



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

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

دار الحديث الكويت

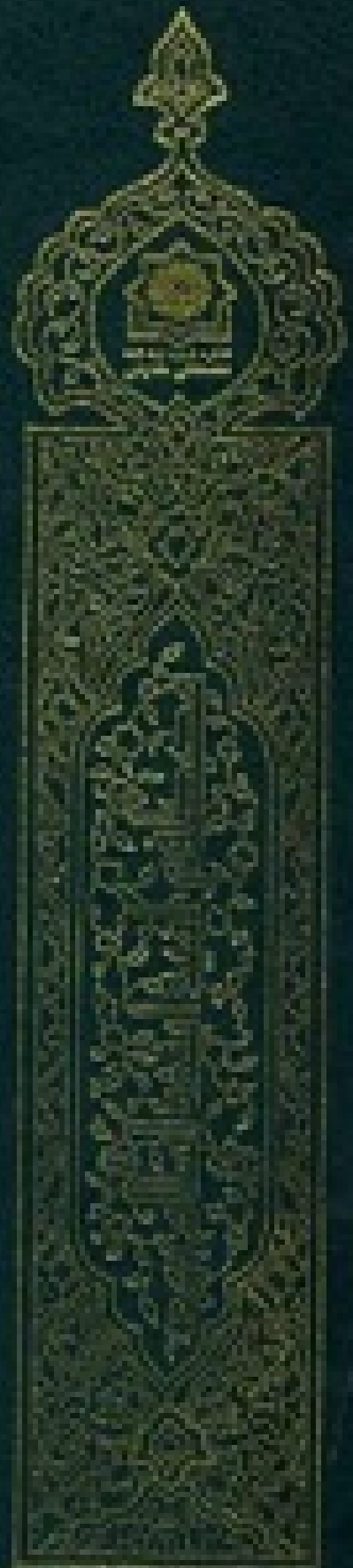
موسم الحج والعمرة

ألفه

أستاذة العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية
الشيخة فهد بنت ماجد

الجزء الثاني

دار الحديث الكويت



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مستند تحرير الوسيلة

كاتب:

مصطفى خميني

نشرت في الطباعة:

مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني رحمه الله عليه

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
10	مستند تحرير الوسيله المجلد 2
10	اشارة
10	[كتاب البيع]
10	اشارة
12	[القول في الإيجاب و القبول]
12	[مسألة 1: عقد البيع يحتاج إلى إيجاب و قبول]
19	[مسألة 2: الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب]
21	[مسألة 3: يعتبر الموالاة بين الإيجاب و القبول]
22	[مسألة 4: يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب و القبول]
26	[مسألة 5: لو تعذر التلفظ لخرس و نحوه، تقوم الإشارة المفهمة مقامه]
29	[مسألة 6: الأقوى وقوع البيع بالمعاطة في الحقيق و الخطير]
34	[مسألة 7: يعتبر في المعاطة جميع ما يعتبر في البيع بالصيغة]
38	[مسألة 8: البيع بالصيغة لازم من الطرفين]
40	[مسألة 9: البيع المعاطاتي ليس قابلاً للشروط على الأحوط]
42	[مسألة 10: هل تجري المعاطة في سائر المعاملات مطلقاً]
43	[مسألة 11: كما يقع البيع و الشراء بمباشرة المالك، يقع بالتوكيل أو الولاية]
45	[مسألة 12: لا يجوز على الأحوط تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد]
51	[مسألة 13: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه]
66	[القول في شروط البيع]
66	اشارة
68	[الأول: البلوغ]
84	[الثاني: العقل]

85	[الثالث: القصد]
87	[الرابع: الاختيار]
90	[كتاب الخيارات]
90	اشارة
92	[القول في الخيارات]
92	اشارة
92	[الأول: خيار المجلس]
110	[الثاني: خيار الحيوان]
110	اشارة
121	[مسألة 1: لو تصرف المشتري في الحيوان تصرفاً يدلّ على الرضا]
126	[مسألة 2: لو تلف الحيوان في مدّة الخيار فهو من مال البائع]
129	[مسألة 3: العيب الحادث في الثلاثة من غير تفریط من المشتري]
131	[الثالث: خيار الشرط]
131	اشارة
137	[مسألة 1: يجوز أن يشترط لأحدهما أو لهما الخيار بعد الاستثمار والاستشارة]
140	[مسألة 2: لا إشكال في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]
141	[مسألة 3: يجوز اشتراط الخيار للبائع]
147	[مسألة 4: نماء المبيع و منافعه في هذه المدّة للمشتري]
152	[مسألة 5: الثمن المشروط ردّه إن كان كلياً في ذمّة البائع]
153	[مسألة 6: إن لم يقبض البائع الثمن أصلاً]
157	[مسألة 7: كما يتحقّق الردّ بإيصاله إلى المشتري، يتحقّق بإيصاله إلى وكيله المطلق]
160	[مسألة 8: لو اشترى الوليّ شيئاً للموّلّى عليه بيع الخيار]
164	[مسألة 9: لو مات البائع ينتقل هذا الخيار كسائر الخيارات - إلى ورثته]
165	[مسألة 10: كما يجوز للبائع اشتراط الخيار له بردّ الثمن]
167	[الرابع: خيار الغبن]

- 167 اشارة
- 173 [مسألة 1: ليس للمغبون مطالبة الغابن بتفاوت القيمة]
- 174 [مسألة 2: الخيار ثابت للمغبون من حين العقد]
- 178 [مسألة 3: لو اطلع على الغبن ولم يبادر بالفسخ]
- 181 [مسألة 4: المدار في الغبن على القيمة حال العقد]
- 184 [مسألة 5: يسقط هذا الخيار بأمر]
- 184 اشارة
- 184 [أحدها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد]
- 188 [ثانيها: إسقاطه بعد العقد و لو قبل ظهور الغبن]
- 196 [الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن فيما انتقل إليه]
- 203 [مسألة 6: لو فسخ البائع المغبون البيع]
- 215 [مسألة 7: بعد فسخ البائع المغبون لو كان المبيع موجوداً عند المشتري، لكن تصرف فيه تصرفاً مغيراً له]
- 236 [مسألة 8: لو باع أو اشترى شيئين صفقة واحدة، و كان مغبوناً في أحدهما دون الآخر]
- 238 [الخامس: خيار التأخير]
- 238 اشارة
- 248 [مسألة 1: الظاهر أنّ هذا الخيار ليس على الفور]
- 249 [مسألة 2: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]
- 255 [مسألة 3: المراد ب «ثلاثة أيام» هو يياض اليوم]
- 257 [مسألة 4: لا يجري هذا الخيار في غير البيع]
- 258 [مسألة 5: لو تلف المبيع كان من مال البائع في الثلاثة، و بعدها على الأقوى]
- 259 [مسألة 6: لو باع ما يتسارع إليه الفساد]
- 262 [السادس: خيار الرؤية]
- 262 اشارة
- 266 [مسألة 1: الخيار هنا بين الردّ و الإمساك مجاناً]
- 269 [مسألة 2: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة حين المبايعه]

- 272 [مسألة 3: هذا الخيار فوري عند الرؤية على المشهور]
- 274 [مسألة 4: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]
- 279 [السابع: خيار العيب]
- 279 اشارة
- 297 [مسألة 1: يثبت هذا الخيار بمجرد العيب واقعاً عند العقد وإن لم يظهر بعد]
- 305 [مسألة 2: كما يثبت الخيار بوجود العيب عند العقد، كذلك يثبت بحدوثه بعده قبل القبض]
- 311 [مسألة 3: لو كان معيوباً عند العقد، وزال العيب قبل ظهوره]
- 315 [مسألة 4: كيفية أخذ الأرش]
- 321 [مسألة 5: لو تعارض المقومون في تقويم الصحيح أو المعيب أو كليهما]
- 323 [مسألة 6: لو باع شيئين صفقة واحدة، فظهر العيب في أحدهما]
- 328 [القول في أحكام الخيار]
- 328 القول في أحكام الخيار وله أحكام مشتركة بين الجميع، وأحكام مختصة ببعض لا يناسب هذا المختصر تفصيلها.
- 335 [مسألة 1: لا إشكال فيما إذا كان الوارث واحداً، ولو تعدد فالأقوى أن الخيار للمجموع]
- 337 [مسألة 2: لو اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم]
- 340 [كتاب النكاح]
- 340 اشارة
- 342 [أحكام الوطاء]
- 342 [مسألة 11: المشهور الأقوى جواز وطء الزوجة دبراً]
- 348 [مسألة 12: لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين]
- 371 [مسألة 13: لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر]
- 379 [مسألة 14: لا إشكال في جواز العزل]
- 387 [أحكام النظر]
- 387 [مسألة 15: يجوز لكل من الزوج و الزوجة النظر إلى جسد الآخر]
- 390 [مسألة 16: لا إشكال في جواز نظر الرجل إلى ما عدا العورة من مماثله]
- 393 [مسألة 17: يجوز الرجل أن ينظر إلى جسد محارمه، ما عدا العورة]

