مرکز القائمیة اصفهان للبحوث والتحریات الکمبیوتریة

السلام علیک یا صاحب الزمان

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

الآراء الفقهية

قسم الخيارات (٢)

الجزء الحادي عشر

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي النجفي

بسم الله الرحمن الرحیم

االآراء الفقهية

كاتب:

الشيخ هادي النجفي

نشرت في الطباعة:

مهر قائم

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

الفهرس ---- 5

الآراء الفقيهة-قسم الخيارات2- المجلد 11 ---- 29

هوية الكتاب ---- 29

اشارة ---- 29

تقريظ سماحة المرجع الديني آيةالله العظمیٰ الشيخ يدالله الدوزدوزاني التبريزي (دام ظله) ---- 31

تتمة أقسام الخيار ---- 33

اشارة ---- 33

تمهيد ---- 34

الرابع: خيار الغبن ---- 35

اشارة ---- 35

الجهة الأولی: خيار الغبن لغة واصطلاحاً ---- 35

الجهة الثانية: اجماع الطائفة علی خيار الغبن ---- 36

اشارة ---- 36

أمّا الصغری: ففيه اشكالان ---- 40

اشارة ---- 40

الجواب عن الإشكال ---- 40

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه ---- 40

الإشكال في كبری الإجماع ---- 41

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن ---- 42

1- قوله تعالی: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) ---- 42

اشارة ---- 42

اشكال صاحب الجواهر علی العلّامة ---- 42

دفاع الشيخ عن العلّامة ---- 42

مناقشة الشيخ للعلّامة 43

ردّ مناقشة الشيخ للعلّامة 44

الصحيح في الإشكال على استدلال العلّامة 46

2- قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) 46

3- اثبات خيار الغبن بروايات تلقي الركبان 49

4- قاعدة لا ضرر 50

5- الروايات الواردة في حكم الغبن 61

6- الإجماع 63

7- تخلف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء 63

الجهة الرابعة: شرائط خيار الغبن 64

اشارة 64

الأمر الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة 64

اشارة 64

الشرط الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة 64

اشارة 64

إشكال المحقق الحائري على الشيخ 65

استدلال المحقق الحائري على الشرط الأول بعدم صدق الضرر 65

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري 66

[الفرع الأوّل]: صور العلم بالتفاوت في القيمة 68

اشارة 68

الصورة الأولى 68

الصورة الثانية 69

الصورة الثالثة 69

الصورة الرابعة 69

زمان اعتبار القيمة 70

رأي الشيخ 70
مقتضى التأمل في البحث 71
«الحق في المسألة 72
[الفرع الثاني]: وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض 73
اشارة 73
دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف 74
مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي 75
[الفرع الثالث]: حكم علم الوكيل بالغبن 76
اشارة 76
إشكال المحقق السيّد الخوئي على الشيخ في الصورة الثانية من القسم الثاني 78
الحق في المسألة 78
[الفرع الرابع]: دعوى بالغين 79
المسألة الأولى: في الاختلاف في علم المغبون بالقيمة، ورأي الشيخ في ذلك 80
اشارة 80
الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة 80
اشارة 80
الإشكالات على الشيخ 81
اشارة 81
الإشكال الأول 81
الإشكال الثاني 82
الإشكال الثالث 82
الإشكال الرابع 83
الإشكال الخامس 83
الإشكال السادس 83
الإشكال السابع 83

في الأصل الجاري لتشخيص المدعي من المنكر 84
وجوه الأصل الجاري في المقام 84
الوجه الأول: ما أفاده الشيخ 84
الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم 84
اشارة 84
الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر) 85
رفع المحقق السيّد الخوئي للإشكال ورده 85
الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرواني 87
الوجه الرابع: ما اختاره المحقّق الأصفهاني 88
الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة 90
اشارة 90
حالات الصورة الثانية 90
الحالة الأولى: أن يدّعي الجهل بالقيمة 90
الحالة الثانية: أن يدّعي العلم بالقيمة ولكنه نسيها حين العقد أو غفل عنها 91
اشارة 91
دعوى الحلف على المدعي في المقام 91
الوجه الأول لدعوى الحلف 91
اشارة 91
رد الوجه الأول 92
الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه 92
الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة 93
الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ 93
اشارة 93
الإشكالات الواردة على الأصل 94
الإشكال الأول 94

الإشكال الثاني 95
الإشكال الثالث 96
الإشكال الرابع 96
تحقيق المحقّق السيّد الخوئي 96
التعليق على هذا التحقيق 98
الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً 99
اشارة 99
الجهة الأولى: الدليل على كون التفاوت فاحشاً 99
الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش 99
الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقّق للتفاوت الفاحش 101
رأي الشيخ 101
تفصيل المحقّق السيّد الخوئي 102
المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي 103
دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها 104
الحق في المسألة 105
في مناط الضرر الموجب للخيار 106
جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر 106
المناقشة في ما أفاده الشيخ 107
إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ ورده 108
اجتماع الغابن والمغبون في واحد 109
الإشكال على اجتماعهما في واحد 109
جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردّه 110
جواب المحقّق القمي عن الإشكال 110
إشكال الشيخ على جواب المحقّق القمي 111
ما ذكره صاحب الجواهر 111

إشكال الشيخ عليه 112
ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه 112
تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته 113
جواب المحقّق الحائري والمناقشة فيه 114
تصوير المحقّق الأصفهاني والرد عليه 115
تصوير الفقيه السيّد اليزدي ومناقشته 116
[مسألة]: وقت تحقق خيار الغبن 118
اشارة 118
مقتضى الأصل العملي 119
مقتضى الأصل اللفظي 119
مقتضى الأدلة الخاصة 119
اشارة 119
الدليل الأول: الإجماع 119
الدليل الثاني: قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) 119
الدليل الثالث: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) 120
الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان 120
الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر 121
الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين 122
محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات 122
المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء 123
آثار الخيار عند الشيخ 126
المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار 126
[مسألة]: مسقطات خيار الغبن 132
اشارة 132
المسقط الأوّل: الإسقاط بعد العقد 132

اشارة 132

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردها 134

جواب الشيخ عن الإشكال ورَدّه 137

جواب المحقّق الخراساني والسيّد اليزدي عن الإشكال 137

إشكال المحقّق الأصفهاني على السيّد اليزدي والمحقّق الخراساني 138

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني 139

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد 145

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد 145

اشارة 145

الإشكال الأول 145

الإشكال الثاني 146

الإشكال الثالث 146

الجواب عن الإشكال الأول 147

أجوبة الشيخ عن الإشكال الثاني 149

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ 150

دفع إشكال المحقّق الأصفهاني عن الشيخ 151

إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ 153

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي 154

المسقط الثالث: تصرف المغبون بالتصرف التكويني 155

اشارة 155

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد 155

مقتضى القاعدة [في المقام] 157

صور تصرف المغبون بالعين 157

الصورة الأولى 157

الصورة الثانية 157

الصورة الثالثة ---- 158
الصورة الرابعة ---- 158
مقتضي الأدلة ---- 158
الإشكال على الاستدلال بالإجماع ---- 159
نفي بعد سقوط الخيار بالتصرف مع الاحتمال والالتفات عند المحقّق الإيرواني ---- 160
الحق في المسألة ---- 160
المسقط الرابع: التصرفات اللازمة الناقلة للملك ---- 160
اشارة ---- 160
الأدلة على كونه من المسقطات ---- 161
اشارة ---- 161
الدليل الأول: دليل العلاّمة ---- 161
اشارة ---- 161
مناقشة الشيخ لدليل العلاّمة ---- 161
الدليل الثاني ورده ---- 161
الدليل الثالث ورده ---- 162
الدليل الرابع ---- 163
اشارة ---- 163
جواب الشهيد [الثاني] عن الدليل الرابع ---- 164
مقتضى القاعدة من حيث الكبرى ---- 164
صغريات المسألة ---- 164
فرع: ما لو امتزج المال المغبون فيه بغيره ---- 166
اشارة ---- 166
1- أن يمتزج مع مال المغبون ---- 167
اشارة ---- 167
كلام المحقّق الأصفهاني في ردّ الممتزج بمال المغبون ومناقشته ---- 168

2- أن يمتزج مع مال الغابن ---- 168
اشارة ---- 168
الأقوال في حقيقة الشركة ---- 169
3- أن يمتزج مع مال الأجنبي ---- 171
فروع في تصرفات الغابن ---- 172
اشارة ---- 172
المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون ---- 172
المسألة الثانية: في حكم الردّ لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً ---- 172
المسألة الثالثة: في حكم الردّ لو تصرّف الغابن تصرّفاً مانعاً ---- 174
اشارة ---- 174
تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد ---- 174
التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم ---- 176
نتيجة البحث في المسألة ---- 179
المسألة الرابعة: في تصرف الغابن بالعقد الجائز ---- 180
اشارة ---- 180
كلام الشهيد الثاني ---- 181
إشكال الشيخ على الشهيد الثاني ---- 182
انتصار المحقّق الخراساني للشهيد الثاني ---- 182
دفع جواب المحقق الخراساني ---- 183
المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه ---- 184
اشارة ---- 184
الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد ---- 184
الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز ---- 184
الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون ---- 184
إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ---- 185

الجواب عن إشكال المحقّق الرشتي ---- 186

الإشكال على ما أفاده الشيخ ---- 187

المختار ---- 187

المسألة السادسة: في تصرف الغابن بغير النقل ---- 188

اشارة ---- 188

[النحو الأوّل]: أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة ---- 188

اشارة ---- 188

ظاهر مراد الشيخ واختياره ---- 190

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ ---- 190

الحق في المسألة ---- 192

تصرف الغابن بالإجارة ---- 193

وجوه المسألة ---- 193

اشارة ---- 193

مختار الشيخ ---- 193

مختار المحقّق القمي ---- 193

اشارة ---- 193

إشكال الشيخ على المحقّق القمي ---- 194

مختار العلاّمة ---- 194

التحقيق في المسألة ---- 195

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة ---- 196

اشارة ---- 196

النحو الأوّل: الزيادة الحكمية ---- 196

اشارة ---- 196

الأقوال في الزيادة الحكمية ---- 196

القول الأوّل ---- 196

القول الثاني ---- 197
القول الثالث ---- 197
إشكال المحقّق الأصفهاني على الشركة في المالية ---- 197
المناقشة في كلام المحقّق الأصفهاني ---- 198
خلاصة البحث وبيان المختار ---- 200
النحو الثاني [من أقسام التصرف بما يوجب]: الزيادة الخارجية ---- 200
اشارة ---- 200
القول الأول ---- 200
القول الثاني ---- 201
القول الثالث ---- 201
تحقيق المحقّق الرشتي في المسألة ---- 202
اشارة ---- 202
المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي ---- 205
إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام ---- 207
اشارة ---- 207
المناقشة فيما أفاده المحقّق الخراساني ---- 208
المناقشة في كلام الشيخ ---- 211
مبنى المحقّق الأصفهاني في المقام ---- 211
اشارة ---- 211
الإشكال على المحقّق الأصفهاني ---- 212
زبدة المخّض ---- 213
تنبيهات ---- 215
التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة ---- 215
اشارة ---- 215
الأقوال في المسألة ---- 215

اشارة 215
القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ 216
القول الثاني: أن لا تنفسخ الإجارة 216
القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقّق القمي 217
مقتضى التحقيق في المسألة 217
التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلّس 219
اشارة 219
ما أفاده الشيخ من الفرق 219
اشارة 219
المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق 220
التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه 221
اشارة 221
بيان الوجوه في المسألة وأدلتها 221
اشارة 221
الوجه الأول 221
الوجه الثاني 222
الوجه الثالث 222
مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها 222
اشارة 222
الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار 224
التنبيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع 225
التنبيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع 225
اشارة 225
إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه 226
[مسألة]: التصرف بالامتزاج 228

اشارة ---- 228
الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه ---- 228
اشارة ---- 228
مقتضى التحقيق في القسم الأوّل ---- 229
اشارة ---- 229
إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ ودفعه ---- 231
مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك ---- 231
مختار المحقّق الخراساني ومناقشته ---- 232
مختار المحقّق النائيني ومناقشته ---- 233
مختار السيّد اليزدي ومناقشته ---- 234
الحق في هذه الصورة ---- 236
الصورة الثانية: امتزاج المبيع بجنسه ---- 236
اشارة ---- 236
أ: في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين ---- 237
ب: في امتزاج المالين إذا كانا لمالك واحد ---- 240
دعوى الشيخ الطوسي الربا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها ---- 242
مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن ---- 244
اشارة ---- 244
في حكم تلف ما عند المغبون ---- 244
اشارة ---- 244
في حكم تلف ما عند الغابن ---- 246
مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه ---- 248
اشارة ---- 248
حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع ---- 249
حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر ---- 249

اشارة 249
حاجة لا ضرر للجبر عند المحقّقين الخراساني والأصفهاني ورده 249
حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازي 250
مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي؟ 252
اشارة 252
دليل القول بالفور 252
الدليل الأول 252
تقرير المحقّق الكركي للدليل الأول 252
دليل القول بالتراخي 254
اشارة 254
رأي صاحب الرياض 254
مناقشة الشيخ في الأدلة 254
مناقشة الشيخ فيما قرره المحقّق الثاني 255
مناقشة الشيخ في الاستصحاب 256
مناقشة الشيخ لصاحب الرياض 258
إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ 259
المناقشة في كلام المحقّق الخراساني 260
إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ورَدّه 261
اشارة 261
مختار الشيخ في المقام 262
المناقشة في مختار الشيخ 263
إشكال الشيخ على المحقّق الثاني 264
الحق في المسألة 265
الخامس: خيار التأخير 267
اشارة 267

أدلة خيار التأخير عند الشيخ 267
إشكال الشيخ على مدلول الروايات 269
جواب الشيخ عن الإشكال 270
المناقشة في أدلة الشيخ 270
إشكال المحقّق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه 272
مناقشة المحقّق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردّها 272
التحقيق في التمسك بلا ضرر 275
ردّ ما أفاده المحقّق الحائري 277
المناقشة في الاستدلال بالروايات 278
المناقشة في تقريبي الشيخ للاستدلال بالروايات 278
تقريب المحقّق الخراساني الاستدلال بالروايات 279
كلام صاحب الجواهر 280
التحقيق في كلام صاحب الجواهر 284
تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات 287
المناقشة فيما أفاده المحقّق الاصفهاني 289
كلام المحقّق الحائري لرفع التعارض بين الروايات 292
المناقشة في ما أفاده المحقّق الحائري 293
ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات 293
التحقيق في المسألة البحث في المقامين 295
اشارة 295
مقام الأوّل: مقتضى القاعدة 295
المقام الثاني: مقتضى الروايات 296
مقتضى الأصل العملي في المسألة 299
شروط خيار التأخير 300
الشرط الأول: عدم قبض المبيع 300

اشارة 300
إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات 300
إشكال الشيخ عليهما 301
إشكال المحقّق الإيراني على الشيخ 301
تأييد المحقّق الرشتي للشيخ 303
الحق في لفظ الرواية ومفادها 303
إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه 305
إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ ودفعه 306
المناقشة في أصل عدم التشديد 306
ونتيجة البحث: 308
تحقيق المحقّق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن 308
المناقشة في تحقيق المحقّق الخراساني 310
فروع 312
الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع 312
اشارة 312
استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار 312
إشكال المحقّق السيّد الخوئي على الشيخ 313
التحقيق في المسألة 313
ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال: 313
الفرع الثاني: لوقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع 315
اشارة 315
رأي الشيخ في المسألة 316
المناقشة فيما اختاره الشيخ 317
فتحصل إلى هنا: 318
التحقيق في المسالة 318

الفرع الثالث: لو مكّن [البائعُ] المشتري من القبض فلم يقبض ---------- 321
اشارة ---------- 321
رأي الشيخ ---------- 321
رأي صاحب الجواهر ---------- 322
التحقيق في المسألة ---------- 322
الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع ---------- 325
اشارة ---------- 325
إشكال على المحقّق الرشتي ---------- 326
إشكال ودفع ---------- 327
جواب المحقّق الرشتي ---------- 327
المناقشة في الدفع ---------- 328
الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن ---------- 332
اشارة ---------- 332
الحق في المسالة ---------- 334
مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها ---------- 335
فروع ---------- 336
الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري ---------- 336
اشارة ---------- 336
رأي الشيخ ودليله ---------- 336
لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حقّ ---------- 336
إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ ---------- 337
إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ودفعه ---------- 337
دفع شبهة أثارها المحقّق النائيني ---------- 338
[الفرع الثاني]: عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق ---------- 340
[الفرع الثالث] لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري ---------- 340

بيان آخر للمحقّق النائيني لعدم كاشفية الإجازة 346
الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين عن الثلاثة 350
الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه 353
الشرط الخامس: عدم الخيار لها أو لأحدهما 356
الشرط السادس: تعدد المتعاقدين 362
الشرط السابع: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية 364
مسقطات خيار التأخير 365
اشارة 365
تنبيهٌ: مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير 369
اشارة 369
الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص 369
الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة 373
الرابع: أخذ الثمن من المشتري 374
تأييد المحقّق الأصفهاني للشيخ 378
المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني 378
الخامس: مطالبة الثمن 381
إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه 383
المناقشة في استدلال الشيخ الأعظم 383
مقتضى التحقيق في المسألة 386
الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع 387
الحكم إذا كان المستند لا ضرر 388
الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي 390
الحكم إذا كان المستند الأخبار 390
اشارة 390
[ال-]فرع [الأوّل]: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه 395

اشارة 395
التحقيق في المسألة 395
[ال-]فرع [الثاني]: في تلف الثمن 397
المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه 398
السادس: خيار الرؤية 406
اشارة 406
تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه 406
المناقشة في تحرير الشيخ 407
مقتضى التحقيق 409
في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه 412
مسألة: مورد خيار الرؤية 417
اشارة 417
فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع 419
المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع 420
الإشكالات الواردة في المقام ودفعها 420
اشارة 420
الإشكال الأول وجوابه 420
الإشكال الثاني 422
الإشكال الثالث 422
جواب الشيخ عن الإشكالين الثاني والثالث 423
الإشكال الرابع والجواب عليه 423
إشكال المحقّق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ 424
رد إشكال المحقّق الخراساني 425
إشكال المحقّق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ 426
الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني 427

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور ---- 428
اشارة ---- 428
[ردّ الوجه الأوّل] ---- 428
[توضيح الوجه الثاني ونقده] ---- 429
اشارة ---- 429
النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقّق الأردبيلي ---- 429
النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقّق الأردبيلي ---- 430
النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر ---- 431
جواب إشكال الشيخ ---- 433
خلاصة البحث ---- 436
إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض ---- 436
مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟ ---- 440
اشارة ---- 440
مقتضى القاعدة عند الشيخ ---- 441
اشارة ---- 441
مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ ---- 443
دليل القول بالتراخي ---- 443
نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام ---- 444
التحقيق في أصل المسالة ---- 445
اشارة ---- 445
مقتضى القاعدة ---- 445
مقتضى الأدلة الخاصة ---- 446
اشارة ---- 446
الوجه الأول: قاعدة لا ضرر ---- 447
اشارة ---- 447

الإشكال في هذا الوجه 447
الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي 447
الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة 448
اشارة 448
مفادها عند الشيخ 448
المناقشة في ما أفاده الشيخ 448
مفاد الرواية عند المحقّق السيّد الخوئي 448
الإشكال فيما أفاده المحقّق الخوئي 450
الصحيح في مفاد الرواية 450
خلاصة البحث 452
مسقطات خيار الرؤية 453
المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً 453
المسقط الثاني: الإسقاط 453
اشارة 453
الإسقاط بعد الرؤية 453
الإسقاط قبل الرؤية 453
الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية 454
اشارة 454
التقريب الأول للإشكال ودفعه 454
التقريب الثاني للإشكال ودفعه 455
الصحيح في الإشكال 455
عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال 456
جواب المحقّق الرشتي 456
المناقشة في جواب المحقّق الرشتي 456
جواب المحقّق الخراساني ومناقشته 457

بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه ---- 460
اشارة ---- 460
الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله ---- 461
الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله ---- 461
الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله ---- 461
دليل المحقّق الثاني ومناقشته ---- 462
الدليل المعتمد عند الشيخ ---- 462
دفع إشكال ---- 463
جواب المحقّق الخراساني عن إشكال الشيخ ---- 464
دفع جواب المحقّق الخراساني ---- 465
الإيراد على الشيخ ---- 465
الدفاع عن الشيخ ---- 466
الحق في المسالة ---- 467
في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط ---- 469
مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين ---- 472
اشارة ---- 472
المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخياربذل التفاوت ولا بإبدال العين ---- 472
المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف ---- 472
اشارة ---- 472
رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه ---- 473
المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد ---- 474
المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق ---- 475
اشارة ---- 475
التحقيق في المسألة ---- 475
مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد ---- 486

اشارة 486

إشكال المحقّقين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ 487

دفع إيراد العلمين 488

مقتضى التحقيق في المقام 490

اشارة 490

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار 490

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط 491

بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر 491

المناقشة في كلام صاحب الجواهر 492

كلام المحقّق الرشتي والإشكال فيه 494

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه 495

اشارة 495

شرح كلام الشيخ الأعظم 495

اشارة 495

ضابطة تشخيص المدّعي والمنكر 498

مستند المحقّق الرشتي في القول بالتحالف 498

المناقشة في كلام المحقّق الرشتي 499

أدلة القول بتقديم قول المشتري 500

مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري 500

المناقشة في تقريب الشيخ 501

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته 501

مستند المحقّق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته 502

أدلة القول بتقديم قول البائع 502

اشارة 502

رأي السيّد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام 503

التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع ---------- 503
الخلاصة ---------- 507
مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول ---------- 509
اشارة ---------- 509
تحقيق الشيخ في المسألة ---------- 509
اشارة ---------- 509
أدلة القول بالبطلان ---------- 511
تنبيه ---------- 512
فهرس المطالب ---------- 514
تعريف مركز ---------- 546

الآراء الفقيهة-قسم الخيارات2- المجلد 11

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: النجفي، هادي، 1342 -

عنوان واسم المؤلف: الاراء الفقهية/ تاليف هادي النجفي.

تفاصيل المنشور: اصفهان: مهر قائم، 1401.

مواصفات المظهر: 3 ج.

شابک : 0 20000 ریال: دوره: 978-964-7331-77-7 ؛ ج. 1: 978-964-7331-74-6 ؛ ج. 2: 978-964-7331-75-2 ؛ ج. 3: 978-964-7331-85-2

حالة الاستماع: فاپا/الاستعانة بمصادر خارجية.

لسان: العربية.

ملحوظة: ج. 2 و 3 (الطبعة الأولى: 1429ق. = 1387).

ملحوظة: فهرس.

موضوع : المعاملات (فقه)

موضوع : خيار العيب

موضوع : فقه جعفري -- قرن 14

ترتيب الكونجرس: BP190/1/ن3آ4 1387

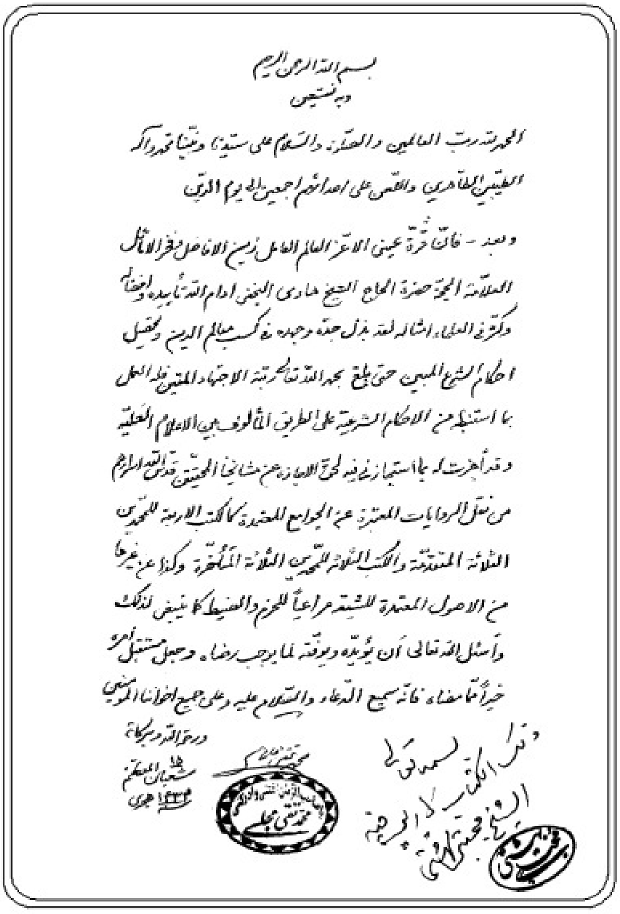
تصنيف ديوي: 297/372

رقم الببليوغرافيا الوطنية: 1245417

ص: 1

اشارة

صورة



بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعن على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين

وبعد - فإن قرة عيني الأعز العالم العامل زين الأفاضل وفخر الأماثل العلامة الحجة حضرة الحاج الشيخ هادي النجفي أدام الله تأييده وإفضاله وكثّر في العلماء أمثاله لقد بذل جهده وجدّه في كسب معالم الدين وتحصيل أحكام الشرع المبين حتى بلغ بحمد الله تعالى مرتبة الاجتهاد المتقن فله العمل بما استنبطه من الأحكام الشرعية على الطريق المألوف بين الأعلام الفعلية وقد أجزت له بما استجازني فيه لحق الإجازة عن مشايخنا المحققين قدس الله أسرارهم من نقل الروايات المعتبرة عن الجوامع المعتمدة كالكتب الأربعة للمحمدين الثلاثة المتقدمة والكتب الثلاث للمحمدين الثلاثة المتأخرة وكذا عن غيرها من الأصول المعتبرة للشيعة مراعياً للحزم والضبط كما ينبغي لذلك وأسأل الله تعالى أن يؤيده ويوفقه لما يوجب رضاه ويجعل مستقبل أمره خيراً من ماضيه إنه سميع الدعاء والسلام عليه وعلى جميع إخواننا المؤمنين ورحمة الله وبركاته

[illegible] شعبان المعظم [illegible] هجري

محمد تقي مجلسي

[illegible]

تقريظ سماحة المرجع الديني آيةالله العظمى الشيخ يدالله الدوزدوزاني التبريزي (دام ظله)

تتمة أقسام الخيار

اشارة

ص: 5

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على نبيّنا نبي الرحمة محمّد رسول الله وعلى أهل بيته الأئمة الأطهار لاسيّما على الحجة الثاني عشر صاحب العصر والزمان(عجل الله تعالى فرجه الشريف)، واللعنة الدائمة الأبدية السرمدية على أعدائهم ومخالفيهم ومنكري فضائلهم وحقوقهم.

أمّا بعد؛ فهذا الجزء الحادي عشر من كتاب الآراء الفقهية المشتمل على دروسي حول خيارات الغبن والتأخير والرؤية، قد ابتدأت بها في يوم الإثنين الخامس من ربيع الآخر سنة 1441 (18/9/1398ش) وقد فرغت منها في يوم السبت التاسع من جمادي الأخرى سنة 1442 (4/11/1399ش) في مدرسة الصدر بالحوزة العلمية في مدينة اصفهان صانها الله من الحدثان، وأصوات مجلس الدرس موجودة على سايتي على النت ALNajafi.ir ومن أراد فليراجع إليها. وأخذت كلّها من بحوث أستاذنا المحقّق آيةالله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني(1) (دام ظله) والفقيه المدقّق آيةالله العظمى السيّد محمّد الروحاني(2) (قدس سره) وأستاذهما مرجع الطائفة آيةالله العظمى السيّد أبوالقاسم الخوئي(3) (قدس سره) مع تصحيحات، تحقيقات، إضافات وحذف ولهم الفضل.

والحمدلله أوّلاً وآخراً

26 ربيع الآخر 1444

اصفهان - هادي النجفي

ص: 6

1- بغية الراغب في مباني المكاسب، بقلم الحجة الشيخ نزار آل سنبل القطيفي،.

2- المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات، بقلم الشهيد آيةالله السيّد عبدالصاحب الحكيم (قدس سره) .

3- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات، بقلم آيةالله المرجع الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي (قدس سره) ومصباح الفقاهة في المعاملات، بقلم آيةالله الشيخ محمّدعلي التوحيدي (قدس سره) .

الرابع: خيار الغبن

اشارة

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

الجهة الأولى: خيار الغبن لغة واصطلاحاً

«الغبن لغة: الخديعة، قال الشيخ (قدس سره) : (وأصله الخديعة، قال في الصحاح: «هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي»(1))(2)

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

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

1- الصحاح 6/2172، مادة غبن.

2- المكاسب 5/157.

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

ثمّ إن ما تعرض إليه الفقهاء كالشيخ (قدس سره) ، من بيان المعنى اللغوي للغبن إنما يحسن لو كان العنوان مأخوذاً في لسان الأدلة، كما لو كان المستند دليلاً لفظياً خاصاً ذكرت فيه لفظة الغبن، فيرجع إلى اللغة والعرف لتعيين معناه، وأما مع كون المستند «لا ضرر»، أو عقد المستثنى، أو المستثنى منه في قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)(1)، أو الشرط الارتكازي، أو الإجماع، فلا حاجة للبحث اللغوي؛ لعدم الرجوع إلى اللغة والعرف حينئذٍ.

نعم، يمكن أن يكون المصحّح لما ذكروه، هو أن بعض الأدلة التي استدل بها لخيار الغبن - كما في الجواهر(2) - روايةٌ كَـ«غبن المسترسل سحت»(3)، و «غبن المؤمن حرام»(4)، و «لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل»(5)، وإن كان الاستدلال بها موضع إشكال، ولكن ذكر الغبن فيها مصحح لطرح المعنى اللغوي»(6)

الجهة الثانية: اجماع الطائفة على خيار الغبن

اشارة

قال السيّد العاملي: «المشهور بين الأصحاب ثبوت خيار الغبن كما في المهذب

ص: 8

1- سورة النساء /29.

2- جواهر الكلام 24/72 (23/41).

3- وسائل الشيعة 18/31، ح1، الباب 17 من أبواب الخيار، خبر إسحاق بن عمار.

4- وسائل الشيعة 18/32، ح2، الباب 17 من أبواب الخيار، صحيحة مُيَسَّر.

5- وسائل الشيعة 17/385، ح7، الباب 2 من أبواب آداب التجارة، مرسلة أحمد بن محمّد بن يحيى.

6- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(13-11).

البارع(1) وغاية المرام(2) والروضة(3) وخصوصاً المتأخّرين كما في المسالك(4) والكفاية(5) بـل كاد يكون إجماعاً بين المتأخّرون كما في إيضـاح النافع وعليه المتأخّرين كما في التنقيح(6) والشـيخ وأتباعه كما في الدروس(7) و علماؤنا كما في التـذكرة(8) وإجماع الطائفة كما في الغنية(9)

وبـه صـرّح في المبسـوط(10) والخلاف(11) والوسـيلة(12) والغنية(13) والسـرائر(14) والشـرائع(15) والنـافع(16) والتحرير(17) والتذكرة(18) والإرشاد(19) والتبصرة(20) والدروس(21)

ص: 9

1- المهذب الباع 2/374.

2- غاية المرام 2/36.

3- الروضة البهية 3/463.

4- مسالك الأفهام 3/203.

5- كفاية الأحكام 1/465.

6- التنقيح الرائع 2/47.

7- الدروس الشرعية 3/275.

8- تذكرة الفقهاء 11/68.

9- غنية النزوع /224.

10- المبسوط 2/87.

11- الخلاف 3/41، مسألة 60.

12- الوسيلة /227.

13- غنية النزوع /224.

14- السرائر 2/249.

15- شرائع الإسلام 2/22.

16- المختصر النافع /121.

17- تحرير الأحكام 2/288.

18- تذكرة الفقهاء 11/68.

19- إرشاد الأذهان 1/374.

20- تبصرة المتعلّمين /90.

21- الدروس الشرعية 3/275.

واللمعة(1) والحواشي المنسوبة إلى الشـهيد(2) والتنقيح(3) وغايـة المرام(4) وجامع المقاصد(5) وتعليق الإرشاد(6) وإيضاح النافع والميسية والمسالك(7) والروضة(8) ومجمع البرهان(9) وبه صـرّح يحيى بن سـعيد في جامع الشرائع(10) في مسألـة تلقّي الركب، وكذا المصنّف في نهاية الإحكام(11) إن قلنا: إنّ المسألتين من سنخٍ واحد كما صرّح به بعضهم(12)

وينبغي أن يكون مذهب القاضي(13) لأنّه من أعاظم أتباع الشيخ، وقد نسبه الشهيد(14) إلى الأتباع، ولم يحضرني من كتبه إلّا الجواهر.

وهو ظاهر باقي المتأخّرين(15) من شارحين ومحشّين. وإن كانت مسألة التلقّي من سنخ هذه المسألة كان جميع المتأخرين مصرّحين به إلّا من شذّ. وقد أسبغنا

ص: 10

1- اللمعة الدمشقية /128.

2- لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

3- التنقيح الرائع 2/47.

4- غاية المرام 2/36 و 45.

5- جامع المقاصد 4/294.

6- حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج9) في الخيار /393.

7- مسالك الأفهام 3/203.

8- الروضة البهية 3/463.

9- مجمع الفائدة والبرهان 8/403.

10- الجامع للشرائع /257.

11- نهاية الإحكام 2/517.

12- كالعلّامة في تذكرة الفقهاء 11/69.

13- المهذب البارع 1/361.

14- الدروس الشرعية 3/258.

15- كرياض المسائل 8/190؛ إيضاح الفوائد 1/484؛ فوائد القواعد /613 و 614؛ كشف الرموز 1/458؛ غاية المراد 2/99.

الكلام(1) فيها بما لا مزيد عليه.

وكم من حكمٍ معروفٍ مشهورٍ خلت عنه المقنعة والإنتصار والمراسم، فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا يورث ريبة فيه. وأمّا الهداية والمقنع فقد خلا عنهما أكثر الأحكام، وأبو عليّ لم يزل موافقاً للعامّة. وقد نقل في الخلاف(2) مخالفة أبي حنيفة والشافعي ومالك وأبي يوسف لنا في هذا الفرع، وسكت عن باقي علمائهم، على أنّ الشهيد(3) إنّما نسب الخلاف إلى ظاهر أبي عليّ وأمّا المحقّق فما كنّا لنلتفت إلى ما ينقل عنه في الدروس(4) مع ما نشاهده منه.

فقد ظهر أنّ قول الشهيدين(5) ومَن تأخّر عنهما(6) «إنّ أكثر القدماء لم يذكروه» كأنّه لم يصادف محزّه كما عرفت، ولا وجه أصلاً لاستظهار صاحب الكفاية(7) عدم ثبوت الإجماع، وقوله «للتأمّل فيه مجال» وقد تبعه على ذلك صاحب الحدائق(8)»(9)

وذكر صاحب الجواهر أنّ الاجماع «بعد التتبع الحجة»(10).

1- تقدّم في 2/(333-348).
2- الخلاف 3/(41-42)، مسألة 60.
3- الدروس الشرعية 3/275.
4- المصدر السابق.
5- المصدر السابق؛ مسالك الأفهام 3/203.
6- منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع 2/47؛ والبحراني في الحدائق الناضرة 19/40؛ وأبوالعباس في المهذّب البارع 2/374.
7- كفاية الأحكام 1/466.
8- الحدائق الناضرة 19/(40-41).
9- مفتاح الكرامة 14/(222-225).
10- الجواهر 24/72 (23/41).

ولكن قد يستشكل في ثبوت هذا الاجماع صغرى وكبرى:

أمّا الصغرى: ففيه اشكالان

اشارة

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

الثاني: ما نقل من إنكار المحقق (قدس سره) له في مجلس درسه.(1)

الجواب عن الإشكال

ويندفع الثاني بأن المحقق (قدس سره) ذكره في الشرائع رابع الخيارات(2)، وما ذكره في الشرائع مقدم على ما نقل عنه في مجلس الدرس.

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه

ولكن المحقق الرشتي (قدس سره) قال: بأن المورد من موارد تعارض الكتابة مع القول، فالمكتوب في الشرائع معارض لقوله (قدس سره) في الدرس، وقد تقرّر في محله تقديم القول على الكتابة عند التعارض، فلا ينعقد الإجماع مع مخالفة المحقق (قدس سره) .(3)

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

1- حكاه الشهيد (قدس سره) في الدروس 3/275؛ حيث قال: «وربما قال المحقّق في الدرس: بعدم خيار الغبن».

2- الشرائع 2/277؛ حيث قال: «الرابع: [خيار الغبن] من اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء».

3- فقه الإمامية، قسم الخيارات /387.

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

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

نعم لو استفتي المحقق (قدس سره) وأجاب بالقول، فهو معارض للكتابة، ولا وجه لتقديم القول أيضاً؛ لكون كل منهما في مقام الفتوى وبيان الرأي، فينبغي أن يلاحظ تأريخ صدروهما فيؤخذ بالمتأخر إن عرف وإلا جرت قاعدة مجهولي التأريخ.

فالحق أن المحقّق (قدس سره) غير مخالف قطعاً، بل هو قائل بأن خيار الغبن أحد أقسام الخيار، وإنما الإشكال في الإجماع من الجهة الأولى، أي عدم تعرض عدّة من الفقهاء المتقدمين في متونهم الفقهية له مع كونهم في مقام استقصاء أقسام الخيار.(1)

الإشكال في كبرى الإجماع

ثمّ إن الإجماع محل إشكال من ناحية الكبري؛ فإنه مدركي؛ حيث استند المجمعون إلى آية (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(2)، أو إلى قاعدة «لا ضرر»، أو إلى الشرط الارتكازي، فما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) ممنوع صغرى وكبرى»(3)

1- وقد عرفت جوابه من كلام السيّد العاملي (رحمة الله) في مفتاح الكرامة. كما مرّ آنفاً [المؤلف].

2- سورة النساء /29.

3- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(17-15).

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن

1- قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)

اشارة

استدل العلّامة بعقد المستثنى من هذه الآية الشريفة وقال: ««ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض»(1)؛ فإن المعاملة بين الطرفين مبنية على التساوي بين الثمن والمثمن في المالية، ومع عدمه لا تكون تجارة عن تراض.

اشكال صاحب الجواهر على العلّامة

وأورد عليه صاحب الجواهر (قدس سره) : بحصول الرضا الفعلي بالمعاملة بين الطرفين، وإن كان الداعي له الجهل بالقيمة، وما عليه المدار هو الرضا الفعلي بها، وإلا لكانت باطلة، وعدم الرضا تقديري، بمعنى أنه لو علم لم يرض، وهو غير مضر بالمعاملة.(2)

دفاع الشيخ عن العلّامة

وأجاب عنه الشيخ (قدس سره) بتوجيه استدلال العلّامة (رحمة الله) بقوله: «إنّ رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه مبني على عنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنّه قال: «اشتريت هذا الذي يساوي درهماً بدرهم»، فإذا تبيّن أنه لا يساوي درهماً تبيّن أنه لم يكن راضياً به عوضاً»(3)

فلم يثبت الرضا بقول مطلق، ولم ينفه كذلك.

وبما أن هذا المقدار من التوجيه لا يرفع الإشكال بالمرة، بل يبقى إشكالان:

الأوّل: أنه إذا كان الرضا مبنياً على تساوي الثمن والمثمن في المالية، فمع عدمه ينتفي الرضا، فيلزم البطلان.

1- التذكرة 11/68.
2- جواهر الكلام 24/73 (23/42).
3- المكاسب 5/158.

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

أجاب الشيخ (قدس سره) عن الأوّل بقوله: «لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع - ولم يكن من مقوّماته - لم يكن تبيّن فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة، التي لا يوجب تبيّن فقدها إلّا الخيار»(1)، كما هوا لحال في تخلف الكتابة عن العبد والعربية عن الفرس.

وأجاب عن الثاني بقوله: «فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكره»(2)؛ فإن ما نحن فيه لم يكن البيع من الفضولي، ولا- من المكره، بل كان من المالك المختار، فالرضا المتعقب موجب لصحة البيع بطريق أولى من بيع الفضولي والمكره المتعقبين بالرضا.

مناقشة الشيخ للعلّامة

ثمّ أورد (قدس سره) على العلّامة (رحمة الله) إشكالين:

الأوّل: استدلال العلّامة (رحمة الله) يتوقف على كون الوصف المذكور - أي تساوي الثمن والمثمن في المالية - عنواناً لا داعياً وهو ليس كذلك.

توضيح ذلك: أن الداعي لا يقع تحت الإنشاء، ولا يتعلق الإنشاء به، فتخلّفه لا يؤثر في المعاملة، من حيث البطلان، ولا اللزوم، فلا تقع باطلة، ولا تكون جائزة، وذلك من قبيل ما لو اشترى الرجل المتاع بداعي مجيئ الضيف له، فتبيّن عدم مجيئه؛ فإن ذلك لا يخلّ بصحتها، ولا بلزومها.

1- المكاسب 5/159.
2- المكاسب 5/159.

وأما العنوان فيقع تحت الإنشاء، فإن كان من العناوين المقوّمة للمبيع، وأخذ في مقام الإنشاء، أوجب تخلّفه بطلان المعاملة، كما لو اشترى العبد، فتبيّن جارية، وإن كان من الأوصاف أثّر في اللزوم، فأوجب تخلّفه الخيار، كما لو اشترى العبد الكاتب، فتبيّن عدم كونه كاتباً.

والتساوي في الماليـة، ليس منهما، بل أخـذ بنحو الـداعي للمعاملـة؛ فإن الـداعي له، أن لا يكون مغبوناً، وأن يأخذ بقيمة ما أعطى، وتخلّف الداعي لا يوجب بطلان المعاملة، ولا تزلزلها.

الثاني: أن لو كان من العناوين، فهو غير مؤثر أيضاً، ما لم يؤخـذ في متن العقـد، كأن يقول: «اشتريت المتاع بدرهم على أن يكون مساوياً له في المالية»، أو «بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً»، وما لم يؤخذ فيه - كما هو الحال في المقام - لم يكن تخلّفه موجباً للخيار.(1)

ردّ مناقشة الشيخ للعلّامة

وهنا جهتان من البحث:

الجهة الأولى: في كون التوجيه رافعاً لإشكال صاحب الجواهر (قدس سره) وعدمه، والذي يظهر من الشيخ (قدس سره) - مع قطع النظر عن إشكاليه - أنه رافع له؛ ولكنّه بعـد ذكره الإشكالين قـال: «ولو أبـدل (قـدس سـره) هـذه الآيـة بقوله تعـالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(2) كان أولى»(3)

الجهة الثانية: في إشكالي الشيخ (قدس سره) ، والصحيح عدم ورودهما على العلّامة (قدس سره) :

أما الأوّل؛ فلأن الغرض الأوّل عند العقلاء في معاملاتهم البيعية هو حفظ

1- المكاسب 5/195.

2- سورة النساء /29.

3- المكاسب 5/159.

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

وبناء على هـذا البناء العقلائي يكون جعل التساوي في المالية من العناوين المقصودة عندهم، وأن الإنشاءات واردة على هذه الخصوصـيه، فلا يشتري العاقل المتاع بألف دينار، بنحو مطلق، أي حتّى لو كانت قيمته بنصـفه، فالمعاملـة من الأوّل مقيدة بأن لا تنقص قيمة المتاع عن هذا المبلغ بالنحو المتعارف، فعدم كونه مغبوناً من القيود المأخوذة في العقد.

نعم، لا شك أن كل واحـد من المتبايعين يريـد أن يحصل على ربـح كبير، ولكن ما يريده راجع إلى هوى النفس، وأما ما عند العقلاء – بما هم عقلاـء – فهو الربـح بـالنحو المتعارف، فلا تزيـد القيمـة زيادة فاحشـة لا يتسامـح فيه، وأما ما يتسامـح فيه، فلا مانع منه، ولـم يمنع منه الفقهاء.

وعليه، فإنكار كون التساوي من العناوين المقصودة في الإنشاء ممنوع بلا تأمل.

وأمـا الثاني: فلأن الخصوصـية [التساوي] – سواء أكانت من العناوين، أم من الأوصاف، أم من القيود – إن كانت مركوزة في أذهان العقلاء، فيكفي ذلك أن يكون العقد مبنياً عليها، وإن لم تذكر في متن العقد، ويكفي في تحقق عنوان الشرط ومفهومه، أن يكون العقد مبنياً عليها.

وبعبارة أخرى: إن القيود والعناوين، إن كانت من الأغراض الشخصـية، التي يتعلق به غرض صاحب المعاملة، فلابدّ لتحقق كونها شرطاً من ذكرها في متن العقد.

وإن كـانت من الأـغراض النوعيـة، التي يتعلق بهـا غرض العقلاـء، فبنـاؤهم على إنشاء المعاملـة مبنياً عليها، فتكون شـرطاً فيها، فمثلاً من الخصوصيات التي يوجب تخلّفها الخيار مع عدم ذكرها في متن العقد، هو بناء كل معاملة على تسليم الثمن

واستلام المثمن، فلو سلّم أحدهما ما عليه دون الآخر كان للأوّل الخيار؛ وذلك لأن هذه الخصوصية مرتكزة في أذهان العقلاء، أي أنه أخذ التسليم والاستلام بعد تمامية كل معاملة في ذهنهم، فيكون تخلّفها منشأ للخيار، من غير حاجة لأخذها في متن العقد.

الصحيح في الإشكال على استدلال العلّامة

وأما أصل استدلال العلّامة (قدس سره) فهو غير تام أيضاً(1)؛ وذلك لأن الرضا في المعاملة غير مهمل قطعاً، فإما أن لا يحصل الرضا مطلقاً في فرض عدم التساوي في المالية، فلا تصح المعاملة؛ لأن التراضي قيد فيها؛ بمقتضى قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

وإما أن يحصل الرضا بنحو مطلق، حتّى مع فرض عدم التساوي في المالية، فالمعاملة صحيحة، ولازمة بلا إشكال.

وإما أن يحصل الرضا، معلّقاً على التساوي في المالية، فتبطل المعاملة أيضاً؛ بمقتضى التعليق المجمع على بطلانه.

وعليه فالاستدلال بالآية على صحة المعاملة مع الخيار باطل على جميع تقادير المسألة؛ لدورانها بين الصحة واللزوم، أو البطلان، والخيار فرع الصحة»(2)

2- قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)

2- قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(3)

تقريب الاستدلال بهذه الآية على وجهين:

1- لما ذكرنا في بيع الفضولي من أنّ صحة المعاملات مستندة إلى استنادها إلى أربابها ولا يدخل فيها الرضا فالاستدلال باطل من رأسه. ثمّ بعد العدول عن الاستناد يجري في المقام ما ذكره الاستاذ المحقّق (دام ظله) [المؤلف].

2- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(23-17).

3- سورتا البقرة /188 والنساء /29.

«أحدهما: ما أفاده شيخنا الأنصاري(1) (قدس سره) وملخّصه: أنّ للبيع مع [الغبن] صور ثلاث، الأولى: البيع قبل انكشاف الغبن وقبل الرضا به.

الثانية: البيع بعد انكشاف الغبن وبعد عدم الرضا به.

الثالثة: البيع بعد انكشاف الغبن مع الرضا به.

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

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

وأمّا الصورة الأولى: فلازم ما ذكرناه في الصورة الثانية وإن كان هو بطلانها أيضاً، لأنّ مقتضى قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) هو عدم جواز أكل أموال لناس بغير رضى منهم، والمفروض في الصورة الأُولى عدم رضا المغبون لعدم علمه بالحال، ومع عدم الرضا لا تكون المعاملة صحيحة ومن التجارة عن تراضٍ فلا محالة تقع فاسدة، إلّا أنّا خبرجنا عن مقتضى الآية المباركة في الصورة الأُولى بالاجماع القائم على صحة المعاملة قبل انكشاف الغبن وقبل رضا المغبون هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سره) في تقريب الاستدلال بالآية المباركة.

ويرد عليه وجوه:

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

1- المكاسب 5/159.

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

الثاني: أنّ خروج الصورة الأُولى بالاجماع ليس من جهة إجماع تعبّدي قام على صحتها مع كونها من الأكل بالباطل، فإنّ الآية آبية عن التخصيص، بل صحتها من جهة التخصّص وعدم كونها من قبيل أكل المال بالباطل(1) لا أنه منه، إلّا أنّا خرجنا عن بطلانها بالاجماع.

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

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

الوجه الثاني في تقريب الاستدلال بالآية المباركة: ما أفاده [المحقق النائيني](2) (قدس سره) من أنّ المراد بالتجارة في الآية المباركة ليس هو التجارة بالمعنى المصدري، بل المراد بها المعنى الحاصل من المصدر الذي له بقاء، وهذه التجارة التي لها بقاء يعتبر أن تكون مورداً للرضا بحسب الحدوث والبقاء، وعليه فإذا انكشف الحال

1- لأنّ الاستناد إلى المالكين في هذه المعاملة موجودة وهو يخرجها عن كونها من الأكل بالباطل كما مر مراراً وتكراراً [المؤلف].
2- منية الطالب 3/(109-108).

ولم يكن المغبون راضياً بالمعاملة الغبنية فلا محالة تقع المعاملة باطلة، لأنها بحسب الحدوث وإن كانت متعلّقة للرضا إلّا أنها بحسب البقاء خارجة عن الرضا فتكون داخلة في الأكل بالباطل، نعم لو كان راضياً بها بعد الانكشاف فلا محالة تكون المعاملة مصداقاً للتجارة عن تراض وتشملها الآية الشريفة من غير حاجة إلى الاستدلال بما ورد في صحة البيع الصادر عن الاكراه.

[ويرد عليه]: وهذا الوجه أيضاً يلحق بالوجه السابق في أنه لا يرجع إلى محصّل، وذلك

أمّا أوّلاً: فلأنّ لازمه كما أشرنا إليه آنفاً بطلان المعاملة بمجرد انكشاف الغبن مع عدم الرضا من غير حاجة وتوقف على الفسخ، مع أنهم لا يلتزمون بالبطلان قبل فسخها.

وأمّا الثاني: فلأنّ المعتبر في صحة المعاملات هو تعلّق الرضا بها بحسب الحدوث فقط سواء تعلّق بها الرضا بحسب البقاء أيضاً أم لم يتعلّق، وهذا كما إذا باع ثمّ ارتفعت القيمة السوقية فندم البائع ولم يرض بالتجارة بقاءً، فإنّ المعاملة صحيحة حينئذ بلا إشكال، ولم يقم دليل على اعتبار الرضا بالمعاملات بحسب البقاء أيضاً ولعلّه ظاهر. فالانصاف أنّ الآية لا دلالة لها على خيار الغبن بوجه»(1)

3- اثبات خيار الغبن بروايات تلقي الركبان

قال العلّامة: «ولأنّ النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) أثبت الخيار في تلقّي الركبان وإنّما اثبته للغبن»(2)

قد وردت الروايات العامة(3) في تلقي الركبان من أنّهم إذا وردوا السوق ورأوا

ص: 21

1- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/(283-281).

2- تذكرة الفقهاء 11/69.

3- صحيح مسلم 3/157، ح17؛ سنن أبي داود 3/269، ح3437؛ سنن الترمذي 3/524، ح1221؛ سنن البيهقي 5/348؛ مسند أحمد 3/269، ح9951.

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

ويرد عليه أوّلاً: هذه الروايات «إنما نقل بطريق العامة وليست منه في مجاميعنا عين ولا أثر، فلا يمكننا الاعتماد عليه حتّى على تقدير القول بانجبار ضعف الروايات بعمل المشهور على طبقها، وذلك لأنه لم يثبت كونها رواية حتّى تنجبر بعمل المشهور»(1)

وثانياً: لو تمّ سند هذه الروايات يمكن المناقشة في دلالتها: «إذ غاية ما تفيده هذه الروايات هو ثبوت خيار الغبن في هذا المورد الخاص، ولا إطلاق فيها ولا عموم، والتعميم لموارد الغبن الأخرى يتوقف على إلغاء الخصوصية، ولا يكون ذلك إلّا مع القطع، أو مع تنقيح المناط القطعي، واحتمال الخصوصية في المورد كافٍ لرفع اليد عن الإلغاء، فتكون المسألة من موارد مسألة دوران أمر المخصص المنفصل المجمل بين الأقل والأكثر، والقاعدة فيه التمسك - فيما زاد عن القدر المتيقن - بالعام، وهو هنا أصالة اللزوم»(2)

4- قاعدة لا ضرر

أُستدلَّ بقاعدة لا ضرر على ثبوت خيار الغبن وقد عدّه الشيخ الأعظم(3) من أقوى الأدلة في إثباته.

بتقريب: لزوم المعاملات الغبنية حكم يوجب تضرّر المغبون فهو مرتفع بقاعدة لا ضرر فإذا ارتفع اللزوم فيثبت الخيار إذ لا واسطة بينهما.

ص: 22

1- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/284.

2- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/35.

3- المكاسب 5/161.

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

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

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

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

وأمّا انتقاله إلى الورثة فهو لا يثبت بهذا الحديث، لأنه إنّما يقتضي الجواز بالاضافة إلى المغبون لتضرّره بلزوم المعاملة، وأمّا الورثة المتلقّون للملك من مورّثهم فلا يتوجه عليهم ضرر بلزوم هذه المعاملة، غاية الأمر أنّ منفعتهم تقل بذلك، إذ لولا تلك المعاملة لكان المال المنتقل إليهم بمقدار ألف دينار، وأما مع لزوم تلك المعاملة فالمال المنتقل إليهم خمسمائة دينار.

وبالجملة: أنّ الورثة لا يتضررون بلزوم المعاملة بل تقل منفعتهم، فلابدّ تصحيح الانتقال إلى الورثة فيما إذا علم المغبون بالغبن فأراد أن يفسخ المعاملة فمات أو لم يلتفت المغبون إلى الغبن أصلا فمات وعلم به الورثة وأرادوا فسخ المعاملة من إقامة دليل آخر، فيمكن أن يقال إنّ الوجه في انتقال الجواز من المغبون إلى ورثته هو ما استفدناه من بعض الروايات الواردة في الوصية من أنّ الورثة وجود تنزيلى للمورّث وأنهم هو بعينه، غاية الأمر أنّ صورته تبدّلت إلى صورة أخرى، فممّا دلّ على ذلك ما ورد(1) في عدم جواز الوصية بأزيد من مقدار الثلث معلّلاً بأنه تضييع للورثة وظلم في حقّهم، ومن الظاهر أنه لولا اتّحاد الورثة مع المورّث لما كان لهذا النهي وجه، لأنه إنما يتصرف في مال نفسه وهو أجنبي عن ورثته، فهذه الرواية دلّت على أنّ الورثة وجود تنزيلي للمورّث، وحينئذ فإذا ثبت للمورّث جواز فسخ المعاملة من جهة تضرره فلا

1- وسائل الشيعة 19/267، الباب 8 من أبواب كتاب الوصايا.

محالة يثبت ذلك في حق ورثته أيضاً لاتحادهما وكون أحدهما وجوداً تنزيلياً للآخر، هذا كلّه.

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

ثم إنّ وثانياً: [المحقق النائيني](1) (قدس سره) أجاب عن جريان قاعدة نفي الضرر في المقام بما ملخّصه: أنّا إن أثبتنا الخيار في الغبن بالاشتراط الضمني بين العقلاء كما أشرنا إليه سابقاً وقلنا إنّ العقلاء إنما يتبادلون باشتراط التساوي بين الثمن والمثمن بحسب المالية، فحينئذ يمكن أن يقال إنّ لزوم المعاملة في حقه ضرري لأنه على خلاف شرطه، وإلزامه على خلاف ما اشترطه موجب للضرر، إلّا أنّ المدرك حينئذ هو ذلك الاشتراط الضمني دون حديث نفي الضرر.

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

1- منية الطالب 3/(112-111).

شيخنا الأنصاري (قدس سره) وقلنا بأنّ التساوي من قبيل الدواعي للبيع، فحينئذ فلا يبقى مجال للتمسك بحديث نفي الضرر في المقام، لأنه إنما ينتفي الضرر الناشئ من قبل الحكم الشرعي نظير وجوب الوضوء الموجب لتضرّر أحد، وأما الضرر الناشئ من إقدامه بنفسه فلا، والضرر في المقام إنما نشأ من إقدامه على المعاملة بذلك الثمن ولو كان إقدامه عن جهل إلّا أنه أقدم على تلك المعاملة الضررية باختياره والشارع أمضى ما أقدم عليه، وليس الضرر فيها مستنداً إلى حكم الشارع وإلزامه بل مستند إلى إقدامه باختياره، نعم لو كان الضرر مستنداً إلى حكم الشارع كما في إلزامه بالوضوء فلا محالة يرتفع بحديث نفي الضرر.

وبالجملة: أن الضرر إنما يرتفع فيما إذا كان علّته هو الحكم الشرعي أو كان الحكم الشرعي هو الجزء الأخير من علّة التضرّر، والمقام ليس من هذا القبيل لأنّ المفروض أنّ العلّة التامة لتضرره هو إقدامه على المعاملة جهلاً، والشارع لم يلزمه بذلك قبل إقدامه، وإنما أمضى إقدامه بعد ما صدر منه بنفسه واختياره، ثم نظّر المقام بباب الاتلافات والضمانات وأنه إذا أتلف أحد مال غيره جهلاً بتخيل أنه مال نفسه ثم تبيّن أنه للغير أفهل يمكن أن يقال إنّ مقتضى حديث نفي الضرر عدم ضمانه لما أتلفه لأنّ ضمانه أمر ضرري، والوجه في عدم إمكان ذلك هو أنّ الضمان وإن كان أمراً ضررياً على المتلف إلّا أنه أمر قد أقدم عليه باختياره وإن كان جاهلاً والشارع حكم على طبق ذلك الاقدام، وفي المقام أيضاً الضرر مستند إلى إقدام نفسه على المعاملة وغير مستند إلى إلزام الشارع وحكمه، هذه خلاصة ما أفاده (قدس سره) في المقام.

ولا يخفى ما فيه، أما في تنظيره فلما أسلفناه في محلّه(1) من أنّ باب الاتلافات والضمانات خارجة عن حديث نفي الضرر، لأنّ رفع الضمان فيها على خلاف الامتنان

ص: 26

1- مصباح الأصول 2 (موسوعة الإمام الخوئي 47)/625 ذيل التنبيه الثالث من تنبيهات لا ضرر.

على مالك المال، ومعه لا مجال لحديث نفي الضرر.

وبعبارة أخرى: أنّ كلاً من حكم الشارع بالضمان وعدم حكمه به على خلاف الامتنان وموجب للتضرّر لا محالة، لأنّ حكمه بالضمان على خلاف الامتنان للمتلف وموجب تضرره، كما أنّ عدم حكمه بالضمان على خلاف الامتنان للمالك وموجب لضرره، وبما أنّ الشارع لابدّ له من أحد الحكمين فلذا لا يشمله حديث نفي الضرر، بل ولا حديث رفع الاكراه ورفع الاضطرار والنسيان، لأنّ جريانها في موارد الاتلافات على خلاف الامتنان، على كلام في خصوص رفع الاكراه فإنّ رفع الضمان بالاكراه لا يكون على خلاف الامتنان للمالك من جهة الحكم بضمان المكره بالكسر للمال و إلزامه بدفعه إليه، وهذا يرفع عدم الامتنان في خصوص مورد الاكراه، وهذا بخلاف المقام لأنّ جريان حديث نفي الضرر ليس على خلاف الامتنان بل على وفقه بالاضافة إلى المغبون، وأمّا بالاضافة إلى الغابن فهو موجب لعدم انتفاعه لا لتضرّره.

وأمّا ما أفاده من أنّ الضرر مستند إلى إقدامه، ففيه: أنه إنما يصح فيما إذا أقدم عليه مع العلم بالغبن، فإنه حينئذ نظير الهبة إقدام على ما فيه الضرر والحديث لا يشمله كما لا يشمل الهبة مع أنها أيضاً ضرر وموجب للنقص في المالية، وأمّا مع الجهل بالحال فهو إنما أقدم على المعاملة باحراز عدم الضرر وباعتقاد التساوي بين القيمتين، وهذا نظير ما إذا اعتمد على إخبار مخبر بالتساوي فأقدم عليه. وبالجملة أنّ إقدامه مبني على تخيّل عدم الضرر، وعليه فهو إنما أقدم على المعاملة لا على الضرر فلا يكون إقدامه ذلك موجباً وعلّة لضرره فيكون ضرره مستنداً إلى حكم الشارع باللزوم، هذا كلّه فيما أجاب به شيخنا الأستاذ (قدس سره) .

وثالثاً: ما أورده شيخنا الأنصاري(1) (قدس سره) من أنّ انتفاء الضرر في المعاملات

1- لاحظ المكاسب 5/161.

الغبنية لا يختص ولا ينحصر بجعل الخيار للمغبون، بل يمكن رفع الضرر بأحد وجهين آخرين:

أحدهما: أن يكون المقام نظير بيع المريض إذا باع شيئاً في مرضه بأقل من قيمته أو اشترى شيئاً بأزيد من قيمته فمات، فإنّ وارثه يطالب المشتري في الصورة الأولى أو البائع في الصورة الثانية بعين المقدار الزائد عن القيمة السوقية فيقال في المقام إنّ المغبون له أن يطالب الغابن بالمقدار الزائد عن القيمة السوقية من عين الثمن المدفوع وبذلك يرتفع ضرره بلا حاجة إلى جعل الخيار في حقه، وهذا أيضاً نظير ما ذكره العلامة[(1)] (قدس سره) في بيع المرابحة فيما إذا ظهر كذب البائع في إخباره برأس ماله كما إذا أخبر بأن رأس ماله هو عشرة دنانير وباعه بالمرابحة في كل عشرة دنانير بدينار فصار مجموع الربح ورأس المال أحد عشر ديناراً، ثم ظهر كذب البائع وعلمنا أنّ رأس ماله خمسة دنانير، فللمشتري مطالبة البائع بنصف مجموع الربح ورأس المال فيسترجع خمسة دنانير ونصفاً.

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

وكيف كان، فالضرر يمكن اندفاعه بأحد الوجهين المذكورين كما يمكن

1- ولكن قال في التذكرة «لأنّ سقوط جزء من الثمن المسمّىٰ بضرب من التدليس لا يمنع من صحّة العقد، ولا يقتضي جهالة الثمن، كأرش المعيب. ولأنّا لا نسقط شيئاً من الثمن بل نخيّره في الفسخ والإمضاء بالجميع» (تذكرة الفقهاء 11/232، مسألة 395)؛ وقال: «قد بيّنّا في ظهور كذب أخبار البائع وأنّ المشتري يتخيّر ولا يحمطّ شيئاً» (تذكرة الفقهاء، 11/234، مسألة 397). [المؤلِّف]

انـدفاعه بجعل الخيار، إلّا أنه (قـدس سـره) رجّح الوجهين على هذا الوجه الثالث أعني جعل الخيار من جهة أنّ إثبات الخيار بحديث نفي الضرر غير صحيح، لأنه على خلاف الامتنان بالاضافة إلى الغابن، لتعلّق غرض الناس بأبدال أموالهم وأعواضها، فإذا جعلنا للمغبون الخيار وبه فسـخ العقـد واسترجع المـال المنتقل إلى الغابن فهـذا يوجب نقض الغرض للغابن حيث إنّ غرضه تعلّق بما انتقل إليه، ونقض الغرض ضرر وعلى خلاف الامتنان، وهـذا بخلاف الوجهين السابقين، ولأجل ذلك احتمل أن يكون الخيار مختصاً بصورة امتناع الغابن من البـذل أي بذل الغرامة أو وبذل المقدار الزائد، وعلى هذا يمنع عن جريان استصحاب الخيار من جهة احتمال أنّ الخيار من الأول مضيّق ومختص بتلك الصورة، ومعه لا يبقى مجال للاستصحاب هذه خلاصة ما أفاده (قدس سره) في المقام.

إلّا أنّ للمناقشة فيما أفاده مجالاً:

أمـا الوجه الأـول من الوجهين ففيه: أنّ حـديث نفي الضـرر إنمـا يرفع الأحكام التي يترتب عليها الضـرر، ولكنه لا يشـرّع حكماً آخر على خلاف القواعـد الفقهية، وذلك لأنّ المعاملة وقعت بين مجموع الثمن ومجموع المثمن فإذا صـحت تلك المعاملة وأُمضـيت فالمعاملة في مجموعها صـحيحة ونافـذة، وإن لم تمض تلك المعاملة فالمعاملة الواقعة بين مجموع الثمن والمثمن باطلة وأمّا أنّها صـحيحة بمعنى وقوع مجموع المثمن في مقابـل بعض الثمن فهو ممـا لا أساس له، لأنّ هـذه المعاملـة أعني مبادلـة مجموع المثمن ببعض الثمن ما لـم ينشـئها المتعاملان حتى يمضـيها الشارع، فلو أمضاها الشارع فهو إمضاء لما لـم يصدر من المتعاملين ولـم ينشـئاها أصـلاً فكيف يمكن أن يقال إنّ حديث نفي الضرر يوجب إمضاء معاملة لم ينشئها المتعاملان وليس لها اطّلاع عليها.

ثم لا يخفى أنّا لا نقول إنّ المعاملـة الواحـدة لا تنحل إلى أجزائها ولا تكون صـحيحة في بعضـها وفاسدة في بعضـها الآخر، فإنّ ذلك مما صرّحنا به مراراً وقلنا إنّ

المعاملـة الواحـدة تنحل إلى معاملتين لو كان لها جزءان، وإن كان لها أجزاء متعدّدة فتنحل إلى معاملات متعددة، فإذا باع ما يملك وما لا يملك أو ما يُملك وما لا يُملك فتنحل المعاملـة إلى بيعين فتصح في أحدهما وتبطل في الآخر، إلّا أنها إذا بطلت يرجع ما يقابله من الثمن إلى المشتري كمـا يرجع بعض المثمن إلى البائع، وليس معناه أنّ المعاملـة تقع في مقابلـة مجموع الثمن وبعض المثمن فإنه أمر لـم ينشـئه أحـد، وفي المقام لا تبطل المعاملة في نصـفها بأن يرجع نصف المبيع إلى ملك البائع ونصف الثمن إلى ملك المشتري، بل يخرج نصـف الثمن مثلاً ـعن ملـك البـائع ويُـدفع إلى المشتري بلا إخراج مقابله من المثمن عن ملك المشتري، وعليه فيكون مجموع المثمن في مقابل بعض الثمن وهذا هو الذي ندّعي مخالفته للقواعد الفقهية وأنه مما لا يثبته نفي الضرر، لأنها معاملة جديدة لـم يطّلع عليها المتعاملان.

وأمّا شـراء المريض بأكثر من القيمـة السوقيـة فلو سـلّمنا أنّ الورثـة يتمكنون من إرجاع المقدار الزائد عن القيمة السوقية من البائع فهو حكم تعبّـدي وقع في مورد. وأمـا مسألـة كـذب البـائع في المرابحـة بالإخبـار عن رأس مـاله فهي يمكن أن تكون على طبق القاعـدة، وذلك لأنّ المعاملـة وقعت فيها على عنوان رأس المال الواقعي، ولكنه من باب الخطأ في التطبيق طبّقه على الزائد، فإذا انكشف الخلاف فهو لا يوجب بطلان المعاملـة بـل يسترد المقـدار الزائـد تحصـيلاً لـذلك العنوان الواقعي، وليس الأـمر كـذلك في المقـام، لأنّ البيع وقع على مجموع الـدينارين في مقابل مجموع المثمن فكيف يمكن فيها الحكم بعدم صـحة تلك المعاملة وصـحة البيع في خصوص نصف الثمن ومجموع المثمن، فلو أراد تنظير المقام بتلك المسألـة لكان عليه أن يقول: إذا باع ماله بعنوان القيمة السوقية واقعة وطبّقها على دينارين ثم انكشف أنها دينار واحد فلا إشكال في صحة المعاملة واسترداد الزائد.

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

نغرمه، أبدليل الاتلاف أو بدليل اليد أو بغيرهما من الأسباب الموجبة للضمان والغرامة، فلا طريق شرعي لتغريمه حتى نسمّيها بالغرامة خوفاً من أن تكون من الهبة المجانية، ومن هنا أي من جهة عدم اشتغال ذمة الغابن بشيء وعدم قيام دليل على ضمانه ذهب فخر المحققين(1) وجماعة ومنهم المحقّق النائيني(2) (قدس سره) إلى أنها هبة مجانية من الغابن وقد أصرّوا عليه، ونعم ما صنعوه إذ قد عرفت أنّ ذمة الغابن غير مشتغلة بشيء، ومما يؤيد ذلك: أنّ المغبون لو لم يلتفت إلى غبنه أو لم يطالب الغابن بتلك الغرامة أفهل تكون ذمة الغابن مشغولة ويكون ضامناً للزيادة بحسب الواقع.

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

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

1- الايضاح 1/485.

2- منية الطالب 3/114.

المعاملة إلزام بما فيه الضـرر، وليس في نفس الالزام ضرر بل نفس المعاملة موجبة لخسرانه و تضرّره وإن أمكنه تداركه بأخذ المقدار الناقص من المشتري الغابن، إلّا أنّ حديث نفي الضـرر يوجب رفع الأحكام الضـررية، وليس معناه تدارك الضرر كما بيّناه في محلّه، وعليه فيوجب رفع صحة المعاملة الغبنية، فتكون المعاملات المشتملة على الغبن فاسدة.

فالأمر يـدور في المقام بين الالتزام ببطلان المعاملات الغبنية، وبين عدم جريان حديث نفي الضـرر والالتزام بثبوت الخيار لأجل الاشتراط الضمني كما يأتي.

ولكن لا يمكن الالتزام ببطلان المعاملات الغنية باجراء حـديث نفي الضـرر إمّا للاجماع على صـحة المعاملات المتضـمّنة للغبن، إذ لو كـانت تلـك المعاملاـت فاسـدة لبـان ذلـك وظهر لكونهـا من الاُمور المبتلى بها دائماً حتى في زمن الأئمـة (عليهم السـلام) حيث كان المسلمون يتعاملون ويتغابنون بمرأىً منهم ومسمع.

وإمّا من جهة عدم جريان حديث نفي الضـرر في المعاملات الغبنية لأنه على خلاف الامتنان بالاضافة إلى الغابن، إذ المفروض أنه يوجب فوت منفعته وهو خلاـف الامتنـان سـيّما إذا لـم يكن الغابن عالماً بزيادة القيمـة السوقيـة أصـلاً فإنه كيف يمكن إبطال معاملته، ويشترط في جريان القاعدة أن لا يكون جريانها على خلاف الامتنان بالاضافة إلى أحد.

وبالجملـة: إمّا ندّعي عدم بطلان المعاملات الغبنية لأجل التخصـيص بالاجماع بأن نلتزم على أنها لا يجري فيه حديث نفي الضـرر إلّا أنّا نـدّعي المخصـص لتلك القاعـدة وهو الاجماع، وإمّا نـدّعي عـدم بطلانها لأجل التخصـص بدعوى عدم جريان الحديث في المعاملات الغبنيـة لأنه على خلاف الامتنان للغابن، إذن فلابـدّ من الالتزام بصـحة المعاملات الغبنيـة مع الخيار من جهة الاشتراط الضـمني بتساوي القيمتين.

فالمتحصّل: أنّ التمسك في إثبات الخيار بحديث لا ضرر مما لا وجه له.

5- الروايات الواردة في حكم الغبن

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

منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: غبن المسترسل سحت.(1)

بتقريب: كلمة «السحت» ظاهرة في المعاملات التي يكون الثمن فيها حراماً كما مرّ في المكاسب المحرمة، وفي الخبر يدلّ على أنّ المعاملة المشتملة على الغبن «سحت» أي ثمنها حرام شديد فيدلّ على بطلانها.

ناقش الشيخ الأعظم في تقريب الاستدلال بهذه الرواية وقال: «هي وإن كانت ظاهرةً فيما يتعلّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل والخديعة في أخذ المال. ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقّه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان. ويحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورةٍ خاصّةٍ، وهي اطّلاع المغبون وردّه للمعاملة المغبون فيها. ولا ريب أنّ الحمل على أحد الأوّلين أولى، ولا أقلّ من المساواة للثالث، فلا دلالة»(2)

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

ص: 33

1- وسائل الشيعة 18/31، ح1، الباب 17 من أبواب الخيار.
2- المكاسب 5/165.

الغبن في الثمن ولو مجازاً، ولم يطلق السحت على الثمن حتى يستظهر منها المعاملة الغبنية، فلا يمكن فيها إرادة المال الحرام من السحت، فيتعيّن أن يراد بالسحت مطلق الحرام مالاً كان أو فعلاً كما هو أحد معنيي السحت، وبهذا المعنى صح إطلاقه على الغبن، وعليه فتسقط الرواية عن الدلالة على حرمة المعاملات الغبنية لاحتمال إرادة الغبن بالفتح منها أي الخيانة في مقام الاستشارة فيكون حال هذه الرواية نظير سائر الروايات التي أسقطنا دلالتها على الحرمة التكليفية في المعاملات الغبنية بالحتمال إرادة الغبن منها بالفتح»(1)

ومنها: صحيحة مُيَسَّر عن أبي عبدالله (عليه السلام) غبن المؤمن حرام.(2)

منها: مرسلة أحمد بن محمّد بن يحيى عن بعض أوليائنا عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث: ... ولا تغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحلّ، الحديث.(3)

وأمّا هاتان الروايتان الأخيرتان لا تدلان على عدم جواز الغبن وضعاً وثبوت خيار الغبن أو ثبوت بطلان المعاملة الغبنية، وذلك لأنّهما مشتملان على النهي عن الغبن ويمكن أن يراد بالغبن فيهما «هو الغَبَن - بالفتح - الذي هو بمعنى الخيانة في الرأي والمشاورة، فتكون الأخبار ناظرة إلى بيان حرمة الخيانة عند الاستشارة بأن لا يغبن المسترسل ويريه ما هو ضارّ في حقّه فإنه خيانة، فلا ظهور في تلك الروايات في النهي عن المعاملات الغبنية أبداً»(4)هذا أوّلاً.

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

ص: 34

1- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/296.
2- وسائل الشيعة 18/32، ح2.
3- وسائل الشيعة 17/385، ح1، الباب 2 من أبواب آداب التجارة.
4- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/295.

دلالتها.

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

6- الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة المحقّقة»(1)

أقول: قد بحثنا عن اجماع الطائفة على خيار الغبن في الجهة الثانية من البحث، وقد عرفت هناك مناقشتنا في الاجماع صغرى وكبرى ولكن أجبنا عن الاشكال الصغروي والإشكال الكبروي باق في المقام وهو مدركيته أو احتمالها، فلا يمكن التمسك بالإجماع لاثبات خيار الغبن.

7- تخلف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء

الدليل الوحيد لإثبات خيار الغبن «هو تخلّف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء؛ فإن بناءهم في جميع المعاملات على الربح لا على الخسارة، وعلى أن لا يقع في الغبن، وأن التبادل في المعاملات يقع بين الخصوصيات مع التحفظ على المالية، وهذا التباني من جملة التعهدات والالتزامات المركوزة في الأذهان، فهو توأم مع المعاملة محقق للشرط، فلا يحتاج إلى إبرازه وبيانه باللفظ؛ فإن المعاملة من ناحية الغبن لم تقع عندهم مهملة قطعاً، ولا مطلقة بمقتضى هذا التعهد والالتزام، فتكون مقيدة بالتساوي بين الثمن والمثمن في المالية، أو بعدم التفاوت الفاحش بينهما، مع تخلّفه يثبت الخيار للمغبون بنحو الحق، فتترتب عليه جميع آثاره»(2)

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

1- المكاسب 5/165.

2- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/61.

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

الجهة الرابعة: شرائط خيار الغبن

اشارة

ذكر الشيخ الأعظم(1) أنّها أمران:

الأمر الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة

اشارة

«عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلا خيار»(2)

زمان اعتبار القيمة

«وفيه احتمالات ثلاثة:

الشرط الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة

اشارة

فلو علم بها فلا خيار، بل لا غبن حينئذٍ، والدليل على ذلك أمران:

الأوّل: أن الدليل على ثبوت خيار الغبن أحد أمور ثلاثة: إما الإجماع كما عليه الشيخ (قدس سره) ، أو تخلف الشرط الارتكازي القائم على عدم الغبن في المعاملة، أو دليل نفي الضرر.

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

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

1- المكاسب 5/166.

2- المكاسب 5/166.

بالمعاملـة معلّقاً على عـدم الغبن، فإذا كان عالماً به لم يكن الالتزام معلّقاً، بل كان محققاً حتى في صورة الغبن، فينتفي موضوع الـدليل مع العلم بالغبن.

وأما دليل نفي الضـرر فهو إنما يجري في ما لو كان الضـرر ناشئاً من الحكم الشرعي، لا من نفس المتعاملين، ومن أقدم على المعاملة - مع علمه بالغبن - فقد أقدم على ضرر نفسه، فينتفي الدليل بانتفاء موضوعه أيضا.

إشكال المحقق الحائري على الشيخ

قال الشيخ (قدس سره) : «فلو علم بالقيمة فلا خيار، بل لا غبن...؛ لأنه أقدم على الضرر»(1)

وأورد عليه المحقق الحائري (قدس سره) بإشكالين:

الأوّل: ما يرتبط بالقسم الأول من كلام الشـيخ (قـدس سـره) ، وحاصـله: أن عنوان الغبن لم يرد في أي دليل من الأدلـة حتى يتمسك بعدم صدقه.

والثاني: ما يرتبط بتعليل الشـيخ (قدس سـره) من قصور «لاضـرر» عن الشمول المورد العلم، وحاصله: أنه إن أريد بذلك أن الضرر نشأ من فعل نفسه حينما عقـد على ماله بما ينقص عن قيمته، والشارع لم يقـم إلا بإمضاء فعله، فلم يحصل أي ضـرر من ناحيته، و «لا ضـرر» تنفي الأحكام الضـررية، لا الأفعال الضـررية، ففيه: أن هذا مشترك الورود بينه وبين الجاهل؛ فإنه أيضاً عقد على ماله بما هو أنقص منه، والشارع لم يقم إلا بإمضائه.(2)

استدلال المحقق الحائري على الشرط الأول بعدم صدق الضرر

ثم قال (قدس سره) : فالذي ينبغي أن يقال في الاستدلال: إن المعاملة لا تخرج عن أحد

1- المكاسب 5/166.

2- الخيارات للشيخ الأراكي (قدس سره) /184.

حالين: سفهائية أو عقلائية، أما الأولى فخارجة عن محل الكلام؛ لأن البحث في المعاملة الصحيحة، والمعاملة السفهائية لا دليل على صحتها، وغير مشمولة إلى دليلي (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(1) و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)

وأما الثانية فلا تنشأ إلا عن غرض عقلائي، فالعالم بالغبن لم يقدم على المعاملة إلا لوجود غرض عقلائي مزاحم للنقص الحاصل في المال ومقدم عليه، وحينئذٍ لا يصدق عليه أنه متضرر، فلا تجري «لا ضرر» في حقه من باب السالبة بانتفاء الموضوع؛ فإنه وإن لم يقع الغرض في مقابل المال إلا أن وجوده كافٍ لرفع عنوان الضرر عنه عند العقلاء، كما في الهبة؛ فإنه لا يصدق على الواهب أنه متضرر وإن نقص من ماله مقدار ما وهبه بلا عوض، بخلاف ما لو أخذ مقداره بالسرقة والنهب.(3)

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري

وفي جميع ما أفاده إشكال:

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

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

1- سورة البقرة /275.

2- سورة المائدة /1.

3- الخيارات للشيخ الأراكي (قدس سره) /(184-185).

اللبي، والمدار على وجوده سواء أكان في الدليل اللفظي أم اللبي.

والحاصل: إن كان الاستدلال بالدليل اللفظي أو بمعقد الإجماع لزم ذكر عنوان الغبن فيهما وإلا ينتفي الحكم المترتب على العنوان.

وإن كان بالشرط العقلائي فالعنوان ثابت؛ لبناء العقلاء على عدم الغبن في المعاملات العقلائية، فلا يرد الإشكال على الشيخ (قدس سره) .

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

وأما ما أفاده من الاستدلال من نفي الضرر مع وجود الغرض المزاحم له والمقدم عليه ففيه: أن الضرر – وهو النقص في المال بدون أن يسد مسدّه شيء – أمر واقعي لا يزاحم بالغرض ولا يعوض عنه؛ فإن الغرض مَنْشَأٌ لتحمل الضرر، لا أنه نافٍ له، وبينهما فرق؛ فإن العمل العقلائي مبني على طبق موازين عقلائية؛ فإنهم في مقام وجود الغرض والضرر ينظرون إلى الراجح منهما، فإن كان الغرض أرجح أقدموا على الضرر وتحمّلوه، وإلا فلا، ونفس كون الغرض أرجح دليل على وجود المرجوح لا على انتفائه، فما أفاده (قدس سره) من انتفاء الضرر في حال وجود الغرض في محل المنع.

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

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

والوجه في قصور «لا ضـرر» وعدم شـمولها لهذا المورد أنها لو شـملته لكانت على خلاف الامتنان بالنسـبة للمتضـرر المقدم على ضـرره لغرض عقلائي، والحال أنها قاعدة امتنانية، فلا تجري في ما يخالف الامتنان.

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

[الفرع الأوّل]: صور العلم بالتفاوت في القيمة

اشارة

إذا علم بالتفاوت في القيمـة بين الثمن والمثمن ومع ذلك أقـدم على المعاملـة، فهنا صور، ولا بدّ - قبل بيانها - أن نشـير إلى أن حكم هذه الصور يعرف بعد الفراغ عن معرفة أمور:

1- أن العقد الغبني صحيح، وغير مشمول لدليل نفي الضرر؛ للتسالم، ولأن جريانها خلاف الامتنان.

2- أن القول بالخيار وعدم لزوم العقد مبتنٍ على الشرط الارتكازي، وعموم «لاضرر».

3- أن إسقاط الشرط لا يكون إلا بإلغائه.

4- أن الإقدام على الضرر يمنع من شمول قاعدة «لاضرر».

وبعد هذا نقول إن الصور أربع:

الصورة الأولى

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

الضرر.

الصورة الثانية

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

الصورة الثالثة

أن يعلم بالتفاوت بمقدار يتسامح فيه عرفاً كأن اشترى المتاع على أن ثمنه أكثر من الواقع بمقدار العُشْر، وكان هذا المقدار مما يتسامح فيه عادة، ولكن تبيّن له أن ثمنه أكثر مما كان يعتقد بمقدار العُشْر أيضاً، ومن الواقع بمقدار عُشْرين، ومقدار العُشْر وإن كان مما يتسامح فيه لو كان لوحده، إلا أن مقدار العُشْرين لا يتسامح فيه، فالذي كان معلوماً يتسامح فيه عرفاً، والمقدار المنكشف مما يتسامح فيه أيضاً لو كان لوحده، ولكن المجموع مما لا يتسامح فيه.

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

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

الصورة الرابعة

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

العُشْر فقط لم يكن له الخيار؛ لأنه مما يتسامح فيه، ولكن الفرض أن الثمن صار أكثر مما أقدم عليه بالعُشر.

والحكم هنا ثبوت الخيار أيضاً؛ لتخلف الشرط؛ فإن الشرط أن لا يكون التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه إلا أن يلغيه، ومقدار ما ألغاه هو الضعف، لا الأكثر منه بعُشْر.

ولشمول «لا ضرر» له أيضاً، فإنها تشمل مطلق الضرر إلا ما أقدم عليه، ولم يقدم على ما هو الأكثر من الضعف.

وبهذا التوضيح يتضح الخلل في بعض حواشي المحققين؛ لأن المدار على الشرط والإقدام، فالشرط نافذ إلا في مقدار ما يلغيه، وما يرفع شمول «لا ضرر» هو الضرر الذي أقدم عليه، والزائد على الضعف لم يلغ الشرط فيه، ولم يقدم عليه.

نعم، حكمهما منفردين يختلف عنه منضمين.

وبملاحظة هذين الأمرين(1) يتضح الحكم في سائر الفروع»(2)

زمان اعتبار القيمة

«وفيه احتمالات ثلاثة:

الأول: المعتبر القيمة حال العقد.

الثاني: حال العلم بالغبن.

الثالث: حال الردّ.

رأي الشيخ

قسّم الشيخ (قدس سره) المعاملات إلى قسمين:

1- أي الشرط و الإقدام.

2- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(71-63).

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

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

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

نعم، لو قيل بوجوب التقابض بمجرد العقد يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص.(1)

مقتضى التأمل في البحث

ومقتضى التأمل في البحث أن يلاحظ المبنيان في ثبوت خيار الغبن؛ مبنى «لا ضرر»، ومبنى الشرط العقلائي الإرتكازي في القسمين.

أما القسم الأول فالبحث على المبنى الأول يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة؛ فإن الأصل اللفظي في العقود بمقتضى قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) هو اللزوم؛ فيجب – بمقتضاها – الوفاء بكل عقد، ولا يخرج عنها إلا بدليل مخصص، وهو «لا ضرر» حسب الفرض، فإذا أحرز أن موضوع الخيار

1- المكاسب 5/(167-168).

2- سورة المائده /1.

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

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

وإن تردّد أمر الضـرر الموجب للخيـار، هل هو حـدوث الضـرر، أو الضـرر المسـتمر؟ كانت المسألـة من صـغريات الرجوع إلى العام في المخصص المنفصل المجمل، المردد بين الأقل والأكثر؛ فإن مقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هو اللزوم، ودليل «لا ضرر» حاكم عليه لساناً بما نتيجته التخصيص، وبما أن «لا ضرر» متصل و مجمل مردّد بين الأقل والأكثر فالحق فيه هو التمسك بعموم العام في غير القدر المتيقن خروجه، ونتيجته نفي الخيار؛ فإن الضرر إن لم يستمر يوجب الشك في جعل الخيار وعدمه فيتمسك بعموم العام»(1)

«الحق في المسألة

والحق في المسألة هو ما ذكره الشيخ (قدس سره) بنحو الاحتمال، وحاصله:

أما على مبنى «لا ضرر» فلأن العرف والعقلاء على عدم الحكم بكون اللزوم ضررياً فيما لو ارتفع الضرر قبل القبض والإقباض، ولا أقل من حصول الشك في ذلك، والقاعدة في إجمال المخصـص ودورانه بين الأقل والأكثر هو التمسك بعموم العام فيتمسك في المقام ب- (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)

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

1- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(73-71).

2- سورة المائده /1.

ضمن العقد القائم على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، فللمحقق النائيني (قدس سره) كلام طويل(1)، ولكن المدار في ذلك على ما عند العقلاء، وما عندهم هو التساوي في المالية بينهما، وعدم التفاوت بما لا يتسامح فيه حين المعاملة، لا حين العلم، ولا حين الرد، ولا حين القبض.

فتحصّل: أن الحق في المسألة يدور مدار المبنى في ثبوت الغبن، فإن كان هو «لا ضرر»، فالمدار على الغبن حين الرد، وإن كان الارتكاز العقلائي، فالمدار على الغبن حين العقد، وبما أن المبنى العمدة هو الثاني فالمختار هو الغبن حين المعاملة.

هذه كله في القسم الأول من المعاملات، وهي التي لا يشترط فيها القبض لتحقق الملكية.

[الفرع الثاني]: وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض

اشارة

وأما القسم الثاني من المعاملات وهو: ما يتوقف الملك فيها على القبض، فإذا ارتفع الغبن قبله فقد اعتبره الشيخ (قدس سره) أشكل من القسم الأول بالنسبة إلى القول بأن المدار على زمان العقد؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقص في قيمته، ثم استدرك بقوله:

«نعم، لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد - كما صرح به العلّامة(2) (رحمة الله) في الصرف - يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص.

لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض»(3)

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

1- منية الطالب 3/(119-120).

2- تحرير الأحكام الشرعية، 2/313، تذكرة الفقهاء 10/413، مسألة 202.

3- المكاسب 5/(167-168).

القبض الذي هو وقت حصول الملك؟

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

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

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

دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف

إنما الكلام في الدليل على وجوب الإقباض تعبّداً في بيع الصرف، وقد استدلّ عليه المحقق الرشتي (قدس سره) بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) وتقريبه: أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد، وهو يتحقق بالإيجاب والقبول، وتخلّف الحكم عن موضوعه غير معقول، وقد تحقق العقد في بيع الصرف قبل التسليم، فتشمله الآية.

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

1- سورة المائده /1.

وهكذا..

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

فاسدة؛ بأنه تقييد لإطلاق وجوب الوفاء بلا قرينة تقتضيه؛ فإن مقتضى إطلاق الآية وجوب الوفاء متى ما وقع العقد، سواء أحصل القبض أم لا.(1)

مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي

وما أفاده المحقق المذكور من التحقيق محل تأمل ونظر، ووجهه:

أنه لا ـ بحث في كون العقود موضوعاً لوجوب الوفاء، ولكن لا شك أن العقود تنقسم إلى قسمين، عقود صحيحة وأخرى باطلة، وصحتها وبطلانها تدوران مدار تمامية الشرائط ونقصانها، كما هو الحال في العبادات فإنها تنقسم إلى عبادات صحيحة وأخرى باطلة، ومدار الصحة والبطلان فيها واجديتها للشرائط وعدم واجديتها لها، ولا يمكن أن يكون موضوع وجوب الوفاء مهملاً عند الحاكم بالإضافة إلى العقد الصحيح والفاسد، كما لا يعقل أن يكون مطلقاً شاملاً لكلا القسمين، ومع بطلان الإهمال والإطلاق يتعين عقلاً التقييد بخصوص العقد الصحيح، وهو لا يتم إلا بتمامية جميع أجزائه وشرائطه، وفي حالة الشك في الصحة والفساد مبنيان:

الأول: عدم إمكان التمسك بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، لأنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

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

1- فقه الإمامية 2/(404-405).

الصحة في الرتبة السابقة؛ لأن مرتبتي اللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد متأخرتان عن مرتبة الصحة، فسواء استفدنا من الآية الحكم الإرشادي باللزوم، أو الحكم المولوي بوجوب الوفاء، فإن كلاً منهما في مرتبة متأخرة عن الصحة، وبما أن الشارع حكم باللزوم أو بوجوب الوفاء عن طريق الجمع المحلي بالألف واللام، فهو يكشف عن صحة كل عقد إلا ما قام الدليل على تخصيصه وبطلانه.(1)

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

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

[الفرع الثالث]: حكم علم الوكيل بالغبن

اشارة

قسم الشيخ(2) (قدس سره) الوكيل إلى ثلاثة أقسام:

1- أفاد الشيخ الأستاذ (دام ظله) في مقام الجواب على سؤال عن كيفية استكشاف الصحة من الحكم باللزوم أو بوجوب الوفاء بما حاصله: لا شك أن الحكم بوجوب الوفاء بكل عقد قضية حقيقية، فيفيد لزوم كل ما صدق عليه أنه عقد، وبما أن الحكم باللزوم مترتب على الحكم بالصحة؛ حيث لا يعقل الحكم بوجوب الوفاء بالعقد الفاسد، وكذلك بالعقد مطلقاً سواء أكان فاسداً أم صحيحاً، فنستكشف عقلاً بالدلالة الالتزامية الحكم بالصحة فيما إذا حكم باللزوم.

2- المكاسب 5/168.

الأول: الوكيل في مجرد إنشاء العقد.

الثاني: الوكيل في المعاملة والبيع.

الثالث: الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقّبه.

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

وأما الثاني فهو إن كان عالماً بالغبن، وكانت معاملته صحيحة كأن وكّله الأصيل باشتراء المتاع المحتاج إليه بأيِّ قيمة كانت ولو كان مع الغبن، فلا خيار له ولا للموكِّل.

وإن كان جاهلاً به فهنا صورتان:

الأولى: أن يكون كل من الوكيل والموكِّل جاهلين بالغبن، ويكون الوكيل وكيلاً في مجرد البيع، بحيث تنتهي وكالته بعد ذلك، فبالنسبة إليه لا موضوع للخيار؛ لكونه أجنبياً حينئذ، ولكن يثبت الخيار للموكِّل.

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

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

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

وأما الثالث، وهو الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقبه فيثبت له الخيار.(1)

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

وأورد المحقق السيّد الخوئي (قدس سره) على هذه الصورة بما حاصله:

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

وإن وكّله بنحو الإطلاق فلا شبهة في ثبوت الخيار للموكِّل؛ فإن اطلاعه على الغبن في المعاملة لا يوجب سقوط الخيار؛ فإنه كاطلاعه على أن الوكيل يجري المعاملة بشرط الخيار للموكِّل، فكما أنه لا يوجب سقوط الخيار فكذلك المقام، غاية الأمر أن الاشتراط في المقام ضمني؛ فإن الوكيل لجهله بالغبن اشترط المساواة بين العوضين ضمناً.(2)

الحق في المسألة

والحق في المسألة يقتضي التحقيق في أمرين:

الأمر الأول: إن عمل الوكيل وإن صدر منه بالمباشرة إلا أنه ينتسب عرفاً إلى الموكِّل، ألا ترى أنه لو باع دار موكِّله زيد، فقد صدر البيع من الوكيل، ولكن العرف يقولون باع زيد داره؛ وذلك لكون الموكِّل سبباً، ولأن الوكيل وجود تنزيلي للموكِّل.

وعليه فالبيع الصادر من الوكيل يعتبر بيع الموكِّل.

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

1- المكاسب 5/168.

2- مصباح الفقاهة 6/(314-315)؛ التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/307.

ومستند هذا الشرط ليس دليلاً لفظياً حتى يتمسك بإطلاقه، بل هي السيرة العقلائية، وهي دليل لبي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن في المقام ما إذا كان الموكِّل جاهلاً بالغبن، أو أنه غير قادر على منع الوكيل عن إنشاء البيع، وأما في ما نحن فيه من العلم بالغبن والقدرة على منع الوكيل، فثبوت قيام السيرة على هذا الشرط محل شك، فتكون المسألة من صغريات إجمال المخصص المردد بين الأقل والأكثر، والقاعدة عند الشك هو التمسك بالعموم في غير الفرد المتيقن خروجه منه، وهو في المقام آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، فيحكم بلزوم هذه المعاملة، فيندفع ما أورد على الشيخ (قدس سره) ، فيكون ما أفاده الشيخ (قدس سره) ومن تبعه من نفي ثبوت الخيار للموكِّل في هذه الصورة هو الحق الحقيق الذي عليه التحقيق»(2)

[الفرع الرابع]: دعوى بالغبن

«وهذه الجهة من المباحث القضائية المهمة، وحاصلها أنه لو ادّعى أحد المتبايعين الغبن وأنكر الآخر فما هو العمل؟

في المسألة مقامان من البحث:

المقام الأول: تشخيص المدّعي والمنكر.

المقام الثاني: وظيفة القاضي.

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

1- الاختلاف في القيمة.

1- سورة المائدة /1.
2- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(88-80).

2- أن يكون الاختلاف فاحشاً.

3- أن يكون المغبون جاهلاً بالاختلاف.

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

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

وثالثة يكون المنشأ هو الاختلاف في التفاوت الفاحش، فيدعيه أحدهما ليثبت له الخيار وينكره الآخر.

ولا بدّ من ملاحظة الأصول اللفظية والعملية في المسائل الثلاث.

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

اشارة

أما المسألة الأولى، وهي أن يكون الاختلاف بينهما في علم المغبون بالقيمة والجهل بها مع تسليم الاختلاف في القيمة وكونه فاحشاً، فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة

اشارة

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

1- اعتراف الغابن؛ وذلك لأن المغبون يدعي أن له حق الخيار؛ لكونه جاهلاً بالقيمة، فإذا اعترف المدّعى عليه بذلك فقد ثبت الخيار بإقراره.

2- البينة إن تحقّقت، وإنما قيّدها بأداة الشرط؛ لأن العلم والجهل من الأمور النفسانية، فيتعسر إقامة البينة عليها، وإثباته بالبينة لأمرين:

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

لك غير ذلك، أو تقوم به البينة»(1)؛ فإنها تشمل المقام.

الثاني: الأدلة الخاصة المثبتة لحجية البينة في باب القضاء.(2)

3- يمين مدّعي الغبن، واستدل عليه الشيخ بأمور ثلاثة:

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

الثاني: أن الجهل من الأمور النفسانية التي يتعسر الاطلاع عليها من غير أصحابها، فيتعسّر إقامة البينة عليها، فتثبت بيمينه.

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

هذا ما أفاده الشيخ (قدس سره) في المقام، ثم أمر بالتأمل.(3)

الإشكالات على الشيخ

اشارة

وأورد على الشيخ (قدس سره) بإشكالات سبعة وهي:

الإشكال الأول

أن المستفاد من صدر كلام الشيخ (قدس سره) وذيله أن المغبون هو المدّعي، والغابن هو المدّعى عليه، أما الصدر فمن قوله بإثبات دعواه باعتراف الغابن، وبالبينة، وكلاهما من أدلة المدّعي، وأما الذيل فمن قوله بعدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون، فلهذا ينقل إلى المغبون، ومعنى ذلك أن وظيفة الغابن هي الحلف، وهي وظيفة المدّعى

1- وسائل الشيعة 17/89، ح4، الباب 4 من أبواب ما يكتسب به، متعبرة مسعدة بن صدقة.
2- وهي روايات متعددة كما في وسائل الشيعة 27/233، ح2، صحيحة بريد بن معاوية وغيرها من روايات الباب 3 من أبواب كيفية الحكم.
3- المكاسب 5/168.

عليه.

وعليه فكيف جمع على المغبون بين البينة التي هي وظيفة المدّعي، والحلف الذي هو وظيفة المدّعى عليه، فقال بثبوت الجهل بالبينة وبقول مدّعيه مع اليمين؟! فإن ذلك من الجمع بين الضدين؛ فإن معنى توجّه اليمين عليه أنه منكر، ومعنى ثبوت قوله باعتراف الآخر وبالبينة أنه مدّع، ولا يمكن أن تكون وظيفته كلا الأمرين، بل إما البينة وإما اليمين؛ بمقتضى: «البينة على مَنْ ادَّعىٰ، واليمين على من أنكر»(1)، وأن التقسيم قاطع للشركة.

الإشكال الثاني

إن الشيخ (قدس سره) قال بثبوت جهل المغبون بيمينه، وعلّله بأصالة عدم العلم، ومعنى ذلك أنه منكر؛ لأنهم ذكروا في باب القضاء للتمييز بين المدّعي والمنكر ثلاثة أوجه:

1- أن المدّعي هو الذي إن تَرَكَ تُرِك.

2- أن المدّعي هو الذي يطالب الآخر حقاً أو مالاً.

3- أن المدّعي هو الذي يخالف قوله الظاهر، أو الأصل المعتبر، والمنكر هو الذي يوافق قوله الأصل، وهو الذي عليه المشهور.

ومن تعليل الشيخ (قدس سره) بأصالة عدم العلم يعرف أن قول المغبون موافق للأصل، فيكون منكراً. [فكيف حكم عليه بإثبات دعواه بالبينة؟!]

الإشكال الثالث

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

1- وسائل الشيعة 27/293، ح3، الباب 25 من أبواب كيفية الحكم، صحيحة حماد بن عثمان.

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

الإشكال الرابع

إن الكبرى التي أفادها (قدس سره) من الانتقال إلى اليمين مع تعسر إقامة البينة لا دليل عليها، وإنما قام الدليل على الانتقال في خصوص ما لا يُعْلَمُ إلّا مِنْ قِبَلِهِ، لا في كل ما تعسر إقامة البينة عليه.

الإشكال الخامس

إنه (قدس سره) قال بتعسر إقامة البينة على العلم والجهل؛ لكونهما من الصفات النفسانية، فينقض عليه بالعدالة والاجتهاد، فإنهما من الصفات النفسانية، فيفترض تعسر إقامة البينة عليهما، فينتقل إلى اليمين، وهو خلاف ضرورة الفقه.

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

الإشكال السادس

أنه (قدس سره) قال: بما أنه لا يمكن للغابن أن يحلف على علم المغبون فينتقل الحلف إليه، ومنشأ ذلك أن العلم من الصفات النفسانية، فكما لا يمكن إقامة البينة عليه لم يمكن الحلف.

والإشكال عليه يظهر مما ورد في الإشكال الخامس.

الإشكال السابع

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

الأول: أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي، وهو المعروف المشهور.

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

وعلى كلا المبنيين لا يتمُّ كلام الشيخ (قدس سره) ؛ فإنه لم يقم دليل شرعي على مدخلية العلم بالقيمة والجهل بها في اللزوم ولا في الخيار، والمتبع لسان الأدلة، سواء أكان مبنى الخيار هو «لاضرر»، أم الشرط الارتكازي، وإنما هما من مقدمات تحقق موضوع الحكم.

وبناء على عدم لغوية التعبد لا بدّ أن يجري الأصل في مقام الحكم والتكليف، أو في مقام الامتثال، والعلم والجهل لم يؤخذا في مقام الحكم، ولا في مقام الامتثال.

في الأصل الجاري لتشخيص المدعي من المنكر

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

وجوه الأصل الجاري في المقام

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ

من أن الأصل في المقام هو عدم العلم.

وهو غير تام؛ لعدم كون العلم والجهل حكماً شرعياً ولا موضوعاً له، ولا بدّ في مجرى الأصل من كونه ذا أثر شرعي.

الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم

اشارة

كالمحققين النائيني والسيّد الخوئي قدس سرهما وغيرهما: من أن الأصل الجاري في المقام هو أصالة عدم الإقدام على الضرر؛ حيث إن الضرر موضوع للخيار،

والإقـدام عليه مزيل له، فمع الشك في إقـدامه عليه تجري أصالـة عـدم الإقـدام، ومن ثمَّ يثبت أحد جزئي موضوع الخيار، والجزء الآخر هو الغبن المحرز بالوجدان.(1)

الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر)

وفيه: أن الإقدام وعدمه لم يردا في لسان الأدلة، فإن كان المبنى في المسألة هو «لا ضرر ولا ضرار»، فمعناها نفي جعل الحكم الضرري في الإسـلام، فيكون موضوع الأـثر هو الضـرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الإقـدام عليه من قبل المكلف لا يكون الضـرر من قبل الشارع، بل من قبل نفس المكلف، كما صـرّح بذلك السيّد الفقيه اليزدي(2) (قدس سـره) ، وعليه فأصل عدم الإقدام - بالنسبة إلى الحكم الضرري الآتي من الشارع - مثبت؛ وذلك لأن المكلف إذا أقدم على المعاملة التي يعلم بكونها غبنية وحكم الشارع باللزوم لم يعدّ الضرر مسـتنداً إلى الشارع، وأما مع عـدم إقـدام المغبون على الضـرر فاللازم العقلي لأصالـة عدم الإقدام هو أن يكون الحكم باللزوم مسـتنداً إلى الشارع، فيكون مثبتاً.

والحاصل: أن الإقـدام وعـدمه ليسا حكمين شـرعيين ولا موضوعين له، ولكن الإقدام ملازم لعدم اسـتناد الضـرر إلى الشارع، كما أن عدمه ملازم لاستناد الضرر إليه، والأصل في موارد الملازمات مثبت.

رفع المحقق السيّد الخوئي للإشكال ورده

وقد رفع المحقق السـيّد الخوئي (قدس سـره) هذا الإشكال بما حاصله: أن منشأ الخيار هو الشرط الارتكازي بالتساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما في المالية، وقد جرت معاملة العقلاء على الأشياء بهذا الشرط، فإذا شك في إقدام المغبون على

1- منية الطالب 3/123؛ مصباح الفقاهة 6/316.

2- حاشية المكاسب للسيّد اليزدي (قدس سره) 2/533.

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

وبالجملة فإن موضوع الخيار هو الضرر مع عدم إقدامه عليه، أي مقيّداً بذلك، فلا شبهة في أن الضرر محرز بالوجدان، والقيد محرز بالأصل فيثبت الحكم وهو الخيار للمغبون.(1)

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

وإن كـان المبنى في المسألـة هو الشـرط الإرتكازي فينبغي التحقيق في المراد منه عنـد العقلاء؛ فإن الشـرط إن كان تعبـدياً، أي مما جعله الشـارع، كخيـاري الحيوان والمجلس، فلاـ شأن للمكلف بالنسـبة إلى جعله، وإنما شأنه بالإضافـة إليه إنما هو الإسـقاط ليس إلا، فالشارع جعل خيار الحيوان للمشتري، ولصاحب الخيار أن يسقطه.

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

والشـرط في المعاملـة التي هي محـل البحث لم يكن من بنـاء العقلاـء، بـل اشترطه نفس المتعـاملين؛ فـإن بناء كل عاقل في معاملاته أن يتساوى ما أخذه مع ما خرج منه في المالية، فمعنى بناء العقلاء أن كل متعامل يشترط في ضمن المعاملة هذا الشرط، ولكن

1- مصباح الفقاهة 6/317.

بما أنه ارتكازي لم يحتج إلى التصريح به في ضمن العقد.

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

فالنتيجة: أن موضوع الأثر على هذا المبنى هو الشرط، فالخيار وعدمه تابعان لوجود الشرط وعدمه، والإقدام على المعاملة الضررية ملازم لعدم اشتراط اختلاف القيمة، فيكون أصل عدم الإقدام على هذا التقريب مثبتاً أيضاً.

فإشكال المثبتية وارد على كلا المبنيين، «لاضرر» والشرط الإرتكازي.

الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرواني

من أن الأصل لتعيين المنكر هو أصالة بقاء العلقة وعدم انحلال المعاملة، وأصالة اللزوم(1)، وتوضيح ذلك:

إن أصل اللزوم على نحوين: أصل اللزوم اللفظي، وأصل اللزوم العملي، أما الأول فهو المستند إلى قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)، ولا يمكن التمسك به في المقام؛ لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص؛ فإن العقود في الآية عام، وخصص بالبيع الغبني ونحن نشك هل البيع في المسألة غبني أو لا؟

فعلى هذا لا يصح أن يقال بأن قول المغبون موافق للأصل، أي للآية.

1- حاشية الإيرواني على المكاسب 3/134، رقم 268.

2- سورة المائدة /1.

وأما الثاني فتقريبه استصحاب بقاء أثر العقد الواقع فيما لو فسخ مدّعي الغبن وشككنا في بقاء الأثر وارتفاعه، فيكون هو المتبع.

وعليه فقول مدّعي الغبن مخالف لهذا الأصل.

والحق أن هذا الأصل هو المتبع، فيجري استصحاب بقاء الملك الحاصل من العقد، لا أصالة عدم العلم، ولا أصالة عدم إقدام المغبون.

ولكن فيه: أولاً: أن تمامية جريان هذا الأصل متوقفة على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأما على من ينكر جريانه فيها، سواء لقصور أدلة الاستصحاب عنها كما عليه السيّد الخوانساري (قدس سره) ، أو للتعارض الدائمي فيها بين استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل كما عليه المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) فلا فائدة في هذا الأصل، فهو لا يجري على جميع المباني.

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

الوجه الرابع: ما اختاره المحقّق الأصفهاني

من أن الأصل هو عدم جعل الخيار؛ لأن مدعي الجهل بالغبن يدّعي الخيار، والمنكر له يدّعي اللزوم، وبما أن الخيار من المجعولات الشرعية، وهو حادث مسبوق بالعدم، فإذا شك في جعله فالأصل عدمه. والسر في اختياره له ما أوردناه من الإشكال على المحقّق الإيرواني (قدس سره)

من كونه أصلاً حاكماً على أصالة اللزوم.(1)

1- حاشية الأصفهاني (قدس سره) على المكاسب 4/(254-255).

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

وعليه فجريان هذا الأصل يتوقف على القول بجريان استصحاب

العدم الأزلي، ولعل هذا هو السبب في تمسك المحقق الإيرواني (قدس سره) باستصحاب بقاء الملك الحاصل بالعقد؛ لأنه لا يرى استصحاب العدم الأزلي، فمتى لم يتمسك بأصالة عدم الخيار كانت النوبة لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

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

ولقائل أن يقول: إن المبنى في ثبوت خيار الغبن إما هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الإرتكازي، وعلى كلا التقديرين يمكن تصور الشك السبي والمسببي في المقام.

فإن كان المستند هي القاعدة فالشك في ثبوت الخيار وعدمه ناشئ من الشك في كون اللزوم الضرري للمعاملة مستنداً إلى الشارع أو لا؛ فإن موضوع ثبوت الخيار هو كون اللزوم ضررياً، وكون الضررية مستندة إلى الشارع، و«لا ضرر» إنما ترفع الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فالشك في ثبوت الخيار مسبب عن الشك في تحقق هذا الموضوع، فلا بدّ من جريان الأصل فيه.

وإن كان المستند هو الشرط؛ فثبوت الخيار مسبب عن شرط المتعاملين بتساوي العوضين، وبما أن الشرط حادث مسبوق بالعدم فالأصل عدمه.

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

فأصل عدم هذا الشرط مخالف لظاهر عقلائية المعاملة فلا يجري.

وبما أن المستند العمدة لثبوت خيار الغبن هو هذا الشرط الإرتكازي(1)، وبما أن أصالة عدمه الذي هو أصل موضوعي غير جارية في المقام فتصل النوبة إلى أصالة عدم الخيار، وبناء عليه فأقوى الأقوال في المسألة والأقرب إلى القواعد ما أفاده المحقّق الأصفهاني (قدس سره) .

الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة

اشارة

ولهذه الصورة حالات ثلاث:

حالات الصورة الثانية

الحالة الأولى: أن يدّعي الجهل بالقيمة

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

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

1- وأمّا بناءً على أنّ مستنده قاعدة لا ضرر تعارض أصل عدم استناد هذا الضرر إلى الشارع مع أصل عدم استناده إلى المتعامل فتساقطا فتصل النوبة إلى أنّ أصالة عدم الخيار. [المؤلِّف]

الحالة الثانية: أن يدّعي العلم بالقيمة ولكنه نسيها حين العقد أو غفل عنها

اشارة

وهذه الدعوى وإن كانت قابلة للطرح أمام القاضـي، إلا أنها مخالفة للظاهر لا للأصل، وتشخيص المدّعي من المنكر كما يكون من خلال مخالفته وموافقته للأصل، يكون أيضاً من خلال موافقته ومخالفته للظاهر، فمن كان قوله مخالفاً للأصل أو مخالفاً للظاهر فهو المدّعي، ومن كان قوله موافقاً لهما فهو المنكر، ومقتضى الصناعة الترتيب بينهما في التقديم، فتقدم مخالفة الظاهر على مخالفة الأصل.

وقول مـدّعي الغفلـة مخالف لظهور حال المتصـدّي، والأصل وإن كان عـدم الإلتفات؛ لكونه حادثاً مسبوقاً بالعـدم فالأصل عدمه، إلا أن الإلتفات موافق للظاهر؛ فإن ظاهر حال العاقل العالم بالقيمـة المُقْدِم على العمل عن إرادة واختيار أن يكون ملتفتاً غير غافل، فدعوى الغفلة منه مخالفة لظاهر حاله.

فمـدّعي الغبن للغفلـة وإن سـمعت دعواه؛ لإمكانهـا إلاـ أن قوله مخالف للظاهر، فيكون مـدّعياً، والطرف الآخر منكراً؛ لكون دعواه موافقة للظاهر، فيطالب المدّعي بالبينة، وإن لم يقمها طولب المنكر باليمين.

دعوى الحلف على المدعي في المقام

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

الوجه الأول لدعوى الحلف

اشارة

أن قوله وإن كان مخالفاً للظاهر الحجـة؛ لأن سـيرة العقلاء قائمـة - في الأفعال الاختياريـة - على عدم الاعتناء باحتمال الغفلة، المعبّر عنه عندهـم بأصالة عدم الغفلة.

ولا يخفى أن هذا الأصل ليس أصـلاً عملياً، بل أصلاً عقلائياً، والفرق بينهـما: أن الأصول العملية غير محرزة للواقع، ولو كان فيها إحراز فهو ملغى، وأما الأصول العقلائيـة فاعتبارها ليس ناشـئاً من التعبـد، بل من كاشـفيتها عن الواقع، فدعوى الغفلة مخالفة للظاهر الحجة، أما كونه ظاهراً فلما تبانى عليه العقلاء، وأما كونه حجة فلعدم

ردع الشارع عنه، فقول مـدعي الغفلـة مخالف للظاهر الحجـة، فيكون مدّعياً، ويكون قول الآخر موافقاً له، فيكون منكراً، والقاعدة الأولية أن على المـدّعي البيّنـة، فإن أمكنه إقامتها على غفلته أقامها وأخـذ بها، وإلا انتقلت الوظيفة إلى يمين المنكر، فإن كان يعلم بعدم غفلة مدّعيها حلف بذلك، وإلا حلف على عدم علمه.

إلا أن مقتضـى القاعدة الثانوية أن وظيفة المدّعي - إذا تعسّر عليه إقامة البينة - هو اليمين، وبما أن مدّعي الغفلة يتعسر عليه إقامة البينة على دعواه كانت وظيفته اليمين.

رد الوجه الأول

وهذا الوجه مردود كبرى وصغرى:

أما الكبرى؛ فلأن القاعـدة في باب القضاء المسـتفادة من النصوص هي تقسـيم الدعوى إلى: أن البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر، فجعل اليمين على المدّعي خلاف القسـمة القاطعة للشـركة، فلا يصار إليه إلا بدليل يخصص تلك القاعدة، ولم يقم دليل على تخصيصها إلا في موارد خاصـة كما في اليمين المردودة، وذلك إذا لم يحلف المنكر فردّ اليمين على المـدّعي، فيردّها القاضـي عليه، وأما صورة تعذّر إقامة البينة على المدّعي من قبل المدعي فليست مما قام عليها دليل من نص أو إجماع.

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

الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه

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

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

وحالاتهن يقبل قول المدّعي مع يمينه إلا أن الغفلة ليست منها.

فتحصل من هـذا: أن مـدّعي الغبن إن كان من أهل الخبرة وادعى الغفلـة؛ فلمخالفـة دعواه لأصالـة عـدم الغفلة، ولم يقم البينة عليها تنتقل الوظيفة إلى المنكر، ووظيفته اليمين على نفي الغفلة إن كان يعلم بها، وإلا حلف على عدم علمه بالحال.

الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة

ولهـذه الحالـة صورتان؛ إذ تارة يكون الاختلاف بينهما في تغير القيمـة وعـدمها، كأن يـدّعي البائع بأن قيمـة المتاع خمسون ديناراً من قبل المعاملة بشهر، وقد بعتك بهذا المقدار، فلا غبن، ويقول المشتري بأن قيمته كانت خمسين ديناراً إلا أنها نزلت حين العقد فصارت بعشرين فأنا مغبون.

وأخرى في أصل القيمـة، كأن يـدعي البائع بأن الثمن المسـمّى في المعاملـة هو قيمته الواقعيـة، ويقول المشتري بأنه أكثر من قيمته الواقعية بالضعف.

الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ

اشارة

وقد قال الشيخ(1) (قدس سره) بعدم الخيار في الصورتين؛ وذلك لأصلين:

1- أصالة عدم التغير «الموافق لأصالة اللزوم».

2- أصالة اللزوم.

ونتيجة كل من الأصلين عدم الغبن، ومن ثمَّ نفي الخيار(2)

وأورد عليه بإشكالات:

1- المكاسب 5/169 ولم يرد فيه «الموافق لأصالة اللزوم» فلا يتم الاشكال الرابع في المقام.

2- المكاسب 5/169.

الإشكالات الواردة على الأصل

الإشكال الأول

إن المراد من أصالـة اللزوم لا يخلو إما الأصل اللفظي، أو العملي، فإن كان الأول - وهو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) فهو مخصص بالمعاملة الغبنيـة؛ بمقتضـى قاعـدة نفي الضـرر، أو الشـرط الضـمني الارتكازي، وبما أن المعاملة الواقعة يُحتمل كونها غبنية، فهي شـبهة موضوعية للمخصص، فلا يصح التمسك بالعام فيها.

وإن كان الثاني فهو أصالـة بقاء الملك عنـد من انتقل إليه، بمعنى أنه بالبيع قـد حصل النقل والانتقال قطعاً، فإذا فسـخ مدّعي الغبن شك في بقاء المال في ملك من انتقل إليه وزواله عنه فيستصحب بقاؤه.

فيرد عليه: بأنا نشك من أول الأمر في كون الملكيـة المنتقلـة هل هي ملكيـة محـدودة بحصول الفسخ أو باقية حتى بعده؟ وفي مثل ذلك لا يجري الاستصحاب؛ للشك في أصل الجعل، فيكون معارضاً بأصالة عدم الجعل.(2)

ولكن هـذا الإـيراد أولاـ: مبني على مـا اختـاره الفاضل النراقي (قـدس سـره) وتبعه المحقّق السـيّد الخوئي (قـدس سـره) من عـدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية؛ للتعارض بين أصل بقاء المجعول وأصل عدم الجعل، والشيخ (قدس سره) لا يرى ذلك.

وثانياً: أن لازمه جريان الاستصحاب لولا المعارضة، والحال أنه قاصر من حيث المقتضي.

فالحق في الإشـكال على الشـيخ (قدس سـره) : أن استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ محكوم باستصحاب عدم جعل الخيار؛ لكون الشك في بقاء الملك ناشئاً من الشك في جعل الخيار، ومع وجود الأصل الحاكم لا تصل النوبة إلى الأصل المحكوم.

1- سورة المائدة /1.

2- مصباح الفقاهة 6/321.

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

الإشكال الثاني

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

1- أن المستند فيه هو «لا ضرر»

2- أن المستند هو الشرط الارتكازي الضمني بالتساوي بين الثمن والمثمن في القيمة.

وأياً كان منهما فلا ربط لأصالة عدم التغيّر بهما إلا بنحو الأصل المثبت في بعض الموارد؛ للتلازم أحياناً بين عدم التغير والحكم الضرري، أو بينه وبين اختلاف العوضين في القيمة، فأصل عدم التغيّر لا يكون معتبراً شرعاً، فلا يكون ميزاناً لمعرفة المدّعي من المنكر.(1)

والحق ورود هذا الإشكال على الشيخ (قدس سره) ؛ لعدم ورود عنوان التغيّر وعدمه في لسان الأدلة، ولا بدّ من استفادة موضوع الأصل منها.(2)

1- مصباح الفقاهة 6/(321-320).

2- إن قلت: قال المحقّق الأصفهاني (قدس سره) : «أما إذا كان المراد أصالة عدم وقوع العقد على الزائد أو الناقص فلا تكون مثبتة؛ فإن العقد الواقع على الناقص أو الزائد موضوع الخيار، فالتعبد بعدمه تعبد بعدم الخيار». قلت: أن المدار في جميع الموارد على حجية الظهور، فإرجاع الكلام الظاهر في شيء إلى معنى آخر لرفع الإشكال على خلاف الصناعة وكلام الشيخ (قدس سره) في المقام صريح في أصالة عدم التغيّر، فحمله على إرادة أصالة عدم وقوع العقد على ما اختلفت قيمته مخالفٌ للقاعدة.

الإشكال الثالث

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

الإشكال الرابع

إن الشيخ (قدس سره) صرّح بموافقة أصل عدم التغير لأصل اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء الملك وأثر العقد، مع أنه يخالفه في بعض الصور ويترتب عليه الخيار، وذلك كما لو تمّ البيع على ثمانية دنانير قيمة المتاع، فادعي مدّعي الغبن أن قيمته السابقة عشرة دنانير ولم تتغير، فصدّقه الآخر ولكن قال بتغيّرها حين البيع، فمقتضى جريان أصل عدم التغير ثبوت الغبن، ومن ثمّ ثبوت الخيار فيكون على خلاف أصل اللزوم.

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

تحقيق المحقّق السيّد الخوئي

وهنا تحقيق للمحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) [إليك نصه، بيانه: قال المحقّق الخوئي: «فالتحقيق أن يقال: إنّ الشرط الضمني الارتكازي إذا كان واقعاً على تساوي القيمتين بأن يشترط المتعاقدان تساوي كل واحد من المالين بحسب القيمة السوقية كما عبّرنا بهذه العبارة في بعض عباراتنا السابقة، فالأصل مع مدّعي الغبن والخيار، لأنّ

المفروض وقوع المعاملة بين المالين ونشك في شـرطها الذي هو أمر وجودي وهو وقوعها على المالين المتساويين بحسب القيمة والأصـل عـدم وقوع المعاملـة على المتساويين فلا لزوم بحكم الاستصـحاب، إذ التساوي والمعاملـة الواقعـة عليه أمران وجوديان مسـبوقان بالعـدم فالأصل عدم وقوع المعاملة على القيمة المتساوية للقيمة السوقية.

وأمّا إذا كان الاشتراط الضـمني متعلّقاً بما هو المتعارف بين الناس والمرتكز في الأذهان وهو عدم الخديعة والزيادة، فكأنهما يشترطان عدم الخديعة وعدم الزيادة في الثمن والقيمة فلذا ترى أنه يقول لصاحبه لا يكن بيعك أو شراؤك هذا بأزيد من قيمته، والمراد بالخديعة هو صورتها إذ لاـ يعتبر في خيـار الغبن الخديعـة بـل يثبت ولو مع جهل الغابن بالحال، وعليه فإذا تعاملا وشـككنا في حصول هـذا الشـرط وهو عـدم الخديعـة وعـدم الزيادة فالأصل مع من يـدّعي اللزوم لأصالـة عدم وقوع البيع على الخديعة والزيادة وأصالة عدمهما، وهذا الوجه الثاني هو الأرجـح لأنـه الموافق للمتعـارف والمرتكز في الأذهـان من الغبن، ويؤيّـد ذلـك عنوان الفقهـاء حيث عنونوه بخيـار الغبن أي خيار الزيادة والخديعة، وعليه ففي جميع الصور المتقدمة نحكم بلزوم المعاملة وعدم وقوع البيع علي القيمة الزائدة أو الخديعة»(1)].

وتقريبه وتوضـيحه: أن المسـتند الصحيح في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي لعدم الغبن في المعاملة، فلا بدّ من ملاحظة ذلك لتشخيص المدّعي من المنكر، فلا بدّ من معرفة هوية الشـرط، هل هو شرط عدمي أو وجودي، فإن كان تباني العقلاء على تساوي العوضين في القيمة كان الشرط وجودياً، وإن كان تبانيهم على عدم الاختلاف في القيمة كان شرطاً عدمياً.

1- التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 38/314؛ و نحوه في مصباح الفقاهة 6/(322-321).

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

وبتعبير أدق: أن في التعهد والشـرط التزاماً، والالتزام ذاته الالتزام، ففرق بين العناوين الثلاثة، فللالتزام في ضـمن العقد خصوصـية، وللالتزام المطلق خصوصـية، وللالتزام بعنوان الشرط خصوصية أخرى، ولهذا عبّر الفقهاء واللغويون عن الشرط بأنه التزام مربوط بالتزام آخر، أو التزام في ضمن التزام آخر، فهذه الخصوصية مأخوذة في مفهوم الشرط.

ولا شـبهة في أن نفس الالتزام أمر وجودي، والمردد بين الوجودي والعدمي هو الملتزم به، وعليه فإن كان متعلق التزام المتبايعين هو تساوي قيمـة الثمن والمثمن فهو أمر وجودي، وكل أمر وجودي مسـبوق بالعـدم، فالأصل الجاري عنـد الاختلاف هو أصل عـدم التساوي بينهما، ونتيجته ثبوت الخيار.

وإن كان هو عـدم اختلاف العوضـين في القيمـة فهو أمر عـدمي فالأصل الجاري فيه هو أصل عـدم الاختلاف أزلاً، ونتيجته لزوم المعاملة ونفي الخيار.

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

التعليق على هذا التحقيق

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

ص: 70

بأحدهما، استناداً لبعض الخصوصيات؛ لعدم كون هذا الظن معتبراً.

وعليه فالمرجع أصالة اللزوم بتقريب: أنه بالبيع الحاصل حصل نقل العوضين من أحد المتعاملين إلى الآخر، وملك كل منهما ما انتقل إليه، فإذا فسخ مدّعي الغبن شك في خروج الملك عما انتقل إليه ورجوعه إلى المالك الأول فيستصحب بقاؤه عنده، وقد تقدم أن هذا الأصل محكوم بأصالة عدم جعل الخيار، واستصحاب عدم الخيار، وإن كان أثر الأصلين واحداً.

هذا تمام الكلام في الشرط الأول وفروعه»(1)، والحمدلله أوّلاً وآخراً.

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

اشارة

وقد يقع البحث حوله في جهات:

الجهة الأولى: الدليل على كون التفاوت فاحشاً

وقد استدل عليه: بأن التفاوت بين قيمة الأشياء في المعاملات العقلائية الواقعة في الأسواق من اللوزام العادية لها، بل هو من الضروريات، فلو كان يتحقق الغبن بمطلق التفاوت للزم الخيار في جميع المعاملات، وهو أمر غير عقلائي قطعاً، ومخالف لضرورة الفقه وتسالم الفقهاء، فيتعين أن يكون التفاوت مما لا يتسامح فيه عادة، المعبر عنه بالتفاوت الفاحش.(2)

الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش

ذهب بعض العامة إلى أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر منه أوجبه، وذهب آخرون منهم إلى كون المعيار الربع، وثالث إلى كون المعيار الخمس.(3)

1- بغية الراغب في مباني المكاسب 3/(112-88).

2- مصباح الفقاهة 6/322.

3- ما نقله العلّامة في التذكرة 11/70، عن مالك هو الثلث فقال: «وقال مالك: إن كان الغبن الثلث لم يثبت الخيار. وإن كان أكثر من الثلث ثبت الخيار».

وكل ذلك باطل؛ لكونها دعاوى بلا دليل؛ إذ لا بـدّ من ملاحظـة التناسب بين المسألـة ودليلها، موضوعة ومحمولاً وماهية، وبما أن المسألة عقلائية، لا تعبّد فيها من قبل الشارع، وإنما دوره فيها الإمضاء، إما عن طريق «لا ضـرر»، أو عن طريق «المؤمنون عند شروطهم»، فالمرجع في تحديـد التفـاوت إلى العقلاـء بمـا هم عقلاـء ليس إلاـ وليس المرجع فيه أيضـاً إلى العرف بما هو عرف؛ لأن دوره إنما هو في تحـديد المفاهيم، وما يتبادر إلى أذهانهم من ظواهر الألفاظ، وأما في البناءات العقلائية - كما في ما نحن فيه - فالمرجع هم العقلاء بما هم عقلاء، بحيث يستكشف ذلك من ارتكازاتهم، فلا يخلط بينهما.

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

وذهب المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) إلى أن المسألة عرفية، وهو يختلف من مورد إلى مورد، فالتفاوت بالخمس في بعض المعاملات غبني، كما لو باع ما يساوي أربعة آلاف بخمسة آلاف، وفي بعضها ليس غبنياً كما لو اشترى ما يساوي أربعة فلوس بخمسة.

نعم، الواحد في الألف لا يكون غبناً قطعاً.(1)

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

وثانياً: أن التفاوت بنسـبة الواحد على الألف يختلف أيضاً بحسب الموارد، فالتفاوت بهذه النسـبة في معاملة بألف تومان لا يعد غبناً، ولكن التفاوت بها في معاملة بمليار دولار يعدّ غبناً عند العقلاء.

فالحق أن المرجع في جميع المعاملات إلى الإرتكاز العقلائي، ولا بـدّ عنـدهم من ملاحظـة الجهـة الكمية والكيفية، فربما يكون التفاوت بنسبة الواحد إلى الألف غبناً،

1- مصباح الفقاهة 6/323.

وربما لا يعدّ غبناً.

الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقّق للتفاوت الفاحش

ربما يقع الاشتباه في تحديد المفاهيم العرفية، والارتكازات العقلائية، وهو المعبّر عنه بالشبهة المفهومية، فلو اشتبه الحال في بعض الموارد بين كون التفاوت المعيّن مما لا يتسامح فيه أو لا، فما هو مقتضى القاعدة؟

رأي الشيخ

استظهر الشيخ (قدس سره) أولاً كون المرجع عند الشك في ذلك أصالة ثبوت الخيار، واحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، وليس ذلك منه عدولاً كما نسبه إليه المحقّق السيّد الخوئي(1) (قدس سره) ؛ فإن ذكر الاحتمال بعد الاستظهار لا يعتبر عدولاً.

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

وأما وجه الاحتمال فهو أن الأصل الأولي هو اللزوم، فكل معاملة محكومة باللزوم، وخصص بالمعاملة التي وقع فيها الضرر غير المتسامح فيه، وبما أنه يشك في كون الضرر الواقع مما يتسامح فيه أو لا، فبالتالي يشك في خروج هذا المورد من تحت أصالة اللزوم وعدمه، فيتمسك بها.(2)

1- مصباح الفقاهة 6/324.

2- المكاسب 5/170.

تفصيل المحقّق السيّد الخوئي

وذهب المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) إلى التفصيل بين ما إذا كان المستند في خيار الغبن «لا ضرر»، فيكون الأصل الخيار، وبين ما إذا كان المستند الشرط الارتكازي، فالأصل اللزوم، ووجه التفصيل أنه:

أما بناء على كون المستند «لا ضرر»؛ فلأن أدلة اللزوم كآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) قد خصصت ب- «لا ضرر»، وبما أن المخصص دليل لفظي فالإطلاق فيه محكم، فيشمل كل معاملة ضررية، سواء أكان الضرر الواقع فيها مما يتسامح فيه أم لا، إلا فيما ثبت فيه التخصيص كصورة الإقدام على الضرر، وفي غيره من الموارد التي يشك في خروجه من تحتها يتمسك فيه بإطلاق لا ضرر، فإذا شك في كون فرد من الضرر مما لا يتسامح فيه، فيكون مما لم يقدم عليه، أو مما يتسامح فيه، فيكون مما أقدم عليه، أو مما خرج ببناء العقلاء، كان الشك في المخصص لها، فيتمسك بإطلاقها، والنتيجة الخيار.

وأما بناء على كون المستند في الخيار هو الشرط الارتكازي الضمني؛ فلأن مقتضى الإطلاق اللفظي في مقام الإثبات هو تمليك العين بالثمن بدون أي قيد، وبمقتضى كاشفية مقام الإثبات عن مقام الثبوت تحكم بإطلاق العقد في مقام الثبوت أيضاً، فتشمله أدلة اللزوم، وليس في المقام شيء يصلح للقرينية والتخصيص إلا الشرط الإرتكازي بأن لا يكون في المعاملة تفاوت لا يتسامح فيه بين الثمن والمثمن، وبما أنه دليل لبي لزم الاقتصار فيه على القدر المتيقن، وذلك ما لو أحرز كون التفاوت مما لا يتسامح فيه، وأما ما عداه فليس في المقام دليل لفظي على الخيار كي يتمسك بإطلاقه، فلا محيص من الأخذ بإطلاق الكلام والتمسك بأدلة اللزوم.(2)

1- سورة المائدة /1.

2- مصباح الفقاهة 6/(324-325).

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

ويرد عليه: أما ما أفاده من التمسك بإطلاق «لا ضـرر» فالحق معه من ناحيـة كون قاعـدة «لا ضـرر» قاعـدة كليـة عامـة لجميع المعاملات والعبادات، والحق معه من حيث النتيجة لو كان المخصص لها هو (الإقدام على الضرر)، إلا أنه لـم يرد في شيء من الأدلة كون هذا اللسان مخصصاً للقاعدة، فلم يرد أن مع الإقدام على الضرر ينتفي الحكم الضرري.

وإنما لم يحكم بثبوت الخيار معه؛ لكون الضـرر الموجب لنفي الحكم – إما لكون موضوعه ضـررياً، أو لكونه بنفسه ضـررياً، على اختلاف المبنيين – إنما هو الضـرر المسـتند إلى الشارع، وفي حال إقـدام المكلف عليه لم يسـتند إلى الشارع، وإنما اسـتند إلى المكلف، فلا يرفع ب–«لا ضرر»؛ لخروجه تخصصاً، لا تخصيصاً كما ادّعي.

وحينئذ يكون مورد الشك شـبهة موضوعية إلى «لا ضرر»، فلا يعقل التمسك بها؛ لكونه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا يتمّ ما أفاده الشيخ (قدس سره) ولا تأييد السيّد المحقّق (قدس سره) له على مبنى «لاضرر».

وبعبارة أخرى: إن دائرة الموضوع في «لا ضـرر» بنحو لا تشـمل صورة الإقدام عليه، فيكون خروجها تخصـصاً لا تخصـيصاً، فلا تكون من صغريات التمسك بالعام في الشـبهة المفهوميـة للمخصـص، بل من صـغريات التمسك بالعام في الشـبهة الموضوعيـة، حيث كان الحكم المرفوع هو الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع، كما هو التحقيق عندنا وعند الشيخ (قدس سره) وعند المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) ، وأما على مبنى شيخ الشريعة الأصفهاني (قدس سره) ، والمحقّق الخراساني (قدس سره) فقد حقق بطلانهما في محله.

وأمـا مـا أفـاده على مبنى الشـرط الارتكازي من التمسك بأصل اللزوم اللفظي فتام لو كان التقييـد بمعلوم الغبنيـة، ولكنه ليس كـذلك؛ فإن التقييد بواقع الغبن، فيكون التمسك بالدليل اللفظي من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا

يصح.

توضيح ذلك: أن الإطلاق في مقام إنشاء المعاملة مقيّد قطعاً بصورة عدم الغبن حتى ولو لم يقيد في مقام اللفظ؛ فإن المعاملة ثبوتاً - بالنسبة إلى الأمور الارتكازية - لا تخلو من ثلاث حالات، إما أن تكون مهملة من ناحيتها، أو مطلقة، أو مقيدة، ولا شك في استحالة الأوّل؛ لوضوحه، ولا في بطلان الثاني؛ لجريان العاقل الملتفت على طبق ما عليه ارتكاز العقلاء، فيتعين الثالث، وهو تقييد المعاملة بعدم الغبن الواقعي فيها، وحيث تردد أمر الغبن الواقع بين كونه مما يتسامح فيه، فعلى الأوّل يكون للمغبون الخيار، وعلى الثاني لا خيار له، وكانت المعاملة مقيدة بعدم كونه مما لا يتسامح فيه واقعاً كان التمسك ب- (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) لإثبات اللزوم من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص؛ فإن المعاملة إن كانت مشتملة واقعاً على الغبن الذي لا يتسامح فيه كانت مخصصة من الآية، ويثبت الخيار للمغبون، وإن لم تكن مشتملة عليه لم يثبت له الخيار.

دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها

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

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

1- سورة المائدة /1.

الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن مفاد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) هو وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فإن كان مطلقاً وجب الوفاء به كذلك، وإن كان مقيداً أو مشروطاً وجب الوفاء به كذلك، أي بجميع شروطه ومتعلقاته، ومقتضى الارتكاز العقلائي أن العقد وقع مشروطاً ومقيّداً بعدم الضرر الواقعي مما لا يتسامح فيه، وبما أننا لا نعلم بكون الضرر الواقع ضرراً لا يتسامح فيه أو لا، كان شبهة موضوعية للدليل، فلا يمكن التمسك به من هذه الناحية وإن كان المرجع في الشبهات المفهومية للمخصص هو العام، فالإشكال على قوته.

الحق في المسألة

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

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

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

ص: 77

1- سورة المائدة /1.

في مناط الضرر الموجب للخيار

قال الشيخ (قدس سره) تحت عنوان: (بقي في المقام شيء)(1) ما حاصله: أن دليل نفي الضرر واحد، ومفاده على المسلك المحقّق نفي الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فيجري بنسق واحد في المعاملات والعبادات، بلا فرق بينهما، إلا أن ظاهر الأصحاب وغيرهم التفريق بين المعاملات والعبادات، ففي المعاملات جعلوا المناط في الضرر على الضرر المالي، وكون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، ولهذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس، أو بالزائد على الثلث كما تقدّمت الإشارة إليه عن بعض العامة.

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

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

جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر

ثم أجاب الشيخ (قدس سره) عن هذا الإيراد بجوابين:

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

1- المكاسب 5/(170-171).

الدليل الحاكم كالدليل المحكوم قابل للتخصيص.

الثاني: أن المدار على الضرر المالي، ولكن خرج شراء ماء الوضوء تخصصاً؛ لعدم كونه ضرراً بملاحظة ما بإزائه من الأجر، كما يشير إليه قوله (عليه السلام) : « إن ما يشتري به مال كثير »(1)

المناقشة في ما أفاده الشيخ

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

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

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

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

وبعبارة أخرى: أن عدم الضرر فرع وجود الأثر(2)، وترتب الأجر ووجوده فرع عدم جريان «لاضرر» [وهذا دور واضح].

ولكن الشيخ (قدس سره) استند في عدم كون ذلك ضرراً إلى الرواية المتقدمة، وهو تام على ما ورد في التهذيب، التي أوردها [الشيخ] الحر في هامش الوسائل، دون ما ورد في متن الوسائل: «وما يسرني بذلك مال كثير»(3).

ص: 79

1- التهذيب 1/406، ح14، باب التيمم.

2- أي الأجر.

3- وسائل الشيعة، 3/389، ح1، الباب 26 من أبواب التيمم، صحيحة صفوان.

فما أفاده الشيخ (قدس سره) بناء على تلك النسخة تام، وسبقه في ذلك الفاضل النراقي (قدس سره) ، ولعله أخذه منه؛ فإن الفاضل المذكور قد تعرّض لذلك في عدّة فروع من باب الحج، كما في مبحث الاستطاعة، في ما لو توقف الحج على بيع متاع بضرر، أو على شراء شيء من وسائل الحج بمال كثير، واستدل على عدم كونه ضرراً بهذه الرواية؛ لكون ما فيها علة، فلا ينحصر الحكم بباب الوضوء.(1)

إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ ورده

وأورد عليه المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) : بأن القول بعدم الضرر بملاحظة ما بإزائه من الأجر أشبه بالعرفان؛ بداهة أن هذا ضرر بلا شبهة، على أن لازم ذلك القول به في جميع أبواب العبادات، ولم يقل به فقيه.(2)

وفيه: أولاً: أن الشيخ (قدس سره) قد استند في ذلك إلى الرواية المذكورة فلا يكون قوله أشبه بالعرفان.

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

وإنما الإشكال: أن الجملة التي استند إليها الشيخ (قدس سره)

غير ثابتة؛ لعدم ورودها إلا في بعض نسخ التهذيب.

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

فالحق أن نسبة قاعدة «لاضرر» إلى المعاملات والعبادات واحدة، فتجري فيهما

1- مستند الشيعة، ج11، ص41.

2- مصباح الفقاهة 6/328.

بنسق واحد، والميزان في ذلك إلى العرف، ونظرهم أن الأجر الأخروي لا يرفع الضرر، فمتى ما تحقق الضرر تحقق موضوعها، من دون فرق بين المعاملات والعبادات.

نعم، نرفع اليد عن ذلك في باب الوضوء؛ لوجود النص الصريح فيه، بلزوم شراء الماء بمائة درهم، وبألف درهم، ولا تصل النوبة إلى التيمم.

ونود الإشارة إلى أن الفاضل النراقي (قدس سره) قال في المستند: (وتؤيده الأخبار الأخر المتضمنة لشراء ماء الوضوء بمائة ألف درهم)(1)، ولكنا لم نعثر على هذه الأخبار.

والحاصل: أن الحق هو التخصيص، لا التخصص؛ لعدم ثبوت الرواية بلفظ «إن ما يشتري به مال كثير»، وصدق عنوان الضرر عرفاً.

اجتماع الغابن والمغبون في واحد

قال المحقق والشهيد الثانيان قدس سرهما: إن المغبون إما أن يكون هو البائع، أو المشتري، أو كل منهما.(2)

الإشكال على اجتماعهما في واحد

ووقع تصوّر غبن كل من المتبايعين معاً محلاً للإشكال؛ فإن معنى الغبن هو عدم تساوي الثمن والمثمن في المالية، ومعنى كون كل منهما غابناً ومغبوناً أن يكون الثمن أقل من المثمن وأكثر منه في آنٍ واحد، وهو من الجمع بين المتقابلين، وهو محال.

والإشكال محكم في نظر بعض الأعلام(3)، وأجاب عنه آخرون بطريقين:

1- مستند الشيعة 11/41.
2- جامع المقاصد 4/295؛ الروضة 3/467؛ المسالك 3/205.
3- جاء في هامش المكاسب 5/172، تعليقاً على قول الشيخ (قدس سره) : (والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة)، ما لفظه: (وهو المولى أحمد بن محمّد التوني أخو المولى عبدالله التوني صاحب الوافية، ذكره في تعليقه على الروضة ذيل قول الشارح: «والمغبون إما البائع أو المشتري»، راجع الروضة البهية (الطبعة الحجرية) 1/378 [وشرح خيارات اللمعة /141 لخالي الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء]).

جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردّه

الطريق الأول: الطريق الظاهري، وهو ما أفاده السيّد العاملي (قدس سره) في مفتاح الكرامة، من أن اجتماع الغابن والمغبون في الواقع غير ممكن، فلا يرتفع الإشكال بذلك، ولكن يمكن اجتماعهما في مرحلة الظاهر، وذلك فيما لو ادعى كل من البائع والمشتري أنه مغبون، ولا يوجد مقوّم ليرجع له في تقييم المتاع، ولا بيّنة لأحدهما تشهد له بدعواه، فهنا عند الحكومة يقع التحالف بينهما؛ لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فإذا تحالفا ثبتت غبنية كل منهما من قبل الآخر، فيجتمع الغابن والمغبون في واحد ظاهراً.(1)

وفيه: أوّلاً: أن مقتضى التحالف التساقط، فتسقط كل من الدعويين، لا أنهما تثبتان.

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

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

جواب المحقّق القمي عن الإشكال

الوجه الأول: ما أفاده المحقّق القمي(2) (قدس سره) من كون ذلك من باب الاشتراط بهذا التقريب: أن يبيع المتاع بأربعة تومان بشرط أن يعطيه المشتري ما يقابلها بالدينار، وهي ثمانية دينار، ثم تبيّن أن قيمة المتاع خمسة تومان، وأن ما يقابل الثمانية دينار خمسة تومان، فالبائع مغبون؛ من جهة أنه باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، والمشتري مغبون؛

1- مفتاح الكرامة 14/237.

2- جامع الشتات 2/59، المسألة 48 (1/111 من الطبعة الحجرية).

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

إشكال الشيخ على جواب المحقّق القمي

وأورد عليه الشيخ(1) (قدس سره) : بأن الجواب مدفوع، سواء أكان البيع مع الشرط معاملة واحدة أم معاملتين.

أما على كونهما معاملة واحدة - كما هو التحقيق من أن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام آخر، فالشرط التزام في ضمن البيع - فلا غبن على الطرفين:

أما بالنسبة إلى البائع؛ فلأنه وإن كان باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، إلا أن ما دخل في كيسه - وهو الثمانية دينار - يساوي الخمسة، فلم ينقص منه شيء.

وأما بالنسبة إلى المشتري؛ فلأن المتاع الذي دخل في ملكه يساوي ما خرج منه بلا نقص.

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

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

ما ذكره صاحب الجواهر

الوجه الثاني: أن يبيع شيئين بثمنين في معاملة واحدة، كأن يبيع كتاب الرسائل

1- المكاسب 5/173.

بنصف دينار مع أن قيمته دينار، ويبيع كتاب المكاسب بدينارين ونصف مع أن قيمته ديناران، فالبائع مغبون في الأوّل، غابن في الثاني، والمشتري على العكس منه.(1)

إشكال الشيخ عليه

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

وإما أن نفرضهما معاملتين مستقلتين، فالغبن وإن وجد إلا أنهما الواحد في كل معاملة، ففي المعاملة الأولى يكون البائع مغبوناً دون المشتري، وفي الثانية يكون المشتري هو المغبون دون البائع، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد.(2)

ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه

الوجه الثالث: ما ذكره الشيخ (قدس سره) بقوله: «ما ذكره بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين 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»(3)

ويشكل: بأن اختلاف مكاني المتبايعين لا إشكال في حصوله، كأن يكون المشتري من داخل البلد، والبائع من خارجه، كما لا إشكال في اختلاف قيمة المتاع في

1- ذكره صاحب الجواهر (قدس سره) في الجواهر 23/44؛ حيث قال: (بل لو فرض تصور الغبن فيهما، كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد، وكان كل منهما بثمن معين، في أحدهما الغبن على البائع، وفي الآخر على المشتري، ثبت الخيار لهما معاً).

2- المكاسب 5/174.

3- المكاسب 5/(174-175)، ولم نتحقّق من هذا البعض.

مكانين، وإنما المهم، هل أن اختلاف مكاني المتبايعين يوجب اختلاف محل العقد أو لا؟

قطعاً لا؛ لأن البيع أمر واحد فيستحيل أن يقع في مكانين، فإما أن يقع في بلد البائع أو في بلد المشتري، فإن وقع في بلد البائع فهو المغبون خاصة؛ لأنه باعه بأقل من قيمته في بلده، وإن وقع في بلد المشتري كان هو المغبون؛ لأنه اشتراه بأكثر من قيمته في بلده، فلم يجتمع الغابن والمغبون.

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

تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته

الوجه الرابع: ما أفاده المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) من التفصيل في المقام بين كون المبنى في خيار الغبن الشرط الإرتكازي بالتساوي بين قيمتي الثمن والمثمن، وبين كونه «لاضرر»، فإن كان الأوّل نفى حصول الغبن لكل منهما؛ إذ لا يخلو الأمر من تخلّف الشرط وعدمه، فإن لم يتخلّف الشرط لم يحصل غبن أصلاً، وإن تخلّف الشرط كان المغبون خصوص من تخلّف الشرط في حقه، كأن أخذ أقل من قيمة ما أدّاه.

وإن كان الثاني أمكن اجتماع الغابن والمغبون، وذلك كما لو باع الحقّة من الخشب بدينار، وكانت قيمته الواقعية نصف دينار، واشترط المشتري عليه أن يكون من خشب داره، فالمعاملة ضررية على الطرفين؛ فإن البائع متضرر فيكون مغبوناً؛ لتوقف تسليم الخشب على تخريب داره، والمشتري متضرر؛ لأنه اشترى ما قيمته نصف دينار بدينار.(1)

ومما تقدم من الإشكال على المحقّق القمي (قدس سره) يتضح الإيراد عليه، بعد ملاحظة أن الضرر المنفي هو الضرر الحاصل من الشارع، فلو كان لزوم العقد الموجب للضرر منتسباً إلى الشارع لتمّ ما أفاده (قدس سره) ؛ فإن المعاملة ضررية عليهما، ولكن سبب الضرر

1- مصباح الفقاهة 6/332.

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

جواب المحقّق الحائري والمناقشة فيه

الوجه الخامس: ما أفاده المحقّق الحائري (قـدس سـره) وحاصـله: إن مالية الشـيء ربما تختلف بحسب اختلاف المالكين وإن كانا في بلد واحد، فقد يكون ثمن الدواء المجلوب من الخارج في الصيدليات الرسمية بخمسة وعشرين ديناراً، ولكن ربما يأتي به الشخص بنفسه بقيمة عشـرة دينار؛ لاعتبارات خاصة به، فإذا اشترى هذا الشـخص الدواء من الصـيدلية بعشـرين ديناراً كان كل من البائع والمشتري مغبونين، أما البـائع فلأـن القيمـة المتعارفـة للـدواء خمسـة وعشـرون، بينمـا بـاعه بعشـرين، وأمـا المشتري فلأن قيمته بالنسـبة إليه عشـرة، بينما اشتراه بعشرين.(1)

ويرد عليه: أوّلاـً: بـالنقض بمـا لا يلتزم به فقيه، وذلك فيما لو كان نوع من الفرش يباع في سوق الفرش بخمسـة وعشـرين ديناراً، وقيمته عند شخص بعشرة دينار؛ لكونه متهماً بالسرقة، فينبغي لو اشترى هذا الشخص هذا الفرش من السوق بعشرين ديناراً أن يكون غابناً ومغبوناً.

وثانياً: بالحل، ويكون ذلك بمعرفـة معيار الغبن؛ فإنه (قدس سـره) قال في معيار الغبن ما لفظه: «الانتقال من القيمة العليا الى السـفلى وإن كان بواسـطة القبض، لا صـرف إنشاء المعامله، ولكن يكفي في غبنية المعاملة بالنسـبة إلى المشتري حدوث الضرر من ناحية القبض الذي هو من توابع المعاملة»(2)، فجعل القبض من توابع المعاملة، فيصدق الغبن لو حصل الضرر من ناحيته.

1- الخيارات للشيخ الأراكي /200.

2- الخيارات للشيخ الأراكي /200.

ولكن، أوّلاً: لا بدّ من معرفة رتبة الشرط العقلائي الارتكازي في المعاملة.

وثانياً: لا بدّ من معرفة محل شرط القبض في المعاملة شرعاً وعُقَلاءً.

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

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

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

تصوير المحقق الأصفهاني والرد عليه

الوجه السادس: ما أفاده المحقّق الأصفهاني (قدس سره) قتل في ذيل قول الشيخ (قدس سره) :

«والأولى من هـذه الوجوه»(1)، ونـذكره بلفظه لوضوحه، قـال (قـدس سـره) : «يمكن أن يقـال: بفرض لزوم الضـرر في كل من الطرفين في معاملة واحدة، فيما إذا كان قيمة الشـيء منضـماً أزيد من قيمته منفرداً، كمصـراعي الباب، فإذا فرض أن قيمة المصـراعين منضماً ستة دنانير مثلاً، وقيمـة كل منهما منفرداً ديناران، فباع أحـد المصـراعين بثلاثة دنانير، فالمشتري مغبون بدينار واحد، والبائع أيضاً مغبون بدينار واحد؛ لأن حيثية الانضمام زالت بهذه المعاملة، فنقصت قيمة المصراع الباقي على ملكه، ولعله أولى من جميع الوجوه المزبورة»(2)

ويرد عليه: ما أوردناه على المحقّق الحائري (قدس سـره) ؛ فإن المدار في حصول الغبن على القيمة حين العقد، وعلى أي شـيء وقع العقد، فقيمـة أحـد مصـراعي البـاب منفرداً واقعـاً بـدينارين، في السوق، وعنـد البـائع والمشتري، ولا ـ يعقل تغيّر قيمته الواقعيـة باختلاف النسـب والإضافات، فعندما باعه بثلاثة دينار فالمغبون هو خصوص المشتري.

نعم، هـذه المعاملـة كانت منشأ لـدخول الضـرر على البائع؛ من جهة تنزّل قيمة المصـراع الثاني الذي بقي عنده، وتنزّل قيمة جنس بسـبب المعاملة على جنس آخر لا يعقل أن يوجب الغبن في المعاملة الواقعة.

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

تصوير الفقيه السيّد اليزدي ومناقشته

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

1- المكاسب 5/175.

2- حاشية المحقّق الأصفهاني على المكاسب 4/264.

يكون قيمته في حدّ نفسه أزيد من الثمن، وأن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون، من أجل المعاملة وإن كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمة تسوى عشرة توامين، ولها ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون الولد بعشرين، وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإن كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة اشترى ما يسوى عشرة بعشرين، فكل منهما مغبون.(1)

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

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

فهذا الوجه على هذا المبنى غير تام قطعاً.

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

1- حاشية المكاسب للسيّد 2/(538-537).

بالحكم باللزوم فنقول: بأن للبائع حالتين؛ إذ تارة يعلم بأن انفصال الولـد عن أمه موجب للوقوع في هـذه الخسارة، وأخرى يجهل ذلك، مع علمه بأن للولد لوحده قيمة، وله مع أمه قيمة، فإن كان يعلم بذلك كان إقدامه على البيع إقداماً على الضـرر، وقد تقدّم عدم جريان «لاضرر» مع الإقدام عليه.

وإن كان يجهل ذلك كان لما أفاده السـيّد (قدس سـره) وجه، ولكن الشأن في تصوّر هذا الجهل؛ فإنه لا يتصوّر – عقلاء – أن يجهل العاقل وقوع هذه الخسارة عند فصل الابن عن أمه.

والحاصل: أنه إن كان يعلم وأقدم عليه فهو خارج عن «لاضـرر»، وإن لم يكن يعلم وكان منشأ الضرر نفس المعاملة كان كلام السيّد (قدس سره) تاماً على مبنى «لا ضرر».

هـذا تمام الكلام في مسألـة اجتماع الغابن والمغبون، وكل ما ذكر من الوجوه في تصويره مدخول، والحق فيها اسـتحالة حصول الغبن على كل من البائع والمشتري في معاملة واحدة.

[مسألة]: وقت تحقق خيار الغبن

اشارة

اختلف الفقهاء في وقت تحقق خيار الغبن على قولين:

القول الأول: وقت وقوع العقد.

القول الثاني: وقت ظهور الغبن.

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

وتحقيق المسألة يقتضي البحث في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: مقتضى الأصل العملي.

الجهة الثانية: مقتضى الأصل اللفظي.

الجهة الثالثة: مقتضى الأدلة الخاصة.

مقتضى الأصل العملي

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

مقتضى الأصل اللفظي

وكذلك الحال بالنسبة إلى الجهة الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللفظي، وهو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) لزوم العقد إلا فيما خرج بالدليل، فقبل ظهور الغبن لم يحرز المخصص فنتمسك بالعموم، وأما بعد ظهوره فنقطع بخروجه من تحته.

مقتضى الأدلة الخاصة

اشارة

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

الدليل الأول: الإجماع

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

الدليل الثاني: قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)

الدليل الثاني: قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(2)

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

1- سورة المائدة /1.

2- سورتا البقرة /188 والنساء /29.

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

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

الدليل الثالث: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)

الدليل الثالث: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(1)

والتراضـي إما أن يكون تقـديرياً، أو تحقيقياً فعلياً، ومقتضـى الآيـة على التقـديرين ثبوت الخيار من حين وقوع العقـد، أما على الأول - كما ذهب إليه العلامة (قدس سره) -؛ فلأن المغبون لو التفت إلى الغبن لم يرض بالتجارة، ونفس هذه الحيثية موجبة للخيار.

وأما على الثاني؛ فلأن أيّاً من الطرفين لم يرض بالغبن.

نعم، لا يخفى أن هذه الأدلة كانت محل إشكال في محل بحثها، ولكن مقتضى التحقيق أن تلاحظ النتيجة على جميع الأدلة.

الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان

فإن فيها «فصاحب السـلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق»(2)، فالقضـية المأخوذة في الرواية شرطية، والأصل في العناوين المأخوذة في القيود والشروط هي الموضوعية، فيكون مقتضى ذلك أن لا يثبت الخيار قبل الدخول في السوق، ومما لا شك فيه أنه ليس المراد من شرطية الورود في السوق أن يكون شرطاً تعبدياً من حيث هو، بل هو شرط من حيث إن السوق مركز للتجارة وفيه ينكشف الغبن، فيكون مقتضى الرواية أن مبدأ الخيار هو وقت ظهور الغبن.

1- سورة النساء /29.

2- تقدم تخريجها عن سنن الترمذي 2/346.

وفيه: أن المقدمة الثانية – وهي أن العناوين المأخوذة في الشروط بنحو الموضوعية – محل إشكال؛ فإن الأصل كذلك ما لم يكن العنوان مأخوذاً بنحو الطريقية، كما في قوله تعالى: (كُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ)(1)؛ فإن تبيّن العنوانين – الأبيض والأسود – لا من حيث ذاتهما، بل بما هما طريق، ومن حيث كشفهما عن دخول الفجر، ولهذا لو لم يتضح الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلا بعد طلوع الفجر الصادق، فلا إشكال في دخول الوقت من حينه، فالغاية هي التبيّن، ولكن التبيّن جهة طريقية، وتمام الموضوع ذلك المتبيَّن.

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

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

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

الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر

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

1- سورة البقرة 187.

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، وبما أن ضررية اللزوم من حين العقد، لا من زمان ظهور الغبن، فيثبت الخيار من حين العقد.

الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين

فإن الشـرط - بحسب الارتكاز العقلائي في العقـد - قائم على عـدم التفاوت الفاحش بين العوضـين، ولا شك أن هذا الالتزام حاصل عند تحقق العقد، لا عند ظهور الغبن، وإنما ظهوره كاشف عن ثبوت ما ينافيه، فيثبت الخيار من حين وقوع العقد.

فتحصل من ذلك كله:

1- أن مقتضى الأدلة الخاصة - ما عدا الإجماع - هو ثبوت الخيار من حين العقد.

2- ومقتضى الأصلين اللفظي والعملي ثبوته من حين ظهور الغبن.

محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات

وقد رفع الشيخ(2) (قدس سره) الاختلاف بين الفقهاء بهذا التقريب:

أنه يمكن إرجاع القول الأول إلى الثاني، والثاني إلى الأول؛ فإن في باب الخيارات أمرين: أصل الحق، والسـلطنة الفعلية التي يقتدر بها على فسـخ العقد وإمضائه، فمن قال بأن زمان حدوث الخيار هو حين العقد فمراده ثبوت حق للمغبون، لو علم به لقام بمقتضاه؛ فإنه ثابت له قبل العلم، وإنما يتوقف على العلم إعمال الحق.

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

1- سورة المائدة /1.
2- المكاسب 5/177.

المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء

وفي ما أفاده (قدس سره) إشكالان:

الإشكال الأول: في ما أفاده (قدس سره) من الجمع بين كلمات الفقهاء بحمل بعضها على كون المراد منها الحق، والأخرى على كون المراد منها السلطنة الفعلية، وتحقيقه يتوقف على إيضاح معنى كل من الحق والسلطنة الفعلية اللذين جعلهما الشيخ (قدس سره) أمرين متغايرين، سبب الأول منهما العقد، وسبب الآخر ظهور الغبن فنقول:

إن للسلطنة في مرحلة الثبوت وجهين:

الأول: السلطنة الاعتبارية، بأن يعتبر المعتبِر السلطنة على أمر ما لشخص آخر.

الثاني: السلطنة التكليفية والوضعية، والأولى بمعنى جواز التصرف تكليفاً، والثانية نفوذ التصرف وضعاً.

وكلا المعنيين موجودان في مرحلة الإثبات أيضاً؛ فإن الشارع جعل لذي الحق السلطنة على إمضاء العقد وفسخه، وجعل للمكلف سلطنة تكليفية في جميع موارد حكمه بجواز التصرف، سواء أكان للمالك، أم للأجنبي بعد إذن المالك؛ بمقتضى «فلا يحلّ لأحدٍ أنْ يتصرف في مال غيره بغير بإذنه»(1)، كما جعل سلطنة وضعية للمالك والولي والوكيل، ومعناها نفوذ تصرفهم، فينفذ بيعهم ومصالحتهم.

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

1- وسائل الشيعة 9/540، ح7، الباب 3 من أبواب الأنفال، معتبرة أبي الحسين محمّد بن جعفر الأسدي.

وتفترقـان عنها في الوليّ على الصبي والمجنون؛ فإن له السـلطنتين - التكليفيـة والوضـعية - على مالهما، فيجوز له إجراء المعاملات الناقلة وتكون نافذة، وليست له سلطنة اعتبارية؛ فإنه لا يملك المال، بل يملكه الصبي والمجنون.

وتجتمع الثلاث في موارد الملك والحق للبالغ العاقل غير المحجور عليه؛ فإن له سـلطنة اعتباريـة، وهي حقيقة الحق، ويجوز له التصـرف، وينفذ وضعاً.

فالحق - عند عمدة القائلين به - سـلطنة اعتبارية، فلمن حجّر أرضاً سـلطنة عليها، وجواز التصـرف تكليفاً، ونفوذه وضعاً لا ينفكان عن هذا الحق، فكمـا أن من آثار الملك السـلطنة التكليفيـة والوضـعية، فكـذلك هما من آثار الحق، فلكل ذي حق أن يتصـرف في متعلَّق حقه، ولو تصرّف فيه بشيء من الأمور الاعتبارية كان نافذاً.

ومن هذا تتضح المناقشة في ما أفاده الشـيخ (قدس سره) من أن الحق يحصل من حين العقد، ولكن السلطنة الفعلية من حين ظهور الغبن؛ فإن السـلطنة الفعليـة - سواء أريـد منها السـلطنة الاعتبارية أو التكليفية أو الوضـعية - هي عين الحق؛ فإن الحق هو سـلطنة ذي الحق على متعلَّق الحق اعتباراً والسلطنة التكليفية والوضعية أثران له غير منفكين عنه، إلا في موارد الحجر لصغر أو سفه أو إفلاس.

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

وإن كان المراد أن السـلطنة الاعتباريـة تحصل من حين العقـد، ولكن جواز التصـرف والنفوذ يحصـلان من حين ظهور الغبن، فهو غير تام أيضاً، لاسـتلزامه تخلف الحكم عن موضوعه، وهو محال، فبمجرد أن يحصل الحق تثبت السلطنة التكليفية والوضعية، فيجوز تصرفه ويكون نافذاً.

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

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

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

وحاصل الإشكال على الشيخ (قدس سره) : أن الحق إما أن يكون هو اعتبار كون صاحبه هو الأولى والأجدر والحقيق بمتعلّقه، فمن حجّر أرضاً هو الأولى بها من غيره، والشريك حقيق بالأخذ بالشفعة، فكل مَنْ له هذه الأولوية والحق فله السلطنة، ولا يمكن انفكاكهما، فعلى هذا تكون السلطنة الفعلية من لوازم الحق.

وإما أن يكون [الحق] هو السلطنة - كما هو أحد القولين - فالسلطنة الفعلية تكون عين الحق.

فالحق إما أن يكون ملازماً للسلطنة الفعلية، أو هو عينها، فتفكيك الشيخ (قدس سره) بينهما، وقوله إن الحق يحصل عند العقد، والسلطنة الفعلية عند ظهور الغبن لا وجه وجيهاً له.

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

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

الثاني: أنه لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن.

آثار الخيار عند الشيخ

ثم تعرّض الشيخ (قدس سره) إلى أن الآثار المجعولة للخيار على ثلاثة أقسام:

1- ما يترتب على السلطنة الفعلية، فلا يثبت إلا بعد ظهور الغبن كالسقوط بالتصرف.

2- ما يترتب على الحق، فيثبت من حين العقد كإسقاطه بعد العقد قبل الظهور.

3- ما يتردّد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة.

كما صرّح بأن ما ذكر في الغبن جار في العيب.(1)

المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار

وأما ما رتبه الشيخ (قدس سره) من الآثار المجعولة على الخيار، فبعضها يترتب على السلطنة الفعلية، وآخر على الحق، وثالث يتردد بينهما ففيه:

أولاً: أنه يبتني على التفريق بين الحق والسلطنة الفعلية، ومع بطلان المبنى ينهدم البناء.

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

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

1- المكاسب 5/(177-179).

وهـذا الحكم ثابت حتى لو قلنا بمقالـة الشـيخ (قدس سـره) من أن السـلطنة الفعلية تثبت بعد ظهور الغبن؛ فإن الحق يثبت من حين العقد أيضاً، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

وإن قلنـا بـأن الخيـار لا يثبت إلا بعـد ظهور الغبن، فإن قلنا بأن إسـقاط ما لم يجب غير ممكن حتى في صورة وجود المقتضـي لم يصـح الإسقاط قبل ظهوره؛ لأنه من إسقاط ما لم يجب.

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

الثمرة الثانية: الإرث؛ فإن «ما تركه الميت من حق فلوارثه»(1)، والحكم فيه يبتني على اختلاف القولين، فإن قلنا بأن الخيار يحصل من حين العقد، فلو اشترى وكان مغبوناً ومات قبل ظهور الغبن انتقل إلى وارثه.

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

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

الثمرة الثالثة: التلف؛ فإنه لو تلف متعلّق الخيار كان التلف ممن لا خيار له؛

1- رواية مرسـلة عن النبي (صـلى الله عليه و آله و سلم) ، أرسلها صاحب المسالك 12/341 وغيره، ولـم نجـدها بهذا النص في الجوامع الحديثية، الشيعية والسنية.

لقاعـدة كون التلف في زمـان الخيار ممن لا خيار له، كما لو تلف الحيوان في الثلاثـة الأيام؛ فإنه من مال البائع مع كونه مملوكاً للمشتري؛ لكون الخيار له دون البائع، ومعنى أنه من مال البائع أن العقد ينفسخ آناً ما، فيرجع الحيوان إلى البائع، فيتلف في ملكه.

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

الأول: أنه خاص بالحيوان المبيع في خيار الحيوان.

الثاني: عـدم الاختصاص بخيار الحيوان وإن ورد النص فيه؛ لعـدم الخصوصـية؛ فإن منشأ الخيار هو تزلزل العقـد، وهو سارٍ في كل معاملة خيارية، كما لا يختص بالمثمن، بل ينتقل إلى الثمن أيضاً.

والتحقيق في كل حكم يكون على خلاف القاعدة هو الاقتصار على مورد النص ما لم يحرز عدم الخصوصـية، وأما مع احتمالها فلا يتعدّى عنه إلى غيره، وبما أن النص ورد في خيار الحيوان، ونحتمل الخصوصـية فيه لا مجرد تزلزل العقـد، لم يجز التعـدي إلى غيره، فيتمسك في غيرها بالقاعـدة الأوليـة؛ فإن مجرد احتمال الخصوصـية يوجب الشك في إلغائها، فإذا كان العام محكماً والخاص مجملاً يتمسك بالعام في غير القدر المتيقن خروجه، وأما التمسك بالخاص في المشكوك، فهو ترك للحجة إلى اللاحجة وهو باطل بالضرورة.

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

ممن لا خيار له، وهو الغابن، فإن قلنا بأن مبـدأ الخيار من حين العقـد، فلو تلف المبيع قبل ظهور الغبن كان من ماله، وإن قلنا بأن مبدأه من حين ظهور الغبن، وتلف قبل ظهوره كان من مال المغبون؛ لعدم الخيار حينئذ.

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

الثمرة الرابعـة: أن عـدّة من الفقهاء ذهبوا إلى عـدم جواز التصـرفات الناقلة ممن لا خيار له في مورد المعاملة الخيارية، فلا يجوز له البيع لو أراده؛ لاحتمال أن يعمل صاحب الخيار خياره، والمبيع متعلّق لحقه.

وهنا بحثان، كبروي وصغروي.

أما الكبروي، ففي الخيار مسلكان:

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

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

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

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

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

فهذه الثمرة من ثمرات وجود حق الخيار كما هو ظاهر.

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

وفي هذه الثمرة بحثان أيضاً، كبروي وصغروي.

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

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

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

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

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

بالحكم أو بالموضوع لا يؤثر في نفي الحكم وإثباته.

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

وما أفاده (قدس سره) من التفريق بين الثمرات، فبعضها مما يترتب على السلطنة الفعلية، وأخرى على العقد، وثالثة تتردد بين الأمرين، محل المنع أيضاً؛ فإن الثمرات جميعها تترتب على ثبوت الخيار، فإن قلنا بثبوته من حين العقد ترتبت كلها من حينه، وإن قلنا بثبوته بعد العلم بالغبن ترتبت كلها من حينه.

هذا تمام الكلام في هذه المسألة ونتيجة البحث: أن الحق من بين القولين هو القول بثبوت الخيار من حين العقد، وظهور الغبن ما هو إلا كاشف عن تحققه من السابق، سواء أتمسكنا لثبوت خيار الغبن بدليل نفي الضرر أم بالشرط الإرتكازي.

أما على الأوّل: فلأن الحكم بلزوم المعاملة الغبنية حين العقد ضرر على المغبون فينفى ب-«لا ضرر».

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

[مسألة]: مسقطات خيار الغبن

اشارة

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأوّل: الإسقاط بعد العقد

اشارة

وله صور أربع؛ لأن الإسقاط تارة يكون قبل العلم بالغبن، وأخرى بعد العلم به، وعلى التقديرين تارة يكون مجانياً، وأخرى بالعوض.

الصورة أولى: إسقاط الخيار مجاناً قبل العلم بالغبن.

معرفة الحكم فيها يبتني على بيان فرضين:

الأوّل: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين العقد، وقد أسقطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن، فحقّ الخيار ثابت فعلاً، وإطلاق «لكل ذي حقّ إسقاط حقه»(1) شامل له.

الثاني: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين ظهور الغبن، فإسقاطه قبل ظهور الغبن من صغريات إسقاط ما لم يجب؛ لعدم تحقّق الخيار حينئذٍ، فربما يستشكل في صحة الإسقاط من جهتين عقلية وشرعية:

1- هذه القاعدة متصيدة من الموارد وليست أيضاً وارداً بهذا اللفظ.

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

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

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

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

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

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

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

وثانياً: سلّمنا الإجماع إلا أنه دليل لبّي لا إطلاق له، فيقتصر فيه على القدر

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

وأجاب الشيخ (قدس سره) عنه أيضاً: بأن تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي، كاف في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، وهو ظهور الغبن.(1)

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردها

وأورد المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) على الشيخ (قدس سره) : بأن السبب إما أن يكون تام التأثير، بحيث يؤثر في المعلول بالفعل، فيكون الخيار ثابتاً بالفعل، فهو خلف الفرض، وإما أن لا يكون تاماً بل مشروطاً بظهور الغبن فيكون الإسقاط معلّقاً؛ إذ كان قبل الثبوت.(2)

ولكنه لا يرد على الشيخ (قدس سره) ؛ لأن دليل محذور التعليق هو الإجماع، والقدر المتيقن منه ما لم يتحقق أصل السبب، وأما بعد حصول السبب وإن لم يكن تاماً فلا محذور فيه، ومثّلوا لذلك بإبراء المالك للودعي والمستعير عن الضمان – لو فرّطا في الحفظ – قبل أن يحصل التعدّي والتفريط، والإبراء وإن كان معلّقاً إلا أنه جاز لكفاية تحقق أصل المقتضي وهي العارية والوديعة.

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

1- المكاسب 5/182.
2- مصباح الفقاهة 6/339.

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

[إن قلت]: بعدم الدليل على هذا الإسقاط.

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

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

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

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

الصورة الثانية: إسقاط الخيار مجاناً بعد ظهور الغبن.

وفيها صورتان:

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

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

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

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

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

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

وأما الوجه الأول فتحقيق الأمر فيه أن يقال:

بأن إسقاط الحق يتصور بنحوين:

النحو الأول: أن يسقط الحق بداعي كون الغبن بهذا المقدار المعيّن الذي كان يعتقده.

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

أما على الأول فلا إشكال في تحقق الإسقاط؛ لثبوت الإسقاط وتخلّف الداعي، ولا محذور في تخلّفه؛ فإن الداعي ليس بقيد.

وأما على الثاني فلم يحصل الإسقاط أصلاً؛ لكونه مقيّداً ولم يحصل القيد، فينتفي المقيّد بانتفاء قيده.

الصورة الثالثة: إسقاط الخيار بعوض قبل العلم بالغبن.

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

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

ص: 108

جواب الشيخ عن الإشكال ورَدّه

وقـد أجاب عنه الشـيخ (قـدس سـره) بقوله: «فالأولى ضم شـيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول: صالحتك عن كل خيار لي بكـذا، ولو تبيّن عـدم الغين لم يقسط العوض عليه؛ لأن المعـدوم إنما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود»(1)

إلا أنه غير تام؛ لأنه لا يوجـد عنـدنا إلا عقـد واحد، وإسـقاط واحد، فإن كان الإسـقاط لأجل أن يكون العوض في مقابل الضـميمة والحق المجهول معاً، بمعنى تقسيط العوض عليهما عاد الإشكال، لأن قسماً من العوض كان في مقابل الحق المجهول.

وإن كـان لأجـل جعل العوض في مقابل تلك الضـميمة فقط، فهو خلاف الفرض؛ لأن الفرض أنه لم يُنشأ كـذلك، وإنما أنشـيء التقسـيط بحيث يكون في مقابل الضميمة والحق المجهول.

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

جواب المحقّق الخراساني والسيّد اليزدي عن الإشكال

وقد تخلّص المحقّق الخراساني (قدس سره) عن الإشكال بقوله: «يمكن أن يقال: بأن العوض مثل هذا الصلح إنما يكون بإزاء نفس الصلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول»(2).(3)

وأما السيّد الفقيه اليزدي (قدس سره) فقد تخلّص عن الإشكال: بأن العوض في الحقيقة

1- المكاسب 5/182.

2- حاشية المحقّق الخراساني (قدس سره) /188.

3- يأتي كيفية هذا الإنشاء في ما بعد تحت عنوان «بقي أن نقول» في صفحة 114.

مقابـل الحق المحتمـل بوصف أنه محتمـل، وفسّـره بمقابل احتمال الحق في الواقع، ثم فسّـره أيضاً بأن العوض في مقابل تجاوزه عن الحق المحتمل(1)، فيكون أخـذه العوض ليس في مقابـل الحق المجهول، بـل في مقابـل التجاوز عن الحق المجهول، فيؤول إلى كلام المحقق الخراساني (قدس سره) ، وحاصل كلاهما قدس سرهما: أن العوض في مقابل الفعل - صلحاً كان أم إسقاطاً - لا في مقابل الحق.

إشكال المحقّق الأصفهاني على السيّد اليزدي والمحقّق الخراساني

وقد أورد عليهما المحقّق الأصفهاني (قدس سره) بوجهين، وتوضيحهما:

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

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

وإما أن يكون في مقابل التجاوز عن الحق على فرض وجوده [- العبارة الثالثة للسـيّد -]، ومرجعه إلى كون العوض بإزاء الصلح المعبّر عنه بالتجاوز فيرد عليه:

(أن الصـلح الواقع بقوله «صالحتك بكـذا» ملحوظ آلي، ومتعلقه ملحوظ اسـتقلالي، فلو كان هو معوضاً في نفس هذا الإنشاء كان ملحوظاً استقلالياً، والجمع بين اللحاظين محال).

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

1- حاشية السيّد اليزدي (قدس سره) 2/544.

ذات التعلّق، ويستحيل وجود المفاهيم التعلّقية بدون متعلّقها، فإذا قال (صالحت) لا بدّ أن يكون هناك شيء صالح عليه، ومتعلّق الصلح في المقام هو سقوط الحق، وهو فرع ثبوته، ومع عدم ثبوته - كما هو الفرض - ينتفي سقوطه، فينتفي الصلح؛ لانتفاء متعلّقه الذي لا يحصل إلا به، فما أفاده العلمان من المصالحة على سقوط الحق بعوض مستلزم للمحال.(1)

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني

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

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

الثاني: المعاني الحرفية؛ فإنها على مبنى المحقّق الخراساني (قدس سره) قابلة لكلا اللحاظين؛ فإن المعنى إن لوحظ آلة وحالة لغيره كان معنى آلياً حرفياً كما في لفظ (من ، على)، وإن لوحظ مستقلاً كالاستعلاء والابتداء كان معنى اسمياً.

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

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

1- حاشية المحقّق الأصفهاني (قدس سره) على المكاسب 4/(275-276).

المحقّق الخراساني (قدس سره) – آلة للحاظ حال العوضين، بل هو معنى تعلّقي ينظر إليه بنظر استقلالي ثم ينشأ.

وعليه فالصلح – سواء أوقع معوّضاً أم تعلّق بالعوض – ملحوظ استقالاً، لا أنه يكون آلياً في صورة، واستقلالياً في أخرى حتى يلزم اجتماع اللحاظين.

وأما البرهان؛ فلأن الصلح من المعاني الإنشائية المستقلة، فليس هو من المعاني الحرفية الآلية، ولا من مقولة العلم والظن حتى يقبل الطريقية والاستقلالية، فما أفاده العلمان قدس سرهما من أن العوض في مقابل الصلح، أو في مقابل التجاوز عن الحق المجهول سالم عن إشكال لزوم اجتماع اللحاظين.

وأما إشكاله الثاني فممنوع نقضاً وحلاً:

أما النقض فبأمرين:

الأوّل: أنه (قدس سره) صرّح في تعليقه على كلام الشيخ (قدس سره) : (وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن..)(1) بجواز إسقاط الحق المحتمل، أي الحق معلقاً على شرط ثبوته، حيث قال هناك:

(أما المحذور الثالث المختص بما إذا كان الظهور شرطاً فهو إنّما يرد إذا أسقط منجزاً فإنّه محال؛ حيث لا سقوط مع عدم الثبوت، وأمّا إذا أسقط معلّقاً على شرط ثبوته فهو إسقاط في ظرف الثبوت، وأمّا كفاية مجرد وجود المقتضي في الإسقاط فهو بظاهره غير صحيح؛ إذ الشيء لا ثبوت له قبل تمامية علته، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت)(2)

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

1- المكاسب 5/181.

2- حاشية المحقّق الأصفهاني على المكاسب 4/272.

ظرف ثبوته.

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

ولكن يمكن أن يقال بأن الإشكال ليس من جهة مانعية التعليق في العقود شرطاً، بل الإشكال عقلي، من جهة عدم تعقّل وجود الأمر ذي التعلّق بدون متعلّقة.

وبعبارة الأخرى: لا شك أن الأثر يترتب على الإسقاط بالحمل الشائع، لا على الإنشائي المفهومي، ولا شك أنه من المعاني ذات التعلّق غير المستقلة في التحصّل، فكما أن الصلح يتوقف في وجوده على المتعلّق فكذلك الإسقاط، ولا طرف للإسقاط التعليقي إلّا الحق المحتمل، فما يقال فيه يقال في الصلح قبل ثبوت الحق.

الثاني: أن لازم إشكاله (قدس سره) أن يقول باستحالة جميع العقود والإيقاعات المعلّقة، مع أن الفقهاء قالوا بجواز المعلّق منها على أمر مقوّم لنفس العقد أو الإيقاع، فيمكن إنشاء الهبة معلّقاً على كونه مالكاً للعين الموهوبة، وإنشاء العتق معلّقاً على كون المعتق مملوكاً، ولا شكّ أن العتق والهبة من الأمور ذات التعلّق المتقوّمة بالمتعلّق، فإن لم يعقل الصلح على الحق المحتمل لم تعقل هبة العين محتملة الملكية، ولا عتق المحتمل حريته.

وأما الحَلّ، فالأمور ذات التعلّق قسمان:

الأوّل: الأمور التكوينية كالإضافة، وتحقّقها بدون وجود المتعلّق أمر مستحيل.

الثاني: الأمور الاعتبارية، وهي التي قوام وجودها بالاعتبار، كالصلح والبيع والهبة، فهي من الأمور ذات التعلّق إلّا أنها معان اعتبارية، وهي وإن كانت مما يتوقف على وجود المتعلّق أيضاً، ولكن لا يلزم وجوده خارجاً، فيكفي وجوده لا حقاً في الزمان المتأخر، بل يكفي مجرد احتمال وجوده، ولهذا جاز بيع ثمرة الشجرة قبل قطعها لمدة سنة أو سنتين؛ فإن ضمّ محتمل الوجود إلى المسلّم وجوده أمر معقول عقلاء

وشرعاً.

وعليه ففي مـا نحن فيه يكفي نفس احتمـال وجود الحق للتحقّق الصـلح، والتجـاوز عن الحق، والإسـقاط، ولا ـ يضـره كونه من الأمور ذات التعلّق.

فبهذا يندفع ما أورده المحقّق [الاصفهاني] (قدس سره) على العلمين [الخراساني واليزدي] قدس سرهما ويسلم جوابهما عن الإشكال.

نعم، ما أورده على قول السيّد اليزدي (قدس سره) أوّلاً – [1] من جعل العوض في مقابل الحق المحتمل، أو [2] بإزاء احتمال الحقّ – تام.

بقي أن نقول: بـأن جعل العوض في مقابل الصـلح يحتاج إلى مؤونـة في مقام الإثبات؛ فإن الظاهر من عباره (صالحتك عن كـذا بكـذا) هو كون العوض في مقابـل المتصالـح عليه، بمعنى أن المقابلـة وقعت بين مـا بعـد (عن) ومـا بعـد (الباء)، فحقّ العبارة لجعل الصـلح مقابلاً للعوض أن يقول: أصالحك، وصلحي لك في مقابل كذا، ولا إشكال في الإنشاء بذلك ثبوتاً، ولا إثباتاً.

الصورة الرابعة: إسقاط الخيار بعوض بعد العلم بالغبن.

وفيها فروض:

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

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

القول الأوّل: بطلان الصلح.

القول الثاني: صحة الصلح ولزومه.

القول الثالث: صحيح غير لازم.

أما الأوّل: فلأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ فإنه قصد الصلح على أن

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

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

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

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

وقد قوّى الشيخ (قدس سره) الوجه الثالث(1)، ووجه القوة يتضح ببيان أمور:

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

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

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

1- المكاسب 5/181.

الغبن في الصلح؛ إذ لو كان الصلح لازماً لكان الحكم بلزومه منشأ للضرر عليه، فينفى بقاعدة (لا ضرر).

كما أنه صالح بهذا العوض المعيّن بشرط أن لا يكون التفاوت بين العوض ومقدار الغبن فاحشاً، فإذا كان فاحشاً - كما هو الفرض - كان له الخيار لتخلّف الشرط.

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

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

ثم إن الشيخ (قدس سره) أمر بالتأمل، وقد وجّهه المحقّق الإيرواني (قدس سره) بأمرين:

الأول: أن الصلح يدور أمره بين الصحة والبطلان، فإن كان الاعتقاد من المقارنات فلا يتقيّد به الصلح ولا الإسقاط، بحيث يكون الإسقاط متعلّقاً بالحق الموجود أيّاً كان سببه، صحّ الصلح بالعوض وكان لازماً، وإن كان مقيّداً له كما لو كان من الدواعي، بحيث تعلّق الإسقاط بالحق غير الموجود - وهو الخيار الناشئ مما اعتقده من الغبن - لم ينعقد الصلح وكان باطلاً.

الثاني: إن بناء المصالحة على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن؟(1)

1- حاشية المحقّق الإيرواني (قدس سره) على المكاسب 3/143.

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

وأما الوجه الأول ففيه: أن قوله بأن الداعي مقيّد، غير تام؛ فإن الداعي لا يقيد المدعو إليه، لأن القيد في رتبة المقيَّد، والداعي في رتبة متقدمة على المقيد، وما في الرتبة المتقدمة لا يقيّد ما في الرتبة المتأخرة، ولهذا لما كان الداعي لإنشاء المعاملة حصول النفع والربح، فإذا اتفق عدم حصولهما لم يفتِ فقيه ببطلانها.

وبعبارة أخرى: إن المعاملة أمر إنشائي، ولا يتصور الإهمال في الإنشاء؛ لكونه من الأمور الإرادية، فإما أن يترتب الغرض على الخصوصية المعينة فيقيد المعاملة بها، وإما أن يقوم بالجامع ويترتب عليه فينشئها مطلقة، وكل من الإطلاق والتقييد يحتاج إلى اللحاظ في مقام الثبوت، والبيان في مقام الإثبات، والدواعي ليست من المقيدات.

والذي يقوى في النظر أن أمر الشيخ (قدس سره) بالتأمل ليس لبيان الخدشة في ما قوّاه من صحة الصلح وعدم لزومه، بل للدقة في المطلب، وبيان ضعف القولين الآخرين.

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد

اشارة

وفي هذا المسقط ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول

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

ما لم يجب؛ لأن الخيار مطلقاً متأخر رتبة عن تحقق المعاملة، وتحقق المعاملة مطلقاً متوقف على تمامية الإيجاب والقبول، فيكون إسقاط الخيار في ضمن العقد - قبل تماميته - إسقاط ما لم يجب.

الإشكال الثاني

وهو مختص بخيار الغبن والرؤية، وهو إشكال الغرر الذي أفاده الشهيد (قدس سره) في الدروس(1)، وبيانه:

أنه يعتبر في البيع بيان صفات المبيع الدخيلة في ماليته ككون العبد كاتباً، ولو لم تُبيّن لكان البيع غررياً؛ إذ تتغير قيمة المبيع بتغيّر هذه الصفات، فقيمة العبد الكاتب أعلى من قيمة العبد غير الكاتب، ومع عدم بيان الصفة لم تتعين القيمة فيحصل الغرر.

وعين هذا الإشكال يرد في ما إذا أسقط خيار الغبن في ضمن العقد؛ إذ يحصل الغرر أيضاً، لأنه لا يعلم - حينئذٍ - بمالية العرض الذي انتقل إليه في قبال ما خرج من كيسه، بخلاف ما إذا لم يسقطه؛ فإن وجود خيار الغبن مانع من الغرر.

وبعبارة أخرى: إن الجهل بأوصاف المبيع الدخيلة في المالية سبب الجهل بالمالية؛ لدوران مالية الأمتعة مدار أوصافها، فيكون البيع مع الجهل بها(2) غررياً، فالبيع - مع الجهل بالمالية أولاً وبالذات - غرري بطريق أولى، فإذا كان له الخيار ارتفع الغرر، دون ما لو أسقطه.

الإشكال الثالث

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

1- الدروس 3/276.

2- بالمالية.

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

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

الجواب عن الإشكال الأول

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

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

ولاـ يخفى أن القول بانفكاك المعلول عن العلة – بعد تسليم العلية – غلط فاحش؛ فإن قانون العلية حكم عقلي عام للأمور التكوينية والاعتبارية غير قابل للتخصيص بواحد منهما، ولكن يمكن إنكار العلية في الاعتباريات، بمعنى أن تكون العلية والسببية فيها اعتبارية فيكون التخلّف أمراً ممكناً.

وعليه، فإن قلنا بأن الإنشاء – في الأمور الإنشائية والاعتبارية – ليس بعلة ولا

سبب انحلّ الإشكال.

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

وإما أن نقول بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمه كالإيجاد والوجود، فهما واحد وجوداً، متعدّدان اعتباراً، ولا يمكن الإنفكاك بين الشيء ونفسه، فيصعب حلّ الإشكال؛ إذ القول بأن الإسقاط حصل فعلاً، والسقوط سيحصل استقبالا كالقول بأن الغَسل - بالفتح - حصل الآن، والغُسل - بالضم - يحصل استقبالاً، وكالقول بوقوع الضرب المصدري الآن، وأما اسمه وهو حاصل الضرب ونتيجته فسيقع مستقبلاً، وهو من الاستحالة بمكان.

نعم، ينحصر الحلّ بما يستفاد من النصوص الواردة في خيار المجلس، والحيوان، وبيع ذي الخيار في زمان الشرط، من قبيل: صحيحة فضيل عن أبي عبدالله (عليه السلام) - في حديث - قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»(1)، و«فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط...»(2)، وما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل: اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع

1- وسائل الشيعة 18/6، ح3، الباب 1 من أبواب الخيار، صحيحة فضيل.
2- وسائل الشيعة 18/13، ح1، الباب 4 من أبواب الخيار، صحيحة علي بن رئاب.

فقد وجب عليه»(1)، فإن المستفاد و منها أن تمام الموضوع - لأجل سقوط الحق - هو الرضا بالبيع بقاء، فإن كان الرضا بالبيع بعد العقد كان مسقطاً للخيار ورافعاً له، وإن كان حينه كان مانعاً عن حصوله ودافعاً له.(2)

أجوبة الشيخ عن الإشكال الثاني

وأما الإشكال الثاني المختص بخيار الرؤية والغبن فتخلّص منه - الشيخ (قدس سره) بوجوه:

[الجواب] الأول: أن الجهل بالقيمة السوقية - المالية - لو كان موجباً للغرر لكان البيع باطلاً بلا شك؛ للنهي عن بيع الغرر(3)، وهو إرشاد إلى الفساد، ولازم القول بأن الجهل بالمالية منشأ للغرر أن لا يتمكن من الشراء من يعرف جميع خصوصيات المبيع ولكنه يجهل القيمة السوقية، وهو خلاف ضرورة الفقه؛ فإن الجهل بها لا يكون منشأ لبطلان المعاملة ولهذا اتفقوا على صحة المعاملة مع الجهل بها، ولكن إذا كان التفاوت بين الثمن الذي اشترى به المبيع والثمن الواقعي تفاوتاً فاحشاً كان له حق الفسخ، فالاتفاق والضرورة الفقهية يكشفان عن أن الجهل بالقيمة لا يجعل المعاملة غررية.

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

1- وسائل الشيعة 18/25، ح1، الباب 12 من أبواب الخيار، معتبرة السكوني.

2- قال المؤلّف: هذا الجواب لا يتم على مبنانا من عدم دخالة الرضا في المعاملات وكفاية الاستناد، فيكون الجواب عن هذا الاشكال نفس الجواب عن الاشكال الأوّل من أنّ الاعتبار بيد المعتبِر.

3- وسائل الشيعة 17/449، ح3، الباب 40 من أبواب آداب التجارة.

الارتكازي.

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

بيان ذلك: أن الحكم متأخر عن موضوعه وعن جميع خصوصياته فإذا كان الموضوع مشروطاً بشروط وجودية وعدمية، فمتى لم تتحقق جميع تلك الشروط لم يأت الحكم، والخيار حكم وضعي، وموضوعه العقد الصحيح، لا الفاسد، وعليه فصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ لكون الغرر مانعاً منها، فإذا قلنا بمقالة الشهيد (قدس سره) من بقاء الخيار ليرتفع الغرر كان عدم الغرر متوقفاً على الخيار المتوقف على صحة العقد فكان دوراً باطلاً، وهذا معنى قول الشيخ (قدس سره) : «لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر»(1)

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ

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

1- المكاسب 5/(183-184).

بالعاقد، فيرتفع إشكال الدور.(1)

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

دفع إشكال المحقّق الأصفهاني عن الشيخ

وهو ممنوع نقضاً وحلاً:

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

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

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

1- حاشية المحقّق الأصفهاني (قدس سره) على المكاسب 4/278.

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

وذلك مقتضى النصوص أيضاً؛ فإن مدلول قول الإمام (عليه السلام) : «فإني قد جعلته عليكم حاكماً»(1) جعل الحاكمية لهذا الشخص الخارجي، وكذا في جعل الإمامة؛ فإن المجعول إمامة هذا الشخص الخارجي، فجميع هذه العناوين وإن كانت قائمة بالاعتبار إلا أن ظرف تحقّقها الموجودات الخارجية.

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

أما الإهمال فمستحيل كما هو واضح، فيتعين كونه مطلقاً أو مقيّداً، وعلى كلا التقديرين يكون الحكم قائماً بهذا العقد العيني والوجود الخارجي، فيعود إشكال الشيخ (قدس سره) إلى قوته؛ إذ يتوقف الخيار على صحة العقد، وتتوقف صحته على عدم الغرر المتوقف على ثبوت الخيار.

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

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

1- وسائل الشيعة 27/136، ح1، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، مقبولة عمر بن حنظلة.

بحسب الدقـة والحقيقة، فكما يقول أهل المنطق والفلسـفة أن المعلوم بالذات هي الصورة وذوها معلوم بالعرض، وإلا لزم انقلاب النفساني خارجاً أو الخارجي نفسياً.

وهـذا البرهان لا يجري في الأمور الاعتبارية؛ لأن قوامها بنحو الاعتبار، فعندما يعتبر هذا الشـخص الخارجي حاكماً، فقوام الاعتبار أن هذا محكوم بهذه الحاكمية، ولو لـم يكن كذلك لكان خلفاً.

هذه هي خاصية الأمور الاعتبارية، فمثلاً معنى أن الماء كله طاهر حتى تعلم أنه قذر، أن الماء الخارجي محكوم بالطهارة، فالطهارة أمر قائم باعتبار المعتبِر في مرحلـة الاعتبار، ولكن في مرحلـة ثبوت الحكم يكون الموضوع هو الماء الخارجي. وفي (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، هل يعقل أن يكون المطلوب هو الوفـاء بالعقود العنوانيـة؛ حيث قال بأن العقـد العنواني قائم بالمعتبِر؟! أي هل يعقل أن يكون العاقـد محكوماً بالوفاء بالعقد العنواني القائم بالمعتبِر أو بالعقد القائم به؟

لا شكّ أنه الثاني، وما أفاده ممنوع نقضاً وحلاً.

إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ

وأورد المحقّق السـيّد الخوئي (قدس سـره) على الشـيخ (قدس سـره) : بأن ما أفاده (قدس سـره) متين في ما كان الخيار ثابتاً بجعل الشارع، كخياري المجلس والحيوان؛ فإنهما من الأحكام الشرعية التي لا ترتبط بالغرر نفياً ولا إثباتاً، فلا يرتفع الغرر بثبوتهما، ولا ينتفي بسقوطهما.

وأما الخيار الثابت بجعل المتعاقدين فهو يوجب رفع الغرر؛ فإن المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غررية، بمعنى أن الشرط رافع للغرر موجب لسقوطه؛ فإن الغرر هو الخطر، ولا خطر في المعاملة مع الشرط؛ إذ

1- سورة المائدة /1.

هو مختار في أن يرضى بها وأن يفسخها.(1)

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي

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

لا شكّ أن الأثر منوط بمتعلَّق الالتزام، وأما الالتزام بـدون الملتزم به فلا أثر له، فالأثر في المعاملة على العبد بشـرط الكتابة ليس في الالتزام بكتابته، بل في الملتزم به وهو الكتابـة، والخيار في ما نحن فيه - بناء على ما هو التحقيق - يحصل بالشـرط؛ فإن كلّا من المتعاملين يشترط في المعاملـة أن لا يكون فيها تفاوت فاحش بين الثمن والماليـة الواقعية، هذه هي حقيقة الشـرط، وما يرفع الغرر هو الملتزم به، فإذا حصـل التفاوت الفاحش كان للمغبون حق فسخ المعاملة، فالرافع للغرر في الخيار المحقَّق بالشرط هو نفس الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين؛ إذ لما كان له الخيار لم تكن المعاملة غررية، وإذا كان الأثر للخيار كان التفريق بين الخيار المجعول بجعل الشارع والخيار المجعول بجعل المتعاقـدين ممـا لا وجه له؛ فإن الرافع للغرر في البيع الغبني هو وجود حق الفسـخ، فليس الأثر لنفس الشـرط والالتزام، بل للملتزم به وهو حق الخيـار، ونفس هـذا الحق موجود في خيـاري المجلس والحيوان إلا أن الجاعل مختلف، وهو وإن اختلف إلا أن المجعول في كليهما واحد وهو الخيار، وهو ذو الأثر، فكيف يكون بيع الحيوان في صورة وجود الخيار غررياً، وفي باب الغبن ليس غررياً؟!

نعم، لو كـان الغرر يرتفع بالجاعـل كان هـذا التفريق صـحيحاً؛ لاختلاف الجاعل في المقامين، ولكنه يرتفع بالمجعول، وهو واحـد فيهما، سواء كان جاعله الشارع أو شرط المتعاقدين، فلا يرد ما أورد على الشيخ (قدس سره) .

1- مصباح الفقاهة 6/348.

ونتيجة البحث إلى هنا:

1- أن الجهل بالقيمة السوقية مع معرفة ذات المبيع وأوصافه الدخيلة في ماليته لا يجعل المعاملة غررية.

2- ولو كانت غررية لم يرفع غررها ثبوت الخيار خلافاً لما أفاده الشهيد (قدس سره) .

المسقط الثالث: تصرف المغبون بالتصرف التكويني

اشارة

إن تصرف من له الخيار على نحوين:

الأول: التصرف الكاشف عن رضاه بالعقد، ولا إشكال في مسقطيته للخيار؛ فإن الإسقاط لا ينحصر بالمسقط القولي.

الثاني: التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد، وهو محل البحث في المقام.

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد

استدل الشيخ (قدس سره) على مسقطيته بما حاصله وتوضيحه:

إن النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف مختص بخيار الحيوان؛ فإن فيه «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً»(1)، بل في النص ما يدل على سقوطه بأعمال لا تعدّ من إحداث الحدث عرفاً، كتقبيل الجارية ولمسها والنظر إلى ما لا يحل النظر إليه إلا إلى مولاها؛ فإنها ألحقت شرعاً بإحداث الحدث.

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

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

1- وسائل الشيعة 18/13، ح1، الباب 4 من أبواب الخيار.

وخيار الغبن، فيدل على سقوطه بالتصرف.

الثاني: عموم العلة الواردة في خيار الحيوان، من كون التصرّف رضا بلزوم العقد(1)؛ فإنها بعمومها تدلّ على أن تصرّف كل صاحب خيار رضا منه بالعقد، ومنه صاحب خيار الغبن.

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

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

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

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

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

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

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

هذا تمام ما أفاده الشيخ (قدس سره) في المقام.(1)

مقتضى القاعدة [في المقام]

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

صور تصرف المغبون بالعين

الصورة الأولى

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

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

الصورة الثانية

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

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

1- المكاسب 5/185.

فإن عدّ عندهم طريقاً كاشفاً عن [الاسقاط]، فما لم يعلم أو يطمئن بالخلاف اعتمدت طريقيته، وكان إمضاء للبيع وسقط الخيار.

وإلا فالتصرف في نفسه أعم من كونه طريقاً [للإسقاط] والإمضاء، حتى الصادر من العالم بالغبن، فيمكن أن يكون صادراً منه بما هو مالك له التصرف في ملكه، ويمكن أن يكون لإسقاط حقه، فما لم يحرز كونه من قبيل الثاني، ولم يعلم أنه كاشف عقلائي عن [الاسقاط]، فمقتضى القاعدة عدم سقوط الحق.

الصورة الثالثة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ويكون كاشفاً عن [اسقاط خياره]، فمقتضى القاعدة سقوط الحق على المبنى السابق في البحث السابق، فإن قلنا بأن الخيار يثبت من حين وقوع العقد، فيسقط الخيار؛ لأن المسقط الفعلي كالقولي، وإن قلنا يثبت من حين ظهور الغبن وهو وقت العلم به، فهو من باب إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم البحث فيه، ومقتضى التحقيق السقوط.

الصورة الرابعة

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

مقتضي الأدلة

والعمدة منها ثلاثة:

الأوّل: «لا ضرر»؛ فإن الحكم باللزوم ضرر مستند إلى الشارع فينتفي بها؛ ومقتضى الإطلاق شمولها لهذا النحو من التصرف؛ لعدم علم المتصرف بالغبن؛ فإن التصرف الذي لا تجري معه «لا ضرر» إنما هو المُحَقِّقُ للإقدام على الضرر؛ حيث يسند

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

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

الثالث: الإجماع على ثبوت الخيار، والقاعدة الأولية في الأدلة اللبية الاقتصار فيها على القدر المتيقن؛ لعدم الإطلاق فيها، فنحتاج إلى تصحيح الإطلاق في معقد الإجماع، ولهذا الشيخ (قدس سره) قال بإطلاق بعض معاقد الإجماع.(1)

الإشكال على الاستدلال بالإجماع

وفيه: أولا: أن هذا الإجماع ليس تعبدياً؛ لوجود المستند له، وهو النص الوارد في خيار الحيوان؛ فإنه فيه: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً»، ولكن الموضوع خاص؛ لاختصاصه بالحيوان، فيكون الحكم كذلك.

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

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

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

1- المكاسب 5/185.

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

نفي بعد سقوط الخيار بالتصرف مع الاحتمال والالتفات عند المحقّق الإيرواني

هذا، ولكن المحقّق الإيرواني (قدس سره) لم يستبعد سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن، مع احتمال الغبن والالتفات؛ لأن التصرف في هذه الصورة دليل على الرضا بالمعاملة، كما ذهب إلى ذلك المشهور في خياري العيب والتدليس.(1)

الحق في المسألة

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

المسقط الرابع: التصرفات اللازمة الناقلة للملك

اشارة

لا يخفى أن موضوع البحث هو ما لو تصرّف المشتري المغبون فيما اشتراه تصرّفاً مخرجاً له عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، والدعوى أن المبيع يكون - حينئذٍ - في حكم التالف وإن كان موجوداً حقيقة؛ وذلك لأن المشتري مالك للمال وغير محجور عليه من التصرفات التكوينية والاعتبارية، فإذا باع صحّ بيعه وكان نافذاً؛ بمقتضى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2)، وإذا أعتق صح عتقه؛ بمقتضى «لا عتق إلا في ملك»، فإذا كان المبيع تالفاً حكماً سقط الخيار، فيكون هذا النوع من التصرفات مسقطاً

1- حاشية المكاسب للإيرواني (قدس سره) 3/144.

2- سورة البقرة/ 275.

للخيار.

الأدلة على كونه من المسقطات

اشارة

ومجموع ما ذكره الشيخ (قدس سره) من الأدلة على هذه الدعوى أربعة:

الدليل الأول: دليل العلّامة

اشارة

الـدليل الأول: ما أفاده العلامة (رحمة الله) في التذكرة، وتوضـيحه: أن حقيقة إعمال الخيار هو ردّ العين المغبون فيها إلى ملكه، ومع تلفها ينتفي الموضوع، وبما أن التصرفات الناقلة على وجه اللزوم توجب التلف الحكمي لم يمكن ردّ العين عندئذ؛ لانتفاء موضوع الخيار.(1)

مناقشة الشيخ لدليل العلاّمة

وأورد عليه الشـيخ (قـدس سـره) : بأنه تام لو قلنا بأن متعلق حق الخيار هو العين، بمعنى أن الخيار هو حقّ ردّ العين؛ لأن الردّ حينئـذٍ يدور مدار وجودها، فإذا تلفت حقيقة أو حكماً انتفى موضوع الردّ.

وأما إذا قلنا - كما هو الحق - بأن متعلق الخيار هو العقـد، بمعنى أن الخيار هو حق فسـخ العقـد وإبرامه، على ما [قـد يقال]، أو حق فسـخ العقد وعدمه، كما هو مختار الشيخ (قدس سره) ، فلا يتمّ الدليل؛ لأن العبد وإن أُعتق، وخرج عن الملك، وكان بحكم التالف، إلا أن العقد الواقع عليه لا يزال قائماً، فبالإمكان فسخه، فإذا فسخ ولم يمكنه ردّ العين انتقل إلى بدلها، القيمي أو المثلي.

الدليل الثاني ورده

الدليل الثاني: أن حديث «لاضرر» لم يدل على ثبوت الخيار، وإنما دلّ على جواز

1- تذكرة الفقهاء 11/71، وعبارته (قدس سـره) : «ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون؛ لأصالة الاستصحاب، إلّا أن يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبهه؛ لعدم التمكن من استدراكه».

ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها لتلفها حكماً بانتقالها بنحو اللزوم انتفى موضوع الردّ.

والجواب: سلّمنا بأن «لا ضرر» لا تثبت حق الخيار، إلا أن الدليل غير ناهض على المدّعى؛ فإن مفاد «لا ضرر» نفي الضرر المستند إلى الشارع عنه، وبما أن الحكم بلزوم العقد في المعاملة الغبنية ضرر على المغبون، منتسب إلى الشارع، فهو منفي بها، فيثبت جوازه بمقتضى المقابلة بين اللزوم والجواز، فإذا انتفى أحدهما ثبت الآخر، فهي تدلّ على جواز العقد وإن لم تدلّ على ثبوت حق الخيار، فإذا كان العقد جائزاً جاز فسخه، سواء أحصل التصرف الناقل للملك أم لم يحصل؟ وسواء أمكن ردّ العين أم لم يمكن؟ فالمستفاد من «لاضرر» جواز فسخ العقد، أقلنا بأن مفادها ثبوت الحق(1)، أم جواز العقد فإن المتعلق فيهما واحد وهو العقد، وهو لا زال موجوداً حتى بعد حصول البيع والعتق، فإن فسخ وكانت العين موجودة ردّها بنفسها، وإن تلفت كما هو الفرض ردّ بدلها.

الدليل الثالث ورده

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

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

1- أي حق الخيار.

الدليل الرابع

اشارة

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

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

وفي تصوير عدم جريانها في مثل ذلك عدّة بيانات:

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

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

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

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

جواب الشهيد [الثاني] عن الدليل الرابع

وأجاب عنه الشهيد [الثاني] (قدس سره) - واستحسنه الشيخ (قدس سره) -: بعدم التزاحم في مدلول «لا ضرر» في المقام؛ لتضرّر المغبون لو لم يكن له خيار الفسخ، وتصرّفه مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، وعدم تضرّر الغابن لو كان للمغبون الخيار وفسخ البيع؛ لأن عين مال الغابن إن كانت مثلية فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها وقد حصل عليها، فلا ضرر أصلاً حتى يزاحم الضرر الواقع على المغبون.(1)

مقتضى القاعدة من حيث الكبرى

اتضح مما تقدّم بطلان ما استدل به على نفي الخيار، ومقتضى القاعدة عدم سقوطه؛ لتعلقه بالعقد، ولا أثر لوجود العين ولا لتلفها، فإن فسخ وكانت موجودة دفعها إلى صاحبها، وإن كانت تالفة - كما هو الفرض - انتقل إلى مثلها أو قيمتها، سواء أكان الدليل على ثبوت الخيار حديث «لاضرر» أم الشرط الارتكازي.

صغريات المسألة

هذا من حيث الكبرى، وأما من حيث الصغرى فقد ذكرت موارد لعدم إمكان ردّ المغبون للمبيع، بعضها تام، والآخر غير تام، وهي:

1- حالة التلف الحقيقي للمبيع، وهو واضح.

2- حالة التلف الحكمي له، كأن يبيعه المغبون ببيع لازم، أو يعتقه أو يوقفه أو يصالح عليه؛ فإن العين وإن كانت موجودة حقيقة إلا أن حكم الشارع بصحة هذه المعاملات ولزومها؛ بمقتضى إطلاق أدلتها، يوجب عدم قابلية المبيع للردّ

1- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية 2/(309-310)؛ المكاسب 5/(188-189).

والاسترداد، فيكون بحكم التالف.

3- أن يمنع مانع من الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاد.

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

5- ما لو دبّر العبد أو أوصى بالمبيع قبل علمه بالغبن، فهنا كالسابق؛ أي أن له الفسخ وتردّ عين المبيع إلى صاحبها، ولا ينتقل إلى بدلها أو قيمتها؛ لتمامية مقتضي الفسخ، وعدم المانع منه، وبالفسخ يبطل التدبير والوصية.

6- ما لو نقل العين إلى الغير بعقد جائز، كما لو باعها ببيع خياري، أو وهبها لغير ذي رحم وكانت موجودة ويمكنه إرجاعها، فهنا محل بحث وخلاف بينهم، فذهب المحقّق النائيني (قدس سره) إلى امتناع الفسخ ما دامت العين المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون؛ لأن الفسخ يقتضي ردّ نفس العين من ملك الفاسخ المغبون إلى ملك الغابن، وبما أن العين لم تكن ملكاً للفاسخ يمتنع الردّ.(1)

وذهب غيره إلى إمكان الفسخ؛ لأن الفسخ وإن كان هو ردّ العين إلا أن للفسخ عملين: فسخ المعاملة الأولى، وفسخ المعاملة الخيارية، فيتمّ الفسخ وردّ العين.

والحق أن مقتضى القاعدة أن للمغبون الفسخ، فإذا فسخ ردّ بدل العين؛ لأن العين - ما دام لم يفسخ المعاملة الخيارية - ليست في ملكه ليردّها، فيردّ بدلها، فما أفاده المحقّق النائيني (قدس سره) ليس تاماً؛ لأن متعلّق الخيار ليس العين حتى يمتنع الردّ، بل متعلقة العقد، كما حقق في محله.

وأما القول بأن فسخ المغبون يقتضي عملين، ثانيهما فسخ المعاملة الخيارية ففيه:

1- منية الطالب 3/136.

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

فرع: ما لو امتزج المال المغبون فيه بغيره

اشارة

لو امتزج المال المغبون فيه بمال المغبون أو بمال غيره، كما لو اشترى دهناً مغبوناً فيه فمزجه أو امتزج بدهن له أو لغيره، فهنا مسألتان:

المسألة الأولى: في بقاء خيار الفسخ.

المسألة الثانية: على فرض البقاء، ونفوذ الفسخ، فهل يجب إرجاع نفس العين الممزوجة؟ أي هل يمكن ردّ نفس العين فيردّها، أو لا يمكن فيردّ بدلها؟

أما الحكم في المسألة الأولى فهو بقاء الخيار، وهو مقتضى القاعدة، ويتضح ذلك من خلال بيان أمرين:

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

الثاني: إن متعلّق الخيار هو العقد، ولا علاقة له بالعين.

وأما المسألة الثانية فينبغي ذكر صور:

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

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

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

1- أن يمتزج مع المساوي له في الصفات.

2- أن يمتزج مع الأردأ منه.

3- أن يمتزج مع الأجود.

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

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

1- أن يمتزج مع مال المغبون.

2- أن يمتزج مع مال الغابن.

3- أن يمتزج مع مال الغير.

1- أن يمتزج مع مال المغبون

اشارة

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

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

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

كلام المحقّق الأصفهاني في ردّ الممتزج بمال المغبون ومناقشته

قال المحقّق الأصفهاني (قدس سره) : بإمكان ردّ العين بردّ المجموع.(1)

ويشكل: بأن قاعدة الفسخ أن يردّ ما وقع عليه العقد؛ فإن الفسخ في نقطة مقابلة للعقد، وما وقع عليه العقد هو الدهن المتميّز، لا المجموع بما هو مجموع، فلا تأتي قاعدة الفسخ بعد الامتزاج؛ فإن المال قد تبدّل بعد الامتزاج، إذ ما كان يملكه قبل المزج هو الدهن المتميز، وما يملكه بعده هو المجموع، فلم يبقَ الذي كان مملوكاً له من الأول، كما لم يبق ما ملكه بالمعاملة الغبنية، ولا نريد من قولنا بعدم بقائهما عدمه عقلاً، بل عرفاً، فعندما يشار إليه لا يقال: هذا الذي كان يملكه سابقاً، ولا يقال: هذا الذي اشتراه بالمعاملة الغبنية، فمن نظر عرفي أنهما دهنان وامتزجا، والمجموع غير كل واحد منهما، فردّ المجموع ليس مقتضى قاعدة الفسخ، فلا يتصور ردّ المجموع إلا بمعاملة جديدة؛ لأن قسما منه مملوك له من الأول، والآخر مملوك له بالمعاملة الغبنية.

فما أفاده المحقّق الأصفهاني (قدس سره) ممنوع؛ لأن بحثنا في الردّ بالفسخ، والمجموع ليس هو ما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية، ولا بدله.

2- أن يمتزج مع مال الغابن

اشارة

وأما على الثاني، ما لو امتزج المال بمال الغابن، فقد قال المحقّق الأصفهاني (قدس سره) : «يمكن ردّه بردّ المجموع حقيقة من دون محذور، إلا إذا كان المورد المسلّم من الردّ ردّ العين مميزة عن غيرها»(2)

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

1- حاشية المحقّق الأصفهاني 4/287.

2- حاشية المحقّق الأصفهاني 4/287.

الأقوال في حقيقة الشركة

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

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

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

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

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

والحاصل: أن للتقسيم مراتب:

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

الثانية: التقسيم الوهمي، أو التجزئة الوهمية.

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

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

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

القول الثاني: أن حقيقة الشركة عبارة عن تبدّل الملكيتين السابقتين، والمملوكين السابقين، أما تبدّل المملوك؛ فلأن المملوك صار هو المجموع، فالمجموع هو ملك لهما، لهذا ولذاك، لا بنحو أن يكون كل جزء جزء مملوكاً لهما بنحو الإشاعة، بل المملوك الكل، والمالك كلا الشخصين، بحيث يملكانه بملكية ناقصة، بمعنى أن كل واحد من الشريكين [قبل الشركة] كان يملك النصف ملكية تامة كاملة، ولما امتزج المالان [بعد الشركة] صار كل واحد منهما يملك الكل بنصف ملكية، أي صار نصف مالك للكل، فتبدّل المالك والملكية إلى ما هو أضيق من السابق، وتبدّل المملوك إلى دائرة أوسع، فلو كان الشركاء ثلاثة لكان كل واحد منهما يملك المجموع بثلث ملكية، ولو كانوا عشرة لكان كل واحد منهم مالكاً للمجموع بعشر ملكية، وهكذا...

والتحقيق – على ما ذكر في محله – وإن كان هو القول الأوّل؛ إذ لا يعقل انقسام الملكية إلى كسور، وإنما الذي ينقسم إليها هو المملوك، إلا أنه لا بدّ من البحث ومعرفة إمكان الردّ وعدمه بناء على كلا القولين.

أما بناء على القول الأول فيمتنع الردّ؛ لأن الفرض أن ملكية كل واحد من الشريكين سارية في الكل، فما انتقل إلى المغبون بالمعاملة الغبنية كان مملوكاً منحازاً مميّزاً، وكانت ملكيته له ملكية مستقلة، وقد تبدّل كلاهما بعد الامتزاج وحصول الشركة القهرية، فصار المملوك مشاعاً، والملكية غير مستقلة، فإذا فسخ وأراد إرجاع

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

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

والحاصل: أنه لا يمكن الرد على كلا القولين، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة أم بالملكية الناقصة بالنسبة إلى الكل، ومع امتناع الردّ ينتقل والحال إلى ردّ البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.(1)

3- أن يمتزج مع مال الأجنبي

وأما على الثالث، ما لو امتزج المال بمال الأجنبي، فهنا مانعان من الردّ:

الأول: ما ذكر في السابق، من امتناع ردّ ما اشتراه بالعقد الغبني، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة، أم بمبنى الملكية الناقصة.

الثاني: أنه بعد حصول الشركة القهرية مع مال الغير لم يكن له حق في التصرف

1- أقول: الظاهر إمكان الردّ لأنّ كلا المالين للغابن عند الرد ولا شركة في البين أصلاً فما ذكره المحقّق الأصفهاني (قدس سره) تام عندي، خلافاً للأستاذ المحقّق - مدظله - وأنّ ما ذكره يأتي في الفرع الأوّل [1] دون الثاني [2].

في ماله، لا وضعاً ولا تكليفاً.

وعليه فيمتنع الردّ شرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فينتقل إلى ردّ البدل، مثلاً أو قيمة.

فروع في تصرفات الغابن

اشارة

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

المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون

لو تصرف الغابن لم يرتفع خيار المغبون؛ بناء على ما هو التحقيق، ومن تعلّق حق الخيار بالعقد، وقد قلنا سابقاً بعدم ارتفاعه فيما لو تصرّف المغبون فيه بالبيع ونحوه، فعدم ارتفاعه عند تصرّف الغابن بالنقل اللازم بالأولوية القطعية؛ لأن في تصرف المغبون شبهة رضاه بالمعاملة، فيسقط خياره، وهذه الشبهة لا تأتي عند تصرّف الغابن كما هو واضح؛ فإن تصرّفه لا ينافي حق المغبون.

وأما على القول بتعلّقه بالعين، فبما أنها متعلَّقة لحق المغبون فمعاملة الغابن عليها معلَّقة على رضاه، فإذا لم يرض انفسخت المعاملة، وبالتالي يمكنه ردّ العين لو فسخ المعاملة الأولى.

المسألة الثانية: في حكم الردّ لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً

لو تصرّف الغابن فيما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية تصرّفاً لازماً كالبيع اللازم، أو العتق، أو الوقف، ففي الحكم لو فسخ المغبون أقوال:

القول الأول: أن التصرّفات اللازمة للغابن كالتصرفات اللازمة للمغبون، فلا تنفسخ، فينتقل إلى المثل أو القيمة [وهذا هو القول المختار].

القول الثاني: أن المعاملة الثانية للغابن تنفسخ من أصل بنفس فسخ المغبون للمعاملة الأولى.

القول الثالث: أنها تنفسخ من حين الفسخ.

أما دليل القول الأول فحاصله: أن العين انتقلت إلى الغابن وصارت ملكاً له، وإن كان ذلك بالبيع الخياري، ومتعلَّق حق المغبون هو العقد، لا العين؛ إذ ليست كالعين المرهونـة، وبعـد انتقالها له يجوز له فيها مطلق التصـرفات الاعتبارية والخارجية، بمقتضـى قاعدة السـلطنة، فإذا تصـرّف فيها بالبيع ونحوه أمكن التمسك بإطلاق أدلـة تلك المعاملات؛ لتصـحيحها ونفوذها، فلو باع مثلاً أمكن التمسك ب- (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(1)، فيحكم بصحة البيع ونفوذه أولاً، ويحكم ثانياً وبالعرض بامتناع الردّ شرعاً، فينتقل - بعد الفسخ - إلى البدل.

وأما دليل القول الثاني فحاصـله: أن العين التي انتقلت إلى الغابن متعلَّقـة لحق المغبون، فيكون العقـد الذي أنشأه الغابن متزلزلاً من الأول، فإذا فسـخ المغبون العقد - ومعنى الفسخ رجوع كل من العوضـين إلى ملك مالكه الأول - لزم بطلان عقد الغابن من الأول، وكأنه لم يكن، وعليه تردّ نفس العين، ولا ينتقل إلى البدل.

وفيه: أن متعلق حق المغبون هو العقد، لا العين ليقال بتزلزل معاملة الغابن من الأول، ولهذا لم يرتبط بقاء الخيار ببقاء العين وزوالها، وعليه فبما أن العين مملوكة له، ومقتضى قاعدة السلطنة جواز التصرف فيها بالبيع وشبهه، فإذا باع كانت بحكم التالفة، فينتقل إلى البدل.(2)

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

1- سورة البقرة /275.

2- قـال الشـيخ الأسـتاذ (دام ظله) في جواب على سؤال: إن العقـد من الأمور ذات التعلق، ولكن لا يعني ذلك أن يتعلق الحق بالعين، بل يتعلق بالعقـد، ولاـ يتجـاوز عن ما تعلّق به، إلى متعلّق متعلّقه، وإن كان متعلّق المتعلّق - وهي العين في المقام - دخيلاً في حقيقـة العقد الذي هو متعلّق الحق، فالحق كالحكم الذي لا يتجاوز عن متعلّقه أو موضوعه.

خيار الفسخ، ويترتب عليه ردّ العين، وحق الغابن أنه يملك العين التي انتقلت له، وله التصـرّف فيها بما شاء من أنواع التصـرفات المشروعة، فليس هو بمحجور بأحـد أسـباب الحجر، فإذا باع صـح بيعه، ولكن مقتضـى الجمع بين الحقين أن للمغبون أن يفسخ، فإذا فسخ انفسخ بيع الغابن من حين الفسخ، لا من الأول.

وفيه: أولاً: أنه – كالسابق – مبني على أن يكون للمغبون حق في العين، وقد بيّنا بأن حقه متعلق بالعقد ليس إلا، فإذا فسخ وكان متعلّق العقد موجوداً ردّ بنفسه، وإلا ردّ بدله، وبما أن بيعه صحيح، فالعين بحكم التالف فينتقل إلى بدلها.

وثانيـاً: أن الأـمر يـدور بين احتمـالين، إما أن يتعلّق الحق بالعقـد، أو بالمال، فإن تعلّق بالعقـد انتقل الردّ إلى البـدل، وإن تعلّق بالمال وقع الفسخ من الأول، كما في العين المرهونة؛ لكون المعاملة متزلزلة من الأول، فلا معنى للبرزخية والقول بأن الفسخ من حين الفسخ.

