بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقريراً لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثالث

بغية الراغب في مباني المكاسب

▼
بغية الراغب في مباني المكاسب (الجزء الثالث)
تقرير لأبحاث سماحة آية الله العظمىٰ الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله في الخيارات
بقلم: نزار آل سنبل القطيفي
الناشر: مدرسة الإمام باقرالعلوم عليه السلام
الطبعة الاولىٰ: ١٤٣٧ هـ ق ـ ١٣٩٥ هـ.ش.
المطبوع: ١٠٠٠ نسخة
المطبعة: نگارش
السعر المجلّداً: ١٥٠٠٠ تومانا
ردمك: ٨ ـ ٧٧ ـ ٢٦٩٤ ـ ٩٦٤ ـ ISBN ٩٧٨
قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٠٢٥

مراكز التوزيع:
١) قم، شارع معلم، بناية الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
٢) قم، شارع إرم، فرع ١١، مؤسسة پيام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زقاق خوراكيان، بناية گنجينه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل ما، هاتف ٥ ـ ٣٢٢٣٧١١٣
٥) النجف الأشرف، سوق الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقرالعلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٢٦٣٥٧٩
٦) كربلاء المقدسة، شارع قبلة الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلي رحمه الله، هاتف ٠٧٨٠١٥٨٨٧٠٧ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٢

سرشناسه : وحيد خراسانى، حسين، ١٢٩٩ -
عنوان و پديدآور : بغية الراغب فى مبانى المكاسب: تقرير لابحاث سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراسانى دام ظله فى الخيارات / بقلم نزار آل سنبل القطيفى.
مشخصات نشر : قم: مدرسة الامام باقر العلوم(ع)، ١٤٣٣ ق.= ٢٠١٢ م.= ١٣٩١-
مشخصات ظاهرى : ج.
شابک : (ج ١) 9-38- 2694- 964- 978 (ج ٢) 8-48- 2694- 964- 978
(ج ٣) 8-77- 2694- 964- 978
وضعيت فهرست نويسى : فيپا.
يادداشت : عربى.
يادداشت : ج.٢ (چاپ اول: ١٤٣٥ ق. = ٢٠١٤ م. = ١٣٩٣) (فيپا).
يادداشت : ج.٣ (چاپ اول: ١٤٣٧ ق. = ٢٠١٦ م. = ١٣٩٥) (فيپا).
موضوع : فقه جعفرى -- قرن ١٤
موضوع : معاملات (فقه)
موضوع : خيارات (فقه)
شناسه افزوده : آل سنبل القطيفى، نزار، گردآورنده
شناسه افزوده : مدرسة الامام باقرالعلوم (ع)
رده بندى كنگره : ١٣٩١ ٧ ب ٢٧ و / ٥ / BP ١٨٣
رده بندى ديويى : ٢٩٧/ ٣٤٢
شماره كتابخانه ملى: ٢٨٦٤٢٥٥

بغية الراغب

في مباني المكاسب

تقرير لأبحاث

سماحة آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني دام ظله

في الخيارات

بقلم

نزار آل سنبل القطيفي

الجزء الثالث

الطبعة الأولى

١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين

سيما بقية الله في الأرضين ولعنة الله على

أعدائهم إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض موارد الجزء الثالث من كتاب

(بغية الراغب في مباني المكاسب) مما كتبه جناب الفاضل العلامة

الحجة الشيخ نزار آل سنبل القطيفي دامت تأييداته تقريراً لبحوثنا

الفقهية التي القيناها على فضلاء الحوزة العلمية في قم المقدسة في

مبحث الخيارات فوجدتها صادرة عن فهم وتدقيق واستيعاب

ببيان متين وأسلوب رصين ولا غرو في ذلك فإنه ممن حضر

أبحاثنا في الفقه والأصول مدة مديدة حضور فهم ودقة شكر الله عز وجل

سعيه وأسأل الله تبارك وتعالى أن يؤيده في إتمامه ويوفقه فيما

يحب ويرضى

الخامنه‌ای

حسینی الحسینی الخامنه‌ای

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

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

وبعد فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا الموسوم بـ(**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، مما استفدناه من أبحاث الأستاذ الأكبر، علم التحقيق والتدقيق، جامع المنقول والمعقول، حامل لواء الولاء، والمدافع عن حريم الشريعة الغراء، زعيم الحوزة العلمية في قم المقدسة، العارف التقي، سماحة آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالي، ويبدأ بخيار الغبن.

الرابع .. خيار الغبن

وهو من المباحث المهمة علماً وعملاً، والكلام فيه يقع في جهات، وقبل البحث في تلك الجهات نشير إلى أن الشيخ قدس سره قرّر في أول مباحث الخيارات[1] أن الأصل اللفظي والعملي في البيع هو اللزوم، ولا يخرج عن ذلك إلا بدليل، فالبحث في الخيارات يقتضي البحث في الأدلة المخرجة عن ذلك الأصل، وبمقتضى تلك الأدلة انقسمت الخيارات إلى قسمين: أحدهما ما دلّ عليه الدليل الخاص، وهو خيار المجلس والحيوان، والآخر ما دلّ عليه الدليل العام وهو سائر الخيارات، ولذلك قدم الشيخ قدس سره البحث في القسم الأول على الثاني، وخيار الغبن من القسم الثاني.

الجهة الأولى: في حقيقة خيار الغبن لغة واصطلاحاً

الغبن لغة: الخديعة، قال الشيخ قدس سره: (وأصله الخديعة، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي)[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: تمليك المال بما يزيد على قيمته، أو تملّكه

---

(١) المكاسب ٥: ١٣.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٧، وفي الهامش عن الصحاح ٦: ٢١٧٢، مادة غبن.

بأقل من قيمته مع جهل الآخر، أعم من حصول الخديعة وعدمه كما لو كانا جاهلين.

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

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

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

نعم، يمكن أن يكون المصحّح لما ذكروه، هو أن بعض الأدلة التي

---

(١) سورة النساء: ٧٦.

استدل بها لخيار الغبن - كما في الجواهر[١] - رواية « غبن المسترسل سحت »[٢]، و« غبن المؤمن حرام »[٣]، و« لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل »[٤]، وإن كان الاستدلال بها موضع إشكال، ولكن ذكر الغبن فيها مصحح لطرح المعنى اللغوي.

الجهة الثانية: الأقوال في المسألة

استظهار إجماع الفقهاء على خيار الغبن

وكيف كان، فالذي يستظهر من بعض الكلمات، إجماع الفقهاء على ثبوت هذا الخيار، كما في نسبة العلامة قدس سره له في التذكرة إلى علمائنا[٥]، وفي المختلف التصريح بالإجماع[٦]، وهو المصرّح به في بعض المتون الفقهية أيضاً[٧]، وجعله صاحب الجواهر قدس سره الحجة في المقام[٨].[١].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٤) الوسائل، الباب٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث٧.

(٥) التذكرة ١١: ٦٨، ونص عبارته: (مسألة ٢٥٢ : الغبن سبب ثبوت الخيار للمغبون عند علمائنا - وبه قال مالك وأحمد).

(٦) مختلف الشيعة: ٥: ٤٤، قال: (وأما ثبوت الخيار مع الغبن فللإجماع عليه).

(٧) كما في الغنية: ٢٢٤؛ حيث قال: (السبب الخامس للخيار: ظهور غبن لم تجر العادة بمثله؛ بدليل الإجماع المشار إليه).

(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٤١، قال:

(وفي الغنية الإجماع عليه ، وهو بعد التتبع الحجة).

(١) وقد استوعب نقل الأقول بعبارة أصحابها الفقيه المتتبع السيد العاملي تغمّده الله في مفتاح الكرامة ١٤: ٢٢٤، ولا بأس بنقل عبارته، قال تغمّده الله: (المشهور بين الأصحاب ثبوت خيار الغبن كما في « المهذّب البارع وغاية المرام والروضة »، وخصوصاً المتأخّرين كما في « المسالك والكفاية »، بل كاد يكون إجماعاً بين المتأخّرين كما في « إيضاح النافع »، وعليه المتأخّرون كما في « التنقيح »، والشيخ وأتباعه كما في « الدروس »، وعلماؤنا كما في « التذكرة »، وإجماع الطائفة كما في « الغنية ».

وبه صرّح في « المبسوط والخلاف والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والإرشاد والتبصرة والدروس واللمعة والحواشي المنسوبة إلى الشهيد والتنقيح وغاية المرام وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد وإيضاح النافع والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان »، وبه صرّح يحيى بن سعيد في « جامع الشرائع » في مسألة تلقّي الركب، وكذا المصنّف في « نهاية الإحكام » إن قلنا: إنّ المسألتين من سنخ واحد كما صرّح به بعضهم.

وينبغي أن يكون مذهب القاضي؛ لأنّه من أعاظم أتباع الشيخ، وقد نسبه الشهيد إلى الأتباع، ولم يحضرني من كتبه إلاّ « الجواهر ».

وهو ظاهر باقي المتأخّرين من شارحين ومحشّين، وإن كانت مسألة التلقّي من سنخ هذه المسألة كان جميع المتأخّرين مصرّحين به إلاّ من شذّ . وقد أسبغنا الكلام فيها بما لا مزيد عليه.

وكم من حكم معروف مشهور خلت عنه المقنعة والانتصار والمراسم ، فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا يورث ريبة فيه.

وأمّا الهداية والمقنع فقد خلا عنهما أكثر الأحكام، وأبو عليّ لم يزل موافقاً للعامّة. وقد نقل في « الخلاف » مخالفة أبي حنيفة والشافعي ومالك وأبي يوسف لنا في هذا الفرع، وسكت عن باقي علمائهم، على أنّ الشهيد إنّما نسب الخلاف إلى ظاهر أبي عليّ، وأمّا المحقّق فما كنّا لنلتفت إلى ما ينقل عنه في الدروس مع

الإشكال في صغرى الإجماع

ولكن في ثبوت صغرى الإجماع إشكالين:

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

الثاني: ما نقل من إنكار المحقق قدس سره له في مجلس درسه[1].

الجواب عن الإشكال

ويندفع الثاني بأن المحقق قدس سره ذكره في الشرائع رابع الخيارات[2]، وما

ما نشاهده منه.

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

(١) حكاه الشهيد قدس سره في الدروس ٣: ٢٧٥؛ حيث قال: (وربما قال المحقّق في الدرس: بعدم خيار الغبن).

(٢) الشرائع ٢: ٢٧٧؛ حيث قال: (الرابع: [خيار الغبن] من اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء).

ذكره في الشرائع مقدم على ما نقل عنه في مجلس الدرس.

دفاع المحقق الرشتي عن الإشكال والجواب عنه

ولكن المحقق الرشتي قدس سره قال: بأن المورد من موارد تعارض الكتابة مع القول، فالمكتوب في الشرائع معارض لقوله قدس سره في الدرس، وقد تقرّر في محله تقديم القول على الكتابة عند التعارض، فلا ينعقد الإجماع مع مخالفة المحقق قدس سره[1].

ويرد عليه: أن ما أفاده قدس سره تام في بعض الموارد، كما هو الحال في الوصية؛ فإنهم قالوا - وهو الصحيح - أنه لو تعارض ما هو مكتوب في الوصية مع وصيته القولية فالقول هو المقدّم؛ والسر في ذلك أن القول صريح في الإنشاء، ولا يحتمل عرفاً إرادة خلاف ما يظهر منه؛ تمسكاً بأصالة الجد، وأما الكتابة فهي قاصرة الدلالة على إنشاء الوصية؛ إذ يحتمل أن الموصي كتب ذلك لينظر فيه فيما بعد، ثم ينشيء الوصية، فالوصية القولية دالة على الإنشاء دلالة قطعية بحسب سيرة العقلاء، وأما الوصية الكتبية فهي ليست بتلك المنزلة، بل تحتاج إلى إقامة القرينة، وعلى هذا أفتى الفقهاء بتقديم القول على الكتابة في الإنشائيات، دون الإخباريات.

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

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٣٨٧.

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

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

الإشكال في كبرى الإجماع

ثم إن الإجماع محل إشكال من ناحية الكبرى؛ فإنه مدركي؛ حيث استند المجمعون إلى آية ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، أو إلى قاعدة (لا ضرر)، أو إلى الشرط الارتكازي، فما أفاده صاحب الجواهر تدثر ممنوع صغرى وكبرى.

فالمهم البحث في الأدلة:

الجهة الثالثة: أدلة خيار الغبن

الدليل الأول: (إلا أن تكون تجارة عن تراض)

استدل العلامة تدثر في التذكرة بعقد المستثنى، من قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[1]، ومعلوم أن المغبون لو عرف

(١) سورة النساء: ٢٩.

الحال لم يرض[١]؛ فإن المعاملة بين الطرفين مبنية على التساوي بين الثمن والمثمن في المالية، ومع عدمه لا تكون تجارة عن تراض.

إشكال صاحب الجواهر على العلامة

وأورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بحصول الرضا الفعلي بالمعاملة بين الطرفين، وإن كان الداعي له الجهل بالقيمة، وما عليه المدار هو الرضا الفعلي بها، وإلا لكانت باطلة، وعدم الرضا تقديري، بمعنى أنه لو علم لم يرض، وهو غير مضر بالمعاملة[٢].

دفاع الشيخ عن العلامة

وأجاب عنه الشيخ قدس سره بتوجيه استدلال العلامة رحمه الله بقوله: (إن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبني على عنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: « اشتريت هذا الذي يساوي درهماً بدرهم »، فإذا تبيّن أنه لا يساوي درهماً تبيّن أنه لم يكن راضياً به عوضاً)[٣].

فلم يثبت الرضا بقول مطلق، ولم ينفه كذلك.

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

الأول: أنه إذا كان الرضا مبنياً على تساوي الثمن والمثمن في المالية،

---

(١) التذكرة ١١: ٦٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

(٣) المكاسب ٥: ١٥٨.

فمع عدمه ينتفي الرضا، فيلزم البطلان.

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

أجاب الشيخ قدس سره **عن الأول** بقوله: (لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع - ولم يكن من مقوّماته - لم يكن تبيّن فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة، التي لا يوجب تبيّن فقدها إلا الخيار)[1]، كما هو الحال في تخلف الكتابة عن العبد والعربية عن الفرس.

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

مناقشة الشيخ للعلامة

ثم أورد قدس سره على العلامة رحمه الله إشكالين:

الأول: استدلال العلامة رحمه الله يتوقف على كون الوصف المذكور - أي تساوي الثمن والمثمن في المالية - عنواناً لا داعياً، وهو ليس كذلك.

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩، وكذا ما بعده.

توضيح ذلك: أن الداعي لا يقع تحت الإنشاء، ولا يتعلق الإنشاء بـه، فتخلّفه لا يؤثر في المعاملة، من حيـث الـبطلان، ولا اللـزوم، فـلا تقـع باطلة، ولا تكون جائزة، وذلك من قبيل ما لو اشترى الرجل المتاع بداعي مجيئ الضيف له، فتبيّن عدم مجيئـه؛ فـإن ذلـك لا يخـلّ بصـحتها، ولا بلزومها.

وأما العنوان فيقع تحت الإنشـاء، فـإن كـان مـن العنـاوين المقوّمـة للمبيع، وأخذ في مقام الإنشاء، أوجب تخلّفه بطلان المعاملـة، كمـا لـو اشترى العبد، فتبيّن جاريـة، وإن كـان مـن الأوصـاف أثّـر فـي اللـزوم، فأوجب تخلّفه الخيار، كما لو اشترى العبد الكاتـب، فتبـيّن عـدم كونـه كاتباً.

والتساوي في المالية، ليس منهما، بل أخذ بنحو الداعي للمعاملة؛ فإن الداعي له، أن لا يكون مغبونـاً، وأن يأخـذ بقيمـة مـا أعطـى، وتخلّـف الداعي لا يوجب بطلان المعاملة، ولا تزلزلها.

الثاني: أنه لو كان من العناوين، فهو غير مؤثر أيضاً، ما لم يؤخذ فـي متن العقد، كأن يقول: « اشتريت المتاع بدرهم على أن يكون مساوياً لـه في المالية »، أو « بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً »، ومـا لـم يؤخـذ فيه - كما هو الحال في المقام - لم يكن تخلّفه موجباً للخيار[1].

ردّ مناقشة الشيخ للعلامة

وهنا جهتان من البحث:

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩.

الجهة الأولى: في كون التوجيه رافعاً لإشكال صاحب الجواهر قدس سره وعدمه، والذي يظهر من الشيخ قدس سره - مع قطع النظر عن إشكاليه - أنه رافع له؛ ولكنّه بعد ذكره الإشكالين قال: (ولو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1] كان أولى)[2].

الجهة الثانية: في إشكالي الشيخ قدس سره، والصحيح عدم ورودهما على العلامة قدس سره:

أما الأول؛ فلأن الغرض الأول عند العقلاء في معاملاتهم البيعية هو حفظ المالية، وعدم دخول النقص فيها، وهذا ما يشير إليه أصل تعريف البيع لغة، بأي تعريف عرّف، سواء أعرّف بمبادلة مال بمال، أم بتمليك عين بعوض، أو بالتبديل في طرفي الإضافة.

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

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٩.

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

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

وأما الثاني؛ فلأن الخصوصية - سواء أكانت من العناوين، أم من الأوصاف، أم من القيود - إن كانت مركوزة في أذهان العقلاء، فيكفي ذلك أن يكون العقد مبنياً عليها، وإن لم تذكر في متن العقد، ويكفي في تحقق عنوان الشرط ومفهومه، أن يكون العقد مبنياً عليها.

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

وإن كانت من الأغراض النوعية، التي يتعلق بها غرض العقلاء، فبناؤهم على إنشاء المعاملة مبنياً عليها، فتكون شرطاً فيها، فمثلاً من الخصوصيات التي يوجب تخلّفها الخيار مع عدم ذكرها في متن العقد، هو بناء كل معاملة على تسليم الثمن واستلام المثمن، فلو سلّم أحدهما ما عليه دون الآخر كان للأول الخيار؛ وذلك لأن هذه الخصوصية مرتكزة في أذهان العقلاء، أي أنه أخذ التسليم والاستلام بعد تمامية كل معاملة في ذهنهم، فيكون تخلّفها منشأ للخيار، من غير حاجة لأخذها في متن

العقد.

الصحيح في الإشكال على استدلال العلامة

وأما أصل استدلال العلامة قدس سره فهو غير تام أيضاً؛ وذلك لأن الرضا في المعاملة غير مهمل قطعاً، فإما أن لا يحصل الرضا مطلقاً في فرض عدم التساوي في المالية، فلا تصح المعاملة؛ لأن التراضي قيد فيها؛ بمقتضى قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

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

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

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

الدليل الثاني: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)

قال الشيخ قدس سره: (ولو أبدل قدس سره هذه الآية - أي السابقة - بقوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1] كان أولى)[2]، وتقريبه قدس سره

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

(٢) المكاسب ٥: ١٥٩.

للاستدلال: أنه لا شك أن المعاملة الغبنية إنما تقع في حال الجهل بعدم مساواة الثمن للمثمن، فإن تبيّن للمغبون العدم، ولم يرض بالمعاملة، فإذا لم يكن له تسلّط على ردّها، كانت صغرى لقوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾، وإن رضي بها بعد التبيّن، لم يعدّ أكلاً بالباطل، وصحّت بالأولوية؛ فإن عقد الفضولي لم يصدر من المالك، ويصح بعد إجازته ورضاه، وعقد المكره لم يصدر عن اختيار المالك، ويصح بعد رضاه، وهذا العقد صدر من المالك المختار، فإذا رضي بعد تبيّن عدم المساواة صحّ بطريق أولى.

ومقتضى الآية، وإن كان حرمة الأكل حتى ما قبل التبيّن، إلا أن هذه الصورة خرجت بالإجماع، وبقي ما بعد اطّلاع المغبون، وردّه المعاملة.

لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾؛ فإن مقتضى عقد المستثنى منه - مورد الاستدلال - الخيار، ومقتضى المستثنى عدمه؛ لكون المعاملة - في ما نحن فيه - تجارة عن تراضٍ، ومع التعارض والتكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم[1].

هذا ما حققه الشيخ قدس سره في المسألة، وقد وقع موقع الإشكال عند غير واحد من الأعلام، كالمحقق الإيرواني والسيد الفقيه اليزدي والمحقق الخراساني قدس الله أسرارهم.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ

أما المحقق الإيرواني قدس سره فحاصل إشكاله: أن الاستثناء على قسمين:

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩ - ١٦٠.

استثناء متصل، واستثناء منقطع، ولا يرد إشكال التعارض على كلا التقديرين:

إما على الاستثناء المتصل؛ فلأن المستثنى مبيِّن للمستثنى منه، فلا يعقل التعارض بينهما؛ فإن معنى المستثنى منه بعد ضمِّ المستثنى - حينئذ - هو أنه لا تأكلوا أموالكم بينكم بأي سبب كان؛ فإنه باطل، إلا إذا كان تجارة عن تراض منكم، ولا شك في تحقق التجارة، كما لا شك في حصول التراضي باعتراف الشيخ قدس سره، فينتفي موضوع الباطل.

وأما على الاستثناء المنقطع؛ فلأن في الآية موضوعين حسب الفرض: موضوع الباطل، وموضوع التجارة، وهما متباينان؛ لأن معنى الاستثناء المنقطع أن يكون المستثنى خارجاً موضوعاً عن المستثنى منه، لا حكماً، ومع تعدّد الموضوع ينتفي التعارض؛ لأن التعارض هو تنافي الدليلين في مقام الإثبات بالنسبة إلى موضوع واحد.

فالتعارض ينتفي على كلا التقديرين[1].

إشكال السيد اليزدي على الشيخ

وأما إشكال السيد الفقيه اليزدي قدس سره فهو: أن الآية صدراً وذيلاً تصنف المعاملات إلى صنفين: باطلة، وغيرها، فالباطلة ما لا يكون تجارة عن تراض، وغيرها ما يكون تجارة عن تراض، فإذا انطبق ذيل الآية

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني، الخيارات: ٢٨.

على مورد انتفى عنه عنوان صدرها؛ فإن مدلول عقد المستثنى أن المعاملة إذا كانت عن تراض كانت حقاً وليست باطلاً، فمع صدق التراضي الفعلي في المقام - كما هو كذلك واعترف به المصنف - يخرج عن كونه أكلاً للمال بالباطل، ولا يكون من التعارض بين الفقرتين[١].

المناقشة في ما أفاده العلمان وغيرهما

والإشكالان بحسب ظاهر الحال قويّان، إلا أنه لا بدّ - قبل ذلك - من التأمل في أمرين:

الأول: في المراد من الباطل في الآية، فهو أساس في الاستدلال، وهو محل خلاف بينهم، فبعضهم حمله على الباطل العرفي، وآخر على الباطل الواقعي، وثالث على الباطل الشرعي، ولا يخفى أن الباطل الشرعي باطل واقعي؛ لعدم الانفكاك بينهما، وربما يقع الاضطراب في كلام الواحد منهم، كما وقع فيه السيد اليزدي تدّس؛ فإنه في مقام بيان الاستدلال حمل الباطل على الباطل العرفي، ولكنه في التعليق على قول الشيخ تدّس: (ويمكن أن يقال..)[٢] حمله على الباطل الواقعي[٣].

والثمرة بين المبنيين مهمة جداً؛ فإن الباطل إذا كان المراد به العرفي فيمكن تخصيصه، بخلاف ما إذا كان واقعياً وشرعياً؛ فإنه لا يقبل التخصيص، وبذلك يختلف مسار الاستدلال، فمثلاً أورد المحقق السيد

---

(١) حاشية السيد اليزدي ٢: ٥١٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٠.

(٣) حاشية السيد اليزدي ٢: ٥١٥.

الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره - حينما قال: بأن مقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل قبل تبيّن الغبن إلا أنه خرج بالإجماع[١] - : بأن الباطل غير قابل للتخصيص بالإجماع، فلا يمكن أن يقال: هذا باطل، ولكنه محكوم بالصحة بالإجماع[٢].

وهو إشكال قوي من حيث الصورة؛ إذ كيف يحكم على الباطل بالصحة؟! إلا أنه غفل عن مبنى الشيخ قدس سره في المراد من الباطل؛ فإن مبناه قدس سره فيه لو كان هو الباطل الواقعي أو الشرعي لصح الإيراد؛ فإنه لا يقبل التخصيص حتى يحكم بصحته، ولكن مبناه هو الباطل العرفي، وهو مما يقبل التخصيص؛ فإن العرف يرى هذا النوع أكلاً للمال بالباطل، والشارع يخطّئه فيه.

وعليه، بما أن مبنى الشيخ قدس سره في الباطل هو العرفي، كما صرّح به في غير مورد من كتاب البيع والخيارات[٣]، فلا يرد عليه إشكال

---

(١) المكاسب ٥: ١٥٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٣ - ٢٩٤.

(٣) **منها**: ما ذكره الشيخ قدس سره في الاستدلال على أصالة اللزوم ٣: ٥٥ من قوله: (ويمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾، ولا ريب أن الرجوع ليست تجارة، ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال. والتوهم المتقدم في السابق [غير] جارٍ هنا؛ لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للآكل لا لغيره . ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إن أكل المال ونقله عن مالكه بغير

المستشكل، ولا إشكال المحققين السيد والإيرواني قدس سرهما؛ وذلك لأن مفاد صدر الآية هو النهي عن التملّك بالباطل العرفي، ومفاد الذيل صحة التملّك به مع الرضا الفعلي، وهو حاصل حسب الفرض، فيقع التعارض.

الثاني: أن الاستثناء عند الشيخ قدس سره منقطع، فيقع التعارض أيضاً، بخلاف ما لو كان متصلاً؛ فإنه لا يعقل التعارض عليه؛ لكون المستثنى - حينئذ - مبيِّناً للمستثنى منه فيكون حاكماً عليه.

وأما مع كونه منقطعاً، وكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي، فلا حكومة في البين، بل يقع التعارض؛ إذ يكون مقتضى عقد المستثنى منه عدم التملّك وعدم جواز الأكل؛ لكونه باطلاً عرفاً، ومقتضى عقد المستثنى جواز الأكل؛ لحصول الرضا الفعلي.

وبعبارة أخرى: إن التعارض يقع حتى على القول بأن الاستثناء منقطع؛ لأنه وإن تعدّد الموضوع حينئذٍ إلا أن ذلك إنما يرفع التنافي بالتباين، وأما التنافي بالعموم من وجه فهو حاصل؛ وذلك لأن مقتضى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ هو النهي عن أكل المال بالباطل العرفي مطلقاً؛ أي سواء أكان مع حصول الرضا الفعلي أم بدونه، ومقتضى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ هو صحة الأكل مع الرضا

رضا المالك، أكل وتصرف بالباطل عرفاً).

ومنها: ما في ٥: ٢٠ قوله: (ومنها: قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ دلّ على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفاً).

الفعلي مطلقاً؛ أي سواء أكان مع كون أكل المال بالباطل العرفي أم لا، فيجتمعان في ما إذا كان أكل المال بالباطل عرفاً، مع حصول الرضا الفعلي؛ فإن الأول يمنع منه، والثاني يجيزه.

الحق في الإشكال على الشيخ

نعم، ما يرد على الشيخ قدس سره وجوه:

الإشكال الأول

لو سُلّم بأن المراد من الباطل هو العرفي كما صرّح به في غير مورد، وأن الاستثناء منقطع كما صرّح به في بحث المكره، ومقتضاهما تحقق التعارض، إلا أنه قدس سره اعترف بإمكان الجمع بينهما في ثلاثة موارد من البيع والخيارات، ونقتصر على مورد واحد، وهو ما ذكره في أول بحث الخيارات، في أصالة اللزوم في البيع؛ فإنه صرّح بأن الباطل في الآية وإن كان هو العرفي إلا أنه يرتفع من البين مع التصرف الشرعي، كما في موارد العقود الجائزة، والأخذ بالشفعة، وأكل المارة؛ فإن تملّك مال الغير في هذه الموارد من الباطل عند العرف، إلا أن الشارع قد أجازه، فيقدّم على ما عند العرف، قال قدس سره:

(ومنها: قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾، دلّ على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلاً عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل؛ فإن أكل المارة من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار؛ فإن

رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإن أخذ مال الغير وتملّكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً.

نعم، لو دلّ الشارع على جوازه - كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض - كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين)[1].

وهذا التصريح من الشيخ قدس سره يرفع التعارض في المقام؛ فإن الفرض أن الشارع هو الذي جعل الرضا الفعلي سبباً للتملّك، وقد قال أن السببية الشرعية مقدَّمة على الباطل العرفي، فما في المستثنى مقدّم على ما في المستثنى منه.

الإشكال الثاني

إن حمل الباطل على الباطل العرفي مما لا وجه له؛ لأن الباطل في الآية مطلق، والباطل العرفي مقيّد، فلا يحمل عليه إلا بدليل، وهو مفقود، فيتعيّن الحمل على الباطل الواقعي.

ولأن الباطل في مقابل الحق، وكما أن الحق واحد وهو الواقعي، ولا وجود للحق العرفي، فكذلك الحال بالنسبة إلى الباطل، فليس فيه إلا الباطل الواقعي.

نعم، إذا تعلّق الحكم بالواقع، ولم يُنصَب طريق لتعيينه، فالمرجع إلى العرف، فالعرف طريق إلى الواقع ليس إلا؛ فإنه مرجع في تحديد

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠.

المعاني والمفاهيم.

الإشكال الثالث

إن الاستدلال بالآية في ما نحن فيه محل إشكال؛ فإن الآية تنهى عن أكل المال بالأسباب الباطلة، والأكل فيها كناية عن التملّك، وليس الازدراد؛ حيث أضيف إلى الأموال، وليست جميعها مما يؤكل، فمفاد الآية صدراً وذيلاً أن الباطل ليس سبباً للتملّك، فهي تنفي الأثرين، الوضعي، والتكليفي عن الأسباب الباطلة، ولا شك أن البيع الخياري مشمول لأدلة الصحة؛ لدخوله تحت إطلاق قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]؛ لشمول الآية للبيع اللازم والخياري، فيخرج عن تحت الأسباب الباطلة، وعليه فلا وجه للاستدلال بآية ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ في مورد البيع الخياري؛ إذ أن البيع الخياري فرع الصحة، والصحة ضد البطلان.

الإشكال الرابع

سلّمنا التمامية والمعارضة إلا أن هنا إشكالاً آخر وهو: أن الشيخ قدس سره قد استدل على صحة البيع بالتراضي بعد انكشاف الغبن؛ بفحوى الرضا اللاحق في بيع الفضولي والمكره.

وهو غير تام؛ لاختلاف الرضا في الموردين سنخاً وأثراً، ومع اختلافهما كذلك تنتفي الأولوية.

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

أما اختلافهما سنخاً؛ فلأن الرضا في باب الفضولي والمكرَه شرط لصحة البيع؛ لأن بيع الفضولي قبل رضا المالك لم يكن بيعاً للمالك، وبيع المكره - بمقتضى عدم التراضي، ورفع ما استكرهوا عليه - لم يكن قبل رضاه بيعاً صحيحاً، وأما الرضا في ما نحن فيه فهو فرع للصحة.

وأما اختلافهما أثراً؛ فلأن الرضا في بيع الفضولي والمكره يجتمع مع الخيار، كما لو كان البيع بيع حيوان، أو كان المبيع معيباً، وأما الرضا في الغبن فهو مسقط له.

و**عليه**، فمع اختلافهما سنخاً وأثراً تنتفي الأولوية، وقياس أحدهما على الآخر باطل.

وبعبارة أخرى: إن الأولوية بين الرضا في المقامين إنما تتمّ لو كان الرضا فيهما في مرتبة واحدة، ولكنه ليس كذلك؛ فإن الرضا في الغبن متفرع على الصحة والخيار، والرضا في الفضولي والمكره متقدم على الصحة، فهما في مرتبتين مختلفتين، فلا تتمّ الأولوية.

الإشكال الخامس

قال الشيخ قدس سره - بعد حصول التعارض -: (فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم)[1].

وفيه: أنه إن أريد بها الأصل اللفظي - وهو قوله تعالى: ﴿ أوفوا

(١) المكاسب ٥: ١٦٠.

بالعقود ﴾[1] - فغير تام؛ لأنها وإن كانت تدل على اللزوم، إما مطابقة أو التزاماً، على اختلاف المبنيين، إلا أنه بما أنها ملقاة إلى العرف فلا بدّ من ملاحظة المرتكزات العرفية إن وجدت، وحملها على ما هو مرتكز عندهم، وما في الارتكاز العرفي والعقلائي في البيع الغبني هو عدم اللزوم، ولهذا قال المحققون من الفقهاء: إن المستند العمدة لخيار الغبن هو الشرط الارتكازي للعقلاء بالتساوي في المالية بين العوضين، ومع وجود هذا الارتكاز العقلائي لا يمكن انعقاد الإطلاق في الآية، بل تتضيق دائرتها بما عند العقلاء، فينصرف وجوب الوفاء عن البيع الغبني بمقتضى الارتكاز العقلائي.

ولا أقلّ أن الإرتكاز العقلائي القائم على عدم لزوم المعاملة الغبنية بمقتضى شرط التساوي في المالية بين العوضين عندهم، إن لم يمنع من انعقاد الإطلاق، فهو يوجب الشك في انعقاده، وعلى التقديرين لا يمكن التمسك بالآية على اللزوم في البيع الغبني.

وإن أريد بها الأصل العملي فنعم؛ فإن مقتضى الاستصحاب بقاء الملك عند من انتقل إليه.

ويمكن أن يقال: بأن استصحاب بقاء الملك محكوم باستصحاب عدم جعل الخيار؛ حيث إن الشك في بقاء الملك مسبّب عن جعل الخيار

---

(١) سورة المائدة: ١.

وعدمه، وهذا الإشكال جارٍ في نحوه من الموارد، فتأمل.

الدليل الثالث: روايات تلقّي الركبان

قال الشيخ قدس سره: (واستدلي أيضاً في التذكرة[١]: بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله أثبت الخيار في تلقّي الركبان، وإنما أثبته للغبن)[٢]؛ وذلك لأن من يأتي من البادية، أو من القرى والأرياف، لا يعرف أسعار المدينة عادة، فيقع في الغبن، فإذا باع للمتلقي، ثم دخل المدينة، فوجد التفاوت غير متسامح فيه، كان له الخيار.

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأن الروايات في إثبات الخيار لذلك ليست من طرقنا[٣]، فلا حجية فيها، ولا وجه لانجبار ضعفها بعمل الأصحاب[٤].

وينظر الشيخ قدس سره في ذلك إلى أن الرواية عندما تكون من طرقنا ولم يكن للراوي توثيق خاص عند الرجاليين وعمل المشهور بروايته، فعملهم بها توثيق عملي له، فتتمّ حجية الرواية، وأما إذا كانت الرواية من طرق العامة لم يكن عملهم بها توثيقاً عملياً للراوي، فلا محالة ينتفي

---

(١) التذكرة ١١: ٦٩.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٠.

(٣) لعله يشير إلى ما في سنن الترمذي ٢: ٣٤٦ وهو: (..عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يتلقى الجلب . فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق).

(٤) المكاسب ٥: ١٦٠.

موضوع الانجبار بالعمل مع كون الرواية من طرقهم.

وعلى فرض القول بانجبار الرواية بعمل الأصحاب، فعملهم بها لا يفيدنا؛ إذ يحتمل أن يكون ناشئاً من حصول الوثوق بصدورها، وهو ليس حجة لنا إلا إذا حصل لنا الوثوق بالصدور، فالمفيد لنا - على هذا القول - هو ثبوت التوثيق العملي، وأما مع احتمال أن عملهم بها من باب حصول الوثوق، فهو حجة لهم لا لنا.

ولو تمّ السند فيمكن المناقشة في الدلالة؛ إذ غاية ما تفيده هذه الروايات هو ثبوت خيار الغبن في هذا المورد الخاص، ولا إطلاق فيها ولا عموم، والتعميم لموارد الغبن الأخرى يتوقف على إلغاء الخصوصية، ولا يكون ذلك إلا مع القطع، أو مع تنقيح المناط القطعي، واحتمال الخصوصية في المورد كافٍ لرفع اليد عن الإلغاء، فتكون المسألة من موارد مسألة دوران أمر المخصص المنفصل المجمل بين الأقل والأكثر، والقاعدة فيه التمسك - فيما زاد عن القدر المتيقن - بالعام، وهو هنا أصالة اللزوم.

الدليل الرابع: لا ضرر ولا ضرار

قال الشيخ قدس سره: (وأقوى ما استدلّ به على ذلك في التذكرة وغيرها[1]

(١) التذكرة ١١: ٦٩، الغنية: ٢٢٤، ففيها:

(ويحتج على المخالف بقوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار »).

قوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »[١].)[٢].

واستدل بها العمدة من أعاظم الفقهاء قدس الله أسرارهم، وتقريب الاستدلال بها كما في كلمات الشيخ قدس سره يتم بكلا الجملتين أعني « لا ضرر » و« لا ضرار ».

أما التعبير الأول؛ فلأن لزوم مثل هذا البيع، وعدم تسلّط المغبون على فسخه، ضرر عليه، فيكون منفياً في الإسلام؛ فإن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر.

وأما التعبير الثاني؛ فلأن الشارع لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، وبما أن مفاده حرمة الإضرار، وهو حكم تكليفي لا وضعي، فربما يتوجه عليه:

أولاً: بأنه منفي في صورة جهل المتعاملين؛ إذ لا يوجد إضرار.

وثانياً: بأن مفاده حكم تكليفي، ولا ربط له بما نحن فيه؛ فإنا نريد نفي الحكم الوضعي وهو اللزوم، ولا تدلّ عليه.

فلزم تتميمه: بأن الشارع لمّا لم يسوّغ إضرار المسلمين، لم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

وبعبارة أخرى: إن الشارع لما جعل حرمة الإضرار، كشف عن عدم جعله ما يسببه، وإلا لكان مضراً، والحكم بوجوب الوفاء بهذه المعاملة

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث١٠.

(٢) المكاسب ٥: ١٦١.

ولزومها، سبب للإضرار فهو منفي.

ومنه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء أكان من جهة الغبن أم لا، كما لو حصل من العيب، وسواء أكان في البيع أم في غيره، كالصلح غير المبني على المسامحة، والإجارة وغيرها من المعاوضات[١].

إشكال المحقق الخراساني على الاستدلال بلا ضرر

وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بأن أقصى ما يدلّ عليه الحديث هو نفي اللزوم، لا إثبات الخيار؛ لأن مفاده النفي - سواء أقلنا هو نفي الحكم عن الموضوع الضرري، أم نفي الحكم الناشيء منه الضرر، كما يراه الشيخ قدس سره - ، والخيار حق مثبت، ولا يثبت بنفي اللزوم، وإلا لكان الحديث مثبتاً لا نافياً.

والحاصل: **أولاً**: أن المدعى هو ثبوت السلطنة على الفسخ وإبرام العقد، أو السلطنة على الفسخ وعدمه، والسلطنة أمر وجودي، فلا تثبت بلا ضرر.

وثانياً: إنا نريد من إثبات الخيار إثبات أمر قابل للسقوط بالإسقاط، وللانتقال بالإرث، وللمصالحة عليه بالمال، وأقصى ما يستفاد من « لا ضرر » جواز المعاملة وعدم لزومها، وهو لا يثبت تلك الآثار[٢].

---

(١) المكاسب ٥: ١٦١.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٨٣.

والإشكال متين جداً.

جواب المحقق النائيني عن إشكال المحقق الخراساني

وأجاب عنه المحقق النائيني قدس سره: بأن في العقد أمرين:

١ـ المدلول المطابقي للعقد، وهو المُنْشأ، وهو في البيع تمليك العين بالعوض، أو تبديل طرفي الإضافة، على حسب معاني البيع.

٢ـ المدلول الالتزامي له، وهو الالتزام والتعهد بالبقاء على ما أنشأه من المدلول المطابقي، وعقدية العقد تدور مدار هذا التعهد؛ فإن معنى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] هو الوفاء بهذا التعهد.

وعليه فكل من المتعاقدين يُملِّك الآخر التزامه، بحيث يخرج التزامه عن يده، وهذا معنى وجوب الوفاء، وكون العقد لازماً، فإذا قلنا بأن « لا ضرر » ترفع وجوب الوفاء، فمعناه أن الالتزام المملَّك للآخر لا زال أمره بيده، وهذا معنى الخيار، وتترتب عليه جميع الآثار، فما قاله المحقق الخراساني قدس سره من أن « لا ضرر » إنما ترفع اللزوم، ولا تثبت الحق.

فالجواب عنه: أن الحق ليس شيئاً آخر غير أن يبقى اختيار الالتزام بيده؛ فإن مقتضى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] هو أنه لا يَملِك التزامه، بل قد ملّكه للآخر، وعندما جاءت « لا ضرر » ارتفع وجوب الوفاء وكان مالكاً لالتزامه، وهو عين الحق[3].[1].

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) منية الطالب ٣: ١١٦.

المناقشة في جواب المحقق النائيني

وكما كان الإشكال قوياً فالجواب قوي أيضاً، إلا أنه غير واف برفع إشكال المحقق الخراساني تغمده الله، ولكن يحتاج إلى توضيح فنقول: إن وجود الالتزام والتعهد في العقود مما لا يقبل الإنكار، وعلى هذا الأساس قسم المحقق النائيني تغمده الله المعاملات المشتملة على الإيجاب والقبول إلى أقسام، منها هذان القسمان:

الأول: العقود الإذنية - كالعارية والوديعة والوكالة - التي قوامها بالإذن، وليس فيها تعهد والتزام، وهي في الحقيقة خارجة عن العقود تخصّصاً لا تخصيصاً، وإنما تسمّى عقوداً لاعتبار رضا الطرفين وإلا فهي ليست إلا تسليطاً على التصرف.

---

(١) قال الشيخ الأستاذ حفظه الله في جواب على سؤال بما يوضح مطلب المحقق النائيني تغمده الله: إنه يوجد جواز ولزوم حكميان، وجواز ولزوم حقيان، فالأول ما يتعلق بالمدلول المطابقي، وهو المنشأ، ومثاله في اللزوم عقد النكاح، فإن اللزوم فيه حكمي لا اختيار فيه للمكلف، ومثال الجواز الحكمي عقد الهبة؛ فإن الجواز فيها من قبل الشارع بلا مدخلية للمكلف فيه.

والثاني؛ أي اللزوم والجواز الحقيان فهما المتعلقان بالالتزام بالمدلول المطابقي.

وعلى مسلك المحقق النائيني تغمده الله أن وجوب الوفاء يتعلق بهذا الالتزام لا بالمُنشأ، وبهذه الجهة يكون حقاً، ففي بيع الخيار جعل قرار الالتزام بيد المتبايعين، وأما في صورة عدم الخيار فالالتزام خارج عن يد البائع مثلاً، بل يملكه الطرف الآخر، فإذا رفع اللزوم ووجوب الوفاء رجع أمر الالتزام إلى البائع ولم يعد ملكاً للطرف الاخر.

الثاني: العقود التي فيها عهد والتزام كالبيع والإجارة والصلح؛ فإن البائع يتعهد بتمليك الدار للمشتري، والمؤجر يتعهد بتمليك المنفعة للمستأجر، بل حتى في الهبة تعهد من الواهب بتمليك الموهوب له العين، إلا أنها خرجت من تحت ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] تخصيصاً؛ ببركة الدليل المخصِّص، وأما البيع ونحوه من العقود اللازمة فبقيت تحتها[2].

وما أفاده قدس سره من المبنى وإن كان ضابطة عامة في المعاملات، وهو أمر مفيد جداً، إلا أن بحثنا فعلاً ليس فيه، وإنما البحث في ما بناه عليه، وفيه:

أولاً: **قوله**: بأن في العقود العهدية عهداً والتزاماً، وكل واحد من المتعاقدين يملّك التزامه إلى الآخر، فصحيح بالنسبة إلى وجود التعهد والالتزام، وغير صحيح بالنسبة إلى تمليكه؛ إذ ليس في عقد البيع مثلاً إلا تمليك واحد، وهو تمليك العين ليس إلا ، ولا وجود لتمليك الالتزام، وإنما الموجود نفس التعهد والالتزام بدون تمليك، بمعنى أن البائع عندما يقول للمشتري ملكتك العين، فهو - مضافاً إلى هذا التمليك - يلتزم ويتعهد بالبقاء على ما أنشأه، وهذا الالتزام منه أمر غير قابل للإنكار، وهو أمر ارتكازي عند العقلاء في جميع المعاملات من هذا النحو، ويلزم الوفاء به عندهم، فتكون ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[3] - بحسب الدقة والتأمل -

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ١٦.

(٣) سورة المائدة: ١.

إمضاءاً لما عندهم وليس أمراً تعبدياً، ويشهد على ذلك أن أحدهم لو أنشأ المعاملة ثم جاء بعد ذلك وقال: رجعت في كلامي، لم يقبل منه ويلومه العقلاء على قوله.

إذن ليس عند العقلاء إلا لزوم الوفاء بالعقد، والآية الكريمة إمضاء لما عندهم.

وعليه: فالشارع - بمقتضى « لا ضرر » الحاكمة على جميع أدلة العبادات والمعاملات - رفع وجوب الوفاء بالتعهد والالتزام إذا كان ضررياً، وليس فيها ما زاد على هذا النفي، فمن أين جاءت أحكام الحق؟!

وبعبارة أخرى: إنا لا ننكر الحكم بلزوم الوفاء بالتعهد، ولكن نقول: إذا كان الوفاء بالتعهد ضررياً فهو منفي بـ« لا ضرر »، فلا يكون البائع أو المشتري ملزماً به، ونفي الإلزام بالتعهد عنه لا يثبت أن له حق الإسقاط، والمصالحة عليه، وأن يكون ميراثاً، فيعود إشكال المحقق الخراساني قدس سره إلى قوته.

جواب المحقق الخوئي عن إشكال المحقق الخراساني

وأجاب المحقق السيد الخوئي قدس سره عن إشكال المحقق الخراساني قدس سره بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول ورده

توضيح الجواب: أن ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره مبتنٍ على القول

باختلاف حقيقتي الجواز الحقي، والجواز الحكمي، أي مبني على الاختلاف بين حقيقة الحق والحكم، ولكن الصحيح اتحاد حقيقتهما، وإنما الاختلاف بينهما في الآثار، فحكم الشارع في بعض الموارد بقابلية سقوطه بالإسقاط، وانتقاله بالصلح والإرث، دون الآخر، فجواز الرجوع في كل من الهبة والبيع واحد، إلا أنه في الهبة ليس باختيار الواهب، وأما في البيع فباختيار من بيده الخيار، فيلزم - مع الاتحاد في حقيقتهما - أن يثبت الحق برفع لزوم العقد[1].

ويردّ: أولاً: بأن لمعرفة اتحاد الحقيقة بين الحكم والحق واختلافهما طريقين، فالمرجع إليهما:

الأول: الارتكاز العقلائي؛ فإن الأحكام والحقوق ليستا من الأمور المخترعة للشارع، بل هي موجودة عند العقلاء بغض النظر عن الشرع والشريعة، فينبغي أن يلاحظ ما عندهم، فإن كانوا يرونهما حقيقة واحدة، فهي كذلك، وإلا فمتعددة.

الثاني: لسان الأدلة الكاشف عن نحو الاعتبار؛ فإن الأحكام مطلقاً - تكليفية أو وضعية - تشترك في أمر جامع وهو الاعتبار، فهي من سنخ الاعتباريات، فكما أن حرمة الخمر أمر اعتباري، وقوامه باعتبار المعتبِر، فكذلك ملكية الدار لزيد متقومة بالاعتبار ، وإنما الاختلاف بينها في المعتبَر - بالفتح -.

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٦، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٤ - ٢٨٥.

وبعبارة أخرى: إن الأحكام كلها تشترك في أصل الاعتبار، ولكنها تختلف في نحو جعله.

والشاهد على وجود الاختلاف في نحو الجعل في الارتكاز العقلائي والأدلة الشرعية، أنّا عندما نلاحظ الماء مثلاً نرى أنه في نفسه مباح لكل أحد شرعاً وعقلاء، بلا فرق بين الماء في الغدير، والماء في الصحراء، ولكن عندما يسبق إليه أحد، يكون أحقّ به من غيره، وليس السابق والمسبوق على حد سواء، شرعاً وعقلاء، فالإباحة المشتركة بين جميع الأفراد حكم من الأحكام، ويعبّر عنه بالحلية، ودليله ما يذكر في باب الأطعمة والأشربة من أدلة الحلية الواقعية والظاهرية.

وأما الاعتبار المختص بالسابق، فهو حق من حقوقه؛ بمقتضى المرتكز العقلائي، من عدم كون السابق كالمسبوق بالنسبة إليه، ودليله من الشارع ما ورد بهذا المضمون: « من سبق الى ما لم يسبق اليه أحد فهو أحق به »[1].

---

(١) المبسوط ٣: ٢٦٨، بهذا اللفظ:

« وروي عنه صلى الله عليه وآله أنه قال من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به ».

وفي الوسائل الباب٥٦ من أبواب أحكام المساجد، الحديث١: عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : تكون بمكة، أو بالمدينة، أو الحيرة، أو المواضع التي يرجى فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه، فقال: « من سبق إلى موضع فهو أحق به يومه وليلته ».

فهنا - بحسب الارتكاز العقلائي والدليل الشرعي - اعتباران: اعتبار مشترك بين جميع الأفراد، واعتبار مختص بالسابق، فالأول هو إباحة الشرب وجوازه، وهو حكم، والثاني نحو سلطنة للسابق، وهو حق، ودليل السبق ودليل الحلية نحوان من اعتبار المعتبِر - بالكسر -، والمعتبَر - بالفتح - في أحدهما الإباحة وجواز الفعل وتركه، وفي الآخر السلطنة.

وهذا المعنى سارٍ في جميع موارد المشتركات بحسب الإرتكاز العقلائي والأدلة الشرعية، ففي المسجد اعتبار مشترك للجميع - وهو جواز الصلاة في أي مكان منه لكل مصلٍ - واعتبار مختص لمن سبق إلى مكان خاص منه؛ فإن السابق ليس كغيره من نظر عقلائي وشرعي؛ فإنه بمجرد أن سبق إلى المكان وجلس فيه كان أحق به من غيره، فالإباحة والجواز مغايران - من حيث الحقيقة - للسلطنة والأولوية.

فما أفاده تتمّ من كون الحق والحكم حقيقة واحدة والفرق بينهما في اختلاف الآثار، ممنوع شرعاً وعقلاء، بل الاختلاف بينهما في الحقيقة والسنخ، ففي الهبة إباحة وجواز تكليفي فقط، وفي البيع الخياري سلطنة لذي الخيار، فيعود إشكال المحقق الخراساني تتمّ؛ فإن لرفع اللزوم عملاً واحداً، وهو تصحيح الجواز التكليفي، الذي هو سنخ من الجواز للواهب في الهبة، لا الجواز في البيع الخياري الذي هو سلطنة لصاحب الخيار.

ثانياً: سلمنا بكون الحق والحكم حقيقة واحدة، إلا أن الفرض أن المعتبَر الواحد قد جعل في بعض الموارد موضوعاً لأحكام خاصة كالإسقاط، والإرث، ولم يجعل كذلك في موارد أخرى، فالجواز في الهبة

لم يجعل موضوعاً للإسقاط، بخلافه في البيع الخياري، مع أن كليهما جواز، وسنخ واحد منه، فأيضاً يرد إشكال المحقق الخراساني قدس سره؛ فإنه يقول: بأن « لا ضرر » إنما ترفع وجوب الوفاء، ولا تثبت موضوع الأحكام الخاصة كقابلية الإسقاط والصلح والإرث.

فالحاصل: أن إشكال المحقق الخراساني قدس سره وارد على كلا التقديرين، قلنا بأن الحكم والحق حقيقة واحدة أو متعددة.

الجواب الثاني ورده

أن دليل نفي الضرر إنما يرفع اللزوم الذي يلزم منه الضرر، فيكون المرفوع من اللزوم مقدار ما يرتفع به الضرر، فيكون الخيار فورياً عرفياً حينئذٍ، بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ والإمضاء لسقط خياره، فيعلم أنه من الحقوق، فيسقط بإسقاط ذي الخيار أيضاً.

ودعوى ثبوت الجواز الذي يكون ثابتاً إلى الأبد نظير الجواز في الهبة، يحتاج إلى عناية زائدة، فلا دلالة في دليل نفي الضرر عليه.

وإذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله أن يصالح عليه بالمال، وأما انتقاله إلى الورثة فلا يتكفله دليل نفي الضرر، بل لا بدّ من مقدمة خارجية؛ لأن عدم انتقال بعض مال الوارث إلى الورثة ليس ضرراً عليهم؛ إذ لا مال عندهم، بل قلة نفع لهم، فيقال: بما أن بعض الروايات الواردة في عدم نفوذ الوصية بأكثر من الثلث

علّلت الحكم بأنه ضرر على الورثة[١]، استكشف منها أن الوارث وجود تنزيلي للمورِّث، فالغبن الداخل على المورِّث داخل على الورثة، والضرر الداخل عليه داخل عليهم، فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتاً لهم[٢].

وفيه: أولاً: أن قوله: إن « لا ضرر » إنما ترفع اللزوم بمقدار ما يحصل منه الضرر، فيثبت له الخيار الفوري ليس إلا، بحيث إنه يسقط لو لم يعمل به، تام إلا أنه لا ربط له بثبوت حق الإسقاط؛ فإن السقوط بانتهاء أمد الشيء أمر، والسقوط بإسقاط ذي الحق أمر آخر، ولهذا

---

(١) يمكن الإشارة إلى ما في الوسائل، الباب٨ من أبواب كتاب الوصايا، باب عدم جواز الجور في الوصية والحيف فيها بتجاوز الثلث، ووجوب ردّها إلى العدل والمعروف.

الحديث١: ..عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى وأوصى بماله كله أو أكثره، فقال له: « الوصية تردّ إلى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والحيف، فإنها ترد إلى المعروف ، ويترك لأهل الميراث ميراثهم . . . الحديث».

والحديث٤: الفضل بن الحسن الطبرسي في (مجمع البيان) قال : جاء في الحديث: « إن الضرار في الوصية من الكبائر ».

ويمكن الإشارة إلى ما في الباب٩، الحديث:٢ عن حماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة، والوصية بالربع والخمس أفضل من الوصية بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك ».

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٦ - ٢٩٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٥.

نلاحظ في الهبة أن الواهب إذا لم يرجع في هبته إلى أن تلفت العين الموهوبة يسقط منه جواز الرجوع ولكن لا ربط له بالإسقاط.

وثانياً: أن ما أفاده قدس سره من المقدمة الخارجية من كون روايات الوصية تثبت أن الوارث وجود تنزيلي للمورِّث فيثبت له الخيار فيرد عليه:

أن مقتضى أصالة الحقيقة الأخذ بظاهر الكلام في غير ما قامت القرينة على خلافه، ويقتصر - مع قيامها - على موردها، ولا يتعدّى إلى غيره، والمعنى الحقيقي للضرر المنفي هو النقص في المال أو العضو أو النفس، ولكن بما أن الروايات استعملته في مورد عدم النفع في الوارث مجازاً، فالروايات جعلته وجوداً تنزيلياً للمورِّث في باب الوصية، فيقتصر على موردها، والتعدّي إلى غيره أخذ بخلاف الظاهر، وعلى خلاف أصالة الحقيقة بلا قرينة ولا حجة، فلا يصح، واذا بطلت المقدمة بطلت النتيجة، فيبقى إشكال المحقق الخراساني قدس سره على قوته.

الجواب الثالث ورده

أنه كما يصح إسقاط الخيار حدوثاً قبل المعاملة، بأن يقدم على المعاملة حتى لو كان التفاوت بين الثمن والمثمن فاحشاً، فكذا يصح إسقاطه بقاء بالأولوية[1].

وفيه: **أولاً**: أن المحقق الخراساني قدس سره ينكر أصل ثبوت الخيار؛ لأن «

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٧ ، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٨٦.

لا ضرر » إنما تنفي اللزوم، ولا تثبت ما زاد على ذلك، فلا يرد عليه أن الخيار إذا كان يسقط بالإسقاط حدوثاً فمن باب أولى يسقط به بقاء، وإنما يرد على من يقول بثبوت الخيار.

وثانياً: إن المتصور من إسقاط الخيار حدوثاً، هو الرضا بالمعاملة بأي نحو حصلت، ولو بأن يكون التفاوت بين الثمن والمثمن فاحشاً، ومعنى هذا نفي الخيار من الأول، لا ثبوته وإسقاطه، وبينهما فرق؛ فإن إسقاط الخيار فرع ثبوته، وأما نفي الخيار فبالإقدام على المعاملة والرضا بها ولو كانت غبنية، بحيث ينتفي الخيار بانتفاء موضوعه ودخول المعاملة في التجارة عن تراض، فخلط بين سقوط الخيار حدوثاً ونفيه كذلك.

والحاصل: أن ما أجيب به عن إشكال المحقق الخراساني تدثر على الاستدلال بـ« لا ضرر » غير تام، فيبقى الإشكال على قوته[1].

إشكال الشيخ على الاستدلال بلا ضرر

ثم إن الشيخ تدثر أورد على الاستدلال بـ« لا ضرر » بما توضيحه: أن

---

(١) نقل بعض الحاضرين جواب المحقق العراقي تدثر عن إشكال المحقق الخراساني تدثر، وحاصله: أن « لا ضرر » ترفع اللزوم، وبالإجماع على الملازمة بين رفع اللزوم والخيار يثبت الخيار.

فأجاب الشيخ الأستاذ - دام ظله - : أولاً: بأن المسألة لم تكن محررة عند قدماء الأصحاب، فكيف استكشف تدثر الإجماع؟!

وثانياً: إن هذا الإجماع - على فرض حصوله - مدركي بلا ريب، فلا يكون حجة.

نفي اللزوم بها لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الإمضاء والردّ بكل الثمن إلا إذا انحصر فيه، ولكن في المقام احتمالين آخرين يرتفع الضرر بهما أيضاً:

الأول: أن يتخير المغبون بين الإمضاء بكل الثمن وبين الردّ في المقدار الزائد، غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن؛ لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض الذي أنشأ المعاملة المحاباتية في مرض موته، كأن اشترى ما يسوى ألف دينار بثلاثة آلاف، أو باع ما يسوى ثلاثة آلاف بألف، وحال المغبون بعد العلم بالغبن حال وارث ذلك المريض إذا مات؛ فإن له أن يمضي المعاملة أو يردّها بمقدار الغبن، فيأخذ الألفين في المثال من دون ردّ جزء من العوض، كما عليه الأكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة، وإن اعترض عليهم العلامة رحمه الله بما حاصله:

أن استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة[1]؛ لأن المعاملة الواقعة واحدة لا تعدد فيها، فلا يعقل

---

(١) ولا بأس بنقل ما أفاده العلامة بطوله لفائدته، قال في القواعد ٢: ٥٣٦ - ٥٣٨:

(ولو باع فحابى: فإن أجاز الورثة لزم البيع، وإن لم يجيزوا فاختار المشتري الفسخ فله ذلك؛ لتبعيض الصفقة.

وإن اختار الإمضاء قال علماؤنا: يصح ما قابل الثمن من الأصل، والمحاباة من الثلث.

والحق عندي: مقابلة أجزاء المبيع كما في الربوي؛ ولأن فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن.

وكما لا يصح البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن . فلو باع عبداً لا يملك سواه وقيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى بثلثي ماله، فعلى الأول يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن؛ لأنه استحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن.

وعلى ما اخترناه: يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، ويفسخ البيع في الباقي؛ لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه، كما لو اشترى قفيزاً يساوي تسعة بقفيز يساوي ثلاثة.

ولو باعه بخمسة عشر جاز في ثلثيه بثلثي الثمن، وعلى الأول في خمسة أسداسه بالجميع.

وطريق هذا: أن ينسب الثمن وثلث التركة إلى قيمته، فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه.

وعلى ما اخترناه : يسقط الثمن من قيمة المبيع، وينسب الثلث إلى الباقي، فيصح البيع في قدر تلك النسبة، وهو ثلثاه بثلثي الثمن، أو ينسب الثلث إلى المحاباة، فيصح البيع في قدر تلك النسبة.

فإن خلف عشرة أخرى فعلى قولنا يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن، وعلى ما اختاره علماؤنا يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن، ويرد نصف تسعه، أو ينسب الثمن إلى المثمن، ويستخرج قدر المحاباة، فللورثة ضعفها من العبد والثمن.

فنقول في الأولى: صح البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن، فالمحاباة بثلثي شيء، فللورثة شيء، والشيء من العبد، فيبطل من الثمن ثلث شيء، فالثمن في تقدير ثلثي شيء، والعبد في تقدير شيئين، فالشيء خمسة عشر، فللمشتري

التبعيض في الفسخ، بأن يرجع في حصة من الثمن دون البعض الآخر؛ لأن حقيقة المعاوضة متقومة بأن كل واحد من العوضين في مقابل الآخر، فإذا رجع في بعض الثمن دون بعض المثمن لم تحصل المقابلة، فتنتفي حقيقة المعاوضة.

الثاني: أن يتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد أمرين: الفسخ في الكل، أو تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد إن وجد أو بدله إن فقد، ومرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبة مستقلة.

ومع وجود هذين الاحتمالين لا تصل النوبة إلى التمسك بـ «لا ضرر» لإثبات الخيار في كل المعاملة إمضاء أو ردّاً، فالمتيقن من ثبوت الخيار

خمسة عشر هي نصفه، ورجع إليه من الثمن خمسة، وكذا للورثة.

وفي الثانية : يصح البيع في شيء بنصف شيء من الثمن، فالمحاباة بنصف شيء، فللورثة شيء، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء، يبقى لهم نصف شيء من العبد، فيبطل البيع في مقابله، وهو ربع شيء من الثمن، فالعبد في تقدير شيء ونصف، والثمن في تقدير نصف شيء وربع، فالشيء عشرون.

وفي الثانية: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة والثمن، وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن، فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شيء ونصف، فالشيء ستة وعشرون وثلثان).

له صورة امتناع الغابن من البذل[١].

مناقشة المحقق السيد الخوئي للشيخ ودفعها

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الأول منهما: بأن الخيار في بعض الثمن إنما يصحّ في ما لو أمكن الانحلال في البيع، كما في بيع ما يُملَك وما لا يمُلَك كبيع الشاة والخنزير، أو الخل والخمر في صفقة واحدة، وبيع ما يَملِكه وما لا يملكه في صفقة واحدة؛ فإنه يمكن الالتزام بصحة البيع في الشاة والخل وما يملكه، دون الخنزير والخمر وما لا يملكه، غاية الأمر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في المالية وإلا فلا محذور أصلاً، والوجه فيه أن البيع وإن كان واحداً، ولكنه بحسب الحقيقة بيوع متعددة حسب تعدد المبيع.

وأما في ما نحن فيه فلا يمكن ذلك؛ لعدم الانحلال حتى يلتزم برد بعضه وإمضاء البعض الآخر؛ لأن المبيع هنا والبيع واحد، وقد وقع البيع على المثمن بثمن خاص[٢].

والحق عدم وروده؛ لأن المدار في الانحلال وعدمه على وحدة المطلوب وتعدده، فإن كان المبيع بنحو وحدة المطلوب لم ينحل وإن كان مركباً من جزئين، وإن كان بنحو تعدد المطلوب - كأن اشترى المركب من جزئين وكان الغرض الأقصى أن يكونا معاً، والغرض الأدنى

---

(١) المكاسب ٥: ١٦١ - ١٦٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٩ - ٣٠٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٨: ٢٩١.

الاقتصار على أحدهما - حصل الانحلال، وإلا فما هو الفرق بين ما لو باع الدار المشتركة بينه وبين غيره ببيع واحد، وما لو كانت الدار له لوحده وباعها كذلك، حتى يقال بالانحلال في الصورة الأولى، وعدمه في الصورة الثانية، مع كون المبيع واحداً في الموردين؟

نعم، يرد على الشيخ قدس سره إشكال العلامة رحمه الله المتقدم ذكره، من أن استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة.

المناقشة في الأمر الثاني للشيخ

وأما ما أفاده في الاحتمال الثاني من رد بعض الثمن غرامة على الغابن، فيردّه: أن الغرامة لا تكون إلا في مورد الضمان، والضمان لا يكون إلا بأسبابه التي هي عبارة عن وضع اليد العادية، والإتلاف، وليس شيء منهما موجوداً في المقام، فينتفي الضمان فتنتفي الغرامة.

إشكال المحققين الأصفهاني والإيرواني والسيد الخوئي على الاستدلال بلا ضرر

وذهب المحققون الأصفهاني والإيرواني والسيد الخوئي - قدس سرهم - إلى أنه لو جاز التمسك بـ« لا ضرر » لكان لازمه بطلان العقد، لا نفي اللزوم؛ لأنها تنفي ما ينشأ منه الضرر، والضرر ينشأ من الحكم بصحة العقد الواقع بين المثمن ذي الثمن العالي وبين الثمن الرخيص؛ فإنه هو الذي أوجب نقصان مال المغبون، ولم ينشأ الضرر من الحكم بلزومه؛ لأن اللزوم إنما هو إلزام من الشارع بما فيه الضرر، لا أن الضرر

يلزم من ناحيته[١].

وهذا الكلام وإن كان قوياً في نفسه، وتاماً في حدّ المقتضي، إلا أنه مبتلى بمانعين:

الأول: قيام الإجماع، بل التسالم على صحة المعاملة الغبنية وعدم القول بفسادها، ودليل نفي الضرر كغيره من الأحكام الشرعية القابلة للتخصيص، فيخصص بهذا الإجماع بالنسبة إلى صحة المعاملة، وأما بالنسبة إلى اللزوم فتجري القاعدة؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

ولا يخفى أن هذا الإجماع لا يمكن خدشه بكونه مدركياً؛ لتسالم الإصحاب على الحكم، وما كان كذلك لا يورد عليه بكونه مدركياً، فلا يمكن رفع اليد عنه.

الثاني: أن « لا ضرر » من الأدلة الامتنانية، كحديث الرفع ودليل نفي الحرج، وبما أنه كذلك لا يجري في ما يكون فيه خلاف الامتنان؛ لقصور إطلاقه عن ذلك، فكما لا يجري حديث الرفع لنفي صحة بيع المضطر لداره؛ لكونه خلاف الامتنان عليه، وكما لا يجري دليل نفي الحرج في الموارد التي يكون جريانه فيها خلاف الامتنان على صاحبه، فكذلك « لا ضرر »، ونفي صحة البيع الغبني خلاف الامتنان فلا تجري.