398 [مسألة 18: لا إشكال في عدم جواز نظر الرجل إلى ما عدا الوجه والكفين؛ من المرأة الأجنبية]

410 [مسألة 19: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي كالعكس]

413 [مسألة 20: كل من يحرم النظر إليه يحرم مسّه]

418 [مسألة 21: لا يجوز النظر إلى العضو المبان من الأجنبي والأجنبية]

423 [مسألة 22: يستثنى من حرمة النظر واللمس في الأجنبي والأجنبية، مقام المعالجة]

429 [مسألة 23: كما يحرم على الرجل النظر إلى الأجنبية، يجب عليها التستر من الأجانب]

436 تعريف مركز

سرشناسه : خمینی، مصطفی، 1309-1356.

عنوان قراردادی : تحریر الوسيله .شرح

عنوان و نام پدیدآور : مستند تحریر الوسيله/ تالیف مصطفی الخمينی.

مشخصات نشر : تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار الامام الخمينی، 1418ق.=1376.

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : 14500 ریال (ج.1)؛ 12000 ریال (ج.2)

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. 2 (چاپ اول: 1418 ق. = آبان 1376).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، 1279 - 1368 . تحریر الوسيله -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده : خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، 1279 - 1368 . تحریر الوسيله.شرح

شناسه افزوده : موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (س)

رده بندی کنگره : BP183/9/خ8ت302332 1376

رده بندی دیویی : 297/3422

شماره کتابشناسی ملی : م 24796-79

ص: 1

[کتاب البیع]

اشاره

[القول في الإيجاب و القبول]**[مسألة 1: عقد البيع يحتاج إلى إيجاب و قبول]**

مسألة 1: عقد البيع يحتاج (1) إلى إيجاب و قبول، وقد يستغني عن القبول، في الإيجاب و القبول قوله مدّ ظلّه: «يحتاج».

إجماعاً و اتفاقاً بين الملل، سواء قلنا باشتراط صدق «العقد» على عناوين المعاملات المعاوضيّة و المتقوّمة بالطرفين، أو قلنا بعدمه، كما هو التحقيق؛ فإنّ الضرورة قاضية بصحّة البيع و لزومه و إن سلب عنه عنوان «العقد» و ما ورد في الكتاب و السنّة، فهو ناظر إلى ما هو بالحمل الشائع بيع و إجارة، و تكون لفظة «العقد» إشارة إليها.

ثمّ إنّ تقسيم القوم العناوين إلى العقود و الإيقاعات، ليس في محلّه؛ فإنّ جميع الماهيات الاعتباريّة مشتركة في تحقّقها بالموجب تحقّقاً إنشائيّاً، و لكنّها لا تؤثر في العقود إلّا بامضاء المشتري، فماهية البيع هي التملك، أو إنشاؤه، أو التبادل، أو المبادلة، أو غيرها، و كلّ ذلك يحصل بإنشاء الموجب، و لكنّها كالفصولي لا أثر لها إلّا بعد ظهور الرضا من

قبل الطرف المقابل، فلو كان الأثر الفعلي من مقومات الماهية، يلزم عدم كون بيع الفضولي بيعاً حقيقياً، و لو لم يكن ذلك مقوماً لها، فهي و هي إنشاء التمليك بالعوض متحققاً في الاعتبار قطعاً.

و دعوى: أنه ليس عقداً، ممنوعة أولاً بما عرفت.

و ثانياً: بأن عقديّة العقد تحصل بالعقدة، و هي توجد بإنشاء الموجب.

بل الخاطر بالبال: أنّ ماهية المعاملات و منها البيع، لها إطلاقات، قد يراد منها المعنى المسببي؛ و هو النقل و الانتقال، و لعلّه المراد من قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (1).

و قد يراد منها السبب التام المتعقب بالأثر و المسبب، و هذا لعلّه المراد منه.

و يمكن أن يطلق و يراد منه فعل البائع الملازم لقبول المشتري.

و تارة: يراد منه فعله و إن لم ينضم إليه القبول؛ ضرورة أنه يصح أن يقال: «باع زيد و ما اشترى عمرو منه».

و ما هو المقصود في أدلة النفوذ و في الاستعمالات المتعارفة، أحد الأولين، و ليس معناه على التقديرين متقوماً بالأثر الفعلي، و عليه كما يتحقق

كما إذا وكّل المشتري أو البائع صاحبه في البيع و الشراء، أو وكّلا ثالثاً، فيقول: «بعث هذا بهذا» فإنّ الأقوى عدم الاحتياج (1) حينئذٍ إلى القبول.

تمام ماهيته بالإيجاب، كذلك يتحقّق بالقبول فيما كان مثل: «اشترت» و «تملّكت» فإنّهما مثل: «بعث» و «ملّكت» في عدم حصول الأثر حقيقة إلاّ بهما، وفي حصول تاميّة الماهية الاعتبارية بهما؛ وهي إنشاء المعاوضة عن جدّ.

قوله مدّ ظلّه: «الأقوى عدم الاحتياج».

لما عرفت من عدم تقوّم الماهية به، فإذا حصل عقد البيع بعمله الوحدانيّ واجداً جميع الآثار و الأحكام.

و هذا هو الظاهر من قوله تعالى فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا .. (1) فإنّه لم يعهد منه (صلّى الله عليه وآله وسلم) (قبوله بعد ذلك، فلو أوقع وليّ الابن و البنت بينهما عقد الزواج، فلا معنى للقبول بعده. و لعلّه الظاهر من بعض ما ورد في قصص زواج المعصومين: عليّ و فاطمة سلام الله تعالى عليهما و كون الآية قابلة لحملها على الإخبار، لا ينافي ظهورها العرفي في الإنشاء بعد اقتضاء القواعد صحّته.

نعم، قضية الإجماعات المحصّلة ممنوعيته و شرطية القبول، و لكنّها بمعزل عن إفادة أمر وراء ما فهموه، فتدبّر.

و الأقوى عدم اعتبار العربية، بل يقع بكلّ لغة و لو مع إمكان العربيّ (1).

قوله دام ظلّه: «و لو مع إمكان العربيّ».

خلافاً لجمع، كالسيد عميد الدين (1)، و الفاضل المقداد (2)، و الثاني من المحققين (3) و الشهيد (4)، معللاً بالحجج العلية، مثل إنكار صدق «العقد» مع التمكن من العربية، و هو قضية التأسّي، و غير ذلك، و وفاقاً للمحققين (5)؛ لعدم الدليل، و للعمومات.

بل الذي سلكناه في كتابنا الكبير (6)؛ أنّ الأحوط أن يعقد كلّ بلسانه، لأنّه أخبر بخصوصيّاته، فيتمكّن من الغفلة عن اللغات بإبراز المعنى المقصود، و إنشاء العقد و الإيقاع، و لقد سمعت عن بعض المشايخ التجنّب عن تكفّل عقد النكاح بالعربيّ؛ لأنّ العاقد لا يعتبر الزواج، و لا ينشئ عقدة النكاح، بل تمام توجّهه إلى الألفاظ و كفيّة الاستعمالات، غافلاً عن إبراز المعنى و إيجاد المعبر.

1- نقل عنه مفتاح الكرامة 4: 162/السطر 25.

2- كنز العرفان 2: 72.

3- جامع المقاصد 4: 59 60.

4- الروضة البهيّة 1: 313/السطر 14.

5- انظر المكاسب، الشيخ الأنصاري: 95/السطر 34.

6- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الأوّل، الجهة الثالثة، المسألة الرابعة، الفرع الأوّل.

