



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

مصحف المنهج

كتاب الصلاة

تأليف

الشيخ محمد بن عبد الوهاب

ابن عثيمين

دار الفکر



كتاب الصلاة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح المنهاج - كتاب التجارة

كاتب:

محمد سعيد طباطبائي حكيم

نشرت في الطباعة:

دار الهلال

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
6	مصباح المنهاج - كتاب التجارة المجلد 3
6	اشارة
6	اشارة
9	الجزء الثالث
10	الفصل الثالث: في شروط العوضين
182	الفصل الرابع: في الخيارات
520	فهرست تفصيلي
538	تعريف مركز

مصباح المنهاج - كتاب التجارة المجلد 3

اشارة

مصباح المنهاج - كتاب التجارة

سيد محمد سعيد طباطبايي حكيم

دارالهلال

الطبعة الاولى

1427هـ - 2006م

ص: 1

اشارة

مصباح المنهاج - كتاب التجارة

سيد محمد سعيد طباطبائي حكيم

دارالهلل

ص: 3

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: 4

الفصل الثالث: في شروط العوضين

وفيه مسائل:

(مسألة 1): يشترط في المبيع أن يكون عيناً (1)، سواء كان موجوداً

(1) كما صرح به غير واحد، ونفي الإشكال والخلاف فيه بعض الأعظم (قدس سره)

وجعله في مبحث التدبير من الجواهر من الأمور المعلومة. ومن أجل ذلك نزلوا ما تضمن بيع المنفعة وحق الاستغلال من النصوص الواردة في بيع خدمة العبد المدبر (1)، والأرض الخراجية (2)، وسكني الدار التي يسكنها الإنسان من دون أن يملكها (3) علي التوسع، من دون أن يكون بيعاً وشراءً حقيقياً.

وما ذكره قريب جداً. ويناسبه ما هو المرتكز عرفاً من الفرق بين البيع والإجارة مورداً. ولو فرض عدم بلوغه مرتبة اليقين فلا أقل من كونه مقتضي الأصل، حيث لا بد من الاقتصار في ترتيب الأحكام علي المتيقن من موارد انطباق عناوين موضوعاتها. ومجرد استعمال البيع في النصوص المشار إليها في بيع غير الأعيان لا يشهد بالعموم لغة ولا عرفاً، لأن استعمال أعم من الحقيقة.

نعم ذلك لا يقتضي بطلان بيع غير الأعيان من الحقوق والمنافع، لعدم

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 16 باب: 3 من أبواب التدبير.

(2) راجع وسائل الشيعة ج: 11 باب: 71 جهاد العدو، وج: 12 باب: 21 من أبواب عقد البيع وشروطه.

(3) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 عقد البيع وشروطه.

ص: 5

في الخارج أم في الذمة (1)، وسواءً أكانت الذمة ذمة البائع أم غيره (2)، كما إذا كان له مال في ذمة غيره فيبيعه علي شخص ثالث. كما يشترط فيه أن يكون مالاً (3)، بحيث يتنافس عليه العقلاء (4). فلا يجوز بيع المنفعة، كمنفعة الدار، ولا بيع العمل، كخياطة الثوب، ولا بيع الحق (5)، كحق الخيار، ولا بيع ما لا يكون مالاً (6) كالحشرات. وأما الثمن فيشترط فيه

اختصاص دليل النفوذ بالبيع، بل يعم جميع العقود، والبيع المذكور وإن لم يحرز كونه بيعاً حقيقياً، غلا أنه لا يخرج عن كونه عقداً، فينفذ بمقتضى عموم نفوذ العقود. وإنما يظهر أثر ذلك في الأحكام الخاصة بالبيع، كخيار المجلس.

(1) بلا إشكال ظاهر. وعليه يبتني بيع السلف.

(2) بلا إشكال ظاهر. ويقتضيه مضافاً إلي الإطلاق النصوص الخاصة الواردة في بيع الدين (1).

(3) كما يظهر من غير واحد المفروغية عنه. وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين). لكن سبق منا المنع من ذلك في المسألة الرابعة من مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

(4) لأن ذلك هو معيار المالية، كما سبق في أواخر المسألة الأولى من مقدمة كتاب التجارة.

(5) يظهر مما سبق أن المعاملات المذكورة صحيحة ونافذة، وإن لم تترتب عليها آثار البيع. نعم لا بد في صحة بيع الحق من قابليته الحق المبيع للنقل. إلا أن يراد ببيعه إسقاطه، فتصح المعاملة علي ذلك.

(6) مما سبق يظهر صحة البيع المذكور.

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 13 باب: 15 من أبواب الدين والقرض.

ص: 6

أن يكون مالاً (1)، سواءً أكان عيناً أم منفعة (2) أم عملاً (3) أم حقاً (4).

(1) الكلام فيه هو الكلام في اعتبار المالية في المبيع.

(2) كما صرح به غير واحد، وحكي عن غير موضع من التذكرة والقواعد. وعن الوحيد (قدس سره) الخلاف فيه. قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ولعله لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان. والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: الإجارة لنقل المنافع).

والعمدة في المقام هو العموم ارتكازاً، الذي لا مجال له في المبيع بعد ما سبق من الفرق بين البيع والإجارة مورداً. وقد يهون الأمر حيث يظهر مما سبق في المبيع أن عدم صحته بيعاً لا يستلزم بطلانه، بل يتعين البناء علي صحته وإن كان عقداً آخر.

(3) الكلام فيه هو الكلام في المنفعة، بل هو من أفرادها. لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (وأما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال، وإلا ففيه إشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة).

وما ذكره (قدس سره) لا يخلو عن غموض. فإن مراده بالمال إن كان هو الأمر الذي له مالية بسبب تنافس العقلاء عليه فلا إشكال في كون عمل الحر كعمل العبد منه، ولولا ذلك لم يقدم العقلاء نوعاً علي محاولة كسبه، وبذل المال بإزائه في الإجارة وغيرها. وإن كان هو الملك، بمعنى كونه مملوكاً لصاحبه قبل المعاوضة عليه فمن الظاهر أن ذلك غير معتبر في المقام، لاختصاصه بالأعيان الخارجية دون الذمية، لظهور أن الإنسان لا يملك في ذمته شيئاً، ودون منافع أعيانه التي يملكها وأعمال عبيده الذين يملكهم، مع وضوح إمكان كون الجميع طرفاً للمعاوضة، ومثماً أو ثمناً في البيع.

(4) إذ بناء علي ما هو الظاهر، من كون الحق نحواً من الملك، فلا مانع من جعل الأمر المحقوق ثمناً. غاية الأمر أنه ليس عيناً. ولا ملزم بكون الثمن في البيع

نعم إذا كان الحق لا يقبل الانتقال كحق الشفعة أو لا يقبل الانتقال إلى خصوص البائع كحق القسم الذي لا يقبل الانتقال إلى غير الضررة (1). ففي جواز جعله ثمناً إشكالاً، وإن كان هو الأظهر، فيسقط بمجرد وقوع البيع من دون انتقال إلى المشتري (2).

عيناً، كما سبق. ولو فرض الشك في ذلك تعين البناء علي صحة المعاملة وإن لم تكن بيعاً، نظير ما سبق.

(1) ظاهره أنه يقبل الانتقال إلى الضررة. والكلام فيه موكول إلى محله.

(2) الظاهر أنه لا مجال للبناء علي كون المعاملة بيعاً صحيحاً مع ذلك. بل إن كان المفروض في محل الكلام ما إذا لم يقصد بالمعاملة انتقال الحق للبائع، بل قصد سقوط حق المشتري في مقابل انتقال المبيع له، فالظاهر عدم صدق البيع حينئذ، لا ابتناء البيع علي صيرورة الثمن عوضاً عن المبيع، وذلك لا يكون إلا بتملك البائع له، ومع فرض عدم انتقال الحق له لا يتحقق ذلك.

ودعوي: أن ذلك ينتقض ببيع الدين علي من هو عليه، أو جعله ثمناً في الشراء منه. مدفوعة بأن النقض بذلك لا يتجه بناء علي إمكان ملك الإنسان لما في ذمته، لا بمعنى أن يملكه علي نفسه، لا امتناع ذلك ارتكازاً، بل بمعنى أن يملك الذات التي انشغلت بها ذمته، فتسقط عن ذمته بسبب الامتناع المذكور، نظير ما إذا كان مديناً لمورثه فمات المورث.

وأظهر من ذلك ما إذا لم يكن موضوع المعاملة عين ما في الذمة، بل مثله في ذمة الدائن، فيسقط ما في الذمة بالتهاتر.

أما إذا كان موضوع المعاملة عين ما في الذمة، وبني علي امتناع ملك الإنسان لما في ذمته حتي بالوجه المتقدم، فالمتعين البناء علي عدم صدق البيع، كما هو الحال فيما نحن فيه من بيع الحق الذي لا يقبل النقل.

(مسألة 2): يشترط في كل من العوضين أن يكون معلوماً مقدار المتعارف تقديره به عند البيع (1)

غاية الأمر أنه تقدم أن عدم كون المعاملة بيعاً حقيقياً إنما يقتضي عدم ترتب الأحكام الخاصة بالبيع عليها، وإن كانت صحيحة في نفسها، لعموم أدلة نفوذ العقود.

وإن كان المفروض في محل الكلام ما إذا قصد بالمعاملة انتقال الحق للمشتري ثمناً للبيع تشريعاً، أو للجهل بعدم قابلية الحق المذكور للانتقال، فالمعاملة وإن كانت بيعاً، إلا أن المتعين بطلانها، لعدم تحقق مضمونها. ولا مجال للبناء علي صحتها مع سقوط الحق، لعدم كون ذلك هو المقصود منها، فما قصد لم يقع، وما يدعي وقوعه لم يقصد.

(1) كما هو المعروف بين الأصحاب، وقد نفي في الغنية الخلاف في بطلان العقد علي المجهول، وادعي في التذكرة إجماع علمائنا علي اعتبار العلم بالعوضين، وفي الخلاف الإجماع علي عدم جواز بيع المكييل جزافاً، ونحوه كلام غيرهم. وبعض الأصحاب وإن لم يتعرض لذلك في كبري تتضمن اشتراط العلم بالعوضين في صحة البيع، إلا أنه يظهر من جملة من كلماتهم الجري عليها، لتعليقهم الفساد في كثير من هذه الموارد بالجهالة.

نعم قد يظهر من بعض كلماتهم عدم الجري عليها. فالسيد المرتضي (قدس سره) في الناصريات حينما تعرض لقول الناصر: (معرفة مقدار رأس المال شرط في صحة السلم) قال: (ما أعرف لأصحابنا إلي الآن نصاً في هذه المسألة. إلا أنه يقوي في نفسي أن رأس مال السلم إذا كان معلوماً بالمشاهدة مضبوطاً بالمعاينة لم يفتقر إلي ذكر صفاته ومبلغ وزنه). وعدده وبذلك صرح الشيخ (قدس سره) في إجارة المبسوط، وهو المناسب لما في الغنية من الاكتفاء في شروط السلم بمشاهدة رأس المال، حيث لم يذكر معرفة

مقداره بالعدد أو الوزن.

بل في إجارة المبسوط عمم ذلك لغير السلم. قال: (إذا باع شيئاً بثمن جزافاً جاز إن كان معلوماً مشاهداً وإن لم يعلم وزنه... والثمن في السلم أيضاً يجوز أن يكون جزافاً).

وذكر في بيع المبسوط أنه لا يجوز بيع صبرة من طعام بصبرة من طعام من دون تحديد بكيل إذا كانا من جنس واحد، لئلا يلزم الربا، ويصح إذا كانا من جنسين، لأن التفاضل يصح فيهما. وحكي نحوه عن الإسكافي.

كما حكي عن الإسكافي جواز البيع مع جهل أحدهما بمقدار الثمن، كما لو باعه بسعر ما باعه سابقاً، لكن له الخيار لو علم، علي غموض في كلامه.

ويأتي من الشيخ وابن حمزة وعن الإسكافي جواز بيع الجملة كل مقدار منها بكذا من دون معرفة مقدارها حين البيع، ومن المشهور عدم اعتبار الذرع في المذروع... إلي غير ذلك مما قد يجده المتتبع.

كما يأتي عند الكلام في اعتبار القدرة علي التسليم من بعضهم جواز بيع جملة لا يعلم غلا بسلامة بعضها، نظير ما هو المعروف من جواز بيع العبد الأبق مع الضميمة. وذلك مستلزم للجهل بمقدار البيع، إذ لا معني لبيع ما يسلم. ومن ثم بشكل دعوي الإجماع علي الكبرى المذكورة.

وأشكل من ذلك جعله دليلاً في المسألة، لعدم وضوح كونه إجماعاً تعبيرياً لو تم. ولا سيما مع عدم تيسر الإطلاع علي فتوي قدماء الأصحاب ممن تعرف فتاواهم من طريق رواياتهم، لعدم وجود رواية من طرق الأصحاب تتضمن الكبرى المذكورة، ولو كانت ضعيفة. مضافاً إلي ظهور كثير من كلماتهم في التعويل علي بعض النصوص العامة أو الخاصة وأنها هي الدليل في المسألة، دون الإجماع.

بل كالصريح من المبسوط، حيث قال: (إذا قال: بعثك هذه الصبرة بعشرة

دراهم صحّ البيع، لأن الصبره مشاهدة، ومشاهدة البيع تغني عن معرفة مقداره. وقد روي أن ما يباع كيلاً لا يباع جزافاً. وهو الأقوي عندي. فإن أجزنا البيع نظر، فإن كان ظاهرها وباطنها واحداً لم يكن للمشتري الخيار...).

ومن هنا لا- مجال لإحراز إجماع تعدي حجة ينهض بإثبات الكبرى المذكورة. بل يتعين النظر في النصوص. وقد شاع في كلماتهم الاستدلال بعموم النبوي المشهور المتضمن النهي عن بيع الغرر. وهذا الحديث لم نعثر عليه من طرقنا إلا ما رواه الصدوق بأسانيد ثلاثة عن الإمام الرضا (عليه السلام) عن آبائه عن الإمام الحسين (عليه السلام) أنه قال: (خطبنا أمير المؤمنين (عليه السلام)، فقال: سيأتي علي الناس زمان عضوض... وسيأتي زمان يقدم فيه الأشرار وينسي فيه الأخيار، ويباع المضطر، وقد نهى رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم) عن بيع المضطر وعن بيع الغرر...)(1). ونحوه عن صحيفة الإمام الرضا (2)(عليه السلام).

نعم ورد من طرق العامة مستفيضاً. قال في الجواهر عن الحديث المذكور: (المشهور المعتبر المتلقي بالقبول. بل قيل: إنه قد أجمع عليه المؤلف والمخالف القائل بحجية خبر الواحد وغيره، كالسيد المرتضي وابني زهرة وإدريس. بل رُدّ به كثير من الأخبار المسندة المروية من طرق الأصحاب). ومن ثم يقرب الركون له وإن لم يصح سنده.

نعم في بلوغ ذلك حداً يستلزم حججه إشكال. فإن الصدوق لم يرو الحديث في كتاب الفقيه المعدّ للفتوي، وإنما رواه في كتاب عيون الأخبار المبني علي استقصاء أحوال الإمام الرضا (عليه السلام) وما يتعلق بما في ذلك جمع الأخبار المروية عنه، والكثير عن رجال طرقه فيما يبدو ليسوا من الخاصة.

ولا طريق لإحراز اعتماد فقهاًنا علي حديث الصدوق بنحو يكشف عن وثوقهم

(1) عيون أخبار الرضا ج: 2 ص: 45 طبعة النجف الأشرف، وقد ذكر الفقرة الأخيرة منه في وسائل الشيعة ج: 12 باب: 40 من أبواب آداب التجارة حديث: 3.

(2) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 33 من أبواب آداب التجارة حديث: 1.

ص: 11

بصدوره، ليكون جابراً لسنده، بل من القريب أخذهم له من العامة، كما يحصل كثيراً منهم، خصوصاً في المعاملات، لأن المعهود من طريقتهم نسبة أحاديثه (صلي الله عليه وآله وسلّم) المروية عن طريق الأئمة (عليهم السلام) لهم، وعدم نسبتها للنبي رأساً، فنسبتهم الحديث له (صلي الله عليه وآله وسلّم) رأساً يناسبه أخذه من العامة.

وهو لا يكشف عن توثقهم من سنده، بل يمكن أن يكون ذكر كثير منهم له مجارة للعامة، لاشتغاره بينهم، مع كون جريهم علي مضمونه لموافقته للاعتبار بنظرهم، أو لكون موافقته للاعتبار قرينة علي صحته عندهم. وإلا فيصعب جداً توثق أصحابنا من إسناد العامة، مع ما هو المعلوم من اضطراب أمرهم في ذلك.

ولو غرض النظر عن السند فمادة الغرر علي ما يظهر من كلمات اللغويين وكثير من الاستعمالات يراد منها:

تارة: التغيرير والخديعة، كما في مثل قوله تعالي: (فلا تغرنكم الحياة الدنيا ولا يغرنكم بالله الغرور)(1).

وأخري: الإقدام علي الخطر والتعرض للهلكة، ففي الدعاء الواحد والثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية: (هذا مقام من تداولته أيدي الذنوب... فقصر عما أمرت به تقريظاً، وتعاطي ما نهيت عنه تغريزاً)، وفي الدعاء الثالث والخمسين منها: (سبحانك أي جرأة اجترأت عليك، وأي تغريز غررت بنفسي). ولم يتضح استعمال المادة المذكورة في الجهل إلا بلحاظ ملازمته لأحد المعنيين المذكورين.

ومن هنا يبيني الاستدلال به في المقام علي حمله علي المعني الثاني، وهو الذي صرح به غير واحد من اللغويين، حيث فسروا الحديث الشريف، ببيع الخطر. وعليه جري الفقهاء، فقد استدلووا به علي اعتبار القدرة علي التسليم في العوضين، لمنع مثل بيع العبد الآبق والسّمك في الماء والطير في الهواء.

(1) سورة لقمان الآية: 33.

ص: 12

وحينئذ يمكن تقريب الاستدلال به علي اعتبار العلم بالعوضين بأنه مع الجهل بأحدهما يكون الإقدام علي المعاملة خطراً بلحاظ بعض مراتب المالية.

لكنه يشكل أولاً: بأنه لا شاهد علي حمل الحديث المتقدم علي المعني الثاني، بل يمكن حمله علي المعني الأول، فيساق ما تضمن النهي عن الغش في البيع. ولا سيما مع ما في لسان العرب، حيث قال: (وأنا غرر منك، أي: مغرور)، فإن مقتضاه أنه قد يراد من الغرر المغرور. بل ذلك هو المناسب لسياقه مع النهي عن بيع المضطر في الحديث المتقدم.

وثانياً: بأنه لا يمكن البناء علي عموم النهي عن البيع الخطري، كيف! ولا إشكال في جواز شراء ما يحتمل تعرضه للتلف بسرقة أو عفن أو غيرهما. وأظهر من ذلك ما لو عمم للخطر بلحاظ بعض مراتب المالية، إذ لا إشكال في جواز القيام بالمعاملات التي لا يعلم مقدار ربحها، بل وإن احتمل ترتب الخسارة عليها. وذلك يكشف عن أن المراد بالغرر المنهي عنه هو الخطر من حيثية خاصة، فيكون مجملاً.

نعم مثلوا له ببيع السمك في الماء والطير في الهواء. فيكون المراد به بيع ما لا يقدر عليه، ولا يضمن حصوله للمشتري، بحيث يكون تمام المال مورداً للخطر. وهو المناسب لما في الانتصار والغنية وظاهر الخلاف من أن الضميمة في بيع العبد الآبق رافعة للغرر.

وقد يشهد لهذا التفسير ما في حديث ابن مسعود: (قال رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم): لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر)(1). وهو وإن لم يتضمن تحديد الغرر بذلك، إلا أنه يكون متيقناً منه بعد ما سبق من إجماله في نفسه.

لكن من الظاهر عدم حجية الخبر المذكور. ويأتي إن شاء الله تعالى في المسألة الخامسة عشرة عند الكلام في اشتراط القدرة علي التسليم ما ينفع في المقام.

(1) مسند أحمد ج: 1 ص: 388، سنن البيهقي ج: 5 ص: 340، المعجم الكبير للطبراني ج: 10 ص: 209.

ص: 13

وكيف كان فلا مجال للتعويل علي إطلاق النهي عن بيع الغرر، بنحو يشمل جهالة مقدار أحد العوضين مع العلم بحصوله.

وثالثاً: بأن جهل المتبايعين أو أحدهما بقدر العوضين أو بقدر أحدهما قد لا يوجب الخطر حتي بلحاظ بعض مراتب المالية، كما لو كان هناك جنسان مما يكال أو يوزن مجهولاً المقدار، إلا أنهما بقدر واحد فيبيع أحدهما بالآخر، أو كانت هناك صبرة من طعام فبيعت جملة علي أن كل صاع بدرهم، أو علم البايع بقدر المبيع وجهله المشتري، فأقدم علي شرائه بقيمة أقل ما يحتمل فيه. كما علم البايع أن الطعام صاعان وترد عند المشتري بين الصاعين والثلاثة فاشتره بسعر صاعين، وغير ذلك.

ومن هنا لا مجال للاستدلال في المقام بالعموم المذكور، وليس في المقام إلا النصوص الخاصة التي ذكرها في المقام.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكييل معلوم، وإن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت. قال: لا يصلح إلا بكييل. وقال: ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة. هذا مما يكره من بيع الطعام)(1).

والاستدلال به من وجهين:

الأول: نهيه (عليه السلام) في صدر الجواب عن بيع العدل الآخر بغير كيل. وأما حمل قوله (عليه السلام): (يصلح) علي الكراهة فلا ينافي صحة البيع. فهو مخالف للظاهر، بل ظاهر عدم الصلاح الفساد.

نعم قد يشكل الاستدلال المذكور بأن المراد من السؤال تارة: بيع العدل بكييل مع تصديق البايع في كيله. وأخري: بيعه جزافاً ببراءة صدق البايع في كيله.

فإن حمل علي الأول خرج عن محل الكلام من المنع عن البيع جزافاً. مع أنه

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

ص: 14

مخالف لما تضمن جواز تصديق البايع في الكيل مما يأتي بعضه. فلا بد من حمله إما علي الكراهة، أو علي فرض إخبار البايع تخميناً من دون اختبار، كما قد يناسبه عدم دعوي البايع كيل العدل الآخر، بل مجرد مماثلته في المقدار للعدل المكيل.

وإن حمل علي الثاني صلح للاستدلال. لكنه لا- شاهد عليه، بل لعل الأقرب الأول، لانصراف السؤال لحيثية إحرار الكيل المناسب للمفروغية عن أخذه في البيع. ويناسبه ما يأتي.

الثاني: قوله (عليه السلام): (ما كان من طعام سميت فيه كيلاً...) بحمله علي النهي عن بيع الطعام جزافاً إذا كان من شأنه أن يكال.

وفيه: أنه لا شاهد عليه، بل ظاهر الوصف التنويح، فيرجع إلي النهي عن أخذ الطعام جزافاً إذا كان يبعه بكيل مسمي، وهو الوجه الأول الذي تقدم، وتقدم أنه خارج عن محل الكلام.

والحاصل: أن الظاهر أو المتيقن من الجواب بصدوره وذيله المنع من أخذ الطعام جزافاً في فرض يبعه بكيل مسمي، وهو خارج عن محل الكلام. ولا ظهور له في المنع من يبعه جزافاً، لينفع فيما نحن فيه. غايته أن مقتضي صدره عدم تصديق البايع في مفروض السؤال، إما بحمله علي الكراهة، أو علي كون إخبار البايع حدسياً من دون اختبار، وهو أمر آخر.

ومنها: ما تضمن النهي عن بيع الطعام الذي قد ابتيع قبل أن يكال أو يوزن. كصحيح معاوية بن وهب: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع قبل أن يقبضه. قال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتي تكيله أو تزنه، إلا أن توليه الذي قام عليه)(1). وصحيح الحلبي عنه (عليه السلام): (أنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه، قبل أن يكتال قال: لا يصلح له ذلك)(2) وغيرهما. فقد يستدل بها كما في الجواهر

بحملها علي صورة عدم تحقق الكيل في البيع الأول.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 11، 5.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 11، 5.

لكنه كما تري لو تم اقتضي صحة البيع الأول من دون كيل، فيكون علي خلاف المطلوب أدل. ولا سيما مع التفصيل في بعضها كالحديث الأول بين بيع التولية فلا يجب الكيل، وغيره فيجب.

والظاهر أن النصوص المذكورة أجنبية عما نحن فيه وواردة في مقام بيان حكم بيع الإنسان ما اشتراه قبل أن يقبضه في فرض كونه قد اشتراه بكيل. كما يظهر بمراجعتها. ويأتي بعض الكلام فيه

ومنها: ما تضمن النهي عن البيع بصاع غير صاع المصر (1). قال في الجواهر: (فإن إطلاق المنع منه يتناول صورة العلم بالمغايرة).

وفيه: أن المنع كما يتناول صورة العلم بالمغايرة يتناول ما إذا كان الصاع المغاير لصاع المصر معلوم المقدار، وحيث لا إشكال ظاهراً في جواز الكيل به مع علمهما بمغايرته لصاع المصر وبمقداره، فلا بد إما من حملة علي خصوص صورة الجهل بالمغايرة، أو حملة علي خصوص الجهل بمقداره ولو مع العلم بالمغايرة، لينفع فيما نحن فيه. ولا قرينة علي الثاني،

بل لعل الأظهر الأول، لقرب انصرافه لصورة الخيانة والغش، كما هو المصرح به في خبر الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): (لا يحل لأحد أن يبيع بصاع سوي صاع المصر، فإن الرجل يستأجر الحمال فيكيل له بمد بيته، لعله يكون أصغر من مد السوق. ولو قال هذا أصغر لم يأخذ به، ولكنه يحمله ذلك، ويجعله في أمانته) (2).

ومنها: ما دل علي وجوب تقدير المبيع في السلم بالكيل والوزن، كصحيح عبد الله بن سنان: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يسلم في غير زرع ولا نخل فقال: تسمي كياً معلوماً إلي أجل معلوم...) (3). قال في الجواهر: (فإن السلف نوع

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 26 من أبواب عقد البيع وشروطه.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 26 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

(3) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب السلف حديث: 3.

من البيع).

وفيه: أنه يمكن امتيازته عن بقية أنواع البيع بابتناؤه علي نحو من الضبط، لعدم إمكان رؤية المبيع فيه، وتجنباً عن النزاع.

ومنها: صحيح أبي عبيدة الحذاء، عن أبي جعفر (عليه السلام)، وفيه: (قيل له: فما تري في الحنطة والشعير، يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما تري في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل وأتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل) (1). وهو ظاهر الدلالة علي توقف شرائه من غير كيل علي سبق كيله.

ومنها: موثق سماعة: (سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن [مما يكال أو يوزن. كافي] هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل و [أو] وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا، وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس) (2). ودلالته كالصحيح السابق.

ومنها: ما تضمن أن من أخذ طعاماً بتصديق البايع في كيله ليس له أن يبيعه من غير كيل، كصحيح محمد بن حمران: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله. فقال: لا بأس. فقلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا. أما أنت تبعه حتي تكيله) (3)، وغيره. حيث تدل هذه النصوص علي عدم جواز البيع من غير كيل في غير مورد تصديق البايع في دعوي الكيل.

اللهم إلا أن يكون المنهي عنه في هذه النصوص ليس هو البيع جزافاً، بل البيع بكيل مع الاكتفاء بتعهد البايع الأول بالكيل في تعهد البايع الثاني به، لبيان أن تعهد

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 52 من أبواب ما يكتسب به حديث: 5.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 7، 4.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 7، 4.

ص: 17

البايع الأول بالكيل إنما يكون حجة علي الكيل في الشراء منه، لا مطلقاً بنحو يصحح تعهد المشتري بالكيل عندما يبيع ما اشترى منه، بل لابد في تعهده به من كيله له بنفسه، خروجاً عن مقتضى الأمانة. وهو خارج عن محل الكلام.

إن قلت: السؤال عن جواز الأخذ بكيل البايع يدل علي المفروغية عن وجوب الكيل إذ لو لم يجب فلا وجه للتوقف فيه والسؤال عنه.

ومثلها في ذلك موثق ابن بكير عن رجل من أصحابنا قال: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجص، فيكيل بعضه، ويأخذ البقية بغير كيل. فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيله كله) (1) فإن السؤال عن تصديق البايع في كيل البعض فرع عن وجوب الكيل.

وحديث عبد الملك بن عمرو: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشتري مائة راوية من زيت، فأعرض راوية أو اثنتين فأتزنها، ثم أخذ سائره علي قدر ذلك. قال: لا بأس) (2).

وصحيح الحلبي عنه (عليه السلام): (أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه، فيكال بمكيال، ثم يعدّ ما فيه، ثم يكال ما بقي علي حساب ذلك العدد. قال: لا بأس به) (3).

فإن السؤال عن إحراز الوزن والعدد عن طريق القياس علي الموزون والمعدود فرع وجوب الوزن والعدّ، وعدم جواز البيع جزافاً.

وبالجملة: الإشكال في مقام الإثبات في إحراز الكيل والوزن والعدد فرع المفروغية في مقام الثبوت عن وجوبه.

قلت: السؤال عن إحراز الكيل أو الوزن أو العدد بإخبار البايع وغيره من الطرق غير العلمية إنما يتفرع علي ابتناء البيع الواقع علي الكيل أو الوزن أو العدد، ل

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 3، 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 3، 1.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

علي لزوم ابتناؤه علي أحدها، بحيث لا يجوز البيع جزافاً. بل يمكن جواز البيع جزافاً، إلا أنه لو ابتني البيع علي الكيل أو الوزن يقع الإشكال والسؤال في أنه هل يلزم العلم بهما، أو يكفي بإحرازهما بالطرق غير العلمية، كإخبار البائع، والقياس علي الموزون والمعدود وغير ذلك، مما تضمنته النصوص. نظير ما تقدم في صحيح الحلبي الأول.

نعم قد تستفاد المفروغية عن وجوب الكيل من حديث عبد الكريم بن عمرو: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشتري طعام فأكتاله ومعني من شهد الكيل، وإنما أكيه لنفسه، فيقول: بعنيه، فأبيعه إياه علي ذلك الكيل الذي اكتلته. قال: لا بأس)(1) وما في خبر أبي العطارده عنه (عليه السلام): (قلت: فأخرج الكر والكرين، فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك. قال: إذا ائتمنتك فلا بأس)(2). وقريب منه خير ابن حجاج الكرخي(3).

فإن السؤال فيها ليس عن إحراز الكيل بالطرق غير العلمية، لفرض أن السائل قد كال الطعام بنفسه، بل عن لزوم تكرار الكيل عند بيعه له، ومن الظاهر أنه لولا المفروغية عن لزوم ابتناء البيع علي الكيل وعدم جواز البيع جزافاً لم يكن موقع للسؤال المذكور. بل قوله (عليه السلام) في خبر أبي العطارده: (إذا ائتمنتك فلا بأس) كالصريح في أن البيع إنما يجوز إذا ابتني علي الائتمان في إحراز الكيل الذي هو فرع وقوع البيع عليه، وأنه لا يصح إذا كان جزافاً مبتنياً علي إهمال الكيل.

هذه هي النصوص التي يستدل بها في المقام. وقد ظهر أن ما ينهض بالاستدلال هو صحيح أبي عبيدة وموثق سماعة، معتضدين بالمفروغية المستفادة من أحاديث عبد الكريم وأبي العطارده والكرخي.

وهي كما ترى مختصة بالمكيل والموزون. والتعدي منهما لجميع جهات التحديد كالعد والمساحة في مثل الأرض والثياب يحتاج إلي دليل. والاستدلال عليه بحديث النهي عن بيع الغرر قد عرفت حاله.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2، 6.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2، 6.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 19.

نعم استدلل شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره بصحيح الحلبي المتقدم لاعتبار العلم بالعدد في المعدود بناء علي الوجه المتقدم الذي عرفت الاشكال فيه.

ثم إن أكثر النصوص المتقدمة مختصة بالطعام، إلا أن موثق سماعة يعمّ كل مكيل وموزون علي رواية التهذيب والوسائل، ويختص بالطعام علي رواية الكافي، ولا يبعد فهم العموم منه بحمله علي تبعية الحكم للقيود من دون خصوصية للطعام.

كما أن مقتضي الإطلاق في الموثق وجوب الكيل والوزن فيه حتي لو لم يتوقف عليهما دفع الغرر، كما لو كان العوضان مجهولي المقدار، إلا أنهما بوزن واحد.

هذا كله في المبيع وأما الثمن فلم يذكر ما يشهد باعتبار العلم فيه عدا ما عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنه كره أن يشتري بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم)(1).

لكن سنده لا يخلو عن خدش، لعدم ثبوت وثاقة بعض روايته، واختلاف الطرق والنسخ في روايته عن الإمام (عليه السلام)، كما يظهر بمراجعة المصادر. وقد جمعها بعض مشايخنا (قدس سره) في ترجمة حماد بن ميسر.

وأما دلالة فقد تقرب بلحاظ أن مقتضي التعليل فيه مانعية الجهالة من صحة البيع، بناء علي ظهور الكراهة في البطلان. لكن قد يشكل بعد تسليم ظهور الكراهة في أمثال المقام في البطلان بغلبة معرفة نسبة الدرهم للدينار عند إيقاع المعاملة، حيث قد يوجب ذلك الريب في التعليل.

ولاسيما مع ما موثق السكوني عن جعفر عن أبيه (عليه السلام) عن علي (عليه السلام): (في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلي أجل، قال: فاسد. فلعل الدينار يصير بدرهم)(2). وخبر وهب عنه (عليه السلام) عن أبيه: (أنه كره أن يشتري الرجل بدينار إلا درهم وإل

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 23 من أبواب أحكام العقود حديث: 1، 4.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 23 من أبواب أحكام العقود حديث: 2.

ص: 20

درهمين نسبة، ولكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثاً، أو إلا ربعاً...)(1).

لظهورهما في خصوصية النسبية في المنع بلحاظ احتمال تبدل نسبة الدينار للدرهم، من دون عموم للمنوع بلحاظ جهالة نسبة الدرهم للدينار.

ولعل المنع من ذلك في النسبية لخصوصية فيها، لاحتمال ابتنائها علي نحو من الضبط، ولو لتجنب النزاع، نظير السلف. ولربما يكون ذلك هو الوجه فيما حكى عن الاسكافي من الاقتصار في المنع من نحو ذلك علي بيع النسبية، بينما عمم غيره المنع.

هذا وعن الحدائق الاستدلال علي عدم قدح الجهل بالثمن بصحيح رفاة النخاس: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ساومت رجلاً تجارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه علي ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي، عليك أن تقبلها. فأبي أن يقبلها مني، وقد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بالثمن. فقال: أري أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كانت قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه [إليه. يب] ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك إن وجدت بها عيباً بعد ما مستتها. قال: ليس لك أن تردها. ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه)(2).

وهو كالصريح في صحة البيع. غاية الأمر أن حكم الإمام (عليه السلام) بالرجوع للقيمة السوقية، مع عدم استرجاع الزائد عليها لو كانت دون الألف التي دفعها يحتاج للتوجيه، إذ مقتضي تبعية الثمن لحكم المشتري هو الاكتفاء بالألف زادت أو نقصت عن القيمة السوقية. ولو فرض تنزيله علي البيع بالقيمة السوقية مع تحكيمه في تعيينها، بأن يكون حكمه كاشفاً عن الثمن، لا معياراً فيه، فاللازم الرجوع بالزائد عليها لو كانت دون الألف.

ولعل الأقرب توجيهه بأن تحكيم الباع للمشتري في الثمن مقيد لبأ بعدم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 23 من أبواب أحكام العقود حديث: 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 18 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

الإخلال بالقيمة السوقية مع توقع الزيادة عليها، فإن ذلك هو المعلوم من طريقة العرف في تعاملهم، وليس بناؤهم علي التسامح في ذلك إلا في حالات خاصة تبتني علي الإيثار أو شدة الحاجة للمال، كما ذكر ذلك في الجملة بعض مشايخنا (قدس سره). ولو فرض حمله علي التحكيم في تعيين القيمة السوقية فحكمه علي نفسه بالزيادة قد يلزم عليه بعد قبض البايع لها، لأنه أشبه بالصلح.

ودعوي: أن ذلك لا يناسب عمل رفاة، لأنه لو فهم من البيع المذكور أحد الوجهين لراعي القيمة السوقية، ولوراعاه لذكر ذلك للإمام (عليه السلام) حينما أمره بمراعاتها.

مدفوعة بأنه لا يبعد مراعاته لها من دون تثبت وتأكيد، فيرجع أمر الإمام (عليه السلام) بها إلي الأمر بالتثبت منها، وعدم الاكتفاء بالتخمين تسامحاً.

وكيف كان فإن تم التوجيه المذكور فذاك، وإلا تعين حمل ما تضمنه الصحيح علي أنه حكم تعبدية من دون أن يخل بدلالته علي صحة البيع. نظير ما ورد فيمن تزوج امرأة علي حكمه أو علي حكمها(1).

وأما حمل البيع بحكمه كما في كلام غير واحد علي توكيل البايع للمشتري في تولي طرفي المعاملة بعد تعيين الثمن المناسب بنظره.

فهو خروج عن ظاهر الصحيح أو صريحه من دون أن ينهض بدفع الإشكال السابق. بل قد يزيد الأمر تعقيداً، إذ مع عموم التوكيل لما حصل من رفاة من تعيين الثمن بالألف يتعين نفوذه وعدم الحاجة لمراعاة القيمة السوقية. ومع عدمه يتعين بطلان الشراء، وانحصار الأمر بإرجاع الجارية، أو مساومة مالكها علي ثمن خاص من أجل تجديد شرائها.

ومن هنا كان الظاهر نهوض الصحيح في نفسه بجواز البيع بحكم المشتري.

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 15 باب: 21 من أبواب المهور.

لكن مع مراعاته في حكمه للقيمة السوقية، ونفوذ الزيادة عليه لو زاد عليها.

نعم قد يدعي سقوطه عن الحجية بهجر الأصحاب له لعدم ظهور فتواهم بمضمونه. لإطلاقهم عدم جواز الجهالة في الثمن، ودعوي غير واحد منهم الإجماع علي ذلك. وتصريح غير واحد بطلان البيع بحكم أحدهما، وتصريح آخرين ببطلانه بحكم المشتري كما في المقنعة والنهية وعن ابن البراج وأبي الصلاح وغيرهم. بل في التذکر والروضة وعن غيرهم الإجماع علي ذلك. وفي الروضة رمي الصحيح المتقدم بالشذوذ، بل في مفتاح الكرامة: (رماها جماعة بالشذوذ والندرة).

لكنه لا يخلو عن إشكال بعد ظهور اعتماد الكليني والصدوق علي الصحيح، لابتناء كتابيهما علي انتقاء الأحاديث الصحيحة المعول عليها عندهما. وربما كان ذلك حال من قبلهما ممن لا تعرف فتاواه إلا من طريق الروايات التي يرويها من أجل العمل بها. بل حتي الشيخ في التهذيب، حيث ذكره في الباب المناسب، من دون أن يظهر منه التوقف في العلم به.

بل حتي هو نفسه في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج وأبي الصلاح فيما حكي عنهما. فإنهم وإن حكموا بطلان البيع كما سبق وأن للبائع انتزاع المبيع من المشتري، إلا أنهم صرحوا بأن المبيع لو تلف لزمه القيمة، إلا أن يحكم علي نفسه بأكثر منها، فيلزمه ما حكم به. ومن الظاهر أن ذلك لا وجه له إلا الصحيح.

بل قد يظهر من الشيخ (قدس سره) في النهاية الصحة في نظير المسألة، وهو ما إذا كان الشراء بحكم البائع، لأنه لم يحكم بطلان البيع، وإنما قال: (فإن ابتاعه بحكم البائع في ثمنه فحكم البائع بأقل من القيمة كان ذلك ماضياً ولم يكن له أكثر من ذلك، وإن حكم بأكثر من قيمته لم يكن له أكثر من القيمة في حال البيع...). وهو غريب جداً. إلا أن يكون قد اكتفي عن التنبيه للبطلان هنا بتصريحه به في مسألتنا.

وأغرب من ذلك ما في الغنية، حيث قال: (ومن باع بشرط حكم البائع أو المشتري في الثمن فالباع فاسد، لما قدمناه من الجهالة بالثمن. فإن تراصيا ينفذه

فحكم المشتري بالقيمة فما فوقها، أو حكم البايح بالقيمة فمادونها مضي ما حكما به، وإن حكم البايح بأكثر والمشتري بأقل لم يمض).

إذ مع فساد البيع كيف يترتب الأثر علي تراضيها يانفاذه، بحيث يمضي حكمهما في الثمن علي التفصيل المذكور؟! وإنما يتجه ذلك بناء علي العمل بالصحيح ولو في بعض مضمونه.

وذلك بمجموعه يكشف عن اضطرابهم بنحو يصعب معه ترتيب الأثر علي هجرهم. وكان ذلك ناشئ عن استحكام كبري بطلان البيع مع الجهالة التي لم يتضح منشؤها وقد خرجوا عنها في بعض الموارد، كما سبق.

بقي في المقام أمران:

الأول: أنه روي جميل في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في رجل اشترى طعاماً كل كر بشيء معلوم، فارتفع الطعام أو نقص وقد اكتال بعضه، فأبي صاحب الطعام أن يسلم له ما بقي، وقال: إنما لك ما قبضت. فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره علي أنه له فله ما بقي، وإن كان اشتراه ولم يشترط ذلك فإن له بقدر ما نقد)(1). وفي صحيحه الآخر (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى رجل تبن بيدر، ركل كرّ بشيء معلوم، فيقبض التبن ويبيعه قبل أن يكال الطعام. قال: لا بأس به)(2). ومقتضاهما جواز شراء الطعام والتبن من دون معرفة مقدارهما، ولا مقدار ثمنهما، وغايته أن يعين لكل كر من الطعام أو تبن الكر منه ثمناً، ثم يعرف مقدار المبيع والثمن بعد أن يكال الطعام.

ويظهر من جملة النصوص شيوع مثل هذا البيع في المكيل والموزون، ففي صحيح معاوية بن وهب: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه. فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتي تكيله أو ترزقه، إلا أن توليه الذي

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 26 من أبواب أحكام العقود حديث: 3.

(2) الكافي ج: 5 ص: 180. واللفظ له. وسائل الشيعة ج: 12 باب: 13 عقد البيع وشروطه حديث: 1.

ص: 24

قام عليه(1)، وصحيح الحلبي عنه (عليه السلام): (أنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال. قال: لا يصلح له ذلك)(2)، وخبر خالد بن حجاج الكرخي: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعث وكيلك حتي يشهد كيله إذا قبضته قال: لا بأس)(3). ونحوها غيرها.

فإنها صريحة في تحقق البيع وملك المشتري للطعام المبيع قبل أن يكال، ولا يكون ذلك إلا لكون التحديد بالكيل مبنياً علي مقابلة كل وحدة تفرض بما يقابلها بالثمن بنحو تحفظ فيه نسبة المالية بين العوضين، فالتحديد به أشبه ما يكون بالقضية الحقيقية.

هذا وقد يدعي مخالفة هذه النصوص لما عليه الأصحاب من اعتبار العلم حين البيع بقدر العوضين، فتسقط عن الحجية بالهجر. ولا سيما مع تصريح جمع بعدم صحة مثل هذا البيع.

لكن لا مجال لذلك بعد فتوي الإسكافي والشيخ وابن حمزة بمضمونها في الجملة، ففي كلام محكي عن الإسكافي ما يظهر منه جواز بيع الصبرة من الطعام كل كر بكذا، وصرح في النهاية والوسيلة بجواز بيع تبين البيدر لكل كر من الطعام تبنة بشيء معلوم، وصرح في المبسوط والخلاف بجواز بيع الصبرة من الطعام كل قفيز بدرهم، وبيع السمن كل رطل بدرهم، وبيع الدار كل ذراع بدينار، كما يظهر من الكليني الاعتماد علي صحيحي جميل.

ومن الغريب ما في الشرايع من عدم جواز ذلك في بيع الصبرة والدار بالكيل والذراع، وجوازه في بيع السمن بظروفه بالوزن. وما في الجواهر من حمل الأخير علي صورة العلم بوزن المجموع لا قرينة عليه.

وكيف كان فالمتعين البناء علي جواز ذلك مطلقاً بعد وفاء النصوص به وعمل

- (1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 11.
- (2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 5، 3.
- (3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 5، 3.

من عرفت بها فيحمل ما دلّ علي وجوب التحديد بالكيل أو غيره علي ما يعم التحديد بالوجه المذكور.

وكذا الحال في النهي عن بيع الغرر بناء علي عمومه لما نحن فيه، حيث يتعين حملة علي الغرر بالنحو الذي لا تراعي فيه نسبة المالية بين العوضين، دون الغرر من سائر الجهات.

وأظهر من ذلك الحال في غير المكيل والموزون مما لم يقد دليل علي وجوب التحديد فيه، كالمعدود بناء علي ما سبق وما تقوم ماليته بمساحته كالثوب والأرض. بل حتي بيع قطيع الغنم كل رأس بكذا. لأن هذه الأمور وإن لم ترد فيها نصوص خاصة، إلا أن الصحة فيها مقتضى العمومات. ولا سيما بعد ورود النصوص المتقدمة في نظائرها من المكيل والموزون.

ومن الغريب أن غير واحد من الأصحاب ممن تعرض لذلك مجوزاً أو مانعاً لم يشر لهذه النصوص، حيث يوهم ابتناء مذهب المجوزين علي مجرد الاجتهاد منهم في الاكتفاء بذلك في العلم المعتبر في العوضين، مع رده باشمال البيع فيها علي الغرر والجهل المفروغ عندهم عن مانعيتها من صحته. فراجع ما ذكره في صور بيع الصبرة.

نعم أشار لصحيح جميل الثاني في السرائر، وذكر أن الأولي رده، لأنه بيع مجهول، نظير بيع الصبرة كل قفيز بدينار، وهو باطل بالإجماع.

لكن عرفت تصريح الشيخ بالجواز في بيع الصبرة المذكور أيضاً. كما أن رد الصحيح للوجه الذي ذكره ظاهر الوهن، لأن عدم جواز بيع المجهول ليس حكماً عقلياً غير قابل للتخصيص.

الثاني: قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقة والرطل والوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم، خصوصاً الأعاجم غير جائز، لأن مجرد ذكر أحد العنوانات عليه

من كيل أو وزن أو عدّ أو مساحة (1)، فلا تكفي المشاهدة، ولا تقديره بغير المتعارف فيه عند البيع (2)، كبيع المكيل بالوزن وبالعكس،

وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة علي ما يحصل بالمشاهدة).

وفيه: أن الزائد في المقام هو معرفة أن الموزون بالغ المقدار المضبوط المعهود عند أهل البلد الذي عليه التعامل بينهم. وهذا مخرج عن الجراف، ومحقق لعنوان الوزن أو الكيل المعتبرين. وإلا فمعرفة تفاصيل المكييل والأوزان مقصورة علي الخاصة، ولا تعرفها عامة الناس، حتي من أهل البلد.

علي أنه تكفي السيرة في المقام شاهداً علي الجواز، لظهور أن الابتلاء بالسفر لا يختص بزمان، واختلاف البلدان في مقادير المكييل والموازين شايع، والجهل بالنسب بينهما أشيع، والتعرف عليها أصعب، خصوصاً في العصور السابقة، لعدم تيسر وسائل الضبط. فلو بني علي لزوم العلم بها لوقع الهرج والمرج ولكثر السؤال عن الحلّ، وحيث لا أثر لذلك تعين اكتفاء الشارع بالرجوع لكيل البلد ووزنه.

هذا وأما الاستدلال علي الجواز بما تضمن لزوم كون البيع بصاع المصّر (1)، فهو في غير محله، لأن الظاهر ورود المضمون المذكور لبيان عدم جواز الغش والتطفيف، كما تقدم عند الكلام في أدلة المسألة. فلاحظ.

(1) يأتي منه (قدس سره) في المسألة الرابعة ما يظهر منه التوقف في وجوب التقدير بالمساحة.

(2) كما صرح به غير واحد. عملاً بظاهر دليل التقدير بكل وجه من الوجوه المعتبرة. ودعوي: أن مقتضي عمومات النفوذ عدم وجوب التقدير، وقد سبق انه لا مخرج عن ذلك إلا في المكيل والموزون، وموثق سماعة الوارد فيهما معاً إنما تضمن

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 26 من أبواب عقد البيع وشروطه.

وجوب أحدهما، من دون أن يصرّح فيه بالتقسيم ولا- بالتخيير، ومع إجماله من هذه الجهة يتعين الرجوع لعمومات النفوذ المقتضية للاكتفاء بكل منهما، المطابق للتخيير عملاً.

مدفوعة بأن ذلك وإن كان هو مقتضى الجمود علي عبارة الموثق، إلا أن المناسبات الارتكازية قاضية بأن اعتبار التقدير بكل منهما إنما هو من أجل معرفة مقدار مالية المقدر، ولذا لا يكتفي بالتقدير بالكيل والوزن غير المعروف في المقدار، وذلك يقتضي الاقتصار في كل مقدر علي ما يتعارف تقديره به من كيل أو وزن، بحيث ينحصر معرفة مقداره بلحاظ ماليته عرفاً به، وعدم الاجتزاء في تقديره بالآخر إذا لم تعرف ماليته به عرفاً.

مضافاً إلي أن مقتضى صحيح أبي عبيدة لزوم الكيل في المكيل وعدم الاجتزاء بالوزن فيه بدلاً عنه، وهو يصلح شاهداً علي حمل موثق سماعاً علي التقسيم. فلاحظ.

هذا وقد احتمل في اللمعة الاجتزاء بكل منهما في مورد الآخر ووجهه في الروضة بالانضباط، وبرواية وهب الآتية. واستوجهه في الدروس في السلم، قال: (ولو أسلم في المكيل وزناً أو بالعكس فالوجه الصحة، لرواية وهب عن الصادق عليه السلام).

ومراده بها رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): (قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن)(1). وقد استشكل في الاستدلال بها لذلك بضعفها سنداً ودلالة.

أما السند فلضعف وهب، وقد رماه غير واحد بالكذب، بل عن الفضل بن شاذان أنه كان من أكذب البرية، وفي معتبر العباس بن هلال عن الإمام الرضا (عليه السلام) أنه قال عنه: (لقد كذب علي الله وملائكته ورسوله).

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 7 من أبواب السلف حديث: 1.

ص: 28

نعم ذلك لا يتناسب مع إيداع الأصحاب رواياته في الفقه في كتبهم، حتى أن للصدوق (قدس سره) له طريقاً في كتاب من لا يحضره الفقيه الذي صرح بأنه لا يودع فيه إلا ما هو يفتي به ويحكم بصحته ويعتقد أنه حجة فيما بينه وبين ربه تقديس ذكره وتعالق قدرته، وأن جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة عليها المعول وإليها المرجع. وقد أفتي الشهيد (قدس سره) اعتماداً علي هذه الرواية بمثل هذا الحكم المخالف لما هو المعلوم من مبانيهم خصوصاً المتأخرين من الإصرار علي اعتبار العلم بالعوضين.

ومن ثم لا يبعد ظهور بعض القرائن لهم توجب الوثوق بمثل هذه الرواية، كما يناسبه ما عن كتاب ابن الغضائري، حيث قال: (وهب بن وهب... أبو البختری القاضي كذاب عامي، إلا أن له عن جعفر بن محمد عليهما السلام أحاديث كلها يوثق بها).

غاية الأمر أن خفاء هذه القرائن علينا يمنعنا من الاعتماد علي هذه الرواية وأمثالها. ولا سيما مع عدم ظهور انجبارها بعمل قدماء الأصحاب غير الصدوق.

وأما الدلالة فقد قال في مفتاح الكرامة تعقيباً علي كلام الشهيد: (وفيه: أن الظاهر من معني الرواية إنما هو أنه لا بأس بسلف المكييل في الموزون وبالعكس. يعني: أن يكون أحدهما ثمناً للآخر مثنياً، لا ما ذكره من كيل الموزون ووزن المكييل. ويشير إلي ذلك أن الشيخ ذكر الرواية في باب إسلاف السمن في الزيت...). وقد جري علي ذلك غير واحد ممن تأخر عنه.

وهو مبني علي حمل (في) علي معني باء العوض، وهو مخالف للظاهر، ولذا عنون الشيخ في الاستبصار الباب بالباء، فقال: (باب إسلاف السمن بالزيت)، وذكر فيه حديث عبد الله بن سنان: (سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا ينبغي للرجل إسلاف السمن بالزيت، ولا الزيت بالسمن)(1). ولا سيما أن وضوح جواز ذلك بحد يبعد معه تعرض الرواية له، لوضوح أن غالب الأثمان هو الدراهم والدنانير التي هي

(1) الاستبصار ج 3 ص 79.

ص: 29

من الموزون، وأغلب ما يسلم فيه هو الطعام الذي هو من المكييل. ومن ثم قد يكون المراد بالرواية ما فهمه الشهيدان.

وإن كان الإنصاف أنه لا يناسب تركيبها اللفظي أيضاً، والبناء علي إجمالها هو الأنسب. والأمر سهل بعد عدم حجية الرواية.

وأما ما سبق من الروضة من توجيه احتمال الاجتزاء بكل منهما بدل الآخر بالانضباط، فيدفعه أن المراد بالانضباط ليس هو الانضباط في الجملة. ولذا لا إشكال في عدم الاجتزاء بالوزن والكيل غير المعروفين، بل الانضباط بلحاظ مقدار المالية، فإذا كان مقدارها تابعاً عرفاً لأحد التقديرين فالتقدير بالآخر لا يحقق الانضباط المطلوب.

وربما قيل بالتفصيل بين وزن المكييل وكيل الموزون، فيجوز الأول، كما عن المبسوط والسرائر وظاهر الشرايع، وفي الرياض أنه المشهور، دون الثاني، فعن السرائر أن ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف.

وقد يستدل له بوجوه:

الأول: أن الوزن أضبط من الكيل. وفيه: أن كلاً منهما يضبط المقدر من جهة خاصة فالوزن يضبطه بلحاظ كثافته، والكيل يضبطه بلحاظ حجمه، ومع تبعية المالية لإحدى الجهتين دون الأخرى يكون الضبط من الجهة الأخرى خارجاً عن موضوع دليل لزوم التقدير بالكيل والوزن، كما يظهر مما سبق.

الثاني: ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن بيع المكييل وزناً ليس من بيع المجازفة المنهي عنه في الأخبار ومعقد الاجتماعات.

وفيه: أولاً: أنه لا يمكن أن يراد بالمجازفة عدم الضبط من جميع الجهات، لما عرفت من عدم الإشكال في عدم الاجتزاء بالوزن والكيل غير المعروفين، بل أن يراد بها عدم الضبط بلحاظ مقدار المالية، فإذا كان مقدارها تابعاً للكيل كان البيع بالوزن

من بيع المجازفة. وبعبارة أخرى: مقتضى الأدلة المتقدمة وجوب كيل المكيل ووزن الموزون، لا مجرد منع البيع المجازفة.

وثانياً: أن لازمه الاجتزاء بالكيل في الموزون، لعدم كونه بيع مجازفة بالمعنى الذي ذكره. والتفريق بينهما في ذلك غير ظاهر. ولا ينفع فيه نفي الخلاف المتقدم عن السرائر، لظهور عدم نهوضه بالحجية.

الثالث: ما عن الإيضاح من أن الوزن أصل الكيل.

وفيه: أولاً: أنه وإن كان مسلماً في الجملة، كما يظهر مما ذكره تحديد المد والصاع والكر، إلا أنه لا يتيسر لنا الجزم به بنحو العموم. بل الوزن المشهور هذه الأيام الذي أصله الغرام متفرع علي الكيل، لأن الغرام هو وزن السنتيمتر المكعب من الماء المقطر.

وثانياً: أنه لا ينفع إذا صارت مالية الجنس المقدر تابعة لكيله، كما هو المفروض في المقام.

نعم لو ثبت أن مالية كل جنس مكيل تابعة لوزنه، وأن الاكتفاء فيه بالكيل لأنه يرجع إليه ولو تقريباً، للتسامح في الفرق، اتجه الاكتفاء بالوزن في المكيلات، لرجوع ذلك إلي أنها موزونة حقيقية. والي ذلك يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره)، حيث قال: (والمحكي بالتبع أن الوزن أصل الكيل، وأن العدول إلي الكيل من باب الرخصة. وهذا هو معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات).

لكن عهدة ذلك علي مدعيه. وشيخنا الأعظم (قدس سره) إنما ادعي العلم بذلك في المكيلات الموزونة، لا في جميع المكيلات.

ومن هنا لا مخرج عما سبق من لزوم الاقتصار في كل جنس علي التقدير بالوجه الذي يعرف به مقدار ماليته عرفاً.

نعم لو فرض معرفة مقدار ماليته بكل من الوجهين عرفاً، تعين التخيير في تقديره بين الوجهين حتي في البلد الذي يتعارف تقديره بخصوص أحدهما، لأنه

أسهل، أو لمجرد التعارف. لما ذكرناه آنفاً من قضاء المناسبات الارتكازية بأن التقدير بالكيل والوزن من أجل ضبط مقدار مالية المبيع. ولا يبعد كون غالب المكيلات كذلك.

وكذا الحال لو فرض معرفة مالية الشيء بالعدّ أيضاً حيث يتعين الاكتفاء في تقديره بكل من الوجوه الثلاثة وإن تعارف خصوص بعضها، لعدم نهوض موثق سماعة بالمنع عن ذلك بعدما سبق من اختصاصه بالتقدير الدخيل في معرفة مقدار مالية المقدر.

بقي في المقام أمور:

الأول: أن تقدير الشيء بغير ما يتعارف تقديره به تارة: يكون مبنياً علي الإعراض عن تقديره بما يتعارف تقديره به، ويكون في قبالة، وهو الذي تقدم الكلام فيه.

وأخري: يكون في طول تقدير بما يتعارف تقديره من أجل إحرازه به، كما إذا وزنت كيلة من الطعام الذي من شأنه أن يكال ثم وزن الباقي منه بقدرها، أو كيل رطل من الزيت الذي من شأنه أن يوزن ثم كيل الباقي منه بقدره، وهكذا الحال في المعدود.

ولا إشكال في الاجتزاء به لو أوجب العلم بالمقدار المعترف في ذلك الشيء بالأصل، لظهور أن اعتبار التقدير بالمقادير المذكورة إنما هو من أجل معرفة مقدار الأمر المقدر بحسبها، لا لاعتبارها تعبدًا، فمع فرض العلم يتحقق المقدار المذكور من طريق آخر يتعين الاجتزاء به، ولا يحتاج للقيام بعملية التقدير. وإنما الكلام فيما إذا احتتمل الفرق. وحينئذ فالفرق المحتمل تارة: يكون قليلاً يتسامح فيه. وأخري: يكون كثيراً لا يتسامح فيه.

أما الأول فقد ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره أنه يجتزأ به، لأنه تقدير للشيء بما يتعارف تقديره به.

ويشكل بأن المفروض أن التقدير الذي يناط به معرفة ماليته هو التقدير الآخر الذي لم يقدر به، وأن تقديره بالوجه الذي قدر به ليس لكونه معياراً في معرفة ماليته، بل لجعله طريقاً لمعرفة التقدير المطلوب الذي لم يقدر به، بحيث يكون أمانة عليه، ومن الظاهر أن الأمانة المذكورة تحتاج إلي دليل، نظير ما يأتي في المسألة الثالثة من تصديق قول البائع في الكيل والوزن.

وقد يستدل في المقام بخبر عبد الملك بن عمرو: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشتري مائة روية من زيت فاعترض روية أو اثنتين، فأترنهما، ثم أخذه سائر علي قدر ذلك. قال: لا بأس)(1).

لكنه مع غض النظر عن سنده إن حمل علي العلم باتفاق الروايات في الوزن خرج عن محل الكلام. وإن حمل علي الظن بذلك، نتيجة تشابهها، مع التسامح في الفرق، رجع إلي حجية الظن، لا إلي حجية الكيل علي تعيين مقدار الوزن، لعدم كيل الروايا الباقية.

كما أنه لا يناسب صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنه قال: في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، وإن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت. قال: لا يصلح إلا بكيل...)(2)، بناء علي ما سبق من حملة علي أن إخبار البائع عن تخمين.

اللهم إلا- أن يحمل علي الكراهة. أو يفرق بينهما بأن الصحيح وارد في إخبار البائع عن تخمين، وخبر عبد الملك وارد في ظن المشتري بنفسه بسبب تشابه الروايا، ويعمل بكل منهما في مورده.

كما أن خبر عبد الملك وإن لم يكن مما نحن فيه، إلا- أن ما نحن فيه مثله، بل أولي منه، لاحتمال الفرق بين الروايات في الحجم قليلاً، وعدم احتمال ذلك المقام بعد

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 عقد البيع وشروطه حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 عقد البيع وشروطه حديث: 2.

ص: 33

فرض تكرار الكيل بكيل واحد. فالظاهر نهوضه بالمطلوب لولا الإشكال في سنده، لعدم ثبوت وثاقة عبد الملك بوجه يعتمد عليه، وإن كانت مظنونة.

هذا وفي صحيح الحلبي عنه (عليه السلام): (أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدده، فيقال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي علي حساب ذلك العدد. قال: لا بأس به)(1).

لكنه مع اختصاصه بصورة تعسر العد وارد في كيل المعدود، الذي لا دليل فيه علي وجوب العد، إلا ما قد يدعي من دلالة هذا الصحيح عليه، كما يظهر مما سبق، فكيف يمكن التعدي منه لوزن المعدود، فضلاً عن وزن المكيل وكيل الموزن، مع ما سبق من وفاء النصوص بوجوب كيل الأول ووزن الثاني.

اللهم إلا- أن يقال: بعد فرض ابتداء البيع في الموزون علي الوزن وعدم الجراف فالإشكال إنما هو في إحراز الوزن، وهو بذلك يشارك ما بيتني فيه البيع علي العد، وإن لم يجب العد، وبلحاظ ذلك يكون فهم العموم من صحيح الحلبي للموزن قريباً جداً. وأما التقييد بتعسر العد فقد وقع في كلام السائل ومن البعيد جداً دخله في الجواز. ومن ثم يقرب البناء علي الاجتزاء بالكيل لإحراز العدد والوزن معاً. ولا سيما مع اعتضاده أو تأيده في الثاني بحديث عبد الملك، ومع قرب قيام السيرة علي ذلك في عصور المعصومين (صلوات الله عليهم) وإن كان شيوعها بحيث يحرز إقرارهم (عليه السلام) لها لا يخلو عن إشكال.

وأما الاكتفاء بالوزن أو العدّ عن الكيل وبالوزن عن العدّ وبالعدّ عن الوزن فلا يخلو عن إشكال، لعدم الدليل عليه بعد اختصاص النصوص بالكيل. ولا سيما مع عدم وضوح قيام سيرة عليه.

وأشكل من ذلك الأمر في الثاني، وهو ما إذا كان الفرق المحتمل كثيراً لا يتسامح فيه، حيث لا مجال لدعوي قيام السيرة عليه، فضلاً عن نهوض النصوص به.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 عقد البيع وشروطه حديث: 1.

لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (وأما إذا كان التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء علي ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أمانة علي ذلك المقدار، لأن ذلك أيضاً خارج عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. ويتخير المشتري لو نقص).

وهو كما تري! إذ المراد بأماريته إن كان هو أماريته شرعاً، ولو إمضاء لما عند العرف، فهي تحتاج إلي دليل. وإن كان هو أماريته قصداً، في مقابل ما إذا لم يكن القيام بالتقدير الخاص بنية طريقتيه للتقدير الآخر المطلوب، فهو وحده لا يكفي في صحة البيع بعد فرض ظهور الأدلة في وجوب التقدير المطلوب من أجل معرفة مقدار المقدر به، المفروض عدم حصوله. وإلا جاز مثل شراء صبرة غير مكيلة ولا موزونة بنية كونها بكيل أو وزن خاص، ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

ومثل ذلك في الإشكال ما ذكره (قدس سره) من ثبوت الخيار للمشتري لو نقص فإن متقضي مقياسه بإخبار البائع بالمقدر هو رجوع البائع بالزيادة والمشتري بالنقص، لتوزيع الثمن علي أجزاء المقدار، كما يأتي في المسألة الثالثة.

مع أنه لا مجال لمقياسه بإخبار بالمقدار، لرجوع إخبار البائع إلي تعهده بتحقيق ما أخبر به، الملزم له عرفاً بتحمل دركه، كما لو أخبر بسائر صفات المبيع المرغوبة. ولذا لو أقدم المشتري علي شراء الشيء بسبب إخبار غير البائع بصفة فيه مرغوبة فظهر الخطأ لم يرجع علي البائع ولم يكن له خيار. والظاهر أن مرجع إقدامهما علي التقدير المذكور مع الإطلاق هو الصلح بينهما علي الاجتزاء بالمقدر عن المقدار الذي وقع عليه البيع بالأصل، كما في الصورة الأولى، ولا رجوع مع ذلك.

نعم لو ابتني اكتفاؤهما عند البيع بالطريق المذكور علي اشتراط الرجوع مع الخطأ تعين في فرض صحة البيع رجوع المشتري عند ظهور النقص ورجوع البائع عند ظهور الزيادة، عملاً بالشرط المفروض. وهو غير محل الكلام.

وقد تحصل من جميع ما سبق جواز الاكتفاء بالكيل عن الوزن والعد مع

التسامح عرفاً في الفرق دون غيره.

نعم يجوز ذلك في موارد:

الأول: ما إذا كان التقدير الآخر أوفي من التقدير الذي يقع البيع بلحاظه، كما لو باع عشرة أرطال من الطعام فكاله له بكيل يعلم بزيادته علي العشرة ولو قليلاً، لكن مع كون المبيع المقابل بالثمن هو العشرة لا غير، والزيادة من سنخ الهبة، نظير الزيادة في الميزان التي ورد الحث عليها(1). لأن مقتضى الجمع بين دليلي وجوب الكيل والوزن واستحباب الزيادة هو لزوم العلم ببلوغ المبيع المقدار المطلوب مع استحباب زيادة المدفوع هبة.

الثاني: ما إذا بيعت الجملة كل مقدار بثمن معين، كما لو بيعت الصبرة كل قفيز بكذا أو كل رطل بكذا، بناء علي ما سبق من جواز ذلك، حيث لا يحتاج للكيل والوزن والعدّ من أجل تصحيح البيع، بل من أجل معرفة مقدار الثمن المستحق. وحينئذ لا مانع من رضا الطرفين بتعيين المقدار الذي يدور الثمن مداره من طريق التقدير الآخر وفي طوله، لرجوع ذلك إلي الصلح بينهما علي تعيين الثمن تبعاً للتقدير الآخر، فينفذ، لعمومات نفوذ الصلح.

الثالث: ما إذا كان المبيع كلياً في الذمة بكيل أو وزن أو عدد خاص وكذا كل ما تشغل به الذمة ولو من غير طريق البيع، فكما يجوز تسليمه بالكيل أو الوزن والعدد الذي أخذ فيه، يجوز تسليمه من طريق تعيين القدر المطلوب بالوجه الآخر، لرجوعه إلي الصلح أيضاً عن المقدار المستحق بالتقدير الذي يسلم به. بل يجزي فيه الجزاف أيضاً. لعموم نفوذ الصلح.

مضافاً إلي صحيح يعقوب بن شعيب: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لي عليه أحمال كيل مسمي، فيبعث إلي بأحماله فيها أقل من الكيل الذي لي عليه،

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب آداب التجارة.

ص: 36

وأخذ مجازفة. فقال: لا بأس(1).

وهذه الموارد الثلاثة خارجة عن محل كلامهم. والدليل فيها العموم من دون أن يحتاج فيها لأدلة خاصة. وإنما ذكرناها استطراداً، لمناسبتها في الجملة لمحل الكلام.

الثاني: يشيع بين الناس الإندار للظروف في الموزونات، وذلك بوزن المظروف المبيع مع ظرفه، ثم إسقاط شيء من وزن المجموع يخص الظرف، ويحسب الباقي وزناً للمظروف. وهو بيتي غالباً علي نحو من التخمين تسامحاً في الفرق، ويستلزم نحواً من عدم الضبط في وزن المظروف المبيع. والمعروف بين الأصحاب جوازه، بل قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لا خلاف فيه في الجملة).

وهو تارة: يكون بعد تمامية البيع إما من أجل تسليم المبيع، كما لو كان كلياً في الذمة وسلم البائع للمشتري من جنسه بظروفه وفاء له، وإما من أجل معرفة قدر الثمن، كما لو بيعت الجملة بظروفها كل مقدار منها بكذا بناء علي ما سبق منا من صحة ذلك ثم وزنت بظروفها من أجل معرفة قدرها وقدر ثمنها.

وأخري: يكون عند البيع من أجل إحراز وزن المبيع الذي هو شرط في صحته، كما لو أريد بيع ما في الظرف، فوزن مع ظرفه، ثم أندر للظرف مقدار من الوزن، وحسب الباقي وزناً للمبيع عند بيعه.

أما في الصورة الأولى فمقتضي القاعدة جوازه، لرجوع رضا المتبايعين به إلي التصالح بينهما علي وفاء ما انشغلت به الذمة بما يبقى بعد الإندار، أو علي وفاء الثمن الذي انشغلت به الذمة عند بيع الجملة بالثمن المقابل لما يبقى بعد الإندار، ومقتضي العمومات نفوذ الصلح المذكور.

وأما في الصورة الثانية فمقتضي القاعدة عدم جوازه في فرض عدم العلم بالوزن الحقيقي للمبيع، لا ابتناء الإندار علي التسامح في وزن الظرف. ومجرد العلم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 5.

بوزن المجموع من المظروف المبيع والظرف الخارج عنه لا يكفي في صحة البيع، بل لابد فيه من العلم بوزن المبيع وحده. والاكتفاء فيه بالتخمين يحتاج إلي دليل.

ودعوي: أن تعارفه في البيوع يرجع إلي كون تقدير المبيع بذلك هو التقدير بالوجه المتعارف في تحديد مالية المبيع، وهو كاف في المقام.

مدفوعة بأن المفروض أن التقدير الدخيل في مالية المبيع عرفاً هو الوزن، فاللازم مراعاته، عملاً بالأدلة. وتعارف الإندار يرجع إلي تعارف الاكتفاء به عن الوزن، أو إلي التعارف أحراز الوزن به، وكلاهما يحتاج إلي دليل. نعم لو فرض كون الاكتفاء به مورداً لسيرة متصلة بعصور المعصومين (صلوات الله عليهم)، بحيث يحرز إقرارهم لها اتجه الاجتزاء به. لكنه غير ثابت.

فالعمدة في المقام النصوص، كموثق حنان: (كنت جالساً عند أبي عبد الله (عليه السلام) فقال له معمر الزيات: إنا نشترى الزيت في زقاقة، ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق. فقال: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقر به)(1) وحديث علي بن أبي حمزة: (سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت... فقال: فإنه يطرح لظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلاً ربما زاد وربما نقص. فقال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس)(2). وحديث علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام): (سألته عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية والجوالق، فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أقل أو أكثر من ذلك أيحل ذلك البيع. قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا)(3).

وحمل هذه النصوص علي خصوص الصورة الأولى بلا شاهد، بل مقتضى ترك الاستفصال فيها العموم للصورتين معاً.

نعم مقتضى الأول عدم جواز الإندار إذا كان يزيد ولا ينقص، فاللازم الخروج به عن إطلاق الأخيرين لو نهضا في أنفسهما بالاستدلال.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 20 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 4، 1، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 20 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 4، 1، 3.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 20 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 4، 1، 3.

وإن كان من القريب حملته علي الكراهة، لما فيه من إجحاف بالبايع واستغلال له، لابتناؤه غالباً علي جعل تعذر وزن المظروف وحده أو صعوبته نقطة ضعف في البايع تستغل من أجل إرغامه علي الرضا باستثناء أكثر من وزن الظرف. فإن ذلك وإن كان جائزاً بمقتضي القاعدة، لأن من حق المشتري أن لا يرضي إلا باستثناء الأكثر، إلا أنه استغلال مخالف للإنصاف وأخلاقيات التعامل.

وإلا فمن البعيد جداً عدم جواز استثناء الأكثر. إذ هو نظير ما ورد الحث عليه من دفع الزائد وإرجاح الميزان (1).

غاية الأمر أن الفرق بينهما أن إرجاح الميزان مما يقدم عليه البايع بدافع أخلاقي، والإنذار بالوجه المذكور مما يضطر للرضا به غالباً لاستغلال نقطة الضعف المذكورة، ويبعد كون هذا الفرق سبباً للحرمة.

وأبعد منه عموم الكراهة فضلاً عن الحرمة لما لو أقدم البايع علي ذلك ورضي به بدافع أخلاقي من دون استغلال له.

وإن كان في بلوغ ذلك حداً يسوغ الخروج عن ظاهر النهي في الموثق وعن إطلاقه إشكال.

ومن الغريب ما في الشرايع والقواعد وعن غيرهما من إطلاق جواز الإنذار إذا كان محتملاً للزيادة والنقيصة، وتوقف جوازه مع الزيادة علي التراضي.

فإنه إن ابتني علي العمل بالقواعد فهي تقتضي المنع أو الجواز في الجميع، لكن مع التراضي. وإن ابتني علي العمل بالنصوص فهي تقتضي التفصيل حتي مع التراضي، حيث لا مجال لحمل موثق حنان علي صورة عدم التراضي، لانصرافه إلي كون الذي يندر للظرف هو الذي بيده المعاملة وإنذاره باختياره.

نعم قد يحمل كلامهم علي أن المراد بالتراضي التراضي الصريح، بخلاف صورة

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من آداب التجارة.

ص: 39

احتمال الزيادة والنقصان، فإنه يكفي فيها التراضي الارتكازي بسبب تعارف الإنذار بالوجه المذكور، حيث يكون الإقدام علي المعاملة حينئذ مبتتياً علي الرضا ارتكازاً بالجري علي إيقاعها بالوجه المتعارف. فلاحظ.

وكيف كان فلا يبعد أن يلحق بالظروف كل ما يكون متصلاً بالمبيع ولا يكون مقابلاً بالمال كالرصاص أو الشمع الذي يملأ به تجاويف الذهب والفضة المصوغين، والأحجار غير ذات المالية المثبتة فيهما، ونحوها مما يصعب فصله. إذ من القريب إلغاء خصوصية الظروف في ذلك عرفاً، بحيث يفهم من النصوص المتقدمة أن المدار علي صعوبة تجريد المبيع مما يتصل به، تسهياً وجرياً علي ما عليه العرف عند الحاجة.

الثالث: المستفاد من دليل وجوب الكيل والوزن هو لزوم كيل أو وزن كل جنس يكال أو يوزن بنفسه ولوحده. فلا يكتفي بوزن أو كيل أكثر من جنس واحد جملة من دون أن يعرف وزن كل منها وحده. بل لا يبعد اعتبار معرفة كيل أو وزن كل صنف علي انفراده في أصناف الجنس الواحد إذا اختلفت بينها في مقدار المالية.

لما سبق من أن المستفاد من موثق سماعة هو اعتبار تقدير الشيء بالنحو الدخيل في تحديد ماليته، ومع اختلاف أجناس المكيلات والموزونات وأصنافها الدخيلة في المالية لا يتحقق ذلك إلا بإفراد كل منها بالكيل.

نعم إذا تعارف كيل أو وزن المركب من أكثر من جنس أو صنف واحد كياً أو وزناً واحداً، تعين الاجتزاء به، لرجوعه إلي كون الممتزج بنفسه جنساً واحداً له مواصفاته الدخيلة في المالية عرفاً.

من دون فرق في ذلك بين كون التركيب بنحو الامتزاج الموجب للاتحاد عرفاً، كالحليب والعصير، وكونه بنحو الاختلاط الذي يصعب الفصل معه، كالرز والماش، وكونه بنحو يتميز كل جنس منه بنفسه بحيث يسهل فصله، كالمصوغ من الذهب المشتمل علي بعض الأحجار الكريمة، أو المصوغ من قطع متصلة بعضها ذهب وبعضها فضة وغير ذلك، لأن المدار علي تعارف كون الشيء بمجموعه له مواصفاته

وكبيع المعدود بالوزن أو الكيل (1)، وبالعكس (2)، وإذا كان الشيء مما يباع في حال بالمشاهدة وفي حال أخرى بالوزن أو الكيل كالتمر يباع علي الشجرة بالمشاهدة وفي المخازن بالوزن، والحطب محمولاً علي الدابة بالمشاهدة وبالمخزن بالوزن، واللبن المخيض يباع في السقاء بالمشاهدة وفي المخازن بالكيل فصحة بيعه مقدراً أو مشاهداً تابعة للمتعارف (3).

-

الخاصة التي بها قوام ماليته ككل، ومقدار ماليته بمجموعه تابع لمقدار كيله أو وزنه. كل ذلك مع تعارف تحديد مالية المجموع بكيل أو وزن واحد. أما مع عدمه فلا مجال لشيء من ذلك، لخروجه عن ظاهر دليل الكيل والوزن.

وبذلك يتجه الاكتفاء بوزن الشيء مع ظرفه، بحيث يكون الظرف مبيعاً وموزوناً معه إذا تعارف فيه ذلك، بحيث تحدد ماليته بهذا النحو. أما مع عدم تعارف ذلك فلا مجال له، سواء كان الظرف من الموزون أم لم يكن، كما يظهر مما سبق.

(1) حيث سبق عدم الدليل علي وجوب العد في المعدود يتعين جواز بيعه بالوزن والكيل، سواء كان التقدير بهما في قبالة أم في طوله من أجل إحرازه بهما. وكذا الحال لو تم الاستدلال لوجوب العد بصحيح الحلبي المتقدم المتضمن لبيع المعدود كيلاً من أجل معرفة عدده، فإنه إنما يدل عليه في الجملة ولو لكون وجوبه تخييراً. ومثله الإجماع الذي قد يدعي في المقام، فإن المتيقن منه وجوبه في مقابل البيع جزافاً.

(2) يعني: بيع المكيل والموزون عدداً. ويظهر مما سبق عدم جوازه إلا في فرض معرفة مالية الشيء بالعد وإن لم يكن متعارفاً فيه، كما ذكرناه في ذيل الكلام في جواز تقدير المكيل بالوزن والموزون بالكيل. فراجع.

(3) لأن موضوع موثق سماعة ما يكال ويوزن المراد به شأنية ذلك، فمع عدم كون المبيع كذلك في بعض الأحوال يتعين الاكتفاء فيه بالمشاهدة في تلك الحال، لخروجه عن موضوع النص. بل ربما يدعي عدم وجوب المشاهدة فيه، علي ما يأتي

وكذا إذا كان يباع في حال بالكيل وفي أخري بالوزن (1)، كالفحم يباع كثيراً في الأكياس الكبيرة بالكيل (2)، وفي المخازن قليلاً قليلاً بالوزن، فإن المدار في التقدير ما يكون متعارفاً في تلك الحال التي بيع فيها كيلاً أو وزن

الكلام فيه في المسألة الرابعة إن شاء الله تعالى.

ويشهد بعدم وجوب الكيل والوزن حينئذ مضافاً إلي ذلك النصوص الكثيرة الواردة في بيع الثمار، وفي بيع الصوف علي ظهر الغنم (1) وفي بيع اللبن في ضروعها (2) وغيرها، مع وضوح أن الثمار من المكيل والموزون في بعض الأحوال والصوف واللبن من الموزون والمكيل كذلك. ويأتي في المسألة الخامسة إن شاء الله تعالى ما ينفع المقام.

وبذلك يظهر عدم وجوب الكيل والوزن في القليل الذي هو دون الوزن والكيل المتعارفين في جنسه، فإنه لقلته ليس من المكيل والموزون، وإن أمكن أن يكال أو يوزن بمكاييل وموازين ليس من شأن ذلك الجنس أن يكال أو يوزن بها، كالسمن يوزن بالغرامات والمثاقيل، والجص يكال بالكوب ونحوه. مضافاً إلي قيام السيرة علي ذلك، لشيوع الابتلاء ببيع القليل والقطع بعد الالتزام بكيله ولا وزنه. فلاحظ.

(1) لنظير الوجه المتقدم. نعم لا يبعد أن يكون بيعه بالكيل في بعض الأحوال وبالوزن في آخر ليس لانحصار معرفة ماليته بأحدهما، بل لكونه متعارفاً أو أيسر في تلك الحال، مع كون كل من التقديرين كافياً في معرفة ماليته عرفاً، وحينئذ يتعين التخيير بينهما في جميع الأحوال، كما يظهر مما ذكرناه في ذيل الكلام في جواز تقدير المكيل بالوزن والموزون بالكيل. فراجع.

(2) الذي نعده أنه يباع بالأكياس، وهي ليست كيلاً، ولذا قد تختلف قليلاً، بل هي نحو من العدد. وكذا الحال في المعلبات الشائعة في عصورنا.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 10 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 8 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

ص: 42

أو عدلاً (1).

(مسألة 3): يكفي في معرفة التقدير إخبار البائع بالقدر (2)

(1) بناء علي وجوب العد في المعدود.

(2) كما ذكره في الجملة غير واحد، وذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه المشهور، واستظهر في الرياض عدم الخلاف في الاعتماد علي إخبار البائع في الكيل والوزن، وظاهر التذكرة إجماع أصحابنا علي جواز الاعتماد عليه في الكيل.

وذكر بعض الأعظم (قدس سره) في وجهه أن اعتبار التقدير بأحد الوجوه المذكورة إنما هو لخروج البيع عن كونه جزافاً، وإذا وقع البيع بناء علي إخبار البائع بالقدر خرج عن كونه جزافاً.

وفيه: أن ظاهر النصوص اعتبار التقدير بالكيل والوزن، لا مجرد عدم كون البيع جزافاً، فلا بد من إحراز الكيل أو الوزن بطريق معتبر، ولا يكفي مجرد ابتناء البيع علي التقدير بأحدهما، وخروجه بذلك عن الجزاف.

فالعمدة في المقام مضافاً إلي قاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده غير واحد من النصوص، كصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله: (أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام)

عن الرجل يشتري الطعام أشتريه منه بكيله وأصدقه. قال لا بأس، ولكن لا تبعه حتي تكيله) (1)، وموثق سماعة المتقدم في أوائل المسألة السابقة وغيرهما مما تقدم بعضه.

ولا ينافيها صحيح الحلبي عنه (عليه السلام): (أنه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، وإن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت. قال: لا يصلح إلا بكيل...) (2).

لما تقدم في أوائل المسألة السابقة من قرب حملة علي كون إخبار البائع تخمينياً،

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 8.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

وإلا كان المناسب له أن يخبر بأنه قد كاله. ولو تعذر ذلك تعين حمله علي الكراهة بقريئة النصوص الأول.

نعم قد ينافيها صحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر (عليه السلام): (سألته عن الرجل منا يشتري من السلطان من إبل الصدقة وغنم الصدقة، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم. قال: فقال: ما الإبل إلا مثل الحنطة والشعير وغير ذلك لا بأس به حتي تعرف الحرام بعينه. قيل له: ما تري في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس. قيل له: فما تري في الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما تري في شراء ذلك الطعام منه؟ قال: إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل)(1). لظهور اشتراطه حضورهم الكيل في لزوم علمهم به.

اللهم إلا أن يقال: سياق الحديث لا يناسب كون السؤال عن شراء الحنطة والشعير من دون كيل، بل عن أصل شرائها، وسوق الجواب لبيان أن شرط جوازه هو قبضه بحضورهم. ولعله من جهة أن تعين الحق في المعزول مشروطاً برضاهم، وبدونه يبقى ملكاً لهم، فلا يصح شراؤهم له. وتعرضه (عليه السلام) لجواز شرائه من دون كيل قد يكون تبعاً لفرضهم كيله، لا لكونه مشروطاً بحضورهم كيله، بحيث لا بد من علمهم به، ولا يكفي إحرازه من طريق آخر، كإخبار البايع به، لينافي النصوص السابقة. نعم هو دال علي عدم جواز شرائه من غير كيل إذا لم يكن قد كيل سابقاً، كما تقدم، وهو أمر آخر غير محل الكلام.

علي أنه لو سلم حمل الصحيح كون العلم بالكيل شرطاً في جواز الشراء من دون كيل فمقتضي الجمع بينه وبين النصوص السابقة المتضمنة تصديق البايع في الكيل هو حمل العلم في الصحيح علي أنه مأخوذ بنحو الطريقية، يقوم مقامه سائر

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 52 من أبواب ما يكتسب به حديث: 5.

كياً (1) أو وزناً (2) أو عدداً (3). ولا فرق بين عدالة البايع وفسقه (4). والأحوط اعتبار حصول اطمئنان المشتري بإخباره (5)

الطرق المعتمدة، ومنها إخبار البايع.

نعم لو كان السؤال ناظراً لإخبار البايع، والجواب مسوقاً للردع عن التعويل عليه، تعذر الجمع بذلك، وكان الصحيح منافياً للنصوص السابقة. لكن من الظاهر عدم إشعار السؤال بذلك. ومن هنا لا مخرج عما تضمنته النصوص السابقة التي هي حجة في نفسها، ومعول عليها عند الأصحاب.

(1) كما تضمنته جميع نصوص المقام. مضافاً إلى قاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده.

(2) كما تضمنه موثق سماعة. وقد استفاد من بقية النصوص بإلغاء خصوصية الكيل فيها عرفاً. مضافاً إلى قاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده.

(3) النصوص المتقدمة وإن لم تتضمن ذلك، إلا أنه قد استفاد منها بإلغاء خصوصية موارد عرفاً. مضافاً إلى قاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده.

علي أنه حيث سبق عدم الدليل علي وجوب العد في المعدودات إلا دعوي إلحاقها بالمكيل والموزون فهي كما تقتضي إلحاقها بها في أصل وجوب العد تقتضي إلحاقها بها في تصديق البايع فيه.

(4) كما استظهره في مفتاح الكرامة، وهو مقتضي إطلاق الأصحاب، تبعاً لإطلاق النصوص السابقة، وعموم قاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده للفاسق.

(5) ولعله إلي هذا يرجع ما في مفتاح الكرامة من أن المدار علي السكون إليه. قال سيدنا المصنف (قدس سره) تعقيباً علي النصوص: (نعم لا يبعد انصرافها إلي سكون المشتري إلي الإخبار. ويقتضيه ما في خبر أبي العطار المتقدم من قوله (عليه السلام): إذا ائتمك فلا بأس).

لكن لم يتضح منشأ الانصراف. ولا سيما مع ما في صحيح محمد بن حمران: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاماً، فزعم صاحبه أنه كاله، فصدقناه وأخذناه بكيله. فقال: لا بأس...)(1)، فإن التعبير بالزعم لا يناسب الانصراف للوثوق.

وأما خبر أبي العطار المتقدم في الاستدلال علي وجوب الكيل فهو مع غض النظر عن سنده إنما تضمن استئمان المشتري للبائع، وجعل أمر الكيل في عهده، في مقابل ما إذا أقدم علي المعاملة جزافاً معرضاً عن الكيل، ولم يتضمن اعتبار إيمان المشتري بقول البائع، ليناسب اطمئنانه أو وثوقه بقوله.

ومثله ما ذكر بعض مشايخنا (قدس سره) من تأييد اعتبار الوثوق بما في مرسل بن

بكير المتقدم فيمن يشتري الجص، فيكيل بعضه ويأخذ البقية من غير كيل من

قوله (عليه السلام): (إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيله كله) حيث يبدو أنه (قدس سره) فهم من تصديقه له ركونه لقوله وإيمانه بصدقه.

لكن لدلالة فيه علي ذلك، بل ظاهره إرادة التصديق العملي بالاجتزاء بقوله، وإنما قد يتجه ذلك لو قال: إن صدقه أخذه كله بغير كيل، وإلا كاله كله.

ومن هنا لا مجال لاعتبار الركون والوثوق أو الاطمئنان في المقام. ومثله ما قواه شيخنا الأعظم (قدس سره) من اعتبار حصول الظن منه.

نعم قد تنصرف النصوص عما إذا ظن بكذبه أو كان هناك ما يوجب الريب فيه. علي أنه لا يخلو عن إشكال بعد عموم صحيح محمد بن حمران.

نعم لو انحصر للدليل في المقام بقاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده تعيين الاقتصار علي ما إذا لم يكن متهماً، لأن ذلك هو المتيقن منها.

بقي في المقام أمور:

الأول: قال في القواعد: (ولو عرف أحدهما الكيل أو الوزن وأخبر الآخر

(1) وسائل الشيعة ج: 2 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 4.

صح، فإن نقص أو زاد تخير المغبون) وهو صريح في قبول قول المشتري في الكيل والوزن كالبائع. بل قد يستفاد منه كما قد يظهر من مفتاح الكرامة قبول قول كل منهما فيما يخص الآخر، كالبائع في الثمن، والمشتري في المثل.

وهو متجه لو أوجب العلم، لما سبق من أن لزوم الكيل والوزن ليس لذاتهما، بل لمعرفة المقدار بهما، فمع فرض معرفته بدونهما يتعين الاجتزاء به. ولكن الظاهر خروجه عن مفروض كلامهم في المقام، وأن الكلام فيما لا يوجب العلم.

وحينئذ يتجه التعميم بناء على ما سبق من بعض الأعظم (قدس سره) في توجيه قبول قول البائع بخروج البيع معه عن كونه جزافاً، لعدم الفرق بينه وبين المشتري في ذلك، بل حتي الأجنبي، كما لعله ظاهر.

نعم سبق المنع منه، وأن العمدة في المقام النصوص. وهي مختصة بالبائع في المبيع، والتعدي لغيره يحتاج إلي دليل. غاية الأمر أنه لا يبعد التعدي للمشتري في الثمن لفهم عدم الخصوصية عرفاً بعد كون كل منهما يخبر عما يختص به، ويقع تحت يده. ولا مجال لما زاد علي ذلك.

نعم مع كون الثمن تحت يد البائع أو المبيع تحت يد المشتري لم يبعد تصديق صاحب اليد منهما في وزن أو كيل ما تحت يده إذا لم يكن متهماً، لما سبق من القاعدة العقلانية.

الثاني: محل الكلام ما إذا كان المبيع شخصياً يراد بكيه أو وزنه تصحيح البيع. وكذا الحال في الثمن لو قلنا بحجية قول المشتري فيه. أما لو كان المبيع أو الثمن كلياً محددًا بكيل أو وزن، ولا يراد بالكيل والوزن تصحيح البيع، بل إحراز الوفاء لا غير فهو خارج عن محل الكلام.

وحينئذ فالقبول بغير العلم تابع لرضا صاحب الحق الذي يراد وفاؤه، ومن حقه الرضا به ثبوتاً، الراجع لمصالحته عن حقه بالمقدار غير المعلوم، فيتحقق الوفاء واقعاً، لعموم نفوذ الصلح. كما أن له القبول به ظاهراً بمعني عدم مطالبته بما زاد

ولو تبين الخلاف بالنقيصة (1) رجع المشتري علي البايع بضمن النقيصة (2)،

عليه، وإن كان يستحقه واقعاً لو كان ما استلمه أقل من حقه.

الثالث: يلحق بإخبار البايع كل طريق لتشخيص المقدار ثبتت حجتيه شرعاً، ولو إمضاء لما عند العرف. وحكم الخطأ فيه هو الحكم الآتي في خطأ البايع. نعم لو ظهر من دليله ترتب الأثر علي مضمونه واقعاً فلا أثر للخطأ فيه. كما لا يبعد ذلك في صحيح الحلبي المتقدم في كيل المعدود، فإن الظاهر بناء المتعاملين معه علي التسامح في الفرق المتوقع الرجوع لنحو من الصلح بينهما وظاهر الصحيح صحة المعاملة معه علي النحو الذي يقدمان عليه. فلاحظ.

(1) الظاهر أن موضع كلامهم مطلق النقيصة والزيادة وإن لم يلزم غبن أحد الطرفين، كما يظهر مما يأتي في وجه المسألة. وما تقدم من القواعد من التعبير بالمغبون يراد به من يكون النقص أو الزيادة علي خلاف مصلحته إيجازاً في العبارة، لا الغبن المصطلح.

لكن في مفتاح الكرامة: (وتخير المغبون لأن كان الخيار خيار غبن. وقضيته أن التفاوت اليسير غير معتبر). وهو كما تري، فإن لازمه عدم اعتبار التفاوت الكثير إذا لم يستلزم الغبن، لكون البيع مع النقيصة بأقل من ثمن المثل كثيراً، ومع الزيادة بأكثر من ثمن المثل كذلك. ولا يظن بأحد الالتزام به.

(2) ظاهرهم المفروغية عن عدم بطلان البيع، وقد صرح في مبحث الشروط من جامع المقاصد بذلك في نظيره، وهو ما إذا ظهرت الزيادة، قال: (وهل يحتمل البطلان، كما لو باعه ثوباً علي أنه قطن فبان كتاناً؟ الظاهر العدم، للفرق بين كون ذلك من غير الجنس، وهذا منه، إنما الفاتت الوصف).

نعم الظاهر أن المعيار في البطلان وعدمه ليس علي كون الفاتت جنساً وكونه وصفاً، بل علي كون العنوان مقوماً للبيع عرفاً وكونه زائداً عليه مرغوباً فيه، علي م

تقدم منا توضيحه في المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة عند الكلام في حكم الغش.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في عدم بطلان البيع في محل الكلام، لأن الكيل والوزن ليسا مقومين للمبيع. وإنما الكلام في أن فوتهما من فوت الجزء وتبعض الصفقة، أو من فوت الوصف من دون أن تتبعض، بل تصح بتمامها مع ثبوت الخيار، كما لو باعه الشيء علي أنه جيد، فبان رديئاً.

قد يقرب الأول بأن مبني التقدير في محل الكلام علي التوزيع وأن لكل جزء من المبيع قسماً من الثمن بما يناسب التقدير المذكور، فإذا باعه الطعام علي أنه عشرة أفقزة بعشرة دراهم انصرف إلي أن لكل قفير درهم، فإذا انكشف أنه تسعة أفقزة تعين بطلان البيع في قفيز، لعدم سلامة المبيع، وإذا انكشف أنه أحد عشر قفيزاً تعين قصور البيع عن قفيز منها، فيبقي علي ملك البائع.

وفيه: أن هذا إنما يتجه فيما إذا وقع البيع علي أجزاء المقادير، كما لو اعتقد أن صبرة من الطعام عشرة أفقزة، فباعه صاحبها عشرة أفقزة منها بعشرة دراهم. وأظهر من ذلك ما إذا باعها كل قفيز بدرهم.

أما إذا وقع البيع علي الجملة بناء علي بلوغها المقدار المذكور، فالجملة لم يفقد منها شيء، ليبطل البيع فيما يقابله من الثمن. وتوزع الثمن لبأ علي أجزاء المقدار الملحوظ في المعاملة وإن كان مسلماً، إلا أنه لا يقتضي عموم البيع لشيء مفقود بعد فرض كون المبيع هو الجملة لا غير. غاية الأمر أن يكون في المقام تدافع بين جعل المبيع هو الجملة وأخذ المقدار الخاص فيها، وهو مغفول عنه بسبب الخطأ في تقديرها، وهو أمر آخر غير عدم سلامة بعض المبيع.

اللهم إلا أن يقال: التدافع المذكور كسائر موارد التدافع بين عنواني موضوع العقد، كما لو زوجه بنته الكبرى زينب، فظهر أن زينب ليست هي الكبرى، وكما لو باعه هذا القميص، فبان قماشاً غير مخيط، أو باعه هذا العبد الكاتب، فبان غير

كاتب... إلى غير ذلك. وبناء العرف في جميع ذلك علي ترتيب الأثر علي ما هو المقصود بالأصل، وإلغاء المقصود تبعاً، علي الاختلاف بين الموارد.

وحينئذ فمرجع ما سبق من أن مبني التقدير علي التوزيع هو كون المقصود بالأصل هو التوزيع، وأن جعل الثمن في مقابل الجملة مقصود بالتبع، لتخيل بلوغها المقدار المذكور، فيتعين العمل علي ذلك.

بخلاف ما لو انعكس الأمر، وكان المقصود بالأصل هو الجملة، وكان التقدير مقصوداً تبعاً من دون أن يؤخذ بنحو التوزيع، فإن تخلفه لا يوجب تبعض الصفقة، كما يأتي إن شاء الله تعالى في المسألة السادسة.

ويتضح ذلك بالرجوع للعرف في المقام، لظهور مبناهم علي عدم استحقاق الزائد عن مقتضي التوزيع في الزيادة والنقيصة رأساً، وأن الذي يأخذه يأخذ ما لم يملك، وأن البيع لا يصح في تمام الثمن مع النقيصة، ولا في تمام المثلث مع الزيادة.

ويشهد به ما في موثق السكوني عن جعفر عن أبيه: (أن علياً (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة، فوجد فيها رباً، فخاصمه إلي علي (عليه السلام)، فقال له علي (عليه السلام): لك بكيل الرب سمناً. فقال له الرجل: إنما بعته منك حكرة. فقال له علي (عليه السلام): إنما اشترى منك سمناً، ولم يشتر منك رباً) (1). فإن الظاهر أن المراد من بيعه حكرة بيعه جملة جزافاً من دون أخذ الكيل فيه. وحينئذ يظهر من البايع المفروغية عن أنه لو أخذه بكيل لاستحق عليه الفرق.

ومثله في ذلك معتبر عمر بن حنظلة عنه (عليه السلام): (في رجل باع أرضاً علي أنها عشرة أجرة، فاشترى المشتري [ذلك] منه بحدوده، ونقد الثمن، ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجرة. قال: إن شاء استرجع فضل ماله [وأخذ الأرض]، وإن شاء رد البيع، وأخذ ماله كله. إلا أن يكون له إلي جنب تلك الأرض أرضون، فليؤخذ [فليوفه]، ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام

(1) وسائل الشريعة ج: 12 باب: 7 من أبواب أحكام العيوب حديث: 3.

ص: 50

البيع...)(1). ويأتي في صحيح عمر بن يزيد ما يناسب ذلك. ومن هنا لا ينبغي الإشكال في تبعض الصفقة.

وحينئذ فمقتضى القاعدة رجوع المشتري بما يقابل النقص من الثمن، كما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره). ويظهر منهم المفروغية عنه في تبعض الصفقة.

لكن قال العلامة في التذكرة: (لو أخبره البايع بكيله، ثم باعه بذلك الكيل، صح عندنا... فإن زاد رد الزيادة، وإن نقص رجع بالناقص). ولعل مقتضى الجمود عليه هو لزوم البيع في التام، ووجوب تدارك النقص علي البايع من جنس المبيع. إلا أن عدم معهودية ذلك عندهم تبعد إرادته.

ويظهر من شيخنا الأعظم حملته علي فسخ البيع الواقع علي الناقص، ليرجع إلي أن المقام بنظره من موارد تخلف الوصف، لا تخلف الجزء. وربما يحمل علي إرادة الرجوع بثمن الناقص، ليطابق ما ذكره في القواعد في بيع الصرف في نظير المسألة من تخييره بين الفسخ والإمضاء بحصة الباقي من الثمن، وهو المفروغ عنه عندهم في تبعض الصفقة.

وربما انصرف ذهنه الشريف إلي فرض وقوع البيع علي الكلي التام ويكون دفع الناقص وفاء به، فيجب إتمامه. وإن كان الظاهر خروجه عن محل الكلام.

وكيف كان فوجوب تدارك البايع للنقص في محل الكلام وهو وقوع البيع علي الموجود الخارجي الناقص مخالف للقواعد التي جروا عليها في نظائر المقام.

نعم تقدم في موثق السكوني ومعتبر عمر بن حنظلة ما يناسب ذلك. لكن ظاهرهم الإعراض عنهما في هذه الجهة، كما يظهر بمراجعة كلماتهم في المواضع المتفرقة. ومن ثم يشكل التعويل عليهما.

ولاسيما مع ما في صحيح ميسر عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قلت له: رجل اشترى

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 14 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 51

زق زيت وجد فيه دردياً. قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده علي صاحبه(1). فإنه مشابه لموثق السكوني مورداً.

وفي مكتبة الصفار للإمام أبي محمد العسكري (عليه السلام) فيمن باع قرية بحدودها، وليس له منها إلا قطاع أرضين فوق (عليه السلام): (لا- يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع علي ما يملك)(2) ومورده من سنخ مورد معتبر عمر بن حنظلة، ولم يتضمن التفصيل المذكور فيه.

بل في صحيح عمر بن يزيد: (بعت بالمدينة جراباً هروياً، كل ثوب بكذا وكذا، فأخذه فاقتموه، ثم وجدوا بثوب فيها عيباً، فردوه علي. فقلت لهم: أعطيك ثمنه الذي بعتم به. فقالوا: لا، ولكننا نأخذ قيمته منك، فذكرت ذلك لأبي عبد الله (عليه السلام) فقال: يلزمهم ذلك)(3). فإنه صريح فيما ذكره الأصحاب في حكم تبعض الصفقة.

نعم رواه في الكافي هكذا: (يلزمه ذلك)(4). بنحو يظهر منه إلزام عمر بما قالوه من دفع قيمة الثوب لهم. وهو مع غرابة مضمونه لا يخلو عن اضطراب رافع للوثوق به، كما يظهر بملاحظته. علي أنه يمكن حمله علي أنه يلزم عمر ما قاله، دون ما قالوه، فيطابق رواية الفقيه.

ومن هنا لا يبعد حمل موثق السكوني علي كونه (عليه السلام) بصدد بيان ما يصح أخذ تمام الثمن. ولا سيما مع صعوبة تشخيص نسبة مقدار الرب لمجموع العكة، ليعرف مقدار ما يناسبها من الثمن، كما تقدم منا في آخر المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب أحكام العيوب حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

(3) من لا يحضره الفقيه ج: 3 ص: 136.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 52

وكان له الخيار في الفسخ والإمضاء في الباقي (1)، ولو تبينت الزيادة كانت الزيادة

كما يحتمل حمل معتبر عمر بن حنظلة علي كون المبيع ليس هو الأرض الخاصة بحدودها، بل ما يساوي عشرة أجرة منها، وشخص البايع ذلك بما يناسب الحدود الخاصة، فمع فرض وجود أرض مجاورة ينكشف دخولها في المبيع، فيجب عليه دفعها للمشتري.

فإن أمكن ذلك، وإلا تعين ردّ علم الحديثين لقائليهما (عليهما السلام). والعمل علي ما جري عليه الأصحاب، عملاً بالقاعدة المعتضدة بالنصوص السابقة، خصوصاً صحيح عمر بن يزيد. فلاحظ.

(1) وهو خيار تبعض الصفقة، بتقريب: أن المشتري إنما أقدم علي شراء التام، فحيث لم يسلم له كان له الخيار كسائر صفات المبيع التي يبتني عليها البيع.

لكن الظاهر أن ذلك إنما يتجه إذا كانت التمامية مورداً لغرض المشتري، بحيث أقدم علي شراء الجملة بناء علي واجديتها لذلك، كما لو تعلق غرضه بشراء طن من الطعام جملة، فأخبره صاحب الطعام ببلوغ الطعام الذي عنده المقدار المذكور، فاشتراه علي ذلك، فتبين نقصه. أما إذا أقدم علي شراء جملة من الطعام مهما بلغ قدرها، فأخبره البايع أنها بقدر خاص من أجل تحديد ثمنها لا غير، فلا موجب للخيار لو بان النقص، لعدم ابتناء البيع علي المقدار المذكور. بل ليس له الرجوع إلا بما يقابل النقص من الثمن.

نعم لو قيل بأن المقام ليس من تخلف جزء المبيع، بل من تخلف الوصف، لعدم ابتناء التقدير علي توزيع الثمن علي أجزاء المقدار، بل علي مقابلة الجملة بالجملة، وأن البيع يصح بتمام الثمن في الناقص، فالمتعين ثبوت الخيار مطلقاً، لظهور ابتناء جعل جملة الثمن في مقابل الجملة ذات المقدار الخاص علي سلامة ذلك المقدار.

للبايع (1)، وكان المشتري بالخيار بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن (2).

(1) كما صرح به غير واحد. ويظهر وجهه مما سبق. نعم لا بد هنا من كون الزيادة من باب الغلط في التقدير، دون الزيادة التي يقدم عليها البايع من أجل رجحان الوزن، أو الخطأ في الوزن والكيل بالوجه المتعارف والمتوقع، فإنها هبة من البايع خارجة عن المبيع، كما هو ظاهر، وصرح بجواز أخذها في النصوص الواردة في فضول المكاييل والموازين (1).

(2) علله (قدس سره) بلزوم الشركة بين المالكين من دون إقدام عليها. لكن الظاهر أن ثبوت الخيار بذلك يلحظ كونها صفة مرغوباً عنها. وهو يختص بما إذا احتاجت القسمة إلى مؤنة، فثبوت الخيار في غير ذلك لا يخلو عن إشكال.

نعم يتجه ثبوت الخيار له لو ابتني البيع علي حفظ الجملة، كما لو كان بصدد شراء قدر خاص من الحنطة في كيس كامل مختوم، فأخبره البايع بأن ما في الكيس المختوم بقدر المطلوب ثم تبين زيادته، حيث يتعين ثبوت الخيار له بتبعض الصفقة الراجع لخيار تخلف الوصف.

هذا وقد ذكر سيدنا المصنف (قدس سره) أن الشركة مع الزيادة وإن كانت تثبت لكل من المشتري والبايع، إلا أنها لا تقتضي الخيار للبايع، لأن الشركة في حقه ليست في المبيع، بل في ماله الذي بقي له بعد البيع.

ويشكل بأن ثبوت الخيار بتخلف وصف المبيع إنما هو من أجل انكشاف عدم وقوع البيع علي الوجه المطلوب الذي بني عليه، وذلك كما يحصل في حق المشتري في المقام، لأنه أقدم علي شراء ما ليس مشاعاً، كذلك يحصل في حق البايع لأنه أقدم علي بيع ما ليس مشاعاً أيضاً. ومجرد كون المشاع المملوك مبيعاً في حق المشتري ليس مبيع

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 27 من أبواب أحكام العقود.

(مسألة 4): الأحوط في مثل الثوب والأرض ونحوهما مما يكون تقديره بالمساحة دخيلاً في زيادة القيمة معرفة مقداره (1)، ولا يكتفي في

في حق البائع، ليس فارقاً بعد كون البيع والمبيع في حق كل منهما علي خلاف النحو المرغوب فيه الذي أقدم عليه.

ومنه يظهر اندفاع ما ذكره بعض الأعظم (قدس سره) من عدم دخول الفرز وعدم الإشاعة في مال البائع تحت الالتزام العقدي. وجه الاندفاع: أنه يكفي في ثبوت الخيار لهما معاً التزامهما معاً بكون المبيع مفروزاً غير مشاع. غايته أن المشتري يلتزم بذلك ويرغب فيه لأن الإشاعة عيب فيما ينتقل له، والبائع يلتزم بذلك ويرغب فيه لأن إشاعة المبيع تستلزم العيب فيما يبقى له. وهو ليس فارقاً.

ومن ثم يتعين البناء علي ثبوت الخيار للبائع أيضاً، كما صرح بذلك في الوسيلة فيمن باع ثوباً أو أرضاً علي ذرع خاص فبان أكثر.

نعم لا بد من جهل البائع كالمشتري بالحال، أما مع علمه به، فيكون قد أقدم بنفسه علي بيع المشاع الذي يستلزم العيب في ملكه، فلا موضوع للخيار في حقه، كما هو ظاهر. والظاهر خروجه عن محل الكلام.

هذا ولو قيل بأن المتخلف في المقام هو وصف المبيع لأجزؤه، وأنه لا بد إما من الرضا بالبيع في تمام المبيع والتمن أو الفسخ كذلك من دون أن تتبعض الصفقة فالظاهر ثبوت الخيار للبائع مع الزيادة كما يثبت للمشتري مع النقيصة، لتخلف وصف المبيع الذي وقع عليه البيع في حق كل منهما.

(1) ظاهره التوقف في وجوب ذلك، بل قرب في نهج الفقاهة عدمه، وهو لا يناسب ما تقدم منه في المسألة الثانية من عد المساحة من وجوه التقدير التي يجب العلم بها.

وكيف كان فقد صرح في الشرايع والقواعد والدروس بكفاية المشاهدة في

بيع الثوب والأرض وإن لم يذرعا. ونحوه في المختلف في الثوب، وحكاه عن ابن إدريس، بل نسبه للمشهور. وعن التحرير جواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها. وفي المبسوط أن بيع الثوب المشاهد صحيح بلا خلاف، وفي التذكرة: (لوبياع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب والدار والغنم بالإجماع).

وعن أبي الصلاح اعتبار الذرع في المذروع. ويناسبه ما في المبسوط والخلاف من لزوم العلم بمعرفة مقدار الثمن في السلم بالذرع في المذروع.

هذا ويظهر من الجواهر حمل كلام من جوز علي فرض تعارف بيعه بالمشاهدة، ولو مع تعارف بيعه بالذراع أيضاً. وحينئذ قد يوجه ارتفاع الجهالة معه بالمشاهدة، لأن معرفة ماليتها كل شيء بالنحو الذي يتعارف به، فإذا كانت تعرف بالوجهين اجتزئ بكل منهما في المعرفة المعتبرة في البيع.

لكن لا- قرينة علي حمل كلامهم علي خصوص ذلك. كما لا ملزم به بعدما سبق من اختصاص الدليل علي وجوب التقدير بالمكيل والموزون، فيكون المرجع في غيرهما عمومات النفوذ. وإلي هذا يرجع استدلال غير واحد علي الجواز.

لكن قال كاشف الغطاء في شرحه علي القواعد: (والحق أن قاعدة الغرر مثبتة لا يسوغ هدمها إلا بأقوي منها، وأني لنا بذلك؟! فيدور الحكم مدارها، فما كان من الثياب مخيطةً يطلب وضعه لا ذرعه ومن الأرض يطلب فسحته لا ذرعه، ومن البهائم تطلب هيئة اجتماعها لا عددها، لا يتوقف بيعه علي ذرع أو عد. وما بني علي المدافاة فلا بد من ذلك منه).

وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم. والاعتماد في عددها علي ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة) ونحوهما في الجملة كلام غيرهما.

ويظهر ضعف ذلك مما سبق في أوائل المسألة الأولى من عدم نهوض عموم النهي عن بيع الغرر بالاستدلال.

(1) ظاهرهم المفروغية عن وجوب المشاهدة. وربما ذكروا قيام الوصف والرؤية السابقة مقامها، علي ما يأتي في نظيره في المسألة السابعة.

وكيف كان فقد يستدل علي وجوب المشاهدة أو ما يقوم مقامها مضافاً إلي حديث النهي عن بيع الغرر بمعتبر عبد الأعلى بن أعين قال: (نُبت عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه كره شراء ما لم تره) (1) ومعتبره الآخر: (نُبت عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه كره بيعين: اطرح وخذ علي غير تقليب، وشراء ما لم تر) (2). وروي نحوه بطريق معتبر عن محمد بن سنان عنه (3) (عليه السلام).

لكن تكرر منا عدم نهوض حديث النهي عن بيع الغرر بالاستدلال.

وأما النصوص المتقدمة فهي: أولاً: مراسيل. أما حديث محمد بن سنان فظاهر، لأنه لم يدرك أبا جعفر (عليه السلام) الذي يراد به الإمام الباقر (عليه السلام) في هذه الروايات. والظاهر أنه عين حديث عبد الأعلى الثاني، لأن محمد بن سنان في طريقه. وأما حديثا عبد الأعلى فلظهورهما في عدم سماعه ذلك من الإمام (عليه السلام)، وأنه بلغه عنه من غيره من دون تعيين منه له.

ثانياً: لا ظهور لهما في الحرمة، لأن الكراهة وإن كانت قد تستعمل في الحرمة، بل قد يكون ذلك هو الأصل فيها، إلا أن ذلك يختص بما إذا أطلقت، كما إذا قيل: (يكراه كذا) أو: (ذلك مكروه). وأما إذا أسندت إلي شخص الإمام فلا ظهور لها في ذلك. بل قد تكون ظاهرة في الكراهة المصطلحة حيث قد يشعر نسبة الكراهة لشخصه (عليه السلام) في عدم الكراهة المطلقة، وإلا كان الأولي بيانها، لأنه أدعي للعمل لو كان لازماً. هذا مضافاً إلي صحيح جميل: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة، وقد

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 25 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 18 من أبواب الخيار حديث: 1.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 14 وباب: 25 منها حديث: 3.

(مسألة 5): إذا اختلفت البلدان في تقدير شيء بأن كان موزوناً في بلد ومعدوداً في آخر ومكياً في ثالث فالظاهر أن المدار في التقدير اللازم العلم به في بلد المعاملة (1).

كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلي الضيعة، فقلبها [ففتشها. فقيه] ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله. فقال أبو عبد الله (عليه السلام): إنه لو قلب منها أو نظر [لو قلبها ونظر منها. فقيه] إلي تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة [و. يب] لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية (1). وهو كالصريح في صحة البيع مع عدم الرؤية. غاية الأمر ثبوت خيار الرؤية، فيرفع به اليد عن النصوص السابقة لو فرض ظهورها في بطلان بيع ما لم ير، ويكون قرينة علي حملها علي الكراهة.

لكن حيث كان المعروف بينهم بطلان بيع المجهول خصوصاً خيار الرؤية بما إذا لم يقع البيع عن جهالة، وصرح بعضهم بتنزيل الصحيح علي ذلك. قال شيخنا الأعظم (قدس سره) بعد أن ذكر الرواية دليلاً لخيار الرؤية: (لا بد من حملها علي صورة يصح معها بيع الضيعة، إما بوصف القطعة غير المرئية أو بدلالة ما رآه منها علي ما لم يره). لكنه لا ملزم بذلك، بل لا مجال له بعد إطلاق الصحيح. ويأتي عند الكلام في خيار الرؤية إن شاء الله تعالي ما ينفع في المقام.

(1) قال في المبسوط في مبحث الربا: (المماثلة شرط في الربا، وإنما يعتبر المماثلة بعرف العادة في الحجاز علي عهد رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم)، فإن كانت العادة فيه الكيل لم يجز إلا كيلاً في سائر البلاد، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز فيه إلا وزناً في سائر البلاد. والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة. هذا كله لا خلاف فيه. فإن كان مما لا يعرف عادته في عهد النبي (صلي الله عليه وآله وسلم) حمل علي عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء. فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما كان العرف فيه وزناً

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 15 من أبواب الخيار حديث: 1.

يباع إلا وزناً). ونحوه في المهذب. وفي المختلف أنه الأقرب. ونحوه في الجملة في الشرايع والتذكرة والدروس في المبحث المذكور، وفي الحدائق وظاهر مجمع البرهان نسبه للأصحاب.

وكأنه يبتني علي حمل ما تضمن أحكام الكيل والوزن، علي المكيل والموزون في زمان النبي (صلي الله عليه وآله وسلّم) والعرف الذي عاش فيه.

لكنه لو تم لزم الاحتياط فيما تردد الأمر بينهما في زمانه (صلي الله عليه وآله وسلّم)، فيجب فيما نحن فيه الجمع بينهما في المعاملة الواحدة بناء علي عدم جواز بيع المكيل وزناً، وإلا كفي الوزن.

كما أن مقتضاه، عدم جريان حكم الكيل والوزن فيما ثبت عدم الالتزام بأحدهما في زمانه (صلي الله عليه وآله وسلّم) ولو لعدم الابتلاء به، حتي لو كان من المكيل أو الموزون في بقية البلدان أو في العصور المتأخرة عنه (صلي الله عليه وآله وسلّم)، لخروجه عن موضوع الأدلة. بل حتي لو شك في ذلك، لأصالة عدم أحدهما، حيث يحرز بها خروجه عن موضوعها.

علي أنه غير تام، لأن مقتضي الإطلاقات المقامية للأدلة الرجوع للعرف الذي يقع البيع فيه، الذي هو يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، ولا خصوصية للعرف الذي عاشه النبي (صلي الله عليه وآله وسلّم).

ولاسيما بملاحظة ما أشرنا إليه آنفاً عند الكلام في عدم جواز التقدير بغير ما يتعارف التقدير به من قضاء المناسبات الارتكازية بأن اعتبار التقدير بالكيل والوزن من أجل معرفة مالية المقدر، لظهور أن تحديد مقدار المالية عند المعاملة تابع للعرف الذي تجري المعاملة فيه، ولا أثر فيه للأعراف الأخرى.

وأما ما عن جماعة في توجيه ما تقدم من الأصحاب من أن اللازم حمل اللفظ علي المتعارف عند الشارع، ومع عدم التعارف عنده فالمتعين الرجوع للعرف العام.

ففيه: أن ذلك إنما يتم في الجملة في تحديد المفاهيم ومعاني الألفاظ، حيث يتعين

حمل كلامه (صلي الله عليه وآله وسلّم) وكلام الأئمة (عليهم السلام) مع وجود الحقيقة الشرعية عليها، ومع عدمها علي الحقيقة العرفية القائمة في عصر المتكلم وإن خالفت الحقيقة العرفية القائمة في عصره (صلي الله عليه وآله وسلّم) أو العصور المتأخرة. ولا يحمل علي الحقيقة المتأخرة عن عصورهم (صلوات الله عليهم)، إلا مع احتمال مطابقتها للحقيقة العرفية القائمة في عصر المتكلم، لأصالة تشابه الأزمان وعدم النقل. أما مع العلم بمخالفتها للحقيقة العرفية القائمة في عصر المتكلم فلا يحمل عليها، بل يتعين مع عدم عرفة الحقيقة العرفية القائمة في عصر المتكلم التوقف والبناء علي إجمال الكلام، والرجوع للأصل في المسألة.

أما في معايير تطبيق المفهوم وتشخيص أفراده فلا يراعي عرف الشارع، بل مقتضي الإطلاقات المقامية الرجوع إلي عرف المكلف حين العمل بالحكم الشرعي، كما لو ورد الحث علي إكرام الجار، وتبجيل العالم، والتجمل للناس، واختلفت الأعراف في مظاهر الإكرام والتبجيل والتجمل، كما ذكر ذلك في الجملة في الجواهر وغيره.

ومثل ذلك ما قد يدعي من الإجماع علي أن المكيل والموزون في عصر النبي (صلي الله عليه وآله وسلّم) لا يباع جزافاً.

لاندفاعه بعدم وضوح قيام إجماع تعبدي علي ذلك ينهض بالخروج عما تقتضيه القواعد.

أولاً: لأنه قد أطلق غير واحد من الأصحاب أولهم فيما عثرت عليه الصدوق في المقنع اعتبار الكيل والوزن في موضوع الربا من دون إشارة لهذا التفصيل، حيث يظهر من إطلاقهم الرجوع للعرف مطلقاً. بل تعرض جملة منهم كالمفيد في المقنعة والشيخ نفسه في النهاية وسلاار وابن إدريس لحكم اختلاف البلدان من دون أن يشيروا لذلك.

وثانياً: لقرب اعتمادهم من ذهب إلي ذلك إلي بعض الوجوه الاجتهادية، نظير ما أشرنا إليه، بل هو المصرح به في كلام بعضهم، من دون أن يكون ذلك منهم لتعبد خاص مخرج عن مقتضي القاعدة.

(مسألة 6): قد يؤخذ الوزن شرطاً (1) في المكييل أو المعدود، أو الكيل شرطاً في الموزون (2). مثل أن يبيعه عشرة أمان من الدبس بشرط أن يكون كيلها صاعاً، فيتبين أن كيلها أكثر من ذلك لرقّة الدبس، أو يبيعه عشرة أذرع من قماش (3) بشرط أن يكون وزنها ألف مثقال، فيتبين

ومن هنا لا مخرج عما تقتضيه القاعدة من أن المدار علي التقدير المعتمد في بلد المعاملة، لما أشرنا إليه آنفاً من الإطلاقات المقامية.

وبذلك يظهر الحال فيما لو اختلفت البلدان في أصل التقدير للجنس، فكان يباع في بعضها جزافاً، وفي آخر مقدراً بعض الوجوه، حيث يتعين الرجوع في كل بلد لما يتعارف فيه أيضاً. نظير ما تقدم في المسألة الثانية من اختلاف حالات الجنس الواحد ولو في البلد الواحد.

نعم أشرنا عند الكلام في جواز تقدير الشيء بغير ما يتعارف التقدير به إلي أن المناسبات الارتكازية قاضية بأن اعتبار التقدير بالكيل والوزن إنما هو من أجل معرفة مقدار مالية المقدر، فإذا فرض معرفته بالتقدير غير المتعارف تعين الاكتفاء به. وبذلك يتعين جواز التقدير بغير ما يتعارف التقدير به في البلد بين غير أهل البلد ممن يتعارف في بلدهم التقدير به. فلاحظ.

(1) المراد بالشرط الوصف الذي تبني عليه المعاملة، لا الشرط الحقيقي الراجع لاستحقاق شيء للمشروط عليه، والذي يأتي الكلام فيه في أحكام الشروط إن شاء الله تعالى.

(2) ويجري ذلك حتي في المبيع جزافاً، كما لو اشترى صبرة من الطعام جزافاً، واشترط أن يزن المدّ منه رطلاً من أجل تحديد مقدار رطوبته أو جفافه.

(3) هذا ليس من المعدود، بل مما يتحدد بالمساحة. وإنما المعدود هو الصنف ذو الأفراد المتماثلة في المالية كالبيض والجوز، وما تنتجه المعامل الحديثة من ذوات

أن وزنها تسعمائة، لعدم إحكام النسج، أو يبيعه عشرة أذرع من الكتان بشرط أن يكون وزنه مائة مثقال، فيتبين أن وزنه مائتا مثقال لغلظة خيوطه،

ونحو ذلك مما كان التقدير فيه صفة كمال للمبيع لا مقوماً له (1). والحكم أنه مع التخلف بالزيادة أو النقيصة يكون الخيار للمشتري لتخلف الوصف (2)، فإن أمضى العقد (3) كان عليه تمام الثمن (4)، والزيادة للمشتري علي كل حال (5).

الماركات الخاصة، كالجوراب والألبسة الداخلية. والأمر سهل.

(1) تقدم في المسألة الرابعة أن الوزن والكيل في الموزون والمكيل ليسا مقومين للمبيع أيضاً، وإنما يؤخذان فيه لتحديد نسبة الثمن للمثمن ولذا لا يبطل البيع بتخلفهما، بل مع النقيصة تتبعض الصفقة، ومع الزيادة يخرج الزائد عن المبيع. أما في المقام فهما غير مأخوذين فيه بلحاظ ذلك، بل هما صفتان كماليتان فيه، ككتابة العبد وصفاء اللون.

(2) هذا إذا رجع أخذ المقدار إلي التحديد به في طرفي الزيادة والنقيصة معاً. أما إذا رجع إلي التحديد به من أحد الطرفين فلا خيار بتخلفه من الطرف الآخر.

(3) يكفي عدم إعمال الخيار، لصحة العقد في نفسه، فما لم يعمل المشتري الخيار ويفسخ ولو لجهله بتخلف الشرط يتعين ترتب أثره. ولعل ذلك مراده (قدس سره).

(4) لأن الشرط والوصف وإن كانا داعيين لزيادة الثمن، إلا أنهما ليسا مقابلين بجزء منه. وربما يأتي بعض الكلام في ذلك في خيار الرؤية وأحكام الشروط.

(5) كان الأولي أن يقول: وللمشتري المبيع بتمامه علي كل حال. يعني: سواء زاد أم نقص، لفرض مقابلة الثمن بالمبيع جملة بجملة من دون أن يتوزع علي أجزاء المقدار المأخوذ في المعاملة.

(مسألة 7): يشترط معرفة جنس العوضين وصفاتهما التي تختلف القيمة باختلافهما (1)، كالألوان والطعوم والجودة والرداءة والرقعة والغلظة

ثم إن الشرط أو الوصف المذكور ونحوه كما يمكن أن يبتني عليه التزام المشتري وحده بالمعاملة يمكن أن يبتني عليه التزام البائع وحده به، ويمكن أن يبتني عليه التزامهما معاً، وعلي الأول يثبت بتخلفه الخيار للمشتري فقط، وهو مفروض كلام سيدنا المصنف (قدس سره)، وعلي الثاني يثبت بتخلفه الخيار للبائع فقط، وعلي الثالث يثبت بتخلفه الخيار لهما معاً. وملاك الكلام في الجميع واحد.

(1) قد اختلفت كلمات الأصحاب في هذه المسألة كثيراً، فقد صرح بشرطية الاختبار في صحة البيع في المراسم والوسيلة، وحكي عن أبي الصلاح. وقال في المقنعة: (وكل شيء من المطعومات والمشمومات وما يمكن الإنسان اختباره من غير أفساد له كالأدهان المستخبرة بالشم، وصنوف الطيب والحلواء المذوقة فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار له، فإن ابتاع من غير اختبار كان البيع باطلاً، والمتبايعان فيه بالخيار)، ونحوه في النهاية، إلا أنه قال: (والمتبايعان فيه بالخيار، فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس) وكذا عن ابن البراج، إلا أنه ذكر الخيار للمشتري لا غير. وقد جعل ذكرهم للخيار قرينة علي أن مرادهم من البطلان جواز البيع وعدم لزومه، لا عدم انعقاده.

وقرب عدم اشتراط الاختبار وصحة البيع مع الجهل بحال المبيع من هذه الجهات في الشرايع والنافع وكشف الرموز والقواعد والمختلف والدروس والتنقيح وغيرها. ونسبه للمتأخرين في التنقيح، وفي جامع المقاصد أنه المشهور بين الأصحاب، وفي الرياض: (وعليه الأكثر، بل لعله عليه عامة من تأخر). وظاهرهم بل صريحهم لزوم البيع إلا أن يظهر معيياً، فيثبت خيار العيب بشروطه.

وقد استفاد من ذلك أن مرادهم بالصفات التي يقع الكلام في وجوب التعرف عليها هي الصفات التي يتوقف عليها سلامة المبيع والتي يكون فقدها عيباً فيه، دون غيرها مما له دخل في زيادة القيمة، فضلاً عن غيرها مما تختلف فيه الرغبات. كما هو

والثقل والخفة ونحو ذلك مما يوجب اختلاف القيمة. أما ما لا يوجب اختلاف القيمة منها فلا تجب معرفته (1) وإن كان مرغوباً عند قوم وغير

أيضاً مقتضى المقابلة في كلماتهم بين ما يفسده الاختبار وغيره، حيث أجمعوا علي عدم وجوب الاختبار في الأول، وأن الخيار فيه يدور مدار العيب وعدمه، حيث يناسب ذلك كون الفحص الذي هو محل الكلام فيما لا يفسده الاختبار هو الفحص عما يكون تخلفه عيباً.

نعم هو لا يناسب إطلاق من أوجب الفحص، خصوصاً بعد أن كان دليلاً تجنب الغرر، لوضوح أن مرادهم بالغرر يعم كل ما يتعلق بمقدار المالية، لا خصوص ما يتعلق بالعيب.

وكيف كان فحيث سبق عدم نهوض النهي عن بيع الغرر بالاستدلال في أمثال المقام فالمتعين البناء علي عدم وجوب الاختبار، عملاً بعموم أدلة النفوذ. بل من القريب قيام السيرة علي عدم الالتزام بذلك، لما في الالتزام من تكلف ظاهر، ولأن من الشايح التعرف علي حال الشيء وصفاته بشراء كمية قليلة منه للاختيار والتجربة.

نعم قد يستدل علي وجوب الاختبار بخبر محمد بن الفيض: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري)(1).

لكن لو غرض النظر عن سنده فمن القريب كون السؤال فيه عن جواز الذوق لتوهم حرمة لكونه تصرفاً في مال الغير قبل شرائه أو لكون عدم منع المالك منه للإحراج أو نحوه، فلا يدل الجواب علي الوجوب، بل علي مجرد الترخيص دفعاً للتوهم المذكور. ولا أقل من احتمال ذلك بنحو يرجع إلي إجماله من هذه الجهة.

(1) كأنه لحملهم دليل النهي عن الغرر علي الغرر بلحاظ المالية، دون الغرر

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 25 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

ص: 64

مرغوب عند آخرين. والمعرفة إما بالمشاهدة (1)، أو بتوصيف البائع (2)،

بلحاظ الدواعي والرغبات. ولم يتضح منشؤه. ولا سيما أن الثاني قد يكون أهم بلحاظ حال شخص المشتري، بل قد يؤدي إلي الضرر المالي، حيث قد يضطر إلي عدم الانتفاع بما لا يلائمه حتي يكون بحكم التالف عليه، أو إلي بيعه بأقل من ثمنه الذي اشتراه به.

(1) المراد بالمشاهدة هنا تعرف المتبايعين بأنفسهما علي الخصوصية بالوجه المناسب لها، من نظر أو شم أو ذوق أو لمس أو غيرها. والاجتزاء بها متيقن من كلماتهم.

(2) كما ذكره غير واحد هنا، ويظهر مما ذكره من أن مورد خيار الرؤية بيع ما يكتفي عند البيع بوصفه من دون أن يري. نعم هو لا يناسب بعض كلماتهم السابقة. كما أن ابن إدريس خصه، بما إذا لم يكن المبيع حاضراً، أما مع حضوره فلا بد من اختياره.

وكيف كان فقد وجهه غير واحد بأنه يكفي في رفع الغرر بناء علي كونه الدليل في المسألة بالتقريب المتقدم. وكأنه لا ابتناء البيع علي كون المبيع بالوصف الخاص، لا مردد الحال. وبذلك يختلف وصف البائع عن وصف غيره، حيث لا يبتني البيع معه علي الوصف.

لكن ذلك وحده لا يكفي في رفع الغرر بالتقريب المذكور إذا لم يكن التوصيف موجباً للعلم بحصول الصفة المطلوبة.

نعم قد يقال: إن ثبوت الخيار بتخلف الوصف حينئذ يكفي في رفع الغرر، لإمكان تدارك الأمر بالفسخ.

وفيه: أنه كما يمكن تدارك الأمر بالخيار مع الوصف يمكن تدارك الأمر به مع اشتراطه مطلقاً، أو بتخلف الوصف، لكن من دون تعهد من البائع بالوصف، كما لو

باعه ما ففهل حاله من فففة الففوة والرءاءة من ءون أن فوصف بالففوة مع اشفراف الففار لو لم فكن ففءاف. وظاهر كلفما القائلفن باشراف العلم بفال المففف ءءم كفاففة ءلك فف صفة الففف. وءلك فكشف عن أن فطففق الفرر عنءهم بلحافظ نفس الففف ومضمونف، لا بلحافظ ما ففرتب علفف من ففار أورنوف.

مضافاف إلف أن فءارك الأمر بالففار لا ففم ففما لو اشفرط سقوق ففار الرؤفة، بناء على نفوذ الشرط المذكور، على ما فآف الكلام فف فف محله إن شاء الله فعالى.

(1) أما مع اعفراف ءءم الففر ولو للففلة عن الحال فظاهر، بل هو المءءف على فف الفملاة الإجماع فف ظاهر الفءكرة وعن ففرها. لءءم الفرر الءف هو ءلفهم فف المقام.

وأما مع اءمئاله فهو المصرح به فف المبسوط والءلاف والشراف والفءكرة والقواعد وففرها. وقد اسفءل على ففر ففء بالأسفصحاب، الرافع لأصالة ءءم ففر الشفف عما كان على ففر ففر رؤففه.

لكن من الظاهر أنه لفس أصلاف شرعفاً بعء أن لم فكن الحال السابق مأفوذاف شرعاف فف صفة الففف، وإنما المأفوذ فف عنءهم ءءم الفرر والءفر.

ومن ثم لا- فنفع إلا فف مورء ءءم ففر المفف عما كان على عادة، فف لا فبعء بناء العقلاء على ءءم الاعفناء باءمئال الففر، بفف لا فكون الإقام معه برفاء بفاء الحال السابق ففررفاف بنظرهم. أما فف ففر ءلك فلا- ففر البفف معه عن كونه فررفاف. ومفرء فبوت الففار بالفلف لا فنفع فف رفف الفرر عنءهم، كما فظهر مما سبق عنء الكلام فف الوصف.

هءا وقد فءءف ءءم وحب الفحص عن الصفة الفف فكون المفف بفلفها فالفاً عرفاف، كموت الشاة وفساء اللبن، أور معففاً كمرض فف الففوان وففرق الفب،

(مسألة 8): يشترط أن يكون كل واحد من العوضين ملكاً مثل أكثر البيوع الواقعة بين الناس أو ما هو بمنزلة (1)، لاختصاصه بجهة

لا لعدم وجوب العلم بها، بل لكون أصالة السلامة من الأصول المعول عليها عند العقلاء، وهي تقتضي إحراز الصفة المشكوكة بنحو يقوم مقام العلم.

لكن عدم صدق الغرر بذلك إنما يكون مع الغفلة عن عدم حصول الصفة المذكورة، لارتكاز أصالة السلامة، أو كان تخلفها بعيداً عادة، أما مع احتمالها بوجه معتد به فالغرر حاصل قطعاً. وأما بطلان البيع بتخلف القسم الأول، وثبوت الخيار فيه بتخلف القسم الثاني فهو لا يكفي في منع صدق الغرر، كما يظهر مما سبق عند الكلام في وصف البائع.

هذا كله بناء على تحكيم النهي عن بيع الغرر في المقام، أما بناء على ما ذكرنا من عدم نهوضه بالاستدلال فلا ملزم بشيء مما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) وذكره في المقام.

(1) قد يقرب ذلك بأن البيع لما كان من المعاوضات المبتنية على سد العوض مسد العوض وتدارك خسارته به فلا بد من كون المبيع مختصاً بجهة يلحقها النقص بفقده، سواء كانت الجهة مالكة له، كما في بيع الإنسان لملكه، أم كانت تلك الجهة عنواناً يختص بها المبيع من دون أن يكون مملوكاً لأحد، كما في بيع المال الزكوي وبقية الصدقات والمال الموصى به ومال الوقف ونحوها. لعدم الفرق بينهما في صدق المعاوضة المقومة للبيع.

لكن من الظاهر أن كل شيء له عنوان يختص به حتى الحر والمباحات الأصلية، فكما أن الوقف مثلاً يختص بالجهة الموقوف عليها، كذلك الحر معنون بعنوان خاص، فيمكن فرض بيعه وقيام الثمن مقامه في كونه غير مملوك لأحد. كما أن المباحات الأصلية على حال خاص، فيمكن فرض بيعها وقيام الثمن مقامها في ذلك.

من الجهات (1)، مثل بيع ولي الزكاة بعض أعيان الزكاة وشراء العلف لها. وعليه فلا يجوز بيع ما ليس كذلك، مثل بيع السمك في الماء والطير في

علي أن التقريب المذكور إنما يجري في الثمن بناء علي لزوم خروجه ممن يصير المثلن له، ليكون المثلن ساداً مسده وعضاً عنه. أما بناء علي ما هو التحقيق من عدم لزوم ذلك كما تقدم منا عند الكلام في معني البيع فلا يجري فيه هذا التقريب، لعدم كون المبيع ساداً مسد الثمن، ليلزم واجدية الثمن لعنوان خاص به يقوم المبيع مقامه فيه.

فالعمدة في وجه ما ذكره (قدس سره) وذكره في المقام هو عدم السلطنة في غير الملك ونحوه من ذوات العناوين الخاصة التي يكون لها متول خاص أو عام. فعدم جواز بيع المباحات الأصلية مثلاً ليس لامتناع كونها موضوعاً للبيع ثمناً أو مثنناً، بل لعدم السلطنة عليها من عامة الناس، فلا ينفذ بيعهم لها. ومجرد سلطنتهم علي تملكها بالحيازة لا يقتضي سلطنتهم علي بيعها قبل ذلك.

ولو فرض قيام الولي العام ببيعها صح ونفذ بمقتضي ولايته. وكذا الحال في الحرّ، أو يلتزم بعدم جواز بيعه تعبداً، كالميتة.

ومن هنا كان اشتراط السلطنة والقدره علي التصرف الذي تقدم في الشرط الرابع من شروط المتعاقدين مغنياً عن هذا الشرط، وهو في الحقيقة من صغرياته.

(1) الظاهر عدم الإشكال بينهم في ذلك، كما يظهر بالنظر في كلماتهم، وبملاحظة عمل المشرعة في الصغريات المختلفة لذلك.

نعم أطلق في بعض كلماتهم اعتبار الملك، وفي الجواهر أن الإجماع بقسميه عليه. لكن الظاهر أن مرادهم بذلك ليس هو الحصر الحقيقي، بل في مقابل الحرّ والمباحات الأصلية. أو أنه مبني علي تكلف دعوي الملكية في جميع ذلك لله تعالى أو للمسلمين أو للفقراء أو غير ذلك، كما يظهر مما يأتي منهم في مال الوقف.

الهواء (1)، وشجر البيداء قبل أن يصطاد أو يحاز.

(مسألة 9): يشترط أن يكون كل من العوضين طلقاً (2). يعني: لا

(1) هذا فيما إذا أمكن تسليمها. أما إذا تعذر، أو لم تحرز القدرة عليه، فيبطل البيع من جهة أخرى، كما يظهر مما يأتي في المسألة الخامسة عشرة إن شاء الله تعالى.

(2) كذا عبر في الشرايع في شروط المبيع، وتبعه غير واحد. وقد ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أن مرجع الشرط المذكور إلي عدم وجود مانع شرعي من بيع المبيع.

لكن من الظاهر أن ذلك بنفسه ليس شرطاً شرعياً، بل هو منتزع من مانعية الموانع الشرعية من البيع في الموارد المختلفة. وبعبارة أخرى: الكبرى المذكورة ليست شرعية، بل هي منتزعة من كبريات شرعية تتضمن مانعية الموانع المذكورة.

وأما ما ذكره بعض الأعظم (قدس سره) من أن مرجع الشرط المذكور إلي اشتراط تمامية السلطنة زائداً علي الملكية. ففيه: أن امتناع البيع عبارة عن قصور السلطنة عنه، فلا معني لتفريع أحدهما علي الآخر. علي أن ذلك ليس مراداً لهم قطعاً، ولذا جعلوا الشرط المذكور في مقابل الشروط الأخرى.

نعم قد يراد بقصور السلطنة ما يرجع لنقص في سلطنة الشخص علي التصرف مع مشروعيته في نفسه. وذلك تارة: لعدم أهلية الشخص للتصرف. وأخرى: لمزاحمة سلطنته علي المبيع لسلطنة الآخرين، كما لو كان يبيعه مزاحماً لحق الغير. ومن الظاهر أن الأول يذكر في شروط المتعاقدين.

وحينئذ قد يدعي أن ما يبحث عنه هنا هو الثاني وهو مرجع عدم الطلقية في كلماتهم، ومنه عدم جواز بيع العين المرهونة لمنافاته لحق المرتهن. ويظهر من سيدنا المصنف (قدس سره) الجري علي ذلك.

لكن لا مجال لذلك في كلماتهم بعد ذكرهم من صغريات اشتراط الطلقية عدم جواز بيع أم الولد، مع وضوح أنه حكم شرعي، كعدم جواز بيع الميتة. وليس من

يكون موضوع حق لغير البائع، فلا يجوز بيع العين المرهونة (1).

أجل منافاته لحقها، ولذا ليس لها الإذن في البيع تنازلاً عن حقها. ولعله لذا جعل سيدنا المصنف (قدس سره) عدم جواز بيع أم الولد في مسألة مستقلة عن هذه المسألة التي موضوعها عدم الطلقة.

مضافاً إلي أن بعض الصغريات المذكورة في كلماتهم ليست مملوكة أصلاً، كالوقف، علي الظاهر الذي قربه سيدنا المصنف (قدس سره). ومن هنا لا معدل عما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره).

أما العلامة (قدس سره) فقد عبر في التذكرة والقواعد بتامة الملك. قال في التذكرة: (يشترط في الملك التامة، فلا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه). وهو بظاهرة شرط شرعي مستقل تنفرع عليه عدم صحة البيع في الموارد المذكورة في كلماتهم، نظير القدرة علي التسليم. وحينئذ يقع الكلام تارة: في دليله. وأخري: في صغرياته.

لكن لا حقيقة لما ذكره أصلاً، لعدم معهودية النقص في الملكية عرفاً. بل تقدم أن بعض الصغريات المذكورة في كلماتهم ليست مملوكة أصلاً، كالوقف.

ولذا حمل كاشف الغطاء في شرحه علي القواعد التامة علي تامة السلطنة قال: (إذ لا يعقل في أصل الملك الزيادة والنقصان). لكنه مخالف لظاهر القواعد، وما هو كالصريح مما تقدم من التذكرة.

نعم لا يبعد اختلاط نقص السلطنة بنقص الملكية علي العلامة (قدس سره).

كما قد يكون مراده من تامة الملكية عين مراد الآخرين من الطلقة. ويظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره أنهم فهموا منه ذلك. والأمر سهل.

(1) بلا- خلاف كما في الرياض، ويستفاد من جملة من كلماتهم المفروغية عنه، بل الظاهر الإجماع عليه. والعمدة فيه منافاته لحق المرتهن، لأن مقتضى عقد الرهن توثقه لدينه به، بحيث يمكن استيفاؤه منه، والبيع بطبعه مفوت لذلك.