فيتحصل من ذلك: عدم جريان « لا ضرر » بالنسبة إلى نفي الصحة

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني ٤: ٢٤٣، حاشية المكاسب للإيرواني ٢: ٢٨ مصباح الفقاهة ٦: ٣٠١، التنقيح ٣٨: ٢٩٣.

ولكن تجري لنفي اللزوم ليس إلا، ولا يترتب على نفيه ثبوت الأحكام الخاصة الثابتة للخيار[١].

---

(١) نقل أحد الحاضرين ملخص قول المحقق الإيرواني قدس سره في حاشيته ٢: ٢٩، ولفظ المحقق المذكور هو: (والتّحقيق أن يقال: إنّ دليل نفي الضّرر يقتضي سلطنة المغبون على تغريم الغابن بمقدار ما أضرّه، كما يقتضي ذلك آية الاعتداء أيضاً، فيثبت به اشتغال ذمّة الغابن بالغرامة بلا حلّ للمعاملة فضلاً عن ربطها، بل ليس له حلّ المعاملة حتّى لو لم يؤدّ الغرامة، وإنّما له أن يجبره على الغرامة إن تمكّن من ذلك، وإلا بقي الحق في ذمة الغابن كما في سائر الدّيون؛ فإنّ الدّائن إذا لم يتمكن من استيفاء دينه لا يتسلّط على حلّ شيء من معاملات أوقعها مع المديون، والدّليل على تعيّن احتمال التغريم من بين سائر المحتملات الّتي من جملتها فساد المعاملة الغبنيّة، هو أنّ الجمع بين دليل نفي الضّرر، وبين عمومات صحّة المعاملات الشاملة للمقام، وبين عمومات لزوم المعاملات يقتضي ذلك، فيحكم بصحّة المعاملة ولزومها؛ عملاً بالعمومين، ثم يحكم باشتغال الذّمة بالغرامة؛ عملاً بدليل نفي الضّرر، ومعلوم أنّ الجمع بين الأدلّة مهما أمكن أولى من طرح بعضها وإن لزم من ذلك الجمع ما لزم، ما لم يكن على خلاف شيء من الأدلّة).

فأفاد الشيخ الأستاذ دام ظله:

أولاً: أن الأدلة لا تلاحظ بنحو العام المجموعي، وإنما تلاحظ بنحو العام الاستغراقي، فيلاحظ كل دليل مستقلاً عن الآخر، فدليل الحل يدل على صحة المعاملة لا أكثر، ودليل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ يدل على اللزوم ليس إلا، ودليل نفي الضرر حدّه النفي، وهو ناظر إلى الأدلة الأولية فيكون ناظراً لهما فيكون حاكماً عليهما، ومقتضى القاعدة أن ينفي الصحة؛ لحصول الضرر من الحكم بها، ولكنه لا

الدليل الخامس: روايات الغبن سحت

قال الشيخ قدس سره: (وقد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: « غبن المسترسل سحت »[١].

وعن ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: « غبن المؤمن حرام »[٢].

وفي رواية أخرى: « لا تغبن المسترسل؛ فإن غبنه لا يحل »[٣])[٤].

ولكنها لا تصلح للاستدلال على ثبوت الخيار:

أولاً: لكون مفادها حكماً تكليفياً لا وضعياً.

وثانياً: أن الرواية الثانية يحتمل فيها تحريك الباء من الخديعة، أي خديعة المؤمن حرام، فتكون أجنبية عن الباب.

فموضوع هذه الروايات كمحمولها محل تأمل، فلا نطيل فيها.

بقي شيء: العمدة في المسألة عند الشيخ

قال الشيخ: (فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة

يجري فيها بحسب ما تقدم من الإجماع والامتنان، فينفي اللزوم ليس إلا.

وثانياً: إن الغرامة أمر إثباتي فكيف جاء من الجمع بين الأدلة الثلاثة؟!

وقوله: بأن الجمع أولىٰ من الطرح صحيح بشرط أن يكون جمعاً.

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث:١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث:٢.

(٣)الوسائل، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة الحديث:٧.

(٤) المكاسب ٥: ١٦٤ - ١٦٥.

المحققة، وحديث نفي الضرر، بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت)[1].

ولكن نقول: أما الإجماع فقد اعترف الشيخ قدس سره بكونه منقولاً، وقد أفاد في الأصول بأنه إخبار حدسي عن رأي المعصوم عليه السلام، فلا تشمله أدلة حجية الخبر.

وأما الشهرة فلا حجية فيها، وضم اللاحجة إلى اللاحجة لا ينتج الحجية.

وأما « لا ضرر » فقد تقدم أن غاية ما يستفاد منها نفي اللزوم، فلا تثبت المطلوب الذي هو الخيار.

تنبيه

إن « لا ضرر » حكم امتناني على جميع الأمة كما تقدم، فلو أجريت لنفي الصحة لكانت خلاف الامتنان على الغابن والمغبون، أما على الغابن؛ فلأن باب النفع ينسد عليه حينئذٍ من جميع الجهات، وأما إذا لم تنفِ الصحة وإنما نفت اللزوم فيبقى الباب مفتوحاً له؛ إذ ربما يرضى المغبون بالمعاملة بكامل الثمن.

وأما بالنسبة إلى المغبون؛ فلأن غرضه ربما يتعلق بهذا المبيع، فإن نفيت الصحة انسد الباب عليه، وإن لم تُنفَ أمكنه أن يبقي على المبيع

---

(١)المكاسب ٥: ١٦٥.

وأن يصالح على إسقاط حق الخيار بعوض.

والحاصل: إن الحكم بالبطلان خلاف الامتنان، وأما الحكم بالصحة وعدم اللزوم فهو امتناني على الغابن والمغبون.

طريق صاحب الجواهر في الاستدلال بلا ضرر

وحاصل ما أفاده قدس سره: أن مدلول « لا ضرر » إن كان النهي فهي أجنبية عن المقام؛ لأن مفادها حرمة الضرر ليس إلا.

وإن كان مدلولها النفي، فهي وإن دلّت على عدم مشروعية ما فيه ضرر، إلا أن بضم أصالة صحة البيع وحليته يكون المراد من نفي المشروعية نفي اللزوم[1].

توجيه المحقق الرشتي لكلام صاحب الجواهر

وبما أن ظاهر كلامه قدس سره غير قابل للقبول وجهه المحقق الرشتي قدس سره بقوله: (إن المنفي هو مشروعية ما يشتمل على الضرر، سواء كان من الأسباب كالمعاملات أو من العبادات.

غاية الأمر: على الأول: يدل على نفي التأثير، وعلى الثاني: يدل على التحريم.

وعلى الأول - أعني المشتمل على الضرر من المعاملات - نفي المشروعية فيه تارة يكون بنفي الصحة واللزوم، وأخرى بنفي اللزوم خاصة، فعلى الأول: يثبت فساد المعاملة، وعلى الآخر يثبت الخيار،

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

فيدور الأمر حينئذٍ بين ارتكاب التخصيصين اللازم على الأول؛ إذ عليه يلزم التخصيص في دليل الصحة وهو قوله تعالى: ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾[1]، ودليل اللزوم وهو قوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[2] وإن كان الثاني تابعاً للأول، وبين ارتكاب تخصيص واحد وهو تخصيص دليل اللزوم خاصة، ومن البين أن حمل الخبر بما يوجب قلة التخصيص أولى من حمله على ما يوجب الكثرة، بل هو المتعين.

هذا توضيح ما في جواهر الكلام، وظاهره وإن كان يأبى عن هذا التوجيه إلا أنه لا بدّ من إرجاعه اليه)[3].

تأييد صاحب الجواهر لكلامه

ثم أيّد صاحب الجواهر قدس سره كلامه بأمرين:

الأول: أن مورد الضرر منجبر بالخيار.

الثاني: أن الخيار وجه جمع بين الحقين، ورافع للضرر من الجانبين.

وقد أوضحنا وجه الجمع سابقاً بذهاب حق الغابن عند نفي الصحة وعدم انتفاعه دون ما لو نفي اللزوم؛ فإن حقه وحق المغبون محفوظان.

ثم قال قدس سره في الأخير: (والأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) فقه الإمامية، قسم الخيارات ٢: ٣٩١ - ٣٩٢ .

المزبور)[1].

وما أفاده المحقق الرشتي تغمده الله من التوجيه - وإن كان تاماً كبروياً ومتيناً من حيث الصورة؛ إذ مع دوران الأمر بين حصول تخصيص واحد أو تخصيصين يقدم التخصيص الواحد من باب حفظ الحجة؛ لدوران سقوط الحجة حينئذٍ بين الأقل والأكثر، فيقتصر على الأقل - إلا أن تطبيقه على ما نحن فيه غير تام؛ لمنع التطبيق عليه، ووجه المنع:

أولاً: أننا إما أن نقول بأن « لا ضرر » غير مخصصة لدليل صحة البيع وحليته بمقتضى التسالم ودليل الامتنان، وإما أن نقول بأنها مخصصة له.

أما على الأول فـ« لا ضرر » قاصر عن تخصيص دليل الصحة والحل من أصل؛ بمقتضى الامتنان والتسالم على صحة البيع الغبني.

وأما على الثاني فـ« لا ضرر » وإن كانت تنفي المشروعية حينئذٍ ولكن الدوران إنما يتمّ في ما لو كانت نسبة الدليل المخصِّص إلى الدليلين المراد تخصيصهما واحدة، وأما إذا كان الدليل في حدّ نفسه قاصر الشمول بالنسبة إلى أحد الطرفين لا يتمّ الدوران، و« لا ضرر » إنما تنفي الصحة بالإطلاق، ومع قيام التسالم على صحة البيع من جهة، وكون الحكم بالبطلان مخالفاً للامتنان من جهة أخرى يحصل الشك في انعقاد الإطلاق، فيشك في صلاحية تخصيص « لا ضرر » لدليل ﴿ أحل الله

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٢.

البيع ﴾[١]، فينتفي موضوع الدوران.

وثانياً: أن قاعدة الدوران إنما تأتي في ما لو دار الأمر بين تخصيصين وبين تخصيص واحد، ولكن ما نحن فيه يدور الأمر بين تخصيص واحد من جهة، وبين تخصيص آخر يستلزم تخصّصاً؛ فإنه إن خصص دليل اللزوم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] لوحده حكم بصحة البيع مع ثبوت الخيار، وإن خصص دليل الحل ﴿ أحل الله البيع ﴾[٣] حكم ببطلان البيع، فانتفى موضوع ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٤]، فخرج المورد عنها تخصصاً لا تخصيصاً، وبين الأمرين فرق، وقد وقع الخلط بينهما.

والنتيجة إلى هنا: أن الاستدلال بدليل « لا ضرر » محل إشكال، والعمدة في الإشكال ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره من أن غاية ما يدل عليه نفي اللزوم لا ثبوت الخيار.

والدليل العمدة لإثبات خيار الغبن هو تخلّف الشرط الارتكازي القطعي عند العقلاء؛ فإن بناءهم في جميع المعاملات على الربح لا على الخسارة، وعلى أن لا يقع في الغبن، وأن التبادل في المعاملات يقع بين الخصوصيات مع التحفظ على المالية، وهذا التباني من جملة التعهدات

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) سورة المائدة: ١.

والالتزامات المركوزة في الأذهان، فهو توأم مع المعاملة محقق للشـرط، فلا يحتاج إلى إبرازه وبيانه باللفظ؛ فإن المعاملة من ناحية الغبن لم تقـع عندهم مهملة قطعاً، ولا مطلقة بمقتضى هـذا التعهـد والالتـزام، فتكـون مقيدة بالتساوي بين الثمن والمثمن في المالية، أو بعدم التفاوت الفاحش بينهما، ومع تخلّفه يثبت الخيار للمغبون بنحو الحق، فتترتب عليه جميع آثاره.

شرائط خيار الغبن

ذكر الفقهاء - قدس الله أسرارهم - شرطين لثبوت خيار الغبن:

الشرط الأول: عدم علم المغبون بالقيمة

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

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

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

أما الشرط الارتكازي فلا يتحقق إلا في ظرف الجهل بالغبن، فإذا أقدم على المعاملة مع العلم بوجوده فقد أسقط الشرط؛ فإن حقيقة الشرط هو كون الالتزام بالمعاملة معلّقاً على عدم الغبن، فإذا كان عالماً به لم يكن الالتزام معلّقاً، بل كان محققاً حتى في صورة الغبن، فينتفي موضوع الدليل مع العلم بالغبن.

وأما دليل نفي الضرر فهو إنما يجري في ما لو كان الضرر ناشئاً من

الحكم الشرعي، لامن نفس المتعاملين، ومن أقدم على المعاملة - مع علمه بالغبن - فقد أقدم على ضرر نفسه، فينتفي الدليل بانتفاء موضوعه أيضاً.

فسواء أتمسكنا - لإثبات خيار الغبن - بالدليل الأول أم بالدليل الثاني فموضوعهما منتفٍ مع العلم بالغبن، فيسلم دليل اللزوم عن المخصص.

إشكال المحقق الحائري على الشيخ

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

وأورد عليه المحقق الحائري قدس سره بإشكالين:

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

والثاني: ما يرتبط بتعليل الشيخ قدس سره من قصور « لا ضرر » عن الشمول لمورد العلم، وحاصله: أنه إن أريد بذلك أن الضرر نشأ من فعل نفسه حينما عقد على ماله بما ينقص عن قيمته، والشارع لم يقم إلا بإمضاء فعله، فلم يحصل أي ضرر من ناحيته، و« لا ضرر » تنفي الأحكام الضررية، لا الأفعال الضررية، ففيه: أن هذا مشترك الورود بينه وبين الجاهل؛ فإنه أيضاً عقد على ماله بما هو أنقص منه، والشارع لم يقم إلا بإمضائه[2].

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٦.

(٢) الخيارات للشيخ الأراكي قدس سره: ١٨٤.

استدلال المحقق الحائري على الشرط الأول بعدم صدق الضرر

ثم قال تدّس: فالذي ينبغي أن يقال في الاستدلال: إن المعاملة لا تخرج عن أحد حالين: سفهائية أو عقلائية، أما الأولى فخارجة عن محل الكلام؛ لأن البحث في المعاملة الصحيحة، والمعاملة السفهائية لا دليل على صحتها، وغير مشمولة إلى دليلي ﴿ أحل الله البيع ﴾[1] و﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2].

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

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري

وفي جميع ما أفاده إشكال:

أما إشكاله الأول فهو وإن كان ذا صورة فنية إلا أنا نقول: بأن الدليل

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) الخيارات للشيخ الأراكي تدّس: ١٨٤ - ١٨٥.

على نحوين: لفظي ولبي، ولا يخفى عدم ورود عنوان الغبن في الأدلة اللفظية غير ما ورد عنهم عليهم السلام: « غبن المسترسل سحت »[١]، و« غبن المؤمن حرام »[٢]، و« لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل »[٣]، وقد أخرجها الشيخ قدس سره عن دائرة الاستدلال في المقام.

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

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

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

وأما إشكاله الثاني ففيه: أن العالم بالغبن والجاهل به وإن اشتركا في صدور العقد منهما إلا أن الجاهل لم يقدم على ضرر نفسه؛ لأنه يشترط ارتكازاً بأن لا تكون المعاملة غبنية، وإلا فله الخيار، فلو أمضى الشارع المعاملة على نحو اللزوم والحالة هذه لكان الضرر ناشئاً من الشارع،

---

(١) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الباب٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث٧.

بخلاف العالم به؛ فإنه أقدم على المعاملة مع وجود الغبن، فقد أسقط الشرط، والشيخ قدس سره إنما يرى قصور دليل نفي الضرر عن شموله للعالم بالغبن لأنه أقدم على ضرر نفسه.

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

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

فالحق: أن الضرر في هذه الموارد حاصل لا محالة، إلا أن الغرض مقدّم عليه، والوجه في قصور « لا ضرر » وعدم شمولها لهذا المورد أنها لو شملته لكانت على خلاف الامتنان بالنسبة للمتضرر المقدم على ضرره لغرض عقلائي، والحال أنها قاعدة امتنانية، فلا تجري في ما

يخالف الامتنان[١].

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

صور العلم بالتفاوت في القيمة

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

١ـ أن العقد الغبني صحيح، وغير مشمول لدليل نفي الضرر؛ للتسالم، ولأن جريانها خلاف الامتنان.

٢ـ أن القول بالخيار وعدم لزوم العقد مبتنٍ على الشرط الارتكازي، وعموم « لا ضرر ».

٣ـ أن إسقاط الشرط لا يكون إلا بإلغائه.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: إن مراد المحقق الحائري قدس سره أنه ضرر متدارك.
فأفاد دام ظله: إن قولك بأنه ضرر متدارك يثبت الضرر فمحال أن ينفيه، وليس هذا مراده، بل مراده قدس سره نفي الضرر من أصل؛ لوجود الغرض، كما يظهر منه عبارته: « وحينئذٍ لا يصدق في مثل هذا الشخص أنّه متضرّر ».
وجوابه: أن الضرر موجود إلا أنه مرجوح بالنسبة إلى الغرض، والوجه في عدم شمول «لا ضرر» ما ذكرناه في المتن.

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

وبعد هذا نقول إن الصور أربع:

الصورة الأولى

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

الصورة الثانية

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

الصورة الثالثة

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

لوحده، ولكن المجموع مما لا يتسامح فيه.

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

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

الصورة الرابعة

أن يعلم بالتفاوت وأنه بمقدار لا يتسامح فيه كأن يشتري المتاع بضعف قيمته السوقية باعتقاده، ثم تبيّن أنه أزيد مما اشتراه بالعُشْر، فلو كان الثمن بمقدار الضعف فقط لم يكن له خيار؛ لإقدامه على ذلك، ولو كانت الزيادة على القيمة السوقية بمقدار العُشْر فقط لم يكن له الخيار؛ لأنه مما يتسامح فيه، ولكن الفرض أن الثمن صار أكثر مما أقدم عليه بالعُشْر.

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

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

وبهذا التوضيح يتضح الخلل في بعض حواشي المحققين؛ لأن المدار

على الشرط والإقدام، فالشرط نافذ إلا في مقدار ما يلغيه، وما يرفع شمول « لا ضرر » هو الضرر الذي أقدم عليه، والزائد على الضعف لم يلغ الشرط فيه، ولم يقدم عليه.

نعم، حكمهما منفردين يختلف عنه منضمين.

وبملاحظة هذين الأمرين يتضح الحكم في سائر الفروع.

في زمان اعتبار القيمة

وفيه احتمالات ثلاثة:

الأول: المعتبر القيمة حال العقد.

الثاني: حال العلم بالغبن.

الثالث: حال الردّ.

رأي الشيخ

قسّم الشيخ قدس سره المعاملات إلى قسمين:

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

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

الردّ لا حين العقد.

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

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

مقتضى التأمل في البحث

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

أما القسم الأول فالبحث على المبنى الأول يقع في مقامين:

المقام الأول: في مقتضى القاعدة؛ فإن الأصل اللفظي في العقود بمقتضى قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] هو اللزوم؛ فيجب - بمقتضاها - الوفاء بكل عقد، ولا يخرج عنها إلا بدليل مخصص، وهو « لا ضرر » حسب الفرض، فإذا أحرز أن موضوع الخيار هو حدوث الضرر، والفرض أنه قد حصل حين العقد، كان المدار على الغبن حاله، فيثبت الخيار من حينه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٧ - ١٦٨.

(٢) سورة المائدة: ١.

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

وإن تردّد أمر الضرر الموجب للخيار، هل هو حدوث الضرر، أو الضرر المستمر؟ كانت المسألة من صغريات الرجوع إلى العام في المخصص المنفصل المجمل، المردد بين الأقل والأكثر؛ فإن مقتضى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] هو اللزوم، ودليل « لا ضرر » حاكم عليه لساناً بما نتيجته التخصيص، وبما أن « لا ضرر » متصل ومجمل مردّد بين الأقل والأكثر فالحق فيه هو التمسك بعموم العام في غير القدر المتيقن خروجه، ونتيجته نفي الخيار؛ فإن الضرر إن لم يستمر يوجب الشك في جعل الخيار وعدمه فيتمسك بعموم العام.

رأي المحقق الرشتي

واختلف الأعلام بعد الشيخ قدس سره في نحو الاستدلال وإن لم يخرج خلافهم من ناحية الأقوال عن ما أفاده قدس سره قولاً واحتمالاً، فقوّى المحقق الرشتي قدس سره ما احتمله الشيخ قدس سره، ولكنه بعد أن ضعّف ما أفاده قدس سره من وجهي الاحتمال قال:

(**نعم**، يمكن الاستدلال له: بأن الحكمة في تشريع الخيار هو عدم ورود الضرر والإضرار على كل من المتبايعين، ومن المبيّن أن تحقق

---

(١) سورة المائدة: ١.

الضرر إنما يكون وقت التسليم، وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما وإن اشتملت المعاملة عليه.

وحينئذٍ فيمكن أن يقال: إن زوال الضرر حين التسليم يكشف عن خروج موضوع هذا النحو من المعاملة عن موضوع ذلك الحكم الخياري.

وإنك إذا تأملت يتضح لك الفرق بين ما ذكرنا وبين الوجه الأول من الوجهين المذكورين؛ لانتفاء الخيار)[1].

رأي السيد اليزدي

وذهب السيد اليزدي قدس سره إلى تقوية ما احتمله الشيخ قدس سره أيضاً؛ باعتبار أن المدار في الخيار على بقاء الضرر، لا على مجرد حدوثه، فقال قدس سره في التعليق على قول الشيخ قدس سره: (ويحتمل عدم الخيار)[2]:

(هذا هو الأقوى، بناء على كون المدرك قاعدة الضرر، لكن بمعنى أنّه يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أن يكون كاشفاً عن عدمه من الأول؛ وذلك لأنه لا يلزم من إثبات اللزوم حينئذ ضرر عليه من جانب الشارع، وكون الزيادة حاصلة في ملكه لا دخل له في ذلك؛ لأنه لا بد أن يكون الخيار مما يندفع به الضرر، وليس كذلك في الفرض.

نعم، لو كان أصل المغبونية في المعاملة مما يُعدُّ ضرراً وإن انجبر بعد ذلك، بحيث لم يفد الفسخ في رفعه، كما لو فرض أن يكون له

---

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات: ٤٠٢.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٧.

غرض عقلائي في عدم المغبونية مع قطع النظر عن حيث المالية أمكن أن يقال ببقاء الخيار)[١].

رأي المحقق النائيني

واختار المحقق النائيني تدثّل نفس الاحتمال، واستدل عليه بدليل الشيخ تدثّل فقال: (ثم إن هذا كله لو كان المدرك تخلّف الشرط.

وأما لو كان قاعدة « لا ضرر » فحكم الصور الثلاث أظهر، كما أشار إليه المصنف بقوله: « لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الخيار المشروع؛ لتدارك الضرر »؛ لأنه دائر مدار الضرر، فإذا ارتفع قبل الفسخ ارتفع الخيار)[٢].

رأي المحقق الأصفهاني

وذهب المحقق الأصفهاني تدثّل إلى: أن المدار على الغبن حين العقد؛ وقال ما لفظه: (تحقيق المقام: أنّ موجب الخيار إن كان ظهور الغبن بنحو الشرط المقارن فلا خيار؛ إذ العقد قبل ظهور الغبن لازم لا خيار فيه، سواء كان هناك غبن أم لا، و بعد ظهوره - وهو موقع ارتفاع اللزوم و ثبوت الخيار - لا ضرر حتى يكون اللزوم في موقع رفعه ضررياً، وإن كان الغبن بنفسه سبباً للخيار، أو كان ظهوره شرطاً بنحو الشرط المتأخر، فاللزوم في موقع ثبوته ضرري فيرتفع، و زيادة القيمة حينئذٍ لا مانعة عن

---

(١) حاشية السيد اليزدي تدثّل على المكاسب ٢: ٥٣٠ - ٥٣١.

(٢) منية الطالب ٣: ١٢٠- ١٢١.

ثبوت الخيار حدوثاً ولا بقاء، أمّا حدوثاً فلتمامية علته، وأمّا بقاء فلأنّها ليست من مسقطات الخيار)[١].

التحقيق في المسألة

وفي الكل نظر.

المناقشة في كلام المحقق الرشتي

أما ما أفاده المحقق الرشتي قدس سره ففيه:

أولاً: أن معنى الضرر هو النقص في النفس أو الطرف أو المال، وهو أمر واقعي، إما أن يحصل حين المعاملة أو لا يحصل؛ إذ لا إهمال فيه ثبوتاً، فإما أن يكون ما دخل في ملك المشتري مساوياً من حيث القيمة للثمن الخارج منه، أو يتفاوت معه بمقدار يتسامح فيه، فلم يحصل الضرر أصلاً، وإما أن لا يتساوى معه ويكون التفاوت بينهما مما لا يتسامح فيه، فيحصل الضرر، وبما أن محل الفرض هو الثاني فقد حصل الضرر من حين العقد جزماً، وارتفاع القيمة بعد ذلك لا يرفعه؛ لحصوله في ملك المشتري كما قال الشيخ قدس سره، وارتفاع سلعة المشتري لا يرفع الخسارة عن المعاملة.

وبتعبير آخر: أن الضرر قد حصل حين العقد قطعاً؛ لكون ما دخل في ملكه أقلّ قيمة مما خرج من ملكه بمقدار لا يتسامح فيه، وارتفاع قيمة السلعة عند المشتري لم يرفع النقص الحاصل؛ لارتفاع قيمة سلعته، لا لتدارك النقص.

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدس سره ٤: ٢٥٠.

فنفيه للضرر عند العقد باطل بالضرورة.

وثانياً: أن في كلامه تهافتاً؛ إذ كيف يجمع بين قوله (وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما)، وقوله: (وإن اشتملت المعاملة عليه)! فكيف تشتمل المعاملة على الضرر بدون أن يتوجه إليه؟!

نعم، لو كان مراده عدم بقاء الضرر يرتفع التهافت، ولكن يرد عليه ما تقدم، من عدم ارتفاعه بارتفاع القيمة السوقية.

المناقشة في كلام السيد اليزدي

وأما ما أفاده السيد قدس سره فيرد عليه: أن مسقطات الخيار أمور محصورة معلومة وليس منها ارتفاع القيمة، وجعله مسقطاً يحتاج إلى دليل، شأنه شأن سائر المسقطات.

نعم، لو قال بعدم ثبوت الخيار لم يرد عليه ما ذكر، ولكنه قال: يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أن يكون كاشفاً عن عدمه من الأول.

المناقشة في كلام المحقق النائيني

وأما ما أفاده المحقق النائيني قدس سره فيرد عليه: أن الغبن - حسب الفرض - قد حصل حين العقد، وبه ثبت الضرر وتمّ موضوع الخيار، وكون تدارك الضرر - بأي وجه حصل - مسقطاً للخيار مخالف لما قامت عليه ضرورة الفقه، بل لا بدّ من دليل يدلّ على مسقطيته، وإلا لقيل بسقوط الخيار فيما لو تدارك الغابن الضرر بإعطائه للمغبون ما يتدارك به، أو فيما لو تداركه الأجنبي فأعطى المغبون مقدار النقص، ولا

يمكن الإلتزام به.

والفرض أن المعاملة فيما نحن فيه غبنية، ولكن ارتفعت قيمة المتاع بعد تحققها، وبه تدارك النقص الحاصل، فارتفاع الضرر كان لارتفاع قيمة المتاع وهو في ملك المغبون، ولا وجه شرعياً ولا عقلائياً على أن الإرتفاع تدارك للضرر ورافع للخيار.

نعم، لو لم يحصل الضرر حين العقد لانتفى الخيار بانتفاء موضوعه، ولكنه خلاف الفرض.

فتحصل إلى هنا: أن الوجوه المذكورة لإثبات سقوط الخيار؛ لاشتراط بقاء النقص إلى حين الردّ كلها باطلة.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

وأما ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من كون المعيار على الغبن حين العقد، وارتفاع القيمة لا يمنع من ثبوت الخيار حدوثاً؛ لتمامية علته، ولا يمنع من ثبوته بقاء؛ لعدم كون ارتفاعها من مسقطات الخيار.

ففيه: أن ما أفاده لتعليل عدم المنع بقاء تام، ولكن ما أفاده من علّة الحدوث ففيه تأمل، وتحقيق ذلك يقتضي البحث في أصل المبنى المستفاد من « لا ضرر »؛ فإن فيه مبنيين:

الأول: نفي الحكم عن الموضوع الضرري، وهو مختار المحقق الخراساني قدس سره.

الثاني: نفي الحكم الضرري، وهو مختار الشيخ قدس سره.

أما على الأول فالموضوع الضرري في ما نحن فيه هو العقد؛ لأن المعاملة ضررية، وقد تقدم البحث في ذلك مفصلاً وكانت النتيجة عدم إمكان الالتزام برفع الحكم - أعني الصحة - عن العقد الضرري؛ لمخالفته للإجماع والامتنان، وما يمكن الالتزام به هو رفع اللزوم.

ومنه يتضح الحال على المبنى الثاني أيضاً؛ إذ لا يمكن الحكم برفع الصحة، فإذا كانت المعاملة ضررية كان مقتضى « لا ضرر » رفع اللزوم الضرري، بلا فرق في ذلك بين المبنيين؛ وذلك بعد ملاحظة الإجماع ومخالفة الامتنان.

فعلى ما ذكر يأتي البحث في أن المعاملة إذا كانت ضررية حين العقد ثم ارتفع الضرر حين القبض والإقباض، فهل يعتبر لزومها ضررياً في العرف وعند العقلاء، أو يكون مشكوك الضرر؟

فإن أحرز أن لزوم مثل هذه المعاملة ضرري عندهم تمّ كلام الشيخ والمحقق الأصفهاني قدس سرهما، وإن شك في ذلك كان من صغريات إجمال المخصص الدائر أمره بين الأقل والأكثر، وكان المرجع حينئذ عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]؛ فإن مقتضاها الحكم بلزوم كل عقد، ولم يخرج من تحتها - بمقتضى « لا ضرر » - إلا العقد الضرري الذي بقي فيه الضرر إلى حين القبض والإقباض، وأما غيره فباق تحت العموم، وبما أنا نشك في كون اللزوم ضررياً في ما نحن فيه كان حكمه البقاء

(١) سورة المائدة: ١.

تحت العموم؛ لإجمال المخصص ودوران أمره بين الأقل والأكثر فيقتصر في الخروج على الأقل، وهو ما بقي فيه الضرر إلى وقت القبض والإقباض.

الحق في المسألة

والحق في المسألة هو ما ذكره الشيخ تدثّر بنحو الاحتمال، ولكن لا بالطرق التي سلكها المحققون الثلاثة - الرشتي والنائيني والسيد قدست أسرارهم - بل لطريق آخر، وحاصله:

أما على مبنى « لا ضرر » فلأن العرف والعقلاء على عدم الحكم بكون اللزوم ضررياً فيما لو ارتفع الضرر قبل القبض والإقباض، ولا أقل من حصول الشك في ذلك، والقاعدة في إجمال المخصص ودورانه بين الأقل والأكثر هو التمسك بعموم العام فيتمسك في المقام بـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

وأما على المبنى العمدة في ثبوت الغبن، أعني الشرط العقلائي الإرتكازي في ضمن العقد القائم على عدم التفاوت الفاحش بين الثمن والمثمن، فللمحقق النائيني تدثّر كلام طويل[2]، ولكن المدار في ذلك على ما عند العقلاء، وما عندهم هو التساوي في المالية بينهما، وعدم التفاوت بما لا يتسامح فيه حين المعاملة، لا حين العلم، ولا حين الرد، ولا حين القبض.

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) منية الطالب ٣: ١١٩ - ١٢٠.

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

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

وقت اعتبار القيمة في المعاملات التي يتوقف الملك فيها على القبض

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

(**نعم**، لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد - كما صرح به العلامة رحمه الله في الصرف - يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص.

لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض)[1].

وكيف كان فيقع البحث في أن المدار في الغبن، هل وقت العقد؟ أو وقت القبض الذي هو وقت حصول الملك؟

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٧ - ١٦٨.

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

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

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

دليل المحقق الرشتي على وجوب الإقباض تعبداً في بيع الصرف

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

نعم، في الموارد التي لا يتوقف فيها الملك على القبض يكون وجوب التسليم فيها من باب الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وأما في ما يتوقف الملك فيها على القبض فهو للأمر التعبدي، وليس ذلك من باب

(١) سورة المائدة: ١.

استعمال اللفظ في أكثر من معنى؛ لأن الهيئة قد استعملت في معنى واحد، وهو الوجوب، ولكن الداعي في مورد هو الإرشاد إلى تسليم مال الغير، وفي الآخر الأمر التعبدي، كما لا يوجب ذلك في مثل قوله: (أكرم العشرة) إذا كان غرض الأمر من إكرام بعض، جهة العلم، ومن الأخر جهة الصداقة، وهكذا..

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

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

مناقشة ما أفاده المحقق الرشتي

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

أنه لا بحث في كون العقود موضوعاً لوجوب الوفاء، ولكن لا شك أن العقود تنقسم إلى قسمين، عقود صحيحة وأخرى باطلة، وصحتها وبطلانها تدوران مدار تمامية الشرائط ونقصانها، كما هو الحال في العبادات فإنها تنقسم إلى عبادات صحيحة وأخرى باطلة، ومدار الصحة

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٠٤ - ٤٠٥.

والبطلان فيها واجديتها للشرائط وعدم واجديتها لها، ولا يمكن أن يكون موضوع وجوب الوفاء مهملاً عند الحاكم بالإضافة إلى العقد الصحيح والفاسد، كما لا يعقل أن يكون مطلقاً شاملاً لكلا القسمين، ومع بطلان الإهمال والإطلاق يتعين عقلاً التقييد بخصوص العقد الصحيح، وهو لا يتم إلا بتمامية جميع أجزائه وشرائطه، وفي حالة الشك في الصحة والفساد مبنيان:

الأول: عدم إمكان التمسك بآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]؛ لأنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

الثاني: إمكان ذلك، وهو الحق؛ لأن العقد وإن كان مقيداً بالصحيح من حيث اللبّ والواقع، ولكنا نستكشف - من حكم الشارع بوجوب الوفاء بكل عقد - إحراز الصحة في الرتبة السابقة؛ لأن مرتبتي اللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد متأخرتان عن مرتبة الصحة، فسواء استفدنا من الآية الحكم الإرشادي باللزوم، أو الحكم المولوي بوجوب الوفاء، فإن كلاً منهما في مرتبة متأخرة عن الصحة، وبما أن الشارع حكم باللزوم أو بوجوب الوفاء عن طريق الجمع المحلى بالألف واللام، فهو يكشف عن صحة كل عقد إلا ما قام الدليل على تخصيصه وبطلانه[2].

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال عن كيفية استكشاف الصحة من الحكم باللزوم أو بوجوب الوفاء بما حاصله:

لا شك أن الحكم بوجوب الوفاء بكل عقد قضية حقيقية، فيفيد لزوم كل ما صدق

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

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

في حكم علم الوكيل بالغبن

قسم الشيخ تدّس الوكيل إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الوكيل في مجرد إنشاء العقد.

الثاني: الوكيل في المعاملة والبيع.

الثالث: الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقّبه.

عليه أنه عقد، وبما أن الحكم باللزوم مترتب على الحكم بالصحة؛ حيث لا يعقل الحكم بوجوب الوفاء بالعقد الفاسد، وكذلك بالعقد مطلقاً سواء أكان فاسداً أم صحيحاً، فنستكشف عقلاً بالدلالة الالتزامية الحكم بالصحة فيما إذا حكم باللزوم.

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

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

وإن كان جاهلاً به فهنا صورتان:

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

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

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

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

وأما الثالث، وهو الوكيل المفوّض في البيع وما يتعقبه فيثبت له الخيار[١].

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

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على هذه الصورة بما حاصله:

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

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

الحق في المسألة

والحق في المسألة يقتضي التحقيق في أمرين:

الأمر الأول: إن عمل الوكيل وإن صدر منه بالمباشرة إلا أنه ينتسب عرفاً إلى الموكِّل، ألا ترى أنه لو باع دار موكِّله زيد، فقد صدر البيع من

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣١٤ - ٣١٥، التنقيح ٣٨: ٣٠٧.

الوكيل، ولكن العرف يقولون باع زيد داره؛ وذلك لكون الموكِّل سبباً، ولأن الوكيل وجود تنزيلي للموكِّل.

وعليه فالبيع الصادر من الوكيل يعتبر بيع الموكِّل.

الأمر الثاني: إن المستند العمدة في خيار الغبن هو الشرط الارتكازي العقلائي القائم على المساواة بين العوضين في المالية، بحيث لا يكون التفاوت بينهما فاحشاً، ومستند هذا الشرط ليس دليلاً لفظياً حتى يتمسك بإطلاقه، بل هي السيرة العقلائية، وهي دليل لبي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن في المقام ما إذا كان الموكِّل جاهلاً بالغبن، أو أنه غير قادر على منع الوكيل عن إنشاء البيع، وأما في ما نحن فيه من العلم بالغبن والقدرة على منع الوكيل، فثبوت قيام السيرة على هذا الشرط محل شك، فتكون المسألة من صغريات إجمال المخصص المردد بين الأقل والأكثر، والقاعدة عند الشك هو التمسك بالعموم في غير الفرد المتيقن خروجه منه، وهو في المقام آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، فيحكم بلزوم هذه المعاملة، فيندفع ما أورد على الشيخ قدس سره، فيكون ما أفاده الشيخ قدس سره ومن تبعه من نفي ثبوت الخيار للموكِّل في هذه الصورة هو الحق الحقيق الذي عليه التحقيق.

دعوى بالغبن

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

---

(١) سورة المائدة: ١.

في المسألة مقامان من البحث:

المقام الأول: تشخيص المدّعي والمنكر.

المقام الثاني: وظيفة القاضي.

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

١ـ الاختلاف في القيمة.

٢ـ أن يكون الاختلاف فاحشاً.

٣ـ أن يكون المغبون جاهلاً بالاختلاف.

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

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

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

ولا بدّ من ملاحظة الأصول اللفظية والعملية في المسائل الثلاث.

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

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

الصورة الأولى: أن لا يكون المغبون من أهل الخبرة

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

١ـ اعتراف الغابن؛ وذلك لأن المغبون يدّعي أن له حق الخيار؛ لكونه جاهلاً بالقيمة، فإذا اعترف المدّعى عليه بذلك فقد ثبت الخيار بإقراره.

٢ـ البينة إن تحقّقت، وإنما قيّدها بأداة الشرط؛ لأن العلم والجهل من الأمور النفسانية، فيتعسر إقامة البينة عليها، وإثباته بالبينة لأمرين:

الأول: عمومات حجية البينة، من قبيل « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البينة »[1]؛ فإنها تشمل المقام.

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث٤، وكامل الحديث هو:
عن علي بن إبراهيم، عن هارون بن مسلم، عن مسعدة بن صدقة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: « كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة، أو المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البينة ».

الثاني: الأدلة الخاصة المثبتة لحجية البينة في باب القضاء[١].

٣ـ يمين مدّعي الغبن، واستدل عليه الشيخ بأمور ثلاثة:

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

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

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

هذا ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام، ثم أمر بالتأمل[٢].

الإشكالات على الشيخ

وأورد على الشيخ قدس سره بإشكالات سبعة وهي:

الإشكال الأول

أن المستفاد من صدر كلام الشيخ قدس سره وذيله أن المغبون هو المدّعي،

---

(١) وهي روايات متعددة كما في الوسائل، الباب٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث٢: وعنه عن أبيه ، عن ابن أبي عمير، عن بريد بن معاوية، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن القسامة، فقال: « الحقوق كلّها، البينة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه، إلا في الدم خاصة..» الحديث.

(٢) المكاسب ٥: ١٦٨.

والغابن هو المدّعى عليه، أما الصدر فمن قوله بإثبات دعواه باعتراف الغابن، وبالبينة، وكلاهما من أدلة المدّعي، وأما الذيل فمن قوله بعدم تمكّن الغابن من الحلف على علم المغبون، فلهذا ينقل إلى المغبون، ومعنى ذلك أن وظيفة الغابن هي الحلف، وهي وظيفة المدّعى عليه.

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

الإشكال الثاني

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

١ـ أن المدّعي هو الذي إن تَرَك تُرِك.

٢ـ أن المدّعي هو الذي يطالب الآخر حقاً أو مالاً.

٣ـ أن المدّعي هو الذي يخالف قوله الظاهر، أو الأصل المعتبر، والمنكر هو الذي يوافق قوله الأصل، وهو الذي عليه المشهور.

---

(١) الوسائل، الباب٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث٣.

ومن تعليل الشيخ تدّس بأصالة عدم العلم يعرف أن قول المغبون موافق للأصل، فيكون منكراً.

الإشكال الثالث

إنه تدّس صرّح بأن وظيفة المغبون - مع تعسّر إقامة البينة على الجهل - هو اليمين، وذلك مناقض لما قاله من قبل بثبوت الجهل بيمينه لكونه موافقاً للأصل؛ لأن مقتضى توجّه اليمين له - بعد تعسر إقامة البينة - أن وظيفته الأولية هي البينة، ومعنى ذلك أنه مدع، ومقتضى ثبوت قوله باليمين لكون قوله موافقاً للأصل أنه منكر.

الإشكال الرابع

إن الكبرى التي أفادها تدّس من الانتقال إلى اليمين مع تعسر إقامة البينة لا دليل عليها، وإنما قام الدليل على الانتقال في خصوص ما لا يعلم إلا من قبله، لا في كل ما تعسر إقامة البينة عليه.

الإشكال الخامس

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

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

من خلال القرائن، فيمكن إقامة البينة عليهما.

الإشكال السادس

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

والإشكال عليه يظهر مما ورد في الإشكال الخامس.

الإشكال السابع

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

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

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

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

وبناء على عدم لغوية التعبد لا بدّ أن يجري الأصل في مقام الحكم

والتكليف، أو في مقام الامتثال، والعلم والجهل لم يؤخذا في مقام الحكم، ولا في مقام الامتثال.

في الأصل الجاري لتشخيص المدعي من المنكر

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

وجوه الأصل الجاري في المقام

الوجه الأول: ما أفاده الشيخ

من أن الأصل في المقام هو عدم العلم.

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

الوجه الثاني: ما أفاده غير واحد من الأعاظم

كالمحققين النائيني والسيد الخوئي قدس سرهما وغيرهما: من أن الأصل الجاري في المقام هو أصالة عدم الإقدام على الضرر؛ حيث إن الضرر موضوع للخيار، والإقدام عليه مزيل له، فمع الشك في إقدامه عليه تجري أصالة عدم الإقدام، ومن ثمّ يثبت أحد جزئي موضوع الخيار، والجزء الآخر هو الغبن المحرز بالوجدان[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ١٢٣، مصباح الفقاهة ٦: ٣١٦.

الإشكال فيه بناء على الاستناد إلى (لا ضرر)

وفيه: أن الإقدام وعدمه لم يردا في لسان الأدلة، فإن كان المبنى في المسألة هو « لا ضرر ولا ضرار »، فمعناها نفي جعل الحكم الضرري في الإسلام، فيكون موضوع الأثر هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الإقدام عليه من قبل المكلف لا يكون الضرر من قبل الشارع، بل من قبل نفس المكلف، كما صرّح بذلك السيد الفقيه اليزدي قدس سره[1]، وعليه فأصل عدم الإقدام - بالنسبة إلى الحكم الضرري الآتي من الشارع - مثبت؛ وذلك لأن المكلف إذا أقدم على المعاملة التي يعلم بكونها غبنية وحكم الشارع باللزوم لم يعدّ الضرر مستنداً إلى الشارع، وأما مع عدم إقدام المغبون على الضرر فاللازم العقلي لأصالة عدم الإقدام هو أن يكون الحكم باللزوم مستنداً إلى الشارع، فيكون مثبتاً.

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

رفع المحقق السيد الخوئي للإشكال ورده

وقد رفع المحقق السيد الخوئي قدس سره هذا الإشكال بما حاصله: أن منشأ الخيار هو الشرط الارتكازي بالتساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما في المالية، وقد جرت معاملة العقلاء على الأشياء بهذا

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٣٣.

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

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

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

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

وأما في الشروط الإرتكازية فليس الأمر كذلك، بحيث يشترطها العقلاء ويكون للمتعامل الإسقاط، بل كل متعامل بما أنه من العقلاء يقوم

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣١٧.

باشتراط هذا الشرط.

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

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

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

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

الوجه الثالث: ما اختاره المحقق الإيرواني

من أن الأصل لتعيين المنكر هو أصالة بقاء العلقة وعدم انحلال المعاملة، وأصالة اللزوم[١]، وتوضيح ذلك:

إن أصل اللزوم على نحوين: أصل اللزوم اللفظي، وأصل اللزوم العملي، أما الأول فهو المستند إلى قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]، ولا يمكن التمسك به في المقام؛ لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص؛ فإن العقود في الآية عام، وخصص بالبيع الغبني، ونحن نشك هل البيع في المسألة غبني أو لا؟

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

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

وعليه فقول مدّعي الغبن مخالف لهذا الأصل.

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

ولكن فيه: أولاً: أن تمامية جريان هذا الأصل متوقفة على القول بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأما على من ينكر جريانه فيها، سواء لقصور أدلة الاستصحاب عنها كما عليه السيد

---

(١) حاشية الإيرواني على المكاسب ٢: ٣١.

(٢) سورة المائدة: ١.

الخوانساري تدّس، أو للتعارض الدائمي فيها بين استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل كما عليه المحقق السيد الخوئي تدّس فلا فائدة في هذا الأصل، فهو لا يجري على جميع المباني.

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

الوجه الرابع: ما اختاره المحقق الأصفهاني

من أن الأصل هو عدم جعل الخيار؛ لأن مدعي الجهل بالغبن يدّعي الخيار، والمنكر له يدّعي اللزوم، وبما أن الخيار من المجعولات الشرعية، وهو حادث مسبوق بالعدم، فإذا شك في جعله فالأصل عدمه. والسر في اختياره له ما أوردناه من الإشكال على المحقق الإيرواني تدّس من كونه أصلاً حاكماً على أصالة اللزوم[1].

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

وعليه فجريان هذا الأصل يتوقف على القول بجريان استصحاب

---

(١) حاشية الأصفهاني تدّس على المكاسب ٤: ٢٥٤ - ٢٥٥.

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

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

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

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

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

ولكن يرد عليه: أن الأصل إنما يجري لأجل تشخيص المدّعي من المنكر، فمن كان قوله موافقاً للأصل فهو منكر، ومن خالف قوله الأصل

فهو المدّعي، وينبغي أن لا يكون الأصل مخالفاً لظاهر ما عليه العقلاء، فلا يجري الأصل غير العقلائي، وأصالة عدم اشتراط التساوي بين العوضين وعدم التفاوت الفاحش بينهما غير عقلائي؛ إذ الفرض أنه شرط ارتكازي عقلائي، والمفروض أن المتعاملين منهم، فأصل عدم هذا الشرط مخالف لظاهر عقلائية المعاملة فلا يجري.

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

الصورة الثانية: أن يكون المغبون من أهل الخبرة

ولهذه الصورة حالات ثلاث:

حالات الصورة الثانية

الحالة الأولى: أن يدّعي الجهل بالقيمة

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

وعلى فرض إمكان الجمع بينهما عقلاً، فهي غير مقبولة عند العقلاء،

فلا يسمع لها.

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

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

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

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

دعوى الحلف على المدعي في المقام

ويمكن أن يقال: بأن على المدّعي الحلف في المقام؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول لدعوى الحلف

أن قوله وإن كان مخالفاً للظاهر الحجة؛ لأن سيرة العقلاء قائمة - في الأفعال الاختيارية - على عدم الاعتناء باحتمال الغفلة، المعبّر عنه عندهم بأصالة عدم الغفلة.

ولا يخفى أن هذا الأصل ليس أصلاً عملياً، بل أصلاً عقلائياً، والفرق بينهما: أن الأصول العملية غير محرزة للواقع، ولو كان فيها إحراز فهو ملغى، وأما الأصول العقلائية فاعتبارها ليس ناشئاً من التعبد، بل من كاشفيتها عن الواقع، فدعوى الغفلة مخالفة للظاهر الحجة، أما كونه ظاهراً فلما تبانى عليه العقلاء، وأما كونه حجة فلعدم ردع الشارع عنه، فقول مدعي الغفلة مخالف للظاهر الحجة، فيكون مدّعياً، ويكون قول الآخر موافقاً له، فيكون منكراً، والقاعدة الأولية أن على المدّعي البيّنة، فإن أمكنه إقامتها على غفلته أقامها وأخذ بها، وإلا انتقلت الوظيفة إلى يمين المنكر، فإن كان يعلم بعدم غفلة مدّعيها حلف بذلك، وإلا حلف على عدم علمه.

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

ردّ الوجه الأول

وهذا الوجه مردود كبرى وصغرى:

أما الكبرى؛ فلأن القاعدة في باب القضاء المستفادة من النصوص

هي تقسيم الدعوى إلى: أن البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر، فجعل اليمين على المدّعي خلاف القسمة القاطعة للشركة، فلا يصار إليه إلا بدليل يخصص تلك القاعدة، ولم يقم دليل على تخصيصها إلا في موارد خاصة كما في اليمين المردودة، وذلك إذا لم يحلف المنكر فردّ اليمين على المدّعي، فيردّها القاضي عليه، وأما صورة تعذّر إقامة البينة على المدّعى من قبل المدّعي فليست مما قام عليها دليل من نص أو إجماع.

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

الوجه الثاني لدعوى الحلف وردّه

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

وفيه: أنه قد ثبت بالنص أن الموارد التي لا تعرف إلا من قبله كصفات النساء وحالاتهن يقبل قول المدّعي مع يمينه إلا أن الغفلة ليست منها.

فتحصّل من هذا: أن مدّعي الغبن إن كان من أهل الخبرة وادعى الغفلة؛ فلمخالفة دعواه لأصالة عدم الغفلة، ولم يقم البينة عليها تنتقل

الوظيفة إلى المنكر، ووظيفته اليمين على نفي الغفلة إن كان يعلم بها، وإلا حلف على عدم علمه بالحال.

الحالة الثالثة: أن يختلفا في القيمة

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

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

الأصل النافي للخيار في هذه الحالة عند الشيخ

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

١ـ أصالة عدم التغيّر الموافق لأصالة اللزوم.

٢ـ أصالة اللزوم.

ونتيجة كل من الأصلين عدم الغبن، ومن ثمّ نفي الخيار[1].

وأورد عليه بإشكالات:

الإشكالات الواردة على الأصل

الإشكال الأول

---

(١) المكاسب ٥: ١٦٩.

إن المراد من أصالة اللزوم لا يخلو إما الأصل اللفظي، أو العملي، فإن كان الأول - وهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[١] - فهو مخصص بالمعاملة الغبنية؛ بمقتضى قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الضمني الارتكازي، وبما أن المعاملة الواقعة يُحتمل كونها غبنية، فهي شبهة موضوعية للمخصص، فلا يصح التمسك بالعام فيها.

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

فيرد عليه: بأنا نشك من أول الأمر في كون الملكية المنتقلة هل هي ملكية محدودة بحصول الفسخ أو باقية حتى بعده؟ وفي مثل ذلك لا يجري الاستصحاب؛ للشك في أصل الجعل، فيكون معارضاً بأصالة عدم الجعل[٢].

ولكن هذا الإيراد أولاً: مبني على ما اختاره الفاضل النراقي قدس سره وتبعه المحقق السيد الخوئي قدس سره من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية؛ للتعارض بين أصل بقاء المجعول وأصل عدم الجعل، والشيخ قدس سره لا يرى ذلك.

وثانياً: أن لازمه جريان الاستصحاب لولا المعارضة، والحال أنه قاصر

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢١.

من حيث المقتضي.

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

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

الإشكال الثاني

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

١ـ أن المستند فيه هو « لا ضرر ».

٢ـ أن المستند هو الشرط الارتكازي الضمني بالتساوي بين الثمن والمثمن في القيمة.

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

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٠ - ٣٢١.

والحق ورود هذا الإشكال على الشيخ قدس سره؛ لعدم ورود عنوان التغيّر وعدمه في لسان الأدلة، ولا بدّ من استفادة موضوع الأصل منها[1].

الإشكال الثالث

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

الإشكال الرابع

إن الشيخ قدس سره صرّح بموافقة أصل عدم التغير لأصل اللزوم، بمعنى استصحاب بقاء الملك وأثر العقد، مع أنه يخالفه في بعض الصور ويترتب عليه الخيار، وذلك كما لو تمّ البيع على ثمانية دنانير قيمة المتاع،

---

(١) طرح بعض الحاضرين كلام المحقق الأصفهاني قدس سره: (أما إذا كان المراد أصالة عدم وقوع العقد على الزائد أو الناقص فلا تكون مثبتة؛ فإن العقد الواقع على الناقص أو الزائد موضوع الخيار، فالتعبد بعدمه تعبد بعدم الخيار).

فأجاب الشيخ الأستاذ حفظه الله: أن المدار في جميع الموارد على حجية الظهور، فإرجاع الكلام الظاهر في شيء إلى معنى آخر لرفع الإشكال على خلاف الصناعة، وكلام الشيخ قدس سره في المقام صريح في أصالة عدم التغيّر، فحمله على إرادة أصالة عدم وقوع العقد على ما اختلفت قيمته مخالفٌ للقاعدة.

فادعى مدّعي الغبن أن قيمته السابقة عشرة دنانير ولم تتغير، فصدّقه الآخر ولكن قال بتغيّرها حين البيع، فمقتضى جريان أصل عدم التغير ثبوت الغبن، ومن ثمّ ثبوت الخيار فيكون على خلاف أصل اللزوم.

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

تحقيق المحقق السيد الخوئي

وهنا تحقيق للمحقق السيد الخوئي قدس سره وتقريبه وتوضيحه:

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

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

وبتعبير أدق: أن في التعهد والشرط التزاماً، والالتزام ذاته الالتزام، ففرق بين العناوين الثلاثة، فللالتزام في ضمن العقد خصوصية، وللالتزام

المطلق خصوصية، وللالتزام بعنوان الشرط خصوصية أخرى، ولهذا عبّر الفقهاء واللغويون عن الشرط بأنه التزام مربوط بالتزام آخر، أو التزام في ضمن التزام آخر، فهذه الخصوصية مأخوذة في مفهوم الشرط.

ولا شبهة في أن نفس الالتزام أمر وجودي، والمردد بين الوجودي والعدمي هو الملتزم به، وعليه فإن كان متعلق التزام المتبايعين هو تساوي قيمة الثمن والمثمن فهو أمر وجودي، وكل أمر وجودي مسبوق بالعدم، فالأصل الجاري عند الاختلاف هو أصل عدم التساوي بينهما، ونتيجته ثبوت الخيار.

وإن كان هو عدم اختلاف العوضين في القيمة فهو أمر عدمي فالأصل الجاري فيه هو أصل عدم الاختلاف أزلاً، ونتيجته لزوم المعاملة ونفي الخيار.

فالتحقيق - إذن - أن يعيّن المبنى أولاً في خيار الغبن، هل هو قاعدة نفي الضرر، أو الشرط الارتكازي؟ وعلى الثاني، هل الملتزم به تساوي العوضين، أو عدم الاختلاف بينهما؟ فعلى الأول يجري أصل عدم التساوي، ونتيجته الخيار، وعلى الثاني يجري أصل عدم الاختلاف، ونتيجته اللزوم[1].

التعليق على هذا التحقيق

ولا يخفى أنه إن أحرز بواسطة القرائن المرتكز العقلائي من بين

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢١ - ٣٢٢.

هذين الاحتمالين أمكن جريان الأصل، وإن لم يحرز أحدهما وتردّد بينهما فلا يجري؛ لعدم إحراز أركان الاستصحاب من اليقين السابق والشك اللاحق، ولا عبرة بالظن بأحدهما، استناداً لبعض الخصوصيات؛ لعدم كون هذا الظن معتبراً.

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

هذا تمام الكلام في الشرط الأول وفروعه، والكلام الآن في:

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

والبحث فيه من جهات ثلاث:

الجهة الأولى: في الدليل عليه

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

بالتفاوت الفاحش[١].

الجهة الثانية: في المحقق للتفاوت الفاحش

ذهب بعض العامة إلى أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر منه أوجبه، وذهب آخرون منهم إلى كون المعيار الربع، وثالث إلى كون المعيار الخمس[٢].

وكل ذلك باطل؛ لكونها دعاوى بلا دليل؛ إذ لا بدّ من ملاحظة التناسب بين المسألة ودليلها، موضوعاً ومحمولاً وماهية، وبما أن المسألة عقلائية، لا تعبّد فيها من قبل الشارع، وإنما دوره فيها الإمضاء، إما عن طريق « لا ضرر »، أو عن طريق « المؤمنون عند شروطهم »، فالمرجع في تحديد التفاوت إلى العقلاء بما هم عقلاء ليس إلا، وليس المرجع فيه أيضاً إلى العرف بما هو عرف؛ لأن دروه إنما هو في تحديد المفاهيم، وما يتبادر إلى أذهانهم من ظواهر الألفاظ، وأما في البناءات العقلائية - كما في ما نحن فيه - فالمرجع هم العقلاء بما هم عقلاء، بحيث يستكشف ذلك من ارتكازاتهم، فلا يخلط بينهما.

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

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٢.

(٢) ما نقله العلامة في التذكرة ١١: ٧٠ عن مالك هو الثلث فقال: (وقال مالك: إن كان الغبن الثلث لم يثبت الخيار . وإن كان أكثر من الثلث ثبت الخيار).

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

نعم، الواحد في الألف لا يكون غبناً قطعاً[1].

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

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

فالحق أن المرجع في جميع المعاملات إلى الإرتكاز العقلائي،ولا بدّ عندهم من ملاحظة الجهة الكمية والكيفية، فربما يكون التفاوت بنسبة الواحد إلى الألف غبناً، وربما لا يعدّ غبناً.

الجهة الثالثة: مقتضى القاعدة حال اشتباه المقدار المحقق للتفاوت الفاحش

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

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٣.

رأي الشيخ

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

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

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

تفصيل المحقق السيد الخوئي

وذهب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى التفصيل بين ما إذا كان

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٧٠.

المستند في خيار الغبن « لا ضرر »، فيكون الأصل الخيار، وبين ما إذا كان المستند الشرط الارتكازي، فالأصل اللزوم، ووجه التفصيل أنه:

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

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

---

(١) سورة المائدة: ١.

على الخيار كي يتمسك بإطلاقه، فلا محيص من الأخذ بإطلاق الكلام والتمسك بأدلة اللزوم[١].

المناقشة في ما أفاده المحقق الخوئي

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

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

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

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٤ - ٣٢٥.

وبعبارة أخرى: إن دائرة الموضوع في « لا ضرر » بنحو لا تشمل صورة الإقدام عليه، فيكون خروجها تخصصاً لا تخصيصاً، فلا تكون من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المفهومية للمخصص، بل من صغريات التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية؛ حيث كان الحكم المرفوع هو الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع، كما هو التحقيق عندنا وعند الشيخ تقدس سره وعند المحقق السيد الخوئي تقدس سره، وأما على مبنى شيخ الشريعة الأصفهاني تقدس سره، والمحقق الخراساني تقدس سره فقد حقق بطلانهما في محله.

وأما ما أفاده على مبنى الشرط الارتكازي من التمسك بأصل اللزوم اللفظي فتام لو كان التقييد بمعلوم الغبنية، ولكنه ليس كذلك؛ فإن التقييد بواقع الغبن، فيكون التمسك بالدليل اللفظي من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فلا يصح.

توضيح ذلك: أن الإطلاق في مقام إنشاء المعاملة مقيّد قطعاً بصورة عدم الغبن حتى ولو لم يقيد في مقام اللفظ؛ فإن المعاملة ثبوتاً - بالنسبة إلى الأمور الارتكازية - لا تخلو من ثلاث حالات، إما أن تكون مهملة من ناحيتها، أو مطلقة، أو مقيدة، ولا شك في استحالة الأول؛ لوضوحه، ولا في بطلان الثاني؛ لجريان العاقل الملتفت على طبق ما عليه ارتكاز العقلاء، فيتعين الثالث، وهو تقييد المعاملة بعدم الغبن الواقعي فيها، وحيث تردد أمر الغبن الواقع بين كونه مما يتسامح فيه، فعلى الأول يكون للمغبون الخيار، وعلى الثاني لا خيار له، وكانت المعاملة مقيدة

بعدم كونه مما لا يتسامح فيه واقعاً كان التمسك بـ﴿ أوفوا بـالعقود ﴾[١] لإثبات اللزوم من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية للمخصص؛ فإن المعاملة إن كانت مشتملة واقعاً على الغبن الذي لا يتسامح فيه كانت مخصصة من الآية، ويثبت الخيار للمغبون، وإن لم تكن مشتملة عليه لم يثبت له الخيار[٢].

دعوى إمكان التمسك بالعام في الشبهة المفهومية دون المصداقية وجوابها

ربما يقال: بأن الشبهة على نحوين: مصداقية، ومفهومية، ولا يمكن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص، كما هو التحقيق، ولكن

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) **وبعبارة أخرى** أفادها الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن المعاملة الواقعة المقيدة من ناحية عدم الغبن، إما أن تكون مقيدة بعدم العلم بالغبن، وإما بعدم الغبن نفسه، والغبن أمر واقعي، يعلم تارة، ويجهل أخرى، وهذه المعاملة الواقعة بالنسبة إلى الغبن الواقعي، إما أن تكون مهملة، أو مطلقة، وكلاهما مقطوع العدم، فيتعين أن تكون مقيدة بعدمه، وبما أنا نشك في تحقق الغبن الواقعي وعدمه، يكون التمسك بالعموم من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية للمخصص.

وضابطة ذلك: أن الشك إن كان يرجع إلى الشك في التخصيص الزائد فالمرجع العام، وإن كان يرجع إلى الشك في مصداق التخصيص لم يمكن الرجوع إليه لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأنا نشك في الغبن وعدمه.

يمكن التمسك به في الشبهة المفهومية فيما لو تردد المخصص بين الأقل والأكثر، فيتمسك به فيما زاد على القدر المتيقن من التخصيص، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لتردد مفهوم ما لا يتسامح فيه بين الأقل والأكثر، فلا يرد الإشكال.

فنقول: بأن الشبهة في المورد وإن كانت مفهومية إلا أنه لا يمكن التمسك بالعام فيها أيضاً؛ لكون الشرط من الشروط العقلائية، فيكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية؛ وذلك لأن مفاد ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] هو وجوب الوفاء بالعقد على ما وقع عليه، فإن كان مطلقاً وجب الوفاء به كذلك، وإن كان مقيداً أو مشروطاً وجب الوفاء به كذلك، أي بجميع شروطه ومتعلقاته، ومقتضى الارتكاز العقلائي أن العقد وقع مشروطاً ومقيّداً بعدم الضرر الواقعي مما لا يتسامح فيه، وبما أننا لا نعلم بكون الضرر الواقع ضرراً لا يتسامح فيه أو لا، كان شبهة موضوعية للدليل، فلا يمكن التمسك به من هذه الناحية وإن كان المرجع في الشبهات المفهومية للمخصص هو العام، فالإشكال على قوته.

الحق في المسألة

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

---

(١) سورة المائدة: ١.

إليه وعدمه فيستصحب بقاؤه[١].

في مناط الضرر الموجب للخيار

قال الشيخ تغمده الله تحت عنوان: (بقي في المقام شيء)[٢] ما حاصله: أن دليل نفي الضرر واحد، ومفاده على المسلك المحقق نفي الحكم الضرري المستند إلى الشارع، فيجري بنسق واحد في المعاملات والعبادات، بلا فرق بينهما، إلا أن ظاهر الأصحاب وغيرهم التفريق بين المعاملات والعبادات، ففي المعاملات جعلوا المناط في الضرر على الضرر المالي، وكون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، ولهذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس، أو بالزائد على الثلث كما تقدّمت الإشارة إليه عن بعض العامة.

وأما في العبادات فقد لاحظوا فيه حال المكلف، ولهذا قالوا في باب الوضوء بعدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضرّ بالمكلف،

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن المورد يكون أيضاً شبهة موضوعية لدليل « لا تنقض اليقين بالشك ».

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

(٢) المكاسب ٥: ١٧٠ - ١٧١.

ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر بحاله، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية في حقّ الكل.

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

جواب الشيخ عن الإيراد على المناط في الضرر

ثم أجاب الشيخ قدس سره عن هذا الإيراد بجوابين:

الأول: أن المدار على الضرر المالي في الجميع، بدون مدخلية لحال الشخص، ولكن خرج شراء ماء الوضوء عن تحت القاعدة بالدليل المخصص، ولا يخفى أن الدليل الحاكم كالدليل المحكوم قابل للتخصيص.

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

المناقشة في ما أفاده الشيخ

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

---

(١) الوسائل، الباب٢٦ من أبواب التيمم، الحديث ١.

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

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

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

وبعبارة أخرى: أن عدم الضرر فرع وجود الأثر، وترتب الأجر ووجوده فرع عدم جريان « لا ضرر ».

ولكن الشيخ قدس سره استند في عدم كون ذلك ضرراً إلى الرواية المتقدمة، وهو تام على ما ورد في التهذيب، التي أوردها الحر في هامش الوسائل، دون ما ورد في متن الوسائل: « وما يسرني بذلك مال كثير »[1].

---

(١) التهذيب ١: ٤٠٦، باب التيمم، الحديث١٤: عن صفوان قال: سألت أبا الحسن قدس سره عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاة وهو لا يقدر على الماء، فوجد قدر ما يتوضأ به بمائة درهم، أو بألف درهم، وهو واجد لها، يشتري ويتوضأ أو يتيمم؟ قال: « لا بل يشتري، قد أصابني مثل هذا فاشتريت وتوضأت وما يشترى بذلك مال كثير ».
وفي هامشه: (نسخة في المخطوطات (يسرني) وفي الفقيه (يسوءني) وقال في الوافي : وفي النسخ اختلاف شديد في هذه اللفظة ولعل ما كتبناه أصوب اهـ وما

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

كتبه عين ما أثبتناه).