والحاصل: أن بيع الغابن يقع صـحيحاً، فتكون العين بحكم التالف، فإذا فسخ المغبون انتقل الردّ إلى البدل، مثلاً كان أو قيمة، وبهذا يتضح الحكم في جميع تصرفات الغابن اللازمة، من بيع أو صلح أو هبة معوضة، أو وقف أو عتق.

المسألة الثالثة: في حكم الردّ لو تصرّف الغابن تصرّفاً مانعاً

اشارة

إذا تصـرّف الغابن فيما انتقل إليه تصـرّفا يمنع من ردّها وإن كانت باقيـة في ملكه، كما لو كانت جاريـة فاسـتولدها جاءت الوجوه الثلاثة في المسألة السابقة.

فـإن قلنـا بـأن الحق يتعلق بالعقـد، ولا ربط له بالعين، فالجاريـة – بعـد الاستيلاد – تكون بحكم التالف، فللمغبون الفسـخ ويعطيه الغابن قيمتها.

وإن قلنا بأن الحق يتعلّق بالعين جاء الوجهان الآخران.

تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد

نعم، هنا مطلب ذكره الشيخ (قدس سره) بنحو الاحتمال، وهو أن مثل أم الولد لها حق،

ص: 146

فيتزاحم حقها مع حق المغبون(1)، وتوضيحه:

أنه إذا وجد سببان في مورد، وكان كل منهما يقتضي حقاً، ولم يمكن الجمع بين الحقين كان المورد من صغريات باب التزاحم، فتنطبق قاعدته عليه، بالترجيح بالأهمية أو الأسبقية، وتطبيق ذلك على ما نحن فيه:

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

وأن لأم الولد حق العتق؛ للتشبث بالحرية، وسببه استيلادها.

ولا يمكن الجمع بين هذين الحقين؛ إذ إما أن يؤخذ بحق المغبون فتردّ إلى ملكه، وإما أن يؤخذ بحقها فتبقى في ملك الغابن، ومع التزاحم وعدم إمكان الجمع بينهما، يقدم ما فيه المرجّح، وهو حق المغبون؛ لأسبقيته بسبق سببه.

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

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

وقد وجّه المحقّق الأصفهاني (قدس سره) جعل الشيخ (قدس سره) له احتمالاً ليس إلا: بأن تزاحم السببين إنما يكون فيما إذا كان بين الحقين منافاة، وبما أن حق الخيار يتعلّق بالعقد، فهو لا ينافي حق أم الولد المانع من الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقين فلا تزاحم بين السببين.(2)

وكيف كان فالذي يظهر من الأعلام كالشيخ، والمحقّق الأصفهاني، والسيّد

ص: 147

1- المكاسب 5/192.

2- حاشية المكاسب للمحقّق الأصفهاني (قدس سره) 4/292.

اليزدي[1] قدس الله أسرارهم أن التزاحم مفروغ عنه، ولكن بعضهم رجّح بالأسبقية كالشيخ (قدس سره) ، فلا بدّ من التحقيق في المسألة فنقول:

لا بدّ أولاً من تحقيق كون المورد من موارد التزاحم أو لا، ثم البحث في الترجيح بالأسبقية الذي أفاده الشيخ (قدس سره) :

التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم

أما الأول، فقوام التزاحم بأن لا يكون بين الدليلين - في مقام الجعل ولا في مقام الإثبات - أي تمانع ومنافاة، وإنما تكون المنافاة في مقام الامتثال؛ لانحصار القدرة في واحدة، ولا يمكن صرفها في الاثنين، فلا يمكن امتثالهما معاً، كما لو جعلت الصلاة على كل مكلف قادر، وجعل الحكم بوجوب إزالة النجاسة عن المسجد على كل مكلف قادر، فهنا لا تنافي بين الجعلين؛ لجعل حكمين على موضوعين بنحو القضية الحقيقية، ولا بين الإطلاقين؛ لأخذ شرط القدرة فيهما، الذي هو شرط في سائر التكاليف، فإذا دخل المسجد في آخر الوقت ليصلي فرأي النجاسة فيه، ولا يمكنه الجمع بين الامتثالين؛ إذ ليست لديه إلا قدرة واحدة، فدليل الصلاة في مقام الامتثال يقتضي صرف القدرة فيها، ودليل الإزالة يقتضي صرف القدرة فيها، فيقع التمانع، فالتمانع في المنتهى الذي هو مقام الامتثال.

هذا هو قانون التزاحم، بخلاف قانون التعارض؛ فإن التنافي فيه يكون بين الدليلين في مقام الجعل، فإن كان لا يمكن جعل أصل الدليلين، فالتنافي بينهما بنحو التباين، وإن كان لا يمكن إطلاقهما، فالتنافي بينهما بالعموم و الخصوص من وجه.

إذا اتضح هذا، فنقول في ما نحن فيه: إن دليل خيار الغبن بالنسبة إلى انقسامات الخيار وموارده لا يخلو أمره من حالات ثلاث، إما أن يكون مهملاً، أو مطلقاً، أو

1- حاشية المكاسب للسيّد اليزدي (قدس سره) 2/549.

مقيّداً، وبما أن الإهمال في مقام الثبوت محال، فينحصر الأمر في الإطلاق والتقييد، وأقسام المبيع من جملة الانقسامات، فينقسم البيع الغبني إلى بيع الأمة وبيع غيرها، وبيع الأمة إلى الأمة التي يستولدها وغيرها، وأحد الأقسام بيع الأمة التي صارت أم ولد، ولا نرى في دليل الخيار ما يخرجها ليكون مقيّداً، فيتعيّن الإطلاق، فهو بإطلاقه يشمل بيع الأمة التي صارت أم ولد في ما بعد.

ومن جهة أخرى، إذا لاحظنا الدليل الدال على عدم جواز نقل الأمة أم الولد نراه مطلقاً شاملاً لجميع الأقسام، فهو يدل على عدم جواز نقلها سواء أكانت مورداً للبيع الغبني أم لغيره.

فكل من دليلي الخيار والمنع من البيع مطلق بالنسبة إلى مثل هذه الأمة، فيقع التمانع بين الدليلين من جهة الإطلاق، حصل الامتثال أو لا، عمل بالدليلين أو لا، فتكون المنافاة بينهما في مرحلة الجعل، والتعارض بالعموم من وجه، ولم يؤخذ في الموضوع القدرة عليه لتندرج في باب التزاحم.

فالنتيجة: أن المورد يندرج في باب التعارض، لا ـ التزاحم، وعليه فينبغي ملاحظة مرجحات باب التعارض، فتلاحظ الأدلة الدالة على الخيار، وتفصيل ذلك:

إن مستند الخيار إن كان قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(1) أو (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(2)، فدليل المنع عن بيع الأمة ودليل خيار الغبن وإن كانا متعارضين إلا أن دليل خيار الغبن هو المرجح؛ لموافقته للكتاب، فلا يكون الاستيلاد مانعاً في هذه الصورة.

وإن كان المستند روايات تلقّي الركبان، فيكون كل من دليلي خيار الغبن، والمنع

1- سورتا البقرة /188 والنساء /29.
2- سورة النساء /29.

من نقل الأمة المستولدة، هي الأخبار، ولم يكن أحدهما موافقاً للكتاب، فيتحكم التعارض بينهما، إلا أن يقال بموافقة أدلة عدم جواز ردّ الأمة المستولدة لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) فيتقدم، ولو فرض التكافؤ في المتعارضين، فإما أن يقال في مثل ذلك بالتخيير في المسألة الأصولية، فيتخير الفقيه في الأخذ بأيهما، وإما أن يقال بالتساقط، فيرجع إلى الأصل العملي، وهو الاستصحاب في المقام، ونتيجته بقاء الأمة على ملك الغابن.

ويمكن أن يقال: بأن هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب خيار المغبون؛ وذلك لأن الشك في بقاء الأمة على ملك الغابن بعد فسخ المغبون وعدم بقائه، مسبب عن الشك في زوال الخيار الثابت للمغبون بسبب الاستيلاد، فيجري استصحاب خيار المغبون.

وإن كان المستند «لا ضرر» فقد قال المحقّق الرشتي (قدس سره) بتقديمها؛ نظراً إلى حكومتها عليها وعلى سائر الأدلة عند التعارض، فيبطل الاستيلاد والرجوع إلى العين المستولدة.(2)

ولكنه غير تام؛ لأن الاستيلاد يقتضي وجود حق للأمة، وهو تشبثها بالحرية، ولهذا لما ذكروا شرائط صحة البيع في كتاب البيع قالوا بأن أحد الشروط أن يكون المبيع ملكاً طِلْقاً، ومثّلوا لما ينافي هذا الشرط، بحيث لا يجوز بيعه، بالعين المرهونة؛ لتعلّق حق الدائن، والموقوفة، وأم الولد، فقهراً يخرج المورد من تحت موارد حكومة «لاضرر»؛ لأنها دليل امتناني، فيشترط أن لا يكون في جريانه ما يخالف الامتنان على آخر، وجريانه في المقام لحفظ حق المغبون ينافي حقها، فيكون خلاف الامتنان بالنسبة

1- سورة المائدة /1.

2- فقه الإمامية 2/453.

لها، فإطلاق «لا ضرر» قاصر.

وعليه، فيبقى دليل المنع عن نقل الأمة المستولدة بلا مانع، فتكون النتيجة بالعكس، فالنسبة بينهما وإن كانت العموم من وجه إلا أن دليل المنع من نقلها هو المقدم؛ فلا يجوز ردّ أم الولد بإعمال الخيار.

وإن كان مستند الخيار الشرط الارتكازي، فمعنى ذلك أن بناء العقلاء في المعاملات على عدم الغبن، فكل عاقل أخذ في المعاملة شرط عدمه ضمناً بحسب الارتكاز العقلائي، فيكون بحسب الدلالة الالتزامية قد اشترط لنفسه خيار الفسخ لو كان مغبوناً، فيكون الدليل عليه إطلاق دليل «المؤمنون عند شروطهم»(1)؛ لعدم الفرق بين كون الشرط مذكوراً أو ضمنياً، وهذا الدليل أخذ فيه قيد «إلا ما حرّم حلالاً أو حلّل حراماً»، وشرط «أن لا يخالف الكتاب والسنة»، وبما أن دليل المنع عن نقل الأمة مطلق حسب الفرض، فيشمل حتى صورة النقل بسبب خيار الغبن، فهو يرفع موضوع دليل الشروط؛ لأن اشتراط الخيار في بيع الأمة ولو صارت مستولدة فيما بعد يقتضي مخالفة الحكم الشرعي، فيكون الشرط محلّلاً للحرام، ومخالفاً للسنة، ونتيجة ذلك حكومة دليل المنع من نقل الأمة المستولدة على دليل الشروط.

نتيجة البحث في المسألة

والنتيجة مما تقدم: أنا إن قلنا بأن متعلّق الحق هو العقد، فلا تندرج المسألة في باب التزاحم ولا التعارض؛ لاختلاف متعلقيهما وعدم المنافاة بينهما، فمتعلق حق الخيار هو العقد، ومتعلّق حق الأمة هي العين، ولهذا قال المحقق الأصفهاني (قدس سره) بعد طرح كلام الشيخ (رحمة الله) : «وإنما جعله احتمالاً لما أفاده من أن تزاحم السببين وتعيين

ص: 151

1- وسائل الشيعة 21/276، ح4، الباب 20 من أبواب المهور، موثقة منصور بن يونس بُزُرج، و 18/16، ح1، الباب 6 من أبواب الخيار، صحيحة عبدالله بن سنان، بلفظ «المسلمون».

الأسـبق في التأثير إنما يكون في ما إذا كان منافاة بين الحقين؛ لتكون مزاحمة بين السـببين، وحق الخيار حيث إنه متعلّق بالعقد فيجتمع مع إمكان ردّ العين بنفسها وعدمه، فلا ينافي مثل هذا الحق لحق أم الولد المانع عن الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقيقن فلا تزاحم بين السببين»(1)

وإن قلنا بأن متعلق الحق استرداد العين، فيحصل التنافي قطعاً بين الحقين، حق المغبون في ردّ العين، وحق الأمة المقتّضي لعدم الردّ، فهل هو من صـغريات بـاب التزاحم أو التعـارض؟ الحق أنه من باب التعارض، خلافاً لما أفاده الشـيخ (قـدس سـره) وغيره من الأعلام قدسـت أسـرارهم؛ لكون التنـافي في مقام الجعل بين الإطلاقين بنحو العموم والخصوص من وجه، وذلك آيـة التعارض، فينبغي جريان قواعـده كما أوضحناه.

ولو تنزلنا وقلنا بأن المورد من باب التزاحم، فقد رجّح الشـيخ (قدس سـره) ومن تبعه حق الخيار؛ لكونه أسبق، إلا أن المحقّق في محله عدم الترجيح بين المتزاحمين بالأسبقية؛ فإن أحد السببين وإن كان أسبق حدوثاً إلا أنهما متنافيان بقاء.

وبعبارة أخرى: إن المرجح في باب التزاحم هو خصوص الأهمية، ولا عبرة بكون أحدهما أسبق؛ لأن السبب والموضوع دخيلان في الحكم آناً فآناً، فحينما وجد السبب الأسبق أولاً كان هو السبب بلا مزاحم، ولما وجد الآخر وجد المزاحم بقاء فيحتاج إلى مرجّح فعلاً.

المسألة الرابعة: في تصرف الغابن بالعقد الجائز

اشارة

إن العقـد الجائز على نحوين؛ إذ تارة يكون الجواز حقياً، كالجواز في البيع الخياري، وأخرى يكون حكمياً، كالجواز في الهبة غير المعوضـة لغير ذي رحم، والبحث فيه تارة من جهة بقاء حق المغبون وارتفاعه، وأخرى في حكم ردّ العين.

1- حاشية المكاسب للمحقّق الأصفهاني (قدس سره) 4/292.

أما الجهة الأولى، فلا إشكال في بقاء حق المغبون؛ فإنا أثبتنا بقاءه فيما لو نقل الغابن العين بالعقد اللازم، أو فكّها عن ملكه كما لو وقفها مسجداً أو أعتق العبد، فبالأولوية القطعية فيما لو نقلها بالعقد الجائز.

وإنما الكلام في الجهة الثانية، فقد ذهب الشيخ (قدس سره) إلى عدم ردّ العين، والانتقال إلى بدلها؛ لأن تصرّف الغابن بالبيع الجائز، أو بالهبة غير المعوضة تصرّف صحيح، صدر من أهله ووقع في محله؛ بمقتضى سلطنته على ما يملكه، وإطلاقات أدلة البيع والهبة.

وأما كون العقد جائزاً، فلا يقتضي الفسخ؛ لأن الجواز إن كان حقياً كما في العقد الجائز، فهو حق قائم بذي الحق وهو الغابن، وأما المغبون فهو أجنبي، فلا دليل على تسلّطه عليه، وإن كان حكمياً كما في الهبة، فهو قائم بطرفي العقد، والمغبون أجنبي عنه أيضاً، وعليه فلو فسخ المغبون فلا مجال إلا ردّ البدل إليه.(1)

كلام الشهيد الثاني

ثم نقل كلام الشهيد الثاني (قدس سره) في المسالك من قوله: «ولو كان العقد الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار للمشتري، والهبة قبل القبض، احتمل قويّاً إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذّر قيل: يفسخ المغبون، بل قيل: إن له الفسخ مطلقاً...»(2)

وأساس رأي الشهيد الثاني (قدس سره) أن للمغبون حقاً متعلّقاً بالمال الذي نقله الغابن بالعقد الجائز؛ لأن له الخيار، ولكل ذي حق إلزام من عليه الحق، ففي الدرجة الأولى له أن يلزم الغابن بالفسخ، وإن لم يفسخ كان ممتنعاً من أداء الحق، فيرفع أمره إلى

1- المكاسب 5/192.

2- المسالك 3/206.

الحاكم الشرعي؛ لأنه ولي على الحق الممتنع عنه فيقوم الحاكم بالفسخ، وإن تعذّر الوصول إليه قام المغبون بالفسخ.

وبهذا البيان يكون كلام الشهيد (قدس سره) فنيّاً استدلالياً.

إشكال الشيخ على الشهيد الثاني

وأورد عليه الشيخ (قدس سره) : بأن فسخ المغبون إما أن يقتضي دخول العين في ملكه، أو دخول بدلها، فإن كان الأول فلا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ، وإن كان الثاني فقد وصل إليه حقه، فلا حاجة للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره.

اللهم إلا أن يقال: بأن البدل المنتقل إلى المغبون بالفسخ إنما هو بدل الحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها.

ولكن يندفع بأن بدل الحيلولة إنما يتمّ في حال كون العين باقية على ملك المغبون، وأما مع عدمه، وتملّك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين.(1)

انتصار المحقّق الخراساني للشهيد الثاني

وأورد عليه المحقّق الخراساني (قدس سره) في كلتا جهتيه:

أما الجهة الأولى: فبأن فسخ المعاملة هو حلّ العقد الواقع، وحقيقة حلّه رجوع كل من العوضين إلى محله، فما انتقل إلى المغبون يرجع إلى الغابن، وما انتقل إلى الغابن يرجع إلى المغبون، والفسخ في المقام وإن لم يكن مقتضياً بنفسه لدخول العين في ملكه حقيقة؛ لخروجها عن ملك من انتقلت إليه، ولكن ترجع إلى ملكه تقديراً، فيكون الغابن ضامناً، فيلزمه المغبون بالفسخ، والتنزّل إلى البدل إنما يكون في ما إذا لم يتمكّن من عين المبدل، والمفروض في المقام تمكّنه منها بالفسخ.

وأما الجهة الثانية: فلأن بدل الحيلولة لا ينحصر في ما إذا كانت العين في ملك

1- المكاسب 5/193.

المضـمون له، بل يكون ثابتاً ولو خرجت عن ملكه، كما إذا صار الخل خمراً في يد الغاصب؛ فإنه يلزم بتسـليم بدل الخل بدلاً للحيلولة مع أنه لا يملك الخمر.

دفع جواب المحقق الخراساني

أما ما أفاده في الجهة الأولى فيندفع: بأن دليل ردّ العين في المعاملات – بعد الفسخ – هو كونه مال الغير، ولا يجوز التصـرف فيه، بل يجب ردّه إلى صاحبه، فيكون وجوب ردّ العين فرع ملكيـة الغير لها، ومن الواضح أن المراد من هذه الملكية هي الملكية التحقيقية لا الأعم منها، الشاملة للتقديرية؛ فإن الملكية الفرضـية ليست موضوعاً لوجوب الردّ؛ فإن الموضوع مال الغير، والفرض والتقدير لا يحقق كونه ماله، فما هو حق للمغبون هو حلّ العقـد ليس إلا، فإن كانت العين تحت يد الغابن كان له حق استردادها، وإن لم تكن في ملكه – كما هو الفرض – لم تكن له سلطنة على استردادها؛ لأن الجواز في المعاملة الثانية حق للغابن، أو حكم بينه وبين الموهوب، والمغبون أجنبي عنه، ولا دليل على تسـلّطه، كما أفاد الشيخ (قدس سره) ، بل عدم الدليل دليل العدم، فلو شكّ فإن مقتضى الأصل عدم سلطنة المغبون على العين التي وهبها الغابن للغير.

والحاصل: تمامية ما أفاده الشـيخ (قدس سره) ؛ فإن حق المغبون يتعلّق بالعقد، فله حق الفسخ، فإن فسخ وكانت العين موجودة حقيقة ردّها بنفسها، وإن لم تكن موجودة كذلك ردّ بدلها، والملكية التقديرية ليست موضوعاً للردّ.

وأما ما أفاده في الجهـة الثانية في بدل الحيلولة، من النقض بالخل المنقلب إلى الخمر عند الغاصب، فهو قياس مع الفارق؛ فإن الخمر الذي يكون في معرض صـيرورته خلاً متعلَّق لحق المغصوب منه، وهو في معرض أن يعود إلى ملكيته، وأما العين التي انتقلت إلى الغابن، فنقلها إلى الغير في ما نحن فيه، فليست متعلَّقة لحق المغبون، ولا في معرض عودها إلى ملكه.

المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه

اشارة

لو نقل الغابن المال بالعقد الجائز ثم عاد إليه، ففيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد

كأن وهب المال إلى الغير، ثم اشتراه منه.

ذهب الشيخ (قدس سره) في هذه الصورة إلى عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه ملك جديد تلقّاه من مالكه، أي أن ملكية الغابن للعين الحاصلة بالسبب الجديد ليست هي الملكية السابقة، والعين صارت طرفاً لمعاملة أخرى غير المعاملة التي حصل فيها الغبن، فليس للمغبون حق المطالبة بالعين وإن كانت في يد الغابن فعلاً؛ فإن الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز

وكذا برجوعه في الهبة، ويكون ذلك قبل فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ (قدس سره) فيها وجوب ردّ العين؛ وذلك لأن ملكية الغابن للعين لم تكن بسبب جديد، بل بنفس ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل بواسطة الفسخ، وحقيقة الفسخ رجوع كل من العوضين إلى محلّه، فالمقتضي لرجوع العين إلى المغبون موجود، والمانع منه مفقود.

الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون

بأن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز، أو برجوعه في الهبة، ويكون ذلك بعد فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ (قدس سره) فيها عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه تملّك البدل قبل أن يفسخ الغابن، ولا دليل على انتقال حقه منه إلى العين.(1)

1- المكاسب 5/193.

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ

وأورد المحقّق الرشتي (قدس سره) على الصورتين الأولى والثالثة بما حاصله: أن العبرة بالأخذ لا بالفسخ، وتوضيح ذلك:

أما بالنسبة إلى الصورة الثالثة، فحالها ليس بأسوأ من حال المغصوب التالف؛ فإن الفقهاء قالوا بأن المغصوب إذا تلف في يد الغاصب ضمن بدله، ولكن لو قدر له العود ثانية بأمر غير طبيعي يرجع بنفسه إلى المغصوب منه، كما لو وقع في قاع البحر، بحيث لا يمكن ردّه عادة، وعدّ تالفاً، ينتقل الضمان إلى البدل، فلو حصلت زلزلة فخرج إلى شاطئ البحر وجب إعطاؤه للمغصوب منه، وما نحن فيه كذلك، فهو لما كان ملكاً لمن اشتراه من الغابن كان بحكم التالف، فانتقل إلى البدل، ولما رجع إلى الغابن لزم إعطاؤه إياه؛ فإن الرجوع إلى البدل حكم مؤقت ما دام لم تكن العين عنده.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الصورتين الأولى، فإن الملكية الأولى وإن لم تَعُد؛ لأنه عاد بسبب جديد، ولكن القاعدة أن ما يرجع إلى المغبون هو الأقرب فالأقرب إلى ماله، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، ولا تفرغ الذمة بتسليم الأبعد مع وجود الأقرب، وهو وإن عاد بملكية جديدة إلاـ أن حاله حال الخل المغصوب إذا انقلب إلى خمر؛ فإنه ينتقل إلى البدل، ولكن إذا عاد خلاً يعود إلى المغصوب منه بعينه.

فالحاصل أن المدار أن ينتقل الضمان إلى الأقرب فالأقرب، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، والضمان بالبدل من باب الضرورة، والضرورة تتقدر بقدرها، فمتى ارتفع المانع من أخذ العين أخذها.

هذا كله إن لم يأخذ البدل، وإلا فأخذه له رضا به، ومتى حصل التراضي فلا رجوع، فالمدار - إذن - على الأخذ بالرضا، فإن أخذه لم يرجع، وما دام لم يأخذ رجع حقه إلى العين.(1)

1- فقه الإمامية 2/(478-479).

الجواب عن إشكال المحقّق الرشتي

والجواب عن ما أفاده (قدس سره) : أما عن النقض بالغصب ففرق بين الغصب وما نحن فيه؛ فإنه في الغصب تأتي قاعدة اليد، وحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»(1)، فتكون الذمة مشغولة بالعين التي أخذت إلى أن يؤديها الآخذ؛ فإنه لما تلفت العين بوقوعها في قاع البحر كان الغاصب محكوماً بالضمان بالبدل، إلا أن العين لما عادت - ولو بأمر غير طبيعي، وكان ذلك قبل الأداء - انطبق الحديث؛ إذ لا زالت ذمة الغاصب مشغولة بها.

ولكن لا توجد هذه القاعدة، ولا هذا النص في ما نحن فيه، فإسراء الحكم من مورد الغصب إلى ما نحن فيه قياس لا نقول به.

وأما في ما نحن فيه، لما نقل الغابن العين بعقد صحيح إلى الغير، كان مقتضى إطلاق دليل صحة العقد الجائز أن العين غير قابلة للردّ وإن كان للغابن فسخ العقد، إلا أنه لا ملزم له، وليس للمغبون إلا حق فسخ العقد، ومقتضى دليل الصحة أيضاً أن العقد الغبني إذا فسخ ولم تكن العين موجودة انتقل الضمان إلى البدل، فمقتضى الدليل هو الانتقال إلى البدل - كما اعترف المحقّق الرشتي (قدس سره) بذلك أيضاً - فإذا انتقل إليه فمعناه أنه صار ملك المغبون، فإذا فسخ الغابن بعد ذلك ورجع المال إلى ملكه فلا دليل على تبدّل ما في ذمة الغابن من البدل إلى العين.

بل مقتضى الأصل عدم تبدّل ما في ذمته من البدل إلى العين؛ فإنه لما انتقل ما في ذمة الغابن إلى البدل فرغت ذمته من ضمان العين، فإذا عادت وشك في اشتغال ذمته جرى استصحاب براءة ذمته من العين، كما يجري استصحاب بقاء ملكية البدل للمغبون، ومقتضى الاستصحابين أنه إذا فسخ المغبون - قبل عود العين إلى الغابن -

---

1- مستدرك الوسائل 14/7، ح12، الباب 1 من أبواب الوديعة، نقلاً عن عوالي اللآلي 2/344، ح9.

انحصر حق المغبون في البدل.

وأما تفصيله بين الأخذ وعدمه، فإن أخذ لم يرجع إلى العين، وإن لم يأخذ رجع إلى العين ففيه: أنه بعد أن اعترف – بأن انتقال العين من ملك الغابن بالعقد الجائز يقتضي انتقال الضمان من العين إلى البدل بعد فسخ المغبون، ومعنى انتقالها إلى البدل أن ما يملكه المغبون هو البدل مِثْلاً أو قيمة – فلا يعقل أن يكون له حق في العين، فتكون دعوى تعلّق حقه بالعين مع الاعتراف بانتقال الضمان إلى البدل جمع بين المتنافيين.

كما أن مقتضى الأصل أن لا حق له في ما زاد على البدل، فلا وجه لهذا التفصيل، والحق ما أفاده الشيخ (قدس سره) من التفصيل.

الإشكال على ما أفاده الشيخ

نعم، ما أفاده الشيخ (قدس سره) في ما لو عادت العين بسبب جديد من عدم الردّ مطلقاً غيرُ تام؛ لأن حقيقة الفسخ هو حل العقد، والعقد هو نفس العقدة بين الإيجاب والقبول، والتزام الموجب والقابل، وخاصية هذا الحلّ والانحلال عود العين ما لم تكن تالفة أو بحكمها، فإذا رجعت العين إلى الغابن بالفسخ أو بسبب جديد، فهي موجودة عنده وغير تالفة ولا بحكمها، فإذا فسخ المغبون – بعد ذلك – كان له المطالبة بردّها، والانتقال إلى البدل هو الذي يحتاج إلى دليل.

المختار

فالذي ينبغي أن يقال هو التفصيل المتقدم بين أن يكون فسخ المغبون متقدماً على ردّ الغابن لها أو متأخراً عنه، حتى يلاحظ الانتقال إلى البدل وعدمه، فإن كان فسخ المغبون متقدّماً على ردّ الغابن فقد انتقل الضمان إلى البدل، فلا دليل على تبدّله إلى العين، بل الدليل على خلافه، وإن كان فسخه متأخراً عن ردّ الغابن كان مقتضى القاعدة المطالبة بها، ولا دليل على الانتقال إلى البدل، بلا فرق في ذلك بين السبب

الجديد والفسخ.

هذا تمام الكلام في موارد النقل وحاصله:

أن تصرّف الغابن على أنحاء:

1- التصرّف بالنقل اللازم كالبيع اللازم والصلح.

2- التصرّف بالنقل الجائز كالبيع الخياري والهبة.

3- التصرّف بفك الملك كالوقف والعتق.

4- التصرّف بما يمنع من الردّ كالاستيلاد.

وفي جميع ذلك لا يسقط حق المغبون في الفسخ إلا أنه ينتقل إلى البدل، ولا يلزم الغابن بالردّ حتى في مورد العقد الجائز.

المسألة السادسة: في تصرف الغابن بغير النقل

اشارة

إن تصرّف الغابن في العين بغير النقل على نحوين أساسيين:

الأول: أن لا يوجب التصرّف أي تغيير من الزيادة والنقص والامتزاج، ولا شك في رجوع العين إلى المغبون لو فسخ؛ فإن المقتضي لاسترداد العين موجود، والمانع مفقود.

الثاني: أن يوجب التصرّف التغيير في العين، وله أقسام ثلاثة كما جعله الشيخ (قدس سره) :

1- التصرّف بما يوجب النقيصة في المال.

2- التصرّف بما يوجب الزيادة فيه.

3- التصرّف بما يوجب الامتزاج.

[النحو الأوّل]: أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة

اشارة

أما التصرّف بالنقيصة، فهو على أنحاء أيضاً:

الأول: أن يوجب النقص في الأجزاء، وفي مثله يردّ ما بقي من العين، ويعطى

المغبون عوض ما يقابل النقص، فأثر الفسخ في هذا النحو هو ردّ العين، وردّ بعض الثمن المقابل للنقص.

الثاني: أن يوجب النقص في وصف الصحة، كما لو صار الحيوان معيباً بسبب تصرّف الغابن

الثالث: أن يوجب النقص في وصف الكمال، كما لو كان المبيع عبداً كاتباً، فنسي الكتابة وقت الفسخ.

ظاهر مراد الشيخ واختياره

والظاهر أن مراد الشيخ (قدس سره) من قوله: «فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش»، هو القسم الثاني، ومن قوله: «وإما أن يكون مما لا يوجبه»، هو القسم الثالث؛ لأنه عبّر بالأرش، وهو لا يكون إلا في موارد العيب، والعيب فَقْدُ وصف الصحة.

وعليه فيكون رأي الشيخ (قدس سره) فيهما: الحكم بالضمان فيما يوجب النقص في وصف الصحة؛ حيث قال: «فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفائت مضمون بجزء من العوض...»، والحكم بعدم الضمان فيما يوجب النقص في وصف الكمال؛ حيث قال: «وإن كان مما لا يوجب شيئاً، ردَّه بلا شيء»(1)

ولكن مجرد تعبيره بذلك لا يوجب الجزم بأنه المراد؛ لأنه وإن كان ذلك كذلك في ما يوجب الأرش، إلا أن في نسبة عدم الضمان – في موارد فقد وصف الكمال – إلى الشيخ (قدس سره) إشكالاً.

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ

وكيف كان، فإن كان مراده ما ذكرناه فيرد عليه إشكالان:

الأول: أن ما أفاده (قدس سره) في فَقْدِ وصف الصحة على طبق قاعدة الفسخ، ولكن ما

1- المكاسب 5/194.

أفاده في فقْدِ وصف الكمال فعلى خلافها؛ لأن مقتضاها أن يكون المردود نفس ما نقل بالبيع، وإن كان ناقصاً ردّ مع جبران النقص، والحال أن المنقول هو العبد بوصف الكتابة، والمردود هو العبد بدونها، فما أرجع غير ما نقل، ولم يجبر النقص، فما أفاده من التفصيل بين الموردين غير تام [والحكم فيهما الفسخ مع ضمان النقصان].

إن قلت: قال المحقّق الخراساني (قدس سره) : «وأما إذا كان بإزاء صفة الصحة، وإحداث عيب فيها، ففي الأرش إشكال؛ من ثبوته فيما ظهر المبيع معيباً، ومن أن الثمن بتمامه إنما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئاً منه بإزاء صحتها، وإن كانت موجبة لزيادة قيمتها، كسائر الأوصاف، وإنما كان ثبوت الأرش عند فواتها في عيب المبيع دونها تعبّداً لأجل دليل خاص»(1)

قلت: بأنا لا نقول بأن الحكم هنا هو الحكم في خيار العيب حتى يقال: بأن الأرش في خيار العيب إنما كان للنص الخاص، ولا نص في المقام.

وإنما نقول: بأن ردّ العين في المقام بدون الجبران على خلاف قانون الفسخ؛ فإن قانونه أن يرجع كل من العوضين إلى صاحبه كما انتقل عنه، فعلى الأخذ أن يردّ نفس ما أخذه، فإذا أخذ الصحيح ردّ الصحيح، وإذا أخذ الكامل ردّ الكامل، وأما إذا أخذ العبد بوصف كونه كاتباً وردّه بدون الكتابة، وأخذ العوض كاملاً، ولم يجبر النقص، كان على خلاف قانون الفسخ بأن يردّ ما أخذه.

الثاني: قال الشيخ (قدس سره) في تعليله للحكم بالأرش في فقد وصف الصحة: «كما هو مقتضى الفسخ؛ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض، فإذا ردّ تمام العروض وجب ردّ مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدله».

وظاهر هذا الاستدلال أنه جعل الثمن في مقابل العين والوصف، بحيث يكون

1- حاشية المكاسب /193.

للوصف جزء من الثمن، بينما الأوصاف مطلقاً، سواء أكانت أوصاف صحة أو كمال، لا تقابل بالمال، ولا يكون في مقابلها جزء من الثمن، وإن كان لها تأثير في زيادته، بمعنى أن الثمن يقابل العين وأجزائها، فيقسط الثمن عليها بحسب أجزائها، وأما الأوصاف فتوجب ارتفاع ثمن العين ونقصانها، فالثمن يقابل العبد إلا أن العبد إذا كان كاتباً كانت قيمته أعلى من العبد إذا لم يكن كاتباً، والعبد إذا كان سليماً كانت قيمته أعلى مما إذا كان معيباً، ومع وضوح ذلك لا يتمّ استدلال الشيخ (قدس سره) ؛ لأنه أوجب الأرش بمقتضى قانون التبعيض في الثمن، والحال أن هذا القانون يأتي في الأجزاء لا في الأوصاف.

الحق في المسألة

والحق في المسألة أن يضمن ما نقص مطلقاً في الأقسام الثلاثة؛ وذلك لما قلناه سابقاً: من أن مقتضى قانون الفسخ أن يردّ ما أخذه؛ فإن يد الغابن يد ضمان وليست مجانية، فإن فسخ المغبون وكانت العين موجودة بنفسها سلّمها له، وإن كانت تالفة ضمن بدلها، وإن كانت ناقصة بعض أجزائها نقص من الثمن بنسبته، وإن كانت ناقصة بعض أوصافها أرجعها مع ما به التفاوت ما بين الواجد والفاقد؛ فإن الثمن في المعاملة وإن لم يكن في مقابل الأوصاف، إلا أنه وقع في مقابل العين مع أوصافها، فالذي وقع تحت استيلاء الغابن هو العبد الكاتب، لا العبد مجرداً عنها، أي العبد الذي قيمته ألف دينار، لا العبد الذي قيمته ثمان مائة دينار فعليه الضمان.

والحاصل: أنه لا بدّ من أداء ما به التفاوت بمقتضى قانون الفسخ، وبمقتضى أن هذا المال كان مضموناً بالضمان المعاوضي في برهة، وبضمان اليد في برهة أخرى؛ لعدم انحصار الضمان في اليد العدوانية، بل أحد أسبابه اليد غير المجانية، وهو المراد في المقام.

تصرف الغابن بالإجارة

ألحق الشيخ (قدس سره) بالتصرف الذي لا يوجب التغيّر إجارة العين، فلو فسخ المغبون العقد فوجد العين مستأجرة رجعت العين له مسلوبة المنفعة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ.(1)

واحتمل ما ذهب إليه المحقّق القمي (رحمة الله) من انفساخ الإجارة في بقية المدة.(2)

ونقل عن العلّامة (رحمة الله) في القواعد: أن الأجرة للغابن المؤجر، ووجب عليه للمغبون أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ.(3)

وجوه المسألة

اشارة

ففي المسألة ثلاثة أوجه:

مختار الشيخ

الوجه الأول: ما اختاره الشيخ (قدس سره) ، ودليله على ذلك: أن المنفعة من الزوائد المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للغابن؛ فإنه حين الإجارة كان مالكاً للعين، وكل من يملك العين يملك منفعتها إلى الأبد؛ فإن المنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمان ملك منفعة العين بأسرها، فتصحّ الإجارة بمقتضى الدليل الخاص والعام، فينتقل ملك المنفعة إلى المستأجر، ويملك الغابن المؤجر مال الإجارة الذي هو عوض المنفعة المملوكة له، فإذا فسخ المغبون حينئذٍ عادت له العين مسلوبة المنفعة، وهذا النقص لا يوجب الأرش.

مختار المحقّق القمي

اشارة

الوجه الثاني: ما اختاره المحقّق القمي (قدس سره) من انفساخ عقد الإجارة في بقية

1- المكاسب 5/194.

2- جامع الشتات 3/(431-432)، المسألة 203.

3- القواعد 2/96.

المـدة؛ لأن المنفعة تابعة للعين، فإن كانت ملكية العين مسـتقرة كانت ملكية منفعتها كذلك، وإن كانت ملكية العين متزلزلة كانت منفعتها كذلك، وبما أن ملكية العين في المقام متزلزلة؛ بسبب خيار الغبن فملكية المنفعة كذلك، فإذا فسخ المغبون العقد انفسخت الإجارة.

إشكال الشيخ على المحقّق القمي

وأجاب عنه الشـيخ (قـدس سـره) : بأن ملكية المنفعة وإن كانت تابعة لملكية العين، إلا أن تزلزل ملكيتها غير تابع لتزلزل ملكية العين؛ فإن تزلزل ملكيـة العين يـدور مدار وجود الخيار، وهو موجود في المقام حسب الفرض، وأما المنفعة، فإن كانت من الزوائد المتصـلة فهي تابعة للعين؛ لكونها جزءاً منها، وإن كانت من الزوائد المنفصلة، فلا دليل على تبعيتها للعين في التزلزل.

وعليه فبما أن الغابن يملك العين فهو يملك المنفعة إلى الأبد مثل بقية الأملاك ذات الملكية المستقرة، فإذا أجّرها فهو يملك الأجرة، وليس للمغبون بعد الفسخ إلا العين.

مختار العلّامة

الوجه الثالث: ما ذهب إليه العلّامة (رحمة الله) في القواعد، والوجه فيه: أن الإجارة محكومة بالصـحة بمقتضـى القاعدة؛ لأن الغابن يملك العين ومنفعتها حينها، إلا أن ملكيته المستقرة لها تستمر إلى حين الفسخ، وما بعده، وإن كان يملكها فعلاً إلا أنها متعلّقة لحق المغبون؛ إذ لا معنى لأن ترجع له العين مسـلوبة المنفعـة، وبما أنه فوّت عليه المنفعـة في المـدة الباقية وجب عليه إعطاؤه أجرة المثال لها، فالجمع بين الحقين يقتضي أن تصحّ الإجارة، وأن يضمن المدة الباقية بعد الفسخ.(1)

1- المكاسب 5/194.

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة: أن ما أفاده الشيخ (قدس سره) من أن الغابن يملك المنفعة إلى الأبد؛ لأنه يملك العين، وملكيتها تقتضي ذلك فهو على مقتضى الصناعة، إلا أن هنا أمراً آخر ينبغي ملاحظته وتحقيقه، وهو الضمان المعاوضي بالبيع الأول، فنقول:

إن العقود على قسمين:

الأول: ما لا ضمان في صحيحه، كالهبة؛ فإن الواهب يملّك المال للموهوب مجاناً، وبلا عوض.

الثاني: ما فيه الضمان، وهو ما فيه معاوضة، فيكون مبنياً على الضمان؛ أي أن نفس العقد يقتضي الضمان، كالبيع؛ بمعنى أن كلاً من المتبايعين أخرج المال من كيسه بضمان العوض والبدل، فيسمى هذا الضمان، الضمان المعاوضي، في مقابل الضمان الحاصل من استيلاء اليد، فإن كان البيع صحيحاً كان الضمان بالمسمّى، وإن كان فاسداً كان الضمان بالمثل أو القيمة.

ومن هذا القسم الإجارة، فإن كانت صحيحة كان الضمان بالأجرة المسماة، وإن كانت فاسدة كان الضمان بأجرة المثل.

هذه هي القاعدة في العقود المعاوضية، وحينئذ فما دام العقد موجوداً فهو يقتضي أن تكون ملكية العوضين للطرفين على التبادل، بمعنى أن كل واحد منهما يملك ما عند الآخر في مقابل ما يعطيه له من العوض، فإذا فسخ أحد الطرفين، فالعقد يقتضي بذاته أن يرجع ما انتقل منه بالمعاوضة إليه، فإن كان موجوداً فبنفسه وإلا فببدله؛ بدليل أنه لو تلف في يد الغابن كان من ماله، فإذا فسخ المغبون أعطاه الغابن بدله اتفاقاً.

وحينئذٍ، فحلّ المسألة في هذه النكتة: أن مقتضى العقود المعاوضية أن العقد ما دام موجوداً، فكل عوض محفوظ ببدله، فإذا انفسخ العقد عاد العوض إلى محلّه على ما

كان عليه، فبما أن العين عند المعاملة لم تكن مسلوبة المنفعة، فإرجاعها بعد الفسخ مسلوبة عنها على خلاف قانون الضمان المعاوضي وحقيقة الفسخ؛ فلا بدّ أن ترجع بنحو ما كانت عليه.

فالجمع بين الأدلة يقتضي القول بصحة الإجارة، وأن الأجرة ملك للغابن، ولكن بما أن المنفعة في [ال-]-مدة [التي بقيت من] الإجارة قد تلفت على المغبون، ولم يمكن ردّها مع العين، فلا بدّ من تقويم العين مع المنفعة، وتقويمها مسلوبتها، وضمان ما به التفاوت؛ بمقتضى قانون الفسخ، والضمان المعاوضي.

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة

اشارة

وأما التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة فهو على نحوين:

النحو الأوّل: الزيادة الحكمية

اشارة

ولها صورتان:

الأولى: أن لا يكون للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فلا توجب شيئاً؛ لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الثانية: أن توجب ارتفاع القيمة كما لو اشترى العبد فعلّمه الكتابة أو صنعة، وهي محل بحث بين الأعلام، وفيها أقوال:

الأقوال في الزيادة الحكمية

القول الأوّل

ما استظهره الشيخ (قدس سره) من ثبوت الشركة في العين بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوّم العين معها وبدونها، وتؤخذ النسبة بين الواجد والفاقد، فيكون شريكاً بمقدار النسبة،

فلو كانت قيمته بدون الكتابة خمس مائة دينار، وقيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في النصف، وهكذا... .(1)

فإن كان مراده (قدس سره) كما استظهره الفقيه السيّد اليزدي (قدس سره) وغيره من أنه أراد الشركة في العين بالنسبة(2) فالإشكال فيه واضح؛ لأن الشركة في العين تقتضي تبدّل المالك والمملوك والملكية، فيحتاج ذلك إلى دليل مفقود.

القول الثاني

ما عن الشهيد الثاني (قدس سره) من أن له أجرة عمله.

وفيه: أنه لا معنى للأجرة؛ لأنه إنما عمل في ماله وملكه، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره.

وبعبارة أخرى: إن الأجرة لا تكون إلا بعقد الإجارة، أو بالقيام بعمل يقتضي الأجرة، وكلاهما منتفيان، أما الأول فواضح، وأما الثاني؛ فلأن عمله في ماله، فلا يستحق على غيره شيئاً.

القول الثالث

الشركة في المالية التي تبّناها عدّة من الأعاظم في موارد متعددة من الفقه، وحاصلها: أن لا يكون الغابن شريكاً للمغبون في عين المال، بل في ماليته الاعتبارية بنسبة تلك الزيادة، فلو كانت قيمته بدون الزيادة بخمس مائة دينار، وصارت قيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في نصف القيمة، بحيث يبيعها ويعطيه النصف.

إشكال المحقّق الأصفهاني على الشركة في المالية

وقد وقع هذا القول موقع الإشكال، فأورد عليه المحقّق الأصفهاني (قدس سره) : بأن

1- المكاسب 5/195.

2- حاشية السيّد اليزدي (قدس سره) على المكاسب 2/556.

الشركة في المالية والقيمة إما أن تكون بتبع الشركة في العين، بمعنى أن تحصل الشركة في العين، وبالتبع تحصل في المالية، وإما أن تكون بالاستقلال، والأول غير معقول هنا؛ لأن العين مختصة بمالكها، والشركة فيها يحتاج إلى سبب، ولم يوجد سبب من الأسباب المملّكة بالنسبة إليها بعد الفسخ.

والثاني لا معنى له؛ لأن الشركة بالاستقلال لا تكون إلا في الأمور الخارجية، كأن تحصل الشركة في أرض أو متاع خارجي، ولا تقع في الأمور الاعتبارية، والمالية أمر اعتباري.

نعم، حيث إن العين لا بدّ من رجوعها بما هي عليه من الأوصاف المقوّمة للمالية حال الفسخ، وهذا الوصف الموجب لزيادة قيمتها زائد على تلك الأوصاف، فالمالية الزائدة غير القابلة للانفكاك عن العين تكون كالشركة، من حيث الإشاعة التي لا تنفك إلا بعد الإفراز، فهذه المالية الزائدة تكون لمن أحدثها في العين العائدة.(1)

المناقشة في كلام المحقّق الأصفهاني

ولا يخفى أن إشكاله (قدس سره) - لو تمّ - لكان سارياً في جميع موارد الشركة في المالية، ولكنه مردود:

أولاً: بأن مبناه أن كل واحد من العوضين بما له من الخصوصية عند الفسخ يرجع إلى من انتقل منه بالمعاملة الغبنية، ومختاره أن الخصوصية الطارئة أمر زائد، فيكون متعلّقاً لحق الغابن، والسؤال:

بما أن المالية التي حصلت في العين بسبب وصف الكتابة حق للغابن، فهي إما مفروزة أو مشاعة، ولا سبيل إلى الاحتمال الأول، فيتعيّن الثاني؛ لعدم وجود مالية مفروزة معينة في العين؛ لأن العين وإن كانت قيمتها بحسب أوصافها، إلا أنها غير

1- حاشية المحقّق الأصفهاني (قدس سره) 4/(297-298).

معيّنـة من حيث مقابلتهـا بأوصافها؛ لأن الأموال في مقابل الأعيان، لا في مقابل الأوصاف، وإنما الأوصاف واسـطة في زيادة ماليـة العين، فللعين الفاقـدة للوصف قيمـة محـددة مقـدرة، وللواجـدة ضـعف قيمتها مثلاً، ولا توزّع القيمة بحيث جزء منها في مقابل العين والأوصاف الموجودة من السابق، والجزء الآخر في مقابل الوصف الجديد، الكتابة في المثال.

وبعبارة مختصرة: أن القيمة في مقابل الأعيان لا الأوصاف.

وعليه: بما أن المالية التي أحدثها الغابن في مقابل وصف الكتابة ليست مفروزة ولا معيّنة، يتعيّن أن تكون مشاعة؛ إذ لا واسطة بينهما.

وثانياً: بأن دعواه بانحصار الشـركة في المالية في الخارجيات بلا دليل؛ فإن الشـركة في المالية وإن كان ثبوتها في الخارجيات أمراً مسلّماً إلا أن نفيها عن الأمور الاعتبارية يحتاج إلى دليل؛ فإن دعوى النفي - كدعوى الإثبات - لا بدّ لها من دليل.

وأما الدليل على ثبوتها في المالية، فهو قيام السـيرة العقلائية القطعية على ذلك، فإن هذه الخصوصـية التي حصـلت في المال عند الغابن - سواء أكانت بفعله، كما لو عَلَّمَ العبدَ الكتابة أو الصنعة، أم كانت من غير فعله كأن تعلمها العبدُ بنفسه - حصلت في ملكه، وعندما حصلت في ملكه لا ـ يمكن أن تكون هـذه الصـفة بلا مالك، فإن العبـد لما كان في ملكه كان في ملكه بجميع أوصافه، ولا يَخْلُط بين كون الوصـف مملوكاً للمالك، وبين عـدم جعل جزء من الثمن في مقابله؛ فإن الأوصاف - كالأعيان - مملوكـة لملاك الأموال، فكما أنه يملك العين فهو يملـك أوصافها، فيكون هـذا الملك طرف إضافـة للغابن، فيلزم إما أن يكون شـريكاً في العين أو في ماليتها، وسـلب حقه عنها على خلاف السيرة العقلائية القطعية.

وبعبارة أخرى: إن ثبوت الحق في هذه العين بعد حدوث الوصف في ملكه، مما لا إشكال فيه، وللعين حيثيتان، حيثية الذات والعينية، وهي الأمر الخارجي، وحيثية

المالية، وهي الأمر الاعتباري، وبما أن متعلق الحق ليس هو الأمر الخارجي؛ بمقتضى الدليل المتقدم، فيتعيّن أن يكون الأمر الاعتباري، وبما أنه غير مفروز فهو مشاع، وهذا هو معنى وحقيقة الشركة في المالية في جميع مواردها.

خلاصة البحث وبيان المختار

فيتلخّص مما تقدم: أن العين إذا زادت زيادة حكمية، وفسخ المغبون كان الغابن شريكاً له في المالية، لا في نفس العين، كما هو المستظهر من كلام الشيخ (قدس سره) ، ولا أن له الأجرة كما هو رأي الشهيد الثاني (قدس سره) .

النحو الثاني [من أقسام التصرف بما يوجب]: الزيادة الخارجية

اشارة

كأن يشتري الغابن أرضاً فيغرسها، وفي المسألة ستة أقوال، إلا أن أهمها ما ذكره الشيخ (قدس سره) وهي ثلاثة:

القول الأول

أن المغبون مسلّط على القلع بلا أرش(1)، والدليل عليه أمران:

الأول: أن صفة كونه(2) منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته(3) إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض موجباً للزيادة في القيمة فلصاحب المكان أن يقول له ارفع متاعك من الأرض، ولا حق للآخر في الامتناع.

1- نسبه الشيخ (قدس سره) في المكاسب 5/195، إلى العلّامة في المختلف، في الشفعة، قال العلّامة في المختلف 5/356: (والمختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك، وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك، وطم الحفر؛ لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره، فعليه أرش ما ينقص بذلك، كما لو أراد كسر القدر؛ لتخليص رأس دابته).

2- الغَرَس.

3- الأرض.

الثـاني: أن الغرس إنمـا وقع في ملـك متزلزل، فله الحق في البقـاء مـا دام في ملكه، وأما بعـد انتقاله عن ملكه فلا دليل على اسـتحقاقه لبقاء الغرس.

القول الثاني

عدم تسلّط المغبون عليه مطلقاً.(1)

والدليل عليه أمران:

الأول: أن الشـجر الذي غرسه الغابن قبل الفسخ ليس بحكم المال في الدكان؛ لأن النسـبة بين الشـجرة المغروسة والشـجرة المقلوعة نسـبة التباين تقريباً، ونسبة الحي إلى الميت، بخلاف المتاع في الدكان، بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان.

الثاني: مفهوم ما روي عنهم (عليهم السـلام) «ليس لعرق ظالـم حق»(2)؛ فإن مفهومه أن لعرق غير الظالم حقاً، والغابن لما غرس الشـجر في الأرض كانت الأرض ملكاً له، فتصرّفه فيها كان عن حق، وعرق كل ذي حق محترم شرعاً.

ونتيجة هذين الوجهين: أنه ليس للمغبون حق في قلع شجر الغابن.

القول الثالث

ما اختاره الشـيخ (قدس سـره) واعتبره مقتضـي التحقيق، من تسلّط المغبون على قلع الشجر مع ضمانه للغابن الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمته منصوباً مغروساً وقيمته مقلوعاً.(3)

وتوضـيح دليله (قدس سـره) : أن ما يملكه الغابن هي الشـجرة قائمة في الأرض، وقد غرسـها لما كانت الأرض ملكاً له، ولما فسخ المغبون العقد عادت الأرض إلى ملكه من

1- نسبه الشيخ (قدس سره) في المكاسب 5/195، إلى المشهور.
2- وسائل الشيعة 19/157، ح3، الباب 33 من أبواب الإجارة، خبر عبدالعزيز بن محمّد.
3- المكاسب 5/197.

دون الشـجر المغروس فيهـا، ومن حق المغبون تخليص مـاله عن مـال صـاحبه، فباعتبار أن الأرض ملكه وله تخليص ماله عن مال صاحبه يجوز له قلع الشجر، وباعتبار أن الغابن يملك الشجرة قائمة، لا مقلوعة فله الأرش، وهو مابه التفاوت بين الشجرة قائمة ومقلوعة.

تحقيق المحقّق الرشتي في المسألة

اشارة

وذهب المحقّق الرشتي (قـدس سـره) إلى ما ذهب إليه الشـيخ (قـدس سـره) ، من جواز القلع، مع الأرش، واسـتدل على كلتا الجهتين بما اقتضاه من التحقيق:

أما الجهة الأولى: ففي ثبوت الحق للمغبون في قلع الشجر، وبيانه: إن ما يضعه الغابن في الأرض من الزرع على قسمين:

الأول: ما لم يبن فيه على البقاء في الأرض كزراعة النباتات والبقول؛ فإنه يضعه فيها لوقت محدود، وأمد معيّن.

الثاني: ما يبنى فيه على البقاء كغرس الأشجار؛ إذ ليس له أمد، فيبني على بقائها ما دامت موجودة، عشرين عاماً أو ثلاثين أو أكثر.

فـإذا كـانت الأـرض سالمـة عن مزاحمـة الحقوق، فلو غرس فيهـا غرسـاً لكان ذلك مبنياً على الـدوام قطعاً من غير إشـكال، كما في أملاك الملاكين السالمين عن الحقوق، بمعنى أن المِلْك كان طلقاً لصاحبه، فإذا غرس ذلك المالك أشـجاراً، ثم باع الأرض من دون أغراسها، فلا يجوز للمشتري قلع تلـك الأـغراس، التي بنيت حين غرسـها على الـدوام، ويسـتحق للبقـاء أيضاً، لأن الأرض إنما اشتريت مشـغولة بتلك الأشجار، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حينئذٍ.

وأما إذا كانت الأرض مشـغولة لحق الغير، فالغرس فيها – مع اشتغالها في حق – لم يكن مبنياً على الدوام، كما إذا غرس فيها مع تعلق حق الشفيع والمغبون، فلصاحب الحق – حينئذٍ – سلطنة على قلع الغرس؛ لسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على

الدوام، فيكون للمغبون في المقام سلطنة على القلع كالشفيع.

وهذا معنى قول الفقهاء قدست أسرارهم: إنّ الغرس إنّما وقع في ملك متزلزل، أي أن الغرس وقع في أرض متعلّقة لحق المغبون، فلا يكون مبنياً على البقاء.

إن قلت: لو كان للمغبون سلطنة على القلع فقلع، للزم الضرر على الغابن.

قلت: بأن الضرر يتوجه على كليهما؛ فإن بقاء الغرس في الأرض ضرر على المغبون أيضاً؛ فإن للأرض المشغولة بغرس الغابن قيمة مغايرة لقيمة الأرض الخالية منه.

وعليه فيتعارض الضرران؛ لأن كليهما مشمولان لقاعدة «لاضرر»، وليس أحدهما بخارج منها، كما في تصرّف الغاصب، أو المشتري بعقد فاسد، فإذا تعارضا تساقطا ورجع إلى قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»، وهي تقتضي جواز إزالة الغرس عن ملك المغبون.

فالنتيجة: أولاً: أن للمغبون الحق في قلع الغرس؛ لعدم كون الغرس مبنياً على البقاء؛ لكون الأرض مشغولة لحق الغير.

وثانياً: ولو تنزّل عن ذلك، ولزم تضرر كل منهما، فالضرران يتعارضان فيسقطان، ومن ثَمَّ يتمسك بقاعدة السلطنة، وهي تثبت الحق للمغبون في قلع الغرس أيضاً.

ولا يقال: بأن القاعدة مقيدة بأن لا يكون ضرر على الغابن.

لأنه يقال: بأن ضرره سقط بالتعارض، فتسلم قاعدة السلطنة عن المعارض.

وأما الجهة الثانية: ففي وجوب الأرش على المغبون:

وقال فيها: ظاهر المشهور ممن تعرّض للمسألة وجوب إعطاء الأرش على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره؛ حيث كان المختار في الجهة الأولى جواز قلعه

للمغبون، وعلّله صاحب الجواهر (قدس سره) بقوله: «لأنه مقتضى الجمع بين الحقين»(1)؛ فإن من حق المغبون أن يخلّص ملكه من الغرس؛ إذ في بقائه ضرر عليه، وبما أن في قلعه ضرراً على الغابن، فمن حق الغابن أن يتدارك ما فاته، فيعطى الأرش.

وأورد على التعليل: بأن القول بجواز قلع الشجر إنما هو من جهة استلزام بقائه للضرر على صاحب الأرض، فلو قيل بلزوم الأرش على صاحب الأرض في صورة قلعه للزم الفرار من الضرر إلى ضرر آخر.

ولكن مقتضى القاعدة - بما أن البقاء ضرر على المغبون، والقلع ضرر على الغابن ويتعارض الضران ويسقطان - الرجوع إلى قاعدة السلطنة، ومقتضاها سلطنة صاحب الأرض على جواز تصرّفه في أرضه كيف يشاء، وإن استلزم ضرراً على صاحب الغرس، ونتيجة ذلك عدم الأرش.

نعم، يمكن أن يستدل لقول المشهور - وإن لم ينصوا عليه - بقاعدة الإتلاف؛ فإن أقصى ما تدلّ عليه قاعدة السلطنة جواز إزالة الغرس، ولكنها ساكتة عن أنه مع وجوب الضمان أو بدونه، فلا ينافي جواز القلع مع الأرش؛ بقاعدة الإتلاف؛ فإن قلع الشجر إتلاف من المغبون لمال الغابن، ومن أتلف مال غيره فهو له ضامن، ولا تبرأ ذمته إلا بإعطاء الأرش.

إن قلت: بعدم جريان قاعدة الإتلاف؛ لإذن الشارع بقلعه، وإذن المالك الحقيقي به يرفع الضمان، كما لو أذن المالك بإتلاف ماله.

قلت: إن إذن الشارع إنما يقتضي عدم حرمة الإتلاف، وجواز إزالة ملك الغير عن ملكه، ولا تنفي الضمان، ولا سببية الإتلاف له، كما هو الحال في موارد جواز

1- جواهر الكلام 23/46.

الأكل من مال الغير في أيام المخمصة.(1)

المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي

وفي تحقيقه مواقع للنظر:

[النظر الأوّل]: قوله - لإثبات أن الغرس ليس مبنياً على البقاء في صورة تعلّق الحق، فيكون لصاحب الحق - حينئذٍ - سلطنة على قلع الغرس - بسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام.

يرد عليه: أولاً: أن مقتضى كون حقه غير مبني على الدوام أن يكون محدوداً بفسخ المغبون، وحينئذٍ ينتفي حقه بعد الفسخ، فكيف يقال بتقديم حق المغبون على حق الغابن مع انتفاء حق الثاني، والتقديم فرع وجود كليهما؟

وبعبارة أخرى: إن التقدم بالسبق الزماني في موارد التزاحم يتوقف على مقدمتين:

الصغرى: وجود الحقين.

الكبرى: الترجيح بالسبق الزماني.

أما الكبرى، فقد اختلفت فيها الأنظار، ورأينا عدم الترجيح به، إذ في حال عدم وجود المسبوق، لا وجود للمزاحم للأسبق، وفي حال وجود المسبوق، فهما موجودان معاً، ويكونان متزاحمين بقاء، ولا دليل عقلاً ولا شرعاً على ترجيح أحدهما على الآخر بمجرد كونه أسبق زماناً، ولا مرجح آخر في البين؛ لانتفاء الأهمية حسب الفرض.

وأما الصغرى، فلا وجود للحقين معاً، لأن حق الغابن - كما اعترف به - محدود بالفسخ؛ بمقتضى تعلّق حق المغبون، فينتفي حقه بمجرد فسخ المغبون.

فالقول بأن حق الغابن محدود بالفسخ، والغرس غير مبني على الدوام، والقول

1- فقه الإمامية 2/(488-485).

بتقديم حق المغبون لكونه أسبق، جمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنه (قدس سره) قال: بأن غرس الغابن في الأرض غير مبني على الدوام، والمراد من ذلك - كما بيّنا - أنه لا حق للغابن بعد الفسخ، فما معنى تعارض الضررين إذن؟!

وبعبارة أخرى: إن تعارض الضررين إنما يكون في مورد وجود الحقين؛ إذ الجمع بين الحقين يقتضي تعارض الضررين، وبما أن حق الغابن محدود بوجود مالكيته، فهو محدود بالفسخ، فلا حق له بعده، ومع عدم وجود الحق حينئذٍ، لا يكون الضرر الوارد عليه وارداً بلا حق، حتى ينفى بقاعدة «لا ضرر»، فلا معنى لتعارض الضررين.

النظر الثاني: ما أفاده (قدس سره) من التمسك بقاعدة الإتلاف لإثبات الأرش غير تام؛ لأن أصل وجود الغرس في الأرض وإن كان ناشئاً عن حق؛ لوقوعه في ملكه قبل الفسخ، إلا أن الغرس في المقام غير مبني على البقاء كما اعترف به، وتقدم معناه، فيكون بقاؤه في أرض المغبون بعد الفسخ بلا وجه حق، فلا تشمله قاعدة الإتلاف؛ لكون موضوعها مال الغير، وحق الغير، والغرس بعد الفسخ وإن كان ملكه إلا أن بقاءه في أرض المغبون لم يكن عن حق، فالإتلاف الحاصل لتخليص الأرض المغبون فيها غير مشمول لقاعدة الإتلاف.

وأما ما أفاده من التنظير بأكل مال الغير في المخمصة فقياس مع الفارق؛ لأن آية ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ﴾(1)، وحديث: «رفع ما اضطروا إليه»(2) إنما يرفع الحكم التكليفي، لا الوضعي، فيرفع حرمة إتلاف مال الغير بأكله أيام المخمصة تكليفاً، وأما وضعاً فهو محكوم بالضمان؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير فتشمله قاعدة (من أتلف مال غيره فهو له

1- سورة الأنعام /119.

2- وسائل الشيعة 15/369، ح1، الباب 56 من أبواب جهاد النفس، صحيحة حريز.

ضامن).

وبعبارة أخرى: إن المقتضي للضمان موجود، والمانع منه مفقود، لكون المانع من طرف جواز الأكل ليس حكماً وضعياً، ولكن للمغبون في ما نحن فيه حقاً وضعياً؛ لكون بقاء الشجرة في ملك المغبون من زمان الفسخ لم يكن عن حق، فالقياس على تلك المسألة باطل.

فما أفاده المحقّق الرشتي (قدس سره) لتثبت ما أفاده الشيخ (قدس سره) في كلتا الجهتين ممنوع.

إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام

اشارة

أفاد المحقق الخراساني (قدس سره) في حاشيته تحقيقاً رشيقاً ينحل إلى أمرين:

الأمر الأول: الإشكال على الشيخ (قدس سره) ، وحاصله:

أن تخليص كل من الغابن والمغبون ملكه من مال صاحبه حق له ما لم يستتبع ضرراً على الآخر، وتخليص الأرض بقلع الشجر مستتبع للضرر على الغابن، وتخليص الشجر من الأرض مستتبع للضرر على المغبون، والأرش إنما هو تدارك للضرر الحاصل، فيكون الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوقاً للحكم بجواز الإضرار مع التدارك، بينما المنفي والمرفوع بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» هو جواز الإضرار، ولا تثبت الإضرار مع الأرش.

فعمل كل من الغابن والمغبون على خلاف «لا ضرر ولا ضرار».

الأمر الثاني: مختاره في المقام، وبيانه: أن يحكم ببقاء الغرس في الأرض بالأجرة، ولا يعدُّ ذلك إضراراً بمالك الأرض ليرد الإشكال الوارد على الشيخ (قدس سره) ؛ لأن استيفاء المنفعة بالأجرة نحو من أنحاء الانتفاع بالأرض.

نعم، إلزام المغبون بإبقاء الشجر في الأرض مع إعطائه الأجرة موجب لتحديد سلطنته، وقبض يده عن إعمالها، فيخالف قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»، ولكن لا ضير فيه، لأن قاعدة السلطنة - كسائر الأحكام الشرعية - محكومة ب-«لا

ضرر»، فتتضيق سلطنة المالك فيما لو صارت منشأ للإضرار.

لا يقال: بأن إبقاء الشجر في الأرض، وحجر المغبون، وعدم تسلّطه على تخليص أرضه ربما يسبب الإضرار بها كنقصان قيمتها، لا مجرد الحرمان من إعمال السلطنة.

فإنه يقال: بأن الضرر على نحوين:

الأول: ما يكون موضوعاً لقاعدة الضرر، فينفي بها.

الثاني: ما يكون معلولاً لقاعدة نفي الضرر، بمعنى أنه ينشأ من قبل حجر المالك؛ استناداً لقاعدة نفي الضرر، فلا ينفي بها.

وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ إذ هو نتيجة جريان «لاضرر»، ومحال أن تنفيه القاعدة؛ لأنها لا تنفي إلا ما كان في رتبة متقدمة عليها، بحيث تنفي الضرر الحاصل، وأما الضرر المعلول لها، فهو في رتبة متأخرة عنها، فمحال أن تنظر إليه وينفي بها.

ويشهد على ذلك نفس رواية «لا ضرر»؛ فإن سمرة بن جندب لما أصرّ على عناده، قال الرسول (صلى الله عليه و آله و سلم) : «اقلعها وارم بها وجهه»(1)

المناقشة فيما أفاده المحقّق الخراساني

[أما الأمر الأوّل]: فما أفاده (قدس سره) وإن كان في غاية القوة والمتانة، إلّا أن ما أفاده من الإشكال على الشيخ (قدس سره) بأن الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوق للحكم بجواز الإضرار وتداركه، وهو مخالف لما يستفاد من «لا ضرر ولا ضرار»؛ لنفي جواز الإضرار بالجملة الثانية فنقول فيه:

بأن هذا المعنى بنفسه قد أورده الشيخ (قدس سره) في قاعدة «لا ضرر»، إشكالاً وجواباً؛ [فلا يكون هذا مستند كلام الشيخ].

1- حاشية المحقّق الخراساني (قدس سره) على المكاسب /(195-194).

وإنما مستنده في الحكم بجواز القلع قاعدة السلطنة، فلكل من المالكين تخليص ملكه من مال الآخر، فَلِلْبغابِن السلطنة على تخليص غرسه من أرض المغبون، وللمغبون تخليص أرضه من الغرس، وليس من حق الغابن أن يعترض؛ إذ لا ـ يملك إلّا الغرس منصوباً، ولا يستلزم ذلك أن يكون له الحق في إبقاء الشجر في الأرض وقد خرجت عن ملكه بالفسخ، إلّا أن هذا التلخيص يستتبع إتلاف الخصوصية في مال الآخر، فيضمنه بالإرش؛ لقاعدة إتلاف مال الغير؛ إذ بالقلع تلفت خصوصية كونه منصوباً، وقد صرح الشيخ (قدس سره) سابقاً: بأن جميع الأوصاف مضمونة، إلّا أن الخلاف في ضمان جميع الأوصاف، أو خصوص ما يوجب فقده عيباً كوصف الصحة.

والحاصل: أن المستفاد من مجموع كلمات الشيخ (قدس سره)

هو أن المستند لجواز القلع هي قاعدة السلطنة، ولوجوب الضمان بالأرش قاعدة إتلاف مال الغير.

فإذا كان هذا هو مستند الشيخ (قدس سره) ، ولم يستند إلى قاعدة الضرر، لأن مبناه عدم تصحيحها لجواز الإضرار، كان إشكال المحقّق الخراسانى (قدس سره) على الشيخ (رحمة الله) مجله بلا وجه.

وأما [الأمر الثاني ف-]ما أفاده (قدس سره) في مختاره فهو ينحل إلى أمرين:

1- أن يلزم المغبون ببقاء الشجر في أرضه.

2- أن يعطى الأجرة في مقابل البقاء.

والدليل على كليهما قاعدة «لاضرر»؛ فإنها حاكمة على قاعدة السلطنة، فتقيد سلطنة المغبون في أرضه بأن لا يلزم منها الضرر، وبما أن قلع الشجر من أرضه يوجب الضرر على الغابن فلا يقلع، وبما أن إعطاء الأجرة للمغبون ينفي الضرر عليه، فيعطى الأجرة.

وفيه: أولاً: أن قاعدة «لاضرر» وإن كانت حاكمة على قاعدة السلطنة، إلا أنَّ أيَّ حكم من الأحكام يحتاج إلى دليل، فما هو الدليل على إلزام المغبون بالرضا بقاء

الشجر في أرضه؟

وثانياً: أن حِجْر المغبون عن السلطنة على أرضه، يتوقف على ثبوت حق للغابن في الأرض بعد فسخ البيع؛ ليكون المورد أحد موارد «لا ضرر»، وهي حاكمة على قاعدة السلطنة، لكن ما هو الدليل المثبت لهذا الحق؟

وثالثاً: أفاد (قدس سره) في الجواب على الإشكال - الذي أورده على نفسه: بأنه ربّما يوجب حجر المغبون ضرراً عليه - : بعدم البأس؛ لأن الضرر الناشئ من قبل حجر المالك بقاعدة نفي الضرر، لا ينفى بها، كما يظهر من رواية سمرة بن جندب.(1)

وفيه: أنه لا بدّ من تحليل كون الضرر في قضية سمرة ناشئاً من ناحية «لا ضرر»، أو لا.

[وأنت ترى] أنَّ بقاء الشجرة في الأرض ليس علة للضرر، ووجوب الاستئذان عند دخوله لها ليس علة للضرر، وإنما العلة للضرر هو جواز دخوله إلى الأرض بدون استئذان، فهو المنفي بلا ضرر، ولا يلزم من رفعه ضرر حتى يقول المحقّق الخراساني (قدس سره) بأن من جريان «لاضرر» حصل ضرر.

وأما قلعها ورميها له فهو ليس من آثار جريان «لا ضرر»؛ فإن ملكية الشجرة في الأرض ليست علّة للضرر ولا معلولاً لها.

بل الشيخ (قدس سره) يصرح في رسالته في «لا ضرر»: بأن الملكية أمر وضعي ليست علة للضرر ولا معلولة له، ولا علة للحكم الضرري ولا معلولة له، ولم يعلّق عليه المحقّق الخراساني (قدس سره) .(2)

وأما ما ذكره المحقّق النائيني (قدس سره) من التوجيه: بأن ملكيته للشجرة علّة لدخوله

1- وسائل الشيعة، 25/428، ح3، الباب 12 من أبواب إحياء الموات، موثقة زرارة.
2- رسالة لا ضرر /209.

بلا استئذان، فمن هذه الجهة صار علة للضرر.

فهو مردود؛ لأن ملكيته ليست علة للدخول بلا استئذان حتى يكون علة للضرر، بل تجرّيه ودخوله بلا استئذان هو علة الضرر.

والحق في المسألة: أن أمر النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) بقلع النخلة ورميها إليه حكم سلطاني ولائي؛ بمقتضى ولايته (صلى الله عليه و آله و سلم) المطلقة على الأموال والأنفس، الثابتة له بمقتضى قوله تعالى: (النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ)(1)

المناقشة في كلام الشيخ

هذا ما يرجع إلى مبنى المحقّق الخراساني (قدس سره) وإلى إشكاله على الشيخ (قدس سره) ، وقد تبيّن ضعفهما، وأما بالنسبة إلى ما ذهب إليه الشيخ (قدس سره) فيرد عليه ما أوردناه على المحقّق الرشتي (قدس سره) من أن الغابن بما أنه غرس الشجر في الملك المتزلزل، فليس غرسه مبنياً على البقاء، فلا حق له إلّا ما دامت الأرض ملكه، بمعنى أنه يملك الغرس منصوباً كما قال الشيخ (قدس سره) ، ولكن هذه الملكية - بصفة كونه منصوباً - مقيدة بما دامت الأرض ملكه، لا دائماً وأبداً، وبمجرد الفسخ ينتفي حقه في الأرض، فيجوز القلع بلا أرش.

فالنتيجة إلى هنا: أن ما أفاده الشيخ (قدس سره) محل إشكال، وأشكل منه ما أفاده المحقّق الخراساني (قدس سره) .

مبنى المحقّق الأصفهاني في المقام

اشارة

أفاد المحقّق الأصفهاني (قدس سره) ما حاصله: أن حيثية الملكية لها شؤون ومن شؤونها سلطنة المالك على ملكه، ومقتضاها عدم جواز تصرّف الغير فيما يضاف إليه بدون إذنه.

وسلطنة المغبون على القلع والإبقاء بعنوانهما، سلطنة على مال الغير، فلا تجوز،

1- سورة الأحزاب /6.

وسلطنته على تخليص الأرض من الغرس الذي أفاده الشيخ (قدس سره) وإن كان سلطنة على ماله، لا على مال غيره، بحسب عنوان التخليص، إلا أن التخليص فعل توليدي من القلع، أو أمر انتزاعي، ومنشأ انتزاعه القلع، فبقلعه الشجر يخلّص ماله منه، ولا يمكن استقلال التخليص بالتحصّل، والقلع تصرّف في مال الغير، فلا سلطان له عليه وحيث لا سلطنة له على القلع، الذي هو الفعل المتولد منه التخليص، والتخليص لا يستقل بالتحقق، فلا محالة لا سلطان له عليه.(1)

ومراده: أن المتيقن من ثبوت الحق للمغبون هو منع الغابن من التصرف في الأرض؛ فإن مقتضى سلطنته على الأرض أن يمنع الغير من التصرّف فيها، وأما قلع الشجر المغروس فهو تصرّف في مال الغير فلا يجوز، ونتيجة ما أفاده (قدس سره) أن للمغبون أن يرضى ببقاء الشجر بالأجرة.

الإشكال على المحقّق الأصفهاني

[وفيه]: لكن الحق عدم صحة ما أفاد، وتحقيق ذلك يتوقف على بيان معرفة حقيقة سلطنة الملاك على أموالهم، فنقول:

في قاعدة السلطنة مبنيان أساسيان:

الأول: أن مدلول القاعدة هو تشريع أنواع التصرفات التكوينية والاعتبارية.

الثاني: أن مدلولها نفي حجر الملاك بالنسبة إلى تصرفهم في أموالهم، وعدم حق الغير من منعهم عنها، وليس مفادها تشريع التصرّفات، وإلا للزم أن يتمسك بها لتصحيح ما يشك في صحته من المعاملات، ولزم أن يتعارض مفادها مع مدلول أدلة المحرمات؛ إذ مقتضاها جواز شرب المملوك المحرم، وهو يعارض دليل تحريمه.

وبناء على هذا، فسلطنة المالك على ماله متقومة بأمرين: دفع المزاحم، ورفعه،

1- حاشية المحقّق الأصفهاني (قدس سره) 4/298.

فانتفاء القدرة عليهما مساوق لانتفاء السلطنة، ويشهد له ملاحظة جميع موارد السلطنة والتسلط والسلطان في الارتكاز العقلائي؛ فإن وجود هذه المادة في السلطنة التكوينية الخارجية والاعتبارية مقترن بالقدرة على رفع المزاحم ودفعه، ولا يعقل الانفكاك بينهما.

وعليه، فمعنى ما أفاده (قدس سره) أن المالك المغبون مسلّط على ماله، ولكن لا قدرة له على رفع المزاحم، وهو مناف لمفهوم السلطنة.

فالصحيح أن معنى «الناس مسلطون على أموالهم» وقوامها بالسلطنة والقدرة على رفع المزاحم، فإذا غرس الغابن في الأرض التي عادت إلى المغبون كان للمغبون أن يرفع الغرس؛ استناداً إلى القاعدة، فلا يقال أنه تصرّف في مال الغير.

نعم، لو كان للغابن حق لما جاز للمغبون القلع، ولكن ليس من جهة السلطنة، بل لأنه تصرّف في حق الغير.

زبدة المخّض

وبعد التعرّض لجميع الكلمات المهمة في المسألة ومناقشتها يتضح: أن للمغبون أن يقلع الغرس، وليس عليه أرش؛ لأن ما للغابن من الحق في غرس الأرض وبقية التصرّفات منحصر في زمان تملّكه إياها؛ فإن ملكيته لها وتوابعها محدودة بزمان الفسخ، أي محدودة بما دامت ملكه.

وأما بعد الفسخ فهي وجميع موادها و توابعها ملك طلق للمغبون، فيكون بقاء الغرس فيها من تصرفات الغابن في ملك الغير، فيحتاج إلى إذنه؛ لعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، ولما صارت الأرض بالفسخ ملكاً للمغبون، لم تنفكّ السلطنة المطلقة عن هذه الملكية، والسلطنة المطلقة متقوّمة برفع المزاحم ودفعه، وبما أن شجرة الغابن مزاحمة لملكية المغبون أمره بقلعها، وإلا جاز له قلعها؛ استناداً لقاعدة السلطنة.

وأما الأرش، فلا يجب عليه؛ لأن معنى الأرش وحقيقته أن يجبر المتلِف ما فوّته

من حق مَنْ تلف منه، فلا بدّ من تصوير الحق للغابن بقاء أولاً، ثم جبران ما أفقده إياه، فإذا انتفى حقه، فالقلع جائز بمقتضى قاعدة السلطنة، وعدم الأرش بمقتضى عدم التفويت، وعدم إتلاف مال الغير، وعدم الإضرار بماله.

إن قلت: بأن مال المسلم محترم.

فقال: نعم، بل كل محترم المال والحقّ فماله وحقّه محترمان وإن لم يكن مسلماً كالمعاهد ولكن الكلام في إثبات أنه ماله أو حقّه أوّلاً ثمّ يكون محترماً، وقد أثبتنا عدم تعلق حق الغابن بالأرض بعد الفسخ.

[والحاصل: الصحيح هو القول الأوّل في المقام وهو جواز القلع من دون الأرش، المنسوب إلى العلّامة في المختلف والله العالم].

ص: 185

تنبيهات

التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة

اشارة

تقـدم الكلام في ما لو اشترى الأرض بالمعاملـة الغبنية وغرسـها، واخترنا فيها جواز القلع وعدم الأرش، خلافاً لما نقلناه عن الأعلام، فربما ينقض بالأرض المسـتأجرة، كما لو اشترى الغابن أرضاً بالمعاملـة الغبنيـة، ثم أجّرها مـدة معينـة، فالإجارة صـحيحة، وليس على الغابن ردّ الأُجرة إلى المغبون [على مختار الشـيخ الأعظم وعلى مختار الأسـتاذ مـدظله مع ارجاع الأرش إلى المغبون](1) فليكن الأمر كذلك في غرس الشـجر، فنقول بجواز بقاء الغرس إلى نهاية ثمره، والضـمان لما به التفاوت بين الأرض الفارغة والمشغولة [على مختار الأستاذ مدظله وعلى مختار الشيخ بقاء الغرس من دون الأُجرة، فما الفرق بين الفرعين؟]

الأقوال في المسألة

اشارة

فنقول: الأقوال في الأرض المستأجرة ثلاثة:

ص: 186

1- كما مرّ في صفحة164 من هذا المجلد.

القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ

من عـدم فسـخ الإجارة، ولا يغرم الغابن للمغبون أُجرة المثل، لأنه يملك المنفعـة في تمام المدة قبل اسـتحقاق المغبون بالفسخ، وبعد أن اسـتوفى المنفعـة لاـ حق له في الرجوع، فـترجع العين إلى المغبون مسـلوبة المنفعـة، بخلاـف مسألـة الغرس؛ فـإن المسـتحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

وأساس هذا المبنى أن ما حصل بالعقد المتزلزل متزلزل، وما حصل به ملكية العين، وأما ملكية المنفعة فهي مستقرة، وقد استوفاها.(1)

وفيه: أن لازمه أن الغابن لو أجّر الأرض مائة سـنة، لعادت إلى المغبون مسـلوبة المنفعة، فيلزم تضرره بأكثر من الضرر الذي دخل عليه من المعاملة الغبنية، ولا فرق بين المدة القصيرة والطويلة.

القول الثاني: أن لا تنفسخ الإجارة

ولكن للمغبون ما به التفاوت بين الأرض مسلوبة المنفعة، وبينها واجدتها، بهذا البيان:

أنه فرق عند العقلاء بين الأمور الخارجية والأمور الاعتبارية، فالمنافع التي حصلت في الغرس أمور خارجية واقعية؛ فإن الغابن غرس شجره في الأرض، وهذه اسـتفادة واقعية، فلما فسخ المغبون تكون هذه المنافع الواقعية تصـرفات من الغابن بلا حق؛ لكونها في أرض الغير، وعلى خلاف قانون السلطنة.

وأما في باب الإجارة، فالاستيفاء أمر اعتباري، والاعتبار خفيف المؤونـة، فالمعتبَر فيها ملكيـة المنفعـة إلى مدة معيّنة، وبما أن المعتبَر ملك للمعتبِر، فيحقّ له بمقتضى أدلة الإجارة أن يعتبره للغير.

1- المكاسب 5/197.

نعم، بما أن قيمة الأرض مسلوبة المنفعة أقلّ من قيمتها واجدتها، وقد أخذها المغبون مسلوبة، فللمغبون الحق في أخذ ما به التفاوت بين القيمتين؛ إذ مقتضى قانون الفسخ أن تردّ العين كما أخذت، فلما لم يمكن ردّها مع المنفعة؛ لصحة الإجارة وعدم فسخها، ردّها مع إعطاء التفاوت.

القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقّق القمي

من انفساخ الإجارة في بقية المدّة الواقعة بعد فسخ المغبون؛ إذ كما أن ملكية الأرض متزلزلة، فكذلك ملكية منفعتها، فلا فرق بين الأرض المغروسة، والمؤجّرة، فكما أن الغابن لا حقَّ له في بقاء غرسه في الأرض بعد فسخ المغبون، فكذلك لا حقّ له في إجارتها.

مقتضى التحقيق في المسألة

والتحقيق بين الأقوال يؤيد في بادئ النظر ما أفاده المحقّق القمي (رحمة الله) ، وإن اعتبر شاذاً بينها؛ لكونه الموافق لمقتضى القاعدة؛ فإن ما أفاده الشيخ (قدس سره) من استقرار ملكية المنفعة مع تزلزل ملكية الأرض، لا دليل عليه، ولا قاعدة تقتضيه، ولم يقم إجماع تعبدي كاشف عن رأي المعصوم عليه.

وما أفيد في القول الثاني، لا يرجع إلى محصّل؛ فإن بحثنا ليس في خفة الاعتبار وعدمه، وإنما في ثبوت الحق للغابن في أن يؤجر الأرض التي وصلت إليه عن طريق العقد الخياري حتى بالإضافة إلى ما بعد الفسخ وعدمه.

فإن مقتضى القاعدة وما عليه الارتكاز العقلائي أن تتبع المنافع أصولها، في أصل الملكية وكيفيتها، والتخلّف فيهما يحتاج إلى دليل، فإن كانت ملكية العين مستقرة وغير محدودة بحدّ - إلا إذا نقلت بناقل كعقد، كالتي تنتقل بإرث أو بعقد لازم - كانت منفعتها مستقرة.

وإن كانت ملكية العين متزلزلة - بمعنى أن بقاءها مرتبط بالفسخ، فتكون

مملوكة إلى المنتقل إليه ما دام ذو الخيار لم يفسخ، ومتى فسخ انتقلت عنه – كانت منفعتها كذلك؛ بمقتضى الارتكاز العقلائي، فالتفصيل بين العين ومنافعها على خلاف ارتكازهم، فيحتاج إلى دليل يدلّ عليه.

ولو تنزّلنا، وشككنا في كيفية تبعية ملكية المنفعة للعين؛ لعدم قيام دليل على استقرار ملكية المنفعة، ولا على تزلزلها، فالأصل – وهو الاستصحاب – يقتضي عدم ملكية المنفعة بالنسبة لما بعد الفسخ.

إن قلت: لماذا لا نقول: بأن الاستصحاب يقتضي بقاء الملكية، بمعنى أن الغابن كان يملك المنفعة قبل الفسخ يقيناً، وبعد الفسك نشك في بقاء ملكيته، فيستصحب بقاؤها، وليس الفسخ من المقوّمات بل من الحالات، فلا يقال بتبدل الموضوع.

وأما ما أفيد: فإنما يفيد لو قلنا بأن الملكية أمر تدريجي، بحيث يكون لكل آن ملكية، فإذا شككنا في ملكية ما بعد الفسخ نستصحب عدمها، كما يقال في جعل الأحكام، ولكن الملكية ليست كذلك.

قلت: بأن استصحاب الملكية إنما يجري فيما إذا كانت قابلة للبقاء يقيناً، والمفروض فيما نحن فيه هو الشك في أصل قابليتها للبقاء.

وتقريب الاستصحاب: أن العين كانت ملكاً للمغبون وغير منتقلة إلى الغير يقيناً مثلاً، فانتقلت بالبيع الغبني إلى الغابن، لكن نشك هل انتقلت إليه مطلقاً أو انتقلت إليه إلى حين الفسخ، فالاستصحاب يقتضي عدم الانتقال إلا إلى زمان الفسخ.(1)

ولكن الحق عدم صحة ما ذهب إليه المحقّق القمي (قدس سره) ؛ وذلك لأنا عندما نلاحظ الإجماع القطعي، ومقتضى الأدلة في الإجارة نلاحظ أمرين:

1- ما ذكرناه بعنوان: إن قلت قلت، استفدناه من الشيخ الأستاذ (دام ظله) خارج الدرس.

الأول: أن من شرط الإجارة الملكية، ولا يشترط أن يكون ملك العين مستقراً، بل إن كان يملك المنفعة جاز له الإجارة إجماعاً، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، والمحقّق القمي (قدس سره) يعترف بذلك أيضاً.

الثاني: أن تكون المدّة في الإجارة معلومة.

وعليه، فبما أن الغابن يملك المنفعة، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، فله أن يؤجر العين إلى أجل مسمى؛ لتمامية أدلة الإجارة، وشمول عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) له، وهو دليل حاكم على الأصل المتقدم، فيكون الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلَّس

اشارة

من المسائل التي أشار إليها الشيخ (قدس سره) في المقام، مالو باع البائع أرضه في الذمة، بحيث يكون المشتري مديناً له، ثم غرسها المشتري، وبعد ذلك أصبح مَفُلَّساً، فلم يمكنه تسليم الثمن، وحكم الحاكم بتفليسه، والحجر على أمواله، فالبائع أحق بالأرض من غيره من الغرماء؛ لوجود عين ماله، فيجوز له فسخ البيع، ولكن لو فسخه لم يحق له قلع الشجر ولو بالأرش.

والسؤال هنا: ما هو الفرق بين المسألتين، ما نحن فيه، ومسألة التفليس، بحيث حكم الأكثر في الثانية بعدم جواز القلع للبائع الفاسخ ولو بالأرش؟

ما أفاده الشيخ من الفرق

اشارة

قال الشيخ (قدس سره) : «بإمكان كون الفرق بينهما بأن الغرس في مسألتنا كان متأخراً عن ثبوت الحق للمغبون؛ باعتبار أن البيع كان متزلزلاً، فكان للمغبون حق الفسخ قبل حدوث الغرس، فإذا فسخ، فمقتضى قاعدة الفسخ أن يردّ المشتري ما أخذه كما

1- سورة المائدة /1.

كان حين انتقاله إليه، وقد انتقلت الأرض إليه خالية من الغرس فيردّها كذلك، وأما في مسألة التفليس فلم يكن البيع متزلزلاً، فكان الغرس في ملكه الطلق، وإنما ثبت الخيار للمغبون بعد تفليس المشتري، فكان حق المغبون متأخراً عن الغرس، فيشبه بيع الأرض المغروسة، فيما لو باع الأرض دون الغرس؛ فإنه ليس للمشتري حق القلع ولو مع الأرش بلا خلاف»(1)

المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق

وفيه: أن الشيخ (قدس سره) قد صوّر ثبوت حقين في المسألتين، أحدهما سابق، والآخر لاحق، فحق المغبون في مسألة البيع الغبني سابق، وحق المشتري في مسألة التفليس سابق، ولكن الصحيح عدم ثبوت حقين، بل هو حق واحد.

أما في مسألة الغبن فلم يكن للغارس بعد الفسخ أي حق؛ فإن الأرض ملك للمغبون، وبقاء الغرس فيها بلا حق؛ لكونه تصرّفاً في ملك الغير، ومقتضى قاعدة السلطنة أن له أن يرفع المزاحم عنها.

فليس في الغبن حقان، أحدهما سابق، والآخر لاحق، بل لا حقَّ بعد الفسخ للغابن أصلاً، وإنما حقه كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه.

وأما في مسألة التفليس، فالبائع وإن لم يكن له حق حين الغرس، إلا أنه بعد أن أفلس المشتري كان له حق الفسخ، ومعنى الفسخ أن يردّ كل منهما ما أخذه كما انتقل إليه، وبما أن الأرض انتقلت من البائع إلى المشتري بلا غرس، فتعود إليه كذلك، فحق الفسخ يقتضي بذاته أن حق المشتري في الغرس كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه، فليس له حق بعد ذلك، فلم يثبت في المسألتين إلا حق واحد.

وأما قياسه على بيع الأرض المغروسة، فمع الفارق؛ لأن الغرس في الأرض

1- المكاسب 5/197.

المغروسة كان في ملكه الطلق، وباعها المالك حينما باعها مسلوبة المنفعة ما دام الغرس موجوداً، فمتعلّق المعاملة الأرض مسلوبة المنفعة، فتفترق عن مسألة الخيار الثابت من ناحية التفليس.

والنتيجة: أن فتوى المشهور على خلاف القاعدة؛ فكما أن من حق المغبون أن يرفع الغرس بعد الفسخ، فكذلك للبائع في مسألة التفليس بعد فسخ البيع.(1)

التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه

اشارة

لو قلنا بجواز القلع [في مسألة خيار الغبن]، فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة الغابن بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم، أو يقلعه المغبون؟

وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجرة الجار إلى داره.

بيان الوجوه في المسألة وأدلتها

اشارة

وينبغي أن يقع البحث في جهتين:

الجهة الأولى: في الوجوه وأدلتها.

الوجه الأول

إن للمغبون قلع الغرس بلا مراجعة الغابن ولا الحاكم، والدليل على ذلك: أن في المقام دليلين لفظيين متعارضين، فيسقطان وينتقل إلى الأصل العملي المقتضي للجواز، وبيان ذلك:

أنه من جهة يكون قلع الغرس تصرّفاً في مال الغير، فبمقتضى دليل حرمة التصرف في مال الغير عدم جوازه.

ص: 192

1- أقول: الظاهر تمامية فتوى المشهور لأنّ الأرض تعود إلى مالكها الأوّل بحكم الحاكم مع الأشجار وأنّها للمفلَّس فلا يجوز للمالك الأوّل التصرف في مال الغير وهو المفلّس، فالفرق بين المسألتين موجود.

ومن جهة أخرى أن الأرض مملوكة للمغبون، ومقتضى إطلاق دليل السلطنة أن يكون له السلطة في رفع ما يزاحم ملكيته، وتخليص أرضه من ملك غيره، فيجوز له القلع مباشرة.

وبما أن كلا الدليلين لفظيان ومتعارضان، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فيسقطان، وتنتقل الحالة إلى الأصل العملي، وهو يقتضي الجواز؛ استناداً إلى قاعدة الحل: «كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه»(1)

الوجه الثاني

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإذا امتنع رفع الأمر إلى الحاكم؛ وذلك لأن قلع المغبون للشجر تصرّف في مال غيره، فلا يجوز تكليفاً، وعليه الضمان وضعاً، فيراجع الغابن في قلعه، فإن امتنع راجع الحاكم؛ لكونه وليَّ الممتنع.

الوجه الثالث

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإن امتنع قلعه بنفسه، من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم؛ لعدم الدليل على كون هذا المورد من الموارد التي يرجع فيها إلى الحاكم، وبما أن بقاء الشجرة في أرضه مزاحم لسلطنته، وأن التصرف من قبل نفسه ابتداء تصرّف في مال الغير كان عليه مطالبة الغابن بالقلع، فإذا امتنع قام به بنفسه؛ لرفع المزاحم عن سلطنته؛ فإن مقتضي السلطنة - حينئذ - موجود، والمانع منه مفقود.

مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها

اشارة

أما ما أفيد في الوجه الأول، فيتوقف التعارض والتساقط على تمامية مقتضي الحجية في كليهما بالنسبة إلى المورد، وبما أن الشمول غير ممكن فيقع التعارض، وفي ما نحن فيه وإن كان عندنا قاعدتان:

1- وسائل الشيعة 17/89، ح4، الباب 4 من أبواب ما يكتسب به، معتبرة مسعدة بن صدقة.

الأولى: قاعدة حرمة التصرف في مال الغير، ودليلها لفظي، وهو: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»(1)، وهو تام سنداً، ودلالة؛ لشمول إطلاقها للمورد.

والثانية: قاعدة السلطنة، ودليلها أحد أمرين:

الأول: السيرة العقلائية بضمّ عدم الردع عنها شرعاً، كما هو مبنى غير واحد من الأعلام.

وبما أنه دليل لبي لم يحرز إطلاقه ليشمل صورة مالو أوجبت السلطنة التصرف في مال الغير، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما لم توجب التصرف في مال الغير.

مضافاً إلى كونه غير مشرّع لأنحاء التصرفات.

وبناء على هذا، لا يقع التعارض؛ لتمامية مقتضي دليل حرمة التصرف مع عدم المانع، وقصور دليل السلطنة.

الثاني: حديث «الناس مسلطون على أموالهم»(2)، مع دعوى انجباره بعمل الأصحاب؛ لكونه ضعيف السند.

وهو غير صالح لمعارضة دليل حرمة التصرّف أيضاً، لأنه غير مشرّع لجواز جميع أنحاء السلطنات، وإنما يدلّ على جواز خصوص التصرّفات المشروعة، من دون أن يكون لأحد حق منعه عنها، ودليل حرمة التصرّف يصحّح عدم مشروعية التصرّف في مال الغير، فلا تعارض بينهما؛ لكون أحدهما في رتبة موضوع الآخر، وتكون نتيجة الجمع بينهما: أن الناس مسلطون على أموالهم، في حال عدم كون التصرّف خلافاً للشرع، وقاعدة عدم الحل تثبت أن قلع الشجر من غير إذن المالك

1- وسائل الشيعة 9/540، ح7، الباب 3 من أبواب الأنفال، معتبرة أبي الحسين محمّد بن جعفر الأسدي.
2- عوالي اللئالي 1/457، ح198.

مخالف للشرع.

فالنتيجة: أنه لا تعارض بين القاعدتين، سواء أكان المستند لقاعدة السلطنة، السيرة العقلائية أم النص.

ولو شكَّ في كون حديث السلطنة مشرّعاً أو لا، فالشك يرجع إلى إطلاقه، فالنتيجة هي النتيجة؛ لأن دليل حرمة التصرّف في مال الغير محرز الإطلاق، ودليل السلطنة مشكوك الإطلاق، فلا يعارضه.

فيتحصّل إلى هنا: عدم جواز القلع ابتداء، بل عليه أن يراجع المالك.

فإن امتنع، فهل يجب عليه مراجعة الحاكم أو يجوز له القلع بدون مراجعته؟

الحق جوازه له؛ لأن مقتضى السلطنة وما قامت عليه السيرة أن له أن يدفع المزاحم عن ملكه، والرجوع إلى الحاكم الشرعي يحتاج إلى دليل مفقود، فالصحيح من بين الوجوه الثلاثة هو الوجه الثالث.

الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار

الجهة الثانية: في الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار إلى داره؟

قال الشيخ (قدس سره) : بأن هذه الوجوه الثلاثة ذكرت (فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره)، واحتمل الفرق بينهما، بأن دخول الأغصان في دار الجار لم يكن بفعل المالك، فلا يجب إجابته إلى القلع، بخلاف الغرس؛ فإنه بفعل الغابن.(1)

وهو محل إشكال؛ إذ الفرق بينهما في الحدوث والبقاء؛ فإن غرس الشجر حدوثاً كان بفعل الغابن وباختياره، ودخول أغصان الشجرة إلى دار الجار وإن لم يكن بفعل المالك، ولا اختياره حدوثاً، إلا أنه باختياره بقاء، فلا فرق بين الموردين من هذه الجهة.

1- المكاسب 5/198.

فالحق فيها أيضاً المطالبة من الجار بقطعها، وإن امتنع كان له قطعها.

التنبيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع

فصّل الشـهيد الثاني (قدس سـره) بين الزرع والغرس، فقال بتعيّن إبقاء الأول إلى أوان بلوغه بالأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر، فيصبر المغبون إلى وقت حصول الثمرة، وأما الثاني فيجوز للمغبون قلعه بعد مطالبة الغابن بذلك.(1)

وما أفاده من التعليل غير تام؛ لأن لكل من الغرس والزرع أمداً إلا أنه في أحدهما أطول منه في الآخر.

ووجّهه الشيخ (قدس سره) : بأن في إبقاء الزرع جمعاً بين الحقين على وجه لا يحصل منه الضرر على المغبون، بخلاف إبقاء الغرس؛ فإن في تعيّن إبقائه ضرراً على مالك الأرض؛ لطول مدّة البقاء.(2)

وهو غير تام أيضاً؛ أولاً، لعدم الضرر على مالك الأرض لو أبقي الغرس مع إعطاء الأجرة على بقائه فيها؛ لاستيفائه المنفعة بالعوض.

وثانياً: لأن التعليل بالجمع بين الحقين فرع ثبوتهما، ولم يثبت للغابن حق في بقاء الزرع في الأرض بعد فسخ المعاملة.

فالحق أن ما ذكرناه في الغرس يجري في الزرع بعينه.

التنبيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع

اشارة

لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه أو لا؟

وجهان في المسألة:

1- الروضة البهية 3/469، طبعة السيّد محمّد كلانتر، قال فيها: «ولو كان زرعاً وجب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالأُجرة».
2- المكاسب 5/198.

الأول: أن المالك الأرض حق المنع؛ لأن كلاً من المالكين مسلّط على ماله، فيحق للمغبون منعه عن التصرف في ماله، ولا يجوز للغابن تصرّفه في مال غيره إلا بإذنه.

الثاني: ما قوّاه الشيخ (قدس سره) من عدم حق المنع له؛ لأن التسلّط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرّف في ملكه.(1)

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقّق الرشتي (قدس سره) : بأن الغابن وإن كان له السلطنة على الغرس؛ لكونه ماله، إلا أن قلعه للشجر يتوقف على الدخول إلى أرض الغير، ولا يجوز له التصرف فيها بدون إذن مالكها، فيكون دخوله فيها حراماً، ودليل السلطنة لا يجعل المقدمة الحرام حلالاً، فتحدّد سلطنته بما لم توجب التصرّف الحرام في مال المغبون، بخلاف سلطنة المغبون؛ فإن منعه للغابن من الدخول في الأرض، ومن التصرّف فيها ليس بحرام، فإذا دار الأمر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك المغبون هو المتعيّن؛ لأنه لا يلزم التصرّف في مال الغير من دون العكس.(2)

ويندفع: بأنه لا شك في كون غرس الغابن الشجر في الأرض كان بحق، لأنها ملكه قبل الفسخ، فسلطنة الغابن على ماله تقتضي جواز تخليص ماله.

نعم، هذا التخليص مستلزم للتصرف في أرض المغبون بدون رضاه وهو حرام، إلا أن منع المغبون له من الدخول والقلع مع إرادته له، يستلزم أمرين محرمين أيضاً:

الأول: استيلاء المغبون، ووضع يده على الغرس الذي هو ملك الغير بدون رضاه، وهو حرام تكليفاً، ومستوجب للضمان وضعاً، سواء أتمسكنا في إثبات قاعدة

1- المكاسب 5/198.

2- فقه الإمامية 2/499.

اليد، بحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»(1)، أم بالسيرة العقلائية.

الثاني: حبس المغبون لمال الغير، ونفس حبس مال الغير وحقه عن صاحبه حرام تكليفاً، إذ يجب على من عنده مال الغير أن يؤديه إليه، وهو مخاطب بالأداء آناً فآناً، كما في سائر الموارد، كأداء الزكاة، وخمس الأموال.

فالنتيجة: أن قلع الغابن للغرس يستلزم التصرّف في مال الغير، فيشمله «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»، وإبقاء المغبون للشجر، ومنعه الغابن عن القلع يستلزم الاستيلاء على مال الغير، وهو محرم، فيتعارض عموم «لا يحل» مع عموم ما دلّ على حرمة الاستيلاء، ولا مرجّح في المقام، فيسقطان، فيتقوّى كلام الشيخ (قدس سره) .

1- عوالي اللآلي 1/224، ح106، 1/389، ح22؛ سنن البيهقي 6/90 و 95؛ كنز العمال 5/327، رقم 5713؛ سنن ابن ماجه 2/802، ح2400؛ سنن الترمذي 3/566، ح1266؛ سنن ابن داود 3/296، ح3561؛ سنن النسائي 3/411؛ مسند أحمد بن حنبل 5/8 و 12 و 13؛ المستدرك على الصحيحين 2/47.

[مسألة]: التصرف بالامتزاج

اشارة

طرح الشيخ (قدس سره) في حالة الامتزاج صورتين أساسيتين، لأحداهما قسمان، وللأخري ثلاث، فيكون المجموع خمس أقسام، وهي:

الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه

اشارة

وله قسمان:

القسم الأوّل: أن يمتزج بغيره على وجه الاستهلاك فيه عرفاً، كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو عند الشيخ (قدس سره) بحكم التالف، فإذا فسخ المغبون العقد، يرجع إلى قيمته.(1)

والتحقيق: أن يفصل بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يحصل الامتزاج من غير أن يكتسب المال أية خصوصية بواسطة الامتزاج، ففي هذه الحالة يأتي ما قاله الشيخ (قدس سره) من كونه بحكم التالف، فيرجع إلى بدله؛ بمقتضى قاعدة التلف.

الحالة الثانية: أن يكتسب خصوصية تزيد في ماليته، كما لو ارتفعت قيمة

1- المكاسب 5/199.

الزيت؛ لكونه أصبح معطّراً، فهنا مبنيان:

الأوّل: ما يستفاد من الشيخ (قدس سره) ، من كونه بحكم التالف.

الثاني: أن لا يعامل معاملة التالف، بل تحصل الشركة في المالية، بهذا البيان:

إن المال – بعد امتزاجه – صار ذا صفة أوجبت ارتفاع قيمته المالية، وبما أن الشركة في العين غير متصورة؛ لعدم الدليل عليها في المقام، فتقع الشركة في الماليه، فيكون شريكاً له في المالية بنسبة ارتفاع قيمتها، فلو بيع بثمن أكثر كان شريكاً في زيادة الثمن بالنسبة.

وفي كلا المبنيين إشكال:

أما ما أفاده الشيخ (قدس سره) فيرد عليه، إن المال وإن تلف بالاستهلاك، إلّا أن العين اكتسبت صفة أوجبت زيادة في ماليتها، والأوصاف وإن لم تقابل بالمال؛ لأن المال في مقابل الأعيان، فالأوصاف ليست حيثية تقييدية بالنسبة إلى الثمن، ولكنها حيثية تعليلية، فيتبدل الثمن – نزولاً وارتفاعاً – بسبب تبدلها، فكيف لا يكون للمغبون سهم من هذه المالية المرتفعة بسبب ما اكتسبته العين من الامتزاج بماله؟

وأما ما أفيد في الشركة المالية، فيرد عليه: أن خروج قسم من المال عن ملك المالك – كدخوله في ملكه أو ملك غيره – على خلاف الأصل، ومالية المال التي هي أمر اعتباري مختصة بمالك المال، فخروج قسم منها عن ملكيته، ودخولها إلى ملك الغير على خلاف الأصل، يحتاج إلى دليل.

مقتضى التحقيق في القسم الأوّل

اشارة

فالتحقيق أن يقال: بأن التلف قد حصل بالامتزاج والاستهلاك لا محالة، وبما أن المغبون أعمل خياره وفسخ المعاملة الغبنية، وصادف انعدام ماله في الخارج عرفاً وإن لم ينعدم واقعاً وعقلاً، فمقتضى قاعدة التلف أن يرجع إلى البدل، قيمة أو مثلاً؛ لعدم تخلّف الحكم عن موضوعه؛ فإن يده يد ضمان معاوضي؛ بحكم (ما يضمن

بصحيحه يضمن بفاسده)، ومعنى الضمان المعاوضي أنه متى ما فسخ العقد ردّ العوض إن وجد، وإن لم يوجد ردّ بدله، ومع الرجوع إلى البدل لا ـ يتصور أن يكون للمغبون سهم في العين، كما لا ـ يمكن أن يكون له حقان، حق بالانتقال إلى البدل، وحق في مالية الزيت المرتفعة، فلا فرق بين الصورتين في الانتقال إلى البدل، صورة اكتساب المال خصوصية توجب ارتفاع ماليتها، وصورة عدم اكتسابها.

وأما الشركة في المالية، فهي في غير المقام؛ فإن المستند فيها السيرة العقلائية، وهي قامت في صورة بقاء العين غير تالفة، ولكنها اتصفت بصفة أوجبت زيادة قيمتها، كما في بيع العبد غير المتعلم، ثم صار كاتباً أو صانعاً أو طبيباً؛ فإن الأوصاف لا تقابل بالمال كي يكون شريكاً له في العين، ولا يمكن إغفال جانب الاتصاف بالصفة؛ فإنها أوجبت زيادة قيمته لا محالة، ولا يعقل القول بإعطائه الأجرة؛ لأن الاتصاف إن كان بعمل قام به المالك بنفسه، فهو عمل في ملكه، ولا يأخذ الأجرة على العمل في ملكه.

وإن لم يكن بعمله، بل بعمل العبد نفسه، كأن تعلم الكتابة بدون معرفة سيده، فلم يقم المالك بعمل ليأخذ الأجرة عليه.

فيتعيّن القول بالشركة في المالية.

وأما في ما نحن فيه فالفرض أن المبيع قد استهلك في مال الغابن بالامتزاج فهي بحكم التالف، فلا تتصور الشركة في المالية، فيكون الحق مع ما ذهب إليه الشيخ (قدس سره) .

القسم الثاني: أن يمتزج بغيره، لا على وجه الاستهلاك، كالعسل الممتزج بالخل، ففيه وجهان:

الأول: أن يكون بحكم التالف، ولم يذكر الشيخ (قدس سره) وجهاً له(1)، فالظاهر أنه

1- أشار الشيخ (قدس سره) في المكاسب 5/199إلى الوجه في نسخة ش كما في الهامش 2 حيث قال: «ومن تغيّر حقيقته...».

ناظر إلى أن ما انتقل من المغبون هو العسل، وما يراد إرجاعه ليس هو العسل بصورته النوعيـة، وقوام وجود أيّة حقيقة بصورتها النوعية، فإذا زالت انعدم عرفاً، فيكون بحكم التالف.

إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقّق الإيرواني (قدس سره) : بأن الأحكام العقلية غير قابلة للتخصيص، فكما أن الصورة النوعية للعسل قد انعدمت، فكذلك الخلّ الممتزج معه؛ لتساوي نسبة الامتزاج بينهما، فإن قلت بتلف العسل الذهاب صورته النوعية، فعليك أن تقول بذلك في الخلّ، فيلزم أن يكون المزيج غير مملوك لأحد، وهو باطل بالضرورة.(1)

ولكنه غير وارد؛ لأن تغيّر الصورة النوعيـة لكليهما كان في ملك الغابن، فتحولّت المادة المملوكـة للغابن من صورتها النوعية للعسل والخل إلى صورة ثالثـة وهي (السـكنجبين)، فيملكها من يملك المادة، فلا يلزم من تغيّر صورتهما النوعيـة إلى ثالثـة خروجهما عن ملكه بخلاف العسل؛ فإنه انتقل من ملك المغبون إلى الغابن بصورة العسـلية، فلما فسخ المغبون المعاملة لم تكن الصورة النوعية للعسل - التي بها قوام مال المغبون - موجودة، بل تبدّلت بسبب الامتزاج إلى صورة نوعية أخرى، فكان تالفاً عرفاً وقت الفسخ، فينتقل إلى البدل.

الثاني: حصول الشركة بينهما، وقد وجّه بعدّة توجيهات:

مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك

1- مـا أفـاده الشـيخ (قـدس سـره) وغـايته: حصول الاـشتراك قهراً لو كـان العسـل والخل لمالكين فامتزجا، فيكون المالكان شـريكين في الممتزج، فكذلك المقام.(2)

ص: 202

1- حاشية المحقّق الإيرواني (قدس سره) 2/38.
2- التعليل موجود في المكاسب 5/199، الهامش، نقلاً عن نسخة ش.