كما أنه لا يعتبر فيه الصراحة، بل يقع بكلّ لفظ (1) دالّ على المقصود عند أهل المحاورة، كـ «بعت» و «ملّكت» ونحوهما في الإيجاب، و «قبلت» و «اشتريت» و «ابتعت» ونحو ذلك في القبول.

مع دعوى انصراف العمومات إلى العقود المتعارفة بين الملل والأقوام، وهي ما حصلت بألفاظهم، دون ألفاظ آخرين، وهذا هو القدر المتيقّن، دون ما توهمه بعض الأصحاب (رحمهم الله).

قوله دام ظلّه: «بكلّ لفظ».

على المعروف بين المتأخّرين⁽¹⁾، وفي المسألة أقوال ربّما تبلغ إلى سبعة.

وقد يشكل جوازه بغير الألفاظ المتعارفة الصريحة الموضوعية المشتملة على عناوين المعاملات؛ لما يظهر من كلّ متصدّد للفقّه اعتبار ألفاظ مخصوصة؛ حتّى تصدّى جمع لتأليف كتاب في ألفاظ الصيغ، فيعلم التعبد الشرعيّ بالإجماع القطعيّ، ففي غير هذه الصورة يشكل شمول عمومات الكتاب والسنة للعقد العرفيّ، و التمسك بها غير جائز؛ لاستلزامه الإخلال بمعقد الإجماع.

ولكنّه بمعزل عن التحقيق؛ ضرورة أنّ الإجماع لا يكشف في هذه المسائل عن رأي متّبع، ولو سلّمنا فله القدر المتيقّن، ولا يلزم منه

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 94/السطر 3.

و الظاهر عدم اعتبار الماضيّة، فيجوز بالمضارع وإن كان أحوط. (1) ممنوعيّة التمسك بالعمومات في جميع ما يحتمل دخالته.

نعم، بعض المجازات البعيدة أو الكنايات غير المأنوسة، غير قابل لإيقاع العقده، دون غيره.

ثم إنّ المقصود من «الدلالة» في الجملة الثانية بعد نفي اعتبار الصراحة، هي الدلالة بالقرائن المقاميّة والمقاليّة، و ظاهرهم عدم الصحّة بالألفاظ الموضوعية بالخصوص بين المتعاملين؛ بأن كان بناؤهم على إيقاع البيع بألفاظ النكاح و هكذا، فإنّ المدار على الأسباب العرفيّة، دون مطلق ما يمكن أن يتسبّب به.

ويظهر من بعض الأجلّة جوازه بها أيضاً(1)، و لكنّه مشكل.

نعم، إذا اقتضت الضرورة إخفاء المقاصد العرفيّة، فأرادوا بألفاظ النكاح البيع؛ لجهة عقلائيّة، فإنّه حينئذٍ لا يبعد شمول الأدلّة؛ لولا مخافة مخالفة الإجماع المزبور، فتدبر.

قوله دام ظلّه: «وإن كان أحوط».

لما عن العلامة في «التذكرة» من دعوى الإجماع عليه(2)، و ممّا يدلّ

1- انظر مصباح الفقاهة 3: 19.

2- تذكرة الفقهاء 1: 462/السطر 11.

و لا يعتبر (1) فيه عدم اللّحن من حيث المادّة و الهيئة و الإعراب؛ إذا كان دالّاً على المقصود عند أبناء المحاورة، و عدّ ملحوناً منه، لا كلاماً آخر ذكر في هذا المقام، كما إذا قال: «بعت» بالفتح، أو بكسر العين و سكون التاء. و أولى بذلك اللغات المحرّفة، كالمداولة بين أهل السواد و من ضاهاهم.

على خلافه النصوص الواردة في كتاب النكاح في مسألة الاستيجاب(1)، فإنّها كما تدلّ على حكم المسألة الآتية، تدلّ على حكم هذه المسألة.

و ما قد يتوهم من عدم مساعدة العرف، لا يخلو من غرابة؛ لأنّ الماضي ليس موضوعاً للإنشاء، بل الاستعمال فيه مع القرينة خصّه به، و هذا أيضاً يصحّ في غيره؛ أمراً كان، أو مضارعاً.

قوله مدّ ظلّه: «و لا يعتبر».

لعدم الدليل عليه بعد، و لو كان كلاماً آخر فقد عرفت وجه الإشكال و تصحيحه في بعض الحالات.

و أمّا إذا كانت اللغات المحرّفة من أهل السواد، ففي صحّة تعبيرها إشكال مضى سبيله في مسألة اعتبار العريّة.

1- وسائل الشيعة 20: 264، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الباب 1، الحديث 10. و 21: 43، كتاب النكاح، أبواب المتعة، الباب 18.

[مسألة 2: الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب]

مسألة 2: الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بمثل «اشتريت» و «ابتعت» إذا أُريد به (1) إنشاء الشراء، لا المعنى المطاوعِي، و لا يجوز (2) بمثل: «قبلت» و «رضيت». و أمّا إذا كان بنحو الأمر و الاستيجاب، كما إذا قال من يريد الشراء: «بعتني الشيء الفلاني بكذا» فقال البائع: «بعتك بكذا» قوله دام ظلّه: «إذا أُريد به».

فإنّه في هذه الصورة يكون من الإيجاب المقدّم بلفظ الشراء، وفيما كان نظره إلى المطاوعة يعدّ من الألفاظ الصريحة في القبول الممنوع عندهم و المدّعى عليه الإجماع في «الخلافا» (1).

قوله: «و لا يجوز».

عقلاً و إجماعاً؛ ضرورة أنّ المعدوم غير قابل للقبول.

وفيه: أنّ إنشاء التملك بألفاظ الإيجاب، كإنشاء القبول بألفاظه، فكما أنّ الاعتبار هناك قائم ببقاء الملكيّة المنشأة، كذلك الاعتبار قائم هنا بحدوثه، فهو يقبل ما يراه في الخارج و يجده.

وإن شئت قلت: هو من تأخر القبول أيضاً في مفهومه؛ و لو كان متقدّماً في وجوده، فعليه تندفع الشبهة العقلية من غير حاجة إلى تصوير الواجب المشروط أو المعلق.

فالظاهر الصحّة (1) وإن كان الأحوط إعادة المشتري القبول.

قوله دام ظلّه: «فالظاهر الصحّة».

وذلك لأنّ الأمر الباعث إلى البيع، يستلزم عرفاً رضا الأمر بالمأمور به، ولا نحتاج في قبول الإنشاء المتأخّر إلا الرضا بالمنشأ البارز بأحد الدلالات الثلاثة، وهكذا الاستيجاب.

ولكنّه يشكل على مبنى القوم؛ وهو ممنوعيّة القبول المتقدّم، ورضا المظهر بالإيجاب المتأخّر غير كافٍ عندهم، فما اختاره الماتن هنا يناقض منعه في مثل: «قبلت» و«رضيت».

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ وجه التفصيل هو الإجماع، دون الدليل العقليّ و القواعد العقلانيّة.

إن قلت: فرق بين الأمر، وتقديم القبول بلفظه، فإنّه شامل للماهيّة المقصودة من البيع وغيره، بخلافه.

قلت: نعم، إلا أنّ مقصود المجوّز ليس تقديم مادّة القبول من غير سبق المقاوله، وإذا سبقت المقاوله، فترى بعد تماميّتها يصحّ أن يقول المشتري: «قبلته» و البائع: «بعته» من غير إشكال.

هذا مع أنّه يمكن أن يقول المشتري بدوّاً: «قبلت هذا بهذا مبيعاً» فيقول البائع: «بعته» فإنّه عند العقلاء أيضاً صحيح قطعاً.

[مسألة 3: يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول]

مسألة 3: يعتبر الموالاة (1) بين الإيجاب والقبول؛ بمعنى عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان «العقد» و«المعاقدة» ولا يضرّ القليل؛ بحيث يصدق معه «أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب».

قوله: «يعتبر الموالاة».

إجمالاً، وعليه السيرة القطعية، والخروج عنه خلاف المرتكز العرفي. ولعلّه يرجع إلى المسألة الآتية من لزوم التطابق؛ فإنّ القبول المتأخّر إذا لم يعدّ من قبول الإيجاب المتقدّم، فلا يحصل التطابق، فتدبّر.