وفي الوسائل، الباب٢٦ من أبواب التيمم، الحديث١: « فاشتريت وتوضأت وما يسرني بذلك مال كثير ».

وفي هامشه: (في التهذيب: وما يشتري - هامش المخطوط).

(١) مستند الشيعة ١١: ٤١، ومبدأ المسألة ص٣٩، المسألة الرابعة، ولا بأس بنقلها للفائدة، قال تدّس:

(المسألة الرابعة: لو لم يكن له عين الزاد والراحلة وأمكن شراؤهما أو استئجار ما يصح استئجاره منهما، وجب إجماعاً؛ لتوقف الواجب عليه.

ولو لم يوجد إلا بالزائد عن الثمن والأجرة، فصرح في الشرائع والمنتهى وغيرهما بوجوب الشراء والإجارة، ونسبه في المدارك والذخيرة إلى الأكثر.

وقال في التذكرة: وعن المبسوط عدم الوجوب، وقال في التذكرة: فإن كانت تجحف بماله لم يلزمه شراؤه وإن تمكن على إشكال.

وفي التحرير: ولو وجده بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر من أجرة المثل، فإن تضرر به لم يجب الشراء إجماعاً، وإن لم يتضرر فالأقرب وجوب الشراء. انتهى.

ومراده من التضرر إما إهلاك النفس والعيال، أو الوقوع في ذل المسكنة والسؤال، فلا يجب مع مثل ذلك ويجب بدونه، أو المراد ما يعد ضرراً عرفاً ولو

كان مالياً - أي لم تكن الزيادة شيئاً لا يعدّ بالنسبة إليه ضرراً - وهذا هو مراده من قوله في التذكرة: تجحف بماله.

أقول: دليل الأكثر: عمومات وجوب الحج بالاستطاعة، أو بوجدان الزاد والراحلة، ولا شك أن مثل ذلك الشخص واجد لهما عرفاً.

ويدل عليه أيضاً المروي في الدعائم المتقدم في بحث التيمم: في من يجد الماء بثمن غالٍ، قال: (إذا كان واجداً لثمنه فقد وجده).

ودليل النافين للوجوب - الذي يمكن التعويل عليه - : أدلة نفي الضرر والضرار والعسر والحرج، بجعلها معارضاً للأولى وتقديم الثانية، أو الرجوع إلى الأصل.

ومنه يظهر دليل المفصِّل بين الإجحاف والتضرر وعدمه.

والحق على الظاهر مع المفصِّل؛ لما ذكر، بل النافي للوجوب مطلقاً؛ لصدق الضرر على بذل الزائد على الثمن مطلقاً، كما يظهر من استدلال بعضهم لخيار الغبن مطلقاً بنفي الضرر. إلا أن في صدق الضرر على مثل ذلك نظراً؛ لما يقع بإزائه من تحصيل مقدمات الحج بملاحظة العلة المنصوصة في صحيحة صفوان الواردة في شراء ماء الوضوء بمائة درهم أو ألف درهم من قوله: (وما يشتري بذلك مال كثير)؛ فإنه علّل وجوب الشراء بأنه يشتري بإزائه مالاً كثيراً، وهو هنا أيضاً متحقق.

وتؤيده الأخبار الأخر المتضمنة لشراء ماء الوضوء بمائة ألف أو ألف أو مائة دينار، فالأقرب هو مذهب الأكثر.

ومنه يظهر وجوب بيع المتاع أو الضياع بأقل من ثمن المثل ولو كثيراً إذا لم يمكن البيع بالثمن؛ للعلة المنصوصة، ولأنه يجب البيع لو كان ثمنه الزاد أو الراحلة ويتعدّى إلى ثمنهما بالإجماع المركب، مع أن العلة المنصوصة جارية هنا أيضاً).

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ ورده

وأورد عليه المحقق السيد الخوئي تدظله: بأن القول بعدم الضرر بملاحظة ما بإزائه من الأجر أشبه بالعرفان؛ بداهة أن هذا ضرر بلا شبهة، على أن لازم ذلك القول به في جميع أبواب العبادات، ولم يقل به فقيه[١].

وفيه: أولاً: أن الشيخ تدظله قد استند في ذلك إلى الرواية المذكورة فلا يكون قوله أشبه بالعرفان.

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

وإنما الإشكال: أن الجملة التي استند إليها الشيخ تدظله غير ثابتة؛ لعدم ورودها إلا في بعض نسخ التهذيب.

مضافاً إلى أن تعميمها لغير الوضوء يلزم منه عدم جريان قاعدة « لا ضرر » في جميع أبواب العبادات؛ لكون الضرر الواقع فيها متداركاً بالأجر دائماً، والالتزام به في غاية الإشكال[٢].

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٢٨.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن لازم انتفاء الضرر لوجود الأجر أن لا يكون ضرر في الزكاة والخمس والجهاد.

فأجاب: بأن أصل تشريع هذه الأمور ضرري، لا أنها تستلزم الضرر، مضافاً إلى أن لازم ما أفاده الفاضل النراقي تدظله من العلية الشمول لذلك، فلا يعدّ ما يحصل منها ضرر.

فالحق أن نسبة قاعدة « لا ضرر » إلى المعاملات والعبادات واحدة، فتجري فيهما بنسق واحد، والميزان في ذلك إلى العرف، ونظرهم أن الأجر الأخروي لا يرفع الضرر، فمتى ما تحقق الضرر تحقق موضوعها، من دون فرق بين المعاملات والعبادات.

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

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

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

اجتماع الغابن والمغبون في واحد

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

---

(١) مستند الشيعة ١١: ٤١.

(٢) الروضة ٣: ٤٦٧، وعبارته:

(والمغبون إما البائع أو المشتري أو هما)، جامع المقاصد ٤: ٢٩٥، وعبارته هي: (ولو كانا معاً مغبونين).

الإشكال على اجتماعهما في واحد

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

والإشكال محكم في نظر بعض الأعلام[1]، وأجاب عنه آخرون بطريقين:

جواب صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال وردّه

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

---

(١) جاء في هامش المكاسب ٥: ١٧٢، تعليقاً على قول الشيخ قدس سره:

(والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة)، ما لفظه: (وهو المولى أحمد بن محمد التوني أخو المولى عبد الله التوني صاحب الوافية، ذكره في تعليقه على الروضة ذيل قول الشارح: «والمغبون إما البائع أو المشتري»، راجع الروضة البهية (الطبعة الحجرية) ١: ٣٧٨).

ظاهراً[١].

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

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

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

جواب المحقق القمي عن الإشكال

الوجه الأول: ما أفاده المحقق القمي قدس سره من كون ذلك من باب الاشتراط بهذا التقريب: أن يبيع المتاع بأربعة تومان بشرط أن يعطيه المشتري ما يقابلها بالدينار، وهي ثمانية دينار، ثم تبيّن أن قيمة المتاع خمسة تومان، وأن ما يقابل الثمانية دينار خمسة تومان، فالبائع مغبون؛ من جهة أنه باع ما قيمته خمسة تومان بأربعة، والمشتري مغبون؛ من جهة أن الشرط أن يعطي بالدينار ما يقابل أربعة تومان، والثمانية التي سلّمها تقابل الخمسة تومان لا الأربعة.

---

(١) مفتاح الكرامة ١٤: ٢٣٨.

إشكال الشيخ على جواب المحقق القمي

وأورد عليه الشيخ تتمّ: بأن الجواب مدفوع، سواء أكان البيع مع الشرط معاملة واحدة أم معاملتين.

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

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

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

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

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

معاملة، فلم يجتمع الغابن والمغبون في واحد[١].

ما ذكره صاحب الجواهر

الوجه الثاني: أن يبيع شيئين بثمنين في معاملة واحدة، كأن يبيع كتاب الرسائل بنصف دينار مع أن قيمته دينار، ويبيع كتاب المكاسب بدينارين ونصف مع أن قيمته ديناران، فالبائع مغبون في الأول، غابن في الثاني، والمشتري على العكس منه[٢].

إشكال الشيخ عليه

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

وإما أن نفرضهما معاملتين مستقلتين، فالغبن وإن وجد إلا أنهما لواحد في كل معاملة، ففي المعاملة الأولى يكون البائع مغبوناً دون المشتري، وفي الثانية يكون المشتري هو المغبون دون البائع، فلم يجتمع

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٣.

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

الغابن والمغبون في واحد[١].

ما نقله الشيخ عن بعض والمناقشة فيه

الوجه الثالث: ما ذكره الشيخ قدس سره بقوله: (ما ذكره بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه)[٢].

ويشكل: بأن اختلاف مكاني المتبايعين لا إشكال في حصوله، كأن يكون المشتري من داخل البلد، والبائع من خارجه، كما لا إشكال في اختلاف قيمة المتاع في مكانين، وإنما المهم، هل أن اختلاف مكاني المتبايعين يوجب اختلاف محل العقد أو لا ؟

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

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

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٤.

(٢) المكاسب ٥: ١٧٤ ـ ١٧٥، ولم نتحقق من هذا البعض.

تفصيل المحقق الخوئي ومناقشته

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

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

ومما تقدم من الإشكال على المحقق القمي قدس سره يتضح الإيراد عليه، بعد ملاحظة أن الضرر المنفي هو الضرر الحاصل من الشارع، فلو كان لزوم العقد الموجب للضرر منتسباً إلى الشارع لتمّ ما أفاده قدس سره؛ فإن المعاملة ضررية عليهما، ولكن سبب الضرر فيها غير منتسب للشارع؛ فإن البائع يعلم بتضرّره؛ لكون الشرط موجباً لخراب داره ومع ذلك أقدم

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٣٢.

على المعاملة، فهو أقدم على الضرر، فلا يكون منفياً بـ« لا ضرر ».

جواب المحقق الحائري والمناقشة فيه

الوجه الخامس: ما أفاده المحقق الحائري قدس سره وحاصله: إن مالية الشيء ربما تختلف بحسب اختلاف المالكين وإن كانا في بلد واحد، فقد يكون ثمن الدواء المجلوب من الخارج في الصيدليات الرسمية بخمسة وعشرين ديناراً، ولكن ربما يأتي به الشخص بنفسه بقيمة عشرة دينار؛ لاعتبارات خاصة به، فإذا اشترى هذا الشخص الدواء من الصيدلية بعشرين ديناراً كان كل من البائع والمشتري مغبونين، أما البائع فلأن القيمة المتعارفة للدواء خمسة وعشرون، بينما باعه بعشرين، وأما المشتري فلأن قيمته بالنسبة إليه عشرة، بينما اشتراه بعشرين[1].

ويرد عليه: **أولاً**: بالنقض بما لا يلتزم به فقيه، وذلك فيما لو كان نوع من الفرش يباع في سوق الفرش بخمسة وعشرين ديناراً، وقيمته عند شخص بعشرة دينار؛ لكونه متهماً بالسرقة، فينبغي لو اشترى هذا الشخص هذا الفرش من السوق بعشرين ديناراً أن يكون غابناً ومغبوناً.

وثانياً: بالحل، ويكون ذلك بمعرفة معيار الغبن؛ فإنه قدس سره قال في معيار الغبن ما لفظه: (الانتقال من القيمة العليا الى السفلى وإن كان بواسطة القبض، لا صرف إنشاء المعامله، ولكن يكفي فى غبنية المعاملة بالنسبة الى المشتري حدوث الضرر من ناحية القبض الذي هو من توابع

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٢٠٠.

المعاملة)[1]، فجعل القبض من توابع المعاملة، فيصدق الغبن لو حصل الضرر من ناحيته.

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

وثانياً: لا بدّ من معرفة محلّ شرط القبض في المعاملة شرعاً وعقلاء.

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

فهذه هي مرحلة ملاك الغبن وعدمه، فلو كان القبض من متممات الملكية لكان لكلامه قدس سره وجه، ولكنه ليس من متممات الملكية، ولا من متممات البيع، بل هو من الآثار الواجبة المترتبة على البيع، فبمجرد تحقق البيع تتحقق الملكية، ويحصل النقل والانتقال، فلو أتلف البائع المبيع بعد البيع، أو أتلف المشتري الثمن كان ضامناً بالضرورة، وهذا

(١) الخيارات للشيخ الأراكي: ٢٠٠.

الضمان برهان على تحقق الملكية، وباتفاق المحققين من الفقهاء - إلا من شذ وندر - على أن وجوب الإقباض من باب وجوب ردّ مال الغير، بمعنى أنه بمجرد تحقق المعاملة يكون المال الذي بيد البائع مال الغير ويجب عليه تسليمه له، فإن لم يكن متعدّياً في تأخيره إلى أن حصل الغبن فيده يد أمانة، وإن كان متعدّياً كانت يده يد عدوان.

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

تصوير المحقق الأصفهاني والرد عليه

الوجه السادس: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره في ذيل قول الشيخ قدس سره: (والأولى من هذه الوجوه)[1]، ونذكره بلفظه لوضوحه، قال قدس سره: (يمكن أن يقال: بفرض لزوم الضرر في كل من الطرفين في معاملة واحدة، فيما إذا كان قيمة الشيء منضماً أزيد من قيمته منفرداً، كمصراعي الباب، فإذا فرض أن قيمة المصراعين منضماً ستة دنانير مثلاً، وقيمة كل منهما منفرداً ديناران، فباع أحد المصراعين بثلاثة دنانير، فالمشتري مغبون بدينار واحد، والبائع أيضاً مغبون بدينار واحد؛ لأن حيثية الانضمام زالت بهذه المعاملة، فنقصت قيمة المصراع الباقي على

(١) المكاسب ٥: ١٧٥.

ملكه، ولعله أولى من جميع الوجوه المزبورة)[١].

ويرد عليه: ما أوردناه على المحقق الحائري تدامت بركاته؛ فإن المدار في حصول الغبن على القيمة حين العقد، وعلى أي شيء وقع العقد، فقيمة أحد مصراعي الباب منفرداً واقعاً بدينارين، في السوق، وعند البائع والمشتري، ولا يعقل تغيّر قيمته الواقعية باختلاف النسب والإضافات، فعندما باعه بثلاثة دينار فالمغبون هو خصوص المشتري.

نعم، هذه المعاملة كانت منشأ لدخول الضرر على البائع؛ من جهة تنزّل قيمة المصراع الثاني الذي بقي عنده، وتنزّل قيمة جنس بسبب المعاملة على جنس آخر لا يعقل أن يوجب الغبن في المعاملة الواقعة.

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

تصوير الفقيه السيد اليزدي ومناقشته

الوجه السابع: ما أفاده الفقيه السيد اليزدي تدامت بركاته؛ حيث قال: (وأولى من ذلك أن يقال: إن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالية عرفاً في حدّ نفسه، بأن يكون قيمته في حدّ نفسه أزيد من الثمن، وأن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون، من أجل المعاملة وإن كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمة تسوى عشرة توامين، ولها

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٢٦٤.

ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون الولد بعشرين، وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإن كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة اشترى ما يسوى عشرة بعشرين، فكل منهما مغبون)[1].

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

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

فهذا الوجه على هذا المبنى غير تام قطعاً.

---

(١) حاشية المكاسب للسيد ٢: ٥٣٧ - ٥٣٨.

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

وإن كان يجهل ذلك كان لما أفاده السيد قدس سره وجه، ولكن الشأن في تصوّر هذا الجهل؛ فإنه لا يتصوّر ـ عقلاء - أن يجهل العاقل وقوع هذه الخسارة عند فصل الابن عن أمه.

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

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

وقت تحقق خيار الغبن

اختلف الفقهاء في وقت تحقق خيار الغبن على قولين:

القول الأول: وقت وقوع العقد.

القول الثاني: وقت ظهور الغبن.

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

وتحقيق المسألة يقتضي البحث في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: مقتضى الأصل العملي.

الجهة الثانية: مقتضى الأصل اللفظي.

الجهة الثالثة: مقتضى الأدلة الخاصة.

مقتضى الأصل العملي

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

مقتضى الأصل اللفظي

وكذلك الحال بالنسبة إلى الجهة الثانية؛ فإن مقتضى الأصل اللفظي، وهو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] لزوم العقد إلا فيما خرج بالدليل، فقبل ظهور الغبن لم يحرز المخصص فنتمسك بالعموم، وأما بعد ظهوره فنقطع بخروجه من تحته.

---

(١) سورة المائدة: ١.

مقتضى الأدلة الخاصة

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

الدليل الأول: الإجماع

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

الدليل الثاني: قوله تعالى: { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل }

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

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

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

الدليل الثالث: قوله تعالى: { إلا أن تكون تجارة عن تراض }

والتراضي إما أن يكون تقديرياً، أو تحقيقياً فعلياً، ومقتضى الآية على

التقديرين ثبوت الخيار من حين وقوع العقد، أما على الأول - كما ذهب إليه العلامة قدس سره -؛ فلأن المغبون لو التفت إلى الغبن لم يرض بالتجارة، ونفس هذه الحيثية موجبة للخيار.

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

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

الدليل الرابع: رواية تلقي الركبان

فإن فيها « فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق »[1]، فالقضية المأخوذة في الرواية شرطية، والأصل في العناوين المأخوذة في القيود والشروط هي الموضوعية، فيكون مقتضى ذلك أن لا يثبت الخيار قبل الدخول في السوق، ومما لا شك فيه أنه ليس المراد من شرطية الورود في السوق أن يكون شرطاً تعبدياً من حيث هو، بل هو شرط من حيث إن السوق مركز للتجارة وفيه ينكشف الغبن، فيكون مقتضى الرواية أن مبدأ الخيار هو وقت ظهور الغبن.

وفيه: أن المقدمة الثانية - وهي أن العناوين المأخوذة في الشروط بنحو الموضوعية - محل إشكال؛ فإن الأصل كذلك ما لم يكن العنوان مأخوذاً بنحو الطريقية، كما في قوله تعالى: ﴿ كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾؛ فإن تبيّن العنوانين - الأبيض والأسود - لا من حيث ذاتهما، بل بما هما طريق، ومن حيث

(١) تقدم تخريجها عن سنن الترمذي ٢: ٣٤٦.

كشفهما عن دخول الفجر، ولهذا لو لم يتضح الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلا بعد طلوع الفجر الصادق، فلا إشكال في دخول الوقت من حينه، فالغاية هي التبيّن، ولكن التبيّن جهة طريقية، وتمام الموضوع ذلك المتبيَّن.

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

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

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

الدليل الخامس: قاعدة لا ضرر

فإن حكم الشارع بلزوم العقد الغبني ضرري فيرتفع بالقاعدة، وبناء عليه يثبت الخيار من حين الحكم بالضررية، وهو وقت وقوع العقد؛ لأن الإهمال في حكم العقد محال، فإما أن يكون لازماً أو جائزاً، والمفروض أن القاعدة حاكمة على عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، وبما أن ضررية

(١) سورة المائدة: ١.

اللزوم من حين العقد، لا من زمان ظهور الغبن، فيثبت الخيار من حين العقد.

الدليل السادس: الشرط الارتكازي عند المتعاملين

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

فتحصل من ذلك كله:

١ـ أن مقتضى الأدلة الخاصة - ما عدا الإجماع - هو ثبوت الخيار من حين العقد.

٢ـ ومقتضى الأصلين اللفظي والعملي ثبوته من حين ظهور الغبن.

محاولة الشيخ للجمع بين الكلمات

وقد رفع الشيخ تقدس سره الاختلاف بين الفقهاء بهذا التقريب:

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

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

المناقشة في ما أفاده الشيخ في الجمع بين كلمات الفقهاء

وفي ما أفاده قدس سره إشكالان:

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

إن للسلطنة في مرحلة الثبوت وجهين:

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

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

وكلا المعنيين موجودان في مرحلة الإثبات أيضاً؛ فإن الشارع جعل لذي الحق السلطنة على إمضاء العقد وفسخه، وجعل للمكلف سلطنة تكليفية في جميع موارد حكمه بجواز التصرف، سواء أكان للمالك، أم للأجنبي بعد إذن المالك؛ بمقتضى « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير بإذنه »[1]، كما جعل سلطنة وضعية للمالك والولي والوكيل،

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الأنفال الحديث ٦.

ومعناها نفوذ تصرفهم، فينفذ بيعهم ومصالحتهم.

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

وتفترقان عنها في الوليّ على الصبي والمجنون؛ فإن له السلطنتين - التكليفية والوضعية - على مالهما، فيجوز له إجراء المعاملات الناقلة وتكون نافذة، وليست له سلطنة اعتبارية؛ فإنه لا يملك المال، بل يملكه الصبي والمجنون.

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

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

ومن هذا تتضح المناقشة في ما أفاده الشيخ قدس سره من أن الحق يحصل

من حين العقد، ولكن السلطنة الفعلية من حين ظهور الغبن؛ فإن السلطنة الفعلية - سواء أريد منها السلطنة الاعتبارية أو التكليفية أو الوضعية - هي عين الحق؛ فإن الحق هو سلطنة ذي الحق على متعلَّق الحق اعتباراً، والسلطنة التكليفية والوضعية أثران له غير منفكين عنه، إلا في موارد الحجر لصغر أو سفه أو إفلاس.

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

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

نعم، هو حين العقد كان جاهلاً بحقه، والجهل لا ينفي وجوده، فهو كمن يملك شيئاً ويجهل أنه مالك له، فهو مملوك له فعلاً وواقعاً وتترتب عليه جميع الأحكام والآثار، وخيار الغبن هو السلطنة على الفسخ والإمضاء بمقتضى الأدلة، فيحدث عند تحقق العقد، ولكن المغبون

الجاهل بالغبن لم يكن يعلم بحقه من الجواز التكليفي والنفوذ الوضعي، فيتوقف إعماله له على ظهور الغبن، فاختلط الأمر على الشيخ قدس سره بين السلطنة وإعمالها[1].

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

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

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

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

فالحق إما أن يكون ملازماً للسلطنة الفعلية، أو هو عينها، فتفكيك الشيخ قدس سره بينهما، وقوله إن الحق يحصل عند العقد، والسلطنة الفعلية

---

(١) قال الشيخ الأستاذ - دام ظله - في جواب على سؤال: إن الملكية لا تقبل الإعمال، وكذا الحق في نفسه لا يقبل الإعمال، وإنما يمكن الاستفادة منه، فيبرم صاحبه العقد أو يفسخه.

عند ظهور الغبن لا وجه وجيهاً له.

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

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

الثاني: أنه لا يحصل إلا بعد ظهور الغبن.

آثار الخيار عند الشيخ

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

١ـ ما يترتب على السلطنة الفعلية، فلا يثبت إلا بعد ظهور الغبن كالسقوط بالتصرف.

٢ـ ما يترتب على الحق، فيثبت من حين العقد كإسقاطه بعد العقد قبل الظهور.

٣ـ ما يتردّد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة.

كما صرّح بأن ما ذكر في الغبن جار في العيب[1].

المناقشة في ما رتبه الشيخ من الآثار

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

أولاً: أنه يبتني على التفريق بين الحق والسلطنة الفعلية، ومع بطلان

---

(١) المكاسب ٥: ١٧٧ - ١٧٩.

المبنى ينهدم البناء.

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

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

وهذا الحكم ثابت حتى لو قلنا بمقالة الشيخ قدس سره من أن السلطنة الفعلية تثبت بعد ظهور الغبن؛ فإن الحق يثبت من حين العقد أيضاً، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

وإن قلنا بأن الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور الغبن، فإن قلنا بأن إسقاط ما لم يجب غير ممكن حتى في صورة وجود المقتضي لم يصح الإسقاط قبل ظهوره؛ لأنه من إسقاط ما لم يجب.

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

وله الإسقاط بمجرد حصوله.

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

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

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

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

وهذه القاعدة على خلاف الأصل الأولي؛ فإن الأصل أن يكون التلف من مال المالك، لا من مال غيره، فبما أنه اشترى الحيوان وانتقل إلى

---

(١) رواية مرسلة عن النبي صلى الله عليه وآله، أرسلها صاحب المسالك ١٢: ٣٤١ وغيره، ولم نجدها بهذا النص في الجوامع الحديثية، الشيعية والسنية.

ملكه، فإذا تلف كان مقتضى القاعدة أن يتلف من ماله، ولكنها خصصت بالدليل الخاص، وفي هذا التخصيص أنظار ثلاثة:

الأول: أنه خاص بالحيوان المبيع في خيار الحيوان.

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

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

ونتيجة البحث: أنا إذا خصصنا هذه الثمرة بخيار الحيوان فلا موضوع لها في خيار الغبن، فتكون سالبة بانتفاء الموضوع، وأما إذا عممناها إلى خيار الغبن وألغينا خصوصية خيار الحيوان - كما هو رأي غير واحد من الفقهاء - فالتلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، وهو الغابن، فإن قلنا بأن مبدأ الخيار من حين العقد، فلو تلف المبيع قبل ظهور الغبن كان من ماله، وإن قلنا بأن مبدأه من حين ظهور الغبن، وتلف قبل ظهوره كان

من مال المغبون؛ لعدم الخيار حينئذ.

فاتضح ان هذه الثمرة تدور مدار أمرين: التعمييم لغير خيار الحيوان، ومبدأ خيار الغبن.

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

وهنا بحثان، كبروي وصغروي.

أما الكبروي، ففي الخيار مسلكان:

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

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

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

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

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

الغبن فله التصرف قبل ظهوره؛ لعدم الخيار حينئذ.

فهذه الثمرة من ثمرات وجود حق الخيار كما هو ظاهر.

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

وفي هذه الثمرة بحثان أيضاً، كبروي وصغروي.

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

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

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

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

بثبوته بعد ظهور الغبن كان المسقط هو التصرف الحاصل بعد ظهوره.

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

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

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

بالغبن ترتبت كلها من حينه.

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

أما على الأول؛ فلأن الحكم بلزوم المعاملة الغبنية حين العقد ضرر على المغبون فينفى بـ« لا ضرر ».

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

مسقطات خيار الغبن

يسقط هذا الخيار بأمور:

المسقط الأول: الإسقاط بعد العقد

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

الصورة الأولى: إسقاط الخيار مجاناً قبل العلم بالغبن.

ومعرفة الحكم فيها يبتني على بيان فرضين:

الأول: أن نقول بأن الخيار يحصل من حين العقد، وقد أسقطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن، فحق الخيار ثابت فعلاً، وإطلاق(لكل ذي حق إسقاط حقه)[1] شامل له.

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

---

(١) هذه القاعدة متصيدة من الموارد وليست نصاً وارداً بهذا اللفظ.

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

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

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

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

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

وأما الجهة الشرعية؛ فلأن الإسقاط حينئذ معلّق على ثبوت الخيار،

والتعليق في الإنشاءات مبطل بالإجماع.

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

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

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

مناقشة المحقق الخوئي للشيخ قدس سرهما وردّها

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

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦: ٣٣٩.

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

وكما لو أسقط الموجب جميع خياراته في حال الإيجاب قبل تحقق القبول، فقال: بعتك المتاع على أن لا يكون لي خيار؛ فإنه جائز على رأي الشيخ قدس سره؛ لخروج هذه الموارد - التي وجد فيها المقتضي للحق ولم يحصل الشرط - عن دائرة الإجماع، وبناء عليه فلا محذور في إسقاط خيار الغبن بعد العقد وقبل ظهور الغبن[1].

---

(١) نقل أحد الحضور عن بعض الأعلام أنه قال بعدم الدليل على هذا الإسقاط، فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: إن كان مراده نفي الدليل مطلقاً ففيه:

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

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

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

الصورة الثانية: إسقاط الخيار مجاناً بعد ظهور الغبن.

وفيها صورتان:

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

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

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

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

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

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

الإجماع في المقام.

وأما الوجه الأول فتحقيق الأمر فيه أن يقال:

بأن إسقاط الحق يتصور بنحوين:

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

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

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

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

الصورة الثالثة: إسقاط الخيار بعوض قبل العلم بالغبن.

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

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

جواب الشيخ عن الإشكال وردّه

وقد أجاب عنه الشيخ قدس سره بقوله: (فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول : صالحتك

عن كل خيار لي بكذا، ولو تبيّن عدم الغبن لم يقسط العوض عليه؛ لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود)[١].

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

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

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

جواب المحقق الخراساني والسيد اليزدي عن الإشكال

وقد تخلّص المحقق الخراساني قدس سره عن الإشكال بقوله: (يمكن أن يقال: بأن العوض مثل هذا الصلح إنما يكون بإزاء نفس الصلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول)[٢].

وأما السيد الفقيه اليزدي قدس سره فقد تخلّص عن الإشكال: بأن العوض في الحقيقة مقابل الحق المحتمل بوصف أنه محتمل، وفسّره بمقابل

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٢.

(٢) حاشية المحقق الخراساني قدس سره: ١٨٨.

احتمال الحق في الواقع، ثم فسّره أيضاً بأن العوض في مقابل تجاوزه عن الحق المحتمل[1]، فيكون أخذه العوض ليس في مقابل الحق المجهول، بل في مقابل التجاوز عن الحق المجهول، فيؤول إلى كلام المحقق الخراساني قدس سره، وحاصل كلامهما قدس سرهما: أن العوض في مقابل الفعل - صلحاً كان أم إسقاطاً - لا في مقابل الحق.

إشكال المحقق الأصفهاني على السيد اليزدي والمحقق الخراساني

وقد أورد عليهما المحقق الأصفهاني قدس سره بوجهين، وتوضيحهما:

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

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

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

(أن الصلح الواقع بقوله « صالحتك بكذا » ملحوظ آلي، ومتعلقه ملحوظ استقلالي، فلو كان هو معوضاً في نفس هذا الإنشاء كان ملحوظاً

(١) حاشية السيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٤.

استقلالياً، والجمع بين اللحاظين محال).

الوجه الثاني: أن المعوض هو الصلح بالحمل الشائع؛ لأنه ذو الأثر، لا الصلح الإنشائي بما هو مجرد استعمال اللفظ في المفهوم، والصلح بالحمل الشائع من الأمور ذات التعلّق، ويستحيل وجود المفاهيم التعلّقية بدون متعلّقها، فإذا قال (صالحت) لا بدّ أن يكون هناك شيء صالح عليه، ومتعلّق الصلح في المقام هو سقوط الحق، وهو فرع ثبوته، ومع عدم ثبوته - كما هو الفرض - ينتفي سقوطه، فينتفي الصلح؛ لانتفاء متعلّقه الذي لا يحصل إلا به، فما أفاده العلمان من المصالحة على سقوط الحق بعوض مستلزم للمحال[1].

الجواب عن إشكالي المحقق الأصفهاني

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

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

الثاني: المعاني الحرفية؛ فإنها على مبنى المحقق الخراساني قدس سره قابلة

(١) حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره على المكاسب ٤: ٢٧٥ - ٢٧٦.

لكلا اللحاظين؛ فإن المعنى إن لوحظ آلة وحالة لغيره كان معنى آلياً حرفياً كما في لفظ (من ، على)، وإن لوحظ مستقلاً كالاستعلاء والابتداء كان معنى اسمياً.

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

أما الوجدان، فلا شك أن من قال (صالحتك عن هذا بهذا) لم يجعل الصلح فانياً في الطرفين كفناء العلم في المعلوم، ومن أنشأ البيع لم يجعله كالمعنى الحرفي - عند المحقق الخراساني قدس سره - آلة للحاظ حال العوضين، بل هو معنى تعلّقي ينظر إليه بنظر استقلالي ثم ينشأ.

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

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

وأما إشكاله الثاني فممنوع نقضاً وحلاً:

أما النقض فبأمرين:

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

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

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

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

---

(١) المكاسب ٥: ١٨١.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٢٧٢.

شرط ثبوته وهو من التعليق في العقود.

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

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

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

وأما الحل، فالأمور ذات التعلّق قسمان:

الأول: الأمور التكوينية كالإضافة، وتحققها بدون وجود المتعلّق أمر مستحيل.

الثاني: الأمور الاعتبارية، وهي التي قوام وجودها بالاعتبار، كالصلح

والبيع والهبة، فهي من الأمور ذات التعلّق إلا أنها معان اعتبارية، وهي وإن كانت مما يتوقف على وجود المتعلّق أيضاً، ولكن لا يلزم وجوده خارجاً، فيكفي وجوده لاحقاً في الزمان المتأخر، بل يكفي مجرد احتمال وجوده، ولهذا جاز بيع ثمرة الشجرة قبل قطعها لمدة سنة أو سنتين؛ فإن ضمّ محتمل الوجود إلى المسلّم وجوده أمر معقول عقلاء وشرعاً.

وعليه ففي ما نحن فيه يكفي نفس احتمال وجود الحق لتحقق الصلح، والتجاوز عن الحق، والإسقاط، ولا يضره كونه من الأمور ذات التعلّق.

فبهذا يندفع ما أورده المحقق المذكور قدس سره على العلمين -قدس سرهما - ويسلم جوابهما عن الإشكال.

نعم، ما أورده على قول السيد اليزدي قدس سره أولاً - من جعل العوض في مقابل الحق المحتمل، أو بإزاء احتمال الحق - تام.

بقي أن نقول: بأن جعل العوض في مقابل الصلح يحتاج إلى مؤونة في مقام الإثبات؛ فإن الظاهر من عبارة (صالحتك عن كذا بكذا) هو كون العوض في مقابل المتصالح عليه، بمعنى أن المقابلة وقعت بين ما بعد (عن) وما بعد (الباء)، فحق العبارة لجعل الصلح مقابلاً للعوض أن يقول: أصالحك، وصلحي لك في مقابل كذا، ولا إشكال في الإنشاء

بذلك ثبوتاً، ولا إثباتاً[١].

الصورة الرابعة: إسقاط الخيار بعوض بعد العلم بالغبن.

وفيها فروض:

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

الفرض الثاني: أن يعتقد بمقداره فيصالح عليه، ثم يتبيّن له كما اعتقد أو أقل منه، فلا إشكال فيه أيضاً.

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

القول الأول: بطلان الصلح.

القول الثاني: صحة الصلح ولزومه.

القول الثالث: صحيح غير لازم.

أما الأول؛ فلأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع؛ فإنه قصد الصلح على أن يكون الغبن بالمقدار الذي يعتقده وهو لم يقع، وما وقع وهو

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال - يظهر منه نفي الثمرة في الصلح على الحق المحتمل لجريان استصحاب عدم الحق -:

إنه إذا كان يريد براءة ذمته في الواقع فهو من أغراض العقلاء المرغوب فيها، واستصحاب عدم الحق إنما يصحح فراغ ذمته ظاهراً.

ثم إنه اذا صالحه على الحق المحتمل ثم ظهر الغبن لم يكن له حق الدعوى.

المقدار الزائد لم يقع عليه الصلح.

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

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

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

وقد قوّى الشيخ قدس سره الوجه الثالث[1]، ووجه القوة يتضح ببيان أمور:

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

الثاني: أن العوض في الصلح أو في الإسقاط يختلف بحسب اختلاف مراتب الغبن، فإن كان الغبن بمقدار قليل كان العوض في

---

(١) المكاسب ٥: ١٨١.

الصلح عليه قليلاً، وإن كان كثيراً كان العوض بما بإزائه.

الثالث: أن عمدة ما استند إليه في خيار الغبن أمران: قاعدة نفي الضرر، وتخلف الشرط الارتكازي، وكلاهما ينطبقان على الصلح الغبني؛ فإن المغبون في البيع كان له خيار الغبن، فلما علم بالغبن واعتقد أنه بمقدار معيّن فصالح عليه بالعوض المناسب لاعتقاده فتبيّن له أن الغبن أكثر من العوض بمقدار فاحش كان له خيار الغبن في الصلح؛ إذ لو كان الصلح لازماً لكان الحكم بلزومه منشأ للضرر عليه، فينفى بقاعدة (لا ضرر).

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

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

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

ثم إن الشيخ قدس سره أمر بالتأمل، وقد وجّهه المحقق الإيرواني قدس سره بأمرين:

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

الثاني: إن بناء المصالحة على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن؟[1].

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

وأما الوجه الأول ففيه: أن قوله بأن الداعي مقيّد، غير تام؛ فإن

---

(١) حاشية المحقق الإيرواني قدس سره على المكاسب ٢: ٣٣.

الداعي لا يقيد المدعو إليه؛ لأن القيد في رتبة المقيَّد، والداعي في رتبة متقدمة على المقيد، وما في الرتبة المتقدمة لا يقيّد ما في الرتبة المتأخرة، ولهذا لما كان الداعي لإنشاء المعاملة حصول النفع والربح، فإذا اتفق عدم حصولهما لم يفتِ فقيه ببطلانها.

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

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

المسقط الثاني: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

الإشكالات على اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد

وفي هذا المسقط ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول

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

الإشكال الثاني

وهو مختص بخيار الغبن والرؤية، وهو إشكال الغرر الذي أفاده الشهيد قدس سره في الدروس[١]، وبيانه:

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

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

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

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦، حيث قال: (وسابعها: خيار الرؤية، وهو ثابت في بيع الأعيان الشخصيّة مع عدم المطابقة، فيتخيّر من وصف له، ولو وصف لهما وزاد ونقص تخيّر، أو تقدّم الفاسخ منهما، وهو فوري على الأصحّ ، وكذا خيار الغبن. ولو شرطا رفعه فالظاهر بطلان العقد؛ للغرر، وكذا خيار الغبن).

الإشكال الثالث

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

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

الجواب عن الإشكال الأول

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

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

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

وعليه، فإن قلنا بأن الإنشاء - في الأمور الإنشائية والاعتبارية - ليس بعلة ولا سبب انحلّ الإشكال.

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

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

مستقبلاً، وهو من الاستحالة بمكان.

نعم، ينحصر الحلّ بما يستفاد من النصوص الواردة في خيار المجلس، والحيوان، وبيع ذي الخيار في زمان الشرط، من قبيل: صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[1]، و« فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه، فلا شرط....»[2]، وما ورد عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل: اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه »[3]؛ فإن المستفاد منها أن تمام الموضوع - لأجل سقوط الحق - هو الرضا بالبيع بقاء، فإن كان الرضا بالبيع بعد العقد كان مسقطاً للخيار ورافعاً له، وإن كان حينه كان مانعاً عن حصوله ودافعاً له.

جواب الشيخ عن الإشكال الثاني

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

الوجه الأول: أن الجهل بالقيمة السوقية - المالية - لو كان موجباً

---

(١) الوسائل، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث١.

للغرر لكان البيع باطلاً بلا شك؛ للنهي عن بيع الغرر[١]، وهو إرشاد إلى الفساد، ولازم القول بأن الجهل بالمالية منشأ للغرر أن لا يتمكن من الشراء من يعرف جميع خصوصيات المبيع ولكنه يجهل القيمة السوقية، وهو خلاف ضرورة الفقه؛ فإن الجهل بها لا يكون منشأ لبطلان المعاملة، ولهذا اتفقوا على صحة المعاملة مع الجهل بها، ولكن إذا كان التفاوت بين الثمن الذي اشترى به المبيع والثمن الواقعي تفاوتاً فاحشاً كان له حق الفسخ، فالاتفاق والضرورة الفقهية يكشفان عن أن الجهل بالقيمة لا يجعل المعاملة غررية.

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

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

بيان ذلك: أن الحكم متأخر عن موضوعه وعن جميع خصوصياته،

---

(١) الوسائل، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

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

إشكال المحقق الأصفهاني على الشيخ

وهذا الوجه في غاية القوة والمتانة، إلا أن المحقق الأصفهاني قدس سره أورد عليه بما توضيحه: أن موضوع الخيار لو كان هو العقد العيني الخارجي للزم الدور؛ لتوقف صحة العقد - حينئذ - على الخيار، والخيار على صحة العقد، ولكن يستحيل أن يكون هو الموضوع له، بل موضوعه العقد العنواني فلا يلزم؛ وذلك لأن الخيار اعتبار شرعي قائم بالمعتبِر شأن بقية الأمور الاعتبارية القائمة بمن اعتبرها، فالخيار قائم بنفس الجاعل، فيكون موضوعه العقد العنواني قهراً؛ لأنه هو الذي يلاحظ العقد ويعتبر الخيار له، وأما العقد الخارجي فهو قائم بالعاقد، والعهد الخارجي قائم بالمتعهد، فالخيار القائم بالجاعل لا يعقل أن يكون عارضاً على ما يقوم بالعاقد، فيرتفع إشكال الدور[2].[1].

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره على المكاسب ٤: ٢٧٨.

دفع إشكال المحقق الأصفهاني عن الشيخ

وهو ممنوع نقضاً وحلاً:

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

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

إن الأمور الاعتبارية - عقلاً - متقومة بالاعتبار، والاعتبار قائم بالمعتبِر، ولا بحث في ذلك، ولكن نحو وجود الأمر الاعتباري مطلقاً

---

(١) أوضح الشيخ الأستاذ دام ظله كلام المحقق الأصفهاني قدس سره في مقام الجواب على سؤال بما حاصله: إن الخيار حق اعتباري من لدن معتبِر، والمعتبِر له هو نفس الشارع بقوله مثلاً: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »، وهذا الاعتبار - الحكم - يحتاج إلى موضوع، ولا بدّ أن يكون الموضوع في أفق الاعتبار، وهو البيع العنواني، وأما البيع الذي قام به البائع فهو قائم به، ولا ربط له بالشارع .

يدور مدار نحو اعتباره، فعند العقلاء أمور اعتبارية جرت سيرتهم على اعتبارها، كالسلطنة والحكومة والمناصب والمقامات، وعلة وجودها هو الاعتبار، ولكن ظرف اعتبارها هو الموجود الخارجي، بمعنى أن اعتبار السلطنة وإن كان قائماً بالمعتبِر إلا أن موضوعه الشخص الخارجي.

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

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

أما الإهمال فمستحيل كما هو واضح، فيتعين كونه مطلقاً أو مقيّداً، وعلى كلا التقديرين يكون الحكم قائماً بهذا العقد العيني والوجود الخارجي، فيعود إشكال الشيخ قدس سره إلى قوته؛ إذ يتوقف الخيار على صحة العقد، وتتوقف صحته على عدم الغرر المتوقف على ثبوت الخيار[2].

---

(١) الوسائل، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) أفاد الشيخ الأستاذ - دام ظله - في مقام الجواب على سؤال: بأن قوام الأمور الاعتبارية أنه في عين وجودها بسببية الاعتبار أخذ في نفس الاعتبار أن ظرفها

إشكال المحقق الخوئي على الشيخ

وأورد المحقق السيد الخوئي قدس سره على الشيخ قدس سره: بأن ما أفاده قدس سره متين في ما كان الخيار ثابتاً بجعل الشارع، كخياري المجلس والحيوان؛

الخارج، ومنشأ الإشكال فيها عند المحقق الأصفهاني قدس سره أن الأمور النفسانية إذا كانت قائمة بالخارج لزم انقلاب النفساني خارجاً أو العكس.

وهذا تام في الأمور التكوينية كالشوق؛ فإنه قائم بنفس الإنسان فلا يعقل أن يكون موضوعه ما في الخارج، ولهذا - كما حقق في محله - عندنا معلوم بالذات ومعلوم بالعرض، ومراد بالذات ومراد بالعرض، والخارج ليس متعلَّقاً للعلم القائم بالنفس بحسب الدقة والحقيقة، فكما يقول أهل المنطق والفلسفة أن المعلوم بالذات هي الصورة وذوها معلوم بالعرض، وإلا لزم انقلاب النفساني خارجاً أو الخارجي نفسياً.

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

هذه هي خاصية الأمور الاعتبارية، فمثلاً معنى أن الماء كله طاهر حتى تعلم أنه قذر، أن الماء الخارجي محكوم بالطهارة، فالطهارة أمر قائم باعتبار المعتبِر في مرحلة الاعتبار، ولكن في مرحلة ثبوت الحكم يكون الموضوع هو الماء الخارجي.

وفي ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، هل يعقل أن يكون المطلوب هو الوفاء بالعقود العنوانية؛ حيث قال بأن العقد العنواني قائم بالمعتبِر؟! أي هل يعقل أن يكون العاقد محكوماً بالوفاء بالعقد العنواني القائم بالمعتبِر أو بالعقد القائم به؟

لا شكّ أنه الثاني، وما أفاده ممنوع نقضاً وحلاً.

فإنهما من الأحكام الشرعية التي لا ترتبط بالغرر نفياً ولا إثباتاً، فلا يرتفع الغرر بثبوتهما، ولا ينتفي بسقوطهما.

وأما الخيار الثابت بجعل المتعاقدين فهو يوجب رفع الغرر؛ فإن المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غررية، بمعنى أن الشرط رافع للغرر موجب لسقوطه؛ فإن الغرر هو الخطر، ولا خطر في المعاملة مع الشرط؛ إذ هو مختار في أن يرضى بها وأن يفسخها[1].

الجواب عن إشكال المحقق السيد الخوئي

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

لا شكّ أن الأثر منوط بمتعلق الالتزام، وأما الالتزام بدون الملتزم به فلا أثر له، فالأثر في المعاملة على العبد بشرط الكتابة ليس في الالتزام بكتابته، بل في الملتزم به وهو الكتابة، والخيار في ما نحن فيه - بناء على ما هو التحقيق - يحصل بالشرط؛ فإن كلاً من المتعاملين يشترط في المعاملة أن لا يكون فيها تفاوت فاحش بين الثمن والمالية الواقعية، هذه هي حقيقة الشرط، وما يرفع الغرر هو الملتزم به، فإذا حصل التفاوت الفاحش كان للمغبون حق فسخ المعاملة، فالرافع للغرر في الخيار المحقق بالشرط هو نفس الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين؛ إذ لما كان له الخيار لم تكن المعاملة غررية، وإذا كان الأثر للخيار كان

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٤٨.

التفريق بين الخيار المجعول بجعل الشارع والخيار المجعول بجعل المتعاقدين مما لا وجه له؛ فإن الرافع للغرر في البيع الغبني هو وجود حق الفسخ، فليس الأثر لنفس الشرط والالتزام، بل للملتزم به وهو حق الخيار، ونفس هذا الحق موجود في خياري المجلس والحيوان إلا أن الجاعل مختلف، وهو وإن اختلف إلا أن المجعول في كليهما واحد وهو الخيار، وهو ذو الأثر، فكيف يكون بيع الحيوان في صورة وجود الخيار غررياً، وفي باب الغبن ليس غررياً؟!

نعم، لو كان الغرر يرتفع بالجاعل كان هذا التفريق صحيحاً؛ لاختلاف الجاعل في المقامين، ولكنه يرتفع بالمجعول، وهو واحد فيهما، سواء كان جاعله الشارع أو شرط المتعاقدين، فلا يرد ما أورد على الشيخ قدس سره.

ونتيجة البحث إلى هنا:

١ـ أن الجهل بالقيمة السوقية مع معرفة ذات المبيع وأوصافه الدخيلة في ماليته لا يجعل المعاملة غررية.

٢ـ ولو كانت غررية لم يرفع غررها ثبوت الخيار كما أفاده الشهيد قدس سره.

المسقط الثالث: تصرف المغبون

إن تصرف من له الخيار على نحوين:

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

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

دليل الشيخ على مسقطية التصرف غير الكاشف عن الرضا بالعقد

استدل الشيخ قدس سره على مسقطيته بما حاصله وتوضيحه:

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

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

الأول: إطلاق بعض معاقد الإجماع - بأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، وفيما انتقل عنه فسخ - فإنه يشمل كل خيار، ومنه خيار المجلس والشرط وخيار الغبن، فيدل على سقوطه بالتصرف.

الثاني: عموم العلة الواردة في خيار الحيوان، من كون التصرّف رضا بلزوم العقد[2]؛ فإنها بعمومها تدلّ على أن تصرّف كل صاحب خيار رضا منه بالعقد، ومنه صاحب خيار الغبن.

---

(١) الوسائل، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) فإن الوارد في الحديث السابق بعد العبارة السابقة : (... فذلك رضا منه فلا شرط).

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

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

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

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

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

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

هذا تمام ما أفاده الشيخ قدس سره في المقام[١].

إشكالات المحقق الخراساني على الشيخ

وقد أورد عليه المحقق الخراساني قدس سره بثلاثة إيرادات:

الإشكال الأول

أن مورد معقد الإجماع وعموم العلة هو الخيار الثابت، بمعنى أن الإجماع قام على أن الخيار الثابت يسقط بالتصرف، ومقتضى التعليل أن كل مورد يثبت فيه الخيار، فإن أحدث فيه صاحبه حدثاً سقط خياره؛ لأنه رضا به، فهما يردان في مورد ثبوت الخيار، بينما لم يثبت الخيار في حالة الغبن حتى يرد الدليلان، وإنما الثابت حاله عدم لزوم العقد؛ فإن المستند فيه - وهو « لا ضرر » - إنما تنفي اللزوم الضرري، ولا تثبت الحق، وفرق بين نفي اللزوم وثبوت الحق؛ فإن الحق سلطنة على الفسخ والإبرام، ولم تثبت بدليل نفي الضرر حتى يقال بسقوطه بالتصرف.

ومع التنزّل فغاية ما يمكن أن يقال: إنا نشك فيما يستفاد من دليل نفي الضرر، هل هو ثبوت الحق أو نفي اللزوم؟ فيشك في أصل ثبوت الحق، فالمرجع حينئذ إلى الأصل العملي، ومقتضاه جواز الردّ بعد التصرف؛ وذلك لأن للمغبون جواز الردّ قبل التصرف، سواء أقلنا بأن المستفاد من « لا ضرر » ثبوت حق الخيار، أم قلنا نفي اللزوم، فإذا تصرّف في العين - مورد الغبن - شككنا في بقاء جواز الردّ وعدمه فنستصحب بقاءه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٥.

الإشكال الثاني

أنه يرد على قول الشيخ قدس سره - بأن « لا ضرر » لا تجري بعد التصرف؛ لعدم جريانها مع الرضا به بعده، كما لا تجري مع الإقدام عليه -:

أنه لا حاجة إلى جريانها ثانياً كي يقال بأنها لا تجري، فإنه يكفي جريانها أولاً في ثبوت جواز الردّ، الباقي بعد التصرف بمقتضى الإطلاق، أو الاستصحاب؛ أي إن مقتضى الإطلاق في « لا ضرر »، والاستصحاب نفي اللزوم بعد التصرف.

الإشكال الثالث

أن الشيخ قدس سره قد تمسك بالاستصحاب مطلقاً ثم تأمل فيه، والحال أن مورد الاستصحاب مبني على ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن، وأما لو بني على ثبوته من حين العقد كان المورد من موارد التمسك بإطلاق ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

ثم أرجع التأمل في كلام الشيخ قدس سره إلى هذا البيان، أو إلى كونه من الشك في المقتضي الذي لا يجري فيه الاستصحاب عنده[2].

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

هذا تمام ما أفاده قدس سره إلا أنه - مع دقة نظره وعمق فهمه - لا يرد شيء من إشكالاته على الشيخ قدس سره، كما لا يتمّ ما أفاده من بيان وجه

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس سره: ١٨٨ - ١٨٩.

التأمل، وتوضيح ذلك:

أن الإشكالات التي أوردها على الشيخ قدس سره إنما تأتي على مبناه في مدلول « لا ضرر »، من أنها تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، ولا تجري على مبنى الشيخ قدس سره في مدلولها، من أنها تنفي الحكم الضرري، فالإشكالات غير فنية، ويلزم لدقة البحث أن نمرّ على توضيحه بما تسمح له حاجة المقام فنقول:

بما أن مبنى المحقق الخراساني قدس سره في « لا ضرر » أنها تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، فإذا تحقق الموضوع الضرري انتفى حكمه مطلقاً حتى لو زال الضرر بعد ذلك؛ بمقتضى إطلاقها، بمعنى أن الحكم ينتفي عن الموضوع الضرري بمجرد تحققه، فإذا زال الضرر وشككنا في بقاء انتفاء الحكم وعدمه تمسكنا بالإطلاق لنفي الحكم.

ولو تنزلنا وقلنا بعدم الإطلاق أمكن التمسك بالاستصحاب بهذا البيان: أن هذا الموضوع لما كان ضررياً كان حكمه منفياً، ولما ارتفع الضرر شككنا في بقاء ذلك النفي فنستصحب بقاءه.

وأما الشيخ قدس سره فهو يرى بأن مدلول « لا ضرر » بقرينة ذكر « في الإسلام » هو نفي الحكم الضرري، أي لا حكم ضررياً في الإسلام، كما هو مفاد قوله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾[1]، والحكم الضرري المنفي في الإسلام، هو الحكم المستند ضرره إلى

(١) سورة الحج: ٧٨.

الإسلام، لا الحكم المستند ضرره إلى المكلف، والمفروض أن التصرف رضا بالبيع الغبني، فإذا رضي المكلف بالغبن لم يستند ضرر اللزوم إلى الإسلام فلا ينتفي، فلا يتعقل الإطلاق في « لا ضرر » بالنسبة إليه، وإن تعقّل على مبنى المحقق الخراساني قدس سره.

وكذلك الحال بالنسبة إلى الاستصحاب؛ فإن المتيقن انتفاؤه هو الحكم المستند ضرره إلى الشارع، فقوام الموضوع عند الشيخ قدس سره باستناد الضرر إليه، وبعد الرضا بالبيع لا يكون الضرر مستنداً إليه، فجريان الاستصحاب فيه من باب إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، فموضوع الاستصحاب في المقام منتفٍ عند الشيخ قدس سره بخلافه عند المحقق الخراساني قدس سره.

ولا أقلّ من تردّد الضرر عند الشيخ قدس سره بين كونه مقوّماً للموضوع، أو من حالاته، وما لم يثبت كون المتغيّر من الحالات لم يمكن جريان الاستصحاب، ومجرد احتمال كونه مقوّماً يكون التمسك بدليل الاستصحاب من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وبهذا البيان تندفع إشكالات المحقق الخراساني قدس سره كلها.

وأما ما أفاده في وجه التأمل أولاً، فهو مبني على مبناه في العام المخصّص عند دوران الأمر بين التمسك بالعام واستصحاب حكم المخصص، وتوضيح ذلك:

إنه قدس سره ذهب - في مورد دوران الأمر بين التمسك بعموم العام

واستصحاب حكم المخصص - إلى التفصيل بين ورود الخاص من الأول وبين وروده في الوسط، فإن ورد من الأول فالمورد من موارد التمسك بالعام، وأما إذا ورد في الوسط فهو من موارد استصحاب حكم المخصص؛ وذلك لأن المخصِّص إن ورد من الأول فالحكم لم ينقطع، بل هو ثابت من بعد زمان التخصيص، فلا محيص من التمسك بعموم العام.

وإن ورد في الوسط، فالفرد كان مشمولاً للعام ثم انقطع عنه، فلا يعود تحته، فلا مجال إلا إلى التمسك باستصحاب حكم المخصص.

وبناء على هذا المبنى قال هنا بالتفصيل، فإن كان المبنى ثبوت الخيار من حين وقوع العقد، فالمخصِّص ورد على عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] من الأول، فبعد ارتفاع المخصص يتمسك بالعام.

وإن كان المبنى ثبوت الخيار من حين ظهور الغبن، فالمخصص ورد على العموم من الوسط؛ حيث حكم ابتداءً بلزوم العقد، ثم لما ظهر الغبن جاء المخصص فانقطع حكم العام عن الفرد، فبعد ارتفاع المخصص والشك في الحكم يتمسك باستصحاب حكم المخصص.

فهذا التفصيل والتوجيه للتأمل تام على مبناه قدس سره إلا أن الشيخ قدس سره لا يرتضيه، فلا يصلح أن يكون توجيهاً لكلامه قدس سره.

كما أن توجيهه الآخر للتأمل - وهو أن المورد من موارد الشك في

(١) سورة المائدة: ١.

المقتضي الذي لا يجري الشيخ قدس سره فيه الاستصحاب - غير تام أيضاً وإن احتمله غير واحد من المحشين كالسيد الفقيه اليزدي قدس سره في حاشيته[١].

والصحيح ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، من كونه راجعاً إلى الشك في بقاء الموضوع[٢]؛ وذلك لأن مورد الشك في المقتضي أن لا يكون الشك في البقاء من حيث ورود أمر زماني على المستصحب، بل من حيث عدم قابلية ذاته للبقاء، كما في الزوجية المنقطعة؛ فإن العقد المنقطع غير قابل للاستمرار في عمود الزمان من حيث ذاته، فلو شك في بقائه كان من الشك في المقتضي.

وأما ما نحن فيه، فالشك في بقاء جواز الردّ ناشيء من الشك في ورود الأمر الزماني عليه وهو التصرف، فالشك فيه شك في الرافع، لا في المقتضي؛ إذ لو خُلّي وطبعه ولم يرد عليه التصرف لم يحصل شك في بقائه.

فإذن جهة التأمل في جريان الاستصحاب جهة أخرى عند الشيخ قدس سره، وهي الشك في بقاء الموضوع؛ لأن « لا ضرر » إنما ترفع الحكم المستند ضرره إلى الشارع، فالشك يرجع - دائماً - إلى كون الضرر هل هو مستند إلى الشارع أو لم يستند إليه؟ فيرجع الشك إلى الشك في الموضوع.

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٦.

(٢) منية الطالب ٣: ١٣٥.

مقتضى القاعدة

هذا بالنسبة إلى ما أفاده الأعلام قدست أسرارهم، وأما مقتضى القاعدة فنقول:

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

صور تصرف المغبون بالعين

الصورة الأولى

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

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

الصورة الثانية

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

وبكلمة أخرى: هل تصرف المغبون العالم بالغبن يعدّ كاشفاً عقلائياً عن رضاه بالعقد أو لا؟

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

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

الصورة الثالثة

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

الصورة الرابعة

أن يكون التصرف قبل العلم بالغبن، ولا يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد، وهذه الصورة هي محل الإشكال؛ فإن ما يكون كاشفاً عقلائياً -

على فرض ثبوته - إنما هو التصرف بعد العلم بالغبن، وأما التصرف قبله لا يعدّ كاشفاً عند العقلاء، فلا طريق لنا من هذه الجهة للحكم بسقوط الخيار.

مقتضى الأدلة

وأما مقتضى الأدلة، فأدلة ثبوت خيار الغبن ستة:

الأول: التمسك بروايات تلقي الركبان.

الثاني: قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1].

الثالث: قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾[2].

الرابع: قاعدة « لا ضرر ».

الخامس: الشرط العقلائي الارتكازي.

السادس: الإجماع على ثبوت خيار الغبن.

عمدة الأدلة ثلاثة

والعمدة منها ثلاثة:

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

(١) سورة النساء : ٢٩.

(٢) سورة النساء : ٢٩.

الشارع، وليس هو ما نحن فيه.

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

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

الإشكال على الاستدلال بالإجماع

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

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

ولكن، نقول: بأن العلة على نحوين: تعبدية، وغير تعبدية، فإن لم

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٥.

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

ولو تنزلنا وقلنا: بعدم إمكان الجزم بكونها علة تعبدية، لم يمكن الاستناد إليها أيضاً؛ إذ لا أقلّ من الشك في كونها تعبدية أو لا، ومع الشك تكون مجملة، فيحتف الحكم بعلة مجملة، فيكون النص مجملاً، ومع إجماله يؤخذ بالقدر المتيقن، وهو خصوص مورد النص، فينحصر سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن، في خصوص خيار الحيوان.

نفي بعد سقوط الخيار بالتصرف مع الاحتمال والالتفات عند المحقق الإيرواني

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

المناقشة فيما أفاده المحقق الإيرواني

إلا أن ما أفاده - مع إطلاق « لا ضرر » ودليل الشرط - محل إشكال؛ لأن الدليلية لا تكون بلا مناط، فكون شيء دليلاً على شيء آخر يحتاج

---

(١) حاشية المكاسب للإيرواني قدس سره ٢: ٣٤.

إلى دليل، والدليلية إما ذاتية كدليلية العلم، وإما جعلية، وكلاهما منتفيتان في المقام.

أما الدليلية الذاتية - بحيث يكون التصرف دليلاً ذاتياً على الرضا بالمعاملة - فمنتفية قطعاً.

وأما الدليلية الجعلية الاعتبارية، فهي إما بالتعبد الشرعي، أو بقيام السيرة العقلائية، والتعبّد الشرعي - كالوارد في خيار الحيوان من كون إحداث الحدث في الحيوان رضا بالبيع - منتفٍ في المقام قطعاً، والسيرة العقلائية وإن كان لها وجه في مورد العلم بالغبن، إلا أنها لم تقم قبل العلم به قطعاً.

ولو شك في قيامها قبله لزم الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكونها دليلاً لبياً، فمقتضى القاعدة الحكم بثبوت الخيار؛ لإطلاق دليله وعدم ثبوت المخصص.

وأما ما ذهب إليه المشهور في خياري العيب والتدليس، فالبنسبة إلى خيار العيب فقد ورد النص فيه قبل العلم، ولا يقاس عليه ما لا نص فيه.

وأما بالنسبة إلى خيار التدليس، فلو سلّم ذهاب المشهور إليه لم يكن مجرد ذهابهم حجة؛ لعدم كونه من الأدلة الشرعية.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن التصرف قبل العلم بالغبن ليس من جملة المسقطات؛ تمسّكاً بإطلاق أدلة ثبوت الخيار.

المسقط الرابع: التصرفات اللازمة الناقلة للملك

لا يخفى أن موضوع البحث هو ما لو تصرّف المشتري المغبون فيما اشتراه تصرّفاً مخرجاً له عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، والدعوى أن المبيع يكون - حينئذٍ - في حكم التالف وإن كان موجوداً حقيقة؛ وذلك لأن المشتري مالك للمال وغير محجور عليه من التصرفات التكوينية والاعتبارية، فإذا باع صحّ بيعه وكان نافذاً؛ بمقتضى ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]، وإذا أعتق صح عتقه؛ بمقتضى « لا عتق إلا في ملك »[2]، فإذا كان المبيع تالفاً حكماً سقط الخيار، فيكون هذا النوع من التصرفات مسقطاً للخيار.

الأدلة على كونه من المسقطات

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

الدليل الأول: دليل العلامة

الدليل الأول: ما أفاده العلامة رحمه الله في التذكرة، وتوضيحه: أن حقيقة إعمال الخيار هو ردّ العين المغبون فيها إلى ملكه، ومع تلفها ينتفي الموضوع، وبما أن التصرفات الناقلة على وجه اللزوم توجب التلف الحكمي لم يمكن ردّ العين عندئذ؛ لانتفاء موضوع الخيار[3].

---

(١) سورة البقرة:٢٧٥.

(٢) الوسائل، الباب ٥ من أبواب العتق، الحديث ١، ولكن بلفظ : ولا عتق قبل ملك، وفي الحديث ٢: لا عتق إلا بعد ملك، وفي الحديث ٦: ولا عتق إلا من بعد ملك، وفي الحديث ٥: ولا عتق لمن لا يملك.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١: ٧١ ، وعبارته قدس سره: (ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون؛ لأصالة

مناقشة الشيخ لدليل العلامة

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأنه تام لو قلنا بأن متعلق حق الخيار هو العين، بمعنى أن الخيار هو حقّ ردّ العين؛ لأن الردّ حينئذٍ يدور مدار وجودها، فإذا تلفت حقيقة أو حكماً انتفى موضوع الردّ.

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

الدليل الثاني وردّه

الدليل الثاني: أن حديث « لا ضرر » لم يدل على ثبوت الخيار، وإنما دلّ على جواز ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها لتلفها حكماً بانتقالها بنحو اللزوم انتفى موضوع الردّ.

والجواب: سلّمنا بأن « لا ضرر » لا تثبت حق الخيار، إلا أن الدليل غير ناهض على المدّعى؛ فإن مفاد « لا ضرر » نفي الضرر المستند إلى الشارع عنه، وبما أن الحكم بلزوم العقد في المعاملة الغبنية ضرر على المغبون، منتسب إلى الشارع، فهو منفي بها، فيثبت جوازه بمقتضى

الاستصحاب، إلا أن يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبهه؛ لعدم التمكن من استدراكه).

المقابلة بين اللزوم والجواز، فإذا انتفى أحدهما ثبت الآخر، فهي تدلّ على جواز العقد وإن لم تدلّ على ثبوت حق الخيار، فإذا كان العقد جائزاً جاز فسخه، سواء أحصل التصرف الناقل للملك أم لم يحصل، وسواء أمكن ردّ العين أم لم يمكن، فالمستفاد من « لا ضرر » جواز فسخ العقد، أقلنا بأن مفادها ثبوت الحق، أم جواز العقد فإن المتعلق فيهما واحد وهو العقد، وهو لا زال موجوداً حتى بعد حصول البيع والعتق، فإن فسخ وكانت العين موجودة ردّها بنفسها، وإن تلفت كما هو الفرض ردّ بدلها.

الدليل الثالث وردّه

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

وفيه: أن الضرر إنما يستند إلى المغبون فيما لو نقل العين عن ملكه بعد علمه بالغبن، وأما قبل العلم - الذي هو محل الفرض والبحث - فلا يوجب الرضا بالبيع والالتزام بالمعاملة، ولا استناد الضرر إليه.

الدليل الرابع

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

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

وفي تصوير عدم جريانها في مثل ذلك عدّة بيانات:

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

البيان الثاني: أن « لا ضرر » تنفي الحكم الضرري، ويلزم من نفيها للضرر الواقع على المغبون، الحاصل من اللزوم، ثبوت الضرر على الغابن، وهو خلاف مفادها، فلا تشمله من أصل ولو لم نقل بأنها امتنانية؛ فإن مفادها الرفع لا الوضع، فلا تجري في المورد الذي يلزم من نفي الضرر إثبات ضرر آخر[1].

---

(١) **ربما يقال**: بأن الغابن أقدم على الضرر، فلا تجري في حقه.

فيقال - كما يستفاد من الشيخ الأستاذ دام ظله -: إنه على فرض أنه كان عالماً بالغبن فهو لم يقدم على البدل، وإنما أقدم على المعاملة الخيارية، بحيث لو فسخ المغبون لرجعت عين ماله له.

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

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

جواب الشهيد عن الدليل الرابع

وأجاب عنه الشهيد قدس سره - واستحسنه الشيخ قدس سره -: بعدم التزاحم في مدلول « لا ضرر » في المقام؛ لتضرّر المغبون لو لم يكن له خيار الفسخ، وتصرّفه مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، وعدم تضرّر الغابن لو كان للمغبون الخيار وفسخ البيع؛ لأن عين مال الغابن إن كانت مثلية فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها وقد حصل عليها، فلا ضرر أصلاً حتى يزاحم الضرر الواقع على المغبون[1].

مقتضى القاعدة من حيث الكبرى

اتضح مما تقدّم بطلان ما استدل به على نفي الخيار، ومقتضى

---

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢: ٣٠٩ - ٣١٠، المكاسب ٥: ١٨٨ - ١٨٩.

