

مصحح المتن

كتاب التمهيد

تأليف

السيد محمد بن أبي بكر الطائفي الحلي

الجزء الثالث

دارالعلم

دارالعلم



مَصْبَحُ الْمُنْتَجِمِ

مُصَبِّحُ الْمُنِجِّ

كِتَابُ التَّجَارَةِ

تَأَلَّفُ

السَّيِّدُ مُحَمَّدُ سَعِيدُ الطَّبَّاطِبَايُ الْحَكِيمُ

الجزء الثالث

دارُ السلام

طباعة. نشر. توزيع

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

اسم الكتاب: مصباح المنهاج - كتاب التجارة / ج ٣
المؤلف: السيد الحكيم
المطبعة: ستارة
العدد: ٢٠٠٠ نسخة
الناشر: دار الهلال
الدورة: ISBN : 964 - 8276 - 54 - 4
ج ٣: ISBN : 964 - 8276 - 82 - 4

الفصل الثالث

في شروط العوضين

وفيه مسائل:

(مسألة ١): يشترط في المبيع أن يكون عيناً (١)، سواء كان موجوداً

(١) كما صرح به غير واحد، ونفى الإشكال والخلاف فيه بعض الأعظم ^{ثبت} 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^(١)، والأرض الخراجية^(٢)، وسكنى الدار التي يسكنها الإنسان من دون أن يملكها^(٣) على التوسع، من دون أن يكون بيعاً وشراء 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 مقتضى الأصل، حيث لا بد من الاقتصار في ترتيب الأحكام على 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

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٦ باب: ٣ من أبواب التدبير.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١١ باب: ٧١ جهاد العدو، وج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١ عقد البيع وشروطه.

في الخارج أم في الذمة (١)، وسواء أكانت الذمة ذمة البائع أم غيره (٢)، كما إذا كان له مال في ذمة غيره فيبيعه على شخص ثالث. كما يشترط فيه أن يكون مالاً (٣)، بحيث يتنافس عليه العقلاء (٤). فلا يجوز بيع المنفعة، كمنفعة الدار، ولا بيع العمل، كخياطة الثوب، ولا بيع الحق (٥)، كحق الخيار، ولا بيع ما لا يكون مالاً (٦) كالحشرات. وأما الثمن فيشترط فيه

اختصاص دليل النفوذ بالبيع، بل يعم جميع العقود، والبيع المذكور وإن لم يجرز 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.

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

(٢) بلا إشكال ظاهر. ويقتضيه مضافاً إلى الإطلاق النصوص الخاصة الواردة

في بيع الدين^(١).

(٣) كما يظهر من غير واحد المفروغية عنه. وقال شيخنا الأعظم رحمته: «إن ما

تحقق أنه ليس بهال 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.

(٤) لأن ذلك هو معيار المالية، كما سبق في أواخر المسألة الأولى من مقدمة

كتاب التجارة.

(٥) يظهر مما سبق أن المعاملات المذكورة صحيحة ونافاذة، 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 على ذلك.

(٦) مما سبق يظهر صحة البيع المذكور.

أن يكون مالاً (١)، سواء أكان عيناً أم منفعة (٢) أم عملاً (٣) أم حقاً (٤).

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

(٢) كما صرح به غير واحد، وحكي عن غير موضع من التذكرة والقواعد. وعن الوحيد ثنت الخلاف فيه. قال شيخنا الأعظم ثنت: «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 على صحته وإن كان عقداً آخر.

(٣) الكلام فيه هو الكلام في المنفعة، بل هو من أفرادها. لكن قال شيخنا الأعظم ثنت: «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 ثنت 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، ولو لا ذلك لم يقدم العقلاء نوعاً على 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.

(٤) إذ بناء على 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 الضرة (١). ففي جواز جعله ثمناً إشكال، وإن كان هو الأظهر، فيسقط بمجرد وقوع البيع من دون انتقال إلى المشتري (٢).

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

(١) ظاهره أنه يقبل الانتقال إلى الضرة. والكلام فيه موكول إلى محله.

(٢) الظاهر أنه لا مجال للبناء على 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 ببناء البيع على صيرورة الثمن عوضاً عن المبيع، وذلك لا يكون إلا بتملك البائع له، ومع فرض عدم انتقال الحق له لا يتحقق ذلك.

ودعوى: أن ذلك ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، أو جعله ثمناً في الشراء منه. مدفوعة بأن النقص بذلك لا يتجه بناء على إمكان ملك الإنسان لما في ذمته، لا بمعنى أن يملكه على 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 على امتناع ملك الإنسان لما في ذمته حتى بالوجه المتقدم، فالمتعين البناء على عدم صدق البيع، كما هو الحال فيما نحن فيه من بيع الحق الذي لا يقبل النقل.

(مسألة ٢): يشترط في كل من العوضين أن يكون معلوماً مقداره

المتعارف تقديره به عند البيع (١)

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 على صحتها مع سقوط الحق، لعدم كون ذلك هو المقصود منها، فما قصد لم يقع، وما يدعى وقوعه لم يقصد.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب، وقد نفى في الغنية الخلاف في بطلان العقد على المجهول، وادعى في التذكرة إجماع علمائنا على اعتبار العلم بالعوضين، وفي الخلاف الإجماع على عدم جواز بيع المكيل جزافاً، ونحوه كلام غيرهم. وبعض الأصحاب وإن لم يتعرض لذلك في كبرى تتضمن اشتراط العلم بالعوضين في صحة البيع، إلا أنه يظهر من جملة من كلماتهم الجري عليها، لتعليلهم الفساد في كثير من هذه الموارد بالجهالة.

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

مقداره بالعد 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 فيها. 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، على غموض في كلامه.

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

كما يأتي عند الكلام في اعتبار القدرة على 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 معنى لبيع ما يسلم. ومن ثم بشكل دعوى الإجماع على الكبرى المذكورة.

وأشكل من ذلك جعله دليلاً في المسألة، لعدم وضوح كونه إجماعاً تعدياً لو تم. ولا سيما مع عدم تيسر الإطلاع على فتوى قدماء الأصحاب ممن تعرف فتاواهم من طريق رواياتهم، لعدم وجود رواية من طرق الأصحاب تتضمن الكبرى المذكورة، ولو كانت ضعيفة. مضافاً إلى ظهور كثير من كلماتهم في التعويل على 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 الصبرة مشاهدة، ومشاهدة البيع تغني عن معرفة مقداره. وقد روي أن ما يباع كيلاً لا يباع جزافاً. وهو الأقوى عندي. فإن أجزنا البيع نظر، فإن كان ظاهرها وباطنها واحداً لم يكن للمشتري الخيار...».

ومن هنا لا مجال لإحراز إجماع تعبدي 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 نعر 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 على الناس زمان عضوض... وسيأتي زمان يقدم فيه الأشرار وينسى فيه الأخيار، ويباع المضطر، وقد نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضطر وعن بيع الغرر...»^(١). ونحوه عن صحيفة الإمام الرضا عليه السلام^(٢).

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

نعم في بلوغ ذلك حداً يستلزم حجيته إشكال. فإن الصدوق لم يرو الحديث في كتاب الفقيه المعدّ للفتوى، وإنما رواه في كتاب عيون الأخبار المبني على 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 فقهاءنا على حديث الصدوق بنحو يكشف عن وثوقهم

(١) عيون أخبار الرضا ج: ٢ ص: ٤٥ طبعة النجف الأشرف، وقد ذكر الفقرة الأخيرة منه في وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ٣٣ من أبواب آداب التجارة حديث: ١.

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

وهو لا يكشف عن توثقهم من سنده، بل يمكن أن يكون ذكر كثير منهم له مجارة للعامة، لاشتهاره بينهم، مع كون جريهم على مضمونه لموافقة للاعتبار بنظرهم، أو لكون موافقته للاعتبار قرينة على 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 على ما يظهر من كلمات اللغويين وكثير من الاستعمالات يراد منها:

تارة: التغيرير والخديعة، كما في مثل قوله تعالى: ﴿فلا تغرنكم الحياة الدنيا ولا يغرنكم بالله الغرور﴾^(١).

وأخرى: الإقدام على الخطر والتعرض للهلكة، ففي الدعاء الواحد والثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية: «هذا مقام من تداولته أيدي الذنوب... فقصر عما أمرت به تفريطاً، وتعاطى ما نهيت عنه تغريراً»، وفي الدعاء الثالث والخمسين منها: «سبحانك أي جرأة اجترأت عليك، وأي تغرير غررت بنفسي». ولم يتضح استعمال المادة المذكورة في الجهل إلا بلحاظ ملازمته لأحد المعنيين المذكورين.

ومن هنا يبتني الاستدلال به في المقام على حمله على المعنى الثاني، وهو الذي صرح به غير واحد من اللغويين، حيث فسروا الحديث الشريف، ببيع الخطر. وعليه جرى الفقهاء، فقد استدلوا به على اعتبار القدرة على التسليم في العوضين، لمنع مثل بيع العبد الأبق والسّمك في الماء والطير في الهواء.

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

لكنه يشكل أولاً: بأنه لا شاهد على حمل الحديث المتقدم على المعنى الثاني، بل يمكن حمله على المعنى الأول، فيساوق 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 على 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 حيثة خاصة، فيكون مجملًا.

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 ﷺ: لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر»^(١). 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 على التسليم ما ينفع في المقام.

(١) مسند أحمد ج: ١ ص: ٣٨٨، سنن البيهقي ج: ٥ ص: ٣٤٠، المعجم الكبير للطبراني ج: ١٠ ص: ٢٠٩.

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

وثالثاً: بأن جهل المتبايعين أو أحدهما بقدر العوضين أو يقدر أحدهما قد لا يوجب الخطر حتى بلحاظ بعض مراتب المالية، كما لو كان هناك جنسان مما يكال أو يوزن مجهولاً المقدار، إلا أنها بقدر واحد فيبيع أحدهما بالآخر، أو كانت هناك صبرة من طعام فبيعت جملة على أن كل صاع بدرهم، أو علم البائع بقدر المبيع وجهله المشتري، فأقدم على شرائه بقيمة أقل مما يحتمل فيه. كما علم البائع 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 ذكروها في المقام.

منها: صحيح الحلبي 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. وقال: ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة. هذا مما يكره من بيع الطعام»^(١).

والاستدلال به من وجهين:

الأول: نهي عليه السلام في صدر الجواب عن بيع العدل الآخر بغير كيل. وأما حمل قوله عليه السلام: «يصلح» على 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 بكيل مع تصديق البائع في كيله. وأخرى: يبيعه جزافاً برجاء صدق البائع في كيله.

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

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

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

الثاني: قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً...» بحمله على النهي عن بيع الطعام جزافاً إذا كان من شأنه أن يكال.

وفيه: أنه لا شاهد عليه، بل ظاهر الوصف التنوع، فيرجع إلى النهي عن أخذ الطعام جزافاً إذا كان يبعه بكيل مسمى، 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 بيعه بكيل مسمى، وهو خارج عن محل الكلام. ولا ظهور له في المنع من بيعه جزافاً، لينفع فيما نحن فيه. غايته أن مقتضى صدره عدم تصديق البائع في مفروض السؤال، إما بحمله على الكراهة، أو على كون إخبار البائع حدسياً من دون اختبار، وهو أمر آخر.

ومنها: ما تضمن النهي عن بيع الطعام الذي قد ابتاع قبل أن يكال أو يوزن. كصحيح معاوية بن وهب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه. قال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه، إلا أن توليه الذي قام عليه»^(١). وصحيح الحلبي عنه عليه السلام: «أنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه، قبل أن يكتال قال: لا يصلح له ذلك»^(٢) وغيرهما. فقد يستدل بها كما في الجواهر بحملها على صورة عدم تحقق الكيل في البيع الأول.

لكنه كما ترى لو تم اقتضى صحة البيع الأول من دون كيل، فيكون على 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 فيها

ومنها: ما تضمن النهي عن البيع بصاع غير صاع المصر^(١). 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 حمله على خصوص صورة الجهل بالمغايرة، أو حمله على خصوص الجهل بمقداره ولو مع العلم بالمغايرة، لينفع فيما نحن فيه. ولا قرينة على 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 سوى صاع المصر، فإن الرجل يستأجر الحمال فيكيل له بمدّ بيته، لعله يكون أصغر من مد السوق. ولو قال هذا أصغر لم يأخذ به، ولكنه يحمله ذلك، ويجعله في أمانته»^(٢).

ومنها: ما دل على 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 كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم...»^(٣). قال في الجواهر: «فإن السلف نوع

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٦ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب السلف حديث: ٣.

من البيع».

وفيه: أنه يمكن امتيازاه عن بقية أنواع البيع بابتناؤه على 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 ترى في الخنطة والشعير، يبيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل»^(١). وهو ظاهر الدلالة على توقف شرائه من غير كيل على سبق كيله.

ومنها: موثق سماعاً: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن [عما 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 تره إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا، وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»^(٢). ودلالته كالصحيح السابق.

ومنها: ما تضمن أن من أخذ طعاماً بتصديق البائع 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 أبيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا. أما أنت تبعه حتى تكيله»^(٣)، وغيره. حيث تدل هذه النصوص على عدم جواز البيع من غير كيل في غير مورد تصديق البائع في دعوى الكيل.

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

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٥٢ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٥.

(٢)، (٣) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشرطه حديث: ٤، ٧.

البائع الأول بالكيل إنما يكون حجة على الكيل في الشراء منه، لا مطلقاً بنحو يصح 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 البائع يدل على 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»^(١) فإن السؤال عن تصديق البائع في كيل البعض فرع عن وجوب الكيل.

وحديث عبد الملك بن عمرو: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشترى مائة راوية من زيت، فأعرض راوية أو اثنتين فأتزنها، ثم أخذ سائرهما على قدر ذلك. قال: لا بأس»^(٢).

وصحيح الحلبي عنه عليه السلام: «أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهده، فيكال بمكيال، ثم يعدّ ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد. قال: لا بأس به»^(٣).

فإن السؤال عن إحراز الوزن والعدد عن طريق القياس على 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 البائع وغيره من الطرق غير العلمية إنما يتفرع على ابتناء البيع الواقع على الكيل أو الوزن أو العدد، لا

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٣، ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

على لزوم ابتناؤه على أحدها، بحيث لا يجوز البيع جزافاً. بل يمكن جواز البيع جزافاً، إلا أنه لو ابتنى البيع على الكيل أو الوزن يقع الإشكال والسؤال في أنه هل يلزم العلم بهما، أو يكتفى بإحرازهما بالطرق غير العلمية، كإخبار البائع، والقياس على 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 ومعى من شهد الكيل، وإنما أكيه لنفسي، فيقول: بعنيه، فأبيعه إياه على ذلك الكيل الذي اكتلته. قال: لا بأس»^(١) وما في خبر أبي العطارده عنه عليه السلام: «قلت: فأخرج الكر والكرين، فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك. قال: إذا ائتمنتك فلا بأس»^(٢). وقريب منه خير ابن حجاج الكرخي^(٣).

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 على الكيل وعدم جواز البيع جزافاً لم يكن موقع للسؤال المذكور. بل قوله عليه السلام في خبر أبي العطار: «إذا ائتمنتك فلا بأس» كالصريح في أن البيع إنما يجوز إذا ابتنى على الائتمان في إحراز الكيل الذي هو فرع وقوع البيع عليه، وأنه لا يصح إذا كان جزافاً مبتنياً على إهمال الكيل.

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

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

(١)، (٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٦٠٢.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ١٩.

نعم استدل شيخنا الأعظم رحمته وغيره بصحيح الحلبي المتقدم لاعتبار العلم بالعدد في المعدود بناء على الوجه المتقدم الذي عرفت الاشكال فيه.

ثم إن أكثر النصوص المتقدمة مختصة بالطعام، إلا أن موثق سباعة يعم كل مكيل وموزون على رواية التهذيب والوسائل، ويختص بالطعام على رواية الكافي، ولا يبعد فهم العموم منه بحمله على تبعية الحكم للقيد من دون خصوصية للطعام. كما أن مقتضى الإطلاق في الموثق وجوب الكيل والوزن فيه حتى 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»^(١).

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

وأما دلالة فقد تقرب بلحاظ أن مقتضى التعليل فيه مانعية الجهالة من صحة البيع، بناء على 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 إلى أجل، قال: فاسد. فلعل الدينار يصير بدرهم»^(٢). وخبر وهب عنه عليه السلام عن أبيه: «أنه كره أن يشتري الرجل بدينار إلا درهم وإلا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٣ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤، ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٣ من أبواب أحكام العقود حديث: ٢.

درهمين نسية، ولكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثاً، أو إلا ربعاً...»^(١).

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

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

هذا وعن الحدائق الاستدلال على عدم قدح الجهل بالثمن بصحيح رفاعة النخاس: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي، عليك أن تقبلها. فأبى أن يقبلها مني، وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن. فقال: أرى 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 مسستها. قال: ليس لك أن تردّها. ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه»^(٢).

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 مقتضى تبعية الثمن لحكم المشتري هو الاكتفاء بالألف زادت أو نقصت عن القيمة السوقية. ولو فرض تنزيله على 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 البائع للمشتري في الثمن مقيد لبأ بعدم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٣ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

الإخلال بالقيمة السوقية مع توقع الزيادة عليها، فإن ذلك هو المعلوم من طريقة العرف في تعاملهم، وليس بناؤهم على التسامح في ذلك إلا في حالات خاصة بتبني على الإيثار أو شدة الحاجة للسال، كما ذكر ذلك في الجملة بعض مشايخنا رحمهم الله. ولو فرض حمله على التحكيم في تعيين القيمة السوقية فحكمه على نفسه بالزيادة قد يلزم عليه بعد قبض البائع لها، لأنه أشبه بالصلح.

ودعوى: أن ذلك لا يناسب عمل رفاة، لأنه لو فهم من البيع المذكور أحد الوجهين لرأى القيمة السوقية، ولو راعاه لذكر ذلك للإمام عليه السلام حينما أمره بمراعاتها.

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

وكيف كان فإن تم التوجيه المذكور فذاك، وإلا تعين حمل ما تضمنه الصحيح على أنه حكم تعدي من دون أن يخل بدلالته على صحة البيع. نظير ما ورد فيمن تزوج امرأة على حكمه أو على حكمها^(١).

وأما حمل البيع بحكمه كما في كلام غير واحد على توكيل البائع 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 مالكيها على ثمن خاص من أجل تجديد شرائها.

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

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ٢١ من أبواب المهور.

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

نعم قد يدعى سقوطه عن الحجية بهجر الأصحاب له لعدم ظهور فتواهم بمضمونه. لإطلاقهم عدم جواز الجهالة في الثمن، ودعوى غير واحد منهم الإجماع على ذلك. وتصريح غير واحد ببطان البيع بحكم أحدهما، وتصريح آخرين بطلانه بحكم المشتري كما في المقنعة والنهاية وعن وابن البراج وأبي الصلاح وغيرهم. بل في التذکر والروضة وعن غيرهم الإجماع على 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 على الصحيح، لابتناء كتابيهما على انتقاء الأحاديث الصحيحة المعول عليها عندهما. وربما كان ذلك حال من قبلهما ممن لا تعرف فتاواه إلا من طريق الروايات التي يرونها من أجل العمل بها. بل حتى الشيخ في التهذيب، حيث ذكره في الباب المناسب، من دون أن يظهر منه التوقف في العلم به.

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

بل قد يظهر من الشيخ رحمته في النهاية الصحة في نظير المسألة، وهو ما إذا كان الشراء بحكم البائع، لأنه لم يحكم ببطان 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 اكتفى عن التنبيه للبطان هنا بتصرجه به في مسألتنا.

وأغرب من ذلك ما في الغنية، حيث قال: «ومن باع بشرط حكم البائع أو المشتري في الثمن فالبيع فاسد، لما قدمناه من الجهالة بالثمن. فإن تراضيا بإفاده

فحكم المشتري بالقيمة فما فوقها، أو حكم البائع بالقيمة فمادونها مضى ما حكما به، وإن حكم البائع بأكثر والمشتري بأقل لم يمض.

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

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

بقي في المقام أمران:

الأول: أنه روى جميل في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى طعاماً كل كرشيء معلوم، فارتفع الطعام أو نقص وقد اكتال بعضه، فأبى صاحب الطعام أن يسلم له ما بقي، وقال: إنما لك ما قبضت. فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره على أنه له فله ما بقي، وإن كان اشتراه ولم يشترط ذلك فإن له بقدر ما نقد»^(١). وفي صحيحه الآخر «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى رجل تبن بيدر، ركل كرشيء معلوم، فيقبض التبن ويبعه قبل أن يكال الطعام. قال: لا بأس به»^(٢). ومقتضاها جواز شراء الطعام والتبن من دون معرفة مقدارهما، ولا مقدار ثمنهما، وغايتها 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 حتى تكيه أو تزنه، إلا أن توليه الذي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣.

(٢) الكافي ج: ٥ ص: ١٨٠. واللفظ له. وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٣ عقد البيع وشروطه حديث: ١.

في جواز بيع المكيل أو الموزون قبل الكيل أو الوزن ٢٥

قام عليه^(١)، وصحيح الحلبي عنه عليه السلام: «أنه قال في الرجل يتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال. قال: لا يصلح له ذلك»^(٢)، وخبر خالد بن حجاج الكرخي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعت وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال: لا بأس»^(٣). ونحوها غيرها.

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

هذا وقد يدعى 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 فتوى 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 على صحيحه 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 حل الأخير على صورة العلم بوزن المجموع لا قرينة عليه.

وكيف كان فالتعين البناء على جواز ذلك مطلقاً بعد وفاء النصوص به وعمل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ١١.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ٥، ٣.

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

وكذا الحال في النهي عن بيع الغرر بناء على عمومها لما نحن فيه، حيث يتعين حملها على الغرر بالنحو الذي لا تراعى فيه نسبة المالية بين العوضين، دون الغرر من سائر الجهات.

وأظهر من ذلك الحال في غير المكيل والموزون مما لم يقدّر دليل على وجوب التحديد فيه، كالمعدود بناء على ما سبق وما تقوم مالهته بمساحته كالثوب والأرض. بل حتى 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 مجزئاً أو مانعاً لم يشر لهذه النصوص، حيث يوهّم ابتناء مذهب المجوزين على مجرد الاجتهاد منهم في الاكتفاء بذلك في العلم المعتبر في العوضين، مع رده باشتغال البيع فيها على الغرر والجهل المفروغ عندهم عن مانعيتها من صحته. فراجع ما ذكرناه في صور بيع الصبرة.

نعم أشار لصحيح جميل الثاني في السرائر، وذكر أن الأولى رده، لأنه يبيع مجهول، نظير بيع الصبرة كل قفيز بدینار، 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 رحمته: «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 (١)، فلا تكفي المشاهدة، ولا تقديره بغير المتعارف فيه عند البيع (٢)، كبيع المكيل بالوزن وبالعكس،

وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على 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 المتعبرين. وإلا فمعرفة تفاصيل المكايل والأوزان مقصورة على الخاصة، ولا تعرفها عامة الناس، حتى من أهل البلد.

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

هذا وأما الاستدلال على الجواز بما تضمن لزوم كون البيع بصاع المصر^(١)، فهو في غير محله، لأن الظاهر ورود المضمون المذكور لبيان عدم جواز الغش والتطفيف، كما تقدم عند الكلام في أدلة المسألة. فلاحظ.

(١) يأتي منه *ثنت* في المسألة الرابعة ما يظهر منه التوقف في وجوب التقدير بالمساحة.

(٢) كما صرح به غير واحد. عملاً بظاهر دليل التقدير بكل وجه من الوجوه المعبرة. ودعوى: أن مقتضى عمومات النفوذ عدم وجوب التقدير، وقد سبق أنه لا مخرج عن ذلك إلا في المكيل والموزون، وموثق سماعه الوارد فيها معاً إنها تضمن

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

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

مدفوعة بأن ذلك وإن كان هو مقتضى الجمود على عبارة الموثق، إلا أن المناسبات الارتكازية قاضية بأن اعتبار التقدير بكل منهما إنما هو من أجل معرفة مقدار مالية المقدر، ولذا لا يكتفى بالتقدير بالكيل والوزن غير المعروف في المقدار، وذلك يقتضي الاختصار في كل مقدر على 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 إلى أن مقتضى صحيح أبي عبيدة لزوم الكيل في المكيل وعدم الاجتزاء بالوزن فيه بدلاً عنه، وهو يصلح شاهداً على حمل موثق سماعاً على التقسيم. فلاحظ.

هذا وقد احتمل في اللعة 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»^(١). وقد استشكل في الاستدلال بها لذلك بضعفها سنداً ودلالة.

أما السند فضعف 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 على الله وملائكته ورسله».

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب السلف حديث: ١.

نعم ذلك لا يتناسب مع إيداع الأصحاب رواياته في الفقه في كتبهم، حتى أن للصدوق عليه السلام 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 تقدس ذكره وتعالى قدرته، وأن جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة عليها المعول وإليها المرجع. وقد أفتى الشهيد عليه السلام اعتماداً على هذه الرواية بمثل هذا الحكم المخالف لما هو المعلوم من مبانيهم خصوصاً المتأخرين من الإصرار على 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 على هذه الرواية وأمثالها. ولا سيما مع عدم ظهور انجبارها بعمل قدماء الأصحاب غير الصدوق. وأما الدلالة فقد قال في مفتاح الكرامة تعقيباً على كلام الشهيد: «وفيه: أن الظاهر من معنى الرواية إنما هو أنه لا بأس بسلف المكيل في الموزون وبالعكس. يعني: أن يكون أحدهما ثمناً للآخر ثمناً، لا ما ذكره من كيل الموزون ووزن المكيل. ويشير إلى ذلك أن الشيخ ذكر الرواية في باب إسلاف السمن في الزيت...». وقد جرى على ذلك غير واحد ممن تأخر عنه.

وهو مبني على حمل (في) على معنى 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»^(١). ولا سيما أن وضوح جواز ذلك بحد يبعد معه تعرض الرواية له، لوضوح أن غالب الأثنان هو الدراهم والدنانير التي هي

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

وإن كان الإنصاف أنه لا يناسب تركيبها اللفظي أيضاً، والبناء على إجمالها هو الأنسب. والأمور 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 المكيل 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 رحمته من أن بيع المكيل وزناً ليس من بيع المجازفة المنهي عنه في الأخبار ومعقد الاجماع.

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 يبيع مجازفة بالمعنى الذي ذكره. والتفريق بينهما في ذلك غير ظاهر. ولا ينفع فيه نفي الخلاف المتقدم عن السرائر، لظهور عدم نهوضه بالحجة.

الثالث: ما عن الإيضاح من أن الوزن أصل الكيل.

وفيه: أولاً: أنه وإن كان مسلماً في الجملة، كما يظهر مما ذكره وتحديد المد والصاع والكر، إلا أنه لا يتيسر لنا الجزم به بنحو العموم. بل الوزن المشهور هذه الأيام الذي أصله الغرام متفرع على الكيل، لأن الغرام هو وزن السنتمتر 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 إلى أنها موزونة حقيقية. وإلى ذلك يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته، حيث قال: «والمحكي بالتبع أن الوزن أصل الكيل، وأن العدول إلى الكيل من باب الرخصة. وهذا هو معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات».

لكن عهدة ذلك على مدعيه. وشيخنا الأعظم رحمته إنما ادعى العلم بذلك في المكيلات الموزونة، لا في جميع المكيلات.

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

نعم لو فرض معرفة مقدار ماليته بكل من الوجهين عرفاً، تعيين التخيير في تقديره بين الوجهين حتى 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 سماعاً بالمنع عن ذلك بعدما سبق من اختصاصه بالتقدير الدخيل في معرفة مقدار مالية المقدّر.

بقي في المقام أمور:

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

وأخرى: 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 المعتبر في ذلك الشيء بالأصل، لظهور أن اعتبار التقدير بالمقادير المذكورة إنما هو من أجل معرفة مقدار الأمر المقدّر 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 احتمل الفرق. وحيث أن الفرق المحتمل تارة: يكون قليلاً يتسامح فيه. وأخرى: يكون كثيراً لا يتسامح فيه.

أما الأول فقد ذكر شيخنا الأعظم رحمته وغيره أنه يجتزأ به، لأنه تقدير للشيء بما يتعارف تقديره به.

ويشكل بأن المفروض أن التقدير الذي يناط به معرفة ماله هو التقدير الآخر الذي لم يقدر به، وأن تقديره بالوجه الذي قدر به ليس لكونه معياراً في معرفة ماله، بل لجعله طريقاً لمعرفة التقدير المطلوب الذي لم يقدر به، بحيث يكون أمانة عليه، ومن الظاهر أن الأمارية المذكورة تحتاج إلى 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، فأتزنها، ثم أخذه سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس»^(١).

لكنه مع غرض النظر عن سنده إن حمل على العلم باتفاق الروايات في الوزن خرج عن محل الكلام. وإن حمل على الظن بذلك، نتيجة تشابهها، مع التسامح في الفرق، رجع إلى حجية الظن، لا إلى حجية الكيل على تعيين مقدار الوزن، لعدم كيل الروايات 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...»^(٢)، بناء على ما سبق من حمله على أن إخبار البائع عن تخمين.

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

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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

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 نعهده، فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد. قال: لا بأس به»^(١).

لكنه مع اختصاصه بصورة تعسر العد وارد في كيل المعدود، الذي لا دليل فيه على وجوب العد، إلا ما قد يدعى 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 ابتناء البيع في الموزن على الوزن وعدم الجزاف فالإشكال إنما هو في إحراز الوزن، وهو بذلك يشارك ما يبتني فيه البيع على 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 على الاجتزاء بالكيل لإحراز العدد والوزن معاً. ولا سيما مع اعتضاده أو تأيده في الثاني بحديث عبد الملك، ومع قرب قيام السيرة على ذلك في عصور المعصومين (صلوات الله عليهم) وإن كان شيوعها بحيث يجرى إقرارهم عليهم 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 لدعوى قيام السيرة عليه، فضلاً عن نهوض النصوص به.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ عقد البيع وشروطه حديث: ١.

لكن قال شيخنا الأعظم رحمته: «وأما إذا كان التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أمانة على ذلك المقدار، لأن ذلك أيضاً خارج عن الجراف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. ويتخير المشتري لو نقص».

وهو كما ترى! إذ المراد بأماريته إن كان هو أماريته شرعاً، ولو إمضاء لما عند العرف، فهي تحتاج إلى 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 على ذلك.

ومثل ذلك في الإشكال ما ذكره رحمته من ثبوت الخيار للمشتري لو نقص فإن مقتضى مقياسه بإخبار البائع بالمقدّر هو رجوع البائع بالزيادة والمشتري بالنقص، لتوزيع الثمن على أجزاء المقدار، كما يأتي في المسألة الثالثة.

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

نعم لو ابتنى اكتفاؤهما عند البيع بالطريق المذكور على 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 أوفى من التقدير الذي يقع البيع بلحاظه، كما لو باع عشرة أرطال من الطعام فكاله له بكيل يعلم بزيادته على 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^(١). 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 على ما سبق من جواز ذلك، حيث لا يحتاج للكيل والوزن والعدّ من أجل تصحيح البيع، بل من أجل معرفة مقدار الثمن المستحق. وحيث لا مانع من رضا الطرفين بتعيين المقدار الذي يدور الثمن مداره من طريق التقدير الآخر وفي طوله، لرجوع ذلك إلى الصلح بينهما على 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 إلى الصلح أيضاً عن المقدار المستحق بالتقدير الذي يسلم به. بل يجزي فيه الجزاف أيضاً. لعموم نفوذ الصلح.

مضافاً إلى صحيح يعقوب بن شعيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه أحمال كيل مسمى، فيبعث إلى بأحماله فيها أقل من الكيل الذي لي عليه،

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب آداب التجارة.

وأخذ مجازفة. فقال: لا بأس»^(١).

وهذه الموارد الثلاثة خارجة عن محل كلامهم. والدليل فيها العموم من دون أن يحتاج فيها لأدلة خاصة. وإننا 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 يبتني غالباً على نحو من التخمين تساعداً في الفرق، ويستلزم نحواً من عدم الضبط في وزن المظروف المبيع. والمعروف بين الأصحاب جوازه، بل قال شيخنا الأعظم رحمته: «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 على ما سبق منا من صحة ذلك ثم وزنت بظروفها من أجل معرفة قدرها وقدر ثمنها.

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

أما في الصورة الأولى فمقتضى القاعدة جوازه، لرجوع رضا المتبايعين به إلى التصالح بينها على وفاء ما انشغلت به الذمة بما يبقى بعد الإندار، أو على وفاء الثمن الذي انشغلت به الذمة عند بيع الجملة بالثمن المقابل لما يبقى بعد الإندار، ومقتضى العموماً نفوذ الصلح المذكور.

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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٥.

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 إلى دليل.

ودعوى: أن تعارفه في البيوع يرجع إلى 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، فاللزام مراعاته، عملاً بالأدلة. وتعارف الإندار يرجع إلى تعارف الاكتفاء به عن الوزن، أو إلى التعارف أحراز الوزن به، وكلاهما يحتاج إلى دليل. نعم لو فرض كون الاكتفاء به مورداً لسيرة متصلة بعصور المعصومين (صلوات الله عليهم)، بحيث يجرى إقرارهم لها اتجه الاجتزاء به. لكنه غير ثابت.

فالعمدة في المقام النصوص، كموثق حنان: «كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له معم الزيات: إنا نشتر الزيت في زقاقة، ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق. فقال: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»^(١) وحديث علي بن أبي حمزة: «سمعت معم 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»^(٢). 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 أمجل ذلك البيع. قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا»^(٣).

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

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

وإن كان من القريب حمله على الكراهة، لما فيه من إجحاف بالبايع واستغلال له، لا بثنائه غالباً على جعل تعذر وزن المظروف وحده أو صعوبته نقطة ضعف في البايع تستغل من أجل إرغامه على الرضا باستثناء أكثر من وزن الظرف. فإن ذلك وإن كان جائزاً بمقتضى القاعدة، لأن من حق المشتري أن لا يرضى 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^(١).

غاية الأمر أن الفرق بينهما أن إرجاح الميزان مما يقدم عليه البايع بدافع أخلاقي، والإندار 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 على 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 الإندار إذا كان محتملاً للزيادة والنقيصة، وتوقف جوازه مع الزيادة على التراضي.

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

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

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من آداب التجارة.

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

وكيف كان فلا يبعد أن يلحق بالظروف كل ما يكون متصلاً بالمبيع ولا يكون مقابلاً للمال كالرصا ص أو الشمع الذي يملأ به تجاويف الذهب والفضة المصوغين، والأحجار غير ذات المالية المثبتة فيها، ونحوها مما يصعب فصله. إذ من القريب إلغاء خصوصية الظروف في ذلك عرفاً، بحيث يفهم من النصوص المتقدمة أن المدار على صعوبة تجريد المبيع مما يتصل به، تسهلاً وجرياً على 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 على انفراده في أصناف الجنس الواحد إذا اختلفت بينها في مقدار المالية.

لما سبق من أن المستفاد من موثق سماعه 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 كيلاً أو وزناً واحداً، تعين الاجتزاء به، لرجوعه إلى 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 على بعض الأحجار الكريمة، أو المصوغ من قطع متصلة بعضها ذهب وبعضها فضة وغير ذلك، لأن المدار على تعارف كون الشيء بمجموعه له مواصفاته

وكبيع المعدود بالوزن أو الكيل (١)، وبالعكس (٢)، وإذا كان الشيء مما يباع في حال بالمشاهدة وفي حال أخرى بالوزن أو الكيل كالثمر يباع على الشجرة بالمشاهدة وفي المخازن بالوزن، والخطب محمولاً على الدابة بالمشاهدة وبالمخزن بالوزن، واللبن المخيض يباع في السقاء بالمشاهدة وفي المخازن بالكيل فصحة بيعه مقدراً أو مشاهداً تابعة للمتعارف (٣).

الخاصة التي بها قوام مالهته ككل، ومقدار مالهته 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 مالهته بهذا النحو. أما مع عدم تعارف ذلك فلا مجال له، سواء كان الظرف من الموزون أم لم يكن، كما يظهر مما سبق.

(١) حيث سبق عدم الدليل على 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 العدّ بصحيح الحلبي المتقدم المتضمن لبيع المعدود كيلاً من أجل معرفة عدده، فإنه إنما يدل عليه في الجملة ولو لكون وجوبه تخييرياً. ومثله الإجماع الذي قد يدعى في المقام، فإن المتيقن منه وجوبه في مقابل البيع جزافاً.

(٢) 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.

(٣) لأن موضوع موثق سماعاً 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 يدعى عدم وجوب المشاهدة فيه، على ما يأتي

وكذا إذا كان يباع في حال بالكيل وفي أخرى بالوزن (١)، كالفحم يباع كثيراً في الأكياس الكبيرة بالكيل (٢)، وفي المخازن قليلاً قليلاً بالوزن، فإن المدار في التقدير ما يكون متعارفاً في تلك الحال التي بيع فيها كيلاً أو وزناً

الكلام فيه في المسألة الرابعة إن شاء الله تعالى.

ويشهد بعدم وجوب الكيل والوزن حيثئذ مضافاً إلى ذلك النصوص الكثيرة الواردة في بيع الثمار، وفي بيع الصوف على ظهر الغنم^(١) وفي بيع اللبن في ضروعها^(٢) 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 إلى قيام السيرة على ذلك، لشيوع الابتلاء ببيع القليل والقطع بعد الالتزام بكيله ولا وزنه. فلاحظ.

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

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

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

أو عدأ (١).

(مسألة ٣): يكفي في معرفة التقدير إخبار البائع بالقدر (٢)

(١) بناء على وجوب العد في المحدود.

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

وذكر بعض الأعظم رحمته في وجهه أن اعتبار التقدير بأحد الوجوه المذكورة إنها هو لخروج البيع عن كونه جزافاً، وإذا وقع البيع بناء على 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 على التقدير بأحدهما، وخروجه بذلك عن الجزاف.

فالعمدة في المقام مضافاً إلى 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 أشتره منه بكيله وأصدقته. قال لا بأس، ولكن لا تبعه حتى تكيله»^(١)، وموثق سماع 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...»^(٢).

لما تقدم في أوائل المسألة السابقة من قرب حمله على كون إخبار البائع تخمينياً،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٨.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

والإلا كان المناسب له أن يخبر بأنه قد كاله. ولو تعذر ذلك تعين حمله على الكراهة بقرينة النصوص الأول.

نعم قد ينافيها صحيح أبي عبيدة الخذاء عن أبي جعفر عليه السلام: «سألت 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 الخنطة والشعير وغير ذلك لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه. قيل له: ما ترى في مصدق يحنطنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس. قيل له: فما ترى في الخنطة والشعير يحنطنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ قال: إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل»^(١). لظهور اشتراطه حضورهم الكيل في لزوم علمهم به.

اللهم إلا أن يقال: سياق الحديث لا يناسب كون السؤال عن شراء الخنطة 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 لرفضهم كيله، لا لكونه مشروطاً بحضورهم كيله، بحيث لا بد من علمهم به، ولا يكفي إحرازه من طريق آخر، كإخبار البائع به، لينافي النصوص السابقة. نعم هو دال على عدم جواز شرائه من غير كيل إذا لم يكن قد كيل سابقاً، كما تقدم، وهو أمر آخر غير محل الكلام.

على أنه لو سلم حمل الصحيح كون العلم بالكيل شرطاً في جواز الشراء من دون كيل فمقتضى الجمع بينه وبين النصوص السابقة المتضمنة تصديق البائع في الكيل هو حمل العلم في الصحيح على أنه مأخوذ بنحو الطريقة، يقوم مقامه سائر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥٢ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٥.

كَيْلاً (١) أو زناً (٢) أو عدّاً (٣). ولا فرق بين عدالة البائع وفسقه (٤).
والأحوط اعتبار حصول اطمئنان المشتري بإخباره (٥)

الطرق المعتبرة، ومنها إخبار البائع.

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

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

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

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

على أنه حيث سبق عدم الدليل على وجوب العد في المعدودات إلا دعوى إلحاقها بالكيل والموزون فهي كما تقتضي إلحاقها بها في أصل وجوب العد تقتضي إلحاقها بها في تصديق البائع فيه.

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

(٥) ولعله إلى هذا يرجع ما في مفتاح الكرامة من أن المدار على السكون إليه. قال سيدنا المصنف رحمه الله تعالى على النصوص: «نعم لا يبعد انصرافها إلى سكون المشتري إلى الإخبار. ويقتضيه ما في خبر أبي العطار المتقدم من قوله عليه السلام: إذا ائتمنتك 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...»^(١)، فإن التعبير بالزعم لا يناسب الانصراف للوثوق.

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

ومثله ما ذكر بعض مشايخنا ثقة من تأييد اعتبار الوثوق بها 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 ثقة فهم من تصديقه له ركونه لقوله وإيمانه بصدقه.

لكن لدلالة فيه على ذلك، بل ظاهره إرادة التصديق العملي بالاجتزاء بقوله، وإنها 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 ثقة من اعتبار حصول الظن منه.

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

نعم لو انحصر لدليل في المقام بقاعدة قبول قول الإنسان فيما تحت يده تعين الاختصار على 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

(١) وسائل الشيعة ج: ٢ باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٤.

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 الثمن.

وهو متجه لو أوجب العلم، لما سق من أن لزوم الكيل والوزن ليس لذاتها، بل لمعرفة المقدار بهما، فمع فرض معرفته بدونها 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 الأعاظم ^{ثنت} في توجيه قبول قول البائع بخروج البيع معه عن كونه جزافاً، لعدم الفرق بينه وبين المشتري في ذلك، بل حتى الأجنبي، كما لعله ظاهر.

نعم سبق المنع منه، وأن العمدة في المقام النصوص. وهي مختصة بالبائع في المبيع، والتعدي لغيره يحتاج إلى 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 على 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 بكيله 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 بمعنى عدم مطالبة بما زاد

ولو تبين الخلاف بالنقيصة (١) رجع المشتري على البائع بضمن النقيصة (٢)،

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

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

(١) 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 على 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 ترى، 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.

(٢) 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 على أنه قطن فبان كتناناً؟ الظاهر العدم، للفرق بين كون ذلك من غير الجنس، وهذا منه، إنها الفاتت الوصف».

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

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 فوتها من فوت الجزء وتبعض الصفقة، أو من فوت الوصف من دون أن تبعض، بل تصح بتمامها مع ثبوت الخيار، كما لو باعه الشيء على أنه جيد، فبان رديئاً.

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

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

أما إذا وقع البيع على الجملة بناء على بلوغها المقدار المذكور، فالجملة لم يفقد منها شيء، ليطل البيع فيما يقابله من الثمن. وتوزع الثمن لباً على 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 التميمي، فبان قماشاً غير مخيط، أو باعه هذا العبد الكاتب، فبان غير

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

وحينئذ فمرجع ما سبق من أن مبنى التقدير على التوزيع هو كون المقصود بالأصل هو التوزيع، وأن جعل الثمن في مقابل الجملة مقصود بالتبع، لتخيل بلوغها المقدار المذكور، فيتعين العمل على 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 على عدم استحقاق الزائد عن مقتضى التوزيع في الزيادة والنقيصة رأساً، وأن الذي يأخذه يأخذ ما لم يملك، وأن البيع لا يصح في تمام الثمن مع النقيصة، ولا في تمام الثمن 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 إلى 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»^(١). فإن الظاهر أن المراد من بيعه حكرة بيعه جملة جزافاً من دون أخذ الكيل فيه. وحينئذ يظهر من البائع المفروغية عن أنه لو أخذه بكيل لاستحق عليه الفرق.

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

البيع...»^(١). ويأتي في صحيح عمر بن يزيد ما يناسب ذلك. ومن هنا لا ينبغي الإشكال في تبعض الصفقة.

وحينئذ فمقتضى القاعدة رجوع المشتري بها يقابل النقص من الثمن، كما ذكره سيدنا المصنف رحمته. ويظهر منهم المفروغية عنه في تبعض الصفقة.

لكن قال العلامة في التذكرة: «لو أخبره البائع 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 على البائع من جنس المبيع. إلا أن عدم معهودية ذلك عندهم تبعد إرادته.

ويظهر من شيخنا الأعظم حمله على فسخ البيع الواقع على الناقص، ليرجع إلى أن المقام ينظره من موارد تخلف الوصف، لا تخلف الجزء. وربما يحمل على إرادة الرجوع بثلث 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 إلى فرض وقوع البيع على الكلي التام ويكون دفع الناقص وفاء به، فيجب إتمامه. وإن كان الظاهر خروجه عن محل الكلام.

وكيف كان فوجوب تدارك البائع للنقص في محل الكلام وهو وقوع البيع على 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

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 على صاحبه»^(١). فإنه مشابه لموثق السكوني مورداً.

وفي مكاتبة 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 على ما يملك»^(٢) 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 فاقسموه، ثم وجدوا بثوب فيها عيباً، فردوه علي. فقلت لهم: أعطيكُم ثمنه الذي بعتمكم به. فقالوا: لا، ولكننا نأخذ قيمته منك، فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: يلزمهم ذلك»^(٣). فإنه صريح فيما ذكره الأصحاب في حكم تبعض الصفقة.

نعم رواه في الكافي هكذا: «يلزمه ذلك»^(٤). 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. على أنه يمكن حمله على أنه يلزم عمر ما قاله، دون ما قالوه، فيطابق رواية الفقيه.

ومن هنا لا يبعد حمل موثق السكوني على 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.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب أحكام العيوب حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٣٦.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ١.

وكان له الخيار في الفسخ والإمضاء في الباقي (١)، ولو تبينت الزيادة

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

فإن أمكن ذلك، وإلا تعين رد علم الحدين لقائليهما ^{عليهما السلام}. والعمل على ما جرى عليه الأصحاب، عملاً بالقاعدة المعتضدة بالنصوص السابقة، خصوصاً صحيح عمر بن يزيد. فلاحظ.

(١) وهو خيار تبعض الصفقة، بتقريب: أن المشتري إنما أقدم على شراء التام، بحيث لم يسلم له كان له الخيار كسائر صفات المبيع التي يتني عليها البيع.

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

كانت الزيادة للبائع (١)، وكان المشتري بالخيار بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن (٢).

(١) كما صرح به غير واحد. ويظهر وجهه مما سبق. نعم لابد هنا من كون الزيادة من باب الغلط في التقدير، دون الزيادة التي يقدم عليها البائع من أجل رجحان الوزن، أو الخطأ في الوزن والكيل بالوجه المتعارف والمتوقع، فإنها هبة من البائع خارجة عن المبيع، كما هو ظاهر، وصرح بجواز أخذها في النصوص الواردة في فضول المكايل والموازن^(١).

(٢) علله ^{ثني} بلزوم الشركة بين المالكين من دون إقدام عليها. لكن الظاهر أن ثبوت الخيار بذلك بلحاظ كونها صفة مرغوباً عنها. وهو يختص بها إذا احتاجت القسمة إلى مؤنة، فثبوت الخيار في غير ذلك لا يخلو عن إشكال.

نعم يتجه ثبوت الخيار له لو ابتنى البيع على حفظ الجملة، كما لو كان بصدد شراء قدر خاص من الحنطة في كيس كامل مختوم، فأخبره البائع 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 ^{ثني} أن الشركة مع الزيادة وإن كانت تثبت لكل من المشتري والبائع، إلا أنها لا تقتضي الخيار للبائع، لأن الشركة في حقه ليست في المبيع، بل في ماله الذي بقي له بعد البيع.

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

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٧ من أبواب أحكام العقود.

(مسألة ٤): الأحوط في مثل الثوب والأرض ونحوهما مما يكون

تقديره بالمساحة دخیلاً في زيادة القيمة معرفة مقداره (١)، ولا يكتفى في

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

ومنه يظهر اندفاع ما ذكره بعض الأعظم ^{ثبت} من عدم دخول الفرز وعدم الاشاعة 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 على ثبوت الخيار للبائع أيضاً، كما صرح بذلك في الوسيلة فيمن باع ثوباً أو أرضاً على ذرع خاص فبان أكثر.

نعم لا بد من جهل البائع كالمشتري بالحال، أما مع علمه به، فيكون قد أقدم بنفسه على 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 بالبائع 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.

(١) 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، وحكاة عن ابن إدريس، بل نسبة للمشهور. وعن التحرير جواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها. وفي المبسوط أن بيع الثوب المشاهد صحيح بلا خلاف، وفي التذكرة: «لو باع 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 على فرض تعارف بيعه بالمشاهدة، ولو مع تعارف بيعه بالذراع أيضاً. وحينئذ قد يوجه بارتفاع الجهالة معه بالمشاهدة، لأن معرفة مالية كل شيء بالنحو الذي يتعارف به، فإذا كانت تعرف بالوجهين اجتزئ بكل منهما في المعرفة المعتبرة في البيع.

لكن لا قرينة على حمل كلامهم على خصوص ذلك. كما لا ملزم به بعدما سبق اختصاص الدليل على وجوب التقدير بالمكيل والموزون، فيكون المرجع في غيرهما عموماً النفوذ. وإلى هذا يرجع استدلال غير واحد على الجواز.

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

وقال شيخنا الأعظم رحمته: «يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم. والاعتماد في عددها على 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.

بيعه بالمشاهدة (١).

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

وكيف كان فقد يستدل على وجوب المشاهدة أو ما يقوم مقامها مضافاً إلى حديث النهي عن بيع الغرر بمعتبر عبد الأعلى بن أعين قال: «ثبت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره شراء ما لم تره»^(١) ومعتبره الآخر: «ثبت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره بيعين: اطرح وخذ على غير تقليب، وشراء ما لم تر»^(٢). وروي نحوه بطريق معتبر عن محمد بن سنان عنه عليه السلام^(٣).

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 بها إذا أطلقت، كما إذا قيل: «يكره كذا» أو: «ذلك مكروه». وأما إذا أسندت إلى 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 الأولى ببيانها، لأنه ادعى للعمل لو كان لازماً. هذا مضافاً إلى صحيح جميل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٨ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١٤ باب: ٢٥ منها حديث: ٣.

(مسألة ٥): إذا اختلفت البلدان في تقدير شيء بأن كان موزوناً في بلد ومعدوداً في آخر ومكيلاً في ثالث فالظاهر أن المدار في التقدير اللازم العلم به في بلد المعاملة (١).

كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى 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] إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة [و. يب] لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية^(١). وهو كالصریح 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 يَر، ويكون قرينة على حملها على الكراهة.

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

(١) قال في المبسوط في مبحث الربا: «المثالة شرط في الربا، وإنما يعتبر الماثلة بعرف العادة في الحجاز على عهد رسول الله صلى الله عليه 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 صلى الله عليه وسلم حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء. فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما كان العرف فيه وزناً لا

يباع إلا وزناً». ونحوه في المذهب. وفي المختلف أنه الأقرب. ونحوه في الجملة في الشرايع والتذكرة والدروس في المبحث المذكور، وفي الحدائق وظاهر مجمع البرهان نسبته للأصحاب.

وكأنه يبتني على حمل ما تضمن أحكام الكيل والوزن، على المكيل والموزون في زمان النبي صلی اللہ علیہ وسلم والعرف الذي عاش فيه.

لكنه لو تم لزم الاحتياط فيما تردد الأمر بينهما في زمانه صلی اللہ علیہ وسلم، فيجب فيما نحن فيه الجمع بينهما في المعاملة الواحدة بناء على عدم جواز بيع المكيل وزناً، وإلا كفى الوزن.

كما أن مقتضاه، عدم جريان حكم الكيل والوزن فيما ثبت عدم الالتزام بأحدهما في زمانه صلی اللہ علیہ وسلم ولو لعدم الابتلاء به، حتى لو كان من المكيل أو الموزون في بقية البلدان أو في العصور المتأخرة عنه صلی اللہ علیہ وسلم، لخروجه عن موضوع الأدلة. بل حتى لو شك في ذلك، لأصالة عدم أحدهما، حيث يحوز بها خروجه عن موضوعها. على أنه غير تام، لأن مقتضى الإطلاقات المقامية للأدلة الرجوع للعرف الذي يقع البيع فيه، الذي هو يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، ولا خصوصية للعرف الذي عاشه النبي صلی اللہ علیہ وسلم.

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 المقدّر، 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 على المتعارف عند الشارع، ومع عدم التعارف عنده فالتعريف الرجوع للعرف العام. ففيه: أن ذلك إنما يتم في الجملة في تحديد المفاهيم ومعاني الألفاظ، حيث يتعين

حمل كلامه صلی اللہ علیہ وسلم وكلام الأئمة عليهم السلام مع وجود الحقيقة الشرعية عليها، ومع عدمها على الحقيقة العرفية القائمة في عصر المتكلم وإن خالفت الحقيقة العرفية القائمة في عصره صلی اللہ علیہ وسلم أو العصور المتأخرة. ولا يحمل على 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 على إجمال الكلام، والرجوع للأصل في المسألة.

أما في معايير تطبيق المفهوم وتشخيص أفراده فلا يراعى عرف الشارع، بل مقتضى الإطلاقات المقامية الرجوع إلى عرف المكلف حين العمل بالحكم الشرعي، كما لو ورد الحث على 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 يدعى من الإجماع على أن المكيل والموزون في عصر النبي صلی اللہ علیہ وسلم لا يباع جزافاً.

لاندفاعه بعدم وضوح قيام إجماع تعبدي على 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 إطلاقاتهم الرجوع للعرف مطلقاً. بل تعرض جملة منهم كالمفيد في المقنعة والشيخ نفسه في النهاية وسنار وابن إدريس لحكم اختلاف البلدان من دون أن يشيروا لذلك.

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

(مسألة ٦): قد يؤخذ الوزن شرطاً (١) في المكيل أو المعدود، أو الكيل شرطاً في الموزون (٢). مثل أن يبيعه عشرة أمان من الدبس بشرط أن يكون كيلها صاعاً، فيتبين أن كيلها أكثر من ذلك لرقعة الدبس، أو يبيعه عشرة أذرع من قماش (٣) بشرط أن يكون وزنها ألف مثقال، فيتبين

ومن هنا لا مخرج عما تقتضيه القاعدة من أن المدار على 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 إلى أن المناسبات الارتكازية قاضية بأن اعتبار التقدير بالكيل والوزن إنما هو من أجل معرفة مقدار مالية المقدّر، 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.

(١) 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.

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

(٣) هذا ليس من المعدود، بل مما يتحدد بالمساحة. وإنها 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 (١). والحكم أنه مع التخلف بالزيادة أو النقيصة يكون الخيار للمشتري لتخلف الوصف (٢)، فإن أمضى العقد (٣) كان عليه تمام الثمن (٤)، والزيادة للمشتري على كل حال (٥).

الماركات الخاصة، كالجوراب والألبسة الداخلية. والأمر سهل.

(١) 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 مأخوذتين فيه بلحاظ ذلك، بل هما صفتان كماليتان فيه، ككتابة العبد وصفاء اللون.

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

(٣) يكفي عدم إعمال الخيار، لصحة العقد في نفسه، فما لم يعمل المشتري الخيار ويفسخ ولو لجهله بتخلف الشرط يتعين ترتب أثره. ولعل ذلك مراده ^{منه} ~~منه~~.

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

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

(مسألة ٧): يشترط معرفة جنس العوضين وصفاتهما التي تختلف

القيمة باختلافهما (١)، 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، وعلى الأول يثبت بتخلفه الخيار للمشتري فقط، وهو مفروض كلام سيدنا المصنف رحمته، وعلى الثاني يثبت بتخلفه الخيار للبائع فقط، وعلى الثالث يثبت بتخلفه الخيار لهما معاً. وملاك الكلام في الجميع واحد.

(١) 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 والمشروبات 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 يجعل ذكرهم للخيار قرينة على 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 معيماً، فيثبت خيار العيب بشروطه.

وقد يستفاد 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 (١) وإن كان مرغوباً عند قوم وغير

أيضاً مقتضى المقابلة في كلماتهم بين ما يفسده الاختبار وغيره، حيث أجمعوا على 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 فالتعین البناء على عدم وجوب الاختبار، عملاً بعموم أدلة النفوذ. بل من القريب قيام السيرة على عدم الالتزام بذلك، لما في الالتزام من تكلف ظاهر، ولأن من الشائع التعرف على حال الشيء وصفاته بشراء كمية قليلة منه للاختبار والتجربة.

نعم قد يستدل على وجوب الاختبار بخبر محمد بن الفضل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري»^(١).

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 على الوجوب، بل على مجرد الترخيص دفعاً للتوهم المذكور. ولا أقل من احتمال ذلك بنحو يرجع إلى إجماله من هذه الجهة.

(١) كأنه لحملهم دليل النهي عن الغرر على الغرر بلحاظ المالية، دون الغرر

مرغوب عند آخرين. والمعرفة إما بالمشاهدة (١)، أو بتوصيف البائع (٢)،

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

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

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

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

أو بالرؤية السابقة (١).

باعه ما يجهل حاله من حيثية الجودة والرداءة من دون أن يوصف بالجودة مع اشتراط الخيار لو لم يكن جيداً. وظاهر كلمات القائلين باشتراط العلم بحال المبيع عدم كفاية ذلك في صحة البيع. وذلك يكشف عن أن تطبيق الغرر عندهم بلحاظ نفس البيع ومضمونه، لا بلحاظ ما يترتب عليه من خيار أو نحوه.

مضافاً إلى أن تدارك الأمر بالخيار لا يتم فيما لو اشترط سقوط خيار الرؤية، بناء على نفوذ الشرط المذكور، على ما يأتي الكلام فيه في محله إن شاء الله تعالى.

(١) أما مع اعتقاد عدم التغير ولو للغفلة عن الحال فظاهر، بل هو المدعى عليه في الجملة الإجماع في ظاهر التذكرة وعن غيرها. لعدم الغرر الذي هو دليلهم في المقام.

وأما مع احتماله فهو المصرح به في المبسوط والخلاف والشرايع والتذكرة والقواعد وغيرها. وقد استدلل عليه غير واحد بالاستصحاب، الراجع لأصالة عدم تغير الشيء عما كان عليه حين رؤيته.

لكن من الظاهر أنه ليس أصلاً شرعياً بعد أن لم يكن الحال السابق مأخوذاً شرعاً في صحة البيع، وإنها المأخوذ فيه عندهم عدم الغرر والخطر.

ومن ثم لا ينفع إلا في مورد عدم تغير المبيع عما كان عليه عادة، حيث لا يبعد بناء العقلاء على عدم الاعتناء باحتمال التغير، بحيث لا يكون الإقدام معه برجاء بقاء الحال السابق تغيرياً بنظرهم. أما في غير ذلك فلا يخرج البيع معه عن كونه غررياً. ومجرد ثبوت الخيار بالتخلف لا ينفع في رفع الغرر عندهم، كما يظهر مما سبق عند الكلام في الوصف.

هذا وقد يدعى عدم وجوب الفحص عن الصفة التي يكون المبيع بتخلفها تالفاً عرفاً، كموت الشاة وفساد اللبن، أو معيباً كمرض في الحيوان وتحرق الثوب،

(مسألة ٨): يشترط أن يكون كل واحد من العوضين ملكاً مثل أكثر البيوع الواقعة بين الناس أو ما هو بمنزلته (١)، 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 احتيالها 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 البايع.

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 رحمته الله وذكره في المقام.

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

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

فالعقدة في وجه ما ذكره ^{تتطّر} 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 ثمناً، بل لعدم السلطنة عليها من عامة الناس، فلا ينفذ بيعهم لها. ومجرد سلطنتهم على تملكها بالحيازة لا يقتضي سلطنتهم على بيعها قبل ذلك.

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

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

(١) 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 على تكلف دعوى الملكية في جميع ذلك لله تعالى أو للمسلمين أو للفقراء أو غير ذلك، كما يظهر مما يأتي منهم في مال الوقف.

الهواء (١)، وشجر البیداء قبل أن یصطاد أو یحاز.

(مسألة ٩): یشرط أن یكون كل من العوضین طلقاً (٢). یعنی: لا

(١) هذا فیما إذا أمکن تسلیمها. أما إذا تعذر، أو لم تحرز القدرة علیه، فیبطل البیع من جهة أخرى، كما یظهر مما یأتی فی المسألة الخامسة عشرة إن شاء الله تعالى.

(٢) كذا عبر فی الشراعی فی شروط المبیع، وتبعه غیر واحد. وقد ذكر شیخنا الأعظم رحمته أن مرجع الشرط المذكور إلى عدم وجود مانع شرعی من بیع المبیع.

لكن من الظاهر أن ذلك بنفسه لیس شرطاً شرعياً، بل هو منتزع من مانعة الموانع الشرعیة من البیع فی الموارد المختلفة. وبعبارة أخرى: الكبیری المذكورة لیست شرعیة، بل هی منتزعة من كبریات شرعیة تتضمن مانعة الموانع المذكورة.

وأما ما ذكره بعض الأعاضم رحمته من أن مرجع الشرط المذكور إلى اشتراط تمامیة السلطنة زائداً على الملكية. ففیہ: أن امتناع البیع عبارة عن قصور السلطنة عنه، فلا معنى لتفریع أحدهما على الآخر. على أن ذلك لیس مراداً لهم قطعاً، ولذا جعلوا الشرط المذكور فی مقابل الشروط الآخر.

نعم قد یراد بقصور السلطنة ما یرجع لنقص فی سلطنة الشخص على التصرف مع مشروعیته فی نفسه. وذلك تارة: لعدم أهلیة الشخص للتصرف. وأخرى: لمزاحمة سلطنته على المبیع لسلطنة الآخرين، كما لو كان بیعه مزاحماً لحق الغیر. ومن الظاهر أن الأول یدكر فی شروط المتعاقدين.

وحینئذ قد یدعی أن ما یبحث عنه هنا هو الثاني وهو مرجع عدم الطلقة فی کلماتهم، ومنه عدم جواز بیع العین المرهونة لمنافاته لحق المرتهن. ویظهر من سیدنا المصنف رحمته الجری على ذلك.

لكن لا مجال لذلك فی کلماتهم بعد ذكرهم من صغریات اشتراط الطلقة عدم جواز بیع أم الولد، مع وضوح أنه حکم شرعی، كعدم جواز بیع المیة. ولیس من

يكون موضوع حق لغير البائع، فلا يجوز بيع العين المرهونة (١).

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

مضافاً إلى أن بعض الصغريات المذكورة في كلماتهم ليست مملوكة أصلاً، كالوقف، على الظاهر الذي قرره سيدنا المصنف رحمته. ومن هنا لا معدل عما ذكره شيخنا الأعظم رحمته.

أما العلامة رحمته فقد عبر في التذكرة والقواعد بتسمية الملك. قال في التذكرة: «يشترط في الملك التامة، فلا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه». وهو بظااهر شرط شرعي مستقل تتفرع عليه عدم صحة البيع في الموارد المذكورة في كلماتهم، نظير القدرة على التسليم. وحيث يقع الكلام تارة: في دليله. وأخرى: 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 على القواعد التامة على تمامية 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 على العلامة رحمته.

كما قد يكون مراده من تمامية الملكية عين مراد الآخرين من الطلقة. ويظهر من شيخنا الأعظم رحمته وغيره أنهم فهموا منه ذلك. والأمر سهل.

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

ويؤيده النبوي: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(١). 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 رحمهم الله 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 فك الرهن، بل مع عدم اشتراط فكه، غاية الأمر أن للمشتري الفسخ، لكون المبيع معيباً. وأما النبوي فهو مع ضعفه منصرف للتصرف المتنافي لحق الراهن.

وما ذكره رحمهم الله وإن كان متيناً في الجملة، إلا أن من الظاهر خروج البيع المذكور عن مفروض كلامهم، وأن كلامهم في البيع المتبني على 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 فك الرهن لا ينافي حق المرتهن، في محله جداً لوفكه، أو لم يفكه وفسخ المشتري، وإنها الإشكال فيما إذا لم يفكه ورضي المشتري، أو لم يشترط الفك ورضي المشتري، إما لعلمه بالرهن وإقدامه على شرائه مرهوناً، أو جهله به ثم رضاه ببقائه مرهوناً بعد علمه.

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

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

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٦٠. كما روي عن المختلف ج: ٥

نعم لو أذن الراهن (١)

استيفاء الدين شرعاً، بل التوثق لذلك بالنحو الذي أقدم عليه المرتهن، ولذا كثيراً ما يبتني الرهن على حبس 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.

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

(١) 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 إلى فقد شرط الملك، لا فقد شرط الطلقة الذي هو محل الكلام.

هذا والظاهر عدم الإشكال في جواز البيع مع إذن المرتهن. ويظهر مما ذكرناه 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 إلى إسقاط حقه رأساً خرجت العين بالإذن عن

أو أجاز (١)

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

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

وأخرى: إلى 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 حتى تقابل بالثمن... وإن كان فيه نوع تأمل». لكن لا تأمل في أنه متعقل. بل هو مقتضى الأصل، فإن رفع اليد عن حق الارتهان رأساً يحتاج إلى مؤنة، والأصل عدمه.

وثالثة: إلى عدم التنازل عن حقه حتى 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 على إذن المرتهن.

(١) قال في النهاية: «ومتى باع الرهن أو تصدق به أو وهبه أو أجره أو عارضه [عاضه. ظ] من غير علم المرتهن كان ذلك باطلاً... فإن أمضى المرتهن ما فعله الراهن كان ذلك جائزاً ماضياً...». وبذلك صرح غير واحد ممن تأخر عنه ونسبه شيخنا الأعظم رحمته لجمهور المتأخرين. وقد يحمل عليه إطلاق من حكم بالبطالان من قدماء الأصحاب، كما في المقنعة والخلاف والمبسوط وعن غيرها. حيث قد يحمل على البطلان في نفسه، فلا ينافي صحته بالإجازة.

وكيف كان فهو مقتضى عموم نفوذ العقود المستفاد من قوله تعالى: ﴿أو فوا

بالعقود^(١) 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 على نفسه أو ماله، أو منافياً لحقه، كما في المقام. غايته أن خطابه بالوفاء به لما كان متفرعاً على 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 بإمضائه له وإجازته بعد وقوعه. وبذلك يدخل المرتهن بإجازته للعقد الواقع على العين المرهونة في الخطاب بالوفاء في الآية الشريفة، فينفذ في حقه بعد أن لم يكن نافذاً بسبب منافاته لحق الرهانة.

مضافاً إلى ما في صحيح زرارة من تعليل صحة نكاح العبد بغير إذن سيده إذا أجازته سيده بقوله عليه السلام: «إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز»^(٢). 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 بإمضاء صاحب السلطنة له. وهو المطابق للمرتكزات العقلائية المؤيدة ببعض النصوص الخاصة في الموارد المتفرقة، على ما فصلنا الكلام فيه في مبحث بيع الفضولي. فراجع.

هذا وقد خالف في ذلك المحقق التستري رحمه الله في المقابس فذهب إلى بطلان البيع رأساً وعدم نفوذه بإجازة المرتهن، وأطال في بيان ذلك بما لا يسعنا تعقيقه، لظهور ضعفه. وما ينبغي التعرض له أمران يتعلقان بالاستدلال السابق:

الأول: أن بيع الفضولي يبطل رأساً إذا وقع على وجه التعدي على الأصل،

(١) سورة المائدة الآية: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبد والإماء حديث: ١.

أو فكّ الرهن (١) صح.

وإنما يصح بالإجازة إذا وقع على وجه النيابة عن المالك، وذلك لا يجري في المقام لفرض أن البائع هو المالك، وهو الراهن، فلا معنى لقصد النيابة عن المرتهن، بل هو واقع على وجه التعدي عليه.

ويظهر اندفاعه مما سبق عند الكلام في بيع الفضولي من صحة بيع الفضولي بالإجازة وإن باع لنفسه، لا اعتقاد 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 عصى المالك بإيقاعه العقد على 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 لمقتضى سلطنته على ماله ونظيره حاصل في المقام بالإضافة إلى المرتهن، لمخالفة البيع لمقتضى 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^(١) 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، على ما سبق توضيحه.

(١) قال في التذكرة: «ولو باع ولم يعلم المرتهن فكك لزم البيع». وحكي نحوه عن الإيضاح والشهيد في الحواشي، وقواه في جامع المقاصد وغيره. لارتفاع المانع. وتنتظر فيه في القواعد.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٤ باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٢.

وكذا لا يجوز بيع الوقف (١) 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، على 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 رهوناً ولا يستقل به المشتري، فيكون له الخيار لو لم يعلم بالرهن للعب، لم يبعد سقوط خياره بالفك، إذا رضي بعدم الاستقلال بالمبيع إلى حين الفك، أو كانت المدة قصيرة، بحيث لا يعد عدم الاستقلال فيها عيباً عرفاً.

(١) قال شيخنا الأعظم رحمته: «إجماعاً محققاً ومحكياً». وفي شرح القواعد لكاشف الغطاء أنه من الظهور بحد يعد من الضروريات. وقد يستدل عليه مضافاً إلى ذلك بوجوه:

الأول: ما في الشرح المذكور وأقره سيدنا المصنف رحمته. من أخذ الدوام في مفهوم الوقف. ويناسبه ما في الجواهر، حيث قال: «والذي يقوى في نظر [النظر. ظ.] بعد إمعانه أن الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه. بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز البيع».

وحمله كما يظهر من سيدنا المصنف رحمته. على جواز البيع بمعنى نفوذه، ليرجع إلى أن صحة البيع تستلزم بطلان الوقف، مما يأباه 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 رحمته 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 يبتني على التأييد، إلا أنه غير لازم الوقفية مؤبداً، بل يجوز شرعاً إبطال وقفه ببيعه.

وعلى ذلك جرى الأصحاب في بعض موارد جواز بيع الوقف، حيث لا إشكال بينهم في عدم بطلان الوقف بجواز بيعه فيها، كما نبه له شيخنا الأعظم رحمته. 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 على نفوذ الوقف، والنسبة بين دليليهما نظير النسبة بين دليل نفوذ النكاح ودليل جواز الطلاق.

مضافاً إلى 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 على عدم أخذ الدوام في مفهوم الوقف، أو على أن الدوام 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 التحجيس، الذي تبقى معه العين في ملك المالك، ويكون حبسها بلحاظ منفعتها لا غير، ومثل بيع الشرط الذي تخرج فيه العين عن ملك البائع مع استحقاقه الرجوع بها بعد مدة.

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

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

علقته به، وعدم مشروعية اشتراط مثل البيع المذكور، ولما فاتته لمفاد الوقف. أما عدم جواز بيعه بالنحو المذكور، أو عدم جواز اشتراط ذلك فهو لا يترتب على التأييد بالمعنى 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 حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض. وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين»^(١). وقريب منه معتبر عجلان أبي صالح^(٢).

فقد استظهر شيخنا الأعظم رحمته 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 أخر عدم البيع عن بيان الموقوف عليه في صحيح أيوب بن عطية: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قسم رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلم الفيء، فأصاب علياً عليه السلام أرض فاحتفر فيها عيناً، فخرج منها ماء... فجاء البشير يبشره. فقال: بشر الوارث. بشر الوارث. هي صدقة بتاً بتلاً، 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»^(٣). ونحوه في ذلك صحيح عبد الرحمن بن الحجاج في صدقة الإمام الكاظم عليه السلام^(٤).

(١)، (٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: ٤، ٣، ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: ٥.

ومثله ما ذكره بعض الأعظم ثنت من أن جملة لا تباع ولا توهب في حديثي ربعي وعجلان صفة للمصدر الذي هو مفعول مطلق لبيان النوع، وهو صدقة. ومقتضى 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 على 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 في خصوص الفرد الخاص منها، لتعارف بيان الخصوصيات الفردية بصورة الشرط، وفي جملة مستأنفة.

لكن من القريب جداً سوقه بلحاظ طبيعة الوقف لتأكيد كونه محبساً وغير مملوك لأحد، ليجوز له بيعه وهبته حيث يكون البائع حينئذ غاصباً معتدياً، كما قد يناسبه قوله عليه في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المشار إليه آنفاً: «لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعهما، ولا يبتاعهما، ولا يهبها، ولا ينحلها، ولا يغير شيئاً مما وصفت عليه، حتى يرث الله الأرض ومن عليها».

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

الثالث: إطلاق بعض النصوص الخاصة المتضمنة عدم جواز بيع الوقف كصحيح أبي علي بن راشد: «سألت أبا الحسن عليه قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف. فقال: لا يجوز شراء الوقوف [الوقف. يب]، ولا تدخل الغلة في مالك [ملكك]...»^(١).

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

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث: ١.

(منها): أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به (١) مع بقاء عينه،
كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير المخرق.

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

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

(١) 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 التأيد 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 والتحييس 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 قدرًا من المال، وقال له: تعيش بهذا المال، فإن قلة المال بنحو لا تناسب كونه معاشاً له طول عمره قرينة على أن المراد به اتخاذه رأس مال يتجر به ويعيش بربحه، فكذلك الحال في المتام.

ولا يخفى 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. على أن الوجه المذكور لا يخلو عن إشكال، لأن المراد بسعة موضوع الوقف والتحسيس بنحو يقتضي الانتقال للبديل 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 ثنت - فهو خلاف المقطوع به من حقيقة الوقف، ولذا صرحوا بعدم جواز وقف النقود إذا لم تصلح للانتفاع بشخصها، بل بالانتجار بها لا غير، كما صرحوا بأن البيع مخالف لمقتضى الوقف في الجملة ولو بإطلاقه. بل هو أوضح من أن يحتاج لذكر الشواهد.

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

والتعبير بمثل: حتى يرث الله الأرض ومن عليها إنما يحسن فيها 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 ربعي المتقدم: «صدقة لا تباع ولا توهب حتى 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 بالمعنى الذي ذكرنا. كيف والأعيان الموقوفة التي يمكن الانتفاع بها بالنحو المنصوص عليه في الوقف باستمرار ولو من طريق التبديل بحيث يستغنى به عن الدعم من جهات خارجية كتبرع ونحوه أندر النادر، وغالب الأوقاف لا تصلح لذلك لنقص ماليتها بخرايها.

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

هذا مضافاً إلى أن المصرح به فيما عن بعض مشايخنا ^١ 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 لسكنى الموقوف عليهم إذا كانت في بلدة قد خربت وتركها أهلها، بحيث لا يمكن الانتفاع بالدار في السكن. ولعله عليه يتنى ما أفتى به من جواز البيع في الصورة الرابعة.

وحينئذ كما يمكن جعل دوام الانتفاع بالعين الموقوفة حتى يرث الله تعالى الأرض ومن عليها قرينة على إلغاء خصوصية العين ولو بنحو تعدد المطلوب، فيجب بيع الدار في الفرض المتقدم لشرء داراً أخرى في بلدة عامرة بالسكن، كذلك يمكن جعلها قرينة على 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 يبتني على تكلف يقطع بعدم ابتناء الوقف عليه. ومن ثم كان الظاهر أن البيع في المقام وأمثاله ليس مقتضى نفس الوقف، ولا بد في تصحيحه من وجه آخر خارج عنه.

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

الثالث: وهو العمدة في المقام. إن الوقف وإن تضمن حبس العين بنحو ينافيه البيع، إلا أنه حبس خاص يمتني على الانتفاع بالعين في الجهة الخاصة، فمع سقوط العين عن ذلك لخرابها يرتفع موضوع الحبس الذي به قوام الوقف، وتبقى صدقة بمقتضى ما سبق عند الكلام في تقوم الوقف بالتأييد من ابتناء الوقف على 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 على العين حينئذ بعد ما سبق من تقوم الوقف بالتحبيس المفروض ارتفاع موضوعه بالخراب، ولو فرض صدقه عرفاً إغفالاً لهذه النكتة، فمن القريب انصراف النهي فيه للبيع المنافي لمقتضى 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 تعبدى 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 الطبقات الحديثة لهذه الكتب قد ورد الثاني في التهذيب فقط، والأول قد ورد في الكتب الثلاثة الباقية.

وكيف كان فالحديث مروى بالوجهين، وذلك مانع من حجته 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.

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

ومثلها دعوى: 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، لينافيها البيع.

نعم بناء على أن الوقف يرجع إلى تملك العين للموقوف عليهم بجميع بطونهم على نحو التعاقب، نظير ملك المسلمين لأرض الخراج، فقد يدعى أن ارتفاع موضوع التحبيس بالخراب لا ينافي بقاء العين في ملكهم. ولا أقل من كونه مقتضى الاستصحاب، فيكون البيع منافياً لسلطنتهم على ما لهم.

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

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.

ودعوى: أن الوقف حيثئذ على 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 على عابري السبيل، الذي لا إشكال في عدم اقتضائه الوقف عليهم أو ملكهم لها. بل قد لا ينتفع به المسلمون، كالوقف على وسائل الدعوة للدين والدعاية له في وسط المجمعات الكافرة.

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

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

ومن هنا يتعين البناء على 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 ونوائها، 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 على الملك بالمعنى المعهود الذي هو موضوع للسلطنة، بل الاختصاص بهم ولو بلحاظ كونهم مصرفاً لها، أو استحقاقهم لها بنحو خاص.

وبذلك يظهر ضعف ما في القواعد من أن الوقف إن كان على معين فالأقرب أنه يملكه، وإن كان على 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 إلى أن الله سبحانه هو المالك الحقيقي لكل شيء، والملكية الاعتبارية تابعة لجعل الواقف، وهي لا تتضمن تمليك 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 إلى كونه عز وجل غاية للواقف من إنشاء الوقف، لا كونه مالكاً للعين الموقوفة ملكية اعتبارية زائداً على الملكية الحقيقية.