وقد يقال: إنّ عنوان العقد لا يحصل إلاّ به، وهو ممنوع كما في العقود الجائزة، وقد مرّ عدم الحاجة إليه في تحقّق عناوين المعاملات صحّة ولزوماً، فما في المتن واضح المنع.

واختار الماتن في مقام آخر عدم اعتبار الموالاة (1)؛ لما اختار أنّ تمام ماهيّة المعاملة تحصل بالإيجاب (2)، وقد أنكر العقود بالمعنى المعروف بين الأصحاب (رحمهم الله) فالعقد يحصل بنفس الإيجاب، وتأخّر القبول كتأخّر الإجازة في الفضوليّ.

وهذا وإن كان موافقاً للتحقيق، إلاّ أنّه لا يستنتج منه نفي اعتبارها؛ لأنّه لا يحصل التطابق المعتبر عرفاً، فتأمّل.

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 1: 227.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 1: 219.

[مسألة 4: يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب و القبول]

مسألة 4: يعتبر في العقد التطابق (1) بين الإيجاب و القبول، فلو اختلفا بأن أوجب البائع على وجه خاص من حيث المشتري، أو المبيع، أو الثمن، أو توابع العقد من الشروط، وقيل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد (2)، فلو قال البائع: «بعت هذا من موكلك بكذا»، فقال الوكيل: «اشتريته لنفسى» لم ينعقد. (3) قوله مدّ ظلّه: «التطابق».

لا شبهة في كبرى هذه المسألة، ولا معنى لعدّه من الشرائط؛ لأنّه من مقومات ماهية البيع المتوقّف على القبول المتعلّق بإنشاء الموجب.

نعم، هو من الشرائط؛ بناءً على كون القبول علّة تأثير الماهية الموجودة بفعل الموجب، على ما تقرّر.

نعم، قد يشكّل الأمر في حصوله في بعض الفروض المذكورة في المتن؛ وأنّه حصلت صغرى التطابق، أم لا.

قوله دام ظلّه: «لم ينعقد».

إذا كان مورثاً لقصور الإنشاء و تحدّده، أو احتمال ذلك، وأمّا لو كان المقصود بيع متاعه مخاطباً في بيعه أحد الحضّار من أجل أنّه واحد منهم، من غير النظر إلى الخصوصية في أمره، فإنّه إذا قبله الآخر ينعقد، و من ذلك يعلم النظر في مشابهاة المسألة.

قوله: «لم ينعقد».

إلا في الوجه المشار إليه.

نعم، لو قال: «بعت هذا من موكلك» فقال الموكل الحاضر غير المخاطب: «قبلت» لا يبعد الصحة (1). نعم، لو قال: «بعتك هذا بكذا» فقال: «قبلت لموكلتي» فإن كان الموجب قاصداً لوقوع البيع للمخاطب نفسه، لم ينعقد، وإن كان قاصداً له أعم من كونه أصيلاً أو وكيلًا، صح (2). و لو قال: «بعتك هذا بألف» فقال: «اشتريت نصفه بألف» أو «بخمسمائة» لم ينعقد. (3) قوله: «لا يبعد الصحة».

لا وجه لنفي البعد لقطعية الصحة. بل قبول الوكيل مع حضور الموكل الذي هو المشتري حقيقة، الناظر الشاعر بالبيع و خصوصياته، لا يخلو من توهم الإشكال؛ بدعوى قصور أدلة الوكالة عن شمول هذه الموارد، فتدبر.

قوله: «صح».

إذا رجع الإنشاء إلى الجامع المنطبق عليهما، أو رجع ذلك إلى إلغاء الخصوصية عن المخاطب؛ بدعوى ما أشرنا إليه، وإلا فهو المستحيل؛ لأنّ المخاطب الجزئي إما هو الوكيل، أو الموكل.

وعلى هذا، يتوجه إليه -مدّ ظله عدم الفرق بين ما نحن فيه، والمسألة السابقة، التي مضى قوله فيها بعدم الانعقاد.

قوله: «لم ينعقد».

إلا فيما كان البيع عند العرف ينحلّ إلى البيوع، فإنه ينعقد

بل لو قال: «اشترت كل نصفٍ منه بخمسائة» لا- يخلو من إشكال (1). نعم، لا- يبعد الصّحة لو أراد كلّ نصف مشاعاً. ولو قال لشخصين: «بعثكما هذا بألف» فقال أحدهما: «اشترت نصفه بخمسائة» لم ينعقد (2). ولو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الصّحة؛ وإن لا يخلو من إشكال (3).

بالنسبة إلى البعض، كما إذا قال: «بعثك هذه القطعات من الأرض الكذائبة بكذا» فقبل في واحدة منها بالنسبة أو الأزيد، فإنه ينعقد.

قوله مدّ ظلّه: «لا يخلو من إشكال».

لا وجه للإشكال بعد إرادة اشتراء جميع المبيع؛ لأنّه قد قبل جميع ما أنشأه، واختلاف الألفاظ و تشتت التعابير لا يضرّ بالتطابق المعبر، من غير فرق بين اشتراء النصف المعين، أو المشاع؛ لأنّه أمر خارج عن إنشاء البيع، فإنّ البائع لا ينشئ إلا بيع أمر وحدانيّ من غير النظر إلى القسمة الوهميّة، فلو قبل تمامه بأيّ وجه كان، فقد أتى بما هو اللازم في التطابق قطعاً.

قوله: «لم ينعقد».

إلا إذا كان المطلوب متعدّداً، فأورث عرفاً انحلال البيع.

نعم، في غير هذا الوجه يبطل؛ لظهور اللفظ في وحدة الغرض، فلا ينبغي الخلط بين الفروض المشار إليها.

قوله دام ظلّه: «من إشكال».

لا إشكال فيه، ولا وجه لتوهمه؛ من غير فرق بين أن يقول كلّ واحد

و لو قال: «بعت هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام» مثلاً، فقال: «اشترت بلا شرط» لم ينعقد. و لو انعكس بأن أوجب البائع بلا شرط، و قَبِل المشتري معه، فلا ينعقد مشروطاً. و هل ينعقد مطلقاً و بلا شرط؟ فيه إشكال. (1) منهما: «اشترت نصفه بخمسائة» أو يقول: «بألف» و لو صحَّ الإشكال فيه يلزم عدم التمكّن من قبول هذا الإيجاب على الوجه الصحيح، إلا بأن يوكل أحداً فيقبل منهما، و هذا شاهد على أن الإشكال المذكور لا أصل له.

قوله: «فيه إشكال».

في المسألة صورتان:

إحدهما: ما إذا كان الشرط في كلام المشتري بنفع البائع؛ بأن يقول: «قبلت على أن أخط لك ثوباً» فإنه في هذه الصورة ينعقد البيع قطعاً، و في لزوم هذا الشرط عليه إشكال.

إلا أن يقال: بأنّ عمومات الشروط تشملها؛ لأنّها في الإنشاء تبع العقد، و في الحقيقة ليس إلا مجرد الوعد، و ما يدلّ على عدم وجوب الوفاء بالوعد و هي السيرة قاصرة عن شمول هذا المورد و أمثاله.

ثانيتها: ما لو كان الشرط في كلامه ينفعه، بأن يقبل على أن يكون له الخيار إلى ثلاثة أيام، أو على أن يخط له البائع ثوبه، فإنه في هذه الصورة لا ينعقد بلا إشكال؛ لأنّ القبول المقيّد غير القبول المطلق.

[مسألة 5: لو تعدّر التلفظ لخرس و نحوه، تقوم الإشارة المفهمة مقامه]

مسألة 5: لو تعدّر التلفظ لخرس و نحوه، تقوم الإشارة المفهمة مقامه؛ حتّى مع التمكن من التوكيل على الأقوى (1). و لو عجز عن الإشارة أيضاً فالأحوط التوكيل أو المعاطاة، و مع تعدّرها إنشاؤه بالكتابة.

قوله مدّ ظلّه: «على الأقوى».

و هو قضية المطلقات الواردة فيه (1)، مع إمكان التوكيل نوعاً.

ثم إن قيامه مقامه كما في أكثر المتون، ربّما كان للإشارة إلى سريان الأحكام الخاصّة بالعقد اللفظي إليه؛ وأنّه ليس من قبيل المعاطاة المتنازع فيها صحّة و لزوماً.