القاعدة عدم سقوطه؛ لتعلقه بالعقد، ولا أثر لوجود العين ولا لتلفها، فإن فسخ وكانت موجودة دفعها إلى صاحبها، وإن كانت تالفة - كما هو الفرض - انتقل إلى مثلها أو قيمتها، سواء أكان الدليل على ثبوت الخيار حديث « لا ضرر » أم الشرط الارتكازي.

صغريات المسألة

هذا من حيث الكبرى، وأما من حيث الصغرى فقد ذكرت موارد لعدم إمكان ردّ المغبون للمبيع، بعضها تام، والآخر غير تام، وهي:

١ـ حالة التلف الحقيقي للمبيع، وهو واضح.

٢ـ حالة التلف الحكمي له، كأن يبيعه المغبون ببيع لازم، أو يعتقه أو يوقفه أو يصالح عليه؛ فإن العين وإن كانت موجودة حقيقة إلا أن حكم الشارع بصحة هذه المعاملات ولزومها؛ بمقتضى إطلاق أدلتها، يوجب عدم قابلية المبيع للردّ والاسترداد، فيكون بحكم التالف.

٣ـ أن يمنع مانع من الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاد.

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

٥ـ ما لو دبّر العبد أو أوصى بالمبيع قبل علمه بالغبن، فهنا كالسابق؛ أي أن له الفسخ وتردّ عين المبيع إلى صاحبها، ولا ينتقل إلى بدلها أو

قيمتها؛ لتمامية مقتضي الفسخ، وعدم المانع منه، وبالفسخ يبطل التدبير والوصية.

٦ـ ما لو نقل العين إلى الغير بعقد جائز، كما لو باعها ببيع خياري، أو وهبها لغير ذي رحم وكانت موجودة ويمكنه إرجاعها، فهنا محل بحث وخلاف بينهم، فذهب المحقق النائيني تقدس سره إلى امتناع الفسخ ما دامت العين المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون؛ لأن الفسخ يقتضي ردّ نفس العين من ملك الفاسخ المغبون إلى ملك الغابن، وبما أن العين لم تكن ملكاً للفاسخ يمتنع الردّ[1].

وذهب غيره إلى إمكان الفسخ؛ لأن الفسخ وإن كان هو ردّ العين إلا أن للفسخ عملين: فسخ المعاملة الأولى، وفسخ المعاملة الخيارية، فيتمّ الفسخ وردّ العين.

والحق أن مقتضى القاعدة أن للمغبون الفسخ، فإذا فسخ ردّ بدل العين؛ لأن العين - ما دام لم يفسخ المعاملة الخيارية - ليست في ملكه ليردّها، فيردّ بدلها، فما أفاده المحقق النائني تقدس سره ليس تاماً؛ لأن متعلّق الخيار ليس العين حتى يمتنع الردّ، بل متعلقه العقد، كما حقق في محله.

وأما القول بأن فسخ المغبون يقتضي عملين، ثانيهما فسخ المعاملة الخيارية ففيه: أن ذلك يحتاج إلى دليل؛ فإن البيع أو فسخه من الالتزامات الاختيارية المتوقفة على القصد، ولا توجد ملازمة تكوينية

(١) منية الطالب ٣: ١٣٦.

بين فسخ المعاملة الأولى والثانية؛ إذ يمكن أن يفسخ المعاملة الغبنية، ويحتفظ بالمعاملة الخيارية، ففسخ الأولى لا يستلزم فسخ الثانية، وعليه فإن قصد فسخ المعاملة الثانية رجعت العين، وإلا فيرجع بدلها على ما هو مقتضى القاعدة عند عدم إمكان ردّ العين تكويناً أو شرعاً.

فرع: ما لو امتزج المال المغبون فيه بغيره

لو امتزج المال المغبون فيه بمال المغبون أو بمال غيره، كما لو اشترى دهناً مغبوناً فيه فمزجه أو امتزج بدهن له أو لغيره، فهنا مسألتان:

المسألة الأولى: في بقاء خيار الفسخ.

المسألة الثانية: على فرض البقاء، ونفوذ الفسخ، فهل يجب إرجاع نفس العين الممزوجة؟ أي هل يمكن ردّ نفس العين فيردّها، أو لا يمكن فيردّ بدلها؟

أما الحكم في المسألة الأولى فهو بقاء الخيار، وهو مقتضى القاعدة، ويتضح ذلك من خلال بيان أمرين:

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

الثاني: إن متعلّق الخيار هو العقد، ولا علاقة له بالعين.

وأما المسألة الثانية فينبغي ذكر صور:

الصورة الأولى: أن يكون المال المغبون - مع اختلاطه بالغير -

متميّزاً عنه، فيجب فصله عنه، وردّه بعينه.

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

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

١ـ أن يمتزج مع المساوي له في الصفات.

٢ـ أن يمتزج مع الأردأ منه.

٣ـ أن يمتزج مع الأجود.

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

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

١ـ أن يمتزج مع مال المغبون.

٢ـ أن يمتزج مع مال الغابن.

٣ـ أن يمتزج مع مال الغير.

أن يمتزج مع مال المغبون

أما على الأول فقد حصل الامتزاج قطعاً، إلا أنه لا يقال بحصول

الشركة؛ لعدم تصورها بين مالي الشخص الواحد، وإنما كانت له - قبل المزج - حصتان من الدهن منفصلتان، والآن صار عنده مجموع واحد للحصتين.

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

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

كلام المحقق الأصفهاني في ردّ الممتزج بمال المغبون ومناقشته

قال المحقق الأصفهاني قدس سره: بإمكان ردّ العين بردّ المجموع[1].

ويشكل: بأن قاعدة الفسخ أن يردّ ما وقع عليه العقد؛ فإن الفسخ في نقطة مقابلة للعقد، وما وقع عليه العقد هو الدهن المتميّز، لا المجموع بما هو مجموع، فلا تأتي قاعدة الفسخ بعد الامتزاج؛ فإن المال قد تبدّل بعد الامتزاج، إذ ما كان يملكه قبل المزج هو الدهن المتميز، وما يملكه بعده هو المجموع، فلم يبقَ الذي كان مملوكاً له من الأول، كما لم يبق ما ملكه بالمعاملة الغبنية، ولا نريد من قولنا بعدم بقائهما عدمه عقلاً، بل

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٢٨٧.

عرفاً، فعندما يشار إليه لا يقال: هذا الذي كان يملكه سابقاً، ولا يقال: هذا الذي اشتراه بالمعاملة الغبنية، فمن نظر عرفي أنهما دهنان وامتزجا، والمجموع غير كل واحد منهما، فردّ المجموع ليس مقتضى قاعدة الفسخ، فلا يتصور ردّ المجموع إلا بمعاملة جديدة؛ لأن قسما منه مملوك له من الأول، والآخر مملوك له بالمعاملة الغبنية.

فما أفاده المحقق الأصفهاني تدّس ممنوع؛ لأن بحثنا في الردّ بالفسخ، والمجموع ليس هو ما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية، ولا بدله.

أن يمتزج مع مال الغابن

وأما على الثاني، ما لو امتزج المال بمال الغابن، فقد قال المحقق الأصفهاني تدّس: (يمكن ردّه بردّ المجموع حقيقة من دون محذور، إلا إذا كان المورد المسلّم من الردّ ردّ العين مميزة عن غيرها)[1].

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

الأقوال في حقيقة الشركة

القول الأول: أن الملكية في الشركة بنحو الإشاعة في المالك والمملوك؛ أما من ناحية المالك؛ فلأن كلاً من المالكين - قبل الامتزاج والشركة - كان مالكاً لما في يده بالاستقلال، وأما من ناحية المملوك؛

(١) حاشية المحقق الأصفهاني ٤: ٢٨٧.

فلأن كل واحد من المالكين كان يملك العين المنفصلة عن الأخرى، وبعد حصول الشركة لم يتغير المالك، ولا الملكية، ولكن تغيّر المملوك؛ إذ صار مشاعاً بعد أن كان متميّزاً.

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

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

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

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

والحاصل: أن للتقسيم مراتب:

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

الثانية: التقسيم الوهمي، أو التجزئة الوهمية.

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

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

القول الثاني: أن حقيقة الشركة عبارة عن تبدّل الملكيتين السابقتين، والمملوكين السابقين، أما تبدّل المملوك؛ فلأن المملوك صار هو المجموع، فالمجموع هو ملك لهما، لهذا ولذاك، لا بنحو أن يكون كل جزء جزء مملوكاً لهما بنحو الإشاعة، بل المملوك الكل، والمالك كلا الشخصين، بحيث يملكانه بملكية ناقصة، بمعنى أن كل واحد من الشريكين كان يملك النصف ملكية تامة كاملة، ولما امتزج المالان صار كل واحد منهما يملك الكل بنصف ملكية، أي صار نصف مالك للكل، فتبدّل المالك والملكية إلى ما هو أضيق من السابق، وتبدّل المملوك إلى دائرة أوسع، فلو كان الشركاء ثلاثة لكان كل واحد منهما يملك المجموع بثلث ملكية، ولو كانوا عشرة لكان كل واحد منهم مالكاً للمجموع بعشر ملكية، وهكذا..

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

أما بناء على القول الأول فيمتنع الردّ؛ لأن الفرض أن ملكية كل واحد من الشريكين سارية في الكل، فما انتقل إلى المغبون بالمعاملة الغبنية كان مملوكاً منحازاً مميّزاً، وكانت ملكيته له ملكية مستقلة، وقد تبدّل كلاهما بعد الامتزاج وحصول الشركة القهرية، فصار المملوك مشاعاً، والملكية غير مستقلة، فإذا فسخ وأراد إرجاع نفس السابق لم يتمكن منه، فلا يقبل الردّ، وإن أراد أن يرجع المجموع فهو لم ينتقل إليه حتى يرجعه، فردّ نفس العين محال، ومع امتناعه ينتقل إلى البدل، فإن كان قيمياً فالقيمة، وإن كان مثلياً فالمثل.

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

المالك للعين قبل الفسخ وبعده.

والحاصل: أنه لا يمكن الردّ على كلا القولين، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة أم بالملكية الناقصة بالنسبة إلى الكل، ومع امتناع الردّ ينتقل الحال إلى ردّ البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

أن يمتزج مع مال الأجنبي

وأما على الثالث، ما لو امتزج المال بمال الأجنبي، فهنا مانعان من الردّ:

الأول: ما ذكر في السابق، من امتناع ردّ ما اشتراه بالعقد الغبني، سواء أقلنا بمبنى الإشاعة، أم بمبنى الملكية الناقصة.

الثاني: أنه بعد حصول الشركة القهرية مع مال الغير لم يكن له حق في التصرف في ماله، لا وضعاً ولا تكليفاً.

وعليه فيمتنع الردّشرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فينتقل إلى ردّ البدل، مثلاً أو قيمة.

فروع في تصرفات الغابن

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

المسألة الأولى: تصرفات الغابن لا ترفع خيار المغبون

لو تصرف الغابن لم يرتفع خيار المغبون؛ بناء على ما هو التحقيق، من تعلّق حق الخيار بالعقد، وقد قلنا سابقاً بعدم ارتفاعه فيما لو تصرّف المغبون فيه بالبيع ونحوه، فعدم ارتفاعه عند تصرّف الغابن بالنقل اللازم

بالأولوية القطعية؛ لأن في تصرف المغبون شبهة رضاه بالمعاملة، فيسقط خياره، وهذه الشبهة لا تأتي عند تصرّف الغابن كما هو واضح؛ فإن تصرّفه لا ينافي حق المغبون.

وأما على القول بتعلّقه بالعين، فبما أنها متعلَّقة لحق المغبون فمعاملة الغابن عليها معلَّقة على رضاه، فإذا لم يرض انفسخت المعاملة، وبالتالي يمكنه ردّ العين لو فسخ المعاملة الأولى.

المسألة الثانية: في حكم الردّ لو تصرف الغابن تصرّفاً لازماً

لو تصرّف الغابن فيما انتقل إليه بالمعاملة الغبنية تصرّفاً لازماً كالبيع اللازم، أو العتق، أو الوقف، ففي الحكم لو فسخ المغبون أقوال:

القول الأول: أن التصرّفات اللازمة للغابن كالتصرفات اللازمة للمغبون، فلا تنفسخ، فينتقل إلى المثل أو القيمة.

القول الثاني: أن المعاملة الثانية للغابن تنفسخ من أصل بنفس فسخ المغبون للمعاملة الأولى.

القول الثالث: أنها تنفسخ من حين الفسخ.

أما دليل القول الأول فحاصله: أن العين انتقلت إلى الغابن وصارت ملكاً له، وإن كان ذلك بالبيع الخياري، ومتعلَّق حق المغبون هو العقد، لا العين؛ إذ ليست كالعين المرهونة، وبعد انتقالها له يجوز له فيها مطلق التصرفات الاعتبارية والخارجية، بمقتضى قاعدة السلطنة، فإذا تصرّف فيها بالبيع ونحوه أمكن التمسك بإطلاق أدلة تلك المعاملات؛ لتصحيحها

ونفوذها، فلو باع مثلاً أمكن التمسك بـ﴿ أحل الله البيع ﴾[١]، فيحكم بصحة البيع ونفوذه أولاً، ويحكم ثانياً وبالعرض بامتناع الردّ شرعاً، فينتقل - بعد الفسخ - إلى البدل.

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

وفيه: أن متعلق حق المغبون هو العقد، لا العين ليقال بتزلزل معاملة الغابن من الأول، ولهذا لم يرتبط بقاء الخيار ببقاء العين وزوالها، وعليه فبما أن العين مملوكة له، ومقتضى قاعدة السلطنة جواز التصرف فيها بالبيع وشبهه، فإذا باع كانت بحكم التالفة، فينتقل إلى البدل[٢].

وأما دليل القول الثالث فهو: أن لكل من الغابن والمغبون حقاً؛ فإن حق المغبون خيار الفسخ، ويترتب عليه ردّ العين، وحق الغابن أنه يملك

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إن العقد من الأمور ذات التعلق، ولكن لا يعني ذلك أن يتعلق الحق بالعين، بل يتعلق بالعقد، ولا يتجاوز عن ما تعلّق به، إلى متعلّق متعلّقه، وإن كان متعلّق المتعلّق - وهي العين في المقام - دخيلاً في حقيقة العقد الذي هو متعلّق الحق، فالحق كالحكم الذي لا يتجاوز عن متعلّقه أو موضوعه.

العين التي انتقلت له، وله التصرّف فيها بما شاء من أنواع التصرفات المشروعة، فليس هو بمحجور بأحد أسباب الحجر، فإذا باع صح بيعه، ولكن مقتضى الجمع بين الحقين أن للمغبون أن يفسخ، فإذا فسخ انفسخ بيع الغابن من حين الفسخ، لا من الأول.

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

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

والحاصل: أن بيع الغابن يقع صحيحاً، فتكون العين بحكم التالف، فإذا فسخ المغبون انتقل الردّ إلى البدل، مثلاً كان أو قيمة، وبهذا يتضح الحكم في جميع تصرفات الغابن اللازمة، من بيع أو صلح أو هبة معوضة، أو وقف أو عتق.

المسألة الثالثة: في حكم الردّ لو تصرّف الغابن تصرّفاً مانعاً

إذا تصرّف الغابن فيما انتقل إليه تصرّفاً يمنع من ردّها وإن كانت باقية في ملكه، كما لو كانت جارية فاستولدها جاءت الوجوه الثلاثة في

المسألة السابقة.

فإن قلنا بأن الحق يتعلق بالعقد، ولا ربط له بالعين، فالجارية - بعد الاستيلاد - تكون بحكم التالف، فللمغبون الفسخ ويعطيه الغابن قيمتها.

وإن قلنا بأن الحق يتعلّق بالعين جاء الوجهان الآخران.

تصوير التزاحم بين حق الغابن وحق أم الولد

نعم، هنا مطلب ذكره الشيخ قدس سره بنحو الاحتمال، وهو أن مثل أم الولد لها حق، فيتزاحم حقها مع حق المغبون[1]، وتوضيحه:

أنه إذا وجد سببان في مورد، وكان كل منهما يقتضي حقاً، ولم يمكن الجمع بين الحقين كان المورد من صغريات باب التزاحم، فتنطبق قاعدته عليه، بالترجيح بالأهمية او الأسبقية، وتطبيق ذلك على ما نحن فيه:

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

وأن لأم الولد حق العتق؛ للتشبث بالحرية، وسببه استيلادها.

ولا يمكن الجمع بين هذين الحقين؛ إذ إما أن يؤخذ بحق المغبون فتردّ إلى ملكه، وإما أن يؤخذ بحقها فتبقى في ملك الغابن، ومع التزاحم وعدم إمكان الجمع بينهما، يقدم ما فيه المرجّح، وهو حق المغبون؛ لأسبقيته بسبق سببه.

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٢.

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

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

وقد وجّه المحقق الأصفهاني قدس سره جعل الشيخ قدس سره له احتمالاً ليس إلا: بأن تزاحم السببين إنما يكون فيما إذا كان بين الحقين منافاة، وبما أن حق الخيار يتعلّق بالعقد، فهو لا ينافي حق أم الولد المانع من الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقين فلا تزاحم بين السببين[1].

وكيف كان فالذي يظهر من الأعلام كالشيخ، والمحقق الأصفهاني، والسيد اليزدي[2] قدس الله أسرارهم أن التزاحم مفروغ عنه، ولكن بعضهم رجّح بالأسبقية كالشيخ قدس سره، فلا بدّ من التحقيق في المسألة فنقول:

لا بدّ أولاً من تحقيق كون المورد من موارد التزاحم أو لا، ثم البحث في الترجيح بالأسبقية الذي أفاده الشيخ قدس سره:

التحقيق كون المورد من موارد التعارض لا التزاحم

أما الأول، فقوام التزاحم بأن لا يكون بين الدليلين - في مقام الجعل ولا في مقام الإثبات - أي تمانع ومنافاة، وإنما تكون المنافاة في مقام

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدس سره ٤: ٢٩٢.

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٤٩.

الامتثال؛ لانحصار القدرة في واحدة، ولا يمكن صرفها في الاثنين، فلا يمكن امتثالهما معاً، كما لو جعلت الصلاة على كل مكلف قادر، وجعل الحكم بوجوب إزالة النجاسة عن المسجد على كل مكلف قادر، فهنا لا تنافي بين الجعلين؛ لجعل حكمين على موضوعين بنحو القضية الحقيقية، ولا بين الإطلاقين؛ لأخذ شرط القدرة فيهما، الذي هو شرط في سائر التكاليف، فإذا دخل المسجد في آخر الوقت ليصلي فرأى النجاسة فيه، ولا يمكنه الجمع بين الامتثالين؛ إذ ليست لديه إلا قدرة واحدة، فدليل الصلاة في مقام الامتثال يقتضي صرف القدرة فيها، ودليل الإزالة يقتضي صرف القدرة فيها، فيقع التمانع، فالتمانع في المنتهى الذي هو مقام الامتثال.

هذا هو قانون التزاحم، بخلاف قانون التعارض؛ فإن التنافي فيه يكون بين الدليلين في مقام الجعل، فإن كان لا يمكن جعل أصل الدليلين، فالتنافي بينهما بنحو التباين، وإن كان لا يمكن إطلاقهما، فالتنافي بينهما بالعموم والخصوص من وجه.

إذا اتضح هذا، فنقول في ما نحن فيه: إن دليل خيار الغبن بالنسبة إلى انقسامات الخيار وموارده لا يخلو أمره من حالات ثلاث، إما أن يكون مهملاً، أو مطلقاً، أو مقيّداً، وبما أن الإهمال في مقام الثبوت محال، فينحصر الأمر في الإطلاق والتقييد، وأقسام المبيع من جملة الانقسامات، فينقسم البيع الغبني إلى بيع الأمة وبيع غيرها، وبيع الأمة إلى الأمة التي يستولدها وغيرها، وأحد الأقسام بيع الأمة التي صارت أم ولد،

ولا نرى في دليل الخيار ما يخرجها ليكون مقيّداً، فيتعيّن الإطلاق، فهو بإطلاقه يشمل بيع الأمة التي صارت أم ولد في ما بعد.

ومن جهة أخرى، إذا لاحظنا الدليل الدال على عدم جواز نقل الأمة أم الولد نراه مطلقاً شاملاً لجميع الأقسام، فهو يدل على عدم جواز نقلها سواء أكانت مورداً للبيع الغبني أم لغيره.

فكل من دليلي الخيار والمنع من البيع مطلق بالنسبة إلى مثل هذه الأمة، فيقع التمانع بين الدليلين من جهة الإطلاق، حصل الامتثال أو لا، عمل بالدليلين أو لا، فتكون المنافاة بينهما في مرحلة الجعل، والتعارض بالعموم من وجه، ولم يؤخذ في الموضوع القدرة عليه لتندرج في باب التزاحم.

فالنتيجة: أن المورد يندرج في باب التعارض، لا التزاحم، وعليه فينبغي ملاحظة مرجحات باب التعارض، فتلاحظ الأدلة الدالة على الخيار، وتفصيل ذلك:

إن مستند الخيار إن كان قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1]، أو ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾[2]، فدليل المنع عن بيع الأمة ودليل خيار الغبن وإن كانا متعارضين إلا أن دليل خيار الغبن

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

هو المرجح؛ لموافقته للكتاب، فلا يكون الاستيلاد مانعاً في هذه الصورة.

وإن كان المستند روايات تلقّي الركبان، فيكون كل من دليلي خيار الغبن، والمنع من نقل الأمة المستولدة، هي الأخبار، ولم يكن أحدهما موافقاً للكتاب، فيتحكم التعارض بينهما، إلا أن يقال بموافقة أدلة عدم جواز ردّ الأمة المستولدة لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ فيتقدم، ولو فرض التكافؤ في المتعارضين، فإما أن يقال في مثل ذلك بالتخيير في المسألة الأصولية، فيتخير الفقيه في الأخذ بأيهما، وإما أن يقال بالتساقط، فيرجع إلى الأصل العملي، وهو الاستصحاب في المقام، ونتيجته بقاء الأمة على ملك الغابن.

ويمكن أن يقال: بأن هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب خيار المغبون؛ وذلك لأن الشك في بقاء الأمة على ملك الغابن بعد فسخ المغبون وعدم بقائه، مسبب عن الشك في زوال الخيار الثابت للمغبون بسبب الاستيلاد، فيجري استصحاب خيار المغبون.

رأي المحقق الرشتي في تقديم لا ضرر على فرض التعارض ومناقشته

وإن كان المستند « لا ضرر » فقد قال المحقق الرشتي قدس سره بتقديمها؛ نظراً إلى حكومتها عليها وعلى سائر الأدلة عند التعارض، فيبطل الاستيلاد والرجوع إلى العين المستولدة[1].

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٥٣.

ولكنه غير تام؛ لأن الاستيلاد يقتضي وجود حق للأمة، وهو تشبثها بالحرية، ولهذا لما ذكروا شرائط صحة البيع في كتاب البيع قالوا بأن أحد الشروط أن يكون المبيع ملكاً طِلْقاً، ومثّلوا لما ينافي هذا الشرط، بحيث لا يجوز بيعه، بالعين المرهونة؛ لتعلّق حق الدائن، والموقوفة، وأم الولد، فقهراً يخرج المورد من تحت موارد حكومة « لا ضرر »؛ لأنها دليل امتناني، فيشترط أن لا يكون في جريانه ما يخالف الامتنان على آخر، وجريانه في المقام لحفظ حق المغبون ينافي حقها، فيكون خلاف الامتنان بالنسبة لها، فإطلاق « لا ضرر » قاصر.

وعليه، فيبقى دليل المنع عن نقل الأمة المستولدة بلا مانع، فتكون النتيجة بالعكس، فالنسبة بينهما وإن كانت العموم من وجه إلا أن دليل المنع من نقلها هو المقدم؛ فلا يجوز ردّ أم الولد بإعمال الخيار.

وإن كان مستند الخيار الشرط الارتكازي، فمعنى ذلك أن بناء العقلاء في المعاملات على عدم الغبن، فكل عاقل أخذ في المعاملة شرط عدمه ضمناً بحسب الارتكاز العقلائي، فيكون بحسب الدلالة الالتزامية قد اشترط لنفسه خيار الفسخ لو كان مغبوناً، فيكون الدليل عليه إطلاق دليل « المؤمنون عند شروطهم »[1]؛ لعدم الفرق بين كون الشرط مذكوراً أو ضمنياً، وهذا الدليل أخذ فيه قيد « إلا ما حرّم حلالاً أو حلّل حراماً »،

---

(١) الوسائل، الباب٢٠ من أبواب المهور، الحديث٤، وفي الوسائل، الباب٦ من أبواب الخيار، الحديث١، بلفظ « المسلمون ».

وشرط « أن لا يخالف الكتاب والسنة »، وبما أن دليل المنع عن نقل الأمة مطلق حسب الفرض، فيشمل حتى صورة النقل بسبب خيار الغبن، فهو يرفع موضوع دليل الشروط؛ لأن اشتراط الخيار في بيع الأمة ولو صارت مستولدة فيما بعد يقتضي مخالفة الحكم الشرعي، فيكون الشرط محلّلاً للحرام، ومخالفاً للسنة، ونتيجة ذلك حكومة دليل المنع من نقل الأمة المستولدة على دليل الشروط.

نتيجة البحث في المسألة

والنتيجة مما تقدم: أنا إن قلنا بأن متعلّق الحق هو العقد، فلا تندرج المسألة في باب التزاحم ولا التعارض؛ لاختلاف متعلقيهما وعدم المنافاة بينهما، فمتعلق حق الخيار هو العقد، ومتعلّق حق الأمة هي العين، ولهذا قال المحقق الأصفهاني تدّس بعد طرح كلام الشيخ رحمه الله: (وإنما جعله احتمالاً لما أفاده من أن تزاحم السببين وتعيين الأسبق في التأثير إنما يكون في ما إذا كان منافاة بين الحقين؛ لتكون مزاحمة بين السببين، وحق الخيار حيث إنه متعلّق بالعقد فيجتمع مع إمكان ردّ العين بنفسها وعدمه، فلا ينافي مثل هذا الحق لحق أم الولد المانع عن الردّ؛ وإذ لا منافاة بين الحقيقن فلا تزاحم بين السببين)[1].

وإن قلنا بأن متعلق الحق استرداد العين، فيحصل التنافي قطعاً بين الحقين، حق المغبون في ردّ العين، وحق الأمة المقتضي لعدم الردّ، فهل هو من صغريات باب التزاحم أو التعارض؟ الحق أنه من باب التعارض،

(١) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني تدّس ٤: ٢٩٢.

خلافاً لما أفاده الشيخ قدس سره وغيره من الأعلام قدست أسرارهم؛ لكون التنافي في مقام الجعل بين الإطلاقين بنحو العموم والخصوص من وجه، وذلك آية التعارض، فينبغي جريان قواعده كما أوضحناه.

ولو تنزلنا وقلنا بأن المورد من باب التزاحم، فقد رجّح الشيخ قدس سره ومن تبعه حق الخيار؛ لكونه أسبق، إلا أن المحقق في محله عدم الترجيح بين المتزاحمين بالأسبقية؛ فإن أحد السببين وإن كان أسبق حدوثاً إلا أنهما متنافيان بقاء.

وبعبارة أخرى: إن المرجح في باب التزاحم هو خصوص الأهمية، ولا عبرة بكون أحدهما أسبق؛ لأن السبب والموضوع دخيلان في الحكم آناً فآناً، فحينما وجد السبب الأسبق أولاً كان هو السبب بلا مزاحم، ولما وجد الآخر وجد المزاحم بقاء فيحتاج إلى مرجّح فعلاً.

المسألة الرابعة: في تصرّف الغابن بالعقد الجائز

إن العقد الجائز على نحوين؛ إذ تارة يكون الجواز حقياً، كالجواز في البيع الخياري، وأخرى يكون حكمياً، كالجواز في الهبة غير المعوضة لغير ذي رحم، والبحث فيه تارة من جهة بقاء حق المغبون وارتفاعه، وأخرى في حكم ردّ العين.

أما الجهة الأولى، فلا إشكال في بقاء حق المغبون؛ فإنا أثبتنا بقاءه فيما لو نقل الغابن العين بالعقد اللازم، أو فكّها عن ملكه كما لو وقفها مسجداً أو أعتق العبد، فبالأولوية القطعية فيما لو نقلها بالعقد الجائز.

وإنما الكلام في الجهة الثانية، فقد ذهب الشيخ قدس سره إلى عدم ردّ العين، والانتقال إلى بدلها؛ لأن تصرّف الغابن بالبيع الجائز، أو بالهبة غير المعوضة تصرّف صحيح، صدر من أهله ووقع في محله؛ بمقتضى سلطنته على ما يملكه، وإطلاقات أدلة البيع والهبة.

وأما كون العقد جائزاً، فلا يقتضي الفسخ؛ لأن الجواز إن كان حقياً كما في العقد الجائز، فهو حق قائم بذي الحق وهو الغابن، وأما المغبون فهو أجنبي، فلا دليل على تسلّطه عليه، وإن كان حكمياً كما في الهبة، فهو قائم بطرفي العقد، والمغبون أجنبي عنه أيضاً، وعليه فلو فسخ المغبون فلا مجال إلا ردّ البدل إليه[1].

كلام الشهيد الثاني

ثم نقل كلام الشهيد الثاني قدس سره في المسالك من قوله: (ولو كان العقد الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار للمشتري، والهبة قبل القبض، احتمل قويّاً إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذّر قيل: يفسخ المغبون، بل قيل: إن له الفسخ مطلقاً..)[2].

وأساس رأي الشهيد الثاني قدس سره أن للمغبون حقاً متعلّقاً بالمال الذي نقله الغابن بالعقد الجائز؛ لأن له الخيار، ولكل ذي حق إلزام من عليه الحق، ففي الدرجة الأولى له أن يلزم الغابن بالفسخ، وإن لم يفسخ كان ممتنعاً من أداء الحق، فيرفع أمره إلى الحاكم الشرعي؛ لأنه ولي على

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٢.

(٢) المسالك ٣: ٢٠٦.

الحق الممتنع عنه فيقوم الحاكم بالفسخ، وإن تعذّر الوصول إليه قام المغبون بالفسخ.

وبهذا البيان يكون كلام الشهيد قدس سره فنيّاً استدلالياً.

إشكال الشيخ على الشهيد الثاني

وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأن فسخ المغبون إما أن يقتضي دخول العين في ملكه، أو دخول بدلها، فإن كان الأول فلا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ، وإن كان الثاني فقد وصل إليه حقه، فلا حاجة للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره.

اللهم إلا أن يقال: بأن البدل المنتقل إلى المغبون بالفسخ إنما هو بدل الحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها.

ولكن يندفع بأن بدل الحيلولة إنما يتمّ في حال كون العين باقية على ملك المغبون، وأما مع عدمه، وتملّك المغبون للبدل، فلا دليل على وجوب تحصيل العين[1].

انتصار المحقق الخراساني للشهيد الثاني

وأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره في كلتا جهتيه:

أما الجهة الأولى: فبأن فسخ المعاملة هو حلّ العقد الواقع، وحقيقة حلّه رجوع كل من العوضين إلى محله، فما انتقل إلى المغبون يرجع

(١) المكاسب ٥: ١٩٣.

إلى الغابن، وما انتقل إلى الغابن يرجع إلى المغبون، والفسخ في المقام وإن لم يكن مقتضياً بنفسه لدخول العين في ملكه حقيقة؛ لخروجها عن ملك من انتقلت إليه، ولكن ترجع إلى ملكه تقديراً، فيكون الغابن ضامناً، فيلزمه المغبون بالفسخ، والتنزّل إلى البدل إنما يكون في ما إذا لم يتمكّن من عين المبدل، والمفروض في المقام تمكّنه منها بالفسخ.

وأما الجهة الثانية: فلأن بدل الحيلولة لا ينحصر في ما إذا كانت العين في ملك المضمون له، بل يكون ثابتاً ولو خرجت عن ملكه، كما إذا صار الخل خمراً في يد الغاصب؛ فإنه يلزم بتسليم بدل الخل بدلاً للحيلولة مع أنه لا يملك الخمر.

دفع جواب المحقق الخراساني

أما ما أفاده في الجهة الأولى فيندفع: بأن دليل ردّ العين في المعاملات - بعد الفسخ -هو كونه مال الغير، ولا يجوز التصرف فيه، بل يجب ردّه إلى صاحبه، فيكون وجوب ردّ العين فرع ملكية الغير لها، ومن الواضح أن المراد من هذه الملكية هي الملكية التحقيقية لا الأعم منها، الشاملة للتقديرية؛ فإن الملكية الفرضية ليست موضوعاً لوجوب الردّ؛ فإن الموضوع مال الغير، والفرض والتقدير لا يحقق كونه ماله، فما هو حق للمغبون هو حلّ العقد ليس إلا، فإن كانت العين تحت يد الغابن كان له حق استردادها، وإن لم تكن في ملكه - كما هو الفرض - لم تكن له سلطنة على استردادها؛ لأن الجواز في المعاملة الثانية حق للغابن، أو حكم بينه وبين الموهوب، والمغبون أجنبي عنه، ولا دليل

على تسلّطه، كما أفاد الشيخ تدّس، بل عدم الدليل دليل العدم، فلو شكّ فإن مقتضى الأصل عدم سلطنة المغبون على العين التي وهبها الغابن للغير.

والحاصل: تمامية ما أفاده الشيخ تدّس؛ فإن حق المغبون يتعلّق بالعقد، فله حق الفسخ، فإن فسخ وكانت العين موجودة حقيقة ردّها بنفسها، وإن لم تكن موجودة كذلك ردّ بدلها، والملكية التقديرية ليست موضوعاً للردّ.

وأما ما أفاده في الجهة الثانية في بدل الحيلولة، من النقض بالخل المنقلب إلى الخمر عند الغاصب، فهو قياس مع الفارق؛ فإن الخمر الذي يكون في معرض صيرورته خلاً متعلّق لحق المغصوب منه، وهو في معرض أن يعود إلى ملكيته، وأما العين التي انتقلت إلى الغابن، فنقلها إلى الغير في ما نحن فيه، فليست متعلّقة لحق المغبون، ولا في معرض عودها إلى ملكه.

المسألة الخامسة: لو نقل الغابن المال ثم عاد إليه

لو نقل الغابن المال بالعقد الجائز ثم عاد إليه، ففيه ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يعود إليه بسبب جديد

كأن وهب المال إلى الغير، ثم اشتراه منه.

ذهب الشيخ تدّس في هذه الصورة إلى عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه ملك جديد تلقّاه من مالكه، أي أن ملكية الغابن للعين الحاصلة بالسبب الجديد ليست هي الملكية السابقة، والعين صارت طرفاً لمعاملة أخرى

غير المعاملة التي حصل فيها الغبن، فليس للمغبون حق المطالبة بـالعين وإن كانت في يد الغابن فعلاً؛ فإن الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الصورة الثانية: أن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز

وكذا برجوعه في الهبة، ويكون ذلك قبل فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ تدّس فيها وجوب ردّ العين؛ وذلـك لأن ملكيـة الغـابن للعين لم تكن بسبب جديد، بل بنفس ملكه السابق بعد ارتفـاع السـبب الناقل بواسطة الفسخ، وحقيقة الفسخ رجوع كل من العوضين إلى محلّه، فالمقتضي لرجوع العين إلى المغبون موجود، والمانع منه مفقود.

الصورة الثالثة: السابقة بعد فسخ المغبون

بأن يعود إليه بفسخه للعقد الجائز، أو برجوعه في الهبة، ويكون ذلك بعد فسخ المغبون.

واستظهر الشيخ تدّس فيها عدم وجوب ردّ العين؛ لأنه تملّك البدل قبـل أن يفسخ الغابن، ولا دليل على انتقال حقه منه إلى العين[1].

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ

وأورد المحقق الرشتي تدّس على الصورتين الأولى والثالثة بما حاصله: أن العبرة بالأخذ لا بالفسخ، وتوضيح ذلك:

أما بالنسبة إلى الصورة الثالثة، فحالها ليس بأسوأ من حال المغصوب التالف؛ فإن الفقهاء قالوا بأن المغصوب إذا تلف في يد الغاصب ضـمن

(١) المكاسب ٥: ١٩٣.

بدله، ولكن لو قدر له العود ثانية بأمر غير طبيعي يرجع بنفسه إلى المغصوب منه، كما لو وقع في قاع البحر، بحيث لا يمكن ردّه عادة، وعدّ تالفاً، ينتقل الضمان إلى البدل، فلو حصلت زلزلة فخرج إلى شاطئ البحر وجب إعطاؤه للمغصوب منه، وما نحن فيه كذلك، فهو لما كان ملكاً لمن اشتراه من الغابن كان بحكم التالف، فانتقل إلى البدل، ولما رجع إلى الغابن لزم إعطاؤه إياه؛ فإن الرجوع إلى البدل حكم مؤقت ما دام لم تكن العين عنده.

وهكذا الحال بالنسبة إلى الصورة الأولى، فإن الملكية الأولى وإن لم تَعُد؛ لأنه عاد بسبب جديد، ولكن القاعدة أن ما يرجع إلى المغبون هو الأقرب فالأقرب إلى ماله، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، ولا تفرغ الذمة بتسليم الأبعد مع وجود الأقرب، وهو وإن عاد بملكية جديدة إلا أن حاله حال الخل المغصوب إذا انقلب إلى خمر؛ فإنه ينتقل إلى البدل، ولكن إذا عاد خلاً يعود إلى المغصوب منه بعينه.

فالحاصل أن المدار أن ينتقل الضمان إلى الأقرب فالأقرب، فما دام الأقرب موجوداً لم ينتقل إلى الأبعد، والضمان بالبدل من باب الضرورة، والضرورة تتقدر بقدرها، فمتى ارتفع المانع من أخذ العين أخذها.

هذا كله إن لم يأخذ البدل، وإلا فأخذه له رضا به، ومتى حصل التراضي فلا رجوع، فالمدار - إذن - على الأخذ بالرضا، فإن أخذه لم

يرجع، وما دام لم يأخذ رجع حقه إلى العين[١].

الجواب عن إشكال المحقق الرشتي

والجواب عن ما أفاده قدس سره: أما عن النقض بالغصب ففرق بين الغصب وما نحن فيه؛ فإنه في الغصب تأتي قاعدة اليد، وحديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »[٢]، فتكون الذمة مشغولة بالعين التي أخذت إلى أن يؤديها الآخذ؛ فإنه لما تلفت العين بوقوعها في قاع البحر كان الغاصب محكوماً بالضمان بالبدل، إلا أن العين لما عادت - ولو بأمر غير طبيعي، وكان ذلك قبل الأداء - انطبق الحديث؛ إذ لا زالت ذمة الغاصب مشغولة بها.

ولكن لا توجد هذه القاعدة، ولا هذا النص في ما نحن فيه، فإسراء الحكم من مورد الغصب إلى ما نحن فيه قياس لا نقول به.

وأما في ما نحن فيه، لما نقل الغابن العين بعقد صحيح إلى الغير، كان مقتضى إطلاق دليل صحة العقد الجائز أن العين غير قابلة للردّ وإن كان للغابن فسخ العقد، إلا أنه لا ملزم له، وليس للمغبون إلا حق فسخ العقد، ومقتضى دليل الصحة أيضاً أن العقد الغبني إذا فسخ ولم تكن العين موجودة انتقل الضمان إلى البدل، فمقتضى الدليل هو الانتقال إلى البدل - كما اعترف المحقق الرشتي قدس سره بذلك أيضاً - فإذا انتقل إليه فمعناه أنه صار ملك المغبون، فإذا فسخ الغابن بعد ذلك ورجع المال إلى

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) مستدرك الوسائل، الباب ١ من أبواب الوديعة، الحديث ١٢.

ملكه فلا دليل على تبدّل ما في ذمة الغابن من البدل إلى العين.

بل مقتضى الأصل عدم تبدّل ما في ذمته من البدل إلى العين؛ فإنه لما انتقل ما في ذمة الغابن إلى البدل فرغت ذمته من ضمان العين، فإذا عادت وشك في اشتغال ذمته جرى استصحاب براءة ذمته من العين، كما يجري استصحاب بقاء ملكية البدل للمغبون، ومقتضى الاستصحابين أنه إذا فسخ المغبون - قبل عود العين إلى الغابن - انحصر حق المغبون في البدل.

وأما تفصيله بين الأخذ وعدمه، فإن أخذ لم يرجع إلى العين، وإن لم يأخذ رجع إلى العين ففيه: أنه بعد أن اعترف - بأن انتقال العين من ملك الغابن بالعقد الجائز يقتضي انتقال الضمان من العين إلى البدل بعد فسخ المغبون، ومعنى انتقالها إلى البدل أن ما يملكه المغبون هو البدل مثلاً أو قيمة - فلا يعقل أن يكون له حق في العين، فتكون دعوى تعلّق حقه بالعين مع الاعتراف بانتقال الضمان إلى البدل جمع بين المتنافيين.

كما أن مقتضى الأصل أن لا حق له في ما زاد على البدل، فلا وجه لهذا التفصيل، والحق ما أفاده الشيخ قدس سره من التفصيل.

الإشكال على ما أفاده الشيخ

نعم، ما أفاده الشيخ قدس سره في ما لو عادت العين بسبب جديد من عدم الردّ مطلقاً **غيرُ تام**؛ لأن حقيقة الفسخ هو حل العقد، والعقد هو نفس العقدة بين الإيجاب والقبول، والتزام الموجب والقابل، وخاصية هذا

الحلّ والانحلال عود العين ما لم تكن تالفة أو بحكمها، فإذا رجعت العين إلى الغابن بالفسخ أو بسبب جديد، فهي موجودة عنده وغير تالفة ولا بحكمها، فإذا فسخ المغبون - بعد ذلك - كان له المطالبة بردّها، والانتقال إلى البدل هو الذي يحتاج إلى دليل.

المختار

فالذي ينبغي أن يقال هو التفصيل المتقدم بين أن يكون فسخ المغبون متقدماً على ردّ الغابن لها أو متأخراً عنه، حتى يلاحظ الانتقال إلى البدل وعدمه، فإن كان فسخ المغبون متقدّماً على ردّ الغابن فقد انتقل الضمان إلى البدل، فلا دليل على تبدّله إلى العين، بل الدليل على خلافه، وإن كان فسخه متأخراً عن ردّ الغابن كان مقتضى القاعدة المطالبة بها، ولا دليل على الانتقال إلى البدل، بلا فرق في ذلك بين السبب الجديد والفسخ.

هذا تمام الكلام في موارد النقل وحاصله:

أن تصرّف الغابن على أنحاء:

١ـ التصرّف بالنقل اللازم كالبيع اللازم والصلح.

٢ـ التصرّف بالنقل الجائز كالبيع الخياري والهبة.

٣ـ التصرف بفك الملك كالوقف والعتق.

٤ـ التصرف بما يمنع من الردّ كالاستيلاد.

وفي جميع ذلك لا يسقط حق المغبون في الفسخ إلا أنه ينتقل إلى البدل، ولا يلزم الغابن بالردّ حتى في مورد العقد الجائز.

المسألة السادسة: في تصرّف الغابن بغير النقل

إن تصرّف الغابن في العين بغير النقل على نحوين أساسيين:

الأول: أن لا يوجب التصرّف أي تغيير من الزيادة والنقص والامتزاج، ولا شك في رجوع العين إلى المغبون لو فسخ؛ فإن المقتضي لاسترداد العين موجود، والمانع مفقود.

الثاني: أن يوجب التصرّف التغيير في العين، وله أقسام ثلاثة كما جعله الشيخ قدس سره:

١ـ التصرّف بما يوجب النقيصة في المال.

٢ـ التصرّف بما يوجب الزيادة فيه.

٣ـ التصرّف بما يوجب الامتزاج.

أقسام التصرف بما يوجب التغيير بالنقيصة

أما التصرّف بالنقيصة، فهو على أنحاء أيضاً:

الأول: أن يوجب النقص في الأجزاء، وفي مثله يردّ ما بقي من العين، ويعطى المغبون عوض ما يقابل النقص، فأثر الفسخ في هذا النحو هو ردّ العين، وردّ بعض الثمن المقابل للنقص.

الثاني: أن يوجب النقص في وصف الصحة، كما لو صار الحيوان معيباً بسبب تصرّف الغابن.

الثالث: أن يوجب النقص في وصف الكمال، كما لو كان المبيع عبداً

كاتباً، فنسي الكتابة وقت الفسخ.

ظاهر مراد الشيخ واختياره

والظاهر أن مراد الشيخ قدس سره من قوله: (فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش)، هو القسم الثاني، ومن قوله: (وإما أن يكون مما لا يوجبه)، هو القسم الثالث؛ لأنه عبّر بالأرش، وهو لا يكون إلا في موارد العيب، والعيب فقد وصف الصحة.

وعليه فيكون رأي الشيخ قدس سره فيهما الحكم بالضمان فيما يوجب النقص في وصف الصحة؛ حيث قال: (فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفائت مضمون بجزء من العوض..)، والحكم بعدم الضمان فيما يوجب النقص في وصف الكمال؛ حيث قال: (وإن كان مما لا يوجب شيئاً، ردَّه بلا شيء)[1].

ولكن مجرد تعبيره بذلك لا يوجب الجزم بأنه المراد؛ لأنه وإن كان ذلك كذلك في ما يوجب الأرش، إلا أن في نسبة عدم الضمان - في موارد فقد وصف الكمال - إلى الشيخ قدس سره إشكالاً.

الإشكال على ظاهر كلام الشيخ

وكيف كان، فإن كان مراده ما ذكرناه فيرد عليه إشكالان:

الأول: أن ما أفاده قدس سره في فقْدِ وصف الصحة على طبق قاعدة الفسخ، ولكن ما أفاده في فقْدِ وصف الكمال فعلى خلافها؛ لأن مقتضاها أن

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

يكون المردود نفس ما نقل بالبيع، وإن كان ناقصاً ردّ مع جبران النقص، والحال أن المنقول هو العبد بوصف الكتابة، والمردود هو العبد بدونها، فما أرجع غير ما نقل، ولم يجبر النقص، فما أفاده من التفصيل بين الموردين غير تام[1].

الثاني: قال الشيخ قدس سره في تعليله للحكم بالأرش في فقد وصف الصحة: (كما هو مقتضى الفسخ؛ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض،

---

(١) أورد بعض حضار مجلس الدرس كلام المحقق الخراساني قدس سره: (وأما إذا كان بإزاء صفة الصحة، وإحداث عيب فيها، ففي الأرش إشكال؛ من ثبوته فيما ظهر المبيع معيباً، ومن أن الثمن بتمامه إنما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئاً منه بإزاء صحتها، وإن كانت موجبة لزيادة قيمتها، كسائر الأوصاف، وإنما كان ثبوت الأرش عند فواتها في عيب المبيع دونها تعبّداً لأجل دليل خاص). حاشية المكاسب: ١٩٣.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأنا لا نقول بأن الحكم هنا هو الحكم في خيار العيب حتى يقال: بأن الأرش في خيار العيب إنما كان للنص الخاص، ولا نص في المقام.

وإنما نقول: بأن ردّ العين في المقام بدون الجبران على خلاف قانون الفسخ؛ فإن قانونه أن يرجع كل من العوضين إلى صاحبه كما انتقل عنه، فعلى الآخذ أن يردّ نفس ما أخذه، فإذا أخذ الصحيح ردّ الصحيح، وإذا أخذ الكامل ردّ الكامل، وأما إذا أخذ العبد بوصف كونه كاتباً وردّه بدون الكتابة، وأخذ العوض كاملاً، ولم يجبر النقص، كان على خلاف قانون الفسخ بأن يردّ ما أخذه.

فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوض، فيتدارك الفائت منه ببدله).

وظاهر هذا الاستدلال أنه جعل الثمن في مقابل العين والوصف، بحيث يكون للوصف جزء من الثمن، بينما الأوصاف مطلقاً، سواء أكانت أوصاف صحة أو كمال، لا تقابل بالمال، ولا يكون في مقابلها جزء من الثمن، وإن كان لها تأثير في زيادته، بمعنى أن الثمن يقابل العين وأجزائها، فيقسط الثمن عليها بحسب أجزائها، وأما الأوصاف فتوجب ارتفاع ثمن العين ونقصانها، فالثمن يقابل العبد إلا أن العبد إذا كان كاتباً كانت قيمته أعلى من العبد إذا لم يكن كاتباً، والعبد إذا كان سليماً كانت قيمته أعلى مما إذا كان معيباً، ومع وضوح ذلك لا يتمّ استدلال الشيخ قدس سره؛ لأنه أوجب الأرش بمقتضى قانون التبعيض في الثمن، والحال أن هذا القانون يأتي في الأجزاء لا في الأوصاف.

الحق في المسألة

والحق في المسألة أن يضمن ما نقص مطلقاً في الأقسام الثلاثة؛ وذلك لما قلناه سابقاً: من أن مقتضى قانون الفسخ أن يردّ ما أخذه؛ فإن يد الغابن يد ضمان وليست مجانية، فإن فسخ المغبون وكانت العين موجودة بنفسها سلّمها له، وإن كانت تالفة ضمن بدلها، وإن كانت ناقصة بعض أجزائها نقص من الثمن بنسبته، وإن كانت ناقصة بعض أوصافها أرجعها مع ما به التفاوت ما بين الواجد والفاقد؛ فإن الثمن في المعاملة وإن لم يكن في مقابل الأوصاف، إلا أنه وقع في مقابل العين

مع أوصافها، فالذي وقع تحت استيلاء الغابن هو العبد الكاتب، لا العبد مجرداً عنها، أي العبد الذي قيمته ألف دينار، لا العبد الذي قيمته ثمان مائة دينار فعليه الضمان.

والحاصل: أنه لا بدّ من أداء ما به التفاوت بمقتضى قانون الفسخ، وبمقتضى أن هذا المال كان مضموناً بالضمان المعاوضي في برهة، وبضمان اليد في برهة أخرى؛ لعدم انحصار الضمان في اليد العدوانية، بل أحد أسبابه اليد غير المجانية، وهو المراد في المقام.

تصرف الغابن بالإجارة

ألحق الشيخ قدس سره بالتصرف الذي لا يوجب التغيّر إجارة العين، فلو فسخ المغبون العقد فوجد العين مستأجرة رجعت العين له مسلوبة المنفعة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ[1].

واحتمل ما ذهب إليه المحقق القمي رحمه الله من انفساخ الإجارة في بقية المدة[2].

ونقل عن العلامة رحمه الله في القواعد: أن الأجرة للغابن المؤجر، ووجب عليه للمغبون أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ[3].

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

(٢) جامع الشتات ٣ : ٤٣١-٤٣٢، المسألة ٢٠٣.

(٣) القواعد ٢ :٩٦.

وجوه المسألة

ففي المسألة ثلاثة أوجه:

مختار الشيخ

الوجه الأول: ما اختاره الشيخ قدس سره، ودليله على ذلك: أن المنفعة من الزوائد المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للغابن؛ فإنه حين الإجارة كان مالكاً للعين، وكل من يملك العين يملك منفعتها إلى الأبد؛ فإن المنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمان ملك منفعة العين بأسرها، فتصحّ الإجارة بمقتضى الدليل الخاص والعام، فينتقل ملك المنفعة إلى المستأجر، ويملك الغابن المؤجر مال الإجارة الذي هو عوض المنفعة المملوكة له، فإذا فسخ المغبون حينئذٍ عادت له العين مسلوبة المنفعة، وهذا النقص لا يوجب الأرش.

مختار المحقق القمي

الوجه الثاني: ما اختاره المحقق القمي قدس سره من انفساخ عقد الإجارة في بقية المدة؛ لأن المنفعة تابعة للعين، فإن كانت ملكية العين مستقرة كانت ملكية منفعتها كذلك، وإن كانت ملكية العين متزلزلة كانت منفعتها كذلك، وبما أن ملكية العين في المقام متزلزلة؛ بسبب خيار الغبن فملكية المنفعة كذلك، فإذا فسخ المغبون العقد انفسخت الإجارة.

إشكال الشيخ على المحقق القمي

وأجاب عنه الشيخ قدس سره: بأن ملكية المنفعة وإن كانت تابعة لملكية العين، إلا أن تزلزل ملكيتها غير تابع لتزلزل ملكية العين؛ فإن تزلزل ملكية العين يدور مدار وجود الخيار، وهو موجود في المقام حسب

الفرض، وأما المنفعة، فإن كانت من الزوائد المتصلة فهي تابعة للعين؛ لكونها جزءاً منها، وإن كانت من الزوائد المنفصلة، فلا دليل على تبعيتها للعين في التزلزل.

وعليه فبما أن الغابن يملك العين فهو يملك المنفعة إلى الأبد مثل بقية الأملاك ذات الملكية المستقرة، فإذا أجّرها فهو يملك الأجرة، وليس للمغبون بعد الفسخ إلا العين.

مختار العلامة

الوجه الثالث: ما ذهب إليه العلامة رحمه الله في القواعد، والوجه فيه: أن الإجارة محكومة بالصحة بمقتضى القاعدة؛ لأن الغابن يملك العين ومنفعتها حينها، إلا أن ملكيته المستقرة لها تستمر إلى حين الفسخ، وما بعده، وإن كان يملكها فعلاً إلا أنها متعلّقة لحق المغبون؛ إذ لا معنى لأن ترجع له العين مسلوبة المنفعة، وبما أنه فوّت عليه المنفعة في المدة الباقية وجب عليه إعطاؤه أجرة المثل لها، فالجمع بين الحقين يقتضي أن تصحّ الإجارة، وأن يضمن المدة الباقية بعد الفسخ[1].

التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة: أن ما أفاده الشيخ قدس سره من أن الغابن يملك المنفعة إلى الأبد؛ لأنه يملك العين، وملكيتها تقتضي ذلك فهو على مقتضى الصناعة، إلا أن هنا أمراً آخر ينبغي ملاحظته وتحقيقه، وهو

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٤.

الضمان المعاوضي بالبيع الأول، فنقول:

إن العقود على قسمين:

الأول: ما لا ضمان في صحيحه، كالهبة؛ فإن الواهب يملّك المال للموهوب مجاناً، وبلا عوض.

الثاني: ما فيه الضمان، وهو ما فيه معاوضة، فيكون مبنياً على الضمان؛ أي أن نفس العقد يقتضي الضمان، كالبيع؛ بمعنى أن كلاً من المتبايعين أخرج المال من كيسه بضمان العوض والبدل، فيسمى هذا الضمان، الضمان المعاوضي، في مقابل الضمان الحاصل من استيلاء اليد، فإن كان البيع صحيحاً كان الضمان بالمسمّى، وإن كان فاسداً كان الضمان بالمثل أو القيمة.

ومن هذا القسم الإجارة، فإن كانت صحيحة كان الضمان بالأجرة المسماة، وإن كانت فاسدة كان الضمان بأجرة المثل.

هذه هي القاعدة في العقود المعاوضية، وحينئذ فما دام العقد موجوداً فهو يقتضي أن تكون ملكية العوضين للطرفين على التبادل، بمعنى أن كل واحد منهما يملك ما عند الآخر في مقابل ما يعطيه له من العوض، فإذا فسخ أحد الطرفين، فالعقد يقتضي بذاته أن يرجع ما انتقل منه بالمعاوضة إليه، فإن كان موجوداً فبنفسه وإلا فببدله؛ بدليل أنه لو تلف في يد الغابن كان من ماله، فإذا فسخ المغبون أعطاه الغابن بدله اتفاقاً.

وحينئذٍ، فحلّ المسألة في هذه النكتة: أن مقتضى العقود المعاوضية

أن العقد ما دام موجوداً، فكل عوض محفوظ ببدله، فإذا انفسخ العقد عاد العوض إلى محلّه على ما كان عليه، فبما أن العين عند المعاملة لم تكن مسلوبة المنفعة، فإرجاعها بعد الفسخ مسلوبة عنها على خلاف قانون الضمان المعاوضي وحقيقة الفسخ؛ فلا بدّ أن ترجع بنحو ما كانت عليه.

فالجمع بين الأدلة يقتضي القول بصحة الإجارة، وأن الأجرة ملك للغابن، ولكن بما أن المنفعة في مدة الإجارة قد تلفت على المغبون، ولم يمكن ردّها مع العين، فلا بدّ من تقويم العين مع المنفعة، وتقويمها مسلوبتها، وضمان ما به التفاوت؛ بمقتضى قانون الفسخ، والضمان المعاوضي[1].

---

(١) أورد بعض الحضور إشكال المحقق الأصفهاني تغمّده الله في المقام الذي أثبت فيه من خلاله أن الفسخ لا يقتضي إلا رجوع العين بما لها من الخصوصيات حال الفسخ، لا حال العقد، ونص كلام المحقق الأصفهاني تغمّده الله هو:

(وأما كون المعقود عليه منوطاً به فلا يخلو - كما مرّ مراراً - من أحد أنحاء الإناطة، إما إناطة المعلق بالمعلق عليه، ومقتضاه دخله في ثبوت الملكية المتعلقة بذات العين، ولا يعقل دخل مثله في المتعلق، وإما إناطة المقيد بقيده، وهي وإن كان تقتضي المقومية للمبيع إلا أن المبيع الشخصي لا يتجاوز حدّه ولا يتخطى خطه الوجودي، فلا يتضيق به دائرته بوجوده، ولا يتسع بعدمه، فلا معنى للتقييد بهذا الوجه إلا في الكليات القابلة للتوسعة والتضييق، وإما إناطة البيع بشرط، وهو الالتزام في ضمن الالتزام الذي لا يوجب تخلفه إلا الخيار، ومقتضاه أيضا خروج

التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة

وأما التصرف بما يوجب التغيير بالزيادة فهو على نحوين:

النحو الأول: الزيادة الحكمية

ولها صورتان:

الأولى: أن لا يكون للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فلا توجب شيئاً؛ لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الثانية: أن توجب ارتفاع القيمة كما لو اشترى العبد فعلّمه الكتابة أو صنعة، وهي محل بحث بين الأعلام، وفيها أقوال:

الأقوال في الزيادة الحكمية

القول الأول

الملتزم به في المبيع.

ومنه تعرف أن الفسخ لا يقتضي إلا رجوع العين بما هي عليه حال الفسخ تبعاً كما كانت الأوصاف الموجودة حال العقد تتبعها في الملكية ، فافهم جيداً).

فنقض عليه الشيخ الأستاذ دام ظله: بما لو باع الحيوان بالمعاملة الغبنية، وكان المغبون هو البائع، فاستفاد منه الغابن إلى أن زال عنه وصف الصحة أو الكمال، وصارت قيمته أقل من ثمنه الواقع في المعاملة الغبنية، ثم فسخ المغبون، فهنا يلزم على كلام المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته: أن يردّ المغبون مال الغابن كاملاً تاماً، لا ينقص منه شيء، ولكنه يأخذ العوض - الحيوان في المثال - بأقل من قيمته في المعاملة الغبنية، يعني يأخذ أقل مما دفعه.

ولحل المطلب مقام آخر.

ما استظهره الشيخ قدس سره من ثبوت الشركة في العين بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوّم العين معها وبدونها، وتؤخذ النسبة بين الواجد والفاقد، فيكون شريكاً بمقدار النسبة، فلو كانت قيمته بدون الكتابة خمس مائة دينار، وقيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في النصف، وهكذا..[1]

فإن كان مراده قدس سره كما استظهره الفقيه السيد اليزدي قدس سره وغيره من أنه أراد الشركة في العين بالنسبة[2] فالإشكال فيه واضح؛ لأن الشركة في العين تقتضي تبدّل المالك والمملوك والملكية، فيحتاج ذلك إلى دليل مفقود.

القول الثاني

ما عن الشهيد الثاني قدس سره من أن له أجرة عمله.

وفيه: أنه لا معنى للأجرة؛ لأنه إنما عمل في ماله وملكه، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره.

وبعبارة أخرى: إن الأجرة لا تكون إلا بعقد الإجارة، أو بالقيام بعمل يقتضي الأجرة، وكلاهما منتفيان، أما الأول فواضح، وأما الثاني؛ فلأن عمله في ماله، فلا يستحق على غيره شيئاً.

القول الثالث

الشركة في المالية التي تبنّاها عدّة من الأعاظم في موارد متعددة من

---

(١)المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) حاشية السيد اليزدي قدس سره على المكاسب ٢: ٥٥٦.

الفقه، وحاصلها: أن لا يكون الغابن شريكاً للمغبون في عين المال، بل في ماليته الاعتبارية بنسبة تلك الزيادة، فلو كانت قيمته بدون الزيادة بخمس مائة دينار، وصارت قيمته معها بألف دينار كان شريكاً له في نصف القيمة، بحيث يبيعها ويعطيه النصف.

إشكال المحقق الأصفهاني على الشركة في المالية

وقد وقع هذا القول موقع الإشكال، فأورد عليه المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته: بأن الشركة في المالية والقيمة إما أن تكون بتبع الشركة في العين، بمعنى أن تحصل الشركة في العين، وبالتبع تحصل في المالية، وإما أن تكون بالاستقلال، والأول غير معقول هنا؛ لأن العين مختصة بمالكها، والشركة فيها يحتاج إلى سبب، ولم يوجد سبب من الأسباب المملّكة بالنسبة إليها بعد الفسخ.

والثاني لا معنى له؛ لأن الشركة بالاستقلال لا تكون إلا في الأمور الخارجية، كأن تحصل الشركة في أرض أو متاع خارجي، ولا تقع في الأمور الاعتبارية، والمالية أمر اعتباري.

نعم، حيث إن العين لا بدّ من رجوعها بما هي عليه من الأوصاف المقوّمة للمالية حال الفسخ، وهذا الوصف الموجب لزيادة قيمتها زائد على تلك الأوصاف، فالمالية الزائدة غير القابلة للانفكاك عن العين تكون كالشركة، من حيث الإشاعة التي لا تنفك إلا بعد الإفراز، فهذه المالية الزائدة تكون لمن أحدثها في العين العائدة[1].

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني تغمده الله برحمته ٤: ٢٩٧ - ٢٩٨.

المناقشة في كلام المحقق الأصفهاني

ولا يخفى أن إشكاله قدس سره - لو تمّ - لكان سارياً في جميع موارد الشركة في المالية، ولكنه مردود:

أولاً: بأن مبناه أن كل واحد من العوضين بما له من الخصوصية عند الفسخ يرجع إلى من انتقل منه بالمعاملة الغبنية، ومختاره أن الخصوصية الطارئة أمر زائد، فيكون متعلّقاً لحق الغابن، والسؤال:

بما أن المالية التي حصلت في العين بسبب وصف الكتابة حق للغابن، فهي إما مفروزة أو مشاعة، ولا سبيل إلى الاحتمال الأول، فيتعيّن الثاني؛ لعدم وجود مالية مفروزة معينة في العين؛ لأن العين وإن كانت قيمتها بحسب أوصافها، إلا أنها غير معيّنة من حيث مقابلتها بأوصافها؛ لأن الأموال في مقابل الأعيان، لا في مقابل الأوصاف، وإنما الأوصاف واسطة في زيادة مالية العين، فللعين الفاقدة للوصف قيمة محددة مقدرة، وللواجدة ضعف قيمتها مثلاً، ولا توزّع القيمة بحيث جزء منها في مقابل العين والأوصاف الموجودة من السابق، والجزء الآخر في مقابل الوصف الجديد، الكتابة في المثال.

وبعبارة مختصرة: أن القيمة في مقابل الأعيان لا الأوصاف.

وعليه: بما أن المالية التي أحدثها الغابن في مقابل وصف الكتابة ليست مفروزة ولا معيّنة، يتعيّن أن تكون مشاعة؛ إذ لا واسطة بينهما.

وثانياً: بأن دعواه بانحصار الشركة في المالية في الخارجيات بلا

دليل؛ فإن الشركة في المالية وإن كان ثبوتها في الخارجيات أمراً مسلّماً، إلا أن نفيها عن الأمور الاعتبارية يحتاج إلى دليل؛ فإن دعوى النفي - كدعوى الإثبات - لا بدّ لها من دليل.

وأما الدليل على ثبوتها في المالية، فهو قيام السيرة العقلائية القطعية على ذلك؛ فإن هذه الخصوصية التي حصلت في المال عند الغابن - سواء أكانت بفعله، كما لو علّم العبد الكتابة أو الصنعة، أم كانت من غير فعله كأن تعلّمها العبد بنفسه - حصلت في ملكه، وعندما حصلت في ملكه لا يمكن أن تكون هذه الصفة بلا مالك؛ فإن العبد لما كان في ملكه كان في ملكه بجميع أوصافه، ولا يخلط بين كون الوصف مملوكاً للمالك، وبين عدم جعل جزء من الثمن في مقابله؛ فإن الأوصاف - كالأعيان - مملوكة لملاك الأموال، فكما أنه يملك العين فهو يملك أوصافها، فيكون هذا الملك طرف إضافة للغابن، فيلزم إما أن يكون شريكاً في العين أو في ماليتها، وسلب حقه عنها على خلاف السيرة العقلائية القطعية.

وبعبارة أخرى: إن ثبوت الحق في هذه العين بعد حدوث الوصف في ملكه، مما لا إشكال فيه، وللعين حيثيتان، حيثية الذات والعينية، وهي الأمر الخارجي، وحيثية المالية، وهي الأمر الاعتباري، وبما أن متعلق الحق ليس هو الأمر الخارجي؛ بمقتضى الدليل المتقدم، فيتعيّن أن يكون الأمر الاعتباري، وبما أنه غير مفروز فهو مشاع، وهذا هو معنى وحقيقة الشركة في المالية في جميع مواردها.

خلاصة البحث وبيان المختار

فيتلخّص مما تقدم: أن العين إذا زادت زيادة حكمية، وفسخ المغبون كان الغابن شريكاً له في المالية، لا في نفس العين، كما هو المستظهر من كلام الشيخ قدس سره، ولا أن له الأجرة كما هو رأي الشهيد الثاني قدس سره.

النحو الثاني: الزيادة الخارجية

كأن يشتري الغابن أرضاً فيغرسها، وفي المسألة ستة أقوال، إلا أن أهمها ما ذكره الشيخ قدس سره وهي ثلاثة:

القول الأول

أن المغبون مسلّط على القلع بلا أرش[1]، والدليل عليه أمران:

الأول: أن صفة كونه منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض موجباً للزيادة في القيمة، فلصاحب المكان أن يقول له ارفع متاعك من الأرض، ولا حق للآخر

---

(١) نسبه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥ : ١٩٥، إلى العلامة في المختلف، في الشفعة، قال العلامة في المختلف ٥ : ٣٥٦: (والمختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك، وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك، وطم الحفر؛ لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره، فعليه أرش ما ينقص بذلك، كما لو أراد كسر القدر؛ لتخليص رأس دابته).