هذا مضافاً إلى 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 على 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 إلى 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 ^{ثنت} في شرحه على القواعد من بيع الوقف العام مطلقاً. قال: «فلا يصح بيع أرض الوقف العام، لعدم التامة، بل لعدم أصل الملكية، لرجوعها إلى الله تعالى ودخولها في مشاعره، أمكن الانتفاع بها في الوجه الذي وضعت له أولاً. ومع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجر للزراعة ونحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجداً مثلاً، وإحكام السجلات، لثلا تغلب اليد،

فتقضي بالملك دون الوقف المؤبد. وتصرف فائدتها فيما يياثلها 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 تعالى 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 حيثة اعتبار السلطنة، لظهور تبعية المنفعة للعين.

على أن الإجارة قد لا تيسر، أو تكون سبباً للخطر على 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 مقتضى نفس الوقف، المفروض نفوذه على ما أوقف عليه. وأما إذا لم يتعرض الواقف لذلك ولم يكن مقتضى 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 تحبيس العمارة، لتعذر الانتفاع بها، إلا أن ذلك لا يقتضي بطلان تحبيس 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 أولى 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 بالمساحطة. والظاهر أنه مقدم على 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 إلى 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 مقتضى الوجه المتقدم كون المعيار في بطلان التحسيس على 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 رحمته وذكره كثير من الأصحاب.

وأخرى: لاستغناء الجهة الموقوف عليها عن منفعة الوقف، كما إذا وقف للمسجد فراش أو جهاز تبريد، فاستغنى 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 التحبيس 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 للتحبيس 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 تبدل طريق الحج أو الزيارة، لغير الحجاج والزوار من المارة في الطريق أو جعله معهداً خيرياً أو غير ذلك.

ولعله إلى ذلك يرجع ما في النهاية والشرائع وغيرهما: وقيل: إنه المشهور، من أنه لو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر، وما عن الأصحاب من نقل آلات المسجد لمسجد آخر.

وحيث قد يدعى وجوب ذلك لأحد وجوه:

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

وحيث يستعمل في وجوه البر، إما لا ببناء التحبيس الباقي على ذلك ارتكازاً، أو لما في الجواهر من أن كل مال لا يعلم مصرفه يصرف في وجوه البر، كما يستفاد مما ورد فيما لو نسي الوصي المصارف التي عينها الموصي^(١) وما تضمن جواز التصديق بالمال الموصى به إذا لم يف بالجهة التي أوصى به فيها^(٢).

وفيه: أن فهم تعدد المطلوب إنما يتجه في التكليف، لا بثنائه على الملاك الذي قد

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٦١ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٨٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

يستفاد من القرائن أو المرتكزات انحلاله إلى 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 على انقطاع علقه الواقف بالعين الموقوفة التي سبق ابتناء الوقف عليها. ولا أقل من كون عدم رجوع العين للواقف أو وارثه مقتضى 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 أولى 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 على إنفاق الثمن في وجوه البر المنقطعة، أما إذا بني على 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. وأخرى: يكون غرضه المهم اكتفاء المسجد الخاص، فاختار 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 حتى ما يحتاجه من المصالح المنقطعة، كدفع ثمن الماء أو

(ومنها): أن يخرب على نحو يسقط عن الانتفاع المعتد به، مع كونه ذا منفعة يسيرة ملحقة بالمعدوم عرفاً (١).

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 التحجيس 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.

(١) بحيث لا يشملها نظر الواقف عند الوقف، ولا يكون التحجيس بلحاظها، كما لو وقفت الدار لسكنى الموقوف عليهم، فخربت بحيث تعذرت السكنى بها مدة معتدأ بها، وإن أمكن قضاء بعض الوقت فيها للعاير والمضطّر. 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 التحجيس.

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 (١)

فيه إن شاء الله تعالى، كما يتضح بملاحظة.

(١) قال في الإرشاد: «ولو شرط بيع الوقف عند حضور ضرره كالحراج والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمانه فالوجه الجواز». وقال في الدرر: «ولا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف بين أربابه المؤدي إلى فساد... ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى 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 للتأيد، كما صرح بذلك غير واحد منهم سيدنا المصنف رحمته قال: «وأما تصحيحه بإرجاعه إلى شرط فسخ الوقف أولاً ثم بيعه. 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 المجعل فيها مجرد حدوث المضمون من دون نظر إلى بقاءه ودوامه، فلا مانع من شرط الفسخ... بخلاف الوقف حسب الفرض من كون التأيد والدوام مقوماً له مجعولاً بجعل الواقف».

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

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

هو الظاهر من أنه إيقاع لا عقد. بل الظاهر عدمه. ولذا كان الظاهر اتفاقهم على عدم جواز اشتراط الفسخ في الوقف. وقد يستفاد مما تضمن عدم جواز الرجوع في الصدقة وما أريد به وجه الله^(١).

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

هذا وحيث منع سيدنا المصنف ثنت من رجوع شرط البيع لشرط فسخ الوقف ثم البيع لما سبق فقد حاول توجيه الشرط المذكور بأنه راجع إلى 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 إلى أن الوقف معلق على عدم حاجتهم، فإن احتاجوا فلا وقف، فيجوز البيع.

وقد ذكر ثنت أن التعليق وإن كان يبطل العقد والإيقاع عندهم رأساً، إلا أن الدليل على مبطليته ينحصر بالإجماع، ولولاه لكان مقتضى العمومات الصحة، وحيث لا إجماع في المقام، لخلافهم في جواز شرط البيع في الوقف، تعين البناء على عدم مبطليته عملاً بالعمومات. قال ثنت: «واحتمال أن الخلاف كان لشبهة، لا لجواز التعليق، غير ظاهر. فالعمل بالعمومات متعين».

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

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

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١١، ١٣ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات، وباب: ٣ من أبواب كتاب الهبات.

عليه، حيث ينكشف بحصول السبب المذكور عدم حصول الوقف.

وثانياً: بأن المعلق على 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 على ملك الواقف، المستلزم للملكه لمنافعها ونائها السابقة بنحو يستلزم ضمان الموقوف عليهم لها لو كانوا قد استغلوها. ولا يظن بأحد البناء على 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 على عدم حصول السبب المذكور لزم عدم الوقف على تقدير حصوله وإن لم يتحقق البيع، ولا يظن منه ^{ثنت}ثنت ولا من غيره البناء على ذلك. خصوصاً إذا كان مفاد الشرط الترخيص في البيع لا الإلزام به.

إلا أن يلتزم ^{ثنت}ثنت بأنه منوط بعدم حصول السبب المتعقب بالبيع، نظير الشرط المتأخر. وهو يحتاج إلى كلفة يقطع بعدم توجه الواقف لها حين إنشاء الوقف لها. بل الإنصاف أن أصل التعليق المذكور يحتاج إلى كلفة يغفل عنها الواقف، كما أشرنا إليه آنفاً.

ورابعاً: بأن مراده ^{ثنت}ثنت بعدم مبطلية التعليق للوقف إن رجع إلى عدم مبطليته له مطلقاً، فهو خلاف المقطوع به من بناء الأصحاب على عدم مشروعية اليمين المعروف عند العامة بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك، وإن كان عدم مبطليته في خصوص مورد شرط البيع، فهو يبتني على تكلف منهم في الفتوى يكاد يقطع بعدمه.

أما شيخنا الأعظم ^{ثنت}ثنت فقد احتمل منافية البيع لإطلاق الوقف، لا لأصله. وحيث لا مانع من اشتراطه والخروج عن مقتضى الإطلاق. قال ^{ثنت}ثنت: «ثم إنه لو سلم المنافاة فإنها هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف. فمعنى كونه حبساً كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض

طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه وتجرده عن مسوغات الإبدال، شرعية كانت، كخوف الخراب، أو بجعل الواقف، كالاشرط 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 على البقاء ولو بلحاظ إيداعها بمثلها. وإن سبق الإشكال فيه. نعم هو يقصر عن شرط البيع بنحو لا يمتني على الإبدال، بل على 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 أوصى به وقضى في ماله عبد الله علي ابتغاء وجه الله... وإن الذي كتبت من أموال صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً، ينفق في كل نفقة أبتغي بها وجه الله في سبيل الله ووجهه، وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب. وإنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله في حل محل 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 إلى حسين بن علي. وإن حسيناً يفعل فيه مثل الذي أمرت به حسناً، له مثل الذي كتبت للحسن، وعليه مثل الذي على الحسن... وإنه شرط على الذي يجعله إليه أن يترك المال على أصوله، وينفق حيث أمره به... لا يباع منه ولا يوهب ولا يورث...»^(١).

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

عند حدوث أمر (١) من قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو كون بيعه أنفع، أو اختلاف بين أرباب الوقف أو احتياجهم إلى عوضه أو نحو ذلك.

لصالح البايع كقضاء الدين أم في جهات البر الأخرى.

كما أنه صريح في عدم أخذ التأييد بالمعنى المتأني 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 رحمته: «وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود، فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما ينتفعون به. والسند صحيح. والتأويل مشكل، والعمل أشكل».

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

ودعوى: 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 المقتعة لزوم العمل على 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 ببائهم على عدمه، للإعراض عن الصحيح، ومن ثم يتعين العمل بالصحيح، والبناء على نفوذ شرط البيع في الوقف.

(١) 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 (١)

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 صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

لكنه لا يخلو عن إشكال، لاختصاصه بالشرط الذي يشترطه الإنسان على نفسه لغيره، بحيث يكون الوفاء به له من شؤونه، دون مطلق بالشرط وإن لم يتضمن كلفة على المشترط 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 على النفس^(٢). 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 إلى شيء من المال فأنا أحق به. ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله»^(٣). 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 إلى الميراث»^(٤). وتام الكلام في محله من كتاب الوقف.

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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الوقف والصدقات حديث: ٣.

(٤) تهذيب الأحكام ج: ٩ ص: ١٥٠.

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

وقد استشكل فيه شيخنا الأعظم رحمته بأن أخذ العنوان في الوقف لا يقتضي دوران الوقف مداره، كأخذ العنوان في البيع.

لكنه يندفع بالفرق بابتناء البيع على مجرد تبديل أحد العوضين بالآخر من دون نظر إلى منافعهما، ومع تملك الذات المعنونة بعنوان خاص لا تخرج عن الملك بفقدائها للعنوان. أما الوقف فإنه مقوم بتحبيس العين ذات العنوان الخاص بلحاظ منفعتها الخاصة المناسبة للعنوان، فمع فرض تعذر المنفعة المذكورة لتبدل العنوان بتعين بطلان التحبيس، نظير إجارة العين ذات العنوان الخاص لو تبدل عنوانها.

نعم بناء على رجوع الوقف إلى تمليك العين للموقوف عليهم يتجه عدم خروجها عن ملكهم ببطلان التحبيس، كما تقدم عند الكلام في الخراب. وكأن ذلك هو المنشأ لقياس شيخنا الأعظم رحمته الوقف بالبيع.

ثم إن بطلان التحبيس بارتفاع العنوان المأخوذ في العين حين الوقف إنما يتضح فيها 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 ابتنى الوقف على استغلال الموقوف عليهم لنفس المنفعة المختصة بالعنوان، كالأكل من ثمرة البستان والغسل في الحمام وتغسيل الموتى في الغتسل، وسكنى طلبة العلم في المدرسة.

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

وإن كانت الفائدة باقية بحالها أو أكثر (١).

(ومنها): ما إذا طرأ ما يستوجب أن يؤدي بقاؤه إلى الخراب المسقط له عن المنفعة المعتد بها عرفاً. واللازم تأخير البيع إلى آخر أزمدة إمكان البقاء (٢).

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

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

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

(١) لأن الفائدة الأخرى الحاصلة مع تبدل العنوان ليست موضوعاً للوقف والتحبيس، 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 يجرب. فراجع.

(٢) يظهر منه نتيحة بملاحظة كلامه في نهج الفقاهة أن المراد بذلك تأخير البيع إلى آخر أزمدة بقائه على حاله لم يجرب بالوجه المذكور. فمثلاً إذا تحول النهر عن البستان بحيث تعرض للجفاف والخراب جاز بيعه في آخر سنة عمرانه بالزرع، وإن لم يجرب بعد، إذا ابتنى البيع على 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 التحبّيس بلحاظها. ولا موضوع للتحبّيس إلا بلحاظ الثمرة الموجودة المفروض عدم منافاة البيع لمقتضى التحبّيس فيها، لفرض صرفها في الجهة الموقوف عليها.

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

نعم بناء على 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 مسلوّبة المنفعة تعذر البيع بعد ذلك، ولزم تعطيل المال.

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

وأشكل من ذلك ما في كلام جماعة كثيرة أولهم فيما عثرنا عليه الشيخ رحمته 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 رحمته من توقفه على قيام الأمانة على الأمر المخوف، ليرجع للظن. فهو ممنوع جداً.

هذا وقد قال الشيخ رحمته في المبسوط: «وإنما يملك بيعه في على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، وكان بأربابه حاجة شديدة، أو لا يقدرّون على القيام به، فحينئذ لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه». وقال في النهاية: «ولا يجوز بيع الوقف ولا هبة ولا الصدقة به إلا أن يخاف على 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 فمقتضى إطلاقهم جواز بيعه حينئذ ولو مع كونه صالحاً للانتفاع بنحو معتد به مدة من الزمن.

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

نعم قد يستدل عليه بصحيح علي بن مهزيار: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: إن فلاناً ابتاع ضيعة، فوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسألك عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة. فكتب عليه السلام إليّ: أعلم فلاناً أني أمره أن يبيع حقي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على 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 يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه إليّ: 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»^(١).

بتقريب أن مقتضى 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، وعلى ذلك يكفي في جوازه خوف تلف الأموال. وبذلك يجوز بيع الوقف مع خوف خرابه، إما لكونه هو

(١) الكافي ج: ٧ ص: ٣٦. واللفظ له. وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: ٦٥٠.

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 ماله بلحاظ مادته، كالأرض وأدوات البناء، وغيرها من أدوات الأجهزة الموقوفة. وإنها يصدق معه تلف الأموال بلحاظ بعض مراتب ماله بسبب تلف هيئته في الجملة. وإذا كان ذلك معياراً في جواز البيع لزم جواز بيعه إذا خيف نقص ماله ولو بسبب تقادم عهده وإن لم يخرّب ولم يسقط عن الانتفاع المعتد به. ولا يظن بأحد البناء على ذلك.

وثانياً: أن مقتضى الجمود على جمع النفوس والأموال اعتبار اجتماعهما، ولو لأنه المتيقن من التعليل، والبناء على الانحلال يحتاج إلى قرينة. أما مقتضى سياق الكلام فهو بيان أهمية محذور الخلاف، وأنه قد يفضي إلى 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 على الحكم من أجل تقريبه للمخاطب وإقناعه به، فهو أشبه بالحكمة. إذ ليس من شأن الاحتمالات غير المنضبطة أن تكون معياراً في الأحكام. ولا سيما أن البناء على عمومه لو حمل على التعليل يستلزم البناء على جواز بيع الوقف لمجرد احتمال ترتب الفساد المذكور ولو من غير جهة الاختلاف، كما لو احتمل أن يؤدي بقاء الوقف إلى مضايقات الأجانب، عداً أو حسداً بنحو يؤدي إلى المحذور المذكور، ولا يظن بأحد البناء على ذلك.

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

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

هذا وفي الجامع تقييد ذلك بخوف وقوع فتنة بين أربابه تحتاج فيها الأنفس وقرب منه ما عن إيضاح النافع. وكأنه حمل الفقرة المذكورة في الصحيح على التقييد أو التعليل الذي يدور الحكم مداره. ويدفع الأول أن الاحتمال المذكور قد أثر 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 بقاؤه إلى خرابه لاختلاف بين أربابه ويكون البيع أعود على الأظهر». وقال في كتاب الوقوف والصدقات منه: «ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه» ومثلها عبارة القواعد في الكتابين. وعن تلخيص الخلاف أنه أشهر الأقوال وفي كتاب البيع من التذكرة: «لو كان يبيعه 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 على تسويغ البيع مع كونه أصلح لهم، واقتضاء القاعدة تسويغه مع الخراب لا يقتضي التقييد، لإمكان كون كل منها مسوغاً مستقلاً. ولا سيما أن التنبيه في الصحيح على أهمية محذور لاختلاف يناسب استقلاله في تسويغ البيع.

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

نعم قد يستشكل في نهوض الصحيح بإثبات مضمونه بوجهين:

الأول: ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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. على أن ظاهر وصريح غير واحد من الأكابر العمل به في مضمونه الذي ذكرناه، كما يظهر مما سبق.

الثاني: مخالفته للقواعد المانعة من بيع الوقف. ولا سيما مع ما فيه من قسمة الثمن على البطن الموجود لا غير، وتصدي الواقف للسؤال، وجعل المدار على علمه بالاختلاف، وإمكان 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. ولا سيما إذا كان لمحدور يزاحم ملاك التشريع الأولي كما في المقام بالإضافة إلى أصل البيع وإلى تقسيم الثمن على البطن الموجود، لعدم تجنب المحذور إلا بذلك. وأما تولى الواقف للأمر فلعله لأنه قد جعل نفسه هو المتولي للوقف عند إنشائه.

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

واحد بالإضافة إلى الخمس المَجْعول للإمام عليه السلام والأخماس الأربعة الباقية، وظاهر الصدر أن وقف الخمس على 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 مقتضى الجمود على قول السائل: «ويدفع إلى كل إنسان منهم ما كان قد وقف له من ذلك».

ولابد حينئذ أن يرجع إلى الصدقة بالضيعة على أشخاصهم، بحيث يملك كل منهم حصته ويستقل بها. غاية الأمر أن يتني ملكه لها على البقاء، ويكون السؤال عن جواز الخروج عن ذلك شرعاً بالبيع، أو لا يتني على البقاء، ويكون مرجع السؤال إلى 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 إليّ، وأن يبيع القوم إذا تشاجروا، فإنه ربما جاء في الاختلاف إتلاف الأموال والأنفس»^(١). ولسانه يناسب كون أصله الصحيح الذي هو محل الكلام.

غاية الأمر أن لا يناسب ما هو المعروف عن صاحب دعائم الإسلام من جريه على 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

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٤ باب: ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث: ١.

عليهما في الاسم واسم الأب والكنية. وكيف كان فقد تضمن الحديث اعتبار عدم التأييد 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 وعلى أولادهم ما تناسلوا، ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه أبداً».

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

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

الأولى: أن يكون بيع الوقف أعود على الموقوف عليهم. فقد نسب في جامع الدروس والمقاصد جواز البيع حينئذ للمفيد رحمته.

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

وهو كما ترى أولاً: صريح في جواز تغير الشرط في الوقف إلى غيره إذا كان أدرّ عليهم وأنفع لهم، لا يبيعه.

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

شرطه.

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 يستدل على ذلك بخبر جعفر بن حنان [حيان]: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، وأوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه. فقال: جائز للذي أوصى له بذلك. قلت: أرأيت إن لم يخرج من غلة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم. فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من [تلك] الغلة ثلاثمائة درهم؟ ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما بقي بعد ذلك. قلت: أرأيت إن مات الذي أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة لورثته يتوارثونها بينهم. فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت ترد إلى 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»^(١).

ومكاتبة الحميري لصاحب الزمان عليه السلام: «روي عن الصادق خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه، وكان ذلك أصلاح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه. فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرון على بيعه، مجتمعين ومتفرقين، إن شاء الله»^(٢).

بدعوى: أن مقتضى خبر جعفر جواز البيع إذا كان خيراً لهم. ولعله هو المراد بالأصلح في الخبر المأثور المشار إليه في المكاتبه، حيث يقرب أن يراد به الإشارة لهذا الخبر، لتقاربهما مضموناً، فيناسب اشتهاه خبر جعفر، وكونه مورداً لعمل الشيعة في عهد الحميري. ولذا كان ظاهر المكاتبه المفروغية عن مضمونه من جواز البيع مع اجتماع الموقف عليهم، وأن السؤال فيها عن الشراء من بعضهم حصته إن لم يجتمعوا على بيع الكل. وبذلك قد تكون المكاتبه عاضدة لسند الخبر وإن كان ضعيفاً في نفسه بسبب عدم ثبوت وثاقة 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 المكاتبه 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 الموقف عليهم، لذكره في السؤال، وابتناء الجواب عليه.

وعلى كل حال لم يظهر عامل به بعدما سبق من كلام المفيد رحمته، فكيف يمكن التعويل عليه مع ضعفه في نفسه؟!.

ولاسيما مع عدم خلوه عن الاضطراب والإشكال أولاً: لنسبة الوقف فيه للغلة، دون الأرض. وثانياً: للجمع فيه بين الوقف والوصية. وكما يمكن حل الوصية فيه على الشرط في الوقف، يمكن حل الوقف فيه على الوصية بالغلة لقربته من دون وقف للأرض، بل تبقى ملكاً لهم، وأدخل في وصيته بالغلة لهم وصيته بثلاثمائة درهم للرجل من غير قربته.

كما قد يناسبه ما تضمنه من دفع الثلاثمائة درهم لورثة الموصى له بعد موته، لأن ذلك وارد في الوصية^(١)، وما تضمنه أيضاً من جواز بيع الأرض لقربة الميت، مع أنه لو كان الرجل غير القربة الموصى بثلاثمائة درهم وورثته من جملة من وقفت عليه

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا.

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

وأما المكاتبة فالسؤال فيها وإن كان ظاهراً في التعويل على الخبر المأثور، إلا أن الجواب فيها ظاهر في الإعراض عنه، وبيان ضابط جواز البيع استقلالاً، وهو إنها تضمن جواز البيع مطلقاً للموقوف عليهم في حصصهم، وذلك يختص بالوقف المنقطع 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 وراداً عما استفيد منه. فلاحظ.

الثانية: أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معاونتهم والتقرب إلى 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 على 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 على ابن الجنيدي في منعه من بيع

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

وقد يستدل عليه مضافاً إلى الإجماع المذكور بوجهين:

الأول: ما في الانتصار قال: «فأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً أو ادعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنه إنهما 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 ترى إنما ينهض وجهاً لجواز البيع مع الخراب، لا مع الضرورة لثمنه، لإمكان انتفاعهم به مع بقاءه ولو مع عدم دفع ضرورتهم بثمنه.

الثاني: خبر جعفر المتقدم بحمل ما تضمنته من كون البيع أصلح مع حاجتهم وعدم كفاية الغلة لهم على 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 على خلاف ظاهره، بل هو في الحقيقة هجر له. مضافاً إلى ما سبق من الإشكال في الخبر بضعف السند وغيره. فراجع.

وأما الإجماع المدعى 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 مقتضى ما سبق من التهذيبين عند الكلام في صحيح ابن مهزيار، وظهور اضطراب الأصحاب في هذه المسألة جداً.

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

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

(مسألة ١٠): ما ذكرناه من جواز البيع في الصور المذكورة لا يجري في المساجد، فإنها لا يجوز بيعها على كل حال (١).

بالصور التي ذكرها سيدنا المصنف رحمته الله. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين.

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

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

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

فالأولى في وجه ذلك ما ذكره سيدنا المصنف رحمته الله من أن وقف المسجد لا يبتني على تحبيس العين بلحاظ منفعتها، ليكون تعذر الانتفاع بها خراباً أو غيره مما تقدم عند الكلام في الصورة الأولى لجواز البيع موجباً لبطلان التحبيس، ولا يكون البيع منافياً لمقتضى الوقف، بل هو مبني على مجرد تعنون العين بعنوان خاص، وهو عنوان المسجد، وإيقاع العبادة فيه ليس مقوماً لعنوان المسجدية، بخلاف المصلّى والمدرس ومنزل الحجاج أو الزوار وغيرها مما يبتني على تهئية 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 مسوغة 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 مقتضى عموم دليل نفوذ الوقف نفوذ الشرط المذكور حتى في غير مورد النص.

لكن ذلك موقوف على عدم أخذ التأييد في مفهوم المسجد، ولا طريق لإحراز ذلك، بل الظاهر تبعاً للمركزات التشريعية ابتناء المسجدية على التأييد، وليس هو كسائر الأوقاف المبنية على انتفاع الجهة الموقوف عليها بها، كي يمكن تحديد أمد الانتفاع الملحوظ. ولعله لذا سبق منهم دعوى ابتناء وقف المسجد على التحرير المبني على التأييد. ولا سيما أن دليل نفوذ شرط البيع في الوقف مختص بالوقف المبني على انتفاع الموقوف عليهم بالعين. ولا مجال للتعدي منه للمسجد بعدما سبق من احتمال ابتناء المسجدية على 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 المقتضى للاختصاص وزوال حكم الأصل».

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

وأما إنشاءه بلحاظ آثار التصرف مع بقاء العين على ملك المسلمين، فهو راجع

إلى تحبیس منفعة مدة وجود آثار التصرف، من دون وقف للعین، نظیر إجارة الأرض لتكون مسجداً، وهو لا یتناسب مع مفهوم المسجدیة ارتكازاً، ولم تتضح مشروعيته فی نفسه. وقد تقدم فی فصل أحكام النجاسة من كتاب الطهارة عند الكلام فی حرمة تنجیس المسجد ما ینفع فی المقام.

بقي فی المقام أمران:

الأول: سبق من كاشف الغطاء رحمته الله المنع من بیع الأوقاف العامة ومنها المساجد وذكر أنه يمكن إيجارها بما لا ینافی الآداب اللازمة لها. وقد سبق جواز البیع فی غیر المساجد. وأما الإجارة فقد تتجه فی غیر المساجد لوقیل بعدم جواز بیعها، أو بجوازه لكن لم تبع لعدم جواز الانتفاع بها فی غیر الجهة التي عینها الواقف، فمع فرض تعطیل الوقف یموز إيجارها لغير المنفعة التي عینها الواقف من أجل استغلالها بالمقدار المیسور.

أما فی المساجد فلا مجال لذلك، لجواز الانتفاع بها لكل أحد بالنحو الذي لا یزاحم إقامة العبادة فیها مع عمرانها، فضلاً عن خرابها، ومع جواز الانتفاع بالوجه المذكور وعدم سلطنة أحد على المنع منه لا وجه لأخذ الأجرة علیه.

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

الثاني: الظاهر أن ما سبق فی المساجد یمجری فی مثل مشاهد النبی والأئمة (صلوات الله علیهم) والأولیاء (رضوان الله علیهم). لأنها تشارك المساجد فی أنها متقومة بحفظ عنوان خاص، من دون أن یؤخذ فیها الانتفاع بالمكان بالتعبد ونحوه من شؤون زیارتها، وإن ترتب علیها خارجاً ذلك، فلا یكون تعذر الانتفاع المذكور، لانصراف الناس عن زیارتها مبطلاً لوقفها ومسوغاً لبیعها.

وهذا بخلاف المكان المعد مصلی للزائرين أو مستراحاً لهم أو منزلاً لیبیتون فیهِ أو مطعماً لهم، فإنه كسائر الأوقاف العامة المحبسة بلحاظ المنفعة الخاصة تبطل وقفیته

نعم يجري في مثل الخانات الموقوفة للمسافرين وكتب العلم والمدارس والرباطات الموقوفة على الجهات الخاصة (١).

(مسألة ١١): إذا جاز بيع الوقف (٢) 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 تقوم بها بالنسبة المذكورة، وابتناء وقفيتها على حفظ العنوان المنتزع منها. وقصد الناس لها وتعبدهم فيها أمر مترتب على ذلك، من دون أن يكون مأخوذاً في وقفيتها، 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 على الناس وتضليلاً لهم، لحرمة ذلك، فلا يصح الوقف له، لما هو معلوم من أن الوقف نوع من الصدقة المبنية على التقرب. إلا أن يجري الناس على ذلك لغفلتهم حتى يصير المكان معلماً مذكراً بالدين ورموزه، فيحسن تشييده حينئذ، ويشرع الوقف له.

(١) لأن الوقف في جميع ذلك يبتني على تحبيس العين بلحاظ منفعتها، فمع تعذر الانتفاع بها يتعين بطلان التحبيس، فيجري ما سبق في الصورة الأولى من مسوغات بيع الوقف. خلافاً لما سبق من كاشف الغطاء ^{تتط} من عدم جواز البيع في هذه الأمور وغيرها من الأوقاف العامة. فراجع.

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

الشرعي والاستئذان منه في البيع (١). كما أن الأحوط أن يشتري بثمنه ملكاً ويوقف على النهج الذي كان عليه الوقف الأول (٢).

(١) أما مع عدم وجود الولي المنصوب للوقف فلخروج البيع عن مقتضى الوقف، ولا إطلاق يقتضي السلطنة عليه، فيجب الاقتصار على 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 للاحتيال 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.

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

ذلك، وحبسها بما أنها مال من أجل انتفاعهم بيدها.

بل بناء على ذلك لا يحتاج إلى وقف جديد، حيث يكون بنفسه وفقاً بمقتضى وقف العين، المفروض ابتناؤه على 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 المدعى فلا موجب لحبس شخص البدل، لعدم تضمن الوقف له، بل للحبس بلحاظ أصل المالية المقتضى 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 ^{رحمهم الله} أنه لا يجب شراء الماثل إذا لم يشترط الواقف ذلك، لأن مقتضى الجمع بين تأييد الوقف المستفاد من مثل: حتى يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، وواقع العين الموقوفة هو التبديل بلحاظ أصل الوقف، دون خصوصية الماثلة. بل مقتضى 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 على الانتفاع الخاص، لا مطلق الانتفاع، ولا يتحقق تأييد الانتفاع الخاص بالعين بلحاظ ماليتها إلا بالتبديل بالمثل مع الإمكان. كما جرى على ذلك بعض المحققين ^{رحمهم الله} في حاشيته على المكاسب.

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

هذا وأما بناء على ما اشتهر بينهم من كون الوقف ملكاً للموقوف عليهم بجميع بطونهم فسقوطه عن الانتفاع وإن اقتضى بطلان حبسه وجواز بيعه، إلا أنه لا يقتضى خروجه عن ملكهم، وبذلك يتعين قيام البدل مقامه في ملكيتهم له، كما هو مقتضى البدلية من دون حاجة إلى أن يوقف عليهم. كما أن اللازم بعد ملكيتهم له مراعاة مصلحتهم ولو بشراء غير الماثل، كما صرح بذلك شيخنا الأعظم رحمته.

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

وفيه: أنه لا دليل على وجوب مراعاة غرض الواقف، وإنما تضمنت الأدلة وجوب العمل بالوقف المفروض تعذره. مضافاً إلى 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 الماثل. وقد تقدم نظير ذلك في ذيل الكلام في الصورة الأولى من مسوغات البيع.

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

ومن هنا قال شيخنا الأعظم رحمته: «والحاصل: أن الوقف مادام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى 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 المبنى 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 المائل ووقفه أيضاً، بعد ما سبق من عدم وجوب موافقة غرض الواقف وعدم انضباط غرضه، وعدم جريان قاعدة الميسور. وعلى ذلك جرى سيدنا المصنف رحمته في نهج الفقه.

اللهم إلا أن يقال: مصرف الصدقة تارة: يؤخذ من الشارع الأقدس، كما في الزكاة والكفارات. وأخرى: من المتصدق نفسه، كما في مثل الوقف المبتني على الإنشاء والجعل، والتبرع المبتني على البذل.

والمتبع في تحديد الأول الدليل الشرعي، الذي يختلف باختلاف أنواع الصدقات. وفي تحديد الثاني سعة الأمر المنشأ، أو سعة إذن الباذل.

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 على المتيقن، لاحترام المال المانع من التصرف الخارجي فيه إلا بمسوغ، ولأصالة عدم ترتب الأثر على التصرف الاعتباري.

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

نعم لو خرب بعض الوقف جاز بيع ذلك البعض (١)، وصرف ثمنه في مصلحة المقدار العامر (٢)، أو في وقف آخر إذا كان موقوفاً على نهج

كما لا يبعد قضاء المرتكزات بأن المائل من جميع الجهات هو المقدم على 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 المائل في الجملة وغيره مما هو أصلح فلا يخلو الأمر عن إشكال، كما لو دار الأمر بين في 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 المائل، حيث لا يبعد ترجيح 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 بمقتضى البدلية بلا حاجة للوقف، بل يكون الوقف لغواً.

كما أنه لا ينحبس عليها، بل يجوز تبديله إذا كان أصلح بنظر الولي وإن كان باقياً على صلاحيته للانتفاع فيما عين له، لعدم موجب للحبس بعد فرض عدم وقفه، فهو صدقة تستغل في الجهة الخاصة مادام الولي يرى الصلاح في استغلالها فيها. (١) بالشروط المتقدمة.

(٢) لأنه في الحقيقة من أفراد الصرف في المائل 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 (١). وإذا خرب الوقف ولم يمكن الانتفاع به، وأمكن بيع بعضه وتعمير الباقي بثمنه، جاز بل وجب على الولي بيع بعضه، ولم يجوز بيع جميعه (٢).

(مسألة ١٢): لا يجوز بيع الأمة إذا كانت ذات ولد لسيدها (٣) ولو

(١) لعين ما سبق. ويجري فيه ما جرى في سابقه.

(٢) لعدم سقوطه عن الانتفاع به في الجهة الموقوف عليها، ليبطل تحبيسه، غاية الأمر تعذر الانتفاع ببعضه فيها، والبناء على الانحلال في ذلك قريب جداً بالنظر للمرتكزات العرفية، نظير الانحلال في تبعض الصفقة في جميع العقود والإيقاعات. ولولا ذلك للزم بطلان الوقف بتماهيه لو خرب بعضه وتعذر الانتفاع به في الجهة الموقوف عليها، ولا يظن بأحد البناء على ذلك.

غاية الأمر أن تبعض الصفقة فيها في البعض المعين، وفيما نحن فيه قد يكون في بعض غير معين، وهو غير فارق عرفاً. فلاحظ.

(٣) 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 سوى ذلك من الدين؟ قال: لا»^(١) وغيره. نعم في صحيح زرارة: «سألته عن أم الولد. قال: أمة تباع وتوهب وتورث. وحدّها حدّ الأمة»^(٢). وفي الجواهر أنه من الشواذ التي يجب طرحها. وربما يحمل على ما إذا مات ولدها، كما عن الشيخ وغيره.

وأما حمله على بيعها في ثمن رقبته فهو لا يناسب ما تضمنه من الهبة والميراث. ولا سيما مع تأكيد ذلك بأن حدّها حدّ الأمة.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٢ من أبواب الاستيلاء حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب بيع الحيوان حديث: ٣.

كان حملاً غير مولود (١).

ومثله في ذلك حملة على أنه قد يعرض لأم الولد ما يسوغ بيعها وهبتها أو يصيرها موروثه. 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 على ما رواه الصدوق قال: «في رجل زوج أم ولد له عبداً، ثم مات السيد. قال: لا خيار لها على العبد، هي مملوكة للورثة»^(١). بل الحال فيه أشكل. لمنافاته لما تضمن انعقاد الأم إذا ملكها ابنها حتى في غير أم الولد.

نعم رواه الشيخ هكذا: «في رجل زوج عبداً له من أم ولد له ولا ولد لها من السيد...»^(٢). فيخرج عن محل الكلام، لأن المراد به من مات ولدها.

(١) 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»^(٣).

ومنه يظهر توقف ترتب أحكام أم الولد على 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 علق 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.

(١) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ٨٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥ من أبواب الاستيلاء حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٤ من أبواب الاستيلاء حديث: ١.

وكذا لا يجوز نقلها بسائر النواقل (١). وإذا مات ولدها جاز بيعها (٢).

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 على عدم ملك الإنسان لأحد عموديه^(١).

(١) كما صرح به غير واحد، وعن غير واحد إرساله إرسال المسلمات. وعن الإيضاح دعوى الإجماع عليه. بل ذكر شيخنا الأعظم رحمته 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 تشبها 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»^(٢) فإن إعتاق الولد لها لا يكون إلا للمفروغية عن بقائها على ملك أبيه إلى يموت.

(٢) بلا خلاف أجده فيه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه. كذا في الجواهر وقال شيخنا الأعظم رحمته: «اتفاقاً فتوى 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 شاؤوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها. وإن كان لها ولد قومت من نصيبه»^(٣) ومعتبر أبي غنم السراج: «قال أبو عبد الله عليه السلام لإسماعيل وحقية والحارث النضري: اطلبوا لي جارية... فدلوا لنا على جارية رجل من السرايين قد ولدت له ابناً

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٧، ٨، ٩ من أبواب كتاب العتق.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦ من أبواب الاستيلاء حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥ من أبواب الاستيلاء حديث: ٢.

ومات ولدها، فأخبروه بخبرها، فأمرهم فاشتروها...»^(١).

نعم في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «في جارية لرجل كان يأتيتها، فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثة أشهر. قال: هي أم ولد»^(٢). وإذا كان السقط لا يخرجها عن كونها أم ولد فموت ولدها أولى بذلك.

لكن من الظاهر أن أظهر أحكام أم الولد انعاقها 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 على سقطها بعد موت السيد، وجعله مع خبر أبي البخري الآتي دليلاً على انعاقها حينئذ.

إذ فيه أولاً: أنه لا شاهد على الحمل المذكور. وثانياً: أنه حيث لا إشكال في أن السقط لا يرث فكيف تعتق به؟!.

ومن هنا ذكر صاحب الجواهر وشيخنا الأعظم عليه السلام أن أثر الاكتفاء بالحمل في صدق أم الولد هو بطلان البيع الواقع حاله، لعدم الإشكال في صحة بيعها بعد الإسقاط. وربما يحمل الصحيح على ذلك.

لكنه مخالف لظاهره جداً، لقوة ظهوره في بيان حكمها بعد الإسقاط، لا في انكشاف حكمها الثابت قبله.

ومن ثم لا يبعد جريه على 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»^(٣)، سواء حمل على عتقها فعلاً، كما هو المعنى الحقيقي، أم على أنها تشبث بالحرية، بمعنى أنه يقطع عليها بأنها سوف تعتق بموت سيدها. وكيف كان فلا بد من الإعراض عن الحديثين، لمخالفتها لما عليه الطائفة وللنصوص المعول عليها عندهم، ومنها ما تقدم.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥ من أبواب الاستيلاء حديث: ١.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٣ من أبواب الاستيلاء حديث: ١، ٢.

كما يجوز بيعها في ثمن رقبته مع إعسار المولى (١). وفي هذه المسألة فروع كثيرة لم نتعرض لها لقلّة الابتلاء.

(مسألة ١٣): لا يجوز بيع الأرض الخراجية، وهي الأرض المفتوحة عنوة العامرة حين الفتح، فإنها ملك للمسلمين من وجد ومن يوجد (٢)،

(١) كما هو مقتضى إطلاق جماعة، ونسب للأكثر. لموثق عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام: «سألت عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته»^(١) ولا يبعد ظهوره في صورة إعسار المولى، لأن خصوصية الدين تناسب ذلك.

هذا وقد تردد الفاضلان قدس سرهما في إطلاقه أو تقييده بصورة موت المولى، بل قوى تقييده بصورة موته غير واحد من متأخري المتأخرين.

لصحيح عمر بن يزيد المتقدم. وفيه: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك قال: سل. قلت: لمّ 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 يؤدى عنه أخذ ولدها منها، فبيعت وأدى ثمنها. قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا»^(٢).

لظهور قوله عليه السلام: «ولم يدع من المال ما يؤدى عنه» في موت المولى. كما أنه صريح في الحصر، وهو من سنخ الميين للإطلاق. ومن ثم يتعين قصر الإطلاق عليه. ولنتكف بهذا المقدار في المسألة، لخروجها عن مورد الابتلاء في عصورنا.

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب، المدعى عليه الإجماع في كلام غير واحد. والنصوص به مستفيضة. كصحيح الحلبي: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد منزله؟ 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

على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها...»^(١)، ومعتبر أبي بردة بن رجا: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف ترى 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 اشتري حقه منها، ويحول حق المسلمين عليه. لعله يكون أقوى عليها، وأملاً بخراجهم منه»^(٢)، وغيرهما.

لكن في صحيح حريز عنه عليه السلام: «قال: رفع إلى 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»^(٣). وقد يظهر في إقراره عليه السلام للشراء ولا بد من حمله وحمل غيره مما قد يظهر في ذلك على شراء حق الاختصاص والاستغلال، مع بقاء العين على 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 على أن يؤدي خراجها لهم.

ولا ينافي ذلك جواز بيع ولي المسلمين لها، بل حتى هبته لها وإقطاعها لبعض الناس مجاناً، كما يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم رحمته الله المقر غية عنه. لعموم ولايته، وقابليتها للنقل ذاتاً، كسائر أملاك المسلمين.

وقد يجري على ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام والساباطي وزرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنهم سألوهما عن شراء أرض الدهاقين من أرض

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١١ باب: ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ١.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١١ باب: ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ٦.

الجزية. فقال: إنه إذا كان ذلك انتزعت منك، أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج. قال عمار: ثم أقبل علي، فقال: اشتريها، فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك»^(١) ومعتبر إبراهيم بن أبي زياد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية. فقال: اشتريها فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك»^(٢).

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 على الأرض وأربابها في الترخيص المذكور.

قال في محكي مرآة العقول تعقيباً على الصحيح المتقدم: «ثم جوز عليه السلام له شراؤها 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 على ذلك أيضاً.

اللهم إلا أن يقال: لم يتضح كون المراد بالحديثين من أرض الجزية الأرض المفتوحة عنوة التي هي ملك المسلمين، بل لا يبعد كون المراد بها الأرض التي صالح أهلها على أن تكون جزيتهم من حاصل أرضهم، فإن الأرض المذكورة باقية على 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 احتاج للترخيص الشخصي المبتني على التعليل المذكور، وعلى إعمال الإمام عليه السلام لولايته عليها. فالعمدة ما ذكرناه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ٤.

ولا فرق بين أن تكون فيها آثار مملوكة للبائع من بناء أو شجر أو غيرها وأن لا تكون (١).

أولاً من عموم الولاية.

نعم استشكل في الجواهر في بيعها حتى لولي المسلمين. قال: «لاحتيال كون حكمها شرعاً بقاءها وصرف خراجها، كالوقف».

لكن لا شاهد للاحتيال المذكور. إذ النصوص لم تتضمن إلا أنها للمسلمين، والظاهر أن تعيينها لأخذ الخراج منها لأنه الوجه المتعارف لانتفاع عموم المسلمين منها، لا لحبسها شرعاً على ذلك. كيف ولا إشكال - بملاحظة السيرة - في اتخاذ المساجد فيها، والظاهر أنها على حد سائر المساجد تبني على 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 على نقلها ببيع وغيره إذا كان صلاحاً لهم.

وبذلك يظهر نفوذ بيع وإقطاع ولاية الجور للأرض المذكورة في حق المؤمنين. لما دل على جواز تعاملهم معهم، والترخيص لهم في أخذ جوائزهم، ونحو ذلك، والظاهر شيوع إقطاع ولاية الجور للأرضيين في عهود الأئمة (صلوات الله عليهم)، فلو لم يكن نافذاً في حق المؤمنين لكان المناسب استثنائه.

(١) كما هو مقتضى إطلاق جماعة وصريح آخرين. لإطلاق النصوص السابقة. لكن في بيع التذكرة وفي الميعتين والمسالك جواز بيعها تبعاً للآثار. وحكي عن غير واحد، على إشكال في النسبة، لصراحة كلام بعضهم في بيع نفس الآثار. 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 ابتنى على 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 باتباعه، بحيث يصح بيعها معه. غاية أنه يملك أثر التصرف بنفسه، فله قلعه عند خروجه من الأرض، وله بيعه ممن يخلفه فيها.

وإن ابتنى على استحقاقه إبقاء أثر التصرف مادام قائماً، بحيث لا يجوز للولي قلعه عند خروجه منها، فهو وإن اقتضى 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 الموقفة، إذ مبنى الملكية ارتكازاً على البقاء ما لم يحدث الرفع لها، ولو مثل فسخ العقد الناقل.

وحينئذ إن كان مرادهم بيع الحق المذكور تبعاً لأثار التصرف فهو متين جداً، إلا أنه لا يصح استثناءه من عموم منع بيع الأرض. وإن كان مرادهم بيع نفس الأرض التي تقوم عليها آثار التصرف. فهي غير مملوكة له ليصح منه بيعها.

ودعوى: أن ذلك مقتضى 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.

على أن المتيقن من السيرة إنما هو بيع أثر التصرف، ولا يعلم منها بيع رقبة الأرض تبعاً له إلا بناء على 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 على بيع حق الاختصاص بالأرض واستغلالها، لا بيع

بل الظاهر عدم جواز التصرف فيها (١)

عينها ورقبتها، كما سبق.

(١) قال في المبسوط: «ولا يصح بيع شيء من هذه الأرضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تمليكها ولا وقفه ولا رهنه ولا إجارته ولا إرثه. ولا يصح أن يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات، ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك. ومتى فعل شيء من ذلك كان التصرف باطلاً، وهو باق على الأصل».

والوجه فيه ظاهر بعد ما سبق من كون الأرض المذكورة للمسلمين على 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، على ما يأتي الكلام فيه.

نعم قد يدعى أن النصوص المتقدم بعضها، المتضمنة جواز شراء أرض الخراج على أن يقوم المشتري مقام البائع 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، حتى بالتضييق عليهم بتحصيلهم من الخراج أكثر من طاقتهم، كما يظهر من النصوص.

ومنها موثق لإسماعيل بن الفضل الهاشمي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى [أكثر] أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون. وإننا 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...»^(١).

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١٠.

وعلى ذلك يكون المراد بشراء أرض الخراج في النصوص المتقدمة هو شراء حق الأولوية المذكور الثابت لهم، نظير شراء حق السرقفلية للمستأجر المتعارف في عصورنا.

أما استحقاق المباشرة بعمارة الأرض واستغلالها فلا بد أن يبتني على إذن السلطان في عصر صدور تلك النصوص، إما لابتناء تعامله مع أهل الأرض الأولين على أن لهم بيعها بالوجه المذكور على 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».

وعلى 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 إلى إذن. ولم يتضح وجهه.

غاية الأمر أنه قد يبتني تقبيل الأرض من قبل من يتولى أمر المسلمين - بحق أو بجور - على الإذن ضمناً في التصرف الذي يقتضيه الارتباط بالأرض من أجل عمارتها وزراعتها لاستحصال الخراج منها، كمساكن العاملين فيها ومرافقهم من مخازن ومساجد وسقايات لهم وللعابرين 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 يتولى أمر المسلمين، فلو منع من التصرف المذكور أو من بعض أقسامه تعين عدم جوازه، بل يكون تعدياً لا يترتب عليه حق الإبقاء في الأرض، على 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 على 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، فاللزام الاقتصار على التيقن 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 مقتضى النصوص المتقدمة المتضمنة جواز شراء أرض الخراج على أن يقوم المشتري مقام البائع في أداء خراجها، لما هو المعلوم من أن أداء خراجها إنها كان في تلك العصور لولاية الجور، وكانوا هم المتولون لإدارة شؤونها.

ودعوى: أنه يعلم بعدم الأثر لإذن الجائر، لأن عدوانه لا يناسب اهتمام الشارع الأقدس به وبإذنه. ممنوعة، لإمكان اهتمام الشارع الأقدس بضبط أمر أرض الخراج، وتنظيم التصرف فيها دفعاً للتشاح والخلاف وما يترتب عليهما من مفسد في المجتمع قد تسود حتى على الأرض وعلى غلتها، ومع تعذر تنظيمهما بالوجه الأكمل بإيكالها لنظر الإمام العادل يكتفى بتنظيمهما من طريق سلطان الجور، لأنه خير من الانفراط المطلق. ولعله لذا جاز التعامل في الخراج مع السلطان.

ومثل ذلك ما قد يدعى من أن مقتضى السيرة جواز التصرف فيها لكل أحد،

إلا بإذن الحاكم الشرعي (١)، إلا أن تكون تحت سلطة السلطان المدعي للخلافة العامة، فيكفي الاستئذان منه (٢). بل في كفاية الاستئذان من الحاكم الشرعي حينئذ إشكال (٣). 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 تبنتني على ما سبق منا من نفوذ إقطاع السلطان الجائر، ومن العامة على ذلك وعلى عدم مراعاة الحكم الشرعي جهلاً به أو تسامحاً. ولا سيما أن كثيراً منهم من ذوي القوة والنفوذ ومن يغمض بسببها 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.

(١) لأن احتمال ولايته كاف في وجوب الاستئذان منه بعد العلم بجواز التصرف في الجملة، للعلم بعدم رضا الشارع الأقدس بتعطيل الأرض عن الانتفاع. (٢) لما هو المعلوم ويستفاد من النصوص السابقة وغيرها من إمضاء التعامل معه شرعاً. وعليه كان العمل في عصور حضور الأئمة صلوات الله عليهم.

(٣) 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 على ملك المسلمين (١). أما الأرض الميتة زمان الفتح فهي ملك للإمام عليه السلام (٢). وإذا أحيها أحد ملكها بالإحياء (٣)،

الحاكم الشرعي.

بل لا ينبغي التأمل في عدم البناء على الاكتفاء باستثذانه بدلاً عن السلطان في عصور الأئمة صلوات الله عليهم، مع أن أكثر الأدلة التي سبقت 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 باستثذانه بدلاً عن السلطان.

نعم لو فرض عدم بناء السلطان على 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 باستثذان الحاكم الشرعي. والظاهر خروجه عن مفروض كلام سيدنا المصنف عليه السلام.

(١) كما صرح به غير واحد، بل قد يظهر منهم عدم الخلاف فيه. والكلام في ذلك متفرع على الكلام في ملكية الإحياء، وفي عمومها للأرض المفتوحة عنوة، وبأبي الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

(٢) كما تقدم منا عند الكلام في الأنفال من خاتمة كتاب الخمس من هذا الشرح.

(٣) الظاهر عدم الإشكال فيه في الجملة، وأرسل في بعض كلماتهم إرسال

المسلمات، وأدعي عليه في كلمات بعضهم الإجماع.

ويقتضيه جملة من النصوص، كصحیح زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير

وفضيل وبكير وحران وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام:

«قالا: قال رسول الله ﷺ: من أحى أرضاً مواتاً فهي له»^(١)، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل وأنا حاضر عن رجل أحى أرضاً مواتاً، فكرى فيها نهراً، وبنى 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»^(٢) وغيرهما، مما يأتي بعضه إن شاء الله تعالى. وعلى 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 أحياها أحد من المسلمين كان أولى 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 أحى أرضاً مستدلاً عليه بصحيح الكاظمي 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 إلى الإمام ما يلزمه عليها». وكلامه بدوياً 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. وأخرى: يكون بإحداث شيء فيها. قال: «وذلك مثل الموات من الأرض، وقد ذكرنا أنه يملك بالإحياء بإذن السلطان التصرف فيها، وهو أولى من غيره. وإذا تحجر صار أحق به من غيره». وجرى على ذلك في المذهب والغنية والسرائر.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٨.

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: «لا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى 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 على الإذن في الإحياء المبني على التملك رجعت إلى الإقطاع الذي سبق من المبسوط حصول التملك به، وإن ابتنت على 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 تتبع 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.

إذا 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 على عمران الأرض وعدم تعطيلها، ولا

يتوقف على ملك المحيي لها كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب، وصريح الشرايع وغيره في خصوص عصر الغيبة، بخلاف الإذن الخاص، حيث قد يستفاد منه الإحياء المبتني على التملك، الذي سبق رجوع الإذن فيه للإقطاع.

كما أن اعتبار الإذن الخاص في الإحياء لا يناسب إطلاق النصوص المتقدمة دليلاً على ملكية الإحياء. بل يكاد يقطع بعدم اعتباره حتى 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 لابتلائهم.

وإن كان مرادهم من الإذن المعتبر في جواز الإحياء ما يعم الإذن العام المستفاد من النصوص السابقة، فبعد إطلاق النصوص المذكورة، وظهورها في ملكية الإحياء، لا يظهر الوجه لما سبق من المبسوط من عدم ملكية الإحياء، ولما سبق من الشرايع وغيره من الفرق بين عصر الحضور والغيبة.

كما أنه لا فائدة في بيان اشتراط الإذن بعد أن كان حاصلًا بمقتضى 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 ملكية الإحياء، إلا أن نصوصاً آخر 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: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾. أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلها لنا. فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى 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 إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها، كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها. إلا ما كان

في أيدي شيعتنا، فإنه يقطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم^(١).
 وصحيح مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام وكان قد حمل إليه مالاً من الخمس، فردّه عليه. وفيه: «إني قلت له حين حملت إليه المال: إني كنت قد وليت البحرين الغوص، فأصببت أربعمائة ألف درهم، وقد جئت بك بخمسة 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 طيناه لك وأحللناك منه، فضم إليك مالك. وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون حتى يقوم قائمنا، فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم. وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، فيأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم صَغْرَةً^(٢). ونحوهما غيرهما. وقد عقد في الكافي باباً لذلك^(٣).

ومن الظاهر منافاتها بدو النصوص الإحياء المتقدم بعضها، ولغيرها مما تضمن ملكية الناس بأسباب التملك المختلفة. بل حتى مثل الأوقاف ونصوص الأرض المفتوحة عنوة وغيرها.

وقد يجمع بين الطائفتين تارة: بحمل الطائفة الثانية على نحو خاص من الملكية لا ينافي في ثبوت الملكية بالمعنى المعروف لغيرهم عليه السلام، عملاً بظاهر الطائفة الأولى. ومرجعها إلى ولايتهم عليه السلام وأحقّيتهم بالتصرف، بحيث لا يحلّ تصرف الناس في أملاكهم إلا بمولاتهم عليه السلام، أو تحليلهم منه.

وأخرى: بإبقاء الطائفة الثانية على ظاهرها في الملكية بالمعنى المعروف، وحمل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

(٢) الكافي ج ١ ص ٤٠٨، واللفظ له. وسائل الشيعة ج: ٦ باب: ٤ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ١٢.

(٣) الكافي ج: ١ ص: ٤٠٧-٤١٠.

الطائفة الأولى على أولوية التصرف، ومضيه حقيقة في حق الشيعة، وحكماً - من أجل تمشية الأمور بسبب الهدنة - في حق غيرهم، بمعنى أن على 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 تنزيلها على الأول، بلحاظ ما تضمنه من الآثار المناسبة للكيثمة عليه 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 على غيرهم، لعدم تحقق شرط الحل وهو الولاية أو أداء الخراج.

ولاسيما أن بعض نصوص الإحياء قد اقتصر فيه على أن محمي 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»^(١). وفي صحيحه الآخر: «فهم أحق بها، وهي لهم»^(٢). حيث يسهل بلحاظه تنزيل الحكم في بقية النصوص بأنها له على أنه أحق بها.

وأظهر من ذلك قوله عليه السلام في صحيح عمر بن يزيد الآتي: «من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤديه إلى الإمام في حال الهدنة. فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٣). لظهور أن دفع الطسق وأخذها منه عند ظهور القائم عليه السلام يناسب بقاءها على ملك الإمام، وأن المراد من كونها له أنه أحق بها.

ولعل غرابة مضمون هذه النصوص، وثقله وصعوبة تحمله، ومنافاته بدواً للنصوص الأخرى وغيرها مما يتضمن ملكية الناس بأسبابها المعروفة، ومخالفة ذلك

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣، ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٦ باب: ٤ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ١٣.

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 على 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 عليه السلام من مخالفة صحيح الكابلي وعمر بن يزيد المتقدمين لظاهر النص والفتوى 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 عليه السلام 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 روى في الكافي في ذيل الباب المذكور أن ابن أبي عمير كان يرى أن الدنيا للإمام على جهة الملك، وأنه غضب على 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 تعالى به له من الفيء والخمس والمغنم. ومن الظاهر أن ابن أبي عمير من أعيان الطائفة وفقهائها وربما يكون معه غيره على ذلك.

نعم قد يستشكل في هذه النصوص بوجهين:

الأول: أن النصوص لا تناسب نصوص الأرض المفتوحة عنوة حيث تضمنت أنها للمسلمين وخراجها لهم لا للإمام، ولا نصوص الأنفال، كالأرض الخربة والتي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ويطون 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 على 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 على الإباحة الأصلية، والقرى التي انجلى أهلها أو الخربة باقية على ملك أهلها، والتي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب للمسلمين، كسائر الغنائم.

ثانياً: بأن مضمون هذه النصوص ثقیل جداً، ولا يسهل تقبله على عامة الشيعة، كما لا يحسن ظهوره لغيرهم. ولعل المصلحة كانت في التدرج في بيان حقهم ﷺ في الأرض، تبعاً للتدرج في إظهار رفيع مقامهم، وإذعان النفوس به بعد تحقق الأرضية الصالحة بسبب تركز دعوة الشيع بأبعادها العقائدية.

الثاني: أن صحيح الكابلي قد أطلق فيه دفع الخراج إلى الإمام ﷺ في حال الهدنة، مع عدم عمل الشيعة على ذلك في عصر الغيبة، ولا نقل عنهم في عصر الحضور، وإلا لظهر في النصوص.

لكن لا يخفى أن ما سبق من المبسوط وغيره يناسب العمل على مضمون الصحيح. مع أنه يمكن البناء على 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 إلى ظهور نصوص الإحياء المتقدمة في عدم وجوب دفع الطسق. بل هو كالصريح من صحيح عبد الله بن سنان، فإن الاقتصار فيه على التنبيه لوجوب الزكاة الذي هو ضروري مستغن عن التنبيه يجعله كالصريح في عدم وجوب شيء غيرها، كالطسق.

مسليماً كان المحيي أو كافرأ(١) وليس عليه دفع العوض.

(١) 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 يأذن 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 ابتنى على الإذن بالإحياء المبتني على التملك رجع للإقطاع، وتعين حصول الملك بالإحياء للمسلم والكافر، للقطع بنفوذ ما يأذن به الإمام. وإن ابتنى على الإذن بالإحياء المجرد تعين عدم حصول الملك بالإحياء لا للمسلم ولا للكافر. وإن أرادوا به الإذن العام المستفاد من النصوص السابقة فهي ظاهرة بدوياً في مملكية الإحياء، إلا أن يخرج عنها بنصوص ملك الإمام لجميع الأرض، فتحمل على أولوية المحيي، على ما سبق الكلام فيه.

وكيف كان فمقتضى إطلاقها العموم للكافر، ولا وجه لحمله على خصوص المسلم. بل بعضها صريح أو كالصريح في عموم الحكم للكافر، كصحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض اليهود والنصارى. فقال: ليس به بأس. قد ظهر رسول الله (صلى الله عليه وآله) على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها. فلا أرى بأساً لو أنك اشتريت منها شيئاً. وأيا قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق بها وهي لهم»^(١)، 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...»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ٧١ من أبواب جهاد العدو حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب إحياء الموات حديث: ١.

وإذا تركها حتى ماتت فهي على ملكه (١).

(١) إذ بناء على مملكية الإحياء يكون مقتضى الاستصحاب عدم خروجها عن ملكه بالخراب. بل لا يبعد بناء العقلاء والمشرعة مع قطع النظر عن الاستصحاب على أن المضامين الاعتبارية - كالملكية والزوجية والطهارة والنجاسة إذا جعلت بنحو الإطلاق ولم تجعل بنحو التوقيت - يبنى على بقائها ما لم يثبت حصول الرافع لها وذلك أصل عقلائي مطابق للاستصحاب، ولا يتوقف على القول بجريانه.

على أنه قد يدعى أن ذلك مقتضى إطلاق دليل مملكية الإحياء، لأن مقتضى إطلاق مثل قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح المتقدم: «ومن أحيى أرضاً مواتاً فهي له» أنها له سواء بقيت بحياة أم ماتت. نعم لو كان التعبير هكذا: «من أحيى أرضاً مواتاً ملكها» كان ناظراً للحدوث من دون نظر للبقاء، للفرق بين الفعل والجملة الاسمية، في تمحض الفعل للحدوث، وابتناء الجملة الاسمية على الثبوت.

إلا أنه لا يخلو عن إشكال، لأن الثبوت المستفاد من الجملة الاسمية ليس هو البقاء زائداً على الحدوث، بل مفاد اسم المصدر في مقابل الفعل الذي يدل على الحدوث بالمعنى المصدرى، مع اشتراكها 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 ركاب... وكل أرض خربة وبطون الأودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء»^(١)، ونحوه موثق سماعاً^(٢) وصحاح محمد بن مسلم^(٣) وغيرها.

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ٦ باب: ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ٨، ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٦ باب: ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ٢٢، ١٢، ١٠.

ومقتضاها أن الأرض المحيية لو كانت ملكاً لمحييها فهي تخرج بالخراب عن ملكه، وترجع إلى ملك الإمام عليه السلام. وبذلك يخرج عن الاستصحاب والأصل المتقدمين. ومثلها في ذلك قوله عليه السلام في مرفوع أحمد بن محمد: «الموات كلها هي له»^(١) 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...»^(٢) 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 مقتضى الاستصحاب والأصل العقلاني بقاء الأرض المحيية بعد موتها على ملك المحيي، يتعين البناء على 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 على المفهوم.

ولاسيما بلحاظ صحيح إسحاق بن عمار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الأنفال، فقال: هي القرى التي خربت وانجلى أهلها...»^(٣). 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 وكرى أنهارها وبنى 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 إلى الإمام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٤) فإنه لم يفرض فيه موت أهلها ولا

(١)، (٢)، (٣) وسائل الشريعة ج: ٦ باب: ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ١٧، ٤، ٢٠.

(٤) وسائل الشريعة ج: ٦ باب: ٤ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث: ١٣.

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 على ملك أصحابها لكان المناسب التعرض لوجه التصرف فيها، ولم يكن وجه لدفع طسقتها للإمام.

غاية الأمر أنه لابد من حمل بيان دفع الطسقى للإمام على مجرد استحقاقه له، وإن لم يجب دفعه له فعلاً من أجل تحليلهم عليهم السلام حقهم لشيعتهم. أو حمل المؤمنين فيه على 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 ومسمع من أنه لا يأخذها من الشيعة، بل من غيرهم.

هذا ويظهر من غير واحد توقف صيرورتها من الأنفال ملكاً للإمام على عدم وجود مالك معروف لها. ولم يتضح الوجه فيه، فإن رسالة حماد تضمنت هلاك أهل الخبرة، وبقية النصوص تضمنت تركهم لها وانجلاء هم 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 على خروج الأرض عن ملك المحيي وصيرورتها من الأنفال إذا ترك عمارتها حتى خربت. نعم ذلك لا يناسب صحيحي سليمان بن خالد والحلي الآتين، ويأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

هذا وأما بناء على ما سبق منا ومن جماعة من عدم ملكية المحيي للأرض، وإنما يكون له الأولوية بها، فيكون مرجع النصوص المذكورة إلى اشتراط أولويته بها 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 ملكية الإحياء. فلاحظ.

فإذا ترك زرعها جاز لغيره زرعها بلا إذن منه (١) ويعطيه خراجها (٢)

(١) كلمات الأصحاب في المقام في غاية الاضطراب والاختلاف، كما يظهر بمراجعة كتاب الجهاد وإحياء الموات من المسالك والجواهر وغيرهما. ولا يسعنا التعرض لها. فالأولى النظر في الأدلة.

ومن الظاهر أنها تقتضي جواز عمران الأرض للثاني بناء على 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 على ملكه لها بالإحياء، إلا أنها تخرج بتركه لعمارتها وخراجها عن ملكه وتصير من الأنفال.

أما بناء على 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 بائرة، فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقة. فإن كانت لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمرها»^(١). ولعل المراد بالصدقة فيه الزكاة، نظير ما تقدم في صحيح عبد الله بن سنان. وقد يستفاد جواز إحياء الغير لها من بعض النصوص الآخر التي يأتي الكلام فيها.

(٢) كما صرح به غير واحد، ونسبه في المسالك للأكثر. وقد يوجه بأن ذلك مقتضى القاعدة، لما هو المعلوم من ضمان المنافع المستوفاة لملك العين ذات المنفعة، وهي الأرض في المقام. لكنه مع ابتناؤه على بقاء الأرض على ملك المحيي الأول، الذي عرفت ويأتي الكلام فيه مختص بما إذا لم يكن الاستيفاء مأذوناً فيه شراعاً، والمفروض في المقام جواز الإحياء للثاني. ولولا ذلك لكان مقتضى القاعدة إرجاع الأرض نفسها.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

هذا وقد استدلل غير واحد لوجوب دفع خراجها للأول. بصحيح سليمان بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها ويمجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها. قال: فليؤد إليه حقه»^(١).

بحمل حقه فيها على 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 على الأرض لكان المناسب الإنكار على الثاني في إحيائها. وقريب منه في ذلك ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى بسنده عن الحلبي^(٢).

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 بها 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 على 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 مقتضى عموم قاعدة السلطنة عدم إجباره على 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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

جوابه: «فليرد إليه حقه»^(١). وهو كالصريح في إرجاع الأرض بنفسها، لأنها هي المأخوذة. ومرجع ذلك إلى كون التصرف عدواناً محرماً.

ولو كانا عن راو واحد لكانا حديثاً واحداً مضطرباً قد يمكن إرجاعه لمضمون واحد، وحمل الاختلاف فيه على أنه بسبب النقل بالمعنى. إلا أن اختلاف الراويين ملزم بالبناء على أنها حديثان مختلفا المضمون.

نعم قد يتجه الجمع بينهما بحمل صحيح سليمان على 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 حتى لو فرض استحكام التعارض بينهما وتساقطهما، فبناء على ملكية المحيي الأول للأرض يكون مقتضى القاعدة أن له استرجاعها، كما تضمنه صحيح الحلبي، وبناء على عدم ملكيته لها يكون مقتضى القاعدة عدم استحقاقه الطسق على الثاني.

على أن الصحيحين منافيان للنصوص السابقة، خصوصاً صحيح الكابلي ومعاوية بن وهب، لصراحتها 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 يكون شاهد جمع بين إطلاق صحيحي معاوية بن وهب وعمر بن يزيد وإطلاق صحيحي سليمان والحلبي، فيحمل الثاني على ما كان الأول قد ملك الأرض بغير الإحياء من شراء أو إرث أو نحوهما والأول على ما إذا ملكها بالإحياء.

لكن فيه أولاً: أن الظاهر إلغاء خصوصية الإحياء عرفاً في صحيح الكابلي بعد

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ باب المزاورة حديث: ٣٤.

تفريع الحكم فيه على ملكيتهم عليه السلام للأرض، وظهوره في أن الإحياء إنما يقتضي أولوية المحيي بالأرض من دون أن يملكها، ولذا يجب عليه الطسق للإمام عليه السلام، إذ انتقلها منه بالبيع أو الميراث أو غيرهما 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 على خصوص ما إذا كان صاحب الأرض الأول قد أحيّاها بنفسه صعب جداً، لاحتياجه لعناية خاصة مغفول عنها. وأصعب منه حمل صحيح عمر بن يزيد على ذلك، لأن فرض ترك أهل الأرض لها وإن لم يستلزم الجهل بهم، إلا أنه كثيراً ما يكونون كذلك فإغفال القيد فيه أصعب.

هذا مضافاً إلى أن غالب أفراد الملك بغير الإحياء يتفرع على 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 وبقاءاً بالإحياء، كما هو المفروض، وأكد 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 رحمهم الله من حمل صحيحي سليمان والحلي على ما إذا لم يكن الأول قد ترك الأرض وأخربها، وإنما خربت قهراً عليه، كما لو حبسه ظالم، أو منعه من عمرائها، أو انقطع عنها الماء أو نحو ذلك، مع بقاء علقته بها،

واهتمامه بعمرانها، لقصور صحيحي عمر بن يزيد والكابلي 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 مركّزات المتشعبة. إلا أن تطول المدة بحيث يلزم تعطيل الأرض. فلاحظ.

ولو فرض استحكام التعارض بين الطائفتين، فإن تم ما سبق من عدم ملكية الإحياء فالأصل يقتضي عدم وجوب إرجاع الأرض ولا دفع الطسق للأول. وكذا إذا قلنا بمملكية الإحياء وصيرورتها بالموت من الأنفال، على ما سبق الكلام فيه.

وإن لم يثبت ذلك، فمقتضى الاستصحاب ملكية الأول للأرض. وعليه يحرم على 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 يدعى حكومة عمومات الإحياء على استصحاب ملكية الأول للأرض، وقضائها بملكية الثاني، لأن العمومات المذكورة كما تنطبق على إحياء الأول تنطبق على إحياء الثاني، ولا تعارض بين التطبيقين بعد ما سبق من دلالة نصوص الإحياء على سببية الإحياء لحدوث الملكية من دون نظر لبقائها. وحينئذ يكون مقتضى تطبيقها على إحياء الثاني انتقال الأرض به من الأول للثاني.

للهم إلا أن يدعى 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 على إعمال النبي والأئمة (صلوات الله عليهم) سلطتهم في أملاكهم وهي الأنفال، لقصور الأنفال

عن ملك الغير قطعاً.

وعلى ذلك يكون استصحاب ملكية المحيي الأول وارداً على 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 حتى خربت. وقد سبق من سيدنا المصنف رحمته وغيره عدم تملك غيرها لها بالإحياء. وهو المتعين بناء على 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، على ما يأتي الكلام فيه. أما بناء على 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 مقتضى الاستصحاب بقاؤها على ذلك بعد خرابها.

نعم لو تم عموم أن الأرض الميتة للإمام، جرى عليها حكم الأنفال من جواز إحيائها للشيعفة فيملكها المحيي أو يكون أولى بها على الكلام السابق من دون ملزم بدفع الطسق للمسلمين ولا للإمام.

أما إذا اختص العموم المذكور بالأرض التي لا رب لها، أو التي انجلى أهلها، أو تركوها، فلا مخرج عن الاستصحاب. وحينئذ لا يجوز إحيائها ولا تملك بالإحياء بناء على ما سبق من قصور عموم مملكة الإحياء عن الأرض المملوكة.

بل ذكر سيدنا المصنف رحمته أن صحيح سليمان والحلي بعد حملها على الأرض المملوكة بغير الإحياء ينهضان بالمنع عن ملكيتها بالإحياء، لأن سبب ملك المسلمين

وإذا أحياءها السلطان المدعي للخلافة على أن تكون للمسلمين لحقها حكم الأرض الخراجية (١).

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 بها 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 وإخراجهم 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 إلى إذن سلطان الجور، أو الحاكم الشرعي أو غيرهما أما لو لم يتم، وقلنا ببقائها على 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.

(١) 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 حتى 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 رحمه الله - فالوجه المذكور يقصر

(مسألة ١٤): في تعيين أرض الخراج إشكال. وقد ذكر العلماء والمؤرخون مواضع كثيرة منها. وإذا شك في أرض أنها ميتة أو عامرة حين الفتح يعمل على أنها ميتة (١)، فيجوز إحيائها وتملكها إن كانت حية (٢)، كما يجوز بيعها وغيره من التصرفات الموقوفة على الملك.

هذه الأرض، كما هو ظاهر.

(١) لاستصحاب عدم كونها عامرة إلى حين الفتح، لظهور أن العمران أمر حادث على الأرض.

(٢) إن كان مراده ^{ثبوت} تملكها ممن هي بيده بشراء أو غيره فلا إشكال فيه. لحيية اليد. وإن كان مراده تملكها بالحياسة 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 ^{للأنفال} ^{للشيعية}.

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 ^{للأنفال} ^{للشيعية} له، بل له مصارفة الخاصة، على ما ذكرناه في حكم الأنفال في ذيل كتاب الخمس من هذا الشرح.

أما لو لم يحرز كونها من الأنفال، بل أحرز كونها للمالك مجهول فلا مجال لتملكها، بل يتعين جريان حكم مجهول المالك عليها. إلا أن يكون قد تركها حتى 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 لتبقى لهم، تعين استصحاب عدم فتحها عنوة، فلا

(مسألة ١٥): يشترط في كل من العوضين أن يكون مقدوراً على تسليمه (١)، 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 احتمل حياتها بنفسها من دون محي لها جرى عليها حكم الأنفال، لاستصحاب عدم إحياء أحد لها.

وإن علم بإحيائها من قبل شخص بحيث يحرز ولو بالاستصحاب وجود مالك لها، جرى عليها حكم مجهول المالك. وإن لم يحرز للعلم بموت مالكةا واحتمل عدم الوارث له جرى عليها حكم ميراث من لا وارث له، نظير ما سبق. وإن لم تكن حين الابتلاء بها عامرة جاز إحياءها، كما يظهر مما سبق.

بقي شيء: وهو أنه لو علم كون الأرض خراجية، لفتحها عنوة وهي عامرة. فلها صورتان:

الأولى: 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 على كونها ملكاً للمسلمين.

الثانية: أن تكون حين الابتلاء بها ميتة. وحيث إن علم بسبق يد عليها مبنية على التملك، واحتمل صدقها جرى عليها ما سبق في الأرض المملوكة للغير إذا تركها حتى ماتت. وإن لم يعلم بسبق يد بهذا النحو عليها جرى فيها الكلام السابق في جواز تملك أرض الخراج الميتة بإحيائها.

(١) بلا خلاف، كما في الغنية وإجماعاً، كما في التذكرة وتعليق الإرشاد وعن محكي كنز الفوائد وحواشي التحرير. وفي المبسوط الإجماع على عدم جواز بيع السمك

في الماء والطير في الهواء.

وفي الخلاف الإجماع على عدم جواز بيع ما في الماء وحده. والحكم في الجملة مما لا إشكال فيه عندهم، وإن اختلفوا في بعض فروعه.
وكيف كان فقد استدل عليه بوجوه:

الأول ولعله عمدتها: حديث النهي عن بيع الغرر بناء على حمل الغرر فيه على الخطر، بلحاظ أن ما لا يقدر على تسليمه يتعرض المشتري للخطر المالي بشرائه.
وقد تقدم في المسألة الثانية من هذا الفصل أن الحديث المذكور لو تم سنده فلا شاهد على حمل الغرر فيه على الخطر، بل يمكن حمله على التغرير والخديعة، فيناسب النهي عن الغش.

مضافاً إلى أنه لا مجال للبناء على عموم النهي عن البيع الخطري، فلو تم حمل الغرر في المقام على 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، كالسمك في الماء والطير في الهواء. وهو لا ينهض بالحجة.

هذا وأما ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من أنه أخص من المدعى، لقصوره عما إذا كان المبيع مما يتعذر الوصول إليه عادة كالغريق في البحر بنحو لا يتيسر إخراجة لأن الخطر إنما يصدق مع احتمال السلامة ولو ضعيفاً.

فيندفع بأنه لو تمت دلالة الحديث على النهي عن البيع الخطري أمكن الاستفادة النهي منه عن البيع المذكور بالأولوية العرفية، كما أشار إليه في الجملة بعض مشايخنا رحمته.

ومعه لا حاجة للتشبث في بطلان بيعه بما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من لزوم

السفاهة بشرائه، وكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالباطل. بل هو لا يعد مالاً عرفاً. على أن الاستدلال بالوجوه المذكورة لا يخلو عن إشكال، لمنعها كبروياً أو صغروياً، كما يظهر مما ذكرناه غير مرة في هذا الشرح، لشيء منه في نظير المقام.

الثاني: ما ورد في روايات الخاصة والعامة من نهى النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده، كمعتبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن»^(١) ونحوه في ذلك خبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام^(٢).

فقد ذكر شيخنا الأعظم رحمته أنه لا يراد بكونه عنده حضوره عنده، للإجماع على جواز بيع السلف والغائب، ولا ملكيته له، وإلا كان المناسب أن يقول: ما ليس لك، ولا السلطنة عليه والقدرة على تسليمه، لمنافاته لتمسك الخاصة والعامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها منه وتسليمها للمشتري، مع تحقق القدرة في ذلك، ولا سيما مع وكالته على مالها في بيعها ولو من نفسه. وحينئذ يتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك، مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً.

وفيه: أن مفاد (عند) الحقيقي هو الحضور الخارجي. ومع تعذر الحمل عليه فالأقرب حمله على الملك، لشيوع استعماله فيه عرفاً وفي النصوص^(٣). ومجرد كون اللام أظهر في الملك لو تم لا يمنع من حمله عليه بعد كونه أقرب المجازات.

أما المعنى الذي ذكره رحمته فهو ليس عرفياً، فإن السلطنة التامة التي ذكرها مركبة من السلطنة الخارجية والشرعية ولا سنخية بينهما عرفاً، فضلاً عن أن يفهم من الكلام المذكور المعنى المركب منها.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب أحكام العقود حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١٢.

(٣) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب أحكام العقود وغيرها.

على أن السلطنة المذكورة متحققة في العين الشخصية المملوكة للغير إذا كان البائع قادراً على تسليمها خارجاً وشرعاً، بأن كان مأذوناً في شرائها ولو لنفسه، مع أنه تنتهز ذكر أن عدم جواز بيعه متيقن من النهي المذكور.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في لزوم حمله على الملك بعد تعذر حمله على الحضور الخارجي. غاية الأمر أن يخص بيع الأمر الشخصي، أما الكلي فهو خارج قطعاً. ولعله لأن السلطنة عليه شرعاً لا تتوقف على 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 حرمة حبس العين عن صاحبها ووجوب تمكينه منها، وإما لأن البيع يبتني على 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 ابتنى عقد البيع على 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 التكليف، 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 حتى لو انكشف العجز من أول الأمر. بل قد يجري ذلك في المبيع الشخصي، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى عند التعرض لما إذا اعتقد القدرة على 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 على 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 المدعى.