ويؤيده النبوي: (الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف)(1). إما لعمومه للتصرف الاعتباري، أو لفهمه منه تبعاً، لإلغاء خصوصية التصرف الخارجي عرفاً. غاية الأمر أن ضعف سنده مانع من نهوضه بالاستدلال.

هذا وقد استشكل في ذلك بعض مشايخنا (قدس سره) بأنه لم يتضح قيام إجماع تعبدية في المقام ينهض بالاستدلال، لاحتمال استناد الأصحاب للوجه المذكور في المسألة. وأما منافاة البيع لحق الراهن فهي ممنوعة، حيث لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكاً للراهن، وقد صرحوا بجواز استعارة الشيء لرهنه. وحينئذ لا مانع من صحة بيع المرهون مع اشتراط فكّ الرهن، بل مع عدم اشتراط فكه، غاية الأمر أن للمشتري الفسخ، لكون المبيع معيباً. وأما النبوي فهو مع ضعفه منصرف للتصرف المنافي لحق الراهن.

وما ذكره (قدس سره) وإن كان متيناً في الجملة، إلا أن من الظاهر خروج البيع المذكور عن مفروض كلامهم، وأن كلامهم في البيع المتبني علي خروج العين المرهونة عن كونها رهناً، ولذا وقع الكلام بينهم في أنه مع إذن الراهن في البيع هل ينتقل حقه للثمن، فيكون رهناً، أو يسقط حقه بتحقيق البيع.

كما أن ما ذكره من أن البيع بشرط فكّ الرهن لا ينافي حق المرتهن، في محله جداً لو فكه، أو لم يفكه وفسخ المشتري، وإنما الإشكال فيما إذا لم يفكه ورضي المشتري، أو لم يشترط الفك ورضي المشتري، إما لعلمه بالرهن وإقدامه علي شرائه مرهوناً، أو جهله به ثم رضاه ببقائه مرهوناً بعد علمه.

فإنه أولاً: قد يبطل البيع لعدم العلم بسلامة المبيع للمشتري، علي ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى عند الكلام في اعتبار القدرة علي تسليم المبيع.

وثانياً: قد ينافي حق المرتهن، لأن الغرض من الرهن ليس مجرد استحقاق

(1) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 17 من أبواب کتاب الرهن حديث: 6. كما روي عن المختلف ج: 5 ص: 221.

نعم لو أذن الراهن (1)

استيفاء الدين شرعاً، بل التوثق لذلك بالنحو الذي أقدم عليه المرتهن، ولذا كثيراً ما يبتني الرهن علي حسب العين المرهونة عنده وعدم تصرف الراهن فيها تصرفاً قد يصعب معه استيفاء الدين منها وإن كان مستحقاً شرعاً. وحينئذ قد يكون تبدل مالك العين المرهونة مخالفاً لما أقدم عليه المرتهن ولو ارتكازاً من غير تصريح، حيث قد يكون ذلك سبباً لإحراجه أو صعوبة استيفاء دينه من العين أو نحو ذلك.

وبعبارة أخرى: التصرف الممنوع منه الراهن لم يثبت تحديده شرعاً، ولا سيما بعد ضعف النبوي، وإنما هو تابع لما أقدم عليه المتراهنان ولو ارتكازاً، وقد يكون تبدل المالك منافياً له، فيكون البيع منافياً لحق المرتهن.

وعلي كل حال محل كلامهم البيع المبتني علي سقوط حق المرتهن من العين، بحيث يستقل المشتري بها. فإن تمت منافاة البيع مطلقاً لحق المرتهن لما ذكرنا تعيين عدم نفوذه مطلقاً أو إذا لم يجز المرتهن علي ما يأتي الكلام فيه وإلا تعين عدم نفوذ خصوص البيع المبتني علي استقلال المشتري بالعين مطلقاً أو إذا لم يجز المرتهن. فلاحظ.

(1) الظاهر أن المراد إذن المرتهن، وهو الذي تكون العين المرهونة وثيقة لدينه، لأنه هو الذي يثبت حقه في العين المرهونة، ويكون بيعها منافياً لحقه في الجملة. أما الراهن فهو المالك لها غالباً، والبيع من غير إذنه راجع إلي فقد شرط الملك، لا فقد شرط الطلقة الذي هو محل الكلام.

هذا والظاهر عدم الإشكال في جواز البيع مع إذن المرتهن. ويظهر مما ذكره في بعض فروع الإذن في البيع المفروغية عنه. ويظهر وجهه مما سبق في وجه المنع، لظهور أنه إذا كان وجه المنع هو منافاته لحق المرتهن فله التنازل عن حقه، والإذن في الخروج عن مقتضاه، فيرتفع المانع من البيع.

غاية الأمر أن الإذن إن رجع إلي إسقاط حقه رأساً خرجت العين بالإذن عن

كونها مرهونة وإن لم يتحقق البيع. وإن رجع إلي الأذن في الخروج عن مقتضي الحق، من دون إسقاط له، لم تخرج عن كونها مرهونة قبل البيع.

وفي الثاني تارة: يرجع إلي التنازل عن حقه مع البيع رأساً، بحيث يسقط حق الرهانة. ولا إشكال في صحته، وترتب الأثر عليه. وهو المتيقن من كلماتهم.

وأخري: إلي التنازل عن حقه في شخص المبيع، مع انتقال حق الرهانة للثمن بدله. والظاهر صحته وترتب الأثر عليه أيضاً.

نعم في الجواهر: (ظاهر الأصحاب في المقام سقوط حق الرهانة، لعدم تعقل بقائها في المبيع حتي تقابل بالثمن... وإن كان فيه نوع تأمل). لكن لا تأمل في أنه متعقل. بل هو مقتضي الأصل، فإن رفع اليد عن حق الارتهان رأساً يحتاج إلي مؤنة، والأصل عدمه.

وثالثة: إلي عدم التنازل عن حقه حتي في شخص المبيع، بحيث يبقى مرهوناً وهو في ملك المشتري. والظاهر صحته وترتب الأثر عليه أيضاً.

لعدم المانع منه بعد إمكان كون العين المرهونة ملكاً لغير الراهن. وقد سبق الكلام في توقف صحة البيع بالنحو المذكور علي إذن المرتهن.

(1) قال في النهاية: (ومتي باع الرهن أو تصدق به أو وهبه أو آجره أو عارضه [عروضه. ظ] من غير علم المرتهن كان ذلك باطلاً... فإن أمضي المرتهن ما فعله الراهن كان ذلك جائزاً ماضياً...). وبذلك صرح غير واحد ممن تأخر عنه ونسبه شيخنا الأعظم (قدس سره) لجمهور المتأخرين. وقد يحمل عليه إطلاق من حكم بالبطالان من قدماء الأصحاب، كما في المقنعة والخلاف والمبسوط وعن غيرها. حيث قد يحمل علي البطلان في نفسه، فلا ينافي صحته بالإجازة.

وكيف كان فهو مقتضي عموم نفوذ العقود المستفاد من قوله تعالى: (أو فو

بالعقود(1) بالتقريب المتقدم عند الكلام في عقد الفضولي.

وحاصل تقريبه في المقام: أن المخاطب الوفاء بالعقد هو خصوص من يتعلق العقد به، لكون مضمونه منافياً لسلطنته علي نفسه أو ماله، أو منافياً لحقه، كما في المقام. غاية أن خطابه بالوفاء به لما كان متفرعاً علي نفوذ العقد ودالاً عليه فهو كما ينفذ في حقه ينفذ في حق غيره، لعدم قابلية النفوذ للتبعيض عقلاً ولا عرفاً.

وحينئذ فمن الظاهر أن الوفاء بالعقد فرع الالتزام به، نظير الوفاء بالوعد والنذر والعهد وغيرها، ومع عدم الالتزام به لا موضوع للوفاء. وكما يكون الالتزام به قبل وقوعه بالإذن فيه أو بالقيام به مباشرة يكون أيضاً بامضائه له وإجازته بعد وقوعه. وبذلك يدخل المرتهن بإجازته للعقد الواقع علي العين المرهونة في الخطاب بالوفاء في الآية الشريفة، فينفذ في حقه بعد أن لم يكن نافذاً بسبب منافاته لحق الرهانة.

مضافاً إلي ما في صحيح زرارة من تعليل صحة نكاح العبد بغير إذن سيده إذا أجازته سيده بقوله (عليه السلام): (إنه لم يعص الله، وإنما عصي سيده، فإذا أجازته فهو له جائز)(2). لظهوره في أن الخلل في العقد إذا كان لذاته، وللخروج به عما هو المشروع، لا يمكن تصحيحه. أما إذا كان للخروج به عن سلطنة من يعتبر أعمال سلطنته كالمرتهن في المقام أمكن تصحيحه بامضاء صاحب السلطنة له. وهو المطابق للمرتكزات العقلائية المؤيدة ببعض النصوص الخاصة في الموارد المتفرقة، علي ما فصلنا الكلام فيه في مبحث بيع الفضولي. فراجع.

هذا وقد خالف في ذلك المحقق التستري (قدس سره) في المقابس فذهب إلي بطلان البيع رأساً وعدم نفوذه بإجازة المرتهن، وأطال في بيان ذلك بما لا يسعنا تعقيبه، لظهور ضعفه. وما ينبغي التعرض له أمران يتعلقان بالاستدلال السابق:

الأول: أن بيع الفضولي يبطل رأساً إذا وقع علي وجه التعدي علي الأصيل،

(1) سورة المائدة الآية: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 14 باب: 24 من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: 1.

ص: 74

وإنما يصح بالإجازة إذا وقع علي وجه النيابة عن المالك، وذلك لا يجري في المقام لفرض أن الباع هو المالك، وهو الراهن، فلا معني لقصده النيابة عن المرتهن، بل هو واقع علي وجه التعدي عليه.

ويظهر اندفاعه مما سبق عند الكلام في بيع الفضولي من صحة بيع الفضولي بالإجازة وإن باع لنفسه، لاعتقاد كونه مالكا، أو تعدياً كالغاصب، عملاً بالعموم المتقدم.

الثاني: أن التعليل المتقدم في صحيح زرارة إنما يجري إذا كان الفضولي غير مالك، لأنه يكون قد عصي المالك بإيقاعه العقد علي ملكه، أما إذا كان مالكاً محجوراً عليه كالراهن في المقام فهو عاص لله تعالى بتصرفه، وليس هو عاصياً لغيره، كالمرتهن في المقام، لعدم كونه مالكاً.

وفيه: أن العصيان للمالك في مورد الصحيح إنما هو بلحاظ مخالفته لمقتضي سلطنته علي ماله ونظيره حاصل في المقام بالإضافة إلي المرتهن، لمخالفة البيع لمقتضي حقه في العين المرهونة.

والمراد بعصيان الله تعالى في الصحيح إنما هو بعدم شرعية العقد ذاتاً، كالتزويج في العدة كما صرح به في بعض النصوص (1) دون ما يعم قصور السلطنة، وإلا كان التزويج أو البيع بغير إذن المالك معصية لله سبحانه أيضاً. ومن هنا لا معدل عما تقتضيه الأدلة من نفوذ البيع بإجازة المرتهن، علي ما سبق توضيحه.

(1) قال في التذكرة: (ولو باع ولم يعلم المرتهن ففك لزم البيع). وحكي نحوه عن الإيضاح والشهيد في الحواشي، وقواه في جامع المقاصد وغيره. لارتفاع المانع. وتنظر فيه في القواعد.

(1) وسائل الشيعة ج: 14 باب: 24 من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: 2.

وكذا لا يجوز بيع الوقف (1) إلا في موارد:

والظاهر عدم لزوم البيع بذلك، ويبقى غير نافذ، لأنه نظير من باع فضولاً ثم ملك، الذي كان التحقيق فيه عدم نفوذ البيع، علي ما أوضحناه في ذيل الكلام في البيع المذكور من المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط المتعاقدين. فراجع.

نعم لو قلنا بعدم منافاة البيع للرهن، وأن المبيع يبقى مرهوناً ولا يستقل به المشتري، فيكون له الخيار لو لم يعلم بالرهن للعيب، لم يبعد سقوط خياره بالفك، إذا رضي بعدم الاستقلال بالمبيع إلي حين الفك، أو كانت المدة قصيرة، بحيث لا يعد عدم الاستقلال فيها عيباً عرفياً.

(1) قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (إجماعاً محققاً ومحكياً). وفي شرح القواعد لكاشف الغطاء أنه من الظهور بحد يعد من الضروريات. وقد استدل عليه مضافاً إلي ذلك بوجوه:

الأول: ما في الشرح المذكور وأقره سيدنا المصنف (قدس سره) - من أخذ الدوام في مفهوم الوقف. ويناسبه ما في الجواهر، حيث قال: (والذي يقوي في نظر [النظر. ظ] بعد إمعانه أن الوقف مادام وفقاً لا يجوز بيعه. بل لعل جواز بيعه مع كونه وفقاً من المتضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز البيع).

وحمله كما يظهر من سيدنا المصنف (قدس سره) - علي جواز البيع بمعني نفوذه، ليرجع إلي أن صحة البيع تستلزم بطلان الوقف، مما يباه سياق كلامه، لأن حديثه في مسوغات البيع، لا في آثاره. بل بطلان الوقف بالبيع من الوضوح والبداهة بحيث لا يحسن بيانه، مع أن مقتضى كلامه أنه أمر لا يخلو عن خفاء، وإنما يتضح بعد إمعان النظر.

هذا وقد ذكر سيدنا المصنف (قدس سره) أن أخذ التأييد في مفهوم الوقف لا ينافي جواز بيعه شرعاً وهو وقف قبل أن تبطل وقفته، لإمكان رفع الشارع الأقدس اليد

عن لزوم الوقف وحكمه بجواز إبطاله، فهو قبل إبطاله بالبيع وقف يتتني علي التأييد، إلا أنه غير لازم الوقفية مؤبداً، بل يجوز شرعاً إبطال وقفيته ببيعه.

وعلي ذلك جري الأصحاب في بعض موارد جواز بيع الوقف، حيث لا- إشكال بينهم في عدم بطلان الوقف بجواز بيعه فيها، كما تبه له شيخنا الأعظم (قدس سره).

لكن ذلك مستلزم لكون دليل جواز البيع منافياً لدليل نفوذ الوقف ومخصصاً له، لأنه إذا فرض أن مفاد الوقف التأييد فحيث كان نفوذ البيع مستلزماً لبطلان الوقف وعدم تأييده، فدليل نفوذ البيع يكون منافياً لدليل نفوذ الوقف ومخصصاً له في الحال المذكور. مع أنه لا تنافي بين الدليلين عرفاً، بل جواز البيع متفرع علي نفوذ الوقف، والنسبة بين دليليهما نظير النسبة بين دليل نفوذ النكاح ودليل جواز الطلاق.

مضافاً إلي أن أخذ التأييد في مفهوم الوقف بالنحو الذي يمنع من البيع لا يناسب جواز اشتراط الواقف البيع، كما يأتي في المسوغ الثالث لبيع الوقف إن شاء الله تعالى. لظهور أن الشرط لا ينفذ إذا كان منافياً لمضمون الأمر المشترط فيه.

ومن هنا يتعين البناء علي عدم أخذ الدوام في مفهوم الوقف، أو علي أن الدوم المأخوذ في مفهومه لا ينافي البيع. والظاهر الثاني. وتوضيح ذلك:

أن الوقف متقوم بانقطاع علاقة الواقف بالعين الموقوفة، بحيث تخرج عن ملكه ولا تعود إليه، في مقابل مثل التحبب، الذي تبقي معه العين في ملك المالك، ويكون حسبها بلحاظ منفعتها لا غير، ومثل بيع الشرط الذي تخرج فيه العين عن ملك البايع مع استحقاقه الرجوع بها بعد مدة.

ولذا لو بطل الوقف بخراب أو انتفاء الجهة الموقوف عليها أو غيرهما لا تعود العين الموقوفة إلي ملك الواقف، بل تبقي صدقة. كما أنه لا يشرع الوقف المنقطع، إلا أن يرجع للتحبب الذي تبقي فيه العين ملكاً للمحبس.

والذي يترتب علي ذلك هو عدم جواز بيعه بنحو يصير ثمنه للواقف، لانقطاع

علقته به، وعدم مشروعية اشتراط مثل البيع المذكور، ولمنافاته لمفاد الوقف. أما عدم جواز بيعه بالنحو المذكور، أو عدم جواز اشتراط ذلك فهو لا يترتب علي التأييد بالمعني المذكور.

الثاني: أن عدم مشروعية البيع من لوازم الوقف وخواصه، كما يستفاد من بعض النصوص، كصحيح ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: تصدق أمير المؤمنين (عليه السلام) بدار له في المدينة في بني زريق، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حي سوي، تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا- تباع ولا توهب حتي يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض. وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقرضوا فهي لذني الحاجة من المسلمين)(1). وقريب منه معتبر عجلان أبي صالح(2).

فقد استظهر شيخنا الأعظم (قدس سره) أن الوصف لنوع الصدقة وهو الوقف لا لشخصها، كشرط خارجي منه (عليه السلام)، وإلا كان المناسب تأخيرها عن ركن العقد، وهو الموقوف عليه.

ويشكل بأن ذلك وحده لا يكفي في تقريب الظهور. ولا سيما بعد أن لم يؤخذ الموقوف عليه جزءاً من جملة إنشاء الوقف، بل ذكر في جملة مسأفة. ولعله لذا أخرج عدم البيع عن بيان الموقوف عليه في صحيح أيوب بن عطية: (سمعت أبا عبد الله (عليه السلام)

يقول: قسم رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلّم) الفيء، فأصاب علياً (عليه السلام) أرض فاحترف فيها عيناً، فخرج منها ماء... فجاء البشير يبشره. فقال: بشر الوارث. بشر الوارث. هي صدقة بتأبتلا، في حجيج بيت الله وعابر سبيله، لا تباع ولا توهب ولا تورث. فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، ولا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً)(3). ونحوه في ذلك صحيح عبد الرحمن بن الحجاج في صدقة الإمام الكاظم (4)(عليه السلام).

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: 4، 3، 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: 4، 3، 2.

(3) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: 4، 3، 2.

(4) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 10 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: 5.

ومثله ما ذكره بعض الأعاظم (قدس سره) من أن جملة لا تباع ولا توهب في حديثي ربعي وعجلان صفة للمصدر الذي هو مفعول مطلق لبيان النوع، وهو صدقة. ومقتضي ذلك أن عدم البيع والهبة من خواص نوع هذه الصدقة، وهي الوقف.

إذ فيه: أن المراد بالمصدر المبين للنوع في كلام النحويين ما يعم الدال علي الخصوصية الشخصية، كقولنا: سرت سيراً متعباً. بل لعله مختص بذلك.

نعم لا يبعد إشعار الأحاديث المتقدمة بسبوق عدم البيع والهبة لبيان خاصة هذا النوع من الصدقة، لا شرطاً زائداً عليه من قبله (عليه السلام) في خصوص الفرد الخاص منها، لتعارف بيان الخصوصيات الفردية بصورة الشرط، وفي جملة مستأنفة.

لكن من القريب جداً سوقه بلحاظ طبيعة الوقف لتأكيد كونه محسباً وغير مملوك لأحد، ليجوز له بيعه وهبته حيث يكون الباع حينئذ غاصباً معتدياً، كما قد يناسبه قوله (عليه السلام) في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المشار إليه آنفاً: (لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعه، ولا يبتاعها، ولا يهبها، ولا ينحلها، ولا يغير شيئاً مما وصفت عليه، حتي يرث الله الأرض ومن عليها).

ولا أقل من كون ذلك مقتضي الجمع بينها وبين ما تضمن مشروعية ترخيص الواقف في نفسه بيع الوقف، علي ما أشرنا إليه آنفاً.

الثالث: إطلاق بعض النصوص الخاصة المتضمنة عدم جواز بيع الوقف كصحيح أبي علي بن راشد: (سألت أبا الحسن (عليه السلام) قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلي جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف. فقال: لا يجوز شراء الوقف [الوقف. يب]، ولا تدخل الغلة في مالك [ملكك]...)(1).

الرابع: أن مقتضي أدلة نفوذ الوقف لزوم العمل علي مقتضاه وعدم الخروج عنه بالبيع وغيره فيما إذا كان منافياً له.

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 10 من أبواب أحكام الوقف والصدقات حديث: 1.

ص: 79

(منها): أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به (1) مع بقاء عينه، كالحیوان المذبوح والجذع البالي والحصير المخرق.

نعم إذا لم يكن منافياً له تعين قصور هذا الوجه عنه، ولم يبق إطلاقاً إلا صحيح أبي علي بن راشد.

ثم إن مقتضى هذين الوجهين عدم الفرق بين أنواع الوقف من الخاص والعام، وعدم الفرق أيضاً بين البناء علي كون الوقف فيها أو في بعضها بيتي علي تمليك الموقوف عليهم وعدمه، غاية الأمر أنه مع ابتناء الوقف علي التمليك يكون المورد من صغريات شرطية الطلقة في الملك في جواز البيع، ومع عدمه يكون المورد من موارد المنع عن البيع بملاك آخر، ولا أثر لذلك عملاً. ومن ثم لا ينبغي إطالة الكلام في ذلك هنا. إلا أن بيتي عليه الاستدلال في بعض الفروع المتعلقة بالمقام، فيبحث عن ذلك حينئذ، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: في الجهة الموقوف عليها. وجواز بيعه حينئذ هو المصرح به في كلام جماعة. بل لعله المعروف بين الأصحاب. وقد يستدل عليه بوجوه:

الأول: أن ذلك مقتضى نفس الوقف، لأن تسبيل المنفعة بنحو التأييد وحتى يرث الله الأرض ومن عليها، مع ما هو معلوم من أن العين الموقوفة كثيراً ما تسقط عن الانتفاع بنفسها، كاشف عن سعة موضوع الوقف والتحبس بنحو يقتضي الانتقال للبدل والانتفاع به، وأن وقف العين إنما هو بلحاظ ماليتها التي يمكن حفظها بالتبديل.

وتعابيرهم في بيان ذلك وإن كانت لا تخلو عن اختلاف وإشكال، إلا أنه يمكن استيضاحه بملاحظة نظيره، وهو ما إذا دفع الأب لولده قدرأ من المال، وقال له: تعيش بهذا المال، فإن قلة المال بنحو لا تناسب كونه معاشاً له طول عمره قرينة علي أن المراد به اتخاذ رأس مال يتجر به ويعيش بربحه، فكذلك الحال في المقام.

ولا يخفي أن ذلك لو تم إنما ينهض بتصحيح البيع فيما إذا كان الوقف الخراب صالحاً لأن يستبدل به ما يمكن الانتفاع به في الجهة الموقوف عليها بنحو الاستمرار ولو بتكرار التبديل بمرور الزمن. أما إذا لم يصلح لذلك فالوجه المذكور يقصر عنه.

علي أن الوجه المذكور لا يخلو عن إشكال، لأن المراد بسعة موضوع الوقف والتحسيس بنحو يقتضي الانتقال للبدل إن كان هو إلغاء خصوصية شخص العين الموقوفة، وأن الانتفاع بالعين بلحاظ ماليتها، نظير مثال رأس المال المتقدم كما قد يظهر بدواً من تقرير درس بعض مشايخنا (قدس سره) - فهو خلاف المقطوع به من حقيقة الوقف، ولذا صرحوا بعدم جواز وقف النقود إذا لم تصلح للانتفاع بشخصها، بل بالتجار بها لا غير، كما صرحوا بأن البيع مخالف لمقتضي الوقف في الجملة ولو بإطلاقه. بل هو أوضح من أن يحتاج لذكر الشواهد.

وإن كان المراد بذلك انحلال الوقف إلي وقف العين بشخصها مع إمكان الانتفاع بها، ووقفها بلحاظ كونها مالاً صالحاً للتبديل عند تعذر الانتفاع بها كما يظهر من بعض المحققين (قدس سره) في حاشيته علي المكاسب، ومما حكاه عن شيخه المحقق الخراساني (قدس سره) في بعض كلماته فالظاهر أن الانحلال المذكور مغفول عنه نوعاً. ولو فرض التفات الواقف إليه فمن شأنه أن ينص عليه، وعلي بيان حال الوقف مع تعذر الانتفاع به الخراب ونحوه. وأما ابتناء الوقف علي الدوام فإنما هو بمعنى الدوام مادامت العين صالحة للانتفاع بها.

والتعبير بمثل: حتي يرث الله الأرض ومن عليها إنما يحسن فيما من شأنه البقاء، ولو للغفلة أو التغافل عن تقلبات الدنيا وتغير الأوضاع، كالأرض الزراعية والدار التي يفترض تعميرها أو ترميمها ولو من قبل الموقوف عليهم من أجل أن ينتفعوا بها، كما يناسب ذلك مثل قوله (عليه السلام): في صحيح ربي المتقدم: (صدقة لا تباع ولا توهب حتي يرث الله الأرض ومن عليها).

ولو فرض التعبير بذلك عما ليس من شأنه البقاء، بنحو يمكن الانتفاع به

بالوجه الذي يتضمنه الوقف، فلا بد كون المراد به الكناية عن مجرد الدوام بالمعني الذي ذكرنا. كيف والأعيان الموقوفة التي يمكن الانتفاع بها بالنحو المنصوص عليه في الوقف باستمرار ولو من طريق التبديل بحيث يستغني به عن الدعم من جهات خارجية كتبرع ونحوه أندر النادر، وغالب الأوقاف لا تصلح لذلك لنقص ماليتها بخرابها.

بل كثير منها يضمحل أو يتعطل حتى يفقد ماليته، أو يبقى القليل منها بحيث لا يعتد بمنفعته بدله، كالكنب والفرش والآلات المختلفة وكثير من أدوات البناء وغيرها وغيرها، فكيف يمكن مع ذلك أن يكون قصد الواقف ارتكازاً وبنحو العموم هو وقف العين بلحاظ ماليتها، لينتفع بديلها في الجهة الموقوفة عليها؟!.

هذا مضافاً إلي أن المصرح به فيما عن بعض مشايخنا (قدس سره) في التقرير المذكور أن الموضوع في هذه المسألة ليس هو الخراب، بل ما يترتب عليه، وهو تعذر الانتفاع في الجهة الموقوفة عليها، فمعه يجوز البيع ولو مع عدم الخراب، كالدار الموقوفة لسكني الموقوف عليهم إذا كانت في بلدة قد خربت وتركها أهلها، بحيث لا يمكن الانتفاع بالدار في السكن. ولعله عليه بيتي ما أفتي به من جواز البيع في الصورة الرابعة.

وحيث كما يمكن جعل دوام الانتفاع بالعين الموقوفة حتى يرث الله تعالى الأرض ومن عليها قرينة علي إلغاء خصوصية العين ولو بنحو تعدد المطلوب، فيجب بيع الدار في الفرض المتقدم لشراء داراً أخرى في بلدة عامرة بالسكن، كذلك يمكن جعلها قرينة علي إلغاء خصوصية المنفعة التي أوقفت العين بلحاظها، فلا يجوز بيع الدار في الفرض المتقدم، بل يجب تبديل منفعتها، فبدلاً من سكنها تكون مثلاً محلاً تجارياً أو مزرعة ينفق واردها لصالح الموقوف عليهم. بل لعل الثاني أقرب عرفاً.

وبالجملة: الوجه المذكور بيتي علي تكلف يقطع بعدم ابتناء الوقف عليه. ومن ثم كان الظاهر أن البيع في المقام وأمثاله ليس مقتضي نفس الوقف، ولا بد في تصحيحه من وجه آخر خارج عنه.

الثاني: ما ذكره الشيخ في الخلاف أن الدليل علي ذلك الأخبار المروية عن الأئمة (صلوات الله عليهم). لكن لم يتضح مراده من تلك الأخبار، حيث لم نعر علي ما يدل علي ذلك، ولا علي من استدل عليه بشيء منها.

الثالث: وهو العمدة في المقام. إن الوقف وإن تضمن حبس العين بنحو ينافيه البيع، إلا أنه حبس خاص بيتي علي الانتفاع بالعين في الجهة الخاصة، فمع سقوط العين عن ذلك لخرابها يرتفع موضوع الحبس الذي به قوام الوقف، وتبقي صدقة بمقتضي ما سبق عند الكلام في تقوم الوقف بالتأييد من ابتناء الوقف علي انقطاع علقه المالك بالعين، بحيث لا تعود إليه. ولا أقل من الشك في عودها إليه أو لورثته، فيستصحب عدم ملكهم لها.

وكيف كان فلا ينهض الوجه الرابع بالمنع من البيع حينئذ. كما أن النصوص المتقدمة في الوجه الثاني تقصر عنه، كما يظهر بالرجوع لما سبق عند الكلام فيها. فلم يبق إلا إطلاق صحيح أبي علي بن راشد وهو لا ينهض بالاستدلال أيضاً.

أولاً: لأن من القريب قصوره عن المنع حينئذ، لعدم وضوح صدق الوقف علي العين حينئذ بعد ما سبق من تقوم الوقف بالتحسيس المفروض ارتفاع موضوعه بالخراب، ولو فرض صدقه عرفاً إغفالاً لهذه النكتة، فمن القريب انصراف النهي فيه للبيع المنافي لمقتضي الوقفية، لأن موضوع النهي عن البيع في المقام حيث كان مناسباً للمنهى عنه ارتكازاً فمن القريب قصور النهي عن غير مورد الارتكاز، نظير ما ذكرناه في نصوص الوجه الثاني، وليس هو مثل النهي في موضوع تعبدية محض كالنهي عن بيع مثل الخمر والميتة.

وثانياً: لأنه مروى بوجهين: (الوقف) بالإفراد و (الوقوف) بالجمع. ويظهر من كتاب الوقوف من الوسائل طبعة الحروف الأولى أن الأول هو الوارد في التهذيب فقط والثاني هو الوارد في الكافي والفقيه والاستبصار، ولكن في الطبعة الحديثة لهذه الكتب قد ورد الثاني في التهذيب فقط، والأول قد ورد في الكتب الثلاثة الباقية.

وكيف كان فالحديث مروى بالوجهين، وذلك مانع من حجتيه في الإطلاق، لاحتمال صحة الرواية بالإفراد، ومعه يحتمل إرادة العهد من اللام، بأن يكون المراد عدم جواز بيع الوقف المسؤول عنه، المفروض كونه ضيعة عامرة ذات غلة، فعدم الاستفصال فيه لا تقتضي العموم للوقف الخراب الذي هو محل الكلام، ولا ينهض بالمنع عن بيعه.

ودعوي: أن مقتضى الاستصحاب عدم جواز بيعه. مدفوعة بأن المراد من عدم جواز البيع لما كان هو عدم جوازه وضعاً، الراجع لعدم نفوذه، فهو راجع إلي حكم تعلقي، وهو عدم نفوذه لو وقع، والتحقيق عدم جريان الاستصحاب التعلقي ذاتاً علي ما أوضحناه في الأصول. إلا أن يراد بالاستصحاب أصالة ترتب الأثر علي البيع وعدم نفوذه، لعدم إحراز السلطنة عليه، وهو أمر آخر يأتي الكلام فيه.

ومثلها دعوي: أن بيع الوقف حينئذ ينافي حق البطون اللاحقة فيه لاندفاعها بأن حقهم في العين إنما هو بلحاظ انتفاعهم بها، واستغلالهم لمنفعتهم، فمع فرض تعذر انتفاعهم بها بلحاظ خرابها لا موضوع لحقهم فيها، لينافيه البيع.

نعم بناء علي أن الوقف يرجع إلي تمليك العين للموقوف عليهم بجميع بطونهم علي نحو التعاقب، نظير ملك المسلمين لأرض الخراج، فقد يدعي أن ارتفاع موضوع التحسيس بالخراب لا- ينافي بقاء العين في ملكهم. ولا أقل من كونه مقتضى الاستصحاب، فيكون البيع منافياً لسلطنتهم علي ما لهم.

والولي المنصوب من قبل الواقف إنما يكون ولياً علي إيصال حقهم لهم، لا ولياً عليهم، بحيث له التصرف في مالهم بالبيع، خصوصاً إذا لم يكن صلاحاً للبطون اللاحقة. غاية الأمر أنه قد يتجه حينئذ بيع الإمام له، لأنه أولي بهم من أنفسهم. وهو خارج عن محل كلام الأصحاب (رضي الله عنهم).

لكن المبني المذكور في غير محله.

أولاً: لما هو الظاهر من وحدة مفاد الوقف في جميع أقسامه، مع أن الجهة

الموقوف عليها قد لا تقبل الملك، كالمساجد والمشاهد والحيوانات وبعض الأعمال الراجحة، كترويج الدين وطبع الكتب النافعة، وغير ذلك.

ودعوي: أن الوقف حينئذ علي المسلمين، كما في الشرايع والقواعد وغيرهما ممنوعة، لأن صيغة الوقف لا تناسب ذلك، ومجرد انتفاع المسلمين به لا يقتضيه، بل هو كانتفاع من ينزل من الباعة ومؤجري وسائل النقل بفناء المنازل الموقوفة علي عابري السبيل، الذي لا إشكال في عدم اقتضائه الوقف عليهم أو ملكهم لها.

بل قد لا ينتفع به المسلمون، كالوقف علي وسائل الدعوة للدين والدعاية له في وسط المجمعات الكافرة.

وثانياً: أن الوقف لو كان علي الإنسان فلا يتعقل فيه الملك إذا ابتني علي بذل المنفعة في العنوان بنحو التخيير بين أفراده، لعدم تعقل الملكية التخييرية.

كما لا يتعقل الملك بنحو التعاقب إلا مع استقلال كل بالملك في وقته، كما في التعاقب علي الملك بمثل البيع والميراث، ولا يتحقق ذلك في الوقف علي البطون، لأن كل بطن يستقل بملك العين بلحاظ استغلاله لتمام منفعتها، ولا يستقل به بلحاظ تعلق حق البطون اللاحقة بها.

ومن هنا يتعين البناء علي عدم ملك الموقوف عليهم للعين، بل هي صدقة محبسة عليهم بالنحو الخاص، غير مملوكة لهم، من دون فرق بين البطن الموجود والمعدوم.

والظاهر أن ذلك يجري في جميع الأموال العامة، كالزكاة ونماؤها، فإنها صدقة بنحو خاص من دون أن تكون محبسة ولا مملوكة، وأرض الخراج، فإنها مستحقة بنحو خاص من دون أن تكون مملوكة.

والتعبير عن أرض الخراج في النصوص بأنها للمسلمين لا يحمل علي الملك بالمعني المعهود الذي هو موضوع للسلطنة، بل الاختصاص بهم ولو بلحاظ كونهم مصرفاً لها، أو استحقاتهم لها بنحو خاص.

وبذلك يظهر ضعف ما في القواعد من أن الوقف إن كان علي معين فالأقرب أنه يملكه، وإن كان علي جهة عامة فالأقرب أن الملك لله تعالى.

وجه الضعف: ما أشرنا إليه من وحدة مفاد الوقف، وعدم تعقل ملك الإنسان بالنحو الذي يقتضيه الوقف. مضافاً إلي أن الله سبحانه هو المالك الحقيقي لكل شيء، والملكية الاعتبارية تابعة لجعل الواقف، وهي لا تتضمن تملك الله تعالى في الجميع.

ومجرد كون الجهة قريبة إنما تقتضي نسبة الوقف له تعالى في جميع أقسامه حتى الخاص منه، لأنه نحو من الصدقة التي هي من العبادات. لكن مرجع ذلك إلي كونه عز وجل غاية للواقف من إنشاء الوقف، لا كونه مالكاً للعين الموقوفة ملكية اعتبارية زائداً علي الملكية الحقيقية.

هذا مضافاً إلي أن بقاء الوقف الخراب معطلاً غير قابل لأن تنتفع به الجهة الموقوف عليها أو تستثمره مما يقطع عدم تعلق غرض الشارع الأقدس به، بحيث يستكشف جواز بيعه والانتفاع بثمنه في الجملة حتى لو فرض البناء علي كونه ملكاً للموقوف عليهم، فضلاً عما إذا لم يثبت ذلك أو ثبت عدمه، كما سبق.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لأصالة عدم ترتب الأثر، لما سبق من عدم إحراز السلطنة. لظهور أن ما سبق من العلم برضا الشارع الأقدس ببيعه راجع إلي إحراز السلطنة عليه في الجملة.

ثم إنه لا يفرق في ذلك بين الوقف الخاص والوقف العام عدا المساجد ونحوها، لما يأتي في المسألة العاشرة.

لكن منع كاشف الغطاء (قدس سره) في شرحه علي القواعد من بيع الوقف العام مطلقاً. قال: (فلا يصح بيع أرض الوقف العام، لعدم التمامية، بل لعدم أصل الملكية، لرجوعها إلي الله تعالى ودخولها في مشاعره، أمكن الانتفاع بها في الوجه الذي وضعت له أولاً. ومع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة توجب للزراعة ونحوها مع المحافظة علي الآداب اللازمة لها إن كانت مسجداً مثلاً، وإحكام السجلات، لئلا تغلب اليد،

فتقضي بالملك دون الوقف المؤبد. وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف، مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً...).

هذا وقد سبق منع اعتبار الملكية في البيع. كما أنه لم يتضح مراده برجوع الأوقاف العامة لله سبحانه وصيرورتها في مشاعره. فإن أراد بذلك ملكه تعالي لها فقد ظهر ضعفه ما سبق. وإن أراد احترامها باعتبار انتسابها له فهو لا يمنع من بيعها.

ولا مجال لقياسها بمواضع مناسك الحج ونحوها، لأن جعل تلك المواضع مورداً لأداء المناسك مستلزم للمنع من بيعها واختصاص بعض الناس بملكها، فكيف يقاس بها ما تعطل، وسقط عن الانتفاع المعد له؟! وإلا فما المسوغ لإجارتها، مع أن إجارة العين كبيعها من حيثية اعتبار السلطنة، لظهور تبعية المنفعة للعين.

علي أن الإجارة قد لا تيسر، أو تكون سبباً للخطر علي مالية العين، لعدم تيسر الضبط المانع من العدوان عليه والاختلاس له.

ومن جميع ما سبق يظهر أنه لا ينبغي الإشكال في جواز البيع مطلقاً.

نعم لا بد من تعذر عمارته، بحيث يلزم من عدم بيعه تعطيله. أما مع إمكان عمارته بالنحو الذي وقف عليه فاللازم عمارته وعدم جواز بيعه.

أما إذا كان بوجه قد تعرض له الواقف عند الوقف وعين له مالا كما لو وقف مدرسة ووقف لها محلات تجارية يكون ريعها لترميم المدرسة وعمارته فظاهر، لأنه مقتضي نفس الوقف، المفروض نفوذه علي ما أوقف عليه. وأما إذا لم يتعرض الواقف لذلك ولم يكن مقتضي الوقف. فالعمارة تكون بأحد وجهين:

الأول: أن تكون ببذل أجنبي. والوجه في عدم جواز البيع حينئذ أن الواقف وإن حبس الأرض والعمارة معاً في الجهة الموقوف عليها، وبالخراب بطل تحبیس العمارة، لتعذر الانتفاع بها، إلا أن ذلك لا يقتضي بطلان تحبیس الأرض بعد إمكان عمارتها جديداً والانتفاع بها في الجهة المذكورة، لعدم الارتباطية في الوقف من هذه

الجهة عرفاً. نظير ما إذا خرب بعض الوقف، حيث لا يحتمل بطلان وقف العامر منه.

بل هو أولي من تبعض الصفقة في البيع ونحوه، لأن تبعض الصفقة يكون ببطلان البيع في البعض من أول الأمر ومن حين وقوعه، وبطلان الوقف هنا في البعض وهو العمارة يكون من حين الخراب بعد أن صح بتمامه مدة من الزمن.

الثاني: أن تكون بإجارة الأرض نفسها وبذل الأجرة في عمارتها، وهو ما يعرف في زماننا بالمساححة. والظاهر أنه مقدم علي البيع، لعدم بطلان وقفية الأرض بعد إمكان الانتفاع بها في الجهة التي عينها الواقف. وغاية ما يلزم هو تأخر بذل المنفعة، أو بذل بعضها، في الجهة المذكورة إلي انتهاء مدة الإجارة، وذلك وحده لا يكفي في بطلان الوقف وجواز بيعه، نظير ما لو تعذر الانتفاع بالوقف في الجهة الموقوف عليها مؤقتاً، لمانع خارجي، كسلطان قاهر، أو فتنة تخل بالنظام أو نحو ذلك. ولعله ظاهر.

بقي شيء: وهو أن مقتضي الوجه المتقدم كون المعيار في بطلان التحيس علي الجهة الموقوف عليها هو تعذر استيفاء المنفعة في الجهة التي عينها الواقف، وذلك يكون:

تارة: لخراب الوقف، بحيث يسقط عن أن ينتفع به، وهو ما سبق في كلام سيدنا المصنف (قدس سره) وذكره كثير من الأصحاب.

وأخري: لاستغناء الجهة الموقوف عليها عن منفعة الوقف، كما إذا وقف للمسجد فراش أو جهاز تبريد، فاستغني المسجد عنه بما هو الأحسن.

وثالثة: لتعذر انتفاع الجهة الموقوف عليها بالوقف، كما لو منع السلطان من ذلك.

ورابعة: لارتفاع الجهة الموقوف عليها، كما لو وقف منزلاً أو سقاية في طريق الحجاج أو الزوار، فتبدل الطريق.

وفي الجميع يتعين بطلان التحبب بارتفاع موضوعه، وهو بذل المنفعة في الجهة التي عينها الواقف.

نعم قد تختلف هذه الصور في جواز البيع وعدمه، إذ مع سقوط العين عن الانتفاع بالخراب ونحوه لا موضوع للتحبب رأساً، أما مع بقائها صالحة لأن ينتفع بها فيمكن بقاء حبسها بلحاظ الانتفاع بها في جهة خيرية أخرى، كنقل فراش المسجد لمسجد آخر أو حسينية مثلاً، وبذل المنزل الموقوف للحجاج أو الزوار في طريقهم مع تبديل طريق الحج أو الزيارة، لغير الحجاج والزوار من المارة في الطريق أو جعله معهداً خيرياً أو غير ذلك.

ولعله إلي ذلك يرجع ما في النهاية والشرايع وغيرهما: وقيل: إنه المشهور، من أنه لو وقف علي مصلحة فبطل رسمها صرف في وجه البر، وما عن الأصحاب من نقل آلات المسجد لمسجد آخر.

وحينئذ قد يدعي وجوب ذلك لأحد وجوه:

الأول: أن التحبب علي الجهة الخاصة وإن بطل بارتفاع موضوعه، إلا أنه يتعين بقاء أصل التحبب بلحاظ وجود المنفعة للعين، وعدم تعذر الانتفاع بها. لا ببناء قصر التحبب علي الجهة الخاصة علي تعدد المطلوب، نظير بقاء العين صدقة عند بطلان أصل التحبب لخراب الوقف بنحو لا ينتفع به.

وحينئذ يستعمل في وجه البر، إما لا ببناء التحبب الباقي علي ذلك ارتكازاً، أو لما في الجواهر من أن كل مال لا يعلم مصرفه يصرف في وجه البر، كما يستفاد مما ورد فيما لو نسي الوصي المصارف التي عينها الموصي (1) وما تضمن جواز التصديق بالمال الموصي به إذا لم يف بالجهة التي أوصي به فيها (2).

وفيه: أن فهم تعدد المطلوب إنما يتجه في التكليف، لا ببناءه علي الملاك الذي قد

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 61 من أبواب كتاب الوصايا حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 87 من أبواب كتاب الوصايا حديث: 1.

ص: 89

يستفاد من القرائن أو المرتكزات انحلاله إلي مراتب، فيلزم انحلال التكليف تبعاً لها. ولا مجال له في الإنشائيات ذات المضامين الاعتبارية، كالبيع والوقف وغيرها، لوحدة الأمر المنشأ، وإناطته بموضوعه بتمام قيوده، والمفروض ارتفاعه.

ولا يقاس ذلك ببقاء أصل التصديق، لأن بقاء التصديق مستفاد من ابتناء الوقف علي انقطاع علقه الواقف بالعين الموقوفة التي سبق ابتناء الوقف عليها. ولا أقل من كون عدم رجوع العين للواقف أو وارثه مقتضي الاستصحاب، كما سبق أيضاً، فيكون بحكم الصدقة غير مملوك لأحد.

الثاني: أن ذلك أقرب لغرض الواقف إذ بعد تعذر الانتفاع بالعين في الجهة الموقوف عليها، فاستمرار الانتفاع بها في الوجه القربي الآخر أولي من بيعها وانقطاع الانتفاع بها.

وفيه أولاً: أنه لا عبرة بغرض الواقف، لأن الأدلة إنما تضمنت نفوذ الوقف ولزوم العمل عليه، وهو متقوم بالإنشاء لا بغرض الواقف.

وثانياً: أن ذلك قد يتجه فيما إذا بني علي إنفاق الثمن في وجوه البر المنقطعة، أما إذا بني علي تبديله بما يستمر الانتفاع به من وجوه البر فيختلف حال الواقف.

مثلاً: من وقف فراشاً لمسجد خاص.

تارة: يكون غرضه المهم حين الوقف جعل الفراش صدقة جارية، وإنما اختار المسجد الخاص له لحاجته للفراش. وأخري: يكون غرضه المهم اكتفاء المسجد الخاص، فاختر وقف الفراش له لحاجته له.

فمع فرض تعذر الانتفاع بالفراش في المسجد المذكور يكون الأقرب لغرضه في الصورة الأولى نقل الفراش لمسجد آخر أو معهد خيري أو نحو ذلك. أما في الصورة الثانية فيكون الأقرب لغرضه تبديل الفراش بشيء آخر يحتاجه المسجد نفسه كجهاز التبريد أو الإنارة. بل حتي ما يحتاجه من المصالح المنقطعة، كدفع ثمن الماء أو

(ومنها): أن يخرب علي نحو يسقط عن الانتفاع المعتد به، مع كونه ذا منفعة يسيرة ملحقة بالمعدوم عرفاً (1).

الكهرباء أو أجرة الحارس.

الثالث: أن مقتضى الأصل عدم نفوذ البيع وعدم ترتب الأثر عليه مع إمكان الانتفاع بالوقف في وجوه البر الأخرى. إذ المتيقن مما سبق في وجه البيع والخروج عن أصالة عدم ترتب الأثر عليه ما إذا لزم من عدم البيع تعطيل المال، دون ما إذا أمكن الانتفاع به في وجه آخر راجح شرعاً.

وفيه: أن الشك في جواز البيع ونفوذه إن كان لاحتمال وجود مانع شرعي من البيع، فالمانع المحتمل إن كان هو التحيس فالمفروض ارتفاعه بتعذر الانتفاع بالعين في الجهة التي تضمنها الوقف، وصيرورة العين صدقة. وإن كان أمراً آخر فمقتضى عموم أدلة النفوذ عدمه.

وإن كان لاحتمال قصور السلطنة عنه فهو مشترك بين البيع والتصرف الخارجي، إذ لا إشكال في احترام المال وعدم جواز التصرف فيه لكل أحد كيفما شاء، بل لا بد من الرجوع فيه للولي. وحينئذ يكون نظر الولي محكماً في اختيار التصرف المناسب. وربما يأتي في المسألة الحادية عشرة ما ينفع في المقام.

(1) بحيث لا يشملها نظر الواقف عند الوقف، ولا يكون التحيس بلحاظها، كما لو وقفت الدار لسكني الموقوف عليهم، فخربت بحيث تعذرت السكني بها مدة معتداً بها، وإن أمكن قضاء بعض الوقت فيها للعابر والمضطر. أو وقف مدرسة كبيرة لأهل العلم، فخربت ولم يبق منها إلا غرفة يمكن أن يسكنها شخص أو شخصان. وحينئذ يتجه بيعها لعين الوجه المتقدم، وهو ارتفاع موضوع التحيس.

أما إذا كان ذلك لتبديل نوع الانتفاع كما إذا ماتت النخلة الموقوفة لصالح المسجد، فأمكن الانتفاع بجذعها لتسقيفه فيدخل في المسوغ الرابع الذي يأتي الكلام

(ومنها): ما إذا اشترط الواقف بيعه (1)

فيه إن شاء الله تعالى، كما يتضح بملاحظته.

(1) قال في الإرشاد: (ولو شرط بيع الوقف عند حضور ضرر به كالخراج والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمانه فالوجه الجواز). وقال في الدروس: (ولا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف بين أربابه المؤدي إلي فساد... ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولي بالجواز. وفي شراء بدله في هذه المواضع نظر).

واستشكل في جواز الشرط المذكور في القواعد، ومنع منه في محكي الإيضاح مطلقاً. وإليه يرجع ما في جامع المقاصد عن عدم صحة اشتراط بيعه في غير مورد مسوغات البيع الشرعية.

وكأنه لمنافاة البيع للوقف أو للتأييد، كما صرح بذلك غير واحد منهم سيدنا المصنف (قدس سره) قال: (وأما تصحيحه بإرجاعه إلي شرط فسخ الوقف أولاً ثم بيع. ففيه: أن الفسخ أيضاً ينافي التأيد، كالبيع، فلا يمكن شرط فعله في عقد الوقف. والمائز بين الوقف وسائر العقود التي يجوز فيها شرط الفسخ أن المجمعول فيها مجرد حدوث المضمون من دون نظر إلي بقاءه ودوامه، فلا مانع من شرط الفسخ... بخلاف الوقف حسب الفرض من كون التأيد والدوام مقوماً له مجعولاً بجعل الواقف).

وفيه: أن مبني الفسخ علي حلّ العقد بتمام مضمونه، ومع حله كذلك يتعين ارتفاع مضمونه، من دون فرق بين ابتناؤه علي التأيد وعدمه. نظير ما إذا اشترط البايع علي المشتري بقاء المبيع في ملك المشتري وعدم خروجه عن ملكه، واشترط لنفسه الخيار في فسخ البيع، حيث لا تنافي بين الشرطين.

نعم اشتراط الفسخ إنما يشرع فيما إذا كان لزوم المضمون حقياً، علي ما يأتي عند الكلام في خيار الشرط. ولا طريق لإحراز ذلك في الوقف، خصوصاً علي م

هو الظاهر من أنه إيقاع لا عقد. بل الظاهر عدمه. ولذا كان الظاهر اتفاقهم علي عدم جواز اشتراط الفسخ في الوقف. وقد يستفاد مما تضمن عدم جواز الرجوع في الصدقة وما أريد به وجه الله(1).

كما أن البناء علي رجوع شرط البيع في الوقف إلي شرط فسخ الوقف، ثم البيع، خروج عن محل كلامهم. كيف ولازمه رجوع العين للواقف أو لورثته، وليس بناؤهم علي ذلك.

هذا وحيث منع سيدنا المصنف (قدس سره) من رجوع شرط البيع لشرط فسخ الوقف ثم البيع لما سبق فقد حاول توجيه الشرط المذكور بأنه راجع إلي تعليق الوقف والتأييد بعدم حصول السبب المنوط به الشرط، فمع حصوله يرتفع الوقف والتأييد فيصح البيع، فمرجع اشتراط الواقف جواز البيع عند حاجة الموقوف عليهم مثلاً إلي أن الوقف معلق علي عدم حاجتهم، فإن احتاجوا فلا وقف، فيجوز البيع.

وقد ذكر (قدس سره) أن التعليق وإن كان يبطل العقد والإيقاع عندهم رأساً، إلا أن الدليل علي مبطليته ينحصر بالإجماع، ولولاه لكان مقتضي العمومات الصحة، وحيث لا إجماع في المقام، لخلافهم في جواز شرط البيع في الوقف، تعين البناء علي عدم مبطليته عملاً بالعمومات. قال (قدس سره): (وا احتمال أن الخلاف كان لشبهة، لا لجواز التعليق، غير ظاهر. فالعمل بالعمومات متعين).

لكن التوجيه بذلك ليس كتوجيه الحكم الشرعي التعبدية لا يتوقف علي قصد الواقف، ولا علي ظهور كلامه فيه، بل يكفي فيه الفرار عن مخالفة الحكم لمبني الموجّه، بل هو راجع إلي حمل مراد الواقف علي ذلك، وهو موقوف علي التفات الواقف له، وظهور كلامه فيه. وكلاهما يحتاج إلي إثبات. بل قد يقطع بعدمهما. علي أنه يشكل:

أولاً: بأن ذلك مستلزم لرجوع العين الموقوفة للواقف، وقد سبق عدم بنائهم

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 13 باب: 11، 13 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات، وباب: 3 من أبواب كتاب الهبات.

عليه، حيث ينكشف بحصول السبب المذكور عدم حصول الوقف.

وثانياً: بأن المعلق علي عدم حصول السبب المنوط به الشرط إن كان هو أصل وجود الوقف لزم كون حصول السبب المذكور كاشفاً عن عدم حصول الوقف من حين إنشائه، وبقاء العين الموقوفة علي ملك الواقف، المستلزم لملكه لمنافعها ونماؤها السابقة بنحو يستلزم ضمان الموقوف عليهم لها لو كانوا قد استغلوها. ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

وإن كان المعلق هو بقاء الوقف واستمراره، بحيث يرتفع الوقف بحصول السبب المذكور فهو مناف لفرض أخذ التأييد في الوقف كما لعله ظاهر.

وثالثاً: بأن الوقف إذا كان معلقاً علي عدم حصول السبب المذكور لزم عدم الوقف علي تقدير حصوله وإن لم يتحقق البيع، ولا يظن منه (قدس سره) ولا من غيره البناء علي ذلك. خصوصاً إذا كان مفاد الشرط الترخيص في البيع لا الإلزام به.

إلا أن يلتزم (قدس سره) بأنه منوط بعدم حصول السبب المتعقب بالبيع، نظير الشرط المتأخر. وهو يحتاج إلي كلفة يقطع بعدم توجه الواقف لها حين إنشاء الوقف لها. بل الإنصاف أن أصل التعليق المذكور يحتاج إلي كلفة يغفل عنها الواقف، كما أشرنا إليه آنفاً.

ورابعاً: بأن مراده (قدس سره) بعدم مبطلية التعليق للوقف إن رجع إلي عدم مبطليته له مطلقاً، فهو خلاف المقطوع به من بناء الأصحاب علي عدم مشروعية اليمين المعروف عند العامة بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، وإن كان عدم مبطليته في خصوص مورد شرط البيع، فهو يبتني علي تكلف منهم في الفتوي يكاد يقطع بعدمه.

أما شيخنا الأعظم (قدس سره) فقد احتمل منافاة البيع لإطلاق الوقف، لا لأصله. وحينئذ لا مانع من اشتراطه والخروج عن مقتضي الإطلاق. قال (قدس سره): (ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف. فمعني كونه حبساً كونه محبوباً من أن يتصرف فيه بعض

طبقات الملاك علي نحو الملك المطلق، وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه وتجرده عن مسوغات الإبدال، شرعية كانت، كخوف الخراب، أو بجعل الواقف، كالاتراط في متن العقد. فتأمل).

وما ذكره أخيراً يصلح لأن يكون وجهاً لما سبق من الإرشاد. وهو المناسب لما سبق من غير واحد من ابتناء وقف العين علي البقاء ولو بلحاظ إبدالها بمثلها. وإن سبق الإشكال فيه. نعم هو يقصر عن شرط البيع بنحو لا يبتني علي الإبدال، بل علي انتفاع البائع من الموقوف عليهم بالثمن وأكله له.

وكيف كان فالعمدة في جواز البيع في الثاني فضلاً عن الأول صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: (بعث إليّ بهذه الوصية أبو إبراهيم (عليه السلام): هذا ما أوصي به وقضي في ماله عبد الله علي ابتغاء وجه الله... وإن الذي كتبت من أموال صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً، ينفق في كل نفقة أتغي بها وجه الله في سبيل الله ووجهه، وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب. وإنه يقوم علي ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله في حل محلل لا حرج عليه فيه. فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال، فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه... وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة فبداله أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه. وإن باع فإنه يقسمها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب، ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب، وأنه يضعه حيث يريد الله. وإن حدث بحسن بن علي حدث وحسين حي فإنه إلي حسين بن علي. وإن حسيناً يفعل فيه مثل الذي أمرت به حسناً، له مثل الذي كتبت للحسن، وعليه مثل الذي علي الحسن... وإنه شرط علي الذي يجعله إليه أن يترك المال علي أصوله، وينفق حيث أمره به... لا يباع منه ولا يوهب ولا يورث...)(1).

وهو صريح في جواز بيع الوقف لغير إبداله بمثله، سواء كان صرف الثمن

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 10 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 4.

ص: 95

عند حدوث أمر (1) من قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو كون بيعه أنفع، أو لاختلاف بين أرباب الوقف أو احتياجهم إلي عوضه أو نحو ذلك.

لصالح البايع كقضاء الدين أم في جهات البر الأخرى.

كما أنه صريح في عدم أخذ التأييد بالمعنى المنافي للبيع في مفهوم الوقف، كما سبق منا توضيحه في أول المسألة وبذلك يكون نفوذ الشرط المذكور هو مقتضى دليل نفوذ الوقف بعد أن لم يكن منافياً له.

لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود، فضلاً عن البيع لجميع البطن وصرف ثمنه فيما ينتفعون به. والسند صحيح. والتأويل مشكل، والعمل أشكل).

ولم يتضح وجه الإشكال في العمل به، خصوصاً بعدما سبق منه (قدس سره) من احتمال عدم منافاة البيع لأصل الوقف، بل لإطلاقه.

ودعوي: ظهور هجره عند قدماء الأصحاب، حيث لم يذكروا ذلك في مسوغات بيع الوقف.

مدفوعة بأنه لا مجال لإحراز هجرهم له بعد ظهور حال الكليني في العمل به، وذكر الشيخ له في التهذيب في الموضع المناسب له، وإطلاقه في النهاية وإطلاق المفيد في المقنعة لزوم العمل علي ما يشترطه الواقف. وربما يوجد ذلك في كلام غيرهما. ومن ثم قد يكون منصرف كلامهم في بيان مسوغات البيع الخارج عن مقتضى الوقف، ولا يكون عدم ذكرهم للمسوغ المذكور شاهداً ببنائهم علي عدمه، للإعراض عن الصحيح، ومن ثم يتعين العمل بالصحيح، والبناء علي نفوذ شرط البيع في الوقف.

(1) الصحيح المتقدم وإن تضمن الترخيص في البيع في مورد خاص، إلا أن إلغاء خصوصية مورده عرفاً قريب جداً. ولا سيما وأن من القريب كون إرسال الإمام الكاظم (عليه السلام) بهذه الوصية لعبد الرحمن بن الحجاج من أجل تعليم كيفية التصديق

(ومنها): ما لو لاحظ الواقف في قوام الوقف عنواناً خاصاً في العين الموقوفة مثل كونها بستاناً أو داراً أو حماماً فيزول ذلك العنوان، فإنه يجوز البيع حينئذ (1)

المشروع. ولا أقل من كشفه عن عدم منافاة الترخيص في البيع لحقيقة الوقف وحينئذ يكون مقتضى عموم دليل نفوذ الوقف عموم جواز الترخيص في البيع فيه.

وربما يستدل عليه حينئذ أيضاً بعموم نفوذ الشروط، المستفاد من قوله (صلي الله عليه وآله وسلم): (المؤمنون عند شروطهم)(1).

لكنه لا- يخلو عن إشكال، لاختصاصه بالشرط الذي يشترطه الإنسان علي نفسه لغيره، بحيث يكون الوفاء به له من شؤونه، دون مطلق بالشرط وإن لم يتضمن كلفة علي المشتري لغيره، وليس الوفاء به من شؤونه، كما في المقام. فالعمدة ما سبق.

نعم لا يبعد قصوره عن اشتراط الواقف البيع لنفسه، لما تضمن بطلان الوقف علي النفس(2). خصوصاً معتبر إسماعيل بن الفضل: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير قال: إن احتجت إلي شيء من المال فأنا أحق به. تري ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً علي أهله)(3). وقريب منه أو عينه موثقه عنه (عليه السلام): (قال: من أوقف أرضاً، ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل، فإنها ترجع إلي الميراث)(4). وتام الكلام في محله من كتاب الوقف.

(1) كما يظهر من الجواهر لارتفاع موضوع التحبيس، وهو منفعة العنوان الخاص وإن كانت في العين منافع أخرى فيجري فيه ما سبق في الخراب.

(1) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 20 من أبواب المهور حديث: 4.

(2) راجع وسائل الشيعة ج: 13 باب: 3 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(3) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 3 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 3.

(4) تهذيب الأحكام ج: 9 ص: 150.

غاية الأمر أنه بناء علي ملكية الموقوف عليهم للعين لا مجال لدعوي القطع برضا الشارع الأقدس بالبيع، لعدم لزوم تعطيل العين مع وجود منافع أخرى فيها. لكن سبق ضعف المبني المذكور.

وقد استشكل فيه شيخنا الأعظم (قدس سره) بأن أخذ العنوان في الوقف لا يقتضي دوران الوقف مداره، كأخذ العنوان في البيع.

لكنه يندفع بالفرق بابتناء البيع علي مجرد تبديل أحد العوضين بالآخر من دون نظر إلي منافعهما، ومع تملك الذات المعنونة بعنوان خاص لا- تخرج عن الملك بفقدائها للعنوان. أما الوقف فإنه متقوم بتحسيس العين ذات العنوان الخاص بلحاظ منفعتها الخاصة المناسبة للعنوان، فمع فرض تعذر المنفعة المذكورة لتبديل العنوان يتعين بطلان التحسيس، نظير إجارة العين ذات العنوان الخاص لو تبديل عنوانها.

نعم بناء علي رجوع الوقف إلي تمليك العين للموقوف عليهم يتجه عدم خروجها عن ملكهم ببطلان التحسيس، كما تقدم عند الكلام في الخراب. وكأن ذلك هو المنشأ لقياس شيخنا الأعظم (قدس سره) الوقف بالبيع.

ثم إن بطلان التحسيس بارتفاع العنوان المأخوذ في العين حين الوقف إنما يتضح فيما إذا كان العنوان مقوماً للعين الموقوفة عرفاً، كما لو وقف نخلة لمصلحة المسجد فماتت وأمكن الانتفاع بجذعها لتسقيفه، لمباينة التسقيف عرفاً للمنفعة الملحوظة للواقف عند وقف النخلة.

وكذا إذا ابنتي الوقف علي استغلال الموقوف عليهم لنفس المنفعة المختصة بالعنوان، كالأكل من ثمرة البستان والغسل في الحمام وتغسيل الموتى في المغتسل، وسكني طلبة العلم في المدرسة.

أما إذا ابنتي الوقف علي الانتفاع بمالية المنفعة، كما لو وقف البستان أو الحمام أو المحل التجاري علي أن ينفق واردها في جهة معينة شخصية كأهل العلم، أو خيرية كترويح الدين فمن القريب جداً إلغاء خصوصية منفعة العنوان عرفاً، وفهم

وإن كانت الفائدة باقية بحالها أو أكثر (1).

(ومنها): ما إذا طرأ ما يستوجب أن يؤدي بقاءه إلي الخراب المسقط له عن المنفعة المعتد بها عرفاً. واللازم تأخير البيع إلي آخر أزمدة إمكان البقاء (2).

أن الوقف للعين بلحاظ منفعتها وواردها بنحو الإطلاق، وأن ذكر العنوان لتعنون العين به واختصاص منفعتها بمنفعة حين الوقف.

ويترتب علي ذلك بقاء الوقف والتحبس مع تبدل العنوان، بل جواز تبدل عنوان العين اختياراً إذا رآه الولي أصلح وأنفع للجهة الموقوف عليها.

ولو فرض الشك في ذلك أشكل البيع، لعدم إحراز بطلان التحبس والوقف. غاية الأمر أنه لا يحرز بقاءه، ولا يمكن استصحابه، لأنه من استصحاب المفهوم المردد، لدوران التحبس المتيقن سابقاً بين تحبس المنفعة الخاصة المعلومة الارتفاع، ومطلق المنفعة ذات المالية المعلومة البقاء. لكنه لا يكفي في جواز البيع، بل مقتضي أصالة عدم ترتب الأثر بطلانه. فلاحظ.

(1) لأن الفائدة الأخرى الحاصلة مع تبدل العنوان ليست موضوعاً للوقف والتحبس، فلا تجدي في بقائهما وترتب أثرهما.

نعم لا ينحصر الأمر حينئذ بالبيع، بل يمكن إبقاء العين واستغلال منافعتها الأخرى لصالح الجهة الموقوف عليها، نظير ما تقدم في ذيل الكلام في الصورة الأولى، من أنه قد يسقط الوقف عن أن ينتفع به الموقوف عليهم من دون أن يخرب. فراجع.

(2) يظهر منه (قدس سره) بملاحظة كلامه في نهج الفقاهة أن المراد بذلك تأخير البيع إلي آخر أزمدة بقاءه علي حاله لم يخرب بالوجه المذكور. فمثلاً إذا تحول النهر عن البستان بحيث تعرض للجفاف والخراب جاز بيعه في آخر سنة عمرانه بالزرع، وإن لم يخرب بعد، إذا ابتي البيع علي عدم أخذ المشتري ثمرته حين البيع، بل تصرف الثمرة في الجهة الموقوف عليها.

والوجه في جواز البيع حينئذ هو الوجه المتقدم في جواز البيع في الصورة الثانية، لفرض عدم تجدد المنفعة المعتد بها له، ليبقى التحبيس بلحاظها. ولا- موضوع للتحبيس إلا بلحاظ الثمرة الموجودة المفروض عدم منافاة البيع لمقتضى التحبيس فيها، لفرض صرفها في الجهة الموقوف عليها.

وبذلك يظهر جواز البيع قبل ذلك مسلوب المنفعة، كما لو علم أن البستان يخرب ويتعذر زراعته بعد خمس سنين، فيباع مسلوب المنفعة خمس سنين.

نعم بناء علي ملكية الموقوف عليهم للعين، فحيث سبق أن عدم البيع مع الخراب مما يعلم بعدم رضا الشارع الأقدس به، للزوم تعطيل المال وهو العين الموقوفة فلا مجال لذلك في الفرض، إلا إذا علم بعدم تيسر البيع بعد ذلك، بحيث لو لم يبادر لبيع مسلوب المنفعة تعذر البيع بعد ذلك، ولزم تعطيل المال.

هذا ومقتضى القاعدة لزوم العلم بحصول الخراب بالنحو المذكور وما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من كفاية الظن بذلك غير ظاهر المنشأ.

وأشكل من ذلك ما في كلام جماعة كثيرة أولهم فيما عثرنا عليه الشيخ (قدس سره) في المبسوط من الاكتفاء بالخوف. لأنه أعم من الظن، حيث يكفي فيه الاحتمال المعتد به مطلقاً أو مع وجود ما يثيره وإن لم يكن أمانة عرفاً، بحيث توجب الظن نوعاً أو فعلاً. وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من توقفه علي قيام الأمانة علي الأمر المخوف، ليرجع للظن. فهو ممنوع جداً.

هذا وقد قال الشيخ (قدس سره) في المبسوط: (وإنما يملك بيعه في علي وجه عندنا، وهو إذا خيف علي الوقف الخراب، وكان بأربابه حاجة شديدة، أو لا يقدر علي القيام به، فحينئذ لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه). وقال في النهاية: (ولا يجوز بيع الوقف ولا هبته ولا الصدقة به إلا أن يخاف علي الوقف هلاكه أو فساده، أو كان بأرباب الوقف حاجة... فحينئذ يجوز بيعه). وتبعه غير واحد ممن تأخر عنه، وإن اختلفوا بين من جعل خوف الخراب قيداً في مسوغ البيع، كما في المبسوط، ومن جعله

مسوغاً مستقلاً، كما في النهاية.

وكيف كان فمقتضي إطلاقهم جواز بيعه حينئذ ولو مع كونه صالحاً للانتفاع بنحو معتد به مدة من الزمن.

لكن من الظاهر منافاة ذلك لمقتضي الوقف، لعدم بطلان التحبيس مع كونه صالحاً للانتفاع. ولا يبطل بمجرد كونه يؤول إلي الخراب مع العلم به، فضلاً عما لو خيف ذلك.

نعم قد يستدل عليه بصحيح علي بن مهزيار: (كتبت إلي أبي جعفر (عليه السلام): إن فلاناً ابتاع ضيعة، فوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسألك عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها علي نفسه بما اشتراها أو بدعها موقوفة. فكتب (عليه السلام) إلي: أعلم فلاناً أني أمره أن يبيع حقي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إلي، وإن ذلك رأيت إن شاء الله تعالى، أو يقومها علي نفسه إن كان ذلك أوفق له. وكتبت إليه: إن الرجل ذكر أن بين من وقف بقية هذه الضيعة عليهم اختلافاً شديداً، وأنه ليس يأمن أن يتفارق ذلك بينهم بعده، فإن كان تري أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلي كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه إلي: وأعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس)(1).

بتقريب أن مقتضي تعليل جواز البيع مع الاختلاف بأنه قد يكون سبباً لتلف الأموال والنفوس دوران الترخيص في البيع مدار الخوف من تلفها وإن لم يكن بسبب الاختلاف بين الموقوف عليهم. كما أن ضم تلف النفوس لتلف الأموال ليس لاعتبار اجتماعهما، بل لكون كل منهما موضوعاً مستقلاً لجواز البيع، وعلي ذلك يكفي في جوازه خوف تلف الأموال. وبذلك يجوز بيع الوقف مع خوف خرابه، إما لكونه هو

(1) الكافي ج: 7 ص: 36. واللفظ له. وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 5، 6.

ص: 101

المراد بالأموال، أو لكونه من أفرادها، كما هو الظاهر.

وفيه أولاً: أن خراب الوقف قد لا يكون تلفاً له، إذ كثيراً ما يبقى معه شيء من ماليته بلحاظ مادته، كالأرض وأدوات البناء، وغيرها من أدوات الأجهزة الموقوفة. وإنما يصدق معه تلف الأموال بلحاظ بعض مراتب ماليته بسبب تلف هيئته في الجملة. وإذا كان ذلك معياراً في جواز البيع لزم جواز بيعه إذا خيف نقص ماليته ولو بسبب تقادم عهده وإن لم يخرب ولم يسقط عن الانتفاع المعتد به. ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

وثانياً: أن مقتضى الجمود علي جمع النفوس والأموال اعتبار اجتماعهما، ولو لأنه المتيقن من التعليل، والبناء علي الانحلال يحتاج إلي قرينة. أما مقتضى سياق الكلام فهو بيان أهمية محذور الخلاف، وأنه قد يفضي إلي فتنة شديدة ينبغي الاحتياط لدفعها، وذلك لا يتحقق بمجرد خراب الوقف إلا إذا كان من الأهمية بحيث يعد محذوراً يشبه محذور الفتنة المذكورة، ويكون دفع محذوره ببيعه. وهو أمر نادر أو لا- واقع له، لأن الأوقاف التي هي بهذه الأهمية هي التي لها شيء من القدسية، ولا- يدفع محذور خرابها إلا بعمرانها، وأما الأوقاف المتمحضة في الجانب المالي فليس لها غالباً من الأهمية ارتكازاً ما يجعل محذور خرابها مناسباً لمحذور الخلاف والفتنة المشار إليها في الصحيح.

وثالثاً: أنه لا ظهور للفقرة المذكورة في التعليل الذي يدور الحكم مداره، ويكون هو الموضوع له حقيقة، بل في مجرد التنبيه للفائدة المترتبة علي الحكم من أجل تربيته للمخاطب وإقناعه به، فهو أشبه بالحكمة. إذ ليس من شأن الاحتمالات غير المنضبطة أن تكون معياراً في الأحكام. ولا سيما أن البناء علي عمومه لو حمل علي التعليل يستلزم البناء علي جواز بيع الوقف لمجرد احتمال ترتب الفساد المذكور ولو من غير جهة الاختلاف، كما لو احتمل أن يؤدي بقاء الوقف إلي مضايقات الأجانب، عداً أو حسداً بنحو يؤدي إلي المحذور المذكور، ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

وبذلك يظهر دلالة الصحيح علي جواز البيع عند اختلاف الموقوف عليهم اختلافاً شديداً، بحيث يخشي أن يتفاقم. وصریح المسالك والروضة ومحكي الكفاية العمل به في ذلك.

والظاهر أنه يرجع إلي ذلك ما في وقف التذكرة مستدلاً عليه بالصحيح من جواز بيعه مع خوف الفتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقاءه. وقريب منه ما في جامع المقاصد. وكذا ما عن بيع التحرير من جواز بيعه لو خشي وقوع فتنة بين أربابه لو بقي علي الوقف، وما ذكره الشهيد في الدروس من جواز البيع مع خوف خلاف يؤدي إلي فساد، ونحوه ما عنه في غاية المراد، وما عن النزهة من اعتبار أن يؤدي النزاع بين أربابه إلي ضرر عظيم.

هذا وفي الجامع تقييد ذلك بخوف وقوع فتنة بين أربابه تجتاح فيها الأنفس وقريب منه ما عن إيضاح النافع. وكأنه لحمل الفقرة المذكورة في الصحيح علي التقييد أو التعليل الذي يدور الحكم مداره. ويدفع الأول أن الاحتمال المذكور قد أثير من الإمام (عليه السلام) من دون أن يشار لاعتبار حصوله لمتولي الوقف أو للموقوف عليهم أو لغيرهم. كما يظهر اندفاع الثاني مما سبق.

وأشكل من ذلك ما سبق من المبسوط من تقييد خوف الخراب ببعض القيود. ومثله ما في كلام غير واحد. قال في كتاب البيع من الشرايع: (فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاءه إلي خرابه لاختلاف بين أربابه ويكون البيع أعود علي الأظهر). وقال في كتاب الوقوف والصدقات منه: (ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشي خرابه جاز بيعه) ومثلهما عبارة القواعد في الكتابين. وعن تلخيص الخلاف أنه أشهر الأقوال وفي كتاب البيع من التذكرة: (لو كان بيعه أعود لوقوع خلف بين أربابه وخشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه).

إذ فيه: أن التقييد مع الاختلاف بخوف الخراب، أو شدة حاجة الموقوف عليهم، أو كون البيع أعود لهم، أو غير ذلك، مخالف لإطلاق الصحيح. ومجرد اشتغال بعض

النصوص كما يأتي علي تسويغ البيع مع كونه أصلح لهم، واقتضاء القاعدة تسويغه مع الخراب لا يقتضي التقييد، لإمكان كون كل منها مسوغاً مستقلاً. ولاسيما أن التنبيه في الصحيح علي أهمية محذور لاختلاف يناسب استقلاله في تسويغ البيع.

ومن الغريب ما في التهذيبيين من حمل قيد ترتب الخراب من جملة مفاد الصحيح قال في الاستبصار: (فالوجه في هذا الخبر أن نحمله علي جواز بيع ذلك إذا كان بالشرط الذي تضمنه الخبر من أن كونه وفقاً يؤدي إلي ضرر ووقوع اختلاف وهرج ومرج وخراب الوقف، فحينئذ يجوز بيعه...) ونحوه في التهذيب. مضافاً إلي أن تحديد محذور الخلاف بهذا النحو لا يقتضيه الصحيح.

نعم قد يستشكل في نهوض الصحيح بإثبات مضمونه بوجهين:

الأول: ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من مخالفته للمشهور. وفيه: أن ما يسقط الحديث عن الحجية هو إعراض الأصحاب عنه، ولا يظهر منهم ذلك في الصحيح، بل يظهر من الأكثر العمل به، وإن قيدوا الحكم ببعض القيود لتخيل دلالة عليها أو كونه مقتضي الجمع بينه وبين بقية الأدلة. علي أن ظاهر وصريح غير واحد من الأكابر العمل به في مضمونه الذي ذكرناه، كما يظهر مما سبق.

الثاني: مخالفته للقواعد المانعة من بيع الوقف. ولاسيما مع ما فيه من قسمة الثمن علي البطن الموجود لا غير، وتصدي الواقف للسؤال، وجعل المدار علي علمه بالاختلاف، وإيكان أمر البيع له، مع أنه ينبغي أن يكون ذلك كله من وظيفة متولي الوقف، لانقطاع علاقة الواقف بالعين وخروجها عن ملكه بالوقف.

وفيه: أن الخروج عن القواعد في الأحكام الشرعية غير عزيز. ولاسيما إذا كان لمحذور يزاحم ملاك التشريع الأولي كما في المقام بالإضافة إلي أصل البيع والي تقسيم الثمن علي البطن الموجود، لعدم تجنب المحذور إلا بذلك. وأما تولي الواقف للأمر فلعله لأنه قد جعل نفسه هو المتولي للوقف عند إنشائه.

فالعمدة في الإشكال في الصحيح ظهور صدره في أن وقف الضيعة علي نحو

واحد بالإضافة إلي الخمس المجعول للإمام (عليه السلام) والأخماس الأربعة الباقية، وظاهر الصدر أن وقف الخمس علي الإمام (عليه السلام) غير مقبوض له (عليه السلام)، لأنه قد تضمن إخبار علي بن مهزيار له بذلك، ثم سؤاله عن كيفية العمل به، ومن الممكن أن يكون الأمر كذلك في بقية الموقوف عليهم.

كما أن الخمس المذكور قد وقف له (عليه السلام) بشخصه بنحو الوقف المنقطع، ومن الممكن أن يكون الأمر كذلك في بقية الموقوف عليهم. بل هو مقتضي الجمود علي قول السائل: (ويدفع إلي كل إنسان منهم ما كان قد وقف له من ذلك).

ولابد حينئذ أن يرجع إلي الصدقة بالضيعة علي أشخاصهم، بحيث يملك كل منهم حصته ويستقل بها. غاية الأمر أن بيتي ملكه لها علي البقاء، ويكون السؤال عن جواز الخروج عن ذلك شرعاً بالبيع، أو لا- بيتي علي البقاء، ويكون مرجع السؤال إلي استشارة الإمام (عليه السلام) في البيع بعد الفراغ عن جوازه شرعاً. ومجرد ظهور إطلاق الوقف في الوقف المؤبد لا يكفي في الحمل عليه مع ما سبق.

ولاسيما مع تأيد ذلك بما عن دعائم الإسلام: روي عن أبي جعفر محمد بن علي عليهما السلام أن بعض أصحابه كتب إليه: (إن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس، وذكر أنه وقع بين الذين أوقف عليهم هذا الوقف اختلاف شديد، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم، وسأل عن رأيك في ذلك. فكتب إليه: إن رأيي له إن لم يكن جعل آخر الوقف لله أن يبيع حقي من هذه الضيعة، ويوصل ثمن ذلك إلي، وأن يبيع القوم إذا تشاجروا، فإنه ربما جاء في الاختلاف إتلاف الأموال والأنفس)(1). ولسانه يناسب كون أصله الصحيح الذي هو محل الكلام.

غاية الأمر أن لا يناسب ما هو المعروف عن صاحب دعائم الإسلام من جريه علي ما يلائم مذهب الإسماعيلية من عدم روايته عن بعد الإمام الصادق من الأئمة الاثني عشر. ولعله أوهم أو توهم بسبب إتحاد الإمامين الباقر والجواد صلوات الله

(1) مستدرک الوسائل ج: 14 باب: 4 من أبواب کتاب الوقوف والصدقات حديث: 1.

ص: 105

عليهما في الاسم واسم الأب والكنية. وكيف كان فقد تضمن الحديث اعتبار عدم التأيد في جواز البيع فيناسب ما ذكرنا.

ولعله لذا قال في الفقيه بعد أن ذكر الصحيح: (هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم. ولو كان عليهم وعلي أولادهم ما تناسلوا، ومن بعد علي فقراء المسلمين إلي أن يرث الله الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه أبداً).

ولا أقل من إجمال حال الوقف المسؤول عنه في الصحيح، بحيث لا مجال لحمله علي الوقف المصطلح، المبني علي بقاء العين واستغلال منفعتها في الجهة الموقوف عليها باستمرار، لينفع فيما نحن فيه.

بقي في المقام صور لبيع الوقف تعرض لها الأصحاب لم يتعرض لها سيدنا المصنف (قدس سره) ولم يتقدم منا التعرض لها ينبغي التعرض لها تكميلاً للفائدة واستيفاء لمحل الكلام.

الأولي: أن يكون بيع الوقف أعود علي الموقوف عليهم. فقد نسب في جامع الدروس والمقاصد جواز البيع حينئذ للمفيد (قدس سره).

لكن كلامه في المقنعة لا يظهر في ذلك قال: (والوقف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والقربة إلي الله تعالي بصلتهم، أو يكون تغير الشرط في الوقف إلي غيره أدّر عليهم وأنفع لهم من تركه علي حاله. وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلي من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله من وجوهه وسبله...).

وهو كما تري أولاً: صريح في جواز تغيير الشرط في الوقف إلي غيره إذا كان أدر عليهم وأنفع لهم، لا بيعه.

وثانياً: كالصريح في أن ذلك إنما يجوز قبل إقباض الوقف ما دام في يد الواقف، أما بعد إخراجه من يده إلي أيدي الموقوف وقبضهم له فلا يجوز الرجوع فيه ولا تغيير

غاية الأمر أن مقتضى دليل اشتراط القبض في صحة الوقف جواز الرجوع في الوقف وتغيير شرطه مطلقاً من دون أن يكون مشروطاً بشيء. وهو أمر آخر.

وكيف كان فقد استدل علي ذلك بخبر جعفر بن حنان [حيان]: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقف غلة له علي قرابته من أبيه وقرابته من أمه، وأوصي لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي علي قرابته من أبيه وقرابته من أمه. فقال: جائز للذي أوصي له بذلك. قلت: رأيت إن لم يخرج من غلة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم. فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصي له من [تلك] الغلة ثلاثمائة درهم؟ ويقسم الباقي علي قرابته من أبيه وقرابته من أمه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتي يوفوا الموصي له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما بقي بعد ذلك. قلت: رأيت إن مات الذي أوصي له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة لورثته يتوارثونها بينهم. فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت ترد إلي ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة. قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا(1).

ومكاتبة الحميري لصاحب الزمان (عليه السلام): (روي عن الصادق خبر مأثور: إذا كان الوقف علي قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف علي بيعه، وكان ذلك أصلح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم علي البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم علي ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه. فأجاب (عليه السلام): إذا كان الوقف علي إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان علي قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون علي بيعه، مجتمعين ومتفرقين، إن شاء الله(2).

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 8، 9.

(2) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 6 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 8، 9.

بدعوي: أن مقتضى خبر جعفر جواز البيع إذا كان خيراً لهم. ولعله هو المراد بالأصلح في الخبر المأثور المشار إليه في المكاتبة، حيث يقرب أن يراد به الإشارة لهذا الخبر، لتقاربهما مضموناً، فيناسب اشتهاه خبر جعفر، وكونه مورداً لعمل الشيعة في عهد الحميري. ولذا كان ظاهر المكاتبة المفروغية عن مضمونه من جواز البيع مع اجتماع الموقوف عليهم، وأن السؤال فيها عن الشراء من بعضهم حصته إن لم يجتمعوا علي بيع الكل. وبذلك قد تكون المكاتبة عاضدة لسند الخبر وإن كان ضعيفاً في نفسه بسبب عدم ثبوت وثيقة جعفر ولاسيما وأن ظاهر الصدوق أخذه من كتاب الحسن بن

محبوب الذي هو من الكتب المشهورة التي لا يبعد تعويل الأصحاب عليها. غاية الأمر أن مقتضى إطلاق المكاتبة جواز البيع مطلقاً، إلا أنه يتعين تقييده بخبر جعفر.

هذا ولكن خبر جعفر لم يتضمن جواز البيع إذا كان أعود، بل إذا كان خيراً لهم، وبينهما عموم من وجه. مع أن المتيقن منه صورة احتياج الموقوف عليهم، لذكره في السؤال، وابتناء الجواب عليه.

وعلي كل حال لم يظهر عامل به بعدما سبق من كلام المفيد (قدس سره)، فكيف يمكن التعويل عليه مع ضعفه في نفسه؟!.

ولا سيما مع عدم خلوه عن الاضطراب والإشكال أولاً: لنسبة الوقف فيه للغلة، دون الأرض. وثانياً: للجمع فيه بين الوقف والوصية. وكما يمكن حمل الوصية فيه علي الشرط في الوقف، يمكن حمل الوقف فيه علي الوصية بالغلة لقربته من دون وقف للأرض، بل تبقي ملكاً لهم، وأدخل في وصيته بالغلة لهم وصيته بثلاثمائة درهم للرجل من غير قرابته.

كما قد يناسبه ما تضمنه من دفع الثلاثمائة درهم لورثة الموصي له بعد موته، لأن ذلك وارد في الوصية(1)، وما تضمنه أيضاً من جواز بيع الأرض لقربة الميت، مع أنه لو كان الرجل غير القرابة الموصي بثلاثمائة درهم وورثته من جملة من وقفت عليه

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 13 باب: 30 من أبواب كتاب الوصايا.

ص: 108

الأرض لكان المناسب اعتبار رضاهم معهم. وحمل الخبر علي فرض موته وانقراض عقبه، كما تضمنه السؤال السابق، مخالف لظاهره، لظهوره في كون السؤال عن البيع في قبال السؤال عن حكم موته وعن حكم انقراض عقبه لا متفرعاً عليهما. وذلك بمجموعه مما يثير الريب في الخبر ويزيد في الإشكال فيه.

وأما المكاتبه فالسؤال فيها وإن كان ظاهراً في التعويل علي الخبر المأثور، إلا أن الجواب فيها ظاهر في الإعراض عنه، وبيان ضابط جواز البيع استقلالاً، وهو إنما تضمن جواز البيع مطلقاً للموقوف عليهم في حصصهم، وذلك يختص بالوقف المتقطع الذي تقدم الكلام فيه عند الكلام في مفاد صحيح ابن مهزيار لأن الوقف المؤبد لا يختص بالموجودين الذين قد يجوز لهم بيعه. وحينئذ لا ينهض بإثبات جواز البيع لبعض البطون في الوقف المؤبد. ومن ثم قد يكون الجواب موهناً للخبر المأثور ورادعاً عما استفيد منه. فلاحظ.

الثانية: أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معوتهم والتقرب إلي الله بصلتهم. فقد نسب في جامع المقاصد للمفيد جواز البيع حينئذ. وكأنه لكلامه المتقدم.

لكنه إنما تضمن جواز رجوع الواقف في الوقف حينئذ، لا جواز بيعه، واختصاص ذلك بما إذا كان الوقف في يد الواقف، ولم يخرج من يده ولم يقبضه الموقوف عليهم، كما يظهر بالرجوع إليه.

كما أنه لا دليل ظاهر علي جواز بيع الوقف حينئذ مع نفوذه، وقبض الموقوف عليهم له.

الثالثة: أن يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة لثمنه، عبر عنها بالضرورة في بعض كلماتهم، وبالضرورة الشديدة في أخرى. وقد صرح بجواز البيع حينئذ في المقنعة والمبسوط والمراسم والوسيلة والغنية والجامع، وعن فقه القرآن للراوندي والنزهة وغيرها. وفي الانتصار أنه مما انفردت به الإمامية، ورد علي ابن الجنيد في منعه من بيع

الوقف مطلقاً بأنه مسبوق وملحق بالإجماع، كما ادعي الإجماع عليه في الغنية.

وقد يستدل عليه مضافاً إلي الإجماع المذكور بوجهين:

الأول: ما في الانتصار قال: (فأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً أو ادعت أربابه الضرورة إلي ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنه إنما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض فيه ولم يبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه). وقريب منه في الغنية.

لكنه كما تري إنما ينهض وجهاً لجواز البيع مع الخراب، لا مع الضرورة لثمنه، لإمكان انتفاعهم به مع بقائه ولو مع عدم دفع ضرورتهم بثمنه.

الثاني: خبر جعفر المتقدم بحمل ما تضمنته من كون البيع أصلح مع حاجتهم وعدم كفاية الغلة لهم علي خصوص حال الضرورة، كما يظهر من النهاية، حيث قال: (أو كان بأرباب الوقف حاجة ضرورية كان معها بيع الوقف أصلح لهم وأدر عليهم).

لكنه خروج عن ظاهر الخبر بلا قرينة. وتعذر العمل بظاهره لا يصحح حمله علي خلاف ظاهره، بل هو في الحقيقة هجر له. مضافاً إلي ما سبق من الإشكال في الخبر بضعف السند وغيره. فراجع.

وأما الإجماع المدعي فلا مجال للتعويل عليه مع ظهور الخلاف، وقرب استناد القائلين بجواز البيع لخبر جعفر بعد تأويله بما سبق، وظهور عدول بعض القائلين بجواز البيع هنا، كما هو مقتضي ما سبق من التهذيبيين عند الكلام في صحيح ابن مهزيار، وظهور اضطراب الأصحاب في هذه المسألة جداً.

علي أن كثرة دعاوي الإجماع ممن سبق مع ظهور الخلاف مانع من الوثوق بها والتعويل عليها، بل من التعويل علي أكثر دعاوي الإجماع. كما حقق في الأصول مفصلاً.

هذا تمام الكلام في مسوغات بيع الوقف. وقد ظهر انحصار مسوغ البيع

(مسألة 10): ما ذكرناه من جواز البيع في الصور المذكورة لا يجري في المساجد، فإنها لا يجوز بيعها علي كل حال (1).

بالصور التي ذكرها سيدنا المصنف (قدس سره). والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين.

(1) كما صرح بذلك غير واحد، وعن غير واحد نفي الخلاف فيه.

وظاهر بعضهم وصريح آخرين ابتناء ذلك علي ما أشرنا إليه في المسألة السابقة من اشتراطهم الملك في العوضين، مع البناء علي امتياز المساجد عن غيرها بعدم ابتناء وقفها علي تمليك العين الموقوفة لجهة تختص بها، بل بيتني وقفها علي فك الملك والتحرير، فهي كالحر لا تكون موضوعاً للبيع.

ويظهر مما سبق في المسألتين السابقتين الإشكال فيه تارة: بعدم اعتبار الملكية في العوضين. وأخرى: بعدم ابتناء الوقف علي التمليك لا في المسجد ولا في غيره من الأوقاف، وأن جميع الأوقاف تبتني علي انقطاع علقه المالك بالعين، وأن ذلك هو مرجع التأييد المدعي أخذه في مفهوم الوقف، من دون أن يمنع من بيعه.

فالأولي في وجه ذلك ما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) من أن وقف المسجد لا بيتني علي تحبب العين بلحاظ منفعتها، ليكون تعذر الانتفاع بها لخراب أو غيره مما تقدم عند الكلام في الصورة الأولى لجواز البيع موجباً لبطان التحبب، ولا يكون البيع منافياً لمقتضي الوقف، بل هو مبني علي مجرد تعنون العين بعنوان خاص، وهو عنوان المسجد، وإيقاع العبادة فيه ليس مقوماً لعنوان المسجدية، بخلاف المصلي والمدرس ومنزل الحجاج أو الزوار وغيرها مما بيتني علي تهيئة المكان للانتفاع الخاص. غاية الأمر أنه يستحب شرعاً إيقاع العبادة فيه، كما يستحب مطلق الكون فيه، ويجوز القيام فيه ببعض الأعمال الأخرى، ويكره بعضها، ويحرم بعضها. لكن ذلك غير مقوم لعنوان المسجد، ولا مأخوذ فيه.

ومن هنا لا يكون تعذر الانتفاع به بالوجه المطلوب شرعاً من إيقاع العبادة ونحوها به بسبب الخراب أو غيره، مبطلاً لوقفيته، ومخرجاً له عن كونه مسجداً، ليجوز بيعه.

نعم قد يقال: إن ذلك إنما يقتضي عدم مسوغية الخراب أو نحوه لبيع المسجد، ولا يمنع من جواز بيعه إذا اشترط الواقف ذلك، فإنه سبق أن النص المتقدم المتضمن اشتراط الواقف البيع يكشف عن عدم منافاة الشرط المذكور للوقف. وحينئذ يكون مقتضي عموم دليل نفوذ الوقف نفوذ الشرط المذكور حتي في غير مورد النص.

لكن ذلك موقوف علي عدم أخذ التأييد في مفهوم المسجد، ولا طريق لإحراز ذلك، بل الظاهر تبعاً للمركزات التشريعية ابتناء المسجدية علي التأييد، وليس هو كسائر الأوقاف المبنية علي انتفاع الجهة الموقوفة عليها بها، كي يمكن تحديد أمد الانتفاع الملحوظ. ولعله لذا سبق منهم دعوي ابتناء وقف المسجد علي التحرير المبتني علي التأييد. ولا سيما أن دليل نفوذ شرط البيع في الوقف مختص بالوقف المبتني علي انتفاع الموقوف عليهم بالعين. ولا مجال للتعدي منه للمسجد بعدما سبق من احتمال ابتناء المسجدية علي التأييد، حيث يكون الشرط المذكور منافياً للوقف.

وأشكل من ذلك ما في المسالك، حيث إنه بعد أن استدل لعدم بطلان وقف المسجد بما سبق في كلام الأصحاب قال: (وهذا كله يتم في غير المبني في الأرض المفتوحة عنوة، حيث يجوز وقفه تبعاً لآثار التصرف، فإنه حينئذ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار، لزوال المقتضي للاختصاص وزوال حكم الأصل).

إذ فيه: أن المسجد حقيقة واحدة، تبتني كسائر الأوقاف علي انقطاع علقه المالك بالعين. وحينئذ إن شرع إنشاؤه في الأرض المفتوحة عنوة كما يظهر مفروغيتهم عنه، تبعاً للسيرة تعين انقطاع علقه المسلمين بالأرض، ولا وجه لرجوعها بعد ذلك إليهم. وإلا يتعين عدم مشروعية إنشائه فيها.

وأما إنشاؤه بلحاظ آثار التصرف مع بقاء العين علي ملك المسلمين، فهو راجع

إلي تحييس منفعتة مدة وجود آثار التصرف، من دون وقف للعين، نظير إجارة الأرض لتكون مسجداً، وهو لا يتناسب مع مفهوم المسجدية ارتكازاً، ولم تتضح مشروعيتها في نفسه. وقد تقدم في فصل أحكام النجاسة من كتاب الطهارة عند الكلام في حرمة تنجيس المسجد ما ينفع في المقام.

بقي في المقام أمران:

الأول: سبق من كاشف الغطاء (قدس سره) المنع من بيع الأوقاف العامة ومنها المساجد وذكر أنه يمكن إجارتها بما لا ينافي الآداب اللازمة لها. وقد سبق جواز البيع في غير المساجد. وأما الإجارة فقد تتجه في غير المساجد لوقيل بعدم جواز بيعها، أو بجوازه لكن لم تبع لعدم جواز الانتفاع بها في غير الجهة التي عينها الواقف، فمع فرض تعطيل الوقف يجوز إجارتها لغير المنفعة التي عينها الواقف من أجل استغلالها بالمقدار الميسور.

أما في المساجد فلا مجال لذلك، لجواز الانتفاع بها لكل أحد بالنحو الذي لا يزاحم إقامة العبادة فيها مع عمرانها، فضلاً عن خرابها، ومع جواز الانتفاع بالوجه المذكور وعدم سلطنة أحد علي المنع منه لا وجه لأخذ الأجرة عليه.

وبعبارة أخرى: لما لم تختص منفعة المساجد بجهة معينة تكون هي المستحقة لها لا مجال لأخذ الأجرة من أي جهة علي استغلالها والانتفاع بها.

الثاني: الظاهر أن ما سبق في المساجد يجري في مثل مشاهد النبي والأئمة (صلوات الله عليهم) والأولياء (رضوان الله عليهم). لأنها تشارك المساجد في أنها متقومة بحفظ عنوان خاص، من دون أن يؤخذ فيها الانتفاع بالمكان بالتعبد ونحوه من شؤون زيارتها، وإن ترتب عليها خارجاً ذلك، فلا يكون تعذر الانتفاع المذكور، لانصراف الناس عن زيارتها مبطلاً لوقفها ومسوغاً لبيعها.

وهذا بخلاف المكان المعد مصلي للزائرين أو مستراحاً لهم أو منزلاً يبيتون فيه أو مطعماً لهم، فإنه كسائر الأوقاف العامة المحبسة بلحاظ المنفعة الخاصة تبطل وقفه

نعم يجري في مثل الخانات الموقوفة للمسافرين وكتب العلم والمدارس والرباطات الموقوفة علي الجهات الخاصة (1).

(مسألة 11): إذا جاز بيع الوقف (2) فالأحوط مراجعة الحاكم

بتعذر الانتفاع به بتلك المنفعة.

وكذا الحال في المقامات المنسوبة للأنبياء والأئمة صلوات الله عليهم والأولياء المنتشرة في بقاع الأرض، فإن الظاهر تقومها بالنسبة المذكورة، وابتناء وقيمتها علي حفظ العنوان المنتزع منها. وقصد الناس لها وتعبدهم فيها أمر مترتب علي ذلك، من دون أن يكون مأخوذاً في وقيمتها، ليكون تعذره لخراب أو غيره مبطلاً لها.

ولا يعتبر في مشروعية الوقف المذكور ثبوت النسبة بوجه شرعي، بل يكفي احتمال ذلك والعمل عليه بحيث يصير المكان معلماً دينياً ورمزاً يشد الناس للمقدسات الدينية ويذكرهم بها، لكفاية ذلك في رجحان تشييده والتقرب به.

نعم لا يجوز تعمد اختراعه افتراءً علي الناس وتضليلاً لهم، لحرمة ذلك، فلا يصح الوقف له، لما هو معلوم من أن الوقف نوع من الصدقة المبنية علي التقرب. إلا أن يجري الناس علي ذلك لغفلتهم حتي يصير المكان معلماً مذكراً بالدين ورموزه، فيحسن تشييده حينئذ، ويشرع الوقف له.

(1) لأن الوقف في جميع ذلك يبتني علي تحسيس العين بلحاظ منفعتها، فمع تعذر الانتفاع بها يتعين بطلان التحسيس، فيجري ما سبق في الصورة الأولى من مسوغات بيع الوقف. خلافاً لما سبق من كاشف الغطاء (قدس سره) من عدم جواز البيع في هذه الأمور وغيرها من الأوقاف العامة. فراجع.

(2) الظاهر أن مراده غير صورة شرط الواقف للبيع. لوضوح أن المتبع فيها ما يستفاد من الشرط من حيثية متولي البيع ومصرف البدل، وإنما الكلام في مثل الخراب مما لا يكون البيع فيه مقتضي الوقف.

الشرعي والاستئذان منه في البيع (1). كما أن الأحوط أن يشتري بثمنه ملكاً ويوقف علي النهج الذي كان عليه الوقف الأول (2).

(1) أما مع عدم وجود الولي المنصوب للوقف فلخروج البيع عن مقتضى الوقف، ولا إطلاق يقتضي السلطنة عليه، فيجب الاقتصار علي المتيقن، وهو صورة مراجعة الحاكم الشرعي. وأما مع وجود الولي المنصوب للوقف فلأن المتيقن من ولايته المجعولة من قبل الواقف ولايته في إدارة الوقف والقيام بمقتضاه، وحيث كان البيع خارجاً عن مقتضى الوقف كانت ولايته قاصرة عنه، فيجب مراجعة الحاكم حينئذ، لما سبق، ويأتي تمام الكلام فيه.

لكن استئذان الحاكم الشرعي حيث لم يكن لثبوت ولايته كما تقدم في محله مفصلاً بل للخروج عن احتمال ولايته، فاللازم الجمع بين الاستئذان منه والاستئذان من كل من يحتمل ولايته، كالموقوف عليهم والولي المنصوب من قبل الواقف.

نعم إنما يحتمل اعتبار الاستئذان من الموقوف عليهم إذا كانوا محصورين ولو بلحاظ البطن الموجود حين البيع. أما مع عدم حصرهم كما في الأوقاف العامة فلا مجال للاحتمال المذكور.

كما أنه لو استفيد من الواقف عموم ولاية المنصوب من قبله لمثل البيع مما هو من شؤون بطلان الوقف، فلا إشكال في الاكتفاء بإذنه مع وجوده، وعدم وجوب الاستئذان الحاكم الشرعي. ولا يبعد استفادة ذلك عرفاً ولو تبعاً في جميع موارد نصب الولي. وأظهر من ذلك ما إذا قلنا بأن البيع من شؤون الوقف، لا من شؤون بطلانه، كما سبق ويأتي من بعضهم.

(2) كما صرح به كثير منهم، ويظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه. ويتضح الوجه فيه بناء علي ما سبق من غير واحد في وجه جواز البيع مع الخراب ونحوه من أن وقف العين ينحل إلي حبسها بشخصها من أجل انتفاع الموقوف عليهم بها، مع إمكان

ذلك، وحبسها بما أنها مال من أجل انتفاعهم ببدلها.

بل بناء علي ذلك لا يحتاج إلي وقف جديد، حيث يكون بنفسه وفقاً بمقتضي وقف العين، المفروض ابتناؤه علي الانحلال، بضميمة البدلية التي يقتضيها.

غاية الأمر أنه قد يقرب جواز بيع البدل وإبداله بغيره ولو مع صلاحيته للانتفاع وعدم خرابه إذا كان تبديله أصلح للموقوف عليهم، لأن الحبس بلحاظ الانتفاع بالعين بشخصها إنما كان في العين الموقوفة بالأصل، فيجب إبقاؤها بشخصها مادام يمكن الانتفاع بها. أما بعد سقوطها عن الانتفاع بالخراب أو نحوه وجواز تبديلها بلحاظ حبسها بما هي مال كما هو المدعي فلا موجب لحبس شخص البدل، لعدم تضمن الوقف له، بل للحبس بلحاظ أصل المالية المقتضي لجواز التبديل.

فكما كان الوقف بلحاظ أصل المالية مقتضياً لجواز تبديل العين الأصلية عند تعذر الانتفاع بها بالثمن، وتبديل الثمن بالعين الأخرى، يكون مقتضياً لجواز تبديل العين الثانية بالثمن وهكذا، من دون ملزم بانتظار تعذر الانتفاع بالعين الثانية. فتعذر الانتفاع بالعين إنما يكون شرطاً في تبديل العين الأولى التي وقع الوقف عليها، لا في تبديل ما بعدها من الأبدال.

بل ذكر بعض مشايخنا (قدس سره) أنه لا يجب شراء المماثل إذا لم يشترط الواقف ذلك، لأن مقتضي الجمع بين تأييد الوقف المستفاد من مثل: حتي يرث الله تعالي الأرض ومن عليها، وواقع العين الموقوفة هو التبديل بلحاظ أصل الوقف، دون خصوصية المماثلة. بل مقتضي ولاية المتولي ملاحظته مصلحة الموقوف عليهم واختيار ما هو الأصلح لهم.

لكنه يشكل بأن التأييد المستفاد من العبارة المذكورة لو تم إنما ورد في صيغة الوقف علي الانتفاع الخاص، لا مطلق الانتفاع، ولا يتحقق تأييد الانتفاع الخاص بالعين بلحاظ ماليتها إلا بالتبديل بالمثل مع الإمكان. كما جري علي ذلك بعض المحققين (قدس سره) في حاشيته علي المكاسب.

نعم حيث سبق ضعف المبني المذكور من أصله فلا مجال لاستفادة وجوب التبديل منه، فضلاً عن حفظ خصوصية المماثلة.

هذا وأما بناء علي ما اشتهر بينهم من كون الوقف ملكاً للموقوف عليهم بجميع بطونهم فسقوطه عن الانتفاع وإن اقتضي بطلان حبسه وجواز بيعه، إلا أنه لا يقتضي خروجه عن ملكهم، وبذلك يتعين قيام البدل مقامه في ملكيتهم له، كما هو مقتضي البدلية من دون حاجة إلي أن يوقف عليهم. كما أن اللازم بعد ملكيتهم له مراعاة مصلحتهم ولو بشراء غير المماثل، كما صرح بذلك شيخنا الأعظم (قدس سره).

لكن صرح غير واحد بوجوب شراء المماثل مع الإمكان، إما لأنه الأقرب لغرض الواقف، وإما لأنه الميسور من العمل بمقتضي الوقف، إذ مع تعذر العمل بمقتضي الوقف بنحو التأييد في شخص العين الموقوفة يتعين العمل به في النوع باختيار المماثل.

وفيه: أنه لا دليل علي وجوب مراعاة غرض الواقف، وإنما تضمنت الأدلة وجوب العمل بالوقف المفروض تعذره. مضافاً إلي أنه لا ضابط لغرض الواقف. إذ قد لا يكون اختياره للخصوصية حين الوقف لانحصار غرضه بسنخها، بل لأنها الأنفع للموقوف عليهم بنظره أو في وقته، فمع تعذر العمل بالوقف يكون الأقرب لغرضه هو مراعاة مصلحتهم والأنفع لهم، دون اختيار المماثل. وقد تقدم نظير ذلك في ذيل الكلام في الصورة الأولى من مسوغات البيع.

كما أنه لا دليل علي وجوب مراعاة الميسور في العمل بالوقف، لعدم ثبوت عموم قاعدة الميسور في الأحكام التكليفية التي قد تبتني علي ملاك قابل للانحلال، فضلاً عن الوضعيات التابعة للإنشاء والجعل غير القابل للانحلال، ومنها الوقف.

ومن هنا قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (والحاصل: أن الوقف مادام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلي الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم).

كما أن مقتضى ذلك عدم وجوب حبس البدل، بحيث لا يباع مادام يمكن الانتفاع به، بل يجوز تبديله للأصلح ولو مع قابليته لأن ينتفع به. بل مقتضاه جواز نفعهم به ما تعاقبوا ولو بمثل الاتجار به واستغلال ربحه من دون ملزم بشراء ما تبقى عينه، ويستغل بمنفعته أو نمائه، ويكون اختيار الأصلح تابعاً لتشخيص الولي.

نعم سبق منا منع المبني المذكور من أصله، وأن العين الموقوفة ليست ملكاً للموقوف عليهم، بل هي نحو من الصدقة عليهم، فإذا بطل تحبيسها بلحاظ منفعتها تعين بقاؤها صدقة عليهم. وحينئذ لا موجب لشراء المماثل ووقفه أيضاً، بعد ما سبق من عدم وجوب موافقة غرض الواقف وعدم انضباط غرضه، وعدم جريان قاعدة الميسور. وعلي ذلك جري سيدنا المصنف (قدس سره) في نهج الفقاهة.

اللهم إلا أن يقال: مصرف الصدقة تارة: يؤخذ من الشارع الأقدس، كما في الزكاة والكفارات. وأخري: من المتصدق نفسه، كما في مثل الوقف المبني علي الإنشاء والجعل، والتبرع المبني علي البدل.

والمتبع في تحديد الأول الدليل الشرعي، الذي يختلف باختلاف أنواع الصدقات. وفي تحديد الثاني سعة الأمر المنشأ، أو سعة إذن البازل. ولا مجال لشيء من ذلك في المقام بعد عدم تعرض النصوص التي بأيدينا لحكم الوقف الخراب والمعطل، وبعد اختصاص جعل الواقف بالعين الموقوفة، وسكوته عن حكم بدلها.

ومن هنا يتعين الاقتصار في علي المتيقن، لا-احترام المال المانع من التصرف الخارجي فيه إلا بمسوغ، ولأصالة عدم ترتب الأثر علي التصرف الاعتباري.

ولا إشكال في أن المماثل ولو في الجملة هو المتيقن بالإضافة إلي غيره مع تساويهما في مقدار مصلحة الموقوف عليهم.

نعم لو خرب بعض الوقف جاز بيع ذلك البعض (1)، وصرف ثمنه في مصلحة المقدار العامر (2)، أو في وقف آخر إذا كان موقوفاً علي نهج

كما لا يبعد قضاء المرتكزات بأن المماثل من جميع الجهات هو المقدم علي غيره ولو كان غيره هو الأصلح، كما إذا كان الوقف مدرسة تسع مائة طالب علم في حاجة للسكن، فدار الأمر بين صرف البدل في مدرسة كذلك وصرفه في جهة أنفع لطلاب العلم.

أما لو دار الأمر بين المماثل في الجملة وغيره مما هو أصلح فلا يخلو الأمر عن إشكال، كما لو دار الأمر بين الفرض المتقدم إنفاق البدل في مدرسة تسع ثلاثين طالباً، وصرفه في جهة أنفع لطلاب العلم. وإن لم يبعد قضاء المرتكزات بترجيح الأصلح حينئذ.

وبذلك يظهر الحال فيما لو تعذر المماثل، حيث لا يبعد ترجح الأقرب فالأقرب مع عدم مزاحمته بالأصلح، وأما مع مزاحمته به فلا يبعد ترجيح الأصلح.

هذا والظاهر عدم الحاجة لوقف البدل، بل يكفي استغلاله في الجهة الموقوف عليها مع إمكانها، أو في الجهة الأقرب إليها حسب تشخيص الولي. لتعيينه لها بمقتضي البدلية بلا حاجة للوقف، بل يكون الوقف لغواً.

كما أنه لا ينحبس عليها، بل يجوز تبديله إذا كان أصلح بنظر الولي وإن كان باقياً علي صلاحيته للانتفاع فيما عين له، لعدم موجب للحبس بعد فرض عدم وقفه، فهو صدقة تستغل في الجهة الخاصة مادام الولي يري الصلاح في استغلالها فيها.

(1) بالشروط المتقدمة.

(2) لأنه في الحقيقة من أفراد الصرف في المماثل للجهة الموقوف عليها في الجملة. ومما سبق يظهر أن المتيقن من ذلك ما إذا لم يكن صرفه في جهة أخرى أصلح للموقوف عليهم، ومنه ما إذا أمكن استغناء المقدار العامر منه بتبرع أو نحوه.

وقف الخراب (1). وإذا خرب الوقف ولم يمكن الانتفاع به، وأمکن بيع بعضه وتعمير الباقي بئمنه، جاز بل وجب علي الولي بيع بعضه، ولم يجز بيع جميعه (2).

(مسألة 12): لا يجوز بيع الأمة إذا كانت ذات ولد لسيدھا (3) ولو

(1) لعين ما سبق. ويجري فيه ما جرى في سابقه.

(2) لعدم سقوطه عن الانتفاع به في الجهة الموقوف عليها، ليبطل تحبيسه، غاية الأمر تعذر الانتفاع ببعضه فيها، والبناء علي الانحلال في ذلك قريب جداً بالنظر للمرتكزات العرفية، نظير الانحلال في تبعض الصفقة في جميع العقود والإيقاعات.

ولولا ذلك للزم بطلان الوقف بتمامه لو خرب بعضه وتعذر الانتفاع به في الجهة الموقوف عليها، ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

غاية الأمر أن تبعض الصفقة فيها في البعض المعين، وفيما نحن فيه قد يكون في بعض غير معين، وهو غير فارق عرفاً. فلاحظ.

(3) إجماعاً بقسميه. كذا في الجواهر. والنصوص به مستفيضة، كصحيح

عمر بن يزيد عن أبي إبراهيم (عليه السلام): (قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين (عليه السلام) أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن... قلت: فتباع فيما سوي ذلك من الدين؟ قال: لا) (1) وغيره.

نعم في صحيح زرارة: (سألته عن أم الولد. قال: أمة تباع وتوهب وتورث. وحدّها حدّ الأمة) (2). وفي الجواهر أنه من الشواذ التي يجب طرحها. وربما يحمل علي ما إذا مات ولدها، كما عن الشيخ وغيره.

وأما حملة علي بيعها في ثمن رقبته فهو لا يناسب ما تضمنه من الهبة والميراث. ولا سيما مع تأكيد ذلك بأن حدّها حد الأمة.

(1) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 2 من أبواب الاستيلاء حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 24 من أبواب بيع الحيوان حديث: 3.

ص: 120

كان حملاً غير مولود (1).

ومثله في ذلك حملة علي أنه قد يعرض لأم الولد ما يسوغ بيعها وهبتها أو يصيرها موروثة. فإنه بعيد عن ظاهره جداً. ولا سيما مع التأكيد المذكور.

ثم إن ما تقدم في صحيح محمد مسلم يجري في صحيح وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله (عليه السلام) علي ما رواه الصدوق قال: (في رجل زوج أم ولد له عبداً، ثم مات السيد. قال: لا خيار لها علي العبد، هي مملوكة للورثة) (1). بل الحال فيه أشكل. لمنافاته لما تضمن اعتناق الأم إذا ملكها ابنها حتي في غير أم الولد.

نعم رواه الشيخ هكذا: (في رجل زوج عبداً له من أم ولد له ولا ولد لها من السيد...) (2). فيخرج عن محل الكلام، لأن المراد به من مات ولدها.

(1) كما صرح به غير واحد، بل أرسله في الجواهر إرسال المسلمات. ويقتضيه صحيح محمد بن مارد عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في الرجل يتزوج الأمة، فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعدما ملكها، ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمته إن شاء باع، ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق) (3).

ومنه يظهر توقف ترتب أحكام أم الولد علي حصول الولد لها من سيدها وهي في ملكه، ولا يكفي فيه حصول الولد له منها قبل ملكه لها، كما صرح بذلك في الشرايع وغيرها في الجواهر أنه المشهور بينهم شهرة عظيمة.

خلافاً للمبسوط، فحكم بصيرورتها أم ولد إذا كان ولدها حراً حينما علقت به، وهو ظاهر الوسيلة. بل في الخلاف عموم ذلك لما إذا تحرر الولد وإن كان رقاً حين علوقها به. وكان الوجه فيهما الإطلاق. لصدق أم الولد عليها. لكنه لو تم وجب الخروج عنه بالصحيح.

(1) من لا يحضره الفقيه ج: 3 ص 82.

(2) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 5 من أبواب الاستيلاء حديث: 4.

(3) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 4 من أبواب الاستيلاء حديث: 1.

وكذا لا يجوز نقلها بسائر النواقل (1). وإذا مات ولدها جاز بيعها (2).

وإنما يظهر الأثر في جواز بيعها وعدمه. أما انعقادها في الجملة من نصيب ولدها لو مات سيدها وهي في ملكه فهو أمر لا إشكال فيه، لعموم ما دل علي عدم ملك الإنسان لأحد عموديه (1).

(1) كما صرح به غير واحد، وعن غير واحد إرساله إرسال المسلمات. وعن الإيضاح دعوي الإجماع عليه. بل ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه قول جميع المسلمين.

وقد ذكر أن الاستفادة من نصوص المنع عموم المنع لكل ناقل. وكأنه لأن المناسبات الارتكازية قاضية بأن منشأ المنع من البيع هو تشبثها بالحرية بسبب ولدها، حيث نعتق من نصيبه، وهو المناسب لما في معتبر الوليد بن هشام عن أبي الحسن (عليه السلام)، وفيه: (فقلت: إن فيهم جارية قد وقعت عليها، وبها حمل. قال: لا بأس. أليس ولدها بالذي يعتقها؟! إذا هلك سيدها صارت من نصيب ولدها) (2) فإن إعتاق الولد لها لا يكون إلا للمفروغية عن بقائها علي ملك أبيه إلي يموت.

(2) بلا خلاف أجده فيه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه. كذا في الجواهر وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (اتفاقاً فتوي ونصاً).

ويشهد به صحيح ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في رجل اشترى جارية يطأها، فولدت له ولداً فمات ولدها. قال: إن شأؤوا باعوها في الدين الذي يكون علي مولاه من ثمنها. وإن كان لها ولد قومت من نصيبه) (3) ومعتبر أبي مخلد السراج: (قال أبو عبد الله (عليه السلام) لإسماعيل وحقيبة والحارث النضري: اطلبوا لي جارية... فدلونا علي جارية رجل من السراجين قد ولدت له ابن

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 16 باب: 7، 8، 9 من أبواب كتاب العتق.

(2) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 6 من أبواب الاستيلاء حديث: 3.

(3) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 5 من أبواب الاستيلاء حديث: 2.

ومات ولدها، فأخبروه بخبرها، فأمرهم فاشتروها...)(1).

نعم في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث قال: (في جارية لرجل كان يأتيها، فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثة أشهر. قال: هي أم ولد)(2). وإذا كان السقط لا يخرجها عن كونها أم ولد فموت ولدها أولي بذلك.

لكن من الظاهر أن أظهر أحكام أم الولد انعقادها من نصيب ولدها من ميراثه من أبيه، ولا موضوع له مع موت الولد، فضلاً عن السقط.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما يظهر من الوسائل من حمله علي سقطها بعد موت السيد، وجعله مع خبر أبي البخري الآتي دليلاً علي انعقادها حينئذ.

إذ فيه أولاً: أنه لا شاهد علي الحمل المذكور. وثانياً: أنه حيث لا إشكال في أن السقط لا يرث فكيف تعتق به؟!.

ومن هنا ذكر صاحب الجواهر وشيخنا الأعظم (قدس سره) أن أثر الاكتفاء بالحمل في صدق أم الولد هو بطلان البيع الواقع حاله، لعدم الإشكال في صحة بيعها بعد الإسقاط. وربما يحمل الصحيح علي ذلك.

لكنه مخالف لظاهره جداً، لقوة ظهوره في بيان حكمها بعد الإسقاط، لا في انكشاف حكمها الثابت قبله.

ومن ثم لا يبعد جريه علي ما يظهر مما عن بعض العامة من تشبثها بالحرية بمجرد الحمل ولو مع موت الولد. ونحوه في ذلك خبر أبي البخري عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام): (قال: إذا أسقطت الجارية من سيدها فقد عتقت)(3)، سواء حمل علي عتقها فعلاً، كما هو المعني الحقيقي، أم علي أنها تشبث بالحرية، بمعنى أنه يقطع عليها بأنها سوف تعتق بموت سيدها. وكيف كان فلا بد من الإعراض عن الحديثين، لمخالفتهما لما عليه الطائفة وللنصوص المعول عليها عندهم، ومنما ما تقدم.

(1) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 5 من أبواب الاستيلاء حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 3 من أبواب الاستيلاء حديث: 1، 2.

(3) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 3 من أبواب الاستيلاء حديث: 1، 2.

ص: 123

كما يجوز بيعها في ثمن رقبته مع إفسار المولي (1). وفي هذه المسألة فروع كثيرة لم نتعرض لها لقلّة الابتلاء.

(مسألة 13): لا يجوز بيع الأرض الخراجية، وهي الأرض المفتوحة عنوة العامرة حين الفتح، فإنها ملك للمسلمين من وجد ومن يوجد (2)،

(1) كما هو مقتضى إطلاق جماعة، ونسب للأكثر. لموثق عمر بن يزيد عن أبي الحسن (عليه السلام): (سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته) (1) ولا يبعد ظهوره في صورة إفسار المولي، لأن خصوصية الدين تناسب ذلك.

هذا وقد تردد الفاضلان قدس سرهما في إطلاقه أو تقييده بصورة موت المولي، بل قوي تقييده بصورة موته غير واحد من متأخري المتأخرين.

لصحيح عمر بن يزيد المتقدم. وفيه: (قلت لأبي إبراهيم (عليه السلام): أسألك قال: سل. قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين (عليه السلام) أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها، فبيعت وأدي ثمنها. قلت: فيبعت فيما سوي ذلك من دين؟ قال: لا) (2).

لظهور قوله (عليه السلام): (ولم يدع من المال ما يؤدي عنه) في موت المولي. كما أنه صريح في الحصر، وهو من سنخ المبين للإطلاق. ومن ثم يتعين قصر الإطلاق عليه. ولنكتف بهذا المقدار في المسألة، لخروجها عن مورد الابتلاء في عصورنا.

(2) كما هو المعروف بين الأصحاب، المدعي عليه الإجماع في كلام غير واحد. والنصوص به مستفيضة. كصحيح الحلبي: (سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد. فقلت: الشراء من الدهاقين. قال: لا يصلح. إلا أن تشتري منهم

(1)، وسائل الشيعة ج: 13 باب: 24 من أبواب بيع الحيوان حديث: 2، 1.

(2)، وسائل الشيعة ج: 13 باب: 24 من أبواب بيع الحيوان حديث: 2، 1.

علي أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها...)(1)، ومعتبر أبي بردة بن رجا: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): كيف تري في شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك؟! هي أرض المسلمين. قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟! ثم قال: لا- بأس اشترى حقه منها، ويحول حق المسلمين عليه. لعله يكون أقوى عليها، وأملاً- بخراجهم منه)(2)، وغيرهما.

لكن في صحيح حرين عنه (عليه السلام): (قال: رفع إلي أمير المؤمنين (عليه السلام) رجل مسلم اشترى أرضاً من أراضي الخراج. فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): له ما لنا، وعليه ما علينا، مسلماً كان أو كافراً. له ما لأهل الله، وعليه ما عليهم)(3). وقد يظهر في إقراره (عليه السلام) للشراء.

ولا بد من حملة وحمل غيره مما قد يظهر في ذلك علي شراء حق الاختصاص والاستغلال، مع بقاء العين علي ملك المسلمين، ولزوم أداء الخراج، بقرينة التفصيل الذي تضمنته النصوص الأول.

نعم النصوص المذكورة لا تقتضي عدم قابلية الأرض المذكورة للبيع والنقل، وإنما تقتضي منع من بيده الأرض من بيعها ونقلها، لعدم ملكه لها، وعدم سلطنته عليها بعد أن كانت ملكاً للمسلمين، وليس له إلا حق الاختصاص باستغلالها علي أن يؤدي خراجها لهم.

ولا- ينافي ذلك جواز بيع ولي المسلمين لها، بل حتي هبته لها وإقطاعها لبعض الناس مجاناً، كما يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم (قدس سره) المفروغية عنه. لعموم ولايته، وقابليتها للنقل ذاتاً، كسائر أملاك المسلمين.

وقد يجري علي ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) والساباطي ووزارة عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين من أرض

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 21 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 4.

(2) وسائل الشيعة ج: 11 باب: 71 من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: 1.

(3) وسائل الشيعة ج: 11 باب: 72 من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: 6.

ص: 125

الجزية. فقال: إنه إذا كان ذلك انتزعت منك، أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج. قال عمار: ثم أقبل علي، فقال: اشتراها، فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك(1) ومعتبر إبراهيم بن أبي زياد: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الشراء من أرض الجزية. فقال: اشتراها فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك)(2).

فإن ما تضمنه الصحيح من أنها تنتزع منه عد ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أو يؤدي ما عليها من الخراج، ثم الترخيص في الشراء للتعليل المذكور ظاهر في كون الترخيص المذكور شخصاً لخصوص عمار، وأن الشراء المرخص فيه هو شراء عين الأرض، بحيث لا- يجب الخراج فيها، وإلا- فجواز الشراء مع دفع الخراج قد بين أولاً، وهو لا يحتاج للتعليل المذكور. وذلك يبتني إعمال ولايته (عليه السلام) علي الأرض وأربابها في الترخيص المذكور.

قال في محكي مرآة العقول تعقيباً علي الصحيح المتقدم: (ثم جوز عليه السلام له شراءها لأن له الولاية عليها. وعلل بأن لك من الحق بعد ظهور دولة الحق في الأرض أكثر من ذلك، فلذلك جوزنا لك ذلك). ومنه يظهر الوجه في حمل معتبر إبراهيم المتقدم علي ذلك أيضاً.

اللهم إلا أن يقال: لم يتضح كون المراد بالحديثين من أرض الجزية الأرض المفتوحة عنوة التي هي ملك للمسلمين، بل لا يبعد كون المراد بها الأرض التي صالح أهلها علي أن تكون جزيتهم من حاصل أرضهم، فإن الأرض المذكورة باقية علي ملك أصحابها الأولين، ولا تكون ملكاً للمسلمين، ولا مانع من شرائها منهم.

غاية الأمر أن في حاصلها جزيتهم فيكون في شرائها منهم والاستقلال بها تفريط بجزيتهم التي هي ملك للمسلمين أيضاً، ولذا احتج للتخصيص الشخصي المبتني علي التعليل المذكور، وعلي إعمال الإمام (عليه السلام) لولايته عليها. فالعمدة ما ذكرناه

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 21 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 11 باب: 71 من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: 4.

ص: 126

ولا فرق بين أن تكون فيها آثار مملوكة للبايع من بناء أو شجر أو غيرهم

وأن لا تكون (1).

أولاً من عموم الولاية.

نعم استشكل في الجواهر في بيعها حتى لولي المسلمين. قال: (لا احتمال كون حكمها شرعاً بقاؤها وصرف خراجها، كالوقف).

لكن لا شاهد للاحتمال المذكور. إذ النصوص لم تتضمن إلا أنها للمسلمين، والظاهر أن تعيينها لأخذ الخراج منها لأنه الوجه المتعارف لانتفاع عموم المسلمين منها، لا لحبسها شرعاً علي ذلك. كيف ولا إشكال - بملاحظة السيرة - في اتخاذ المساجد فيها، والظاهر أنها علي حد سائر المساجد تبتي علي وقف الأرض مسجداً، كما سبق في المسألة العاشرة. بل لا إشكال في شق الطرق فيها، وبناء المساكن ونحوها مما يحتاجه من يعمرها.

وما ذلك إلا لعدم تعيينها للخراج، بل لانتفاع المسلمين بها بعد أن كانت لهم بنحو من أنحاء الملك ولو تسامحاً. وذلك يقتضي سلطنة ولي الأمر علي نقلها بيع وغيره إذا كان صلاحاً لهم.

وبذلك يظهر نفوذ بيع وإقطاع ولاية الجور للأرض المذكورة في حق المؤمنين. لما دل علي جواز تعاملهم معهم، والترخيص لهم في أخذ جوائزهم، ونحو ذلك، والظاهر شيوع إقطاع ولاية الجور للأرضين في عهد الأئمة (صلوات الله عليهم)، فلو لم يكن نافذاً في حق المؤمنين لكان المناسب استثناءه.

(1) كما هو مقتضي إطلاق جماعة وصريح آخرين. لإطلاق النصوص السابقة. لكن في بيع التذكرة وفي اللعتين والمسالك جواز بيعها تبعاً للأثار. وحكي عن غير واحد، علي إشكال في النسبة، لصراحة كلام بعضهم في بيع نفس الأثار.

والذي ينبغي أن يقال: إحداث آثار التصرف من البناء ونحوه إن لم يكن بوجه

مأذون فيه شرعاً كان عدواناً، فيحق للولي قلعه، وهو لا يقتضي حقاً في الأرض، فضلاً عن أن يقتضي ملكها تبعاً له، ليجوز بيعها معه. ولعله خارج عن محل كلامهم.

وكذا إذا كان بوجه مأذون فيه إذا ابتني علي انتفاعه به بنفسه مادام هو في الأرض من دون أن يستحق إبقاءه. فإنه إذا لم يستحق إبقاءه في الأرض بعد خروجه منها، فلا- منشأ لتوهم ملكه للأرض بتبعه، بحيث يصح بيعها معه. غاية أنه يملك أثر التصرف بنفسه، فله قلعه عند خروجه من الأرض، وله بيعه ممن يخلفه فيها.

وإن ابتني علي استحقيقه إبقاء أثر التصرف مادام قائماً، بحيث لا يجوز للولي قلعه عند خروجه منها، فهو وإن اقتضي حقاً لصاحب التصرف في الأرض لا ينتهي بخروجه منها، إلا أنه لا يقتضي ملك الأرض بنفسها، لعدم المنشأ لذلك. ولا سيما مع عدم معهودية الملكية الموقته، إذ مبني الملكية ارتكازاً علي البقاء ما لم يحدث الرفع لها، ولو مثل فسخ العقد الناقل.

وحيث إن كان مرادهم بيع الحق المذكور تبعاً لآثار التصرف فهو متين جداً، إلا أنه لا يصح استثنائه من عموم منع بيع الأرض. وإن كان مرادهم بيع نفس الأرض التي تقوم عليها آثار التصرف. فهي غير مملوكة له ليصح منه بيعها.

ودعوي: أن ذلك مقتضي السيرة. مدفوعة بأنه لم يتضح قيام سيرة في المقام متصلة بعصور المعصومين صلوات الله عليهم كاشفة عن رضاهم. ولا سيما مع ما هو المعلوم من عدم بسط أيديهم (عليه السلام)، بحيث يستطيعون استنكار ما يحصل، ليكشف عدم استنكارهم إياه عن إقرارهم له.

علي أن المتيقن من السيرة إنما هو بيع أثر التصرف، ولا يعلم منها بيع رقبة الأرض تبعاً له إلا بناء علي الملازمة بين الأمرين، وهي ممنوعة. غاية الأمر ملازمة بيع أثر التصرف لبيع حق إبقائه في الأرض الذي تقدم الكلام فيه.

ومثله الاستدلال بما تضمن جواز شراء أرض الخراج. فإنه مع عدم وروده فيما نحن فيه من بيع الآثار محمول علي بيع حق الاختصاص بالأرض واستغلالها، ل

بل الظاهر عدم جواز التصرف فيها (1)

عيناها ورقبتها، كما سبق.

(1) قال في المبسوط: (ولا يصح بيع شيء من هذه الأرضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تمليكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إجارته ولا إرثه. ولا يصح أن يبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات، ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك. ومتى فعل شيء من ذلك كان التصرف باطلاً، وهو باق علي الأصل).

والوجه فيه ظاهر بعد ما سبق من كون الأرض المذكورة للمسلمين علي نحو خاص، حيث يكون التصرف المذكور تعدياً عليهم، ومنافياً لما هو المعلوم من حرمتهم وحرمة أموالهم وحقوقهم، فلا بد في جوازه من إذن وليهم، وهو الإمام أو من يقوم مقامه، علي ما يأتي الكلام فيه.

نعم قد يدعي أن النصوص المتقدم بعضها، المتضمنة جواز شراء أرض الخراج علي أن يقوم المشتري مقام البايع في عمارتها وأداء خراجها، ظاهرة في جواز التصرف فيها بالوجه المذكور لكل أحد من دون حاجة لإذن الإمام أو غيره.

لكنه لا يخلو عن إشكال أو منع، فإن الأرض المذكورة لما كانت للمسلمين فلا يتيسر التصرف فيها غالباً إلا بمراجعة السلطان. غاية الأمر أن لأهلها الأولين حق الأولوية في استغلالها وعمارتها، بحيث لا يجوز إخراجهم منها قسراً عليهم، حتي بالتضييق عليهم بتحميلهم من الخراج أكثر من طاقتهم، كما يظهر من النصوص.

ومنها موثق إسماعيل بن الفضل الهاشمي: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى [اكتري] أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون. وإنما يقبلها من السلطان لعجز أهلها أو غير عجز. فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها، إلا أن يضاروا. وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها...)(1).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 21 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 10.

ص: 129

وعلي ذلك يكون المراد بشراء أرض الخراج في النصوص المتقدمة هو شراء حق الأولوية المذكور الثابت لهم، نظير شراء حق السرقة للمستأجر المتعارف في عصورنا.

أما استحقاق المباشرة بعمارة الأرض واستغلالها فلا بد أن يبتني علي إذن السلطان في عصر صدور تلك النصوص، إما لابتناء تعامله مع أهل الأرض الأولين علي أن لهم بيعها بالوجه المذكور علي غيرهم، أو لمراجعة المشتري بالخصوص له باستئذانه قبل الشراء، أو بطلب إقراره وإمضائه بعده، كما يناسبه قوله (عليه السلام) في صحيح الحلبي المتقدم: (فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها).

وعلي ذلك فغاية ما تدل عليه النصوص المذكورة الاكتفاء في جواز التصرف في الأرض المذكورة بإذن سلطان الجور، لا إطلاق جواز التصرف فيها لكل أحد، ليخرج بها عما سبق.

هذا وقد يظهر ممن سبق منه جواز بيع الأرض المذكورة تبعاً لآثار التصرف جواز إحداث الآثار المذكورة الموجبة لنحو من الحق في الأرض من دون حاجة إلي إذن. ولم يتضح وجهه.

غاية الأمر أنه قد يبتني تقبيل الأرض من قبل من يتولي أمر المسلمين - بحق أو بجور - علي الإذن ضمناً في التصرف الذي يقتضيه الارتباط بالأرض من أجل عمارتها وزراعتها لاستحصال الخراج منها، كمساكن العاملين فيها ومرافقهم من مخازن ومساجد وسقايات لهم وللعايرين فيها، ونحو ذلك بالنحو المتعارف.

لكن هذا - مع اختصاصه بمن يتقبل الأرض، دون من هو أجنبي عرفاً، وبالتصرف المتعارف دون غيره - ليس تصرفاً من دون إذن، بل هو تابع للإذن الضمنية التي يبتني عليها تقبيل الأرض من قبل من يتولي أمر المسلمين، فلو منع من التصرف المذكور أو من بعض أقسامه تعين عدم جوازه، بل يكون تعدياً لا يترتب عليه حق الإبقاء في الأرض، علي ما سبق.

كما أنه قد فصل في الدروس بين زمان الحضور وزمان الغيبة، فلا يجوز التصرف في الأول إلا بإذن الإمام (عليه السلام)، ويجوز التصرف في الثاني من دون حاجة لذلك، ووافقه في جامع المقاصد، وحكاه عن غيره.

وكأنه لأن توقف التصرف علي إذنه (عليه السلام) مستلزم لتعذر التصرف في عصر الغيبة في الأرض المذكورة، وهو مما يقطع بعدم رضا الشارع به، لاستلزامه تعطيلها وعدم الاستفادة بها.

لكن ذلك يجري أيضاً في عصر الحضور لو تعذر استئذان الإمام أو امتنع هو (عليه السلام) من الإذن ومزاولة وظائف الإمامة حذراً من ظهور ذلك عنه بنحو يعرضه أو يعرض شيعته للخطر.

وحيث يعلم بعدم رضا الشارع الأقدس بتعطيل الأرض حينئذ بنحو يعلم بجواز التصرف في الجملة، فاللازم الاقتصار علي المتيقن من الجواز، وهو صورة استئذان سلطان الجور، حيث لا إشكال في الجواز حينئذ ولو بلحاظ السيرة في عصور حضور الأئمة (عليهم السلام).

ولا أقل من كونه مقتضي النصوص المتقدمة المتضمنة جواز شراء أرض الخراج علي أن يقوم المشتري مقام البائع في أداء خراجها، لما هو المعلوم من أن أداء خراجها إنما كان في تلك العصور لولاة الجور، وكانوا هم المتولون لإدارة شؤونها.

ودعوي: أنه يعلم بعدم الأثر لإذن الجائر، لأن عدوانه لا يناسب اهتمام الشارع الأقدس به ويأذنه. ممنوعة، لإمكان اهتمام الشارع الأقدس بضبط أمر أرض الخراج، وتنظيم التصرف فيها دفعاً للتشاح والخلاف وما يترتب عليهما من مفسد في المجتمع قد تسود حتي علي الأرض وعلي غلتها، ومع تعذر تنظيمها بالوجه الأكمل بياكالها لنظر الإمام العادل يكتفي بتنظيمها من طريق سلطان الجور، لأنه خير من الانقراط المطلق. ولعله لذا جاز التعامل في الخراج مع السلطان.

ومثل ذلك ما قد يدعي من أن مقتضي السيرة جواز التصرف فيها لكل أحد،

إلا- بإذن الحاكم الشرعي (1)، إلا- أن تكون تحت سلطة السلطان المدعي للخلافة العامة، فيكفي الاستئذان منه (2). بل في كفاية الاستئذان من الحاكم الشرعي حينئذ إشكال (3). ولو ماتت الأرض العامرة حين الفتح

حيث يشيع من عامة الشيعة وخاصتهم التصرف فيها من دون توقف منهم أو استئذان من أحد.

إذ فيه أولاً: أن السيرة الحادثة في عصر الغيبة لا تصلح للاستدلال، وما ينهض بالاستدلال هو السيرة المتصلة بعصور ظهور المعصومين صلوات الله عليهم بحيث يكشف عدم ظهور الردع منهم عنها في إمضائهم لها.

وثانياً: أن السيرة من الخاصة قد تبتي علي ما سبق منا من نفوذ إقطاع السلطان الجائر، ومن العامة علي ذلك وعلي عدم مراعاة الحكم الشرعي جهلاً به أو تسامحاً. ولا سيما أن كثيراً منهم من ذوي القوة والنفوذ وممن يغمض بسببهما عن الموازين الشرعية.

ومن هنا لا مخرج في عصر الغيبة عن مقتضى القاعدة المتقدمة من عدم جواز التصرف في الأرض المذكورة من دون إذن ولي المسلمين، أو من يقوم مقامه.

(1) لأن احتمال ولايته كاف في وجوب الاستئذان منه بعد العلم بجواز التصرف في الجملة، للعلم بعدم رضا الشارع الأقدس بتعطيل الأرض عن الانتفاع.

(2) لما هو المعلوم ويستفاد من النصوص السابقة وغيرها من إمضاء التعامل معه شرعاً. وعليه كان العمل في عصور حضور الأئمة صلوات الله عليهم.

(3) لعدم إطلاق يقتضي ولاية الحاكم الشرعي، كما يظهر مما سبق في أواخر الكلام في شروط المتعاقدين، وإنما يرجع إليه لاحتمال ولايته في مورد يعلم بجواز التصرف في الجملة، ولا يعلم بجوازه من دون إذنه. أما في المقام فحيث يعلم بكفاية استئذان سلطان الجور ودفع التعطيل بمراجعته فلا طريق لإحراز الاكتفاء بإذن

فالظاهر أنها لا تملك بالإحياء، بل هي باقية علي ملك المسلمين (1). أما الأرض الميثة زمان الفتح فهي ملك للإمام (عليه السلام) (2). وإذا أحيها أحد ملكها بالإحياء (3)،

الحاكم الشرعي.

بل لا ينبغي التأمل في عدم البناء علي الاكتفاء باستئذانه بدلاً عن السلطان في عصور الأئمة صلوات الله عليهم، مع أن أكثر الأدلة التي سيقت لإثبات ولاية الحاكم الشرعي أو كلها لا يختص بعصر الغيبة، كما يظهر بمراجعة ما تقدم منا عند الكلام في أدلة ولايته، وذلك يكشف عن أن ولايته لو تمت ليست بنحو تقتضي الاكتفاء باستئذانه بدلاً عن السلطان.

نعم لو فرض عدم بناء السلطان علي التصدي للأرض، جهلاً بكونها خراجية، أو لتبدل القوانين التي يجري عليها، فلا طريق لإحراز الاكتفاء بإذنه، لخروجه عن موضوع السيرة والنصوص السابقة. بل لا منشأ لاحتمال اعتبار إذنه حينئذ، ويتعين الاكتفاء باستئذان الحاكم الشرعي. والظاهر خروجه عن مفروض كلام سيدنا المصنف (قدس سره).

(1) كما صرح به غير واحد، بل قد يظهر منهم عدم الخلاف فيه. والكلام في ذلك متفرع علي الكلام في مملكية الإحياء، وفي عمومها للأرض المفتوحة عنوة، ويأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى.

(2) كما تقدم منا عند الكلام في الأنفال من خاتمة كتاب الخمس من هذا الشرح.

(3) الظاهر عدم الإشكال فيه في الجملة، وأرسل في بعض كلماتهم إرسال المسلمات، وأدعي عليه في كلمات بعضهم الإجماع.

ويقتضيه جملة من النصوص، كصحيح زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وفضيل وبكير وحرمان وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليه السلام):

(قالا: قال رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم): من أحبي أرضاً مواتاً فهي له(1) ، وصحيح عبد الله بن

سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام): (سئل وأنا حاضر عن رجل أحبي أرضاً مواتاً، فكري فيها نهراً، وبني فيها بيوتاً، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء أو سيل وادي أو عين، وعليه فما سقت الدوالي والغرب نصف العشر)(2) وغيرهما، مما يأتي بعضه إن شاء الله تعالى. وعلي كل حال فالحكم في الجملة لا شبهة فيه، إلا أنه ينبغي الالتفات لأمرين:

الأول: أنه يظهر من بعض مواضع المبسوط أن الإحياء لا يوجب ملك الأرض، بل مجرد حق التصرف فيها. قال في كتاب الجهاد في فصل حكم ما يغنم وما لا يغنم: (فأما الموات فإنها لا تغنم، وهي للإمام خاصة، فإن أحياءها أحد من المسلمين كان أولي بالتصرف فيها، ويكون للإمام طسقتها). ونحوه في كتاب الزكاة من النهاية مع إطلاق المحيي من دون تقييد له بالمسلمين. وهو صريح الاستبصار في باب من أحبي أرضاً مستدلاً عليه بصحيح الكابلي وغيره من النصوص الكثيرة التي يأتي الكلام فيها.

وقال في كتاب إحياء الموات من المبسوط: (إذا تحجر أرضاً وباعها لم يصح بيعها... لأنه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء، وإنما يملك التصرف بشرط أن يؤدي إلي الإمام ما يلزمه عليها). وكلامه بدواً وإن أوهم أنه في التحجير إلا أن الظاهر عدم التفريق عنده بينه وبين الإحياء، كما نبه لذلك في السرائر. ويناسبه ما ذكره من التعليل المتقدم، وما ذكره بعد ذلك من أن ملك الأرض تارة: يكون بإقطاع السلطان لها. وأخري: يكون بإحداث شيء فيها. قال: (وذلك مثل الموات من الأرض، وقد ذكرنا أنه يملك بالإحياء بإذن السلطان التصرف فيها، وهو أولي من غيره. وإذا تحجر صار أحق به من غيره). وجري علي ذلك في المهذب والغنية والسرائر.

(1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 1 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 5.

(2) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 1 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 8.

الثاني: أن الأصحاب صرحوا بعدم جواز إحياء الأرض الميتة التي هي ملك الإمام إلا بإذنه، مطلقاً كما يظهر مما سبق من المبسوط أو مع ظهوره (عليه السلام)، كما في الشرايع، أو مع بسط يده، كما في الجواهر. قال في كتاب الجهاد: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلي عموم قاعدة قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه).