في الامتناع.

الثاني: أن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، فله الحق في البقاء ما دام في ملكه، وأما بعد انتقاله عن ملكه فلا دليل على استحقاقه لبقاء الغرس.

القول الثاني

عدم تسلّط المغبون عليه مطلقاً[1].

والدليل عليه أمران:

الأول: أن الشجر الذي غرسه الغابن قبل الفسخ ليس بحكم المال في الدكان؛ لأن النسبة بين الشجرة المغروسة والشجرة المقلوعة نسبة التباين تقريباً، ونسبة الحي إلى الميت، بخلاف المتاع في الدكان، بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان.

الثاني: مفهوم ما روي عنهم عليهم السلام «ليس لعرق ظالم حق»[2]؛ فإن مفهومه أن لعرق غير الظالم حقاً، والغابن لما غرس الشجر في الأرض كانت الأرض ملكاً له، فتصرّفه فيها كان عن حق، وعرق كل ذي حق محترم شرعاً.

ونتيجة هذين الوجهين: أنه ليس للمغبون حق في قلع شجر الغابن.

القول الثالث

---

(١) نسبه الشيخ قدس سره في المكاسب ٥ : ١٩٥، إلى المشهور.

(٢) الوسائل، الباب ٣٣ من أبواب الإجارة، الحديث ٣.

ما اختاره الشيخ قدس سره واعتبره مقتضى التحقيق، من تسلّط المغبون على قلع الشجر مع ضمانه للغابن الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمته منصوباً مغروساً وقيمته مقلوعاً[1].

وتوضيح دليله قدس سره: أن ما يملكه الغابن هي الشجرة قائمة في الأرض، وقد غرسها لما كانت الأرض ملكاً له، ولما فسخ المغبون العقد عادت الأرض إلى ملكه من دون الشجر المغروس فيها، ومن حق المغبون تخليص ماله عن مال صاحبه، فباعتبار أن الأرض ملكه وله تخليص ماله عن مال صاحبه يجوز له قلع الشجر، وباعتبار أن الغابن يملك الشجرة قائمة، لا مقلوعة فله الأرش، وهو ما به التفاوت بين الشجرة قائمة ومقلوعة.

تحقيق المحقق الرشتي في المسألة

وذهب المحقق الرشتي قدس سره إلى ما ذهب إليه الشيخ قدس سره، من جواز القلع، مع الأرش، واستدل على كلتا الجهتين بما اقتضاه من التحقيق:

أما الجهة الأولى: ففي ثبوت الحق للمغبون في قلع الشجر، وبيانه:

إن ما يضعه الغابن في الأرض من الزرع على قسمين:

الأول: ما لم يبن فيه على البقاء في الأرض كزراعة النباتات والبقول؛ فإنه يضعه فيها لوقت محدود، وأمد معيّن.

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٧.

الثاني: ما يبنى فيه على البقاء كغرس الأشجار؛ إذ ليس له أمد، فيبني على بقائها ما دامت موجودة، عشرين عاماً أو ثلاثين أو أكثر.

فإذا كانت الأرض سالمة عن مزاحمة الحقوق، فلو غرس فيها غرساً لكان ذلك مبنياً على الدوام قطعاً من غير إشكال، كما في أملاك الملاكين السالمين عن الحقوق، بمعنى أن الملك كان طلقاً لصاحبه، فإذا غرس ذلك المالك أشجاراً، ثم باع الأرض من دون أغراسها، فلا يجوز للمشتري قلع تلك الأغراس، التي بنيت حين غرسها على الدوام، ويستحق للبقاء أيضاً؛ لأن الأرض إنما اشتريت مشغولة بتلك الأشجار، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حينئذٍ.

وأما إذا كانت الأرض مشغولة لحق الغير، فالغرس فيها - مع اشتغالها في حق - لم يكن مبنياً على الدوام، كما إذا غرس فيها مع تعلق حق الشفيع والمغبون، فلصاحب الحق - حينئذٍ - سلطنة على قلع الغرس؛ لسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام، فيكون للمغبون في المقام سلطنة على القلع كالشفيع.

وهذا معنى قول الفقهاء قدست أسرارهم: إن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، أي أن الغرس وقع في أرض متعلّقة لحق المغبون، فلا يكون مبنياً على البقاء.

إن قلت: لو كان للمغبون سلطنة على القلع فقلع، للزم الضرر على الغابن.

قلت: بأن الضرر يتوجه على كليهما؛ فإن بقاء الغرس في الأرض

ضرر على المغبون أيضاً؛ فإن للأرض المشغولة بغرس الغابن قيمة مغايرة لقيمة الأرض الخالية منه.

وعليه فيتعارض الضرران؛ لأن كليهما مشمولان لقاعدة « لا ضرر »، وليس أحدهما بخارج منها، كما في تصرّف الغاصب، أو المشتري بعقد فاسد، فإذا تعارضا تساقطا ورجع إلى قاعدة « الناس مسلطون على أموالهم »، وهي تقتضي جواز إزالة الغرس عن ملك المغبون.

فالنتيجة: **أولاً**: أن للمغبون الحق في قلع الغرس؛ لعدم كون الغرس مبنياً على البقاء؛ لكون الأرض مشغولة لحق الغير.

وثانياً: ولو تنزّل عن ذلك، ولزم تضرر كل منهما، فالضرران يتعارضان فيسقطان، ومن ثَمَّ يتمسك بقاعدة السلطنة، وهي تثبت الحق للمغبون في قلع الغرس أيضاً.

ولا يقال: بأن القاعدة مقيدة بأن لا يكون ضرر على الغابن.

لأنه يقال: بأن ضرره سقط بالتعارض، فتسلم قاعدة السلطنة عن المعارض.

وأما الجهة الثانية: ففي وجوب الأرش على المغبون:

وقال فيها: ظاهر المشهور ممن تعرّض للمسألة وجوب إعطاء الأرش على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره؛ حيث كان المختار في الجهة الأولى جواز قلعه للمغبون، وعلّله صاحب الجواهر قدس سره بقوله:

(لأنه مقتضى الجمع بين الحقين)[١]؛ فإن من حق المغبون أن يخلّص ملكه من الغرس؛ إذ في بقائه ضرر عليه، وبما أن في قلعه ضرراً على الغابن، فمن حق الغابن أن يتدارك ما فاته، فيعطى الأرش.

وأورد على التعليل: بأن القول بجواز قلع الشجر إنما هو من جهة استلزام بقائه للضرر على صاحب الأرض، فلو قيل بلزوم الأرش على صاحب الأرض في صورة قلعه للزم الفرار من الضرر إلى ضرر آخر.

ولكن مقتضى القاعدة - بما أن البقاء ضرر على المغبون، والقلع ضرر على الغابن ويتعارض الضرران ويسقطان - الرجوع إلى قاعدة السلطنة، ومقتضاها سلطنة صاحب الأرض على جواز تصرّفه في أرضه كيف يشاء، وإن استلزم ضرراً على صاحب الغرس، ونتيجة ذلك عدم الأرش.

نعم، يمكن أن يستدل لقول المشهور - وإن لم ينصوا عليه - بقاعدة الإتلاف؛ فإن أقصى ما تدلّ عليه قاعدة السلطنة جواز إزالة الغرس، ولكنها ساكتة عن أنه مع وجوب الضمان أو بدونه، فلا ينافي جواز القلع مع الأرش؛ بقاعدة الإتلاف؛ فإن قلع الشجر إتلاف من المغبون لمال الغابن، ومن أتلف مال غيره فهو له ضامن، ولا تبرأ ذمته إلا بإعطاء الأرش.

إن قلت: بعدم جريان قاعدة الإتلاف؛ لإذن الشارع بقلعه، وإذن المالك الحقيقي به يرفع الضمان، كما لو أذن المالك بإتلاف ماله.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٤٦.

قلت: إن إذن الشارع إنما يقتضي عدم حرمة الإتلاف، وجواز إزالة ملك الغير عن ملكه، ولا تنفي الضمان، ولا سببية الإتلاف له، كما هو الحال في موارد جواز الأكل من مال الغير في أيام المخمصة[1].

المناقشة في تحقيق المحقق الرشتي

وفي تحقيقه مواقع للنظر:

الأول: أن المورد ليس من موارد التعارض؛ حيث إن التعارض عبارة عن تنافي الدليلين في مدلولهما، وليس هاهنا إلا دليل واحد وهي قاعدة لا ضرر.

الثاني: قوله - لإثبات أن الغرس ليس مبنياً على البقاء في صورة تعلّق الحق، فيكون لصاحب الحق - حينئذٍ - سلطنة على قلع الغرس - بسبق حقه، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام.

يرد عليه: **أولاً**: أن مقتضى كون حقه غير مبني على الدوام أن يكون محدوداً بفسخ المغبون، وحينئذٍ ينتفي حقه بعد الفسخ، فكيف يقال بتقديم حق المغبون على حق الغابن مع انتفاء حق الثاني، والتقديم فرع وجود كليهما؟

وبعبارة أخرى: إن التقدم بالسبق الزماني في موارد التزاحم يتوقف على مقدمتين:

---

(١) فقه الإمامية ٢: ٤٨٥ - ٤٨٨.

الصغرى: وجود الحقين.

الكبرى: الترجيح بالسبق الزماني.

أما الكبرى، فقد اختلفت فيها الأنظار، ورأينا عدم الترجيح به؛ إذ في حال عدم وجود المسبوق، لا وجود للمزاحم للأسبق، وفي حال وجود المسبوق، فهما موجودان معاً، ويكونان متزاحمين بقاء، ولا دليل عقلاً ولا شرعاً على ترجيح أحدهما على الآخر بمجرد كونه أسبق زماناً، ولا مرجح آخر في البين؛ لانتفاء الأهمية حسب الفرض.

وأما الصغرى، فلا وجود للحقين معاً؛ لأن حق الغابن - كما اعترف به - محدود بالفسخ؛ بمقتضى تعلّق حق المغبون، فينتفي حقه بمجرد فسخ المغبون.

فالقول بأن حق الغابن محدود بالفسخ، والغرس غير مبني على الدوام، والقول بتقديم حق المغبون لكونه أسبق، جمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنه قدس سره قال: بأن غرس الغابن في الأرض غير مبني على الدوام، والمراد من ذلك - كما بيّنا - أنه لا حق للغابن بعد الفسخ، فما معنى تعارض الضررين إذن؟!

وبعبارة أخرى: إن تعارض الضررين إنما يكون في مورد وجود الحقين؛ إذ الجمع بين الحقين يقتضي تعارض الضررين، وبما أن حق الغابن محدود بوجود مالكيته، فهو محدود بالفسخ، فلا حق له بعده، ومع عدم وجود الحق حينئذٍ لا يكون الضرر الوارد عليه وارداً بلا حق، حتى ينفى بقاعدة « لا ضرر »، فلا معنى لتعارض الضررين.

النظر الثاني: ما أفاده قدس سره من التمسك بقاعدة الإتلاف لإثبات الأرش غير تام؛ لأن أصل وجود الغرس في الأرض وإن كان ناشئاً عن حق؛ لوقوعه في ملكه قبل الفسخ، إلا أن الغرس في المقام غير مبني على البقاء كما اعترف به، وتقدم معناه، فيكون بقاؤه في أرض المغبون بعد الفسخ بلا وجه حق، فلا تشمله قاعدة الإتلاف؛ لكون موضوعها مال الغير، وحق الغير، والغرس بعد الفسخ وإن كان ملكه إلا أن بقاءه في أرض المغبون لم يكن عن حق، فالإتلاف الحاصل لتخليص الأرض المغبون فيها غير مشمول لقاعدة الإتلاف.

وأما ما أفاده من التنظير بأكل مال الغير في المخمصة فقياس مع الفارق؛ لأن آية ﴿ إلا ما اضطررتم ﴾[1]، وحديث: «رفع ما اضطروا إليه»[2] إنما يرفع الحكم التكليفي، لا الوضعي، فيرفع حرمة إتلاف مال الغير بأكله أيام المخمصة تكليفاً، وأما وضعاً فهو محكوم بالضمان؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير فتشمله قاعدة (من أتلف مال غيره فهو له ضامن).

وبعبارة أخرى: إن المقتضي للضمان موجود، والمانع منه مفقود، لكون المانع من طرف جواز الأكل ليس حكماً وضعياً، ولكن للمغبون في ما نحن فيه حقاً وضعياً؛ لكون بقاء الشجرة في ملك المغبون من

---

(١) سورة الأنعام: ١١٩.

(٢) الوسائل، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

زمان الفسخ لم يكن عن حق، فالقياس على تلك المسألة باطل.

فما أفاده المحقق الرشتي تدثّل لتثبت ما أفاده الشيخ تدثّل في كلتا الجهتين ممنوع.

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ وتحقيقه في المقام

أفاد المحقق الخراساني تدثّل في حاشيته تحقيقاً رشيقاً ينحل إلى أمرين:

الأمر الأول: الإشكال على الشيخ تدثّل، وحاصله:

أن تخليص كل من الغابن والمغبون ملكه من مال صاحبه حق له ما لم يستتبع ضرراً على الآخر، وتخليص الأرض بقلع الشجر مستتبع للضرر على الغابن، وتخليص الشجر من الأرض مستتبع للضرر على المغبون، والأرش إنما هو تدارك للضرر الحاصل، فيكون الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوقاً للحكم بجواز الإضرار مع التدارك، بينما المنفي والمرفوع بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » هو جواز الإضرار، ولا تثبت الإضرار مع الأرش.

فعمل كل من الغابن والمغبون على خلاف « لا ضرر ولا ضرار ».

الأمر الثاني: مختاره في المقام، وبيانه: أن يحكم ببقاء الغرس في الأرض بالأجرة، ولا يعدُّ ذلك إضراراً بمالك الأرض ليرد الإشكال الوارد على الشيخ تدثّل؛ لأن استيفاء المنفعة بالأجرة نحو من أنحاء الانتفاع بالأرض.

نعم، إلزام المغبون بإبقاء الشجر في الأرض مع إعطائه الأجرة

موجب لتحديد سلطنته، وقبض يده عن إعمالها، فيخالف قاعدة « الناس مسلطون على أموالهم »، ولكن لا ضير فيه؛ لأن قاعدة السلطنة - كسائر الأحكام الشرعية - محكومة بـ« لا ضرر »، فتتضيق سلطنة المالك فيما لو صارت منشأ للإضرار.

لا يقال: بأن إبقاء الشجر في الأرض، وحجر المغبون، وعدم تسلّطه على تخليص أرضه ربما يسبب الإضرار بها كنقصان قيمتها، لا مجرد الحرمان من إعمال السلطنة.

فإنه يقال: بأن الضرر على نحوين:

الأول: ما يكون موضوعاً لقاعدة الضرر، فينفى بها.

الثاني: ما يكون معلولاً لقاعدة نفي الضرر، بمعنى أنه ينشأ من قبل حجر المالك؛ استناداً لقاعدة نفي الضرر، فلا ينفى بها.

وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ إذ هو نتيجة جريان « لا ضرر »، ومحال أن تنفيه القاعدة؛ لأنها لا تنفي إلا ما كان في رتبة متقدمة عليها، بحيث تنفي الضرر الحاصل، وأما الضرر المعلول لها، فهو في رتبة متأخرة عنها، فمحال أن تنظر إليه وينفى بها.

ويشهد على ذلك نفس رواية « لا ضرر »؛ فإن سمرة بن جندب لما أصرّ على عناده، قال الرسول صلى الله عليه وآله: « اقلعها وارم بها وجهه »[1].

---

(١) حاشية المحقق الخراساني قدس سره على المكاسب: ١٩٤ - ١٩٥.

المناقشة فيما أفاده المحقق الخراساني

وما أفاده ﷺ وإن كان في غاية القوة والمتانة، إلا أن ما أفاده من الإشكال على الشيخ ﷺ بأن الحكم بجواز القلع مع الأرش مساوق للحكم بجواز الإضرار وتداركه، وهو مخالف لما يستفاد من « لا ضرر ولا ضرار »؛ لنفي جواز الإضرار بالجملة الثانية فنقول فيه:

بأن هذا المعنى بنفسه قد أورده الشيخ ﷺ في قاعدة « لا ضرر »، إشكالاً وجواباً؛ حيث قال فيها أولاً: (إن المعنى بعد تعذر إرادة الحقيقة: عدم تشريع الضرر، بمعنى أن الشارع لم يشرّع حكماً يلزم منه ضرر على أحد، تكليفياً كان أو وضعياً).

ثم ساق أمثلة في ذلك منها: (فلزوم البيع مع الغبن حكم يلزم منه ضرر على المغبون فينفى بالخبر...، وكذلك وجوب الوضوء على من لا يجد الماء إلا بثمن كثير).

إلى أن قال: (ومنه: براءة ذمة الضار من تدارك ما أدخله من الضرر، إذ كما أن تشريع حكم يحدث معه الضرر منفي بالخبر، كذلك تشريع ما يبقى معه الضرر الحادث، بل يجب أن يكون الحكم المشروع في تلك الواقعة على وجه يتدارك ذلك الضرر كأن لم يحدث.

إلا أنه قد ينافي هذا قوله: « لا ضرار »، بناء على أن معنى الضرار المجازاة على الضرر . وكذا لو كان بمعنى المضارة التي هي من فعل الاثنين؛ لأن فعل البادئ منهما ضرر قد نفي بالفقرة الأولى، فالضرار المنفي بالفقرة الثانية إنما يحصل بفعل الثاني.

وكأن من فسره بالجزاء على الضرر أخذه من هذا المعنى، لا على أنه معنى مستقل)[١].

فمن كان هذا مبناه في المنفي بـ« لا ضرار »، من أنها تنفي المجازاة على الضرر، لا يمكن أن يستند في وجوب الأرش في المقام إلى قاعدة نفي الضرر والضرار؛ لأن الحكم بجواز قلع الغرس مع إعطاء الأرش هو لزوم تدارك الضرر ومجازاته، والقاعدة لا تنفي مجازاة الضرر، فلا يمكن أن يكون مستند لزوم إعطاء الأرش هي قاعدة لا ضرر.

وإنما مستنده في الحكم بجواز القلع قاعدة السلطنة، فلكل من المالكين تخليص ملكه من مال الآخر، فللغابن السلطنة على تخليص غرسه من أرض المغبون، وللمغبون تخليص أرضه من الغرس، وليس من حق الغابن أن يعترض؛ إذ لا يملك إلا الغرس منصوباً، ولا يستلزم ذلك أن يكون له الحق في إبقاء الشجر في الأرض وقد خرجت عن ملكه بالفسخ، إلا أن هذا التخليص يستتبع إتلاف الخصوصية في مال الآخر، فيضمنه بالإرش؛ لقاعدة إتلاف مال الغير؛ إذ بالقلع تلفت خصوصية كونه منصوباً، وقد صرح الشيخ قدس سره سابقاً: بأن جميع الأوصاف مضمونة، إلا أن الخلاف في ضمان جميع الأوصاف، أو خصوص ما يوجب فقده عيباً كوصف الصحة.

---

(١) فرائد الأصول ٢: ٤٦٠ - ٤٦١.

والحاصل: أن المستفاد من مجموع كلمات الشيخ قدس سره هو أن المستند لجواز القلع هي قاعدة السلطنة، ولوجوب الضمان بالأرش قاعدة إتلاف مال الغير.

فإذا كان هذا هو مستند الشيخ قدس سره، ولم يستند إلى قاعدة الضرر؛ لأن مبناه عدم تصحيحها لجواز الإضرار، كان إشكال المحقق الخراساني قدس سره على الشيخ رحمه الله بلا وجه.

وأما ما أفاده قدس سره في مختاره فهو ينحل إلى أمرين:

١ـ أن يلزم المغبون ببقاء الشجر في أرضه.

٢ـ أن يعطى الأجرة في مقابل البقاء.

والدليل على كليهما قاعدة « لا ضرر »؛ فإنها حاكمة على قاعدة السلطنة، فتقيد سلطنة المغبون في أرضه بأن لا يلزم منها الضرر، وبما أن قلع الشجر من أرضه يوجب الضرر على الغابن فلا يقلع، وبما أن إعطاء الأجرة للمغبون ينفي الضرر عليه، فيعطى الأجرة.

وفيه: **أولاً**: أن قاعدة « لا ضرر » وإن كانت حاكمة على قاعدة السلطنة، إلا أن أيّ حكم من الأحكام يحتاج إلى دليل، فما هو الدليل على إلزام المغبون بالرضا ببقاء الشجر في أرضه؟

وثانياً: أن حجر المغبون عن السلطنة على أرضه، يتوقف على ثبوت حق للغابن في الأرض بعد فسخ البيع؛ ليكون المورد أحد موارد « لا ضرر »، وهي حاكمة على قاعدة السلطنة، لكن ما هو الدليل المثبت لهذا الحق؟

وثالثاً: أفاد تدثر في الجواب على الإشكال - الذي أورده على نفسه: بأنه ربّما يوجب حجر المغبون ضرراً عليه -: بعدم البأس؛ لأن الضرر الناشئ من قبل حجر المالك بقاعدة نفي الضرر، لا ينفى بها، كما يظهر من رواية سمرة بن جندب.

وفيه: أنه لا بدّ من تحليل كون الضرر في قضية سمرة ناشئاً من ناحية « لا ضرر »، أو لا، وهذا يستدعي أن نذكر الرواية وهي:

(عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان، فكان يمرّ به إلى نخلته ولا يستأذن، فكلّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلما تأبّى جاء الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فشكا إليه وخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وآله وخبّره بقول الأنصاري وما شكا، وقال: إذا أردت الدخول فاستأذن، فأبى فلمّا أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذق يمدّ لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار »[1].

فالملاحظ أن بقاء الشجرة في الأرض ليس علة للضرر، ووجوب الاستئذان عند دخوله لها ليس علة للضرر، وإنما العلة للضرر هو جواز

---

(١) الوسائل، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث٣.

دخوله إلى الأرض بدون استئذان، فهو المنفي بلا ضرر، ولا يلزم من رفعه ضرر حتى يقول المحقق الخراساني قدس سره بأن من جريان « لا ضرر » حصل ضرر.

وأما قلعها ورميها له فهو ليس من آثار جريان « لا ضرر »؛ فإن ملكية الشجرة في الأرض ليست علّة للضرر ولا معلولاً لها.

بل الشيخ قدس سره يصرح في رسالته في « لا ضرر »: بأن الملكية أمر وضعي ليست علة للضرر ولا معلولة له، ولا علة للحكم الضرري ولا معلولة له، ولم يعلّق عليه المحقق الخراساني قدس سره[1].

وأما ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من التوجيه: بأن ملكيته للشجرة علّة لدخوله بلا استئذان، فمن هذه الجهة صار علة للضرر.

فهو مردود؛ لأن ملكيته ليست علة للدخول بلا استئذان حتى يكون علة للضرر، بل تجرّيه ودخوله بلا استئذان هو علة الضرر.

والحق في المسألة: أن أمر النبي صلى الله عليه وآله بقلع النخلة ورميها إليه حكم سلطاني ولائي؛ بمقتضى ولايته صلى الله عليه وآله المطلقة على الأموال والأنفس، الثابتة له بمقتضى قوله تعالى: ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾[2].

المناقشة في كلام الشيخ

هذا ما يرجع إلى مبنى المحقق الخراساني قدس سره وإلى إشكاله على

---

(١) رسالة لا ضرر : ٢٠٩.

(٢) سورة الأحزاب: ٦.

الشيخ قدس سره، وقد تبيّن ضعفهما، وأما بالنسبة إلى ما ذهب إليه الشيخ قدس سره فيرد عليه ما أوردناه على المحقق الرشتي قدس سره من أن الغابن بما أنه غرس الشجر في الملك المتزلزل، فليس غرسه مبنياً على البقاء، فلا حق له إلا ما دامت الأرض ملكه، بمعنى أنه يملك الغرس منصوباً كما قال الشيخ قدس سره، ولكن هذه الملكية - بصفة كونه منصوباً - مقيدة بما دامت الأرض ملكه، لا دائماً وأبداً، وبمجرد الفسخ ينتفي حقه في الأرض، فيجوز القلع بلا أرش[1].

فالنتيجة إلى هنا: أن ما أفاده الشيخ قدس سره محل إشكال، وأشكل منه ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره.

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في مقام الجواب على سؤال بما يوضح ما في المتن:

إن ملك الغابن للأرض محدود بالفسخ قطعاً؛ لأنه لا يخلو الأمر، إما أن يكون ملكه لها مهملاً من حيث لحاظ الفسخ، والإهمال باطل قطعاً، وإما أن يكون مطلقاً من حيث الفسخ، بمعنى أنه يملك الأرض مطلقاً، فسخ المغبون أو لم يفسخ، وهو باطل جزماً، فيتعيّن أن يكون ملكه محدوداً بالفسخ، فإذا كان ملكه محدوداً به، فحقه فيها يكون محدوداً به أيضاً، فإذا فسخ المغبون انتفى أيّ حق للغابن في الأرض، فلا يكون من حقه أن يبقى الغرس منصوباً فيها، فقول الشيخ قدس سره: بأن الغابن يملك الغرس منصوباً، صحيح، ولكن ليس دائماً بل محدوداً بالفسخ، فإذا فسخ المغبون صار هو المالك للأرض، وانتفى حق الغابن، فبمقتضى قاعدة السلطنة أن يعطى الأرض كما أخذت منه.

مبنى المحقق الأصفهاني في المقام

أفاد المحقق الأصفهاني تدّس ما حاصله: أن حيثية الملكية لها شؤون، ومن شؤونها سلطنة المالك على ملكه، ومقتضاها عدم جواز تصرّف الغير فيما يضاف إليه بدون إذنه.

وسلطنة المغبون على القلع والإبقاء بعنوانهما، سلطنة على مال الغير، فلا تجوز، وسلطنته على تخليص الأرض من الغرس الذي أفاده الشيخ تدّس وإن كان سلطنة على ماله، لا على مال غيره، بحسب عنوان التخليص، إلا أن التخليص فعل توليدي من القلع، أو أمر انتزاعي، ومنشأ انتزاعه القلع، فبقلعه الشجر يخلّص ماله منه، ولا يمكن استقلال التخليص بالتحصّل، والقلع تصرّف في مال الغير، فلا سلطان له عليه، وحيث لا سلطنة له على القلع، الذي هو الفعل المتولد منه التخليص، والتخليص لا يستقل بالتحقق، فلا محالة لا سلطان له عليه[1].

الإشكال على المحقق الأصفهاني

وفيه: أن المتيقن من ثبوت الحق للمغبون هو منع الغابن من التصرف في الأرض؛ فإن مقتضى سلطنته على الأرض أن يمنع الغير من التصرّف فيها، وأما قلع الشجر المغروس فهو تصرّف في مال الغير فلا يجوز، ونتيجة ما أفاده تدّس أن للمغبون أن يرضى ببقاء الشجر بالأجرة.

ولكن الحق عدم صحة ما أفاد، وتحقيق ذلك يتوقف على بيان معرفة حقيقة سلطنة الملاك على أموالهم، فنقول:

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني تدّس ٤: ٢٩٨.

في قاعدة السلطنة مبنيان أساسيان:

الأول: أن مدلول القاعدة هو تشريع أنواع التصرفات التكوينية والاعتبارية.

الثاني: أن مدلولها نفي حجر الملاك بالنسبة إلى تصرفهم في أموالهم، وعدم حق الغير من منعهم عنها، وليس مفادها تشريع التصرّفات، وإلا للزم أن يتمسك بها لتصحيح ما يشك في صحته من المعاملات، ولزم أن يتعارض مفادها مع مدلول أدلة المحرمات؛ إذ مقتضاها جواز شرب المملوك المحرم، وهو يعارض دليل تحريمه.

وبناء على هذا، فسلطنة المالك على ماله متقومة بأمرين: دفع المزاحم، ورفعه، فانتفاء القدرة عليهما مساوق لانتفاء السلطنة، ويشهد له ملاحظة جميع موارد السلطنة والتسلط والسلطان في الارتكاز العقلائي؛ فإن وجود هذه المادة في السلطنة التكوينية الخارجية والاعتبارية مقترن بالقدرة على رفع المزاحم ودفعه، ولا يعقل الانفكاك بينهما.

وعليه، فمعنى ما أفاده قدس سره أن المالك المغبون مسلّط على ماله، ولكن لا قدرة له على رفع المزاحم، وهو مناف لمفهوم السلطنة.

فالصحيح أن معنى « الناس مسلطون على أموالهم » وقوامها بالسلطنة والقدرة على رفع المزاحم، فإذا غرس الغابن في الأرض التي عادت إلى المغبون كان للمغبون أن يرفع الغرس؛ استناداً إلى القاعدة، فلا يقال أنه تصرّف في مال الغير.

نعم، لو كان للغابن حق لما جاز للمغبون القلع، ولكن ليس من جهة السلطنة، بل لأنه تصرّف في حق الغير.

زبدة المخّض

وبعد التعرّض لجميع الكلمات المهمة في المسألة ومناقشتها يتضح: أن للمغبون أن يقلع الغرس، وليس عليه أرش؛ لأن ما للغابن من الحق في غرس الأرض وبقية التصرّفات منحصر في زمان تملّكه إياها؛ فإن ملكيته لها وتوابعها محدودة بزمان الفسخ، أي محدودة بما دامت ملكه.

وأما بعد الفسخ فهي وجميع موادها وتوابعها ملك طلق للمغبون، فيكون بقاء الغرس فيها من تصرفات الغابن في ملك الغير، فيحتاج إلى إذنه؛ لعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، ولما صارت الأرض بالفسخ ملكاً للمغبون، لم تنفكّ السلطنة المطلقة عن هذه الملكية، والسلطنة المطلقة متقوّمة برفع المزاحم ودفعه، وبما أن شجرة الغابن مزاحمة لملكية المغبون أمره بقلعها، وإلا جاز له قلعها؛ استناداً لقاعدة السلطنة.

وأما الأرش، فلا يجب عليه؛ لأن معنى الأرش وحقيقته أن يجبر المتلف ما فوّته من حق من تلف منه، فلا بدّ من تصوير الحق للغابن بقاء أولاً، ثم جبران ما أفقده إياه، فإذا انتفى حقه، فالقلع جائز بمقتضى قاعدة السلطنة، وعدم الأرش بمقتضى عدم التفويت، وعدم إتلاف مال

الغير، وعدم الإضرار بماله[١].

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأن مال المسلم محترم.

فقال: نعم، بل كل محترم المال والحق فماله وحقه محترمان وإن لم يكن مسلماً كالمعاهد إذا قام بشروط الذمة، ولكن الكلام في إثبات أنه ماله أو حقه أولاً ثم يكون محترماً، وقد أثبتنا عدم تعلق حق الغابن بالأرض بعد الفسخ.

تنبيهات

التنبيه الأول: في الفرق بين الأرض المغروسة والمستأجرة

تقدم الكلام في ما لو اشترى الأرض بالمعاملة الغبنية وغرسها، واخترنا فيها جواز القلع وعدم الأرش، خلافاً لما نقلناه عن الأعلام، فربما ينقض بالأرض المستأجرة، كما لو اشترى الغابن أرضاً بالمعاملة الغبنية، ثم أجّرها مدة معينة، فالإجارة صحيحة، وليس على الغابن ردّ الأجرة إلى المغبون، فليكن الأمر كذلك في غرس الشجر، فنقول بجواز بقاء الغرس إلى نهاية ثمره، والضمان لما به التفاوت بين الأرض الفارغة والمشغولة.

الأقوال في المسألة

فنقول: الأقوال في الأرض المستأجرة ثلاثة:

القول الأول: ما ذهب إليه الشيخ

من عدم فسخ الإجارة، ولا يغرم الغابن للمغبون أجرة المثل؛ لأنه يملك المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق المغبون بالفسخ، وبعد أن استوفى المنفعة لا حق له في الرجوع، فترجع العين إلى المغبون مسلوبة المنفعة، بخلاف مسألة الغرس؛ فإن المستحق هو الغرس المنصوب من

دون استحقاق مكان في الأرض.

وأساس هذا المبنى أن ما حصل بالعقد المتزلزل متزلزل، وما حصل به ملكية العين، وأما ملكية المنفعة فهي مستقرة، وقد استوفاها[1].

وفيه: أن لازمه أن الغابن لو أجّر الأرض مائة سنة، لعادت إلى المغبون مسلوبة المنفعة، فيلزم تضرره بأكثر من الضرر الذي دخل عليه من المعاملة الغبنية، ولا فرق بين المدة القصيرة والطويلة.

القول الثاني: أن لا تنفسخ الإجارة

ولكن للمغبون ما به التفاوت بين الأرض مسلوبة المنفعة، وبينها واجدتها، بهذا البيان:

أنه فرق عند العقلاء بين الأمور الخارجية والأمور الاعتبارية، فالمنافع التي حصلت في الغرس أمور خارجية واقعية؛ فإن الغابن غرس شجره في الأرض، وهذه استفادة واقعية، فلما فسخ المغبون تكون هذه المنافع الواقعية تصرفات من الغابن بلا حق؛ لكونها في أرض الغير، وعلى خلاف قانون السلطنة.

وأما في باب الإجارة، فالاستيفاء أمر اعتباري، والاعتبار خفيف المؤونة، فالمعتبَر فيها ملكية المنفعة إلى مدة معيّنة، وبما أن المعتبَر ملك للمعتبِر، فيحقّ له بمقتضى أدلة الإجارة أن يعتبره للغير.

نعم، بما أن قيمة الأرض مسلوبة المنفعة أقلّ من قيمتها واجدتها،

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٧.

وقد أخذها المغبون مسلوبة، فللمغبون الحق في أخذ ما به التفاوت بين القيمتين؛ إذ مقتضى قانون الفسخ أن تردّ العين كما أخذت، فلما لم يمكن ردّها مع المنفعة؛ لصحة الإجارة وعدم فسخها، ردّها مع إعطاء التفاوت.

القول الثالث: ما يستفاد من كلمات المحقق القمي

من انفساخ الإجارة في بقية المدّة الواقعة بعد فسخ المغبون؛ إذ كما أن ملكية الأرض متزلزلة، فكذلك ملكية منفعتها، فلا فرق بين الأرض المغروسة، والمؤجّرة، فكما أن الغابن لا حقّ له في بقاء غرسه في الأرض بعد فسخ المغبون، فكذلك لا حقّ له في إجارتها.

مقتضى التحقيق في المسألة

والتحقيق بين الأقوال يؤيد في بادئ النظر ما أفاده المحقق القمي رحمه الله، وإن اعتبر شاذاً بينها؛ لكونه الموافق لمقتضى القاعدة؛ فإن ما أفاده الشيخ قدس سره من استقرار ملكية المنفعة مع تزلزل ملكية الأرض، لا دليل عليه، ولا قاعدة تقتضيه، ولم يقم إجماع تعبدي كاشف عن رأي المعصوم عليه.

وما أفيد في القول الثاني، لا يرجع إلى محصّل؛ فإن بحثنا ليس في خفة الاعتبار وعدمه، وإنما في ثبوت الحق للغابن في أن يؤجر الأرض التي وصلت إليه عن طريق العقد الخياري حتى بالإضافة إلى ما بعد الفسخ وعدمه.

فإن مقتضى القاعدة وما عليه الارتكاز العقلائي أن تتبع المنافع أصولها، في أصل الملكية وكيفيتها، والتخلّف فيهما يحتاج إلى دليل، فإن كانت ملكية العين مستقرة وغير محدودة بحدّ - إلا إذا نقلت بناقل كعقد، كالتي تنتقل بإرث أو بعقد لازم - كانت منفعتها مستقرة.

وإن كانت ملكية العين متزلزلة - بمعنى أن بقاءها مرتبط بالفسخ، فتكون مملوكة إلى المنتقل إليه ما دام ذو الخيار لم يفسخ، ومتى فسخ انتقلت عنه - كانت منفعتها كذلك؛ بمقتضى الارتكاز العقلائي، فالتفصيل بيبن العين ومنافعها على خلاف ارتكازهم، فيحتاج إلى دليل يدلّ عليه.

ولو تنزّلنا، وشككنا في كيفية تبعية ملكية المنفعة للعين؛ لعدم قيام دليل على استقرار ملكية المنفعة، ولا على تزلزلها، فالأصل - وهو الاستصحاب - يقتضي عدم ملكية المنفعة بالنسبة لما بعد الفسخ.

إن قلت: لماذا لا نقول: بأن الاستصحاب يقتضي بقاء الملكية، بمعنى أن الغابن كان يملك المنفعة قبل الفسخ يقيناً، وبعد الفسك نشك في بقاء ملكيته، فيستصحب بقاؤها، وليس الفسخ من المقوّمات بل من الحالات، فلا يقال بتبدل الموضوع.

وأما ما أفيد: فإنما يفيد لو قلنا بأن الملكية أمر تدريجي، بحيث يكون لكل آن ملكية، فإذا شككنا في ملكية ما بعد الفسخ نستصحب عدمها، كما يقال في جعل الأحكام، ولكن الملكية ليست كذلك.

قلت: بأن استصحاب الملكية إنما يجري فيما إذا كانت قابلة للبقاء يقيناً، والمفروض فيما نحن فيه هو الشك في أصل قابليتها للبقاء.

وتقريب الاستصحاب: أن العين كانت ملكاً للمغبون وغير منتقلة إلى الغير يقيناً مثلاً، فانتقلت بالبيع الغبني إلى الغابن، لكن نشك هل انتقلت إليه مطلقاً أو انتقلت إليه إلى حين الفسخ، فالاستصحاب يقتضي عدم الانتقال إلا إلى زمان الفسخ[1].

ولكن الحق عدم صحة ما ذهب إليه المحقق القمي قدس سره؛ وذلك لأنا عندما نلاحظ الإجماع القطعي، ومقتضى الأدلة في الإجارة نلاحظ أمرين:

الأول: أن من شرط الإجارة الملكية، ولا يشترط أن يكون ملك العين مستقراً، بل إن كان يملك المنفعة جاز له الإجارة إجماعاً، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، والمحقق القمي قدس سره يعترف بذلك أيضاً.

الثاني: أن تكون المدّة في الإجارة معلومة.

وعليه، فبما أن الغابن يملك المنفعة، وإن كان ملكه للعين متزلزلاً، فله أن يؤجر العين إلى أجل مسمى؛ لتمامية أدلة الإجارة، وشمول عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[2] له، وهو دليل حاكم على الأصل المتقدم، فيكون الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

التنبيه الثاني: في الفرق بين غرس الغابن وغرس المفلَّس

من المسائل التي أشار إليها الشيخ قدس سره في المقام، ما لو باع البائع

---

(١) ما ذكرناه بعنوان: إن قلت قلت، استفدناه من الشيخ الأستاذ دام ظله خارج الدرس.

(٢) سورة المائدة: ١.

أرضه في الذمة، بحيث يكون المشتري مديناً له، ثم غرسها المشتري، وبعد ذلك أصبح مفلّساً، فلم يمكنه تسليم الثمن، وحكم الحاكم بتفليسه، والحجر على أمواله، فالبائع أحق بالأرض من غيره من الغرماء؛ لوجود عين ماله، فيجوز له فسخ البيع، ولكن لو فسخه لم يحق له قلع الشجر ولو بالأرش.

والسؤال هنا: ما هو الفرق بين المسألتين، ما نحن فيه، ومسألة التفليس، بحيث حكم الأكثر في الثانية بعدم جواز القلع للبائع الفاسخ ولو بالأرش؟

ما أفاده الشيخ من الفرق

قال الشيخ قدس سره: بإمكان كون الفرق بينهما بأن الغرس في مسألتنا كان متأخراً عن ثبوت الحق للمغبون؛ باعتبار أن البيع كان متزلزلاً، فكان للمغبون حق الفسخ قبل حدوث الغرس، فإذا فسخ، فمقتضى قاعدة الفسخ أن يردّ المشتري ما أخذه كما كان حين انتقاله إليه، وقد انتقلت الأرض إليه خالية من الغرس فيردّها كذلك، وأما في مسألة التفليس فلم يكن البيع متزلزلاً، فكان الغرس في ملكه الطلق، وإنما ثبت الخيار للمغبون بعد تفليس المشتري، فكان حق المغبون متأخراً عن الغرس، فيشبه بيع الأرض المغروسة، فيما لو باع الأرض دون الغرس؛ فإنه ليس للمشتري حق القلع ولو مع الأرش بلا خلاف[1].

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٧.

المناقشة فيما أفاده الشيخ من الفرق

وفيه: أن الشيخ قدس سره قد صوّر ثبوت حقين في المسألتين، أحدهما سابق، والآخر لاحق، فحق المغبون في مسألة البيع الغبني سابق، وحق المشتري في مسألة التفليس سابق، ولكن الصحيح عدم ثبوت حقين، بل هو حق واحد.

أما في مسألة الغبن فلم يكن للغارس بعد الفسخ أي حق؛ فإن الأرض ملك للمغبون، وبقاء الغرس فيها بلا حق؛ لكونه تصرّفاً في ملك الغير، ومقتضى قاعدة السلطنة أن له أن يرفع المزاحم عنها.

فليس في الغبن حقان، أحدهما سابق، والآخر لاحق، بل لا حقّ بعد الفسخ للغابن أصلاً، وإنما حقه كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه.

وأما في مسألة التفليس، فالبائع وإن لم يكن له حق حين الغرس، إلا أنه بعد أن أفلس المشتري كان له حق الفسخ، ومعنى الفسخ أن يردّ كل منهما ما أخذه كما انتقل إليه، وبما أن الأرض انتقلت من البائع إلى المشتري بلا غرس، فتعود إليه كذلك، فحق الفسخ يقتضي بذاته أن حق المشتري في الغرس كان محدوداً بما دامت الأرض ملكه، فليس له حق بعد ذلك، فلم يثبت في المسألتين إلا حق واحد.

وأما قياسه على بيع الأرض المغروسة، فمع الفارق؛ لأن الغرس في الأرض المغروسة كان في ملكه الطلق، وباعها المالك حينما باعها مسلوبة المنفعة ما دام الغرس موجوداً، فمتعلّق المعاملة الأرض مسلوبة

المنفعة، فتفترق عن مسألة الخيار الثابت من ناحية التفليس.

والنتيجة: أن فتوى المشهور على خلاف القاعدة؛ فكما أن من حق المغبون أن يرفع الغرس بعد الفسخ، فكذلك للبائع في مسألة التفليس بعد فسخ البيع.

التنبيه الثالث: في جواز مباشرة المالك للقلع لو جاز القلع وعدمه

لو قلنا بجواز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة الغابن بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم، أو يقلعه المغبون؟

وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجرة الجار إلى داره.

بيان الوجوه في المسألة وأدلتها

وينبغي أن يقع البحث في جهتين:

الجهة الأولى: في الوجوه وأدلتها.

الوجه الأول

إن للمغبون قلع الغرس بلا مراجعة الغابن ولا الحاكم، والدليل على ذلك: أن في المقام دليلين لفظيين متعارضين، فيسقطان وينتقل إلى الأصل العملي المقتضي للجواز، وبيان ذلك:

أنه من جهة يكون قلع الغرس تصرّفاً في مال الغير، فبمقتضى دليل حرمة التصرف في مال الغير عدم جوازه.

ومن جهة أخرى أن الأرض مملوكة للمغبون، ومقتضى إطلاق دليل السلطنة أن يكون له السلطة في رفع ما يزاحم ملكيته، وتخليص أرضه من ملك غيره، فيجوز له القلع مباشرة.

وبما أن كلا الدليلين لفظيان ومتعارضان، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فيسقطان، وتنتقل الحالة إلى الأصل العملي، وهو يقتضي الجواز؛ استناداً إلى قاعدة الحل: « كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه »[1].

الوجه الثاني

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإذا امتنع رفع الأمر إلى الحاكم؛ وذلك لأن قلع المغبون للشجر تصرّف في مال غيره، فلا يجوز تكليفاً، وعليه الضمان وضعاً، فيراجع الغابن في قلعه، فإن امتنع راجع الحاكم؛ لكونه وليّ الممتنع.

الوجه الثالث

أن يطلب المغبون من الغابن القلع، فإن امتنع قلعه بنفسه، من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم؛ لعدم الدليل على كون هذا المورد من الموارد التي يرجع فيها إلى الحاكم، وبما أن بقاء الشجرة في أرضه مزاحم لسلطنته، وأن التصرف من قبل نفسه ابتداء تصرّف في مال الغير كان عليه مطالبة الغابن بالقلع، فإذا امتنع قام به بنفسه؛ لرفع المزاحم عن سلطنته؛ فإن مقتضي السلطنة - حينئذ - موجود، والمانع منه مفقود.

مناقشة الوجوه وبيان الصحيح منها

أما ما أفيد في الوجه الأول، فيتوقف التعارض والتساقط على تمامية

---

(١) الوسائل، الباب٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث٤.

مقتضي الحجية في كليهما بالنسبة إلى المورد، وبما أن الشمول غير ممكن فيقع التعارض، وفي ما نحن فيه وإن كان عندنا قاعدتان:

الأولى: قاعدة حرمة التصرف في مال الغير، ودليلها لفظي، وهو: « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »[1]، وهو تام سنداً، ودلالة؛ لشمول إطلاقها للمورد.

والثانية: قاعدة السلطنة، ودليلها أحد أمرين:

الأول: السيرة العقلائية بضمّ عدم الردع عنها شرعاً، كما هو مبنى غير واحد من الأعلام.

وبما أنه دليل لبي لم يحرز إطلاقه ليشمل صورة ما لو أوجبت السلطنة التصرف في مال الغير، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو ما لم توجب التصرف في مال الغير.

مضافاً إلى كونه غير مشرّع لأنحاء التصرفات.

وبناء على هذا، لا يقع التعارض؛ لتمامية مقتضي دليل حرمة التصرف مع عدم المانع، وقصور دليل السلطنة.

الثاني: حديث « الناس مسلطون على أموالهم »[2]، مع دعوى انجباره بعمل الأصحاب؛ لكونه ضعيف السند.

وهو غير صالح لمعارضة دليل حرمة التصرّف أيضاً؛ لأنه غير مشرّع

---

(١) الوسائل، الباب٣ من أبواب قسمة الخمس، الحديث٦.

(٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢.

لجواز جميع أنحاء السلطنات، وإنما يدلّ على جواز خصوص التصرّفات المشروعة، من دون أن يكون لأحد حق منعه عنها، ودليل حرمة التصرّف يصحّح عدم مشروعية التصرّف في مال الغير، فلا تعارض بينهما؛ لكون أحدهما في رتبة موضوع الآخر، وتكون نتيجة الجمع بينهما: أن الناس مسلطون على أموالهم، في حال عدم كون التصرّف خلافاً للشرع، وقاعدة عدم الحل تثبت أن قلع الشجر من غير إذن المالك مخالف للشرع.

فالنتيجة: أنه لا تعارض بين القاعدتين، سواء أكان المستند لقاعدة السلطنة، السيرة العقلائية أم النص.

ولو شكّ في كون حديث السلطنة مشرّعاً أو لا، فالشك يرجع إلى إطلاقه، فالنتيجة هي النتيجة؛ لأن دليل حرمة التصرّف في مال الغير محرز الإطلاق، ودليل السلطنة مشكوك الإطلاق، فلا يعارضه.

فيتحصّل إلى هنا: عدم جواز القلع ابتداء، بل عليه أن يراجع المالك.

فإن امتنع، فهل يجب عليه مراجعة الحاكم أو يجوز له القلع بدون مراجعته؟

الحق جوازه له؛ لأن مقتضى السلطنة وما قامت عليه السيرة أن له أن يدفع المزاحم عن ملكه، والرجوع إلى الحاكم الشرعي يحتاج إلى دليل مفقود، فالصحيح من بين الوجوه الثلاثة هو الوجه الثالث.

الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار

الجهة الثانية: في الفرق بين هذه المسألة ومسألة دخول أغصان شجرة الجار إلى داره؟

قال الشيخ قدس سره: بأن هذه الوجوه الثلاثة ذكرت (فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره)، واحتمل الفرق بينهما، بأن دخول الأغصان في دار الجار لم يكن بفعل المالك، فلا يجب إجابته إلى القلع، بخلاف الغرس؛ فإنه بفعل الغابن[1].

وهو محل إشكال؛ إذ الفرق بينهما في الحدوث والبقاء؛ فإن غرس الشجر حدوثاً كان بفعل الغابن وباختياره، ودخول أغصان الشجرة إلى دار الجار وإن لم يكن بفعل المالك، ولا اختياره حدوثاً، إلا أنه باختياره بقاء، فلا فرق بين الموردين من هذه الجهة.

فالحق فيها أيضاً المطالبة من الجار بقطعها، وإن امتنع كان له قطعها.

التنبيه الرابع: تفصيل الشهيد الثاني بين الغرس والزرع

فصّل الشهيد الثاني قدس سره بين الزرع والغرس، فقال بتعيّن إبقاء الأول إلى أوان بلوغه بالأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر، فيصبر المغبون إلى وقت حصول الثمرة، وأما الثاني فيجوز للمغبون قلعه بعد مطالبة الغابن بذلك[2].

وما أفاده من التعليل غير تام؛ لأن لكل من الغرس والزرع أمداً إلا

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) الروضة البهية ٢ : ٣١١. ط مجمع الفكر الإسلامي، المسالك ١: ١٩٣، ط قديم.

أنه في أحدهما أطول منه في الآخر.

ووجّهه الشيخ قدس سره: بأن في إبقاء الزرع جمعاً بين الحقين على وجه لا يحصل منه الضرر على المغبون، بخلاف إبقاء الغرس؛ فإن في تعيّن إبقائه ضرراً على مالك الأرض؛ لطول مدّة البقاء[1].

وهو غير تام أيضاً؛ أولاً: لعدم الضرر على مالك الأرض لو أبقي الغرس مع إعطاء الأجرة على بقائه فيها؛ لاستيفائه المنفعة بالعوض.

وثانياً: لأن التعليل بالجمع بين الحقين فرع ثبوتهما، ولم يثبت للغابن حق في بقاء الزرع في الأرض بعد فسخ المعاملة.

فالحق أن ما ذكرناه في الغرس يجري في الزرع بعينه.

التنبيه الخامس: لو طلب مالك الغرس القلع

لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه أو لا ؟

وجهان في المسألة:

الأول: أن لمالك الأرض حق المنع؛ لأن كلاً من المالكين مسلّط على ماله، فيحق للمغبون منعه عن التصرف في ماله، ولا يجوز للغابن تصرّفه في مال غيره إلا بإذنه.

الثاني: ما قوّاه الشيخ قدس سره من عدم حق المنع له؛ لأن التسلّط على

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرّف في ملكه[١].

إشكال المحقق الرشتي على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقق الرشتي تتمّ: بأن الغابن وإن كان له السلطنة على الغرس؛ لكونه ماله، إلا أن قلعه للشجر يتوقف على الدخول إلى أرض الغير، ولا يجوز له التصرف فيها بدون إذن مالكها، فيكون دخوله فيها حراماً، ودليل السلطنة لا يجعل المقدمة الحرام حلالاً، فتحدّد سلطنته بما لم توجب التصرّف الحرام في مال المغبون، بخلاف سلطنة المغبون؛ فإن منعه للغابن من الدخول في الأرض، ومن التصرّف فيها ليس بحرام، فإذا دار الأمر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك المغبون هو المتعيّن؛ لأنه لا يلزم التصرّف في مال الغير من دون العكس[٢].

ويندفع: بأنه لا شك في كون غرس الغابن الشجر في الأرض كان بحق، لأنها ملكه قبل الفسخ، فسلطنة الغابن على ماله تقتضي جواز تخليص ماله.

نعم، هذا التخليص مستلزم للتصرف في أرض المغبون بدون رضاه وهو حرام، إلا أن منع المغبون له من الدخول والقلع مع إرادته له، يستلزم أمرين محرمين أيضاً:

الأول: استيلاء المغبون، ووضع يده على الغرس الذي هو ملك الغير بدون رضاه، وهو حرام تكليفاً، ومستوجب للضمان وضعاً، سواء

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) فقه الإمامية ٢: ٤٩٩.

أتمسكنا في إثبات قاعدة اليد، بحديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[1]، أم بالسيرة العقلائية.

الثاني: حبس المغبون لمال الغير، ونفس حبس مال الغير وحقه عن صاحبه حرام تكليفاً؛ إذ يجب على من عنده مال الغير أن يؤديه إليه، وهو مخاطب بالأداء آناً فآنا، كما في سائر الموارد، كأداء الزكاة، وخمس الأموال.

فالنتيجة: أن قلع الغابن للغرس يستلزم التصرّف في مال الغير، فيشمله « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه »، وإبقاء المغبون للشجر، ومنعه الغابن عن القلع يستلزم الاستيلاء على مال الغير، وهو محرم، فيتعارض عموم « لا يحل » مع عموم ما دلّ على حرمة الاستيلاء، ولا مرجّح في المقام، فيسقطان، فيتقوّى كلام الشيخ قدس سره.

التنبيه السادس: التصرّف بالامتزاج

طرح الشيخ قدس سره في حالة الامتزاج صورتين أساسيتين، لأحداهما صورتان، وللأخرى ثلاث، فيكون المجموع خمس صور، وهي:

الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه

وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يمتزج بغيره على وجه الاستهلاك فيه عرفاً، كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو عند الشيخ قدس سره بحكم التالف، فإذا

---

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤.

فسخ المغبون العقد، يرجع إلى قيمته[1].

والتحقيق: أن يفصل بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يحصل الامتزاج من غير أن يكتسب المال أية خصوصية بواسطة الامتزاج، ففي هذه الحالة يأتي ما قاله الشيخ قدس سره من كونه بحكم التالف، فيرجع إلى بدله؛ بمقتضى قاعدة التلف.

الحالة الثانية: أن يكتسب خصوصية تزيد في ماليته، كما لو ارتفعت قيمة الزيت؛ لكونه أصبح معطّراً، فهنا مبنيان:

الأول: ما يستفاد من الشيخ قدس سره، من كونه بحكم التالف.

الثاني: أن لا يعامل معاملة التالف، بل تحصل الشركة في المالية، بهذا البيان:

إن المال - بعد امتزاجه - صار ذا صفة أوجبت ارتفاع قيمته المالية، وبما أن الشركة في العين غير متصورة؛ لعدم الدليل عليها في المقام، فتقع الشركة في الماليه، فيكون شريكاً له في المالية بنسبة ارتفاع قيمتها، فلو بيع بثمن أكثر كان شريكاً في زيادة الثمن بالنسبة.

وفي كلا المبنيين إشكال:

أما ما أفاده الشيخ قدس سره فيرد عليه: إن المال وإن تلف بالاستهلاك، إلا أن العين اكتسبت صفة أوجبت زيادة في ماليتها، والأوصاف وإن لم تقابل بالمال؛ لأن المال في مقابل الأعيان، فالأوصاف ليست حيثية

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

تقييدية بالنسبة إلى الثمن، ولكنها حيثية تعليلية، فيتبدل الثمن - نزولاً وارتفاعاً - بسبب تبدلها، فكيف لا يكون للغابن سهم من هذه المالية المرتفعة بسبب ما اكتسبته العين من الامتزاج بماله؟

وأما ما أفيد في الشركة المالية، فيرد عليه: أن خروج قسم من المال عن ملك المالك - كدخوله في ملكه أو ملك غيره - على خلاف الأصل، ومالية المال التي هي أمر اعتباري مختصة بمالك المال، فخروج قسم منها عن ملكيته، ودخولها إلى ملك الغير على خلاف الأصل، يحتاج إلى دليل.

مقتضى التحقيق في الصورة الأولى

فالتحقيق أن يقال: بأن التلف قد حصل بالامتزاج والاستهلاك لا محالة، وبما أن المغبون أعمل خياره وفسخ المعاملة الغبنية، وصادف انعدام ماله في الخارج عرفاً وإن لم ينعدم واقعاً وعقلاً، فمقتضى قاعدة التلف أن يرجع إلى البدل، قيمة أو مثلاً؛ لعدم تخلّف الحكم عن موضوعه؛ فإن يده يد ضمان معاوضي؛ بحكم (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، ومعنى الضمان المعاوضي أنه متى ما فسخ العقد ردّ العوض إن وجد، وإن لم يوجد ردّ بدله، ومع الرجوع إلى البدل لا يتصور أن يكون للمغبون سهم في العين، كما لا يمكن أن يكون له حقان، حق بالانتقال إلى البدل، وحق في مالية الزيت المرتفعة، فلا فرق بين الصورتين في الانتقال إلى البدل، صورة اكتساب المال خصوصية

توجب ارتفاع ماليتها، وصورة عدم اكتسابها.

وأما الشركة في المالية، فهي في غير المقام؛ فإن المستند فيها السيرة العقلائية، وهي قامت في صورة بقاء العين غير تالفة، ولكنها اتصفت بصفة أوجبت زيادة قيمتها، كما في بيع العبد غير المتعلم، ثم صار كاتباً أو صانعاً أو طبيباً؛ فإن الأوصاف لا تقابل بالمال كي يكون شريكاً له في العين، ولا يمكن إغفال جانب الاتصاف بالصفة؛ فإنها أوجبت زيادة قيمته لا محالة، ولا يعقل القول بإعطائه الأجرة؛ لأن الاتصاف إن كان بعمل قام به المالك بنفسه، فهو عمل في ملكه، ولا يأخذ الأجرة على العمل في ملكه.

وإن لم يكن بعمله، بل بعمل العبد نفسه، كأن تعلم الكتابة بدون معرفة سيده، فلم يقم المالك بعمل ليأخذ الأجرة عليه.

فيتعيّن القول بالشركة في المالية.

وأما في ما نحن فيه فالفرض أن المبيع قد استهلك في مال الغابن بالامتزاج فهي بحكم التالف، فلا تتصور الشركة في المالية، فيكون الحق مع ما ذهب إليه الشيخ قدس سره.

الثانية: أن يمتزج به، لا على وجه الاستهلاك، كالعسل الممتزج بالخل، ففيه وجهان:

الأول: أن يكون بحكم التالف، ولم يذكر الشيخ قدس سره وجهاً له[1]،

(١) أشار الشيخ قدس سره إلى الوجه في نسخة ش كما في الهامش حيث قال: (ومن تغيّر

فالظاهر أنه ناظر إلى أن ما انتقل من المغبون هو العسل، وما يراد إرجاعه ليس هو العسل بصورته النوعية، وقوام وجود أيّة حقيقة بصورتها النوعية، فإذا زالت انعدم عرفاً، فيكون بحكم التالف.

إشكال المحقق الإيرواني على الشيخ ودفعه

وأورد عليه المحقق الإيرواني قدس سره: بأن الأحكام العقلية غير قابلة للتخصيص، فكما أن الصورة النوعية للعسل قد انعدمت، فكذلك الخلّ الممتزج معه؛ لتساوي نسبة الامتزاج بينهما، فإن قلت بتلف العسل لذهاب صورته النوعية، فعليك أن تقول بذلك في الخلّ، فيلزم أن يكون المزيج غير مملوك لأحد، وهو باطل بالضرورة[1].

ولكنه غير وارد؛ لأن تغيّر الصورة النوعية لكليهما كان في ملك الغابن، فتحولّت المادة المملوكة للغابن من صورتها النوعية للعسل والخل إلى صورة ثالثة وهي (السكنجبين)، فيملكها من يملك المادة، فلا يلزم من تغيّر صورتهما النوعية إلى ثالثة خروجهما عن ملكه، بخلاف العسل؛ فإنه انتقل من ملك المغبون إلى الغابن بصورة العسلية، فلما فسخ المغبون المعاملة لم تكن الصورة النوعية للعسل - التي بها قوام مال المغبون - موجودة، بل تبدّلت بسبب الامتزاج إلى صورة نوعية أخرى، فكان تالفاً عرفاً وقت الفسخ، فينتقل إلى البدل.

حقيقته..).

(١) حاشية المحقق الإيرواني قدس سره ٢: ٣٨.

الثاني: حصول الشركة بينهما، وقد وجّه بعدّة توجيهات:

مختار الشيخ في الامتزاج لا على وجه الاستهلاك

١ـ ما أفاده الشيخ قدس سره وغايته: حصول الاشتراك قهراً لو كان العسل والخل لمالكين فامتزجا، فيكون المالكان شريكين في الممتزج، فكذلك المقام[١].

وهذا المقدار من الدليل غير تام؛ لكونه قياساً؛ إذ لقائل أن يقول: بأن المالين إذا كانا لمالكين وامتزجا حصلت الشركة القهرية، كما في المقيس عليه، ولكن إذا كان المالان لواحد وامتزجا عنده، فلا معنى لحصول الشركة في ماله، وما نحن فيه كذلك؛ فإن كلا المالين كانا ملكاً للغابن حين الامتزاج، ولم يحصل امتزاج آخر بعد فسخ المعاملة، فجعل المقام كالمقام الآخر قياس لا نقول به.

مختار المحقق الخراساني ومناقشته

٢ـ ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره، من أن مقتضى الفسخ، هو رجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه الأول، فالأجزاء الخلية ترجع ملكاً للآخر - صاحبها الأول -، وبما أنها ممتزجة مع الأجزاء العسلية، وكل واحد منهما لمالك، فيحصل الاشتراك قهراً، كما في صورة الامتزاج بالجنس، مثل ما لو امتزج الزيت بالزيت؛ حيث إن ملاك الشركة فيه موجود في المقام بعينه[٢].

---

(١) التعليل موجود في المكاسب ٥: ١٩٩، الهامش، نقلاً عن نسخة ش.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٩٥ - ١٩٦.

وهو محل إشكال؛ فإن في حالة الامتزاج بالجنس لم تتبدّل الصورة النوعية، وإنما انتفى التمايز بين أجزاء الشخصين، بخلاف المقام؛ لانتفاء الصورة النوعية لكل من العسل والخل، وحدوث صورة نوعية ثالثة، فلا يوجد - فعلاً - عسل ولا خل، فالأجزاء الخلية بما هو خلّ معدومة، وإنما الموجود مادة الخل، وكذلك الحال في العسل، ولا ينبغي الخلط بين العسل والخل وبين مادتهما.

ومن هذا يظهر أن قياس ما نحن فيه على الامتزاج بالجنس مع الفارق؛ فإن المال حينما كان عند المغبون كان عسلاً أو خلاً، وعند الفسخ ليس بخل ولا عسل، فالملاك الموجود في ذلك المقام غير موجود في هذا المقام.

مختار المحقق النائيني ومناقشته

٣_ ما أفاده المحقق النائيني قدس سره وحاصله: أن الخصوصية العينيّة الشخصية لكل من العسل والخلّ - بعد الامتزاج وتبدّل الصورة النوعية - لا يمكن أن يتعلق بها الحكم تكليفاً ولا وضعاً؛ إذ من الواضح أن يتوجه - بعد فسخ المغبون - خطاب تكليفي للغابن بردّ مال المغبون، وخطاب وضعي بالضمان؛ إذ لم تكن يده مجانية حسب الفرض، وبما أن الأجزاء العسلية غير قابلة للردّ، فينتفي موضوع كل من الحكم التكليفي، والوضعي، فيتعلّق الحكم الوضعي بأصل المالية، وضمان المالية على نحوين:

أحدهما: أن يكون مورد الضمان نفس القيمة، بمعنى أن يبيع المال، ثم يقسّم الثمن.

والآخر: الشركة في العين بحسب المالية، بمعنى أنهما يشتركان بنسبة الثمن، فإذا كانت قيمة العسل دينارين، وقيمة الخل ديناراً كانا مشتركين بنسبة الثلث، فلصاحب الخل ثلث الممزوج، والثلثان لصاحب العسل[1].

وفيه: **أولاً**: أن مما لا شك فيه أن مقتضى قانون الفسخ هو رجوع ما خرج عن الملك إليه، وأما الشركة فهي على خلاف الأصل من جهتين، فلا يصار إليها إلا بدليل؛ فإن متعلّق الملكية في مفروض الكلام هو هذا العسل، وهذا الخل، وبمقتضى الشركة التي أفادها المحقق النائيني قدس سره يكون متعلّقها الحصة من الممزوج، فتبدّل متعلّق الملكية يحتاج إلى دليل؛ فإن كل مملوك حادث يحتاج إلى سبب اختياري كالعقد، أو قهري كالإرث، أو مثل الحيازة.

وثانياً: أن ما انتقل من المغبون كان مفرزاً معيّناً، وما سيرجع إليه مشاعاً، وبينهما تباين.

وأما ما أفاده قدس سره من عدم إمكان تعلّق الحكم التكليفي والوضعي بالخصوصية العينية الشخصية، فلا يصلح لأن يكون دليلاً على الشركة؛ لكونه أعم من المدّعى؛ إذ بما أن العين - وقت الفسخ - تالفة، فمقتضى

---

(١) منية الطالب ٣: ١٥٣ - ١٥٤.

قانون الفسخ الانتقال إلى البدل، وأما الانقلاب إلى الشركة فلا دليل عليه.

مختار السيد اليزدي ومناقشته

٤ـ ما أفاده الفقيه النبيه السيد اليزدي قدس سره ضمناً؛ حيث قال: بأن المغبون مخيّر بين أخذ العوض، وبين اختيار الشركة؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، فله المطالبة به، ويكون طريق ذلك الشركة في الثمن، لا في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أن يطالب العوض؛ لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز[1].

وفي كلامه ثلاثة مطالب:

١ـ نفي الشركة في العين؛ لعدم الدليل عليها.

٢ـ إثبات الشركة في الثمن؛ لأن عين ماله موجود في الضمن، وطريق الوصول إليه بالشركة في الثمن.

٣ـ إثبات المطالبة بالعوض؛ لبدل الحيلولة.

ويكون المغبون مخيّراً بين هذين الأمرين - الثاني والثالث - .

٤ـ جواز الشركة في العين مع التراضي.

والتحقيق يقتضي أن تلاحظ هذه النقاط على حدة، فيكون في كلامه جهات من الإشكال:

---

(١) حاشية السيد على المكاسب ٢: ٥٦٣.

الأولى: استدلاله على الشركة في الثمن؛ بكون عين ماله موجوداً في الضمن، غير صحيح بعد الامتزاج وزوال الصورة النوعية؛ فإن الموجود مادة المال، وماهية الأشياء تدور مدار الصور، لا مدار المواد، فالقول بتبدّل الصورة النوعية ووجود عين المال جمع بين الضدين، فإن العين إذا كانت موجودة فالصورة النوعية محفوظة، وإن كانت الصورة متبدلة فالعين غير موجودة، وإنما الموجود مادتها.