وثانياً: أن الغرض من البيع قد لا يكون فعلية الانتفاع بالعين، بل مجرد القدرة على الانتفاع بها شرعاً في فرض القدرة عليها خارجاً، كما هو الحال فيما لو أقدمنا على البيع مع احتمال عدم القدرة على التسليم أو العلم بذلك.

الخامس: أن بذل الثمن على 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 رحمته. مضافاً إلى 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 رحمته: 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، كالعتق.

لكنه مع غض النظر عما تكرر منا من عدم اعتبار المالية في العوضين لا يخرج عن كونه قناعة منه رحمته في تحديد المالية لا تخلو عندنا عن غرابة. كيف ولازمه أن مثل الحيوان الوحشي لا يكون مالاً إلا بصيده، كالماء على النهر الذي لا يكون مالاً إلا بتثليجه أو نحوه. مع وضوح أنه إنما يصاد ويهتم بتحصيله لكونه مالاً مورداً للتنافس بين العقلاء.

بل مقتضى ما ذكره أنه لو أمكن انتفاع غير المتبايعين بالشيء كان مالاً في حقه

دونها، فتختلف مالية المال باختلاف الأشخاص. ثم لماذا لا يكون مثل العتق منفعة معتداً بها مع أنه قد يبذل من أجلها ثمن العبد غير الآبق؟!.

هذا مع أن كلام الأصحاب في هذا الشرط يعم عدم قدرة البائع حين البيع على التسليم ولو مع رجاء القدرة عليها بعد ذلك، كما لو احتمل القدرة على الآبق أو الضال أو الضايغ بالفحص، فإن كان كلامه يعم ذلك فالأمر أعجب، وإلا كان قاصراً عن إثبات تمام المدعى.

ومثله ما ذكره بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} أن ما يتعذر الانتفاع به حتى لغير المتابعين إذا كان ميؤوساً من رجوعه - كالحيوان الوحشي إذا فر من صاحبه - يعد تالفاً عرفاً، فلا يجوز بيعه حتى بناء على 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. ويترب على 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 المدعى - غريب أيضاً. إذ فيه:

أولاً: أن لازمه كون الاستيلاء على 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 على صاحبه بحيث لا يرجع إليه ووجده شخص آخر لا يعرفه ولا يصل إليه، فهل هو موجود في حقها معاً، أو مفقود وتالف في حقها معاً، أو تالف في حق أحدهما موجود في حق الآخر، وهل التلف أمر إضافي؟!.

وثالثاً: أنه لا ريب في بقاء المال في ملك مالكه، 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.

على أنه يرد على ما ذكرناه 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، لفقدائها لمقوماته من المعاوضة أو المالية أو غيرهما.

هذا ما ذكرناه من وجوه الاستدلال في المقام، وقد ظهر عدم نهوضها باثبات المدعى.

والذي ينبغي أن يقال: البيع تارة: يتني على التسليم كما هو الغالب. وأخرى: لا يتني عليه، لإقدام المشتري على شراء ما لا يمكن تحصيله برجاء تحصيله أو بدونه، لانحصار غرضه في تملك المبيع، كما لو كان المبيع عبداً وأراد عتقه.

أما الأول فلا ينبغي الإشكال في لزوم القدرة على التسليم فيه، لما أشرنا إليه في الوجه الثالث من رجوعه إلى اشتراط التسليم ضمناً، ولا معنى لأن يجعل الإنسان على نفسه ما لا يقدر عليه.

لكن ذلك بنفسه لا يقتضي بطلان البيع مع عدم القدرة على التسليم، بل غايته ثبوت الخيار للمشتري، لتخلف الشرط المذكور، كما أشرنا إليه آنفاً.

نعم قد يستدل على 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»^(١). وفي صحيحه الآخر عنه عليه السلام:

«إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»^(١) 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 إلى بيان المورد الذي يناسب الشرط الذي يتني عليه العقد.

ولا أقل من كون ذلك مقتضى الجمع بين هذه النصوص وما يستفاد من جملة من النصوص من صحة بيع السلف لو عجز البايع عن تسليم المبيع في وقته^(٢)، وصحة بيع النسبة مع تعذر الثمن عند حلول الأجل ونحو ذلك. ولذا لا يظن منهم البناء في المقام على 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 يجرز سلامته للمشتري، بحيث لا يحصل له الثمن شيء.

كصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «لا تبع راحلة عاجلاً بعشر ملاقيح من أولاد جمل في قابل»^(٣)، وخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام نهى أن يشتري شبكة الصياد يقول: اضرب بشبككتك فما خرج فهو من مالي»^(٤)، ومعتبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه كره بيع صك الورق حتى يقبض»^(٥) وخبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آبائه عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب السلف.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٧ من أبواب الربا حديث: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٧.

حديث المناهي قال: «ونهى عن بيع وسلف... ونهى عن بيع ما لم يضمن»^(١).
بناء على أن المراد بالضمان إحراز الحصول، فيدل على 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 يشتره ويسلمه للمشتري.

على 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 بالمعنى
الذي تقدم احتماله في الضمان. ومن ثم يشكل استفادة العموم من هذه النصوص.
على 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 على طائفتين:

الأولى: 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 بثمن مسمى. فإن لم يكن في الضرع شيء كان
ما في الاسكرجة»^(٢).

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 يطيه إلا ذلك؟! يذهب بعضه وبقي بعضه»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

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»^(١).

ومعتبر أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن بعض أصحابه عنه عليه السلام: «قال: إذا كان أجمة ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك، فبياع وما في الأجمة»^(٢).

وقريب منه خبر أبي بصير عنه عليه السلام^(٣). وحديث معاوية بن عمار عنه عليه السلام: «قال: لا بأس أن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب»^(٤).

ومعتبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام: «في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال ويخرج 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]»^(٥) وغيرها.

الثانية: ما ورد فيها لا يحز القدرة على تحصيل بعضه مع إحراز وجوده ولو بالاستصحاب، وهو ما ورد في الآبق، كصحيح رفاعه: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، قلت: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيهما 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»^(٦).

وموثق سعاة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله. قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا. فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه»^(٧).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٢) (٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٦، ٢.

(٤) (٥) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٥، ٤.

(٦) (٧) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١، ٢.

وهاتان الطائفتان تشتريان في قدر جامع واحد، وهو إحراز سلامة بعض المبيع للمشتري دون بعض، ويظهر من مجموع نصوصهما على اختلاف مواردها وألستها المعيار في صحة البيع عموماً هو إحراز ذلك.

ولاسيما بملاحظة التعليل المتقدم في موثقي سماعه ومعتري إبراهيم بن ميمون وإبراهيم الكرخي المتضمن أنه إن لم يسلم ما لم يعلم وجوده أو وصوله للمشتري كان الثمن فيها تحرز سلامته.

ودعوى: أن ذلك ليس وارداً مورد التعليل وبيان ضابط صحة المعاملة، بل لبيان أن الثمن لا يقسط على ما لا يسلم، بل يكون بمجموعه مقابل ما سلم، وهو الضميمة، وإن كانت القاعدة تقتضي التقسيط.

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 معنى للتقسيط فيه.

على أن مبنى هذه البيوع على عدم التقسيط، ولذا استشكل فيها العامة باحتيال عدم وجود بعض المبيع، فيكون الثمن في حصته بلا مقابل، على ما تقدم في معتبر إبراهيم بن ميمون، وأجاب عنه الإمام عليه السلام بأن سلامة بعض المبيع كاف في طيب تمام الثمن.

ومثله ما قد يدعى من أنه مسوق لبيان أن وقوع المعاملة على المشكوك مراعى 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 تعدي يحتاج إلى عناية، لما فيه من عدم مطابقة واقع المعاملة شرعاً لقصد المتعاقدين، فلا يتناسب مع وحدة لسان البيان في الطائفتين. بل لا يظن بأحد البناء على عدم ملكية المشتري للأبق لو لم يحصل عليه.

ومن ثم لا يخرج 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^(١) على ما يأتي في محله، ويأتي هناك ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

وبذلك نخرج 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 على 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 يدعى سقوط النصوص المذكورة عن الحجية بإعراض الأصحاب عنها، حيث أطبقوا على اعتبار القدرة على التسليم، ويظهر منهم كون مرادهم القدرة عليه في تمام المبيع، وحيث اقتصروا في الاكتفاء بالضميمة على بيع الأبق، 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 على 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 على عدم جواز بيع السمك في الماء والطير في الهواء - قال: «وروى أصحابنا أنه يجوز بيع قصب الآجام مع ما فيها من السمك». ولعله يشير إلى حديث معاوية بن عمار المتقدم. وقد يظهر ركونه إليه من سكوته عنه،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب بيع الثمار حديث: ١.

وعدم رده له.

وأظهر منه في ذلك ما في الغنية، حيث ذكر رواية الأصحاب لذلك ولبيع الأبق مع الضميمة، مع وضوح اشتها العمل بالثانية، بل صريح تنمة كلامه العمل بالرواية في الموردين، بل دعوى الإجماع على مضمونها كما ادعى في الخلاف الإجماع على جواز بيع السمك في الماء مع الضميمة، مع تصريحهما بخروجه بسبب الضميمة عن بيع الغرر، كالتصريح في الانتصار بذلك في بيع العبد الأبق.

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 البطون 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 على 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 أو قال به غير واحد من متأخري المتأخرين.

وقد تعرض لمضامين النصوص المذكورة في السرائر بنحو قد يظهر في حصول الفتوى بها، وإن ذكر أن الأولى عدم العمل بها، لأنها من أخبار الأحاد على 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 الأبق 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 يدعى 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 على جواز ضم معلوم المقدار إلى مجهول المقدار في البيع، فيكون موردها من صغريات مسألة اعتبار العلم بمقدار العوضين. فراجع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته في فروع المسألة المذكورة.

لكنه في غير محله، بل الظاهر أنها واردة في ضم معلوم الحصول إلى 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 على التسليم التي محل الكلام.

ومثله ما قد يظهر من شيخنا الأعظم رحمته من جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه مراعى بتسليمه أو بالقدرة عليه. لدعوى: 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 مراعى بانتفاء صفة الغرر وبضرورة المبيع عند البايع.

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 على ما ذكرناه فالأمر أظهر، فإن النصوص المتقدمة كالصرحة في عدم صحة البيع إلا بالضميمة.

هذا وفي اللصة بعد أن ذكر اشتراط القدرة على التسليم، وأنه لا يصح بيع العبد الآبق إلا مع الضميمة، قال: «أما الضال والمجود فيصح البيع ويراعى بإمكان التسليم وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء».

وكأنه يبتني على الاكتفاء بابتناء البيع على التسليم، لا بمعنى اشتراطه ضمناً، إذ لا مجال لاشتراطه مع فرض العجز عنه، بل بمعنى ابتناء الالتزام بالبيع عليه، نظير وصف السلامة من العيب الذي يثبت بتخلفه الخيار من دون أن يطل به البيع. وكان الوجه فيه كفاية الخيار في عدم كون البيع غررياً.

لكنه يشكل أولاً: بأن ابتناء البيع على التسليم بالمعنى المذكور إنما يتجه مع الجهل بالحال، أما مع العلم بعدم القدرة على التسليم فلا معنى لأن يبتني عليه، ولذا لا يبتني البيع على سلامة المبيع من العيب مع وجود إمارة على العيب.

غاية الأمر أنه يمكن اشتراط الخيار حينئذ صريحاً لو انكشف تعذر التسليم، أو عدم السلامة من العيب. كما يمكن تعليق البيع على التسليم أو السلامة، بحيث لا بيع مع عدمهما. لكنه يقتضي البطلان بتخلفهما، لا ثبوت الخيار. على أنهم أجمعوا على 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 على 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 على التسليم».

والحاصل: أنه يتعين العمل بالنصوص المتقدمة، والبناء على ما يستفاد منها ولو بضميمة التعليل المتقدم من عموم اعتبار إحراز سلامة شيء من المبيع للمشتري، بحيث لا يذهب الثمن الذي دفعه هدرًا وأنه يبطل البيع بدون ذلك.

وبذلك يظهر أن ما هو الشرط في الحقيقة ليس هو قدرة البائع أو من يقومه على التسليم، كما هو مقتضى الجمود على 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 يصالح عليه من شخص قادر على 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 هدرًا. نعم لا يكفي القدرة على العتق، وإلا لجاز بيع العبد الأبق وحده.

اللهم إلا أن يقال: سلامة المبيع في الفروض المتقدمة إنما تصدق عرفاً بتحقيق الأمور المذكورة، لا بمجرد القدرة عليها، فإذا كان المشتري قد أقدم على الشراء عازماً على 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 الأبق وحده فهو مختص أو منصرف إلى صورة عدم شرائه من أجل عتقه، كما هو مقتضى قوله في صحيح رفاة: «وأطلبها أنا»، وقوله ﷺ في موثق سماعه: «فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه». لظهوره في فرض الاهتمام بتحصيل العبد واحتمال عدم القدرة عليه، بحيث يذهب الثمن الذي نقده هدرًا، وذلك لا يجري فيها إذا كان عازماً على عتقه.

ومن هنا يتعين جواز شراء من ينعتق عليه إذا كان عالماً بحاله بلا حاجة

ولا فرق بين العلم بالحال والجهل بها (١). ولو باع العين المغصوبة وكان

للضميمة، وأما إذا لم يكن عالماً بحاله فلا يخلو عن إشكال، لعدم إحرازه حين البيع سلامة المبيع.

(١) قد يشكل ذلك لو كان دليل المنع هو النهي عن بيع الغرر، بناء 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.

ودعوى: أنه يكفي في كون البيع خطرياً تعرض المبيع لما قد يؤدي إلى 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 أقدمنا 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 إلى مكان يمكن استرجاعه، وحصل التسليم بالنحو المتعارف، وهو لا يناسب إطلاق دليل النهي عن بيع الآبق.

هذا وأما بناء 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 على أخذها من الغاصب صح (١). كما أنه يصح بيعها على الغاصب أيضاً وإن كان البائع لا يقدر على أخذها منه ثم الدفع إليه (٢). وإذا كان المبيع مما لا يستحق المشتري أخذه كما لو باع من ينعق على المشتري صح وإن لم يقدر على تسليمه (٣).

(مسألة ١٦): لو علم بالقدرة على التسليم فباع، فانكشف الخلاف بطل (٤)، ولو علم العجز عنه، فانكشف الخلاف فالظاهر الصحة (٥).

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 إلى عموم كل مبيع تلف قبل قطبه فهو من مال بائعه، لأن المتيقن من دليل تخصيصه ما إذا أحرز سلامة بعض المبيع حين البيع.

(١) لتحقق القدرة على التسليم.

(٢) لقصور أكثر الوجوه المتقدمة منهم والوجه المتقدم متأ عن هذه الصورة، كما يظهر بالرجوع إليها، وسبق منا التنبيه لذلك.

(٣) كما أشرنا إلى ذلك آنفاً مع شيء من التفصيل.

(٤) يظهر الكلام فيه مما سبق عند الكلام في عدم الفرق بين العلم والجهل.

(٥) 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 إلى تلفه، على ما ذكرناه آنفاً، وذكرنا الإشكال فيه. فراجع.

أما بناء على ما ذكرناه فالأمر أظهر، لعدم إحراز سلامة المبيع. وسلامته واقعاً لا تكفي، لظهور النصوص المتقدمة في عدم صحة البيع مراعى بسلامة المبيع، بل توقف صحته على إحراز سلامته من أول الأمر وحين البيع.

(مسألة ١٧): لو انتفت القدرة على التسليم في زمان استحقاقه، لكن علم بحصولها بعده، فإن كانت المدة يسيرة صح (١)، وإذا كانت المدة طويلة لا يتسامح بها، فإن كانت مضبوطة مثل سنة أو أكثر فالظاهر الصحة مع علم المشتري بها (٢). وكذا مع جهله بها، لكن يثبت الخيار للمشتري (٣). وإن كانت غير مضبوطة فالظاهر البطلان (٤)، كما لو باعه دابة غائبة يعلم بحضورها، لكن لا يعلم زمانه.

(مسألة ١٨): إذا كان العاقد هو المالك فالاعتبار بقدرته، وإن كان وكيلاً في إجراء الصيغة فقط فالاعتبار بقدرة المالك، وإن كان وكيلاً في المعاملة كعامل المضاربة فالاعتبار بقدرته أو قدرة المالك، فيكفي قدرة أحدهما على التسليم في صحة المعاملة، فإذا لم يقدر أحدهما بطل البيع (٥).

نعم إذا وقع مبيعاً على التسليم، بأن لم يُعلم البائع المشتري بالحال فقد نتجه الصحة، لا ابتناء البيع على إحراز سلامة المبيع مع سلامته فعلاً. فلاحظ.

(١) عملاً بالعمومات بعد قصور الوجوه السابقة عن ذلك.

(٢) لعين الوجه السابق. والظاهر كفاية انضباط منتهى المدة، كما لو تردد الأمر من السنة إلى الستين، لقصور الوجوه السابقة أيضاً، فيرجع للعمومات.

(٣) لما ذكرناه آنفاً من أن البيع يبتني على اشتراط التسليم ضمناً، فيثبت الخيار بتخلف الشرط المذكور.

(٤) لا يخلو عن إشكال، لعدم وضوح جريان الوجوه السابقة. نعم قد يتجه ذلك مع طول المدة، بحيث يلحق المبيع بالتلف عرفاً. فتأمل.

(٥) لا وجه لذلك إذا كان المشتري قادراً على تحصيل المبيع، ورضي بأن يسعى هو لتحصيله، لعدم جريان الوجوه السابقة، كما ذكرناه آنفاً. بل هو لا يناسب ما سبق

(مسألة ١٩): يجوز بيع العبد الأبق مع الضميمة (١)

منه **ثنت** فيما لو كانت العين مغصوبة. ولأجل ذلك قد يكون فرض قدرة المشتري على تحصيل المبيع خارجاً عن مفروض كلامه **ثنت**.

بل يكفي قدرة الأجني على 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 ذكروه في المقام، كما هو ظاهر.

(١) لا خلاف فيه نصاً وفتوى، كما في الجواهر. بل إجماعاً، كما في الانتصار والخلاف وكشف الرموز والتنقيح، وسبق من الغنية. ويقتضيه صحيح رفاعه وموثق سماع المتقدمان. بل يستفاد من جميع النصوص المتقدمة بضميمة التعليل فيها، كما يظهر مما سبق. ويظهر منه أيضاً عدم الاختصاص بالأبق، بل يعم كلما يحتمل عدم وجوده، أو عدم حصوله للمشتري مع العلم بوجوده، كالحیوان الضال والشارد، وكالضایع.

ويظهر من الجواهر وشيخنا الأعظم **ثنت** اختصاص ذلك بما إذا كان الأبق محتمل الحصول، دون ما إذا كان ميؤوساً من تحصيله، لقصور الحديثين عنه. أما صحيح رفاعه فلقوله فيه: «وأنا أطلبها»، فإن طلبها فرع رجاء الظفر بها. وأما موثق سماعه فلقوله **عليه السلام**: «فإن لم يقدر على العبد كان الذي نفقه 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 الأبق ولو للعجز عن الفحص عنه.

هذا وفي التنقيح: «الأبق مادام أبقاً 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 على 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 الأبق 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 الأبق قبل القدرة عليه فظاهر شيخنا الأعظم رحمته 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 رحمته فقد أطلق ولم يستبعد تقسيط الثمن عليه، عملاً بعموم: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه. قال رحمته: «الخروج الفرض عن ظاهر النص أو منصرفه».

لكن لم يتضح الوجه في خروجه عنه بعد كون الأبق معرضاً لكل شيء حتى الموت، وابتناء بيعه على أن يطلبه المشتري وعلى عدم مسؤولية البائع عنه وانقطاع علقته به.

وعليه يترتب عدم تقسيط الثمن عليه حتى لو مات قبل اليأس من تحصيله. وهذا هو العمد، 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 على السلامة من العيب إذا كان المبيع تحت يد البائع. 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 الحديثن المتقدمين عنه. قال في الحقائق: «فلو ظهر تلفه حين العقد أو استحقاق الغير له بطل البيع فيما قابله من الثمن. ولو ظهر كونه مخالفاً للوصف تخير المشتري».

الهم إلا أن يقال: تقدم من رجوع التعليل في نصوص بيع العبد الآبق ونصوص بيع مشكوك الحصول كالسّمك في الماء إلى 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 على حاله متوقفاً، ويكون البيع مبتئياً على فرض وجود الآبق وبقائه على حاله. ومن هنا يتعين البناء على صحة البيع وعدم تقسيط الثمن، ولا ثبوت الخيار. إلا أن ينصرف البيع إلى فرض وجود الآبق، أو بقاءه على حاله، بحيث يبتني البيع على 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 مقتضى عموم: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فساد البيع فيما يقابلها من الثمن، يتعين في المقام بطلان البيع رأساً حتى بالإضافة إلى الآبق، لأن مقتضى النص - ولو بلحاظ التعليل المشار إليه - عدم صحة بيع الآبق وحده حدوثاً وبقاءً، كما أشار إليه شيخنا الأعظم رحمته. إذ لو صح البيع بالإضافة إليه حينئذ لا يحرز حصول المشتري على شيء في مقابل ما دفعه من الثمن، كما لو اشترى الآبق وحده من أول الأمر.

ومثله ما لو فسخ البيع بالإضافة إلى الضميمة، لوجود عيب فيها قبل البيع

إذا كانت ذات قيمة معتد بها (١).

أو قبل قبضها. وأظهر من ذلك ما إذا انكشف بطلان البيع بالإضافة إلى الضميمة، لكونها مغسوبة مثلاً من دون أن يميز 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 استفادة العموم من مجموع النصوص المتقدمة، وعدم اختصاص الجواز ببيع الأبق مع الضميمة.

(١) 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 تشملها بعمومها كالنهي عن بيع الغرر وكون المعاملة سفهية وغيرهما. وأما بقية الوجوه المستفادة من النصوص - كالنهي عن بيع ما ليس عندك، والتعليل المتقدم في النصوص التي اعتمدناها - فهي وإن اختصت 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 تعبدي 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 ترى بالقياس أشبه. إلا أن يرجع إلى فهم عدم الخصوصية من النص. ولا يخلو عن إشكال. فالعمدة ما سبق من ضعف المبنى المذكور. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين.

الفصل الرابع

في الخيارات

وفيه مسائل ..

(مسألة ١): الخيار (١)

(١) 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.

ودعوى: أن أدلة النفوذ خصوصاً قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) 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 مقتضى 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 إلى ارتفاع

(١) سورة المائدة الآية: ١.

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 فيها إذا لم يكن مضمون العقد متصفاً بالجواز سابقاً، وإلا كان استصحاب جوازه حاكماً على استصحابه. وإلى ذلك يرجع ما ذكره بعض مشايخنا ^(١) 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.

وحينئذ فجواز الرجوع إن كان حكماً رجع إلى ترتب الأثر على الرجوع، الذي هو أمر تعليقي، بمعنى أنه إن فسخ العقد ورجع فيه ارتفع المضمون العقدي، فيبني استصحابه على جريان الاستصحاب التعليقي، والتحقيق عدمه.

وإن كان حقياً فهو محمول شرعاً، لرجوعه إلى ثبوت الحق لصاحب الخيار في فسخ العقد، وهو أمر قابل للاستصحاب. إلا أن يرجع الشك في بقاءه للشك في أمد الفسخ المستحق، لا في أمد استحقاق الفسخ، حيث لا مجال للاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع. فلا حظ.

هذا كله في وجه عموم اللزوم في العقود عموماً. أما البيع فيزيد على بقية العقود بوجوه:

الأول: عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ^(١). فإن مقتضى إطلاقه الأحوال جواز أكل المال مع التجارة ولو بعد الفسخ من أحد الطرفين.

ودعوى: أن الآية الشريفة إنما تضمنت نفوذ التجارة، وترتب الأثر عليها، ولا نظر فيها إلى بقاء نفوذها، وعدم ارتفاع أثرها بالفسخ.

مدفوعة بأن دلالتها على النفوذ حيث كانت بلسان ترتب أثرها، وهو جواز أكل المال، وكان مقتضى إطلاقه جواز أكله ولو بعد الفسخ، فهو يدل على عدم ترتب الأثر على الفسخ.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(١). فإن البيع لما كان مبنياً على الإلزام والالتزام بمضمونه بنحو الإطلاق، لا موقتاً، فالحكم بحله المستتبع لنفوذه، ظاهر في نفوذه على 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 على لزوم ما ثبت نفوذه.

مضافاً إلى استفادة الإطلاق من حيثية أفراد البيع من صحيح عمر بن يزيد: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام، وهو من الربا. قال: وهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة؟! يا عمر قد أحلّ البيع وحرم الربا. فأربح، ولا تربه [ترب]. قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل»^(٢).

اللهم إلا أن يقال: الالتزام بمضمون البيع بنحو الإطلاق، ودلالة الآية الشريفة على نفوذه كذلك، وإن كانا مسلمين، إلا أن ذلك إنما يقتضي ترتيب أثره كذلك إذا بقي نافذاً، والآية الشريفة إنما تدل على أصل نفوذه، لا على استمرار نفوذه. وهذا بخلاف الآية السابقة، فإن مقتضى إطلاقها جواز أكل المال بالنحو الذي تقتضيه التجارة بعد حصولها مطلقاً ولو بعد فسخها، وذلك يستلزم لغوية الفسخ، وعدم ترتب الأثر عليه. فلاحظ.

(١) سورة البقرة الآية: ٢٧٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ١.

الثالث: ما تضمن استحباب إقالة النادم في البيع^(١) 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 مسلطون على أموالهم»^(٢). فإنه يقتضي سلطنة الإنسان على ما دخل في ملكه بسبب البيع وغيره من العقود الناقلة للمال، بحيث لا يخرج عن ملكه بغير رضاه، ومن دون أعمال سلطته، وذلك مستلزم للزوم العقد، وعدم نفوذ فسخه بغير رضاه.

ودعوى: أن الحديث إنما يدل على سلطنة الإنسان على ماله، لا على انحصار السلطنة عليه به، بحيث لا سلطنة عليه لغيره، ليدل على عدم نفوذ فسخ الطرف الآخر للعقد.

مدفوعة: بأن إطلاق السلطنة على المال كما السلطنة على إيقاع التصرف فيه، يقتضي السلطنة على منع حصول التصرف فيه، فحصول التصرف فيه من الغير مناف لسلطنة المالك عليه.

نعم لو كان موضوع السلطنة نفس إيقاع التصرف فسلطنة المالك على إيقاعه لا يتنافى سلطنة غيره على إيقاعه أيضاً. والفرق بينهما نظير الفرق بين قولنا: زيد مسلط على أن يسكن الدار، وقولنا: زيد مسلط على الدار. فإن الأول لا يتنافى سلطنة غيره على أن يسكن فيها، بخلاف الثاني.

ومن ثم كان تعدد السلطان على الشيء موجباً لضعف سلطنة كل منهم، لزامتها بسلطنة الآخرين، ومقتضى الإطلاق كمال السلطنة.

نعم النبوي المذكور ضعيف بالإرسال. لكن مضمونه مقتضى المرتكزات

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب آداب التجارة.

(٢) بحار الأنوار ج: ٢ ص ٢٧٢.

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 الغيتين المذكورتين.

وأما ما ذكره بعض المحققين ثبت وحكي عن أستاذه المحقق الخراساني ثبت 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.

ودعوى: أن ذلك مقتضى الجمع بين أدلة الخيارات المختلفة، لأنه أولى من حملها على التخصيص. ممنوعة جداً، لقوة ظهورها في تحديد أصل الخيار.

وهناك بعض النصوص المتفرقة الأخر الدالة على لزومه في الجملة. بل تعرض النصوص لموارد الخيار في البيع، وعدم تعرضها لموارد لزومه، شاهد بأن البيع بطبعه يبتني على اللزوم، وأن الخيار فيه خروج عن مقتضاه، ولذا احتاج للبيان دون اللزوم.

وهناك بعض الوجوه الأخر 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 على نفسه، لا بتناؤه على نحو من الكلفة عليه. فلو كان الالتزام من جانب واحد على نفسه لم يكن عقداً، بل إيقاعاً، كما في المسابقة والجعالة ونحوهما عما كان من سنخ الوعد.

وحينئذ لا يجب الوفاء به بملاك الوفاء بالعقد، بل له العدول عنه قبل الشروع في العمل قطعاً. غاية الأمر أن بناء العقلاء على لزوم الوفاء بالوعد إذا ابتنى على حمل الموعد على 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 على بعض العمل.

نعم إذا ابتنى الشروع في العمل على إكماله، رجع ذلك إلى 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. وحينئذ 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، على 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 للبازل 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 على عدم الرجوع بالشروع بالتسابق، وإلا كان له الرجوع عند ظهور أمانة السبق، وهو لا يناسب وضع المسابقة.

بل إذا ابتنى البذل على تعهد الباذل بعدم الرجوع عنه بمجرد الشروع في المقدمات من أجل التشجيع على العمل الموعد عليه تعين عدم جواز الرجوع بالشروط فيها. لرجوعه إلى 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 على البذل ولذا يجوز الرجوع قبل الشروع في العمل. نعم إذا ابتنى البذل على 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 إلى التعاقد بينهما نظير عقد الإجارة وتعين لزوم العقد المذكور وعدم جواز الرجوع فيه حتى قبل الشروع في العمل.

الثاني: أن يكون الرجوع في العقد منافياً لمقتضاه لا ببناء مضمونه على البقاء كالبيع والهبة والإجارة والنكاح وغيرها، فإن الرجوع فيه حينئذ ينافي الوفاء بالعقد اللازم بمقتضى الأدلة المتقدمة.

أما إذا لم يكن مضمون العقد مبنياً على البقاء فارتفاع مضمونه لا ينافي الوفاء بالعقد، كما في الوديعة، فإنها وإن كانت عقداً يبتني على الائتمان على العين لحفظها، بحيث يكون المودع متعهد بإيكال حفظها للودعي، والودعي ملزماً بذلك، إلا أنها لا تبتني على بقاء الائتمان المذكور، لما هو المعلوم من ابتناء الوديعة على رجوع العين لصاحبها، فلا بد من رجوعها إلى الائتمان مادام راضين بذلك. وحينئذ لا يكون رجوع كل منهما عن الاستيداع منافياً للوفاء بالعقد، فينفذ بمقتضى سلطنة كل منهما على نفسه وماله.

بل حتى 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 على فسخ العقد (١)،

فيه منهما قبل انقضاء المدة.

نعم قد يرجع ذكر المدة إلى إلزام أحد الطرفين أو كليهما بها، كما لو كان المالك لا يسهل عليه استرجاع الوديعة أو حفظها قبل انقضاء المدة، فيشترط على الودعي الاستيداع في تمامها، أو كان الودعي لا يسهل عليه إرجاع الوديعة قبل انقضاء المدة، فيشترط على المالك الاستيداع في تمامها.

وحينئذ يتعين البناء على لزوم الوفاء من أحدهما أو منهما معاً بالشرط، وعدم الرجوع في الاستيداع في تمام المدة المشروطة. لكن ليس لابتناء عقد الاستيداع على البقاء، بل من جهة الشرط المذكور.

ويجري ذلك في مثل العادية والوكالة مما لا يمتني على البقاء في نفسه، وإن كان قد يمتني عليه بشرط زائد على العقد. فلا حظ. والله سبحانه العالم العاصم، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(١) قد أشار شيخنا الأعظم رحمته إلى 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 المعنى 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 على استحقاقه وتملكه، نظير السلطنة على المال. وليس هو حكماً يرجع للسلطنة على الفسخ ابتداءً، نظير السلطنة على 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 ابتداء.

الثاني: المحكي عن فخر المحققين في الإيضاح تعريف الخيار بأنه ملك فسخ العقد، ونسبه شيخنا الأعظم ثالث لجماعة من المتأخرين وإليه يرجع ما في المتن.

وعرفه في التنقيح بأنه عبارة عن ملك إقرار العقد وإزالته. وتبعه على ذلك غير واحد. قال شيخنا الأعظم ثالث: «ويمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرك، لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين. وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار...».

لكن الظاهر الفرق بين الأمرين، وأنه يبتني على نحو حال العقد في زمان الخيار. فإن قلنا بأنه كالعقدة السهلة الحل، يمكن حلها لصاحب الخيار، ويصير بانتهاء زمن الخيار كالعقدة المحكمة الشد، بحيث لا يمكن حلها، أمكن فرض الفسخ والإقرار فيه، ويكون الفسخ نظير حلّ العقدة والإقرار نظير إحكام شدها.

كما أنه يمكن إسقاط الخيار، ويكون مرجعه إلى بقاء العقد في زمن الخيار على ما هو عليه قابلاً للحل والشد، غاية الأمر أنه لا سلطان لصاحب الخيار على أحد التصرفين، لسقوط حقه. ولا يقرّ العقد، بحيث يكون كالعقدة المحكمة الشد إلا بانتهاء زمن الخيار.

وإن قلنا بأن العقد لا يختلف حاله في زمن الخيار عن حاله بعده. غايته أن لصاحب الخيار السلطنة على فسخه، فحينئذ لا موضوع للإقرار، لعدم الأثر له. غايته أنه يمكن إسقاط الخيار، وترفع السلطنة على 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 على فسخه من دون تبديل لواقع العقد.

نعم قد يظهر من بعض النصوص الأول، كصحيح علي بن رثاب 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...»^(١).

وموثق السكوني عنه عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه. قال: ليشهد أنه قد رضىه واستوجه، ثم ليعه إن شاء. فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»^(٢).

وفي صحيح الحلبي: «إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه»^(٣) ونحوها غيرها.

لصراحتها في أن لزوم العقد بالتصرف ليس لكون التصرف ملزماً بنفسه، كانهاء أمد الخيار، بل لكونه متفرعاً على الرضا بمضمون العقد واستيجابه، المستلزم لاختلاف حال العقد. بالرضا والاستيجاب عما كان عليه قبلهما.

وحمل الرضا والاستيجاب على إسقاط حق الخيار - كما قد يظهر من شيخنا الأعظم رحمته وغيره - تكلف مخالف لظاهر النصوص، ولواقع حال المتصرف. إذ غاية ما يكون منه هو البناء على عدم إعمال حق الخيار، وهو أمر آخر غير إسقاطه.

وهو المناسب لما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من الاستدلال على سقوط الخيار بإسقاطه بفحوى ما تضمن أن التصرف في المبيع مسقط للخيار، معللاً بأنه رضا بالبيع. لظهوره في أن الإسقاط أمر زائد على 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 - على إرادة إقرار العقد زائداً على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ٢.

برفع مضمونه (١). وهو أقسام:

(الأول): ما يسمى خيار المجلس (٢). يعني: مجلس البيع. فإنه إذا وقع البيع كان لكل من المشتري والبايع الخيار في الفسخ في المجلس (٣) ما

إيقاعه، وإنما تضمنت الرضا بالمبيع، المستلزم للبناء على عدم إعمال حق الخيار. وهو وإن لم يرجع إلى إسقاط حق الخيار، كما سبق، إلا أنه لا يرجع إلى إقرار العقد بالمعنى المتقدم. بل غاية الأمر سقوط الخيار بالرضا المذكور، وهو لا يشهد بصحة التعريف الثاني. بل يجتمع مع التعريف الأول، فلا يخرج عنه بعدما سبق من مناسبته للمرتكزات. فلا حظ.

(١) أشارت^١ بذلك إلى ما ذكرنا آنفاً من أن الفسخ لا يرفع العقد، بل يرفع أثره ومضمونه.

(٢) قال في المسالك: «إضافة هذا الخيار إلى المجلس إضافة إلى بعض أمكنته، فإن المجلس موضع الجلوس، وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار...». وتبعه على ذلك غير واحد من تأخر عنه. وهو متين جداً، لأن موضوع الخيار في النصوص ليس هو المجلس، بل عدم الافتراق، فيشمل ما لو أوقعا البيع ماشيين مصطحين، أو فارقا مجلس العقد كذلك، كما يظهر مما يأتي.

(٣) 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 (صلى الله عليه وآله وسلم): البيعان بالخيار حتى يفترقا. وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١). ونحوه غيره. ومنها يظهر أن موضوع الخيار هو الاجتماع المقابل للافتراق، لا كونها في المجلس، كما سبق.

نعم في موثق غياث بن إبراهيم عنه عن أبيه عن علي عليهم السلام: «قال: قال

لم يفترقا، فإذا افترقا ولو بخطوة لزم البيع وانفى الخيار (١).

عليه السلام: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا^(١). ولا مجال للخروج به عن النصوص الكثيرة المشهورة المعول عليها عند الأصحاب.

وقد يحمل على إرادة نفوذ البيع وصحته، لا على لزومه، كما ذكره الشيخ في التهذيبين. أو على التقية، كما في الجواهر، حيث حكى إنكار هذا الخيار عن شريح والنخعي وأبي حنيفة ومالك.

واحتمل في الوسائل حمله على اشتراط سقوط الخيار. وهو الذي استظهره بعض مشايخنا^(٢) من الحديث، لأن معنى الصفق - على ما في اللغة - ضرب أحدهما يده على الآخر دلالة على لزوم البيع وكناية عنه، فإذا صفقا فقد ألزما البيع بإسقاطهما الخيار.

وكأنه أخذه من مثل ما في لسان العرب. قال: «وصفق يده بالبيعة والبيع وعلى يده صفقاً: ضرب بيده على 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 نعين الإعراض عنه ورد علمه لقائله عليه السلام.

(١) 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».

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، فيبقى المراد ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإنه متى فارق تخللها أجسام أكثر مما كان تخللها أولاً، فيثبت معنى الافتراق بأقل انتقال ولو بخطوة». وقريب منه في جامع المقاصد والمسالك ويبدو من غير واحد الجري على ذلك. ومن الظاهر أن مرادهم بمفارقة أحدهما لمكانه مفارقتها 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.

والإف بعد أحدهما عن الآخر مهما كثر لا يوجب حدوث الافتراق بالمعنى المقابل للتماس بعد العدم، لأن الافتراق لا يتعدد، بل غايته أن يصدق زيادة البعد والنصوص كالصرحة في أن المسقط للخيار هو حدوث الافتراق بعد العدم، لا زيادة البعد. وحملها على ذلك ليس بأولى من حمل الافتراق فيها على ما يقابل الاجتماع. بل لا ريب في تعين الثاني لو غرض النظر عما سبق من أنه هو معنى الافتراق عرفاً.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم تنتزح من حمل الافتراق على 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 على 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 دعوى الإجماع في الغنية فهو - لو تم - لا ينهض بالحجية، لعدم حجية الإجماع المنقول، خصوصاً في مثل الغنية. ولا سيما مع عدم وضوح كونه إجماعاً تعدياً.

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 إلى جنب أحدهما فابتعد عنه الآخر بمقدار خطوة. وكذا لو رجع إلى الوراثة مقدار خطوة محافظاً على 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 خطى، ثم رجعت، فأردت أن يبيع عليه السلام»، وفي صحيحه الآخر: «ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افتراقا»^(١)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: إن أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض، فلما استوجبتها قام فمضى. فقلت له: يا أبا عبد الله عجلت القيام. فقال: يا بني أردت أن يبيع عليه السلام»^(٢)، ونحوه صحيحه الآخر^(٣).

فإن ما تضمنه الأولان من رجوعه عليه السلام بعد مشيه يناسب توقف لزوم البيع على المشي خطى، 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

(١)، (٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب الخيار حديث: ٣، ٢.

(٣)، (٤) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب الخيار حديث: ٤، ١.

يتعين الاختصار على ذكر الافتراق العرفي، كما ذكره بعض مشايخنا ^١.

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 على 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، حتى لو تناديا بالبيع من بعد اعتبر التفرق من مكانيهما لسقوط الخيار».

أما بناء على ما ذكرناه فلا موضوع للافتراق. وهل يثبت الخيار حينئذ. قال في التنقيح: «هل عدم الافتراق هنا بمعنى السلب أو عدم الملكية، أي عدم الافتراق عما من شأنه. كلاهما محتمل. وتظهر الفائدة في العاقد عن اثنين، فإنه على السلب يثبت الخيار ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد... وهو قول الشيخ في المبسوط وعلى الثاني وهو عدم الملكية 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، فتقصر عن الصورة المذكورة ويتعين البناء على 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. بدعوى: 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 تنبيه البيع في النصوص. وأما ما ذكره من حملها على 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، كسواء 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 على 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 أفرادها، كالرقيق والغليظ غير المبني على 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 على أنه المرجع عند الشك في

استمرار حكم المخصص. لكن الظاهر ضعف المبنى المذكور، وأن المرجع في مثل المقام هو العام - على ما ذكرناه في الأصول - وهو في المقام عموم لزوم العقد.

هذا وأما مثل الحائط المبني على الثبات فالظاهر صدق التفرق به، الذي هو غاية للخيار، وسبب للزوم البيع. ودعوى: 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 المعبر هو استناد الافتراق لهما لم يكف ذلك، لأنه يستند إلى 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 على 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 على الافتراق المقابل للاجتماع.

الثاني: قال في المبسوط: «فإن أكرها أو أحدهما على التفرق فإن منعنا [منعاً ظ] التخاير والفسخ معاً كان وجود هذا التصرف [التفرق. خ ل] وعدمه سواء... وإن كان الإكراه على التفرق لا يمنع التمكن من التخاير والفسخ ينقطع الخيار، لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء». وقريب منه كلام غيره.

ومرجع ما ذكره إلى أن مسقط الخيار ليس مطلق التفرق، بل التفرق الكاشف عن الرضا بالعقد، والبناء على 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 منها»^(١). حيث يدل على أن مسقطية الافتراق للخيار من أجل كشفه عن الرضا بالبيع والبناء على عدم فسخ.

وفيه أولاً: أن الصحيح لم يتضمن تقييد الافتراق بما يكشف عن الرضا بالعقد والبناء على 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 وعدمًا. 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 رأت المطلقة الطهر الثالث فلتزوج بعد أن أمنت الحمل. فإن الأول، لا ينهض بتقييد إطلاقات النهي عن الصوم في السفر، وقصرها على خصوص من كان السفر مجهداً له. والثاني لا ينهض بتقييد إطلاقات اعتداد المطلقة بثلاثة قروء، وقصرها على خصوص من لا تأمن الحمل قبلها.

وثانياً: أنه لم يتضح كون المراد بالرضا في الصحيح هو الرضا ببقاء العقد، والبناء على عدم فسخه، بل قد يكون المراد به هو الرضا بأصل العقد حين إنشائه، فيرجع المراد إلى 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 حمله عليهما أو على أحدهما، حيث لا يمكن البناء على اختصاص الافتراق المجعول غاية للخيار بما يكشف عن الرضا ببقاء العقد، والبناء على 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،

كما هو منصرف النصوص المتقدمة المتضمنة لمشي الإمام عليه السلام خطي، حيث يصعب حملها على 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 على الفسخ ولم يفسخا. قال: «لأصل 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 على 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 على صدق مجيء الرجل بمجيء رجلين. على أنه لو تم كون ذلك هو الظاهر منه في نفسه فلا مجال للبناء على 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 إلى إجمال دليل الخيار فالمرجع عمومات اللزوم، دون الأصل بناء على 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 ينفع 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 المدعى الاكتفاء بالافتراق لحاجة ملحة تمنع من التروي لاستيضاح أن الأصلح هو الفسخ أو عدمه.

وأما صحيح الفضيل فحمل الرضا فيه على الرضا بالافتراق لا شاهد له. وحمله على الرضا بالبيع والبناء على عدم فسخه لو تم وغض النظر عما سبق منا إنها يقتضي عدم سقوط الخيار بالإكراه على الافتراق مع المنع من إعمال الخيار، لا مطلقاً، كما لعله ظاهر.

نعم قد يستدل على ذلك بما تضمن رفع ما استكرهوا عليه^(١) بلحاظ أن مرجع الرفع الشرعي إلى عدم ترتب الأثر على الفعل المستكره عليه، وهو في المقام سقوط الخيار.

لكن تقدم عند الكلام في بيع المكره اختصاص الرفع عرفاً بما كان من سنخ تبعة الفعل المكره عليه، وما هو من سنخ المسؤولية المترتبة عليه، كالعقوبة الأخروية والدنيوية بمثل الحدود والتعزير والقصاص، وكوجوب الكفارة، والنفوذ في مثل العقد والإيقاع والإقرار والنذر واليمين، فإن مرجع ذلك عرفاً إلى تحمل الإنسان تبعة عمله ومسؤوليته به، فيكون هو المرفوع بمقتضى الأدلة المذكورة، دون بقية آثار العمل - كانهفعال الماء بملاقاة النجاسة، وحرمة الحيوان بالذبح على خلاف الوجه الشرعي - ومنه المقام، فإن سقوط الخيار بالافتراق ليس لكونه من سنخ التبعة له، بل لمجرد كونه غاية له شرعاً.

هذا وبناء على عدم سقوط الخيار بالافتراق عن إكراه مطلقاً أو مع المنع من إعمال الخيار فاللازم البناء على بقاء الخيار بعد زوال الإكراه مهما طال الزمان وأبعدا في الافتراق وقطع المسافة، عملاً بعموم ثبوت الخيار للمتابعين بعد فرض اختصاص

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١١ باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس، وج: ١٦ باب: ١٢، ١٦ من كتاب الأيمان.

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 احتمل سقوط الخيار، لأنه يسقط بمفارقة المكان فيمفارقة 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. وأخرى: بالاستصحاب، كما في جامع المقاصد.

لكن من الظاهر أنه كما لا يصدق بالموت الافتراق لا يصدق الاجتماع، حتى بالمعنى الذي سبق منهم، وهو كونها على الهيئة التي كانا عليها حين العقد، وقد ظهر مما سبق أن جعل الغاية الافتراق شاهد بكون موضوع الخيار هو الاجتماع بأي معنى فرض، فمع تجديد 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 جرى في نفسه، لإحراز بقاء الموضوع، لما هو المعلوم من حكومة الدليل على الأصل.

نعم لو سقط أحدهما أو كلاهما من قابلية أعمال الخيار بجنون أو إغواء، 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 (١).

أو إسقاطه حسب ما يراه صلاحاً. فإذا لم يعمل ولايته في أحد الأمرين حتى تفرقا ولو لا عن قصد لزوم العقد. فلاحظ.

(١) 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 على ثبوته للمتابعين، لصدق البائع على الوكيل بلحاظ صدور البيع منه.

والذي ينبغي أن يقال: لما كان المراد بالبيعين البائع 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 على الأول كان الخيار حقاً ثابتاً للأصيل، فينتقل لوارثه لو بقي موضوع الخيار بعد موته، ولا حق فيه للوكيل ولا للولي. غاية الأمر أنها قد يقومان مقام الأصيل في إعماله.

وإن حملت نصوص المقام على الثاني كان الخيار حقاً ثابتاً لمتولي طرف العقد، سواء كان أصيلاً أم ولياً أم وكيلاً. بل حتى الفضولي لو فرض تحقق الإجازة مع بقاء موضوع الخيار. ولا يقصر عن أحدهم إلا بدليل، ولو لدعوى 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 إعماله حتى مع نهيهِ. كما ينتقل لوارثه لو بقي موضع الخيار بعد موته، ولا دخل للأصيل حينئذ به.

ولا مجال للحمل على الأمرين معاً، بحيث يثبت للكل، كما يظهر مما تقدم

من التذكرة وغير واحد منهم شيخنا الأعظم رحمته الله لدعوى صدق البايع على الكل، فيكون مقتضى 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 السلام في قولهم عليه السلام: «البيعان بالخيار...» للعهد الجنسي، المستلزم لانهصار 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 المتقدمين. ولا ينبغي التأمل في قضاء المناسبات الارتكازية بالأول، لظهور أن الخيار عموماً يبتني على 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 فخصص 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 سبق في جملة من النصوص في مساق خيار الحيوان، بنحو يظهر في كون خيار الحيوان مستثنى من عموم لزوم العقد بالافتراق.

ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا. وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة

أيام^(١)، ونحوه صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام^(٢).

وفي صحيح فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا...»^(٣). وفي معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سمعت بقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا... وأحداث السنة ترد بعد السنة...»^(٤).

فإذا كان خيار الحيوان ثابتاً للأصيل - كما سبق - تعين ثبوت خيار المجلس له أيضاً... إلى 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 نهي 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 وارتفاعه على 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 المباشران معاً أصيلين، فلا يثبت مع كون المباشر هما الوكيلين أو الوليين أو الولي والوكيل أو أحد الأصيلين مع أحدهما.

ويصعب جداً البناء على ذلك، لشيوع تصدي الولي والوكيل للمعاملة،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب العيوب حديث: ٤.

وظهور مفروغية الأصحاب عن ثبوت الخيار حينئذ. بل لا يبعد قيام السيرة على 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 على ثبوت الخيار حينئذ لا يرجع إلى البناء على استحقاق الوكيل والولي له استقلالاً، بحيث لهما إعماله على خلاف مصلحة الأصيل أو مع نفيه لو كان كاملاً، بل لا بد من مراعاة مصلحته وعدم الخروج عن إذنه. وذلك يكشف عن أن سلطتهما على الخيار كسلطتهما على المعاملة في طول سلطنته، المناسب لكون الخيار حينئذ حقّاً للأصيل. غاية الأمر أنهما يقومان مقامه في إعماله.

ومن هنا يتعين النظر في كيفية تنزيل النصوص والأدلة على 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 يفترق العاقدان، وهو غير ظاهر. إلا أن يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير لسبق [عدم^(١)] الاجتماع للعقد. أو يقال: الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين، لأنه الغالب. وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاً مستفاد من خارج».

هذا ولا يخفى أن الوجه الأول للتعميم ظاهر التكلف بنحو يكاد يقطع بعدم إرادته من النصوص. وأما الوجه الثاني فكان الأولى له ~~تتميمه~~ 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 على استفادة حكم الوكيل من الخارج بقوله:

(١) الظاهر زيادتها، كما يناسبه ما حكاه عنه في الجواهر.

«قد يصعب إقامة دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم إرادتهما من لفظ الحديث».

لكن يمكن ابتناء الوكالة على 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 على النحو المتقدم عند الكلام اعتبار القدرة على التسليم، وفي العلم بقدر العوضين بالمقدار المعتبر في صحة البيع، وفي القبض قبل الافتراق المعتبر في الصرف.

وحينئذ يتجه البناء على ذلك ولو للجمع بين ما تقدم من الوجه في كون الخيار حقاً للأصيل والسيرة على عدم اختصاصه بها إذا كان المتولي للمعاملة هو الأصيلين. وعلى ذلك يكون إلحاق الوكيلين مستفاداً من مقتضى الوكالة، ولو بضميمة السيرة الارتكازية. وأظهر منه في ذلك الولي، حيث لا رأي ولا سلطنة ولا تصرف للمولى 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 على من تناط به المعاملة أصيلاً كان أو ولياً أو وكلاً، فيكون المدار على 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، وأنها يقومان مقامه في تحقيق موضوعه وإعماله، من دون أن يكون حقاً لهما في قبالة. وإنما الكلام في كيفية استفادته من النصوص وتوجيه دلالتها 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 (١). ولو كان وكيلاً في تمام المعاملة وشؤونها كان له الفسخ عن المالك (٢). والمدار على اجتماع المباشرين وافتراقهما، لا المالكين (٣). ولو فارقا المجلس مصطحبين بقي الخيار لهما حتى يفترقا (٤). ولو كان الموجب والقابل واحداً - وكالة عن المالكين أو ولاية عليها - ففي ثبوت الخيار إشكال، بل الأظهر العدم (٥).

(١) كما يظهر مما ذكرنا. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

(٢) 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.

(٣) هذا ظاهر في الوليين والوكيلين اللذين تناط بهما المعاملة، إذ مع قيامهم مقام الأصل في جميع شؤون المعاملة يتعين كون المدار في الاجتماع والافتراق عليهم، لا على الأصل. غاية الأمر أنه حيث تقدم أن الخيار حق للأصيل فلا بد من البناء على 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 على اجتماعهما وافتراقهما، بحيث يجوز للأصيلين إعمال حق الخيار قبل افتراق الوكيلين المذكورين، بل يتعين كون المدار على اجتماع الموكلين حينئذ وافتراقهما، كما ذكرناه آنفاً.

(٤) لما سبق في أول الكلام في هذا الخيار من أن موضوعه ليس هو مجلس العقد، بل الاجتماع المقابل للافتراق.

(٥) كما يظهر وجهه مما تقدم عند الكلام في تحديد الافتراق.

(مسألة ٢): هذا الخيار يختص بالبيع، ولا يجري في غيره من المعاوضات (١).

(مسألة ٣): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد (٢).

(١) كما صرح به غير واحد. ويظهر من بعض المواضع من المبسوط وغيره المفروغية عن عدم جريانه في غير البيع، ونسبه في التذكرة لعلماثنا، وادعى 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 والجمالة 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.

(٢) بلا خلاف أجده فيه بل في الغنية الإجماع عليه. كذا في الجواهر. لعموم نفوذ الشرط المستفاد مما تضمن أن المسلمين أو المؤمنين عند شروطهم^(١). وقد يستشكل فيه بوجوه:

الأول: ما ذكره بعض مشايخنا^ث من أن ظاهر الكبرى المذكورة لزوم العمل على الشرط تكليفاً، نظير قولنا: المؤمن عند وعده. وهو إنما يتم في اشتراط الأعمال التي تكون تحت قدرة المكلف، ولا تشمل المقام، حيث يكون الشرط سقوط الخيار بنحو شرط النتيجة من دون أن يتوقف على فعل المكلف، ولا يتعلق به.

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب الخيار، وج: ١٥ باب: ٢٠، ٤٠ من أبواب المهور، وج: ١٦ باب: ٤، ١١ من أبواب المكاتب وغيرها.

وفيه: أن الكبرى المذكورة لم تتضمن الحث على 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 بها ذكرنا تطبيق الكبرى المذكورة في النصوص على شرط النتيجة. ففي صحيح علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام: «سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج معه إلى بلاده، فإن لم يخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن يخرج معه إلى بلاده. فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك. ولها مائة دينار التي أصدقها إياها. وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها. والمسلمون عند شروطهم...»^(١) لظهور أن نقصان المهر وصيرورته خمسين ديناراً ليس من شرط الغل.

وفي صحيح الحلبي: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المكاتب: كان الناس مرة لا يشترطون ان عجز فهو رد في الرق، فهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم...»^(٢) ونحوه غيره.

وفي صحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام: «سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكان لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت نعم. فأعطاه في مكاتبته على أن لا يكون لها الخيار عليه

(١) وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ٤٠ من أبواب المهور حديث: ٢.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٦ باب: ٤ من أبواب المكاتب حديث: ٥.

بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار. المسلمون عند شروطهم»^(١).

على 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 على 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 بها للمشروط عليه السلطنة عليه من أمواله وحقوقه، كاشتراط أن عليه كذا درهماً، أو نهاء 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 على المشروط عليه، أو تخليه عنه، بعد الفراغ عن سلطنته عليه، لا لبيان سببية الشرط للمسببات في عرض أسبابها.

وبعبارة أخرى: مبنى الشرط على استحقاق الشيء، أو التخلي عنه وإسقاطه، عملاً كان أو عيناً أو منفعة أو حقاً، لا على جعل مضامين عقدية أو إيقاعية، بل هو تابع لإنشائها بشروطها المقررة.

الثاني: ما ذكره ~~نثر~~ 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^(٢).

وفيه: أن الخيار بعد أن كان حقاً لصاحبه فإعمال السلطنة فيه باشتراط السقوط

(١) وسائل الشريعة ج: ١٦ باب: ١١ من أبواب المكاتب حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ٢٠ باب: ٤ من أبواب المهور حديث: ٦ وباب: ٢٩ منها حديث: ١. وباب: ٣٨ منها حديث: ١، وج: ١٦ باب: ١٥ من أبواب المكاتب حديث: ١، وقد يستفاد من غيرها.

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 المنفعة إلى أمد، وبيعها بشرط استحقاق منفعة عين أخرى، كما لو اشترى الرضيع وحده بشرط أن ترضعه أمه أو تحضنه حتى يستقل. فإن كلا الأمرين لا ينافي حكم الشارع الأقدس، بتبعية العين للمنفعة في الملكية. وإلى هذا يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 للمكاتب إذا ملكت نفسها. وأما ما ذكره بعض مشايخنا رحمته من الاقتصار فيه على مورده، فهو لا يناسب ما تضمنه من تطبيق كبرى نفوذ الشروط، لظهوره في أن الكبرى المذكورة تنهض بجعل الشرط مسقطاً 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 رحمته 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 إلى ذلك ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 إلى هذا يرجع ما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأعظم رحمته بانصراف دليل ثبوت الخيار عن صورة الشرط المذكور، فيكون الشرط موجباً لخروج العقد عن موضوع الخيار تخصصاً، لأنه موجب لسقوط الخيار مع ثبوته اقتضاء، ليكون من إسقاط ما لم يجب.

لكنه كما ترى لا يناسب استدلاله رحمته على 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 على ذلك في إطلاقات سائر الأحكام، كالميراث ووجوب نفقة الأرحام؟! وما هو الضابط في الفرق؟

فالأولى 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 لتامية 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 فيها ذكره بعض مشايخنا ^١ 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 على ثبوته به. ولا محذور في التعليق بعد انحصار الدليل على 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 على مبطلية التعليق في المقام لا ينفع في إثبات صحة الإسقاط المعلق بعد أن كان الإسقاط إيقاعاً لا دليل على نفوذه. لانحصار عموم النفوذ بالعقود التي ليس الإسقاط منها قطعاً، وبالشروط المفروض في كلامه ^٢ قصور دليل نفوذها عن المقام، بل مقتضى الأصل عدم ترتب الأثر على الإسقاط المعلق، وبقاء الخيار المسبب عن العقد بمقتضى إطلاق أدلته.

ولاسيما مع عموم معقد الإجماع على مبطلية التعليق للمقام، لما سبق من أن مورد كلامهم في المقام هو اشتراط سقوط الخيار، لا إسقاطه معلقاً على حصوله. فتأمل.

وقد تحصل من جميع ما تقدم أنه لا مانع من صحة الشرط المذكور بعد أن كان مقتضى عموم نفوذ الشروط 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 الشروط بالتقريب المتقدم.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا ^٣ 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 رحمته - بمقتضى النسخة المعروفة - صحته . فراجع .

بقي في المقام أمور :

الأول : أن شيخنا الأعظم رحمته قال في بيان هذا الشرط : « أن يشترط عدم الخيار . وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط ، فيقول : بعت 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 رحمته 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 إلى 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 رتبياً لا غير ، لأن موضوع السقوط المشروط هو الثبوت بالعقد ، فبمجرد تمامية العقد يثبت الخيار ويسقط ، نظير ملك أحد العمودين وانعاقه على المشتري . فلا حظ .

الثاني : أن الشرط إذا رجع إلى شرط الفعل - كشرط عدم الفسخ - فهل يقتضي

مجرد وجوب العمل بالشرط وحرمة مخالفته تكليفاً، نظير وجوب العمل بالقَسَم، كما ذكره بعض مشايخنا^(١)، أو يقتضي استحقاق الأمر المشروط للمشروط له على المشروط عليه، فيجب على المشروط عليه القيام بالشرط بملاك وجوب أداء الحق، وتحرم عليه مخالفته بملاك حرمة التعدي على الحق.

وتظهر الثمرة بين الوجهين فيما لو خالف المشروط عليه مقتضى الشرط ففسخ العقد في مفروض الكلام، حيث يتعين ترتب الأثر على الفسخ على الأول، بناء على ما هو التحقيق من أن النهي عن المعاملة لا يقتضي الفساد. وعدم ترتب الأثر عليه على الثاني، لقصور سلطنة المشروط عليه عن مخالفة الشرط، لمنافاتها لحق المشروط له. نظير حق المرتهن الموجب لقصور سلطنة الراهن على ماله.

ولا ينبغي التأمل في قضاء المرتكزات بالثاني. وذلك لأن قصد المتعاقدين استحقاق المشروط له الأمر المشروط على المشروط عليه، كما هو مبنى 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»^(١). وقوله عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم...»^(٢). وقوله عليه السلام في معتبر منصور: «فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، 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، على ما يأتي في المسألة الرابعة والستين عند الكلام في أحكام الشروط، إن شاء الله تعالى.

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٤٠ من أبواب المهور حديث: ٢، ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

بخلاف ما لو كان نفوذ الشرط متمحضاً في التكليف، نظير ما لو أقسم على 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، ويعم كل من تمت شروطه في حقه ولو كان شخصاً آخر غير من أقسم على أن يهدي له.

ويزيد الأمر وضوحاً بناء على 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 على 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 مطالبة به، وإرغامه عليه ولو برفعه للحاكم. وقد يلتزم بأن الحاكم يقوم مقامه فيه لو تعذر عليه إجباره على القيام به.

ولو فسخ حينئذ قبل إسقاط الخيار، فإن استبطن اشتراط إسقاط الخيار اشتراط عدم الفسخ كما هو الغالب تعين عدم ترتب الأثر على 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 رحمته في المسألة الثانية من كتاب المضاربة، حيث قال رحمته: «شرط عدم فسخ العقد يمتنع أن يكون موجباً للزوم العقد وامتناع فسخه، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف على وجود العقد، فلا يتوقف وجود العقد عليه». ومرجع ذلك إلى أن لزوم العمل بالشرط لما كان منوطاً ببقاء مضمون العقد الذي وقع فيه الشرط، وعدم ارتفاعه 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 على نفوذ الشرط، والذي يستند إلى نفوذ الشرط ولزوم العمل به هو بقاء المضمون العقدي في المرتبة اللاحقة لنفوذ الشرط.

وبعبارة أخرى: حدوث المضمون العقدي لا يتوقف على 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 ^١ في المقام، وأشار إليه في حاشيته على المسألة المذكورة من العروة الوثقى، من أن ارتباط الشرط بالعقد ينتهي على إناطة إنفاذ الشروط له العقد وعدم رجوعه عنه على قيام الشروط له بالشرط. فإذا اشترى الثوب من صاحبه بشرط أن يخطه له رجع ذلك إلى توقف جريان المشتري على البيع وعدم رجوعه عنه على الخياطة، وأنه إن لم يخط الثوب رجع عن التزامه بالبيع. وذلك إنما يتم في غير اشتراط عدم فسخ العقد نفسه، إذ مع فسخ الشروط عليه للعقد، لا يبقى موضوع لالتزام الشروط له بالعقد ورجوعه عنه، فلا معنى للشرط المذكور.

وفيه: أن مرجع ذلك إلى 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 ^٢ وأنه كالشبهة في مقابل البديهة، لا يعول عليه حتى لو خفي وجه دفعه.

وحينئذ نقول: المراد بذلك إن كان هو إناطة البقاء على الالتزام بالعقد ونفوذه بحصول الشرط لزم انفساح العقد بتخلف الشرط، مع وضوح عدم انفساخه بذلك. غاية الأمر أن للشروط له الفسخ، كما له البقاء على 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 على البائع أنه إن لم يخطه كان له الخيار والرجوع بالبيع وفسخه، لم تكن الخياطة شرطاً على البائع، ولم يجب عليه القيام بها. ولذا يصح اشتراط الخيار عند عدم تحقق العمل من غير البائع.

أما مفاد الشرط فهو جعل الأمر المشروط على الأمر المشروط عليه، بنحو يؤدي إلى 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 على أن لزوم الوفاء بالعقد بتام خصوصياته بنحو الارتباطية، بحيث لا يلزم الوفاء مع تخلف بعضها. ومن ثم كان خيار تخلف الشرط مباحناً لخيار الشرط وليس من أفرادها.

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 تعالى ما ينفع في المقام. ولعله لذا لم يتعرض في تقرير درسه لكتاب المضاربة لذلك، حيث قد يظهر من ذلك عدوله ~~تنته~~ 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 على ما تقدم منا توضيحه في أوائل الكلام في المكاسب المحرمة عند التعرض لأدلة نفوذ العقد، والالتزام قبل العقد التزام مجرد لا دليل على نفوذه، فضلاً عن لزومه.

لكن في الخلاف وجواهر القاضي نفوذ الشرط المذكور وسقوط الخيار في البيع الواقع بعده، لدعوى عموم دليل نفوذ الشرط له.

فإن كان مرادهما ما إذا لم يبتن العقد على الشرط المذكور أشكل بما ذكرنا من عدم صدق الشرط على الالتزام المذكور.

كما يسقط بإسقاطه بعد العقد (١).

وإن كان مرادهما ما إذا ابتنى العقد على الشرط المذكور فالظاهر تماميته ونفوذ الشرط، كما في المختلف وظاهر الجواهر، لا لصدق الشرط على الاشتراط السابق، بل لصدقه على الشرط الضمني الذي يبتني عليه العقد.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته، 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 على ذلك وقضائها به.

نعم ورد في بعض النصوص أن الشرط بعد النكاح، ولا يعتد به قبله^(١). وربما يستظهر منه عدم الاكتفاء بالشرط السابق وإن ابتنى عليه العقد.

لكن النكاح يمتاز عن أكثر العقود بأنه لا بد فيه من اللفظ، ولا يكتفى فيه بإبراز الالتزام بوجه آخر كالمعاطاة، وربما يكون لهذه الخصوصية دخل في لزوم التلطف بالشرط عند العقد، ولا يكتفى بابتناء العقد عليه بحسب القصد. ومن ثم لا يخرج عما ذكرنا.

(١) يظهر من تصريحهم بسقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه مفروغيتهم عن سقوطه بالإسقاط ومن ثم استظهر شيخنا الأعظم رحمته عدم الخلاف فيه. بل يظهر ذلك حتى 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 استدلل على ذلك شيخنا الأعظم رحمته بفحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنه رضا منه. ففي صحيح علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط. فإن أحدث المشتري

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ١٩ من أبواب المتعة حديث: ٤، وباب: ٣٢ منها حديث: ٢، وج: ١٥

باب: ٣٩ من أبواب المهور حديث: ٢.

حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، فلا شرط...»^(١). وكأنه يلاحظ أن الإسقاط يتضمن الرضا وزيادة.

لكن ذلك إنما ورد في خيار الحيوان، كما تضمنت بعض النصوص سقوط خيار الشرط بالرضا^(٢)، ولم يرد ذلك في خيار المجلس.

ودعوى: أن مقتضى 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 المعلن، لا العموم لحكم آخر، فإذا قيل: لا تفرط بالرمان لأنه حامض. دلّ على النهي عن الإفطار بكل حامض، لا على عموم النهي لغير الإفطار من أنحاء الأكل. والحكم المعلن في المقام هو سقوط خيار الحيوان، فلا يعم التعليل سقوط غيره.

ومثل ذلك في الإشكال ما يظهر منه ^{ثبوت} في مسألة سقوط خيار المجلس بالتصرف من أن مقتضى عموم قوله ^{البيان} في الصحيح المتقدم: «فلا شرط» هو نفي كل خيار، لا خصوص خيار الحيوان: إذ فيه: أنه لا مجال لفهم العموم بعد تفرع مسقطية التصرف على الحكم بثبوت خيار الحيوان. ولعله لذا أمر ^{ثبوت} بالتأمل.

نعم سبق عند الكلام في مسقطية الافتراق عن إكراه قوله ^{البيان} في صحيح الفضيل: «إذا افتراقاً فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٣). لكن تقدم عدم إمكان البناء على 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.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥، ١٢ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(الثاني): خيار الحيوان (١).

(مسألة ٤): كل من اشترى حيواناً (٢)

على أن من القريب إلغاء خصوصية خياري 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 رثاب - الوارد في خيار الحيوان والمتقدم عند الكلام في تعريف الخيار - في الإشارة إلى قضية ارتكازية لا خصوصية لخيار الحيوان فيها.

ويترتب على ذلك سقوط خيار المجلس بكل ما يدل على الرضا بالمبيع، والبناء على 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 حتى مثل الإخلال بتعليقه، بحيث لا يعود لحاله. لأنصراف 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.

(١) قال في التذكرة: «عند علمائنا أجمع خلافاً للجمهور كافة». وقال في الجواهر: «هو في الجملة إجماعي، بل ضروري عند علماء المذهب».

(٢) لا ينبغي الإشكال في أن موضوع هذا الخيار هو الحيوان الواجد للحياة فعلاً، دون الميت منه وإن كان مذكي، لعدم صدق الحيوان عليه. إلا أنه يحسن التعرض لأمرين ذكرهما شيخنا الأعظم رحمته.

الأول: قال **ثُمَّ**: «وظاهر النص والفتوى 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 على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم».

والعمدة في وجه ذلك هو انصراف شراء الحيوان الذي هو موضوع هذا الخيار في النصوص لشرائه بها هو حيوان لا بها هو لحم لا غرض في بقاء حياته. لما ذكره بعض الأعاظم **ثُمَّ** من أن ذلك هو مقتضى مناسبة الحكم والموضوع.

ولاسيما مع مناسيته لما تضمنته النصوص من أن الحيوان لو مات في مدة الخيار كان من مال البائع^(١). لأن المنساق منه تعلق غرض المشتري ببقاء 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 **ثُمَّ** فيما إذا كان ذلك لعارض. بل هل يمكن البناء على أنه لو أدرك المشتري ذكاته إلا أنه لم يذكه لتعذر ذلك عليه أن يتلف من مال البائع؟!.

على أنه لم يتضح الفرق بين مثل السمك المخرج من الماء والصيد المشرف على الموت، فإن كلا منهما قد صار كذلك لعارض.

هذا وقد قال **ثُمَّ** بعد ذلك: «وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض أو زمن الخيار».

فإن أراد به زهاق روحه بنحو لا يحرم لحمه، كما لو لم يدرك ذكاته، فهو ليس

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 على أن تلف الحيوان في مدة الخيار من مال البائع. فلاحظ.

هذا وربما يستشكل في ثبوت الخيار حتى في مستقر الحياة فيما لو ابتنى البيع على التعجيل بذبح الحيوان، كالهدي الذي يشتري للذبح في ساعته، والدجاج الذي يشتري ليؤكل في يومه، ونحو ذلك مما يبتنى فيه البيع على عدم الغرض ببقاء الحيوان في الأيام الثلاثة. لا ببناء الخيار على 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.

ودعوى: أن الأمر في جميع ذلك يرجع في الحقيقة إلى اشتراط سقوط الخيار ضمناً وإن كان مستحقاً بمقتضى 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 رحمته الله: «لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول. ولعله الأقوى».

وكان وجهه انصراف نصوص المقام بلحاظ الحكمة والأحكام المصرح بها في بعض النصوص، كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عهدت البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا. وعهدته سنة من الجنون، فما بعد السنة فليس بشيء»^(١)، وما تضمن سقوط الخيار بالتصرف، وضمن البائع درك الحيوان في مدة الخيار. لظهور النصوص المذكورة في فرض كون المبيع شخصياً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٧.

إنساناً كان أو غيره (١)

وبعبارة أخرى: النصوص المذكورة تناسب انصراف نصوص خيار الحيوان للمبيع الشخصي. وليس المدعى 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.

ودعوى: 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 إيداله لو كان معيباً 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، وتقصر عنه النصوص المذكورة. وإن كان من حين القبض فهو خلاف ظاهر نصوص خيار الحيوان.

وبذلك يظهر أنه لو بني على 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 الأعظم وبعض مشايخنا (قدس سرهما) في المقام. فراجع. هذا ويأتي في المسألة التاسعة والثلاثين في فروع خيار التأخير ما ينفع في المقام. (١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. لإطلاق وعموم كثير من النصوص، وصرامة جملة منها. ويأتي بعضها.

نعم في موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية بثمن مسمى، ثم افترقا. قال: وجب البيع. وليس له أن يطأها وهي عند صاحبها حتى يقبضها، ويعلم صاحبها...»^(١).

(١) الكافي ج: ٥ ص ٤٧٤ باب استبراء الأمة حديث: ١٠. وروى أكثره في وسائل الشيعية ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب الخيار حديث: ٥.

ثبت له الخيار ثلاثة أيام (١)

لكن من القريب حملة على بيان مجرد صحة البيع، وملكية المشتري للجارية من أجل التمهيد لحكم وطئها. ومجرد ذكر الافتراق في كلام السائل لا ينافي ذلك، ولا يلزم بحمله على بيان لزوم البيع.

ولا أقل من لزوم حملة على ما ذكرنا جمعاً مع النصوص الكثيرة المعول عليها عندهم. ولعله لذا لم يتعرض الفقهاء - فيما تيسر لي من الفحص - للحديث وللکلام فيه. (١) كما هو المعروف بين الأصحاب المدعى عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والسرائر وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والتنقيح وعن غيرها.

والنصوص به مستفيضة، منها صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سمعتَه يقول: قال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة أيام...»^(١) ونحو غيره.

وفي الغنية وعن الحلبي أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل في الأول دعوى الإجماع عليه. وقد ينسب ذلك للمقنعة والنهاية والمراسم، للحكم فيها بأنها إذا هلكت في المدة المذكورة كانت من مال البائع. 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 على استمرار الخيار، بل على أنها حكمان تعبديان 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 رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم

مبدؤها زمان العقد (١)

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 إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١). 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...»^(٢).

(١) 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 على 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، يقوى ظهوره في أن الاختلاف بين الخيارين في المنتهى دون المبدأ. واحتمال الاعتماد في بيان مبدأ خيار الحيوان على 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...»^(٣) إذ مع تقديم خيار الحيوان في الذكر لا مجال لاحتمال الاعتماد في بيان مبدئه على 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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٩.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٥.

والخلاف والسرائر لكون مبدأ خيار الشرط هو التفرق. قال في المبسوط: «والأولى 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 إلى تشخيص مقتضى إطلاق الاشتراط إثباتاً، لا لبيان امتناع اجتماع الخيارين ثبوتاً، ليناسب العموم لخيار الحيوان، فيكون مرجعه إلى 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 لتحقيق موضوعاتها. بل الظاهر أن عبارة الغنية لا تأبى الاختصاص بخيار الشرط، كما يظهر بملاحظتها. ومن هنا لا مجال لنسبة كون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق للشيخ وابن إدريس بعد أن كان مقتضى 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 رحمته 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 إلى دفعه بأن ذلك لا يمنع من اجتماع الخيارين. غاية الأمر أنه لابد من استثناء الحكم المذكور عند اجتماع الخيارين من عموم حكم أحدهما.

وقد ذكر رحمته أن ما تضمن أن تلف الحيوان في زمان خياره من البائع محمول على 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 (١) والليلتان المتوسطتان داخلتان في مدة الخيار (٢). 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 جرى عليه بعض مشايخنا رحمهم الله.

والحاصل: أنه لا يخرج عما يظهر من نصوص خيار الحيوان من كون مبدئه زمان العقد، دون التفرق.

(١) كما صرح بذلك غير واحد. وذلك لأنه بعد أن كان ظاهر اليوم هو النهار المقابل لليل فاللازم تمامية الأيام الثلاثة، عملاً بظاهر النصوص. والاكتفاء في اليوم الأول بالنقص يحتاج إلى دليل، كما ورد نظيره في أقرء عدة الطلاق، وهو مفقود في المقام.

ويكتفى 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 كفى 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 على أنه لو وقع البيع ليلاً ينقص من اليوم بقدره لكنه خلاف ظاهر النصوص، بل المقطوع منها. كيف ولازمه الاكتفاء بيوم وليلتين، أو ليلة ويومين، أو نحو ذلك مما يقطع بطلانه.

(٢) كما صرح به غير واحد، ونفى الإشكال فيه شيخنا الأعظم رحمته الله. لا لأن المراد من اليوم ما يعم الليل، كما في قولنا: الشهر ثلاثون يوماً والأسبوع سبعة أيام.

المنكسر (١). وإذا لم يفترق المتبايعان حتى مضت ثلاثة أيام سقط خيار الحيوان وبقي خيار المجلس (٢).

فإن ذلك مخالف لمفهوم اليوم عرفاً، ويحتاج إلى قرينة خاصة مفقودة في المقام. بل لمفروغية الأصحاب، تبعاً للمنصرف من أكثر النصوص، من وحدة الخيار وابتثائه على الاستمرار. خصوصاً قوله عليه السلام في صحيح علي بن رثاب: «إذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(١). فإن مقتضى مفهوم الشرط فيه عدم وجوب البيع ولزومه، واستمرار الخيار، حتى 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.

(١) لعين ما سبق في الليلتين المتوسطتين. وكذا الليلة السابقة على الأيام الثلاثة لو وقع العقد ليلاً، لما سبق من ظهور النصوص في أن مبدأ الخيار زمان العقد.

(٢) كما يظهر من الجواهر ناسباً له لظهور الفتاوى. والعمدة فيه إطلاق نصوص خيار المجلس. كقوله عليه السلام في صحيح زرارة: «البيعان بالخيار حتى يفترقا...»^(٢) وغيره.

ودعوى: ظهور بعض نصوص خيار الحيوان في استثنائه من عموم خيار

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٩.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٢.

المجلس، كقوله عليه السلام في صحيح زرارة: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاث...»^(١). مدفوعة: بأن الاستثناء - لو تم - إنما هو في عدم انتهاء الخيار بالتفرق، من دون أن ينافي بقاءه مع عدم التفرق.

نعم قد يظهر تباین موضوع الخيارين من مثل صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٢). وقريب منه في ذلك معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام^(٣).