وهـذا المقـدار من الـدليل غير تام؛ لكونه قياساً؛ إذ لقائل أن يقول: بأن المالين إذا كانا لمالكين وامتزجا حصـلت الشـركة القهريـة، كما في المقيس عليه، ولكن إذا كـان المالان لواحـد وامتزجا عنـده، فلا معنى الحصول الشـركة في ماله، وما نحن فيه كـذلك؛ فإن كلا المالين كانا ملكاً للغابن حين الامتزاج، ولـم يحصل امتزاج آخر بعد فسخ المعاملة، فجعل المقام كالمقام الآخر قياس لا نقول به.

مختار المحقّق الخراساني ومناقشته

2- ما أفاده المحقّق الخراساني (قدس سـره) ، من أن مقتضـى الفسخ، هو رجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه الأول، فالأجزاء الخلية ترجع ملكـاً للآـخر - صاحبها الأول -، وبما أنها ممتزجـة مع الأجزاء العسـلية، وكل واحـد منهما لمالك، فيحصل الاشتراك قهراً، كما في صورة الامتزاج بالجنس، مثل ما لو امتزج الزيت بالزيت؛ حيث إن ملاك الشركة فيه موجود في المقام بعينه.(1)

وهو محل إشكال؛ فإن في حالة الامتزاج بالجنس لم تتبدّل الصورة النوعية، وإنما انتفى التمايز بين أجزاء الشخصين، بخلاف المقام؛ لانتفاء الصورة النوعية لكل من العسل والخل، وحدوث صورة نوعية ثالثة، فلا يوجد - فعلاً - عسل ولا خل، فالأجزاء الخلية بما هو خلّ معدومة، وإنما الموجود مادة الخل، وكذلك الحال في العسل، ولا ينبغي الخلط بين العسل والخل وبين مادتهما.

ومن هـذا يظهر أن قياس ما نحن فيه على الامتزاج بالجنس مع الفارق؛ فإن المال حينما كان عند المغبون كان عسـلاً أو خلاً، وعند الفسـخ ليس بخل ولا عسل، فالملاك الموجود في ذلك المقام غير موجود في هذا المقام.

1- حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني /(196-195).

مختار المحقّق النائيني ومناقشته

3- ما أفاده المحقّق النائيني (قدس سره) وحاصله: أن الخصوصية العينيّة الشخصية لكل من العسل والخلّ - بعد الامتزاج وتبدّل الصورة النوعية - لا يمكن أن يتعلق بها الحكم تكليفاً ولا وضعاً؛ إذ من الواضح أن يتوجه - بعد فسخ المغبون - خطاب تكليفي للغابن بردّ مال المغبون، وخطاب وضعي بالضمان؛ إذ لم تكن يده مجانية حسب الفرض، وبما أن الأجزاء العسلية غير قابلة للردّ، فينتفي موضوع كل من الحكم التكليفي، والوضعي، فيتعلّق الحكم الوضعي بأصل المالية، وضمان المالية على نحوين:

أحدهما: [الشركة في الثمن]: أن يكون مورد الضمان نفس القيمة، بمعنى أن يبيع المال، ثم يقسّم الثمن.

والآخر: الشركة في العين بحسب المالية، بمعنى أنهما يشتركان بنسبة الثمن، فإذا كانت قيمة العسل دينارين، وقيمة الخل ديناراً كانا مشتركين بنسبة الثلث، فلصاحب الخل ثلث الممزوج، والثلثان لصاحب العسل.(1)

وفيه: أولا: أن مما لا شك فيه أن مقتضى قانون الفسخ هو رجوع ما خرج عن الملك إليه، وأما الشركة فهي على خلاف الأصل من جهتين، فلا يصار إليها إلا بدليل؛ فإن متعلّق الملكية في مفروض الكلام هو هذا العسل، وهذا الخل، وبمقتضى الشركة التي أفادها المحقّق النائيني (قدس سره) يكون متعلّقها الحصة من الممزوج، فتبدّل متعلق الملكية يحتاج إلى دليل؛ فإن كل مملوك حادث يحتاج إلى سبب اختياري كالعقد، أو قهري كالإرث، أو مثل الحيازة.

وثانياً: أن ما انتقل من المغبون كان مفرزاً معيّناً، وما سيرجع إليه مشاعاً، وبينهما تباين.

1- منية الطالب 3/(153-154).

وأما ما أفاده (قدس سـره) من عدم إمكان تعلّق الحكم التكليفي والوضـعي بالخصوصـية العينية الشخصية، فلا يصلح لأن يكون دليلاً على الشـركة؛ لكونه أعم من المدّعي؛ إذ بما أن العين – وقت الفسخ – تالفة، فمقتضى قانون الفسخ الانتقال إلى البدل، وأما الانقلاب إلى الشركة فلا دليل عليه.

مختار السيّد اليزدي ومناقشته

4- ما أفاده الفقيه النبيه السيّد اليزدي (قدس سره) ضمناً؛ حيث قال: بأن المغبون مخيّر بين أخذ العوض، وبين اختيار الشركة؛ لأن عين ماله موجود في الضـمن، فله المطالبـة به، ويكون طريق ذلـك الشـركة في الثمن، لاـ في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أن يطالب العوض؛ لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز.(1)

وفي كلامه أربعة مطالب:

1- نفي الشركة في العين؛ لعدم الدليل عليها.

2- إثبات الشركة في الثمن؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، وطريق الوصول إليه بالشركة في الثمن.

3- إثبات المطالبة بالعوض؛ لبدل الحيلولة.

ويكون المغبون مخيّراً بين هذين الأمرين – الثاني والثالث – .

4- جواز الشركة في العين مع التراضي.

والتحقيق يقتضي أن تلاحظ هذه النقاط على حدة، فيكون في كلامه جهات من الإشكال:

الأولى: استدلاله على الشركة في الثمن؛ بكون عين ماله موجوداً في الضمن،

1- حاشية السيّد على المكاسب 2/563.

غير صحيح بعد الامتزاج وزوال الصورة النوعية؛ فإن الموجود مادة المال، وماهية الأشياء تدور مدار الصور، لا مدار المواد، فالقول بتبدّل الصورة النوعية ووجود عين المال جمع بين الضدين، فإن العين إذا كانت موجودة فالصورة النوعية محفوظة، وإن كانت الصورة متبدلة فالعين غير موجودة، وإنما الموجود مادتها.

الثانية: أن العين إذا كانت موجودة فالأقرب لماله هي الشركة في العين، وهي طريق الوصول إليه، لا الشركة في الثمن، وينبغي حفظ المراتب في المالية.

الثالثة: جعله العوض أحد طرفي التخيير؛ استناداً إلى بدل الحيلولة غير تام؛ لأن دليل بدل الحيلولة هو الإجماع، والقدر المتيقن منه فيما لو كان ماله موجوداً، ولم يتيسر الوصول إليه مؤقتاً، وفي فرض تبدّل الصورة النوعية لا يمكن الوصول إلى العين الشخصية أبداً، فلا دليل على بدل الحيلولة.

الرابعة: قوله: (ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز)، لا محصّل اله؛ لأن الجواز في الشريعة إما حكمي أو وضعي، ولا إشكال في كون المراد به هنا هو الوضعي، بمعنى تحقّق الشركة في العين، ومعناه تحوّل الملك المفروز المنحاز لكل واحد منهما إلى ملك مشاع، ولا يخفى عدم كون الرضا أحد أسباب تبدّل الملك بملك، وزوال ملك وحصول آخر؛ فإن أسباب حصول الملكية في الشريعة معيّنة، وليس من بينها الرضا بها.

الخامسة: قال (قدس سره) بالتخيير بين أخذ العوض والشركة في المال، ولا يخفى أن التخيير يحتاج إلى دليل، فإما أن يكون بالدليل الخاص، أو بالدليل العام، أما الدليل الخاص على التغيير في المقام فهو منتفٍ قطعاً؛ فإنه لم يرد إلا في موارد خاصة، كالتخيير بين خصال الكفارة، وليس المقام منها.

وأما الدليل العام فهو منحصر في مقامين:

الأول: مورد التزاحم، وذلك فيما إذا كان المقتضي في كل من الدليلين للحكمين

موجوداً، والمـانع منه مفقوداً، ولكن لاـ يمكن الأخـذ بكليهما معاً في مقام الامتثال، كما أن الأخـذ بأحـدهما المعيّن ترجيـح بلا مرجـح، وأحـدهما المردد غير معقول؛ لأـن المردد لاـ ذات له ولا وجود، فلا يكون موضوعاً للحكم، فيحكم العقل بتقييـد إطلاق كل من الواجبين بترك الآخر، فالنتيجة التخيير.

الثاني: مورد التعارض؛ وذلك فيما إذا لم يمكن شـمول دليل الحجيـة لكلا الدليلين؛ للتنافي بينهما، ولـم يوجد مرجّح لأحدهما، من موافقة الكتاب، ومخالفة العامة، فيحكم بالتخيير.

والحاصل: أنه لا دليل على القول بالتخيير في المقام؛ لانتفاء الدليل الخاص قطعاً، وعدم كون المورد من موارد التعارض أو التزاحم.

الحق في هذه الصورة

والحق الحقيق بالاتباع – بعـد اتضاح وهن جميع الوجوه المذكورة للشـركة – هو الانتقال إلى البدل؛ لكونه تالفاً عرفاً؛ وذلك لأن الامتزاج، يكون تارة بين ملكي مالكين، كما لو كان العسل لشـخص، والخل إلى آخر، فلا شك في وقوع الشـركة القهريـة، وأخرى يكون بين جنسـين لمالك واحـد، فلا تعقل الشـركة، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأن المالين – بعد المعاملة – صارا في ملك الغابن، وحصل الامتزاج بينهما وهما في ملكه، فلا معنى لحصول الشركة حينئذ، ولما فسخ المغبون لم يحصل امتزاج جديد، فَفَسَخَ المغبون وماله حين الفسخ تالف عرفاً؛ لأن الموجود قبل المعاملـة غير موجود فعلاً، فتنطبق عليه قاعـدة الفسخ، من رجوع كل من العوضـين إلى ملك مالكه السابق إن وجد، وإن كان تالفاً انتقل إلى بدله.

الصورة الثانية: امتزاج المبيع بجنسه

اشارة

كما لو امتزجت حنطة المغبون بحنطة الغابن، وله ثلاث أقسام:

القسم الأوّل: أن يمتزج المبيع بالمساوي من حيث الجودة والردائة، وحكم

الشيخ (قدس سره) بثبوت الشركة، ولم يقم على ذلك دليلاً.(1)

أ: في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين

ولا ـ يخفى أن المالين تارة يكونان لمالكين، وأخرى لمالك واحد، فإذا كانا لمالكين، وكانا متساويين في الجودة والردائة فامتزجا، حصلت الشركة القهرية بينهما على المشهور، ولكن ينبغي تنقيح الأصل في المسألة أولاً، فنقول:

إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، فالأصل يقتضي بقاء كل من المالين على ملك مالكهما؛ وليس في الامتزاج سببية عقلية، ولا شرعية على الخروج عن ملك مالكه.

وإن قلنا بمقالة الفاضل التراقي (قدس سره) ، من عدم جريان الاستصحاب فيها، فالأمر مشكل؛ لأن استصحاب المجعول – وهو بقاء الملكية بعد تحقق الامتزاج – معارض باستصحاب عدم جعل الملكية له بعد الامتزاج، فلا يجري.(2)

فليس في المقام ما يمكن الاستناد إليه إلا ما يدّعى من الإجماع، وهو ثابت عند القوم، إلا أنه لا معقد له؛ لكي يتمسك بإطلاقه لو شك في سعته وضيقه، فيقتصر فيه – على فرض ثبوته – على القدر المتيقن، وهو ما لو حصل الامتزاج بين المتجانسين.

ولكن يرد عليه: أولا: أنه لم يثبت الإجماع المحصّل، والمنقول غير مقبول.

وثانياً: أنه – على فرض ثبوته – لا يكشف عن رأي المعصوم (قدس سره) ، ولا عن دليل معتبر؛ لكونه مدركياً أو محتمل المدرك؛ فإن عدّة من الأعاظم ممن قال بالشركة قد استند إلى السيرة العقلائية، فنحن والسيرة.

1- المكاسب 5/199.

2- إن قيل: هل جعل الملكية من قبيل جعل الحكم تدريجي الحصول، بحيث يكون لك آن ملكية؟ فالجواب: أن تعارض استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل ليس مختصاً بالأحكام التدريجية كما يظهر بمراجعة كلام النراقي والمحقّق السيّد الخوئي قدس سرهما.

وإذا انتهى الأمر إلى السيرة، فلا تكون حجة إلا إذا تحقق فيها أمران:

الأول: أن يحرز قيامها بين العقلاء، بحيث يرون حصول الشركة العينية بنحو الإشاعة بمجرد امتزاج المالين، ومع احتمال أنهم يرون بيعها [وهي الشركة في المالية]، أو تردّد الأمر بين هذين الأمرين لا تثبت السيرة.

الثاني: أن يحرز اتصالها بزمن المعصوم (عليه السلام) ، وتمضىٰ من قبله ولو بعدم الردع، مع كونها بمرأى ومسمع منه.

وفي إحراز ذلك – وإن كان ليس ببعيد – تأمل ونظر، كما أن كون الشركة في العين من جملة المرتكزات العقلائية في غاية الإشكال.

وتوضيح ذلك: أن سيرة العقلاء على نحوين:

1- ما يكون بحدّ الارتكازات العقلائية، التي هي عبارة عن الأمور المفطور عليها العقلاء بما هم عقلاء، كاستنادهم إلى إخبار الثقة؛ فإنهم يرتبون الأثر عليه، ويعملون على طبقه بمجرد إخباره من دون توقف.

وفي مثل هذا لا يحتاج إلى بيان إحراز الاتصال بزمان المعصوم (عليه السلام) لكي نحرز الإمضاء؛ لأنها متصلة وثابتة حتى في زمان المعصوم (عليه السلام) فهي ممضاة، ولكن ليست سيرتهم المدعاة على الشركة في العين في ما نحن فيه من هذا القبيل، كما يشهد له اختلافهم في دليل الشركة؛ إذ عدّة استندوا إلى الإجماع، وآخرون إلى السيرة، واختلافهم في الشركة نفسها؛ إذ لا معنى للاختلاف مع كونها من الأمور الارتكازية، فمتى ما عرض الأمر على العقلاء، فتوقفوا فيه ولو آناً ما، ثم اختاروه بدليل أو برهان علمنا أنه ليس من جملة المرتكزات، ففيما نحن فيه مثلاً يستدل العقلاء ببرهان السبر والتقسيم على الشركة؛ حيث يقولون مثلاً: إن هذا المال الممتزج بعضه ملك لأحدهما، ولا يمكن إفراز ملكه ليترتب عليه آثار الملكية، فلا بد أن يكونا مشتركين في كل

المال.(1)

2- والقسم الثاني هو الذي لم يصل إلى هذا الحدّ، فإن ثبتت السيرة اشترط فيها إحراز الاتصال، والإمضاء ولو بعدم الردع، ولم يثبت.

فمحصل البحث: أن مقتضى الأصل العملي بقاء العين على ملك مالكها، فإن ثبت الإجماع، أو السيرة العقلائية على الشركة في العين رفعنا اليد عن الأصل، وإلا فلا، ولم يثبتا، فالحق أن الشركة في المالية بنسبة ما لهما من العين.

هذا إذ كان المالان متساويين في الجودة والرداءة. [القسم الثاني والثالث] وأما لو اختلفا، فالسيرة قائمة على الشركة في العين بنسبة مالية المالين، بمعنى أنه لو امتزج كيلو حنطة من الجيد، بكيلوين حنطة رديئة، لم يبنَ على التثليث، فيقسم أثلاثاً، بل تلاحظ القيمة، ويشتركان في العين بنسبة قيمة المالين.

ومع قيام هذه السيرة وثبوتها لا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية كل مال على ملك مالكه كما هو ظاهر، والاحتياط في الصلح.

وكيف كان فالمسألة لا تخلو من إشكال، كما ذكرنا وجوهه فيها، ولهذا تجد الاضطراب في كلمات أعيان الفن، فالسيّد الفقيه اليزدي (قدس سره) استظهر إجماعهم على الشركة في العين، واستشكل فيه، واختار الشركة في الثمن؛ لأنه الطريق إلى التوصّل إلى الملك، ثمّ قال: لو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، ثمّ استشكل فيه من جهة أن الإعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله

1- قيل للشيخ الأستاذ (دام ظله) : بأن الاختلاف وقع في خبر الثقة أيضاً، فخالف في حجيته ابن ادريس، فكيف يكون من المرتكزات العقلائية؟ فأجاب الشيخ الأستاذ (دام ظله) : بأن ابن ادريس لم ينكر سيرة العقلاء على ذلك، وإنما ادّعى ردعها من قبل الشارع.

من إعطاء العوض؛ حيث إنه مشتمل على ماله وغيره، هذا ما أفاده في الحاشية.(1)

وأما في العروة فاختار الشركة الظاهرية في العين(2)، التي هي محل إشكال ومناقشة، بل غير معقولة؛ لأن موضوع الحكم الظاهري الشك في الواقع، فإذا أحرز بحسب الواقع عدم الشركة، فلا يعقل الحكم بالشركة الظاهرية.

والمحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) ذهب في مصباح الفقاهة إلى تحقّق الشركة في العين(3)، وفي المستند جزم بعدم تحقّق الشركة في صورة امتزاج دراهم بدراهم، ولم يستبعد ذلك في امتزاج الحنطة بالحنطة(4)، فيبقى المال على ملك مالكه، وفي المنهاج قال بتحقّق الشركة.(5)

ب: في امتزاج المالين إذا كانا لمالك واحد

وأما إذا كان المالان لمالك واحد، كما في ما نحن فيه؛ حيث إن المالين كليهما للغابن حين الامتزاج، بمعنى أن حنطة المغبون صارت ملكاً للغابن وقد امتزجت مع حنطة أخرى له، فلا وجه صحيحاً للشركة؛ إذ لا معنى لحصول الشركة وقت الامتزاج؛ لكونهما ملكين لمالك واحد حينئذٍ، ولا تتعقل الشركة في مالي رجل واحد.

نعم، ربما تصحّح الشركة، بدعوى رجوع حصة المغبون إلى ملكه آناً ما قبل الفسخ، فيحصل الفسخ والحنطة لهما، لا لخصوص الغابن، فتحصل الشركة القهرية بين المالين، فيكون بحكم مال المالكين.

ولكنه غير قابل للقبول؛ لأن الملكية الآنية أمر على خلاف ما عليه سيرة العقلاء

1- حاشية السيّد اليزدي (قدس سره) على المكاسب 2/564.
2- قال (قدس سره) في العروة 5/273، ط. مؤسسة النشر الإسلامي.
3- مصباح الفقاهة 6/361.
4- قال في مستند العروة الوثقى 31/182.
5- قال في منهاج الصالحين، 2/122، باب المعاملات، المسألة 551.

في معاملاتهم، فلا يصار إليه إلا بـدليل تعبّـدي، كما في المعاطاة؛ حيث إن الجمع بين الأدلـة اقتضـى القول بالملكية آناً ما؛ إذ الجمع بين القول بعدم إفادة المعاطاة إلا الإباحة من جهة، وبين قيام الإجماع القطعي على صـحة التصـرّفات الاعتبارية للمشتري في ما أخذه من جهة ثانية، وبين «لا بيع إلا في ملك» من جهة ثالثة، هو القول بالملكية الآنية، فيقال بانتقال المأخوذ إلى ملك الآخذ آناً ما قبل بيعه له، ثمّ يبيعه.

وكما في سـهم الإمام (عليه السـلام) على ما هو التحقيق؛ فإنه ملك للإمام (عليه السلام) ، وإنما يجوز للفقيه صرفه فيما يرضي الإمام (عليه السـلام) ، ونتيجة ذلك جواز إعطائه إلى من يسـتحق السهم، مما يحرز رضا الإمام (عليه السلام) في إعطائه إياه، ومقدار ما دلّ عليه الدليل: أنه له على نحو الإباحـة في التصـرف، ولكن بما أنه سيضـطر جزماً إلى الشـراء به، لقضاء حاجاته، فيقال جمعاً بين الأدلة بتملكه له آناً ما ثم يشتري به.

ولا يوجد مثل هذا الدليل في المقام، فلا وجه للملكية الآنية .

وحاصل البحث: أن المالين إذا كانا من جنس واحـد، سواء أكانا متساويين في الجودة والردائـة، أم مختلفين، فالقاعدة تقتضـي الانتقال إلى البـدل؛ لأن الامتزاج قـد تمّ حال كونهما في ملك الغابن، ولا مورد للشـركة حينئـذٍ، فلما فسـخ البيع كان مقتضـى قاعدة الفسخ أن يردّ مال المغبون بعينه، لا على نحو الإشاعة؛ إذ لا دليل عليها، ولمّا لم يمكن ذلك؛ الحصول الامتزاج عند الغابن، انتقل إلى بدله.

وبعبارة أخرى: إن قانون الفسخ أن ترجع الملكية التي كانت بين المالك والمملوك إلى سابق وضعها، لا بمعنى أن ترجع الملكية بشخصها، بل بسـنخها، وبما أن المملوك الـذي انتقل عنه كان مفروزاً، وملكيته لم يكن أحـد يشاركه فيها، فلا بـدّ أن يعودا كـذلك، ورجوعهما مشاعاً نقض لقانون الفسخ.

فالنتيجة: أن مقتضى الفسخ عود ما انتقل عنه إليه، فإن لم يوجد انتقل إلى بدله، قيمة أو مثلاً.

ص: 212

ثمّ إنه إذا قلنا بالشركة في العين على حسب المالية حين امتزاج الحنطة الرديئة بالجيدة، فقهراً يكون سهم صاحب الجيدة أكثر من سهم صاحب الرديئة، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديئ كان المجموع بينهما أثلاثاً.

دعوى الشيخ الطوسي الربا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها

ولكن ردّه الشيخ الطوسي (قدس سره) – في مسألة رجوع البائع على المفلّس بعين ماله – بأنه يستلزم الربا(1)؛ وذلك لأن ما أخذه من بعد الامتزاج(2) أكثر من ما سلّمه قبله.

وعلّق عليه الشيخ الأنصاري (رحمة الله) بقوله: (وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة)(3)

وتوضيح ذلك: أن الالتزام بالربا في المقام، بناء على الشركة في العين يبتني على [أمور ثلاثة]:

الأول: أن يستفاد من أدلة حرمة الربا عموم حرمته لكل المعاوضات، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بجريان الربا حتى في المعاوضات القهرية، ولا يختص بالمعاوضات الاختيارية.

الثالث: ان الشركة القهرية بالامتزاج هي إحدى المعاوضات القهرية.

وفي كل منهم بحث، ولو فرض أن أدلة حرمة الربا لا تختص بالبيع، بل تشمل كل معاوضة، فلا شكّ أنها تختص بالمعارضات الاختيارية، ولا تشمل القهرية كما في ما نحن فيه.

1- المبسوط 2/(225-226).

2- إذا امتزج ماله بما هو اردئ منه.

3- المكاسب 5/199.

ولو سلّم شمولها لكل معارضة لم يسلّم صدق المعاوضة على الشركة القهرية؛ لعدم حصول المقابلة والمبادلة في الشركة في العين الحاصلة بالامتزاج، بحيث يصدق عليه أنه بدّل ماله القليل بمال أكثر؛ ليصدق عنوان المعاوضة؛ فإن ما حصل فيها هو انعدام الملكية السابقة واستحداث ملكية جديدة.

والحاصل: أن ما حسّنه الشيخ (قدس سره) من صدق الربا على المالين الممتزجين، إذا كانا من جنس واحد، وتوفرت سائر شرائط الربا من المكيل والموزون، يتوقف على الالتزام بأمور ثلاثة:

الأوّل: أن يلتزم بشمول أدلة حرمة الربا لكل معاوضة، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بشمول أدلته للمعاوضات الاختيارية والقهرية.

الثالث: أن يلتزم بأن الشركة القهرية بالامتزاج فرد من المعاوضات.

ولا أقل من إجمال دليل حرمة الربا، ومقتضى القاعدة في المجمل المردّد بين الأقل والأكثر، الاقتصار على الأقل، وهو غير الشركة القهرية في العين، فينتفي إشكال الربا فيها.

ص: 214

مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن

اشارة

أفاد الشيخ (قدس سره) : بأن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون، والتلف، إما بآفة، أو بإتلاف أحدهما، أو بإتلاف الأجنبي، فالصور ثمان؛ إذ يتصور التلف عند أي منهما على أربع صور، فالمتصور في تلف ما وصل إلى المغبون:

1- أن يكون التلف بآفة سماوية.

2- أن يكون التلف بإتلاف الغابن.

3- أن يكون التلف بإتلاف المغبون.

4- أن يكون التلف بإتلاف الأجنبي.

وهكذا بالنسبة إلى ما وصل إلى الغابن.

في حكم تلف ما عند المغبون

اشارة

أما بالنسبة إلى تلف ما عند المغبون فأفاد الشيخ (قدس سره) .

1 و 2- بأنه إن كان بآفة أو من المغبون، فعلى مبنى من قال بسقوط الخيار في حال انتقال المبيع عن الملك بعقد لازم، فهو يقول هنا بالسقوط بطريق أولى؛ لأنه إن قال بسقوطه في التلف الحكمي، فهو يقول بسقوطه في التلف الحقيقي بالأولوية القطعية.

ص: 215

لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن ما نحن فيه، وتوضيح ذلك:

أن الخيار لو كان هو حق ردّ العين، لسقط الخيار في التلف الحكمي والحقيقي، ولكن التحقيق أنه حق فسخ العقد، فمتعلّقه العقد، وهو باقٍ حتّى بعد التلف الحقيقي، فضلاً عن الحكمي، فيبقى الحق المتعلّق به.

وعليه، فإذا فسخ المغبون العقد، فبالنسبة إلى ما عند الغابن، إن كان موجوداً ردّه المغبون إلى ملكه، وإن كان تالفاً أخذ بدله.

وأما ما عند المغبون، فالفرض أنه تالف، فينتقل الضمان إلى البدل، مثلاً أو قيمة، حسب قاعدة التلف، ولكن الكلام في قيمة ما يغرمه، هل هي قيمة يوم التلف؟ أو يوم الفسخ؟ وذلك مع اختلاف القيمة بين الزمانين، كأن حصل التلف قبل الفسخ بأيام وقد ارتفعت القيمة.

ومقدار ما أفاده الشيخ (رحمة الله) ذكر الوجهين على نحو الترديد، ولم يبيّن الوجه فيهما.(1)

3- وإن كان التلف بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتلِف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل؛ - إذ هو ملكه حين التلف، فمن حقه الرجوع إليه - ثم ظهر الغبن، ففسخ ردّ على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ.

والوجه فيه: أن الضمان بالنسبة إلى الأجنبي يكون في زمان الإتلاف؛ «فإن من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، فإذا فسخ المغبون كان البدل بدل ما أتلفه الأجنبي،

1- [وقد بحثنا في مسألة المثلي والقيمي أنّ الأصل في البدل المثل وإذا انتقل إلى القيمة تكون قيمة يوم الاداء فراجع كتابنا «الآراء الفقهية» 5/550].

فإن لم يأخذه المغبون رجع الغابن إلى الأجنبي، وإن أخذه رجع الغابن إليه.(1)

4- وإن كان بإتلاف الغابن ففيه ثلاث صور:

1- أن لا يفسخ المغبون فيأخذ البدل من الغابن، لأن «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، فعلى الغابن أن يخرج من عهدة البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

2- أن يفسخ المغبون من دون إبراء الغابن، فيأخذ منه الثمن، وليس على المغبون شيء؛ لأن الغابن قد أتلف ما وجب عليه ردّه.

3- أن يفسخ المغبون، ولكن كان إتلافه قبل ظهور الغبن، وأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغين ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة إلى الغابن، لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض؛ لأن إبراء الذمة بمنزلة وصول التالف إليه.

في حكم تلف ما عند الغابن

وأما إذا تلف ما عند الغابن، فالصور أربع ايضاً:

1 و 2- فإن كان التلف بآفة، أو بإتلاف الغابن، ففسخ المغبون أخذ البدل، وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ؛ إذ النسبة بينهما عموم وخصوص من وجه، قولان، ظاهر الأكثر الأوّل.(2)

3- وإن كان بإتلاف الأجنبي، وفسخ المغبون المعاملة، ففي رجوع المغبون إلى الأجنبي أو إلى الغابن احتمالات ثلاثة:

الأوّل: أن يرجع بعد الفسخ إلى الغابن، والوجه فيه أمران:

1- أنه الذي يردُّ إليه العوض؛ بمقتضى قانون الفسخ من رجوع المال المنتقل إلى

1- إلى المغبون.

2- ومختارنا قيمة يوم الأداء كما مرّ.

من انتقل عنه، فيؤخذ منه المعوَّض أو بدله.

2- أنه ملـك القيمه على المتلِـف؛ لحصـول التلف وهو في ملكه، فهو الـذي يطـالب الأـجنبي؛ لأـنه مـاله، فلاـ وجه لرجوع المغبون إلى المتلِف.

الثـاني: أن يرجع إلى الأـجنبي المتلِف؛ لأـن المال في ضـمانه، فلما فسـخ المغبون كان له – بمقتضـى قانون الفسـخ – أن يأخـذ العين إن وجدت أينما كانت، وإن لم توجد فيأخذ بدلها، فما لم يدفع الأجنبي العوض فنفس المال في عهدته.

الثالث: التخيير بين الرجوع إلى الغابن والرجوع إلى الأجنبي؛ أمّا الغابن؛ فلأنه ملك البدل، وأما المتلِف؛ فلأن المال المتلَف في عهدته قبل أداء القيمة.

4- وإن كان بإتلاف المغبون، فالمستفاد من كلام الشيخ (قدس سره) ثلاث صور:

الأولى: أن لا يفسخ المغبون المعاملة، فيغرم بدل ما أتلفه عند الغابن؛ لأن «من أتلف مال غيره فهو له ضامن».

الثانية: أن يفسخ المعاملة، ولم يبرئ الغابن ذمة المغبون، فيأخذ الغابن ماله من المغبون.

الثالثـة: أن يفسخ المعاملة، ولكن أبرأه الغابن من بدل المتلَف قبل الفسخ، فظهر الغبن ففسخ، ردّ المغبون الثمن، و[لم يأ]خذ قيمة المتلَف؛ لأن المبرأ منه كالمقبوض.

هذا حكم جميع الصور التي أفادها الشيخ (قدس سره) وبيّناها بطولها وأوضحنا الأحكام فيها بوجوهها.(1)

ولا يخفى عـدم الثمرة في التقسـيم؛ لأن الحكم واحـد في الصورتين، فحكم إتلاف الأجنبي واحد، سواء أكان التالف ما عند الغابن أم كان عند المغبون، وكذا بالنسبة إلى إتلاف أحدهما، أو إذا كان بآفة.

1- المكاسب 5/(200-202).

مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه

اشارة

الكلام في ثبوت خيار الغبن في المعاوضات المالية غير البيع يبتني على المستند في خيار الغبن، وقد أطال الشيخ (قدس سره) في ذكر الأقوال، ونقل الكلمات، والمهم ذكر المباني وما يبتني عليها، فنقول:

إن ما ذكر من المستند في خيار الغبن ستة أدلة:

الأول: الإجماع.

الثاني: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(1)

الثالث: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)(2)

الرابع: أخبار تلقّي الركبان.

الخامس: قاعدة (لا ضرر).

السادس: الشرط الارتكازي.

والعمدة بين هذه الأدلة ثلاثة: الإجماع، و«لا ضرر»، والشرط الارتكازي؛ فإن أخبار تلقّي الركبان ضعيفة سنداً، موهونة دلالة، والآية بعقديها - المستثنى والمستثنى

1- سورتا البقرة/ 188 والنساء /29.

2- سورة النساء /29.

منه - غير تامة الدلالة على المدّعى.

حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، كما ذهب إليه جماعة من الأعاظم، فلا يثبت في غير البيع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون المخصص لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) الدال على لزوم كل عقد، دليلا لبياً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص البيع، ويتمسك بالعموم في الباقي.

حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر

اشارة

وإن كان المستند «لا ضرر» كما عليه جماعة كثيرة من الفقهاء؛ باعتبار أن اللزوم في البيع الغبني حكم ضرري، وهو منفي في الإسلام، فالخيار يثبت في جميع المعاملات المعاوضية الغبنية؛ لنفس المناط، ويستثنى خصوص ما لو أقدم المتعاملان أو أحدهما على الضرر؛ فإن الضرر لا يستند إلى الشارع حينئذٍ، وإنما إلى نفس من أقدم عليه.

حاجة لا ضرر للجبر عند المحقّقين الخراساني والأصفهاني ورده

نعم، قال المحقّق الأصفهاني (قدس سره) في المقام:

(نعم، إذا قلنا بأن قاعدة الضرر تحتاج في العمل بها إلى الجابر أمكن الإشكال في خصوص الصلح؛ حيث لا شهرة على جريان خيار الغبن فيه؛ لتكون قاعدة الضرر مجبورة بعمل المشهور)(2)

وقد سبقه بهذا المعنى المحقق الخراساني (قدس سره) أيضاً؛ حيث قال في حاشيته على المكاسب: «وعدم الحاجة في الاستناد إلى نفي الضرر، إلى الجبر بعمل معظم

1- سورة المائدة /1.

2- الحاشية على المكاسب 4/319.

الأصحاب، وإلا فلا يصحّ الاستناد إليه في ثبوته في غير البيع؛ لعدم ظهور الاستناد من المعظم إليه، وإلا في البيع»(1)

ولكنه مما لا وجه له؛ لأنا نحتاج في حجية الخبر إلى ركنين: تمامية السند، وتمامية الدلالة، وكلاهما تامان في حديث «لا ضرر»، فلا حاجة إلى الجبر بعمل الأصحاب؛ فإنا إنما نحتاج إليه – على القول به – في مورد ضعف السند لينجبر وهنه به، أو في مورد قصور الدلالة فيرفع قصورها بعمل الأصحاب.

إن قيل: بأن التمسك ب–«لا ضرر» في المقام يستلزم تخصيص الأكثر.

قلنا: بأن كثيراً من الموارد التي تخرج من دائرة «لاضرر» إنما تستلزم كثرة التخصّص، لا كثرة التخصيص؛ فإن الموارد التي تكون مبنية على الضرر من أول تشريعها، كالجهاد، والدفاع، خارجة من تحت «لا ضرر» تخصّصاً، وكذلك موارد إقدام المكلف على الضرر.

حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، القائم بين العقلاء في معاملاتهم، على أن لا يكون تفاوت فاحش بين العوض والمعوض، فتخلّفه في أي مورد اتفق يوجب الخيار، فيختلف الموارد:

فإن قامت قرينة نوعية على أن المعاملة مبنية على المداقة، كما في الصلح الذي يراد به نتيجة البيع أو الإجارة، فالتفاوت الفاحش بين العوضين موجب للخيار؛ لتخلف الشرط الارتكازي.

وإن قامت القرينة النوعية على المسامحة، كما في الصلح الذي يراد به رفع المشاجرة والنزاع، أو في موارد إبراء الذمة، فلا شرط ارتكازياً عندهم على التساوي

1- الحاشية المكاسب /197

بين العوضين، فلا خيار.

نعم، يختلف الحال في التفاوت الفاحش بين الموارد، فربما التفاوت بمائة دينار يوجب الغبن في الصلح الذي يراد به أن يقوم مقام البيع، ولكن لا يوجبه في موارد إبراء الذمة، ولكن التفاوت بخمس مائة دينار يوجب الغبن حتّى في موارد إبراء الذمة.

ولو شكّ في مورد من الموارد أنه مما بني فيه على التسامح عند العقلاء أو لا، فمقتضى الأصلين، اللفظي والعملي، هو لزوم المعاملة؛ لأن الشك في ذلك يرجع إلى الشك في اللزوم وعدمه، ومقتضى الأصل اللفظي اللزوم، كما أن مقتضى الاستصحاب - لو فسخ - بقاء أثر العقد الواقع.

فيتلخّص من ذلك: ثبوت خيار الغبن في الصلح الذي لم يبنَ فيه على التسامح، إلّا إذا ثبت إسقاطه من قبل المتعاملين أو أحدهما، وأما ما يبنى فيه على التسامح فلا يجري فيه خيار الغبن.

ص: 222

مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي؟

اشارة

اختلف الأصحاب في كون خيار الغبن على الفور، بحيث يسقط حق الخيار لو لم يعمله المغبون في أول أزمنة الإمكان، أو على التراخي، فيجوز له التأخير في الأعمال على قولين.

نسب الشيخ (قدس سره) إلى المشهور الأول(1)، واستُدِلَّ له بدليلين:

دليل القول بالفور

الدليل الأول

إن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

تقرير المحقّق الكركي للدليل الأول

وقرّره في جامع المقاصد: بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإلا لم ينتفع بعمومه.(2)

ص: 223

1- المكاسب 5/206.

2- جامع المقاصد 4/38.

وتوضيح ذلك: أن في قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) عمومين: أفرادياً، وأزمانياً، فمقتضى الأول أن كل فرد من أفراد العقد محكوم بوجوب الوفاء، وهو يستتبع العموم الأزماني، فيكون وجوب الوفاء به في كل زمان، ولو لم يستتبعه لم ينتفع بعمومه، فيكون العموم الأفرادي الغواً؛ إذ لو وجب الوفاء بالعقد في آنٍ ما، لم يكن له ثمرة، فإن أريد أن يكون ذا فائدة لزم أن يكون مستمراً، وإذا ثبت الاستمرار، فتخصيصه بزمان دون زمان ترجيح بلا مرجح، فيثبت العموم الأزماني لكل فرد.

وبعبارة أخرى: إنه إذا ثبت وجوب الوفاء لكل عقد، فلا يخلو الحال من ثلاثة أمور: إما أن يجب الوفاء به آناً ما، فيكون العموم الأفرادي لغواً.

وإما أن يجب الوفاء به في مدة معيّنة، فترجيح أحد أفرادها، كشهر أو شهرين، دون الأفراد الأخرى، ترجيح بلا مرجح.

فيتعيّن الثالث، وهو العموم الأزماني، فيجب الوفاء بكل عقد في كل آنٍ.

وعليه، فإذا ثبت العموم الأزماني، فمن الواضح أن دليل الخيار يخصصه، فبمجرد أن يلتفت المغبون للغبن لم يمكن التمسك بالعموم الأزماني في الآن الأول، وبعده يشك في بقاء الخيار، فإن لم يكن في المقام عموم تمسك بالأصل، وهو استصحاب بقاء الخيار، ولكن العموم الأزماني ثابت حسب الفرض، فيتمسك به في ما عدا الآن الأول؛ لرجوع الشك إلى التخصيص الزائد من حيث الزمان، وهذا معنى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، فيكون على الفور.

والحاصل أن بهذا التوضيح يعرف معنى كون الخيار على خلاف الأصل، واقتصاره على القدر المتيقن، كما يتضح أن القول بالفور برهاني جارٍ على مقتضى القاعدة، وأن المرجع - بعد الآن الأول - العموم الأزماني في قوله تعالى: (أَوْفُوا

1- سورة المائدة /1.

بِالْعُقُودِ)(1)

دليل القول بالتراخي

اشارة

ومستند القول بالتراخي هو الاستصحاب، بدعوى الشك في بقاء الخيار بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

رأي صاحب الرياض

ونسب الشيخ (قدس سره) إلى صاحب الرياض (رحمة الله) : إناطة الحكم في المقام بالمستند في ثبوت أصل الخيار، فإن كان المستند الإجماع اتّجه التمسك بالاستصحاب؛ لأن الإجماع دليل لبي، لا لسان له، فيدل على أصل ثبوت الخيار، ولا يدل على حدّه، فيشك في بقائه بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

وإن كان المستند قاعدة «لا ضرر» وجب الاقتصار على الخيار في الزمان الأول؛ لارتفاع الضرر به.(2)

ولكن لا يخفى أن كلام صاحب الرياض (رحمة الله) كان في مطلب آخر، وهو ثبوت الخيار [في العيب] مع بذل الأرش، لا في الفور والتراخي.

مناقشة الشيخ في الأدلة

وقد خدش الشيخ (قدس سره) في جميع الوجوه المذكورة:

أما ما أفيد من وجوب الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكون الخيار على خلاف الأصل، فهو غير متجه مع وجود الحجة، وهو الاستصحاب في المقام.

1- سورة المائدة /1.

2- رياض المسائل 8/305.

مناقشة الشيخ فيما قرره المحقّق الثاني

وأما ما قرره المحقّق صاحب جامع المقاصد (قدس سره) من استتباع العموم الأفرادي للعموم الأزماني، ففيه: أن الاستتباع يستلزم متبوعاً وتابعاً، فلا بدّ من تحقق العموم الأفرادي، وشموله للفرد، ثم يكون لازمه العموم الأزماني، والعموم الأزماني الثابت يكون على نحوين:

النحو الأول: أن يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر، أي يكون الزمان قيداً بالنسبة إلى الحكم، فيكون كل آنٍ من الزمان موضوعاً، ولكل موضوع حكم، كما لو قال المولى: «أكرم كل عالم في كل يوم»، فيكون عندنا عموم أفرادي شامل لكل فرد من أفراد العلماء، استفيد من «كل عالم»، وعموم أزماني بالنسبة إلى كل فرد فرد، استفيد من «في كل يوم»، بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً، غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر.

فهنا لو علم بخروج فرد من أفراد العلماء في يوم ما، وشك في خروجه في ما عداه، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام، ولا محلّ للاستصحاب؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنه يشترط في جريان الاستصحاب أن لا يكون المتغيّر من مقوّمات الموضوع، بل من الحالات، والزمان - على القيدية - من المقوّمات.

الثاني: أن الاستصحاب في المقام محكوم للدليل، وهو العموم.

فحاصل القول في هذا النحو: أن المرجع عموم العام، ولو فرض عدم وجوده لم يجز التمسك فيه بالاستصحاب.

النحو الثاني: أن لا يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يرد الاستمرار والزمان على الحكم، لا أن يرد الحكم على الزمان كما في النحو الأول، فيكون الحكم بوجوب الإكرام من حيث الأفراد متعلّقاً بكل فرد من أفراد العلماء، ومن حيث

الزمان فهو حكم واحد مستمر في الزمان، فلم تتعدّد الوجوبات بتعدّد قطعات الزمان.

وفي هـذا النحو يكون الزمان تابعاً للحكم، فلا بدّ من فرض الحكم أولاً، ثم استـمراره، فلا محالة يكون الزمان بالنسـبة لكل فرد من موضوع الحكم تابعـاً لـدخوله تحت العموم، فـإذا ورد المخصـص، وفرض خروج فرد منه، لم يثبت الحكم في الزمـان الثاني حتى نتمسك بعمومه الأزماني، فيكون الحكم المستمر منتفياً بانتفاء موضوعه، فيبطل ما أفاده المحقّق الثاني (قدس سره) .

فالنتيجـة من حيث الكبرى: أنه كلما كان الزمان مفرّداً، فخروج الفرد في زمان ما، لا يؤثر في التمسك بالعام فيما عـداه، وما لـم يكن كذلك لم يكن العموم مرجعاً، بل يرجع إلى استصحاب حكم المخصص.

وأما من حيث الصـغرى، فالدليل في المقام هو: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، ومدلولها وجوب الوفاء بكل عقد على نحو الاسـتمرار، لا بنحو يكون الزمان مفرّداً حتى يتعـدد الحكم بوجوب الوفاء بالعقـد بحسب قطعات الزمان، فإذا خصـص هـذا الوجوب وارتفع تبعه الاسـتمرار، فينتفي موضوع العموم الزماني، فالبيع الغبني خرج من تحت آيـة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، فارتفع اللزوم عنه، فلا يرجع ثانية، فينتفي دليل اللزوم في المقام، فيكون المرجع الاستصحاب.

مناقشة الشيخ في الاستصحاب

ثم إن الشيخ (قدس سره) قد أورد على الاستصحاب بإيرادين:

الإيـراد الأولـ: أن الاستصـحاب إنما يجري في المقام بناء على جريانه في الشك في المقتضـي، وأما على التحقيق من عـدم جريانه فيه فلا يجري؛ وذلك: لأن الخيار في

1- سورة المائدة /1.

المعاملة الغبنية ثابت في الزمان الأول، والشك في بقائه في الزمان الثاني ليس ناشئاً من وجود الرافع، كما في الشك في بقاء الطهارة للشك في الحدث؛ لعدم الرافع هنا قطعاً، وإنما نشأ الشك في الخيار من الشك في حدّه، فهل هو محدود بالزمان الأول أو لا، فالشك إذن في المقتضي للبقاء، كما في الشك في بقاء الزوجية؛ للشك في كون العقد الواقع دائماً أو منقطعاً؛ فإن الشك فيه ليس في الرافع قطعاً، وإنما في الأمد واستعداد البقاء، وبما أن الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضي، فهو لا يجري على التحقيق [عند الشيخ الأعظم].

الإيراد الثاني: أن من أركان الاستصحاب أنْ يحرز كون المتغيّر من حالات الموضوع، لا ـ من مقوماته، فإذا تردّد أمره بين الحالات والمقومات لم يجر الاستصحاب، إلا على مبنى التسامح العرفي في بقاء الموضوع، وعدم جريانه؛ لكونه من الشك في الشبهة الموضوعية للدليل؛ إذ إن كان من المقومات كان جريان الاستصحاب من قبيل إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان من الحالات جرى، ومع التردد يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب؛ من حيث الشك في صدق النقض الذي هو الموضوع في أخبار الاستصحاب.

وذلك لأن موضوع الخيار في ما نحن فيه - بناء على كون المستند قاعدة «لا ضرر» - هو المتضرر بالمعاملة الغبنية، وهو ينطبق على المغبون في الآن الأول حتى لو أضيف قيد: «الذي لم يتمكن من الفسخ»، وأما في الآن الثاني فقد تمكّن من الفسخ ولم يعمل حقه، والتمكن من الفسخ إن لم يقطع بكونه من المقوّمات فهو يحتمل كونها منها، فإن كان منها وجرى الاستصحاب، كان الحكم بالخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى آخر، فيكون المورد من الشبهة الموضوعية للدليل.

وأما بناء على كون المستند هو الإجماع فبما أنه دليل لبّي - وهو ليس كالدليل اللفظي الذي يمكن فيه معرفة الموضوع بجميع حدوده وقيوده - كان الموضوع مجملاً

ولم يمكن معرفة حدوده، فيكون التمسك بالاستصحاب من التمسك به في الشبهة الموضوعية للدليل أيضاً.

فيتلخص الإشكال على الاستصحاب في جهات ثلاث:

1- جريانه مع كون الشك في المقتضي.

2- عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند «لا ضرر»؛ إذ لم يحرز أن الموضوع مطلق المتضرر، أو المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ.

3- عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند الإجماع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون الموضوع مجملاً.(1)

مناقشة الشيخ لصاحب الرياض

وأما ما أفاده صاحب الرياض (قدس سره) من التفصيل ففيه: أن المدار في جريان الاستصحاب وعدمه ليس على كون المستند الإجماع أو «لا ضرر»، بل إن بني على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما حققناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع، وإن بني على المسامحة فيه - كما اشتهر - جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى «لا ضرر»، وتوضيح ذلك:

أنه إن بني على التدقيق في موضوع الخيار، وأنه خصوص المتضرر بالمعاملة الغبنية، كالذي لم يمض زمان يتمكن فيه من الاستفادة من حق الخيار، أو احتمل ذلك، لم يجر الاستصحاب وإن كان المستند الإجماع؛ لأن المغبون متمكن من الاستفادة من حق الخيار في الآن الثاني، والاستصحاب لا يجري مع تبدّل الموضوع، أو مع احتمال تبدّله بخصوصية من المقومات.

وإن بني على التسامح العرفي، بحيث يكون الموضوع مطلق المتضرر، جرى

1- المكاسب 5/(210-209).

الاستصحاب وإن كان المستند «لا ضرر»، كما اعترف به ولده(1) (قدس سره) ، مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة لجعل الخيار بصرف حدوثه، والمعاملة الغبنية ضررية حدوثاً، فيكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع.

وبعبارة أخرى: إن الضرر إن كان علة حدوثاً وبقاء فالخيار فوري، وإن كان علة حدوثاً فالخيار باقٍ؛ لكون المعاملة ضررية حدوثاً.(2)

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقّق الخراساني (قدس سره) على ما أفاده الشيخ (قدس سره) في الاستصحاب: بأن أركانه تامة؛ حيث إن الموضوع هو المغبون المتضرر بالغبن، وقد ثبت له الخيار في الآن الأول قطعاً، ويشك في ثبوته له في الآن الثاني فيستصحب بقاؤه، ولا يعتنى باحتمال أن يكون الموضوع له هو الذي لا ـ يتمكن من تدارك ضرره، وإلا ـ لانسدّ باب الاستصحاب في الأحكام بالمرة؛ لعدم تحقق الشك بدون تغيّر الموضوع.

وأما ما أفاده(3) (قدس سره) في ردّ تقريب جامع المقاصد، فليس على إطلاقه؛ بل لا بدّ من التفصيل، فإن كان المخصص وارداً على العام من الأول، أو في الأخير كان المرجع عموم العام، كما في خيار المجلس؛ فإن المرجع بعد انقضاء المجلس هو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(4)؛ لأن الحكم الوحداني المستمر إنما تعلّق بالعقد بعد مضي الزمان المعلوم خروجه، فلم ينقطع أصلاً.

وأما إن كان المخصص وارداً على العام في الوسط، أي بعد الحكم بلزوم العقد، فالمرجع الاستصحاب؛ لانقطاع حكم العام بعد أن دلّ الدليل على حدوث الخيار بعد

1- راجع المناهل /327.

2- المكاسب 5/(210-211).

3- الضمير عائد إلى الشيخ الأعظم.

4- سورة المائدة /1.

اللزوم، فلا وجه للرجوع إلى إطلاقه.(1)

المناقشة في كلام المحقّق الخراساني

أما الإشكال في الاستصحاب فغير وارد؛ إذ لا يلزم من عدم جريان الاستصحاب في المقام؛ لتردد الموضوع بين مطلق المتضرر، والمتضرر الذي لم يمكنه التدارك، انسداد باب الاستصحاب في الأحكام؛ وذلك لأن التغيّر في الموضوع أصل أساسي لجريان الاستصحاب؛ لعدم معقولية الشك في الحكم مع بقاء الموضوع بتمامه؛ لاستحالة تخلّف الحكم عن موضوعه، فلا بدّ من التغيّر في الموضوع ليحصل الشك، ولكن المتغيّر تارة يكون من حالاته، وأخرى من مقوماته، فإن كان من الحالات جرى الاستصحاب بلا إشكال، وإن كان من المقومات لم يجر، وإلاـ لكان من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، ومع الشك في كونه من المقومات أو من الحالات يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب، فلا يتمسك به أيضاً.

وبما أنه يُشك في المتغيّر في ما نحن فيه، هل هو من الحالات أو من المقومات لم يجر الاستصحاب، وعدم جريانه فيه وفي نظائره من موارد الشك في كون المتغيّر من الحالات أو من المقومات لا يلزم منه انسداد بابه؛ لبقاء التمسك به في ما علم أنه من الحالات.

ومنشأ الشك في الموضوع في ما نحن فيه، هو أن المستند للخيار قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، فالضرر المستند إلى الإسلام منفي، فلا وجه للحكم بالخيار مع عدم استناد الضرر إلى الإسلام، كما لو أقدم مع علمه بالغبن، ولو حكم الشارع بلزوم العقد الغبني مع عدم علم المغبون ووجود الضرر في المعاملة، لكان الضرر مستنداً إلى الإسلام، فيكون منفياً، ولكن لما حكم في الآن الأول بالخيار،

1- حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني /(199-198).

فحكمه بـاللزوم في الآن الثاني بعـد علم المغبون، وعـدم إعماله الخيار لا يكون مسـتنداً إلى الشارع، بل إلى المغبون نفسه، فمع الشك في المراد من الضرر، هل هو مطلق الضرر، أو خصوص ما لم يمكن تداركه؟ لم يحرز بقاء موضوع الاستصحاب فلا يجري.

وأما ما أفاده (قدس سره) من التفصيل في التخصيص، فغير تام؛ لأن (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، لها أفراد، وأحد أفرادها البيع الغبني، والإهمال في الواقعيـات محال، فالفرد الغبني في الزمان الأول، إما أن يخرج من تحت العموم أو لا، والثاني باطل قطعاً؛ لاسـتلزامه الجمع بين الضـدين، اللزوم والخيـار، فيتعين الأـول، وليس معنى الخروج من تحته إلاـ قطع حكمه عنه، وما ذلك إلا بسـبب ثبوت الخيار في الزمان الأول، فإذا حصل انقطاع الحكم، الفرق بين الأول والوسط؟

فإما أن يلتزم بعدم ورود التخصـيص، وهو باطل بالضـرورة، أو يلتزم بوروده، والتخصيص لا يخرج عن حالين، إما أن يكون أفرادياً أو أزمانياً، فإن كان الأول، فالفرد خرج من تحت العام، فلا يرجع ثانية إليه، وإن كان الثاني، فكما أنه يمكن من الأول وفي الأخير، فلا وجه لاسـتحالته في الوسط، فالتفصيل ممنوع.

إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ورَدّه

اشارة

وأورد السـيّد الفقيه اليزدي (قدس سـره) على قول الشيخ (قدس سره) : «ويمكن الخدشة في جميع الوجوه»(2): بعدم اجتماع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن؛ فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار على القدر المتيقن؛ إذ المفروض أن

1- سورة المائدة /1.

2- المكاسب 5/207.

الأصل في البيع اللزوم.(1)

ولكن لا يخفى أن الشيخ (قدس سره) وإن ذكر العبارة بنحو الإطلاق، إلا أن في كلامه ما يفيد بأنه أراد ردّ القول بالقدر المتيقّن، بحسب تقرير المحقّق صاحب جامع المقاصد (قدس سره) .

مختار الشيخ في المقام

وقوّى الشيخ (قدس سره) في الأخير أصالة اللزوم، وكون الخيار على الفور؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أصالة فساد فسخ المغبون؛ فإنها تجري في المقام، كما تجري في الشك في أصل صحة العقد.

الوجه الثاني: أصالة عدم ترتب الأثر على الفسخ، وبقاء آثار العقد على ما هي عليه؛ فإن العقد لا شك في صحته وحصول الأثر به، وإنما الكلام في لزومه، فيشك في الآن الثاني بعد فسخ المغبون في بقاء الآثار من الملكية الحاصلة به فيستصحب البقاء.

وإنما ذهب إلى ذلك؛ لعدم صحة التمسك بالأصل اللفظي؛ لكون عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) زمانياً، وهو متفرع على العموم الأفرادي، فمع سقوطه يسقط، وعدم صحة التمسك باستصحاب الخيار؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له، فيتعيّن ما ذكرناه من الوجهين.(3)

1- حاشية المكاسب للسيّد اليزدي (قدس سره) 2/569.

2- سورة المائدة /1.

3- المكاسب 5/212.

المناقشة في مختار الشيخ

وأما ما أفاده الشيخ (قدس سره) ؛ فيرد عليه:

أوّلاً: أن ما أفاده في المقام يتهافت مع ما أفاده في الأصول من جهتين:

الأولى: أنه (قدس سره) اختار في الفقه عدم التمسك بالعام، ولا باستصحاب الخيار؛ لاحتمال تبدّل الموضوع، بل تمسك بأصالة فساد [فسخ المغبون]، واستصحاب عدم تأثير الفسخ، وبقاء أثر العقد، بينما قوّى في الأصول، في مبحث دوران الأمر بين التمسك بالعام أو بالاستصحاب، استصحاب بقاء الخيار؛ حيث قوّى كلام الشهيد الثاني (قدس سره) القائل بجريان الاستصحاب في هذه المسألة، على قول صاحب جامع المقاصد (رحمة الله) ، القائل بالتمسك بالعام.(1)

الثانية: أنه (قدس سره) اختار في الفقه عدم بقاء الخيار؛ بناء على كون المدرك هو «لا ضرر»؛ لاحتمال كون الموضوع عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له(2)، بينما قوّى في الأصول جريان الاستصحاب كما قدمنا.

وثانياً: أن ما اختاره في الأصول يتهافت مع مختاره في الأصول في مقام آخر؛ فإنه قوّى جريان الاستصحاب في المورد المتقدم، بينما اختار عدم جريانه في الشك في المقتضي، بخلاف الشك في الرافع(3)، استصحاب خيار الغبن من موارد الشك في المقتضي بلا إشكال؛ فإن الخيار إذا كان على الفور فأمده ينقضي بنفسه، بخلاف ما إذا كان على التراخي؛ فإن أمده باقٍ، فوزان الفور والتراخي وزان العقد المنقطع والدائم.

1- فرائد الأصول 3/275.

2- المكاسب 5/212.

3- فرائد الأصول 3/51 وما بعدها.

إشكال الشيخ على المحقّق الثاني

وثالثاً: أن الشيخ (قدس سره) أفاد في إشكاله على المحقّق الثاني (قدس سره) من التمسك بالعموم: أنّ خروج الفرد من تحت العموم بالتخصيص في زمان اى من الأزمنة، في حال عدم كون الزمان مكثّراً للأفراد، يوجب عدم كونه فرداً من العام، ليشمله حكمه في الزمان الثاني، فلا معنى لرجوعه إليه ثانياً.

وفيه: أنه لو كان المراد خروج فرد من تحت العام الأفرادي بالتخصيص في زمان من الأزمنة، وشك في مقدار خروجه، هل هو في كل الأزمنة، أو في خصوص هذا الزمان، لتمّ ما أفاده الشيخ (قدس سره) ، كما لو خصص «من حاز ملك»(1) ببعض الأفراد، كأن أخرج من تحته الأراضي المعمورة؛ فإنها لا تعود تحت العام.

وكما لو قال: (أكرم العلماء) وخصص زيداً؛ فإنه لا يعود تحت العام ثانية.

ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ لعدم التخصيص الأفرادي في ما نحن فيه، فلم يخصص العموم الأفرادي، بل قيّد الإطلاق الأزماني، وفرق بين الأمرين، فلا يخلط بينهما.

وبيان ذلك: أن لآية: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) عموماً وإطلاقاً، أما العموم فهو المستفاد من كلمة «العقود»، الجمع المحلى بأل، فيشمل جميع أنواع العقود وأفرادها، فيشمل البيع، والإجارة، والصلح وغيرها من الأنواع، كما يشمل أفراد البيع، وبقية أفراد العقود.

وأما الإطلاق فهو بلحاظ الزمان، بمعنى أن كل فرد من العقود يجب الوفاء به مطلقاً من حيث الزمان، أي دائماً ومستمراً، لا أن وجوب الوفاء به بنحو الموجبة

1- هذه قاعدة متصيدة جرت على لسان الفقهاء، وليست رواية.

2- سورة المائدة /1.

الجزئية.

إذا اتضح هذا، فالمخصص في خيار الغبن كما هو التحقيق، إما الشرط الارتكازي، أو «لا ضرر»، وكلاهما لم يخرجا البيع الغبني من تحت أفراد العام، بل قيّدا إطلاقه الأزماني؛ فإن مدلولهما أن المغبون متى ما كان متضرّراً ارتفع عنه لزوم الوفاء، وأما في الوقت الذي تمكّن من الخيار ولم يعمله، لم يكن اللزوم ضررياً عليه فلم يُنفَ، ولم يكن مخالفاً للشرط الارتكازي، فلم يتحقق التقييد من ناحية الشرط إلى ما بعد الزمان الأول.

فهو من قبيل ما لو قال: «أكرم العلماء»، ثم خصص زيداً في زمان معين، فقال: «لا تكرم زيداً في هذا الوقت المعين»، فإكرامه في ما عدا الزمن المخصص يشمله الإطلاق الأزماني لوجوب إكرام العلماء.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن اللزوم المجعول لكل فرد من أفراد البيع منفي عند تحقق البيع الغبني، أو عند ظهور الغبن، إلا أن نفي اللزوم محدود بحسب الأدلة؛ وذلك لأن دليل نفي اللزوم إن كان هو «لا ضرر» فمفادها: أن الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع منفي في الإسلام، وبما أن الحكم بلزوم العقد الغبني ابتداء يستند ضرره إلى الشارع فهو منفي، وأما لو اطلع المغبون على الغبن، وحكم له بالخيار، ولم يعمله، فالحكم باللزوم بعد ذلك الآن، لا يستند ضرره إلى الشارع، فلا يكون منفياً ب-«لا ضرر»، فمقتضى القاعدة عدم تقييد الإطلاق الزماني بالوفاء بالعقد الغبني بنحو التراخي، بل على نحو الفورية.

وإن كان الدليل هو الشرط الارتكازي، فمفاده أن المعاملة بين العقلاء مبنية على عدم الغبن الفاحش، فإن وجد كان للمغبون الفسخ، وبما أنّ البناء العقلائي سيرةٌ للعقلاء وعملٌ لهم، والعمل لا لسان له؛ ليتمسك بإطلاقه، فيقتصر على القدر المتيقن،

فيكون له فسخ المعاملة في ما إذا علم بالغبن وأمكنه، وأما استمرار الخيار إلى ما بعد علمه وتمكّنه من الفسخ ولم يفسخه فمشكوك، فيقتصر على القدر المتيقن، وبما أن النسبة بين البناء العقلائي، و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) نسبة المخصص المنفصل المجمل، الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فالمرجع الإطلاق.

ولقائل أن يقول: إن المرجع في ما زاد على القدر المتيقن في المخصص المنفصل المجمل هو إطلاق الدليل أو عمومه، ولكن المخصص في المقام هو البناء العقلائي، وهو متصل بالخطاب، وليس منفصلاً عنه.

والجواب: أن المخصص اللبي والبنائي على نحوين؛ إذ تارة يكون ضرورياً، فيكون كالمتصل، ويكون احتفافه بالكلام مسقطاً للعموم أو الإطلاق، وأخرى يكون نظرياً يحتاج إلى تأمل، فيعامل معاملة المخصص المنفصل، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ بدليل أنه لم يطرح الشرط الارتكازي كدليل في المسألة إلا في العصر الأخير، وإلا فقد كان استدلال مشهور القدماء، ومن بعدهم على خيار الغبن بدليل «لا ضرر»، أو بأخبار تلقّي الركبان، وهذا يكشف عن عدم كونه ضرورياً، بل يحتاج إلى تأمل ونظر، وإن كان حقاً، ومتى كان المخصص اللبي نظرياً كان مثل المخصص المنفصل.

فتحصل مما ذكر: أن الحق في المسألة كون خيار الغبن فورياً، والمستند العمدة الإطلاق الأزماني لدليل لزوم العقد؛ إذ لم يخرج منه – سواء ب–«لا ضرر» أو بالشرط الارتكازي – إلّا خصوص القدر المتيقن.

ولا يخفى أن المراد من الفورية في المقام هي الفورية العرفية، لا العقلية؛ لبناء الأمور الشرعية في مثل هذه الموارد على العرف.

وبهذا يتم الكلام في خيار الغبن، ولله الحمد.

1- سورة المائدة /1.

الخامس: خيار التأخير

اشارة

قال العلّامة (قدس سره) في التذكرة: «من باع شيئاً ولم يسلّمه إلى المشتري، ولا قبض الثمن، ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزم البيع ثلاثة أيّام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين. وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخيّر البائع بين فسخ العقد، والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع»(1)

أدلة خيار التأخير عند الشيخ

وقد أقام الشيخ (قدس سره) على هذا الخيار ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع المحكي عن الانتصار(2) والخلاف(3) والجواهر(4) وغيرها(5)، المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح به في التذكرة، والظاهرة من غيرها.(6)

ص: 238

1- تذكرة الفقهاء 11/71.

2- الانتصار /437، مسألة 249.

3- الخلاف 3/20، مسألة 24.

4- جواهر الفقه /54، مسألة 193.

5- كالحدائق 19/44؛ رياض المسائل 8/306؛ مستند الشيعة 14/397؛ جواهر الكلام 23/51.

6- المكاسب 5/217.

الوجه الثاني: ما اعتبره الشيخ (قدس سره) الأصل في المسألة، وهي قاعدة نفي الضرر؛ إذ «أن الصبر أبداً مظنة الضرر، المنفي بالخبر»(1)

بل اعتبر الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ لأسباب ثلاثة:

1- أن المبيع في ما نحن فيه في عهدة البائع وضمانه؛ حيث إن المبيع مال للمشتري، ولكنه في يد البائع، وهو مكلّف بحفظه، وحفظ نماءاته، ونفس هذا التكليف - بسبب كون يده يد ضمان - يكون ضررياً على البائع.

2- أن تلف المبيع من البائع؛ لقاعدة «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»، فيتضرر البائع بضرر ثانٍ، بخلاف خيار الغبن؛ إذ لا يضمنه.

3- أن الثمن لم يصل إليه، والمبيع ملك لغيره، ولا يجوز له التصرف فيه.

فلا محالة يكون لزوم المعاملة، وعدم الخيار للبائع، ضررياً عليه بضرر آكد من ضرر الغبن، فما دام يلتزم في الغبن بالخيار؛ لقاعدة «لا ضرر»، فالتمسك بها هنا أولى.

الوجه الثالث: النصوص الخاصة، وما ذكرها الشيخ فى أربع، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(2)

الرواية الثانية: موثقة إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»(3)

الرواية الثالثة:صحيحة ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أيّاماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد

1- المكاسب 5/218.

2- وسائل الشيعة 18/22، ح3، الباب 9 من أبواب الخيار.

3- وسائل الشيعة 18/22، ح4، الباب 9 من أبواب الخيار.

بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(1)

الرواية الرابعة: صحيحة زرارة عن أبي جعفر (قدس سره) : قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثمنه؟ قال: «إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(2)

فإن مدلولها إن جاء بالثمن بينه وبين الثلاثة الأيام فله، وإلا لا بيع له.

إشكال الشيخ على مدلول الروايات

ولكن الشيخ (قدس سره) : أورد على الاستدلال بها بقوله: «وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط؛ حيث قال: «روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له، وإن لم يجئ بطل البيع»(3) انتهى»(4)

وتوضيح الإشكال: أن الحكم بالخيار متفرّع على إثبات البيع، والتعبير ب-«لا بيع له» يفيد نفي الحقيقة؛ بمقتضى ظهور (لا) الداخلة على الماهية، ونتيجة نفي الحقيقة بطلان البيع، لا إثبات الخيار؛ فإن نفي الحقيقة وإثبات الخيار، متنافيان متضادان.

ص: 240

1- وسائل الشيعة 18/21، ح2، الباب 9 من أبواب الخيار.
2- وسائل الشيعة 18/21، ح1، الباب 9 من أبواب الخيار.
3- المبسوط 2/17.
4- المكاسب 5/219.

جواب الشيخ عن الإشكال

وأجاب عنه الشيخ (قدس سره) أولاً: بأن ظهور الأخبار وإن كان في الفساد، إلا أن فهم العلماء، وحملة الأخبار نفي اللزوم، فيتقرب هذا المعنى.

وثانياً: أن قوله (قدس سره) في أكثر الروايات: «لا ـ بيع له» ظاهر في انتفائه عن المشتري، وبما أن البطلان لا يتبعض، بحيث يبطل بيع المشتري دون البائع، فهو محمول على نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين: «لا بيع بينهما».

وثالثاً: لو شك في المراد؛ إذ ظاهر العبارة وإن كان هو البطلان، إلا أن فهم العلماء – وهم أهل الحرفة والصناعة – نفي اللزوم يجعلها مجملة، فالمرجع الأصل، وهو استصحاب الآثار المترتبة على البيع؛ حيث إن البيع قبل انقضاء الثلاثة صحيح بلا كلام، فبعد انقضائها نشك في بقاء الصحة والبطلان، فنستصحب بقاء الصحة، وترتيب آثار البيع.

وتوهم: كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، وقد ارتفع قطعاً، سواء أقلنا بالبطلان أم بالخيار، فترتفع بارتفاعه.

مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة؛ لترتفع بارتفاعه، در وإنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار، وإن كانت نسبة الصحة إلى اللزوم نسبة الموضوع له، بمعنى أن البيع لا بدّ من أن يكون صحيحاً حتى يكون موضوعاً لأثر اللزوم، فلا يلزم من ارتفاع اللزوم نفي الشك في الصحة، فتستصحب الصحة، ويحكم على البيع بالجواز.

المناقشة في أدلة الشيخ

أما الإجماع المنقول ففيه: أولا: عدم ثبوته مع مخالفة الشيخ الطوسي، وتوقّف

ص: 241

المحقّق الأردبيلي(1)، وجزم صاحب الحدائق(2) بالبطلان، وتقوية المحقّق السبزواري(3) له، بل يكفي مخالفة الشيخ (قدس سره) ، فأقصى ما يمكن القول بثبوته هي الشهرة، وهي ليست بحجة.(4)

وثانياً: - مع غض النظر عن البحث في خصوصيات ناقلي الإجماع؛ إذ يختلف من واحد لآخر، فنقل الشهيد الثاني(5) (قدس سره) له اعتباره الخاص؛ إذ يعتمد على البحث والتتبع والتدقيق، دون نقل السيّد [المرتضى] (قدس سره) ، المستند عادة على الإجماع في الكبرى؛ لإثباته في الصغرى - .

فلو سلّم الثبوت، فالثابت هو الإجماع المنقول، وقد اعترض عليه ما الشيخ [الأعظم] (قدس سره) في الأصول: بأن الإجماع المنقول إخبار حدسي عن قول المعصوم (عليه السلام) ، وأدلة حجية خبر الواحد قاصرة الشمول عن الأخبار الحدسية.

وثالثاً: أنه لو سلم الثبوت فهو إجماع مدركي؛ للاستدلال عليه بحديث: «لا ضرر»، والأخبار الخاصة، فلا يكون حجة.

1- مجمع الفائدة 8/406.
2- الحدائق 19/48.
3- كفاية الحكام 1/467.
4- قال السيّد العاملي: «والمخالف الظاهر أبو عليّ. حيث قال: فلا بيع من دون قيدٍ له (نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة 5/70): والصدوق (من لا يحضره الفقيه 3/202، ح3766) عبّر بعبارة النصّ. والشيخ في المبسوط (2/87) حيث نسب بطلان البيع إلى رواية أصحابنا. وربّما نسب إلى صريحهما في المهذّب البارع (2/379). وفي الدروس (3/274) نسب إلى ظاهرهما. قرّبه صاحب الكفاية (1/467). ونفى عنه البُعد صاحب مجمع البرهان (8/406) وجزم به صاحب الحدائق (19/48)».
5- المسالك 3/208؛ وقد ادعى الاجماع في جامع المقاصد 4/297؛ والتنقيح الرائع 2/48؛ والغنية /219.

إشكال المحقّق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه

وأما الاستدلال بقاعدة نفي الضرر، فأورد عليه المحقّق الخراساني (قدس سره) : بأن الضرر إنما نشأ من تأخير قبض الثمن، لا في نفس البيع، وقاعدة «لا ضرر» إنما تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، فلا معنى لتدارك الضرر الحاصل من شيء، بنفي حكم شيء آخر، فالضرر الحاصل من التأخير، لا ينفي لزوم البيع.

وبعبارة أخرى: لو كان للتأخير حكم لكان مرفوعاً ب-«لا ضرر»، وأما حكم موضوع آخر كالبيع فلا وجه لرفع حكمه.(1)

وهو وإن كان متيناً من حيث الصورة، إلا أنه محل إشكال من جهتين:

الجهة الأولى: أنه مبني على مبناه في مفاد قاعدة نفي الضرر؛ حيث يرى بأن المنفي فيها هو حكم الموضوع الضرري، بخلاف الشيخ (قدس سره) القائل بأن مفادها نفي الحكم الضرري، والحكم باللزوم في هذه المعاملة ضرري، فينفى بالقاعدة، ولا يلاحظ عدم كون الموضوع ضررياً، فلا يكون الإشكال فنياً.

الجهة الثانية: أن لازم مبناه أن لا يقول بخيار الغبن، بل يقول بنفي صحة العقد؛ حيث إن البيع الغبني موضوع ضرري، وحكمه الصحة، فينفي هذا الحكم بها.

مناقشة المحقّق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردّها

وأورد المحقّق الإيرواني (قدس سره) على استدلال الشيخ (رحمة الله) بقاعدة «لا ضرر» بإشكالين:

الأول: أن قاعدة نفي الضرر، لا تحدّد التأخير بثلاثة أيام، بل تحدّده بما يوجب الضرر، قلّ التأخير عن ثلاثة أو زاد عليها، فالحكم بعدم الخيار في أثناء الثلاثة خرج عن تحت «لا ضرر»، بالإجماع والنصوص، فلم يبق العموم الأزماني فيها ليرجع إليه

1- حاشية المحقّق الخراساني (قدس سره) على المكاسب /200.

بعد قطعة زمان التخصيص.

ولا أقلّ من الشك في ثبوت العموم الأزماني، ومعه يرجع إلى استصحاب حكم المخصص.

الثاني: عدم جريان قاعدة «لا ضرر» في المقام؛ لأن المبيع لا يزال في يد البائع، فمع عدم أداء المشتري للثمن يمكن للبائع التخلّص من الضرر، بأخذ المبيع مقاصة عن الثمن.(1)

أما الأول، فيجاب عنه: بأن مبناه (قدس سره) في قاعدة «لا ضرر» كون «لا» لنفي الحقيقة، حقيقةً لا ادعاءً، فيراد من نفي الضرر نفي وجود حقيقة العمل الضرري في جملة الأعمال التي قررها القانون الإسلامي، كما يشهد له وجود قيد (في الإسلام) في بعض الأخبار، فيكون المراد نفي وجود العمل الضرري في عداد تلك الأعمال، لا في الخارج حتى يحتاج إلى حمل القضية على النفي الإدعائي.

فالكلام مسوق لبيان أن ما هو الثابت من الضرر في الخارج، خارج عن الأعمال الإسلامية، والأصل في ذلك أن الأعمال المرخَّصة في شريعةٍ أو دولةٍ بأيِّ أنحاء الترخيص، كان إلزامياً أو غير إلزامي، يعدّ من أعمال تلك الشريعة، بخلاف الأعمال الممنوعة فيها؛ فإنها تعدّ خارجة عن أعمال تلك الشريعة والدولة.

فإذا أريد بيان الترخيص والمنع، فكما يصح أن ينشأ بنفس عبارة الترخيص والمنع، صحّ أن يُنشأ بلسان: أن العمل الكذائي من أعمال هذه الشريعة أو الدولة، أو ليس من أعمالها، بل هذه أبلغ في إفادة المقصود.

فتدلّ قضية «لا ضرر» بأبلغ وجه: على نفي كل حكم تكليفي، أو وضعي ضرري.

ص: 244

1- حاشية المكاسب 3/182.

واحتمل في آخر البحث: أن يكون الضـرر بمعناه المصدري، فيكون مفاد الرواية: أن الشارع لا يورد الضـرر على أحد بسـبب تشريع حكم ضرري.(1)

إذا اتضح ما أفاده (قدس سره) فالجواب على كلا التقديرين:

أنه لا ـ شـبهة في أن «لا ضـرر» تحمل اطلاقين، أفرادي، فتشـمل نفي جميع أفراد الأعمال، والأحكام الضـررية، وأزماني، فتنفي الضـرر في الإسـلام عن جميع الأزمنة، ولا معنى لنفي الضـرر في زمان دون زمان، فإذا خصـص النفي في أحد الأزمنة، فلا إشكال في تقييد الإطلاق في ذلك الزمان، وأما في سائر الأزمنة فالإطلاق على حاله، فيتمسك به، فيرتفع الإشـكال عن الشـيخ (قدس سره) ؛ فإن الثلاثة الأيام الأولىٰ خرجت من تحت النفي بالإجماع، فيبقى الباقي تحته؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

وأما الثاني، فيرده أولا: أن لازم كلامه (قدس سـره) أن يخصـص خيار الغبن بحالة ما إذا لم يكن المغبون متمكناً من التقاص، وإلا فإذا كان متمكنـاً فلا ضـرر عليه، فلا خيار له، ولا يمكن أن يلتزم به أحـد من الفقهاء؛ إذ مقتضـى عموم الـدليل، والفتوى، والإجماع المحصّل ثبوت خيار الغبن مطلقاً، سواء أكان المغبون متمكناً من التقاص أم غير متمكن.

وثانياً: أن مـدلول «لا ضـرر» نفي الحكم الضـرري، سواء كان بلسان نفي الموضوع الضـرري(2)، أو بلسان نفي الحكم مباشـرة(3)، وليس مدلولها ثبوت جبران الضرر وتداركه، وجواز المقاصة يجبر الضرر، فلا تدل عليه القاعدة.

وبهذا يندفع الإشـكالان عن الشـيخ (قدس سره) ، كما دفعنا إشكال المحقّق الخراساني (قدس سره) عنه أيضاً، وأما الحق في الإشكال عليه (قدس سره) فنقول:

1- نهاية النهاية 2/(159-158). حافظنا على عين عباراته في الغالب لوضوحها.

2- كما عليه الآخوند.

3- كما عليه الشيخ الأعظم.

التحقيق في التمسك بلا ضرر

والتحقيق في المسألة: أن منشأ التمسك بقاعدة «لا ضرر» في المقام، هو دعوى حصول الضرر من جهات أربع:

الأولى: كون التلف من مال البائع.

وأورد عليه المحقّق الاصفهاني (قدس سره) : بأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، حكم وارد في مورد «لا ضرر»، فيكون مخصّصاً لها، لا محكوماً بها؛ فإنها إنما تكون حاكمة على الأحكام التي تشمل بإطلاقها مورد الضرر، فتخصصها بغير مورده، سواء أكان الحكم تكليفياً، كما في وجوب الوضوء الشامل بإطلاقه لمورد الوضوء الضرري، فترفع الوجوب عنه، أو وضعياً، كما في لزوم البيع الشامل للبيع الغبني، فترفع اللزوم فيه.

وأما إذا كان الحكم في نفسه ضررياً فلا ترفعه، كالذي نحن فيه؛ فإن الحكم بكون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه حكم ضرري، وارد في مورد الضرر، فلا يرفع بها.(1)

وهو مع دقته ومتانته إلا أنه مندفع: بأن الحكم بتلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وإن كان حكماً ضررياً؛ إلا أنه لو كان بجعل الشارع، وكان منشأ الضرر هو جعل الشارع، لكان وارداً في مورد الضرر، فيكون مخصِّصاً إلى «لا ضرر»، ولم يكن مخصَّصاً بها، ولكنه ليس كذلك؛ فإن منشأ الضرر، هو تأخير المشتري للثمن، فلا وجه لتخصيص «لا ضرر» به.

الثانية: كون البائع ضامناً.

وفيه: أن يد البائع على المبيع يد أمانة، وليست بعدوانية، فلا يضمن إلا مع

1- حاشية المحقّق الأصفهاني على المكاسب 4/(343-344).

التعدّي أو التفريط.

الثالثة: كون البائع محروماً من التصرف في المبيع.

وفيه: أن المبيع صار ملكاً للمشتري بالمعاملة، ولا ضرر في حرمان البائع من التصرف في مال المشتري.

نعم، يحصل الضرر بضم الحرمان من التصرف في الثمن، وهذا بحث آخر، سنتعرض له في ما يأتي إن شاء الله.

الرابعة: كون المشتري حبس الثمن عن البائع، والصبر على حبس الثمن ضرر على البائع.

وفيه: أولاً: أنه إذا أريد إثبات خيار التأخير من جهة الضرر الحاصل من حبس الثمن، فلا وجه لضم عدم إقباض المبيع، والحال أن الفقهاء مطلقاً إنما أفتوا بالخيار في حال عدم حصول القبض من الجانبين، ولو كان بسبب الضرر من جهة حبس الثمن، فهو موجود سواء أقبض المشتري المبيع أم لم يقبضه، ولم يفتوا بالخيار في صورة قبض المشتري للمبيع وإن أخّر الثمن.

والحاصل: أن المستند للخيار إن كان هو «لاضرر»؛ بدعوى ضررية الصبر على الحبس، فالضرر يحصل عند حبس الثمن، سواء أقبض المشتري المبيع أم لا، فيفترض أن يحكم بالخيار في الصورتين؛ العموم المنشأ الموجب لعموم الناشئ.

وثانياً: أن بين الضرر وثبوت الخيار عموماً وخصوصاً من وجه؛ فإنه ربما يحصل الضرر قبل التأخير عن الثلاثة الأيام، كأن يبيع المتاع، ثم تحصل له فرصة لشراء متاع آخر يتضرر من فوته، فلا خيار مع وجود الضرر، وربما يحصل التأخير عن الثلاثة الأيام بلا ضرر؛ لعدم حاجته إلى الثمن إلى شهر، فله الخيار ولا ضرر، وربما يجتمعان.

وثالثاً: أن غاية ما يلزم هو حرمان البائع من التصرف في ماله، وهو لا يعدّ ضرراً، وإنما عدم انتفاع؛ فإن الضرر نقص في المال أو النفس أو الطرف، فوقع الخلط

في كلام الشيخ (قدس سره) بين الضرر وعدم الانتفاع.

ورابعاً: تقدم في المباحث السابقة عدم صحة التمسك بقاعدة «لا ضـرر» لإثبات الخيار، لأن الخيار حق تترتب عليه أحكام خاصة، كقبول الإسقاط، والمصالحة عليه بعوض، والإرث، وأثر «لاضـرر» نفي الأحكام الضـررية، من قبيل لزوم المعاملة إذا كان ضـررياً، فإنه ينفى بها، فيحل محلّ اللزوم المنفي الجواز الحكمي، كالجواز في مورد الهبـة؛ فإنه ليس بحق، وإنما هو حكم، فلا يقبل الإسقاط ولا غيره من آثار الخيار، فـ-«لا ضرر» لا تثبت الحق الذي هو منشأ للآثار الخاصة.

وبعبارة مختصرة: أن «لا ضرر» تنفي اللزوم، ونفيه أعم من إثبات الحق.

ردّ ما أفاده المحقّق الحائري

وأما ما أورده المحقّق الحائري (قدس سره) بقوله: «وقد يشكل على الاستدلال بلاضـرر - من أن الصبر الـذي في كلمات الأصحاب كالعلّامة في التذكرة من أن الصبر مظنة الضـرر المنفي بالخبر - أن الصبر غير واجب، بمعنى عدم المطالبة، بل يجوز له المطالبة، ويجب بحكم الشرع على المشتري التسليم، وهذا الإيجاب حكم دافع للضرر، ولو خالف المشتري ولم يسلّم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناشٍ من قِبَل عصيانه»(1)

[وفيه]: فهو شبهة منشأها أن كلمة الصبر وردت في لسان الشيخ (قدس سره) ، والصبر لغة حبس النفس، وهو الذي نظرتْ إليه الروايات، وهو مراد الشيخ (قدس سره) ؛ فيكون مراده أن حبس المشتري الثمن عن البائع ضرر عليه، فلو حكم الشارع على البائع بلزوم المعاملة، ولا بدّ له من الصبر مع حبس المشتري الثمن عنه لكان ضـررياً، لا أن مراده وجوب صبر البائع على حبس المشتري للثمن، ليقال بعدم وجوبه، وبنفيه يرتفع الضرر.

1- الخيارات للشيخ الأراكي (رحمة الله) /258.

المناقشة في الاستدلال بالروايات

وأما التمسك بالروايات، فالشيخ (قدس سره) استند إليها بناء على تقريبين:

التقريب الأول: أن مفاد الروايات وإن كان هو نفي الحقيقة كما هو ظاهر التعبير ب-«لا بيع له»؛ لأن ظاهر النفي المتعلق بحقيقة نفي تلك الحقيقة، لا نفي آثارها، إلا أن تقوم قرينة على الخلاف كما في: «يا أشباه الرجال ولا رجال»؛ فإن المراد نفي أثر الرجولة عنهم، إلا أن فهم الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين بأن المراد في المقام نفي الأثر أوجب رفع اليد عن الظهور، والقول بنفي اللزوم، لا نفي حقيقة البيع.

التقريب الثاني: أن ما ورد في الروايات نفي البيع عن المشتري، وبما أن البيع حقيقة واحدة لا يتعقل فيها التبعيض، بحيث يكون ثابتاً للبائع، ومنفياً عن المشتري، وكذلك الحال في الصحة، لزم حمل النفي على ما يقبل التبعيض وهو نفي اللزوم، فيكون لازماً من جهة المشتري، غير لازم من جهة البائع.(1)

المناقشة في تقريبي الشيخ للاستدلال بالروايات

أما التقريب الأول، فيرد عليه: أن فهم الفقهاء إنما هو حجة عليهم وعلى مقلديهم، لا على المجتهدين الآخرين، فإن الحجة عليهم ظاهر الأدلة، وبما أن الظهور قام على نفي الحقيقة، فلا وجه لحمله على نفي اللزوم بناء على فهم الفقهاء.

نعم، لو أوجب فهمهم الظهور عندنا، بحيث يكون اللفظ قالباً لنفي اللزوم، لتمّ ما أراده الشيخ (قدس سره) ، ولكن دون إثبات ذلك خرط القتاد.

وأما التقريب الثاني، فيرد عليه: أن النفي وإن تعلّق بالبيع عن المشتري في روايات إسحاق بن عمار، وابن الحجاج، وزرارة، إلا أن ذلك لأجل وقوعه محل السؤال، فبيّن الإمام (عليه السلام) وظيفته، فيحمل «لا بيع له» على حقيقته، وهو نفي الحقيقة،

1- المكاسب 5/(219-220).

وسبب اختصاصه بالمشتري، كونه مورداً للسؤال.

ولا أقل من احتمال ذلك - أعني كون الاختصاص لأجل السؤال - ومجرد احتماله يكفي في حمل النفي على نفي الحقيقة، وعدم رفع اليد عن أصالة الحقيقة.

كما يحتمل أن عدم نفي حقيقة البيع عن البائع والمشتري، إنما هو للملازمة العقلية القطعية بين نفي البيع عن أحدهما ونفيه عن الآخر؛ لعدم قابلية حقيقة البيع للتبعيض، فاكتفى الإمام (عليه السلام) بنفي حقيقة البيع عن المشتري عن نفيها عن البائع؛ لعدم الحاجة للتعرض لنفيها عن الآخر بعد نفيها عن الأول.

ومع وجود هذين الاحتمالين في الروايات بالوجدان، لا موجب لرفع اليد عن أصالة الحقيقة.

ولا أقل أن وجود هذين الاحتمالين يوجب الإجمال في الروايات، فلا يعلم أن المراد منها نفي اللزوم أو نفي الحقيقة، وبما أن صحيحة ابن يقطين بيان؛ لكونها نصاً في نفي الحقيقة عنهما؛ بمقتضى: «فلا بيع بينهما»، فتحمل تلك الروايات عليها، أو لا تصلح لمعارضتها؛ لعدم معارضة المجمل للمبيَّن، فيتمّ كلام الشيخ الطوسي، والفاضل السبزواري، والمحدث صاحب الحدائق قدست أسرارهم [من بطلان البيع].

تقريب المحقّق الخراساني الاستدلال بالروايات

وأما ما أفاده المحقّق الخراساني (قدس سره) في حاشيته بقوله: «إن مثل هذا التركيب، - أي لا بيع له - وإن كان بحسب أصل الوضع لنفي الماهية، إلا أنه حيث قد غلب استعماله في نفي صفة الصحة، أو الكمال، أو غيرهما من الأحكام، كما في «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»(1)، بناء على وضع أسامي العبادات للأعم، و«لا صلاة لجار المسجد إلا

ص: 250

1- وسائل الشيعة 6/37، ح1، الباب 1 من أبواب القراءة في الصلاة.

في المسجد»(1)، و« لا ضرر ولا ضرار»(2)، ونحوهما، فيراد منه نفي إحدى هذه الصفات، حسب اختلاف المقامات، وملاحظة مناسبة الموضوعات، لا يبعد دعوى ظهور الأخبار في إرادة نفي اللزوم؛ لبعد بطلان البيع، وارتفاعه بنفسه بمجرد التأخير»(3)

فيرد عليه: أولاً: أنه مخالف لمبناه في الأصول؛ فإن مبناه الحمل على المعنى الحقيقي في مرحلتي الإرادتين، الاستعمالية والجدية، بمعنى أنه إذا كان للفظ معنيان حقيقي ومجازي، ودار الأمر بينهما، فالقاعدة الأولية تقتضي الحمل في مقام الإرادة الاستعمالية على استعماله في المعنى الحقيقي، وفي مقام الإرادة الجدية على إرادته أيضاً؛ بمقتضى تباني العقلاء على ذلك ما لم تقم قرينة صارفة عن معناه الحقيقي، وغلبة الاستعمال ليست من القرائن الصارفة عن المعنى الحقيقي، فلو كان للفظ معنى حقيقي، ومعنى مجازي، واستعمل في المعنى المجازي كثيراً لم يكن ذلك من القرائن المانعة من أصالة الحقيقة في الاستعمال.

وثانياً: أن غاية ما ذكره (قدس سره) لعدم الحمل على نفي الحقيقة، والحمل على نفي اللزوم، هو استبعاد بطلان البيع بمجرد تأخير الثمن، والاستبعاد ليس مناطاً في القواعد الفقهية، والأحكام الشرعية؛ لعدم العلم بملاكات الأحكام الواقعية، فليس لنا إلا العمل بالظهورات، والظهور في المقام يوجب نفي الحقيقة، وأصل الصحة.

كلام صاحب الجواهر

ولوقوع الاضطراب في كلمات الأعاظم قدست أسرارهم في فهم هذه الأخبار، وحل الإشكال، ينبغي طرح كلام صاحب الجواهر (قدس سره) أيضاً؛ لاشتماله على مطالب

1- وسائل الشيعة 5/194، ح1، الباب 1 من أبواب أحكام المساجد.

2- وسائل الشيعة 25/427، ح1، الباب 2 من أبواب كتاب إحياء الموات.

3- حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني (قدس سره) /(201-200)، ونقلناه بلفظه لوضوحه.

مهمة، وحل للإشكال، قال رفع مقامه في ما يرتبط بالإجماع:

«بل في المبسوط: «روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له، وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع»(1)، إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم»(2)

وفي هذه الجملة رفع الإشكال عن عبارة الشيخ الطوسي (قدس سره) ؛ فإن الشيخ الأنصاري (قدس سره) وغيره قد استفادوا من عبارته (رحمة الله) في المبسوط بطلان البيع بعد الثلاثة، ولكن صاحب الجواهر (قدس سره) حملها على إرادة بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غير المبسوط من كتبه؛ حيث نسب الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم، والجمع بين الكلامين يقتضي إرادة بطلان اللزوم، لا البيع.

فإن ثبت توجيهه (قدس سره) يسلم الإجماع المدّعى على الخيار من المخالف، وإلا فلا يتمّ؛ فإن مخالفة مثل الشيخ الطوسي (قدس سره) مما يهدم الإجماع قطعاً؛ فإن المهم إجماع المتقدمين واتفاقهم، والشيخ (قدس سره) من أركانهم، فإن خالف لم يتمّ، وأما مخالفة المتأخرين كصاحب الحدائق وغيره فلا تضرّ بالإجماع إن ثبت.

وإن لم يثبت التوجيه، بل كان محتملاً، فاحتماله مفيد في المقام أيضاً؛ حيث يسلم إجماع العلّامة (رحمة الله) وغيره من ثبوت المخالف.

فلدعواه (قدس سره) فائدة على التقديرين؛ إذ على تقدير تمامية التوجيه يثبت الإجماع، وعلى تقدير احتماله لم يثبت المخالف له.

هذا ما يرتبط بالإجماع، وأما ما يرتبط بالنصوص، فقال بإمكان إرادة بطلان

1- المبسوط 2/17.
2- جواهر الكلام 24/92 (23/51).

اللزوم منها، وأقام على ذلك وجوهاً، أخذ بعضها الشيخ (قدس سره) ، والآخر المحقّق النائيني (رحمة الله) ، وعبارته في ذلك:

«كما أنه يمكن إرادة ذلك - بطلان اللزوم - من النصوص، ولو بمعونة الشهرة، والإجماع، المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك»(1)

وهي تشتمل على عدّة مطالب، ولا يخفى أن مراده (قدس سره) من أصالة الصحة ليس معناها المصطلح؛ فإن تلك لا تجري إلا في الشبهات الموضوعية، والشبهة في ما نحن فيه حكمية، فمراده منها هو استصحاب الصحة عند الشيخ (رحمة الله) الذي بيّناه سابقاً، وبيان ذلك:

أنا إذا استفدنا من الروايات بطلان البيع بعد الثلاثة الأيام، فنقض اليقين بصحته - الموجود قبل انقضائها - يكون باليقين، وأما إذا كان مدلولها بطلان اللزوم، أو احتمل ذلك ولو بمعونة الإجماع والشهرة، فنقض اليقين بصحته يكون بالشك، فلنا يقين سابق بصحة البيع، وشك لاحق في بطلانه، فنستصحب بقاء الصحة، وهو المراد من تعبيره بأصالة الصحة.

الأصل الثاني في كلامه (قدس سره) : عدم المبطل؛ للشك في إيجاب تأخير الثمن عن الثلاثة الأيام بطلانَ البيع، فيرجع الشك إلى تحقّق المبطل له وعدمه؛ فإن البيع قد وقع مع تمام شرائط الصحة بلا إشكال، فيشك في مبطلية تأخير الثمن عن القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، فالأصل عدم المبطلية.

وأما قوله: «وغير ذلك» فيحتمل فيه ثلاثة أوجه، نقتصر على ذكر وجه واحد؛ تحرّزاً من الإطالة، وهو استصحاب الاشتغال، وبيانه:

أن المعاملة بعد أن تمّت بين المتبايعين اشتغلت ذمة البائع بتسليم المبيع

1- جواهر الكلام 24/92 (23/51).

للمشتري، وذمة المشتري بتسليم الثمن للبائع، وهذا الاشتغال محرز إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيشك في بقائه وعدمه؛ إذ إن بطل البيع ارتفع الاشتغال، وإلا فلا يزال، فيستصحب بقاؤه.

ثم قال (رحمة الله) : «على أنه هو المناسب للإرفاق للبائع»(1)

وهذا وجه آخر، وهو المستند العمدة للمحقّق النائيني (قدس سره) ، وبيانه: أن المطلوب حفظ حق البائع، وضمان وصول الثمن إليه، والإرفاق به يقتضي نفي اللزوم، لا بطلان البيع، والنكتة في ذلك ما علّل به القول السابق بقوله: «إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة»؛ فإن المبيع ربما تنزل قيمته، فيكون البطلان على خلاف الإرفاق بالبائع، دون نفي اللزوم، والقول بالخيار.

ثم أشار إلى مطالب ثلاثة بقوله: «بل قد يدّعى انصراف الإطلاق إليه، ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبائع، واللزوم قابل للتبعيض بخلاف الصحة»(2)

أما مراده من قرينة المقابلة في الشرطية، فهو الإشارة إلى ما في الروايات؛ فإنها تضمنت الجملة الشرطية، كما في قوله (عليه السلام) : «فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(3)

وقوله: «إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(4)

فإن قوله (عليه السلام) : «فلا بيع بينهما، أو فلا بيع له» وقع في مقابل الشرط، ومقتضى تحقق الشرط حصول اللزوم، فبالمقابلة يكون مقتضى عدم تحققه موجباً لنفي اللزوم،

1- جواهر الكلام 24/93 (23/52).

2- جواهر الكلام 24/93 (23/52).

3- وسائل الشيعة 18/22، ح3، صحيحة علي بن يقطين.

4- وسائل الشيعة 18/21، ح1، صحيحة زرارة.

لا لنفي الصحة.(1)

ثم دفع إشكال التنافي بين صحيحة علي بن يقطين، التي نفت البيع بينهما: «وإلا فلا بيع بينهما»، الظاهرة في نفي الصحة؛ لعدم تعقّل نفي اللزوم عن المشتري، وبين بقية الروايات التي وقع النفي فيها على نفيه عن خصوص المشتري: «وإلا فلا بيع له»، بقوله:

(ولا ينافيه صحيح ابن يقطين، لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبائع منهما).

هذا تمام الكلام فيما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) .

التحقيق في كلام صاحب الجواهر

والتحقيق في كلامه يقتضي التعرض لجهات:

الأولى: ما أفاده (قدس سره) من الجمع بين عبارتي الشيخ (رحمة الله) في المبسوط والخلاف، بحمل المراد من بطلان البيع على بطلان اللزوم، غير تام؛ لأن البطلان والصحة من صفات موضوعات الأحكام ومتعلقاتها، كالبيع المتصف بهما، كما بيّن في مبحث الصحيح والأعم، وأما الأحكام، التكليفية والوضعية، فلا تتصف بهما، بل يدور أمرها بين الوجود والعدم، واللزوم حكم وضعي، فلا يتصف بالبطلان لكي يقول: (إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم...)، فينهدم الأساس الذي بني عليه الجواب عن التعارض بين كلامي الشيخ (قدس سره) ، والتعارض بين الروايات.

الثانية: أراد صاحب الجواهر (قدس سره) أن يستعين بالشهرة والإجماع، المستفيض أو المتواتر، لبيان إرادة نفي اللزوم من النصوص المصرّحة بنفي البيع.

ولا يخفى أن الأصل في هذا التعبير، هو نفي الحقيقة، وهو هنا يعني بطلان

1- أشار الشيخ الأستاد (دام ظله) إلى قرينية الظرفيه فانتهى الوقت ولم يبينها.

البيع، والحمل على نفي اللزوم يحتاج إلى مؤونة زائدة، والمؤونة التي أقامها صاحب الجواهر (قدس سره) ، هي الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر.

ولا بدّ من التوقف في هذه الجهة؛ فإن الكلام إذا كان له ظهور، وأعرض الأصحاب عنه، فهل ينهدم ظهوره، فلا يتمسك به، أو يبقى على ما هو عليه، فيصح التمسك به؟

فيه أنظار:

الأول: الأخذ بالظهور، وعدم الاعتناء بإعراض المشهور عن الدلالة، كما عليه المحقّق السيّد الخوئي (قدس سره) ، على ما في مصباح الفقاهة جازماً به؛ لعدم الوجه في إسقاط الحجية بإعراض المشهور، ولهذا ذهب في المقام إلى بطلان البيع، تبعاً للشيخ الطوسي (قدس سره) في المبسوط.(1)

وفيه: أولاً: ينقض عليه بما اختاره في المنهاج؛ فإنه اختار ما ذهب إليه المشهور، من صحة العقد وثبوت الخيار.(2)

وثانياً: بما سيأتي في بيان الرأي الثاني.

الثاني: أن المشهور، والإجماع المنقول، يوجبان انقلاب الظهور.

وهذان النظران في حدإي الإفراط والتفريط، والحق هو:

الثالث: وهو: إجمال الكلام، وعدم انعقاده في خلاف ظاهره، وتوضيح ذلك:

إن المتكلم إذا صدر منه الكلام، ورأينا أصحابه والعارفين بكلامه لم يأخذوا بظاهره، وأعرضوا عنه، لم يمكن الأخذ بظاهر كلامه؛ إذ لا يكون ظهور كلامه حجة عند العقلاء، وسيرتهم هي المعتمدة في حجية الظواهر.

1- مصباح الفقاهة 7/6؛ والتنقيح في شرح المكاسب 35/5 و 8.
2- منهاج الصالحين 2/42.

ولكن في نفس الوقت، لم يمكن الأخذ بخلاف الظاهر، بل يكون الكلام مجملاً، فلا تتمّ دعوى صاحب الجواهر (رحمة الله) ، من الأخذ بخلاف الظاهر، ولا دعوى المحقّق السيّد الخوئى (قدس سره) ، من الأخذ بالظاهر، وعدم الاعتناء بالإعراض.

الثالثة: قوّى صاحب الجواهر (رحمة الله) مسلك المشهور بدعوى إمكانية إرادة نفي اللزوم من النصوص، ولو بمعونة أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك.

وفيه: أن ما هو حجة للفقيه هو ظهور الكلام، ولو ببركة القرينة، وما لم يكن الكلام ظاهراً لم يكن حجة، ولو كان الأصل على طبقه؛ فإن الأصول لا تسقط الكلام عن ظاهره، فضلاً عن أن تجعله ظاهراً في غير معناه.

وبهذه الجهة يفترق المشهور عن الأصول؛ فإن إعراض المشهور يوجب سقوط ظهور الكلام، ولا يوجب انعقاد الظهور في غيره، بخلاف مخالفة الأصول؛ فإنها لا توجب سقوطه عن الظهور، فضلاً عن إيجابها لانعقاد الظهور في المعنى المخالف.

الرابعة: أن في ما أفاده صاحب الجواهر (رحمة الله) خلطاً بين المرجّح، والمرجع؛ حيث جعل أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك، مرجّحاً لما دلّ على نفي اللزوم، والحق أن الأصول بعد تعارض الروايات تكون مرجعاً، وذلك بعد تساقط الروايات المتعارضة، ولا تكون مرجّحاً لأحدى الروايتين، فالروايات النافية للبيع عن المشتري ظاهرة في نفي اللزوم، وصحيحة ابن يقطين ظاهرة في بطلان البيع، فمع عدم وجود المرجّح بينهما تسقطان، وتكون أصالة الصحة مرجعاً، لا مرجحاً للطائفة الأولى.

والسر في ذلك: أن المرجّح لا يخلو أمره من حالين، إما أن يكون مرجّحاً ذاتياً، ككون أحدهما أظهر من الآخر، أو جعلياً كموافقة الكتاب، ومخالفة العامة، وموافقة الأصول ليس شيئاً منهما.

الخامسة: أنه رفع التنافي بين صحيحة ابن يقطين، المستفاد منها نفي اللزوم بينهما، وغيرها المستفاد منها نفي اللزوم عن أحدهما: بصدق نفي اللزوم بينهما، ولو

بنفيه عن أحدهما وهو البائع.

والإشكال: أن لسان الروايات على نحوين؛ إذ تارة يكون لسانها إثبات اللزوم بين الاثنين، وأخرى يكون لسانها نفي اللزوم بينهما، فإن كان الأول كانت بنحو الموجبة الجزئية، وهي تصدق بتحققها في أحد الطرفين.

وإن كان الثاني، فنقيض الموجبة الجزئية سالبة كلية، فلا تصدق إلا بالسلب الكلي.

وما في الرواية «لا بيع بينهما»، فهي تنفي أصل البيع بينهما، ونفي الحقيقة بين المتبايعين يختلف مع نفي الحقيقة عن أحدهما، فلا يصدق إلا ـ بالانتفاء عنهما كليهما، كما لو قيل: (لا كدورة بين زيد وعمرو)؛ فإن هذه القضية لا تصدق إلا إذا انتفت من كلا الطرفين، وأما لو وجدت عند أحدهما دون الآخر لم تصدق، وبما أن البيع من الحقائق ذات التعلّق، وقد نفيت عن الطرفين، فسواء أكان المنفي حقيقة البيع أم لزومه، فهو على نحو السلب الكلي بينهما، لا على نحو التبعيض.

تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات

وأفاد المحقّق الأصفهاني (قدس سره) تحقيقاً لتقوية ما ذهب إليه المشهور، من نفي اللزوم، وحاصله: أن المراد من البيع المنفي في هذه الروايات، و إما الإنشائي، وهو العقد الذي يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية، وإما الحقيقي، وهو المسبب، وما يكون بالحمل الشائع تمليكاً.

فإن كان الأول، فلا يعقل إرادة نفي الحقيقة من: «لا بيع له»؛ لتحقق البيع العقدي وجداناً، وما وقع لا ينقلب عما هو عليه، فلا بدّ من رجوعه إلى نفي الآثار، أي نفي أثر هذا السبب، وأثره إما الصحة أو اللزوم، وتعيين أحدهما يحتاج إلى قرينة، والمتعيّن نفي اللزوم، لأن البيع بما هو عقد، وإن كان أثره الظاهر منه نفوذه وتأثيره، إلا أنه بما هو بيع أثره الظاهر منه لزومه؛ فإنه المعاملة المبنية على اللزوم، وحيث إن المنفي

هو البيع بما هو بيع، لا بما هو عقد ومعاملة، فالنفي متوجه إلى أظهر آثاره وخواصه، وهو اللزوم.

وإن كان المراد الثاني، أي نفي البيع الحقيقي، فأمره يـدور بين الوجود والعـدم، لا بين الصـحة والفساد، فلا يعقل أن يحصل البيع الحقيقي ويتصف بالبطلان، فالنفي له يرجع إلى نفي أصل الحقيقة، وحينئذٍ فلا يخلو الأمر من أحد حالين:

إما أن نقول: بأن تركيب (لا بيع) ظاهر بظهور ثانوي في نفي الأثر، كقوله تعالى: (لَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ)(1)، وقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) : «لا ضرر ولا ضرار»، فالنتيجة نفي اللزوم.

وإن لم نقل بـذلك؛ لعدم بلوغ الاسـتعمال إلى حدٍّ يوجب انقلاب الظهور، فنقول بقيام القرينة على إرادة نفي الأثر، لا نفي الحقيقة؛ لقولهم (عليهم السـلام) : «لا بيع له»؛ فإن البطلان أو الانفساخ غير قابلين للتبعيض، بحيث يكون العقـد باطلاً أو منحلاً من طرف المشتري فقط؛ فإن الأثر واحـد، فلا يعقل وجوده من طرف البائع وعدمه من طرف المشتري، والعقد واحد، فلا يعقل أن يكون منحلاً وغير منحل، بخلاف اللزوم؛ فإنه يمكن أن يكون العقد لازماً من طرف المشتري، وخيارياً من طرف البائع، فيكون المراد من قولهـم (عليهم السلام) : «لا بيع له»، أي ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع، بخلاف البائع؛ فإن أمر البيع بيده، فله مطالبة المشتري بالثمن، وله تركها بحلّ البيع.

وأما قوله (عليه السلام) في صحيحة ابن يقطين: «لا بيع بينهما»، وإن كان له ظهور في نفيه حصولَ حقيقة البيع بينهما، إلا أنه ليس بحيث لا يمكن الجمع بينه وبين تلك النصوص الدالة على نفي اللزوم، فليس هو بحيث يأبى عن الحمل على عدم البيع،

1- سورة البقرة /197.

الذي يستحق به كل منهما على الآخر؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض.

وتوضيحه: أن المقرر بينهم في الأصول، وهو الحق: أن الظاهر لا يعارض الأظهر، فكما ترفع اليد عن الظاهر بالنص المخالف له، فكذلك ترفع اليد عن الظاهر بالأظهر المخالف له، والنصوص النافية للبيع عن المشتري، الظاهرة في نفي اللزوم - حسب الوجه المتقدم، من عدم قابلية الصحة للتفكيك، لكي تنفى عن المشتري دون البائع - أظهر في نفيه من رواية ابن يقطين، الظاهرة في نفي البيع، فيتخلّى عن الظاهر بالأظهر.

مضافاً إلى ورود هذه العبارة في بيع ما يفسده المبيت(1)، والإجماع على عدم البطلان، فحملت على إرادة نفي اللزوم.(2)

هذا نهاية ما أفاده هذا المحقّق من التحقيق، ونتيجته تقوية ما عليه المشهور من نفي اللزوم، وخلاصته:

أن المقتضي في الروايات لحمل النفي على نفي اللزوم موجود، والمانع منه مفقود؛ ببركة رفع اليد عن الظاهر بالأظهر، والإجماع في ما يفسد في يومه.

المناقشة فيما أفاده المحقّق الاصفهاني

ويرد عليه: أولاً: ما أفاده من التقسيم بين البيع الإنشائي والحقيقي، وأن الأول سبب لتحقّق الثاني، لا يتمّ على ما أفاده في الأصول، من عدم كون الألفاظ في الإنشائيات سبباً للمعاني الاعتبارية، وهذا المبنى هو الذي دعا المحقّق السيّد

1- إشارة إلى ما ورد في وسائل الشيعة 18/24، ح1، الباب 11 من أبواب الخيار، مرسلة محمّد بن أبي حمزة أو غيره عمّن ذكره: عن أبي عبدالله، وأبي الحسن عليهما السلام: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه، ويتركه حتّى يأتيه بالثمن، قال: «إن جاء فيما وبينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له».

2- حاشية المحقّق الاصفهاني على المكاسب 4/(246-245).

الخوئي (قدس سره) إلى تبنّي فكرة أن النسبة بين الإنشاء والمعاني المنشأة نسبة المبرز إلى المبرَز، لا السبب إلى المسبَّب.

وثانيـاً: أن ما أفاده، من جعل البيع على قسـمين، إنشائي، وحقيقي، وكون الصـحة واللزوم من آثار الأول، وأما الثاني فأمره يـدور بين الوجود والعدم، محل نظر وإشكال.

ووجهه: أنه جـاء في القرآن الكريم، وفي السـنة المطهّرة، إثبـات أثر الحليـة والجواز إلى البيع، ففي قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(1) أثبت الحليـة للبيع، فـالبيع الـذي جعـل موضوعاً في الآيـة، إما أنه البيع الإنشائي، أو الحقيقي؛ لانحصار الأقسام فيهما، حسب الفرض، فإن كان الإنشـائي لزم رفع اليـد عن أصالـة الحقيقـة؛ لأن البيع الإنشائي هو سـبب البيع، وليس ببيع؛ فيلزم اسـتعمال اللفظ الموضوع للمسـبب في السبب، وهو استعمال مجازي.

وإن كـان الحقيقي، فالمفروض أنه لا أثر له على مبناه؛ إذ يـدور أمره بين الوجود والعـدم، فلا يتصور ترتّب الحليـة على البيع الحقيقي على مبناه.