إذا عرفت هذا فإن كان مرادهم من الإذن الإذن الخاص لكل شخص بشخصه، فمن الظاهر أن الإذن إن ابتنت علي الإذن في الإحياء المبني علي التملك رجعت إلي الإقطاع الذي سبق من المبسوط حصول التملك به، وإن ابتنت علي الإذن في الإحياء بنفسه من دون تملك تعين عدم حصول الملك بالإحياء، كما ذكره في المبسوط، لأنها تكون نظير المزارعة.

غاية الأمر أن سعة حق الأولوية بتبع الإحياء تابع لسعة الإحياء المأذون فيه. ولا يبعد كون مفروض كلام المبسوط إطلاق الإذن في الإحياء بنحو يستلزم الأولوية مادام المأذون في مقام الإحياء غير معرض عنه.

كما قد يتجه ما ذكره غير واحد من الفرق بين عصر الحضور، فيشترط في جواز الإحياء فيه الإذن منه (عليه السلام)، وعصر الغيبة فلا يشترط فيه الإذن مطلقاً، كما يظهر من الشرايع، أو لخصوص الشيعة كما في الجواهر.

إذ قد يكون الوجه في عدم اعتبار الإذن في الإحياء في عصر الغيبة أن اعتباره مستلزم لتعطيل الأرض الموات، وهو مما يعلم بعدم رضا الشارع الأقدس به.

وأما الاستدلال له بنصوص التحليل فلا يخلو عن إشكال إذا لو تم عموم التحليل فهو لا يختص بعصر الغيبة، بل عصر الحضور متيقن منه لورود نصوصه فيه. وهذا بخلاف محذور التعطيل الذي أشرنا إليه.

نعم لو تم الاستدلال بمحذور التعطيل فهو إنما يقتضي جواز الإحياء وأولوية المحيي بالأرض، لكفاية ذلك في الحث علي عمران الأرض وعدم تعطيلها، ول

يتوقف علي ملك المحيي لها كما هو مقتضي إطلاق الأصحاب، وصريح الشرايع وغيره في خصوص عصر الغيبة، بخلاف الإذن الخاص، حيث قد يستفاد منه الإحياء المبتني علي التملك، الذي سبق رجوع الإذن فيه للإقطاع.

كما أن اعتبار الإذن الخاص في الإحياء لا يناسب إطلاق النصوص المتقدمة دليلاً علي مملكية الإحياء. بل يكاد يقطع بعدم اعتباره حتي في عصر الحضور بالنظر للسيرة، ولذا لم تتعرض النصوص لطلب أفراد الشيعة الإذن من الأئمة (صلوات الله عليهم) في الإحياء، مع شيوع حاجتهم له وكونه مورداً لا يتلائمهم.

وإن كان مرادهم من الإذن المعتبر في جواز الإحياء ما يعم الإذن العام المستفاد من النصوص السابقة، فبعد إطلاق النصوص المذكورة، وظهورها في مملكية الإحياء، لا يظهر الوجه لما سبق من المبسوط من عدم مملكية الإحياء، ولا لما سبق من الشرايع وغيره من الفرق بين عصر الحضور والغيبة.

كما أنه لا-فائدة في بيان اشتراط الإذن بعد أن كان حاصلًا بمقتضي هذه النصوص. ومن ثم فكلام الأصحاب لا يخلو عن اضطراب وإشكال.

ولا يبعد كون منشئه اختلاف الأخبار فإن النصوص المتقدمة وغيرها وإن كانت ظاهرة في مملكية الإحياء، إلا أن نصوصاً أخر قد تضمنت أن الأرض كلها للإمام بنحو يظهر في عدم خروجها عن ملكه بالإحياء، كصحيح أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر (عليه السلام): (قال: وجدنا في كتاب علي (عليه السلام): (إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين). أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلها لنا. فمن أحبي أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلي الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها. فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها، فليؤد خراجها إلي الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتي يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها، كما حواها رسول الله صلي الله عليه وآله ومنعها. إلا ما كان

في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم علي ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم(1).

وصحيح مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله (عليه السلام) وكان قد حمل إليه مالا من الخمس، فرده عليه. وفيه: (إني قلت له حين حملت إليه المال: إني كنت قد وليت البحرين الغوص، فأصبت أربعمائة ألف درهم، وقد جئتكم بخمسها بثمانين ألف درهم... فقال: أو مالنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس يا أبا سيار؟! إن الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا. فقلت له: وأنا أحمل إليك المال كله. فقال: يا أبا سيار قد طيبناه لك وأحللناك منه، فضم إليك مالك. وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون حتي يقوم قائمنا، فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم. وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتي يقوم قائمنا، فيأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم صغرة(2). ونحوهما غيرهما. وقد عقد في الكافي باباً لذلك(3).

ومن الظاهر منافاتها بدواً لنصوص الإحياء المتقدم بعضها، ولغيرها مما تضمن ملكية الناس بأسباب التملك المختلفة. بل حتي مثل الأوقاف ونصوص الأرض المفتوحة عنوة وغيرها.

وقد يجمع بين الطائفتين تارة: بحمل الطائفة الثانية علي نحو خاص من الملكية لا ينافي في ثبوت الملكية بالمعني المعروف لغيرهم (عليهم السلام)، عملاً بظاهر الطائفة الأولى. ومرجعها إلي ولايتهم (عليهم السلام) وأحقيتهم بالتصرف، بحيث لا يحلّ تصرف الناس في أملاكهم إلا بمولاتهم (عليهم السلام)، أو تحليلهم منه.

وأخري: بإبقاء الطائفة الثانية علي ظاهرها في الملكية بالمعني المعروف، وحمل

(1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 3 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 2.

(2) الكافي ج 1 ص 408، واللفظ له. وسائل الشيعة ج: 6 باب: 4 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 12.

(3) الكافي ج: 1 ص: 407-410.

ص: 137

الطائفة الأولى علي أولوية التصرف، ومضيه حقيقة في حق الشيعة، وحكماً - من أجل تمشية الأمور بسبب الهدنة - في حق غيرهم، بمعنى أن علي الشيعة أن يرتبوا أحكام ملكية غيرهم لما تحت أيديهم، وإن لم يكن أولئك مالكين، وكان تصرفهم محرماً عليهم واقعاً.

والظاهر أن الثاني هو المتعين، لمناسبته للصحيحين المتقدمين، لصعوبة تنزيلهما علي الأول، بلحاظ ما تضمنناه من الآثار المناسبة لملكيتهم (عليهم السلام) الحقيقية، ولتضمن أكثر نصوص هذه الطائفة أن حل الأرض للشيعة لتحليل الأئمة (عليهم السلام) لهم، بخلاف غيرهم، مع أن ملكية الناس لو كانت حقيقية لكان المناسب عدم احتياج الشيعة للتحليل، غاية الأمر أن يحرم ما في الأرض علي غيرهم، لعدم تحقق شرط الحل وهو الولاية أو أداء الخراج.

ولاسيما أن بعض نصوص الإحياء قد اقتصر فيه علي أن محيي الأرض أحق بها، أو أنه أحق بها وهي له، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): (قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها)(1). وفي صحيحه الآخر: (فهم أحق بها، وهي لهم)(2). حيث يسهل بلحاظه تنزيل الحكم في بقية النصوص بأنها له علي أنه أحق بها.

وأظهر من ذلك قوله (عليه السلام) في صحيح عمر بن يزيد الآتي: (من أحيي أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤديه إلي الإمام في حال الهدنة. فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه علي أن تؤخذ منه)(3). لظهور أن دفع الطسق وأخذها منه عند ظهور القائم (عليه السلام) يناسب بقاءها علي ملك الإمام، وأن المراد من كونها له أنه أحق بها.

ولعل غرابة مضمون هذه النصوص، وثقله وصعوبة تحمله، ومنافاته بدواً للنصوص الأخر وغيرها مما يتضمن ملكية الناس بأسبابها المعروفة، ومخالفة ذلك

- (1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 1 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 3، 4.
- (2) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 1 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 3، 4.
- (3) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 4 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 13.

لظاهر عمل الناس وسيرتهم، وعدم ظهور الأثر العملي له بعد صدور التحليل للشيعة، وعدم ظهور الأثر للتحريم في حق غيرهم، كل ذلك أوجب عدم تركيز أكثر الأصحاب علي هذه النصوص ومدارسة مضمونها.

إن أن ذلك لا يبلغ ما ذكره في الجواهر من إعراض الأصحاب عنها، الموهن لها والمسقط لها عن الحجية. ومثله ما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) من مخالفة صحيح الكابلي وعمر بن يزيد المتقدمين لظاهر النص والفتوي من مملكية الإحياء.

ولاسيما بعد ما سبق من المبسوط وغيره، وبعد ظهور حال الكليني قدس سره في البناء عليها، حيث ذكرها في باب أن الأرض كلها للإمام، وقرب كون ذلك مذهب رواة هذه الأخبار من قدماء الأصحاب، حيث لا تعرف فتاواهم إلا من طريق رواياتهم، وبعد ما سبق من الشيخ (قدس سره) وغيره من عدم مملكية الإحياء، وبعد تعرض كثير ممن تأخر عنهم لهذه النصوص عملهم ببعض مضامينها في الجملة، وبعد ما سبق من ظهور اضطراب الأصحاب في هذه المسألة.

بل روي في الكافي في ذيل الباب المذكور أن ابن أبي عمير كان يري أن الدنيا للإمام علي حجة الملك، وأنه غضب علي هشام بن الحكم وهجره بعد أن كان لا يعدل به شيئاً، وذلك لأن هشاماً لم يقر بذلك، وذكر أن أملاك الناس لهم إلا ما حكم الله تعالي به له من الفيء والخمس والمغنم. ومن الظاهر أن ابن أبي عمير من أعيان الطائفة وفقهائها وربما يكون معه غيره علي ذلك.

نعم قد يستشكل في هذه النصوص بوجهين:

الأول: أن النصوص لا تناسب نصوص الأرض المفتوحة عنوة حيث تضمنت أنها للمسلمين وخارجها لهم لا للإمام، ولا نصوص الأنفال، كالأرض الخربة والتي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وبطون الأودية وشطوط الأنهار، لظهورها في خصوصية العناوين المذكورة في كونها ملكاً للإمام، وهو لا يناسب ما تضمنته هذه النصوص من أن الأرض كلها للإمام.

ويندفع أولاً: بإمكان حمل نصوص الأرض المفتوحة عنوة علي أولوية المسلمين بها قبل ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بسبب فتحهم لها، نظير أولوية المحيي.

وأما نصوص الأنفال فيمكن ورودها لدفع توهم عدم ملك الإمام لها، لتوهم كون الأرض الميتة أو العامرة بالأصل باقية علي الإباحة الأصلية، والقري التي انجلي أهلها أو الخبرة باقية علي ملك أهلها، والتي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب للمسلمين، كسائر الغنائم.

ثانياً: بأن مضمون هذه النصوص ثقيل جداً، ولا يسهل تقبله علي عامة الشيعة، كما لا يحسن ظهوره لغيرهم. ولعل المصلحة كانت في التدرج في بيان حقهم (عليهم السلام) في الأرض، تبعاً للتدرج في إظهار رفيع مقامهم، وإذعان النفوس به بعد تحقق الأرضية الصالحة بسبب تركز دعوة التشيع بأبعادها العقائدية.

الثاني: أن صحيح الكابلي قد أطلق فيه دفع الخراج إلي الإمام (عليه السلام) في حال الهدنة، مع عدم عمل الشيعة علي ذلك في عصر الغيبة، ولا نقل عنهم في عصر الحضور، وإلا لظهر في النصوص.

لكن لا يخفي أن ما سبق من المبسوط وغيره يناسب العمل علي مضمون الصحيح. مع أنه يمكن البناء علي سقوط الخراج عن الشيعة بنصوص التحليل، ومنها صحيح مسمع المتقدم وغيره من نصوص المقام، حيث لا يخرج عنها إلا في الخمس، للنصوص الكثيرة المتضمنة للمطالبة به، خصوصاً من الأئمة المتأخرين (صلوات الله عليهم).

مضافاً إلي ظهور نصوص الإحياء المتقدمة في عدم وجوب دفع الطسق. بل هو كالصريح من صحيح عبد الله بن سنان، فإن الاقتصار فيه علي التنبيه لوجوب الزكاة الذي هو ضروري مستغن عن التنبيه يجعله كالصريح في عدم وجوب شيء غيرها، كالطسق.

مسلماً كان المحيي أو كافراً (1) وليس عليه دفع العوض.

(1) كما استحسنه في الشرايع. لكن في التذكرة: (إذا أذن الإمام لشخص في إحياء الأرض الموات ملكها المحيي إذا كان مسلماً، ولا يملكها الكافر بالإحياء، ولا بإذن الإمام في الإحياء. فإن أذن الإمام فأحيها لم يملك عند علمائنا).

هذا وقد ذكرنا آنفاً أنهم اشترطوا في الإحياء إذن الإمام. فإن أرادوا به الإذن الخاص، فهو إن ابنتي علي الإذن بالإحياء المبتني علي التملك رجح للإقطاع، وتعين حصول الملك بالإحياء للمسلم والكافر، للقطع بنفوذ ما يأذن به الإمام. وإن ابنتي علي الإذن بالإحياء المجرد تعين عدم حصول الملك بالإحياء لا للمسلم ولا للكافر.

وإن أرادوا به الإذن العام المستفاد من النصوص السابقة فهي ظاهرة بدواً في مملكية الإحياء، إلا أن يخرج عنها بنصوص ملك الإمام لجميع الأرض، فتحمل علي أولوية المحيي، علي ما سبق الكلام فيه.

وكيف كان فمقتضي إطلاقها العموم للكافر، ولا وجه لحمله علي خصوص المسلم. بل بعضها صريح أو كالصريح في عموم الحكم للكافر، كصحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء من أرض اليهود والنصارى. فقال: ليس به بأس. قد ظهر رسول الله (صلي الله عليه وآله) علي أهل خيبر فخار جهم علي أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها. فلا أري بأساً لو أنك اشتريت منها شيئاً. وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق بها وهي لهم) (1)، وصحيح أبي بصير: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الأرضين من أهل الذمة. فقال: لا بأس أن يشتريها منهم. إذا عملوها وأحيوها فهي لهم...) (2).

(1) وسائل الشيعة ج: 11 باب: 71 من أبواب جهاد العدو حديث: 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 4 من أبواب إحياء الموات حديث: 1.

وإذا تركها حتي ماتت فهي علي ملكه (1).

(1) إذ بناء علي مملكية الإحياء يكون مقتضي الاستصحاب عدم خروجها عن ملكه بالخراب. بل لا يبعد بناء العقلاء والمشرعة مع قطع النظر عن الاستصحاب علي أن المضامين الاعتبارية - كالملكية والزوجية والطهارة والنجاسة إذا جعلت بنحو الإطلاق ولم تجعل بنحو التوقيت - يبنى علي بقائها ما لم يثبت حصول الرفع لها وذلك أصل عقلائي مطابق للاستصحاب، ولا يتوقف علي القول بجريانه.

علي أنه قد يدعي أن ذلك مقتضي إطلاق دليل مملكية الإحياء، لأن مقتضي إطلاق مثل قوله (صلي الله عليه وآله وسلم) في الصحيح المتقدم: (ومن أحبي أرضاً مواتاً فهي له) أنها له سواء بقيت محياة أم ماتت. نعم لو كان التعبير هكذا: (من أحبي أرضاً مواتاً ملكها) كان ناظراً للحدوث من دون نظر للبقاء، للفرق بين الفعل والجملة الاسمية، في تمحض الفعل للحدوث، وابتناء الجملة الاسمية علي الثبوت.

إلا أنه لا يخلو عن إشكال، لأن الثبوت المستفاد من الجملة الاسمية ليس هو البقاء زائداً علي الحدوث، بل مفاد اسم المصدر في مقابل الفعل الذي يدل علي الحدوث بالمعني المصدرية، مع اشتراكهما في عدم النظر للبقاء. ومن هنا كان الظاهر انحصار الأمر بالاستصحاب والأصل العقلائي المشار إليه لو تم.

هذا وقد تضمنت نصوص كثيرة عدّ الأرض الخربة من الأنفال، التي هي ملك الإمام (عليه السلام)، كصحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركب... وكل أرض خربة وبطون الأودية فهو لرسول الله صلي الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء) (1)، ونحوه موثق سماعة (2) وصحاح محمد بن مسلم (3) وغيرها.

(1) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 1، 8.

(2) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 1، 8.

(3) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 10، 12، 22.

ومقتضاها أن الأرض المحيية لو كانت ملكاً لمحبيها فهي تخرج بالخراب عن ملكه، وترجع إلي ملك الإمام (عليه السلام). وبذلك يخرج عن الاستصحاب والأصل المتقدمين. ومثلها في ذلك قوله (عليه السلام) في مرفوع أحمد بن محمد: (والموات كلها هي له) (1) وإن لم ينهض بالاستدلال لضعف سنده.

نعم في مرسله حماد عن العبد الصالح (عليه السلام) - التي لا تخلو عن اعتبار لانجبارها بعمل الأصحاب - : (والأنفال كل أرض خربة باد أهلها... وكل أرض ميتة لا رب لها...) (2) وحيث كانت واردة في بيان الأنفال كان ظاهرها الحصر، ويكون التقييد فيها ظاهراً في المفهوم، المخرج عن العموم المتقدم، حيث يكون مقتضاه اختصاص الأنفال بالأرض الميتة والخربة التي لا رب لها، وحيث سبق أن مقتضي الاستصحاب والأصل العقلاني بقاء الأرض المحيية بعد موتها علي ملك المحيي، يتعين البناء علي عدم كونها من الأنفال.

اللهم إلا أن يقال: كثرة اختلاف النصوص في بيان الأنفال توجب وهن ظهورها في التحديد والحصر. ومن ثم يشكل حمل التقييد المتقدم علي المفهوم.

ولاسيما بلحاظ صحيح إسحاق بن عمار: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن الأنفال، فقال: هي القرى التي خربت وانجلي أهلها...) (3). للتصريح فيه بكفاية انجلاء أهل الأرض، الراجع لتركهم لعمارتها، من دون اعتبار هلاكهم مع ذلك.

وصحيح عمر بن يزيد: (سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله (عليه السلام)

عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمرها وكري أنهارها وبني فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً. قال: فقال أبو عبد الله (عليه السلام): كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤديه إلي الإمام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه علي أن تؤخذ منه) (4) فإنه لم يفرض فيه موت أهلها ول

(1) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 17، 4، 20.

(2) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 17، 4، 20.

(3) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 17، 4، 20.

(4) وسائل الشيعة ج: 6 باب: 4 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: 13.

جهالتهم، بل مجرد تركهم لها وخرابها.

وهو وإن لم يصرح فيه بأنه من الأنفال، إلا- أن جريان حكم الأنفال عليها ظاهر في المفروغية عن كونها منها. ولو كانت باقية علي ملك أصحابها لكان المناسب التعرض لوجه التصرف فيها، ولم يكن وجه لدفع طسقتها للإمام.

غاية الأمر أنه لا بد من حمل بيان دفع الطسق للإمام علي مجرد استحقاقه له، وإن لم يجب دفعه له فعلاً من أجل تحليلهم (عليهم السلام) حقهم لشيعتهم. أو حمل المؤمنين فيه علي عموم المسلمين، بل خصوص غير الشيعة منهم، كما يناسبه ما في ذيله من أخذ الأرض منه عند ظهور القائم (عجل الله فرجه الشريف)، لما تضمنه صحيحا الكابلي وسمع من أنه لا يأخذها من الشيعة، بل من غيرهم.

هذا ويظهر من غير واحد توقف صيرورتها من الأنفال ملكاً للإمام علي عدم وجود مالك معروف لها. ولم يتضح الوجه فيه، فإن مرسله حماد تضمنت هلاك أهل الخبرة، وبقية النصوص تضمنت تركهم لها وانجلاءهم عنها، وهما لا يستلزمان الجهل بهم وضياعهم.

ومن ثم يشكل الخروج عن عموم النصوص السابقة. ولا سيما مع كثرتها، حيث يبعد جداً إهمال القيد فيها لو كان معتبراً.

ومن هنا يقرب البناء علي خروج الأرض عن ملك المحيي وصيرورتها من الأنفال إذا ترك عمارتها حتي خربت. نعم ذلك لا يناسب صحيحي سليمان بن خالد والحلي الآتين، ويأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى.

هذا وأما بناء علي ما سبق منا ومن جماعة من عدم ملكية المحيي للأرض، وإنما يكون له الأولوية بها، فيكون مرجع النصوص المذكورة إلي اشتراط أولويته بما إذا كان في مقام عمرانها، فإذا تركها عادت لما كانت عليه من الإطلاق كسائر الأنفال. وذلك أقرب ارتكازاً من خروجها عن ملكه بعد دخولها فيه. ومن ثم قد يكون مؤيداً لما سبق من عدم مملكية الإحياء. فلاحظ.

فإذا ترك زرعها جاز لغيره زرعها بلا إذن منه (1) ويعطيه خراجها (2)

(1) كلمات الأصحاب في المقام في غاية الاضطراب والاختلاف، كما يظهر بمراجعة كتاب الجهاد وإحياء الموات من المسالك والجواهر وغيرهما. ولا يسعنا التعرض لها. فالأولي النظر في الأدلة.

ومن الظاهر أنها تقتضي جواز عمران الأرض للثاني بناء علي عدم ملك الأول الأرض بالإحياء، لأن أولويته بها إنما تمنع من مزاحمته فيها، ومع تركه عمارتها لا يكون في إحياء غيره مزاحمة له فيها. وكذا الحال بناء علي ملكه لها بالإحياء، إلا أنها تخرج بتركه لعمارتها وخرابها عن ملكه وتصير من الأفعال.

أما بناء علي بقائها في ملكه مع خرابها فينحصر الوجه في جواز إحيائها لغيره من دون إذنه بالنصوص، كصحيح الكابلي وعمر بن يزيد المتقدمين.

وصحيح معاوية بن وهب: (سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أيما رجل أتى خربة باثرة، فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقة. فإن كانت لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمرها) (1). ولعل المراد بالصدقة فيه الزكاة، نظير ما تقدم في صحيح عبد الله بن سنان. وقد يستفاد جواز إحياء الغير لها من بعض النصوص الأخر التي يأتي الكلام فيها.

(2) كما صرح به غير واحد، ونسبه في المسالك للأكثر. وقد يوجه بأن ذلك مقتضي القاعدة، لما هو المعلوم من ضمان المنافع المستوفاة لمالك العين ذات المنفعة، وهي الأرض في المقام. لكنه مع ابتناؤه علي بقاء الأرض علي ملك المحيي الأول، الذي عرفت ويأتي الكلام فيه مختص بما إذا لم يكن الاستيفاء مأذوناً فيه شرعاً، والمفروض في المقام جواز الإحياء للثاني. ولولا ذلك لكان مقتضي القاعدة إرجاع الأرض نفسها.

(1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 3 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 1.

ص: 145

هذا وقد استدل غير واحد لوجوب دفع خراجها للأول. بصحيح سليمان بن خالد: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها. قال: فليؤد إليه حقه) (1).

بحمل حقه فيها علي الطسق، إذ لو أريد به ردّ نفس الأرض لكان التصريح به أخصر وأفيد. ولا سيما أنه لم يفرض فيه تجدد معرفة المالك، بل هو ظاهر في معرفته من أول الأمر، فلو كان الحكم عدم جواز الاستيلاء علي الأرض لكان المناسب الإنكار علي الثاني في إحياؤها. وقريب منه في ذلك ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى بسنده عن الحلبي (2).

نعم لا يخلو ذلك عن غرابة، لأن جواز التصرف في ملك الغير بغير إذنه، وحبسه عنه، ودفع بدل المنفعة له، لا يناسب القواعد التي عليها العمل.

ولعله لذا خص ذلك في الدروس بما إذا امتنع المالك من عمارة الأرض. قال: (نعم لو تعطلت الأرض وجب عليه أحد الأمرين، إما الإذن لغيره أو الانتفاع. فلو امتنع فللحاكم الإذن، وللمالك طسقتها علي المأذون. ولو تعذر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الامتناع من الأمرين، وعليه طسقتها).

لكنه لا شاهد عليه من الحديثين المتقدمين، ولا يكون عملاً بهما. كما لا دليل عليه من غيرهما. بل مقتضي عموم قاعدة السلطنة عدم إجباره علي أحد الأمرين المذكورين، وله تعطيل الأرض.

هذا وفي الوسائل بعد أن ذكر صحيح سلمان ذكر أن مثله ما رواه بسند صحيح الحلبي عنه (عليه السلام). وتبعه غير واحد. لكن صحيح الحلبي يختلف عنه لقوله (عليه السلام) في

(1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 3 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 3.

(2) مستدرک الوسائل ج: 17 باب: 2 من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: 2.

ص: 146

جوابه: (فليرد إليه حقه) (1). وهو كالصريح في إرجاع الأرض بنفسها، لأنها هي المأخوذة. ومرجع ذلك إلي كون التصرف عدواناً محرماً. ولو كانا عن راو واحد لكانا حديثاً واحداً مضطرباً قد يمكن إرجاعه لمضمون واحد، وحمل الاختلاف فيه علي أنه بسبب النقل بالمعني. إلا أن اختلاف الراويين ملزم بالبناء علي أنهما حديثان مختلفا المضمون.

نعم قد يتجه الجمع بينهما بحمل صحيح سليمان علي دفع نفس الأرض، بأن تكون هي المراد من حق صاحب الأرض الأول. وإن كان ذلك خلاف ظاهره بدواً، كما سبق. وحينئذ لا يبقى وجه لما سبق منهم.

بل حتي لو فرض استحكام التعارض بينهما وتساقطهما، فبناء علي ملكية المحيي الأول للأرض يكون مقتضي القاعدة أن له استرجاعها، كما تضمنه صحيح الحلبي، وبناء علي عدم ملكيته لها يكون مقتضي القاعدة عدم استحقاقه الطسق علي الثاني.

علي أن الصحيحين منافيان للنصوص السابقة، خصوصاً صحيحي الكابلي ومعاوية بن وهب، لصراحتهما في عدم استحقاق الأول شيئاً، حيث تضمن الأول أن الطسق للإمام، والثاني عدم شرعية مطالبته، لأن الأرض لمن عمرها.

ومن هنا فقد يجمع بين النصوص بأن صحيح الكابلي حيث كان مختصاً بما إذا كان الأول قد ملك الأرض بالإحياء فهو شاهد جمع بين إطلاق صحيحي معاوية بن وهب وعمر بن يزيد وإطلاق صحيحي سليمان والحلبي، فيحمل الثاني علي ما كان الأول قد ملك الأرض بغير الإحياء من شراء أو إرث أو نحوهما والأول علي ما إذا ملكها بالإحياء.

لكن فيه أولاً: أن الظاهر إلغاء خصوصية الإحياء عرفاً في صحيح الكابلي بعد

(1) التهذيب ج 7 ص 201 باب المزارعة حديث: 34.

ص: 147

تفريع الحكم فيه علي ملكيتهم (عليهم السلام) للأرض، وظهوره في أن الإحياء إنما يقتضي أولوية المحيي بالأرض من دون أن يملكها، ولذا يجب عليه الطسق للإمام (عليه السلام)، إذ انتقالها منه بالبيع أو الميراث أو غيرها لا يقتضي ملكية الذي تنتقل إليه للأرض نفسها، بل أولويته بها من غيره، كالأول، فيكون مثله في دفع الطسق وغيره. ولذا يظهر منه ومن صحيح مسمع وغيرهما استرجاع الإمام القائم عجل الله فرجه للأرض بأجمعها من غير الشيعة، وإبقاء ما يبقى منها تحت يد الشيعة من أجل عمارتهم لها بالطسق، لا من أجل ملكهم لها.

وثانياً: أن حمل صحيح معاوية علي خصوص ما إذا كان صاحب الأرض الأول قد أحيها بنفسه صعب جداً، لاحتياجه لعناية خاصة مغفول عنها.

وأصعب منه حمل صحيح عمر بن يزيد علي ذلك، لأن فرض ترك أهل الأرض لها وإن لم يستلزم الجهل بهم، إلا أنه كثيراً ما يكونون كذلك فإغفال القيد فيه أصعب.

هذا مضافاً إلي أن غالب أفراد الملك بغير الإحياء يتفرع علي الملك بالإحياء، كالشراء والاتهاب من المحيي والميراث منه. والمرتكز أن الأسباب المذكورة إنما تقتضي تبدل المالك من دون أن تقتضي تبدل نحو الملكية، فمع فرض أن الملكية بالإحياء نحو خاص من الملكية يناط حدوثاً وبقاء بالإحياء، كما هو المفروض، وأكدته (عليه السلام) بقوله: (فإن الأرض لله ومن عمرها)، كيف تكون الملكية المتفرعة عليها غير منوطة بقاء بالإحياء!؟

نعم لا- يجري هذا في مثل إقطاع الأرض من الإمام نفسه. لكنه فرض نادر أو غير واقع. والحاصل: أن الجمع المذكور ليس عرفياً، بل هو مغفول عنه.

ولعل الأقرب ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من حمل صحيحي سليمان والحلي علي ما إذا لم يكن الأول قد ترك الأرض وأخر بها، وإنما خربت قهراً عليه، كما لو حبسه ظالم، أو منعه من عمرانها، أو انقطع عنها الماء أو نحو ذلك، مع بقاء علقته بها،

واهتمامه بعمرانها، لقصور صحيحي عمر بن يزيد والكاكابي عن ذلك.

وأما صحيح معاوية بن وهب فهو إن كان يشمل لفظاً، بلحاظ قوله (عليه السلام) فيه: (فإن الأرض لله ولمن عمرها) إلا أنه لا يبعد انصرافه عنه ولو بضميمة مرتكزات المشرعة. إلا أن تطول المدة بحيث يلزم تعطيل الأرض. فلاحظ.

ولو فرض استحكام التعارض بين الطائفتين، فإن تم ما سبق من عدم مملكية الإحياء فالأصل يقتضي عدم وجوب إرجاع الأرض ولا دفع الطسق للأول. وكذا إذا قلنا بمملكية الإحياء وصيرورتها بالموت من الأنفال، علي ما سبق الكلام فيه.

وإن لم يثبت ذلك، فمقتضي الاستصحاب ملكية الأول للأرض. وعليه يحرم علي الثاني إحيائها، ويجب عليه إرجاعها للأول، كما تضمنه صحيح الحلبي.

ولو فرض العلم بجواز إحيائها تعين عدم وجوب دفع الطسق، لما ذكرناه آنفاً من اختصاص ضمان المنافع المستوفاة بما إذا كان استيفؤها عدوانياً غير مأذون فيه شرعاً.

نعم قد يدعي حكومة عمومات الإحياء علي استصحاب ملكية الأول للأرض، وقضائها بملكية الثاني، لأن العمومات المذكورة كما تنطبق علي إحياء الأول تنطبق علي إحياء الثاني، ولا تعارض بين التطبيقين بعد ما سبق من دلالة نصوص الإحياء علي سببية الإحياء لحدوث الملكية من دون نظر لبقائها. وحينئذ يكون مقتضي تطبيقها علي إحياء الثاني انتقال الأرض به من الأول للثاني.

اللهم إلا أن يدعي انصراف أدلة الإحياء للأرض غير المملوكة للناس لظهورها في المفروغية عن جواز الإحياء.

وذلك لا يكون مع ملكية الأرض للغير، لارتكاز أن إحياءها مع ملكية الأرض من دون إذن مالكيها عدوان محرم.

وأظهر من ذلك ما لو استفيد من نصوص الإحياء ابتناؤه علي أعمال النبي والأئمة (صلوات الله عليهم) سلطنتهم في أملاكهم وهي الأنفال، لقصور الأنفال

عن ملك الغير قطعاً.

وعلي ذلك يكون استصحاب ملكية المحيي الأول وارداً علي عمومات الإحياء ورافعاً لموضوعها، لا محكوماً لها.

هذا ما يتيسر لنا ذكره في هذه المسألة. وقد سبق أن تعرضنا لها في ذيل كتاب الخمس من هذا الشرح عند التعرض لحكم الأنفال. وقد خرجنا هنا في غير مورد عما ذكرناه هناك. ونسأل الله سبحانه أن يوفقنا لتحقيق الحقائق، ويعصمنا من الزلل في القول والعمل، ويعفو عن أخطائنا، ويوفقنا لتدارك ما فرط منا. إنه ولي المؤمنين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بقي الكلام في أرض الخراج إذا تركت حتي خربت. وقد سبق من سيدنا المصنف (قدس سره) وغيره عدم تملك غيرها لها بالإحياء. وهو المتعين بناء علي ما سبق عن الأكثر من وجوب دفع الطسق لصاحب الأرض مع معرفته. لظهور أنها معلومة المالك، وهو المسلمون. بل يجب استئذان وليهم أو من يقوم مقامه في إحيائها، علي ما يأتي الكلام فيه. أما بناء علي عدم تمامية ما سبق عن الأكثر فمن الظاهر أن المتيقن من دليل ملكية المسلمين لها أو أوليتهم بها وإن كان هو حال عمرانها، إلا أن مقتضي الاستصحاب بقاؤها علي ذلك بعد خرابها.

نعم لو تم عموم أن الأرض الميئة للإمام، جري عليها حكم الأنفال من جواز إحيائها للشيعه فيملكها المحيي أو يكون أولي بها علي الكلام السابق من دون ملزم بدفع الطسق للمسلمين ولا للإمام.

أما إذا اختص العموم المذكور بالأرض التي لا رب لها، أو التي انجلي أهلها، أو تركوها، فلا مخرج عن الاستصحاب. وحينئذ لا يجوز إحيائها ولا تملك بالإحياء بناء علي ما سبق من قصور عموم مملكية الإحياء عن الأرض المملوكة.

بل ذكر سيدنا المصنف (قدس سره) أن صحيح سليمان والحلبي بعد حملهما علي الأرض المملوكة بغير الإحياء ينهضان بالمنع عن ملكيتها بالإحياء، لأن سبب ملك المسلمين

وإذا أحيها السلطان المدعي للخلافة علي أن تكون للمسلمين لحقها حكم الأرض الخراجية (1).

لها هو الفتح حال الإحياء، لا الإحياء نفسه.

لكن الظاهر قصور الصحيحين وغيرهما من نصوص المقام الواردة في إحياء الأرض التي كان لها صاحب سابق عن الأرض المفتوحة عنوة، لانصرافها واختصاصها بما إذا اختص بها سابقاً شخص أو أشخاص معينون، دون ما إذا كانت للنوع من وجد منه ومن لم يوجد، كالمسلمين في المقام، حيث لا يصدق ترك أهلها لها وإخراجهما إياها إلا بنحو من التسامح.

نعم لا- يبعد عموم التعليل في صحيح معاوية بن وهب بقوله (عليه السلام): (فإن الأرض لله ولمن عمرها) لها، لظهوره في أن عمران الأرض شرط في بقاء أولوية صاحبها بها، وهي قضية ارتكازية أعم من مورد الصحيح. ومقتضاها جواز إحيائها للغير إذا لم يكن ولي المسلمين في مقام عمرانها.

هذا ولو تم ذلك فلا- يحتاج عمرانها حينئذ إلي إذن سلطان الجور، أو الحاكم الشرعي أو غيرهما أما لو لم يتم، وقلنا ببقائها علي ملك المسلمين بعد خرابها، ولو للاستصحاب، فاللازم الاستئذان. لظهور اختصاص ما يستفاد من النصوص السابقة من جواز التصرف في الأرض من دون إذن صاحبها السابق بمواردها.

(1) كأنه لظهور الأدلة في إمضاء تصرفه في حقهم، فتكون الأرض لهم كالأرض الخراجية. نعم إنما تكون بحكم الأرض المفتوحة عنوة من حيثية كون خراجها للمسلمين، ولا يمنع ذلك من بيعها حتي لو قيل بعدم جواز بيع الأرض الخراجية لولي المسلمين.

كما أنه لو كان الوجه في عدم ملك المحيي للأرض الخراجية هو أن المسلمين قد ملكوها بغير الإحياء - كما تقدم من سيدنا المصنف (قدس سره) - فالوجه المذكور يقصر

(مسألة 14): في تعيين أرض الخراج إشكال. وقد ذكر العلماء والمؤرخون مواضع كثيرة منها. وإذا شك في أرض أنها ميتة أو عامرة حين الفتح يعمل علي أنها ميتة (1)، فيجوز إحيائها وتملكها إن كانت حية (2)، كما يجوز بيعها وغيره من التصرفات الموقوفة علي الملك.

هذه الأرض، كما هو ظاهر.

(1) لاستصحاب عدم كونها عامرة إلي حين الفتح، لظهور أن العمران أمر حادث علي الأرض.

(2) إن كان مراده (قدس سره) تملكها ممن هي بيده بشراء أو غيره فلا إشكال فيه. لحجية اليد. وإن كان مراده تملكها بالحيازة فهو متجه مع إحراز كونها من الأنفال - كما لو كانت ميتة حين الفتح، أو كانت عامرة واحتمل عمرانها بنفسها من دون ملك أحد لها، لأصالة عدم جريان ملك أحد عليها أو عمرانها لها - لأن الظاهر تحليلهم (عليهم السلام) الأنفال للشيعة.

إلا أن يحرز ولو بالأصل كونها ميراث لا وارث له، كما لو علم بجريان ملك مسلم عليها وموته واحتمل أو علم بعدم الوارث له. فإن الظاهر عدم تحليلهم (عليهم السلام) له، بل له مصارفه الخاصة، علي ما ذكرناه في حكم الأنفال في ذيل كتاب الخمس من هذا الشرح.

أما لو لم يحرز كونها من الأنفال، بل أحرز كونها لمالك مجهول فلا مجال لتملكها، بل يتعين جريان حكم مجهول المالك عليها. إلا أن يكون قد تركها حتي ماتت، فيجوز إحيائها، كما سبق.

هذا ولو علم أنها كانت حين الفتح عامرة وشك في كونها مفتوحة عنوة، بأن احتمل كونها مما لم يوجف عليه بخيل أو ركاب لتكون من الأنفال، أو أن أهلها قد أسلموا طوعاً أو صالحوا المسلمين لتبقي لهم، تعين استصحاب عدم فتحها عنوة، فل

(مسألة 15): يشترط في كل من العوضين أن يكون مقدوراً علي تسليمه (1)، فلا- يجوز بيع الجمل الشارد أو الطير الطائر أو السمك المرسل في الماء.

يحكم بأنها من أرض الخراج.

وحيث إن كانت حين الابتلاء بها عامرة تعين ترتيب آثار ملكية من هي تحت يده لها. وإن لم تكن تحت يد أحد معروف، فإن احتمال حياتها بنفسها من دون محي لها جري عليها حكم الأنفال، لاستصحاب عدم إحياء أحد لها.

وإن علم بإحيائها من قبل شخص بحيث يحرز ولو بالاستصحاب وجود مالك لها، جري عليها حكم مجهول المالك. وإن لم يحرز للعلم بموت مالكةا واحتمل عدم الوارث له جري عليها حكم ميراث من لا- وارث له، نظير ما سبق. وإن لم تكن حين الابتلاء بها عامرة جاز إحيائها، كما يظهر مما سبق.

بقي شيء: وهو أنه لو علم كون الأرض خراجية، لفتحها عنوة وهي عامرة. فلها صورتان:

الأولي: أن تكون عامرة حين الابتلاء بها. وحيث إن كانت تحت يد شخص خاص واحتمل ملكه لها، لإقطاع السلطان إياها له أو لمن وصلت إليه منه، حكم بملكيتها لها عملاً بمقتضى اليد. وإلا تعين البناء علي كونها ملكاً للمسلمين.

الثانية: أن تكون حين الابتلاء بها ميتة. وحيث إن علم بسبق يد عليها مبنية علي التملك، واحتمل صدقها جري عليها ما سبق في الأرض المملوكة للغير إذا تركها حتي ماتت. وإن لم يعلم بسبق يد بهذا النحو عليها جري فيها الكلام السابق في جواز تملك أرض الخراج الميتة بإحيائها.

(1) بلا خلاف، كما في الغنية وإجماعاً، كما في التذكرة وتعليق الإرشاد وعن محكي كنز الفوائد وحواشي التحرير. وفي المبسوط الإجماع علي عدم جواز بيع السمك

في الماء والطير في الهواء.

وفي الخلاف الإجماع علي عدم جواز بيع ما في الماء وحده. والحكم في الجملة مما لا إشكال فيه عندهم، وإن اختلفوا في بعض فروعهم.

وكيف كان فقد استدل عليه بوجوه:

الأول ولعله عمدتها: حديث النهي عن بيع الغرر بناء علي حمل الغرر فيه علي الخطر، بلحاظ أن ما لا يقدر علي تسليمه يتعرض المشتري للخطر المالي بشرائه.

وقد تقدم في المسألة الثانية من هذا الفصل أن الحديث المذكور لو تم سنده فلا شاهد علي حمل الغرر فيه علي الخطر، بل يمكن حمله علي التغرير والخديعة، فيناسب النهي عن الغش.

مضافاً إلي أنه لا مجال للبناء علي عموم النهي عن البيع الخطري، فلو تم حمل الغرر في المقام علي الخطر تعين كون المراد به الخطر من حيثية خاصة، فيكون الحديث مجملاً في نفسه.

غاية الأمر أنه ورد في روايات العامة ما يناسب كون المراد به أو المتيقن منه أن يكون المبيع بحيث لا يعلم بسلامته للبائع، كالسّمك في الماء والطير في الهواء. وهو لا ينهض بالحجية.

هذا وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أنه أخص من المدعي، لقصوره عما إذا كان المبيع مما يتعذر الوصول إليه عادة كالغريق في البحر بنحو لا يتيسر إخراجه لأن الخطر إنما يصدق مع احتمال السلامة ولو ضعيفاً.

فيندفع بأنه لو تمت دلالة الحديث علي النهي عن البيع الخطري أمكن استفادة النهي منه عن البيع المذكور بالأولوية العرفية، كما أشار إليه في الجملة بعض

مشايخنا (قدس سره).

ومعه لا حاجة للتشبث في بطلان بيعه بما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من لزوم

السفاهة بشرائه، وكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالباطل. بل هو لا يعد مالاً عرفاً.

علي أن الاستدلال بالوجوه المذكورة لا يخلو عن إشكال، لمنعها كبرياً أو صغروباً، كما يظهر مما ذكرناه غير مرة في هذا الشرح، لشيء منه في نظير المقام.

الثاني: ما ورد في روايات الخاصة والعامّة من نهى النبي (صلي الله عليه وآله وسلّم) عن بيع الإنسان ما ليس عنده، كمعتبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: نهى رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلّم) عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن) (1) ونحوه في ذلك خبر الحسين بن زيد عنه (2) (عليه السلام).

فقد ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه لا يراد بكونه عنده حضوره عنده، للإجماع علي جواز بيع السلف والغائب، ولا ملكيته له، وإلا كان المناسب أن يقول: ما ليس لك، ولا السلطنة عليه والقدرة علي تسليمه، لمنافاته لتمسك الخاصة والعامّة علي عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها منه وتسليمها للمشتري، مع تحقق القدرة في ذلك، ولا سيما مع وكالته علي مالها في بيعها ولو من نفسه. وحينئذ يتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف علي الملك، مع كونه تحت اليد حتي كأنه عنده وإن كان غائباً.

وفيه: أن مفاد (عند) الحقيقي هو الحضور الخارجي. ومع تعذر الحمل عليه فالأقرب حملة علي الملك، لشيوع استعماله فيه عرفاً وفي النصوص (3). ومجرد كون اللام أظهر في الملك لو تم لا يمنع من حملة عليه بعد كونه أقرب المجازات.

أما المعني الذي ذكره (قدس سره) فهو ليس عرفياً، فإن السلطنة التامة التي ذكرها مركبة من السلطنة الخارجية والشرعية ولا سنخية بينهما عرفاً، فضلاً عن أن يفهم من الكلام المذكور المعني المركب منهما.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب أحكام العقود حديث: 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 12.

(3) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 8 من أبواب أحكام العقود وغيرها.

علي أن السلطنة المذكورة متحققة في العين الشخصية المملوكة للغير إذا كان الباع قادراً علي تسليمها خارجاً وشرعاً، بأن كان مأذوناً في شرائها ولو لنفسه، مع

أنه (قدس سره) ذكر أن عدم جواز بيعه متيقن من النهي المذكور.

وبالجملة: لا- ينبغي الإشكال في لزوم حمله علي الملك بعد تعذر حمله علي الحضور الخارجي. غاية الأمر أن يخص بيع الأمر الشخصي، أما الكلي فهو خارج قطعاً. ولعله لأن السلطنة عليه شرعاً لا تتوقف علي ملك فرد منه، بل هو لا يملك إلا في الذمة.

الثالث: أن لازم البيع وجوب تسليم كل من المتبايعين ما انتقل منه من العوضين لصاحبه، فيجب أن يكون التسليم مقدوراً.

وفيه أولاً: أن التسليم إنما يجب إما لحرمة حبس العين عن صاحبها ووجوب تمكينه منها، وإما لأن البيع يبتني علي التسليم، بحيث يكون شرطاً ضمناً في العقد يجب الوفاء به، كما يجب الوفاء بالعقد. والأول يختص بمن تكون العين عنده وإن لم يكن طرفاً في العقد، ولا يجري في حق طرف العقد مع فرض خروج العين عن يده وتعذر تسليمها عليه. والثاني يختص بما إذا ابتني عقد البيع علي التسليم، كما هو الغالب، دون ما إذا لم يبتن عليه، لفرض تعذره، كما لعله محل الكلام.

وثانياً: أنه لو تم عموم وجوب التسليم فهو كسائر التكاليف، حيث تناط فعليتها بالقدرة. وحينئذ مع العجز لا يكون التكليف بالتسليم فعلياً من دون أن يقتضي بطلان البيع، ولذا لا يكون العجز عن تسليم أحد العوضين إذا كان كلياً مستلزماً لبطلان البيع، ولا كاشفاً عنه حتي لو انكشف العجز من أول الأمر. بل قد يجري ذلك في المبيع الشخصي، علي ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالي عند التعرض لما إذا اعتقد القدرة علي التسليم فانكشف عدمها.

الرابع: أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، وهو لا يتم إلا بالتسليم.

وفيه أولاً: أن كون الغرض من البيع ذلك إنما يقتضي ابتناء العقد علي اشتراط

التسليم ضمناً، وذلك إنما يقتضي وجوب التسليم عملاً بالشرط، وثبوت الخيار بتخلفه، من دون أن يقتضي كونه شرطاً في صحة العقد، بحيث يبطل بتخلفه، فضلاً عن أن يكون الشرط هو القدرة عليه حين العقد، كما هو المدعي.

وثانياً: أن الغرض من البيع قد لا يكون فعلية الانتفاع بالعين، بل مجرد القدرة علي الانتفاع بها شرعاً في فرض القدرة عليها خارجاً، كما هو الحال فيما لو أقدم علي البيع مع احتمال عدم القدرة علي التسليم أو العلم بذلك.

الخامس: أن بذل الثمن علي غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً منه، وأكله أكلاً له بالباطل.

وفيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، كما ذكر ذلك شيخنا الأعظم (قدس سره). مضافاً إلي ما سبق منا في أوائل الكلام في المكاسب المحرمة من أن الممنوع منه هو معاملة السفهية، لا المعاملة السفهية، وأن أكل المال بالباطل لا يراد به مثل ذلك. كما أنه قد يتعلق بالمعاملة غرض آخر غير الانتفاع الخارجي بالعين يخرجها عن السفه.

السادس: ما ذكره بعض الأعظم (قدس سره): من أن ما لا يمكن التصرف فيه للبائع ولا للمشتري لا يعد مالاً عرفاً، فإن مالية المال في عالم الاعتبار إنما هي باعتبار كونه منشأ للآثار والانتفاع، وما لا يكون كذلك لا يعده العقلاء مالاً، وإن ترتب عليه بعض الآثار الجزئية، كالعقود.

لكنه مع غض النظر عما تكرر منا من عدم اعتبار المالية في العوضين لا يخرج عن كونه قناعة منه (قدس سره) في تحديد المالية لا تخلو عندنا عن غرابة. كيف ولازمه أن مثل الحيوان الوحشي لا يكون مالاً إلا بصيده، كالماء علي النهر الذي لا يكون مالاً إلا بتثليجه أو نحوه. مع وضوح أنه إنما يصاد ويهتم بتحصيله لكونه مالاً مورداً للتنافس بين العقلاء.

بل مقتضي ما ذكره أنه لو أمكن انتفاع غير المتبايعين بالشيء كان مالاً في حقه

دونهما، فتختلف مالية المال باختلاف الأشخاص. ثم لماذا لا يكون مثل العتق منفعة معتداً بها مع أنه قد يبذل من أجلها ثمن العبد غير الأبق؟!.

هذا مع أن كلام الأصحاب في هذا الشرط يعم عدم قدرة البائع حين البيع علي التسليم ولو مع رجاء القدرة عليها بعد ذلك، كما لو احتل القدرة علي الأبق أو الضال أو الضايح بالفحص، فإن كان كلامه يعم ذلك فالأمر أعجب، وإلا كان قاصراً عن إثبات تمام المدعي.

ومثله ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) أن ما يتعذر الانتفاع به حتي لغير المتابعين إذا كان ميؤوساً من رجوعه - كالحيطان الوحشي إذا فر من صاحبه - يعد تالفاً عرفاً، فلا يجوز بيعه حتي بناء علي عدم اعتبار المالية في العوضين، إذ لا بد في المبيع من أن يكون موجوداً، ليكون طرفاً لنحو من الإضافة مع المالك بلحاظها يقع البيع والمعاوضة.

ويترتب علي ذلك أنه لو كان من محتمل الرجوع من دون أن يعلم أو يطمأن برجوعه فهو مشكوك الوجود، وتكون صحة المعاوضة عليه مراعاة برجوعه نظير وجود الثمرة بعد العدم.

فإنه - مع وفائه بتمام المدعي - غريب أيضاً. إذ فيه:

أولاً: أن لازمه كون الاستيلاء علي مثل الحيوان المذكور وصيده ابتداء سبباً لوجود المال بعد العدم، نظير وجود الثمرة بعد العدم، لا لتملك المال المباح.

وثانياً: أنه لو فرض ضياع المال علي صاحبه بحيث لا يرجع إليه ووجده شخص آخر لا يعرفه ولا يصل إليه، فهل هو موجود في حقهما معاً، أو مفقود وتالف في حقهما معاً، أو تالف في حق أحدهما موجود في حق الآخر، وهل التالف أمر إضافي؟!.

وثالثاً: أنه لا ريب في بقاء المال في ملك مالكة، وكيف يمكن ملكية المعدوم؟!.

ورابعاً: أن ذلك لا يناسب ما ذكره عند الكلام في الضمان في مورد بدل

الحيلولة من أن المدفوع في مثل ما نحن فيه مما يلحق بالتلف عرفاً يكون بدلاً عن العين المضمونة وعوضاً عنها بمعاوضة قهرية. إذ كما أمكن أن يكون المال المذكور طرفاً للمعاوضة القهرية يمكن أن طرفاً للمعاوضة الاختيارية، كالبيع في المقام.

علي أنه يرد علي ما ذكره معاً أن ما تضمن جواز بيع العبد الأبق مع الضميمة وإن كان عندهم مخالفاً للقاعدة إلا أنه لا إشكال ظاهراً في كونه بيعاً حقيقياً واجداً لأركان البيع ومقوماته، كما يظهر بمراجعة كلماتهم، وليس هو معاملة أخرى أطلق عليها البيع مجازاً، لفقدتها لمقوماته من المعاوضة أو المالية أو غيرها.

هذا ما ذكره من وجوه الاستدلال في المقام، وقد ظهر عدم نهوضها باثبات المدعي.

والذي ينبغي أن يقال: البيع تارة: بيتي علي التسليم كما هو الغالب. وأخرى: لا بيتي عليه، لإقدام المشتري علي شراء ما لا يمكن تحصيله برجاء تحصيله أو بدونه، لانهصار غرضه في تملك المبيع، كما لو كان المبيع عبداً وأراد عتقه.

أما الأول فلا ينبغي الإشكال في لزوم القدرة علي التسليم فيه، لما أشرنا إليه في الوجه الثالث من رجوعه إلي اشتراط التسليم ضمناً، ولا معني لأن يجعل الإنسان علي نفسه ما لا يقدر عليه.

لكن ذلك بنفسه لا يقتضي بطلان البيع مع عدم القدرة علي التسليم، بل غايته ثبوت الخيار للمشتري، لتخلف الشرط المذكور، كما أشرنا إليه آنفاً.

نعم قد يستدل علي بطلان البيع حينئذ بصحيح عبد الرحمن بن الحجاج: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً. قال: ليس به بأس... إلا أن يكون بيعاً لا يوجد، مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً) (1). وفي صحيحه الآخر عنه (عليه السلام):

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب أحكام العقود حديث: 1.

ص: 159

(إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه)(1) ونحوهما غيرهما.

ومقتضى النهي فيها الفساد. وهي وإن وردت في بيع الكلي، إلا أن إلغاء خصوصية مواردها، والتعدي للمبيع الشخصي، قريب عرفاً.

لكن النهي في المعاملات نوعاً وإن كان ظاهراً في الإرشاد للفساد، دون الحرمة التكليفية، إلا أنه في مثل المقام لا ظهور له في فساد وأصل البيع، بل قد يكون وارداً للإرشاد إلي بيان المورد الذي يناسب الشرط الذي يبتني عليه العقد.

ولا أقل من كون ذلك مقتضى الجمع بين هذه النصوص وما يستفاد من جملة من النصوص من صحة بيع السلف لو عجز الباع عن تسليم المبيع في وقته(2)، وصحة بيع النسيئة مع تعذر الثمن عند حلول الأجل ونحو ذلك. ولذا لا يظن منهم البناء في المقام علي بطلان البيع لو رضي المشتري بتأخير التسليم.

وأما الثاني فالمستفاد من جملة من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة بطلان البيع في الجملة فيه بتعذر التسليم، وأنه لا يجوز شراء ما لا يحرز سلامته للمشتري، بحيث لا يحصل في مقابل له الثمن شيء.

كصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام): (لا تبع راحلة عاجلاً بعشر ملاقيح من أولاد جمل في قابل)(3)، وخبر مسمع عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام)

نهى أن يشتري شبكة الصياد يقول: اضرب بشبكتك فما خرج فهو من مالي)(4)، ومعتبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): (أنه كره بيع صك الورق حتى يقبض)(5) وخبر الحسين بن زيد عنه (عليه السلام) عن آبائه (عليهم السلام) عن النبي (صلي الله عليه وآله وسلم) في

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب أحكام العقود حديث: 3.

(2) راجع وسائل الشيعة ج: 13 باب: 11 من أبواب السلف.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 17 من أبواب الربا حديث: 5.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

(5) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 7.

حديث المناهي قال: (ونهي عن بيع وسلف... ونهي عن بيع ما لم يضمن)(1).

بناء علي أن المراد بالضمان إحراز الحصول، فيدل علي العموم، ويكون مؤيداً لإلغاء خصوصية موارد النصوص المتقدمة وفهم العموم منها. لكن لم يتضح كون المراد بالضمان ذلك، بل قد يكون المراد به أمراً آخر، مثل كون الشيء في عهدة البائع ومملوكاً له، لبيان عدم جواز بيع الإنسان أمراً لا يملكه، ثم يشتريه ويسلمه للمشتري.

علي أنه قد تضمن في معتبر سليمان بن صالح - المتقدم في الوجه الثاني للاستدلال

بدل النهي عن بيع ما لم يضمن النهي عن ربح ما لم يضمن. ولعله الأنسب بالمعني الذي تقدم احتمالاه في الضمان. ومن ثم يشكل استفادة العموم من هذه النصوص.

علي أنه يظهر من جملة من النصوص أنه يكفي في صحة البيع إحراز سلامة بعض البيع، بحيث يسلم للمشتري شيء في مقابل الثمن، ولا يذهب هدراً، كما هو مورد النصوص السابقة. وهي علي طائفتين:

الأولي: ما ورد فيما لا- يحرز وجود بعضه. كموثق سماعة: (سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع. فقال: لا- إلا- أن يحلب لك منه اسكرجة، فيقول: اشتر مني ما في هذه الاسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمي. فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة)(2).

ومعتبر إبراهيم بن ميمون: (أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها، وله أصوافها وألبانها، ويعطينا لكل شاة دراهم. فقال: ليس بذلك بأس. فقلت: إن أهل المسجد يقولون: لا يجوز، لأن منها ما ليس له صوف ولا لبن. فقال (عليه السلام): وهل يطيبه إلا ذلك؟! يذهب بعضه وبقي بعضه)(3).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 12.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 8 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2.

ص: 161

ومعتبر إبراهيم الكرخي: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً. فقال: لا بأس بذلك. إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف)(1).

ومعتبر أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن بعض أصحابه عنه (عليه السلام): (قال: إذا كان أجمعة ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك، فبياع وما في الأجمعة)(2).

وقريب منه خبر أبي بصير عنه (3)(عليه السلام). وحديث معاوية بن عمار عنه (عليه السلام): (قال: لا بأس أن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب)(4).

ومعتبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه (عليه السلام): (في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطير، وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبداً، أو يكون، أيشتره؟ وفي أي زمان يشتريه ويتقبل منه؟ قال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به [منه])(5) وغيرها.

الثانية: ما ورد فيما لا يحرز القدرة علي تحصيل بعضه مع إحراز وجوده ولو بالاستصحاب، وهو ما ورد في الأبق، كصحيح رفاعة: (سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام)، قلت: يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الأبقة، وأعطيهم الثمن، وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها، إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهم، فإن ذلك جائز)(6).

وموثق سماعة عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في الرجل يشتري العبد وهو أبق عن أهله. قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: اشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا. فإن لم يقدر علي العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه)(7).

- (1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 10 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.
- (2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2، 6.
- (3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 2، 6.
- (4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 5، 4.
- (5) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 5، 4.
- (6) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 11 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1، 2.
- (7) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 11 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1، 2.

وهاتان الطائفتان تشتركان في قدر جامع واحد، وهو إحراز سلامة بعض المبيع للمشتري دون بعض، ويظهر من مجموع نصوصهما علي اختلاف مواردها وألسنتها أن المعيار في صحة البيع عموماً هو إحراز ذلك.

ولاسيما بملاحظة التعليل المتقدم في موثقي سماعة ومعتبري إبراهيم بن ميمون وإبراهيم الكرخي المتضمن أنه إن لم يسلم ما لم يعلم وجوده أو وصوله للمشتري كان الثمن فيما تحرز سلامته.

ودعوي: أن ذلك ليس وارداً مورد التعليل وبيان ضابط صحة المعاملة، بل لبيان أن الثمن لا يقسط علي ما لا يسلم، بل يكون بمجموعه مقابل ما سلم، وهو الضميمة، وإن كانت القاعدة تقتضي التقييط.

مدفوعة بأن ذلك مخالف للظاهر جداً. ولاسيما أن ذلك لم يرد في خصوص ما يعلم بوجوده ويشك في وصوله للمشتري، بل فيما يشك في حصوله أيضاً، ومن الظاهر أنه لا معني للتقييط فيه.

علي أن مبني هذه البيوع علي عدم التقييط، ولذا استشكل فيها العامة باحتمال عدم وجود بعض المبيع، فيكون الثمن في حصته بلا مقابل، علي ما تقدم في معتبر إبراهيم بن ميمون، وأجاب عنه الإمام (عليه السلام) بأن سلامة بعض المبيع كاف في طيب تمام الثمن.

ومثله ما قد يدعي من أنه مسوق لبيان أن وقوع المعاملة علي المشكوك مراعي بحصوله، فإن حصل كان موضوع المعاملة المجموع، وإن لم يحصل كان موضوعها خصوص معلوم الحصول.

إذ فيه: أن ذلك في الطائفة الأولى معلوم من واقع المعاملة، فيلغو بيانه، وفي الطائفة الثانية أمر تعبدية يحتاج إلي عناية، لما فيه من عدم مطابقة واقع المعاملة شرعاً لقصد المتعاقدين، فلا يتناسب مع وحدة لسان البيان في الطائفتين. بل لا يظن بأحد البناء علي عدم ملكية المشتري للآبق لو لم يحصل عليه.

ومن ثم لا مخرج عما ذكرنا من ظهور ذلك في التعليل وبيان الضابط في صحة المعاملة. ولا سيما مع ورود نظيره في بيع الثمرة قبل وجودها مع الضميمة تعليلاً لجواز البيع (1) علي ما يأتي في محله، ويأتي هناك ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

وبذلك يخرج عما قد يستظهر من النصوص الأول من اعتبار سلامة المبيع بتمامه.

وكذا الحال في حديث النهي عن بيع الغرر لو تم الاستدلال به في المقام. ولا سيما بعد ما سبق من تعذر البناء علي عموم النهي عن البيع الغرري، وأن المتيقن منه بسبب التفسير الذي سبق عن العامة ما إذا كان تمام المبيع معرضاً للخطر، كالطير في الهواء والسماك في الماء. ولعله لذا كان ظاهر أو صريح غير واحد ممن يأتي خروج البيع بالضميمة عن الغرر.

نعم قد يدعي سقوط النصوص المذكورة عن الحجية بإعراض الأصحاب عنها، حيث أطبقوا علي اعتبار القدرة علي التسليم، ويظهر منهم كون مرادهم القدرة عليه في تمام المبيع، وحيث اقتصروا في الاكتفاء بالضميمة علي بيع الآبق، مع الكلام منهم في إلحاق الضال به.

لكن لا مجال لذلك بعد كثرة هذه النصوص، وذكر الأصحاب لها من دون ذكر معارض، حيث يقرب عمل الأصحاب في عصور الأئمة (صلوات الله عليهم) عليها. بل هو ظاهر الكليني والصدوق قدس سرهما لابتناء كتابيهما علي إثبات الروايات المعول عليها عندهما. وحتى الشيخ، حيث ذكر في أكثر هذه الأخبار في باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز من بيع التهذيب وكذا في الاستبصار حيث ذكر بعض هذه الأخبار بنحو يظهر منه التعويل عليه.

وفي المبسوط - بعد أن ذكر الإجماع علي عدم جواز بيع السمك في الماء والطير في الهواء - قال: (وروي أصحابنا أنه يجوز بيع قصب الآجام مع ما فيها من السمك). ولعله يشير إلي حديث معاوية بن عمار المتقدم. وقد يظهر ركونه إليه من سكوته عنه،

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 13 من أبواب بيع الثمار حديث: 1.

وعدم رده له.

وأظهر منه في ذلك ما في الغنية، حيث ذكر رواية الأصحاب لذلك ولبيع الآبق مع الضميمة، مع وضوح اشتها العمل بالثانية، بل صريح تنمة كلامه العمل بالرواية في الموردين، بل دعوي الإجماع علي مضمونها كما ادعي في الخلاف الإجماع علي جواز بيع السمك في الماء مع الضميمة، مع تصريحهما بخروجه بسبب الضميمة عن بيع الغرر، كالتصريح في الانتصار بذلك في بيع العبد الآبق.

ومثله ما في النهاية حيث صرح بجواز بيع اللبن في الضرع إذا حلب منه شيئاً وباعه مع ما في الضرع، وجواز بيع ما في بطون الأنعام إذا جعل معها شيئاً آخر قال: (فإن لم يكن ما في البطن حاصلًا كان الثمن في الآخر... ولا بأس أن يشتري الإنسان أو يتقبل بشيء معلوم جزية رؤوس أهل الذمة وخراج الأرضين وثمره الأشجار وما في الآجام من السموك إذا كان أدرك شيء من هذه الأجناس وكان البيع في عقد واحد. ولا يجوز ذلك ما لم يدرك منه شيء علي حال).

كما صرح في الوسيلة بجواز بيع ما في الأرحام والبيض في جوف الحيوان واللبن في الضرع والسمك في الأجمة مع الضميمة، وحكي جواز بيع اللبن في الضرع والسمك والآجام مع الضميمة عن ابني الجنيد والبراج، ونسب للشهيد في بعض كتبه الميل لذلك أو القول. كما مال إليه أوقال به غير واحد من متأخري المتأخرين.

وقد تعرض لمضامين النصوص المذكورة في السرائر بنحو قد يظهر في حصول الفتوي بها، وإن ذكر أن الأولي عدم العمل بها، لأنها من أخبار الآحاد علي ما هو المعروف من مذهبه، ولا يظهر منه إعراض الأصحاب عنها.

ومثله ما في الشرايع والنافع من أن الأصح عدم صحة بيع بعض هذه الأمور مع الضميمة حيث يظهر منه أن المسألة خلافية. بل هو صريح ما في جامع المقاصد والروضة وعن غيرهما من أنه المشهور، وما في التذكرة من أنه الأشهر عندنا.

كما أن عدم تعرض بعضهم لغير العبد الآبق قد لا يكون لذهابه لاختصاص

التفصيل بين الضميمة وعدمها به، بل لعدم كونه في مقام استيفاء الفروع والأمثلة كما لا تأباه عبارة الشرائع والنافع.

ومع كل ذلك كيف يدعي هجر النصوص المذكورة بنحو يسقطها عن الحجية؟!.

والمظنون أن استحكام عموم النهي عن بيع الغرر في نفوس المتأخرين هو الذي منعهم من العمل بهذه النصوص أو التوقف فيها. وقد ظهر مما سبق وهن العموم المذكور.

هذا وقد يظهر من غير واحد حمل النصوص في الطائفة الأولى وكلمات الأصحاب في الذين يظهر منهم العمل بها علي جواز ضم معلوم المقدار إلي مجهول المقدار في البيع، فيكون موردها من صغريات مسألة اعتبار العلم بمقدار العوضين. فراجع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) في فروع المسألة المذكورة.

لكنه في غير محله، بل الظاهر أنها واردة في ضم معلوم الحصول إلي مجهول الحصول، كما يناسبه التعليل في النصوص المذكورة، وذكرهم له في سياق بيع السمك في الماء والطير في الهواء، وفي سياق مسألة بيع العبد الأبق مع الضميمة، وغير ذلك مما يظهر بالتأمل في النصوص وكلماتهم في المقام. ومن ثم يكون المقام مناسباً لمسألة اعتبار القدرة علي التسليم التي محل الكلام.

ومثله ما قد يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) من جواز بيع ما لا يقدر علي تسليمه مراعي بتسليمه أو بالقدرة عليه. لدعوي: أن المتيقن من دليل النهي عن بيع الغرر وبيع الإنسان ما ليس عنده عدم كون البيع علة تامة في ترتب الأثر المقصود، فلا ينافي في وقوعه مراعي بانتفاء صفة الغرر وبصيرورة المبيع عند البائع.

إذ فيه: أن ذلك مخالف لظاهر الدليل المذكور، كسائر أدلة الموانع الشرعية. والالتزام بذلك في عقد الفضولي إنما كان لخصوصية السلطنة عرفاً وشرعاً في كيفية دخلها في العقد، كما يتضح مما ذكرنا في بحث عقد الفضولي، فلا يقاس عليها بقية

الشروط والموانع. أما بناء علي ما ذكرناه فالأمر أظهر، فإن النصوص المتقدمة كالصريحة في عدم صحة البيع إلا بالضميمة.

هذا وفي اللمعة بعد أن ذكر اشتراط القدرة علي التسليم، وأنه لا يصح بيع العبد الأبق إلا مع الضميمة، قال: (أما الضال والمجحود فيصح البيع ويراعي بإمكان التسليم وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء).

وكأنه يبتني علي الاكتفاء بابتناء البيع علي التسليم، لا بمعني اشتراطه ضمناً، إذ لا مجال لاشتراطه مع فرض العجز عنه، بل بمعني ابتناء الالتزام بالبيع عليه، نظير وصف السلامة من العيب الذي يثبت بتخلفه الخيار من دون أن يبطل به البيع. وكان الوجه فيه كفاية الخيار في عدم كون البيع غريباً.

لكنه يشكل أولاً: بأن ابتناء البيع علي التسليم بالمعني المذكور إنما يتجه مع الجهل بالحال، أما مع العلم بعدم القدرة علي التسليم فلا معني لأن يبتني عليه، ولذا لا يبتني البيع علي سلامة المبيع من العيب مع وجود إمارة علي العيب.

غاية الأمر أنه يمكن اشتراط الخيار حينئذ صريحاً لو انكشف تعذر التسليم، أو عدم السلامة من العيب. كما يمكن تعليق البيع علي التسليم أو السلامة، بحيث لا بيع مع عدمهما. لكنه يقتضي البطلان بتخلفهما، لا ثبوت الخيار. علي أنهم أجمعوا علي مبطلية التعليق للعقد رأساً.

وثانياً: بأن المستفاد من دليل الغرر وغيره من أدلة المسألة لو تمت عدم صحة البيع رأساً، لا مجرد ثبوت الخيار بعد التسليم أو عدم سلامة المبيع. وأظهرها في ذلك النصوص التي عولنا عليها. ولذا ذكر هو تبعاً للأصحاب اشتراط القدرة علي التسليم، بنحو يظهر منه أنها كسائر شروط البيع التي يبطل بتخلفها رأساً.

ولعله لذا قال في الروضة: (ويحتمل قوياً بطلان البيع، لفقد شرط الصحة، وهو القدرة علي التسليم).

والحاصل: أنه يتعين العمل بالنصوص المتقدمة، والبناء علي ما يستفاد منها ولو بضميمة التعليل المتقدم من عموم اعتبار إحراز سلامة شيء من المبيع للمشتري، بحيث لا يذهب الثمن الذي دفعه هدراً وأنه يبطل البيع بدون ذلك.

وبذلك يظهر أن ما هو الشرط في الحقيقة ليس هو قدرة البائع أو من يقومه علي التسليم، كما هو مقتضى الجمود علي عبارتهم، بل هو إحراز سلامة المبيع أو بعضه للمشتري ولو لتحصيله بنفسه أو بتوسط شخص أجنبي أو غير ذلك. وهو أيضاً مقتضى أكثر الوجوه المتقدمة في كلماتهم كما يظهر بملاحظتها.

وعليه يترتب صحة البيع لو تعذر تسليم المبيع وتسلم المشتري له بنفسه، إلا أن المشتري كان قادراً أن يبيعه، أو يصلح عليه من شخص قادر علي تحصيله، أو يفي به دينه عليه، أو يهبه له أو نحو ذلك، إذ في جميع ذلك يصدق عرفاً أن المبيع قد سلم له ولم يذهب الثمن الذي دفعه للبائع هدراً. نعم لا يكفي القدرة علي العتق، وإلا لجاز بيع العبد الآبق وحده.

اللهم إلا أن يقال: سلامة المبيع في الفروض المتقدمة إنما تصدق عرفاً بتحقق الأمور المذكورة، لا بمجرد القدرة عليها، فإذا كان المشتري قد أقدم علي الشراء عازماً علي شيء منها كان محرزاً حين البيع سلامة المبيع له، وبذلك يتحقق الشرط، فيصح البيع، فإن أعرض عنها بعد ذلك كان هو المضيع لماله، أما إذا لم يقدم عليها فهو لا يحرز سلامة المبيع له، ولا يصح البيع، لفقده للشرط.

وذلك يجري في العتق. وأما دليل عدم جواز بيع الآبق وحده فهو مختص أو منصرف إلي صورة عدم شرائه من أجل عتقه، كما هو مقتضى قوله في صحيح رفاة: (وأطلبها أنا)، وقوله (عليه السلام) في موثق سماعة: (فإن لم يقدر علي العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه). لظهوره في فرض الاهتمام بتحصيل العبد واحتمال عدم القدرة عليه، بحيث يذهب الثمن الذي نقده هدراً، وذلك لا يجري فيما إذا كان عازماً علي عتقه.

ومن هنا يتعين جواز شراء من ينعق عليه إذا كان عالماً بحاله بلا حاجة

ولا فرق بين العلم بالحال والجهل بها (1). ولو باع العين المغصوبة وكان

للمضميمة، وأما إذا لم يكن عالماً بحاله فلا يخلو عن إشكال، لعدم إحرازه حين البيع سلامة المبيع.

(1) قد يشكل ذلك لو كان دليل المنع هو النهي عن بيع الغرر، بناءً على أن المراد به البيع الخطري. لعدم صدق ذلك مع الإقدام على شراء ما يعتقد القدرة على تسليم البائع وتحصيل المشتري له ولو مع العجز عن ذلك واقعاً.

ودعوي: أنه يكفي في كون البيع خطرياً تعرض المبيع لما قد يؤدي إلي تلفه أو ضياعه وإن لم يعلم بذلك حين البيع.

مدفوعة بأن ذلك خلاف ظاهر توصيف البيع نفسه بالغرر والخطر. على أن المراد بذلك إن كان هو تعرض المبيع لما من شأنه نوعاً أن يعرضه للضياع والتلف لزم عدم صحة المبيع لو أقدم على بيع مثل الطائر في القفص إذا كان القفص مفتوحاً من دون أن يعلم به، وإن صادف أن لم يفر حتى حصل التسليم. وإن كان هو تعرضه لما يضيع به فعلاً لزم صحة بيع الحيوان الوحشي الهارب والعبد الآبق إذا صادف أن رجع بعد البيع، أو انكشف ذهابه إلي مكان يمكن استرجاعه، وحصل التسليم بالنحو المتعارف، وهو لا يناسب إطلاق دليل النهي عن بيع الآبق.

هذا وأما بناءً على ما ذكرناه، فإن ابتنى البيع على التسليم لتخيل القدرة عليه، فإن صادف أن قدر البائع على التسليم بعد ذلك، بحيث حصل التسليم في الوقت المتعارف صح البيع. وإن لم يحصل في الوقت المذكور لاستمرار العجز عنه كان للمشتري الخيار، وله الانتظار حتى يصدق عرفاً عدم سلامة المبيع له، فيبطل البيع، لما تضمن أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه.

وإن لم يبتن البيع على التسليم فإن كان المشتري لا يحرز القدرة على تحصيله بطل البيع من حين وقوعه، إلا أن ينضم إليه ما يحرز تحصيله. وإن كان يعتقد القدرة على

المشتري قادراً علي أخذها من الغاصب صح (1). كما أنه يصح بيعها علي الغاصب أيضاً وإن كان البايع لا يقدر علي أخذها منه ثم الدفع إليه (2). وإذا كان المبيع مما لا يستحق المشتري أخذه كما لو باع من ينعق علي المشتري صح وإن لم يقدر علي تسليمه (3).

(مسألة 16): لو علم بالقدرة علي التسليم فباع، فانكشف الخلاف بطل (4)، ولو علم العجز عنه، فانكشف الخلاف فالظاهر الصحة (5).

تحصيله، فإن حصل عليه صح البيع، وإن لم يحصل عليه انكشف بطلان البيع، لأن المستفاد من نصوص المقام عدم الاكتفاء باحراز سلامة المبيع، بل لا بد من سلامته أيضاً، لئلا يذهب ماله هدرًا. مضافاً إلي عموم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، لأن المتيقن من دليل تخصيصه ما إذا أحرز سلامة بعض المبيع حين البيع.

(1) لتحقق القدرة علي التسليم.

(2) لقصور أكثر الوجوه المتقدمة منهم والوجه المتقدم متأ عن هذه الصورة، كما يظهر بالرجوع إليها، وسبق منا التنبيه لذلك.

(3) كما أشرنا إلي ذلك آنفاً مع شيء من التفصيل.

(4) يظهر الكلام فيه مما سبق عند الكلام في عدم الفرق بين العلم والجهل.

(5) حيث كان عمدة دليلهم في المقام هو النهي عن بيع الغرر، فالظاهر صدقه في المقام، إلا أن يكون المعيار فيه كون المبيع معرضاً لما يؤدي إلي تلفه، علي ما ذكرناه آنفاً، وذكرنا الإشكال فيه. فراجع.

أما بناء علي ما ذكرنا فالأمر أظهر، لعدم إحراز سلامة المبيع. وسلامته واقعاً لا تكفي، لظهور النصوص المتقدمة في عدم صحة البيع مراعي بسلامة المبيع، بل توقف صحته علي إحراز سلامته من أول الأمر وحين البيع.

(مسألة 17): لو انتفت القدرة علي التسليم في زمان استحقاقه، لكن علم بحصولها بعده، فإن كانت المدة يسيرة صح (1)، وإذا كانت المدة طويلة لا يتسامح بها، فإن كانت مضبوطة مثل سنة أو أكثر فالظاهر الصحة مع علم المشتري بها (2). وكذا مع جهله بها، لكن يثبت الخيار للمشتري (3). وإن كانت غير مضبوطة فالظاهر البطلان (4)، كما لو باعه دابة غائبة يعلم بحضورها، لكن لا يعلم زمانه.

(مسألة 18): إذا كان العاقد هو المالك فالاعتبار بقدرته، وإن كان وكيلًا في إجراء الصيغة فقط فالاعتبار بقدرة المالك، وإن كان وكيلًا في المعاملة كعامل المضاربة فالاعتبار بقدرته أو قدرة المالك، فيكفي قدرة أحدهما علي التسليم في صحة المعاملة، فإذا لم يقدر معاً بطل البيع (5).

نعم إذا وقع مبيعاً علي التسليم، بأن لم يُعلم البائع المشتري بالحال فقد تنجّه الصحة، لابتناء البيع علي إحراز سلامة المبيع مع سلامته فعلاً. فلاحظ.

(1) عملاً بالعمومات بعد قصور الوجوه السابقة عن ذلك.

(2) لعين الوجه السابق. والظاهر كفاية انضباط منتهي المدة، كما لو تردد الأمر من السنة إلي السنتين، لقصور الوجوه السابقة أيضاً، فيرجع للعمومات.

(3) لما ذكرناه آنفاً من أن البيع يبتني علي اشتراط التسليم ضمناً، فيثبت الخيار بتخلف الشرط المذكور.

(4) لا يخلو عن إشكال، لعدم وضوح جريان الوجوه السابقة. نعم قد يتجه ذلك مع طول المدة، بحيث يلحق المبيع بالتالف عرفاً. فتأمل.

(5) لا وجه لذلك إذا كان المشتري قادراً علي تحصيل المبيع، ورضي بأن يسعي هو لتحصيله، لعدم جريان الوجوه السابقة، كما ذكرناه آنفاً. بل هو لا يناسب ما سبق

(مسألة 19): يجوز بيع العبد الآبق مع الضميمة (1)

منه (قدس سره) فيما لو كانت العين مغصوبة. ولأجل ذلك قد يكون فرض قدرة المشتري علي تحصيل المبيع خارجاً عن مفروض كلامه (قدس سره).

بل يكفي قدرة الأجنبي علي تسليم المبيع إذا كان في مقام إعمال قدرته في ذلك، لعين ما سبق. نعم لا تكفي إذا لم يكن في مقام إعمال قدرته، لعدم إحراز سلامة المبيع للمشتري حينئذ، وصدق الغرر وغيره مما ذكره في المقام، كما هو ظاهر.

(1) لا خلاف فيه نصاً وفتوي، كما في الجواهر. بل إجماعاً، كما في الانتصار والخلاف وكشف الرموز والتنقيح، وسبق من الغنية. ويقتضيه صحيح رفاة وموثق سماعة المتقدمان. بل يستفاد من جميع النصوص المتقدمة بضميمة التعليل فيها، كما يظهر مما سبق. ويظهر منه أيضاً عدم الاختصاص بالآبق، بل يعم كلما يحتمل عدم وجوده، أو عدم حصوله للمشتري مع العلم بوجوده، كالحيوان الضال والشارد، وكالصايغ.

ويظهر من الجواهر وشيخنا الأعظم (قدس سره) اختصاص ذلك بما إذا كان الآبق محتمل الحصول، دون ما إذا كان ميؤوساً من تحصيله، لقصور الحديثين عنه. أما صحيح رفاة فلقوله فيه: (وأنا أطلبها)، فإن طلبها فرع رجاء الظفر بها. وأما موثق سماعة فلقوله (عليه السلام): (فإن لم يقدر علي العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه)، لظهور (إن) الشرطية في أن الشرط أمر استقبالي.

لكن لا يبعد إلغاء خصوصية ذلك بلحاظ التعليل المذكور، لظهوره في أن المهم في المقام هو سلامة شيء في مقابل الثمن، وذلك حاصل مع اليأس عن تحصيل الآبق ولو للعجز عن الفحص عنه.

هذا وفي التنقيح: (الآبق مادام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة، ولا جزء مبيع، لكنه مشروط الملكية للمشتري، كمن اشترى الحامل وشرط الحمل له، فإن الحمل ليس

مبيعاً ولا جزء مبيع... فلو تلف قبل قبضه لم ينقص شيء من الثمن).

وهو كما ترى أولاً: لا ابتناء المعاملة في ظاهر النصوص علي كونه جزء مبيع، بل هو المقصود الأهم، لا مشروطاً تابعاً للمبيع.

وثانياً: لأنه فرض كونه مشروطاً فهو كذلك مطلقاً، لعدم انقلاب المعاملة بوجدانه عما وقعت عليه. وأما ما ذكره في آخر المسألة من زوال العلة التي هي العجز عن قبضه فيدفعه أن أولاً: الاستفادة من نصوص بيع الآبق مع الضميمة قصور العلة في المقام عن المنع من كونه جزء مبيع. وثانياً: أن ارتفاع العلة لا يوجب انقلاب المعاملة عما وقعت عليه، كولادة الحمل في النظر الذي ذكره.

بقي شيء: وهو أنه لو مات الآبق قبل القدرة عليه فظاهر شيخنا الأعظم (قدس سره) المفروغية عن عدم تقسيط الثمن عليه لو كان الموت بعد اليأس من تحصيله، وإنما الإشكال فيما لو كان الموت قبل اليأس من تحصيله.

أما سيدنا المصنف (قدس سره) فقد أطلق ولم يستبعد تقسيط الثمن عليه، عملاً بعموم: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه. قال (قدس سره): (لخروج الفرض عن ظاهر النص أو منصرفه).

لكن لم يتضح الوجه في خروجه عنه بعد كون الآبق معرضاً لكل شيء حتى الموت، وابتناء بيعه علي أن يطلبه المشتري وعلي عدم مسؤولية البايع عنه وانقطاع علاقته به.

وعليه يترتب عدم تقسيط الثمن عليه حتى لو مات قبل اليأس من تحصيله. وهذا هو العمدة، لا ما سبق من التنقيح من خروجه عن المبيع. لما عرفت من ضعفه.

ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار أو الأرش لو أصابه عيب بعد البيع وقبل الحصول عليه. بل لا يبعد عدم ثبوتها لو حصل العيب فيه بعد الإباق قبل البيع، حيث لا يبعد اختصاص ابتناء البيع علي السلامة من العيب إذا كان المبيع تحت يد البايع. نعم لو

انكشف ثبوت العيب فيه قبل الإباق يتجه ثبوت الخيار أو الأرش.

كما أنه لو انكشف موته قبل البيع فالظاهر تقسيط الثمن، عملاً بالقاعدة بعدما سبق من كونه جزء مبيع لقصور الحديثين المتقدمين عنه. قال في الحدائق: (فلو ظهر تلفه حين العقد أو استحقاق الغير له بطل البيع فيما قابله من الثمن. ولو ظهر كونه مخالفاً للوصف تخير المشتري).

اللهم إلا أن يقال: تقدم منا رجوع التعليل في نصوص بيع العبد الآبق ونصوص بيع مشكوك الحصول كالسّمك في الماء إلي قدر مشترك واحد وهو كفاية إحراز سلامة شيء من المبيع للمشتري، وذلك بعمومه شامل للمقام. ولا سيما أنه لم يفرض في حديثي بيع الآبق قرب الإباق من البيع، بحيث يكون بقاء الآبق علي حاله متوقفاً، ويكون البيع مبتتياً علي فرض وجود الآبق وبقائه علي حاله. ومن هنا يتعين البناء علي صحة البيع وعدم تقسيط الثمن، ولا ثبوت الخيار. إلا أن ينصرف البيع إلي فرض وجود الآبق، أو بقاءه علي حاله، بحيث يبتني البيع علي ذلك، فيتعين التقسيط أو الخيار.

نعم إذا ظهر مستحقاً للغير أو مخالفاً للوصف قبل الإباق اتجه التقسيط، أو ثبوت الخيار، عملاً بالقاعدة بعد خروجه عن مفاد النصوص قطعاً.

هذا وأما لو تلفت الضميمة بعد البيع قبل قبضها وقبل تحصيل الآبق، فحيث كان مقتضي عموم: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فساد البيع فيما يقابلها من الثمن، يتعين في المقام بطلان البيع رأساً حتي بالإضافة إلي الآبق، لأن مقتضي النص - ولو بلحاظ التعليل المشار إليه - عدم صحة بيع الآبق وحده حدوثاً وبقاءً، كما أشار إليه شيخنا الأعظم (قدس سره). إذ لو صح البيع بالإضافة إليه حينئذ لا يحرز حصول المشتري علي شيء في مقابل ما دفعه من الثمن، كما لو اشترى الآبق وحده من أول الأمر.

ومثله ما لو فسخ البيع بالإضافة إلي الضميمة، لوجود عيب فيها قبل البيع

إذا كانت ذات قيمة معتد بها (1).

أو قبل قبضها. وأظهر من ذلك ما إذا انكشف بطلان البيع بالإضافة إلى الضميمة، لكونها مغصوبة مثلاً من دون أن يجيز مالها بيعها.

نعم يتجه التقسيط وصحة البيع بالإضافة إلى الأبق لو حصل عليه وسلم له، ثم تلفت الضميمة قبل قبضها أو فسخ البيع بالإضافة إليها لعيب أو غيره، كما لعله ظاهر. غاية الأمر أن للمشتري حينئذ خيار تبعض الصفقة بالإضافة إلى الأبق.

ثم إن جميع ما ذكر في بيع الأبق مع الضميمة يجري في جميع موارد ضمّ معلوم الوجود والحصول في البيع إلى مجهول الوجود أو الحصول، بناء على ما سبق من استفاضة العموم من مجموع النصوص المتقدمة، وعدم اختصاص الجواز ببيع الأبق مع الضميمة.

(1) أما بناء على عدم جواز بيع ما لا قيمة له معتد بها فظاهر. وأما بناء على جواز بيعه - كما سبق منّا في أوائل الكلام في المكاسب المحرمة - فلانصراف نصوص المقام للضميمة المعتد بها، أو اختصاصها بذلك، خصوصاً بلحاظ مواردنا. فتأمل جيداً.

بقي شيء: وهو أن جميع ما تقدم يجري في الثمن. لأن جملة من الوجوه المتقدمة تشمله بعمومها كالمنهى عن بيع الغرر وكون المعاملة سفهية وغيرهما. وأما بقية الوجوه المستفاد من النصوص - كالنهى عن بيع ما ليس عندك، والتعليل المتقدم في النصوص التي اعتمدها - فهي وإن اختلفت بالمبيع، إلا أن المناسبات الارتكازية تقضي بإلغاء خصوصيته، والعموم للثمن.

نعم لو بني على أن مقتضى القاعدة عموم اشتراط القدرة على التسليم في العوضين، وأن جواز بيع الأبق مع الضميمة حكم تعدي مخالف للقاعدة، فالمتعين الاقتصار فيه على مورد النصوص، وهو كون الأبق مبيعاً، دون ما إذا كان ثمناً.

لكن في التنقيح: (ويحتمل الصحة. وهو الأقرب. إذ لا تغاير بين العوضين إلا باعتبار عارض). وهو كما تري بالقياس أشبه. إلا أن يرجع إلي فهم عدم الخصوصية من النص. ولا يخلو عن إشكال. فالعمدة ما سبق من ضعف المبني المذكور. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين.

ص: 176

الفصل الرابع: في الخيارات

وفيه مسائل..

(مسألة 1): الخيار (1)

(1) لا ينبغي التأمل في أن الأصل في العقود اللزوم لوجهين:

الأول: أن أدلة النفوذ - المتقدمة منا في أوائل كتاب التجارة - كما تقتضي نفوذ العقود تقتضي لزومها، كما يظهر بالتأمل فيها.

ودعوي: أن أدلة النفوذ خصوصاً قوله تعالى: أوفوا بالعقود (1) إنما تقتضي نفوذ العقد مادام موجوداً، فإذا احتمل انفساحه بالفسخ فلا مجال للتمسك بها لإحراز نفوذه، لعدم إحراز الموضوع، وهو العقد.

مدفوعة بأن نفوذ الفسخ لا يقتضي ارتفاع العقد، لأن العقد أمر حقيقي لا يرتفع بعد وقوعه، وإنما يقتضي ارتفاع أثره ومضمونه، ولذا كان الفسخ عرفاً رجوعاً عن مقتضي العقد منافياً للوفاء به، فإطلاق نفوذ العقد ووجوب الوفاء به يقتضي عدم مشروعية الفسخ وعدم ترتب الأثر عليه.

الثاني: استصحاب مضمون العقد عند الشك في ارتفاعه بالفسخ، بناء على ما هو التحقيق من جريان استصحاب الأحكام الشرعية عند الشك في ارتفاعها مع بقاء موضوعها، كما هو محل الكلام. لظهور أن الخيار في العقد لا يرجع إلي ارتفاع

(1) سورة المائدة الآية: 1.

ص: 177

موضوعه بالفسخ، نظير انتهاء ملكية المنفعة بانتهاء مدة الإجارة، بل ارتفاع أثر العقد مع بقاء الموضوع، كالعوضين في البيع والإجارة، والعين الموهوبة في الهبة والزوجين في النكاح ونحوها.

نعم قد يستشكل فيه بأنه إنما يتم فيما إذا لم يكن مضمون العقد متصفاً بالجواز سابقاً، وإلا كان استصحاب جوازه حاكماً علي استصحابه. والي ذلك يرجع ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) في المقام.

لكن من الظاهر أن اللزوم والجواز ليسا من الأحكام المجعولة للمضمون العقدي، ولا من التقسيمات الشرعية لحقيقته، وإنما ينتزعان من جواز الرجوع فيه شرعاً وعدمه.

وحيث جواز الرجوع إن كان حكماً يرجع إلي ترتب الأثر علي الرجوع، الذي هو أمر تعليقي، بمعنى أنه إن فسخ العقد ورجع فيه ارتفع المضمون العقدي، فيبتي استصحابه علي جريان الاستصحاب التعليقي، والتحقيق عدمه.

وإن كان حقياً فهو مجعول شرعاً، لرجوعه إلي ثبوت الحق لصاحب الخيار في فسخ العقد، وهو أمر قابل للاستصحاب. إلا أن يرجع الشك في بقائه للشك في أمد الفسخ المستحق، لا في أمد استحقاق الفسخ، حيث لا مجال للاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع. فلاحظ.

هذا كله في وجه عموم اللزوم في العقود عموماً. أما البيع فيزيد علي بقية العقود بوجوه:

الأول: عموم قوله تعالي: ولا- تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم(1). فإن مقتضى إطلاقه الأحوالي جواز أكل المال مع التجارة ولو بعد الفسخ من أحد الطرفين.

(1) سورة النساء الآية: 29.

ص: 178

ودعوي: أن الآية الشريفة إنما تضمنت نفوذ التجارة، وترتب الأثر عليها، ولا نظر فيها إلي بقاء نفوذها، وعدم ارتقاع أثرها بالفسخ.

مدفوعة بأن دلالتها علي النفوذ حيث كانت بلسان ترتب أثرها، وهو جواز أكل المال، وكان مقتضي إطلاقه جواز أكله ولو بعد الفسخ، فهو يدل علي عدم ترتب الأثر علي الفسخ.

الثاني: قوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا)(1). فإن البيع لما كان مبنياً علي الإلزام والالتزام بمضمونه بنحو الإطلاق، لا مؤقتاً، فالحكم بحله المستتبع لنفوضه، ظاهر في نفوضه علي نحو ما التزم به من الإطلاق. غاية الأمر أنه تقدم في أول كتاب التجارة أنه لا إطلاق له من حيثية أفراد البيع. لكن ذلك لا يمنع من البناء علي لزوم ما ثبت نفوضه.

مضافاً إلي استفادة الإطلاق من حيثية أفراد البيع من صحيح عمر بن يزيد: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): جعلت فداك إن الناس يزعمون أن الربح علي المضطر حرام، وهو من الربا. قال: وهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة؟! يا عمر قد أحلّ البيع وحرم الربا. فاربح، ولا تر به [ترب]. قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل)(2).

اللهم إلا أن يقال: الالتزام بمضمون البيع بنحو الإطلاق، ودلالة الآية الشريفة علي نفوضه كذلك، وإن كانا مسلمين، إلا أن ذلك إنما يقتضي ترتيب أثره كذلك إذا بقي نافذاً، والآية الشريفة إنما تدل علي أصل نفوضه، لا علي استمرار نفوضه. وهذا بخلاف الآية السابقة، فإن مقتضي إطلاقها جواز أكل المال بالنحو الذي تقتضيه التجارة بعد حصولها مطلقاً ولو بعد فسخها، وذلك يستلزم لغوية الفسخ، وعدم ترتب الأثر عليه. فلاحظ.

(1) سورة البقرة الآية: 275.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 40 من أبواب آداب التجارة حديث: 1.

ص: 179

الثالث: ما تضمن استحباب إقالة النادم في البيع (1) لظهوره في المفروغية عن لزوم البيع، وأنه ليس للنادم فسخه إلا أن يرضى الآخر، فيقبله. نعم لا إطلاق له في ذلك، لعدم وروده لبيان لزوم البيع، بل لبيان استحباب الإقالة فيه بعد المفروغية عن لزومه.

الرابع: النبوي المشهور: (إن الناس مسطون علي أموالهم) (2). فإنه يقتضي سلطنة الإنسان علي ما دخل في ملكه بسبب البيع وغيره من العقود الناقلة للمال، بحيث لا يخرج عن ملكه بغير رضاه، ومن دون أعمال سلطنته، وذلك مستلزم للزوم العقد، وعدم نفوذ فسخه بغير رضاه.

ودعوي: أن الحديث إنما يدل علي سلطنة الإنسان علي ماله، لا علي انحصار السلطنة عليه به، بحيث لا سلطنة عليه لغيره، ليدل علي عدم نفوذ فسخ الطرف الآخر للعقد.

مدفوعة: بأن إطلاق السلطنة علي المال كما السلطنة علي إيقاع التصرف فيه، يقتضي السلطنة علي منع حصول التصرف فيه، فحصول التصرف فيه من الغير مناف لسلطنة المالك عليه.

نعم لو كان موضوع السلطنة نفس إيقاع التصرف فسلطنة المالك علي إيقاعه لا ينافي سلطنة غيره علي إيقاعه أيضاً. والفرق بينهما نظير الفرق بين قولنا: زيد مسلط علي أن يسكن الدار، وقولنا: زيد مسلط علي الدار. فإن الأول لا ينافي سلطنة غيره علي أن يسكن فيها، بخلاف الثاني.

ومن ثم كان تعدد السلطان علي الشيء موجباً لضعف سلطنة كل منهم، لمزاحمتها بسلطنة الآخرين، ومقتضي الإطلاق كمال السلطنة.

نعم النبوي المذكور ضعيف بالإرسال. لكن مضمونه مقتضي المرتكزات

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب آداب التجارة.

(2) بحار الأنوار ج: 2 ص 272.

ص: 180

العقلانية التي عليها العمل . فلاحظ.

الخامس: ما تضمن جعل الغاية في خيار المجلس الافتراق، وجعل الغاية في خيار الحيوان ثلاثة أيام، كما يأتي، فإنه يقتضي عموم لزوم البيع بعد الغايتين المذكورتين.

وأما ما ذكره بعض المحققين (قدس سره) وحكي عن أستاذه المحقق الخراساني (قدس سره) من أن مفاد نصوص خيار المجلس ثبوت اللزوم من حيثية خيار المجلس لا مطلقاً، فلا ينافي ثبوت الخيار من حيثية أخرى.

فهو إنما يتجه لو كانت النصوص المذكورة واردة لبيان أمد الخيار المذكور بعد الفراغ من ثبوته. أما حيث كانت واردة في مقام تشريع هذا الخيار، فهي ظاهرة في تحديد أصل الخيار وعدم ثبوته بعد التفرق والأيام الثلاثة.

ودعوي: أن ذلك مقتضي الجمع بين أدلة الخيارات المختلفة، لأنه أولي من حملها علي التخصيص. ممنوعة جداً، لقوة ظهورها في تحديد أصل الخيار.

وهناك بعض النصوص المتفرقة الآخر الدالة علي لزومه في الجملة. بل تعرض النصوص لموارد الخيار في البيع، وعدم تعرضها لموارد لزومه، شاهد بأن البيع بطبعه يتني علي اللزوم، وأن الخيار فيه خروج عن مقتضاه، ولذا احتاج للبيان دون اللزوم.

وهناك بعض الوجوه الآخر ذكرت في المقام لا ملزم بإطالة الكلام فيها بعد وفاء ما سبق بالمطلوب. ومن ثم لا ينبغي الإشكال في أصالة اللزوم في البيع وجميع العقود.

بقي شيء: وهو أن موضوع اللزوم في المقام لما كان هو العقد بملاك الوفاء به، فلا بد فيه من أمرين:

الأول: أن يكون المضمون المنشأ عقدياً، وقد سبق في أول الكلام في فصل

شروط العقد أنه لا بد في صدق العقد من التزام كل من الطرفين بمضمون واحد للآخر علي نفسه، لا بتناؤه علي نحو من الكلفة عليه. فلو كان الالتزام من جانب واحد علي نفسه لم يكن عقداً، بل إيقاعاً، كما في المسابقة والجماعة ونحوهما مما كان من سنخ الوعد.

وحيث لا يجب الوفاء به بملاك الوفاء بالعقد، بل له العدول عنه قبل الشروع في العمل قطعاً. غاية الأمر أن بناء العقلاء علي لزوم الوفاء بالوعد إذا ابتني علي حمل الموعد علي بذل جهد وإنجاز عمل من أجل تحصيل الأمر الموعد به، فلا يجوز الامتناع عن دفع الجعل بعد إنجاز العمل بالقصد المذكور. لكنه ليس بملاك الوفاء بالعقد، بل بملاك آخر.

بل إذا كان العمل الذي يترتب عليه الجعل مركباً - كبناء الدار وخياطة

الثوب - يتعين عرفاً تقسيط الجعل علي بعض العمل.

نعم إذا ابتني الشروع في العمل علي إكماله، رجع ذلك إلي الالتزام من الطرفين عند الشروع في العمل بالمعاوضة بين تمام العمل والأجرة، بمعنى التزام العامل لبازل الأجر بتمام العمل في مقابل الأجرة، والتزام البازل بتمام الأجرة في مقابل تمام العمل. وحيث لا يجوز الرجوع لكل منهما، لأن ذلك نحو من العقد والصلح بين الطرفين يجب الوفاء به.

كما قد يكون ذلك بإشغال المسافر المقعد في السيارة أو تحركها به نحو مقصد متفق عليه بين الطرفين، علي اختلاف الأعراف. فإنه لا يجوز لكل منهما الرجوع وإن لم يقع بينهما العقد قبل الركوب في السيارة.

كما أنه لا يبعد عدم جواز الرجوع في المسابقة للباذل بمجرد الشروع في التسابق، لأن موضوع الوعد وإن كان هو السبق الذي هو نتيجة التسابق، إلا - أن المراد به هو التسابق المفضي للسبق. فالشروع في التسابق شروع في العمل عرفاً، لا في مقدمته، وهو ملحوظ بنحو المجموعة، لا بنحو الانحلال.

ولا- أقل من ابتناء المسابقة عرفاً علي عدم الرجوع بالشروع بالتسابق، وإلا كان له الرجوع عند ظهور أمانة السبق، وهو لا يناسب وضع المسابقة.

بل إذا ابتني البذل علي تعهد الباذل بعدم الرجوع عنه بمجرد الشروع في المقدمات من أجل التشجيع علي العمل الموعد عليه تعيين عدم جواز الرجوع بالشروط فيها. لرجوعه إلي دخول المقدمات في موضوع البذل.

وكيف كان فعدم الرجوع في ذلك وأمثاله ليس بملاك لزوم العقد، بل بملاك احترام عمل المبدول له بعد وقوعه مبنياً علي البذل ولذا يجوز الرجوع قبل الشروع في العمل. نعم إذا ابتني البذل علي التعهد من كل من الطرفين للآخر بالعمل في مقابل المال المبدول، بأن يتعهد العامل بالعمل مقابل المال المبدول ويتعهد الآخر بالمال في مقابل العمل، رجع إلي التعاقد بينهما نظير عقد الإجارة وتعين لزوم العقد المذكور وعدم جواز الرجوع فيه حتي قبل الشروع في العمل.

الثاني: أن يكون الرجوع في العقد منافياً لمقتضاه لا ابتناء مضمونه علي البقاء كالبيع والهبة والإجارة والنكاح وغيرها، فإن الرجوع فيه حينئذ ينافي الوفاء بالعقد اللازم بمقتضي الأدلة المتقدمة.

أما إذا لم يكن مضمون العقد مبنياً علي البقاء فارتفاع مضمونه لا ينافي الوفاء بالعقد، كما في الوديعة، فإنها وإن كانت عقداً يبتني علي الائتمان علي العين لحفظها، بحيث يكون المودع متعهداً بإيصالها للودعي، والودعي ملزماً بذلك، إلا أنها لا تبتني علي بقاء الائتمان المذكور، لما هو المعلوم من ابتناء الوديعة علي رجوع العين لصاحبها، فلا بد من رجوعها إلي الائتمان ماداماً راضيين بذلك. وحينئذ لا يكون رجوع كل منهما عن الاستيداع منافياً للوفاء بالعقد، فينفذ بمقتضي سلطنة كل منهما علي نفسه وماله.

بل حتي لو حدد بمدة معينة لا يراد بذلك إلزام كل منهما باستمرار الاستيداع في تمام المدة المذكورة، بل مجرد تحديد مدة الاستيداع في نفسه من دون أن ينافي الرجوع

حق يقتضي السلطنة علي فسخ العقد (1)،

فيه منهما قبل انقضاء المدة.

نعم قد يرجع ذكر المدة إلي إلزام أحد الطرفين أو كليهما بها، كما لو كان المالك لا يسهل عليه استرجاع الوديعة أو حفظها قبل انقضاء المدة، فيشترط علي الودعي الاستيداع في تمامها، أو كان الودعي لا يسهل عليه إرجاع الوديعة قبل انقضاء المدة، فيشترط علي المالك الاستيداع في تمامها.

وحيث يتعين البناء علي لزوم الوفاء من أحدهما أو منهما معاً بالشرط، وعدم الرجوع في الاستيداع في تمام المدة المشروطة. لكن ليس لابتداء عقد الاستيداع علي البقاء، بل من جهة الشرط المذكور.

ويجري ذلك في مثل العادية والوكالة مما لا يبتني علي البقاء في نفسه، وإن كان قد يبتني عليه بشرط زائد علي العقد. فلاحظ. والله سبحانه العالم العاصم، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(1) قد أشار شيخنا الأعظم (قدس سره) إلي الكلام في بعض الجهات المتعلقة بتعريف الخيار، وأطال من بعده في ذلك بما لا يسعنا التعرض له، لعدم وضوح ترتب الفائدة عليه بعد رجوعه لتحديد المعني الاصطلاحي للخيار، ولا مشاحة في الاصطلاح. ولعل الأنسب التعرض لأمرين:

الأول: أن الخيار الذي هو محل الكلام من الحقوق. ولذا أخذت الملكية في تعريفه الآتين منهم. والحق نحو من الملك، تكون السلطنة عليه متفرعة علي استحقاؤه وتملكه، نظير السلطنة علي المال. وليس هو حكماً يرجع للسلطنة علي الفسخ ابتداءً، نظير السلطنة علي المباح الأصلي، كما هو الحال في العقد الجائز، حيث لصاحبه فسخه من دون أن يكون ذلك حقاً مملوكاً له.

ويمتاز الحق بكونه قابلاً للمعاوضة، كما سبق في أول الفصل الثالث. كما أنه

يقبل الإسقاط الراجع لموضوع السلطنة. بخلاف الحكم، فإنه لا يقبله، بل هو تابع سعة وضيقاً للجعل الشرعي ابتداءً.

الثاني: المحكي عن فخر المحققين في الإيضاح تعريف الخيار بأنه ملك فسخ العقد، ونسبه شيخنا الأعظم (قدس سره) لجماعة من المتأخرين وإليه يرجع ما في المتن.

وعرفه في التنقيح بأنه عبارة عن ملك إقرار العقد وإزالته. وتبعه علي ذلك غير واحد. قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ويمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه علي حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرك، لأن القدرة علي الفسخ عين القدرة علي تركه، إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين. وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه أن مرجعه إلي إسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار...).

لكن الظاهر الفرق بين الأمرين، وأنه يبتني علي نحو حال العقد في زمان الخيار. فإن قلنا بأنه كالعقدة السهلة الحل، يمكن حلها لصاحب الخيار، ويصير بانتهاؤه زمن الخيار كالعقدة المحكمة الشد، بحيث لا يمكنه حلها، أمكن فرض الفسخ والإقرار فيه، ويكون الفسخ نظير حلّ العقدة والإقرار نظير إحكام شدها.

كما أنه يمكن إسقاط الخيار، ويكون مرجعه إلي بقاء العقد في زمن الخيار علي ما هو عليه قابلاً للحل والشد، غاية الأمر أنه لا سلطان لصاحب الخيار علي أحد التصرفين، لسقوط حقه. ولا يقرّ العقد، بحيث يكون كالعقدة المحكمة الشد إلا بانتهاؤه زمن الخيار.

وإن قلنا بأن العقد لا يختلف حاله في زمن الخيار عن حاله بعده. غايته أن لصاحب الخيار السلطنة علي فسخه، فحينئذ لا موضوع للإقرار، لعدم الأثر له. غايته أنه يمكن إسقاط الخيار، فترتفع السلطنة علي الفسخ، كما لو انتهى زمن الخيار.

والمرتکز عرفاً الثاني. ولا سيما في الخيار المشروط، إذ ليس قصد المتعاقدين من جعل الخيار وجداناً إلا جعل السلطنة علي فسخه من دون تبديل لواقع العقد.

نعم قد يظهر من بعض النصوص الأول، كصحيح علي بن رئاب عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط. فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه فلا شرط له...)(1).

وموثق السكوني عنه (عليه السلام): (أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلي نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه. قال: ليشهد أنه قد رضيه واستوجه، ثم لبيعه إن شاء. فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه)(2).

وفي صحيح الحلبي: (إن رغب في الربح فليوجب الثوب علي نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب علي صاحبه إن رد عليه)(3) ونحوها غيرها.

لصراحتها في أن لزوم العقد بالتصرف ليس لكون التصرف ملزماً بنفسه، كاتتهاء أمد الخيار، بل لكونه متفرعاً علي الرضا بمضمون العقد واستيجابه، المستلزم لاختلاف حال العقد. بالرضا والاستيجاب عما كان عليه قبلهما.

وحمل الرضا والاستيجاب علي إسقاط حق الخيار - كما قد يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره - تكلف مخالف لظاهر النصوص، ولواقع حال المتصرف. إذ غاية ما يكون منه هو البناء علي عدم إعمال حق الخيار، وهو أمر آخر غير إسقاطه.

وهو المناسب لما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من الاستدلال علي سقوط الخيار بإسقاطه بفحوي ما تضمن أن التصرف في المبيع مسقط للخيار، معللاً بأنه رضا بالبيع. لظهوره في أن الإسقاط أمر زائد علي الرضا. ومن ثم تكون النصوص المذكورة مناسبة للتعريف الثاني.

اللهم إلا أن يقال: النصوص المذكورة لم تتضمن استيجاب البيع والرضا به، ليحمل - بقرينة سبق إيجابه والرضا به حين إيقاعه - علي إرادة إقرار العقد زائداً علي

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 1.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 2.

ص: 186

يرفع مضمونه (1). وهو أقسام:

(الأول): ما يسمى خيار المجلس (2). يعني: مجلس البيع. فإنه إذا وقع البيع كان لكل من المشتري والبايع الخيار في الفسخ في المجلس (3) م

إيقاعه، وإنما تضمنت الرضا بالمبيع، المستلزم للبناء علي عدم إعمال حق الخيار.

وهو وإن لم يرجع إلي إسقاط حق الخيار، كما سبق، إلا أنه لا يرجع إلي إقرار العقد بالمعني المتقدم. بل غاية الأمر سقوط الخيار بالرضا المذكور، وهو لا يشهد بصحة التعريف الثاني. بل يجتمع مع التعريف الأول، فلا مخرج عنه بعدما سبق من مناسبه للمرتكزات. فلاحظ.

(1) أشار (قدس سره) بذلك إلي ما ذكرنا آنفاً من أن الفسخ لا يرفع العقد، بل يرفع أثره ومضمونه.

(2) قال في المسالك: (إضافة هذا الخيار إلي المجلس إضافة إلي بعض أمكنته، فإن المجلس موضع الجلوس، وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار...). وتبعه علي ذلك غير واحد ممن تأخر عنه. وهو متين جداً، لأن موضوع الخيار في النصوص ليس هو المجلس، بل عدم الافتراق، فيشمل ما لو أوقعا البيع ماشيين مصطحبين، أو فارقا مجلس العقد كذلك، كما يظهر مما يأتي.

(3) إجماعاً منا بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة. كذا في الجواهر. ومن تلك النصوص صحيح محمد مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: قال رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم): البيعان بالخيار حتي يفترقا. وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام)(1). ونحوه غيره. ومنها يظهر أن موضوع الخيار هو الاجتماع المقابل للافتراق، لا كونهما في المجلس، كما سبق.

نعم في موثق غياث بن إبراهيم عنه عن أبيه عن علي عليهم السلام: (قال: قال

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 1.

لم يفترقا، فإذا افترقا ولو بخطوة لزم البيع وانتهى الخيار (1).

علي (عليه السلام): إذا صفق الرجل علي البيع فقد وجب وإن لم يفترقا (1). ولا مجال للخروج به عن النصوص الكثيرة المشهورة المعول عليها عند الأصحاب.

وقد يحمل علي إرادة نفوذ البيع وصحته، لا علي لزومه، كما ذكره الشيخ في التهذيبين. أو علي التقية، كما في الجواهر، حيث حكي إنكار هذا الخيار عن شريح والنخعي وأبي حنيفة ومالك.

واحتمل في الوسائل حملة علي اشتراط سقوط الخيار. وهو الذي استظهره بعض مشايخنا (قدس سره) من الحديث، لأن معني الصفق - علي ما في اللغة - ضرب أحدهما يده علي الآخر دلالة علي لزوم البيع وكناية عنه، فإذا صفقا فقد ألزما البيع بإسقاطهما الخيار.

وكأنه أخذ من مثل ما في لسان العرب. قال: (وصفق يده بالبيعة والبيع وعلي يده صفقاً: ضرب بيده علي يده عند وجوب البيع). لكن لم يتضح كون مراده بوجوب البيع لزومه، بل لعل المراد به أصل إنشاء البيع وعقده، كما لعله المناسب لقولهم: ربحت صفقتك، وصفقة رابحة أو خاسرة، ونحو ذلك.

وكيف كان فإن أمكن توجيه الموثق بما يناسب النصوص المشهورة، وإلا تعين الإعراض عنه ورد علمه لقائله (عليه السلام).

(1) لا ريب في سقوط هذا الخيار بالافتراق، وهو المصرح به في كلام كل من ذكره. وفي الجواهر: (إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة).

وأما الاكتفاء في تحقق الافتراق بالخطوة فهو المصرح به في المبسوط والخلاف والتهذيبين والغنية والوسيلة والشرايع والقواعد وعن غيرها، وفي الجواهر: (بلا خلاف يعتد به أجده فيه).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 7.

قال في التذكرة: (التفرق حقيقة في غير المتماسين، وهو يحصل بأن يكون كل واحد منهما في مكان ثم يتبايعان. لكن ذلك غير مراد من قوله (عليه السلام): ما لم يتفرقا. أي ما لم يجددا افتراقاً بعد عقدهما، فيبقي المراد ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإنه متي فارق تخللها أجسام أكثر مما كان تخللها أولاً، فيثبت معني الافتراق بأقل انتقال ولو بخطوة). وقريب منه في جامع المقاصد والمسالك ويبدو من غير واحد الجري علي ذلك. ومن الظاهر أن مرادهم بمفارقة أحدهما لمكانه مفارقتة له بعكس اتجاه الآخر.

وفيه: أن ما ذكره من أن التفرق حقيقة في غير المتماسين لا يخلو عن إشكال، فإن التفرق عرفاً مقابل الاجتماع، لا مقابل الالتصاق والتماس، والمقابل للالتصاق والتماس هو الانفصال، لا التفرق. ولا أقل من كون ذلك هو المراد من النصوص في المقام.

وإلا فبعد أحدهما عن الآخر مهما كثر لا يوجب حدوث الافتراق بالمعني المقابل للتماس بعد العدم، لأن الافتراق لا يتعدد، بل غايته أن يصدق زيادة البعد والنصوص كالصريحة في أن المسقط للخيار هو حدوث الافتراق بعد العدم، لا زيادة البعد. وحملها علي ذلك ليس بأولي من حمل الافتراق فيها علي ما يقابل الاجتماع. بل لا ريب في تعيين الثاني لو غرض النظر عما سبق من أنه هو معني الافتراق عرفاً.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من حمل الافتراق علي الافتراق الإضافي بلحاظ الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد. فهو غريب جداً، إذ الافتراق ليس أمراً إضافياً، بل هو أمر حقيقي عرفي يقابل الاجتماع، كما ذكرنا.

وأشكل من ذلك ما في مفتاح الكرامة، حيث وافقهم فيما سبق، إلا أنه ذكر أن الافتراق لا يتجدد بأقل من خطوة، لأن الغالب عدم حفظ النسبة بين المتعاقدين في مجلس العقد، وللإجماع علي ذلك في ظاهر الغنية.

إذ فيه: أن غلبة عدم حفظ النسبة بين المتعاقدين إنما يكشف عدم كفاية البعد بالمقدار القليل الذي يغلب التعرض له حال الجلوس، ولا ينافي كفاية البعد بما زاد

عليه مما هو دون الخطوة، كالشبر والشبرين. وأما ظهور دعوي الإجماع في الغنية فهو - لو تم - لا ينهض بالحجية، لعدم حجية الإجماع المنقول، خصوصاً في مثل الغنية. ولا سيما مع عدم وضوح كونه إجماعاً تعديلاً.

وبذلك يظهر أن المعيار في سقوط الخيار هو صدق الافتراق بعد الاجتماع، ولا إشكال في عدم تحققه بتجدد البعد بينهما بمقدار خطوة أو أكثر إذا لم يخل بالاجتماع عرفاً، كما لو كانا في مجلس واحد ودخل عليهما شخص فجلس إلي جنب أحدهما فابتعد عنه الآخر بمقدار خطوة. وكذا لو رجع إلي الوراء مقدار خطوة محافظاً علي المواجهة بينهما.

بل قد يشكل تحققه عرفاً بالسير خطوة في مقام الافتراق. ولا سيما بلحاظ صحيح محمد بن مسلم: (سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: إني ابتعت أرضاً، فلما استوجبتها قمت فمشيت خطي، ثم رجعت، فأردت أن يجب البيع) (1)، وفي صحيحه الآخر: (ثم رجعت إلي مجلسي ليجب البيع حين افتراقاً) (2)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنه قال: إن أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض، فلما استوجبتها قام فمضي. فقلت له: يا أبا عبد الله عجلت القيام. فقال: يا بني أردت أن يجب البيع) (3)، ونحوه صحيحه الآخر (4).

فإن ما تضمنه الأولان من رجوعه (عليه السلام) بعد مشيه يناسب توقف لزوم البيع علي المشي خطي، ولا يكفي فيه الخطوة الواحدة، إذ لا داعي للزيادة عليها لو كانت كافية في لزوم البيع بعد أن كان (عليه السلام) في مقام الرجوع. كما أن ما تضمنه الأخيران من التعبير بالمضي يناسب اعتبار صدق المضي الذي يشكل صدقه بالخطوة.

ومن ثم يتعين اعتبار صدق الافتراق بينهما عرفاً. ولا يبعد اختلاف الموارد في مقدار البعد المتجدد الذي يتوقف عليه، ولا يتيسر لنا فعلاً إعطاء الضابط في ذلك، بل

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب الخيار حديث: 1، 4.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب الخيار حديث: 1، 4.

ص: 190

يتعين الاقتصار علي ذكر الافتراق العرفي، كما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره).

وبذلك يظهر الحال فيما لو كانا مفترقين حين البيع، كما لو تناديا بالبيع من بُعد، وكما لو كان إيقاع البيع بينهما بالهاتف أو نحوه من طرق الاتصال الشائعة في عصورنا. فإنه لو كان المعيار في التفرق علي ما سبق منهم أمكن تحقيقه في ذلك بتجدد زيادة في البعد المكاني بينهما، كما صرح بذلك في جامع المقاصد. قال: (ولا فرق فيما قلناه بين قرب المكانين وبعدهما، حتي لو تناديا بالبيع من بعد اعتبر التفرق من مكانيهما لسقوط الخيار).

أما بناء علي ما ذكرناه فلا موضوع للافتراق. وهل يثبت الخيار حينئذ. قال في التنقيح: (هل عدم الافتراق هنا بمعني السلب أو عدم الملكة، أي عدم الافتراق عما من شأنه. كلاهما محتمل. وتظهر الفائدة في العاقد عن اثنين، فإنه علي السلب يثبت الخيار ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد... وهو قول الشيخ في المبسوط وعلي الثاني وهو عدم الملكة لم يثبت، لعدم تحقق الافتراق إلا بين اثنين). وقد صرح بثبوت الخيار هنا غير واحد.

لكن لا ينبغي التأمل في ظهور النصوص في إرادة الافتراق بعد الاجتماع، فتقتصر عن الصورة المذكورة ويتعين البناء علي عدم ثبوت الخيار رأساً ولزوم البيع عملاً بعمومات اللزوم.

نعم قد يدعي قيام مثل الاتصال بالهاتف مقام الاجتماع، وقيام قطع الاتصال مقام الافتراق. إلا أنه لا مجال لاستظهار ذلك من نصوص المقام بل هو بالقياس أشبه.

وأشكل منه ما نقله في المبسوط قولاً من أنه مع تولي شخص وحد طرفي العقد يثبت الخيار وتقوم مفارقة المكان الذي يقع فيه العقد مقام الافتراق ويلزم بها العقد. فإنه تحكم صرف.

ومثله ما في التذكرة في بيع الأب أو شرائه من ولده الصغير من ثبوت الخيار

وعدم سقوطه في حق كل من الطرفين إلا بالتزام العقد منه أو ممن يقوم مقامه. بدعوي: أن الولي قائم مقام الشخصين في صحة العقد، فكذا في الخيار.

إذ فيه: أن قيامه مقام الشخصين في صحة العقد مقتضى ولايته. أما الخيار فحيث كان موضوعه الاجتماع قبل الافتراق فلا يكفي في تحققه الولاية، بل لابد من تعدد المعاقدين كما هو مقتضى تشية البيع في النصوص. وأما ما ذكره من حملها علي الغالب فهو لا يناسب جعل الافتراق غاية الخيار.

وأوضح من ذلك ما إذا كان العاقد قد اشترى لنفسه من المال الذي له الولاية عليه من دون أن يكون للمال صاحب يكون ولياً عليه، ك شراء الوصي من ثلث الميت، وشراء ولي الزكاة من المال الزكوي. لعدم تعدد المتعاقدين لا بلحاظ الأصل ولا بلحاظ المباشرة. حيث يقصر موضوع الخيار عن البيع المذكور، لأن موضوع الخيار هو المتبايعان لا البيع، فيتعين لزوم البيع. عملاً بعمومات اللزوم.

بقي في المقام أمور:

الأول: قال في الشرايع: (لو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار. وكذا لو أكرها علي التفرق). ونحوه كلام غيره.

أما ما ذكره في الحائل فقد عقب عليه في الجواهر بقوله: (قطعاً. لعدم صدق التفرق به، سواء كان غليظاً أو رقيقاً ثوباً أو جداراً من طين أو جص، بلا خلاف أجده بيننا...).

لكن عدم صدق التفرق قد يتضح في بعض أفراده، كالرقيق والغليظ غير المبني علي الثابت. بل يكفي الشك في صدق التفرق إذا كان للشبهة الموضوعية. لاستصحاب عدمه. وأما إذا كان للشبهة المفهومية فلا مجال لاستصحاب عدم التفرق، لأنه من استصحاب المفهوم المردد.

ومن ثم قد يرجع فيه لاستصحاب الخيار، بناء علي أنه المرجع عند الشك في

استمرار حكم المخصص. لكن الظاهر ضعف المبني المذكور، وأن المرجع في مثل المقام هو العام - علي ما ذكرناه في الأصول - وهو في المقام عموم لزوم العقد.

هذا وأما مثل الحائظ المبني علي الثبات فالظاهر صدق التفرق به، الذي هو غاية للخيار، وسبب للزوم البيع. ودعوي: أنه لا بد من إسناد التفرق للمتبايعين، وهو غير حاصل في المقام. ممنوعة، لأن نسبة الافتراق إليهما في النصوص أعم من ذلك.

ولذا لا إشكال في الاكتفاء بقيام أحدهما من المجلس مع بقاء الآخر فيه، كما تضمنته النصوص السابقة. وهو المقطوع به من السيرة. ولو كان المعتبر هو استناد الافتراق لهما لم يكف ذلك، لأنه يستند إلي أحدهما فقط. كيف ولازم ذلك بقاء الخيار وإن قاما عن مجلسهما بعد ذلك، لأن قيامهما عن مجلسهما لا يحقق الافتراق منهما بعد أن تحقق قبل ذلك.

نعم بناء علي أن المراد بالافتراق زيادة البعد المكاني بينهما يتجه عدم تحقق الافتراق بينهما بذلك، بل لا بد فيه من زيادة البعد المكاني. لكن سبق المنع من ذلك، وأن المدار علي الافتراق المقابل للاجتماع.

الثاني: قال في المبسوط: (فإن أكرها أو أحدهما علي التفرق فإن منعنا [منعاً. ظ] التخيير والفسخ معاً كان وجود هذا التصرف [التفرق. خ ل] وعدمه سواء... وإن كان الإكراه علي التفرق لا يمنع التمكن من التخيير والفسخ ينقطع الخيار، لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتي وقع التفرق كان ذلك دليلاً علي الرضا والإمضاء). وقريب منه كلام غيره.

ومرجع ما ذكره إلي أن مسقط الخيار ليس مطلق التفرق، بل التفرق الكاشف عن الرضا بالعقد، والبناء علي عدم الفسخ.

وقد يستدل لهم بصحيح فضيل عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: (قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار

بعد الرضا منهما(1). حيث يدل علي أن مسقطية الافتراق للخيار من أجل كشفه عن الرضا بالبيع والبناء علي عدم فسخ.

وفيه أولاً: أن الصحيح لم يتضمن تقييد الافتراق بما يكشف عن الرضا بالعقد والبناء علي عدم فسخه، ولا تعليل مسقطية الافتراق للخيار بذلك، ليرجع للتقييد، بل غايته بيان حصول الأمر المناسب لسقوط الخيار ارتكازاً، ولو بلحاظ غلبة مقارنته للافتراق. فهو من سنخ الحكمة التي لا يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمياً.

غاية الأمر أن يكون الصحيح قاصراً عن صورة عدم كشف الافتراق عن الرضا، من دون أن ينهض بتقييد إطلاقات مسقطية الافتراق للخيار.

نظير ما لو ورد: وضع الله عز وجل الصوم عن المسافر، ولم يكن ليجمع عليه جهد الصوم وجهد السفر، أو ورد: إذا رأيت المطلقة الظهر الثالث فلتتزوج بعد أن أمنت الحمل. فإن الأول، لا ينهض بتقييد إطلاقات النهي عن الصوم في السفر، وقصرها علي خصوص من كان السفر مجهداً له. والثاني لا ينهض بتقييد إطلاقات اعتداد المطلقة بثلاثة قروء، وقصرها علي خصوص من لا تأمن الحمل قبلها.

وثانياً: أنه لم يتضح كون المراد بالرضا في الصحيح هو الرضا ببقاء العقد، والبناء علي عدم فسخه، بل قد يكون المراد به هو الرضا بأصل العقد حين إنشائه، فيرجع المراد إلي أنه لا خيار لهما بعد أن صدر العقد برضاهما، وانتهى زمن الخيار بالافتراق.

فإن تم هذان الوجهان في أنفسهما بدواً، ولم يكونا مخالفين لظاهر الصحيح فذاك، وإلا تعين حملة عليهما أو علي أحدهما، حيث لا يمكن البناء علي اختصاص الافتراق المجمعول غاية للخيار بما يكشف عن الرضا ببقاء العقد، والبناء علي عدم فسخه، إذ لا إشكال ظاهراً في كفاية الافتراق سهواً، أو غفلة عن البيع أو عن ثبوت خيار المجلس، أو جهلاً به. وفي كفاية مفارقة أحدهما من دون مراعاة التفات الآخر،

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 3.

ص: 194

كما هو منصرف النصوص المتقدمة المتضمنة لمشي الإمام (عليه السلام) خطي، حيث يصعب حملها علي خصوص ما إذا كان المشتري ملتفتاً لذلك، ولما يترتب عليه من لزوم العقد.

وأشكل من ذلك ما في الجواهر من إطلاق عدم سقوط الخيار بالافتراق عن إكراه بحيث يشمل ما إذا كانا قادرين علي الفسخ ولم يفسخا. قال: (للأصل بعد تبادر الاختيار من النصوص. ولذا يصح أن يقال: لم يفترقا، ولكن فرقا. معترضاً بأنه شرع للإرفاق المفقود مع الإيجاب. وبما في صحيح الفضيل السابق من الإشعار. بل لو أريد منه بعد الرضا بالافتراق كان نصاً في المطلوب).

لكن التبادر ممنوع. ولا سيما بملاحظة ما ذكرناه آنفاً من أن النصوص قد تضمنت نسبة الافتراق لهما، مع أنه لا ريب في عدم اعتبار استناده لهما معاً، فضلاً عن كونه باختيارهما، بل يكفي أن يستند لأحدهما فقط، كما جرت عليه السيرة وهو منصرف نصوص مشي الإمام (عليه السلام) خطي.

وأما قولنا: لم يفترقا، ولكن فرقا. فالاستدراك فيه قرينة علي أن المراد بالافتراق خصوص الاختياري منه من دون أن يكون ذلك هو الظاهر منه في نفسه. نظير قولنا: لم يأتنا رجل بل رجلان، حيث لا يدل علي صدق مجيء الرجل بمجيء رجلين.

علي أنه لو تم كون ذلك هو الظاهر منه في نفسه فلا مجال للبناء علي أن ذلك هو المراد منه في نصوص المقام بعد ما سبق.

ثم إن ما ذكره من التبادر إن بلغ مرتبة اليقين بظهور نسبة الافتراق للمتبايعين في صدوره باختيارهما تعين الرجوع في بقاء الخيار لإطلاق دليله بعد عدم حصول الغاية، من دون حاجة للأصل وهو استصحاب الخيار.

وإن لم يبلغ مرتبة اليقين بالظهور المذكور، بحيث يرجع إلي إجمال دليل الخيار فالمرجع عمومات اللزوم، دون الأصل بناء علي ما هو التحقيق من أن المرجع مع الشك في بقاء حكم المخصص هو عموم العام، لا الاستصحاب.

وأما تشريع الخيار للإرفاق فهو - لو تم - لا ينفذ في المقام، لأن الإرفاق في أصل تشريع الخيار، لا في تحديد أمده، فلا ينافي كون الغاية له مطلق الافتراق ولو لا - عن تروّ واقتناع بصلاح البيع. ولذا لا - ينافي الإرفاق المدعي الاكتفاء بالافتراق لحاجة ملحة تمنع من التروي لاستيضاح أن الأصلح هو الفسخ أو عدمه.

وأما صحيح الفضيل فحمل الرضا فيه علي الرضا بالافتراق لا شاهد له. وحمله علي الرضا بالبيع والبناء علي عدم فسخه لو تم وغض النظر عما سبق منا إنما يقتضي عدم سقوط الخيار بالإكراه علي الافتراق مع المنع من إعمال الخيار، لا مطلقاً، كما لعله ظاهر.

نعم قد يستدل علي ذلك بما تضمن رفع ما استكرهوا عليه (1) بلحاظ أن مرجع الرفع الشرعي إلي عدم ترتب الأثر علي الفعل المستكره عليه، وهو في المقام سقوط الخيار.

لكن تقدم عند الكلام في بيع المكروه اختصاص الرفع عرفاً بما كان من سنخ تبعة الفعل المكروه عليه، وما هو من سنخ المسؤولية المترتبة عليه، كالعقوبة الأخروية والدينية بمثل الحدود والتعزير والقصاص، وكوجوب الكفارة، والنفوذ في مثل العقد والإيقاع والإقرار والنذر واليمين، فإن مرجع ذلك عرفاً إلي تحمل الإنسان تبعة عمله ومسؤوليته به، فيكون هو المرفوع بمقتضي الأدلة المذكورة، دون بقية آثار

العمل - كإفعال الماء بملاقاة النجاسة، وحرمة الحيوان بالذبح علي خلاف الوجه الشرعي - ومنه المقام، فإن سقوط الخيار بالافتراق ليس لكونه من سنخ التبعة له، بل لمجرد كونه غاية له شرعاً.

هذا وبناء علي عدم سقوط الخيار بالافتراق عن إكراه مطلقاً أو مع المنع من إعمال الخيار فاللزام البناء علي بقاء الخيار بعد زوال الإكراه مهما طال الزمان وأبعدا في الافتراق وقطع المسافة، عملاً بعموم ثبوت الخيار للمتابعين بعد فرض اختصاص

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 11 باب: 56 من أبواب جهاد النفس، وج: 16 باب: 12، 16 من كتاب الأيمان.

ص: 196

غاية الخيار بالافتراق الاختياري غير الحاصل في المقام. والإبعاد في الافتراق ليس إحداثاً لافتراق جديد، بل هو استمرار في الافتراق الواحد المفروض عدم ترتب الأثر عليه.

نعم لو اجتمعاً بعد الافتراق المذكور اتجه سقوط الخيار بتجدد الافتراق عنه، لحصول الغاية به بعد فرض عدم حصولها بالافتراق الأول. وكلماتهم في المقام في غاية الاضطراب والإشكال، ولا يسعنا تعقيبها.

الثالث: قال في التذكرة: (لو مات أحد المتعاقدين في مجلس العقد احتتمل سقوط الخيار، لأنه يسقط بمفارقة المكان بمفارقة الدنيا أولى. وعدمه لانتفاء مفارقة الأبدان...) لكن ما ذكره في وجه السقوط من الأولوية ممنوع، كما في جامع المقاصد. كما أن ما ذكره في وجه عدم السقوط من انتفاء مفارقة الأبدان يشكل بأن المعيار ليس مفارقة الأبدان، بل مفارقة المتبايعين.

ومن هنا فقد يوجه بقاء الخيار تارة: بإطلاق ما تضمن بقاء الخيار ما لم يفترقا، لأن الموت ليس افتراقاً. وأخري: بالاستصحاب، كما في جامع المقاصد.

لكن من الظاهر أنه كما لا يصدق بالموت الافتراق لا يصدق الاجتماع، حتى بالمعني الذي سبق منهم، وهو كونهما علي الهيئة التي كانا عليها حين العقد، وقد ظهر مما سبق أن جعل الغاية الافتراق شاهد بكون موضوع الخيار هو الاجتماع بأي معني فرض، فمع تجدد حالة لا يصدق فيها الاجتماع ولا الافتراق يخرج المورد عن موضوع الخيار المذكور. ولا أقل من كونه خارجاً عن منصرف نصوصه.

وحينئذ يكون المرجع فيه عموم لزوم العقد. وبه يخرج عن استصحاب الخيار لو جري في نفسه، لإحراز بقاء الموضوع، لما هو المعلوم من حكومة الدليل علي الأصل.

نعم لو سقط أحدهما أو كلاهما من قابلية أعمال الخيار بجنون أو إغماء، مع بقاء حياته تعين بقاء الخيار مادام لم يفترقا، ويتعين قيام الولي مقام صاحب الخيار في أعماله

ولو كان المباشر للعقد الوكيل كان الخيار للمالك (1).

أو إسقاطه حسب ما يراه صلاحاً. فإذا لم يعمل ولايته في أحد الأمرين حتي تفرقا ولو لا عن قصد لزم العقد. فلاحظ.

(1) قال في التذكرة: (لو اشترى الوكيل أو باع، أو تعاقد الوكيلان، فالأقرب تعلق الخيار بهما وبالموكلين في المجلس، وإلا فبالوكيلين. فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه أقوى من ملك الوارث).

وظاهره ملك الوكيل للخيار، وهو الظاهر من غير واحد. وكأنه لإطلاق ما دل علي ثبوته للمتايعين، لصدق الباع علي الوكيل بلحاظ صدور البيع منه.

والذي ينبغي أن يقال: لما كان المراد بالبيعين الباع والمشتري، فنسبة البيع والشراء للشخص تارة: يكون بلحاظ وقوع أحدهما له، لتعلقه، بملكه. وأخرى: يكون بلحاظ صدور أحد طرفي العقد منه للإيجاب أو القبول.

فإن حملت نصوص المقام علي الأول كان الخيار حقاً ثابتاً للأصيل، فينتقل لوارثه لو بقي موضوع الخيار بعد موته، ولا حق فيه للوكيل ولا للولي. غاية الأمر أنهما قد يقومان مقام الأصيل في إعماله.

وإن حملت نصوص المقام علي الثاني كان الخيار حقاً ثابتاً لمتولي طرف العقد، سواء كان أصيلاً أم ولياً أم وكيلاً. بل حتي الفضولي لو فرض تحقق الإجازة مع بقاء موضوع الخيار. ولا يقصر عن أحدهم إلا بدليل، ولو لدعوي انصراف الإطلاق عنه لو تمت. وحينئذ كما يستقل بإعماله لنفسه إذا كان أصيلاً، كذلك يستقل بأعماله لنفسه وإن لم يكن أصيلاً. لكن لا بلحاظ قيامه مقام الأصيل، فلا يجب عليه مراعاة مصلحة الأصيل ولا رضاه، بل له أعماله حتي مع نهيه. كما ينتقل لوارثه لو بقي موضوع الخيار بعد موته، ولا دخل للأصيل حينئذ به.

ولا مجال للحمل علي الأمرين معاً، بحيث يثبت للكل، كما يظهر مما تقدم

من التذكرة وغير واحد منهم شيخنا الأعظم (قدس سره) لدعوي صدق البايع علي الكل، فيكون مقتضي الإطلاق العموم للجميع.

إذ فيه: أنه لا جامع بين الأمرين عرفاً، ليكون هو الموضوع له المراد في المقام، لظهور اختلاف منشأ انتزاع نسبة البيع للشخص بين الوجهين.

ولاسيما مع ظهور كون اللام في قولهم (عليه السلام): (البيعان بالخيار...) للعهد الجنسي، المستلزم لانحصار موضوع الخيار المذكور بشخصين. نعم لو كان التعبير هكذا: المتبايعون بالخيار، أو كل بايع يثبت له الخيار، أو: كل بيعين يثبت لهما الخيار، أمكن ثبوته لأكثر من اثنين. فلاحظ.

ومن هنا يدور الأمر بين الوجهين المقدمين. ولا ينبغي التأمل في قضاء المناسبات الارتكازية بالأول، لظهور أن الخيار عموماً يبتني علي الإرفاق بالأصيل وإعطاء الفرصة له ليختار الأصلح بنظره. ويؤكد ذلك أمور:

الأول: أنه من شؤون المعاملة التابعة للأصيل، والمنظور فيها صلاحه.

الثاني: أن دليله عرفاً مخصص لوجوب الوفاء بالعقد، مع وضوح أن المخاطب بوجوب الوفاء بالعقد هو الذي يتعلق العقد به. غاية الأمر أن صحته في حقه تستلزم صحته في كل أحد. وذلك يناسب كون الخيار حقاً لمن يخاطب بوجوب الوفاء.

الثالث: أن خيار الحيوان ثابت للأصيل، لأنه صاحب الحيوان، الذي تضمنته النصوص، ومنها ما يأتي، ولأنه هو المشتري الذي يكون تصرفه في الحيوان مسقطاً لخياره.

كما أن خيار المجلس قد سيق في جملة من النصوص في مساق خيار الحيوان، بنحو يظهر في كون خيار الحيوان مستثني من عموم لزوم العقد بالافتراق.

ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: قال رسول الله صلي الله عليه وآله وسلم: البيعان بالخيار حتي يفترقا. وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة

أيام(1)، ونحوه صحيح زرارة عن أبي جعفر (2)(عليه السلام).

وفي صحيح فضيل عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا...)(3). وفي معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن

الرضا (عليه السلام): (سمعتَه يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا. وأحداث السنة ترد بعد السنة...)(4). فإذا كان خيار الحيوان ثابتاً للأصيل - كما سبق - تعين ثبوت خيار المجلس له أيضاً... إلي غير ذلك.

والحاصل: أنه لا ينبغي التأمل في قضاء المناسبات الارتكازية وغيرها بكون الخيار حقاً للأصيل. وسلطنة الوكيل والولي عليه - لو تمت - في طول سلطنة الأصيل عليه، لا لثبوته لهما في أنفسهما، فلا يحق لهما إعماله مع نهى الأصيل أو مخالفته لمصلحته.

نعم قد يشكل الأمر في خيار المجلس بأن الغاية له لما كانت هي افتراق المتابعين فإذا كان المراد من المتابعين فيه الأصيل لزم كون المدار في ثبوته وارتقاعه علي اجتماع الأصيلين حين العقد وافتراقهما بعده، ولا - اعتبار باجتماع المباشرين للعقد وافتراقهما إذا لم يكونا معاً أصيلين.

بل حيث كان منصرف الأدلة هو افتراق المباشرين للعقد بعد اجتماعهما، لزم اختصاصه بما إذا كان المباشرين معاً أصيلين، فلا يثبت مع كون المباشر هما الوكيلين أو الوليين أو الولي والوكيل أو أحد الأصيلين مع أحدهما.

ويصعب جداً البناء علي ذلك، لشيوع تصدي الولي والوكيل للمعاملة،

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 6.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 3.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب العيوب حديث: 4.

وظهور مفروغية الأصحاب عن ثبوت الخيار حينئذ. بل لا يبعد قيام السيرة علي ذلك، خصوصاً في مثل المضارب، والذي يخلف صاحب المحل في محله والوكيل المفوض والولي، للغفلة عن الفرق بينهم وبين المالك.

لكن من الظاهر أن بناءهم علي ثبوت الخيار حينئذ لا يرجع إلي البناء علي استحقاق الوكيل والولي له استقلالاً، بحيث لهما إعماله علي خلاف مصلحة الأصيل أو مع نهيه لو كان كاملاً، بل لا بد من مراعاة مصلحته وعدم الخروج عن إذنه. وذلك يكشف عن أن سلطنتهما علي الخيار كسلطنتهما علي المعاملة في طول سلطنته، المناسب لكون الخيار حينئذ حقاً للأصيل. غاية الأمر أنهما يقومان مقامه في إعماله.

ومن هنا يتعين النظر في كيفية تنزيل النصوص والأدلة علي ما يناسب ذلك.

قال في جامع المقاصد: (والذي يجب أن يحقق في الحديث: أن البيعين إن أريد بهما العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكلين. وإن أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث آخره إلا إذا كان المالكان هما العاقدان، لأن قوله: ما لم يفترقا. لا يصدق في المالكين إذا كان العاقد غيرهما، لأنه يصير معناه حينئذ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا العاقدان، وهو غير ظاهر. إلا أن يدعي وجود القرينة الدالة علي مرجع هذا الضمير لسبق [عدم(1)] الاجتماع للعقد. أو يقال: الحديث دال علي حكم المالكين المتعاقدين، لأنه الغالب. وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاً مستفاد من خارج).

هذا ولا يخفي أن الوجه الأول للتعميم ظاهر التكلف بنحو يكاد يقطع بعدم إرادته من النصوص. وأما الوجه الثاني فكان الأولي له (قدس سره) تميمه بتوجيه اختصاص النصوص بالمالكين المتعاقدين، بأن الأصل في تصرف الإنسان تصرفه أصالة عن نفسه. وإلا فالغلبة لو تمت ليست بمرتبة تقتضي انصراف النصوص.

وكيف كان فقد عقب في الجواهر علي استفادة حكم الوكيل من الخارج بقوله:

(1) الظاهر زيادتها، كما يناسبه ما حكاه عنه في الجواهر.

(قد يصعب إقامة دليل معتبر علي ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم إرادتهما من لفظ الحديث).

لكن يمكن ابتناء الوكالة علي أن الوكيل كما يقوم مقام الموكل في إجراء عقد البيع يقوم مقامه في الاجتماع والافتراق اللذين يناط بهما الخيار وجوداً وعدماً، وفي إعمال حق الخيار، كما يقوم مقامه في إحراز سلامة المبيع أو بعضه علي النحو المتقدم عند الكلام اعتبار القدرة علي التسليم، وفي العلم بقدر العوضين بالمقدار المعتبر في صحة البيع، وفي القبض قبل الافتراق المعتبر في الصرف.