لكن من القريب حمله على بيان مجرد ثبوت خيار المجلس في غير الحيوان، لا على نفيه في الحيوان، جمعاً مع الإطلاقات المشار إليها. ولا سيما بلحاظ صحيح فضيل عنه عليه السلام: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري. قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٤).

فإن العدول عن بيان ثبوت خيار المجلس في غير الحيوان إلى بيان كبرى خيار المجلس، بنحو يشمل الحيوان وغيره، موجب لقوة ظهور الإطلاق في العموم، وظهور الصحيح في أن الحيوان يختص بخيار زائد على خيار المجلس، من دون أن يقصر عنه الخيار المذكور. وذلك هو المنساق من مجموع النصوص وفتاوى الأصحاب، والمفهوم منها عرفاً، كما سبق من الجواهر.

كيف ولازم البناء على قصور خيار المجلس عن بيع الحيوان عدم ثبوت الخيار في بيع الحيوان لغير صاحبه أصلاً بناء على ما يأتي من قصور خيار الحيوان عنه. وهو

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٦، ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٥.

(٤) الكافي ج: ٥ ص: ١٧٠ باب الشرط والخيار في البيع حديث: ٦. وأورد في وسائل الشيعة ج: ١٢ صدره بتصريف في باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٥ وذيله في باب: ١ من الأبواب المذكورة حديث: ٣.

(مسألة ٥): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في متن العقد (١).

كما يسقط بإسقاطه بعده (٢)، وبالتصرف في الحيوان (٣) تصرفاً يدل على

مما تأباه المرتكزات الفقهية جداً.

(١) 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 رحمته: «ولا بأس به».

وكأنه يتني على انحلال الخيار المذكور إلى خيارات متعددة بعدد أجزاء زمانه،

بحيث يكون كل منها حقاً قابلاً للإسقاط، فيصح اشتراط سقوطه، كما صرح بذلك

بعض مشايخنا رحمته.

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 إلى إسقاط بعض الخيار، بل إلى 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 إلى تبعض الحق، كما لعله ظاهر.

(٢) 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.

(٣) كما صرح بذلك جماعة. بل بلا خلاف، كما في الغنية، وإجماعاً، كما في التذكرة

إمضاء العقد واختيار عدم الفسخ (١).

وجامع المقاصد، ونسبه في الحقائق للأصحاب. ويقتضيه في الجملة النصوص الآتية. (١) كما هو مقتضى تعليل مسقطية التصرف في التذكرة بأنه دليل الرضا. وقد يستدل على ذلك بأنه مقتضى الجمع بين النصوص.

ففي صحيح علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإن أحدث المشتري فيها اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضا، منه فلا شرط له. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

وفي صحيحه الآخر عنه عليه السلام: «قلت له: أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس. فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته»^(٢). وفي صحيح الصفار: «كُتِبَ إلى 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»^(٣).

فإن مقتضى الأخيرين وإن كان هو سقوط الخيار بالتصرف مطلقاً، إلا أن مقتضى تفريع سقوطه في الأول على كون التصرف رضاً بالبيع كون المسقط هو الرضا اللازم للتصرف والمنكشف به. ومرجع ذلك اختصاص التصرف المسقط بما يكون ملازماً للرضا وكاشفاً عنه.

لكن لا مجال للبناء على كون تطبيق الرضا على 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 على خبايا الجارية، أو حلية التصرف المذكور، فإن الملكية المؤقتة كالزوجة المؤقتة كافية في حلها. ولذا تقع من الغافل عن

ثبوت خيار الحيوان، ومن هو عازم على الفسخ أو متردد فيه إذا لم يعلم بأنه مسقط للخيار. بل قد تقع من غير المالك عصياناً لمجرد إشباع الشهوة.

على أن المسقط للخيار إذا كان هو الرضا بالبيع، والبناء على عدم الفسخ الملازم للتصرف كما هو مقتضى التفريع في الصحيح رجع ذلك إلى 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 بالمبيع وبنائه على عدم فسخ البيع. وهو أنسب من التنبيه على 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 فالأولى 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 على 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 إلى بيان أمر آخر غير موضوع الحكم.

وبالجملة: لا مجال لحمل التفريع المذكور على بيان أن المسقط الحقيقي هو الرضا المقارن للتصرف، ليرجع إلى تقييد سقوط الخيار مع التصرف بها إذا كان مقارناً للرضا وكاشفاً عنه، بل لا بد من حمله على وجوه آخر ذكرها شيخنا الأعظم رحمه الله.

وأقربها حمل التفريع على الرضا الادعائي الراجع إلى أن التصرف بحكم الرضا شرعاً في مسقطيته للخيار، ومانعيته من الرجوع في البيع. ومرجع ذلك إلى خصوصية التصرف المذكور في إسقاط الخيار. بل مقتضى 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 على الاكتفاء بمطلق التصرف، وإن كان هو مقتضى إطلاق جماعة أولاً: لعدم الدليل على الإطلاق المذكور. وثانياً: عدم إمكان البناء على ذلك، لعدم انفكاك وجود الحيوان عند المشتري عنه عادة، ولو يمثل سقيه وإطعامه، ونقله في المكان المناسب له. ومن ثم يقرب عدم إرادة من أطلق العموم.

وقد ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله أن المدار فيه على ما يصدق به الحدث في الحيوان، وهو عرفاً يوجب زيادته أو نقصه عما كان عليه، عملاً بمكاتبة الصفار المتقدمة، بحمل الجواب فيها على خصوص الأخذ من الحافر والتنميل، دون الركوب فراسخ.

لكن ذلك لا يناسب صحيح علي بن رثاب، حيث فسر الحدث باللمس والتقبيل والنظر منها إلى ما كان يجرم عليه، مع وضوح أنه لا يصدق بها وبأمثالها الحدث بالمعنى الذي ذكره رحمهم الله.

وأما ما ذكره من احتمال كون المراد من الحدث فيه هو المعنى المذكور، وكون تطبيق الحدث على الأمور المذكورة تعدياً يقتصر فيه عليها، ولا يتعدى فيها لأمثالها، وأن ذلك إن لم يكن هو الأظهر من حمله على كون تفسير الحدث بتلك الأمور وأمثالها حقيقياً فلا أقل من إجمال الصحيح، وسقوطه عن الحجية، وينحصر الدليل على سقوط الخيار بالحدث بالمعنى المذكور بمكاتبة الصفار.

فهو مخالف للظاهر جداً، لأن الإمام عليه السلام اكتفى في أول الأمر ببيان مسقطية الحدث للخيار، ولم يتصد لتطبيقه على 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 تعدياً مع كون المراد من الحدث المعنى الذي ذكره رحمهم الله.

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 يباثلها، لا من أجل الانحصار.

هذا مضافاً إلى أن حمل الحدث في المكاتبه على خصوص الأخذ من الحافر والتنجيل دون الركوب فراسخ وإن كان هو مقتضى الجمود على 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 المكاتبه 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 موافقتها 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»^(١). لظهوره في المفروغة عن عدم مانعية شرب اللبن من الرد. وقد يستفاد ذلك من غيره.

بل حتى 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 استفاد منه عدم خصوصيتها والتعدي منها لما يشبهها ويسانخها، والتصرفات المذكورة خارجة عن المتيقن من ذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٣ من أبواب الخيار حديث: ١.

بل حتى مثل النظر إلى ما يحرم على 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 استثناءؤها، فالظاهر عدم توقف استثناءها على قصد الاختبار، لما سبق من قصور النصوص المتقدمة عنها رأساً.

وإن أرادوا غيرها مما يستفاد من النصوص المتقدمة مسقطيته للخيار فكأن الوجه في استثناءها هو ابتناء جعل خيار الحيوان على إعطاء الفرصة لصاحبه من أجل التعرف على 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 على عدم الفسخ للخيار، كما صرح بذلك غير واحد ونسبه في الحدائق للأصحاب.

لأن الرضا المذكور وإن لم يكن إسقاطاً لحق الخيار، كما سبق في أول الكلام في تعريف الخيار، إلا أن مقتضى صحيح علي بن رثاب مسقطيته، أما بناء على سوقه لبيان ملازمة التصرف للرضا الحقيقي فظاهر، لرجوعه إلى أن المسقط هو الرضا المذكور، دون التصرف المقارن له.

وأما بناء على ما ذكرنا من سوقه لبيان كون التصرف رضاً تعدياً، وأنه بحكم الرضا في مسقطيته للخيار، فلظهوره في المفروغية عن مسقطية الرضا الحقيقي للخيار. ويؤيد ذلك ما تضمن مسقطية الرضا لخيار الشرط^(١). بل تقدم عند الكلام في سقوط خيار الحيوان بالإسقاط تقرب فهم عموم مسقطية الرضا للخيار. ومن ذلك يظهر مسقطية الرضا للخيار ولو مع عدم التصرف.

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٥، ١٢ من أبواب الخيار.

(مسألة ٦): لا يثبت هذا الخيار للبائع (١)

ودعوى: 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 يكتفى عرفاً في تحققها بمجرد الالتزام بها، بل لابد من إبرازها بأحد الوجهين. أما الرضا المذكور فهو أمر حقيقي قائم بالنفس، راجع إلى البناء على التمسك بالمبيع، والبناء على عدم إرجاعه بفسخ البيع، ولا يتوقف على المبرز إلا بلحاظ كشفه عنه، مع ظهور النص في أن الأثر للمتكشف وحده.

نعم لو كان مرجع الرضا المذكور إلى إسقاط حق الخيار كان أمراً اعتبارياً واحتاج المبرز. لكن سبق المنع من ذلك. وقد يناسبه عدم التصرف المذكور مسقطاً آخر للخيار غير إسقاطه. فلا حظ.

(١) كما صرح بذلك جمع كثير من الأصحاب، وفي الجواهر أنه المشهور شهرة عظيمة، وظاهر الغنية دعوى الإجماع عليه، وظاهر الدروس دعوى الإجماع عليه ممن عدا المرتضى.

ويقتضيه بعد عموم دليل اللزوم في العقود النصوص الكثيرة المتضمنة قصره على 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 للمبتاعين، فإن العدول عن المتباعين 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...»^(١). فإن شرح الماهية بشيء

كالصريح في انحصارها به. وكذا صحيح علي بن رثاب عنه عليه السلام: «قال الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري...»^(١). ونحوه معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام^(٢) لما هو المعلوم من أن تعريف المسند إليه من أدوات الحصر.

وأصرح من الجميع صحيح علي بن رثاب 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...»^(٣) مع ما هو المعلوم عن عدم الفرق بين الجارية وغيرها.

ونسب غير واحد الخلاف في ذلك للسيد المرتضى ثبته، وأنه ذهب إلى ثبوته للمتبايعين معاً. كما نسب ذلك في كشف الرموز للسيد أحمد بن طائوس في كتابه البشري. وقد يظهر الميل إليه من الروضة، وفي المسالك: «فالقول به في غاية القوة إن لم يثبت الإجماع على 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 سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٤).

لكن لا مجال للخروج به عما سبق من النصوص الكثيرة المعول عليها عند الأصحاب. قال في الدروس: «والرواية صحيحة، إلا أن الشهرة رواية وفتوى، بل الإجماع يعارضها».

وأما ما ذكره بعض مشايخنا ثبته 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. على أنه غير مهم بعد عموم لزوم العقد، حيث يكون

(١)، (٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ٨، ١.

(٣)، (٤) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٩، ٣.

مرجحاً لنصوص المشهور، أو مرجعاً بعد تساقط النصوص. وكيف كان فالمتعين طرح صحيح محمد بن مسلم، أو تأويله.

ولعل الأقرب ما ذكره غير واحد من حمله بيان أصل ثبوت الخيار بين المتبايعين من دون نظر إلى من له الخيار منها، جمعاً مع النصوص المشهورة وإن كان ذلك مخالفاً لظاهره بدوياً. ولا يمنع من ذلك اشتماله على 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 صلى الله عليه وآله وسلم ما تضمن الاختصاص بالمشتري^(١). ووقوع مثل هذا الاختلاف بسبب النقل بالمعنى غير عزيز. ولعله لذا لم يتعرض الشيخ في التهذيب عند ذكره للحديث لمخالفته لبقية النصوص ولوجه جمعه معها، وكأنه لا يخالفها.

بل قد يحمل على ذلك كلام السيد المرتضى رحمه الله، حيث قال في الانتصار: «مما انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام وإن لم يشترط... دليلاً للإجماع المتردد. ويمكن أيضاً أن يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان خاصة أن العيوب فيه أخفى 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 على ما إذا كان كلا العوضين حيواناً - كما ذكره غير واحد - فهو بعيد جداً، لأنه حمل على الفرد النادر. وكذا ما في الوسائل من حمله على التقية. لما أشرنا إليه من إنكار المعاملة لهذا الخيار رأساً. إلا أن يكون معيار التقية عنده مجرد الاختلاف بين الأخبار، كما جرى عليه صاحب الحدائق.

(١) وسائل الشيعة ج: ٢، باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ١.

حتى لو كان الثمن حيواناً (١).

والحاصل: أنه لا معدل عما هو المعروف بين الأصحاب - تبعاً للنصوص الكثيرة - من اختصاص الخيار بالمشتري، أو بمن يصير له الحيوان، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(١) كما هو مقتضى إطلاق المشهور وصريح غير واحد. للتقييده في النصوص الكثيرة.

وقوى 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 على ما إذا كان العوضان حيوانين، ونسب في مفتاح الكرامة القول به أو الميل إليه إلى جماعة، بل نسبه في الوسائل للأصحاب.

وقد استدلل 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 لاشتغاله على أمور باطنية لا يطلع عليها غالباً إلا بالتروي والاختبار.

لكن الثاني بالقياس أشبه، لعدم النص على التعليل بالجهة المذكورة، ليظهر منه أن الخيار يدور مدارها سعة وضيقاً.

وأما الأول فكان المنظور لهم أن فيه عملاً بصحيح محمد بن مسلم بحمله على صورة بيع حيوان بحيوان، وبإطلاق ما تضمن ثبوته لصاحب الحيوان، وبما تضمن ثبوته للمشتري بحمله على الغالب من كون المبيع حيواناً.

لكن سبق أن حمل صحيح محمد بن مسلم على الصورة المذكورة بعيد جداً، لأنه حمل له على الفرد النادر. مع أن الجمع بينه وبين بقية النصوص بذلك تبرعي من دون شاهد.

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»^(١).

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 على التقييد. نعم لو كان التعبير هكذا: صاحب الحيوان إن كان مشترياً فهو بالخيار. كان دالاً على 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 رثاب 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.

ويبني مذهب المشهور على الجمع بين التحديدتين. إما للبناء على التقييد، تقدماً لظهور كل من الطائفتين في لزوم تحقق موضوعها على الإطلاق في الطائفة الأخرى. أو للتوقف في ترجيح أحد الأمرين والاقتصار في الخروج عن عموم اللزوم على المتيقن، وهو اجتماع الحدين.

لكن الظاهر أن مناسبة الحكم والموضوع تقضي بأولوية عنوان صاحب

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٢.

الحيوان من المشتري بالموضوعية، بنحو يصلح عرفاً للقرينة على كون ذكر المشتري في نصوصه بلحاظ غلبة كونه صاحب الحيوان دون العكس.

فالحكمة المتقدمة وإن لم تصلح لأن تكون دليلاً على التعدي من المشتري للبائع إذا كان صاحب الحيوان، إلا أنها بسبب ارتكازيتها تصلح لأن تكون قرينة عرفاً على تقديم نصوص صاحب الحيوان، بلحاظ أولويته بالموضوعية ارتكازاً. بل ربما تصلح الجهة المذكورة قرينة على 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 على هذا الخيار بنصوص ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا منشأ للإشكال في بقائها على إطلاقها بنحو تشمل ما إذا كان الحيوان ثمناً، وكان صاحبه هو البائع وإن كان ذلك فرداً نادراً.

أما إذا انحصر الدليل بنصوص ثبوته للمشتري فمن الصعب جداً البناء على إطلاقها بنحو تشمل الصورة المذكورة، بحيث يثبت الخيار للمشتري وإن كان صاحب الحيوان هو البائع.

وما ذلك إلا لقوة المناسبة الارتكازية بنحو تقتضي حمل الثاني على الغالب دون الأول. وهو نحو من الجمع العرفي.

والحاصل: أن الظاهر كون مقتضى الجمع العرفي - تبعاً لمناسبة الحكم والموضوع - هو تحكيم نصوص صاحب الحيوان على نصوص المشتري، دون الجمع بينهما بالتقييد، أو التوقف الملزم بالاقصاء على المتيقن في الخروج عن أصالة اللزوم، بحيث يقتصر على ما إذا كان صاحب الحيوان هو المشتري، كما ينسب للمشهور.

وكان ذلك هو المنظور لشيخنا الأعظم رحمته في المقام، كما يظهر بملاحظة كلامه. وبعض مشايخنا رحمته وإن أنكر عليه ذلك، إلا أنه جرى عليه في فتواه.

(مسألة ٧): يختص هذا الخيار بالبيع، ولا يثبت في غيره من

المعاوضات (١).

(مسألة ٨): إذا تلف الحيوان قبل القبض أو بعده في مدة الخيار كان

تلفه من مال البائع (٢)، 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 حمل صحيح محمد بن مسلم على ذلك، لما سبق من أنه فرد نادر، بل لإطلاق نصوص ثبوت الخيار لصاحب الحيوان.

(١) الظاهر مفروغية الأصحاب عن ذلك، لسوقهم له في سياق خيار المجلس، وخلافهم المتقدم في اختصاصه بالمشتري أو عمومه للمتبايعين. ويقتضيه اختصاص نصوصه بالبيع.

(٢) أما إذا كان قبل القبض فالظاهر التسالم على ذلك. وفي الجواهر: «إجماعاً بقسميه». ويأتي من سيدنا المصنف ^{عليه السلام} التعرض لذلك في الفصل السابع في القبض والتسليم. ولعل الله سبحانه وتعالى يوفق لتعقيب كلماته هناك. مضافاً إلى 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 إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي

الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري». وزيد في بعض طرقه: «شرط البائع أو لم يشترطه»^(١)، ومرسلة ابن رباط عنه عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»^(٢) وغيرهما.

وبذلك يخرج عما تقتضيه القاعدة من ضمان المشتري له، بناء على 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 على إرادة لزوم البيع بعد الثلاثة مع ملكيته له بمقتضى نفوذ العقد وصحته، ولنصوص آخر ظاهرة في ترتب أثره عليه بمجرد تمامية العقد. وللکلام 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 تفريط وكان الخيار للبائع فالتلف من مال المشتري وإن كان الخيار للمشتري فالتلف من مال البائع».

لكن لم يتضح منشأ هذه الكبرى بعد اختصاص النصوص بخيار الحيوان وخيار الشرط في الجملة على ما ربما يأتي التعرض له في محله.

نعم بناء على ما سبق منا من أن موضوع الخيار صاحب الحيوان، لا خصوص المشتري، فلا يبعد التعدي عن مورد النصوص السابقة، والبناء على 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 عليه السلام التعرض لحكم الضمان في آخر الفصل الخامس في أحكام الخيار. وربما يأتي منا هناك تمام الكلام في ذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٣، ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٥.

(مسألة ٩): إذا طرأ عيب في الحيوان من غير تفريط من المشتري لم يمنع من الفسخ والرد (١)، وإن كان بتفريط منه سقط خياره (٢).
(الثالث): خيار الشرط (٣). والمراد به الخيار المجعول باشرطه في العقد

(١) الظاهر عدم الإشكال في ذلك. لأولويته من التلف ارتكازاً في كونه مضموناً على البائع. وللتصريح في صحيح عبد الله بن سنان المتقدم بضمانه للحدث كالموت، والظاهر أن المراد من الحدث المرض ونحوه من العيوب. وهو مقتضى إطلاق الحدث في مرسله ابن رباط. وبعد كونه مضموناً على 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.

(٢) أما عدم ضمان البائع له فلائنه 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 عليه السلام لذلك لوضوحه.

وأما سقوط الخيار بذلك فلا أن منصرف أدلة الخيار إرجاع كل من العوضين على حاله، ولا مخرج عن ذلك إلا النصوص المتقدمة التي عرفت قصورها عن مورد الكلام.

أما إذا كان التفريط بحيث يستند العيب إلى فعل المشتري، فيدخل في الضابط الذي تقدم منا في المسألة الخامسة للتصرف المسقط للخيار. وتام الكلام في المسألة في فصل أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

(٣) بلا خلاف، كما في التذكرة وعن الكفاية وغيرهما. ودعوى 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^(١).

وقد يستشكل فيه بمخالفته للكتاب المجيد، بلحاظ مخالفته لعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢)، الذي تقدم دلالة على عموم لزوم العقد.

وهو كما ترى، لأن تضمن العقد للشرط المذكور يمنع من منافاة الخيار الذي هو مقتضى الشرط لوجوب الوفاء بالعقد. نعم قد يتجه ذلك في اشتراط الخيار في عقد آخر بين المتشارطين غير الذي وقع فيه الشرط.

كما قد يتجه دعوى مخالفته للسنة الشريفة بلحاظ عموم اللزوم في البيع الذي تضمنته الأدلة، ومنها ما دل على لزومه بمجرد الافتراق ومضي الأيام الثلاثة في الحيوان، حيث قد يدعى أن مقتضى إطلاقه العموم لصورة اشتراط الخيار، كما أشار له في المستند.

لكنه يندفع بأن العقد حيث كان مبنياً على الإلزام والالتزام بين أطرافه فلزومه ارتكازاً راجع إلى لزومه في حق كل طرف بلحاظ منافاة فسخه لحق الطرف الآخر ومرجع ذلك إلى 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 بمقتضى سلطنته عليه.

نعم ما ثبت من العقود كون لزومه حكماً، لعدم مشروعية التقابل فيه

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب الخيار، ج: ١٥ باب: ٢٠، ٤٠ من أبواب المهور، ج: ١٦

باب: ٤، ١١ من أبواب المكاتب وغيرها.

(٢) سورة المائدة الآية: ١.

- كالنكاح - يتجه عدم مشروعية شرط الخيار فيه، لمنافاته للزومه شرعاً.

وإلى هذا في الجملة يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته وبعض الأعاظم رحمته في المقام، وذكره سيدنا المصنف رحمته في المسألة الخامسة من كتاب الضمان من مستمسكه. فراجع.

هذا وقد استشكل في ذلك بعض مشايخنا رحمته بدعوى: عدم الفرق بين الحق والحكم، وأن كلاهما حكم شرعي. غاية الأمر أن بعض الأحكام قد ثبت ارتفاعة 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 على الموارد التي تثبت جواز رفع اليد فيها وعدم التعدي عنها. وقد ثبت جواز رفع اليد عن لزوم البيع بالتقاييل، ولا مجال للتعدي منه والبناء على جواز رفع اليد عنه باشرط الخيار، بل لا بد فيه من دليل خاص.

ويندفع بأن جعل الحق حكم شرعي، كسائر الأحكام الشرعية. أما نفس الحق فهو مبين للحكم، ونتيجة له، ويكون موضوعاً للسلطنة بملاك سلطنة الإنسان على ماله. فالحكم شرعاً بثبوت حق الخيار في البيع مثلاً حكم شرعي كجواز الرجوع في الهبة. أما نفس حق الخيار فهو نتيجة للحكم شرعاً بثبوته، 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 على 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 على 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 على ملكيته لماله وسلطته 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 بطبيعتها من دون حاجة للسؤال تبعاً لارتكاز سلطتهما على 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 ^١ من أن ثبوت الخيار في بعض الموارد في البيع والنكاح معاً شاهد بأن اللزوم فيهما على 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 ^١ تصحيح خيار الشرط بوجهين آخرين:

الأول: يبتني على 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 على 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 الشروط عليه بالأمر المشروط، وأن ثبوت الخيار بتخلفه حكم عقلائي، وليس جزءاً من مضمون الشرط.

مع أنه لو كان جزءاً من مضمون الشرط فلا ينهض عموم نفوذ الشروط بنفذه بناء على ما سبق منه ^٢ هناك من اختصاص عموم نفوذ الشروط بالتكليف بفعل الشرط، ولذا يختص بشرط الفعل دون شرط النتيجة.

وكان المناسب له ^٣ أن يمنع من نهوض عموم نفوذ الشرط بتصحيح شرط الخيار بلحاظ مبناه المذكور حتى لو فرض عدم منافاته لعموم نفوذ العقد. مع أنه لم يشر لذلك.

الثاني: لا يبتني على عموم نفوذ الشروط، وحاصله: أن مرجع اشتراط الخيار إلى تضيق دائرة مضمون العقد وتقييده بصورة عدم الفسخ، للتنافي بين 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.

ودعوى: أن تحديد المضمون العقدي في مثل البيع بزمان خاص أو حال خاص باطل قطعاً، فكيف يدعى تحديده في المقام بعدم الفسخ؟! مدفوعة بأن بطلانه إنما هو

لعدم جري العرف عليه في معاملاتهم، فتقصر عنه أدلة النفوذ، أما التحديد بعدم الفسخ بسبب جعل الخيار فهو حيث كان شائعاً عند العرف يتعين شمول أدلة النفوذ له. وحيث لا يكون اشتراط الخيار منافياً للكتاب، لأن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بالعقود﴾^(١) إنها يقتضي نفوذ مضمونها ولزومه على 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 إنها تقتضي لزومه على نحو ما جعل، فإذا جعل مقيداً بعدم الفسخ لم تنهض تلك النصوص بإثبات بقاءه بعد الفسخ.

لكنه يشكل أولاً: بأن إنشاء المضمون العقدي بنحو الإطلاق لا يرجع إلى إنشائه بنحو يبقى ويستمر، بل إلى أصل إيجابه، وبقاؤه إنما هو لأن مقتضى طبعه البقاء حتى يطرأ ما يرفعه، لا لأن مقتضى العقد بقاؤه.

وعلى هذا يكون الفرق بين إطلاق المضمون العقدي وتقييده كما في الزوجية الدائمة والمنقطعة ليس بسعة المضمون وضيقه، بل إلى إبقاء الأول على مقتضى طبعه لا يرتفع إلا برفع، كالطلاق، والخروج بالثاني عن مقتضى طبعه بتحديد أمد بقاءه.

ولذا لا يكون حكم الشارع الأقدس بارتفاع المضمون العقدي برفع خاص - كالرضاع والطلاق الرافعين للزوجية - راجعاً ارتكازاً إلى عدم نفوذ العقد في بعض مضمونه، بل إلى ارتفاعه بعد ثبوته بنحو الإطلاق بسبب طرؤ المانع أو الرفع.

وعلى كل حال فسواء كان الفرق بين الإطلاق والتقييد هو سعة الأول وتضييق الثاني أم ما ذكرنا، فارتفاع المضمون العقدي بالفسخ في مورد خيار الشرط لا يبتني على انتهاء أمدّه، بل على ارتفاعه - مع أن من شأنه البقاء - نتيجة إبطال العقد ورفع اليد عنه بالفسخ، لأن مفاد الفسخ هو إبطال العقد، لا إنهاء المضمون.

إما لكل من المتعاقدين (١)، أو لأحدهما (٢)

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 سلطته عليه بالمعاوضة عليه وإسقاطه، بل لازمه عدم ترتب الأثر على 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 على نحو سلطته على ملكه.

ومن هنا لا يبعد انحصار الوجه في عموم عدم منفاة اشتراط الخيار لعموم لزوم العقد بما سبق من كون اللزوم 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 على الشرط واشتراطه في عقد آخر. كل ذلك لعموم نفوذ الشرط بعد عدم منفاة لعمومات نفوذ العقد. أما بناء على أن الوجه فيه ما ذكره بعض مشايخنا^١ من الوجهين فهو يختص باشتراط الخيار في نفس العقد المشتمل على الشرط، كما يظهر بملاحظتهما.

(١) الظاهر عدم الإشكال فيه بينهم، بل هو داخل في معاهد الإجماع ونفي الخلاف المتقدمين. والوجه فيه عموم نفوذ الشرط بالوجه المتقدم.

(٢) الأمر فيه كما في سابقه. مضافاً إلى بعض النصوص الواردة في جعل الخيار للمشتري. كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع

بعينه (١)، أو لأجنبي (٢).

الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط، فيعطى الربح في أهله. قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه^(١)، وغيره مما قد يأتي التعرض له. كما يأتي في المسألة الثانية عشرة ما يشهد بصحة شرط الخيار للبائع.

وقد يظهر من بعضهم أن منه معتبر أبي الجارود عن أحدهما عليه السلام: «قال: إن بعت رجلاً على شرط، فإن أتاك بهالك، وإلا فالبيع لك»^(٢). لكن الظاهر أن المراد بالشرط فيه شرط الأجل في الثمن. والخيار فيه خيار تخلف الشرط، لا خيار الشرط الذي هو محل الكلام، كما يظهر بأدنى تأمل.

(١) أما مع عدم تعيين من له الخيار منها فالتعيين بطلان الشرط، لعدم قابلية المردد للوجود الاعتباري، كما لا يقبل الوجود الحقيقي.

(٢) كما صرح به جماعة، وهو مقتضى عموم معقد نفى الخلاف المحكي عن الكفاية، وفي التذكرة: «ذهب علمائنا أجمع إلى جوازه، وأنه يصح البيع والشرط». لكن النظر في كلماتهم يشهد بشدة اختلافهم في خصوصياته وأثاره بنحو قد يكون منشؤه عدم وضوح حقيقته عندهم.

والذي ينبغي أن يقال: العقد يبتني على الإلزام والالتزام بين أطرافه، بنحو يقتضي بثوت الاستحقاقات بينهم دون غيرهم ممن هو ليس طرفاً في العقد. والشرط الذي يتضمنه من جملة الالتزامات المبنية على الاستحقاق، فلا يكون طرفه المستحق له والمستحق عليه إلا أحد أطراف العقد.

وحيث كان البيع قائماً بالمتبايعين فقط تعين عدم استحقاق غيرهما ما يتضمنه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٧ من أبواب الخيار حديث: ٢.

من الخصوصيات المأخوذة في العقد، ومنها شرط الخيار، كما لا يكون مستحقاً عليه شيء منها.

هذا وقد حاول بعض مشايخنا ^١ توجيه جعل الخيار للأجنبي مع ذلك بما سبق عنه توجيه خيار الشرط به من ابتناء شرط الخيار على 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 يخرج 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 على أن يكون الأجنبي مسلطاً على إسقاطه، لا بملاك إسقاط صاحب الخيار لحقه، بل لاشتراط بقاء الخيار المجعول لأحد المتبايعين أو كليهما بعدم إسقاطه، فيكون الأجنبي قادراً على إسقاط الخيار بمقتضى الشرط المذكور، وصاحب الخيار مسلطاً على إسقاطه بمقتضى كونه حقاً له. وأيهما سبق سقط الخيار.

ثم إن جعل الخيار للأجنبي بأحد هذين النحوين يكون تارة: للاهتمام برضاه ورغبته، حباً له، أو دفعاً لمشاكل مخالفة رغبته، كما لو بيع العبد واشترط الخيار له، أو بيعت الدار واشترط الخيار للعجار. وأخرى: للاهتمام بنظره وحسن اختياره لمن له الخيار استنصاحاً له وثقة به.

ولا ينبغي الإشكال في تبعية اختياره في الصورة الأولى لصلاحه 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 على 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، بملك 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 قيداً 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، كما

(مسألة ١٠): لا يتقدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه ما يشاء من مدة قصيرة أو طويلة (١)، متصلة بالعقد أو منفصلة عنه (٢). نعم

قد يتضح ذلك بملاحظة كلماتهم ومقارنتها بما سبق. وإن كان الأمر غير مهم لمن يستوضح ما ذكرنا.

(١) كما صرح به غير واحد، وادعى الإجماع عليه في الانتصار والتذكرة وظاهر الغنية، وفي الخلاف: «عليه إجماع الفرق، 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 على عدم التصرف بالعين تصرفاً يوجب اختلاف الرغبة فيها. وهو - لو تم - ليس محذوراً يخرج به عن عموم نفوذ الشروط، كما لعله ظاهر.

(٢) 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 (١)،

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.

(١) جعل الخيار بلا مدة يمكن أن يقع على وجوه:

الأول: أن يراد به بقاؤه مدة مبهمة. والظاهر بطلانه، كما عن جماعة. وهو مقتضى ما في المبسوط والتذكرة والمختلف من بطلان البيع به، وحكاه في المختلف عن السيد المرتضى، وإن حكى 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 دعوى 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 على خيار الحيوان.

نعم قال في الجواهر: «إرسال الشيخ الأخبار المزبورة لا تقصر عن المراسيل في كتب الحديث، التي من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام... فهي حينئذ مع الإجماعات المزبورة كافية في إثبات المطلوب... بل جزم به العلامة الطباطبائي في مصابحه. وهو لا يخلو من قوة». وسبقه إلى هذا في مفتاح الكرامة.

لكن لم يتضح كون مراد الشيخ من الأخبار أخباراً دالة على التحديد بذلك تعبدًا، 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 على المعهود. وذلك راجع إلى تشخيص مقتضى الإطلاق نتيجة القرينة العامة، الذي لو تم فلا إشكال في الحكم.

وقد يكون ذلك هو المنشأ لدعوى الإجماع، حيث يشيع عند القدماء دعواه على الحكم بلحاظ الإجماع على منشئه. وحتى الأخبار قد يدعى ورودها في خصوص مورد بلحاظ ورودها في كبرى تشمله بنظر المدعي.

ومن هنا يلزم النظر في الدعوى المذكورة. وهي غير ظاهرة، إذ لم يرد تحديد الخيار بثلاثة أيام إلا في خيار الحيوان، وليس هو من الشيوع والظهور بحدّ ينهض بالقرينة على تشخيص مقتضى الإطلاق عند العرف. ولا سيما بعدما سبق من الشيخ نفسه في المبسوط وعن السيد المرتضى من بطلان العقد بالشرط المذكور. ومن هنا لا يخرج 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 على ثلاثة أيام وعدمه فرع العلم بعدم إرادة الاستمرار.

نعم يشمله استدلالهم على 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 حتى 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 الأعاضم ^{ثنت}. لظهور أنه لا جهل بحال الخيار المجعول ولا بمقداره بعد فرض جعله بنحو الاستمرار المطلق.

نعم ذكر بعض الأعاضم ^{ثنت} وجهاً آخر للمنع منه. قال في منية المريد: «بل يمكن أن يقال: إن جعله أبداً يبطل من جهة أخرى أيضاً، وهي منافاته لمقتضى العقد،

فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامي هو التزام كل من المتبايعين بها 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 مقتضى العقد ومفاده، بل مقتضاه ليس إلا الالتزام بمضمونه، من معاوضة، أو تمليك 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، لتقاييلهما أو باشتراطهما الخيار. من دون أن ينافي ذلك أصل العقد ومقتضاه.

وكما لا تكون مشروعية الإقالة بنحو الإطلاق والاستمرار منافية لمقتضى العقد لا يكون اشتراطهما الخيار بنحو الإطلاق والاستمرار منافياً له، خصوصاً بناء على ما سبق منه ومنا من أن مشروعية شرط الخيار بسبب كون اللزوم حقياً يشرع 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 على خلاف مقتضى طبع العقد، إلا أنه لا يظن بأحد دعوى أنه على خلاف مقتضى 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 لمقتضى العقد هو المنافي لمضمونه ومفاده، بحيث يكون القصد إليهما معاً من القصد للمتنافيين الراجع للقصد للمتناقضين، وليس شرط الخيار بنحو الإطلاق في العقد كذلك قطعاً، كما ذكر ذلك في الجملة بعض مشايخنا ^(١).

ولا جعله مدة غير محدودة قابلة للزيادة والنقصان، مثل مجيء الحاج (١)،

(١) قولاً واحداً، كما في الجواهر، وصرح شيخنا الأعظم رحمته 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. ودعوى: 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 سريّة الغرر من الشرط للبيع، بلحاظ أن للشرط دخلاً في الرغبة فيه، إلا أنه لا بد من البناء على 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 المدعى.

وثانياً: أن مبنى اقتضاء النهي عن الغرر اعتبار العلم هو حمل الغرر على 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 إلى 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 وأعلى قيمة، وكان

تحديد مسير القافلة الأولى تابعا 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 على 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 البائع لا يرضى باشتراك الخيار مدة طويلة. ومن هنا لا مجال لإناطة رفع الغرر بتحديد المدة بيوم أو شهر معينين، بل يختلف ذلك باختلاف الموارد.

هذا شيخنا الأعظم رحمته بعد أن استدلل على بطلان بصيرورة المعاملة بذلك غررية قال: «ولا عبرة بمساحة 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 تبني عندهم على كبرى النهي عن الغرر، مع البناء منهم على أن عدم انضباط المدة باليوم والشهر ونحوهما مستلزم للغرر، لا لورود النصوص الخاصة فيها، فمع ظهور بطلان منشأ بنائهم كيف يمكن الاستفادة 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 إلى أجل معلوم. ولا تسلمه إلى دياس أو حصاد»^(١). وربما تكون هذه النصوص منشأ لتأكيد عموم النهي عن الغرر في نفوس قدماء الأصحاب

بحيث يقتضي ضبط المدة شرعاً، وأكد ذلك في نفوس المتأخرين تحيل بلوغ ذلك منهم حد الإجماع الحجة، فاستوضحوا العموم بهذا النحو.

وقد يرجع إلى ذلك ما حكاه شيخنا الأعظم رحمته 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 على التسليم من دلالة النصوص الكثيرة على الاكتفاء بإحراز سلامة بعض المبيع، وما تقدم عند الكلام في اعتبار العلم بقدر العوضين من دلالة النصوص على جواز بيع الصبرة كل كر بكذا، وجواز البيع بحكم المشتري في تعيين الثمن.

مضافاً إلى 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 على أمور لا يتيسر ضبطها باليوم. كما أن مدة قطع الطريق كذلك. فلو لم يكن التحديد بالوجه غير الدقيق مشروعاً لظهر وبان، ولكثرت الأسئلة عن حل 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 كليتهم في الشروط تشهد باضطرابها، كما أشار إلى ذلك شيخنا الأعظم رحمته في مباحث الشروط.

ولا جعله شهراً مردداً بين الشهور (١)، وإلا بطل العقد (٢). نعم إذا أطلق

(١) إن أريد به ترديده واقعاً وثبوتاً فالوجه في امتناعه ما تقدم في وجه امتناع جعله مدة مبهمة من امتناع التردد في الأمور الاعتبارية - كحق الخيار - كامتناعه في الأمور الحقيقية.

وإن أريد به ترده ظاهراً وفي مقام الإثبات - كما لو اشترط الخيار في الشهر الذي يأتي فيه زيد من السفر - فالكلام فيه هو الكلام المتقدم في مثل جعله إلى مجيء الحاج. (٢) كما في الشرايع والتذكرة والقواعد وغيرها. وهو ظاهر بناء على إفساد الشرط الفاسد للعقد. أما بناء على 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 دفعاً 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 على إفساد الشرط الفاسد للعقد، وحيث سبق عدم ثبوت ذلك فيحتاج فساد العقد فيها للدليل.

اللهم إلا أن يقال: لما كان العقد مبتنياً على الشرط ومرتبطاً به فدليل نفوذ العقد ولزوم الوفاء به يقصر عن صورة بطلان الشرط وعدم وجوب الوفاء به، وحينئذ يكون مقتضى الأصل عدم نفوذ العقد مجرداً عن الشرط، خرج من ذلك ما إذا كان الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، حيث دلت النصوص على صحة العقد وعدم مبطلية الشرط الفاسد له. ولعله من أجل الردع عن الاشتراط، وبيان عدم ترتب

الشهر كان الظاهر منه المتصل بالعقد (١)، وكذا الحكم في غير الشهر من السنة أو الأسبوع أو نحوهما.

(مسألة ١١): لا يجوز اشتراط الخيار في الإيقاعات (٢)،

الأثر عليه. ويبقى العقد المشتمل على الشرط الباطل ذاتاً بسبب التردد داخلًا تحت الأصل المتقدم، ولا دليل فيه مخرج عنه. وربما يأتي في مباحث الشروط ما ينفع في المقام. فلاحظ.

(١) بلا إشكال. وعليه يبتني اتصال الأيام الثلاثة في خيار الحيوان في العقد. وكأن الوجه فيه أن ارتكاز بطلان التردد، واختلاف الرغبات باختلاف الزمن ملزمان عرفاً بتحديد الزمن المطلوب، فإطلاقه من دون تعيين وتحديد يوجب الانصراف إلى أول أزمته انطباق العنوان المجعول فيه من اليوم والشهر وغيرهما.

(٢) قال شيخنا الأعظم رحمته الله: «أما الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلي في السرائر على 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 دعوى الإجماع على ذلك، وفي المسالك دعوى الاتفاق على عدم دخوله في العتق والإبراء.

وكيف كان فالكلام في مقامين:

المقام الأول: في شمول عموم نفوذ الشروط للإيقاعات. والظاهر قصور العموم المذكور عنها، لأنه لم يتضمن نفوذ الشرط على الإطلاق، نظير نفوذ الوقف المستفاد من مثل قوله عليه السلام في مكتبة الصغار: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(١)، بل نفوذه على من شرطه على نفسه.

لظهور أن مفاد مثل قولهم ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» هو إلزام المشروط عليه بالجري على مقتضى الشرط الذي جعله على نفسه وتنفيذه، فهو يتضمن التضييق على المشروط عليه وإلزامه بما جعله على نفسه، لا التوسعة على المشروط له باستحقاق لشرطه وجواز انتفاعه به، كما هو الحال لو قيل: المسلمون لهم شروطهم، أو هم في سعة ما اشترطوا.

كما أن المنساق من تلك الأدلة أن نفوذه على المشروط عليه للمشروط له بلحاظ كون المشروط له قد اشترطه عليه، والتزم معه به مبنياً على الالتزام الآخر، بحيث يكون الشرط منتسباً للمشروط له والمشروط عليه بلحاظ التزامهما به معاً مبنياً على الالتزام الآخر.

كما يناسبه ما في بعض النصوص من نسبة الشرط للمشروط له، مثل قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل»^(١) وقوله ﷺ: «فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، وقوله ﷺ: «فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم»^(٣)، وقوله ﷺ في المكاتب إذا أدى بعض مكاتبه: «إن الناس كانوا لا يشترطون، وهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم. فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع»^(٤)، ونحوها غيرها.

وهو المناسب لما سبق عند الكلام في مثل اشتراط عدم الفسخ من أن مفاد أدلة الشروط ليس مجرد وجوب العمل على الشرط تكليفاً، بل ثبوت الحق للمشروط له، لا ابتناء الشروط - كالعقود - على الالتزام باستحقاق الأمر المشروط، لا ابتناء المعاملات

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ٤٠ من أبواب المهور حديث: ٢.

(٤) وسائل الشريعة ج: ١٦ باب: ٤ من أبواب المكاتب حديث: ٣.

عموماً على 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 على التزام آخر، فيصدق بالتزام شخص واحد بالشيء على النحو المذكور، إلا أن المنساق من أدلة نفوذه - ولو بضميمة المرتكزات العرفية - فرض انتسابه للمشروط له والمشروط عليه، بحيث يكون نفوذه على المشروط عليه مبتنياً على استحقاق المشروط له بسبب كونه طرفاً في الاشتراط، نظير استحقاق طرفي العقد لمضمونه.

وحينئذ لا مجال لصحة الشرط ونفوذه في الإيقاع، لأن الموقع إن اشترط أمراً له كما لو طلق المرأة واشترط له عليها أن تخدمه، فعموم نفوذ الشروط لا ينطبق عليه، لأنه لم يشترط على نفسه، بل لنفسه. كما لا ينطبق على المشروط عليه، كالمرأة في المثال، لأنه أجنبي عن الإيقاع، ولم يشترط على نفسه شيئاً، بل اشترط عليه اعتباراً من دون أن يقرّ الشرط. بل حتى 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 على نفسه أن يمتعها بقدر من المال، فهو وإن كان مشروطاً عليه، إلا أن الطرف المشروط له لم يشترط لنفسه ليتسبب الشرط له. وحتى لو قبل به فهو بالإضافة إليه شرط ابتدائي، لأن التزامه به لا يبتني على 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 على عموم نفوذ الشرط ولو لم يتسبب للطرفين لزوم 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 على 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 إلى 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 على نفوذ أحدهما ولزومه دون الآخر.

وقد جرى على ما ذكرنا في الجملة بعض مشايخنا ^١ 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 حتى 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 على لزوم العقد في نفسه، فيكون شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة. وتقدم أنه إنما ينافيه إذا كان لزوم العقد حكماً، لعدم سلطة المتعاقدين على الحكم الشرعي ورفع اليد عنه بالشرط. أما إذا كان لزوم العقد حقياً لمشروعية التقايل فيه، فيكون تحت سلطة 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 ابتداء، 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 (١)، كالوديعة. ويجوز اشتراطه في

تنازله عنه بشرط الخيار. وأما جواز الرجوع فيه فهو لا يستلزم كون بقائه حقاً له، لإمكان تسليط الشارع المكلف على رفع ما لا يكون بقاءه حقاً، كتسليط الزوج على الطلاق الراجع للنكاح مع كون لزوم عقد النكاح حكماً.

ويزيد في وضوح ما ذكرناه أنه لو أمكن اشتراط الخيار في الإيقاع حين إنشائه أمكن اشتراط الخيار فيه في ضمن عقد آخر. بل هو أولى بالنفوذ، لعدم جريان ما تقدم في المقام الأول فيه. مع أنه لا يظن بأحد البناء على ذلك. وإلى هذا في الجملة يرجع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 إلى إجماع تعديي يكون حجة في المقام، كما قد يظهر من شيخنا الأعظم رحمته. 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 للمتشرعة فيها، كي يمكن إحراز اتصالها بعصور الأئمة (صلوات الله عليهم)، ويُعرف بسببها حكمهم عليهم السلام.

(١) كما يظهر من التذكرة والمختلف، وصرح به في جامع المقاصد والمسالك، وحكي عن التحرير وغاية المرام. وعلل في كلامهم بما يرجع إلى لغوية الشرط بعد جواز الرجوع فيها على كل حال.

لكن صرح في المبسوط والمهذب والسرائر بجريانه في الجملة في جملة من العقود الجائزة. قال في مفتاح الكرامة: «واستندوا في ذلك إلى جواز هذه العقود. وهو يقتضي جريانه في كل عقد جائز».

ومن الظاهر أن الاستدلال المذكور يرجع إلى عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد. وهو راجع إلى عدم المانع من صحة الشرط، فلا ينافي لغوية الشرط، لعدم ترتب الأثر

العقود اللازمة (١) عدا النكاح (٢).

عليه.

نعم في مفتاح الكرامة: «والتأثير غير ملتزم في الشروط، فإن منها ما هو مؤكد لمقتضى العقد». لكن المؤكد لمقتضى 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 إنها هو بمعنى عدم ترتب الأثر لاشتراطه، لا بمعنى لزوم محذور منه.

(١) كما هو مقتضى 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 وسلطته على نفسه أو على ماله، ولذا تشرع فيه الإقالة. وحينئذ يجوز لكل منهما التصرف في حقه والتنازل عنه باشتراط الخيار للآخر، من دون أن ينافي ذلك لزوم العقد. ومقتضى عموم نفوذ الشروط نفوذ الشرط المذكور.

(٢) بلا خلاف، كما في الخلاف، وإجماعاً، 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 على أمر معين، فلا يقع بغيره». والكل - كما ترى - لا ينهض دليلاً عدا الأخير الذي لو تم فهو عين المدعى.

وهو العمدة، فإن ملاحظة مرتكزات التشريع 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 على 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^(١)، وعن اشتراط الرجل لها أنه إن هجرها أو تزوج عليها أو تسرى فهي طالق^(٢). 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 إلى ذلك في أوائل المسألة العاشرة.

الثاني: صرح في التذكرة وجامع المقاصد بدخول خيار الشرط في المهر. قال في الثاني: «لما فيه من معنى المعاوضة، وجواز إخلاء العقد عنه. مع العموم السالف».

لكن الأول ممنوع صغرياً وكبرياً. والثاني لا يزيد على عدم المانع، من دون أن ينهض دليلاً على النفوذ. فالعمدة الأخير. وبه أستدل في التذكرة.

لكن الشرط المذكور ينافي ما يدل على لزوم عقد النكاح، لظهوره في لزومه بجميع خصوصياته، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة، ويقصر عنه العموم المذكور.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٢٩ من أبواب المهور حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٦ وباب: ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث: ١، ٢.

وفي جواز اشتراطه في الصدقة وفي الهبة اللازمة وفي الضمان إشكال. وإن كان الأظهر الجواز في الأخير (١)،

ولذا لا يظن بأحد البناء على جواز التقايل في المهر، ليكشف عن كون لزومه 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 على التملك، ومن شؤون النكاح الذي لا إشكال في كون لزومه حكماً.

(١) كما هو مقتضى 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 لزومه 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 مقتضى الضمان، فإن الضامن على اليقين من الغرر». ولا يخلو ما ذكره من غموض، لظهور أن الغرر يذكر في كلماتهم محذوراً في المعاملة غير منافاة مقتضى العقد. مع أن الغرر على تقدير حصوله إنما يكون في حق المضمون له، لا في حق الضامن.

وكيف كان فقد يحمل ما ذكره تارة: على أن الضمان يبتني على توثق المضمون له من حصول دينه، ومع الخيار لا توثق بذلك. وأخرى: على أن المضمون له يقع في الغرر، لأنه مع الخيار لا يعرف من المسؤول بدينه.

لكن يندفع الأول بأن الضمان ليس كالرهن مبنياً على التوثق من حصول الدين، بل مجرد نقله من ذمة لأخرى. مع أنه لو ابتنى على 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 على مانعية مثل هذا الغرر، وليس هو بأكثر من الغرر الحاصل من ضمان من لا يعلم قدرته على وفاء الدين، مع عدم الإشكال في صحة ضمانه.

الثاني: أن الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط. ولعله إلى هذا يرجع ما عن بعض الأعظم ^{ثنت} في توجيه كون لزوم الضمان حكماً، من أن من أثره انتقال الدين إلى 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 على مطلق نقله ولو متزلزلاً بل على خصوص النقل غير المتزلزل.

لكنه - كما ترى - لا يخلو عن تدافع ظاهر. إذ مع فرض نقل الدين إلى 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 واشتراط 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 (١).

عقداً.

وإن أريد به كل ما يتحقق به براءة ذمة المدين، فلا وجه للبناء على عدم دخول الخيار فيه إلا دعوى امتناع عود المعدوم. لكنها تختص بالأمور 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 رحمهم الله في كتاب الضمان بأن التقايل واشتراط الخيار إنما يصح في العقود التي يختص أثرها بالمتعاقدين، لسلطنتهما على 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 على ذمته، ليتسنى لهما إشغالها بالدين بعد براءتها منه. وقد يرجع إلى ذلك ما سبق من بعض الأعظم رحمهم الله.

لكن ذلك إنما يقتضي توقف نفوذ شرط الخيار على إذن المضمون عنه، بحيث يكون ملزماً بمضمون الشرط، وذلك فيما إذا وقع الضمان المشروط مبنياً على طلبه أو أذنه، بحيث ينتهي ذلك على الرضا بالشرط. نظير ما إذا طلب زيد من عمرو أن يبيع داره على بكر نسيئة، فرضي عمرو بالبيع مشروطاً بأن يرهن بكر دار زيد استيثاقاً للثمن، فرضي زيد، ووقع البيع المشروط مبنياً على رضاه وطلبه، حيث يلزمه بذل داره للرهن. فلا حظ.

(١) 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 ^(١).

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ٦ باب: ٢٤ من أبواب الصدقة ج: ١٣ وباب: ٥، ٣ من كتاب الهبات وباب: ١١ من كتاب الوقوف والصدقات وغيرها.

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 مورده. ويصعب التعويل على الارتكاز العام في ابتناء العقود على كون لزومها حقياً بعد خروجها عن مقتضاء بلزومها تارة وجوازها أخرى وفق ضوابط غير ارتكازية. وبعبارة أخرى: مقتضى الضوابط الارتكازية المتقدمة البناء على 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، وادعى 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 فيها للقبض في المجلس، والفرق من غير علة بينهما وثبوت الخيار بعد التفرق يمنع لزوم القبض فيه، ويثبت بينهما علة بعد التفرق».

وهو كما ترى فإن لزوم القبض فيها قبل التفرق، لا يستلزم عدم بقاء علة

بين المتبايعين. ولذا لا ريب في عدم انقطاع العلقه بينهما في السلف، لظهور استحقاق المشتري على البايع تسليمه المبيع في وقته. ومن هنا كان الظاهر عدم نهوض التعليل المذكور بالاستدلال، والخروج عن عموم نفوذ الشروط.

وأما الإجماع المدعى 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 والمرضى وجماعة كثيرة ممن تأخر عنها، بل صرح جماعة من المتأخرين بثبوته فيه. ومع قرب ابتناؤه على الإجماع على اشتراط القبض في الصرف، حيث يكثر منهم دعوى الإجماع على الحكم في المسألة بلحاظ الإجماع على 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، وإن استشكل في دخوله في الصرف. ويظهر الحال فيه مما سبق.

ومنها: الوقف. فقد صرح بعدم دخول خيار الشرط فيه في المبسوط والسرائر والشرائع والدروس وعن غيرها. وفي المسالك أنه موضع وفاق. لكن في الدروس وظاهر السرائر ثبوت الخلاف فيه.

وكيف كان فقد يدعى أن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(١) هو نفوذ الشرط المذكور حتى 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 على عدم اعتباره فيه - فيبني امتناع شرط الخيار فيه على ما سبق منافي أوائل الكلام في بيع الوقف من ابتناء الوقف على التأييد بمعنى انقطاع علقه المالك به، بحيث لا يرجع له. وقد تقدم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

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 على إلحاقه بالبيع في دخول خيار الشرط فيه.
لكنه - كما ترى - يجري في جميع العقود التي ليست ببيع والتي حكم بجريان خيار الشرط فيها. ويندفع بأن الدليل على جريان خيار الشرط لا ينحصر بنصوص جريانه في البيع، بل يقتضيه أيضاً عموم دليل نفوذ الشروط القاضي بجريانه في كل عقد يكون لزومه حقياً، 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 على إسقاط الدعوى 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 لمقتضى العقد، بحيث يلزم التهافت وإنشاء المتنافيين. أما إذا كان منافياً لفائدته ولما شرع له، فلا محذور فيه، فضلاً عما إذا كان معرضاً لعدم استمرار فائدته 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 المبينة على 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 الدعوى، أو في مقابل إسقاطها إذا كان إعمال الخيار قبل إسقاطها. أما إذا كان بعد إسقاطها فلا يبقى موضوع للخيار، لنفوذ الإسقاط ولزومه بعد عدم إنطاطه 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 ١٢): يجوز اشتراط الخيار للبائع في مدة معينة (١) متصلة بالعقد (٢) أو منفصلة عنه (٣) على نحو يكون له الخيار في حال رد الثمن (٤)

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 المرتن، فيلحقه ما تقدم في العقود الجائزة. وأما من جهة الراهن فلا إشكال ظاهراً في لزومه. وعن ظاهر المبسوط وصريح التحرير و غاية المرام الإشكال في دخول خيار الشرط فيه.

قال في محكي الأخير: «وفي الراهن إشكال. من أصالة الجواز... ومن منافاته لعقد الرهن، لأنه وثيقة لدين المرتن، 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.

(١) لظهور تسالمهم على 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 مباینهم 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 كفى العموم المذكور.

(٢) كما لو قال: لي الخيار إلى سنة. وهو مورد النصوص الآتية.

(٣) كما لو قال: لي الخيار في آخر شهر من السنة. ويقتضيه - مضافاً إلى عموم نفوذ الشروط، كما يأتي - النصوص الآتية لإلغاء خصوصية موارد عراً.

(٤) إجماعاً، كما في الخلاف وجواهر القاضي وجامع المقاصد والمسالك و

ظاهر التذكرة وعن غيرها. وفي الجواهر إجماعاً بقسميه. ويقتضيه - مضافاً إلى 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 إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك. على أن تشرطي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد علي. فقال: لا بأس بهذا. إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة، لمن تكون؟ قال: الغلة للمشتري. ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله». كذا رواه الكليني^(١).

وروى نحوه الصدوق، إلا أنه قال: «سأله رجل وأنا عنده، فقال: «رجل مسلم...»^(٢). وكذا الشيخ، إلا أنه قال: «حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام، وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم...»^(٣). وهو الموجود في الوسائل^(٤).

ولا إشكال في كونه صحيحاً على الثاني. وكذا على الثالث، لظهوره في سماع إسحاق له بنفسه، وروايته له عن سمعه من أبي عبد الله عليه السلام.

كما لا يبعد اعتباره على 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 على الحدس القريب من الحس، فيقرب قبول ذلك منه وقريب منه معتبر معاوية بن ميسرة^(٥).

وفي صحيح سعيد بن يسار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نخالط أناساً من

(١) الكافي ج: ٥ ص: ١٧١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٢٨.

(٣) التهذيب ج: ٧ ص: ٢٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب الخيار حديث: ٣.

أهل السواد وغيرهم، فنيبهم... ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه - بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا - شراء قد باع وقبض الثمن منه، فعنده [فنعندنا يب. فعنده خ. ل.] إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء. فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا. فما ترى في الشراء؟ فقال أرى أنه لك إن لم يفعل. وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه^(١). بناء على ما يظهر من غير واحد من حمل الوعد فيه على 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 على الشرط، بقرينه الأمر بالعمل عليه، ليس بأولى من حمل الأمر بالعمل عليه على الاستحباب، بقرينة التعبير بالوعد.

ودعوى: 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 - على 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 على شرط، فإن أتاك بهالك، وإلا فالبيع لك»^(٢). 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.

فالعمدة في المقام الحديثان الأوليان.

مضافاً إلى 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 جريباً على ما ذكره الأصحاب. وظاهرهم أنها على ما تقتضي العمومات. بل هو صريح غير واحد منهم. بل هو مقتضى 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 بمجيء زيد في مدة معينة مثلاً لم يميز بلا خلاف أجده فيه. والفرق بينه وبين تعليق الخيار على رد الثمن، أو على 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 على النصوص وما يمكن إلحاقه بها فيها...».

وفيه: أنه لا عموم يقتضي امتناع التعليق، وإنما هو مقتضى 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 على الرد إنما هو أعمال حق الخيار بالفسخ. وذلك هو المرتكز عرفاً في المقام.

وعليه تنزل نصوصه، وكلمات الأصحاب - وإن كان الجمود على 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 ^{ثنت} 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 على الرد، ولا قدرة قبله.

فهو كما ترى! لأن عدم القدرة على الوجه المدعى، لعدم تحقق شرط المملوك، وعلى الوجه الآخر لعدم تحقق الملكية، نظير ما سبق في الوكالة. بل لو فرض حصول التعليق في الشرط نفسه، فحيث كان الدليل على بطلان التعليق منحصراً بالإجماع، فلا وجه للمنع منه في مورد ظهور حال الأصحاب في الجري عليه، كما اعترف به ^{ثنت}. وأما ما ذكره من عدم ظهور الخلاف في بطلان اشتراط شرط معلق على مجيء زيد في مدة معينة. فإن كان المراد تعليق الاشتراط الذي يكون به الاستحقاق، فهو بناء على 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 عما تقدم في المسألة العاشرة. وثانياً: بأن المجهول هو زمان أعمال 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 الشروط.

هذا وحيث ظهر مما سبق أن المعلق على رد الثمن وإرجاعه هو إعمال الخيار بالفسخ، لا أصل للخيار، فإرجاع الثمن تارة: يكون فسخاً فعلياً، لقصد الفسخ به، نظير عقد المعاطة، كما يأتي الكلام فيه. وأخرى: يكون مقدمة للفسخ القولي، لتوقف الفسخ المستحق بالشرط عليه.

وعلى 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 رد مقدار الثمن من دون فسخ، فإنه يحتاج إلى كلفة يبعد جداً 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 للبائع هو فرض انفساخ البيع، المناسب لتحقيق الفسخ من المشتري.

ومن ثم لا مجال لحمل النصوص على اشتراط انفساخ البيع بمجرد رد مقدار الثمن مطلقاً وإن 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، وذكر شروطه بما يناسب بيع ما نحن فيه، ثم قال: «فإذا باع شيئاً على أن يقبل البيع في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه به لزمته الإقالة إذا جاء

بنفسه مع وجوده، أو ببدله مع تلفه (١).

بمثل الثمن في المدة أو قبلها. فإن جاء به بعد انقضاء المدة لم تلزمه وكان مخيراً وظاهر كلامه هذا إرادة اشتراط الإقالة على المشتري عند رد 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 على الإقالة.

لكنه غير ظاهر، لقرب حمله على رفع اليد عن التمسك بالشراء بسبب الفسخ المتفرع على الخيار المجعول، لما عرفت من أن ذلك هو المرتكز الذي تنصرف إليه النصوص، لاحتياج الإقالة إلى عناية مستغنى عنها، حيث يكفي في تحقق غرض المشترط اشتراط الخيار التابع له، فلا داعي لاشتراطه الإقالة التابعة للطرف الآخر.

ولاسيما مع قوله في حديث معاوية بن ميسرة: «فشرط أنك إن أتيتني بهما ما بين ثلاث سنين فالدار دارك». لقوة ظهوره في رجوع الدار للبائع بمجرد بيعه بالثمن، من دون حاجة إلى إقالة من المشتري، وقرب رجوع مفاد النصوص لشيء واحد، وهو الأمر المرتكز الذي سبق.

وأشكل من ذلك حمل كلمات الأصحاب عليه، فإن كلماتهم كالصرحة فيما ذكرنا. ومن ثم قد يحمل كلامه على 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 إلى قسم من البيع معروف بين الأصحاب، وليس هو إلا ما ذكرنا. فلاحظ.

(١) من الظاهر أن الفسخ بالخيار أو بالتقابل يقتضي رجوع كل من العوضين إلى صاحبه الذي كان له قبل المعاوضة، فمع فرض بقاء الثمن بعينه لا بد من رجوعه

إلى ملك المشتري بالفسخ.

نعم يختص ذلك بما إذا كان الثمن شخصياً، وقد أخذه البائع. أما إذا كان كلياً وقد دفع المشتري فرداً منه للبائع، فالفسخ إنما يقتضي رجوع الثمن الكلي إلى المشتري، لا رجوع عين الفرد الذي سلمه، ليجب على البائع إرجاعه بعد تملكه له، لعدم كون الفرد المذكور طرفاً في المعاوضة. غاية الأمر أن يجب على المشتري إرجاع فرد من الكلي، كما أخذ فرداً منه.

وأما ما قد يظهر من الأعظم ^{ثُمَّ} 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 معيماً، بل يستحق التبديل لا غير.

وبالجملة: لا ينبغي الأشكال في عدم صيرورة المقبوض ثمناً مستحقاً بالبائع، بل هو فرد من الثمن المستحق به، ويستحق بشخصه بتراضيها بكون وفاء عنه.

ثم إن تملك المشتري بالفسخ لعين ما دفعه للبائع فيما إذا كان الثمن شخصياً - أو كلياً والمدفوع فرد منه لو قلنا بذلك فيه - لا يقتضي توقف جواز الفسخ البائع في المقام على 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 حتى 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 إلى اشتراط الاكتفاء بالمثل بدلاً عن عين المدفوع في السلطنة على 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 منها ومن صعوبة الإرجاع، أو الأعم من جميع ذلك ومن لزوم محذور منه، كما لو اشتبهه بغيره - تعين العمل على ذلك سعة وضيقاً.

كل ذلك لأن ثبوت الخيار والسلطنة على الفسخ لما كانا بسبب الشرط الواقع بين المتبايعين، فهما تابعا 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 التقيد 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 التقيد 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 على ذلك، وعدم الاكتفاء برد المثل أو القيمة حتى 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 رحمته استشكل في الاكتفاء برّد المثل مع التمكن من ردّ عين الثمن، بأن مقتضى الفسخ شرعاً بل لغة ردّ العين مع الإمكان.

ويندفع بأن الفسخ لا يقتضي ردّ العين على المشتري، بل استحقاقه إياها وتملكه لها مع وجودها، سواء أمكن ردها أم لا. ووجوب الردّ حينئذ إنها هو لضمانه بضمان المعاوضة الذي يلزم الخروج عنه بتسليم المضمون لصاحبه. وذلك لا ينافي في الاكتفاء بالمثل بدلاً عنه بمقتضى الشرط المفروض. فإرجاع المثل ليس لدعوى استحقاقه بالفسخ، بل الرجوع شرط الخيار بالوجه المتقدم إلى 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 للبائع 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 رحمته: «ويحتمل العدم، بناء على أن اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله». وكأنه لأن توقف صدق الرد على قبض البايع يقتضي اشتراط القبض في الفسخ تبعاً لاشتراط الرد فيه، نظير نقل البايع للثمن - إذا كان قد قبضه مقدماً لرده على المشتري.

وهو - كما ترى - 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 على المشتري وانتفاعه به، وبدونه لا ينتفع المشتري بالثمن.

ويسمى بيع الخيار. فإذا مضت مدة الخيار لزم البيع وسقط الخيار، وامتنع الفسخ (١). وإذا فسخ في المدة من دون ردّ الثمن أو بدله مع تلفه لا يصح الفسخ (٢). وكذا لو فسخ قبل المدة (٣). 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 (٤) على أن يكون إنشاء الفسخ بالفعل، وهو الرد، لا بقوله: «فسخت» ونحوه.

(١) قطعاً. لعموم لزوم العقود بعد قصور الخيار المشترط. ولمفهوم الشرطية في حديث إسحاق بن عمار.

(٢) لعدم تحقق شرطه الذي أخذ في الخيار.

(٣) لعين ما سبق. ومثله ما لو فسخ بعد المدة. مضافاً فيه إلى مفهوم الشرطية في حديث إسحاق بن عمار.

(٤) 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 إلى 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 بأدنى ملاحظة لها.

وأما ما في مفتاح الكرامة من أن قضية كلام الأصحاب اشتراط الخيار بعد

(مسألة ١٣): المراد من رد الثمن إحضاره عند المشتري وتمكينه منه (١). فلو أحضره كذلك جاز له الفسخ (٢) وإن امتنع المشتري من قبضه. (مسألة ١٤): الظاهر أنه يجوز اشتراط الفسخ في تمام المبيع برد بعض الثمن (٣). كما يجوز اشتراط الفسخ في بعض المبيع بذلك (٤).

الرد. ففيه: أن ذلك لا ينهض دليلاً. لقرب تنزيل كلام كثير منهم على مجرد اشتراط الرد في إعمال حق الخيار، كما سبق أنه المرتكز عرفاً. ولو تعذر ذلك في كلامهم أو كلام بعضهم لم ينهض كلامهم دليلاً نخرجاً عن مقتضى الأدلة الخاصة والعامة التي ذكرناها. فلاحظ.

(١) كما أشرنا إليه آنفاً. وهو كالصريح من نصوص المقام.

(٢) كما يتحقق به الفسخ لو قصد إنشاءه بذلك.

(٣) بلا إشكال ظاهر لعموم نفوذ الشروط. ومعه لا يهم قصور مورد نصوص المقام عنه. على أنه لا يبعد استفادته منها، الإلغاء خصوصية موارد عرفاً، وأن المفهوم منها نفوذ الشرط ولزوم الجري عليه.

(٤) 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 الشروط، ويمتنع تبعض الفسخ مع وحدة العقد، لوضوح أن الفسخ حلّ للعقد، والعقد الواحد إما أن يحل بتمام مضمونه أولاً يحل، ولا مجال للتبعض 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 تنتظر 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 على وحدة المطلوب، ومع إنشائه عن غرضين، أحدهما قائم بالجملة، والآخر قائم بالأجزاء، يكون المنشأ على نحو تعدد المطلوب، فلا مانع من التفكيك بين أبعاد العقد الواحد بلحاظ أبعاد موضوعه، كما لا مانع من الرضا بكل واحد من هذه الأبعاد ولو في حال الانفرد. ولو تم ذلك فحيث كان مقتضى الشرط في المقام هو الثاني، فكما يمكن التفكيك بين أبعاد 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 **ثنت** 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 الواجدة 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 فوحدها وتعددتها تابعان لوحدة موضوعها وتعددته، وحيث كان الموضوع واحداً عرفاً في المقام تعين وحدة العقد، فلا مجال للتفكيك في الفسخ بين أبعاد موضوعه. كما لا مجال لذلك في القبول، بل يبطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. وقد اعترف **ثنت** في الجملة بذلك في غير موضوع من مستمسكه، على ما تقدم هناك. والظاهر أن ذلك عدول منه عما سبق منه في نهجه، من دون أن ينبه في الفتوى هنا على العدول المذكور.

ومثله ما ذكره بعض الأعظم **ثنت** في مسألة بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله من انحلال العقد بالنسبة إلى جزئي المبيع، وما ذكره بعض مشايخنا **ثنت** من أن البيع وإن كان واحداً إثباتاً من حيثية المبرز، إلا أنه ينحل ثبوتاً إلى بيوع متعددة بحسب أجزاء الثمن والتمن، كما ينحل الحكم التكليفي في العموم الاستغراقي إلى 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 التكليف بالمركب الارتباطي إلى تكاليف ضمنية بعدد أجزائه. وهو تحليل إدعائي، قياساً على الأعراض الحقيقية الواردة على المركبات الخارجية المنحلة على 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 يتنافى بساطة الالتزام جعل التبعض في الملتزم. فإن التبعض قد ينشأ من جعل مختلفي الحكم متعلقاً لباع واحد، كما لو باع الخل والخمر، أو مال نفسه ومال غيره، صفقة. وقد ينشأ من جعل البائع أو المشتري بالنسبة إلى الثمن أو المثل، الذي لو لا 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 برد ما يخصه من الثمن، فالبايع بالشرط جعل المبيع للمشتري متبعضاً، ولا مانع عنه».

أقول: من الظاهر أن تركيب البيع وتعدّد أجزائه أمر واقعي سابق على العقد، وغير تابع لجعل المتعاقدين، وهو بنفسه لا يقتضي تعدد البيع ولا المبيع بعد تعلق البيع بالجملة، إلا بناء على التحليل الذي سبق المنع منه، والذي لو تم لم يفرق فيه بين اختلاف الأجزاء في الحكم وعدمه، ولا بين التفكيك بينهما في الاشتراط وعدمه. وبمجرد اختلاف الأجزاء في الحكم لا يقتضي تعدد البيع الملتزم بعد تعلقه بالجملة، لعدم القصد إلى التعدد بذلك. ولا سيما أنه قد يكون مجهولاً للمتبايعين. كما أن اشتراط التبعض في الفسخ لا يرجع إلى تعدد البيع الملتزم بعد فرض تعلقه بالجملة.

اللهم إلا أن يكون مراده تنتز بذلك أن وحدة البيع و المبيع لا ينافي التبعض في جريان أحكامه شرعاً. وهو في محله جداً. لكنه - مع عدم مناسبته لما سبق منه تنتز من دعوى الانحلال في بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله إنما يتم مثل تبعض الصفقة مما يرجع إلى 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 - فالتعين المنع عنه، كما في المقام.

ومن هنا لا مجال للبناء على 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 إلى عقدين، لعدم دخل المجموعية في موضوعه، كما لو باعه الدار بألف والأثاث بمائة، أو باعه الدار والأثاث بألف ومائة بنحو اللفّ النشر المرتب، أو باعه دارين كل دار بألف، أو باعهما معاً بألفين بنحو الانحلال والتوزيع من دون قصد المجموعية، ترتب حكم العقدين عرفاً.

فيصح العقد على أحدهما بقبول الإيجاب فيه وعدم قبول الإيجاب في الآخر، من دون أن يخل بالتطابق بين الإيجاب والقبول، وتنفذ إجازة العقد على أحدهما دون العقد على الآخر لو كانا فضوليين، ويصح اشتراط فسخ أحدهما دون الآخر. ويصح التقابل 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 ابتنى العقد على المجموعية ووحدة البيع والمبيع. ولذا كان المدعى 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 رحمته: «إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك إلا برد الجميع. فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ. وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه، لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية. إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن، فيفسخ البائع».

والذي ينبغي أن يقال: بعد فرض كون شرط الخيار هو رد تمام الثمن، المستلزم لعدم استحقاق البائع 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 للبائع، كان قبضه في غير محله، وتعين عدم جواز تصرفه فيه وضمائه له.

وإن قبضه لتخيل أن المشتري قد دفعه أمانة عنده إلى أن يجتمع له قدر الثمن، فانكشف 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 على الضمان، لقصور ضمان اليد عن صورة إيهام صاحب المال الإذن المالك 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 رحمته أيضاً: «ولو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع. وللمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة. وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك». والذي ينبغي أن يقال: بناء على جواز التبعض في الفسخ. فاشتراطه

تارة: لا يبتني على اشتراط فسخ الجميع في المدة تدريجاً. ولا مجال معه لخيار التبعض قطعاً، بعد المدة، فضلاً عما قبلها، لإقدام المشتري عليه بمقتضى الشرط.

وأخرى: يبتني على ذلك. ومعه يتعين البناء على انكشاف عدم صحة الفسخ في البعض إذا خرجت المدة قبل تمامية الفسخ في الجميع، لخروج الفسخ الواقع على البعض عن مقتضى الشرط. ومعه لا موضوع لتبعض الصفقة، كما نبه لذلك بعض مشايخنا رحمته.

لكنه ذكر أن فسخ الجميع إذا أخذ بنحو الانحلال، بحيث يرجع إلى اشتراط الفسخ في كل جزء جزء، من دون أن يناط الخيار في الفسخ بكل جزء بالفسخ بقية الأجزاء، فاللزام البناء على صحة الفسخ في الأبعاض، وثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، فيكون له الفسخ بمضي المدة.

وما ذكره وإن كان متيناً، إلا أنه خروج عن مورد الكلام من الاقتصار على اشتراط الخيار للبائع إلى إضافة اشتراط الفسخ عليه في بقية المبيع.

(مسألة ١٥): إذا تعذر تمكين المشتري من الثمن، لغية أو جنون أو نحوهما مما يرجع إلى قصور فيه، فالظاهر أنه يكفي في صحة الفسخ تمكين وليه (١)

و كيف كان فلا مجال للبناء على ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 على 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 بنسبة، نظير بيع العين بشرط بيعها على المشتري في أجل معين. والذي لا مانع منه بمقتضى 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 سلطنة المشروط عليه بنحو ترجع إلى استحقاقه عليه، ومنه المقام، لأن بعض المبيع تحت سلطنته، فله التنازل عنه للمشروط له واشتراط صيرورته له مع دفع ما يناسبه من الثمن. فلاحظ.

(١) كما قواه شيخنا الأعظم رحمته وغير واحد ممن تأخر عنه، وحكاه عن المحقق القمي رحمته في بعض أجوبة مسائله. خلافاً لما حكاه عن شيخه في المناهل.

ولا إشكال في أن الجمود على عنوان رد الثمن يقتضي الرد على خصوص المشتري، لأن رد الشيء إنما يكون بإرجاعه لموضعه. ومثله الإتيان به الذي تضمنه النصوص.

ولو كان هو الحاكم الشرعي (١) أو وكيله، فإذا أحضره كذلك جاز له الفسخ.

إلا أن المستفاد عرفاً من طبيعة هذا الخيار كون أخذ رد الثمن في مقابل عجز البائع عن إرجاعه أو امتناعه من دفعه، وتمكين المشتري منه، لئلا يضيع على 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 على البائع.

ومن هنا يتعين التعميم لمن يقوم مقام البائع من وكيل أو ولي أو وارث، إلا مع التنصيص على خصوصية زائدة على الإطلاق، فيتعين العمل بها.

هذا وفي منية الطالب: «وبالجملة: يجب أن يخرج الرد إلى الوارث عن محل الخلاف، لأن الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع 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 على رد الثمن أو الإتيان به القصور عن الوارث وغيره ممن يقوم مقام المشتري.

فإن بني على العمل عليه قصر الخيار عن الرد للجميع، وإن بني على ملاحظة ما ذكرنا تعين العموم للجميع، فالفرق بين الوارث وغيره غير ظاهر الوجه.

(١) بناء على ثبوت ولايته. وقد أشار شيخنا الأعظم رحمته وغيره للإشكال في ولاية الحاكم الشرعي بأنه إنما يتصرف لمصلحة المولى عليه، وقد لا يكون قبض الثمن الموجب لتسلط البائع على الفسخ مصلحة للمشتري.

وهو لو تم يجري في جميع الأولياء. بل على حتى في الوكيل إذا لم يكن مفوضاً، بحيث له مخالفة مصلحة الموكل، كما أشار لذلك بعض الأعاظم رحمته.

والعمدة في دفع الإشكال المذكور أن الشرط في سلطنة البائع على الفسخ ليس هو قبضه الثمن، بل إحضاره. فمع فرض ظهور الشرط بين المتبايعين في أن

(مسألة ١٦): نماء المبيع من زمان العقد إلى زمان الفسخ للمشتري (١).
كما أن نماء الثمن للبائع (٢).

ذكر إحضار الثمن من أجل أن لا يضيع على المشتري، فيقصر عن صورة تعذر الرد لقصور في المشتري، ويتعين سلطنة البائع على الرد بمجرد تهيؤ الثمن له، بحيث لا يضيع على المشتري، فإذا فسخ حينئذ ملك المشتري الثمن، فيكون قبض وكيله ووليّه حتى الحاكم مصلحة له.