وأما في السـنة المطهرة، فورد في الرواية المعتبرة، في من يريد الشـراء من شـخص يبيع ما يملك، وما لا يملك، فقال الإمام (عليه السلام) : «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقـد وجب الشـراء من البائع على ما يملك»(2)، فرتّب أثر الجواز على البيع، ومقتضـى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي؛ لأن أمره يدور بين الوجود والعدم.

والحاصل: أن البيع في الكتاب والسنة قد حكم عليه بأثري الحلية والجواز، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي.

1- سورة البقرة /275.

2- وسائل الشيعة 17/339، ح1، الباب 2 من أبواب عقد البيع وشروطه، صحيحة الصفار.

وثالثاً: ما أفاده – من أنه لو أريد من نفي البيع عن المشتري، البيع الإنشائي، الذي هو سبب البيع، فهو نفي للأثر، وهو إما الصحة، أو اللزوم، ولكن يتعيّن في المقام نفي اللزوم؛ لتعلّق النفي بالبيع بما هو بيع، لا بما هو عقد، وأثره بما هو بيع، اللزوم – محل إشكال؛ وذلك:

لأن إثبات الآثار – ثبوت وإثباتة – لا يكون إلا من خلال الأدلة الشرعية، وبالرجوع إليها نستفيد عكس ما أفاده (قدس سره) ؛ وذلك لأن مدّعاه: أن أثر العقد الصحة، وأثر البيع اللزوم، ومقتضى النصوص – كتاب وسنة – عكس ذلك، فإن (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) دليل على اللزوم، سواء أقلنا بأن مفادها الإرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء، ولازمه اللزوم، وعلى كل حال، فمدلول الآية هو كون اللزوم أثراً للعقد.

ومفاد الكتاب والسنة كون الصحة والحلية والجواز والنفوذ آثاراً للبيع، كما في قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2)، و«وجب الشراء»؛ فإن الوجوب والحلية يجتمعان مع اللزوم، ومع الخيار.

ورابعاً: ما أفاد (قدس سره) ، من حمل «لا بيع بينهما»، في صحيحة ابن يقطين على نفي اللزوم، وإن كانت ظاهرة في نفي الحقيقة؛ بقرينة كون المنفي في «لا بيع له»، هو اللزوم، لنفيه عن المشتري بالخصوص، والحقيقة لا تقبل التبعيض.

محل إشكال أيضاً؛ لأن مقتضى ظهور (لا) نفي مدخولها، فمقتضى الظهور، وأصالة الحقيقة في «لا بيع بينهما» حمل نفي البيع على نفي الحقيقة، فلا يكون بينهما بيع حقيقة، ونتيجته البطلان، وحمله على نفي البيع، الذي يستحق به البائع على المشتري

1- سورة المائدة /1.

2- سورة البقرة /275.

الثمن، والمشتري على البائع المثمن؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض، حمل له على معنى مجازي، وهو مدفوع بأصالة الظهور؛ لعدم الوجه في كون الرواية المنفصلة - وهي النافية للبيع عن المشتري - قرينة على رفع اليد عن ظهورها؛ فإن مقتضى القاعدة الأصولية، أنه متى انتفت القرينة الصارفة المتصلة، أو التي بحكمها، كانت أصالة الظهور هي الحاكمة في الكلام، وتكون الرواية الأخرى - إذا كانت ظاهرة في معنى آخر - معارضة للأولى.

نعم، ترفع اليد عن الظهور في صورتين، في ما لو كانت المعارضة بين النص والظاهر، أو بين الأظهر والظاهر؛ فإن مقتضى الجمع الدلالي بينهما، رفع اليد عن الظاهر بالنص والأظهر.

والمفروض فيما نحن فيه، أن جملة «لا بيع بينهما» ظاهرة في نفي الحقيقة، كسائر مواردها من قبيل (لا عداوة بينهما) أو (لا صداقة بينهما)؛ فإنها تنفي الحقيقة بالمرة، وجملة «لا بيع له» وإن كانت ظاهرة أيضاً في نفي الحقيقة، لو خلّيت ونفسها، ولكن للقرينة العقلية القائمة في خصوصها، وهي عدم إمكان التبعيض في الحقيقة، بحيث تنتفى حقيقة البيع عن المشتري وتثبت للبائع، كانت ظاهرة في نفي اللزوم، فيكون عندنا رواية ظاهرة في نفي اللزوم، وأخرى في نفي الحقيقة، والقاعدة تقتضي التعارض بينهما، لا حمل النافية للحقيقة على نفي اللزوم.

كلام المحقّق الحائري لرفع التعارض بين الروايات

وذهب المحقّق الحائري (قدس سره) إلى القول بدلالة: «لا بيع بينهما» على نفي اللزوم، على خلاف ما أفاده الجميع من دلالتها على ن في الحقيقة، وتقريبه في ذلك: أنا إذا لم نقل بأنها لنفي اللزوم يستلزم اللغوية في كلام الإمام (عليه السلام) ؛ فإن بيان البطلان يكفي فيه أن يقتصر على القول ب-«لا بيع»، بدون إضافة «بينهما»، فإضافتها لأجل بيان نفي الحقيقة لغو، والذي يخرجه عن اللغوية، أن يكون لنفي معنى الإلزام والالتزام،

الموجود في حـاقّ البيع، أو الـذي هو من آثـاره وخواصه، فينتفي مطالبـة أحـدهما إلى الآخر، أو الاحتجاج بينهما، بأن يقول أحـدهما إلى الآخر: أين البيع إذا رآه خالف مقتضاه؟

فصوناً لكلام الإمام (عليه السلام) عن اللغوية، لا بدّ من حمل «لا بيع بينهما» على نفي الأثر، لا نفي الحقيقة، ولو كان الظهور الأولي نفي الحقيقة.(1)

المناقشة في ما أفاده المحقّق الحائري

ويندفع ما أفاده (قدس سره) ، عموماً وخصوصاً، أما العموم؛ فلأن المتعارف في ذكر الأمور ذات التعلق أن تذكر مع أطرافها، فلو سئل عن العـداوة بين اثنين، لكـان الجواب: لاـ عـداوة بينهمـا، والبيع من هـذا القبيـل؛ فـإنه من الأـمور ذات التعلّق التي تحتـاج إلى طرفين، البـائع والمشتري، فحينما ينفى البيع عنهما، ينفى بذكر الطرفين، كما هي عبارة (لا بيع بينهما)، وبهذا ترتفع اللغوية من البين.

وأما خصوص هـذه الرواية؛ فلأنها تتحدث عن أمر بين طرفين، فالسؤال كان عن البائع والمشتري؛ حيث فيها: «قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجـل يبيع البيع، ولاـ يقبضه صـاحبه، ولاـ يقبض الثمن»، قـال: «الأجـل بينهمـا ثلاثـة أيـام، فـإن قبض بيعه، وإلاـ فلا بيع بينهما»(2)

فالتأمل في صدر الرواية وذيلها، يقضي بأن ذكر البيع مضافاً إلى كلمة «بينهما»، على وفق القاعدة.

ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات

ذهب الفاضل النراقي (قدس سره) إلى أن ظهور «لا بيع بينهما» في نفي الحقيقة، وناقش

1- الخيارات للشيخ الأراكي (قدس سره) /261.
2- وسائل الشيعة 18/22، ح3، الباب 9 من أبواب الخيار، صحيحة علي بن يقطين.

في جميع الوجوه المذكورة لنفي اللزوم، ثم في آخر المطاف، قال: بأن مدلول الروايات - بما فيها رواية ابن يقطين - نفي اللزوم، لا نفي الصحة، واستند في ذلك إلى أن البيع هو فعل صادر من البائع، فلا يصح نفيه بنحو الحقيقة؛ إذ النفي المتعلّق بالبيع، إما أن يكون تعلّق به عند الحدوث، أي بالبيع السابق، أو بعد الثلاثة الأيام.

أما الأول فغير ممكن؛ إذ لا يتعلّق نفي الحقيقة بالبيع الحاصل قطعاً؛ فإن الموجود لا ينقلب إلى المعدوم، فلا يعقل نفي البيع قبل الثلاثة الأيام بنفي الحقيقة.

وأما الثاني؛ فلا بيع حينئذٍ بعد الثلاثة الأيام حتى ينفى.

فالنتيجة: عدم إمكان الحمل على المعنى الحقيقي، فإذا لم يمكن الحمل على المعنى الحقيقي، تصل النوبة إلى المعنى المجازي، وهو يدور بين خمسة معان: نفي المبيع، ونفي الصحة، ونفي الاستمرار، ونفي مطلق الآثار، ونفي اللزوم.

ومع تعدّد المجازات، وعدم تعيين أحدها يقتصر على القدر المتيقن ويرجع إلى الأصل في الباقي، والقدر المتيقن في المقام نفي اللزوم؛ فإنه يجتمع مع جميعها؛ فإنه متى انتفى المبيع، أو الصحة، أو الاستمرار، أو مطلق الآثار، انتفى معها اللزوم.

والحمل على نفي الصحّة - لكونها أقرب المجازات - غير جيّد؛ إذ لا دليل على تعيّن الحمل على مثل ذلك الأقرب.(1)

والمراد من الأصل في المقام إطلاق (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2)، فالقدر المتيقن من أخبار النفي، إثبات الحليّة، ونفي اللزوم.

وفيه: أن النفي إذا تعلّق بحقيقة من الحقائق، فإما أن يمكن ذلك على وجه الحقيقة، أو لا يمكن، فإن كان ممكناً، فمقتضى أصالة الحقيقة الحمل على نفي تلك

1- مستند الشيعة 14/(389-399).

2- سورة البقرة /275.

الحقيقة والماهية، على نحو الحقيقة، وإن لم يمكن تعيّن الحمل على نفي الحقيقة ادّعاء، ولا تصل النوبة في هذا الباب إلى بقية المجازات، ففي مثل «لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب»(1)، و «يا أشباه الرجال ولا رجال»(2)، وغير ذلك من الموارد التي تعلّق فيها النفي بالحقيقـة، ولم يمكن الحمل على نفي الحقيقـة على نحو الحقيقـة، لا ترفع اليد عن نفي الحقيقة، وإنما يبقى متعلّقاً بالحقيقة ادّعاء، ومعنى نفيها ادّعاء نفي جميع الآثار، وهو عين البطلان، فما أفاده (قدس سره) من تردّد الأمر بين خمسة أمور في محل المنع.

فتحصّل إلى هنـا: أنـا تعرضـنا إلى جميع مـا أفـاده الأعلام من الشـيخ، والمحقّق الخراسـاني، و صاحب الجواهر والمحقّق الاصـفهاني، والمحقّق الحـائري والفاضل النراقي، قـدست أسـرارهـم، واتضـح من خلال ذلك اضـطراب كلماتهم غايـة الاضـطراب، فلم تنهض لإثبات الخيار، ونفي اللزوم من الروايات.

التحقيق في المسألة البحث في المقامين

اشارة

والتحقيق في المسألة أن نوقع البحث في مقامين:

المقام الأوّل: البحث في مقتضى القاعدة مع غض النظر عن الروايات.

المقام الثاني: البحث مع ملاحظة الروايات.

مقام الأوّل: مقتضى القاعدة

أما المقـام الأوّل، فالمعاملـة وقعت - حسب الارتكاز العقلائي - مبنيّـة على شـرط الإقباض على كل من الطرفين، البائع والمشتري، فإذا تخلّف الشرط، فالأصل بحسب ارتكازهم صحة البيع، وله خيار تخلّف الشرط.

وبعبارة أخرى: إن على كل من الطرفين إقباض الآخر ما في يده حسب ما عليه

1- عوالي اللآلي 1/196.

2- الكافي 5/6، ح6، باب فضل الجهاد؛ نهج البلاغة 1/70.

العقلاء، ويلزمهما على هذا الأساس أن لا يتأخرا في الإقباض عن الحدّ المتعارف بين العرف والعقلاء، فالأصل عندهم الصحة، وإذا تأخر أحدهما عن الإقباض عن الحدّ المتعارف في المعاملة، كان للآخر الخيار، فالقول بالخيار مطابق للمرتكز العقلائي، وقول الشيخ (رحمة الله) في المبسوط مخالف لمقتضاه.

المقام الثاني: مقتضى الروايات

وأما المقام الثاني، فمقتضى ظهور صحيحة علي بن يقطين - كما تقدّم - نفي حقيقة البيع ادعاء، فتفيد نفي صحته، وهو الموافق لكلام الشيخ (رحمة الله) في المبسوط.

ولكن، لا ـ يمكن الأخذ بها؛ وذلك لأنا لو نظرنا إلى الأقوال في المسألة، لما وجدنا من المتقدمين إلّا قول الشيخ (رحمة الله) في المبسوط(1)، وقد خالفه في كتابه الخلاف؛ حيث نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم(2)، ومع هذا التعارض بين قوليه لا يثبت عندنا قول بالبطلان عند المتقدمين، إلّا ما يمكن أن يستفاد من عبارة العلّامة (رحمة الله) في المختلف؛ حيث نسب القول بالبطلان إلى غير المشهور.(3)

وأما من المتأخرين فلم يذهب إليه إلّا صاحب الحدائق(4)، وقرّبه صاحب الكفاية(5)، والمحقّق السيّد الخوئي في المصباح، وخالفه في المنهاج، فقال بالصحة.(6)

فمن هذا يظهر أن هذه الصحيحة، مما أعرض عنها مشهور الفقهاء بل كلهم؛ حسب تصريح العلّامة في التذكرة(7)، والشهيد في الدروس(8)، والشهيد الثاني في

1- المبسوط 2/87.

2- الخلاف 3/20.

3- المختلف 5/(71-70).

4- الحدائق 19/47.

5- كفاية الأحكام 1/467.

6- مصباح الفقاهة 7/8.

7- التذكرة 11/71.

8- الدروس 3/273.

المسالك(1)؛ حيث ادّعوا الإجماع على الخيار، فلا تكون هذه الرواية مشمولة لأدلة حجية الخبر، كما حقق في الأصول.

والسر في ذلك: أن الروايات الدالة على حجية خبر الثقة، إنما هي إمضاء لسيرة العقلاء، ومثل هذه الرواية التي أعرض عنها مشهور القدماء، وفقهاء الأصحاب، وبطانة المذهب في الفقه والحديث، ما عدا ابن الجنيد، الذي لا يعتني الفقهاء بمخالفته، لا تكون مورداً للاحتجاج في السيرة العقلائية، فيكون دليل حجية خبر الثقة قاصر الشمول عنها.

وبهذا يتضح: أن عمدة الإشكالات في المسألة - وهو ظهور صحيحة ابن يقطين - قد تبيّن سقوطه، وعدم حجيته، فلا تعارض الروايات الأخرى بناء على دلالتها على نفي اللزوم، كما استفاده الشيخ [الأعظم] (قدس سره) وعدّة من الأعاظم.

ولو أغمضنا النظر عن سقوطها، وقلنا بتماميتها في نفسها، فإما أن يقال: بإجمال روايات «لا بيع» أو يقال: بعدم إجمالها:

إما على الأوّل فلا ظهور لها في نفي اللزوم؛ وذلك لما تقدّم من أن الشيخ (قدس سره) وغيره، ممن ذهب إلى ظهورها في نفي اللزوم، استند إلى عدم إمكان التبعيض في الصحة، وبما أنها نفت البيع عن المشتري بالخصوص، فتحمل على نفي اللزوم.

ولكن مع قيام احتمال كونها تنفي الصحة، وإنما خصّص المشتري بالذكر؛ لكونه مورد السؤال، لم تكن دالة على نفي اللزوم حينئذٍ، بل كما يحتمل نفي اللزوم، يحتمل دلالتها على نفي الصحة عن الجميع، لا على نحو التبعيض؛ ليرد المحذور، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة، فلا تعارض الروايات الدالة على الصحة.

وأما على الثاني أي عدم إجمالها فهي معارضة بتلك الروايات، والترجيح لتلك

1- المسالك 3/208.

الروايات؛ لشهرتها رواية وفتوى [ولموافقته للكتاب ومخالفته للعامة].

ولو قلنا بعدم ترجيح تلك الروايات عليها، وتحكّم التعارض، فهنا مبنيان:

الأوّل: أن يقال بالتخيير في المسألة الأصولية بين المتعارضين، ومقتضاه صحّةُ الأخذ بالروايات الدالة على نفي اللزوم، فمقتضى الاحتياط في الفتوى الأخذ بها؛ لموافقتها للمشهور.

الثاني: أن يقال بالتساقط، فمقتضى القاعدة التمسك بالأصل اللفظي أو العملي، والمتصور من الأوّل اثنان: عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، و (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2)، أما الأوّل منهما، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن البيع - بعد الثلاثة الأيام - يدور أمره بين البطلان وعدم اللزوم، ولا احتمال ثالث في البين، وعلى كلا التقديرين لا يمكن التمسك بها، ويتعيّن التمسك بآية الحلّ؛ فإن البيع - بعد الثلاثة الأيام - غير لازم قطعاً، ويشك في نفي صحته، فالمرجع للآية الكريمة، ونتيجته القول بما اختاره المشهور، من الصحة ونفي اللزوم.

وأما بناء على الإجمال في كلتا الطائفتين، كأن يقال: بأن كلاً من الروايتين: «لا بيع بينهما» و «لا بيع له»، يحتمل فيهما نفي اللزوم، ونفي الصحة، فمقتضى القاعدة التمسك بالإطلاق؛ لتردد المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر.

توضيح ذلك: أن مقتضى قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(3)، صحة المعاملة التي أخّر فيها الثمن إلى ما بعد الثلاثة الأيام؛ فإنها مطلقة من حيث الأفراد والأزمان، والفرض أن الروايات الواردة مخصّصة لها، إلّا أنها مخصّص مجمل بين الأقل والأكثر؛ لدورانه بين نفي اللزوم فقط، وبقاء الصحة، كما عليه المشهور، وبين نفيها اللزوم

1- سورة المائدة /1.
2- سورة البقرة /275.
3- سورة البقرة /275.

والصحة، كما عليه الشيخ في المبسوط، واختاره صاحب الحدائق، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو الحكم – بعد الثلاثة – بالصحة ونفي اللزوم، ونتيجته ما عليه المشهور.

هذا هو مقتضى سير البحث على جميع الاحتمالات والوجوه.

مقتضى الأصل العملي في المسألة

هذا كله في مقتضى الأصل اللفظي، وأما الأصل العملي في المسألة، فتشخيصه يبتني على مفاد «لا بيع بينهما»، فهل مفادها – على القول بالبطلان – نفي الصحة من الأوّل، أو بعد انقضاء الثلاثة الأيام؟

فإن كان من الأوّل، فلا مجال للاستصحاب؛ إذ الفرض أنه بعد الثلاثة الأيام يحكم ببطلان البيع من حين العقد، فلم يحرز البيع، ولا الملكية ليستصحب أحدهما.

وإن كان الثاني، فالتردد في كون إفادتها نفي اللزوم أو نفي الصحة، يقتضي التردد في الصحة والبطلان بعد الثلاثة الأيام، أي إن كان مفادها نفي الصحة، فلا ملكية بعد الثلاثة الأيام، وإن كان مفادها نفي اللزوم، فالملكية باقية، فبما أن الملكية متيقنة الحدوث في الثلاثة، ونشك في بقائها بعدها، فالأصل بقاء الصحة، واستصحاب الملكية.

ص: 270

شروط خيار التأخير

الشرط الأول: عدم قبض المبيع

اشارة

قال الشيـخ (قدس سره) عن هذا الشرط: (ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدّمة قوله (عليه السلام) : في صحيحة علي بن يقطين المتقدّمة: «فإن قَبّضَ بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»، بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع)(1)

إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات

وأنكر صاحب الرياض (رحمـة الله) دلالة الأخبار عليه،(2) وتبعه صاحب الجواهر(3) (رحمـة الله) ، واعتمد في اشتراطه على الإجماع، وهو المعني بقول الشيخ (رحمة الله) : (وتبعه بعض المعاصرين)(4)

ولم يرَ الشيخ (رحمة الله) لهما محملاً إلا وجهين:

الأول: سقوط هذه الفقرة من النسخة المأخوذ منها الرواية.

1- المكاسب 5/220.

2- رياض المسائل 8/307.

3- جواهر الكلام 24/96 (23/54).

4- المكاسب 5/220.

وهو عذر غير صالح، كما هو واضح؛ لأن صاحب الجواهر (رحمة الله) ذكر هذه الجملة في الرواية.

الثاني: احتمال قراءة «قبَض» بالتخفيف، و«بيّعه» بالتشديد، يعني قبض بائعة الثمن، في قبال «قبّض» بالتشديد، و«بيعه» بالتخفيف، بمعنى المبيع.

إشكال الشيخ عليهما

وأورد عليهما الشيخ (رحمة الله) بوجهين:

الأول: أن استعمال «البيّع» بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، بخلافه في التثنية، فقد ورد «البيّعان بالخيار».

الثاني: إمكان إجراء أصالة عدم التشديد في «البيّع»، نظير ما ذكره في الروضة: من أصالة عدم المدّ في لفظ «البكاء» الوارد في قواطع السفر؛ حيث شك في كونه بالقصر أو بالمدّ، فإن كان بالمدّ كان القاطع البكاء بالصوت، وإن كان بالقصر كان القاطع مطلق البكاء.(1)

والحاصل: أن المستفاد من الرواية عند الشيخ (رحمة الله) اشتراط عدم قبض المبيع لثبوت الخيار؛ بناء على قراءة «قبض» بالتشديد، و «بيعه » بالتخفيف.

وأما مختار صاحب الرياض فالأمر بالعكس من حيث تشديد الكلمة وتخفيفها؛ أي «قبض» بالتخفيف، و «بيعه» بالتشديد، أي البائع، وما يقبضه البائع هو الثمن، فيكون الشرط عدم قبض الثمن.

إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ

وأورد المحقّق الإيرواني على الاستدلال بالرواية: بأن فيها احتمالات ثلاثة، فلا

1- المكاسب 5/(220-221).

يتم الاستدلال مع وجودها، وهي:

الأول: أن يكون «البيع» فيها بمعنى الثمن، فيقال: باع ولم يقبض بيعه، كما يقال بالنسبة إلى المبيع: اشترى ولم يقبض شراءه، فالمراد من (شراءه) المبيع، ومن (بيعه) الثمن.

الثاني: أن يكون المراد كناية عن عدم قبض مجموع العوضين، المفروض في السؤال، فيكون مفادها أنه إذا تمّ قبض المجموع لزم البيع، وإلا ثبت الخيار.

الثالث: أن تكون كلمة «بيعه» جواباً للشرط، على أن يكون مفعول «قبض» محذوفاً؛ يعني إن قبض الثمن أو مجموع العوضين، فالبيع بينهما، أي فله بيعه، وإن لم يقبض الثمن فلا بيع بينهما.

والعمدة في الاستدلال اختصاص موارد الأخبار بصورة عدم قبض المبيع، وعدم الإطلاق في الرواية، أو تنقيح مناط، بحيث تشمل صورة قبض المبيع، فلهذا يقتصر على القدر المتيقن، وهو صورة عدم القبض، وهو مورد الروايات؛ إذ مع عدم الإطلاق في الرواية يكون المرجع أصالة اللزوم في غير القدر المتيقن.(1)

هذا ما أفاده المحقّق الإيرواني (رحمة الله) ، ولكن إثبات الإجمال في الأدلة يتوقف على كون المحتملات المذكورة في الكلام موافقة لقواعد المحاورة، وهو غير تام في ما ذكر:

أما الاحتمال الأول؛ فلعدم استعمال كلمة البيع وإرادة الثمن في الروايات، ولا في كلمات الفقهاء، بخلاف إرادة المبيع منها؛ فإنه أمر شائع الاستعمال، والقياس على الاشتراء مع الفارق؛ إذ يستعمل الشراء في ما اشتراه (المشترى)، كما يستعمل البيع في المبيع، فأي ربط باستعمال البيع في الثمن؟ بل استعمال الشراء في المشترى يؤيد كلام الشيخ (رحمة الله) من استعمال البيع في المبيع، لا العكس.

1- حاشية المكاسب للمحقّق الإيرواني 3/183، رقم 374.

وأما الاحتمال الثاني؛ فلأن استعمال البيع في مجموع الثمن والمثمن، استعمال له في غير ما وضع له، وغير معناه العرفي.

وبعبارة أخرى: أن المعنى اللغوي والعرفي على خلاف هـذا الاحتمال؛ فإن البيع لغة، إما أنه فعل البائع خاصة، وإن كان من الأضداد أطلق على فعـل البـائع وفعـل المشـتري، ويـأتي عنـد العرف بمعنى المـبيع، فمعنـاه في «إن قبّض بيعه» [أي] مبيعه، وحمله على مجموع الثمن والمثمن حمل له على معنى غير متعارف عند الإطلاق، بلا قرينة تدل عليه.

وأما الاحتمال الثالث؛ فأولاً: أن تقدير المحذوف على خلاف الأصل.

وثانياً: لا توجد قاعدة تدلّ على أن «بيعه» في «فإن قبض بيعه» جواب شرط محذوف.

تأييد المحقّق الرشتي للشيخ

وأيّـد المحقّق الرشتي (قـدس سـره) ، مـا احتمله الشـيخ (رحمـة الله) ؛ بروايـة «قبضه» مع ضـمير المفعول، بناء على قراءة «قبض» حينئذٍ بالتشديـد، و«بيعه» بـالتخفيف؛ أي «قبّضه بيْعه»، بمعنى قبّض البـائع المشـتري مـبيعه، فتكـون حينئـذٍ دليلاًـ على المشـهور، وسالمـة عن الإشكال.

وأما على قرائتها بتخفيف «قَبَضَه»، وتشديد «بيّعه»، فهي على عكس المطلوب أدل؛ إذ يكون المعنى قبَضَ الثمنَ بائعه.(1)

الحق في لفظ الرواية ومفادها

والذي ينبعي أن نتابع الرواية من أولها ومرجع الضمائر فيها، فأولها السؤال:

1- فقه الإمامية: الخيارات /547.

«عن الرجل يبيع البيع»، ولا شك أن المراد من «البيع» هنا هو المبيع، «ولا يقبضه صاحبه»، وفي ضمير «صاحبه» احتمالان:

1- أن يعود على المشتري، الذي هو صاحب البائع، فيكون «صاحبه» مفعولاً به إلى الفعل المتعدّي، وهو «يقبضه».

2- أن يعود على البيع بمعنى المبيع، أي صاحب المبيع، وهو المشتري.

وعلى كل فالمراد أن المشتري لم يقبض المبيع، كما أن البائع لم يقبض الثمن، فما هي الوظيفة؟

فأجاب الإمام (عليه السلام) : «الأجل بينهما ثلاثة أيام»؛ أي أن المعاملة إذا وقعت ولم يتمَّ قبض المبيع ولا الثمن، فالمعاملة لازمة إلى ثلاثة أيام، ثم: «فإن قبض بيعه»، والقاعدة تقتضي أن تحمل النصوص على ما وصل إلينا من حملتها، فإن كان الضبط بالتخفيف فالحكم بالتشديد خلاف القاعدة، وقد ضبطت الرواية بالتخفيف؛ إذ لم تشدّد في كتب الحديث، فيرجع ضمير «بيعه» إلى الصاحب، فيكون المعنى فإن قبض المشتري المبيع فالبيع لازم، ويكون المفهوم، فإن لم يقبض البيع فلا بيع بينهما.

هذا هو الحق في بيان الرواية، وعليه يتمّ مدعى المشهور، ولا عبرة بمدّعى الشيخ (رحمة الله) ، ولا باحتمالات المحقّق الإيرواني (رحمة الله) .

ثم على احتمال تشديد «قبّض» يتمّ أيضاً قول المشهور؛ لأن الضمير يعود حينئذٍ إلى البائع، والمراد من «بيعه» مبيعه، فيكون المعنى فإن قبّض البائعُ المشتريَ المبيعَ فقد لزم البيع، وإلا فلا، فيفيد اشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار.

وكذلك يتمّ قولهم على النسخة التي نقلها المحقّق الرشتي (رحمة الله) : «فإن قبّضه بيعه».

نعم، لا يتمّ قولهم على الاحتمال الذي احتمله الشيخ (رحمة الله) في وجه إنكار صاحب الرياض (رحمة الله) لدلالتها، وهو: «إن قبَض بيّعه» بتشديد البيّع.

ص: 275

إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه

وقد أورد عليه الشيخ (رحمة الله) بإيرادين:

الأول: ندرة استعمال «البيّع» بالتشديد مفرداً.

الثاني: أصالة عدم التشديد.

أما الأول، فيرد عليه: أن الاستعمال إذا كان صحيحاً مادة وهيئة، فعدم الاستعمال لا يضر، فضلاً عن ندرته، ولا شك أن الاستعمال صحيح؛ بدليل وروده في حال التثنية كما في «البيّعان بالخيار»، فمع صحة استعماله في حال التثنية، فما هو المانع من صحة استعماله مفرداً؟

فليس من شرائط الصحة، رؤية الاستعمال، وكل استعمال مسبوق بالعدم، فلا بدّ من شروع الاستعمال من نقطة ابتداء.

وأما الثاني، فيحتمل فيه احتمالان:

الأول: الأصل العقلائي.

الثاني: الأصل الشرعي.

أما الأصل العقلائي، فالمراد به أصالة عدم الزيادة في الكلام لو شك فيها، بما أن التشديد أمر زائد في الكلمة، فالأصل عدمه.

ولا ـ يخفى أن هذا الأصل ثابت من حيث الأصل، ولم يثبت إطلاقه، بمعنى أنه ثبت جريانه عند العقلاء، فيما لو شك في زيادة كلمة أو جملة في الكلام، هل هي ثابتة أو زائدة، فالأصل عدم الزيادة، وأما إذا شك في كيفية الكلمة - وإن اعتبرت الكيفية زيادة فيها - فلم يثبت جريان الأصل عندهم، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن التشديد زيادة في كيفية الكلمة.

وأما الأصل الشرعي، فهو هنا استصحاب العدم الأزلي؛ لعدم الحالة السابقة زماناً؛ أي أن الكلمة قبل تلفّظها لم توجد، ولم تكن مشدّدة ولا مخفّفة، فحينما تلفّظ بها

الإمام (عليه السلام) ، فهل نطقها مشدّدة أو مخففة؟ هذا ما نشك فيه، فالعدم المأخوذ، سالبة بانتفاء الموضوع، لا بانتفاء المحمول، وما كان كذلك كان أصلاً أزلياً.

وجريانه يدور مدار المبنى فيه،(1) فالمحقّق النائيني (رحمة الله) الذي لا يرى جريانه من أساس، لا يتمسك به في المقام، بخلاف من يراه.

إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ ودفعه

ولهذا، لا يصح إيراد المحقّق الخراساني (رحمة الله) عليه: بعدم وجود حالة، سابقة للكلمة حتى تستصحب؛ فإن التخفيف والتشديد كليهما، من الكيفيات التي تكون للكلمة، فتوجد مكيّفة به أو بعدمه، فهي - حينما وجدت - إما وجدت مشدّدة أو مخفّفة.(2)

فإنه مخالف لمبناه، من جريان استصحاب العدم الأزلي، فحال الكلمة حال المرأة؛ فإنها إما وجدت قرشية أو غيرها.

المناقشة في أصل عدم التشديد

نعم، يرد عليه وجهان:

الأول: أنه أصل مثبت؛ فإن أصالة عدم التشديد في «بيّعه»، لا تثبت التخفيف فيه إلا من باب إثبات اللازم العقلي؛ فإن البيع بالتخفيف ضد البيّع بالتشديد، فلازم نفي أحدهما ثبوت الآخر عقلاً، وبما أن الأصل المثبت غير ثابت، فلا يثبت التخفيف، فلا أثر لأصالة عدم التشديد، فينتفي مستند المشهور، ولا مخلص من هذا الإشكال.

الثاني: معارضته بأصل مثله، وتصوير المعارضة بنحوين:

النحو الأول: أن أصالة عدم التشديد في البيّع، معارضة بأصالة عدم التخفيف

1- أي جريان الاستصحاب العدم الأزلي وعدمه.

2- حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني (رحمة الله) /201.

فيها؛ إذ كل منهما هيئة مستقلة للمادة، وكما أن للبيّع بالتشديد أثراً؛ حيث يترتب عليه الحكم بشرطية عدم قبض الثمن، فكذلك للبيع بالتخفيف؛ فإن له أثراً؛ حيث يترتب عليه القول بشرطية عدم قبض المبيع.

وهو إشكال لا مفرّ منه، ولا دافع له أيضاً.

النحو الثاني: معارضة أصالة عدم التشديد في «بيّعه»، بأصالة عدم التشديد في «قبّض»؛ بناء على لا بدّية التشديد في أحدهما.

وهذا الإشكال، إنما يتمّ على قول من قال: بتوقف قول المشهور على تشديد «قبّض»، وأما على ما ذهب إليه المحقّق الأصفهاني(1) (رحمة الله) ، وهو المختار عندنا - كما تقدم - من تمامية قولهم حتى على قرائتها بالتخفيف، فلا موضع له.

فتلخّص: أن الإشكالات الواردة على الأصل ثلاثة:

الأول: أنه مبنائي؛ لكونه استصحاب العدم الأزلي.

الثاني: أنه أصل مثبت.

الثالث: معارضته لأصالة عدم التخفيف في «بيعه».

وأما قياس أصالة عدم التشديد، بأصالة عدم المَد في البكاء الوارد في قواطع الصلاة، فهو مع الفارق؛ إذ أن الأمر في مسألة البكاء مردد بين الأقل والأكثر؛ فإن في البكاء بالمدّ مدّاً زائداً، وهمزة زائدة، وهما حرفان زائدان، دون البكا بالقصر، فإذا تردّد الأمر بينهما جرى الأصل العقلائي بعدم الزيادة(2)، وجرى الأصل الشرعي على القول بجريانه، كما أجراه الشيخ (رحمة الله) .

وأما ما نحن فيه فالأمر مردّد بين متباينين؛ فإن «البيّع» بالتشديد مباين إلى

1- حاشية المحقّق الاصفهاني 4/(350-349).

2- والعجب ردّ الاستاذ المحقّق جريان هذا الأصل في كيفية الكلمة وسبحان من لا يسهو. مضافاً إلى عدم جريان المسائل الأصولية في علم الأدب كما لا يخفى على أهله.

«البيع» بالتخفيف؛ لأنه ضده، فلا يقاس على البكاء.

ونتيجة البحث:

أن الرواية دالة على شرطية عدم قبض المبيع، سواء أقرئت «قبض» بالتخفيف أم بالتشديد؛ فإن «بيعه» بمعنى المبيع.

تحقيق المحقّق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن

توضيح ما أفاده المحقّق الخراساني (رحمة الله) :

أن أدلة اعتبار خيار التأخير لا تخلو من ثلاثة: الإجماع، ودليل نفي الضرر، والأخبار.

فإن كان المستند الإجماع، فبما أنه دليل لبّي، اقتصر في تخصيصه لعموم دليل اللزوم على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض الثمن والمبيع؛ وذلك لأن عموم: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) يقتضي اللزوم، سواء أقبض كل منهما الثمن والمثمن أو لم يقبضاهما، ولكن خصّص هذا العموم بالإجماع القائم على خيار التأخير، وبما أنه دليل لبّي، لا لسان له، وهو مخصص منفصل مجمل لتردّده بين الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهي صورة عدم تحقق قبض كل من الثمن والمثمن.

وإن كان المستند «لاضرر»، فلا وجه لاعتبار الجلّ، لولا الكل؛ إذ المدار حينئذٍ على حصول الضرر وعدمه، لا على قبض الثمن أو المثمن وعدمه، فلو حصل الضرر وقبض الثمن والمثمن ثبت الخيار، ولو لم يحصل الضرر، ولم يقبض الثمن ولا المثمن، لم يثبت الخيار.

ولا شبهة في ثبوت الضرر مع فقدان أحدهما، أي لم يحصل قبض للثمن أو

1- سورة المائدة /1.

المثمن.

وإن كان المستند الأخبار، فظاهر بعضها كصحيحة علي بن يقطين عدم الاعتبار إلا بعدم قبض المثمن، وظاهر بعضها الآخر اعتبار عدم قبض الثمن، والتوفيق بينهما كما يتمّ بتقييد إطلاق كل منهما بالآخر، وهو يقتضي اشتراطهما معاً؛ أي عدم قبض الثمن والمثمن، يتمّ بالحمل على كفاية عدم قبض أحدهما، والأول أظهر، ولو لم يكن بأظهر فليس الثاني بأظهر، ومع تساويهما يسقطان، فيرجع إلى الأصل.

بيان ذلك: أنه في صحيحة علي بن يقطين شرط، وهو «فإن قبض بيعه»، ومفهومه إن لم يقبض المبيع فله الخيار مطلقاً؛ أي سواء أقبض الثمن أم لم يقبض.

وفي صحيحة زرارة(1) شرط أيضاً، وهو: إن أتى المشتري بالثمن فلا خيار له، ومفهومه أنه إذا لم يأت بالثمن فله الخيار مطلقاً، سواء أقبض المثمن أم لم يقبضه.

والتوفيق بينهما يتمّ بأحد وجهين:

الأول: أن يقيد إطلاق كل منهما بتقييد الأخرى، والنتيجة إن لم يقبض المثمن، بمقتضى صحيحة ابن يقطين، ولم يقبض الثمن بمقتضى صحيحة زرارة ثبت الخيار، وإن تخلّف أحدهما فلا خيار.

الثاني: أن ترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، بمعنى أن صحيحة ابن يقطين تقضي بالخيار إن لم يقبض المثمن، ولا يشترط شيء آخر غيره، وصحيحة زرارة تقضي بالخيار إن لم يقبض الثمن، ولا يشترط شيء آخر غيره، فترفع اليد عن الخصوصية في كل منهما، فيكون الشرط هو الجامع بينهما، أي إذا تحقّق أحدهما ثبت الخيار.

والوجه الأول هو الأظهر، وعلى فرض عدم أظهريته، فليس الثاني بأظهر، فيقع التنافي بينهما، ويرجع حينئذٍ إلى الأصل، فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل

1- وسائل الشيعة 18/21، ح1.

اللزوم عدم تحقّق قبض الثمن والمثمن معاً.(1)

المناقشة في تحقيق المحقّق الخراساني

ولا بدّ من تعيين أصل المسألة؛ فإن المجعول على المشهور اللزوم، والجواز (والخيار)، وعلى مسلك الشيخ (رحمة الله) الصحة والبطلان، والمسألة من صـغريات تعدّد الشـرط، واتحاد الجزاء؛ فإن في صحيحة علي بن يقطين(2)، شـرط عدم قبض المبيع، وفي صحيحة زرارة(3) و[موثقة] إسحاق بن عمار(4) شرط عدم قبض الثمن، فالحكم واحد وهو الخيار، والشرط متعدد.

هذا هو أصل المسألة، وقد ذكر المحقّق الخراساني (رحمة الله) في الأصول في كبرى هذه المسألة - إذا تعدّد الشـرط واتّحد الجزاء - أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن إطلاق مفهوم كل منهما مقيد بمنطوق الآخر، ونتيجته اعتبار أحد الشرطين لتحقّق الجزاء.

الوجه الثاني: أنه في مثل هذه الحالة لا مفهوم لكلتا القضيتين، فيتحقّق الجزاء بتحقّق أي من الشرطين

الوجه الثالث: أن يتقيّد كل منهما بالآخر بنحو الانضمام، فيكون الشرط اجتماعهما، أي مركب من جزئين.

الوجه الرابع: الشرط هو الجامع [أي كليٌّ ينطبق على كلِّ واحدٍ].

واختار من جهة عرفية الوجه الثاني، لعدم المفهوم في مثل هذه القضية؛ لعدم تعرّضها للنفي، وإنما تقتصر على الإثبات.

1- الحاشية على المكاسب /201.
2- وسائل الشيعة 18/22، ح3.
3- وسائل الشيعة 18/21، ح1.
4- وسائل الشيعة 18/22، ح4.

وأما من جهة عقلية فقد اختار الوجه الرابع؛ فإنه وإن كان مقتضى الظهور أن يكون كل واحد من الشرطين شرطاً مستقلاً؛ إلا أن هذا الظهور ساقط عقلاً؛ لامتناع صدور الواحد من الكثير؛ فإن الواحد لا يصدر إلا من الواحد، فيمتنع ترتّب الجزاء على الخصوصيات المتباينة، فيكون الشرط هو الجامع بحكم العقل.

وما اختاره هنا، مخالف لما اختاره في الكفاية في كلا الوجهين؛ فقد اختار في الكفاية من جهة عرفية عدم المفهوم للقضية الشرطية في مثل هذه الصورة، فيكون تحقّق كل واحد من الشرطين كافياً لترتب الأثر، بينما اختار في المقام كون الشرط عدم قبض الثمن والمثمن معاً.

وهو مخالف أيضاً لما اختاره في الكفاية من جهة عقلية، لأنه اختار فيها كون الشرط هو الجامع، وهو كلي ينطبق على كل واحد، فيخالف كون الشرط هو الجميع.

وأما الحل، فما أفاده من الوجه العرفي مردود؛ لأن مستنده أن مفهوم الشرط إنما يوجد مع كون العلة منحصرة، وفي حال تعدد الشرط لم يحصل الانحصار، فلا مفهوم.

وهو ممنوع؛ لأن كل واحدة من القضيتين الشرطيتين يوجد فيها اقتضاء المفهوم؛ فإن تعليق شيء على شيء يقتضي الثبوت عند الثبوت والانتفاء عند الانتفاء، فإذا تمَّ المقتضي في القضيتين وتعارضا في الأثر كان مقتضى الجمع بينهما إما ب-(أو) أو ب-(الواو)، فيكون الشرط كليهما منضمين أو أحدهما.

وأما الوجه الثاني [العقلي]، فهو مبتنٍ على قاعدة فلسفية، وفيها صيغتان:

الأولى: الواحد لا يصدر إلا من الواحد.

الثانية: الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وهي لو تمّت في محلها لم تتمَّ في ما نحن فيه؛ فإن محلها العلل الطبيعية، أي الفاعل الطبيعي التكويني، فلا يصدر من النار الحرارة والبرودة، كما لا تصدر الحرارة

من النـار والمـاء، وأمـا ما نحن فيه، فما هو إلا الاعتبار الشـرعي، ولا علل فيه، وإنما الموجود الموضوع، وهو ليس بعلـة للحكم، والشـروط الشرعية موضوعات للأحكام، لا أن الأحكام تترشح منها؛ فإن فاعل الحكم هي إرادة المولى، فلا وجود للمقتضي والمقتضى، ليقال الواحد لا يصدر منه إلا واحد.

وحق المطلب: أن عندنا قضـيتين شـرطيتين، الأولى ما في صـحيحة ابن يقطين: إن قبض المبيع فلا خيار له، ومفهوم الشـرط: إن لم يقبض المبيع فله الخيار، وهو مطلق؛ أي سواء أقبض الثمن أم لا.

والثانية ما في صحيحة زرارة، ومدلولها: إن قبض الثمن فلا خيار له، ومفهومها: إن لم يقبض الثمن فله الخيار، أعم من قبض المبيع وعدمه.

والملاحـظ أن مفهوم كل منهما معارض لمنطوق الأخرى، وبما أن النسـبة بينهما نسـبة العموم المطلق، فيحمل العام على الخاص، ونتيجة الجمع بينهمـا – كمـا حقق في الأـصول – التقييـد بـ–(أو)، ونتيجـة ذلـك أنه إذا وقع البيع ولم يقبض الثمن أو المثمن ثبت الخيار، فيكون الشرط في المسألة – بحسب كبرى المسألة وصغراها – وجود أحد الأمرين.

فروع

الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع

اشارة

ثم إنه لو كان عدم القبض بعدوان البائع، كأن بذل المشتري له الثمن، فامتنع عن قبضه وعن إقباض المبيع، فهل للبائع الخيار؟

استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار

استظهر الشيخ (رحمة الله) عدم الخيار، واستند في ذلك إلى (أن ظاهر النص والفتوى

كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرّره، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله(1)

إشكال المحقّق السيّد الخوئي على الشيخ

وأورد عليه المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) : بعدم إناطة الحكم بالإرفاق بالبائع في الروايات، ومقتضى إطلاقها(2) ثبوت الخيار - على القول بثبوته - ما دام لم يحصل القبض ولو كان عدم القبض بسببه.(3)

التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال:

إن كان المستند في ثبوت هذا الخيار هو الإجماع، فبما أنه دليل لبّي، ومخصِّص منفصل لآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(4)، لزم الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة ما إذا لم يكن عدم القبض من قبل امتناع البائع.

ومن الواضح تمامية ما أفاده الشيخ (رحمة الله) بناء على هذا المستند، ولعل هذا مراده (رحمة الله) من قوله: (ظاهر الفتوى).

وإن كان المستند قاعدة (لا ضرر)، فالحال كالسابق؛ لأنها إنما تنفي اللزوم الضرري إذا استند الضرر إلى الشارع، وأما إذا كان مستنداً إلى البائع نفسه، فلا ترفعه.

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، بمعنى أن معاملات العقلاء مبنية على أن يُقبض البائعُ المشتريَ المبيعَ، وعلى أن يُقبض المشتريُ البائعَ الثمنَ، فإقباض كل منهما

1- المكاسب 5/221.

2- مراده اطلاق صحيحة علي بن يقطين لما ورد فيها: «ان قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما». [وسائل الشيعة 18/22، ح3]. ويرد عليه: «لا يكون للبائع داع إلى عدم قبض الثمن غالباً، ولهذا ظاهر السؤال عدم إقباضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن»، راجع إرشاد الطالب 6/218.

3- مصباح الفقاهة 7/11؛ التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 39/12.

4- سورة المائدة /1.

الآخر، شرط ضمني في المعاملة، ومتى تخلّف أحدهما عنه كان للآخر الخيار، فالحق مع الشيخ (رحمة الله) أيضاً كما هو واضح.

وإن كان المستند الأخبار، فبعد وضوح أن التمسك بالإطلاق يتوقف على عدم القرينة، وعدم ما يحتمل القرينية، ولا عبرة باحتمال القرينة؛ فإن الإطلاق يرفعه.

نقول: إن الخيارات، من حيث المستند على قسمين: ارتكازية، وتعبدية، فالارتكازية كخياري الغبن والعيب؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، وعلى سلامتهما، فمتى تخلّف أحدهما ثبت الخيار.

والتعبدية كخياري المجلس والحيوان؛ فإن مستندهما الوحيد النصوص، لا المرتكز العقلائي.

وكلاـ القسمين جعلاـ لمصلحة صاحب الخيار، والإرفاق به؛ فخيار المجلس جعل للمتبايعين ليتروّى كل واحد في ما انتقل إليه، وفي مصلحته من العقد، ولرفع الغفلة عنه إن كانت، وخيار الحيوان - كما يظهر من روايات صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام(1) - جعل لكي يتروّى المشتري ويتأمل في الحيوان ليعرف عيوبه.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الخيارات الارتكازية؛ فإنها جعلت للإرفاق بصاحبها، فرفقاً بالمغبون لم يجعل البيع الغبني لازماً في حقه، ورفقاً بمن انتقل إليه المعيب لم يجعل البيع لازماً له.

وما نحن فيه، أعني خيار التأخير لم يخرج عن هـذه القاعـدة؛ فإنما جعل - من ناحية عقلائية، وعطفاً له على سائر الخيارات - إرفاقاً بالبائع؛ لكي لا يقع في شدّة؛ إذ لو كان البيع لازماً، وحرم من ماله، وهو الثمن، وألزم بحفظ مال غيره، وهو المثمن، لوقع فيها، فجعل الخيار له إرفاقاً به، وهذا هو معنى كلام الشيخ (رحمة الله) : (لأن ظاهر

1- وسائل الشيعة 18/22، ح3، صحيحة الحسن بن علي بن فضال.

النص كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع).

والحاصل: أن الفحص والتأمل في الخيارات التأسيسية التعبدية، والإمضائية يقتضي أن يكون جعل الخيار في ما نحن فيه إرفاقياً.

ولو تنزلنـا عن هـذا الظهور، وقلنا بعـدمه، فلا أقل أن المعاملـة مبنيـة بحسب الارتكاز العقلائي على أن ينتقل الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، ومتى تخلّف أحـدهما عن الإقباض لم تكن المعاملة لازمة؛ بمقتضـى السـيرة العقلائية القطعية، ومعه لا يعقل انعقاد الإطلاق؛ فـإن الإطلاقـات ملقـاة إلى العرف والعقلاـء، فتكون الارتكـازات العقلائيـة قرائن حافـة بالكلام، ولا أقل أنها محتملـة القرينيـة، وعلى كلا التقديرين لا ينعقد الإطلاق.(1)

فما أورده المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) على الشيخ (رحمة الله) غير تام.

الفرع الثاني: لوقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع

اشارة

لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع، مع عدم إقباض الثمن، فهو وإن كان ملكاً له؛ بمقتضـى المعاملة الواقعة، و (الناس مسلطون على أموالهم)، إلا أن الشـرط الارتكازي عند العقلاء: أن يحجر على كل واحد من الطرفين من التصرف في ملكه، إلا أن يُقبض صاحبه ما عنده، في قبال ما انتقل إليه.

وكيف كان، ففي ثبوت الخيار أو سقوطه أربعة وجوه، ذكرها الشيخ (رحمة الله) :

الوجه الأول: أن القبض من دون إذن - كالقبض مع الإذن - موجب لسقوط الخيار، لإطلاق الأدلة؛ حيث جعلت الخيار يدور مدار القبض وجوداً وعدم، بمعنى إن لم يحصل القبض فله الخيار، وإن حصل فلا خيار له، سواء أكان القبض بإذنه أم من غير إذنه.

1- قد مرّ وجه عدم الاطلاق في التعليقة السابقة.

الوجه الثاني: أن القبض بلا إذن كلا قبض؛ لانصراف أدلة القبض عنه.

الوجه الثالث: التفصيل بين استرداد البائع للمبيع وعدمه، فإن استردّه كان القبض كلا قبض؛ لعدم تحقّق القبض بقاء، فله الخيار؛ لتحقّق شرطه، وإن لم يستردّه فهو راضٍ بالقبض، فلا خيار له.

رأي الشيخ في المسألة

الوجه الرابع: ما اختاره الشيخ (رحمة الله) من ابتناء هذه المسألة على مسألة ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

توضيح ذلك: أن من القواعد المعروفة في الفقه: (أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، فإذا تلف قبل القبض مطلقاً، فهو من مال بائعه بلا إشكال، ولكن إذا تلف بعد قبضه بدون إذن البائع، فهل يرتفع الضمان عنه أو لا؟ فإن قلنا بارتفاع قلنا هنا بحصول القبض وعدم الخيار، وإن قلنا هناك بعدم ارتفاعه، قلنا هنا بعدم القبض وثبوت الخيار.

والوجه في ذلك: أن المستند في هذا الخيار هو قاعدة نفي الضرر، فإذا قلنا في تلك المسألة بعدم الاعتبار بالقبض بدون إذن، بحيث يضمن البائع المبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بثبوت الخيار؛ إذ لو لم نقل به لزم تضرّر البائع؛ للحكم بثبوت الضمان عليه لو تلف، ووجوب حفظ المبيع، مع حرمانه من الثمن.

وإن قلنا في تلك المسألة باعتبار هذا القبض، وعدم ضمان البائع للمبيع لو تلف، قلنا في هذه المسألة بعدم الخيار؛ لعدم تضرّره؛ إذ لا ضمان عليه، وأما ضرر حفظه وحرمانه من الثمن فيرتفع بأخذ المبيع مقاصة، وبما أن رأيه في تلك المسألة هو سقوط الضمان، فرأيه في المقام سقوط الخيار.(1)

ص: 287

1- المكاسب 5/221، بشرح وتوضيح من الشيخ الأستاذ (دام ظله) .

المناقشة فيما اختاره الشيخ

وما أفاده الشيخ (دام ظله) يبتني على مقدمات تقدّمت مفصلاً، وهي:

الأولى: أن المبنى في خيار التأخير قاعدة نفي الضرر.

الثانية: نفس قاعدة (تلف المبيع من مال بائعه قبل قبضه) يعدّ ضرراً؛ إذ الفرض عدم حصول التلف لحد الآن.

الثالثة: حفظ المال في عهدة البائع، ونفس الحفظ ضرر.

ومع أخذ هذه المقدمات بعين الاعتبار يظهر تأثيرها في المطلب، ولكن تقدّم منّا أنّا قلنا: بأن نسبة الضرر إلى عدم القبض والإقباض في خلال الثلاثة الأيام، نسبة العموم والخصوص من وجه، فربما يحصل الضرر بالتأخير في خلال هذه المدة، وربما لا يحصل الضرر، فليس كل تأخير ضررياً.

وأما الحكم بالضمان لو تلف قبل القبض، فهي قضية تعليقية؛ حيث علّق الضمان على حصول التلف، وصرف الحكم بذلك لا يعدّ ضرراً عرفاً؛ فإن الضرر - لغة وعرفاً - هو النقص في المال أو الطرف أو النفس، وليس ذلك شيئاً منها، وكذلك حرمانه من الثمن، وعدم وصوله إليه؛ فإنه لا يعدّ ضرراً عرفاً، بل هو عدم انتفاع.

فإذا اخذنا هذه الأمور بعين الاعتبار اتضح بطلان ما أفاده الشيخ (رحمة الله) كبرى وصغرى، هذا أولاً.

وثانياً: أن عمدة ما استند إليه الشيخ (رحمة الله) في المقام هي الروايات، ولو استفيد منها كون الضرر علّة للحكم بالخيار لتمَّ ما أفاده (رحمة الله) ، ولكن غاية ما يستفاد منها كونه حكمة، فلا يفيد.

وثالثاً: أن غاية ما دلّت عليه الروايات هو أن القبض إن تمَّ في خلال الثلاثة الأيام فالبيع لازم، وإلا فالبيع باطل، على مبنىً(1)، وغير لازم، على مبنىً آخر(2)، ولا

1- مبنى الشيخ الطوسي ومن تبعه.

2- على مبنى المشهور.

تدل على كون الضرر علّة ولا حكمة.

فما أفاده الشيخ (رحمة الله) يتمُّ على احتمال من ثلاثة احتمالات، وهو ما إذا استفيد كون الضرر علّة للحكم، وأما إذا استفيد كونه حكمة فالمدار على الإطلاق، كما في باب عدّة المطلقة؛ فإن اختلاط المياه حكمة لا علّة، فالمدار فيها على إطلاق الدليل.

فتحصل إلى هنا:

أنه يرد على الشيخ (رحمة الله) : أن كون الضرر علّة أمر مجهول عندنا، وغاية ما يمكن ادّعاؤه أن الخيار للإرفاق بالبائع، وهذا أصل كلي لجميع الخيارات.

وعلى فرض كونه علّة ثبوتاً، إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً، والعلّة ثبوتاً تحتاج إلى بيان إثباتاً، مثل: (لا تشرب الخمر فإنه مسكر)، فإذا ثبت مثله دار الحكم مدار العلة، ولا شيء في النصوص ما يشعر بالعلية، وغايتها استفادة الحكمة.

التحقيق في المسالة

إذا اتضح هذا فليس لنا إلا الرجوع إلى الروايات؛ لمعرفة ما يستفاد منها، فمنها صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(1)

وفي الرواية نكات أربع، لا بدّ من ملاحظتها:

الأولى: إن قرئت «قبّض» بالتشديد، كما احتمله عدّة من الأعاظم، فلا أثر للقبض بلا إذن؛ لأن الضمير يعود - حينئذٍ - إلى البائع، فإذا قَبَضَ المشتري المبيعَ بلا إذن البائع لم يتحقّق شرط اللزوم، وهو تقبيض البائعُ للمبيع، فيثبت الخيار.

الثانية والثالثة: إن قرئت «قبَض» بالتخفيف، فربما يقال بتحقّق الشرط؛ لأن

1- وسائل الشيعة 18/22، ح3.

الضمير يعود حينئذٍ على المشتري، فيتحقّق القبض وإن لم يكن بإذن البائع، فلا خيار.

ولكن الحقّ ليس كما يحتمل، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن المعاملات البيعية تقع مبنية على الشروط الإرتكازية بين العقلاء، فمن الشروط أن يسلّم البائعُ المبيعَ للمشتري في ظرف تسليم المشتري الثمن له، ولم يبنِ البائع على تسليم المثمن ولو لم يستلم الثمن.

وبعبارة أخرى: أن المعاملة مبنية على أن يكون كل واحد من العوضين وثيقة عن العوض الآخر، ولم تبنَ على أن يأخذ المشتري المبيع من دون أن يسلّم الثمن، أو أن يأخذ البائع الثمن من دون أن يسلّم المبيع.

فالشرط الإرتكازي بين العقلاء أن يتحقّق الإعطاء والأخذ من الطرفين، وما لم يحصل ذلك فهو على خلاف الشرط عندهم.

وعليه، فالرواية تنزّل على ما عند العقلاء، وإطلاقها يحمل على الشرط المرتكز عندهم، فهي وإن كانت مطلقة بحسب ظاهرها إلا أنها لا تدلّ إلا على ما عند العقلاء، فلا تشمل قبض المشتري بلا إذن، ومن دون إعطاء الثمن، وحيث لم يتحقّق الشرط يثبت الخيار.

والنتيجة: أن الخيار يثبت على كلا التقديرين في قراءة «قبض»، أي قرئت بالتشديد أو بالتخفيف؛ لأنه لم يتحقّق شرط اللزوم.

الوجه الثاني: أن مقتضى التأمل في روايات الباب يفيدنا بأن هذا الخيار إنما جعل لكي لا يحرم البائع من الثمن، والمشتري من المبيع، فلاحظ قوله (عليه السلام) ، في صحيحة ابن الحجاج: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(1)

وصحيحة ابن يقطين: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه

1- وسائل الشيعة 18/21، ح2.

صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(1)

وموثقة إسحاق بن عمار: «من اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»(2)

فالمستفاد من مجموعها أن لا يحرم البائع من الثمن، وهذا الشرط المستفاد منها قد تخلّف في فرض المسألة؛ فإن المشتري أخذ المبيع من دون إذن البائع ولم يسلّم له الثمن، فحتى لو قرئت «قبض» بالتخفيف إلا أن الشرط أن يقبض المبيع، وأن يسلّم الثمن، فبما أنه لم يسلّمه لم يتحقّق شرط اللزوم المستفاد من الروايات، فيثبت الخيار للبائع.

فتحصّل أن فقه الحديث يقضي بأن يكون قبض المبيع بإذن البائع وتوأماً مع إقباض الثمن.

الرابعة: سلّمنا الإطلاق في صحيحة ابن يقطين، فيكون مفاد: «فإن قَبَضَ بيعه» أعم من كونه بإذن البائع أو من غير إذنه، ولكنها مقيّدة بما في صحيحة ابن الحجاج؛ فإن فيها: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(3)؛ فإن مفهومها: (من اشترى شيئاً ولم يجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع له)، فيثبت بهذا التقييد الخيار للبائع.

فالنتيجة: أن المستفاد من الروايات أيضاً ثبوت الخيار للبائع فيما لو أخذ المشتري المبيع بدون إذن البائع ولم يسلّم الثمن.

1- وسائل الشيعة 18/22، ح3.
2- وسائل الشيعة 18/22، ح4.
3- وسائل الشيعة 18/21، ح2.

الفرع الثالث: لو مكّن [البائعُ] المشتري من القبض فلم يقبض

اشارة

الفرع الثالث: لو مكّن [البائعُ] المشتري من قبض المبيع فلم يقبضه، فهل يبقى الخيار للبائع؟

رأي الشيخ

قوّى الشيخ (رحمة الله) ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه، بمعنى أنه لو تلف المبيع بعد التمكين وعدم القبض، فهل على البائع الضمان؛ باعتباره من مصاديق تلف المبيع قبل قبضه، أو لا ضمان عليه؛ لأنه مكّنه منه؟ فإذا اختير بقاء الضمان، فالخيار باقٍ؛ إذ لو لم يحكم له بالخيار للزم تضرّره؛ حيث يضمن لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع حرمانه من الثمن.

وإذا اختير في تلك المسألة ارتفاع الضمان عن البائع بمجرد التمكين، فالحكم في هذه المسألة عدم الخيار؛ لعدم تضرّره؛ حيث لا يضمن المبيع لو تلف، والضرر الناشيء من ناحية حرمانه من الثمن يرتفع بالمقاصة بالمبيع، ولا يجب حفظ مال الغير؛ لعدم كونه مال الغير حينئذٍ.

وبما أن الشيخ (رحمة الله) قوّى في تلك المسألة عدم الضمان في صورة التمكين من القبض، فالأقوى عنده هنا سقوط الخيار.(1)

الطريق الأوّل: ورد في السؤال في صحيحة زرارة: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده(2)، واستظهر مِنْ (يدعه عنده) عدم كفاية التمكين؛ حيث إن البائع مكّن المشتري من المبيع ولم يقبضه، بل تركه عنده، فيثبت الخيار.

واكتفى الشيخ (رحمة الله) في مناقشته بقوله: (فيه نظر)(3).

ص: 292

1- المكاسب 5/222، بتوضيح الشيخ الأستاذ (دام ظله) .

2- وسائل الشيعة 18/21، ح1.

3- المكاسب 5/222.

ولعل وجه النظر هو أن كلمة «يدعه» في مقابل الأخذ، وهي لا تدل على التمكين من قبل البائع.

هذا ما أفاده الشيخ (رحمة الله) بتوضيح منا.

رأي صاحب الجواهر

وأما صاحب الجواهر (رحمة الله) فذهب إلى أن التمكين والتخلية إن صدق عليه القبض، فيسقط الخيار، لأن شرط الخيار عدم القبض، وقد تحقّق القبض.

وإن لم يصدق عليه القبض، فالخيار ثابت؛ لأن موضوع عدم الخيار في الروايات هو القبض، ولم يتحقّق، كما لم يثبت أنَّ التمكينَ جُعِلَ بدلاً عنه، فالأصل بقاء الحق.(1)

التحقيق في المسألة

ومقتضي التحقيق في المسألة [لا بدّ من] النظر في مستند خيار التأخير، والمتصور ثلاثة مبانٍ:

المبنى الأول: قاعدة «لا ضرر»؛ إذ الحكم بلزوم المعاملة - في حال عدم تحقّق قبض المشتري للمبيع، والبائع للثمن - ضرري، وبما أن «لا ضرر» ترفع الحكم الناشئ منه الضرر، فهي تنفي اللزوم، فيثبت الخيار.

المبنى الثاني: الشرط الارتكازي العقلائي؛ فإن المعاملات العقلائية مبنية على أن يسلّم البائعُ المبيعَ للمشتري، وأن يسلّم المشتري الثمنَ للبائع، وعند تخلّف الشرط يثبت الخيار.

المبنى الثالث: النصوص الخاصة؛ فإن المستفاد منها - عند عدم تحقّق قبض

1- جواهر الكلام 24/96 (23/54).

الثمن والمثمن – لزوم المعاملة إلى ثلاثة أيام، وبعدها يكون البيع باطلاً على رأي(1)، وجائزاً على رأي آخر(2)

وأما على مبنى قاعدة نفي الضرر، فالضرر هو ضمان البائع للمبيع لو تلف قبل القبض، وهذا الضمان يدور مدار التمكين وعدمه، فإذا جعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري لم يضمن، ولجعله تحت اختياره نحوان:

النحو الأول: أن يجعل البائع المبيع تحت اختيار المشتري بغرض أن يمكّنه من الثمن، فهنا وإن لم يتضرر البائع من جهة ضمان المبيع؛ لأنه مكّن المشتري منه، إلا أنه يتضرر بحرمانه من الثمن، فيثبت له الخيار من هذه الجهة.

النحو الثاني: أن يمكّنه من المبيع، لا بغرض أن يمكّنه المشتري من الثمن، فهنا لا يثبت الخيار للبائع؛ لأنه لا يضمن المبيع لو تلف؛ إذ مكّن المشتري منه، وجعله تحت اختياره، وتضرّره بحرمانه من الثمن لا يوجب الخيار؛ لأنه كان بإقدامه عليه، فلا تشمله قاعدة «لا ضرر».

فمقتضى مبنى قاعدة «لا ضرر» هو التفصيل.

أما إذا كان المبنى الشرط الارتكازي، فغاية ما يستفاد منه تمكين البائعِ المشتري مِنْ المبيع ورفع المانع من أخذه، وتمكين المشتري البائعَ من الثمن، والأخذ والقبض يكون في عهدة الطرف الآخر، ولا يشترط العقلاء أن يقبض كل من الطرفين ما عند الطرف الآخر، وعليه فإذا مكّنه من المبيع، ولم يقبضه المشتري فقد انتفى شرط الخيار، ولا يتوقف على تحقّق القبض [فلا خيار حينئذٍ].

[الطريق الثاني] وأما بناء على الأخبار، ففيها عبارتان:

1- الشيخ الطوسي ومن تبعه.
2- المشهور.

الأولى: القبض، كما في صحيحة ابن يقطين: «فإن قبض بيعه»(1)

الثانية: الإتيان والمجيء، كما في صحيحة زرارة: «حتى آتيك بثمنه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام...»(2)

فلو جمدنا على ظاهر العبارتين تعبداً لم يصدقا على التمكين، بل لا بدّ من تحقّق القبض؛ فإن التمكين مقدمة له.

وإن لم نجمد على العبارة؛ باعتبار أن الأخبار ملقاة إلى العرف والعقلاء، فهي منزّلة على المرتكز العقلائي للمتعاملين، إلا أن الشارع أضاف شيئاً تعبّداً كإعطاء المهلة ثلاثة أيام، فيصدقان على التمكين، ويتحقق شرط اللزوم به، فينتفي الخيار.

فإن أحرز كون المراد من القبض هو الاستيلاء الخارجي، فالتمكين غير محقّق له، فيثبت الخيار؛ لكون شرطه المستفاد من الروايات هو عدم القبض.

وإن أحرز أن المراد منه التمكين، فلا خيار؛ لانتفاء شرطه.

وإن تردد الأمر بينهما، ولم يحرز أحدهما كان المورد من موارد الشبهة المفهومية للمخصص؛ لتردده بين الأقل والأكثر؛ إذ يجتمع عدم التميكن مع عدم الاستيلاء الخارجي (القبض)، كما قد يتحقّق التمكين بدون الاستيلاء، والقدر المتيقن الخارج من تحت دليل اللزوم هي الصورة الأولى، أعني ما لو لم يمكّنه من المبيع ولم يقبضه، وأما الصورة الأخرى، وهي ما لو حصل التمكين دون القبض، فيشك في خروجها من تحت عموم دليل اللزوم، فيتمسك به، كما يمكن التمسك بالأصل العملي المفيد للزوم أيضاً.

فالنتيجة: أن الخيار يثبت في خصوص ما إذا أحرز أن المراد من القبض نفس

1- وسائل الشيعة 18/22، ح3.
2- وسائل الشيعة 18/21، ح1.

الاستيلاء الخارجي؛ إذ لم يتحقّق بالتمكين، فيثبت الخيار؛ لثبوت شرطه، وأما في فرض إحراز صدقه على التمكين، وفي صورة تردد أمره بينهما، فلا يثبت الخيار، لانتفاء شرط الخيار في الأول، والتمسك بعموم دليل اللزوم في الثاني.

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع

اشارة

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع، فهل يسقط الخيار؛ لصدق تحقّق القبض، ولو في الجملة، أو لا يسقط؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؟

فيه وجوه ذكرها الشيخ (رحمة الله) وهي:

الوجه الأول: سقوط الخيار؛ لصدق القبض عليه؛ فإن الشرط في الروايات عدم القبض، والمراد منه مطلق القبض، فيرفع بتحقّق القبض في الجملة، نظير السالبة الكلية التي تنتفي بالموجبة الجزئية.

الوجه الثاني: عدم سقوط الخيار؛ لعدم الاعتبار بهذا القبض؛ لأن المأخوذ في الروايات قبض المبيع، وقبض البعض ليس قبضاً له.

الوجه الثالث: تبعيض الخيار بالنسبة إلى المقبوض، أي يسقط الخيار بمقدار المقبوض، ويبقى بالنسبة إلى غير المقبوض؛ لابتناء الخيار على قاعدة نفي الضرر، فبالنسبة إلى المقدار المقبوض لا يكون ضمانه على البائع، فلا ضرر عليه، فيسقط الخيار بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى غير المقبوض، فلو تلف كان في يده، وضمانه عليه، فلو لم يثبت له الخيار بإزائه لكان ضرراً عليه.(1)

الوجه الرابع: أن البيع على نحوين، فتارة يكون الإنشاء واحداً، والمنشأ متعدداً، كما لو قال: بعتك هذين البيتين، كالأحكام الشرعية المجعولة بنحو القضايا الحقيقية؛

1- هذه الوجوه هي التي ذكرها الشيخ (رحمة الله) في المكاسب 5/222، مع توضيح وشرح الشيخ الأستاذ (دام ظله) .

فإن إنشاء حرمة الخمر واحد، ولكن المنشأ متعدد بتعدد المواضيع.

وأخرى يكون الإنشاء والمنشأ واحداً، كما لو قال: بعتك هذا الفرش.

فإن كان من قبيل الأول يسقط الخيار بمقدار المقبوض، كما لو قبض أحد البيتين دون الآخر؛ فإن الخيار بالنسبة له ساقط، ويبقى الخيار بالنسبة إلى البيت الأخر.

وإن كان من قبيل الثاني، فلا يسقط الخيار، إلا بقبض المجموع.

والإنصاف: أن هذا الوجه لا يخرج عما أفاده الشيخ (رحمة الله) من الوجوه الثلاثة؛ لأن نظر الشيخ (رحمة الله) إلى ما إذا كان الإنشاء والمنشأ واحد.

وظهور الرواية يقتضي الوجه الثاني؛ لأن ظاهر قبض المبيع، الذي أخذ شرطاً لسقوط الخيار، قبضه كله، لا بعضه.

ولو تردّد الأمر في المراد من القبض، هل قبض المبيع كلّه أو بعضه، فالقاعدة تقتضي اللزوم؛ وذلك لأن الأصل في البيع اللزوم، وخصّص منه ما لو لم يقبض المبيع كاملاً وأما ما لو قبض بعضه فيشك في خروجه من تحت عموم اللزوم، فيتمسك بالعام؛ لكونه من الشك في التخصيص الزائد.

إشكال على المحقّق الرشتي

وهنا ورد في تقريرات المحقّق الرشتي (رحمة الله) : هكذا أفاد شيخنا الأستاذ دام ظله العالي، وقد أوردتُ عليه في مجلس البحث بأن المرجع في المقام دليل الخيار، لا ـ دليل اللزوم، وقبل بيان الإشكال ينبغي لنا التنبيه على أن المورد ليس من صغريات دوران الأمر بين التمسك بالعام أو استصحاب حكم المخصص، فيكون المرجع حال الشك هو العموم؛ إذ لا حالة سابقة عندنا إلا اللزوم؛ حيث إن البيع ما لم يحصل القبض لازم إلى ثلاثة أيام، فلا يوجد مخصّص بالخيار حتى يقال باستصحاب حكمه، ولهذا تفطّن المحقق المذكور إلى التمسك بدليل الخيار، لا باستصحابه، وبينهما فرق، وبيان إشكاله (رحمة الله) .

أن النص المشتمل على قبض المبيع هو صحيحة علي بن يقطين، وباقي أخبار الباب راجعة إلى الثمن، ومطلقة من هذه الجهة، بمعنى أن موثقة إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، فيها: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ، فلا بيع له»(1)، ومفادها أن للبائع الخيار بعد الثلاثة الأيام، سواء أقبض المشتري بعض المبيع أم لم يقبض شيئاً، فالمرجع إذا لم يأت بالثمن، وانقضت الثلاثة، هو إطلاق تلك الأخبار، التي هي دليل الخيار، لا دليل اللزوم؛ لأن عموم دليل اللزوم، وهو: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) قد خصّص بالأخبار، والقاعدة عند التردد والشك تقتضي الرجوع إلى إطلاق الدليل المخصِّص، لا إلى دليل العام.

إشكال ودفع

إن قلت: إن تلك الأخبار - وإن كانت مطلقة - إلا أنها مقيّدة بالإجماع على اشتراط الخيار بصورة عدم القبض.

قلت: بأن الإجماع دليل لبّي، ففي حالة الشك يقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو صورة عدم قبض المجموع، فلو قبض الجميع لم يكن للبائع الخيار، وأما لو قبض البعض فمحل شك فيرجع إلى إطلاق دليل الخيار.

والإشكال دقيق جداً، ثم نقل جواب شيخه الأستاذ بجواب متين أيضاً، وحاصله:

جواب المحقّق الرشتي

أن الروايات الواردة - ما عدا صحيحة ابن يقطين - وإن لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه، إلا أنها كلها مشتملة على الثمن، أي أن الخيار مقيّد بما لو لم يأت بالثمن،

ص: 298

1- وسائل الشيعة 18/22، ح4.

2- سورة المائدة /1.

فيـأتي البحث فيه أيضـاً، أي هـل المراد من عـدم الإتيـان بالثمن أن لا يأتي به بالمرة أو حتى لو لم يأت به كاملاً، بحيث يصـدق على عـدم الإتيان ببعضه، وإذا تردّد الأمر فيه كان المرجع اللزوم، فلو أتي ببعض الثمن وشك في ثبوت الخيار وعدمه تمسّك بدليل اللزوم.

وإذا ثبت اللزوم في حـال عـدم قبض بعض الثمن، فبالإجمـاع المركب يثبت اللزوم في المبيع؛ فـإن الإجمـاع المركب قام على التلازم في الحكم بين المبيع والثمن.

ثم قال (رحمة الله) : هكذا أفاد (دام ظله) ، فافهم.

المناقشة في الدفع

وهذا الجواب مخدوش بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الإجماع المركب، يبتني على القول بأصالة اللزوم، في مورد الإجمال والشك في قبض بعض الثمن، هل هو كلا قبض أو كقبض المجموع، أي لأجل التمسك بالإجماع المركب لا بـدّ أن نقول: بأن الأصل بعـد قبض بعض الثمن هو اللزوم، ثم نقول: وكل من قال به في الثمن قال به في المثمن، فلا بدّ من إحراز أن مبنى الفقهاء في فرض الإجمال، هو أصل اللزوم.

وأصل اللزوم له فردان: الأصل العملي، والأصل اللفظي، وفي كل منهما اختلاف بين الفقهاء، فكيف ينعقد الإجماع؟

بيان ذلك: أما الأصل العملي فتقريبه: أنه في موارد الشك في وجود الخيار، يشك بعد الفسخ في انفساخ العقد وزوال الملكية، والأصل عدم انفساخه وبقاء الملكية.

وهو يتوقف على أمرين:

الأول: أن نقول بحجية أصل الاستصحاب.

الثاني: أن نقول بحجيته في الشبهات الحكمية الكلية.

وفي كـل منهمـا اختلاف؛ فـإن حجيـة الاستصـحاب محـل خلاف بين الفقهاء، ومن ذهب إلى حجيته اختلفوا في حجيته في الشـبهات الحكميـة الكليـة؛ فـإن بعض من ذهب إلى حجيته قـال بها في الشـبهات الموضوعيـة، دون الحكميـة الكليـة، واختلفوا في ذلك أيضاً على مبنيين:

فمنهم من ذهب إلى عـدم جريانه في الأحكام الكليـة؛ لقصور في المقتضـي؛ لأن الروايات الواردة في حجيته مختصة مواردها بالشـبهات الموضوعية.

ومنهم من قـال: بـأن موردها وإن كان هي الشـبهات الموضوعيـة، كما في: «لأنك كنت على يقين من طهارتك فشـككت»، إلا أن التعليل الموجود فيها من قبيل: «فإنه لا ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك» يشمل الشبهات الحكمية أيضاً.

ولكن الإشكال من جهة المانع؛ لمعارضة استصحاب المجعول باستصحاب عدم الجعل، كما ذهب إلى ذلك الفاضل النراقي (رحمة الله) .

ومع وجود الاختلاف في أصل المبنى - أعني أصل اللزوم - كيف يمكن انعقاد الإجماع المركب المترتب عليه؟!

وأما الأصل اللفظي، فهو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)؛ حيث يقتضي لزوم كل عقد، فلو وجد دليل يدل على الخيار وكان مجملاً، فالمرجع في الفرد المشكوك، هو أصالة العموم.

ونفس هذه المسألة محل بحث وإشكال من جهات، نقتصر على بعضها:

الجهـة الأولى: هـل الجمع المحلى بالألـف واللام يفيـد العموم أو لا؟ محل بحث بينهم، فإن كان يفيـد العموم، فالمرجع عنـد إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر هو العموم في غير القدر الميتقن.

1- سورة المائدة /1.

وإن لم يفد العموم الوضعي، بل يستفاد من الإطلاق، فهنا بحث، هل يرجع إلى إطلاق المطلق في حال إجمال المخصص، ودورانه بين الأقل والأكثر، في غير القدر المتيقن أو لا؟

مقتضى التحقيق عندنا - وإن كان المرجع هو الإطلاق، ولا فرق بينه وبين عموم العام - إلا أن هذا الكلام بعد التحقيق، لا قبله، وغرضنا بيان البحث والخلاف في المسألة.

الجهة الثانية: بعد الفراغ من الجهة السابقة، نقول: بأن الإجماع يتوقف على إحراز عدم تمامية الإطلاق في موثقة إسحاق بن عمار(1) عند فقهاء السلف، وأما لو احتملنا أنهم متوجهون للإشكال، ولكنهم تمسكوا بإطلاق الموثقة، فلا ينعقد الإجماع، ومجرد احتمال ذلك يكفي في سقوط الإجماع.

فالنتيجة: أنه سواء أكان المبنى الأصل العملي أم اللفظي، فالمسألة مورد خلاف، فلا يحرز الإجماع، بل بحسب ما حققناه في الأصول، واخترناه في الجمع بين الروايات يظهر بأن دعوى الإجماع أول الكلام.

الوجه الثاني: أن الإجماع المقبول - على فرض قبوله - إنما هو الإجماع المحصّل لا المنقول؛ فإن الثاني يعدو كونه إخباراً حدسياً عن الإمام (عليه السلام) ، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

[ثم] وعلى فرض تحصيل الإجماع وقبوله، فالحجة هو الإجماع المحقّق لا المعلّق، والتحقيقي لا التقديري، وما صحّحه المحقّق الرشتي (رحمة الله) هو الثاني، لا الأول؛ لأن أساسه أنه إذا وصلت النوبة إلى الشك، فكل من قال باللزوم في الثمن، فهو يقول به في المثمن، وسيأتي البحث نصاً وفتوى في الثمن، فهل استفاد الفقهاء من النصوص قبض

1- وسائل الشيعة 18/22، ح4.

المجموع أو كفاية قبض البعض؟ ولم يطرح عند المتقدمين حالة الشك والإجمال، والشيخ (رحمة الله) لم يطرح في بحث الثمن قبض البعض؛ لأنه استفاد من النصوص قبض المجموع، فيكون الإجماع تقديرياً.

الوجه الثالث: أن المراد من الإجماع المركب المعتبر على فرض قبوله، هو ما إذا وجد قولان ينفيان الثالث، لا ما إذا وجد قولان لا ينفيان الثالث، والموجود فيما نحن فيه هو الثاني، بمعنى أنه يوجد قولان في المسألة فقط؛ أي لا يوجد قول ثالث في المسألة، وهذا لا يضر بوجود قول ثالث فيما بعد، بل كثير من المسائل الفقهية كانت ذات قولين، ثم صارت ذات ثلاثة أقوال أو أربعة، فغاية ما في المسألة أن في المسألة قولين، وعدم وجود قول ثالث فيها لا يضر بالفتوى، ولا ينعقد به الإجماع؛ فإن ما له الأثر هو وجود قولين يتفقان على نفي الثالث.

فالجواب، من المحقّق الرشتي (رحمة الله) غير ناهض برد الإشكال، فيبقى على قوته.

ص: 302

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن

اشارة

وفي هذا الشرط جهات من البحث:

الجهة الأولى: الكلام في أصل الشرط، وهو بتعبير الشيخ (رحمة الله) : «عدم قبض مجموع الثمن»(1)، فاللزوم لا يتمّ إلا في مورد واحد، وهو حال قبض المجموع، وأما الخيار فيأتي في موردين:

1- ما إذا لم يحصل قبض أصلاً.

2- ما إذا قبض بعض الثمن.

الجهة الثانية: في الدليل عليه، وما استدل به وجهان:

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ (رحمة الله) بقوله: (واشتراطه مجمع عليه نصاً وفتوى)(2)

الوجه الثاني: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً ـ وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أيّاماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن

1- المكاسب 5/222.

2- المكاسب 5/222.

أقضـي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سـمعته يقول: من اشترى شـيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(1)

اسـتدل بها العلاّمة (رحمة الله) في التذكرة(2)، على أن قبض بعض الثمن كلاـ قبض؛ باعتبـار أن الوارد فيها أنه قبض بعض الثمن، وحكم بثبوت الخيار.

وتنظّر الشيخ(3) (رحمة الله) في ذلك، ولعل وجه تنظّره: ضـعف الرواية سـنداً ودلالة، أما السـند فلوجود الحسن بن الحسين، وأبي بكر بن عياش، ولا توثيق لهما.

وأمـا الدلالـة؛ فلأنهـا مسـتندة إلى اجتهاد أبي بكر بن عياش وحـدسه؛ حيث إن ما نقله عن الإمام (عليه السـلام) : «من اشترى شـيئاً فجاء بالثمن»، ففهم منه أنه لا بدّ من المجيء بمجموع الثمن، وما لم يجئ به فلا بيع له، ولا اعتبار باجتهاده.

ولكن ما أفيد في السند يمكن دفعه: بأن الحسن بن الحسين، وإن لم يوثّق(4)، إلا أن الراوي عنه إبراهيم بن هاشم، وهو من القميين الذين لا يروون عن كل أحد، ولا يأخذون بقول كل راوٍ، بل يتشددون في أمره، بحيث امتنعوا من الأخذ عن من يروي عن الضـعفاء، كما هو معروف من حالهم، فيشكل طرحه، مع كون إبراهيم بن هاشم الراوي عنه.

وأما أبو بكر بن عياش، فيشـكل طرحه أيضاً، مع كون الراوي عنه عبـد الرحمن بن الحجاج(5)، الذي عبّر عنه النجاشـي بقوله: (وكان ثقة ثقة ثبتاً وجهاً)(6)، وكونه من

1- وسائل الشيعة 18/21، ح2، الباب 9 من أبواب الخيار، صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج.
2- تذكرة الفقهاء 11/73، ذيل مسألة 258.
3- المكاسب 5/222: «وفيه نظرٌ».
4- بل وثقه النجاشـي واسـتثناء ابن وليـد رواياته عن أسانيـد نوادر الحكمـة لمحمّد بن أحمد بن يحيى لا يدلّ على عدم وثاقته ولهذا توقف السيّد الخوئي (رحمة الله) في شأنه بلا وجه.
5- وابن الحجاج يقدر على مسألة الإمام الصادق (عليه السلام) في ذلك مع ما وصفه المفيد، ولو لم تثبت عنده هذه الرواية علّق عليها بأنّه سألها من الإمام (عليه السـلام) وانكرها ولم يعلق عليها فتمت الرواية ولذا قال السيّد المحقّق الروحاني «المورد ليس من موارد اجتهاد أبي بكر في مـدلول الرواية وتطبيقه على مورد التحاكم كي لا يكون فهمه حجة، بل المورد من موارد النقل بالمعنى الذي هو حجة بلا إشـكال، لاستناده إلى الحسن أو ما يقرب منه – كما حقّق في محله – . وذلك لأنه بيّن حكم المسؤل عنه بالنقل عن الإمام (عليه السلام) وهذا ظاهر في أنه ينقل عن الإمام (عليه السـلام) ما ينطبق على مورد السؤال، ونقله بهـذه الكيفيـة حجة مع قطع النظر عن عـدم وثاقته. وبالجملة، هو ينقل الحكم المطلق عن الإمام (عليه السـلام) بما هو مطلق شامل لمورد السؤال، لا أنه ينقل لفظاً ويسـتفيد الاطلاق منه، فانتبه» [المرتقى إلى الفقه الأرقي – الخيارات 1/389].
6- رجال النجاشي /238.

رجال ابن أبي عمير وصفوان، وقال عنه المفيد: بأنه من الفقهاء والخاصة من أصحاب جعفر بن محمّد (عليه السلام) .(1).

هذا ما يرتبط بكلام الشيخ (رحمة الله) ، ووجه تنظّره، والإشكال فيه، ولكن:

الحق في المسالة

الحق في المطلب تمامية الشرط، والاستدلال عليه بالنصوص؛ فإن المستفاد عرفاً من «إن جاء بالثمن [فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له]»(2) هو المجموع، لا البعض؛ إذ لا يصدق على قبض بعض الثمن، قبض الثمن حقيقة، وإطلاق الثمن عليه يحتاج إلى عناية، والشاهد على ذلك صحة السلب عنه، فتقول: قبض بعض الثمن، ليس قبضاً للثمن.

وربما يقال: بما هو الفرق بين هذا الشرط والسابق، بحيث إن الشيخ (رحمة الله) قال في تلك المسألة، في حال قبض بعض المبيع: إن فيها لا ثلاثة وجوه: قبضه كلا قبض،

1- الإرشاد 2/216، قال الشيخ المفيد (رحمة الله) في فصل النص على إمامة الإمام الكاظم (عليه السلام) : فممن روى صريح النص بالإمامة من أبي عبدالله الصادق (عليه السلام) على ابنه أبي الحسن موسى (عليه السلام) من شيوخ أصحاب أبي عبدالله، وخاصته، وبطانته، وثقاته، الفقهاء الصالحين - رضوان الله عليهم ... وعبدالرحمن بن الحجاج...».
2- كما في صحيحة زرارة المروية في وسائل الشيعة 18/21، ح1.

وقبضه كقبض المجموع، وتبعيض الخيار: بالنسبة إلى المقبوض وغيره، بينما لم يذكر في هذه المسألة إلا قولاً واحداً؟

فنقول: إنما قام بذلك؛ لكون دليله في الخيار هو «لا ضـرر»، وفي تلك المسألة في حال عدم القبض، ولم يحكم بالخيار، توجد أضرار ثلاثة: ضرر الضـمان؛ إذ يكون تلفه قبل القبض من كيس البائع، وضرر حفظ مال الغير؛ لأنه أمانة في يده، يلزم بحفظها، وضرر حرمانه عن ملكه، فإذا قبض بعض المبيع انقسم الضرر، فلا يضمنه كله لو تلف، ولا يجب عليه حفظه، ولا يحرم من ماله؛ لإمكانه التقاص.

وأما في هذه الشرط، فالفرض أنه قبض بعض الثمن، ولم يتمّ قبض المبيع، فالأضرار الثلاثة باقية على حالها.

والحاصل:

أن أصل هذا الشرط تام بمقتضى النص عندنا، والإجماع عند من يرى اعتباره في المقام.

مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها

ولكن المحقّق الخوئي (رحمة الله) قال: بأنه لا دليل على اعتبار قبض مجموع الثمن إلا الإجماع، وهو مدركي؛ لاسـتناده إلى رواية أبي بكر بن عياش، فلا اعتبار به، ولا اعتبار بمستنده؛ إذ على فرض ثبوت وثاقة أبي بكر بن عياش، لا دليل على حجية فهمه بالإضافة إلى غيره.(1)

وهو غير تام؛ لأن المسـتند ليس الإجماع، وإنما هو النص؛ لما ذكرناه من أن الوارد في الجملة الشرطية في الرواية: «فجاء بالثمن»، واطلاق الثمن - كإطلاق المثمن - ظاهر في المجموع، لا في البعض، وحمله على بعض الثمن كحمل المثمن على بعضه، خلاف

1- مصباح الفقاهة 7/15؛ التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 39/18.

الظهور الإطلاقي، كما أن العرف في المحاورات العرفية يقولون: أعطيت المبيع، وأخذت الثمن، ويعنون بذلك المجموع فيهما، لا البعض، ولو أعطاه نصفه مثلاً لبيّن ذلك واحتاج إلى قرينة لبيانه.

[نعم] ولو وجد الإجماع لكان مدركياً.

فروع

الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري

اشارة

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري، فهل يسقط الخيار؟

رأي الشيخ ودليله

ذهب الشيخ (رحمة الله) إلى التفصيل بين ما لو قبضه بدون حق، كما لولم يعرض عليه المبيع، وأخذ الثمن بلا إذن، وبين ما لو قبضه بحق، كأن عرض عليه المبيع فلم يقبضه [في الاولى ذهب إلى بقاء الخيار وفي الثاني إلى سقوطه].

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حقّ

أما الأول، فقال: بأن القبض كلا قبض، واستدل عليه بوجهين:

الأول: ظهور الأخبار في اشتراط وقوع القبض بالإذن، في بقاء البيع على اللزوم، ووجه الظهور ورود كلمة «وجاء بالثمن»؛ فإن المستفاد من كلمة «جاء» أن يكون بإذنه.

الثاني: أن قبض الثمن إذا لم يكن بإذن المشتري، لم يجز للبائع أن يتصرّف فيه؛ لأن الثمن وإن كان ملكه، إلا أن الشرط الارتكازي للمتبايعين أن يسلّم كل واحد منهما الآخر ما عنده، فيعطي البائع المبيع للمشتري، ويعطي المشتري الثمن للبائع، في وقت واحد، فإذا لم يعط البائع المبيع للمشتري، لم يكن له حق في التصرّف في الثمن، وكان قبضه بدون إذنه كلا قبض، ولم يتحقّق شرط اللزوم، فلو تلف المبيع كان الضمان

عليه، فيتحقّق الضرر الذي هو ملاك الخيار؛ فإنه يضمن المبيع لو تلف، ويجب عليه حفظه، مع الحرمان من التصرف في الثمن.(1)

إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ

وأورد عليه المحقّق الإيرواني (رحمة الله) : بأن المستفاد من الأخبار، أن موضوع الخيار عدم قبض الثمن، والإذن أمر زائد، فلو حصل جنس القبض خرج عن موضوع الحكم بالخيار، كان ذلك عن إذن أو عن غير إذن.(2)

وهو غير وارد؛ لأن جميع الروايات الواردة في الباب، سواء منها المعمول به عند الفقهاء، كالروايات المتقدمة(3) التي أخذت الشرط المجيء بالثمن إلى ثلاثة أيام، أم الرواية(4) التي أعرض عنها الأصحاب، التي أخذت الأجل شهراً، كلها أخذ فيها المجيء بالثمن، أو الإتيان به والمستفاد منه أن يأتي به، لا أن يؤخذ منه بدون إذنه.

نعم، في صحيحة علي بن يقطين(5)، أخذ القبض، ونسبته إلى البائع أيضاً، ولكنها مجملة من هذه الجهة، فلا تعارض البيّن.(6)

فالنتيجة: أن مقتضى النصوص كون إذن المشتري شرطاً.

إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ودفعه

ذهب السيّد الفقيه اليزدي (رحمة الله) أولاً إلى ما أفاده الشيخ (رحمة الله) ، من أن المدار في الأخبار على مجيئه بالثمن، ولا يصدق على القبض من دون إذن المشتري.

1- المكاسب 5/(222-223).
2- حاشية المكاسب 3/187، رقم 384.
3- وسائل الشيعة 18/21، ح1 و 2، و 18/22، ح4.
4- وسائل الشيعة 18/23، ح6، صحيحة علي بن يقطين.
5- وسائل الشيعة 18/22، ح3.
6- ووجه الإجمال من جهة هل أنه قبض مع الإذن أو بدونه؟

ثم رجع عنه فقال: إلا أن يقال بأن المجيء بالثمن طريقي، لا موضوعي، والغرض منه وصول الثمن إلى البائع؛ فإن الغرض في جميع المعاملات وصول المبيع إلى المشتري، ووصول الثمن إلى البائع، ولهذا لو فرض كونه مقبوضاً قبل ذلك، أو في ذمته لا يحتاج إلى شيء آخر من إذن أو غيره.

ولا أقل من الشك في صدق القبض بدون الإذن وعدمه، ومقتضى الأصل حينئذٍ اللزوم.(1)

وهو محل إشكال؛ أما موارد ما استشهد به، كما لو كان مقبوضاً قبل ذلك، فهي خارجة من تحت الروايات تخصّصاً؛ لأن الخيار إنما جعل في ما لو كان الثمن عند المشتري، ولم يأت به إلى ثلاثة أيام، بحيث لو جاء به قبلها لكان البيع لازماً، ولما لم يأت به خلالها فللبائع الخيار، فلا تصلح أن تكون شاهداً على مدّعاه.

وأما ما ذكره من كون الإتيان طريقاً إلى الوصول؛ فنقول: بأن الأصل في العناوين المأخوذة في الروايات أن تكون بنحو الموضوعية، إلا أن يكون العنوان المأخوذ في الدليل، طريقياً من حيث ذاته؛ كما في عنوان العلم واليقين والقطع؛ فإن طريقيتها ذاتية، وأما ما لم يكن كذلك - كالذي نحن فيه - فمقتضى أصالة الموضوعية الجمود على نفس العنوان المأخوذ، وحمله على الطريقية يحتاج إلى قرينة تصرفه عنه، ولا قرينة في المقام.

دفع شبهة أثارها المحقّق النائيني

ثم إن هاهنا شبهة أثارها المحقّق النائيني (رحمة الله) تقتضي ارتفاع الخيار، لا من جهة كفاية مطلق أخذ الثمن أو وصوله كيف اتفق، وإنما من جهة كون قبضه «عدواناً كأنّه

1- حاشية السيّد اليزدي على المكاسب 3/13.

ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار»(1)

وهي مندفعة؛ بأن إسقاط الخيار من الإيقاعات، فهو من الأمور الإنشائية، وهي - سواء أكانت عقوداً أم إيقاعات - تتوقف على القصد المبرز بالقول أو بالفعل، فإن قصد البائع بأخذ الثمن بلا إذن المشتري إسقاط خياره فيسقط، وإلا فلا موجب لسقوطه.

وأما ما ربما يقال: من أن الإنشاء لا يتحقّق بهذا الفعل المحرم؛ فإن أخذ الثمن بدون إذن المشتري غير جائز، فلا يتحقّق به الإنشاء.

فيجاب عنه: بأن النهي التكليفي في المعاملات بالمعنى الأعم، لا يقتضي فسادها، فالإنشاء نافذ لو كان عن قصد الإسقاط، ولكن كلامنا فيما لو أخذه بدون إذن، ولا قصد بذلك الإسقاط.

فتحصل إلى هنا: أن الحق في المسألة، اشتراط كون القبض بإذن المشتري، وإلا لا يتمّ به سقوط الخيار، والدليل على ذلك وجهان:

الأول: ظهور النصوص - بضم أصالة الموضوعية في العناوين - في أن شرط اللزوم هو المجيء، والإتيان بالثمن، وشرط الخيار عدم المجيء به، وهذه العناوين تعتبر الإذن قطعاً.

الثاني: أن الروايات ملقاة إلى العرف وما عند العقلاء، وبناء العقلاء في معاملاتهم على أن يتحقّق قبض المبيع في ظرف تحقّق قبض الثمن، ومقتضى هذا الشرط الضمني، أن لا يأخذ البائع الثمن بلا إذن المشتري، ولو أخذه بدونه، ولم يسلم له المبيع، كان قبضه كلا قبض.

هذا كله، فيما لو قبضه بلا حق.

ص: 310

1- منية الطالب 3/179.

[الفرع الثاني]: عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق

وأما الثاني(1) وهو ما لو قبضه بحق - كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه - فاستظهر الشيخ (رحمة الله) عدم الخيار؛ لوجهين:

الأول: عدم دخول هذا المورد في منصرف الأخبار، أي لا إطلاق في هذه الروايات لتشمل ما لو قبضه بحق.

الثاني: عدم تضرّر البائع بالتأخير؛ فإنه حينما يقبض الثمن بلا حق، يكون المبيع في ضمانه، بحيث لو تلف لكان من كيسه، ولا يجوز له التصرف في الثمن، فيكون محروماً منه، فيتضرر بالضمان وبالحرمان.

وأما إذا قبضه بحق، فلا يكون التلف من كيسه، بعد أن عرضه على المشتري ولم يقبضه، ولا يحرم من الثمن بعد أن قبضه بحق، فلا ضرر عليه من جهة المبيع، ولا من جهة الثمن، فلا تجري قاعدة «لا ضرر» في حقه، فلا خيار له.

[الفرع الثالث] لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري

لو قبض البائع الثمن بدون إذن، ثم أجازه المشتري، فهل يكفي في رفع المانع؟ وعلى فرض تأثيرها، فهل هي كاشفة أو ناقلة؟

في المسألة صورتان:

الأولى: أن تكون الإجازة في خلال الأيام الثلاثة، ولا إشكال في كفايتها؛ لأن شرط اللزوم أن يحصل القبض المأذون فيه في خلال الثلاثة، وقد تحقّق؛ فإنه وإن لم يكن القبض عن إذن، إلا أنه قبض مجاز في الثلاثة، فيترتب عليها أثر الإذن؛ لصدق تحقّق قبض الثمن قبل انقضاء الثلاثة برضا المشتري وإمضائه.

الثانية: أن تكون الإجازة بعد انقضاء الأيام الثلاثة، فتبتني كفايتها على كون

1- معطوف على «أما الأوّل» في صفحة 307 من هذا المجلد.

الإجازة كاشفة أو ناقلة، فإن كانت كاشفة فتكفي؛ لأنها تكشف عن حصول الإذن من حين قبض الثمن، كما هو معنى الكاشفة.

وإن كانت ناقلة، فلا تكفي، ويكون القبض كلا قبض؛ لأن الإجازة الناقلة إنما تؤثر من حين وقوعها، والفرض أنها وقعت بعد الثلاثة، وشرط اللزوم حصول القبض المأذون فيه في خلالها، فالنتيجة البطلان على مسلك الشيخ (رحمة الله) ، وثبوت الخيار على مسلك المشهور.

وهنا بحث مع الشيخ (رحمة الله) ؛ فإنه اختار في بيع الفضولي كون الإجازة كاشفة بالكشف الحكمي، بمعنى ترتيب الآثار شرعاً من حين العقد، لا الحقيقي الذي اختاره صاحب الفصول (رحمة الله) ، ولا الانقلابي الذي عليه كثير من المحقّقين، بينما اختار في المقام كونها ناقلة.

ولمعرفة الفرق بين المقامين، لا بدّ من ذكر مقدمة، وهي:

إن الفقهاء قد اختلفوا في صحة العقد على تقدير الإجازة، من جهة كون الصحة على طبق القاعدة، أو على خلافها، بحيث يحتاج إلى الدليل التعبدي، على قولين:

القول الأول: أنه على خلاف القاعدة، بمعنى إن قام الدليل على صحة العقد الملحوق بالإجازة فهو، وإلا فالعقد باطل، والمستند الأساس لهذا القول ما يستفاد من قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)(1)؛ فإنها تدل على شرطية كون التجارة ناشئة عن التراض؛ فإنها إذا كانت كذلك خرجت من تحت عقد المستثنى منه، ودخلت في عقد المستثنى، والإجازة المتأخرة لا تجعل العقد ناشئاً عن تراضٍ، وعليه فإذا قام الدليل على صحة العقد

1- سورة النساء /29.

بالإجازة المتأخرة، فهو على خلاف القاعدة.

القول الثاني: أن صحة العقد حينئذٍ على طبق القاعدة، وإن لم يوجد دليل خاص؛ وذلك لأنه يلزم في التجارة وفي العقد حصول أمرين:

الأول: استناد ما وقع إلى مالك العقد - وهو المجيز في المقام -؛ لأن قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) خطاب إلى المتعاقدين، كأنه قال: أوفوا بعقودكم، فما لم ينتسب البيع إلى المالك، لم يحصل موضوع الوفاء، فلا يصح أن يخاطب بالوفاء بعقده، وهو لم يكن عقده بعد، وانتساب العقد إلى مالك المتاع، تارة يكون بالأصالة، وأخرى بالوكالة وثالثة بالإجازة.

أما تحقّقه بالأولين فواضح، ووجه تحققه بالإجازة هو أن الأمور على نحوين:

ما كان من الأفعال التكوينية، كالشرب والأكل والقيام والقعود، فهذه لا تنتسب إلا إلى من قام بها بالمباشرة، ولا يصح استنادها إلى الرجل القيام وكيله بها، أو إذنه فيها.

وما كان من الأمور الاعتبارية، التي يدور تحقّقها مدار المعتبر، فيتحقّق فيها الاستناد بقيام الوكيل، أو بالإذن والإجازة.

فبناء على هذا، فإن كان الأثر يترتب على قيام الشخص نفسه، فلا اعتبار بإذنه بقيام الآخر، أي أن قيام الآخر لا يكون قياماً له وإن أذن له، وأما إذا كان الأثر يترتب على التعهّد، فالتعهّد وإن صدر من الغير إلا أنه ينتسب إليه بالإذن والإجازة.

ومطلق الأمور العهدية على هذا الوزان، فالبيع الواقع وإن صدر من الفضولي، وهو المسبب ببعت، أو هو الذي اعتبر وأبرز ببعت، إلا أنه ينتسب إلى المالك بعد إجازته، أي بالإجازة يكون البيع الصادر مضافاً إلى المجيز ومنتسباً إليه، فبالإجازة

1- سورة المائدة /1.

يتحقّق موضوع (أَوْفُوا)(1)، وهو العقد المضاف.

الثاني(2): رضـا المالك بالبيع؛ إذ أخـذ التراضـي في التجارة، والتصـرف في مال الغير بـدون رضاه مخالف لقانون: (الناس مسـلطون على أموالهم)، فقاعدة السلطنة تقتضي الرضا وكذا: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه».

ولكن الرضا من الصـفات النفسـية التي تتعلق بالماضي والحاضر والمستقبل، فالإجازة وإن حصلت متأخرة، إلا أنها تحقّق الرضا بالمعاملة الحاصلة سابقاً، وهو كافٍ.

نعم، الذي لم يحصل، هو كون إنشاء التجارة عن رضا، ومقتضى الجمع بين الأدلة عدم اعتباره، بل المعتبر حصول الرضا بالتجارة.

وعلى هـذا، فكلا الأمرين متحقّقان في بيع الفضولي إذا لحقته الإجازة، فتكون صـحة بيعه مطابقة لمقتضـى القاعدة، بمعنى أنه يحكم عليه بالصحة بنفس آية وجوب الوفاء بالعقود، «ولا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه».

وعليه، فـإن كـانت الإجـازة تصـحح البيع من حين وقوعهـا، فالإجازة ناقلـة، وإن كانت تصـححه من زمان وقوعه، فهي كاشـفة؛ لأنها وإن حصلت الآن، إلا أنها من الأمور ذات التعلّق، وبما أنها تعلّقت بالبيع الذي وقع سابقاً، فهي تصحح إسناده إلى المجيز من حين وقوعه.

نعم، الإشـكال في أنه، هل ينتسب البيع للمجيز من حين العقـد حقيقـة، أو من حيث الأثر، أو لا هـذا ولا ذاك، بمعنى أن المال يبقى ملك البائع، والثمن ملك المشتري إلى أن تحصل الإجازة، فينقلب من الآن، ولكن الرجوع من السابق، فالأول

1- سورة المائدة /1.

2- غير معتبر عندي كما مرّ في مباحث البيع مراراً. والأوّل وهو الاستناد يكفي في صحة العقود والإيقاعات.

– وهو الكشف الحقيقي – مبنى صاحب الفصول، والثاني – وهو الكشف الحكمي – مبنى الشيخ (رحمة الله) ، والثالث – وهو الكشف الانقلابي – مسلك المشهور.

إذا اتضح هذا، فهل ما ذكر في البيع يأتي في القبض أو لا؟

فنقول: أنه اتضح إلى هنا: أن الأمور الاعتبارية – التي تحقّقها يدور مدار الاعتبار – قابلة للاستناد بالإجازة، ولتعلّق الرضا المتأخر بها، وبما أن من خواص الإجازة صحة تعلّقها بالعقد من حين وقوعه؛ لأن مضمون العقد ملكية الدار لزيد مثلاً من حين العقد، وتعلّقت الإجازة بذلك المنشأ يصبح عندنا أمران موافقان للقاعدة:

الأول: صحة عقد الفضولي بنفس العمومات، كـ-(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)

الثاني: كاشفية الإجازة.

وأما الأمور التكوينية، فالأمر على العكس، بمعنى أن صحة الاستناد بالإجازة، والكاشفية كليهما على خلاف القاعدة؛ فإن الأمور التكوينية تنقسم إلى ما يقبل الاستنابة، وما لا يقبلها، والمرجع في تحديد ذلك إلى المرتكز العقلائي، فما يتحقّق عندهم بالمباشرة، وبالتسبيب فهو يقبل الإجازة، فتجري فيه الوكالة، وما لا يقبل إلا المباشرة في القيام به، أي ما لا يصدر بالتسبيب، فلا يقبل الاستنابة، ولا تجري فيه الوكالة، ولهذا كانت التكاليف الشرعية على قسمين، فقسم منها لا يصح الإتيان به الا بالمباشرة كالصلاة، وقسم آخر يمكن أن يؤتى به بالنيابة كعيادة المريض.

والقبض ليس من الأمور الاعتبارية، بل من الأمور التكوينية، التي تقبل الاستنابة، وتتحقّق بالتسبيب، فيتمّ الاستناد بالإذن والوكالة(2)، ولهذا أمكن في الحقوق

ص: 315

1- سورة المائدة /1.

2- أشار هنا شيخنا الأستاذ (دام ظله) إلى الفرق الفقهي بينهما؛ فإن الإذن من الإيقاعات، والوكالة من العقود، ولكل منهما أحكام تخصه.

الشـرعية أن يقبضـها نفس صاحب الحق بالمباشرة، وأن يقبضها وكيله، وفي الحالين تبرأ ذمة من عليه الحق، ويكون القابض بنفسه أو بوكيله مالكـاً؛ لأـن سـهم السـادة مثلاً ليس ملكاً للأشـخاص، وإنما هو ملك أو مصـرف للطبيعي الجامع بين اليتيم والمسـكين وابن السبيل من الهاشميين، وهو غير قابل للإعطاء والأخذ، فيسلّم إلى مصداقه، فإذا أعطي له وقبضه صار مالكاً، على الخلاف أيضاً كما في محله.

وسـهم الإمام (عليه السـلام) من هذا القبيل، فهو مال الإمام (عليه السـلام) ، ولكن الولاية عليه في عصر الغيبة للحاكم الشرعي، فإذا قبضه هو أو وكيله أو المأذون من قبله برأت ذمة المكلَّف.

والحاصـل: أن القبض من الأـمور التكوينيـة القابلـة لتحقّقهـا بـالتسبيب، فيمكن فيهـا الاسـتناد بالنيابـة والإذن، فهل يمكن فيها الاسـتناد بالإجازة؟

نقول: نعم يمكن، فلو قبض الفضولي حقـاً لـذي حق، ثم أجـازه صاحب الحق اسـتند القبض إليه، وإنما الكلام في مجيء بحث الكاشـفية والناقلية هنا أيضاً وعدم مجيئه.

أمـا النقـل، فلا إشكال فيه أصـلاً، فلو أجاز صاحب الحق في المثال المتقـدم ترتّبت الآثار من حين الإجازة بلا إشـكال، وإنما البحث في الكاشفية، بحيث يترتب الأثر من حين القبض.

والحق أن حـدّ الإجازة تحقّق الاسـتناد من حينها، لا من حين حصول المجاز، ولهذا التزم الشـيخ (رحمة الله) في بيع الفضولي بالكشـف الحكمي، وقال بترتب الأثر من زمان المجاز، وأما في المقام فقال بترتب الأثر من حين الإجازة، والتزم بالنقل.

والسـر في ذلك: أن البيع من الأمور الاعتبارية، ومقتضـى ذات الإجازة والمجاز، التحقّق من حين وقوع المجاز، وأما القبض فهو من الأمور التكوينية، إلا أنه من الأمور القابلة للاستناد بالإذن والإجازة؛ بمقتضى المرتكزات العقلائية، ولكن من

حين تحقّقها، لا من حين تحقّقه.

ويترتب على ذلك:

أنه لو قبض البائع الثمن في أثناء الثلاثة، وأجازه المشتري بعد انقضائها، فلا أثر لهذه الإجازة؛ لأنه حين القبض لم يكن مأذوناً فيه، وبعد الإذن انقضت الثلاثة، وليست الإجازة كاشفة، لتكشف عن تحقّق القبض أثناءها، فالقبض كلا قبض، ويبقى الخيار للبائع [إلى هنا توضيح كلام شيخنا الأنصاري (قدس سره)].

بيان آخر للمحقّق النائيني لعدم كاشفية الإجازة

وقد أفاد المحقّق النائيني (رحمة الله) وجهاً آخر لعدم كاشفية الإجازة، وهو يتوقف على بيان مقدمة وهي:

أن موارد تعلّق الإجازة تنقسم إلى أربعة أقسام:

الأول: المعاملات المعاوضية، كالبيع والصلح.

الثاني: ما كان من قبيل الجعالة والمضاربة.

الثالث: العقود الإذنية المتقومة بالإذن كالوكالة والوديعة والعارية.

الرابع: العقود في موارد كون العين متعلّقةً لحق الغير، كبيع العين المرهونة بدون إذن الدائن.

والإجازة في كلها ناقلة ما عدا قسماً واحداً، وهو الأول.