و الذي هو التحقيق: أنّ هذه المبرزات مشتركة في تحقّق عنوان العقود و الإيقاعات بها و إن لا يحصل اعتبار العقد مفهوماً؛ لعدم الاحتياج إليه في صحّتها، و لا في لزومها؛ على ما تقرّر منّا سابقاً. و لا إجماع على خلاف ذلك بعد اقتضاء الأدلّة العامّة مشروعيتها.

فما في المتن من الاحتياط طويلاً، إن كان يرجع إلى قصور الكتابة بذاتها عن السببية، فهي ممنوعة مطلقاً، لا في فرض.

و إن كان يرجع إلى قصور الأدلّة العامّة عن شمولها في عرض غيرها، أو يرجع إلى وجود الإجماع على المنوعيّة بالكتابة إلّا في هذه

1- وسائل الشيعة 6: 136، كتاب الصلاة، أبواب القراءة في الصلاة، الباب 59. و 19: 373، كتاب الوصايا، الباب 49. و 22: 47، كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته و شرائطه، الباب 19.

الصورة، فهو غير تام.

وما ورد في طلاق الأخرس (1) وقراءته (2)، لا يورث تعيّن الإشارة في غير موردها، ولا تقدّم التوكيل و المعاطاة على الكتابة؛ لأنّ عرفان الأخرس للكتابة غير ممكن في عصر المأثير، وحمل «الأخرس» على الأعمّ فيها بحيث يستنتج منه ذلك، خلاف المتبادر من الأخبار.

ولعمري، إنّ بعد عدم دخالة الشرع الأقدس في السبب، فدخالة أرباب الفتوى نفيّاً وإثباتاً، توجب الفساد؛ لتوهّم العرف لزوم تبعيتهم لهم في ذلك.

فالأولى الأحوط أن يقال: إذا تحقّق البيع فأحكامه كذا وكذا، وما به يتحقّق موكول إلى العرف، وتشخيص مصاديقه بيدهم، وعليهم رضوان الله تعالى عليهم اتباعهم، فهم والعرف متعاكسان في المرجعية.

وما قد يتوهّم من لزوم المراجعة إلى العرف في المفاهيم، دون تشخيص المصاديق (3)، إن كان ذلك يرجع إلى أنّ مع اتحاد العرف على مصداقية أمر لعنوان، لا بدّ من العمل على طبق تشخيصه دون تشخيصهم،

1- وسائل الشيعة 22: 47، كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته وشرائطه، الباب 19.

2- وسائل الشيعة 6: 136، كتاب الصلاة، أبواب القراءة في الصلاة، الباب 59.

3- كفاية الأصول: 77.

فهو باطل؛ لأنّه يرجع إلى عدم دركه المفهوم العرفي من العنوان الوارد في الدليل مثلاً.

وإن كان ذلك يرجع إلى أنّ مع اختلاف العرف في ذلك، أو مع جهلهم بالواقعة، لا يصحّ الاتكال على دركهم، فهو الحقّ الذي لا محيص عنه، و للمسألة مقام آخر يحتاج إلى البسط فيها.

[مسألة 6: الأقوى وقوع البيع بالمعاطة في الحقيق والخطير]

مسألة 6: الأقوى وقوع البيع بالمعاطة (1) في الحقيق والخطير، وهي عبارة عن تسليم العين بقصد صيرورتها ملكاً للغير بالعوض، و تسلّم العوض بعنوان العوضيّة.

قوله دام ظلّه: «البيع بالمعاطة».

على المعروف بين متأخري المتأخريين (1)، خلافاً للمشهور و «للجواهر» (2) وغيره (3).

والذي تقتضيه القواعد هو صحّة المعاطة التي كان عليها مدار المبادلات في الأزمنة الأولى، وغيرها يحتاج إلى الدليل؛ ضرورة أنّ الاعترافات الموجودة بين الملل، حصلت بعد ما كانت تلك المفاهيم الاعترافية متخذة من المصاديق التكوينية، و ما من مفهوم اعتباري إلا و هو ذو مصداق تكويني، هو الموضوع في اللغات، و عليه كان العمل لدى الأسلاف.

وبعد التوسعة في المعيشة، و إمساس الاحتياج إلى المبادلات نسيئة وكالياً بكالٍ، أحسوا الاعتبار و التبادل التوهمي و غير الواقعي، منزّلين ذلك منزلة ذلك التعاطي الخارجي. و هذا المعنى أيضاً قد كان

1- جامع المقاصد 4: 58، مجمع الفائدة و البرهان 8: 139.

2- جواهر الكلام 22: 210.

3- السرائر 2: 250، شرائع الإسلام 2: 7، قواعد الأحكام: 123/السطر 20، الحدائق الناضرة 18: 348.

حاصلاً قبل الشريعة المقدسة بالضرورة، وليس من المستحدثات الأخيرة.

وحينئذٍ يقع الكلام في أنها بعد مرورها عليهما، وعلى هذين السبيلين المتعارفين، هل أمضتاهما، أو أمضت ما هو الأصل دون الفرع، أو أمضت العكس، وردعت عن الأصل، أو يفصل بين العقود؟

بل يمكن دعوى الشك في حصول اعتبار بعض العقود قبل الإسلام، مثل عقد المساقاة وأمثالها ممّا قلّ تداولها في المثل السابقة التي تمضيها الشريعة المقدسة.

وجوه وأقوال:

ظاهر المشهور مردوعيّة المعاطاة، وإمضاء الفرع والعقود القوليّة، وما يحتمل حدوثها بعدها يستصحّ بالعمومات الواردة في الكتاب، و السنّة، والنصوص الخاصّة في كلّ كتاب و باب.

و ظاهر غيرهم عدم مردوعيّةها(1)، و يكفي ذلك من غير الحاجة إلى الأدلّة الإمضائيّة؛ كتاباً كانت، أو سنّة، مع إمكان تأتّي الخدشات فيها: من قصور موضوعاتها عن شمولها، أو قصور إطلاقها وعمومها عن الشمول.

و ما يتوهم كونه رادعاً مضافاً إلى الإجماعات المحصّلة، و الشهرة المحقّقة قديماً و حديثاً، بل إرسالها من المسلّمات؛ لشهادة

كلّ كتاب من كلّ مصنّف عليه، مع تكفّل جماعة لتأليف كتب في صيغ العقود بعض المآثر المذكورة في الكتب المفصّلة (1).

إلا أنّها لا ترجع إلى محصّل، بل المقرّر في محلّه: أنّ الاغتراسات العرفيّة التي ذات العروق في القلوب و البواطن، غير قابلة للردع بروايات، فضلاً عن الرواية المهجورة، أو الإطلاق و العموم في الكلام المحتمل فيه الوجوه، و الإجماع في المسألة غير كاشف، و اشتهاار المسألة عند القدماء غير ثابت.

مع أنّه لو فرضنا جميع هذه المبادئ، فاستكشاف الرواية الصريحة أو الرأي الحجّة في هذا الموقف الذي لا وجه لخفائه بعد شدّة الابتلاء مشكل.

فتحصّل: أنّ المعاطاة ليست مردوعة، و المعاملات العقديّة أحوج إلى الدليل، و قد تحرّر منا في كتاب الإجارة (2) عدم وجود الدليل على إمضاء الإجارة القوليّة؛ و إن أمكن إثبات نفوذها من بعض الطرق الخفيّة.

1- الكافي 5: 6/201، وسائل الشيعة 18: 50، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب 8، الحديث 4.

2- كتاب الإجارة للمؤلّف (قدّس سرّه) مفقود.

و الظاهر تحقّقها بمجرد تسليم المبيع بقصد التمليك بالعوض، مع قصد المشتري في أخذه التملك بالعوض، فيجوز (1) جعل الثمن كلياً في ذمة المشتري. وفي تحقّقها بتسلّم العوض فقط من المشتري بقصد المعاوضة إشكال، (2) قوله دام ظلّه: «فيجوز».

لما مرّ، ولعدم ثبوت الدليل على التعاطي من الطرفين، بل السيرة الناهضة عليه، أقوى من القائمة على التبادل من الجانبين.

قوله: «إشكال».

منشأه قصور السيرة، وعدم تحقّق عنوان «البيع» و «العقد» و «الشرط» و أمثالها بمثله، و لا أقلّ من الشكّ.