بل حتى لو فرض أن الشرط هو القبض فمن الظاهر أن مقتضى الشرط لزوم القبض على المشتري، وعدم جواز امتناعه منه، فيقوم مقامه الوكيل والولي، كما يقوم مقامه في أداء الحقوق عنه بمثل وفاء دينه، والإنفاق من ماله على من تجب عليه نفقته.

هذا ولو فقد الولي، أو تعذر الرجوع إليه، تعين - بناء على ما سبق - سقوط اعتبار الرد في جواز الفسخ وصيرورة الثمن بالفسخ في ذمة المشتري أو أمانة عنده، كما يظهر من محكي الحدائق دعوى 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.

(١) كما في الدروس والجواهر، وبه صرح شيخنا الأعظم رحمته وظاهره - كالجواهر - المفروغية عنه وعدم الخلاف فيه. وهو كذلك. إذ يقتضيه - مضافاً إلى قاعدة تبعية النماء للأصل - حديث إسحاق بن عمار، فلو كان بناء الأصحاب على خلاف ذلك كان المناسب لهم التصريح به، وبيان المخرج عما ذكرنا.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. ويقتضيه مضافاً للقاعدة المتقدمة معتبر معاوية بن مسرة. ومن هنا كان ظاهر الجواهر مفروغية الأصحاب عنه وهو كذلك، لنظير ما سبق.

(مسألة ١٧): لا يجوز للمشتري فيما بين العقد إلى زمان مدة الخيار التصرف الناقل للعين (١)، من هبة أو بيع أو نحوهما. ولو تلف كان ضمانه على المشتري (٢).

(١) الظاهر عدم الإشكال فيه. لما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من أن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع، فإبقاء عين المبيع شرط ضمنى يبتنى عليه البيع، فيجب الوفاء به.

ومنه يظهر عدم جواز إتلاف المشتري له. بل عدم جواز كل تصرف فيه يغيره عن صورته ووجب اختلاف الرغبة فيه، فضلاً عما يوجب نقص ماله.

إلا ما كان بالنحو المتعارف، بسبب الانتفاع به بالوجه الذي يبتنى عليه البيع المشروط بالخيار كسكنى الدار، وركوب الدابة. وعلى ذلك لا يجوز له أن يؤثر العين أكثر من مدة الخيار، لأن استرجاع العين مسلوقة المنفعة مدة من الزمن نقص فيها مرغوب عنه.

هذا ولو خالف المشتري فإن أتلف العين عصى. وإن نقلها بناقل - من بيع أو هبة أو نحوهما - لم ينفذ، بناء على ما سبق منا - عند الكلام في سقوط خيار المجلس باسقاط سقوطه في العقد من المسألة الثالثة - من أن مقتضى الشرط كون الأمر المشروط لاحقاً للمشتري، ومقتضى 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 على ما ذكره بعض مشايخنا رحمته، من تمحض عموم نفوذ الشروط في التكليف، يتعين البناء على عصيان المشتري بفعل الناقل مع نفوذه، بناء على ما هو التحقيق من عدم اقتضاء النهي عن المعاملة فسادها.

(٢) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر. ويقتضيه حديثاً إسحاق بن عمار

ولا يسقط بذلك خيار البائع (١)

ومعاوية بن ميسرة. ففي الأول: «قلت: أ رأيت لو أن للدار غلة لمن تكون؟ قال: للمشتري. ألا ترى 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: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من تكون؟!». مضافاً إلى أنه مقتضى القاعدة كما يشير له الحديثان المذكوران، فإن تحمل غير المالك لدرء المال يحتاج لدليل.

لذا لا حاجة للتشبيث بقاعدة أن التلف ممن لا خيار له لو تمت. وإنما يحتاج إليها فيما لو لم يكن من لا خيار له مالاً، كما لو تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وهو عند المشتري، حيث يكون ضمانه على البائع بمقتضى القاعدة المذكورة.

(١) كما استظهره شيخنا الأعظم رحمته وأصر عليه الأعظم رحمته 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 رحمته: «ويحتمل عدم الخيار، بناء على 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 البائع بالعين، بحيث ليس للمشتري المنع من إرجاع المبيع بعينه بإتلافه أو نقله عن ملكه - كما تقدم - فمن القريب رجوع إلى ذلك اشتراط محافظته على العين بما ليتها، وتحمله درءها لو فرط في ذلك. ومرجع ذلك إلى اشتراط ضمانها مع الفسخ بما يحفظ مالتها. خصوصاً إذا كان

البيع بأقل من ثمن المثل، كما هو شائع في بيع الخيار.

لكن لو تم ذلك فالتيقن 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 بناء على انعقادها بذلك. لا بثناء البيع المذكور على 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 البائع بعد الاحتراق، فعدم التنبيه فيها 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 تفويت الرجوع بالعين على البائع الذي تقدم تقريب الضمان معه. نعم لو اشترط الخيار بوجه خاص خارج عن المتعارف، تعين العمل على ما مقتضاه. هذا وقد فصل في الجواهر بين التلف قبل رد الثمن وبعده قبل الفسخ. ففي الأول يكون تلفه على المشتري، لأنه ملكه، وحيث لا خيار حيثئذ للبائع فلا ضمان على المشتري. بل يسقط الخيار، لتعذر رد العين. بل يظهر منه جواز الإتلاف حيثئذ، لأنه صرح بجواز نقل العين اختياراً مع عدم الشرط.

أما في الثاني فيكون تلفه على المشتري أيضاً. لكن حيث كان التلف في حال ثبوت الخيار للبائع تعين كونه مضموناً على المشتري، لأن التلف في زمن الخيار ممن لا

إلا إذا كان المقصود من الخيار المشروط خصوص الخيار في حال وجود العين، بحيث يكون الفسخ موجباً لرجوعها نفسها إلى البائع. لكن الغالب الأول (١).

خيار له. وحينئذ يتعين عدم سقوط الخيار بالتلف، بل للبائع الفسخ ويضمن المشتري المبيع بالمثل أو القيمة.

ويشكل أولاً: بابتناؤه على 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 ^١ الميل إلى ذلك.

وثانياً: بأن قاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له كقاعدة أن التلف قبل القبض من مال البائع، يراد بها الحكم ببطالان البيع وصيرورة التالف من مال من لا خيار له، وعليه إرجاع الثمن لصاحب الخيار، من دون حاجة للفسخ. ولا يراد بها بقاء البيع وتسلمت صاحب الخيار على الفسخ، واستحقاقه على من ليس له الخيار المثل أو القيمة، كما هو المدعى له في المقام.

وثالثاً: بما ذكرناه آنفاً من أن مقتضى الشرط الضمني الذي يبتني عليه البيع في المقام عدم جواز تعمد المشتري لإتلاف العين أو نقلها، بحيث يتعذر إرجاعها للبائع لو أراد الفسخ. ومن هنا لا يخرج عما ذكرناه من التفصيل.

ومن جميع ما سبق يظهر أن العين لو نقصت قهراً على المشتري، أو بالوجه المتعارف الذي تقتضيه طبيعة الانتفاع بها، تعين بقاء الخيار من دون أن يضمن المشتري النقص للبائع، بل البائع مخير بين الفسخ والرضا بالعين على نقصها وعدم الفسخ، وإنما يضمن المشتري النقص مع تفریطه.

(١) هذا لا يناسب ما سبق منه ^٢ من عدم جواز نقل المشتري العين عن ملكه. إذا لو فرض إطلاق الخيار المجعول، بحيث يشمل الفسخ مع الرجوع للبدل،

(مسألة ١٨): إذا كان الثمن المشروط رده ديناً في ذمة البائع - كما إذا كان للمشتري دين في ذمة البائع، فباعه بذلك الدين، واشترط الخيار مشروطاً برده - كفى في رده إعطاء فرد منه (١). وإذا كان عيناً في يد البائع فالظاهر ثبوت الخيار في حال دفعها للمشتري (٢). وإذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري فدفع منه فرداً إلى البائع بعد وقوع البيع، فالظاهر اشتراط جاز للمشتري النقل والإتلاف مع الضمان بالمثل والقيمة لو أراد البائع إعمال الخيار بالفسخ.

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الخيار المَجْعُول بصورة بقاء العين، لكن بنحو يقتضي المنع من التفريط بها والضمأن معه، بحيث يبقى الخيار مع التفريط بنحو يعمّ البذل، كما يظهر مما سبق.

(١) قطعاً لعدم تحقق رده إلا بذلك. وهو مورد صحيح سعيد بن يسار، بناء على أنه من أدلة هذا الخيار، وقد سبق الكلام في ذلك.

(٢) يعني: ولا يكفي دفع المثل. وقد سبق أن ذلك وإن كان مقتضى الفسخ، إلا أن المعيار في المقام على ظهور إطلاق شرط الخيار. وقد ادعى شيخنا الأعظم ثُمَّ أن ذلك هو مقتضى ظاهر الشرط. لكن الظاهر أنه مقتضى الجمود على حاق اللفظ من دون أن يكون هو الظاهر منه، بل الظاهر منه بسبب غلبة عدم بقاء العين إرادة الأعم من البذل، كما سبق في أول الكلام في بيع الخيار.

وهو مقتضى إطلاق الدروس ومحكي حاشية المحقق على الإرشاد قال في الدروس: «ولا يحمل الإطلاق على المعين. ولو اشترط ردة العين احتمل الجواز». وظاهر جامع المقاصد إقراره. ولعل منشأ توقعه في جواز اشتراط ردة العين قصور نصوص المقام عنه. لكن يكفي فيه عموم نفوذ الشروط.

ودعوى: مخالفته للغرض من هذا العقد. مدفوعة بأن ذلك ليس محذوراً. على

صحة الفسخ برد ذلك الفرد مع وجوده، ولا يكفي فيها رد فرد آخر (١).
(مسألة ١٩): لو اشترى الولي شيئاً للمولى عليه ببيع الخيار، فارتفع حجره قبل انقضاء المدة، كان الفسخ مشروطاً برّد الثمن إليه، ولا يكفي الرّد على وليه (٢). ولو اشترى أحد الوليين - كالأب - ببيع الخيار، جاز

أن الغرض المذكور ليس مطرداً، بل هو غالبى غير حاصل في مورد الشرط المذكور.
(١) 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.

(٢) 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 يقتضي حمل الرّد على الرّد على المشتري نفسه ولو بالرّد على وليه.

ولو فرض ظهوره بدوّاً على الرّد على الولي تعين حمله على كون الرّد 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 الرّد المأخوذ شرطاً في الفسخ للرد للولي أو اختصاصه به، للتنصيص على ذلك فالرد له وإن كان موجباً لتحقيق شرط السلطنة على الفسخ، إلا أنه بعد تحقق الفسخ يكون الثمن ملكاً للمشتري نفسه، فيجب على البائع تسليمه له شرعاً بعد فرض استقلاله وانتهاء أمد ولاية الولي عليه.

ودعوى: أن الولي إذا رأى أن من مصلحة المولى عليه إيقاع التصرف بنحو ينفذ على المولى عليه بعد استقلاله جاز له إيقاع التصرف بالنحو المذكور، كما لو رأى المصلحة في إجارة عقاره مدة أطول من مدة قصور المولى عليه وولايته عليه. وعليه له

الفسخ بالرد إلى الولي الآخر (١)، كالجد.

أن يشترط في بيع الخيار تسليم الثمن له عند الفسخ - بحيث تفرغ به ذمة البايع - حتى لو وقع بعد خروجه عن الولاية.

مدفوعة بأن ذلك إنما يتم بالإضافة إلى 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 المولى عليه بعد كماله، فيكون اشتراطه مخالفاً للكتاب والسنة، فلا ينفذ.

(١) 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 رحمته: «ولو اشترى الأب للطفل بخيار البايع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولي الآخر - أعني الجد - مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الرد إلى 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 كفى الرد إلى وليه، كما لعله ظاهر.

نعم لو كان الولي المباشر للمعاملة هو الحاكم - بناء على ولايته - فقد يستشكل في كفاية رد الثمن لحاكم آخر، بل يمنع منها.

لا لما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من أنها مزاحمة للحاكم الآخر عرفاً، بناء على

إلا أن يكون الشروط الرد إلى خصوص الولي المباشر للشراء (١).

(مسألة ٢٠): إذا مات البائع قبل إعمال الخيار انتقل الخيار إلى ورثته (٢)

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 على رفعه لولاية الحاكم الآخر بعد فرض ثبوتها بالملاك المذكور.

بل الوجه في ذلك ما عن بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} من خروجه عن المتيقن من ولاية الحاكم بعد عدم ثبوتها بإطلاق دليل لفظي، بل هي ولاية الحسبة التي يلزم الاقتصار فيها على المتيقن.

لكن لا بد من الاقتصار فيه على صورة إمكان الرد للحاكم المباشر. أما مع تعذره - ولو لعدم رضاه باستلام الثمن - فلا إشكال في جواز كفاية الرد للحاكم الآخر. بل هو أولى مما سبق في المسألة الخامسة عشرة من الاكتفاء بالرد للحاكم - بناء على 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.

(١) حيث يلزم الاقتصار على مورد الشرط بعد عدم المانع من نفوذه. ولو تعذر الرد إليه فالإكتفاء بالرد لغيره موقوف على قصور الشرط عن صورة تعذر الرد إليه.

(٢) الكلام في هذه المسألة موكل إلى الفصل الخامس في أحكام الخيار. نعم دخول شرط الخيار المشروط في محل الكلام في موضوع هذه المسألة موقوف على

فلهم الفسخ برد الثمن إلى المشتري. ويشتري كون في المبيع على حساب سهامهم. ولو امتنع بعضهم من الفسخ لم يصح للآخر الفسخ لا في تمام المبيع، ولا في بعضه. ولو مات المشتري كان للبائع الفسخ برد الثمن إلى ورثته (١). (مسألة ٢١): يجوز اشتراط الخيار في الفسخ برد الثمن إلى البائع (٢). والظاهر منه رد نفس العين، فلا يكفي رد البديل (٣) حتى مع تلفها (٤). 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.

(١) يظهر الكلام فيه مما تقدم في المسألة الخامسة عشرة.

(٢) 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 إلى نصف النهار أو مطلقاً^(١)، إلا أنها ظاهرة في الشراء المبني على التثبت من كون الشراء صلاحاً للمشتري. ولذا صرح بسقوط الخيار بالتصرف في المبيع في المقام عموم نفوذ الشروط.

(٣) كما صرح به المسالك، وقد يظهر من غيره. بل قال شيخنا الأعظم رحمته: «ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلى 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.

(٤) إذ بعد فرض أخذ خصوصية العين يتعين تقييد إعمال الخيار المشروط

تقوم قرينة على إرادة ما يعم رد البذل عند التلف (١). كما يجوز أيضاً اشتراط الخيار لكل منهما عند رد ما انتقل إليه (٢) بنفسه أو ببدله عند تلفه (٣). (مسألة ٢٢): لا يجوز اشتراط الخيار في الفسخ برد البذل مع وجود العين (٤)، بلا فرق بين رد الثمن ورد المثل. وفي جواز اشتراطه برد القيمة في المثل أو المثل في القيمي مع التلف إشكال. وإن الأظهر أيضاً عدم (٥).

بردها. ومعه لا مجال للاكتفاء فيه برد بدلها حتى مع التلف، بل يتعين سقوط الخيار بتعذر شرط إعماله.

(١) الظاهر أن القرينة العامة التي أشرنا إليها فيما لو كان المبيع من سنخ النقد تقتضي الاكتفاء بالبدل مطلقاً ولو مع عدم التلف، نظير ما سبق عند الكلام في اشتراط البائع الخيار برد الثمن. وعليه فتخصيص الاكتفاء برد البذل بصورة تلف العين إذا كانت نقداً هو الذي يحتاج إلى قرينة خاصة. هذا بناء على ما ذكرناه من إمكان الاكتفاء بالبدل مع وجود العين. أما بناء على امتناعه - كما يظهر هناك من سيدنا المصنف رحمته - فلا يحتاج إلى قرينة.

(٢) قطعاً، كما في الدروس. ويقتضيه بعد قصور نصوص المقام عنه عموم نفوذ الشروط.

(٣) يجري فيه ما سبق.

(٤) كأنه لمخالفته لمقتضى الفسخ. لكن يظهر مما سبق في أول المسألة الثانية عشرة عدم منافاته له. فراجع.

(٥) كأنه لمنافاة الشرط للحكم الشرعي في كيفية الضمان، فلا ينفذ. لكن قال شيخنا الأعظم رحمته: «أمكن الجواز، لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثل بالقيمة والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير

(مسألة ٢٣): يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة المجعولة له مع عدم الرد (١)، وبإسقاطه بعد العقد (٢).

ما اقتضاه العقد للبائع. فتأمل». وهو نظير ما سبق منا في أول المسألة الثانية عشرة في توجيه الاكتفاء بالمثل مع بقاء العين. ومن ثم يتعين البناء على جوازه.

ومن ذلك يظهر عدم مناسبة ذلك من شيخنا الأعظم رحمته للتوقف في جواز اشتراط الاكتفاء برد البدل مع بقاء العين، على ما سبق منه عند الكلام في اشتراط الخيار برد الثمن، وكرره عند الكلام في اشتراطه برد المبيع. ولعله لذا أمر بالتأمل.

(١) قطعاً. ومثله تعذر الرد المشروط مع بقاء المدة. لكنهما في الحقيقة ليسا من موارد سقوط الخيار، بل الأول راجع لانتهاؤه أمدّه، والثاني راجع إلى تعذر إعماله.

(٢) 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 على ما ذكرناه غير مرة من فعلية حق الخيار، وأن المعلق على الرد هو إعماله بالفسخ. أما بناء على تعليق الخيار على الرد، بحيث لاحق قبله، فالمتعين عدم جواز الإسقاط، لأنه إسقاط لما لم يجب ولم يستحق.

وأما ما قد يدعى من أنه يكفي في الإسقاط القدرة على الخيار بالقدرة على سببه، وهو الرد فهو. كما ترى! إذ لا موضوع لإسقاط الخيار قبل تحققه.

نعم يمكن عقلاً إسقاطه بنحو التعليق، بأن لا يراد إسقاطه فعلاً، بل معلقاً على الرد الموجب لثبوته، نظير الطلاق معلقاً على الزواج. وحينئذ يمتنع من المشتري الفسخ قبل الرد، لعدم تحقق الخيار، وبعده لسقوط الخيار بالإسقاط التعليقي.

لكن لا مجال للبناء على صحة الإسقاط التعليقي في المقام، لا لأجل الإجماع على بطلان التعليق، ليدعى خروج المورد عن المتيقن من الإجماع بعد تصريح غير واحد بجواز الإسقاط بعد العقد. بل لأصالة عدم ترتب الأثر على الإسقاط المذكور

(الرابع): خيار الغبن (١).

بعد كون الإسقاط من الإقاعات، ولا عموم يقتضي نفوذ الإيقاع، ليكون هو المرجع بعد قصور الإجماع على بطلان التعليق عن المقام. وإنما يتجه ذلك. في العقود. لعموم نفوذها ولزومها الملزم بالاختصار في الخروج على المتيقن ومن هنا يتعين الاختصار في نفوذ الإسقاط لتعليقي على مورد الدليل الخاص كالتهدير والوصية التمليلية.

هذا وأما التصرف في الثمن فالظاهر سقوط الخيار ولزوم البيع به إذا كان بداعي الرضا بالبيع والبناء على عدم إعمال الخيار. كمكا يظهر ما تقدم في أواخر المسألة الثالثة. فراجع. وأظهر من ذلك ما إذا رجع التصرف إلى إسقاط الخيار.

وأما إذا كان لم يكن كذلك - كما هو الغالب في هذا الخيار، لا بتناؤه على 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 على إطلاقه. ولا سيما مع ما سبق في خيار الحيوان من تعليل بعضهم له بدلالة التصرف على الرضا.

نعم سبق أنه لا مجال لحمل التصرف الذي تضمنت النصوص مسقطيته له على ذلك. بل لا بد من تعميمه لغيره في الجملة وقد سبق الكلام في تحديده.

وعلى كل حال فهي مختصة بخيار الحيوان. ولا مجال للتعدي منه إلى بقية الخيارات، خصوصاً مثل هذا الخيار المبني غالباً على التصرف. وقد أطال شيخنا الأعظم رحمته في المقام بما لا يسعنا متابعته فيه بعد ما ذكرنا.

(١) المصريح 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.

ويهن الأمر أن تحديد معناه اللغوي أو العرفي غير مهم بعد عدم جعله بعنوانه موضوعاً للخيار في النصوص ونحوها من الأدلة اللفظية، وإنما 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 إلى 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 الجنيّد، لأن البيع مبني على المكاسب والمغالبة... وفي الخلاف لم يستند إلى الإجماع، ولا إلى أخبار الأصحاب. وأكثر القدماء لم يذكروه» في المسالك: «المشهور بين الأصحاب، خصوصاً المتأخرين منهم، ثبوت خيار الغبن. وكثير من المتقدمين لم يذكره».

وقد حاول في مفتاح الكرامة تقريب عدم إخلال ذلك بالإجماع بما لا يرجع إلى 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. ومن هنا يلزم النظر في الأدلة الأخر التي استدل أو يستدل بها عليه. وهي أمور:

الأول: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) 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

معلقاً على العلم بشيء مما يجهل به. إذا ما أكثر ما يندم أحدهما على 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 المدعى. وقد حاول شيخنا الأعظم تثبت 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 بها لم يلتزم به ولم يرض به. فالآية إنها تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكره».

وفيه: أن ذلك إنما يتجه مع تحقق الرضا المعتبر في صحة البيع، وتختلف الوصف المأخوذ في المبيع، ككون العبد كاتباً. والدليل عليه حيثنذ ليس هو الآية الشريفة، بل هو حكم عقلائي.

أما مع عدم تحقق الرضا بالبيع بسبب تخلف الوصف - كما هو المفروض في المقام - فالمتمعن البناء على البطلان، كما لو أكره على شراء الفاقد للوصف، غاية الأمر أن يكون البيع قابلاً للتصحیح بالرضا المتأخر، كما في بيع المكره والفضولي.

وبذلك يتضح أنه لا مورد لفحوى حكم الفضولي والمكره، لأن الرضا فيهما إنما يوجب نفوذ البيع بعد العدم، لا لزومه بعد نفوذه وثبوت الخيار فيه، كما هو المدعى في المقام.

ومثله في الإشكال ما في منية الطالب من أن التجارة التي يعتبر الرضا فيها ليست هي التجارة بالمعنى المصدري، لتصح بالرضا الفعلي الحاصل حين إيقاع العقد، ولا تبطل بانكشاف الحال للمغبون. بل هي التجارة بالمعنى الاسم المصدري. وحيثنذ تصح حين العقد، لتحقيق الرضا بها، وتبطل عند انكشاف الحال للمغبون إذا لم يرض بها، وتبقى على الصحة إذا رضي بها.

قال: «نعم يمتاز هذا المعنى من الخيار عن سائر الخيارات التي يحتاج الإمضاء والفسخ فيها إلى الإنشاء. فان الدليل المثبت لهذا الخيار بالتقريب المذكور لا يدل إلا على 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 بالمعنى الاسم المصدري لما كان لها وجود واحد مبني على الاستمرار، فمقتضى إطلاق الآية الشريفة جواز أكل المال بسببها إذا صدرت عن الرضا ولو مع ارتفاع الرضا بها بعد ذلك. بل لا يمكن البناء على اعتبار استمرار الرضا بها في جواز أكل المال، إذ ما أكثر ما يندم أحد المتعاقدين على المعاملة بعد وقوعها، مع ما هو المعلوم من عدم بطلانها بذلك، كما اشرنا آنفاً.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في عدم نهوض الآية الشريفة بالاستدلال.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١)، قال شيخنا الأعظم رحمته الله: «بناء على أن أكل المال على وجه الخدع يبيع ما يسوي درهماً بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة وعدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل. أما بعد رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد أكلاً بالباطل. ومقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل حتى 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 على رد المعاملة حكم شرعي لا يكون ثبوته أو عدمه دخیلاً في صدق أكل المال بالباطل الذي هو من الأمور العرفية. وإن أمكن أن يكون الحكم الشرعي المذكور متفرعاً على صدق ذلك. غاية ما يمكن دعواه هو كون أكل

المال بالمعاملة الغبنية أكلاً له بالباطل. ولازم ذلك البناء على بطلان المعاملة المذكورة، لا ثبوت الخيار فيها مع صحتها، كما هو المدعى.

نعم قد يدعى حينئذ صحتها برضا المغبون بالمعاملة، لخروج أكل المال به عن كونه أكلاً بالباطل. نظير صحة بيع المكره والفضولي بالإجازة. وهو غير المدعى.

وثانياً: أن عموم حرمة أكل المال بالباطل قضية ارتكازية آية عن التخصيص عرفاً، فلا مجال لدعوى 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: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

ومقتضى المقابلة في الآية الثانية بين الأكل بالباطل والتجارة عن تراض كون أكل المال بالتجارة عن تراض على إطلاقه ليس أكلاً للمال بالباطل، وأن الأكل بالباطل لا يشمل صورة التجارة عن تراض.

نظير ما لو قيل: لا يحسن بالإنسان أن يعبت في إنفاق ماله، ويحسن منه أن ينفق ماله لإرضاء أبويه. حيث يكون مقتضاه أن إنفاق المال لإرضاء الأبوين خارج عن العبت 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 حتى في الآية الأولى. ولا سيما مع تطبيقه فيها على 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

الأكل بالباطل عليه عند العرف لو تم.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لدعوى أن بين الدليلين عموماً من وجه، وأنها 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 إباته عن التخصيص.

ورابعاً: أن البيع في المقام يبتني على 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 على ذلك أو احتمالهما له.

الثاني: خديعة أحد المتعاقدين للآخر، لا بإظهاره له على خلاف الواقع، لعدم فرض ذلك في محل الكلام، بل بإبقائه على غفلته، واستغلال ذلك وعدم تنبيهه لواقع الحال. وهذا وإن كان مستنكراً في الجملة بمقتضى المرتكزات العرفية. إلا أن استنكاره يرجع إلى كونه بنفسه نحواً من الباطل، من دون أن يكون أكل المال بالمعاوضة المبتنية عليه أكلاً له بالباطل.

وإلا فما أكثر ما تبتني المعاملة إبقاء أحد المتعاقدين على غفلته بنحو لو التفت لما يعلم به الآخر لم يقدم على المعاملة، كما لو اعتقد المشتري خطأ باستقرار السوق وعدم تبدل السعر، وأنه نتيجة لذلك قد اشترى الشيء بأقل من قيمته السوقية، أو اعتقد بوفاء مآثره بغرضه، أو اعتقد البائع أو بعدم تعرض الثمن للسرقة أو نحو ذلك، فإنه لو أبقاه الآخر على غفلته، واستغل ذلك، فأوقع المعاملة، لا يكون أكله للمال بالمعاملة حينئذ أكلاً له بالباطل، بلا إشكال ظاهر.

الثالث: ما ورد عن النبي ﷺ 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»^(١) والظاهر أنه أخذ من العامة، حيث روه في كتب الحديث عندهم^(٢). ومجرد موافقة الحديث الضعيف لفتوى الأصحاب لا يكفي في جبره ما لم يثبت اعتمادهم عليه، ولا طريق لإحرازه في مثل ذلك، كما نبه لذلك هنا شيخنا الأعظم رحمته، وأوضحناه عند الكلام في حديث: «على اليد...» في حكم المقبوض بالعقد الفاسد.

ومن الغريب مع ذلك ما في الجواهر، حيث عقب على ما ذكره في الخدائق 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»^(٣) وخبر إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: «قال: غبن المسترسل سحت»^(٤)، ومرسل أحمد بن محمد بن يحيى قال: «أراد بعض أصحابنا الخروج للتجارة، فقال لا أخرج حتى آتي جعفر بن محمد عليه السلام... فأثاء فقال له: يا ابن رسول الله إني عزمت على الخروج إلى التجارة. وإني آليت على نفسي أن لا أخرج حتى أتاك [آتيك. ظ] وأستشيرك، وأسألك الدعاء لي. قال: فدعا له، وقال: عليك بصدق اللسان في حديثك، ولا تكتم عيياً يكون في تجارتك. ولا تغبن المسترسل، فإن غبنه لا يحل...»^(٥)، وفي بعض طرقه: «فإن غبنه ربا»^(٦)، وما عن كتاب الإمامة والتبصرة بسنده عن السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه قال: «قال رسول الله صلى

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣.

(٢) صحيح البخاري ج: ٣ ص: ٢٨. صحيح مسلم ج: ٤ ص: ١٣٨. صحيح سنن أبي داود ج: ٢ ص: ١٣٢. وغيرها.

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٧ من أبواب الخيار حديث: ٢، ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب آداب التجارة حديث: ٧.

(٦) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب آداب التجارة حديث: ٨.

الله عليه وآله: «غبن المسترسل ربا»^(١).

ولا يخفى أن ما تضمن من النصوص المتقدمة التعبير بالسحت والربا كالصريح في إرادة البيع الغبني المبني على كسب المال. وقريب منه مرسل أحمد بن محمد بن يحيى، لمناسبة التجارة لذلك.

وأما ما عدا ذلك - كحديث ميسر - فقد ذكر شيخنا الأعظم رحمته أنه ظاهر في حرمة الخيانة في المشاورة. قال: «فيحتمل كون الغبن بفتح الباء».

وفيه: أن الظاهر من كلمات اللغويين أن الغبن الذي هو بفتح الباء ليس هو الخيانة في الرأي، بل ضعف الرأي. قال في لسان العرب: «الغبن بالتسكين في البيع، والغبن بالتحريك في الرأي وغبت رأيك. أي نسيت وضيعته...». وإن كانت كلماتهم لا تخلو عن اضطراب وغموض.

على أنه لو تم أن الغبن بالفتح هو الخيانة في الرأي فاحتماله لا يقتضي استظهار المعنى المذكور، بل احتماله، وإجمال مفاد الحديث. بل من القريب جداً أن يراد بحديث ميسر ما أريد ببقية النصوص المتقدمة، لأنه هو الشائع في النصوص وعند العرف. مع قرب تعاضد بقية النصوص، بحيث يوثق بصدور مضمونها. فلا يهم إجمال حديث ميسر لو تم.

فالعامة 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 رحمته من أن السحت وإن كان هو المال الحرام، إلا أنه قد أطلق في المقام على نفس الغبن لا على الثمن. والغبن إنما يكون بنفس المعاملة،

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب الخيار حديث: ١.

ولا يصح إطلاقه على الثمن حتى مجازاً. وأنه لا بد من حمل السحت على الحرمة التكليفية فيندفع بأن عدم إطلاق الغبن على 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 على ذلك فلا بد من حملها على الكراهة.

بل قد تحمل على الحرمة التكليفية، بلحاظ أخذ الاسترسال في موضوعها. قال في لسان العرب: «وفي الحديث: أيا مسلم استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا. الاسترسال الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان، والثقة به فيما يحدثه. وأصله السكون والثبات» ونحوه في مجمع البحرين. ومع الثقة والطمأنينة قد يحرم الإغفال لأنه نوع من الخيانة للأمانة. وإن كانت المعاملة صحيحة، بناء على ما هو التحقيق من أن الحرمة التكليفية لا تقتضي الفساد.

وكيف كان فلا مجال لاستفادة ثبوت الخيار منها، كما هو المدعى في المقام. الخامس: قاعدة نفي الضرر. بتقريب: أن لزوم البيع ضرر على المغبون، فيتعين جوازه في حقه، وإمكان فسخه له. وقد يستشكل في ذلك بوجوه:

أحدها: ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 بتخيره بين إمضاء العقد بتمام الثمن ورده للمقدار الزائد من الثمن عن قيمة المثل أو رد بدله، وأن يكون بتخيره 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 ومحكي الإيضاح. ولا جزء من أحد

العوضين، ليتجه ما عن العلامة في نظير ذلك من أن استراد بعض العوضين من دون رد ما يقابله من الآخر ينافي مقتضى المعاوضة.

وإنما ذلك غرامة عما فات منه بسبب الغبن، نظير الارش مع العيب. ولذا لا يجب أن يكون من عين الثمن، بل يكتفى ببذله.

وكأنه إلى هذا أو نحوه يرجع ما في الجواهر من أن حديث الضرار - مع قطع النظر عن كلام الأصحاب - لا يشخص الخيار.

وفيه: 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، تعين نفي القاعدة له، دون إثبات لزوم دفع فرق الثمن له غرامه، لأنه من سنخ تدارك الضرر الحاصل عليه من نفوذ المعاملة ولزومها، وقد سبق أن القاعدة لا تنهض به

ثانيها: ما عن بعض الأعاضم ^{ثبت} من أن الضرر في المقام لا يستند للحكم الشرعي بلزوم المعاملة، ليكون مرفوعاً، بل للإقدام عليها، وهو مستند للمالك، لا للشارع. وحكم الشارع بلزومه وعدم السلطنة على رفعه بعد ثبوته لا يكون موضوعاً لقاعدة نفي الضرر، وإلا لزم ارتفاع الضمان مع فعل ما يوجبه شرعاً جهلاً بالحال.

وقد أجاب عنه بعض مشايخنا ^{ثبت} بأنه لا إقدام في المقام على الضرر، بل على المعاملة بتخيل عدم الضرر، فنفوذها بنحو اللزوم مع ذلك هو الموجب للضرر.

وفيه: أنه بعد عدم أخذ عدم زيادة أحد العوضين شرطاً في العقد - كما هو المفروض في كلام بعض الأعاضم ^{ثبت} - فالإقدام على المعاملة وإن لم يكن إقداماً على الضرر بخصوصه، إلا أنه كان بنحو الإطلاق بحيث يشمل صورة الضرر، فهو كالإقدام مع احتمال الضرر.

إلا أن يدعى أن الإقدام المذكور معاملي لا يكفي 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 يوجه جهلاً بالحال، فقد دفعه بعض مشايخنا ^{ثنت} بأن رفع الضمان حينئذ مناف للامتنان في حق المضمون له، فتقصر القاعدة عنه لذلك.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لأن منافاته للامتنان 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 سنج 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.

فالأولى في الجواب عن النقض المذكور أن أدلة الضمان صريحة في العموم لحال الجهل وعدم الإقدام على فعل ما يوجه. فلتكن مخصصة للقاعدة.

ثالثها: ما ذكره بعض مشايخنا ^{ثنت} من أن الضرر إنما يلزم من إمضاء الشارع للمعاملة وحكمه بصحتها، لأن إبدال الكثير بالقليل ضرر في حق أحد المتعاملين. وأما لزوم المعاملة فهو ليس حكماً ضررياً، بل غاية ما يلزم منه هو الإلزام بتحمل الضرر. وحينئذٍ فبعد فرض صحة المعاملة وعدم بطلانها لا وجه للبناء على عدم لزومها من أجل قاعدة نفي الضرر.

وفيه أولاً: أن الحكم بصحة المعاملة من دون إلزام وإن كان ضررياً كما ذكره ^{ثنت} وسبقه إليه بعض المحققين ^{ثنت}، 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.

وكانه إلى هذا نظر بعض المحققين ^{ثنت}، فإنه - بعد ما سبق منه من أن الحكم بصحة المعاملة ضرري - قال: «فالحكم بصحة المعاملة الغبنية لأحد وجهين، إما

للإجماع على 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 لامتنان، ولا منة في رفع الصحة وإبطال العقد».

وثانياً: أن لزوم المعاملة الضررية وإن لم يوجب حدوث الضرر، إلا أنه ضرري أيضاً بلحاظ استلزامه بقاء الضرر. ومن هنا ذهب بعض المحققين ثُمَّ إلى 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 ارتفاع اللزوم عن العقد بعد ثبوته له. أما إذا كان مقتضاها صحة العقد ابتداء على 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 ثُمَّ. ومرجه إلى أن القاعدة إنما تقتضي جواز العقد جوازاً حكماً، نظير العقود الجائزة، لا جواز حقياً الذي هو مرادهم بالخيار، فإنه عندهم حق قابل للإسقاط - كما سبق - والتعويض والميراث مع إطلاق دليله بنحو يعم الوارث.

وهو في محله بناء على ما سبق منا من الفرق بين الحق والحكم.

نعم قد لا يظهر الأثر بالإضافة إلى بعض الآثار. فاشتراط سقوط خيار الغبن عند العقد مستلزم للإقدام على 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 على الحق حينئذ إلى 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 العاملة في حقهم ولزومها الضرر عليهم، بل نقص النفع لهم، وهو لا يكفي في جريان القاعدة.

وقد حاول بعض مشايخنا تثبت توجيه الميراث في المقام مع بنائه على 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 على الثلث معللاً بأنه تضيق للورثة وظلم في حقهم، بدعوى: 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 بإذنه من دون توقف على الاتحاد التنزيلي المدعى.

خامسها: أن القاعدة المذكورة تقصر عما لو تبدلت القيمة قبل الفسخ، بحيث لا يكون تبديل أحد العوضين بالآخر غبنياً، حيث لا يكون لزوم المعاملة السابقة ضررياً حينئذ، فيتعين البناء على 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 تعليقاً، وهو لا يجري على التحقيق، بل يجري

حينئذ استصحب عدم ترتب الأثر على 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 الغنبي، 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 على 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، بناءً أن القصد المعاملي للإقدام على الضرر في المقام موجب لقصور القاعدة المذكورة، على ما أشرنا إليه في الوجه الثاني للإشكال على الاستدلال بالقاعدة.

وأما بناء على عدم كفايته فالقاعدة إنما تقتضي جواز العقد حكماً، من دون أن يكون موضوعاً لحق الخيار، على ما تقدم في الوجه الرابع. كما أنها تقصر عما إذا تبدل الحال بحيث لا يكون لزوم المعاملة ضرورياً، أو ترتب على المعاملة جهة تزاحم الضرر المالي على ما ذكرناه في الوجه الخامس.

السادس: ما عن بعض الأعاضد. قال في منية الطالب في الاستدلال على الخيار في المقام: «وأتم المدارك له هو حصوله من جهه تخلف الشرط الضمني. وذلك أنه لما كان تعيش بني آدم موقوفاً على تبديل الأموال، وبناء المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية، فيناط التبديل بالتساوي. وحيث كان هذا البناء نوعياً بحسب العرف والعادة جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالية، بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض. فمدرك ثبوت الخيار تباني المتعاقدين

على تساوي العوضين في المالية. وهذا بمنزلة الصغرى. والكبرى 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».

ومقتضى 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 بالرضاء اللاحق نظير عقد الفضولي والمكره. وهو - كما ترى - غير عن المدعى من ثبوت الخيار مع صحة المعاملة.

نعم مقتضى ما في صدره - من ابتناء العقد على 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 على الشرط المذكور، فيثبت بتخلف هذا الشرط الخيار، كما هو المدعى.

وبذلك يرجع خيار الغبن لخيار تخلف الوصف المشروط الثابت تبعاً للمرتكزات العقلائية، كما صرح بذلك السيد الطباطبائي ثنت في حاشيته، وأشار إليه بعض المحققين ثنت. وعليه جرى بعض مشايخنا ثنت في تقريب الاستدلال للخيار في المقام. وهو لا يخلو عن وجه.

نعم الظاهر عدم اطراد، لعدم ابتناء العقد في كثير من الموارد على الحفاظ على المالية، بل على الرغبة الشخصية والاتفاق بين الطرفين من دون نظر لشئ آخر.

منها: ما إذا لم تسهل معرفة القيمة السوقية، كما يغلب في مثل التحفيات والأثرية ونحوها من النواذر. 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 يخصه، وكون الكتاب قد درس فيه هو أو شخص يخصه، ونحو ذلك.

ومنها: ما تجهل خاصيته المرغبة فيه. ويعرض من أجل تحصيل من يرغب فيه لأجل صورته الظاهرة، أو لاطلاعه على 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 على 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 لباً.

كما أنه ربما يكون مبنى المعاملة على 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 على إغفالها.

هذا وقد قد يشكل أصل المطلب بلحاظ أن بناء المسألة على 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 فيها هو خارج عن ذلك، كالشرط والوصف، كما تقدم عند الكلام في شروط العقد. مع أن الظاهر عدم بناء العرف على البطلان في فرض اتفاقهما على الشرط المدعى في المقام، لابتناء العقد من أحدهما دون الآخر على أحد على الوجه المتقدم.

اللهم إلا أن يقال: يكفي في ترتب الأثر على الشروط الضمنية بناء العرف عليها نوعاً ما لم يتفق المتعاقدان على الخروج عنها. ولذا لا يظن منهم البناء على البطلان لو لم يلتزم أحد المتعاقدين في نفسه بتعجيل التسليم، أو بالسلامة في المبيع، أو نحوهما من الشروط الارتكازية العامة، من دون أن ينبه الآخر لذلك. كما لا إشكال ظاهراً عندهم في ثبوت الخيار للآخر حينئذ بتخلفها.

ومرجع ذلك في الحقيقة إلى 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 على عدم الالتزام بها.

بل لا يبعد الاكتفاء في الخروج عنها بإقدام من له الشرط العرفي على عدم بناء المعاملة عليه، إما لعلمه بعدم تحققه، أو لاحتماله ذلك مع عدم ابتناء المعاملة من قبله عليه. لخروجه عن المتيقن من بناء العقلاء على الإلزام بها وترتيب الأثر عليها.

نعم لو بنى العقد عليها إلا أنه كان عازماً على 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، ويبتني العقد منهما عليه ضمناً من دون أن يصرحا به لفظاً ولو لإنشاء العقد بغير اللفظ، كما في المعاوضة.

ويترتب على ذلك أن المعيار في ثبوت خيار الغبن على الخروج عن قيمة المثل إلا مع تصريح المتبايعين حين العقد أو بنائهما - ولو بحسب ظهور حالهما - على عدم ابتناء العقد عليها. وكذا لو أقدم المغبون وحده على ذلك.

أما ابتناء العقد على 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 ٢٤): إذا باع بأقل من قيمة المثل (١) ثبت له الخيار. وكذا إذا اشترى بأكثر من قيمة المثل. ولا يثبت هذا الخيار للمغبون إذا كان عالماً بالحال (٢)

فيه من عناية خاصة يجري عليها المتعاقدان معاً. هذا ما يتضح لنا فعلاً. ولا بد من مزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) الظاهر أن مراده بقيمة المثل هو القيمة السوقية وإن كان المبيع قيمياً كما أنه هو المراد لنا أيضاً فيما سبق. إذ لا إشكال ظاهر في عدم اختصاص هذا الخيار بالمثلثات، لعموم أدلته.

(٢) بلا خلاف، وقطعاً، كما في الجواهر، وقال شيخنا الأعظم رحمته: «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 اشتغال أكثرها على غبن المسترسل موجب لاختصاصه بصورة الجهل حتى 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 مبنى استدلالهم به. لكن تقد عدم نهوض الجميع بالاستدلال.

كما أنه تقدم اختصاص قاعدة نفي الضرر بغير صورة الإقدام عليه الحاصل مع العلم. أما بناء على 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 يشكّل - إن لم يكن إجماعاً - بأنه هو أدخل الضرر على نفسه، فلا خيار.

وفيه - مع ما سبق من الإشكال منه ومنا في 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 معنى للإقدام على الشيء مع الغفلة عنه.

نعم سبق تحقق الأقدام المعاملي، وأنه لو كان مانعاً من عموم قاعدة نفي الضرر توقف الاستدلال بها على صورة اشتراط عدم الغبن ولو ضمناً. ومن الظاهر إمكان فرض الاشتراط المذكور حتى مع القدرة على معرفة الحال. وبذلك يظهر أنه لا أثر للقدرة على ذلك.

ومنه يظهر حال ما في المبسوط والشرائع 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 إعمال ملكته أو يحتاج إلى كلفة، فيقدم على 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 ثنت التردد والإشكال في سقوطه، بلحاظ عموم نفي الضرر، وإطلاق الإجماع المحكي اقتصاراً في الخروج منها على المتيقن، وهو صورة العلم بالضرر. قال: «نعم لو صرح في العقد بالالتزام به ولو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن».

ويظهر ضعفه مما سبق من عدم نهوض الإجماع بالاستدلال على أصل ثبوت خيار الغبن، فضلاً عن عمومه. ولا سيما مع لزوم الاقتصار في الإجماع وجميع الأدلة اللبية على 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 حيثنذ للحكم الشرعي بعد إمكان دفعه بعدم الإقدام على المعاملة، نظير صورة العلم.
وأما ما عن بعض الأعظم ثنت من أنه إذا أقدم عالماً بالحكم برجاء عدم الضرر فهو ليس مقدماً على الضرر عرفاً.

ففيه: أن الإقدام مع احتمال الضرر إقدام على الضرر على 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 بثبوتيه في خصوص المورد فلا أثر له في نفي الإقدام على الضرر. وإن أريد به العلم بثبوتيه في خصوص المورد فهو وإن كان يمنع من صدق الإقدام على الضرر بالنحو المانع من جريان القاعدة. إلا أنه أول الكلام.
ولو تم يجري حتى مع العقد لا برجاء عدم الغبن، بل حتى مع العلم بالغبن إذا فرض العلم حين العقد بثبوت الخيار معه.

على أن المعيار في المقام ليس على الإقدام على الضرر وعدمه، بل على استناد الضرر للحكم الشرعي وعدمه، وقد عرفت عدم استناده له حيثنذ عرفاً. ومن ثم لا مجال للبناء على إطلاق ثبوت الخيار مع احتمال الغبن.

نعم بناء على كون منشأ ثبوت خيار الغبن هو ابتناء العقد ارتكازاً على اشتراط عدمه، وأنه من الشروط الضمنية. فالمتعين التفصيل بين ما إذا كان العقد مع احتمال الغبن مبنياً على اشتراط عدمه ضمناً، وما إذا لم يكن كذلك، بل كان مبنياً على رفع اليد عنه، فيثبت الخيار في الأول دون الثاني، كما صرح به بعض مشايخنا ^{ثنت}. وهو المناسب لاقتصار سيدنا المصنف ^{ثنت} في سقوط الخيار على العلم بالغبن والإقدام على المعاملة على كل حال.

وأما ما عن بعض الأعاضم ^{ثنت} من الإشكال في ثبوت الخيار، لأن الإقدام مع الاحتمال من دون اتكال على طريق أو أصل محرز لعدمه - نظير أصالة السلامة المحرزة لعدم العيب - كأنه إقدام مع العلم بالغبن .

فهو كما ترى لا يرجع إلى محصل بعد فرض كون المعيار في ثبوت الخيار على الشرط، إذ لا إشكال في إمكان الشرط المذكور مع الشك. بل لو أمكن حصوله مع العلم بالغبن تعين ثبوت الخيار معه أيضاً. والاعتماد على أصالة السلامة ليس من أجل تحقق شرط الخيار، بل من أجل منع الغرر ورفع الجهالة في البيع، المعبر في صحته عندهم.

هذا ولكن سبق منا المنع من كون منشأ الخيار هو اشتراط عدم الخيار ضمناً، بل وأن منشأ بناء العرف بمرتكزاتهم على 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 على التنازل عن الشرط المدعى، والاقتصار في الخيار على صورة الغفلة المطلقة، أو العلم بعدم ثبوت الغبن أو قيام الأمانة العرفية عليه وإن لم تكن معتبرة شرعاً. اقتصاراً على 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 على المعاملة على كل حال (١).

(١) لقصور أكثر الوجوه المتقدمة عنه، ومنها الوجه الأخير الذي تقدم منا التعويل عليه، كما يظهر بملاحظته.

ثم إنه بناء على ما يأتي منهم من اختصاص الغبن بالفرق الفاحش بين الثمن والقيمة السوقية دون ما يتسامح به، لو أقدم أحد المتعاقدين على مرتبة من الفرق بينهما، فبان الفرق بينهما أزيد مما أقدم عليه، تعين عدم سقوط الخيار إذا كان الفرق مجموعه فاحشاً، سواء كان كل من الفرق الذي أقدم عليه والزيادة مما لا يتسامح فيه، أم كان كل منهما مما يتسامح فيه، إلا أن مجموعهما لا يتسامح فيه.

لعدم الموجب لسقوط الخيار بعد عدم الإقدام في الصورتين على الغبن الحاصل في المورد الذي هو المجموع المفروض عدم الإقدام عليه.

وأظهر من ذلك ما إذا أقدم على ما يتسامح فيه، وكانت الزيادة وحدها بالمقدار الذي لا يتسامح فيه، كما هو ظاهر.

أما العكس - وهو ما إذا أقدم على ما لا يتسامح فيه وكانت الزيادة بالمقدار الذي يتسامح فيه - فعن بعض الأعظم ^{ثنت} 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 ^{ثنت}: «ففي الخيار وجه». وجزم به بعض مشايخنا ^{ثنت} بتقريب أن الغبن الحاصل لما كان بمجموعه موجباً للخيار فهو لم يقدم عليه ليسقط الخيار المسبب عنه، وإنما أقدم على 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 على الإعراض بين

(مسألة ٢٥): يشترط في ثبوت الخيار للمغبون أن يكون التفاوت موجباً للغبن عرفاً، بأن يكون مقداراً لا يتسامح به عند غالب الناس (١)،

المتبايعين عن القيمة السوقية في تحديد الثمن والاتكال في تحديده على الخبرة ولو بلحاظ الجهات والعوامل الأخرى الدخيلة في الرغبة والزهدي في الشيء، مثل توقع قلة العرض أو الطلب أو كثرتها على الأمد البعيد، وحاجة البائع أو المشتري للنقد أو استغنائهما عنه، وتعرض أحد العوضين للخطر... إلى غير ذلك.

وحينئذ يتعين عدم ثبوت الخيار بالخروج عن القيمة، لا من جهة العلم بها، ولا من جهة الإقدام على الغبن، بل من جهة عدم ابتناء المعاملة على مراعاة القيمة السوقية، ليكون الخروج عنها مخالفة للشرط الضمني، أو مورداً لبناء العقلاء على الخيار، على الكلام المتقدم.

بل حتى لو كان الدليل على الخيار هو قاعدة نفي الضرر. لرجوع مورد الكلام إلى الإقدام على الضرر المالي بلحاظ وجود المزاحم الأهم منه بنظر أحدهما. ولا يمنع من البناء على ذلك عدم تعرض الأصحاب له بعد عدم كون الدليل على الخيار هو الإجماع، وقرب كون الإجماع لو حصل مبنياً على 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 على الإعراض عن القيمة السوقية، والاكتماء منهما بكون المغبون من أهل الخبرة. كما لا تناسب عدم تعرض الأصحاب لذلك تبعاً لهما، وعدم تعقيبهما لكلامهما. فلاحظ.

(١) وإلى 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 المسلمين.

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. (وأخرى): لا تكون كذلك، بل تتردد بين الأقل والأكثر.

أما في الصورة الأولى فالظاهر الاكتفاء في حصول الغبن وثبوت الخيار بأدنى 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 على القيمة السوقية عند إجراء العقد، ويهتمون بعدم الزيادة عليها ولو قليلاً، نعم قد يتسامحون في إعمال 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 على التردد.

وصدق الشراء بثمن غال أو رخيص - لو تم - ليس بلحاظ الزيادة أو النقصنة عن القيمة السوقية، بل بلحاظ مصادفة أعلى المراتب العالية من القيمة أو الدائية.

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 على التردد بين المراتب تحديد القيمة عند العرف بحديها غير دقيق، بأن تبني على 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 على لزوم العقد عملاً بعموماته، لكون الشبهة في المقام حكمية، لرجوعها في الحقيقة إلى إجمال الغبن وعدم وضوح صدقه في المقام.

كما أنه يتعين البناء على 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 حتى في مثل المقام مما كان المخصص فيه لبياً، على التحقيق. بل لأصالة عدم ترتب الأثر على الفسخ، الراجعة لاستصحاب بقاء كل من العوضين في ملك من ملكه بالعقد.

وبناء على ذلك لا موضوع الكلام في تحديد الغبن الذي يتسامح فيه عرفاً بالشفص - من الثلث والربع وغيرهما - أو بغيره.

ولعل كلام الأصحاب في المقام ناشئ من ارتكازية ما ذكرنا، من دون وضوح له على وجهه الذي سبق، كما قد يناسبه التعليل المتقدم من التذكرة. ويكون ذلك هو الموجب لاضطراب كلماتهم، وعدم مناسبتها للأدلة التي استدلو بها على هذا الخيار.

فلو كان جزئياً غير معتد به لقلته لو يوجب الخيار. وحده بعضهم بالثلث، وآخر بالربع، وثالث بالخمس (١). ولا يبعد اختلاف المعاملات في ذلك. فالمعاملات التجارية (٢) المبنية على المماكسة الشديدة يكفي في صدق الغبن

ولاسيما بلحاظ ما سبق من صدق الغلاء والرخص والخديعة، بل حتى الغبن ولو مجازاً، حيث قد ذلك يكون سبباً في التباس تراوح القيمة بين الزيادة والنقصان بالغبن. بقي شيء: وهو أن موضوع الخيار هو الغبن المالي وإن لم يضر بحال المغبون، ولم يحيف به، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب رضوان الله عليهم، واستظهره شيخنا الأعظم رحمته وغير واحد ممن تأخر عنه. لعموم الدليل المتقدم منا، بل أكثر الأدلة المتقدمة، ومنها قاعدة نفي الضرر.

ودعوى: أن ذلك لا يناسب ما ذكره من وجوب شراء الماء للطهارة بالثمن الكثير ما لم يحيف بالمكلف. مدفوعة بأن ذلك خرج عن عموم القاعدة بالنص الخاص. وليس مفاد النص تحديد الضرر الذي هو موضوع القاعدة، ليكون حاكماً على عمومها حتى في غير موره.

(١) قال شيخنا الأعظم رحمته: «لا إشكال في كون التفاوت بالثلث، بل بالربع، فاحشاً. نعم الإشكال في الخمس. ولا يبعد دعوى 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 إيقاع 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 على لزوم البيع، لعموماته أو للأصل، نظير ما سبق منا عند الكلام في صورة الشك في حصول الغبن.

(٢) لا يبعد كون مراده رحمته 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 المساحة الغالبية.

(مسألة ٢٦): الظاهر كون الخيار المذكور ثابتاً من حين العقد (١)، لا من حين ظهور الغبن، فلو فسخ قبل ظهور الغبن صح فسخه مع ثبوت الغبن واقعاً (٢).

اهتمامه بالانتفاع بالبيع قد يوجب تهاونه في زيادة الثمن في الجملة.

(١) كما صرح به في الجواهر. وإليه يرجع كلام شيخنا الأعظم رحمته. وهو ظاهر غير واحد ممن صرح بأن الغبن سبب للخيار. لكن مقتضى الجمود على 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 صلى 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 على 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.

(٢) إذ مع ثبوت الحق يتعين فعلية السلطنة على إعماله. نعم لابد من قصد فسخ العقد ولو تحكماً، أو برجاء ثبوت الغبن أو بتخيل سبب آخر للخيار. ولا يكفي

مجرد الامتناع من القيام بمقتضى العقد عصياناً.

وكما أنه يترتب على 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 على ظهوره، فيبتي نفوذه على عدم مانعية التعليق في ذلك، ولا مجال للبناء عليه، كما يظهر مما تقدم في آخر المسألة الثالثة والعشرين.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من أنه يكفي في جواز الإسقاط تحقق السبب المقتضي للخيار وإن لم يتحقق شرطه، وهو العلم، نظير إبراء المالك الودعي عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب، الراجعة إلى 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 إبراءه قبل تحقق سبب الضمان كالتمريض، فهو إما أن يرجع إلى الإذن في تصرف الودعي في العين تصرفاً يعرضها للخطر، كوضعها في مكان غير أمين، وذلك مانع من الضمان، لا مسقط على تقدير ثبوته، إذ الضمان إنما يكون بالخروج عما يعينه المالك صريحاً أو ضمناً، ولا يكون مع الإذن في التصرف. وإما أن يرجع إلى اشتراط الودعي إبقاء الأمانة عنده بعدم الضمان بنحو شرط النتيجة، نظير اشتراط عدم الضمان في عقد الوديعة، وليس هو إسقاطاً فعلياً. وإن أريد به إبراءه بعد تحقق سبب الضمان قبل التلف فهو - لو صح - لا بد أن يبتني على أن الضمان نحو من الحق يثبت للمضمون له على الضامن يقتضي كون ماله في عهده، بحيث يلزمه تسليم المضمون بعينه أو ببذله.

وأما عدم ثبوت الخيار مع البراءة من العيوب فهو - مع كونه منصوصاً^(١) - لا

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٢، وباب: ٨ من أبواب العيوب حديث: ١.

(مسألة ٢٧): ليس للمغبون مطالبة الغابن بالتفاوت وترك

الفسخ (١).

يرجع إلى إسقاط المشتري للخيار، بل نرجع إما إلى عدم ابتناء البيع على السلامة من العيب و معه لا مقتضي للخيار، أو إلى اشتراط سقوط الخيار في العقد ولو ضمناً، الذي تقدم عند الكلام في خيار المجلس تقرب سقوط الخيار به.

ومثله ما عن بعض الأعاظم ^{ثنت} من أن منشأ الخيار لما كان هو عدم الالتزام بالعقد على 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 على إطلاقه تعين البناء على ثبوت الخيار بالعقد وإن لم يظهر الغبن، كما ذكره هو ^{ثنت} أيضاً، فيخرج عن محل الكلام من فرض عدم ثبوته إلا بعد ظهور الغبن. ومن هنا لا مخرج عما سبق من ترتب الثمرة المذكورة على القولين.

نعم الظاهر صحة اشتراط سقوطه بنحو شرط النتيجة في عقد آخر، والمصالحة على سقوطه كذلك بعوض قبل ظهور الغبن مطلقاً حتى بناء على كون ظهور الغبن شرطاً في ثبوته، لأن الشروط حينئذ سقوطه حين تمامية موضوعه. والدليل على ذلك عموم دليلي نفوذ الشرط والصلح. وليس المشروط هو سقوطه فعلاً، ليمتنع بعد فرض عدم ثبوته، لعدم تحقق موضوعه.

(١) كما هو ظاهر الأصحاب، لاقتصارهم على ثبوت الخيار. لعدم الدليل على 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 بوجوه آخر، ومنها الفسخ، فالإزام

ولو بذل له الغابن التفاوت لم يجب عليه القبول (١). بل يتخير بين فسخ

الغابن بذلك يحتاج إلى الدليل. ومن ثم صرح غير واحد بعدم ثبوت الأرش فيه، وفي التذكرة والمستند دعوى الإجماع على ذلك. وقال في مفتاح الكرامة: «ولم أجد في ذلك مخالفاً، بل هم بين مصرح بذلك أو ساكت».

(١) 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 على إشكال». وفي المستند أن الأقوى سقوط الخيار بذلك، اقتصاراً على المتيقن من مورد الإجماع والمتحقق به الضرر. لظهور أن لزوم العقد مع دفع التفاوت ليس ضرورياً، فتقصر عنه القاعدة، ويكون المرجع فيه عموم لزوم العقد.

ومعه لا مجال لاستصحاب الخيار، بناء على التحقيق من أن المرجع في مثل المقام عموم العام، لا استصحاب حكم المخصص. مضافاً إلى 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 بها 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 إنها يتم لو لم يبتن الهبة المذكورة على تدارك ضرر المعاملة، أما إذا ابتنت على ذلك فالمعاملة وإن كانت غبنية ضرورية، إلا أن حكم الشارع الأقدس بلزومها ليس ضرورياً، فتقصر القاعدة عنه.

وبالجملة: لا ينبغي التأمّل في عدم جواز الفسخ مع بذل التفاوت لو كان

البيع من أصله وإمضائه بتهام الثمن المسمى (١). نعم لو تصالحا على إسقاط الخيار بهال صح الصلح (٢)، وسقط الخيار (٣)، ووجب على 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.
وحيث نقول:

أما بناء على الشرط الضمني فالخيار هنا من صغريات خيار تخلف الشرط، الذي لا إشكال في عمومته لحال بذل التفاوت، لرجوعه إلى خلل في العقد بسبب عدم تمامية بعض ما أخذ فيه. وأما بناء على ما ذكرنا من بناء العقلاء على الخيار فالظاهر أنه كذلك، وأنه يبتني على كون خروج المعاملة عن طبعها نوعاً موجب لخلل في العقد يقتضي الخيار. فلا حظ.

(١) 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 الأرض في العيب. لكنه يحتاج إلى دليل. ومن ثم صرح غير واحد بعدم ثبوت الأرض، كما سبق.

ثم إن الجمود على عبارة المتن يقتضي وجوب أحد الأمرين عليه من الفسخ والإمضاء. لكن لا دليل على وجوب أحدهما. بل له الفسخ وتركه وإن لم يمض العقد. ومن القريب أن يكون ذلك مراد سيدنا المصنف رحمه الله.

(٢) لعموم نفوذ العقود، وعموم نفوذ الصلح.

(٣) إنها 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 ٢٨): يسقط الخيار المذكور بأمور:

(الأول): إسقاطه بعد العقد (١) وإن كان قبل ظهور الغبن (٢). ولو

لو امتنع هو من الإسقاط بناء على ولايته على الممتنع.

نعم قد يقال: إن المصالحة المذكورة تكشف عن رضا بالعقد، وذلك كاف في لزومه، 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 على الرضا بالعقد، نظير ما تقدم.

(١) كما ذكره غير واحد من 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 على أن دليل الخيار قاعدة نفي الضرر، حيث تقدم أنها لو جرت تقتضي الجواز الحكمي. لكن تقدم تقريب سقوطه بالإسقاط حتى 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 حيثشذ ارتكاز قابلية الحق للإسقاط الذي عليه عمل العرف والمتشعبة. ولا محذور في مثل هذا التعليق مما يكون المعلق عليه شرطاً في صحة الأمر المنشأ، كطلاق المرأة المشكوكة زوجيتها.

(٢) بناء على ما سبق في المسألة السادسة والعشرين من ثبوت الخيار واقعاً من حين الغبن، ولا يتوقف على ظهوره. وأما بناء على ثبوته بظهور الغبن فلا مجال

أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فتبين كونه مائة، فإن كان التفاوت الأقل ملحوظاً قيداً بطل الإسقاط (١) وإن كان ملحوظاً من قبيل الداعي (٢) كما

لإسقاطه قبله، كما سبق هناك.

(١) تارة: يراد بالتقييد أخذ العشرة قيداً في موضوع الإسقاط، بمعنى أن الساقط هو خيار العشرة، نظير ما لو كان مديناً له بهائة فأبرأه من عشرة. والظاهر أنه لا مجال لذلك في المقام، لأن الخيار أمر بسيط متعلق بالعقد، فإما 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.

وأخرى: يراد به أخذ العشرة شرطاً في إسقاط الخيار الواحد، بأن يكون الإسقاط معلقاً على كون الفرق عشرة، فإذا كان الفرق عشرة سقط الخيار بتمامه، وإلا لم يسقط أصلاً. والظاهر أن ذلك ممكن في نفسه. وهو مراد سيدنا المصنف رحمته الله.

نعم قد يستشكل في صحته حتى لو كان الفرق في الواقع هو عشرة من جهة التعليق. وهم وإن أجازوا التعليق على الأمر الحاصل مع العلم بحصوله، كما هو المفروض في المقام. إلا أن ذلك في العقود مقتضى 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 بقلّة التفاوت، بل شاكاً فيه، لتصرّحهم بهانعية التعليق على الأمر المشكوك وإن كان حالياً. ولا أقل من كونه مقتضى الأصل بعد عدم عموم يقتضي نفوذ الإيقاع ومنه الإسقاط في المقام.

(٢) لعله رحمته الله إنما قال ذلك لأن قلة الضرر ليست داعياً للعمل، بل من سنخ المسوغ والمبرر له بنظر الفاعل، فهو كالداعي مما يستند الإقدام على العمل للاعتقاد به

هو الغالب صح (١)، وكذا الحال لو صالحه عليه بهال (٢).
 (الثاني): اشتراط سقوطه في متن العقد (٣). وإذا اشترط سقوطه
 بزعم كونه عشرة، فتبين أنه مائة جرى فيه التفصيل السابق.

من دون أن يكون قيداً.

(١) إذ بعد فرض إطلاق الأمر المنشأ ووقوعه ممن له السلطنة عليه يتعين
 نفوذه. نعم قد يدعى ثبوت الخيار فيه، لكونه موجباً لضرر لم يقدم عليه.

ودعوى: أن الإسقاط لا يقبل الخيار، لامتناع عود المردوم. ممنوعه، كما يظهر
 مما سبق عند الكلام في إمكان اشتراط الخيار في عقد الضمان. على أنه لو تم امتناع
 ثبوت الخيار فيه تعين تحكيم قاعدة نفي الضرر في أصل نفوذه، فيحكم بطلانه. نعم
 هو مبني على عدم كفاية الإقدام المعاملي في المنع من جريان قاعدة نفي الضرر، نظير ما
 تقدم عند الكلام في الاستدلال بالقاعدة على ثبوت خيار الغبن.

(٢) لعموم نفوذ الصلح والعقد. نعم يتجه ثبوت خيار الغبن فيه لو كان باعتقاد
 قلة التفاوت بناء على أن الدليل على 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 ابتناؤه على محض المعاوضة، بل على
 حل 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.

(٣) كما استظهره في جامع المقاصد ومحكي المفاتيح. وقد يبتني على ما سبق من
 توجيه صحة الاشتراط المذكور في خيار المجلس، ودفع المحاذير المتقدمة فيه. فراجع.
 كما قد يبتني على قصور دليل الخيار عن صورة الشرط المذكور، لرجوعه إلى الإقدام
 على الغبن على تقدير وجوده، ومعه يقصر الدليل المتقدم منا على 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. على 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 على الخلاف» وقال الدروس في خيار الرؤية «ولو اشترط رفعه فالظاهر بطلان العقد، للغرر. وكذا خيار الغبن. ويحتل 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 على تقدير وجوده، فإسقاطه معرض لعدم تدارك الضرر على التقدير المذكور، وهو نحو من الخطر على المالية.

وقد حاول شيخنا الأعظم رحمته دفع ذلك (تارة) بأن الجهل بمقدار المالية لو كان غرراً لم يصح البيع مع الشك في القيمة (وأخرى) بأن ثبوت الخيار لا يجدي في إخراج البيع عن كونه غرراً، وإلا لصح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده والمتعذر تسليمه.

ويندفع الأول بأن البيع مع الشك في القيمة إن كان مع ثبوت الخيار لم يكن غرراً، ولم يتضح منهم الإجماع على سقوط الخيار معه، فإنهم اقتصروا في سقوط الخيار على صورة العلم بالغبن، وإنما تقدم منا تصحيحه لقصور الوجه المستدل بها هنا على الخيار، ولا مانع من الالتزام بثبوته لرفع الغرر بناء على مبطليته للمعاملة.

كما يندفع الثاني بأن ارتفاع الغرر بمعنى الخطر مع الخيار قطعي وعدم الصحة في بعض الموارد حتى مع الخيار لا بد أن يستند لأمر آخر غير الغرر. أو يبتني على الخطأ في تطبيقه.

ومثله ما ذكره بعض مشايخنا رحمته من عدم تحقق الغرر مع الجهل بالقيمة السوقية، لأنها أمر اعتباري، ولا معنى لدخله في الغرر، وإلا لزم بطلان المعاملة لو لم يكن هناك سوق، كما في الصحاري والجبال. وفيما لو انحصر العاقل في العالم

بالمتابعين، ولم يكن هناك غيرهما لتحديد القيمة السوقية من طريقه.

إذ فيه: أن اختلاف القيمة السوقية ناشئ من اختلاف مقدار الرغبة في الشيء، باختلافها 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، لأنه 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 على تقدير حجية النص على المنع منه مانعيته في الجملة، بنحو يلزم الاقتصار فيه على المتيقن، وقد سبق تحديده عند الكلام في اشتراط القدرة على التسليم في العوضين، بحيث لا يشمل المقام. فراجع.

هذا مضافاً إلى 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 على المعاملة من دون خيار غررياً.

(الثالث): تصرف المغبون بائعاً كان أو مشترياً فيما انتقل إليه تصرفاً يدل على الالتزام بالعقد (١).

(١) كما صرح به شيخنا الأعظم رحمته. والوجه فيه أن الرضا بالبيع وإن لم يكن إسقاطاً للخيار، على 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»^(١) ظاهر في سقوط الخيار بالرضا، سواء كان تطبيقه في الصحيح على 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 مبنياً على 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 إلى أن الدليل على 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 فالتيقن من بناء العقلاء على ثبوت الخيار بتخلف الشرط في سائر الموارد غير صورة الرضا. وكذا الحال بناء على ما تقدم منا من كون ثبوت الخيار في المقام بحكم العقلاء ابتداءً من دون أن يتفرع على الشرط الضمني.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ١.

هذا إذا كان بعد العلم بالغبن (١)، أما لو كان قبله فالمشهور عدم السقوط به (٢). ولا يخلو من تأمل، بل البناء على السقوط به لا يخلو من وجه (٣). نعم إذا لم يدل على ذلك كما هو الغالب في التصرف حال الجهل بالغبن (٤) فلا يسقط الخيار به ولو كان متلفاً للعين، أو مخرجاً لها عن الملك، أو مانعاً

وبعد قصور أدلة الخيار عن صورة تجدد الرضا يتعين البناء على لزوم العقد، بناء على 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 ثُمَّ 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 على الرضا، كما لو كان قبل العلم بالغبن، ولا ينافي في مسقطيته في فرض دلالة على الرضا، لأن المسقط حينئذ في الحقيقة هو الرضا المنكشف بالتصرف لا التصرف نفسه. ويكون ذلك منهم للتنبيه لافتراق خيار الغبن عن مثل خيار الغيب الذي يسقط بالتصرف بنفسه وإن لم يدل على الرضا.

(١) 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 مبتئياً على اعتقاد لزوم العقد وعدم إمكان الخروج عنه، فلا يدل على الرضا. (٢) لم يتضح وجه النسبة للمشهور، لعدم شيوع التعرض منهم لذلك، كما يظهر بمراجعة كلماتهم.

(٣) بل لا ينبغي الإشكال في ذلك بلحاظ ما سبق.

(٤) إنسا يتم ذلك مع الغفلة عن الغبن أو القطع بعدمه. أما مع الشك فيه فالتصرف كثيراً ما يدل على الرضا، كما هو الحال مع العلم بالغبن وبثبوت الخيار معه.

عن الاسترداد، كالاستيلاذ (١).

(١) كما احتمله أو مال إليه في اللمعة. وفي الروضة: «وهذا الاحتمال متوجه. لكن لم أقف على قائل به». وجرى عليه غير واحد ممن تأخر عنها. وذهب إلى 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 استرداكه». قال شيخنا الأعظم رحمته: «وهو بظاهره مشكل، لأن الخيار عندهم غير مشروط بإمكان رد العين». ويناسبه جزم غير واحد أو ترده 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 على ثبوت خيار الغبن.

ومما سبق يظهر أن ما ينبغي الكلام فيه من الوجوه المتقدمة في الاستدلال على 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. ودعوى: أن غرض الغابن قد يتعلق بالعين، فالفسخ مع تعذر إرجاعها والاكتفاء بالمثل أو القيمة تفويت لغرضه. مدفوعة بأن تفويت الغرض المذكور ليس ضرراً على 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 المبيعة. ولا أقل من كون تفويته عليه منافياً للامتنان في حقه، بحيث يوجب قصور قاعدة نفي الضرر الواردة مورد الامتنان على الأمة، لا الامتنان في حق خصوص المغبون. وإن كان منشأ البناء على خيار الغبن هو ما تقدم من غير واحد من أخذ عدم الغبن شرطاً في العقد فيظهر من بعض مشايخنا ~~نكتة~~ المفروغة عن بقاء الخيار حينئذ. لكنه لا يخلو عن إشكال، لأن خيار تخلف الوصف المشروط لم يثبت بدليل شرعي، لينظر في إطلاقه، وإنها هو ثابت ببناء العقلاء، والمتيقن من بنائهم عليه صورة إمكان رجوع كل شيء لما كان عليه قبل العقد.

بل حتى لو تم ما سبق من بعض مشايخنا ~~نكتة~~ - عند الكلام في اشتراط عدم الفسخ وسقوط خيار المجلس به - من رجوع اشتراط شيء في العقد إلى اشتراط الخيار بتخلفه فاشتراط عدم الغبن ضمناً وإن كان يرجع إلى 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 حتى مع تعذر رجوع كل من العوضين إلى 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 إلى ما كان عليه.

ومن ثم يشكل البناء على ثبوت الخيار مع تعذر إرجاع العين. وكذا مع تغير صورتها بحيث يوجب اختلاف الرغبة فيها، كتقطيع الثوب وصبغه وطبخ الطعام وتغيير صورة العقار وغير ذلك. مما يمنع من الرد مع العيب. فإن الدليل على امتناع الرد معه في العيب وإن اقتص بمورده، إلا أنه مناسب للمركزات العرفية بنحو يصعب معه إحراز بناء العرف على بقاء الخيار في نظائره، ومنها المقام.

بل يبعد جداً بناء العرف على بقاء الخيار حينئذ في المقام، خصوصاً بناء على ما يأتي منهم من ثبوت الشركة في العين مع زيادة قيمتها بتغيير صورتها ورجوعها بنفسها مع الأرض 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 على أي تصرف لا يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد والبناء على 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 على 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 تغير 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 إلزامه 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 إلى حالهما السابق على العقد، فهو يجري فيها معاً.

نعم قد يدعى أن تصرف الغابن لا ينفذ ابتداء، 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 بيع الخيار تصرفاً يمنع من رد العين. لكن ليس ذلك لمجرد الخيار، بل لظهور حال البائع في تشبئه بالعين، فيكون التصرف المذكور منافياً للشروط 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 على سقوط الخيار بعد ما سبق من قصور دليله عن صورة تعذر رجوع العين إلى 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 على أن للمغبون الفسخ واسترجاع العين من دون أرش، لقضاء المناسبات الارتكازية بأن النقص ضرر على 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، لخلو 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 رحمته انحصار مسقطات خيار الغبن بها سبق، كما هو ظاهر الأصحاب أيضاً. واحتمل شيخنا الأعظم رحمته سقوطه بتبدل

(مسألة ٢٩): إذا ظهر الغبن للبائع المغبون، ففسخ، فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري استرده منه (١)، وإن كان تالفاً بفعله أو بغير فعله رجع بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً (٢). وإن وجدته معيباً بفعله أو بغير

القيمة بنحو يرتفع معه الغبن. وهو يبتني على كون دليل الخيار المذكور هو قاعدة نفى الضرر. كما أشرنا إليه عند الاستدلال بها عليه. وكذا بناء على أن الدليل عليه الإجماع، لأن المتيقن منه غير هذه الصورة.

أما بناء على أن الدليل عليه الوجوه الأخر المتقدمة فالمتعين البناء على عدم سقوط الخيار بذلك، كما يظهر بالتأمل فيها، نظير ما تقدم في المسألة السابعة والعشرين من عدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت، فإنها 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.

(١) 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 البائع مع بقاء الفرد المدفوع له من الثمن الكلي، فإن المقامين من باب واحد. فلاحظ.

(٢) إذ بعد فرض تمامية ما ذكره من بقاء الخيار مع تلف المبيع فلا بد من الانتقال للبدل حفاظاً على المالية بعد تعذر العين.

ودعوى: 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 (١) مع أرش العيب (٢). وإن وجده خارجاً عن ملك المشتري - بأن نقله إلى غيره بعقد لازم كالبيع والهبة المعاوضة أو لذی 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 ببذلها العرفي، من المثل أو القيمة. ولذا لا إشكال في الانتقال للبذل 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 تفريط 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 وكون بغير فعله.

(١) لما سبق من أن رجوعه للملكه هو مقتضى الفسخ. ومجرد عيبه لا يخرج عن كونه طرفاً للبيع المفروض فسخه.

(٢) إذ بعد ما سبق من كونه مضموناً بضمان المعاوضة يتعين ضمان نقصه الحاصل بالعيب، وذلك إنها يكون بالأرث

لكن في المسالك: «وإن 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 رحمهم الله

أنه بحكم التالف (١) فيرجع عليه بالمثل أو القيمة. وليس له إلزام المشتري بإرجاع العين (٢)

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 ^{ثنت} 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 للملك لا وجه لامتناعه من أخذه وطلب البدل مكانه. مع أنه لم يتضح وجه الفرق بين تصرف المغبون وتصرف الغابن. ولعله لذا لم يجر على ذلك في فتواه، بل وافق سيدنا المصنف ^{ثنت} 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.

(١) 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 البدل من أجل ضمان المعاوضة المشار إليه آنفاً. ومنه يظهر عموم الوجه المذكور لما إذا بقيت العين على ملكه مع تعذر إرجاعها شرعاً، كما لو إذا استولدت الأمة، حيث يتعين الانتقال للبدل.