وما نحن فيه من قبيل بيع العين المرهونة؛ فإن الإجازة في جميع موارد تعلّق الحقوق مثبتة، لا كاشفة، بمعنى أنها تؤثر في رفع المانع من حين وقوعها، لا ـ من حين وقوع العقد، والذي اختاره الفقهاء - بما فيهم المحقّق الثاني، مؤسس بحث كاشفية الإجازة - في بيع العين المرهونة، هو عدم كاشفية الإجازة.

وأقوى ما استدلوا به على ذلك: أن بيع الفضولي يجب أن يكون تام الأجزاء والشرائط، وفاقداً لجميع الموانع من غير جهة استناده إلى المالك، ووظيفة الإجازة أن

تحقّق الاستناد، فيتمّ البيع، وأما لو كان البيع فضولياً، والمبيع مجهولاً مثلاً، ثم أجازه المالك، فلا يمكن أن تكشف هذه الإجازة عن صحّته من حين الوقوع؛ لفقده للشرط من غير جهة الاستناد.

والفرض في مورد بيع العين المرهونة، أن البائع مالك للمبيع، فلا ينقص البيع شرط الاستناد؛ لصدوره من أهله، فلا أثر للإجازة من جهة الاستناد، وإنما المانع من صحة البيع كون المبيع متعلّقاً لحق الرهانة، وإجازة صاحب الحق ترفع المانع من حين وقوعها، لا من زمان العقد.

وهذه هي القاعدة في باب الفضولي لتمييز الموارد، فكل مورد يكون فيه النقض من جهة الاستناد إلى المالك فقط، فالإجازة تصحح الاستناد في الأمر الاعتباري من حين تحقّق العقد.

وكل مورد يفقد شرطاً، أو يوجد فيه مانع، من غير جهة الاستناد، فالإجازة لا أثر لها إلا من حين وقعها.(1)

وما نحن فيه من قبيل القسم الأخير؛ حيث إن البائع إنما قبض ماله، غايته للمشتري حق الحبس؛ لعدم أخذه المبيع، فقبضه بدون إذن منه منافٍ لحقّه الثابت فيه، فيكون من قبيل تصرّف المالك في العين المرهونة. فتأمل ولا تغفل.

أقول: إن أصل البحث هو أن شرط اللزوم في البيع أن يقبض البائع الثمن في الثلاثة الأيام بإذن المشتري، وشرط الخيار عدم قبضه بإذنه فيها، والفرض أن البائع قبض الثمن في الثلاثة بدون إذن المشتري، ثمّ أجازه المشتري بعد انقضائها.

ومحل الإشكال: أن البائع قبض ماله؛ إذ بعد حصول البيع انتقل الثمن إلى البائع، والمثمن إلى المشتري، فلا إشكال من جهة الاستناد، ولكن هذا القبض على

1- منية الطالب 3/(182-180).

خلاف المرتكز العقلائي؛ فإن ارتكاز العقلاء في المعاملات البيعيـة أن يعطي البائع المبيع للمشتري في ظرف قبضة الثمن منه، وقد تخلّف هذا الشرط، والإجازة المتأخرة لا تجعل فاقد الشرط واجداً له، ولا واجد المانع فاقداً له.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء حتى المحقّق الكركي (رحمة الله) في جميع هذه الموارد إلى تأثير الإجازة من حين وقوعها.

وبعبارة فنية: ذهبوا إلى أن الإجازة مثبتة، لا كاشفة، فيكون حكمها حكم الناقلة.

هذا، غاية ما عندهم من التحقيق في المسألة، ولكن لا يمكننا المساعدة عليه، مع ما عليه من القوة والإحكام؛ وذلك:

أما بالنسبة إلى المقيس عليه - وهو بيع العين المرهونة - فلأن مستنده وجهان:

الأول: رواية: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»، وهي مرسلة، لا سند لها، غير قابلة للاستناد في الفتوى.(1)

الثاني: الإجماع، وهو العمدة، وهنا مبنيان:

1- من يرى بـأن الإجماع مـدركي، فلا يعتمـد عليه، فيقول بصـحة بيع العين المرهونـة، فتنتقل إلى المشتري متعلَّقـة لحق الرهن، وعليه لا موضوع للبحث.

2- من يعتمـد على هـذا الإجماع، والإجماع دليل لبي، والأصل فيه أن العين المرهونة متعلقة لحق المرتهن، وهذا البيع تصـرف في متعلّق الحق، وتعلق الحق مانع كما ذكرنا، وعندما يكون المانع من صحة البيع تعلق الحق، فحد دليله ما إذا لم يأذن به إذناً مقارناً، ولا لحقته إجازة متأخرة، وأما ما عداه فلا إطلاق يدل على بطلان التصرف

1- مستدرك وسائل الشيعة 13/426، ح6، الباب 17 من أبواب كتـاب الرهن، نقلاً عن ابن أبي جمهور الأحسائي في درر اللآلي 1/368: عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) ، أنه قال: الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن».

فيه.

وأما بالنسبة إلى ما نحن فيه، من اعتبار الإذن في قبض الثمن، فالمستند الأساس فيه هو الشرط الإرتكازي عند العقلاء؛ فإن المعاملات البيعية الدائرة بينهم، مبنية على أن يعطي البائع المبيع للمشتري بعد تحقّق البيع، في ظرف تسلّمه الثمن من المشتري، وكذلك العكس، فما لم يسلّم البائع المبيع، لا إذن له بقبض الثمن، فيكون الإذن شرطاً.

وأما الروايات، فهي ملقاة إلى العقلاء، فلا ينعقد فيها الإطلاق، كي يقال بشمولها إلى حال عدم الإذن في القبض؛ فإن المرتكزات العقلائية حافة بالكلام، فيتسع أو يضيق بقدرها، وأما شمولها إلى ما لو لم يأذن بالقبض حاله، وأجازه بعد ذلك، فلا؛ لعدم الإطلاق، ولم يقم الإرتكاز العقلائي على البطلان في هذه الصورة؛ فإن الشرط الضمني عندهم أن يأذن حال القبض، أو يجيز بعده، فيكتفون بالإجازة اللاحقة.

ونتيجة ما ذكرناه: أن الحكم بصحة القبض الملحوق بالإجازة على طبق القاعدة؛ إذ بمجيئها ارتفع المانع من الأوّل، ومع ارتفاعه من الأوّل يصح القبض من حين وقوعه.

فما أفاده المشهور وإن كان قوياً إلّا أن ما ذكرناه غير قابل للرد.

هذا كله من ناحية الظهور، ولا أقل - بعد ملاحظة الإرتكاز العقلائي - من الشك في كون القبض الملحوق بالإجازة كلا قبض أو لا؟

أو فقل: هل الخيار بعد القبض الملحوق بالإجازة ثابت أو لا؟

فنقول: إن المرجع حينئذ هي أصاله اللزوم؛ لكون الدليل المخصص مجملاً، فلم يثبت إطلاقه.

فتحصّل: أن إجازة القبض كالإذن فيه، فيكون مسقطاً للخيار، فنخالف في ذلك القوم؛ استناداً للأصل اللفظي والعملي.

ص: 320

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين عن الثلاثة

وعلله الشيخ(1) (قدس سره) بان المتبادر من النص غير هذه الصورة. وقد بُيِّنَ وجه الانصراف بان ظاهر قوله: «ولم يجيء»(2) هو عدم المجيء فيها من شأنه ان يجيء بالثمن، فالتقابل الملحوظ تقابل العدم والملكة. فاذا كان عدم المجيء بالثمن لأجل الاشتراط فليس ذلك تأخيراً لما من شأنه أن لا يؤخر.

هذا بالنسبة الى تأخير الثمن مع الشرط، وأما بالنسبة إلى تأخير المبيع مع الشرط، فلأن قوله: «ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمنه»(3) ظاهر في أن ترك المبيع عند المشتري بطبعه من جهة تأخيره ثمنه لا انه ملزوم به اشتراط البائع تأخير تسليمه سواء سلّم الثمن أم لا.

وأما قوله: «فان قبّض بيعه»(4) فان محطّ النظر هو مفهومه أعني: «فان لم يقبضه...».

ومن الواضح ان المراد به وبعدم الاقباض الوارد في الصدر هو التأخير لا عن

1- المكاسب 5/223.

2- وسائل الشيعة 18/22، ح4، موثقة إسحاق بن عمار.

3- وسائل الشيعة 18/21، ح1، صحيحة زرارة.

4- وسائل الشيعة 18/22، ح3، صحيحة علي بن يقطين.

اشتراط و إلا لما كان، وجه للسؤال والحيرة إذا فرض انه قد اشترط تأخير المبيع، فإنتبه.

ثم إن الشيخ (قدس سره) ذكر في مقام تقريب هذا الشرط «بأنه في الجملة إجماعي»(1)

والـذي يريـد بقوله: «في الجملـة» هو عدم ثبوت الخيار في زمان الشـرط بالاتفاق، فان من اثبته مع شـرط التأخير انما اثبته فيما بعد انقضاء الشرط. فعدم ثبوت الخيار عند شرط التأخير ثابت بالاجماع في الجملة. فانتبه.

ثم إنه لا بدّ من التنبيه على شيء وهو: ان الالتزام بهذا الشرط في خيار التأخير يلازم لغويته بالمرة.

وذلك لان غالب المعاملات العرفية المهمة وغيرها لا يخلو من شـرط ارتكازي ضـمني يدل عليه ظاهر الحال أو بعض المناسـبات، يرجع الى شرط تعجيل الثمن أو المثمن أو تأخيرهما.

ففي مثل شـراء الـدواء للمعالجـة يكون ظاهر الحال اشتراط تعجيل تسـليم المبيع، وفي مثل بيع حاجة لأجل دفع ضـرورة عاجلة ظاهر في اشتراط تعجيل تسليم الثمن، وفي مثل شراء دار ظاهر في صحة التأخير أكثر من ثلاثة ايام من ناحية الثمن والمثمن.

ومن الواضح انه مع ثبوت هذا الشـرط الضمني الارتكازي، لا موضوع حينئذٍ لخيار التأخير، اذ مع اشتراط التعجيل ضمناً لا مجال للامهال ثلاثـة أيام بل يثبت الخيار عند مجرد التأخير، فلا معنى للسؤال عن حكم التأخير عن ثلاثة أيام والحيرة فيما يثبت له، فالاخبار منصـرفة عنه. ومع اشتراط التأخير عرفت انه لا ثبوت للخيار لانه منصرف النصوص.

والمفروض ان غالب المعاملات تشـتمل على هـذا الشـرط. ومن المقطوع بعدمه تكفل نصوص خيار التأخير حكماً تعبدياً يرجع إلى عدم الاعتناء بالشرط الضمني.

1- المكاسب 5/223.

وعليه، فلاـ يبقى مورد لخيـار التـأخير إلا نادراً، ومن هنا نسـتطيع ان نقول ان مضـمون هـذه النصوص خصوصاً بعـد ظهورها بـدواً في نفي الصحة(1)، مما يرد علمه إلى أهله. فالتفت.(2)

ص: 323

1- والمختار ظهورها في الخيار لافي نفي الصحة.

2- أقول: في موارد عدم الشرط الضـمني الارتكازي وعدم اشتراط التعجيل يجري خيار التأخير ومواردە ليس بنادر خلافاً لما ذكره المحقّق الروحاني (قدس سره) . وكذلك فيهما بعد مضي الشرط.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه

أن يكون المبيع عيناً أو شبهه – كصاع من صبرة – وقد التزم الشيخ(1) (قدس سره) بهذا الشرط لوجوه ثلاثة:

الأول: ما ذهب إلى استفادته من كلمات العلماء من أن هذا الشرط إجماعي. وحاول دفع جميع ما يحاول به نفي الاجماع.

الثاني: عدم تأتي قاعدة نفي الضرر بلحاظ ضمان المبيع قبل القبض، فان ذلك انما يتأتى بالنسبة إلى المبيع الشخصي، إذ هو المضمون على البائع قبل القبض ولا يجوز له التصرف فيه فيثبت له الخيار دفعاً للضرر، ولا يتأتى بالنسبة إلى المبيع الكلي، كما لا يخفى.

الثالث: ظهور النصوص في كون الموضوع خصوص المبيع الشخصي.

أما روايتا(2) ابن يقطين وابن عمار فقد اشتملتا على لفظ: «البيع»، وقد عرفت انه بمعنى المبيع. واطلاق المبيع قبل تحقق البيع لا بدّ ان يكون بملاحظة معروضيته للبيع، وهو انما يتصور في الاعيان الشخصية ، إذ هي القابلة للعرض لاجل البيع دون الكلي.

1- المكاسب 5/223.

2- وسائل الشيعة 18/22، ح3 و 4.

وأما رواية زرارة(1)، فقد اشـتملت على لفظ المتاع وهو ظاهر في المبيع الشخصـي، كما اشتملت على لفظ «يدعه عنده» وهو انما يتصور في المبيع الشخصي.

وأما روايـة ابوبكر بن عياش(2)، فهي وان اشـتملت على التعبير ب–«من اشترى شـيئاً» وهو مطلق الكلي والمعين، إلاـ ان الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجي كما يقال «اشتريت شيئاً» اذ لا يعبر به عن شراء الكلي.

هـذا ملخص ما ذكره الشـيخ (قدس سـره) في المقام. وقد خالفه الاعلام المحشون(3) قـدس سـرهم وذهبوا إلى عموم الحكم لصورة بيع الكلي أيضاً وتصدوا لمناقشة جميع هذه الوجوه، وملخص ما قيل في وجه مناقشتها:

أما الاجماع، فبعدم ظهور ذلك من كلمات الكل خصوصاً وان الشـهيد في الدروس(4) نسب إلى خصوص الشـيخ (رحمة الله) تقييد هذا الخيار بشراءٍ معين، فانه ظاهر في عدم فهمه التقييد من كليات العلماء غيره.

وأما قاعدة نفي الضـرر، فهي وان لم تنطبق بلحاظ الضـرر الحاصل من قبل ضمان المبيع لعدم الضمان في الكلي. ولكن ضرر تأخير الثمن بعد استحقاقه له بالملك لا يرتفع في بيع الكلي، فيمكن تطبيق قاعدة نفي الضرر بلحاظه واثبات الخيار بها.

ودعوى: ان ضـرر تأخير الثمن إنما هو بلحاظ حبس البائع عن التصرف في المبيع المقابل له، وهذا انما يكون في بيع الشخصي دون الكلي اذ البائع مطلق العنان في التصرف في جميع أمواله، فتأخير الثمن يكون فواتاً للنفع لا ضرراً.

1- وسائل الشيعة 18/21، ح1.
2- وسائل الشيعة 18/21، ح2.
3- كالسيّد الطباطبائي في حاشيته 3/16؛ والمحقّق الاصفهاني في حاشيته 4/363؛ والمحقّق الإيرواني في حاشيته 3/191.
4- الدروس الشرعية 3/273.

تندفع: أن الثمن بعد ان صار ملكاً للبائع بواسطة البيع فحبسه عنه حبس له عن التصرف في ملكه وحرمانه منه وهو ضرر بلا إشكال، لأنه نقص يرد عليه.

نعم، قبل تملكه يكون فوات الثمن فوات نفع وليس بضرر، فانتبه.

وأما النصوص، فروايتا ابن يقطين وابن عمار يمكن أن يراد بلفظ «البيع» فيهما معناه المصدري لا المبيع فيكون مفعولاً مطلقاً، كما يقول من عامل معاملة أو تاجر تجارة ونحو ذلك. ولو فرض أن المراد بالبيع المبيع، فإطلاقه قبل تحقّق البيع يمكن أن يكون بمناسبة الأُوْل والمشارفة لا المعروضية للبيع، فيعم الكلي حينئذٍ، ولو سلم ارادة المعروضية للبيع.

وأما رواية زرارة، فلا ظهور للمتاع في الشخصي، كما لا ظهور لقوله: «يدعه» في ذلك، إذ يصدق على عدم قبض الكلي وتركه لدى البائع أنه يدعه عنده .

وأما رواية أبي بكر بن عياش، فالشيء وان كان يساوق الموجود لكن لا ظهور له في ارادة الموجود الخارجي، بل يعم كل موجود ولو كان موجوداً في الذمة، كالكلي، لأنه يعتبر في الذمة كما أشرنا إليه سابقاً، فيقال له بهذا الاعتبار أنه شيء، ويصح أن يعبر عن شراء الكلي بشراء شيء.

وبالجملة، فيما أفاده الشيخ (قدس سره) لا يمكن الإلتزام به، فالصحيح هو التعميم لمطلق موارد البيع شخصياً كان المبيع أم كلياً.

الشرط الخامس: عدم الخيار لها أو لأحدهما

وحكي عن التحرير(1) أنه قال: «وكذا لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما». والأقوال التي أشار إليها الشيخ (قدس سره) في هذا الشرط أربعة:

الأول: إشتراط عدم الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما [كما هو ظاهر التحرير].

الثاني: إشتراط عدم الخيار لخصوص البائع، فالخيار الثابت للمشتري لا يمنع من خيار التأخير. [اختاره السيّد بحرالعلوم في المصابيح(2) والسيّد العاملي(3) وشارح الخيارات(4) وصاحب الجواهر(5)].

الثالث: إشتراط عدم خصوص خيار الشرط لأحدهما. [كما هو ظاهرالسرائر(6)].

الرابع: نفي إشتراط عدم الخيار لأحدهما بقول مطلق ومرجعه الى إنكار الشرط

1- تحرير الاحكام الشرعية 2/289.

2- نقل عنه في هدى الطالب 11/379.

3- مفتاح الكرامة 14/255.

4- شرح الخيارات /101.

5- جواهر الكلام 24/98 (23/50).

6- السرائر 2/277.

الخامس بالمرة وهو مختار الشيخ (قدس سره) .

أما القول الأول: فقد وجهه بما حاصله: أن ذا الخيار يكون له حق تأخير الثمن أو المثمن ولا يلزمه التسليم، وقد تقدم أن الأخبار الدالة على خيار التأخير منصرفة عما إذا كان التأخير بحق، كموارد اشتراط التأخير، بل موضوعها ما إذا كان التأخير لغير حق. فثبوت الخيار بمنزلة اشتراط تأخير أحد العوضين. واستشهد على ذلك بما ذكره العلّامة في التذكرة(1)

وبالجملة ، هذا الوجه مركب من مقدمتين:

إحداهما: جواز تأخير الثمن إذا كان الخيار للمشتري وجواز تأخير المثمن إذا كان الخيار للبائع، فان ذلك من أحكام الخيار.

والأخرى: انصراف الأخبار الدالة على خيار التأخير عن صورة ما إذا كان التأخير عن استحقاق لا عن ظلم وتعدٍ.

والذي يظهر من الشيخ (قدس سره) توقفه في كلتا المقدمتين. والوجه في ذلك... .

أما المقدمة الأولى: فلأن الثابت في باب الخيار هو سلطنة ذي الخيار على حلّ العقد بإعمال حق خياره، أما جواز حبسه الثمن أو المثمن فلا دليل على جوازه بعد دخول كل منهما في ملك الآخر، فلا يقتضي الخيار السلطنة عليها مادام العقد ثابتاً.

وأما المقدمة الثانية: فقد يتخيل أن الاستشكال فيها ينافي ماتقدم منه من الالتزام بعدم الخيار عند اشتراط تأخير أحد العوضين بدعوى إنصراف الأخبار عن صورة كون التأخير بحق، إذ التأخير فيها نحن فيه بحق أيضاً.

وقد ذكر في وجه عدم التنافي: أن الجامع بين الفرضين وإن كان هو كون التأخير عن حق لا عن ظلم وإهمال.

1- تذكرة الفقهاء 11/181.

لكن الملاك في عدم الخيار في صورة اشتراط التأخير ليس مجرد كون التأخير عن حق حتى يسري الحكم الى ما نحن فيه، بل لأنه مع إشتراط التأخير والتزام البائع بحقية المشتري تأخير الثمن لا مجال للسؤال عن أنه إذا أخّر الثمن ماذا أفعل، إذ لا حيرة له بعد التزامه كي يسأل عن حكمه، فتكون الأخبار الظاهرة في الحيرة منصرفة عن هذه الصورة.

وهذا لا يتأتى في مورد يجوز للمشتري التأخير بلا التزام البائع على نفسه بذلك، إذ تتصور الحيرة في أمره وله مجال السؤال عن حكمه إذا أخّر المشتري ولو كان تأخيره جائزاً شرعاً، نظير ما إذا كان التأخير عن إمتناع عقلي ، فإنه أيضاً عن حق لا عن ظلم لكن تشمله أخبار خيار التأخير، فلاحظ.

ثم إن الشيخ (قدس سره) بعد تسليمه كلتا المقدمتين(1) أورد على الوجه المزبور: أنه يستلزم عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان لثبوت الخيار فيه في الأيام الثلاثة، فيكون التأخير فيها عن حق. مع أن الإتفاق على ثبوت خيار التأخير في الحيوان، كما يظهر من المختلف(2)

فلازم الدليل المزبور نتيجة تنافي الإجماع. ثم قال (قدس سره) : «إلا أن يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير مادام الخيار ثابتاً لأحدهما فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة»(3)

وأورد عليه السيّد الطباطبائي(4) (رحمة الله) : بعدم إرتباط هذا القول بما قبله. وذلك لأن الشيخ (قدس سره) ذكر دليلاً على القول بإشتراط خيار التأخير بعدم الخيار لأحدهما، وذهب

1- على الفرض.
2- مختلف الشيعة 5/70.
3- المكاسب 5/229.
4- حاشية المكاسب 3/18.

الى أن مقتضاه عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان وهو خلاف الإتفاق.

ولا يخفى أن الاستدراك المناسب الذي يرجع الى تصحيح الدليل ودفع الإشكال عنه ليس هو بيان مراد العلامة في التحرير وأنه لا يخالف الإجماع، إذ هو لا يرفع الإشكال عن الدليل لو كان مقتضاه عاماً بنحو ينافي الإجماع، بل المناسب هو بيان أن مقتضى الدليل هو نفي خيار التأخير مادام الخيار لأحدهما ثابتاً، فلا يستلزم نفي خيار التأخير في الحيوان مطلقاً حتى ينافي الإجماع.

وقد دافع المحقّق الاصفهاني(1) (رحمة الله) عن الشيخ (قدس سره) وأثبت إرتباط قوله: «إلا أن يراد...» بما قبله، ببيان يرجع إلى أن مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان بضميمة مادل على عدم إستحقاق التسليم في زمن الخيار ودليل خيار التأخير، هو ثبوت خيار التأخير في الحيوان بعد الثلاثة بحيث يلاحظ تأخير الثمن بعد الثلاثة، فيكون قوله «إلا أن يراد...» تنبيهاً على هذه النكتة، فيرتبط بما قبله.

ولا يخفي عليك أن ما ذكر يرجع الى فرض مقدمات مطوية في كلام الشيخ (قدس سره) وبدونها يثبت عدم الارتباط بين الاستدراك وما قبله. وهذا في الحقيقة إعتراف بعدم الربط بحسب ظاهر الكلام. وهو ما يريد السيّد (رحمة الله) بيانه، فما أفاده متين. فلاحظ.

وأما القول الثاني: فقد وجهّه الشيخ (قدس سره) بوجهين:

الأول: أن ظاهر أخبار خيار التأخير بقرينة المقابلة بين المجيء بالثمن وعدم المجيء، به هو ثبوت اللزوم قبل الثلاثة ونفي الخيار فيها. وظاهرها هو كون المنفي قبل الثلاثة هو المثبت بعدها، وبما أن المثبت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق فيكون هو المنفي قبل الثلاثة، وليس المثبت بعد الثلاثة هو خصوص خيار التأخير إذ الحكم لا يتقيد بسببه، فلا معنى لأن يكون التأخير سبباً لخيار التأخير بما هو كذلك إذ مقتضاه

1- حاشية المكاسب 4/369.

سببية السبب لنفسه وهو محال، فالمسبب هو مطلق الخيار لا الخيار الخاص، فيكون المنفي قبل الثلاثة هو مطلق الخيار، فإذا فرض ثبوت الخيار قبل الثلاثة كان ذلك خارجاً عن منصرف الأخبار وظاهرها.

وهذا البيان لا يتأتى فيما إذا كان الخيار للمشتري خاصة، إذ الأخبار لاتثبت له الخيار حتى يقال أن مقتضاها نفيه قبل الثلاثة بقرينة المقابلة.

وقد ناقش الشيخ (قدس سره) هذا الوجه وحمل كلامه على أن عدم تقيد المسبب بسببه للمحذور السابق لا يمنع من كون المنفي خصوص خيار التأخير، لعدم سببه. فيلتزم بأن المنفي هو خيار التأخير خاصة لعدم سببه.

وأورد عليه (قدس سره) : بأن إثبات نفي الخيار المطلق قبل الثلاثة ليس من جهة عقلية كي يقال: أن المحذور العقلي في تقيد المسبب بسببه لا في عدم المسبب الخاص لعدم سببه، بل من جهة ظهور الكلام بلحاظ المقابلة في وحدة المنفي والمثبت.

ولكن الذي يظهر لنا من كلام الشيخ (قدس سره) ليس ذلك، بل نظره الى أن قرينة المقابلة لا تحتم نفي الخيار في الثلاثة بالنحو الثابت بعدها بحيث تكون النصوص دالة على اللزوم بقول مطلق. بل المقابلة تتحقق بجهة أخرى أيضاً وهي أن الخيار ثابت بعد الثلاثة لحصول سببه ولا ثبوت له قبلها لعدم سببه وهو لا ينافي ثبوت الخيار من جهة أخرى. وبهذا تتم المقابلة بلا إستلزام لنفي الخيار وإثبات اللزوم، ولا ظهور للمقابلة في المعنى الأول بعد تماميتها بهذا الوجه.

الثاني: إن ملاك هذا الخيار هو دفع الضرر الوارد على البائع وفي مورد تمكن البائع من دفع الضرر بخيار آخر لا يكون في اثبات هذا الخيار إرفاق به ومنّة.

وبهذا البيان لكلام الشيخ (قدس سره) لا يتوجه عليه حينئذٍ بأن تدارك الضرر لا ينافي إنطباق «لا ضرر» بعد تمامية الموضوع. إذ ليس مجرد نفي الضرر هو الملاك في تطبيقها بل مع كونه إرفاقياً، وقد عرفت انه لا ارفاق فيه مع تمكن البائع من دفعه بخيار آخر.

نعم، يتوجه على هـذا الوجه أنه يتم لو فرض أن دليل الخيار هو قاعدة نفي الضـرر، وليس الأمر كذلك بل دليله هو النصوص، ولا ظهور فيها في كون تمام الملاك في الحكم هو الارفاق بنحو يـدور الحكم مداره وجوداً وعدماً.بل هو ملحوظ بنحو الحكمة، فلا ينافي تخلفه في بعض الموارد ثبوت الخيار فيها.

وأما القول الثالث: فلا وجه له ظاهر. فالمتعين هو القول الرابع.

ص: 332

الشرط السادس: تعدد المتعاقدين

تعدد المتعاقدين(1)، فلا يثبت مع وحدتهما، كالوكيل عن المالكين في اجراء صيغة العقد، فيكون البائع والمشتري واحداً.

والوجه فيه: أن النص يختص بصورة التعـدد. مضافاً إلى أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس وخيار المجلس باق مع إتحاد العاقد إلا مع إسقاطه، إذ لا يتصور التفرق حينئذٍ الذي هو غاية لخيار المجلس.

ولكن كلا الوجهين مندفعان، كما أفاده الشيخ(2) (قدس سره) :

أما الأول: فلأن بعض الأخبار وإن كان ظاهراً في كون مورده تعدد العاقد، لكن إطلاق بعضها يشمل صورة وحدتهما.

ثم إن ظاهر الأخبار كون المناط(3) هو القبض وعدمه. ومن الواضح أن المنظور فيه هو المالكان لا العاقد، إذ الثمن لا يعطى لمن ينشـىء الصيغة. والمالكان متعددان وإن إتحد العاقد من قبلهما.

1- يظهر هـذا الشـرط من السـيّد العاملي (قـدس سـره) في مفتاح الكرامة 14/257 وذكره في الجـواهر 24/99 (23/55) بعنوان بعض الأساطين.

2- المكاسب 5/230.

3- وهذا ليس من تنقيح المناط في الحكم بل من تنقيح المناط في الموضوع.

نعم، لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأُول لتحقق قبض المبيع والثمن، فلا يثبت الخيار ولكنه ليس من جهة وحدة العاقد.

وأما الثاني: فقد أفاد الشيخ (قدس سره) بأن خيار المجلس لا يثبت للوكيل في إجراء العقد فقط ولو سلم ثبوته فيمكن إسقاطه أو إشتراط عدمه في ضمن العقد.

ثم إنه لا يخفى أن دعوى كون هذا الخيار بعد خيار المجلس - ويراد به ظاهراً أن مبدأ الثلاثة بعد خيار المجلس - مما لا وجه له بحسب الصناعة بالمرة. نعم يقع البحث - على ما ستعرف - في أن مبدأ الثلاثة هل هو من حين العقد أو من حين التفرق، وهذا أجنبي عن كون مبدئه من بعد خيار المجلس، إذ قد يسقط خيار المجلس قبل التفرق، فانتبه.

يبقى الكلام في أمر أشرنا إليه وهو أن مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد؟

ووجه الأول: هو أن ظاهر قوله: «إن جاء [بالثمن] فيما بينه وبين ثلاثة أيام»(1) كون مدة الغيبة ثلاثة، إذ لا يقال للحاضر أنه جاء بالثمن.

ووجه الثاني: أنه من المعلوم هو قوله (عليه السلام) المتقدم كناية عن القبض وعدمه في الثلاثة بلا خصوصية للغيبة، كما هو ظاهر رواية ابن يقطين لقوله (عليه السلام) : «الأجل بينها ثلاثة أيام فأن قبّض بيعه وإلا فلا بيع له»(2) فإن الظاهر كون تمام المناط هو القبض وعدمه في الثلاثة ولا دخل للتفرق والغيبة فيه. ومن هنا يظهر أن المتجه هو القول الثاني.

1- وسائل الشيعة 18/21، ح1.
2- وسائل الشيعة 18/22، ح3.

الشرط السابع: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية

أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجاريـة، فإنه حكي عن الصدوق (رحمة الله) في المقنع(1) التزامه فيما إذا أشترى جارية بأنه إن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له. ونسب(2) الخلاف له في مطلق الحيوان.

ولا يخفى أنه ليس إنكاراً لخيار التأخير في الحيوان والجارية، وإنما هو قول به بنحو خاص.

وعلى كل، فالوجه فيه [صحيحة] ابن يقطين(3): «عن رجل أشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فقال (عليه السـلام) : إن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له».

وناقش الشيخ(4) (قدس سره) دلالتها: بأنه لا دلالة لها على صورة عدم إقباض الجارية، كما أنه لا قرينة على حملها عليه.

وبما أنها منافيـة لعمل المعظم فلا بـدّ من حملها على بعض الوجوه، كحملها على صورة اشتراط المجيء بالثمن إلى شـهر في متن العقد، فيثبت خيار تخلف الشرط عند التأخير عن الشهر. أو على استحباب صبر البائع إلى شهر و عدم فسخه.

هذا تمام الكلام في شرائط هذا الخيار.

1- المقنع /365، الطبعة الأولى.

2- مختلف الشيعة 5/70.

3- وسائل الشيعة 18/23، ح6.

4- المكاسب 5/231.

مسقطات خيار التأخير

اشارة

يسقط هذا الخيار بأمور:

الأول: إسقاطه بعد العقد، ولا كلام في صحته إذا كان بعد الثلاثة وفي زمان فعلية الخيار.

إنما الاشكال في صحته إذا كان قبل انتهاء الثلاثة، ووجهه أنه يكون من إسقاط ما لم يجب، إذ فعلية الخيار بعد الثلاثة.

أقول: إن أُريد بالاسقاط قبل إنتهاء الثلاثة تحقّق السقوط فعلاً، فهو محال إذ لا حق كي يسقط. وإن أُريد به الانشاء الفعلي للسقوط كي يتحقّق السقوط في ظرف ثبوت الخيار، فليس قبل الثلاثة إلا الاسقاط الانشائي على تقدير حدوث الخيار وفعليته، فلا محالية فيه كما لا يخفى، لكن فيه اشكال من جهتين:

الأولى: أنه يرجع الى التعليق في الانشاء، لان المنشأ هو السقوط على تقدير فعلية الخيار وتحقّق ظرفه، وهو - أي التعليق - باطل في المعاملات.

ويمكن دفعه: بأن إمتناع التعليق ليس عقلياً بل إجماعياً، ولا إجماع على عدم صحة الاسقاط فيما نحن فيه.

الثانية: أن دليل تحقّق السقوط بالاسقاط هو الاجماع على أن لكل ذي حق

إسـقاط حقه، وهو مشـكوك الشمول لما نحن فيه - أعني ما كان الاسقاط فعلياً والسقوط استقبالياً. وبعبارة أُخرى: ما لم يكن انشاء الاسقاط في ظرف فعلية الحق - . فيقتصـر فيه على القدر المتيقن وهو صورة إسـقاط الحق الثابت فعلاً. وعلى هذا فتشكل صحة الاسقاط قبل انتهاء الثلاثة.(1)

الثاني: - من المسقطات - إشتراط سقوطه في متن العقد(2)، والوجه في صحته عموم «المؤمنون عند شروطهم»(3)

لكن استشـكل فيه الشيخ (قدس سره) بأن العموم المزبور إنما يقتضي نفوذ الشرط فيما كان مشروعاً في حد نفسه ولا يثبت مشروعيته إذا لم يكن مشروعاً في نفسه.

وعليه، فصحة الشرط فيما نحن فيه تتوقف على المفروغية عن مشروعية الإسقاط قبل إنتهاء الثلاثة، ولا يثبت به مشروعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط.

نعم، لو قام إجماع على صحة الشرط فيما نحن فيه [كما] قيل(4) به، وبفحواه نقول

1- أقول: يمكن تصـحيحه على نحوين: الأـوّل: قـامت السـيرة العقلائيـة على ذلـك بـأن يقول البائع للمشتري قبل التأخير: انه لو اتفق لك التأخير فليس لي ان اطالبك. الثاني: ثبوت الخيار آناً ما بعد التأخير وسقوطه بالاسقاط السابق وهو أمر ممكن عقلاً ولكن لم يثبت في الشرع ثبوت الخيار الآني. ولكن ما في السيرة العقلائية يكفي في إثبات سقوط الخيار من دون إثبات عنوان الاسقاط.
2- كما قال به في الـدروس 3/276؛ جامع المقاصد 4/302 و 303؛ حاشية الارشاد /396 (ج9 من آثـار المحقّق الكركي)؛ كنز الفوائد 1/451؛ المفاتيح 3/74؛ شرح خيارات اللمعة /103.
3- وسائل الشيعة 21/276، ح4، الباب 20 من أبواب المهور، موثقة منصور بن يونس بزرج.
4- قال بالاجماع المنقول الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرح خيارات اللمعة /103 و 104.

بصحة إسقاط الخيار بعد العقد وقبل إنتهاء الثلاثة. وإلا فللنظر فيه مجال.(1)

الثالث: - من مسقطات الخيار - بذل الثمن من المشتري بعد الثلاثة.

وقد حكي ذلك عن التذكرة(2) وقيل(3) بعدم سقوطه للاستصحاب.

وقد ناقش الشيخ (قدس سره) في جريان الاستصحاب في المقام لو كان المستند في الخيار هو قاعدة نفي الضرر.

والوجه فيه: إمّا عدم الشك في البقاء - كما يظهر من كلامه - باعتبار أن ملاك الخيار إذا كان دفع الضرر، فلا شك في عدم الضرر بعد بذل المشتري للثمن، فلا خيار لأجل عدم الضرر.

وإمّا لتبدل الموضوع، إذ الخيار كان ثابتاً عند تحقّق الضرر، فإذا زال الضرر ببذل الثمن تبدل الموضوع ولا مجال للاستصحاب معه، كما حرّر في محله.

وقد نوقش الوجه الأول: بأن المعلوم إرتفاعه هو شخص الحكم الثابت سابقاً بملاك الضرر وهو لا ينافي ثبوت سنخ الحكم بلاك آخر غير الضرر الفعلي. نعم لو اُستفيد من دليل نفي الضرر انحصار العلة به بنحو المفهوم تم ما ذكر، ولكنّه مما لا وجه له.

ونوقش الوجه الثاني: أن موضوع الخيار قبل بذل الثمن وإن كان هو البائع المتضرر لكن التضرر بعد عرفاً من حالاته لا مقوماته، فزواله لا يكون مستلزماً لزوال الموضوع، نظير زوال وصف التغير عن الماء النجس بالتغير.

ويمكن الجواب عن مناقشة الوجه الأول: بأن ما أفاده الشيخ (قدس سره) ليس من جهة

1- ولكن يمكن القول بالصحة بالاجماع والسيرة العقلائية التي مضت في المسقط الأوّل.

2- تذكرة الفقهاء، 11/73 و 74؛ قواعد الاحكام 2/67.

3- جواهر الكلام 24/104 (23/57)؛ مصابيح الأحكام (مخطوط)؛ رياض المسائل 8/309؛ مفتاح الكرامة 14/259؛ مستند الشيعة 14/400؛ شرح خيارات اللمعة /105.

دلالـة الحديث على المفهوم، بل من جهة القطع في المقام خاصة بعدم ثبوت خيار التأخير لغير جهة الضـرر وأنه[1] على تقدير ثبوته، فهو من جهة دفع الضرر. فيكون اندفاع الضرر مستلزماً للقطع بعدم الخيار.

كما يمكن الجواب عن مناقشة الوجه الثاني: بأن التضـرر ليس ملحوظاً من عوارض نفس البائع كي يقال أنه من حالاته لا مقوماته. بل إما هو ملحوظ قيداً لمعاملة أو لحكمها وهو اللزوم. ومن الواضح أن الضرر في المعاملة قد لوحظ مقوّماً، فالبيع الخياري هو البيع الضرري بما هو كذلك. وهكذا الضرر في اللزوم فإن المرفوع هو اللزوم الضرري بما هو كذلك.

وبعبارة أخرى: إنّ تمام ملاك ثبوت الخيار هو دفع الضرر وهذا يقتضي كون الضرر قواماً للموضوع عرفاً، نظير العلم في لزوم التقليد للعالم، فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عرفاً تقوم جواز التقليد بجهة العلم.

وبالجملة، لا مجال للاستصحاب بناء على كون دليل الخيار هو قاعدة نفي الضرر.

وأما لو كان مستند الخيار هو الأخبار، فقد أستحسن الشيخ (قدس سره) جريان الاستصحاب.

أقول: مقتضى إطلاقها - كما قيل - هو ثبوت الخيار على تقدير بذل الثمن، فلا محل للاستصحاب.

وأمّا دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد، فلا تدل على ثبوت الخيار على تقدير بذل الثمن.

ففيها: أن ظاهر الأخبار هو ملاحظة الضرر الحاصل بالتأخير ثلاثة أيام ولا

1- أي الخيار.

نظر لها إلى الضرر لما بعد الثلاثة، فكان خيار التأخير جزائ على الضرر الذي أورده المشتري على البائع، فانتبه.

تنبيهٌ: مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير

اشارة

في مبدأ الثلاثة الأيام التي يبدأ بعدها خيار التأخير وجهان:

الوجه الأـوّل: أنه من حين التفرّق، ونقـل القول به صـاحب الجواهر (رحمـة الله) عن: (ظاهر الشـيخين(1)، والسيّدين(2)، والقاضي(3)، والديلمي(4)، والحلي(5)، والعلّامة في المختلف(6)، والتحرير(7))(8)

الوجه الثاني: أنه من حين العقد.

وقوّى الشيخ (رحمة الله) الثاني(9)

والبحث في ذلك من جهتين:

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص.

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة، لو فرض إجمال النص، أو معارضته.

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص

أما الجهة الأولى، فمجموع ما يستفاد من الأدلة التي أقامها الأعلام للقول

1- المقنعة /591؛ الخلاف 3/20، مسألة 24.

2- الانتصار /437، مسألة 249؛ غنية النزوع /219.

3- جواهر الفقه /54، مسألة 193.

4- المراسم /172.

5- السرائر 2/277.

6- مختلف الشيعة 5/68.

7- تحرير الاحكام الشرعيه 2/289.

8- جواهر الكلام 24/101 (23/56).

9- المكاسب 5/232.

الأول ثلاثة:

الوجه الأول: أن المستفاد من النص أن الثلاثة الأيام ظرف لزوم العقد، وأن ما بعدها ظرف للخيار، وبما أن لزوم العقد بعد التفرق من المجلس، فيكون مبدأ الثلاثة من حين التفرّق.

وفيه: أنه يتم على قول مَنْ قال بأن اللزوم في الثلاثة لزوم من جميع الجهات، وأما على ما استفدناه من النصوص، من أن اللزوم إضافي، ومن حيث تأخير الثمن فقط، لا من كل جهة، فلا يأتي هذا الوجه؛ إذ يجتمع اللزوم من حيث تأخير الثمن مع خيار المجلس، ولا يتوقف على التفرّق.

الوجه الثاني: ورد في صحيحة زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) : قال: «إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»(1)

والتعبير ب-«جاء» يقتضي التفرّق؛ إذ لا يصدق على الإعطاء والتسليم، وإنما تصدق على من ذهب ليأتي، ولا يتمّ ذلك إلا بالتفرّق، فتدلّ الصحيحة على أن مبدأ الثلاثة من حين التفرّق.

ذكره صاحب الجواهر (رحمة الله) ، ولم يجب عنه(2)، كما ذكره الشيخ (رحمة الله) ، ولم يناقش في ظهوره(3)، بعد غض النظر عن بيان دليل القول الآخر.

والحق أن هذا الظهور غير قابل للإنكار، ولكن المحقّق الإيرواني (رحمة الله) ، ناقش فيه بما حاصله:

أن الجملة غير ظاهرة في كون مبدأ الثلاثة من زمان التفرّق؛ لكون الضمير في «بينه» من جملة «إن جاء ما بينه» إما أن يعود إلى الاشتراء، المفهوم من قول السائل:

1- وسائل الشيعة 18/21، ح1.
2- جواهر الكلام 24/102 (23/57)؛ حيث قال: «بل لعل المتبادر...».
3- المكاسب 5/232؛ حيث قال: «من ظهور قوله: فإن جاء بالثمن...» ولم يعلّق عليه.

«عن الرجـل يشتري»، وزمـان الاـشتراء هو زمـان العقـد، لاـ التفرق، وإمـّا أن يعود إلى المشتري بوصف كونه مشترياً، وهو من حين العقد أيضاً.(1)

وهو واضـح الضـعف؛ فإن إرجاع الضـمير إلى الاشتراء مع عـدم الأثر عليه في الكلام خلاف الظاهر، وأما عوده على المشتري وإن أمكن؛ لتقـدّمه في الكلاـم، إلاـ أنه غير دال على كون المبـدأ من حين العقـد؛ لمنافـاته للمجيء، الـذي لا يصـدق على ما قبل التفرّق؛ إذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع، وقد غفل عن هذه الجهة في الرواية.

الوجه الثـالث: ما أفاده المحقّق الرشتي (رحمـة الله) ، من أن الضـمير يعود على المشتري، ولكن بما أنه لا معنى لأن يكون المشتري مبـدأ الثلاثـة، فلا بدّ أن يكون المبدأ ما كان له جهة اختصاص بالمشتري، وهو ليس إلا التفرّق؛ لكونه مختصاً بالمشتري؛ فإنه هو الذي يفترق عن البائع للمجيء بالثمن، وأما زمان العقـد فهو مشترك بينهما، ولا اختصاص له بالمشتري، فيكون المبـدأ حين التفرّق، وهو الذي قواه في قبال قول الشيخ (رحمة الله) .(2)

وفيه: أنه وإن كـان الضـمير يعود إلى المشتري، فلاـ بـدّ أن يرجع إلى ما يختص به، إلا أن الضـمير في صـحيحة علي بن يقطين يعود إليهما كليهما: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(3)، والأمر المشترك بينهما هو العقد، فلا تتمّ تقويته مع هذا الظهور.

وأما القول الثاني – وهو أن المبدأ من حين العقد – فقد ذكرت له وجوه ثلاثة أيضاً، وهي:

الوجه الأول: ما يستفاد من صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أباالحسن (عليه السلام)

1- حاشية المكاسب 3/196، رقم 411.
2- فقه الإمامية 2/572.
3- وسائل الشيعة 18/22، ح3.

عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»(1)

فإن الظاهر منها كون المبدأ زمان حصول العقد، ومنشأ الاستظهار أمران:

الأول: أن السؤال كان عن الرجل يبيع البيع، فلم يقبض المشتري البيع، ولا المشتري الثمن، وكان الجواب: «الأجل بينهما ثلاثة أيام»، فمعناه أن مبدأ الأجل زمان البيع.

الثاني: كلمة «بينهما»؛ فإنها ظاهرة في كون الأمر الذي يكون مبدأ للثلاثة مربوطاً بكليهما، وهو ليس إلا العقد؛ فإن الافتراق مخصوص بالمشتري؛ إذ هو الذي سيذهب للمجيء بالثمن.

الوجه الثاني: ما يستفاد من موثقة إسحاق بن عمار؛ إذ فيها: «مَنْ اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»(2)

فإن الموضوع فيها الذي رتّب عليه «ولم يجيء» هو: «من اشترى بيعاً»، والعنوان المأخوذ في موضوع الحكم، يؤخذ بنحو الموضوعية، فيكون الموضوع هو عنوان الاشتراء، وهو يحصل عند العقد.

الوجه الثالث: أنه يلزم من القول بأن المبدأ زمان التفرّق، تالٍ فاسد، وهو فيما لو لم يفترق المشتري عن البائع في مدة ثلاثة أيام، وامتنع أيضاً عن المجيء بالثمن؛ فإنه على القول بأن مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، فينبغي أن يكون البيع لازماً في الثلاثة الأولى؛ لعدم التفرّق، ولازماً في الثلاثة الأيام الأخرى، لابتداء زمانها من حين التفرق، فيكون البيع لازماً ستة أيام، ولا قائل به من الفقهاء، ومع فساد اللازم يفسد الملزوم، فيتعين

1- وسائل الشيعة 18/22، ح3.
2- وسائل الشيعة 18/21، ح4.

كون المبدأ من حين العقد، فإذا نقضت الثلاثة الأولى كان للبائع الخيار، سواء أتفرّقا أم لم يتفرّقا.

ومع ملاحظة هذه الأوجه الثلاثة يعرف وجه تعبير الشيخ(1) (رحمة الله) بالأقوى؛ فإن المستفاد من ذلك أنه لا يناقش في ظهور «فإن جاء» في كون المبدأ الافتراق، إلا أن صحيحة علي بن يقطين أظهر في كون المبدأ زمان العقد، ومع دوران الأمر بين الأخذ بالظاهر أو الأظهر يقدم الأظهر، فقدّمه الشيخ (رحمة الله) ، فقوّى القول الثاني.

ووجه الأظهرية ما قدمناه من النكتتين [في الوجه الأوّل]، مضافاً إلى تأييدهما بالوجهين الآخرين. [الثاني والثالث].

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى القاعدة؛ وذلك فيما لو قلنا بإجمال النصوص، أو لم يمكن تقديم أحد الظاهرين على الآخر، بحيث يقع التعارض بين ما دلّ على كون مبدأ الثلاثة زمان التفرّق، وبين ما دلّ على كون المبدأ زمان العقد، مع العلم بكون المبدأ أحدهما، فالمسألة تندرج في صغريات إجمال المخصص، فالمرجع حينئذٍ في غير المتيقن تخصيصه هو الأصل، اللفظي، والعملي على التعاقب.

أما تقريب الأصل اللفظي فبهذا البيان:

أنه لو تأخر زمان التفرّق عن زمان العقد بخمس ساعات مثلاً، فبعد انقضاء الثلاثة الأيام من حين العقد، تبقى خمس ساعات عن انقضاء الثلاثة من حين التفرّق، فنشك في ثبوت الخيار في هذه المدة؛ إذ إن كان مبدأ الثلاثة من زمان العقد، فقد انقضت الخيار، وإن كان المبدأ من حين التفرّق، فلم تنقض بعد، فلم [ينتهِ] وقت الخيار، ومع الشك في ثبوت الخيار وعدمه يتمسك بعموم ما دلّ على اللزوم، فالمرجع

1- المكاسب 5/232.

هو عموم: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) ما دام لم يتيقن بثبوت الخيار [ونتيجته أنّ المبدأ من حين التفرّق].

وأما تقريب الأصل العملي فبنحوين:

النحو الأول: أنه في المثال السابق لو فسخ البائع العقد في المدة المتخللة بين انقضاء الثلاثة من زمان العقد، وعدم انقضائها من زمان التفرّق، فنشك في انفساخ العقد وعدمه، فنستصحب بقاءه.

النحو الثاني: أننا نشك هل أوجب هذا الفسخ الصادر من البائع زوال ملكية كل واحد من المالكين بالنسبة إلى ما انتقل إليه أو لا، فنستصحب بقاء ملكية كل واحد على ما انتقل إليه.

والنتيجة: على كلا التقديرين عملاً أن يكون المبدأ من زمان التفرّق، هذا هو مقتضى التحقيق في المسألة بحسب النصوص والقاعدة.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري

من المسقطات التي ذكرها الشيخ (رحمة الله) أخذ الثمن من المشتري، وبنّاه على القول بعدم سقوطه بالبذل، وإلا فلا تصل النوبة إليه؛ لتقدم البذل من حيث المرتبة على الأخذ؛ إذ لا أخذ إلّا بعد البذل.

فإذا قلنا بعدم سقوطه بالبذل كان الأخذ مسقطاً له؛ لسقوط الخيار بالالتزام بالبيع، والالتزام كما يكون قولياً يكون فعلياً، وأخذ الثمن التزام فعلي بالبيع، ورضا بلزومه.(2)

وبما أن مسقطية الأخذ كانت من جهة الكشف عن الالتزام بالبيع، فقد ذكر

1- سورة المائدة /1.

2- المكاسب 5/235.

الشيخ (رحمة الله) وجوهاً ثلاثة، من جهة أخذ العلم بالالتزام وعدمه، وهي:

الأول: اشتراط العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع؛ إذ لا بدّ من إثبات الالتزام به، والمثبت هو العلم.

الثاني: كفاية الظن برضا البائع والتزامه بالبيع؛ لكون الأخذ مع إفادة الظن أمارة عرفية على الالتزام، كالقول.

الثالث: عدم اشتراط العلم، ولا الظن بالالتزام؛ لكون الأخذ في نفسه كاشفاً نوعياً عن الالتزام، ولو لم يحصل الظن الشخصي به.

ثم قال الشيخ (رحمة الله) : (وخير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير)(1)

هذا ما أفاده الشيخ (رحمة الله) من التحقيق، وفيه:

أولاً: ما أفاده في أول الكلام، من ابتناء هـذا المسـقط على عدم سـقوطه بالبذل، غير تام؛ إذ يمكن تصور الأخذ بدون بذل، فيأتي البحث في كون هذا الأخذ مسقطاً؛ لكاشفيته عن الالتزام بالبيع أو لا، فلا يرتبط أحدهما بالآخر، ولنا في ذلك صورتان:

الأولى: أن يسلم البائع المبيع للمشتري بعد ثلاثة أيام من البيع، ويأخذ الثمن بدون أن يبذله المشتري؛ لأنه من حقِّه ذلك حينئذٍ.

الثانية: أن يأخذه بعدها عدواناً بدون أن يسلّم المبيع، وبدون إذن المشتري.

وفي كلتا الصورتين يأتي البحث، في سقوط خياره حينئذٍ وعدمه، من دون أن تترتب مسقطية الأخذ على عدم مسقطية البذل.

وثانياً: أن كلمة الشيخ (رحمة الله) بأن «خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى هو الأخير»(2)، وقعت موقع الإشكال من قبل الأعلام، فقد قال المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) :

1- المكاسب 5/235.

2- المكاسب 5/235.

إن الخيرية في المقام معناها الأقوائية وبالعكس.(1)

فلهذا كان من اللازم أن نبين مستند الوجوه الثلاثة أولاً، ووجه أقوائية الوجه الأخير، ثم بيان الوجه في عبارة الشيخ (رحمة الله) ، فنقول:

أما الوجه الأول، فدليله واضح؛ حيث إن الخيار ثبت للبائع قطعاً وسقوطه لا يكون إلا بمسقط شرعي، أو بإسقاط ذي الحق، والمسقط الشرعي منتفٍ، والإسقاط لا بدّ من إحرازه، ولا اعتبار بالظن بالرضا؛ لعدم حجيته، فيتعيّن في العلم.

وأما الوجه الثاني، فلأن مقتضى القاعدة وإن كان ما ذكر في الوجه الأول؛ لأن الظن لوحده لا يغني من الحق شيئاً، ولكن لما انضم الأخذ إلى الظن الشخصي تولدت عندنا قرينة عرفية على الإسقاط، والقرائن العرفية حجة.

وأما الوجه الثالث، فهو محل الإشكال؛ لعدم دلالة الأخذ في نفسه على الإسقاط، وعدم إفادته للظن حسب الفرض؛ لتتولد القرينة العرفية، والأخذ في نفسه أعم من الالتزام بالبيع، فكيف صار هو الأقوى، مع أن الأخص - وهو الالتزام بالبيع - لا يثبت بالأعم، وهو الأخذ؟

وجه القوة هو ما استفيد مما ورد في خيار الحيوان، كصحيحة علي بن رئاب، عن أبي عبدالله (رحمة الله) ، قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: «إن لامس، أو قبّل، أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء...»(2)

فإن المستفاد منها أن التصرف قرينة عرفية عامة على الرضا، وإن لم يستفد منها

1- مصباح الفقاهة 7/36؛ التنقيح في شرح المكاسب، الخيارات 39/50.
2- وسائل الشيعة 18/13، ح1، الباب 4 من أبواب الخيار.

الظن الشخصي، والمدار على الكاشف النوعي.

وعليه، فجعل الوجه الثالث هو الأقوى؛ باعتبار المستفاد من النص، وأما كون الثاني هو خير الوجوه، فالمراد مع غض النظر عن النص؛ فإن الأخذ حينئذٍ، لا يشكل بنفسه قرينة، وهو أعم من الرضا والالتزام، ولا يثبت الأخص بالأعم، وأما الوجه الثاني فهو على مقتضى القاعدة حينئذٍ؛ باعتبار القرينة العرفية المستفادة من انضمام الأخذ إلى الظن الشخصي، والقرينة العرفية معتبرة في سيرة العقلاء.

وبهذا يتضح اندفاع ما أورده المحقّق الخوئي (رحمة الله) على الشيخ (رحمة الله) .

هذا، ولكن الحكم بسقوط الخيار بمجرد الأخذ، من دون حصول الظن الشخصي، وعدم الكاشف عن الالتزام، بناء على هذا المقدار من الإفادة في غاية الإشكال.

نعم، يمكن ذلك بأحد طريقين:

الطريق الأول: أن نستفيد من قول الإمام (عليه السلام) في خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه»، أنه إرشاد إلى أمر عرفي عقلائي؛ بحيث يثبت أن التصرف بنظر العقلاء كاشف عن الرضا والالتزام بالبيع.

ولكن الحكم بذلك في غاية الإشكال، وإثبات السيرة يحتاج إلى أن العقلاء بما هم عقلاء، يرون أن مطلق التصرفات كاشفة نوعاً عن الرضا.

الطريق الثاني: إلغاء خصوصية خيار الحيوان المنصوص عليه، ولو لم يثبت من نظر عقلائي.

ولكن مقتضى حجية الرواية الصحيحة الأخذ بمضمونها، وأما تعميمه إلى غير الحيوان، فمما لا وجه له.

وبهذا تظهر الخدشة فيما اعتبره الشيخ (رحمة الله) هو الأقوى.

ص: 348

تأييد المحقّق الأصفهاني للشيخ

ومن الإنصاف أن نذكر هنا تأييد المحقّق الأصـفهاني (رحمة الله) للشيخ (رحمة الله) ، فقد قال ما حاصله: أن في المقام خصوصية تقتضي أن نقول بوجود الكاشف النوعي عن الرضا؛ وذلك لأن محل البحث هي المعاملة التي ثبت فيها الخيار بسبب تأخير الثمن، سواء أكان ثبوته لحصول الضـرر على البائع أم لوجود النص، المهم أنه ثبت الخيار للبائع بسـبب حرمانه من الثمن، فلو تبـدّل الرضا العقدي بالكراهة، فإنما هو من ناحيـة هذا التأخير، فحينئذٍ أخذ البائع الثمن، بعد تحقّق الكراهة وثبوت الخيار، قرينة عرفية عامة، وكاشف نوعي عن رضاه بالمعاملة، ولو لم يحصـل ظن شخصـي به؛ لكفايـة الظن النوعي، من قبيـل حجيـة الظهور؛ لأـن ظواهر الأفعـال كظواهر الأقوال حجـة ببناء العقلاء، والظهور متقوم بإفادة الظن النوعي.(1)

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد على ما أفاده (قدس سره) : أنه فرق بين الألفاظ والأفعال، فإن الألفاظ بعد وضعها على معانيها تكون قالباً للمعاني، على جميع المباني في الوضع، بمـا فيهم مبنـاه (رحمـة الله) ، من جعل اللفظ علامـة على المعنى اعتباراً، على مثال جعل العلامـة على رأس الفرسـخ جعلاً حقيقياً، فاللفظ بعد الوضع الاعتباري يكون قالب للمعنى، وحينئذٍ يكون كاشفاً عن المراد، وفي حال لم يوضع اللفظ للمعنى، ولكن احتفّ بالقرينة يكون اللفظ المحتف بالقرينة كاشفاً عرفياً عن المراد أيضاً، وعلى هذا الأساس تبتني أصالة الظهور.

فكاشـفية باب الألفاظ عن المراد تبتني على أحـد هـذين الأمرين، الوضع، أو احتفاف اللفظ بالقرينة، وبهما كانت الألفاظ كاشـفاً نوعياً عن المراد.

وأما باب الأفعال، فالوضع الموجود في باب الألفاظ، لا مجال له فيها؛ والفعل

1- حاشية المحقّق الاصفهاني (رحمة الله) على المكاسب 4/382.

في حدّ ذاته مجمل، يحتمل الأمرين، وبما أن الكاشفية الذاتية الحاصلة من الوضع مفقودة فيها، فلا شيء يؤثر في الكاشفية إلا القرينة – الحالية أو المقالية – المنضمة إلى الفعل، ويشترط فيها أن تكون بحدٍّ من القوة، بحيث يكون الفعل معها كاشفاً عرفياً عن المراد.

والموجود فيما نحن فيه، عبارة عن وقوع العقد، وتأخير الثمن، فتسبب التأخير في ثبوت الخيار للبائع، والذي حصل من البائع أنه أخذ الثمن، وذات العقد من حيث هو يقتضي الالتزام به، سواء أكان العقد لازماً أم كان جائزاً؛ فإن نفس العقد عبارة عن الالتزام بمضمونه، ففي البيع مثلاً يلتزم البائع بملكية المشتري للمبيع في مقابل العوض، ويلتزم المشتري بملكية البائع للثمن في مقابل المعوض، هذا ما يقتضيه العقد في حدّ ذاته، فهو يقتضي النقل والانتقال للعوضين، من أحدهما إلى الآخر، فيكون المبيع للمشتري، والثمن للبائع، ولازم الملكية جواز الأخذ؛ لتحقّق سلطنة كل مالك على ماله.

فإذن نفس العقد يقتضي أخذ الثمن ولو كان العقد خيارياً، ولكن لما كانت المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسلم، كان مقتضى الشرط الذي وقع عليه العقد، أن يكون أخذ الثمن في نفس الوقت الذي يكون المبيع تحت اختيار المشتري.

فإذن أخذ الثمن في حد نفسه من آثار الالتزام العقدي، وإنما الفرق بين البيع اللازم والبيع الجائز، أن في الأول التزاماً آخر، وهو الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي، دون البيع الجائز، فليس فيه هذا الالتزام.

والحاصل: أن الموجود في ما نحن فيه هو أخذ الثمن بعد حصول التأخير الذي هو سبب للخيار، وأخذ الثمن من لوازم ملكيته له، ومن مقتضيات الالتزام العقدي، وهو لا يكون كاشفاً عن الالتزام بالبقاء على الالتزام العقدي إلا إذا انضمت له قرينة عرفية تفيد ذلك، وهي غير موجودة، فيكون قياس أخذ الثمن على باب ظهورات

الألفاظ مع الفارق، والاستناد إلى ذلك بلا مستند.

يشترط في الأخذ حتى يكون مسقطاً للخيار أن يكون كاشفاً نوعياً عن الالتزام بالبيع، كالكاشفية النوعية في خبر الثقة، وإثبات ذلك في غاية الإشكال.

[فيمكن أن يقال]: عدم كون أخذ الثمن مسقطاً للخيار، ومقتضى القاعدة بقاء الخيار إلى أن يثبت الإسقاط، والوجه في ذلك إطلاق روايات خيار التأخير، التي هي العمدة في ثبوته بعد تأخير الثمن؛ فإنه شامل لما قبل الأخذ وبعده.

ولو فرض وشكّ - بعد أخذ الثمن - في حصول رضا جديد يتعلّق بالبقاء على المعاملة، علاوة على الرضا المعاملي الأول، فأيضاً نتمسك بالإطلاق.

لا يقال: قوّىٰ السيّد اليزدي (رحمة الله) الوجه الأخير في صورة الالتفات إلى الحكم والموضوع؛ لكونه كاشفاً عن الاسقاط حينئذٍ فعلاً، بمعنى أن كشفه فعلي وإن لم يحصل الظن الفعلي بإرادة الإسقاط.(1)

لأنا نقول: بأن جوابه يظهر مما قدمناه؛ لأن فرض الكلام في صورة العلم والالتفات إلى الحكم والموضوع.

[اللهم إلّا ان يقال: لو كان البائع بانياً على فسخ العقد لا معنى لأخذه الثمن لأنه عمل لغو، فأخذه والحال هذه يكون كاشفاً عن إختياره الالتزام بالعقد، وليس الحال كذلك بالنسبة إلى أخذه بعد العقد مباشرة، إذ يمكن ان يكون متردداً ولم يميز الصالح بعدُ لعدم مضي زمان صالح للتروي والجزم بأحد الطرفين، فلا يكون أخذ الثمن كاشفاً نوعياً عن التزامه بالعقد في مثل ذلك.

وبالجملة، لا اشكال بأن أخذ الثمن فيما نحن فيه كاشف نوعي عن الالتزام بالعقد والرضا به - بعد فرض أن التصرف مسقط للخيار - وبمقتضى حجية الظواهر

1- الحاشية على المكاسب 3/28.

العرفية في باب الأقوال والأفعال يتم المطلوب](1)

نعم، لو كـان المستند «لا ـ ضـرر» لقلنا بـدوران الخيار مـدار وجود الضـرر، وبما أنه منتفٍ بعـد أخـذ الثمن، فينتفي الخيار بانتفائه، ولكن الصحيح أن المستند الأخبار، وليس «لا ضرر».

الخامس: مطالبة الثمن

ومما تقدم في المبحث السابق يظهر عدم مسقطية المطالبة بالثمن من باب أولى؛ لأن أخذ الثمن أعم من الالتزام بالمعاملة وإسقاط الخيار، وإثبات الأخص لا يثبت الأعم.

والأعمية في المطالبة بالثمن من جهتين:

الأولى: أن المطالبة بالثمن أعم مِنْ الإسقاط ومِنْ إرادة الوصول إلى ماله.

الثانية: يحتمل أن تكون المطالبة لإرادة استكشاف أن المشتري هل هو في مقام إرادة إعطاء الثمن وعدمه، فتكون المطالبة أعم من الإسقاط وإرادة استكشاف هذا المعنى.

ومع كون المطالبة أعم من الإسقاط من جهتين، فيكون إثبات الإسقاط به من مصاديق إثبات الأخص بالأعم.

وذكر الشيخ (رحمة الله) في المسألة وجهين:

الأول: عدم سقوط الخيار به، واستدل العلّامة(2) (رحمة الله) عليه بالأصل وعدم الدليل [وتبعه في عدم السقوط المحقّق(3) والشهيد(4) الثانيان والسيّد بحرالعلوم(5) وخالي الشيخ

1- المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات 1/406.

2- تذكرة الفقهاء 11/74.

3- جامع المقاصد 4/298.

4- المسالك 3/208؛ الروضة البهية 3/458.

5- مصابيح الاحكام / لم يطبع كتاب الخيارات منها إلى الآن؛ ولكن نقل عنه في هدى الطالب 11/418.

علي(1)].

الثاني: السقوط، وذكر [الشيخ الأعظم] بنحو الاحتمال؛ لدلالته على الرضا بالبيع.

وأجاب عن الثاني، بأن المطالبة بالثمن لا تدل على الالتزام بالضـرر المسـتقبل، حتى يكون التزاماً بالبيع، بل هو استدفاع للضرر المستقبل، وفرق بينهما، أي يطالب بالثمن حتى يدفع ضرر تأخير الثمن؛ وذلك لأن العقود على قسمين:

الأول: عقد يقتضي الخيار بنفسه.

الثاني: عقد لا يقتضيه بنفسه.

الأول كالعقد الغبني، أو ما إذا كان المبيع معيباً؛ فإن العقد فيهما يقتضـي الخيار، والالتزام فيهما بالضـرر مسقط له، والمطالبة بالثمن فيهما بعد العقد والعلم بالضرر تكون التزاماً بالضرر؛ لكونه متحققاً فعلاً، فالمطالبة بالثمن كاشفة عن الالتزام به.

وأما في خيار التأخير، فالضـرر لم ينشأ من العقد، بل من التأخير، والضرر السابق لا ينجبر بالخيار، فالخيار إنما هو لدفع الضرر المستقبلي، فإذا طالب بالثمن، فإنما يريد دفع الضرر المستقبلي من ناحية التأخير، فليس فيه التزام بالضرر.

ثم إن الشيخ (رحمة الله) في الأخير، قال هو «محل نظر»(2)

والحق أن مطالبة الثمن ليست من جملة المسقطات؛ إذ يمكن أن تكون مبنية على الرضا بأصل البيع، لا الرضا بإمضائه وإنفاذه، والوجه فيه: إطلاقات روايات خيار التأخير؛ فإن مفادها ثبوت الخيار مطلقاً، طالب بالثمن أو لم يطالب به.

1- شرح خيارات اللمعة /105.
2- المكاسب 5/(235-236).

وأما الشيخ (رحمة الله) فقد استند في عدم المسقطية إلى أن مطالبة الثمن ليست من باب الالتزام بالبيع، بل من باب دفع الضرر المستقبلي؛ لكي يحصل على حقه ولا يتأخر عليه أكثر مما تأخر.

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد المحقّق الرشتي (رحمـة الله) على الشـيخ (رحمة الله) : بعدم الفرق بين القسم الأول من العقود التي يكون الضـرر فيها لازماً للعقد كالغبن والعيب، وبين القسم الثاني الذي لا ينشأ الضرر من نفس العقد، بل من التأخير؛ فقال [الشيخ الأعظم] بسقوط الخيار في الأول دون الثـاني، ولا معنى لبقاء الخيار حتى في الثاني؛ فإن الالتزام بالعقـد التزام بجميع لوازمه، وبما أنه التزم بالبيع في القسم الثاني فهو يلتزم بعـدم الخيار.(1)

ويندفع بالتأمل في كلام الشيخ (رحمة الله) ؛ لتصريحه بأن المطالبة بالثمن ليست التزاماً بالبيع، حتى يرد عليه الالتزام بالبيع التزام بلوازمه.

المناقشة في استدلال الشيخ الأعظم

أقول: يرد عليه وجهان:

الأوّل: أنه لا وجه لتركيزه الكلام على الضـرر الماضي والمستقبل وإهماله الضرر الفعلي بالمرة، مع أن ملاك نفي الضرر هو الضرر الفعلي لظهور الـدليل في فعليـة الحكم بفعليـة موضوعه. فالخيـار الثابت بملاك دفع الضـرر إنما يلحظ فيه الضـرر الفعلي الحاصل من التأخير لا الضـرر الماضـي لعدم تداركه بالخيار ولا الضـرر الاسـتقبالي لأنه خلاف ظاهر الدليل. ولم نعلم الوجه في إغفال الشيخ (قدس سره) ذلك وسكوت المحشين عنه.

1- فقه الإمامية 2/577.

ولا يخفى عليك أنه يمكن تقريب دلالـة المطالبـة بالثمن على الرضا بالعقـد والتجاوز عن الضـرر الفعلي بعين ما تقـدم في بيان دلالة أخذ الثمن، إذ لا معنى للمطالبـة إذا فرض أنه بانٍ على الفسخ، إذ لا يمكنه التصـرف به لو أخذه لأن التصـرف مسـقط بحسب الفرض. فلو لا أنه راض بالمعاملة لكانت مطالبته لغواً. فالمطالبة كاشف نوعي عن الالتزام بالعقد.

الثاني: ما ذكره السيّد الطباطبائي(1) (رحمة الله) من أن الظاهر من الأخبار كون الضرر الماضي دخيلاً في ثبوت الخيار، فيكون الملاك فيه هو الضرر الماضي والمستقبل. فإذا فرض أن المطالبة كاشفة عن الرضا بالضرر الماضي سقط الخيار، لأن جعل الخيار مع الرضا بالضرر لا امتنان فيه بل يكون من قبيل موارد الاقدام على الضرر.

ولا يخفي أن نظره (رحمـة الله) إلى أن الرضا الفعلي بالضـرر الماضـي يوجب سـقوط الخيار فعلاً وعنـد المطالبة، لا أنه يرجع إلى الرضـا بسقوط الخيار في الماضي كي يورد عليه بأنه لا معنى له، كما في حاشية المحقّق الاصفهاني(2) (رحمة الله) ، فراجع.

ويقع الكلام بعد ذلك في مسائل:

المسألة الأولى: في أن هذا الخيار على الفور أو على التراخي، فإن فيه قولين كما ذكر الشيخ(3) (قدس سره) .

وقد ذكر الشـيخ (قدس سـره) أنه قد تقدم في خيار الغبن الحديث في هذه الجهة. وقد بيّن هناك الضابط العام وما يصـلح أن يسـتند إليه كل طرف مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد.

وإختار (قدس سره) هناك أن الخيار على الفور، لعدم امكان الرجوع إلى إستصحاب

1- حاشية المكاسب 3/28، رقم 37.
2- حاشية المكاسب 4/383، قوله: مدفوع.
3- المكاسب 5/237.

الخيـار، في الوقت الـذي لاـ يمكن الرجوع إلى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، فيرجع إلى أصالـة اللزوم العمليـة لا اللفظيـة، ولكن هذا الخيار يختلف عن سابقه، فيمكن أن يلتزم به بالتراخي لوجهين:

الوجه الأول: ظهور النص في نفي اللزوم بقول مطلق بلا تحديد له في زمان خاص.

بيان ذلك: أنه قد عرفت أن قوله (عليه السلام) في روايات الباب(2) «لا بيع له» ظاهر في نفي الحقيقة. وحيث امتنع حمله على نفي الحقيقة فالأقرب إلى ذلك هو نفي الصـحة. وظاهر أنه ينفي الصـحة بقول مطلق لا أنه ينفيها في زمان مّا، فإذا فرض حمله على نفي اللزوم باعتبار أنه أظهر الآثار – كما قيل – فهو ظاهر أيضاً في نفيه بقول مطلق، الظهور اللفظ عرفاً في إرادة النفي في مطلق الأزمنة لا في زمان خاص.

ولكن الشيخ(3) (قدس سره) تأمل في ذلك.

وقيل في وجه تأمله: أن ما أفاده (قدس سـره) من ظهور النص ينافي ما صرح به مراراً وبنى عليه من أن النص لايتكفل حكماً زائداً على قاعدة نفي الضرر في المقام، وقاعدة نفي الضرر لا تقتضي أزيد من الخيار آناً مّا لاندفاع الضرر بذلك.

الوجه الثاني: إمكان جريان استصـحاب الخيار وعدم اللزوم، ولا ينافي ذلك ما تقدم منه من كون المسـتفاد من النص هو الحكم ملاك نفي الضرر باعتبار أن مقتضاه تحقّق الشك في بقاء الموضوع، أو العلم بزواله كما تقدم في خيار الغين.

وذلك لأن الخيار ليس مسـتفاداً من قاعدة نفي الضرر كي يقال أن موضوعها المتضرر وقد زال، وإنما اُستفيد من النص وهو وإن كان بملاك نفي الضرر لكن لا

1- سورة المائدة /1.
2- وسائل الشيعة 18/21، الباب 9 من أبواب الخيار.
3- المكاسب 5/237.

يستلزم ذلك تقييد الموضوع – في باب الاستصحاب – في ظاهر النص بالمتضرر، إذ الملاك يوجب تحديد سعة الحكم الثابت بالدليل ولا يوجب تغيير ظهور الدليل في كون الموضوع – معنى معروض الحكم – ذات البائع.

وقد تقدم أنه إذا كان هناك دليل لفظي ينقح معروض الحكم فالمدار عليه، فانتبه ولا تغفل. هذا بيان ما أفاده الشيخ(1) (قدس سره) في المقام وهو متين لا اشكال لنا فيه.

[ولذا قال الشيخ: «وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوّة، إمّا لظهور النصّ وإمّا للاستصحاب»(2)].

مقتضى التحقيق في المسألة

مقتضى التحقيق في المسألة، أن نلاحظ مستند الحكم بثبوت الخيار، وعلى أساسه يتضح الحكم؛ فإنها مختلفة بحسب المباني:

المستند الأوّل: الإجماع، وإنما صير إليه؛ لأن ظاهر النصوص نفي الصحة، لا اللزوم، فلا تصلح أن تكون مستنداً للخيار، وكذلك قاعدة «لا ضرر»؛ إذ بين تأخير الثمن والضرر عموم من وجه، فربما تحصل المنفعة في التأخير.

مضافاً إلى دلالتها على نفي اللزوم، لا على إثبات حق الخيار.

المستند الثاني: قاعد «لا ضرر»؛ فإن الحكم باللزوم في حال تأخير المشتري للثمن ضرر على البائع، فينفي بها.

المستند الثالث: الشرط الإرتكازي؛ فإن المعاملة مبنية على شرط التسليم والتسلّم من الطرفين بعد تحقّقها مباشرة، ولكن تصرّف الشارع في الشرط، فأجاز التأخير إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيأتي قانون تخلّف الشرط يستلزم ثبوت الخيار.

1- المكاسب 5/237.

2- المكاسب 5/237.

المستند الرابع: الأخبار، وفيها طريقان:

الأول: أن نحمل النفي في الروايـة على نفي اللزوم؛ لتعذر حملها على المعنى الحقيقي، فنلجأ إلى الحمل على أقرب المجازات، كما تقدم شرحه.

الثاني: أن يدعى أنّ مفادها نفي اللزوم.

الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، فمقتضى القاعدة أن الخيار على الفور؛ وذلك لأنا إن قلنا – كما هو المختار – بإمكان الرجوع إلى العموم، عند التردد في حدّ الخيار، ودوران الأمر بين التمسك بعموم العام، واستصحاب حكم المخصص، فالقدر المتيقن من الإجماع تخصيص الآية في الآن الأول، وأما بعده فيرجع إلى العموم المقتضي للزوم، فيكون الخيار فورياً.

وإن قلنا بمقالة الشيخ (رحمة الله) ، من عدم إمكان الرجوع إلى العموم، فالإجماع لا يدل على الخيار إلا في الآن الأول، ولا يدل على ثبوته بعده، فيكون المرجع بعد الآن الأول استصحاب أثر العقد، والحكم ببقائه، فيما لو فسخ العقد، وشككنا في تأثيره، والنتيجة كون الخيار على الفور أيضاً.

فالنتيجة:

أن الخيار – في فرض كون المستند هو الإجماع – فوري.

ودعوى أن استصحاب بقاء الخيار مقدم على استصحاب بقاء الملك؛ لأن الشك في تأثير الفسخ وعدمه، وبقاء الملك وزواله، مسبب عن الشك في بقاء الخيار.

ممنوعة بإن المستند إن كان هو الإجماع، فنحن لا نعلم سعة موضوعه، بمعنى هل أنه قام على الخيار في خصوص المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ أو مطلق المتضرر، حتى لو أمكنه الفسخ ولم يفسخ، ومع الشك في الموضوع، وكون الإجماع دليلاً لبياً، لا لسان له، لا نحرز بقاء الموضوع بعد الآن الأول، فلا يجري استصحاب بقاء الخيار؛

ص: 358

لاشتراط إحراز وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة في موضوع الاستصحاب، ولم تحرز.

نعم، لو استفيد من كلمات المجمعين، قيام الإجماع على الخيار للمتضرر الذي لم يعمل خياره، فهو مورد استصحاب بقاء الخيار.

الحكم إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند هو «لا ضرر»، فالأمر مشكل، وقبل بيان جهة الإشكال، يلزمنا أن نبيّن الفرق بين ما نحن فيه، وبين خيار الغبن، مع كون المستند في كليهما «لا ضرر»، فنقول: بأن الفرق من جهتين:

الأولى: أن الضرر في خيار الغبن ناشئ من نفس العقد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ناشئ من تأخير الثمن.

الثانية: أن الضرر في خيار الغبن واحد، وهو نقصان المالية؛ للتفاوت الفاحش بين قيمة ما خرج من كيسه، وقيمة ما دخل فيه، وأما في ما نحن فيه، فالضرر متجدّد؛ إذ كل تأخير في كل يوم يعدّ ضرراً، فالضرر من التأخير في اليوم الأول إن لم يجبر بالخيار، فيمكن جبران الضرر الناشيء من التأخير في اليوم الثاني.

إذا اتضح الفرق بين البابين، ففي خيار الغبن، إذا علم المغبون بالحكم والموضوع، ولم يعمل خياره، كان الضرر في الآن الثاني مستنداً إليه، لا إلى الشارع، فلا تجري في حقه «لا ضرر».

وأما فيما نحن فيه، فعدم إعماله للخيار في اليوم الأول مستند إلى نفسه، وإما الضرر في اليوم الثاني فلم يلتزم به.

وعلى هذا الأساس ذهب المحقّق النائيني (رحمة الله) إلى أن «لا ضرر» ترفع اللزوم آناً آناً؛ لأن الضرر الناشيء من الحكم باللزوم ممتد في طول الزمان، آناً فآناً، فكلما حكم باللزوم حصل ضرر فيرفع بها، ف-«لا ضرر» بنفسها تثبت التراخي في الخيار، بلا

حاجة إلى استصحاب بقائه.(1)

وفي قباله ما أفاده المحقّق الرشتي (رحمة الله) ؛ فإنه قال: بأن المستند إن كان «لا ضرر» أو الأخبار بتنزيلها على مؤدى «لا ضرر»، فيثبت الخيار بها، وبعد الشك في بقاء الخيار، في الآن الثاني، نستصحب بقاءه.(2)

والفرق بين الرأيين - مع اشتراكهما في كون الخيار على التراخي - أن الخيار يثبت في الآن الثاني، حسب مبنى المحقّق النائيني (رحمة الله) ، بنفس «لا ضرر»، وأما على مبنى المحقّق الرشتي (رحمة الله) ، فباستصحاب بقائه.

والفرق بين رأي المحقق النائيني (رحمة الله) ورأي الشيخ (رحمة الله) ، أن الشيخ (رحمة الله) أخذ الموضوع من الأخبار، وتمسك باستصحاب بقاء الخيار؛ لبقاء موضوعه.

وأما المحقّق النائيني (رحمة الله) ، فقال لا حاجة إلى ذلك، بل نفس «لا ضرر» تثبت بقاء الخيار.

والفرق بين رأي المحقّق الرشتي (رحمة الله) ، ورأي الشيخ (رحمة الله) ، أن رأي المحقّق الرشتي (رحمة الله) استصحاب بقاء الخيار حتى لو تمسكنا بقاعدة «لا ضرر»، وغضضنا النظر عن الأخبار، بخلاف الشيخ (رحمة الله) ، الذي قال بلزوم أخذ الموضوع من الأخبار لأجل جريان استصحاب بقاء الخيار.

هذا ما أفاده الأعلام، ولكن لا يخفى أن المستند إن كان «لا ضرر»، فهي إنما ترفع الضرر المستند إلى الشارع، لا غير، وبما أن نسبتها إلى دليل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(3) نسبة الحكومة التي هي بمنزلة التخصيص، فهي ترفع اللزوم الضرري في الآن الأول؛ لانتساب الضرر إلى الشارع لو حكم باللزوم، وأما اللزوم الضرري في الأن الثاني -

---

1- منية الطالب 3/189.

2- راجع فقه الإمامية 2/(579-278).

3- سورة المائدة /1.

بعد علم البائع والتفاته للحكم والموضوع، وعدم إعماله الخيار - فلا يستند إلى الشارع، وإنما يستند إلى البائع، فيتمسك عند الشك بعموم الآية.

ولا ـ أقل من الشك والتردد في إسناد الضرر إلى الشارع، وبما أنه لم يحرز الاستناد إليه كان المخصص مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المتيقن، وهو التخصيص في الآن الأول، ويتمسك بالعموم في ما عداه.

الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، فالقاعدة تقتضي التراخي؛ لأن مقتضى الشرط ثبوت الخيار عند تأخير الثمن مطلقاً، من دون اشتراط الفور في إعماله، فما دام التخلف عنه ثابتاً يثبت الخيار.

الحكم إذا كان المستند الأخبار

اشارة

وإن كان المستند الأخبار، فكلمات الشيخ (رحمة الله) مضطربة، ولكن نقول: تارة نقول بأن الروايات منصرفة إلى مؤدى «لا ضرر» ومنزلة عليها، وأخرى، لا نقول بذلك.

وعلى الأول، تارة نقول بأن الضرر علة، وأخرى حكمة.

فإن كانت منصرفة إلى مؤدى «لا ضرر» وكان الضرر علة، كان مفادها عين مفاد «لا ضرر»،(1) وإن كان حكمة، فالمرجع إلى طلاق الأخبار.

والحق بعد أن نرجع إلى النصوص أنا لا نجد فيها للضرر عيناً ولا أثراً، بل ما أخذ فيه هو عدم القبض والإقباض، وغاية ما يمكن أن يقال أن الضرر حكمة للحكم بالخيار، فلا يدور مدارها، وعليه فيتمسك بإطلاقها، ومقتضاه التراخي؛ لأن مدلولها

1- بل ليس مفادها عين مفاد «لا ضرر» لما مرّ من أن «الملاك يوجب تحديد سعة الحكم الثابت بالدليل ولا يوجب تغيير ظهور الدليل في كون الموضوع - بمعنى معروض الحكم - ذات البائع» [المرتقى إلى الفقه الأرقى 1/408].

المستفاد من «وإلا فلا بيع له» هو نفي اللزوم، من دون تحديد بزمان دون زمان.

[بعبارة أُخرى]: إن موضوع الحكم ومتعلقه إذا كان ينقسم إلى انقسامات، وجعل الشارع الحكم على الموضوع أو على المتعلق بدون أن يخصصه بأحد الأقسام فمقتضى أصالة البيان أن يكون الحكم على جميع الأقسام، وبما أن الخيار ينقسم إلى الفور والتراخي، ونفى الشارع اللزوم عن هذا البيع بقوله: «لا بيع له» المحمول على نفي اللزوم، لا البطلان حسب الفرض، من دون تحديده بحد، فمقتضى الإطلاق نفي اللزوم أبداً.

المسألة الثانية: في تلف المبيع، وهو تارة يكون بعد الثلاثة وأُخرى قبلها.

أما إذا كان التلف بعد الثلاثة، فذكر الشيخ(1) (قدس سره) أنه من البائع إجماعاً مستفيضاً بل متواتراً(2)، كما في الرياض(3)ويدل عليه الحديث النبوي المشهور وإن لم يوجد في كتبنا «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»(4)ومقتضى اطلاقه ثبوت الحكم مطلقاً في حال الخيار أو بعد بطلانه باسقاط، أو لتأخير - بناء على الفور - وغير ذلك.

وقد يدعى معارضة هذا النبوي بقاعدتين أخرتين:

ص: 362

1- المكاسب 5/238.

2- قال خالي الشيخ علي: «لا خلاف في أنَ لا خلاف في أنّ المبيع إذا تلف بعد الثلاثة كان من مال بائعه. وقد نقل عليه الإجماع في الخلاف [3/20، مسأله 24] والسرائر [2/278] والجامع [/247] والمختلف [/68] والقواعد [2/67] والإيضاح [1/485] والتنقيح [2/49] والمهذّب البارع [2/380] والدروس [3/273] وغاية المرام [2/39] وغيرها لأنّه مبيع تلف قبل قبضه فيكون من مال بائعه بالقاعدة الكلّية الثابتة بالنصّ [عوالي اللآلي 3/212] والإجماع»، شرح خيارات اللمعة /107.

3- رياض المسائل 8/195.

4- عوالي اللآلي 3/212، ح59؛ ونقل عنه في مستدرك الوسائل 13/303، الباب 9 من أبواب الخيار.

إحداهما: قاعدة الملازمة بين النماء والدَّرَك المستفاد من النص والاستقراء المعبّر عنها بقاعدة: «الخراج بالضمان» أو: «من له الغنم فعليه الغرم» فإن مقتضاها كون التلف من المشتري إذ النماء له لو تحقّق.

والأخرى: قاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، فإن مقتضاها كون التلف من المشتري لأنه لا خيار له.

وردّ الشيخ (قدس سره) هذه المعارضة...

أما بالنسبة إلى قاعدة الخراج بالضمان، فذكر [الشيخ(1)] (قدس سره) أن النبوي مخصص لها، لأنه خاص بالنسبة إليها.

وأضاف إليه غيره(2): أنه بناء على الالتزام بأن مقتضى النبوي هو إنفساخ المعاملة قبل التلف آناً مّا ورجوع المبيع الى ملك البائع آناً مّا قبل التلف، كان المورد خارجاً موضوعاً عن قاعدة الخراج بالضمان، لأن النماء للبائع قبل التلف آناً مّا لا للمشتري.

وأما بالنسبة الى القاعدة الثانية ، فذكر (قدس سره) أنها لا عموم لها الجميع أفراد الخيار بل سيجيء اختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان. كما لا عموم لها لمطلق أحوال البيع بل تختص بما اذا كان التلف بعد القبض.

وأما إذا كان قبل الثلاثة، [1] فالمشهور أنه من مال البائع وعن الخلاف(3) الاجماع عليه.

[2] وعن جماعة من القدماء منهم [تقي الدين الحلبي](4) والمفيد(5) والسيّدان(6)

ص: 363

1- المكاسب 5/239.
2- حاشية المكاسب للسيّد اليزدي 3/31، رقم 42.
3- الخلاف 3/20 ولكن الموجود فيه «من مال المبتاع».
4- الكافي في الفقه /353.
5- المقنعة /592.
6- الانتصار /437؛ الغنية /219.

والديلمي(1) أنه من مال المشتري وأدعي عليه الاجماع [كما في الانتصار والغنية].

وذكر الشيخ(2) (قدس سره) أن الاجماع بضميمة قاعدة «ضمان المالك لماله» يصلح حجة لهذا القول.(3)

ثم ناقشه: بأن الاجماع معارض - كما عرفت - بل موهون بكثرة المخالف. والقاعدة مخصصة بالنبوي المتقدم المنجبر ضعف سنده بعمل الكل والتسالم عليه ، مع تكفله حكماً على خلاف القاعدة مما يوجب الجزم بصدوره.

مضافاً إلى رواية عقبة بن خالد(4) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل إشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه».

وبعد ذلك تعرض الشيخ (قدس سره) الى نقل قول الشيخ الطوسي (رحمة الله) في النهاية(5) يرتبط بما نحن فيه وظاهره المنافاة لما تقدم. وإليك نصه كما جاء في كتاب المكاسب: «إذا باع الانسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له، وإن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع، [1] فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبّضه أياه كان من مال البائع دون المبتاع [2] وإن كان قبّضه أياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع، [3] وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له

1- المراسم /172.
2- المكاسب 5/239.
3- أي [2].
4- وسائل الشيعة 18/23، ح1، الباب 10 من أبواب الخيار، ضعيف بابن هلال.
5- النهاية /386.

بعدها».

وقد قال العلّامة(1) (رحمة الله) بعد حكايته هذا القول: «وفيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع».

وأفاد الشيخ (قدس سره) بعد نقله لكلا القولين أن الظاهر من كلام العلامة (رحمة الله) أنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله خصوصاً بملاحظة قوله: «على كل حال».

وإستشكل فيه بأن ظاهر تعليل الشيخ [الطوسي] (رحمة الله) الحكم بقوله: «لأن الخيار له بعدها»(2) هو فرض التلف في زمن الخيار ومن المعلوم أن عدم القبض شرط فيه، فيدل على أن الحكم المعلّل مفروض قبل القبض.

وأما قوله: «على كل حال»، فيمكن حمله على إرادة ثبوت الحكم في ما بعد الثلاثة على كلا القولين فيه إذا كان التلف قبل الثلاثة من كونه من مال البائع أو المشتري.

وقد وجّه المحقّق الايرواني(3) (رحمة الله) كلام الشيخ (رحمة الله) في النهاية - بعد حمله على ما استظهره العلّامة - بنحو يدفع عنه إيراد العلّامة وإشكال الشيخ (قدس سره) . وبيان ذلك: أن المنسوب إلى الشيخ (رحمة الله) أنه يرى أن تحقّق النقل والانتقال إنما هو بعد مضي زمان الخيار فلا ملك في زمان الخيار، بضميمة أن القبض بعد الثلاثة لا يستلزم سقوط الخيار، وإنما الذي يرفع الخيار هو القبض قبل الثلاثة ، كما تقدم.

وعليه، فإذا تلف المبيع بعد الثلاثة فهو تلف في زمن الخيار فيكون من مال البائع، لأنّه بعد في ملكه سواء كان قد قبضه المشتري أم لم يقبض. أما إذا كان قبل

1- مختلف الشيعة 5/69.

2- أي بعد ثلاثة أيام.

3- حاشية المكاسب 3/202، رقم 430.

الثلاثة فإنه إذا كان بعد القبض كان من المشتري لأنه لا خيار، فالنقل والانتقال تحقّق بالبيع. وإن كان قبل القبض، فلأنه وان كان الخيار بعد الثلاثة لكن يقال إنه تلف في زمن الخيار ولو بملاحظة أن له الخيار بعد ذلك.

وهذا التوجيه متين يتناسب مع تعليل الشيخ [الطوسي] (رحمة الله) للحكم بأن له الخيار بعد الثلاثة.

وعليه، فلا وجه لحمل الشيخ [الطوسي] كلامه على ما تقدم [من كلام الشيخ الأعظم]، إذ الخيار وإن فرض أن عدم القبض شرط فيه إلا أن الشرط هو عدم القبض في الثلاثة لا بعدها. كما لا وجه الإيراد العلّامة، إذ بالقبض قبل الثلاثة يلزم البيع لا بعد الثلاثة، فتدبر.

ثمّ ان هاهنا فرعان:

[ال-]فرع [الأوّل]: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه

اشارة

إذا مكّن البائعُ المشتري من القبض فلم يقبضه، فهل يكون التمكين بحكم القبض، بحيث لو تلف فيما بعد كان من مال المشتري أو لا؟

بنى الشيخ (رحمة الله) المسألة على المبنيين في الضمان، فإن قلنا بارتفاع الضمان بالتمكين، قلنا هنا بأن التمكين بحكم القبض، وإن قلنا بعدم ارتفاعه به، لم يكن هنا بحكمه.(1)

التحقيق في المسألة

والتحقيق: أن ذلك يدور مدار المستند في المسألة:

فإن كان المستند لقاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه) [و] هو الارتكاز العقلائي، القائم على أن القبض والإقباض من متممات البيع، فالحق كفاية التمكين؛

1- المكاسب 5/240.

لكونه هو الشرط المتمم للبيع والشرائ في مرتكزهم العقلائي، لا قبض الخارجي.

وعليه فالتمكين يكون بحكم القبض، فإذا تلف بعده كان من مال المشتري.

وإن كان المستند هو النبوي،(1) فقد أخذ فيه عنوان القبض، ولا يصدق لغة على التمكين، كما يشهد عليه صحة السلب عنه، فيكون التلف من مال البائع.

ودعوى الانصراف إلى صورة عدم التمكين، منعها المحقّق الإيرواني (قدس سره) : باختصاص الانصراف في الإطلاق، كانصراف المطلق إلى الفرد الشايع، وأما انصراف اللفظ من معناه إلى غير معناه، كما نحن فيه من انصراف القبض إلى التمكين، فلا وجه.(2)

والتحقيق: عدم الدليل على حصر الانصراف في حالة الإطلاق، بل لا بدّ من البحث في وجود القرينة الموجبة للانصراف وعدمه، وبيان ذلك يقتضي الكلام في الكبرى والصغرى:

أما الكبرى، فإن الألفاظ قوالب للمعاني، وأن قاعدة أصالة الحقيقة تجري في مرحلتي الإرادة الاستعمالية، والجدية، فالأصل في الاستعمال أن يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي، كما أن الأصل في مراد المتكلم أنه أراد المعنى الحقيقي أيضاً، ولا خلاف في نفس هذين الأصلين.

فالأصول العقلائية، مشروطة من الأوّل بعدم وجود القرينة الصارفة، بلا خصوصية للإطلاقات، فلا وجه لما أفاده من الحصر.

وأما الصغرى، فكما قلنا سابقاً: بأن الارتكاز العقلائي قائم على الإعطاء والأخذ الخارجي، بمعنى وقوع المعاملة مبنية على أن يسلّم كل من المتعاملين كلاً من

1- كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.
2- حاشية المكاسب 3/202، رقم 428، إلّا أنه اكتفى بقوله ممنوعة، ولم يعلل.

العوضين إلى الآخر، وأن ما له الموضوعية عندهم هو التمكين والتمكن، لا القبض الخارجي، وهذا الارتكاز قرينة موجبة لانصراف القبض.

والنتيجة: أنا إذا استندنا إلى النبوي، فمقتضى الجمود على اللفظ، أن لا يكون التمكين بحكم القبض، وأما مع ملاحظة قرينة الارتكاز، ومناسبة الحكم للموضوع، فالتمكين كافٍ لتحقّق ذلك الشرط المعاملي.

وإن كان المستند رواية عقبة بن خالد(1)، فلا يكفي التمكين؛ لأن في النص «حتّى يُقْبِضَ المتاع، ويُخْرِجَهُ من بيته»(2)، فالتصريح بالقبض والخروج من البيت يمنع من القرينة المذكورة، إلّا أن يقول قائل: بأن الخروج من البيت، لا يدل على أكثر من القبض، والقبض منصرف، كما تقدم، ولكن عهدة هذه الدعوى على مدّعيها.

وإن كان المستند هو الإجماع، فبما أن قاعدة الملازمة بين النماء والدَّرَك، تقتضي أن يكن التف من مال مالكه مطلقاً، قبل القبض وبعده، والإجماع مخصص لها، وهو دليل لبي، فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو صورة تحقّق القبض الخارجي، فلا يكفى بمجرد التمكين.

[ال-]فرع [الثاني]: في تلف الثمن

والحكم فيه يبتني على ما تقدم، من المباني في المسألة السابقة:

فإن كان المستند الارتكاز؛ لعدم تمامية النص والإجماع، فهو يقتضي بأن تلفه قبل قبضه من مال المشتري، كما كان تلف المبيع من مال البائع؛ فإن الشرط الارتكازي الذي بنيت عليه المعاملة، ويعتبر من متممات البيع، هو تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، فالحال فيهما واحد، والتفكيك بينهما باطل.

1- وقبله محمّد بن عبدالله بن هلال مهمل.

2- وسائل الشيعة 18/23، ح1، الباب 10 من أبواب الخيار.

وإن كـان المسـتند النص، فقـد قيـل بإلحاق الثمن بالمبيع أيضاً؛ لأن البيع يطلق على ما يعمّ الشـراء، فإذا ذكر المبيع، فلا يقصـد خصوص المثمن؛ بل يعمّ المثمن والثمن.

وهو ممنوع؛ لأن المثمن لغة وعرفاً غير الثمن، وإطلاقه على الثمن مجاز بلا إشكال، فلا يصار إليه إلّا بقرينـة، ومع عـدمها، يكون حمل اللفظ عليه مخالفاً لأصالة الحقيقة والظهور، فبناء على الالتزام بالنص أن نتعبّد باختصاص القاعدة بالمبيع.

ولا ـ أقل من الشك؛ لبطلان الجزم بكون المبيع أعم من المثمن والثمن؛ لأنه إما ظاهر في المثمن المقابل للثمن، أو مجمل مردّد بين الأقل والأكثر، وإذا كان المخصص مجملاً اقتصر فيه على القدر المتيقن، فينحصر تخصيص قاعدة الملازمة(1) بتلف المبيع خاصة.

وإن كان المستند الإجماع، فلا إشكال في اختصاص القاعدة بتلف المبيع، ولا وجه للتعدّي إلى الثمن.

هـذا تمـام الكلام في هـذه المسألـة، ولم يبقَ إلّا البحث في المراد من اليوم، هل هو بياض النهار خاصـة، أو ما يشـمل النهار والليل، وهو يصدق على التلفيقي منه أو لا؟ وقد بحثناه في خيار الحيوان، فلا نعيد.(2)

المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه

ذهب المشـهور إلى أن المعاملة لازمة إلى الليل، وبعد دخوله يثبت الخيار للبائع، وتعرض الشـيخ (رحمة الله) في هذه المسألة إلى خمسة مطالب، وبيّن المدّعى والدليل عليه، وذكر دليلين، ولكن الأدلة في المسألة أربعة، ونبدأ بما ذكره الشيخ (رحمة الله) :(3)

1- بين النماء والدَّرَك.

2- تقدم في الآراء الفقهية 10/415.

3- المكاسب 5/(241-242).

الدليل الأول: قاعدة «لا ضـرر»؛ فإن الحكم بلزوم البيع مع ذهاب طراوة ما يفسد ليومه، ضـرر على البائع؛ لكونه ضامناً للمبيع، ممنوعاً من التصرف فيه، محروماً عن الثمن، فينفى اللزوم بالقاعدة، ويثبت الخيار له.

ثم أفاد (قدس سره) : بأن المسـتند إذا كان «لا ضـرر»، فلا يقتصر على ما يطابق فتوى المشهور، بل يتعدّي إلى ما يستمر إلى يومين أو إلى ثلاثة، فيحكم بلزومه أكثر من يوم، ثم يحكم بالخيار، وكذلك فيما يفسد في نصف يوم، فيثبت الخيار في أقل من يوم.

فالدليل تام عند الشيخ (رحمة الله) ، ولكن مع ملاحظة النسبة بين الدليل ومدّعى المشهور، من أنها نسبة العموم والخصوص من وجه.

الـدليل الثاني: مرسـلة محمّد بن أبي حمزة: في الرجل يشتري الشـيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: «إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له»(1)

وهي مرسـلة، ودلالتهـا محـل إشـكال؛ من جهـة أن الموضوع فيهـا «ما يفسـد من يومه»، والحكم فيها بثبوت الخيار من أول الليل، فيكون الخيار في أول ازمنة الفساد، فلا يكون الخيار حينئذ ذا فائدة تعود للبائع.

ولهـذا التزم بالتصـرف في مدلولها، وذكر الشـيخ (رحمة الله) كلمات الفقهاء في ذلك، ثم اعتبر أحسن الكلمات كلمة الشـهيد(2) (رحمة الله) ؛ حيث جعل اليوم ما يعم النهار والليل، فيفسد بعد انتهاء الليل، والخيار يبدأ من أوله، ولهذا عبّر عنه بخيار ما يفسده المبيت.

وأحسن منها كلمة الصدوق (رحمة الله) ، التي أسـندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال: «العهدة فيما يفسد من يومه – مثل البقول والبطيخ والفواكه – يوم إلى الليل»(3).

1- وسائل الشيعة 18/24، ح1، الباب 11 من أبواب الخيار.
2- راجع: الدروس الشرعية 3/274.
3- وسائل الشيعة 18/25، ح2، الباب 11 من أبواب الخيار.

وفي ما أفاده الشيخ (رحمة الله) إشكال:

أما الاستدلال ب-«لا ضـرر»، - فمضافاً إلى أن بينها وبين مدّعى المشـهور خصوصاً وعموماً من وجه، كما أشار الشيخ (رحمة الله) إليه؛ فـإن بعض المبيعـات مما يتلف في أقل من يوم، وبعضـها يتأخر إلى يومين وثلاثـة، ولاختلاف المناطق دور أيضاً، من حيث حرارة المكان وبرودته، فيما يتلف في أقل من يوم في مكان، لا يتلف إلا بعد يومين في مكان آخر- .

أنها لا تدل على إثبات الخيار على مبناه (رحمة الله) في مفاد «لا ضرر»؛ فإن في مفادها قولين: ما اختاره المحقّق الخراساني (رحمة الله) ، نفي الحكم عن الموضوع الضرري.

وما اختاره الشيخ (رحمة الله) - وهو الحق - من نفي الحكم الضـرري، بمعنى عدم جعله في الشـريعة الإسلامية، على وزان: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)(1)، فيكون مفادها نفي اللزوم، ونفيه لا يثبت حق الخيار الذي هو المدّعى.

ثم إن المحقّق الخوئي (رحمة الله) ، أورد على التمسك ب-«لا ضـرر»، بأنه إنما يتمّ لو انحصر التخلّص من الضرر في جعل الخيار، ولكنه ليس كـذلك في المقام؛ إذ يمكن التخلّص بالمقاصـة؛ فإن للبائع إن لم يأتِ المشتري بالثمن أن يقتص من المبيع، فلا تصل النوبة إلى رفع لزوم المعاملة بها.(2)

وهو محل تأمل ونظر، وذلك بعـد ملاحظـة حقيقة التقاص ومورده وحكمه، ولكن نقتصـر في المقام على بيان ما يرتبط بمحل البحث؛ فإن التقاص تصـرف وتملك لمال الغير؛ ليسـتنقذ حقه الذي منعه منه، فيقتضـي مخالفة القواعد والأصول، تكليفاً ووضعاً؛ فإن التصرف في مال الغير حرام تكليفاً؛ بمقتضى ما ورد عنهم: «لا يحل

1- سورة الحج /78.
2- مصباح الفقاهة 7/51.

لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»(1)، وغير نافذ وضعاً؛ لأن تملّك مال الغير يتوقف على حصول سبب من أسباب التمليك، ولا يمكن حصوله من دونه من جهة فقهية، والفرض أن كلا الأمرين غير حاصلين في مورد التقاص، فالقاعدة تقتضي الاقتصار في جواز التقاص تكليفاً ووضعاً على مورد انحصار أخذ الحق فيه.

فإذن جواز التقاص، متوقف على انحصار طريق أخذ الحق فيه، وانحصاره في موردنا، يتوقف على عدم تحقّق الخيار ب–«لا ضرر»؛ – إذ لو ثبت له الخيار بها، لما انحصر استخلاص حقه فيه، ولما احتاج إلى مخالفة الأصل في الحكمين، التكليفي والوضعي – وعدم تحقّق الخيار بها، يتوقف على جواز التقاص، فيكون جواز التقاص دورياً.

فما أفاده من جواز التقاص؛ لمنع التمسك ب–«لا ضرر» لإفادة الخيار، يستلزم الدور المحال.

وأما المرسلة، فهي ضعيفة سنداً ودلالة:

أما السند؛ فلكونها مرسلة، فلا يمكن الاستناد إليها إلا على القول بانجبارها بعمل المشهور، فقد ادّعى من لا يرتضى بقاعدة الجبر عمل المشهور بها، إلا أن المناقشة فيها من حيث الكبرى.(2)

ولكن الصحيح عدم ثبوت الصغرى أيضاً؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنّا لكي نثبت عمل المشهور بها علينا إحراز استنادهم إليها لا إلى غيرها، وأنى لنا إثبات ذلك مع وجود دليلين آخرين في المسألة، مرسلة الصدوق، التي عنونها الوسائل برواية زرارة، وارتكاز المتعاملين، وإذا أضفنا «لا ضرر» كانت الأدلة ثلاثة.

1- وسائل الشيعة 9/540، ح7، الباب 3 من أبواب الأنفال.
2- مصباح الفقاهة 7/48.

الثاني: أن الرواية مرسلة، ومورد انجبار ضعف السند بعمل المشهور – كما حقّق في الأصول – ما إذا كان الراوي معيّناً، إلا أنه مجهول الحال عندنا، حتى يمكن القول بالتوثيق العملي، لا ما إذا لم يكن معيّناً أصلاً.

وأما الدلالة؛ فأولاً: أن مقتضى ظهورها أن نقول بلزوم البيع إلى الليل، ثم نحكم بالخيار من أوله، فيكون الحكم بالخيار حين طرو الفساد، ومن الواضح أن الخيار حينئذٍ لا فائدة فيه؛ لأن الخيار إنما جعل لدفع الضرر، فجعله بعد تحقّق الفساد لغو محض، فلا يمكن المصير إليه.

ولهذا التجأ الشهيد (رحمة الله) إلى التصرف في المراد باليوم، بحيث يشمل النهار والليل، والقول بما يفسده المبيت، فالفساد بعد انتهاء الليل، والخيار من أوله، ولكنه رفع لليد عن الظاهر بلا دليل.

ومجرد عدم إمكان الالتزام بالظاهر، لا يعني الالتزام بما يطابق ما نريد، بل ينبغي الطرح.

[ثانياً: «أن الضرر الوارد على البائع بتأخير السلعة إلى الليل وكونها في معرض التلف على تقدير مبيتها عنده لا يندفع بالخيار أول الليل، إذ ينقطع البيع عادة في الليل في غالب الأماكن خصوصاً في مثل القرى والأرياف وخصوصاً في الأزمنة السابقة فإن أسواق المأكولات تفتح عادة في النهار»(1)].

وثالثاً: أنه لا بدّ من التصرف في كلمة الفساد أيضاً، لأن غالب الموارد التي أفتى فيها المشهور، كالخضروات لا تفسد إلى الليل، ولا إلى اليوم التالي، وإنما تذهب طراوتها، وهو غير فسادها.

فالحاصل: أن الرواية مخدوشة سنداً ودلالة، وما ذكره الأعاظم لا يرفع

1- المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات 1/412.

الإشكال؛ لعدم الشاهد على حمل اليوم على ما يشمل الليل، ولا على حمل الفساد على ذهاب الطراوة.

إلا أن يقال: بأن عمل المشهور كما يجبر ضعف السند فيجبر ضعف الدلالة أيضاً.

ولكن - مع وجود القائل بهذه الكبرى - إلّا أن المحقَّق في الأصول، أن الحجة في دلالة الألفاظ هي الظهور، سواء أكانت ظاهرة بنفسها أم بضم القرينة، وعمل المشهور لا يجعل غير الظاهر ظاهراً.

الدليل الثالث: مرسلة الصدوق (رحمة الله) قال: «العهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يوم إلى الليل»(1)

والكلام فيها من حيث السند نفس الكلام في المرسلة السابقة، وإن أسندها بعض المحدثين(2)، إلّا أنها مرسلة، أو مرددة بين الإرسال والإسناد، فلا تنجبر بعمل المشهور، حتى لو ثبت عملهم بها، وقبلنا بالكبرى أيضاً، فلا تشملها أدلة حجية الخبر.

وغاية ما يمكن أن يقال: إن فتوى المشهور كان بسبب حصول الوثوق الشخصي عندهم بالمرسلتين، أو استناداً إلى «لا ضرر».

وبحسب ما قدمناه يتبين عدم حجية كلتا الروايتين سنداً ودلالة، ولكن ذهب المحقّق الرشتي (رحمة الله)

- مع اعترافه بلغوية الخيار بعد الفساد - إلى القول بالالتزام بظاهر الرواية؛ لعدم الموجب لانصراف الرواية عن معناها الحقيقي.(3)

وفيه: بأنا لم نفهم المراد من عدم الموجب للانصراف؛ لأن المستند في حمل اللفظ على المعنى الحقيقي أمران: أصالة الحقيقة، وأصالة الظهور.

1- وسائل الشيعة 18/25، ح2، الباب 11 من أبواب الخيار.
2- وهو صاحب الوسائل (رحمة الله) .
3- فقه الإمامية /(587-588).

أما أصالة الحقيقة، فلا تجري إلا إذا أمكن الحمل على المعنى الحقيقي، ومع كون الحمل عليه مستلزماً للغوية فيمنع التمسك بها ثبوتاً.

بيان ذلك: أن العمل بأصالة الحقيقة يتوقف على وجود أمور ثلاثة:

1- الإمكان الثبوتي.

2- عدم المانع في مرحلة الإثبات.

3- عدم القرينة الحالية أو المقالية.

والأولان منتفيان في المقام، أما الأول؛ فلأن الحمل على المعنى الحقيقي، بحيث يجعل مبدأ الخيار أول الليل، ومن جهة لفظ الفساد، يقتضي لغوية جعل الخيار، فيستحيل على الحكيم.

وأما الثاني؛ فلأن حمل الفساد على معناه الحقيقي يتنافى مع ما في ذيل مرسلة الصدوق: «مثل البقول والبطيخ والفواكه»؛ فإنها لا تفسد في يومها إلى الليل، فأصل الحقيقة لا يمكن أن يصار إليه، ولهذا التجأ الفقهاء إلى حمله على ما يفسده المبيت، وإن لم ينحل به الإشكال كما تقدم.

[مضافاً إلى انه «لا يعرف المراد من العهدة هل هو عهدة البيع فتكون دالة على الخيار، أو عهدة المبيع فتكون دالة على ارتفاع الضمان عند حلول الليل. ولعل الظاهر هو الثاني لتعارف التعبير عن الضمان بالعهدة»(1)].