الثانية: أن العين إذا كانت موجودة فالأقرب لماله هي الشركة في العين، وهي طريق الوصول إليه، لا الشركة في الثمن، وينبغي حفظ المراتب في المالية.

الثالثة: جعله العوض أحد طرفي التخيير؛ استناداً إلى بدل الحيلولة، غير تام؛ لأن دليل بدل الحيلولة هو الإجماع، والقدر المتيقن منه فيما لو كان ماله موجوداً، ولم يتيسر الوصول إليه مؤقتاً، وفي فرض تبدّل الصورة النوعية لا يمكن الوصول إلى العين الشخصية أبداً، فلا دليل على بدل الحيلولة.

الرابعة: قوله: (ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز)، لا محصّل له؛ لأن الجواز في الشريعة إما حكمي أو وضعي، ولا إشكال في كون المراد به هنا هو الوضعي، بمعنى تحقق الشركة في العين، ومعناه تحوّل الملك المفروز المنحاز لكل واحد منهما إلى ملك مشاع، ولا يخفى عدم كون الرضا أحد أسباب تبدّل الملك بملك، وزوال ملك وحصول آخر؛ فإن أسباب حصول الملكية في الشريعة معيّنة، وليس من بينها الرضا بها.

الخامسة: قال تمثل بالتخيير بين أخذ العوض والشركة في المال، ولا يخفى أن التخيير يحتاج إلى دليل، فإما أن يكون بالدليل الخاص، أو بالدليل العام، أما الدليل الخاص على التخيير في المقام فهو منتفٍ قطعاً؛ فإنه لم يرد إلا في موارد خاصة، كالتخيير بين خصال الكفارة، وليس المقام منها.

وأما الدليل العام فهو منحصر في مقامين:

الأول: مورد التزاحم، وذلك فيما إذا كان المقتضي في كل من الدليلين للحكمين موجوداً، والمانع منه مفقوداً، ولكن لا يمكن الأخذ بكليهما معاً في مقام الامتثال، كما أن الأخذ بأحدهما المعيّن ترجيح بلا مرجح، وأحدهما المردد غير معقول؛ لأن المردد لا ذات له ولا وجود، فلا يكون موضوعاً للحكم، فيحكم العقل بتقييد إطلاق كل من الواجبين بترك الآخر، فالنتيجة التخيير.

الثاني: مورد التعارض؛ وذلك فيما إذا لم يمكن شمول دليل الحجية لكلا الدليلين؛ للتنافي بينهما، ولم يوجد مرجّح لأحدهما، من موافقة الكتاب، ومخالفة العامة، فيحكم بالتخيير.

والحاصل: أنه لا دليل على القول بالتخيير في المقام؛ لانتفاء الدليل الخاص قطعاً، وعدم كون المورد من موارد التعارض أو التزاحم.

الحق في هذه الصورة

والحق الحقيق بالاتباع - بعد اتضاح وهن جميع الوجوه المذكورة

للشركة - هو الانتقال إلى البدل؛ لكونه تالفاً عرفاً؛ وذلك لأن الامتزاج، يكون تارة بين ملكي مالكين، كما لو كان العسل لشخص، والخل إلى آخر، فلا شك في وقوع الشركة القهرية، وأخرى يكون بين جنسين لمالك واحد، فلا تعقل الشركة، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ لأن المالين - بعد المعاملة - صارا في ملك الغابن، وحصل الامتزاج بينهما وهما في ملكه، فلا معنى لحصول الشركة حينئذ، ولما فسخ المغبون لم يحصل امتزاج جديد، ففسخ المغبون وماله حين الفسخ تالف عرفاً؛ لأن الموجود قبل المعاملة غير موجود فعلاً، فتنطبق عليه قاعدة الفسخ، من رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه السابق إن وجد، وإن كان تالفاً انتقل إلى بدله.

الصورة الثانية: امتزاج المبيع بجنسه

كما لو امتزجت حنطة المغبون بحنطة الغابن، وله ثلاث صور:

الأولى: أن يمتزج المبيع بالمساوي من حيث الجودة والردائة، وحكم الشيخ قدس سره بثبوت الشركة، ولم يقم على ذلك دليلاً[1].

في امتزاج المالين إذا كانا لمالكين

ولا يخفى أن المالين تارة يكونان لمالكين، وأخرى لمالك واحد، فإذا كانا لمالكين، وكانا متساويين في الجودة والردائة فامتزجا، حصلت الشركة القهرية بينهما على المشهور، ولكن ينبغي تنقيح الأصل في المسألة أولاً، فنقول:

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، فالأصل يقتضي بقاء كل من المالين على ملك مالكهما؛ وليس في الامتزاج سببية عقلية، ولا شرعية على الخروج عن ملك مالكه.

وإن قلنا بمقالة الفاضل النراقي قدس سره، من عدم جريان الاستصحاب فيها، فالأمر مشكل؛ لأن استصحاب المجعول - وهو بقاء الملكية بعد تحقق الامتزاج - معارض باستصحاب عدم جعل الملكية له بعد الامتزاج، فلا يجري[1].

فليس في المقام ما يمكن الاستناد إليه إلا ما يدّعى من الإجماع، وهو ثابت عند القوم، إلا أنه لا معقد له؛ لكي يتمسك بإطلاقه لو شك في سعته وضيقه، فيقتصر فيه - على فرض ثبوته - على القدر المتيقن، وهو ما لو حصل الامتزاج بين المتجانسين.

ولكن يرد عليه: أولاً: أنه لم يثبت الإجماع المحصّل، والمنقول غير مقبول.

وثانياً: أنه - على فرض ثبوته - لا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام،

---

(١) إن قيل: هل جعل الملكية من قبيل جعل الحكم تدريجي الحصول، بحيث يكون لك آن ملكية؟

فالجواب: أن تعارض استصحاب بقاء المجعول وعدم الجعل ليس مختصاً بالأحكام التدريجية كما يظهر بمراجعة كلام النراقي والمحقق السيد الخوئي قدس سرهما.

ولا عن دليل معتبر؛ لكونه مدركياً أو محتمل المدرك؛ فإن عدّة من الأعاظم ممن قال بالشركة قد استند إلى السيرة العقلائية، فنحن والسيرة.

وإذا انتهى الأمر إلى السيرة، فلا تكون حجة إلا إذا تحقق فيها أمران:

الأول: أن يحرز قيامها بين العقلاء، بحيث يرون حصول الشركة العينية بنحو الإشاعة بمجرد امتزاج المالين، ومع احتمال أنهم يرون بيعها وتقسيم القيمة، أو تردّد الأمر بين هذين الأمرين لا تثبت السيرة.

الثاني: أن يحرز اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام، وتمضى من قبله ولو بعدم الردع، مع كونها بمرأى ومسمع منه.

وفي إحراز ذلك - وإن كان ليس ببعيد - تأمل ونظر، كما أن كون الشركة في العين من جملة المرتكزات العقلائية في غاية الإشكال.

وتوضيح ذلك: أن سيرة العقلاء على نحوين، ما يكون بحدّ الارتكازات العقلائية، التي هي عبارة عن الأمور المفطور عليها العقلاء بما هم عقلاء، كاستنادهم إلى إخبار الثقة؛ فإنهم يرتبون الأثر عليه، ويعملون على طبقه بمجرد إخباره من دون توقف.

وفي مثل هذا لا يحتاج إلى بيان إحراز الاتصال بزمان المعصوم عليه السلام لكي نحرز الإمضاء؛ لأنها متصلة و ثابتة حتى في زمان المعصوم عليه السلام فهي ممضاة، ولكن ليست سيرتهم المدعاة على الشركة في العين في ما نحن فيه من هذا القبيل، كما يشهد له اختلافهم في دليل الشركة؛ إذ عدّة استندوا إلى الإجماع، وآخرون إلى السيرة، واختلافهم في الشركة نفسها؛ إذ لا معنى للاختلاف مع كونها من الأمور الارتكازية، فمتى ما عرض

الأمر على العقلاء، فتوقفوا فيه ولو آناً ما، ثم اختاروه بدليل أو برهان علمنا أنه ليس من جملة المرتكزات، ففيما نحن فيه مثلاً يستدل العقلاء ببرهان السبر والتقسيم على الشركة؛ حيث يقولون مثلاً: إن هذا المال الممتزج بعضه ملك لأحدهما، ولا يمكن إفراز ملكه ليترتب عليه آثار الملكية، فلا بد أن يكونا مشتركين في كل المال[1].

والقسم الثاني هو الذي لم يصل إلى هذا الحدّ، فإن ثبتت السيرة اشترط فيها إحراز الاتصال، والإمضاء ولو بعدم الردع، ولم يثبت.

فمحصل البحث: أن مقتضى الأصل العملي بقاء العين على ملك مالكها، فإن ثبت الإجماع، أو السيرة العقلائية على الشركة في العين رفعنا اليد عن الأصل، وإلا فلا، ولم يثبتا، فالحق أن الشركة في المالية بنسبة ما لهما من العين.

هذا إذكان المالان متساويين في الجودة والردائة، وأما لو اختلفا، فالسيرة قائمة على الشركة في العين بنسبة مالية المالين، بمعنى أنه لو امتزج كيلو حنطة من الجيد، بكيلوين حنطة رديئة، لم يبنَ على التثليث، فيقسم أثلاثاً، بل تلاحظ القيمة، ويشتركان في العين بنسبة قيمة المالين.

---

(١) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله : بأن الاختلاف وقع في خبر الثقة أيضاً، فخالف في حجيته ابن ادريس، فكيف يكون من المرتكزات العقلائية؟
فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن ابن ادريس لم ينكر سيرة العقلاء على ذلك، وإنما ادّعى ردعها من قبل الشارع.

ومع قيام هذه السيرة وثبوتها لا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية كل مال على ملك مالكه كما هو ظاهر، والاحتياط في الصلح.

وكيف كان فالمسألة لا تخلو من إشكال، كما ذكرنا وجوهه فيها، ولهذا تجد الاضطراب في كلمات أعيان الفن، فالسيد الفقيه اليزدي قدس سره استظهر إجماعهم على الشركة في العين، واستشكل فيه، واختار الشركة في الثمن؛ لأنه الطريق إلى التوصّل إلى الملك، ثم قال: لو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، ثم استشكل فيه من جهة أن الإعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله من إعطاء العوض؛ حيث إنه مشتمل على ماله وغيره، هذا ما أفاده في الحاشية[1].

وأما في العروة فاختار الشركة الظاهرية في العين[2]، التي هي محل

---

(١) حاشية السيد اليزدي قدس سره على المكاسب ٢: ٥٦٤.

(٢) قال قدس سره في العروة ٥: ٢٧٣، ط. مؤسسة النشر الإسلامي:

(في أحكام الشركة: وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا وهي:

إما واقعية قهرية كما في المال أو الحق الموروث.

وإما واقعية اختيارية من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفرا بئراً، أو اغترفا ماء، أو اقتلعا شجراً.

وإما ظاهرية قهرية، كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل

إشكال ومناقشة، بل غير معقولة؛ لأن موضوع الحكم الظاهري الشك في الواقع، فإذا أحرز بحسب الواقع عدم الشركة، فلا يعقل الحكم بالشركة الظاهرية.

والمحقق السيد الخوئي تدّس ذهب في مصباح الفقاهة إلى تحقق الشركة في العين[1]، وفي المستند جزم بعدم تحقق الشركة في صورة امتزاج دراهم بدراهم، ولم يستبعد ذلك في امتزاج الحنطة بالحنطة[2]،

بالدبس.

وإما ظاهرية اختيارية كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله).

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٦١.

(٢) قال في المستند ٣١: ١٨٢:

(إذن فالصحيح أن يقال: إن الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئاً واحداً عرفاً وأمراً ثالثاً مغايراً للموجودين السابقين، كما في مزج السكر بالخل؛ حيث يوجب ذلك انعدامهما معاً وتولد شيء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجبين، ففيه تكون الشركة شركة واقعية حقيقة؛ فإن الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالين فيكون ملكاً لهما معاً؛ إذ لا موجب لاختصاص أحدهما به.

وهذا الكلام يجري في كل مزيج يعدّ موجوداً واحداً لدى العرف فإنه يكون مشتركاً واقعاً.

ولا ينافي ذلك أنه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصاً بمالكه الأول؛ إذ الشركة الواقعية في المقام مشروطة ببقاء الامتزاج وكونه موجوداً واحداً بنظر العرف، فإذا امتازا انفسخت الشركة لا محالة.

فيبقى المال على ملك مالكه، وفي المنهاج قال بتحقق الشركة[1].

في امتزاج المالين إذا كانا لمالك واحد

وأما إذا كان المالان لمالك واحد، كما في ما نحن فيه؛ حيث إن المالين كليهما للغابن حين الامتزاج، بمعنى أن حنطة المغبون صارت ملكاً للغابن وقد امتزجت مع حنطة أخرى له، فلا وجه صحيحاً للشركة؛

وأما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عبارة عن موجودات متعددة غير قابلة للتمييز خارجاً، كما في مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركة أصلاً، فإن كل درهم موجود مستقل عن الآخر ومحفوظ في الواقع.

ولا يبعد أن يكون مزج الحنطة بالحنطة والحنطة بالشعير من هذا القبيل؛ حيث تكون كل حبة من الخليط مملوكة لصاحبها، ولا موجب للقول بالشركة، بعد أن لم يكن العرف يراه موجوداً واحداً في قبال الموجودين السابقين.

نعم، في دقيقهما لا يبعد حكم العرف بوحدة الموجود بالفعل.

والحاصل، ففي فرض عدم اعتبار العرف للموجود الخارجي بالفعل موجوداً واحداً يبقى كل من المالين على ملك مالكه، وحينئذٍ فلا بدّ من مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهري أو القرعة على ما سيأتي).

(١) قال في منهاج الصالحين، باب المعاملات، المسألة ٥٥١:

(تتحقق الشركة في المال باستحقاق شخصين فما زاد مالاً واحداً عيناً كان أو ديناً بإرث أو وصية أو بفعلهما معاً كما إذا حفرا بئراً، أو اصطادا صيداً، أو اقتلعا شجرة أو نحو ذلك من الأسباب الاختيارية وغيرها.

وقد تكون بمزج المالين على نحو يرتفع الامتياز بينهما مع الاتحاد في الجنس، كمزج الحنطة بالحنطة والماء بالماء، واختلافه كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، ودهن اللوز بدهن الجوز).

إذ لا معنى لحصول الشركة وقت الامتزاج؛ لكونهما ملكين لمالك واحد حينئذٍ، ولا تتعقل الشركة في مالي رجل واحد.

نعم، ربما تصحّح الشركة، بدعوى رجوع حصة المغبون إلى ملكه آناً ما قبل الفسخ، فيحصل الفسخ والحنطة لهما، لا لخصوص الغابن، فتحصل الشركة القهرية بين المالين، فيكون بحكم مال المالكين.

ولكنه غير قابل للقبول؛ لأن الملكية الآنية أمر على خلاف ما عليه سيرة العقلاء في معاملاتهم، فلا يصار إليه إلا بدليل تعبّدي، كما في المعاطاة؛ حيث إن الجمع بين الأدلة اقتضى القول بالملكية آناً ما؛ إذ الجمع بين القول بعدم إفادة المعاطاة إلا الإباحة من جهة، وبين قيام الإجماع القطعي على صحة التصرّفات الاعتبارية للمشتري في ما أخذه من جهة ثانية، وبين « لا بيع إلا في ملك » من جهة ثالثة، هو القول بالملكية الآنية، فيقال بانتقال المأخوذ إلى ملك الآخذ آناً ما قبل بيعه له، ثم يبيعه.

وكما في سهم الإمام عليه السلام على ما هو التحقيق؛ فإنه ملك للإمام عليه السلام، وإنما يجوز للفقيه صرفه فيما يرضى الإمام عليه السلام، ونتيجة ذلك جواز إعطائه إلى من يستحق السهم، مما يحرز رضا الإمام عليه السلام في إعطائه إياه، ومقدار ما دلّ عليه الدليل: أنه له على نحو الإباحة في التصرف، ولكن بما أنه سيضطر جزماً إلى الشراء به، لقضاء حاجاته، فيقال جمعاً بين الأدلة بتملّكه له آناً ما ثم يشتري به.

ولا يوجد مثل هذا الدليل في المقام، فلا وجه للملكية الآنية.

وحاصل البحث: أن المالين إذا كانا من جنس واحد، سواء أكانا متساويين في الجودة والردائة، أم مختلفين، فالقاعدة تقتضي الانتقال إلى البدل؛ لأن الامتزاج قد تمّ حال كونهما في ملك الغابن، ولا مورد للشركة حينئذٍ، فلما فسخ البيع كان مقتضى قاعدة الفسخ أن يردّ مال المغبون بعينه، لا على نحو الإشاعة؛ إذ لا دليل عليها، ولمّا لم يمكن ذلك؛ لحصول الامتزاج عند الغابن، انتقل إلى بدله.

وبعبارة أخرى: إن قانون الفسخ أن ترجع الملكية التي كانت بين المالك والمملوك إلى سابق وضعها، لا بمعنى أن ترجع الملكية بشخصها، بل بسنخها، وبما أن المملوك الذي انتقل عنه كان مفروزاً، وملكيته لم يكن أحد يشاركه فيها، فلا بدّ أن يعودا كذلك، ورجوعهما مشاعاً نقض لقانون الفسخ.

فالنتيجة: أن مقتضى الفسخ عود ما انتقل عنه إليه، فإن لم يوجد انتقل إلى بدله، قيمة أو مثلاً.

ثم إنه إذا قلنا بالشركة في العين على حسب المالية حين امتزاج الحنطة الردئية بالجيدة، فقهراً يكون سهم صاحب الجيدة أكثر من سهم صاحب الرديئة، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديئ كان المجموع بينهما أثلاثاً.

دعوى الشيخ الطوسي الربا على القول بالشركة في العين حسب المالية وردها

ولكن ردّه الشيخ الطوسي قدس سره - في مسألة رجوع البائع على المفلّس

بعين ماله - بأنه يستلزم الربا[1]؛ وذلك لأن ما أخذه من بعد الامتزاج أكثر

---

(١) المبسوط ٢: ٢٢٥ - ٢٢٦، ولا بأس بذكر ما قاله الشيخ رحمه الله بطوله لفائدته قال رحمه الله:

(وإن كان الزيت الذي اختلط به أجود من زيته، فهل يسقط حقه من عينه أم لا؟

قيل: فيه: وجهان:

أحدهما: أنه يسقط حقه وهو الصحيح. والثاني: لا يسقط.

ووجه الأول أن عين زيته تالفة؛ لأنها ليست بموجودة من طريق المشاهدة، ولا من طريق الحكم؛ لأنه ليس له أن يطالبه بقسمته، وإذا لم يكن موجوداً من الوجهين كان ذلك بمنزلة التالف، ولا حقّ له في العين ويضرب بدينه مع الغرماء.

ومن قال بالقول الثاني قال: يباع الزيتان معاً، ويؤخذ ثمنه فيقسم بينهما على قدر قيمة الزيتين.

وقيل: إنه لا يباع الزيت، لكن يدفع إلى البايع الذي زيته دون زيت المفلّس من جملة الزيت بقدر ما يخصّه، مثل أن يكون للبايع جرّة تساوي دينارين، واختلطت بجرّة للمفلّس تساوي أربعة دنانير، فإن جملة الزيت تساوي ستة دنانير، فيكون قيمة جرّة البايع ثلث قيمة جميع الزيت، فيدفع إليه ثلث جميع الزيت، وهو ثلثا جرّة.

وهذا غلط؛ لأنه يقال لهذا القائل - إذا أعطيته ثلثي جرة - فلا يخلو أن يدفعه بدلاً [عوضاً خ ل] عن جرّته، أو يدفع بدلاً عن ثلثي جرّته، ويسأله أن يترك الثلث الباقي، فإن دفعت الثلثين بدلاً عن الجرّة، فهذا محض الربا، فلا يجوز، وإن دفعته إليه بدلاً عن ثلثي الجرّة، وسألته ترك ما بقي، فله ألا يجيبك لأنه لا تلزمه الهبة والتبرّع).

من ما سلّمه قبله.

وعلّق عليه الشيخ الأنصاري رحمه الله بقوله: (وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة)[1].

وتوضيح ذلك: أن الالتزام بالربا في المقام، بناء على الشركة في العين يبتني على أمرين:

الأول: أن يستفاد من أدلة حرمة الربا عموم حرمته لكل المعاوضات، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بجريان الربا حتى في المعاوضات القهرية، ولا يختص بالمعاوضات الاختيارية.

وفي كل منهما بحث، ولو فرض أن أدلة حرمة الربا لا تختص بالبيع، بل تشمل كل معاوضة، فلا شكّ أنها تختص بالمعاوضات الاختيارية، ولا تشمل القهرية كما في ما نحن فيه.

ولو سلّم شمولها لكل معاوضة لم يسلّم صدق المعاوضة على الشركة القهرية؛ لعدم حصول المقابلة والمبادلة في الشركة في العين الحاصلة بالامتزاج، بحيث يصدق عليه أنه بدّل ماله القليل بمال أكثر؛ ليصدق عنوان المعاوضة؛ فإن ما حصل فيها هو انعدام الملكية السابقة واستحداث ملكية جديدة.

والحاصل: أن ما حسّنه الشيخ قدس سره من صدق الربا على المالين

---

(١) المكاسب ٥: ١٩٩.

الممتزجين، إذا كانا من جنس واحد، وتوفرت سائر شرائط الربا من المكيل والموزون، يتوقف على الالتزام بأمور ثلاثة:

الأول: أن يلتزم بشمول أدلة حرمة الربا لكل معاوضة، لا خصوص البيع.

الثاني: أن يلتزم بشمول أدلته للمعاوضات الاختيارية والقهرية.

الثالث: أن يلتزم بأن الشركة القهرية بالامتزاج فرد من المعاوضات.

ولا أقل من إجمال دليل حرمة الربا، ومقتضى القاعدة في المجمل المردّد بين الأقل والأكثر، الاقتصار على الأقل، وهو غير الشركة القهرية في العين، فينتفي إشكال الربا فيها[1].

---

(١) نقل أحد حضار مجلس الدرس قول السيد اليزدي قدس سره - في تعليقه على قول الشيخ رحمه الله: (وفي استحقاقه لأرش النقص..) المكاسب ٥: ١٩٩ -: ثم لا يخفى أن إشكال الربا الآتي في الفرض الآتي آتٍ في هذا الفرض أيضاً، بناء على الشركة في العين مع الأرش، أو فيها على حسب القيمة. حاشية السيد ٢: ٥٦٥.

فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله:

أولاً: بالنقض بخيار العيب إذا بلغ الأمر إلى الأرش؛ فإن خيار العيب يأتي في جميع المعاملات بضرورة الفقه، فربما تبقى العين مع الأرش، فإذا كان مورد المعاملة مكيلاً أو موزوناً كان عليه أن يلتزم بتخصيص دليل الرش لدليل الربا، ولا يلتزم به فقيه.

وثانياً: بالحل بأن الأرش عبارة عن جبران النقص الحاصل من العيب، وجبران النقص لا يعتبر معاوضة ولا مبادلة.

مسألة: في حكم تلف العوضين مع الغبن

أفاد الشيخ قدس سره: بأن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون، والتلف، إما بآفة، أو بإتلاف أحدهما، أو بإتلاف الأجنبي، فالصور ثمان؛ إذ يتصور التلف عند أي منهما على أربع صور، فالمتصور في تلف ما وصل إلى المغبون:

١ـ أن يكون التلف بآفة سماوية.

٢ـ أن يكون التلف بإتلاف الغابن.

٣ـ أن يكون التلف بإتلاف المغبون.

٤ـ أن يكون التلف بإتلاف الأجنبي.

وهكذا بالنسبة إلى ما وصل إلى الغابن.

في حكم تلف ما عند المغبون

أما بالنسبة إلى تلف ما عند المغبون فأفاد الشيخ قدس سره:

بأنه إن كان بآفة أو من المغبون، فعلى مبنى من قال بسقوط الخيار في حال انتقال المبيع عن الملك بعقد لازم، فهو يقول هنا بالسقوط بطريق أولى؛ لأنه إن قال بسقوطه في التلف الحكمي، فهو يقول بسقوطه في التلف الحقيقي بالأولوية القطعية.

لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن ما نحن فيه، وتوضيح ذلك:

أن الخيار لو كان هو حق ردّ العين، لسقط الخيار في التلف الحكمي والحقيقي، ولكن التحقيق أنه حق فسخ العقد، فمتعلّقه العقد، وهو باقٍ حتى بعد التلف الحقيقي، فضلاً عن الحكمي، فيبقى الحق المتعلِّق به.

وعليه، فإذا فسخ المغبون العقد، فبالنسبة إلى ما عند الغابن، إن كان موجوداً ردّه المغبون إلى ملكه، وإن كان تالفاً أخذ بدله.

وأما ما عند المغبون، فالفرض أنه تالف، فينتقل الضمان الى البدل، مثلاً أو قيمة، حسب قاعدة التلف، ولكن الكلام في قيمة ما يغرمه، هل هي قيمة يوم التلف؟ أو يوم الفسخ؟ وذلك مع اختلاف القيمة بين الزمانين، كأن حصل التلف قبل الفسخ بأيام وقد ارتفعت القيمة.

ومقدار ما أفاده الشيخ رحمه الله ذكر الوجهين على نحو الترديد، ولم يبيّن الوجه فيهما، فنقول:

أما وجه اعتبار يوم الفسخ؛ فلأن مال المغبون - ما دام لم يفسخ - هو الذي تلف، فلما فسخ انتقل ما عنده إلى الغابن، وانتقل ما عند الغابن إليه، فلو كان موجوداً أخذه، ولما لم يكن موجوداً انتقل إلى بدله في ذلك الحين، فيكون يوم الفسخ هو يوم الانتقال إلى القيمة.

وأما وجه اعتبار يوم التلف؛ فلأن التالف يخرج من ملك مالكه يوم التلف، فإذا فسخ كان يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة.

وإن كان التلف بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتلِف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل؛ -إذ هو ملكه حين التلف، فمن حقه الرجوع إليه- ثم ظهر الغبن، ففسخ ردّ على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ.

والوجه فيه: أن الضمان بالنسبة إلى الأجنبي يكون في زمان الإتلاف؛ « فإن من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فإذا فسخ المغبون كان البدل بدل ما أتلفه الأحنبي، فإن لم يأخذه المغبون رجع الغابن إلى الأجنبي، وإن أخذه رجع الغابن إليه.

وإن كان بإتلاف الغابن ففيه ثلاث صور:

١ـ أن لا يفسخ المغبون فيأخذ البدل من الغابن؛ لأن « من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فعلى الغابن أن يخرج من عهدة البدل، إن كان قيمياً فبالقيمة، وإن كان مثلياً فبالمثل.

٢ـ أن يفسخ المغبون من دون إبراء الغابن، فيأخذ منه الثمن، وليس على المغبون شيء؛ لأن الغابن قد أتلف ما وجب عليه ردّه.

٣ـ أن يفسخ المغبون، ولكن كان إتلافه قبل ظهور الغبن، وأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغبن ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة إلى الغابن؛ لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض؛ لأن إبراء الذمة بمنزلة وصول التالف إليه.

في حكم تلف ما عند الغابن

وأما إذا تلف ما عند الغابن، فالصور أربع أيضاً:

فإن كان التلف بآفة، أو بإتلاف الغابن، ففسخ المغبون أخذ البدل، وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ؛ إذ النسبة بينهما عموم وخصوص من وجه، قولان، ظاهر الأكثر الأول.

ولكن ما ذهبوا إليه في المقام ينافي ما ذهب إليه عدّة منهم - في مسألة ما لو اشترى عيناً بعين، فقبض أحدهما دون الآخر، فباع القابض ما قبضه، ثم تلف غير المقبوض في يده - من القول بانفساخ البيع الأول بتلف متعلّقه قبل القبض؛ بمقتضى قاعدة: (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، بخلاف البيع الثاني؛ فإنه وقع صحيحاً، فلا ينفسخ؛ لوقوعه في ملكه، فتشمله: ﴿ أحل الله البيع ﴾[1]، ويغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض.

وهذا ظاهر، بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، والفرق بين المسألتين مشكل، فإذا بني في تلك المسألة على إعطاء قيمة يوم الانفساخ، فيبنى في ما نحن فيه على قيمة يوم الفسخ[2].

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) يمكن أن يقال بأن فرض تلك المسألة وحدة يومي التلف والانفساخ؛ لأن البيع الأول انفسخ بتلف متعلقه، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن النسبة بينهما عموم من وجه.

فيجاب: بأن فرض ما قاله في الدروس، والمسالك، ومحكي حاشية الشرائع، وصاحب الحدائق، وبعض آخر: تلف غير المقبوض، وزمانه - أي زمان الانفساخ - قد يختلف مع زمان تلف ما أخذه، مثلاً لو باع زيد كتابه بقلم عمرو، ثم أخذ زيد القلم ولم

وإن كان بإتلاف الأجنبي، وفسخ المغبون المعاملة، ففي رجوع المغبون إلى الأجنبي أو إلى الغابن احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يرجع بعد الفسخ إلى الغابن، والوجه فيه أمران:

١ـ أنه الذي يردُّ إليه العوض؛ بمقتضى قانون الفسخ من رجوع المال المنتقل إلى من انتقل عنه، فيؤخذ منه المعوَّض أو بدله.

٢ـ أنه ملك القيمة على المتلِف؛ لحصول التلف وهو في ملكه، فهو الذي يطالب الأجنبي؛ لأنه ماله، فلا وجه لرجوع المغبون إلى المتلِف.

الثاني: أن يرجع إلى الأجنبي المتلِف؛ لأن المال في ضمانه، فلما فسخ المغبون كان له - بمقتضى قانون الفسخ - أن يأخذ العين إن وجدت أينما كانت، وإن لم توجد فيأخذ بدلها، فما لم يدفع الأجنبي العوض فنفس المال في عهدته.

ويشهد لكون المال في عهدته ما صرّح به في الشرائع من جواز المصالحة على ذلك المتلَف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا[1].

وما صرّح به العلامة رحمه الله من أنه لو صالحه على نفس المتلَف بأقلّ

يأخذ عمرو الكتاب، فباع زيد القلم إلى شخص آخر، وتلف الكتاب عنده، فهذا التلف يوجب انفساخ البيع الأول، فلا بدّ من رجوع القلم إلى عمرو، مع أنه قد باعه، فيغرم قيمته - أي قيمة القلم الذي بحكم التلف لبيعه إلى آخر- يوم تلف غير المقبوض، أي يوم الانفساخ، وهو قد لايكون متحداً مع زمان بيع القلم.

(١) راجع الشرائع ٢: ١٢٢.

من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقلّ لزم الربا، بناء على جريانه في الصلح[1].

فإن هذا شاهد على أن العين في عهدة المتلِف، فلم يكن الصلح بالأقل من الربا.

الثالث: التخيير بين الرجوع إلى الغابن والرجوع إلى الأجنبي؛ أمّا الغابن؛ فلأنه ملك البدل، وأما المتلِف؛ فلأن المال المتلَف في عهدته قبل أداء القيمة.

وإن كان بإتلاف المغبون، فالمستفاد من كلام الشيخ قدس سره ثلاث صور:

الأولى: أن لا يفسخ المغبون المعاملة، فيغرم بدل ما أتلفه عند الغابن؛ لأن « من أتلف مال غيره فهو له ضامن ».

الثانية: أن يفسخ المعاملة، ولم يبرئ الغابن ذمة المغبون، فيأخذ الغابن ماله من المغبون.

الثالثة: أن يفسخ المعاملة، ولكن أبرأه الغابن من بدل المتلَف قبل الفسخ، فظهر الغبن ففسخ، ردّ المغبون الثمن، وأخذ قيمة المتلف؛ لأن المبرأ منه كالمقبوض.

هذا حكم جميع الصور التي أفادها الشيخ قدس سره وبيّناها بطولها

---

(١) راجع التحرير ١: ٢٢٩ - ٢٣٠.

وأوضحنا الأحكام فيها بوجوهها[١].

ولا يخفى عدم الثمرة في التقسيم؛ لأن الحكم واحد في الصورتين، فحكم إتلاف الأجنبي واحد، سواء أكان التالف ما عند الغابن أم كان عند المغبون، وكذا بالنسبة إلى إتلاف أحدهما، أو إذا كان بآفة.

التحقيق في المقام

وفي هذه المسألة مواقع للنظر:

عدم ضمان المغبون لو تلف عنده بلا تفريط

الأول: أن الفقهاء قالوا: بأن المال التالف مضمون بضمان اليد، سواء أكان التلف قبل الفسخ أم بعده، وعليه فمقتضى « على اليد ما أخذت »، والسيرة، الغرامة بالقيمة أو المثل.

وفي إطلاق هذا الكلام تأمل؛ أما بناء على أن المستند حديث: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »[٢]:

فأولاً: لا يخفى أن المراد من اليد هي اليد العدوانية، فتكون ضامنة مطلقاً، سواء أكان التلف بالاختيار أم بآفة.

واليد في ما نحن فيه ليست عدوانية، وإن لم تكن مجانية؛ إذ وقعت يد الغابن أو المغبون على المال بواسطة المعاملة، فكانت يد كل واحد منهما على ما في يده، يد المالك على ملكه، بلا تعدٍ ولا تجاوز، فإذا

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠٠ - ٢٠٢.

(٢) مستدرك الوسائل، الباب الثاني من كتاب الوديعة، الحديث١٢.

انكشف الغبن وفسخ المغبون، كان من ذلك الحين مالاً للغير، ولم يجز له التصرف فيه، بل عليه حفظه وإيصاله إلى مالكه، فإذا تلف بدون تعدٍ ولا تفريط، بل بآفة سماوية لم يكن ضامناً؛ لعدم كون يده عادية.

وثانياً: إن حديث « على اليد..» غير ناظر إلى مورد التلف أصلاً، بل حدّ دلالته ما دامت العين موجودة؛ إذ بعد التلف يكون « ما أخذت حتى تؤدي » سالبة بانتفاء الموضوع، فلا مجال للتمسك به.

وتوضيح ذلك: أن المغيّى في الحديث: « على اليد ما أخذت »، والغاية: « حتى تؤدي »، فإذا كنا وهذا الحديث فقط، فمدلوله أن اليد التي استولت على مال الغير، يكون المال في عهدتها إلى أن تؤديه، فأقصى ما تدلّ عليه من وجوب الأداء ما دامت العين موجودة، وأما بعد تلفها، فالأداء منتف بانتفاء موضوعه، فلا محيص من الرجوع إلى أدلة أخرى لإثبات ضمان التالف.

نعم، لو كان المدلول حتى تؤدي عينه أو بدله، كما قيل به، لكان ناظراً إلى مورد التلف، ولكنه تصرّف بلا قرينة، فلا نقبله.

وأما في مورد الغصب، فقد قامت القرائن الخارجية على ضمانه، من الإجماع والسيرة العقلائية، وفحوى ﴿ إن الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[1]، وأما لو خلينا وهذا الحديث لكان قاصراً عن مورد التلف.

---

(١) النساء: ٦٢.

وأما بناء على كون المستند سيرة العقلاء، فلم تثبت سيرتهم على الضمان في مثل ما نحن فيه، ويظهر جلياً ما ندّعيه في ما لو فرض أن الغابن كان يعلم بالغبن، ولم يكن المغبون عالماً بذلك، بل كان مخدوعاً، فأخذ المال وذهب به إلى بلده المختلف عن بلد الغابن، ثم علم بالغبن؛ فإن حدّ ما قامت عليه السيرة أن له حقّ الفسخ، وأن يردّ المتاع إلى مالكه، وليس له التصرّف فيه، ولم تقم على ضمانه لو تلف بلا تعدٍ ولا تفريط، بل بآفة سماوية[1].

ولا أقل من الشك في ثبوتها، وبما أنها دليل لبي، فلا بدّ من إحرازها صغروياً، وبمجرد الشك في قيامها يكفي لعدم نهوضها.

ولو سلّم ثبوتها صغروياً لم يثبت إمضاؤها كبروياً؛ ويشترط في

---

(١) قال الشيخ الأستاذ دام ظله في جواب على سؤال: إنهم عاملوا اليد حتى في صورة التلف السماوي معاملة اليد العدوانية، واعتبروا يده كيد الغاصب، استناداً إلى الحديث والسيرة، وهو غير صحيح، فراجعوا مصباح الفقاهة.

قال في المصباح ٦: ٣٩٤: (أما المسألة الأولى فقد يكون التلف بعد الفسخ، وقد يكون قبل الفسخ، أما الأول فلا شبهة في كونه موجباً للضمان؛ فإنه بعد الفسخ يكون المال مال الغير، فيكون حكمه حكم الغصب، فيكون ضمانه على الفاسخ؛ فإن يده بعد الفسخ يد ضمان، فلا بدّ من الخروج عن عهدته لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ولو كان ذلك بالسيرة، سواء كان التلف غير مستند إلى شخص، أي شخص كان، أو مستند إليه).

السيرة العقلائية - بعد إحراز ثبوتها - أن يثبت إمضاؤها من قبل الشارع، ولو بعدم الردع مع كونها بمرأى ومسمع منه، ولم يثبت الإمضاء؛ لأن الشارع يرى (أن المغرور يرجع على من غرّه)[1]، كما هو كذلك عند العقلاء، فبما أنا نرى وقوفه إلى جانب المغرور، فكيف نحرز إمضاء السيرة القائمة على ضمان المغبون فيما لو خُدع ففسخ، ثم تلف المال في يده بلا تعدٍ ولا تفريط؟

في تحديد وقت احتساب القيمة

الثاني: إذا كانت اليد يد ضمان، فبأي قيمة تراعى بالنسبة إلى القيميات؟ هل قيمة يوم التلف، أو يوم الفسخ، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم؟ وجوه.

أما بالنسبة إلى الغصب فالأقوال فيه خمسة:

١ـ قيمة يوم الغصب.

٢ـ قيمة يوم التلف.

---

(١) هذه قاعدة متصيدة، وليست برواية، وإن اعتبرها بعض الفقهاء رواية مرسلة، إلا أنها غير موجودة في كتب الحديث، ولعل منشأها أو أحد أدلتها ما أخرجه في الوسائل، الباب الثاني من أبواب العيوب والتدليس، الحديث٢ : عن رفاعة بن موسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - إلى أن قال : - وسألته عن البرصاء؟ فقال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلّسها...».

٣ـ قيمة يوم الأداء.

٤ـ أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

٥ـ أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأداء.

ولا يخفى عدم صحة قياس ما نحن فيه على باب الغصب؛ لأن اختلاف القيمة السوقية، المعبّر عنه بالزيادة الحكمية، محل بحث في باب الغصب، وأما في ما نحن فيه، فارتفاع القيمة ليس مورداً للضمان؛ لأن مقتضى الفسخ، رجوع كل واحد من العوضين - بالذات والصفات الدخيلة في المالية كالجودة - إلى مالكه السابق، وأما ارتفاع القيمة فليست من مقتضيات المعاوضة، ولم تقع تحت اليد، فلا موجب إلى ضمانها.

وعليه فالوجوه في المسألة ثلاثة:

الأول: قيمة يوم التلف.

الثاني: قيمة يوم الفسخ.

الثالث: قيمة يوم الأداء.

الأصح ضمان قيمة يوم الفسخ

والأصح من بينها قيمة يوم الفسخ؛ إذ بمجرد حصول المعاملة انتقل كل من العوضين إلى ملك الآخر، فيبقى في ملكه ما لم يفسخ المغبون، ولا وجه للضمان بالقيمة قبل الفسخ وإن تلف المال؛ لأنه تلف في ملك مالكه، فلا يضمن لنفسه، وعندما يقع الفسخ يكون يوم الفسخ هو يوم

رجوع كل عوض إلى مالكه السابق، فإن كانت عينه موجودة أرجعها إلى مالكها بنفسها، وإلا أرجع بدلها، وهو القيمة حسب الفرض، فيكون المدار على قيمة يوم الفسخ.

وأما ما قيل من قيمة يوم الأداء، فقد وجّه بقيام السيرة العقلائية على ذلك، كما أن مقتضى: « على اليد ما أخذت.. » أن تكون العين بنفسها في ذمة كل واحد من الطرفين حتى بعد التلف؛ لأنها هي التي أخذت، لا مثلها ولا قيمتها، فإن كانت موجودة وقت الأداء سلّمت بنفسها، وإلا انتقل إلى بدلها مثلاً أو قيمة.

وإن شكّ في ذلك كان مقتضى الاستصحاب بقاء العين في الذمة إلى وقت الأداء.

فيردّه أن الدليل إن كانت هي السيرة، كان الإشكال: أن العين قد تلفت وانعدمت - حسب الفرض - ولا يمكن إعادتها، وبما أنه لا تعبّد في السيرة العقلائية، ولا في ارتكازات العقلاء، فلا معنى لاعتبار العقلاء كون العين في الذمة مع عدم قابليتها للاستفادة الخارجية، ولا الاعتبارية.

وبعبارة أخرى: إن اعتبار العين في ذمة الآخر، إنما هو بملاك رجوع العُين لكي يستفاد منها، فتؤكل إن كانت مما يؤكل، أو تباع إن كانت مما يباع، والمعدوم غير قابل للاستفادة منه بالاستفادة التكوينية ولا الاعتبارية، فدعوى سيرة العقلاء على جعل العين المعدومة في الذمة فاقد الملاك، ولا دليل عليه.

فما أفاده المحقق السيد الخوئي قدس سره - من انحصار دليل الضمان في

سيرة العقلاء؛ لضعف دليل « على اليد » سنداً، والتزامه ببقاء نفس العين في الذمة بعد التلف والعدم[١] - لا وجه له.

وإن كان هو حديث: « على اليد..»، فالإشكال: أن المجعول فيه سواء أكان حكماً تكليفياً أم وضعياً فهو مغيّى بالأداء، ومتعلّق الأداء نفس ما أخذ، وبما أنه تالف، فينتفي ضمانه بنفسه، من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وأما ما قيل من ضمّ الإجماع والضرورة الفقهية على ضمانها.

فنقول: بأن غاية ما قام عليه الإجماع والضرورة هو ضمانها بنفسها إن كانت موجودة، وإلا فببدلها؛ فإن المال الواقع في اليد لم يكن مجاناً، ولا يذهب هدراً، وأما أن تكون العين مضمونة بنفسها بعد تلفها، فمما لم يقم عليه الإجماع، ولا نهضت به الضرورة.

لو أتلف كل منهما ما عند الآخر

الثالث: لو أتلف كل منهما ما عند الآخر، فالقاعدة تقتضي أن يغرم كل واحد منهما للآخر ما أتلفه؛ لصدق « من أتلف مال غيره فهو له ضامن »، فإن كان قيمياً غرم القيمة، وإن كان مثلياً فالمثل.

وما ذكرناه في الأمر الثاني، من الاختلاف في كون ضمان القيمة يوم التلف، أو يوم الفسخ، أو يوم الأداء، ظاهر التأثير في المقام؛ وذلك:

---

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٣٩٦.

لأنه إن قلنا بأن الضمان قيمة يوم الأداء، لزم منه التهاتر، وبـراءة ذمـة الطرفين؛ لأن القيمة يوم الأداء واحدة؛ فإن الضمان حينئذٍ يتعلّق بـالعين، فكان يفترض على الغابن أن يؤدي العين التي أتلفها وهي عند المغبون، ولنفرضه الكتاب الذي اشتراه المغبون، ولكن بما أنها تالفة فيؤدي قيمتها يوم الأداء، وكان على المغبون بعد الفسـخ أن يـؤدي تلـك العـين التـي اشتراها، وهو نفس ذلك الكتاب أيضاً، ولكـن بمـا أنهـا تالفـة فعليـه أن يؤدي قيمتها يوم الأداء، والفرض أن القيمة في يوم الأداء واحـدة، فيقـع التهاتر، ما في ذمة الأول بما في ذمة الآخر.

وإن قلنا بضمان التالف يوم التلف، أي يوم الغصب، وضمان المغبون يوم الفسخ، فقد يتعدّد الزمانان بسبق زمـان التلـف علـى زمـان الفسـخ، وعليه فإن كانت القيمة متحدة في الزمـانين، كـان التهـاتر بـين الـذمتين كالسابق، وإن اختلفت القيمة كان التهاتر بالمقدار المشترك، ويأخذ الآخر الباقي.

مسألة: في ثبوت خيار الغبن في غير البيع وعدمه

الكلام في ثبوت خيار الغبن في المعاوضات المالية غير البيع يبتني على المستند في خيار الغبن، وقد أطال الشيخ قدس سره في ذكر الأقوال، ونقل الكلمات، والمهم ذكر المباني وما يبتني عليها، فنقول:

إن ما ذكر من المستند في خيار الغبن ستة أدلة:

الأول: الإجماع.

الثاني: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾[1].

الثالث: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[2].

الرابع: أخبار تلقّي الركبان.

الخامس: قاعدة (لا ضرر).

السادس: الشرط الارتكازي.

والعمدة بين هذه الأدلة ثلاثة: الإجماع، و« لا ضرر »، والشرط الارتكازي؛ فإن أخبار تلقّي الركبان ضعيفة سنداً، موهونة دلالة، والآية بعقديها - المستثنى والمستثنى منه - غير تامة الدلالة على المدّعى.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

حكم المسألة إذا كان المستند هو الإجماع

فإن كان المستند الإجماع، كما ذهب إليه جماعة من الأعاظم، فلا يثبت في غير البيع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون المخصص لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] الدال على لزوم كل عقد، دليلا لبياً مردداً بين الأقل والأكثر، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو خصوص البيع، ويتمسك بالعموم في الباقي.

حكم المسألة إذا كان المستند لا ضرر

وإن كان المستند « لا ضرر » كما عليه جماعة كثيرة من الفقهاء؛ باعتبار أن اللزوم في البيع الغبني حكم ضرري، وهو منفي في الإسلام، فالخيار يثبت في جميع المعاملات المعاوضية الغبنية؛ لنفس المناط، ويستثنى خصوص ما لو أقدم المتعاملان أو أحدهما على الضرر؛ فإن الضرر لا يستند إلى الشارع حينئذٍ، وإنما إلى نفس من أقدم عليه.

حاجة لا ضرر للجبر عند المحققين الخراساني والأصفهاني ورده

نعم، قال المحقق الأصفهاني قدس سره في المقام:

(**نعم**، إذا قلنا بأن قاعدة الضرر تحتاج في العمل بها إلى الجابر أمكن الإشكال في خصوص الصلح؛ حيث لا شهرة على جريان خيار الغبن فيه؛ لتكون قاعدة الضرر مجبورة بعمل المشهور)[2].

وقد سبقه بهذا المعنى المحقق الخراساني قدس سره أيضاً؛ حيث قال في

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) الحاشية على المكاسب ٤: ٣١٩.

حاشيته على المكاسب: (وعدم الحاجة في الاستناد إلى نفي الضرر، إلى الجبر بعمل معظم الأصحاب، وإلا فلا يصحّ الاستناد إليه في ثبوته في غير البيع؛ لعدم ظهور الاستناد من المعظم إليه، وإلا في البيع)[1].

ولكنه مما لا وجه له؛ لأنا نحتاج في حجية الخبر إلى ركنين: تمامية السند، وتمامية الدلالة، وكلاهما تامان في حديث « لا ضرر »، فلا حاجة إلى الجبر بعمل الأصحاب؛ فإنا إنما نحتاج إليه - على القول به - في مورد ضعف السند لينجبر وهنه به، أو في مورد قصور الدلالة فيرفع قصورها بعمل الأصحاب.

إن قيل: بأن التمسك بـ« لا ضرر » في المقام يستلزم تخصيص الأكثر.

قلنا: بأن كثيراً من الموارد التي تخرج من دائرة « لا ضرر » إنما تستلزم كثرة التخصّص، لا كثرة التخصيص؛ فإن الموارد التي تكون مبنية على الضرر من أول تشريعها، كالجهاد، والدفاع، خارجة من تحت « لا ضرر » تخصّصاً، وكذلك موارد إقدام المكلف على الضرر.

حكم المسألة إذا كان المستند الشرط الارتكازي

وإن كان المستند الشرط الارتكازي، القائم بين العقلاء في معاملاتهم، على أن لا يكون تفاوت فاحش بين العوض والمعوض،

---

(١) الحاشية على المكاسب: ١٩٧.

فتخلّفه في أي مورد اتفق يوجب الخيار، فيختلف باختلاف الموارد:

فإن قامت قرينة نوعية على أن المعاملة مبنية على المداقة، كما في الصلح الذي يراد به نتيجة البيع أو الإجارة، فالتفاوت الفاحش بين العوضين موجب للخيار؛ لتخلف الشرط الارتكازي.

وإن قامت القرينة النوعية على المسامحة، كما في الصلح الذي يراد به رفع المشاجرة والنزاع، أو في موارد إبراء الذمة، فلا شرط ارتكازياً عندهم على التساوي بين العوضين، فلا خيار.

نعم، يختلف الحال في التفاوت الفاحش بين الموارد، فربما التفاوت بمائة دينار يوجب الغبن في الصلح الذي يراد به أن يقوم مقام البيع، ولكن لا يوجبه في موارد إبراء الذمة، ولكن التفاوت بخمس مائة دينار يوجب الغبن حتى في موارد إبراء الذمة.

ولو شكّ في مورد من الموارد أنه مما بني فيه على التسامح عند العقلاء أو لا، فمقتضى الأصلين، اللفظي والعملي، هو لزوم المعاملة؛ لأن الشك في ذلك يرجع إلى الشك في اللزوم وعدمه، ومقتضى الأصل اللفظي اللزوم، كما أن مقتضى الاستصحاب - لو فسخ - بقاء أثر العقد الواقع.

فيتلخّص من ذلك: ثبوت خيار الغبن في الصلح الذي لم يبنَ فيه على التسامح، إلا إذا ثبت إسقاطه من قبل المتعاملين أو أحدهما، وأما ما يبنى فيه على التسامح فلا يجري فيه خيار الغبن.

مسألة: هل الخيار على الفور أو التراخي

اختلف الأصحاب في كون خيار الغبن على الفور، بحيث يسقط حق الخيار لو لم يعمله المغبون في أول أزمنة الإمكان، أو على التراخي، فيجوز له التأخير في الإعمال على قولين.

نسب الشيخ قدس سره إلى المشهور الأول[1]، واستُدِلّ له بدليلين:

دليل القول بالفور

الدليل الأول

إن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

تقرير المحقق الكركي للدليل الأول

وقرّره في جامع المقاصد: بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، وإلا لم ينتفع بعمومه[2].

وتوضيح ذلك: أن في قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[3] عمومين: أفرادياً، وأزمانياً، فمقتضى الأول أن كل فرد من أفراد العقد محكوم بوجوب الوفاء، وهو يستتبع العموم الأزماني، فيكون وجوب الوفاء به

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠٦.

(٢) في المكاسب ٥: ٢٠٦، عن جامع المقاصد ٤: ٣٨.

(٣) سورة المائدة: ١.

في كل زمان، ولو لم يستتبعه لم ينتفع بعمومه، فيكون العموم الأفـرادي لغواً؛ إذ لو وجب الوفاء بالعقد في آنٍ ما، لم يكن له ثمرة، فإن أريـد أن يكون ذا فائدة لزم أن يكون مستمراً، وإذا ثبـت الاسـتمرار، فتخصيصـه بزمان دون زمان ترجيح بلا مرجح، فيثبت العموم الأزماني لكل فرد.

وبعبارة أخرى: إنه إذا ثبت وجوب الوفاء لكل عقد، فلا يخلو الحال من ثلاثة أمور: إما أن يجب الوفاء به آناً ما، فيكون العموم الأفرادي لغواً.

وإما أن يجب الوفاء به في مدة معيّنة، فترجيح أحد أفرادها، كشهر أو شهرين، دون الأفراد الأخرى، ترجيح بلا مرجح.

فيتعيّن الثالث، وهو العموم الأزماني، فيجب الوفاء بكل عقد فـي كـل آنٍ.

وعليه، فإذا ثبـت العمـوم الأزمـاني، فمـن الواضـح أن دليـل الخيـار يخصصه، فبمجرد أن يلتفت المغبون للغبن لم يمكن التمسـك بـالعموم الأزماني في الآن الأول، وبعده يشك في بقاء الخيار، فـإن لـم يكـن فـي المقام عموم تمسك بالأصل، وهو استصحاب بقاء الخيار، ولكن العمـوم الأزماني ثابت حسب الفرض، فيتمسك به في ما عدا الآن الأول؛ لرجوع الشك إلى التخصيص الزائد من حيث الزمان، وهذا معنـى كـون الخيـار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، فيكون على الفور.

والحاصل أن بهذا التوضيح يعرف معنى كون الخيـار علـى خـلاف الأصل، واقتصاره على القدر المتيقن، كما يتضح أن القول بالفور برهاني جارٍ علـى مقتضـى القاعـدة، وأن المرجـع - بعـد الآن الأول - العمـوم

الأزماني في قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[١].

دليل القول بالتراخي

ومستند القول بالتراخي هو الاستصحاب، بدعوى الشك في بقاء الخيار بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

رأي صاحب الرياض

ونسب الشيخ قدس سره إلى صاحب الرياض رحمه الله إناطة الحكم في المقام بالمستند في ثبوت أصل الخيار، فإن كان المستند الإجماع اتّجه التمسك بالاستصحاب؛ لأن الإجماع دليل لبي، لا لسان له، فيدل على أصل ثبوت الخيار، ولا يدل على حدّه، فيشك في بقائه بعد الآن الأول، فيستصحب بقاؤه.

وإن كان المستند قاعدة « لا ضرر » وجب الاقتصار على الخيار في الزمان الأول؛ لارتفاع الضرر به[٢].

ولكن لا يخفى أن كلام صاحب الرياض رحمه الله كان في مطلب آخر، وهو ثبوت الخيار مع بذل الأرش، لا في الفور والتراخي.

مناقشة الشيخ في الأدلة

وقد خدش الشيخ قدس سره في جميع الوجوه المذكورة:

أما ما أفيد من وجوب الاقتصار على القدر المتيقن؛ لكون الخيار

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) رياض المسائل ٨: ٣٠٥.

على خلاف الأصل، فهو غير متجه مع وجود الحجة، وهو الاستصحاب في المقام.

مناقشة الشيخ فيما قرره المحقق الثاني

وأما ما قرره المحقق صاحب جامع المقاصد تتمّ من استتباع العموم الأفرادي للعموم الأزماني، ففيه: أن الاستتباع يستلزم متبوعاً وتابعاً، فلا بدّ من تحقق العموم الأفرادي، وشموله للفرد، ثم يكون لازمه العموم الأزماني، والعموم الأزماني الثابت يكون على نحوين:

النحو الأول: أن يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر، أي يكون الزمان قيداً بالنسبة إلى الحكم، فيكون كل آنٍ من الزمان موضوعاً، ولكل موضوع حكم، كما لو قال المولى: (أكرم كل عالم في كل يوم)، فيكون عندنا عموم أفرادي شامل لكل فرد من أفراد العلماء، استفيد من (كل عالم)، وعموم أزماني بالنسبة إلى كل فرد فرد، استفيد من (في كل يوم)، بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً، غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر.

فهنا لو علم بخروج فرد من أفراد العلماء في يوم ما، وشك في خروجه في ما عداه، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام، ولا محلّ للاستصحاب؛ وذلك لوجهين:

الأول: أنه يشترط في جريان الاستصحاب أن لا يكون المتغيّر من مقوّمات الموضوع، بل من الحالات، والزمان - على القيدية - من

المقوّمات.

الثاني: أن الاستصحاب في المقام محكوم للدليل، وهو العموم.

فحاصل القول في هذا النحو: أن المرجع عموم العام، ولو فرض عدم وجوده لم يجز التمسك فيه بالاستصحاب.

النحو الثاني: أن لا يكون الزمان مكثِّراً لأفراد العام، بحيث يرد الاستمرار والزمان على الحكم، لا أن يرد الحكم على الزمان كما في النحو الأول، فيكون الحكم بوجوب الإكرام من حيث الأفراد متعلّقاً بكل فرد من أفراد العلماء، ومن حيث الزمان فهو حكم واحد مستمر في الزمان، فلم تتعدّد الوجوبات بتعدّد قطعات الزمان.

وفي هذا النحو يكون الزمان تابعاً للحكم، فلا بدّ من فرض الحكم أولاً، ثم استمراره، فلا محالة يكون الزمان بالنسبة لكل فرد من موضوع الحكم تابعاً لدخوله تحت العموم، فإذا ورد المخصص، وفرض خروج فرد منه، لم يثبت الحكم في الزمان الثاني حتى نتمسك بعمومه الأزماني، فيكون الحكم المستمر منتفياً بانتفاء موضوعه، فيبطل ما أفاده المحقق الثاني قدس سره.

فالنتيجة من حيث الكبرى: أنه كلما كان الزمان مفرّداً، فخروج الفرد في زمان ما، لا يؤثر في التمسك بالعام فيما عداه، وما لم يكن كذلك لم يكن العموم مرجعاً، بل يرجع إلى استصحاب حكم المخصص.

وأما من حيث الصغرى، فالدليل في المقام هو: ﴿ أوفوا

بالعقود﴾[١]، ومدلولها وجوب الوفاء بكل عقد على نحو الاستمرار، لا بنحو يكون الزمان مفرّداً حتى يتعدد الحكم بوجوب الوفاء بالعقد بحسب قطعات الزمان، فإذا خصص هذا الوجوب وارتفع تبعه الاستمرار، فينتفي موضوع العموم الزماني، فالبيع الغبني خرج من تحت آية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]، فارتفع اللزوم عنه، فلا يرجع ثانية، فينتفي دليل اللزوم في المقام، فيكون المرجع الاستصحاب[٣].

مناقشة الشيخ في الاستصحاب

ثم إن الشيخ قدس سره قد أورد على الاستصحاب بإيرادين:

الإيراد الأول: أن الاستصحاب إنما يجري في المقام بناء على جريانه في الشك في المقتضي، وأما على التحقيق من عدم جريانه فيه فلا يجري؛ وذلك: لأن الخيار في المعاملة الغبنية ثابت في الزمان الأول، والشك في بقائه في الزمان الثاني ليس ناشئاً من وجود الرافع، كما في الشك في بقاء الطهارة للشك في الحدث؛ لعدم الرافع هنا قطعاً، وإنما نشأ الشك في الخيار من الشك في حدّه، فهل هو محدود بالزمان الأول أو لا، فالشك إذن في المقتضي للبقاء، كما في الشك في بقاء الزوجية؛ للشك في كون العقد الواقع دائماً أو منقطعاً؛ فإن الشك فيه ليس في الرافع قطعاً، وإنما في الأمد واستعداد البقاء، وبما أن الشك في بقاء

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) المكاسب ٥: ٢٠٧ - ٢٠٨.

الخيار من قبيل الشك في المقتضي، فهو لا يجري على التحقيق.

الإيراد الثاني: أن من أركان الاستصحاب أنْ يحرز كون المتغيّر من حالات الموضوع، لا من مقوماته، فإذا تردّد أمره بين الحالات والمقومات لم يجر الاستصحاب، إلا على مبنى التسامح العرفي في بقاء الموضوع، وعدم جريانه؛ لكونه من الشك في الشبهة الموضوعية للدليل؛ إذ إن كان من المقومات كان جريان الاستصحاب من قبيل إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان من الحالات جرى، ومع التردد يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب؛ من حيث الشك في صدق النقض الذي هو الموضوع في أخبار الاستصحاب.

وذلك لأن موضوع الخيار في ما نحن فيه - بناء على كون المستند قاعدة « لا ضرر » - هو المتضرر بالمعاملة الغبنية، وهو ينطبق على المغبون في الآن الأول حتى لو أضيف قيد: (الذي لم يتمكن من الفسخ)، وأما في الآن الثاني فقد تمكّن من الفسخ ولم يعمل حقه، والتمكن من الفسخ إن لم يقطع بكونه من المقوّمات فهو يحتمل كونها منها، فإن كان منها وجرى الاستصحاب، كان الحكم بالخيار من إسراء الحكم من موضوع إلى آخر، فيكون المورد من الشبهة الموضوعية للدليل.

وأما بناء على كون المستند هو الإجماع فبما أنه دليل لبّي - وهو ليس كالدليل اللفظي الذي يمكن فيه معرفة الموضوع بجميع حدوده

وقيوده - كان الموضوع مجملاً ولم يمكن معرفة حدوده، فيكون التمسك بالاستصحاب من التمسك به في الشبهة الموضوعية للدليل أيضاً.

فيتلخص الإشكال على الاستصحاب في جهات ثلاث:

١ـ جريانه مع كون الشك في المقتضي.

٢ـ عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند « لا ضرر »؛ إذ لم يحرز أن الموضوع مطلق المتضرر، أو المتضرر الذي لم يمكنه الفسخ.

٣ـ عدم إحراز الموضوع في حال كون المستند الإجماع؛ لكونه دليلاً لبياً، فيكون الموضوع مجملاً[1].

مناقشة الشيخ لصاحب الرياض

وأما ما أفاده صاحب الرياض قدس سره من التفصيل ففيه: أن المدار في جريان الاستصحاب وعدمه ليس على كون المستند الإجماع أو « لا ضرر »، بل إن بني على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما حققناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع، وإن بني على المسامحة فيه - كما اشتهر - جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى « لا ضرر »، وتوضيح ذلك:

أنه إن بني على التدقيق في موضوع الخيار، وأنه خصوص المتضرر بالمعاملة الغبنية، كالذي لم يمض زمان يتمكن فيه من الاستفادة من حق

(١) المكاسب ٥: ٢٠٩ - ٢١٠.

الخيار، أو احتمل ذلك، لم يجر الاستصحاب وإن كان المستند الإجماع؛ لأن المغبون متمكن من الاستفادة من حق الخيار في الآن الثاني، والاستصحاب لا يجري مع تبدّل الموضوع، أو مع احتمال تبدّله بخصوصية من المقومات.

وإن بني على التسامح العرفي، بحيث يكون الموضوع مطلق المتضرر، جرى الاستصحاب وإن كان المستند « لا ضرر »، كما اعترف به ولده قدس سره[1]، مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة لجعل الخيار بصرف حدوثه، والمعاملة الغبنية ضررية حدوثاً، فيكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع.

وبعبارة أخرى: إن الضرر إن كان علة حدوثاً وبقاء فالخيار فوري، وإن كان علة حدوثاً فالخيار باقٍ؛ لكون المعاملة ضررية حدوثاً[2].

إشكال السيد اليزدي على الشيخ وردّه

وأورد السيد الفقيه اليزدي قدس سره على قول الشيخ قدس سره: (ويمكن الخدشة في جميع الوجوه)[3]: بعدم اجتماع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن؛ فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار على القدر المتيقن؛ إذ المفروض أن الأصل في البيع

---

(١) راجع المناهل: ٣٢٧.

(٢) المكاسب ٥: ٢١٠ - ٢١١.

(٣) المكاسب ٥: ٢٠٧.

اللزوم[١].

ولكن لا يخفى أن الشيخ قدس سره وإن ذكر العبارة بنحو الإطلاق، إلا أن في كلامه ما يفيد بأنه أراد ردّ القول بالقدر المتيقّن، بحسب تقرير المحقق صاحب جامع المقاصد قدس سره.

مختار الشيخ في المقام

وقوّى الشيخ قدس سره في الأخير أصالة اللزوم، وكون الخيار على الفور؛ وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أصالة فساد فسخ المغبون؛ فإنها تجري في المقام، كما تجري في الشك في أصل صحة العقد.

الوجه الثاني: أصالة عدم ترتب الأثر على الفسخ، وبقاء آثار العقد على ما هي عليه؛ فإن العقد لا شك في صحته وحصول الأثر به، وإنما الكلام في لزومه، فيشك في الآن الثاني بعد فسخ المغبون في بقاء الآثار من الملكية الحاصلة به فيستصحب البقاء.

وإنما ذهب إلى ذلك؛ لعدم صحة التمسك بالأصل اللفظي؛ لكون عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] زمانياً، وهو متفرع على العموم الأفرادي، فمع سقوطه يسقط، وعدم صحة التمسك باستصحاب الخيار؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من

---

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي قدس سره ٢: ٥٦٩.

(٢) سورة المائدة: ١.

لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له، فيتعيّن ما ذكرناه من الوجهين[١].

إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وأورد المحقق الخراساني قدس سره على ما أفاده الشيخ قدس سره في الاستصحاب: بأن أركانه تامة؛ حيث إن الموضوع هو المغبون المتضرر بالغبن، وقد ثبت له الخيار في الآن الأول قطعاً، ويشك في ثبوته له في الآن الثاني فيستصحب بقاؤه، ولا يعتنى باحتمال أن يكون الموضوع له هو الذي لا يتمكن من تدارك ضرره، وإلا لانسدّ باب الاستصحاب في الأحكام بالمرة؛ لعدم تحقق الشك بدون تغيّر الموضوع.

وأما ما أفاده قدس سره في ردّ تقريب جامع المقاصد، فليس على إطلاقه؛ بل لا بدّ من التفصيل، فإن كان المخصص وارداً على العام من الأول، أو في الأخير كان المرجع عموم العام، كما في خيار المجلس؛ فإن المرجع بعد انقضاء المجلس هو عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢]؛ لأن الحكم الوحداني المستمر إنما تعلّق بالعقد بعد مضي الزمان المعلوم خروجه، فلم ينقطع أصلاً.

وأما إن كان المخصص وارداً على العام في الوسط، أي بعد الحكم بلزوم العقد، فالمرجع الاستصحاب؛ لانقطاع حكم العام بعد أن دلّ

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٢.

(٢) سورة المائدة: ١.

الدليل على حدوث الخيار بعد اللزوم، فلا وجه للرجوع إلى إطلاقه[1].

المناقشة في كلام المحقق الخراساني

أما الإشكال في الاستصحاب فغير وارد؛ إذ لا يلزم من عدم جريان الاستصحاب في المقام؛ لتردد الموضوع بين مطلق المتضرر، والمتضرر الذي لم يمكنه التدارك، انسداد باب الاستصحاب في الأحكام؛ وذلك لأن التغيّر في الموضوع أصل أساسي لجريان الاستصحاب؛ لعدم معقولية الشك في الحكم مع بقاء الموضوع بتمامه؛ لاستحالة تخلّف الحكم عن موضوعه، فلا بدّ من التغيّر في الموضوع ليحصل الشك، ولكن المتغيّر تارة يكون من حالاته، وأخرى من مقوماته، فإن كان من الحالات جرى الاستصحاب بلا إشكال، وإن كان من المقومات لم يجر، وإلا لكان من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، ومع الشك في كونه من المقومات أو من الحالات يكون شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب، فلا يتمسك به أيضاً.