وحيث يتجه البناء علي ذلك ولو للجمع بين ما تقدم من الوجه في كون الخيار حقاً للأصيل والسيرة علي عدم اختصاصه بما إذا كان المتولي للمعاملة هو الأصيلين.

وعلي ذلك يكون إلحاق الوكيلين مستفاداً من مقتضى الوكالة، ولو بضميمة السيرة الارتكازية. وأظهر منه في ذلك الولي، حيث لا رأي ولا سلطة ولا تصرف للمولي عليه معه.

وبذلك يتعين قصور ذلك عن الوكيل في خصوص إجراء صيغة العقد، حيث لا وجه لقيامه مقام الموكل في بقية شؤون المعاملة ومتعلقاتها. بل الظاهر انصراف البيع عنه، وصدقه عرفاً علي من تناط به المعاملة أصيلاً كان أو ولياً أو وكيلاً، فيكون المدار علي اجتماعه وافتراقه، كما يكون هو المتولي لإعمال الخيار لو أراد.

والحاصل: أنه لا ينبغي التأمل بعد النظر في النصوص والرجوع للمرتكزات والسيرة في عموم ثبوت الخيار لعقد الولي والوكيل الذي تناط به المعاملة، وفي كون الخيار ملكاً للأصل، وأنهما يقومان مقامه في تحقيق موضوعه وإعماله، من دون أن يكون حقاً لهما في قبالة. وإنما الكلام في كيفية استفادته من النصوص وتوجيه دالاتها عليه. وهو غير مهم بعد ثبوت أصل الحكم. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

فإن كان الوكيل وكيلاً في إجراء الصيغة فقط فليس له الفسخ عن المالك (1). ولو كان وكيلاً في تمام المعاملة وشؤونها كان له الفسخ عن المالك (2). والمدار علي اجتماع المباشرين وافتراقهما، لا المالكين (3). ولو فارقا المجلس مصطحبين بقي الخيار لهما حتي يفترقا (4). ولو كان الموجب والقابل واحداً - وكالة عن المالكين أو ولاية عليهما - ففي ثبوت الخيار إشكال، بل الأظهر العدم (5).

(1) كما يظهر مما ذكرنا. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

(2) لأنه المتيقن مما تقدم في وجه قيام الوكيل مقام الأصل. ومنه يظهر أنه لا بد من مراعاة مصلحة المالك ومتابعة أمره. ونظيره في جميع ذلك الولي.

(3) هذا ظاهر في الوليين والوكيلين اللذين تناط بهما المعاملة، إذ مع قيامهم مقام الأصيل في جميع شؤون المعاملة يتعين كون المدار في الاجتماع والافتراق عليهم، لا علي الأصيل. غاية الأمر أنه حيث تقدم أن الخيار حق للأصيل فلا بد من البناء علي جواز إعماله له مع أهليته، كما هو الحال في الموكلين قبل افتراق الوكيلين.

أما الوكيلان في إجراء صيغة العقد فقط فبعد فرض قصور وكالتهما لا وجه لكون المدار علي اجتماعهما وافتراقهما، بحيث يجوز للأصيلين إعمال حق الخيار قبل افتراق الوكيلين المذكورين، بل يتعين كون المدار علي اجتماع الموكلين حينئذ وافتراقهما، كما ذكرناه آنفاً.

(4) لما سبق في أول الكلام في هذا الخيار من أن موضوعه ليس هو مجلس العقد، بل الاجتماع المقابل للافتراق.

(5) كما يظهر وجهه مما تقدم عند الكلام في تحديد الافتراق.

(مسألة 2): هذا الخيار يختص بالبيع، ولا يجري في غيره من المعاوزات (1).

(مسألة 3): يسقط هذا الخيار باشرط سقوطه في العقد (2).

(1) كما صرح به غير واحد. ويظهر من بعض المواضع من المبسوط وغيره المفروغية عن عدم جريانه في غير البيع، ونسبه في التذكرة لعلمائنا، وادعي في الغنية الإجماع عليه.

وهو المتعين بعد اختصاص النصوص به. والمرجع في غيره عموم اللزوم في العقد واستصحاب مضمونه، كما يظهر مما تقدم في أول هذا الفصل.

لكن في المبسوط: (وأما الوكالة والعارية والوديعة والقراض والجعالة فلا- يمنع من دخول الخيارين فيها مانع) ومراده بالخيارين خيار المجلس وخيار الشرط.

وهو خال عن الوجه بعد ما سبق. بل لا يناسب ما سبق منه من اختصاص خيار المجلس بالبيع. ومن ثم حاول غير واحد تأويل كلامه وتوجيهه بما لا يسعنا إطالة الكلام فيه.

(2) بلا خلاف أجده فيه بل في الغنية الإجماع عليه. كذا في الجواهر. لعموم نفوذ الشرط المستفاد مما تضمن أن المسلمين أو المؤمنين عند شروطهم (1).

وقد يستشكل فيه بوجه:

الأول: ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من أن ظاهر الكبرى المذكورة لزوم العمل علي الشرط تكليفاً، نظير قولنا: المؤمن عند وعده. وهو إنما يتم في اشترط الأعمال التي تكون تحت قدرة المكلف، ولا تشمل المقام، حيث يكون الشرط سقوط الخيار بنحو شرط النتيجة من دون أن يتوقف علي فعل المكلف، ولا يتعلق به.

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب الخيار، وج: 15 باب: 20، 40 من أبواب المهور، وج: 16 باب: 4، 11 من أبواب المكاتبه وغيرها.

وفيه: أن الكبرى المذكورة لم تتضمن الحث علي تحقيق الشرط، ليختص بشرط الفعل، بل الالتزام بمقتضاه وتنفيذه عملاً، وهو كما يكون بفعل الأمر المشروط لو كان عملاً، كذلك يكون بترتيب أثره لو كان أمراً آخر، كما في المقام.

ولا مجال لقياسه بمثل قولنا: المؤمن عند وعده. فإن اختصاصه بالفعل ناشئ من اختصاص الوعد به، حيث لا يتعلق الوعد إلا بالأفعال، بخلاف الشرط، فإنه

- كالعقد - يتعلق بالأفعال وبالنتائج معاً.

ويشهد بما ذكرنا تطبيق الكبرى المذكورة في النصوص علي شرط النتيجة. ففي صحيح علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى (عليه السلام): (سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة علي مائة دينار علي أن تخرج معه إلي بلاده، فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلي بلاده. فقال: إن أراد أن يخرج بها إلي بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك. ولها مائة دينار التي أصدقها إياها. وإن أراد أن يخرج بها إلي بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها. والمسلمون عند شروطهم...) (1) لظهور أن نقصان المهر وصيرورته خمسين ديناراً ليس من شرط الغعل.

وفي صحيح الحلبي: (سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول في المكاتب: كان الناس مرة لا يشترطون ان عجز فهو ردّ في الرق، فهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم...) (2) ونحوه غيره.

وفي صحيح سليمان بن خالد عنه (عليه السلام): (سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبك حتي تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار علي أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت نعم. فأعطاه في مكاتبها علي أن لا يكون لها الخيار

(1) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 40 من أبواب المهور حديث: 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 4 من أبواب المكاتب حديث: 5.

ص: 205

عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار. المسلمون عند شروطهم(1).

علي أنه قد شاع في النصوص تنفيذ الشرط الذي ليس بفعل، ومن القريب جداً أن يكون نفوذه من صغريات الكبرى المذكورة، لا أجنبياً عنها وبملاك آخر. ولا أقل من نهوض هذه النصوص بالقرينية علي عموم نفوذ الشرط لذلك لو سلم قصور الكبرى المتقدمة عنه لفظاً. ومن هنا لا ينبغي الإشكال في العموم.

نعم النتائج التي يصح اشتراطها هي المتعلقة بما للمشروط عليه السلطنة عليه من أمواله وحقوقه، كاشتراط أن عليه كذا درهماً، أو نماء شجره، أو منفعة داره، أو انتفاء حق له كاشتراط عدم ثبوت النفقة للزوجة، أو ثبوت حق عليه، كالخيار أو نحو ذلك.

أما نتائج المعاملات - ككون الشيء مبيعاً، والمرأة زوجة أو مطلقة، أو نحو ذلك - فلا مجال له، بل هو تابع لتحقيق سببه. لسوق دليل نفوذ الشروط لبيان كون الاشتراط سبباً لاستحقاق الأمر المشروط علي المشروط عليه، أو تخليه عنه، بعد الفراغ عن سلطنته عليه، لا لبيان سببية الشرط للمسببات في عرض أسبابها.

وبعبارة أخرى: مبني الشرط علي استحقاق الشيء، أو التخلي عنه وإسقاطه، عملاً كان أو عيناً أو منفعة أو حقاً، لا علي جعل مضامين عقدية أو إيقاعية، بل هو تابع لإنشائها بشروطها المقررة.

الثاني: ما ذكره (قدس سره) أيضاً من أن الشرط المذكور مخالف للسنة، لإطلاق دليل ثبوت خيار المجلس في البيع، الشامل لصورة اشتراط عدمه، وهو موجب لبطلان الشرط - كمخالفة الكتاب - كما يستفاد من النصوص(2).

وفيه: أن الخيار بعد أن كان حقاً لصاحبه فإعمال السلطنة فيه باشتراط السقوط

(1) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 11 من أبواب المكاتب حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 20 باب: 4 من أبواب المهور حديث: 6 وباب: 29 منها حديث: 1، وباب: 38 منها حديث: 1، وج: 16 باب: 15 من أبواب المكاتب حديث: 1، وقد يستفاد من غيرها.

ص: 206

أو الثبوت لا ينافي أدلة التشريع الأولية، فكما لا يكون اشتراط الخيار في العقد اللازم منافياً للزومه، لا يكون اشتراط سقوط الخيار في العقد الخيارى منافياً لثبوته. ونظير ذلك بيع العين مسلوقة بالمنفعة إلى أمد، وبيعها بشرط استحقاق منفعة عين أخرى، كما لو اشترى الرضيع وحده بشرط أن ترضعه أمه أو تحصنه حتى يستقل. فإن كلا الأمرين لا ينافي حكم الشارع الأقدس، بتبعية العين للمنفعة في الملكية. والى هذا يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) في المقام.

نعم لو كان الخيار حكماً، كما في العقود الجائزة، اتجه عدم نفوذ اشتراط سقوطه. كما لا يصح اشتراط ثبوته في العقد اللازم، بأن يشترط صيرورة العقد جائزاً من دون أن يكون الخيار فيه حقاً للمشتري. لمنافاة الشرط في الموردين لحكم الشارع الأقدس.

ويناسب ذلك ما سبق في صحيح سليمان بن خالد في اشتراط عدم الخيار للمكاتبة إذا ملكت نفسها. وأما ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من الاقتصار فيه على مورده، فهو لا يناسب ما تضمنه من تطبيق كبري نفوذ الشروط، لظهوره في أن الكبري المذكورة تنهض بجعل الشرط مستقلاً لحق الخيار، وأنه لا ينافي ثبوته لو لا الشرط.

ومثله ما ذكره أيضاً من حمله على اشتراط أن لا تُعمل حق الخيار بالفسخ، مع ثبوت الخيار لها شرعاً. فإنه مخالف لظاهر الصحيح جداً. وإنما يتجه لو كان التعبير هكذا: بشرط أن لا تختاري.

الثالث: ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن الشرط إنما يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، دون ما إذا كان جائزاً. لأن الشرط لا يزيد على أصل العقد، فكيف يكون الشرط في المقام موجباً للزوم العقد بعد أن كان جائزاً في نفسه، لفرض ثبوت الخيار فيه؟!.

وفيه: أن عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز إنما هو بمعنى جواز رفع اليد

عنه تبعاً لرفع اليد عن العقد بفسخه، لا بمعنى جواز رفع اليد عنه مطلقاً ولو بقاء العقد وعدم فسخه. فمع فرض صحة العقد في نفسه في المقام يتعين نفوذ الشرط، فإذا نفذ واقتضى سقوط الخيار تعين لزوم العقد. وربما يرجع إلي ذلك ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) في الجواب عن هذا الوجه. وإن كان الظاهر عدم رجوعه إليه. فلاحظ. وربما يأتي عند التعرض لاشتراط عدم الفسخ ما ينفع في المقام.

الرابع: إن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب، لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله، وكأنه إلي هذا يرجع ما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأعظم (قدس سره) بانصراف دليل ثبوت الخيار عن صورة الشرط المذكور، فيكون الشرط موجباً لخروج العقد عن موضوع الخيار تخصصاً، لا أنه موجب لسقوط الخيار مع ثبوته اقتضاء، ليكون من إسقاط ما لم يجب.

لكنه كما تري لا يناسب استدلاله (قدس سره) علي نفوذ الشرط المذكور بعموم نفوذ الشرط، فإن الاحتياج في سقوط الخيار لعموم نفوذ الشرط فرع ثبوت الخيار اقتضاء، تبعاً لعموم دليله. كما هو أيضاً مقتضى تعبير كثير منهم عن الشرط المذكور باشتراط سقوط الخيار، لا باشتراط عدم ثبوته. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

كما أن الانصراف في غاية المنع. وهل يمكن البناء علي ذلك في إطلاقات سائر الأحكام، كالميراث ووجوب نفقة الأرحام؟! وما هو الضابط في الفرق؟

فالأولي الجواب عن الوجه المذكور بأن الشرط المذكور لا يتضمن إسقاط الخيار، ليكون من إسقاط ما لم يجب، بل اشتراط سقوطه بنفسه من دون إسقاط له، فيكون مقتضى نفوذ الشرط هو سقوط الخيار في مرتبة متأخرة عن تمامية الشرط تبعاً لتمامية العقد، المستتبعة لثبوت الخيار اقتضاء. وبعبارة أخرى: بعد أن كان مقتضى تمامية العقد ثبوت الخيار فالشرط يقتضي سقوطه في مرتبة متأخرة عن ذلك.

وبذلك يظهر الإشكال فيما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) في المقام، فإن - بعد أن منع من تحكيم عموم نفوذ الشرط للوجهين السابقين - ذكر أن الخيار بعد أن كان من الحقوق فكما يمكن إسقاطه بعد العقد وفعلية ثبوت الخيار بلا كلام، يمكن إسقاطه حين العقد معلقاً علي ثبوته به. ولا محذور في التعليق بعد انحصار الدليل علي مبطليته بالإجماع القاصر عن المقام، لمعروفية القول بسقوط الخيار بذلك، بل أدعي عليه الإجماع.

وجه الإشكال: أن المفروض في المقام ليس هو إسقاط الخيار لا منجزاً ولا معلقاً، بل اشتراط سقوطه، فإذا فرض قصور عموم نفوذ الشرط عن الشرط المذكور فما الوجه في صحته في المقام؟

مع أن قصور الإجماع علي مبطلية التعليق في المقام لا ينفع في إثبات صحة الإسقاط المعلق بعد أن كان الإسقاط إيقاعاً لا دليل علي نفوذه. لانحصار عموم النفوذ بالعقود التي ليس الإسقاط منها قطعاً، وبالشروط المفروض في كلامه (قدس سره) قصور دليل نفوذها عن المقام، بل مقتضي الأصل عدم ترتب الأثر علي الإسقاط المعلق، وبقاء الخيار المسبب عن العقد بمقتضي إطلاق أدلته.

ولاسيما مع عموم معقد الإجماع علي مبطلية التعليق للمقام، لما سبق من أن مورد كلامهم في المقام هو اشتراط سقوط الخيار، لا إسقاطه معلقاً علي حصوله. فتأمل.

وقد تحصل من جميع ما تقدم أنه لا مانع من صحة الشرط المذكور بعد أن كان مقتضي عموم نفوذ الشرط صحته.

وبذلك يظهر صحة اشتراط سقوط الخيار، سواء كان في نفس العقد أم في عقد آخر، كما لو باعه الكتاب واشترط عليه سقوط الخيار في بيع الدار الواقع قبل بيع الكتاب أو الذي يقع بعده. كل ذلك لعموم نفوذ الشرط بالتقريب المتقدم.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من عدم التزام الفقهاء بصحة اشتراط سقوط

الخيار في بيع متأخر عن العقد الذي يقع فيه الشرط. فهو غير ظاهر المأخذ. بل مقتضى إطلاق كلام شيخنا الأعظم (قدس سره) - بمقتضى النسخة المعروفة - صحته. فراجع.

بقي في المقام أمور:

الأول: أن شيخنا الأعظم (قدس سره) قال في بيان هذا الشرط: (أن يشترط عدم الخيار. وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط، فيقول: بعث بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس - كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة - لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع).

ويناسب ذلك ما ذكره (قدس سره) من أن الإسقاط بعد العقد هو المسقط الحقيقي. وهو المتعين بناء على ما سبق منه من انصراف إطلاق دليل ثبوت الخيار عن صورة اشتراط عدمه. لرجوعه إلي أن الشرط يوجب خروج العقد عن دليل ثبوت الخيار موضوعاً. لكن سبق المنع من ذلك.

وعليه فالخيار وإن كان حقاً لصاحبه فله السلطنة على إعماله وإسقاطه، إلا أن ثبوته للمتبايعين في المقام حكم شرعي مستفاد من النصوص، لا سلطنة للمتبايعين عليه، ليكون موضوعاً للاشتراط. بل يكون اشتراط عدمه مخالفاً للسنة، نظير ما تقدم في الوجه الثاني من الإشكال. بخلاف سقوطه بعد ثبوته بالعقد، فإنه يكون تحت سلطنة صاحبه.

ومن ثم يتعين تنزيل التعبير باشتراط عدم الخيار في بعض كلماتهم على اشتراط سقوطه، كما عبر به جماعة في بيان هذا المسقط.

غاية الأمر أن الترتب بين ثبوته بالعقد وسقوطه بالشرط ليس زمانياً، بل ترتيباً لا غير، لأن موضوع السقوط المشروط هو الثبوت بالعقد، فبمجرد تمامية العقد يثبت الخيار ويسقط، نظير ملك أحد العمودين وانعاقه على المشتري. فلاحظ.

الثاني: أن الشرط إذا رجع إلي شرط الفعل - كشرط عدم الفسخ - فهل يقتضي

مجرد وجوب العمل بالشرط وحرمة مخالفته تكليفاً، نظير وجوب العمل بالقَسَم، كما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره)، أو يقتضي استحقاق الأمر المشروط للمشروط له علي المشروط عليه، فيجب علي المشروط عليه القيام بالشرط بملاك وجوب أداء الحق، وتحرم عليه مخالفته بملاك حرمة التعدي علي الحق.

وتظهر الثمرة بين الوجهين فيما لو خالف المشروط عليه مقتضي الشرط ففسخ العقد في مفروض الكلام، حيث يتعين ترتب الأثر علي الفسخ علي الأول، بناء علي ما هو التحقيق من أن النهي عن المعاملة لا يقتضي الفساد. وعدم ترتب الأثر عليه علي الثاني، لقصور سلطنة المشروط عليه عن مخالفة الشرط، لمنافاتها لحق المشروط له. نظير حق المرتهن الموجب لقصور سلطنة الراهن علي ماله.

ولا ينبغي التأمل في قضاء المرتكزات بالثاني. وذلك لأن قصد المتعاقدين استحقاق المشروط له الأمر المشروط علي المشروط عليه، كما هو مبني المعاملات عموماً، مع ظهور دليل نفوذ الشرط في إمضاء ذلك شرعاً - كظهور دليل نفوذ العقد في إمضاء مضمونه - لا في الإلزام بمضمون الشرط ابتداءً، كالإلزام بالكفارة.

وهو المناسب لمثل قوله (عليه السلام) في صحيح علي بن رثاب: (فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم)(1). وقوله (عليه السلام): (من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم...)(2). وقوله (عليه السلام) في معتبر منصور: (فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلي الله عليه وآله) قال: المؤمنون عند شروطهم)(3)، ونحوها غيرها. فإن نسبة الشرط والوفاء به للمشروط له ظاهرة في استحقاقه للشرط.

ولذا له إسقاطه، والمعاوضة عليه، ومطالبة المشروط عليه به. بل له إرغامه عليه ولو برفعه للحاكم، علي ما يأتي في المسألة الرابعة والستين عند الكلام في أحكام الشروط إن شاء الله تعالي.

(1) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 40 من أبواب المهور حديث: 2، 4.

(2) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 40 من أبواب المهور حديث: 2، 4.

(3) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 20 من أبواب المهور حديث: 4.

بخلاف ما لو كان نفوذ الشرط متمحضاً في التكليف، نظير ما لو أقسم علي أن يهدي لشخص شيئاً، فإن نفوذ القَسَم لا يقتضي شيئاً من ذلك. غاية الأمر أنه يجب المطالبة به بملاك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيكون مشروطاً بشروطه، ويعمّ كل من تمت شروطه في حقه ولو كان شخصاً آخر غير من أقسم علي أن يهدي له.

ويزيد الأمر وضوحاً بناء علي ما سبق من عدم اختصاص دليل نفوذ الشرط بشرط الفعل، بل يعم شرط النتيجة في الجملة. حيث لا يتجه ذلك لو كان مفاد نفوذ الشرط محض والتكليف من دون أن يبتني علي الاستحقاق، لوضوح عدم قابلية النتائج للتكليف.

وبذلك يظهر الحال فيما لو كان الشرط هو إسقاطه الخيار، فإن لو امتنع من القيام به كان للمشروط له مطالبته به، وإرغامه عليه ولو برفعه للحاكم. وقد يلتزم بأن الحاكم يقوم مقامه فيه لو تعذر عليه إجباره علي القيام به.

ولو فسخ حينئذ قبل إسقاط الخيار، فإن استبطن اشتراط إسقاط الخيار اشتراط عدم الفسخ كما هو الغالب تعين عدم ترتب الأثر علي الفسخ، لما تقدم. وإلا تعين نفوذ الفسخ.

هذا وقد يستشكل في اشتراط عدم فسخ العقد الجائز في متن العقد نفسه من وجهين:

الأول: ما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) في المسألة الثانية من كتاب المضاربة، حيث قال (قدس سره): (شرط عدم فسخ العقد يمتنع أن يكون موجباً للزوم العقد وامتناع فسخه، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف علي وجود العقد، فلا يتوقف وجود العقد عليه). ومرجع ذلك إلي أن لزوم العمل بالشرط لما كان منوطاً ببقاء مضمون العقد الذي وقع فيه الشرط، وعدم ارتقاعه بالفسخ، فلا يمكن أن يستند إليه بقاء المضمون المذكور، بحيث لا يمكن فسخه.

ويندفع بأن الذي يناط به نفوذ الشرط ولزوم العمل به هو ثبوت المضمون

العقدي في المرتبة السابقة علي نفوذ الشرط، والذي يستند إلي نفوذ الشرط ولزوم العمل به هو بقاء المضمون العقدي في المرتبة اللاحقة لنفوذ الشرط.

وبعبارة أخرى: حدوث المضمون العقدي لا يتوقف علي نفوذ الشرط، بل يكفي فيه تمامية العقد، فإذا حدث المضمون العقدي ونفذ الشرط تبعاً له كان نفوذ الشرط دخیلاً في بقاء العقد في المرتبة اللاحقة لنفوذ الشرط. فلاحظ.

الثاني: ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) في المقام، وأشار إليه في حاشيته علي المسألة المذكورة من العروة الوثقى، من أن ارتباط الشرط بالعقد يبتني علي إناطة إنفاذ المشروط له العقد وعدم رجوعه عنه علي قيام المشروط له بالشرط. فإذا اشترى الثوب من صاحبه بشرط أن يخطه له رجع ذلك إلي توقف جريان المشتري علي البيع وعدم رجوعه عنه علي الخياطة، وأنه إن لم يخط الثوب رجع عن التزامه بالبيع. وذلك إنما يتم في غير اشتراط عدم فسخ العقد نفسه، إذ مع فسخ المشروط عليه للعقد، لا يبقى موضوع لالتزام المشروط له بالعقد ورجوعه عنه، فلا معني للشرط المذكور.

وفيه: أن مرجع ذلك إلي أن اشتراط عدم الفسخ لغو من الكلام، وتهافت بنظر العرف والعقلاء، مع أنه ليس كذلك وجداناً. ولذا وقع الكلام في نفوذه وعدمه عند الفقهاء. وذلك يكشف عن خلل فيما ذكره (قدس سره) وأنه كالشبهة في مقابل البديهة، لا يعول عليه حتي لو خفي وجه دفعه.

وحيث نقول: المراد بذلك إن كان هو إناطة البقاء علي الالتزام بالعقد ونفوذه بحصول الشرط لزم انفساح العقد بتخلف الشرط، مع وضوح عدم انفساخه بذلك. غاية الأمر أن للمشروط له الفسخ، كما له البقاء علي الالتزام بالعقد وعدم فسخه.

وإن كان المراد بذلك هو اشتراط الخيار بتخلفه فذلك في الحقيقة ليس اشتراطاً للعمل، بحيث يلزم الطرف الآخر بالقيام به، فإذا اشترى ثوباً واشترط علي البائع أنه إن لم يخطه كان له الخيار والرجوع بالبيع وفسخه، لم تكن الخياطة شرطاً علي البائع، ولم يجب عليه القيام بها. ولذا يصح اشتراط الخيار عند عدم تحقق العمل من غير البائع.

أما مفاد الشرط فهو جعل الأمر المشروط علي الأمر المشروط عليه، بنحو يؤدي إلي إلزامه به، نظير إلزام المشتري بالثمن والبايع بالثمن، والأجير بالعمل والمستأجر بالأجرة ونحو ذلك. ولذا يقع الاشتراط في العقد الذي يعلم بعد مشروعية الفسخ فيه بتخلف الشرط.

وأما ترتب الخيار بتخلفه فهو ليس لتضمن الاشتراط ذلك، بل هو حكم عقلائي ارتكازي ناشئ من بناء العقلاء علي أن لزوم الوفاء بالعقد بتمام خصوصياته بنحو الارتباطية، بحيث لا يلزم الوفاء مع تخلف بعضها. ومن ثم كان خيار تخلف الشرط مباحناً لخيار الشرط وليس من أفراده.

وارتباط الشرط بالعقد ليس بلحاظ اشتراط الخيار في العقد بتخلفه، بل لمجرد كون الالتزام بكل من مضمون العقد ومضمون الشرط بنحو الارتباطية لا بنحو الانحلال. ويأتي في أوائل الكلام في خيار الشرط إن شاء الله تعالي ما ينفع في المقام.

ولعله لذا لم يتعرض في تقرير درسه لكتاب المضاربة لذلك، حيث قد يظهر من ذلك عدوله (قدس سره) عنه حين تدرسيه للكتاب المذكور.

الثالث: صرح غير واحد بأن الشرط المذكور لا يترتب عليه الأثر إلا إذا وقع في ضمن العقد دون ما إذا وقع قبله، ونسب ذلك للمشهور. لاختصاص الشرط بالالتزام ضمن الالتزام علي ما تقدم منا توضيحه في أوائل الكلام في المكاسب المحرمة عند التعرض لأدلة نفوذ العقد، والالتزام قبل العقد التزام مجرد لا دليل علي نفوذه، فضلاً عن لزومه.

لكن في الخلاف وجواهر القاضي نفوذ الشرط المذكور وسقوط الخيار في البيع الواقع بعده، لدعوي عموم دليل نفوذ الشرط له.

فإن كان مرادهما ما إذا لم يبتن العقد علي الشرط المذكور أشكال بما ذكرنا من عدم صدق الشرط علي الالتزام المذكور.

كما يسقط بإسقاطه بعد العقد (1).

وإن كان مرادهما ما إذا ابتني العقد علي الشرط المذكور فالظاهر تماميته ونفوذ الشرط، كما في المختلف وظاهر الجواهر، لا لصدق الشرط علي الاشتراط السابق، بل لصدقه علي الشرط الضمني الذي يبتني عليه العقد.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره)، من أن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد إلا بجعل المتكلم، فإن أراد به جعله لفظاً فهو ممنوع، وإن أراد به جعله قصداً فهو حاصل. ولا أقل من جريان السيرة الارتكازية علي ذلك وقضائها به.

نعم ورد في بعض النصوص أن الشرط بعد النكاح، ولا يعتد به قبله (1). وربما يستظهر منه عدم الاكتفاء بالشرط السابق وإن ابتني عليه العقد.

لكن النكاح يمتاز عن أكثر العقود بأنه لا بد فيه من اللفظ، ولا يكفي فيه بإبراز الالتزام بوجه آخر كالمعاطاة، وربما يكون لهذه الخصوصية دخل في لزوم التلفظ بالشرط عند العقد، ولا يكفي بابتناء العقد عليه بحسب القصد. ومن ثم لا مخرج عما ذكرنا.

(1) يظهر من تصريحهم بسقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه مفروغيتهم عن سقوطه بالإسقاط ومن ثم استظهر شيخنا الأعظم (قدس سره) عدم الخلاف فيه. بل يظهر ذلك حتي ممن منع من العامة من صحة الشرط المذكور معللاً بأنه إسقاط لما لم يجب، حيث يظهر منه المفروغية عن قابليته للإسقاط بعد أن يتم العقد ويثبت الخيار.

وقد استدل علي ذلك شيخنا الأعظم (قدس سره) بفحوي ما دل علي سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنه رضا منه. ففي صحيح علي بن رئاب عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط. فإن أحدث المشتري

(1) وسائل الشيعة ج: 14 باب: 19 من أبواب المتعة حديث: 4، وباب: 32 منها حديث: 2، وح: 15 باب: 39 من أبواب المهور حديث: 2.

ص: 215

حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، فلا شرط...)(1). وكأنه بلحاظ أن الإسقاط يتضمن الرضا وزيادة.

لكن ذلك إنما ورد في خيار الحيوان، كما تضمنت بعض النصوص سقوط خيار الشرط بالرضا(2)، ولم يرد ذلك في خيار المجلس.

ودعوي: أن مقتضي عموم التعليل سقوط جميع الخيارات بذلك. مدفوعة بأن التعليل إنما يقتضي العموم من حيثية سبب السقوط، وأنه كلما يكشف عن الرضا وإن لم يكن أمراً غير التصرف، لا من حيثية الخيار الساقط بنحو يعم غير خيار الحيوان.

وبعبارة أخرى: التعليل إنما يقتضي عموم الحكم المعلل، لا العموم لحكم آخر، فإذا قيل: لا تفطر بالرمان لأنه حامض. دلّ علي النهي عن الإفطار بكل حامض، لا- علي عموم النهي لغير الإفطار من أنحاء الأكل. والحكم المعلل في المقام هو سقوط خيار الحيوان، فلا يعم التعليل سقوط غيره.

ومثل ذلك في الإشكال ما يظهر منه (قدس سره) في مسألة سقوط خيار المجلس بالتصرف من أن مقتضي عموم قوله (عليه السلام) في الصحيح المتقدم: (فلا شرط) هو نفي كل خيار، لا خصوص خيار الحيوان: إذ فيه: أنه لا مجال لفهم العموم بعد تقرير مسقطية التصرف علي الحكم بثبوت خيار الحيوان. ولعله لذا أمر (قدس سره) بالتأمل.

نعم سبق عند الكلام في مسقطية الافتراق عن إكراه قوله (عليه السلام) في صحيح الفضيل: (فإذا افتراقاً فلا خيار بعد الرضا منهما)(3). لكن تقدم عدم إمكان البناء علي كون المسقط هو الرضا المقارن للافتراق، دون الافتراق بنفسه، لينفع فيما نحن فيه.

فالعمدة في المقام هو ارتكاز أن الخيار في المقام من سنخ الحق، والحق قابل للإسقاط. ولعل ذلك هو المنشأ لظهور مفروغية الأصحاب من ذلك، كما سبق.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5، 12 من أبواب الخيار.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 3.

(الثاني): خيار الحيوان (1).

(مسألة 4): كل من اشترى حيواناً (2)

علي أن من القريب إلغاء خصوصية خيار الحيوان والشرط في السقوط بالرضا، كما يظهر من الأصحاب، وإنما لم يتعرض في النصوص لذلك في خيار المجلس لقصر زمانه غالباً. لأن الرضا ارتكازاً من سنخ الأعمال للخيار. ولا سيما مع ظهور صحيح علي بن رئاب - الوارد في خيار الحيوان والمتقدم عند الكلام في تعريف الخيار - في الإشارة إلي قضية ارتكازية لا خصوصية لخيار الحيوان فيها.

ويترتب علي ذلك سقوط خيار المجلس بكل ما يدل علي الرضا بالمبيع، والبناء علي عدم الرجوع به من تصرف أو غيره، ولو مثل عرضه للبيع، كما تضمنته بعض النصوص المتقدمة عند الكلام في تعريف الخيار. ولعله لذا صرح بسقوط الخيار المذكور بالتصرف في الجملة في المبسوط وغيره.

أما لو لم يتم ذلك فلا ينبغي الإشكال في سقوط الخيار المذكور بالتصرف الموجب لاختلاف الرغبة في المبيع، كلبس الجورب، بل حتي مثل الإخلال بتعليبه، بحيث لا يعود لحاله. لانصراف أدلة الخيار عنه. مع قضاء سيرة العرف الارتكازية بسقوط الخيار بذلك.

وإن شئت قلت: منصرف نصوص الخيار مراعاة نظر المتبايعين، واستكمال التزامهما وتوثقهما من رجحانه، لا إسقاط حرمة المال. فلاحظ.

(1) قال في التذكرة: (عند علمائنا أجمع خلافاً للجمهور كافة). وقال في الجواهر: (هو في الجملة إجماعي، بل ضروري عند علماء المذهب).

(2) لا ينبغي الإشكال في أن موضوع هذا الخيار هو الحيوان الواجد للحياة فعلاً، دون الميت منه وإن كان مذكى، لعدم صدق الحيوان عليه. إلا أنه يحسن التعرض لأمرين ذكرهما شيخنا الأعظم (قدس سره).

الأول: قال (قدس سره): (وظاهر النص والفتوي العموم لكل ذي حياة، فيشمل، مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق. ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته في الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الإناء وشبه ذلك خارج، لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم مثلاً. ويشكل فيما صار كذلك لعارض، كالصيد المشرف علي الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم).

والعمدة في وجه ذلك هو انصراف شراء الحيوان الذي هو موضوع هذا الخيار في النصوص لشرائه بما هو حيوان لا بما هو لحم لا غرض في بقاء حياته. لما ذكره بعض الأعظم (قدس سره) من أن ذلك هو مقتضي مناسبة الحكم والموضوع.

ولاسيما مع مناسبته لما تضمنته النصوص من أن الحيوان لو مات في مدة الخيار كان من مال البايع (1). لأن المنساق منه تعلق غرض المشتري بقاء حياته.

ولا أقل من عدم وضوح عموم النصوص لذلك، فيكون المرجع عمومات اللزوم. فلا وجه لما في الجواهر من استظهار عدم اعتبار استقرار الحياة في ثبوت الخيار.

وبذلك يظهر عدم الوجه في استشكل شيخنا الأعظم (قدس سره) فيما إذا كان ذلك لعارض. بل هل يمكن البناء علي أنه لو أدرك المشتري ذكاته إلا أنه لم يذكره لتعذر ذلك عليه أن يتلف من مال البايع؟!.

علي أنه لم يتضح الفرق بين مثل السمك المخرج من الماء والصيد المشرف علي الموت، فإن كلاهما قد صار كذلك لعارض.

هذا وقد قال (قدس سره) بعد ذلك: (وعلي كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البايع قبل القبض أو زمن الخيار).

فإن أراد به زهاق روحه بنحو لا يحرم لحمه، كما لو لم يدرك ذكاته، فهو ليس

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب الخيار.

تلفاً لا من البائع ولا من المشتري، بل ولا عيباً. لعدم نقص قيمته بذلك.

وإن أراد به زهاق روحه بنحو يحرم لحمه، لإدراكه لذكاته، إلا أنه لم يبادر لتذكيته لعجزه، فالجزم بعدم ضمان البائع له لا يناسب التوقف في ثبوت الخيار فيه بعد إطلاق ما دل علي أن تلف الحيوان في مدة الخيار من مال البائع. فلاحظ.

هذا وربما يستشكل في ثبوت الخيار حتي في مستقر الحياة فيما لو ابتني البيع علي التعجيل بذبح الحيوان، كالهدي الذي يشتري للذبح في ساعته، والدجاج الذي يشتري ليؤكل في يومه، ونحو ذلك مما يبتني فيه البيع علي عدم الغرض ببقاء الحيوان في الأيام الثلاثة. لا ببناء الخيار علي استحقاق صاحب الحيوان سلامته في مدة الثلاثة، فمع فرض الخروج عن ذلك، وعدم تعلق الغرض به، يخرج عن منصرف الأدلة. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل.

ودعوي: أن الأمر في جميع ذلك يرجع في الحقيقة إلي اشتراط سقوط الخيار ضمناً وإن كان مستحقاً بمقتضي إطلاق الأدلة. لا تخلو عن إشكال. ولا سيما أن المتبايعين كثيراً ما لا يعلمان بثبوت الخيار ذاتاً، ليكون سقوطه مشروطاً ضمناً. فلاحظ.

الثاني: هل يختص هذا الخيار ببيع المعين، أو يعم بيع الكلي؟ قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول. ولعله الأقوي).

وكان وجه انصراف نصوص المقام بلحاظ الحكمة والأحكام المصرح بها في بعض النصوص، كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا. وعهده سنة من الجنون، فما بعد السنة فليس بشيء) (1)، وما تضمن سقوط الخيار بالتصرف، وضمن البائع درك الحيوان في مدة الخيار. لظهور النصوص المذكورة في فرض كون المبيع شخصياً.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 7.

وبعبارة أخرى: النصوص المذكورة تناسب انصراف نصوص خيار الحيوان للمبيع الشخصي. وليس المدعي أنها مخصصة لنصوص الخيار المذكور، ليمنع من نهوضها بالتخصيص، لإمكان اختصاص الأحكام التي تضمنتها ببعض أفراد موضوع الخيار مع عموم موضوعه لبيع الكلي تبعاً لعموم نصوصه.

ودعوي: جريان ذلك في بيع الكلي بلحاظ الفرد الذي يسلم بدلاً عنه، حيث يصدق عرفاً أنه مبيع. مدفوعة بأن صدق المبيع عليه تسامحي لا حقيقي. ولذا يجب إبداله لو كان معيماً أو مخالفاً للوصف، ولا يجري فيه خيار العيب وخيار تخلف الوصف.

مع أن مبدأ خيار الحيوان فيه إن كان من حين البيع فقد ينتهي أمدّه قبل التسليم، وتقتصر عنه النصوص المذكورة. وإن كان من حين القبض فهو خلاف ظاهر نصوص خيار الحيوان.

وبذلك يظهر أنه لو بني علي ثبوت خيار الحيوان في بيع الكلي فمبدؤه من حين البيع لا من حين القبض، ولا من حين استحقاق القبض في بيع السلف. وبذلك يظهر الإشكال في كلمات بعض الأعاظم وبعض مشايخنا (قدس سرهما) في المقام. فراجع.

هذا ويأتي في المسألة التاسعة والثلاثين في فروع خيار التأخير ما ينفع في المقام.

(1) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. لإطلاق وعموم كثير من النصوص، وصراحة جملة منها. ويأتي بعضها.

نعم في موثق عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في رجل اشترى جارية بثمن مسمي، ثم افترقا. قال: وجب البيع. وليس له أن يطأها وهي عند صاحبها حتى يقبضها، ويعلم صاحبها...)(1).

(1) الكافي ج: 5 ص 474 باب استبراء الأمة حديث: 10. وروي أكثره في وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب الخيار حديث: 5.

ثبت له الخيار ثلاثة أيام (1)

لكن من القريب حملة علي بيان مجرد صحة البيع، وملكية المشتري للجارية من أجل التمهيدي لحكم وطئها. ومجرد ذكر الافتراق في كلام السائل لا ينافي ذلك، ولا يلزم بحمله علي بيان لزوم البيع.

ولا- أقل من لزوم حملة علي ما ذكرنا جمعاً مع النصوص الكثيرة المعول عليها عندهم. ولعله لذا لم يتعرض الفقهاء - فيما تيسر لي من الفحص - للحديث وللإسلام فيه.

(1) كما هو المعروف بين الأصحاب المدعي عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والسرائر وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والتتقيح وعن غيرها.

والنصوص به مستفيضة، منها صحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام): (سمعتة يقول: قال رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلم): البيعان بالخيار حتي يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة أيام...) (1) ونحو غيره.

وفي الغنية وعن الحلبي أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل في الأول دعوي الإجماع عليه. وقد ينسب ذلك للمقنعة والنهاية والمراسم، للحكم فيها بأنها إذا هلكت في المدة المذكورة كانت من مال البايع. بل في الأخيرين أن نفقتها في المدة المذكورة عليه أيضاً.

لكن ذلك لا يناسب إطلاقهم كالأصحاب أن الخيار في الحيوان ثلاثة أيام. فلا بد من عدم ابتناء ذلك عندهم علي استمرار الخيار، بل علي أنهما حكمان تعديان لأدلة خاصة وإن خفيت علينا، وينحصر الخلاف بالأولين.

وكيف كان فلا يظهر وجه لاستمرار الخيار في الأمة مدة الاستبراء بعد عموم وإطلاق نصوص خيار الحيوان، بل صراحة بعضها في العموم للأمة، كصحيح علي بن رئاب عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 6.

ص: 221

مبدؤها زمان العقد (1)

لم يشترط. فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاً منه فلا شرط له. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلي ما كان يحرم عليه قبل الشراء(1). وصحيحه الآخر المروي في قرب الإسناد: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...)(2).

(1) كما هو المنساق من إطلاق الأصحاب والمصرح به في كلام جماعة منهم. وفي مجمع البرهان أنه المشهور. وهو المنساق من النصوص، خصوصاً ما اقتصر فيه علي خيار الحيوان كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أن لم يشترط). إذ مع عدم ذكر المبدأ فيه يظهر منه أن المبدأ تحقق البيع وصدق المشتري وصاحب الحيوان.

كما أن ما تضمن منها سوقه في سياق خيار المجلس، يقوي ظهوره في أن الاختلاف بين الخيارين في المنتهي دون المبدأ. واحتمال الاعتماد في بيان مبدأ خيار الحيوان علي ذكر الافتراق في خيار المجلس بعيد جداً.

ولاسيما في معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام): (سمعتة يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا...)(3) إذ مع تقديم خيار الحيوان في الذكر لا مجال لاحتمال الاعتماد في بيان مبدئه علي ما تضمنته بعد ذلك من انتهاء خيار المجلس بالافتراق.

ومن ذلك يظهر ضعف ما في الغنية من إطلاق أن مبدأ الخيار من حين التفرق. وذكر غير واحد أن ذلك هو اللازم من استدلال الشيخ وابن إدريس في المبسوط

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 9.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 5.

والخلاف والسرائر لكون مبدأ خيار الشرط هو التفرق. قال في المبسوط: (والأولي أن نقول أن يثبت من حين التفرق، لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق. فإن شرطاً أن يكون من حين العقد صح ذلك. للخبر في جواز الشرط) وقريب منه في الخلاف والسرائر.

لكن حيث صرحا بجواز اشتراط كون مبدئه من حين العقد، فلا- يبعد كون الاستدلال المذكور راجعاً إلي تشخيص مقتضي إطلاق الاشتراط إثباتاً، لا لبيان امتناع اجتماع الخيارين ثبوتاً، ليناسب العموم لخيار الحيوان، فيكون مرجعه إلي أنه حيث لا يحتاج لخيار الشرط مع ثبوت الخيار بنفس العقد فظاهر اشتراط الخيار هو جعله عند الحاجة إليه بانتهاء خيار المجلس وهذا لا يجري في خيار الحيوان الثابت بجعل الشارع، فإنه تابع لظاهر دليله، وقد سبق ظهوره في أن مبدأه حين العقد كخيار المجلس. ولا محذور في اجتماع أكثر من خيار في وقت واحد، تبعاً لتحقق موضوعاتها. بل الظاهر أن عبارة الغنية لا تأتي الاختصاص بخيار الشرط، كما يظهر بملاحظتها.

ومن هنا لا مجال لنسبة كون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق للشيخ وابن إدريس بعد أن كان مقتضي إطلاق المبسوط والخلاف الثلاثة في الحيوان أن مبدأها من حين العقد. بل صرح في السرائر بأنه يثبت للمشتري في الحيوان بمجرد العقد الخياران خيار المجلس وخيار الحيوان.

وكيف كان فقد تعرض شيخنا الأعظم (قدس سره) للاستدلال لكون مبدأ خيار الحيوان هو التفرق باختلاف حكم الخيارين، لأن تلف الحيوان في زمان خياره من البائع، والتلف في زمان خيار المجلس من المشتري.

وأشار إلي دفعه بأن ذلك لا يمنع من اجتماع الخيارين. غاية الأمر أنه لا بد من استثناء الحكم المذكور عند اجتماع الخيارين من عموم حكم أحدهما.

وقد ذكر (قدس سره) أن ما تضمن أن تلف الحيوان في زمان خياره من البائع محمول علي الغالب من كونه بعد المجلس. لكنه خروج عن عموم دليله من دون وجه، فإن

وإذا كان العقد في أثناء النهار لفق المنكسر من اليوم الرابع (1) والليلتان المتوسطتان داخلتان في مدة الخيار (2). وكذا الليلة الثالثة في صورة تلفيق

التلف في زمن خيار المجلس من مال المشتري لم يتضمنه دليل خاص، ليعارض الدليل المذكور، بل هو مقتضى القاعدة، والمفروض الخروج عنها في الحيوان بالدليل المذكور، فيتعين العمل به بعمومه، كما جري عليه بعض مشايخنا (قدس سره).
والحاصل: أنه لا مخرج عما يظهر من نصوص خيار الحيوان من كون مبدئه زمان العقد، دون التفرق.

(1) كما صرح بذلك غير واحد. وذلك لأنه بعد أن كان ظاهر اليوم هو النهار المقابل لليل فاللازم تمامية الأيام الثلاثة، عملاً بظاهر النصوص. والاكْتفاء في اليوم الأول بالناقص يحتاج إلي دليل، كما ورد نظيره في أقراء عدة الطلاق، وهو مفقود في المقام.

ويكتفي في تمامية اليوم بالتلفيق، كما هو المفهوم عرفاً في مقام التحديد في سائر الموارد. بخلاف التوصيف. مثلاً: إذا أريد توصيف الأيام أو الشهور بأنها حارة أو باردة أو مريحة ومتعبة، فلا بد من اتصافها كاملاً بذلك، ولا يكفي التلفيق. وإذا أريد تحديد الحر أو البرد أو الراحة أو التعب كفي التلفيق. ومنه المقام، كما هو ظاهر.

وأما احتمال التلفيق من الليلة الثالثة بقدر ما نقص من اليوم فلا مجال له مع التحديد بالأيام. نعم لو كان التحديد بمقدار الأيام الثلاثة، لا بنفس الأيام الثلاثة، اتجه التلفيق من الليل. كما يتجه حينئذ البناء علي أنه لو وقع البيع ليلاً ينقص من اليوم بقدره لكنه خلاف ظاهر النصوص، بل المقطوع منها. كيف ولازمه الاكْتفاء بيوم وليلتين، أو ليلة ويومين، أو نحو ذلك مما يقطع ببطلانه.

(2) كما صرح به غير واحد، ونفي الإشكال فيه شيخنا الأعظم (قدس سره). لا لأن المراد من اليوم ما يعم الليل، كما في قولنا: الشهر ثلاثون يوماً والأسبوع سبعة أيام.

المنكسر (1). وإذا لم يفترق المتبايعان حتي مضت ثلاثة أيام سقط خيار الحيوان وبقي خيار المجلس (2).

فإن ذلك مخالف لمفهوم اليوم عرفاً، ويحتاج إلي قرينة خاصة مفقودة في المقام. بل لمفروغية الأصحاب، تبعاً للمنصرف من أكثر النصوص، من وحدة الخيار وابتناؤه علي الاستمرار. خصوصاً قوله (عليه السلام) في صحيح علي بن رثاب: (فإذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء)(1). فإن مقتضى مفهوم الشرط فيه عدم وجوب البيع ولزومه، واستمرار الخيار، حتي تمضي الأيام الثلاثة.

وبذلك يظهر عدم دخول الليلة الثالثة فيما لو دخل اليوم وهما متبايعان، لتامة الأيام الثلاثة قبلها، وعدم توقف وحدة الخيار واستمراره عليها. نعم لو كان المراد من اليوم ما يعم الليل تعين دخولها. لكن عرفت المنع من ذلك.

قال في مفتاح الكرامة: (والمراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاثة [كذا] لدخول الليلتين أصالة، فتدخل الثالثة، وإلا لاختلفت مفردات الجمع في استعمال واحد).

ويظهر اندفاعه مما سبق من عدم دخول الليلتين المتوسطتين بالأصل، بل لتوقف استمرار الخيار عليها، وهو غير حاصل في الليلة الثالثة.

(1) لعين ما سبق في الليلتين المتوسطتين. وكذا الليلة السابقة علي الأيام الثلاثة لو وقع العقد ليلاً، لما سبق من ظهور النصوص في أن مبدأ الخيار زمان العقد.

(2) كما يظهر من الجواهر ناسباً له لظهور الفتاوي. والعمدة فيه إطلاق نصوص خيار المجلس. كقوله (صلي الله عليه وآله وسلم) في صحيح زرارة: (البيعان بالخيار حتي يفترقا...)(2) وغيره.

ودعوي: ظهور بعض نصوص خيار الحيوان في استثنائه من عموم خيار

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 9.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 2.

المجلس، كقوله (صلي الله عليه وآله وسلم) في صحيح زرارة: (البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاث...)(1). مدفوعة: بأن الاستثناء - لو تم - إنما هو في عدم انتهاء الخيار بالافتراق، من دون أن ينافي بقاءه مع عدم التفرق.

نعم قد يظهر تباين موضوع الخيارين من مثل صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوي ذلك من بيع حتى يفترقا)(2). وقريب منه في ذلك معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (3)(عليه السلام).

لكن من القريب حملة علي بيان مجرد ثبوت خيار المجلس في غير الحيوان، لا علي نفيه في الحيوان، جمعاً مع الإطلاقات المشار إليها. ولا سيما بلحاظ صحيح فضيل عنه (عليه السلام): (قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال: إلي ثلاثة أيام للمشتري. قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما)(4).

فإن العدول عن بيان ثبوت خيار المجلس في غير الحيوان إلي بيان كبري خيار المجلس، بنحو يشمل الحيوان وغيره، موجب لقوة ظهور الإطلاق في العموم، وظهور الصحيح في أن الحيوان يختص بخيار زائد علي خيار المجلس، من دون أن يقصر عنه الخيار المذكور. وذلك هو المنساق من مجموع النصوص وفتاوي الأصحاب، والمفهوم منها عرفاً، كما سبق من الجواهر.

كيف ولازم البناء علي قصور خيار المجلس عن بيع الحيوان عدم ثبوت الخيار في بيع الحيوان لغير صاحبه أصلاً بناء علي ما يأتي من قصور خيار الحيوان عنه. وهو

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 6، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 6، 3.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 5.

(4) الكافي ج: 5 ص: 170 باب الشرط والخيار في البيع حديث: 6. وأورد في وسائل الشيعة ج: 12 صدره بتصريف في باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 5 وذيله في باب: 1 من الأبواب المذكورة حديث: 3.

ص: 226

(مسألة 5): يسقط هذا الخيار باشتراك سقوطه في متن العقد (1). كما يسقط بإسقاطه بعده (2)، وبالتصرف في الحيوان (3) تصرفاً يدل علي

مما تأباه المرتكزات الفقهية جداً.

(1) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر بل إجماعاً، كما في التذكرة، ونسبه في الحدائق للأصحاب. لعين ما تقدم في خيار المجلس.

قال في مفتاح الكرامة: (وكذا يصح اشتراط سقوط بعضه، فيسقط ما شرط سقوطه يوماً أو أكثر أو أقل). وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ولا بأس به).

وكأنه يبتني علي انحلال الخيار المذكور إلي خيارات متعددة بعدد أجزاء زمانه، بحيث يكون كل منها حقاً قابلاً للإسقاط، فيصح اشتراط سقوطه، كما صرح بذلك بعض مشايخنا (قدس سره).

لكنه لا يخلو عن إشكال أو منع. بل إسقاط خصوص الأسبق مع بقاء المتأخر، أو المتوسط مع بقاء الطرفين، لا يخلو عن غرابة.

نعم لا إشكال في جواز إسقاطه بعد مضي زمان منه، كإسقاطه في اليوم الثاني. لكنه لا يرجع إلي إسقاط بعض الخيار، بل إلي إسقاط تمام الحق الباقي، فيجوز اشتراط سقوطه كذلك. وكذا الحال في اشتراط إسقاطه بنحو شرط الفعل.

أما اشتراط عدم إعمال حق الخيار، أو عدم الفسخ، فيجوز مطلقاً ولو في خصوص زمان خاص منه، كالיום الثاني منه. لعموم أدلة نفوذ الشروط من دون محذور، إذ هو شرط فعل، ولا يرجع إلي تبعض الحق، كما لعله ظاهر.

(2) بلا إشكال ظاهر. ونسبه للأصحاب في الحدائق. والوجه فيه ما سبق في أول الكلام في الخيار من كونه حقاً، فيسقط بالإسقاط. والكلام في إسقاط بعضه يظهر مما سبق في اشتراط سقوطه.

(3) كما صرح بذلك جماعة. بل بلا خلاف، كما في الغنية، وإجماعاً، كما في التذكرة

وجامع المقاصد، ونسبه في الحدائق للأصحاب. ويقتضيه في الجملة النصوص الآتية.

(1) كما هو مقتضى تعليل مسقطية التصرف في التذكرة بأنه دليل الرضا. وقد يستدل علي ذلك بأنه مقتضى الجمع بين النصوص.

ففي صحيح علي بن رئاب عن أبي عبد الله (عليه السلام): (فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضا، منه فلا شرط له. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلي ما كان يحرم عليه قبل الشراء)(1).

وفي صحيحه الآخر عنه (عليه السلام): (قلت له: رأيت إن قبلها المشتري أو لامس. فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلي ما يحرم علي غيره فقد انقضى الشرط ولزمته)(2). وفي صحيح الصفار: (كتبت إلي أبي محمد (عليه السلام) في الرجل اشترى من رجل دابة، فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ. فوقع (عليه السلام): إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله)(3).

فإن مقتضى الأخيرين وإن كان هو سقوط الخيار بالتصرف مطلقاً، إلا أن مقتضى تفريع سقوطه في الأول علي كون التصرف رضاً بالبيع كون المسقط هو الرضا اللازم للتصرف والمنكشف به. ومرجع ذلك اختصاص المسقط بما يكون ملازماً للرضا وكاشفاً عنه.

لكن لا مجال للبناء علي كون تطبيق الرضا علي التصرفات المذكورة في الصحيح الأول بلحاظ ملازمته لها، لما هو المعلوم من عدم ملازمته لها ولو غالباً. بل كثيراً ما يكون الداعي لها مجرد إشباع الشهوة، أو الاطلاع علي خبايا الجارية، أو حلية التصرف المذكور، فإن الملكية المؤقتة كالزوجة المؤقتة كافية في حلها. ولذا تقع من الغافل عن

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1، 3، 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1، 3، 2.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1، 3، 2.

ثبوت خيار الحيوان، وممن هو عازم علي الفسخ أو متردد فيه إذا لم يعلم بأنه مسقط للخيار. بل قد تقع من غير المالك عصباناً لمجرد إشباع الشهوة.

علي أن المسقط للخيار إذا كان هو الرضا بالبيع، والبناء علي عدم الفسخ الملازم للتصرف كما هو مقتضي التفريع في الصحيح رجح ذلك إلي عدم الأثر للتصرف في سقوط الخيار، وهو لا يناسب التنبيه له والتركيز عليه في كلام الإمام (عليه السلام).

بل إن كانت مسقطية الرضا للخيار ظاهرة عرفاً - بحيث لا تحتاج للبيان - فلا فائدة في التعرض لذلك. وإن لم تكن كذلك كما هو الظاهر، لما سبق عند الكلام في تعريف الخيار من أن الرضا لا يستلزم إسقاط حق الخيار فالمناسب التنبيه لذلك والتركيز عليه، لدفع توهم أن لصاحب الخيار في مدة الخيار الرجوع عن رضاه بالبيع وبنائه علي عدم فسخ البيع. وهو أنسب من التنبيه علي مسقطية التصرف بلحاظ ملازمته تكويناً للرضا التي هي لو تمت ولو غالباً ليس من شأن الإمام (عليه السلام) بيانها.

وأشكل من ذلك الحال في الصحيحين الآخرين، فإن المفروض للسائل فيهما إن كان صورة حصول الرضا حين التصرف فالأولي به التنبيه له دون التصرف. وإن لم يكن المفروض فيه ذلك - لما سبق من عدم الملازمة بين الرضا والتصرف معني غالباً

فإهمال الإمام (عليه السلام) للتنبيه علي الرضا الذي هو المسقط حقيقة، والاكتفاء ببيان مسقطية الأمر المقارن له غير الملازم له، لا يخلو عن غرابة. وليس هو من سنخ الإطلاق في مورد التقييد، بل هو راجع إلي بيان أمر آخر غير موضوع الحكم.

وبالجملة: لا مجال لحمل التفريع المذكور علي بيان أن المسقط الحقيقي هو الرضا المقارن للتصرف، ليرجع إلي تقييد سقوط الخيار مع التصرف بما إذا كان مقارناً للرضا وكاشفاً عنه، بل لا بد من حمله علي وجوه آخر ذكرها شيخنا الأعظم (قدس سره).

وأقربها حمل التفريع علي الرضا الادعائي الراجع إلي أن التصرف بحكم الرضا شرعاً في مسقطيته للخيار، ومانعيته من الرجوع في البيع. ومرجع ذلك إلي خصوصية التصرف المذكور في إسقاط الخيار. بل مقتضي الإطلاق عموم مسقطيته له ولو مع

عدم مقارنته للرضا، كما هو مقتضى الصحيحين الآخرين أيضاً.

إنما الإشكال في تحديد التصرف المسقط للخيار. إذ لا مجال للبناء علي الاكتفاء بمطلق التصرف، وإن كان هو مقتضى إطلاق جماعة أولاً: لعدم الدليل علي الإطلاق المذكور. وثانياً: عدم إمكان البناء علي ذلك، لعدم انفكاك وجود الحيوان عند المشتري عنه عادة، ولو بمثل سقيه وإطعامه، ونقله في المكان المناسب له. ومن ثم يقرب عدم إرادة من أطلق العموم.

وقد ذكر بعض مشايخنا (قدس سره) أن المدار فيه علي ما يصدق به الحدث في الحيوان، وهو عرفاً يوجب زيادته أو نقصه عما كان عليه، عملاً بمكاتبة الصفار المتقدمة، بحمل الجواب فيها علي خصوص الأخذ من الحافر والتنجيل، دون الركوب فراسخ.

لكن ذلك لا يناسب صحيح علي بن رئاب، حيث فسر الحدث باللمس والتقبيل والنظر منها إلي ما كان يحرم عليه، مع وضوح أنه لا يصدق بها وبأمثالها الحدث بالمعني الذي ذكره (قدس سره).

وأما ما ذكره من احتمال كون المراد من الحدث فيه هو المعني المذكور، وكون تطبيق الحدث علي الأمور المذكورة تعبيراً يقتصر فيه عليها، ولا يتعدى فيها لأمثالها، وأن ذلك إن لم يكن هو الأظهر من حمله علي كون تفسير الحدث بتلك الأمور وأمثالها حقيقياً فلا أقل من إجمال الصحيح، وسقوطه عن الحجية، وينحصر الدليل علي سقوط الخيار بالحدث بالمعني المذكور بمكاتبة الصفار.

فهو مخالف للظاهر جداً، لأن الإمام (عليه السلام) اكتفي في أول الأمر ببيان مسقطية الحدث للخيار، ولم يتصد لتطبيقه علي الأمثلة المذكورة إلا بعد أن طلب السائل إليه شرحه لإجماله عنده. ومن الظاهر أن السائل قد سأل من أجل معرفة المراد الحقيقي من الحدث، ولازم ذلك كون تطبيقه عليها حقيقياً من أجل شرح المراد منه، لا تعبيراً مع كون المراد من الحدث المعني الذي ذكره (قدس سره).

وعليه يتعدى لأمثالها بعد وضوح عدم انحصار عنوان الحدث بها. ولا سيما أن

صدر الحديث قد تضمن مسقطية الحدث للخيار في مطلق الحيوان، لا في خصوص الجارية، فلا بد من كون ذكر هذه الأمثلة لمجرد التطبيق من أجل شرح، عنوان الحدث بما يماثلها، لا من أجل الانحصار.

هذا مضافاً إلي أن حمل الحدث في المكاتبة علي خصوص الأخذ من الحافر والتنجيل دون الركوب فراسخ وإن كان هو مقتضي الجمود علي لفظ السؤال، إلا أنه مستلزم، لعدم استيفاء الجواب للسؤال، لعدم التعرض فيه لحكم الركوب المذكور. ولأجل ذلك يقرب عموم الحدث في الجواب للركوب فراسخ. ولا سيما أنه أهم ارتكازاً من التنجيل والأخذ من الحافر. ولذا لا يبعد غفلة الناظر في المكاتبة عن قصورها عن إثبات مسقطية الركوب المذكور للخيار، وفهمه عموم المسقطية له.

ومن هنا لا يبعد عموم التصرف المسقط لكل تصرف ليس من شأن غير المالك أن يقوم به، إلا ما كان شؤون رعاية الحيوان وحفظه، كسقيه وإطعامه وربطه، أو تقتضيه طبيعة الحيوان، كحلب لبنه، أو تمكين الجارية المشتراة مع ولدها من إرضاعه، وتمكين زوج الجارية من موائعها لو اشتراها معاً ونحو ذلك.

ويناسب ذلك صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): (في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام، ثم ردها. فقال: إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء) (1). لظهوره في المفروغية عن عدم مانعية شرب اللبن من الرد. وقد يستفاد ذلك من غيره.

بل حتي بعض التصرفات الخفيفة التي هي من شؤون المخالطة أو المعاشرة، كتكليفه بفتح الباب وسقي الماء أو نحو ذلك، لخروج ذلك عن المتيقن مما يستفاد من النصوص المتقدمة، لأنها لم تتضمن عنوان التصرف وإنما تضمنت عنوان الحدث، وفسرته بتصرفات خاصة بنحو يستفاد منه عدم خصوصيتها والتعدي منها لما يشبهها ويسانحها، والتصرفات المذكورة خارجة عن المتيقن من ذلك.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 13 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 231

بل حتي مثل النظر إلي ما يحرم علي غير المالك من الجارية إذا لم يكن بطلب من المشتري أو تكلف منه، بل كان لتكشفها. لخروجه عن المتيقن من النصوص، لعدم وضوح صدق كونه أمراً قد أحدثه فيها.

هذا ويظهر من كلام غير واحد احتمال أو قوة استثناء صورة ما إذا كان التصرف بقصد الاختبار. فإن أرادوا التصرفات التي تقدم استثناءها، فالظاهر عدم توقف استثنائها علي قصد الاختبار، لما سبق من قصور النصوص المتقدمة عنها رأساً.

وإن أرادوا غيرها مما يستفاد من النصوص المتقدمة مسقطيته للخيار فكأن الوجه في استثنائها هو ابتناء جعل خيار الحيوان علي إعطاء الفرصة لصاحبه من أجل التعرف علي خباياه. لكن ذلك لا ينهض بالخروج عن إطلاق النصوص المتقدمة ومن هنا لا مجال للتفصيل المذكور والمتعين ما تقدم.

بقي شيء: وهو أنه لا ينبغي الإشكال في مسقطية الرضا بالبيع والبناء علي عدم الفسخ للخيار، كما صرح بذلك غير واحد ونسبه في الحقائق للأصحاب.

لأن الرضا المذكور وإن لم يكن إسقاطاً لحق الخيار، كما سبق في أول الكلام في تعريف الخيار، إلا أن مقتضى صحيح علي بن رناب مسقطيته، أما بناء علي سوجه لبيان ملازمة التصرف للرضا الحقيقي فظاهر، لرجوعه إلي أن المسقط هو الرضا المذكور، دون التصرف المقارن له.

وأما بناء علي ما ذكرنا من سوجه لبيان كون التصرف رضاً تعبيرياً، وأنه بحكم الرضا في مسقطيته للخيار، فلظهوره في المفروغية عن مسقطية الرضا الحقيقي للخيار. ويؤيد ذلك ما تضمن مسقطية الرضا لخيار الشرط (1). بل تقدم عند الكلام في سقوط خيار الحيوان بالإسقاط تقريب فهم عموم مسقطية الرضا للخيار. ومن ذلك يظهر مسقطية الرضا للخيار ولو مع عدم التصرف.

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5، 12 من أبواب الخيار.

(مسألة 6): لا يثبت هذا الخيار للبائع (1)

ودعوي: أن المتيقن من ذلك ما إذا أبرز الرضا المذكور بمبرز من قول أو فعل، كما هو الحال في سائر المضامين الإنشائية.

مدفوعة بأن ذلك إنما يحتاج إليه في المضامين الإنشائية الاعتبارية، حيث لا يكفي عرفاً في تحققها بمجرد الالتزام بها، بل لابد من إبرازها بأحد الوجهين. أما الرضا المذكور فهو أمر حقيقي قائم بالنفس، راجع إلي البناء علي التمسك بالمبيع، والبناء علي عدم إرجاعه بفسخ البيع، ولا يتوقف علي المبرز إلا بلحاظ كشفه عنه، مع ظهور النص في أن الأثر للمنكشف وحده.

نعم لو كان مرجع الرضا المذكور إلي إسقاط حق الخيار كان أمراً اعتبارياً واحتاج المبرز. لكن سبق المنع من ذلك. وقد يناسبه عدم التصرف المذكور مسقطاً آخر للخيار غير إسقاطه. فلاحظ.

(1) كما صرح بذلك جمع كثير من الأصحاب، وفي الجواهر أنه المشهور شهرة عظيمة، وظاهر الغنية دعوي الإجماع عليه، وظاهر الدروس دعوي الإجماع عليه ممن عدا المرتضي.

ويقتضيه بعد عموم دليل اللزوم في العقود النصوص الكثيرة المتضمنة قصره علي المشتري، أو صاحب الحيوان، الذي يراد منه صاحبه بعد البيع، إذ لا إشكال في عدم اختصاص الخيار بالبائع. ولا سيما ما تضمن من هذه النصوص ذكره في سياق ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، فإن العدول عن المتبايعين لخصوص أحدهما كالصريح في الاختصاص به.

بل هو مقتضى الحصر في بعضها، كصحيح فضيل عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري...) (1). فإن شرح الماهية بشيء

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 5.

كالصريح في انحصارها به. وكذا صحيح علي بن رئاب عنه (عليه السلام):

(قال الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري...) (1). ونحوه معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (2) (عليه السلام) لما هو المعلوم من أن تعريف المسند إليه من أدوات الحصر.

وأصرح من الجميع صحيح علي بن رئاب المروي في قرب الإسناد: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ قال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء...) (3) مع ما هو المعلوم عن عدم الفرق بين الجارية وغيرها.

ونسب غير واحد الخلاف في ذلك للسيد المرتضي (قدس سره)، وأنه ذهب إلي ثبوته للمتبايعين معاً. كما نسب ذلك في كشف الرموز للسيد احمد بن طاووس في كتابه البشري. وقد يظهر الميل إليه من الروضة، وفي المسالك: (فالقول به في غاية القوة إن لم يثبت الإجماع علي خلافه). وعن الشهيد في غاية المراد والحاشية النجارية وأبي العباس في المقتصر التوقف عن الترجيح.

ويشهد له صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوي ذلك من بيع حتي يفترقا) (4).

لكن لا مجال للخروج به عما سبق من النصوص الكثيرة المعول عليها عند الأصحاب. قال في الدروس: (والرواية صحيحة، إلا أن الشهرة رواية وفتوي، بل الإجماع يعارضها).

وأما ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من عدم بلوغ النصوص الأخر حد الشهرة لموجبة للقطع بصدور بعضها، وأن اللازم النظر في بقية المرجحات المنصوصة بين الصحيح المذكور وغيره.

فهو لا يخلو من غرابة. علي أنه غير مهم بعد عموم لزوم العقد، حيث يكون

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1، 8.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1، 8.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 9، 3.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 9، 3.

مرجعاً لنصوص المشهور، أو مرجعاً بعد تساقط النصوص. وكيف كان فالمتعين طرح صحيح محمد بن مسلم، أو تأويله.

ولعل الأقرب ما ذكره غير واحد من حملة بيان أصل ثبوت الخيار بين المتبايعين من دون نظر إلي من له الخيار منهما، جمعاً مع النصوص المشهورة وإن كان ذلك مخالفاً لظاهره بدوياً. ولا يمنع من ذلك اشتماله علي بيان خيار المجلس، المعلوم ثبوته للمتبايعين معاً. لإمكان سوقه أيضاً لمجرد بيان ثبوته بينهما. خصوصاً مع رواية محمد بن مسلم نفسه عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن النبي (صلي الله عليه وآله وسلم) ما تضمن الاختصاص بالمشتري (1). ووقوع مثل هذا الاختلاف بسبب النقل بالمعني غير عزيز. ولعله لذا لم يتعرض الشيخ في التهذيب عند ذكره للحديث لمخالفته لبقية النصوص ولوجه جمعه معها، وكأنه لا يخالفها.

بل قد يحمل علي ذلك كلام السيد المرتضي (قدس سره)، حيث قال في الانتصار: (مما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط... دليلنا الإجماع المتردد. ويمكن أيضاً أن يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان خاصة أن العيوب فيه أخفي والتغابن فيه أقوى...). والتعليل الذي ذكره يناسب اختصاص الخيار بمن يصير الحيوان له بالبيع. وهو المناسب لدعواه الإجماع في المقام من دون أن يشير للخلاف بين الطائفة فيمن يثبت له الخيار، حيث يقرب كون نظره لأصل ثبوت الخيار من دون نظر لمن يستحقه، في مقابل العامة المانعين من ثبوته رأساً.

وأما حمل الصحيح علي ما إذا كان كلا العوضين حيواناً - كما ذكره غير

واحد - فهو بعيد جداً، لأنه حمل علي الفرد النادر. وكذا ما في الوسائل من حملة علي التقية. لما أشرنا إليه من إنكار المعاملة لهذا الخيار رأساً. إلا أن يكون معيار التقية عنده مجرد الاختلاف بين الأخبار، كما جري عليه صاحب الحدائق.

(1) وسائل الشيعة ج: 2 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 235

حتى لو كان الثمن حيواناً (1).

والحاصل: أنه لا- معدل عما هو المعروف بين الأصحاب - تبعاً للنصوص الكثيرة - من اختصاص الخيار بالمشتري، أو بمن يصير له الحيوان، علي ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(1) كما هو مقتضى إطلاق المشهور وصریح غير واحد. للتقييد به في النصوص الكثيرة.

وقوي في المسالك والروضة ومجمع البرهان ثبوته لصاحب الحيوان إذا كان بائعاً بأن كان الثمن حيواناً. وهو المناسب لما احتمله في الدروس من حمل صحيح محمد بن مسلم المتقدم علي ما إذا كان العوضان حيوانين، ونسب في مفتاح الكرامة القول به أو الميل إليه إلي جماعة، بل نسبه في الوسائل للأصحاب.

وقد استدل للقول المذكور في جامع المقاصد والمسالك - ويستفاد من غيرها - بأن فيه جمعاً بين الأخبار. وزاد في الثاني وغيره تحقق حكمة الخيار، لأن اختصاص الحيوان بالخيار إنما كان لاشتماله علي أمور باطنية لا يطلع عليها غالباً إلا بالتروي والاختبار.

لكن الثاني بالقياس أشبه، لعدم النص علي التعليل بالجهة المذكورة، ليظهر منه أن الخيار يدور مدارها سعة وضيقاً.

وأما الأول فكأن المنظور لهم أن فيه عملاً بصحيح محمد بن مسلم بحمله علي صورة بيع حيوان بحيوان، وبإطلاق ما تضمن ثبوته لصاحب الحيوان، وبما تضمن ثبوته للمشتري بحمله علي الغالب من كون المبيع حيواناً.

لكن سبق أن حمل صحيح محمد بن مسلم علي الصورة المذكورة بعيد جداً، لأنه حمل له علي الفرد النادر. مع أن الجمع بينه وبين بقية النصوص بذلك تبرعي من دون شاهد.

ص: 236

وأما إطلاق ما تضمن ثبوته لصاحب الحيوان فقد استشكل فيه بأنه مقيد بموثق بن فضال: (سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا (عليه السلام) يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة [ثلاثة. يب] أيام)(1).

لكن الظاهر أنه ليس وارداً للتقييد، بل للتفسير بلحاظ الغلبة، لدفع توهم كون المراد بصاحب الحيوان صاحبه قبل البيع، وهو البائع، فهو بدل أو عطف بيان، وليس نعتاً لبيان قيد احترازي. ولا أقل من احتمال ذلك، فلا ينهض دليلاً علي التقييد. نعم لو كان التعبير هكذا: صاحب الحيوان إن كان مشترياً فهو بالخيار. كان دالاً علي التقييد.

ومن هنا فالموثق لا يزيد مفاده عن النصوص المتضمنة ثبوت الخيار للمشتري. فاللازم النظر في الجمع بين النصوص المذكورة ونصوص ثبوته لصاحب الحيوان.

ويبدو أن المشهور جمعوا بين الطائفتين بالتقييد. وقد يناسبه ما تقدم من النصوص المتضمنة للحصر بالمشتري، وهي صحيحاً فضيل وعلي بن رئاب ومعتبر علي بن أسباط.

لكن الظاهر أن الحصر مستفاد من كلتا الطائفتين ولو بلحاظ سوق الخيار المذكور في أكثر النصوص في سياق خيار المجلس الثابت للمتبايعين معاً. فهي واردة لبيان موضوع خيار الحيوان ومختلفة بدواً في تحديده.

وبيتني مذهب المشهور علي الجمع بين التحديدين. إما للبناء علي التقييد، تقديماً لظهور كل من الطائفتين في لزوم تحقق موضوعها علي الإطلاق في الطائفة الأخرى. أو للتوقف في ترجيح أحد الأ-مرين والاقتصار في الخروج عن عموم اللزوم علي المتيقن، وهو اجتماع الحدين.

لكن الظاهر أن مناسبة الحكم والموضوع تقضي بأولوية عنوان صاحب

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 2.

ص: 237

الحيوان من المشتري بالموضوعية، بنحو يصلح عرفاً للقرينية علي كون ذكر المشتري في نصوصه بلحاظ غلبة كونه صاحب الحيوان دون العكس.

فالحكمة المتقدمة وإن لم تصلح لأن تكون دليلاً علي التعدي من المشتري للبايع إذا كان صاحب الحيوان، إلا أنها بسبب ارتكازيتها تصلح لأن تكون قرينة عرفاً علي تقديم نصوص صاحب الحيوان، بلحاظ أولويته بالموضوعية ارتكازاً. بل ربما تصلح الجهة المذكورة قرينة علي إلغاء خصوصية المشتري في نصوصه والتعدي لما إذا كان صاحب الحيوان بائعاً من دون حاجة لنصوص صاحب الحيوان. بل التعدي في كلماتهم من أحد المتبايعين للآخر ومن أحد العوضين للآخر في الأحكام غير عزيز.

ويشهد بما ذكرنا من أولوية صاحب الحيوان من المشتري ارتكازاً بالموضوعية أنه لو فرض انحصار الدليل علي هذا الخيار بنصوص ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا منشأ للإشكال في بقائها علي إطلاقها بنحو تشمل ما إذا كان الحيوان ثمنياً، وكان صاحبه هو البايع وإن كان ذلك فرداً نادراً.

أما إذا انحصر الدليل بنصوص ثبوته للمشتري فمن الصعب جداً البناء علي إطلاقها بنحو تشمل الصورة المذكورة، بحيث يثبت الخيار للمشتري وإن كان صاحب الحيوان هو البايع.

وما ذلك إلا لقوة المناسبة الارتكازية بنحو تقتضي حمل الثاني علي الغالب دون الأول. وهو نحو من الجمع العرفي.

والحاصل: أن الظاهر كون مقتضي الجمع العرفي - تبعاً لمناسبة الحكم والموضوع - هو تحكيم نصوص صاحب الحيوان علي نصوص المشتري، دون الجمع بينهما بالقييد، أو التوقف الملزم بالاختصار علي المتيقن في الخروج عن أصالة اللزوم، بحيث يقتصر علي ما إذا كان صاحب الحيوان هو المشتري، كما ينسب للمشهور.

وكان ذلك هو المنظور لشيخنا الأعظم (قدس سره) في المقام، كما يظهر بملاحظة كلامه. وبعض مشايخنا (قدس سره) وإن أنكر عليه ذلك، إلا أنه جري عليه في فتواه.

(مسألة 7): يختص هذا الخيار بالبيع، ولا يثبت في غيره من المعاوزات (1).

(مسألة 8): إذا تلف الحيوان قبل القبض أو بعده في مدة الخيار كان تلفه من مال البائع (2)، ورجع المشتري عليه بالثمن إذا كان دفعه إليه.

بل لا- يبعد كون مراد كثير ممن أطلق اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ما إذا كان الحيوان مبيعاً، في مقابل ثبوته لهما معاً، من دون نظر لما إذا كان الحيوان ثمناً، كما يظهر مما سبق منهم من كم في صحيح محمد بن مسلم. ومن ثم لا يخلو ما سبق من نسبة عدم ثبوت الخيار للبائع في الفرض للمشهور عن إشكال.

وبذلك يظهر أنه لو كان كلا العوضين حيواناً ثبت الخيار للمتبايعين معاً. لا لحمل صحيح محمد بن مسلم علي ذلك، لما سبق من أنه فرد نادر، بل لإطلاق نصوص ثبوت الخيار لصاحب الحيوان.

(1) الظاهر مفروغية الأصحاب عن ذلك، لسوقهم له في سياق خيار المجلس، ولخلافهم المتقدم في اختصاصه بالمشتري أو عمومه للمتبايعين. ويقتضيه اختصاص نصوصه بالبيع.

(2) أما إذا كان قبل القبض فالظاهر التسالم علي ذلك. وفي الجواهر: (إجماعاً بقسميه). ويأتي من سيدنا المصنف (قدس سره) التعرض لذلك في الفصل السابع في القبض والتسليم. ولعل الله سبحانه وتعالى يوفق لتعقيب كلماته هناك. مضافاً إلي استفادته من النصوص الآتية بالإطلاق أو بالأولوية العرفية.

وأما إذا كان بعد القبض في مدة الخيار فالظاهر أيضاً التسالم عليه. وفي الجواهر: (إجماعاً بقسميه). وتشهد به النصوص، كصحيح عبد الله بن سنان: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلي يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، علي من ضمان ذلك؟ فقال: علي البائع حتي ينقضي

الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري). وزيد في بعض طرقه: (شرط البايع أو لم يشترطه)(1)، ومرسلة ابن رباط عنه (عليه السلام): (إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البايع)(2) وغيرهما.

وبذلك يخرج عما تقتضيه القاعدة من ضمان المشتري له، بناء علي ما هو الظاهر من ملكيته له بالعقد. لأن الأصل تلف المال من ماله، وعدم تحمل غيره لدركه.

نعم قد يظهر من الصحيح وغيره عدم تملك المشتري للحيوان قبل الثلاثة. لكن لا بد من حمله علي إرادة لزوم البيع بعد الثلاثة مع ملكيته له بمقتضي نفوذ العقد وصحته، ولنصوص آخر ظاهرة في ترتب أثره عليه بمجرد تمامية العقد. وللكلام في ذلك مقام آخر.

هذا والمذكور في كلماتهم أن الضامن هو من ليس له الخيار من المتابعين. قال في الشرايع: (إن تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه. وإن تلف بعد قبضه وبعد انقضاء الخيار فهو من مال المشتري. وإن كان في زمن الخيار من غير تفریط وكان الخيار للبايع فالتلف من مال المشتري وإن كان الخيار للمشتري فالتلف من مال البايع).

لكن لم يتضح منشأ هذه الكبرى بعد اختصاص النصوص بخيار الحيوان وخيار الشرط في الجملة علي ما ربما يأتي التعرض له في محله.

نعم بناء علي ما سبق منا من أن موضوع الخيار صاحب الحيوان، لا خصوص المشتري، فلا يبعد التعدي عن مورد النصوص السابقة، والبناء علي ضمان المشتري للحيوان في الأيام الثلاثة إذا كان ثمناً. لأن المفهوم من النصوص بقاء الحيوان في مدة الخيار في عهدة من انتقل عنه بالبيع. ويأتي من سيدنا المصنف (قدس سره) التعرض لحكم الضمان في آخر الفصل الخامس في أحكام الخيار. وربما يأتي منا هناك تمام الكلام في ذلك.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب الخيار حديث: 5.

ص: 240

(مسألة 9): إذا طرأ عيب في الحيوان من غير تفريط من المشتري لم يمنع من الفسخ والرد (1)، وإن كان بتفريط منه سقط خياره (2).

(الثالث): خيار الشرط (3). والمراد به الخيار المجعول باشرطه في العقد

(1) الظاهر عدم الإشكال في ذلك. لأولويته من التلف ارتكازاً في كونه مضموناً علي البائع. وللتصريح في صحيح عبد الله بن سنان المتقدم بضمائه للحدث كالموت، والظاهر أن المراد من الحدث المرض ونحوه من العيوب. وهو مقتضى إطلاق الحدث في رسالة ابن رباط. وبعد كونه مضموناً علي البائع لا منشأ لمانعيته من الرد. بل قوله (عليه السلام) في صحيح عبد الله بن سنان: (حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري) كالصريح في عدم مسقطيته للخيار، فيتعين جواز الرد مع بقاء موضوعه، لعدم تلف الحيوان.

(2) أما عدم ضمان البائع له فلأنه مقتضى القاعدة بعد ما أشرنا إليه آنفاً من ملكية المشتري له بالعقد، وظهور قصور النصوص السابقة عنه، لأنها بصدد بيان بقاء الحيوان في عهدة البائع في مدة الخيار، لا سقوط حرمة المال، كي لا يضمن بالتفريط. وبذلك يظهر جريان ذلك في التلف في المسألة الأولى. وربما يكون عدم تنبيه سيدنا المصنف (قدس سره) لذلك لوضوحه.

وأما سقوط الخيار بذلك فلأن منصرف أدلة الخيار إرجاع كل من العوضين علي حاله، ولا مخرج عن ذلك إلا النصوص المتقدمة التي عرفت قصورها عن مورد الكلام.

أما إذا كان التفريط بحيث يستند العيب إلي فعل المشتري، فيدخل في الضابط الذي تقدم منا في المسألة الخامسة للتصرف المسقط للخيار. وتتمام الكلام في المسألة في فصل أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

(3) بلا خلاف، كما في التذكرة وعن الكفاية وغيرهما. ودعوي الإجماع في

فروعه - فضلاً عن أصله - متكررة في كلماتهم. وفي الجواهر: (بالضرورة بين علماء المذهب).

وقد استدل عليه غير واحد بعموم نفوذ الشروط المستفاد من النصوص الكثيرة المتضمنة أن المؤمنين أو المسلمين عند شروطهم (1).

وقد يستشكل فيه بمخالفته للكتاب المجيد، بلحاظ مخالفته لعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (2)، الذي تقدم دلالة علي عموم لزوم العقد.

وهو كما ترى، لأن تضمن العقد للشروط المذكور يمنع من منافاة الخيار الذي هو مقتضي الشرط لوجوب الوفاء بالعقد. نعم قد يتجه ذلك في اشتراط الخيار في عقد آخر بين المتشارطين غير الذي وقع فيه الشرط.

كما قد يتجه دعوي مخالفته للسنة الشريفة بلحاظ عموم اللزوم في البيع الذي تضمنته الأدلة، ومنها ما دل علي لزومه بمجرد الافتراق ومضي الأيام الثلاثة في الحيوان، حيث قد يدعي أن مقتضي إطلاقه العموم لصورة اشتراط الخيار، كما أشار له في المستند.

لكنه يندفع بأن العقد حيث كان مبنياً علي الإلزام والالتزام بين أطرافه فلزومه ارتكازاً راجع إلي لزومه في حق كل طرف بلحاظ منافاة فسخه لحق الطرف الآخر ومرجع ذلك إلي كون لزوم العقد حقياً. ولذا كانت العقود نوعاً ومنها البيع قابلة للفسخ بالتقاييل، من دون أن ينافي ذلك لزومها ارتكازاً. وحينئذ لا يكون اشتراط الخيار في العقد، أو في عقد آخر بين المتشارطين، منافياً للزوم العقد، لظهور أن لكل ذي حق التنازل عن حقه، والتصرف فيه بمقتضي سلطنته عليه.

نعم ما ثبت من العقود كون لزومه حكماً، لعدم مشروعية التقابل فيه

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب الخيار، ج: 15 باب: 20، 40 من أبواب المهور، ج: 16 باب: 4، 11 من أبواب المكاتبه وغيرها.

(2) سورة المائدة الآية: 1.

ص: 242

- كالكاح - يتجه عدم مشروعية شرط الخيار فيه، لمنافاته للزومه شرعاً.

وإلي هذا في الجملة يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) وبعض الأعظم (قدس سره)

في المقام، وذكره سيدنا المصنف (قدس سره) في المسألة الخامسة من كتاب الضمان من مستمسكه. فراجع.

هذا وقد استشكل في ذلك بعض مشايخنا (قدس سره) بدعوي: عدم الفرق بين الحق والحكم، وأن كلاهما حكم شرعي. غاية الأمر أن بعض الأحكام قد ثبت ارتفاعه في بعض الموارد برفع المكلف اليد عنه، من دون أن يوجب اختلافاً بينهما. ولزوم البيع كلزوم النكاح، ولذا ثبت الخيار فيهما معاً في بعض الموارد. وحينئذ لا بد من الاقتصار علي الموارد التي تثبت جوازاً رفع اليد فيها وعدم التعدي عنها. وقد ثبت جواز رفع اليد عن لزوم البيع بالتقاييل، ولا مجال للتعدي منه والبناء علي جواز رفع اليد عنه باشتراط الخيار، بل لا بد فيه من دليل خاص.

ويندفع بأن جعل الحق حكم شرعي، كسائر الأحكام الشرعية. أما نفس الحق فهو مباين للحكم، ونتيجة له، ويكون موضوعاً لسلطنة بملاك سلطنة الإنسان علي ماله. فالحكم شرعاً بثبوت حق الخيار في البيع مثلاً حكم شرعي كجواز الرجوع في الهبة. أما نفس حق الخيار فهو نتيجة للحكم شرعاً بثبوت، ويكون موضوعاً لسلطنة ذي الحق.

وبعبارة أخرى: نفوذ رجوع الواهب في هبته مثلاً حكم شرعي ابتدائي، وليس تابعاً لسلطنته، أما نفوذ رجوع الخيار في البيع فهو نتيجة سلطنته علي الحق المجعول له. ولذا كان له إسقاطه والمعاوضة عليه ارتكازاً، كما كان له إعماله، ولم يكن للواهب إسقاط الحكم بجواز الرجوع له في هبته، ولا المعاوضة عليه، لعدم كونه حقاً له، ليكون مسلطاً عليه. وكذلك لزوم النكاح، فإنه حكم شرعي ابتدائي لا مجال للتنازل عنه. أما لزوم البيع فإنه ثبت نتيجة لاستحقاق كل من الطرفين مضمون العقد علي الآخر، ولذا يكون لهما التنازل عنه بالتقاييل.

فالفرق بين الأمرين في المقام نظير الفرق بين الحكم بجواز النظر للمحارم وحرمة النظر للأجنبية، والحكم بجواز تصرف الإنسان في ماله وحرمة تصرف غيره فيه، حيث أن الأول حكم شرعي ابتدائي خارج عن سلطنة المكلف، والثاني متفرع علي ملكيته لماله وسلطنته عليه، فله رفع جواز التصرف له بتمليكه المال لغيره أو رهنه منه، ورفع حرمة تصرف غيره فيه بإذنه له فيه.

ويشهد بما ذكرنا أن جواز إسقاط الخيار ومشروعية الإقالة من الأمور الارتكازية التي يقدم عليها المتعاملان بطبعهما من دون حاجة للسؤال تبعاً لارتكاز سلطنتهما علي الحق الثابت لهما. ولذا لا إشكال ظاهراً في مشروعية الإقالة واشتراط الخيار في سائر العقود إلا ما ثبت عدم مشروعيته فيه كالنكاح، مع أن نصوصهما إنما وردت في البيع.

ولعله لذا لم يرد السؤال عن مشروعية الإقالة وإسقاط الخيار في النصوص، وإنما وردت النصوص في استحباب الإقالة، وفي عدم نفوذ رجوع أحد المتبايعين إلا برضا الآخر، وفي عدم جواز الإقالة بوضعية، ونحو ذلك مما يظهر منه المفروغية عن مشروعية الإقالة في نفسها.

بل لا يبعد ذلك في خيار الشرط، حيث يظهر من بعض نصوصه المفروغية عن جوازه، وإنما وردت لبيان حكم سقوطه بالتصرف، أو ضمان البائع للمبيع في مدة الخيار. وبعض النصوص وإن تضمنت السؤال عنه، إلا أنه ربما يكون منشأ السؤال فيها احتمال كون البيع فيه صورياً لا حقيقياً، أو احتمال الحرمة بلحاظ حاجة الشخص الذي يقوم ببيع الشرط، فيدخل في بيع المضطر الذي ورد النهي عنه في الجملة.

وأما ما ذكره (قدس سره) من أن ثبوت الخيار في بعض الموارد في البيع والنكاح معاً شاهد بأن اللزوم فيهما علي نهج واحد. فهو في غاية المنع، فإن جعل الشارع الأقدس حق الخيار في العقود المختلفة استثناء من عموم اللزوم فيها لا يمنع من اختلاف ملاك اللزوم فيها بالوجه الذي تقدم.

هذا وقد حاول بعض مشايخنا (قدس سره) تصحيح خيار الشرط بوجهين آخرين:

الأول: يبتني علي الاستدلال بعموم نفوذ الشرط. وذلك بلحاظ ما تقدم منه في مسقطات خيار المجلس عند الكلام في اشتراط عدم فسخ العقد من أن كل شرط في العقد يتضمن اشتراط الخيار بتخلفه، إذ عليه لو كان اشتراط الخيار منافياً للزوم العقد، بنحو يمنع من نفوذ الشرط، لم يبق لعموم نفوذ الشروط مورد. فلا بد من البناء علي عدم مانعية أدلة لزوم العقد من التمسك بعموم نفوذ الشروط لتصحيح اشتراط الخيار في العقد.

ويظهر الإشكال فيه مما سبق من أن الشرط إنما يقتضي إلزام المشروع عليه بالأمر المشروع، وأن ثبوت الخيار بتخلفه حكم عقلائي، وليس جزءاً من مضمون الشرط.

مع أنه لو كان جزءاً من مضمون الشرط فلا ينهض عموم نفوذ الشروط بنفوذه بناء علي ما سبق منه (قدس سره) هناك من اختصاص عموم نفوذ الشروط بالتكليف بفعل الشرط، ولذا يختص بشرط الفعل دون شرط النتيجة.

وكان المناسب له (قدس سره) أن يمنع من نهوض عموم نفوذ الشرط بتصحيح شرط الخيار بلحاظ مبناه المذكور حتي لو فرض عدم منافاته لعموم نفوذ العقد. مع أنه لم يشر لذلك.

الثاني: لا يبتني علي عموم نفوذ الشروط، وحاصله: أن مرجع اشتراط الخيار إلي تضيق دائرة مضمون العقد وتقييده بصورة عدم الفسخ، للتنافي بيت جعل الخيار وإنشاء المضمون العقدي بنحو الإطلاق، لأن إنشاء المضمون العقدي بنحو الإطلاق يقتضي ثبوته سواء تحقق الفسخ أم لم يتحقق، وجعل الخيار يقتضي عدم ثبوت المضمون العقدي مع الفسخ، وهما متنافيان.

ودعوي: أن تحديد المضمون العقدي في مثل البيع بزمان خاص أو حال خاص باطل قطعاً، فكيف يدعي تحديده في المقام بعدم الفسخ؟! مدفوعة بأن بطلانه إنما هو

لعدم جري العرف عليه في معاملاتهم، فتقتصر عنه أدلة النفوذ، أما التحديد بعدم الفسخ بسبب جعل الخيار فهو حيث كان شائعاً عند العرف يتعين شمول أدلة النفوذ له.

وحينئذ لا يكون اشتراط الخيار منافياً للكتاب، لأن قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)(1) إنما يقتضي نفوذ مضمونها ولزومه علي نحو ما جعل، والمفروض جعله مقيداً بعدم الفسخ، فلا تقتضي الآية الكريمة بقاءه بعد الفسخ.

كما لا يكون مخالفاً للسنة، لأن ما تضمن من النصوص مثلاً لزوم البيع بالافتراق إنما تقتضي لزومه علي نحو ما جعل، فإذا جعل مقيداً بعدم الفسخ لم تهض تلك النصوص بإثبات بقاءه بعد الفسخ.

لكنه يشكل أولاً: بأن إنشاء المضمون العقدي بنحو الإطلاق لا يرجع إلي إنشائه بنحو يبقي ويستمر، بل إلي أصل إيجاده، وبقاؤه إنما هو لأن مقتضي طبعه البقاء حتي يطرأ ما يرفعه، لا لأن مقتضي العقد بقاءه.

وعلي هذا يكون الفرق بين إطلاق المضمون العقدي وتقييده كما في الزوجية الدائمة والمنقطعة ليس بسعة المضمون وضيقة، بل إلي إبقاء الأول علي مقتضي طبعه لا يرتفع إلا برفع، كالطلاق، والخروج بالثاني عن مقتضي طبعه بتحديد أمد بقاءه.

(1) سورة المائدة الآية: 1.

ص: 246

إما لكل من المتعاقدين (1)، أو لأحدهما (2)

ولذا لا يكون حكم الشارع الأقدس بارتفاع المضمون العقدي برفع خاص - كالرضاع والطلاق الرافعين للزوجة - راجعاً ارتكازاً إلي عدم نفوذ العقد في بعض مضمونه، بل إلي ارتفاعه بعد ثبوته بنحو الإطلاق بسبب طروء المانع أو الرفع.

وعلي كل حال فسواءً كان الفرق بين الإطلاق والتقييد هو سعة الأول وتضييق الثاني أم ما ذكرنا، فارتفاع المضمون العقدي بالفسخ في مورد خيار الشرط لا يبتني علي انتهاء أمده، بل علي ارتفاعه - مع أن من شأنه البقاء - نتيجة إبطال العقد ورفع اليد عنه بالفسخ، لأن مفاد الفسخ هو إبطال العقد، لا إنهاء المضمون.

ولذا لو فرض مشروعية شرط الخيار في عقد النكاح لكان الفرق بينه وبين النكاح المنقطع في غاية الوضوح ارتكازاً. وحينئذ يكون اشتراط الخيار منافياً للزوم العقد الذي تضمنته الأدلة، وتعود شبهة مخالفته للكتاب المجيد والسنة الشريفة.

وثانياً: بأن مجرد كون فسخ المشرط للعقد موجباً لانتهاء أمد مضمونه لا يقتضي كون الخيار حقاً للمشرط، يقتضي سلطنته عليه بالمعاوضة عليه وإسقاطه، بل لازمه عدم ترتب الأثر علي إسقاطه، لظهور أن إسقاطه لا يوجب تبدل مضمون العقد، وصيرورته واسعاً بعد أن كان ضيقاً، فإن العقد لا ينقلب عما وقع عليه. مع أنه قابل للإسقاط قطعاً. والظاهر عدم الإشكال بينهم في إمكان المعاوضة عليه. وما ذلك إلا لكون حقاً للمشرط له السلطنة عليه علي نحو سلطنته علي ملكه.

ومن هنا لا يبعد انحصار الوجه في عموم عدم منافاة اشتراط الخيار لعموم لزوم العقد بما سبق من كون الزوم في العقد حقياً لا حكماً.

ومنه يظهر عدم اختصاص ذلك بالبيع، بل يجري في كل عقد لم يثبت عدم مشروعية الإقالة فيه. كما لا يفرق فيه بين اشتراط الخيار في نفس العقد المشتمل علي الشرط واشترائه في عقد آخر. كل ذلك لعموم نفوذ الشرط بعد عدم منافاته لعمومات نفوذ العقد. أما بناء علي أن الوجه فيه ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من الوجهين فهو يختص باشتراط الخيار في نفس العقد المشتمل علي الشرط، كما يظهر بملاحظتهما.

(1) الظاهر عدم الإشكال فيه بينهم، بل هو داخل في معاهد الإجماع ونفي الخلاف المتقدمين. والوجه فيه عموم نفوذ الشرط بالوجه المتقدم.

(2) الأمر فيه كما في سابقه. مضافاً إلي بعض النصوص الواردة في جعل الخيار للمشتري. كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام):
(أنه سئل عن الرجل يبتاع

الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط، فيعطي الربح في أهله. قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب علي نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب علي صاحبه إن رد عليه(1)، وغيره مما قد يأتي التعرض له. كما يأتي في المسألة الثانية عشرة ما يشهد بصحة شرط الخيار للبايع.

وقد يظهر من بعضهم أن منه معتبر أبي الجارود عن أحدهما (عليه السلام): (قال: إن بعت رجلاً علي شرط، فإن أتاك بمالك، وإلا فالبيع لك)(2). لكن الظاهر أن المراد بالشرط فيه شرط الأجل في الثمن. والخيار فيه خيار تخلف الشرط، لا خيار الشرط الذي هو محل الكلام، كما يظهر بأدني تأمل.

(1) أما مع عدم تعيين من له الخيار منهما فالمتعين بطلان الشرط، لعدم قابلية المردد للوجود الاعتباري، كما لا يقبل الوجود الحقيقي.

(2) كما صرح به جماعة، وهو مقتضى عموم معقد نفي الخلاف المحكي عن الكفاية، وفي التذكرة: (ذهب علمائنا أجمع إلي جوازه، وأنه يصح البيع والشرط). لكن النظر في كلماتهم يشهد بشدة اختلافهم في خصوصياته وآثاره بنحو قد يكون منشؤه عدم وضوح حقيقته عندهم.

والذي ينبغي أن يقال: العقد يبتني علي الإلزام والالتزام بين أطرافه، بنحو يقتضي بثبوت الاستحقاقات بينهم دون غيرهم ممن هو ليس طرفاً في العقد. والشرط الذي يتضمنه من جملة الالتزامات المبنية علي الاستحقاق، فلا يكون طرفه المستحق له والمستحق عليه إلا أحد أطراف العقد.

وحيث كان البيع قائماً بالمتبايعين فقط تعين عدم استحقاق غيرهما ما يتضمنه

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب الخيار حديث: 2.

من الخصوصيات المأخوذة في العقد، ومنها شرط الخيار، كما لا يكون مستحقاً عليه شيء منها.

هذا وقد حاول بعض مشايخنا (قدس سره) توجيه جعل الخيار للأجنبي مع ذلك بما سبق عنه توجيه خيار الشرط به من ابتناء شرط الخيار علي تضييق مضمون العقد وتقييده بعدم فسخ من له الخيار، حيث لا يفرق في ذلك بين فسخ أحد المتعاقدين وفسخ الأجنبي.

لكن سبق المنع من رجوع الشرط لتضييق المضمون. وأنه لو رجع إليه لم يقتض كون الخيار حقاً للفاسخ. والحاصل أنه لا مخرج عما ذكرنا من عدم صحة شرط الخيار للأجنبي، بحيث يكون حقاً له كما يكون حقاً للمتبايعين.

غاية الأمر أنه يمكن أن يكون إعمال الخيار المشترط لهما أو لأحدهما بالفسخ منوطاً بالأجنبي، حيث لا مانع من ذلك بعد عموم نفوذ الشرط. لكن من دون أن يستحق الأجنبي الخيار، بحيث يكون له إسقاطه والمعاوضة عليه، وينتقل منه لو مات لوارثه، ونحو ذلك مما هو من شؤون الملكية والاستحقاق، بل كل ذلك لمستحق الخيار من المتبايعين.

كما يمكن جعل الخيار للمتبايعين أو لأحدهما علي أن يكون الأجنبي مسلطاً علي إسقاطه، لا بملاك إسقاط صاحب الخيار لحقه، بل لاشتراط بقاء الخيار المجمعول لأحد المتبايعين أو كليهما بعدم إسقاطه، فيكون الأجنبي قادراً علي إسقاط الخيار بمقتضي الشرط المذكور، وصاحب الخيار مسلطاً علي إسقاطه بمقتضي كونه حقاً له. وأيهما سبق سقط الخيار.

ثم إن جعل الخيار للأجنبي بأحد هذين النحويين يكون تارة: للاهتمام برضاه ورغبته، حباً له، أو دفعاً لمشاكل مخالفة رغبته، كما لو بيع العبد واشترط الخيار له، أو بيعت الدار واشترط الخيار للجار. وأخري: للاهتمام بنظره وحسن اختياره لمن له الخيار استنصاحاً له وثقة به.

ولا ينبغي الإشكال في تبعية اختياره في الصورة الأولى لصالحه ورغبته، دون صلاح ورغبة من له الخيار من المتبايعين. وحينئذٍ قد يتسنى لأحد المتبايعين أو لكليهما أو لثالث إقناعه بإعمال الخيار بالفسخ، أو بإسقاطه الخيار في فرض اشتراط سقوطه بإسقاطه ولو ببذل شيء من المال له. وحينئذٍ يستحق المال جعالة أو مصالحة في مقابل عمله المذكور، لا بلحاظ استحقاق الخيار. ويترتب الأثر علي عمله بمقتضى إطلاق شرط الخيار المذكور، لفرض عدم أخذ صلاح صاحب الخيار من المتبايعين في شرط الخيار.

أما في الثانية فعقد البيع المتضمن لشرط الخيار بالنحو المذكور لا يكون ملزماً للأجنبي بمراعاة صلاح من له الخيار من المتبايعين. لما سبق من أن العقد لا يكون ملزماً لغير أطرافه. نعم قد يكون ذلك راجحاً في حقه، أو ملزماً، بملاك إعانة المؤمن والنصيحة له ونحو ذلك مما لا يكون الخروج عنه موجباً لبطلان التصرف.

وحينئذٍ ينفذ تصرفه بالفسخ أو الإسقاط وإن لم ينظر لصاحب الخيار ولم يتحرر مصلحته تسامحاً، أو بسبب إغراء الطرف الآخر له أو الأجنبي بالمال أو نحوه، كما في الصورة السابقة.

نعم إذا لم يكن النظر لصاحب الخيار وتحري مصلحته داعياً مجرداً في إيكال أعمال الخيار له ثقة به، بل قيماً في أعمال الخيار المشروط تعين عدم نفوذ تصرفه مع خروجه فيه عن ذلك.

وفي جميع الصور يحق لصاحب الخيار المذكور من المتبايعين إسقاط الخيار أو المعاوضة عنه، لأنه هو المستحق له. ومجرد إيكال أعماله للأجنبي أو اشتراط سقوطه بإسقاطه لا يمنع من سلطنته عليه.

هذا ما تيسر لنا في بيان حقيقة الخيار المجعول للأجنبي وآثاره ولوازمه. ولا يسعنا استقصاء كلمات الأصحاب في المقام، لشدة اختلافها واضطرابها. وربما يكون الملحوظ لكل منهم شيئاً مما ذكرنا وتعميمه، مع الغفلة عن الباقي وعن لوازمه، كم

(مسألة 10): لا يتقدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه ما يشاء من مدة قصيرة أو طويلة (1)، متصلة بالعقد أو منفصلة عنه (2).

نعم

قد يتضح ذلك بملاحظة كلماتهم ومقارنتها بما سبق. وإن كان الأمر غير مهم لمن يستوضح ما ذكرنا.

(1) كما صرح به غير واحد، وادعي الإجماع عليه في الانتصار والتذكرة وظاهر الغنية، وفي الخلاف: (عليه إجماع الفرقة، وأخبارهم متواترة بها). ولعله يريد بالأخبار الأخبار الواردة في الخيار برد الثمن، والتي يأتي التعرض لها في المسألة الثانية عشرة إن شاء الله تعالى. وإن كان الظاهر عدم بلوغها حد التواتر. والعمدة في وجه العموم المذكور عموم نفوذ الشروط.

لكن قال في مفتاح الكرامة: (إلا أن يعلم بعدم بقائها إليها، فإنه يحتمل البطلان، للزوم التعطيل، والصحة، لأن الأجل مضبوط والخيار موروث). وكأن لزوم التعطيل بلحاظ ابتناء جعل الخيار علي عدم التصرف بالعين تصرفاً يوجب اختلاف الرغبة فيها. وهو - لو تم - ليس محذوراً يخرج به عن عموم نفوذ الشروط، كما لعله ظاهر.

(2) قال في الجواهر: (كما هو صريح بعض وظاهر إطلاق آخرين. للعموم). وقال في التذكرة: (الأقرب عندي أنه لا يشترط اتصال مدة الخيار بالعقد).

ويظهر منه وجود شبهة تمنع منه. وهو صريح القواعد، حيث صرح بالتردد، لأن العقد اللازم لا ينقلب جائزاً، وهو مصادرة. مع أنه ينتقض بخيار التأخير وخيار تخلف الشرط.

وقال في المسالك بعد التصريح بجواز الانفصال: (وفي جواز جعلها متفرقة وجهان أجودهما ذلك). وقد يظهر منه أيضاً وجود شبهة تمنع منه. بل هو كالصريح مما في الدروس من احتمال الجواز قال في الجواهر: (ولعله لاستظهار الاتحاد من

لا بد من تقديرها بقدر معين وتعيين مبدئها، فلا يجوز جعل الخيار بلا مدة (1)،

الإطلاق. وفيه منع واضح).

لكن المراد من الاتحاد إن كان هو اتحاد الحق، تبعاً لوحدة الشرط، فهو - لو تم

لا ينافي تعدد زمان الخيار المستحق. وإن كان هو اتحاد زمان الخيار الراجع لاتصال أجزائه، فلا منشأ لتوهم اعتباره.

(1) جعل الخيار بلا مدة يمكن أن يقع علي وجوه:

الأول: أن يراد به بقاؤه مدة مبهمه. والظاهر بطلانه، كما عن جماعة. وهو مقتضي ما في المبسوط والتذكرة والمختلف من بطلان البيع به، وحكاه في المختلف عن السيد المرتضي، وإن حكي عن انتصاره ما يأتي. والوجه فيه ما أشرنا إليه عند الكلام في لزوم تعيين من له الخيار من أنه لا وجود للأمر المردد، اعتبارياً كان أو حقيقياً.

وفي المقنعة والانتصار والخلاف وجواهر القاضي والغنية وعن الكافي أنه يصح، ويكون ثلاثة أيام. وقد يظهر من الدروس الميل إليه، وفي الانتصار أنه من متفردات الإمامية، وفي جواهر القاضي وظاهر الغنية دعوي الإجماع عليه، وفي الخلاف أن عليه إجماع الفرقة أخبارهم.

لكن صرح غير واحد بعدم وجود خبر به، ولم يثبت الشيخ نفسه في التهذيبين شيئاً منها. ولعله لذا حمل في التذكرة كلام الشيخ علي خيار الحيوان.

نعم قال في الجواهر: (إرسال الشيخ الأخبار المزبورة لا- تقصر عن المراسيل في كتب الحديث، التي من المعلوم عدم بنائها علي الاستقصاء التام... فهي حينئذ مع الإجماعات المزبورة كافية في اثبات المطلوب... بل جزم به العلامة الطباطبائي في مصابيح. وهو لا يخلو من قوة). وسبقه إلي هذا في مفتاح الكرامة.

لكن لم يتضح كون مراد الشيخ من الأخبار أخباراً دالة علي التحديد بذلك تبعداً، بل قد يكون مراده بها الأخبار المتضمنة نفوذ الشرط عموماً، ونصوص خيار

الشرط، بضميمة ما في الانتصار والغنية من أن هذه المدة هي المدة المعهودة في الشريعة للخيار، فيحمل الإطلاق علي المعهود. وذلك راجع إلي تشخيص مقتضي الإطلاق نتيجة القرينة العامة، الذي لو تم فلا إشكال في الحكم.

وقد يكون ذلك هو المنشأ لدعوي الإجماع، حيث يشيع عند القدماء دعواه علي الحكم بلحاظ الإجماع علي منشئه. وحتى الأخبار قد يدعي ورودها في خصوص مورد بلحاظ ورودها في كبري تشمله بنظر المدعي.

ومن هنا يلزم النظر في الدعوي المذكورة. وهي غير ظاهرة، إذ لم يرد تحديد الخيار بثلاثة أيام إلا في خيار الحيوان، وليس هو من الشيع والظهور بحدّ ينهض بالقرينية علي تشخيص مقتضي الإطلاق عند العرف. ولا سيما بعدما سبق من الشيخ نفسه في المبسوط وعن السيد المرتضي من بطلان العقد بالشرط المذكور. ومن هنا لا مخرج عما سبق.

الثاني: أن يراد به بقاء الخيار مدة العمر، بحيث يلزم بعد الموت، ولا يثبت للوارث. ولا يبعد خروجه عن مورد كلامهم، لأن ما سبق من الكلام في حمله علي ثلاثة أيام وعدمه فرع العلم بعدم إرادة الاستمرار.

نعم يشمله استدلالهم علي البطلان فيما يأتي من فرض جعل المدة غير مضبوطة، لظهور عدم انضباط مدة العمر. ويأتي الكلام في الاستدلال المذكور إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن يراد به بقاء الخيار أبداً، بحيث يبقى حتي في حق الوارث. وهو كالصورة السابقة في الخروج عن مورد كلامهم. كما أن الظاهر قصور استدلالهم المشار إليه آنفاً عنه، خلافاً لما يظهر من بعض الأعظم (قدس سره). لظهور أنه لا جهل بحال الخيار المجعول ولا بمقداره بعد فرض جعله بنحو الاستمرار المطلق.

نعم ذكر بعض الأعظم (قدس سره) وجهاً آخر للمنع منه. قال في منية المرید: (بل يمكن أن يقال: إن جعله أبداً يبطل من جهة أخرى أيضاً، وهي منافاته لمقتضي العقد،

فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامي هو التزام كل من المتبايعين بما أنشأه، فلو لم يلتزم به في مقدار من الزمان فهو ينافي إطلاقه، ولا بأس به. وأما لو لم يلتزم به أبداً فهو ينافي مقتضاه ويفسد).

وفيه: أنه لم يتضح أخذ ذلك في مقتضي العقد ومفاده، بل مقتضاه ليس إلا الالتزام بمضمونه، من معاوضة، أو تملك مجاني، أو نكاح، أو غير ذلك. والفسخ رجوع عن الالتزام المذكور ينافي الوفاء به سواء كان مشروعاً أم لم يكن.

نعم العقد بطبعه يقتضي الجري عليه والوفاء به وعدم الرجوع فيه مطلقاً. إلا أنه يمكن رفع اليد عن ذلك بحكم الشارع بجواز العقد، أو بجعله الخيار فيه، أو ببناء المتعاقدين، لتقايلهما أو باشتراطهما الخيار. من دون أن ينافي ذلك أصل العقد ومقتضاه.

وكما لا تكون مشروعية الإقالة بنحو الإطلاق والاستمرار منافية لمقتضي العقد لا يكون اشتراطهما الخيار بنحو الإطلاق والاستمرار منافياً له، خصوصاً بناء علي ما سبق منه ومنا من أن مشروعية شرط الخيار بسبب كون اللزوم حقياً يشترط معه التقايل.

ويزيد في توضيح ذلك أن الشارع الأقدس لو حكم بجواز الرجوع في عقد ما بنحو الإطلاق والاستمرار، فلا إشكال في أن الحكم المذكور علي خلاف مقتضي طبع العقد، إلا أنه لا يظن بأحد دعوي أنه علي خلاف مقتضي العقد ومفاده، نظير ما لو حكم بوقوع الهبة بيعاً بثمن لم يذكره المتعاقدان، أو وقوع البيع هبة للمبيع مجاناً وبدون الثمن الذي ذكره المتعاقدان.

وبالجملة: الشرط المنافي لمقتضي العقد هو المنافي لمضمونه ومفاده، بحيث يكون القصد إليهما معاً من القصد للمتبايعين الراجع للقصد للمتناقضين، وليس شرط الخيار بنحو الإطلاق في العقد كذلك قطعاً، كما ذكر ذلك في الجملة بعض

مشايخنا (قدس سره).

ولا جعله مدة غير محدودة قابلة للزيادة والتقصان، مثل مجيء الحاج (1)،

(1) قولاً واحداً، كما في الجواهر، وصرح شيخنا الأعظم (قدس سره) بعدم الخلاف فيه، وفي مفتاح الكرامة ومحكي المقابس بالإجماع عليه. ويظهر من خلافهم في بطلان العقد به المفروغية عن بطلان الشرط. والمذكور في كلماتهم الاستدلال عليه بالغرر.

ودعوي: أن النهي في المقام عن بيع الغرر، والغرر في المقام إنما يكون في الشرط، لا- في البيع. ويظهر من كلماتهم في الشروط عدم وضوح التلازم بين اعتبار العلم في البيع واعتباره في الشرط.

مدفوعة بأنه لو سلم عدم عموم سرية الغرر من الشرط للبيع، بلحاظ أن للشرط دخلاً في الرغبة فيه، إلا أنه لا بد من البناء علي سريته في المقام مما كان فيه الشرط من شؤون العقد، لتعرض البيع بالخيار للفسخ الراجع لأثره. هذا غاية ما يمكن أن يوجه به الاستدلال المذكور.

لكنه يشكل أولاً: بما سبق منا عند الكلام في اعتبار العلم بقدر العوضين من عدم نهوض حديث الغرر بإثبات اعتبار العلم بقدرهما، فضلاً عن إثبات اعتبار العلم بغيرهما من متعلقات العقد، كالأمر المشروط في المقام بحيث يلزم تحديده بالوجه المدعي.

وثانياً: أن مبني اقتضاء النهي عن الغرر اعتبار العلم هو حمل الغرر علي الخطر ولو بلحاظ بعض مراتب المالية، حيث يستلزم ذلك اعتبار العلم بكل ماله دخل في زيادة المالية ونقصها في العوضين من المقادير والصفات. وذلك لا يستلزم ذلك اعتبار الضبط في المدة بالإضافة إلي الأعمال التي تكون طرفاً في المعاوضة - كما في الإجارة

فضلاً عن الشروط، إذ كثيراً ما يكون الموسم دخيلاً في قيمة العمل، دون الوقت. بل قد ينحصر الأمر بذلك.

مثلاً إذا كان السفر للحج في القافلة الأولى أفضل للحاج وأعلي قيمة، وكان

تحديد مسير القافلة الأولى تابعاً لقرار الدولة، يكون الدخيل في مالية العمل المستأجر عليه هو قرار الدولة المجهول الوقت ويكون التحديد به أدخل في المالية من التحديد بالوقت المنضبط، كالיום والشهر. بل قد يتعذر التحديد بالثاني، لعدم إحراز القدرة علي مراعاته.

وإذا أمكن ذلك في العمل الذي يكون طرفاً في المعاوضة - كالعمل المستأجر عليه - أمكن في المقام. كما لو كان غرض المشتري من شرط الخيار استشارة خبير يوم يمر في سفره ببلد المشتري، ولا يعرف ذلك اليوم بعينه، وكان البايع لا يرضي باشتراط الخيار مدة طويلة. ومن هنا لا مجال لإناطة رفع الغرر بتحديد المدة بيوم أو شهر معينين، بل يختلف ذلك باختلاف الموارد.

هذا شيخنا الأعظم (قدس سره) بعد أن استدل علي بطلان بصيرورة المعاملة بذلك غررية قال: (ولا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات، وإقدام العقلاء عليه أحياناً، فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك، إذ كثيراً ما يتفق التشاح في هذه الساعة والساعتين من زمان الخيار، فضلاً عن اليوم واليومين) وقد يوجد نظير ذلك في كلام غيره.

لكن الظاهر أن الأحكام التي أشار فيها في الموارد المتفرقة بتبني عندهم علي كبري النهي عن الغرر، مع البناء منهم علي أن عدم انضباط المدة باليوم والشهر ونحوهما مستلزم للغرر، لا لورود النصوص الخاصة فيها، فمع ظهور بطلان منشأ بنائهم كيف يمكن استفادة القاعدة العامة من تلك الموارد؟!.

نعم ورد في السلف جملة من النصوص تتضمن اعتبار كون الأجل معلوماً، خصوصاً موثق غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلي أجل معلوم. ولا تسلمه إلي دياس أو حصاد)⁽¹⁾. وربما تكون هذه النصوص منشأ لتأكيد عموم النهي عن الغرر في نفوس قدماء الأصحاب

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 3 من أبواب السلف حديث: 5.

ص: 256

بحيث يقتضي ضبط المدة شرعاً، وأكد ذلك في نفوس المتأخرين تخيل بلوغ ذلك منهم حد الإجماع الحجة، فاستوضحوا العموم بهذا النحو.

وقد يرجع إلي ذلك ما حكاه شيخنا الأعظم (قدس سره) عن بعض الأساطين من قوله: (إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف).

لكن من المعلوم اختصاص بيع السلف ببعض الأحكام التعبدية، وعدم صلوح مورد واحد لاستفادة القاعدة الكلية. فلم يبق إلا الغرر الذي عرفت الإشكال في التعويل عليه كبروياً وصغروباً.

ولاسيما بعد ما سبق عند الكلام في اعتبار القدرة علي التسليم من دلالة النصوص الكثيرة علي الاكتفاء بإحراز سلامة بعض المبيع، وما تقدم عند الكلام في اعتبار العلم بقدر العوضين من دلالة النصوص علي جواز بيع الصبرة كل كر بكذا، وجواز البيع بحكم المشتري في تعيين الثمن.

مضافاً إلي أن ما ذكرناه في القوافل لا يختص بعصورنا، بل هو سابق من صدر الإسلام، فإن سير القوافل وتحديد أوقاتها إن لم يكن خاضعاً للدولة، فلا إشكال في أن كثيراً ما يتوقف علي أمور لا يتيسر ضبطها باليوم. كما أن مدة قطع الطريق كذلك. فلو لم يكن التحديد بالوجه غير الدقيق مشروعاً لظهر وبان، ولكثرت الأسئلة عن حلّ هذه المشكلة، مع أنه ليس لذلك في النصوص عين ولا أثر. فكيف يمكن مع ذلك استفادة القاعدة الكلية من نصوص بيع السلف، والخروج عن عموم نفوذ العقود والشروط في المقام. خصوصاً مع ما أشرنا إليه آنفاً من عدم وضوح التلازم بين العوضين والشرط في مانعية الغرر عندهم. بل ملاحظة كلماتهم في الشروط تشهد باضطرابها، كما أشار إلي ذلك شيخنا الأعظم (قدس سره) في مباحث الشروط.

ولا جعله شهراً مردداً بين الشهور (1)، وإلا بطل العقد (2). نعم إذا أطلق

(1) إن أريد به ترديده واقعاً وثبوتاً فالوجه في امتناعه ما تقدم في وجه امتناع جعله مدة مبهمه من امتناع التردد في الأمور الاعتبارية - كحق الخيار - كامتناعه في الأمور الحقيقية.

وإن أريد به تردده ظاهراً وفي مقام الإثبات - كما لو اشترط الخيار في الشهر الذي يأتي فيه زيد من السفر - فالكلام فيه هو الكلام المتقدم في مثل جعله إلي مجيء الحاج.

(2) كما في الشرايع والتذكرة والقواعد وغيرها. وهو ظاهر بناء علي إفساد الشرط الفاسد للعقد. أما بناء علي عدم ثبوت العموم المذكور - كما هو الظاهر - فلأن منشأ فساد الشرط في أكثر فروض المقام عندهم لما كان هو الغرر فهو يسري للعقد، إما لما تكرر في كلماتهم من أن للشرط قسطاً من الثمن، وإما لما أشرنا إليه آنفاً من أن للشرط دخلاً في الرغبة في العوضين، فمع فرض لزوم العلم بكل ماله دخل في الرغبة فيهما دفعا للغرر يتعين بطلان العقد بجهالة الشرط، وإما لما سبق منا أخيراً من أن الشرط حيث كان في المقام من شؤون العقد، لدخله في لزومه وجوازه يتعين سريان الغرر منه للعقد. فلاحظ.

وأما الموارد التي يكون منشأ بطلان الشرط فيها التردد دون الغرر فينحصر وجه بطلان العقد فيها بالبناء علي إفساد الشرط الفاسد للعقد، وحيث سبق عدم ثبوت ذلك فيحتاج فساد العقد فيها للدليل.

اللهم إلا أن يقال: لما كان العقد مبتنياً علي الشرط ومرتبطاً به فدليل نفوذ العقد ولزوم الوفاء به يقصر عن صورة بطلان الشرط وعدم وجوب الوفاء به، وحينئذ يكون مقتضي الأصل عدم نفوذ العقد مجرداً عن الشرط، خرج من ذلك ما إذا كان الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، حيث دلت النصوص علي صحة العقد وعدم مبطلية الشرط الفاسد له. ولعله من أجل الردع عن الاشتراط، وبيان عدم ترتب

الشهر كان الظاهر منه المتصل بالعقد (1)، وكذا الحكم في غير الشهر من السنة أو الأسبوع أو نحوهما.

(مسألة 11): لا يجوز اشتراط الخيار في الإقاعات (2)،

الأثر عليه. ويبقى العقد المشتتمل علي الشرط الباطل ذاتاً بسبب التردد داخلًا تحت الأصل المتقدم، ولا دليل فيه مخرج عنه. وربما يأتي في مباحث الشروط ما ينفع في المقام. فلاحظ.

(1) بلا إشكال. وعليه بيتني اتصال الأيام الثلاثة في خيار الحيوان في العقد. وكأن الوجه فيه أن ارتكاز بطلان التردد، واختلاف الرغبات باختلاف الزمن ملزمان عرفاً بتحديد الزمن المطلوب، بإطلاقه من دون تعيين وتحديد يوجب الانصراف إلي أول أزمنا انطباق العنوان المجعول فيه من اليوم والشهر وغيرهما.

(2) قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (أما الإقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّي في السرائر علي عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود). ويشهد به في الجملة تصريح غير واحد بعدم دخوله في بعضها كالطلاق والعتق والإبراء. بل في السرائر نفي الخلاف في عدم دخوله في الأولين، وفي المبسوط دعوي الإجماع علي ذلك، وفي المسالك دعوي الاتفاق علي عدم دخوله في العتق والإبراء.

وكيف كان فالكلام في مقامين:

المقام الأول: في شمول عموم نفوذ الشروط للإقاعات. والظاهر قصور العموم المذكور عنها، لأنه لم يتضمن نفوذ الشرط علي الإطلاق، نظير نفوذ الوقف المستفاد من مثل قوله (عليه السلام) في مكاتبة الصفار: (الوقوف تكون علي حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله) (1)، بل نفوذه علي من شرطه علي نفسه.

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 2 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: 1.

لظهور أن مفاد مثل قولهم (عليه السلام): (المسلمون عند شروطهم) هو إلزام المشروط عليه بالجري علي مقتضي الشرط الذي جعله علي نفسه وتنفيذه، فهو يتضمن التضييق علي المشروط عليه وإلزامه بما جعله علي نفسه، لا التوسعة علي المشروط له باستحقاق لشرطه وجواز انتفاعه به، كما هو الحال لو قيل: المسلمون لهم شرطهم، أو هم في سعة ما اشترطوا.

كما أن المنساق من تلك الأدلة أن نفوذه علي المشروط عليه للمشروط له بلحاظ كون المشروط له قد اشترطه عليه، والتزم معه به مبنياً علي الالتزام الآخر، بحيث يكون الشرط متنسباً للمشروط له والمشروط عليه بلحاظ التزامهما به معاً مبنياً علي الالتزام الآخر.

كما يناسبه ما في بعض النصوص من نسبة الشرط للمشروط له، مثل قوله (عليه السلام):

(من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز علي الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل) (1) وقوله (عليه السلام): (فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله (صلي الله عليه وآله وسلّم) قال: المؤمنون عند شروطهم) (2) ، وقوله (عليه السلام): (فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم) (3) ، وقوله (عليه السلام) في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبه: (إن الناس كانوا لا- يشترطون، وهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم. فان كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع) (4) ، ونحوها غيرها.

وهو المناسب لما سبق عند الكلام في مثل اشتراط عدم الفسخ من أن مفاد أدلة الشروط ليس مجرد وجوب العمل علي الشرط تكليفاً، بل ثبوت الحق للمشروط له، لابتناء الشروط - كالعقود - علي الالتزام باستحقاق الأمر المشروط، لابتناء المعاملات

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 20 من أبواب المهور حديث: 4.

(3) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 40 من أبواب المهور حديث: 2.

(4) وسائل الشيعة ج: 16 باب: 4 من أبواب المكاتب حديث: 3.

ص: 260

عموماً علي تبادل الحقوق وتقابلها، بحيث يلتزم كل طرف بثبوت الحق عليه للطرف الآخر في مقابل التزام الطرف الآخر بثبوت حق عليه له.

والحاصل: أن الشرط وإن كان هو الالتزام المبتني علي التزام آخر، فيصدق بالتزام شخص واحد بالشيء علي النحو المذكور، إلا أن المنساق من أدلة نفوذه - ولو

بضميمة المرتكزات العرفية - فرض انتسابه للمشروط له والمشروط عليه، بحيث يكون نفوذه علي المشروط عليه مبتنياً علي استحقاق المشروط له بسبب كونه طرفاً في الاشتراط، نظير استحقاق طرفي العقد لمضمونه.

وحيث لا مجال لصحة الشرط ونفوذه في الإيقاع، لأن الموقع إن اشترط أمراً له كما لو طلق المرأة واشترط له عليها أن تخدمه، فعموم نفوذ الشرط لا ينطبق عليه، لأنه لم يشترط علي نفسه، بل لنفسه. كما لا ينطبق علي المشروط عليه، كالمرأة في المثال،

لأنه أجنبي عن الإيقاع، ولم يشترط علي نفسه شيئاً، بل اشترط عليه اعتباطاً من دون أن يقرّ الشرط. بل حتي لو قبل به فهو بالإضافة إليه التزام ابتدائي وليس شرطاً له، لعدم التزامه بالأمر المشروط فيه كالطلاق في المثال بل هو أجنبي عنه.

وإن اشترط أمراً عليه، كما لو طلق المرأة واشترط علي نفسه أن يمتعها بقدر من المال، فهو وإن كان مشروطاً عليه، إلا أن الطرف المشروط له لم يشترط لنفسه لينتسب الشرط له. وحتى لو قبل به فهو بالإضافة إليه شرط ابتدائي، لأن التزامه به لا يبتني علي التزامه بالأمر المشروط فيه، كالطلاق بعد كونه أجنبياً عنه لا يكون تابعاً لالتزامه، بل لالتزام الموقع لا غير.

ويزيد في وضوح ما ذكرنا أنه لو بني علي عموم نفوذ الشرط ولو لم ينتسب للطرفين لزم نفوذ الشرط في الوعد. كما لو وعد زيد عمراً بأن يزوره، واشترط في الوعد بالزيارة تقديم هدية من أحد الشخصين للآخر، لأن عدم وجوب القيام بالأمر الموعود به، تبعاً لعدم نفوذ الوعد، وعدم وجوب الوفاء به، لا يمنع من وجوب الأمر المشروط علي أحد الطرفين لو تم عموم نفوذ الشرط، ووجوب الوفاء به بنحو يعم ذلك.

أما قياس ذلك بالشرط بعد فسخ العقد، حيث لا يجب القيام به، تبعاً لعدم وجوب القيام بمضمون العقد.

فهو في غير محله. لأن فسخ العقد راجع إلي رفع اليد عن تمام مضمونه بما في ذلك الشرط الذي يتضمنه، فمع فرض نفوذ الفسخ يتعين بطلان الشرط كالعقد. أما في المقام فالمفروض ثبوت كل من الوعد والشرط وعدم بطلانه، ولا محذور في التفكيك بينهما في اللزوم وعدمه، تبعاً لوجود الدليل علي نفوذ أحدهما ولزومه دون الآخر.

وقد جري علي ما ذكرنا في الجملة بعض مشايخنا (قدس سره) كما يظهر بمراجعة كلامه. كما تعرض غير واحد لوجوه آخر وقع الكلام في تماميتها وعدمها لا يسعنا التعرض لها بعد وفاء ما ذكرنا بالمطلوب.

نعم ما ذكرنا إنما يقتضي قصور عموم نفوذ الشرط عن الإيقاع. ولا ينافي إمكان نفوذه ثبوتاً، بحيث يمكن أن يدل عليه الدليل في خصوص بعض الموارد، كما لعله ظاهر.

المقام الثاني: في نفوذ شرط الخيار بالخصوص في الإيقاعات حتي لو فرض عموم نفوذ الشروط لها. ويظهر الحال فيه مما تقدم في وجه مشروعية شرط الخيار في العقود. حيث سبق أنه قد يستشكل فيه بمنافاته لما دلّ علي لزوم العقد في نفسه، فيكون شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة. وتقدم أنه إنما ينافيه إذا كان لزوم العقد حكماً، لعدم سلطنة المتعاقدين علي الحكم الشرعي ورفع اليد عنه بالشرط. أما إذا كان لزوم العقد حقياً لمشروعية التقايل فيه، فيكون تحت سلطنة المتعاقدين، فكما يكون لهما رفع اليد عن حقهما بالتقايل يكون لهما رفع اليد عنه بشرط الخيار.

فإن مقتضى ذلك عدم نفوذ شرط الخيار في الإيقاع، لظهور أن لزومه حكمي تابع لحكم الشارع الأقدس به ابتداءً، لا بلحاظ استحقاق أحد لبقائه، ليتمكن التنازل عنه بالتقايل ويشرع فيه شرط الخيار، فبقاء الطلاق مثلاً ليس حقاً للمطلق، ليتمكن

كالطلاق والعتق، ولا في العقود الجائزة (1)، كالوديعة. ويجوز اشتراطه في

تنازله عنه بشرط الخيار. وأما جواز الرجوع فيه فهو لا يستلزم كون بقائه حقاً له، لإمكان تسليط الشارع المكلف علي رفع ما لا يكون بقاؤه حقاً، كتسليط الزوج علي الطلاق للرافع للنكاح مع كون لزوم عقد النكاح حكماً.

ويزيد في وضوح ما ذكرنا أنه لو أمكن اشتراط الخيار في الإيقاع حين إنشائه أمكن اشتراط الخيار فيه في ضمن عقد آخر. بل هو أولي بالنفوذ، لعدم جريان ما تقدم في المقام الأول فيه. مع أنه لا يظن بأحد البناء علي ذلك. وإلي هذا في الجملة يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) في المقام، كما يظهر بملاحظة كلامه.

وكان ارتكازية ما ذكرناه في المقامين هي المنشأ لظهور مفروغية الأصحاب عن عدم مشروعية شرط الخيار في الإيقاعات. من دون أن يرجع ذلك منهم إلي إجماع تعبدية يكون حجة في المقام، كما قد يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره). لعدم تحرير المسألة إلا في كلام قليل منهم، وعدم ورود نصوص بها، ليعرف بها رأي قدمائهم ممن كانت تعرف فتاواه من طريق رواياته، وعدم وضوح سيرة للمشرعة فيها، كي يمكن إحراز اتصالها بعصور الأئمة (صلوات الله عليهم)، ويُعرف بسببها حكمهم (عليهم السلام).

(1) كما يظهر من التذكرة والمختلف، وصرح به في جامع المقاصد والمسالك، وحكي عن التحرير وغاية المرام. وعلل في كلامهم بما يرجع إلي لغوية الشرط بعد جواز الرجوع فيها علي كل حال.

لكن صرح في المبسوط والمهذب والسرائر بجريانه في الجملة في جملة من العقود الجائزة. قال في مفتاح الكرامة: (واستندوا في ذلك إلي جواز هذه العقود. وهو يقتضي جريانه في كل عقد جائز).

ومن الظاهر أن الاستدلال المذكور يرجع إلي عدم منافاة الشرط لمقتضي العقد. وهو راجع إلي عدم المانع من صحة الشرط، فلا ينافي لغوية الشرط، لعدم ترتب الأثر

عليه.

نعم في مفتاح الكرامة: (والتأثير غير ملتزم في الشروط، فإن منها ما هو مؤكد لمقتضي العقد). لكن المؤكد لمقتضي العقد إن ترتب عليه شيء من الأثر - كثبوت الخيار بتخلفه - دخل في دليل نفوذ الشرط. وإن لم يترتب عليه شيء من الأثر - كما في مثل المقام - فهو وإن كان لا يبطل العقد، إلا أنه لا يدخل في عموم أدلة النفوذ، لعدم الموضوع للنفوذ فيه بعد فرض عدم الأثر له.

وبذلك يظهر أن عدم جواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة إنما هو بمعنى عدم ترتب الأثر لاشتراطه، لا بمعنى لزوم محذور منه.

(1) كما هو مقتضي ما سبق منا عند الكلام في توجيه عدم منافاة اشتراط الخيار للزوم العقد من أن لزوم العقد نوعاً ليس حكماً، ليتعذر رفع اليد عنه بالشرط المذكور، بل هو حقي بلحاظ منافاة الرجوع في العقد وفسخه من أحد الطرفين لحق الطرف الآخر وسلطنته علي نفسه أو علي ماله، ولذا تشرع فيه الإقالة. وحينئذ يجوز لكل منهما التصرف في حقه والتنازل عنه باشتراط الخيار للآخر، من دون أن ينافي ذلك لزوم العقد. ومقتضي عموم نفوذ الشروط نفوذ الشرط المذكور.

(2) بلا- خلاف، كما في الخلاف، وإجمالاً، كما في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك. قال في جامع المقاصد: (ولأنه ليس عقد معاوضة، ليشرع له اشتراط التروي والاختيار. ولشدة الاحتياط في الفروج. ولأن فيه شائبة العبادة. ولأن رفعه يتوقف علي أمر معين، فلا يقع بغيره). والكل - كما تري - لا ينهض دليلاً عدا الأخير الذي لو تم فهو عين المدعي.

وهو العمدة، فإن ملاحظة مرتكزات المتشعبة وسيرتهم والنصوص الواردة في الموارد المختلفة توجب اليقين بأن لزوم النكاح حكمي، ولا ترفع اليد عنه إلا بأمر

خاصة، كحدوث موانع النكاح من الرضاع والكفر وغيرها، أو روافعه كالطلاق والفسخ بأسباب خاصة وغيرهما، وليس لزومه حقياً تابعاً لسلطنة الزوجين، ليتمكن رفع اليد عنه بالتقاييل أو شرط الخيار.

وإلا فلو شرع التقاييل فيه لم يحتج في مورد اتفاق الزوجين علي الانفصال للخلع والمباراة بشروطها الثقيلة، ولا للإلزام بالطلاق بشروطه عند عدم تكفير الزوج في الظهار والإيلاء.

ولو شرع فيه شرط الخيار لم يحتج فيه للسؤال عن جواز اشتراط المرأة أن بيدها الطلاق(1)، وعن اشتراط الرجل لها أنه إن هجرها أو تزوج عليها أو تسري فهي طالق(2). ووضوح ذلك يغني عن إطالة الكلام فيه.

نعم ينبغي الكلام في أمرين:

الأول: صرح غير واحد ممن تقدم وغيرهم أن الشرط المذكور يبطل عقد النكاح. ولم يتضح الوجه فيه بعد كون الشرط المذكور مخالفاً للكتاب والسنة، كشرط المرأة أن بيدها الطلاق، ويظهر من كثير من النصوص عدم بطلان العقد بالشرط المخالف للكتاب والسنة، كما أشرنا إلي ذلك في أوائل المسألة العاشرة.

الثاني: صرح في التذكرة وجامع المقاصد بدخول خيار الشرط في المهر. قال في الثاني: (لما فيه من معني المعاوضة، وجواز إخلاء العقد عنه. مع العموم السالف).

لكن الأول ممنوع صغروباً وكبروباً. والثاني لا يزيد علي عدم المانع، من دون أن ينهض دليلاً علي النفوذ. فالعمدة الأخير. وبه أستدل في التذكرة.

لكن الشرط المذكور ينافي ما يدل علي لزوم عقد النكاح، لظهوره في لزومه بجميع خصوصياته، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة، ويقصر عنه العموم المذكور.

(1) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 29 من أبواب المهور حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 15 باب: 20 من أبواب المهور حديث: 6 وباب: 13 من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث: 2، 1.

وفي جواز اشتراطه في الصدقة وفي الهبة اللازمة وفي الضمان إشكال. وإن كان الأظهر الجواز في الأخير (1)،

ولذا لا يظن بأحد البناء علي جواز التقايل في المهر، ليكشف عن كون لزمه حقياً، ولا يكون اشتراط الخيار فيه منافياً للزومه. ولا أقل من عدم ثبوت ذلك. ومجرد كون لزوم أصل التملك حقياً أمراً ارتكازياً في الجملة، لا يكفي بعد كون جعله مهراً أمراً زائداً علي التملك، ومن شؤون النكاح الذي لا إشكال في كون لزمه حكماً.

(1) كما هو مقتضي إطلاق غير واحد، منهم العلامة في كتاب البيع من القواعد وصرح به في بيع التذكرة، وكتاب الضمان من جامع المقاصد. وهو الظاهر أو الصريح من الدروس وغيره. لعموم أدلة نفوذ الشرط بعد ارتكاز كون لزمه حقياً لتعلقه بالأموال والذمم. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

وصريح كتاب الضمان من التذكرة والقواعد عدم صحة اشتراط الخيار للضامن، ونسب لظاهر المبسوط. وقد يستدل لذلك بوجهين:

الأول: ما في التذكرة قال: (لأنه ينافي مقتضي الضمان، فإن الضامن علي اليقين من الغرر). ولا يخلو ما ذكره من غموض، لظهور أن الغرر يذكر في كلماتهم محذوراً في المعاملة غير منافاة مقتضي العقد. مع أن الغرر علي تقدير حصوله إنما يكون في حق المضمون له، لا في حق الضامن.

وكيف كان فقد يحمل ما ذكره تارة: علي أن الضمان يبتني علي توثق المضمون له من حصول دينه، ومع الخيار لا وثوق بذلك. وأخري: علي أن المضمون له يقع في الغرر، لأنه مع الخيار لا يعرف من المسؤول بدينه.

لكن يندفع الأول بأن الضمان ليس كالرهن مبنياً علي التوثق من حصول الدين، بل مجرد نقله من ذمة لأخري. مع أنه لو ابتني علي التوثق من حصول الدين، فما المانع من أن يكون التوثق منوطاً بعدم فسخ من له الخيار، كما تكون المعاوضة التي

يبتني عليها البيع منوطاً بعدم فسخ من له الخيار؟! والمراد بالمنع من الشرط المنافي لمقتضى العقد هو ما يقتضي الجمع بين المتنافيين، كالبيع من دون ثمن، دون ما يكون بقاء مقتضى العقد ومضمونه منوطاً بعدم العمل عليه، لارتفاع مضمون العقد به، كالبيع بشرط الخيار.

ويندفع الثاني بأنه لا دليل علي مانعية مثل هذا الغرر، وليس هو بأكثر من الغرر الحاصل من ضمان من لا يعلم قدرته علي وفاء الدين، مع عدم الإشكال في صحة ضمانه.

الثاني: أن الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط. ولعله إلي هذا يرجع ما عن بعض الأعظم (قدس سره) في توجيه كون لزوم الضمان حكماً، من أن من أثره انتقال الدين إلي ذمة الضامن وبراءة المديون.

وقد دفعه في جامع المقاصد بأن الضمان لا يتضمن براءة ذمة المضمون عنه، وإنما هي من أحكام نقل الدين، ولا تترتب علي مطلق نقله ولو متزلزلاً بل علي خصوص النقل غير المتزلزل.

لكنه - كما تري - لا يخلو عن تدافع ظاهر. إذ مع فرض نقل الدين إلي ذمة الضامن ولو متزلزلاً كيف يمكن بقاء الدين في ذمة المضمون عنه؟!.

نعم إذا كان مفاد الضمان مجرد التعهد بالدين، نظير الكفالة الشائعة في عصورنا، يتجه بقاء الدين في ذمة المضمون عنه. لكنه خلاف المفروض في مفاد الضمان عند الأصحاب.

هذا مع أن مقتضى إطلاق ما تضمن براءة ذمة المضمون عنه بالضمان هو براءتها مطلقاً ولو مع تزلزل الضمان و اشتراط الخيار فيه.

فالعمدة في الجواب عن الوجه المذكور: أنه إن أريد بالإبراء هو إنشاء الإبراء، فعدم دخول خيار الشرط فيه لكونه إيقاعاً لا يستلزم عدم دخوله في الضمان بعد كونه

وعدم الجواز في الأولين (1).

عقداً.

وإن أريد به كل ما يتحقق به براءة ذمة المدين، فلا وجه للبناء علي عدم دخول الخيار فيه إلا دعوي امتناع عود المعدوم. لكنها تختص بالأمر الحقيقية دون الاعتبارية. ولذا الإشكال ظاهراً في جواز اشتراط الخيار في البيع إذا كان الثمن ديناً في ذمة البائع، مع أنه بالفسخ يعود الدين في ذمة البائع بعد براءتها منه.