وقد يقال: إنّه إذا أمكن إنشاء التمليك بتسلّم العوض، و لا يكون البيع أكثر منه، فعدم كونه بيعاً عند العرف هو لا يضرّ؛ لعدم لزوم التبعيّة لهم في تشخيص المصاديق، بل المتّبع هي المفاهيم، كما مضى بعض البحث حوله في التعليقات السابقة (1).

و أنت خبير برجوع ذلك إلى الاختلاف في المفهوم أيضاً، كما لا يخفى.

وإن كان التحقّق به لا يخلو من قوّة. (1) قوله مدّ ظلّه: «لا يخلو من قوّة».

وفاقاً لأكثر القائلين بصحّة المعاطاة، و خلافاً للفقهاء الأصفهانىّ (قدّس سرّه) (1)، و حيث إنّ السيرة ناهضة على كفايته في حصول عنوان المعاملة، فالأقوى تحقّقها به، و ما ترى من المساهلات لا يرجع إلى قصور المعاطاة في إفادة الملكيّة، و إلاّ يلزم الإشكال مطلقاً.

نعم، إذا كان المعوّض في هذه الصورة كلياً، فكأنّ العرف لا يمتنع من بيع جميع ما عنده؛ و إن كان فيه ما باعه بنحو الكليّ، و ذلك لما لا يرى أنّ ذلك تصرف في ملك الغير، فلاحظ و تدبّر.

1- وسيلة النجاة 2: 11، كتاب البيع، المسألة 6.

[مسألة 7: يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع بالصيغة]

مسألة 7: يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر (1) في البيع بالصيغة من الشروط الآتية قوله مدّ ظلّه: «جميع ما يعتبر».

لأنّها القدر المتيقّن من الأدلّة، ولو فرض إهمالها فالأولى الشكّ في اعتبار تلك الشروط في البيع بالصيغة.

نعم، قد يشكل بناءً على أنّ المعاطاة ليست بعقد، فحينئذٍ لو كان في الأدلّة المتكفّلة لبيان الشروط عنوان «العقد» فإنّه حينئذٍ ينحصر بالصيغة، ولا يشمل المعاطاة.

هذا، ولكنه مضافاً إلى فساد المبنى لا أثر من البناء في المآثر والأخبار. وما قد يتوهم: من أنّ أدلّة الشروط قاصرة عن شمول المعاطاة؛ لأنّها مختصّة بما فيه الالتزام، والمعاطاة خالية منه (1)، في غير موضعه؛ وذلك لفساد المبنى أيضاً، وهو خلوّها منه، وعدم الحاجة إليه في شمول تلك الأدلّة؛ فإنّ الشرط إمّا بماهيّته يشمل جميع المعاهدات بدويّة كانت أو ضمنّيّة، أو تكون الماهيّة قاصرة عنه، وتختصّ بالتعاليق الضمنيّة، ولا يوجد في كلام الأصحاب ما يورث كونه مختصّاً بما في ضمن الأمر الالتزاميّ؛ والذي يصدق عليه «العقد» فافهم وتأمل.

1- انظر البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 1: 92 و 143.

ما عدا اللفظ (1)، فلا تصحّ مع فقد واحد منها؛ سواء كان ممّا اعتبر في المتبايعين، أو في العوضين.

قوله: «ما عدا اللفظ».

فيه احتمالان:

أحدهما: أن يكون من الاستثناء المنقطع، فتأتي الشروط المربوطة بالصيغة في المعاطاة، كالموالة، والتنجز، والتطابق، وغيرها.

ثانيهما: أن يكون متّصلاً، فلا تأتي تلك الشرائط فيها.

وبالجملة: في المسألة تفصيل؛ فما كان من قبيل شرطية التنجز، وقلنا: بأنّ دليله الإجماع، فالقدر المتيقّن منه عندهم هي الصيغة، دون الفعل.

وإن قلنا بالغاء الخصوصية عرفاً، أو إنّ دليله العقل، فهي مشتركة معها في ذلك.

وأما توهم عدم تصوير هذه الشروط في الفعل، فهو غير قابل للتصديق، مثلاً إذا اعتبر التعاطي من الطرفين، يأتي البحث عن مسألة اعتبار الموالة.

وإذا سلّم البائع المبيع إلى المشتري بعنوان البيع معلقاً على مجيء زيد مثلاً، وقبله عليه، فإنّه عنده أمانة إلى حال المجيء، و يصير بعده ملكه، وإلاّ فعليه ردّه إليه، كما إذا باعه بالصيغة، و سلم المبيع قبل حصول المعلق عليه، فما يظهر منهم من قصور الفعل عن تأتّي هذه الشروط فيه غير تامّ.

كما أنّ الأقوى (1) ثبوت الخيارات الآتية فيها.

وإذا سلّم البائع بعنوان البيع، وقبله المشتري بعنوان الهبة، فلا يحصل التطابق المعتمد.

فعلى هذا، يشترط في المعاطاة جميع الشروط.

نعم، بناءً على ما هو التحقيق من تحقّقها بفعل الطرف الواحد، لا معنى لشرطيّة الموالاة، اللهمّ إلا أن يقال: بأنّه تتصوّر الموالاة هنا بين بسط يد المالك لبيع ماله، وتأخير المشتري في قبضه، الذي هو بمنزلة القبول في ماهيّته.

قوله دام ظلّه: «الأقوى».

لإطلاق أدلّتها، وقد يمكن دعوى إمكان جريانها فيها ولو قلنا: بأنّها جائزة؛ لأنّه من قبيل جريان خيار المجلس في الحيوان وبالعكس، ولا يمكن إنكاره هناك.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ العرف يأبى عن ذلك إلا بالدليل، وهو ناهض هناك، دون ما نحن فيه، فتدبّر.

كما يمكن دعوى عدم جريان الخيارات ولو قلنا: بأنّها لازمة بالذات أو بإحدى الملزمات؛ وذلك لأنّ الخيار هو حلّ العقد، والعقد لا يحصل إلا باللفظ.

وأنّت خبير: بأنّ القائل بعدم كونها عقداً، لا بدّ وأن يلتزم إمّا بأنّ الخيار

معناه أعم، أو باختصاصه بالصيغة.

وعلى كلّ تقدير: ما هو الحقّ أنّ المعاطاة عقد، وعقدية الصيغة في الرتبة المتأخرة كما عرفت (1)، وعرفت أنّ من البديهيّ بطلانه، عدم الحاجة في المعاملات إلى إثبات عقديتها مطلقاً، ومعنى الخيار ليس إلا الإقالة الإيقاعية، ولا شبهة في جريان الإقالة في المعاطاة بعد لزومها. ويشهد له أنّ موضوع أدلتها البيع، لا العقد.

1- تقدّم في الصفحة 20 22.

[مسألة 8: البيع بالصيغة لازم من الطرفين]

مسألة 8: البيع بالصيغة لازم (1) من الطرفين قوله دام ظلّه: «لازم».

للدّلة الخاصّة (1)، و لبناء العقلاء، و أمّا التمسك (2) بآية وجوب الوفاء (3)، فهو غير تام عندنا؛ لأجنيبتها عن الموقف، أو لإجمالها.

وربّما يشكّل التمسك ببناء العرف؛ لأنّه غير ثابت قبل الإسلام على البيع العقدي، و البناء بعده غير كافٍ، خصوصاً إذا كان مستنداً إلى الإسلام، فالدليل الوحيد هو النصّ الخاصّ في البيع، و بعض العمومات الأخر المذكورة في المفصّلات (4).

و لو فرضنا قصورها، و إجمال النصّ الوارد في خيار المجلس عن البيع اللفظي؛ لأنّ موضوعه ليس مطلق البيع، بل هو البيع اللازم؛ و هو المعاطاة عند العرف قطعاً، فلا يدلّ على لزوم العقد بالصيغة، فيكفينا الاتفاق، فتأمل.

1- وسائل الشيعة 18: 8، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 2.

2- انظر المكاسب، الشيخ الأنصاري: 215/السطر 12.

3- المائدة (5): 1.

4- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 215 216.

إلا مع وجود (1) الخيار. نعم يجوز الإقالة؛ وهي الفسخ من الطرفين. والأقوى أنّ المعاطاة أيضاً لازمة من الطرفين إلا مع الخيار، وتجري فيها (2) الإقالة.