وبما أنه يُشك في المتغيّر في ما نحن فيه، هل هو من الحالات أو من المقومات لم يجر الاستصحاب، وعدم جريانه فيه وفي نظائره من موارد الشك في كون المتغيّر من الحالات أو من المقومات لا يلزم منه انسداد بابه؛ لبقاء التمسك به في ما علم أنه من الحالات.

ومنشأ الشك في الموضوع في ما نحن فيه، هو أن المستند للخيار قاعدة: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، فالضرر المستند إلى الإسلام

---

(١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني: ١٩٨ - ١٩٩.

منفي، فلا وجه للحكم بالخيار مع عدم استناد الضرر إلى الإسلام، كما لو أقدم مع علمه بالغبن، ولو حكم الشارع بلزوم العقد الغبني مع عدم علم المغبون ووجود الضرر في المعاملة، لكان الضرر مستنداً إلى الإسلام، فيكون منفياً، ولكن لما حكم في الآن الأول بالخيار، فحكمه باللزوم في الآن الثاني بعد علم المغبون، وعدم إعماله الخيار لا يكون مستنداً إلى الشارع، بل إلى المغبون نفسه، فمع الشك في المراد من الضرر، هل هو مطلق الضرر، أو خصوص ما لم يمكن تداركه؟ لم يحرز بقاء موضوع الاستصحاب فلا يجري.

وأما ما أفاده قدس سره من التفصيل في التخصيص، فغير تام؛ لأن ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، لها أفراد، وأحد أفرادها البيع الغبني، والإهمال في الواقعيات محال، فالفرد الغبني في الزمان الأول، إما أن يخرج من تحت العموم أو لا، والثاني باطل قطعاً؛ لاستلزامه الجمع بين الضدين، اللزوم والخيار، فيتعين الأول، وليس معنى الخروج من تحته إلا قطع حكمه عنه، وما ذلك إلا بسبب ثبوت الخيار في الزمان الأول، فإذا حصل انقطاع الحكم، فما هو الفرق بين الأول والوسط؟

فإما أن يلتزم بعدم وورد التخصيص، وهو باطل بالضرورة، أو يلتزم بوروده، والتخصيص لا يخرج عن حالين، إما أن يكون أفرادياً أو أزمانياً، فإن كان الأول، فالفرد خرج من تحت العام، فلا يرجع ثانية إليه،

---

(١) سورة المائدة: ١.

وإن كان الثاني، فكما أنه يمكن من الأول وفي الأخير، فلا وجه لاستحالته في الوسط، فالتفصيل ممنوع.

مناقشة المحقق النائيني للشيخ في جريان الاستصحاب

وقد ناقش المحقق النائيني تتمّ في كلا الأمرين أيضاً بما مفاده:

أما بالنسبة إلى الاستصحاب فبحثه من جهتين، كبروية وصغروية:

أما الجهة الكبروية فحاصلها: أن مورد الاستصحاب إنما هو في ما إذا أحرز الموضوع ثبوتاً، ولم يحصل أي شك فيه من هذه الناحية، بل يتمحض الشك في بقائه، وتوضيح ذلك:

أنه قد يحرز موضوع الحكم حدوثاً، بمقتضى مناسبة الحكم والموضوع، ثم يطرأ تغير في وصفه فيقتضي الشك، هل هذا الوصف علة للحكم حدوثاً فقط، أو حدوثاً وبقاء؟ ففي مثل هذا يكون مورداً للاستصحاب، كما في تغيّر الماء بالنجاسة، فإنه يعلم بحصول التنجس، وتحقق الموضوع، فلو زال التغيّر بنفسه، وشك هل لا زال الماء متنجساً؛ لأن التغيّر بالنجاسة علة لتنجس الماء حدوثاً، أو ارتفعت النجاسة؛ لدوران تنجسه مدار بقاء التغيّر حدوثاً وبقاء؟

فهذا المورد يكون من موارد الاستصحاب؛ إذ لا ترديد في موضوع الحكم؛ فإن موضوع الانفعال هو ذات الماء، وهي محفوظة في المتيقن والمشكوك، فينحصر الشك في البقاء، فالموضوع الحدوثي محرز، والموضوع البقائي غير محرز.

وقد لا يحرز الموضوع، بل يكون في مقام الحدوث مردداً، فلا مجال

للاستصحاب حينئذ، كما في حرمة العصير العنبي؛ فإن الحكم ثبت في العنب، وشك في مدخلية العنبية في موضوع الحكم، فلا يمكن إجراء الحكم في الزبيب؛ إذ إن كان موضوع حدوث الحكم هو عنوان العنبية، فمع طرو الزبيبية ينقلب الموضوع، فالحكم ببقاء الحرمة من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وإن كان موضوع الحكم هو الذات، والعنبية من الأوصاف، فالذات باقية حتى مع تغيّر وصف العنبية، ومع الشك ثبوتاً في موضوع الحكم لم يكن للاستصحاب مجال.

(وبالجملة: إذا أحرز بمناسبة الحكم والموضوع أن الموضوع هو ذات الشيء، وشك في علّيّة الوصف للحكم حدوثاً، أو حدوثاً وبقاء، فهنا محل الاستصحاب، وأما لو لم يحرز أن الموضوع ذات الشيء، أو أحرز عدمه وأن الوصف هو تمام الموضوع كالفقر لاستحقاق الزكاة، فلا يمكن إجراء الاستصحاب).

والفرق بين الموردين، أن في مثال العنب لم تقتض مناسبة الحكم والموضوع تعيين الموضوع، هل هو عنوان العنب بذاته، أو أصل مادته، والعنبية وصف، وأما في التغيّر بالنجاسة، فقامت المناسبة على أن الموضوع هو ذات الماء.

فإذا تحققت المناسبة، فالموضوعات بالنسبة إلى الأحكام على قسمين:

الأول: الموضوع جامد.

الثاني: الموضوع عنوان اشتقاقي.

فإن كان الأول، كان بقاء الموضوع وزواله دائراً مدار الصورة النوعية، لا المادة والهيولى المتصورة بهذه الصورة، فموضوع النجاسة في الكلب، هو نفس هذا العنوان، وهو عنوان جامد، فبقاء موضوع النجاسة وزواله يدور مدار بقاء الصورة النوعية للكلب وزوالها.

وإن كان الثاني، ففيه احتمالان:

١ـ أن الموضوع هو الموصوف.

٢ـ أن الموضوع هو الوصف العنواني.

ومثال ذلك جعل حق الخيار للمتضرر، فالمتضرر عنوان اشتقاقي، فيحتمل أن موضوع الخيار الوصف العنواني، أي عنوان المتضرر، فما دام هذا العنوان موجوداً فالخيار باقٍ، ومتى انتفى ينتفي، ويحتمل أن يكون الموضوع ذات المتضرر، ووصف التضرر منشأ لثبوت حق الخيار له، فلو انتفى الوصف لم يؤثر في انتفاء الحق.

وحاصل الكلام بما يصلح أن يكون ضابطة في المقام وفي غيره: أن موضوع الحكم بمقتضى مناسبة الحكم والموضوع، قد يحرز بأنه الوصف العنواني، كما في تقليد المجتهد؛ فإن التقليد وإن كان لشخص المجتهد، ولكن لا بما هو شخص، بل بما هو مجتهد؛ إذ التقليد لا يكون إلا لصاحب الرأي، فما دام الوصف العنواني موجوداً جاز تقليده، ومتى ارتفع عنه الوصف لم يجز، وإن كان شخصه موجوداً.

ومنه الأحكام المترتبة على عنوان العادل والفاسق وشبههما؛ فإن

موضوع الحكم هو الوصف العنواني، والحكم يدور مداره وجوداً وعدماً.

وقد يحرز الموضوع - بواسطة المناسبة المذكورة - بأنه الذات، والوصف علة لحدوث الحكم فيها، كما في تغيّر الماء بالنجاسة؛ فإن المناسبة تقتضي الحكم بانفعال المائع بالنجاسة، فيكون الماء نجساً، والتغيّر علّة لحدوثها، فيبقى الحكم بالنجاسة حتى لو زال الوصف، ولو شك في بقاء الحكم أجري الاستصحاب؛ لبقاء الموضوع.

وقد يتردد الأمر، فلا يحرز شيء منهما، فلم يحرز أن موضوع الحكم، هل هو الذات، والوصف علة لثبوت الحكم، أو الموضوع وصفها العنواني؟ فإن كان الأول، فالحكم باقٍ ولو ارتفع الوصف، وإن كان الثاني، فالحكم ينتفي بانتفائه، ومع التردد في متعلق الحكم ثبوتاً، هل هو الذات أو الوصف العنواني لم يجر الاستصحاب؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع، فيكون المورد شبهة موضوعية لدليل الاستصحاب.

وما نحن فيه من القسم الأخير؛ لعدم العلم بالموضوع، هل هو ذات المغبون، والتضرر علّة لحدوث الحكم بالخيار له، أو وصف المتضرر، فإن كان الأول فله الخيار في الزمان الثاني؛ لبقاء الموضوع فيستصحب الخيار، وإن كان الثاني، فليس له خيار في الآن الثاني، مع تمكّنه منه في الآن الأول وعدم إعماله له؛ لانتفاء الموضوع، وفي حال التردد بينهما لم يجرِ الاستصحاب؛ لعدم إحراز بقاء الموضوع.

وبهذا يظهر الإشكال في الاستصحاب على تقرير الشيخ قدس سره، وحاصله: أما على كون المستند دلالة الدليل على ثبوت الخيار للمتضرر، فالمعيار في الاستصحاب إحراز الموضوع، فإن أحرز أن الموضوع هو الوصف العنواني للمتضرر، فهو غير باقٍ في الزمان الثاني، فلا يجري الاستصحاب، وإن أحرز أن الموضوع هو الشخص المتضرر، وعنوان الضرر علّة لثبوته له، فالموضوع باقٍ، فيمكن أن يقال بالثاني، فيجري الاستصحاب.

وإن كان المستند - كما هو واقع الحال - « لا ضرر »، فلا معنى للاستصحاب؛ لعدم تحقق أركانه أصلاً؛ لأنها تنفي تشريع الحكم الضرري في الإسلام، فمتى كان المغبون قادراً على الخيار ولم يعمله، كان الضرر الحاصل من اللزوم مستنداً إليه، لا إلى الشارع، فلا تنفيه « لا ضرر ».

أو فقل: إن الحكم باللزوم حينئذٍ ليس ضررياً، فالقضية المتيقنة غير المشكوكة بأسرها، موضوعاً ومحمولاً ونسبة[1].

مختار المحقق النائيني في جريان الاستصحاب

ثم قال في آخر البحث: إن جريان الاستصحاب وعدمه يدور مدار الاختلاف في المدرك، فإن كان مدرك الخيار هو قاعدة « لا ضرر »، فلا يجري الاستصحاب لوجهين:

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٢ - ١٦٣.

الأول: أن الموضوع لو كان اشتقاقياً كالمتضرر، فيمكن أن يكون الموضوع ثبوتاً هو الوصف العنواني، ويمكن أن يكون هو الشخص الموصوف بهذا الوصف، فإن أحرز في مقام الإثبات أحدهما فهو، وإلا فلا يجري الاستصحاب؛ للشك في الموضوع، والفرض عدم إحرازه فيما نحن فيه، فلا يجري.

الثاني: أن المستفاد من « لا ضرر » نفي الحكم الضرري في الإسلام، فالحكم باللزوم الناشيء من عدم إعمال المغبون لخياره، لا يستند ضرره إلى الشارع حتى ينفى، فلا حكومة أصلاً، فلا شك ليجري الاستصحاب.

وإن كان مدرك الخيار الإجماع، فهو يثبت الخيار للمغبون، فالموضوع باقٍ في الزمان الثاني، فيجري الاستصحاب.

نعم، بما أنه ثبت في محلّه، عدم جريان الاستصحاب مع الشك في المقتضي؛ أي مع الشك في بقاء المستصحب بحسب طبعه في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طروّ زماني عليه، فلا يفيد الإجماع أيضاً في استصحاب الخيار[1].

التحقيق في كلام المحقق النائيني

لا يخفى أن ما أفاده، من أن المستند للخيار إن كان « لا ضرر »، فالضرر المنفي إنما هو المستند إلى الشارع، لا إلى المغبون نفسه كما

(١) منية الطالب ٣: ١٧٤.

في المقام، فلا تكون حاكمة على دليل اللزوم، ولا يجري الاستصحاب، كلام متين إلا أنه أخذه من الشيخ قدس سره في رسالة « لا ضرر»[1].

ثم في كلامه نظر من جهتين:

الجهة الأولى: أنه قدس سره قال: بأن المستند إن كان هو الإجماع، فلا يجري الاستصحاب من جهة كون الشك في المقتضي.

وهذا الإشكال لا يختص بالإجماع، بل يرد حتى على المباني الأخر؛ فإن الخيار مجعول شرعي، ونشك في سعة أمده، فهو مجعول مردّد وجوده بين المنقضي والمستمر، فإن كان فورياً فهو مما ينقضي بنفسه، وإن كان على التراخي فهو مستمر.

الجهة الثانية: أنه قدس سره قال: بأن المستند إن كان هو الإجماع فالموضوع باقٍ.

ويشكل بأن مستند مشهور الأصحاب من قبل العلامة إلى ما بعد الشيخ رحمه الله هي قاعدة « لا ضرر »، واستدل عدّة من المحققين ممن تأخر عن الشيخ قدس سره بدليل الشرط الارتكازي، فكيف يجزم بثبوت الموضوع مع استناد المشهور إلى « لا ضرر »؟!

فهم إما أن يذهبوا إلى حكومة « لا ضرر »، فينتفي الموضوع جزماً، وإما أن يستفيدوا منها أن للمتضرر الخيار، فيرجع إلى الترديد السابق، من كون عنوان المتضرر موضوعاً، أو أن الضرر علة للحكم، ولا يجري

---

(١) رسائل فقهية: ١١٧.

الاستصحاب مع الترديد؛ لعدم إحراز الموضوع.

نعم، لو ثبت الإجماع، ولم يتمسك مدّعي الإجماع بـ« لا ضرر » لـتمّ ما أفاده قدس سره[1].

كلام المحقق النائيني في التمسك بالعموم في زمان الشك

هذا كله فيما يرتبط بالاستصحاب وأما كلامه في التمسك بالعموم في زمان الشك، فهو مهم في نفسه، وفي فهم كلام الشيخ قدس سره، ويحتاج إلى توضيح، وقد ذكر توقّفه على أمور خمسة، إلا أن ما له دخل في البحث أربعة منها، فنقتصر على بيانها وتوضيحها:

الأمر الأول: أن الزمان بحسب طبعه الأولي ظرف للأمر الواقع فيه، وكونه قيداً له يحتاج إلى عناية ومؤنة زائدة، ومنشأ جريان الاستصحاب في الزمانيات، هو كون الزمان ظرفاً، وإلا يكون إسراء الحكم من

---

(١) **ربما يقال** بعدم ورود هذا الإشكال؛ لأن كلام المحقق النائيني فرضي، فعلى فرض التمسك بلا ضرر فيرد كذا وكذا، وعلى فرض كون المستند الإجماع فيرد كذا.

والجواب: أن مراد الشيخ مد ظله العالي: أنه على فرض كون الدليل (لا ضرر) فهم بين من ذاهب إلى حكومتها، فالموضوع غير باقٍ، وبين من ذهب إلى كون الموضوع المتضرر المردد بين بقائه وعدمه.

وبعبارة أخرى: مع كون المجمعين استدلوا بقاعدة نفي الضرر، والموضوع على هذا التقدير غير محرز البقاء؛ لما تقدم، فلا مجال للاستصحاب.

موضوع إلى موضوع آخر[١].

وتوضيحه: أن عندنا في القضايا الشرعية أموراً ثلاثة، الموضوع والحكم والمتعلق، وللموضوع إطلاقان، أحدهما المكلف، والآخر متعلق المتعلق، فالموضوع في قضية: (يحرم شرب الخمر)، هو المكلف، والحكم هي الحرمة، ومتعلق الحرمة الشرب، والخمر متعلق المتعلق، فيطلق الموضوع أحياناً ويراد به المكلف، ويطلق أحياناً أخرى ويراد به متعلق المتعلق، وهو الخمر في المثال، وكل واحد من هذه الأمور الأربعة زمانية، فكل من المكلف، والحرمة، والشرب، والخمر زماني، أي تقع في وعاء الزمان، إلا أن بعضها اعتباري، والآخر واقعي تكويني.

والزمان بحسب طبعه الأولي ظرف لها، لا قيد، وإذا أريد أن يكون قيداً فيحتاج إلى مؤنتين، إحداهما في مقام الثبوت، والأخرى في مقام الإثبات، فمثلاً إذا أريد تقييد الصوم بالزمان، سواء أكان دائماً أم في زمان خاص، فيحتاج إلى الملاحظة ثبوتاً، بمعنى أن يؤخذ في المتعلَّق في مقام اللحاظ، وإلى البيان في مقام الإثبات، فيقول: صوم هذا اليوم واجب، أو صوم يوم غدٍ واجب، وإلا فالزمان بطبعه يكون ظرفاً، لا قيداً.

ولكن، لا يخفى عدم الوجه في أخذ الزمان في الجواهر قيداً؛ لعدم تعدّدها بحسب الأزمنة، فزيد اليوم، هو زيد أمس وغداً، والخمر اليوم هو نفسه أمس وغداً، بخلاف الحكم والمتعلّق؛ فإنهما يقبلان التعدّد بحسب الأزمنة، فصوم اليوم المتعلَّق للحكم بالوجوب، مغاير لصوم يوم

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٣.

غدٍ، وشرب الخمر المتعلَّق للحرمة في هذا الآن، يختلف عنه في آنٍ آخر، وكذلك الحكم؛ فإنه بالنسبة إلى الزمان قابل للتعدّد والاستمرار، فيمكن حصول وجوب ليوم، ووجوب آخر ليوم آخر، وحرمة لساعة، وحرمة لساعة أخرى.

والحاصل: أن الموضوع وهو المكلف، ومتعلَّق المتعلَّق، الذي يطلق عليه الموضوع أيضاً باعتبار آخر، غير قابلين للتعدّد بحسب الزمان، فلا يكون بالنسبة لهما إلا ظرفاً، وأما المتعلَّق والحكم فيقبلان الاستمرار والتقسيم، فيمكن أن يكون لهما ظرفاً، ويمكن أن يكون قيداً، والأصل الأولي في الجميع أن يكون الزمان ظرفاً، وأما أخذه بنحو القيدية في ما يقبل التقييد يحتاج إلى مؤنة ثبوتية، وإثباتية.

الأمر الثاني: أن الزمان قد يكون ظرفاً لمتعلَّق الحكم، وقد يكون ظرفاً لنفس الحكم، أي أن الزمان تارة يرد على الحكم، وأخرى يرد الحكم عليه.

وبتعبير المحقق النائيني قدس سره: أن الزمان قد يقع تحت دائرة الحكم، ويرد الحكم عليه، كما يرد على الأفراد، كما إذا كان إكرام كل عالم في كل زمان واجباً، وقد يقع الحكم تحت الزمان، ويرد الزمان عليه، فيكون الزمان ظرفاً لوجوب الإكرام[1].

---

(١) منية الطالب ٣: ١٦٣.

فكلما أخذ الزمان في المتعلّق، كان الحكم وارداً على الزمان، وكان الزمان ظرفاً، كقول المولى: (أكرم العالم دائماً)؛ فإن الزمان أخذ في الإكرام، فيكون واقع القضية: (إكرام العالم دائماً واجب)، ومنه (يجب عليك الصوم في كل يوم من شهر رمضان).

وكلما تعلّق الحكم بالمتعلَّق، كان الزمان وارداً على الحكم، فيكون قيداً فيه، كأن يقول: (إكرام العلماء واجب) بحيث يكون الوجوب مستمراً.

والفرق بينهما، أن الفرض الأول ينحل إلى قضية: (الإكرام الواجب مستمر)، وفي هذا الفرض: (وجوب الإكرام مستمر)، فالاستمرار في الفرض الأول وقع تحت الوجوب، وفي الفرض الثاني على العكس؛ فإن الوجوب وقع تحت الاستمرار، وفي حديث: « حلال محمد صلى الله عليه وآله حلال إلى يوم القيامة »[1]، وقعت الحلية تحت الزمان؛ فإن إلى « يوم القيامة » واردة على الحلية.

والحاصل: أنه في القضايا الشرعية، إن أخذ الزمان في المتعلّق،

---

(١) ورد في الكافي ١: ٥٨، باب البدع والرأي والمقائيس بهذا اللفظ: عن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحلال والحرام فقال: « حلال محمد حلال أبداً إلى يوم القيامة، وحرامه حرام أبداً إلى يوم القيامة...».

وفي الوسائل، الباب١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث٥٢ بهذا اللفظ: عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قال جدي رسول الله صلى الله عليه وآله: « أيها الناس! حلالي حلال إلى يوم القيامة، وحرامي حرام إلى يوم القيامة...».

فالحكم وارد على الزمان، والزمان واقع تحت الحكم، وإن أخذ في نفس الحكم، فالحكم تحت الزمان، والزمان وارد عليه.

وبعبارة أخرى: إن الزمان الذي أخذ قيداً، تارة يكون قيداً للمتعلّق وأخرى للحكم، وكلما كان قيداً للمتعلّق، كان الحكم وارداً، وكلما كان قيداً للحكم كان الزمان وارداً.

الأمر الثالث: كلما أخذ الزمان في المتعلَّق، وكان الحكم وارداً على الزمان، كان المرجع بعد التخصيص هو العموم، لا الاستصحاب، وأما إذا كان الزمان وارداً على الحكم، فالمرجع بعد التخصيص هو الاستصحاب.

الأمر الرابع: أن العموم ينقسم إلى قسمين: أفرادي، وأزماني، فالأول كأن يقول: (أكرم كل فرد من أفراد العلماء)، والثاني كأن يقول: (أكرم العلماء في كل زمان من الأزمنة).

وكل منهما ينقسم إلى مجموعي واستغراقي، والمراد من الأول منهما ما كان الحكم الوارد على الأفراد المتعددة، والأزمنة المتكثرة ملحوظاً على وجه الارتباطية بين الأفراد، أو الأزمان، فيكون كل فرد، أو كل زمان جزءاً من الكل، والمراد من الاستغراقي ما كان كل فرد من الأفراد أو الأزمان جزئياً، فزيد جزئي، وعمرو جزئي، وهذا الآن جزئي، وذاك الآن جزئي، وهكذا..

فكما أن الأفراد تارة تلاحظ بنحو المجموع، فيجب إكرام المجموع بما هو مجموع، فيكون كل فرد جزءاً، وأخرى تلاحظ مستقلة فيجب

إكرام كل واحد منهم على حدة، فيكون كل فرد جزئياً، فكذلك الحال بالنسبة إلى الأزمنة، فربما تلاحظ الأيام بنحو المجموع، فيكون كل يوم جزءاً، وربما تلاحظ بنحو الاستغراق، فيكون كل يوم جزئياً.

وليعلم بأن التخصيص لا يضرّ بالمجموعية، كما لا يضرّ بالاستغراقية؛ لأنه كما يوجب خروج فرد من الاستغراقي، كذلك يوجب خروج جزء من المجموعي، وكما أنه إذا خرج فرد عن العموم الاستغراقي يجب امتثال الحكم في سائر الأفراد، فكذلك إذا خرج جزء عن المركب يقع الارتباطية في باقي الأجزاء.

والنتيجة من هذا الأمر: أن الشيخ قدس سره في جوابه على المحقق صاحب جامع المقاصد قدس سره قد جعل الموارد على قسمين، قسم مورد للاستصحاب، والآخر للتمسك بالعموم، فتصوّر البعض بأن مورد التمسك بالعموم هو العام الاستغراقي، وأن مورد الاستصحاب هو العام المجموعي، وهو تصوّر باطل؛ فإن مراد الشيخ قدس سره - وهو الحق - عدم مدخلية المجموعية والاستغراقية في المطلب، بل إن التمسك بالعام يدور مدار أخذ الزمان في المتعلّق، ووقوعه تحت الحكم، والتمسك بالاستصحاب يدور مدار أخذ الزمان في الحكم، وورود على الحكم.

وأما الدليل على هذا المدعى فهو: أنه إذا أخذ الزمان في المتعلق، بأي نحو كان، فدليل الحكم متكفل لعموم الحكم بالنسبة إلى الأزمنة؛ وحينئذٍ فإذا شك في التخصيص، أو في حدوده وسعته، تمسك بالدليل لنفيه ورفع الشك؛ فإن الحال في الأفراد الطولية، كالحال في الأفراد

العرضية، كما لو قال: (أكرم العلماء)، وكانت له أفراد عرضية، كمحمد وأحمد وعلي، فإذا شك في تخصيص أحدهم، أو في سعة دائرة التخصيص، تمسك بالعام في المقدار المشكوك، فكذلك لو ورد: (أكرم العلماء دائماً)، وشك في تخصيص أحد الأزمنة، أو علم تخصيصه وشك في تخصيص غيره، تمسك بالعام لنفيه.

والحاصل: أنه إذا لوحظ العام بالنسبة إلى الأزمنة اعتبرت أفراداً طولية له، وكما أنه مرجع في الأفراد العرضية، فكذلك في الأفراد الطولية.

وأما إن لم يؤخذ الزمان في المتعلق، بل كان ظرفاً للحكم، لم يمكن التمسك بالعام، وكان المرجع الاستصحاب؛ وذلك لأن الزمان في هذا الفرض طارئ على الحكم، بخلاف الفرض السابق؛ فإن الحكم هو الطارئ على الزمان، وحينئذٍ فحال الزمان في هذه الصورة حال العلم والجهل بالنسبة إلى الحكم؛ فإنهما متأخران عنه وطارئان عليه، فيستحيل شمول الدليل بإطلاقه إليهما؛ لأن العلم بالحكم والجهل به متفرعان عليه، ولا يمكن تقييد الحكم بما في المرتبة المتأخرة عنه، كما لا يمكن الإطلاق بالنسبة إليه، فلا يمكن التقييد بالعلم أو بالجهل به، ولا الإطلاق، ولهذا التجأنا إلى التمسك بمتمم الجعل لإثبات الإطلاق أو التقييد، ووزان استمرار الحكم وانقطاعه، وزان العلم بالحكم والجهل به، فلا يمكن أن يتكفّل دليل الحكم لاستمراره أو انقطاعه، فيحتاج إلى دليل آخر، فيقوم الدليل الأول مثلاً على الحرمة أو الحلية، ثم يقوم الدليل الثاني على

استمرارها أو انقطاعها، كما في قوله صلى الله عليه وآله: « حلال محمد حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة »[١].

وعليه فإذا خرج فرد من الأفراد في زمان من الأزمنة من تحت العموم لم يمكن الرجوع إليه، فمثلاً قام الدليل على حلية لحم الشاة، وخصص في مدة الجلل، فلا يحل أكل لحم الحيوان الجلال، فإذا ارتفع عنه الجلل، وشككنا في حلية أكل لحمه، ولم يقم دليل من الخارج عليه، لم يمكن التمسك للحلية بدليل حلية لحم الشاة، بل لم يكن لنا إلا التمسك باستصحاب الحرمة.

والسر فيه: أن دليل حلية الشاة لا يتكفل ببيان استمرار الحكم؛ لما تقدّم من تأخّر رتبة الاستمرار والانقطاع، كما في العلم والجهل.

كما لا يمكن التمسك بدليل استمرار الحكم، وهو « حلال محمد حلال إلى يوم القيامة »؛ لمفروغية أخذ كونه حلالاً، بمعنى أن ما علم كونه حلالاً فهو حلال إلى يوم القيامة، وأما ما شك في حليته كما نحن فيه، فلا يدل على حليته، فضلاً عن استمرارها إلى يوم القيامة؛ فإن دليل الاستمرار لا يثبت الحلية، ولا يحرز الموضوع[٢].

هذا ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من التحقيق، واعتبر كلام الشيخ قدس سره مبتنياً على ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه والتعليق عليه.

(٢) منية الطالب ٣ : ١٦٣ - ١٦٥.

المناقشة فيما أفاده المحقق النائيني

والكلام معه قدس سره في مقامين:

المقام الأول: في صحة نسبة ما أفاده إلى الشيخ قدس سره.

المقام الثاني: في تمامية ما أفاده من التحقيق وعدمه.

المقام الأول: في صحة النسبة إلى الشيخ وعدمها

أما المقام الأول فقد نسب المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى الشيخ قدس سره أنه يرى بأن العموم بالنسبة إلى الأزمنة، إن كان استغراقياً، فالمرجع - بعد تخصيص فرد من الأفراد، وحصول الشك في الباقي - هو العموم.

وإن كان مجموعياً فالمرجع الاستصحاب؛ لتعدد أفراد الحكم في الأول، دون الثاني[1].

إشكال المحقق السيد الخوئي على الشيخ

ثم أورد عليه: بعدم تماميته إلا في الجملة؛ لعدم جريانه في الأحكام التكليفية، وإنما يجري في الأحكام الوضعية؛ فإن الحكم التكليفي تارة يتعلّق بموضوعه على نحو العموم الاستغراقي، بحيث ينحل إلى كل واحد واحد من أفراد موضوعه، كما في النواهي بأجمعها، وكما في بعض الواجبات، كما إذا قال: (أكرم العلماء)، وفي مثله إذا ورد تخصيص بعض أفراد الموضوع، فلا ينبغي الإشكال في التمسك بالعموم

(١) مصباح الفقاهة ٦: ٤٠٥ - ٤٠٧.

حينئذٍ في سائر الأفراد؛ إذ كل فرد من الأفراد موضوع مستقل، ولا ربط لخروج أحدهما عنه بالآخر، فيبقى غيره من الأفراد تحت العموم.

وأخرى يتعلق بموضوعه على نحو العموم المجموعي، بأن يفرض الجميع فرداً واحداً مركباً من أجزاء متعددة، كعشرة أو أزيد، بحيث يكون إتيان الجميع امتثالاً واحداً، ومخالفته مخالفة واحدة، وفي هذه الصورة أيضاً، إذا ورد دليل، وأخرج فرداً من العام، فلا محالة يبقى عموم العام في الباقي متّبعاً، ويجب عليه إتيان سائر الأفراد، كما لو قال: (أكرم هؤلاء العشرة)، واستثنى زيداً بالاستثناء المتصل، أو التخصيص في دليل منفصل.

وبالجملة: لا فرق في التمسك بالعموم بين العام الاستغراقي والمجموعي؛ فإن العام في كليهما متّبع في غير ما أخرجه الدليل[1].

المناقشة فيما استفاده المحققان النائيني والخوئي من كلام الشيخ

نقول: إن المعيار عند الشيخ قدس سره ليس على الاستغراقية والمجموعية، بل على الظرفية للحكم أو للمتعلق، فليس كما فسّره المحقق النائيني قدس سره، ولا كما حمله المحقق السيد الخوئي قدس سره، وبيان ذلك:

إن الشيخ قدس سره في الأصول في التنبيه العاشر، في دوران الأمر بين الرجوع إلى عموم العام أو إلى استصحاب حكم المخصص، صرّح بأن الزمان تارة يكون مفرّداً، بمعنى أن تكون لكل قطعة قطعة من الزمان

---

(١) راجع مصباح الفقاهة ٦: ٤٠٧ وما بعدها، والتنقيح ٣٨: ٤١٣ - ٤١٤، ولخصنا بعض عبارته.

حكم خاص، كما لو قال: (أكرم العلماء في كل يوم)، فإذا كان كذلك وأخرج يوماً من تحت العموم، فالمرجع في سائر الأيام هو العموم، ولا يمكن الرجوع إلى الاستصحاب وإن لم يوجد عام؛ لكونه من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر.

وأخرى لا يكون مفرّداً، بل ظرفاً كما لو قال: (أكرم العلماء دائماً)، فهنا لا يكون العموم مرجعاً بعد التخصيص[1].

هذا صريح الشيخ قدس سره في رسائله، وأما المحقق النائيني رحمه الله فقال: بأنه إذا قال: (أكرم العلماء في كل يوم، مستمراً، دائماً)، بأي نحو كان، فالزمان مأخوذ في المتعلّق، وإذا أخذ فيه كان المرجع بعد التخصيص هو عموم العام.

فكيف نجمع بين كلامه وبين قول الشيخ قدس سره من أنه إذا قال: (أكرم العالم دائماً)، ثم خصص زمان ما وأخرج منه لم يمكن التمسك بالعام، مع التوجه لما أفاده الشيخ قدس سره في الرسائل؟!

وأما كلام الشيخ قدس سره في المكاسب فهو أن الزمان تارة يكون مفرّداً، وتارة يحصل العموم الزماني من الإطلاق، فإن كان مفرّداً كقوله: (أكرم العالم في كل يوم)، ثم خصص يوم من الأيام، فالمرجع بعد التخصيص إلى العموم، وأما لو استفيد الحكم بالاستمرار من الإطلاق، فالمرجع

---

(١) الرسائل ٣: ٢٧٤.

الاستصحاب.

وعندما يقول الشيخ قدس سره بأن استمرار الحكم يحصل بالاطلاق، فكيف يوجّه كلامه بأن استمرار الحكم - كالعلم به - في الرتبة المتأخرة عنه، فلا يتكفل به الدليل.

فبيان المحقق النائيني قدس سره مخالف لتحقيق الشيخ قدس سره في أصوله وفي فقهه.

فتحصل إلى هنا الفرق بين نظرية الشيخ قدس سره والمحقق النائيني قدس سره، وأن الشيخ قدس سره يذهب إلى التفريق بين مفرّدية الزمان، وبين أخذه بنحو الدوام والاستمرار في متعلّق الحكم، ففي الصورة الأولى يتمسك بالعام لا بالاستصحاب، وفي الصورة الثانية لا يتمسك بشيء منهما، وإنما يرجع بعد الزمان - عند الشك في ثبوت الخيار - إلى أصالة الفساد.

وأما المحقق النائيني قدس سره فيذهب إلى التفريق بين ما إذا أخذ الزمان في متعلق الحكم وورد عليه الحكم، وبين ما إذا لم يؤخذ فيه، بل كان ظرفاً له، كما لو كان الزمان وارداً على الحكم، فالمرجع على الأول - بعد تخصيص العام من ناحية الأزمان - هو العموم، وعلى الثاني هي الأصول.

المقام الثاني: المناقشة في تحقيق المحقق النائيني

والحق في المسألة، عدم صحة ما أفاده قدس سره من التحقيق وذلك لأن حاصل دليله هو: استحالة تكفّل دليل الحكم لاستمرار الحكم ودوامه، كاستحالة تكفّل أدلة الأحكام للعلم والجهل بالأحكام، فلا بدّ أن يتكفّل

به دليل آخر، وبعد ورود التخصيص، لا يمكن التمسك بدليل الحكم؛ لاستحالة تكفّله به، ولا بدليل آخر، كالذي ورد في استمرار الحلال والحرام إلى يوم القيامة؛ لكونه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية له.

وفيه: **أولاً**: أن قياس استمرارية الحكم وانقطاعه بالعلم والجهل به قياس مع الفارق؛ فإن العلم والجهل بالحكم مغايران لنفس الحكم ماهية ووجوداً؛ فإن الأحكام مطلقاً - الشرعية والعقلائية - من مقولة الاعتبار، والاعتبارات الشرعية والعقلائية قائمة بنفس المعتبر، وأما العلم والجهل فهما من الأمور الواقعية، والصفات القائمة بالنفس.

مضافاً إلى التأخّر الرتبي بين العلم والجهل، وبين الحكم؛ فإن أحدهما لا يستغني في وجوده عن الآخر، بخلاف الآخر؛ فربما يوجد الحكم ولا يحصل العلم أو الجهل به، ولكن لا يمكن حصول العلم بالحكم أو الجهل به بدونه.

فلهذا يشكل تكفّل الدليل المتكفّل لجعل أصل الحكم، بواسطة إطلاقه، إلى ما في المرتبة المتأخرة؛ لأن ما في الرتبة المتقدمة لا يتكفل بما في الرتبة المتأخرة.

وأما استمرار الشيء وبقاؤه ودوامه، فهو لا يختلف مع نفس الشيء حقيقة وجوهراً؛ فإن حقيقة بقاء أي شيء ودوامه - سواء أكان من الموجودات الواقعية أم الاعتبارية ـ هو استمرار الوجود الأول وامتداده،

ومعنى انقطاعه عدم امتداده، ولا يعقل الاختلاف الذاتي بين الوجود وامتداده، ولا بينه وبين انقطاعه، كما لا يعقل الاختلاف الرتبي بينهما؛ فإن نفس وجود الشيء في الزمان الثاني هو بقاؤه فيه، فبقاء الحكم وانقطاعه لا يختلف عن نفس الحكم ذاتاً، ولا مرتبة، فقياسه على العلم والجهل واضح البطلان، بساطع البرهان.

وعليه فالمقتضي لتكفّل دليل الحكم باستمراره موجود، والمانع منه مفقود، بخلاف العلم والجهل بالحكم؛ إذ لا مقتضي لهما، ولو فرض تمامية المقتضي فالمانع موجود.

وثانياً: أن الإهمال في الواقعيات محال، والأحكام مطلقاً - التكليفية والوضعية - تابعة للأغراض، على الخلاف في تبعيتها لها، في متعلقاتها أو الأعم منها وفي نفسها، والغرض أمر واقعي، فهو إما أن يقتضي الاستمرار، أو يقتضي التوقيت، وبما أن اللزوم حكم وضعي مجعول للشارع، تابع للغرض كسائر الأحكام الوضعية الأخرى، فإن كان الغرض قائماً بلزوم العقد مؤقتاً، كان المجعول مؤقتاً، وإن كان قائماً بلزوم العقد مستمراً بقاء، كان المجعول باقياً، فالشارع حين جعل اللزوم، إما أن يعتبر لزوم العقد مستمراً وإما أن يعتبره محدوداً.

وثالثاً: أن الاستمرار والانقطاع لا يخلو حالهما، إما أن يكونا من توابع الحكم، أو من الأمور المترتبة عليه، أو من انقساماته، والمحقق النائيني قدس سره يرى بأنهما من الأمور الطارئة على الحكم، وفي الرتبة المتأخرة عنه، ولكنهما ليسا كذلك، بل من انقساماته؛ إذ بالضرورة أن كل

ماهية وشيء، سواء أكان تكوينياً أم اعتبارياً ينقسم إلى باقٍ وزائل، فهما من انقسامات الحكم، وهو مقسم لهما، فبعض الأحكام باقية، وبعضها محدود بأمد معين.

فإذا ثبت كونه مقسماً لهما، فالمقسم بالإضافة إلى أقسامه إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً، كما في انقسام الرقبة إلى المؤمنة والكافرة؛ فإن دليل (اعتق رقبة) إما أن يكون مطلقاً بالإضافة إلى الإيمان والكفر، وإما أن يكون مقيّداً، فالحكم بما أنه مقسم إلى المستمر والزائل، فدليل جعل اللزوم إما ان يكون مطلقاً بالنسبة إلى الاستمرار والانقطاع، أو مقيّداً، فإن قيّد فهو منقطع، وإلا فمستمر، هذا من ناحية ثبوتية.

وأما من ناحية إثباتية، فدليل جعل اللزوم هو قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، وهو مطلق بالنسبة إلى كل فرد من أفراد العقود من حيث البقاء في الزمان.

فأصالة الإطلاق من ناحية الزمان تامة ثبوتاً وإثباتاً.

المناقشة في مختار الشيخ

[2]**وأما ما أفاده الشيخ** قدس سره؛ فيرد عليه:

أولاً: أن ما أفاده في المقام يتهافت مع ما أفاده في الأصول من

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) يوم الاثنين: ١٤٢٣/١٢/٢٢هـ - ٨١/١٢/٥.

جهتين:

الأولى: أنه قدس سره اختار في الفقه عدم التمسك بالعام، ولا باستصحاب الخيار؛ لاحتمال تبدّل الموضوع، بل تمسك بأصالة الفساد، واستصحاب عدم تأثير الفسخ، وبقاء أثر العقد، بينما قوّى في الأصول، في مبحث دوران الأمر بين التمسك بالعام أو بالاستصحاب، استصحاب بقاء الخيار؛ حيث قوّى كلام الشهيد الثاني قدس سره القائل بجريان الاستصحاب في هذه المسألة، على قول صاحب جامع المقاصد رحمه الله، القائل بالتمسك بالعام[1].

الثانية: أنه قدس سره اختار في الفقه عدم بقاء الخيار؛ بناء على كون المدرك هو « لا ضرر »؛ لاحتمال كون الموضوع عند الشارع هو من لم يتمكن

---

(١) الرسائل ٣: ٢٧٥. ولا بأس بنقل كلام الشيخ قدس سره فيها، قال قدس سره:

(وقد صدر خلاف ما ذكرنا - من أن مثل هذا من موارد الاستصحاب، وأن هذا ليس من تخصيص العام به - في موضعين:

أحدهما: ما ذكره المحقق الثاني قدس سره في مسألة خيار الغبن في باب تلقّي الركبان: من أنه فوري؛ لأن عموم الوفاء بالعقود من حيث الأفراد، يستتبع عموم الأزمان.

وحاصله: منع جريان الاستصحاب؛ لأجل عموم وجوب الوفاء، خرج منه أول زمان الاطّلاع على الغبن، وبقي الباقي.

وظاهر الشهيد الثاني قدس سره في المسالك إجراء الاستصحاب في هذا الخيار. وهو الأقوى؛ بناء على أنه لا يستفاد من إطلاق وجوب الوفاء إلا كون الحكم مستمراً، لا أن الوفاء في كل زمان موضوع مستقل محكوم بوجوب مستقل، حتى يقتصر في تخصيصه على ما ثبت من جواز نقض العقد في جزء من الزمان، وبقي الباقي).

من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه، التارك له[١]، بينما قوّى في الأصول جريان الاستصحاب كما قدمنا.

وثانياً: أن ما اختاره في الأصول يتهافت مع مختاره في الأصول في مقام آخر؛ فإنه قوّى جريان الاستصحاب في المورد المتقدم، بينما اختار عدم جريانه في الشك في المقتضي، بخلاف الشك في الرافع[٢]، واستصحاب خيار الغبن من موارد الشك في المقتضي بلا إشكال؛ فإن الخيار إذا كان على الفور فأمده ينقضي بنفسه، بخلاف ما إذا كان على التراخي؛ فإن أمده باقٍ، فوزان الفور والتراخي وزان العقد المنقطع والدائم.

وثالثاً: أن الشيخ قدس سره أفاد في إشكاله على المحقق الثاني قدس سره من التمسك بالعموم: أن خروج الفرد من تحت العموم بالتخصيص في زمان من الأزمنة، في حال عدم كون الزمان مكثّراً للأفراد، يوجب عدم كونه فرداً من العام، ليشمله حكمه في الزمان الثاني، فلا معنى لرجوعه إليه ثانياً.

وفيه: أنه لو كان المراد خروج فرد من تحت العام الأفرادي بالتخصيص في زمان من الأزمنة، وشك في مقدار خروجه، هل هو في كل الأزمنة، أو في خصوص هذا الزمان، لتمّ ما أفاده الشيخ قدس سره، كما لو

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٢.

(٢) الرسائل ٣: ٥١ وما بعدها.

خصص « من حاز ملك »[١] ببعض الأفراد، كأن أخرج من تحته الأراضي المعمورة؛ فإنها لا تعود تحت العام.

وكما لو قال: (أكرم العلماء) وخصص زيداً؛ فإنه لا يعود تحت العام ثانية.

ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ لعدم التخصيص الأفرادي في ما نحن فيه، فلم يخصص العموم الأفرادي، بل قيّد الإطلاق الأزماني، وفرق بين الأمرين، فلا يخلط بينهما.

وبيان ذلك: أن لآية : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] عموماً وإطلاقاً، أما العموم فهو المستفاد من كلمة « العقود »، الجمع المحلى بأل، فيشمل جميع أنواع العقود وأفرادها، فيشمل البيع، والإجارة، والصلح وغيرها من الأنواع، كما يشمل أفراد البيع، وبقية أفراد العقود.

وأما الإطلاق فهو بلحاظ الزمان، بمعنى أن كل فرد من العقود يجب الوفاء به مطلقاً من حيث الزمان، أي دائماً ومستمراً، لا أن وجوب الوفاء به بنحو الموجبة الجزئية.

إذا اتضح هذا، فالمخصص في خيار الغبن كما هو التحقيق، إما الشرط الارتكازي، أو « لا ضرر »، وكلاهما لم يخرجا البيع الغبني من تحت أفراد العام، بل قيّدا إطلاقه الأزماني؛ فإن مدلولهما أن المغبون متى

---

(١) هذه قاعدة متصيدة جرت على لسان الفقهاء، وليست رواية.

(٢) سورة المائدة: ١.

ما كان متضرّراً ارتفع عنه لزوم الوفاء، وأما في الوقت الذي تمكّن من الخيار ولم يعمله، لم يكن اللزوم ضررياً عليه فلم يُنفَ، ولم يكن مخالفاً للشرط الارتكازي، فلم يتحقق التقييد من ناحية الشرط إلى ما بعد الزمان الأول.

فهو من قبيل ما لو قال: (أكرم العلماء)، ثم خصص زيداً في زمان معين، فقال: (لا تكرم زيداً في هذا الوقت المعين)، فإكرامه في ما عدا الزمن المخصص يشمله الإطلاق الأزماني لوجوب إكرام العلماء.

الحق في المسألة

فالحق في المسألة: أن اللزوم المجعول لكل فرد من أفراد البيع منفي عند تحقق البيع الغبني، أو عند ظهور الغبن، إلا أن نفي اللزوم محدود بحسب الأدلة؛ وذلك لأن دليل نفي اللزوم إن كان هو « لا ضرر » فمفادها: أن الحكم الضرري المستند ضرره إلى الشارع منفي في الإسلام، وبما أن الحكم بلزوم العقد الغبني ابتداء يستند ضرره إلى الشارع فهو منفي، وأما لو اطلع المغبون على الغبن، وحكم له بالخيار، ولم يعمله، فالحكم باللزوم بعد ذلك الآن، لا يستند ضرره إلى الشارع، فلا يكون منفياً بـ« لا ضرر »، فمقتضى القاعدة عدم تقييد الإطلاق الزماني بالوفاء بالعقد الغبني بنحو التراخي، بل على نحو الفورية.

وإن كان الدليل هو الشرط الارتكازي، فمفاده أن المعاملة بين العقلاء مبنية على عدم الغبن الفاحش، فإن وجد كان للمغبون الفسخ، وبما أن

البناء العقلائي سيرة للعقلاء وعمل لهم، والعمل لا لسان له؛ ليتمسك بإطلاقه، فيقتصر على القدر المتيقن، فيكون له فسخ المعاملة في ما إذا علم بالغبن وأمكنه، وأما استمرار الخيار إلى ما بعد علمه وتمكّنه من الفسخ ولم يفسخه فمشكوك، فيقتصر على القدر المتيقن، وبما أن النسبة بين البناء العقلائي، و﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] نسبة المخصص المنفصل المجمل، الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فالمرجع الإطلاق.

ولقائل أن يقول: إن المرجع في ما زاد على القدر المتيقن في المخصص المنفصل المجمل هو إطلاق الدليل أو عمومه، ولكن المخصص في المقام هو البناء العقلائي، وهو متصل بالخطاب، وليس منفصلاً عنه.

والجواب: أن المخصص اللبي والبنائي على نحوين؛ إذ تارة يكون ضرورياً، فيكون كالمتصل، ويكون احتفافه بالكلام مسقطاً للعموم أو الإطلاق، وأخرى يكون نظرياً يحتاج إلى تأمل، فيعامل معاملة المخصص المنفصل، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ بدليل أنه لم يطرح الشرط الارتكازي كدليل في المسألة إلا في العصر الأخير، وإلا فقد كان استدلال مشهور القدماء، ومن بعدهم على خيار الغبن بدليل « لا ضرر »، أو بأخبار تلقّي الركبان، وهذا يكشف عن عدم كونه ضرورياً، بل يحتاج إلى تأمل ونظر، وإن كان حقاً، ومتى كان المخصص اللبي نظرياً كان مثل المخصص المنفصل.

---

(١) سورة المائدة: ١.

فتحصل مما ذكر: أن الحق في المسألة كون خيار الغبن فورياً، والمستند العمدة الإطلاق الأزماني لدليل لزوم العقد؛ إذ لم يخرج منه - سواء بـ « لا ضرر » أو بالشرط الارتكازي - إلا خصوص القدر المتيقن.

ولا يخفى أن المراد من الفورية في المقام هي الفورية العرفية، لا العقلية؛ لبناء الأمور الشرعية في مثل هذه الموارد على العرف.

وبهذا يتم الكلام في خيار الغبن، ولله الحمد والمنّة، ويقع الكلام بعده في خيار التأخير[1].

(١) وكان الانتهاء من هذا المبحث في يوم الاثنين المصادف ١٤٢٣/١٢/٢٢هـ

الخامس .. خيار التأخير

قال العلامة قدس سره في التذكرة: (من باع شيئاً ولم يسلّمه إلى المشتري، ولا قبض الثمن، ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزم البيع ثلاثة أيّام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين. وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخيّر البائع بين فسخ العقد، والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع)[1].

أدلة خيار التأخير عند الشيخ

وقد أقام الشيخ قدس سره على هذا الخيار ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: الإجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها، المعتضد بدعوى الاتفاق المصرّح به في التذكرة، والظاهرة من غيرها[2].

الوجه الثاني: ما اعتبره الشيخ قدس سره الأصل في المسألة، وهي قاعدة نفي الضرر؛ إذ أن الصبر أبداً مظنة الضرر، المنفي بالخبر.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٧١.

(٢) المكاسب ٥: ٢١٧.

بل اعتبر الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ لأسباب ثلاثة:

١ـ أن المبيع في ما نحن فيه في عهدة البائع وضمانه؛ حيث إن المبيع مال للمشتري، ولكنه في يد البائع، وهو مكلّف بحفظه، وحفظ نماءاته، ونفس هذا التكليف - بسبب كون يده يد ضمان - يكون ضرريا على البائع.

٢ـ أن تلف المبيع من البائع؛ لقاعدة (تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه)، فيتضرر البائع بضرر ثانٍ، بخلاف خيار الغبن؛ إذ لا يضمنه.

٣ـ أن الثمن لم يصل إليه، والمبيع ملك لغيره، ولا يجوز له التصرف فيه.

فلا محالة يكون لزوم المعاملة، وعدم الخيار للبائع، ضرريا عليه بضرر آكد من ضرر الغبن، فما دام يلتزم في الغبن بالخيار؛ لقاعدة « لا ضرر »، فالتمسك بها هنا أولى.

الوجه الثالث: النصوص الخاصة، وما ذكرها الشيخ قدس سره أربع، وهي:

الرواية الأولى: صحيحة علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[1].

الرواية الثانية: موثقة إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح، قال: « من

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

اشترى بيعاً، فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له »[١].

الرواية الثالثة: رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أيّاماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله، لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أقضي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[٢].

الرواية الرابعة: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثمنه؟ قال: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له »[٣].

فإن مدلولها إن جاء بالثمن بينه وبين الثلاثة الأيام فله، وإلا لا بيع له.

إشكال الشيخ على مدلول الروايات

ولكن الشيخ قدس سره أورد على الاستدلال بها بقوله: (وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط؛ حيث قال: (روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع أجيئك بالثمن ومضى،

---

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٤.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٢.

(٣) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث١.

فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له، وإن لم يجئ بطل البيع)[1].

وتوضيح الإشكال: أن الحكم بالخيار متفرّع على إثبات البيع، والتعبير بـ« لا بيع له » يفيد نفي الحقيقة؛ بمقتضى ظهور (لا) الداخلة على الماهية، ونتيجة نفي الحقيقة بطلان البيع، لا إثبات الخيار؛ فإن نفي الحقيقة وإثبات الخيار، متنافيان متضادان.

جواب الشيخ عن الإشكال

وأجاب عنه الشيخ قدس سره **أولاً**: بأن ظهور الأخبار وإن كان في الفساد، إلا أن فهم العلماء، وحملة الأخبار نفي اللزوم، فيتقرب هذا المعنى.

وثانياً: أن قوله عليه السلام في أكثر الروايات: « لا بيع له » ظاهر في انتفائه عن المشتري، وبما أن البطلان لا يتبعض، بحيث يبطل بيع المشتري دون البائع، فهو محمول على نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين: « لا بيع بينهما ».

وثالثاً: لو شك في المراد؛ إذ ظاهر العبارة وإن كان هو البطلان، إلا أن فهم العلماء - وهم أهل الحرفة والصناعة - نفي اللزوم يجعلها مجملة، فالمرجع الأصل، وهو استصحاب الآثار المترتبة على البيع؛ حيث إن البيع قبل انقضاء الثلاثة صحيح بلا كلام، فبعد انقضائها نشك في بقاء الصحة والبطلان، فنستصحب بقاء الصحة، وترتيب آثار البيع.

وتوهم: كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، وقد ارتفع قطعاً، سواء

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٩، وما نقله عن الشيخ في المبسوط ٢: ٨٧.

أقلنا بالبطلان أم بالخيار، فترتفع بارتفاعه.

مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة؛ لترتفع بارتفاعه، وإنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار، وإن كانت نسبة الصحة إلى اللزوم نسبة الموضوع له، بمعنى أن البيع لا بدّ من أن يكون صحيحاً حتى يكون موضوعاً لأثر اللزوم، فلا يلزم من ارتفاع اللزوم نفي الشك في الصحة، فتستصحب الصحة، ويحكم على البيع بالجواز.

المناقشة في أدلة الشيخ

أما الإجماع المنقول ففيه: أولاً: عدم ثبوته مع مخالفة الشيخ الطوسي، وتوقّف المحقق الأردبيلي، وجزم صاحب الحدائق بالبطلان، وتقوية المحقق السبزواري له، بل يكفي مخالفة الشيخ قدس سره، فأقصى ما يمكن القول بثبوته هي الشهرة، وهي ليست بحجة.

وثانياً: - مع غض النظر عن البحث في خصوصيات ناقلي الإجماع؛ إذ يختلف من واحد لآخر، فنقل الشهيد الثاني قدس سره له اعتباره الخاص؛ إذ يعتمد على البحث والتتبع والتدقيق، دون نقل السيد قدس سره، المستند عادة على الإجماع في الكبرى؛ لإثباته في الصغرى -

فلو سلّم الثبوت، فالثابت هو الإجماع المنقول، وقد اعترض عليه الشيخ قدس سره في الأصول: بأن الإجماع المنقول إخبار حدسي عن قول المعصوم عليه السلام، وأدلة حجية خبر الواحد قاصرة الشمول عن الأخبار

الحدسية.

وثالثاً: أنه لو سلم الثبوت فهو إجماع مدركي؛ للاستدلال عليه بحديث: « لا ضرر »، والأخبار الخاصة، فلا يكون حجة.

إشكال المحقق الخراساني على استدلال الشيخ بلا ضرر ودفعه

وأما الاستدلال بقاعدة نفي الضرر، فأورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بأن الضرر إنما نشأ من تأخير قبض الثمن، لا في نفس المبيع، وقاعدة « لا ضرر » إنما تنفي الحكم عن الموضوع الضرري، فلا معنى لتدارك الضرر الحاصل من شيء، بنفي حكم شيء آخر، فالضرر الحاصل من التأخير، لا ينفي لزوم البيع.

وبعبارة أخرى: لو كان للتأخير حكم لكان مرفوعاً بـ« لا ضرر »، وأما حكم موضوع آخر كالبيع فلا وجه لرفع حكمه[1].

وهو وإن كان متيناً من حيث الصورة، إلا أنه محل إشكال من جهتين:

الجهة الأولى: أنه مبني على مبناه في مفاد قاعدة نفي الضرر؛ حيث يرى بأن المنفي فيها هو حكم الموضوع الضرري، بخلاف الشيخ قدس سره القائل بأن مفادها نفي الحكم الضرري، والحكم باللزوم في هذه المعاملة ضرري، فينفى بالقاعدة، ولا يلاحظ عدم كون الموضوع ضررياً، فلا يكون الإشكال فنياً.

---

(١) حاشية المحقق الخراساني قدس سره على المكاسب: ٢٠٠.

الجهة الثانية: أن لازم مبناه أن لا يقول بخيار الغبن، بل يقول بنفي صحة العقد؛ حيث إن البيع الغبني موضوع ضرري، وحكمه الصحة، فينفى هذا الحكم بها.

مناقشة المحقق الإيرواني للاستدلال بقاعدة لا ضرر وردّها

وأورد المحقق الإيرواني قدس سره على استدلال الشيخ رحمه الله بقاعدة « لا ضرر » بإشكالين:

الأول: ان قاعدة نفي الضرر، لا تحدّد التأخير بثلاثة أيام، بل تحدّده بما يوجب الضرر، قلّ التأخير عن ثلاثة أو زاد عليها، فالحكم بعدم الخيار في أثناء الثلاثة خرج عن تحت « لا ضرر »، بالإجماع والنصوص، فلم يبق العموم الأزماني فيها ليرجع إليه بعد قطعة زمان التخصيص.

ولا أقلّ من الشك في ثبوت العموم الأزماني، ومعه يرجع إلى استصحاب حكم المخصص[1].

الثاني: عدم جريان قاعدة « لا ضرر » في المقام؛ لأن المبيع لا يزال في يد البائع، فمع عدم أداء المشتري للثمن يمكن للبائع التخلّص من الضرر، بأخذ المبيع مقاصة عن الثمن[2].

---

(١) قال بعض الحاضرين: بأن التأخير في الثلاثة الأيام لا يوجب الضرر.
فأجاب الشيخ الأستاذ دام ظله: بأن منشأ الضرر لا ينحصر في مجرد تأخير الثمن، بل لأسباب متعددة تقدم بيانها في المتن.

(٢) حاشية المكاسب ٢: ٤٢.

أما الأول، فيجاب عنه: بأن مبناه تتمّ في قاعدة « لا ضرر » كون «لا» لنفي الحقيقة، حقيقة لا ادعاء، فيراد من نفي الضرر نفي وجود حقيقة العمل الضرري في جملة الأعمال التي قررها القانون الإسلامي، كما يشهد له وجود قيد (في الإسلام) في بعض الأخبار، فيكون المراد نفي وجود العمل الضرري في عداد تلك الأعمال، لا في الخارج حتى يحتاج إلى حمل القضية على النفي الإدعائي.

فالكلام مسوق لبيان أن ما هو الثابت من الضرر في الخارج، خارج عن الإعمال الإسلامية، والأصل في ذلك أن الأعمال المرخَّصة في شريعة أو دولة بأي أنحاء الترخيص، كان إلزامياً أو غير إلزامي، يعدّ من أعمال تلك الشريعة، بخلاف الأعمال الممنوعة فيها؛ فإنها تعدّ خارجة عن أعمال تلك الشريعة والدولة.

فإذا أريد بيان الترخيص والمنع، فكما يصح أن ينشأ بنفس عبارة الترخيص والمنع، صحّ أن يُنشأ بلسان: أن العمل الكذائي من أعمال هذه الشريعة أو الدولة، أو ليس من أعمالها، بل هذه أبلغ في إفادة المقصود.

فتدلّ قضية « لا ضرر » بأبلغ وجه: على نفي كل حكم تكليفي، أو وضعي ضرري.

واحتمل في آخر البحث: أن يكون الضرر بمعناه المصدري، فيكون مفاد الرواية: أن الشارع لا يورد الضرر على أحد بسبب تشريع حكم

ضرري[١].

إذا اتضح ما أفاده قدس سره فالجواب على كلا التقديرين:

أنه لا شبهة في أن « لا ضرر » تحمل اطلاقين، أفرادي، فتشمل نفي جميع أفراد الأعمال، والأحكام الضررية، وأزماني، فتنفي الضرر في الإسلام عن جميع الأزمنة، ولا معنى لنفي الضرر في زمان دون زمان، فإذا خصص النفي في أحد الأزمنة، فلا إشكال في تقييد الإطلاق في ذلك الزمان، وأما في سائر الأزمنة فالإطلاق على حاله، فيتمسك به، فيرتفع الإشكال عن الشيخ قدس سره؛ فإن الثلاثة الأيام الأولى خرجت من تحت النفي بالإجماع، فيبقى الباقي تحته؛ لتمامية المقتضي وعدم المانع.

وأما الثاني، فيرده أولاً: أن لازم كلامه قدس سره أن يخصص خيار الغبن بحالة ما إذا لم يكن المغبون متمكناً من التقاص، وإلا فإذا كان متمكناً فلا ضرر عليه، فلا خيار له، ولا يمكن أن يلتزم به أحد من الفقهاء؛ إذ مقتضى عموم الدليل، والفتوى، والإجماع المحصّل ثبوت خيار الغبن مطلقاً، سواء أكان المغبون متمكناً من التقاص أم غير متمكن.

وثانياً: أن مدلول « لا ضرر » نفي الحكم الضرري، سواء كان بلسان نفي الموضوع الضرري، أو بلسان نفي الحكم مباشرة، وليس مدلولها ثبوت جبران الضرر وتداركه، وجواز المقاصة يجبر الضرر، فلا تدل عليه

---

(١) نهاية النهاية ٢: ١٥٨ - ١٥٩. حافظنا على عين عباراته في الغالب لوضوحها.

القاعدة.

وبهذا يندفع الإشكالان عن الشيخ تدثّل، كما دفعنا إشكال المحقق الخراساني تدثّل عنه أيضاً، وأما الحق في الإشكال عليه تدثّل فنقول:

الصحيح في الإشكال على الشيخ

إن استدلال الشيخ رحمه الله بـ« لا ضرر » ؛ لكون الضرر في المقام آكد منه في خيار الغبن، فلا بدّ من ملاحظة مناشئ الضرر المدّعاة في المقام ومحاسبتها، وهي ثلاثة:

أما الأول، فهو أن تلف المبيع من مال البائع؛ لكون التلف قبل القبض، فيكون من مال بائعه.

وأورد عليه: بأنه يأتي أيضاً في ما لو تلف المبيع في الثلاثة الأيام قبل قبضه، ولا قائل بثبوت الخيار حتى الشيخ نفسه.

وهو غير تام؛ لأن التلف قبل القبض في الثلاثة الأيام، خارج عن « لا ضرر » بالنص، والإجماع على لزوم البيع فيها.

وأورد عليه المحقق الأصفهاني تدثّل: بأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، حكم وارد في مورد « لا ضرر »، فيكون مخصّصاً لها، لا محكوماً بها؛ فإنها إنما تكون حاكمة على الأحكام التي تشمل بإطلاقها مورد الضرر، فتخصصها بغير مورده، سواء أكان الحكم تكليفياً، كما في وجوب الوضوء الشامل بإطلاقه لمورد الوضوء الضرري، فترفع الوجوب عنه، أو وضعياً، كما في لزوم البيع الشامل للبيع الغبني، فترفع اللزوم فيه.

وأما اذا كان الحكم في نفسه ضررياً فلا ترفعه، كالذي نحن فيه؛ فإن

الحكم بكون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه حكم ضرري، وارد في مورد الضرر، فلا يرفع بها[١].

وهو مع دقته ومتانته إلا أنه مندفع: بأن الحكم بتلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وإن كان حكماً ضررياً؛ إلا أنه لو كان بجعل الشارع، وكان منشأ الضرر هو جعل الشارع، لكان وارداً في مورد الضرر، فيكون مخصِّصاً إلى « لا ضرر »، ولم يكن مخصَّصاً بها، ولكنه ليس كذلك؛ فإن منشأ الضرر، هو تأخير المشتري للثمن، فلا وجه لتخصيص « لا ضرر » به.

التحقيق في التمسك بلا ضرر

والتحقيق في المسألة: أن منشأ التمسك بقاعدة « لا ضرر » في المقام، هو دعوى حصول الضرر من جهات أربع:

الأولى: كون التلف من مال البائع، وقد ناقش فيه المحقق الأصفهاني قدس سره وتقدّم رفع مناقشته.

الثانية: كون البائع ضامناً.

وفيه: أن يد البائع على المبيع يد أمانة، وليست بعدوانية، فلا يضمن إلا مع التعدّي أو التفريط.

الثالثة: كون البائع محروماً من التصرف في المبيع.

---

(١) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٤٣ - ٣٤٤.

وفيه: أن المبيع صار ملكاً للمشتري بالمعاملة، ولا ضرر في حرمان البائع من التصرف في مال المشتري.

نعم، يحصل الضرر بضم الحرمان من التصرف في الثمن، وهذا بحث آخر، سنتعرض له في ما يأتي إن شاء الله.

الرابعة: كون المشتري حبس الثمن عن البائع، والصبر على حبس الثمن ضرر على البائع.

وفيه: **أولاً**: أنه إذا أريد إثبات خيار التأخير من جهة الضرر الحاصل من حبس الثمن، فلا وجه لضم عدم إقباض المبيع، والحال أن الفقهاء مطلقاً إنما أفتوا بالخيار في حال عدم حصول القبض من الجانبين، ولو كان بسبب الضرر من جهة حبس الثمن، فهو موجود سواء أقبض المشتري المبيع أم لم يقبضه، ولم يفتوا بالخيار في صورة قبض المشتري للمبيع وإن أخّر الثمن.

والحاصل: أن المستند للخيار إن كان هو « لا ضرر »؛ بدعوى ضررية الصبر على الحبس، فالضرر يحصل عند حبس الثمن، سواء أقبض المشتري المبيع أم لا، فيفترض أن يحكم بالخيار في الصورتين؛ لعموم المنشأ الموجب لعموم الناشئ.

وثانياً: أن بين الضرر وثبوت الخيار عموماً وخصوصاً من وجه؛ فإنه ربما يحصل الضرر قبل التأخير عن الثلاثة الأيام، كأن يبيع المتاع، ثم تحصل له فرصة لشراء متاع آخر يتضرر من فوته، فلا خيار مع وجود الضرر، وربما يحصل التأخير عن الثلاثة الأيام بلا ضرر؛ لعدم حاجته

إلى الثمن إلى شهر، فله الخيار ولا ضرر، وربما يجتمعان.