نعم استشكل فيه بعض مشايخنا (قدس سره) في كتاب الضمان بأن التقايل واشتراط الخيار إنما يصح في العقود التي يختص أثرها بالمتعاقدين، لسلطنتهما علي شؤونهما، دون ما يتعلق أثره بغيرهما، كما في المقام، فإن أثر عقد الضمان بين الضامن والمضمون له لا يختص بهما، بل يجري في المضمون عنه، حيث تبرأ ذمته، ولا سلطان لهما علي ذمته، ليتسني لهما إشغالها بالدين بعد براءتها منه. وقد يرجع إلي ذلك ما سبق من بعض الأعظم (قدس سره).

لكن ذلك إنما يقتضي توقف نفوذ شرط الخيار علي إذن المضمون عنه، بحيث يكون ملزماً بمضمون الشرط، وذلك فيما إذا وقع الضمان المشروط مبنياً علي طلبه أو أذنه، بحيث يبتني ذلك علي الرضا بالشرط. نظير ما إذا طلب زيد من عمرو أن يبيع داره علي بكر نسيتة، فرضي عمرو بالبيع مشروطاً بأن يرهن بكر دار زيد استيثاقاً للثمن، فرضي زيد، ووقع البيع المشروط مبنياً علي رضاه وطلبه، حيث يلزمه بذل داره للرهن. فلاحظ.

(1) أما في الصدقة فهو المصرح به في وقف التذكرة. وقد يظهر من تعليلهم عدم الرجوع في الوقف باشتراط القرية فيه المفروغية عن ذلك. والوجه فيه ظهور النصوص في أن لزومها حكمي لا حقي، لأنها جعلت الله عز وجل (1).

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 6 باب: 24 من أبواب الصدقة، ج: 13 وباب: 3، 5 من كتاب الهبات وباب: 11 من كتاب الوقوف والصدقات وغيرها.

ص: 268

وأما الهبة اللازمة فقد صرح غير واحد بدخول خيار الشرط فيها. وكأنه لعموم نفوذ الشروط.

لكن لم يتضح كون لزومها في موردها حقياً، بل يحتمل كونه حكماً، كجوازها في مورد. ويصعب التعويل علي الارتكاز العام في ابتناء العقود علي كون لزومها حقياً بعد خروجها عن مقتضاه بلزومها تارة وجوازها أخرى وفق ضوابط غير ارتكازية.

وبعبارة أخرى: مقتضى الضوابط الارتكازية المتقدمة البناء علي لزوم الهبة مطلقاً لزوماً حقياً. لكن الشارع خرج عنها، وحكم بجواز الهبة في كثير من الموارد. ولم يحكم بلزومها إلا في موارد خاصة وفق ضوابط تعبدية، ولا طريق لإحراز كون لزومها حينئذ حقياً. فلاحظ.

وينبغي إتمام الكلام في المسألة بالتعرض للعقود اللازمة الأخرى التي وقع الكلام بينهم في جواز اشتراط الخيار فيها.

منها: الصرف، فقد منع من خيار الشرط فيه في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وموضع من التذكرة وعن غيرها ونفي في الغنية الخلاف فيه، وادعي في المبسوط والسرائر الإجماع عليه. وقد علل في كلماتهم بأن من شرط صحة العقد في الصرف القبض.

لكن ذلك لا يختص بالصرف، بل يجري في السلف أيضاً مع تصريح الشيخ في المبسوط بعدم المانع من دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر الغنية.

ولعله لذا عمم المنع لهما في بحث خيار المجلس من التذكرة. قال في وجه الاستدلال بالتعليل المذكور: (لافتقار العقد فيهما للتقابض في المجلس، والتفرق من غير علة بينهما وثبوت الخيار بعد التفرق يمنع لزوم القبض فيه، ويثبت بينهما علة بعد التفرق).

وهو كما تري فإن لزوم القبض فيهما قبل التفرق، لا يستلزم عدم بقاء علة

بين المتبايعين. ولذا لا ريب في عدم انقطاع العلقه بينهما في السلف، لظهور استحقاق المشتري علي الباع تسليمه المبيع في وقته. ومن هنا كان الظاهر عدم نهوض التعليل المذكور بالاستدلال، والخروج عن عموم نفوذ الشروط.

وأما الإجماع المدعي ممن تقدم فلا يصلح دليلاً، كما يظهر مما ذكرناه في نظائر المقام. ولا سيما مع عدم التعرض لاستثناء الصرف من جواز اشتراط الخيار في البيع من المفيد و المرتضي وجماعة كثيرة ممن تأخر عنهما، بل صرح جماعة من المتأخرين بثبوته فيه. ومع قرب ابتناؤه علي الإجماع علي اشتراط القبض في الصرف، حيث يكثر منهم دعوي الإجماع علي الحكم في المسألة بلحاظ الإجماع علي منشئه بنظر المدعي.

ومنها: السلف. فقد سبق من التذكرة في بحث خيار المجلس عدم جريان خيار الشرط فيه. ولم يعرف عن غيره. بل صرح هو في بحث خيار الشرط منها بدخوله فيه، وان استشكل في دخوله في الصرف. ويظهر الحال فيه مما سبق.

ومنها: الوقف. فقد صرح بعدم دخول خيار الشرط فيه في المبسوط والسرائر والشرايع والدروس وعن غيرها. وفي المسالك أنه موضع وفاق. لكن في الدروس وظاهر السرائر ثبوت الخلاف فيه.

وكيف كان فقد يدعي أن مقتضي إطلاق قوله (عليه السلام): (الوقف تكون علي حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله) (1) هو نفوذ الشرط المذكور حتي لو كان الوقف إيقاعاً، لأن قصور عموم نفوذ الشروط عن الوقف بلحاظ ذلك لا ينافي نفوذه بأدلة نفوذ الوقف.

لكن لا مجال لذلك إذا وقع بقصد القرية، لما سبق عند الكلام في الصدقة من عدم مشروعية الرجوع فيما كان لله تعالى. أما لو لم يقع بقصدها - بناء علي عدم اعتباره فيه - فيبيني امتناع شرط الخيار فيه علي ما سبق منافي أوائل الكلام في بيع الوقف من ابتناء الوقف علي التأيد بمعني انقطاع علقه المالك به، بحيث لا يرجع له. وقد تقدم

(1) وسائل الشريعة ج: 13 باب: 2 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث 1.

ص: 270

عند الكلام في جواز بيعه مع اشتراط الواقف ما ينفع في المقام. فراجع.

ومنها: الصلح ففي الخلاف والمبسوط لا يقع خيار الشرط فيه مطلقاً. لعموم دليل نفوذه وعدم الدليل علي إلحاقه بالبيع في دخول خيار الشرط فيه.

لكنه - كما تري - يجري في جميع العقود التي ليست ببيع والتي حكم بحريان خيار الشرط فيها. ويندفع بأن الدليل علي جريان خيار الشرط لا ينحصر بنصوص جريانه في البيع، بل يقتضيه أيضاً عموم دليل نفوذ الشروط القاضي بجريانه في كل عقد يكون لزامه حقيقياً، ومنه الصلح، كما يظهر مما سبق في أول الكلام في الخيار المذكور.

وعن غاية المرام أنه إن وقع معاوضة دخله الشرط. وإن وقع عما في الذمة مع جهالته أو علي إسقاط الدعوي قبل ثبوتها لم يدخله، لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، واشتراط الخيار معرض لعود الخصومة، فينافي مشروعيته، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم.

وفيه: أن الشرط إنما لا يشرع إذا كان منافياً لمقتضي العقد، بحيث يلزم التهافت وإنشاء المتنافيين. أما إذا كان منافياً لفائده ولما شرع له، فلا محذور فيه، فضلاً عما إذا كان معرضاً لعدم استمرار فائده مع تحققها في الجملة، كما في المقام، إذ غاية الأمر أن يكون إعمال الشرط معرضاً لعود التنازع بعد توقفه، وأي محذور في ذلك؟ نظير المعاوضة المبنية علي تبديل الملكية، حيث لا مانع من شرط الخيار فيها، وإن كان معرضاً لعدم بقاء أثرها، نظير ما تقدم في الضمان.

نعم ذلك إنما يتم إذا كان الصلح في مقابل سقوط الدعوي، أو في مقابل إسقاطها إذا كان إعمال الخيار قبل إسقاطها. أما إذا كان بعد إسقاطها فلا يبقى موضوع للخيار، لنفوذ الإسقاط ولزومه بعد عدم إناطته بشيء، لأن موضوع الصلح وطرفه هو استحقاق الإسقاط، لا نفس الإسقاط، ولا يبقى موضوع لاستحقاق الإسقاط مع تحققه، ليتمكن الفسخ بسبب الخيار.

وفي جامع المقاصد وعن التحرير عدم دخول شرط الخيار في الصلح الذي

(مسألة 12): يجوز اشتراط الخيار للبايع في مدة معينة (1) متصلة بالعقد (2) أو منفصلة عنه (3) علي نحو يكون له الخيار في حال رد الثمن (4)

يتضمن الإبراء. وكأنه لعدم دخول الخيار في الإبراء. ويظهر الوجه فيه والجواب عنه مما سبق في الضمان.

ومنها: الرهن. والظاهر عدم الإشكال في جوازه من جهة المرتهن، فيلحقه ما تقدم في العقود الجائزة. وأما من جهة الراهن فلا إشكال ظاهراً في لزومه. وعن ظاهر المبسوط وصريح التحرير وغاية المرام الإشكال في دخول خيار الشرط فيه.

قال في محكي الأخير: (وفي الراهن إشكال. من أصالة الجواز... ومن منافاته لعقد الرهن، لأنه وثيقة لدين المرتهن، ومع حصول الخيار ينفي الفائدة). وهو نظير ما تقدم منه في القسم الثاني من الصلح.

ويظهر الجواب عنه مما تقدم فيه وفي الضمان. هذا ما تيسر لنا ذكره في المقام. والله سبحانه وتعالى العالم. ومنه نستمد التوفيق والتسديد. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(1) لظهور تسالمهم علي اعتبار ضبط المدة في الخيار، كما سبق في أوائل المسألة العاشرة. وما قد يوهمه إطلاق المدة في الإرشاد - من عدم اعتبار ضبطها - غير مراد قطعاً، كما في مفتاح الكرامة. لما هو المعلوم من مباينهم في أمثال المقام.

نعم تقدم الإشكال في دليل ذلك بنحو يخرج به عن عموم نفوذ الشروط. وذلك يجري في المقام، فإنه لو تم اختصاص النصوص الآتية بصورة ضبط المدة كفي العموم المذكور.

(2) كما لو قال: لي الخيار إلي سنة. وهو مورد النصوص الآتية.

(3) كما لو قال: لي الخيار في آخر شهر من السنة. ويقتضيه - مضافاً إلي عموم نفوذ الشروط، كما يأتي - النصوص الآتية لإلغاء خصوصية مواردنا عرفاً.

(4) إجماعاً، كما في الخلاف وجواهر القاضي وجامع المقاصد والمسالك و

ظاهر التذكرة وعن غيرها. وفي الجواهر إجماعاً بقسميه. ويقتضيه - مضافاً إلي عموم الشروط بالتقريب المتقدم - النصوص الخاصة.

ففي صحيح إسحاق بن عمار: (أخبرني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله رجل وأنا عنده، فقال له: رجل مسلم احتاج إلي بيع داره، فمشي إلي أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك. علي أن تشتري لي إن أنا جئتك بثمانها إلي سنة أن ترد علي. فقال: لا بأس بهذا. إن جاء بثمانها إلي سنة ردها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة، لمن تكون؟ قال: الغلة للمشتري. ألا تري أنه لو احترقت لكنت من ماله). كذا رواه الكليني (1).

وروي نحوه الصدوق، إلا أنه قال: (سأله رجل وأنا عنده، فقال: (رجل مسلم...)(2). وكذا الشيخ، إلا أنه قال: (حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام)، وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم...)(3). وهو الموجود في الوسائل (4).

ولا إشكال في كونه صحيحاً علي الثاني. وكذا علي الثالث، لظهوره في سماع إسحاق له بنفسه، وروايته له عن سمع من أبي عبد الله (عليه السلام).

كما لا يبعد اعتباره علي الأول، لأنه وإن لم يسمعه بنفسه، وإنما يرويه بطريق من حدثه به، من دون أن يعين الشخص الذي حدثه، إلا أن جزمه بأن الشخص المذكور سمع أبا عبد الله (عليه السلام) ظاهر في وثوقه، بل علمه بأنه قد سمعه (عليه السلام)، وحيث يمكن اعتماده في ذلك علي الحدس القريب من الحس، فيقرب قبول ذلك منه وقريب منه معتبر معاوية بن ميسرة (5).

وفي صحيح سعيد بن يسار: (قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا نخالط أناساً من

(1) الكافي ج: 5 ص: 171.

(2) من لا يحضره الفقيه ج: 3 ص: 128.

(3) التهذيب ج: 7 ص: 23.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 8 من أبواب الخيار حديث: 1.

(5) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 8 من أبواب الخيار حديث: 3.

ص: 273

أهل السواد وغيرهم، فبيعههم... ويكتب لنا الرجل علي داره أو علي أرضه - بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا - شراء قد باع وقبض الثمن منه، فنعدّه [فعدنا يب. فبعده خ. ل] إن هو جاء بالمال إلي وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء. فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا. فما تري في الشراء؟ فقال أري أنه لك إن لم يفعل. وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه(1). بناء علي ما يظهر من غير واحد من حمل الوعد فيه علي الشرط. وقد استشهد له في الجواهر بما تضمنه من الأمر بالعمل عليه، مع أنه لا يجب العمل بالوعد.

اللهم إلا أن يقال: لو تم عدم وجوب الوفاء بالوعد في المقام، فحمل الوعد فيه علي الشرط، بقرينه الأمر بالعمل عليه، ليس بأولي من حمل الأمر بالعمل عليه علي الاستحباب، بقرينة التعبير بالوعد.

ودعوي: أن استحباب الرد مع الوعد من الوضوح بحيث لا يحتاج للسؤال، لوضوح استحباب الإقالة، خصوصاً مع الوعد.

مدفوعة بأن الصحيح لم يتضمن السؤال عن حكم الرد مع الإتيان بالثمن في الوقت المحدد، بل عن حكم البيع بالوجه المذكور، ولزومه مع عدم رد الثمن في الوقت المشروط. وكما يمكن أن يكون منشأ احتمال السائل البطلان هو ذهاب الجمهور لبطلان بيع الخيار - علي ما حكى عنهم - فيكون مما نحن فيه، يمكن أن يكون منشأه أن الداعي للبيع ليس هو الرغبة عن المبيع، بل الحاجة للثمن، فيشبه بيع المضطر. ومن ثم يشكل الاستدلال بالصحيح.

وأشكل منه الاستدلال بمعتبر أبي الجارود عن أبي جعفر (عليه السلام) [أبي عبد الله]: [قال: إن بعت رجلاً علي شرط، فإن أتاك بمالك، وإلا فالبيع لك](2). لما سبق في أول الكلام في خيار الشرط من ظهور الشرط فيه في شرط الأجل في الثمن، لا شرط الفسخ في البيع، فالخيار فيه خيار تخلف الشرط، لا خيار الشرط الذي هو محل الكلام.

(1) وسائل الشريعة ج: 12 باب: 7 من أبواب الخيار حديث: 1، 2.

(2) وسائل الشريعة ج: 12 باب: 7 من أبواب الخيار حديث: 1، 2.

مضافاً إلي ما سبق من عموم نفوذ الشروط بالتقريب المتقدم عند الكلام في اشتراط الخيار. بل هو مهم جداً في المقام، لانحصار الدليل به في كثير من الفروع الآتية، وغيرها مما يقصر عنه الحديثان المتقدمان.

لكن في الجواهر في خاتمة الكلام في خيار المؤامرة والشرط قال: (واعلم أن جميع ما ذكرناه في خيار المؤامرة والخيار برد الثمن جرياً علي ما ذكره الأصحاب. وظاهرهم أنها علي ما تقتضي العمومات. بل هو صريح غير واحد منهم. بل هو مقتضي ما ذكره من التعدي عن محل النص في الخيار برد الثمن. لكن قد يشكل ذلك بأنهما معاً من التعليق الممنوع في البيع ونحوه، من غير فرق فيه بين كونه في نفس العقد وبين كونه في متعلق العقد، كالشرط ونحوه. فلو باع واشترط شرطاً مثلاً قد علقه مجيء زيد في مدة معينة مثلاً لم يجز بلا خلاف أجده فيه. والفرق بينه وبين تعليق الخيار علي رد الثمن، أو علي أمر زيد به، غير واضح. والتعبير بعبارة لا- تعليق فيها في اللفظ لا يرفع التعليق في المعنى. فإن اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجيء زيد في مدة معينة. فالتحقيق حينئذ الاقتصار في خيار الرد علي النصوص وما يمكن إلحاقه بما فيها...).

وفيه: أنه لا عموم يقتضي امتناع التعليق، وإنما هو مقتضي الإجماع، والمتيقن منه مثل البيع ونحوه من المضامين العقدية والإيقاعية، دون مثل الشرط الذي تابع للمعاملة.

مع أن الممنوع منه هو تعليق المضمون المعاملي المنشأ، دون متعلقة. ولذا صرحوا بامتناع التعليق في الوكالة، دون الأمر الموكل فيه. والمضمون المنشأ بالشرط في المقام هو استحقاق الخيار بالنحو الخاص. وهو فعلي يحصل بمجرد الاشتراط في البيع، لأن الاشتراط لما لم يكن معلقاً، بل كان فعلياً فالخيار فعلي أيضاً، والمعلق علي الرد إنما هو أعمال حق الخيار بالفسخ. وذلك هو المرتكز عرفاً في المقام.

وعليه تنزل نصوصه، وكلمات الأصحاب - وإن كان الجمود علي حاق بعضها قد يوهم خلاف ذلك - لظهور الجميع في نفوذ الشرط الذي وقع من المتعاقدين بالنحو الذي وقع عليه ارتكاز.

بل يأتي في المسألة السابعة عشرة إن شاء الله تعالى أنه يظهر من بعض كلمات صاحب الجواهر (قدس سره) نفسه الميل إليه. وقد سبق أنه لا محذور في تعليق متعلق المضمون المعامل مع فعلية نفس المضمون، وهو الاستحقاق المستفاد من الاشتراط.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا من عدم الفرق بين الوجهين، لأن القدرة في كليهما موقوفة علي الرد، ولا قدرة قبله.

فهو كما تري! لأن عدم القدرة علي الوجه المدعي، لعدم تحقق شرط المملوك، وعلي الوجه الآخر لعدم تحقق الملكية، نظير ما سبق في الوكالة. بل لو فرض حصول التعليق في الشرط نفسه، فحيث كان الدليل علي بطلان التعليق منحصراً بالإجماع، فلا وجه للمنع منه في مورد ظهور حال الأصحاب في الجري عليه، كما اعترف به (قدس سره).

وأما ما ذكره من عدم ظهور الخلاف في بطلان اشتراط شرط معلق علي مجيء زيد في مدة معينة. فإن كان المراد تعليق الاشتراط الذي يكون به الاستحقاق، فهو بناء علي ما سبق ليس نظيراً للمقام. وإن كان به تعليق الأمر المشروط - كدفع مال أو خياطة ثوب - فالظاهر صحته ولا يظهر منهم بطلانه.

ومثل ذلك الإشكال في المقام بجهالة زمان الخيار المشروط، لجهالة زمان الرد. لاندفاعه أولاً: بالمنع من بطلان الشرط بالجهالة، كما يظهر مما تقدم في المسألة العاشرة. وثانياً: بأن المجهول هو زمان إعمال الخيار المشروط، لازمان الخيار نفسه، كما ذكرناه آنفاً.

وقد ظهر من جميع ما سبق أنه لا ينبغي الإشكال فيما يظهر من الأصحاب من التمسك في المقام بعموم نفوذ الشرط.

هذا وحيث ظهر مما سبق أن المعلق علي رد الثمن وإرجاعه هو إعمال الخيار بالفسخ، لا أصل للخيار، فإن جاع الثمن تارة: يكون فسحاً فعلياً، لقصد الفسخ به، نظير عقد المعاطة، كما يأتي الكلام فيه. وأخري: يكون مقدمة للفسخ القولي، لتوقف الفسخ المستحق بالشرط عليه.

وعلي أحد الوجهين ينزل قوله في معتبر معاوية بن ميسرة: (فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك). وليس المراد به انفساخ البيع بمجرد ردّ مقدار الثمن من دون فسخ، فإنه يحتاج إلي كلفة بعد جذاً حمل الحديث عليها، بخلاف ما ذكرنا، لأن شيوع شرط الخيار عند العرف وفي النصوص يوجب انصراف الصحيح اليه. ولا سيما وأن مصحح نسبة المال الذي يرجعه المشتري للبايع هو فرض انفساخ البيع، المناسب لتحقيق الفسخ من المشتري.

ومن ثم لا- مجال لحمل النصوص علي اشتراط انفساخ البيع بمجرد ردّ مقدار الثمن مطلقاً وان لم يقصد معه الفسخ، بل هبة أو أمانة أو غيرهما.

ثم إنه بعد فرض قصور نصوص المقام عن ذلك فلا مجال لتصحيحه بعموم نفوذ الشروط. لما أشرنا إليه - في أوائل الكلام في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه - من قصور عموم الشروط عن نتائج المعاملات، ككون الشيء مبيعاً، وكون المرأة مطلقة، ومنها انفساخ البيع في المقام. لعدم كونها تحت سلطنة المشتري، بل هي تابعة لأسبابها الشرعية، كالفسخ في المقام.

وأشكل من ذلك ما لو قصد بالشرط انتهاء أمد البيع برد الثمن دون انفساخه، نظير الزواج المنقطع. لعدم ثبوت مشروعية ذلك في المعاملات. وقد تقدم عند الكلام في شرط الخيار في البيع ما ينفع في المقام.

هذا ولم يتعرض في الوسيلة لبيع الخيار في فروع خيار الشرط، وإنما ذكر من أقسام البيع بيع الإقالة، و ذكر شروطه بما يناسب بيع ما نحن فيه، ثم قال: (فإذا باع شيئاً علي أن يقبل البيع في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه به لزمته الإقالة إذا جاء

بنفسه مع وجوده، أو ببدله مع تلفه (1).

بمثل الثمن في المدة أو قبلها. فإن جاء به بعد انقضاء المدة لم تلزمه وكان مخيراً) وظاهر كلامه هذا إرادة اشتراط الإقالة علي المشتري عند ردّ الثمن، لا اشتراط الخيار للبائع مع رده، الذي سبق الكلام فيه.

فإن كان مراده بذلك صحة ذلك في نفسه، فهو في محله. لعموم أدلة نفوذ الشروط من دون مانع. وإن كان مراد بذلك حمل النصوص المتقدمة عليه، فلا وجه له إلا حمل الرد في حديثي معاوية بن عمار وسعيد بن يسار علي الإقالة.

لكنه غير ظاهر، لقرب حملة علي رفع اليد عن التمسك بالشراء بسبب الفسخ المتفرع علي الخيار المجعول، لما عرفت من أن ذلك هو المرتكز الذي تتصرف إليه النصوص، لاحتياج الإقالة إلي عناية مستغني عنها، حيث يكفي في تحقق غرض المشتري اشتراط الخيار التابع له، فلا داعي لاشتراطه الإقالة التابعة للطرف الآخر.

ولاسيما مع قوله في حديث معاوية بن ميسرة: (فشرط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك). لقوة ظهوره في رجوع الدار للبائع بمجرد مجيئه بالثمن، من دون حاجة إلي إقالة من المشتري، وقرب رجوع مفاد النصوص لشيء واحد، وهو الأمر المرتكز الذي سبق.

وأشكل من ذلك حمل كلمات الأصحاب عليه، فإن كلماتهم كالصريحة فيما ذكرنا. ومن ثم قد يحمل كلامه علي ما ذكرنا، ويكون تعبيره عنه بالإقالة بلحاظ كونه كالإقالة في تراجع المشتري عن التمسك بالبيع، وإرجاع المبيع إن كان قد أخذه، لأن ذلك هو الأنسب بظهور كلامه في الإشارة إلي قسم من البيع معروف بين الأصحاب، وليس هو إلا ما ذكرنا. فلاحظ.

(1) من الظاهر أن الفسخ بالخيار أو بالتقاييل يقتضي رجوع كل من العوضين إلي صاحبه الذي كان له قبل المعاوضة، فمع فرض بقاء الثمن بعينه لا بد من رجوعه

نعم يختص ذلك بما إذا كان الثمن شخصياً، وقد أخذه البايع. أما إذا كان كلياً وقد دفع المشتري فرداً منه للبايع، فالفسخ إنما يقتضي رجوع الثمن الكلي إلي المشتري، لا رجوع عين الفرد الذي سلمه، ليجب علي البايع إرجاعه بعد تملكه له، لعدم كون الفرد المذكور طرفاً في المعاوضة. غاية الأمر أن يجب علي المشتري إرجاع فرد من الكلي، كما أخذ فرداً منه.

وأما ما قد يظهر من الأعظم (قدس سره) من أنه بعد تعيين الثمن الكلي بالفرد المقبوض يكون هو الثمن. فهو غير ظاهر الوجه، لأن تحديد الثمن تابع لمفاد المعاوضة، والمفروض كون طرفها هو الكلي. ولذا لا إشكال ظاهراً في عدم استحقاق فسخ البيع لو كان المقبوض معيباً، بل يستحق التبديل لا غير.

وبالجملة: لا ينبغي الأشكال في عدم صيرورة المقبوض ثمناً مستحقاً بالبيع، بل هو فرد من الثمن المستحق به، ويستحق بشخصه بتراضيها بكون وفاء عنه.

ثم إن تملك المشتري بالفسخ لعين ما دفعه للبايع فيما إذا كان الثمن شخصياً - أو كلياً والمدفوع فرد منه لو قلنا بذلك فيه - لا يقتضي توقف جواز الفسخ البايع في المقام علي إرجاعه بعينه، بل هو تابع لما أخذ قيداً في الفسخ عند اشتراط الخيار في البيع.

فإن كان القيد هو إرجاع عين المدفوع، وعدم الاكتفاء بالبدل مطلقاً، تعين عدم جواز الفسخ مع عدم إرجاعه حتي مع تلفه أو تعذر إرجاعه، لضياح أو نحوه.

وإن كان القيد هو إرجاع الأعم منه ومن مثله، تعين الاكتفاء بإرجاع المثل ولو مع وجود عين المدفوع وإمكان إرجاعه، لرجوع ذلك إلي اشتراط الاكتفاء بالمثل بدلاً عن عين المدفوع في السلطنة علي الفسخ، وفي إرجاع الثمن المترتب عليه.

وإن كان القيد هو إرجاعه بنفسه وعدم الانتقال للبدل إلا في خصوص حال

- كتلف المدفوع، أو الأعم منه ومن تعذر إرجاعه، أو الأعم منهما ومن صعوبة الإرجاع، أو الأعم من جميع ذلك ومن لزوم محذور منه، كما لو اشتبه بغيره - تعين العمل علي ذلك سعة وضيقاً.

كل ذلك لأن ثبوت الخيار والسلطنة علي الفسخ لما كانا بسبب الشرط الواقع بين المتبايعين، فهما تابعاً للشرط سعة وضيقاً. وما تقدم من أن مقتضى القاعدة هو إرجاع عين الثمن مع وجوده عند الفسخ، إنما يكون في الفسخ المستحق شرعاً في مثل خيار المجلس أو الحيوان، أو الفسخ مع التقايل، دون ما نحن فيه، حيث يكون الفسخ مستحقاً بالشرط القابل للسعة والضيق.

إذ عرفت هذا فالظاهر من بناء العرف وعملهم في مورد النصوص، وما هو من سنخه، مما يكون فيه الثمن من سنخ النقود، عدم التقييد عند اشتراط الخيار بإرجاع عين المدفوع، والاكتفاء بالمثل. لعدم تعلق الغرض بعين المدفوع، وغلبة عدم تيسر إرجاعه، أو لزوم محذور منه بسبب اشتباهه بغيره، حيث يحتاج حينئذ التقييد به ولو في خصوص حال لعناية مغفول عنها.

نعم يمكن تعلق الغرض بالعين، بحيث يكون ظاهر الإطلاق إرادتها فيما لو كان الثمن من العروض، كما باعه الدار بالبستان. وحينئذ يتعين العمل علي ذلك، وعدم الاكتفاء برد المثل أو القيمة حتي مع تلفها. بل يسقط الخيار حينئذ. كما يمكن أيضاً التصريح بالفرق بين حال وجود العين أو تيسر إرجاعها وعدمه.

لكن ذلك كله خارج عن مورد النصوص، وعن ظاهر عمل العرف في موردها. ويأتي بعض ما يتعلق بذلك في المسألة الثامنة عشرة إن شاء الله تعالى. فلاحظ.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن شيخنا الأعظم (قدس سره) استشكل في الاكتفاء بردّ المثل مع التمكن من ردّ عين الثمن، بأن مقتضى الفسخ شرعاً بل لغة ردّ العين مع الإمكان.

ويندفع بأن الفسخ لا يقتضي ردّ العين علي المشتري، بل استحقاقه إياها وتملكه لها مع وجودها، سواء أمكن ردها أم لا. ووجوب الردّ حينئذ إنما هو لضمانه بضمان المعاوضة الذي يلزم الخروج عنه بتسليم المضمون لصاحبه. وذلك لا ينافي في الاكتفاء بالمثل بدلاً عنه بمقتضي الشرط المفروض. فإرجاع المثل ليس لدعوي استحقاقه بالفسخ، بل الرجوع شرط الخيار بالوجه المتقدم إلي اشتراط الاكتفاء به بدلاً عن العين المستحقة بالفسخ. ولا محذور في الشرط المذكور يمنع من نفوذه.

الثاني: لو لم يقبض البايع الثمن من المشتري كان له الفسخ في المدة وإن لم يتحقق الردّ، لأن المراد عرفاً من ردّ الثمن ليس إلا تمكن المشتري من الثمن وانتفاعه به، وهو حاصل في المقام.

كما لو لو بقي الثمن في ذمة المشتري، أو دفع للبايع غير المشتري مقدار الثمن من ملك المشتري، أو غصب البايع من المشتري مقدار الثمن، أو اقترض، أو أحال عليه، فأراد المشتري بعد أحد هذه الأمور الفسخ في المدة.

لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ويحتمل العدم، بناء علي أن اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله). وكأنه لأن توقف صدق الرد علي قبض البايع يقتضي اشتراط القبض في الفسخ تبعاً لاشتراط الرد فيه، نظير نقل البايع للثمن - إذا كان قد قبضه مقدماً لرده علي المشتري.

وهو - كما تري - لا يناسب المفهوم عرفاً من اشتراط الرد، لما ذكرناه، والفرق بين نقل البايع للثمن وقبضه له أن قبضه له شرط للحاجة للرد من أجل انتفاع المشتري بالثمن، فمع عدمه يمكن للمشتري الانتفاع بالثمن وإن لم يرده البايع. أما نقله للثمن - إذا كان قد قبضه - فهو شرط لرد الثمن علي المشتري وانتفاعه به، وبدونه لا ينتفع المشتري بالثمن.

ويسمي بيع الخيار. فإذا مضت مدة الخيار لزم البيع وسقط الخيار، وامتنع الفسخ (1). وإذا فسخ في المدة من دون ردّ الثمن أو بدله مع تلفه لا يصح الفسخ (2). وكذا لو فسخ قبل المدة (3). فلا يصح الفسخ إلا في المدة المعينة في حال رد الثمن أو رد بدله مع تلفه. ثم الفسخ إما أن يكون بإنشاء مستقل في حال الرد، مثل: (فسخت) ونحوه، أو يكون بنفس الرد (4) علي أن يكون إنشاء الفسخ بالفعل، وهو الرد، لا بقوله: (فسخت) ونحوه.

(1) قطعاً. لعموم لزوم العقود بعد قصور الخيار المشترط. ولمفهوم الشرطية في حديث إسحاق بن عمار.

(2) لعدم تحقق شرطه الذي أخذ في الخيار.

(3) لعين ما سبق. ومثله ما لو فسخ بعد المدة. مضافاً فيه إلي مفهوم الشرطية في حديث إساق بن عمار.

(4) كما أشرنا إليه آنفاً. وذلك بأن يكون الرد بداعي الفسخ، نظير المعاوضة التي لو استشكل في الاكتفاء بها في العقود لا مجال للإشكال فيها في مثل الفسخ الذي صرحوا بالاكتفاء فيه بمثل التصرف الكاشف عنه.

لكن في جامع المقاصد والمسالك وعن غير واحد عدم كفاية الرد في انفساخ البيع.

فإن أرادوا بذلك الرد المجرد عن قصد الفسخ، فهو في محله، ويرجع إلي ما تقدم منا عند الكلام في مفاد الشرط في المقام. وإن أرادوا به عدم كفاية قصد الفسخ بالرد، بل لا بد من الفسخ بعده. فلا مجال له بعد ما ذكرنا. بل هو لا يناسب نصوص المقام، كما يظهر بأدني ملاحظة لها.

وأما ما في مفتاح الكرامة من أن قضية كلام الأصحاب اشتراط الخيار بعد

(مسألة 13): المراد من رد الثمن إحضاره عند المشتري وتمكينه منه (1). فلو أحضره كذلك جاز له الفسخ (2) وإن امتنع المشتري من قبضه.

(مسألة 14): الظاهر أنه يجوز اشتراط الفسخ في تمام المبيع برد بعض الثمن (3). كما يجوز اشتراط الفسخ في بعض المبيع بذلك (4).

الرد. ففيه: أن ذلك لا ينهض دليلاً. لقرب تنزيل كلام كثير منهم علي مجرد اشتراط الرد في إعمال حق الخيار، كما سبق أنه المرتكز عرفاً. ولو تعذر ذلك في كلامهم أو كلام بعضهم لم ينهض كلامهم دليلاً مخرجاً عن مقتضي الأدلة الخاصة والعامة التي ذكرناها. فلاحظ.

(1) كما أشرنا إليه آنفاً. وهو كالصريح من نصوص المقام.

(2) كما يتحقق به الفسخ لو قصد إنشاءه بذلك.

(3) بلا إشكال ظاهر لعموم نفوذ الشروط. ومعه لا يهم قصور مورد نصوص المقام عنه. علي أنه لا يبعد استفادته منها، الإلغاء خصوصية مواردها عرفاً، وأن المفهوم منها نفوذ الشرط ولزوم الجري عليه.

(4) كما صرح به في التذكرة في شرط الخيار، وذكره هنا صاحب الجواهر وشيخنا الأعظم قد سرهما وغير واحد ممن تأخر عنهما. وفي المسالك أنه الأوجه. لعموم نفوذ الشروط.

وفيه: أن صحة الشرط فرع إمكان المشروط، ويمتنع تبويض الفسخ مع وحدة العقد، لوضوح أن الفسخ حلّ للعقد، والعقد الواحد إما أن يحل بتمام مضمونه أولاً يحل، ولا مجال للتبويض في حله. ولعله لذا تردد في الدروس وظاهر جامع المقاصد في صحة ذلك.

لكن قد يدفع ما ذكرنا في وجه المنع بما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) في نهج الفقاهة عند الكلام في بيع ما يملكه البائع وما لا يملكه من أنه مع إنشاء العقد عن

غرض واحد قائم بالجملة يكون المنشأ علي وحدة المطلوب، ومع إنشائه عن غرضين، أحدهما قائم بالجملة، والآخر قائم بالأجزاء، يكون المنشأ علي نحو تعدد المطلوب، فلا مانع من التفكيك بين أبعاض العقد الواحد بلحاظ أبعاض موضوعه، كما لا مانع من الرضا بكل واحد من هذه الأبعاض ولو في حال الانفرد. ولو تم ذلك فحيث كان مقتضي الشرط في المقام هو الثاني، فكما يمكن التفكيك بين أبعاض العقد في الرضا يمكن التفكيك بينها في الفسخ وعدمه.

لكن سبق منا - في المسألة العشرين من الفصل الثاني في شروط المتعاقدين - الإشكال في ما ذكره (قدس سره) أولاً: بأنه لا أثر للغرض في تحديد موضوع العقد.

وثانياً: بأن وحدة المطلوب وتعددته إنما يتجهان في التكليف التابع للملاك، حيث يمكن وحدة الملاك في الذات الواحدة للخصوصية، كالصلاة عن طهارة فيتحد التكليف بها، كما يمكن تعدده، وقيام أحد الملاكين بأصل الذات والآخر بالخصوصية، كالصلاة في المسجد، فيتعدد التكليف بها.

أما المعاملات فوحدتها وتعددتها تابعان لوحدة موضوعها وتعددته، وحيث كان الموضوع واحداً عرفاً في المقام تعين وحدة العقد، فلا مجال للتفكيك في الفسخ بين أبعاض موضوعه. كما لا مجال لذلك في القبول، بل يبطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. وقد اعترف (قدس سره) في الجملة بذلك في غير موضوع من مستمسكه، علي ما تقدم هناك. والظاهر أن ذلك عدول منه عما سبق منه في نهجه، من دون أن ينبه في الفتوي هنا علي العدول المذكور.

ومثله ما ذكره بعض الأعظم (قدس سره) في مسألة بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله من انحلال العقد بالنسبة إلي جزئي المبيع، وما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من أن البيع وإن كان واحداً إثباتاً من حيثية المبرز، إلا أنه ينحل ثبوتاً إلي بيوع متعددة بحسب أجزاء الثمن والمثمن، كما ينحل الحكم التكليفي في العموم الاستغراقي إلي أحكام متعددة.

لاندفاعهما بأن الانحلال المذكور في غاية المنع، بل العقد واحد متقوم بالتزام واحد متعلق بالمجموع. ولذا لا ينعقد بالرضا ببعض المضمون أو إجازته لو كان فضولياً، بل يبطل العقد في الأول لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، ولا ينفذ في الثاني، لعدم التطابق بين الإجازة والعقد المجاز.

وغاية ما يكون في المقام هو التحليل الدقي نظير تحليل التكاليف بالمركب الارتباطي إلي تكاليف ضمنية بعدد أجزائه. وهو تحليل إدعائي، قياساً علي الأعراض الحقيقية الواردة علي المركبات الخارجية المنحلة علي أجزائها من دون أن يكون تحليلاً حقيقياً عرفياً، لوحدة العقد عرفاً تبعاً لوحدة موضوعه.

لكن قال في منية الطالب: (وتوهم أن الالتزام العقدي أمر بسيط، فإما أن يجعل للمشروط له تمام الالتزام، وإما أن يبطل. فاسد جداً، لأنه لا ينافي بساطة الالتزام جعل التبويض في الملتزم. فإن التبويض قد ينشأ من جعل مختلفي الحكم متعلقاً لبيع واحد، كما لو باع الخل والخمر، أو مال نفسه ومال غيره، صفقة. وقد ينشأ من جعل البايع أو المشتري بالنسبة إلي الثمن أو المثلن، الذي لولا الجعل كان جميع أجزائه متحد الحكم. ففيما لو أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له الفسخ إلا برد الجميع. وأما لو شرط الفسخ في كل جزء بردّ ما يخصه من الثمن، فالبايع بالشرط جعل المبيع للمشتري متبعضاً، ولا مانع عنه).

أقول: من الظاهر أن تركيب البيع وتعدّد أجزائه أمر واقعي سابق علي العقد، وغير تابع لجعل المتعاقدين، وهو بنفسه لا يقتضي تعدد البيع ولا المبيع بعد تعلق البيع بالجملة، إلا- بناء علي التحليل الذي سبق المنع منه، والذي لو تم لم يفرق فيه بين اختلاف الأجزاء في الحكم وعدمه، ولا بين التفكيك بينهما في الاشتراط وعدمه. ومجرد اختلاف الأجزاء في الحكم لا يقتضي تعدد البيع الملتزم بعد تعلقه بالجملة، لعدم القصد الي التعدد بذلك. ولا سيما أنه قد يكون مجهولاً للمتبايعين. كما أن اشتراط التبويض في الفسخ لا يرجع إلي تعدد البيع الملتزم بعد فرض تعلقه بالجملة.

اللهم إلا أن يكون مراده (قدس سره) بذلك أن وحدة البيع و المبيع لا ينافي التبعض في جريان أحكامه شرعاً. وهو في محله جداً. لكنه - مع عدم مناسبته لما سبق منه (قدس سره) من دعوي الانحلال في بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله إنما يتم مثل تبعض الصفقة مما يرجع إلي ثبوت أثر البيع في بعض المبيع دون بعض، دون مثل اشتراط الفسخ، لظهور أن الفسخ إنما هو من شؤون العقد، وهو حلّ له، ولا مجال لحل بعض العقد بعد فرض بساطته، كما لا مجال لإجازة بعضه لو كان فضولياً، أو قبول بعض الإيجاب، كما سبق.

وأما ما ذكره من قياس المقام بما إذا اشترى داراً من شريكين في جعل أحدهما الخيار لنفسه دون الآخر. فإن أراد به شراء حصة كل منهما مستقلاً عن شراء حصة الآخر، فالقياس في غير محله. وإن أراد به شراء مجموع الدار جملة واحدة - كما لو اشتراها من وكيلهما - فالمتعين المنع عنه، كما في المقام.

ومن هنا لا مجال للبناء علي صحة الشرط المذكور، لما ذكرناه من عدم قابلية العقد الواحد للتبعض في الفسخ. وقد تقدم هناك ما ينفع في توضيح الكلام في المقام.

نعم لو كان العقد منحللاً عرفاً إلي عقدين، لعدم دخل المجموعة في موضوعه، كما لو باعه الدار بألف والأثاث بمائة، أو باعه الدار والأثاث بألف ومائه بنحو اللّفّ النشر المرتب، أو باعه دارين كل دار بألف، أو باعهما معاً بألفين بنحو الانحلال والتوزيع من دون قصد المجموعة، ترتب حكم العقدين عرفاً.

فيصح العقد علي أحدهما بقبول الايجاب فيه وعدم قبول الايجاب في الآخر، من دون أن يخل بالتطابق بين الإيجاب والقبول، وتنفذ إجازة العقد علي أحدهما دون العقد علي الآخر لو كانا فضوليين، ويصح اشتراط فسخ أحدهما دون الآخر. ويصح التقايل في أحدهما دون الآخر حينئذ.

كما أنه لا يثبت خيار تبعض الصفقة لو تحقق شرط صحة البيع في أحدهما دون

الآخر، لعدم أخذ وحدة الصفقة في موضوع العقد.

لكن ذلك خارج عن محل الكلام، فإن الكلام إنما هو فيما إذا ابتني العقد علي المجموعة ووحدة البيع والمبيع. ولذا كان المدعي لهم الانحلال الذي هو فرع وحدة العقد، والذي سبق منا المنع عنه، ومنع ما يترتب عليه، وهو صحة اشتراط الفسخ في بعض البيع.

بقي في المقام أمور:

الأول: قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك إلا برد الجميع. فلورد بعضه لم يكن له الفسخ. وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه، لبقائه علي ملك البايع. والظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه علي وجه الثمنية. إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلي أن يجتمع قدر الثمن، فيفسخ البايع).

والذي ينبغي أن يقال: بعد فرض كون شرط الخيار هو ردّ تمام الثمن، المستلزم لعدم استحقاق البايع الفسخ برد بعضه. فإذا رد بعضه بنية الثمنية والفسخ. فإن رضي المشتري بذلك تعين حصول الفسخ، لا من جهة الخيار المجعول، بل من جهة التقايل لحصول الرضا بالفسخ من الطرفين، فيملك المشتري الثمن، وله التصرف فيه.

وإن لم يرض بذلك لم يكن له قبض المدفوع، لعدم استحقاقه له. فإن قبضه مع ذلك، ولو بداعي حفظه للبايع، كان قبضه في غير محله، وتعين عدم جواز تصرفه فيه وضمائه له.

وإن قبضه لتخيل أن المشتري قد دفعه أمانة عنده إلي أن يجتمع له قدر الثمن، فأنكشف الخلاف، وأنه قد قصد الثمنية والفسخ، لم يبعد عدم ضمائه له مع انكشاف الحال له.

لظهور حال المشتري - بعد فرض عدم استحقاقه الفسخ - في كون دفعه بنحو

الأمانية، وفي مثل ذلك لا دليل علي الضمان، لقصور ضمان اليد عن صورة إيهام صاحب المال الإذن المالكي في القبض، لما تقدم - في المسألة الثالثة عشرة من الفصل الأول في شروط العقد - من انحصار دليل ضمان اليد ببناء العقلاء، ولا يتضح شموله لمحل الكلام.

نعم لو انكشف الحال له تعين عليه إرجاعه، أو تحصيل الإذن ببقائه أمانة في يده. فإن فرط كان ضامناً.

الثاني: قال شيخنا الأعظم (قدس سره) أيضاً: (ولو شرط البايع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع. وللمشتري خيار التبويض إذا لم يفسخ البايع بقية المبيع وخرجت المدة. وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك). والذي ينبغي أن يقال: بناء علي جواز التبويض في الفسخ. فاشترطه

تارة: لا- يبتني علي اشتراط فسخ الجميع في المدة تدريجاً. ولا مجال معه لخيار التبويض قطعاً، بعد المدة، فضلاً عما قبلها، لإقدام المشتري عليه بمقتضى الشرط.

وأخري: يبتني علي ذلك. ومعه يتعين البناء علي انكشاف عدم صحة الفسخ في البعض إذا خرجت المدة قبل تمامية الفسخ في الجميع، لخروج الفسخ الواقع علي البعض عن مقتضى الشرط. ومعه لا موضوع لتبعض الصفقة، كما نبه لذلك بعض مشايخنا (قدس سره).

لكنه ذكر أن فسخ الجميع إذا أخذ بنحو الانحلال، بحيث يرجع إلي اشتراط الفسخ في كل جزء جزء، من دون أن يناط الخيار في الفسخ بكل جزء بالفسخ ببقية الأجزاء، فاللازم البناء علي صحة الفسخ في الأبعاض، و ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، فيكون له الفسخ بمضي المدة.

وما ذكره وإن كان متيناً، إلا أنه خروج عن مورد الكلام من الاقتصار علي اشتراط الخيار للبايع إلي إضافة اشتراط الفسخ عليه في بقية المبيع.

(مسألة 15): إذا تعذر تمكين المشتري من الثمن، لغيبة أو جنون أو نحوهما مما يرجع إلي قصور فيه، فالظاهر أنه يكفي في صحة الفسخ تمكين وليه (1)

و كيف كان فلا مجال للبناء علي ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من ثبوت خيار تبعض الصفقة في شيء من فروض المسألة.

وأشكل من ذلك ما ذكره من ثبوت خيار تبعض الصفقة قبل خروج المدة. إذ لا وجه له بعد إقدام المشتري علي تبعض الصفقة بجعل الخيار للبايع بالفسخ في البعض في أثناء المدة، كما لعله ظاهر.

الثالث: يمكن تحقق نتيجة شرط التبعض في الفسخ بوجه آخر، وهو اشتراط الاشتراك في المبيع بدفع بعض الثمن بنسبته، نظير بيع العين بشرط بيعها علي المشتري في أجل معين. والذي لا مانع منه بمقتضي عموم نفوذ الشروط، وإن كان قد يمنع منه في الجملة للنصوص الخاصة به.

غاية الأمر أنه يختلف عنه بأن اشتراط البيع من سنخ اشتراط الفعل، واشتراط الاشتراك المذكور من سنخ شرط النتيجة.

لكن قد سبق عند الكلام في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه أنه لا مانع منه فيما إذا كان متعلق النتائج المشترطة أمراً تحت سلطة المشروط عليه بنحو ترجع إلي استحقاقه عليه، ومنه المقام، لأن بعض المبيع تحت سلطنته، فله التنازل عنه للمشروط له واشتراط صيرورته له مع دفع ما يناسبه من الثمن. فلاحظ.

(1) كما قواه شيخنا الأعظم (قدس سره) وغير واحد ممن تأخر عنه، وحكاه عن المحقق القمي (قدس سره) في بعض أجوبة مسائله. خلافاً لما حكاه عن شيخه في المناهل.

ولا إشكال في أن الجمود علي عنوان رد الثمن يقتضي الرد علي خصوص المشتري، لأن رد الشيء إنما يكون بإرجاعه لموضعه. ومثله الإتيان به الذي تضمنه النصوص.

ولو كان هو الحاكم الشرعي (1) أو وكيله، فإذا أحضره كذلك جاز له الفسخ.

إلا أن المستفاد عرفاً من طبيعة هذا الخيار كون أخذ رد الثمن في مقابل عجز البايع عن إرجاعه أو امتناعه من دفعه، وتمكين المشتري منه، لئلا يضيع علي المشتري فيخسر الثمن والمثمن، فيقصر عما إذا كان تعذر الرد لشخص المشتري لقصور فيه بغيبة أو جنون أو موت. ولذا لا يرون سقوط الخيار بتعمد المشتري التخفي أو السفر في المدة من أجل تضييع الفرصة في الفسخ علي البايع.

ومن هنا يتعين التعميم لمن يقوم مقام البايع من وكيل أو ولي أو وارث، إلا مع التنصيص علي خصوصية زائدة علي الإطلاق، فيتعين العمل بها.

هذا وفي منية الطالب: (وبالجملة: يجب أن يخرج الرد إلي الوارث عن محل الخلاف، لأن الوارث ينتقل إليه المال علي نحو تعلق حق المورث البايع إليه...)

ولا يخلو ما ذكره عن إشكال، لأن المعيار في المقام ليس هو نحو الاستحقاق للمال، بل عموم موضوع الخيار المشروط. ولا إشكال في أن مقتضى الجمود علي رد الثمن أو الإتيان به القصور عن الوارث وغيره ممن يقوم مقام المشتري.

فإن بني علي العمل عليه قصر الخيار عن الرد للجميع، وإن بني علي ملاحظة ما ذكرنا تعين العموم للجميع، فالفرق بين الوارث وغيره غير ظاهر الوجه.

(1) بناء علي ثبوت ولايته. وقد أشار شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره للإشكال في ولاية الحاكم الشرعي بأنه إنما يتصرف لمصلحة المولي عليه، وقد لا يكون قبض الثمن الموجب لتسلط البايع علي الفسخ مصلحة للمشتري.

وهو لو تم يجري في جميع الأولياء. بل علي حتي في الوكيل إذا لم يكن مفوضاً، بحيث له مخالفة مصلحة الموكل، كما أشار لذلك بعض الأعاظم. (قدس سره).

والعمدة في دفع الإشكال المذكور أن الشرط في سلطنة البايع علي الفسخ ليس هو قبضه الثمن، بل إحضاره. فمع فرض ظهور الشرط بين المتبايعين في أن

(مسألة 16): نماء المبيع من زمان العقد إلي زمان الفسخ للمشتري (1). كما أن نماء الثمن للبائع (2).

ذكر إحصار الثمن من أجل أن لا يضيع علي المشتري، فيقصر عن صورة تعذر الرد لقصور في المشتري، ويتعين سلطنة البائع علي الرد بمجرد تهيؤ الثمن له، بحيث لا يضيع علي المشتري، فإذا فسخ حينئذ ملك المشتري الثمن، فيكون قبض وكيله ووليّه حتي الحاكم مصلحة له.

بل حتي لو فرض أن الشرط هو القبض فمن الظاهر أن مقتضي الشرط لزوم القبض علي المشتري، وعدم جواز امتناعه منه، فيقوم مقامه الوكيل والولي، كما يقوم مقامه في أداء الحقوق عنه بمثل وفاء دينه، والإنفاق من ماله علي من تجب عليه نفقته.

هذا ولو فقد الولي، أو تعذر الرجوع إليه، تعين - بناء علي ما سبق - سقوط اعتبار الرد في جواز الفسخ وصيرورة الثمن بالفسخ في ذمة المشتري أو أمانة عنده، كما يظهر من محكي الحدائق دعوي ظهور اتفاق الأصحاب عليه في جميع موارد خيار الشرط.

نعم استشكل فيه بمخالفته لظهور نصوص المقام في اعتبار الرد. ويظهر اندفاعه مما سبق من قصور اشتراط رد الثمن عما إذا كان تعذر الرد لقصور في المشتري.

(1) كما في الدروس والجواهر، وبه صرح شيخنا الأعظم (قدس سره) وظاهره

- كالجواهر - المفروغية عنه وعدم الخلاف فيه. وهو كذلك. إذ يقتضيه - مضافاً إلي قاعدة تبعية النماء للأصل - حديث إسحاق بن عماره، فلو كان بناء الأصحاب علي خلاف ذلك كان المناسب لهم التصريح به، وبيان المخرج عما ذكرنا.

(2) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. ويقتضيه مضافاً للقاعدة المتقدمة معتبر معاوية بن ميسرة. ومن هنا كان ظاهر الجواهر مفروغية الأصحاب عنه وهو كذلك، لنظير ما سبق.

(مسألة 17): لا يجوز للمشتري فيما بين العقد إلي زمان مدة الخيار التصرف الناقل للعين (1)، من هبة أو بيع أو نحوهما. ولو تلف كان ضمانه علي المشتري (2).

(1) الظاهر عدم الإشكال فيه. لما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع، فإبقاء عين المبيع شرط ضممني بيتني عليه البيع، فيجب الوفاء به.

ومنه يظهر عدم جواز إتلاف المشتري له. بل عدم جواز كل تصرف فيه يغيره عن صورته و يوجب اختلاف الرغبة فيه، فضلاً عما يوجب نقص ماليته.

إلا ما كان بالنحو المتعارف، بسبب الانتفاع به بالوجه الذي بيتني عليه البيع المشروط بالخيار كسكني الدار، وركوب الدابة. وعلي ذلك لا يجوز له أن يؤجر العين أكثر من مدة الخيار، لأن استرجاع العين مسلوقة المنفعة مدة من الزمن نقص فيها مرغوب عنه.

هذا ولو خالف المشتري فإن أتلف العين عصي. وإن نقلها بناقل - من بيع أو هبة أو نحوهما - لم ينفذ، بناء علي ما سبق منا - عند الكلام في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في العقد من المسألة الثالثة - من أن مقتضي الشرط كون الأمر المشروط لاحقاً للمشتري، ومقتضي دليل نفوذه ثبوت ذلك الحق شرعاً. حيث يتعين حينئذ قصور سلطنة المشتري عن فعل الناقل وعدم نفوذه منه، لمنافاته لحق صاحب الخيار، وهو البائع.

نعم بناء علي ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره)، من تمحض عموم نفوذ الشروط في التكليف، يتعين البناء علي عصيان المشتري بفعل الناقل مع نفوذه، بناء علي ما هو التحقيق من عدم اقتضاء النهي عن المعاملة فسادها.

(2) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر. ويقتضيه حديثاً إسحاق بن عمار

ومعاوية بن ميسرة. ففي الأول: (قلت: رأيت لو أن للدار غلة لمن تكون؟ قال: للمشتري. ألا تري إنها لو احترقت كانت من ماله)، وفي الثاني: (قال له أبو الجارود: فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين. قال: هو ماله. وقال عليه السلام: رأيت لو أن الدار احترقت من مال من تكون؟!). مضافاً إلي أنه مقتضي القاعدة كما يشير له الحديثان المذكوران، فإن تحل غير الممالك لدرك المال يحتاج لدليل.

لذا لا حاجة للتشبه بقاعدة أن التلف ممن لا خيار له لو تمت. وإنما يحتاج إليه

فيما لو لم يكن من لا خيار له مالاً، كما لو تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وهو عند المشتري، حيث يكون ضمانه علي البايع بمقتضي القاعدة المذكورة.

(1) كما استظهره شيخنا الأعظم (قدس سره) وأصّر عليه الأعظم (قدس سره) وغيره. لأن الخيار متعلق بالعقد، لا بالعين، ولازم ذلك الانتقال للبدل من المثل أو القيمة.

لكن ذلك - لو تم - إنما ينفع في الخيار الشرعي، دون ما نحن فيه ونحوه مما يكون فيه الخيار بجعل المتعاقدين واشتراطهما له في العقد، فإنه تابع لنحو الاشتراط وسعة الأمر المشروط.

ولعله لذا قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ويحتمل عدم الخيار، بناء علي أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن وارتجاع البيع [المبيع. ظ] وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه).

نعم حيث كان المستفاد من شرط الخيار تشبث البايع بالعين، بحيث ليس للمشتري المنع من إرجاع المبيع بعينه بإتلافه أو نقله عن ملكه - كما تقدم - فمن القريب رجوع إلي ذلك اشتراط محافظته علي العين بماليتها، وتحمله دركها لو فرط في ذلك. ومرجع ذلك إلي اشتراط ضمانها مع الفسخ بما يحفظ ماليتها. خصوصاً إذا كان

البيع بأقل من ثمن المثل، كما هو شائع في بيع الخيار.

لكن لو تم ذلك فالمتيقن منه ما إذا كان التلف أو الخروج عن الملك بتفريط المشتري خارج عن المتعارف في الانتفاع بالمبيع، ولا يجري فيما لو لم يكن كذلك، كما لو تلف بأفة سماوية، أو بفعل غيره، أو بفعله بالنحو المتعارف في الانتفاع بالمبيع، أو صارت الجارية الصغيرة المشتراة بالخيار بفتالة من الرضاعة من دون تفريط منه علي انعاقها بذلك. لابتناء البيع المذكور علي انتفاع المشتري بالمبيع وتعامله معه كتعامله مع ملكه، من دون أن يخرج ذلك عن مقتضى شرط الخيار المفروض، ويقتضي الضمان مع الفسخ.

بل من القريب جداً كون المنصرف من حديثي إسحاق بن عمار ومعاوية بن ميسرة عدم الضمان بالوجه المذكور. لأن المراد من الحكم فيهما بأن الدار تحترق من مال المشتري مجرد خسارته لها، للمفروغية عن عدم تحقق الفسخ من البايع بعد الاحتراق، فعدم التنبيه فيهما لبقاء حق الخيار وضمان المشتري للدار لو فسخ يناسب جداً عدم بقاء حق الخيار.

غاية الأمر أن المنصرف من الاحتراق المفروض فيهما هو الاحتراق الذي لا يقدم عليه المالك تجنباً للخسارة، ولا يعم الاحتراق العمدي المخالف لما بني عليه اشتراط الخيار من عدم تقويت الرجوع بالعين علي البايع الذي تقدم تقرب الضمان معه. نعم لو اشترط الخيار بوجه خاص خارج عن المتعارف، تعين العمل علي ما مقتضاه.

هذا وقد فصل في الجواهر بين التلف قبل رد الثمن وبعد رده قبل الفسخ. ففي الأول يكون تلفه علي المشتري، لأنه ملكه، وحيث لا خيار حينئذ للبايع فلا ضمان علي المشتري. بل يسقط الخيار، لتعذر رد العين. بل يظهر منه جواز الإتلاف حينئذ، لأنه صرح بجواز نقل العين اختياراً مع عدم الشرط.

أما في الثاني فيكون تلفه علي المشتري أيضاً. لكن حيث كان التلف في حال ثبوت الخيار للبايع تعين كونه مضموناً علي المشتري، لأن التلف في زمن الخيار ممن ل

إلا إذا كان المقصود من الخيار المشروط خصوص الخيار في حال وجود العين، بحيث يكون الفسخ موجبا لرجوعها نفسها إلي البايع. لكن الغالب الأول (1).

خيار له. وحينئذ يتعين عدم سقوط الخيار بالتلف، بل للبايع الفسخ ويضمن المشتري المبيع بالمثل أو القيمة.

ويشكل أولاً: بابتناؤه علي كون الرد شرطاً في ثبوت الخيار، وقد سبق أن الظاهر ثبوت حق الخيار بالشرط حين البيع، وكون الرد شرطاً في إعمال حق الخيار بالفسخ. بل قد يظهر من بعض كلماته (قدس سره) الميل إلي ذلك.

وثانياً: بأن قاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا- خيار له كقاعدة أن التلف قبل القبض من مال البايع، يراد بها الحكم ببطان البيع وصيرورة التلف من مال من لا خيار له، وعليه إرجاع الثمن لصاحب الخيار، من دون حاجة للفسخ. ولا يراد بها بقاء البيع وتسلط صاحب الخيار علي الفسخ، واستحقاقه علي من ليس له الخيار المثل أو القيمة، كما هو المدعي له في المقام.

وثالثاً: بما ذكرناه آنفاً من أن مقتضي الشرط الضمني الذي يبتني عليه البيع في المقام عدم جواز تعمد المشتري لإتلاف العين أو نقلها، بحيث يتعذر إرجاعها للبايع لو أراد الفسخ. ومن هنا لا مخرج عما ذكرناه من التفصيل.

ومن جميع ما سبق يظهر أن العين لو نقصت قهراً علي المشتري، أو بالوجه المتعارف الذي تقتضيه طبيعة الانتفاع بها، تعين بقاء الخيار من دون أن يضمن المشتري النقص للبايع، بل البايع مخير بين الفسخ والرضا بالعين علي نقصها وعدم الفسخ، وإنما يضمن المشتري النقص مع تقيطه.

(1) هذا لا يناسب ما سبق منه (قدس سره) من عدم جواز نقل المشتري العين عن ملكه. إذا لو فرض إطلاق الخيار المجعول، بحيث يشمل الفسخ مع الرجوع للبدل،

(مسألة 18): إذا كان الثمن المشروط رده ديناً في ذمة البايع - كما إذا كان للمشتري دين في ذمة البايع، فباعه بذلك الدين، واشترط الخيار مشروطاً برده - كفي في رده إعطاء فرد منه (1). وإذا كان عيناً في يد البايع فالظاهر ثبوت الخيار في حال دفعها للمشتري (2). وإذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري فدفعت منه فرداً إلي البايع بعد وقوع البيع، فالظاهر اشتراط

جاز للمشتري النقل والإتلاف مع الضمان بالمثل والقيمة لو أراد البايع إعمال الخيار بالفسخ.

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الخيار المجعول بصورة بقاء العين، لكن بنحو يقتضي المنع من التفريط بها والضماني معه، بحيث يبقى الخيار مع التفريط بنحو يعتم البدل، كما يظهر مما سبق.

(1) قطعاً لعدم تحقق رده إلا بذلك. وهو مورد صحيح سعيد بن يسار، بناء على أنه من أدلة هذا الخيار، وقد سبق الكلام في ذلك.

(2) يعني: ولا يكفي دفع المثل. وقد سبق أن ذلك وإن كان مقتضي الفسخ، إلا أن المعيار في المقام على ظهور إطلاق شرط الخيار. وقد ادعى شيخنا الأعظم (قدس سره) أن ذلك هو مقتضي ظاهر الشرط. لكن الظاهر أنه مقتضي الجمود على حاق اللفظ من دون أن يكون هو الظاهر منه، بل الظاهر منه بسبب غلبة عدم بقاء العين إرادة الأعم من البدل، كما سبق في أول الكلام في بيع الخيار.

وهو مقتضي إطلاق الدروس ومحكي حاشية المحقق علي الإرشاد قال في الدروس: (ولا يحمل الإطلاق على المعين. ولو اشترط رد العين احتمل الجواز). وظاهر جامع المقاصد إقراره. ولعل منشأ توقفه في جواز اشتراط رد العين قصور نصوص المقام عنه. لكن يكفي فيه عموم نفوذ الشروط.

ودعوي: مخالفته للغرض من هذا العقد. مدفوعة بأن ذلك ليس محذوراً. علي

صحة الفسخ برد ذلك الفرد مع وجوده، ولا يكفي فيها رد فرد آخر (1).

(مسألة 19): لو اشترى الولي شيئاً للمولي عليه بيع الخيار، فارتفع حجره قبل انقضاء المدة، كان الفسخ مشروطاً برّد الثمن إليه، ولا يكفي الرّد عليّ وليه (2). ولو اشترى احد الوليين - كالأب - ببيع الخيار، جاز

أن الغرض المذكور ليس مطرداً، بل هو غالبى غير حاصل في مورد الشرط المذكور.

(1) سبق ممّا في أول الكلام في بيع الخيار المنع من اقتضاء الفسخ رد عين المدفوع في مثل ذلك، فضلاً عن اقتضاء الإطلاق ذلك. وقد تقدم تمام الكلام في المسألة هناك.

(2) لما سبق في المسألة الخامسة عشرة من ظهور أخذ الرّد شرطاً في الخيار في كون المراد تمكين المشتري من الثمن، بحيث لا يضيع عليه، وذلك يقتضى حمل الرّد عليّ الرّد عليّ المشتري نفسه ولو بالرّد عليّ وليه.

ولو فرض ظهوره بدوّ عليّ الرّد عليّ الولي تعين حمله عليّ كون الرد له لقيامه مقام المشتري وولايته عليه، فيقصر عما لو خرج عن الولاية، لكمال المشتري واستقلاله بالسلطنة، بل يتعين حينئذ الإرجاع للمشتري نفسه، لعدم تحقق التمكين المقصود بالأصل إلا بذلك.

بل لو فرض عموم الرد المأخوذ شرطاً في الفسخ للرد للولي أو اختصاصه به، للتنصيص عليّ ذلك فالرد له وإن كان موجباً لتحقيق شرط السلطنة عليّ الفسخ، إلا أنه بعد تحقق الفسخ يكون الثمن ملكاً للمشتري نفسه، فيجب عليّ البايع تسليمه له شرعاً بعد فرض استقلاله وانتهاء أمد ولاية الولي عليه.

ودعوي: أن الولي إذا رأى أن من مصلحة المولي عليه إيقاع التصرف بنحو ينفذ عليّ المولي عليه بعد استقلاله جاز له إيقاع التصرف بالنحو المذكور، كما لو رأى المصلحة في إجارة عقاره مدة أطول من مدة قصور المولي عليه وولايته عليه. وعليه له

أن يشترط في بيع الخيار تسليم الثمن له عند الفسخ - بحيث تفرغ به ذمة البايع - حتي لو وقع بعد خروجه عن الولاية.

مدفوعة بأن ذلك إنما يتم بالإضافة إلي نفس التصرف الواقع حين ولايته، كما في مثال الإجارة المتقدم، وكالبيع الخياري في المقام. أما بالإضافة للتصرف الواقع بعد خروجه عن الولاية - كقبض الثمن في المقام بحيث تبرأ به ذمة البايع - فلا مجال له، لمخالفته لقاعدة السلطنة في حق المولي عليه بعد كماله، فيكون اشتراطه مخالفاً للكتاب والسنة، فلا ينفذ.

(1) كما صرح بذلك في منية المريد وغيره. ويظهر الوجه فيه مما سبق من ظهور الرد فيه للمشتري ولو بالرد لوليه، وأنه لو فرض ظهوره بدوياً في الرد للولي المباشر فالمستفاد منه كون الرد بلحاظ قيامه مقام المشتري، فيشاركه فيه كل من يقوم مقامه من الأولياء.

قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ولو اشترى الأب للطفل بخيار البايع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلي الولي الآخر - أعني الجد - مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الرد إلي الأب، أولاً؟ وجوه). وظهره التوقف والتردد بين الوجوه الثلاثة. ولا وجه له بعد ما ذكرنا.

بل التوقف في كفاية الإرجاع للولي غير المباشر للمعاملة مع تعذر الإرجاع للولي المباشر لها لا يناسب ما قواه سابقاً من أنه مع إيقاع المعاملة مع المشتري نفسه إذا تعذر الرد إليه كفي الرد إلي وليه، كما لعله ظاهر.

نعم لو كان الولي المباشر للمعاملة هو الحاكم - بناء علي ولايته - فقد يستشكل في كفاية رد الثمن لحاكم آخر، بل يمنع منها.

لا لما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أنها مزاحمة للحاكم الآخر عرفاً، بناء علي

إلا أن يكون المشروط الرد إلي خصوص الولي المباشر للشراء (1).

(مسألة 20): إذا مات الباع قبل إعمال الخيار انتقل الخيار إلي ورثته (2)

قصور ولاية الحاكم عن صورة مزاحمة الحاكم الآخر للأشكال فيه بعدم وضوح تحقق المزاحمة بذلك. ولا أقل من عدم اطرادها.

ولا لما ذكره في منية الطالب من أنه بتصرف الحاكم في مال اليتيم ووضع يده عليه يخرج المال عن المال الذي لا ولي له، فليس لحاكم آخر التصرف في هذا المال.

لاندفاعه بثبوت ولاية الحاكمين معاً قبل وضع اليد، بملاك كون المال لا ولي له، ولا أثر لوضع اليد في ذلك. كما لا دليل علي رفعه لولاية الحاكم الآخر بعد فرض ثبوتها بالملاك المذكور.

بل الوجه في ذلك ما عن بعض مشايخنا (قدس سره) من خروجه عن المتيقن من ولاية الحاكم بعد عدم ثبوتها بإطلاق دليل لفظي، بل هي ولاية الحسبة التي يلزم الاقتصار فيها علي المتيقن.

لكن لا بد من الاقتصار فيه علي صورة إمكان الرد للحاكم المباشر. أما مع تعذره - ولو لعدم رضاه باستلام الثمن - فلا إشكال في جواز كفاية الرد للحاكم الآخر. بل هو أولي مما سبق في المسألة الخامسة عشرة من الاكتفاء بالرد للحاكم - بناء علي ولايته - مع مباشرة المشتري نفسه للمعاملة وتعذر الرد له عند إرادة الفسخ، كما لعله ظاهر. وأظهر من ذلك ما لو صرح في شرط الخيار بالاكتفاء بالرد للحاكم الآخر.

(1) حيث يلزم الاقتصار علي مورد الشرط بعد عدم المانع من نفوذه. ولو تعذر الرد إليه فالإكتفاء بالرد لغيره موقوف علي قصور الشرط عن صورة تعذر الرد إليه.

(2) الكلام في هذه المسألة موكول إلي الفصل الخامس في أحكام الخيار. نعم دخول شرط الخيار المشروط في محل الكلام في موضوع هذه المسألة موقوف علي

فلهم الفسخ برد الثمن إلى المشتري. ويشتركون في المبيع علي حساب

سهامهم. ولو امتنع بعضهم من الفسخ لم يصح للآخر الفسخ لا في تمام المبيع، ولا في بعضه. ولو مات المشتري كان للبايع الفسخ برد الثمن إلي ورثته (1).

(مسألة 21): يجوز اشتراط الخيار في الفسخ برد الثمن إلي البايع (2). والظاهر منه رد نفس العين، فلا يكفي رد البدل (3) حتي مع تلفها (4). إلا أن

إطلاقه بنحو يشمل حال موت المورث، بأن لم يشترط في ثبوت الخيار حياته، ولا في الرد الموقوف عليه إعمال الخيار مباشرته له. وإلا ارتفع موضوعه بالموت، ولم يبق حق ليقع الكلام في إرثه، وفي فروعه.

(1) يظهر الكلام فيه مما تقدم في المسألة الخامسة عشرة.

(2) كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. ومن الظاهر اختصاص نصوص المقام ببيع الخيار، دون شرائه الذي هو محل الكلام. كما أن بعض النصوص وأن ورد في شراء الثوب بشرط إلي نصف النهار أو مطلقاً (1)، إلا أنها ظاهرة في الشراء المبني علي التثبيت من كون الشراء صلاحاً للمشتري. ولذا صرح بسقوط الخيار بالتصرف في المبيع في المقام عموم نفوذ الشروط.

(3) كما صرح به المسالك، وقد يظهر من غيره. بل قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلي العين، ولا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه). وما ذكره إنما يتم فيما إذا كان المبيع من العروض. أما إذا كان نقداً فلا يتضح الفرق بين كونه مبيعاً وثنماً. وقد تقدم نحو ذلك فيما إذا كان الثمن من سنخ العروض. ومن هنا يكون الفرق في أخذ خصوصية العين بين العروض والنقد، لا بين المبيع والثمن.

(4) إذ بعد فرض أخذ خصوصية العين يتعين تقييد إعمال الخيار المشروط

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 12 من أبواب الخيار.

تقوم قرينة علي إرادة ما يعم رد البديل عند التلف (1). كما يجوز أيضاً اشتراط الخيار لكل منهما عند رد ما انتقل إليه (2) بنفسه أو ببدله عند تلفه (3).

(مسألة 22): لا يجوز اشتراط الخيار في الفسخ برد البديل مع وجود العين (4)، بلا- فرق بين رد الثمن ورد المثل. وفي جواز اشتراطه برد القيمة في المثلي أو المثل في القيمي مع التلف إشكال. وإن الأظهر أيضاً العدم (5).

بردها. ومعه لا مجال للاكتفاء فيه برد بدلها حتي مع التلف، بل يتعين سقوط الخيار بتعذر شرط إعماله.

(1) الظاهر أن القرينة العامة التي أشرنا إليها فيما لو كان المبيع من سنخ النقد تقتضي الاكتفاء بالبديل مطلقاً ولو مع عدم التلف، نظير ما سبق عند الكلام في اشتراط البايع الخيار برد الثمن. وعليه فتخصيص الاكتفاء برد البديل بصورة تلف العين إذا كانت نقداً هو الذي يحتاج إلي قرينة خاصة. هذا بناء علي ما ذكرناه من إمكان الاكتفاء بالبديل مع وجود العين. أما بناء علي امتناعه - كما يظهر هناك من سيدنا المصنف (قدس سره)

فلا يحتاج إلي قرينة.

(2) قطعاً، كما في الدروس. ويقتضيه بعد قصور نصوص المقام عنه عموم نفوذ الشروط.

(3) يجري فيه ما سبق.

(4) كأنه لمخالفته لمقتضي الفسخ. لكن يظهر مما سبق في أول المسألة الثانية عشرة عدم منافاته له. فراجع.

(5) كأنه لمنافاة الشرط للحكم الشرعي في كيفية الضمان، فلا ينفذ. لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (أمكن الجواز، لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير

(مسألة 23): يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة المَجعولة له مع عدم الرد (1)، وبإسقاطه بعد العقد (2).

ما اقتضاه العقد للبايع. فتأمل). وهو نظير ما سبق منا في أول المسألة الثانية عشرة في توجيه الاكتفاء بالمثل مع بقاء العين. ومن ثم يتعين البناء علي جوازه.

ومن ذلك يظهر عدم مناسبة ذلك من شيخنا الأعظم (قدس سره) للتوقف في جواز اشتراط الاكتفاء برد البدل مع بقاء العين، علي ما سبق منه عند الكلام في اشتراط الخيار برد الثمن، وكرره عند الكلام في اشتراطه برد المبيع. ولعله لذا أمر بالتأمل.

(1) قطعاً. ومثله تعذر الرد المشروط مع بقاء المدة. لكنهما في الحقيقة ليسا من موارد سقوط الخيار، بل الأول راجع لانتهاء أمده، والثاني راجع إلي تعذر إعماله.

(2) بلا إشكال ظاهر، لكونه حقاً، فيقبل الإسقاط. وقد تقدم تمام الكلام في ذلك عند الكلام في سقوط خيار المجلس بالإسقاط من المسألة الخامسة.

نعم هذا موقوف علي ما ذكرناه غير مرة من فعلية حق الخيار، وأن المعلق علي الرد هو إعماله بالفسخ. أما بناء علي تعليق الخيار علي الرد، بحيث لاحق قبله، فالمتعين عدم جواز الإسقاط، لأنه إسقاط لما لم يجب ولم يستحق.

وأما ما قد يدعي من أنه يكفي في الإسقاط القدرة علي الخيار بالقدرة علي سببه، وهو الرد فهو. كما تري! إذ لا موضوع لإسقاط الخيار قبل تحققه.

نعم يمكن عقلاً إسقاطه بنحو التعليق، بأن لا يراد إسقاطه فعلاً، بل معلقاً علي الرد الموجب لثبوته، نظير الطلاق معلقاً علي الزواج. وحينئذ يمتنع من المشتري الفسخ قبل الرد، لعدم تحقق الخيار، وبعده لسقوط الخيار بالإسقاط التعليقي.

لكن لا مجال للبناء علي صحة الإسقاط التعليقي في المقام، لا لأجل الإجماع علي بطلان التعليق، ليدعي خروج المورد عن المتيقن من الإجماع بعد تصريح غير واحد بجواز الإسقاط بعد العقد. بل لأصالة عدم ترتب الأثر علي الإسقاط المذكور

(الرابع): خيار الغبن (1).

بعد كون الإسقاط من الإقاعات، ولا عموم يقتضي نفوذ الإيقاع، ليكون هو المرجع بعد قصور الإجماع علي بطلان التعليق عن المقام. وإنما يتجه ذلك. في العقود. لعموم نفوذها ولزومها الملزم بالاقتصار في الخروج علي المتيقن ومن هنا يتعين الاقتصار في نفوذ الإسقاط لتعليقي علي مورد الدليل الخاص كالتدبير والوصية التمليلية.

هذا وأما التصرف في الثمن فالظاهر سقوط الخيار ولزوم البيع به إذا كان بداعي الرضا بالبيع والبناء علي عدم إعمال الخيار. كما يظهر ما تقدم في أواخر المسألة الثالثة. فراجع. وأظهر من ذلك ما إذا رجع التصرف إلي إسقاط الخيار.

وأما إذا كان لم يكن كذلك - كما هو الغالب في هذا الخيار، لابتناؤه علي الانتفاع بالثمن - فلا يسقط الخيار. بل هو كالصريح من حديث إسحاق بن عمار. لظهور أن الاحتياج لبيع الدار المفروض فيه إنما هو من أجل الانتفاع بثمنها.

وأما ما ينسب للأصحاب من أن تصرف من له الخيار فيما انتقل إليه مسقط لخياره، فلا مجال للبناء علي إطلاقه. ولا سيما مع ما سبق في خيار الحيوان من تعليل بعضهم له بدلالة التصرف علي الرضا.

نعم سبق أنه لا مجال لحمل التصرف الذي تضمنت النصوص مسقطيته له علي ذلك. بل لابد من تعميمه لغيره في الجملة وقد سبق الكلام في تحديده.

وعلي كل حال فهي مختصة بخيار الحيوان. ولا مجال للتعدي منه إلي بقية الخيارات، خصوصاً مثل هذا الخيار المبني غالباً علي التصرف. وقد أطال شيخنا الأعظم (قدس سره) في المقام بما لا يسعنا متابعتها فيه بعد ما ذكرنا.

(1) المصرح به في كلام غير واحد من اللغويين أن الغبن بسكون الباء في البيع، وبفتحها في الرأي، ويراد به ضعفه. وإن كانت كلماتهم فيه وفي اشتقاقاته لا تخلو عن غموض واضطراب.

ويهون الأمر أن تحديد معناه اللغوي أو العرفي غير مهمّ بعد عدم جعله بعنوانه موضوعاً للخيار في النصوص ونحوها من الأدلة اللفظية، و إنما يستدل عليه بأدلة أخرى. فاللازم تحديد موضوعه تبعاً لما ينهض بالاستدلال من تلك الأدلة لو كان.

وكيف كان فالمعروف ثبوت هذا الخيار. وظاهر التذكرة وصريح الغنية في مبحث الخيار والمختلف في حكم تلقي الركبان الإجماع عليه، وعن نهج الحق وكشف الصدق نسبته الي الإمامية.

لكن في التنقيح: (إن هذا النوع من الخيار يذكره كثير من المتقدمين، بل ذكره المتأخرون) وفي الدروس: (وهو ثابت في قول الشيخ وأتباعه... وربما قال المحقق في الدروس بعدم خيار الغبن. ويظهر من كلام ابن الجنيد، لأن البيع مبني علي المكاسبة والمغالبة... وفي الخلاف لم يستند إلي الإجماع، ولا إلي أخبار الأصحاب. وأكثر القدماء لم يذكروه) في المسالك: (المشهور بين الأصحاب، خصوصاً المتأخرين منهم، ثبوت خيار الغبن. وكثير من المتقدمين لم يذكروه).

وقد حاول في مفتاح الكرامة تقريب عدم إخلال ذلك بالإجماع بما لا يرجع إلي محصل يعتد به، ولا ينبغي إطالة الكلام فيه.

ومن ثم لا مجال للاستدلال عليه بالإجماع، كما في كلام غير واحد من متأخري المتأخرين، بل ظاهر بعضهم وصريح آخر أنه العمدة من أدلة المسألة. و من هنا يلزم النظر في الأدلة الأخر التي استدل أو يستدل بها عليه. وهي أمور:

الأول: قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (1) قال في التذكرة: (و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض).

وهو كما ترى! أولاً: لظهور الآية الشريفة في اعتبار الرضا الفعلي، وهو حاصل، كما أشار إليه في الجواهر. بل لا مجال لاحتمال مانعية عدم الرضا من أحد المتعاقدين

(1) سورة النساء الآية: 29.

ص: 304

معلقاً علي العلم بشيء مما يجهل به. إذ ما أكثر ما يندم أحدهما علي المعاملة لانكشاف أمر كان مجهولاً له من دون أن يكون ذلك مستلزماً لبطلان البيع.

وثانياً: لأن مقتضى ذلك بطلان البيع، كما ذكره في الجواهر أيضاً، لا ثبوت الخيار فيه مع صحته، كما هو المدعي. وقد حاول شيخنا الأعظم (قدس سره) دفع ذلك، فقال: (لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم به ولم يرض به. فالآية إنما تدل علي عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوي حكم الفضولي والمكره).

وفيه: أن ذلك إنما يتجه مع تحقق الرضا المعتبر في صحة البيع، وتخلف الوصف المأخوذ في المبيع، ككون العبد كاتباً. والدليل عليه حينئذ ليس هو الآية الشريفة، بل هو حكم عقلاني.

أما مع عدم تحقق الرضا بالبيع بسبب تخلف الوصف - كما هو المفروض في المقام - فالمتعين البناء علي البطلان، كما لو أكره علي شراء الفاقد للوصف، غاية الأمر أن يكون البيع قابلاً للتصحيح بالرضا المتأخر، كما في بيع المكره والفضولي.

وبذلك يتضح أنه لا مورد لفحوي حكم الفضولي والمكره، لأن الرضا فيهما إنما يوجب نفوذ البيع بعد العدم، لا لزومه بعد نفوذه وثبوت الخيار فيه، كما هو المدعي في المقام.

ومثله في الإشكال ما في منية الطالب من أن التجارة التي يعتبر الرضا فيها ليست هي التجارة بالمعني المصدرية، لتصح بالرضا الفعلي الحاصل حين إيقاع العقد، ولا تبطل بانكشاف الحال للمغبون. بل هي التجارة بالمعني الاسم المصدرية. وحينئذ تصح حين العقد، لتحقق الرضا بها، وتبطل عند انكشاف الحال للمغبون إذا لم يرض بها، وتبقى علي الصحة إذا رضي بها.

قال: (نعم يمتاز هذا المعني من الخيار عن سائر الخيارات التي يحتاج الإمضاء والفسخ فيها إلى الإنشاء. فان الدليل المثبت لهذا الخيار بالتقريب المذكور لا- يدل إلا علي أن مجرد الرضا بعد العلم يكفي في الصحة وعدمه يكفي في البطلان، والخيار الاصطلاحي ليس كذلك).

إذ فيه - مع أن التجارة من المصادر، لا من أسماء المصادر - : أن التجارة بالمعني الاسم المصدرية لما كان لها وجود واحد مبني علي الاستمرار، فمقتضي إطلاق الآية الشريفة جواز أكل المال بسببها إذا صدرت عن الرضا ولو مع ارتفاع الرضا بها بعد ذلك. بل لا يمكن البناء علي اعتبار استمرار الرضا بها في جواز أكل المال، إذ ما أكثر ما يندم أحد المتعاقدين علي المعاملة بعد وقوعها، مع ما هو المعلوم من عدم بطلانها بذلك، كما اشترنا آنفاً.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في عدم نهوض الآية الشريفة بالاستدلال.

الثاني: قوله تعالي: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلي الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وانتم تعلمون)(1) ، قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (بناء علي أن أكل المال علي وجه الخدع يبيع ما يسوي درهماً بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه علي رد المعاملة وعدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل. أما بعد رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد أكلاً بالباطل. ومقتضي الآية وإن كان حرمة الأكل حتي قبل تبين الخدع، إلا أنه خرج بالإجماع، وبقي ما بعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة).

وفيه - مع قصوره عن صورة عدم الخدع، لجهل المتعاقدين معاً بالقيمة السوقية للمبيع - أولاً: أن تسلط المخدوع علي ردّ المعاملة حكم شرعي لا يكون ثبوته أو عدمه دخليلاً في صدق أكل المال بالباطل الذي هو من الأمور العرفية. وإن أمكن أن يكون الحكم الشرعي المذكور متفرعاً علي صدق ذلك. غاية ما يمكن دعواه هو كون أكل

(1) سورة البقرة الآية: 188.

ص: 306

المال بالمعاملة الغبنية أكلاً له بالباطل. ولازم ذلك البناء علي بطلان المعاملة المذكورة، لا ثبوت الخيار فيها مع صحتها، كما هو المدعي.

نعم قد يدعي حينئذ صحتها برضا المغبون بالمعاملة، لخروج أكل المال به عن كونه أكلاً بالباطل. نظير صحة بيع المكروه والفضولي بالإجازة. وهو غير المدعي.

وثانياً: أن عموم حرمة أكل المال بالباطل قضية ارتكازية آبية عن التخصيص عرفاً، فلا مجال لدعوي خروج ما قبل ظهور الخدع عن العموم المذكور بالإجماع. بل لو تم الإجماع كشف عن خلل في الاستدلال بالعموم المذكور.

وثالثاً: أنه لو سلم بدواً صدق الأكل بالباطل عرفاً في المورد المذكور، إلا أن المضمون المذكور وإن ورد مطلقاً في الآية الشريفة المتقدمة التي هي في سورة البقرة، إلا- أنه ورد أيضاً في سورة النساء في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(1).

ومقتضي المقابلة في الآية الثانية بين الأكل بالباطل والتجارة عن تراض كون أكل المال بالتجارة عن تراض علي إطلاقه ليس أكلاً للمال بالباطل، وأن الأكل بالباطل لا يشمل صورة التجارة عن تراض.

نظير ما لو قيل: لا- يحسن بالإنسان أن يعبث في إنفاق ماله، ويحسن منه أن ينفق ماله لإرضاء أبيه. حيث يكون مقتضاه أن إنفاق المال لإرضاء الأبوين خارج عن العبث من جهة المنفق مطلقاً وإن كانت دواعي الإنفاق من الأبوين عبثية مثلاً.

وحينئذ تصلح الآية الثانية لشرح أكل المال بالباطل، وبيان قصوره عن صورة التجارة عن تراض حتي في الآية الأولى. ولاسيما مع تطبيقه فيها علي الرشوة للحكام أو غصب أموال الناس بسببهم.

وحيث سبق صدق التجارة عن تراض في المقام بلحاظ حصول الرضا الفعلي فيه تعين قصوراً أكل المال بالباطل عنه وبذلك تكون الآية الثانية رادعة عن تطبيق

(1) سورة النساء الآية: 29.

ص: 307

الأكل بالباطل عليه عند العرف لو تم.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لدعوي أن بين الدليلين عموماً من وجه، وأنهما يجتمعان في محل الكلام ويتعارضان فيه، لينظر في كيفية الجمع بينهما. وإن كان الظاهر أنه لو تم التعارض بينهما فالتقديم لعموم النهي عن أكل المال بالباطل، لما سبق من إباحته عن التخصيص.

ورابعاً: أن البيع في المقام يبتني علي أمرين:

الأول: الخروج في البيع عن القيمة السوقية. ولا إشكال في عدم كونه بنفسه منشأ لكون أكل المال أكلاً له بالباطل بنظر العرف. ولذا لا يكون منه عندهم مع إقدام المتعاقدين علي ذلك أو احتمالهما له.

الثاني: خديعة أحد المتعاقدين للآخر، لا يظهاره له علي خلاف الواقع، لعدم فرض ذلك في محل الكلام، بل بإبقائه علي غفلته، واستغلال ذلك وعدم تنبيهه لواقع الحال. وهذا وإن كان مستكرأ في الجملة بمقتضى المرتكزات العرفية. إلا أن استنكاره يرجع إلي كونه بنفسه نحواً من الباطل، من دون أن يكون أكل المال بالمعاوضة المبتنية عليه أكلاً له بالباطل.

والإلّا-فما أكثر ما تبتني المعاملة إبقاء أحد المتعاقدين علي غفلته بنحو لو التفت لما يعلم به الآخر لم يقدم علي المعاملة، كما لو اعتقد المشتري خطأ باستقرار السوق وعدم تبدل السعر، وأنه نتيجة لذلك قد اشترى الشيء بأقل من قيمته السوقية، أو اعتقد بوفاء ماشرته بغرضه، أو اعتقد البائع أو بعدم تعرض الثمن للسرقة أو نحو ذلك، فإنه لو أبقاه الآخر علي غفلته، واستغل ذلك، فأوقع المعاملة، لا يكون أكله للمال بالمعاملة حينئذ أكلاً له بالباطل، بلا إشكال ظاهر.

الثالث: ما ورد عن النبي (صلي الله عليه وآله وسلّم) من إثبات الخيار في تلقي الركبان إذا دخل السوق. قال في الخلاف: (ومعلوم أنه إنما جعل له الخيار لأجل الغبن).

وفيه: أن ذلك لم يذكر مسنداً في كتب الحديث لأصحابنا، وإنما ذكر مرسلأ في

عوالي اللآلي قال: (وأنه نهى عن تلقي الركبان. وقال: من تلقاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق)(1) والظاهر أنه أخذه من العامة، حيث روه في كتب الحديث عندهم(2). ومجرد موافقة الحديث الضعيف لفتوي الأصحاب لا يكفي في جبره ما لم يثبت اعتمادهم عليه، ولا طريق لإحرازه في مثل ذلك، كما نبه لذلك هنا شيخنا الأعظم (قدس سره)، وأوضحناه عند الكلام في حديث: (علي اليد...) في حكم المقبوض بالعقد الفاسد.

ومن الغريب مع ذلك ما في الجواهر، حيث عقب علي ما ذكره في الحدائق من عدم ذكر الحديث في كتب أصول الحديث ولا في الفروع بقوله: (وإن كان فيه أنه يكفي إرسالهم له. بل لعله أقوى من ذكر المتن).

الرابع: النصوص الواردة في حكم الغبن، كموثق ميسر أو صحيحه عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: غبن المؤمن حرام)(3) وخبر إسحاق بن عمار عنه (عليه السلام): (قال: غبن المسترسل سحت)(4)، و مرسل أحمد بن محمد بن يحيى قال: (أراد بعض أصحابنا الخروج للتجارة، فقال لا أخرج حتى آتي جعفر بن محمد (عليه السلام)... فأتاه فقال له: يا ابن رسول الله إني عزمتم علي الخروج إلي التجارة. وإني آليت علي نفسي أن لا أخرج حتى أتك [آتيك. ظ] وأستشيرك، وأسألك الدعاء لي. قال: فدعا له، وقال: عليك بصدق اللسان في حديثك، ولا تكتم عيباً يكون في تجارتك. ولا تغبن المسترسل، فإن غبنه لا يحل...)(5)، وفي بعض طرقه: (فإن غبنه ربا)(6)، وما عن كتاب الإمامة والتبصرة بسنده عن السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه قال: (قال رسول الله صلي

(1) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 29 من أبواب آداب التجارة حديث: 3.

(2) صحيح البخاري ج: 3 ص: 28. صحيح مسلم ج: 4 ص: 138. صحيح سنن أبي داود ج: 2 ص: 132. وغيرها.

(3)، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 17 من أبواب الخيار حديث: 2، 1.

(4)، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 17 من أبواب الخيار حديث: 2، 1.

(5) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب آداب التجارة حديث: 7

(6) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 3 من أبواب آداب التجارة حديث: 8.

الله عليه وآله: (غبن المسترسل ربا)(1).

ولا يخفي أن ما تضمن من النصوص المتقدمة التعبير بالسحت والربا كالصريح في إرادة البيع الغبني المبتني علي كسب المال. وقريب منه مرسل أحمد بن محمد بن يحيى، لمناسبة التجارة لذلك.

وأما ما عدا ذلك - كحديث ميسر - فقد ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه ظاهر في حرمة الخيانة في المشاورة. قال: (فيحتمل كون الغبن بفتح الباء).

وفيه: أن الظاهر من كلمات اللغويين أن الغَبْن الذي هو بفتح الباء ليس هو الخيانة في الرأي، بل ضعف الرأي. قال في لسان العرب: (الغبن بالتسكين في البيع، والغبن بالتحريك في الرأي وغبنت رأيك. أي نسيتَه وضيعته...). وإن كانت كلماتهم لا تخلو عن اضطراب وغموض.

علي أنه لو تم أن الغبن بالفتح هو الخيانة في الرأي فاحتماله لا يقتضي استظهار المعني المذكور، بل احتمال، وإجمال مفاد الحديث. بل من القريب جداً أن يراد بحديث ميسر ما أريد ببقية النصوص المتقدمة، لأنه هو الشايح في النصوص وعند العرف. مع قرب تعاضد بقية النصوص، بحيث يوثق بصدور مضمونها. فلا يهم إجمال حديث ميسر لو تم.

فالعمدة في الجواب عن النصوص - بعد قصورها عن صورة عدم الخدع لجهل المتعاقدين معاً بالقيمة السوقية - ظهورها بدواً في بطلان البيع، كما هو مقتضى الظهور النوعي للنهي عن المعاملات وغيرها مما يطلب لأثره. وهو المناسب لإطلاق السحت والربا في بعض النصوص.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من أن السحت وإن كان هو المال الحرام، إلا أنه قد أطلق في المقام علي نفس الغبن لا علي الثمن. والغبن إنما يكون بنفس المعاملة،

(1) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 13 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 310

ولا يصح إطلاقه علي الثمن حتي مجازاً. وأنه لا بد من حمل السحت علي الحرمة التكليفية فيندفع بأن عدم إطلاق الغبن علي الثمن لا ينافي إطلاق السحت عليه بلحاظ حرمة الثمن من باب المجاز في النسبة.

ومن هنا لا يبعد ظهور النصوص بدواً في بطلان المعاملة. لكن حيث لا يظهر منهم البناء علي ذلك فلا بد من حملها علي الكراهة.

بل قد تحمل علي الحرمة التكليفية، بلحاظ أخذ الاسترسال في موضوعها. قال في لسان العرب: (وفي الحديث: أيما مسلم استرسل إلي مسلم فغبنه فهو كذا. الاسترسال الاستئناس والطمأنينة إلي الإنسان، والثقة به فيما يحدثه. وأصله السكون و الثبات) ونحوه في مجمع البحرين. ومع الثقة والطمأنينة قد يحرم الإغفال لأنه نوع من الخيانة للأمانة. وإن كانت المعاملة صحيحة، بناء علي ما هو التحقيق من أن الحرمة التكليفية لا تقتضي الفساد.

وكيف كان فلا مجال لاستفادة ثبوت الخيار منها، كما هو المدعي في المقام.

الخامس: قاعدة نفي الضرر. بتقريب: أن لزوم البيع ضرر علي المغبون، فيتعين جوازه في حقه، وإمكان فسخه له.

وقد يستشكل في ذلك بوجوه:

أحدها: ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والإمضاء، بل كما يمكن أن يكون بذلك يمكن أن يكون بتخييره بين إمضاء العقد بتمام الثمن ورده للمقدار الزائد من الثمن عن قيمة المثل أو رد بدله، وأن يكون بتخييره للغابن بين الفسخ في تمام العقد ودفع الزائد من الثمن للمغبون أو دفع بدله.

غاية الأمر أن رد ذلك أو دفعه ليس هبة مستقلة، ليقال إنه لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية ضرورية - كما يظهر من جامع المقاصد و محكي الإيضاح - ولا جزء من أحد

العوضين، لیتجه ما عن العلامة في نظیر ذلك من أن استراد بعض العوضين من دون رد ما يقابله من الآخر ینافي مقتضي المعاضة.

وإنما ذلك غرامة عما فات منه بسبب الغبن، نظیر الارش مع العيب. ولذا لا یجب أن یكون من عین الثمن، بل یكتفي ببدله.

وكانه إلی هذا أو نحوه یرجع ما في الجواهر من أن حدیث الضرار - مع قطع النظر عن كلام الأصحاب - لا یشخص الخيار.

وفیه: أن قاعدة نفي الضرر لا تقتضي تدارك الضرر، بل نفي الحكم الشرعي الموجب للضرر، وحيث كان نفوذ العقد شرعاً بنحو اللزوم هو المنشأ لضرر المغبون، تعین نفي القاعدة له، دون إثبات لزوم دفع فرق الثمن له غرامه، لأنه من سنخ تدارك الضرر الحاصل علیه من نفوذ المعاملة ولزومها، وقد سبق أن القاعدة لا تنهض به

ثانيها: ما عن بعض الأعظم (قدس سره) من أن الضرر في المقام لا یستند للحكم الشرعي بلزوم المعاملة، لیكون مرفوعاً، بل للإقدام علیها، وهو مستند للمالك، لا للشارع. وحكم الشارع بلزومه وعدم السلطنة علي رفعه بعد ثبوته لا یكون موضوعاً لقاعدة نفي الضرر، وإلا لزم ارتفاع الضمان مع فعل ما یوجبه شرعاً جهلاً بالحال.

وقد أجاب عنه بعض مشايخنا (قدس سره) بأنه لا إقدام في المقام علي الضرر، بل علي المعاملة بتخیل عدم الضرر، فنفوذها بنحو اللزوم مع ذلك هو الموجب للضرر.

وفیه: أنه بعد عدم أخذ عدم زیادة أحد العوضين شرطاً في العقد - كما هو المفروض في كلام بعض الأعظم (قدس سره) - فالإقدام علي المعاملة وإن لم یکن إقداماً علي الضرر بخصوصه، إلا أنه كان بنحو الإطلاق بحيث یشمل صورة الضرر، فهو كالإقدام مع احتمال الضرر.

إلا أن یدعی أن الإقدام المذكور معاملي لا یكفي في قصور القاعدة، بل لا بد في قصورها من الإقدام القصدي ولو كان احتمالياً. فتأمل.

وأما النقض بأن لازم ذلك ارتفاع الضمان مع فعل ما يوجبه جهلاً بالحال، فقد دفعه بعض مشايخنا (قدس سره) بأن رفع الضمان حينئذ مناف للامتتان في حق المضمون له، فتقصر القاعدة عنه لذلك.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لأن منافاته للامتتان في حق المضمون عنه إن كان بلحاظ كونه موجباً للضرر في حقه. ففيه: أنه لا يوجب الضرر في حقه، لحصوله الضرر بتلف ماله، وإنما يكون في الحكم بالضمان تدارك للضرر، الذي هو من سنخ النفع له، فليس في رفعه إضرار به، بل منع لنفعه.

وإن كان بلحاظ منع النفع المذكور، ففي كفايته في منع جريان قاعدة نفي الضرر إشكال.

فالأولي في الجواب عن النقض المذكور أن أدلة الضمان صريحة في العموم لحال الجهل وعدم الإقدام علي فعل ما يوجبه. فلتكن مخصصة للقاعدة.

ثالثها: ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من أن الضرر إنما يلزم من إمضاء الشارع للمعاملة و حكمه بصحتها، لأن إبدال الكثير بالقليل ضرر في حق أحد المتعاملين. وأما لزوم المعاملة فهو ليس حكماً ضرورياً، بل غاية ما يلزم منه هو الإلزام بتحمل الضرر. وحينئذ فبعد فرض صحة المعاملة وعدم بطلانها لا وجه للبناء علي عدم لزومها من أجل قاعدة نفي الضرر.

وفيه أولاً: أن الحكم بصحة المعاملة من دون إلزام وإن كان ضرورياً كما ذكره (قدس سره) وسبقه إليه بعض المحققين (قدس سره)، بل يظهر منه سبق غيرهما إليه إلا أن منصرف قاعدة نفي الضرر هو الضرر الذي يتعذر التخلص منه، لأنه هو المحذور عرفاً، والمنافي لسهولة الشريعة وكونها سمحاء، أما الضرر الذي يمكن التخلص منه من دون كلفة فهو ليس محذوراً، ولا ينافي سهولة الشريعة.

وكأنه إلي هذا نظر بعض المحققين (قدس سره)، فإنه - بعد ما سبق منه من أن الحكم بصحة المعاملة ضرري - قال: (فالحكم بصحة المعاملة الغبنية لأحد وجهين، إم

للإجماع علي الصحة، فيخصص به قاعدة الضرر، وإما لأن الصحة وإن كانت ضرورية، إلا أن القاعدة لا تعم كل حكم ضرري، بل ما إذا كان رفعه موافقاً للامتنان، ولا منة في رفع الصحة وإبطال العقد).

وثانياً: أن لزوم المعاملة الضرورية وإن لم يوجب حدوث الضرر، إلا أنه ضرري أيضاً بلحاظ استلزامه بقاء الضرر. ومن هنا ذهب بعض المحققين (قدس سره) إلي أن صحة المعاملة الغبنية ولزومها كلاهما ضرري. وعليه يتعين إعمال القاعدة في اللزوم بعد ما سبق من عدم إعمالها في الصحة.

إن قلت: بعد فرض صحة العقد ونفوذه فإعمال القاعدة في لزومه ينافي الامتنان في حق الغابن، لأن في الفسخ إضراراً به، إذ بعد أن ملك العوض الأكثر مالية فخروجه عن ملكه ورجوع الآخر له الأقل مالية له يستلزم الضرر عليه، وهذا بخلاف إعمالها في صحة العقد، فإنه لا يستلزم الإضرار به، بل فوت النفع عليه لا غير.

قلت: إنما يلزم الإضرار بالغابن من إعمال قاعدة الضرر إذا كان مقتضاها ارتقاع اللزوم عن العقد بعد ثبوته له. أما إذا كان مقتضاها صحة العقد ابتداء علي نحو الجواز وعدم اللزوم فلا يلزم الإضرار به، لظهور أن صحة العقد بالنحو المذكور ليست ضرراً عليه، بل هي نحو من النقص في الانتفاع، نظير صحة الهبة غير اللازمة كما لعله ظاهر.

رابعها: ما عن المحقق الخراساني (قدس سره). ومرجعه إلي أن القاعدة إنما تقتضي جواز العقد جوازاً حكماً، نظير العقود الجائزة، لا جواز حقيقاً الذي هو مرادهم بالخيار، فإنه عندهم حق قابل للإسقاط - كما سبق - والتعويض والميراث مع إطلاق دليله بنحو يعم الوارث.

وهو في محله بناء علي ما سبق منا من الفرق بين الحق والحكم.

نعم قد لا يظهر الأثر بالإضافة إلي بعض الآثار. فاشتراط سقوط خيار الغبن عند العقد مستلزم للإقدام علي الضرر المانع من عموم قاعدة نفي الضرر. وإسقاطه

بعد العقد يكفي في لزوم العقد عملاً بعموم لزوم العقد بعد قصور القاعدة، لاستناد بقاء الضرر حينئذ لرضا المغبون به، لا للحكم باللزوم.

كما أن مرجع المعاوضة علي الحق حينئذ إلي المصالحة عن عدم الفسخ في مقابل المال المدفوع، وبعد الصلح المذكور لا ينفذ الفسخ، كما لو سقط حق الخيار.

فلم يبق إلا الميراث. فإن كان الخيار حقياً كان موروثاً، وإن كان حكماً لم يورث. ولا مجال لإعمال قاعدة نفي الضرر في حق الورثة، لعدم استلزام نفوذ المعاملة في حقهم ولزومها للضرر عليهم، بل نقص النفع لهم، وهو لا يكفي في جريان القاعدة.

وقد حاول بعض مشايخنا (قدس سره) توجيه الميراث في المقام مع بنائه علي عدم الفرق بين الحق والحكم أنه ليس في المقام إلا الحكم الشرعي بجواز الفسخ وترتب الأثر عليه بأن المستفاد من بعض النصوص الواردة في الوصية أن الوارث وجود تنزيلي للمورث وأنه هو بعينه، ومن تلك النصوص ما تضمن عدم جواز الوصية بما زاد علي الثلث معللاً بأنه تخصيص للورثة وظلم في حقهم، بدعوي: لولا اتحاد الورثة مع المورث لما كان لهذا النهي وجه، لأنه يتصرف في مال نفسه، وهو أجنبي عن ورثته.

ولا يخلو ما ذكره عن غموض، إذ يكفي في حسن التعليل لو تم حكم الشاعر باستحقاق الورثة للثلثين، بحيث لا يجوز التجاوز عليهما في الوصية إلا بإذنهم من دون توقف علي الاتحاد التنزيلي المدعي.

خامساً: أن القاعدة المذكورة تقصر عما لو تبدلت القيمة قبل الفسخ، بحيث لا يكون تبديل أحد العوضين بالآخر غبنياً، حيث لا يكون لزوم المعاملة السابقة ضرورياً حينئذ، فيتعين البناء علي اللزوم حينئذ إما لما هو الظاهر من أن المرجع في مثل ذلك عموم العام، وهو في المقام عموم اللزوم، لا استصحاب حكم المخصص. وإما لما سبق من أن القاعدة إنما تقتضي الجواز الحكمي الذي هو عبارة عن كون العقد يفسخ بالفسخ، فيكون استصحابه تعليقياً، وهو لا يجري علي التحقيق، بل يجري

حينئذ استصحاب عدم ترتب الأثر علي الفسخ، الراجع لاستصحاب ملكية كل من المتعاقدين لما ملكه بالعقد.

هذا وحيث لم يذكروا من مسقطات هذا الخيار ارتفاع الغبن قبل إعماله فظاهرهم عدم سقوطه بذلك.

كما أن الضرر لا يختص بالضرر المالي، بل له جهات أخرى قد تندفع بنفوذ العقد الغبني، فتزاحم الضرر المالي الحاصل به، فلا يكون نفوذه بنحو اللزوم منافياً للامتنان، كما لو كان المشتري المغبون مضطراً للبيع أو انكشف كونه مضطراً له، مع أن بناءهم علي ثبوت الخيار في مثل ذلك.

وكلا الأمرين يناسب كون دليل الخيار في المقام أمراً غير قاعدة نفي الضرر. فلاحظ.

والمتحصل من جميع ما سبق: أن قاعدة نفي الضرر لا تنهض بإثبات الخيار مطلقاً، بناء أن القصد المعاملي للإقدام علي الضرر في المقام موجب لقصور القاعدة المذكورة، علي ما أشرنا إليه في الوجه الثاني للإشكال علي الاستدلال بالقاعدة.

وأما بناء علي عدم كفايته للقاعدة إنما تقتضي جواز العقد حكماً، من دون أن يكون موضوعاً لحق الخيار، علي ما تقدم في الوجه الرابع. كما أنها تقصر عما إذا تبدل الحال بحيث لا يكون لزوم المعاملة ضرورياً، أو ترتب علي المعاملة جهة تزاحم الضرر المالي علي ما ذكرناه في الوجه الخامس.

السادس: ما عن بعض الأعاظم (قدس سره). قال في منية الطالب في الاستدلال علي الخيار في المقام: (وَأتم المدارك له هو حصوله من جهه تخلف الشرط الضمني. وذلك أنه لما كان تعيش بني آدم موقوفاً علي تبديل الأموال، وبناء المتعاقدين علي تساوي العوضين في المالية، فيناط التبديل بالتساوي. وحيث كان هذا البناء نوعياً بحسب العرف والعادة جري نفس إجراء العقد بين العوضين مجري اشتراط تساويهما في المالية، بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض. فمدرك ثبوت الخيار تباني المتعاقدين

علي تساوي العوضين في المالية. وهذا بمنزلة الصغري. والكبري أن تخلف البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة، ولما ثبت في باب الفضولي والمكره أن الرضاء اللاحق كالسابق، فلم يكن تخلف البناء موجباً لفساد البيع رأساً، فله إقرار العقد واختيار نتيجته، وله رده).

ومقتضي ما في ذيله - من أن عدم البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة، وتنظير المقام بالفضولي والمكره - هو بطلان المعاملة، لعدم التراضي. غاية الأمر أنه يمكن تصحيحها بالرضا اللاحق نظير عقد الفضولي والمكره. وهو - كما تري - غير عن المدعي من ثبوت الخيار مع صحة المعاملة.

نعم مقتضي ما في صدره - من ابتناء العقد علي اشتراط التساوي في المالية ضمناً - كون التساوي في المالية أمراً خارجاً عن موضوع العقد الذي صار مورداً في للتراضي. وعليه يكون التراضي حاصلًا بالعقد المتضمن للمعاوضة بين المالين، فيصح. غاية الأمر أن العقد الذي حصل التراضي به مبني علي الشرط المذكور، فيثبت بتخلف هذا الشرط الخيار، كما هو المدعي.

وبذلك يرجع خيار الغبن لخيار تخلف الوصف المشروط الثابت تبعاً للمرتكزات العقلية، كما صرح بذلك السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته، وأشار إليه بعض المحققين (قدس سره). وعليه جري بعض مشايخنا (قدس سره) في تقريب الاستدلال للخيار في المقام. وهو لا يخلو عن وجه.

نعم الظاهر عدم اطراده، لعدم ابتناء العقد في كثير من الموارد علي الحفاظ علي المالية، بل علي الرغبة الشخصية والاتفاق بين الطرفين من دون نظر لشيء آخر.

منها: ما إذا لم تسهل معرفة القيمة السوقية، كما يغلب في مثل التحفيات والأثريات ونحوها من النوادر. حيث يتمحض الأمر فيها في التراضي بين المتعاقدين، من دون النظر للشرط المذكور.

ومنها: ما إذا كان أحد العوضين أمراً يعتز به أحد المتعاقدين، لخصوصية

شخصية، ككون المبيع منسوجاً بيده أو بيد شخص يخصصه، وكون الكتاب قد درس فيه هو أو شخص يخصصه، ونحو ذلك.

ومنها: ما تجهل خاصيته المرغبة فيه. ويعرض من أجل تحصيل من يرغب فيه لأجل صورته الظاهرة، أو لاطلاعه علي ميزة مرغبة، كمجموعة من الأحجار أو الكتب أو الطوابع أو نحوها مما قد يوجد فيه ما يدرك الخير أو يحتمل وجود خاصية فيه توجب زيادة قيمته، من دون أن يكون ملزماً بإخبار البائع وتحديد قيمته الحقيقية تبعاً لذلك.

ومنها: ما يباع بالمزاد، حيث يكون المعيار في ثمنه علي قناعة المتزايدين الشخصية ومقدار الزيادة التي يتسابقون فيها.

ومنها: ما يأتي التعرض له عند الكلام في شرط ثبوت هذا الخيار.

وربما تكون هذه الصورة ونحوها خارجة عن مورد كلامهم لياً.

كما أنه ربما يكون مبني المعاملة علي قيمة خاصة بتعيين السلطة أو الجهة التي تنتمي إليها البضاعة، من أسواق أو شركات أو أصحاب معامل أو نحو ذلك. وقد تكون تلك القيمة أكثر من القيمة السوقية أو أقل. فتكون هي المعيار في الغبن، لأنها هي موضوع الشرط الضمني، دون القيمة السوقية، لابتناء المعاملة علي إغفالها.

هذا وقد يشكل أصل المطلب بلحاظ أن بناء المسألة علي الشرط الضمني يقتضي اتفاق الطرفين عليه، إذ مع اختلافهما في ذلك يلزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول المبطل للعقد. لعدم الفرق في مبطلية عدم التطابق بين أن يكون في أركان المعاملة - كالثمن والمثمن - وأن يكون فيما هو خارج عن ذلك، كالشرط والوصف، كما تقدم عند الكلام في شروط العقد. مع أن الظاهر عدم بناء العرف علي البطلان في فرض اتفاقهما علي الشرط المدعي في المقام، لابتناء العقد من أحدهما دون الآخر علي أحد علي الوجوه المتقدمة.

اللهم إلا أن يقال: يكفي في ترتب الأثر علي الشروط الضمنية بناء العرف عليها نوعاً ما لم يتفق المتعاقدان علي الخروج عنها. ولذا لا يظن منهم البناء علي البطلان لو لم يلتزم أحد المتعاقدين في نفسه بتعجيل التسليم، أو بالسلاطة في المبيع، أو نحوهما من الشروط الارتكازية العامة، من دون أن ينه الآخر لذلك. كما لا إشكال ظاهراً عندهم في ثبوت الخيار للآخر حينئذ بتخلفها.

ومرجع ذلك في الحقيقة إلي أن لزوم تحقق الأمور المذكورة وثبوت الخيار بتخلفها ليس بملاك نفوذ الشرط الضمني، لظهور أن الشرط أمر قائم بالطرفين بل هما من الأحكام العرفية الارتكازية. ولا يخرج عنها إلا باتفاق المتعاقدين، وبناء العقد منهما معاً علي عدم الالتزام بها.

بل لا يبعد الاكتفاء في الخروج عنها بإقدام من له الشرط العرفي علي عدم بناء المعاملة عليه، إما لعلمه بعدم تحققه، أو لاحتماله ذلك مع عدم ابتناء المعاملة من قبله عليه. لخروجه عن المتيقن من بناء العقلاء علي الإلزام بها وترتيب الأثر عليها.

نعم لو بني العقد عليها إلا أنه كان عازماً علي عدم المطالبة بها وعدم إعمال الخيار بفقدائها، فالظاهر عدم منع عزمه المذكور من ترتب الأثر عليها. فله العدول عن عزمه، وإعمال حقه.

أما الشروط الضمنية فتختص بما يتفق عليه المتعاقدان، ويبني العقد منهما عليه ضمناً من دون أن يصرحا به لفظاً ولو لإنشاء العقد بغير اللفظ، كما في المعاطاة.

ويترتب علي ذلك أن المعيار في ثبوت خيار الغبن علي الخروج عن قيمة المثل إلا مع تصريح المتبايعين حين العقد أو بنائهما - ولو بحسب ظهور حالهما - علي عدم ابتناء العقد عليها. وكذا لو أقدم المغبون وحده علي ذلك.

أما ابتناء العقد علي قيمة أخرى غير قيمة المثل مما سبق التعرض له، فلا بد فيه من اتفاقهما معاً عليه تصريحاً أو ضمناً كل ذلك لأن الأمر الارتكازي الذي عليه العرف والعقلاء نوعاً هو لزوم مراعاة قيمة المثل. وما عداها خارج عن ذلك. فلا بد

(مسألة 24): إذا باع بأقل من قيمة المثل (1) ثبت له الخيار. وكذا إذا اشترى بأكثر من قيمة المثل. ولا يثبت هذا الخيار للمغبون إذا كان عالماً بالحال (2)

فيه من عناية خاصة يجري عليها المتعاقدان معاً. هذا ما يتضح لنا فعلاً. ولا بد من مزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(1) الظاهر أن مراده بقيمة المثل هو القيمة السوقية وإن كان المبيع قيمياً كما أنه هو المراد لنا أيضاً فيما سبق. إذ لا إشكال ظاهراً في عدم اختصاص هذا الخيار بالمثلات، لعموم أدلته.

(2) بلا خلاف، وقطعاً، كما في الجواهر، وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (بلا خلاف ولا إشكال) وفي التذكرة والمسالك الإجماع عليه. وفي مفتاح الكرامة أن ذلك مما لا ريب فيه. وفي كلام غير واحد عدم صدق الغبن حينئذ. وهو غير بعيد، حيث لا يبعد كون أصله الخديعة.

لكنه إنما ينفع لو كان الدليل هو النصوص الواردة في حكم الغبن. بل اشتمال أكثرها علي غبن المسترسل موجب لاختصاصه بصورة الجهل حتي لو فرض عموم الغبن مفهوماً. وكذا لو كان الدليل عليه آيتا التجارة عن تراض وأكل المال بالباطل، كما هو ظاهر. ومثلها في ذلك ما ورد في تلقي الركبان، لأن موضوعه وإن كان هو دخول السوق، إلا أن منصرفه ما إذا ظهر أن القيمة أكثر من الثمن. وهو مبني استدلالهم به. لكن تقد عدم نهوض الجميع بالاستدلال.

كما أنه تقدم اختصاص قاعدة نفي الضرر بغير صورة الإقدام عليه الحاصل مع العلم. أما بناء علي أن الدليل هو الشرط الضمني أو بناء العقلاء بالنحو الذي تقدم منا التعرض له فالأمر أظهر.

هذا ومقتضى إطلاق الأصحاب وصريح التذكرة والمسالك ومحكي التحرير

عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالقيمة بين إمكان معرفة القيمة وتعذرهما. وهو مقتضى أكثر الوجوه المتقدمة، ومنها الوجه الأخير الذي تقدم منا التعويل عليه.

لكن في الجواهر أنه قد يشكل - إن لم يكن إجماعاً - بأنه هو أدخل الضرر علي نفسه، فلا خيار.

وفيه - مع ما سبق من الإشكال منه ومنافي الاستدلال بقاعدة نفي الضرر -: أن مراده إن كان صورة الالتفات للغبن والشك فيه. فيأتي الكلام فيه عند الكلام في حكم الشك والظاهر عدم الفرق فيه بين إمكان معرفة الحال وعدمه.

وإن كان ما يعم صورة الغفلة عن الغبن مع كونه بحيث لو التفت إليه لأمكن له معرفة الحال فلا إشكال في عدم تحقق الإقدام حينئذ، إذ لا معني للإقدام علي الشيء مع الغفلة عنه.

نعم سبق تحقق الأقدام المعاملي، وأنه لو كان مانعاً من عموم قاعدة نفي الضرر توقف الاستدلال بها علي صورة اشتراط عدم الغبن ولو ضمناً. ومن الظاهر إمكان فرض الاشتراط المذكور حتي مع القدرة علي معرفة الحال. وبذلك يظهر أنه لا أثر للقدرة علي ذلك.

ومنه يظهر حال ما في المبسوط والشرايع والنافع من أنه يشترط في ثبوت الخيار أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة.

إذ المفهوم منه عرفاً ذو الملكة التجارية التي يستطيع بها معرفة القيمة. وهي أعم مورداً من فعلية العلم، إذ قد يغفل عن أعمال ملكته أو يحتاج إلي كلفة، فيقدم علي المعاملة مع الجهل، ثقة بالبايع، أو اكتفاءً بالشرط الضمني الذي تقدم الكلام فيه. ومعه لا وجه لعدم ثبوت الخيار بعدما سبق.

وربما يكون مرادهما (قدس سرهما) بالخبرة فعلية العلم. بل لعله هو الذي فهمه الأصحاب. ولذا لم يشيروا للخلاف منهما.

هذا ولو ظن المغبون، أو شك حين العقد بالغبن، فهل يسقط الخيار بذلك ؟

يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) التردد والإشكال في سقوطه، بلحاظ عموم نفي الضرر، وإطلاق الإجماع المحكي اقتصاراً في الخروج منهما علي المتيقن، وهو صورة العلم بالضرر. قال: (نعم لو صرح في العقد بالالتزام به ولو علي تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلي إسقاط الغبن).

ويظهر ضعفه مما سبق من عدم نهوض الإجماع بالاستدلال علي أصل ثبوت خيار الغبن، فضلاً عن عمومه. ولا سيما مع لزوم الاقتصار في الإجماع وجميع الأدلة اللبية علي المتيقن.

وأما قاعدة نفي الضرر فلو تم الاستدلال بها أشكل عمومها لصورة الالتفات للغبن أو الشك فيه، فضلاً عن الظن به، لعدم وضوح استناد الضرر حينئذ للحكم الشرعي بعد إمكان دفعه بعدم الإقدام علي المعاملة، نظير صورة العلم.

وأما ما عن بعض الأعظم (قدس سره) من أنه إذا أقدم عالماً بالحكم برجاء عدم الضرر فهو ليس مقدماً علي الضرر عرفاً.

ففيه: أن الإقدام مع احتمال الضرر إقدام علي الضرر علي تقدير وجوده، ولا أثر للرجاء وعدمه في تحقق الإقدام المذكور. كما أن العلم بالحكم إن أريد به الحكم بأصل ثبوت الخيار في الغبن من دون علم بثبوته في خصوص المورد فلا أثر له في نفي الإقدام علي الضرر. وإن أريد به العلم بثبوته في خصوص المورد فهو وإن كان يمنع من صدق الإقدام علي الضرر بالنحو المانع من جريان القاعدة. إلا أنه أول الكلام. ولو تم يجري حتي مع العقد لا برجاء عدم الغبن، بل حتي مع العلم بالغبن إذا فرض العلم حين العقد بثبوت الخيار معه.

علي أن المعيار في المقام ليس علي الإقدام علي الضرر وعدمه، بل علي استناد الضرر للحكم الشرعي وعدمه، وقد عرفت عدم استناده له حينئذ عرفاً. ومن ثم لا مجال للبناء علي إطلاق ثبوت الخيار مع احتمال الغبن.

نعم بناء علي كون منشأ ثبوت خيار الغبن هو ابتناء العقد ارتكازاً علي اشتراط عدمه، وأنه من الشروط الضمنية. فالمتعين التفصيل بين ما إذا كان العقد مع احتمال الغبن مبنياً علي اشتراط عدمه ضمناً، وما إذا لم يكن كذلك، بل كان مبنياً علي رفع اليد عنه، فيثب الخيار في الأول دون الثاني، كما صرح به بعض مشايخنا (قدس سره). وهو المناسب لاقتصار سيدنا المصنف (قدس سره) في سقوط الخيار علي العلم بالغبن والإقدام علي المعاملة علي كل حال.

وأما ما عن بعض الأعاظم (قدس سره) من الإشكال في ثبوت الخيار، لأن الإقدام مع الاحتمال من دون اتكال علي طريق أو أصل محرز لعدمه - نظير أصالة السلامة المحرزة لعدم العيب - كأنه إقدام مع العلم بالغبن.

فهو كما تري لا يرجع إلي محصل بعد فرض كون المعيار في ثبوت الخيار علي الشرط، إذ لا إشكال في إمكان الشرط المذكور مع الشك. بل لو أمكن حصوله مع العلم بالغبن تعين ثبوت الخيار معه أيضاً. والاعتماد علي أصالة السلامة ليس من أجل تحقق شرط الخيار، بل من أجل منع الغرر ورفع الجهالة في البيع، المعترف في صحته عندهم.

هذا ولكن سبق منا المنع من كون منشأ الخيار هو اشتراط عدم الخيار ضمناً، بل وأن منشأه بناء العرف بمرتكزاتهم علي ثبوت الخيار مع الغبن ونحوه مما هو خارج عن الوضع الطبيعي في المعاملات.

وعليه يتعين عدم ثبوت الخيار مع الشك، فضلاً عن الظن بثبوت الغبن، مطلقاً ولو مع عدم ابتناء الإقدام علي التنازل عن الشرط المدعي، والاقتصار في الخيار علي صورة الغفلة المطلقة، أو العلم بعدم ثبوت الغبن أو قيام الأمانة العرفية عليه وإن لم تكن معتبرة شرعاً. اقتصاراً علي المتيقن من مورد بناء العرف المذكور.

نعم لو اشترط عدم الغبن صريحاً أو ضمناً تعين ثبوت الخيار مطلقاً ولو مع العلم بثبوت الغبن. لكنه من خيار تخلف الشرط، لا خيار الغبن الذي محل الكلام.

أو مقدماً علي المعاملة علي كل حال (1).

(1) لقصور أكثر الوجوه المتقدمة عنه، ومنها الوجه الأخير الذي تقدم منا التعويل عليه، كما يظهر بملاحظته.

ثم إنه بناء علي ما يأتي منهم من اختصاص الغبن بالفرق الفاحش بين الثمن والقيمة السوقية دون ما يتسامح به، لو أقدم أحد المتعاقدين علي مرتبة من الفرق بينهما، فبان الفرق بينهما أزيد مما أقدم عليه، تعين عدم سقوط الخيار إذا كان الفرق مجموعته فاحشاً، سواء كان كل من الفرق الذي أقدم عليه والزيادة مما لا يتسامح فيه، أم كان كل منهما مما يتسامح فيه، إلا أن مجموعتهما لا يتسامح فيه.

لعدم الموجب لسقوط الخيار بعد عدم الإقدام في الصورتين علي الغبن الحاصل في المورد الذي هو المجموع المفروض عدم الإقدام عليه.

وأظهر من ذلك ما إذا أقدم علي ما يتسامح فيه، وكانت الزيادة وحدها بالمقدار الذي لا يتسامح فيه، كما هو ظاهر.

أما العكس - وهو ما إذا أقدم علي ما لا يتسامح فيه وكانت الزيادة بالمقدار الذي يتسامح فيه - فعن بعض الأعظم (قدس سره) سقوط الخيار معه، لأن ما يوجب الخيار قد أقدم عليه، فسقط الخيار المسبب عنه، وما لم يقدم عليه لا يوجب الخيار.

لكن قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (ففي الخيار وجه). وجزم به بعض مشايخنا (قدس سره)

بتقريب أن الغبن الحاصل لما كان بمجموعه موجباً للخيار فهو لم يقدم عليه ليسقط الخيار المسبب عنه، وإنما أقدم علي بعض مراتبه لا غير. وما ذكره متبين في نفسه.

إلا - أن استفاد من تسامحه في المقدار الكثير الموجب للخيار تسامحه فيما يزيد عليه قليلاً مما لا يوجب الخيار. وهو خارج عن محل الكلام. وربما يأتي عند الكلام في اعتبار كون الغبن فاحشاً حقيقة الحال بنحو قد ينفع في المقام.

بقي شيء: وهو أن التماكس بين أهل الخبرة قد يبتني علي الإعراض بين

(مسألة 25): يشترط في ثبوت الخيار للمغبون أن يكون التفاوت موجباً للغبن عرفاً، بأن يكون مقداراً لا يتسامح به عند غالب الناس (1).

المتبايعين عن القيمة السوقية في تحديد الثمن والاتكال في تحديده علي الخبرة ولو بلحاظ الجهات والعوامل الأخرى الدخيلة في الرغبة والزهد في الشيء، مثل توقع قلة العرض أو الطلب أو كثرتهما علي الأمد البعيد، وحاجة البائع أو المشتري للنقد أو استغنائهما عنه، وتعرض أحد العوضين للخطر... إلي غير ذلك.

وحيث يتعين عدم ثبوت الخيار بالخروج عن القيمة، لا من جهة العلم بها، ولا من جهة الإقدام علي الغبن، بل من جهة عدم ابتناء المعاملة علي مراعاة القيمة السوقية، ليكون الخروج عنها مخالفة للشرط الضمني، أو مورداً لبناء العقلاء علي الخيار، علي الكلام المتقدم.

بل حتي لو كان الدليل علي الخيار هو قاعدة نفي الضرر. لرجوع مورد الكلام إلي الإقدام علي الضرر المالي بلحاظ وجود المزاحم الأهم منه بنظر أحدهما. ولا- يمنع من البناء علي ذلك عدم تعرض الأصحاب له بعد عدم كون الدليل علي الخيار هو الإجماع، وقرب كون الإجماع لو حصل مبنياً علي المرتكزات العرفية التي تقصر عن مورد الكلام.

وربما يكون ذلك هو المنظور للشيخ والمحقق قدس سرهما فيما سبق منهما من عدم ثبوت الخيار مع كون المغبون من أهل الخبرة. وإن كان ذلك لا يتناسب مع إطلاقهما له، وعدم تقييدهما إياه بما إذا قامت القرينة علي الإعراض عن القيمة السوقية، والاكتفاء منهما بكون المغبون من أهل الخبرة. كما لا تناسب عدم تعرض الأصحاب لذلك تبعاً لهما، وعدم تعقيبهما لكلامهما. فلاحظ.

(1) وإلي ذلك يرجع ما في المبسوط وكلام جماعة من عدم جريان العادة بمثله. بل لا يبعد كونه هو المراد مما في التذكرة. حيث قال:
(الزيادة أو النقيصة الفاحشة

التي لا يتغابن الناس بمثلها وقت العقد). وقد أرسل في كلام غير واحد إرسال المسلمات.

وقال في التذكرة في وجه عدم ثبوت الخيار مع قلة الفرق: (لجريان مثل هذا التغابن دائماً بين الناس. وعدم ضبط الأثمان الموازية للمثمنات، لعسره جداً، فلم يعتد بالخارج عنه قلة أو كثرة مع القلة). وقريب منه كلام غيره.

والذي ينبغي أن يقال: إن قيمة الشيء (تارة): تكون محددة بالدقة، كما في كثير من الأمور في عصورنا - حيث تشيع التسعيرة - مع بذل الشيء، وعدم طرؤ الشحة عليه بنحو يوجب تبدل قيمته. (وأخري): لا تكون كذلك، بل تتردد بين الأقل والأكثر.

أما في الصورة الأولى فالظاهر الاكتفاء في حصول الغبن وثبوت الخيار بأدني اختلاف بين الثمن والقيمة الواقعية. لعموم دليل خيار الغبن الذي تقدم منا تقريره، ولعدم تسامح العرف بعد فرض تحديد القيمة. ولذا لا يتسامحون في الحفاظ علي القيمة السوقية عند إجراء العقد، ويهتمون بعدم الزيادة عليها ولو قليلاً، نعم قد يتسامحون في أعمال حق الخيار لدواع خارجية، كالحياء وتجنب المشاكل. إلا أن ذلك خارج عن محل الكلام.

ولعل هذه الصورة خارجة عن مورد كلامهم، لعدم وضوح الابتلاء بها سابقاً، كما يظهر مما تقدم من التذكرة. ولا أقل من قصور الاستدلال المتقدم عنه.

وأما في الصورة الثانية فالظاهر عدم ثبوت الخيار مع تراوح الثمن بين أقل القيم وأعلاها. لا للتسامح في مثل هذا الغبن، أو لعدم كونه فاحشاً. بل لعدم صدق الغبن بعد عدم تجاوز حدي القيمة السوقية، المفروض كونها ذات مراتب، فالتسامح في مثل ذلك عرفاً ليس للتسامح في الغبن، بل لابتناء القيمة علي التردد.

وصدق الشراء بثمن غال أو رخيص - لو تم - ليس بلحاظ الزيادة أو النقيصة عن القيمة السوقية، بل بلحاظ مصادفة أعلي المراتب العالية من القيمة أو الدانية.

ومثله صدق غلبة أحد المتعاقدين أو خديعته للآخر. لتحقق الغلبة والخديعة بذلك أيضاً. بل قد يصدق الغبن ولو مجازاً، تبعاً لصدق الخديعة والغلاء والرخص لكنه غير الغبن الذي هو محل الكلام.

أما مع الخروج عن أحد الحدين فالظاهر ثبوت الخيار وإن كان الفرق قليلاً، لصدق الغبن، وعدم تسامح العرف، وعموم أكثر الأدلة المتقدمة، ومنها الوجه المتقدم منا. نعم قد يكون ابتناء القيمة في مثل ذلك علي التردد بين المراتب تحديد القيمة عند العرف بحديها غير دقيق، بأن تبتني علي التماكس في أحد طرفي الحد أو كليهما، بحيث يمكن بسبب التماكس الزيادة عن أكثر ما يعرض في السوق قليلاً، أو الإنقاص عن أقل ما يعرض في السوق قليلاً، من دون أن يصدق الغبن.

ولا- أقل من الشك في صدقه حينئذ، فيشك في تحقق موضوع الخيار وفي بناء العرف عليه، ويتعين البناء علي لزوم العقد عملاً بعموماته، لكون الشبهة في المقام حكمية، لرجوعها في الحقيقة إلي إجمال الغبن وعدم وضوح صدقه في المقام.

كما أنه يتعين البناء علي اللزوم أيضاً لو كانت الشبهة موضوعية، كما لو لم يتيسر استيعاب السوق بالفحص، واحتمل وجود من يعرض المبيع بالثمن الذي وقع عليه العقد. لكن لا لعمومات اللزوم، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية من طرف الخاص حتي في مثل المقام مما كان المخصص فيه لبياً، علي التحقيق. بل لأصالة عدم ترتب الأثر علي الفسخ، الراجعة لاستصحاب بقاء كل من العوضين في ملك من ملكه بالعقد.

وبناء علي ذلك لا موضوع الكلام في تحديد الغبن الذي يتسامح فيه عرفاً بالشفص - من الثلث والرابع وغيرهما - أو بغيره.

ولعل كلام الأصحاب في المقام ناشئ من ارتكازية ما ذكرنا، من دون وضوح له علي وجهه الذي سبق، كما قد يناسبه التعليل المتقدم من التذكرة. ويكون ذلك هو الموجب لاضطراب كلماتهم، وعدم مناسبتها للأدلة التي استدلووا بها علي هذا الخيار.

فلو كان جزئياً غير معتد به لقلته لو يوجب الخيار. وحده بعضهم بالثلث، وآخر بالربع، وثالث بالخمسة (1). ولا يبعد اختلاف المعاملات في ذلك. فالمعاملات التجارية (2) المبنية علي المماكسة الشديدة يكفي في صدق الغبن

ولاسيما بلحاظ ما سبق من صدق الغلاء والرخص والخديعة، بل حتي الغبن ولو مجازاً، حيث قد يكون سبباً في التباس تراوح القيمة بين الزيادة والتقيصة بالغبن.

بقي شيء: وهو أن موضوع الخيار هو الغبن المالي وإن لم يضر بحال المغبون، ولم يجحف به، كما هو مقتضي إطلاق الأصحاب رضوان الله عليهم، واستظهره شيخنا الأعظم (قدس سره) وغير واحد ممن تأخر عنه. لعموم الدليل المتقدم منا، بل أكثر الأدلة المتقدمة، ومنها قاعدة نفي الضرر.

ودعوي: أن ذلك لا يناسب ما ذكره من وجوب شراء الماء للطهارة بالثمن الكثير ما لم يجحف بالمكلف. مدفوعة بأن ذلك خرج عن عموم القاعدة بالنص الخاص. وليس مفاد النص تحديد الضرر الذي هو موضوع القاعدة، ليكون حاكماً علي عمومها حتي في غير مورده.

(1) قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لا إشكال في كون التفاوت بالثلث، بل الربع، فاحشاً. نعم الإشكال في الخمس. ولا يبعد دعوي عدم مسامحة الناس فيه). بل الظاهر عدم المسامحة فيما دونه. بل المسامحة في الفرق مهما قل لا تتناسب مع ما هو المعلوم من عدم إقدام المتعاملين عليه حين ايقاع العقد. فلا بد أن يكون منشأ عدم حكمهم بالخيار هو عدم صدق الغبن، لعدم انضباط القيمة، كما سبق.

هذا ولو فرض الشك في حال الناس فالظاهر البناء علي لزوم البيع، لعموماته أو للأصل، نظير ما سبق منا عند الكلام في صورة الشك في حصول الغبن.

(2) لا يبعد كون مراده (قدس سره) بها المعاملات الواقعة بين التجار المحترفين، حيث يهتم كل منهم بالربح، بخلاف ما إذا كان أحد طرفي المعاملة المستهلك، لأن

فيها العشر، بل نصف العشر، والمعاملات العادية لا يكفي فيها ذلك. والمدار ما عرفت من عدم المسامحة الغالبية.

(مسألة 26): الظاهر كون الخيار المذكور ثابتاً من حين العقد (1)، لا من حين ظهور الغبن، فلو فسخ قبل ظهور الغبن صح فسخه مع ثبوت الغبن واقعاً (2).

اهتمامه بالانتفاع بالبيع قد يوجب تهاونه في زيادة الثمن في الجملة.

(1) كما صرح به في الجواهر. وإليه يرجع كلام شيخنا الأعظم (قدس سره). وهو ظاهر غير واحد ممن صرح بأن الغبن سبب للخيار. لكن مقتضى الجمود علي ما في كلام غير واحد ثبوته من حين ظهور الغبن.

وإن كان من القريب ذكرهم له بلحاظ طريقتيه وكشفه عن الخيار، لا لموضوعيته فيه، كما هو الشائع في الاستعمالات في نظائر المقام. مثل: من صلي ثم علم أن صلاته كانت مع الحدث وجبت عليه الإعادة، وإن علم أنها مع النجاسة صحت صلاته، ونحو ذلك.

وكيف كان فلا ينبغي التأمل في ثبوت الخيار من حين العقد بلحاظ أكثر الوجوه المتقدمة في الاستدلال، ومنها الوجه الذي سبق منا.

نعم لو كان الدليل عليه الإجماع فالمتيقن منه ما بعد ظهور الغبن. كما أنه أيضاً مقتضى الجمود علي ما في حديث تلقي الركبان من الحكم بالخيار بدخول السوق.

لكن سبق عدم نهوضهما بالاستدلال. مع قرب حملهما بمناسبة الحكم والموضوع الطريقية، نظير ما سبق في كلمات الأصحاب.

(2) إذ مع ثبوت الحق يتعين فعلية السلطنة علي إعماله. نعم لا بد من قصد فسخ العقد ولو تحكماً، أو برجاء ثبوت الغبن أو بتخيل سبب آخر للخيار. ولا يكفي

مجرد الامتناع من القيام بمقتضي العقد عصبياً.

وكما أنه يترتب علي ذلك أيضاً صحة إسقاط خيار الغبن قبل ظهوره، كما في الجواهر. أما لو كان ثبوت الخيار الغبن منوطاً بظهوره فلا مجال لإسقاطه قبله، لأنه إسقاط لما لم يجب. إلا أن يكون الإسقاط معلقاً علي ظهوره، فيبتي نفوذه علي عدم مانعية التعليق في ذلك، ولا مجال للبناء عليه، كما يظهر مما تقدم في آخر المسألة الثالثة والعشرين.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أنه يكفي في جواز الإسقاط تحقق السبب المقتضي للخيار وإن لم يتحقق شرطه، وهو العلم، نظير إبراء المالك الودعي عن الضمان، وكبراءه البايع من العيوب، الراجعة إلي إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها.

ففيه: أنه لا موضوع للإسقاط منجزاً بعد فرض عدم ثبوت الخيار. ولا يكفي تحقق المقتضي بعد فرض كون موضوع الإسقاط هو الخيار نفسه.

وأما إبراء المالك الودعي عن الضمان، فإن أريد به إبراؤه قبل تحقق سبب الضمان كالتفريط، فهو إما أن يرجع إلي الإذن في تصرف الودعي في العين تصرفاً يعرضها للخطر، كوضعها في مكان غير أمين، وذلك مانع من الضمان، لا مسقط علي تقدير ثبوته، إذ الضمان إنما يكون بالخروج عما يعينه المالك صريحاً أو ضمناً، ولا يكون مع الإذن في التصرف. وإما أن يرجع إلي اشتراط الودعي إبقاء الأمانة عنده بعدم الضمان بنحو شرط النتيجة، نظير اشتراط عدم الضمان في عقد الوديعة، وليس هو إسقاطاً فعلياً. وإن أريد به إبراؤه بعد تحقق سبب الضمان قبل التلف فهو - لو صح

لابد أن يبتني علي أن الضمان نحو من الحق يثبت للمضمون له علي الضامن يقتضي كون ماله في عهده، بحيث يلزمه تسليم المضمون بعينه أو بدله.

وأما عدم ثبوت الخيار مع البراءة من العيوب فهو - مع كونه منصوصاً (1) - ل

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، وباب: 8 من أبواب العيوب حديث: 1.

ص: 330

(مسألة 27): ليس للمغبون مطالبة الغابن بالتفاوت وترك الفسخ (1).

يرجع إلي إسقاط المشتري للخيار، بل نرجع إما إلي عدم ابتناء البيع علي السلامة من العيب و معه لا مقتضي للخيار، أو إلي اشتراط سقوط الخيار في العقد ولو ضمناً، الذي تقدم عند الكلام في خيار المجلس تقرب سقوط الخيار به.

ومثله ما عن بعض الأعاظم (قدس سره) من أن منشأ الخيار لما كان هو عدم الالتزام بالعقد علي إطلاقه، بل مع اشتراط التساوي في المالية، أمكن رفعه بالالتزام بالعقد ولو مع عدم التساوي، فيرتفع منشأ الخيار، ويتعين عدم ثبوته بعد ظهور الغبن.

إذ فيه: أنه إذا تم كون منشأ الخيار هو عدم الالتزام بالعقد علي إطلاقه تعين البناء علي ثبوت الخيار بالعقد وإن لم يظهر الغبن، كما ذكره هو (قدس سره) أيضاً، فيخرج عن محل الكلام من فرض عدم ثبوته إلا بعد ظهور الغبن. ومن هنا لا مخرج عما سبق من ترتب الثمرة المذكورة علي القولين.

نعم الظاهر صحة اشتراط سقوطه بنحو شرط النتيجة في عقد آخر، والمصالحة علي سقوطه كذلك بعوض قبل ظهور الغبن مطلقاً حتي بناء علي كون ظهور الغبن شرطاً في ثبوته، لأن المشروط حينئذ سقوطه حين تمامية موضوعه. والدليل علي ذلك عموم دليلي نفوذ الشرط والصلاح. وليس المشروط هو سقوطه فعلاً، ليمتنع بعد فرض عدم ثبوته، لعدم تحقق موضوعه.

(1) كما هو ظاهر الأصحاب، لاقتصارهم علي ثبوت الخيار. لعدم الدليل علي ذلك. ومجرد اندفاع الضرر به لا يقتضيه أولاً: لما سبق من عدم كون الدليل في المقام قاعدة نفي الضرر. وثانياً: لما سبق من عدم نهوض قاعدة نفي الضرر بتشريع أحكام يتدارك بها الضرر وأن مقتضاها لو جرت في المقام نفي لزوم العقد لا غير. وثالثاً: لعدم انحصار دفع الضرر بذلك، بل يندفع بوجه آخر، ومنها الفسخ، فالزام

ولو بذل له الغابن التفاوت لم يجب عليه القبول (1). بل يتخير بين فسخ

الغابن بذلك يحتاج إلي الدليل. ومن ثم صرح غير واحد بعدم ثبوت الأرش فيه، وفي التذكرة والمستند دعوي الإجماع علي ذلك. وقال في مفتاح الكرامة: (ولم أجد في ذلك مخالفاً، بل هم بين مصرح بذلك أو ساكت).