(٢) إذ بعد فرض تملك المغبون بالفسخ للبدل فالزامه للغابن بإرجاع العين يحتاج إلى دليل. بعد أن كان مقتضى أصالة البراءة عدم لزومه عليه. ويأتي تمام الكلام

بشرائها أو استيهاها (١). بل لا يبعد ذلك لو نقلها بعقد جائز، كالهبة والبيع بخيار، فلا يجب عليه الفسخ وإرجاع العين (٢). بل لو اتفق رجوع العين إليه - بإقالة أو شراء أو ميراث أو غير - ذلك بعد دفع البدل من المثل أو القيمة لم يجب دفعها إلى المغبون (٣). نعم لو كان رجوع العين إليه قبل البدل وجب إرجاعها إليه (٤). وأولى منه في ذلك لو كان رجوعها

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 على الغابن بضمان المعاوضة الذي تقدم التعرض له، يتعين عليه السعي لتحصيلها، وإرجاعها بعينها للمغبون، ولو توقف على بذل مال أو جهد معتد به. (١) أو بالتقابل لو تيسر أحد هذه الأمور.

(٢) لأن سلطنة الغابن على 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 على 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... احتمال قوياً إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم. فإن تعذر قيل: يفسخ المغبون».

(٣) كما في المسالك، وجرى عليه شيخنا الأعظم رحمته. لبراء ذمة الغابن من ضمان المعاوضة المتقدم بدفع البدل، ومعه لا دليل على وجوب إرجاع العين واسترجاع البدل.

(٤) كما احتمله في المسالك، وإن أفتى أولاً بعدم وجوب الإرجاع وعليه جرى

شيخنا الأعظم رحمته . وكأن الوجه في وجوب الإرجاع أن مقتضى الفسخ رجوع العين للمغبون وضمان الغائب لها بضمان المعاوضة، فإذا لم تبرأ ذمته منها بدفع البدل يتعين دفعها بعينها مع تجدد القدرة على ذلك برجوعها للملكه.

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 بدله بالفسخ، ومع تملك بدله لا دليل على وجوب إرجاعها بعينها على الغائب لو عادت للملكه.

ولو فرض كون مقتضى ضمان المعاوضة هو انشغال ذمة الغائب بالعين نفسها - لا بمعنى ملك المغبون لها فعلاً، بل مجرد مسؤولية المغبون بدفعها له، والاكتفاء بالبدل ليس للملكية المغبون له بالفسخ، بل لتفريغ ذمة الغائب به مع تعذر رد العين - تعين البناء على وجوب رد العين على الغائب مع إمكانه حتى لو خرجت عن ملكه، فيجب عليه إرجاعها للملكه مقدمة لذلك بفسخ أو تقايل أو شراء أو استيهاب أو نحو ذلك، كما يظهر من السيد الطباطبائي رحمته على خلاف ما سبق من سيدنا المصنف رحمته.

على 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 إلى 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 ممّا في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط العقد تقريب أن مقتضى القاعدة انشغال الذمة بالعين حتى بعد تلفها، وأنه راجع إلى نحو من المسؤولية المقبولة عرفاً. لكن يصعب جريان ذلك في المقام، لأن الفسخ لما كان يقتضي رجوع كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد فحيث كانت العين بنفسها طرفاً في العقد، والمفروض ملكية شخص ثالث له، فملكه عند فسخ البيع الغنبي ملكية أخرى في ذمة المشتري الغائب أمر غير مألوف ولا مقبول

عرفاً، بل يتعين ملكية الغابن للبدل.

على أن مبنى سيدنا المصنف ثُمَّ في الضمان ليس على ذلك. فلا مجال لابتناء فتواه في المقام عليه.

ودعوى: 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 على انقلاب المملوك من البدل للأصل. ومجرد إمكانه لا يقتضي البناء عليه.

ولو فرض أن البدلية منوطة بالتعذر حدوداً وبقاء لزم البناء على ذلك حتى بعد تسليم البدل، كما جرى عليه بعض الأعاظم ثُمَّ، مع أنه تقدم من سيدنا المصنف ثُمَّ عدم وجوب إرجاع العين حينئذ.

اللهم إلا أن يفرق بينهما ببناء العرف على وجوب تسليم العين إذا كان رجوعها لملك الغابن بعد الفسخ قبل تسليم البدل، وعدم بنائهم على وجوب تسليمها إذا كان رجوعها للملك بعد تسليم البدل وبراءة ذمة الغابن. ولا أقل من عدم وضوح بنائهم حينئذ على وجوب تسليمها واسترجاع البدل.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لإمكان ابتناء وجوب تسليمها عندهم مع رجوعها لملك الغابن قبل تسليم البدل على ما ذكرناه آنفاً من عدم بنائهم على 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 مبنى وفرض كلام سيدنا المصنف ثُمَّ، بل يدخل في الحقيقة في الفرض الآتي منه ثُمَّ، والذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

إليه قبل فسخ المغبون (١). بلا فرق بين أن يكون بفسخ العقد السابق، وأن يكون بعقد جديد (٢)، فإنه يجب عليه دفع العين نفسها إلى الفاسخ المغبون (٣)، ولا يجتزي بدفع البدل من المثل أو القيمة. وإذا كانت العين باقية عند المشتري حين فسخ البايع المغبون، لكنه قد نقل منفعتها إلى غيره بعقد لازم كالإجارة اللازمة أو جائز كالإجارة المشروط فيها الخيار لم يجب

أما بعد فرض بنائهم على بقاء الخيار مع تعذر رجوع العين، وصحة الفسخ حينئذ، وثبوت البدل في ذمة المغبون، فلا يتضح منهم البناء على انقلاب الحال، واستحقاق الغابن العين بمجرد رجوعها إلى ملك المغبون.

والحاصل: أنه لا يتضح لنا الوجه فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته هنا بنحو يناسب مبناه من جواز الفسخ مع تعذر رجوع العين، وما ذكره في الفروع الثلاثة السابقة. واللازم التأمل التام عسى 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، كالاستيلاد لو فرض ارتفاعه قبل دفع البدل بموت الولد.

(١) وجه الأولوية ظاهر. إلا أنه حيث لم يتضح وجه وجوب دفع العين في الفرض الأول فلا تنفع الأولوية، بل لابد من النظر في وجه الحكم هنا. وهو ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٢) أو سبب غير العقد، كالميراث. ومثله ارتفاع المانع من رجوعها للمغبون وهي في ملك الغابن، كالاستيلاد لو مات الولد قبل فسخ الغابن.

(٣) لأنه بعد فرض مشروعية الفسخ فحيث كان مقتضاه رجوع العين بنفسها، والانتقال للبدل 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 على 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 غيرها فلا مجال لذلك. قال شيخنا الأعظم رحمته: «لأنه ملك جديد تلقاه من ماله، والفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل».

وكان مراده رحمته أن الفسخ يبتني على 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 على 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 رحمته 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 معنى للانتقال للبدل مع تيسر المبدل. وما ذكره رحمته من توقف ملكيته لها على بطلان سبب تملك الغابن لها. غير ظاهر المأخذ على 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 على ما ذكرنا - من سقوط الخيار بامتناع رجوع العين إلى 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 على رجوعه برجوعها إلى

ملكه، بل مقتضى عمومات اللزوم عدم رجوع الخيار. ويجري ذلك حتى لو كان المانع من رجوعها بالفسخ للمغبون أمراً آخر كالاستيلاد 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 دليhle الإجماع أمكن دعوى 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 إلى ما كانت عليه قبل العقد حتى كأنها لم تبع، لا مجرد حل العقد الواقع عليها، فقد يتجه تعذره في المقام مطلقاً بعد فرض خروج العين عن ملك المشتري، لأنها وإن رجعت إلى ملكه، إلا أن رجوعها إليه فرع خروجها عنه، وخروجها عنه متفرع على البيع الغبني، فكيف يكون الفسخ المتفرع على رجوعها إلى ملك المشتري رافعاً للبيع الغبني حتى كأنه لم يكن؟!.

وربما يفرق حينئذ بين أن يكون رجوعها إلى ملك المشتري بفسخ العقد الثاني وإن يكون بعقد جديد، فإن كان بفسخ العقد الثاني أمكن فسخ البيع الغبني بالتقريب المشار إليه آنفاً، لأن فسخ العقد يرجعها إلى ما كانت عليه قبله، وهو كونها مملوكة بالبيع الغبني، فكأنها لم تخرج عن ملك المشتري، وحينئذ يكون مفاد فسخ البيع الغبني رجوعها إلى ملك البائع كأنها لم تبع. أما إذا كان رجوعها بعقد ثالث جديد فهو يمتني على ثبوت العقد الثاني، لا على بطلانه، ليكون كأنه لم يقع. لكن ذلك كله فرض في فرض فلا ينبغي إطالة الكلام فيه.

عليه الفسخ أو الاستقالة مع إمكانها (١)، بل يدفع العين وأرش النقصان الحاصل بكون العقد مسلوقة المنفعة مدة الإجارة (٢).

(١) لعدم الدليل على ذلك. نظير ما تقدم في فسخ العقد الناقل للعين عن ملك المشتري. كما لا مجال لاحتمال بطلان الإجارة وعدم صحتها رأساً، بدعوى 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، بدعوى: تبعية المنفعة للعين، فإذا رجعت العين بالفسخ للبائع 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 مسلوقة المنفعة، ولا تبطل الإجارة بالبيع لا من أصلها، ولا من حين البيع.

(٢) لما سبق من كون العين مضمونة بنفسها وبنقصها، فيلزم ضمان نقصها المذكور. نعم ذلك يقصر عما لو كان المشتري قد أخذها مسلوقة المنفعة مدة معينة، وبعد انقضاء المدة أجزها، وكانت حين الفسخ مسلوقة المنفعة كما أخذها.

بل لو أخذها مسلوقة المنفعة مدة معينة، وبعد انقضاء المدة حصل الفسخ، فأرجعها غير مسلوقة المنفعة، فمقتضى 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 على ثبوت الأرش بذلك مع عدم حدوث نقص في العين. فتأمل. وعلى ذلك جرى شيخنا الأعظم رحمته.

وهو ظاهر المسالك.

هذا وأما ما عن بعض مشايخنا ^{ثنت} فيما لو كان المؤجر هو المشتري المغبون من أن المشتري حيث لا يتمكن من إرجاع منافع العين للبائع 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 ^{ثنت}، لعدم كون المنافع موضوعاً في البيع، لتكون مضمونة بضمان المعاوضة. وإنما هي تابعة للعين، والمشتري كان مسلطاً عليها تبعاً لسلطنته على العين، فينفذ تصرفه فيها. على أنه لم يتضح وجه الفرق بين التصرف المغبون والغابن. ولعله لذا لم يجر على ذلك في فتواه، بل وافق سيدنا المصنف ^{ثنت} 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 على المشتري أن يرد على البائع العوض الذي استحقه بالإجارة. إما بتمامه، أو خصوص ما يقابل المدة الباقية. ولم يتضح الوجه فيه بعد كون المعيار في استحقاق عوض المنفعة على ملكية العين حين الإجارة، لانتساب المنفعة للملكه حينئذٍ.

كما أنه على جميع الوجوه فاللازم عدم ثبوت الأرش ولا ضمان قيمة المنفعة لو كان الفسخ بعد انقضاء مدة الإجارة مهما طالت، 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 على 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 على المغبون لا يمنعه من إعمال الخير إذا لم يضر بالغابن. فراجع

(مسألة ٣٠): إذا فسخ البائع المغبون وكان المشتري قد تصرف في المبيع تصرفاً مغيراً له، فإما أن يكون بالنقص أو بالزيادة أو بالامتزاج بغيره. فإن كان بالنقص أخذ البائع المبيع مع أرش النقص (١). وإن كان بالزيادة، فإما أن تكون الزيادة صفة محضة، كطحن الحنطة وصياغة الفضة وقصارة الثوب، وإما أن تكون صفة مشوبة بالعين، كصبغ الثوب (٢)، 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 للبائع (٣)،

(١) لعين ما تقدم في المسألة السابقة، بل هو تكرار له.

(٢) 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 والخياط في الخياطة - دخل في هذا القسم.

(٣) كما هو مقتضى الفسخ. وقد تقدم عن بعض مشايخنا في فرض تصرف المغبون أن للغائب الامتناع من تسلم 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 الغائب. نعم تقدم وجه المنع من ذلك هناك بنحو يجري هنا.

ولا شيء للمشتري (١). وكذا إذا كانت لها مالية ولم تكن بفعل المشتري (٢)، كما إذا اشترى منه عصا عوجاء، فاعتدلت، أو خلاً قليل الحموضة فزادت حموضته. وإن كان لها مالية وكانت بفعل المشتري كانت الصفة للمشتري (٣).

(١) بلا إشكال ظاهر. وبه صرح غير واحد. قال في الجواهر: «العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً». وقال شيخنا الأعظم رحمته: «لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون على 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.

(٢) كأنه لتبعية الصفة للعين في الملكية عرفاً وليست شيئاً في مقابلها لتبقى في ملكه بعد الفسخ. خلافاً لما ذكره السيد الطباطبائي رحمته في حاشيته على المكاسب، من أنها تبقى على ملك المشتري كما لو كانت بفعله ولا دليل على خروجها عن ملكه. وعليه جرى بعض مشايخنا رحمته 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.

(٣) كما جرى عليه شيخنا الأعظم رحمته. وعن بعض الأعظم توجيهه بأن الصفة وإن كانت تابعة للعين في الملكية، إلا أن استنادها لعمل الغير يوجب نسبتها عرفاً للعامل وملكيته لها استقلالاً. وبذلك يفرق عما إذا لم تستند الصفة لعمل المشتري، كحموضة الخل، حيث يتعين ملكية البائع لها بعد الفسخ تبعاً للعين. وذهب في الجواهر إلى أن المشتري لا يستحق شيئاً. ووافقه بعض مشايخنا رحمته 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. وإلى 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 الأرض في المبيع المعيب، وفي المغصوب إذا تعيب. كما لا يناسب ما التزمنا قدس سرهما به من ثبوت الأرض على المشتري بنقص الصفة في المقام.

الثاني: أن الصفة وإن كان لها مالية في نفسها، إلا أنها إنما تملك تبعاً للملكية 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 ^{ثُمَّ}. لكن الفرق المذكور ارتكازي جداً.

وإذا كان الأمر ملتبساً في المقام، لما سبق من عدم وضوح بناء العرف على 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 على هدر حرمة عمله، وأن الصفة تكون ملكاً لصاحب العين، كما لو حصلت بنفسها من دون أن تستند إلى فعل فاعل.

كيف ولازمه أنها تكون مضمونة على العامل لو فرط فيها أو أتلفها، 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 للمالك الذهب ودفع أرشها له. ولا يظن بأحد البناء على ذلك.

بل حتى لم يكن العمل محترماً، لكون العامل متعدياً غاصباً للعين عمداً لا مجال

للبناء على 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 شفت الدابة أو سمت بنفسها، حيث تكون الصفة للمالك تبعاً للعين، وتكون مضمونة له على 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 أولى بأن تبقى على ملك المشتري بعد الفسخ، لأنه حينما أحدثها في العين كانت العين ملكاً له، فما الوجه في رجوعها للبائع بعد الفسخ؟! وكيف يمكن البناء على 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 على 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 على النسبة حين البيع، لا على النسبة بينهما

حين الفسخ. وهذا بخلاف ما إذا قلنا بشركته في العين بنسبة قيمة الصفة لقيمة العين حين الفسخ، إذ يتعين بقاء نسبة شركته في العين على النحو الذي ثبتت عليه حين الفسخ.

الثاني: خص بعض الأعظم ^{ثبتت} فيما حكى عنه ملكية المشتري للصفة بها إذا كان عمله علة تامة لها، كقصارة الثوب وصبغه، دون ما إذا كان معداً لها، كعلف الدابة وسقيها الموجبين لسمنها، وكإراحتهما 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 محضة، كالطحن والقصارة فللمشتري أجره عمله. ولو زادت قيمة العين بها شاركة 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 إلى ما تقدم من المسالك، وتقدم الكلام فيه، والثاني إلى ما ذكرناه هنا.

وإن كان مراده الجمع فيما يوجب زيادة القيمة بين أجره العمل والشركة. فهو غريب جداً، لظهور أن استحقاق العامل نتيجة عمله مشروط بأن يكون عمله لنفسه، أما مع أخذ العوض على العمل فتكون نتيجته لباذل 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 (١). وإن كانت الزيادة عيناً، فإن كانت غير قابلة للانفصال كسمن الحيوان ونمو الشجرة فلا شيء للمشتري أيضاً (٢).

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 فعلى المشتري الأرش لا غير. وإن ساوتها فالعين كلها للبائع 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 تبني على نسبة قيمة الصفة لقيمة العين فاللزام ملاحظة قيمة العين حين وجود الصفة، لأنها هي التي يملكها البائع بعد الفسخ. ولا وجه للملاحظة قيمتها قبل حصول الصفة فيها بعد عدم ملكيته لها حينئذ. غاية الأمر أن العين إذا نقصت قيمتها بطروء الصفة كان على المشتري للبائع الأرش بقدر النقص، كما ذكرنا.

(١) يعني: من دون أن يكون شريكاً معه في العين، كما يتضح الوجه فيه مما تقدم.

(٢) كأنه لأن الزيادة المذكورة من شؤون العين المبيعة، وليست أمراً مباحناً لها عرفاً، ليتمكن اختلاف مالكةا عن مالك العين. ومن ذلك يظهر أن المعيار ليس على تعذر فصل الزيادة عن الأصل، بل على 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 على ما سبق من أنه لا يعتبر في ملك العامل لنتيجة العمل كون العمل علة تامة للنتيجة، كما تقدم عن بعض الأعظم ^{تت}، بل يكفي

وإن كانت قابلة للانفصال (١) كالصوف واللبن والشعر والتمر والبناء والزرع كانت الزيادة للمشتري. وحيث إن لم يلزم من فصل الزيادة ضرر على

صحة نسبتها له عرفاً.

ولاسيما أن الزيادة في المقام عينية، وقد تزيد على الأصل كثيراً، فكيف يملكها الفاسخ تبعاً؟! مع ما في ذلك من إجحاف بالمشتري.

وأما ما عن بعض مشايخنا ثنت - 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 تبدله عرفاً، فيتعين رجوعه بنفسه، وإنما الكلام في الزيادة. وبالجمله: لا يتضح وجه الفرق بين تصرف الغابن وتصرف المغبون. ولعله لذا لم يفرق بينهما في مقام الفتوى.

ويهون الأمر بناء على ما سبق منا من قصور دليل الخيار عن ذلك ونحوه من موارد تغير العين وتعذر رجوعها إلى ما كانت عليه حين البيع.

(١) أشرنا آنفاً إلى 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 على النحو المتقدم في الصفة ذات المالية.

ولو أجرت العين المشتمل على الأصل والزيادة بتماهما كان لكل منهما ما يقابل منفعة ملكه من الأجرة. ولو استقل أحدهما بالانتفاع بالعين كان عليه للآخر قيمة

المشتري حال الفسخ كان للبائع إلزام المشتري بفصلها (١) كاللبن والتمر (٢).
وإن لزم الضرر على المشتري من فصلها لم يكن للبائع إلزام المشتري به (٣).

منفعة عينة.

(١) لأن مقتضى سلطنة البائع على 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 بقاءه أنفع لملكه، كما لو لم يتيسر بيع اللبن حين طلب منه حلبه وتيسر بيعه لو تأخر في الضرع، أو لم يسهل عليه التفريغ لحلبه. لكن ذلك ما لم يبلغ مرتبة الضرر لا يصلح لرفع اليد عن قاعدة السلطنة في حق البائع. نظير ما لو لم يتيسر له محل آخر يبيع بضاعته فيه أو دار يضع أثاثه فيها.

(٢) هذا إنما يتم بعد نضح الثمر. ولعله مراده *تنتض*.

(٣) لحكومة قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة في حق البائع وقد استشكل في ذلك بعض مشايخنا *تنتض* - فيما حكى عنه من تقرير درسه - بوجهين:

الأول: أن اللازم في المقام هو قلة النفع دون الضرر، لأن مالك الغرس مثلاً لم يملك نصبه إلى الأبد، بل ملك نصبه إلى 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 إلى الأبد، لعدم محدودية ملكه للمبيع. وبذلك ملك عيناً في المبيع من شأنها البقاء، ولها قيمتها بسبب ذلك. والفسخ لا يوجب تغيرها عن حالها وتبديلها من مثل الشجرة إلى الحطب، وإنما الموجب لذلك هو القلع، وهو المضر بالمالك. ولا منشأ لاستحقاق البائع الفاسخ له إلا قاعدة السلطنة التي سبق أنها محكومة لقاعدة نفي الضرر.

الثاني: أن الضرر وإن كان يترتب على 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 المضرب بالمشتري، إلا أنه ليس متعلقاً بالبائع. وإلا جرى 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 على ماله الذي صار له بالفسخ. ومع حكومة قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة، بحيث تقصر سلطنته على ماله المذكور عما ينافيها، لا يبقى منشأ لإلزامه للمشتري بذلك.

وأما التصرف في ملك الغير خطأ بمثل الزيادة المذكورة فظاهاه في غير موضع من كلامه هنا المفروغة عن عدم جريان قاعدة نفي الضرر فيه وأن للمالك إلزامه بتفريغ ماله مما أحدثه فيه وإن كان مضراً به. ومن ثم اتجه منه ^١نقض النقض به.

لكنه غير ظاهر، بل المرتكزات العرفية تأبى هدر حرمة المال والعمل في مثل ذلك. وهو المناسب لما ورد عنهم صلوات الله عليهم من أنه ليس لعرق ظالم حق ^(١) لظهوره أو إشعاره بخصوصية الظلم والعدوان في سقوط الحرمة، بحيث لولاها 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 ^٢نقض ولا بغيره الالتزام بأن من اعتقد خطأ ملكية حديدة فوضعها

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغصب حديث: ١. تحف العقول. عوالي اللآلي ج: ٢
ص ٢٥٧، النهاية في غريب الحديث وجمع البحرين في مادة (عرف).

في أساس بنائه، ثم انكشف ملكيتها لغيره فلصاحبها بعد انكشاف الحال إلزامه بتسليم حديدته حتى لو استلزم ذلك نقض بنائه بتمامه مهما كان حجمه وثمرته وكيف كان فلا مخرج عن قاعدة نفي الضرر في حق المشتري الموجبة لقصور سلطنة البايع على ماله، فيلزمه الرضا بالرضا بالإبقاء.

نعم لا يلزم على البايع الرضا بالإبقاء مجاناً، بل له قيمة منفعة ملكه التي يستوفيها المشتري بإشغاله بالزيادة التي أحدثها فعلى المشتري دفع ذلك له. كما عليه دفع الأجرة أيضاً لو لم يبادر بالتفريغ عصياناً 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 ابتنى القلع على عدم تعويض المشتري أما إذا ابتنى على تعويضه وتحمل ضرره المذكور من قبل البايع أو من قبل غيره، حلاً للمشكلة، فلا مجال لجريانها ومنعها من جريان قاعدة السلطنة في حق البايع إذا طلب تفريغ المبيع من الزيادة، لقصور القاعدة عن الضرر المتدارك، ولو بقرينة ورودها مورد الامتنان، لعدم كونه ضرراً حقيقة.

غاية الأمر أن الإبقاء قد يكون أحب للمشتري، أو أنفع له إلا أن ذلك لا يكفي في المنع من جريان قاعدة السلطنة في حق البايع بعد أن لم يصدق به الضرر. ومثل ذلك ما إذا حضر البايع أو من يرزاه البايع 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 بالبايع، 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 وفيراً. 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 بقريته ورودها مورد الامتنان على الأمة المنع من إجحاف كل من الطرفين بصاحبه، وأنه لا بد من حل مشكلتهما بالنحو الأقرب لصالحهما معاً.

ولا أقل من كون ذلك مقتضى العدل عرفاً اللازم بمقتضى الإطلاقات المقامية لأدلة وجوبه بعد عدم ثبوت ردع شرعي عن مقتضى 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 البائع الغابن بالإضافة إلى الإلزام بالتخلية، يجري في حق المشتري المغبون بالإضافة إلى التعجيل بالتخلية، فكما لا يكون للبائع بعد الفسخ إلزام المشتري بالتخلية إذا أضرت به، لا يكون للمشتري بعد الفسخ التعجيل بالتخلية إذا أضرت بالبائع، 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 على غرار ما سبق وتفصيله.

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 عينة، والتخلية مع تحمل ضرر الآخر بدفع أرش النقص الحاصل عليه بالتخلية منه أو من غيره وشرائه هو أو من يرضاه للزيادة المذكورة

وكأنه إلى ذلك ينظر ما في الروضة والجواهر من تخيير البائع المغبون بعد الفسخ بين إبقاء الغرس بالأجرة والقلع مع دفع الأرش. وإلا فلا وجه للاقتصار على الإبقاء بالأجرة والتخلية مع دفع الأرش، بل يتعين الاكتفاء بشراء الزيادة. كما لا

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 سلطته على ملكه، ويجب على الآخر الاستجابة له.

وبذلك يظهر حال ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته قال: «فالتحقيق أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر، ولا عليه له. فلكل منهما تخلص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرض طم الحفر. وإن أراد مالك الأرض تخليها فعليه أرض الغرس...».

وظاهره أن مقتضى القاعدة بدو بقاء كل منهما على حاله شاغلاً للآخر ومنشغلاً به، فلو أمكن القلع من دون أن يضر بمالك الغرس أو كان مضرأ به إلا أن الإبقاء مضر بمالك الأرض أيضاً لم يكن لمالك الأرض المطالبة بقلعه، كما لا يجب على مالكة ذلك. ويظهر ضعفه مما سبق.

ومثله ما في الجواهر - وذكره في المسالك في باب التفليس - من الفرق بين الغرس والزرع، ففي الأول يتخير البائع بين الإبقاء بالأجرة والقلع مع دفع الأرض، كما سبق، وفي الثاني يتعين الانتظار بالأجرة، لأن له أمداً ينتظر.

إذ فيه: أنه بعد كون القلع مع الأرض 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 البائع 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 للزراع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له، ورد عليك القيمة، وكان الزرع له. قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها

وإذا أراد المشتري فصله فليس للبائع منعه عنه (١). وإذا أراد المشتري فصل الزيادة بقلع الشجرة أو الزرع أو هدم البناء، فحدث من ذلك نقص على الأرض تداركه، فعليه طم الحفر وتسوية الأرض ونحو ذلك (٢).

بناء وغرس. قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه... فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها، ورد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان، أو رد القيمة كذلك، يجب على 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^(١)

وهو كما ترى 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.

(١) لسلطنته على ماله. لكنه إنما يتم إذا لم يلزم التصرف في ملك البائع. أما إذا لزم التصرف فيه فهو ينافي قاعدة السلطنة في حق البائع. وحينئذ إن لزم الضرر على 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.

(٢) لأن النقص مسبب عنه، فيكون مضموناً عليه. لكن ذلك إنما يقتضي

وإن كان بالامتزاج، فإما أن يكون امتزاجه بغير جنسه، وإما أن يكون بجنسه، فإن كان بغير جنسه، فإما أن يعد المبيع مستهلكاً عرفاً - كامتزاج ماء الورد المبيع بالماء (١) - فحكمه حكم التالف (٢) يضمه المشتري ببذله من المثل أو القيمة. وإما أن لا يعد مستهلكاً، بل يعد موجوداً على نحو المزج - مثل خلط الخل بالعسل أو السكر - فالظاهر الشركة في العين (٣)

ضمان أرش النقص، وهو فرق ما بين الصحيح والمعيّب، لا تدارك النقص بالتصليح، نظير ما إذا أمرض الدابة أو فتق الخياطة، حيث لا يجب عليه مداواة الدابة، ولا إعادة مجدداً، بل أرش نقص المرض والفتق.

ويترتب على ذلك أن لمالك الأرض المنع من طمّ الحفر ونحوه وطلب الأرض المذكور. أما لو كان الواجب على صاحب الغرس نفس الطمّ ونحوه فمنع المالك منه مسقط لحقه. بل قد يدعى أن انشغال العين بما يوجب تفرغها منه نقصاً فيها موجب لنقصها عرفاً بنحو يستحق به الأرض حين الفسخ قبل تفرغها منه حتى لو لم تفرغ منه أخيراً، لاتفاقهما بنحو آخر. ولا بد من مزيد من التأمل.

(١) الظاهر أن مراده ~~ثمة~~ 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 الأرض كما تقدم. ومثله في ذلك كل ما يعد مستهلكاً وتالفاً عرفاً، كالملح والمقבלات في الطعام.

(٢) بل تالف عرفاً.

(٣) لا ينبغي التأمل في ذلك بناء على ما هو الظاهر من أن الشركة بالمزج حكمية 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 المالين يتعين جريان

حكم الشركة في مجموع المالين.

إذ على ذلك يكون المبيع بحدوده باقياً على ملك المشتري إلى حين الفسخ، فيتعين رجوعه للبائع بالفسخ، لما سبق غير مرة من أن مقتضى الفسخ ذلك. فيكون البائع شريكاً للمشتري في المجموع شركة حكمية.

وبذلك يتعين حصول الشركة المذكورة حتى مع المزج بهال شخص ثالث غير المشتري. غاية الأمر أن البائع حينئذ يكون شريكاً مع ذلك الشخص، لا مع المشتري.

نعم ذكر السيد الطباطبائي رحمته في حاشيته على 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، وإنها وردت في لسان بعض الفقهاء للإشارة إلى 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 على حصول الشركة الحقيقية بالامتزاج، وأن كلاً من المالكين ينقلب ملكه مما كان يملكه أولاً بتماهيه إلى شقص في المجموع كما قد ينسب للمشهور فقد يدعى وجوب رد البدل بالفسخ. وبه جزم بعض مشايخنا رحمته في مطلق المزج.

وقد استدل عليه - كما تقرير درسه - بأنه يتعذر رجوع العين للبائع، لأن نصفها قد انتقل إلى 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 رحمته وغيره - فلا شركة قبل الفسخ، بل المالك للكل هو المشتري وحده، ولا موضوع

للشركة حينئذ، فإذا فسخ انتقل المبيع بتمامه للبائع. وحيث كان المالكان بعد الفسخ واختلاف المالكين متميزين تعين حصول الشركة بين المتبايعين حينئذ.

نظير ما إذا وصى زيد لغير وارثه بعسل له وصية تمليكية، ثم مُزج العسل في حياته بدبس تمر له من دون أن يعلم. فإنه لو مات زيد بعد ذلك انتقل الدبس للوارث والعسل للموصى له، وتعين البناء على 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 البائع بالفسخ، لا من رجوع تمام المبيع له حتى النصف الباقي منه على 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 ^{ثمة} أن الملكية الإشاعية سنخ خاص من الملكية مبين للملكية الاستقلالية. وحينئذ فالمبيع قبل البيع حيث كان مملوكاً للبائع 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 بباقيتها، فيلزم دفع البدل.

لكنه يشكل بعدم وضوح الفرق بين المالكيتين، بل الظاهر كون الملكية حقيقة واحدة. غاية الأمر أن المملوك كما يختلف في كونه خارجياً تارة وκληياً أخرى، كذلك المملوك الخارجي يختلف، فيكون معنياً تارة وشخصاً أخرى. ولذا لو بيعت العين، فانكشف امتناع بيع نصفها المشاع لغصب أو وقف أو غيرهما، صح البيع في النصف الثاني، لكونه جزء المبيع، ولم يبطل لدعوى: أن المقصود بالبيع هو الملكية الاستقلالية

المفروض امتناعها، ولا مجال لحصول الملكية الإشاعية، لعدم القصد إليها.

ثم أن بعض مشايخنا ^{ثنت} قد أشار في منهاجه إلى وجه يختص بالمزج بغير الجنس قال: «وإن كان الامتزاج بغير الجنس فحكمه حكم التالف يضمّنه المشتري ببذله من المثل أو القيمة. سواء عد المبيع مستهلكاً عرفاً - كامتزاج ماء الورد المبيع بالماء - أم لم يعد مستهلكاً، بل عد موجوداً على 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 ^{ثنت} في حاشيته على 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 الخنطة والشعير والصوف واللبن أم منتزعاً من خصوصية زائدة عليها، كعنوان الخبز والقميص والجبن والخل.

وقد يبتني ما سبق منهم على ذلك. بلحاظ أن مثل عنوان الخل مقوم للمبيع عرفاً، وهو لا يصدق على الممزوج بالعسل أو السكر، فكما يكون تخلفه مبطلاً للبيع يكون تخلفه مانعاً من رجوع العين بالفسخ، إذ الفسخ إنما يقتضي رجوع المبيع إلى ملك البائع لا رجوع أمر آخر. وهو لو تم يقتضي الانتقال للبذل حتى بناءً على 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 فقدّه 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 إلى حاله السابق على العقد حتى

بنسبة المالية (١). وإن كان خلطه بجنسه، فإن كان بمثله في الرداءة والجودة

كانه لم يبيع، ومن الظاهر أن المبيع لو لم يبيع لكان للبائع حتى 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 على تعذر إرجاع العنوان، بل على تعذر إرجاع الذات. غاية الأمر أن فقد العنوان إذا كان موجباً لنقص قيمة العين كان مضموناً بالأرض.

على أنه لو بني على ذلك لزم البناء على 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 قمحاً فخيض، أو كان سكرراً فأذيب وصار شيرة، ولا يظن منهم البناء على ذلك. ولذا تقدم منهم إطلاق رجوع العين مع تصرف المشتري فيها بزيادة أو نقصاً أو وصف، من دون أن يشيروا للتفصيل بين بقاء عنوان المبيع وعدمه.

(١) يعني: لا بنسبة كمية المالكين. والوجه فيه ظاهر بناء على ما سبق من أن الشركة في المقام حكمية. 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 على المشتري بضمن المعاوضة، كسائر النواقص الطارئة عليه قبل إرجاعه للبائع.

وثانياً: أن المزج إذا كان سبباً في حدوث صفة فيهما ذات مالية جرى على تلك الصفة ما سبق في حكم زيادة الصفة من كونها ملكاً للمشتري إذا كانت بفعله. وعلى ذلك يكون البائع شريكاً في مالية المجموع بنسبة قيمة المبيع بعد المزج إلى قيمتي الصفة والممتزج الآخر، لا بنسبة قيمة المبيع إلى قيمة الممتزج الآخر فقط. غاية الأمر أنه إذا لم يتيسر تحديد القيم المذكورة يتعين التصالح.

وأما بناء على أن الشركة في المقام حقيقية، فهو مبني على منشأ الشركة ودليلها،

كان شريكاً معه في العين (١)

ولا يتضح لنا، كي يتضح لنا كيفية الشركة. نعم قد استدل عليها بالإجماع المعتضد ببناء العقلاء على ذلك. فإن تم فحيث كان مقتضى الإنصاف هو الشركة في المالية فمن البعيد جداً ابتناؤهما على خلافه. ولا سيما مع دعوى اتفاقهم على ذلك في القسمة المتبتنية على تمييز الحقوق، لو ضوح أن تمييز الحقوق بنسبة المالية فرع ثبوت الحقوق بالنسبة المذكورة.

هذا و يظهر من بعض مشايخنا ^{رحمهم} كما في تقرير درسه لكتاب الشركة أن منشأ الشركة كون الموجود بعد الامتزاج أمراً مباحيناً للبالين 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.

(١) كما صرح به غير واحد. وهو يبتني على أن المزج موجب للشركة، حيث هو هنا أظهر منه في المزج بمختلف الجنس. وقد أشرنا آنفاً إلى أنه يوجب الشركة الحكمية. وعليه لا يفرق بين كون المزج بملك المشتري وكونه بملك غيره، كما أشرنا إليه آنفاً.

أما بناء على 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 (١). وإن خلطه بالأجود أو الأردأ فالظاهر الشركة بينهما في العين أيضاً، لكن بنسبة المالية (٢)، فتكون حصة المشتري أكثر في الأول، وأقل في الثاني. وإن كان الأحوط التصالح (٣).

لكن ذكر بعض مشايخنا أنه يتعين الانتقال للبذل، ولم يتضح وجهه. كما يظهر مما سبق في المزج بغير الجنس. بل هو هنا أظهر، حيث لا مجال لاحتمال تبدل عنوان المبيع. فلاحظ.

(١) 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.

(٢) يظهر الكلام فيه مما تقدم في المزج بغير الجنس.

(٣) 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 يخفى أن ذلك - مع ابتناؤه على الشركة الحقيقية، كما هو ظاهر غير واحد في المقام - يختص بالمكيل والموزون، لاختصاص الربا بهما.

مع أن سيدنا المصنف رحمه الله 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، لا ابتنائها على تبدل المملوك من كونه معيناً إلى كونه مشاعاً، أشكل بأن التبدل المذكور يبتني على وجود المقابل لأن تبدل المملوك من أحد المالكين المعين إنها 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 ٣١): إذا فسخ المشتري المغبون وقد تصرف في المبيع تصرفاً غير مسقط لخياره، لجهله بالغبن، فتصرفه أيضاً (تارة): لا يكون مغيراً للعين (وأخرى): يكون مغيراً لها بالنقيصة أو الزيادة أو بالمزج. وتأتي فيه الصور المتقدمة. وتجري عليها أحكامها (١). 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 على الطرفين، فهو متين جداً، لظهور أن المعاوضة من العقود المبنية على قصد التعاوض، فلا تحصل بمجرد المزج وإن أوجب الشركة. هذا وفي الجواهر - واحتمله شيخنا الأعظم رحمته 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 الحكيمة. وفيه: أن دليل حصول الشركة بالمزج بالمساوي هو دليل حصولها بالمزج بالأجود والأردأ، فإن كان مفاده الشركة الحكيمة - 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 على 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 إلى الصلح، أوجه». وقريب منه في المسالك، لكن زاد: «والثالث لا يخلو عن قوة، لبقاء ماله. وأصالة بقاء خياره». ولا يتضح الوجه في التفصيل المذكور فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كما يظهر مما سبق. وقد أشرنا في بعض الموارد إلى خلاف بعضهم وتفصيلهم بين تصرف المشتري المغبون والبائع المغبون، وذكرنا ما يناسب المقام. فراجع.

العين (١) ونقل المنفعة ونقص العين وزيادتها ومزجها بغيرها وحكم سائر الصور التي ذكرناها هناك جار هنا على نهج واحد (٢).
(مسألة ٣٢): الخيار في الغبن على الفور (٣).

(١) يعني: عين الثمن. ويجري حكم تلف العين على نقلها أو التصرف فيها تصرفاً يمنع من الرد، كالاستيلاء على النهج المتقدم في التصرف في المبيع.
(٢) لكن سبق منا في أواخر المسألة الثامنة والعشرين أنه لا مجال للبناء على 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 مئثماً. وهذا بخلافها إذا لم يكن من سنخ الإيذان، بل كان من سنخ العروض حيث سبق تقريب سقوط الخيار بتلفه وما بحكمه وبالتصرف المغير لصورته بحيث يكون منشأ لاختلاف الرغبة فيه. فراجع.

(٣) كما صرح به في الجملة - هنا أو في مسألة تلقي الركبان - في المبسوط والوسيلة والسرائر والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وعن المذهب البارع وغاية المرام وغيرها. واستظهر شيخنا الأعظم رحمته أنه المشهور. وفي الشرايع عند الكلام في تلقي الركبان: «والخيار فيه على الفور مع القدرة. وقيل لا يسقط إلا بالإسقاط. وهو الأشبه». وقواه في الإيضاح والتنقيح وعليه جرى في محكي التحرير.

وقال في المسالك في المسألة المذكورة: «والأقوى أنه على الفور. اقتصاراً في مخالفة عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد على موضع اليقين. ووجه التراخي أن ثبوت أصل الخيار إجماعي، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. واختاره المصنف. وهو وجه». لكنه اقتصر على 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 رحمته 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 مقتضى العموم - بلحاظ إطلاقه الأحوالي - ثبوت حكم العام له في بقية الأحوال والأزمنة، اقتصاراً في الخروج عن العموم على 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، لتامة أركانه من اليقين والشك.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من عدم إحراز الموضوع فيه، لأنه كان قادراً على 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 على تدارك ضرره إلا من حالاته الطارئة غير المقيمة له، ولا المقسمة، بحيث يتعدد بلحاظها.

وكان الأنسب بمبانيه رحمته في الاستصحاب توجيه المنع من جريانه في المقام

نعم لو أخره (١) جاهلاً بالغبن (٢)

بعدم ثبوت كون الشك في بقاء الخيار لاحتمال الراجع له، بل لعله لقصور مقتضى 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: «حلاً على 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 على الحيوان قياس. وكذا الحمل على التدليس. على أنه لم يثبت في التدليس ذلك. بل هو راجع إلى خيار تخلف الوصف - الذي لا تحديده له بذلك - على ما تقدم تعرض له في المسألة السابعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

(١) قد أطلق غير واحد ممن تقدم أن الخيار على الفور. وقيده المبسوط والوسيلة والسرائر بالإمكان. وظاهره الإمكان العرفي، لأن الإمكان العقلي لا يحتاج للتنبيه. 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.

(٢) كما هو ظاهر إطلاق الأصحاب أن الخيار يثبت بظهور الغبن. لكن في المبسوط: «وإذا قدم السوق ولم يشغل [يشتغل] بتعرف السعر وتبين الغبن بطل خياره». ومقتضاه لزوم المبادرة بالفحص. بل مقتضى إطلاقه سقوط الخيار لو لم يبادر حتى مع الغفلة عن حصول الغبن وعدم احتماله. وإن كان من البعيد إرادته ذلك، لإباء المرتكزات العرفية له جداً، حيث لا يكون حق الخيار في الغبن عملياً غالباً،

أو بثبوت الخيار للمغبون (١) 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 (٢). وإن كان ملتفتاً إلى ذلك ففي سقوط خياره إن لم يفسخ إشكال (٣). 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 عرفاً، أو لصعوبة الفحص، فأخذه بانتظار تيسره. بل حتى مع تيسر الفحص إذا لم يرجع ترك الفحص إلى الرضا بالعقد على كل حال. فتأمل.

(١) لعين ما سبق في الجهل بحصول الغبن. ويجري فيه ما يجري فيه من التفصيل المتقدم.

(٢) لعين ما سبق.

(٣) لا مجال للبناء على 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 حتى لو لم يلزم المحذور المذكور، لكونه عذراً عرفاً، خصوصاً إذا كان الداعي للتأخير هو التعرف على مرتبة الغبن على تقدير وجوده من أجل التعرف على أهميته بنحو يستدعي الإصرار على إعمال حق الخيار. وقد سبق الاكتفاء بالعذر العرفي في ترك المبادرة.

لانتظار حضور الغائب (١) أو حضور من يستشير في الفسخ وعدمه (٢)

(١) عدم الفسخ لانتظار حضور الغائب (ثارة): يكون لتخيل توقف الفسخ ونفوذه على حضوره. (وأخرى): لاحتمال عدم العثور عليه، فيلزم من الفسخ عدم تيسر إرجاع كل من العوضين للمالكه الأول قبل البيع. (وثالثة): لاحتمال عدم رضا 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 على ملك الغائب، واستيلاء الغائب على ملك المغبون. (ورابعة): لأن الفسخ يوجب ملك الغائب لما عند المغبون من العوضين، ولا بد من تصرف المغبون فيه ولو بمثل إطعام الحيوان وسقيه إلى حين إيصاله له، ولا يحرز رضا فيما يختاره هو أو يتيسر له من وجوه التصرف. (وخامسة): لمحض التواني في الفسخ من دون غرض عرفي يصلح أن يكون عذراً.

والظاهر عدم سقوط الخيار في الصورة الأولى لأنها نظير الجهل بثبوت الخيار والغفلة عن الفسخ برجاء ثبوته للذين 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 حتى في الصورة الخامسة، لبناء عامة الناس على عدم إعمال حق الخيار قبل الوصول للغائب والحضور عنده. ولذا لو ذهب المغبون له بتخيل لقائه فلم يجده يبني على بقاء البيع نافذاً، حتى قد يعدل عن إعمال حق الخيار. فإن ذلك يكشف عن أن ذهابه بقصد المقدمة للفسخ، لا من أجل مجرد تراد العوضين مع تحقق الفسخ قبل ذلك. ولا يلتفت للفسخ بمجرد ظهور الغبن - بحيث يكون الذهاب للغائب لمجرد تراد العوضين - إلا الخاصة، ولا أهمية لهم في تشخيص مقتضى السيرة العرفية الارتكازية.

(٢) الظاهر كفاية ذلك عرفاً في العذر عن المبادرة للفسخ إذا لم تكن المدة طويلة بنحو يخرج عن المعارف. وإلا ففيه إشكال. بل مقتضى عموم نفوذ العقود سقوط

ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة (١) جهلاً بالفورية (٢). نعم لو أخره
توانياً منه، لاعتقاد جواز التراخي سقط خياره (٣).

(مسألة ٣٣): الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاملة مبنية على
المحاكاة (٤)، 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.

(١) كإقناع الغابن بتقبل الفسخ فراراً من محذور تعذر تراد العوضين لو حصل
الفسخ ولم يرتب الأثر عليه.

(٢) بناء على ما سبق فالفورية ليست بنحو تقتضي المبادرة في هذه الموارد.

(٣) لا يخلو عن إشكال، بل منع بالنظر لما سبق من عدم سقوط الخيار إذا كان
ترك المبادرة للعذر العرفي. بل عن ظاهر بعضهم الوفاق على عدم سقوط الخيار. وإن
لم يتضح مأخذه بعد عدم شيوع تحرير المسألة في كلامهم.

(٤) صرح بثبوته في كل معاوضة مالية في التنقيح ومحكي شرح الإرشاد
للفخر وإيضاح النافع. وهو مقتضى ما في إجارة جامع المقاصد من أن الخيار من
توابع المعاوضات.

وعن المذهب البارع والمقتصر عدم جريانه في الصلح. وكأنه لا ابتناء الصلح
على حل 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 بهال.

هذا ومما سبق منا في وجه ثبوت خيار الغبن في البيع يظهر أن المعيار في ثبوته
في غير البيع هو ابتناء المعاملة نوعاً على ملاحظة القيمة السوقية كالبيع والإجارة
فإنه يثبت حينئذ ما لم يخرج الطرفان معاً في المعاملة المذكورة عن ذلك كما تقدم ذكر

(مسألة ٣٤): إذا اشترى شيئين صفقة بثمنين، كعبد بعشرة وفرس بعشرة، وكان مغبوناً في شراء الفرس، جاز له الفسخ في الفرس، ويكون للبائع الخيار في بيع العبد (١).

بعض صغرياته في البيع ويجري مثلها في غيره. أما ما لا يبتني من المعاملات على 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 على الماكسة كما في المتن فلا يتضح الوجه في كونه معياراً في ثبوت الخيار.

نعم لو كان الدليل على الخيار المذكور هو الإجماع أشكل ثبوته في غير البيع، لعدم وضوح عموم الإجماع له. كما أنه لو كان الدليل عليه قاعدة نفى الضرر تعين البناء على ثبوته في كل معاوضة ما لم تبتن على الإقدام على الغبن ولو احتمالاً. وكذا لو كان الدليل عليه النصوص الواردة في الغبن، لعموم أكثرها لغير البيع.

(١) أما فسخ المشتري في شراء الفرس فلفرض الغبن فيه. وأما فسخ البائع في بيع العبد بعد فسخ المشتري بيع الفرس فلتبعض الصفقة. لكن ذلك يتوقف على أمرين:

الأول: عدم ابتناء بيع الفرس على عدم ملاحظة القيمة السوقية.

الثاني: ابتناء البيعين على 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 إلى خيار تخلف الوصف الشرط بعد فرض ابتناء البيع على الارتباطية بين أجزاء المبيع الواحد، أو بين المبيعين في مثل المقام.

والظاهر أن الجمع بين الأمرين في المقام يحتاج إلى عناية، إذ كثيراً ما يكون الجمع بين البيعين بنحو الارتباطية راجعاً إلى رفع اليد عن القيمة السوقية لكل من المبيعين من أجل جمعه مع المبيع الآخر.

(مسألة ٣٥): إذا تلف ما في يد الغائب بفعله أو بأمر سهاوي وكان قيمياً، ففسخ المغبون (١) رجع عليه بقيمة التالف (٢). وفي كونها قيمة زمان التالف أو زمان الفسخ أو زمان الأداء وجوه، أقواها الأول (٣). ولو كان التالف

وحينئذ قد يكون المعيار في الغبن على ملاحظة مجموع الثمنين بالإضافة إلى كلا المبيعين، فيثبت خيار الغبن في البيعين معاً بنحو الارتباطية.

على أنه قد لا يثبت حتى ذلك، لابتناء الارتباطية بين البيعين على 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 لتبعض الصفقة، كما يثبت للبائع. لأن إرجاع المشتري للفرس بخيار الغبن لا يقتضي إعراضه عن شرط الصفقة وإسقاطه له. (١) بناء على ما سبق منه *ثنت* ومن جماعة من عدم سقوط الخيار بتعذر إرجاع كلا العوضين إلى من كان له قبل البيع. أما بناء على سقوطه بذلك كما هو المشهور في الجملة، وسبق منا في المسألة الثامنة والعشرين فلا موضوع لهذا المسألة، كما هو ظاهر.

(٢) كما سبق في المسألة التاسعة والعشرين. وتقدم في أوائل المسألة التاسعة والعشرين أن منشأه ضمان المعاوضة.

(٣) وهو قيمة يوم التالف، كما هو ظاهر الأكثر. وكأنه يمتني على ما جرى عليه *ثنت* في المقبوض بالعقد الفاسد وفي المغصوب من ضمانها بقيمة يوم التالف، حملاً لضمأن المعاوضة على ضمان اليد، لدعوى رجوعهما ارتكازاً إلى أمر واحد وإن اختلف سبب الضمان.

لكن تقدم في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط المتعاقدين أن منشأ البناء على 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 للبذل، 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 معنى لضمائه للملكه، بل لابد من أن يكون ضمائه لها بعد الفسخ، لأنه زمان رجوع العين إلى ملك من كانت له قبل العقد، فمع تلفها لابد من رجوع بدلها له حينئذ. وذلك يقتضي ملاحظة البدلية حينئذ، وما هو البذل لها حينئذ هو قيمتها حين الفسخ، لا حين التلف.

وكون منشأ الضمان هو المعاوضة لا يرجع إلى انشغال الذمة بالعين حين المعاوضة، إذ لا معنى لانشغال ذمته بها بعد فرض ملكيته لها، بل يرجع إلى أن أخذ العين إذا لم يكن مجانياً، بل مبنياً على ضمانها بالعوض لم تخرج عن الضمان برجوع العوض لدافعه بسبب الفسخ بل تبقى مضمونة عليه، ويكون مسؤولاً بإرجاعها بنفسها مع وجودها وببذلها مع تلفها.

نعم يتجه قياس المقام بضمن اليد في استحقاق البذل الثابت حين التلف لو تم فيما إذا كان تلف العين بعد الفسخ من دون تفريط من الفاسخ بحبس العين عن صاحبها الأول، حيث ينحصر ضمائه لها حين التلف بضمن 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 البذل ليس لانشغال الذمة به ابتداءً، بل للخروج عن ضمان العين، فلا بد من ملاحظة البدلية وتحديد القيمة تبعاً لذلك حين دفع البذل الذي يكون به الخروج عن الضمان.

غاية الأمر أنه لابد من الخروج عن ذلك بما تضمن وجوب دفع قيمة يوم الغصب، وهو لا يشمل المقام، لعدم كون الضامن في المقام غاصباً، بل كان استيلاؤه على العين بحق. ومن هنا قد يتجه لزوم دفع قيمة وقت الأداء.

نعم قد يستشكل في ذلك بوجهين:

الأول: ما عن بعض مشايخنا ثنت 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 على 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 فيها إذا كانت أكثر من قيمة يوم الفسخ، مع الاكتفاء بها لو لم تكن كذلك. فهو مع عدم مناسبته 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 إلى 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 بأولى من ملاحظة الحالة الخفيفة. ومن ثم لا يرجع ما ذكره ثنت إلى 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 على كون الفسخ سبباً لانشغال ذمة الغابن بالعين للمغبون، لأنه مع وجود العين وملكيته فعلاً للشخص الثالث، يمتنع ارتكازاً أن تكون مملوكة ملكية أخرى للمغبون في ذمة الغابن، بل لابد من البناء على ملكية المغبون بسبب الفسخ للبدل في ذمة الغابن وانقطاع علاقته بالعين. وحينئذ لابد 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 (١) لم يرجع عليه بشيء (٢). ولو كان بإتلاف أجنبي، ففي

صارت له بالفسخ تعين وجوب دفع قيمة يوم الفسخ حتى مع تلف العين.

اللهم إلا أن يقال: الانتقال للبدل لا يقتضي تحديده حين الانتقال له، بل ربما يمتني على مجرد لزوم دفع البدل بعنوان كونه بدلاً، مع كون تحديده منوطاً بدفعه. وهو لو تم لا يقتضي تعين قيمة يوم التلف في المغصوب حتى لو قلنا بكون التلف سبباً لانشغال الذمة بالبدل، لا بالعين، على خلاف ما سبق منا في المسألة المشار إليها آنفاً. لكنه لا يخلو عن إشكال، ولا بد من مزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العاصم.

(١) يعني: ولم يدفع البدل حتى حصل الفسخ.

(٢) أما بناء على وجوب دفع قيمة يوم التلف في المقام وفي ضمان الإتلاف كما هو مختاره ^{ننتز} فظاهر، لسقوط الضمانين بالتهاثر. وكذا بناءً على ضمانها معاً بقيمة يوم الأداء، للبناء على انشغال ذمة الضامن بالعين حتى يخرج عنها بدفع البدل، حيث تنشغل في المقام ذمة المتلف بالعين، فإذا لم يخرج عنها حتى ضمنها الآخر له بالفسخ، كان المضمون لكل منهما شيئاً واحداً، وهو العين، فيسقط بالتهاثر.

وأما بناء على أن المدار في الضمان هو قيمة يوم الضمان، وهي في حق المتلف قيمة يوم التلف، وفي حق الآخر قيمة يوم الفسخ - كما جرى عليه بعض مشايخنا ^{ننتز} - فقد تختلف القيمتان، ومقتضى ذلك لزوم دفع الزائد للآخر. لكن ذكر بعض مشايخنا ^{ننتز} كما في تقرير درسه في المكاسب - أن مقتضى السيرة العقلانية عدم الرد في المقام. والمتعين البناء على 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 بالتهاثر.

وإن شئت قلت: إن وجوب دفع القيمة إنما هو فيها إذا لم تصل العين للآخر ولو حكماً، وقد وصلت العين للآخر في المقام حكماً، وذلك بإتلافه لها.

وما ذكره ~~تنظر~~ من أن مقتضى السيرة العقلانية عدم الترادف في المقام وإن كان قريباً ولو بلحاظ المرتكزات التي تبني عليها السيرة، إلا أنه لا مجال للبناء على 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.

ودعوى: أن إتلاف الطرف الآخر للعين بحكم وصولها له لا ترجع إلى محصل ظاهر بعد كون الإتلاف سبباً للضمان. غاية الأمر أن الضمان يستلزم التهاتر 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 التهاتر حين الفسخ.

لكن لازم ذلك الفرق بين ما إذا كان الإتلاف مسبوقاً باليد من المتلف - بأن يكون قد استولى على العين ثم أتلفها - وما إذا لم يكن مسبوقاً به. وهو بعيد جداً، مغفول عنه عرفاً.

وأما السيرة فلعلها مبينة على أن ضمان العين عند العرف لا يقتضي دفع قيمة يوم التلف، بل قيمة يوم الأداء، وقد سبق أنه يترتب على ذلك التهاتر. فإذا فرض أن مقتضى الصحيح دفع قيمة يوم التلف كان رادعاً عن السيرة بالردع عن منشئها. فلا حظ.

رجوع المغبون بعد الفسخ على الغابن، أو على الأجنبي، أو يتخير في الرجوع على أحدهما وجوه. أقواها الأول (١). ويرجع الغابن على الأجنبي (٢).

(١) لا ينبغي الإشكال في جواز رجوع المغبون على الغابن في المقام، لضمانه للعين بضمان المعاوضة. وضمان المتلف لها لا يمنع من ذلك، إذ غاية الأمر أن يكون نظير تعاقب الأيدي.

وأما رجوعه على المتلف فهو يبتني على أن ذمة المتلف هل تشغل بالعين، ودفعه للبدل لتفريغ ذمته منها، أو تشغل بالبدل رأساً، كما تشغل بثمنها لو اشتراها. فإن قلنا بالثاني تعين عدم رجوعه عليه، لعدم الموجب للملك للبدل المذكور في ذمته، بل لا يملكه إلا الغابن الذي أتلف ماله عليه. وإن قلنا بالأول تعين 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 بمعنى كونها باقية في ملكه، كما تبقى لو سرقها ولم تتلف، بل بمعنى وجوب الخروج عن عينتها 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 لا بد 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 ضمان المعاوضة في حق الغابن. فلاحظ.

(٢) أما مع رجوع المغبون على الغابن فظاهر، إما لكونه متلفاً ماله، أو بملاك رجوع صاحب اليد السابقة إذا غرم على صاحب اليد اللاحقة في تعاقب الأيدي. وأما مع عدم رجوع الغابن عليه فرجوعه على المتلف يبتني على بقاء ما في ذمة المتلف

وكذا الحكم لو تلف ما في يد المغبون، ففسخ بعد التلف (١). فإنه إن كان التلف بفعل الغابن لم يرجع على المغبون بشيء، وإن كان بأفة سماوية أو بفعل المغبون أو بفعل أجنبي رجع على المغبون بقيمة يوم التلف، ورجع على الأجنبي إن كان هو المتلف. وحكم تلف الوصف بالموجب للأرث حكم تلف العين (٢).

(الخامس): خيار التأخير (٣).

على ملك الغابن وعدم انتقاله بالفسخ إلى ملك المغبون، كما هو الظاهر، على ما تقدم التعرض له آنفاً.

(١) 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.

(٢) لظهور أن منشأ ضمان الوصف بالأرث 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 بالمرتكرات العرفية، التي قد تختلط. ومن الله عز وجل نستمد العون والتسديد. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(٣) 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: حتى آتاك بشمنه. قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»^(١)، وصحيح علي بن

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»^(١)، وغيرها.

وقد يستشكل فيه بأن نفي البيع في النصوص ظاهر في بطلانه. وحمله على نفي لزومه وثبوت الخيار فيه مخالف للظاهر، فلا مجال له إلا بقرينة، وهي مفقودة.

ومن ثم كان ظاهر ما عن الإسكافي من التعبير بلسان النصوص البناء على البطلان. وقد يظهر من المبسوط، حيث قال: «وروى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالثمن، ومضى، فإن جاء في هذه الثلاثة كان البيع له، وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع»، ونحوه في المذهب. وعن الكفاية: ولعله الأقرب. وجزم به في الحقائق، عملاً بظاهر الأخبار المذكورة. ولم يستبعده المحقق الأردبيلي.

هذا وقد حاول صاحب الجواهر وشيخنا الأعظم رحمتهما تتميم دلالة النصوص على الخيار بفهم الأصحاب منها ذلك، وزاد في الجواهر أنه المناسب للإرفاق بالبائع. 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 على قرينة خفيت علينا. ولا طريق للجزم بأحد الأمرين ولا سيما بعدما سبق من المبسوط. كما أن المناسبة للإرفاق بالبائع ودفع الضرر عنه لا تكفي ما لم يظهر من النصوص التعليل بذلك، ولا شاهد فيها عليه.

وبذلك يظهر اندفاع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمتهما من أنه لا أقل من الشك، فيرجع للاستصحاب، وما في الجواهر من التمسك بأصالة الصحة وعدم المبطل.

لوضح أنه مع الظهور لا أهمية للشك، ولا مجال للأصل.

ومثله ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته وأشار إليه في الجواهر من اشتغال أكثر النصوص على نفي البيع بالنسبة إلى المشتري، وذلك إنها يمكن في لزوم حيث يمكن ثبوته للبائع دون المشتري، بخلاف الصحة.

للإشكال فيه بأن الاستدلال المذكور موقوف على ظهور النصوص في المفهوم، الراجع لثبوت البيع في حق البائع ومن المعلوم أنها لا تنهض بذلك، بل غايته 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 رحمته من لزوم رفع اليد عن الصحيح المذكور بالنصوص الأخر الظاهرة في التفريق بينهما.

هذا وقال سيدنا المصنف رحمته في حاشيته القديمة على المكاسب: «فالعمدة في إثبات الحكم من هذه النصوص هو ما أشرنا إليه من أن قوله لا يبيعه: لا يبيع له إن كان المراد منه السالبة بانتفاع الموضوع تم الإشكال. إلا أنه خلاف ظاهر القضية السلبية، إذ ظاهرها أنه لا يبيع للمشتري، بمعنى أنه ليس له السلطنة على البيع المذكور بوجه. وذلك موجب لكونه تحت سلطنة البائع فقط، لأنه لولا هذه النصوص تحت سلطنتها معاً، فإذا بطلت أحدهما [إحدهما. ظ] استقلت الأخرى. ولزام ذلك للزوم من طرف المشتري والجواز من طرف البائع. ومن ذلك يظهر الحال في قوله: لا يبيع بينهما، فإنه لا مقتضي لحمله على نفي الذات فتنتفي النسبة التي هي السالبة بنفي الموضوع، ليتم القول بالبطلان، بل هو محمول على نفي النسبة فقط عن الذات، فيكون المراد أنه لا يبيع مشترك بينهما، ولا ينفي اختصاصه بأحدهما، كما لا يخفى على المتأمل».

وما ذكره رحمته 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 رحمته 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 الحقي من شؤون البيع ولوازمه الظاهرة ارتكازاً، بحيث ينصرف النفي والإثبات له. ومنه البيعة المبتنية على كمال التوثق بين الطرفين.

وذلك هو المناسب للمركزات العرفية، بلحاظ أن قبض البائع للثمن من حقوقه، فيكون تحلفه منشأ 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 حتى 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 فتوى الأصحاب. مضافاً إلى 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 تعبدية خاص. ولعل ذلك كله هو منشأ فهم الأصحاب الخيار من النصوص. وعليه يبتني ما تقدم من دعوى ورودها مورد الإرفاق بالبائع.

هذا مضافاً إلى أن شيوع الابتلاء بالمسألة يمنع عادة من خطأ المشهور فيها. ولا سيما مع مخالفة العامة في ذلك فيما حكاه غير واحد وحكمهم بلزوم البيع، فإن خروج المشهور عن حكمهم إلى 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 بدلائلها على الخيار، وفتواه بالخيار في النهاية والخلاف واستدلاله عليه في الأخير عليه بإجماع الفرق وأخبارهم. وأما الإسكافي فحيث عبر بعبارة النصوص، وقد عرت ظهورها في الخيار، فلا مجال لنسبة الخلاف له.

هذا وقد يستدل على الخيار بقاعدة نفي الضرر. لكن من الظاهر أن النصوص إن دلت على الخيار فهي مغنية عن القاعدة. وإن دلت على بطلان البيع فهي مقدمة عليها، لأنها أخص.

نعم لو فرض إجمال النصوص وتردها بين الوجهين فقد يستدل على 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 بالحجة بعد ظهور استناد الأصحاب للنصوص المذكورة. ولا سيما بعدما سبق من المبسوط والتهذيب، وبعد ظهور حال قدماء الأصحاب في الفتوى 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 ضررياً، وإلا لزم الخيار فيه من أول الأمر على كلام تقدم في الاستدلال لخيار الغبن، وإنما حصل الضرر من تأخير المبيع عند البائع المستلزم لوجوب حفظه عليه، وضمانه 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 على 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، وضمانه لو تلف،

وليس بناؤهم على الأول في سائر موارد الأمانات. بل يظهر من نصوص مجهول المالك ونحوها عدم ارتفاع الحكم المذكور. ووجوب حفظ المال لصاحبه على 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، فدليلة 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 يخفى.

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 رحمته، وأشار إليه غيره ممن تمسك بالأصل في المقام.

ويتحقق فيما إذا باع سلعة ولم يقبض الثمن (١)

وفيه: أن استصحاب المذكور وإن جرى في نفسه بدوياً، إلا أنه أولاً: إنها يقتضي مجرد صحة البيع قبل الفسخ وبطلانه بعده، من دون أن يقتضي ثبوت حق الخيار. وثانياً: أنه بعد فرض إجمال النصوص فالمرجع عموماً 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 حاكمة عليه.

(١) 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 إلى الشرط الضمني، فيكون الخيار المذكور من صغريات خيار تخلف الشرط، أو لكون الخيار بنفسه ثابتاً، تبعاً للمركزات العقلانية، على ما سبق الكلام فيه عند الاستدلال على خيار الغبن.

ولعله على ذلك يبتني ما ذكره الشيخ في النهاية في باب البيع بالنقد والنسيئة من أنه لو تعذر الثمن في وقته جاز للبائع استرجاع المبيع من دون نقصان، وما في المبسوط في فصل تفريق الصفقة من أن المشتري إذا كان معسراً كان للبائع الفسخ. وفي الدروس: «وفي بعض كلام الشيخ أن للبائع الفسخ متى تعذر الثمن. وفيه قوة». بل في الباب المذكور من المبسوط أنه لو كان الثمن غائباً وجب إحضاره فإن تأخر كان للبائع فسخ البيع. ويمكن أن يستدل على ذلك في الجملة بمعتبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام [أبي عبد الله]: «قال: إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بهالك، وإلا فابيع لك»^(١). فإنه يظهر من غير واحد الاستدلال به لشرط الخيار أو بيع الخيار، كما أشرنا إليه عند الكلام فيها، وهو في غير محله، ضرورة أن الخيار فيها إنما يكون بإرجاع البائع الثمن للمشتري، والمفروض في الحديث أن الخيار يكون بمجرد عدم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢، باب: ٧ من أبواب الخيار حديث: ٢.

إتيان المشتري للبائع بهاله. وذلك إنها يكون في شرط تأخير تسليم المشتري الثمن للبائع، فيدل الحديث على أنه مع اشتراط تأجيل الثمن يثبت الخيار للبائع إذا تأخر المشتري عن الأجل.

وحينئذ نقول: من الظاهر أن شرط تأجيل الثمن لصالح المشتري، لا لصالح البائع، فهو راجع إلى أن للمشتري أن يؤخر الثمن إلى الأجل المحدد. ووجوب تعجيله عند حلول الأجل ليس مقتضى الشرط - نظير ما لو اشترط عليه البائع أن يخيظ ثوبه - ليكون الخيار الذي تضمنه الحديث من أفراد تخلف الشرط المصرح به، بل لأنه مقتضى طبيعة البيع بعد فرض الخروج عنها في مدة الأجل. فيدل الحديث على 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، والاقصصار في الخروج عن ما سبق على 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 قمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له»^(١)، وخبر عبد الرحمن بن الحجاج قال: «اشتريت محملاً، فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بايع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته. فضحكت. ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أفاضيك. فقال لي: ترضى 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»^(٢).

ومقتضى 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 البائع، إلا أنه لا إشارة لشيء من ذلك في

حديثه عن الإمام عليه السلام . لكن لا مجال للتعويل على الحديث بعد ضعف سنده، لعدم صحة الطريق إلى ابن الحجاج، وعدم ثبوت وثاقة ابن عياش.

نعم يظهر مما تقدم من المبسوط والمهذب نظرها إليه. لكن لو تم عندهما سنده فلا وجه لاقتصارها على مضمونه وإهمالها لغيره ولا سيما صحيح علي بن يقطين.

كما أن معتبر إسحاق قد أئبط 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 البائع بتأخير الثمن في الجملة مع بقاء المبيع عنده، إلا أنها 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 البائع بانتظار إحضار الثمن، ومن الظاهر أن ترك المشتري للمبيع عند البائع أعم من عدم قبضه له. وحينئذ يكون مقتضى إطلاقه ثبوت التفصيل المذكور ولو مع قبضه للمبيع وتركه له عند البائع 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 على رواية الكافي، حيث قال فيه: «إن جاء بثمنه...». وإن لم يخل طريقه عن ضعف.

أما معيار التفصيل في صحيح علي بن يقطين فهو قبض المبيع وعدمه، بناء على ما هو الظاهر من أن فاعل قبض في قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه» ضمير يرجع إلى صاحبه، وهو المشتري، وأن البيع بمعنى المبيع، كما هو وارد في الروايات، ويناسبه قوله في السؤال: «يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه». وأما احتمال أن «بيعه» 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 لا حجاج للتنبيه من نَقْلَةِ الحديث جيلاً بعد جيل، فأغفاهم ذلك شاهد بجري الجواب على ما يناسب سياق السؤال، وهو ما ذكرنا.

هذا والصحيحان المذكوران وإن اختلفا في حدود الخيار، إلا أن الظاهر عدم تعدد الخيار في مورد هما، ليقصر في كل خيار على 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 مورد. 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 على 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 بالتقييد. 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 على أن مراده بعدم القبض في صدر كلامه عدم أخذ المشتري للمبيع.

قال تنبيه: «وإذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن، كان العقد موقوفاً إلى ثلاثة أيام. فإن جاء المتاع في مدة ثلاثة أيام كان البيع له، وإن مضى ثلاثة أيام كان البايع أولى بالمتاع. فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبضه إياه كان

من مال البائع دون مال المتباع. وإن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المتباع دون البائع. وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له بعد انقضاء الثلاثة أيام». وقد يحمل على 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 وإقباضه للثمن، كما يظهر من الوسيلة. (وأخرى): بالاكْتفاء في الخيار بأحد الأمرين،

نظير ما يذكر فيما لو تعدد الشرط واتحد الجزاء، حيث وقع الخلاف بينهما 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 وعدماً. ومن هنا كان الأقرب في المقام هو إلغاء خصوصية كل من الشرطين، بلحاظ وجود جهة جامعة بينهما مسببة عنهما عرفاً، وهي حل المشكلة التي سببها المشتري للبائع والتي سببت الإرفاق به بجعل الخيار له.

وبعبارة أخرى: النصوص واردة في حالة شائعة الحصول يتعرض البائع فيها لمشكلة غير متوقعة، نتيجة تساهله مع المشتري وتسامحه معه. وقد تضمنت وضع حدٍّ لمشكلته المذكورة بجعل الخيار إذا لم تحل تلك المشكلة.

وبذلك يكون لزوم البيع منوطاً وجوداً وعدماً بمراجعة المشتري للبائع، 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. ولا

يكفي دفعه للثمن من دون مراجعته في المبيع، ولا أخذه للمبيع من دون مراجعته في الثمن.

ولعل ذلك هو المنصرف من إطلاق المجيء 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 على 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 حل مشكلة ضمان البائع تلف المبيع وتأخير الثمن، دون مشكلة حفظ المبيع للمشتري في فرض استثنائه 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 على الثمن. وكذا من 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 على أن البيع لازم ثلاثة أيام، ثم يثبت الخيار للبائع، كما في الغنية والنافع.

وبذلك يظهر الإشكال في اقتصار كثير منهم على 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 على 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، لامتناعه منه عصياناً أو تعذره عليه لسبب طارئ، كما ذكر ذلك في الجملة شيخنا الأعظم رحمته. 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 ويتنظر 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 على 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 حتى بناء على ظهورها في بطلان البيع. نعم لو انحصر الوجه في قصورها بقرينة الإرفاق فلا موضوع لها بناء على 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 إلى 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 على عمومته في المقام للكلي، على ما يأتي الكلام فيه في المسألة التاسعة والثلاثين إن شاء الله تعالى. هذا كله إذا لم يتقابضاً 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 والتسليم، وأن المخرج عنها نصوص المقام فاللزام البناء على الخيار في كل مورد تقصر عنه النصوص المذكورة بلا حاجة إلى 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 شايع 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 ابتنى عدم القبض رأساً على 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 إلى 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 المقتنع أن خيار التأخير في الجارية إلى شهر. ولم نعرث عليه في المقتنع، 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»^(١). ومقتضى إطلاقه ثبوت الأجل المذكور للخيار في الجارية حتى مع قبض المبيع، ونسب في الوسائل للصدوق روايته بسند آخر عن أبي عبد الله عليه السلام.

ولم يسلم المبيع (١). فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبايع فسخ البيع (٢). ولو تلفت السلعة كانت من مال البايع (٣)، سواء أكان التلف في الثلاثة (٤)

لكن من القريب أن يكون ذلك من كلام الصدوق نفسه بعد رواية له بمضمون آخر بالسند المذكور، كما فهمه منه في الحقائق والحقائق ومفتاح الكرامة وغيرهما. فيكون ذلك فتوى منه *ثبت* بمضمون صحيح ابن يقطين، وعملاً منه به. كما يظهر من الدروس والحقائق ومفتاح الكرامة.

كما أنه ذكر في الاستبصار أن حديث ابن يقطين إما أن يحمل على استحباب ذلك للبايع، أو على 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.

(١) يعني: لم يسلمه أصلاً، بحيث لا يتحقق القبض المسقط للضمان، كما يظهر من تنمة كلامه *ثبت*. لكن سبق أنه يكفي عدم أخذ المشتري للمبيع وتركه عند البايع ولو بعد قبضه له.

(٢) مما سبق يظهر أن المعيار في لزوم البيع وعدمه تصفية الأمر مع البايع في أمر المبيع والثمن معاً.

(٣) يعني: في مفروض كلامه *ثبت* وهو عدم قبض المشتري له أما لو قبضه وتركه عنده فلا ضمان.

(٤) 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 (١)، حال ثبوت الخيار وبعد سقوطه (٢).

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. وعلة في المقنعة بوقوع العقد بينهما عن تراض، وزاد في التنقيح والمسالك: «والتأخير لمصلحته».

لكن الإجماع المدعى لا ينهض بالخروج عما دل على أن التلف قبل القبض من مال البائع. ولا سيما بعد خلاف من عرفت. وما ذكره في المقنعة لا يزيد على بيان مقتضى 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 يمتني على إلحاق التمكين من المبيع بقبضه في سقوط ضمانه عن البائع، ويأتي الكلام في ذلك في أواخر الفصل السابع إن شاء الله تعالى.

(١) 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.

(٢) أشار بذلك إلى أنه لا مجال لتوهم عموم قاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له خيار 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 حتى بعد الثلاثة وثبوت الخيار للبائع. إذا لم يعمل خياره بالفسخ.

خلافاً لما سبق من النهاية من أنه يكون من مال البائع، لأن الخيار له. حيث

(مسألة ٣٦): الظاهر أن قبض بعض الثمن كلا قبض. وكذا قبض

بعض المبيع (١).

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 من لا خيار له، وإن كان الظاهر اختصاصه ببعض الخيارات، وعدم شموله للمقام، كما سبق.

اللهم إلا أن يكون مراد الشيخ ^{ثبوت} صورة إعمال الخيار وفسخ البيع، فيتجه حينئذ تلفه من ماله، لأنه ملكه.

(١) 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 نقيضها الذي هو موضوع الشرطية الثانية المتضمنة

وإن كان فيه وجوه (١).

(مسألة ٣٧): المراد بالثلاثة أيام الأيام البيض. ويدخل فيه الليلتان المتوسطتان، دون غيرهما. ويجزي في اليوم المملق، كما تقدم في مدة خيار الحيوان (٢).

(مسألة ٣٨): يشترط في ثبوت الخيار عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين (٣)، 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.

(١) قال شيخنا الأعظم: «وفي كون قبض بعض المبيع كلا قبض، لظاهر الأخبار، أو كالتبعض، لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شيء منه، أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره استناداً - مع تسليم الانصراف المذكور - إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض، وجوه». ولم يشرئذ إلى شيء من هذه الوجوه في قبض بعض الثمن، بل جزم بكونه كلا قبض لظاهر الأخبار. وقد عرفت حقيقة الحال.

(٢) لعين ماتقدم هناك، فإنهما من باب واحد.

(٣) فقد اشترط عدم تأجيل تسليم الثمن جماعة كثيرون، وصرح بعضهم بعدم اشتراط تأجيل تسليم المبيع أيضاً. وظاهر الجميع المفروغية عن ذلك. ولعله لذا ادعى الإجماع عليه غير واحد. وإلا فظاهر معاقدة الإجماعات المستفيضة هو ثبوت خيار التأخير مع عدم الشرط المذكور، لا اختصاصه به.

وكيف كان فالوجه فيه هو انصراف النصوص إلى خروج التأخير عن مقتضى البيع الحاصل، ولا يشمل ما إذا كان التأخير مقتضى البيع المذكور تبعاً للشرط المأخوذ فيه.

(مسألة ٣٩): لا إشكال في ثبوت الخيار المذكور فيما لو كان المبيع شخصياً (١).

مضافاً في الثمن لما هو المعلوم من النص والفتوى من جواز البيع نسيئة، وفي المبيع - بناء على شمول نصوص خيار التأخير للمبيع الكلي - لما هو المعلوم من النص والفتوى 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 إلى معتبر أبي الجارود عن أبي جعفر [أبي عبد الله]: «قال: إن بعث رجلاً على شرط فإن أتاك بهالك، وإلا فالبيع لك»^(١)، بناء على ما سبق في أوائل الكلام في خيار الشرط وفي بيع الخيار من وروده فيما نحن فيه، لا في الموردين المذكورين. 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 على مضي المدة التي ظهر منه الرضا بالتأخير إليها، فإن نقصت عن ثلاثة أيام انتظر ثلاثة أيام، لعين ما سبق هناك من الوجه.

(١) كما هو المتيقن من فتاواهم ومعاهد أجماعاتهم. وهو مورد صحيح زرارة وخبر عبد الرحمن بن الحجاج، والمتيقن علي بن يقطين ومعتبر إسحاق بن عمار.

