرمة الاحتكار
١٩٣	خاتمة
١٩٧	معنى الخيار إصطلاحاً
١٩٩	الأصل في البيع للزوم
٢٠٣	القاعدة المستفادة من العمومات
٢١٣	الاستدلال للزوم بالاستصحاب
٢١٨	القول في أقسام الخيار
٢١٩	خيار المجلس
٢٢١	ثبوت الخيار للوكيل
٢٢٥	ثبوت الخيار للموكل
٢٢٧	توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد
٢٢٩	ثبوت الخيار للوكيل المستقل
٢٣١	تقدّم الفسخ على الإجازة
٢٣٣	بيان حقيقة تفرق الموكلين
٢٣٤	تفويض الأمر إلى الوكيل
٢٣٦	ثبوت الخيار للفضولي
٢٣٩	إذا كان العاقد واحداً

استثناء من ينعتق على أحد المتابعين	٢٤٢
المسلم المشترى من الكافر	٢٤٩
شراء العبد نفسه	٢٥٢
اختصاص خيار المجلس بالبيع	٢٥٣
مبدأ خيار المجلس	٢٥٥
القول في مسقطات الخيار	٢٥٩
سقوط الخيار باشتراط سقوطه	٢٥٩
اشتراط عدم الفسخ	٢٦٨
الشرط غير المذكور في متن العقد	٢٧٢
المنذور عنته	٢٧٥
الإسقاط بعد العقد	٢٧٨
لو قال أحدهما لصاحبـه: (اخـتر)	٢٨٢
من المسقطات افتراق المتابعين	٢٨٥
الافتراق عن إكراه	٢٨٨
لو أكره أحدهما على التفرق	٢٩٢
لو زال الإكراه	٢٩٩
مسقطية التصرف	٣٠١
الخيار الحـيـوـانـ	٣٠٣
اختصاص خيار الحـيـوـانـ بمـنـ اـنـتـقـلـ إـلـيـهـ	٣٠٥
اختصاص الخيار بالمشترـيـ	٣١٣
ثبوت خيار المجلس لو كان المـبـيـعـ حـيـوـانـاً	٣١٦
مبدأ هذا الخيار	٣١٨
دخول الـلـيـلـيـنـ الـمـتوـسـطـيـنـ فـيـ ثـلـاثـةـ الـخـيـارـ	٣٢٣
التصرف مـسـقـطـ لـلـخـيـارـ	٣٢٥
خـيـارـ الشـرـطـ	٣٣٦
لو جـعـلـ الـخـيـارـ وـلـمـ يـعـيـنـ المـدـدـ	٣٣٨
مبدأ خـيـارـ الشـرـطـ	٣٤٥
جعل الـخـيـارـ لـلـأـجـنـبـيـ	٣٤٧

٣٥٢	جواز اشتراط الاستثمار.....
٣٥٥	بيع الخيار.....
٣٥٧	الأأناء التي يقع الشرط عليها.....
٣٦٠	الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع.....
٣٦٣	الفسخ بالرد.....
٣٦٦	مسقطات خيار الشرط.....
٣٦٨	التصرف في الثمن المعين مسقط.....
٣٧٣	حكم تلف المبيع.....
٣٧٥	حول تلف الثمن.....
٣٧٧	ردّ الثمن إلى الوكيل أو الولي.....
٣٨١	ردّ الثمن إلى الحاكم.....
٣٨٢	حكم الفسخ بردّ بعض الثمن.....
٣٨٥	جريان خيار الشرط في العقود الجائز.....
٣٨٦	جريان الخيار في الإيقاعات.....
٣٩٠	جريان الخيار في غير البيع من العقود الالزمه.....
٣٩٨	الخيار الغبن
٤١٢	اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة.....
٤١٥	الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد.....
٤١٧	لا عبرة بعلم مجرى الصيغة.....
٤١٩	ما يثبت به الجهل.....
٤٢٢	اعتبار كون التفاوت فاحشاً.....
٤٢٤	تصوير الغبن من الطرفين.....
٤٢٨	ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار.....
٤٣١	إسقاط خيار الغبن.....
٤٣٤	إسقاط الخيار قبل ظهور الغبن.....
٤٣٨	اشتراط سقوط الخيار في متن العقد.....
٤٤٠	تصرف المغبون بعد العلم بالغبن.....
٤٤٣	التصرف المخرج عن الملك.....

فروع	٤٤٦
تصرّف الغابن المخرج عن الملك	٤٤٩
تصرّف الغابن الموجب للنقيصة	٤٥٤
تصرّف الغابن الموجب للزيارة	٤٥٧
التغيير بالامتزاج	٤٦٣
حكم الامتزاج بالجنس	٤٦٥
حكم تلف العوضين	٤٦٧
ثبوت خيار الغبن في غير البيع	٤٧١
كون هذا الخيار على الفور أو التراخي	٤٧٤
التمسّك بآية الوفاء بالعقد عند الشك	٤٧٦
استصحاب الخيار	٤٧٩
أصلّة فساد فسخ المغبون	٤٨٣
المراد من الفوريّة	٤٨٤
فهرس المحتوى	٤٨٧