(1) كما هو ظاهر إطلاق ثبوت الخيار في كلام جماعة، ونسب للمشهور في المستند، وفي الرياض أنه الأشهر. وظاهر التذكرة التوقف، وفي القواعد: (ولو دفع الغابن التفاوت فلا خيار علي إشكال). وفي المستند أن الأقوي سقوط الخيار بذلك،

اقتصاراً علي المتيقن من مورد الإجماع والمتحقق به الضرر. لظهور أن لزوم العقد مع دفع التفاوت ليس ضرورياً، فتقتصر عنه القاعدة، ويكون المرجع فيه عموم لزوم العقد.

ومعه لا مجال لاستصحاب الخيار، بناء علي التحقيق من أن المرجع في مثل المقام عموم العام، لا استصحاب حكم المخصص. مضافاً إلي أمرين:

الأول: ما تقدم منا عند الكلام في الاستدلال بالقاعدة من أن مقتضاها كون الخيار حكماً، فيكون استصحابه تعليقياً. وهو المتيقن من الإجماع لو تم.

الثاني: أن الشك في المقام ليس في سقوط الخيار بعد ثبوته، ليستصحب، بل يحتمل من أول الأمر اختصاص جواز الفسخ بما إذا امتنع الغابن من البذل، فمع بذله لا يشرع الفسخ من أول الأمر.

وأما في جامع المقاصد من أن بذل التفاوت هبة مستقلة لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية. وقريب منها الإيضاح فهو إنما يتم لو لم يبتن الهبة المذكورة علي تدارك ضرر المعاملة، أما إذا ابتنت علي ذلك فالمعاملة وإن كانت غبنية ضرورية، إلا أن حكم الشارع الأقدس بلزومها ليس ضرورياً، فتقتصر القاعدة عنه.

وبالجملة: لا ينبغي التأمل في عدم جواز الفسخ مع بذل التفاوت لو كان

البيع من أصله وإمضائه بتمام الثمن المسمي (1). نعم لو تصالحا علي إسقاط الخيار بمال صح الصلح (2)، وسقط الخيار (3)، ووجب علي الغابن دفع عوض المصالحة.

الدليل في المسألة هو الإجماع وقاعدة نفي الضرر.

لكن سبق المنع من ذلك، وأن منشأ الخيار هو الشرط الضمني أو بناء العقلاء. وحينئذٍ نقول:

أما بناء علي الشرط الضمني فالخيار هنا من صغريات خيار تخلف الشرط، الذي لا إشكال في عمومه لحال بذل التفاوت، لرجوعه إلي خلل في العقد بسبب عدم تمامية بعض ما أخذ فيه. وأما بناء علي ما ذكرنا من بناء العقلاء علي الخيار فالظاهر أنه كذلك، وأنه يبتني علي كون خروج المعاملة عن طبعها نوعاً موجب لخلل في العقد يقتضي الخيار. فلاحظ.

(1) من الظاهر أن إمضاء العقد لا يكون إلا بإقراره وبجميع خصوصياته ومنها تمام الثمن، فتمامية الثمن يتوقف عليها صدق الإمضاء. نعم يمكن حكم الشارع باستحقاق التفاوت في مرتبة متأخرة عن إمضاء العقد، إما من نفس الثمن، أو مطلقاً، نظير الأرش في العيب. لكنه يحتاج إلي دليل. ومن ثم صرح غير واحد بعدم ثبوت الأرش، كما سبق.

ثم إن الجمود علي عبارة المتن يقتضي وجوب أحد الأمرين عليه من الفسخ والإمضاء. لكن لا دليل علي وجوب أحدهما. بل له الفسخ وتركه وإن لم يمض العقد. ومن القريب أن يكون ذلك مراد سيدنا المصنف (قدس سره).

(2) لعموم نفوذ العقود، وعموم نفوذ الصلح.

(3) إنما يسقط الخيار إذا كان موضوع المصالحة سقوطه نظير شرط النتيجة. أما إذا كان موضوعها إسقاطه، فيجب عليه إسقاطه، ولا يسقط إلا به أو بإسقاط الحاكم

(مسألة 28): يسقط الخيار المذكور بأمر:

(الأول): إسقاطه بعد العقد (1) وإن كان قبل ظهور الغبن (2). ولو

لو امتنع هو من الإسقاط بناء علي ولايته علي الممتنع.

نعم قد يقال: إن المصالحة المذكورة تكشف عن رضاه بالعقد، وذلك كاف في لزمه، نظير ما سبق في خيار الحيوان عند الكلام في تصرف المشتري في الحيوان.

كما أن موضوع المصالحة لو كان هو عدم الفسخ لم يجز له الفسخ، ولم يترتب عليه الأثر، لقصور سلطنته عنه بسبب نفوذ العقد، نظير ما تقدم في المسألة الثالثة عند الكلام في اشتراط عدم الفسخ. بل لا يبعد لزوم العقد بذلك بلحاظ دلالة المصالحة علي الرضا بالعقد، نظير ما تقدم.

(1) كما ذكره غير واحد مرسلين له إرسال المسلمات. ولا ينبغي الإشكال فيه، لما سبق عند الكلام في خيار المجلس من أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

نعم لا يجري ذلك بناء علي أن دليل الخيار قاعدة نفي الضرر، حيث تقدم أنها لو جرت تقتضي الجواز الحكمي. لكن تقدم تقريب سقوطه بالإسقاط حتي مع ذلك.

هذا وقد استثنى في المستند ما إذا كان الإسقاط لاعتقاد عدم الغبن. قال: (لعدم الدليل عليه وعدم كونه رضا بالضرر).

لكن مع اعتقاد عدم الغبن لا- موضع للإسقاط إلا- بنحو الفرض والتعليق، وإذا تحقق ذلك فهو مستلزم للرضا بالضرر في ظرف وجوده، ويكفي في الدليل عليه حينئذ ارتكاز قابلية الحق للإسقاط الذي عليه عمل العرف والمشرعة. ولا محذور في مثل هذا التعليق مما يكون المعلق عليه شرطاً في صحة الأمر المنشأ، كطلاق المرأة المشكوكة زوجيتها.

(2) بناء علي ما سبق في المسألة السادسة والعشرين من ثبوت الخيار واقعاً من حين الغبن، ولا يتوقف علي ظهوره. وأما بناء علي ثبوته بظهور الغبن فلا مجال

أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فتيين كونه مائة، فإن كان التفاوت الأقل ملحوظاً قيماً بطل الإسقاط (1) وإن كان ملحوظاً من قبيل الداعي (2) كم

لإسقاطه قبله، كما سبق هناك.

(1) تارة: يراد بالتمييد أخذ العشرة قيماً في موضوع الإسقاط، بمعنى أن الساقط هو خيار العشرة، نظير ما لو كان مديناً له بمائة فأبرأه من عشرة. والظاهر أنه لا مجال لذلك في المقام، لأن الخيار أمر بسيط متعلق بالعقد، فيما أن يسقط بتمامه أو لا يسقط، وليس هو كالدين أمر انحلالي يمكن تعلق الإبراء بأجزائه بنحو الانحلال. وأما فرق القيمة بمراتبه فهو من سنخ العلة للخيار الواحد، وليس متعلقاً له. ليكون الخيار انحلالياً.

وأخري: يراد به أخذ العشرة شرطاً في إسقاط الخيار الواحد، بأن يكون الإسقاط معلقاً علي كون الفرق عشرة، فإذا كان الفرق عشرة سقط الخيار بتمامه، وإلا لم يسقط أصلاً. والظاهر أن ذلك ممكن في نفسه. وهو مراد سيدنا المصنف (قدس سره).

نعم قد يستشكل في صحته حتى لو كان الفرق في الواقع هو عشرة من جهة التعليق. وهم وإن أجازوا التعليق علي الأمر الحاصل مع العلم بحصوله، كما هو المفروض في المقام. إلا أن ذلك في العقود مقتضي عموم نفوذها، أما في الإيقاع فلا دليل عليه بعد عدم عموم يقتضي نفوذه. إلا أن يكون دليله الإجماع، لظهور كلماتهم في عدم الفرق بين العقد والإيقاع في تلك المسألة. فتأمل. ومنه يظهر البطلان لو لم يكن عالماً بقلة التفاوت، بل شاكاً فيه، لتصريحهم بمانعية التعليق علي الأمر المشكوك وإن كان حالياً. ولا أقل من كونه مقتضي الأصل بعد عدم عموم يقتضي نفوذ الإيقاع ومنه الإسقاط في المقام.

(2) لعله (قدس سره) إنما قال ذلك لأن قلة الضرر ليست داعياً للعمل، بل من سنخ المسوغ والمبرر له بنظر الفاعل، فهو كالداعي مما يستند الإقدام علي العمل للاعتقاد

هو الغالب صح (1)، وكذا الحال لو صالحه عليه بمال (2).

(الثاني): اشتراط سقوطه في متن العقد (3). وإذا اشترط سقوطه بزعم كونه عشرة، فتبين أنه مائة جري فيه التفصيل السابق.

به من دون أن يكون قيماً.

(1) إذ بعد فرض إطلاق الأمر المنشأ ووقوعه ممن له السلطنة عليه يتعين نفوذه. نعم قد يدعي ثبوت الخيار فيه، لكونه موجباً لضرر لم يقدم عليه.

ودعوي: أن الإسقاط لا يقبل الخيار، لامتناع عود المعدوم. ممنوعه، كما يظهر مما سبق عند الكلام في إمكان اشتراط الخيار في عقد الضمان. علي أنه لو تم امتناع ثبوت الخيار فيه تعين تحكيم قاعدة نفي الضرر في أصل نفوذه، فيحكم ببطلانه. نعم هو مبني علي عدم كفاية الإقدام المعاملي في المنع من جريان قاعدة نفي الضرر، نظير ما تقدم عند الكلام في الاستدلال بالقاعدة علي ثبوت خيار الغبن.

(2) لعموم نفوذ الصلح والعقد. نعم يتجه ثبوت خيار الغبن فيه لو كان باعتقاد قلة التفاوت بناء علي أن الدليل علي خيار الغبن فيه هو قاعدة نفي الضرر، لعدم الوجه حينئذ لاختصاصه بالبيع، بل يتم الصلح. أما لو كان منشؤه الشرط الضمني، أو بناء العرف، فلا يبعد قصورهما عن الصلح، لعدم ابتنائه علي محض المعاوضة، بل علي حلّ المشكلة وإنهاء العلاقة بين الطرفين. إلا أن يكون المراد بالصلح محض المعاوضة. ويأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة الثالثة والثلاثين إن شاء الله تعالى.

(3) كما استظهره في جامع المقاصد ومحكي المفاتيح. وقد بيتني علي ما سبق من توجيه صحة الاشتراط المذكور في خيار المجلس، ودفع المحاذير المتقدمة فيه. فراجع. كما قد بيتني علي قصور دليل الخيار عن صورة الشرط المذكور، لرجوعه إلي الإقدام علي الغبن علي تقدير وجوده، ومعه يقصر الدليل المتقدم منا علي الخيار بل أكثر الأدلة المسوقة عليه، كما يظهر بمراجعتها. عدا ما ورد في تلقي الركبان وما تضمن النهي

عن الغبن وقد سبق ضعف الاستدلال بهما. علي أنه لا يبعد انصرافهما عن صورة الالتفات للغبن وإسقاط خياره.

لكن عن الصيمري في خيارات العيب والغبن والرؤية: (ولو شرط في العقد سقوط هذه الثلاثة بطل الشرط والعقد علي الخلاف) وقال الدروس في خيار الرؤية (ولو اشترط رفعه فالظاهر بطلان العقد، للغرر. وكذا خيار الغبن. ويحتمل الفرق بينهما، لأن الغرر في الغبن سهل الإزالة، بخلاف الرؤية).

ولعل الوجه في ثبوت الغرر به هو أن خيار الغبن إنما جعل لتدارك الضرر الحاصل في البيع علي تقدير وجوده، فإسقاطه معرض لعدم تدارك الضرر علي التقدير المذكور، وهو نحو من الخطر علي المالية.

وقد حاول شيخنا الأعظم (قدس سره) دفع ذلك (تارة) بأن الجهل بمقدار المالية لو كان غرراً لم يصح البيع مع الشك في القيمة (وأخري) بأن ثبوت الخيار لا يجدي في إخراج البيع عن كونه غررياً، وإلا لصح كل بيع غرري علي وجه التزلزل وثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده والمتعذر تسليمه.

ويندفع الأول بأن البيع مع الشك في القيمة إن كان مع ثبوت الخيار لم يكن غررياً، ولم يتضح منهم الإجماع علي سقوط الخيار معه، فإنهم اقتصروا في سقوط الخيار علي صورة العلم بالغبن، وإنما تقدم منا تصحيحه لقصور الوجوه المستدل بها هنا علي الخيار، ولا مانع من الالتزام بثبوته لرفع الغرر بناء علي مبطلته للمعاملة.

كما يندفع الثاني بأن ارتفاع الغرر بمعني الخطر مع الخيار قطعي وعدم الصحة في بعض الموارد حتي مع الخيار لابد أن يستند لأمر آخر غير الغرر. أو يبتني علي الخطأ في تطبيقه.

ومثله ما ذكره بعض مشايخنا (قدس سره) من عدم تحقق الغرر مع الجهل بالقيمة السوقية، لأنها أمر اعتباري، ولا معني لدخله في الغرر، وإلا لزم بطلان المعاملة لو لم يكن هناك سوق، كما في الصحاري والجبال. وفيما لو انحصر العاقل في العالم

بالمبتاعين، ولم يكن هناك غيرهما لتحدد القيمة السوقية من طريقه.

إذ فيه: أن اختلاف القيمة السوقية ناشئ من اختلاف مقدار الرغبة في الشيء، كاختلافها بلحاظ اختلاف أوصاف الشيء، ولا فرق بينهما في صدق الغرر بلحاظ الخطر المالي. وأما البيع في موارد عدم السوق، فإن كان مع الجهل بالقيمة لبعده السوق مثلاً لزم الغرر أيضاً. وإن كان لعدم تحديد القيمة، لعدم كون أحد العوضين معروفاً في السوق، فلا موضوع للغرر، بل ينحصر الأمر باتفاق المتعاقدين، وهو الحال لو فرض انحصار العقلاء في العالم بهما.

وأما ما سبق من الدروس من أن الغرر في الغبن سهل الإزالة. فهو لا يخلو عن غموض. فإن مجرد سهولة إزالة الجهل بالقيمة بالفحص عنها لا- يكفي في ارتفاع الغرر، وإنما يرتفع بمعرفة القيمة بعد الفحص، ومع معرفتها قبل العقد لا غرر ولا خيار رأساً، لا أنه يثبت الخيار ذاتاً ويسقط بالشرط، كما هو محل الكلام. ومعرفتها بعد العقد لا ترفع الغرر حينه.

فالعمدة ماسبق - عند الكلام في اشتراط العلم بالعوضين - من عدم ثبوت عموم المنع عن البيع الغرري وعدم إمكان الالتزام به، وأن الثابت علي تقدير حجية النص علي المنع منه مانعيته في الجملة، بنحو يلزم الاقتصار فيه علي المتيقن، وقد سبق تحديده عند الكلام في اشتراط القدرة علي التسليم في العوضين، بحيث لا يشمل المقام. فراجع.

هذا مضافاً إلي أن اشتراط سقوط الخيار قد يكون مع اعتقاد الطرفين ولو خطأ بعدم الغبن، ويكون فائدة الغبن الاستظهار لمنع الخلاف في ثبوته بعد ذلك. وحينئذ لا يكون الإقدام علي المعاملة من دون خيار غررياً.

(الثالث): تصرف المغبون بائعاً كان أو مشترياً فيما انتقل إليه تصرفاً يدل علي الالتزام بالعقد (1).

(1) كما صرح به شيخنا الأعظم (قدس سره). والوجه فيه أن الرضا بالبيع وإن لم يكن إسقاطاً للخيار، علي ما تقدم في تعريف الخيار وبيان حقيقته، إلا- أنه ورد في نصوص خيار الشرط التصريح بأن الرضا بالمبيع مسقط للخيار. كما تقدم عند الكلام في سقوط خيار الحيوان بالتصرف أن قوله (عليه السلام) في صحيح علي بن رثاب: (فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضاً منه، فلا شرط له) (1) ظاهر في سقوط الخيار بالرضا، سواء كان تطبيقه في الصحيح علي الرضا حقيقياً أم تعبيرياً. فراجع.

وذلك وإن ورد في خياري الحيوان والشرط، إلا أن التعدي منهما لبقية الخيارات قريب جداً، لقضاء المناسبات الارتكازية بكون ذلك من شؤون الخيار، وأنه لما كان مبيناً علي الخروج عن اللزوم الذي هو مقتضى العقد بطبعه إرفاقاً بصاحبه، لفسح المجال له لاختياره ما هو الأصلح بنصره، فهو يقصر عن صورة الرضا منه بالعقد، لأن فيه إعمالاً لاختياره بالوجه المذكور. ويأتي في المسألة الثانية والأربعين في مسقطات خيار التأخير ما ينفع في المقام.

هذا مضافاً إلي أن الدليل علي الخيار وإن كان هو الإجماع فهو قاصر عن الصورة المذكورة. وكذا إذا كان الدليل هو قاعدة نفي الضرر، إذ مع الرضا المذكور لا يستند الضرر للحكم باللزوم عرفاً، بل لرضا المغبون به، كما لو أقدم عليه ابتداءً. وإن كان منشأ الخيار هو الشرط الضمني، وأنه من صغريات خيار تخلف الشرط كما تقدم من غير واحد فالمتيقن من بناء العقلاء علي ثبوت الخيار بتخلف الشرط في سائر الموارد غير صورة الرضا. وكذا الحال بناء علي ما تقدم منا من كون ثبوت الخيار في المقام بحكم العقلاء ابتداءً من دون أن يتفرع علي الشرط الضمني.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

هذا إذا كان بعد العلم بالغبن (1)، أما لو كان قبله فالمشهور عدم السقوط به (2). ولا يخلو من تأمل، بل البناء علي السقوط به لا يخلو من وجه (3). نعم إذا لم يدل علي ذلك كما هو الغالب في التصرف حال الجهل بالغبن (4) فلا يسقط الخيار به ولو كان متلفاً للعين، أو مخرجاً لها عن الملك، أو مانع

وبعد قصور أدلة الخيار عن صورة تجدد الرضا يتعين البناء علي لزوم العقد، بناء علي ما هو التحقيق من أن المرجع في مثل ذلك عموم العام، لا استصحاب حكم المخصص، كما تقدم في نظير المقام.

وأما ما قد ينسب للأصحاب (قدس سره) من أن التصرف لا يوجب سقوط الخيار. فهو (أولاً): لا ينهض بالحجية بنحو يخرج به عما سبق. (وثانياً): من القريب كون المراد به عدم مسقطية التصرف بنفسه له وإن لم يدل علي الرضا، كما لو كان قبل العلم بالغبن، ولا ينافي في مسقطيته في فرض دلالة علي الرضا، لأن المسقط حينئذ في الحقيقة هو الرضا المنكشف بالتصرف لا التصرف نفسه. ويكون ذلك منهم للتنبه لافتراق خيار الغبن عن مثل خيار الغيب الذي يسقط بالتصرف بنفسه وإن لم يدل علي الرضا.

(1) الظاهر أن مفروض كلامه ما إذا كان العلم بالغبن مستلزماً للعلم بثبوت الخيار. أما مع الجهل بثبوت الخيارية فالظاهر أنه كالجهل بالغبن، لأن التصرف غالباً يكون مبتتياً علي اعتقاد لزوم العقد وعدم إمكان الخروج عنه، فلا يدل علي الرضا.

(2) لم يتضح وجه النسبة للمشهور، لعدم شيوع التعرض منهم لذلك، كما يظهر بمراجعة كلماتهم.

(3) بل لا ينبغي الإشكال في ذلك بلحاظ ما سبق.

(4) إنما يتم ذلك مع الغفلة عن الغبن أو القطع بعدمه. أما مع الشك فيه فالتصرف كثيراً ما يدل علي الرضا، كما هو الحال مع العلم بالغبن وبثبوت الخيار معه.

(1) كما احتمله أو مال إليه في اللعنة. وفي الروضة: (وهذا الاحتمال متوجه. لكن لم أقف علي قائل به). وجري عليه غير واحد ممن تأخر عنهما.

وذهب إلي سقوط الخيار مع تعذر الرد في الشرايع والتذكرة والقواعد وظاهر الدروس وغيرها، وفي الروضة: (هذا هو المشهور. وعليه عمل المصنف رحمه الله في غير الكتاب).

وفي التذكرة: (لعدم التمكن من استدراكه). قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (وهو بظاهره مشكل، لأن الخيار عندهم غير مشروط بإمكان رد العين). ويناسبه جزم غير واحد أو تردده في بقاء الخيار مع تعذر إرجاع العين في غير مورد، كما يظهر بمراجعة كلماتهم. والوجه فيه: أن موضوع الخيار ليس هو العين، ليسقط بتلفها أو تعذر إرجاعها، بل هو العقد، ولا دخل لإمكان إرجاع العين وتعذره فيه.

نعم ذلك إنما يقتضي إمكان بقاء الخيار، ولا يكفي في الجزم ببقائه، بل لابد فيه من أن يكون لدليله عموم أو إطلاق يشمل حال تعذر إرجاع العين. ومن هنا يتعين الرجوع لمنشأ البناء علي ثبوت خيار الغبن.

ومما سبق يظهر أن ما ينبغي الكلام فيه من الوجوه المتقدمة في الاستدلال علي الخيار المذكور ثلاثة: قاعدة نفي الضرر، واشتراط عدم الغبن في العقد ضمناً، وحكم العقلاء بثبوت الخيار به.

فإن كان المنشأ له قاعدة نفي الضرر فقد ذكر غير واحد أن مقتضاها بقاء الخيار، لعدم الأثر لإمكان رد العين وتعذره في ثبوت الضرر بالبيع الغبني وفي بقاءه. ودعوي: أن غرض الغابن قد يتعلق بالعين، فالفسخ مع تعذر إرجاعها والاكتفاء بالمثل أو القيمة تقويت لغرضه. مدفوعة بأن تقويت الغرض المذكور ليس ضرراً علي الغابن بعد حفظ مالية المبيع بمثله أو قيمته.

اللهم إلا أن يقال: إن تفويت الغرض المذكور وإن لم يستلزم الضرر المالي في حقه، إلا أنه قد يعدّ ضرراً عرفاً ولو بلحاظ خصوصية حاله، أو خصوصية العين المباعة. ولا- أقل من كون تفويته عليه منافياً للامتنان في حقه، بحيث يوجب قصور قاعدة نفي الضرر الواردة مورد الامتنان علي الأمة، لا الامتنان في حق خصوص المغبون.

وإن كان منشأ البناء علي خيار الغبن هو ما تقدم من غير واحد من أخذ عدم الغبن شرطاً في العقد فيظهر من بعض مشايخنا (قدس سره) المفروغية عن بقاء الخيار حينئذ.

لكنه لا- يخلو عن إشكال، لأن خيار تخلف الوصف المشروط لم يثبت بدليل شرعي، لينظر في إطلاقه، وإنما هو ثابت ببناء العقلاء، والمتيقن من بنائهم عليه صورة إمكان رجوع كل شيء لما كان عليه قبل العقد.

بل حتي لو تم ما سبق من بعض مشايخنا (قدس سره) - عند الكلام في اشتراط عدم الفسخ وسقوط خيار المجلس به - من رجوع اشتراط شيء في العقد إلي اشتراط الخيار بتخلفه فاشتراط عدم الغبن ضمناً وإن كان يرجع إلي اشتراط الخيار مع الغبن، إلا- أن سعة الخيار المشترط وضيقة تابعان للشرط سعة وضيقة، ولا يتضح سعة الشرط الضمني في المقام بحيث يقتضي ثبوت الخيار حتي مع تعذر رجوع كل من العوضين إلي ما كان عليه قبل البيع.

ومثل ذلك ما إذا كان منشأ ثبوت خيار الغبن ما سبق منا من تقريب حكم العقلاء بثبوت الخيار في البيع إذا خرج عما عليه البيوع نوعاً، فإن المتيقن بنائهم عليه صورة إمكان رجوع كل من العوضين إلي ما كان عليه.

ومن ثم يشكل البناء علي ثبوت الخيار مع تعذر إرجاع العين. وكذا مع تغير صورتها بحيث يوجب اختلاف الرغبة فيها، كتقطع الثوب وصبغه وطبخ الطعام وتغيير صورة العقار وغير ذلك. مما يمنع من الرد مع العيب. فإن الدليل علي امتناع الرد معه في العيب وإن اختص بمورده، إلا أنه مناسب للمركزات العرفية بنحو يصعب معه إحراز بناء العرف علي بقاء الخيار في نظائره، ومنها المقام.

بل يبعد جداً بناء العرف علي بقاء الخيار حينئذ في المقام، خصوصاً بناء علي ما يأتي منهم من ثبوت الشركة في العين مع زيادة قيمتها بتغيير صورتها ورجوعها بنفسها مع الأرش لو نقصت بالتغيير، لما في ذلك من المشاكل في حق الغابن، وهو بعيد عن سيرة العرف الارتكازية.

بل هو لا يناسب ما سبق منهم من سقوط الخيار بتصرف المغبون في الجملة، لظهوره في المفروغية عن أن بعض التصرفات تظهر في الرضا بالعقد، مع أن أثر التصرف في العين إذا لم يمنع من الرد فالإقدام علي أي تصرف لا يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد والبناء علي عدم الرد.

هذا وموضوع كلامهم المتقدم وإن كان هو تصرف المشتري المغبون فيما انتقل إليه، إلا أن الظاهر عموم جهات الكلام المتقدمة للمغبون من دون فرق بين كونه مشترياً وكونه بائعاً، كما يظهر بملاحظتها.

نعم إذا كان أحد العوضين من سنخ النقد فالظاهر أن تعذر رده لا يمنع من بقاء الخيار عرفاً، لأن المنظور فيه المالية، من دون أن يتعلق الغرض نوعاً بشخصه. ولولا ذلك لم يكن الخيار عملياً نوعاً، لشيوع تأخر الاطلاع علي الغبن وشيوع التصرف في الثمن حينئذ إذا كان من سنخ النقد. فلاحظ.

كما أن الظاهر عدم الفرق بين الغابن والمغبون. فكما أن تصرف المغبون في العين بما يمنع من ردها أو بما يوجب تغيير صورتها يسقط الخيار، كذلك تصرف الغابن بأحد الوجهين المذكورين يوجب سقوطه. لاشتراكهما في قصور دليل الخيار. وأما ما يظهر من بعض كلماتهم من الفرق بينهما، وأنه لا منشأ لسقوط خيار المغبون بتصرف الغابن. فهو إنما يتجه لو كان المنشأ لسقوط الخيار بالتصرف هو ظهور حال المتصرف في الرضا بالعقد، أو إزامه به نتيجة تصرفه، حيث لا موضوع لذلك في حق الغابن، أما من حيث كان المنشأ لسقوط الخيار هو قصور دليله عن صورة تعذر رجوع العوضين إلي حالهما السابق علي العقد، فهو يجري فيهما معاً.

نعم قد يدعي أن تصرف الغابن لا ينفذ ابتداءً، ليمنع من الرد، لأنه ينافي حق الخيار الثابت للمغبون.

وفيه: أن الخيار ليس حقاً متعلقاً بالعين، ليمنع من التصرف فيها، وإنما هو حق ثابت في العقد، كما سبق. غاية الأمر أنه سبق في المسألة السابعة عشرة عدم جواز تصرف المشتري في المبيع ببيع الخيار تصرفاً يمنع من رد العين. لكن ليس ذلك لمجرد الخيار، بل لظهور حال البائع في تشبته بالعين، فيكون التصرف المذكور منافياً للشرط المستفاد عرفاً من حال البائع. ولا مجال لاستفادة ذلك في المقام، كما لعله ظاهر.

مع أن هذا مختص بالتصرف الاعتباري، حيث تكون منافاته للحق الثابت في العين مانعة من تفوذه، ولا يجري في التصرف الحقيقي، بل يتعين معه البناء علي سقوط الخيار بعد ما سبق من قصور دليله عن صورة تعذر رجوع العين إلي ما كانت عليه قبل البيع.

نعم إذا كان تصرف الغابن موجباً لنقص العين من دون جهد منه يبرر له التمسك بالعين لم يبعد بناء العرف علي أن للمغبون الفسخ واسترجاع العين من دون أرش، لقضاء المناسبات الارتكازية بأن النقص ضرر علي المغبون، فلا يمنع من خياره إذا رضي بتحملة من دون أن يضر بالغابن، أو يحمله شيئاً، بخلاف ما إذا كان النقص يجهل من الغابن يبرر له التمسك بالعين، كما إذا هدم المشتري الغابن الدار التي اشتراها من أجل أن يجدد بناءها.

هذا ما يظهر لنا بعد الرجوع للمرتكزات العرفية. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل، لخلوّ خيار الغبن من أصله عن النصوص، وانحصار الدليل عليه ببناء العقلاء الذي هو إن كان جلياً في أصل ثبوت الخيار، فهو قد لا يخلو من شيء من الغموض في فروعه.

بقي شيء: وهو أن ظاهر سيدنا المصنف (قدس سره) انحصار مسقطات خيار الغبن بما سبق، كما هو ظاهر الأصحاب أيضاً. واحتمل شيخنا الأعظم (قدس سره) سقوطه بتبدل

(مسألة 29): إذا ظهر الغبن للبايع المغبون، ففسخ، فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري استرده منه (1)، وإن كان تالفاً بفعله أو بغير فعله رجع بمثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً (2). وإن وجده معيباً بفعله أو بغير

القيمة بنحو يرتفع معه الغبن. وهو يبتني علي كون دليل الخيار المذكور هو قاعدة نفي الضرر. كما أشرنا إليه عند الاستدلال بها عليه. وكذا بناء علي أن الدليل عليه الإجماع، لأن المتيقن منه غير هذه الصورة.

أما بناء علي أن الدليل عليه الوجوه الأخر المتقدمة فالمتعين البناء علي عدم سقوط الخيار بذلك، كما يظهر بالتأمل فيها، نظير ما تقدم في المسألة السابعة والعشرين من عدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت، فإنما من باب واحد. ولا فرق في ذلك بين كون تبدل القيمة لاختلاف القيمة السوقية وكونه لتبدل حال العين بنحو لا يستند للمغبون، كما لو اشترى حيواناً مريضاً فبرئ بنفسه فارتفعت قيمته. فلاحظ.

(1) بلا إشكال ظاهر. لأن مقتضى الفسخ رجوع المبيع له وصيرورته في ملكه، فله أخذه كسائر مملوكاته. هذا فيما إذا كان المبيع شخصياً. أما إذا كان كلياً فسلم فرداً منه، ثم فسخ وهو بعد في ملك المشتري، ففي وجوب إرجاعه بشخصه أو الاكتفاء بإرجاع مثله وجهان، ولا يبعد الثاني، كما يظهر مما تقدم في أوائل المسألة الثانية عشرة عند الكلام فيما لو فسخ البايع مع بقاء الفرد المدفوع له من الثمن الكلي، فإن المقامين من باب واحد. فلاحظ.

(2) إذ بعد فرض تمامية ما ذكره من بقاء الخيار مع تلف المبيع فلا بد من الانتقال للبدل حفاظاً علي المالية بعد تعذر العين.

ودعوي: أن ذلك إنما يتجه إذا كان تلف العين بعد الفسخ، أما إذا كان قبله فلا وجه لضمان الغابن العين بعد كون تلفها في ملكه، من دون فرق بين كون التلف بفعله وعدم كونه بفعله.

فعله أخذه (1) مع أرش العيب (2). وإن وجده خارجاً عن ملك المشتري

- بأن نقله إلي غيره بعقد لازم كالبيع والهبة المعوضة أو لذي الرحم فالظاهر

مدفوعة: بأن الغابن لا يضمن العين بتلفها، وإنما يضمنها بالفسخ، لأن مقتضاه رجوع العين للمغبون، وحيث لم يأخذها الغابن مجاناً، بل مضمونة بالثمن، كما هو مقتضى المعاوضة، فبعد فرض عدم ضمانها بالثمن بسبب الفسخ يتعين ضمانها ببدلها العرفي، من المثل أو القيمة. ولذا لا إشكال في الانتقال للبدل في الثمن في بيع الحيوان وفي البيع بشرط الخيار لو حصل الفسخ بعد تعذر إرجاع عين الثمن. وهو المعروف بضمان المعاوضة. ولولا ذلك لم يكن وجه للضمان مع التلف بعد الفسخ إذا لم يكن المشتري هو المتلف، ولا كان معتدياً في حبس العين، لعدم كون يده مضمنة، بل هي نظير يد الأمين لو تلفت الأمانة بعد موت المالك المستأمن دون تقريظ من الأمين، ولا حبس منه لها عن الورثة.

وكذا الحال في وجوب إرجاع المشتري للعين بعد الفسخ مع وجودها في المقام. إذ لولا ضمان المعاوضة لكان اللازم الاكتفاء بعدم التصرف فيها وعدم حبسها، خروجاً عن حرمة التصرف في ملك الغير بغير إذنه وحرمة حبسه عليه. وبذلك يظهر عدم الفرق بين كون التلف بفعل الغابن وكونه بغير فعله.

(1) لما سبق من أن رجوعه لملكه هو مقتضى الفسخ. ومجرد عيبه لا يخرج عن كونه طرفاً للبيع المفروض فسخه.

(2) إذ بعد ما سبق من كونه مضموناً بضمان المعاوضة يتعين ضمان نقصه الحاصل بالعيب، وذلك إنما يكون بالأرش

لكن في المسالك: (وان وجد العين ناقصة، فإن لم يكن النقص بفعل المشتري أخذها إن شاء ولا شيء له. وإن كان بفعله فالظاهر أنه كذلك، لأنه تصرف في ملكه تصرفاً مأذوناً فيه، فلا يتعقبه ضمان). وقد يظهر ذلك مما عن بعض مشايخنا (قدس سره) في

أنه بحكم التالف (1) فيرجع عليه بالمثل أو القيمة. وليس له إلزام المشتري بإرجاع العين (2)

فرض تصرف المغبون.

وفيه: أن ذلك لو تم يجري في الإتلاف أيضاً لأنه تصرف في ملكه تصرفاً مأذوناً فيه. ولا وجه لضمائه إلا كونه مضموناً بضمان المعاوضة. وهو كما يجري في العين يجري في صفاتها الدخيلة في المالية، كما أشار ذلك في الجواهر.

وأشكل منه ما عن بعض مشايخنا (قدس سره) في فرض تصرف المغبون من أن للغابن الامتناع من استرجاع المعيب، وأنه يتعين حينئذ دفع بدل المبيع.

إذ فيه أن مقتضى الفسخ رجوع المبيع بعينه للبايع ومع رجوعه لملكه لا وجه لامتناعه من أخذه وطلب البديل مكانه. مع أنه لم يتضح وجه الفرق بين تصرف المغبون وتصرف الغابن. ولعله لذا لم يجر علي ذلك في فتواه، بل وافق سيدنا المصنف (قدس سره)

فيما يأتي منه في المسألة الواحدة والثلاثين.

هذا والمراد بالأرش هنا فرق ما بين المعيب والصحيح بحسب القيمة السوقية، لأنها المدار في الضمان، وليس هو كالأرش في خيار العيب، حيث ذكروا أنه يكون بالنسبة من الثمن، لخصوصية فيه يأتي الكلام فيها في محله إن شاء الله تعالى.

(1) لتعذر ملك المغبون له بالفسخ بعد فرض صحة تصرف الغابن، وانتقال العين عن ملكه قبل الفسخ، فلا بد بعد فرض بقاء الخيار وصحة الفسخ من كون المملوك له بالفسخ هو البديل من أجل ضمان المعاوضة المشار إليه آنفاً. ومنه يظهر عموم الوجه المذكور لما إذا بقيت العين علي ملكه مع تعذر إرجاعها شرعاً، كما لو إذا استولدت الأمة، حيث يتعين الانتقال للبديل.

(2) إذ بعد فرض تملك المغبون بالفسخ للبديل فالزامه للغابن بإرجاع العين يحتاج إلي دليل. بعد أن كان مقتضى أصالة البراءة عدم لزومه عليه. ويأتي تمام الكلام

بشرائها أو استيهاها (1). بل لا يبعد ذلك لو نقلها بعقد جائز، كالهبة والبيع بخيار، فلا يجب عليه الفسخ وإرجاع العين (2). بل لو اتفق رجوع العين إليه - بإقالة أو شراءً أو ميراثاً أو غير - ذلك بعد دفع البدل من المثل أو القيمة لم يجب دفعها إلي المغبون (3). نعم لو كان رجوع العين إليه قبل البدل وجب إرجاعها إليه (4). وأولي منه في ذلك لو كان رجوعه

في ذلك إن شاء الله تعالى.

وبذلك يظهر الفرق بينه وبين ما إذا كانت العين موجودة إلا - أنه لا - يمكن الوصول إليها، لسرقة أو ضياع أو نحو ذلك، فإنها حيث تملك بالفسخ وتكون مضمونة علي الغابن بضمان المعاوضة الذي تقدم التعرض له، يتعين عليه السعي لتحصيلها، وإرجاعها بعينها للمغبون، ولو توقف علي بذل مال أو جهد معتد به.

(1) أو بالتقابل لو تيسر أحد هذه الأمور.

(2) لأن سلطنة الغابن علي فسخ العقد الجائز لا يقتضي انفساخه وملك المغبون للعين بإعمال الخيار، ومع عدم انفساخه يتعين كون المملوك بإعمال الخيار هو البدل، ومع تملكه له لا - دليل علي إلزامه للغابن بفسخ العقد الجائز وإرجاع العين، نظير ما تقدم في العقد اللازم.

ومنه يظهر ضعف ما في المسالك، حيث قال: (ولو كان العقد الناقل مما يمكن إبطاله... احتتمل قوياً إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم. فإن تعذر قيل: يفسخ المغبون).

(3) كما في المسالك، وجري عليه شيخنا الأعظم (قدس سره). لبراءة ذمة الغابن من ضمان المعاوضة المتقدم بدفع البدل، ومعه لا دليل علي وجوب إرجاع العين واسترجاع البدل.

(4) كما احتمله في المسالك، وإن أفتي أولاً بعدم وجوب الإرجاع وعليه جري

شيخنا الأعظم (قدس سره). وكان الوجه في وجوب الإرجاع أن مقتضى الفسخ رجوع العين للمغبون وضمان الغابن لها بضمان المعاوضة، فإذا لم تبرأ ذمته منها بدفع البدل يتعين دفعها بعينها مع تجدد القدرة علي ذلك برجوعها لملكه.

لكن الفسخ إنما يقتضي رجوع العين للمغبون مع إمكان ملكه لها، أما مع تعذر ملكه - لتلفها أو تملك الغير لها بسبب صحيح - فيتعين كون مقتضى ضمان المعاوضة هو تملك بدلها بالفسخ، ومع تملك بدلها لا دليل علي وجوب إرجاعها بعينها علي الغابن لو عادت لملكه.

ولو فرض كون مقتضى ضمان المعاوضة هو انشغال ذمة الغابن بالعين نفسه

- لا بمعنى ملك المغبون لها فعلاً، بل مجرد مسؤولية المغبون بدفعها له، والاكتفاء بالبدل ليس لملكية المغبون له بالفسخ، بل لتفريغ ذمة الغابن به مع تعذر رد العين - تعين البناء علي وجوب رد العين علي الغابن مع إمكانه حتي لو خرجت عن ملكه، فيجب عليه إرجاعها لملكه مقدمة لذلك بفسخ أو تقايل أو شراء أو استيهاب أو نحو ذلك، كما يظهر من السيد الطباطبائي (قدس سره) علي خلاف ما سبق من سيدنا المصنف (قدس سره).

علي أن انشغال الذمة بالعين بالنحو المذكور وإن ذكر في كلمات بعضهم إلا أنه إنما ذكر لتوجيه ضمانها بقيمة يوم الأداء لا بقيمة يوم الغصب أو قيمة يوم التلف، لأنه إذا كانت العين باقية في الذمة إلي حين الأداء يتعين الضمان بقيمتها حينئذ، بخلاف ما إذا كانت الذمة مشغولة بالبدل من حين الغصب أو من حين التلف، حيث يتعين ملاحظة القيمة الثابتة حين الانشغال بها والانتقال إليها. وقد سبق متأ في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط العقد تقريب أن مقتضى القاعدة انشغال الذمة بالعين حتي بعد تلفها، وأنه راجع إلي نحو من المسؤولية المقبولة عرفاً. لكن يصعب جريان ذلك في المقام، لأن الفسخ لما كان يقتضي رجوع كل شيء إلي ما كان عليه قبل العقد فحيث كانت العين بنفسها طرفاً في العقد، والمفروض ملكية شخص ثالث له، فملكه عند فسخ البيع الغبني ملكية أخرى في ذمة المشتري الغابن أمر غير مألوف ولا مقبول

عرفاً، بل يتعين ملكية الغابن للبدل.

علي أن مبني سيدنا المصنف (قدس سره) في الضمان ليس علي ذلك. فلا مجال لابتناء فتواه في المقام عليه.

ودعوي: أن المغبون وإن ملك البدل بالفسخ، إلا أن ملكه له ليس بذاته، بل بعنوان كونه بدلاً بملاك تعذر المبدل، فمع رجوع العين للغابن وإمكان تملك المغبون لها لا يبقى موضع للبدلية، بل يتعين تملكه للعين.

مدفوعة: بأنه يكفي تحقق موضوع البدلية حين الفسخ في ملكه للبدل، ومع ملكه له لا دليل علي انقلاب المملوك من البدل للأصل. ومجرد إمكانه لا يقتضي البناء عليه.

ولو فرض أن البدلية منوطة بالتعذر حدوثاً وبقاءً لزم البناء علي ذلك حتي بعد تسليم البدل، كما جري عليه بعض الأعظم (قدس سره)، مع أنه تقدم من سيدنا المصنف (قدس سره)

عدم وجوب إرجاع العين حينئذ.

اللهم إلا أن يفرق بينهما ببناء العرف علي وجوب تسليم العين إذا كان رجوعها لملك الغابن بعد الفسخ قبل تسليم البدل، وعدم بنائهم علي وجوب تسليمها إذا كان رجوعها لملكه بعد تسليم البدل وبراءة ذمة الغابن. ولا أقل من عدم وضوح بنائهم حينئذ علي وجوب تسليمها واسترجاع البدل.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لإمكان ابتناء وجوب تسليمها عندهم مع رجوعها لملك الغابن قبل تسليم البدل علي ما ذكرناه آنفاً من عدم بنائهم علي مشروعية الفسخ إلا مع إمكان إرجاع العين بنفسها، فلا يملك المغبون البدل في ذمة الغابن بالفسخ قبل رجوع العين لملك الغابن، ثم يتبدل المملوك للمغبون بنفس العين عند رجوعها لملك الغابن، بل لا يصح الفسخ إلا بعد رجوعها لملك الغابن، ليتمكن رجوعها بالفسخ لملك المغبون ابتداءً. وهو خلاف مبني وفرض كلام سيدنا المصنف (قدس سره)، بل يدخل في الحقيقة في الفرض الآتي منه (قدس سره)، والذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ص: 350

إليه قبل فسخ المغبون (1). بلا فرق بين أن يكون بفسخ العقد السابق، وأن يكون بعقد جديد (2)، فإنه يجب عليه دفع العين نفسها إلي الفاسخ المغبون (3)، ولا يجتزي بدفع البديل من المثل أو القيمة. وإذا كانت العين باقية عند المشتري حين فسخ البايع المغبون، لكنه قد نقل منفعتها إلي غيره بعقد لازم كالإجارة اللازمة أو جائز كالإجارة المشروط فيها الخيار لم يجب

أما بعد فرض بنائهم علي بقاء الخيار مع تعذر رجوع العين، وصحة الفسخ حينئذ، وثبوت البديل في ذمة المغبون، فلا يتضح منهم البناء علي انقلاب الحال، واستحقاق الغابن العين بمجرد رجوعها إلي ملك المغبون.

والحاصل: أنه لا يتضح لنا الوجه فيما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) هنا بنحو يناسب مبناه من جواز الفسخ مع تعذر رجوع العين، وما ذكره في الفروع الثلاثة السابقة. واللازم التأمل التام عسي أن يتضح به ما ينهض بتوجيه كلامه.

ثم إن جميع ما تقدم يجري فيما لو كان المانع من رجوع العين للمغبون أمراً آخر غير خروجها عن ملك الغابن، كالاستيلاء لو فرض ارتفاعه قبل دفع البديل بموت الولد.

(1) وجه الأولوية ظاهر. إلا أنه حيث لم يتضح وجه وجوب دفع العين في الفرض الأول فلا تنفع الأولوية، بل لا بد من النظر في وجه الحكم هنا. وهو ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(2) أو سبب غير العقد، كالميراث. ومثله ارتفاع المانع من رجوعها للمغبون وهي في ملك الغابن، كالاستيلاء لو مات الولد قبل فسخ الغابن.

(3) لأنه بعد فرض مشروعية الفسخ فحيث كان مقتضاه رجوع العين بنفسها، والانتقال للبديل إنما هو لتعذر تملكها، فالمتعين رجوعها بنفسها بعد إمكان تملكها.

هذا وقد يقال: إن ذلك إنما يتم فيما إذا كان رجوع العين للغابن بفسخ العقد الناقل للعين عن ملكه، لأن مقتضى فسخه رجوعها علي ما كانت عليه قبله ملكاً للمغبون. وأظهر من ذلك ما إذا لم تخرج عن ملك الغابن، كما في الاستيلاء لو ارتفع بموت الولد قبل فسخ المغبون.

أما إذا خرجت عن ملك الغابن، وكان رجوعها له بسبب آخر من عقد أو ميراث أو غيرهما فلا مجال لذلك. قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه، والفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل).

وكأن مراده (قدس سره) أن الفسخ يبتني علي رجوع العين للفاسخ بعد ارتفاع سبب ملك الطرف الآخر بسبب الفسخ، ولا مجال لذلك في المقام، لأن الغابن لم يملك العين في الملكية الجديدة بالسبب الذي طرأ عليه الفسخ، بل بسبب آخر لم يرتفع، ولا سلطنة للمغبون علي رفعه وفسخه.

لكن المراد بذلك إن كان هو امتناع تملك المغبون للعين بفسخ البيع الغبني، بل فسخه إنما يقتضي استحقاقه للبدل، كما يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) ففيه: أنه بعد كون موضوع البيع الغبني هو العين فالفسخ لا بد أن يقتضي رجوعها للمغبون. والانتقال للبدل إنما يكون في طول رجوعها للمغبون من أجل ضمان المعاوضة، فمع فرض ملكية الغابن للعين حين الفسخ وإمكان تسليمه لها يتعين ملكية المغبون للعين بالفسخ وتسليمه إياها، إذ لا معني للانتقال للبدل مع تيسر المبدل. وما ذكره (قدس سره) من توقف ملكيته لها علي بطلان سبب تملك الغابن لها. غير ظاهر المأخذ علي إطلاقه. نعم لا بد من بطلان سبب تملكه لها من المغبون، وهو حاصل بفسخ البيع الغبني، أما بطلان سبب تملكه لها من غيره فلا منشأ لاعتباره.

هذا وأما بناء علي ما ذكرنا - من سقوط الخيار بامتناع رجوع العين إلي ما كانت عليه قبل العقد - فقد يستشكل في ثبوت الخيار مع رجوع العين للغابن بأنه بعد سقوط الخيار بخروج العين عن ملكه بعقد جائز أو لازم لا دليل علي رجوعه برجوعها إلي

ملكه، بل مقتضى عمومات اللزوم عدم رجوع الخيار. ويجري ذلك حتى لو كان المانع من رجوعها بالفسخ للمغبون أمراً آخر كالاستيلاء لو ارتفع بموت الولد قبل فسخ المغبون.

لكن الظاهر أن دليل خيار الغبن يقتضي رجوعه إذا أمكن رجوع العين لحالها قبل الفسخ، لأن سقوط الخيار ارتكازاً حينئذ ليس لقصور في منشأه، بل للمانع منه، وهو تعذر رجوع العين، فإذا ارتفع المانع المذكور تعين عود الخيار.

نعم لو كان دليله الإجماع أمكن دعوي قصور المتيقن منه عن ذلك. لكن سبق أنه ليس دليلاً في المقام، بل الدليل أمور آخر لا قصور فيها، كما ذكرنا.

كما أنه لو كان الخيار حقاً متعلقاً بالعين، وكان مفاد الفسخ رجوعها إلي ما كانت عليه قبل العقد حتى كأنها لم تبع، لا مجرد حلّ العقد الواقع عليها، فقد يتجه تعذره في المقام مطلقاً بعد فرض خروج العين عن ملك المشتري، لأنها وإن رجعت إلي ملكه، إلا أن رجوعها إليه فرع خروجها عنه، وخروجها عنه متفرع علي البيع الغبني، فكيف يكون الفسخ المتفرع علي رجوعها إلي ملك المشتري رافعاً للبيع الغبني حتى كأنه لم يكن؟!.

وربما يفرق حينئذ بين أن يكون رجوعها إلي ملك المشتري بفسخ العقد الثاني وان يكون بعقد جديد، فإن كان بفسخ العقد الثاني أمكن فسخ البيع الغبني بالتقريب المشار إليه آنفاً، لأن فسخ العقد يرجعها إلي ما كانت عليه قبله، وهو كونها مملوكة بالبيع الغبني، فكأنها لم تخرج عن ملك المشتري، وحينئذ يكون مفاد فسخ البيع الغبني رجوعها إلي ملك البايع كأنها لم تبع. أما إذا كان رجوعها بعقد ثالث جديد فهو يبتني علي ثبوت العقد الثاني، لا علي بطلانه، ليكون كأنه لم يقع. لكن ذلك كله فرض في فرض فلا ينبغي إطالة الكلام فيه.

عليه الفسخ أو الاستقالة مع إمكانها (1)، بل يدفع العين وأرش النقصان الحاصل بكون العقد مسلوبة المنفعة مدة الإجارة (2).

(1) لعدم الدليل علي ذلك. نظير ما تقدم في فسخ العقد الناقل للعين عن ملك المشتري. كما لا مجال لاحتمال بطلان الإجارة وعدم صحتها رأساً، بدعوي منافاتها لحق الخيار الثابت للمغبون. لاندفاعها بما سبق من أن حق الخيار ليس متعلقاً بالعين، بل بالعقد.

ومثله احتمال بطلانها بالفسخ، إما من أصلها أو من حين الفسخ، بدعوي: تبعية المنفعة للعين، فإذا رجعت العين بالفسخ للبايع المغبون تعين ملكه لمنفعتها، فينافي الإجارة، ويتعين بطلانها. لاندفاعها: بأن المنفعة وإن كانت تابعة للعين بطبعها، إلا أنها تخرج عن ذلك بمثل الإجارة المفروض صحتها في المقام، فالمقام كما لو بيعت العين المستأجرة، حيث يملكها المشتري مسلوبة المنفعة، ولا تبطل الإجارة بالبيع لا من أصلها، ولا من حين البيع.

(2) لما سبق من كون العين مضمونة بنفسها وبنقصها، فيلزم ضمان نقصها المذكور. نعم ذلك يقصر عما لو كان المشتري قد أخذها مسلوبة المنفعة مدة معينة، وبعد انقضاء المدة أجزها، وكانت حين الفسخ مسلوبة المنفعة كما أخذها.

بل لو أخذها مسلوبة المنفعة مدة معينة، وبعد انقضاء المدة حصل الفسخ، فأرجعها غير مسلوبة المنفعة، فمقتضي ما سبق أن يلحقه حكم ما لو زادت العين حين الفسخ الذي يأتي الكلام فيه.

نعم قد يستشكل في الوجه المتقدم بأن نقص قيمة العين بسلب المنفعة ليس لنقص فيها، بل لمجرد قلة الرغبة فيها، نظير ما إذا حصل الفسخ بعد كساد السوق، أو بعد انقضاء موسم الانتفاع بها وإجارتها، ومن المعلوم عدم بنائهم علي ثبوت الأرش بذلك مع عدم حدوث نقص في العين. فتأمل. وعلي ذلك جري شيخنا الأعظم (قدس سره)

وهو ظاهر المسالك.

هذا وأما ما عن بعض مشايخنا (قدس سره) فيما لو كان المؤجر هو المشتري المغبون من أن المشتري حيث لا يتمكن من إرجاع منافع العين للبايع فاللازم عليه ضمان المنافع له بقيمتها. فهو غير ظاهر الوجه، سواء كان المراد به ضمان جميع المنافع التي هي موضوع الإجارة، أم خصوص ما يبقى منها بعد الفسخ، كما ينسب في نظيره للعلامة (قدس سره)،

لعدم كون المنافع موضوعاً في البيع، لتكون مضمونة بضمان المعاوضة. وإنما هي تابعة للعين، والمشتري كان مسلطاً عليها تبعاً لسلطنته علي العين، فينفذ تصرفه فيها. علي أنه لم يتضح وجه الفرق بين التصرف المغبون والغابن. ولعله لذا لم يجر علي ذلك في فتواه، بل وافق سيدنا المصنف (قدس سره) فيما يأتي منه في المسألة الواحدة والثلاثين.

ومثله ما في الجواهر، حيث قال: (الظاهر وجوب ردّ العوض لو فسخ قبل انقضاء المدة، لعود الملك إليه بالفسخ). والظاهر أن مراده أنه يجب علي المشتري أن يرد علي البايع العوض الذي استحقه بالإجارة. إما بتمامه، أو خصوص ما يقابل المدة الباقية. ولم يتضح الوجه فيه بعد كون المعيار في استحقاق عوض المنفعة علي ملكية العين حين الإجارة، لانتساب المنفعة لملكه حينئذٍ.

كما أنه علي جميع الوجوه فاللازم عدم ثبوت الأرش ولا ضمان قيمة المنفعة لو كان الفسخ بعد انقضاء مدة الإجارة مهما طال، وكذا لو كان بعد استغلال المشتري نفسه لها مدة معتداً بها.

نعم لا إشكال في أن ذلك كله مستنكر عند العرف فيما لو كان المستغل للمنفعة مباشرة أو بالإجارة هو المغبون، لما فيه من الإجحاف بنظرهم في حق الغابن. ومن ثم لا يبعد البناء علي سقوط الخيار حينئذٍ، لقصور دليله، كما يظهر مما سبق.

أما لو كان المستغل للمنفعة هو الغابن فلا مجال لسقوط الخيار، لما سبق من أن النقص الوارد علي المغبون لا يمنعه من إعمال الخير إذا لم يضر بالغابن. فراجع

(مسألة 30): إذا فسخ البايع المغبون وكان المشتري قد تصرف في المبيع تصرفاً مغيراً له، فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج بغيره. فإن كان بالنقيصة أخذ البايع المبيع مع أرش النقيصة (1). وإن كان بالزيادة، فإما أن تكون الزيادة صفة محضة، كطحن الحنطة وصياغة الفضة وقصارة الثوب، وإما أن تكون صفة مشوبة بالعين، كصبغ الثوب (2)، وإما أن تكون عيناً غير قابلة للفصل، كسمن الحيوان ونمو الشجرة، أو قابلة للفصل، كالثمرة والبناء والغرس والزرع. فإن كان صفة محضة أو صفة مشوبة بالعين، فإن لم تكن لها مالية لعدم زيادة قيمة العين بها، فالمبيع للبايع (3)،

(1) لعين ما تقدم في المسألة السابقة، بل هو تكرر له.

(2) كأنه لأن الصبغ لا يحصل إلا بإضافة العين التي يتحقق بها. لكن العين المذكورة كثيراً ما لا يبقى لها وجود عرفي في المصبوغ، بل الباقي فيه أثرها لا غير، فتكون نظير الآلة في القصارة. وإن كان لها وجود عرفي نظير صبغ الأخشاب والجدران المتعارف في زماننا دخل في القسم الثاني وهو ما إذا كانت الزيادة عيناً.

إلا- أن يفرق بينهما بأن العين إن كانت لها مالية عرفاً حال كونها في المبيع إما لأنها جزء منه - كسمن الدابة ونمو الشجرة - أو لأنها أمر منضم إليه - كالبناء والغرس

فهي من القسم الثاني، وإن لم تكن لها مالية عرفاً، وإنما توجب زيادة مالية العين

- كالصبغ والخيوط في الخياطة - دخل في هذا القسم.

(3) كما هو مقتضى الفسخ. وقد تقدم عن بعض مشايخنا في فرض تصرف المغبون أن للغابن الامتناع من تسلّم المبيع إذا كان معيباً، وله المطالبة بالبدل وقد يجري نظيره في المقام، بلحاظ أن تغير العين وإن لم يوجب نقص ماليتها، إلا أنه قد لا يتناسب مع وضع الغابن. نعم تقدم وجه المنع من ذلك هناك بنحو يجري هنا.

ولا شيء للمشتري (1). وكذا إذا كانت لها مالية ولم تكن بفعل المشتري (2)، كما إذا اشترى منه عصا عوجاء، فاعتدلت، أو خلاً قليلاً الحموضة فزادت حموضته. وإن كان لها مالية وكانت بفعل المشتري كانت الصفة للمشتري (3).

(1) بلا إشكال ظاهر. وبه صرح غير واحد. قال في الجواهر: (العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً). وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون علي غيره. ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين). لكن في المسالك: (وفي استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوي) وجزم به في الروضة. ويظهر ضعفه مما تقدم.

(2) كأنه لتبعية الصفة للعين في الملكية عرفاً وليست شيئاً في مقابلها لتبقي في ملكه بعد الفسخ. خلافاً لما ذكره السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته علي المكاسب، من أنها تبقي علي ملك المشتري كما لو كانت بفعله ولا دليل علي خروجها عن ملكه. وعليه جري بعض مشايخنا (قدس سره) فيما حكى عنه في درسه. وإن لم يجر عليه في فتواه. وهو متجه إذا لم تثبت التبعية المذكورة ارتكازاً. فلا بد من مزيد من التأمل.

(3) كما جري عليه شيخنا الأعظم (قدس سره). وعن بعض الأعاظم توجيهه بأن الصفة وإن كانت تابعة للعين في الملكية، إلا أن استنادها لعمل الغير يوجب نسبتها عرفاً للعامل وملكيته لها استقلالاً. وبذلك يفترق عما إذا لم تستند الصفة لعمل المشتري، كحموضة الخل، حيث يتعين ملكية البائع لها بعد الفسخ تبعاً للعين.

وذهب في الجواهر إلي أن المشتري لا يستحق شيئاً. ووافق بعض مشايخنا (قدس سره) وقد يوجه بأحد وجهين:

الأول: أن الصفة لا مالية لها في نفسها، وليست مملوكة في مقابل العين، بل الملكية والمالية للعين، وهي التي تقابل بالمال. غاية الأمر أن الصفة قد توجب زيادة مالية العين أو نقصها، كسائر ماله الدخل في ذلك، ككثرة وجود الشيء وندرته، وقلة

الطلب له وكثرته. والي هذا قد يرجع ما في الجواهر، حيث قال: (وزيادة القيمة إنما كانت بصفة راجعة إلى المال بنفسه، وإن كانت بعمله، فلا يستحق بها شركة).

وفيه: أن لازم ذلك عدم ضمان نقص للصفة بإتلافها، وفي موارد ضمان المعاوضة، وموارد ضمان اليد. وهو مما تأباه المرتكزات العرفية جداً. بل هو لا يناسب ما تضمنته النصوص من ثبوت الأرش في المبيع المعيب، وفي المغصوب إذا تعيب. كما لا يناسب ما التزمه قدس سرهما به من ثبوت الأرش علي المشتري بنقص الصفة في المقام.

الثاني: أن الصفة وإن كان لها مالية في نفسها، إلا أنها إنما تملك تبعاً لملكية العين، ولا تنفك عن العين في الملكية. فهي حين حدوثها في العين بفعل المشتري أو لا- بفعله صارت ملكاً للمشتري تبعاً للعين، وبالفسخ تخرج عن ملكه مع العين إلى ملك البائع. وهو راجع إلى إنكار الفرق الذي تقدم عن بعض الأعظم (قدس سره). لكن الفرق المذكور ارتكازي جداً.

وإذا كان الأمر ملتبساً في المقام، لما سبق من عدم وضوح بناء العرف علي مشروعية الفسخ، فيمكن استيضاحه فيما إذا أحدث شخص صفة كمال في عين مملوكة لغيره، لتخيل طلبه منه ذلك، أو لتخيل كون العين ملكاً للعامل، حيث يصعب جداً بعد الرجوع للمرتكزات العرفية البناء علي هدر حرمة عمله، وأن الصفة تكون ملكاً لصاحب العين، كما لو حصلت بنفسها من دون أن تستند إلي فعل فاعل.

كيف ولازمه أنها تكون مضمونة علي العامل لو فرط فيها أو أتلّفها، كما هو الحكم إذا حصلت بنفسها من دون عمل منه. فمن كان عنده ذهب لغيره غير مصوغ، وتخيل أنه له، فصاغه أسورة، ثم عدل فصاغه قلادة، ثم عدل فصاغه خلخالاً، ثم انكسر الخلخال كان عليه ضمان قيمة الصياغات الثلاث لمالك الذهب ودفع أرشها له. ولا يظن بأحد البناء علي ذلك.

بل حتي لم يكن العمل محترماً، لكون العامل متعدياً غاصباً للعين عمداً لا مجال

للبناء علي ملكية صاحب العين لنتيجة عمله، بحيث يكون العامل ضامناً لها كالعين لو تلفت ويجب عليه دفع أرشها للمالك.

غاية الأمر أنه لا حرمة لعلمه، بحيث له الاحتفاظ بالصفة، أو التصرف في العين بإتلاف تلك الصفة، نظير ما تضمن أنه لا حرمة لعرق ظالم.

وهذا بخلاف ما إذا حصلت الصفة بنفسها، كما لو شفيت الدابة أو سمت بنفسها، حيث تكون الصفة للمالك تبعاً للعين، وتكون مضمونة له علي من يتلفها أو تكون العين تحت يده.

وإذا لم تكن الصفة الناتجة من العمل في عين الغير مملوكة لصاحب العين، بل هي ملك للعامل، وله الاحتفاظ بها مع عدم هدر عمله بغصب ونحوه، كما سبق، فهي في المقام أولي بأن تبقي علي ملك المشتري بعد الفسخ، لأنه حينما أحدثها في العين كانت العين ملكاً له، فما الوجه في رجوعها للبائع بعد الفسخ؟! وكيف يمكن البناء علي هدر عمله؟!!

هذا ما يتضح لنا بعد الرجوع للمرتكزات العرفية. ولا بد من مزيد من التأمل، وملاحظة الآثار واللوازم، من أجل استيضاح الحال. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

بقي في المقام أمور:

الأول: أن بقاء الصفة في المقام علي ملك المشتري لا يقتضي شركته في العين بنسبة وقيمة الصفة لقيمة العين حين الفسخ، لعدم المنشأ لذلك بعد امتياز ملك المشتري عن ملك البائع، فالمملوك للمشتري هو الصفة والمملوك للبائع هو العين، بل المتعين شركة المشتري في المالية القائمة بالعين ذات الصفة بنسبة قيمة الصفة لقيمة العين

مادامت الصفة فيها. فلو بيعت مع الصفة كان للمشتري من الثمن بنسبة قيمة الصفة لقيمة العين.

ولازم ذلك أنه لو تلفت الصفة قبل البيع لم يبق للمشتري شيء. ولو اختلفت نسبة قيمة العين لقيمة الصفة يكون المعيار علي النسبة حين البيع، لا علي النسبة بينهم

ص: 359

حين الفسخ. وهذا بخلاف ما إذا قلنا بشركته في العين بنسبة قيمة الصفة لقيمة العين حين الفسخ، إذ يتعين بقاء نسبة شركته في العين علي النحو الذي ثبتت عليه حين الفسخ.

الثاني: خص بعض الأعاظم (قدس سره) فيما حكى عنه ملكية المشتري للصفة بما إذا كان عمله علة تامة لها، كقصارة الثوب وصبغه، دون ما إذا كان معداً لها، كعلف الدابة وسقيها الموجبين لسمنها، وكإراحتها وسقيها الدواء الموجبين لشفائها.

ولم يتضح الوجه في التفصيل المذكور، بل الظاهر أن المعيار فيها صحة نسبة الصفة للمشتري، لكونها نتيجة لعمله عرفاً، في مقابل ما إذا لم يصح نسبتها له، لعدم استنادها عرفاً لعمله، بل لخاصيتها، كشدة حموضة الخل بطول المدة، أو لأسباب طارئة غير منسوبة للمشتري، كالحر والبرد والمطر ونحوها.

الثالث: قال في الروضة: (وإن وجدها متغيرة بصفة محضنة، كالطحن والقصارة للمشتري أجرة عمله. ولو زادت قيمة العين بها شاركه في الزيادة بنسبة القيمة).

فإن كان مراده التفصيل بين ما لا يوجب زيادة القيمة وما يوجبها، وأن المتعين استحقاق الأجرة في الأول، والشركة في الثاني، رجع الأول إلي ما تقدم من المسالك، وتقدم الكلام فيه، والثاني إلي ما ذكرناه هنا.

وإن كان مراده الجمع فيما يوجب زيادة القيمة بين أجرة العمل والشركة. فهو غريب جداً، لظهور أن استحقاق العامل نتيجة عمله مشروط بأن يكون عمله لنفسه، أما مع أخذ العوض علي العمل فتكون نتيجته لبازل العوض فالجمع بين استحقاق الفاعل الأجرة وشركته كالجمع بين المتنافيين.

الرابع: الصفة التي لها مالية قد توجب نقص قيمة العين، فيكون المجموع أقل قيمة من العين الخالية من الصفة، أو مساوياً له، أو أكثر منه بأقل من مجموع قيمة العين الخالية من الصفة وقيمة الصفة، كما قد يكون ذلك كله في مثل الخياطة.

وكان شريكاً مع الفاسخ في القيمة (1). وإن كانت الزيادة عيناً، فإن كانت غير قابلة للانفصال كسمن الحيوان ونمو الشجرة فلا شيء للمشتري أيضاً (2).

وفي جميع ذلك يتعين ضمان المشتري في المقام أرش نقص العين، ثم تكون الشركة بنسبة قيمة العين حال وجود الصفة إلى قيمة الصفة. ولا مجال لتوهم ملاحظة قيمة المجموع ونسبتها لقيمة العين الخالية من الصفة، فإن نقصت عنها فعلي المشتري الأرش لا غير. وإن ساوتها فالعين كلها للبايع من دون أرش، وإن زادت عليها فالمشتري شريك بنسبة الزيادة.

لأن منشأ الشركة لما كان هو ملكية المشتري للصفة فالمتعين الشركة في الجميع. كما أن النسبة في الشركة حيث كانت تبثني علي نسبة قيمة الصفة لقيمة العين فاللازم ملاحظة قيمة العين حين وجود الصفة، لأنها هي التي يملكها الباي بعد الفسخ. ولا وجه لملاحظة قيمتها قبل حصول الصفة فيها بعد عدم ملكيته لها حينئذ. غاية الأمر أن العين إذا نقصت قيمتها بطرود الصفة كان علي المشتري للبايع الأرش بقدر النقص، كما ذكرنا.

(1) يعني: من دون أن يكون شريكاً معه في العين، كما يتضح الوجه فيه مما تقدم.

(2) كأنه لأن الزيادة المذكورة من شؤون العين المبيعة، وليست أمراً مباحيناً لها عرفاً، ليمكن اختلاف مالكاها عن مالك العين. ومن ذلك يظهر أن المعيار ليس علي تعذر فصل الزيادة عن الأصل، بل علي تعذر التمييز عرفاً، بحيث تكون الزيادة من شؤون الأصل، لا أمراً مقابلاً له عرفاً.

لكن ذلك ليس بأشد من الصفة المحضة، بل هو راجع لها عرفاً، فلا أقل من ثبوت التفصيل المتقدم فيها، بناء علي ما سبق من أنه لا يعتبر في ملك العامل لنتيجة العمل كون العمل علة تامة للنتيجة، كما تقدم عن بعض الأعظم (قدس سره)، بل يكفي

وإن كانت قابلة للانفصال (1) كالصوف واللبن والشعر والتمر والبناء والزرع كانت الزيادة للمشتري. وحينئذ فإن لم يلزم من فصل الزيادة ضرر علي

صحة نسبتها له عرفاً.

ولاسيما أن الزيادة في المقام عينية، وقد تزيد علي الأصل كثيراً، فكيف يملكها الفاسخ تبعاً؟! مع ما في ذلك من إححاف بالمشتري.

وأما ما عن بعض مشايخنا (قدس سره) - كما في تقرير درسه - من الفرق في ذلك بين تصرف الغابن وتصرف المغبون، وأنه في الثاني يكون المشتري شريكاً، وفي الأول يتعين دفع بدل العين من المثل أو القيمة.

فهو غير ظاهر الوجه، لأن مقتضى الفسخ رجوع عين المال مع وجوده، والزيادة المذكورة لا توجب تبذله عرفاً، فيتعين رجوعه بنفسه، وإنما الكلام في الزيادة. وبالجملة: لا يتضح وجه الفرق بين تصرف الغابن وتصرف المغبون. ولعله لذا لم يفرق بينهما في مقام الفتوى.

ويهون الأمر بناء علي ما سبق منا من قصور دليل الخيار عن ذلك ونحوه من موارد تغير العين وتعذر رجوعها إلي ما كانت عليه حين البيع.

(1) أشرنا آنفاً إلي أن المعيار في التفصيل ينبغي أن يكون بتميز أحد المالكين عن الآخر عرفاً وعدم تميزه عنه. وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في ملكية كل من المالكين لصاحبه، بعد أن كان مقتضى الفسخ رجوع المبيع وحده للبائع مع عدم المانع من رجوعه له، وعدم الموجب لخروج الآخر عن ملك المشتري.

كما أنه لو فرض تميز أحد المالكين عن الآخر، وتعذر فصلهما، فالمتعين الاشتراك بينهما في المالية علي النحو المتقدم في الصفة ذات المالية.

ولو أجزت العين المشتتمل علي الأصل والزيادة بتمامها كان لكل منهما ما يقابل منفعة ملكه من الأجرة. ولو استقل أحدهما بالانتفاع بالعين كان عليه للآخر قيمة

المشتري حال الفسخ كان للبايع إلزام المشتري بفصلها (1) كاللبن والتمر (2). وإن لزم الضرر علي المشتري من فصلها لم يكن للبايع إلزام المشتري به (3).

منفعة عينه.

(1) لأن مقتضى سلطنة البايع علي ماله الذي رجع إليه بالفسخ الامتناع عن إشغاله بملك غيره، وطلب تخليته منه. نظيرها لو كان المبيع محلاً تجارياً مشغولاً ببضاعة المشتري، أو داراً مشغولة بأثاثه.

نعم قد يكون بقاؤه أنفع لملكه، كما لو لم يتيسر بيع اللبن حين طلب منه حلبه وتيسر بيعه لو تأخر في الضرع، أو لم يسهل عليه التفرغ لحلبه. لكن ذلك ما لم يبلغ مرتبة الضرر لا يصلح لرفع اليد عن قاعدة السلطنة في حق البايع. نظير ما لو لم يتيسر له محل آخر يبيع بضاعته فيه أو دار يضع أثاثه فيها.

(2) هذا إنما يتم بعد نضج الثمر. ولعله مراده (قدس سره).

(3) لحكومة قاعدة نفي الضرر علي قاعدة السلطنة في حق البايع وقد استشكل في ذلك بعض مشايخنا (قدس سره) - فيما حكى عنه من تقرير درسه - بوجهين:

الأول: أن اللازم في المقام هو قلة النفع دون الضرر، لأن مالك الغرس مثلاً لم يملك نصبه إلي الأبد، بل ملك نصبه إلي حين الفسخ، فهو بعد الفسخ معرض للإزالة، ومع تعرضه للإزالة تنقص قيمته. ولا يستند نقص قيمته لقلعه. غاية الأمر أن إبقاءه موجب لزيادة قيمته. وقاعدة نفي الضرر لا تنهض بذلك.

ويندفع بأن المشتري حين التصرف بمثل الغرس كان يستحق إبقاءه إلي الأبد، لعدم محدودية ملكه للمبيع. وبذلك ملك عيناً في المبيع من شأنها البقاء، ولها قيمتها بسبب ذلك. والفسخ لا يوجب تغييرها عن حالها وتبديلها من مثل الشجرة إلي الحطب، وإنما الموجب لذلك هو القلع، وهو المضر بالمالك. ولا منشأ لاستحقاق البايع الفاسخ له إلا قاعدة السلطنة التي سبق أنها محكومة لقاعدة نفي الضرر.

ص: 363

الثاني: أن الضرر وإن كان يترتب علي المشتري بقلع ما أحدثه في المبيع، إلا أن ذلك غير مستند للبائع الفاسخ، فإنه إنما يطالب المشتري بإرجاع المبيع له كما أخذه، وإرجاعه إليه وإن كان يستلزم القلع المضر بمال المشتري، إلا أنه ليس متعلقاً بالبائع. وإلا جري ذلك فيمن تصرف بمثل الزيادة المذكورة في ملك غيره خطأ، لتخيل كونه ملكاً له، أو مأذوناً بالتصرف من قبل مالكه.

ويندفع بأنه لا منشأ لاستحقاق البائع مطالبة المشتري بإرجاع العين كما أخذها خالية عما أحدثها فيها إلا سلطنته علي ماله الذي صار له بالفسخ. ومع حكومة قاعدة نفي الضرر علي قاعدة السلطنة، بحيث تقصر سلطنته علي ماله المذكور عما ينافيها، لا يبقى منشأ لإلزامه للمشتري بذلك.

وأما التصرف في ملك الغير خطأ بمثل الزيادة المذكورة فظاهره في غير موضع من كلامه هنا المفروغية عن عدم جريان قاعدة نفي الضرر فيه وأن للمالك إلزامه بتفريغ ماله مما أحدثه فيه وإن كان مضراً به. ومن ثم اتجه منه (قدس سره) النقض به.

لكنه غير ظاهر، بل المرتكزات العرفية تأبي هدر حرمة المال والعمل في مثل ذلك. وهو المناسب لما ورد عنهم صلوات الله عليهم من أنه ليس لعرق ظالم حق (1) لظهوره أو إشعاره بخصوصية الظلم والعدوان في سقوط الحرمة، بحيث لولاهما لكان لصاحب المال حرمة بنحو يقتضي احترام ماله وعمله. وعليه يبتني ما سبق منا في فرض إحداث صفة لها مالية في عين الغير خطأ كصياغة ذهب الغير وخياطة نسيجه.

والمضمون المذكور وإن لم يثبت عنهم صلوات الله عليهم بوجه معتبر، إلا أنه أمر مطابق للمرتكزات العقلانية المحكمة في المقام. وإليه يرجع استدلال بعضهم في المقام وأمثاله بقاعدة الاحترام.

بل لا يظن به (قدس سره) ولا بغيره الالتزام بأن من اعتقد خطأ ملكية حديدة فوضعه

(1) وسائل الشيعة ج: 71 باب: 3 من أبواب كتاب الغصب حديث: 1. تحف العقول. عوالي الآلي ج: 2 ص 257، النهاية في غريب الحديث ومجمع البحرين في مادة (عرف).

ص: 364

في أساس بنائه، ثم انكشف ملكيتها لغيره فلصاحبها بعد انكشاف الحال إلزامه بتسليم حديده حتى لو استلزم ذلك نقض بنائه بتمامه مهما كان حجمه وقيمته وكيف كان فلا مخرج عن قاعدة نفي الضرر في حق المشتري الموجبة لقصور سلطنة البائع علي ماله،

فيلزمه الرضا بالرضا بالإبقاء.

نعم لا يلزم علي البائع الرضا بالإبقاء مجاناً، بل له قيمة منفعة ملكه التي يستوفيها المشتري بإشغاله بالزيادة التي أحدثها فعلي المشتري دفع ذلك له. كما عليه دفع الأجرة أيضاً لو لم يبادر بالتفريغ عصبياً أو تسامحاً من دون أن يكون مضرراً، لأنه بإبقائه يكون مستوفياً للمنفعة، فعليه قيمتها.

وبذلك يظهر أن المعيار في الضرر في المقام ليس هو فرق ما بين قلع الزيادة التي أحدثها المشتري وإبقائها مجاناً، بل هو فرق ما بين قلعها وإبقائها بالأجرة.

كما أن قاعدة نفي الضرر إنما تجري إذا ابتني القلع علي عدم تعويض المشتري أما إذا ابتني علي تعويضه وتحمل ضرره المذكور من قبل البائع أو من قبل غيره، حلاً للمشكلة، فلا مجال لجريانها ومنعها من جريان قاعدة السلطنة في حق البائع إذا طلب تفريغ المبيع من الزيادة، لقصور القاعدة عن الضرر المتدارك، ولو بقرينة ورودها مورد الامتنان، لعدم كونه ضرراً حقيقياً.

غاية الأمر أن الإبقاء قد يكون أحب للمشتري، أو أنفع له إلا أن ذلك لا يكفي في المنع من جريان قاعدة السلطنة في حق البائع بعد أن لم يصدق به الضرر. ومثل ذلك ما إذا حضر البائع أو من يرضاه البائع لشراء الزيادة بقيمتها في فرض بقائها بالأجرة. حيث لا يكون طلب القلع حينئذ في فرض امتناع مالك الزيادة من بيعها موجباً للضرر في حق مالكها، لعدم انحصار دفع ضرره بإبقائها.

هذا كله إذا لم يكن إبقاء الزيادة التي أحدثها المشتري في المبيع وإشغاله بها مضرراً بالبائع، كما لو كان المبيع أرضاً زراعية وكانت الزيادة غرساً. أما لو كان مضرراً به، كما لو منعت الزيادة التي يحدثها المشتري من استغلال المبيع الذي استرجعه بالفسخ

بوجه يدر عليه ربحاً وبيعاً. فلا مجال لإعمال قاعدة نفي الضرر في حق المشتري. لأن ورودها مورد الامتنان مانع من جريانها في مورد يلزم منه الإضرار بالغير.

نعم لا يبعد كون المستفاد منها عرفاً بقريئة ورودها مورد الامتنان علي الأمة المنع من إجحاف كل من الطرفين بصاحبه، وأنه لا بد من حل مشكلتهما بالنحو الأقرب لصالحهما معاً.

ولا أقل من كون ذلك مقتضي العدل عرفاً اللازم بمقتضي الإطلاقات المقامية لأدلة وجوبه بعد عدم ثبوت ردع شرعي عن مقتضي التطبيق العرفي لهما في المقام.

غاية الأمر أنه مع تعذر ذلك يقدم حق صاحب المال المشغول، لقاعدة السلطنة بعد سقوط قاعدة نفي الضرر في حق الطرفين.

هذا وكما يجري التفصيل المتقدم في حق البايع الغابن بالإضافة إلي الإلزام بالتخلية، يجري في حق المشتري المغبون بالإضافة إلي التعجيل بالتخلية، فكما لا يكون للبايع بعد الفسخ إلزام المشتري بالتخلية إذا أضرت به، لا يكون للمشتري بعد الفسخ التعجيل بالتخلية إذا أضرت بالبايع، كما لو اشترى في الصيف شاه قد جز صوفها، وعلم بالغبن في الشتاء، ففسخ والشاة قد نبت لها صوف جديد في ملكه. فإن تعجيله بجز الصوف قد يعرض الشاة للخطر، فتعين إبقاؤه بالأجرة علي غرار ما سبق وتفاصيله.

وقد تحصل من جميع ما سبق أنه مع عدم لزوم الضرر في حق كل منهما يتعين إلزام كل منهما لصاحبه بالتخلية. ومع إضرار ذلك بأحد الطرفين يتخير الآخر بين الإبقاء مع أخذ أجرة منفعة عينه، والتخلية مع تحمل ضرر الآخر بدفع أرش النقص الحاصل عليه بالتخلية منه أو من غيره وشرائه هو أو من يرضاه للزيادة المذكورة

وكأنه إلي ذلك ينظر ما في الروضة والجواهر من تخيير البايع المغبون بعد الفسخ بين إبقاء الغرس بالأجرة والقلع مع دفع الأرش. وإلا فلا وجه للاقتصار علي الإبقاء بالأجرة والتخلية مع دفع الأرش، بل يتعين الاكتفاء بشراء الزيادة. كمال

مجال لعمومه إذا تراحم الضرر من الطرفين، حيث سبق أنه لا يبعد لزوم حل المشكلة بما هو الأقرب لصالح كل منهما. ومع تعذره يكون لكل منهما العمل بمقتضى سلطنته علي ملكه، ويجب علي الآخر الاستجابة له.

وبذلك يظهر حال ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) قال: (فالتحقيق أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له علي الآخر، ولا عليه له. فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طمّ الحفر. وإن أراد مالك الأرض تخليها فعليه أرش الغرس...).

وظاهره أن مقتضى القاعدة بدو بقاء كل منهما علي حاله شاغلاً للآخر ومنشغلاً به، فلو أمكن القلع من دون أن يضر بمالك الغرس أو كان مضراً به إلا أن الإبقاء مضر بمالك الأرض أيضاً لم يكن لمالك الأرض المطالبة بقلعه، كما لا يجب علي مالكه ذلك. ويظهر ضعفه مما سبق.

ومثله ما في الجواهر - وذكره في المسالك في باب التفليس - من الفرق بين الغرس والزرع، ففي الأول يتخير البايع بين الإبقاء بالأجرة والقلع مع دفع الأرش، كما سبق، وفي الثاني يتعين الانتظار بالأجرة، لأن له أمداً ينتظر.

إذ فيه: أنه بعد كون القلع مع الأرش لا يكون الانتظار لدفع ضرر صاحب الزرع، بل لزيادة النفع له. وهو لا ينهض بالمنع من عموم قاعدة السلطنة في حق الآخر.

بقي شيء: وهو أنه ورد في خبر زريق عن أبي عبد الله (عليه السلام) فيمن اشترى أرضاً ثم تبين له عدم ملكية البايع لها (قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة ثمن الثمار، وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك، إلا ما كان من زرع زرعت أنت، فإن للزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلي وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له، ورد عليك القيمة، وكان الزرع له. قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيه

وإذا أراد المشتري فصله فليس للبايع منعه عنه (1). وإذا أراد المشتري فصل الزيادة بقلع الشجرة أو الزرع أو هدم البناء، فحدث من ذلك نقص علي الأرض تداركه، فعليه طم الحفر وتسوية الأرض ونحو ذلك (2).

بناء وغرس. قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه... فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلي صاحبها، ورد البناء والغرس وكل محدث إلي ما كان، أو رد القيمة كذلك، يجب علي صاحب الأرض أن يرد عليه كما [كل ما] خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها، كل ذلك مردود إليه(1)

وهو كما تري مخالف للقواعد ولما ذكره الأصحاب في غير مورد. ولا مجال للتعويل عليه بعد ضعف سنده، لعدم ثبوت وثاقة زريق، ولأنه إن لم يكن مهجوراً فلا أقل من عدم ثبوت انجباره بعمل الأصحاب، لعدم ذكره إلا في كتاب مجالس الشيخ غير المعد لإثبات نصوص الأحكام الفقهية، وعدم ظهور عملهم ببعض ما تضمنه من الأحكام مما هو مخالف للقواعد. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(1) لسلطنته علي ماله. لكنه إنما يتم إذا لم يلزم التصرف في ملك البايع. أما إذا لزم التصرف فيه فهو ينافي قاعدة السلطنة في حق البايع. وحينئذ إن لزم الضرر علي أحد الطرفين من أعمال سلطنة الآخر في ماله دون العكس تعين أعمال سلطنة من لا يلزم من أعمال سلطنته ضرر دون سلطنة الآخر، إلا أن يتحمل ضرره أو نحوه مما تقدم. وإن لزم الضرر من أعمال كل من السلطنتين تعين جريان ما سبق في تراحم الحقوق من اختيار الطريق الأمثل والأبعد عن الإجحاف بهما. ومع تعذر ذلك يتعين التصالح بالرجوع للقرعة أو غير ذلك. فلاحظ.

(2) لأن النقص مسبب عنه، فيكون مضموناً عليه. لكن ذلك إنما يقتضي

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 1.

ص: 368

وإن كان بالامتزاج، فإما أن يكون امتزاجه بغير جنسه، وإما أن يكون بجنسه، فإن كان بغير جنسه، فإما أن يعد المبيع مستهلكاً عرفاً - كما امتزاج ماء الورد المبيع بالماء (1) - فحكمه حكم التالف (2) يضمه المشتري ببذله من المثل أو القيمة. وإما أن لا يعد مستهلكاً، بل يعد موجوداً علي نحو المزج - مثل خلط الخل بالعسل أو السكر - فالظاهر الشركة في العين (3)

ضمان أرش النقص، وهو فرق ما بين الصحيح والمعيب، لا تدارك النقص بالتصليح، نظير ما إذا مرض الدابة أو فتق الخياطة، حيث لا يجب عليه مداواة الدابة، ولا إعادة مجدداً، بل أرش نقص المرض والفتق.

ويترتب علي ذلك أن لمالك الأرض المنع من طمّ الحفر ونحوه وطلب الأرش المذكور. أما لو كان الواجب علي صاحب الغرس نفس الطمّ ونحوه فممنع المالك منه مسقط لحقه. بل قد يدعي أن انشغال العين بما يوجب تفريغها منه نقصاً فيها موجب لنقصها عرفاً بنحو يستحق به الأرش حين الفسخ قبل تفريغها منه حتي لو لم تفرغ منه أخيراً، لاتفاقهما بنحو آخر. ولا بد من مزيد من التأمل.

(1) الظاهر أن مراده (قدس سره) ما إذا كان ماء الورد قليلاً، بحيث يعدّ مستهلكاً عرفاً والباقي لو كان فهو أثره. أما إذا كان له وجود معتد به مع الماء، فيجري عليه الحكم الآتي للامتزاج بغير الجنس كما أنه لو كان الماء هو المستهلك لقلته فيكون موجباً لاعابة ماء الورد بحيث ينقص قيمته ويجب معه الأرش كما تقدم. ومثله في ذلك كل ما يعدّ مستهلكاً وتالفاً عرفاً، كالمح والمقבלات في الطعام.

(2) بل تالف عرفاً.

(3) لا ينبغي التأمل في ذلك بناء علي ما هو الظاهر من أن الشركة بالمزج حكيمية لا حقيقية، وأن كلاً من الطرفين مالك لعين ماله الذي كان قبل المزج وإن تعذر تمييزه أو فصله، غاية الأمر أنه حيث لا يمكن الفصل بين المالكين يتعين جريان

حكم الشركة في مجموع المالكين.

إذ علي ذلك يكون المبيع بحدوده باقياً علي ملك المشتري إلي حين الفسخ، فيتعين رجوعه للبائع بالفسخ، لما سبق غير مرة من أن مقتضي الفسخ ذلك. فيكون البائع شريكاً للمشتري في المجموع شركة حكمية.

وبذلك يتعين حصول الشركة المذكورة حتي مع المزج بمال شخص ثالث غير المشتري. غاية الأمر أن البائع حينئذ يكون شريكاً مع ذلك الشخص، لا مع المشتري.

نعم ذكر السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته علي المكاسب أنه له مع ذلك المطالبة بالبدل، لحيلولة الغابن بينه وبين ماله.

ويشكل بأن الحيلولة لم ترد في دليل نقلي، لينظر في تعيين المراد بها، وأنه يعم مثل المقام أولاً وإنما وردت في لسان بعض الفقهاء للإشارة إلي صورة تعذر إيصال المال للمضمون له، وإذا لم يكن من المعلوم أن مرادهم التعذر الخارجي الذي لا يشمل المقام، فلا أقل من كون ذلك هو المتيقن من دليل الانتقال للبدل، وهو بناء العرف المعتضد أو المؤيد بالإجماع.

وأما بناء علي حصول الشركة الحقيقية بالامتزاج، وأن كلاً من المالكين ينقلب ملكه مما كان يملكه أولاً بتمامه إلي شقص في المجموع كما قد ينسب للمشهور فقد يدعي وجوب رد البدل بالفسخ. وبه جزم بعض مشايخنا (قدس سره) في مطلق المزج.

وقد استدل عليه - كما تقرير درسه - بأنه يتعذر رجوع العين للبائع، لأن نصفها قد انتقل إلي ملك شخص آخر بنقل لازم لأجل الشركة.

وفيه أولاً: أن ذلك إنما يتجه إذا كان المزج بملك شخص غير المشتري، كما هو مورد استدلاله المتقدم. أما إذا كان بملكه - كما لا يبعد كونه مورد كلام سيدنا المصنف (قدس سره)

وغيره - فلا شركة قبل الفسخ، بل المالك للكل هو المشتري وحده، ولا موضوع

للشركة حينئذ، فإذا فسخ انتقل المبيع بتمامه للبايع. وحيث كان المالان بعد الفسخ واختلاف المالكين ممتزجين تعين حصول الشركة بين المتبايعين حينئذ.

نظير ما إذا أوصي زيد لغير وارثه بعسل له وصية تملكية، ثم مُزج العسل في حياته بدبس تمر له من دون أن يعلم. فإنه لو مات زيد بعد ذلك انتقل الدبس للوارث والعسل للموصي له، وتعين البناء علي الشركة بعد فرض الامتزاج حين تعدد المالكين.

وثانياً: أنه لو فرض كون المزج بملك شخص غير المشتري موجباً لانتقال نصف المبيع المشاع عن ملك المشتري حينئذ فذلك إنما يمنع من رجوع النصف المذكور لملك البايع بالفسخ، لا من رجوع تمام المبيع له حتي النصف الباقي منه علي ملك المشتري. فهو كما لو باع المشتري النصف المشاع قبل الفسخ، فإن الفسخ إنما يوجب الانتقال للبدل في النصف الذي باعه المشتري وخرج قبل الفسخ، لا في تمام المبيع الذي هو موضوع العقد المفسوخ.

نعم قد يظهر من بعض المحققين (قدس سره) أن الملكية الإشاعية سنخ خاص من الملكية مباين للملكية الاستقلالية. وحينئذ فالمبيع قبل البيع حيث كان مملوكاً للبايع بملكية استقلالية ويمتنع رجوعه بعد الفسخ في المقام للملكية الاستقلالية، لحصول الشركة، فلا مجال لرجوعه له بملكته الإشاعية بعد عدم كون الملكية المذكورة مسببة عن البيع، بل يتعين كون الفسخ سبباً لرجوع العين له لا بشخصها بل بماليتها، فيلزم دفع البدل.

لكنه يشكل بعدم وضوح الفرق بين الملكيتين، بل الظاهر كون الملكية حقيقة واحدة. غاية الأمر أن المملوك كما يختلف في كونه خارجياً تارة وخليئاً أخرى، كذلك المملوك الخارجي يختلف، فيكون معنياً تارة وشخصاً أخرى. ولذا لو بيعت العين، فأنكشف امتناع بيع نصفها المشاع لغصب أو وقف أو غيرهما، صح البيع في النصف الثاني، لكونه جزء المبيع، ولم يبطل لدعوي: أن المقصود بالبيع هو الملكية الاستقلالية

المفروض امتناعها، ولا مجال لحصول الملكية الإشاعية، لعدم القصد إليها.

ثم أن بعض مشايخنا (قدس سره) قد أشار في منهاجه إلي وجه يختص بالمزج بغير الجنس قال: (وإن كان الامتزاج بغير الجنس فحكمه حكم التالف يضمه المشتري ببذله من المثل أو القيمة. سواء عد المبيع مستهلكاً عرفاً - كامتزاج ماء الورد المبيع بالماء - أم لم يعد مستهلكاً، بل عد موجوداً علي نحو المزج، مثل خلط الخل بالعسل أو السكر. فإن الفاسخ بفسخه يملك الخل مثلاً، والمفروض أنه لا وجود له، وإنما الموجود طبيعة ثالثة حصلت من المزج، فلا مناص من الضمان بالمثل أو القيمة). ويستفاد ذلك من بعض المحققين (قدس سره) في حاشيته علي المكاسب. وإليه قد يرجع ما في المسالك والروضة من أن المزج إذا كان بغير الجنس فهو بحكم انعدام المبيع.

هذا وقد سبق منا في المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة أن العنوان المأخوذ في المبيع إن كان مقوماً عرفاً للمبيع تعين بطلان البيع بتخلفه، سواء كان منتزعاً من مقام الذات كعنوان الحنطة والشعير والصوف واللبن أم منتزعاً من خصوصية زائدة عليها، كعنوان الخبز والقميص والجبن والخل.

وقد بيتني ما سبق منهم علي ذلك. بلحاظ أن مثل عنوان الخل مقوم للمبيع عرفاً، وهو لا يصدق علي الممزوج بالعسل أو السكر، فكما يكون تخلفه مبطلاً للبيع يكون تخلفه مانعاً من رجوع العين بالفسخ، إذ الفسخ إنما يقتضي رجوع المبيع إلي ملك البائع لا رجوع أمر آخر. وهو لو تم يقتضي الانتقال للبدل حتي بناء علي أن المزج لا يقتضي الشركة الحقيقية، بل الحكمية، كما لعله ظاهر.

لكن الظاهر الفرق بين عقد البيع وفسخه بأن العقد حيث كان موضوعه العوضين والمفروض كون العنوان مقوماً لأحدهما، فمع فقده لا موضوع للعقد، فيتعين بطلانه. أما الفسخ فهو - بعد فرض كون موضوعه العقد دون العوضين ولذا يصح مع تلفهما - لا يقتضي إلا حل العقد من دون دخل لذات المبيع فضلاً عن عنوانه. غاية الأمر أن من شأن حل العقد رجوع كل شيء إلي حاله السابق علي العقد حتي

بنسبة المالية (1). وإن كان خلطه بجنسه، فإن كان بمثابة في الرداءة والجودة

كأنه لم يبع، ومن الظاهر أن المبيع لو لم يبع لكان للبايع حتي مع فقده للعنوان، فيجب إرجاعه بمقتضى ضمان المعاوضة، وإنما ينتقل لتعذر إرجاعه إليه، كما هو الحال في سائر موارد الضمان، إذ من الظاهر أن المعيار في الانتقال للبدل في باب الضمانات ليس علي تعذر إرجاع العنوان، بل علي تعذر إرجاع الذات. غاية الأمر أن فقد العنوان إذا كان موجباً لنقص قيمة العين كان مضموناً بالأرض.

علي أنه لو بني علي ذلك لزم البناء علي الانتقال للبدل في جميع موارد فقد العنوان ولو لم يكن بسبب المزج، كما لو كان المبيع حنطة أو شعيراً فطحن، أو دقيقاً فخبز، أو كان قماشاً فخيظ، أو كان سكرأ فأذيب وصار شيرة، ولا يظن منهم البناء علي ذلك. ولذا تقدم منهم إطلاق رجوع العين مع تصرف المشتري فيها بزيادة أو تقيصة أو وصف، من دون أن يشيروا للتفصيل بين بقاء عنوان المبيع وعدمه.

(1) يعني: لا بنسبة كمية المالكين. والوجه فيه ظاهر بناء علي ما سبق من أن الشركة في المقام حكومية. إذ بعد فرض ملك كل منهما لعين ماله يتعين حفظ ماليته له.

نعم يتعين أولاً: ملاحظة قيمة كل منهما حال المزج، لأنه حال الشركة المفروضة. غاية الأمر أنه لو نقصت قيمة المبيع بالمزج كان النقص مضموناً حين الفسخ علي المشتري بضمان المعاوضة، كسائر النواقص الطارئة عليه قبل إرجاعه للبايع.

وثانياً: أن المزج إذا كان سبباً في حدوث صفة فيهما ذات مالية جري علي تلك الصفة ما سبق في حكم زيادة الصفة من كونها ملكاً للمشتري إذا كانت بفعله. وعلي ذلك يكون البايع شريكاً في مالية المجموع بنسبة قيمة المبيع بعد المزج إلي قيمتي الصفة والممتزج الآخر، لا بنسبة قيمة المبيع إلي قيمة الممتزج الآخر فقط. غاية الأمر أنه إذا لم يتيسر تحديد القيم المذكورة يتعين التصالح.

وأما بناء علي أن الشركة في المقام حقيقية، فهو مبني علي منشأ الشركة ودليلها،

ولا يتضح لنا، كي يتضح لنا كيفية الشركة. نعم قد استدلت عليها بالإجماع المعتضد ببناء العقلاء علي ذلك. فإن تم فحيث كان مقتضي الإنصاف هو الشركة في المالية فمن البعيد جداً ابتناؤهما علي خلافه. ولا سيما مع دعوي اتقاقهم علي ذلك في القسمة المبتنية علي تمييز الحقوق، لوضوح أن تمييز الحقوق بنسبة المالية فرع ثبوت الحقوق بالنسبة المذكورة.

هذا و يظهر من بعض مشايخنا (قدس سره) كما في تقرير درسه لكتاب الشركة أن منشأ الشركة كون الموجود بعد الامتزاج أمراً مبيناً للمالين الممتزجين عرفاً نشأ منهما بعد انعدامهما، فلا منشأ لاختصاص أحدهما به.

وذلك لو تم يناسب اشتراك الطرفين في غير محل الكلام من موارد المزج بالتساوي من دون نظر للنسبة بينهما بحسب الكمية أو المالية، لتساويهما في منشأ ملكيتهما للمال، وهو كونه ناشئاً عن ملكهما بعد انعدامه. نعم هو لا يجري في المقام، بل يتعين بناء عليه الانتقال للبدل، لتلف المبيع عرفاً، كما سبق. فلاحظ.

(1) كما صرح به غير واحد. وهو يبتني علي أن المزج موجب للشركة، حيث هو هنا أظهر منه في المزج بمختلف الجنس. وقد أشرنا آنفاً إلي أنه يوجب الشركة الحكمية. وعليه لا يفرق بين كون المزج بملك المشتري وكونه بملك غيره، كما أشرنا إليه آنفاً.

أما بناء علي أنه يوجب الشركة الحقيقية - كما هو ظاهرهم، بل صريح بعضهم

فالمتعين مع المزج بملك غير المشتري هو شركة البائع الفاسخ مع المشتري في خصوص حصته من المبيع مع دفع المشتري البدل عن الباقي منه الذي صار للثالث بالمزج.

نعم مع المزج بملك المشتري - كما لعله مورد كلامهم - يتعين أن يكون شريكاً مع المشتري بدلاً عن المبيع بتمامه، لحصول الشركة بعد الفسخ، كما سبق آنفاً.

بنسبة كمية ماله (1). وإن خلطه بالأجود أو الأردأ فالظاهر الشركة بينهما في العين أيضاً، لكن بنسبة المالية (2)، فتكون حصة المشتري أكثر في الأول، وأقل في الثاني. وإن كان الأحوط التصالح (3).

لكن ذكر بعض مشايخنا أنه يتعين الانتقال للبدل، ولم يتضح وجهه. كما يظهر مما سبق في المزج بغير الجنس. بل هو هنا أظهر، حيث لا مجال لاحتمال تبدل عنوان المبيع. فلاحظ.

(1) من الظاهر تطابق نسبة المالية مع نسبة الكمية في ذلك، فلا موضوع للترجيح بينهما. نعم لا يبعد أن يكون منشأ التعبير بالكمية أن ذلك هو المنصرف من إطلاق الأصحاب بناء على أن الدليل على الشركة هو الإجماع.

(2) يظهر الكلام فيه مما تقدم في المزج بغير الجنس.

(3) كأنه لاحتمال كون الشركة في المقام بنسبة الكمية، لئلا يلزم الربا بناء على جريان في غير البيع من المعاضات. وبذلك يختلف عن صورة الاختلاف في الجنس

لكن لا يخفي أن ذلك - مع ابتناؤه على الشركة الحقيقية، كما هو ظاهر غير واحد في المقام - يختص بالمكيل والموزون، لاختصاص الربا بهما.

مع أن سيدنا المصنف (قدس سره) قد دفع ذلك في حاشيته القديمة على المكاسب بأن ما نحن فيه ليس من المعاضة في شيء، وإنما هو من قبيل التبدل في المملوك.

فإن كان مراده بذلك أن الشركة ليست معاوضة حتى لو كانت عقدية، لابتنائها على تبدل المملوك من كونه معيناً إلى كونه مشاعاً، أشكل بأن التبدل المذكور يبتني على وجود المقابل لأن تبدل المملوك من أحد المالكين المعين إنما يكون إلى المشاع من المالكين، فإذا كان المشاع أكثر حصل الربا.

وإن كان مراده أن الشركة بالمزج ليست معاوضة، لتكون موضوعاً للربا، بناء على جريانه في غير البيع من المعاضات، لعدم توقفها على قصد الشركة، بل تحصل

(مسألة 31): إذا فسخ المشتري المغبون وقد تصرف في المبيع تصرفاً غير مسقط لخياره، لجهله بالغبين، فتصرفه أيضاً (تارة): لا يكون مغيراً للعين (وأخري): يكون مغيراً لها بالنقيصة أو الزيادة أو بالمزج. وتأتي فيه الصور المتقدمة. وتجري عليها أحكامها (1). وهكذا لو فسخ المشتري المغبون وكان البائع قد تصرف في الثمن، أو فسخ البائع المغبون وكان هو قد تصرف في الثمن تصرفاً غير مذكور لخياره، فإن حكم تلف

بمجرد المزج بحكم الشارع قهراً علي الطرفين، فهو متين جداً، لظهور أن المعاوضة من العقود المبنية علي قصد التعاوض، فلا تحصل بمجرد المزج وإن أوجب الشركة.

هذا وفي الجواهر - واحتمله شيخنا الأعظم (قدس سره) من الفرار عن محذور الربا بالالتزام بعدم ثبوت الشركة في العين مع المزج بالأجود والأردأ، بل تكون الشركة في الثمن لا- غير، التي هي مرجع الشركة الحكمية. وفيه: أن دليل حصول الشركة بالمزج بالمساوي هو دليل حصولها بالمزج بالأجود والأردأ، فإن كان مفاده الشركة الحكمية - التي إليها يرجع الاشتراك في الثمن - تعين البناء عليها في الجميع، وإن كان مفاده الشركة الحقيقي في تمام الممتزج لزم البناء عليها في الجميع، وانحصر الفرار عن محذور الربا لو تم بالبناء علي الشركة بنسبة الكمية.

هذا وفي الروضة في صورة المزج بالجنس: (وإن وجدها ممتزجة بغيرها، فإن كان بمساو أو أردأ صار شريكاً إن شاء. وإن كان بأجود ففي سقوط خياره، أو كونه شريكاً بنسبة القيمة، أو الرجوع إلي الصلح، أو جه). وقريب منه في المسالك، لكن زاد: (والثالث لا يخلو عن قوة، لبقاء ماله. وأصالة بقاء خياره). ولا يتضح الوجه في التفصيل المذكور فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(1) كما يظهر مما سبق. وقد أشرنا في بعض الموارد إلي خلاف بعضهم وتفصيلهم بين تصرف المشتري المغبون والبائع المغبون، وذكرنا ما يناسب المقام. فراجع.

العين (1) ونقل المنفعة ونقص العين وزيادتها ومزجها بغيرها وحكم سائر الصور التي ذكرناها هناك جار هنا علي نهج واحد (2).

(مسألة 32): الخيار في الغبن علي الفور (3).

(1) يعني: عين الثمن. ويجري حكم تلف العين علي نقلها أو التصرف فيها تصرفاً يمنع من الرد، كالاتيلاء علي النهج المتقدم في التصرف في المبيع.

(2) لكن سبق منا في أواخر المسألة الثامنة والعشرين أنه لا مجال للبناء علي سقوط الخيار بالتصرف في أحد العوضين إذا كان من سنخ الأثمان التي ليس من شأن العرف الاهتمام بأعيانها. ولا فرق في ذلك بين كونها في المعاملة الغبنية ثمناً وكونها مثنياً. وهذا بخلافها إذا لم يكن من سنخ الإيمان، بل كان من سنخ العروض حيث سبق تقريب سقوط الخيار بتلفه وما بحكمه وبالتصرف المغير لصورته بحيث يكون منشأ لاختلاف الرغبة فيه. فراجع.

(3) كما صرح به في الجملة - هنا أو في مسألة تلقي الركبان - في المبسوط والوسيلة والسرائر والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وعن المهذب البارع وغاية المرام وغيرها. واستظهر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه المشهور.

وفي الشرايع عند الكلام في تلقي الركبان: (والخيار فيه علي الفور مع القدرة. وقيل لا يسقط إلا بالإسقاط. وهو الأشبه). وقواه في الإيضاح والتنقيح وعليه جري في محكي التحرير.

وقال في المسالك في المسألة المذكورة: (والأقوي أنه علي الفور. اقتصاراً في مخالفة عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد علي موضع اليقين. ووجه التراخي أن ثبوت أصل الخيار إجماعي، فيستصحب إلي أن يثبت المزيل. واختاره المصنف. وهو وجه). لكنه اقتصر علي تقريب القول بالفور والاستدلال له في مبحث خيار الغبن. فراجع.

هذا وبعد الاعتراف بأن مقتضى عموم لزوم العقود هو الفور فلا مجال للخروج

عنه بالاستصحاب، لظهور أن الاستصحاب - كسائر الأصول - محكوم للأدلة، ومنها العموم.

نعم استشكل شيخنا الأعظم (قدس سره) في اقتضاء العموم المذكور للفور بأنه بعد خروج العقد في المقام عن العموم المزبور، وثبوت الخيار فيه حين وقوعه، لا يلزم من استمرار الخيار فيه زيادة في التخصيص، لوحدة العقد.

لكنه يندفع بأن العموم لزوم الوفاء بالعقود عموم أفراد بلحاظ تكثر أفراد العقود - ومنها العقد في المقام - وإطلاق أحوالي يقتضي لزوم تلك العقود في جميع الأزمنة والأحوال. فإذا كان المتيقن من دليل التخصيص خروج بعض أفراد العقد عن العموم وثبوت الخيار فيه في بعض الأزمنة والأحوال كان مقتضي العموم - بلحاظ إطلاقه الأحوالي - ثبوت حكم العام له في بقية الأحوال والأزمنة، اقتصاراً في الخروج عن العموم علي المتيقن. وقد أفضنا الكلام في ذلك في مبحث الاستصحاب من الأصول، وذكرنا أنه لا مجال لاستصحاب حكم المخصص في أمثال المقام مما كان للعام فيه عموم أو إطلاق أحوالي يقتضي ثبوت حكمه لأفراده في جميع الأزمنة والأحوال. فراجع.

ثم إنه لو فرض قصور العموم فالظاهر جريان استصحاب الخيار، كما تقدم من المسالك، لتمامية أركانه من اليقين والشك.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من عدم إحراز الموضوع فيه، لأنه كان قادراً علي تدارك ضرره بالفسخ ولم يفعل.

ففيه - مع أن ذلك لا يناسب مبناه في موضوع الاستصحاب الذي قرره في رسائله من أن المرجع فيه العرف -: أن موضوع حق الخيار هو المغبون وهو أمر جزئي غير قابل للانقسام والتعدد وليست القدرة علي تدارك ضرره إلا من حالاته الطارئة غير المقومة له، ولا المقسمة، بحيث يتعدد بلحاظها.

وكان الأنسب بمبانيه (قدس سره) في الاستصحاب توجيه المنع من جريانه في المقام

نعم لو أخره (1) جاهلاً بالغبن (2)

بعدم ثبوت كون الشك في بقاء الخيار لاحتمال الرفع له، بل لعله لقصور مقتضي الخيار المجعول وانتهاء أمده. وإن كان ذلك ليس مانعاً من جريانه عندنا.

هذا وفي الإيضاح وجود القول بأن أمد الخيار في المقام ثلاثة أيام، لأنه خيار تدليس. ونسبه في التنقيح للشيخ (قدس سره)، وقال: (حماً علي الحيوان)، كما نسبه له أيضاً في الرياض، وزاد: (كما عن التحرير أيضاً). لكن لم يثبت ذلك عنهما، بل الموجود في المبسوط الفور، والمحكي عن التحرير إطلاق التراخي، كما نبه لذلك في مفتاح الكرامة.

وكيف كان فلا وجه للتحديد المذكور والحمل علي الحيوان قياس. وكذا الحمل علي التدليس. علي أنه لم يثبت في التدليس ذلك. بل هو راجع إلي خيار تخلف الوصف - الذي لا تحديد له بذلك - علي ما تقدم التعرض له في المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

(1) قد أطلق غير واحد ممن تقدم أن الخيار علي الفور. وقيده المبسوط والوسيلة والسرائر بالإمكان. وظاهره الإمكان العرفي، لأن الإمكان العقلي لا يحتاج للتنبه. بل في الوسيلة: (فإن آخر لغير عذر بطل خياره). ومقتضاه جواز التأخير لكل عذر عرفي، وهو الأنسب بالمرتكزات العقلانية التي هي العمدة في ثبوت هذا الخيار، وكان عليها المعول في الخروج عن عموم لزوم العقود.

(2) كما هو ظاهر إطلاق الأصحاب أن الخيار يثبت بظهور الغبن. لكن في المبسوط: (وإذا قدم السوق ولم يشغل [يشغل] بتعرف السعر وتبين الغبن بطل خياره). ومقتضاه لزوم المبادرة بالفحص. بل مقتضي إطلاقه سقوط الخيار لو لم يبادر حتي مع الغفلة عن حصول الغبن وعدم احتمالها. وإن كان من البعيد إرادته ذلك، لإبء المرتكزات العرفية له جداً، حيث لا يكون حق الخيار في الغبن عملياً غالباً،

أو بثبوت الخيار للمغبون (1) أو غافلاً عنه أو ناسياً له لم يسقط خياره، وكان له الفسخ إذا علم أو التفت، ولو كان شاكاً في الغبن أو شاكاً في ثبوت الخيار للمغبون، فإن كان غافلاً عن إمكان الفسخ له برجاء ثبوته له لم يسقط خياره (2). وإن كان ملتفتاً إلي ذلك ففي سقوط خياره إن لم يفسخ إشكال (3). وكذا الإشكال لو علم بالغبن فلم يرض به، ولكنه أخر إنشاء الفسخ

لغلبة الغفلة عن حصوله. بل الظاهر من بناء العرف عدم سقوط الخيار لو احتمل الغبن ولم يفحص عنه لانشغاله عنه بما يكون عذراً عرفياً، أو لصعوبة الفحص، فأخره بانتظار تيسره. بل حتي مع تيسر الفحص إذا لم يرجع ترك الفحص إلي الرضا بالعقد علي كل حال. فتأمل.

(1) لعين ما سبق في الجهل بحصول الغبن. ويجري فيه ما يجري فيه من التفصيل المتقدم.

(2) لعين ما سبق.

(3) لا مجال للبناء علي سقوط الخيار حينئذ لو خشي عدم ظهور الحال بالفحص، فإن الأصل وإن كان يقتضي نفوذ البيع وعدم صحة الفسخ حينئذ، إلا أن احتمال صحة الفسخ وبطلان البيع واقعاً محذور عرفي مصحح لعدم المبادرة للفسخ بالنحو المذكور، بحيث لا يسقط به الخيار بالنظر للمرتكزات العرفية.

بل من القريب جداً بالنظر للسيرة الارتكازية عدم سقوط الخيار مع الجهل بالغبن حتي لو لم يلزم المحذور المذكور، لكونه عذراً عرفياً، خصوصاً إذا كان الداعي للتأخير هو التعرف علي مرتبة الغبن علي تقدير وجوده من أجل التعرف علي أهميته بنحو يستدعي الإصرار علي إعمال حق الخيار. وقد سبق الاكتفاء بالعذر العرفي في ترك المبادرة.

(1) عدم الفسخ لانتظار حضور الغابن (تارة): يكون لتخيل توقف الفسخ ونفوذه علي حضوره. (وأخري): لاحتقال عدم العثور عليه، فيلزم من الفسخ عدم تيسر إرجاع كل من العوضين لمالكه الأول قبل البيع. (وثالثة): لاحتقال عدم رضاه بالفسخ وعدم ترتيبه لأثره، إما عصياناً، أو لاختلافه مع المغبون في الاجتهاد أو التقليد في تحديد حق الخيار، أو في كون البيع غنياً فيلزم من الفسخ الابتلاء باستيلاء المغبون علي ملك الغابن، واستيلاء الغابن علي ملك المغبون. (ورابعة): لأن الفسخ يوجب ملك الغابن لما عند المغبون من العوضين، ولا بد من تصرف المغبون فيه ولو بمثل إطعام الحيوان وسقيه إلي حين إيصاله له، ولا يحرز رضاه فيما يختاره هو أو يتيسر له من وجوه التصرف. (وخامسة): لمحض التواني في الفسخ من دون عرض عرفي يصلح أن يكون عذراً.

والظاهر عدم سقوط الخيار في الصورة الأولى لأنها نظير الجهل بثبوت الخيار والغفلة عن الفسخ برجاء ثبوته اللذين تقدم منه قدس سره عدم سقوط الخيار معهما. وكذا في الصور الثلاث المتوسطة، لأن المحاذير المتقدمة أعذار عرفية لترك المبادرة.

بل من القريب بالنظر لسيرة العرف ومرتكزاتهم عدم سقوط الخيار حتي في الصورة الخامسة، لبناء عامة الناس علي عدم إعمال حق الخيار قبل الوصول للغابن والحضور عنده. ولذا لو ذهب المغبون له بتخيل لقائه فلم يجده بيني علي بقاء البيع نافذاً، حتي قد يعدل عن إعمال حق الخيار. فإن ذلك يكشف عن أن ذهابه بقصد المقدمة للفسخ، لا من أجل مجرد تراءد العوضين مع تحقق الفسخ قبل ذلك. ولا يلتفت للفسخ بمجرد ظهور الغبن - بحيث يكون الذهاب للغابن لمجرد تراءد العوضين - إلا الخاصة، ولا أهمية لهم في تشخيص مقتضي السيرة العرفية الارتكازية.

(2) الظاهر كفاية ذلك عرفاً في العذر عن المبادرة للفسخ إذا لم تكن المدة طويلة بنحو يخرج عن المعارف. وإلا ففيه إشكال. بل مقتضي عموم نفوذ العقود سقوط

ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة (1) جهلاً بالفورية (2). نعم لو أخره توائماً منه، لاعتقاد جواز التراخي سقط خياره (3).

(مسألة 33): الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاملة مبنية علي المماكسة (4)، صلحاً كانت أو إجارة أو غيرهما.

الخيار. إلا أن تكون الاستشارة لتخوف محذور مهم من إعمال حق الخيار بالفسخ، فالظاهر عدم سقوط حق الخيار حينئذٍ.

(1) كإقناع الغابن بتقبل الفسخ فراراً من محذور تعذر ترداد العوضين لو حصل الفسخ ولم يرتب الأثر عليه.

(2) بناء علي ما سبق فالفورية ليست بنحو تقتضي المبادرة في هذه الموارد.

(3) لا يخلو عن إشكال، بل منع بالنظر لما سبق من عدم سقوط الخيار إذا كان ترك المبادرة للعدر العرفي. بل عن ظاهر بعضهم الوفاق علي عدم سقوط الخيار. وإن لم يتضح مأخذه بعد عدم شيوع تحرير المسألة في كلامهم.

(4) صرح بثبوته في كل معاوضة مالية في التنقيح ومحكي شرح الإرشاد للفخر وإيضاح النافع. وهو مقتضي ما في إجارة جامع المقاصد من أن الخيار من توابع المعاوضات.

وعن المهذب البارع والمقتصر عدم جريانه في الصلح. وكأنه لا يبتناء الصلح علي حلّ المشكلة وإنهاء العلاقة بين الطرفين من دون نظر للقيمة السوقية. لكنه لا يطرد، بل قد يتمحض في المعاوضة، كما أشرنا إليه في المسألة الثامنة والعشرين عند الكلام في المصالحة عن حق الخيار في الغبن بمال.

هذا ومما سبق منا في وجه ثبوت خيار الغبن في البيع يظهر أن المعيار في ثبوته في غير البيع هو ابتناء المعاملة نوعاً علي ملاحظة القيمة السوقية كالبيع والإجارة فإنه يثبت حينئذ ما لم يخرج الطرفان معاً في المعاملة المذكورة عن ذلك كما تقدم ذكر

(مسألة 34): إذا اشترى شيئين صفقة بثمانين، كعبد بعشرة وفرس بعشرة، وكان مغبوناً في شراء الفرس، جاز له الفسخ في الفرس، ويكون للبايع الخيار في بيع العبد (1).

بعض صغرياته في البيع ويجري مثلها في غيره. أما ما لا يبتني من المعاملات علي ذلك نوعاً كالصلح فلا يثبت فيه الخيار المذكور ما لم يشترطاً معاً ولو ضمناً مراعاة القيمة السوقية فيرجع خيار الغبن فيها حينئذ إلى خيار تخلف الشرط. أما ابتناء المعاملة علي المماكسة كما في المتن فلا يتضح الوجه في كونه معياراً في ثبوت الخيار.

نعم لو كان الدليل علي الخيار المذكور هو الإجماع أشكل ثبوته في غير البيع، لعدم وضوح عموم الإجماع له. كما أنه لو كان الدليل عليه قاعدة نفي الضرر تعين البناء علي ثبوته في كل معاوضة ما لم تبتن علي الإقدام علي الغبن ولو احتمالاً. وكذا لو كان الدليل عليه النصوص الواردة في الغبن، لعموم أكثرها لغير البيع.

(1) أما فسخ المشتري في شراء الفرس فلفرض الغبن فيه. وأما فسخ البايع في بيع العبد بعد فسخ المشتري بيع الفرس فلتبعض الصفقة. لكن ذلك يتوقف علي أمرين:

الأول: عدم ابتناء بيع الفرس علي عدم ملاحظة القيمة السوقية.

الثاني: ابتناء البيعين علي الارتباطية، إذ مع عدم الأول لا يثبت خيار الغبن، كما سبق عند الكلام في الاستدلال عليه، ومع عدم الثاني لا يثبت خيار تبعض الصفقة، لرجوعه إلي خيار تخلف الوصف الشرط بعد فرض ابتناء البيع علي الارتباطية بين أجزاء المبيع الواحد، أو بين المبيعين في مثل المقام.

والظاهر أن الجمع بين الأمرين في المقام يحتاج إلي عناية، إذ كثيراً ما يكون الجمع بين البيعين بنحو الارتباطية راجعاً إلي رفع اليد عن القيمة السوقية لكل من المبيعين من أجل جمعه مع المبيع الآخر.

(مسألة 35): إذا تلف ما في يد الغابن بفعله أو بأمر سماوي وكان قيمياً، ففسخ المغبون (1) رجع عليه بقيمة التالف (2). وفي كونها قيمة زمان التالف أو زمان الفسخ أو زمان الأداء وجوه، أفواها الأول (3). ولو كان التالف

وحيث قد يكون المعيار في الغبن علي ملاحظة مجموع الثمنين بالإضافة إلي كالا- المبيعين، فيثبت خيار الغبن في البيعين معاً بنحو الارتباطية.

علي أنه قد لا يثبت حتي ذلك، لابتناء الارتباطية بين البيعين علي الإعراض عن القيمة السوقية رأساً من أجل الاهتمام بالارتباطية.

هذا لو فرض اجتماع الأمرين، وثبوت خيار الغبن للمشتري في خصوص الفرس، فمن القريب أن يثبت له الخيار في العبد لتبعص الصفقة، كما يثبت للبايع. لأن إرجاع المشتري للفرس بخيار الغبن لا يقتضي إعراضه عن شرط الصفقة وإسقاطه له.

(1) بناء علي ما سبق منه (قدس سره) ومن جماعة من عدم سقوط الخيار بتعذر إرجاع كلا العوضين إلي من كان له قبل البيع. أما بناء علي سقوطه بذلك كما هو المشهور في الجملة، وسبق منا في المسألة الثامنة والعشرين فلا موضوع لهذا المسألة، كما هو ظاهر.

(2) كما سبق في المسألة التاسعة والعشرين. وتقدم في أوائل المسألة التاسعة والعشرين أن منشأ ضمان المعاوضة.

(3) وهو قيمة يوم التالف، كما هو ظاهر الأكثر. وكأنه يبتني علي ما جري

عليه (قدس سره) في المقبوض بالعقد الفاسد وفي المغصوب من ضمانهما بقيمة يوم التالف، حملاً لضمان المعاوضة علي ضمان اليد، لدعوي رجوعهما ارتكازاً إلي أمر واحد وإن اختلف سبب الضمان.

لكن تقدم في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط المتعاقدين أن منشأ البناء علي استحقاق قيمة يوم التالف في ضمان اليد هو أن انشغال الذمة بالقيمة إنما يكون

حين التلف، لأنه زمان خروج العين المضمونة عن ملك المضمون له والانتقال للبدل، والذي هو بدل عن العين حين التلف هو القيمة الثابتة لها حينئذ.

ولا مجال لذلك في المقام، لفرض كون تلف العين في ملك من ملكها بالعقد، ولا معني لضمانه لملكه، بل لا بد من أن يكون ضمانه لها بعد الفسخ، لأنه زمان رجوع العين إلي ملك من كانت له قبل العقد، فمع تلفها لا بد من رجوع بدلها له حينئذ. وذلك يقتضي ملاحظة البديلة حينئذ، وما هو البديل لها حينئذ هو قيمتها حين الفسخ، لا حين التلف.

وكون منشأ الضمان هو المعاوضة لا يرجع إلي انشغال الذمة بالعين حين المعاوضة، إذ لا معني لانشغال ذمته بها بعد فرض ملكيته لها، بل يرجع إلي أن أخذ العين إذا لم يكن مجانياً، بل مبنياً علي ضمانها بالعوض لم تخرج عن الضمان برجوع العوض لدافعه بسبب الفسخ بل تبقي مضمونة عليه، ويكون مسؤولاً بإرجاعها بنفسها مع وجودها وببديلها مع تلفها.

نعم يتجه قياس المقام بضمان اليد في استحقاق البديل الثابت حين التلف لو تم فيما إذا كان تلف العين بعد الفسخ من دون تفريط من الفاسخ بحبس العين عن صاحبها الأول، حيث ينحصر ضمانه لها حين التلف بضمان المعاوضة. لكنه خارج عن محل الكلام.

هذا وقد سبق في المسألة المذكورة المناسبات الارتكازية تقتضي في ضمان اليد دفع قيمة يوم الأداء، لبقاء انشغال الذمة ارتكازاً بالعين، ودفع البديل ليس لانشغال الذمة به ابتداءً، بل للخروج عن ضمان العين، فلا بد من ملاحظة البديلة وتحديد القيمة تبعاً لذلك حين دفع البديل الذي يكون به الخروج عن الضمان.

غاية الأمر أنه لا بد من الخروج عن ذلك بما تضمن وجوب دفع قيمة يوم الغصب، وهو لا يشمل المقام، لعدم كون الضامن في المقام غاصباً، بل كان استيلاؤه علي العين بحق. ومن هنا قد يتجه لزوم دفع قيمة وقت الأداء.

نعم قد يستشكل في ذلك بوجهين:

الأول: ما عن بعض مشايخنا (قدس سره) من أن ذلك قد يستلزم كون الضامن في المقام أسوأ حالاً من الغاصب، إذ قد تكون قيمة يوم الغصب أقل من قيمة يوم الأداء، وحيث لا-يحتمل كون الضامن في المقام أسوأ حالاً من الغاصب فلا مجال للبناء علي تعيين قيمة يوم الأداء، بل يتعين أداء قيمة يوم الفسخ الذي هو بمنزلة يوم الغصب.

لكنه إن أراد بذلك عدم وجوب دفع قيمة يوم الأداء فيما إذا كانت أكثر من قيمة يوم الفسخ، مع الاكتفاء بها لو لم تكن كذلك. فهو مع عدم مناسبتة لفتواه في المقام، حيث أطلق أن اللازم دفع قيمة يوم الفسخ تفصيل لا يظن بأحد الالتزام به بعد وحدة منشأ الضمان في المقام.

وإن أراد به وجوب دفع قيمة يوم الغصب مطلقاً وإن كانت أكثر من قيمة يوم الأداء فما ذكره من الوجه لا ينهض به.

مضافاً إلي أن العلم بأن الضامن في المقام لا يكون أسوأ حالاً من الغاصب إنما يمنع من كون معيار الضمان فيه أشد من الغاصب إذا لم يكن المعيار المذكور أخف من المعيار في الغاصب في بعض الحالات. وإلا فملاحظة الحالة الشديدة ليس بأولي من ملاحظة الحالة الخفيفة. ومن ثم لا يرجع ما ذكره (قدس سره) إلي محصل ظاهر.

الثاني: ما سبق منا عند الكلام فيما لو حصل الفسخ وقد خرجت العين عن ملك الغابن، ثم رجعت له قبل دفع البدل، من أنه لا مجال للبناء علي كون الفسخ سبباً لانشغال ذمة الغابن بالعين للمغبون، لأنه مع وجود العين وملكيته فعالاً للشخص الثالث، يمتنع ارتكازاً أن تكون مملوكة ملكية أخرى للمغبون في ذمة الغابن، بل لا بد من البناء علي ملكية المغبون بسبب الفسخ للبدل في ذمة الغابن وانقطاع علاقته بالعين. وحينئذ لا بد من كون المملوك له هو القيمة حين الفسخ، لأنها هي البدل للعين حينئذ.

وحيث يعلم بعدم الفرق في نحو الضمان بين تلف العين وانتقالها عن ملك من

بإتلاف المغبون (1) لم يرجع عليه بشيء (2). ولو كان بإتلاف أجنبي، ففي

صارت له بالفسخ تعيين وجوب دفع قيمة يوم الفسخ حتي مع تلف العين.

اللهم إلا أن يقال: الانتقال للبدل لا يقتضي تحديده حين الانتقال له، بل ربما يبتني علي مجرد لزوم دفع البدل بعنوان كونه بدلاً، مع كون تحديده منوطاً بدفعه. وهو لو تم لا يقتضي تعيين قيمة يوم التلف في المغصوب حتي لو قلنا بكون التلف سبباً لانشغال الذمة بالبدل، لا بالعين، علي خلاف ما سبق منا في المسألة المشار إليها آنفاً. لكنه لا يخلو عن إشكال، ولا بد من مزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العاصم.

(1) يعني: ولم يدفع البدل حتي حصل الفسخ.

(2) أما بناء علي وجوب دفع قيمة يوم التلف في المقام وفي ضمان الإتلاف كما هو مختاره (قدس سره) فظاهر، لسقوط الضمانين بالتهاتر. وكذا بناء علي ضمانهما معاً بقيمة يوم الأداء، للبناء علي انشغال ذمة الضامن بالعين حتي يخرج عنها بدفع البدل، حيث تشغل في المقام ذمة المتلف بالعين، فإذا لم يخرج عنها حتي ضمنها الآخر له بالفسخ، كان المضمون لكل منهما شيئاً واحداً، وهو العين، فيسقط بالتهاتر.

وأما بناء علي أن المدار في الضمان هو قيمة يوم الضمان، وهي في حق المتلف قيمة يوم التلف، وفي حق الآخر قيمة يوم الفسخ - كما جري عليه بعض مشايخنا (قدس سره)

فقد تختلف القيمتان، ومقتضي ذلك لزوم دفع الزائد للآخر. لكن ذكر بعض

مشايخنا (قدس سره) كما في تقرير درسه في المكاسب - أن مقتضي السيرة العقلائية عدم الرد في المقام. والمتعين البناء علي ذلك

ولا ينافيه صحيح أبي ولاد المتضمن ضمان قيمة يوم الغصب المستلزم للرد في الجملة، لأن مورد الصحيح ما إذا كان الضمان من طرف واحد، ولا يشمل ما إذا كان الضمان من الطرفين، كما فيما نحن فيه، حيث تحقق في حق كل منهما سبب ضمان العين للآخر، بل المتعين حينئذ سقوط الضمان في حق كل منهما بالتهاتر.

وإن شئت قلت: إن وجوب دفع القيمة إنما هو فيما إذا لم تصل العين للآخر ولو حكماً، وقد وصلت العين للآخر في المقام حكماً، وذلك بإتلافه لها.

وما ذكره (قدس سره) من أن مقتضى السيرة العقلانية عدم التراد في المقام وإن كان قريباً ولو بلحاظ المرتكزات التي تبتني عليها السيرة، إلا أنه لا مجال للبناء علي قصور الصحيح عن المورد، لفرض أن الإتلاف قبل الفسخ. فحين الإتلاف يكون الضمان من جانب واحد، والمفروض أن مقتضى الصحيح ثبوت قيمة يوم التلف في ذمة المتلف، لا نفس العين، فإذا حصل الفسخ تجدد ضمان الطرف الآخر له، والمفروض أن ضمانه بقيمة يوم الفسخ، فإذا فرض الفرق بين القيمتين تعين رد الزائد.

ودعوي: أن إتلاف الطرف الآخر للعين بحكم وصولها له لا- ترجع إلي محصل ظاهر بعد كون الإتلاف سبباً للضمان. غاية الأمر أن الضمان يستلزم التهاثر مع تساوي المضمونين، أما مع عدم تساويهما فالمتعين عدم سقوط الزائد ووجوب رده.

نعم قد يقال: الصحيح مختص بضمان اليد دون الإتلاف، فاللازم الرجوع في الإتلاف للقاعدة المشار إليها آنفاً، المقتضية لانشغال الذمة بنفس العين وعدم الفراغ عنها إلا بدفع قيمة يوم الأداء فيقع التهاثر حين الفسخ.

لكن لازم ذلك الفرق بين ما إذا كان الإتلاف مسبقاً باليد من المتلف - بأن يكون قد استولي علي العين ثم أتلفها - وما إذا لم يكن مسبقاً به. وهو بعيد جداً، مغفول عنه عرفاً.

وأما السيرة فلعلها مبينة علي أن ضمان العين عند العرف لا يقتضي دفع قيمة يوم التلف، بل قيمة يوم الأداء، وقد سبق أنه يترتب علي ذلك التهاثر. فإذا فرض أن مقتضى الصحيح دفع قيمة يوم التلف كان رادعاً عن السيرة بالردع عن منشئها. فلاحظ.

رجوع المغبون بعد الفسخ علي الغابن، أو علي الأجنبي، أو يتخير في الرجوع علي أحدهما وجوه. أقواها الأول (1). ويرجع الغابن علي الأجنبي (2).

(1) لا ينبغي الإشكال في جواز رجوع المغبون علي الغابن في المقام، لضمائه للعين بضممان المعاوضة. وضممان المتلف لها لا يمنع من ذلك، إذ غاية الأمر أن يكون نظير تعاقب الأيدي.

وأما رجوعه علي المتلف فهو بيتني علي أن ذمة المتلف هل تشغل بالعين، ودفعه للبدل لتفريغ ذمته منها، أو تشغل بالبدل رأساً، كما تشغل بضمناها لو اشتراها. فإن قلنا بالثاني تعيين عدم رجوعه عليه، لعدم الموجب لملكه للبدل المذكور في ذمته، بل لا يملكه إلا الغابن الذي أتلف ماله عليه. وإن قلنا بالأول تعيين جواز رجوعه عليه، لأن العين وإن كانت في ذمته قبل الفسخ للغابن، إلا أنها بعد الفسخ تصير للمغبون، ويكون المقام نظير تعاقب الأيدي.

اللهم إلا- أن يقال: كون العين في ذمته للغابن ليس بمعني كونها باقية في ملكه، كما تبقي لو سرقها ولم تتلف، بل بمعني وجوب الخروج عن عبدتها له بسبب إتلافها عليه، وذلك لا يجري في حق المغبون بعد عدم ملكه لها حين الفسخ.

ولذا كان المرتكز عرفاً براءة ذمة المتلف بإبراء الغابن، ولا كذلك الحال في تعاقب الأيدي، حيث لا يكفي في براءة ذمة صاحب اليد المتأخرة إبراء صاحب اليد السابقة، بل لابد فيها من إبراء المالك أو دفع البدل له ولو من قبل أحدهم.

وبذلك يظهر أن أقوى الوجوه هو الأول، ثم الثالث. وأن الثاني أضعفها، حيث لا- منشأ له مع ثبوت ضمانة المعاوضة في حق الغابن. فلاحظ.

(2) أما مع رجوع المغبون علي الغابن فظاهر، إما لكونه متلفاً لماله، أو بملاك رجوع صاحب اليد السابقة إذا غرم علي صاحب اليد اللاحقة في تعاقب الأيدي. وأما مع عدم رجوع الغابن عليه فرجوعه علي المتلف بيتني علي بقاء ما في ذمة المتلف

وكذا الحكم لو تلف ما في يد المغبون، ففسخ بعد التلف (1). فإنه إن كان التلف بفعل الغابن لم يرجع علي المغبون بشيء، وإن كان بآفة سماوية أو بفعل المغبون أو بفعل أجنبي رجح علي المغبون بقيمة يوم التلف، ورجح علي الأجنبي إن كان هو المتلف. وحكم تلف الوصف بالموجب للأرش حكم تلف العين (2).

(الخامس): خيار التأخير (3).

علي ملك الغابن وعدم انتقاله بالفسخ إلي ملك المغبون، كما هو الظاهر، علي ما تقدم التعرض له آنفاً.

(1) لعدم الفرق بين الصورتين في منشأ الضمان، ومنشأ تحديد القيمة التي يلزم الخروج بدفعها في الخروج عن عهدة التالف. وبذلك يظهر جريان الوجوه السابقة هنا أيضاً.

(2) لظهور أن منشأ ضمان الوصف بالأرش في المقام هو منشأ ضمان العين بدفع البدل، لأنه من شؤونها، فهو نظير ضمان أجزائها. ووضوح ذلك يغني عن إطالة الكلام فيه. وإن كان اللازم مزيداً من التأمل في أصل المسألة بعد خلوها عن النصوص، وانحصار المرجع فيها بالمرتكزات العرفية، التي قد تختلط. ومن الله عز وجل نستمد العون والتسديد. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(3) بلا خلاف محقق معتد به أجده فيه. بل حكي الإجماع عليه مستفيضاً أو متواتراً. كذا في الجواهر. والأصل فيه النصوص. كصحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام)

قال: (قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: حتي آتيك بثمنه. قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له) (1)، وصحيح علي بن

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب الخيار حديث: 1.

يقطين: (أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن. قال: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما)(1)، وغيرها.

وقد يستشكل فيه بأن نفي البيع في النصوص ظاهر في بطلانه. وحمله علي نفي لزومه وثبوت الخيار فيه مخالف للظاهر، فلا مجال له إلا بقريئة، وهي مفقودة.

ومن ثم كان ظاهر ما عن الإسكافي من التعبير بلسان النصوص البناء علي البطلان. وقد يظهر من المبسوط، حيث قال: (وروي أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبايع: أجبنيك بالثمن، ومضي، فإن جاء في هذه الثلاثة كان البيع له، وإن لم يجر في هذه المدة بطل البيع)، ونحوه في المهذب. وعن الكفاية: ولعله الأقرب. وجزم به في الحدائق، عملاً بظاهر الأخبار المذكورة. ولم يستبعده المحقق الأردبيلي.

هذا وقد حاول صاحب الجواهر وشيخنا الأعظم (قدس سره) تميم دلالة النصوص علي الخيار بفهم الأصحاب منها ذلك، وزاد في الجواهر أنه المناسب للإرفاق بالبايع. وإليه يرجع ما في مفتاح الكرامة من أن علة الحكم هو دفع الضرر عنه.

وما ذكره بظاهره مندفع بما هو المعلوم أن فهم الأصحاب إنما ينفع إذا كشف عن أن ذلك هو المفهوم عرفاً من الكلام، أو عن اطلاعهم علي قريئة خفيت علينا. ولا طريق للجزم بأحد الأمرين ولا سيما بعدما سبق من المبسوط. كما أن المناسبة للإرفاق بالبايع ودفع الضرر عنه لا تكفي ما لم يظهر من النصوص التعليل بذلك، ولا شاهد فيها عليه.

وبذلك يظهر اندفاع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أنه لا أقل من الشك، فيرجع للاستصحاب، وما في الجواهر من التمسك بأصالة الصحة وعدم المبطل.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب الخيار حديث: 3.

ص: 391

لوضوح أنه مع الظهور لا أهمية للشك، ولا مجال للأصل.

ومثله ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) وأشار إليه في الجواهر من اشتمال أكثر النصوص علي نفي البيع بالنسبة إلي المشتري، وذلك إنما يمكن في لزوم حيث يمكن ثبوته للبايع دون المشتري، بخلاف الصحة.

للإشكال فيه بأن الاستدلال المذكور موقوف علي ظهور النصوص في المفهوم،

الراجع لثبوت البيع في حق البايع ومن المعلوم أنها لا تنهض بذلك، بل غاية الإشعار الذي لا ينهض بالحجية، بل يجب رفع اليد عنه بما في صحيح ابن يقطين المتقدم المتضمن لنفي البيع بينهما معاً.

ومن الغريب ما عن بعض الأعظم (قدس سره) من لزوم رفع اليد عن الصحيح المذكور بالنصوص الأخر الظاهرة في التفريق بينهما.

هذا وقال سيدنا المصنف (قدس سره) في حاشيته القديمة علي المكاسب: (فالعمدة في إثبات الحكم من هذه النصوص هو ما أشرنا إليه من أن قوله (عليه السلام): لا بيع له إن كان المراد منه السالبة بانتفاع الموضوع تم الإشكال. إلا أنه خلاف ظاهر القضية السلبية، إذ ظاهرها أنه لا- بيع للمشتري، بمعنى أنه ليس له السلطنة علي البيع المذكور بوجه. وذلك موجب لكونه تحت سلطنة البايع فقط، لأنه لولا هذه النصوص تحت سلطنتهما معاً، فإذا بطلت أحدهما [إحدهما. ظ] استقلت الأخرى. ولازم ذلك لزوم من طرف المشتري والجواز من طرف البايع. ومن ذلك يظهر الحال في قوله: لا بيع بينهما، فإنه لا مقتضي لحمله علي نفي الذات فتنتفي النسبة التي هي السالبة بنفي الموضوع، ليتم القول بالبطان، بل هو محمول علي نفي النسبة فقط عن الذات، فيكون المراد أنه لا بيع مشترك بينهما، ولا ينفي اختصاصه بأحدهما، كما لا يخفي علي المتأمل).

وما ذكره (قدس سره) لا يناسب التركيب اللفظي للجملة، وإنما يتجه لو كان التعبير هكذا: فلا يكون البيع له، أو لا يكون البيع بينهما. ولكن مع ذلك فظهور الجملة المذكورة فيما ذكره (قدس سره) قريب جداً، لما أشار إليه في الجواهر، وأوضحه في مفتاح

الكرامة، من المقابلة في الشرطية بين المفهوم والمنطوق، لظهور أن المستفاد منها أن البائع لو جاء بالثمن قبل الثلاثة فالبيع لازم له، لا أنه صحيح في حقه في الجملة ولو بنحو الجواز. حيث يظهر من ذلك أن النصوص واردة لبيان معيار لزوم البيع للمشتري وعدمه، لا معيار صحة البيع في نفسه وبطلانه.

وكأنه لكون اللزوم الحقيقي من شؤون البيع ولوازمه الظاهرة ارتكازاً، بحيث ينصرف النفي والإثبات له. ومنه البيعة المبتنية علي كمال التوثق بين الطرفين.

وذلك هو المناسب للمرتكزات العرفية، بلحاظ أن قبض البائع للثمن من حقوقه، فيكون تحلفه منشأً لثبوت حق الخيار له في البيع، لتدارك ضرره، لا سبباً لبطلان البيع تعبداً. وقد يشعر بذلك صحيح زرارة من فرض ترك المشتري المبيع عند البائع حتي يأتيه بثمنه، حيث يظهر منه كون البائع بصدد قبض الثمن وكون المبيع وثيقة عنده، ويكون تأخير الثمن مخالفاً لرغبة البائع وحقه في التعجيل بقبضه للثمن. وقوله (عليه السلام) في صحيح ابن يقطين: (فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام) حيث قد يظهر منه أن الأجل مستحق بينهما، وليس مجعولاً شرعاً عليهما تعبداً، شرطاً في بقاء صحة المعاملة.

ويؤكد ذلك أنه ورد التعبير بنظير ذلك فيما يفسد ليومه، مع ظهور نص آخر في ثبوت الخيار فيه، وعليه فتوي الأصحاب. مضافاً إلي أن للمتابعين ارتكازاً اشتراط تأجيل قبض الثمن أكثر من ثلاثة أيام، مع أنه لو كان القبض في الثلاثة من شروط صحة البيع كان الشرط المذكور مخالفاً للحكم الشرعي، ويحتاج تصحيحه لدليل تعبدي خاص. ولعل ذلك كله هو منشأ فهم الأصحاب الخيار من النصوص. وعليه يبتي ما تقدم من دعوي ورودها مورد الإرفاق بالبائع.