وثالثاً: أن غاية ما يلزم هو حرمان البائع من التصرف في ماله، وهو لا يعدّ ضرراً، وإنما عدم انتفاع؛ فإن الضرر نقص في المال أو النفس أو الطرف، فوقع الخلط في كلام الشيخ قدس سره بين الضرر وعدم الانتفاع.

ورابعاً: تقدم في المباحث السابقة عدم صحة التمسك بقاعدة « لا ضرر » لإثبات الخيار؛ لأن الخيار حق تترتب عليه أحكام خاصة، كقبول الإسقاط، والمصالحة عليه بعوض، والإرث، وأثر « لا ضرر » نفي الأحكام الضررية، من قبيل لزوم المعاملة إذا كان ضررياً؛ فإنه ينفى بها، فيحل محلّ اللزوم المنفي الجواز الحكمي، كالجواز في مورد الهبة؛ فإنه ليس بحق، وإنما هو حكم، فلا يقبل الإسقاط ولا غيره من آثار الخيار، فـ« لا ضرر » لا تثبت الحق الذي هو منشأ للآثار الخاصة.

وبعبارة مختصرة: أن « لا ضرر » تنفي اللزوم، ونفيه أعم من إثبات الحق.

ردّ ما أفاده المحقق الحائري

وأما ما أورده المحقق الحائري قدس سره بقوله: (وقد يشكل على الاستدلال بلاضرر - من أن الصبر الذي في كلمات الأصحاب كالعلامة في التذكرة من أن الصبر مظنة الضرر المنفي بالخبر- أن الصبر غير واجب، بمعنى عدم المطالبة، بل يجوز له المطالبة، ويجب بحكم الشرع على المشتري التسليم، وهذا الإيجاب حكم دافع للضرر، ولو خالف

المشتري ولم يسلّم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناشٍ من قِبَل عصيانه)[١].

فهو شبهة منشأها أن كلمة الصبر وردت في لسان الشيخ قدس سره، والصبر لغة حبس النفس، وهو الذي نظرت إليه الروايات، وهو مراد الشيخ قدس سره؛ فيكون مراده أن حبس المشتري الثمن عن البائع ضرر عليه، فلو حكم الشارع على البائع بلزوم المعاملة، ولا بدّ له من الصبر مع حبس المشتري الثمن عنه لكان ضررياً، لا أن مراده وجوب صبر البائع على حبس المشتري للثمن، ليقال بعدم وجوبه، وبنفيه يرتفع الضرر.

المناقشة في الاستدلال بالروايات

وأما التمسك بالروايات، فالشيخ قدس سره استند إليها بناء على تقريبين:

التقريب الأول: أن مفاد الروايات وإن كان هو نفي الحقيقة كما هو ظاهر التعبير بـ « لا بيع له »؛ لأن ظاهر النفي المتعلق بحقيقة نفي تلك الحقيقة، لا نفي آثارها، إلا أن تقوم قرينة على الخلاف كما في: « يا أشباه الرجال ولا رجال »؛ فإن المراد نفي أثر الرجولة عنهم، إلا أن فهم الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين بأن المراد في المقام نفي الأثر أوجب رفع اليد عن الظهور، والقول بنفي اللزوم، لا نفي حقيقة البيع.

التقريب الثاني: أن ما ورد في الروايات نفي البيع عن المشتري، وبما أن البيع حقيقة واحدة لا يتعقل فيها التبعيض، بحيث يكون ثابتاً للبائع،

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي رحمه الله : ٢٥٨.

ومنفياً عن المشتري، وكذلك الحال في الصحة، لزم حمل النفي على ما يقبل التبعيض وهو نفي اللزوم، فيكون لازماً من جهة المشتري، غير لازم من جهة البائع[١].

المناقشة في تقريبي الشيخ للاستدلال بالروايات

أما التقريب الأول، فيرد عليه: أن فهم الفقهاء إنما هو حجة عليهم وعلى مقلديهم، لا على المجتهدين الآخرين؛ فإن الحجة عليهم ظاهر الأدلة، وبما أن الظهور قام على نفي الحقيقة، فلا وجه لحمله على نفي اللزوم بناء على فهم الفقهاء.

نعم، لو أوجب فهمهم الظهور عندنا، بحيث يكون اللفظ قالباً لنفي اللزوم، لتمّ ما أرداه الشيخ قدس سره، ولكن دون إثبات ذلك خرط القتاد.

وأما التقريب الثاني، فيرد عليه: أن النفي وإن تعلّق بالبيع عن المشتري في رواية إسحاق بن عمار، وابن الحجاج، وزرارة، إلا أن ذلك لأجل وقوعه محل السؤال، فبيّن الإمام عليه السلام وظيفته، فيحمل « لا بيع له » على حقيقته، وهو نفي الحقيقة، وسبب اختصاصه بالمشتري، كونه مورداً للسؤال.

ولا أقل من احتمال ذلك - أعني كون الاختصاص لأجل السؤال - ومجرد احتماله يكفي في حمل النفي على نفي الحقيقة، وعدم رفع اليد

---

(١) المكاسب ٥: ٢١٩ - ٢٢٠.

عن أصالة الحقيقة.

كما يحتمل أن عدم نفي حقيقة البيع عن البائع والمشتري، إنما هو للملازمة العقلية القطعية بين نفي البيع عن أحدهما ونفيه عن الآخر؛ لعدم قابلية حقيقة البيع للتبعيض، فاكتفى الإمام عليه السلام بنفي حقيقة البيع عن المشتري عن نفيها عن البائع؛ لعدم الحاجة للتعرض لنفيها عن الآخر بعد نفيها عن الأول.

ومع وجود هذين الاحتمالين في الروايات بالوجدان، لا موجب لرفع اليد عن أصالة الحقيقة.

ولا أقل أن وجود هذين الاحتمالين يوجب الإجمال في الروايات، فلا يعلم أن المراد منها نفي اللزوم أو نفي الحقيقة، وبما أن صحيحة ابن يقطين بيان؛ لكونها نصاً في نفي الحقيقة عنهما؛ بمقتضى: « فلا بيع بينهما »، فتحمل تلك الروايات عليها، أو لا تصلح لمعارضتها؛ لعدم معارضة المجمل للمبيَّن، فيتمّ كلام الشيخ الطوسي، والفاضل السبزواري، والمحدث صاحب الحدائق قدست أسرارهم.

تقريب المحقق الخراساني الاستدلال بالروايات

وأما ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره في حاشيته بقوله: (إن مثل هذا التركيب، - أي لا بيع له - وإن كان بحسب أصل الوضع لنفي الماهية، إلا أنه حيث قد غلب استعماله في نفي صفة الصحة، أو الكمال، أو

غيرهما من الأحكام، كما في « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »[١]، بناء على وضع أسامي العبادات للأعم، و«لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[٢]، و« لا ضرر ولا ضرار »[٣]، ونحوهما، فيراد منه نفي إحدى هذه الصفات، حسب اختلاف المقامات، وملاحظة مناسبة الموضوعات، لا يبعد دعوى ظهور الأخبار في إرادة نفي اللزوم؛ لبعد بطلان البيع، وارتفاعه بنفسه بمجرد التأخير)[٤].

فيرد عليه: أولاً: أنه مخالف لمبناه في الأصول؛ فإن مبناه الحمل على المعنى الحقيقي في مرحلتي الإرادتين، الاستعمالية والجدية، بمعنى أنه إذا كان للفظ معنيان حقيقي ومجازي، ودار الأمر بينهما، فالقاعدة الأولية تقتضي الحمل في مقام الإرادة الاستعمالية على استعماله في المعنى الحقيقي، وفي مقام الإرادة الجدية على إرادته أيضاً؛ بمقتضى تباني العقلاء على ذلك ما لم تقم قرينة صارفة عن معناه الحقيقي، وغلبة الاستعمال ليست من القرائن الصارفة عن المعنى الحقيقي، فلو كان للفظ معنى حقيقي، ومعنى مجازي، واستعمل في المعنى المجازي كثيراً لم يكن ذلك من القرائن المانعة من أصالة الحقيقة في الاستعمال.

---

(١) الوسائل، ٧٣٢/٤ الباب١ من أبواب، الحديث١.

(٢) الوسائل، ٤٧٨/٣ الباب١ من أبواب، الحديث١.

(٣) الوسائل، ٣٤١/١٧ الباب٢ من أبواب، الحديث١.

(٤) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قدس سره ص٢٠٠ - ٢٠١، ونقلناه بلفظه لوضوحه.

وثانياً: أن غاية ما ذكره قدس سره لعدم الحمل على نفي الحقيقة، والحمل على نفي اللزوم، هو استبعاد بطلان البيع بمجرد تأخير الثمن، والاستبعاد ليس مناطاً في القواعد الفقهية، والأحكام الشرعية؛ لعدم العلم بملاكات الأحكام الواقعية، فليس لنا إلا العمل بالظهورات، والظهور في المقام يوجب نفي الحقيقة، وأصل الصحة.

كلام صاحب الجواهر

ولوقوع الاضطراب في كلمات الأعاظم قدست أسرارهم في فهم هذه الأخبار، وحل الإشكال، ينبغي طرح كلام صاحب الجواهر قدس سره أيضاً؛ لاشتماله على مطالب مهمة، وحل للإشكال، قال رفع مقامه في ما يرتبط بالإجماع:

(بل في المبسوط: « روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبايع: أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له، وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع »[1]، إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم)[2].

وفي هذه الجملة رفع الإشكال عن عبارة الشيخ الطوسي قدس سره؛ فإن الشيخ الأنصاري قدس سره وغيره قد استفادوا من عبارته رحمه الله في المبسوط بطلان البيع بعد الثلاثة، ولكن صاحب الجواهر قدس سره حملها على إرادة

---

(١) المبسوط ٢: ٨٧

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥١.

بطلان اللزوم؛ بقرينة كلامه في غير المبسوط من كتبه؛ حيث نسب الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم، والجمع بين الكلامين يقتضي إرادة بطلان اللزوم، لا البيع.

فإن ثبت توجيهه قدس سره يسلم الإجماع المدّعى على الخيار من المخالف، وإلا فلا يتمّ؛ فإن مخالفة مثل الشيخ الطوسي قدس سره مما يهدم الإجماع قطعاً؛ فإن المهم إجماع المتقدمين واتفاقهم، والشيخ قدس سره من أركانهم، فإن خالف لم يتمّ، وأما مخالفة المتأخرين كصاحب الحدائق وغيره فلا تضرّ بالإجماع إن ثبت.

وإن لم يثبت التوجيه، بل كان محتملاً، فاحتماله مفيد في المقام أيضاً؛ حيث يسلم إجماع العلامة رحمه الله وغيره من ثبوت المخالف.

فلدعواه قدس سره فائدة على التقديرين؛ إذ على تقدير تمامية التوجيه يثبت الإجماع، وعلى تقدير احتماله لم يثبت المخالف له.

هذا ما يرتبط بالإجماع، وأما ما يرتبط بالنصوص، فقال بإمكان إرادة بطلان اللزوم منها، وأقام على ذلك وجوهاً، أخذ بعضها الشيخ قدس سره، والآخر المحقق النائيني رحمه الله، وعبارته في ذلك:

(كما أنه يمكن إرادة ذلك - بطلان اللزوم - من النصوص، ولو بمعونة الشهرة، والإجماع، المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة، وعدم

المبطل، وغير ذلك)[١].

وهي تشتمل على عدّة مطالب، ولا يخفى أن مراده قدس سره من أصالة الصحة ليس معناها المصطلح؛ فإن تلك لا تجري إلا في الشبهات الموضوعية، والشبهة في ما نحن فيه حكمية، فمراده منها هو استصحاب الصحة عند الشيخ رحمه الله الذي بيّناه سابقاً، وبيان ذلك:

أنا إذا استفدنا من الروايات بطلان البيع بعد الثلاثة الأيام، فنقض اليقين بصحته - الموجود قبل انقضائها - يكون باليقين، وأما إذا كان مدلولها بطلان اللزوم، أو احتمل ذلك ولو بمعونة الإجماع والشهرة، فنقض اليقين بصحته يكون بالشك، فلنا يقين سابق بصحة البيع، وشك لاحق في بطلانه، فنستصحب بقاء الصحة، وهو المراد من تعبيره بأصالة الصحة.

الأصل الثاني في كلامه قدس سره: عدم المبطل؛ للشك في إيجاب تأخير الثمن عن الثلاثة الأيام بطلانَ البيع، فيرجع الشك إلى تحقق المبطل له وعدمه؛ فإن البيع قد وقع مع تمام شرائط الصحة بلا إشكال، فيشك في مبطلية تأخير الثمن عن القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، فالأصل عدم المبطلية.

وأما قوله: (وغير ذلك) فيحتمل فيه ثلاثة أوجه، نقتصر على ذكر وجه واحد؛ تحرّزاً من الإطالة، وهو استصحاب الاشتغال، وبيانه:

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥١.

أن المعاملة بعد أن تمّت بين المتبايعين اشتغلت ذمة البائع بتسليم المبيع للمشتري، وذمة المشتري بتسليم الثمن للبائع، وهذا الاشتغال محرز إلى ثلاثة أيام، وأما بعدها فيشك في بقائه وعدمه؛ إذ إن بطل البيع ارتفع الاشتغال، وإلا فلا يزال، فيستصحب بقاؤه.

ثم قال رحمه الله: (على أنه هو المناسب للإرفاق للبايع).

وهذا وجه آخر، وهو المستند العمدة للمحقق النائيني قدس سره، وبيانه: أن المطلوب حفظ حق البائع، وضمان وصول الثمن إليه، والإرفاق به يقتضي نفي اللزوم، لا بطلان البيع، والنكتة في ذلك ما علّل به القول السابق بقوله: (إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة)؛ فإن المبيع ربما تنزل قيمته، فيكون البطلان على خلاف الإرفاق بالبائع، دون نفي اللزوم، والقول بالخيار.

ثم أشار إلى مطالب ثلاثة بقوله: (بل قد يدّعى انصراف الإطلاق إليه، ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبايع، واللزوم قابل للتبعيض بخلاف الصحة).

أما مراده من قرينة المقابلة في الشرطية، فهو الإشارة إلى ما في الروايات؛ فإنها تضمنت الجملة الشرطية، كما في قوله عليه السلام: « فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما ».

وقوله: « إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له ».

فإن قوله عليه السلام: « فلا بيع بينهما، أو فلا بيع له » وقع في مقابل الشرط،

ومقتضى تحقق الشرط حصول اللزوم، فبالمقابلة يكون مقتضى عدم تحققه موجباً لنفي اللزوم، لا لنفي الصحة [١].

ثم دفع إشكال التنافي بين صحيحة علي بن يقطين، التي نفت البيع بينهما: « وإلا فلا بيع بينهما »، الظاهرة في نفي الصحة؛ لعدم تعقّل نفي اللزوم عن المشتري، وبين بقية الروايات التي وقع النفي فيها على نفيه عن خصوص المشتري: « وإلا فلا بيع له »، بقوله:

(ولا ينافيه صحيح ابن يقطين؛ لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبايع منهما).

هذا تمام الكلام فيما أفاده صاحب الجواهر تغمده الله.

التحقيق في كلام صاحب الجواهر

والتحقيق في كلامه يقتضي التعرض لجهات:

الأولى: ما أفاده تغمده الله من الجمع بين عبارتي الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف، بحمل المراد من بطلان البيع على بطلان اللزوم، غير تام؛ لأن البطلان والصحة من صفات موضوعات الأحكام ومتعلقاتها، كالبيع المتصف بهما، كما بيّن في مبحث الصحيح والأعم، وأما الأحكام، التكليفية والوضعية، فلا تتصف بهما، بل يدور أمرها بين الوجود والعدم، واللزوم حكم وضعي، فلا يتصف بالبطلان لكي يقول: (إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم..)، فينهدم الأساس الذي بنى عليه الجواب عن

(١) أشار الشيخ الأستاذ دام ظله إلى قرينية الظرفية فانتهى الوقت ولم يبينها.

التعارض بين كلامي الشيخ قدس سره، والتعارض بين الروايات.

الثانية: أراد صاحب الجواهر قدس سره أن يستعين بالشهرة والإجماع، المستفيض أو المتواتر، لبيان إرادة نفي اللزوم من النصوص المصرّحة بنفي البيع.

ولا يخفى أن الأصل في هذا التعبير، هو نفي الحقيقة، وهو هنا يعني بطلان البيع، والحمل على نفي اللزوم يحتاج إلى مؤونة زائدة، والمؤونة التي أقامها صاحب الجواهر قدس سره، هي الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر.

ولا بدّ من التوقف في هذه الجهة؛ فإن الكلام إذا كان له ظهور، وأعرض الأصحاب عنه، فهل ينهدم ظهوره، فلا يتمسك به، أو يبقى على ما هو عليه، فيصح التمسك به؟

فيه أنظار:

الأول: الأخذ بالظهور، وعدم الاعتناء بإعراض المشهور عن الدلالة، كما عليه المحقق السيد الخوئي قدس سره، على ما في مصباح الفقاهة جازماً به؛ لعدم الوجه في إسقاط الحجية بإعراض المشهور، ولهذا ذهب في المقام إلى بطلان البيع، تبعاً للشيخ الطوسي قدس سره في المبسوط[1].

---

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٦، والتنقيح في شرح المكاسب ٣٩: ٥، و٨، وقال في المصباح في ص٨: (فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن، كما ذهب إليه الشيخ الطوسي رحمه الله،

وفيه: أولاً: ينقض عليه بما اختاره في المنهاج؛ فإنه اختار ما ذهب إليه المشهور، من صحة العقد وثبوت الخيار[١].

وثانياً: بما سيأتي في بيان الرأي الثاني.

الثاني: أن المشهور، والإجماع المنقول، يوجبان انقلاب الظهور.

وهذان النظران في حدّي الإفراط والتفريط، والحق هو:

الثالث: وهو: إجمال الكلام، وعدم انعقاده في خلاف ظاهره، وتوضيح ذلك:

إن المتكلم إذا صدر منه الكلام، ورأينا أصحابه والعارفين بكلامه لم يأخذوا بظاهره، وأعرضوا عنه، لم يمكن الأخذ بظاهر كلامه؛ إذ لا يكون ظهور كلامه حجة عند العقلاء، وسيرتهم هي المعتمدة في حجية الظواهر.

ولكن في نفس الوقت، لم يمكن الأخذ بخلاف الظاهر، بل يكون الكلام مجملاً، فلا تتمّ دعوى صاحب الجواهر رحمه الله، من الأخذ بخلاف الظاهر، ولا دعوى المحقق السيد الخوئي قدس سره، من الأخذ بالظاهر، وعدم

ناسباً ذلك إلى رواية الأصحاب).

(١) منهاج الصالحين ٣: ٤٢، الطبعة التي فيها تعليقة سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله، قال في كتاب التجارة: « الخامس: خيار التأخير... ويتحقق فيما إذا باع سلعة، ولم يقبض الثمن، ولم يسلم المبيع حتى يجيئ المشتري بالثمن؛ فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبائع فسخ البيع..).

الاعتناء بالإعراض.

الثالثة: قوّى صاحب الجواهر رحمه الله مسلك المشهور بدعوى إمكانية إرادة نفي اللزوم من النصوص، ولو بمعونة أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك.

وفيه: أن ما هو حجة للفقيه هو ظهور الكلام، ولو ببركة القرينة، وما لم يكن الكلام ظاهراً لم يكن حجة، ولو كان الأصل على طبقه؛ فإن الأصول لا تسقط الكلام عن ظاهره، فضلاً عن أن تجعله ظاهراً في غير معناه.

وبهذه الجهة يفترق المشهور عن الأصول؛ فإن إعراض المشهور يوجب سقوط ظهور الكلام، ولا يوجب انعقاد الظهور في غيره، بخلاف مخالفة الأصول؛ فإنها لا توجب سقوطه عن الظهور، فضلاً عن إيجابها لانعقاد الظهور في المعنى المخالف.

الرابعة: أن في ما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله خلطاً بين المرجّح، والمرجع؛ حيث جعل أصالة الصحة، وعدم المبطل، وغير ذلك، مرجّحاً لما دلّ على نفي اللزوم، والحق أن الأصول بعد تعارض الروايات تكون مرجعاً، وذلك بعد تساقط الروايات المتعارضة، ولا تكون مرجّحاً لأحدى الروايتين، فالروايات النافية للبيع عن المشتري ظاهرة في نفي اللزوم، وصحيحة ابن يقطين ظاهرة في بطلان البيع، فمع عدم وجود المرجّح بينهما تسقطان، وتكون أصالة الصحة مرجعاً، لا مرجحاً للطائفة

الأولى.

والسر في ذلك: أن المرجّح لا يخلو أمره من حالين، إما أن يكون مرجّحاً ذاتياً، ككون أحدهما أظهر من الآخر، أو جعلياً كموافقة الكتاب، ومخالفة العامة، وموافقة الأصول ليس شيئاً منهما.

الخامسة: أنه رفع التنافي بين صحيحة ابن يقطين، المستفاد منها نفي اللزوم بينهما، وغيرها المستفاد منها نفي اللزوم عن أحدهما: بصدق نفي اللزوم بينهما، ولو بنفيه عن أحدهما وهو البائع.

والإشكال: أن لسان الروايات على نحوين؛ إذ تارة يكون لسانها إثبات اللزوم بين الاثنين، وأخرى يكون لسانها نفي اللزوم بينهما، فإن كان الأول كانت بنحو الموجبة الجزئية، وهي تصدق بتحققها في أحد الطرفين.

وإن كان الثاني، فنقيض الموجبة الجزئية سالبة كلية، فلا تصدق إلا بالسلب الكلي.

وما في الرواية « لا بيع بينهما »، فهي تنفي أصل البيع بينهما، ونفي الحقيقة بين المتبايعين يختلف مع نفي الحقيقة عن أحدهما، فلا يصدق إلا بالانتفاء عنهما كليهما، كما لو قيل: (لا كدورة بين زيد وعمرو)؛ فإن هذه القضية لا تصدق إلا إذا انتفت من كلا الطرفين، وأما لو وجدت عند أحدهما دون الآخر لم تصدق، وبما أن البيع من الحقائق ذات التعلّق، وقد نفيت عن الطرفين، فسواء أكان المنفي حقيقة البيع أم لزومه، فهو على نحو السلب الكلي بينهما، لا على نحو التبعيض.

وأما قوله: (المناسب للإرفاق للبايع)، فسيأتي عند مناقشة المحقق النائيني قدس سره.

تحقيق المحقق الأصفهاني للجمع بين الروايات

وأفاد المحقق الأصفهاني قدس سره تحقيقاً لتقوية ما ذهب إليه المشهور، من نفي اللزوم، وحاصله: أن المراد من البيع المنفي في هذه الروايات، إما الإنشائي، وهو العقد الذي يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية، وإما الحقيقي، وهو المسبب، وما يكون بالحمل الشائع تمليكاً.

فإن كان الأول، فلا يعقل إرادة نفي الحقيقة من: « لا بيع له »؛ لتحقق البيع العقدي وجداناً، وما وقع لا ينقلب عما هو عليه، فلا بدّ من رجوعه إلى نفي الآثار، أي نفي أثر هذا السبب، وأثره إما الصحة أو اللزوم، وتعيين أحدهما يحتاج إلى قرينة، والمتعيّن نفي اللزوم؛ لأن البيع بما هو عقد، وإن كان أثره الظاهر منه نفوذه وتأثيره، إلا أنه بما هو بيع أثره الظاهر منه لزومه؛ فإنه المعاملة المبنية على اللزوم؛ وحيث إن المنفي هو البيع بما هو بيع، لا بما هو عقد ومعاملة، فالنفي متوجه إلى أظهر آثاره وخواصه، وهو اللزوم.

وإن كان المراد الثاني، أي نفي البيع الحقيقي، فأمره يدور بين الوجود والعدم، لا بين الصحة والفساد، فلا يعقل أن يحصل البيع الحقيقي ويتصف بالبطلان، فالنفي له يرجع إلى نفي أصل الحقيقة، وحينئذٍ فلا يخلو الأمر من أحد حالين:

إما أن نقول: بأن تركيب (لا بيع) ظاهر بظهور ثانوي في نفي الأثر، كقوله تعالى: ﴿ لا رفث ولا فسوق ولا جدال ﴾[1]، وقوله صلى الله عليه وآله: « لا ضرر ولا ضرار »، فالنتيجة نفي اللزوم.

وإن لم نقل بذلك؛ لعدم بلوغ الاستعمال إلى حدٍّ يوجب انقلاب الظهور، فنقول بقيام القرينة على إرادة نفي الأثر، لا نفي الحقيقة؛ لقولهم عليهم السلام: « لا بيع له »؛ فإن البطلان أو الانفساخ غير قابلين للتبعيض، بحيث يكون العقد باطلاً أو منحلاً من طرف المشتري فقط؛ فإن الأثر واحد، فلا يعقل وجوده من طرف البائع وعدمه من طرف المشتري، والعقد واحد، فلا يعقل أن يكون منحلاً وغير منحل، بخلاف اللزوم؛ فإنه يمكن أن يكون العقد لازماً من طرف المشتري، وخيارياً من طرف البائع، فيكون المراد من قولهم عليهم السلام: « لا بيع له »، أي ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع، بخلاف البائع؛ فإن أمر البيع بيده، فله مطالبة المشتري بالثمن، وله تركها بحلّ البيع.

وأما قوله عليه السلام في صحيحة ابن يقطين: « لا بيع بينهما »، وإن كان له ظهور في نفيه حصولَ حقيقة البيع بينهما، إلا أنه ليس بحيث لا يمكن الجمع بينه وبين تلك النصوص الدالة على نفي اللزوم، فليس هو بحيث يأبى عن الحمل على عدم البيع، الذي يستحق به كل منهما على الآخر؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض.

---

(١) البقرة: ١٩٧.

وتوضيحه: أن المقرر بينهم في الأصول، وهو الحق: أن الظاهر لا يعارض الأظهر، فكما ترفع اليد عن الظاهر بالنص المخالف له، فكذلك ترفع اليد عن الظاهر بالأظهر المخالف له، والنصوص النافية للبيع عن المشتري، الظاهرة في نفي اللزوم - حسب الوجه المتقدم، من عدم قابلية الصحة للتفكيك، لكي تنفى عن المشتري دون البائع - أظهر في نفيه من رواية ابن يقطين، الظاهرة في نفي البيع، فيتخلّى عن الظاهر بالأظهر.

مضافاً إلى ورود هذه العبارة في بيع ما يفسده المبيت[١]، والإجماع على عدم البطلان، فحملت على إرادة نفي اللزوم[٢].

هذا نهاية ما أفاده هذا المحقق من التحقيق، ونتيجته تقوية ما عليه المشهور من نفي اللزوم، وخلاصته:

أن المقتضي في الروايات لحمل النفي على نفي اللزوم موجود، والمانع منه مفقود؛ ببركة رفع اليد عن الظاهر بالأظهر، والإجماع في ما يفسد في يومه.

---

(١) إشارة إلى ما ورد في الوسائل، الباب١١ من أبواب الخيار، الحديث ١: عن أبي عبد الله، وأبي الحسن عليهما السلام: في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه، ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: « إن جاء فيما وبينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له ».

(٢) حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤: ٣٤٥ - ٣٤٦.

المناقشة فيما أفاده المحقق الأصفهاني

ويرد عليه: أولاً: ما أفاده من التقسيم بين البيع الإنشائي والحقيقي، وأن الأول سبب لتحقق الثاني، لا يتمّ على ما أفاده في الأصول، من عدم كون الألفاظ في الإنشائيات سبباً للمعاني الاعتبارية، وهذا المبنى هو الذي دعا المحقق السيد الخوئي قدس سره إلى تبنّي فكرة أن النسبة بين الإنشاء والمعاني المنشأة نسبة المبرِز إلى المبرَز، لا السبب إلى المسبَّب.

وثانياً: أن ما أفاده، من جعل البيع على قسمين، إنشائي، وحقيقي، وكون الصحة واللزوم من آثار الأول، وأما الثاني فأمره يدور بين الوجود والعدم، محل نظر وإشكال.

ووجهه: أنه جاء في القرآن الكريم، وفي السنة المطهّرة، إثبات أثر الحلية والجواز إلى البيع، ففي قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1] أثبت الحلية للبيع، فالبيع الذي جعل موضوعاً في الآية، إما أنه البيع الإنشائي، أو الحقيقي؛ لانحصار الأقسام فيهما، حسب الفرض، فإن كان الإنشائي لزم رفع اليد عن أصالة الحقيقة؛ لأن البيع الإنشائي هو سبب البيع، وليس ببيع؛ فيلزم استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب، وهو استعمال مجازي.

وإن كان الحقيقي، فالمفروض أنه لا أثر له على مبناه؛ إذ يدور أمره بين الوجود والعدم، فلا يتصور ترتّب الحلية على البيع الحقيقي على مبناه.

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

وأما في السنة المطهرة، فورد في الرواية المعتبرة، في من يريد الشراء من شخص يبيع ما يملك، وما لا يملك، فقال الإمام عليه السلام: « لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك »[1]، فرتّب أثر الجواز على البيع، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي؛ لأن أمره يدور بين الوجود والعدم.

والحاصل: أن البيع في الكتاب والسنة قد حكم عليه بأثري الحلية والجواز، ومقتضى مبناه عدم الأثر للبيع الحقيقي.

وثالثاً: ما أفاده - من أنه لو أريد من نفي البيع عن المشتري، البيع الإنشائي، الذي هو سبب البيع، فهو نفي للأثر، وهو إما الصحة، أو

---

(١) إشارة إلى ما في الوسائل، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث١:
محمد بن الحسن الطوسي بإسناده، عن محمد بن الحسن الصفار، أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أني قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بكلها؟
فوقع عليه السلام: « لا يجوز بيع ما ليس يملك....».
ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، ورواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسن.

اللزوم، ولكن يتعيّن في المقام نفي اللزوم؛ لتعلّق النفي بالبيع بما هو بيع، لا بما هو عقد، وأثره بما هو بيع، اللزوم - محل إشكال؛ وذلك:

لأن إثبات الآثار - ثبوتاً وإثباتاً - لا يكون إلا من خلال الأدلة الشرعية، وبالرجوع إليها نستفيد عكس ما أفاده تدّس؛ وذلك لأن مدّعاه: أن أثر العقد الصحة، وأثر البيع اللزوم، ومقتضى النصوص - كتاباً وسنة - عكس ذلك؛ فإن ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1] دليل على اللزوم، سواء أقلنا بأن مفادها الإرشاد إلى اللزوم، أم قلنا بأن مفادها حكم تكليفي بوجوب الوفاء، ولازمه اللزوم، وعلى كل حال، فمدلول الآية هو كون اللزوم أثراً للعقد.

ومفاد الكتاب والسنة كون الصحة والحلية والجواز والنفوذ آثاراً للبيع، كما في قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[2]، و« يجوز الشراء »؛ فإن الجواز والحلية يجتمعان مع اللزوم، ومع الخيار.

ورابعاً: ما أفاد تدّس، من حمل « لا بيع بينهما »، في صحيحة ابن يقطين على نفي اللزوم، وإن كانت ظاهرة في نفي الحقيقة؛ بقرينة كون المنفي في « لا بيع له »، هو اللزوم؛ لنفيه عن المشتري بالخصوص، والحقيقة لا تقبل التبعيض.

محل إشكال أيضاً؛ لأن مقتضى ظهور (لا) نفي مدخولها، فمقتضى الظهور، وأصالة الحقيقة في « لا بيع بينهما » حمل نفي البيع على نفي

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الحقيقة، فلا يكون بينهما بيع حقيقة، ونتيجته البطلان، وحمله على نفي البيع، الذي يستحق به البائع على المشتري الثمن، والمشتري على البائع المثمن؛ لعدم استحقاق المشتري على الفرض، حمل له على معنى مجازي، وهو مدفوع بأصالة الظهور؛ لعدم الوجه في كون الرواية المنفصلة - وهي النافية للبيع عن المشتري - قرينة على رفع اليد عن ظهورها؛ فإن مقتضى القاعدة الأصولية، أنه متى انتفت القرينة الصارفة المتصلة، أو التي بحكمها، كانت أصالة الظهور هي الحاكمة في الكلام، وتكون الرواية الأخرى - إذا كانت ظاهرة في معنى آخر - معارضة للأولى.

نعم، ترفع اليد عن الظهور في صورتين، في ما لو كانت المعارضة بين النص والظاهر، أو بين الأظهر والظاهر؛ فإن مقتضى الجمع الدلالي بينهما، رفع اليد عن الظاهر بالنص والأظهر.

والمفروض فيما نحن فيه، أن جملة « لا بيع بينهما » ظاهرة في نفي الحقيقة، كسائر مواردها من قبيل (لا عداوة بينهما) أو (لا صداقة بينهما)؛ فإنها تنفي الحقيقة بالمرة، وجملة « لا بيع له » وإن كانت ظاهرة أيضاً في نفي الحقيقة، لو خلّيت ونفسها، ولكن للقرينة العقلية القائمة في خصوصها، وهي عدم إمكان التبعيض في الحقيقة، بحيث تنتفى حقيقة البيع عن المشتري وتثبت للبائع، كانت ظاهرة في نفي اللزوم، فيكون عندنا رواية ظاهرة في نفي اللزوم، وأخرى في نفي

الحقيقة، والقاعدة تقتضي التعارض بينهما، لا حمل النافية للحقيقة على نفي اللزوم.

وخامساً: أنه قدس سره أفاد: بأنه وردت عبارة « لا بيع بينهما » في ما يفسده المبيت، والإجماع على عدم البطلان فيه، بل المراد بها نفي اللزوم.

وما أفاده قدس سره على خلاف مقتضى الصناعة؛ فإن مقتضى أصالة الظهور الأخذ به، وبقاعدة (الضرورات تتقدر بقدرها)، ترفع اليد عنه بمقدار ما قامت عليه القرينة، سواء أكانت القرينة لفظية أم إجماعاً قطعياً، فإذا سقط الظهور في مورد ما يفسده المبيت؛ لقيام الإجماع على خلافه، لم يوجب ذلك سقوط الظهور في الاستعمالات الأخرى، فجملة « لا بيع بينهما » ظاهرة في نفي الحقيقة في الموردين، ولكن قام الإجماع على عدم إرادته في مورد ما يفسده المبيت، فترفع اليد عن الظهور فيه، ولكن يبقى الظهور فيما نحن فيه على حاله، والنتيجة بمقتضى القاعدة التعارض بين روايتي « لا بيع له » و « لا بيع بينهما ».

كلام المحقق الحائري لرفع التعارض بين الروايات

وذهب المحقق الحائري قدس سره إلى القول بدلالة: « لا بيع بينهما » على نفي اللزوم، على خلاف ما أفاده الجميع من دلالتها على نفي الحقيقة، وتقريبه في ذلك: أنا إذا لم نقل بأنها لنفي اللزوم يستلزم اللغوية في كلام الإمام عليه السلام؛ فإن بيان البطلان يكفي فيه أن يقتصر على القول بـ« لا بيع »، بدون إضافة « بينهما »، فإضافتها لأجل بيان نفي الحقيقة لغو، والذي يخرجه عن اللغوية، أن يكون لنفي معنى الإلزام والالتزام، الموجود في

حاقّ البيع، أو الذي هو من آثاره وخواصه، فينتفي مطالبة أحدهما إلى الآخر، أو الاحتجاج بينهما، بأن يقول أحدهما إلى الآخر: أين البيع إذا رآه خالف مقتضاه؟

فصوناً لكلام الإمام عليه السلام عن اللغوية، لا بدّ من حمل « لا بيع بينهما » على نفي الأثر، لا نفي الحقيقة، ولو كان الظهور الأولي نفي الحقيقة[1].

المناقشة في ما أفاده المحقق الحائري

ويندفع ما أفاده قدس سره، عموماً وخصوصاً، أما العموم؛ فلأن المتعارف في ذكر الأمور ذات التعلق أن تذكر مع أطرافها، فلو سئل عن العداوة بين اثنين، لكان الجواب: لا عداوة بينهما، والبيع من هذا القبيل؛ فإنه من الأمور ذات التعلّق التي تحتاج إلى طرفين، البائع والمشتري، فحينما ينفى البيع عنهما، ينفى بذكر الطرفين، كما هي عبارة (لا بيع بينهما)، وبهذا ترتفع اللغوية من البين.

وأما خصوص هذه الرواية؛ فلأنها تتحدث عن أمر بين طرفين، فالسؤال كان عن البائع والمشتري؛ حيث فيها: « قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع، ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[2].

فالتأمل في صدر الرواية وذيلها، يقضي بأن ذكر البيع مضافاً إلى

---

(١) الخيارات للشيخ الأراكي قدس سره: ٢٦١.

(٢) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

كلمة « بينهما »، على وفق القاعدة.

ما أفاده الفاضل النراقي في الجمع بين الروايات

ذهب الفاضل النراقي قدس سره إلى أن ظهور « لا بيع بينهما » في نفي الحقيقة، وناقش في جميع الوجوه المذكورة لنفي اللزوم، ثم في آخر المطاف، قال: بأن مدلول الروايات - بما فيها رواية ابن يقطين - نفي اللزوم، لا نفي الصحة، واستند في ذلك إلى أن البيع هو فعل صادر من البائع، فلا يصح نفيه بنحو الحقيقة؛ إذ النفي المتعلّق بالبيع، إما أن يكون تعلّق به عند الحدوث، أي بالبيع السابق، أو بعد الثلاثة الأيام.

أما الأول فغير ممكن؛ إذ لا يتعلّق نفي الحقيقة بالبيع الحاصل قطعاً؛ فإن الموجود لا ينقلب إلى المعدوم، فلا يعقل نفي البيع قبل الثلاثة الأيام بنفي الحقيقة.

وأما الثاني؛ فلا بيع حينئذٍ بعد الثلاثة الأيام حتى ينفى.

فالنتيجة: عدم إمكان الحمل على المعنى الحقيقي، فإذا لم يمكن الحمل على المعنى الحقيقي، تصل النوبة إلى المعنى المجازي، وهو يدور بين خمسة معان: نفي المبيع، ونفي الصحة، ونفي الاستمرار، ونفي مطلق الآثار، ونفي اللزوم.

ومع تعدّد المجازات، وعدم تعيين أحدها يقتصر على القدر المتيقن، ويرجع إلى الأصل في الباقي، والقدر المتيقن في المقام نفي اللزوم؛ فإنه يجتمع مع جميعها؛ فإنه متى انتفى المبيع، أو الصحة، أو الاستمرار، أو

مطلق الآثار، انتفى معها اللزوم[١].

والحمل على نفي الصحة - لكونها أقرب المجازات - غير جيّد؛ إذ لا دليل على تعيّن الحمل على مثل ذلك الأقرب[٢].

والمراد من الأصل في المقام إطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾[٣]، فالقدر المتيقن من أخبار النفي، إثبات الحليّة، ونفي اللزوم.

وفيه: أن النفي إذا تعلّق بحقيقة من الحقائق، فإما أن يمكن ذلك على وجه الحقيقة، أو لا يمكن، فإن كان ممكناً، فمقتضى أصالة الحقيقة الحمل على نفي تلك الحقيقة والماهية، على نحو الحقيقة، وإن لم يمكن تعيّن الحمل على نفي الحقيقة ادّعاء، ولا تصل النوبة في هذا الباب إلى بقية المجازات، ففي مثل « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »[٤]، و« يا أشباه الرجال ولا رجال »[٥]، وغير ذلك من الموارد التي تعلّق فيها النفي

---

(١) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله: لماذا لا يمكن تعلق النفي بنفس البيع؟
فأجاب دام ظله: بأن البيع أمر إنشائي، وهو عبارة عن إنشاء التمليك، والجهة المصدرية، وهو يتحقق بنفس الإنشاء، وقد تحقق وانقضى، وإنما يبقى نتيجة البيع وهي الملكية.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٩٨ - ٣٩٩.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٤) عوالي اللئالي ١: ١٩٦.

(٥) الكافي ٥: ٦، باب فضل الجهاد، الحديث٦، نهج البلاغة ١: ٧٠.

بالحقيقة، ولم يمكن الحمل على نفي الحقيقة على نحو الحقيقة، لا ترفع اليد عن نفي الحقيقة، وإنما يبقى متعلّقاً بالحقيقة ادّعاء، ومعنى نفيها ادّعاء نفي جميع الآثار، وهو عين البطلان، فما أفاده قدس سره من تردّد الأمر بين خمسة أمور في محل المنع.

فتحصّل إلى هنا: أنا تعرضنا إلى جميع ما أفاده الأعلام من صاحب الجواهر، والفاضل النراقي، والشيخ، والمحقق الخراساني، والمحقق النائيني، والمحقق الأصفهاني، والمحقق الحائري قدست أسرارهم، واتضح من خلال ذلك اضطراب كلماتهم غاية الاضطراب، فلم تنهض لإثبات الخيار، ونفي اللزوم من الروايات[1].

التحقيق في المسألة البحث في المقامين

والتحقيق في المسألة أن نوقع البحث في مقامين:

المقام الأول: البحث في مقتضى القاعدة مع غض النظر عن الروايات.

المقام الثاني: البحث مع ملاحظة الروايات.

المقام الأول: مقتضى القاعدة

أما المقام الأول، فالمعاملة وقعت - حسب الارتكاز العقلائي - مبنيّة على شرط الإقباض على كل من الطرفين، البائع والمشتري، فإذا تخلّف

---

(١) سئل سماحة الشيخ الأستاذ دام ظله: كيف نثبت الخيار من خلال نفي اللزوم؟ فأجاب دام ظله: بأن الإجماع القطعي قائم في المقام على أن المراد من نفي اللزوم هنا ليس هو الجواز الحكمي، بل الجواز الحقي.

الشرط، فالأصل بحسب ارتكازهم صحة البيع، وله خيار تخلّف الشرط.

وبعبارة أخرى: إن على كل من الطرفين إقباض الآخر ما في يده حسب ما عليه العقلاء، ويلزمهما على هذا الأساس أن لا يتأخرا في الإقباض عن الحدّ المتعارف بين العرف والعقلاء، فالأصل عندهم الصحة، وإذا تأخر أحدهما عن الإقباض عن الحدّ المتعارف في المعاملة، كان للآخر الخيار، فالقول بالخيار مطابق للمرتكز العقلائي، وقول الشيخ رحمه الله في المبسوط مخالف لمقتضاه.

المقام الثاني: مقتضى الروايات

وأما المقام الثاني، فمقتضى ظهور صحيحة علي بن يقطين - كما تقدّم - نفي حقيقة البيع ادعاء، فتفيد نفي صحته، وهو الموافق لكلام الشيخ رحمه الله في المبسوط.

ولكن، لا يمكن الأخذ بها؛ وذلك لأنا لو نظرنا إلى الأقوال في المسألة، لما وجدنا من المتقدمين إلا قول الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، وقد خالفه في كتابه الخلاف؛ حيث نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم[2]، ومع هذا التعارض بين قوليه لا يثبت عندنا قول بالبطلان

---

(١) المبسوط ٢: ٨٧.

(٢) الخلاف ٣: ٢٠، حيث قال:

(مسألة ٢٤: من ابتاع شيئاً معيناً، بثمن معين، ولم يقبضه، ولا قبض ثمنه، وفارقه البائع، فالمبتاع أحق به ما بينه وبين ثلاثة أيام، فإن مضت لم يحضره الثمن، كان

عند المتقدمين، إلا ما يمكن أن يستفاد من عبارة العلامة رحمه الله في المختلف؛ حيث نسب القول بالبطلان إلى غير المشهور[١].

وأما من المتأخرين فلم يذهب إليه إلا صاحب الحدائق[٢]، وقرّبه صاحب الكفاية[٣]، والمحقق السيد الخوئي في المصباح، وخالفه في

البائع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن.

وإن هلك المبيع في مدة الثلاثة كان من مال المبتاع، وإن هلك بعدها كان من مال البائع. وخالف جميع الفقهاء في ذلك.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم).

(١) المختلف ٥: ٧٠ - ٧١، وعبارته هي:

(مسألة : قال ابن الجنيد: إذا خرجت الثلاثة ولم يأت بالثمن فلا بيع له.

وفي المبسوط: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاث كان المبيع له، وإن لم يجئ في هذه المدة بطل البيع.

وظاهر هذه العبارة توهم بطلان البيع بعد مضي الثلاثة. والذي نص عليه المفيد، والشيخ في النهاية: أنه يكون للبائع الخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء طالب بالثمن، وهو الحق. لنا: الأصل بقاء صحة العقد، والأخبار تعطي الذي قاله الشيخ أولاً وابن الجنيد...).

(٢) الحدائق ١٩: ٤٧، حيث قال:

(وبالجملة، فإن الحق هو ما ذهب إليه ابن الجنيد والشيخ هنا، كما هو ظاهر الأخبار المذكورة والله العالم).

(٣) كفاية الأحكام ١: ٤٦٧، حيث قال:

(..فعند جماعة ثبوت الخيار، وعن ظاهر ابن الجنيد والشيخ، بطلان البيع، ولعل

المنهاج، فقال بالصحة[١].

فمن هذا يظهر أن هذه الصحيحة، مما أعرض عنها مشهور الفقهاء بل كلهم؛ حسب تصريح العلامة في التذكرة[٢]، والشهيد في الدروس[٣]، والشهيد الثاني في المسالك[٤]؛ حيث ادّعوا الإجماع على الخيار، فلا تكون هذه الرواية مشمولة لأدلة حجية الخبر، كما حقق في الأصول[٥].

الأقرب الثاني؛ لظاهر صحيحة علي بن يقطين، وصحيحة زرارة وغيرهما).

(١) مصباح الفقاهة ٧: ٨، حيث قال:

(.. وعلى هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن، كما ذهب إليه الشيخ الطوسي، ناسباً ذلك إلى رواية الأصحاب...)، وفي منهاج الصالحين، قسم المعاملات، كتاب التجارة، جعل الخيار الخامس، خيار التأخير.

(٢) التذكرة ١١: ٧١، وتقدمت عبارته في أول البحث، وفيها: (عند علمائنا أجمع).

(٣) تعرض في الدروس ٣: ٢٧٣ إلى خيار التأخير، ولم يصرح بالإجماع عليه، بل في ص٢٧٤ نقل الخلاف فقال في الفرع السادس: (ظاهر الأكثر أن البائع يملك الفسخ والمطالبة بالثمن بعد الثلاثة، وظاهر ابن الجنيد والشيخ في المبسوط بطلانه، والذي في الرواية لا بيع بعد الثلاثة، وحمل على نفي اللزوم).

(٤) المسالك ٣: ٢٠٨، حيث قال:

(هذا النوع من الخيار مما أطبق الجمهور على عدمه، كما أطبق أصحابنا على ثبوته. وأخبارهم به متظافرة...).

(٥) ذهب الشيخ الأستاذ دام ظله في درس الأصول إلى أن إعراض المشهور - فضلاً عن الجميع - موهن للرواية الصحيحة، وأما عملهم على طبق الرواية الضعيفة فليس بجابر لضعفها.

والسر في ذلك: أن الروايات الدالة على حجية خبر الثقة، إنما هي إمضاء لسيرة العقلاء، ومثل هذه الرواية التي أعرض عنها مشهور القدماء، وفقهاء الأصحاب، وبطانة المذهب في الفقه والحديث، ما عدا ابن الجنيد، الذي لا يعتني الفقهاء بمخالفته[1]، لا تكون مورداً للاحتجاج في السيرة العقلائية، فيكون دليل حجية خبر الثقة قاصر الشمول عنها.

وبهذا يتضح: أن عمدة الإشكالات في المسألة - وهو ظهور صحيحة ابن يقطين - قد تبيّن سقوطه، وعدم حجيته[2]، فلا تعارض الروايات

---

(١) مثّل الشيخ الأستاذ - دام ظله - لبعض موارد عدم اعتناء الفقهاء بمخالفة ابن الجنيد رحمه الله، بعمله بالرواية التي قسّمت الخمس إلى خمسة أقسام، في إشارة منه إلى رواية ربعي بن عبد الله بن الجارود، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا أتاه المغنم أخذ صفوه وكان ذلك له، ثم يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمسه، ثم يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه، ثم قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس، يأخذ خمس الله عزّ وجلّ لنفسه، ثم يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل، يعطى كل واحد منهم حقاً، وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول صلى الله عليه وآله. الوسائل، الباب١ من أبواب قسمة الخمس، الحديث٣.

(٢) قيل للشيخ الأستاذ دام ظله: بأنه متى ما علم وجه إعراض المشهور لم يكن موهناً.

فأجاب دام ظله: بأن إعراض المشهور، إن احتمل حصوله من تعارض الأدلة لم يكن دليلاً على وهن السند، ولكن ما نقوله، أن العقلاء لا يحتجون بالخبر المنسوب إلى أحد مع رؤيتهم عمل بطانته على خلافه، فلو نقل خبر عن الشيخ

الأخرى بناء على دلالتها على نفي اللزوم، كما استفاده الشيخ قدس سره وعدّة من الأعاظم.

ولو غضضنا النظر عن سقوطها، وقلنا بتماميتها في نفسها، فإما أن يقال بإجمال روايات « لا بيع » أو يقال بعدم إجمالها:

أما على الأول فلا ظهور لها في نفي اللزوم؛ وذلك لما تقدّم من أن الشيخ قدس سره وغيره، ممن ذهب إلى ظهورها في نفي اللزوم، استند إلى عدم إمكان التبعيض في الصحة، وبما أنها نفت البيع عن المشتري بالخصوص، فتحمل على نفي اللزوم.

ولكن مع قيام احتمال كونها تنفي الصحة، وإنما خصّص المشتري بالذكر؛ لكونه مورد السؤال، لم تكن دالة على نفي اللزوم حينئذٍ، بل كما يحتمل نفي اللزوم، يحتمل دلالتها على نفي الصحة عن الجميع، لا على نحو التبعيض؛ ليرد المحذور، ومع هذا الاحتمال تكون الرواية مجملة، فلا تعارض الروايات الدالة على الصحة.

الأنصاري قدس سره، ووجد العقلاء ما عند أصحابه على خلاف ذلك، لم يكن ذلك الخبر محل اعتماد عندهم؛ فإن الغرض من الخبر الكشف عن مراد المتكلم؛ ليعمل على طبقه، وما كان بهذه المثابة لم يكن كاشفاً عن مراده عندهم، بأي جهة كان الإعراض، وبما أن رواية ابن يقطين لم يعمل بها من الأصحاب القدماء إلا ابن الجنيد رحمه الله، وأما الشيخ رحمه الله فقد عرف حال تعارضه بين كتابيه، فلا تكون محلاً لاعتماد العقلاء بها.

وأما على الثاني أي عدم إجمالها فهي معارضة بتلك الروايات، والترجيح لتلك الروايات؛ لشهرتها رواية وفتوى.

ولو قلنا بعدم ترجيح تلك الروايات عليها، وتحكّم التعارض، فهنا مبنيان:

الأول: أن يقال بالتخيير في المسألة الأصولية بين المتعارضين، ومقتضاه صحة الأخذ بالروايات الدالة على نفي اللزوم، فمقتضى الاحتياط في الفتوى الأخذ بها؛ لموافقتها للمشهور.

الثاني: أن يقال بالتساقط، فمقتضى القاعدة التمسك بالأصل اللفظي أو العملي، والمتصور من الأول اثنان: عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1]، و﴿أحل الله البيع﴾[2]، أما الأول منهما، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن البيع - بعد الثلاثة الأيام - يدور أمره بين البطلان وعدم اللزوم، ولا احتمال ثالث في البين، وعلى كلا التقديرين لا يمكن التمسك بها، ويتعيّن التمسك بآية الحلّ؛ فإن البيع - بعد الثلاثة الأيام - غير لازم قطعاً، ويشك في نفي صحته، فالمرجع للآية الكريمة، ونتيجته القول بما اختاره المشهور، من الصحة ونفي اللزوم.

وأما بناء على الإجمال في كلتا الطائفتين، كأن يقال: بأن كلاً من الروايتين: « لا بيع بينهما » و« لا بيع له »، يحتمل فيهما نفي اللزوم، ونفي

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الصحة، فمقتضى القاعدة التمسك بالإطلاق؛ لتردد المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر.

توضيح ذلك: أن مقتضى قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾[1]، صحة المعاملة التي أخّر فيها الثمن إلى ما بعد الثلاثة الأيام؛ فإنها مطلقة من حيث الأفراد والأزمان، والفرض أن الروايات الواردة مخصّصة لها، إلا أنها مخصّص مجمل بين الأقل والأكثر؛ لدورانه بين نفي اللزوم فقط، وبقاء الصحة، كما عليه المشهور، وبين نفيها اللزوم والصحة، كما عليه الشيخ في المبسوط، واختاره صاحب الحدائق، فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو الحكم - بعد الثلاثة - بالصحة ونفي اللزوم، ونتيجته ما عليه المشهور.

هذا هو مقتضى سير البحث على جميع الاحتمالات والوجوه.

والحاصل: أن في المسألة عدّة جهات ينبغي ملاحظتها، فمن جهة كان السؤال في الروايات عن المشتري، ومن جهة أخرى أن ظهور « لا » في نفي الحقيقة، ومن جهة ثالثة أن المقام مقام الإرفاق بالبائع دون المشتري؛ لكونه المتخلّف عن أداء الثمن، وهو يقتضي نفي اللزوم لا الصحة؛ إذ يمكن دخول نفع عليه في هذه المدة، ولا تقصير له ليفوته بفعل نفسه، وإنما المشتري هو المقصّر، ومن جهة رابعة رعاية قاعدة

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

نفي الضرر التي تمسك بها الفقهاء في المقام، كل هذه الأمور توجب إجمال « لا بيع له »، من جهة تردّده بين نفي الصحة واللزوم، وبناء على الإجمال يمكننا الحكم بما حكم به المشهور، من نفي اللزوم.

مقتضى الأصل العملي في المسألة

هذا كله في مقتضى الأصل اللفظي، وأما الأصل العملي في المسألة، فتشخيصه يبتني على مفاد « لا بيع بينهما »، فهل مفادها - على القول بالبطلان - نفي الصحة من الأول، أو بعد انقضاء الثلاثة الأيام؟

فإن كان من الأول، فلا مجال للاستصحاب؛ إذ الفرض أنه بعد الثلاثة الأيام يحكم ببطلان البيع من حين العقد، فلم يحرز البيع، ولا الملكية ليستصحب أحدهما.

وإن كان الثاني، فالتردد في كون إفادتها نفي اللزوم أو نفي الصحة، يقتضي التردد في الصحة والبطلان بعد الثلاثة الأيام، أي إن كان مفادها نفي الصحة، فلا ملكية بعد الثلاثة الأيام، وإن كان مفادها نفي اللزوم، فالملكية باقية، فبما أن الملكية متيقنة الحدوث في الثلاثة، ونشك في بقائها بعدها، فالأصل بقاء الصحة، واستصحاب الملكية.

إشكال الفقيه السيد اليزدي على الاستصحاب والجواب عنه

وقد قوّى السيد الفقيه اليزدي قدس سره الاحتمال الأول، فلم يجر الاستصحاب[1].

---

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠، قال قدس سره: (ثم إنه يمكن الاستشكال في هذا الاستصحاب بأنه يحتمل أن يكون البطلان من أول العقد، بأن يكون التأخير كاشفاً

وفي ما أفاده قدس سره إشكالان:

الأول: أن الظاهر من الروايات - سؤالاً وجواباً - أن الحديث فيها عن حكم ما بعد الثلاثة الأيام، لا ما قبلها؛ فإن المستفاد منها عدم ضررية تأخير الثمن والمثمن إلى ما قبل الثلاثة، وإنما الإشكال في تأخيرهما إلى ما بعد انقضائها، قال عليه السلام: « الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما »[1].

الثاني: لو سلّمنا عدم الظهور في ما ذكرنا أعلاه، وقلنا بإجمال الروايات، بحيث لا يظهر أنها تنفي البيع من الأول، أو بعد انقضاء الثلاثة، فبمجرد هذا الإجمال، يتحكم التمسك بإطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾[2]؛ أي يتمسك بإطلاقها إلى الثلاثة الأيام، فتثبت الحلية فيها، وبعد انقضائها نشك في الصحة وعدمه، ومقتضى الأصل العملي بقاء البيع، وبقاء الملك[3].

عن عدم الصحة من الأول، كما هو ظاهر الأخبار؛ إذ ظاهر قوله: « لا بيع له » عدم ذلك البيع الذي صدر منه، أو المبيع لذلك البيع؛ ولذا يفهم من هذه الأخبار كون النماء المتخلل للبائع، كما يفهم كون نماء الثمن للمشتري، وإذا احتمل البطلان من الأول، فليس هناك متيقن سابق).

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٣) سئل الشيخ الأستاذ دام ظله: لماذا لم تتمسك بإطلاق ﴿ أحل الله البيع ﴾ بعد الثلاثة؟ فأجاب حفظه الله: بأنا تمسكنا بها في السابق كما تقدم، ولكن الكلام الآن تنزيلي، فعلى

إشكال آخر للسيد اليزدي

نعم، الإشكال المهم، ما أورده السيد الفقيه قدس سره من أن اللزوم والجواز فصلان للملكية؛ فإن البائع حينما أنشأ الملكية، لا يعقل أنه أنشأها مهملة، بل إما ملكية لازمة، أو ملكية جائزة، نظير جعل الجواز؛ فإنه إما مع المنع من الترك، وهو الوجوب، وإما مع جواز الترك، وهو الإباحة أو الاستحباب، فكما أن جعل الجواز المطلق من دون أحد الفصول، غير معقول، فكذلك جعل الملكية المطلقة، وعليه فاستصحاب بقاء الملكية غير ممكن[1].

ما يصلح للجواب عن الإشكال في كلمات الشيخ

وأفاد الشيخ قدس سره ما فيه الجواب عن الإشكال؛ فإنه بعد أن أجرى الاستصحاب في الآثار المترتبة على البيع، قال: (وتوهّم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فترتفع بارتفاعه، مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، وإنما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار)[2].

ووجه التوهّم: أن الاستصحاب المذكور يكون من القسم الثالث من استصحاب الكلي، وهو على قسمين:

١ـ ما يحتمل فيه حدوث فرد آخر مقارن مع حدوث الفرد المعلوم.

فرض عدم نهوضها بعد الثلاثة فيمكن التمسك بالاستصحاب.

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠.

(٢) المكاسب ٥: ٢٢٠.

٢ـ ما يحتمل حدوث فرد آخر مقارن مع زوال الفرد الأول.

واختار الشيخ قدس سره جريان الاستصحاب في الأول دون الثاني، وما نحن فيه من قبيل الثاني؛ فإن الملكية المتحققة في الثلاثة الأيام كانت ملكية لازمة، وبعد انقضاء الثلاثة ارتفعت قطعاً، وشك في حدوث الملكية الجائزة مقارناً لارتفاع الملكية اللازمة، فلا يجري الاستصحاب بنظر الشيخ قدس سره.

وأجاب الشيخ قدس سره **عنه**: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، وإنما هو حكم من الأحكام الشرعية مقارن للصحة والملكية، وهي متحققة قطعاً في الثلاثة الأيام، فإذا انقضت وارتفع اللزوم، لم يرتفع ما هو مقوّم للملكية؛ لنمنع من استصحابها.

وإشكال السيد قدس سره على الشيخ رحمه الله: بأن اللزوم من قبيل الفصل للصحة؛ إذ معناها النقل والانتقال وحصول الملكية؛ فإن النقل والانتقال في مرحلة التحقق لا يمكن أن يكون إلا متشخصاً بإحدى خصوصيتين، اللزوم أو الجواز، وقد تشخّص فيما نحن فيه بخصوصية اللزوم في الثلاثة الأيام، ولما انقضت ارتفعت خصوصية اللزوم قطعاً، سواء فهمنا من الروايات نفي الصحة، أو نفي اللزوم، فالفرد المحقق قد زال قطعاً، ونشك في حدوث فرد جديد مقارناً لارتفاع الأول، وهو القسم الثالث من الكلي، الممنوع جريانه عند الشيخ رحمه الله.

ولا يخفى أن مقتضى القاعدة حينئذٍ عدم جريان الاستصحاب، كما

تقدم، ولكن السيد تدّس قد أجراه؛ باعتبار أن المنع إنما يصح فيما لو كان المدار على الدقة العقلية في تشخيص موضوع الاستصحاب؛ فإن الملكية المتحققة يقيناً هي اللازمة، ويشك في حدوث ملكية جديدة جائزة، ولكن المدار ليس عليها، بل على ما هو الموضوع عرفاً، والعرف يرى بأن الملكية التي كانت متيقنة الحدوث هي مشكوكة البقاء، فيجري الاستصحاب[1].

وعليه فالشيخ والسيد كلاهما يجريان الاستصحاب في المقام، وإن اختلفت الجهة، فالشيخ تدّس يجريه؛ باعتبار أن اللزوم حكم من الأحكام المقارنة للصحة والملكية، فالملكية المقطوعة لم يقطع بارتفاعها، وأما السيد تدّس فيرى بأن اللزوم من قبيل الفصل إلا أنه بالدقة العقلية، لا العرفية، والمدار في موضوع الاستصحاب على النظر العرفي.

المناقشة في إشكال السيد اليزدي على الاستصحاب

أما ما أفاده السيد الفقيه تدّس من الدليل على عدم جريان الاستصحاب، من أن اللزوم والجواز فصلان للملكية؛ فإن البائع حينما أنشأ الملكية، لا يعقل أنه أنشأها مهملة، بل إما ملكية لازمة، أو ملكية جائزة، نظير جعل الجواز، وبما أن ما أنشأه المنشيء هو الملك المتخصص بالخصوصية اللازمة، فقد ارتفع يقيناً، فما علم وقوعه علم ارتفاعه، وشك في حدوث فرد آخر، وهو الملك المتخصص بالخصوصية الجائزة، فلا يجري الاستصحاب.

---

(١) حاشية المكاسب ٣: ١٠.

ففيه: **أولاً**: أن الدليل أعم من المدّعى؛ فإن المدّعى أن خصوصية اللزوم والجواز من قبيل الفصل بالنسبة إلى الملكية المنشأة، والدليل أن الملكية لا يمكن أن تُنشأ إلا متشخصة بخصوصية اللزوم أو الجواز، وهو مما نسلّم به، ولكنه أعم من المدّعى، ولا تترتب عليه النتيجة، نقضاً وحلاً؛ فإن الجسم لا يمكن أن يوجد إلا متشخصاً بالكم، الزائد أو الناقص، ولكنه ليس مقوّماً له؛ إذ هو من الأعراض لا الفصول، ووزان الملكية المنشأة وزان الموجود بالإيجاد، إلا أن الجسم موجود تكويني، وهي موجود اعتباري، فالإنشاء لا يمكن أن يكون بدون خصوصية اللزوم، ولكنها ليست مقوّمة له، بل نسبتها له نسبة العرض إلى الجوهر، والحكم إلى الموضوع.

وثانياً: أنه يلزم على القول: - بأن المنشيء حينما أنشأ الملكية، فهي إما متخصصة باللزوم أو بالجواز - أنه في البيع، إما أنه أنشأ الملكية اللازمة أو الجائزة، فإن أنشأ اللازمة فمع خيار المجلس ليست كذلك، فما أنشأه المنشيء، لم يمضه الشارع، وما اعتبره الشارع لم ينشئه المنشيء، وإن أنشأ الملكية الجائزة، فبعد التفرّق يكون البيع لازماً عند الشارع، فيرد الإشكال نفسه؛ فإن ما أنشأه المنشيء لم يمضه الشارع، وما اعتبره الشارع لم ينشئه المنشيء، وهو باطل بالضرورة.

وكذلك في الهبة، فإن الواهب إن أنشأ الهبة اللازمة، لغير ذي الرحم، فالشارع لم يعتبرها لازمة، بل جعلها جائزة بالإجماع القطعي، وضرورة

الفقه، فما جعله الشارع لم ينشئه الواهب، وما أنشأه الواهب لم يعتبره الشارع.

وثالثاً: أنه اعتبر اللزوم والجواز خصوصيتين مقوّمتين، ومن قبيل الفصل، فهذه الخصوصية إما متواطئة أو مشككة، ولا ثالث في البين، فإن كان بنحو التواطيء، فهو يقتضي أن تكون الملكية اللازمة والجائزة متباينتين، ونسبتهما نسبة النوعين بالنسبة إلى الجنس.

وإن كان بنحو التشكيك، فهو لا يخرج عن حالين، إما بنحو القلة والكثرة، أو بنحو الشدة والضعف، ولا شق ثالث لهما.

فنسأل: أن اللزوم بالنسبة إلى الملكية، إن كانت نسبته نسبة الناطق إلى الحيوان، فبعد زوال اللزوم يكون المتحقق وهو الملكية الجائزة مبايناً لما سبق بالضرورة.

وإن كان بنحو التشكيك، فالتشكيك بنحو الزيادة، لا طريق له في الملكية؛ فإن القول بأن الملكية اللازمة ملكية زائدة، والجائزة ملكية ناقصة، باطل بالضرورة، فينحصر الأمر في كون اللزوم والجواز من باب التشكيك على نحو الشدة والضعف.

وفيه: أنه لو سلم التشكيك فيها فلا شك أن كلاً من الملكية الشديدة اللازمة، والضعيفة الجائزة محتاجة إلى الاعتبار، فزوال الملكية الشديدة لا يلازم اعتبار الملكية الضعيفة، هذا إذا كان المراد التشكيك في الملكية، وأما نفس الاعتبار فلا مجال للتشكيك فيه كما لا يخفى، بل أمره دائر بين الوجود العدم.

وبهذا ينتهي الكلام حول أصل خيار التأخير، وبه يكمل الجزء الثالث من كتابنا (**بغية الراغب في مباني المكاسب**)، وكان ذلك في بلدة الجش بالقطيف المحروسة بعين الله الناظرة، في شهر ربيع الآخر، من سنة ستة وثلاثين وأربع مائة وألف للهجرة النبوية، على مهاجرها وآله الكرام ألف سلام وتحية، وأسأل الله تعالى القبول والتوفيق لإكمال بقية الأجزاء، ورجائي ممن يستفيد منه، أو يقرأ فيه، أن لا ينسى سماحة شيخنا الأستاذ دام ظله من الدعاء، وأن يدعو لي ولوالدي بالمغفرة والرحمة، وقبول العمل وآخر دعوانا:

﴿ أن الحمد لله رب العالمين ﴾[1].

---

(١) سورة يونس: ١٠.

الموضوعات