وفي ثبوته إذا كان في الذمة قولان (١). والأحوط وجوباً عدم الفسخ إلا

(١) فقد يستفاد من إطلاق جماعة ثبوت الخيار فيه. بل نسب لجواهر القاضي التصريح بثبوت الخيار فيه، لأنه جعل موضوع المسألة ما إذا باع شيئاً غير معين بشمن معين وادعى الإجماع على الحكم. لكن من القريب زيادة كلمة: (غير)، كما استظهره شيخنا الأعظم ثُمَّ وغيره، لظهوره في تحديد موضوع الخيار، ولا يحتمل اشتراط عدم التعيين فيه، بحيث لا يصح في المعين. بل ذكر شيخنا الأعظم ثُمَّ أن ما وجده 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 ليوومه وغيره، ونحو ذلك مما يظهر منه كون مورد الخيار هو العين الشخصية دون الذمة الكلية. ومن ثم يشكل استفادة العموم من إطلاقهم. بل صرح بالاختصاص بالشخصي في محكي المذهب 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 حديثاً علي بن يقطين وإسحاق بن عمار فقد قرب شيخنا الأعظم ثُمَّ قصورهما عن الكلي، بسبب اشتغالهما على لفظ البيع المراد به المبيع، حيث لا يصدق ذلك على الشيء قبل البيع إلا بلحاظ عرضه للبيع، والذي لا يكون إلا في الشخصي.

لكنه غير ظاهر، لعدم وضوح أبتناء إطلاق البيع على المبيع في المقام على صدق المبيع عليه قبل البيع بلحاظ عرضه له، بل هو يبتني على تكلف مغفول عنه، ولذا لا يصحح ذلك إطلاق المبيع على ما يعرض للبيع قبل أن يباع، بل الظاهر أبتناء الإطلاق

المذكور في ذلك وفيما نحن فيه على علاقة الأول والمشاركة، 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 ثنته. وذلك لا يكون في الكلي، بل هو أمر اعتباري، لا ينتزع عنوانه إلا بعد تعلق البيع به. والتعميم للكلي 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 على البائع، وتحمله لدركه إذا لم يقبض. ومن ثم يشكل البناء على عموم موضوع الخيار للكلي في المقام.

نعم لو كان موضوعه مجرد عدم قبض الثمن - كما هو مقتضى خبر عبد الرحمن بن الحجاج - اتجه عمومته للكلي، ولو لإلغاء خصوصية الشخصي عرفاً في ذلك. لكن سبق المنع من ذلك.

هذا وقد ألحق شيخنا الأعظم ثنته بالشخصي الكلي في المعين، كصاع من صبره. لكن حيث كان وجه الاختصاص بالشخصي هو اختصاص النصوص به، أو انصرافها له، فلا مجال لإلحاق الكلي في المعين به. نعم لو كان الوجه فيه هو لزوم الضرر على 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 الكلي في الذمة لا ينافي ثبوت الخيار بعد ثلاثة أيام. لما سبق من أن مقتضى البيع بطبعه التقابض، وأن الخروج عن مقتضاه موجب الخيار.

نعم قد يدعي أن مقتضى ذلك الخيار حتى 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. وحيث لا يترتب على اختصاص نصوص المقام بالمبيع الشخصي أثر عملي.

برضا الطرفين (١).

(١) يعني: بعد الثلاثة، لفرض احتمال قصور موضوع خيار التأخير عنه. لكن ذلك يبتني على أن المرجع مع قصوره هو عموم لزوم العقد. أما بناء على 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، فالتعین الرجوع إلى ما يفهم من إذن البائع بالتأخير.

فإن لم يفهم منه ما زاد على الثلاثة فمقتضى الاحتياط المذكور هو توقف نفوذ الفسخ في الثلاثة على رضا الطرفين. أما بعد الثلاثة فيستقل البائع بالفسخ، عملاً بالقاعدة بعد قصور ما تضمنته النصوص من اللزوم عن ذلك.

وإن فهم منه ما زاد عليها تعين عدم جواز الفسخ للبائع، لقصور حكم العقلاء بالخيار حينئذ. إلا أن يبلغه بعدوله قبل أن يترتب من المشتري على إذن البائع بالتأخير ما يمنعه من المبادرة. أما نصوص المقام فهي قاصرة عن الفرض المذكور حتى في الشخصي، كما تقصر عما إذا لم يرض بالتأخير رأساً، على 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، أولاً 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 ندرة ثبوت خيار التأخير، وهو مما تأباه النصوص وكلمات الأصحاب.

وكيف كان فقد يستدل عليه بانصراف النصوص إلى 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 على 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 للملكية الباع للثمن، فلا يجوز حبسه عنه، و ملكية المشتري للمبيع، فلا يستحق على الباع حفظه له. ولا سيما بناء على ما سبق من أن التسليم والتسلم مقتضى الشرط الضمني في البيع، حيث يستحقها عليه الباع بمقتضى 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 إلى ما أورده غير واحد على ما في التحرير من أن لازمه عدم ثبوت خيار التأخير في الحيوان، مع ظهور اتفاقهم على ثبوته فيه، وإن وقع الكلام في أن مدة التأخير في الجارية شهر أو ثلاثة أيام، على 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 وفتاوى الأصحاب على 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 معنى أريد مع إطلاق نصوص المقام. على أنه

سبق أن مقتضى الأصل الخيار للبائع بتخلف المشتري عن القبض والإقباض بالمقدار الذي لم يأذن به البائع.

وأما دفع الضرر فهو لم يؤخذ في الأدلة علة لثبوت الخيار، ليدور مداره وجوداً و عدماً، بل هو على تقدير ملاحظته حكمة غير مطردة، ولذا يثبت الخيار مع عدم لزوم الضرر على البائع من التأخير. مع أن الخيار المفروض ثبوته للبائع 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 والفتاوى في اللزوم قبل مضي الثلاثة فهو إنما يقتضي بدو التنافي بين إطلاق نصوص المقام وإطلاق دليل الخيار المفروض للبائع. وليس تقديم إطلاق دليل الخيار المذكور بأولى من تقديم إطلاق نصوص المقام. بل الأولى عرفاً في رفع التنافي بين الإطلاقين هو الحمل على اللزوم من حيثية التأخير، كما عليه العمل في سائر موارد الخيارات المتعددة.

مع أن المراد بخيار البائع 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. وما تقدم يظهر أن المتعين البناء على 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 على عموم النصوص له والعمل فيه بظاهرها من أن الثلاثة من حين البيع. غاية أنه قد

يلزم اجتماع خيارين للبائع، وليس هو محذوراً.

ثانيهما: تعدد المتعاقدين، لأن النص مختص بصورة التعدد. وفيه: أن النصوص إنما تضمنت تعدد البائع والمشتري اللذين وظيفتهما القبض والإقباض، وذلك يمكن فرضه مع وحدة الوكيل عنهما في إجراء الصيغة.

نعم قد لا يصدق مع اتحاد الوكيل عنهما في تولي المعاملة الاستقلال بها، وكذا السولي 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 البائع 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، والقيض متفرع على 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 عليها. وقد يظهر من صحيح زرارة أن مبدأها التفرق، لتفريع ضرب الأجل فيه على قوله: «فيقول: حتى أتيتك بثمنه».

لكن القول المذكور من المشتري قد يكون سابقاً على التفرق مقارناً للشراء المفروض في كلام السائل. مع أنه يتعين تنزيله على أن ضرب الأجل بلحاظ الشراء المفروض، جمعاً مع بقية النصوص التي يقوى ظهورها في ذلك، لعدم الإشارة فيها

(مسألة ٤٠): يختص هذا الخيار في البيع (١)، ولا يجري في غيره.

(مسألة ٤١): ما يفسده المبيت مثل بعض الخضر والبقول واللحم في بعض الأوقات يثبت الخيار فيه عند دخول الليل (٢). ويختص هذا الحكم

للتفرق. خصوصاً بعد أن كان الشراء هو منشأ استحقاق القبض والإقباض، اللذين يظهر من النصوص الاهتمام بتحديد أمدهما وحل المشكلة الحاصلة بتركهما.

نعم بناء على ما سبق من مفتاح الكرامة من أن ظهور النصوص في لزوم البيع في مدة الثلاثة تلزم بقصورها عما لو كان هناك خيار للبائع فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه يتعين حمل الثلاثة في نصوص المقام على ما بعد التفرق. لكن سبق ضعف المبنى 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. ووجه ظاهر، لعدم صلوح المستحق لأن يكون ثمناً. نعم لو أجاز صاحب الحق القبض المذكور قبل فسخ البيع تعين للثمنية من حين القبض، بناء على ما هو الظاهر من الكشف، ومن حين الإجازة، بناء على 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 على ذلك، أو لكون الصحة شرطاً ضمناً فيه. فلاحظ.

(١) 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، على اختلاف الموارد.

(٢) هذا الخيار في الجملة معروف عند الأصحاب، وفي كشف الرموز أنه لا

يعرف فيه خلافاً، وعن المذهب البارع وغاية المرام والمقتصر أن الأصحاب قد عملوا بالرواية التي تضمنته، وادعى 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»^(١).

وذكر في الوسائل رواية الصدوق بسنده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «العهددة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل»^(٢). لكن الظاهر أنه من كلام الصدوق تتمة 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 الفتوى 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 تتمة بالنظر إلى مبناه من عدم انجبار ضعف السند بعمل الأصحاب - توجيه الخيار المذكور بالقاعدة، لما سبق من أن البيع بطبعه يقتضي التسليم والتسليم، 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،

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 على خيار التأخير.

هذا ولو حمل اليوم في الحديث المذكور وعبارات الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) على 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 على 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 ليومه ليس ضابطاً، بل إلى أن يشرف على الهلاك». لكن دليله على الخيار إن كان هو الحديث المتقدم فهو لا يناسب ذلك. وإن كان هو دليل نفي الضرر فقد سبق الإشكال فيه.

على انه كما يمكن اندفاع الضرر بالخيار يمكن اندفاعه بولاية البايع عند إشراف المبيع على التلف على 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 على الولاية المذكورة من باب الحسبة في نظائر المقام، كالوديعة واللقطة ونحوهما. ويناسبه موضح 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. فقيل يا أمير المؤمنين عليه السلام:

لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسي. فقال: هم في سعة حتى يعلموا^(١).
 بل مقتضى التعليل فيه بأنه يفسد وليس له بقاء التعدي عن مورده لنظائره، ومنه
 المقام، لولا الخروج عنه بالحديث المتقدم، بناء على ما سبق من نهوضه بالاستدلال.
 نعم التعليل ارتكازاً إنما يصلح تعليلاً لإبداله في حق مالكه بالعوض. من
 دون أن ينهض بتعيين المشتري، بل يعم ارتكازاً غير الواجد لو تيسر. كما لا يمنع من
 الزيادة على قيمة المثل لو وجد الباذل، بل مقتضى 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
 إلى الليل، وإلى اليومين عملاً بأصالة العقد ولزومه». وفي الدروس: «و الأقرب اطراد
 الحكم في كل ما يسارع إليه الفساد عند خوف ذلك، ولا يتقيد بالليل». ووافقه في
 ذلك غيره. حيث لا مجال لشيء من ذلك بعد أن كان مقتضى القاعدة في ملك الغير
 إذا تعرض للفساد ما سبق.

غاية الأمر أنه إذا ابتنى التأخير من المشتري على الخروج عن مقتضى البيع
 بالوجه غير المأذون فيه من قبل البائع كان للبائع الفسخ أيضاً.

والحاصل: أن مقتضى القاعدة الأولية هو جواز الفسخ للبائع في كل مورد
 خرج فيه المشتري عن مقتضى طبيعة البيع من القبض والإقباض. ولا يخرج عن ذلك
 إلا في مورد الحديث المتقدم، فليس له الفسخ فيه إلا إلى 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 - بمقتضى ولاية
 الحسبة - تقبل المبيع لنفسه بقيمة المثل، أو يبيعه على غيره بالقيمة المذكورة أو أكثر إن

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢٣ من أبواب اللقطة حديث: ١.

تيسر، ويستخرج حقه من الثمن إذا لم يكن قد قبضه، فإن زادت القيمة على 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 البائع، لعدم كون التصرف المذكور صلاحاً في حق المشتري غالباً. غاية الأمر أنه قد يقطع بعدم رضا الشارع بتلف المبيع وضياع ماله، فيجوز للبائع 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 الإيلاء، كما في مفتاح الكرامة، وهو لا يبلغ الظهور الحجة، بخلاف مقتضى التعليل المستفاد من موثق السكوني.

بقي في المقام أمور:

الأول: قال في الدروس: «ويكفي في الفساد نقص الوصف وقلة الرغبة». وقد وافقه فيه غير واحد ممن تأخر عنه وقد قرب شيخنا الأعظم رحمته ذلك بأن مورد النص والفتوى الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالميت ولا تهلك.

وما ذكره وإن تم في فتوى الأصحاب، إلا أنه لا يتم في النص، بناء على ما تقدم منا - ويظهر منه ثبوت - من انحصاره بالحديث المتقدم، دون مانسبه في الوسائل للصدوق.

نعم لا يبعد حمل الفساد في الحديث على ما يعم ذلك، لأنه الشايع 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 (١).

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 ذكره هناك.

لكن في مجمع البرهان: «يثبت له الخيار بين الصبر حتى 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 على ما أشرنا إليه آنفاً من عموم النص لذلك - لكن حيث سبق أن اللازم بمقتضى ولاية الحسبة تقبله بقيمة المثل أو بيعه، فاللازم ضمان البائع له. إلا أن لا يكون مفراطاً بتركه حتى تلف. فلاحظ.

الثالث: لو كان المشتري قد دفع الثمن للبائع وترك المبيع عنده خرج ذلك عن مورد النص، وتعين الرجوع لمقتضى القاعدة التي سبق منا التعرض لها.

نعم لا يبعد عدم جواز الفسخ للبائع قبل الليل لو كان الاستفادة 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 بالأولوية 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.

(١) كما صرح به شيخنا الأعظم رحمته والظاهر عدم الإشكال فيه. لأن الاستفادة عرفاً من النص كون جعل الخيار لتلافي محذور لزوم الفساد، وهو إنما يلزم في الشخصي. وقد ألحق رحمته به الكل في المعين. لكن الظاهر انصراف النص عنه، كما

(مسألة ٤٢): يسقط هذا الخيار (١) بإسقاطه بعد الثلاثة (٢). وفي سقوطه بإسقاطه قبلها وباشتراط سقوطه في ضمن العقد إشكال (٣).

تقدم في خيار التأخير ثلاثة أيام، وتقدم ما ينفع في المقام.

(١) يعني: خيار التأخير في الثلاثة. أما خيار ما يفسد ليومه فيظهر المعيار في سقوطه مما يأتي في خيار التأخير. غاية الأمر أنه إذا سقط فاللزام إعمال ولاية الحسبة في المبيع على النحو المتقدم.

(٢) قال شيخنا الأعظم رحمته: «بلا إشكال ولا خلاف» ويظهر من مفتاح الكرامة والجواهر المفروغة 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 إلى أن لكل منهما الحق في منع الآخر من الفسخ وإن كان لهما الاتفاق على الفسخ بالتقابل، فسلب حق المشتري في التمسك بالبيع - كما تضمنته نصوص المقام - راجع إلى انفراد البايع بالحق فيه. فلاحظ.

(٣) 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 رحمته فحوى جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

لكن العقد موضوع للخيار لا سبب له، وليس سببه إلا التأخير عن الثلاثة المفروض عدم حصوله. على 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 ثُمَّ من أن فعليه الخيار وإن كانت عند الثلاثة، ولكن مبدأه، وهو استحقاق مطالبة الثمن في كل آن موجود من حين العقد، فمرجع إسقاطه إلى اجتيازه عن حقه الثابت بالعقد.

فهو لا يرجع إلى محصل ظاهر. إذ المراد بمبدأ الخيار إن كان هو أول وجوده فهو لا يناسب اعترافه بأن فعليه الخيار عند الثلاثة. مع ظهور مبينة استحقاق مطالبة الثمن للخيار. وإن كان المراد بمبدأ الخيار سببه فلو سلم ذلك، إلا أن من الظاهر أن إسقاط الخيار لا يرجع إلى إسقاط حق المطالبة بالثمن، ليكون تأخير الثمن بحق، ويخرج عن مورد نصوص الخيار.

نعم ذكر السيد الطباطبائي ثُمَّ أن مرجع إسقاط الخيار في المقام إلى 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 على نفوذها من الاقتصار على المتيقن، وهو غير صورة التعليق. فراجع.

وأما الفحوى التي ذكرها شيخنا الأعظم ثُمَّ 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 ثُمَّ عن بعضهم دعوى الإجماع عليه. لعموم نفوذ الشروط.

وأما ما ذكره شيخنا الأعظم ثُمَّ من الإشكال في ذلك بناء على عدم صحة الإسقاط قبل مضي الأيام الثلاثة بأن الشرط لا ينهض بشرعية إسقاط ما لا يقبل

والظاهر عدم سقوطه ببذل المشتري الثمن بعد الثلاثة قبل فسخ البايع (١)

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 على تحقق موضوعه، وهو مضي الثلاثة، فهو يسقط بالشرط في مرتبة متأخرة عن تحقق موضوعه الموجب لثبوته إقتضاء.

غاية الأمر أنه لا دليل على نفوذ الإسقاط المعلق ابتداءً، كما سبق. أما اشتراط السقوط معلقاً فيكفي فيه عموم نفوذ الشروط، لصراحة النصوص في عموم نفوذها لصورة كون المشروط أمراً معلقاً على أمر لم يحصل بعد. كما يظهر بالرجوع لما سبق عند الكلام في اشتراط سقوط خيار المجلس في العقد.

(١) 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 يدعى 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 على بطلانه، بل على سلب سلطنة المشتري عليه، المستلزم لانحصار السلطنة عليه بالبايع، فمقتضى إطلاقه عدم رجوع سلطنة المشتري عليه ببذل الثمن أو غيره.

ودعوى تنزيل الإطلاق على مورد الضرر، وانصرافه عن صورة ارتفاعه.

ولا بمطالبة البايع المشتري بالثمن (١). نعم الظاهر سقوطه بأخذه الثمن

منوعة 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 التضرر بالتأخير». لكن سبق أن الضرر ليس هو الدليل على الخيار. ولو كان دليلاً فقصوره عن المورد لا ينافي العموم، تبعاً للإطلاق الذي تقدم تقريره.

(١) كما في التذكرة والقواعد والمسالك والروضة وغيرها. وصريح المسالك والروضة عدم سقوط الخيار به وإن كان قرينة على 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»^(١) في مسقطية الرضا للخيار. وهو وإن ورد في خيار الحيوان، إلا أن إلغاء خصوصية قريب جداً. ولا سيما مع ظهور تفريع نفي الشرط على 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 على 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 على البايع لو رضي بالبيع وفقد حق الخيار.

ومن ثم يتعين البناء على 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

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ١.

منه بعنوان الجري على المعاملة (١)، لا بعنوان العادية أو الوديعة. ويكفي ظهور الفعل (٢) في ذلك (٣) ولو بواسطة بعض القرائن.

(مسألة ٤٣): في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان (٤)

أقواهما الأول.

سقوط الخيار بها.

(١) لدالته حيثند على الرضا بالعقد. نعم يختص ذلك بها إذا كان عالماً بثبوت الخيار له، إذ مع جهله بثبوتها يكون الجري على مقتضى العقد لا اعتقاد لزومه عليه، لا لرضاه به.

(٢) وهو أخذ الثمن.

(٣) هذا إنما يكفي ظاهراً مع الشك، أو في مقام التشاح والخصومة. ولا يكفي واقعاً لو لم يصادف الرضا، كما لعله ظاهر.

(٤) ونسب القول بالتراخي للشهيد في قواعده والسيد الطباطبائي ثُمَّ في مصابيحهم وظاهر التذكرة. ويظهر من جامع المقاصد التردد فيه. وفي الجواهر وخيارات الشيخ علي كاشف الغطاء أنها لم يجدوا هنا قاتلاً بالفورية. وإن جنح لها في الثاني وللتراخي في الأول، وذكر شيخنا الأعظم ثُمَّ أنه لا يخلو من قوة.

وكيف كان فالظاهر التراخي، بناء على 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 ثُمَّ.

نعم قد يراد بالفورية ما لا ينافي عدم سقوطه مع العذر في عدم المبادرة بالنحو الذي تقدم في خيار الغبن. لكنه أمر آخر.

(السادس): خيار الرؤية (١). ويتحقق فيما لو رأى شيئاً ثم اشتراه

كما أنه لا يعد انصراف إطلاق النص عما إذا لم يمكن رجوع المبيع بنفسه للبائع، كما لو خرج عن ملك المشتري. نظير ما تقدم في خيار الغبن وإن اختلفا بأن دليل الخيار هناك بناء العقلاء، وهنا إطلاق النص. فلاحظ.

(١) ثبوت الخيار المذكور في الجملة مفروغ عنه بين الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) وفي خيار الشيخ كاشف الغطاء: «ودليل هذا الخيار الإجماع المحصل - على الظاهر - فضلاً عن المنقول. وفي الحدائق أنه محل وفاق، وفي غيرها: وهو إجماعي. ونفى عنه الخلاف في الرياض. وفي الكفاية ومجمع البرهان: كأنه لا خلاف فيه». وذكر شيخنا الأعظم رحمته 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 إلى الضيعة فقلبها [ففتشها] ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله. فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها [قلبها] ونظر [منها] إلى تسعة [تسع] وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»^(١). 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 صلوات الله عليه وسلم أنه قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^(٢).

وقد يستدل أيضاً بصحيح زيد الشحام: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القضاين قبل أن يخرج السهم. فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم. فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»^(٣).

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٥ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) سنن الدارقطني ج: ٣ ص: ٥٤، حديث: ٨، ١٠. والسنن الكبرى ج: ٥ ص: ٢٦٨.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٥ من أبواب الخيار حديث: ٢.

فوجده على خلاف ما رآه (١) أو اشترى موصوفاً غير مشاهد، فوجده على

لكنه لم يتضمن ثبوت الخيار بسبب الرؤية، بل بسبب تعين 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 على وجودها بعد العدم، وهنا على تعين السهم بعد إشاعته. وحينئذ فالحديث يدل على ثبوت الخيار بعد تعين السهم.

وبذلك يظهر حال ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته 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 على أحدها المردد، نظير شراء أحد العدلين، وطلاق إحدى الزوجتين. أما مع عدم تميزها بعد، وشراء ما سوف يتميز للبائع، فهو من شراء المعين معلقاً على 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 على خيار الرؤية بصحيح جميل. وكفى به دليلاً في المقام، مؤيداً بالنبوي المتقدم.

وبذلك يظهر حال معتبر عبد الأعلى بن أعين: «نبئت عن أبي جعفر أنه كره بيعين: اطرح وخذ على غير تقلب، وشراء ما لم تر»^(١) ونحوه غيره^(٢). حيث يتعين حمله على الكراهة، أو الإرشاد إلى عدم لزوم البيع وثبوت الخيار فيه.

(١) إن كان المراد بذلك الرؤية حين البيع مع الخطأ في المرئي، كما لو رأى الثوب فتخيله أبيض فبان أسمر، أو رأى بيتاً فتخيله واسعاً فبان ضيقاً، فلا وجه لثبوت الخيار، ولا ينهض به صحيح جميل، لظهوره في عدم الرؤية أصلاً لبعض

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٨ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٨ من أبواب الخيار حديث: ٢، باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١٤.

الضيعة، كظهور النبوي في عدم الرؤية أصلاً للمبيع.

ولعله إلى 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 على 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 على الحال التي أوهمها المبيع، لتخلف الوصف المتوهم. أما إذا كان لمحض الخطأ من المشتري فلا منشأ للخيار.

وإن كان المراد به الرؤية السابقة على المبيع، بأن يكون ظهور المبيع على خلاف ما رآه لتغير المبيع في تلك المدة. فإن كان المفروض في ذلك الغفلة وعدم احتمال التغير، فكأن الوجه في اعتبار الرؤية حيثئذ هو لزوم العلم بالعوضين الرافع للغرر، الذي سبق في أوائل الفصل الثالث أنه المعروف بين الأصحاب، المدعى عليه الإجماع في كلام غير واحد، منهم لعموم النهي عن بيع الغرر. وسبق منا المنع منه.

وهو المناسب لصحيح جميل والنبوي المتقدمين، لصراحتهما 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 أولى 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 على ما نعتيه من صحة البيع. ولا مجال لاستصحاب بقاء المبيع على حاله، لأن موضوع الأثر - بناء على اعتبار العلم بحال المبيع حين البيع - ليس هو بقاء الحال السابق، بل العلم بحال المبيع الرافع للغرر، وهو غير حاصل بالاستصحاب.

كما أنه لم يتضح بناء العقلاء على أصالة عدم تغيره عن حاله، ليرجع البناء المذكور إلى 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 الرافع 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. على 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.

ودعوى: أن ابتناء البيع على الوصف لما كان يوجب الخيار للمشتري يخرج البيع عن كونه غريباً. مدفوعة بأن ذلك - مع توقفه على ابتناء البيع على الوصف، كما يأتي، وعلى التفات المشتري لثبوت الخيار بتخلف الوصف - وإن تم في نفسه كما ذكرنا نظيره في خيار الغبن، إلا أنه لا يتم على مبناهم من لزوم العلم بالعوضين، لأنه يقتضي جواز شراء المجهول من دون وصف بشرط الخيار لو لم يعجب المشتري، أو لم يكن واجداً للوصف الخاص، أو نحو ذلك، ولا يظهر منهم البناء على ذلك، بل لابد عندهم من العلم بحال العوضين، أو وصفها بما ينبغي العلم به من حالها.

ثانياً: لما سبق من عدم الدليل على 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 رحمته الله في الخلاف مستدلاً على صحة البيع بالوصف مع خيار الرؤية: «وأيضاً روي عنهم عليهم السلام أنهم سئلوا عن بيع الجرب الهروية، فقالوا: لا بأس

به إذا كان لها بارنامج، فإن وجدها كما ذكرت، وإلا ردها^(١). ومقتضاه توقف صحة بيع المجهول على وصف المبيع، وأن الخيار إنما يثبت مع الخروج عنه. ومقتضاه رجوع خيار الرؤية إلى 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 تيسر لنا العثور عليه. ومن القريب أن يكون قد أخذ من الخلاف وإلا فمن البعيد جداً أن يكون في المتناول من كتب الحديث إلى عصر العلامة ^{ثالث}، 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 التهذيبين 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 إلى أن الحديث المذكور لا يناسب صحيح جميل، لما سبق من أنه كالصریح في عدم الوصف، ومع ذلك لم يحكم فيه ببطان 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...» على أنه جملة مستقلة لبيان حكم موافقة ما في الجراب للبارنامج ومخالفته له، لا شرطاً لقولهم: «لا بأس به»، ويكون نتيجة ذلك أن بيع ما 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

ما سبق من وهن الحديث في نفسه.

وبالجملة: ما جرى 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 عاضداً لإطلاقات النفوذ التي عولنا عليها وعلى بعض المؤيدات الأخرى في الخروج عما جروا عليه، على 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 مقتضى 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 حتى 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 على الوصف عرفاً، لصدوره من البائع أو من يقوم مقامه عند البيع، بحيث يرجع لتعهد به للمشتري، و يكون إقدام المشتري مبنياً عليه.

أما إذا لم يبتن البيع على 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 حتى 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 للتنبيه عليه لو كان حاصلًا، لدخله ارتكازًا في الجهة المسؤولة عنها، فعدم التنبيه عليه في السؤال كالصریح في عدمه.

أما الوصف الذي لا يبتني عليه البيع فهو غير دخیل في الجهة المسؤول عنها، ولا يدل عدم التعرض له على 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 بالمعنى المانع من صحته عندهم، كما لو كان الواسف ثقة، وقد لا يكون كذلك.

كما أن الوصف الواقع للغرر - بالمعنى المذكور عندهم - هو خصوص المشتمل على 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. والمعياري 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 الواسف ثقة، أم لم يرتفع.

الثاني: خيار تخلف الوصف والمعياري فيه تخلف الوصف الذي يبتني عليه البيع سواء كان الوصف رافعاً للغرر أم لم يكن رافعاً له، لعدم الوثوق بالواسف 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 على ما يكون دخيلاً في المالية من دون أن يعتبروا فيه ثقة الواسف. وأطلقوا ثبوت الخيار بتخلف الوصف الذي يبتني عليه البيع.

وبذلك يظهر اختلاط الأمر على الأصحاب (تارة): من حيثية اختلاط خيار الرؤية بخيار تخلف الوصف. (وأخرى): من حيثية اختلاط الوصف الراجع للغرر- بالمعنى المانع عندهم من صحة البيع- بالوصف الذي يبتني عليه البيع ويكون تخلفه موجبا لثبوت خيار تخلف الوصف. فلاحظ.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن خيار الرؤية هل يرجع إلى ثبوت الخيار للمشتري إذا لم يقتنع بالمبيع عند الرؤية، لظهوره على خلاف ما كان يتوقعه عندما أقدم على شرائه، أو على مجرد ثبوت الخيار له إذا لم ير المبيع سابقاً، بحيث يشمل ما إذا وجد المبيع على 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 مقتضى مناسبة الحكم والموضوع، لوضوح أن رؤية المبيع التي يكون عدمها سبباً لثبوت الخيار، وحصولها غاية له، إنما تكون دخيلة في الإقناع بالمبيع واستيضاح حاله، ولا دخل لها في الدواعي الأخرى.

إلا أن ذلك وحده لا يكفي دليلاً على اختصاص الخيار بذلك، لإمكان كون الجهة المذكورة حكمة لجعل الخيار، لالة يدور الأمر مدارها وجوداً وعدماً. 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 النبوي من طرفنا، لينهض بالحجية ولو بضميمة انجبار ضعف سنده بعمل الأصحاب، فيتجه الاستلال بإطلاقه على العموم.

وأما صحيح جميل، فلا إطلاق له، لعدم وروده في مقام تشريع الخيار المذكور،

خلاف الوصف (١) فإن للمشتري الخيار (٢)

بل لبيان أن الرؤية المانعة من ثبوت الخيار هي الرؤية المبنية على الاستقصاء التام بعد الفراغ عن تشريع الخيار مع عدم الرؤية.

ولاسيما مع ما أشرنا إليه من أنه مورده يناسط الأول. ومن هنا يصعب البناء على 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 على 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.

وأخرى: 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 على الوصف. كما يثبت خيار تخلف الوصف لو لم يصادف الواقع. فلاحظ.

(١) مما سبق يظهر أن ذلك مورد خيار تخلف الوصف، لا خيار الرؤية. إلا أن لا يبتني البيع على الوصف، فيكون مورد خيار الرؤية. لكن الظاهر خروجه عن مورد كلامهم.

(٢) كما في المبسوط والخلاف والوسيلة والغنية والمراسم - في البيع بالوصف - والشرايع والتذكرة وغيرها بل هو المعروف بين الأصحاب المدعى 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 (١).

(مسألة ٤٤): لا فرق في الوصف الذي يكون تخلفه موجباً للخيار بين وصف الكمال الذي يزيد به المالية وغيره إذا تعلق غرض للمشتري به (٢). سواء كان على 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 على إرادة الخيار بقرينة ما سبق من المبسوط والخلاف والمراسم. بل قد يحمل على ذلك ما في المقنعة. وإلا فالبطلان يبتني على أحد أمرين:

الأول: كون الوصف قيداً في البيع، بحيث لا يبيع بدونه. ومرجعه إلى 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.

(١) الظاهر أن المراد بالإمضاء مجرد ترك الفسخ، كما يظهر مما يأتي في المسألة الآتية. وقد تقدم في تعريف الخيار ما ينفع في المقام.

(٢) 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 ٤٥): الخيار هنا بين الفسخ والرد وبين ترك الفسخ وإمساك العين مجاناً. وليس لذي الخيار المطالبة بالأرث لو ترك الفسخ (١). كما

على الوصف، بل كان ذكر البائع له لمجرد تنصله عن تحمل تبعته، فلا يثبت بتخلفه خيار تخلف الوصف، كما سبق. وحينئذ إن كان المبيع مرثياً فلا خيار، وإن لم يكن مرثياً تعين ثبوت خيار الرؤية، كما سبق.

وكان ما في التذكرة وعن التحرير وظاهر غيرهما من عدم الخيار إذا ظهر فوق الصفة يبتني على فرض عدم ابتناء البيع على خصوصية الصفة. لكن عدم ثبوت خيار تخلف الوصف حينئذ 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 على تعلق غرض المشتري بالوصف حين البيع، بحيث ابتنى منه الشراء عليه، وإن أعرض عنه بعد ذلك حين انكشاف الحال.

(١) كما عن التحرير، وهو ظاهر الأصحاب، لعدم تعرضهم لذلك. خلافاً للسرائر فخير المشتري بين الفسخ والأرث، وقال: «لا يجبر على واحد من الأمرين».

ولم يتضح الوجه في ذلك، لا بالنظر إلى دليل خيار الرؤية، ولا إلى 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 على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»^(١).

لكن لم يتضح منه أنه رواية عن معصوم بل قد يكون فتوى ليونس. ومجرد ذكر المشايخ له في كتب أحاديث المعصومين صلوات الله عليهم لا يكفي في ذلك

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٦ من أبواب العيوب حديث: ١.

أنه لا يسقط الخيار ببذل البايع الأرض (١)، ولا بإبدال العين بعين أخرى واجدة للوصف (٢).

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 الأرض عند تعذر الرد بسبب الدخول بها، كما هو منصرف الحديث، لأن المعهود من طريق وجدانها غير عذراء هو الدخول. فلا حظ.

(١) كما صرح بذلك شيخنا الأعظم رحمته. ولم أعر عاجلاً على من ذهب إلى سقوط الخيار بذلك أو احتمله. ومن ثم كان ظاهرهم عدم ذكرهم لذلك عدم البناء عليه، لشدة الحاجة للتنبيه عليه لو كان بناؤهم عليه.

وكيف كان فالصحيح المتضمن لخيار الرؤية ظاهر في إنحصار الأمر بالخيار والفسخ. وإن شئت قلت: مقتضى إطلاقه ثبوت الخيار ولو مع بذل الأرض.

وأما خيار تخلف الوصف الثابت ببناء العقلاء فمرجه ارتكازاً إلى نقص في العقد يمنع من لزومه، ولا أثر في رفعه لبذل الأرض.

(٢) الكلام فيه هو الكلام في سابقه فتوى ودليلاً.

هذا وفي الدروس: «ولو شرط البايع إبداله إن لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد». ويظهر أن شيخنا الأعظم رحمته فهم منه إرادة تحقق البدلية بنحو شرط النتيجة، وترتب الإبدال عملاً عليها. وحينئذ يتجه فساده.

لأن البدلية إن كانت بين الثمن والبدل رجعت إلى أن تخلف الوصف موجب لانفساخ البيع الواقع على الفاقد للوصف، وصيرورة الثمن على تقدير إنفساخه بإزاء البدل الواجد للوصف.

وإن كانت بين المبيع والبدل رجعت إلى أن تخلف الوصف لا يوجب انفساخ

(مسألة ٤٦): كما يثبت الخيار للمشتري عند تخلف الوصف يثبت للبايع عند تخلف الوصف (١) إذا كان قد رأى المبيع سابقاً فباعه بتخيل أنه

الباع الواقع على فاقد الوصف، بل بدلية واجد الوصف للمبيع الفاقد له.

وكل منهما راجع إلى شرط النتيجة الذي لا مجال له في أمثال المقام مما لا يرجع إلى مجرد الاستحقاق، بل إلى نحو من المعاملة تابعة لأسبابها من دون أن ينهض الشرط بها. وأما الإشكال فيه (تارة) بالتعليق (وأخرى): بجهالة البذل الموجبة للغرر.

فهو غير مهم بعد أن كان الدليل على 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 على تقدير التلف.

كما أن جهالة البذل - لو كانت محذوراً - إنما تلزم إذا أريد به فرد معين مجهول، أما إذا أريد به الكلي - كما هو ظاهر كلام الشهيد رحمته الله - فلا جهالة فيه.

فالعمدة في الإشكال ما سبق من عدم الدليل على صحة شرط النتيجة في أمثال المقام، إذ لا بد من كون المشروط أمراً مشروعاً في نفسه، وتحقق النتائج بنفسها من دون أن تستند إلى 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 على أن فساد الشرط موجب لفساد العقد.

هذا ولكن ظاهر كلام الشهيد المتقدم هو اشتراط الإبدال بنحو شرط الفعل، الراجع لاستحقاق المشتري على 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 يخفى.

(١) كما صرح به في الجملة في الشرايع والقواعد والتذكرة واللمعة وغيرها، و في مفتاح: «وقد تضمن كلامهم هذا ثبوت الخيار للبايع» وفي الحقائق أنه المتفق عليه

بينهم، وفي شرح القواعد لكاشف الغطاء دعوى الإجماع المحصل والمنقول عليه.
وقد ظهر مما سبق أن الخيار المذكور في كلماتهم في المقام يرجع إلى خيارين: خيار
تخلف الوصف، وخيار الرؤية.

أما خيار تخلف الوصف، فلا ينبغي الإشكال في ثبوته للبائع إذا ابتنى البيع
منه على الوصف، بحيث يبتني البيع منه على سلامة الوصف له، بعين ملاك ثبوته
للمشتري إذا ابتنى الشراء منه على سلامة الوصف له. ومثلها في ذلك ثبوت الخيار
لها في تخلف وصف الثمن إذا ابتنى رضا البائع بالبيع على سلامته له، أو ابتنى رضا
المشتري بالشراء على 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 على وصف خاص فيه، سواء 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 إلى دليل بعد اختصاص دليله وهو
صحيح جميل بالمشتري.

نعم أشار غير واحد إلى احتمال عموم الصحيح لهما. قال في الحقائق: «وربما
احتمل بعض الأصحاب في صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون
البائع باعه بوصف المشتري. وحينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير
هذا الاحتمال. إلا أن الظاهر بعده غاية البعد عن سياق الخبر المذكور. ومع تسليمه
فثبوت كون الجواب عاماً أيضاً محل خفاء وإشكال». ووافقه في ذلك غيره، وهو عين
الصواب.

نعم قد يدعى استفادة ذلك من الصحيح بإلغاء خصوصية مورده عرفاً. لكنه
لا يخلو عن إشكال بعد كون وظيفة المشتري عرفاً التعرف على 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

على ما رآه، فتين خلافه، أو باعه بوصف غير هفانكشوف خلافه (١).
(مسألة ٤٧): المشهور أن هذا الخيار على الفور (٢). وهو الأقرب.

الجميع من باب واحد لو فرض التعدي عن مورد النص. فلاحظ.

(١) وكذا لو باعه بوصفه بنفسه له خطأ.

(٢) 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 على الفور، لأنه خيار الرؤية، فيثبت عندها». وهو راجع إلى 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 إلى 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 على المتيقن، نظير على 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 لأمدته، 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 لتمام 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 ترى - ممنوع صغرياً وكبرياً. لأنه مشروط بعدم الرؤية، وليس كخيار المجلس ثابتاً في كل بيع. ولأن تحديد خيار المجلس باستمرار المجلس ثابت بنصوصه، وليس كذلك في المقام. فحملة على خيار المجلس قياس صرف.

ودعوى: أن إضافة الخيار للرؤية من باب إضافة الشيء لظرفه، نظير إضافة الخيار للمجلس.

كما ترى! أولاً: لعدم ثبوت ذلك، لما سبق من أنه يكفي في الإضافة أدنى 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 بثبوت، لعدم مناسبته لمورد السؤال، حيث فرض فيه جهل المشتري بالحكم، ولذا طلب من البائع أن يقلبه، فلو كان ذلك مانعاً من بقاء الخيار كان على الإمام عليه السلام التنبيه لعدم انتفاعه بالخيار بسبب عدم تعجيله بالفسخ.

بل لا يبعد قضاء الإطلاق المقامي بالفورية العرفية الرجعة إلى عدم التأخير تشهياً من دون عذر، على غراء ما سبق في خيار الغبن. لاحتياج التقييد بما زاد على ذلك للتنبيه.

وأظهر من ذلك خيار تحلف الوصف. لانهصار دليله ببناء العقلاء وسيرتهم

(مسألة ٤٨): يسقط هذا الخيار بترك المبادرة إلى الفسخ بعد الرؤية (١)، وبإسقاطه بعد الرؤية (٢)، بل قبلها (٣)، وبالتصرف بعد الرؤية إذا كان دالاً

الإرتكازية، وهي لا تقتضي غير ذلك. فلاحظ.

(١) لأن ذلك مقتضى الفورية التي سبق البناء عليها. ويتبني تحديد ذلك على ما سبق في تحديد الفورية.

(٢) بلاريب، كما في الجواهر، وأرسله شيخنا الأعظم رحمته إرسال المسلمات. والوجه فيه ظاهر بعد كون الخيار المذكور حقاً للمشتري، كما هو ظاهر صحيح جميل الذي هو دليل خيار الرؤية، ومقتضى المرتكزات العقلائية التي هي دليل خيار تخلف الوصف.

(٣) 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 على 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 رحمته على صحة الإسقاط، لإبتناء خيار تخلف الرؤية عنده على فرض الوصف أو الرؤية السابقة، وظهور الاختلاف بعد الرؤية. وكأنه لذلك قرب السيد الطباطبائي رحمته 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. وبناءه شيخنا الأعظم رحمته - لو تم أن الخيار يحدث بالرؤية، لا أنه يظهر بها - على أن الرؤية سبب للخيار أو شرط له، فعلى الثاني ينفذ الإسقاط لتحقيق السبب. قال: «ولا يخلو عن قوة». لكن يظهر ضعف الجميع مما سبق في نظائره من توقف صحة الإسقاط على فعلية الخيار، ولا يكفي تحقق سببه.

ومثله في ذلك ما ذكره السيد الطباطبائي رحمته في حاشيته من أن الإسقاط في المقام معلق على تمامية موضوع الخيار وفعليته، بدعوى عدم الدليل على امتناع التعليق في المقام. لما سبق غير مرة من عدم الدليل على 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 رحمته 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 فقدّها، 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. ومقتضى 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 رحمته - بعد اعترافه ببعد ما ذكره عن عبارة الصحيح - إنما وجهه بما يناسب رجوع الخيار المذكور إلى خيار تخلف الوصف، وأن المعيار في ثبوت الخيار واقعاً والسلطنة على إعماله وتخلفه وإن لم تتحقق الرؤية أصلاً. وهو خروج عن مفروض

على الالتزام بالعقد (١). وكذا قبل الرؤية إذا كان كذلك (٢). وفي جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد وجهان (٣) أقواهما ذلك، فيسقط به.

كلامنا من التباين بين الخيارين.

فالأولى في تقريب دلالة الصحيح على ثبوت الخيار بمجرد العقد أن لم يتضمن تعليق ثبوت الخيار على 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. وعلى ذلك يكون حق الخيار فعلياً بمجرد العقد، فيصح إسقاطه، ولا يكون إسقاطاً لما لم يجب.

(١) لما سبق في المسألة الثامنة والعشرين والثانية والأربعين في مسقطات خيار الغبن والتأخير من أن الرضا بالعقد مسقط للخيار. وبذلك يظهر سقوطه بالرضا ولو من دون تصرف. نعم التصرف إنما يدل على الرضا بالعقد مع العلم بثبوت الخيار. أما بدونه فقد يكون لاعتقاد صاحبه بإلزامه بالعقد ولزومه عليه، كما تقدم في نظير المقام.

(٢) بناء على ما سبق من فعالية ثبوت الخيار بمجرد العقد من دون أن يتوقف على 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.

(٣) 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 بطلان البيع بذلك. وقد سبق في

خيار الغبن استدلال الشهيد في الدروس على 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 إلى عدم الاعتداد بالوصف، ولا ينافي كاشفيتها في الجملة عن حال المبيع التي هي المعيار عندهم في رفع الغرر.

ومثل ذلك ما يظهر من شيخنا الأعظم رحمته من أن الرفع للغرر في المقام هو تعهد البائع بوجود الوصف وابتناء الالتزام بالمبيع 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 على 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 على الوصف إن أريد به جريان البيع اعتماداً على وجوده فهو لا ينافي اشتراط سقوط الخيار بتخلفه. وإن أريد به عدم إلزام المشتري نفسه بالمبيع 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 على 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 إلى اشتراط سقوط الخيار معلقاً على 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 ٤٩): مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية، ولا يجري في بيع الكلي (١). فلو باع كلياً موصوفاً ودفع إلى المشتري فرداً فاقدًا للوصف

وخيارات الشيخ علي والجواهر.

هذا كله على مبناهم في الغرر. أما بناء على 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 ومركزاتهم، 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 مقتضى الأصل تخلف الوصف أو عدمه. فلاحظ.

(١) أما خيار الرؤية فظاهر. لاختصاص دليله ببيع الشخصي. ولأن الرؤية إنما يمكن فرضها في الشخصي. أما الكلي فلا يكون موضوعاً لها، وإنها 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 على المبيع، فلا مجال للخيار، بل يتعين التبديل.

نعم قد يؤخذ الوصف شرطاً زائداً على المبيع الكلي، كما لو باعه حنطة بمواصفات خاصة، واشترط عليه أن تكون من المزرعة الخاصة. وحينئذ يتعين انطباقه على المدفوع الفاقد الوصف، وحصول الوفاء بتسليمه. غاية 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 يخطه له.

لم يكن للمشتري الخيار، وإنما له المطالبة بالفرد الواجد للوصف (١). نعم لو كان المبيع كلياً في المعين كما لو باعه صاعاً من هذه الصبرة الجيدة، فتبين الخلاف كان له الخيار (٢).

(السابع): خيار العيب (٣). وهو فيما لو اشترى شيئاً فوجد فيه

(١) مما سبق يظهر أن المطالبة بالفرد الواجد للوصف (تارة): لعدم تحقق الوفاء بالفاقد له، وإن كان له الرضا به بدلاً عنه. (وأخرى): لعدم قيام البائع بالشرط وإن تحقق الوفاء بالمدفوع الفاقد للوصف.

وفي الأول لو امتنع البائع أو تعذر عليه تسليم الواجد للوصف يلحقه تعذر المبيع أو الامتناع من تسليمه. وفي الثاني يثبت بذلك الخيار كان للمشتري. لكنه خيار تخلف الشرط، لا خيار تخلف الوصف.

(٢) لكنه ليس خيار الرؤية، لقصور دليله 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 دليله به. نعم خيار تخلف الوصف يجري في جميع العقود المبينة على الوصف بعين ملاك جريانه في البيع.

وما ذكر شيخنا الأعظم رحمته من جريان خيار الرؤية في غير البيع يبتني مسلك المشهور من اختلاط خيار الرؤية بخيار تخلف الوصف. والحمد لله رب العالمين.

(٣) هذا الخيار في الجملة متسالم عليه عند الأصحاب، بل عند المسلمين فيما يظهر من الفروع التي ذكروها. ويظهر من جملة من النصوص المفروغة عنه. وقد ذكر غير واحد أن مقتضى الأصل في المبيع السلامة والصحة. وبذلك يستغنى عن وصف الصحة لرفع الغرر المانع عندهم من صحة البيع. لكن من الظاهر أن الأصل المذكور ليس شرعياً تعديداً، بل غاية ما يدعى بناء العقلاء عليه. وفي عموم بنائهم على ذلك

عيباً. فإنه يتخير بين الفسخ والإمساك بالأرث (١). ولا فرق بين المشتري

إشكال خصوصاً مع شيوع وجود المعيب، أو تبري البايع من العيب. نعم ذلك غير مهم بناء على ما سبق منا من عدم عموم مانعية الجهل بحال المبيع من صحة البيع.

(١) كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها. بل هو المعروف بين الأصحاب، ونفى شيخنا الأعظم ثنت 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: أبا 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»^(١)، 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 على صاحبه وأخذ الثمن. وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»^(٢) ونحوهما غيرهما، كما يظهر بمراجعة الباب السادس عشر من أبواب الخيار، وأبواب 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 فاقسموه، فوجدوا ثوباً فيه عيب. فقال عمر: أعطيك ثمنه الذي بعتمكم به، فقالوا: لا، ولكننا نأخذ منك

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٣، ٢.

قيمة الثوب. فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله عليه السلام. فقال: يلزمه ذلك^(١). وقد يظهر منه عدم الاقتصار في حق المشتري على الفسخ، بل له إلزام البائع 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»^(٢). وهو صريح في انحصار حقهم بالفسخ، من دون أن يكون لهم المطالبة بقيمته لو كان صحيحاً. ولأجله قد يحمل الأول على أنه 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 الأرض 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 الأرض.

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 للأرض عندهم إلا ما سبق من السرائر.

ودعوى: أن عدم ثبوت الأرض بتخلف غير السلامة من الأوصاف إنها 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، على ما أشرنا إليه آنفاً. وإنها ذهب من ذهب لذلك تبعاً لارتكاز عدم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٣.

مقابلة الوصف بجزء من الثمن.

ومثلها دعوى: أن عدم مقابلة الوصف بجزء من الثمن وإن كان هو مقتضى 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 على ذلك، بل على تدارك النقص الحاصل للمشتري بسبب تعذر رد 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 على ذلك استحقاق المشتري أيضاً للخيار، لتبعض الصفقة. وهو بعيد عن مساق كلامهم. ومن هنا لا مجال لتوجيه أخذ الأرش بمقتضى القاعدة.

كما لا مجال للاستدلال عليه بالنصوص المتقدمة ولا غيرها مما عثرنا عليه، كما اعترف به غير واحد، وإنما تدل هي على 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 على حاله. ومثله في ذلك معتبر علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سمعت يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يتفرقا. وأحداث السنة ترد بعد السنة...»^(١)، 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»^(٢).

لظهور الاقتصار فيهما على الرد في الانحصار به وعدم التخيير بينه وبين الأرش. ولا سيما مع سياقه في الأول في سياق خيار الحيوان. وقد يستفاد ذلك من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٢ من أبواب العيوب حديث: ٤.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ١.

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 فالخيار إليه، إن شاء رد، وإن شاء أخذه، أورد عليه بالقيمة أرش العيب»^(١). وهو كالصریح 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 بـ (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 على صاحبه، وإن كان قد قطع أو خيط أو حدث [حدثت] فيه حادثة رجع فيه بنقصان العيب على سبيل الأرش»^(٢)، 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 العمدية في دليل التخيير ابتداء بين الرد والأرش هو الإجماع المتقدمة دعواه من سبق. وبه ترفع اليد عن القاعدة المعتضدة بالنصوص المتقدمة الظاهرة في انحصار حق المشتري بالخيار والفسخ.

لكن في نهوض الإجماع المذكور بالحجية إشكال أولاً: لأنه يصعب أن يتحصل

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ٣.

لنا إجماع تعبدي في مقابل النصوص بعد روايتهم لها وتداولها بينهم في مقام الاستدلال، من دون تنبيه منهم إلى قصورها عن إثبات الأرض، 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 بيني ذهاب ابن إدريس في السرائر له على ما سبق منه في خيار التأخير الرؤية من استحقاق الارش بمخالفة الوصف، بدعوى أبتناء البيع على وصف السلامة لباً. ولعل ذلك أو نحوه هو المنشأ لذهاب غير واحد للتخيير المذكور في المقام دون الإجماع المدعى.

وثانياً: لأنه لا مجال لدعوى 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 الفتاوى، وإنما تعرف فتاواهم من طريق رواياتهم التي يعتمدونها.

مضافاً إلى أنه قد اقتصر على الرد في غير موضع من المبسوط في فصل أن الخراج بالضمان. بل قال فيما لو يعلم المشتري بعيب في المبيع حتى باعه: «فإنه لا يمكنه الرد، لزوال ملكه، ولا يجب أيضاً له الأرض، لأنه لم يئش من رده على 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 كالصریح في أن الأرض لا تثبت 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 خيراً بين الأرض ورد الجميع. ومن ثم قد ينسب

له فيهما التخيير بين الرد والأرض مطلقاً، بدعوى عدم الفرق بين عيب بعض المبيع وعيب تمامه، ويكون موافقاً لما سبق منه في النهاية، وعليه جمهور الأصحاب.

لكن ذلك منه قد يبتني على أن استحقاق الأرض ليس للتخيير بينه وبين الرد ابتداءً، بل لتعذر رد المعيب وحده، فراراً عن محذور تبعض الصفقة على البائع، ليناسب ما سبق منه فيهما من أن استحقاق الأرض موقوف على 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 على صاحبه بتبعض الصفقة والشركة، ولا يجوز أن يرجع بالأرض، لأنه لم يئس من رد الجميع».

غاية الأمر أن ذلك منه يبتني على الغفلة عن أنه يكفي في القدرة على رد المعيب المانعة عنده من الرجوع بالأرض القدرة على رد الشئتين معاً بناءً على جوازها، علمها يأتي الكلام في المسألة الستين. وهو راجع إلى التباس الأمر عليه في ذلك، لا إلى ذهابه لتخيير المشتري بين الرد والأرض، 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 دعوى الإجماع على التخيير بين الرد والأرض في الفرع المذكور. مع أن ملاحظة مساق كلامهما تشهد بأن الإجماع المدعى لهما ليس على التخيير المذكور، بل على أنه ليس للمشتري إرجاع المعيب وحده.

كما أنه قال في المبسوط أيضاً: «إذا اشترى شيئاً وقبضه، ثم وجد به عيباً كان عند البائع، وحدث عنده عيب آخر، لم يكن له رده. إلا أن يرضى البائع بأن يقبلها ناقصة، فيكون له ردها، ولا يكون له أن يرجع بأرض العيب عند الفقهاء. وكذلك عندي. وقيل: إن له الأرض، لأن أرض العيب كان ثابتاً له، وإنما سقط حكم الرد

بحدوث العيب عنده، فلما رضي البائع باسترجاعه لم يسقط حق الأرض، لأنه يحتاج إلى دليل» وعلى ذلك جرى في الخلاف مستدلاً عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم، من دون أن يشير للقول الآخر.

وقد يستفاد من قوله في المبسوط: «لأن أرض العيب كان ثابتاً له...» اتفاقاً مع القائلين - الذين أشار إليهم - بالتخيير بين الأرض والرد قبل حدوث العيب الآخر عند المشتري، وإنما يخالفهم في فرض حدوث العيب الآخر، فهو يرى سقوط الأرض إذا رضي البائع 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 الأرض بعد ثبوته.

ومن هنا يتعين إبتناء ما تضمنته الفقرة المذكورة على مبناهم من التخيير، وإن كان هو ~~نقطة~~ مخالفاً لهم فيه. فيكون ذلك شاهداً على ما سبق منا من أن القول بالتخيير لم يصل حد الإجماع الملزم، ولذا خالفهم.

أو يكون مراده هو أن الأرض قد ثبت بتجدد العيب عنده، حيث تضمنت النصوص أن به يسقط الرد ويثبت الأرض، فسقوط الأرض ورجوع الرد برضا البائع باسترجاع المعيب يحتاج إلى دليل. ولعل هذا هو الأظهر من كلامه، ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى بعد الكلام في مسقطات الرد. فلا يدل على موافقته للمشهور

والحاصل: أنه لا ينبغي الإشكال في كون مذهب الشيخ ~~نقطة~~ في المبسوط - بل في الخلاف - هو الاقتصار على الرد في أول الأمر.

وعلى ذلك جرى ابن البراج في المذهب، فإنه اقتصر على الرد في غير مورد ووافق الشيخ في كثير مما ذكره في المبسوط، ومنه تعليقه أخذ الأرض في بعض الفروع بتعذر الرد. وكذا في جواهره لأنه علل فيه ثبوت الأرض للمشتري فيما إذا اشترى عبيدين معينين ومات أحدهما بأنه يتعذر عليه رد المبيع بتمامه.

والبائع. فلو وجد البائع عيباً في الثمن (١) كان له الخيار المذكور (٢).

وقد يظهر ذلك مما يأتي عن ابن الجنيّد 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 على الحكم بثبوت الخيار مع العيب من دون تنبيه للأرش، لما سبق من انصراف الخيار لخصوص استحقاق الفسخ والرد.

ومع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع على التخييز بين الرد والأرش؟! ولا سيما أنه لم ينسب التصريح بالإجماع من القدماء إلا للشيخ وابن 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 على دعوى الإجماع المذكورة في كلماتهم بنحو تنهض بالحجية والاستدلال، فضلاً عن الخروج بها عن ظاهر النصوص المتقدمة.

ومن هنا يتعين البناء على تخيير المشتري بين الرضا بالمبيع ورده بالفسخ من دون أن يكون له المطالبة بالأرش، وفاقاً لمن سبق.

(١) 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.

(٢) كما صرح به في الجملة في التذكرة والمختلف والمسالك وغيرها. قال شيخنا الأعظم رحمته الله: «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 بالمعنى المذكور ثابت بحكم العرف ارتكازاً، ولا يفرق فيه بين المبيع والثمن. بل قد يكون ذلك سبباً في فهم العموم للثمن من النصوص بالغاء خصوصية مواردّها عرفاً.

(مسألة ٥٠): يسقط هذا الخيار (١) بأمور:

(الأول): الالتزام بالعقد بمعنى اختيار عدم الفسخ (٢). ومنه

بل قد يدعي أنه مقتضي إطلاق بعض النصوص كقوله عليه السلام: «ترد الجارية من أربع خصال، من الجنون والجذام والبرص والقرن...»^(١) وقوله عليه السلام: «يرد المملوك من أحداث السنة»^(٢) وغيرهما. لشموله لما إذا كان ثمناً.

لكنه لا يخلو عن إشكال، لعدم ورود النصوص المذكورة في مقام تشريع الخيار، بل لبيان تحقق موضوع الخيار أو أمده بعد الفراغ عن مشروعيته، فلا بد 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 على غلبه كون الثمن كلياً، وإلا فلا وجد له في نفسه، فضلاً عن الخروج به عما ذكرنا.

وإن كان المراد هو تخييره بين الرد والأرض، كما يظهر من المسالك وغيره فقد سبق أن التخيير المذكور مخالف للقاعدة، ولظاهر النصوص الواردة في المشتري. وأن دليhle ينحصر بالإجماع لو تم. ولو تم الإجماع في المشتري فدون إثبات عموم معقده للبايع خبط القتاد، بعد أن لم يعرف القول بالعموم له من أحد قبل الشهيد في المسالك.

(١) الظاهر أن المراد به سقوط حق الفسخ دون الأرض بقرينة ما يأتي في المسألة الثانية والخمسين.

(٢) كما ذكره شيخنا الأعظم رحمته ولا ينبغي الإشكال في ذلك بناء على ما سبق منا من أن الثابت بالعيب خصوص حق الفسخ والرد دون الأرض. سواء رجع ذلك إلى إسقاط الحق أم إلى الرضا بالمبيع والعقد. لما تكرر ما من قبول الحق وللإسقاط.

التصرف في المبيع تصرفاً يدل على اختيار عدم الفسخ (١).

ولما سبق في خيارى الغبن والرؤية من أن الاستفادة من بعض النصوص عموم سقوط الخيار بالرضا بالمبيع والعقد.

أما بناء على ما عليه المشهور من أن الثابت بالعيب التخيير بين الأرض والفسخ فمن الظاهر رجوع ذلك إلى حق واحد، ولم يتضح مشروعية التبعيض في إسقاط الحق الواحد. كما لم يتضح إطلاق لزوم البيع الخيارى بالرضا بالمبيع والعقد، إذ لا دليل عليه إلا صحيح على بن رثاب الوارد في خيار الحيوان. غاية الأمر التعدي منه إلى ما يائله 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 الأرض دون الرد. غاية الأمر أن دليل الأرض لما لم يكن متحصلاً لنا فهو لو ثبت - بالإجماع أو نحوه - فالتيقن منه صورة عدم إسقاطه. أما الخيار بالفسخ فهو لما كان ثابتاً بإطلاق بعض النصوص فلا بد في البناء على سقوطه من دليل.

(١) الظاهر الاكتفاء بالظهور العرفى 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 على الرضا بالبيع وعدم إرادة الفسخ. بل قال في المختلف: «إذا تصرف المشتري بعد العلم بالعيب سقط الرد إجماعاً». وكأنه لدعوى دلالة التصرف على الرضا مطلقاً، أو لفهم ذلك من نصوص خيار الحيوان.

لكن الأول ممنوع. مضافاً إلى ما ذكرنا آنفاً من الإشكال في كفاية الرضا في سقوط الرد في المقام بناء على التخيير ابتداء بين الرد والأرض. ومثله الثانى. لاختصاص نصوص خيار الحيوان به. مضافاً إلى ما سبق هناك من اختصاصها ببعض التصرفات.

فراجع.

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 على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها. ولقول الباقر عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار لم يترأ 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 يردها، ورد البائع عليه قيمة العيب». وكلامه كالصريح في العموم لكل تصرف، والعموم لصورة الجهل بالعيب.

وحيث أن التشكل يظهر أن التصرف مع الجهل بالعيب لا يدل على الرضا بالعقد على الإطلاق ليشمل صورة وجود العيب. وأما أنه ينبغي له الصبر حتى يعلم الحال فهو لا يتجه مع الغفلة واعتقاد عدم العيب.

بل حتى مع الالتفات واحتمال العيب، بناء على 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 على الإطلاق لولا أصالة السلامة.

وأما حديث الإمام الباقر عليه السلام فقد تضمن منع المشتري من الرد مع إحدائه في المبيع شيئاً، وذلك لا يصدق بمجرد التصرف، بل بتأثيره فيه أثراً يتغير به عما كان عليه. ودعوى: 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 حداً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه فذلك، رضا منه فلا شرط»^(١).

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب ٤: من أبواب الخيار حديث: ١.

وفي صحيح الصفار: «كُتِبَ إلى 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»^(١) بناء على ما سبق هناك من عموم الحدث في الجواب فيه للركوب فراسخ.

فإن تطبيق الحدث الصحيحين على الملازمة والتقييل والنظر إلى ما يحرم عليه قبل الشراء والركوب فراسخ شاهد بعدم اختصاصه شرعاً بما يوجب تغير العين.

مدفوعة بأنه لا قرينة على كون تطبيق الحدث على الأمور المذكورة في الصحيحين مبنياً على خروج الشارع الأقدس في مفهوم الحدث عن المعنى العرفي إلى معنى 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 المعنى العرفي للحدث في المقام وغيره من موارد إطلاقه في كلامه.

ولاسيما مع كون ما ذكرنا في معنى 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 على الثوب دون المتاع قد يكون من أجل أن الثوب غالباً يتعرض لمثل ذلك، والمتاع كثيراً ما ينفع به من دون أن يتغير عما هو عليه.

كما أن ذلك هو المناسب أيضاً لما تضمن رد الجارية إذا لم تحض ستة أشهر^(٢). لما هو المعلوم حصول التصرف في المملوك هذه المدة الطويلة ولو بالاستخدام.

وأما حديث الإمام الصادق عليه السلام فهو مختص بالوطاء الذي يظهر من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ٢.

(٢) راجع. وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب العيوب، رد المملوك من أحداث السنة باب: ٢.

(الثاني): تلف العين (١).

(الثالث): خروجها عن الملك (٢) ببيع أو عتق أو هبة أو نحو ذلك.

أحاديث كثيرة^(١) خصوصيته. ولعله لكونه من سنخ الجناية. ولذا يثبت به العقر مع الحبل. كما استفاضت به النصوص^(٢). ولا وجه مع ذلك للتعدي منه لبقية التصرفات. بل حيث كان الوطاء مسبقاً نوعاً ببعض التصرفات - كالتقبيل واللمس ونحوهما - فإسناد سقوط الرد للوطاء ظاهر في عدم سقوطه بالتصرفات المذكورة ومعه لا مجال للتعدي من الوطاء لكل تصرف، كما نبه لذلك بعض مشايخنا^{رحمهم}.

(١) الظاهر عدم الإشكال فيه بينهم واستظهر شيخنا الأعظم^{رحمته} الإجماع عليه. والعمدة فيه أنه لا موضوع معه للرد.

نعم قد يحتمل بقاء موضوع الفسخ بناء على ما سبق غير مرة من أن موضوع الفسخ هو العقد، لا عين العوضين، فمع تلف المبيع لا يرتفع موضوع الخيار والفسخ، غاية الأمر أن يتقلل للبدل مع التلف.

لكن لا مجال للبناء على ذلك في المقام أولاً: لعدم الإطلاق لدليل خيار العيب بنحو يشمل صورة تلف العين. لعدم العثور على نص ينهض بتشريع أصل الخيار، لينظر في إطلاقه بنحو يشمل صورة تلف العين، بل أكثر النصوص قد تضمنت الفروع المترتبة على الخيار بعد الفراغ عن أصل بثوته. ولا سيما مع اشتمال أكثرها على الكفاية عن الفسخ برد المبيع المختص بصورة وجوده.

وثانياً: لأن الاستفادة من نصوص مانعية الحدث في المبيع من الفسخ عدم مشروعية الفسخ مع التلف بالأولوية العرفية. ومجرد إمكان التفكيك بينهما عقلاً لا ينافي ذلك، لعدم توقف الأولوية العرفية على التلازم الحقيقي أو العقلي.

(٢) كما صرح بذلك غير واحد. وقد تقدم في كلام المبسوط وغيره ما يناسب

(١) راجع. وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب.

(٢) راجع. وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥ من أبواب العيوب.

ذلك. والظاهر انه داخل فيما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من صيرورته كالتالف الذي استظهر الإجماع فيه. والعمدة فيه ما سبق في التلف.

نعم صرح في غير موضع من المبسوط وغيره بأنه لو رجع إليه كان له الرد. بل ليس له الأرض، حتى يتعذر رجوعه إليه ويئس منه، وفي المقنعة والنهاية أن التدبير والهبة لا يمنعان من الرد، لأن له الرجوع فيها.

ولا يخفى أن التلف والخروج عن الملك لم تتضمنها النصوص، وإنما استفيد امتناع الفسخ معها تبعاً لما تضمنته من أنه يشترط في الفسخ بقاء المبيع بحاله من دون حدث فيه، بحيث يمكن إرجاعه للبائع، كما سبق. وحينئذ قد يدعى أن مقتضى ذلك سقوط حق الفسخ وتعين الأرض بخروج المبيع عن ملك المشتري، ومع سقوط حق الرد والفسخ فعوده بعود المبيع للملكه 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 تعبداً، بحيث لا ملاك فيه، بل اضطراباً من أجل تعذر الرد، وذلك لا يناسب سقوط الرد رأساً، بل مراعى ببقاء تعذره، فمع تجدد القدرة عليه يتعين مشروعية الفسخ.

لكنه لا يخلو عن إشكال. لما يأتي في أحكام الأرض من أن سقوط الرد بهذه الأمور لم يتضمنه دليل خاص، وإنما استفيد مما دل على 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 البائع، ولا تكون إضراراً به وذلك ملزم بالعمل بإطلاق تلك الأدلة. غاية الأمر أن يكون تعذر الرد حكمة لا علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً.

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 للبائع بعد الفسخ ولو بفسخ التصرف الجائز قبله. وقد سبق أن الخيار يتعلق بالعقد

(الرابع): التصرف الخارجي في العين الموجب لتغيير العين (١)، مثل تفصيل الثوب وصبغه وخطاطته ونحوها.

(الخامس): التصرف الاعتباري إذا كان كذلك (٢)، مثل إجارة العين ورهنها.

لا بالعين، ليدعى امتناع بقاء حق الخيار مع صحة التصرف الجائز. فلاحظ.

(١) 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 على اختلاف عباراتهم. بل يستفاد من غير واحد دعوى الإجماع عليه.

والعمدة فيه قوله عليه السلام في صحيح زرارة المتقدم: «فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً»^(١)، وفي حديث جميل: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»^(٢). وقد تقدم في المسقط الأول ما ينفع في المقام.

(٢) حيث لا يعقل أن يكون التصرف الاعتباري موجباً لتغيير العين، لعدم السنخية بينهما، تعين أن يكون مراده ثبوت 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 والرد بارتفاع أثر التصرف المذكور بمثل انقضاء مدة الإجارة وفك الرهن أو فسخ العقدين وعدمه، وجهان مبنيان على ما تقدم في رجوع المبيع للملك المشتري بعد خروجه عنه. فلاحظ.

(السادس): حدوث عيب فيه (١).

(١) 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 على 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 على قيمة المعيب -: أنه كما يمكن تدارك ضرر المشتري بأرش العيب السابق يمكن تدارك ضرر البائع في إلزامه بالرد بأرش العيب اللاحق. كما حكى 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 المانع 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 بقاء بحاله، بحيث لا يتغير عما كان عليه عند البائع عرفاً. وأما ما عن

بعد قبضه من البايع (١)، 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 حتى 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 على 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 للبائع على المشتري، لعدم تنبيهه على ثبوت الأرش مع شدة الحاجة للتنبيه عليه لو كان ثابتاً عنده. إذ لا وجه له بعد كون المبيع مضموناً على المشتري بضمان المعاوضة. نظير ما تقدم في أوائل المسألة التاسعة والعشرين عند الكلام في فروع خيار الغبن. ولذا قرب في الجواهر جبره بالأرش بناء على أن له الرد.

(١) 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 على البايع. لكن ذلك وحده لا يكفي في عدم سقوط الرد. لأن مقتضى ضمانه على البايع تحمله لدركه ولو بدفع الأرش للمشتري، وهو لا يستلزم بقاء حق الفسخ و الرد.

نعم قد يدعى أن العيب المذكور بنفسه سبب للخيار، واستحقاق الفسخ، فكيف يكون مانعاً من الرد بالعيب السابق على العقد؟!.

لكن من الظاهر قصور معتبر زرارة عن إثبات الخيار بالعيب المذكور، لكون المفروض فيه وقوع الشراء على 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 على عموم الحديث له وخروجه عنه تخصيصاً بأولى عرفاً من حمل الحديث على فرض وقوع الشراء على المعيب، بل الأقرب الثاني لأنه المنسب من تعقيب وجدان العيب فيه على الشراء. ومثله غيره من النصوص الواردة في العيوب، المتضمنة وجدان الثاني العيب بعد الشراء^(١).

نعم قد يوجه ثبوت الخيار فيه بأن البيع لما كان يبتني ارتكازاً على سلامة المبيع وعلى التسليم والتسلم، فمرجع ذلك إلى أنه يبتني على تسليم المبيع سالماً، فمع تحلف ذلك بتعيب المبيع قبل القبض يتعين ثبوت الخيار.

كما قد يوجه ثبوت الأرض به بأنه مقتضى 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 إلى انفساخ البيع. فإن ذلك كما يقتضي تحمل البائع لدرك المبيع بالنحو المذكور مع تلفه بتمامه يقتضي تحمل درك النقص الحاصل فيه مما يوجب نقص ماليته، وذلك بدفع الأرض.

وقد تكون ارتكازية ذلك كله منشأً لإلحاقه بمورد نصوص خيار العيب، وهو العيب السابق على البيع، بحيث يفهم عرفاً أن موضوع الخيار حقيقة هو الأعم من العيب السابق على العيب والمتخلل بينه وبين القبض، وأنها بحكم واحد وتام 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 على عدم مانعية العيب الحادث بين البيع والقبض من الرد بالعيب السابق على 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 الأرض من عي الثمن بمجرد

حدوث العيب المذكور من دون أن يتوقف على تعذر الرد به.

نعم عن بعض مشايخنا رحمهم الله 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 على العرف بمرتكزاتهم أن يكون العيب المذكور سبباً بنفسه للخيار، ومانعاً من الرد بسبب الخيار السابق. ولعل الأولى 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 كالصریح 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 على 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 على العقد.

أما بعد انقضاء مدة الخيار المفروض كالأيام الثلاثة في الحيوان فاستحقاق الرد بالعيب السابق يبتني على 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 على البائع من الرد بالعيب السابق. وقد سبق المنع من ذلك. وربما يأتي في فصل أحكام الخيار ما ينفع في المقام. فلاحظ.

يثبت له الأرض (١).

(١) 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، على ما سبق.

بقي في المقام أمور:

الأول: بناء على المشهور فلا يفرق في ثبوت الأرض بين إحداث المشتري الحدث في المبيع قبل علمه بالعيب وبعده، كما هو مقتضى إطلاق بعضهم وصريح كثير منهم، معللاً في كلام غير واحد بأن إقدامه على التصرفات المذكورة بعد علمه إنما يدل على رضاه بالمبيع وعدم إرادة الفسخ، ولا يدل على رضاه بالعيب، بحيث يسقط حقه في الأرض، 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 الأرض». ومقتضاه أنه لا يبيقي له الأرض إلا إذا أخذه قبل التصرف، أو التزم به وأسقط الرد، بناء على نفوذ التبعض في طرفي التخيير، على ما سبق الكلام فيه.

وكيف كان فهو لا يناسب مبناه من التخيير بين الرد والأرض من أول الأمر، كما نبه لذلك غير واحد، وساقوا التعليل المتقدم رداً عليه.

أما بناء على المختار من أن الثابت من أول الأمر هو حق الفسخ والرد لا غير، وأن الأرض إنما يثبت عند تعذر الفسخ بأحد الأسباب المتقدمة فهل يختص الأرض بما إذا فعل المشتري أحد الأمور المتقدمة عن جهل بالعيب، أو يعم ما إذا أقدم عليها عالماً به؟ الظاهر أو المتيقن ممن ذهب إلى ذلك هو الاختصاص بحال الجهل. وهو مورد معتبر زراة. وكذا حديث جميل، لظهور قوله ﷺ فيه: «إن كان الثوب قائماً بعينه...» في التفصيل بين موردي الرد والأرض، بلحاظ حال المبيع عند وجدان العيب. فلا

يعم مورد الأرض فيه ما إذا كان المبيع عند وجدان العيب قائماً بعينه ثم أحدث فيه المشتري حدثاً بعد ذلك. وكذا الحال في أكثر النصوص المتضمنة للأرض في الجارية الموطوءة^(١). للترتيب فيها بين الوطء ووجدان العيب، بنحو يقتضي تأخر وجدان العيب عن الوطء.

نعم في معتبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: كان علي بن الحسين عليه السلام لا يرد التي ليست بحبل إذا وطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها»^(٢)، ونحوه غيره. لكنها واردة لبيان امتناع الرد مع الوطء وثبوت الأرض بدله، لا لبيان ثبوت الأرض، ليكون لها إطلاق يشمل صورة الوطء بعد العلم بالعيب.

على أن من القريب ورود القيود المذكورة في معتبر زرارة الأول لموضوع الأرض مورد التحديد، فتدل على انتفاء الأرض بانتفائه، بنحو تصلح للخروج عن إطلاق هذه النصوص له تم. ومن هنا يتعين الاقتصار في استحقاق الأرض على صورة ما إذا كان إحداث الحدث قبل العلم بالعيب.

الثاني: تقدم من المبسوط والخلاف أن حدوث العيب في المبيع إنما يمنع من الرد ويوجب الأرض إذا لم يرض البائع برد المبيع، أما مع رضاه به فلا يستحق المشتري الأرض عليه. وهو ظاهر المذهب.

وكأنهما فهما من دليل مانعية العيب من الرد وسببته للأرض ابتناءه على الإرفاق بالبائع في عدم إلزامه بقبول المعيب مع تجدد عيب آخر فيه، ثم الإرفاق بالمشتري في عدم تحميله نقص العيب وتعويضه بالأرض، فإذا رضي البائع 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

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٥.

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، وحينئذ لا بد من كون الحكم المذكور تعدياً من أجل حل المشكلة من دون أن يبتني على 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 حتى باعه لم يكن له الرجوع على البائع الأول بالإرش إذا رضي المشتري بالعيب ولم يرجع عليه بالأرش، ونحوه في المذهب مدعياً الإجماع عليه.

وكأنه للبناء على الاقتصار في استحقاقه للأرش على 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، لدعوى عدم كون بيع المعيب إحداثاً فيه، ولا منافياً لقيامه بعينه، ليكون استحقاق الأرش مقتضى النص. بل الوجه عندهما في الرجوع على 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 إلى أن الضرر إن حصل للمشتري الأول فهو بتخلف وصف السلامة عليه، لا بدفعه الأرش للمشتري الثاني. وإلى أنه قد لا يتضرر مالياً بقبول المعيب، لعدم تجاوز الثمن الذي اشتراه به قيمته وهو معيب. وإلى أن الأرش الذي يدفعه قد

(مسألة ٥١): يسقط الأرش دون الرد فيما لو كان العيب لا يوجب نقصاً في المالبية (١)، 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 المثلن والثمن وهو غير بعيد. فلاحظ.

(١) كما صرح به غير واحد بل لا ينبغي الإشكال فيه، وإن ذكره في الدروس احتمالاً. إذ لا موضوع للأرش حيثئذ. فهو في الحقيقة ليس من موارد سقوطه، بل لا يثب رأساً.

وربما يدعى 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 ﷺ في حديث جميل: «يرجع بنقصان العيب»^(١).

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 ﷺ 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 على النساء من دون أن يتحجب منهن. كما أنه قيل بحرمة بنفسه.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٣.

وذلك بدعوى: 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 بالحرمة يوجب حرمة بيعه، لكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالباطل، على ما تقدم في المسألة الثامنة من مقدمة كتاب التجارة. وهو أمر آخر.

هذا وفي الدروس: «لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح - كما في الخصي - احتمل سقوط الأرض وبقاء الرد لا غير. ويشكل مع حصول مانع من الرد، لحدوث عيب أو تصرف، فإن الصبر على 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.

ودعوى: قصور العموم المذكور عن المورد، لاختصاص نصوصه بالعيب الموجب لنقص المالية، حيث تضمنت الرجوع بأرش العيب، بل يتعين البناء على 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 الأرض لجبر الضرر المالي الحاصل للمشتري، فمع عدمه لا أرش، لا لتوقف مانعية الحدث من الرد على كون العيب موجباً لنقص المالية، لعدم التناسب بينهما ارتكازاً.