هذا مضافاً إلي أن شيوع الابتلاء بالمسألة يمنع عادة من خطأ المشهور فيها. ولاسيما مع مخالفة العامة في ذلك فيما حكاه غير واحد وحكمهم بلزوم البيع، فإن خروج المشهور عن حكمهم إلي حكم آخر مخالف للنصوص الواردة في المسألة من

أبعد البعيد. بل قد يصلح ذلك بنفسه للكشف عن كون المراد بالنصوص ما فهموه منها، وإن كان فيما سبق كفاية.

وأما ما سبق من المبسوط والمهذب فمن القريب جداً أن يكون مرادهما بالبطلان هو البطلان في فرض عدم رضا البائع إعمالاً للخيار، كما يناسبه ذكر المبسوط لذلك في فصل بيع الخيار والعقود التي يدخلها الخيار ولا يدخلها، وذكر المهذب لذلك في ذيل أحكام الخيار وذكر الشيخ النصوص المذكورة في التهذيب في سياق نصوص الخيار، وتصريحه في الاستبصار بدلالاتها علي الخيار، وفتواه بالخيار في النهاية والخلاف واستدلاله عليه في الأخير عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم. وأما الإسكافي فحيث عبر بعبارة النصوص، وقد عرت ظهورها في الخيار، فلا مجال لنسبة الخلاف له.

هذا وقد يستدل علي الخيار بقاعدة نفي الضرر. لكن من الظاهر أن النصوص إن دلت علي الخيار فهي مغنية عن القاعدة. وإن دلت علي بطلان البيع فهي مقدمة عليها، لأنها أخص.

نعم لو فرض إجمال النصوص وتردها بين الوجهين فقد يستدل علي الخيار بوجوه:

الأول: الإجماع الذي تقدم استفاضة نقله أو تواتره. وفيه: أنه إذا لم ينهض

- بتفسير النصوص بالوجه الذي أشرنا إليه آنفاً - لا ينهض بنفسه بالحجية بعد ظهور استناد الأصحاب للنصوص المذكورة. ولا سيما بعدما سبق من المبسوط والتهذيب،

وبعد ظهور حال قدماء الأصحاب في الفتوي بمفاد النصوص التي يتداولونها بينهم، حيث لا - طريق لتحديد فتواهم مع فرض إجمال النصوص، فضلاً عما إذا فرض ظهورها في البطلان.

الثاني: قاعدة نفي الضرر. قال في التذكرة: (لأن الصبر أبداً مضر بالبائع. وقد قال (عليه السلام): لا ضرر ولا ضرار. فوجب أن يضرب له أجل يتمكن فيه من التخلص من الضرر، فضرر له الثلاثة).

وفيه أولاً: أن المفروض عدم كون البيع ضرورياً، وإلا لزم الخيار فيه من أول الأمر علي كلام تقدم في الاستدلال لخيار الغبن، وإنما حصل الضرر من تأخير المبيع عند البائع المستلزم لوجوب حفظه عليه، وضمائه له لو تلف، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه. ومن عدم انتفاعه بالثمن، لعدم قبضه له.

ومن الظاهر أن تأخير المبيع عند البائع كان برضاه، فهو مُقدم علي الضرر المذكور في الجملة. ولو بلغ حداً خارجاً عما كان يتوقعه فلا مجال لإعمال القاعدة في لزوم البيع، إذ ليس مفادها تشريع أحكام يتدارك بها الضرر. بل رفع الحكم الذي ينشأ منه الضرر، وهو في المقام وجوب حفظ المبيع، وضمائه لو تلف،

وليس بناؤهم علي الأول في سائر موارد الأمانات. بل يظهر من نصوص مجهول المالك ونحوها عدم ارتفاع الحكم المذكور. ووجوب حفظ المال لصاحبه علي كل حال. غاية الأمر في المقام وجوب مراجعته مع معرفته، ورفع الأمر للحاكم الشرعي مع امتناعه من أخذه كما لا مجال للثاني، لأنه في نفسه حكم ضرري، فدليله أخص من القاعدة فيقدم بإطلاقه عليها، من دون تنهض برفعه.

ومن ذلك يظهر الحال في قبض الثمن، حيث لا مجال لإعمال القاعدة في البيع من أجله، لما سبق من عدم ورودها لتشريع أحكام يتدارك بها الضرر. بل غاية الأمر الترافع للحاكم الشرعي مع تيسر الوصول للمشتري أو أخذ البيع مقاصة بشروطها.

وثانياً: أن ذلك لا يقتضي تحديد الخيار بالشروط المذكورة في كلمات الأصحاب، خصوصاً مضي ثلاثة أيام، بل وصول الأمر حد الضرر العرفي، كما لا يخفي.

الثالث: الاستصحاب. حيث يكون المتيقن من النصوص بطلان البيع بعد الأيام الثلاثة إذا فسخ المشتري، ويشك في بطلانه مع عدم فسخه، فتستصحب آثار البيع حينئذ، كما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره)، وأشار إليه غيره ممن تمسك بالأصل في المقام.

ويتحقق فيما إذا باع سلعة ولم يقبض الثمن (1)

وفيه: أن استصحاب المذكور وإن جري في نفسه بدواً، إلا أنه أولاً: إنما يقتضي مجرد صحة البيع قبل الفسخ وبطلانه بعده، من دون أن يقتضي ثبوت حق الخيار.

وثانياً: أنه بعد فرض إجمال النصوص فالمرجع عموم نفوذ العقود والبيع والتجارة ونحوها، حيث يكون المتيقن في الخروج عنها حال ما بعد الفسخ دون ما قبله، ومع العموم المذكور لا حاجة للاستصحاب، بل تكون حاکمة عليه.

(1) من الظاهر أن البيع بطبعه عرفاً يقتضي التسليم والتسلم من الطرفين ما لم يشترط خلاف ذلك. ولازم ذلك ثبوت الخيار لكل منهما بتخلف الآخر عما ينبغي عليه من ذلك. إما لرجوع ذلك إلي الشرط الضمني، فيكون الخيار المذكور من صغريات خيار تخلف الشرط، أو لكون الخيار بنفسه ثابتاً، تبعاً للمركزات العقلانية، علي ما سبق الكلام فيه عند الاستدلال علي خيار الغبن.

ولعله علي ذلك يبتني ما ذكره الشيخ في النهاية في باب البيع بالنقد والنسيئة من أنه لو تعذر الثمن في وقته جاز للبايع استرجاع المبيع من دون نقصان، وما في المبسوط في فصل تفريق الصفقة من أن المشتري إذا كان معسراً كان للبايع الفسخ. وفي الدروس: (وفي بعض كلام الشيخ أن للبايع الفسخ متي تعذر الثمن. وفيه قوة). بل في الباب المذكور من المبسوط أنه لو كان الثمن غائباً وجب إحضاره فان تأخر كان للبايع فسخ البيع. ويمكن أن يستدل علي ذلك في الجملة بمعتبر أبي الجارود عن أبي جعفر (عليه السلام) [أبي عبد الله]: (قال: إن بعت رجلاً علي شرط فإن أتاك بمالك، وإلا فالبيع لك) (1). فإنه يظهر من غير واحد الاستدلال به لشرط الخيار أو بيع الخيار، كما أشرنا إليه عند الكلام فيهما. وهو في غير محله، ضرورة أن الخيار فيهما إنما يكون بإرجاع البايع الثمن للمشتري، والمفروض في الحديث أن الخيار يكون بمجرد عدم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب الخيار حديث: 2.

إتيان المشتري للبايع بماله. وذلك إنما يكون في شرط تأخير تسليم المشتري الثمن للبايع، فيدل الحديث علي أنه مع اشتراط تأجيل الثمن يثبت الخيار للبايع إذا تأخر المشتري عن الأجل.

وحيث نقول: من الظاهر أن شرط تأجيل الثمن لصالح المشتري، لا لصالح البايع، فهو راجع إلي أن للمشتري أن يؤخر الثمن إلي الأجل المحدد. ووجوب تعجيله عند حلول الأجل ليس مقتضي الشرط - نظير ما لو اشترط عليه البايع أن يخيظ ثوبه

ليكون الخيار الذي تضمنه الحديث من أفراد تخلف الشرط المصرح به، بل لأنه مقتضي طبيعة البيع بعد فرض الخروج عنها في مدة الأجل. فيدل الحديث علي ثبوت الخيار بتخلف المشتري عما يقتضيه البيع بطبعه من التعجيل بتسليم الثمن، وينفع في المقام.

وكيف كان فقد خرجت عن ذلك في الجملة نصوص المقام، فاللازم النظر فيها، والاعتصار في الخروج عن ما سبق علي ما تنهض به مما هو مخالف له.

وهي صحيحا زرارة وعلي بن يقطين المتقدمان. ومعتبر إسحاق بن عمار عن عبد صالح: (قال من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له) (1)، وخبر عبد الرحمن بن الحجاج قال: (اشترت محملاً، فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلي بايع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته. فضحكت. ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك. فقال لي: ترضي بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم. فأتيته. فقصصنا عليه قصتنا. فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي. قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له) (2).

ومقتضي إطلاق الأخير كون تمام موضوع التفصيل في الخيار وعدمه بين ما بعد الثلاثة أيام وما قبلها هو تأخير الثمن. لأن مورد قضاء ابن عياش وإن كان هو عدم قبض بعض الثمن مع ترك المبيع عند البايع، إلا أنه لا إشارة لشيء من ذلك

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب الخيار حديث: 4، 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب الخيار حديث: 4، 2.

ص: 397

في حديثه عن الإمام (عليه السلام). لكن لا مجال للتعويل علي الحديث بعد ضعف سنده، لعدم صحة الطريق إلي ابن الحجاج، وعدم ثبوت وثاقة ابن عياش.

نعم يظهر مما تقدم من المبسوط والمهذب نظرهما إليه. لكن لو تم عندهما سنده فلا وجه لاقصارها علي مضمونه وإهمالهما لغيره ولا سيما صحيح علي بن يقطين.

كما أن معتبر إسحاق قد أنيط التفصيل المذكور فيه بمجيء المشتري وعدمه، من دون بيان الجهة التي يكون المجيء من أجلها وذلك موجب لإجماله. فلم يبق إلا الصحيحان المتقدمان.

وهما وإن اشتركا في فرض رضا البايع بتأخير الثمن في الجملة مع بقاء المبيع عنده، إلا أنهما يختلفان في أمرين:

الأول: أن مورد التفصيل في صحيح بن علي بن يقطين هو عدم قبض المشتري للمبيع. أما صحيح زرارة فقد تضمن ترك المشتري المبيع عند البايع بانتظار إحضار الثمن، ومن الظاهر أن ترك المشتري للمبيع عند البايع أعم من عدم قبضه له. وحينئذ يكون مقتضى إطلاقه ثبوت التفصيل المذكور ولو مع قبضه للمبيع وتركه له عند البايع وثيقة للثمن، أو أمانة لأن أخذه له بعد دفع الثمن أسهل عليه.

الثاني: أن معيار التفصيل في صحيح زرارة هو الإتيان بالثمن وعدمه دون أخذ المبيع وعدمه، لأن قوله (عليه السلام) في الجواب: (إن جاء...) حيث لا يراد به مطلق المجيء، بل ما يترتب عليه، فالظاهر منه المجيء بالثمن، لأنه المصرح به في السؤال. بل هو المصرح به في الجواب علي رواية الكافي، حيث قال فيه: (إن جاء بثمانه...). وإن لم يخل طريقه عن ضعف.

أما معيار التفصيل في صحيح علي بن يقطين فهو قبض المبيع وعدمه، بناء علي ما هو الظاهر من أن فاعل قبض في قوله (عليه السلام): (فإن قبض بيعه) ضمير يرجع إلي صاحبه، وهو المشتري، وأن البيع بمعني المبيع، كما هو وارد في الروايات، ويناسبه قوله في السؤال: (يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه). وأما احتمال أن (يبيعه) بالتشديد،

ويراد به البايع، ويكون الشرط هو قبضه الثمن، فهو لو أمكن لغوياً لا يناسب سياق الكلام، إذ بعد أن سبق في السؤال فرض عدم قبضه للثمن فالعدول في بيان ذلك عن عبارة السؤال إلى العبارة المذكورة تكلف يكاد يكون مستهجناً. ولو كان لاحتاج للتنبيه من نَقْلَة الحديث جيلًا بعد جيل، فأغفالههم ذلك شاهد بجري الجواب علي ما يناسب سياق السؤال، وهو ما ذكرنا.

هذا والصحيحان المذكوران وإن اختلفا في حدود الخيار، إلا أن الظاهر عدم تعدد الخيار في موردهما، ليقصر في كل خيار علي موضوعه الذي تضمنه الصحيح الوارد فيه، من دون ملزم بالجمع بين الصحيحين، بل هما يشيران إلى خيار واحد في المقام، كما فهمه الأصحاب. إذ من البعيد جداً تعدد الخيار وانفراد كل منهما ببيان أحد الخيارين وإهمال الآخر مع تحقق موضوعه في مورده. ومن هنا لا بد من الجمع بين الصحيحين في تحديد الخيار وتحديد مورد التفصيل المذكور ومعياره، حسبما يقتضيه الجمع العرفي بينهما.

والظاهر العمل في موضوع التفصيل بين الخيار وعدمه علي صحيح زرارة، فيكون موضوعه هو ترك المبيع عند البايع سواء قبضه المشتري أم لا. ولا ينافيه صحيح علي بن يقطين، لأن عدم قبض المشتري للمبيع لم يذكر فيه قيداً في كلام الإمام (عليه السلام)،

وإنما ذكر في كلام السائل، وهو لا ينهض بالقييد. وبذلك يظهر الإشكال فيما يظهر من المشهور من اعتبار عدم قبض المشتري للمبيع.

نعم عبر بتركه عند البايع في المراسم. بل قد يظهر من النهاية، فإنه وإن عبر بعدم قبض المبيع، إلا أنه فصل بعد ذلك بين قبضه وعدمه، حيث لا يبعد أن يكون ذلك منه قرينة علي أن مراده بعدم القبض في صدر كلامه عدم أخذ المشتري للمبيع.

قال (قدس سره): (وإذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن، كان العقد موقوفاً إلي ثلاثة أيام. فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان البيع له، وإن مضى ثلاثة أيام كان البايع أولي بالمتاع. فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبضه إياه كان

من مال البايع دون مال المبتاع. وإن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع دون البايع. وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البايع علي كل حال، لأن الخيار له بعد انقضاء الثلاثة أيام). وقد يحمل علي ذلك ما في الشرايع من التعبير بعدم تسليم المبيع.

وأما معيار التفصيل المذكور فقد سبق اختلاف الصحيحين فيه، حيث جعل في صحيح زرارة إتيان المشتري بالثمن، وفي صحيح ابن يقطين قبضه للمبيع.

وقد يجمع بينهما (تارة): بالاكْتفاء في لزوم البيع بأحد الأمرين من قبض المشتري للمبيع واقباضه للثمن، كما يظهر من الوسيلة. (وأخري): بالاكْتفاء في الخيار بأحد الأمرين،

نظير ما يذكر فيما لو تعدد الشرط واتحد الجزاء، حيث وقع الخلاف بينهم في الجمع بين الشرطيتين بمفاد الواو أو بمفاد (أو)، كما هو الظاهر.

لكن الظاهر اختصاص ذلك بما إذا لم يصرح في كلا الشرطين بمفهومها، أما مع التصريح المذكور - كما في المقام - فلا مجال لكلا الوجهين، لقوة ظهور كل من الشرطيتين في إناطة الجزاء بالشرط الذي تضمنته وجوداً وعدمياً. ومن هنا كان الأقرب في المقام هو إلغاء خصوصية كل من الشرطين، بلحاظ وجود جهة جامعة بينهما مسببة عنهما عرفاً، وهي حلّ المشكلة التي سببها المشتري للبايع والتي سببت الإرفاق به يجعل الخيار له.

وبعبارة أخري: النصوص واردة في حالة شائعة الحصول يتعرض البايع فيها لمشكلة غير متوقعة، نتيجة تساهله مع المشتري وتسامحه معه. وقد تضمنت وضع حدّ لمشكلته المذكورة بجعل الخيار إذا لم تحل تلك المشكلة.

وبذلك يكون لزوم البيع منوطاً وجوداً وعدمياً بمراجعة المشتري للبايع، وحله لتلك المشكلة، إما بدفعه الثمن وأخذه للمبيع، أو دفعه للثمن وإقناعه ببقاء المبيع عنده، أو قبضه للمبيع وإقناعه بتأجيل الثمن أو إبرائه منه أو نحو ذلك. ول

يكفي دفعه للثمن من دون مراجعته في المبيع، ولا أخذه للمبيع من دون مراجعته في الثمن.

ولعل ذلك هو المنصرف من إطلاق المبيع في معتبر إسحاق بن عمار. ولا أقل من كونه المفهوم منه عرفاً بعد ملاحظة الصحيحين.

نعم لو كان المشتري قد قبض المبيع وتركه عند البائع ففي توقف لزوم البيع علي مراجعته في المبيع إشكال، بل منع، بل يكفي مراجعته في الثمن. لخروجه عن مفاد الصحيحين، لقصور صحيح زرارة عن إثبات الخيار بعد إناطته فيه بعدم قبض الثمن، وقصور صحيح علي بن يقطين عنه بعد كون موضوع الخيار فيه عدم قبض المبيع.

وبذلك يكون المتيقن من الصحيحين حلّ مشكلة ضمان البائع تلف المبيع وتأخير الثمن، دون مشكلة حفظ المبيع للمشتري في فرض استئمانه عليه بعد قبضه.

هذا وما ذكرنا في معيار التفصيل بين اللزوم وعدمه هو الظاهر في الجملة من جامع الشرايع حيث أطلق القبض من دون قصر له علي الثمن. وكذا ممن أطلق عدم مجيء المشتري، كما في النهاية - فيما تقدم من كلامه - والمراسم والسرائر. بل قد يظهر ممن لم يذكر أحد الأمرين من مجيئه بالثمن وقبضه للمبيع، وإنما اقتصر علي أن البيع لازم ثلاثة أيام، ثم يثبت الخيار للبائع، كما في الغنية والنافع.

وبذلك يظهر الإشكال في اقتصار كثير منهم علي الإتيان بالثمن وعدمه. حيث لا وجه له بعد ما سبق في صحيح علي بن يقطين من إناطة لزوم البيع وعدمه بقبض المشتري للبيع وعدمه، وما سبق منا في وجه الجمع بين الصحيحين. فلاحظ والله سبحانه وتعالى العالم.

بقي في المقام أمور:

الأول: أن ثبوت الخيار للبائع يبتني ارتكازاً علي الإرفاق به، ليتخلص من

مشكلته التي سببها له المشتري. وذلك يوجب انصراف إطلاق صحيح علي بن يقطين عما إذا كان عدم التقابض مستنداً للبايع نفسه، لا امتناعه منه عسياناً أو تعذره عليه لسبب طارئ، كما ذكر ذلك في الجملة شيخنا الأعظم (قدس سره). بل ظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح ابن يقطين: (فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع له) أن البايع هو الذي يؤجل المشتري وينتظر قبضه للمبيع، وذلك يناسب فرض استناد القبض وعدمه للمشتري، دون البايع.

أما صحيح زرارة فالأمر فيه أظهر، لصراحته في استناد التأخير للمشتري، وأن المعيار في الخيار وعدمه علي تماديه فيه بعد الثلاثة ومبادرته لإقباض الثمن قبلها. ومثله في ذلك معتبر إسحاق بن عمار وخبر عبد الرحمن بن الحجاج.

وبذلك يظهر قصور النصوص عن صورة امتناع البايع من القبض أو الإقباض حتي بناء علي ظهورها في بطلان البيع. نعم لو انحصر الوجه في قصورها بقرينة الإرفاق فلا موضوع لها بناء علي البطلان.

الثاني: حيث كان مقتضى الجمع بين الصحيحين كون ذكر القبض من أجل حل مشكلة البايع التي سببها له المشتري، ولذا سبق الاكتفاء باقتناع البايع بعدم أحد القبضين، فالظاهر الاكتفاء بالقبض من دون إذن من يكون المقبوض عنده إذا حلت به المشكلة، كما لو كان العوضان أو أحدهما عيناً خارجية لا يحتاج تعيينها إلي إذن من هي عنده، بخلاف ما إذا كان الثمن كلياً، حيث لا يتعين المقبوض منه لأن يكون هو الثمن إلا - بإذن المشتري. وكذا الحال في المبيع بناء علي عمومته في المقام للكلي، علي ما يأتي الكلام فيه في المسألة التاسعة والثلاثين إن شاء الله تعالى. هذا كله إذا لم يتقابض من أول الأمر، ثم حصل القبض من دون إذن. أما إذا حصل القبض من أول الأمر لأحد العوضين من دون إذن، فإن كان مع دفع العوض الآخر تمت المعاملة، ولا موضوع للخيار. وإن كان من دون دفع العوض الآخر فالظاهر خروجه عن مورد النصوص والرجوع فيه للقاعدة، نظير ما يأتي.

الثالث: حيث سبق أن مقتضى القاعدة هو الخيار مع عدم التسليم والتسلم، وأن المخرج عنها نصوص المقام فاللازم البناء علي الخيار في كل مورد تقصر عنه النصوص المذكورة بلا حاجة إلي مضي ثلاثة أيام. كما لو قبض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن، بحيث لم يرض البائع بتأخير دفع الثمن أصلاً. نعم مقتضى إطلاق خبر عبد الرحمن بن الحجاج الانتظار ثلاثة أيام. لكن سبق عدم نهوضه بالاستدلال.

أما لو لم يقبض المشتري المبيع أيضاً لكن لم يرض البائع بالتأخير رأساً فالظاهر قصور صحيح زرارة عنه، لأن المنصرف منه رضا البائع بتأخير الثمن ولو من أجل التوثق له بترك المبيع عنده، كما هو شائع الحصول بين المتبايعين، ولو لم يرض البائع بذلك كان المناسب التنبيه لذلك في السؤال، كما لعله ظاهر.

بل لا يبعد انصراف صحيح علي بن يقطين لذلك أيضاً، إذ لو ابنتي عدم القبض رأساً علي إرغام البائع وعدم رضاه كان المناسب جداً التنبيه له، لأنه أدخل ارتكازاً في تزلزل البيع أو بطلانه. كما أنه لو رضي البائع بعد البيع بالتأخير إلي أمد معين فالظاهر قصور النصوص عنه أيضاً، لأن عدم التنبيه في السؤال لذلك ظاهر في عدمه، وأن موضوع السؤال هو الخروج عن مقتضى البيع بالتأخير من قبل المشتري، لا الخروج عما اتفقا عليه من أمد التأخير.

الرابع: أطلق الأصحاب تحديد خيار التأخير بثلاثة أيام. وفي المختلف عن المقنع أن خيار التأخير في الجارية إلي شهر. ولم نعر عليه في المقنع، كما صرح بعدم العثور عليه غير واحد، وفي مفتاح الكرامة: (ولم أجده فيما عندنا من نسخه). نعم في صحيح علي بن يقطين: (سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية، وقال: أجيئك بالثمن. فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له) (1). ومقتضى إطلاقه ثبوت الأجل المذكور للخيار في الجارية حتي مع قبض المبيع، ونسب في الوسائل للصدوق روايته بسند آخر عن أبي عبد الله (عليه السلام).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 9 من أبواب الخيار حديث: 6.

ولم يسلم المبيع (1). فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبايع فسخ البيع (2). ولو تلفت السلعة كانت من مال البايع (3)، سواء أكان التلف في الثلاثة (4)

لكن من القريب أن يكون ذلك من كلام الصدوق نفسه بعد رواية له بمضمون آخر بالسند المذكور، كما فهمه منه في الحدائق والحدائق ومفتاح الكرامة وغيرهما. فيكون ذلك فتوي منه (قدس سره) بمضمون صحيح ابن يقطين، وعملاً منه به. كما يظهر من الدروس والحدائق ومفتاح الكرامة.

كما أنه ذكر في الاستبصار أن حديث ابن يقطين إما أن يحمل علي استحباب ذلك للبايع، أو علي اختصاص ذلك بالجواري، ونسب ذلك للرواية في جامع الشرايع.

وفي كفاية ذلك في العمل بالصحيح بعد ظهور إعراض الأصحاب عنه إشكال ولعله لذا ذكر في الدروس أن الرواية نادرة. وأما ما في المختلف من الإشكال في الحديث بالمنع من صحة السند فلم يتضح وجهه.

(1) يعني: لم يسلمه أصلاً، بحيث لا يتحقق القبض المسقط للضمان، كما يظهر من تنمة كلامه (قدس سره). لكن سبق أنه يكفي عدم أخذ المشتري للمبيع وتركه عند البايع ولو بعد قبضه له.

(2) مما سبق يظهر أن المعيار في لزوم البيع وعدمه تصفية الأمر مع البايع في أمر المبيع والثمن معاً.

(3) يعني: في مفروض كلامه (قدس سره) وهو عدم قبض المشتري له أما لو قبضه وتركه عنده فلا ضمان.

(4) كما في النهاية والسرائر وجامع الشرايع والنافع ونكت الشرايع والعلامة في جملة من كتبه والدروس وغيرها. ونسبه في الدروس ومحكي غيره للأكثر، وفي جامع المقاصد وعن غاية المراد أنه المشهور. والوجه فيه ما يأتي في أواخر الفصل

أم بعدها (1)، حال ثبوت الخيار وبعد سقوطه (2).

السابع من أن تلف المبيع قبل قبض المشتري له من مال البائع. وبه يخرج عما تقتضيه القاعدة من كونه من مال مالكة، وهو المشتري. وفي المقنعة والانتصار والخلاف والغنية والمراسم وعن غيرها أنه من مال المشتري. وظاهر الانتصار والخلاف وصريح الغنية الإجماع عليه. وعلله في المقنعة بوقوع العقد بينهما عن تراض، وزاد في التنقيح والمسالك: (والتأخير لمصلحته).

لكن الإجماع المدعي لا ينهض بالخروج عما دل علي أن التلف قبل القبض من مال البائع. ولا سيما بعد خلاف من عرفت. وما ذكره في المقنعة لا يزيد علي بيان مقتضي القاعدة الأولية، التي يجب الخروج عنها بذلك. وما في التنقيح والمسالك استحسان محض لا ينهض دليلاً في نفسه، فضلاً عن أن يخرج به عما سبق.

هذا وقد صرح غير واحد بكفاية تمكين البائع المشتري من قبض المبيع في سقوط ضمان تلف المبيع عن البائع وتحمل المشتري له في المقام. وهو يبتني علي إلحاق التمكين من المبيع بقبضه في سقوط ضمانه عن البائع، ويأتي الكلام في ذلك في أواخر الفصل السابع إن شاء الله تعالى.

(1) إجماعاً ادعاه غير واحد، وفي الرياض والجواهر أنه بلغ حد الاستفاضة أو التواتر. والوجه فيه ما سبق من أن التلف قبل القبض من مال البائع.

(2) أشار بذلك إلي أنه لا مجال لتوهم عموم قاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له لخيار التأخير، المستلزم لكون تلفه في المقام في زمن الخيار من المشتري. لما يأتي في الفصل الخامس من اختصاص ذلك ببعض الخيارات، وليس منها المقام.

هذا ولو فرض قبض المشتري له فالمتعين كون تلفه من ماله حتي بعد الثلاثة و ثبوت الخيار للبائع. إذا لم يعمل خياره بالفسخ.

خلافاً لما سبق من النهاية من أنه يكون من مال البائع، لأن الخيار له. حيث

(مسألة 36): الظاهر أن قبض بعض الثمن كلا قبض. وكذا قبض بعض المبيع (1).

يظهر منه، أن ثبوت الخيار له سبب لثبوت الضمان عليه.

إذ لم يتضح المنشأ لذلك بعد أن كان مقتضى القاعدة أن تلف الشيء من مال صاحبه، كما نبه لذلك المحقق في نكت النهاية. بل أشتهر بينهم أن في التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، وإن كان الظاهر اختصاصه ببعض الخيارات، وعدم شموله للمقام، كما سبق.

اللهم إلا أن يكون مراد الشيخ (قدس سره) صورة إعمال الخيار وفسخ البيع، فيتجه حينئذ تلفه من ماله، لأنه ملكه.

(1) كما صرح به غير واحد، وفي مفتاح الكرامة: (بلا خلاف فيما أجد)، وفي الجواهر: (بلا خلاف). والذي ينبغي أن يقال: إن أريد بذلك قبض البعض دون البعض من أول الأمر فالظاهر خروجه عن موضوع التفصيل المذكور في الصحيحين. ولا أقل من خروجه عن المتيقن منهما. فإن كان التأخير من دون رضا البائع أصلاً دخل فيما سبق في الأمر الثالث. وإن كان برضاه في الجملة فمع عدم الزيادة عما هو المتوقع له حسبما يظهر من إذنه للمشتري في التأخير يتعين عدم الخيار له. أما مع الزيادة عنه فالقاعدة وإن كانت تقتضي ثبوت الخيار له، إلا أنه يشكل ثبوت الخيار له إذا كانت المدة دون الثلاثة أيام، لقرب استفادة اللزوم حينئذ من صحيح زرارة بالأولية العرفية.

وإن أريد بذلك عدم قبض شيء من العوضين من أول الأمر بنحو يدخل في موضوع التفصيل، ثم إقباض البعض دون البعض فالظاهر عدم الاجتزاء بذلك، وثبوت الخيار بعد الثلاثة، لظهور الشرطية الأولى في النصوص في أن موضوعها هو قبض تمام أحد العوضين، فيكون تقيضها الذي هو موضوع الشرطية الثانية المتضمنة

وإن كان فيه وجوه (1).

(مسألة 37): المراد بالثلاثة أيام الأيام البيض. ويدخل فيه الليلتان المتوسطتان، دون غيرهما. ويجزي في اليوم الملقق، كما تقدم في مدة خيار الحيوان (2).

(مسألة 38): يشترط في ثبوت الخيار عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين (3)، وإلا فلا خيار.

للخيار هو عدم قبض تمامه ولو مع قبض بعضه. وعليه يبتني فهم ابن عياش من كلام الإمام (ع) وقضائه في قضية المحمل التي تضمنها خبر ابن الحجاج المتقدم.

(1) قال شيخنا الأعظم: (وفي كون قبض بعض المبيع كالاخبار، أو كالبض، لدعوي انصرافها إلي صورة عدم قبض شيء منه، أو تبعض الخيار بالنسبة إلي المقبوض وغيره استناداً - مع تسليم الانصراف المذكور - إلي تحقق الضرر بالنسبة إلي غير المقبوض، وجوه). ولم يشر (قدس سره) إلي شيء من هذه الوجوه في قبض بعض الثمن، بل جزم بكونه كالاخبار. وقد عرفت حقيقة الحال.

(2) لعين ماتقدم هناك، فإنهما من باب واحد.

(3) فقد اشترط عدم تأجيل تسليم الثمن جماعة كثيرون، وصرح بعضهم بعدم اشتراط تأجيل تسليم المبيع أيضاً. وظاهر الجميع المفروغية عن ذلك. ولعله لذا ادعي الإجماع عليه غير واحد. وإلا فظاهر معاهد الإجماعات المستفيضة هو ثبوت خيار التأخير مع عدم الشرط المذكور، لا اختصاصه به.

وكيف كان فالوجه فيه هو انصراف النصوص إلي خروج التأخير عن مقتضي البيع الحاصل، ولا يشمل ما إذا كان التأخير مقتضي البيع المذكور تبعاً للشرط المأخوذ فيه.

(مسألة 39): لا إشكال في ثبوت الخيار المذكور فيما لو كان المبيع شخصياً (1).

مضافاً في الثمن لما هو المعلوم من النص والفتوي من جواز البيع نسيئة، وفي المبيع - بناء علي شمول نصوص خيار التأخير للمبيع الكلي - لما هو المعلوم من النص والفتوي أيضاً من جواز بيع السلف.

وبذلك يتعين ثبوت الخيار بمضي المدة المشروطة، من دون أن يناط بالثلاثة، لا من حين البيع، ولا من حين مضي المدة المشروطة، كما هو الحال في سائر موارد تخلف الشرط. مضافاً في الثمن إلي معتبر أبي الجارود عن أبي جعفر [أبي عبد الله]: [قال: إن بعث رجلاً علي شرط فإن أتك بمالك، وإلا فالبيع لك] (1)، بناء علي ما سبق في أوائل الكلام في خيار الشرط وفي بيع الخيار من وروده فيما نحن فيه، لا في الموردین المذكورین. وقد تقدم في أول الكلام في موضوع خيار التأخير ما ينفع في المقام.

هذا ولو اشترط تأخير تسليم بعض أحد العوضين فهو أيضاً خارج عن نصوص المقام. ولا إشكال معه في ثبوت الخيار بتأخير تسليم ما اشترط تأخيره عن وقته.

وأما مع عدم المبادرة بتسليم القسم الآخر، فالظاهر جريان ما سبق في قبض البعض من التفصيل بين كون التأخير برضا البائع في الجملة، وما إذا لم يكن برضاه رأساً، فيثبت الخيار في الثاني رأساً، ويتوقف ثبوت الخيار في الأول علي مضي المدة التي ظهر منه الرضا بالتأخير إليها، فإن نقصت عن ثلاثة أيام انتظر ثلاثة أيام، لعين ما سبق هناك من الوجه.

(1) كما هو المتيقن من فتاواهم ومعاهد أجماعاتهم. وهو مورد صحيح زرارة وخبر عبد الرحمن بن الحجاج، والمتيقن من صحيح علي بن يقطين ومعتبر إسحاق بن عمار.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 7 من أبواب الخيار حديث: 2.

ص: 408

وفي ثبوته إذا كان في الذمة قولان (1). والأحوط وجوباً عدم الفسخ إل

(1) فقد استفاد من إطلاق جماعة ثبوت الخيار فيه. بل نسب لجواهر القاضي التصريح بثبوت الخيار فيه، لأنه جعل موضوع المسألة ما إذا باع شيئاً غير معين بثمن معين وادعي الإجماع علي الحكم. لكن من القريب زيادة كلمة: (غير)، كما استظهره شيخنا الأعظم (قدس سره) وغيره، لظهوره في تحديد موضوع الخيار، ولا يحتمل اشتراط عدم التعيين فيه، بحيث لا يصح في المعين. بل ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أن ما وجدته من نسخة الجواهر خال عن كلمة (غير).

وكيف كان فقد يظهر الاختصاص بالشخصي مما في الكلام غير واحد من فرض شراء شيء بعينه أو معيناً، أو فرض كون المبيع مرئياً، أو تركه عند البائع، أو تفريع حكم تلف المبيع، أو التفريق بين ما يفسد ليومه وغيره، ونحو ذلك مما يظهر منه كون مورد الخيار هو العين الشخصية دون الذمية الكلية. ومن ثم يشكل استفادة العموم من إطلاقهم. بل صرح بالاختصاص بالشخصي في محكي المهذب البارع وغاية المرام.

هذا والظاهر اختصاص صحيح زرارة بالشخصي، حيث فرض فيه ترك المبيع عند البائع، المناسب لكونه في حوزته، وتحت سيطرته، وذلك لا يكون في الكلي، بل غاية ما يمكن فيه عدم أخذه من البائع بأخذ فرد منه.

وأما حديثا علي بن يقطين وإسحاق بن عمار فقد قرب شيخنا الأعظم (قدس سره) قصورهما عن الكلي، بسبب اشتمالهما علي لفظ البيع المراد به المبيع، حيث لا يصدق ذلك علي الشيء قبل البيع إلا بلحاظ عرضه للبيع، والذي لا يكون إلا في الشخصي.

لكنه غير ظاهر، لعدم وضوح أبتناء إطلاق البيع علي المبيع في المقام علي صدق المبيع عليه قبل البيع بلحاظ عرضه له، بل هو بيتي علي تكلف مغفول عنه، ولذا لا يصحح ذلك إطلاق المبيع علي ما يعرض للبيع قبل أن يباع، بل الظاهر أبتناء الإطلاق

المذكور في ذلك وفيما نحن فيه علي علاقة الأول و المشاركة، بلحاظ أنه بالبيع يصير مبيعاً، نظير قولنا: من قتل قتيلاً.

فالعمدة في وجه قصور الحديثين وغيرهما أن الظاهر انصراف إطلاق نسبة البيع والشراء للشيء في كونه شخصياً، بحيث يصدق عنوانه قبل البيع، كما أشار لذلك في الجملة شيخنا الأعظم وبعض الأعظم (قدس سره). وذلك لا يكون في الكلّي، بل هو أمر اعتباري، لا ينتزع عنوانه إلا بعد تعلق البيع به. والتعميم للكلّي في كثير من الموارد إنما يكون بقرينة، خارجية أو بإلغاء خصوصية الشخصي عرفاً. ولا مجال لذلك في المقام بعد احتمال خصوصية الشخصي، بلحاظ مؤنة حفظه علي البائع، وتحمله لدركه إذا لم يقبض. ومن ثم يشكل البناء علي عموم موضوع الخيار للكلّي في المقام.

نعم لو كان موضوعه مجرد عدم قبض الثمن - كما هو مقتضي خبر عبد الرحمن بن الحجاج - اتجه عمومه للكلّي، ولو لإلغاء خصوصية الشخصي عرفاً في ذلك. لكن سبق المنع من ذلك.

هذا وقد ألحق شيخنا الأعظم (قدس سره) بالشخصي الكلّي في المعين، كصاع من صبره. لكن حيث كان وجه الاختصاص بالشخصي هو اختصاص النصوص به، أو انصرافها له، فلا - مجال لإلحاق الكلّي في المعين به. نعم لو كان الوجه فيه هو لزوم الضرر علي البائع بحفظ المبيع للمشتري، وضمانه عليه لو تلف، اتجه إلحاقه به. إلا أنه يظهر ضعف الوجه المذكور ما سبق. ثم أن قصور نصوص المقام عن بيع الكلّي في الذمة لا ينافي ثبوت الخيار بعد ثلاثة أيام. لما سبق من أن مقتضي البيع بطبعه التقابض، وأن الخروج عن مقتضاه موجب الخيار.

نعم قد يدعي أن مقتضي ذلك الخيار حتي قبل الثلاثة إذا زاد التأخير عما استفيد من البائع الإذن فيه. إلا أن استفاد اللزوم فيه من نصوص المقام بإلغاء خصوصية مواردّها، أو بالأولوية العرفية، كما هو غير بعيد. وحينئذ لا يترتب علي اختصاص نصوص المقام بالمبيع الشخصي أثر عملي.

برضا الطرفين (1).

(1) يعني: بعد الثلاثة، لفرض احتمال قصور موضوع خيار التأخير عنه. لكن ذلك يبتني علي أن المرجع مع قصوره هو عموم لزوم العقد. أما بناء علي ما سبق منا من أن البيع بطبعه يقتضي التقابض، وأنه مع خروج أحد المتبايعين عن ذلك يثبت الخيار للآخر إلا مع رضاه بالتأخير، وأن نصوص خيار التأخير قد خرجت عن ذلك بالتحديد بثلاثة أيام، فالمتعين الرجوع إلي ما يفهم من إذن البايع بالتأخير.

فإن لم يفهم منه ما زاد علي الثلاثة فمقتضي الاحتياط المذكور هو توقف نفوذ الفسخ في الثلاثة علي رضا الطرفين. أما بعد الثلاثة فيستقل البايع بالفسخ، عملاً بالقاعدة بعد قصور ما تضمنته النصوص من اللزوم عن ذلك.

وإن فهم منه ما زاد عليها تعين عدم جواز الفسخ للبايع، لقصور حكم العقلاء بالخيار حينئذ. إلا أن يبلغه بعدوله قبل أن يترتب من المشتري علي إذن البايع بالتأخير ما يمنعه من المبادرة. أما نصوص المقام فهي قاصرة عن الفرض المذكور حتي في الشخصي، كما تقصر عما إذا لم يرض بالتأخير رأساً، علي ما سبق، وينحصر الأمر بالقاعدة.

بقي في المقام أمور:

الأول: أنه قد يشترط في هذا الخيار شرطان آخران غير ما تقدم.

أحدهما: أن لا يشترط البيعان لهما أو لأحدهما الخيار، كما في السرائر، أو لا يكون لأحدهما خيار كما عن التحرير. ولو كان مراده ما يعم الخيار لهما معاً فالظاهر قصور مراده عن خيار المجلس - ولو يكون مبد الثلاثة أيام عنده من حين التفرق

لثبوته في البيع غالباً، فلو كان مانعاً لزم ندره ثبوت خيار التأخير، وهو مما تأباه النصوص وكلمات الأصحاب.

وكيف كان فقد يستدل عليه بانصراف النصوص إلي ما إذا لم يكن التأخير

بحق، نظير ما تقدم في اشتراط تأخير التسليم. وحينئذ تقصر عن مورد الخيار، لما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار من أنه لا يجب علي المتبايعين التسليم في زمن الخيار. الذي قد يستدل عليه بأن دليل الخيار مخصص لوجوب الوفاء بالعقد، وإذا لم يجب الوفاء بالعقد لم يجب القيام بما يقتضيه من التسليم.

وفيه مع اختصاصه بمن له الخيار، فهو لا ينفع إلا فيما إذا كان الخيار للمشتري في المقام -: أنه بعد فرض صحة العقد وترتب بمضمونه يتعين التسليم لملكية البايع للثمن، فلا يجوز حبسه عنه، و ملكية المشتري للمبيع، فلا يستحق علي البايع حفظه له. ولا سيما بناء علي ما سبق من أن التسليم والتسلم مقتضي الشرط الضمني في البيع، حيث يستحقهما علي البايع بمقتضي الشرط المذكور بعد فرضه صحة البيع.

ومجرد ثبوت الخيار للمشتري لا ينافي ذلك. غاية الأمر أن له رفع منشأ الاستحقاق بفسخ البيع، أما مع عدم فسخه له، وثبوت الاستحقاق، فاللازم العمل عليه، ولا يكون التأخير بحق، لتقصر نصوص المقام عنه.

مضافاً إلي ما أورده غير واحد علي ما في التحرير من أن لازمه عدم ثبوت خيار التأخير في الحيوان، مع ظهور اتفاقهم علي ثبوته فيه، وإن وقع الكلام في أن مدة التأخير في الجارية شهر أو ثلاثة أيام، علي ما سبق.

هذا وقد قرب في الجواهر اشتراط عدم الخيار للبايع مستدلاً بالأصل. وقد يريد به أصالة لزوم العقد المستفاد من عمومات اللزوم، أو استصحاب أثر العقد وعدم ارتفاعه بالفسخ. وسبقه لذلك في مفتاح الكرامة. قال: (لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره، وقد اندفع بغيره. ولدلالة النصوص وفتاوي الأصحاب علي كون البيع لازماً قبل مضي الثلاثة، فينتفي الخيار فيها مطلقاً خيار شرط كان أو غيره. وليس المراد باللزوم نفي خصوص خيار التأخير، لأن التأخير سبب لثبوت أصل الخيار، والحكم لا يتقيد بالسبب).

وفيه: أنه لا مجال للأصل بأي معني أريد مع إطلاق نصوص المقام. علي أنه

سبق أن مقتضى الأصل الخيار للبايع بتخلف المشتري عن القبض والإقباض بالمقدار الذي لم يأذن به البايع.

وأما دفع الضرر فهو لم يؤخذ في الأدلة علة لثبوت الخيار، ليدور مداره وجوداً وهدماً، بل هو علي تقدير ملاحظته حكمة غير مطردة، ولذا يثبت الخيار مع عدم لزوم الضرر علي البايع من التأخير. مع أن الخيار المفروض ثبوته للبايع لا يمنع من حصول الضرر من التأخير، بل هو سبب للتخلص منه، ولا محذور في تشريع خيارين يتلخص بهما من الضرر المفروض.

وأما ظهور النصوص والفتاوي في اللزوم قبل مضي الثلاثة فهو إنما يقتضي بدءاً التنافي بين إطلاق نصوص المقام وإطلاق دليل الخيار المفروض للبايع. وليس تقديم إطلاق دليل الخيار المذكور بأولي من تقديم إطلاق نصوص المقام. بل الأولي عرفاً في رفع التنافي بين الإطالقين هو الحمل علي اللزوم من حيثية التأخير، كما عليه العمل في سائر موارد الخيارات المتعددة.

مع أن المراد بخيار البايع المفروض إن كان هو الخيار قبل مضي الثلاثة فلا مجال للوجه الأول المتقدم من مفتاح الكرامة. لظهور أن اندفاع ضرر التأخير قبل الثلاثة بالخيار المفروض لا ينافي ثبوت الضرر بالتأخير بعد الثلاثة، واندفاعه بخيار التأخير. وإن كان هو الخيار بعد مضي الثلاثة فلا مجال للوجه الثاني، لظهور أن ثبوته لا ينافي اللزوم قبل الثلاثة.

هذا وقد احتمل في الدروس جريان خيار التأخير بعد الثلاثة من حين البيع إذا كان الخيار للمشتري وحده، وبعد الثلاثة من حين انتهاء زمان الخيار إذا كان الخيار لهما. ومما تقدم يظهر أن المتعين البناء علي الأول. وأما الثاني فهو خروج عن ظاهر النصوص، أو كالصريح منها من أن الثلاثة من حين البيع، والالتزام بخروج المورد عن موضوع النصوص أهون من ذلك. بل مما سبق يظهر أن اللازم البناء علي عموم النصوص له والعمل فيه بظاهرها من أن الثلاثة من حين البيع. غاية أنه قد

يلزم اجتماع خيارين للبايع، وليس هو محذوراً.

ثانيهما: تعدد المتعاقدين، لأن النص مختص بصورة التعدد. وفيه: أن النصوص إنما تضمنت تعدد البايع والمشتري اللذين وظيفتهما القبض والإقباض، وذلك يمكن فرضه مع وحدة الوكيل عنهما في إجراء الصيغة.

نعم قد لا يصدق مع إتحاد الوكيل عنهما في تولي المعاملة الاستقلال بها، وكذا الولي عليهما. وحينئذ إن كان العوضان بيده فلا موضوع للخيار، لتحقق القبض بمجرد إجراء عقد البيع. وإلا فالنصوص وإن قصرت عنه لفظاً، إلا أن إلغاء خصوصية موردها عرفاً من هذه الجهة قريب جداً، كما هو الحال في سائر أدلة أحكام البيع، ومنه ما يتعلق بما نحن فيه من تحمل البايع تلف المبيع قبل قبضه.

الثاني: هل تبدأ الثلاثة أيام من حين وقوع العقد، أو من حين التفرق؟ نسب في مفتاح الكرامة لجماعة من الأعيان الثاني، لتعبيرهم بالتفرق والمضي ونحوهما حيث يناسب ذلك كونها هي الموضوع للتأجيل.

لكن كلام جملة منهم لا ينهض به، لأنهم عبروا بعدم القبض أيضاً، والقبض متفرع علي العقد. والإنصاف أن النظر في مجموع كلماتهم شاهد بعدم توجههم لذلك.

وكيف كان فظاهر صحيح علي بن يقطين ومعتبر إسحاق بن عمار وخبر عبد الرحمن بن الحجاج أن مبدأها البيع والشراء، لتفريع ضرب الأجل فيها عليهما.

وقد يظهر من صحيح زرارة أن مبدأها التفرق، لتفريع ضرب الأجل فيه علي قوله: (فيقول: حتي آتيك بثمانه).

لكن القول المذكور من المشتري قد يكون سابقاً علي التفرق مقارناً للشراء المفروض في كلام السائل. مع أنه يتعين تنزيهه علي أن ضرب الأجل بلحاظ الشراء المفروض، جمعاً مع بقية النصوص التي يقوي ظهورها في ذلك، لعدم الإشارة فيه

(مسألة 40): يختص هذا الخيار في البيع (1)، ولا يجري في غيره.

(مسألة 41): ما يفسده المبيت مثل بعض الخضر والبقول و اللحم في بعض الأوقات يثبت الخيار فيه عند دخول الليل (2). ويختص هذا

الحكم

للتفرق. خصوصاً بعد أن كان الشراء هو منشأ استحقاق القبض والإقباض، اللذين يظهر من النصوص الاهتمام بتحديد أمدهما وحلّ المشكلة الحاصلة بتركهما.

نعم بناء علي ما سبق من مفتاح الكرامة من أن ظهور النصوص في لزوم البيع في مدة الثلاثة تلزم بقصورها عما لو كان هناك خيار للبايع فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه يتعين حمل الثلاثة في نصوص المقام علي ما بعد التفرق. لكن سبق ضعف المبني المذكور.

الثالث: صرح غير واحد أنه لو قبض الثمن فظهر مستحقاً فهو كما لو لم يقبضه، ولو كان بعضه مستحقاً فهو كما لو قبض البعض. ووجهه ظاهر، لعدم صلوح المستحق لأن يكون ثمناً. نعم لو أجاز صاحب الحق القبض المذكور قبل فسخ البيع تعين للثمنية من حين القبض، بناء علي ما هو الظاهر من الكشف، ومن حين الإجازة، بناء علي النقل. وحينئذ تترتب أحكامه.

أما لو كان الثمن معيياً فالظاهر صحة القبض وترتب أثره، كما صرح به غير واحد أيضاً. لصدق عنوان الثمن - من الدرهم والدينار ونحوهما - عليه. وجواز امتناعه عن قبضه ومطالبته بتبديله بعد قبضه ليس لعدم صدق الثمن عليه، بل لبناء العقلاء علي ذلك، أو لكون الصحة شرطاً ضمناً فيه. فلاحظ.

(1) وفي مفتاح الكرامة أنه قضية كلام الأصحاب. بل الظاهر المفروغية عن ذلك. لاختصاص النصوص بالبيع. والمرجع في غيره القواعد التي قد تقتضي اللزوم وقد تقتضي الخيار من دون تحديد بثلاثة أيام، علي اختلاف الموارد.

(2) هذا الخيار في الجملة معروف عند الأصحاب، وفي كشف الرموز أنه ل

يعرف فيه خلافاً، وعن المهذب البارع وغاية المرام والمقتصر أن الأصحاب قد عملوا بالرواية التي تضمنته، وادعي في الغنية الإجماع عليه.

والعمدة فيه صحيح بن يعقوب بن يزيد عن محمد أبي حمزة أو غيره عن ذكره عن أبي عبد الله و [أو] أبي الحسن (عليه السلام): (في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه، ويتركه حتى يأتيه بالثمن. قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له)(1).

وذكر في الوسائل رواية الصدوق بسنده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: (العهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلي الليل)(2). لكن الظاهر أنه من كلام الصدوق (قدس سره) نفسه بعد رواية بالسند المذكور، نظير ما تقدم عند الكلام في استثناء الجارية من عموم خيار التأخير.

فالعمدة الحديث الأول المنجبر ضعفه بظهور عمل الأصحاب به، لشيوع الفتوي منهم بالخيار المذكور، وانحصار الدليل عليه بهذا الحديث.

ومنه يظهر اختصاص هذا الخيار بصورة عدم قبض الثمن، وعموم ترك المبيع فيه عند البائع بصورة قبض المشتري له، نظير ما تقدم في صحيح زرارة من نصوص خيار التأخير.

هذا وقد حاول بعض مشايخنا (قدس سره) - بالنظر إلي مبناه من عدم انجبار ضعف السند بعمل الأصحاب - توجيه الخيار المذكور بالقاعدة، لما سبق من أن البيع بطبعه يقتضي التسليم والتسلم، فعدم حصولهما من المشتري يوجب الخيار للبائع، إلا إذا كان التأخير بإذنه، وإذنه في المقام لا تشمل صورة تعرض المبيع للتلف، فيتعين ثبوت الخيار له.

لكن ذلك وإن كان متيناً في نفسه، إلا أنه لا يقتضي تحديد الخيار بدخول الليل،

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 11 من أبواب الخيار حديث: 1، 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 11 من أبواب الخيار حديث: 1، 2.

ص: 416

بل بخصوص مضي المدة التي يستفاد من البايع الترخيص في التأخير لها، وكثيراً ما تكون قبل دخول الليل. كما قد تكون بعده ولو لجهل البايع بحال المبيع.

ومن هنا فالظاهر انحصار مدرك الخيار بحدوده المذكورة في كلام الأصحاب بالحديث المذكور. وأما الاستدلال عليه بقاعدة نفي الضرر فيظهر ضعفه مما سبق في الاستدلال بها علي خيار التأخير.

هذا ولو حمل اليوم في الحديث المذكور وعبارات الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) علي خصوص النهار - كما هو معناه لغة - لم يكن في الخيار فائدة للبايع، لفرض فساد المبيع. ولعله لذا جعل في الدروس وجامع المقاصد موضوع هذا الخيار ما يفسده المبيت. وكأنه لحملهما اليوم في الحديث المتقدم علي ما يعم الليل، لشيوع ذلك في استعمالات العرف، فيتعين الحمل عليه بقرينة ما سبق، الراجع لمناسبة الحكم والموضوع.

هذا وقد قال في التنقيح: (والتحقيق أن الفساد ليوهه ليس ضابطاً، بل إلي أن يشرف علي الهلاك). لكن دليله علي الخيار إن كان هو الحديث المتقدم فهو لا يناسب ذلك. وإن كان هو دليل نفي الضرر فقد سبق الإشكال فيه.

علي انه كما يمكن اندفاع الضرر بالخيار يمكن اندفاعه بولاية البايع عند إشراف المبيع علي التلف علي بيع المبيع، أو تقبله لنفسه بقيمة المثل، واستخراج الثمن الذي يستحقه، من الثمن الثاني، فإن نقص عما يستحقه طالب المشتري بباقيه، وإن زاد عليه حفظ الزائد له.

بل لا يبعد البناء علي الولاية المذكورة من باب الحسبة في نظائر المقام، كالوديعة واللقطة ونحوهما. ويناسبه موثق السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام):

(أن أمير المؤمنين (عليه السلام) سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين. فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): يقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنه يفسد وليس له بقاء. فإن جاء طالبها غرموا له الثمن. فقليل يا أمير المؤمنين (عليه السلام):

لا يدري سفرة مسلم أو سفرة مجوسي. فقال: هم في سعة حتى يعلموا(1).

بل مقتضي التعليل فيه بأنه يفسد وليس له بقاء التعدي عن مورده لنظائره، ومنه المقام، لولا الخروج عنه بالحديث المتقدم، بناء علي ما سبق من نهوضه بالاستدلال.

نعم التعليل ارتكازاً إنما يصلح تعليلاً لإبداله في حق مالكة بالعوض. من دون أن ينهض بتعيين المشتري، بل يعم ارتكازاً غير الواجد لو تيسر. كما لا يمنع من الزيادة علي قيمة المثل لو وجد البادل، بل مقتضي ولاية الحسبة تحري الزيادة حينئذ، كما لعله ظاهر.

وبذلك يظهر أنه لا مجال للتعدي في هذا الخيار عن مورد الحديث المتقدم، كما صدر من بعضهم. ففي التذكرة: (لو كان مما يصبر يومين احتمال أن يكون له الخيار إلي الليل، والي اليومين عملاً بأصالة العقد ولزومه). وفي الدروس: (و الأقرب اطراد الحكم في كل ما يسارع إليه الفساد عند خوف ذلك، ولا يتقيد بالليل). ووافق في ذلك غيره. حيث لا مجال لشيء من ذلك بعد أن كان مقتضي القاعدة في ملك الغير إذا تعرض للفساد ما سبق.

غاية الأمر أنه إذا ابتني التأخير من المشتري علي الخروج عن مقتضي البيع بالوجه غير المأذون فيه من قبل البائع كان للبائع الفسخ أيضاً.

والحاصل: أن مقتضي القاعدة الأولية هو جواز الفسخ للبائع في كل مورد خرج فيه المشتري عن مقتضي طبيعة البيع من القبض والإقباض. ولا يخرج عن ذلك إلا في مورد الحديث المتقدم، فليس له الفسخ فيه إلا إلي الليل.

فإن لم يفسخ في مورد الحديث المذكور أو لم يكن له الفسخ، لخروجه عن مورد الحديث المتقدم، أو لرضاه بالتأخير ولو جهلاً بحال المبيع، كان له - بمقتضي ولاية الحسبة - تقبل المبيع لنفسه بقيمة المثل، أو يبيعه علي غيره بالقيمة المذكورة أو أكثر إن

(1) وسائل الشيعة ج: 17 باب: 23 من أبواب اللقطة حديث: 1.

ص: 418

تيسر، ويستخرج حقه من الثمن إذا لم يكن قد قبضه، فإن زادت القيمة علي الثمن حفظ الزيادة للمشتري، وإن نقصت طالب المشتري بباقي الثمن.

نعم إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع فحيث لا يكون تلفه عليه لا مجال لولاية الحسبة في حق البايع، لعدم كون التصرف المذكور صلاحاً في حق المشتري غالباً. غاية الأمر أنه قد يقطع بعدم رضا الشارع بتلف المبيع وضياع ماليته، فيجوز للبايع التصرف فيه - بالبيع أو غيره - بما هو الأصلح للمشتري. فلاحظ.

وكيف كان فلا مجال للفسخ في غير مورد الحديث المتقدم، لمجرد مشابهته له في التعرض للفساد. فإنه بالقياس أشبه.

كما لا مجال لاستفادة حكمه من النص بعد عدم تضمن النص التعليل الذي ينهض بالعموم، بل غايته الإيماء، كما في مفتاح الكرامة، وهو لا يبلغ الظهور الحجة، بخلاف مقتضي التعليل المستفاد من موثق السكوني.

بقي في المقام أمور:

الأول: قال في الدروس: (وبكفي في الفساد نقص الوصف وقلة الرغبة). وقد وافقه فيه غير واحد ممن تأخر عنه وقد قرب شيخنا الأعظم (قدس سره) ذلك بأن مورد النص والفتوي الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك.

وما ذكره وإن تم في فتوي الأصحاب، إلا أنه لا يتم في النص، بناء علي ما تقدم منا - ويظهر منه (قدس سره) - من انحصاره بالحديث المتقدم، دون مانسبه في الوسائل للصدوق.

نعم لا يبعد حمل الفساد في الحديث علي ما يعم ذلك، لأنه الشايح الابتلاء. ولا سيما مع فهم قدماء الأصحاب منه ذلك، وهم الأقرب للعرف الحاصل في عهد النص. فلاحظ.

هذا ولا ينبغي الإشكال في قصوره عن فوت السوق. وما يظهر من الشهيد في

بالمبيع الشخصي (1).

الدروس من التردد في عموم الحكم له في غير محله. نعم لو كان دليل الحكم هو لزوم الضرر اتجه عموم الحكم له. لكن سبق المنع من ذلك.

الثاني: إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري له - كما هو الظاهر منهم في تحرير موضوع الخيار - كان من مال البائع، لنظير ما تقدم في خيار الثلاثة أيام. ولعل عدم تعرض كثير منهم لذلك لاكتفائهم بما ذكروه هناك.

لكن في مجمع البرهان: (يثبت له الخيار بين الصبر حتي يتلف ويأخذ الثمن من المشتري والفسخ...) وظاهره أن تلفه لو لم يفسخ من مال المشتري. ولم يتضح وجهه.

نعم لو قبضه المشتري، ثم تركه عند البائع - بناء علي ما أشرنا إليه آنفاً من عموم النص لذلك - لكن حيث سبق أن اللازم بمقتضي ولاية الحسبة قبله بقيمة المثل أو بيعه، فاللازم ضمان البائع له. إلا أن لا يكون مفراطاً بتركه حتي تلف. فلاحظ.

الثالث: لو كان المشتري قد دفع الثمن للبائع وترك المبيع عنده خرج ذلك عن مورد النص، وتعين الرجوع لمقتضي القاعدة التي سبق منا التعرض لها.

نعم لا يبعد عدم جواز الفسخ للبائع قبل الليل لو كان المستفاد منه الرضا بالتأخير مدة قليلة تنقضي قبل دخول الليل، لأن القاعدة وإن اقتضت جواز الفسخ له حينئذ كما سبق، إلا أن من القريب إستفادة المنع منه من النص بالأولية العرفية. أما لو لم يرض بتركه عنده رأساً فالظاهر أن له المبادرة بالفسخ رأساً سواء دفع له الثمن أم لا، لخروجه عن مورد النص، نظير ما سبق في خيار الثلاثة أيام.

(1) كما صرح به شيخنا الأعظم (قدس سره) والظاهر عدم الإشكال فيه. لأن المستفاد عرفاً من النص كون جعل الخيار لتلافي محذور لزوم الفساد، وهو إنما يلزم في الشخصي. وقد ألحق (قدس سره) به الكلي في المعين. لكن الظاهر انصراف النص عنه، كم

(مسألة 42): يسقط هذا الخيار (1) بإسقاطه بعد الثلاثة (2). وفي سقوطه بإسقاطه قبلها وباشتراط سقوطه في ضمن العقد إشكال (3).

تقدم في خيار التأخير ثلاثة أيام، وتقدم ما ينفع في المقام.

(1) يعني: خيار التأخير في الثلاثة. أما خيار ما يفسد ليومه فيظهر المعيار في سقوطه مما يأتي في خيار التأخير. غاية الأمر أنه إذا سقط فاللازم إعمال ولاية الحسبة في المبيع علي النحو المتقدم.

(2) قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (بلا إشكال ولا خلاف) ويظهر من مفتاح الكرامة والجواهر المفروغية عنه، قالاً فيهما: (كما هو شأن الحقوق). ولا ينبغي الإشكال في كونه من الحقوق وإن لم يصرح بذلك في النصوص، لأن المستفاد منها كون ثبوته للإرفاق بالبايع، المناسب لجعل الخيار حقاً له.

بل حيث كان لزوم البيع في حق المتبايعين حقياً راجعاً إلي أن لكل منهما الحق في منع الآخر من الفسخ وإن كان لهما الاتفاق علي الفسخ بالتقاييل، فسلب حق المشتري في التمسك بالبيع - كما تضمنته نصوص المقام - راجع إلي انفراد البايع بالحق فيه. فلاحظ.

(3) أما إسقاطه قبل انقضاء الأيام الثلاثة فقد صرح في مفتاح الكرامة بعدم ترتب الأثر عليه، وحكاه في الجواهر عن بعض الأساطين.

واحتمل ترتب الأثر عليه في خيارات الشيخ علي كاشف الغطاء والجواهر وغيرهما، لتقدم السبب الذي هو العقد. وزاد شيخنا الأعظم (قدس سره) فحوي جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

لكن العقد موضوع للخيار لا سبب له، وليس سببه إلا التأخير عن الثلاثة المفروض عدم حصوله. علي أنه لو فرض كون العقد سبباً في الجملة، إلا أن المفروض عدم حصول الخيار بعد الذي هو موضوع الإسقاط، فإسقاطه إسقاط لما لم يجب.

وأما ما عن بعض الأعظم (قدس سره) من أن فعلية الخيار وإن كانت عند الثلاثة، ولكن مبدأه، وهو استحقاق مطالبة الثمن في كل آن موجود من حين العقد، فمرجع إسقاطه إلي اجتيازه عن حقه الثابت بالعقد.

فهو لا يرجع إلي محصل ظاهر. إذ المراد بمبدأ الخيار إن كان هو أول وجوده فهو لا يناسب اعترافه بأن فعليه الخيار عند الثلاثة. مع ظهور مباينة استحقاق مطالبة الثمن للخيار. وإن كان المراد بمبدأ الخيار سببه فلو سلم ذلك، إلا أن من الظاهر أن إسقاط الخيار لا يرجع إلي إسقاط حق المطالبة بالثمن، ليكون تأخير الثمن بحق، ويخرج عن مورد نصوص الخيار.

نعم ذكر السيد الطباطبائي (قدس سره) أن مرجع إسقاط الخيار في المقام إلي إسقاطه بعد وجوده بمضي الثلاثة. وغاية ما يلزم هو التعليق في الإسقاط، ولا محذور فيه بعد انحصار دليل مبطلية التعليق بالإجماع القاصر عن المقام.

لكن سبق في آخر المسألة الثالثة والعشرين أن ذلك قد يتجه في العقود، لثبوت عموم النفوذ فيها، ولا مجال له في الإسقاط ونحوه من الإيقاعات، لعدم ثبوت عموم يقتضي نفوذها، بل لا بد في البناء علي نفوذها من الاقتصار علي المتيقن، وهو غير صورة التعليق. فراجع.

وأما الفحوي التي ذكرها شيخنا الأعظم (قدس سره) فهي في غاية المنع، كما يظهر مما يأتي، وسبق عند الكلام في سقوط خيار المجلس بالإسقاط.

وأما سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد فهو المصرح به في الدروس وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة وخيارات الشيخ علي كاشف الغطاء والجواهر ومحكي كنز الفوائد وتعليق الإرشاد وغيرها. بل نقل شيخنا الأعظم (قدس سره) عن بعضهم دعوي الإجماع عليه. لعموم نفوذ الشروط.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من الإشكال في ذلك بناء علي عدم صحة الإسقاط قبل مضي الأيام الثلاثة بأن الشرط لا ينهض بشرعية إسقاط ما لا يقبل

الإسقاط بدون الشرط.

ففيه: أن المشروط في المقام ليس هو سقوط الخيار فعلاً، ليلزم منه محذور إسقاطه قبل الثلاثة، وهو سقوط ما لم يجب، بل سقوطه معلقاً علي تحقق موضوعه، وهو مضي الثلاثة، فهو يسقط بالشرط في مرتبة متأخرة عن تحقق موضوعه الموجب لثبوته إقتضاء.

غاية الأمر أنه لا دليل علي نفوذ الإسقاط المعلق ابتداءً، كما سبق. أما اشتراط السقوط معلقاً فيكفي فيه عموم نفوذ الشرط، لصراحة النصوص في عموم نفوذها لصورة كون المشروط أمراً معلقاً علي أمر لم يحصل بعد. كما يظهر بالرجوع لما سبق عند الكلام في اشتراط سقوط خيار المجلس في العقد.

(1) كما احتمله في الدروس والمسالك والروضة وظاهر جامع المقاصد، وجعله الأظهر في الرياض والمستند، وجزم به في الجواهر وخيارات الشيخ علي كاشف الغطاء ومحكي مصابيح السيد الطباطبائي. بل ربما يدعي أنه ظاهر الأكثر، لأنهم لم يتعرضوا لسقوطه بذلك، مع كونه مورد الحاجة والعمل.

وكيف كان فقد استند الأكثر للاستصحاب. ويظهر ضعفه مما تقدم غير مرة من أنه لا مجال لاستصحاب حكم المخصص، بل المرجع عموم العام، وهو في المقام عموم لزوم العقود.

وزاد في الجواهر الإطلاق. وهو قريب جداً، لأن إطلاق نفي البيع في النصوص بعد أن لم يحمل علي بطلانه، بل علي سلب سلطنة المشتري عليه، المستلزم لانحصار السلطنة عليه بالبيع، فمقتضي إطلاقه عدم رجوع سلطنة المشتري عليه ببذل الثمن أو غيره.

ودعوي تنزيل الإطلاق علي مورد الضرر، وانصرافه عن صورة ارتفاعة.

ولا بمطالبة البايع المشتري بالثمن (1). نعم الظاهر سقوطه بأخذه الثمن

ممنوعة بعد عدم الإشارة في النصوص لذلك. غاية الأمر أن منصرف النصوص ثبوت الخيار إرفاقاً بالبايع، وهو لا يقتضي التقييد المذكور. هذا وقد صرح في التذكرة والقواعد بسقوط الخيار بذلك. قال في الأول: (لزوال المقتضي لثبوته، وهو التصرر بالتأخير). لكن سبق أن الضرر ليس هو الدليل علي الخيار. ولو كان دليلاً فقصوره عن المورد لا ينافي العموم، تبعاً للإطلاق الذي تقدم تربيته.

(1) كما في التذكرة والقواعد والمسالك والروضة وغيرها. وصريح المسالك والروضة عدم سقوط الخيار به وإن كان قرينة علي الرضا بالعقد. لكنه في غاية الإشكال. لظهور قوله (عليه السلام) في صحيح علي بن رثاب الوارد في خيار الحيوان: (فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضا منه فلا شرط له) (1) في مسقطية الرضا للخيار. وهو وإن ورد في خيار الحيوان، إلا أن إلغاء خصوصية قريب جداً. ولا سيما مع ظهور تفريع نفي الشرط علي الرضا في التعليل، فإن مقتضى إرتكازيته عدم الفرق في ذلك بين الخيارات. وقد تقدم في المسألة الثامنة والعشرين في مسقطات خيار الغبن ما ينفع في المقام.

نعم يتجه منع دلالة المطالبة بالثمن علي الرضا بالعقد. لإمكان كون الغرض منه استكشاف البايع حال المشتري مع احتفاظه بحقه في الفسخ ولا سيما أن المشتري قد لا يستجيب له، ويبقى ضرر الصبر علي البايع لو رضي بالبيع وفقد حق الخيار.

ومن ثم يتعين البناء علي عدم السقوط به، لا للاستصحاب، كما هو صريح بعض من سبق وظاهر آخرين، بل للإطلاق بالوجه المتقدم.

ومورد كلامهم المطالبة بعد الثلاثة أيام أما المطالبة قبلها فلا منشأ لتوهم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 424

منه بعنوان الجري علي المعاملة (1)، لا بعنوان العادية أو الوديعة. ويكفي ظهور الفعل (2) في ذلك (3) ولو بواسطة بعض القرائن.

(مسألة 43): في كون هذا الخيار علي الفور أو التراخي قولان (4) أقواهما الأول.

سقوط الخيار بها.

(1) لدلالته حينئذ علي الرضا بالعقد. نعم يختص ذلك بما إذا كان عالماً بثبوت الخيار له، إذ مع جهله بثبوته يكون الجري علي مقتضي العقد لاعتقاد لزومه عليه، لا لرضاه به.

(2) وهو أخذ الثمن.

(3) هذا إنما يكفي ظاهراً مع الشك، أو في مقام التشاح والخصومة. ولا يكفي واقعاً لو لم يصادف الرضا، كما لعله ظاهر.

(4) ونسب القول بالتراخي للشهيد في قواعده والسيد الطباطبائي (قدس سره) في مصابحه وظاهر التذكرة. ويظهر من جامع المقاصد التردد فيه. وفي الجواهر وخيارات الشيخ علي كاشف الغطاء أنهما لم يجدا هنا قائلًا بالفورية. وإن جرح لها في الثاني وللتراخي في الأول، وذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أنه لا يخلو من قوة.

وكيف كان فالظاهر التراخي، بناء علي ما سبق من ظهور نصوص المقام في إطلاق الخيار. وبه يخرج عن عموم لزوم العقود، الذي سبق أنه المرجع مع الشك دون استصحاب الخيار. بل يصعب الجمع بين الفورية وعدم سقوط الخيار بإحضار المشتري الثمن بعد الثلاثة، ولا بمطالبة البائع له بالثمن بعدها، كما صدر من سيدنا المصنف (قدس سره).

نعم قد يراد بالفورية مالا ينافي عدم سقوطه مع العذر في عدم المبادرة بالنحو الذي تقدم في خيار الغبن. لكنه أمر آخر.

(السادس): خيار الرؤية (1). ويتحقق فيما لو رأى شيئاً ثم اشتراه

كما أنه لا يبعد انصراف إطلاق النص عما إذا لم يمكن رجوع المبيع بنفسه للبايع، كما لو خرج عن ملك المشتري. نظير ما تقدم في خيار الغبن وإن اختلفا بأن دليل الخيار هناك بناء العقلاء، وهنا إطلاق النص. فلاحظ.

(1) ثبوت الخيار المذكور في الجملة مفروغ عنه بين الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) وفي خيار الشيخ كاشف الغطاء: (ودليل هذا الخيار الإجماع المحصل

- علي الظاهر - فضلاً عن المنقول. وفي الحدائق أنه محل وفاق، وفي غيرها: وهو إجماعي. ونفي عنه الخلاف في الرياض. وفي الكفاية ومجمع البرهان: كأنه لا خلاف فيه). وذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أن عليه الإجماع المحقق والمستفيض.

ويدل عليه من النصوص صحيح جميل بن دراج: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها. فلما أن نفذ المال صار إلي الضيعة فقلبها [فتشها] ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله. فقال أبو عبد الله (عليه السلام): إنه لو قلب منها [قلبها] ونظر [منها] إلي تسعة [تسع] وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية (1). وهو وإن ورد في مورد خاص، إلا- أن التعبير بخيار الرؤية ظاهر في ثبوت الخيار بالرؤية لكل من اشترى ولم ير المبيع، كما هو صريح ما رواه العامة عن النبي (صلي الله عليه وآله وسلم) أنه قال: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه) (2).

وقد يستدل أيضاً بصحيح زيد الشحام: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى سهام القصابين قبل أن يخرج السهم. فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم. فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج) (3).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 15 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) سنن الدار قطني ج: 3 ص: 5، 4 حديث: 8، 10. والسنن الكبرى ج: 5 ص: 268.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 15 من أبواب الخيار حديث: 2.

فوجده علي خلاف ما رآه (1) أو اشترى موصوفاً غير مشاهد، فوجده علي

لكنه لم يتضمن ثبوت الخيار بسبب الرؤية، بل بسبب تعيين المبيع بعد إشاعته فإنه لا يراد به شراء السهم المشاع، إذ لا إشكال في جواز شرائه، ولأنه لا يوصف بالخروج، وإنما يراد به شراء المعين قبل تعيينه بنحو من التعليق، نظير شراء الثمرة قبل ظهورها، غايته أن التعليق في شراء الثمرة علي وجودها بعد العدم، وهنا علي تعيين السهم بعد إشاعته. وحينئذ فالحديث يدل علي ثبوت الخيار بعد تعيين السهم.

وبذلك يظهر حال ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن الصحيح إذا لم يرد في شراء المشاع فهو وارد في شراء المردد الباطل.

إذ شراء المردد الباطل إنما يكون مع تميز السهام في أنفسها، ووقوع البيع علي أحدها المردد، نظير شراء أحد العدلين، وطلاق إحدي الزوجتين. أما مع عدم تميزها بعد، وشراء ما سوف يتميز للبايع، فهو من شراء المعين معلقاً علي تعيينه، كما ذكرنا. ولا محذور فيه عقلاً. والصحيح ينهض بإثبات صحته، وأن فيه الخيار. غايته أن الخيار فيه ليس خيار الرؤية، بل خيار آخر مشابه له. وينحصر الدليل علي خيار الرؤية بصحيح جميل. وكفي به دليلاً في المقام، مؤيداً بالنبوي المتقدم.

وبذلك يظهر حال معتبر عبد الأعلى بن أعين: (نبئت عن أبي جعفر أنه كره بيعين: اطرح وخذ علي غير تقليب، وشراء ما لم تر) (1) ونحوه غيره (2). حيث يتعين حملة علي الكراهة، أو الإرشاد إلي عدم لزوم البيع وثبوت الخيار فيه.

(1) إن كان المراد بذلك الرؤية حين البيع مع الخطأ في المرئي، كما لو رأي الثوب فتخيله أبيض فبان أسمر، أو رأي بيتاً فتخيله واسعاً فبان ضيقاً، فلا وجه لثبوت الخيار، ولا ينهض به صحيح جميل، لظهوره في عدم الرؤية أصلاً لبعض

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 18 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 18 من أبواب الخيار حديث: 2، باب: 12 من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: 14.

الضيعة، كظهور النبوي في عدم الرؤية أصلاً للمبيع.

ولعله إلي ذلك يرجع ما ذكره في الخلاف من أنه إذا اشترى جارية رأى شعرها جعداً ثم وجده سبطاً لم يكن له الخيار. معللاً بأنه لا دليل علي كونه عيباً. لظهور أن التعليل المذكور إنما ينهض بنفي خيار العيب. ولا يمنع من ثبوت خيار الرؤية إذا تحقق موضوعه.

نعم قد يتجه الخيار مع استناد الخطأ لإيهام حال المبيع بغش أو نحوه، بحيث يكون الأقدام عرفاً مبنياً علي الحال التي أوهمها المبيع، لتخلف الوصف المتوهم. أما إذا كان لمحض الخطأ من المشتري فلا منشأ للخيار.

وإن كان المراد به الرؤية السابقة علي المبيع، بأن يكون ظهور المبيع علي خلاف ما رآه لتغير المبيع في تلك المدة. فإن كان المفروض في ذلك الغفلة وعدم احتمال التغير، فكأن الوجه في اعتبار الرؤية حينئذ هو لزوم العلم بالعوضين الراجع للغرر، الذي سبق في أوائل الفصل الثالث أنه المعروف بين الأصحاب، المدعي عليه الإجماع في كلام غير واحد، منهم لعموم النهي عن بيع الغرر. وسبق منا المنع منه.

وهو المناسب لصحيح جميل والنبوي المتقدمين، لصراحتها في صحة بيع ما لم ير، وإن ثبت بعد الرؤية الخيار. كما قد يستفاد أيضاً من صحيح زيد الشحام، لأنه إذا صح بيع السهم قبل خروجه فصحته بعد خروجه قبل العلم بصفاته إن لم يكن أولي عرفاً فلا أقل من كونه مثله.

وأشكل من ذلك ما لو كان المراد صورة الالتفات والشك في تغير المبيع عما كان عليه حين الرؤية السابقة. لظهور أن الرؤية المذكورة - مع عدم الإشارة في الحديثين لها، بل ظهورهما في عدم اعتبارها في صحة البيع - لا تنفع في رفع الجهل بحال المبيع حين البيع بناء علي مانعيته من صحة البيع. ولا مجال لاستصحاب بقاء المبيع علي حاله، لأن موضوع الأثر - بناء علي اعتبار العلم بحال المبيع حين البيع - ليس هو بقاء الحال السابق، بل العلم بحال المبيع الراجع للغرر، وهو غير حاصل بالاستصحاب.

كما أنه لم يتضح بناء العقلاء علي أصالة عدم تغييره عن حاله، ليرجع البناء المذكور إلي ارتفاع الغرر عرفاً مع الرؤية السابقة. وقد تقدم نظير ذلك في المسألة السابعة من فصل شروط العوضين.

ولعله لذا يظهر من الأصحاب انحصار الأمر مع عدم الرؤية الرافعة للجهل بالمبيع بالوصف الراجع له. قال في التذكرة: (يجب ذكر وصف المبيع أو مشاهدته عند علمائنا أجمع... ولا يكفي ذكر الجنس، بل لابد من ذكر النوع... ولا يكفي ذكرهما عندنا إلا مع ذكر الصفات الرافعة للجهالة...) بل قد يظهر من بعضهم إنه لابد من رؤية العين الحاضرة. ولا يكفي الوصف إلا في الغائبة.

علي أنه لا يخلو عن إشكال أيضاً.

أولاً: لأن الوصف إنما يرفع الغرر - المفروض مبطليته للمبيع - إذا أوجب العلم أو الوثوق بمطابقته للواقع، مع أنهم لم يعتبروا ذلك.

ودعوي: أن ابتناء البيع علي الوصف لما كان يوجب الخيار للمشتري يخرج البيع عن كونه غريباً. مدفوعة بأن ذلك - مع توقفه علي ابتناء البيع علي الوصف، كما يأتي، وعلي التفات المشتري لثبوت الخيار بتخلف الوصف - وإن تم في نفسه كما ذكرنا نظيره في خيار الغبن، إلا أنه لا يتم علي مبناهم من لزوم العلم بالعوضين، لأنه يقتضي جواز شراء المجهول من دون وصف بشرط الخيار لو لم يعجب المشتري، أو لم يكن واحداً للوصف الخاص، أو نحو ذلك، ولا يظهر منهم البناء علي ذلك، بل لابد عندهم من العلم بحال العوضين، أو وصفهما بما ينبغي العلم به من حالهما.

ثانياً: لما سبق من عدم الدليل علي مانعية الغرر بنحو يقتضي العلم بحال العوضين. وهو المناسب أيضاً للحديثين المتقدمين، لعدم الإشارة فيها للوصف بالنحو المذكور. بل صحيح جميل كالصريح في ذلك، كما سيأتي توضيحه.

نعم قال الشيخ (قدس سره) في الخلاف مستدلاً علي صحة البيع بالوصف مع خيار الرؤية: (وأيضاً روي عنهم (عليه السلام) أنهم سئلوا عن بيع الجرب الهروية، فقالوا: لا بأس

به إذا كان لها بارنامج، فإن وجدها كما ذكرت، وإلا ردها(1). ومقتضاه توقف صحة بيع المجهول علي وصف المبيع، وأن الخيار إنما يثبت مع الخروج عنه. ومقتضاه رجوع خيار الرؤية إلي خيار تخلف الوصف.

لكن الحديث المذكور لا أثر له في كتب الحديث، ولا في كلمات الفقهاء في مقام الاستدلال، عدا التذكرة وبعض من نقل عنه فيما تسر لنا العثور عليه. ومن القريب أن يكون قد أخذه من الخلاف وإلا فمن البعيد جداً أن يكون في المتناول من كتب الحديث إلي عصر العلامة (قدس سره)، ثم يختفي بعد ذلك ومن هنا لا ينهض بالاستدلال بعد ضعفه في نفسه بالإرسال، وعدم إنجباره بعمل الأصحاب.

بل لا يخلو في نفسه عن الريب بسبب عدم وجوده في كتب الحديث، خصوصاً التهذيبيين كتابي الشيخ نفسه. ولا سيما أن كتاب التهذيب في أصله كالشرح لكتاب المقنعة، وقد تضمن الكتاب المذكور وغيره حكم بيع المتاع في أعدل محزومة وجرب مشدودة.

مضافاً إلي أن الحديث المذكور لا يناسب صحيح جميل، لما سبق من أنه كالصريح في عدم الوصف، ومع ذلك لم يحكم فيه ببطلان البيع للجهل بالمبيع، بل بخيار الرؤية لا غير، لعدم سبقها من المشتري. بل تسمية الخيار في الصحيح وكلمات الفقهاء يناسب كون منشئه عدم الرؤية لا مخالفة الوصف الذي يتعهد به البائع.

وربما يجمع بينهما بحمل قولهم: (إذا كان لها بارنامج...) علي أنه جملة مستقلة لبيان حكم موافقة ما في الجراب للبارنامج ومخالفته له، لا شرطاً لقولهم: (لا بأس به)، ويكون نتيجة ذلك أن بيع مال لم يُرَ يصح مطلقاً، إلا أنه إذا لم يوصف ثبت الخيار للمشتري برؤيته، كما في صحيح جميل، وإذا وصف فالخيار لا يثبت برؤية المبيع مطلقاً، بل إذا كان مخالفاً للوصف، كما تضمنه الحديث المذكور، ويكون البيع لازماً مع رؤية المبيع والعلم به حال البيع، ومع مطابقته للوصف إذا لم ير. والأمر سهل بعد

(1) الخلاف ج: 3 ص: 6. كتاب البيوع مسألة: 10.

ص: 430

ما سبق من وهن الحديث في نفسه.

وبالجملة: ما جري عليه جمهور الأصحاب من اعتبار العلم بحال المبيع وصفاته الدخيلة في الرغبة فيه أو في ماليته، أو وصفه كذلك، لا يناسب صحيح جميل جداً.

ومن ثم كان الصحيح عاصداً لإطلاقات النفوذ التي عولنا عليها وعلي بعض المؤيدات الأخر في الخروج عما جروا عليه، علي ما سبق في أوائل الفصل الثالث.

وبذلك يظهر أن خيار الرؤية يقصر عن صورة وصف المبيع، لقصور دليله

- وهو الصحيح عنه - وحينئذ. فالمرجع في صورة الوصف هو القاعدة.

ومن الظاهر أن مقتضي عموم نفوذ العقود ولزومها هو صحة البيع وعدم الخيار مع مطابقة المبيع في واقعة للوصف. وإنما يثبت الخيار مع مخالفته له. لكنه ليس خيار الرؤية الذي تضمنه الصحيح كما يظهر منهم، بل هو خيار تخلف الوصف.

وليس دليله الصحيح، بل بناء العقلاء بعد انصراف عمومات اللزوم عن صورة تخلفه وهو يثبت حتي مع رؤية المبيع إذا كانت الصفة لا تظهر بالرؤية، سواء كانت دخيلة في المالية أم لم تكن.

عم لا بد في ثبوت الخيار بتخلف الوصف من ابتناء البيع علي الوصف عرفاً، لصدوره من البائع أو من يقوم مقامه عند البيع، بحيث يرجع لتعهده به للمشتري، ويكون إقدام المشتري مبنياً عليه.

أما إذا لم يبتن البيع علي الوصف، إما لصدوره من الأجنبي، أو من البائع في غير مقام البيع، بل لمحض بيان حال المبيع لغرض آخر. وحينئذ يتعين ثبوت خيار الرؤية بتخلف الوصف، بل حتي مع عدم تخلفه إذا لم يعجب المبيع المشتري عند رؤيته له. لإطلاق الصحيح.

وما سبق من ظهوره في فرض عدم الوصف إنما هو في الوصف الذي يبتني

عليه البيع، لشدة الحاجة للتنبية عليه لو كان حاصلاً، لدخله ارتكازاً في الجهة المسؤولة عنها، فعدم التنبية عليه في السؤال كالصریح في عدمه.

أما الوصف الذي لا يبتني عليه البيع فهو غير دخيل في الجهة المسؤول عنها، ولا يدل عدم التعرض له علي عدم حصوله، بل يكون عدم الاستفصال في الجواب موجباً لظهوره في العموم لصورة وجوده وعدمه. غاية الأمر أن الوصف المذكور قد يكون سبباً في رفع الغرر عن البيع عرفاً بالمعني المانع من صحته عندهم، كما لو كان الواصف ثقة، وقد لا يكون كذلك.

كما أن الوصف الواقع للغرر - بالمعني المذكور عندهم - هو خصوص المشتمل علي الصفات الدخيلة في مالية المبيع. أما الوصف الذي هو موضوع خيار تخلف الوصف فهو لا يختص بذلك، كما تقدم ويأتي، بل يعم كل وصف يبتني عليه البيع.

والذي تحصل من جميع ما تقدم أن في المقام خيارين:

الأول: خيار الرؤية. والمعيار فيه عدم رؤية المشتري للمبيع سواء لم يوصف أصلاً، وكان البيع غررياً عندهم، أم وصف وصفاً لا يبتني عليه البيع، سواء ارتفع به الغرر لكون الواصف ثقة، أم لم يرتفع.

الثاني: خيار تخلف الوصف والمعيار فيه تخلف الوصف الذي يبتني عليه البيع سواء كان الوصف رافعاً للغرر أم لم يكن رافعاً له، لعدم الوثوق بالواصف أو لعدم استكمالها للصفات الدخيلة في المالية، وسواء كان الوصف دخيلاً في مالية الشيء أم يكن دخيلاً فيها.

أما المشهور فقد جعلوا الخيار واحداً، وهو خيار الرؤية لكنهم شرطوا في صحة البيع الذي يكون موضوعاً للخيار أن لا يكون غررياً، واكتفوا في رفع الغرر بالوصف المشتمل علي ما يكون دخيلاً في المالية من دون أن يعتبروا فيه ثقة الواصف. وأطلقوا ثبوت الخيار بتخلف الوصف الذي يبتني عليه البيع.

وبذلك يظهر اختلاط الأمر علي الأصحاب (تارة): من حيثية اختلاط خيار الرؤية بخيار تخلف الوصف. (وأخري): من حيثية اختلاط الوصف الراجع للغرر - بالمعني المانع عندهم من صحة البيع - بالوصف الذي يبتني عليه البيع ويكون تخلفه موجباً لثبوت خيار تخلف الوصف. فلاحظ.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن خيار الرؤية هل يرجع إلي ثبوت الخيار للمشتري إذا لم يقتنع بالمبيع عند الرؤية، لظهوره علي خلاف ما كان يتوقعه عندما أقدم علي شرائه، أو علي مجرد ثبوت الخيار له إذا لم ير المبيع سابقاً، بحيث يشمل ما إذا وجد المبيع علي ما كان يتوقعه عند الشراء، أو خيراً منه، إلا أنه عدل عن البيع لسبب آخر، ككساد السوق، أو تجدد حاجته للنقد، أو غير ذلك من الدواعي؟

من الظاهر أن مورد صحيح جميل يناسب الأول. وهو مقتضي مناسبة الحكم والموضوع، لوضوح أن رؤية المبيع التي يكون عدمها سبباً لثبوت الخيار، و حصولها غاية له، إنما تكون دخيلة في الإقناع بالمبيع واستيضاح حاله، ولا دخل لها في الدواعي الأخرى.

إلا أن ذلك وحده لا يكفي دليلاً علي اختصاص الخيار بذلك، لإمكان كون الجهة المذكورة حكمة لجعل الخيار، لا علة يدور الأمر مدارها وجوداً وعدمًا. ولا سيما مع عدم تيسر تشخيصها بنحو قاطع للنزاع نوعاً، بل هي أمر يختص بمعرفته المشتري، فمع إناطة الأمر بها يتعرض الخيار لأن يستغله المشتري من دون حق، كما يكون إعماله للخيار مثاراً للنزاع والشقاق، وهو بعيد عما يعهد من ذوق الشارع الأقدس.

نعم لم يتضح عموم دليل الخيار بعد عدم رواية النبي من طرفنا، لينهض بالحجة ولو بضميمة انجبار ضعف سنده بعمل الأصحاب، فيتجه الاستلال بإطلاقه علي العموم.

وأما صحيح جميل، فلا إطلاق له، لعدم وروده في مقام تشريع الخيار المذكور،

خلاف الوصف (1) فإن للمشتري الخيار (2)

بل لبيان أن الرؤية المانعة من ثبوت الخيار هي الرؤية المبنيّة علي الاستقصاء التام بعد الفراغ عن تشريع الخيار مع عدم الرؤية. ولاسيما مع ماأشرنا إليه من أنه مورده يناسـت الأول. ومن هنا يصعب البناء علي العموم، وإن كان قريباً جداً. فلاحظ.

الثاني: أنه بعد أن سبق أن في المقام خيارين، لكل منهما موضوعه فتارة: ينفرد أحد الخيارين في المورد دون الآخر، كما إذا لم ير المبيع ولم يوصف، أو اقتصر في تحديد المبيع علي الوصف، كما في الأعدال المحزومة، أو رؤي ووصف بصفة لا تظهر بالرؤية، حيث يثبت في الأول خيار الرؤية وحده، وفي الأخيرين خيار تخلف الوصف وحده إذا صادف تخلفه.

وأخري: يجتمع الخياران من جهتين، كما إذا لم ير المبيع ولم يذكر الوصف لتحديده به، بل لمجرد مطلوبيته فيه، مع إيكال تحديده من بقية الجهات لنظر المشتري، حيث يتعين حينئذ ثبوت خيار الرؤية بعد فرض عدم تعويل المشتري في تحديده علي الوصف. كما يثبت خيار تخلف الوصف لو لم يصادف الواقع. فلاحظ.

(1) مما سبق يظهر أن ذلك مورد خيار تخلف الوصف، لا خيار الرؤية. إلا أن لا يبتني البيع علي الوصف، فيكون مورد خيار الرؤية. لكن الظاهر خروجه عن مورد كلامهم.

(2) كما في المبسوط والخلاف والوسيلة والغنية والمراسم - في البيع بالوصف

والشرايع والتذكرة وغيرها بل هو المعروف بين الأصحاب المدعي عليه الإجماع في الغنية.

لكن عبر في المقنعة عند التعرض للبيع بالوصف بأن البيع مع تخلف الوصف يكون مردوداً، وفي باب بيع الأعدال المحزومة أنه يكون باطلاً، ونحوه في المراسم،

بين الفسخ والإمضاء (1).

(مسألة 44): لا فرق في الوصف الذي يكون تخلفه موجباً للخيار بين وصف الكمال الذي يزيد به المالية وغيره إذا تعلق غرض للمشتري به (2). سواء كان علي خلاف الرغبة العامة مثل كون العبد أمياً لا كاتباً ولا قارئاً أم كان مرغوباً به عند قوم ومرغوباً عنه عند قوم آخرين، مثل اشتراط كون القماش أصفر لا أسود.

وعبر في النهاية في الباب المذكور بأنه يكون مردوداً.

وقد يحمل ما في النهاية والمراسم علي إرادة الخيار بقرينة ما سبق من المبسوط والخلاف والمراسم. بل قد يحمل علي ذلك ما في المقنعة. وإلا فالبطالان يبتني علي أحد أمرين:

الأول: كون الوصف قيماً في البيع، بحيث لا يبيع بدونه. ومرجعه إلي التعليق المبطل للبيع رأساً. وهو - مع خروجه عن محل الكلام - لا يناسب حكمهم بالصحة مع تحقق الوصف.

الثاني: كون الوصف مقوماً للبيع، بحيث يكون تخلفه مستلزماً عرفاً لعدم تحقق المبيع الذي هو أحد ركني البيع. ولا مجال لذلك في غالب الصفات المذكورة في كلماتهم، بل هي من سنخ الدواعي التي يبتني عليها البيع، والتي يوجب تخلفها الخيار عرفاً. وقد سبق ما ينفع في المقام في المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة عند الكلام في حكم الغش. فراجع.

(1) الظاهر أن المراد بالإمضاء مجرد ترك الفسخ، كما يظهر مما يأتي في المسألة الآتية. وقد تقدم في تعريف الخيار ما ينفع في المقام.

(2) لما سبق من أن الخيار المذكور هو خيار تخلف الوصف، وأن المعيار فيه تخلف الوصف الذي يبتني عليه العقد مهما كان حال الوصف. نعم إذا لم يبتن البيع

(مسألة 45): الخيار هنا بين الفسخ والرد وبين ترك الفسخ وإمساك العين مجاناً. وليس لذي الخيار المطالبة بالأرث لو ترك الفسخ (1). كم

علي الوصف، بل كان ذكر الباع له لمجرد تنصله عن تحمل تبعته، فلا يثبت بتخلفه خيار تخلف الوصف، كما سبق. وحينئذٍ إن كان المبيع مرئياً فلا خيار، وإن لم يكن مرئياً تعين ثبوت خيار الرؤية، كما سبق.

وكان ما في التذكرة وعن التحرير وظاهر غيرهما من عدم الخيار إذا ظهر فوق الصفة يبتني علي فرض عدم ابتناء البيع علي خصوصية الصفة. لكن عدم ثبوت خيار تخلف الوصف حينئذٍ لا- ينافي ثبوت خيار الرؤية في فرض عدمها، كما هو محل كلامهم. ولعل هذا من موارد اختلاط خيار الرؤية بخيار تخلف الوصف عليهم.

ومما سبق يظهر أن المعيار في خيار تخلف الوصف علي تعلق غرض المشتري بالوصف حين البيع، بحيث ابنتي منه الشراء عليه، وإن أعرض عنه بعد ذلك حين انكشاف الحال.

(1) كما عن التحرير، وهو ظاهر الأصحاب، لعدم تعرضهم لذلك. خلافاً للسراير فخير المشتري بين الفسخ والأرث، وقال: (لا يجبر علي واحد من الأمرين).

ولم يتضح الوجه في ذلك، لا بالنظر إلي دليل خيار الرؤية، ولا إلي بالنظر دليل خيار تخلف الوصف. وثبوت ذلك في العيب في الجملة لا ينهض دليلاً في المقام.

نعم في حديث إسماعيل بن مرار عن يونس: (في رجل اشترى جارية علي أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق)(1).

لكن لم يتضح منه أنه رواية عن معصوم بل قد يكون فتوي ليونس. ومجرد ذكر المشايخ له في كتب أحاديث المعصومين صلوات الله عليهم لا يكفي في ذلك

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب العيوب حديث: 1.

أنه لا يسقط الخيار ببذل البايع الأرش (1)، ولا بإبدال العين بعين أخرى واجدة للوصف (2).

بعد ظهوره نفسه في نقل كلام يونس كما تقدم نظير ذلك في أواخر الفصل الثالث من كتاب الصوم.

مع أنه مختص بالبكارة التي قد يكون نقصها عيباً في الجارية، يستوجب الأرش عند تعذر الرد بسبب الدخول بها، كما هو منصرف الحديث، لأن المعهود من طريق وجدانها غير عذراء هو الدخول. فلاحظ.

(1) كما صرح بذلك شيخنا الأعظم (قدس سره). ولم أعثر عاجلاً علي من ذهب إلي سقوط الخيار بذلك أو احتمله. ومن ثم كان ظاهرهم عدم ذكرهم لذلك عدم البناء عليه، لشدة الحاجة للتنبه عليه لو كان بناؤهم عليه.

وكيف كان فالصحيح المتضمن لخيار الرؤية ظاهر في إنحصار الأمر بالخيار والفسخ. وإن شئت قلت: مقتضي إطلاقه ثبوت الخيار ولو مع بذل الأرش.

وأما خيار تخلف الوصف الثابت ببناء العقلاء فمرجه ارتكازاً إلي نقص في العقد يمنع من لزومه، ولا أثر في رفعه لبذل الأرش.

(2) الكلام فيه هو الكلام في سابقه فتوي ودليلاً.

هذا وفي الدروس: (ولو شرط البايع إبداله إن لم يظهر علي الوصف فالأقرب الفساد). ويظهر أن شيخنا الأعظم (قدس سره) فهم منه إرادة تحقق البدلية بنحو شرط النتيجة، وترتب الإبدال عملاً عليها. وحينئذ يتجه فساد.

لأن البدلية إن كانت بين الثمن والبدل رجعت إلي أن تخلف الوصف موجب لانفساخ البيع الواقع علي الفاقد للوصف، وصيرورة الثمن علي تقدير إنفساخه بإزاء البدل الواحد للوصف.

وإن كانت بين المبيع والبدل رجعت إلي أن تخلف الوصف لا يوجب انفساخ

(مسألة 46): كما يثبت الخيار للمشتري عند تخلف الوصف يثبت للبايع عند تخلف الوصف (1) إذا كان قد رأى المبيع سابقاً فباعه بتخيل أنه

البيع الواقع علي فاقد الوصف، بل بدلية واجد الوصف للمبيع الفاقد له.

وكل منهما راجع إلي شرط النتيجة الذي لا مجال له في أمثال المقام مما لا يرجع إلي مجرد الاستحقاق، بل إلي نحو من المعاملة تابعة لأسبابها من دون أن ينهض الشرط بها.

وأما الإشكال فيه (تارة) بالتعليق (وأخري): بجهالة البدل الموجبة للغرر.

فهو غير مهم بعد أن كان الدليل علي مبطلية التعليق هو الإجماع، والمتيقن منه التعليق في أصل المعاملة، دون مضمون الشرط، بل مقتضى عموم نفوذ الشرط عدم مانعية التعليق في مضمونه، نظير اشتراط الضمان علي تقدير التلف.

كما أن جهالة البدل - لو كانت محذوراً - إنما تلزم إذا أريد به فرد معين مجهول، أما إذا أريد به الكلبي - كما هو ظاهر كلام الشهيد (قدس سره) - فلا جهالة فيه.

فالعمدة في الإشكال ما سبق من عدم الدليل علي صحة شرط النتيجة في أمثال المقام، إذ لا بد من كون المشروط أمراً مشروعاً في نفسه، وتحقق النتائج بنفسها من دون أن تستند إلي أسبابها المعهودة غير ثابت شرعاً.

كما أن مراده بالفساد إن كان هو فساد الشرط فالوجه فيه ما تقدم. وإن كان هو فساد العقد فهو يبتني علي أن فساد الشرط موجب لفساد العقد.

هذا ولكن ظاهر كلام الشهيد المتقدم هو اشتراط الإبدال بنحو شرط الفعل، الراجع لاستحقاق المشتري علي البايع بتخلف الوصف الإبدال، دون الفسخ.

ولا محذور في ذلك، بل مقتضى عموم نفوذ الشروط صحته، ولزوم العمل عليه. ومعه لا منشأ لتوهم فساد العقد، كما لا يخفي.

(1) كما صرح به في الجملة في الشرايع والقواعد والتذكرة واللمعة وغيرها، وفي مفتاح: (وقد تضمن كلامهم هذا ثبوت الخيار للبايع) وفي الحدائق أنه المتفق عليه

بينهم، وفي شرح القواعد لكاشف الغطاء دعوي الإجماع المحصل والمنقول عليه.

وقد ظهر مما سبق أن الخيار المذكور في كلماتهم في المقام يرجع إلي خيارين: خيار تخلف الوصف، وخيار الرؤية.

أما خيار تخلف الوصف، فلا ينبغي الإشكال في ثبوته للبائع إذا ابتني البيع منه علي الوصف، بحيث يبتني البيع منه علي سلامة الوصف له، بعين ملاك ثبوته للمشتري إذا ابتني الشراء منه علي سلامة الوصف له. ومثلهما في ذلك ثبوت الخيار لهما في تخلف وصف الثمن إذا ابتني رضا البائع بالبيع علي سلامته له، أو ابتني رضا المشتري بالشراء علي سلامته له. كما لعله ظاهر.

وأما خيار الرؤية فقد ظهر مما سبق أن موضوعه مجرد عدم رؤية المشتري للمبيع حين البيع إذا لم يبتن البيع علي وصف خاص فيه، سواءً وصف وصفاً لا يبتني عليه البيع أم لم يوصف، وأن المعيار فيه مجرد عدم قناعة المشتري بالمبيع حين رؤيته. وثبوت ذلك للبائع مع عدم رؤيته للمبيع حين البيع يحتاج إلي دليل بعد اختصاص دليله وهو صحيح جميل بالمشتري.

نعم أشار غير واحد إلي احتمال عموم الصحيح لهما. قال في الحقائق: (وربما احتمل بعض الأصحاب في صحيحة جميل أن يكون التفطيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري. وحينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما علي تقدير هذا الاحتمال. إلا أن الظاهر بعده غاية البعد عن سياق الخبر المذكور. ومع تسليمه فثبوت كون الجواب عاماً أيضاً محل خفاء وإشكال). ووافقته في ذلك غيره، وهو عين الصواب.

نعم قد يدعي استفادة ذلك من الصحيح بإلغاء خصوصية مورده عرفاً. لكنه لا يخلو عن إشكال بعد كون وظيفة المشتري عرفاً التعرف علي المبيع، لأنه غريب عليه نوعاً، بخلاف البائع، الذي يكون المبيع تحت يده، ومن شأنه التعرف عليه.

ومثله التعدي عن المبيع للثمن لو كان شخصياً في حق كلا المتبايعين لأن

علي ما رآه، فتبين خلافه، أو باعه بوصف غيره فانكشف خلافه (1).

(مسألة 47): المشهور أن هذا الخيار علي الفور (2). وهو الأقرب.

الجميع من باب واحد لو فرض التعدي عن مورد النص. فلاحظ.

(1) وكذا لو باعه بوصفه بنفسه له خطأ.

(2) فقد صرح بذلك جماعة كثيرون. وفي الرياض والجواهر أنه الأشهر، وفي مفتاح الكرامة أنه المشهور، وفي الحدائق أنه ظاهر الأصحاب. قال في التذكرة: (كل موضع يثبت الخيار - إما مع الوصف عندنا، أو مطلقاً عند المجوزين - فإنما يثبت عند رؤية المبيع علي الفور، لأنه خيار الرؤية، فيثبت عندها). وهو راجع إلي أن المراد بالرؤية حدوثها، وأن إضافة الخيار لها من إضافة الشيء لظرفه وزمانه.

وكلاهما لا يخلو عن إشكال، خصوصاً الثاني. إذ قد تكون من إضافة الشيء إلي سببه أو الكاشف عنه أو غير ذلك، حيث يكفي في صحة الإضافة أدنى ملابسة لها.

فالعمدة في وجه الفورية هو لزوم الاقتصار في الخروج عن عموم لزوم العقود علي المتيقن، نظير علي ماتقدم غير مرة وفي الرياض أن الأجود التراخي. قال: (لإطلاق النص والاستصحاب. إلا إذا استلزم الضرر، فيلزم بالاختيار).

لكن سبق غير مرة أنه لا مجال للاستصحاب في مثل المقام من موارد العموم.

وأما الإطلاق فيشكل ثبوته في المقام أولاً: لأن الحكم في الصحيح بثبوت الخيار إنما يتكفل ببيان أصل ثبوته، من دون نظر لأمره، ليكون مقتضى إطلاقه وعدم بيان الأمد له استمراره.

وثانياً: لما سبق من أن الصحيح ليس وارداً لبيان تشريع خيار الرؤية، لينعقد له إطلاق في ذلك، بل لبيان عموم موضوعه لصورة عدم استقصاء الرؤية لتتام أجزاء المبيع بعد الفراغ عن أصل ثبوته بسبب عدم الرؤية السابقة، من أن يتضمن تحديده.

هذا وعن نهاية الأحكام احتمال ما عن بعض العامة من امتداد الخيار هنا بامتداد مجلس الرؤية، لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط، فيتقيد بالمجلس كخيار المجلس.

وهو - كما تري - ممنوع صغروباً وكبروباً. لأنه مشروط بعدم الرؤية، وليس كخيار المجلس ثابتاً في كل بيع. ولأن تحديد خيار المجلس باستمرار المجلس ثابت بنصوصه، وليس كذلك في المقام. فحمله علي خيار المجلس قياس صرف.

ودعوي: أن إضافة الخيار للرؤية من باب إضافة الشيء لظرفه، نظير إضافة الخيار للمجلس.

كما تري! أولاً: لعدم ثبوت ذلك، لما سبق من أنه يكفي في الإضافة أدني ملابسة بل إضافة خيار المجلس للمجلس لم ترد في النصوص، وإنما وردت في كلمات الفقهاء.

وثانياً: لأن الظرف - وهو زمان الرؤية - قد يراد به زمان حدوث الرؤية، لا زمان بقائها. والإنصاف أن ظهور ضعف الاحتمال المذكور يغني عن إطالة الكلام في مناقشته. والحاصل أنه لا محيص عن القول بالفورية في الجملة.

نعم لا- ينبغي الإشكال في عدم سقوط الخيار بترك الفسخ للجهل بثبوتة، لعدم مناسبتها لمورد السؤال، حيث فرض فيه جهل المشتري بالحكم، ولذا طلب من البائع أن يقيله، فلو كان ذلك مانعاً من بقاء الخيار كان علي الإمام (عليه السلام) التنبيه لعدم انتفاعه بالخيار بسبب عدم تعجيله بالفسخ.

بل لا يبعد قضاء الإطلاق المقامي بالفورية العرفية الراجعة إلي عدم التأخير تشهياً من دون عذر، علي غراء ما سبق في خيار الغبن. لاحتياج التقييد بما زاد علي ذلك للتنبيه.

وأظهر من ذلك خيار تخلف الوصف. لانهصار دليله ببناء العقلاء وسيرتهم

(مسألة 48): يسقط هذا الخيار بترك المبادرة إلى الفسخ بعد الرؤية (1)، وبإسقاطه بعد الرؤية (2)، بل قبلها (3)، وبالتصرف بعد الرؤية إذا كان دال

الإرتكازية، وهي لا تقتضي غير ذلك. فلاحظ.

(1) لأن ذلك مقتضي الفورية التي سبق البناء عليها. ويبتني تحديد ذلك علي ما سبق في تحديد الفورية.

(2) بلا ريب، كما في الجواهر، وأرسله شيخنا الأعظم (قدس سره) إرسال المسلمات. والوجه فيه ظاهر بعد كون الخيار المذكور حقاً للمشتري، كما هو ظاهر صحيح جميل الذي هو دليل خيار الرؤية، ومقتضي المرتكزات العقلائية التي هي دليل خيار تخلف الوصف.

(3) حيث سبق أن في المقام خيارين فلا ينبغي الإشكال في سقوط خيار تخلف الوصف بالإسقاط قبل الرؤية التي ينكشف بها تخلف الوصف، لقضاء المناسبات الارتكازية - التي هي دليل الخيار المذكور - بأن منشأ الخيار ثبوتاً هو تخلف الوصف، ولا دخل لظهوره بالرؤية أو غيرها إلا في مقام الإثبات، فيكون الإسقاط في المقام إسقاطاً لما وجب علي تقدير مصادفته تخلف الوصف واقعاً.

غاية الأمر أنه لا يعلم بتحقق موضوع الإسقاط حينه. وهو ليس محذوراً يمنع من ترتب الأثر عليه لو صادف تحقق موضوعه وهو الخيار.

ولعل ذلك هو الوجه في بناء سيدنا المصنف (قدس سره) علي صحة الإسقاط، لإبتناء خيار تخلف الرؤية عنده علي فرض الوصف أو الرؤية السابقة، وظهور الاختلاف بعد الرؤية. وكأنه لذلك قرب السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته أن الرؤية كاشفة عن الخيار، لا سبب أو شرط له.

وأما خيار الرؤية فقد يستشكل في إسقاطه قبل الرؤية بأنه من إسقاط ما لم يجب، لعدم فعلية الخيار قبل الرؤية، فالرؤية سبب للخيار لا كاشفة عنه، كما هو الحال

في خيار تخلف الوصف. وقد يناسبه ما في التذكرة قال: (إذا اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم، لتعلق الخيار بالرؤية).

وقد دفع ذلك في الجواهر وخيارات الشيخ علي بكفاية تحقق سبب الخيار

- وهو العقد - في صحة الإسقاط، نظير ما تقدم من غير واحد في خيار التأخير. وبناء شيخنا الأعظم (قدس سره) - لو تم أن الخيار يحدث بالرؤية، لا أنه يظهر بها - علي أن الرؤية سبب للخيار أو شرط له، فعلي الثاني ينفذ الإسقاط لتحقيق السبب. قال: (ولا يخلو عن قوة). لكن يظهر ضعف الجميع مما سبق في نظائره من توقف صحة الإسقاط علي فعلية الخيار، ولا يكفي تحقق سببه.

ومثله في ذلك ما ذكره السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته من أن الإسقاط في المقام معلق علي تمامية موضوع الخيار وفعليته، بدعوي عدم الدليل علي امتناع التعليق في المقام. لما سبق غير مرة من عدم الدليل علي نفوذ الإسقاط المعلق بعد كون الإسقاط من الإيقاعات التي لا عموم يقتضي نفوذها.

نعم قد يقرب استفادة ثبوت الخيار بنفس العقد من الصحيح. قال السيد الطباطبائي (قدس سره) في حاشيته: (وأما الخبر فلأن المراد من قوله (عليه السلام) في صحيحة جميل: لكان له فيها خيار الرؤية. لكان له الخيار الجائي من قبل الرؤية أي من جهة فقدها، لا أن الرؤية سبب له. وما ذكرناه وإن كان بعيداً عن العبارة، إلا أنه قريب بملاحظة المقام، إذ المناسب أن يكون سبب الخيار عدم الرؤية، لا هي نفسها. ومقتضي ذلك ثبوته قبل الرؤية. ولا يلزم فعلية الرؤية بعد ذلك أيضاً. فلو فرض أيضاً عدم رؤية المبيع بعد ذلك أصلاً، وقد فرض تخلف الوصف نلتزم بالخيار الواقعي. فالرؤية طريق لا موضوع، ولا جزؤه. فتدبر).

لكنه (قدس سره) - بعد اعترافه ببعده ما ذكره عن عبارة الصحيح - إنما وجهه بما يناسب رجوع الخيار المذكور إلي خيار تخلف الوصف، وأن المعيار في ثبوت الخيار واقع

والسلطنة علي إعماله وتخلفه وإن لم تتحقق الرؤية أصلاً. وهو خروج عن مفروض

علي الالتزام بالعقد (1). وكذا قبل الرؤية إذا كان كذلك (2). وفي جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد وجهان (3) أفواهما ذلك، فيسقط به.

كلامنا من التباين بين الخيارين.

فالأولي في تقريب دلالة الصحيح علي ثبوت الخيار بمجرد العقد أن لم يتضمن تعليق ثبوت الخيار علي الرؤية، بل إطلاق ثبوت الخيار للمشتري مع عدم الرؤية السابقة. وإضافة الخيار للرؤية قد يكون بلحاظ أن إعماله لا يكون إلا بعد الرؤية، لا من أجل كشفها عن تخلف الوصف أو عدمه، بل من أجل أنه يعتبر في إلزام المشتري بالبيع اقتناعه بالمبيع عن رؤية له، ولا يكفي فيه اقتناعه به حين البيع من دون رؤية. وعلي ذلك يكون حق الخيار فعلياً بمجرد العقد، فيصح إسقاطه، ولا يكون إسقاطاً لما لم يجب.

(1) لما سبق في المسألة الثامنة والعشرين والثانية والأربعين في مسقطات خياري الغبن والتأخير من أن الرضا بالعقد مسقط للخيار. وبذلك يظهر سقوطه بالرضا ولو من دون تصرف. نعم التصرف إنما يدل علي الرضا بالعقد مع العلم بثبوت الخيار. أما بدونه فقد يكون لاعتقاد صاحبه بإلزامه بالعقد ولزومه عليه، كما تقدم في نظير المقام.

(2) بناء علي ما سبق من فعالية ثبوت الخيار بمجرد العقد من دون أن يتوقف علي الرؤية. خلافاً لما يظهر مما سبق من التذكرة معللاً بتعلق الخيار بالرؤية. إذ فيه أن المراد بتعلقه بها إن كان هو توقف ثبوته عليها فهو ممنوع، كما سبق، وإن كان هو توقف إعماله عليها فهو لا ينافي سقوطه بالرضا بالعقد قبلها. فلاحظ.

(3) ففي التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها فساد الشرط. وقد ينسب لظاهر الأكثر، لأنهم ذكروا في غير واحد من الخيارات سقوطه باشتراط السقوط ولم يذكروا ذلك هنا. بل صرح غير واحد ببطان البيع بذلك. وقد سبق في

خيار الغبن استدلال الشهيد في الدروس علي البطلان في الخيارين بلزوم الغرر. قال في جامع المقاصد: (لأن الوصف قائم مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف).

لكن اشتراط سقوط الخيار لا يرجع إلي عدم الاعتداد بالوصف، ولا ينافي كاشفيته في الجملة عن حال المبيع التي هي المعيار عندهم في رفع الغرر.

ومثل ذلك ما يظهر من شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن الرفع للغرر في المقام هو تعهد البائع بوجود الوصف وابتناء الالتزام بالبيع عليه، ومع إسقاط الخيار لا يتحقق ذلك. وهذا بخلاف البراءة من العيوب، فإن الرفع للغرر من حيثية العيب، ليس هو تعهد البائع بعدمه، بل أصالة الصحة والسلامة، وهي تجري مع البراءة من العيوب.

إذ فيه - بعد تسليم بناء العقلاء علي أصالة الصحة والسلامة مع البراءة من العيوب من قبل البائع الذي هو المرجع في أمر المبيع - أن أصالة الصحة لا تزيد في الكشف عن حال المبيع عن إخبار البائع بالوصف. وبناء البيع علي الوصف إن أريد به جريان البيع اعتماداً علي وجوده فهو لا ينافي اشتراط سقوط الخيار بتخلفه. وإن أريد به عدم إلزام المشتري نفسه بالبيع عند تخلفه فهو وإن كان منافياً لاشتراط سقوط الخيار، إلا أنه أمر آخر لا دخل له في ارتفاع الغرر وصحة البيع، وإلا لم يصح البيع مع البراءة من العيوب، لوضوح أنه لا مجال معها لعدم إلزام المشتري نفسه بالمبيع علي تقدير وجود العيب.

وأما الإشكال في اشتراط سقوط الخيار في العقد بأنه إسقاط لما لم يجب، لأن الخيار إنما يثبت بالعقد، أو بعد الرؤية. فيظهر اندفاعه مما سبق في خيار التأخير وغيره من رجوعه إلي اشتراط سقوط الخيار معلقاً علي تمامية موضوعه، وفي المرتبة اللاحقة لثبوته.

ولذا لعله استشكل في محكي التحرير في بطلان الشرط المذكور وإبطاله. بل في محكي النهاية والمفاتيح تقريب صحة الشرط المذكور. وهو ظاهر مفتاح الكرامة

(مسألة 49): مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية، ولا- يجري في بيع الكلي (1). فلو باع كلياً موصوفاً ودفع إلي المشتري فرداً فاقداً للوصف

وخيارات الشيخ علي والجواهر.

هذا كله علي مبناهم في الغرر. أما بناء علي ما سبق منا فالأمر أظهر. وقد تقدم في مسقطات خيار المجلس ما ينفع في المقام. فراجع.

بقي شيء: وهو أنه لو تلف المبيع بعد قبضه قبل الرؤية، فالظاهر ارتفاع موضوع الخيار فيكون بحكم سقوطه.

أما لو تلف المبيع الموصوف بعد قبضه، فإن علم بتخلف الوصف أشكل بقاء الخيار. لانحصار دليله ببناء العقلاء ومرتكزاتهم، ولم يتضح عمومها لصورة تلف المبيع أو تعذر إرجاعه، نظير ما سبق في خيار الغبن.

وبذلك يظهر عدم الأثر للشك في تخلف الوصف في مثل ذلك، ليقع الكلام في أن مقتضي الأصل تخلف الوصف أو عدمه. فلاحظ.

(1) أما خيار الرؤية فظاهر. لاختصاص دليله ببيع الشخصي. ولأن الرؤية إنما يمكن فرضها في الشخصي. أما الكلي فلا يكون موضوعاً لها، وإنما يمكن رؤية الفرد المدفوع وفاءً عنه، فإن طابقه فلا خيار، وإن لم يطابقه لم يصلح لأن يكون وفاءً.

وبذلك يظهر حال خيار تخلف الوصف. لأنه حيث كان الوصف مقسماً للكلي، وفاقد الوصف لا ينطبق علي المبيع، فلا مجال للخيار، بل يتعين التبديل.

نعم قد يؤخذ الوصف شرطاً زائداً علي المبيع الكلي، كما لو باعه حنطة بمواصفات خاصة، واشترط عليه أن تكون من المزرعة الخاصة. وحينئذ يتعين انطباقه علي المدفوع الفاقد الوصف، وحصول الوفاء بتسليمه. غايته أن للمشتري المطالبة بالإبدال تنفيذاً للشرط، فإن تعذر أو امتنع كان له خيار تخلف الشرط، لا خيار تخلف الوصف، نظير ما إذا باعه الثوب واشترط أن يخيطة له.

لم يكن للمشتري الخيار، وإنما له المطالبة بالفرد الواحد للوصف (1). نعم لو كان المبيع كلياً في المعين كما لو باعه صاعاً من هذه الصبرة الجيدة، فتيين الخلاف كان له الخيار (2).

(السابع): خيار العيب (3). وهو فيما لو اشترى شيئاً فوجد فيه

(1) مما سبق يظهر أن المطالبة بالفرد الواحد للوصف (تارة): لعدم تحقق الوفاء بالفاقد له، وإن كان له الرضا به بدلاً عنه. (وأخري): لعدم قيام البايع بالشرط وإن تحقق الوفاء بالمدفوع الفاقد للوصف.

وفي الأول لو امتنع البايع أو تعذر عليه تسليم الواحد للوصف يلحقه تعذر المبيع أو الامتناع من تسليمه. وفي الثاني يثبت بذلك الخيار كان للمشتري. لكنه خيار تخلف الشرط، لا خيار تخلف الوصف.

(2) لكنه ليس خيار الرؤية، لقصور دليبه عنه. بل خيار تخلف الوصف في الكلي المبيع منه، الثابت بعين ملاك تخلفه في الشخصي الموصوف.

بقي شيء: وهو أن الظاهر اختصاص خيار الرؤية بالبيع، وعدم جريانه في غيره من العقود. لاختصاص دليبه به. نعم خيار تخلف الوصف يجري في جميع العقود المبنية علي الوصف بعين ملاك جريانه في البيع.

وما ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) من جريان خيار الرؤية في غير البيع يبتني مسلك المشهور من اختلاط خيار الرؤية بخيار تخلف الوصف. والحمد لله رب العالمين.

(3) هذا الخيار في الجملة متسالم عليه عند الأصحاب، بل عند المسلمين فيما يظهر من الفروع التي ذكروها. ويظهر من جملة من النصوص المفروغية عنه. وقد ذكر غير واحد أن مقتضى الأصل في المبيع السلامة والصحة. وبذلك يستغني عن وصف الصحة لرفع الغرر المانع عندهم من صحة البيع. لكن من الظاهر أن الأصل المذكور ليس شرعياً تعديلاً، بل غاية ما يدعي بناء العقلاء عليه. وفي عموم بنائهم علي ذلك

عيباً. فإنه يتخير بين الفسخ والإمسك بالأرش (1). ولا فرق بين المشتري

إشكال خصوصاً مع شيوع وجود المعيب، أو تبري البايع من العيب. نعم ذلك غير مهم بناء علي ما سبق منا من عدم عموم مانعية الجهل بحال المبيع من صحة البيع.

(1) كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها. بل هو المعروف بين الأصحاب، ونفي شيخنا الأعظم (قدس سره) الخلاف فيه، بل استظهر هو وغيره الإجماع عليه. وفي الجواهر: (إجماعاً محصلاً ومحكياً مستفيضاً صريحاً وظاهراً).

ولا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار للمشتري بالفسخ والرد. لما هو المعلوم من خروج المعيب عن الوضع الطبيعي، وذلك موجب للخيار عرفاً، نظير ما تقدم في خيار الغبن. بل يظهر من النصوص الكثيرة المفروغية عنه. ففي معتبر زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام): (قال: أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع. ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) (1)، وصحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليه السلام): (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد فيه عيباً. فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده علي صاحبه وأخذ الثمن. وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صيغ يرجع بنقصان العيب) (2) ونحوهما غيرهما، كما يظهر بمراجعة الباب السادس عشر من أبواب الخيار، و أبواب العيوب من الوسائل وغيرها.

نعم في صحيح الحسن بن عطية عن عمر بن يزيد: (قال: كنت أنا وعمر بالمدينة، فباع عمر جراباً هروياً، كل ثوب بكذا وكذا، فأخذه فافتسموه، فوجدوا ثوباً فيه عيب. فقال عمر: أعطيك ثمنه الذي بعتمكم به، فقالوا: لا، ولكننا نأخذ منك

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

ص: 448

قيمة الثوب. فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله (عليه السلام). فقال: يلزمه ذلك(1). وقد يظهر منه عدم الاقتصار في حق المشتري علي الفسخ، بل له إزام البايح بقيمة المبيع لو كان صحيحاً.

لكنه مع غرابته، وعدم خلوه من الاضطراب في المتن قد رواه في الفقيه عن عمر بن يزيد نفسه. وفيه (فذكرت ذلك لأبي عبد الله (عليه السلام) فقال: يلزمهم ذلك)(2).

وهو صريح في انحصار حقهم بالفسخ، من دون أن يكون لهم المطالبة بقيمته لو كان صحيحاً. ولأجله قد يحمل الأول علي انه يلزم عمر بن يزيد ما عرضه عليهم، لا ما طلبوه منه ولا سيما أن المحكي عن نسخ التهذيب روايته هكذا: (يلزمهم ذلك). وقد تقدم بعض الكلام في الحديث في المسألة الثالثة في شروط العوضين.

أما الأرش فقد استدل عليه في التذكرة بأن العقد قد تضمن جعل الثمن في مقابل السليم، فإذا كان المبيع معيباً فقد فات جزء منه، فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن، وهو الأرش.

ويندفع بأن وصف السلامة - كسائر الأوصاف المأخوذة في المبيع وكالشروط

لا يكون مقابلاً بجزء من الثمن، وإن كان دخيلاً في زيادته، وليس المقابل به إلا المبيع بنفسه وتخلف وصف السلامة لا يوجب نقص جزء منه. ولذا لا يكون تخلف سائر الأوصاف موجباً للأرش عندهم إلا ما سبق من السرائر.

ودعوي: أن عدم ثبوت الأرش بتخلف غير السلامة من الأوصاف إنما هو لخروجها عن مقتضى القاعدة بالإجماع، فلا يمنع من العمل بالقاعدة في تخلف وصف السلامة.

ممنوعة، لعدم وجود إجماع تعبدية في المقام. ولا سيما بعدما سبق من السرائر في خيار الرؤية، علي ما أشرنا إليه آنفاً. وإنما ذهب من ذهب لذلك تبعاً لارتكاز عدم

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) من لا يحضره الفقيه ج: 3 ص: 13.

ص: 449

ومثلها دعوي: أن عدم مقابلة الوصف بجزء من الثمن وإن كان هو مقتضي القاعدة بدوياً، إلا أن المستفاد من حكم الشارع بثبوت الأرش، عند تعذر الرد كون وصف السلامة مقابلاً بجزء من الثمن بنظر الشارع الأقدس، فيحق للمشتري المطالبة به ابتداءً.

لاندفاعها بأن حكم الشارع بثبوت الأرش عند تعذر الرد قد لا يبتني علي ذلك، بل علي تدارك النقص الحاصل للمشتري بسبب تعذر ردّ المبيع، ولا- موضوع له مع إمكان الرد. كيف؟! ولازم ذلك استحقاق الأرش ابتداءً، وكونه جزءاً من الثمن بحيث لا يملكه البائع من أول الأمر. غاية الأمر أن يترتب علي ذلك استحقاق المشتري أيضاً للخيار، لتبعض الصفقة. وهو بعيد عن مساق كلامهم. ومن هنا لا مجال لتوجيه أخذ الأرش بمقتضي القاعدة.

كما لا مجال للاستدلال عليه بالنصوص المتقدمة ولا غيرها مما عثرنا عليه، كما اعترف به غير واحد، وإنما تدل هي علي ثبوته عند تعذر الرد، لحدث يحدث عند المشتري في المبيع، ولا عموم فيها لغير ذلك.

بل حديث جميل المتقدم ظاهر في انحصار الأمر بالرد مع بقاء المبيع علي حاله. ومثله في ذلك معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام): (سمعتة يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يتفرقا. وأحداث السنة ترد بعد السنة... (1)، ومرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: (من استوجب صفقة بعد افتراق المتبايعين فوجد فيها عيباً لم يبرأ منه البائع فله الرد)(2).

لظهور الاقتصار فيهما علي الرد في الانحصار به وعدم التخيير بينه وبين الأرش. ولاسيما مع سياقه في الأول في سياق خيار الحيوان. وقد يستفاد ذلك من

(1) وسائل الشريعة ج: 12 باب 2 من أبواب العيوب حديث: 4.

(2) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 1.

غيرها مما ورد في فروع العيوب. خصوصاً مع انصراف الخيار والشرط والعهدة في النصوص لخصوص الرد.

نعم في الرضوي: (فإن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري بالخيار إليه، إن شاء رد، وإن شاء أخذه، أورد عليه بالقيمة أرش العيب)(1). وهو كالصريح في التخيير، بناء على ما عن بعضهم من أن الصحيح فيه: (وإن شاء أخذه ورد عليه بالقيمة أرش العيب).

لكن تكرر منا غير مرة أنه لم يثبت كونه رواية عن المعصوم (عليه السلام). مع أن من القريب أن يكون ما سبق فيه من التعبير ب - (أو) هو الصحيح، ويكون إشارة للتفصيل بين ما إذا أحدث المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب حدثاً يمنع من الرد وما إذا لم يحدث، وأنه في الثاني يتخير المشتري بين رد المبيع وأخذه لا غير، وفي الأول يكون له الأرش دون الرد.

ولاسيما أنه قد ذكر هذا الكلام بعد قوله: (وروي في الرجل يشتري المتاع فيجد به عيباً يوجب الرد، فإن كان المتاع قائماً بعينه رد علي صاحبه، وإن كان قد قطع أو خيط أو حدث [حدثت] فيه حادثة رجع فيه بنقصان العيب علي سبيل الأرش)(2)، فيكون الكلام المتقدم إشارة للتفصيل الذي تضمنته هذه الرواية التي سبق منه ذكرها.

والحاصل: أنه لا- مجال لإثبات التخيير المذكور من النصوص، بل هي ظاهرة في عدمه، وأن الأرش يختص بصورة ما إذا لم يبق المبيع قائماً بعينه.

ومن هنا صرح غير واحد بأن العمدة في دليل التخيير ابتداء بين الرد والأرش هو الإجماع المتقدم دعواه ممن سبق. وبه ترفع اليد عن القاعدة المعتمدة بالنصوص المتقدمة الظاهرة في انحصار حق المشتري بالخيار والفسخ.

لكن في نهوض الإجماع المذكور بالحجية إشكال أولاً: لأنه يصعب أن يتحصل

(1) مستدرك الوسائل ج: 13 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 3.

(2) مستدرك الوسائل ج: 13 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 3.

ص: 451

لنا إجماع تعبدي في مقابل النصوص بعد روايتهم لها وتداولها بينهم في مقام الاستدلال، من دون تنبيه منهم إلى قصورها عن إثبات الأرش، وأن دليله الإجماع. بل سبق من التذكرة الاستدلال عليه بما عرفت ضعفه من أن الثمن في مقابل السليم، فإذا ظهر عيب كان قد فات جزء من المبيع، فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن. كما قد يبتني ذهاب ابن إدريس في السرائر له علي ما سبق منه في خيار التأخير الرؤية من استحقاق الارش بمخالفة الوصف، بدعوي أبتناء البيع علي وصف السلامة لباً. ولعل ذلك أو نحوه هو المنشأ لذهاب غير واحد للتخيير المذكور في المقام دون الإجماع المدعي.

وثانياً: لأنه لا مجال لدعوي الإجماع بعد ظهور حال الكليني والصدوق (قدس سرهما) في العمل بصحيح جميل الذي سبق ظهوره في انحصار الأمر بالرد مع بقاء المبيع بحاله، لذكر الكليني له في باب الرجل يبيع البيع ثم يوجد فيه عيب، وذكر الصدوق له في باب البيوع. وكذلك الشيخ في التهذيب، حيث ذكره في أوائل باب العيوب الموجبة للرد ولعل ذلك حال من سبقهم ممن لم يتصد لتجريد الفتاوي، وإنما تعرف فتاواهم من طريق رواياتهم التي يعتمدونها.

مضافاً إلي أنه قد اقتصر علي الرد في غير موضع من المبسوط في فصل أن الخراج بالضمان. بل قال فيما لو يعلم المشتري بعيب في المبيع حتي باعه: (فإنه لا- يمكنه الرد، لزوال ملكه، ولا- يجب أيضاً له الأرش، لأنه لم يئس من رده علي البائع)، وذكر نحو ذلك في أباق العبد وهبته. ثم قال فيما لو رضي المشتري الثاني بالعيب: (وأما المشتري الأول فإنه لا يرجع بأرش العيب، لأنه لا دليل عليه وهو إجماع). وهو كالصريح في أن الأرش لا يثبت للمشتري رأساً، بل إذا تحمل هو ضرر العيب بدفعه الارش للمشتري الثاني.

نعم ذكر في المبسوط والخلاف انه لو اشترى شيئين صفقة وظهر عيب في أحدهما لم يكن له رده وحده، وكان مخيراً بين الأرش ورد الجميع. ومن ثم قد ينسب

له فيهما التخيير بين الرد والأرش مطلقاً، بدعوي عدم الفرق بين عيب بعض المبيع وعيب تمامه، ويكون موافقاً لما سبق منه في النهاية، وعليه جمهور الأصحاب.

لكن ذلك منه قد يبتني علي أن استحقاق الأرش ليس للتخيير بينه وبين الرد ابتداءً، بل لتعذر رد المعيب وحده، فراراً عن محذور تبعض الصفقة علي البايع، ليناسب ما سبق منه فيهما من أن استحقاق الأرش موقوف علي تعذر الرد. وهو المناسب لما ذكره في المبسوط فيما إذا باع المشتري بعض المبيع ثم وجد به عيباً، حيث قال: (فإنه لا يجوز له رد النصف الذي باعه، لأنه زال ملكه، ولا رد النصف الذي في ملكه، لأن فيه إفساد المبيع علي صاحبه بتبعض الصفقة والشركة، ولا يجوز أن يرجع بالأرش، لأنه لم يئس من رد الجميع).

غاية الأمر أن ذلك منه يبتني علي الغفلة عن أنه يكفي في القدرة علي رد المعيب المانعة عنده من الرجوع بالأرش القدرة علي رد الشئيين معاً بناء علي جوازه بها، علمها يأتي الكلام في المسألة الستين. وهو راجع إلي التباس الأمر عليه في ذلك، لا إلي ذهابه لتخيير المشتري بين الرد والأرش، وإلا فمن الصعب جداً تجاهل جميع ما سبق منه مما يشهد بعدم ذهابه للتخيير.

ومنه يظهر أنه لا مجال لنسبة التخيير المذكور لابن زهرة في الغنية لمجرد موافقته للمبسوط والخلاف في الفرع السابق.

وأشكل من ذلك ما نسب له وللخلاف من دعوي الإجماع علي التخيير بين الرد والأرش في الفرع المذكور. مع أن ملاحظة مساق كلامهما تشهد بأن الإجماع المدعي لهما ليس علي التخيير المذكور، بل علي أنه ليس للمشتري إرجاع المعيب وحده.

كما أنه قال في المبسوط أيضاً: (إذا اشتري شيئاً وقبضه، ثم وجد به عيباً كان عند البايع، وحدث عنده عيب آخر، لم يكن له رده. إلا أن يرضي البايع بأن يقبلها ناقصة، فيكون له ردها، ولا يكون له أن يرجع بأرش العيب عند الفقهاء. وكذلك عندي. وقيل: إن له الأرش، لأن أرش العيب كان ثابتاً له، وإنما سقط حكم الرد

بحدوث العيب عنده، فلما رضي البايع باسترجاعه لم يسقط حق الأرش، لأنه يحتاج إلي دليل) وعلي ذلك جري في الخلاف مستدلاً عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم، من دون أن يشير للقول الآخر.

وقد يستفاد من قوله في المبسوط: (لأن أرش العيب كان ثابتاً له...) اتفاه مع القائلين - الذين أشار إليهم - بالتخيير بين الأرش والرد قبل حدوث العيب الآخر عند المشتري، وإنما يخالفهم في فرض حدوث العيب الآخر، فهو يري لسقوط الأرش إذا رضي البايع بالمعيب، وهم لا يرون سقوطه.

لكنه لا يتناسب مع كلامه في الفروع السابقة. بل هو بعيد جداً، لما ذكره عنهم من أنه لا منشأ لسقوط الأرش بعد ثبوته.

ومن هنا يتعين إبتناء ما تضمنته الفقرة المذكورة علي مبناهم من التخيير، وإن كان هو (قدس سره) مخالفاً لهم فيه. فيكون ذلك شاهداً علي ما سبق منا من أن القول بالتخيير لم يصل حدّ الإجماع الملزم، ولذا خالفهم.

أو يكون مراده هو أن الأرش قد ثبت بتجدد العيب عنده، حيث تضمنت النصوص أن به يسقط الرد ويثبت الأرش، فسقوط الأرش ورجوع الرد برضا البايع باسترجاع المعيب يحتاج إلي دليل. ولعل هذا هو الأظهر من كلامه، ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى بعد الكلام في مسقطات الرد. فلا يدل علي موافقته للمشهور

والحاصل: أنه لا ينبغي الإشكال في كون مذهب الشيخ (قدس سره) في المبسوط

- بل في الخلاف - هو الاقتصار علي الرد في أول الأمر.

وعلي ذلك جري ابن البراج في المهذب، فإنه اقتصر علي الرد في غير مورد ووافق الشيخ في كثير مما ذكره في المبسوط، ومنه تعليقه أخذ الأرش في بعض الفروع بتعذر الرد. وكذا في جواهره لأنه علل فيه ثبوت الأرش للمشتري فيما إذا اشترى عبيدين معينين ومات أحدهما بأنه يتعذر عليه رد المبيع بتمامه.

والبائع. فلو وجد البائع عيباً في الثمن (1) كان له الخيار المذكور (2).

وقد يظهر ذلك مما يأتي عن ابن الجنيد من أنه لا يكفي التبرؤ من العيوب إجمالاً في إسقاط الرد، لظهوره في أن العيب لا يقتضي غير الرد. وربما كان ذلك هو ظاهر كل من اقتصر علي الحكم بثبوت الخيار مع العيب من دون تنبيه للارش، لما سبق من انصراف الخيار لخصوص استحقاق الفسخ والرد.

ومع ذلك كيف يمكن دعوي الإجماع علي التخييز بين الرد والأرش؟! ولا سيما أنه لم ينسب التصريح بالإجماع من القدماء إلا للشيخ و ابن زهرة في الخلاف والغنية في مسألة ما إذا كان العيب في بعض المبيع، وقد سبق وهن النسبة المذكورة كما أنه يظهر من الدروس أن ما سبق من الشيخ في إباق العبد وهبته مخالف للمشهور، لا للإجماع.

وبالجملة: لا مجال للتعويل علي دعوي الإجماع المذكورة في كلماتهم بنحو تنهض بالحجية والاستدلال، فضلاً عن الخروج بها عن ظاهر النصوص المتقدمة.

ومن هنا يتعين البناء علي تخيير المشتري بين الرضا بالمبيع ورده بالفسخ من دون أن يكون له المطالبة بالأرش، وفاقاً لمن سبق.

(1) يعني إذا كان شخصياً. أما إذا كان كلياً فلا وجه لثبوت الخيار، بل يتعين جواز المطالبة بالتبديل لا غير، كما صرح بذلك في التذكرة والمختلف.

(2) كما صرح به في الجملة في التذكرة والمختلف والمسالك وغيرها. قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (والظاهر أنه مما لا خلاف فيه).

لكن المراد بذلك إن كان تخيير البائع بين الإمساك والرد - كما هو ظاهر التذكرة والمختلف - فهو حسن، لما سبق من أن الخيار بالمعني المذكور ثابت بحكم العرف ارتكازاً، ولا يفرق فيه بين المبيع و الثمن. بل قد يكون ذلك سبباً في فهم العموم للثمن من النصوص بالغاء خصوصية مواردها عرفاً.

(مسألة 50): يسقط هذا الخيار (1) بأمور:

(الأول): الالتزام بالعقد بمعني اختيار عدم الفسخ (2). ومنه

بل قد يدعي أنه مقتضي إطلاق بعض النصوص كقوله (عليه السلام): (ترد الجارية من أربع خصال، من الجنون والجذام والبرص والقرن...)
(1) وقوله (عليه السلام): (يرد المملوك من أحداث السنة) (2) وغيرهما. لشموله لما إذا كان ثمنًا.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لعدم ورود النصوص المذكورة في مقام تشريع الخيار، بل لبيان تحقق موضوع الخيار أو أمده بعد الفراغ عن مشروعيته، فالإدب في استفادة عموم مشروعيته بنحو يشمل الثمن من دليل آخر. فالعمدة ما سبق.

وعن أبي الصلاح إطلاق أنه ليس للبايع الرد، بل له المطالبة بالتبديل. ولعله يبتني علي غلبه كون الثمن كلياً، وإلا فلا وجد له في نفسه، فضلاً عن الخروج به عما ذكرنا.

وإن كان المراد هو تخييره بين الرد والأرش، كما يظهر من المسالك وغيره فقد سبق أن التخيير المذكور مخالف للقاعدة، ولظاهر النصوص الواردة في المشتري. وأن دليله ينحصر بالإجماع لو تم. ولو تم الإجماع في المشتري فدون إثبات عموم معقده للبايع خرط القتاد، بعد أن لم يعرف القول بالعموم له من أحد قبل الشهيد في المسالك.

(1) الظاهر أن المراد به سقوط حق الفسخ دون الأرش بقريئة ما يأتي في المسألة الثانية والخمسين.

(2) كما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) ولا ينبغي الإشكال في ذلك بناء علي ما سبق منا من أن الثابت بالعيب خصوص حق الفسخ والرد دون الأرش. سواءً رجع ذلك إلي إسقاط الحق أم إلي الرضا بالمبيع والعقد. لما تكرر ما من قبول الحق وللإسقاط.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب أحكام العيوب حديث: 1، 2.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب أحكام العيوب حديث: 1، 2.

ولما سبق في خيارى الغبن والرؤية من أن الاستفادة من بعض النصوص عموم سقوط الخيار بالرضا بالمبيع والعقد.

أما بناء علي ما عليه المشهور من أن الثابت بالعيب التخيير بين الأرش والفسخ فمن الظاهر رجوع ذلك إلي حق واحد، ولم يتضح مشروعية التبعض في إسقاط الحق الواحد. كما لم يتضح إطلاق لزوم البيع الخيارى بالرضا بالمبيع والعقد، إذ لا دليل عليه إلا صحيح علي بن رئاب الوارد في خيار الحيوان. غاية الأمر التعدي منه إلي ما يماثله مما يكون فيه الخيار بالفسخ تمام الحق الثابت. أما إذا كان الخيار المذكور بعض الحق الثابت فهو أمر تعبدى، ويشكل جداً فهم العموم له.

وبذلك يظهر الإشكال في إسقاط خصوص الأرش دون الرد. غاية الأمر أن دليل الأرش لما لم يكن متحصلاً لنا فهو لو ثبت - بالإجماع أو نحوه - فالمتيقن منه صورة عدم إسقاطه. أما الخيار بالفسخ فهو لما كان ثابتاً بإطلاق بعض النصوص فلا بد في البناء علي سقوطه من دليل.

(1) الظاهر الاكتفاء بالظهور العرفي للتصرف في ذلك. غاية الأمر أنه يكفي في مقام الإثبات، أما مقام الثبوت فهو تابع لتحقيق الرضا بالعقد واقعاً.

هذا ومقتضى إطلاق جماعة أن التصرف بعد العلم بالعيب مانع من الرد مطلقاً، من دون أن يشترطوا فيه الدلالة علي الرضا بالبيع وعدم إرادة الفسخ. بل قال في المختلف: (إذا تصرف المشتري بعد العلم بالعيب سقط الرد إجماعاً). وكأنه لدعوي دلالة التصرف علي الرضا مطلقاً، أو لفهم ذلك من نصوص خيار الحيوان.