الدليل الرابع: التمسك بالشرط الارتكازي، وتقريبه: أن العقلاء في جميع معاملاتهم بنوا على شرط التسليم والتسلم، وجواز تأخير الثمن بإجازة البائع للمشتري إنما هو بحدٍ لا يوجب النقص في نفس المبيع أو صفته أو في ماليته، فإذا تأخر بمقدار سيوجب ذلك كان للبائع الخيار في الفسخ؛ ليدفع الضرر عن نفسه، بل ليدفع

1- المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات 1/413.

عدم النفع أيضاً، كما لو باعه عليه في وقت أوج حصول المعاملات في السوق، فأخّره إلى حدٍ سيضـعف السوق وسيضـطر إلى بيعه بأقل من الثمن المتعارف.

وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، فيستند الخيار في المقام إلى خيار الشرط.

فتحصل مما تقـدم الفرق بين الوجوه؛ فإن المسـتند إن كان إحدى المرسـلتين، فاللازم الاقتصار على مورد النص، وهو خصوص ما يفسـد ليومه، أو ما يفسده المبيت، على ما تقدم من التأويل، ولا يصح التعدّي إلى غيره؛ لأن التعدّي إليه، إما أن يكون بإلغاء الخصوصـية المستند إلى تنقيح المناط، أو لقاعدة «لا ضرر»، والأخذ بأي منهما في غاية الإشكال؛ إذ الأول ظني، والثاني مبتلى بعدة إشكالات تقدمت.

وعليه، فيتمسك في غير مورد النص بمقتضى القاعدة.

وإن كان المسـتند الشـرط الارتكازي، فهو يدور سـعة وضـيقاً مدار ما عند العرف والعقلاء، وما بنيت عليه المعاملة عندهم، ويختلف ذلك باختلاف الأمتعة، من حيث سـرعة حصول الفساد فيه وتأخّره، وكذا سـرعة التغيّر في الصفة أو في المالية أو عدم النفع، فبعض الأمتعة تبقى ساعتين أو ثلاث على نظارتها وطراوتها ثم تتغير صفتها، وبعضها تتأخر إلى يومين وثلاثة، وبعضها تختلف قيمتها في السوق باختلاف وقت البيع والشـراء فيه، ففرق بين ما يباع في وقت أوج السوق وارتفاعه وكثرة المشترين، وبين ما يباع وقت انتهاء السوق وقلـة الراغبين، فلا بـدّ من ملاحظة كل ذلك، والفتوى على طبق ما تقتضيه قاعدة تخلّف الشرط الضمني الارتكازي.

وما نحن فيه، أعني ما عنون (بما يفسده المبيت) إحدى صغريات تلك الكبرى العامة، وهذا الوجه هو أقوى الوجوه في المسألة، والأسلم عن الإشكال [والحمد لله على كل حالٍ].

ص: 376

السادس: خيار الرؤية

اشارة

وهو من الخيارات التي وقع فيها البحث من جهات، وكما التزمنا سابقاً أن نبيّن ما أفاده الشيخ (رحمة الله) أولاً، ثمّ ما يقتضيه المقام، من البحث والكلام، فنقول:

تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه

قال الشيخ (رحمة الله) في بيان المراد منه: «والمراد به الخيار المسبَّب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان»(1)

فجعله خياراً مسبَّباً عن تخلّف الشرط بعد الرؤية، ومن المعلوم أن الخيارات في الشريعة المقدسة تنقسم إلى قسمين أساسيين:

الأوّل: الخيارات الشرعية التعبدية، المسبَّبة من أمور خاصة، كخيار المجلس والحيوان.

الثاني: الخيارات المسببة عن تخلّف الشرط، وهي نوعان:

1- الخيارات المسبَّبة عن تخلف الشروط الارتكازية العقلائية، وإن ورد في موردها نص شرعي، كخياري العيب، والغبن؛ فإن المعاملات الجارية عند العقلاء،

1- المكاسب 5/245.

مبنية على سلامة العوضين، والتساوي بين ماليتهما، وعدم الغبن بينهما.

2- الخيارات المسبَّبة عن الشروط الخاصة، التي يجعلها أحد المتعاملين.

وجميع الخيارات ترجع إلى أحد هذه الأنحاء، والظاهر من عبارة الشيخ (رحمة الله) أنه يرجع خيار الرؤية إلى القسم الأخير، ولكنه في مقام الاستدلال أقام ثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الإجماع، وعبّر عنه ب-(المحقَّق والمستفيض)(1)

وقد عبّر عنه الفقهاء بألسنة مختلفة، منها: عدم الخلاف، وعدم وجدان الخلاف، واتفاق الأصحاب، وإجماع الأصحاب، وفي الجملة - بعد التتبع والبحث - عدم وجدان الخلاف، بل هي مسألة اتفاقية بينهم.

الدليل الثاني: قاعدة «لا ضرر»، ببيان: أن الحكم بلزوم المعاملة المبنية على شرط وصف في المتاع، وقد تبيّن بعد الرؤية خلافه، ضرر على المشتري، فينفى بالقاعدة، ونتيجته ثبوت الخيار.

الدليل الثالث: النص الخاص، وهو صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟

فقال أبو عبدالله (عليه السلام) : «إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»(2)

المناقشة في تحرير الشيخ

ومن الواضح أن دليل الشيخ (رحمة الله) ، لا يتفق مع مدّعاه؛ فإن المدعى كون خيار الرؤية مسبَّباً عن الشرط المتخلف، فلا يتفق مع قاعدة نفي الضرر، ولا مع النص

1- المكاسب 5/245.

2- وسائل الشيعة 18/28، ح1، الباب 15 من أبواب الخيار.

الخاص.

أما بالنسـبة إلى القاعدة؛ فلأن مبناه فيها نفي الحكم الضـرري، وأن الضـرر بمعنى النقص، والنسـبة بين حصول الضرر، ومورد خيار الرؤية، نسـبة العموم والخصوص من وجه، سواء أقلنا بأنه مسـبَّب عن الشـرط أم لـم نقل، كما يستفاد من صحيحة جميل؛ فإنا إن قلنا بأنه مسبَّب عن الشـرط، فلا ملازمة بين تخلّف الشـرط والضرر؛ إذ ربما يتخلّف الشرط، ولا يتضرر صاحبه. نعم يتخلّف غرضه، وتخلّف الغرض، لا يعني الوقوع في الضرر.

وإن قلنا بأنه غير مسبَّب عن الشرط، فتخلّف المبيع عن الصفة المعتقد البائع بوجودها، أعم من حصول الضرر أيضاً؛ لعدم الملازمة بينهما.

وأما بالنسـبة إلى الصـحيحة؛ فلأن غاية ما تدل عليه أن المشتري كان يعتقد بوجود صفة معينة في الضيعة، ولم يكن رآها كلها، فلما اشتراها ودخلها وقلبها، لـم يجد الصـفة التي اعتقد بوجودها، فاسـتقال البائع فلم يقله، فبيّن له الإمام (عليه السلام) ، أنه لا يحتاج إلى الإقالة، بل له خيار الرؤيـة، فليس في الرواية عين ولا أثر للاشتراط، فالرواية مطلقة من حيث اشتراط الوصف المعتقد بوجوده وعدمه، فالموضوع فيها أعم من صورة الاشتراط.

بل ما في ذيل الصـحيحة شاهد على عدم الاشتراط؛ إذ لو وجد الشـرط لما احتاج إلى الاستقالة والإقالة؛ فإنها لا تكون إلا في البيع اللازم، فطلبه الاستقالة دليل على عدم الاشتراط.

فالصحيحة – سؤالاً وجواباً – لا ربط لها بالخيار المسبَّب عن الشرط، فلا تتوافق مع مدّعى الشيخ (رحمة الله) .

نعم، ربما يرد على الرواية إشكال، من جهة أن المشتري اشترى شيئاً مجهولاً

بالنسبة إليه، فيقتضي البطلان، ولكن الشيخ(1) (رحمة الله) حملها على محمل تصح معه المعاملة؛ فإنه اشتراها استناداً إلى وصف القطعة غير المرئية، أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره، وكلامه حق.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق في المسألة: أن الخيار إن كان مسبَّباً عن الشرط، فيختلف المدّعىٰ والدليل والنتيجة؛ فإن الدليل على لزوم الشرط أمران:

الأول: آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)؛ فإنها تدل على وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، أي العقد بجميع متعلقاته، ومن بينها الشـرط، بلا فرق بين أن نقول بإفادتها اللزوم ابتداء، أو الحكم التكليف المستلزم له.

الثاني: دليل الشروط: «المؤمنون عند شروطهم»، كما سيأتي في محله من بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

فالخيار – على هذا المبنى – مسبب عن الشرط، والدال عليه هذان الوجهان، والإجماع القطعي في المقام، مدركي بلا كلام، أو محتمله.

وقاعدة «لا ضرر»، لا تجري في الشروط، كما قلنا؛ لعدم الملازمة بين تخلّف الشرط والضرر، إلا إذا وسعنا دائرة الضرر، بحيث تشمل فوت الغرض، ولكن مقتضى الأخذ بظهور كلمة الضرر عدم التوسعة، والاقتصار على ما يصدق عليه ضرر عرفاً.

والنتيجة: أن الخيار – بناء على كونه مسـبَّباً عن الشـرط – يثبت مع تخلّفه مطلقاً، سواء للبائع أم للمشتري، تعلّق الشـرط بالمثمن أم بالثمن؛ لأن للشرط أثرين: وجوب

1- المكاسب 5/245.
2- سورة المائدة /1.

الوفاء تكليفاً، وثبوت الخيار وضعاً، بمعنى أن صاحب الشرط يملك التزامه وتعهده بالمعاملة، لو تخلّف الآخر عن شرطه، فله أن يرفع يده عنه حينئذٍ، بخلاف المعاملات التي لا شرط فيها؛ فإن التزامه يخرج عن اختياره.

وإن لم يكن [الخيار] مسبَّباً عن الشرط، بل كان بمعنى أنه اشترى متاعاً بوصف، من دون أن يشترطه؛ لأن الوصف أعم من الاشتراط، أو كان يعتقد بوجوده، فلا يخفى عدم إمكان التمسك بآية الوفاء؛ لعدم كون الأوصاف، المعتقد بوجودها، من متعلقات العقد، لتدخل في ما يجب الوفاء به.

وتحتاج المسألة في هذا الحال، إلى بسط من المقال، فنقول:

إن المشتري إذا اشترى المتاع بوصف البائع صاحب المال، فكان على خلاف وصفه، فالذي يقوى في النظر أن له حق الخيار، وإن لم يكن اشترطه؛ لسيرة العقلاء وارتكازهم على ذلك، وفرق عندهم بين توصيف البائع، وبين توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف؛ إذ في الأول للمشتري أن يقول - بحسب ارتكاز العقلاء وسيرتهم - أني اشتريتُ المتاع منك بهذا الوصف، وقد تخلف عنه، فلستُ بملزم بالبقاء على المعاملة.

وأما في الصورتين الأخريين - أعني صورتي توصيف الأجنبي، واعتقاد المشتري بوجود الوصف - فلم تقم السيرة على ذلك، ولا تشملهما قاعدة نفي الضرر، ومقتضى الدليل اللفظي، والأصل العملي اللزوم، فليس لنا لإثبات الخيار إلا النص الخاص، والدليل التعبدي، وصحيحة جميل دالة عليه؛ إذ دلّت على ثبوته في حال عدم اشتراط المشتري، ولا وصف البائع.

فتحصل من ذلك: أن القاعدة فيما نحن فيه - ونعني به عدم الاشتراط من قبل المشتري، وعدم الوصف من قبل البائع، وإنما اعتقد المشتري وجود وصف خاص، أو وصفه له الأجنبي - لا تقتضي الخيار، وإنما يقتضيه الدليل الخاص، وهو صحيحة

جميل؛ فإنها تامة سنداً، ظاهرة دلالة.

وأما في صورتي اشتراط المشتري، وتوصيف البائع، فالخيار في الأولى خيار تخلّف الشرط الخاص، وفي الثانية خيار تخلّف الشرط الارتكازي، لا خيار الرؤية.

ولو فرض إجمال الرواية لاقتصر في الخيار على وجود الشرط من قبل المشتري، أو توصيف البائع، ومع عدمهما، فالمدار على وجود عنوان آخر من العناوين الموجبة للخيار كالغبن وغيره، والفرض عدم كل ذلك، وإنما نحن والرؤية على خلاف ما يعتقد، فلا خيار حينئذٍ.

وقد يستدل عليه بصحيحة زيد الشحام، قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: «لا تشتر شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»(1)

ولا دلالة فيها على المطلوب؛ فإنه - كما أورد الشيخ (رحمة الله) - إما أن يكون السهم المشترىٰ مشاعاً، فالمعاملة صحيحة، ولا مورد لخيار الرؤية، وإما أن يكون السهم المعيّن الذي يخرج، فهو شراء فرد غير معين، وهو باطل.(2)

والنهي في الرواية قرينة على أن السؤال كان عن شراء المعين قبل تعيينه، فيكون باطلاً، ولا محل لخيار الرؤية.

واستدل أيضاً برواية عبدالرحمن بن الحجاج، عن منهال القصاب، قال: قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) : أشتري الغنم، أو يشتري الغنم جماعة، ثمّ يدخل داراً، ثمّ يقوم على الباب، فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثمّ يخرج السهم، قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة»(3).

1- وسائل الشيعة 18/29، ح2، الباب 15 من أبواب الخيار.

2- المكاسب 5/246.

3- وسائل الشيعة 17/356، ح8، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه.

وهي - مضافاً إلى ضعف سندها؛ لجهالة منهال القصاب - أنها ظاهرة في تعديل الشهام في قسمة الشركة، ولا ربط لها بخيار الرؤية.

وعليه، فينحصر المستند لخيار الرؤية من حيث إنه خيار رؤية، في صحيحة جميل.

في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه

قال الشيخ (قدس سره) : (والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم يرَ المبيع وباعه بوصف غيره فتبيّن كونه زائداً على ما وصف)(1)

هذا من حيث الأقوال، وأما من حيث الأدلة، فالذي ينبغي أن نلاحظ المستند في هذا الخيار:

فإن كان المستند الشرط، كما يظهر من الشيخ (رحمة الله) في عنوان المسألة، فالقاعدة تقتضي عدم الفرق بين البائع والمشتري؛ فإن الخيار لمن كان له الشرط مطلقاً، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، وسواء أكان في المثمن أم الثمن؛ فإنه مشمول لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)، الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، وجميع متعلقاته، التي من بينها الشروط، ولعموم: «المؤمنون عند شروطهم»؛ فإن نسبتهما إلى البائع والمشتري واحدة، ولم يثبت تخصيصهما.

وإن كان المستند الوصف من طرف المعطي، كما بيّناه واخترناه، فالقاعدة أيضاً التعميم، بمعنى إن صدر الوصف من المشتري للثمن، وجرت المعاملة مبنية عليه، فتبيّن للبائع خلافه، كان للبائع الخيار وإن لم يشترط؛ بمقتضى سيرة العقلاء وارتكازهم، كما اخترناه في جانب المشتري، لو صدر الوصف من البائع، فتبيّن خلافه.

1- المكاسب 5/246.

2- سورة المائدة /1.

وإن كان المستند صحيحة جميل، فالتعميم في غاية الإشكال؛ لاختصاصها بالمشتري، والتعدّي إلى البائع يحتاج إلى دليل، وقد ذكروا وجهين للتعدّي منه، وهما:

الوجه الأول: إلغاء خصوصية المشتري وإن كان هو موضوع الحكم.

وبما أن إلغاء الخصوصية على خلاف الأصل، ذكروا لاختياره سببين:

1- تنقيح المناط.

2- مناسبة الحكم للموضوع عرفاً، بحيث يكون حجة في الفقه.

أما تنقيح المناط، فما لم يصل إلى حدّ القطع، فلا يفيد؛ لعدم تجاوزه القياس الظني، و (الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)(1)، وحصول القطع - مع خفاء مناطات الأحكام نفس الأمرية علينا - لا طريق له عند أهل الفن.

وأما مناسبة الحكم للموضوع، وإن كانت تقتضي إلغاء الخصوصية عرفاً في بعض الموارد، كما في الحكم بتنجس الثوب بملاقاته للنجاسة؛ فإنه يتعدّى إلى غيره، مع كون الموضوع خاصاً؛ لأن مناسبة الحكم للموضوع تقضي بكون العبرة بانفعال الملاقي للنجاسة بها، ولا يختص الانفعال بالثوب.

إلّا أنّها لا توجب التعميم في المقام؛ لكون المناسبة فيه هي الإرفاق فقط؛ إذ لا يوجد في خيار الرؤية غبن، ولا عيب، من الأمور العقلائية الموجبة للخيار، بل لا يوجد إلا أن المشتري، كان يعتقد بوجود أوصاف في المبيع، فتبيّن له بعد الشراء انتفاؤها، فالتخلّف كان بحدّ الداعي؛ لأنه اشتراه بداعي وجود الصفة، فالشارع جعل له خيار الرؤية إرفاقاً به، فتعدّي الإرفاق منه إلى البائع يحتاج إلى دليل.

وبعبارة أخرى: أن المتخلّف في خيار الرؤية هو الغرض الشخصي، من دون حصول ضرر مالي، وتخلّف الغرض ليس من موجبات الخيار بحسب السيرة

ص: 384

1- سورتا: يونس /36 و النجم /28.

العقلائية، فإذا حكم الشارع بالخيار في مورد لأجله، لا يستلزم ثبوت الخيار في غيره، فلا موجب للتعميم من هذه الجهة.

بعبارة أُخرى: إن الشارع عندما أرفق في مورد على خلاف الأصل، احتاج إلغاء الخصوصية إلى دليل، فإن لم يكن الحكم تعبدياً، كان إلغاء الخصوصية مورداً لارتكاز العقلاء، وإن كان تعبدياً اقتصر في مخالفة الأصل على المورد، والمرجع في غيره إلى الأصل والقاعدة.

الوجه الثاني: الاتفاق على ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً.

والحق أن هذا الاتفاق وإن كان تاماً في نفسه، إلا أن قيامه على مورد صحيحة جميل في غاية الإشكال؛ فإن موردها ما إذا لم يوجد شرط، ولا توصيف من قبل صاحب المتاع، بل كان المشتري يعتقد بوجود الوصف فتبيّن خلافه، وكلمات الفقهاء مختلفة، فبعضها - كعبارة الشيخ (رحمة الله) - أخذت وجود الشرط، وإنْ ذَكَرَ الصحيحة من جملة الأدلة، ويظهر من غيره وجود الوصف، فيمكن أن يكون منشأ الاتفاق تخلّف الشرط، ويمكن أن يكون منشؤه تخلف الوصف، فتعميم الاتفاق إلى تخلّف الاعتقاد مشكل جداً.

وتوضيح ذلك: أن المحقّق الحلي (رحمة الله) في الشرائع أخَذَ ذِكْرَ الوصف في خيار الرؤية، فقال: (وهو: بيع الأعيان من غير مشاهدة، فيفتقر ذلك إلى: ذكر الجنس..إلى قوله:

وإلى: ذكر الوصف، وهو: اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس، كالصرابة في الحنطة، أو الحدارة، أو الدقة)(1).

ص: 385

1- شرائع الإسلام 2/279.

وصاحب الجواهر (رحمة الله) أخذ ذكر الوصف أيضاً في موارد من كلامه.(1)

والمحقّق الأردبيلي (رحمـة الله) في مجمع الفائـدة والبرهان ذكر الوصف في موردين، فقال: (لعل في ثبوت أصل هذا الخيار أيضاً عندنا لا خلاف فيه، إن لم يوافق الوصف ما وصف، وتغيّر الغائب بعد الرؤية تغيراً موجباً لزيادة الثمن أو نقصانه عادة وعرفاً... .

وقال: لعلها محمولة على عدم كونها على الوصف الذي بيع به)(2)

وهكذا غيرهم من أعاظم الفقهاء؛ فإن كلماتهم تشتمل إما على ذكر الشرط أو الوصف، وعلى بعض النصوص التي استندوا إليها وهي محل مناقشة، ولا يخفى أن بين مخالفة الوصف، ومخالفة الاعتقاد فرقاً، فذكر الوصف في مورد المعاملة حيثية تقييدية، فترجع إلى الموضوع، وأما مخالفة الاعتقاد فالتخلّف عن الداعي، ولا ربط له بالموضوع.

وعليه فالقول بكون مورد تخلّف الداعي والاعتقاد محل اتفاق، بحيث يحكم بثبوت الخيار للبائع بالنسبة إلى المثمن، في غاية الإشكال.

نعم، يمكن ادعاء إلغاء الخصوصـية بالنسـبة إلى البائع في خصوص الثمن؛ فإنه بيع واحد، فإن تخلّف وصف المبيع عن ما اعتقده المشتري كان له الخيار، وإن تخلّف وصف الثمن عن ما اعتقده البائع كان له الخيار، والتعدية إلى البائع بالنسبة إلى

1- جواهر الكلام 23/93؛ حيث قال ما لفظه: (نعم، لا يبعـد جوازه بعد الإناطة بالوصف، وإن لم يوثق بوجوده؛ لارتفاعه به على كل حال، وجبر الخلاف بالخيـار... . فالأولى الإناطـة بما عرفت، من أنه لا بـدّ من ذكر كل وصف، تتفاوت الرغبـة بثبوته وانتفائه، وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضاً، وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه).

2- مجمع الفائدة والبرهان 8/410.

خصوص الثمن أمر يحكم به العرف.

وأما التعدية له بالنسبة إلى المثمن، كأن باع متاعه باعتقاد وجود وصف فيه، من غير شرط ولا توصيف، ثم تبيّن خلافه، ولم يحصل من ذلك ضرر ولا غبن عليه، فمشكل؛ لانسداد جميع طرق التعدية.

ص: 387

مسألة: مورد خيار الرؤية

اشارة

قال الشيخ (رحمة الله) : (مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيّة الغائبة)(1)

أقول: إن المبيع من حيث الكلية والشخصية على أقسام، فيكون البيع من هذه الناحية على أقسام أيضاً:

1- بيع الكلي في الذمة.

2- بيع الكلي في المعين.

3- بيع السهم المشاع.

4- بيع العين الشخصية.

والكلام في شمول خيار الرؤية لكل هذه الأقسام وعدمه، والعمدة ملاحظة الأدلة، وقبل ذلك نبدأ بمقتضى الأصل والقاعدة.

وبما أن الأصل في العقود اللزوم، والخيار على خلاف الأصل، فالمدار على إحراز الدليل الحاكم أو المخصص، وإلا فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والمتيقن منه في المقام ما إذا كانت العين شخصية، كما قال الشيخ (رحمة الله) .

وأما مقتضى الدليل، فلا شك في خروج الكلي في الذمة من تحت خيار الرؤية

1- المكاسب 5/248.

خروجاً تخصصياً؛ لعدم قابلية الكلي في الذمة للرؤية، وإنما يقبلها فرده ومصداقه، فيشتري المشتري الكلي بأوصاف معينة، فتشتغل ذمة البائع به، فإن طابقه المصداق في مقام الأداء فرغت ذمته؛ لأدائه الدين، وتسليمه المبيع، وإلا فيكون مديوناً للمشتري.

وعليه فما يمكن جريان خيار الرؤية فيه، هو الأقسام الثلاثة الأخرى، فينبغي ملاحظة جريانه فيها على حسب المباني فنقول:

إن كان المستند للخيار هو الشرط، كما يظهر من عبارة الشيخ (رحمة الله) في العنوان، فهو يجري في الأقسام الثلاثة بلا إشكال؛ فإن المبيع – سواء أكان كلياً في المعين، أم سهماً مشاعاً، أم عيناً شخصية – إذا كان مشروطاً بوجود أوصاف معينة فيه، وتخلّفت عنه حين ما رآها المشتري كان له الخيار.

ومنه يظهر الإشكال في حصر الشيخ (رحمة الله) لمورد الخيار في العين الشخصية، مع أن موضوع البحث عنده رؤية المبيع على خلاف الشرط.

وإن كان المستند التخلّف عن وصف البائع لمتاعه، فهو يجري أيضاً في الأقسام الثلاثة.

وإن كان المستند قاعدة «لا ضرر»، فيجري أيضاً فيها ثلاثتها؛ لأن لزوم المعاملة فيها كلها ضرر على المشتري، فينفى بالقاعدة.

وإن كان المستند صحيحة جميل، وجمدنا على النص، فهو يختص بالعين الشخصية؛ لأخذها فيها سؤالاً وجواباً؛ وعدم الإطلاق في جواب الإمام (عليه السلام) ، ليتمسك به.

وأما بالنسبة إلى الكلي في المعين، والكسر المشاع، فيتمسك فيهما بالأصل والقاعدة، وهما يقتضيان اللزوم؛ لعدم ثبوت التخصيص إلا في العين الشخصية.

نعم، يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع، حسب الارتكاز العرفي.

ص: 389

وهو أمر ممكن في الكسر المشاع؛ فإنه وإن كان خارجاً عن مورد الصحيحة، إلا أنها ظاهرة في كون منشأ ثبوت الخيار، هو تخلّف ما اعتقده عمّا رآه، ولا فرق من هذه الحيثية بين الفرد المعين والمشاع، فلو اشترى نصف الضيعة، ثم ذهب وقلبها فوجد بعضها على خلاف ما وصف له، أو ما اعتقده فيها، كان له الخيار، ولا فرق بين المعين والمشاع.

بل عند التأمل، لا فرق بين العين الشخصية، والكلي في المعين، من جهة عرفية، فلو اشترى صاعاً من صبرة من الحنطة بصفات خاصة، فتبيّن أنها على خلاف تلك الصفات، فله الخيار، وتلغى الخصوصية عرفاً.

فالنتيجة:

أن المستند إن كان الشرط، أو الوصف، أو قاعدة نفي الضرر، فالخيار يأتي في الأقسام الثلاثة بلا إشكال، وإن كان الصحيحة، ففي التعميم للكسر المشاع، والكلي في المعين إشكال، إلا أنه يندفع بإلغاء الخصوصية؛ بمقتضى ملاحظة الارتكاز العرفي.

فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع

إذا باع العين الغائبة، واشتراها المشتري باعتقاد اشتمالها على صفات معينة، فتبيّن خلافه، كما هو مورد خيار الرؤية، فذكر الشيخ (رحمة الله) ، لأجل صحة البيع، شرط الوصف، ونقل أقوال الفقهاء في ذلك، ومجموع ما تنتهي إليه أقوالهم أربعة:

1- الاقتصار على اعتبار ذكر الوصف، من دون قيد فيه.

2- اعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

3- ذكر الوصف المعتبر في صحة بيع السلم.

4- ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر.

وهذا الاختلاف لم يقتصر على ما بين الفقهاء، بل وقع حتى في كلام الواحد

منهم، كما في العلّامة (رحمة الله) في التذكرة(1)، ولهذا ينبثق إشكال؛ إذ مع هذا الاختلاف ينفي أحدها الآخر؛ فإذا كان الشرط ذكر مطلق الوصف فهو يتحقق بمطلقه، وأما إذا كان الشرط ذكر الوصف الدخيل في مراتب المالية، فلا يتحقّق بذكر مطلق الوصف.

المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع

وقد رفع الشيخ (رحمة الله) الإشكال بكون الظاهر (أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادّعي الإجماع على كل واحد منها.

ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفي في السلم عندنا.

وعنه في موضع آخر من التذكرة: أن «شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع»(2))(3)

فلا بد أن يكون الشرط المجمع عليه واحداً، وإن كانت عباراتهم قاصرة عنه، والمستفاد من الشيخ (رحمة الله) في آخر بحثه: أن الوصف المجمع على اعتباره في صحة البيع، هو الوصف الرافع للجهالة والغرر.

الإشكالات الواردة في المقام ودفعها

اشارة

ثم أورد الشيخ (رحمة الله) عدة إشكالات:

الإشكال الأول وجوابه

أنه ربما يترائى التنافي بين اعتبار الأوصاف الدخيلة في المالية، والتي يختلف

1- راجع تذكرة الفقهاء 11/75، مسألة 260 و 11/150، مسألة 322 و 11/299، مسألة 454.

2- تذكرة الفقهاء 11/75.

3- المكاسب 5/249.

الثمن باختلافها، وبين الأوصاف المأخوذة في صحة بيع السلم؛ فإن الأولى كثيرة، واعتبار ذكرها كلها يوجب تضيّق دائرة المبيع، وأما صحة السلم، فمبنية على التوسعة والتسامح، لئلا يلزم عزّة الوجود، أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق، فلا يشترط فيه وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوتت به القيمة.

وأجاب عنه الشيخ (رحمة الله) بأجوبة ثلاثة:

الأول: أن الشرط واحد في الاثنين، بمعنى أنه يشترط في بيع السلم ما يشترط في بيع العين الغائبة، من ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية، بغض النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم.

الثاني: أن استقصاء الأوصاف الدخيلة في المالية، شرط في صحة بيع السلم، حتى وإن أفضت إلى عزّة الوجود؛ لأن المدار على حصول الغرر، وعدم ذكر ما يوجب اختلاف القيمة غرر، وعزّة الوجود ليس بعذر للترخيص، بل عزّة الوجود وتعذّره يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه.(1)

الثالث: ما اختاره في آخر البحث، وهو الحق، من أن مقتضى إطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2) صحة كل ما يصدق عليه بيع، والمانع من هذا الإطلاق ينحصر في «نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر»، وعليه فيكون المدار في جميع الموارد - سواء في بيع العين الغائبة، أو بيع السلف - على وجود الغرر، فلا تنافي بين الموردين؛ فإن المرجع إلى القواعد الأصولية، فإن وجد الإطلاق نظرنا، فإن كان له مقيّد، نظرنا في حدوده، فإن كان مبيّناً قيدنا به المطلق، وإن كان مجملاً اقتصرنا في التقييد على القدر المتيقن، وتمسكنا بالإطلاق في غيره.(3)

1- المكاسب 5/250-249.

2- سورة البقرة /275.

3- المكاسب 5/253.

وهذا البيان في غاية الإتقان.

الإشكال الثاني

أن الأوصاف الدخيلة في المالية، التي تختلف باختلافها القيمة، كثيرة غير محصورة، وخصوصاً في العبيد والإماء؛ فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أثمانهم، كالكتابة، والفهم، وجودته، والجمال، والطول...، غير محصورة جداً، فإذا علّقت صحة بيع العين الغائبة على استقصائها لم يتيسر بيعها، وانتهى بيعها إلى الغرر، لا ـ سيما وأن الغرر الشرعي أدق من العرفي، والثاني أخص من الأول(1)؛ فإن بيع الحنطة إلى وقت الذرو، ليس بغرري عرفاً، ولكنه غرري شرعاً.(2)

الإشكال الثالث

وهو ما عبّر عنه وأشكل من ذلك، وحاصله: أنه يلزم – إذا علّقت صحة بيع العين الغائبة، على ذكر جميع الأوصاف الدخيلة في المالية – عدم الفرق بين بيع العين الغائبة، والعين الحاضرة؛ فإن الظاهر أن وصف العين الغائبة، يقوم مقام الرؤية في الحاضرة، فكما أنه يعتبر ذكر الأوصاف الدخيلة في المالية في العين الغائبة، فكذلك يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطّلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة، مما يختلف الثمن باختلافها، والحال أن السيرة العقلائية القطعية في حال الرؤية، على عدم حصول الاطّلاع على جميع الخصوصيات، فينبغي – والحال هذه – أن يُفصّل في شرط صحة البيع، من حيث الأوصاف، ولم يذهب إليه أحد من الفقهاء المتقدمين، ولا المتأخرين.(3)

1- لأنّ في بيع العبد الآبق والمجحود والضال مع الضميمة الغرر العرفي موجود دون الشرعي.

2- المكاسب 5/250.

3- المكاسب 5/250.

جواب الشيخ عن الإشكالين الثاني والثالث

وما أجاب به الشيخ (رحمة الله) في الأخير يكون جواباً عن هذين الإشكالين، وبيانه:

أن المدار في الصحة على نفي الغرر، وعنوان الغرر مما ذكر في لسان الدليل، فيكون المرجع فيه إلى العرف، وأن المانع هو الغرر العرفي، ولا معنى للقول بالغرر الشرعي، بل لا معنى لتقسيم الغرر إلى عرفي وشرعي؛ فإنه من الأغلاط.(1)

نعم، الشارع أضاف في بعض الموارد قيوداً، مما أوجب التضييق في نظر العرف، كما في بيع المكيل والموزون؛ فإن الغرر العرفي يرتفع بالمشاهدة، ولكن الشارع اعتبر فيه الكيل والوزن بالدليل الخاص، واعتبار الزائد لا يوجب أن يكون للغرر حقيقة شرعية.

فالمانع هو خصوص الغرر العرفي، وما أضافه الشارع من القيود، يكون بتعدد الدال والمدلول.

نعم، بما أن الغرر كغيره من المفاهيم، تقع فيه الشبهة من ناحية المفهوم؛ فإنا وإن أخذنا الغرر من العرف، إلا أنه ليس بالنحو الذي كانت جميع حدوده مبيّنة عند العرف، فلو شك في سعته وضيقه يكون من المخصص المجمل، المردد بين الأقل والأكثر، فيخرج عن الإطلاق بالمقدار المتيقن، ويتمسك في حالة الشك في غررية فرد من أفراد البيع بإطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2)، فيحكم بصحة البيع.

الإشكال الرابع والجواب عليه

أن الغرر يحصل في بيع العين الغائبة، سواء أذكرت الأوصاف أم لم تذكر، أما إذا لم تذكر فالغرر فيه واضح؛ لاختلاف قيمة المبيع من حيث وجود الأوصاف فيه وعدمه، ولاختلاف قيمته من حيث نوع الوصف، وأما إذا ذكرت وأخذت مقيدة فيه،

1- كما قال: «الغررُ لفظٌ لا يرجع في معناه إلّا إلى العرف»، المكاسب 5/114.

2- سورة البقرة/ 275.

فيشك في وجود العين المتصفة بها، فيكون الغرر فيه أعظم.(1)

وما يستفاد من الشيخ (رحمة الله) للجواب عنه وجوه:

الوجه الأول: أن الغرر هو ترك ذكر الأوصاف، أو أخذها مقيدة في العين، وليس المراد أحدهما، بل هنا شق ثالث، وهو أخذ الأوصاف مشروطة، لا مقيدة، ولا غرر فيه، بحيث يبيع العين ملتزماً بوجود الأوصاف الفلانية.

ثم نقل وأيّد ما صرّح به نهاية الإحكام والمسالك - في مسألة مالو رأي المبيع ثمّ تغيّر عمّا رآه - : أن الرؤية بمنزلة الاشتراط، ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً(2)، فإذا رأى العين بصفة معينة، ثم تغيّرت، فهو بمنزلة اشتراط تلك الصفة، فالوصف قائم مقام الرؤية فيكون ذكره اشتراطاً.

الوجه الثاني: كما أن الاعتماد على وصف الأجنبي يرفع الغرر، فكذلك الاعتماد على بيان البائع لأوصاف المبيع.

الوجه الثالث: أن المانع من صحة البيع الغرري هو: «نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر»، وبما أنه أخذ في المانع عنوان الغرر، فالمرجع فيه إلى العرف، وهو لا يرى الغرر في بيع العين الغائبة، المبني بيعها على الأوصاف.

هذا من جهة العرف، وأما من جهة الشارع، فلا دليل على المنع من صحة بيع العين، من حيث الجهل بوجود تلك الأوصاف، التي بنيت عليها المعاملة، فالمقتضي للصحة موجود، والمانع مفقود.(3)

إشكال المحقق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وقد أورد المحقّق الخراساني (رحمة الله) على الوجه الأول: بأن الشرط نفسه غرري؛

1- المكاسب 5/252.
2- نهاية الإحكام 2/501 وفي المسالك 3/178.
3- المكاسب 5/(252-253).

لأنه باع العين مع الالتزام بوجود الأوصاف المعيّنة، فبما أنه لم يعلم بتحقّقها ووجودها، فلا محالة يكون الشرط غررياً، والغرر في الشرط موجب لفساده، فإذا فسد الشرط، فإن قلنا بأن الشرط الفاسد موجب الفساد المشروط، فلا محالة يكون البيع باطلاً.

وإن قلنا بعدم إيجابه بطلان المشروط، فلا شك في أن الشرط الغرري يوجب غررية المشروط، فيسري الغرر من الشرط إلى البيع، فيبطل البيع من جهة غرريته.

فهذا الاشتراط على كلا المبنيين منشأ لفساد البيع، فينحصر رافع الغرر في ذكر البائع أوصاف المبيع، واعتماد المشتري عليه.

رد إشكال المحقّق الخراساني

وفيه: أوّلاً: أن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة البيع مطلقاً، والمانع من صحته إنما هو البيع الغرري؛ بمقتضى «نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر»، وأما الغرر في غير البيع، فلم يثبت منعه من الصحة؛ لكون رواية «نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن الغرر» مرسلة، وعلى هذا، فالغرر في الشرط لا يقتضي بطلانه.

وثانياً: أن الغرر عرفاً عبارة عن الخطر، والمدار على كون المعاملة خطرية عند العرف، والمبيع مع اشتراط وجود أوصاف فيه، معاملة متداولة عند العرف والعقلاء، ولا يرون فيها أي خطورة، فلا غرر في بيع العين الغائبة مع اشتراط وجود الأوصاف، وما أفاده المحقّق الخراساني (رحمة الله) على خلاف ما عند العرف والعقلاء.

ولو شُك في صدق الغرر بالنسبة إلى بيع العين مع اشتراط وجود أوصاف معينة فيها، فهو شبهة صدقية، لا مصداقية، والقاعدة تقتضي في الشبهة المفهومية للمخصص، الاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن، فما علم أنه غرر يخرج من تحت عمومات الصحة، والباقي يبقى تحته، فيحكم بصحة بيع العين الغائبة مع شرط الأوصاف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ

وأورد المحقّق الأصفهاني (رحمة الله) على الوجه الأول أيضاً: بأن الشيخ (رحمة الله) أرجع الوصف إلى الاشتراط، لا إلى التقييد، ومع الالتزام بالوصف لا غرر، لا من حيث وصف المبيع، ولا من حيث وجود المبيع.

والتحقيق: أنه مع الجهل بصفات المبيع، لا يعقل التقييد، ولا الالتزام [بالوصف]، حتى يكون أحدهما مدار الإشكال، والآخر مدار الجواب:

أما التقييد، فلا يقال بإيجابه البطلان إلا إذا كان ممكناً، والحال أنه محال؛ فإن مورده الكلي الذي يتضيق به دائرته، فيكون المبيع حصة خاصة، وأما الجزئي فغير قابل للتقييد؛ لكون التقييد تضييقاً في المقيّد، والجزئي غير قابل للتضيق والتضيّق.

وبعبارة فنية: أن التقابل بين الإطلاق والتقييد، سواء أكان تقابل التضاد أو الملكة والعدم، لا بد أن يتواردا على موضوع قابل للتوسعة والتضييق، كما في الرقبة القابلة للتوسعة بالنسبة إلى الإيمان والكفر، وقابلة للتضييق بالإيمان، والموضوع الخارجي شخصي جزئي، والجزئي لا يقبل التوسعة والتضييق، فالتقييد غير متصور في مورد البحث.

وأما الالتزام الشرطي، فالمعقول منه أمران:

1- الالتزام بفعل، كأن يلتزم بخياطة ثوب، فيوجب استحقاق المشروط له ذلك العمل المشروط على الشارط.

2- الالتزام بالنتيجة، كأن يبيع الدار بشرط أن يكون الكتاب ملكاً له، فيؤثر الشرط في حصولها للمشروط له.

وأوصاف المبيع، ليست فعلاً حتى يتعلق بها الالتزام، وليست نتيجة حتى تتحقق بالشرط.(1)

1- حاشية المحقّق الاصفهاني (رحمة الله) 4/(402-401).

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني

وما أفاده (قدس سره) قوي من جهة فنية، ووارد على تعبير الشيخ (رحمة الله) ، لإرجاعه الاشتراط إلى الالتزام؛ فإن كتابة العبد، وصفات الفرس، غير قابلة لتعلّق الالتزام؛ لعدم وقوعها تحت الاختيار.

ولكن هنا شرطاً ثالثاً صحيحاً؛ إذ هو ممكن ثبوتاً، وقام الدليل عليه إثباتاً، وبيان ذلك:

أن في كل معاملة التزامين، أحدهما الالتزام بأصل نقل الملك إلى طرف المعاملة، وهو الالتزام المعاملي، والآخر الالتزام بالبقاء على الالتزام الأول، والوفاء به، والشروط في المعاملات ترجع إلى الالتزام الثاني، فإذا اشترى المبيع مشروطاً بوجود الوصف، كأن يشتري العبد الكاتب، فهو لم يشتر العبد المقيّد بكونه كاتباً، لتكون الكتابة مقوّماً للمبيع، بل اشترى العبد بشرط أن يكون كاتباً، فلو أراد بذلك الشرط الالتزام المعاملي، بمعنى تعليق الإنشاء على الكتابة، لكان من التعليق المبطل بالإجماع.

ولكنه إذا أراد به الالتزام بالوفاء، بمعنى أن يكون الوفاء بالمعاملة مشروطاً بأن يكون العبد كاتباً، فلا ضير فيه، وهو ليس من قبيل شرط الفعل، ولا شرط النتيجة، اللذين هما محل الإشكال عند المحقّق الأصفهاني (رحمة الله) ، وهذا النحو من الشرط ممكن ثبوتاً، وقام عليه الدليل إثباتاً، وهو حديث «المؤمنون عند شروطهم»، بل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) أيضاً؛ فإن المقصود منها الوفاء بالعقود وبجميع متعلقاتها.

ونتيجة ذلك: ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط والوصف.

والحاصل: أن إشكال المحقّق الأصفهاني (رحمة الله) ، وارد على تعبير الشيخ (رحمة الله) ، ولكن حصره لاشتراط وصف المبيع في القيد الممتنع في الجزئي، والشرط المنحصر في شرط الفعل والنتيجة، غير تام، لأن هناك قسماً ثالثاً للشرط، وبيع العين الغائبة بشرط

1- سورة المائدة /1.

الأوصاف، بالنحو المتقدم من الشرط صحيح، إلّا أن له الخيار عند تخلّف الشرط والوصف.

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور

اشارة

والمشهور بين الأصحاب(1) أن الخيار بين الردّ، والإمساك بدون الأرش، وفي المسألة وجهان آخران:

الوجه الأوّل: التخيير بين الردّ والإمساك بالأرش، فيكون تخلّف ثبوت الوصف عن العين الغائبة المبيعة بالوصف موجباً لخيار العيب، وهو مختار ابن إدريس الحلي (رحمة الله) في السرائر(2)

الوجه الثاني: بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف، ونقله الشيخ(3) (رحمة الله) عن جماعة من المتقدمين(4)، ووجّهه المحقّق الاردبيلي(5) (رحمة الله) كما سيأتي.

[ردّ الوجه الأوّل]

أما ما أفاده ابن إدريس (رحمة الله) ففيه ما أورده الشيخ(6) (رحمة الله) عليه:

أولاً: أنه لا دليل على الأرش، وثبوته يحتاج إلى دليل؛ فإن ثبوته حتى في خيار العيب ليس بمقتضى القاعدة، بل لثبوت الدليل عليه؛ فإنّ مقتضى القاعدة أنّ سلامة

1- كما افتى به الشيخ في النهاية /386؛ المبسوط 2/76؛ الخلاف 3/7، مسألة 5، والديلمي في المراسم /173 و 180؛ وابن حمزة في الوسيلة /240؛ والمحقّق في الشرائع 2/25؛ والنافع /122؛ والعلّامة في التحرير 2/290.

2- السرائر 2/(241-242).

3- المكاسب 5/253.

4- ومنهم: المفيد في المقنعة /594؛ والشيخ في النهاية /391؛ والديلمي في المراسم /180؛ والأخيرين في الاعدال المخرومة والجُرَب المشدّدة.

5- مجمع الفائدة والبرهان 8/183.

6- المكاسب 5/253.

المبيع من جملة الشروط، فإذا تخلّفت ثبت الخيار، وأما ثبوت الأرش، فهو على خلاف القاعدة، فيحتاج إلى دليل.

وثانياً: أن الوصف المفقود لو كان له دخل في صحة المبيع لتوجّه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب، لا بخيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه.

وأما ما استظهر من كلام المفيد والشيخ قدس سرهما، فالنسبة مورد تأمل؛ لأن تعبير كل منهما أنه (إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً)، والرد وإن كان ظاهره البطلان، إلا أن الشيخ (رحمة الله) عبّر بهذا التعبير في [النقد والنسيئة](1)، ولا يخفى أن المراد منه فيه، الخيار في البيع، لا البطلان، وأما الشيخ المفيد (رحمة الله) فقد تعرّض للمسألة في مقامين، في أحدهما عبّر بمردود(2)، وفي الآخر بالبطلان(3)، ومع هذه العبارات المختلفة لا يبقى مجال لظهور الرد في البطلان في المقام.

[توضيح الوجه الثاني ونقده]

اشارة

إنّ المحقّق الأردبيلي (رحمة الله) قد تأمل في الصحة، وبيّن الوجه في تأمله، فنحن وما أفاده، والبحث يقع في ضمن نقاط:

النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقّق الأردبيلي

وحاصله: وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود، والموجود غير معقود عليه.(4)

وتوضيحه: أنه لما وقع العقد على المبيع موصوفاً بالوصف الخاص، كأن قال بعتك هذا العبد الكاتب، ثمّ تبيّن أن العبد الموجود ليس بكاتب، لم يقع العقد على

1- النهاية /391.

2- المقنعة /594.

3- المقنعة /609.

4- مجمع الفائدة والبرهان 8/183.

الموجود؛ لأنه ليس بكاتب، وما وقع عليه العقـد لم يكن موجوداً، فمقتضـى القاعدة البطلان؛ لاندراجه تحت كبرى: ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقّق الأردبيلي

وناقشه صاحب الجواهر (رحمة الله) – ورماه بالضعف –: بأنه يبتني على عدم التفريق بين وصف المعيّن [للكليات]، والوصف المعيَّن [في الشخصيات]، والخلط بين الذاتي والعرضي.(1)

وقد سبقه [الشيخ علي] كاشف الغطاء (رحمة الله) في الإشكال عليه بما نصه:

«والقول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة فيكون البيع باطلاً، لا وجه له.

وسـر الاشـتباه عدم الفرق بين الوصف المعيِّن للكليات، ووصف المعيَّن من الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي. مع أنه أقصى ما هناك أنه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى...»(2)

وقد تعرّض له الشـيخ (رحمة الله) أيضاً وأضاف له هذه الضـميمة: «وأن أقصـى ما هنالك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف، والإشارة أقوى»(3)

وتوضـيح مراد صاحب الجواهر (رحمة الله) : أن المبيع إذا كان كلياً فالوصف ليس معيَّناً له، لأن الكلي غير معيَّن، بل هو معيِّن للموصوف، فإذا باع الحنطـة بيعاً كلياً، كأن قال بعتك مائـة مَنٍّ مِنْ الحنطة، ووصـفها بالحنطة السـيحية(4)، فهـذا الوصف لهذا الفرد معيِّن للموصوف، والكلي يتصف بهذا الوصف ويتعين به.

ص: 401

1- الجواهر 24/176 (23/94).

2- شرح خيارات اللمعة /118.

3- المكاسب 5/255.

4- بالفارسية: ديم.

والوصف للكلي على نحوين: ذاتي، وعرضـي، فالأول عنوان الحنطة، والثاني كونها سـيحية، وكلا الوصـفين مقوّمان للكلي، فإذا كان المبيع الحنطة السـيحية، فكما لا تنطبق على الشـعير، لا تنطبق على الحنطة المسـقية سقياً بالماء، وعلى هذا التقدير يتمّ كلام المحقّق الأردبيلي، فـإنه إذا تخلّف الوصف – الـذاتي أو العرضـي – كـان المقصود غير موجود، والموجود غير مقصود، فلاـ بـدّ في مقام الأداء من انطباقه على الخصوصيتين، الذاتية والعرضية.

وتوضـيحه: أن الكلي كلما وصف لا يخرج عن الكليـة، فالكلي المتصف بوصف يخالف الكلي غير المتصف، والكلي المتصف بغير ذلك الوصف، فيلزم تخلّف المبيع عنـد فقدان الوصف، فما قصد لـم يقع، وما وقع لـم يقصد، وعليه فالوصف في الكلي سواء أكان ذاتياً أم عرضـياً مقوّم للمبيع، فإذا تخلّف يوجب البطلان.

وأمـا إذا كـان المبيع جزئيـاً، فلاـ يعيّنه الوصف، بـل يكون الوصف معيَّنـاً، فـإذا باعه الحنطـة التي في الأنبار بوصف كونهاسـيحية، وتخلّف الوصف، فهنا لا تأتي قاعدة: (ما قصد لـم يقع، وما وقع لـم يقصد)، بل المبيع نفس هذه الحنطة، وقد تخلّف الوصف.

نعم، لو تخلّف الوصف الـذاتي، كـأن قال بعتك الحنطـة التي في المسـتودع، فتبيّن أنها شـعير، لكانت صـغرى إلى: الموجود غير مقصود، والمقصود غير موجود.

فتحصّل أن تخلّف القصد عن الموجود يكون في موردين:

الأول: كون المبيع كلياً، أكان المتخلّف الوصف الذاتي أم العرضي.

الثاني: كون المبيع جزئياً، والمتخلّف الوصف الذاتي.

ومورد بحثنـا في مـا إذا كـان المبيع شخصـياً، والوصف معيَّناً، لا معيِّناً، وتخلّف الوصف العرضـي لا الـذاتي، وعليه فيبطل برهان المحقّق الأردبيلي (رحمة الله) .

النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر

وأشكل الشيخ (رحمة الله) على كلامي كاشف الغطاء وصاحب الجواهر: بأنه مجازفة لا

محصّل لها.(1)

ومراده (رحمـة الله) يحتـاج إلى تحقيق؛ فإنه أراد أن يبيّن منشأ تأمل المحقّق الأردبيلي (رحمـة الله) : بأن المعاملـة لما وقعت على المبيع بالوصف الخاص، وتبيّن كونه فاقداً له، لم تكن مورداً للرضا المعاملي، فإنه لما باع العين الشخصـية، ولو كانت موصوفة بالوصف العرضـي، ككتابـة العبـد، وكون الحنطـة سـيحية، وتبيّن الخلاف؛ فـإن المبيع الفاقـد للوصف لم يكن مورداً للرضا المعاملي، فما كان مورداً للرضـا المعاملي لم يوجد، وما وجدلم يكن مورداً للرضا المعاملي.

وبعبارة أدق: أن كبرى (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(2) لا تنطبق على هذه المعاملة؛ لأن البناء في المعاملة على وجود خصوصية معينة مفقودة.

وإذا كان هذا هو المراد، فجواب صاحب الجواهر (رحمة الله) لا يدفع الإشكال.

وأمـا تعارض الإشارة والوصف، وتقـديم الإشارة، فلم يتعرض لها صاحب الجواهر (رحمـة الله) ، ولكن مراد الشـيخ (رحمـة الله) منه: أنه البائع عندما أشار إلى العبد، وقال بعتك هذا العبد الكاتب، فمقتضـى الإشارة أنه باع العبد المشار إليه، فما قُصد وقع، وما وقع قُصد، فيصح البيع، ومقتضـى الوصف أنه باع العبـد الكاتب، وهو غير موجود، فما قصـد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فيبطل البيع، وبما أن ظهور الإشارة مقدم على ظهور الوصف، فالبيع صحيح.

وإشـكال الشيخ (رحمة الله) عليه: أولاً: أن هذه القاعدة وإن كانت مسلمة من حيث الكبرى، إلا أنها فيما إذا وجد الظهوران المتنافيان، أي ظهور الإشارة، وظهور الوصف، وبما أن الإشارة أظهر من الوصف فتقدم، ولكن في المقام لم يوجد تعارض

1- المكاسب 5/255.

2- سورة النساء /29.

بين الإشارة والوصف، بل إن متعلق البيع هو مورد للإشارة والوصف، وقد جمع بينهما، فقال: بعتك هـذا العبـد الكاتب، فأشار إلى العبد، ووصفه بالكاتب، فلا يوجد بينهما تعارض، وإنما تخلّف الوصف، والتخلّف أمر، والتعارض أمر آخر.

وثانياً: تنزلنا وقلنا بالتعارض، فمقتضى تقديم الإشارة على الوصف أن يصح البيع ويكون لازماً؛ لأن معنى تقديم الإشارة هو إسقاط الوصف، فلا يأتي خيار تخلّف الوصف، وما يراد إثباته في مقابل المحقّق الأردبيلي (رحمة الله) أن يصح البيع مع كونه خيارياً.

فاتضح إلى هنا كلام كل من المحقّق الأردبيلي، وصاحب الجواهر، والشيخ قدست أسرارهم.

جواب إشكال الشيخ

وأما التحقيق، فالحق ما قال به صاحب الجواهر (رحمة الله) ، وذهب إليه بعض شراح اللمعة(1) أيضاً، وهو صاحب الإضافة(2) التي لم يذكرها صاحب الجواهر، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ (رحمة الله) : بأنه «مجازفة لا محصل لها»(3)، والدليل على ما نقوله، هو بيان نفس الشيخ (رحمة الله) في بحث الشرط الفاسد(4)؛ فإن الشيخ الأعظم طرح هذا الإشكال وردّه بقوله:

«أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون الشرط، معاوضة أخرى، محتاجة إلى

1- وهو الشيخ علي بن جعفر كاشف الغطاء في شرح خيارات اللمعة /118.

2- يعني إشكال تعارض الإشارة والوصف على ما أفاده المحقّق الأردبيلي.

3- المكاسب 5/255.

4- راجع المكاسب 6/93 و 94 و 95.

تراضٍ جديد، وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراضٍ».

ثم قال: «ودعوى: أن الأصل في الارتباط، هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد – لأجل الدليل – لا يوجب التعدي».

وهذا هو لبّ مدعى المحقّق الأردبيلي (رحمة الله) ، من أن تخلّف الشرط يقتضي أن يكون المقصود غير واقع، والواقع غير مقصود.

فأجاب الشيخ (رحمة الله) عن ذلك:

«وحل ذلك: أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغُسل بالماء للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيمم مقام الغُسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتتن جيداً، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعدّ التصرف الناشيء عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراضٍ.

نعم، غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول»(1)

وملخص بيانه: وقد فرّق الشيخ (رحمة الله) في ذلك المبحث بين التقييد والاشتراط، ومعنى ذلك: أن المبيع تارة يكون كلياً مقيّداً بقيد، ذاتياً أو عرضياً، فهنا إذا تخلّف

1- المكاسب 6/93 و 94 و 95.

القيد، فالمقيّد ينتفي بانتفائه.

وتارة يكون معيَّناً، وموجوداً خارجياً، إلا أنه متصف بوصف، فهذا الوصف يكون شرطاً، لا قيداً ينتفي المقيد بانتفائه.

ففرق بين الوصف المعيِّن للكلي، وبين الوصف الموجود المعيَّن، وأيضاً فرق بين الوصف الركني، والوصف الذي ليس بركن، بل من العوارض.

وهذا الكلام، هو عين كلام صاحب الجواهر (رحمة الله) على اختصاره؛ حيث قال: بأنه اشتباه ناشيء من عدم الفرق بين الوصف المعيِّن للكليات، والوصف المعيَّن في الشخصيات، وبين الوصف الذاتي والعرضي.

فما رماه الشيخ (رحمة الله) بالمجازفة، هو عين الصواب بلا إشكال.

نعم، الإشكال على الضميمة - غير الموجودة في كلام صاحب الجواهر (رحمة الله) ، وموجودة في كلمات الشيخ علي كاشف الغطاء شارح خيارات اللمعة، من حصول التعارض بين الإشارة والوصف، والإشارة أقوى - تام ووارد عليه.

فالنتيجة: أن جواب صاحب الجواهر (رحمة الله) ، هو نفس جواب الشيخ (رحمة الله) في باب الكلي والوصف المعيَّن، وفي الركن المقوِّم، والعرضي، وبه ينحل الإشكال.

وبعبارة أخرى: إن الحاكم في ثبوت التباين بين الموجود، والمعقود عليه، وفي تخلّف القصد عن العقد، هو العرف والعقلاء، فمتى ما حكم العرف بأن المورد من مصاديق ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، فالحكم هو البطلان، ومتى ما حكم بأنه ليس من مصاديقه، وإنما هو من مصاديق تخلّف الشرط أو الوصف، فهو صحيح مع ثبوت الخيار.

والعرف والعقلاء يحكمون بالأول في موردين:

1- في الكلي المقيّد بقيد، ركني أو عرضي، كما لو باع بنحو الكلي مائة منٍ من الحنطة السيحية، وفي مقام الأداء أتي بحنطة غيرها، فهناما وقع لم يقصد، وما قصد لم

يقع؛ لأنه باع الكلي، فلا بدّ أن يأتي بما هو فرده.

بخلاف ما إذا باعه الحنطة التي في المستودع، واشترط أن تكون سيحية؛ فإنه إذا تبيّنت أنها غيرها، لم يبطل البيع، ولكن له الخيار؛ فإن الوصف المعيَّن، غير الوصف المعيِّن للكلي.

2- في الشخصي، الموصوف بوصف ركني؛ فإن تخلّفه يوجب البطلان؛ لأن المتخلّف قوام المبيع، فإذا تخلّف، تخلّف ما تعلّق به الإنشاء.

خلاصة البحث

وخلاصة المباحث السابقة: أن المبيع إذا كان كلياً، وكان موصوفاً بوصف ركني مقوّم للمبيع، أو بوصف عرضي، فالبيع صحيح ولازم، ويجب في مقام الأداء أن يؤدي ما هو مصداق لذلك الكلي، فإذا باعه العبد الكاتب، وسلّم له الحمار، أو العبد غير الكاتب، لم يتخلّف البيع الكلي، ووقع صحيحاً، إلا أن ما أداه لم يكن هو المبيع، وعليه أن يؤدي ما وقع عليه العقد.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، و تخلّف الوصف المقوّم، فالبيع باطل، كما لو باعه العبد الحبشي، وما في الخارج هو حمار وحشي.

وأما إذا كان المبيع شخصياً، وتخلّف الوصف غير المقوّم، فالبيع صحيح، والمورد من موارد خيار الرؤية، ويجري خيار تخلّف الوصف والشرط.

إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض

هذا كله إذا كانت الخصوصية واضحة، كأن اتضح كونها من مقوّمات المبيع أو من أوصافه.

وأما إذا تردّد أمرها بينهما، فلا يخفى قبل كل شيء، أن تعليق البيع على ما هو ركن ومقوّم، غير مبطل له، وأما التعليق على غيره فمبطل، فإذا قال بعتك ما في الدار على أن يكون عبداً، بحيث علّق البيع على هذه الخصوصية، فالبيع صحيح، وأما إذا

قال بعتك ما في الدار على أن يكون كاتباً، فهذا التعليق مبطل له.

أما عـدم كون الأول مبطلاً؛ فلأن البيع معلّق على ما هو دخيل في صـحته، والتعليق على ما هو الدخيل فيها، موافق لمقتضـى القاعدة، كأن يقول: بعتك هذا إن كان مالي؛ فإن هذا البيع المعلّق صحيح بلا إشكال.

وأما تعليق البيع على الخصوصيات غير الدخيلة في الصحة، فهو مبطل له للإجماع القطعي.

ولكن البيع فيمـا نحن فيه، ليس بمعلَّق، وإنمـا المعلّق هو الالتزام بالوفاء به، والتعليق المبطل، هو تعليق نفس البيع على قيـد أو شـرط، وأما تعليق الالتزام والوفاء بالمعاملة على شرط، فليس من التعليق المبطل، ولكنه موجب لثبوت الخيار.

إذا اتضح هذا، فإذا تردد أمر الخصوصية المعلَّق عليها البيع، بين كونها من المقومات للمبيع، فيصح البيع، وبين كونها من الصفات الكمالية له، فيبطل، فقد ذهب المحقّق السـيّد الخوئي (رحمة الله) إلى صـحة المعاملة؛ لأن مقدار ما قام عليه الدليل من بطلان التعليق، هو التعليق على وصف كمالي، لا على المقوّمات؛ وبما أن الدليل ينحصر في الإجماع؛ لعدم وجود الدليل اللفظي، ليتمسك بإطلاقه، والإجماع دليل لبّي، لا لسان له، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص ما إذا أحرز كون الوصف وصفاً كمالياً.

وببيان آخر: أن مقتضى إطلاق قوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(1) صحة كل بيع ونفوذه، بما فيه البيع المعلّق، وخصص هذا الإطلاق بواسطة الإجماع، الـدال على بطلان البيع المعلّق، والإجماع دليل لبّي منفصل، وقـد حقّق في الأصول أن الدليل المنفصل إذا كان مردداً بين الأقل والأكثر، اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن،

1- سورة البقرة /275.

ويتمسك بالإطلاق بالنسبة إلى ما زاد عليه، فيقتصر في التخصيص على ما إذا أحرز كون المعلّق عليه من الأوصاف العرضية.

ثم قال في ذيل الكلام: أنه إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة، فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير؛ لأنه إن كان التخلّف في الواقع في المقوّم، فيحكم بالبطلان؛ لعدم وجود المبيع، وإن كان التخلّف في غيره، فيحكم بالبطلان؛ للتعليق.(1)

[ويرد عليه]: أوّلاً: أن حكمه بصحة المعاملة في صدر البحث مطلقاً، ثم حكمه بالبطلان على كلا التقديرين متهافتان؛ لأن حكمه بالصحة في أول الكلام كان لأجل أن التعليق إن كان على المقوّم فلا يوجب البطلان، وإن كان على العرضي، فلا يوجبه؛ لعدم دخوله في الإجماع، وعليه فإذا تبيّن الخلاف، فإن كان فاقداً للخصوصية المقوّمة، كانت المعاملة باطلة؛ لأن المبيع غير محقّق، وأما إذا كان فاقداً للخصوصية العرضية، فالمعاملة صحيحة، ولا وجه لبطلانها.

وإن قيل: بأن الوجه في بطلانها أنه تبيّن أن البيع معلّق على الخصوصية العرضية والتعليق موجب للبطلان حينئذ.

فيقال: بأنه قد تقدم أن التعليق في الإنشاء مبطل وإن كان ذكر على وجه الاشتراط، والاشتراط صحيح وإن ذكر على وجه التعليق، فالمعيار على ما هو الواقع من كون المذكور من المقومات أو الخصوصيات، فإن كان من الخصوصيات فالعقد صحيح، وإن ذكر على نحو التعليق.

وثانياً: أنه حكم في الذيل بالبطلان على التقديرين، فنقول: بأن متن الواقع لا يخرج عن أحد حالين، إما أن يكون المتخلّف ركناً، فالمعاملة باطلة، وإما أن يكون غير ركن، فهي باطلة أيضاً بنظره، فلا يعقل صحة هذه المعاملة من أساس؛ إذ لا يوجد

1- مصباح الفقاهة 7/68.

غير هذين التقديرين، وكلاهما محكوم بالبطلان.

إن قيل: إن الحكم بالصحة كان في ظرف عدم تبيّن الخلاف، وهو موافق للقاعدة، وأما مع تبيّن الخلاف فلا موجب للصحة.

قيل: المفروض أن المحقّق الخوئي (رحمة الله) حكم بالبطلان من جهة عدم التراضي على فاقد الوصف.

ص: 410

مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟

اشارة

قال الشيخ (قدس سره) : «الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة(1) عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد؛ حيث جعله ممتدّاً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، واحتمله في نهاية الإحكام(2)»(3)

هذا من جهة الأقوال، وأما البحث في الأدلة، فكلام الشيخ (رحمة الله) - على تشويشه - يقع في نقاط:

الأولى: مقتضى القاعدة.

الثانية: مقتضى الدليل الخاص.

وهاتان النقطتان ترتبطان بالقول بالفور.

الثالثة: دليل القول بالتراخي.

ص: 411

1- تذكرة الفقهاء 10/58.
2- نهاية الإحكام 2/508، ولكن قال فيها: الأقرب أن خيار الرؤية متراخٍ...» خلافاً لما افتى به في التذكرة؛ والتحرير 2/291.
3- المكاسب 5/257.

مقتضى القاعدة عند الشيخ

اشارة

أما النقطـة الأولى، فقد قال الشـيخ (رحمة الله) تعليقاً على قول القائلين بالفور: «ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقّن».

وتوضيح مراده: أن الأصل في البيع هو اللزوم، ولا يخرج من هذا الأصل إلا بمقدار ما قام عليه الدليل، فإن لم يكن للدليل إطلاق اقتصر في الخروج على المقـدار المتيقن، وأما ما عـداه فيبقى تحت اللزوم، وفي المقام ثبت الخيار في الزمان الأول، فثبت خروجه عن أصالة اللزوم، وأما ما عداه، فلم يثبت خروجه، فيبقى تحتها، والنتيجة هي الفور.

وللتوضيح أكثر، لا بدّ من معرفة مبنى الشيخ (رحمة الله) في كبرى المسألة، وأصالة اللزوم، وما المقصود منه في المقام، اللفظي أو العملي، فنقول:

إن منشـأ أصـل اللزوم، أصـل لفظي، وأصـل عملي، أمـا الأصل اللفظي، فالمراد به التمسك بآيـة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، ويتمّ بهـذا البيان: إن موضوع بحثنا هو البيع الواقع، وهو بحسب الزمان محكوم باللزوم مستمراً؛ فإن لـ(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حيثيتين:

الأولى: العموم الأفرادي، بمعنى وجوب الوفاء بكل عقد، أو كل عقد لازم.

الثانية: العموم الأزماني، بمعنى أن وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقد، مستمر من حيث الزمان.

ولا إشـكال في ثبوت خيار تخلّف الوصف، أو الاعتقاد عنـد الرؤيـة، بالنسـبة إلى المبيع الـذي وقعت عليه المعاملة موصوفاً بوصف، أو مع اعتقاد اشـتماله على وصف، فتبيّن خلافه، ومعنى ذلك تخصيص العموم الزماني للزوم؛ فإن هذا الفرد قد خرج من تحت عموم دليل اللزوم في هذه القطعة من الزمان، فما هو الحكم بعد الزمان المقطوع؟

1- سورة المائدة /1.

وبعبارة أخرى:

أن (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قد ارتفعت دلالتها على اللزوم بالنسبة إلى المقدار المتيقن، فما هو الحكم بالنسبة إلى غيره؟

مبنى الشيخ (رحمة الله) ، هو أن العموم الزماني على قسمين:

1- العموم الزماني بنحو العام الاستغراقي.

2- العموم الزماني بنحو العام المجموعي.

ولا ثالث لهما؛ لأن عموم الحكم في الزمان، إن كان بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فلازمه تعدّد الحكم، وهو معنى العام الاستغراقي، ومع تعدّد الأحكام، فالفرد المتيقن خرج من تحت العموم يقيناً، وأما ما عداه فتنطبق عليه قاعدة التمسك بالعموم عند الشك في التخصيص الزائد.

وإن لم يكن بنحو يوجب تعدّد الطاعة والعصيان، فالعام مجموعي، فالحكم واحد، ومتعلّقه واحد، فإذا ورد عليه التخصيص، فقد زال ذلك الحكم الواحد، ورجوعه بعد زواله يحتاج إلى دليل، فلا مرجعية للعموم حينئذٍ.

هذا نظر الشيخ (رحمة الله) في البابين من حيث الكبرى، وتطبيقه على ما نحن فيه لا بدّ أن يكون بهذه الصورة:

أن لزوم العقد في المقام بحسب الزمان، ليس بنحو العموم الاستغراقي؛ إذ ليس فيه وجوب وفاء لكل آنٍ، بل له لزوم واحد، أو قل وجوب وفاء مستمر، وقد ارتفع، فلا يعود، ولا يمكن التمسك ب-(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

فليس المراد من الأصل اللزوم، في كلام الشيخ علي (رحمة الله) - إذن - هذا الأصل اللفظي؛ لزواله قطعاً حسب مبناه.

وإنما مراده (رحمة الله) هو الأصل العملي؛ فإنه بالبيع انتقلت الملكية من أحدهما إلى الآخر، وقام الدليل على جواز هذا الانتقال في الآن الأول، وهو القدر المتيقن، وأما

بالنسبة إلى الآن الثاني، فمحل شك، فلو فسخ البائع لشك في نفوذ الفسخ، وشك في بقاء الملكية عند المنتقل إليه، فيستصحب بقاؤها.

مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ

وأما النقطة الثانية: فالنص الخاص في المسألة، هي صحيحة جميل المتقدمة، ولو خلينا والصحيحة لدلّت على التراخي؛ لعدم بيان مدة الخيار، وعدم تقييده بعد الرؤية بزمان خاص، وهي حاكمة على الأصل.

ولكن بما أن الملاك في الخيار هو الضرر؛ إذ يدخل عليه الضرر لو لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، فالنص ينزل عليه، ويسقط إطلاقه، فنكون نحن وما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، وهي تدل على ثبوت الخيار في الآن الأول فقط؛ لأن اللزوم وعدم الخيار فيه يوجب الضرر، مع انتسابه إلى الشارع، وأما في الآن الثاني، فالضرر الحاصل من الحكم باللزوم، لا ينتسب إلى الشارع، وإنما هو أوقع نفسه في الضرر؛ لعدم إعماله الخيار، فلا ينفى بالقاعدة، فالنتيجة هي الفور أيضاً.

دليل القول بالتراخي

وأما النقطة الثالثة، وهي دليل القول بالتراخي، فهو التمسك باستصحاب حكم المخصص؛ فإن دليل خيار الرؤية خصّص دليل اللزوم، فيستصحب الخيار في الآن الثاني.

ولكنه ضعيف؛ لعدم جريان الاستصحاب؛ لأن مستند الخيار هو «لا ضرر» [عند الشيخ] فلا يحرز - بعد الآن الأول - وحدة الموضوع في القضية المتيقنة والمشكوكة.

وتوضيح ذلك: أن موضوع هذا الخيار هو المتضرر غير المتمكن من رفع ضرره؛ إذ لو حكم عليه باللزوم، لكان ضرره مستنداً إلى الشارع، فلهذا ينفي ب-«لا ضرر»، وهذا الموضوع محرز في الآن الأول، وأما في الآن الثاني فقد تبدّل الموضوع؛ لتمكنه من

رفع ضرره بإعمال الخيار.

ولا أقل من احتمال تبدّل الموضوع؛ لاحتمال كون الموضوع هو المتضـرر الذي لا يمكنه رفع ضـرره بالخيار، فيتردد أمر الخصوصية الزائلة بين كونها قيـداً للموضوع وعـدمه، فعلى تقـدير كونها قيـداً له، فالموضوع قـد تبـدّل، وعلى تقدير العدم فالموضوع باقٍ، فيكون المورد شـبهة موضوعية إلى «لا تنقض اليقين بالشك».

والحاصل:

أن القول بالتراخي يتوقف على جريان الاستصحاب، وهو لا يجري، إما لإحراز تبدّل الموضوع، أو لعدم إحراز بقائه.

نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام

وهنا نكتة دقيقة في كلام الشيخ (رحمة الله) ، وهي: أن الاستصحاب محكوم للدليل اللفظي، والدليل حاكم على الاستصحاب دائماً، وبما أن الشيخ (رحمة الله) فيما نحن فيه قد ردّ التمسك بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، بحسب البيان المتقدم، فموضوع الاستصحاب تام؛ لعدم الدليل الحاكم عليه.

ولكن بما أن الشيخ (رحمة الله) قد استند في اختياره الفورية إلى الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء الملك على ملكية من انتقل إليه، فلا بـدّ من البحث في النسـبة بينه، وبين استصـحاب بقاء الخيار، وربما يقال بتقـديم الثاني، فيبطل كلامه (رحمة الله) ، والبحث فيه يبتني على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن أصالة اللزوم لو كانت الأصل اللفظي، فلا شك في حكومتها على استصحاب الخيار، ولكن بما أن الأصل العملي، فلا شك في تقديم استصحاب الخيار عليه؛ لأنه أصل سببي بالنسبة إلى أصالة بقاء أثر العقد؛ فإن الشك

1- سورة المائدة /1.

في بقاء أثر العقد مسبب عن الشك في الخيار، فإن كان له الخيار شرعاً، لم يجرِ استصحاب أثر العقد، وإن لم يكن له الخيار جرى.

المقدمة الثانية: أن الاستصحاب يقوم مقام العلم بنفس دليل اعتباره، وعليه فاستصحاب بقاء الخيار محرز تعبدي، فإذا فسخ زال أثر العقد، الذي هو موضوع أصل اللزوم.

ولهذا ذهب الشيخ (رحمة الله) - في مقام الإشكال على استصحاب بقاء الخيار - إلى تبدّل الموضوع، وإلا لو كان موضوعه تاماً، لجرى وقدّم على استصحاب بقاء أثر العقد، كما أوضحناه، ولكن لمّا تبدّل موضوعه لم يجرِ، فلا تبقى إلا أصالة اللزوم عملاً.

هذا ما أفاده الشيخ (رحمة الله) من التحقيق مع إيضاح منّا.

التحقيق في أصل المسالة

اشارة

وأما التحقيق في أصل المسألة، فينبغي أن يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في مقتضى القاعدة.

الجهة الثانية: في مقتضى الأدلة المستدل بها على خيار الرؤية.

مقتضى القاعدة

أما الجهة الأولى، فما أفاده الشيخ (رحمة الله) فيها ممنوع؛ لأنه استند في ذلك إلى كون الحكم المستفاد من العموم الأزماني في آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) من قبيل العام المجموعي، فيكون الحكم واحداً مستمراً، فإذا انقطع لم يعُد، فلا يمكن التمسك بالآية لإثبات الفورية.

وفيه: أن التمسك بالعام في حال الشك في التخصيص الزائد، لا يفرق فيه بين

1- سورة المائدة /1.

العموم الاستغراقي والمجموعي، أما الأول فيجوز التمسك به بلا إشكال عند الجميع حتى الشيخ (رحمة الله) .

وأما الثاني، فالعام المجموعي على قسمين:

الأول: العام المجموعي العرضي، كما لو قال: أكرم هؤلاء العشرة بنحو العام المجموعي، بحيث لا توجد إلا طاعة واحدة، وعصيان واحد، ثم ورد المخصص واستثنى واحداً منهم؛ فإنه لا يقال بسقوط الحكم عن البقية أيضاً، بينما لازم مبنى الشيخ (رحمة الله) أن يسقط الحكم عن الجميع؛ لكونه حكماً واحداً لا يتبعض.

الثاني: العام المجموعي الطولي، كما فيما نحن فيه؛ فإن لجميع الأزمنة بنحو المجموع حكماً واحداً بوجوب الوفاء، فلما خرج منها فرد لم يسقط العام عن بقية الأفراد.

ألا يقال بأن ما ذكر في العام المجموعي العرضي والطولي مجرد دعوى.

وعليه، فالمرجع في اللزوم، بحسب القاعدة - بعد الآن الأول الذي ثبت فيه الخيار - هو آية الوفاء، لا استصحاب بقاء أثر العقد، فيرتفع استصحاب حكم المخصص بالآية، بلا حاجة إلى الإشكال عليه بتبدّل موضوعه.

والنتيجة إلى هنا: أن مقتضى القاعدة عندنا، وعند الشيخ (رحمة الله) فورية الخيار، إلا أن المستند على حسب مبنانا هي آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، وعلى حسب مبنى الشيخ (رحمة الله) الأصل العملي، وهو استصحاب بقاء أثر العقد، ومع رفع إشكال الشيخ (رحمة الله) ، والتمسك بالآية لا يبقى مجال للتمسك بالأصل [العملي].

مقتضى الأدلة الخاصة

اشارة

وأما الجهة الثانية، وهي مقتضى الأدلة التي استدل بها الفقهاء لخيار الرؤية، فهي وجوه:

الوجه الأول: قاعدة لا ضرر

اشارة

التي استند إليها عدّة من الفقهاء، ونتيجتها الفورية، إلا أن وجهه يحتاج إلى توضيح، وبيان مقدّمة مسلّمة وهي:

أن جريان «لا ضرر» وحكومتها على الأدلة الأولية يتوقف على إحراز الضرر، وعلى استناده إلى الشارع.

فإذا اتضح هذا، يتضح جريانها في الآن الأول؛ لأن الحكم باللزوم فيه ضرري بلا إشكال، ومستند إلى الشارع أيضاً، فيرفع بها، ويحكم بالخيار، وأما في الآن الثاني، فإن لم يكن استناد الضرر إلى الشارع محرز العدم، فهو غير محرز؛ لأنه تمكن من دفع الضرر بإعمال الخيار، ولم يعمله فالضرر المتوجه له من لزوم المعاملة مستند إليه، لا إلى الشارع.

ولا أقل أنه لم يحرز استناده إلى الشارع، ومع عدم إحرازه، لا يمكن التمسك بها؛ لعدم انعقاد الإطلاق فيها.

فالنتيجة: فورية الخيار.

الإشكال في هذا الوجه

ولكن المبنى مخدوش؛ لأن خيار الرؤية لا يدور مدار الضرر؛ فإن المشتري لو اشترى عيناً غائبة باعتقاد أنها متصفة بأوصاف معيّنة، فتبين الخلاف بعد رؤيتها، كان له الخيار عند الفقهاء ولو لم يكن متضرراً.

الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي

بمعنى أن ارتكازهم قائم على جعل الخيار لمن اشترى شيئاً بوصف، ثم تبيّن خلافه، ونتيجته الفورية أيضاً؛ لأن الارتكازات العقلائية من جملة الأمور اللبيّة، التي لا لسان لها، حتى يتمسك بإطلاقها، فيؤخذ منها بالقدر المتيقن، وهو ثبوت الخيار له في الآن الأول فقط، بنحو الفورية العرفية، وأما ما زاد عليها، فالمرجع أصالة اللزوم.

الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة

اشارة

وهي إن ثبت فيها الإطلاق دلّت على التراخي، وإلا فعلى الفور، وفيها نظران:

مفادها عند الشيخ

الأول: ما أفاده الشيخ (رحمة الله) ، من أنها إنما تثبت جعل الخيار بملاك الضرر، كما أشار إليه بقوله في المقام: «مع أن صحيحة جميل - المتقدمة في صدر المسألة - مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق، كما نبّهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص»(1)

وبناء على هذا، فمدلول الرواية ما يستفاد من قاعدة نفي الضرر، فتدل على كون الخيار على الفور.

المناقشة في ما أفاده الشيخ

ولكن ما أفاده (رحمة الله) غير تام؛ لعدم تعرّض الصحيحة إلى الضرر سؤالاً وجواباً؛ فإن تمام الموضوع في السؤال هو: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله؟»

وتمام الموضوع في الجواب هو: فقال أبو عبد الله (عليه السلام) : «إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»(2)

فليس فيها للضرر عين ولا أثر، فهي تثبت الخيار، حصل ضرر أو لم يحصل.

مفاد الرواية عند المحقق السيّد الخوئي

الثاني: ما أفاده المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) ، من أن الخيار إذا أضيف إلى شيء فلا

1- المكاسب 5/256.

2- وسائل الشيعة 18/28، ح1، الباب 15 من أبواب الخيار.

يخلو – بحسب الاستقراء – من أقسام ثلاثة، وإن كانت الأقسام أكثر بحسب التقسيم العقلي، وهي:

1- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى متعلّقه، كإضافة الخيار إلى الحيوان؛ فإن الحيوان هو المبيع الذي تعلّق به الخيار.

2- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى سببه، كما في خيار الغبن؛ فإن الخيار مسبب عنه، ولا يبعد كون خيار العيب من هذا القبيل.

3- كون الإضافة من باب إضافة الشيء إلى ظرفه، كخيار المجلس؛ فإن المجلس ليس بسبب للخيار ولا متعلّق له، بل هو ظرف له، وهو واقع فيه.

والإضافة فيما نحن فيه ليست من القسم الأول بلا شبهة؛ فإن الرؤية ليست متعلّقة للخيار، فليس حالها حال الحيوان، فيدور أمرها بين القسم الثاني والثالث، والفرق بينهما أنه إذا كانت الإضافة بنحو السببية فمفاد الرواية تراخي الخيار؛ لأن المسبَّب – بعد تحقّق السبب – غير مقيّد بزمان، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي، وإذا كانت بنحو الظرفية فمفادها الفورية؛ لأن مقتضاها أن الخيار حال الرؤية وفي ظرفها، وأما بقاؤه بعدها فلا أقل من الشك وحصول الإجمال، فيكون المرجع حينئذٍ عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)

ولكن قام الدليل على أن المراد هي الظرفية دون السببية؛ لأن تقييد الخيار بالرؤية – في حال أريد كونها سبباً للخيار – لغو محض؛ لأن السؤال في الرواية كان عن الرجل الذي اشترى الأرض من دون أن يراها كلها، فلما رآها بعد الشراء استقال صاحبه فلم يقله، فأجابه الإمام (عليه السلام) : بأنه لو «نظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»، فلو كانت الرؤية سبباً لاكتفى

1- سورة المائدة /1.

بقوله كان له الخيار، ولا حاجة للتقييد بالرؤية؛ فإن السائل سأل عن حكم المسألة بعد الرؤية، ومقتضى الحال حينئذٍ أن يقال: له الخيار؛ إذ بعد تحقّق الرؤية لا ـ وجه لتفريع الحكم على التخلّف الحاصل بأن له خيار الرؤية، فإن ذلك مثل أن يقال: إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، والصحيح أن يقال: فيجب الصوم.

وبما أن حمل الرؤية على السببية يلزم منه لغوية التقييد، فيتعيّن الحمل على الظرفية، والنتيجة حينئذٍ الحكم بفورية الخيار.(1)

الإشكال فيما أفاده المحقّق الخوئي

وفيما أفاده (رحمة الله) تأمل وإشكال:

أولاً: ما نقض به من مثال الصوم في شهر رمضان، والحكم بعدم صحته أول الكلام، بل غير تام؛ فإن الآية الشريفة تقول: (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)(2)، ولم تقل: فليصم، فهي بقوة فليصم شهر رمضان، إلا أنه استبدل الظاهر بالضمير.

وثانياً: أن تعلّق الصوم بالشهر في الآية بعد فرضية دخول الشهر دليل على جوازه مع أن دخول الشهر سبب للصوم، وفيما نحن فيه أمكن تقييد الخيار بالرؤية مع كون الرؤية سبباً له.

فالكتاب والسنة شاهدان على صحة هذا الاستعمال، مضافاً إلى صحة الاطلاق عرفاً، وعدم وجود المحذور فيه عندهم، فالرؤية لها دخل في الخيار.

الصحيح في مفاد الرواية

إن منشأ ثبوت هذا الخيار وعلة تحقّقه في مثل هذه الموارد، حسب المرتكزات

1- مصباح الفقاهة 7/(72-71).

2- سورة البقرة/185.

العرفية والعقلائية، هو تخلّف الوصف، وحمل سببه على غير ذلك يحتاج إلى تعبّد خاص، وحيثية الرؤية حيثية كاشفة، ولا موضوعية لها؛ فإن المشتري اشترى المتاع بوصف معيّن، فلما رآه على خلاف الوصف كان له الخيار؛ لتخلّفه عن الوصف المنكشف بالرؤية، فوزان هذه القضية وزان من اشترى المتاع ثم رآه فبان معيباً؛ فإن له خيار العيب.

ومن التعبير المتقدم بضم المرتكز العقلائي نستفيد أن منشأ الخيار هو تخلّف الوصف، ولمّا رآه على خلاف ما وصف حكم له بالخيار.

ولو قلنا بأن الرؤية ظرف ثبوت الخيار للزم القول بعدم ثبوت الخيار قبلها ولو تخلّف وصف المبيع، ولوجب الالتزام بلزوم المعاملة فيما لو اشترى العين بوصف ثم مات قبل الرؤية، وكانت العين فاقدة للوصف الأول؛ لأن الفرض حينئذٍ أن الرؤية ليست سبباً ولا كاشفاً عنه، وإنما من هي مجرد ظرف للخيار.

والحاصل: أنه لا يمكن الالتزام بالتعبد المحض في نفس الرؤية، لا من نظر عقلائي وعرفي، ولا من نظر فقهي، فلا يقال بأن الرؤية - من حيث إنها رؤية، لا من حيث إنها كاشفة عن التخلّف - تمام موضوع الخيار.

فالحق في المسألة: - بعد ضمّ الارتكاز إلى ظهور النص - استظهار سببية تخلّف الوصف لهذا الخيار، والرؤية كاشفة عنه، وطريق إليه، ومقتضى الإطلاق الحكم بالتراخي.

ولهذا اختار نفسه (رحمة الله) في المنهاج القول به، فقال: «المشهور أن هذا الخيار على الفور، ولكن الأقرب عدمه»(1)؛ لأن مستنده في خيار الرؤية النص، لا قاعدة نفي الضرر، ولا الإجماع، وإنما اختار في بحثه القول بالفور استناداً إلى كون علاقة إضافة

1- منهاج الصالحين، 2/38، المسألة 148، للسيّد الخوئي.

الخيار للرؤية علاقة الظرفية.

خلاصة البحث

وملخّص البحث: أنه إذا كان مستند خيار الرؤية قاعدة «لا ضرر»، أو الارتكاز العقلائي فالخيار على الفور بلا إشكال.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة الظرفية فالخيار على الفور أيضاً.

وإذا كان المستند النص، وكانت الإضافة إضافة المسبب إلى السبب، من حيث إن الرؤية طريق إلى تخلّف الوصف، والتخلّف هو السبب فالخيار على التراخي، وهذا هو الحق.

ص: 423

مسقطات خيار الرؤية

المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً

على ما ذكره الشيخ (رحمة الله) في أول المسقطات، ولكنه صحيح على مبناه، من القول بالفورية في الخيار، وأما على ما اخترناه من التراخي، فلا يتمّ.

المسقط الثاني: الإسقاط

اشارة

والبحث فيه من جهات؛ حيث إن الإسقاط تارة يكون بالقول، وأخرى بالفعل، وكل منهما تارة بعد الرؤية، وأخرى قبلها، وعلى الثاني، تارة نقول بظرفية الرؤية، وأخرى بكاشفيتها، فهاهنا جهات:

الإسقاط بعد الرؤية

أما بعد الرؤية فإسقاط الخيار بالقول، أو بالفعل، وهو التصرف الكاشف عن الرضا بالمعاملة صحيح بلا إشكال؛ لوجود المقتضي وعدم المانع؛ فإن خيار الرؤية حق، لا حكم، وهو بعد الرؤية فعلي بفعلية سببه وشرطه، ولكل ذي حق إسقاط حقه، وبما أن الإسقاط إيقاع، فإنشاء هذا الأمر الإيقاعي كما يتم بالقول يتمّ بالفعل.

الإسقاط قبل الرؤية

وأما قبل الرؤية، فإن قلنا بأنها كاشفة عن تحقّق الخيار، لا سببية فيها، ولا

شرطية، فلا إشكال أيضاً في الإسقاط؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية

اشارة

وإن لم نقل بأنها كاشفة، فالإسقاط محل إشكال؛ وتصويره بتقريبين:

التقريب الأول للإشكال ودفعه

أنه يلزم منه تخلّف المنشأ عن الإنشاء؛ لعدم وجود الحق بالفعل حتى يتسبب الإنشاء في سقوطه، فالإنشاء قد حصل فعلاً، ولم يحصل المنشأ؛ إذ لا يثبت الخيار إلا بعد تحقّق الرؤية.

ويمكن دفعه بهذا البيان:

أننا تارة نقول:

بأن النسبة بين الإنشاء والمنشأ نسبة السببية والمسببية، كما هو المعروف من أن الصيغ الإنشائية موجدة للمعاني المنشأة، كإيجاد البيع مثلاً بصيغة (بعت)، والنكاح بصيغة (أنكحت)، وهكذا...، فيكون لبّ الإشكال تخلّف المسبب عن السبب.

والجواب: أن قاعدة استحالة تخلّف المسبب عن السبب إنما هي في الأسباب التكوينية، وأما الأسباب الجعلية الاعتبارية فهي تدور مدار المعتبِر، فيمكن له أن يعتبر شيئاً سبباً لأمر اعتباري استقبالي، بحيث يوجد السبب الاعتباري من الآن، ولا يوجد المسبب الاعتباري في وعاء الاعتبار إلا في المستقبل، وسببية الصيغ الإنشائية للمعاني المنشأة اعتبارية، اعتبرها العقلاء؛ إذ هم من اعتبر أن الصيغ الإنشائية أسباب لتلك المعاني الاعتبارية، فيندفع الإشكال بهذا التقريب.

وتارة أخرى ننفي السببية بين الإنشاء والمنشأ من أصل، ونقول بالاعتبار المبرَز [في تعريف الإنشاء]، فلا سببية في البين حتى يقال بتخلّف المسبب عن السبب، وتعلّق الاعتبار بأمر استقبالي أمر ممكن.

التقريب الثاني للإشكال ودفعه

أن جعل الإسقاط فعلياً، والسقوط معلّقاً على الرؤية مستلزم للتعليق المبطل بالإجماع.

والجواب عنه: - بعد فرض ثبوت عدم كون الإجماع مدركياً مستنداً للوجه المتقدم، بل كان تعبدياً - فبما أنه دليل لبّي يقتصر فيه على القدر المتيقن، فالمتيقن منه صورة ما لو لم يوجد سبب المنشأ ولا شرطه، وأما مع وجود السبب دون الشرط، فلم يحرز ثبوت الإجماع.

وعليه، فإن كان الإسقاط قبل تحقّق العقد، فالإسقاط باطل؛ لكونه قبل تحقّق السبب والشرط، وهو القدر المتيقن مما قام عليه الإجماع، وأما إذا كان بعد تحقّق العقد وإن لم يحصل الشرط - وهو الرؤية - فلم يثبت قيام الإجماع على بطلانه حينئذٍ.

الصحيح في الإشكال

هذا، ولكن الصحيح في الإشكال هو عدم إمكان الإسقاط قبل الثبوت عقلاً؛ وذلك:

لأنا إن قلنا بأن النسبة بين الإسقاط والسقوط هي نسبة المصدر لاسمه، كنسبة الإيجاد للوجود، فالإسقاط عين السقوط، والاختلاف بينهما اعتباري؛ فإنه إذا أضيف إلى الفاعل كان إسقاطاً، وإن لم يضف إليه كان سقوطاً، فلا يعقل تحقّق الإسقاط فعلاً، وعدم حصول السقوط إلا بعد الرؤية مستقبلاً، كما لا يعقل تحقّق الإيجاد فعلاً، والوجود غداً؛ فإنهما من وادٍ واحد.

وإن قيل:

بأن المراد من الإسقاط هو أنه يعتبر قبل الرؤية ثبوت حق الخيار بعد الرؤية، فالنسبة بينهما لا تكون نسبة المصدر لاسمه، بل ترجع إلى نسبة الإنشاء إلى المنشأ المتقدم بحثه، ولكن الجواب السابق غير وافٍ بحل الإشكال حتى على هذا التقدير؛ لأن

السقوط يتوقف على الثبوت، فلا يعقل تحقّقه من دونه، فلا بدّ من فرض الثبوت أولاً، وبعد ذلك يسقط ما ثبت، ومن هذه الناحية اختلف هذا الإيقاع عن سائر الإيقاعات؛ فلا محذور عقلياً في أن ينشيء من الآن عتق العبد في السنة القادمة، وكذلك في سائر الأمور الاعتبارية، فينشيء من الآن الزوجية غداً، ولكن إنشاء الإسقاط قبل الثبوت أمر غير معقول؛ لتوقف السقوط على الثبوت مفهوماً.

عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال

وما ذكره الشيخ (رحمة الله) وآخرون - من الاقتصار في الجواب على أن الإسقاط إن كان قبل تحقّق السبب - وهو العقد - فلا يمكن السقوط، وأما إذا كان بعد تحقّق السبب فممكن وإن لم يتحقّق الشرط، وهي الرؤية(1)- فلا يدفع الإشكال.

جواب المحقّق الرشتي

وقد سلك المحقّق الرشتي (رحمة الله) طريقاً آخر للجواب، وحاصله: أنه بعد تحقّق السبب وهو العقد، وقبل تحقّق الشرط التي هي الرؤية وإن لم يثبت له حق الخيار، ولكن ثبت له استحقاق ثبوت الحق، فيكفي ذلك في صحة الإسقاط، ويرجع ذلك إلى إسقاط حق الاستحقاق، لا إسقاط نفس الخيار.(2)

المناقشة في جواب المحقّق الرشتي

وما أفاده تام لو كان ما دلّت عليه الأدلة ثبوت الحق بالعقد، ولكن ما(3) دلّت عليه ثبوت الحكم، وبين الحكم والحق فرق كما هو واضح.

وبيان ذلك: أن العقد وقع على العين الغائبة الموصوفة، فيكون العقد موضوعاً

ص: 427

1- قال الشيخ (رحمة الله) في المكاسب 5/258، السطر الأخير: «ولو جعلت الرؤية شرطاً سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرّد تحقّق السبب، وهو العقد. ولا يخلو من قوة».

2- فقه الإمامية، الخيارات، 2/594.

3- موصولة.

لثبوت حق الخيار فيما لو حصلت الرؤية وبٰانَ تخلّف الوصف، فنسبة العقد إلى ثبوت الخيار بعد الرؤية نسبة الموضوع، ومعنى ذلك أن العقد مصحّح لموضوع الخيار بعد الرؤية، فالعقد لا يوجد الحق، وإنما المنشأ للحق - بحسب النص - هي رؤية العين على خلاف الوصف، واستحقاق الحق يحتاج إلى دليل.

وببيان آخر: إن الحق على جميع المباني نحو اعتبار قابل للإسقاط والميراث؛ لأن «ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه»، و«لكل ذي حق إسقاط حقه»، والحق على المسلك المحقَّق، وما أفاده عمدة الفقهاء هو سلطنة خاصة، وذلك جارٍ في جميع موارد ثبوت الحق، كحق التحجير، والسبق، وحق الشفعة، وحق الخيار، والعقدُ الحاصلُ لا يُوجِد الحقَّ، وإنما هو موضوع لحكم الشارع بثبوت الخيار، فلا يفي ما ذكر لرفع الإشكال.

جواب المحقّق الخراساني ومناقشته

وأجاب المحقّق الخراساني (رحمة الله) عن الإشكال بقوله: «يمكن أن يقال بجواز الإسقاط، ولو بناء على كون الرؤية سبباً، بأن يكون إسقاطاً لما ثبت بعد الرؤية، ليثبت، فيسقط، لا أن يكون إسقاطاً فعلاً، كي يكون إسقاطاً لما لم يثبت»(1)

فأولاً: يتحقّق ثبوت الحق، ويتفرع عليه السقوط بالإنشاء السابق، فلم يحصل الإسقاط فعلاً حتى يقال بعدم وجود الحق حينه ليسقط، ولا يلزم السقوط بدون الثبوت في ظرفه، أي بعد تحقّق الرؤية، حتى يشكل بأن لازمه السقوط بدون الثبوت.

ويرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول: أن ثبوت أي حق بدون استثناء يحتاج إلى دليل، وبما أن الحق من الاعتبارات الشرعية فيحتاج إلى جعل شرعي، والدليل على مثل هذا الثبوت،

1- حاشية الآخوند على المكاسب /207.

بحيث يثبت فيسقط لا يخرج عن وجهين:

الأول: سيرة العقلاء القائمة على ذلك، المتصلة بزمن المعصوم (عليه السلام) بدون أن يردعها.

ومن المقطوع به عـدم وجود سـيرة عقلائيـة قائمـة على مثل هذا الحق، أي الحق الذي يتحقّق ولا يترتب عليه إلا العدم والسـقوط، وغاية ما قامت عليه السيرة هو إسقاط الحقوق الموجودة بالفعل.

الثاني: النصوص.

ولكن لا يوجد أي نص يدلّ في مورد الإسقاط قبل التحقّق على أن الحق يثبت، وبعد ثبوته يسقط.

الإشـكال الثاني: أن كل أمر اعتباري، فاعتباره إنما يكون بلحاظ الأثر الذي يترتب عليه، وأما اعتبار العنوان الذي تكون نتيجة وجوده العدم، كالحق الذي نتيجة ثبوته السقوط، فهو لغو.

وأما الموارد التي وردت في الفقه، فبما أن الـدليل قام عليها التزمنا باعتبار الشـيء آناً ما، واعتبار ذلك المعتبَر في مثل هـذه الموارد إنما كان بلحاظ الأثر لـذلك العنوان، فنلتزم مثلاً في شـراء العمودين بتحقّق الملكية آناً ما، والأثر المترتب عليه الانعتاق وإن كان لازمه العدم، ولكن الأثر المترتب هو العتق.

والحاصل: أن هذا النحو من الثبوت إنما كان ببركة قيام الدليل، وهو ضم قاعدتين مسـلمتين بالإجماع الضـروري، بل التسالم، وقيام النص، أولاهما: «لا عتق إلا في ملك»، والأخرى: عـدم ملكيـة الإنسان لعموديه، ولهـذين الـدليلين التزمنا بالملكية الآنية، وفي مثل ما نحن فيه لا يوجد مثل هذا الدليل لنلتزم بالحق آناً ما، وأيضاً يفترق الحق عن مسألة الملكية الآنية؛ فإنه لا أثر لوجود الحق إلا عدمه، كما لا أثر لثبوته إلا سقوطه، وأما في مسألة الملكية الآنية فله أثر وهو العتق.

فلا يفي جواب الآخوند بحل الإشكال، ولا طريق لحلّه.

وأما التشبث بالعرف فلا طائل تحته؛ فإن مرجعية العرف منحصرة في أمرين:

الأول: في تعيين مفاهيم الألفاظ.

الثاني: في مناسبة الأحكام للموضوعات، مثلاً عندما يُسأل عن حكم ملاقاة البول للثوب، فيأتي الجواب: طهره بالماء؛ فإن الثوب وإن كان هو موضوع الحكم في السؤال، ولكن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عدم الخصوصية لمورد السؤال، وأن التأثير والتأثر بالنجس عام.

وأما في ما عداهما فليس بمرجع، والرجوع إلى العرف لا يجعل غير المعقول معقولاً.

نعم، هنا رواية يمكن أن يتمسك بها في المقام، وهي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أُعينكِ في مكاتبتكِ حتّى تؤدّي ما عليكِ بشرط أن لا يكون لكِ الخيار على أبي إذا أنتِ ملكتِ نفسكِ؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم»(1)

فإنه يمكن أن يقال: بأن الشرط كان قبل أن يثبت لها الخيار؛ فإن الخيار لا يثبت لها إلا بعد أداء مال الكتابة.

ولكنه غير تام؛ فإن متعلق الشرط في الرواية هو عدم ثبوت الخيار لها(2)، لا

1- وسائل الشيعة 23/155، ح1، الباب 11 من أبواب المكاتبة.
2- ثبوت الخيار أو عدمه من الأحكام الشرعية وليسا من الحقوق حتّى يكونا تحت اختيار المرأة فهذه الصحيحة تدلّ على سقوط خياره قبل ثبوته بالشرط وهي نص في المقام يرفع بها الظلام فما ذكره صاحب الجواهر وقواه الشيخ الأعظم في المكاسب 5/295 تام عندنا.

سقوطه، وبين الأمرين فرق كبير، ومحل بحثنا الثاني، لا الأول.

وبعد استقصاء جميع أنظار الأعاظم، كالشيخ والمحقّق الرشتي والمحقق الخراساني قدس الله أسرارهم والمناقشة فيما أفادوه يظهر عدم وجود الحل لهذا الإشكال، وصاحب الجواهر(1) وأمثاله أرسلوا المسألة إرسال المسلمات - ولو أنه نقل عن التذكرة(2) مخالفة العلامة للقول بإسقاط خيار الرؤية قبل تحقّقها - فإن ثبت الإجماع التعبدي على إسقاط هذا الحق وأمثاله في ظرف الثبوت تعبدنا به، وإلا فمن ناحية صناعية لا يوجد حلّ للإشكال.

بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه

اشارة

ذكر الشيخ (رحمة الله) (3) في شرط سقوط الخيار ثلاثة أوجه:

الأول: أنه إذا شرط في ضمن العقد سقوط الخيار، فالشرط فاسد ولكن العقد صحيح.(4)

الثاني: الشرط والعقد صحيحان.(5)

الثالث: الشرط والعقد فاسدان.(6)

1- الجواهر 24/179 (23/95).

2- تذكرة الفقهاء 10/59 و 11/153؛ وتبعه الشهيد في الدروس 3/276؛ والمحقّق الثاني في جامع المقاصد 4/303؛ والشهيد الثاني في المسالك 3/221.

3- المكاسب 5/259.

4- لم أجد قائله هنا نعم قال به جماعة في مبحث الشرط الفاسد منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز 1/474.

5- قال به العلامة في نهاية الإحكام 2/507؛ والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع 3/72.

6- قال به العلاّمة في التذكرة 10/59؛ والشهيد في الدروس 3/276؛ والمحقّق الثاني في جامع المقاصد 4/303؛ والفاضل النراقي في المستند 14/408؛ والشيخ الأعظم في المكاسب 5/261.

الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله

أما الأول فالوجه فيه ينحصر في أن متعلّق الشرط في شرط السقوط سقوط ما لم يجب، وإسقاط ما لم يجب فاسد بالإجماع، فالشرط فاسد، وسيأتي في مباحث الشرط: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، ونتيجة انضمام هاتين أن الشرط فاسد، والعقد صحيح.

الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله

وأما الثاني فالوجه فيه أن شرط سقوط الخيار متفرع على ثبوته، وثبوت الخيار في العقد متفرع على صحة العقد؛ فإن شرط سقوط الخيار في العقد الفاسد غير معقول؛ وبما أن المعلول لايمكن أن يوجب زوال علّته، فالشرط لا يمكن أن يوجب فساد العقد، فالعقد محكوم بالصحة إذن.

وأما صحة الشرط؛ فلأن وجه الفساد ينحصر في كونه من إسقاط ما لم يجب، وقد تقدم أن مستند ذلك الإجماع، وبما أن القدر المتيقن من الإجماع هو خصوص صورة عدم تحقّق السبب والشرط، والسبب فيما نحن فيه هو العقد، وهو متحقّق، ولكن الشرط - وهي الرؤية - هي المفقودة، فالإسقاط مع وجود المقتضي خارج عن مورد الإجماع، فلا موجب للحكم بفساده، فيكون الشرط - كالعقد - صحيحاً.

الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله

وأما الثالث، وهو مختار الشيخ(1) (رحمة الله) وجماعة من المحقّقين فذُكِرَتْ له وجوه:

الأول: أن شرط سقوط الخيار فاسد؛ لأنه إسقاط ما لم يجب، والشرط الفاسد مفسد للعقد، فيفسد كلاهما.

وفيه: أولاً: أنا قد أثبتنا سابقاً عدم المحذور في إسقاط الخيار قبل تحقّقه، لا

1- سماه ب- «أقوى الأقوال» راجع المكاسب 5/261.

عقلاً ولا شرعاً، فليس الشرط فاسداً.

وثانياً: أنه سيأتي إن شاء الله تعالى في بحث الشروط عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

دليل المحقّق الثاني ومناقشته

الثاني: ما أفاده المحقّق الثاني (رحمة الله) ، من لزوم الغرر عندما يشترط السقوط؛ لأن الغرر يرتفع إما بالرؤية، أو بالوصف الذي يقوم مقامه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، فيكون البيع غررياً، وقد نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر(1).(2)

وفيه: أنه وإن كان له وجه فني إلا أنه يمكن المناقشة فيه: بأن حكم البدل لا يتجاوز حكم المبدل، ولا يكون البدل أقوى من المبدل، ولو تمّت الرؤية - التي هي المبدل - ثم اشترط سقوط الخيار في المعاملة لم يكن الشرط مضراً بالمعاملة، ولم يوجب الغرر، فشرط ذلك في البدل بالأولوية القطعية، فلا ينهض هذا الوجه للاستدلال.

الدليل المعتمد عند الشيخ

الثالث: ما اعتمده الشيخ (رحمة الله) ، ويقرّب بتقريبين:

التقريب الأول: أن التحقيق وإن كان عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، إلا أنه في هذا المقام مفسد له؛ لخصوصية تقتضي ذلك؛ لأن معنى أن يبيع العين الغائبة بشرط الخيار في صورة تخلّف الوصف هو أن البائع ملتزم بوجود الوصف في العين، ومعنى ذلك عدم الإطلاق في المعاملة، بل تقيّدت بهذه الأوصاف، والتقييد - بمقتضى القسمة العقلية - إما أن يرجع إلى البيع أو إلى المبيع، ورجوع التقييد إلى البيع غير

1- عوالي اللآلي 2/248.
2- جامع المقاصد 4/303.

صحيح؛ لأنه يلزم التعليق المبطل، ومع انتفاء رجوعه إلى البيع يتعيّن رجوعه إلى المبيع بالضرورة؛ لبطلان الإطلاق، وبطلان تقييد البيع، فيتعين تقييد المبيع.

فإذا كان معنى اشتراط الوصف تقييد المبيع به، فلو اشترط سقوط الخيار حينئذٍ - الذي معناه أن يلتزم بالبيع سواء أكان المبيع واجداً للوصف أم فاقداً له - للزم الجمع بين المتنافيين، أي بين تقييد المبيع بالوصف، الذي هو نتيجة اشتراط الوصف، وبين إطلاق المبيع من ناحيته، الذي هو نتيجة شرط سقوط الخيار، وهو فاسد بحكم العقل، فيكون وجود هذا الشرط في المبيع المقيّد بالوصف موجباً لفساد نفس البيع.

التقريب الثاني: أنه يشترط أن يخرج بيع العين الغائبة عن الغرر، وبما أن الفرض عدم رؤيتها، فلا مخرج له عن الغرر إلا اشتراط الوصف، بحيث يلتزم البائع بوجوده فيها، فإذا اشترط سقوط الخيار فمعناه عدم الالتزام بوجوده، فيلزم الغرر، فيكون شرط السقوط فيما نحن فيه فاسداً ومفسداً؛ لأن مدلول شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بالوصف، ومع عدم التزامه به يكون البيع غررياً بالضرورة.

دفع إشكال

لا يقال: إذا كان كما تقولون فيلزم أن يكون اشتراط البراءة من العيوب في المبيع موجباً للغرر أيضاً، فيكون فاسداً.

فإنه يقال أولا: «وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة، لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها(1)، بخلاف الصفات فيما نحن فيه؛ فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع، والمشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على

1- العيوب.

المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

نعم، لو شاهده المشتري واشتراه معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البراءة من العيوب... .

والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمارة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك»(1)

وثانياً: أن الفارق بين الموردين هو النص والإجماع؛ فإن مقتضى الأصل والقاعدة فيهما البطلان، إلا أنه في اشتراط البراءة من العيوب قلنا بالصحة للنص والإجماع عليها، فخصصنا قاعدة البطلان، وأما فيما نحن فيه من شرط سقوط الخيار فلم يقم إجماع ولم يرد نص، فمقتضى القاعدة الحكم بالفساد والإفساد.(2)

جواب المحقّق الخراساني عن إشكال الشيخ

وأجاب المحقّق الخراساني (رحمة الله) عن إشكال المنافاة للشيخ (رحمة الله) : بأن المنافاة المذكورة إنما تتم فيما لو كان اشتراط الخيار علّة تامة، دون ما لو كان مقتضياً له، والحال أن الشرط هنا يصحّح المقتضي للخيار ليس إلا، وشرط السقوط وإن كان يمنعه من التأثير فيما يقتضيه، إلا أنه لا ينافيه، بل ربما يؤيّده؛ حيث التزم باقتضائه، وصار بصدد إبداء المانع عن التأثير فعلاً فيه.(3)

وحاصل كلامه (قدس سره) : أنه عندما يبيع العين الغائبة، ويشترط لنفسه الخيار في حال

1- المكاسب 5/261 و 262.

2- راجع المكاسب 5/(259-262).

3- حاشية المحقّق الخراساني على المكاسب /208.

فقدها للأوصاف يكون له الخيار لولا شرط السقوط، وشرط السقوط مانع من تأثير المقتضي، فلا منافاة بينهما.

دفع جواب المحقّق الخراساني

وهو ممنوع؛ لأن المراد من الشرط رفع الغرر عن المعاملة؛ لأن بيع العين بدون رؤيتها، وبدون اشتراط الأوصاف فيها غرري، فبما أن الرؤية غير حاصلة حسب الفرض، فالرافع للغرر هو الشرط، ورفعه(1) لا يتمّ بإيجاد المقتضي للخيار، المبتلى بالمانع؛ فإن شرط سقوط الخيار يمنع من وصول الخيار - الذي وجد مقتضيه - إلى حد الفعلية، فيلزم من ذلك بيع العين من دون رؤية، ومن دون شرط الخيار، فتكون غررية قطعاً.

وحاصل الكلام: أنه بالشرط يرفع الغرر، فإذا كان المقتضي مبتلى بمانع فالخيار منتفٍ على كل حال، إلا أنه تارة ينتفي لعدم وجود المقتضي، وأخرى لوجود المانع للمقتضي الموجود، فتكون المعاملة مع شرط سقوط الخيار غررية، فلا يرتفع إشكال الشيخ (رحمة الله) بهذا الجواب.