بحيث صارت قيمة الخصي تساوي قيمة الفحل (١). وإذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما قيل: لا أرش (٢)، حذراً من الربا. لكن الأقوى جواز أخذ الأرش (٣).

بل قد يكون العيب المذكور موجباً لزيادة المالية، كما تقدم عن الدروس، فهو أخرى بأن يلزم المشتري بالصبر عليه بسبب الحدث الذي حصل للبيع 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، على ما ذكرناه آنفاً. وربما أيد بمرسل السيارى عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: «كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^(١).

ودعوى: أن كونه عيباً لا يستلزم عموم الرد به. مدفوعة بأن شيوع استحقاق الرد بالعيب موجب لظهوره في سوقه لبيان استحقاق الرد به. فلاحظ. (١) بل قد تزيد عليه، كما تقدم من الدروس.

(٢) كما في المبسوط والمهذب والغنية وجامع الشرائع والتذكرة والقواعد والدروس وجامع المقاصد وعن التحرير والإيضاح وغيرهما.

(٣) كما حكاه في جامع الشرائع عن بعض أصحابنا فيما لو تجدد عند المشتري عيب يمنع من الرد قال: «لأن الأرش منفصل عن البيع». وإليه يرجع ما حكاه في التذكرة عن الشافعية كأحد وجوه ثلاثة في الفرض المذكور.

قال: «الثالث: أن يرجع المشتري بأرش العيب القديم، كما في غير هذه الصورة.

والمائلة في مال الربا إنها تشترط في ابتداء العقد، وقد حصلت، والأرض 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 الأرض حتى مع عدم حدوث المانع من الرد، بناء على المشهور من تحيير المشتري ابتداء بين الرد والأرض. ولا وجه مع ذلك للتفصيل بينهما، كما قد يظهر من التذكرة.

نعم قال شيخنا الأعظم رحمته بعد تقرير ذلك: «هذا ولكن يمكن أن يدعى 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 على فقد استحقاق عوض. ومن المعلوم أن الأرض عوض وصف الصحة عرفاً وشرعاً. فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوي الآخر...».

وظاهره أن امتناع الأرض في المقام ليس لكونه جزءاً من الثمن، بل لظهور نصوص الربا في أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، ولا يترتب على فقد استحقاق عوض، فيكون ذلك مخصصاً لنصوص الأرض 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 على الآخر في المقدار، لئلا يلزم الربا. ولا يكفي في جبر الناقص منها اشتماله على صفة كمال غير موجودة في الآخر بعد أن لم تكن الصفة بمقتضى وضع المعاوضة مقابلة بجزء من الثمن.

وهذا وحده لا يرجع إلى إلغاء مالية الصفة في الربويين، بحيث لا تقابل بالمال، بنحو يكون مخصصاً لعمومات الأرض في المقام. وإلا لزم عدم ضمان الصفة

في الربويين بالإتلاف وغيره من أسباب الضمان، مع ظهور عدم بنائهم على ذلك، بل يقطع ببطلانه.

وأما الفرق بينه وبين المقام بما ذكره في جامع المقاصد في رد ما سبق من التذكرة من أن أخذ الأرض إنما كان لفوات مقابله من المبيع، فتبقى المعاوضة على المعيب وما بقي من الثمن بعد الأرض.

فهو راجع إلى الالتزام بكون الصفة جزءاً من المبيع والأرض جزءاً من الثمن، وليس غرامة خارجة عنه. وهو خروج عما قرره شيخنا الأعظم رحمته وسبقه إليه في التذكرة، وذكرنا أنه الحق الحقيقي بالقبول.

ومثله دعوى: أن الاستفادة من أدلة الربا المنع من الزيادة في الربويين، سواء كانت مقتضى نفس المعاوضة، لزيادة أحد المعوضين على الآخر أم تبعاً لها كالأرض في المقام، فإنه وإن لم يكن جزءاً من أحد العوضين، إلا أن استحقاقه ناشئ من بيع المعيب ومرتّب عليه.

لاندفاعها باختصاص أدلة الربا بالأول. ولا دليل على تعميمه للثاني.

ثم إن المانعين من أخذ الأرض في المقام حيث كان يلزمهم عدم أخذه حتى مع حدوث عيب في المبيع عند المشتري، وكان صبر المشتري على المعيب بالعيب السابق على العقد ضرراً عليه، فقد حاولوا حلّ المشكلة بوجوه مختلفة لا يسعنا إطالة الكلام فيها بعد أن كنا في غنى عنها بما سبق من جواز أخذ الأرض.

هذا وقد قال في التذكرة: «وإذا أخذ الأرض 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 أخذ غير الجنس، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر» وما ذكره رحمته متين جداً. والقول الآخر محكي عن العامة.

بقي شيء: وهو أنه قد سبق منا عند الكلام في المسقط الأول للرد الكلام في

(مسألة ٥٢): يسقط الرد والأرض بأمر:

(الأول): العلم بالعيب قبل العقد (١).

(الثاني): تبرؤ البايع من العيوب (٢)،

سقوط الأرض 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 رحمته وغيره التنبيه لذلك. وربما كان تركهم ذلك لوضوحه.

(١) كما هو صريح وظاهر جماعة كثيرة من الأصحاب. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده» بل نفى الخلاف فيه في الرياض. وقال شيخنا الأعظم رحمته: «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: «أبى 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.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي الخلاف والغنية والتذكرة الإجماع عليه. وقد استدلل 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^(١). ومعتبر جعفر بن عيسى: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد، فينادي عليه المنادي. فإذا نادى عليه برء 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»^(٢).

الثالث: رجوعه إلى 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 ابتنى العقد عليها. كما هو مقتضى معتبر جعفر بن عيسى. ولعموم أدلة الشروط للشرط الضمني. ولأنه الشائع بين الناس، خصوصاً فيمن يزيد، فيكون ظاهر إطلاق معتبر زرارة الاكتفاء به.

الثاني: ظاهر جمهور الأصحاب وصريح كثير منهم كفاية التبرؤ من العيوب

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٢ باب: ٨ من أبواب أحكام العيوب حديث: ١.

إجمالاً من دون تفصيل لها، فضلاً عن الإعلام بها. وهو معقد الإجماعات المتقدمة. وحكى في السرائر عن بعض أصحابنا أن ذلك لا يكفي في إسقاط الرد. قال في المختلف: «وهو قول ابن الجنيّد».

وقال ابن البراج في المذهب: «لا يجوز لأحد أن يبيع غيره شيئاً معيماً حتى يبين العيب للمشتري ويطلعه عليه. وقد ذكرنا في كتابنا (الكامل) أنه إذا تبرأ البائع إلى المشتري من جميع العيوب لم يكن له الرد. فكان ذلك كافياً ومغنياً عن ذكر العيوب على التفصيل. والذي ذكرناه ههنا من تبين العيب للمشتري وإطلاعه عليه على التفصيل أحوط. والذي ينبغي أن يكون العمل عليه...». وقد يظهر التوقف من الدروس، لاقتصاره على 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 يرثه ذلك، حتى يخبره بالعيب الذي تبرأ منه، ويطلعه عليه»^(١). 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 للعيب الحاصل عند العقد دون المتجدد، كما استقر به في التذكرة وغيره. لكن في الجواهر بعد أن تعرض لحكم

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب العيوب حديث: ٢.

بمعنى اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الأرش (١).

البراءة من العيب المتجدد قال: «ثم على الصحة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها. وإن كان المنساق إلى 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 إلى اشتراط سقوطه معلقاً على ثبوته، وفي مرتبة متأخرة عنه. كما تقدم أن التعليق في مثل ذلك لا محذور فيه بعد عموم نفوذ الشروط وعدم قيام الإجماع على بطلان التعليق في متعلق الشرط، بل المتيقن منه بطلان التعليق في أصل العقد. ويأتي إن شاء تعالى في المسألة السادسة والخمسين عند الكلام في العيب الحادث بعد العقد قبل القبض ما ينفع في المقام.

(١) ذكر شيخنا الأعظم رحمته أن الأنسب بمعنى البراءة عدم ضمان العيب بهال، ومرجع ذلك إلى سقوط الأرش، دون الفسخ. وكان سيدنا المصنف رحمته أقره على المعنى الذي ذكره للبراءة، وحاول تعميمه للفسخ بلحاظ أن فيه رجوعاً على البائع بالثمن. لكن الرجوع بالثمن لما كان متفرعاً على الفسخ، فهو ليس من سنخ ضمان العيب بالمال.

فالأولى منع ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته من أن الأنسب بمعنى البراءة خصوص عدم ضمان العيب بالمال، بل هي عبارة عن التنصل من تبعة العيب، فيعم حق الفسخ والأرش معاً، لظهور أن ثبوت حق الفسخ للمشتري نحو من التبعة على

البائع 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 ~~تنتزح~~ 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 والأرض معاً، سواء كان العيب سبباً للتخيير بينهما - كما هو المشهور - أم للترتيب بينهما، كما هو المختار.

مع أن ذكره ~~تنتزح~~ للمعنيين المذكورين وللمعنى 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 على كل منها ثبوتاً لو كان هو المقصود للبائع، مع الكلام فيما هو الظاهر منها الذي يكون عليه العمل في مقام الإثبات. فهو في غاية الإشكال بناء على المشهور من التخيير بين الفسخ والأرض 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 إلى اشتراط عدم إعمال أحد طرفي التخيير مع ثبوتها معاً، لا اشتراط سقوطه وحده. لكنه خلاف ظاهر البراءة.

وأما بناء على المختار من الترتيب بين الفسخ والأرض، فقد يتجه اشتراط سقوط الأرض. لإمكان إسقاطه في ظرف ثبوته، فيصح اشتراط سقوطه معلقاً على تحقق موضوعه، على ما سبق في نظائر المقام.

أما اشتراط سقوط الفسخ وحده الذي هو المعنى الثالث الذي ذكره، فلا يخلو عن إشكال. لظهور نصوص الأرض في تفرع ثبوته على تعذر الرد، بنحو يظهر في كونه هو الثابت بالأصل لولا التعذر، ولا إطلاق لها ينهض بثبوت الأرض في فرض

(الثالث): تأخير اختيار الفسخ والإمساك بالأرض، لأن الأقوى أن الخيار هنا على الفور، فإذا لم يبادر إليه سقط (١). وكذا الحكم في أمثاله.

سقوط الرد بشرط أو غيره. كما لا دليل آخر على ثبوته حينئذ من سيرة أو إجماع، كما لعله ظاهر. فلاحظ.

(١) فقد صرح بسقوط الرد بتركه بعد العلم بالعيب في المبسوط والوسيلة والغنية، مدعياً في الأخير أن الخيار على الفور بلا خلاف.

بل نسب شيخنا الأعظم رحمته له سقوط الأرض أيضاً. وهو يبتني على أن مذهبه التخيير بين الرد والأرض ابتداء. لكن لا شاهد على ذلك بعد إطلاقه الخيار، الظاهر في خصوص الرد، وعدم ذكره للأرض إلا في فرض حصول العيب عند المشتري، ولو في بعض المبيع، نظير ما تقدم من الشيخ رحمته في المبسوط.

هذا وقد صرح جماعة بأن الخيار هنا على 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، حتى حديث جميل، لوروده لبيان توقف جواز الرد على بقاء المبيع على حاله، لا لتشريع الخيار، ليكون مقتضى إطلاقه التراخي. ولأقل من كون ذلك هو المتيقن منه. وحينئذ يتعين الرجوع لعموم اللزوم في المقام، بناء على ما تقدم في نظائره من أن المرجع في مثل ذلك عموم العام، دون استصحاب حكم المخصص.

وأما الأرض فالكلام فيه (تارة): على القول بالتخيير بينه وبين الأرض. (وأخرى): على القول بالترتيب بينهما.

أما على التخيير فإن كان دليhle ما سبق من التذكرة من أن لوصف الصحة جزءاً من الثمن، فالمتعين كونه على التراخي، لرجوعه إلى بقاء جزء من الثمن في ملك

المشتري، ومن الظاهر أن خروجه عن ملكه وسقوط حقه فيه يحتاج إلى سبب، ولا دليل على سببية عدم المبادرة للمطالبة لذلك، بل يتعين استصحابه.

وإن كان دليله الإجماع المدعى فالمتيقن منه صورة المبادرة للمطالبة به، بحيث يكون الزمان الأول قيداً 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 على التسامح العرفي في موضوع الاستصحاب يتعين استصحابه، فيقال: كان له المطالبة بالأرض فهو كما كان. ولعله عليه يتبني ظهور كلام بعض من ذهب للفور في سقوط الرد بعدم المبادرة له دون الأرض. لكن المبنى المذكور ضعيف، على ما أوضحناه في الأصول.

وأما بناء على الترتيب فقد يدعى أن مقتضى إطلاق نصوص ثبوت الأرض 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 الأرض 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 إلى حصول المانع، لا سقوط الرد قبل حصوله، بسبب عدم المبادرة للفسخ، حيث لا موضع عرفاً للمانعية حينئذ.

نعم لو لم يعلم بالعيب حتى حصل المانع من الرد فظاهر نصوص الأرض استحقاق المشتري له بنحو يبقى وإن لم يبادر للمطالبة به، وعدم سقوطه إلا بالإسقاط

ثم إن الفور بالإضافة إلى الفسخ في المقام عرفي في مقابل إمكان التأخير تشهياً لا

(مسألة ٥٣): المراد من العيب ما كان على خلاف مقتضى الخلقة الأصلية (١)، سواء أكان نقصاً، مثل العور والعمى والصمم والخرس

لعذر، على نحو ما تقدم في خيارى الغبن والرؤية، لأنه على غرارهما في كونه ارتكازياً مع احتياج الفور الحقيقى لعناية في مقام العمل فأغفال التنبيه عليه في النصوص شاهد بعدمه. فلاحظ.

(١) 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 المجرى الطبيعى. قال في مفتاح الكرامة تعقيماً على ما في القواعد: «هذا الضابط مجمع عليه في الجملة، كما في مجمع البرهان والظاهر الاتفاق عليه، كما في الرياض. وقد طفت عباراتهم على اختلاف يسير ستعرفه».

وقد ذكر غير واحد أن الأصل فيه ما رواه الكليني بسنده عن السيارى قال: «روي عن أبي ليل أنه قدم إليه رجل خصماً له، فقال: إن هذا باعني هذه الجارية، فلم أجد على ركبها»^(١) حين كشفها شعراً، وزعمت أنه لم يكن لها قط. قال: فقال له ابن أبي ليل: إن الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذي كرهت؟ قال: أيها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به. قال: اصبر حتى أخرج إليك، فإني أجد أذى في بطني، ثم دخل وخرج من باب آخر، فأتى محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على 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 (صلى الله عليه وآله) أنه قال: كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب. فقال له ابن أبي ليل: حسبك. ثم رجع إلى القوم فقصى لهم بالعيب»^(٢).

(١) الركب بالفتح العانة أو منبت الشعر فيها. وعن الخليل أنه يختص بالمرأة.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب العيوب حديث: ١.

لكن يشكل الاستدلال بالحديث المذكور.

أولاً: لضعفه في نفسه ولو بالإرسال. ودعوى: انجباره بعمل الأصحاب، لرجوع ما ذكره جمهورهم في تحديد العيب لمضمونه. مدفوعة بقرب ابتناء جريهم على مضمونه على كون المنظور لهم بدواً مطابقته لمعنى العيب عرفاً، كما صرح بذلك بعضهم. ولا سيما مع عدم تعرض غير واحد ممن ديدنهم تحرير الفتاوى من القدماء لتحديد معنى 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. ولا سيما أن العيب لا يختص بالمخلوقات الإلهية، بل يحصل في المصنوعات البشرية أيضاً.

كما أنهم قد عدوا من جملة العيوب استحقاق القتل أو القطع - بالردة أو الجناية - والاستسعاء في الدين والزنا والسرقة والخيانة وشراب المسكر، وادعي الإجماع على بعضها.

كما ادعي الإجماع على كون الإباق عيباً. وهو مقتضى 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 البيعة أنه كان أبى عنده»^(١) مع وضوح عدم خروج ذلك كله عن مقتضى 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 على سقوط الغلفة 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 والوضاء. وكذا مثل زيادة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢ من أبواب العيوب حديث: ٢.

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 يطرأ بعد ذلك، لزم - مضافاً إلى ما سبق - صدق العيب على مثل الختان وتقليم الأظفار والأخذ من الشعر أو الصوف أو الحافر بالنحو المتعارف. وكذا تعليم الإنسان وتدجين الحيوان وتدريبه بالنحو الأصحح في الانتفاع به.

وكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به في نفسه، ويصعب دعوى فهمه من الحديث المذكور جداً. بل يصعب البناء على 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 عرفاً

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 يأبى كثيراً مما سبق أنه مقتضى الجمود على 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 ونقص، 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 على ركب الجارية شيئاً فيها موجباً لصدق العيب لقضى به ولم يحتج لمراجعة محمد بن مسلم. فتوقفه عن القضاء بالعيب قبل سماع الحديث وقضائه به بعده لا بد أن يبتني على فهمه تحديد العيب بذلك، لا مجرد تعميمه للزيادة والنقص بعد الفراغ عن كون العارض عيباً.

بل قد يدعى أنه خلاف ما فهمه محمد بن مسلم (رضوان الله تعالى عليه) من الحديث، حيث قد يظهر منه أنه كان يرى الواقعة من صغريات الكبرى التي تضمنها

الحديث، يكفي فيها، وإن لم يكن عنده فيها نص خاص.

لكن ذلك وحده لا يكفي في الجمود على عبارة الحديث بعد ملاحظة ما ذكرنا. ولا سيما 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 على محمد بن مسلم (رضوان الله تعالى عليه) على كون المورد من صغريات الكبرى المذكورة.

وكيف كان فلا مجال للجمود على عبارة الحديث في تحديد العيب، بل لابد من الرجوع فيه للعرف. والمعيار فيه على 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 على ذلك في المسالك ومحكي الميسية وهو مقتضى إطلاق جمهور الأصحاب المطابق لعموم الحديث المتقدم - بناء على نهوضه بالاستدلال - والمناسب لما عليه العرف.

بل التقييد المذكور لا يناسب ما صرح به العلامة وغيره من أن الخضاء والجب عيبان وإن كانا موجبين لزيادة المالية، بل في المسالك الاتفاق على ذلك، وظاهر التذكرة

والعرج ونحوها (١)، أم زيادة، مثل الإصبع الزائدة واليد الزائدة. أما إذا لم يكن على خلاف مقتضى الخلقة الأصلية، لكنه خلاف الغالب - مثل كون الأرض مورداً لنزول العساكر، وكون الفرس غير ممرن على السير - ففي كونه عيباً بحيث يثبت به الأرض (٢) إشكال. وإن كان هو الأظهر (٣).

(مسألة ٥٤): إذا كان العيب موجوداً في أغلب أفراد ذلك الصنف مثل الثيوبية في الإماء فالظاهر عدم جريان حكم العيب عليه (٤).

الإجماع على استحقاق الرد بها.

ولعله لذا قال في جامع المقاصد: «كان عليه أن يقيد بقله: غالباً، ليندرج فيه الخضاء والجب، فإنها يزيدان في المالية، مع أنها عيان يثبت بها الرد قطعاً...».

(١) ومنه النقص في الطبيعة. بنحو لا يستلزم نقصاً في عضو، مثل المرض ونحوه من جهات الشذوذ المزاجي المرغوب عنها نوعاً.

(٢) ظاهره المفروغية عن ثبوت خيار الفسخ فيه. ولم يتضح وجهه. إذ مع صدق العيب عليه يتعين ثبوت حق الفسخ والأرض 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.

(٣) 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 على ما ذكرناه من أن المعيار فيه الصدق العرفي.

(٤) قد صرح بعدم ثبوت الخيار بالثيوبية 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 إلى دليل.

وفي الرياض أن المشهور عدم كونها عيباً، وعن الكفاية نسبته 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 الفتوى.

هذا ولا ينبغي الإشكال في كونها عيباً بالنظر لمعيار العيب عندهم، بل حتى بناء على ما ذكرناه في معياره، لكونها خروجاً عن مقتضى الخلقة الأصلية، موجباً عرفاً لنحو من النقص المرغوب عنه نوعاً.

وما عن إيضاح النافع من أن البكارة صفة كمال في غير العاجز، كأنه يتني على 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 الثبوتية 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 على 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 بالثبوتية. بل لعل ذلك هو المنشأ لاختلاط الأمر على من منع من كونها عيباً، كما يناسبه ما سبق من التذكرة من التفصيل بين الصغيرة والكبيرة، وإلا فلا منشأ للتفصيل في صدق العيب بينها. وإلى ما ذكرنا يرجع توجيه التفصيل المذكور في المسالك والروضة.

ومقتضى ذلك أنه مع اشتراط البكارة صريحاً فمع تخلفها يثبت حكم العيب من الرد أو الأرث، إذ بعد أن كانت الثبوتية عيباً، فعدم ترتب حكم العيب عليها مع الإطلاق - لعدم اشتراط السلامة منها ضمناً، بسبب غلبة وجودها - يستلزم ترتب

حكمه مع اشتراطها صريحاً.

وعلى ذلك جرى 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 بكرة فخرجت ثيباً روى أصحابنا أنه ليس له الخيار، وله الأرض». والظاهر أنه يشير بذلك إلى ما سبق في أوائل الكلام في خيار الرؤية من حديث إسماعيل بن مرار عن يونس: «في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء. قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»^(١). والظاهر أن المفروض فيه وطء الجارية، لأنه المنصرف من قوله: «فلم يجدها»، وحيث كان الوطء مانعاً من الرد بالعيب تعين الأرض. فلا ينهض بإثبات عدم استحقاق الرد مع عدم الوطء، لينافي ما تقدم من مقتضى القاعدة. ولعل ذلك هو مراد بعض من اقتصر على الرد، ولم يذكر الأرض.

إلا أنه صرح بعدم ثبوت الأرض 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 على أنها بكر فلم يجدها على ذلك. قال: لا ترد عليه ولا يوجب [يجب] عليه شيء. إنه يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها»^(٢). وبنحو ذلك عبر في النهاية ومحكي الكامل للقاضي ابن البراج. وجمع في الاستبصار بينه وبين حديث يونس بحمله على أنه لا يجب عليه شيء معين، وإن وجب عليه الأرض الذي يختلف باختلاف الجوارى. لكنه مخالف لظاهره جداً.

- (مسألة ٥٥): لا يشترط في العيب أن يكون موجباً لنقص المالية (١).
نعم لا يثبت الأرش إذا لم يكن كذلك، كما تقدم.
- (مسألة ٥٦): كما يثبت الخيار بالعيب الموجود حال العقد، كذلك يثبت بالعيب الحادث بعده قبل القبض، فيجوز رد العين به (٢). وفي جواز أخذ الأرش قولان (٣)

والمتعين بمقتضى التعليل فيه حمله على ما إذا لم يجرز 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.

وحينئذ يدل على 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 رحمته. وأنه يتعين عدم جريان حكم العيب عليه إلا مع اشتراط السلامة منه صريحاً. فلاحظ.

(١) كما يظهر مما سبق في تحديد معنى العيب منا ومنهم.

(٢) قطعاً كما عن المذهب البار، 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.

(٣) 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 سهاوي (١) أما إذا كان بفعل المشتري فلا أثر له (٢). ولو كان بفعل غيره رجع على الجاني (٣) بالأرث (٤)، ولا خيار على الأحوط (٥).

الشرايع وظاهر القواعد وأحكام العيب من الإرشاد والدروس وعن غيرهما. وجزم بعدم استحقاق الأرث في المبسوط والخلاف والسرائر وكشف الرموز وعن غيرها، ونفى الخلاف فيه في الخلاف والسرائر.

وقد سبق ممّا في المسألة الخمسين توجيه ثبوت الأرث بما تضمن أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه، وأن تمام الكلام في ذلك في المسألة الثالثة من فصل أحكام التسليم والقبض.

(١) ويلحق به ما إذا لم يكن العيب مضموناً على المتلف أو من يقوم مقامه، كما لو كان بفعل حيوان لا يضمن صاحبه درك ما أتلّفه.

(٢) لأنه مضمون عليه. وما دلّ على 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، على ما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

(٣) عملاً بمقتضى القاعدة من رجوع المالك على المتلف. نعم لو فسخ ورد المعيب على البايع كان للبايع الرجوع بالأرث على المتلف.

(٤) المراد بالأرث هنا هو فرق ما بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة السوقية، لأنه مقتضى القاعدة في الضمان، وليس هو الفرق بينهما بالنسبة إلى الثمن، فإن ذلك يختص بالرجوع على البايع في مورد خيار العيب، تبعاً لاختصاص دليله به.

(٥) يأتي منه تنبّه في المسألة الثالثة من فصل أحكام التسليم والقبض أن الأظهر ثبوت الخيار له. وهو مقتضى الوجه المتقدم منا في المسألة الخمسين. ويأتي تمام

(مسألة ٥٧): يثبت خيار العيب في الجنون والجذام والبرص والقرن إذا حدثت بعد العقد إلى انتهاء السنة من تاريخ حدوث الشراء (١).

الكلام فيه هناك إن شاء الله تعالى.

(١) صرح بذلك في الثلاثة الأول في المقنعة والنهاية والغنية والوسيلة والسرائر والجامع والتذكرة والإرشاد والقواعد والدروس وغيرها. وفي الخلاف والغنية والسرائر دعوى الإجماع عليه. ونسبه في المبسوط إلى 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 على صاحبه. فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا، إلا أن يقيم البيئة أنه كان أبق عنده» (١)، وغيره مما يأتي بعضه.

نعم قال الكليني: «وروى الوشا أن العهدة في الجنون وحده إلى سنة» (٢).

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 عليه السلام، لبيان اقتصار رواية الرضا على الجنون، إلا من الإمام لبيان انحصار الحكم بالجنون. ولا أقل من الجمع بينه وبين بقية النصوص بحمله على ذلك.

وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها خيل أو برص أو نحو هذا. وعهدة سنة من الجنون. فما بعد السنة فليس بشيء» (٣). ولذا توقف في مجمع الفائدة في البرص لاعتضاد الصحيح بالأصل وأدلة لزوم البيع.

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٢: من أبواب العيوب حديث: ٢، ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٣: من أبواب الخيار حديث: ٧.

لكن يوهنه ظهور إعراض الأصحاب عنه، وكثرة النصوص الأول المعول عليها عندهم. مضافاً إلى اشتماله على الخبل بالحاء المهملة، كما في الوسائل، أو على الخبل بالحاء المعجمة كما في الكافي والتهذيب. والأول لإشكال ظاهر في عدم تحديده بثلاثة أيام، كما يظهر من النصوص الكثيرة^(١) المشهورة رواية وفتوى. والثاني مردد بين الجنون وفساد البدن والأعضاء. وعلى الأول يلزم اضطراب الحديث، وعلى 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 الحقائق والجواهر بعد تشابهها في الكتابة، لأن ذلك هو الأنسب بالتعاطف. فتأمل.

كما قد يستشكل في الجذام بأنه موجب لانتعاق العبد، ومع اعتناقه 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 نسبته إلى أبي علي. واقتصره في الشرايع على 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 على ردها. بل ادعى في المسالك الشهرة على 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 على صاحبه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٥٠ من أبواب العيوب.

إلى تمام السنة من يوم اشتراه»^(١) ونحوه معتبر ابن فضال^(٢) ومعتبر محمد بن الحמיד عن محمد بن علي عنه عليه السلام^(٣).

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 لتعدددها. بل قد يظن لأجلها باشتغال في صحيح أبي همام على القرن، كما رواه في الوسائل عن الشيخ، وإن لم نجده في التهذيب كذلك، بل رواه - كما في الكافي - مشتملاً على 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 على 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». وعمم ذلك في السرائر والقواعد والدروس وغيرها لمطلق التصرف، وفي الجامع: «ما لم يتصرف فيه المشتري أو يحدث عنده عيب آخر».

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٥: من أبواب العيوب حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٣: من أبواب الخيار حديث: ١، ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٣: من أبواب الخيار ذيل حديث حديث: ٢.

(مسألة ٥٨): كيفية أخذ الأرض أن يقوم المبيع صحيحاً، ثم يقوم معيياً، وتلاحظ النسبة بينهما، ثم ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة (١).

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، على الكلام في حدودها وتفصيلها. فلاحظ.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم). وقد سبق إلى إيضاحه في المبسوط. قال: «وإذا اشترى أمة فوطأها، ثم ظهر لها بعد ذلك عيب، لم يكن له ردها، وكان له الأرض، سواء كانت بكرأ أو ثيباً. 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. وإننا قلنا يرجع بما نقص من الثمن دون القيمة، لأنه لو رجع بما نقص من القيمة، لأدى أن يجتمع للمشتري الثمن والمثلن 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 - والمثلن. وهذا لا يجوز. ويخالف ذلك إذا غصب جارية فافضها، فإنه يلزمه ما نقص من قيمتها إجماعاً، لأنه لا يؤدي إلى إجماع البذل والمبدل». وجرى على ذلك غير واحد ممن تأخر عنه.

لكن إجماع البذل والمبدل للمشتري إنما يلزم إذا كان رجوع فرق القيمة مقتضى نفس المعاوضة، كما هو الحال بناء على أن ثبوت الأرض مقتضى نفس عقد البيع، لمقابلة وصف السلامة أو جميع الأوصاف التي يبتني عليها البيع بجزء من الثمن، حيث يتعين توزيع الثمن على الصفة المفقودة وبقيّة المبيع، وبقاء شيء من الثمن للبائع مقابل ما سلم من المبيع للمشتري لئلا يجتمع له الثمن والمثلن.

إلا أنه سبق ضعف المبنى المذكور، وأن ثبوت الأرض حكم شرعي تعبدى من أجل تدارك ضرر المشتري. وحينئذ لا مانع من استيعابه لمقدار الثمن، بل زيادته عليه، كما هو الحال لو تعدى البائع فأحدث في المبيع بعد قبضه المشتري ما ينقص من قيمته، حيث يتعين ضمانه للمشتري أرض النقص وإن استوعب الثمن أو زاد عليه.

ومن هنا يتعين النظر في دليل الأرض. والجمود على عبارة النصوص تقتضي وجوب فرق القيمة السوقية، كما هو مفاد التعبير في جملة منها بقيمة العيب^(١)، أو بقدره^(٢)، وقوله ﷺ في معتبر طلحة بن زيد: «تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء، ثم يرد الباع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء»^(٣)، وقريب منه غيره.

وكذا قوله ﷺ في معتبر زرارة المتقدم: «ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»^(٤).

أما ما في الجواهر من ظهوره في المعنى المشهور، وإلا لم يكن وجه للتقييد بالثمن. ففيه: أن ظاهر الثمن فيه، هو القيمة السوقية، لا الثمن الشخصي الذي وقع عليه البيع، إذ هو كالصريح في فعالية إنقاص العيب بوجوده الواقعي للثمن، الملزم بحمل الثمن فيه على 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 على عبارته يقتضي وجوب فرق القيمة السوقية. بل هو الظاهر مما تضمن إطلاق نقصان العيب^(٥). أو عنوان الأرض^(٦). ولا أقل من حمله عليه بقرينة ما سبق.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٦، ٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ١، ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٢.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٧.

لكن النصوص المذكورة كما تضمنت ذلك تضمنت عنوان الرد للأرض^(١) بنحو يظهر في كون الأرض 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»^(٢) وقوله عليه السلام في معتبر زرارة: «وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها»^(٣)، سواء كان المراد به أنه بعض من عينه أم بعض من مقداره، حيث لا يصدق عنوان الرد إلا بذلك، ولا يصدق فيها لو كان المردود أكثر من الثمن، مع أن الأرض لو كان هو فرق العيب بحسب القيمة السوقية فقد يزيد على الثمن.

وليس حمل التعبير المذكور في هذه النصوص على غير هذه الصورة، لندرتها، بأولى من حملة على فرض كون الثمن في بيع المبيع بقدر القيمة السوقية، لأن ذلك مقتضى الأصل في البيع، على ما سبق في خيار الغبن. حيث يتطابق حينئذ الأرض الذي ذكره الأصحاب مع فرق العيب بحسب القيمة السوقية.

بل الثاني هو الأقرب، بل المتعين، بلحاظ قضاء المناسبات الارتكازية بأن حكم الشارع بالأرض وإن كان على خلاف مقتضى القاعدة، لما سبق من عدم ابتناء البيع على مقابلة الصفة بالمال، بل هي من سنخ الداعي لزيادة الثمن المبذول بإزاء العين، إلا أنه يبتني على مراعاة الداعي المذكور، وتدارك خسارة المشتري في البيع بسببه، ومن الظاهر أن خسارة المشتري بعد أن لم تكن مترتبة على فعل البائع بإتلاف الصفة، ليكون تداركها بدفع قيمة الصفة السوقية، بل على تحيل 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 النقص، وهي عين الأرض الذي ذكره الأصحاب.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٢، وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب

العيوب حديث: ٢، ٣، ٤، ٦، وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٦ من الأبواب المذكورة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٥٧.

ولعل ارتكازية ذلك، ونهوضه بتفسير مفاد النصوص تمنع من نسبة الخلاف في معنى الأرض ممن عبر بعبارة النصوص، أو تستفاد فتواه بمضمونها من رواية لها، كما في المقنعة والنهاية وعن الصدوقين. وإلا فمن البعيد جداً التزامهم بما يقتضيه الجمود على التعبير المذكور. بل جزم غير واحد بعدم إرادتهم ذلك. ومن ثم استظهر شيخنا الأعظم ^{ثمة} عدم الإشكال والخلاف في المسألة غاية الأمر أن المنظور لغير واحد هو استبعاد بنائهم على جواز اجتماع البذل والمبدل للمشتري، لا ما ذكرنا من الوجه.

بقي شيء: وهو أنه هل يجب دفع الأرض من عين الثمن، أو لا يتعين ذلك، بل له دفعه من غيره؟ قد يكون مقتضى الجمود على التعبير بالرد في كلام غير واحد هو الأول. وأظهر من ذلك مثل ما تقدم من المبسوط من الرجوع بجزء من الثمن أو أن الأرض جزء منه. نسبته إليه نسبة التفاوت بين الصحيح والعيب، كما في الشرايع والقواعد والإرشاد وغيرها. وإن صرح بعض من عبر بذلك بعدم التقيد بعين الثمن، كما في التذكرة.

والذي ينبغي أن يقال: إن كان منشأ استحقاق الأرض 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 الأرض من عين الثمن، كما في تبعض الصفقة.

أما بناء على ما سبق من عدم تمامية ذلك، وأن ثبوت الأرض حكم شرعي تعبدى من أجل تدارك ضرر المشتري فقد قرب شيخنا الأعظم ^{ثمة} عدم وجوب دفعه من عين الثمن قال: «لأصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن، وبراءة ذمة البائع من جوب دفعه...» كما قرب وجوب دفعه من النقدين، لأنها الأصل في ضمان المضمونات، بنحو يظهر منه وجوب ذلك حتى لو كان الثمن من غير النقدين.

لكن لو تم الأصل الذي أصله في نفسه فلا بد من رفع اليد عنه بنصوص

الأرض المشار إليها آنفاً، المتضمنة عنوان الرد. وأما ما ذكره فننظر من حمله على الغالب من كون الثمن من النقيدين، وحمل الرد على 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»^(١)، وقوله عليه السلام في معتبر زراة المتقدم: «وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها»^(٢). وإن حاول هو وبعض من عقب كلامه حملها على ما لا ينافي ذلك بتكلف يظهر لمن راجع كلامهم.

ومن هنا يتعين دفع الأرض من عين الثمن مع وجوده وإمكان تبعيه. وفي غير ذلك يتعين دفع بدل جزء الثمن المساوي للأرض من المثل أو القيمة. وذلك هو الأنسب بالمركرات العرفية من دفع الأرض من النقيدين مع كون الثمن من غيرهما. ودعوى: أن مقتضى ذلك شركة المشتري في الثمن، وثبوت حقه فيه بنحو الإشاعة، بحيث ترتب 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 بالأرض، ووجوب دفعه من الثمن على البائع، بنحو يظهر في أفراد البائع بالسلطنة على تعيينه ودفعه، من دون أن ينافي ملكه لتام الثمن بمقتضى العقد، فهو يشبه صورة بيع الكلي في المعين، كصاع من صبرة.

نعم إنها يتجه ذلك لو كان منشأ استحقاق الأرض هو كون وصف السلامة مقابلاً بالثمن، حيث يستلزم ذلك عدم ملك البائع لتام الثمن ابتداءً، وبقاء جزء منه - وهو ما يقابل وصف السلامة - في ملك المشتري. وهو خروج عن مفروض الكلام، وعن مبنى المسألة في المقام. فلاحظ.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٤ من أبواب العيوب حديث: ٥.

فإذا قوم صحيحاً بثمانية، ومعيباً بأربعة، وكان الثمن أربعة ينقص من الثمن النصف، وهو اثنان، وهكذا. ويرجع في معرفة قيمة الصحيح والمعيب (١) إلى أهل الخبرة (٢). ولا بد من التعدد والعدالة (٣).

(١) موضوع الأثر هو نسبة قيمة المعيب لقيمة الصحيح، فالرجوع لأهل الخبرة في الحقيقة في ذلك، لا في معرفة نفس القيمتين.

(٢) كما هو الحال في سائر الأمور الحدسية.

(٣) كما في الدروس وجامع المقاصد. وزاد الذكورة وعدم التهمة، وأقرهما على ذلك في مفتاح الكرامة وخيارات الشيخ علي. بدعوى: أن المقام من باب الشهادة.

لكنه إنما يكون منها فيما إذا رجع إلى الإخبار عن أمر حدسي ملحق بالحسي، كما لو كان الأخبار عن القيمة المعروفة عند أهل البلد بين المعيب والصحيح.

أما إذا رجع إلى الإخبار عن أمر حدسي يبتني على الاجتهاد والحدس، نتيجة الممارسة في تحديد نقص العيب ونسبة قيمة المعيب للصحيح - كما لعله مفروض كلام الأصحاب - فالرجوع فيه للمقومين يبتني على الرجوع لأهل الخبرة الذي يكفي فيه الأمانة والوثوق، ويقصر عنه عموم لزوم البينة. وربما يكون ذلك هو ظاهر الأصحاب قبل الشهيد، لعدم إشارتهم للشروط المذكورة مع تعرضهم لصورة اختلاف المقومين.

نعم استدل سيدنا المصنف رحمته في حاشيته القديمة على المكاسب للزوم التعدد بما في صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في تعدي المستأجر. وفيه: «فقلت له: أرايت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمي؟ 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 على القيمة،

(مسألة ٥٩): إذا اختلف أهل الخبرة في قيمة الصحيح والمعيب، فإن اتفقت النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب على تقويم بعضهم مع قيمتها على تقويم البعض الآخر فلا إشكال (١)، كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة، فإن التفاوت على كل من التقويمين يكون بالنصف. وإذا اختلفت النسبة، كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بستة ففيه وجوه (٢)،

فيلزمك. فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرتي كذا وكذا، فيلزمك...» (١).

لكنه ليس وارداً في الشهادة على مقدار نقص العيب، ونسبة قيمة المعيب للصحيح، التي تحتاج إلى الحدس والتخمين وإعمال النظر، بل في الشهادة على قيمة البغل حين اكتراه، وهي قد تكون ظاهرة بسبب شيوع بيع البغال في تلك العصور، وتكون في حق المطلع على وضع السوق من الظهور بحيث تلحق بالأمور الحسية، وليست مبنية على الحدس والتخمين، كما هو ظاهر فرض الشهادة في الصحيح. وهو خارج عن محل الكلام. ومن هنا لا مخرج عما سبق. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) 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 الأرض هو قيمة العيب السوقية لترتب الأثر على الخلاف المذكور.

(٢) قال شيخنا الأعظم رحمته: «لو تعارض المقومون، فيحتمل تقديم بنية

الأقل، للأصل. وبنية الأكثر، لأنها مثبتة. والقرعة، لأنها لكل أمر مشتبته. والرجوع إلى الصلح، لتثبت كل من المتبايعين بحجة ظاهرية، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع. وتخير الحاكم، لامتناع الجمع وفقد المرجح. لكن الأقوى 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 *ثبوت* في بقية كلامه من عدم نهوض الأصل بترجيح الدليلين المتعارضين، لتأخره عنها رتبة. بل غاية الأمر أن يكون مرجعاً بعد تساقطهما.

والثاني بأن البيئة النافية إن شهدت بالنقيصة ونفي الزيادة - كما هو المفروض في المقام - فلا وجه لتقديم بينة الإثبات عليها بعد تكاذبها. وإن شهدت باستحقاق الناقص من دون نفي للزيادة، لعدم ظهور الحال لها، فلا موضوع لتقديم بينة الإثبات، لعدم التعارض بينهما، بل تنفرد بينة الإثبات بالحجة.

كما يندفع الثالث بعدم ثبوت عموم وجوب الرجوع للقرعة في كل أمر مشتبته، 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 على تحديد الوظيفة بوجه آخر.

وأما السادس الذي نسبه للمعظم - وهو العمل على 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 الباقون».

وقد استدل عليه شيخنا الأعظم رحمته بأن فيه جمعاً بين التقويمين بالعمل بكل منهما في بعض موضوع التقويم. قال رحمته: «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 أولى من طرحهما معاً، لقاعدة أن الجمع بين الدليلين أولى من الطرح.

وفيه: أن مرجع القاعدة المذكورة إلى جعل أحد الدليلين مفسراً للمراد من الآخر، لا إلى 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^(١)، والدهرم الذي تداعاه شخصان^(٢)، وما إذا أقام كل من المتداعين في شيء البيئة على أنه له^(٣)، وفي بعضها حكم بالتبعيض بنسبة عدد الشهود^(٤). إذ هي لو تمت مختصة بها 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 المكاربي رقعة إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبره بها اشترينا ثم لم نجد بقليل ولا كثير. فوق: انظروا إلى الثمن الأول والثاني والثالث، ثم تصدقوا بمثل ثلثه^(٥)».

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الصلح حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب الصلح حديث: ١.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب الصلح حديث: ١، وسائل الشريعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب أحكام الدعوى حديث: ٢، ٣، ٤.

(٤) وسائل الشريعة ج: ١٠ باب: ١٢ من أبواب أحكام الدعوى حديث: ٢، ٣، ٤.

(٥) وسائل الشريعة ج: ١ باب: ٥٨ من أبواب الذبح حديث: ١.

وأقوال (١).

قال **ثُمَّ**: «وقد عمل به الأصحاب في محله».

وفيه أولاً: أن الجمع فيه بين القيم الواقعية المختلفة لاختلاف العرض والطلب باختلاف الزمان، والمدعى في المقام هو الجمع بين القيم الظاهرية، تبعاً لاختلاف أنظار المقومين بعد فرض التكاذب بينهم. وما ذكره **ثُمَّ** في بقية كلامه من أن اختلاف القيم في المقام لعله يرجع لاختلاف الرغبات خروج عن محل الكلام.

وثانياً: أن ما تضمنه الخبر حكم تعبدى بإجزاء الجمع بالنحو المذكور واقعاً، والجمع المدعى 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 حتى فقد وتعين دفع قيمته بدله. ومن هنا لا يتضح الدليل على الوجه المذكور.

نعم قد يدرك المطلع على اختلاف المقومين أن اختلافهم نتيجة إغراق كل منهم في ملاحظة الجهة الوجهة لزيادة القيمة أو نقصها، وأن القيمة الحقيقية هي القيمة المتوسطة. لكن ذلك - مع عدم اطراده - يرجع إلى الاجتهاد في تحديد القيمة نتيجة اختلاف المقومين. وهو خارج عن ظاهر مفروض كلام الأصحاب.

(١) لم يتضح وجود قول آخر غير القول بالعمل على 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 **ثُمَّ** في طريقة الجمع بين التقويمين وتحديد المتوسط بينهما بما لا يهمننا التعرض له بعد ظهور ضعف القول بالعمل على أوسط القيم.

والذي تقتضيه القواعد سقوط التقويمين (١)، والبناء على الأقل، عملاً بالأصل (٢). والأحوط التصالح.

(مسألة ٦٠): إذا اشترى شيئين بثمنين صفقة، فظهر عيب في أحدهما كان له الخيار بين الإمساك وأخذ الأرض وبين رد المعيب (٣) وحده (٤).

(١) الظاهر بناء العقلاء على ترجيح الأكثر خبرة من المقومين إذا كان قوة خبرته بمقدار معتد به، على 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 الأرض بما يذكره كل منهم، دون ما يتفوقون عليه، وهو عدم زيادته عن أعلى القيم وعدم نقصه عن أدناها.

(٢) لظهور أنه بعد ملكية البائع لتام 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 على مقابلة وصف السلامة بجزء الثمن وعدم ملكية البائع مع تخلفه لما يقابله من الثمن يكون المورد من موارد اشتباه الحق، ويتعين الصلح.

بل قد يكون مقتضى الأصل هو الأكثر. للملكية المشتري لتام الثمن قبل البيع، ويشك في مقدار ما خرج منه عن ملكه، فيقتصر فيه على الأقل.

(٣) بناء على مختاره ^{ثالثاً} من أن حكم العيب هو التخيير بين الرد والأرض. أما بناء على المختار من الترتيب بينهما فليس له إلا الرد. إلا أن يحدث أحد الموانع المتقدمة منه، فيكون له الأرض.

(٤) لتعدد المبيع بتعدد الثمن عرفاً، والارتباطية بينهما شرط خارج عنها.

فإن اختار الثاني كان للبائع الفسخ في الصحيح (١). وكذا إذا اشترى شيئين بثمن واحد. لكن ليس له رد المعيب وحده (٢)، بل إما أن يردهما معاً،

(١) تقدم منه ثلاث نظير ذلك في المسألة الرابعة والثلاثين في فروع خيار الغبن. ومما تقدم هناك يظهر أن فسخ البائع مشروط بابتناء البيعين على الارتباطية، حيث يكون فسخ المشتري في المعيب موجباً لتخلف الشرط الضمني في حق البائع، فله الفسخ بخيار تخلف الشرط. بل سبق تقرب ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري أيضاً. وذلك يجري هنا. والظاهر أن فرض الصفقة في البيعين راجع إلى الارتباطية المذكورة.

(٢) كما في المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرائع 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 دعوى الإجماع عليه.

وقد يستدل عليه بوجوه:

الأول: أن في تبعض الصفقة ضرراً على البائع. وما في الجواهر من إمكان جبره بثبوت الخيار له في رده. لا يخلو عن إشكال، لظهور الأدلة في نفي الحكم الضري، وهو في المقام نفس تبعض الصفقة.

اللهم إلا أن يدعى انصراف قاعدة نفي الضرر عن مثل هذا الضرر الذي يتسلط الضرر على إزالته بالفسخ. نظير ما تقدم في الاستدلال بالقاعدة لخيار الغبن.

مع أن الضرر غير مطرد، إذ قد لا يكون الفصل بين البيعين موجباً لنقص قيمة المعيب أو قلة الرغبة فيه. غاية الأمر أن تبعض الصفقة مخالف لمبنى المعاملة، الذي هو كالشرط الضمني فيها، فيوجب الخيار للبائع من أجل ذلك.

الثاني: ما في الجواهر من تعلق حق الخيار بالمجموع، لا في كل جزء منه.

والظاهر رجوعه إلى 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 المبيع فهو إنما يقتضي وحدة الخيار وعدم مشروعية الفسخ في بعض المبيع. وذلك إنما يقتضي عدم مشروعية الفسخ في البعض إذا صدق على المجموع عرفاً أنه مبيع ولو لكون المبيع جزءاً منه، كالحيوان الذي يشل عضوه منه، والدار التي يهدم بعض غرفها، والثوب الذي يخرق أحد كميته. أما إذا كان المبيع أموراً متعددة عرفاً، والمبيع أحدهما - كما هو محل الكلام - فموضوع الخيار الواحد ذلك المبيع بتمامه، فلا يشرع الفسخ في بعضه، أما المجموع فلا وجه لدخوله في موضوع الخيار الواحد المفروض بعد عدم صدق المبيع عليه بمجموعه بسبب عيب البعض. كما ذكر ذلك في الجملة بعض مشايخنا ثبته.

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 للبائع على 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 المبيع وحده حتى لو رضي البائع، إلا أن يرجع إلى التصالح بينهما على المعاوضة بين المبيع وما يخصه من الثمن، كما يظهر مما سبق هناك. والحاصل أن المشتري لا يستحق رد المبيع وحده.

ولاسيما مع ما تكرر منا من عدم ثبوت إطلاق لأدلة خيار العيب عدا قوله عليه السلام

في حديث جميل المتقدم: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن»^(١). وهو مختص أو منصرف لأخذ الثمن الذي وقع عليه البيع، لا ما يعم بعضه مما يخص المبيع. نظير ما ورد من أن من اشترى صفقة بثمن ثم قوّم كلاً منها بما يخصه من الثمن لم يجز له بيع بعضها مرابحة على ما قومه إلا أن يبين للمشتري أنه قومه^(٢).

ودعوى: أنه لو تم عدم جواز فسخ العقد في المبيع وحده لبعض الوجوه السابقة، إلا أنه لا مجال للبناء على جواز الفسخ في المجموع بعد عدم صدق المبيع عليه بسبب عيب البعض، كما تقدم في تعقيب الوجه الثاني، لأن موضوع الخيار في النصوص هو بيع المبيع وشرائه، ولا يعم بيع وشراء ما فيه مبيع.

مدفوعة بأن قصور نصوص المقام عن المورد بمقتضى الجمود عليها لا ينافي فهم العموم منها تبعاً للمناسبات الارتكازية. ولا أقل من كون الفسخ في المقام مقتضى الوجه الارتكازي لثبوت خيار العيب، وهو أن سلامة المبيع شرط ضمني في البيع يقتضي تخلفه الخيار، على 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: مقتضى 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 على ذلك. ولا سيما بعد انصراف بيع الحيوان وشرائه إلى بيعه وحده، وظهور الخيار المجعول فيه في الخيار في البيع بتمامه.

إلا أن يقوم إجماع تعدي على جواز إرجاعه بما يخصه من الثمن، فيكون معاوضة قهرية لا فسخاً للبيع في بعض مضمونه. نظير أخذ الشريك بالشفعة. لكن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٢١ باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ٥، ١.

أو يختار الأرض (١).

(مسألة ٦١): إذا اشترك شخصان في شراء شيء، فوجداه معيياً، فليس لأحدهما أن يرد حصته (٢)، بل إما أن يرداه جميعاً أو يأخذ الأرض.

لا طريق لإحراز الإجماع بالنحو المذكور بنحو ينهض بالحجة. فلاحظ.

(١) أما بناء على استفادة ثبوت الخيار في المورد من إطلاق نصوص المقام فظاهر. وأما بناء على استفادته منها تبعاً أو من بناء العرف - كما هو الظاهر - فلقرب إلغاء خصوصية المورد في أدلة الأرض، بحيث يستفاد منها عموم تدارك ضرر المشتري في العيب بالأرض. وإن كان الأحوط التصالح في المقام. فلاحظ.

(٢) كما في المقنعة والنهاية وبيع المبسوط وفي المذهب والوسيلة والشرائع 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 مشتركياً.

لكن ذلك وحده لا يكفي بعد اختصاص النصوص برد المعيب الظاهر في رده بتمامه. مضافاً إلى 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 مقتضى 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 على حصول الشركة له بفسخ أحدهما دون الآخر، إذ قد يكون جاهلاً بالعيب، أو كان يرى - باجتهاده أو تقليده - أنه ليس لهما الاختلاف في الفسخ وعدمه، أو يعتقد أنها لا يختلفان فيهما. على 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 معيماً 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 و الآخر حاضر، فهو في قوة عقدين».

لكنه كما ترى 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 على التخيير في العيب بين الرد والأرش، لرجوع مطالبته بالأرش إلى اتفاقهما على عدم الرد، وحيث كان الأرش حينئذ بينهما كان له المطالبة بحصته منه، ويبقى الآخر بخيراً بين إسقاط حقه فيه ومطالبته بحصته منه.

أما بناء على الترتيب الرد والأرش فلا مجال لمطالبته بالأرش مع بقاء المبيع قائماً

(مسألة ٦٢): لو زال العيب قبل ظهوره للمشتري ففي سقوط الخيار إشكال (١). وإن كان الأظهر سقوط الرد وثبوت الأرض.

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 على الرد أو الأرض. وكأنه لوحدة 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.

(١) قال في التذكرة: «لو كان معيماً عند البائع، ثم زال العيب بعد البيع، ثم قبضه وقد زال عيبه، فلا رد، لعدم موجه، وسبق العيب لا يوجب خياراً، كما لو سبق على العقد وزال قبله. بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد».

وقد يستفاد ذلك مما ذكره جماعة من أن التصرية في الشاة ونحوها إذا زالت - بتغير المرعى أو هبة من الله تعالى - سقط الرد. ولا سيما مع تعليله 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 يستفاد من 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 على 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 جرى فيه لجرى في الرد والأرض معاً، لأنها معاً تابعان للعيب.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في أن مقتضى إطلاق النصوص عدم سقوط حكم العيب بارتفاعه بعد البيع، لدالاتها على أن موضوع الأحكام هو العيب الحاصل عند البيع لا عند إعمال تلك الأحكام من الرد وأخذ الأرض، كما هو صريح قوله عليه السلام في معتبر زراة: «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يترأ 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^(١). لظهور أنه لا يراد به كل عيب يرى حينئذ، بل خصوص ما يعلم حصوله عند البيع.

نعم المتيقن من هذه النصوص ما يبقى إلى 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 الأرض - لا ظهور لها في اشتراط بقاء العيب إلى حين العلم به، فلا يرفع بها اليد عن إطلاق معتبر زراة المتضمن أن وجود العيب حين البيع هو موضوع الأحكام واقعاً. ونظير ذلك يجري في التصرية. ولذا سبق من الخلاف الاستدلال على بقاء الخيار بإطلاق الخبر.

ومنه يظهر ضعف ما ذكره شيخنا الأعظم رحمه الله من أن ظاهر أدلة الرد هو رد المتلبس بالعيب حين الرد. نعم لو كان منشأ الرد هو لزوم الضرر من الصبر على المعيب اتجه ما ذكره. لكن منشأ النصوص، وهي ظاهرة فيما ذكرنا.

وأشكل من ذلك ما ذكره من التفصيل بين الرد، فيرتفع لما سبق، والأرض فلا يرتفع، لأنه استقر بالعقد، فيحتاج براءة ذمة البائع منه إلى دليل.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٢، باب: ٤، ٥ من أبواب العيوب.

إذ فيه: أن الأرض لم يستقر بالعقد، بل غاية الأمر أن للمشتري المطالبة به كما له المطالبة بالرد. وحينئذ بناء على المشهور من التخير بين الرد والأرض فموضوعهما واحد وهما ثابتان تخيراً، ولا منشأ لاستقرار أحدهما دون الآخر.

وأما ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من الفرق بينهما بأن المناسبات الارتكازية قاضية بأن منشأ جواز الرد هو الإرفاق بالمشتري، وبلحاظ تضرره بالصبر على المعيب، فينصرف عما إذا زال العيب. أما منشأ ثبوت الأرض 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 والأرض دليل يخصه، حيث يمكن دعوى 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 بالتخير، وأن دليل جواز المطالبة بالأرض ينحصر بالإجماع لو تم، فالمتيقن من الإجماع صورة بقاء العيب.

وأما بناء على المختار من الترتيب بينهما فموضوع الأرض هو العيب الموجب للرد وحدوث الحدث في المبيع، فإذا فرض كون المراد بالعيب الموجب للرد هو الباقي دون الزائل فلا يتم موضوع الأرض، بل حيث كان المستفاد من النصوص عرفاً كون حدوث 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 على 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 التغير 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 موجباً لنقص في المبيع، بل يعم ما إذا أوجب زيادته، كذلك لا يعتبر في الحدوث أن يكون موجباً 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 الحمى القصيرة الأمد نتيجة الاستبراد ونحوه مما لا يرجع إلى نقص في البدن، وإن عدها في التذكرة والقواعد عيباً.

لكن ذلك راجع إلى انكشاف عدم تحقق ثبوت الخيار من أول الأمر، لعدم تحقق موضوعه، لا إلى ارتفاعه بعد ثبوته، كما هو محل الكلام.

بقي في المقام خيارات أخر لم يتعرض لها سيدنا المصنف رحمته، 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 على وجوده حينه، سواء كان وصفاً لأحد العوضين، كالكتابة في العبد والجودة في الثوب، أم حالاً في العقد، ككون بيع الشيئين صفقة واحدة.

والظاهر مفروغيتهم عن ثبوته، كما يشهد به أدنى ملاحظة لكتابتهم.

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 ^{رحمهم} أن مرجع أخذ الوصف في العقد إلى 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 على 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 العظمى السيد محسن الطباطبائي الحكيم ^{رحمهما} عصر الجمعة الثامن والعشرين من شهر شوال سنة ألف وأربعمائة وثمان وعشرين للهجرة النبوية. على صاحبها وآله أفضل الصلاة وأزكى التحية. في النجف الأشرف، ببركة الحرم المشرف، على مشرفه أفضل الصلاة والسلام. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه. نجل سماحة آية الله (السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم) دامت بركاته. والحمد لله على تيسيره وتسهيله. ونسأله التسديد والتوفيق وصلاح الأحوال وحسن المال. إنه أرحم الراحمين وولي المؤمنين، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

الفهرست

الفصل الثالث

- في شروط العوضين ٥
- في اشتراط كون المبيع عيناً سواء كان موجوداً في الخارج أم في الذمة ٥
- في اشتراط كون الثمن مالاً سواء كان عيناً أم منفعة أم عملاً أم حقاً ٧
- في اشتراط كون العوضين معلومي المقدار المتعارف تقديره به عند البيع ٩
- في الاستدلال بالنصوص على اعتبار اشتراط العلم بالعوضين والاشكال في ذلك ١٥
- في حكم البيع بحكم المشتري ٢٢
- بقي في المقام أمران..
- (الأول): في بيع المكيل والموزون قبل الكيل أو الوزن ٢٤
- (الثاني): وقوع المعاملة بالكيل أو الوزن المعلوم عند أحدهما دون الآخر ٢٦
- الكلام في اشتراط التقدير بما يتعارف التقدير به ٢٧
- بقي في المقام أمور..
- (الأول): ان التقدير بما يتعارف تارة يكون مع اعراض الآخر وأخرى يكون في طوله ٣٢
- (الثاني): الإندار للظروف ٣٧
- (الثالث): اعتبار كيل أو وزن كل جنس لوحده لا مع جنس آخر ٤٠
- البيع بالمشاهدة مع عدم الوزن أو الكيل ٤١
- في كفاية إخبار البائع بالقدر ٤٣
- عدم اعتبار عدالة البائع مع تصديقه بإخباره بها في يده ٤٥

٥١٦	مصباح المنهاج - كتاب التجارة / ج ٣
٤٨	لو تبين الخلاف بالنقيصة رجع المشتري على البائع بها
٥٤	لو تبين الخلاف بالزيادة كانت الزيادة للبائع
٥٥	اشتراط معرفة مقدار ما كان القدر دخیلاً في قيمته
	إذا كان الشيء موزوناً في بلد ومكيلاً في آخر، وان المراد في الكيل أو الوزن
٥٨	على بلد المعاملة
٦١	أخذ الوزن شرطاً في المكيل أو العكس
٦٣	الكلام في لزوم معرفة الأوصاف التي تختلف القيمة باختلافها
٦٧	الكلام في كون كل من العوضين ملكاً
٦٩	الكلام في كون كل من العوضين طلقاً
٧٠	الكلام في عدم جواز بيع العين المرهونة
٧٢	الكلام في جواز بيع العين المرهونة مع إذن الراهن أو إجازته أو فك الرهن
٧٦	عدم جواز بيع الوقف
	في مستقنيات عدم جواز بيع الوقف..
٨٠	(منها): أن ينحرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
٩١	في جواز بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع عرفاً
٩٢	الكلام في جواز بيع الوقف إذا اشترط الواقف بيعه عند حدوث أمر
٩٧	الكلام في جواز بيع الوقف إذا تغير عنوان الوقف الخاص
٩٩	الكلام في جواز بيع الوقف إذا استلزم بقاؤه الخراب المسقط له عن المنفعة المعتد بها عرفاً
	الكلام في صور ذكرها الأصحاب في جواز بيع الوقف..
١٠٦	(الأولى): أن يكون بيع الوقف أعود على الموقوف عليهم
١٠٩	(الثانية): أن يحدث للموقوف عليهم ما يمنع الشرع من صلتهم
١٠٩	(الثالثة): أن يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة
١١١	عدم جريان ما ذكر من موارد جواز بيع الوقف في المساجد وأنه لا يجوز بيعها بحال
	بقي في المقام أمراً..
	(الأول): الكلام فيما ذكره كاشف الغطاء في جواز إجارة الأوقاف العامة بما لا يتنافى
١١٣	الآداب اللازمة لها بما فيها المساجد
١١٣	(الثاني): أن ما يجري في المساجد يجري في المشاهد المشرفة

- الكلام في لزوم مراجعة الحاكم الشرعي عند بيع الوقف ١١٤
- الكلام في تبديل الوقف عند بيعه بوقف آخر ١١٥
- الكلام في خراب بعض الوقف وجواز بيعه وصرف ثمنه في المقدار العامر ١١٩
- الكلام في عدم جواز بيع الأمة إذا كانت ذات ولد ولو كان حملاً ١٢١
- الكلام في جواز بيع الأمة إذا مات ولدها ١٢٢
- الكلام في الأراضي الخراجية ١٢٤
- الكلام في عدم الفرق بين الأراضي التي فيها آثار مملوكة للبائع وعدمها ١٢٧
- الكلام في عدم التصرف بالأراضي الخراجية ولو بغير البيع إلا بإذن الحاكم الشرعي ١٢٩
- الكلام في عدم ملك الأرض التي ماتت وكانت عامرة حين الفتح حتى بالإحياء ١٣٣
- الكلام في ملك الأرض الخراجية إذا أحييت بعد موتها ١٣٤
- الكلام في عدم الفرق بين أن يكون المحيي مسلماً أو كافراً ١٤١
- الكلام في بقاء الأرض على ملك المحيي حتى إذا خربت ١٤٢
- الكلام في جواز زرع الأرض الخراجية بلا إذن من مالكة ١٤٥
- الكلام في إحياء السلطان المدعي للخلافة للأرض الخراجية ولحقوق حكم الأرض الخراجية لها ١٥١
- الكلام في تعيين الأرض الخراجية. وتنقيح الأصل مع الشك في أنها عامرة حين الفتح أم لا؟ ١٥٢
- الكلام في اشتراط القدرة على تسليم كل من العوضين ١٥٣
- الاستدلال على اعتبار القدرة..
- (الأول) بالنبوي المتضمن للنهي عن الغرر والاشكال عليه ١٥٤
- (الثاني): بما ورد عن النبي عن بيع ما ليس عنده. والاشكال عليه ١٥٥
- (الثالث): بأن لازم البيع تسليم كل من المتبايعين ما انتقل منه. والاشكال عليه ١٥٦
- (الرابع): بأن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يعيد إليه وهو لا يتم إلا بالتسليم. والاشكال عليه ١٥٦
- (الخامس): بأن بذل الثمن على غير المقدور سفه. والاشكال عليه ١٥٧
- (السادس): بأنه يلزم ان لا يعد مالاً عرفاً. والاشكال عليه ١٥٧
- اختيار الوجه في اعتبار الاستدلال على القدرة على التسليم ١٥٩

- ١٦٠ فيما يظهر من جملة من النصوص كفاية احراز سلامة بعض المبيع
- فيما يظهر من جملة من النصوص كفاية احراز وجوده ولو بالاستصحاب
- ١٦٢ مع عدم احراز بعضه
- الكلام في هجر الأصحاب لتلك النصوص لاعتبارهم القدرة على التسليم
- ١٦٤ الإشكال فيه
- الكلام في عدم الفرق في اعتبار القدرة على التسليمين العلم بها والجهل
- ١٦٩ الكلام في صحة المعاملة لو كان المشتري قادراً على تحصيل المبيع
- ١٧٠ لا يعتبر في القدرة قدرة المالك ولا الوكيل اذا كان المشتري قادراً على تحصيل العين
- ١٧١ يجوز بيع العبد الأبق مع الضميمة
- ١٧٢ لو مات الأبق قبل القدرة عليه
- ١٧٣ لو ظهر الأبق مستحقاً للغير أو مخالفاً للوصف قبل الإباق اتجه التقسيط
- ١٧٤ لو تلفت الضميمة قبل قبضها وقبل تحصيل الأبق بطل البيع
- ١٧٤ اعتبار كون الضميمة ذات قيمة معتد بها
- ١٧٥

الفصل الرابع

في الخيارات

- ١٧٧ الاستدلال على أصالة اللزوم في العقود
- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً
- ١٧٨ عن تراض منكم﴾ والكلام فيه
- ١٧٩ الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ والكلام فيه
- ١٨٠ الاستدلال بما تضمن استحباب إقالة النادم
- ١٨٠ الاستدلال بالنبوي: «الناس مسلطون على أموالهم»
- ١٨١ الاستدلال بما تضمن جعل الغاية في خيار المجلس الافتراق
- ١٨٤ في تعريف الخيار والفرق بين الحق والحكم
- ١٨٥ تعريفه بأنه ملك فسخ العقد أو ملك اقرار العقد أو إزالته
- ١٨٧ الأول: خيار المجلس
- ١٨٨ المعيار في المجلس وان التفرق مسقط للخيار
- بقي في المقام أمور..

١٩٢	(الأول): في الحائل وانه هل يبطل معه الخيار أم لا
١٩٣	(الثاني): في الاكراه مع التفرق وانه هل يبطل معه الخيار أم لا
١٩٧	(الثالث): فيما لو مات أحد المتعاقدين في المجلس هل يبطل الخيار أم لا
١٩٨	الكلام فيما لو كان المباشر الوكيل فهل الخيار للمالك أم لها أم للوكيل
٢٠٤	اختصاص هذا الخيار بالبيع ولا يجري في غيره من المعاولات
٢٠٤	من مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في العقد
	بقي في المقام أمور ..
٢١٠	(الأول): في أن رجوع اشتراط السقوط إلى اشتراط عدم الخيار
٢١٠	(الثاني): في أن الشرط إذا رجع إلى شرط الفعل هل يقتضي مجرد وجوب العمل أم لا؟
	(الثالث): في أن الشرط لا يترتب عليه الأثر إلا إذا وقع في ضمن العقد دون ما إذا وقع قبله، والكلام فيه
٢١٥	في سقوط الخيار بإسقاطه بعد العقد
٢١٧	الثاني: خيار الحيوان
٢١٧	في موضوع خيار الحيوان
٢١٨	الكلام في التعميم لكل ذي حياة وعدمه
٢١٩	الكلام في اختصاص هذا الخيار ببيع المعين أو شموله للكل
٢٢١	مدة خيار الحيوان ثلاثة أيام
٢٢٢	مبدأ حساب المدة زمان العقد
٢٢٥	الكلام في عدم تداخل خيار الحيوان مع خيار المجلس
	مسقطات خيار الحيوان اشتراط سقوطه في متن العقد واسقاطه بعده وبالتصرف بالحيوان
٢٣٢	بقي شيء. في أنه لا إشكال في مسقطية الرضا بالبيع
٢٣٣	الكلام في ثبوت هذا الخيار للبائع
٢٣٩	اختصاص خيار الحيوان بالبيع
٢٣٩	الكلام في تلف الحيوان قبل القبض
٢٤١	حدوث العيب في الحيوان
٢٤١	الثالث: خيار الشرط

٥٢٠	 مصباح المنهاج - كتاب التجارة / ج ٣
٢٤٧	 عدم اختصاص خيار الشرط بأحد المتعاقدين
٢٥١	 الكلام في سعة خيار الشرط
	 وجوه جعل الخيار بلا مدة ..
٢٥٢	 (الأول): أن يراد به بقاءه مدة مبهمه
٢٥٣	 (الثاني): أن يراد بقاءه مدة العمر
٢٥٣	 (الثالث): أن يراد بقاءه أبداً
٢٥٩	 عدم جواز اشتراط الخيار في الاقباكات
٢٦٣	 الكلام في اشتراط الخيار في العقود الجائزة
٢٦٥	 الكلام في صحة الخيار في جميع العقود اللازمة عدا النكاح
٢٦٦	 الكلام في صحة جعل الخيار في عقد الضمان
٢٦٨	 الكلام في عدم صحة جعل الخيار في الصدقة والهبة
٢٧٢	 اشتراط الخيار في مدة معينة في حال رد الثمن بنفسه أو بدله مع تلفه
	 بقي في المقام أمران ..
٢٨٠	 (الأول): الاكتفاء برد المثل مع التمكن من رد العين
٢٨١	 (الثاني): لو لم يقبض البائع الثمن من المشتري كان له الفسخ في المدة
٢٨٣	 الكلام في جواز اشتراط الفسخ في بعض المبيع برد بعض الثمن
٢٨٩	 إذا تعذر الوصول للمشتري جاز تمكين وليه من الثمن
٢٩١	 الكلام في نداء المبيع ونناء الثمن
٢٩٢	 الكلام في التصرف بالعين تصرفاً ناقلاً أو تلفها
٢٩٦	 إذا كان الثمن المشروط ديناً في ذمة البائع
٢٩٧	 في شراء الولي بيع الخيار وارتفاع حجر المولى عليه
٢٩٩	 الكلام في انتقال الخيار بالموت للورثة
٣٠٠	 الكلام في اشتراط الخيار في الفسخ برد الثمن إلى البائع
٣٠١	 الكلام في اشتراط رد البدل مع وجود العين
٣٠٢	 في سقوط الخيار بانقضاء المدة وباسقاطه بعد العقد
٣٠٣	 الرابع: خيار الغبن
	 في أدلة خيار الغبن ..

- (الأول): قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ والكلام فيه ٣٠٤
- (الثاني): قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ والكلام فيه ٣٠٦
- (الثالث): ما ورد عن النبي ﷺ من إثبات الخيار تلقى الركبان. والكلام فيه ٣٠٨
- (الرابع): النصوص الواردة في حكم الغبن. والكلام فيه ٣٠٩
- (الخامس): قاعدة نفي الضرر. والكلام فيه ٣١١
- (السادس): ما ذكره بعض الأعلام ^{منه} في منية الطالب. والكلام فيه ٣١٦
- الكلام في عدم ثبوت هذا الخيار للمغبون إذا كان عالماً بالحال ٣٢٠
- الكلام في عدم ثبوت هذا الخيار للمغبون إذا كان مقدماً على العاملة على كل حال ٣٢٤
- الكلام في التفاوت القيمي الموجب للخيار ٣٢٥
- ثبوت خيار الغبن من حين العقد أم من حين ظهوره ٣٢٩
- هل للمغبون مطالبة الغابن بالتفاوت وتركه لفسخ ٣٣١
- في مسقطات خيار الغبن ..
- (الأول): إسقاطه بعد العقد ٣٣٤
- (الثاني): اشتراط سقوطه في متن العقد ٣٣٦
- (الثالث): تصرف المغبون بائعاً كان أو مشترياً ٣٣٩
- في الرجوع بالمثل أو القيمة مع الفسخ وتلف العين ٣٤٥
- الكلام في لزوم ارجاع العين لو رجعت إلى الغابن قبل الفسخ ٣٥١
- الكلام في الصفات الحادثة على العين إذا كانت لها مالية ٣٥٦
- الكلام في الزيادة الحادثة على العين ٣٦١
- الكلام في امتزاج العين بغيرها ٣٦٩
- الكلام في خلط العين بجنس آخر ٣٧٣
- خيار الغبن على الفور ٣٧٧
- الكلام في تأخير الخيار مع الجهل بالحال ٣٧٩
- جواز تأخير الفسخ لغرض عقلائي ٣٨٠
- الكلام في جريان الخيار في بعض المبيع ٣٨٣
- الكلام في تلف العين وضمانها بقيمة زمان التلف أو زمان الفسخ أو زمان الأداء ٣٨٤
- الكلام في رجوع الغابن على الأجنبي إذا كان متلفاً ٣٨٩

- الخامس: خيار التأخير ٣٩٠
- الكلام في الاستدلال على صحة خيارات التأخير بالاجماع ٣٩٤
- الكلام في الاستدلال على صحة خيارات التأخير بقاعدة نفي الضرر ٣٩٤
- الكلام في الاستدلال على صحة خيارات التأخير بالاستصحاب ٣٩٥
- مورد خيار التأخير ٣٩٦
- بقي في المقام أمور..
- (الأول): ابتناء الخيار للبائع على الإرفاق به ٤٠١
- (الثاني): الاكتفاء بالقبض من دون إذن من هي عنده على تفصيل فيه ٤٠٢
- (الثالث): جريان الخيار من كل مورد تقصر عنه النصوص بلا قيد ثلاثة أيام ٤٠٣
- (الرابع): التحديد بالثلاثة أيام ٤٠٣
- تلف السلعة من مال البائع ٤٠٥
- ثبوت الخيار بشرط عدم اشتراط التأخير ٤٠٧
- الكلام في ثبوت الخيار إذا كان البيع ذمياً ٤٠٩
- بقي في المقام أمور..
- (الأول): ما يشترط في خيار التأخير ٤١١
- (الثاني): هل تبدأ الثلاثة أيام من حين العقد أو من حين التفريق؟ ٤١٣
- (الثالث): لو ظهر الثمن مستحقاً ٤١٥
- في حكم ما يفسده المبيت ٤١٥
- بقي في المقام أمور..
- (الأول): في معيار الفساد ٤١٩
- (الثاني): إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري ٤٢٠
- (الثالث): لو ترك المشتري المبيع عند البائع بعد دفع ثمنه له ٤٢٠
- في مسقطات خيار التأخير ٤٢١
- الكلام في أن خيار التأخير على الفور أو التراخي ٤٢٥
- السادس: خيار الرؤية ٤٢٦
- الكلام في خيار معيار الرؤية وأن في المقام خيارين ٤٢٧
- بقي في المقام أمران..

- ٤٣٣ (الأول): في المراد بخيار الرؤية
- ٤٣٤ (الثاني): إمكان انفراد خيار الرؤية عن خيار الوصف واجتماعهما
- ٤٣٤ عدم الفرق بين أنواع الأوصاف المتخلفة في ثبوت الخيار
- ٤٣٦ الكلام في الخيار بين الرد والإمسك دون الأرض
- ٤٣٨ الكلام في ثبوت الخيار للبائع
- ٤٤٠ الكلام في كون خيار الرؤية على الفور أو التراخي
- ٤٤٢ في مسقطات خيار الرؤية
- ٤٤٧ السابع: خيار العيب
- ٤٤٨ في حكم خيار العيب
- ٤٥٥ في ثبوت خيار العيب للبائع
- في مسقطات خيار العيب..
- ٤٥٦ (الأول): الالتزام بالعقد والكلام فيه
- ٤٦٠ (الثاني): تلف العين بالعقد والكلام فيه
- ٤٦٠ (الثالث): خروجهما عن الملك والكلام فيه
- ٤٦٢ (الرابع): التصرف الخارجي في العين والكلام فيه
- ٤٦٢ (الخامس): التصرف الاعتباري والكلام فيه
- ٤٦٣ (السادس): حدوث عيب فيها والكلام فيه
- بقي في المقام أمور..
- ٤٦٧ (الأول): عدم الفرق في حدث المشتري الموجب للأرض بين قيل العلم بالعيب وبعده
- ٤٦٨ (الثاني): الكلام فيما إذا رضي البائع والمبيع فهل يبقى الأرض أم لا؟
- ٤٦٩ (الثالث): الكلام فيما إذا لم يعلم المشتري بالعيب ثم باعه هل له الرجوع على البائع؟
- ٤٧٠ (الرابع): الكلام فيما إذا كان العيب الثمن الشخصي
- ٤٧٠ موارد سقوط الأرض دون الرد
- موارد سقوط الرد دون الأرض..
- ٤٧٥ (الأول): العلم بالعيب قبل العقد
- ٤٧٥ (الثاني): تبرؤ البائع من العيوب
- ٤٨٠ (الثالث): تأخير اختيار الفسخ والإمسك بالأرض على كلام فيه

الكلام في المراد من العيب	٤٨٢
الكلام فيما إذا كان العيب موجوداً في أغلب ذلك الصنف	٤٨٦
الكلام في العيوب الحادثة بعد العقد	٤٨٩
الكلام في عيوب السنة	٤٩١
الكلام في كيفية أخذ الأرض	٤٩٤
الكلام فيما لو اختلف أهل الخبرة في التقويم	٥٠٠
الكلام فيما إذا ظهر عيب ببعض المبيع	٥٠٤
الكلام في عيب المبيع المشترك واختيار أحد الشريكين الفسخ	٥٠٨
الكلام في زوال العيب قبل ظهوره للمشتري	٥١٠
وفي المقام خيارات أخرى..	
(الأول): خيار تخلف الشرط	٥١٣
(الثاني): خيار تخلف الوصف	٥١٣
(الثالث): الخيار فيما خرجت المعاملة عن الوضع الطبيعي	٥١٤
الفهرست	٥١٥