قوله مدّ ظلّه: «إلا مع وجود».

لا تخلو العبارة من المسامحة؛ لأنّ الخيار لا ينافي لزومه الذاتي، ولذلك لا يجوز حلّه وفسخه بطريق آخر غير الحقّ الثابت له، فلو أراد مع وجود خيار المجلس الإقالة، فهي لا يمكن إلا برضا الآخر وهكذا، فليتدبّر.

فعليه البيع ذو الخيار لازم بذاته، و جائز حيثي؛ أي فيه طريق معيّن لحلّه وفسخه.

قوله مدّ ظلّه: «و تجري فيها».

لإطلاق أدلتها(1)، بل هي أي المعاطاة القدر المتيقن. نعم إذا قلنا بجوازها، فإجراء الإقالة أيضاً موافق للاحتياط.

وفي كونها الإقالة الشرعيّة التي وردت بها النصوص(2)، إشكال بل منع؛ لأنّ ظاهرها في مورد لزوم ما يستتال، كما لا يخفى.

1- وسائل الشيعة 17: 385، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب 3.

2- نفس المصدر.

[مسألة 9: البيع المعاطي ليس قابلاً للشرط على الأحوط]

مسألة 9: البيع المعاطي ليس قابلاً للشرط على الأحوط، فلو أُريد ثبوت خيار بالشرط، أو سقوطه به، أو شرط آخر حتى جعل مدّة وأجل لأحد العوضين يتوسّل بإجراء البيع بالصيغة، وإدراجه فيه. وإن كان قبوله لذلك بالمقابلة قبيله، والتعاطي مبنياً عليها، لا يخلو من وجه و قوّة. (1) قوله مدّ ظلّه: «لا يخلو من وجه و قوّة».

لأنّ غاية ما يمكن أن يكون وجهاً للمنع أمور:

و هو أنّ الأفعال تأتي عن قبوله؛ لأنّها ليست إلا مورثة للنقل والانتقال.

ولأنّ معنى «الشرط» هو الأمر الحاصل في ضمن العقد، والمعاطة ليست عقداً.

ولأنّ حال ذكر الشرط لم يتحقّق البيع، وبعد تحقّق البيع لا يذكر الشرط.

و لدعوى الإجماعات في كلمات الشيخ (1) وغيره (2)، وعليه الشهرة في باب ذكر الشرط قبل العقد، وإيقاع العقد مبنياً عليه، فإنّهم منعوا من نفوذ مثله.

1- المبسوط 3: 299/السطر 16، كتاب الوقوف والصدقات، وأنظر الخلاف 3: 354، المسألة 23.

2- انظر تذكرة الفقهاء 2: 114/السطر 25، مسالك الأفهام 5: 239، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 99/السطر 15. ونقل الشيخ الأنصاري القول بالإجماع عن عدّة من الفحول، انظر المكاسب: 99.

و أنت خبير: بأنّ هذه الوجوه قاصرة عن منع ذلك، بل لو سلّمنا عدم تعلّق الشرط بالمعاملة إذا ذكر قبلها، فالذي هو الخارج عن عموم أدلّة الشرط؛ هي الشروط البدويّة، لا التي تذكر على العقد و المعاوضة، و لذلك أفتى الأصحاب بلزوم المهر المذكور بعد عقد النكاح بالتراضي، و لا يجوز لأحدهما التخلّف (1)، و هذا ليس أمراً تعبدياً صرفاً.

و لو سلّمنا ذلك، فإنّ إيقاع المعاطة مبنية على القيود و الشروط، كإيقاع العقود بالصيغة كذلك، و لا يكاد يمنع عنه، و قد صرّحوا في مواضع كثيرة بصحّة ما وقع العقد مبنياً عليه، و لا خصوصيّة للشرط (2).

و الإجماع المدعى بعد قصوره عن كشف رأي المعصوم (عليه السلام) منقوض بمخالفة «الخلافا» (3) و «المختلف» (4) فتدبّر. مع أنّ ظاهرهم منع نفوذ الشرط المذكور في العقد بالصيغة، و لو كان ذلك من التعبد فلنا دعوى عدم جريانه في المعاطة.

1- الخلافا 4: 376، المسألة 17.

2- الخلافا 3: 160، المسألة 254 و 257.

3- الخلافا 3: 21، المسألة 28.

4- مختلف الشيعة: 350/السطر 17.

[مسألة 10: هل تجري المعاظة في سائر المعاملات مطلقاً]

مسألة 10: هل تجري المعاظة في سائر المعاملات مطلقاً، أو لا كذلك، أو في بعضها دون بعض؟ سيظهر (1) الأمر في الأبواب الآتية إن شاء الله تعالى.

قوله دام ظلّه: «سيظهر».

والذي لا بدّ من التنبيه عليه هنا: هو أنّ كثيراً ما يشكل جريان المعاظة صغرياً: بأن لا يقبل العوضان النقل و الانتقال، كالأراضي، فتحويل الأرض اليابسة لا يمكن إلا بالمقابلة و اللفظ، أو يكون كلّ من العوضين عند المتعاضين قبل العقد. و مجرد الإمكان لا يكفي لخروجه من المتعارف، كما لا يخفى.

[مسألة 11: كما يقع البيع و الشراء بمباشرة المالك، يقع بالتوكيل أو الولاية]

مسألة 11: كما يقع البيع و الشراء بمباشرة المالك، يقع بالتوكيل أو الولاية من طرف واحد، أو الطرفين. و يجوز (1) لشخص واحد تولّي طرفي العقد أصالة من طرف و وكالة، أو ولايةً من آخر، أو وكالةً من الطرفين، أو ولايةً منهما، أو وكالةً من طرف، و ولايةً من آخر. قوله دام ظلّه: «و يجوز».

لعدم الدليل على المنع، و تحقّق عناوين المعاملات بما يصنعه قطعاً، مع دعوى الإجماع بقسميه عليه في «الجواهر» (1) و هو مقتضى النصوص الواردة في تقويم الجارية على نفسه (2)، و الاقتراض من مال المولّي عليه (3)، كما عن فعل السجّاد (عليه السّلام) (4). و توهم الفرق بين الوكيل و الوصيّ كما عن بعض (5)؛ ظلّاً أنّ النصّ وارد في الثاني دون الأوّل، غير مرضيّ. و من القوي أنّ الجهة المبحوث عنها في مسألة تولّي طرفي العقد،

1- جواهر الكلام 22: 324.

2- وسائل الشيعة 17: 267، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 79، الحديث 1 2.

3- قرب الإسناد: 119، وسائل الشيعة 17: 264، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 78، الحديث 6.

4- الكافي 5: 131/5، وسائل الشيعة 17: 258، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 76، الحديث 1.

5- لاحظ جواهر الكلام 22: 331.

مورد الاتفاق، والذي مورد الإشكال هو ما إذا أمر أمر بالبيع و الشراء وغيرهما، و المأمور باعه من نفسه، أو اشترى له من ماله، فإنه هنا مشكل لأمر آخر، فلا ينبغي الخلط، فهذه المسألة اتقائية، و تلك المسألة أيضاً تامة، إلا إذا كان في البين موجب الانصراف.

و توهم استفادة المنع (1) من معتبرة عمّار الساباطي في كتاب النكاح (2)، فاسد؛ لاحتمال الخصوصية جداً في موردها.

1- انظر جواهر الكلام 22: 330.

2- تهذيب الأحكام 7: 1529 / 378، وسائل الشيعة 20: 288، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الباب 10، الحديث 4.

[مسألة 12: لا يجوز على الأحوط تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد]

مسألة 12: لا يجوز على الأحوط (1) تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد؛ سواء علم حصوله فيما بعد، أم لا، ولا على شيء مجهول الحصول حينه. وأما تعليقه على معلوم الحصول حينه؛ كأن يقول: «بعتك إن كان اليوم يوم السبت» مع العلم به، فالأقوى جوازه. قوله دام ظلّه: «على الأحوط».

خلافاً للإجماعات المحكيّة على بطلانه جزماً عن الفخر (1)، والشهيد الثاني (2)، والشيخ (3)، والمسألة معروفة بين المتأخرين (4) وإن قيل: «هو متسالم عليه عند الكلّ» ولكنه غير معلوم، خصوصاً بعد تعليلهم بعلل؛ فإنه يعلم منهم عدم ثبوت الإجماع التعبدية في المقام.