الإيراد على الشيخ

وقد أورد على الشيخ (رحمة الله) : بأن للشيخ (رحمة الله) تقريبين، أحدهما: أنه عندما يبيع بهذا الشرط فهو يلتزم بوجود الأوصاف، وعندما يشترط سقوط الخيار، فهو لا يلتزم بوجودها، وهو جمع بين المتنافيين؛ وذلك لأن التقييد إما في البيع، وأما في المبيع، وبما أن الأول باطل؛ لاستلزامه التعليق فيتعين الثاني، والإشكال في ما أفاده:

أولاً: أن الإلتزام لا بدّ أن يتعلق بأمر اختياري للملتزِم، فلا يكون متعلّق الالتزام إلا أفعال الشخص نفسه؛ فإنها الواقعة تحت اختياره وإرادته، وأما أوصاف

1- الغرر.

الأعيان فهي أمور خارجية غير قابلة للتعهد والالتزام، فمن الغلط أن يلتزم الشخص بأن يبيع العبد الكاتب؛ لأن كتابة العبد إما أن تكون موجودة بالفعل أو غير موجودة، وعلى كلا التقديرين لا تكون قابلة للتعهد والالتزام، أي إن كانت موجودة فلا تقبل التعهد والالتزام بوجودها، وإن كانت غير موجودة فأيضاً لا تقبل التعهد والالتزام، فقول الشيخ (رحمة الله) بأن الالتزام بالأوصاف يرفع الغرر غير تام؛ لأن الأوصاف غير قابلة للالتزام؛ لكونها خارجة عن الاختيار.

وثانياً: أن التقييد الحاصل من بيع العين بشرط الوصف، كما أنه لا يصح أن يرجع إلى تقييد البيع؛ لاستلزامه التعليق المبطل، فكذلك لا يصح رجوعه إلى المبيع؛ لأن المبيع عين شخصية، فهي جزئي لا يقبل التقييد، فلا يقبل الإطلاق، وإن لم تكن المقابلة بينهما مقابلة الملكة والعدم.

الدفاع عن الشيخ

وهذان الإشكالان واردان على ظاهر كلمات الشيخ (رحمة الله) ، وغير قابلين للجواب من هذه الناحية، ولكن يمكن الدفع بنحو آخر، حاصله:

أن كلمات الشيخ (رحمة الله) ، وإن كانت مضطربة في هذا الباب، ولكن المستفاد من بعضها أن الشروط بالنسبة إلى الأمور الخارجية لا ترجع إلى الإلتزام بوجودها، بل ترجع إلى تعليق الالتزام العقدي، وهذا مطلب دقيق يحتاج إلى حسن التأمل في كلامه (رحمة الله) ، فنقول في بيانه:

إن متعلَّق الشرط تارة يكون الفعل والعمل، كأن يبيعه العين بشرط أن يخيط له ثوباً، فهذا الشرط التزام بالعمل، وتعهد بالقيام به؛ لأن متعلّق الشرط أمر اختياري.

وأخرى يكون المتعلّق أمراً غير اختياري، مثل كتابة العبد، وعربية الفرس، فالشرط هنا يرجع إلى الوفاء بالعقد؛ فإن عندنا في البيع التزامين:

1- الالتزام البيعي، بمعنى أن البائع يلتزم بتبديل المتاع بالثمن المقرر.

2- الالتزام الوفائي، بمعنى أن يلتزم بأن يبقى على التزامه الأول، ويفي به ولا يرجع عنه.

والشروط في الأمور غير الاختيارية ترجع إلى الالتزام الثاني، وتكون النتيجة: أن البائع قال بعتك العبد، فقال المشتري قبلت، ولكن التزامي بالمعاملة مبني على وجود صفة الكتابة فيه، فلو تخلّفت لم ألتزم بالوفاء.

وهذا المعنى يظهر من كلماتِ الشيخ (رحمة الله) في موارد، وهو التحقيق في باب الشروط، وبناء عليه لا ترد الإشكالات؛ لأن القيد لم يرجع إلى المبيع الجزئي، ليقال باستحالة تقييده، ولم يتعلّق الالتزام بأمر خارج عن الاختيار، وإنما تعلّق بالالتزام بالوفاء بالعقد، فأصبح الوفاء به معلّقاً على وجود الوصف، وهو أمر اختياري، ومتى ما(1) حصل هذا الشرط كانت النتيجة ثبوت الخيار.

الحق في المسالة

هذا، وأما الحق في المسألة، وما هو مقتضى القاعدة فيها؟ بعد ملاحظة كلمات الأعلام فنقول:

إن البيع يكون على أنحاء:

الأول: أن يبيع العين بعد الرؤية، فهنا يصح العقد والشرط بلا إشكال، أما العقد، فلأنَّ المانع إنما هو الغرر، وهو مرتفع بالرؤية، فيكون البيع جامعاً للشرائط، ولو تخلّفت العين عن الوصف لكان له الخيار، كما في صحيحة جميل، من رؤيته لبعضها وحمله الباقي عليه، فتبيّن له خلاف ذلك.

وأما شرط سقوط الخيار؛ فلوجود مقتضيه، وفقد مانعه.

الثاني: أن يبيع العين من دون أن يراها المشتري، بل يعتمد في ذلك على وصفها،

1- نافية.

فيكون الوصف بدلاً عن الرؤية، فبما أن الوصف قائم مقام الرؤية فالغرر مرتفع به، فيصح البيع، فإذا رآها على خلاف الوصف كان له الخيار، فإذا شرط سقوط الخيار، فمقتضي الشرط موجود والمانع مفقود أيضاً؛ لارتفاع الغرر بالوصف، وتخلّف الوصف سبب للخيار، ولا مانع من شرط سقوطه.

الثالث: أن يبيع العين من دون رؤية ولا وصف، فهل يرتفع الغرر بواسطة الشرط؟ وهل يمكن اشتراط سقوط الخيار حينئذٍ؟

يقع البحث في فرضين:

الأول: أن تكون أوصاف العين مجهولة للمشتري، ويشتريها بشرط الخيار.

الثاني: أن تكون أوصاف العين مجهولة له، ويشتريها بشرط وجود الأوصاف.

أما الأول ففيه ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: إن الغرر المانع من الصحة أمر عرفي، والخيار حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يمكن أن ينفي الأمر العرفي أو يثبته.

الإشكال الثاني: إن لازم القول بارتفاع الغرر بشرط الخيار أن تصح المعاملة على المجهول بشرط الخيار، ولا يلتزم به فقيه.

الإشكال الثالث: إن رفع الغرر المانع من صحة البيع بشرط الخيار يستلزم الدور؛ لأن الخيار لا يتحقّق إلا في ضمن العقد الصحيح، فيتوقف الخيار على صحة العقد، وصحة العقد تتوقف على عدم الغرر؛ بمقتضى: «نهى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر»، فإذا أريد رفع الغرر بشرط الخيار، فلازمه توقف صحة العقد على الخيار الذي كان متوقفاً على صحة العقد، وهو دور واضح.

وبهذه الإشكالات الثلاثة يظهر بطلان ما أورده المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) على الشيخ (رحمة الله) ، بقوله: «... ففي مثل ذلك لا شبهة في كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط، ومعه يرتفع الغرر، ولا وجه لما ذكره المصنف، من أن الخيار حكم

شرعي يثبت للبيع الصحيح، فلا ربط له بالغرر، ولا يجب رفعه؛ وذلك لما عرفت سابقاً أنه مع الخيار يرتفع الغرر»(1)

إذ لا يمكن رفع الغرر بشرط الخيار للمحاذير الثلاثة.

أما الثاني، وهو ما كان بشرط وجود الأوصاف، وبتعبير الشيخ (رحمة الله) : رفع الغرر بسبب الخيار، فقد ارتضاه الشيخ (رحمة الله) ومن تبعه؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع، فيشمله دليل: «المؤمنون عند شروطهم» وتخلّف الأوصاف سبب للخيار.

ولكن شرط سقوط الخيار غير ممكن؛ لما تقدم من استلزامه الجمع بين المتنافيين بالتقريب الذي ذكرناه، لا ما كان بحسب ظاهر كلام الشيخ (رحمة الله) ، من تقييد المبيع، بل من طريق تعليق الالتزام بالعقد على وجود الأوصاف؛ فإن الشروط التي يكون متعلّقها الأمور غير الاختيارية صحيحة على هذا التقريب، وبها يرتفع الغرر في المعاملة، فإذا اشترط أيضاً سقوط الخيار فقد عاد الغرر، فيجتمع المتنافيان: عدم الغرر؛ حيث ارتفع بواسطة شرط وجود الوصف، وثبوت الغرر؛ حيث عاد بشرط سقوط الخيار.

في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط

وهنا بحث دقيق، فيه جهتان:

أ: الجهة الأولى: في أصل صحة [شرط وجود الأوصاف]، بمعنى هل يرتفع الغرر بشرط وجود الأوصاف أو لا؟

ب: الجهة الثانية: هل هذا الشرط الرافع للغرر في البيع قابل للسقوط بالشرط أو لا؟

أ: أما الجهة الأولى فذهب الشيخ (رحمة الله) ، وآخرون إلى ارتفاع الغرر به، إلا أن فيه

1- مصباح الفقاهة 7/(74-75).

تأملاً؛ وذلك بملاحظة أصل ماهية الشـرط وحقيقته؛ فإنه التزام في ضمن التزام آخر، فالربط أخذ في حقيقته وماهيته، ولهذا لا يصدق عنوان الشـرط على الشـرط الابتدائي، وعلى هذا يكون بين الشـرط والعقد تقدم و تأخر طبعي؛ إذ يتوقف الشرط في وجوده على العقد، ولا يتوقف العقد في وجوده على الشرط، فقهراً كل عقد متقدم طبعاً على الشرط المأخوذ في ضمنه، وذلك الشرط متأخر عنه.

هذا من ناحية نفس الشرط والعقد، وأما من ناحية صحة الشرط وصحة العقد، فهل يوجد بينهما هذا التقدم والتأخر؟

لا يخفى أن الشـرط فيما نحن فيه – وهو الرافع للغرر– هو شـرط الأوصاف، الذي هو سبب للخيار بتعبير الشيخ (رحمة الله) ، وليس الرافع للغرر الخيار نفسه؛ لأن الغرر ينتفي بالشـرط، ومصـلحة هذا الشرط عائدة إلى المشتري؛ ليكون في سعة من أمره بالنسبة إلى العقد، فيختار إمضاءه أو فسخه؛ إذ لو قيّده الشرط من ناحية قبول العقد وردّه لم ينتفِ الغرر؛ حيث سيكون ملزماً بأخذ المبيع مع فقده للأوصاف.

وعليه فإذا كان النافي للغرر نفس الشرط الذي هو سبب الخيار فيلزم الدور بهذا التقريب: إن موضوع سببية الشرط للخيار لا يمكن أن يكون مهملاً.

أو فقل: إن العقد المهمل من حيث الصحة والفساد لا يمكن أن يكون هو الموضوع أو الظرف للشرط الذي هو سبب للخيار عقلاً.

وعليه إما أن يكون الموضوع للشـرط العقد المطلق من ناحية الصـحة والفساد، أو العقد المقيد بالصحة، ولا شق ثالث في البين، والقول بأن الشـرط الذي هو سـبب الخيار هو الشـرط في ضـمن العقد مطلقاً، أي سواء أكان العقد صـحيحاً أم فاسداً الذي نتيجته الإطلاق، فلازمه أن يكون شرط الأوصاف في ضمن العقد الفاسد سبباً للخيار، وهو باطل بالضرورة؛ لعدم معقولية أن يكون الشرط في ضمن العقد الفاسد نافذاً حتّى يكون سبباً للخيار ورافعاً للغرر.

فينحصـر الشرط الذي هو سبب الخيار في الشرط في ضمن العقد الصحيح، وإذا تعيّن هذا الشق بمقتضى البرهان لزم الدور والخلف؛ لأن سببية الشـرط للخيار يتوقف على صـحة العقد، وصـحة العقد تتوقف على نفي الغرر المانع من الصـحة، ونفي الغرر يتوقف على سببية هذا الشرط للخيار، فيلزم الدور والخلف واجتماع المتقابلين.

وبهذا يتضح استحالة نفي الغرر بشرط وجود الأوصاف.

ب: وأما الجهة الثانية، فلو تنزلنا وقلنا بصـحة شـرط وجود الأوصاف، وكونه رافعاً للغرر، فلا إشـكال في كون شرط السقوط باطلاً؛ لاستلزامه الجمع بين المتنافيين، وهو باطل بالضرورة.

ص: 442

مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين

اشارة

قال الشيخ (رحمة الله) : «مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، ولا بإبدال العين؛ لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملّك غيره يحتاج إلى معاوضةٍ جديدةٍ... إلخ»(1)

تعرّض الشيخ (رحمة الله) ، في هذه المسألة إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخياربذل التفاوت ولا بإبدال العين

كما لو اشترى هذا العبد بوصف كونه كاتباً وكان قيمته ألف دينار مثلاً، فتبيّن أنه غير كاتب وقيمته ثمان مائة دينار، فبذل البائع التفاوت بينهما، وكذا لو بذل له عبداً آخر واجداً لوصف الكتابة.

ودليله على هذا المدّعىٰ: أنَّ العقد إنّما وقع على العين الشخصية، فتملّك ما به التفاوت، أو العين الأخرى يحتاج إلى سبب جديد، ومعاوضة جديدة فلا يسقط الخيار ببذلهما.

المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف

اشارة

لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، فهل هذا الشرط

1- المكاسب 5/264.

صحيح أو فاسد؟

رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه

ذهب الشهيد (رحمة الله) في الدروس إلى أن الأقرب الفساد(1)، ووجّهه الشيخ (رحمة الله) ، بقوله: «ولعله لأنّ البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كل منهما معلّق على ظهور المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك.

وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضاً إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المبدل.

وعلى أي تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيَفسد ويُفسد العقد»(2)

وحاصله: أن للشرط عملين:

الأول: انفساخ المعاملة الأولى بالشرط على تقدير المخالفة، وما لم تنفسخ يستحيل أن يقع الثمن في مقابل البدل، فيرجع الشرط إلى شرط انفساخ البيع الأول.

الثاني: أن يكون البدل في مقابل الثمن، فيكون متعلّق الشرط معاوضة أخرى.

ويلزم من هذه المعاوضة أمران:

1- التعليق؛ لأنها معلّقة على تخلّف الوصف.

2- الغرر؛ لعدم العلم بالتخلّف، وعدم العلم بما بإزاء الثمن.

1- الدروس 3/276.

2- المكاسب 5/264.

فهذا الشرط فاسد بالضرورة، ولا يندرج في دائرة دليل الشروط؛ لأن «المؤمنون عند شروطهم» غير مشرِّعٍ، بل هو يقضي بنفاذ الشرط المشروع، وانفساخ المعاملة الأولى، وحدوث بيع جديد بمقتضى الشرط يتوقف على كون دليل الشروط مشرِّعاً.

وإن كان البدل في مقابل المبيع فتكون المعاوضة معلّقة غررية، أما معلّقة؛ فلتعليقها على تخلّف الوصف، وأما غررية؛ فلعدم العلم بحال المبيع من حيث وجود الوصف وفقده.

المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد

وأورد صاحب الحدائق (رحمة الله) على الشهيد (رحمة الله) بقوله: «إن ظاهر كلامه - أي الشهيد - أن الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمة.

نعم، لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجرّه هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار، والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور؛ حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

وبالجملة، فإنّي لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحمل عليه ، والله العالم»(1)

وتوضيح إشكال صاحب الحدائق (رحمة الله) : أن الظاهر من كلام الشهيد (رحمة الله) فساد الشرط مطلقاً، سواء أكان المبيع مطابقاً للوصف أم لم يطابقه، وهذا الإطلاق باطل؛

1- الحدائق 19/59.

لأنه لا يخرج عن حالين؛ فإن المبيع إن لم يتخلّف عن الوصف فالشرط غير فاسد ولا مفسد، والمعاملة صحيحة؛ لأن مقتضى أخبار خيار الرؤية صحة المعاملة لو باع العين الغائبة بالوصف، وكان كما وصفت، وجد الشرط في المعاملة أم لم يوجد، بينما حكم الشهيد (رحمة الله) بالفساد، فالتعميم غير تام.

نعم، لو تبيّنت المخالفة للوصف فالبيع فاسد والشرط لا يجبره.

المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق

اشارة

قال الشيخ (رحمة الله) : وبما بيّناه من توجيه كلام الشهيد (رحمة الله) ظهر فساد ما أورده في الحدائق(1)، ومرجعه:

أولاً: إلى عدم وضوح مراد الشهيد (رحمة الله) له؛ فإن مراده أن هذا الشرط يرجع إلى انفساخ المعاملة الأولى وحدوث معاملة جديدة، وليس الشرط بمشرّع ليصح، فيقع فاسداً.

وثانياً: أن قوله: بفساد المعاملة عند المخالفة، غير صحيح؛ لأن تخلّف الوصف يوجب الخيار، لا فساد المعاملة، إلا على مبنى المحقّق الأردبيلي(2) (رحمة الله) ، وهو واضح الفساد، فإن التخلّف في المقام تخلّف للوصف، لا لقوام المبيع، فلا يقتضي الفساد، بل الخيار.

التحقيق في المسألة

ومقتضي التحقيق في المسألة أن يقال:

أما القسم الأول، ونعني به عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت، فالأمر يدور مدار المستند في ثبوت الخيار، فينبغي ملاحظته، فنقول:

1- المكاسب 5/265.

2- راجع مجمع الفائدة والبرهان 8/183.

إن المبنى في ثبوت الخيار، إن كان دليل الشرط، الذي مقتضاه أن الوفاء بالمعاملة يدور مدار ثبوت الوصف المشترط وجوده في المبيع، فإن كان موجوداً وفىٰ بالتزامه بالعقد، وإلا كان له الخيار.

وهذا الشرط غير مقيّد بشيء، فمقتضاه ثبوت الخيار عند تخلّف الوصف بنحو الإطلاق، بذل البائع التفاوت أم لا، ودليل نفوذ هذا الشرط نفس عموم دليل الشروط.

وإن كان المبنى الأخبار كصحيحة جميل المتقدمة، فأيضاً المستفاد منها ثبوت الخيار بالإطلاق.

ولو فرض الشك في الإطلاق لكان مقتضى الأصل العملي ثبوت الخيار بعد بذل التفاوت أيضاً؛ لأن أصل الخيار قد ثبت بالشرط أو بالدليل اللفظي، فإذا شككنا في بقاء الخيار بعد البذل وعدم بقائه نستصحب بقاءه.

إلا أن يقال: بأن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر في مخصّص دليل اللزوم؛ فإن دليل اللزوم - وهو عموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)- يقتضي لزوم العقد، وخصّص بالدليل المنفصل الدال على ثبوت الخيار، فإذا شك في كون الخيار محدوداً بعدم بذل التفاوت أو لا كان المخصّص مجملاً دائراً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو صورة عدم البذل، ويتمسك في صورة البذل - عند الشك في الخيار - بعموم دليل اللزوم.

والذي يهوّن الأمر أنا لا حاجة لنا بالأصل العملي؛ لإحراز إطلاق الدليل اللفظي.

وإن كان المبنى قاعدة نفي الضرر، فمن الواضح انتفاء الضرر مع بذل

1- سورة المائدة /1.

التفاوت، ومع انتفائه لا تكون القاعدة حاكمة على دليل اللزوم، فيسقط الخيار.

نعم، ربما يشكل بأن بذل التفاوت يجبر به الضرر الحاصل، ولا ينفي ضررية اللزوم، بمعنى أن المفروض أن لزوم المعاملة مع تخلّف الوصف ضرري، فينفي لزومها ب-«لا ضرر»، وبذل التفاوت يجبر الضرر، وبين عدم الضرر، ووجوده وانجباره بالبذل فرق.

وبالجملة، إن قلنا بعدم الضرر مع بذل التفاوت فلا خيار؛ لانتفاء موضوعه، وإن قلنا بوجود الضرر وانجباره بالبذل فالخيار ثابت.

وبما أن المستند الصحيح عندنا هو الشرط أو النص، فالحق عدم سقوط الخيار ببذل التفاوت؛ للإطلاق.

وأما القسم الثاني، وهو شرط الإبدال في متن العقد، فيحتاج إلى تحليل:

فإن متعلّق الشرط يكون الإبدال تارة، ويكون المبادلة أخرى، فإن كان الأول فهو من صغريات شرط الفعل، وإن كان الثاني فهو من صغريات شرط النتيجة، بحيث يرجع الشرط إلى العقد، وتتحقّق المبادلة والمعاوضة بنفس الشرط، ولا ينبغي الخلط بينهما، والموجود في كلام الشهيد (رحمة الله) هو الأول؛ حيث قال: «ولو شرط البائع إبداله إن لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد»(1)، وهو الظاهر من كلمة الشيخ (رحمة الله) في توجيه كلام الشهيد (رحمة الله) بقوله: «ولعله لأن البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط...»(2)

فإن كان الشرط الإبدال - بمعنى أن يشترط المشتري على البائع أن يبدله المبيع إن لم يكن المبيع على ما وصف، فيبدل العبد غير الكاتب بالعبد الكاتب - فالشرط والعقد الذي وقع فيه الشرط صحيحان على كلا التقديرين، [أي سواء أجعل البدل

1- الدروس 3/276.
2- المكاسب 5/264.

بإزاء الثمن أم بإزاء المبيع].

وهنا نكتة دقيقة ينبغي التنبيه عليها، فلاحظوا تعبير الشيخ (رحمة الله) في موردين؛ فإنه قال: «ولو شرط... الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف »(1)، وقال: «على تقدير ظهور المخالفة»(2)، ثم قال: «بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة»(3)، وفرق كبير بين التعبيرين؛ إذ فرق بين أن يجعل الشرط عند ظهور المخالفة، وبين أن يجعله عند المخالفة، ولكن على كلا التقديرين إذا اشترط الإبدال فالشرط صحيح لا إشكال فيه، فيلزم البائع بالعمل بالشرط لو تخلّف، ولو امتنع عن الوفاء بالشرط ألزمه الحاكم الشرعي بالوفاء وأداء البدل.

وإن كان الشرط المبادلة، الذي هو شرط نتيجة، فإن كانت بين الثمن والبدل الواجد للوصف، فلا يمكن إلا بأن تنفسخ المعاملة الأولى؛ لعدم وقوع الثمن الواحد في مقابل مثمنين، فتنفسخ المعاملة الأولى أولاً، ثم تحدث معاملة جديدة، فهل يصح ذلك من دون الرجوع إلى دليل الشروط أو لا؟

ذهب إلى كل فريق.

أما الرأي الأول؛ فلأن متعلّق الشرط عند ظهور التخلّف عن الوصف هي المعاوضة بين الثمن والبدل، وعندما يكون متعلّقه المعاوضة فهي تندرج تحت عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(4)، و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(5)؛ لأنهما غير مقيّدتين بأن لا تكون العقود والتجارة شرطاً في ضمن العقد، فتشملان هذه المعاوضة بعمومهما،

1- المكاسب 5/264.

2- المكاسب 5/264.

3- المكاسب 5/264.

4- سورة المائدة /1.

5- سورة النساء /29.

وحينئذٍ يكون هذا الشرط جائزاً مشروعاً بدليل هذين العمومين، فينهدم ما بناه الشيخ (رحمة الله) ، ونحكم بصحة الشرط والعقد.

ولكن يرد عليه: أن العموم لا ـ يشـمل هـذا الشـرط إلا على وجه دائر؛ فإن المعاوضـة بين الثمن والبـدل، أو بين البـدل والمبيع تتوقف على انفساخ المعاملة الأولى؛ إذ لا يمكن حدوث المعاملة الثانية إلا بعد انفساخ الأولى، وانفساخها يتوقف على مشـروعية الشـرط، ومشروعيته تتوقف على شمول العموم له، وشموله له يتوقف على انفساخ المعاملة الأولى، فيلزم الدور.

فأساس العويصة في المسألة في تصحيح انفساخ العقد الأول بالشرط، وإثبات مشروعيته، والشرط هنا على أحد نحوين:

الأول: شرط الانفساخ بعد ظهور المخالفة.

الثاني: شرط الانفساخ على تقدير المخالفة.

وبينهما فرق كبير، وإن لم يبيّن ذلك في كلمات القوم، بل وقع الخلط بينهما في كلمات الشـيخ (رحمـة الله) كما أشـرنا لذلك في ما تقدم، فإنّه في صدر المسألة عبّر بظهور المخالفة، وفي ذيلها بعند المخالفة.

وكيف كان، فإن كان الشـرط هو الأول، فالعقد قد وقع تاماً، وشـرط الانفساخ حصل بعد تحقّقه، بخلافه على التقدير الثاني؛ فإن الشرط وقع قبل تمامية العقد، وعلى واقع عدم وجود الوصف، والكلام الآن في الأول، والبحث فيه ببيان مقتضى القاعدة، والأدلة العامة والخاصة عميق طويل، وإجمال البحث:

إن في المسألة وجهين:

الوجه الأول: عدم مشروعية هذا الشرط والعقد.

الوجه الثاني: صحة الشرط والعقد ومشروعيتهما.

أما الوجه الأول، فما يمكن أن يستدل عليه به هو: أن انفساخ العقد كانعقاده لا

يمكن أن يحصل بدون سبب، وانفساخ العقد الذي هو انحلاله بنفسه – كالفسخ الحاصل بفاسخ – لا يمكن أن يحصل بدون سبب، وكما أن الفسخ غير ممكن بدون ثبوت حق الخيار شرعاً، فالأمر في الانفساخ بطريق أولى؛ لأنه انحلال بنفسه، فهو أشدّ إشكالاً من الفسخ، فيحتاج بمقتضى العقل والشرع إلى سبب ثابت الشرعية، فإذا أريد تحصيل الانفساخ بالشرط فلا بدّ من كون الشرط مشرّعاً، أو دلّ الدليل على مشروعيته.

والمستفاد من غير واحد من أعلام الفن، ومنهم الشيخ (رحمة الله) عدم إمكان الانفساخ؛ لما بيّناه الآن، وقد أوضحه الشيخ (رحمة الله) في بحث ردّ الثمن، وأشار إليه في المقام بقوله: «ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك»(1)، فالنتيجة فساد الشرط.

وأما فساد العقد ففيه طريقان:

الطريق الأول: أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً.

الطريق الثاني: أن الشرط الفاسد وإن لم يكن مفسداً مطلقاً، إلا أنه مفسد في المقام؛ لاقتضاء غررية الشرط غريةَ العقد، فيفسد لهذه الناحية.

وأما الوجه الثاني، وهو صحة الشرط والعقد – فبعد تسليم أن كلاً من انفساخ العقد، والمبادلة بين المالين لا يتحقّقان من دون سبب؛ لأنهما أمران إنشائيان، والأمور الإنشائية، عقوداً أو إيقاعات، مسببات عن أسباب، على جميع المباني في حقيقة الإنشاء– نقول:

إن الأمور الإنشائية على قسمين:

القسم الأول: ما يكون لها سبب خاص، كالطلاق والنكاح، وفي مثلها لا يتحقّق إلا بسببه، فلا يتحقّق بالشرط، فلو اشترط في ضمن عقد البيع طلاق امرأته لم

1- المكاسب 5/264.

يقع الطلاق بالضرورة.

القسم الثاني: ما لا يتوقف إنشاؤها على سبب خاص في الشريعة، فيتحقّق بكل ما يفيد إنشاءه، قولاً أو فعلاً، فيتحقّق بالشرط؛ وذلك لأن للشرط صلاحية السببية في الإنشاء، وهو أحد أسباب حصول التمليك بلا إشكال؛ إذ من الممكن أن يوجب عقد البيع على الدار، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب الفلاني ملكه، والشرط والتمليك صحيحان بلا إشكال، مع أن حصول الملكية بلا سبب غير ممكن.

وبما أن المورد – وهو انفساخ العقد، وحصول المبادلة – ليس من القسم الأول؛ إذ لم يقم دليل على توقّفه على سبب خاص شرعاً، فيمكن حصوله بالشرط.

والحاصل: أن في الشرط صلاحية إنشاء انفساخ العقد، كما فيه صلاحية حصول المبادلة بين المالين، كما أوضحناه، وهو مشمول لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بلا إشكال، فإذا حصل الشرط انطبقت عليه هذه الكبرى فوجب نفوذه.

نعم، ربما يقال بمخالفة هذا الشرط للكتاب والسنة، ولكن لا دليل على ذلك، وعلى المدّعي الإثبات، ولا يخفى أن التعبير الوارد في أدلة الشروط، وإن كان بثلاثة عناوين: موافقة الكتاب والسنة، وعدم مخالفة الكتاب والسنة، وأن لا يكون محلِّلاً للحرام، أو محرِّماً للحلال، إلّا أنها ترجع إلى اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة، كما سيأتي تحقيقه في مبحث الشروط إن شاء الله تعالى، والشرط هنا غير مخالف لهما.

ودعوى أن التمسك بدليل الشروط – مع احتمال مخالفته للكتاب والسنة – من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

فهنا بحث دقيق وهو: هل تقييد الشروط بعدم مخالفتها للكتاب والسنة عقلي، والأدلة الشرعية بيّنته وأرشدت إليه، أو هو بالتعبد الشرعي؟

إن كان الأول فموضوع دليل الشروط مقيّد بعدم مخالفة الكتاب والسنة من

الأول.

وإن كان الثاني فدليل الشروط في نفسه عام، إلا أن الأدلة الأخرى قد خصصته بعدم المخالفة.

فإذا شككنا في كون شرط مخالفاً للكتاب والسنة أو لا، كان التمسك بالعام على المبنى الأول من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل، وأما على المبنى الثاني فالتمسك بالدليل من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص، ويمكن تصحيح الشرط على هذا المبنى بهذا البيان:

أنا إذا شككنا في مخالفة الشرط للكتاب والسنة فيمكن إحراز الموضوع بالأصل؛ لأن موضوع النفوذ مركب من جزئين: الشرط، وعدم مخالفته للكتاب، والشرط محرز بالوجدان، وعدم المخالفة باستصحاب عدمها.

نعم، هذا الأصل من قسم استصحاب العدم الأزلي؛ للشك في حدوثه من الأول، بمعنى أنه من أول وجوده، إما وجد مخالفاً للكتاب والسنة، أو وجد غير مخالف لهما، كما في قرشية المرأة التي أُخذ عدمها في موضوع التحيض إلى الخمسين، فيتوقف جريانه على المبنى، وبما أنا نرى جريانه، فنحرز هنا الجزء الثاني من موضوع دليل الشروط بالأصل، فيتم الموضوع ونرتب عليه حكم الشروط.

هذا كله من حيث المقتضي، وأما من حيث المانع، فالمانع المذكور هو التعليق على تقدير، والتعليق والغرر على تقدير آخر.

أما التعليق ففيما لو باع العبد بوصف الكتابة بثمن ما، فالثمن في مقابل العبد بوصف الكتابة، واشترط إن ظهر العبد على خلاف الوصف، فالثمن يكون في مقابل عبد بهذه الصفة، فمرجع ذلك إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، وكل منهما معلّق على ظهور المخالفة.

أ: وإشكال التعليق مندفع؛ بأن دليل مبطلية التعليق دليل لبي، وهو الإجماع،

والقدر المتيقن منه التعليق في العقد المستقل، كأن يبيع الدار معلّقاً على شيء، وأما إذا كانت المبادلة في ضمن العقد كما فيما نحن فيه فلا إطلاق في الإجماع ليشمله.

ب: وأما التقدير الآخر ففيما لو كان البدل بإزاء المبيع إذا ظهر على خلاف الوصف؛ فإن مرجعه إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ لأن المفروض جهالة المُبْدَل.

وإشكال التعليق مندفع كما تقدم، وأما إشكال الغرر ففيه:

أولاً: عدم الغرر في المقام؛ لأن المبيع والبدل كليهما معلومان؛ فإن المبيع هو العبد الفاقد للوصف، واشترط إذا ظهر هذا العبد على خلاف ذلك فبدله العبد الواجد للوصف، فكل منهما معلومان، فلا غرر.

وثانياً: سلمنا بالغرر، ولكن الغرر المسلم مانعيته هو الغرر في البيع؛ لنهي النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) عن بيع الغرر، فلا يشمل المورد، وأما الغرر بنحو مطلق، المستفاد من نهي النبي عن الغرر، فهو وإن كان يشمل المورد، إلا أن المستند مرسل، ولم يثبت انجباره بالعمل.(1)

وبعبارة أخرى: إن الشرط الغرري غير مشمول لدليل المنع عن الغرر.

فتحصل إلى هنا - بعد الجواب على التعليق وانتفاء الغرر- : أن مقتضي صحة هذا الشرط موجود، والمانع منه مفقود، فالأقوى حسب نظرنا - خلافاً للشيخ (صلى الله عليه و آله و سلم) ، ومَنْ اختار فساد الشرط تبعاً للشهيد (رحمة الله) - صحة الشرط والعقد فتحقّق المبادلة به.

هذا كله إذا كان الشرط ظهور المخالفة، وأما إذا كان الشرط على تقدير المخالفة، بمعنى أن يشترط - فيما لو كانت العين الغائبة الموصوفة على خلاف الوصف - كون الثمن في مقابل العين الواجدة للوصف، أو كون المبيع في مقابل العين

1- لم نجدها في كتب الحديث، لا عند الخاصة، ولا العامة، ولكن يوجد في كتاب الخلاف 3/319 قوله في مسألة: لا يصح ضمان المجهول...: «دليلنا: ما روي عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) أنه نهى عن الغرر».

الواجدة للوصف، فيكون الانفساخ والمبادلة معلقين على تخلّف الوصف.

فهنا ثلاثة إشكالات: اثنان منها مشتركان(1)، والآخر مختص(2)، وهي:

الأول: أن الشرط إذا كان بأن تكون المبادلة بين الثمن والبدل، أو بين المبيع والبدل، فلا يعقل بدون أن يكون مع انفساخ العقد السابق، فالشرط يرجع لبّاً إلى انفساخ العقد، والمبادلة بين الثمن أو المبيع وبين البدل الواجد للوصف.

فمتعلّق هذا الشرط أمران: انفساخ العقد، والمبادلة بين متعلق العقد والبدل، والإشكال: أن انفساخ العقد لا يعقل قبل انعقاده؛ لتفرّعه عليه فكيف يشترط المشتري على البائع انفساخ العقد عند تخلّف الوصف قبل تمامية العقد، والحال عدم وجود العقد حينئذٍ؟!

فبما أن مقتضى هذا الشرط حصول الانفساخ قبل الانعقاد فهو غير معقول قطعاً.

الثاني: أن متعلّق الشرط عبارة عن المبادلة، والمبادلة بين المالين مبادلة في الإضافة، وهي تتوقف على تحقّق الإضافة، والفرض عدم تحقّق إضافة الملكية قبل تمامية العقد؛ فإن شرط المبادلة بنحو شرط النتيجة، سواء أكان متعلّق الشرط المبادلة بين الثمن والبدل أم كان بين المبيع والبدل، فالشرط - إذن - يقتضي المبادلة قبل التملك.

فهذان الإشكالان تشترك فيهما كلتا صورتي الشرط، أعني أن يكون الثمن في مقابل البدل، أو أن يكون المبيع في مقابل البدل.(3)

ص: 455

1- مشتركان في كِلْتي صورتي الشرط: يعني ان يكون الثمن في مقابل البدل أو ان يكون المبيع في مقابل البدل.
2- بصورة كون الشرط هو الثمن في مقابل البدل.
3- ويقتضي هذان الاشكالان بطلان الشرط فقط دون العقد.

الثالث: وهو الإشكال المختص بصورة كون الشرط هو الثمن في مقابل البدل، وحاصله: لزوم التردد والغرر حينئذٍ، وبيانه:

أن المشتري اشترى هذه العين بشرط وجود الوصف فيها، وعلى فرض المخالفة، فالمبادلة تكون بين الثمن والبدل الواجد للوصف، وبما أن المفروض تحقّق المخالفة من الزمان الأول للعقد، لا أنها ستتحقّق فيما بعد، فقهراً وقع العقد مردّداً بين أن يكون الثمن في مقابل المبدل، على فرض أن تكون واجدة للوصف، أو بينه وبين البدل، على فرض المخالفة، وعدم واجدية المبدل للوصف، فالمبيع في المعاملة مردّد بين البدل وبين هذه العين [المبدل]، فالعقد باطل بسبب التردّد الحاصل فيه، سواء أقلنا بمفسدية الشرط الفاسد للبيع، أم قلنا بعدم مفسديته، بخلاف الإشكالين السابقين؛ فإن فساد العقد بهما يتوقف على القول بمفسدية الشرط الفاسد للعقد، وإلا – كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط – فلا موجب للبطلان.

هذا مقتضى التحقيق في هذه المسألة، على خلاف ما أفاده أعيان القوم؛ إذ ذهب الشيخ (رحمة الله) ومن تبعه إلى البطلان مطلقاً، وذهب المحقّق الخراساني، والفقيه النبيه السيّد اليزدي قدس سرهما إلى القول بالصحة مطلقاً، والتحقيق التفصيل كما بيّناه، فإنه إذا كان الشرط نفس المخالفة فالشرط باطل على تقدير، وعلى تقدير آخر يبطل الشرط والعقد، وإذا كان الشرط ظهور المخالفة لا تحقّقها فالشرط والعقد صحيحان.

ص: 456

مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد

اشارة

ذهب الشيـخ (رحمة الله) إلى القول بثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصـية موصوفة كالصلح والإجارة، واستدل على ذلك بما لفظه: «لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبيّن المخالفـة، فإما أن يحكم ببطلان العقـد؛ لما تقدم(1) عن الأردبيلي(2) في بطلان بيع العين الغائبة.

وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار.

والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلّف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه.

والثاني فاسـد؛ من جهـة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقض، ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم(3) عن بعض(4) أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرّف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

والحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأول

ص: 457

1- المكاسب 5/254.
2- مجمع الفائدة والبرهان 8/183.
3- المكاسب 5/253.
4- لعل مراده ما حكاه عن الشيخين في المقنعة /594؛ والنهاية /391؛ والسلّار في المراسم /180.

منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني»(1)

وفيه: أولاً: أن استدلاله على بطلان الالتزام بالبطلان: بأنه مخالف لطريقة الفقهاء؛ فإن طريقتهم ليست من الأدلة الشرعية للاستنباط ما لم تبلغ حدّ الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم (رحمة الله) ، أو عن دليل معتبر.

وإن أريد منه الإجماع، فهو - في المقام - لا يكون كاشفاً عن رأي المعصوم (عليه السلام) ، مع قطع النظر عن ما يدلّ عليه، وخصوصاً مع مخالفة مثل المحقّق الأردبيلي.

وثانياً: أن الشيخ (رحمة الله) لم يطرح المسألة بصورة صحيحة؛ فإن المراد من خيار الرؤية المطروح سابقاً هو الأعم من صورة الشرط؛ إذ يوجد مع التخلّف ولو لم يحصل شرط، وعدم الالتزام به في غير البيع، والحكم باللزوم فيما عداه لا يكون مخالفاً لقاعدة ولا لأصل.

نعم، ما يخالف طريقة الفقهاء - غير الأردبيلي (رحمة الله) - الحكم بالبطلان في صورة الاشتراط.

والحاصل: أن الدليل الذي أفاده الشيخ (رحمة الله) أخص من المدّعىٰ؛ فإن المدّعىٰ - وهو موضوع خيار الرؤية، وهو المذكور في العنوان أيضاً - أعم من صورة الشرط، إلا أن الدليل عليه كان بمورد الاشتراط وهو أخص.

إشكال المحقّقين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ

وأقوى ما أورد على الشيخ (رحمة الله) ما أورده المحقّق الإيرواني (رحمة الله) ، وتبعه المحقّق السيّد الخوئي (رحمة الله) ، وحاصله:

أنه إذا وجد احتمالان في مورد، ولم يقم دليل على أحدهما(2)، فعدم قيامه عليه لا

1- المكاسب 5/266.

2- وهو اللزوم في المقام.

يثبت الاحتمال الثاني(1)، وتطبيقه على ما نحن فيه: أن الشيخ (رحمة الله) ادعى عدم شمول دليل اللزوم وهو آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) لما نحن فيه؛ لأن عدم ترتيب الآثار - في ما إذا اشترط الوصف في الإجارة أو الصلح، وتخلّف الشرط - لا يكون من نقض العهد والعقد، ومع انتفاء الشمول فلا دليل على اللزوم، وهذا تام، إلا أنه استنتج من ذلك جواز عقد الإجارة والصلح، وهو غير صحيح؛ لأن الفرض أنا لم نكن نعلم بأن عقد الإجارة أو الصلح المتخلّف فيه شرط الوصف، هل هو لازم أو جائز، وعدم الدليل على اللزوم لا يكون دليلاً على الجواز.(3)

دفع إيراد العلمين

والحق عدم ورود هذا الإشكال مع قوته ومطابقته للصناعة، إلا أن بيان الدفع يتوقف على تحقيق كلام الشيخ (رحمة الله) في مَورِدَين:

الأول: مسلك الشيخ (رحمة الله) في آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

الثاني: في الشرط الفاسد.

أما الأول، فمسلك الشيخ (رحمة الله) فيها أن مفادها حكم تكليفي في قبال من يراها إرشاداً إلى لزوم العقود، بمعنى أن المستفاد منها وجوب الوفاء بالعقد، وترتيب آثاره على طرفي العقد، ومعنى الوفاء أن يكون البائع ملزماً بتسليم المثمن إلى المشتري، وعدم التصرف فيه بدون رضاه، كما على المشتري ذلك بالنسبة إلى الثمن، وهذا الحكم التكليفي عام، وفيه إطلاق لما بعد الفسخ، أي حتى لو فسخ أحدهما المعاملة فهو ملزم بتحويل ما عنده من العوض إلى الطرف الآخر، ولا يتصرف فيه، فبالدلالة المطابقية

1- وهو الجواز في المقام.

2- سورة المائدة /1.

3- حاشية المكاسب 3/223، رقم 479 للمحقّق الإيرواني؛ مصباح الفقاهة 7/83.

للإطلاق يحكم بترتيب آثار العقد، فسخ أو لم يفسخ، وبالالتزام يدل على اللزوم.

وتقريب الدلالة الالتزامية: أنه عندما يكلّف البائع – بعد أن يفسخ – بعدم التصرف في المبيع، فهذا الحكم كاشف قطعاً عن تأثير الفسخ؛ إذ لو أثّر لكان المبيع من أمواله وجاز له التصرف فيه؛ لأن حقيقة الفسخ حلّ العقد ورجوع العوضين، كل لمالكه الأول، فعموم حرمة النقض، ووجوب ترتيب الأثر حتى بعد الفسخ يكشفان عن عدم تأثير الفسخ، فتتمم الملازمة العقلية مع اللزوم.

وبالتوجه لهذا المسلك يرتفع ما أورده العلمان؛ لأن استدلال الشيخ (رحمة الله) على جواز معاملة الصلح أو الإجارة – فيما لو اشترط وصفاً في العين وتخلّف الوصف – قائم على أن عدم ترتيب الأثر ممن له الشرط، في حال استفادته من الشرط، وعدم معاملته مع العين معاملة مال الغير، لا يعدّ نقضاً للعقد، ولا يكون ناقضاً له، ولا يعتبر متخلّفاً عن وجوب الوفاء، ويكشف ذلك بالضرورة عن نفوذ الفسخ، وإلا لكان عدم ترتيب الأثر نقضاً للعقد، فبهذا تكون الآية دليلاً على جواز هذه المعاملة.

والحاصل: أن الشيخ (رحمة الله) – طبقاً لمبناه في آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) – يستدل بعدم لزوم ترتيب أثر المعاملة في المقام على نفوذ الفسخ، وبعده لا يكون المال مال الغير حتى يكون عدم ترتيب الأثر مخالفاً لوجوب الوفاء، فتدل على الجواز؛ فإن الشيخ (رحمة الله) في جميع أبواب المكاسب استدل على اللزوم بأن المورد الذي يكون عدم ترتيب أثر العقد عليه بعد الفسخ نقضاً له، ومخالفاً لوجوب الوفاء فالمعاملة لازمة، والمورد الذي لا يعدّ عدم ترتيب الأثر نقضاً له، ولا مخالفاً لوجوب الوفاء بالعقد فالمعاملة جائزة، والسر فيه أن عدم ترتيب الأثر بعد الاشتراط والتخلّف لا يعدّ عند العرف والعقلاء نقضاً للعقد، فتكون بين نفوذ الفسخ والجواز ملازمة ظاهرة.

ولو توجّه لمبناه لما أورد الإشكال.

وأما الثاني، فالشيخ (رحمة الله) قد التزم بأن المتخلّف عن العقد – من الشرائط

والأوصـاف – إن لم يكن مقوّمـاً للموضوع، ولا ـ ركنـاً فيه لم يوجب البطلان، وإنما الخيار، ولهـذا قسّم في بحث الشـرط الفاسـد العناوين المأخوذة في المعاملات إلى قسمين:

الأول: أن يكون العنوان تمـام الموضوع أو مقوّمـاً له ولغرضه، كأن يريـد الفرس العربي وأعطي الحمار الوحشـي، فالتخلّف مبطل للعقـد؛ لانتفاء الركن المقوّم له.

الثاني: أن لا يكون العنوان مقوّما للموضوع، وقد أخذ شـرطاً أو وصفاً، فالغرض متعلّق بالذات كما هو متعلّق بالوصف، فإذا تخلّف الوصف فقد انتفى الغرض الوصفي، وأما الغرض المقوّم للذات فهو محفوظ، فالعقد صحيح ولكن له الخيار.

فبمعرفة هذين المبنيين يتضح عدم ورود الإشكال على الشيخ (رحمة الله) .

مقتضى التحقيق في المقام

اشارة

والحق في المقام يدور مدار المبنى المختار في أصل خيار الرؤية، وهو لا يخرج عن أمور ثلاثة:

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار

الأول: أن يكون المبنى صـحيحة جميل(1) والروايـات الخاصـة، وبنـاء عليه لا ـ إشـكال في عـدم تعـدّي الخيار إلى غير البيع؛ لانحصار الموضوع فيها بالبيع، ولا إطلاق فيها ليشمل غيره، فيختص الحكم بموضوعه.

نعم، من ينفي خصوصية البيع بتنقيح المناط، ودعوى أن ثبوت الخيار فيه من حيث إنه معاملة، لا من حيث إنه بيع، يمكنه التعميم لغيره.

إلا أنه واضح البطلان؛ لكون تنقيح المناط ظنياً.

1- وسائل الشيعة 18/28، ح1.

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط

الثاني: أن يكون المبنى هو الشـرط، فيجري خيار الرؤيـة في جميع المعاملات؛ لأن خاصـية الشـرط - بما هو شـرط - أنه إذا وقع على أمر اختياري فيجب العمل على طبقه، وإذا وقع على أمر غير اختياري كالوصف، بحيث يكون الوصف شـرطاً كما إذا اشترط العبد الكاتب، فلا معنى لوجوب العمـل على طبقه؛ لعـدم وقوعه تحت الاختيـار، وإنمـا يرجع إلى أن الالـتزام بالوفاء بهـذه المعاملـة معلّق على وجود هـذا الوصف، فإذا انتفى ثبت الخيار، بلا فرق في ذلك بين البيع والصلح والإجارة وغيرها.

بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر

الثالث: قاعدة «لا ضـرر» كما هو معتمد [الشـيخ الأعظم و] صاحب الجواهر، والمحقّق الرشتي قدس سرهم، وقد اختار صاحب الجواهر (رحمـة الله) - بناء عليها - التفصـيل بين العقود المبنيـة على الوصف والمشاهـدة كالإجارة؛ فإنه يشترط فيها عدم الجهالة، فإذا وقع العقد مبنياً على الوصف وكانت العين فاقدة له، فقاعدة «لا ضرر» تثبت الخيار.

وبين العقود غير المبنيـة على الوصف ورفع الجهالـة كالصلح؛ لاغتفار الجهالة فيه، فالخيار بالنسـبة إلى العين الغائبة الموصوفة منزّل منزلة الإبدال في المبيع الكلي الموصوف بخصوصيات معينة، وبيان ذلك:

إذا كان مورد المعاملة كلياً مقيّداً بوصف، وسـلّم لطرف المعاملة فاقد الخصوصـية فالوظيفة الإبدال، سواء أكانت المعاملة بيعاً أم صـلحاً أم غيرهما؛ لأن ما وقعت عليه المعاملة هو الكلي الموصوف بخصوصية معينة، وفاقد هذه الخصوصية ليس بمصداق لمورد المعاملة.

وأما إذا كان متعلق المعاملـة هي العين الشخصـية الموصوفة، فالحكم في حال التخلّف عن الوصف هو الخيار، لا الإبدال، والفرق بين هذه الصورة وتلك الصورة أن في تلك الصورة لم يكن المُعْطىٰ مصداقاً لمورد المعاملة، بخلاف هذه الصورة فإن

المعطىٰ هو نفس المبيع إلا أنه فاقد للوصف.

فالخيار في نظر صاحب الجواهر (رحمة الله) في هذه الصورة منزّل منزلة الإبدال في صورة كون المبيع كلياً.(1)

المناقشة في كلام صاحب الجواهر

وهنا بحثان:

الأول: في المبنىٰ.

الثاني: في البناء.

أما الأول، فلا يصح أن تكون قاعدة «لا ضرر» مستنداً لخيار الرؤية؛ لكونها أخص من المدعى؛ فإن الفقهاء أفتوا - وهو الحق - في ما لو رأى المشتري المتاع [سابقاً]، واشتراه بدون أن يصفه له البائع، ولا أن يشترطه في العقد - بأن للمشتري خيار الرؤية فيما لو تخلّف المبيع عن الوصف، مع أن ضرر تخلّف الوصف - إن وجد - لم يستند إلى البائع، ولو حكم الشارع باللزوم لم يكن الضرر مستنداً إليه، بل إلى المشتري؛ لإقدامه على المبيع استناداً لرؤيته السابقة.

وكذلك فيما لو اشتراه استناداً إلى توصيف البائع؛ فإن وصفه لها في الأعم الأغلب أعم من الشرط؛ إذ تارة يصف البائع سلعته فيشتري المشتري بناء على الوصف بلا شرط ولا إلزام.

بل حتى في صورة اشتراط الوصف يفترق الحال من حال إلى أخرى؛ إذ تارة يشترط الوصف في المبيع ولم يكن الوصف مما تتبدل به قيمة المتاع تبعاً لوجوده وعدم وجوده وإن كان غرض المشتري متعلّقاً به، وأخرى تدور القيمة مداره، فعلى الأول لا يحصل الضرر من تخلّف الوصف، إلا بناء على تعميم الضرر إلى تخلّف الغرض، وهو

1- جواهر الكلام 23/97.

خلاف المستفاد من النصوص واللغة؛ فإن الضرر هو النقص في المال أو الطرف، وتخلّف الغرض لا يعدّ ضرراً، بخلاف الثاني؛ فإن تخلّفه ضرري، فينبغي أن لا تجري القاعدة(1) إلا في الصورة الأخيرة.

ولو تنزلنا، فقاعدة نفي الضرر إنما هي حاكمة على الأحكام الضررية، فترفع الحكم الضرري عن المكلف، فغاية ما تدل عليه القاعدة - على فرض جريانها - نفي اللزوم، لا ـ إثبات الخيار، الذي هو حق من الحقوق، يقبل الإرث والإسقاط، وفرق بينهما، وما نريده الثاني(2)، لا الأول(3)

[أمّا الثاني]، فعلىٰ فرض تمامية المبنى، فالمستفاد من كلام صاحب الجواهر (رحمة الله)

التفريق بين العقود المبنية على الوصف والمشاهدة كالإجارة، فتجري فيها «لا ضرر»، وبين العقود غير المبنية عليهما كالصلح، فدليله أن الخيار بمنزلة الإبدال في ما إذا كان المبيع كلياً.

والسؤال: ما هو الدليل على هذا الإبدال؟ فإن كانت «لا ضرر» تجري، فلا فرق بين الإجارة والصلح، وإن لم تجرَ فالقاعدة تقتضي الحكم باللزوم؛ لأن مبنى الخيار قاعدة نفي الضرر، ولم تتمسك بها في الصلح، فلا سبيل إلا إلى الحكم باللزوم، ولا دليل على الجواز، وأما كونه بمنزلة الإبدال في بيع الكلي، فغير تام؛ للفرق بينهما؛ فإن المبيع في بيع الكلي أو المتصالح عليه فيه هو الكلي، وهو لا ينطبق على الفرد الفاقد للخصوصية فيجب الإبدال، وأما فيما نحن فيه فالمتصالح عليه هو نفس هذه العين الشخصية، فمقتضى القاعدة اللزوم، ودعوى ثبوت الخيار لتنزيله منزلة الإبدال في تلك المسألة بلا دليل.

1- أي لا ضرر.

2- يعني اثبات الخيار.

3- أي نفي اللزوم.

كلام المحقّق الرشتي والإشكال فيه

وأما المحقّق الرشتي (رحمة الله) فقد قال في المقام بالتفصيل بين الصلح وغيره، وهو من حيث المبنى يستند في خيار الرؤية إلى «لا ضرر»، ولكنه لا يجريها في الصلح ويقول بعدم الخيار في حال تخلّف الوصف؛ لاغتفار الجهالة والغرر في الصلح.(1)

وفيه: أن الصلح وإن كان مبنياً على الاغتفار فيه ما لا يُغْتَفَرُ في غيره كالبيع والإجارة، فلهذا يمكن المصالحة على المجهول دونهما، إلا أن ذلك في غير مورد الشرط، أما فيه - كما فيما نحن فيه، فإنه إذا صالح على العين الموصوفة، فهو يشترط هذا الوصف - فمع التخلّف عنه يندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم»، ومقتضاه عدم الاغتفار، فلا ينبغي الخلط بين طبيعة الصلح المبنية على الاغتفار، وبين الصلح مع الشرط.

والحاصل: أن الحق في المسألة - بناء على كون المبنى في خيار الرؤية هي قاعدة «لا ضرر» - عدم الفرق في جريان الخيار بين الصلح وغيره، فيما إذا كانت العين مشروطة بوصف دخيل في ماليتها. [تجري قاعدة لا ضرر في جميع العقود ويثبت بها الخيار].

1- فقه الإمامية، قسم الخيارات 2/603.

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه

اشارة

لو اختلف البائع والمشتري، فقال البائع لم تختلف صفته، وقال المشتري قد اختلفت، فالمسألة تدخل في باب القضاء وتعيين المدّعي من المنكر، وبعد تعيينهما يتضح حال الحكم فيها، وكلمات الشيخ (رحمة الله) في هذه المسألة جاءت بين كرّ وفرّ، كما سيتضح من بيانها:

شرح كلام الشيخ الأعظم

اشارة

أ- نقل أولاً قول العلّامة (رحمة الله) في التذكرة فقال:

«ففي التذكرة: قدّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة»(1)؛ فإن المشتري على هذا التقريب يكون هو المنكر؛ لموافقة قوله للأصل، وقول المنكر هو المقدّم.

ثمّ نقل ردّ العلّامة (رحمة الله) في المختلف في نظير هذه المسألة، بقوله: «وردّه في المختلف في نظير المسألة: بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن»(2)؛ أي أن المشتري قد اعترف بالشراء، والإقرار به إقرار بالاشتغال بالثمن، أو قل: إقرار بوجوب انتزاع

1- المكاسب 5/268؛ تذكرة الفقهاء 10/61.

2- المكاسب 5/268؛ المختلف 5/297.

الثمن منه، فينقلب الأصل من البراءة إلى الاشتغال، فيكون قول البائع موافقاً لأصل الاشتغال، فيكون هو المنكر.

ب - ثم وجّه قول العلّامة (رحمة الله) في التذكرة بقوله: «ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة(1): من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثمن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر»(2)

فالمراد من أصل البراءة في المقام البراءة من وجوب التسليم، لا من أصل الثمن؛ لوقوع المعاملة واشتغال ذمته به، فيعود القول قول المشتري لكونه المنكر.

توضيح ذلك: أنه لا بدّ لمعرفة المدّعي من المنكر من ملاحظة الاختلاف بين الحكم الوضعي والتكليفي؛ فإن الحكم الوضعي هنا اشتغال ذمة المشتري بالثمن؛ بمقتضى المعاملة، ولكن الحكم التكليفي في زمان الخيار عدم وجوب تسليم الثمن للبائع، فأصل براءة الذمة من وجوب تسليم الثمن يقع في صالح المشتري، فيكون قوله موافقاً للأصل.

ثم أشكل عليه بقوله: «فيمكن أن يخدش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن، سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد»(3)

وتوضيحه: أن المعاملة قد تحققت بين المتبايعين قطعاً، واشتغلت ذمة المشتري بالثمن، ودعوى أنَّ لِمَنْ له الخيار أنْ لا يؤدّي الثمن في زمن الخيار غير صحيحة؛ لأنَّ

1- تذكرة الفقهاء 11/181.

2- المكاسب 5/267.

3- المكاسب 5/(267-268).

كـلَّ واحـدٍ من العوضـين صـار مالاًـ للآـخر بمجرد وقوع المعاملـة، ولمـا صار ماله كان حبسه عنه حبساً لمال الغير وحقّه، وعليه أداؤه له؛ بمقتضـى قوله تعـالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾(1)، وفائـدة الخيار ثبوت حق فسـخ العقد، لا حق حبس الثمن، وعليه فأصالة الاشتغال تقضي باشتغال ذمة المشتري، ووجوب الأداء عليه، فيكون قوله مخالفاً للأصل.

ج – ثم أشـار للرجوع عن ذلـك بقوله: «ويمكن دفع ذلـك بـأنّ أخـذ الصـفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط»، بمعنى أن المسألة ترجع إلى أنه هل اشترط الوصف أو لا؟ والاشتراط حادث مسبوق بالعدم والأصل عدمه، فالمنكر هو البائع.

إلا أنه لم يقبله كما يتضح من الاستثناء عقيب العبارة المتقدمة بقوله: «... إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلّق البيع بـالعين الملحوظ فيهـا صـفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصـفات الموجودة، أو ما يعمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه»(2)

وتوضـيحه: أن الأصـل وإن كـان عـدم اشتراط الوصف، ونتيجته لزوم البيع، وأثره تقـديم قول البـائع؛ لموافقته لأصل عـدم الاشتراط، إلا أن الاشتراط في الأوصاف يختلف عن الاشتراط في سائر الموارد؛ فإن المعاملة لو وقعت وشـككنا في اشتراط قيام أحدهما بعمل ما، فالأصـل عدمه.

وأما إذا كان المبيع العين الموصوفـة فالشـرط فيها يرجع إلى التقييـد، بمعنى أنه يبيع هـذه العين مقيـدة بأنها واجدة لهذا الوصف، كأن يبيع العبد مقيّداً بمعرفته الكتابة، فاشتراط الأوصاف في الأعيان المبيعة يرجع إلى تقييدها بها، فيكون الأصل حينئذٍ

1– سورة النساء /58.

2– المكاسب 5/268.

موافقـاً لقول المشتري؛ فـإن الاختلاف بين البائع والمشتري يرجع إلى أن البيع هل وقع على العين مقيّـدة بهـذا الوصف الفاقـدة له، فتكون النتيجة الخيار، أو وقع عليها بهذا الوصف الواجدة له، أو الأعم من وجدانه وفقدانه، ونتيجتهما اللزوم؟

وبما أن الاختلاف يرجع إلى هـذه الجهـة؛ لأن معنى الاشتراط التقييـد، فقهراً يرجع الشك إلى اللزوم وعـدمه، والأصل العـدم، فيكون قول المشتري هو المقدّم.

والنتيجـة: أن الشـيخ (رحمـة الله) بعـد كرّه وفرّه في المسألة ست مرات اختار تقديم قول المشتري الذي نقله عن العلامة (رحمة الله) أولاً، ولكن ليس من أجل جريان أصالـة البراءة عن الثمن، بل لأصالـة عـدم اللزوم؛ فإن اللزوم أمر زائـد على صـحة البيع، والأصل عدمه، فيكون المشتري منكراً لموافقة قوله لهذا الأصل.

ضابطة تشخيص المدّعي والمنكر

هذا تمام ما أفاده الشيخ (رحمة الله) ، وتحقيق المسألة يقتضي البحث أولاً في ضوابط المدّعي والمنكر، ثم تطبيقها على المقام، فنقول:

إن المسألة ذات محتملات متعدّدة، وللأعاظم فيها أقوال مختلفة:

الأول: القاعدة في مثل هذا الاختلاف هي التحالف، وذهب إليه المحقّق الرشتي (رحمة الله) .

الثاني: إن المورد من موارد الحلف، لا التحالف، واختاره من سوى المحقّق الرشتي (رحمة الله) .

وفي مورد الحلف وجوه وأنظار، ومستندها في غاية الاختلاف.

مستند المحقّق الرشتي في القول بالتحالف

أما مسـتند التحالف فهو تعارض الأصـلين الجاريين في الطرفين؛ وذلك بناء على كون مثبتات الأصول في مقام تشـخيص المدّعي والمنكر حجة، وبيان ذلك:

أن أحد الطرفين – وهو البائع – يدّعي أن العقد وقع على العين الموجودة، أعم

من وجود الوصف فيها وعدمه، وهذا العقد بهذا النحو موضوع للزوم، والأصل يقتضي عدمه.

والطرف الآخر - وهو المشتري - يدّعي أن العقد وقع على العين الموصوفة بالوصف المفقود، وهو وإن لم يترتب أثر على عدمه، إلا أن لازم عدم وقوعه على العين بتلك الأوصاف المفقودة أنه وقع على العين الموجودة، أعم من اتصافها بتلك الأوصاف وعدمه، وهو وإن كان أصلاً مثبتاً، إلا أن أمر تشخيص المدّعي موكول إلى العرف، والعرف يرى صدق عنوان المدّعي على من كان قوله موافقاً للأصل المثبت.

فيصدق عرفاً على كل منهما أنه مدّعي؛ لأن كل واحد منهما يدّعي شيئاً غير ما يدّعيه الآخر، ولا يضرّ بالصدق العرفي كون الأصل في أحدهما مثبتاً، والقاعدة - بعد ثبوت أن كلاً منهما مدّعٍ عرفاً - هي التحالف، فيحلفان ثم تنطبق آثار التحالف، وهي محل بحث عميق مذكور في محله.(1)

ومن الواضح أنه لا يوجد على هذا المبنى مدّعٍ ومنكر، بل كلاهما مدعيان.

المناقشة في كلام المحقّق الرشتي

ويرد عليه: أن في المدّعي أربعة تعريفات:

الأول: أن المدّعي هو الذي إن تَرَك تُرِك.

الثاني: أن المدّعي من كان قوله مخالفاً للدليل أو الأمارة المعتبرة أو الأصل، وهذا هو المعروف بينهم.

الثالث: أنه من كان في مقام إثبات القضية على الغير.

الرابع: أن عنوان المدّعي وارد في النصوص، كما في «البينة على المدعي واليمين

1- فقه الإمامية، بحث الخيارات 2/605.

على المدّعى عليه»(1)، وكل عنوان أخذ في موضوع الدليل الشرعي فالمرجع فيه إلى العرف.

ونظر المحقّق الرشتي (رحمة الله) مستند إلى هذا المبنى [الأخير]، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - في بحث القضاء أن هذه الألفاظ وإن وردت في النصوص، وكل عنوان جُعِلَ في موضوع الحكم فالمرجع فيه إلى العرف، إلا أن العرف يرى - بحسب ارتكازه - أن المدّعي هو كل من احتاج في دعواه إلى إقامة الدليل عليها، وعليه فمن نظر عرفي أن كل من كان قوله مخالفاً للدليل، أو للأمارة المعتبرة، أو للأصل المعتبر فهو مدّعٍ، وهذا هو المعروف المشهور بين الفقهاء، وهو مرادهم من التعبير بأن المدّعي من كان قوله مخالفاً للأصل؛ فإن المراد من الأصل هنا الأعم من الدليل والأمارة المعتبرة والأصول الشرعية، فيلزم لإثبات صغرى المدّعي أن يكون قوله مخالفاً للأصل المعتبر شرعاً، وبما أن الأصل المثبت لا شرعية له، فلا يصلح لأن يكون ميزاناً لتشخيص المدّعي.

والحاصل: أنا نسأل: هل الأصل المثبت حجة أو لا؟ فإن كان حجة فمن خالفه مدّعٍ، ويحتاج أن يقيم الدليل على دعواه، وإن لم يكن حجة - كما هو الحق - لم يصلح لأن يقال لمن خالفه أن قولك مخالف للأصل فأنت مدّعٍ.

أدلة القول بتقديم قول المشتري

مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري

وأما القول بالحلف فقد اختلف القائلون به في تقرير دليله، فقد تقدّم تقريب الشيخ(2) (رحمة الله) ، وخلاصته: أن الاختلاف يرجع إلى الشك في تعلّق البيع بالعين، فهل تعلّق بالموصوفة بالوصف المفقود، أو بالوصف الموجود، أو بالأعم من الموجود

1- وسائل الشيعة 27/233، ح2، صحيحة بريد بن معاوية.

2- راجع المكاسب 5/268.

والمفقود؟ وعلى الأخيرين يكون البيع لازماً دون الأول، فيشك في لزوم البيع وعدمه، والأصل عدمه.

لا ـ يقال: كما أن الأصل عـدم وقوع العقـد على العين الموصوفـة بالوصف الموجود أو الأعم، كـذلك الأصل عـدم وقوع العقـد على العين الموصوفة بالوصف المفقود.

لأنه يقال: بأن الأخير مثبت؛ إذ لا أثر يترتب عليه، بل يترتب على لازمه، وهو وقوع العقد على العين الواجدة للوصف.

المناقشة في تقريب الشيخ

وفيه: أن قوله برجوع توصيف العين الغائبـة إلى التقييـد، لا إلى الاشتراط، فلا يجري أصل عـدم الاشتراط، الذي نتيجته اللزوم، وكون البائع منكراً.

مردود: بأن العين الغائبة شخصية، والجزئي لا يقبل التقييد والإطلاق، فلا يعقل فيها إلا الاشتراط.

ولو تنزّلنا وقلنا بقبولها للتقييد، وأن الوصف يرجع إلى التقييد، فالإشكال أن المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، والنتيجة بطلان البيع، لا الخيار.

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثاني للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده الشـهيد (رحمة الله) ، من أن الثمن في يد المشتري، والبائع يريد أن ينتزعه منه، واليد أمارة على الملكية، فيكون قول المشتري موافقاً للأمارة المعتبرة.

وهو مردود اقتضـاء ومنعاً، أما من حيث الاقتضاء؛ فلأن دليل أماريـة اليـد على الملكيـة لا يخرج عن ثلاثـة النصوص، والسـيرة العقلائيـة، والإجماع، وكلها غير ناهضة في المقام.

أمـا النصوص الواردة فلاـ إطلاـق فيها لتشـمل المقام؛ لأنها لا تشـمل المورد الـذي يعترف فيه صاحبه بانتقاله إلى الغير، والمشتري يعترف بانتقال الثمن إلى البائع بالعقد.

لكنه يدّعي أن له حق الفسخ، وبالفسخ يملك الثمن، والنصوص لا تثبت أماريتها كذلك.

وأما السيرة فهي منتفية في هذا المورد قطعاً.

وأما الإجماع فالقدر المتيقن منه غير هذا المورد.

وأما المنع؛ فلأن التمسك بأدلة أمارية اليد على الملكية مستلزم للدور؛ لتوقف أمارية يد المشتري بالنسبة لملكية الثمن على ثبوت حق الفسخ ونفوذه؛ إذ لو لم ينفذ فسخه لكانت يده على الثمن يداً على ملك الغير، ونفوذ الفسخ يتوقف على أمارية يده على الملكية، وهو دور محال.

مستند المحقّق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته

الدليل الثالث للقول بتقديم قول المشتري ما أفاده المحقّق الثاني (رحمة الله) ، وحاصله: أنّا في هذا المورد نشك في وصول حق المشتري إليه، والأصل عدمه، فيكون قوله موافقاً للأصل، فيقدّم(1)

وفيه: أن هذا الشك مسبب عن الشك في ثبوت الحق له زائداً على العين التي سلّمها له البائع؛ لأن مورد الشك هو هل أن المعاملة وقعت على هذه العين، أو على العين الواجدة للوصف؟ فيجري الأصل في السبب، وهو أصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

أدلة القول بتقديم قول البائع

اشارة

وقبل البدء فيها نذكّر بأن المناط في تعيين المدّعي والمنكر - كما تقدّم - هي الموافقة والمخالفة للدليل أو للأصل المعتبر، والأصل الأولي - اللفظي والعملي - في كل معاملة هو اللزوم.

1- راجع جامع المقاصد 3/442.

رأي السيّد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام

أما بالنسـبة إلى الأصل اللفظي ففي بعض أدلته اختلاف بين الأعلام، فالإطلاق في آيـة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) محل بحث وإشكال بينهم، فقد ذهب المحقّق السـيّد الخوئي (رحمـة الله) إلى أن التمسك بها لإثبات اللزوم في هـذه الموارد من التمسك بالعام في الشـبهة الموضوعيـة؛ وذلك لأن الإهمال والإطلاق في المُنْشِأ من ناحيـة المتبايعين غير معقولين، أما الإهمال فواضـح، وأما الإطلاق؛ فلأن الملكيـة المنشأة في موارد حق الفسـخ محـدودة به، أي إلى أن يختار الفسـخ، فمن له خيار العيب أو الغبن مثلاً، إذا أنشأ الملكية فلا يعقل صدور إنشاء الملكية المطلقـة منه؛ لأنه إذا اختار الفسـخ فملكيته قهراً تكون محـدودة بحدّ إلى أن يفسخ، ولا يمكن تجاوز هذه الملكية إلى ما بعده، فالمالك إذا أنشأ الملكية، فإن لم يكن له حق الفسخ كان إنشاؤه مطلقاً، وإن كان له حق الفسخ فإنشاؤه مقيّد، وبما أنا نشك في ثبوت حق الفسخ له – في ما نحن فيه – فإنا نشك في الملكيـة المنشأة، فإن كان له حق الفسـخ فالملكيـة مقيّدة، وإن لم يكن له الحق فالملكية مطلقة، فالتمسك بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تمسك بها في الشـبهة الموضوعية؛ لأن الملكية المسـتفادة من الآية الشريفة هي الملكية المطلقة، فالأصل اللفظى من ناحية هذه الآية ساقط الاعتبار.

التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع

نعم، إطلاق آية التجارة عن تراضٍ لا إشـكال فيه؛ لأن المال عندما يكون مال الغير لا يحلّ التصرّف فيه، ولا تملّكه وضعاً إلا بسبب شرعي، والأسـباب المعينة في الشـرع معلومة، وليس الفسخ من بينها، فالمال المنتقل من البائع إلى المشتري إذا أريد إرجاعه فلا بدّ أن يكون بسبب شرعي، وما هو إلا التجارة عن تراضٍ، وما لم يتحقّق

1- سورة المائدة /1.

هذا السبب فإطلاق (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)(1) محكم.

فإذن لا بدّ أن يثبت حق الفسخ ليسقط هذا الإطلاق، وإن لم يثبت بقي الإطلاق على حاله، فيتضح بذلك قيام الأصل اللفظي على اللزوم.

وبناء على هذا يكون مقتضى الأصل اللفظي لزوم هذه المعاملة الواقعة، فيكون قول البائع موافقاً للدليل، وقول المشتري مخالفاً له، فيقدّم قول البائع.

ولو لم يتمّ الدليل ونوقش فيه فالمرجع إلى الأصل العملي؛ فإن العين الغائبة قد انتقلت بالمعاملة إلى المشتري، كما أن الثمن انتقل إلى البائع، والشك في تخلّف الوصف أوجب الشك في ثبوت الخيار، فإذا فسخ والحال هذه يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملكية في ملك من انتقلت إليه، فيكون قول البائع موافقاً لأصل اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع موافق للأصل دون قول المشتري، سواء أقلنا بالأصل اللفظي أم لم نقل به فيكون المشتري مدّعياً، والبائع منكراً.(2)

والتحقيق: أن الاختلاف بين المتبايعين على أنحاء:

1- النحو الأول: أن يكون الاختلاف في تحقّق سبب الخيار كشرط الوصف الخاص الذي تخلّف، فالأصل مع البائع كما تقدّم، وتتميم البحث أن نقول: إن المبنى في ثبوت خيار الرؤية ثلاثة أمور:

1- شرط وجود الوصف في العين الغائبة.

2- قاعدة نفي الضرر.

3- صحيحة جميل المتقدمة.

1- سورة النساء /29.

2- مصباح الفقاهة 7/88.

ومقتضى الأصل على المبنى الأول عدم تحقّق الشرط، والنتيجة اللزوم.

وعلى مبنى قاعدة نفي الضـرر، فالمفروض الشك في تحقّق الضرر المستند للشارع، الحاكم على دليل اللزوم، ومقتضى الأصل عدم تحقّق هذا الضرر، فالنتيجة اللزوم.

وإذا كان المستند صحيحة جميل فالشك في مورد الاختلاف شك في تحقّق خيار الرؤية، ومقتضى الأصل عدم تحقّقه؛ لأن الخيار مجعول شرعي، وقد شك في تحقّقه وثبوته، والأصل عدمه، والنتيجة اللزوم.

والنتيجة: أن قول البائع هو المقدم على جميع المباني؛ لموافقته للدليل والأصل المعتبرين.

النحو الثـاني: أن يكون الاختلاف في تحقّق الوصف المشترط، بمعنى أنهمـا متفقـان في حصول أصـل اشتراط الوصف، كاشتراط وصـف الكتابة في العبد، ولكنهما اختلفا في وجود الوصف المشترط عند البيع وعدمه.

وبما أنهما متفقان في أصل الاشتراط ومختلفان في متعلّقه فهنا صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الوصف المشترط مسبوقاً بالعدم، أي من الأوصاف غير اللازمة للوجود كوصف الكتابة في العبد.

الصورة الثانية: أن يكون الوصف المشترط غير مسبوق بالعدم، بمعنى أنه من لوازم الوجود للمشترط فيه كوصف الحبشية لهذه الأمة.

أمـا الصورة الأولى فبمـا أن الشـك فيهـا شك في وجود الوصف الملتزم به في وقت البيع وعـدمه، فالأصل عـدم وجوده في العين، فيكون الأصل موافقاً لقول المشتري، فيكون هو المقدّم.

وأما الصورة الثانيـة فالمسألـة تبتني على جريان استصـحاب العدم الأزلي فيها وعدمه، فعلى من يرى جريانه - كما هو الحق - يكون القول قول المشتري؛ لموافقته

للأصل، وهو عدم اتصاف العين بالوصف الملتزم به، فحال حبشـية هذه الأمة كحال قرشـية هذه المرأة؛ فإنها حينما لـم تكن حبشية، ويشك عند وجودها في اتصافها بها فالأصل عدمه.

وأما على القول بعـدم جريانه – كما اختاره المحقّق النائيني (رحمة الله) – ، فلا أصل موضوعياً في المقام، ولكن بما أنهما متفقان على وقوع البيع على الأمـة الحبشـية، ولاـ أصـل في المقـام، فهمـا يتفقـان على ثبوت الحق للمشتري، فيكون الشك في وصول الحق إليه، فيأتي كلام المحقّق الثاني (رحمة الله) ، من أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه، فيقدّم قوله؛ لموافقته للأصل.

النحو الثـالث: أن يكون الاختلاف في زوال الوصف قبل البيع أو بعـده، بعـد الاتفاق على أصل وجوده وعلى ارتفاعه، كأن يتفقا على تعلّق البيع بهـذا العبد الكاتب، ويتفقا على أنه كان كاتباً وقد زالت الكتابة عنه، ولكن اختلفا في أن زوالها عنه كان قبل البيع أو بعده، فيدّعي البائع أن زوالها بعده فالبيع لازم ويدعي المشتري أن الزوال قبله فله حق الخيار.

فهنـا موردان للأصـل، أحـدهما الأصـل بقـاء وصف الكتابـة إلى زمـان البيع، والآـخر عـدم تحقّق البيع في زمان وجود الوصف، فإن كان المقتضي في كل من الأصلين تاماً تعارض الأصلان، وإن كان أحدهما تاماً دون الآخر كان قول صاحبه هو المقدّم.

ولمعرفـة ذلك لا بـدّ من التـدقيق في تشـخيص موضوع الأثر، فهل هو اجتماع البيع مع الوصف في زمان، فإذا تحقّق البيع وكتابـة العبد في زمان واحد كان القول قول البائع؛ لوصول الحق إلى المشتري.

أو هو بيع العبد الموصوف بالكتابة؟

الصحيح أن موضوع اللزوم هو بيع العبد الموصوف بالكتابة، بمقتضى الارتكاز والنصوص وصرف اجتماع البيع والوصف في زمان لا أثر له؛ لأن الأثر

يترتب على البيع المتعلق بالعبد الكاتب، واستصحاب بقاء الكتابة بالنسبة إلى وقوع البيع على العبد الكاتب مثبت.

فعلى رأي من يقول بحجية الأصل المثبت يكون قول البائع هو المقدّم؛ لتحقّق البيع بالوجدان، وثبوت الكتابة بالأصل.

وأما عند من لا يرى حجيته فلا مجال لإثبات موضوع اللزوم؛ فإن استصحاب بقاء كتابة العبد إلى زمان البيع لا يصحح وقوع البيع على العبد الكاتب، فلا يقدّم قول البائع.

وأما من الطرف الآخر، أعني أصل عدم تحقّق البيع في زمان وجود الوصف، فلا إشكال في كونه مثبتاً أيضاً؛ لأن لازم عدم تحقّق البيع في زمان كتابة العبد هو وقوع البيع على العبد الفاقد للوصف، وهذا لازم عقلي بالنسبة إلى أصل عدم البيع.

فالأصل من طرف المشتري مثبت أيضاً.

فالنتيجة: أن كلاً من الأصلين ساقطان، فلم ينهض أصل بقاء الكتابة حتى يقدّم قول البائع، ولا أصل عدم وقوع البيع على العبد الكاتب حتى يقدّم قول المشتري، وإذا سقط الأصلان تمسّك بأصل اللزوم؛ فإنه بعد فسخ المشتري يشك في ارتفاع الملكية الحاصلة، فيستصحب بقاؤها، فيقدّم قول البائع؛ لموافقته لأصالة اللزوم.

الخلاصة

وخلاصة الكلام: أن في الاختلاف ثلاثة فروض:

1- الاختلاف في أصل تحقّق سبب الخيار، أي في أصل اشتراط الوصف في البيع، وقد ناقشنا جميع أنظار الأعلام من العلامة والشهيد والمحقّق الثاني والشيخ الأعظم قدست أسرارهم، القائلين بتقدّم قول المشتري، واخترنا تقديم قول البائع.

2- الاختلاف في أصل وجود الوصف حين البيع، والحق تقديم قول المشتري

على جميع التقادير على خلاف الفرض السابق.

3- الاختلاف في بقاء الوصف في وقت البيع وزواله، والحق فيه تقـديم قول البائع؛ لكون الأصول الموضوعيـة مثبتة، والمرجع بعد ذلك إلى أصالة لزوم العقد.

ص: 479

مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول

اشارة

ذهب الشيخ الطوسي، والقاضي، وابن سعيد، والعلامة في بعض كتبه، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد إلى القول بالبطلان.(1)

والدليل الذي نقله الشيخ (رحمة الله) في المكاسب عن التذكرة وجامع المقاصد هو: «أن بعضه عين حاضرة، وبعضه في الذمة مجهول»(2)، فلا تكون المعاملة واجدة لشرط صحة البيع.

وذهب العلامة (رحمة الله) في المختلف إلى القول بالصحة،(3) وقال الشيخ (رحمة الله) : «لا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً»(4)

تحقيق الشيخ في المسألة

اشارة

ثم قسّم الشيخ (رحمة الله) المسألة إلى صور ثلاث:

1- المبسوط 2/77؛ المهذب 1/352؛ الجامع للشرائع /(256-257)؛ التذكرة 11/79؛ جامع المقاصد 4/302.
2- المكاسب 5/269.
3- المختلف 5/73.
4- المكاسب 5/269.

الصورة الأولى: أن يبيع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معيّن على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وحكم فيها بالصحة؛ وذلك لأن المبيع مؤلف من جزئين، أحدهما المنسوج والآخر الغزل الجزئي المعين، واشترط في المعاملة شرط نسج الغزل على منوال المنسوج، فالمقتضي لصحة البيع موجود، والمانع مفقود، والشرط مشمول لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولو لم يفِ البائع بالشرط كان للمشتري خيار تخلّفه.

الصورة الثانية: أن يبيع البعض المنسوج منضماً معه مقدار معين كلي من الغزل، على أن ينسجه على ذلك المنوال.

وقد حكم فيها أيضاً بالصحة؛ إذ لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة إلا بالكلية والجزئية، ولا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وللمشتري خيار الشرط لو تخلّف البائع.

الصورة الثالثة: أن يبيع هذا البعض المنسوج المعيّن منضماً إلى منسوج معيّن كلي على أن يكون النسج على هذا المنوال.

والفرق بينها وبين سابقتها أن النسج الكلي في السابقة أخذ شرطاً، وفي هذه الصورة أخذ قيداً ووصفاً.

وقد حكم فيها بالصحة أيضاً؛ إذ ضم الكلي إلى الجزئي لا يضرّ بصحة البيع، غايته يكون البائع مديناً للمشتري بالكلي الموصوف، والفرق بينها وبين السابقة أن للمشتري في الصورة السابقة خيار تخلّف الشرط؛ لاستلامه المبيع فاقداً للشرط، وأما في هذه الصورة فلم يستلم المشتري كامل المبيع، بل المتخلّف باقٍ على مال البائع، فله في القسم المنسوج خيار تبعّض الصفقة.

ولو تعذّر التسليم كان له خيار آخر، أعني خيار تعذّر التسليم.

ص: 481

هذا تمام ما أفاده الشيخ (رحمة الله) من التحقيق في المقام.(1)

أدلة القول بالبطلان

الوجه الأول: ما نقله الشيخ (رحمة الله) عن العلّامة والمحقّق الكركي قدس سرهما، من أن بعضه معلوم وبعضه مجهول، والنتيجة تتبع أخس المقدمات فيكون المبيع مجهولاً.

وهو غير ناهض؛ إذ الفرض أن البعض المنسوج معيّن، واشترط في البعض الآخر أن يكون على منواله، فلا جهالة في البين ولا غرر.

الوجه الثاني: ما اعتمده الشيخ الطوسي (رحمة الله) ، من أن البيع واحد، وهو بالنسبة إلى المنسوج لازم، وبالنسبة إلى غير المنسوج، الذي اشترط فيه أن يكون نسجه على منوال الأول جائز، والبيع الواحد لا يتحمل حكمين متضادين.

وهذا الوجه لم يذكره الشيخ الأنصاري (رحمة الله) ، وذكره العلامة (رحمة الله) في بعض كتبه(2) وأجاب عنه بجوابين:

الأول: أن في هذا البيع عقدين، عقد تعلّق بالمنسوج، وهو المحكوم باللزوم، والآخر تعلّق بغير المنسوج، وهو المحكوم بالجواز، فلم يجتمع اللزوم والجواز في شيء واحد.

وفيه: أنه خلاف الفرض؛ فإن الفرض كون البيع واحداً، والمبيع مركباً من جزئين، منسوج وغير منسوج.

الثاني: أن حكم هذا البيع واحد؛ لثبوت الخيار في الثوب أجمع لو لم ينسج الباقي على منوال الأوّل.

الوجه الثالث: ما استدل به العلّامة (رحمة الله) في بعض كتبه، من أن هذا النحو من

1- المكاسب 5/(269-270).
2- المختلف 5/73.

البيع غير معهود في الشرع؛ فإن المعهود بيع الكلي، أو الجزئي، وأما بيع الكلي منضماً إلى الجزئي فليس بمعهود.(1)

وفيه: أن إطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)(2) يشمل مثل هذا البيع مع رعاية المعتبر في بيع الكلي والجزئي، والمعهودية ليست من موجبات الانصراف، والمعيار انطباق عنوان متعلّق الإنشاء على المورد، فيكفي في انطباق الحكم عليه، أعم من كونه نادراً أو شائعاً.(3)

تنبيه

إن الحكم في ما ذكره الشيخ (رحمة الله) من الصور الثلاث صحيح ولا إشكال فيه، ولكن هذه الصور تختلف عن الفرع المعنون عند القدماء؛ فإنهم لم يعنونوا المسألة بضم الكلي إلى الجزئي، بل المعنون عندهم بيع ثوب شخصي، بعضه منسوج، وبعضه الآخر غير منسوج، فهو من ضم الموجود الشخصي إلى المعدوم الشخصي، ومثل هذا البيع غير معهود؛ لاشتراط الملكية في المبيع، والمملوك إما جزئي خارجي، أو كلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فليس طرفاً لإضافة الملكية، فبيع الثوب الشخصي بنحو ما عنونه القدماء، من أن بعضه منسوج، وبعضه غير منسوج محل إشكال، والحكم بصحته في غاية الإشكال.

وإما إطلاق (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، فلا يشمله؛ للزوم أن يكون متعلّق البيع مملوكاً، لأن حقيقة البيع التمليك، أو تبديل طرفي الإضافة، فلا بدّ من وجود الإضافة، والمضاف بالإضافة الملكية لا يخلو من شيئين: الجزئي الموجود في الأعيان، والكلي في الذمة، وأما الجزئي المعدوم فلا يقع طرفاً للإضافة.

1- تذكرة الفقهاء 11/79؛ تحرير الأحكام 2/291.

2- سورة البقرة /275.

3- المختلف 5/73.

لا يقال: بأن المطلوب عمل، وهو نسج الباقي على منوال الأوّل.

لأنا نقول: بأن العمل أمر آخر، خارج عن محل بحثنا؛ فإن العمل في الذمة قابل للتمليك، فيكون أجيراً لنسج الثوب، والفرض في ما نحن فيه تمليك الجزئي المعدوم قبل تعيّنه، وهو غير قابل للتمليك.

أقول: الظاهر عدم تمامية ما ذكره الأستاذ المحقّق (دام ظله) لما مرّ من كلام العلّامة أنّ عدم المعهودية ليست من موجبات الانصراف ولا تمنع من الاطلاق وإذا جرى الاطلاق صح البيع والله العالم.

وبهذا ينتهي الكلام في خيار الرؤية، والحمد لله رب العالمين.

ص: 484

فهرس المطالب

تقريظ سماحة المرجع الديني آيةالله العظمىٰ الشيخ يدالله الدوزدوزاني التبريزي (دام ظله) 3

تتمة أقسام الخيار / 5

تمهيد.. 6

الرابع: خيار الغبن / 7

الجهة الأولى: خيار الغبن لغة واصطلاحاً 7

الجهة الثانية: اجماع الطائفة على خيار الغبن.. 8

أمّا الصغرى: ففيه اشكالان. 12

الجواب عن الإشكال. 12

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه. 12

الإشكال في كبرى الإجماع. 13

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن.. 14

1- قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) 14

اشكال صاحب الجواهر على العلّامة. 14

دفاع الشيخ عن العلّامة. 14

مناقشة الشيخ للعلّامة. 15

ردّ مناقشة الشيخ للعلّامة. 16

الصحيح في الإشكال على استدلال العلّامة. 18

2- قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) 18

3- اثبات خيار الغبن بروايات تلقي الركبان. 21

4- قاعدة لا ضرر. 22

5- الروايات الواردة في حكم الغبن. 33

الإجماع. 35

7- تخلف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء. 35

الجهة الرابعة: شرائط خيار الغبن.. 36

الأمر الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة. 36

زمان اعتبار القيمة. 36

الشرط الأوّل: عدم علم المغبون بالقيمة. 36

إشكال المحقق الحائري على الشيخ.. 37

استدلال المحقق الحائري على الشرط الأول بعدم صدق الضرر. 37

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري.. 38

[الفرع الأوّل]: صور العلم بالتفاوت في القيمة. 40

الصورة الأولى.. 40

الصورة الثانية. 41

الصورة الثالثة. 41

الصورة الرابعة. 41

زمان اعتبار القيمة. 42

رأي الشيخ.. 42

مقتضى التأمل في البحث.. 43

«الحق في المسألة. 44

[الفرع الثاني]: وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض... 45

دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف.. 46

مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي.. 47

[الفرع الثالث]: حكم علم الوكيل بالغبن. 48

إشكال المحقق السيّد الخوئي على الشيخ في الصورة الثانية من القسم الثاني.. 50

الحق في المسألة. 50

[الفرع الرابع]: دعوى بالغين. 51

المسألة الأولى: في الاختلاف في علم المغبون بالقيمة، ورأي الشيخ في ذلك... 52

الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة 52

الإشكالات على الشيخ.. 53

الإشكال الأول. 53

الإشكال الثاني.. 54

الإشكال الثالث.. 54

الإشكال الرابع. 55

الإشكال الخامس... 55

الإشكال السادس.. 55

الإشكال السابع. 55

في الأصل الجاري لتشخيص المدعي من المنكر. 56

وجوه الأصل الجاري في المقام. 56

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ.. 56

الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم. 56

الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر) 57

رفع المحقق السيّد الخوئي للإشكال ورده 57

الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرواني.. 59

الوجه الرابع: ما اختاره المحقّق الأصفهاني.. 60

الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة 62

حالات الصورة الثانية. 62

الحالة الأولى: أن يدّعي الجهل بالقيمة. 62

الحالة الثانية: أن يدّعي العلم بالقيمة ولكنه نسيها حين العقد أو غفل عنها 63

دعوى الحلف على المدعي في المقام. 63

الوجه الأول لدعوى الحلف... 63

رد الوجه الأول. 64

الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه 64

الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة. 65

الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ.. 65

الإشكالات الواردة على الأصل. 66

الإشكال الأول. 66

الإشكال الثاني.. 67

الإشكال الثالث.. 68

الإشكال الرابع. 68

تحقيق المحقّق السيّد الخوئي.. 68

التعليق على هذا التحقيق. 70

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً 71

الجهة الأولى: الدليل على كون التفاوت فاحشاً 71

الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش... 71

الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقّق للتفاوت الفاحش... 73

رأي الشيخ.. 73

تفصيل المحقّق السيّد الخوئي.. 74

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي.. 75

دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها 76

الحق في المسألة. 77

في مناط الضرر الموجب للخيار. 78

جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر. 78

المناقشة في ما أفاده الشيخ.. 79

إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ ورده 80

اجتماع الغابن والمغبون في واحد. 81

الإشكال على اجتماعهما في واحد. 81

جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردّه 82

جواب المحقّق القمي عن الإشكال. 82

إشكال الشيخ على جواب المحقّق القمي.. 83

ما ذكره صاحب الجواهر. 83

إشكال الشيخ عليه. 84

ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه. 84

تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته. 85

جواب المحقّق الحائري والمناقشة فيه. 86

تصوير المحقّق الأصفهاني والرد عليه. 87

تصوير الفقيه السيّد اليزدي ومناقشته. 88

[مسألة]: وقت تحقق خيار الغبن. 90

مقتضى الأصل العملي.. 91

مقتضى الأصل اللفظي.. 91

مقتضى الأدلة الخاصة. 91

الدليل الأول: الإجماع. 91

الدليل الثاني: قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ). 91

الدليل الثالث: قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) 92

الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان. 92

الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر. 93

الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين. 94

فتحصل من ذلك كله: 94

محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات.. 94

المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء. 95

آثار الخيار عند الشيخ.. 98

المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار. 98

[مسألة]: مسقطات خيار الغبن.. 104

المسقط الأوّل: الإسقاط بعد العقد.. 104

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردها 106

جواب الشيخ عن الإشكال ورَدّه 109

جواب المحقّق الخراساني والسيّد اليزدي عن الإشكال. 109

إشكال المحقّق الأصفهاني على السيّد اليزدي والمحقّق الخراساني.. 110

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني.. 111

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد.. 117

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد. 117

الإشكال الأول. 117

الإشكال الثاني.. 118

الإشكال الثالث.. 118

الجواب عن الإشكال الأول. 119

أجوبة الشيخ عن الإشكال الثاني.. 121

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ.. 122

دفع إشكال المحقّق الأصفهاني عن الشيخ.. 123

إشكال المحقّق الخوئي على الشيخ.. 125

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي.. 126

المسقط الثالث: تصرف المغبون بالتصرف التكويني.. 127

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد. 127

مقتضى القاعدة [في المقام] 129

صور تصرف المغبون بالعين. 129

الصورة الأولى.. 129

الصورة الثانية. 129

الصورة الثالثة. 130

الصورة الرابعة. 130

مقتضي الأدلة. 130

الإشكال على الاستدلال بالإجماع. 131

نفي بعد سقوط الخيار بالتصرف مع الاحتمال والالتفات عند المحقّق الإيرواني.. 132

الحق في المسألة. 132

المسقط الرابع: التصرفات اللازمة الناقلة للملك... 132

الأدلة على كونه من المسقطات.. 133

الدليل الأول: دليل العلّامة. 133

مناقشة الشيخ لدليل العلّامة. 133

الدليل الثاني ورده 133

الدليل الثالث ورده 134

الدليل الرابع. 135

جواب الشهيد [الثاني] عن الدليل الرابع. 136

مقتضى القاعدة من حيث الكبرى.. 136

صغريات المسألة. 136

فرع: ما لو امتزج المال المغبون فيه بغيره 138

1- أن يمتزج مع مال المغبون. 139

كلام المحقّق الأصفهاني في ردّ الممتزج بمال المغبون ومناقشته. 140

2- أن يمتزج مع مال الغابن. 140

الأقوال في حقيقة الشركة. 141

3- أن يمتزج مع مال الأجنبي.. 143

فروع في تصرفات الغابن. 144

المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون. 144

المسألة الثانية: في حكم الردّ لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً 144

المسألة الثالثة: في حكم الردّ لو تصرّف الغابن تصرّفاً مانعاً 146

تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد. 146

التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم. 148

نتيجة البحث في المسألة. 151

المسألة الرابعة: في تصرف الغابن بالعقد الجائز. 152

كلام الشهيد الثاني.. 153

إشكال الشيخ على الشهيد الثاني.. 154

انتصار المحقّق الخراساني للشهيد الثاني.. 154

دفع جواب المحقق الخراساني.. 155

المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه. 156

الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد. 156

الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز. 156

الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون. 156

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ.. 157

الجواب عن إشكال المحقّق الرشتي.. 158

الإشكال على ما أفاده الشيخ.. 159

المختار. 159

المسألة السادسة: في تصرف الغابن بغير النقل. 160

[النحو الأوّل]: أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة. 160

ظاهر مراد الشيخ واختياره 161

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ.. 161

الحق في المسألة. 163

تصرف الغابن بالإجارة 164

وجوه المسألة. 164

مختار الشيخ.. 164

مختار المحقّق القمي.. 164

إشكال الشيخ على المحقّق القمي.. 165

مختار العلّامة. 165

التحقيق في المسألة. 166

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة 167

النحو الأوّل: الزيادة الحكمية. 167

الأقوال في الزيادة الحكمية. 167

القول الأوّل. 167

القول الثاني.. 168

القول الثالث.. 168

إشكال المحقّق الأصفهاني على الشركة في المالية. 168

ص: 491

المناقشة في كلام المحقّق الأصفهاني.. 169

خلاصة البحث وبيان المختار. 171

النحو الثاني [من أقسام التصرف بما يوجب]: الزيادة الخارجية. 171

القول الأول. 171

القول الثاني.. 172

القول الثالث.. 172

تحقيق المحقّق الرشتي في المسألة. 173

المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي.. 176

إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام. 178

المناقشة فيما أفاده المحقّق الخراساني.. 179

المناقشة في كلام الشيخ.. 182

مبنى المحقّق الأصفهاني في المقام. 182

الإشكال على المحقّق الأصفهاني.. 183

زبدة المخّض... 184

تنبيهات... 186

التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة. 186

الأقوال في المسألة. 186

القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ.. 187

القول الثاني: أن لا تنفسخ الإجارة 187

القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقّق القمي.. 188

مقتضى التحقيق في المسألة. 188

التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلّس... 190

ما أفاده الشيخ من الفرق. 190

المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق. 191

التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه. 192

بيان الوجوه في المسألة وأدلتها 192

الوجه الأول. 192

الوجه الثاني.. 193

الوجه الثالث.. 193

مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها 193

الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار. 195

التنبيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع.. 196

التنبيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع.. 196

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه. 197

[مسألة]: التصرف بالامتزاج.. 199

الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه. 199

مقتضى التحقيق في القسم الأوّل. 200

إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ ودفعه. 202

مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك... 202

مختار المحقّق الخراساني ومناقشته. 203

مختار المحقّق النائيني ومناقشته. 204

مختار السيّد اليزدي ومناقشته. 205

الحق في هذه الصورة 207

الصورة الثانية: امتزاج المبيع بجنسه. 207

أ: في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين. 208

ب: في امتزاج المالين إذا كانا لمالك واحد. 211

دعوى الشيخ الطوسي الربا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها 213

مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن.. 215

في حكم تلف ما عند المغبون.. 215

في حكم تلف ما عند الغابن. 217

مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه. 219

حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع.. 220

حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر. 220

حاجة لا ضرر للجبر عند المحقّقين الخراساني والأصفهاني ورده 220

حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازي.. 221

مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي؟ 223

دليل القول بالفور. 223

الدليل الأول. 223

تقرير المحقّق الكركي للدليل الأول. 223

دليل القول بالتراخي.. 225

رأي صاحب الرياض... 225

مناقشة الشيخ في الأدلة. 225

ص: 493

مناقشة الشيخ فيما قرره المحقّق الثاني.. 226

مناقشة الشيخ في الاستصحاب.. 227

مناقشة الشيخ لصاحب الرياض... 229

إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ.. 230

المناقشة في كلام المحقّق الخراساني.. 231

إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ورَدّه 232

مختار الشيخ في المقام. 233

المناقشة في مختار الشيخ.. 234

إشكال الشيخ على المحقّق الثاني.. 235

الحق في المسألة. 236

الخامس: خيار التأخير / 238

أدلة خيار التأخير عند الشيخ.. 238

إشكال الشيخ على مدلول الروايات.. 240

جواب الشيخ عن الإشكال. 241

المناقشة في أدلة الشيخ.. 241

إشكال المحقّق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه. 243

مناقشة المحقّق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردّها 243

التحقيق في التمسك بلا ضرر. 246

ردّ ما أفاده المحقّق الحائري.. 248

المناقشة في الاستدلال بالروايات.. 249

المناقشة في تقريبي الشيخ للاستدلال بالروايات.. 249

تقريب المحقّق الخراساني الاستدلال بالروايات.. 250

كلام صاحب الجواهر. 251

التحقيق في كلام صاحب الجواهر. 255

تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات.. 258

المناقشة فيما أفاده المحقّق الاصفهاني.. 260

كلام المحقّق الحائري لرفع التعارض بين الروايات.. 263

المناقشة في ما أفاده المحقّق الحائري.. 264

ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات.. 264

التحقيق في المسألة البحث في المقامين. 266

مقام الأوّل: مقتضى القاعدة 266

المقام الثاني: مقتضى الروايات.. 267

مقتضى الأصل العملي في المسألة. 270

شروط خيار التأخير. 271

الشرط الأول: عدم قبض المبيع.. 271

إنكار صاحبي الرياض والجواهر استفادة الشرط من الروايات.. 271

إشكال الشيخ عليهما 272

إشكال المحقّق الإيراني على الشيخ.. 272

تأييد المحقّق الرشتي للشيخ.. 274

الحق في لفظ الرواية ومفادها 274

إشكال الشيخ على الوجه المحتمل في كلام صاحب الرياض ودفعه. 276

إشكال المحقّق الخراساني على الشيخ ودفعه. 277

المناقشة في أصل عدم التشديد. 277

ونتيجة البحث: 279

تحقيق المحقّق الخراساني في اشتراط قبض الثمن والثمن. 279

المناقشة في تحقيق المحقّق الخراساني.. 281

فروع. 283

الفرع الأول: لو كان عدم القبض بامتناع البائع. 283

استظهار الشيخ عدم ثبوت الخيار. 283

إشكال المحقّق السيّد الخوئي على الشيخ.. 284

التحقيق في المسألة. 284

ومقتضى التحقيق في المسألة أن يقال: 284

الفرع الثاني: لوقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع. 286

رأي الشيخ في المسألة. 287

المناقشة فيما اختاره الشيخ.. 288

فتحصل إلى هنا: 289

التحقيق في المسالة. 289

الفرع الثالث: لو مكّن [البائعُ] المشتري من القبض فلم يقبض... 292

رأي الشيخ.. 292

رأي صاحب الجواهر. 293

التحقيق في المسألة. 293

الفرع الرابع: ما لو قبض بعض المبيع. 296

إشكال على المحقّق الرشتي.. 297

إشكال ودفع. 298

جواب المحقّق الرشتي.. 298

المناقشة في الدفع. 299

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن.. 303

الحق في المسالة. 305

مناقشة بعض الأعاظم في دليل هذا الشرط ودفعها 306

فروع. 307

الفرع الأول: لو قبض الثمن بدون إذن المشتري.. 307

رأي الشيخ ودليله. 307

لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري وبدون حقّ. 307

إشكال المحقّق الإيرواني على الشيخ.. 308

إشكال السيّد اليزدي على الشيخ ودفعه. 308

دفع شبهة أثارها المحقّق النائيني.. 309

[الفرع الثاني]: عدم اشتراط إذن المشتري فيما لو قبض البائع الثمن بحق. 311

[الفرع الثالث] لو أخذ البائع الثمن بدون إذن ثم أجازه المشتري.. 311

بيان آخر للمحقّق النائيني لعدم كاشفية الإجازة 317

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين عن الثلاثة. 321

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه. 324

الشرط الخامس: عدم الخيار لها أو لأحدهما 327

الشرط السادس: تعدد المتعاقدين.. 333

الشرط السابع: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية. 335

مسقطات خيار التأخير. 336

تنبيهٌ: مبدأ الثلاثة الأيام في خيار التأخير. 340

الجهة الأولى: فيما يستظهر من النصوص... 340

الجهة الثانية: في مقتضى القاعدة 344

الرابع: أخذ الثمن من المشتري.. 345

تأييد المحقّق الأصفهاني للشيخ.. 349

المناقشة في ما أفاده المحقق الأصفهاني.. 349

الخامس: مطالبة الثمن. 352

إشكال المحقّق الرشتي على الشيخ ودفعه. 354

ص: 496

المناقشة في استدلال الشيخ الأعظم. 354

مقتضى التحقيق في المسألة. 357

الحكم إذا كان المستند في إثبات الخيار الإجماع. 358

الحكم إذا كان المستند لا ضرر. 359

الحكم إذا كان المستند الشرط الارتكازي.. 361

الحكم إذا كان المستند الأخبار. 361

[ال-]فرع [الأوّل]: في شمول حكم القبض للتمكين وعدمه. 366

التحقيق في المسألة. 366

[ال-]فرع [الثاني]: في تلف الثمن. 368

المسألة الثالثة: في شراء ما يفسد ليومه. 369

السادس: خيار الرؤية / 377

تحرير الشيخ لخيار الرؤية وأدلته عليه. 377

المناقشة في تحرير الشيخ.. 378

مقتضى التحقيق.. 380

في اختصاص خيار الرؤية بالمشتري وعدمه. 383

مسألة: مورد خيار الرؤية. 388

فرع: في اشتراط ذكر أوصاف المبيع. 390

المراد من الوصف المعتبر ذكره في المبيع. 391

الإشكالات الواردة في المقام ودفعها 391

الإشكال الأول وجوابه. 391

الإشكال الثاني.. 393

الإشكال الثالث.. 393

جواب الشيخ عن الإشكالين الثاني والثالث.. 394

الإشكال الرابع والجواب عليه. 394

إشكال المحقّق الخراساني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ.. 395

رد إشكال المحقّق الخراساني.. 396

إشكال المحقّق الأصفهاني على الوجه الأول من أجوبة الشيخ.. 397

الجواب عن إشكال المحقق الأصفهاني.. 398

الخيار بين الرد والإمساك بدون الأرش على المشهور. 399

[ردّ الوجه الأوّل] 399

[توضيح الوجه الثاني ونقده] 400

ص: 497

النقطة الأولى: فيما ما أفاده المحقّق الأردبيلي.. 400

النقطة الثانية: المناقشة في ما أفاده المحقّق الأردبيلي.. 401

النقطة الثالثة: إشكال الشيخ على كاشف الغطاء وصاحب الجواهر. 402

جواب إشكال الشيخ.. 404

خلاصة البحث.. 407

إذا تردد حال الخصوصية بين المقومات والعوارض... 407

مسألة: خيار الرؤية على الفور أو التراخي؟ 411

مقتضى القاعدة عند الشيخ.. 412

مقتضى الدليل الخاص عند الشيخ.. 414

دليل القول بالتراخي.. 414

نكتة دقيقة في جريان الاستصحاب في المقام. 415

التحقيق في أصل المسالة. 416

مقتضى القاعدة 416

مقتضى الأدلة الخاصة. 417

الوجه الأول: قاعدة لا ضرر. 418

الإشكال في هذا الوجه. 418

الوجه الثاني: الارتكاز العقلائي.. 418

الوجه الثالث: صحيحة جميل المتقدمة. 419

مفادها عند الشيخ.. 419

المناقشة في ما أفاده الشيخ.. 419

مفاد الرواية عند المحقّق السيّد الخوئي.. 419

الإشكال فيما أفاده المحقّق الخوئي.. 421

الصحيح في مفاد الرواية. 421

خلاصة البحث.. 423

مسقطات خيار الرؤية. 424

المسقط الأول: ترك المبادرة عرفاً 424

المسقط الثاني: الإسقاط.. 424

الإسقاط بعد الرؤية. 424

الإسقاط قبل الرؤية. 424

الإشكال في الإسقاط على القول بعدم كاشفية الرؤية. 425

التقريب الأول للإشكال ودفعه. 425

التقريب الثاني للإشكال ودفعه. 426

الصحيح في الإشكال. 426

عدم وفاء كلام الشيخ بالجواب عن الإشكال. 427

جواب المحقّق الرشتي.. 427

المناقشة في جواب المحقّق الرشتي.. 427

جواب المحقّق الخراساني ومناقشته. 428

بقي بحث: في شرط سقوط الخيار والأوجه المذكورة فيه. 431

الوجه الأول: فساد الشرط دون العقد ودليله. 432

الوجه الثاني: صحة كل من العقد والشرط ودليله. 432

الوجه الثالث: فساد الشرط والعقد ودليله. 432

دليل المحقّق الثاني ومناقشته. 433

الدليل المعتمد عند الشيخ.. 433

دفع إشكال. 434

جواب المحقّق الخراساني عن إشكال الشيخ.. 435

دفع جواب المحقّق الخراساني.. 436

الإيراد على الشيخ.. 436

الدفاع عن الشيخ.. 437

الحق في المسالة. 438

في صحة شرط وجود الأوصاف وصحة شرط السقوط.. 440

مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بإبدال العين.. 443

المطلب الأول: عدم سقوط هذا الخياربذل التفاوت ولا بإبدال العين.. 443

المطلب الثاني: في صحة شرط الإبدال لو ظهر الخلاف.. 443

رأي الشهيد في فساد الشرط وبيان الوجه فيه. 444

المطلب الثالث: في إشكال صاحب الحدائق على الشهيد.. 445

المطلب الرابع: بيان الشيخ لظهور فساد إشكال صاحب الحدائق.. 446

التحقيق في المسألة. 446

مسألة: ثبوت الخيار في كل عقد.. 457

إشكال المحقّقين الإيرواني والسيد الخوئي على الشيخ.. 458

دفع إيراد العلمين. 459

مقتضى التحقيق في المقام. 461

بناء على كون دليل خيار الرؤية الأخبار. 461

بناء على كون دليل خيار الرؤية الشرط.. 462

بناء على كون دليل خيار الرؤية قاعدة لا ضرر ورأي صاحب الجواهر. 462

المناقشة في كلام صاحب الجواهر. 463

كلام المحقّق الرشتي والإشكال فيه. 465

مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه. 466

شرح كلام الشيخ الأعظم. 466

ضابطة تشخيص المدّعي والمنكر. 469

مستند المحقّق الرشتي في القول بالتحالف... 469

المناقشة في كلام المحقّق الرشتي.. 470

أدلة القول بتقديم قول المشتري.. 471

مستند الشيخ للقول بالحلف وتقديم قول المشتري.. 471

المناقشة في تقريب الشيخ.. 472

مستند الشهيد لتقديم قول المشتري ومناقشته. 472

مستند المحقّق الثاني لتقديم قول المشتري ومناقشته. 473

أدلة القول بتقديم قول البائع. 473

رأي السيّد الخوئي في عدم التمسك بآية الوفاء في المقام. 474

التمسك بآية التجارة عن تراض لإثبات اللزوم وتقديم قول البائع. 474

الخلاصة. 478

مسألة: لو نسج بعض الثوب واشتراه على أن ينسج الباقي كالأول.. 480

تحقيق الشيخ في المسألة. 480

أدلة القول بالبطلان. 482

تنبيه. 483

فهرس المطالب... 485

ص: 500

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جَاهِدُواْ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ

(التوبه : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمية لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجانًا. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والنذور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضًا الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟

ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟

تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلات:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 88318722 ـ 021

قسم البيع 09132000109شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