لكن الأول ممنوع. مضافاً إلي ما ذكرنا آنفاً من الإشكال في كفاية الرضا في سقوط الرد في المقام بناء علي التخيير ابتداء بين الرد والأرش. ومثله الثاني. لاختصاص نصوص خيار الحيوان به. مضافاً إلي ما سبق هناك من اختصاصها ببعض التصرفات.

وأشكل من ذلك ما في التذكرة. قال: (تصرف المشتري كيف كان يسقط الرد بالعيب السابق عند علمائنا. وبه قال أبو حنيفة. لأن تصرفه فيه رضا منه علي الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتي يعلم حال صحته وعدمها. ولقول الباقر (عليه السلام): أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار لم يتبرأ إليه ولم يبرأ، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً أنه يمضي عليه البيع... وقال الصادق (عليه السلام): أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها، فوجد بها عيباً، لم يردّها، ورد البايع عليه قيمة العيب). وكلامه كالصريح في العموم لكل تصرف، والعموم لصورة الجهل بالعيب.

وحينئذ يشكل بظهور أن التصرف مع الجهل بالعيب لا يدل علي الرضا بالعقد علي الاطلاق ليشمل صورة وجود العيب. وأما أنه ينبغي له الصبر حتي يعلم الحال فهو لا يتجه مع الغفلة واعتقاد عدم العيب.

بل حتي مع الالتفات واحتمال العيب، بناء علي ما ذكره من أصالة السلامة، وأن عليها المعول في رفع الغرر المانع من صحة البيع. وإلا كان اللازم الاكتفاء في سقوط الرد بالقبض من دون حاجة للتصرف. بل اللازم الاكتفاء في عدم ترتب حكم العيب - من الرد والأرش - بمجرد إجراء العقد، لأن الإقدام عليه مع احتمال العيب رضا به علي الإطلاق لولا أصالة السلامة.

وأما حديث الإمام الباقر (عليه السلام) فقد تضمن منع المشتري من الرد مع إحداثه في المبيع شيئاً، وذلك لا يصدق بمجرد التصرف، بل بتأثيره فيه أثراً يتغير به عما كان عليه.

ودعوي: أن الحدث إن لم يصدق عرفاً بمطلق التصرف فلا أقل من لزوم الحمل عليه في المقام، بضميمة ما ورد في خيار الحيوان. ففي صحيح علي بن رثاب: (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 إلي ما كان يحرم عليه فذلك، رضا منه فلا شرط)(1).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 1.

وفي صحيح الصفار: (كتبت إلي أبي محمد (عليه السلام) في الرجل اشترى من رجل دابة، فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ له أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع (عليه السلام): إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله)(1) بناء علي ما سبق هناك من عموم الحدث في الجواب فيه للركوب فراسخ.

فإن تطبيق الحدث الصحيحين علي الملاسة والتقبيل والنظر إلي ما يحرم عليه قبل الشراء والركوب فراسخ شاهد بعدم اختصاصه شرعاً بما يوجب تغير العين.

مدفوعة بأنه لا قرينة علي كون تطبيق الحدث علي الأمور المذكورة في الصحيحين مبنياً علي خروج الشارع الأقدس في مفهوم الحدث عن المعني العرفي إلي معني يختص هو به، ليحمل عليه في سائر موارد استعماله للحدث، ومنها المقام. بل المتيقن مجرد استعماله للحدث في الصحيحين بنحو يعم الأمور المذكورة ولو توسعاً ومجازاً. وذلك لا يقتضي خروجه عن المعني العرفي للحدث في المقام وغيره من موارد إطلاقه في كلامه.

ولاسيما مع كون ما ذكرنا في معني حديث الإمام الباقر (عليه السلام) وهو المناسب لما تضمنه حديث جميل المتقدم من جواز الرد مع قيام الشيء بعينه، والمنع منه مع قطع الثوب أو خياطته أو صبغه. بل الاقتصار في حديث جميل علي الثوب دون المتاع قد يكون من أجل أن الثوب غالباً يتعرض لمثل ذلك، والمتاع كثيراً ما ينتفع به من دون أن يتغير عما هو عليه.

كما أن ذلك هو المناسب أيضاً لما تضمن رد الجارية إذا لم تحض ستة أشهر(2). لما هو المعلوم حصول التصرف في المملوك هذه المدة الطويلة ولو بالاستخدام.

وأما حديث الإمام الصادق (عليه السلام) فهو مختص بالوطء الذي يظهر من

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب الخيار حديث: 2.

(2) راجع. وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب العيوب، رد المملوك من أحداث السنة باب: 2.

ص: 459

(الثاني): تلف العين (1).

(الثالث): خروجها عن الملك (2) بيع أو عتق أو هبة أو نحو ذلك.

أحاديث كثيرة (1) خصوصيته. ولعله لكونه من سنخ الجنائية. ولذا يثبت به العقر مع الحبل. كما استفاضت به النصوص (2). ولا وجه مع ذلك للتعدي منه لبقية التصرفات. بل حيث كان الوطء مسبقاً نوعاً ببعض التصرفات - كالتقبيل واللمس ونحوهما - فإسناد سقوط الرد للوطء ظاهر في عدم سقوطه بالتصرفات المذكورة ومعه لا مجال للتعدي من الوطء لكل تصرف، كما نبه لذلك بعض مشايخنا (قدس سره).

(1) الظاهر عدم الإشكال فيه بينهم واستظهر شيخنا الأعظم (قدس سره) الإجماع عليه. والعمدة فيه أنه لا موضوع معه للرد.

نعم قد يحتمل بقاء موضوع الفسخ بناء علي ما سبق غير مرة من أن موضوع الفسخ هو العقد، لا عين العوضين، فمع تلف المبيع لا يرتفع موضوع الخيار والفسخ، غاية الأمر أن ينتقل للبدل مع التلف.

لكن لا مجال للبناء علي ذلك في المقام أولاً: لعدم الإطلاق لدليل خيار العيب بنحو يشمل صورة تلف العين. لعدم العثور علي نص ينهض بتشريع أصل الخيار، لينظر في إطلاقه بنحو يشمل صورة تلف العين، بل أكثر النصوص قد تضمنت الفروع المترتبة علي الخيار بعد الفراغ عن أصل بثبوته. ولا سيما مع اشتغال أكثرها علي الكفاية عن الفسخ برد المبيع المختص بصورة وجوده.

وثانياً: لأن المستفاد من نصوص مانعية الحدث في المبيع من الفسخ عدم مشروعية الفسخ مع التلف بالأولية العرفية. ومجرد إمكان التفكيك بينهما عقلاً لا ينافي ذلك، لعدم توقف الأولوية العرفية علي التلازم الحقيقي أو العقلي.

(2) كما صرح بذلك غير واحد. وقد تقدم في كلام المبسوط وغيره ما يناسب

(1) راجع. وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب.

(2) راجع. وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب العيوب.

ذلك. والظاهر انه داخل فيما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من صيرورته كالتالف الذي استظهر الإجماع فيه. والعمدة فيه ما سبق في التالف.

نعم صرح في غير موضع من المبسوط وغيره بأنه لو رجع إليه كان له الرد. بل ليس له الأرش، حتي يتعذر رجوعه إليه ويئس منه، وفي المقنعة والنهاية أن التدبير والهبة لا يمنعان من الرد، لأن له الرجوع فيهما.

ولا- يخفي أن التالف والخروج عن الملك لم تتضمنها النصوص، وإنما استفيد امتناع الفسخ معهما تبعاً لما تضمنته من أنه يشترط في الفسخ بقاء المبيع بحاله من دون حدث فيه، بحيث يمكن إرجاعه للبايع، كما سبق. وحينئذ قد يدعي أن مقتضي ذلك سقوط حق الفسخ وتعين الأرش بخروج المبيع عن ملك المشتري، ومع سقوط حق الرد والفسخ فعوده بعود المبيع لملكه يحتاج لدليل.

ولعله لذا قال في المختلف بعد نسبة ذلك وغيره للمبسوط: (وهذه الأحكام التي ذكرها الشيخ رحمه الله منافية لأصول المذهب المقررة).

اللهم إلا أن يقال: المفهوم عرفاً من ذلك ليس هو سقوط الرد تبعداً، بحيث لا ملاك فيه، بل اضطراراً من أجل تعذر الرد، وذلك لا يناسب سقوط الرد رأساً، بل مراعي ببقاء تعذره، فمع تجدد القدرة عليه يتعين مشروعية الفسخ.

لكنه لا- يخلو عن إشكال. لما يأتي في أحكام الأرش من أن سقوط الرد بهذه الأمور لم يتضمنه دليل خاص، وإنما استفيد مما دل علي اعتبار بقاء المبيع بحاله، وعدم بقاء المبيع بحاله قد لا يرجع لنقص فيه يتعذر معه الرد، بل قد يوجب زيادة فيه لا تمنع من الرد في حق البايع، ولا تكون إضراراً به وذلك ملزم بالعمل بإطلاق تلك الأدلة. غاية الأمر أن يكون تعذر الرد حكمة لا علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا.

هذا كله في التصرف اللازم. أما غير اللازم فلا يتضح كونه موجباً لسقوط الرد حين وقوعه بعد أن فرض إمكان الرجوع فيه، حيث يمكن معه إرجاع العين للبايع بعد الفسخ ولو بفسخ التصرف الجائز قبله. وقد سبق أن الخيار يتعلق بالعقد

(الرابع): التصرف الخارجي في العين الموجب لتغيير العين (1)، مثل تفصيل الثوب وصبغه وخطاطته ونحوها.

(الخامس): التصرف الاعتراري إذا كان كذلك (2)، مثل إجارة العين ورهنها.

لا بالعين، ليدعي امتناع بقاء حق الخيار مع صحة التصرف الجائر. فلاحظ.

(1) الظاهر عدم الخلاف فيه، لأنه المصرح به في الكلام غير واحد، والمتيقن مما ذكره جماعة من سقوط الرد بإحداث المشتري حدثاً في المبيع أو تصرفه فيه علي اختلاف عباراتهم. بل يستفاد من غير واحد دعوي الإجماع عليه.

والعمدة فيه قوله (عليه السلام) في صحيح زرارة المتقدم: (فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً) (1)، وفي حديث جميل: (إن كان الشيء قائماً بعينه رده علي صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب) (2). وقد تقدم في المسقط الأول ما ينفع في المقام.

(2) حيث لا يعقل أن يكون التصرف الاعتراري موجباً لتغيير العين، لعدم السنخية بينهما، تعين أن يكون مراده (قدس سره) بذلك ما يوجب اختلاف الرغبة في العين أو النقص فيها، بقرينة المثالين المذكورين في كلامه.

وينحصر الوجه فيه في استفادته من حديثي زرارة وجميل عرفاً، بضميمة ما هو المرتكز من أن مانعية الأمور المذكورة فيها من الرد للإرفاق بالبايع، وعدم إلزامه بقبول العين مع اختلاف حالها عما كانت عليه حين البيع.

وفي رجوع حق الفسخ و الرد بارتفاع أثر التصرف المذكور بمثل انقضاء مدة الإجارة وفكّ الرهن أو فسخ العقدين وعدمه، وجهان مبنيان علي ما تقدم في رجوع المبيع لملك المشتري بعد خروجه عنه. فلاحظ.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، 3.

(السادس): حدوث عيب فيه (1).

(1) كما صرح به جماعة من الفقهاء والمتأخرين، وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه)، وفي الخلاف وعن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه. وفي المبسوط: (إذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري، ثم وجد به عيباً قديماً، سقط حكم الرد إجماعاً، ووجب الأرش).

وقد يستدل له بأن إلزام البائع بالرد حينئذ ضرر عليه، كما أن إلزام المشتري بقبول المبيع مجاناً مع اشتماله علي العيب السابق ضرر عليه أيضاً، فيتعين جبر ضرر المشتري حينئذ بالأرش.

وفيه - مع أن إلزامه بالمعيب مجاناً قد لا يكون ضرراً عليه، لعدم زيادة الثمن علي قيمة المعيب - : أنه كما يمكن تدارك ضرر المشتري بأرش العيب السابق يمكن تدارك ضرر البائع في إلزامه بالرد بأرش العيب اللاحق. كما حكي في الخلاف عن بعض العامة إلزام المشتري بذلك، وعن بعضهم التخيير بين الأمرين.

ومن هنا لا يبعد استفادة الأصحاب ذلك من حديثي زرارة وجميل، كما يناسبه الاستدلال عليه في الخلاف بأخبار الفرقة. والوجه في ذلك: أن معتبر زرارة وإن تضمن إحداث المشتري، إلا - أن مناسبة الحكم والموضوع قاضية بأن الموضوع هو الحدث بنفسه، الذي هو نتيجة الإحداث منه، مع إلغاء خصوصية الإحداث المذكورة، لما هو الظاهر من أن منشأ المانعية من الرد هو الإرفاق بالبائع، لا عقوبة المشتري، بعد ظهور كون المشتري قد تصرف في ملكه من دون أن يكون متعدياً في تصرفه، أو حدث العيب قهراً عليه.

وأما حديث جميل فهو وإن تضمن اشتراط حق الفسخ ببقاء الشيء قائماً بعينه، وهو قد يصدق مع بعض أفراد العيب كالمرض، إلا أن المفهوم منه عرفاً كون الموضوع هو بقاءه بحاله، بحيث لا يتغير عما كان عليه عند البائع عرفاً. وأما ما عن

بعد قبضه من البايع (1)، ففي جميع هذه الموارد ليس له فسخ العقد. نعم

غير واحد من الاستدلال عليه بأنه لما كان مضموناً عليه كان بمنزلة إحدائه فيه حدثاً فهو بالقياس أشبه. والعمدة ما ذكرنا.

لكن في المقنعة: (فإن لم يعلم بالعيب حتي حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم، دون الحادث، إن اختار ذلك، وإن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث فيه هو حدثاً علي ما ذكرناه). وهو صريح في أن العيب إذا لم يكن بفعل المشتري لم يمنع من الرد. ويظهر الإشكال فيه مما سبق.

وأشكل منه ما يظهر منه من عدم ثبوت أرش العيب المذكور للبايع علي المشتري، لعدم تنبيهه علي ثبوت الأرش مع شدة الحاجة للتنبيه عليه لو كان ثابتاً عنده. إذ لا وجه له بعد كون المبيع مضموناً علي المشتري بضمان المعاوضة. نظير ما تقدم في أوائل المسألة التاسعة والعشرين عند الكلام في فروع خيار الغبن. ولذا قرب في الجواهر جبره بالأرش بناء علي أن له الرد.

(1) أما لو كان قبل قبض المشتري له فلا يسقط به الرد قطعاً، كما في الجواهر وعن المهذب البارع، وبلا خلاف، كما عن مجمع البرهان والكفاية، بل إجماعاً، كما في كشف الرموز والروضة.

وقد علله غير واحد بأنه مضمون علي البايع. لكن ذلك وحده لا يكفي في عدم سقوط الرد. لأن مقتضى ضمانه علي البايع تحمله لدركه ولو بدفع الأرش للمشتري، وهو لا يستلزم بقاء حق الفسخ و الرد.

نعم قد يدعي أن العيب المذكور بنفسه سبب للخيار، واستحقاق الفسخ،

فكيف يكون مانعاً من الرد بالعيب السابق علي العقد؟!.

لكن من الظاهر قصور معتبر زرارة عن إثبات الخيار بالعيب المذكور، لكون المفروض فيه وقوع الشراء علي المعيب.

وأما حديث جميل فهو وإن تضمن وجدان العيب في المبيع الشامل لما إذا حصل بعد العقد قبل القبض، إلا أنه شامل أيضاً لما إذا حدث العيب عند المشتري. وليس البناء علي عموم الحديث له وخروجه عنه تخصيصاً بأولي عرفاً من حمل الحديث علي فرض وقوع الشراء علي المعيب، بل الأقرب الثاني لأنه المنسب من تعقيب وجدان العيب فيه علي الشراء. ومثله غيره من النصوص الواردة في العيوب، المتضمنة وجدان الثاني العيب بعد الشراء(1).

نعم قد يوجه ثبوت الخيار فيه بأن البيع لما كان يبتني ارتكازاً علي سلامة المبيع وعلي التسليم والتسلم، فمرجع ذلك إلي أنه يبتني علي تسليم المبيع سالماً، فمع تخلف ذلك بتعيب المبيع قبل القبض يتعين ثبوت الخيار.

كما قد يوجه ثبوت الأرش به بأنه مقتضي ما تضمن أن تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، الذي يراد به أن دركه عليه من الثمن، لا بدفعه بدله من المثل أو القيمة. ومرجعه عملاً إلي انفساخ البيع. فإن ذلك كما يقتضي تحمل البائع لدرك المبيع بالنحو المذكور مع تلفه بتمامه يقتضي تحمل درك النقص الحاصل فيه مما يوجب نقص ماله، وذلك بدفع الأرش.

وقد تكون ارتكازية ذلك كله منشأً لإلحاقه بمورد نصوص خيار العيب، وهو العيب السابق علي البيع، بحيث يفهم عرفاً أن موضوع الخيار حقيقة هو الأعم من العيب السابق علي العيب والمتخلل بينه وبين القبض، وأنهما بحكم واحد وتامام الكلام في ذلك في المسألة الرابعة من الفصل السابع في التسليم والقبض إن شاء الله تعالى.

لكن ذلك كله لو تم - كما هو غير بعيد - لا ينهض بنفسه دليلاً علي عدم مانعية العيب الحادث بين البيع والقبض من الرد بالعيب السابق علي البيع الذي هو محل الكلام بعد اختلاف منشأ الخيار. غايته عدم ترتب الأثر العملي لذلك بعد ثبوت الخيار بسبب العيب الحادث. كما أنه يقتضي ثبوت الأرش من عي الثمن بمجرد

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب.

ص: 465

حدوث العيب المذكور من دون أن يتوقف علي تعذر الرد به.

نعم عن بعض مشايخنا (قدس سره) أن ثبوت الخيار بالعيب الحادث بعد القبض وإن لم يلزم عقلاً عدم مانعيته من الرد، إلا أنه ملازم لذلك عرفاً، بحيث ينصرف ما يتضمن مانعية حدوث العيب من الرد عن العيب الموجب بنفسه لاستحقاق الرد. لكنه لا يخلو عن خفاء بعد تعدد الجهة، لتعدد الخيار بسبب تعدد العيب، وليس غريباً علي العرف بمرتكزاتهم أن يكون العيب المذكور سبباً بنفسه للخيار، ومانعاً من الرد بسبب الخيار السابق. ولعل الأولي في تقريب عدم مانعيته في المقام من الرد بالعيب السابق أنه وإن سبق تقريب عموم مانعية الحدث من الرد لما إذا لم يكن بفعل المشتري، إلا أن معتبر زرارة كالصريح في اختصاص الحدث المانع بما إذا كان بعد قبض المشتري للمبيع. وبه يخرج عن حديث جميل لو فرض عمومه لما إذا كان الحدث قبل القبض ولم ينصرف لخصوص ما كان بعد القبض، كما هو غير بعيد، وإلا لزم عمومه لما إذا كان بفعل البائع نفسه. فلاحظ.

هذا ولو كان حدوث الحدث والعيب بعد القبض وفي مدة الخيار، بحيث يكون مضموناً علي البائع، كما لو كان المبيع حيواناً وكان الحدث في الأيام الثلاثة، فلا إشكال عدم مانعيته من الرد في مدة الخيار المفروض - كالأيام الثلاثة - إما للخيار المفروض، أو لخيار العيب الثابت بالعيب السابق علي العقد.

أما بعد انقضاء مدة الخيار المفروض كالأيام الثلاثة في الحيوان فاستحقاق الرد بالعيب السابق بيتي علي مانعية العيب المتجدد من الرد بالعيب المذكور وعدمها. ولا إشكال في دخول العيب المتجدد في إطلاق حديثي زرارة وجميل، لفرض كونه بعد القبض. وهو يقتضي مانعيته من الرد.

إلا أن يتم ما سبق من غير واحد من عدم مانعية العيب المضمون علي البائع من الرد بالعيب السابق. وقد سبق المنع من ذلك. وربما يأتي في فصل أحكام الخيار ما ينفع في المقام. فلاحظ.

يثبت له الأرش (1).

(1) بلا إشكال ظاهر، ولا خلاف. بل يمكن تحصيل الإجماع عليه. إما لأنه أحد طرفي التخيير بسبب العيب، كما هو المشهور، فيتعين بعد فرض امتناع الرد، أو لأنه بدل عن الرد بعد تعذره، كما هو الظاهر تبعاً لظاهر النصوص، علي ما سبق.

بقي في المقام أمور:

الأول: بناء علي المشهور فلا يفرق في ثبوت الأرش بين إحداث المشتري الحدث في المبيع قبل علمه بالعيب وبعده، كما هو مقتضي إطلاق بعضهم وصريح كثير منهم، معللاً في كلام غير واحد بأن إقدامه علي التصرفات المذكورة بعد علمه إنما يدل علي رضاه بالمبيع وعدم إرادة الفسخ، ولا يدل علي رضاه بالعيب، بحيث يسقط حقه في الأرش، فلا موجب لسقوطه بعد كونه أحد طرفي التخيير.

ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من ابن حمزة، حيث قال في الوسيلة: (وإن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد ولا الأرش). ومقتضاه أنه لا يبقى له الأرش إلا إذا أخذه قبل التصرف، أو التزم به وأسقط الرد، بناء علي نفوذ التبويض في طرفي التخيير، علي ما سبق الكلام فيه.

وكيف كان فهو لا يناسب مبناه من التخيير بين الرد والأرش من أول الأمر، كما نبه لذلك غير واحد، وساقوا التعليل المتقدم رداً عليه.

أما بناء علي المختار من أن الثابت من أول الأمر هو حق الفسخ والرد لا غير، وأن الأرش إنما يثبت عند تعذر الفسخ بأحد الأسباب المتقدمة فهل يختص الأرش بما إذا فعل المشتري أحد الأمور المتقدمة عن جهل بالعيب، أو يعم ما إذا أقدم عليها عالماً به؟ الظاهر أو المتيقن ممن ذهب إلي ذلك هو الاختصاص بحال الجهل. وهو مورد معتبر زرارة. وكذا حديث جميل، لظهور قوله (عليه السلام) فيه: (إن كان الثوب قائماً بعينه...) في التفصيل بين موردي الرد والأرش، بلحاظ حال المبيع عند وجدان العيب. فل

يعم مورد الأرش فيه ما إذا كان المبيع عند وجدان العيب قائماً بعينه ثم أحدث فيه المشتري حدثاً بعد ذلك. وكذا الحال في أكثر النصوص المتضمنة للأرش في الجارية الموطوءة(1). للترتيب فيها بين الوطاء ووجدان العيب، بنحو يقتضي تأخر وجدان العيب عن الوطاء.

نعم في معتبر زارة عن أبي جعفر (عليه السلام): (قال: كان علي بن الحسين (عليه السلام) لا يرد التي ليست بحبلي إذا وطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها)(2)، ونحوه غيره.

لكنها واردة لبيان امتناع الرد مع الوطاء وثبوت الأرش بدله، لا لبيان ثبوت الأرش، ليكون لها إطلاق يشمل صورة الوطاء بعد العلم بالعيب.

علي أن من القريب ورود القيود المذكورة في معتبر زارة الأول لموضوع الأرش مورد التحديد، فتدل علي انتفاء الأرش بانتفائه، بنحو تصلح للخروج عن إطلاق هذه النصوص له تم. ومن هنا يتعين الاقتصار في استحقاق الأرش علي صورة ما إذا كان إحداث الحدث قبل العلم بالعيب.

الثاني: تقدم من المبسوط والخلاف أن حدوث العيب في المبيع إنما يمنع من الرد ويوجب الأرش إذا لم يرض البايع برد المبيع، أما مع رضاه به فلا يستحق المشتري الأرش عليه. وهو ظاهر المهذب.

وكانهما فهما من دليل مانعية العيب من الرد وسببته للأرش ابتناءه علي الإرفاق بالبايع في عدم إلزامه بقبول المعيب مع تجدد عيب آخر فيه، ثم الإرفاق بالمشتري في عدم تحمله نقص العيب وتعويضه بالأرش، فإذا رضي البايع بقبول المعيب مع العيب المتجدد ارتفع موضوع الإرفاق به، كما يرتفع موضوع الإرفاق المذكور بالمشتري، لرجوع حقه في الفسخ.

لكن ذلك قد يتجه لو كان هناك دليل يتضمن مانعية العيب بخصوصيته من

(1) راجع وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 5.

الرد. أما حيث كان الدليل هو الحديثين المتقدمين المتضمنين لكون المانع من الرد هو إحداث الحدث وعدم بقاء المبيع بحاله، ومن الظاهر أن الحدث يعم ما إذا كان سبباً في عيب المبيع ونقصه أو كماله وزيادته أو مجرد اختلاف الرغبة فيه، وحينئذٍ لابد من كون الحكم المذكور تعديداً من أجل حل المشكلة من دون أن يبتني علي الإرفاق بالوجه المتقدم. ويتعين العمل بإطلاق دليله القاضي بثبوت الأرش ولو مع رضا البائع بقبول المعيب. وقد سبق احتمال كون ذلك هو مراد من حكي في المبسوط مخالفته له في المسألة. فراجع.

الثالث: سبق من المبسوط أيضاً أن المشتري لو لم يعلم بالعيب في المبيع حتي باعه لم يكن له الرجوع علي البائع الأول بالإرش إذا رضي المشتري بالعيب ولم يرجع عليه بالأرش، ونحوه في المهذب مدعياً الإجماع عليه.

وكأنه للبناء علي الاقتصار في استحقاقه للأرش علي ما إذا كان العيب سبباً لتضرره بدفع الأرش للمشتري الثاني. لكنه خروج عن إطلاق نصوص المسألة من دون دليل.

اللهم إلا- أن لا- يكون دليله عندهما في المقام هو النصوص، لدعوي عدم كون بيع المعيب إحداثاً فيه، ولا- منافياً لقيامه بعينه، ليكون استحقاق الأرش مقتضي النص. بل الوجه عندهما في الرجوع علي البائع الأول بالأرش هو الضرر الحاصل عليه بدفع الأرش للمشتري الثاني، فإذا لم يدفع هو الأرش لا ضرر عليه.

لكن تقدم منا أن الظاهر عموم النص في المقام بنحو ينهض باستحقاقه الأرش. كما أنه قد تكرر غير مرة أن قاعدة نفي الضرر لا تنهض بتشريع حكم يتدارك به الضرر. ولا سيما إذا كان موجباً للإضرار بالغير، كالبايع الأول في المقام.

مضافاً إلي أن الضرر إن حصل للمشتري الأول فهو بتخلف وصف السلامة عليه، لا بدفعه الأرش للمشتري الثاني. وإلي أنه قد لا يتضرر مالياً بقبول المعيب، لعدم تجاوز الثمن الذي اشتراه به قيمته وهو معيب. وإلي أن الأرش الذي يدفعه قد

(مسألة 51): يسقط الأرش دون الرد فيما لو كان العيب لا يوجب نقصاً في المالية (1)، كالخصاء في العبيد إذا اتفق تعلق غرض نوعي به،

يختلف عن الأرش الذي يستحقه، لاختلاف الثمن في البيعين.

(الرابع): من الظاهر اختصاص نصوص الأرش بما إذا كان المعيب هو المبيع، أما إذا كان المعيب هو الثمن الشخصي فقد يظهر مما سبق منهم في الرد عموم الحكم له. وينحصر الوجه فيه بإلغاء خصوصية المبيع عرفاً، وفهم عدم الفرق في حكم البيع بين المثلث والثمن وهو غير بعيد. فلاحظ.

(1) كما صرح به غير واحد بل لا ينبغي الإشكال فيه، وإن ذكره في الدروس احتمالاً. إذ لا موضوع للأرش حينئذ. فهو في الحقيقة ليس من موارد سقوطه، بل لا يثب رأساً.

وربما يدعي كونه موضوعاً للأرش، في القيمة وذلك بملاحظة النقيصة الحاصلة في القيمة بسبب العيب، من دون أن تجبر بالزيادة الحاصلة بسببه لإلغائها، وقد يستدل له بإطلاق قوله (عليه السلام) في حديث جميل: (يرجع بنقصان العيب) (1).

لكن الظاهر منه النقصان بالإضافة إلى قيمة تمام المبيع الفعلية، لا-إلى قيمته في فرض إلغاء الزيادة الحاصلة فيه بسبب العيب، وهو كالصريح من قوله (عليه السلام) في معتبر زرارة: (ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به).

نعم قد يقال: يتعين إلغاء الزيادة الحاصلة إذا كانت ناشئة من ترتب بعض المنافع المحرمة، أو من كون إحداث العيب بنفسه محرماً، كما قد يقال في خصاء العبد، حيث قد يكون منشأ الرغبة فيه هو استخدامه بإدخاله علي النساء من دون أن يتحجب منه. كما أنه قيل بحرمة بنفسه.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 3.

ص: 470

وذلك بدعوي: أن زيادة القيمة الناشئة من فعل محرم في الشيء، أو من ترتب منفعة محرمة عليه، ملغية شرعاً، فلا يجبر بها نقص القيمة المسبب عن العيب.

لكن ذلك لو تم صغرياً فهو - مع عدم اطراد - ممنوع كبرياً، لتبعية المالية والقيمة للطلب والرغبة العامة من الشيء، ولا دخل للشارع الأقدس بها. كما أن تحريم سبب زيادة القيمة أو المنفعة المترتبة عليه لا تستلزم إلغاء الشارع الأقدس للزيادة المذكورة، بحيث لا تصلح لجبر النقص عرفاً بنظره، لينفع في المقام.

غاية الأمر أن اختصاص المنفعة الظاهرة للشيء بالمحرمة يوجب حرمة بيعه، لكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالباطل، علي ما تقدم في المسألة الثامنة من مقدمة كتاب التجارة. وهو أمر آخر.

هذا وفي الدروس: (لوزادت قيمة المعيب عن الصحيح - كما في الخصي - احتمال سقوط الأرش وبقاء الرد لا غير. ويشكل مع حصول مانع من الرد، لحدوث عيب أو تصرف، فإن الصبر علي المعيب ضرار، والرد ضرار).

لكن من الظاهر أنه مع تراحم الضررين لا مجال لإعمال قاعدة نفي الضرر، ويتعين الرجوع لعموم ما تضمن مانعية الحدث من الرد.

ودعوي: قصور العموم المذكور عن المورد، لاختصاص نصوصه بالعيب الموجب لنقص المالية، حيث تضمنت الرجوع بأرش العيب، بل يتعين البناء علي جواز الرد، عملاً بعموم دليله، ولو كان هو بناء العقلاء. غاية الأمر أنه يجبر ضرر البائع بالأرش.

مدفوعة بقضاء المناسبات الارتكازية بإلغاء خصوصية المورد المذكور، وأن ذكر الأرش لجبر الضرر المالي الحاصل للمشتري، فمع عدمه لا أرش، لا لتوقف مانعية الحدث من الرد علي كون العيب موجباً لنقص المالية، لعدم التناسب بينهما ارتكازاً.

بحيث صارت قيمة الخصمي تساوي قيمة الفحل (1). وإذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما قيل: لا أرش (2)، حذراً من الربا. لكن الأقوي جواز أخذ الأرش (3).

بل قد يكون العيب المذكور موجباً لزيادة المالية، كما تقدم عن الدروس، فهو أحري بأن يلزم المشتري بالصبر عليه بسبب الحدث الذي حصل للمبيع عنده.

وأشكل من ذلك ما عن بعض متأخري المتأخرين من احتمال عدم الرد بالعيب المذكور ابتداء لأصالة اللزوم. حيث لا مجال للأصل المذكور مع عموم دليل خيار الرد بالعيب، ولو كان هو بناء العقلاء، علي ما ذكرناه آنفاً.

وربما أيد بمرسل السيارى عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: (كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب) (1).

ودعوي: أن كونه عيباً لا- يستلزم عموم الرد به. مدفوعة بأن شيوع استحقاق الرد بالعيب موجب لظهوره في سوقه لبيان استحقاق الرد به. فلاحظ.

(1) بل قد تزيد عليه، كما تقدم من الدروس.

(2) كما في المبسوط والمهذب والغنية وجامع الشرائع والتذكرة والقواعد والدروس وجامع المقاصد وعن التحرير والإيضاح وغيرهما.

(3) كما حكاها في جامع الشرائع عن بعض أصحابنا فيما لو تجدد عند المشتري عيب يمنع من الرد قال: (لأن الأرش منفصل عن البيع). وإليه يرجع ما حكاها في التذكرة عن الشافعية كأحد وجوه ثلاثة في الفرض المذكور.

قال: (الثالث: أن يرجع المشتري بأرش العيب القديم، كما في غير هذه الصورة.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب الخيار حديث: 1.

ص: 472

والمماثلة في مال الربا إنما تشترط في ابتداء العقد، وقد حصلت، والأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد). قال في التذكرة بعد ذلك: (وهذا الوجه عندي لا بأس به). وهو متين جداً، فإن الإرش ليس جزءاً من الثمن، وإنما ثبت بحكم الشارع الأقدس تداركاً لضرر المشتري. كما تقدم توضيحه.

وبذلك يظهر جواز أخذ الأرش حتي مع عدم حدوث المانع من الرد، بناء علي المشهور من تخيير المشتري ابتداء بين الرد والأرش. ولا وجه مع ذلك للتفصيل بينهما، كما قد يظهر من التذكرة.

نعم قال شيخنا الأعظم (قدس سره) بعد تقرير ذلك: (هذا ولكن يمكن أن يدعي أن المستفاد من أدلة تحريم الربا وحرمة المعاوضة إلا مثلاً بمثل - بعد ملاحظة أن الصحيح والمعيب جنس واحد - أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم، لا يترتب علي فقده استحقاق عوض. ومن المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفاً وشرعاً. فالعقد علي المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما علي الآخر زائداً علي ما يساوي الآخر...).

وظاهره أن امتناع الأرش في المقام ليس لكونه جزءاً من الثمن، بل لظهور نصوص الربا في أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، ولا يترتب علي فقده استحقاق عوض، فيكون ذلك مخصصاً لنصوص الأرش في المقام.

ولكنه في غاية المنع، إذ بعد الاعتراف بما سبق من عدم مقابلة الصفات ومنها وصف الصحة بجزء من الثمن في الربويين وغيرهما، يكون موضوع المعاوضة في الربويين العوضين بأنفسهما، فلا بد من عدم زيادة أحدهما علي الآخر في المقدار، لئلا يلزم الربا. ولا يكفي في جبر الناقص منهما اشتماله علي صفة كمال غير موجودة في الآخر بعد أن لم تكن الصفة بمقتضي وضع المعاوضة مقابلة بجزء من الثمن.

وهذا وحده لا يرجع إلي إلغاء مالية الصفة في الربويين، بحيث لا تقابل بالمال، بنحو يكون مخصصاً لعمومات الأرش في المقام. وإلا لزم عدم ضمان الصفة

في الربويين بالإتلاف وغيره من أسباب الضمان، مع ظهور عدم بنائهم علي ذلك، بل يقطع ببطلانه.

وأما الفرق بينه وبين المقام بما ذكره في جامع المقاصد في رد ما سبق من التذكرة من أن أخذ الأرش إنما كان لفوات مقابله من المبيع، فتبقي المعاوضة علي المعيب وما بقي من الثمن بعد الأرش.

فهو راجع إلي الالتزام بكون الصفة جزءاً من المبيع والأرش جزءاً من الثمن، وليس غرامة خارجة عنه. وهو خروج عما قرره شيخنا الأعظم (قدس سره) وسبقه إليه في التذكرة، وذكرنا أنه الحق الحقيقي بالقبول.

ومثله دعوي: أن المستفاد من أدلة الربا المنع من الزيادة في الربويين، سواء كانت مقتضي نفس المعاوضة، لزيادة أحد المعوضين علي الآخر أم تبعاً لها كالأرش في المقام، فإنه وإن لم يكن جزءاً من أحد العوضين، إلا أن استحقاقه ناشئ من بيع المعيب ومرتب عليه.

لاندفاعها باختصاص أدلة الربا بالأول. ولا دليل علي تعميمه للثاني.

ثم إن المانعين من أخذ الأرش في المقام حيث كان يلزمهم عدم أخذه حتي مع حدوث عيب في المبيع عند المشتري، وكان صبر المشتري علي المعيب بالعيب السابق علي العقد ضرراً عليه، فقد حاولوا حل المشكلة بوجوه مختلفة لا يسعنا إطالة الكلام فيها بعد أن كنا في غني عنها بما سبق من جواز أخذ الأرش.

هذا وقد قال في التذكرة: (وإذا أخذ الأرش قيل: يجب أن يكون من غير جنس العوض، لئلا يلزم ربا الفضل. والأقرب أنه يجوز أن يكون من جنسهما، لأن الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع غير الجنس، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر) وما ذكره (قدس سره) متين جداً. والقول الآخر محكي عن العامة.

بقي شيء: وهو أنه قد سبق منا عند الكلام في المسقط الأول للرد الكلام في

(مسألة 52): يسقط الرد والأرش بأمر:

(الأول): العلم بالعيب قبل العقد (1).

(الثاني): تبرؤ البايع من العيوب (2)،

سقوط الأرش بالإسقاط بناء على التخيير من أول الأمر بينه وبين الرد. أما إسقاطه بعد تعيينه، لحدوث أحد موانع الرد، فلا إشكال في سقوطه به كسائر الحقوق. وكان المناسب لسيدنا المصنف (قدس سره) وغيره التنبيه لذلك. وربما كان تركهم ذلك لوضوحه.

(1) كما هو صريح وظاهر جماعة كثيرة من الأصحاب. وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده) بل نفي الخلاف فيه في الرياض. وقال شيخنا الأعظم (قدس سره): (بلا خلاف ولا إشكال). والظاهر أنه مفروغ عنه عندهم.

والوجه فيه قصور دليل الأمرين عن ذلك. أما بناء العقلاء فظاهر. وأما النصوص فهي بين ما يختص بصورة الجهل، وما لا إطلاق فيه، لعدم وروده لبيان ثبوت خيار العيب وتشريع أحكامه، بل لبيان بعض ما يتعلق به مع الفراغ عن أصل ثبوته، نظير معتبر زرارة المتقدم المتضمن مانعية الوطء من الرد.

مضافاً إلى قوله (عليه السلام) في معتبر زرارة المتقدم: (أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له...). لقوة ظهوره في عدم ترتب الأثر على العيب مع بيانه أو التبرؤ منه، لظهوره في ورود القيود التي تضمنها مورد التحديد.

(2) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي الخلاف والغنية والتذكرة الإجماع عليه. وقد استدل عليه بوجوه:

الأول: ما في التذكرة قال: (ولأن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق).

لكن هذا إنما يتجه فيما إذا ثبت الخيار ببناء العقلاء من دون أن ترد فيه نصوص خاصة، كما في خيار الغبن. أما مع ورود النصوص فيه - كما في المقام - فاللازم النظر

في مفادها. والظاهر عدم ثبوت الإطلاق في النصوص بنحو يشمل صورة البراءة من العيوب، لورود أكثرها في فروع الخيار المذكور بعد الفراغ عن أصل ثبوته.

نعم لا يبعد ورود حديث جميل لبيان سببية العيب للخيار. إلا أن من القريب جداً ظهور السؤال فيه في عدم البراءة من العيوب. وإلا كان من المناسب جداً تنبيه السائل لذلك، لقوة احتمال دخله في الحكم ارتكازاً. ولا أقل من انصراف إطلاق الجواب عن صورة البراءة. ولو بضميمة ما سبق من التذكرة من الوجه الارتكازي. فلاحظ.

الثاني: النصوص الخاصة، كمعتبر زرارة بالتقريب المتقدم في مانعية العلم بالعيب من الخيار. وقريب منه مرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله (عليه السلام) (1). ومعتبر جعفر بن عيسى: (كتبت إلي أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد، فينادي عليه المنادي. فإذا نادى عليه براء من كل عيب فيه. فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً، وأنه لم يعلم بها، فيقول المنادي: قد برئت منها فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها. أصدق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه الثمن) (2).

الثالث: رجوعه إلي اشتراط سقوط تبعة العيب، نظير اشتراط سقوط الخيار في سائر الموارد، فينفذ بمقتضى عموم نفوذ الشروط. ويظهر مما سبق في اشتراط سقوط خيار الرؤية اندفاع محذور الغرر الذي هو من موانع صحة البيع عندهم. بقي أمور..

الأول: الظاهر الاكتفاء بالبراءة قبل إيقاع العقد إذا ابتني العقد عليها. كما هو مقتضى معتبر جعفر بن عيسى. ولعموم أدلة الشروط للشروط الضمني. ولأنه الشايح بين الناس، خصوصاً فيمن يزيد، فيكون ظاهر إطلاق معتبر زرارة الاكتفاء به.

الثاني: ظاهر جمهور الأصحاب وصريح كثير منهم كفاية التبرؤ من العيوب

(1) مستدرك الوسائل ج: 13 باب: 12 من أبواب الخيار حديث: 1.

(2) مستدرك الوسائل ج: 12 باب: 8 من أبواب أحكام العيوب حديث: 1.

ص: 476

إجمالاً من دون تفصيل لها، فضلاً عن الإعلام بها. وهو معقد الإجماعات المتقدمة. وحكي في السرائر عن بعض أصحابنا أن ذلك لا يكفي في إسقاط الرد. قال في المختلف: (وهو قول ابن الجنيدي).

وقال ابن البراج في المهذب: (لا يجوز لأحد أن يبيع غيره شيئاً معيباً حتى يبين العيب للمشتري ويطلع عليه. وقد ذكرنا في كتابنا (الكامل) أنه إذا تبرأ البائع إلي المشتري من جميع العيوب لم يكن له الرد. فكان ذلك كافياً ومغنياً عن ذكر العيوب علي التفصيل. والذي ذكرناه ههنا من تبين العيب للمشتري وإطلاعه عليه علي التفصيل أحوط. والذي ينبغي أن يكون العمل عليه...). وقد يظهر التوقف من الدروس، لاقتصاره علي بيان أن الاكتفاء بالبراءة إجمالاً هو الأشهر.

ويدفعه عموم نفوذ الشروط وإطلاق معتبر زرارة. بل هو كالصريح من حديث جعفر بن عيسى. كما أنه المعهود من طريقة الناس في البراءة من العيوب. ولا سيما أن البائع أو المتصدي للبيع - خصوصاً في مثل من يزيد - قد لا يحيط بالعيوب، أو لا يتيسر له استقصاؤها، كما لعله ظاهر.

نعم في مرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله (عليه السلام): (أنه قال في رجل باع دابة أو سلعة، فقال: برئت إليك من كل عيب. قال: لا يبرئه ذلك، حتي يخبره بالعيوب الذي تبرأ منه، ويطلع عليه)(1). لكنه لا ينهض في نفسه بالاستدلال، فضلاً عن أن يخرج به عما سبق.

الثالث: قال في الدروس: (هل يدخل العيب المتجدد بعد العقد وقبل القبض أو في زمن خيار المشتري؟ فيه نظر. من العموم. ومن أن مفهومه التبري من الموجود حال العقد. ولو صرح بالبراءة من المتجدد صح). وقريب منه في المسالك.

ولا ينبغي الإشكال في انصراف إطلاق البراءة للعيوب الحاصل عند العقد دون المتجدد، كما استقر به في التذكرة وغيره. لكن في الجواهر بعد أن تعرض لحكم

(1) مستدرک الوسائل ج: 13 باب: 5 من أبواب العيوب حديث: 2.

ص: 477

بمعني اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الأرش (1).

البراءة من العيب المتجدد قال: (ثم علي الصحة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها. وإن كان المنساق إلي الذهن العيوب الموجودة حال العقد). ومقتضاه أن الانصراف المذكور بدوي لا يعتد به في الخروج عن الإطلاق. وهو غريب.

هذا وفي التذكرة: (لو شرط البراءة من العيوب الكائنة والتي تحدث جاز عندنا، عملاً بعموم: المؤمنون عند شروطهم... لا يقال: التبري مما لم يوجد يستدعي البراءة مما لم يجب، وهو باطل. لأننا نقول: التبري إنما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب).

أقول: سبق غير مرة أن اشتراط سقوط الخيار ليس من اشتراط سقوط ما لم يجب، بل هو راجع إلي اشتراط سقوطه معلقاً علي ثبوته، وفي مرتبة متأخرة عنه. كما تقدم أن التعليق في مثل ذلك لا محذور فيه بعد عموم نفوذ الشروط وعدم قيام الإجماع علي بطلان التعليق في متعلق الشرط، بل المتيقن منه بطلان التعليق في أصل العقد. ويأتي إن شاء تعالي في المسألة السادسة والخمسين عند الكلام في العيب الحادث بعد العقد قبل القبض ما ينفع في المقام.

(1) ذكر شيخنا الأعظم (قدس سره) أن الأنسب بمعني البراءة عدم ضمان العيب بمال، ومرجع ذلك إلي سقوط الأرش، دون الفسخ. وكأن سيدنا المصنف (قدس سره) أقره علي المعني الذي ذكره للبراءة، وحاول تعميمه للفسخ بلحاظ أن فيه رجوعاً علي البائع بالثمن. لكن الرجوع بالثمن لما كان متفرعاً علي الفسخ، فهو ليس من سنخ ضمان العيب بالمال.

فالأولي منع ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن الأنسب بمعني البراءة خصوص عدم ضمان العيب بالمال، بل هي عبارة عن التنصل من تبعه العيب، فيعم حق الفسخ والأرش معاً، لظهور أن ثبوت حق الفسخ للمشتري نحو من التبعة علي

الباع بسبب العيب، لما فيه من سلب حقه في لزوم العقد وسلب سلطته عليه. وقد اعترف قدس سره بأن ذلك هو الأظهر في العرف. وإن كان ذلك منه (قدس سره) لا يخلو عن تدافع، إذ مع الاعتراف بأن ذلك هو الأظهر في الصرف كيف يكون الأول هو الأنسب بمعنى البراءة؟!.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في عموم البراءة لغة وعرفاً لحق الفسخ والأرش معاً، سواء كان العيب سبباً للتخيير بينهما - كما هو المشهور - أم للترتيب بينهما، كما هو المختار.

مع أن ذكره (قدس سره) للمعنيين المذكورين وللمعني الثالث - وهو البراءة من خصوص الخيار الذي هو بمعنى الفسخ - إن كان لمجرد بيان فروض غير عملية، فهو خال عن الفائدة. بل قد لا يناسب ظاهر كلامه.

وإن كان لبيان ترتب الأثر علي كل منها ثبوتاً لو كان هو المقصود للبايع، مع الكلام فيما هو الظاهر منها الذي يكون عليه العمل في مقام الإثبات. فهو في غاية الإشكال بناء علي المشهور من التخيير بين الفسخ والأرش من أول الأمر. لظهور وحدة الحق ولا يتضح مشروعية التبعض في إسقاطه، ليصح اشتراط التبعض في سقوطه، نظير ما تقدم في المسقط الأول للخيار وحده. إلا أن يرجع الشرط المذكور إلي اشتراط عدم إعمال أحد طرفي التخيير مع ثبوتها معاً، لا اشتراط سقوطه وحده. لكنه خلاف ظاهر البراءة.

وأما بناء علي المختار من الترتيب بين الفسخ والأرش، فقد يتجه اشتراط سقوط الأرش. لإمكان إسقاطه في ظرف ثبوته، فيصح اشتراط سقوطه معلقاً علي تحقق موضوعه، علي ما سبق في نظائر المقام.

أما اشتراط سقوط الفسخ وحده الذي هو المعني الثالث الذي ذكره، فلا يخلو عن إشكال. لظهور نصوص الأرش في تفرع ثبوته علي تعذر الرد، بنحو يظهر في كونه هو الثابت بالأصل لولا التعذر، ولا إطلاق لها ينهض بثبوت الأرش في فرض

(الثالث): تأخير اختيار الفسخ والإمسك بالأرش، لأن الأقوي أن الخيار هنا علي الفور، فإذا لم يبادر إليه سقط (1). وكذا الحكم في أمثاله.

-

سقوط الرد بشرط أو غيره. كما لا دليل آخر علي ثبوته حينئذ من سيرة أو إجماع، كما لعله ظاهر. فلاحظ.

(1) فقد صرح بسقوط الرد بتركه بعد العلم بالعيب في المبسوط والوسيلة والغنية، مدعياً في الأخير أن الخيار علي الفور بلا خلاف.

بل نسب شيخنا الأعظم (قدس سره) له سقوط الأرش أيضاً. وهو يبتني علي أن مذهبه التخيير بين الرد والأرش ابتداء. لكن لا شاهد علي ذلك بعد إطلاقه الخيار، الظاهر في خصوص الرد، وعدم ذكره للأرش إلا في فرض حصول العيب عند المشتري، ولو في بعض المبيع، نظير ما تقدم من الشيخ (قدس سره) في المبسوط.

هذا وقد صرح جماعة بأن الخيار هنا علي التراخي، وفي المسالك والحدائق أنه المعروف من مذهب الأصحاب من دون خلاف يعرف.

وقد يستدل له بإطلاق النصوص. ولا يخلو عن إشكال، لأنها واردة في بيان أحكام الخيار وفروعه بعد الفراغ عن أصل ثبوته، حتي حديث جميل، لوروده لبيان توقف جواز الرد علي بقاء المبيع علي حاله، لا لتشريع الخيار، ليكون مقتضي إطلاقه التراخي. ولأقل من كون ذلك هو المتيقن منه. وحينئذ يتعين الرجوع لعموم اللزوم في المقام، بناء علي ما تقدم في نظائره من أن المرجع في مثل ذلك عموم العام، دون استصحاب حكم المخصص.

وأما الأرش فالكلام فيه (تارة): علي القول بالتخيير بينه وبين الأرش. (وأخري): علي القول بالترتيب بينهما.

أما علي التخيير فإن كان دليله ما سبق من التذكرة من أن لوصف الصحة جزءاً من الثمن، فالمتعين كونه علي التراخي، لرجوعه إلي بقاء جزء من الثمن في ملك

المشتري، ومن الظاهر أن خروجه عن ملكه وسقوط حقه فيه يحتاج إلي سبب، ولا دليل علي سببية عدم المبادرة للمطالبة لذلك، بل يتعين استصحابه.

وإن كان دليله الإجماع المدعي فالمتيقن منه صورة المبادرة للمطالبة به، بحيث يكون الزمان الأول قيماً في الحق الثابت، فمع عدم المبادرة لذلك يشك في تحقق موضوع الحق، فلا مجال لاستصحابه، فالشك في الحقيقة ليس في سقوط الحق بعد ثبوته ليستصحب، بل في انتهاء أمد الحق وارتفاع موضوعه بنحو يمنع من استصحابه.

نعم بناء علي التسامح العرفي في موضوع الاستصحاب يتعين استصحابه، فيقال: كان له المطالبة بالأرش فهو كما كان. ولعله عليه يبتني ظهور كلام بعض من ذهب للفور في سقوط الرد بعدم المبادرة له دون الأرش. لكن المبني المذكور ضعيف، علي ما أوضحناه في الأصول.

وأما بناء علي الترتيب فقد يدعي أن مقتضي إطلاق نصوص ثبوت الأرش بتعذر الرد ثبوته ولو مع التراخي في الفسخ، وسقوط الرد. لكنه ممنوع، لأن النصوص المذكورة بين ما لا إطلاق له، لوروده في بيان مانعية بعض الأمور من الرد - كالوطء

من دون أن يكون وارداً في مقام بيان تشريع الأرش بتعذر الرد، وما هو وارد في فرض عدم العلم بالعيب إلا بعد حدوث المانع من الرد، ومن الظاهر أن التراخي المسقط للرد إنما يكون بعد العلم بالعيب.

مع أن فرض حصول المانع من الرد في هذه النصوص موجب لظهورها في فرض بقاء حق الرد إلي حصول المانع، لا- سقوط الرد قبل حصوله، بسبب عدم المبادرة للفسخ، حيث لا موضع عرفاً للمانعية حينئذ.

نعم لو لم يعلم بالعيب حتي حصل المانع من الرد فظاهر نصوص الأرش استحقاق المشتري له بنحو يبقي وإن لم يبادر للمطالبة به، وعدم سقوطه إلا بالإسقاط

ثم إن الفور بالإضافة إلي الفسخ في المقام عرفي في مقابل إمكان التأخير تشهياً

(مسألة 53): المراد من العيب ما كان علي خلاف مقتضى الخلقة الأصلية (1)، سواء أكان نقصاً، مثل العور والعمي والصمم والخرس

لعذر، علي نحو ما تقدم في خيارى الغبن والرؤية، لأنه علي غرارهما في كونه ارتكازياً مع احتياج الفور الحقيقي لعناية في مقام العمل بإغفال التنبيه عليه في النصوص شاهد بعدمه. فلاحظ.

(1) كما هو مقتضى ما في الشرايع من أن كل ما كان من أصل الخلقة، فزاد أو نقص، فهو عيب، وقريب منه في النافع والدروس واللمعة وغيرها. وإليه يرجع ما في التذكرة والقواعد وغيرهما من أنه الخروج عن المجري الطبيعي.

قال في مفتاح الكرامة تعقيباً علي ما في القواعد: (هذا الضابط مجمع عليه في الجملة، كما في مجمع البرهان والظاهر الاتفاق عليه، كما في الرياض. وقد طفحت عباراتهم علي اختلاف يسير ستعرفه).

وقد ذكر غير واحد أن الأصل فيه ما رواه الكليني بسنده عن السيارى قال: (روي عن أبي ليلى أنه قدم إليه رجل خصماً له، فقال: إن هذا باعني هذه الجارية، فلم أجد علي ركبها (1) حين كشفها شعراً، وزعمت أنه لم يكن لها قط. قال: فقال له ابن أبي ليلى: إن الناس يحتالون لهذا بالحيل حتي يذهبوا به، فما الذي كرهت؟ قال: أيها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به. قال: اصبر حتي أخرج إليك، فإني أجد أذي في بطني، ثم دخل وخرج من باب آخر، فأتي محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أي شيء تروون عن أبي جعفر (عليه السلام) في المرأة لا يكون علي ركبها شعر، أيكون ذلك عيباً؟ فقال محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثني أبو جعفر (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه عن النبي (صلي الله عليه وآله) أنه قال: كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب. فقال له ابن أبي ليلى: حسبك. ثم رجع إلي القوم فقضى لهم بالعيب (2).

(1) الركب بالفتح العانه أو منبت الشعر فيها. وعن الخليل أنه يختص بالمرأة.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 1 من أبواب العيوب حديث: 1.

لكن يشكل الاستدلال بالحديث المذكور.

أولاً: لضعفه في نفسه ولو بالإرسال. ودعوي: انجباره بعمل الأصحاب، لرجوع ما ذكره جمهورهم في تحديد العيب لمضمونه. مدفوعة بقرب ابتناء جريهم علي مضمونه علي كون المنظور لهم بدواً مطابقتها لمعني العيب عرفاً، كما صرح بذلك بعضهم. ولاسيما مع عدم تعرض غير واحد ممن ديدنهم تحرير الفتاوي من القدماء لتحديد معني العيب، بنحو يظهر في إيكالهم له للعرف.

وثانياً: لعدم ظهوره في تحديد العيب بذلك، بل في مجرد تطبيقه عليه، بنحو يجتمع مع كون العيب أعم من ذلك. ولاسيما أن العيب لا يختص بالمخلوقات الإلهية، بل يحصل في المصنوعات البشرية أيضاً.

كما أنهم قد عدوا من جملة العيوب استحقات القتل أو القطع - بالردة أو الجناية

والاستسعاء في الدين والزنا والسرقة والخيانة وشراب المسكر، وادعي الاجماع علي بعضها.

كما ادعي الإجماع علي كون الإباق عيباً. وهو مقتضي صحيح أبي همام: (سمعت الرضا (عليه السلام) يقول: يرد المملوك من أحداث السنة... فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا، إلا أن يقيم البيئة أنه كان أبق عنده) (1) مع وضوح عدم خروج ذلك كله عن مقتضي الطبيعة، بل تحتاج السلامة من كثير منها للتربية الحسنة أو التأديب، أو نحوها.

وثالثاً: لأن المراد بالزيادة والنقص في الحديث إن كان خصوص ما يكون في أصل الخلقة لزم قصور العيب فيه عن النقص والزيادة الطارئتين، ولزم صدق العيب علي سقوط الغلظة بالولادة بحيث لا يحتاج معه للختان، وزيادة اللبن والصوف في الحيوان عن المتعارف. وكذا زيادة الشعر في الرأس والحاجبين وأهداب العينين في الإنسان إذا كان بالنحو المقبول، بل الموجب للجمال والوضاءة. وكذا مثل زيادة

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب العيوب حديث: 2.

ص: 483

الذكاء وقوة السمع والبصر والقوة البدنية وإن لم يستلزم مشاكل ومتاعب بحيث توجب الرغبة عن المتصف بها نوعاً.

وإن كان المراد بها الأعم مما يكون في أصل الخلقة أو بطراً بعد ذلك، لزم

- مضافاً إلي ما سبق - صدق العيب علي مثل الختان وتقليم الأظفار والأخذ من الشعر أو الصوف أو الحافر بالنحو المتعارف. وكذا تعليم الإنسان وتدجين الحيوان وتدريبه بالنحو الأصح في الانتفاع به.

وكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به في نفسه، ويصعب دعوي فهمه من الحديث المذكور جداً. بل يصعب البناء علي إطلاق الحديث بنحو يشمل مثل زيادة بعض الأسنان أو نقصها أو وجود قليل من الثالول أو خروج بعض أظافر الرجل عن الوضع الطبيعي أو نحوها مما لا يعد شيئاً عرف

وبذلك يظهر ضعف ما في الرياض من أن ما ذكره الأصحاب من تحديد العيب كما يشهد به الحديث المذكور يشهد به العرف. لظهور أن العرف يأتي كثيراً مما سبق أنه مقتضي الجمود علي عبارة الحديث.

ومن هنا لا يبعد انصراف الزيادة والنقص في الحديث لما يكون شيئاً ومرغوباً عنه عرفاً، فلا يكون الحديث مسوقاً لبيان صدق العيب بكل زيادة ونقيصة، بل لبيان أن العيب يكون بالنقص يكون بالزيادة، بعد الفراغ عن كون كل منهما مرغوباً عنه عرفاً.

نعم قد لا يناسب ذلك فهم ابن أبي ليلى من الحديث، لأنه لو كان يدرك أن عدم نبات الشعر علي ركب الجارية شيئاً فيها موجباً لصدق العيب لقضي به ولم يحتج لمراجعة محمد بن مسلم. فتوقفه عن القضاء بالعيب قبل سماع الحديث وقضائه به بعده لا بد أن يبتني علي فهمه تحديد العيب بذلك، لا مجرد تعميمه للزيادة والنقيصة بعد الفراغ عن كون العارض عيباً.

بل قد يدعي أنه خلاف ما فهمه محمد بن مسلم (رضوان الله تعالي عليه) من الحديث، حيث قد يظهر منه أنه كان يري الواقعة من صغريات الكبرى التي تضمنه

الحديث، يكفي فيها، وإن لم يكن عنده فيها نص خاص.

لكن ذلك وحده لا يكفي في الجمود علي عبارة الحديث بعد ملاحظة ما ذكرنا. ولاسيما مع احتمال كون توقف ابن أبي ليلى في القضاء بالعيب ليس ناشئاً عن توقفه في صدق العيب في الواقعة بعد كشف عدم نبات الشعر عن نقص في مزاج الجارية وطبيعتها، بل عن احتمال قصور حكم العيب عن مثل هذا العيب الذي نتيجته رفع مؤنة إزالة الشعر المرغوب عن بقائه، لتدارك هذا النقص بمثل هذه الفائدة. فكانت فائدة الحديث في حقه عموم حكم العيب مع صدقه وعدم ارتفاعه بمثل هذا التدارك.

كما أنه لم يتضح من الحديث بناء علي محمد بن مسلم (رضوان الله تعالى عليه) علي كون المورد من صغريات الكبرى المذكورة.

وكيف كان فلا مجال للجمود علي عبارة الحديث في تحديد العيب، بل لا بد من الرجوع فيه للعرف. والمعيار فيه علي الخروج عن الوضع الطبيعي بالنحو الموجب للشين في موضوعه، والنقص فيه، والرغبة عنه نوعاً. وربما يأتي ما ينفع في محل الكلام.

هذا وقد قيده في التذكرة والقواعد ومحكي التحرير بما إذا أوجب ذلك نقص المالية. بل في الجامع: (العيب ما نقص من الثمن عند التجارة [التجار]) ثم قال بعد كلام طويل: (وكل ما زاد عن الخلقة المعتادة أو نقص عنها فهو عيب). وظاهر الأول تحديد مفهومه، وظاهر الثاني بيان بعض مصاديقه. وكيف كان فقد صرح بعدم توقف صدق العيب علي ذلك في المسالك ومحكي الميسية وهو مقتضي إطلاق جمهور الأصحاب المطابق لعموم الحديث المتقدم - بناء علي نهوضه بالاستدلال - والمناسب لما عليه العرف.

بل التقييد المذكور لا يناسب ما صرح به العلامة وغيره من أن الخصاء والجب عيبان وإن كانا موجبين لزيادة المالية، بل في المسالك الاتفاق علي ذلك، وظاهر التذكرة

والعرج ونحوها (1)، أم زيادة، مثل الإصبع الزائدة واليد الزائدة. أما إذا لم يكن علي خلاف مقتضى الخلقة الأصلية، لكنه خلاف الغالب - مثل كون الأرض مورداً لنزول العساكر، وكون الفرس غير ممرن علي السير - ففي كونه عيباً بحيث يثبت به الأرش (2) إشكال. وإن كان هو الأظهر (3).

(مسألة 54): إذا كان العيب موجوداً في أغلب أفراد ذلك الصنف مثل الثيوبة في الإمام فالظاهر عدم جريان حكم العيب عليه (4).

الإجماع علي استحقاق الرد بهما.

ولعله لذا قال في جامع المقاصد: (كان عليه أن يقيده بقوله: غالباً، ليندرج فيه الخصاص والجب، فإنهما يزيدان في المالية، مع أنهما عيبان يثبت بهما الرد قطعاً...).

(1) ومنه النقص في الطبيعة بنحو لا يستلزم نقصاً في عضو، مثل المرض ونحوه من جهات الشذوذ المزاجي المرغوب عنها نوعاً.

(2) ظاهره المفروغية عن ثبوت خيار الفسخ فيه. ولم يتضح وجهه. إذ مع صدق العيب عليه يتعين ثبوت حق الفسخ والأرش فيه، ومع عدم صدقه لا منشأ لثبوت حق الفسخ فيه بعد عدم اشتراط عدمه صريحاً، والغلبة وحدها لا تقتضي الاشتراط الضمني ما لم ترجع لأصالة السلامة من العيوب. فلاحظ.

(3) كما يناسبه ما ذكره غير واحد من أن من العيوب كون الضيعة والدار منزلاً للجيش، وثقل الخراج، وعدم الختان في الكبير، ونحو ذلك. وهو لا يناسب ما سبق منهم في تحديد العيب. وإنما يبتني علي ما ذكرناه من أن المعيار فيه الصدق العرفي.

(4) قد صرح بعدم ثبوت الخيار بالثيوبة في المبسوط وجامع الشرايع. وكذا في التذكرة، لكن في غير الصغيرة. بل صرح بعدم كونها عيباً في الشرايع والنافع والقواعد والإرشاد ومحكي التحرير. وهو مقتضى ما في الوسيلة من عدم ذكره في عيوب الأمة.

وفي الخلاف أن كونها عيباً يحتاج إلي دليل.

وفي الرياض أن المشهور عدم كونها عيباً، وعن الكفاية نسبه للأكثر، وعن التحرير أنه لا يعلم فيه خلافاً. بل صرح بنفي الخلاف في كشف الرموز وفي المسالك: (هكذا أطلق الأصحاب والأكثر من غيرهم) وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوي.

هذا ولا- ينبغي الإشكال في كونها عيباً بالنظر لمعيار العيب عندهم، بل حتي بناء علي ما ذكرناه في معياره، لكونها خروجاً عن مقتضي الخلقة الأصلية، موجباً عرفاً لنحو من النقص المرغوب عنه نوعاً.

وما عن إيضاح النافع من أن البكارة صفة كمال في غير العاجز، كأنه يبتني علي النظر لمقام الانتفاع بالجارية والاستمتاع بها، لا بالنظر إليها بنفسها الذي هو المعيار في صدق العيب عرفاً.

ولعله لذا احتمل أو مال لكونها عيباً في المسالك، وقربه في التنقيح، وجزم به في الروضة. وهو ظاهر المذهب، حيث حكم مع الشيوبة بالأرث. وربما كان منشأ عدم حكمه بالرد أن المعهود ظهورها بالوطء المانع منه.

نعم قد يقرب عدم ثبوت الخيار بها مع فرض كونها عيباً بابتناء خيار العيب ارتكازاً علي اشتراط عدمه ضمناً، تبعاً لأصالة السلامة، وذلك إنما يتجه إذا لم يغلب وجود العيب في المبيع، إذ مع غلبته لا مجال لأصالة السلامة لتغني عن التصريح باشتراطه. ولعل ذلك هو المنشأ لحكم من سبق بعدم ثبوت الخيار بالثيوبة. بل لعل ذلك هو المنشأ لاختلاط الأمر علي من منع من كونها عيباً، كما يناسبه ما سبق من التذكرة من التفصيل بين الصغيرة والكبيرة، وإلا فلا منشأ للتفصيل في صدق العيب بينهما. وإلي ما ذكرنا يرجع توجيه التفصيل المذكور في المسالك والروضة.

ومقتضي ذلك أنه مع اشتراط البكارة صريحاً فمع تخلفها يثبت حكم العيب من الرد أو الأرث، إذ بعد أن كانت الشيوبة عيباً، فعدم ترتب حكم العيب عليها مع الإطلاق - لعدم اشتراط السلامة منها ضمناً، بسبب غلبة وجودها - يستلزم ترتب

حكمه مع اشتراطها صريحاً.

وعلي ذلك جري في ظاهر الاستبصار والوسائل وصريح كشف الرموز وجامع الشرايع والتذكرة والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومحكي التحرير وتعليق الإرشاد. وفي الدروس والمسالك أنه المشهور.

وقال في المبسوط: (وإن شرط أن تكون بكرةً فخرجت ثيباً روي أصحابنا أنه ليس له الخيار، وله الأرش). والظاهر أنه يشير بذلك إلى ما سبق في أوائل الكلام في خيار الرؤية من حديث إسماعيل بن مرار عن يونس: (في رجل اشترى جارية علي أنها عذراء فلم يجدها عذراء. قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق)(1). والظاهر أن المفروض فيه وطء الجارية، لأنه المنصرف من قوله: (فلم يجدها)، وحيث كان الوطاء مانعاً من الرد بالعيب تعين الأرش. فلا ينهض بإثبات عدم استحقاق الرد مع عدم الوطاء، لينافي ما تقدم من مقتضى القاعدة. ولعل ذلك هو مراد بعض من اقتصر على الرد، ولم يذكر الأرش.

إلا أنه صرح بعدم ثبوت الأرش حينئذ في الإرشاد واللمعة. معللاً في الثاني بأن البكارة صفة كمال، نظير ما تقدم عن إيضاح النافع، وتقدم ضعفه. نعم سبق هناك الإشكال في كون حديث يونس رواية عن المعصوم. ومن ثم تكفي القاعدة بالتقريب المتقدم.

نعم في معتبر سماعة: (سألته [سألت أبا عبد الله] عن رجل باع جارية علي أنها بكر فلم يجدها علي ذلك. قال: لا ترد عليه ولا يوجب [يجب] عليه شيء. إنه يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها)(2). وبنحو ذلك عبر في النهاية ومحكي الكامل للقاضي ابن البراج. وجمع في الاستبصار بينه وبين حديث يونس بحمله علي أنه لا يجب عليه شيء معين، وإن وجب عليه الأرش الذي يختلف باختلاف الجوارى. لكنه مخالف لظاهره جداً.

(1)، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب العيوب حديث: 1، 2.

(2)، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من أبواب العيوب حديث: 1، 2.

(مسألة 55): لا يشترط في العيب أن يكون موجباً لنقص المالية (1). نعم لا يثبت الأرش إذا لم يكن كذلك، كما تقدم.

(مسألة 56): كما يثبت الخيار بالعيب الموجود حال العقد، كذلك يثبت بالعيب الحادث بعده قبل القبض، فيجوز رد العين به (2). وفي جواز أخذ الأرش قولان (3)

والمتعين بمقتضى التعليل فيه حملة علي ما إذا لم يحرز فقد البكارة في الجارية، إما لأن المراد بها عدم سبق الوطء، لأن ذلك هو المهم عرفاً، دون بقاء الغشاء، أو لأن المراد بها فقد الغشاء مع احتمال حصوله عند المشتري، بسبب تعرض الجارية عنده لما تضمنه الحديث من السبب.

وحيث يدل علي المفروغية عن ثبوت شيء في الجملة لو علم بفقد البكارة بالوطء عند البائع، الذي سبق أنه مقتضى القاعدة، ويكون عاضداً في الجملة للقاعدة بالتقريب المتقدم. كما يظهر عدم مخالفة من عبر بمضمونه للمشهور.

وبذلك يظهر الحال في غير الثيبوبة من العيوب لو كان هو الغالب في أفراد صنف المبيع الذي هو مورد كلام سيدنا المصنف (قدس سره). وأنه يتعين عدم جريان حكم العيب عليه إلا مع اشتراط السلامة منه صريحاً. فلاحظ.

(1) كما يظهر مما سبق في تحديد معني العيب منا ومنهم.

(2) قطعاً كما عن المهذب البارع، وبلا خلاف كما في مجمع الفائدة وعن الكفاية، وإجماعاً، كما في كشف الرموز وبيع الحيوان من الروضة. وفي الجواهر: (قطعاً، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلاً عن محكيه). وقد سبق الكلام في وجهه عند الكلام في سقوط الرد بحدوث العيب عند المشتري من المسألة الخمسين. فراجع.

(3) فقد خير بينه وبين الرد في النهاية والنافع والمختلف والتذكرة، وفي بيع الحيوان من الإرشاد واللمعة والتنقيح وعن غيرها. وترد في استحقاق الأرش في

هذا إذا كان حدوثه بأمر سماوي (1) أما إذا كان بفعل المشتري فلا أثر له (2). ولو كان بفعل غيره رجع علي الجاني (3) بالأرش (4)، ولا خيار علي الأحوط (5).

الشرايع وظاهر القواعد وأحكام العيب من الإرشاد والدروس وعن غيرهما. وجزم بعدم استحقاق الأرش في المبسوط والخلاف والسرائر وكشف الرموز وعن غيرها، ونفي الخلاف فيه في الخلاف والسرائر.

وقد سبق متناً في المسألة الخمسين توجيه ثبوت الأرش بما تضمن أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه، وأن تمام الكلام في ذلك في المسألة الثالثة من فصل أحكام التسليم والقبض.

(1) ويلحق به ما إذا لم يكن العيب مضموناً علي المتلف أو من يقوم مقامه، كما لو كان بفعل حيوان لا يضمن صاحبه درك ما أتلفه.

(2) لأنه مضمون عليه. وما دلّ علي ثبوت الخيار بعدم التسليم رأساً، أو ما يعم عدم تسليم السالم من العيب، يقصر عما إذا كان عدم التسليم ناشئاً من المشتري نفسه، لإتلافه للعين أو إنقاصه لها، علي ما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

(3) عملاً بمقتضى القاعدة من رجوع المالك علي المتلف. نعم لو فسخ ورد المعيب علي البايع كان للبايع الرجوع بالأرش علي المتلف.

(4) المراد بالأرش هنا هو فرق ما بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة السوقية، لأنه مقتضى القاعدة في الضمان، وليس هو الفرق بينهما بالنسبة إلي الثمن، فإن ذلك يختص بالرجوع علي البايع في مورد خيار العيب، تبعاً لاختصاص

دليله به.

(5) يأتي منه (قدس سره) في المسألة الثالثة من فصل أحكام التسليم والقبض أن الأظهر ثبوت الخيار له. وهو مقتضى الوجه المتقدم منا في المسألة الخمسين. ويأتي تمام

(مسألة 57): يثبت خيار العيب في الجنون والجذام والبرص والقرن إذا حدثت بعد العقد إلي انتهاء السنة من تاريخ حدوث الشراء (1).

الكلام فيه هناك إن شاء الله تعالى.

(1) صرح بذلك في الثلاثة الأول في المقنعة والنهاية والغنية والوسيلة والسرائر والجامع والتذكرة والإرشاد والقواعد والدروس وغيرها. وفي الخلاف والغنية والسرائر دعوي الإجماع عليه. ونسبه في المبسوط إلي رواية أصحابنا.

ويقتضيه صحيح أبي همام: (سمعت الرضا (عليه السلام) يقول: يرد المملوك من أحداث السنة من الجذام والجنون والبرص. قلت: كيف يرد من أحداث السنة؟ قال: هذا أول السنة، فإذا اشتريت مملوكاً به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رده علي صاحبه. فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا، إلا أن يقيم البيعة أنه كان أبق عنده) (1)، وغيره مما يأتي بعضه.

نعم قال الكليني: (وروي الوشا أن العهدة في الجنون وحده إلي سنة) (2).

لكن لا مجال للخروج به عن النصوص الكثيرة المتضمنة لغير الجنون المعول عليها عند الأصحاب. ولا سيما مع ضعفه في نفسه، واحتمال كون لفظ (وحده) من الكليني (قدس سره)، لبيان اقتصار رواية الرضا علي الجنون، إلا من الإمام لبيان انحصار الحكم بالجنون. ولا أقل من الجمع بينه وبين بقية النصوص بحمله علي ذلك.

وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام): (قال: عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها خبل أو برص أو نحو هذا. وعهده سنة من الجنون. فما بعد السنة فليس بشيء) (3). ولذا توقف في مجمع الفائدة في البرص لاعتضاد الصحيح بالأصل وأدلة لزوم البيع.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب العيوب حديث: 2، 5.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 2 من أبواب العيوب حديث: 2، 5.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 7.

لكن يوهنه ظهور إعراض الأصحاب عنه، وكثرة النصوص الأول المعول عليها عندهم. مضافاً إلي اشتماله علي الحبل بالحاء المهملة، كما في الوسائل، أو علي الخبل بالخاء المعجمة كما في الكافي والتهذيب. والأول لإشكال ظاهراً في عدم تحديده بثلاثة أيام، كما يظهر من النصوص الكثيرة (1) المشهورة رواية وفتوي. والثاني مردد بين الجنون وفساد البدن والأعضاء. وعلي الأول يلزم اضطراب الحديث، وعلي الثاني - كما هو الظاهر - لا يتضح وجه عطف البرص عليه، ثم قوله (عليه السلام): (أو نحو هذا)، لظهوره في تشابه الأمور المتعاطفة وتقاربها. ومن ثم لا- يبعد كون (البرص) مصحف (المرض) كما احتمله في الحدائق والجواهر بعد تشابهما في الكتابة، لأن ذلك هو الأنسب بالتعاطف. فتأمل.

كما قد يستشكل في الجذام بأنه موجب لانعتاق العبد، ومع انعتاقه لا موضوع للرد. ويندفع بأن ذلك لو تم إنما يقتضي تخصيص عموم مانعية حدوث الحدث من الفسخ بنصوص المقام. ولا محذور في ذلك. فلاحظ.

وأما القرن فقد ذكره في الجامع والدروس والمسالك، وعن التحرير نسبه إلي أبي علي. واقتصره في الشرايع علي ذكر الرواية به وبالثلاثة الأول بنحو يظهر في عمله بها، كما هو ظاهر الكليني أيضاً، بل قد يستظهر من الشيخ في التهذيب، حيث أودع النصوص المذكورة في الباب المناسب لها، ولم يعقب عليها بما يدل علي ردها. بل ادعي في المسالك الشهرة علي الأربعة. وإن استشكل عليه في مفتاح الكرامة بقلة من ذكر الرابع.

وكيف كان فيقتضيه معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) في حديث قال: (وأحداث السنة ترد بعد السنة. قلت: وما أحداث السنة؟ قال: الجنون والجذام والبرص والقرن. فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد علي صاحبه

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب العيوب.

ص: 492

إلي تمام السنة من يوم اشتراه(1) ونحوه معتبر ابن فضال(2) ومعتبر محمد بن الحميد عن محمد بن علي عنه (3)(عليه السلام).

وقد استشكل فيه في مجمع الفائدة بعدم وقوعه في مقطوع الصحة، وعدم ظهور القول به.

ويندفع الأول بأن مراده بذلك إن كان هو عدم نهوض هذه النصوص بإثباته، لعدم القطع بصحتها. ففيه: أنه يكفي اعتبارها في نفسها. ولا سيما مع تعاضدها في أنفسها لتعددتها. بل قد يظن لأجلها باشتمال في صحيح أبي همام علي القرن، كما رواه في الوسائل عن الشيخ، وإن لم نجده في التهذيب كذلك، بل رواه - كما في الكافي - مشتملاً علي الثلاثة الأول لا غير.

وإن كان مراده بذلك أن صحيح أبي همام يعارض النصوص المذكورة، ويسقطها عن الحجية، لأن خلوه عن القرن ظاهر في عدم كونه من أحداث السنة. ففيه: أن ذلك وإن كان مسلماً، إلا أنه يتعين تقديم النصوص المذكورة عليه، بملاك تقديم النص علي الظاهر. وأما الثاني فيدفعه أن ذلك لم يصل حدّ الهجر المسقط لها عن الحجية بعد عمل من عرفت بالنصوص المذكورة.

هذا وقد صرح في المقنعة بأن وطء الجارية في السنة مانع من الرد وموجب للأرش، كما صرح في الوسيلة بذلك في العيب، وفي الغنية بعد أن ذكر الرد بالعيوب الثلاثة قال: (إذا لم يمنع من الرد مانع). وفي الشرايع: (هذا الحكم يثبت مع عدم الإحداث، فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش وسقط الرد). وعم ذلك في السرائر والقواعد والدروس وغيرها لمطلق التصرف، وفي الجامع: (ما لم يتصرف فيه المشتري أو يحدث عنده عيب آخر).

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 5 من أبواب العيوب حديث: 4.

(2) وسائل الشيعة ج 12 باب: 3 من أبواب الخيار حديث: 1، 7.

(3) وسائل الشيعة ج 12 باب: 3 من أبواب الخيار ذيل حديث حديث: 2.

ص: 493

(مسألة 58): كيفية أخذ الأرش أن يقوم المبيع صحيحاً، ثم يقوم معيباً، وتلاحظ النسبة بينهما، ثم ينقص من الثمن المسمي بتلك النسبة (1).

ولا ينبغي التأمل في أن نصوص المقام واردة لبيان تعميم العيب في هذه الأمور للسنة فيكون مقتضاها جريان جميع أحكامه، ومنها سقوط الرد بالمسقطات المتقدمة، علي الكلام في حدودها وتفاصيلها. فلاحظ.

(1) كما هو المعروف بين الأصحاب (رضوان الله تعالي عليهم). وقد سبق إلي إيضاحه في المبسوط. قال: (وإذا اشترى أمة فوطأها، ثم ظهر لها بعد ذلك عيب، لم يكن له ردها، وكان له الأرش، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا. وطريق ذلك أن تقوم الجارية صحيحة فإذا كانت تساوي ألفاً، ثم قومت معيبة، فإذا قيل: تسعمائة، فقد علمنا أنه نقص عشر قيمتها، فيرجع بعشر ثمنها. وإنما قلنا يرجع بما نقص من الثمن دون القيمة، لأنه لو رجع بما نقص من القيمة، لأدي أن يجتمع للمشتري الثمن والمثمن جميعاً، وهو إذا اشترى رجل من رجل جارية تساوي ألفي درهم بألف درهم، ووجد بها عيباً نقص نصف قيمتها، وهو ألف درهم، وحدث عنده عيب آخر يمنع من ردها، فإنه لو رجع بما نقص من العيب من القيمة لوجب أن يرجع بنصف الألفين درهم، فيحصل عنده الثمن، - وهو ألف درهم - والمثمن. وهذا لا يجوز. ويخالف ذلك إذا غصب جارية فافتضاها، فإنه يلزمه ما نقص من قيمتها إجماعاً، لأنه لا يؤدي إلي إجماع البدل والمبدل). وجري علي ذلك غير واحد ممن تأخر عنه.

لكن إجماع البدل والمبدل للمشتري إنما يلزم إذا كان رجوع فرق القيمة مقتضي نفس المعاوضة، كما هو الحال بناء علي أن ثبوت الأرش مقتضي نفس عقد البيع، لمقابلة وصف السلامة أو جميع الأوصاف التي يبتني عليها البيع بجزء من الثمن، حيث يتعين توزيع الثمن علي الصفة المفقودة وبقيّة المبيع، وبقاء شيء من الثمن للبايع مقابل ما سلم من المبيع للمشتري لئلا يجتمع له الثمن والمثمن.

إلا أنه سبق ضعف المبني المذكور، وأن ثبوت الأرش حكم شرعي تعبدي من أجل تدارك ضرر المشتري. وحينئذ لا مانع من استيعابه لمقدار الثمن، بل زيادته عليه، كما هو الحال لو تعدي البائع فأحدث في المبيع بعد قبضه المشتري ما ينقص من قيمته، حيث يتعين ضمانه للمشتري أرش النقص وإن استوعب الثمن أو زاد عليه.

ومن هنا يتعين النظر في دليل الأرش. والجمود علي عبارة النصوص تقتضي وجوب فرق القيمة السوقية، كما هو مفاد التعبير في جملة منها بقيمة العيب (1)، أو بقدره (2)، وقوله (عليه السلام) في معتبر طلحة بن زيد: (تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء، ثم يرد الباع علي المبتاع فضل ما بين الصحة والداء) (3)، وقريب منه غيره.

وكذا قوله (عليه السلام) في معتبر زرارة المتقدم: (ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) (4).

أما ما في الجواهر من ظهوره في المعني المشهور، وإلا لم يكن وجه للتقييد بالثمن. ففيه: أن ظاهر الثمن فيه، هو القيمة السوقية، لا الثمن الشخصي الذي وقع عليه البيع، إذ هو كالصریح في فعلية إنقاص العيب بوجوده الواقعي للثمن، الملزم بحمل الثمن فيه علي جنس الثمن المساوق للقيمة، دون الثمن الشخصي الذي وقع عليه البيع، فإنه لم ينقص بالعيب فعلاً، وإنما من شأنه أن ينقص لو علم بالعيب.

ومن ثم كان حال المعتبر المذكور حال بقية النصوص المتقدمة في أن الجمود علي عبارته يقتضي وجوب فرق القيمة السوقية. بل هو الظاهر مما تضمن إطلاق نقصان العيب (5). أو عنوان الأرش (6). ولا أقل من حمله عليه بقريضة ما سبق.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 6، 8.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 1، 5.

(3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 2.

(4) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2.

(5) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 3.

(6) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 7.

لكن النصوص المذكورة كما تضمنت ذلك تضمنت عنوان الردّ للأرش (1) بنحو يظهر في كون الأرش بعضاً من الثمن الذي أخذه البائع أو استحقه بل هو المصرح به في قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: (ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها) (2) وقوله (عليه السلام) في معتبر زرارة: (وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها) (3)، سواء كان المراد به أنه بعض من عينه أم بعض من مقداره، حيث لا يصدق عنوان الرد إلا بذلك، ولا يصدق فيما لو كان المردود أكثر من الثمن، مع أن الأرش لو كان هو فرق العيب بحسب القيمة السوقية فقد يزيد علي الثمن.

وليس حمل التعبير المذكور في هذه النصوص علي غير هذه الصورة، لندرته، بأولي من حملة علي فرض كون الثمن في بيع المبيع بقدر القيمة السوقية، لأن ذلك مقتضي الأصل في البيع، علي ما سبق في خيار الغبن. حيث يتطابق حينئذ الأرش الذي ذكره الأصحاب مع فرق العيب بحسب القيمة السوقية.

بل الثاني هو الأقرب، بل المتعين، بلحاظ قضاء المناسبات الارتكازية بأن حكم الشارع بالأرش وإن كان علي خلاف مقتضي القاعدة، لما سبق من عدم ابتناء البيع علي مقابلة الصفة بالمال، بل هي من سنخ الداعي لزيادة الثمن المبذول بإزاء العين، إلا أنه يبتني علي مراعاة الداعي المذكور، وتدارك خسارة المشتري في البيع بسببه، ومن الظاهر أن خسارة المشتري بعد أن لم تكن مترتبة علي فعل البائع بإتلاف الصفة، ليكون تداركها بدفع قيمة الصفة السوقية، بل علي تخيل وجود الصفة في المبيع الذي سبب زيادة الثمن، فتداركها إنما يكون بدفع الزيادة المذكورة، سواء كانت مساوية لقيمة الصفة السوقية، أم مخالفة لها بالزيادة أو النقيصة، وهي عين الأرش الذي ذكره الأصحاب.

- (1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 2، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 2، 3، 4، 6، وسائل الشيعة ج: 12 باب: 6 من الأبواب المذكورة حديث: 1.
- (2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 1.
- (3) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 57.

ولعل ارتكازية ذلك، ونهوضه بتفسير مفاد النصوص تمنع من نسبة الخلاف في معني الأرش ممن عبر بعبارة النصوص، أو تستفاد فتواه بمضمونها من رواية لها، كما في المقنعة والنهائية وعن الصدوقين. وإلا فمن البعيد جداً التزامهم بما يقتضيه الجمود علي التعبير المذكور. بل جزم غير واحد بعدم إرادتهم ذلك. ومن ثم استظهر شيخنا الأعظم (قدس سره) عدم الإشكال والخلاف في المسألة غاية الأمر أن المنظور لغير واحد هو استبعاد بنائهم علي جواز اجتماع البدل والمبدل للمشتري، لا ما ذكرنا من الوجه.

بقي شيء: وهو أنه هل يجب دفع الأرش من عين الثمن، أو لا يتعين ذلك، بل له دفعه من غيره؟ قد يكون مقتضي الجمود علي التعبير بالرد في كلام غير واحد هو الأول. وأظهر من ذلك مثل ما تقدم من المبسوط من الرجوع بجزء من الثمن أو أن الأرش جزء منه. نسبته إليه نسبة التفاوت بين الصحيح والعييب، كما في الشرايع والقواعد والإرشاد وغيرها. وإن صرح بعض من عبر بذلك بعدم التقييد بعين الثمن، كما في التذكرة.

والذي ينبغي أن يقال: إن كان منشأ استحقاق الأرش ما تقدم من التذكرة وغيره - من أن العقد قد تضمن جعل الثمن في مقابل السليم، فإذا فات وصف السلامة، فقد فات جزء من المبيع، وكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن - فالمتعين دفع الأرش من عين الثمن، كما في تبعض الصفقة.

أما بناء علي ما سبق من عدم تمامية ذلك، وأن ثبوت الأرش حكم شرعي تعبدي من أجل تدارك ضرر المشتري فقد قرب شيخنا الأعظم (قدس سره) عدم وجوب دفعه من عين الثمن قال: (لأصالة عدم تسلط المشتري علي شيء من الثمن، وبراءة ذمة البائع من جوب دفعه...) كما قرب وجوب دفعه من النقدين، لأنهما الأصل في ضمان المضمونات، بنحو يظهر منه وجوب ذلك حتي لو كان الثمن من غير النقدين.

لكن لو تم الأصل الذي أصله في نفسه فلا بد من رفع اليد عنه بنصوص

الأرش المشار إليها آنفاً، المتضمنة عنوان الرد. وأما ما ذكره (قدس سره) من حمله علي الغالب من كون الثمن من التقدين، وحمل الرد علي الرد باعتبار النوع، لا باعتبار الشخص. فهو مخالف للظاهر.

وأظهر من ذلك قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: (ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها)(1)، وقوله (عليه السلام) في معتبر زرارة المتقدم: (وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها)(2). وإن حاول هو وبعض من عقب كلامه حملهما علي ما لا ينافي ذلك بتكلف يظهر لمن راجع كلامهم.

ومن هنا يتعين دفع الأرش من عين الثمن مع وجوده وإمكان تبعيضه. وفي غير ذلك يتعين دفع بدل جزء الثمن المساوي للأرش من المثل أو القيمة. وذلك هو الأنسب بالمرتكات العرفية من دفع الأرش من التقدين مع كون الثمن من غيرهما.

ودعوي: أن مقتضي ذلك شركة المشتري في الثمن، وثبوت حقه فيه بنحو الإشاعة، بحيث تترتب أحكامها من عدم جواز التصرف في الثمن، وعدم القسمة، إلا برضا المتبايعين معاً.

مدفوعة بأنه لا ظهور للنصوص في ذلك، بل في استحقاق المشتري المطالبة بالأرش، ووجوب دفعه من الثمن علي البائع، بنحو يظهر في إفراد البائع بالسلطنة علي تعيينه ودفعه، من دون أن ينافي ملكه لتمام الثمن بمقتضى العقد، فهو يشبه صورة بيع الكلي في المعين، كصاع من صبرة.

نعم إنما يتجه ذلك لو كان منشأ استحقاق الأرش هو كون وصف السلامة مقابلاً بالثمن، حيث يستلزم ذلك عدم ملك البائع لتمام الثمن ابتداءً، وبقاء جزء منه - وهو ما يقابل وصف السلامة - في ملك المشتري. وهو خروج عن مفروض الكلام، وعن مبني المسألة في المقام. فلاحظ.

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 4 من أبواب العيوب حديث: 5.

ص: 498

فإذا قوم صحيحاً بثمانية، ومعياً بأربعة، وكان الثمن أربعة ينقص من الثمن النصف، وهو اثنان، وهكذا. ويرجع في معرفة قيمة الصحيح والمعيب (1) إلي أهل الخبرة (2). ولا بد من التعدد والعدالة (3).

(1) موضوع الأثر هو نسبة قيمة المعيب لقيمة الصحيح، فالرجوع لأهل الخبرة في الحقيقة في ذلك، لا في معرفة نفس القيمتين.

(2) كما هو الحال في سائر الأمور الحدسية.

(3) كما في الدروس وجامع المقاصد. وزادا الذكورة وعدم التهمة.، وأقرهما علي ذلك في مفتاح الكرامة وخيارات الشيخ علي. بدعوي: أن المقام من باب الشهادة.

لكنه إنما يكون منها فيما إذا رجع إلي الإخبار عن أمر حدسي ملحق بالحسي، كما لو كان الأخبار عن القيمة المعروفة عند أهل البلد بين المعيب والصحيح.

أما إذا رجع إلي الإخبار عن أمر حدسي يبتني علي الاجتهاد والحدس، نتيجة الممارسة في تحديد نقص العيب ونسبة قيمة المعيب للصحيح - كما لعله مفروض كلام الأصحاب - فالرجوع فيه للمقومين يبتني علي الرجوع لأهل الخبرة الذي يكفي فيه الأمانة والوثوق، ويقصر عنه عموم لزوم البيينة. وربما يكون ذلك هو ظاهر الأصحاب قبل الشهيد، لعدم إشارتهم للشروط المذكورة مع تعرضهم لصورة اختلاف المقومين.

نعم استدل سيدنا المصنف (قدس سره) في حاشيته القديمة علي المكاسب للزوم التعدد بما في صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله (عليه السلام) الوارد في تعدي المستأجر. وفيه: (فقلت له: رأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه. فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو. إما أن يحلف هو علي القيمة،

(مسألة 59): إذا اختلف أهل الخبرة في قيمة الصحيح والمعيب، فإن اتفقت النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب علي تقويم بعضهم مع قيمتها علي تقويم البعض الآخر فلا إشكال (1)، كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة، فإن التفاوت علي كل من التقويمين يكون بالنصف. وإذا اختلفت النسبة، كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بستة ففيه وجوه (2)،

فيلزمك. فإن رد اليمين عليك فحلقت علي القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا، فيلزمك... (1).

لكنه ليس وارداً في الشهادة علي مقدار نقص العيب، ونسبة قيمة المعيب للصحيح، التي تحتاج إلي الحدس والتخمين وإعمال النظر، بل في الشهادة علي قيمة البغل حين اكتراه، وهي قد تكون ظاهرة بسبب شيوع بيع البغال في تلك العصور، وتكون في حق المطلع علي وضع السوق من الظهور بحيث تلحق بالأمر الحسية، وليست مبنية علي الحدس والتخمين، كما هو ظاهر فرض الشهادة في الصحيح. وهو خارج عن محل الكلام. ومن هنا لا مخرج عما سبق. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(1) لما أشرنا إليه آنفاً من أن مورد الأثر هو نسبة قيمة المعيب لقيمة الصحيح المفروض اتفاقهم فيها. ومعه لا أهمية لاختلافهم في تعيين القيمتين في أنفسهما. نعم لو كان الأثر هو قيمة العيب السوقية لترتب الأثر علي الخلاف المذكور.

(2) قال شيخنا الأعظم (قدس سره): (لو تعارض المقومون، فيحتمل تقديم بنية

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 17 من أبواب أحكام الإجارة حديث: 1.

ص: 500

الأقل، للأصل. وبنية الأكثر، لأنها مثبتة. والقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه. والرجوع إلي الصلح، لتثبت كل من المتبايعين بحجة ظاهرية، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع. وتخيير الحاكم، لامتناع الجمع وفقد المرجح. لكن الأقوي ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان، لأن كلاً منهما حجة شرعية...).

ولا ينبغي الإشكال في ضعف الوجوه الأول. فالأول بما ذكره هو (قدس سره) في بقية كلامه من عدم نهوض الأصل بترجيح الدليلين المتعارضين، لتأخره عنهما رتبة. بل غاية الأمر أن يكون مرجعاً بعد تساوقهما.

والثاني بأن البينة النافية إن شهدت بالنقيضة ونفي الزيادة - كما هو المفروض في المقام - فلا وجه لتقديم بينة الإثبات عليها بعد تكاذبهما. وإن شهدت باستحقاق الناقص من دون نفي للزيادة، لعدم ظهور الحال لها، فلا موضوع لتقديم بينة الإثبات، لعدم التعارض بينهما، بل تفرد بينة الإثبات بالحجة.

كما يندفع الثالث بعدم ثبوت عموم وجوب الرجوع للقرعة في كل أمر مشتبه، كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة في فروع جوائز الظالم.

ومثله الرابع، ضرورة امتناع حجية كلتا البيئتين مع تكاذبهما، فيكون المورد من موارد فقد الحجة لكل منهما، والرجوع للأصل المقتضي للأقل، كما يأتي.

وكذا الخامس، فإن التخيير وإن قيل به في تعارض الأخبار الواردة في الأحكام الكلية، إلا أن التحقيق عدم ثبوته فيها، فضلاً عن الأمارات الواردة في الموضوعات، ومنها البيئات المتعارضة في المقام، بل المتعين فيها التساقط، كما سبق. وعليه عملهم نوعاً، إلا فيما إذا دل دليل خاص علي تحديد الوظيفة بوجه آخر.

وأما السادس الذي نسبه للمعظم - وهو العمل علي أوسط القيم - فقد ذكره في المقنعة والنهاية والشرائع والنافع والتذكرة والقواعد والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك ومحكي التحرير والميسية وجملة ممن تأخر عنهم. قال في مفتاح

الكرامة: (وقد أهمله الباقر).

وقد استدل عليه شيخنا الأعظم (قدس سره) بأن فيه جمعاً بين التقويمين بالعمل بكل منهما في بعض موضوع التقيويم. قال (قدس سره): (فإذا قومه أحدهما بعشرة فقد قوم كلاً من نصفه بخمسة، وإذا قومه الآخر بثمانية فيد قوم كلاً من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع) وذكر أن ذلك أولي من طرحهما معاً، لقاعدة أن الجمع بين الدليلين أولي من الطرح.

وفيه: أن مرجع القاعدة المذكورة إلي جعل أحد الدليلين مفسراً للمراد من الآخر، لا إلي العمل بهما في بعض مدلولهما مع فرض التكاذب بينهما. وهي لا تتم في الأول في غير مورد الجمع العرفي، فضلاً عن الثاني.

ومثله الاستدلال بقاعدة العدل والإنصاف المستفادة من الحكم بالتنصيف في درهم الودعي المردد بين شخصين (1)، والدرهم الذي تداعاه شخصان (2)، وما إذا أقام كل من المتداعيين في شيء البينة علي أنه له (3)، وفي بعضها حكم بالتبعيض بنسبة عدد الشهود (4). إذ هي لو تمت مختصة بما إذا لم يترجح أحد الطرفين بأمرة أو أصل يقضي بكون الشيء بتمامه له، كما في المقام.

واستدل في الجواهر بخبر عبد الله بن عمر قال: (كنا بمكة، فأصابنا غلاء في الأضاحي، فاشترينا بدينار، ثم بدينارين، ثم بلغت سبعة، ثم لم توجد بقليل ولا كثير، فرفع هشام المكارى رقعة إلي أبي الحسن (عليه السلام) فأخبره بما اشترينا ثم لم نجد بقليل ولا كثير. فوقع: انظروا إلي الثمن الأول والثاني والثالث، ثم تصدقوا بمثل ثلثه (5).

(1) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 12 من أبواب الصلح حديث: 1.

(2) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 9 من أبواب الصلح حديث: 1.

(3) وسائل الشيعة ج: 13 باب: 10 من أبواب الصلح حديث: 1، وسائل الشيعة ج: 18 باب: 12 من أبواب أحكام الدعوي حديث: 2، 3، 4.

(4) وسائل الشيعة ج: 10 باب: 12 من أبواب أحكام الدعوي حديث: 2، 3، 4.

(5) وسائل الشيعة ج: 1 باب: 58 من أبواب الذبح حديث: 1.

ص: 502

قال (قدس سره): (وقد عمل به الأصحاب في محله).

وفيه أولاً: أن الجمع فيه بين القيم الواقعية المختلفة لاختلاف العرض والطلب باختلاف الزمان، والمدعي في المقام هو الجمع بين القيم الظاهرية، تبعاً لاختلاف أنظار المقومين بعد فرض التكاذب بينهم. وما ذكره (قدس سره) في بقية كلامه من أن اختلاف القيم في المقام لعله يرجع لاختلاف الرغبات خروج عن محل الكلام.

وثانياً: أن ما تضمنه الخبر حكم تعبدي ياجزاء الجمع بالنحو المذكور واقعاً، والجمع المدعي في المقام ظاهري يجتزأ به ظاهراً في فرض الجهل بالقيمة الواقعية، وهما مختلفان سنخاً، فلا مجال لاستفادة الثاني من دليل الأول.

بل لا مجال للتعدي عن مورد الأول لما يسانخه، كما لو ضمن الشيء بمثله، ثم اختلفت قيمة المثل تبعاً لاختلاف العرض والطلب حتي فقد وتعين دفع قيمته بدله. ومن هنا لا يتضح الدليل علي الوجه المذكور.

نعم قد يدرك المطلع علي اختلاف المقومين أن اختلافهم نتيجة إغراق كل منهم في ملاحظة الجهة الوجبة لزيادة القيمة أو نقصها، وأن القيمة الحقيقية هي القيمة المتوسطة. لكن ذلك - مع عدم اطراده - يرجع إلي الاجتهاد في تحديد القيمة نتيجة اختلاف المقومين. وهو خارج عن ظاهر مفروض كلام الأصحاب.

(1) لم يتضح وجود قول آخر غير القول بالعمل علي المتوسط الذي تقدم من جماعة. غاية الأمر إهمال الآخرين التعرض لصورة اختلاف المقومين، كما تقدم من مفتاح الكرامة.

نعم أشاروا للاختلاف بين ما ذكره المشهور وما نسب للشهيد (قدس سره) في طريقة الجمع بين التقويمين وتحديد المتوسط بينهما بما لا يهمننا التعرض له بعد ظهور ضعف القول بالعمل علي أوسط القيم.

والذي تقتضيه القواعد سقوط التقويمين (1)، والبناء علي الأقل، عملاً بالأصل (2). والأحوط التصالح.

(مسألة 60): إذا اشترى شيئين بثمنين صفقة، فظهر عيب في أحدهما كان له الخيار بين الإمساك وأخذ الأرش وبين رد المعيب (3) وحده (4).

(1) الظاهر بناء العقلاء علي ترجيح الأكثر خبرة من المقومين إذا كان قوة خبرته بمقدار معتد به، علي ما ذكرناه في مباحث التقليد، فإن المقامين من باب واحد. ولا يكون التساقط إلا مع فقد الترجيح بذلك.

كما أن التساقط إنما يكون فيما يختلف فيه المقومون، وهو تحديد الأرش بما يذكره كل منهم، دون ما يتفوقون عليه، وهو عدم زيادته عن أعلي القيم وعدم نقصه عن أدناها.

(2) لظهور أنه بعد ملكية البايح لتمام الثمن فتردد ما يجب دفعه عليه بسبب العيب بين الأقل والأكثر من صغريات الدوران بين الأقل والأكثر غير الارتباطيين الذي لا إشكال في كونه من موارد جريان البراءة. نعم بناء علي مقابلة وصف السلامة بجزء الثمن وعدم ملكية البايح مع تخلفه لما يقابله من الثمن يكون المورد من موارد اشتباه الحق، ويتعين الصلح.

بل قد يكون مقتضي الأصل هو الأكثر. لملكية المشتري لتمام الثمن قبل البيع، ويشك في مقدار ما خرج منه عن ملكه، فيقتصر فيه علي الأقل.

(3) بناء علي مختاره (قدس سره) من أن حكم العيب هو التخيير بين الرد والأرش. أما بناء علي المختار من الترتيب بينهما فليس له إلا الرد. إلا أن يحدث أحد الموانع المتقدمة منه، فيكون له الأرش.

(4) لتعدد المبيع بتعدد الثمن عرفاً، والارتباطية بينهما شرط خارج عنها.

فإن اختار الثاني كان للبايع الفسخ في الصحيح (1). وكذا إذا اشترى شيئين بثمن واحد. لكن ليس له رد المعيب وحده (2)، بل إما أن يردهما معاً،

(1) تقدم منه (قدس سره) نظير ذلك في المسألة الرابعة والثلاثين في فروع خيار الغبن. ومما تقدم هناك يظهر أن فسخ البايع مشروط بابتناء البيعين علي الارتباطية، حيث يكون فسخ المشتري في المعيب موجباً لتخلف الشرط الضمني في حق البايع، فله الفسخ بخيار تخلف الشرط. بل سبق تقريب ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري أيضاً. وذلك يجري هنا. والظاهر أن فرض الصفقة في البيعين راجع إلي الارتباطية المذكورة.

(2) كما في المقنعة والنهائية والمبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرايع والنافع وما تأخر عنها. ونفي في الرياض ظهور الخلاف فيه. وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه). بل تقدم في أول الكلام في خيار العيب من الخلاف والغنية دعوي الإجماع عليه.

وقد يستدل عليه بوجه:

الأول: أن في تبعض الصفقة ضرراً علي البايع. وما في الجواهر من إمكان جبره بثبوت الخيار له في رده. لا يخلو عن إشكال، لظهور الأدلة في نفي الحكم الضرري، وهو في المقام نفس تبعض الصفقة.

اللهم إلا أن يدعي انصراف قاعدة نفي الضرر عن مثل هذا الضرر الذي يتسلط المضرور علي إزالته بالفسخ. نظير ما تقدم في الاستدلال بالقاعدة لخيار الغبن.

مع أن الضرر غير مطرد، إذ قد لا يكون الفصل بين المبيعين موجباً لنقص قيمة المعيب أو قلة الرغبة فيه. غاية الأمر أن تبعض الصفقة مخالف لمبني المعاملة، الذي هو كالشرط الضمني فيها، فيوجب الخيار للبايع من أجل ذلك.

الثاني: ما في الجواهر من تعلق حق الخيار بالمجموع، لا في كل جزء منه.

والظاهر رجوعه إلي أن المستفاد عرفاً من الأدلة وحدة حق الخيار، وتعلقه بمجموع المبيع، لا تعدده، بحيث ينحل بانحلال أجزائه.

وفيه: أن ذلك وإن كان مسلماً، إلا أن موضوع الخيار لما كان هو بيع المعيب فهو إنما يقتضي وحدة الخيار وعدم مشروعية الفسخ في بعض المعيب. وذلك إنما يقتضي عدم مشروعية الفسخ في البعض إذا صدق علي المجموع عرفاً أنه معيب ولو لكون المعيب جزءاً منه، كالحیوان الذي يشل عضو منه، والدار التي يهدم بعض غرفها، والثوب الذي يخرق أحد كميته. أما إذا كان المبيع أموراً متعددة عرفاً، والمعيب أحدهما - كما هو محل الكلام - فموضوع الخيار الواحد ذلك المعيب بتمامه، فلا يشرع الفسخ في بعضه، أما المجموع فلا وجه لدخوله في موضوع الخيار الواحد المفروض بعد عدم صدق المعيب عليه بمجموعه بسبب عيب البعض. كما ذكر ذلك في الجملة بعض مشايخنا (قدس سره).

الثالث: أن لزوم تبعض الصفقة من الفسخ وإن لم يناف قيام المبيع بعينه الذي هو الشرط في جواز الفسخ، لأنه أمر مسبب عن الفسخ ومتأخر عنه رتبة، إلا أن المستفاد عرفاً من اشتراط قيام المبيع بعينه عرفاً هو لزوم رجوع المبيع للبايع علي النحو الذي خرج منه ووقع عليه البيع، وهو لا يتحقق مع تبعض الصفقة.

الرابع: ما سبق منا في المسألة الرابعة عشرة من فروع بيع الشرط من امتناع فسخ العقد الواحد في بعض مضمونه، والمفروض في المقام وحدة العقد وبيع المجموع صفقة واحدة.

وهو لو تم يمتنع رد المعيب وحده حتي لو رضي البايع، إلا أن يرجع إلي التصالح بينهما علي المعاوضة بين المعيب وما يخصه من الثمن، كما يظهر مما سبق هناك. والحاصل أن المشتري لا يستحق رد المعيب وحده.

ولاسيما مع ما تكرر منا من عدم ثبوت إطلاق الأدلة خيار العيب عدا قوله (عليه السلام)

في حديث جميل المتقدم: (إن كان الشيء قائماً بعينه رده علي صاحبه وأخذ الثمن)(1). وهو مختص أو منصرف لأخذ الثمن الذي وقع عليه البيع، لا- ما يعم بعضه مما يخص المعيب. نظير ما ورد من أن من اشترى صفقة بثمن ثم قوّم كلاً منها بما يخصه من الثمن لم يجز له بيع بعضها مرابحة علي ما قومه إلا أن يبين للمشتري أنه قومه(2).

ودعوي: أنه لو تم عدم جواز فسخ العقد في المعيب وحده لبعض الوجوه السابقة، إلا أنه لا مجال للبناء علي جواز الفسخ في المجموع بعد عدم صدق المعيب عليه بسبب عيب البعض، كما تقدم في تعقيب الوجه الثاني، لأن موضوع الخيار في النصوص هو بيع المعيب وشرائه، ولا يعم بيع وشراء ما فيه معيب.

مدفوعة بأن قصور نصوص المقام عن المورد بمقتضي الجمود عليها لا ينافي فهم العموم منها تبعاً للمناسبات الارتكازية. ولا أقل من كون الفسخ في المقام مقتضي الوجه الارتكازي لثبوت خيار العيب، وهو أن سلامة المبيع شرط ضمني في البيع يقتضي تخلفه الخيار، علي ما سبق التعرض له في أول الكلام في خيار العيب. لظهور أن الشرط هو سلامة تمام المبيع، بنحو يكفي في تخلفه كون بعض المبيع معيباً.

إن قلت: مقتضي ذلك عدم ثبوت خيار الحيوان في الأيام الثلاثة لو بيع صفقة مع غيره، لكونه خياراً تعديلاً لا دليل عليه إلا النصوص، وهي مختصة بالحيوان، ولا تعم غيره إذا بيع معه، فإذا تم عدم جواز فسخ العقد في بعض مضمونه تعين عدم جواز رده وحده بما يخصه من الثمن.

قلت: لا محذور في البناء علي ذلك. ولا سيما بعد انصراف بيع الحيوان وشرائه إلي بيعه وحده، وظهور الخيار المجعول فيه في الخيار في البيع بتمامه.

إلا- أن يقوم إجماع تعدي علي جواز إرجاعه بما يخصه من الثمن، فيكون معاوضة قهرية لا فسخاً للبيع في بعض مضمونه. نظير أخذ الشريك بالشفعة. لكن

(1) وسائل الشيعة ج: 12 باب: 16 من أبواب الخيار حديث: 3.

(2) وسائل الشيعة ج: 21 باب: 16 من أبواب أحكام العقود حديث: 1، 5.

ص: 507

أو يختار الأرش (1).

(مسألة 61): إذا اشترك شخصان في شراء شيء، فوجداه معيباً، فليس لأحدهما أن يرد حصته (2)، بل إما أن يرداه جميعاً أو يأخذ الأرش.

لا طريق لإحراز الإجماع بالنحو المذكور بنحو ينهض بالحجبة. فلاحظ.

(1) أما بناء علي استفادة ثبوت الخيار في المورد من إطلاق نصوص المقام فظاهر. وأما بناء علي استفادته منها تبعاً أو من بناء العرف - كما هو الظاهر - فللقرب إلغاء خصوصية المورد في أدلة الأرش، بحيث يستفاد منها عموم تدارك ضرر المشتري في العيب بالأرش. وإن كان الأحوط التصالح في المقام. فلاحظ.

(2) كما في المقنعة والنهاية وبيع المبسوط وفي المهذب والوسيلة والشرايع والنافع والجامع والإرشاد والمختلف والدروس وعن بيع التحرير وغيره. وفي المختلف والمسالك وعن إيضاح النافع والمفاتيح أنه المشهور.

واستشكل فيه في القواعد. ولم يستبعد في التذكرة جواز انفراد أحدهما بالرد، وجعله وجهاً في المسالك، والأصح في جامع المقاصد، وفي بيع الخلاف أنه قوي، بل جزم به في كتاب الشركة منه ومن المبسوط، وفي السرائر والإيضاح وعن غيرهما.

قال في بيع الخلاف - بعد أن حكم بعدم جواز انفراد أحدهما بالرد - : (وإن قلنا: له الرد بعموم الأخبار، لأنه عليه السلام لم يفصل كان قوياً). وكأنه لصدق كونه مشترياً.

لكن ذلك وحده لا يكفي بعد اختصاص النصوص برد المعيب الظاهر في رده بتمامه. مضافاً إلي الوجوه السابقة. بل الأمر هنا أظهر، لعدم صدق رد المعيب. كما لا تصدق موضوعات جميع الخيارات كالمجلس والحيوان وغيرها. وخلافهم هنا لا يناسب اتفاقهم في المسألة السابقة.

هذا وربما يفرق بين جهل البائع بالشركة، وعلمه بها، كما هو مقتضي ما في

التذكرة من تعليل ما سبق منه بقوله: (إذا الباع أخرج العبد إليهما مشقصاً، فالشركة حصلت باختياره، فلم تمنع من الرد...). ولعله لذا لم يستبعده في جامع المقاصد ومجمع الفائدة، واستحسنه في المسالك ومحكي المفاتيح.

وفيه: أن علم الباع بالشركة في البيع لا يستلزم إقدامه علي حصول الشركة له بفسخ أحدهما دون الآخر، إذ قد يكون جاهلاً بالعيب، أو كان يري - باجتهاده أو تقليده - أنه ليس لهما الاختلاف في الفسخ وعدمه، أو يعتقد أنهما لا يختلفان فيهما. علي أن ذلك إنما يقتضي اندفاع محذور الضرر، دون بقية الوجوه المتقدمة في المسألة السابقة في وجه المنع من التبعض في فسخ العقد.

ثم إن محكي باب الشركة من التحرير أنه لو اشترى أحد الشريكين بمال الشركة معيباً جهل المشتري بعيبه وعلم الباع أن الثمن من مال الشركة فلهما الاختلاف في الرد والأرش. قال: (وهذا التفصيل عندي جيد، لأن الباع عالم بأنه مال شركة، وأحد الشريكين غائب والآخر حاضر، فهو في قوة عقدين).

لكنه كما تري فإن وحدة العقد تابعة لوحدة الصفقة، ولا دخل لوحدة المشتري وتعددده فيها، فضلاً عن غياب أحد المشتريين وحضور الآخر.

إلا أن يكون الحاضر غير مأذون من الغائب في الشراء، فلا ينفذ الشراء في النصف المشاع. والظاهر خروجه عن مفروض كلامهم. فلاحظ.

بقي في المقام أمران:

الأول: ذكر في الدروس أنه حيث يمتنع الرد من أحدهما مع امتناع الآخر فله الأرش. وهو قد يتجه بناء علي التخيير في العيب بين الرد والأرش، لرجوع مطالبته بالأرش إلي اتفاقهما علي عدم الرد، وحيث كان الأرش حينئذ بينهما كان له المطالبة بحصته منه، ويبقى الآخر مخيراً بين إسقاط حقه فيه ومطالبته بحصته منه.

أما بناء علي الترتيب الرد والأرش فلا مجال لمطالبته بالأرش مع بقاء المبيع قائم

(مسألة 62): لو زال العيب قبل ظهوره للمشتري ففي سقوط الخيار إشكال (1). وإن كان الأظهر سقوط الرد وثبوت الأرش.

بعينه وعدم حصول أحد موانع الرد فيه، لعدم تحقق موضوعه حينئذ.

الثاني: إنهم وإن اختلفوا - كما سبق - في جواز رد أحد الشريكين دون الآخر إلا أنه لا يظهر الخلاف منهم في أنه لو ورث اثنان خيار العيب فلا بد من اتفاقهما علي الرد أو الأرش. وكأنه لو حدة البيع والخيار الموروث، وعدم المجال لشيء من الوجوه التي ذكرت دليلاً لجواز انفراد أحد الشريكين بالرد في حصته، كما يظهر بملاحظتها. ويأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة الأولى من الفصل الخامس إن شاء الله تعالى.

(1) قال في التذكرة: (لو كان معيماً عند الباع، ثم زال العيب بعد البيع، ثم قبضه وقد زال عيبه، فلا رد، لعدم موجب، وسبق العيب لا يوجب خياراً، كما لو سبق علي العقد وزال قبله. بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد).

وقد استفاد ذلك مما ذكره جماعة من أن التصرية في الشاة ونحوها إذا زالت - بتغير المرعي أو هبة من الله تعالى - سقط الرد. ولا سيما مع تعليقه في المبسوط وغيره بزوال العيب، وما في جامع المقاصد والمسالك من أن زوال العيب قبل العلم به بحكم زوال التصرية.

وظاهر جامع المقاصد والمسالك التوقف. وقد استفاد ممن توقف في مسألة التصرية، كما في التنقيح الرائع. بل في الخلاف بعد أن حكم بسقوط الخيار في التصرية، وتعرض للقول بعدم السقوط، قال: (وعندي أن هذا الوجه قوي لمكان الخبر).

ثم قال: (دليلنا علي أن ليس له الرد هو أنه إنما كان له الرد لمكان العيب، فلما زال خيار العيب زال خيار الرد، لأنه تابع له. وإذا قلنا له الرد، فلمكان الخبر، لأنه لم يفصل بين أن تزول التصرية وأن لا تزول). ومن الظاهر أن نظير ذلك يجري في المقام.

ولو جري فيه لجري في الرد والأرش معاً، لأنهما معاً تابعان للعيب.

وكيف كان فلا- ينبغي الإشكال في أن مقتضى إطلاق النصوص عدم سقوط حكم العيب بارتفاعه بعد البيع، لدلالاتها علي أن موضوع الأحكام هو العيب الحاصل عند البيع لا عند إعمال تلك الأحكام من الرد وأخذ الأرش، كما هو صريح قوله (عليه السلام)

في معتبر زرارة: (أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء أنه يمضي عليه البيع ويرد عليه...)، وظاهر النصوص الكثيرة المتضمنة لوجدان العيب بعد البيع، كقوله في حديث جميل: (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً...)، ونصوص الجارية التي يوجد فيها عيب بعد وطئها(1). لظهور أنه لا يراد به كل عيب يري حينئذ، بل خصوص ما يعلم حصوله عند البيع.

نعم المتيقن من هذه النصوص ما يبقي إلي حين الاطلاع عليه ورؤيته، ولا يشمل ما ارتفع قبل أن يعلم بحصوله عند البيع.

لكنها - مع عمومها لما إذا ارتفع العيب بعد وجدانه والعلم به وقبل الرد وأخذ الأرش - لا ظهور لها في اشتراط بقاء العيب إلي حين العلم به، فلا يرفع بها اليد عن إطلاق معتبر زرارة المتضمن أن وجود العيب حين البيع هو موضوع الأحكام واقعاً. ونظير ذلك يجري في التصرية. ولذا سبق من الخلاف الاستدلال علي بقاء الخيار بإطلاق الخبر.

ومنه يظهر ضعف ما ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) من أن ظاهر أدلة الرد هو رد المتلبس بالعيب حين الرد. نعم لو كان منشأ الرد هو لزوم الضرر من الصبر علي المعيب اتجه ما ذكره. لكن منشأ النصوص، وهي ظاهرة فيما ذكرنا.

وأشكل من ذلك ما ذكره من التفصيل بين الرد، فيرتفع لما سبق، والأرش فلا يرتفع، لأنه استقر بالعقد، فيحتاج براءة ذمة البائع منه إلي دليل.

(1) مستدرک الوسائل ج: 12 باب: 4، 5 من أبواب العيوب.

ص: 511

إذ فيه: أن الأرش لم يستقر بالعقد، بل غاية الأمر أن للمشتري المطالبة به كما له المطالبة بالرد. وحينئذ بناء علي المشهور من التخيير بين الرد والأرش فموضوعهما واحد وهما ثابتان تخييراً، ولا منشأ لاستقرار أحدهما دون الآخر.

وأما ما ذكره سيدنا المصنف (قدس سره) من الفرق بينهما بأن المناسبات الارتكازية قاضية بأن منشأ جواز الرد هو الإرفاق بالمشتري، وبلحاظ تضرره بالصبر علي المعيب، فينصرف عما إذا زال العيب. أما منشأ ثبوت الأرش فهو تدارك الضرر المالي الحاصل بالمعاملة، وهو لا يزول بزوال العيب، بل هو نفع متجدد بعد العقد، نظير الهبة المستقلة.

ففيه أولاً: أنه لم يتضح كون منشأ جواز الرد ذلك، بل من القريب كون منشئه مخالفة الشرط الضمني، وهو شرط السلامة، أو خروج المعاملة عن مقتضى الوضع الطبيعي في المعاملات نظير ما سبق في خيار الغبن.

وثانياً: أن ذلك لو تم إنما ينهض بالفرق لو كان لكل من الرد والأرش دليل يخصه، حيث يمكن دعوي انصراف أحد الدليلين عن صورة الارتفاع العيب دون الآخر. أما حيث كان الدليل واحداً فلا مجال للتفكيك في انصرافه بين الأمرين.

بل حيث سبق عدم نهوض النصوص بالتخيير، وأن دليل جواز المطالبة بالأرش ينحصر بالإجماع لو تم، فالمتيقن من الإجماع صورة بقاء العيب.

وأما بناء علي المختار من الترتيب بينهما فموضوع الأرش هو العيب الموجب للرد وحدث الحدث في المبيع، فإذا فرض كون المراد بالعيب الموجب للرد هو الباقي دون الزائل فلا يتم موضوع الأرش، بل حيث كان المستفاد من النصوص عرفاً كون حدث الحدث من سنخ المانع فهو فرع وجود المقتضي للرد ببقاء موضوعه، إذ مع ارتفاع مقتضيه لارتفاع موضوعه قبل ذلك لا يبقى موضوع لمانعية المانع عرفاً.

نعم قد يقال: إن ارتفاع العيب بعد البيع وإن لم يسقط حكمه علي خلاف ما سبق منهم. إلا أنه مانع من الرد، لعدم بقاء المبيع بعينه وتغيره عند المشتري عما كان

عليه حين البيع، إذ لا يعتبر في التغيير المانع من الرد أن يكون للأدون.

وبعبارة أخرى: بعد أن لم تتضمن النصوص مانعية حدوث العيب في المبيع من الرد، وإنما تضمن أكثرها مانعية إحداث الحدث فيه، وفرض التعدي من الإحداث للحدوث، فكما لا يعتبر في الإحداث أن يكون موجبا لنقص في المبيع، بل يعم ما إذا أوجب زيادته، كذلك لا يعتبر في الحدوث أن يكون موجبا لنقصه، بل يعم ما إذا أوجب زيادته، كما في المقام. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

نعم هذا قد يكون ارتفاع الأمر الحاصل عند البيع كاشفاً عن عدم كونه عيباً، بل هو حالة طبيعية نتيجة عوامل خارجية طارئة، كالجهد الموقت نتيجة العمل المتواصل. بل لا يبعد ذلك في مثل الحمي القصيرة الأمد نتيجة الاستبراد ونحوه مما لا يرجع إلي نقص في البدن، وإن عدها في التذكرة والقواعد عيباً.

لكن ذلك راجع إلي انكشاف عدم تحقق ثبوت الخيار من أول الأمر، لعدم تحقق موضوعه، لا إلي ارتفاعه بعد ثبوته، كما هو محل الكلام.

بقي في المقام خيارات آخر لم يتعرض لها سيدنا المصنف (قدس سره)، وإن سبق منه ومنا بعض ما يتعلق بها:

الأول: خيار تخلف الشرط. وقد تقدم منا بعض الكلام فيه عند الكلام في اشتراط عدم فسخ العقد من جملة مسقطات خيار المجلس. ويأتي تمام الكلام فيه عند الكلام في أحكام الشرط إن شاء الله تعالى.

الثاني: خيار تخلف الوصف. والمراد بالوصف ما يبتني العقد علي وجوده حينه، سواء كان وصفاً لأحد العوضين، كالكتابة في العبد والجودة في الثوب، أم حالاً في العقد، ككون بيع الشئيين صفقة واحدة.

والظاهر مفروغيتهم عن ثبوته، كما يشهد به أدني ملاحظة لكلماتهم.

وينحصر الوجه فيه بسيرة العقلاء الارتكازية بما هم عقلاء. وقد تقدم في أول

الكلام في مقدمة كتاب التجارة لزوم العمل عليها ما لم يثبت الردع عنها.

ولكن يظهر من بعض مشايخنا (قدس سره) أن مرجع أخذ الوصف في العقد إلي اشتراط الخيار بتخلفه، نظير ما ذكره في خيار تخلف الشرط. ويظهر الحال فيه مما يأتي في أحكام الشرط إن شاء الله تعالى.

الثالث: الخيار فيما إذا خرجت المعاملة عن الوضع الطبيعي، كما في موارد الغش والغبن وعدم تعجيل التسليم ونحوها.

وقد تقدم في خيار الغبن من غير واحد أن منشأ الخيار في ذلك هو الخروج عن مقتضى الشرط الضمني الارتكازي. فيكون من صغريات خيار تخلف الوصف المشروط، ويجري فيه ما يجري فيه.

لكن تقدم منا الإشكال في ذلك. وأن الظاهر بناء العقلاء علي ثبوت الخيار في الموارد المذكورة ابتداء، لا بتوسط الاشتراط الضمني. فراجع.

انتهى الكلام في أقسام الخيار شرحاً لكتاب (منهاج الصالحين) لسيدنا الجد الأستاذ مرجع الطائفة آية الله العظمي السيد محسن الطباطبائي الحكيم (قدس سره) عصر الجمعة الثامن والعشرين من شهر شوال سنة ألف وأربعمائة وثمان وعشرين للهجرة النبوية. علي صاحبها وآله أفضل الصلاة وأزكى التحية. في النجف الأشرف، ببركة الحرم المشرف، علي مشرفه أفضل الصلاة والسلام. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه. نجل سماحة آية الله (السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم) دامت بركاته. والحمد لله علي تيسيره وتسهيله. ونسأله التسديد والتوفيق وصلاح الأحوال وحسن المآل. إنه أرحم الراحمين وولي المؤمنين، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

- (5) الفصل الثالث: في شروط العوضين 5
- (5) في اشتراط كون المبيع عيناً سواء كان موجوداً في الخارج أم في الذمة 5
- (7) في اشتراط كون الثمن مالاً سواء كان عيناً أم منفعة أم عملاً أم حقاً 7
- (9) في اشتراط كون العوضين معلومي المقدار المتعارف تقديره به عند البيع 9
- (15) في الاستدلال بالنصوص علي اعتبار اشتراط العلم بالعوضين والاشكال في ذلك 15
- (22) في حكم البيع بحكم المشتري 22
- (24) (الأول): في بيع المكييل والموزون قبل الكيل أو الوزن 24
- (26) (الثاني): وقوع المعاملة بالكيل أو الوزن المعلوم عند أحدهما دون الآخر 26
- (27) الكلام في اشتراط التقدير بما بتعارف التقدير به 27
- (32) (الأول): ان التقدير بما يتعارف تارة يكون مع اعراض الآخر وأخري يكون في طوله 32
- (37) (الثاني): الإندار للظروف 37
- (40) (الثالث): اعتبار كيل أو وزن كل جنس لوحده لا مع جنس آخر 40
- (41) البيع بالمشاهدة مع عدم الوزن أو الكيل 41
- (43) في كفاية إخبار البائع بالقدر 43
- (45) عدم اعتبار عدالة البائع مع تصديقه بإخباره بما في يده 45

(48) لو تبين الخلاف بالنقيصة رجع المشتري علي البائع بها48

(54) لو تبين الخلاف بالزيادة كانت الزيادة للبائع54

(55) اشتراط معرفة مقدار ماكان القدر دخيلاً في قيمته55

(58) علي بلد المعاملة58

(61) أخذ الوزن شرطاً في المكيل أو العكس61

(63) الكلام في لزوم معرفة الأوصاف التي تختلف القيمة باختلافها63

(67) الكلام في كون كل من العوضين ملكاً67

(69) الكلام في كون كل من العوضين طلقاً69

(70) الكلام في عدم جواز بيع العين المرهونة70

(72) الكلام في جواز بيع العين المرهونة مع إذن الراهن أو إجازته أو فك الرهن72

(76) عدم جواز بيع الوقف76

(80) (منها): أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه80

(91) في جواز بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع عرفاً91

(92) الكلام في جواز بيع الوقف إذا اشترط الواقف بيعه عند حدوث أمر92

(97) الكلام في جواز بيع الوقف إذا تغير عنوان الوقف الخاص97

(99) الكلام في جواز بيع الوقف إذا استلزم بقاءه الخراب المسقط له عن المنفعة المعتد بها عرفاً99

(106) (الأولي): أن يكون بيع الوقف أعود علي الموقوف عليهم106

(109) (الثانية): أن يحدث للموقوف عليهم ما يمنع الشرع من صلتهم109

(109) (الثالثة): أن يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة109

(111) عدم جريان ما ذكر من موارد جواز بيع الوقف في المساجد وأنه لا يجوز بيعها بحال111

(113) (الأول): الكلام فيما ذكره كاشف الغطاء في جواز إجارة الأوقاف العامة بما لا ينافي

(113) الأآاب الالزلة لها بما فيها المساجد 113

(113) (الآاني) أن ما يآري في المساجد يآري في المشاهد المشرفة 113

ص: 516

- (114)الكلام في لزوم مراجعة الحاكم الشرعي عند بيع الوقف 114
- (115)الكلام في تبديل الوقف عند بيعه بوقف آخر 115
- (119)الكلام في خراب بعض الوقف وجواز بيعه وصرف ثمنه في المقدار العامر 119
- (121)الكلام في عدم جواز بيع الأمة إذا كانت ذات ولد ولو كان حملاً 121
- (122)الكلام في جواز بيع الأمة إذا مات ولدها 122
- (124)الكلام في الأراضي الخراجية 124
- (127)الكلام في عدم الفرق بين الأراضي التي فيها آثار مملوكة للبائع وعدمها 127
- (129)الكلام في عدم التصرف بالأراضي الخراجية ولو بغير البيع إلا بإذن الحاكم الشرعي 129
- (133)الكلام في عدم ملك الأرض التي ماتت وكانت عامرة حين الفتح حتي بالإحياء 133
- (134)الكلام في ملك الأرض الخراجية إذا أحييت بعد موتها 134
- (141)الكلام في عدم الفرق بين أن يكون المحيي مسلماً أو كافراً 141
- (142)الكلام في بقاء الأرض علي ملك المحيي حتي إذا خربت 142
- (145)الكلام في جواز زرع الأرض الخراجية بلا إذن من مالكةا 145
- (151)الأرض الخراجية لها 151
- (152)حين الفتح أم لا؟ 152
- (153)الكلام في اشتراط القدرة علي تسليم كل من العوضين 153
- (154)(الأول) بالنبوي المتضمن للنهي عن الغرر والاشكال عليه 154
- (155)(الثاني): بما ورد عن النبي عن بيع ما ليس عنده. والاشكال عليه 155
- (156)(الثالث): بان لازم البيع تسليم كل من المتبايعين ما انتقل منه. والاشكال عليه. 156
- (156)(الرابع): بأن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يعيد إليه وهو لا يتم إلا بالتسليم. 156
- (156)والاشكال عليه 156

(157)(الخامس): بأن بذل الثمن علي غير المقدور سفه. والاشكال عليه 157

(157)(السادس): بأنه يلزم ان لا يعد مالا عرفاً. والاشكال عليه 157

(159)اختيار الوجه في اعتبار الاستدلال علي القدرة علي التسليم 159

ص: 517

(160) فيما يظهر من جملة من النصوص كفاية احراز سلامة بعض المبيع 160

(162) مع عدم احراز بعضه 162

(164) الإشكال فيه 164

(169) الكلام في عدم الفرق في اعتبار القدرة علي التسليمين العلم بها والجهل 169

(170) الكلام في صحة المعاملة لو كان المشتري قادراً علي تحصيل المبيع 170

(171) لا يعتبر في القدرة قدرة المالك ولا الوكيل اذا كان المشتري قادراً علي تحصيل العين 171

(172) يجوز بيع العبد الآبق مع الضميمة 172

(173) لو مات الآبق قبل القدرة عليه 173

(174) لو ظهر الآبق مستحقاً للغير أو مخالفاً للوصف قبل الإباق اتجه التقييط 174

(174) لو تلفت الضميمة قبل قبضها وقبل تحصيل الآبق بطل البيع 174

(175) اعتبار كون الضميمة ذات قيمة معتد بها 175

(177) الفصل الرابع: في الخيارات 177

(177) الاستدلال علي أصالة اللزوم في العقود 177

(178) الاستدلال بقوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" والكلام فيه 178

(179) الاستدلال بقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" والكلام فيه 179

(180) الاستدلال بما تضمن استحباب إقالة النادم 180

(180) الاستدلال بالنبوي: (الناس مسلطون علي أموالهم) 180

(181) الاستدلال بما تضمن جعل الغاية في خيار المجلس الافتراق 181

(184) في تعريف الخيار والفرق بين الحق والحكم 184

(185) تعريفه بأنه ملك فسخ العقد أو ملك اقرار العقد أو إزالته 185

(187) الأول: خيار المجلس 187

(188) المعيار في المجلس وان التفرق مسقط للخيار 188

ص: 518

- (192)(الأول): في الحائل وانه هل يبطل معه الخيار أم لا 192
- (193)(الثاني): في الاكراه مع التفرق وانه هل يبطل معه الخيار أم لا 193
- (197)(الثالث): فيما لو مات أحد المتعاقدين في المجلس هل يبطل الخيار أم لا 197
- (198)الكلام فيما لو كان المباشر الوكيل فهل الخيار للمالك أم لهما أم للوكيل 198
- (204)اختصاص هذا الخيار بالبيع ولا يجري في غيره من المعاوزات 204
- (204)من مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في العقد 204
- (210)(الأول): في أن رجوع اشتراط السقوط إلي اشتراط عدم الخيار 210
- (210)(الثاني): في أن الشرط إذا رجع إلي شرط الفعل هل يقتضي مجرد وجوب العمل أم لا؟ 210
- (215)(الثالث): في أن الشرط لا يترتب عليه الأثر إلا إذا وقع في ضمن العقد دون ما إذا وقع قبله، والكلام فيه 215
- (215)في سقوط الخيار بإسقاطه بعد العقد. 215
- (217)الثاني: خيار الحيوان. 217
- (217)في موضوع خيار الحيوان 217
- (218)الكلام في التعميم لكل ذي حياة وعدمه 218
- (219)الكلام في اختصاص هذا الخيار ببيع المعين أو شموله للكلي 219
- (221)مدة خيار الحيوان ثلاثة أيام 221
- (222)مبدأ حساب المدة زمان العقد 222
- (225)الكلام في عدم تداخل خيار الحيوان مع خيار المجلس 225
- (227)مسقطات خيار الحيوان اشتراط سقوطه في متن العقد واسقاطه بعده وبالتصرف بالحيوان 227
- (232)بقي شيء. في أنه لا إشكال في مسقطية الرضا بالبيع. 232
- (233)الكلام في ثبوت هذا الخيار للبائع 233
- (239)اختصاص خيار الحيوان بالبيع 239

(239)الكلام في تلف الحيوان قبل القبض 239

(241)حدوث العيب في الحيوان 241

(241)الثالث: خيار الشرط. 241

ص: 519

(247)عدم اختصاص خيار الشرط بأحد المتعاقدين 247

(251)الكلام في سعة خيار الشرط 251

(252)(الأول): أن يراد به بقاؤه مدة مبهمه 252

(253)(الثاني): أن يراد بقاؤه مدة العمر 253

(253)(الثالث): أن يراد بقاؤه أبداً 253

(259)عدم جواز اشتراط الخيار في الاقاعات 259

(263)الكلام في اشتراط الخيار في العقود الجائزة 263

(265)الكلام في صحة الخيار في جميع العقود اللازمة عدا النكاح 265

(266)الكلام في صحة جعل الخيار في عقد الضمان 266

(268)الكلام في عدم صحة جعل الخيار في الصدقة والهبة 268

(272)اشتراط الخيار في مدة معينة في حال رد الثمن بنفسه أو بدله مع تلفه 272

(280)(الأول): الاكتفاء برد المثل مع التمكن من رد العين 280

(281)(الثاني): لو لم يقبض البائع الثمن من المشتري كان له الفسخ في المدة 281

(283)الكلام في جواز اشتراط الفسخ في بعض المبيع برد بعض الثمن 283

(289)إذا تعذر الوصول للمشتري جاز تمكين وليه من الثمن 289

(291)الكلام في نماء المبيع ونماء الثمن 291

(292)الكلام في التصرف بالعين تصرفاً ناقلاً أو تلفها 292

(296)إذا كان الثمن المشروط ديناً في ذمة البائع 296

(297)في شراء الولي ببیع الخيار وارتقاع حجر المولي عليه 297

(299)الكلام في انتقال الخيار بالموت للورثة 299

(300)الكلام في اشتراط الخيار في الفسخ برد الثمن إلي البائع 300

(301)الكلام في اشتراط رد البدل مع وجود العين 301

(302)في سقوط الخيار بانقضاء المدة وباسقاطه بعد العقد 302

(303)الرابع: خيار الغبن 303

ص: 520

- (304)(الأول): قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم والكلام فيه 304
- (306)(الثاني): قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل والكلام فيه 306
- (308)(الثالث): ما ورد عن النبي (ص) من إثبات الخيار تلقي الركبان. والكلام فيه 308
- (309)(الرابع): النصوص الواردة في حكم الغبن. والكلام فيه 309
- (311)(الخامس): قاعدة نفي الضرر. والكلام فيه 311
- (316)(السادس): ماذكره بعض الأعاضم? في منية الطالب. والكلام فيه 316
- (320)الكلام في عدم ثبوت هذا الخيار للمغبون إذا كان عالماً بالحال 320
- (324)الكلام في عدم ثبوت هذا الخيار للمغبون إذا كان مقدماً علي المعاملة علي كل حال 324
- (325)الكلام في التفاوت القيمي الموجب للخيار 325
- (329)ثبوت خيار الغبن من حين العقد أم من حين ظهوره 329
- (331)هل للمغبون مطالبة الغابن بالتفاوت وترك لفسخ 331
- (334)(الأول): إسقاطه بعد العقد 334
- (336)(الثاني): اشتراط سقوطه في متن العقد 336
- (339)(الثالث): تصرف المغبون بائعاً كان أو مشترياً 339
- (345)في الرجوع بالمثل أو القيمة مع الفسخ وتلف العين 345
- (351)الكلام في لزوم ارجاع العين لورجعت إلي الغابن قبل الفسخ 351
- (356)الكلام في الصفات الحادثة علي العين إذا كانت لها مالية 356
- (361)الكلام في الزيادة الحادثة علي العين 361
- (369)الكلام في امتزاج العين بغيرها 369
- (373)الكلام في خلط العين بجنس آخر 373
- (377)خيار الغبن علي الفور 377

(379)الكلام في تأخير الخيار مع الجهل بالحال 379

(380)جواز تأخير الفسخ لغرض عقلائي 380

(383)الكلام في جريان الخيار في بعض المبيع 383

(384)الكلام في تلف العين وضماتها بقيمة زمان التلف أو زمان الفسخ أو زمان الأداء 384

(389)الكلام في رجوع الغابن علي الأجنبي إذا كان متلفاً 389

ص: 521

(390)الخامس: خيار التأخير390

(394)الكلام في الاستدلال علي صحة خيارات التأخير بالاجماع394

(394)الكلام في الاستدلال علي صحة خيارات التأخير بقاعدة نفي الضرر394

(395)الكلام في الاستدلال علي صحة خيارات التأخير بالاستصحاب395

(396)مورد خيار التأخير396

(401)(الأول): ابتناء الخيار للبايع علي الإرفاق به401

(402)(الثاني): الاكتفاء بالقبض من دون إذن من هي عنده علي تفصيل فيه402

(403)(الثالث): جريان الخيار من كل مورد تقصر عنه النصوص بلا قيد ثلاثة أيام403

(403)(الرابع): التحديد بالثلاثة أيام403

(405)تلف السلعة من مال البائع405

(407)ثبوت الخيار بشرط عدم اشتراط التأخير407

(409)الكلام في ثبوت الخيار إذا كان البيع ذمياً409

(411)(الأول): ما يشترط في خيار التأخير411

(413)(الثاني): هل تبدأ الثلاثة أيام من حين العقد أو من حين التفريق؟413

(415)(الثالث): لو ظهر الثمن مستحقاً415

(415)في حكم ما يفسده المبيت415

(419)(الأول): في معيار الفساد419

(420)(الثاني): إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري420

(420)(الثالث): لو ترك المشتري المبيع عند البائع بعد دفع ثمنه له420

(421)في مسقطات خيار التأخير421

(425)الكلام في أن خيار التأخير علي الفور أو التراخي425

(426)السادس: خيار الرؤية426

(427)الكلام في خيار معيار الرؤية وأن في المقام خيارين427

ص: 522

(433)(الأول): في المراد بخيار الرؤية 433

(434)(الثاني): إمكان انفراد خيار الرؤية عن خيار الوصف واجتماعهما 434

(434)عدم الفرق بين أنواع الأوصاف المتخلفة في ثبوت الخيار 434

(436)الكلام في الخيار بين الرد والإمسك دون الأرش 436

(438)الكلام في ثبوت الخيار للبائع 438

(440)الكلام في كون خيار الرؤية علي الفور أو التراخي 440

(442)في مسقطات خيار الرؤية 442

(447)السابع: خيار العيب 447

(448)في حكم خيار العيب 448

(455)في ثبوت خيار العيب للبائع 455

(456)(الأول): الالتزام بالعقد والكلام فيه 456

(460)(الثاني): تلف العين بالعقد والكلام فيه 460

(460)(الثالث): خروجهما عن الملك والكلام فيه 460

(462)(الرابع): التصرف الخارجي في العين والكلام فيه 462

(462)(الخامس): التصرف الاعتبائي والكلام فيه 462

(463)(السادس): حدوث عيب فيها والكلام فيه 463

(467)(الأول): عدم الفرق في حدث المشتري الموجب للأرش بين قيل العلم بالعيب وبعده 467

(468)(الثاني): الكلام فيما إذا رضي البائع والمبيع فهل يبقى الأرش أم لا؟ 468

(469)(الثالث): الكلام فيما إذا لم يعلم المشتري بالعيب ثم باعه هل له الرجوع علي البائع؟ 469

(470)(الرابع): الكلام فيما إذا كان العيب الثمن الشخصي 470

(470)موارد سقوط الأرش دون الرد 470

(475)(الأول): العلم بالعيب قبل العقد475

(475)(الثاني): تبرؤ البائع من العيوب475

(480)(الثالث): تأخير اختيار الفسخ والإمساك بالأرش علي كلام فيه480

ص: 523

(482)الكلام في المراد من العيب482

(486)الكلام فيما إذا كان العيب موجوداً في أغلب ذلك الصنف486

(489)الكلام في العيوب الحادثة بعد العقد489

(491)الكلام في عيوب السنة491

(494)الكلام في كيفية أخذ الأرش494

(500)الكلام فيما لو اختلف أهل الخبرة في التقويم500

(504)الكلام فيما إذا ظهر عيب ببعض المبيع504

(508)الكلام في عيب المبيع المشترك واختيار أحد الشريكين الفسخ508

(510)الكلام في زوال العيب قبل ظهوره للمشتري510

(513)(الأول): خيار تخلف الشرط513

(513)(الثاني): خيار تخلف الوصف513

(514)(الثالث): الخيار فيما خرجت المعاملة عن الوضع الطبيعي514

ص: 524

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