وإجمال البحث: أنّ القيد المذكور إمّا راجع إلى الإنشاء، أو المنشأ، أو المتعلق، أو الموضوع، كقوله: «بعتك هذا إن كنت عالماً» فإنه يرجع إلى أنّه باعه للعالم جزماً، فهو إن كان عالماً فقبله صحّ البيع، وهذا في الحقيقة راجع إلى كون المشتري كلياً، وقد فرغنا سابقاً عن صحّة مثله (5).

1- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 99/السطر 9.

2- مسالك الأفهام 5: 357.

3- المبسوط 3: 299/السطر 16، كتاب الوقوف والصدقات.

4- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 99/السطر 7.

5- تقدّم في الصفحة 13.

ورجوع القيد إلى الإنشاء دون المنشأ، هو الذي اختار المتأخرون امتناعه⁽¹⁾؛ لأنه من التعليق في الإيجاد، واضطراب كلماتهم لعدم نيلهم ما هو مقصودهم، فلو قال: «بعت إن كان كذا» فالعنوان المعلق حاصل، ولا يعقل تعلق هذا المعلق بقيد، وهذا هو الضروري عند من يتصور أطراف المسألة.

ولذلك قلنا بجواز التعليق في التكوينية؛ قضاءً لحق البراهين القطعية في مسألة ارتباط الحوادث فيما لا يزال بالموجود الأزلي.

فما هو الممنوع عقلاً في المقامين: التكوين، والتشريع، هو التعليق في الإنشاء؛ بمعنى أن لا يحصل المعنى المعلق، لا الأمر الآخر الآتي ذكره.

ثم رجوع القيد إلى المنشأ أو الإنشاء؛ بمعنى منعه عن تأثيره، وتوقفه في إفادة الأثر على أمر آخر؛ إذا حصل تحصل العلة التامة، هو من الواضح إمكانه ووقوعه، ولا فرق بين المنشأ والإنشاء إلا في اللحاظ، فما هو المعلق هو البيع السببي المدلول عليه بالهيئة الموضوعية للإنشاء والإيجاد الاعتباري.

وإن شئت قلت: إنما الأمور ثلاثة:

أحدها: إيجاد السبب التام من غير قيد في الكلام، وهو المتعارف في المقام.

1- كفاية الأصول: 122 و مابعدھا، فوائد الأصول 1: 175 176.

ثانيها: إيجاد السبب الناقص المتوقّف تأثيره على الجزء الآخر الذي أخذه البائع قيّداً و جزءاً، فإنّه عند ما حصل يترتّب الأثر، ولا شبهة عندنا في ذلك.

وما قيل في منع تقييد المعاني الحرفيّة، تامّ (1)، إلاّ أنّه لا يفيد ذلك؛ لأنّ التوصيف غير التقييد في اصطلاحنا، كما في الأعلام الشخصيّة، و التفصيل في محلّه.

نعم، يمكن دعوى عدم نفوذ دخالة المالكين في الأسباب العرفيّة و الشرعيّة، و لعلّ المانعين يمنعون لأجله، بل هو صريح كلام جماعة، حيث حكى عنهم: «أنّ العقود أنيطت بضوابط متلقّاة من الشرع، و تبطل فيما خرج عنها و إن أفاد فائدتها» (2).

ولكنّها غير مسموعة؛ لعرفيّة ذلك، و عدم المنع اللفظي، و يكشف الإمضاء من طرق ذكرناها في محلّها.

ثالثها: إيجاد السبب التامّ على المسبّب المتأخّر وجوده؛ بمعنى أنّ الإرادة تعلّقت بالتأخّر، و هذا في التكوين له بساط آخر لا يليق بالجاهل الورود فيه، و أمّا هو في التشريع فمع كون السبب تامّاً يتحقّق المسبّب،

1- فوائد الأصول 1: 180 183، نهاية الأصول: 170.

2- مسالك الأفهام 5: 241/السطر 2، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 99/السطر 14.

و هو خلف، وإذا كان السبب بمعنى الزمان المتوسط مسبباً، فهو خلف أيضاً.

فعليه إمّا يقال: بأنّ المسبّب يحصل بعد السبب، فيكون المستأجر للسنة الآتية مالكاً لمنفعة الدار فعلاً، ويجوز له إيجارها قبل مجيء السنة، إلا أنّ ظرف مملوكه متأخر، كالتأخر المكاني، وهذا هو المتراءى منهم في كتاب الإجارة⁽¹⁾، فلا تعليق أصلاً، وإنّما التأخر لأمر آخر.

أو يقال: بأنّ خلط الأسباب التكوينية بالاعتبارية، أورد ذلك، فهو أيضاً يستلزم الخلف، كما لا يخفى.

فرجوع القيد إلى المتعلّق والمادّة ممتنع؛ بأن يكون السبب التام موجوداً، والمسبّب متعلّقاً على أمر غير حاصل، فإنّه تفكيك بين العلة و المعلول على الفرض، وبين الموضوع والحكم على الاعتبار الآخر المذكور تفصيله في مقامه.

فتحصّل: أنّ التصرّف في السبب أمر واضح إمكانه، وأمّا بعد تمامية السبب فلا يعقل التصرّف في المسبّب، فإنّه خارج عن مصبّ الاختيار والقدرة. وتوهم وقوع ذلك في الوصية والتدبير، فاسد؛ ضرورة أنّ

1- مسالك الأفهام 5: 193، جواهر الكلام 37: 273، العروة الوثقى 2: 421، أحكام الإجارة، المسألة 19.

المستحيل لا يمكن بالدليل.

ففي كلِّ موقف كذائيّ، يعلم إمّا بقصور السبب، ولا يكون مضيّ الزمان دخيلاً في تأثيره، ولا يعقل اعتبار السبب التامّ مع عدم المسبّب؛ لأنّه متقومّ بالعرض، ولا معنى لتماميّة السبب إلّا حصول المسبّب خلفه بلا وسط.

أو يكون المسبّب حاصلًا بلا فصل فهو حرّ فعلاً دبر حياته، ولكنّه ما دام لم يمت لم يتحقّق الموضوع، كما في الإجارة.

و من هنا يعلم: أنّ الواجب المعلق أمر واقعيّ بهذا المعنى؛ لأنّ الواجب متحقّق بعد الإنشاء، ومتأخّر لتأخّر ما هو الخارج عن حدود الإنشاء، لا بمعنى حصول الأمر و الإنشاء، وعدم حصول الواجب إلّا بعد دخول الوقت فتدبّر، فكما أنّ الانتقال حاصل بعد حصول سببه، و لكنّ الاستيفاء من المنتقل إليه لا يمكن إلّا بعد برهة من الزمان، كذلك الواجب حاصل بعد الإيجاب، و لكنّ الانبعاث نحوه و انقداح إرادة العبد، لا يعقل إلّا في ظرفه.

فعلى ما أسمعناك، يظهر جواز التعليق في الإنشاء؛ أي مفاد الهيئة، وفي المنشأ؛ أي مفادها الانتزاعيّ، والحاصل المصدري، و جواز التعليق في المادّة و المتعلّق و المنشأ؛ بمعناه الآخر بالوجه الذي عرفت. هذا حسب القواعد الكلّيّة.

وأما قضيّة الإجماع فممنوعيّة التعليق؛ بمعنى اشتراط الجزم، و مصبّه أعمّ، و لكن تماميّة هذا الإجماع ممنوعة.

وقد يشكل جوازه في المتعلق فقط، دون الهيئة، وهو مختار الوالد المحقق - مَدْ ظَلَهُ (1): بأن ما يدلّ على ممنوعية رجوع القيد إلى الإنشاء، غير كافٍ، ولكن نقل ملكية العين يوم الجمعة، أو ملكية العين المقيّدة بمجيء زيد، غير صحيح؛ لعدم ملكية الإنسان للأموال المتعدّدة إذا كان مالكاً لعين واحدة، فالتحصيل بالحصص في الإجارة لا يستلزم، صحته في البيع؛ لأنها متقومة بالزمان، فبحسبه يصحّ التحصيل، ولكنه مغفول فيه الزمان والعصر، فلا يكون زيد مالكاً للعين المقيّدة هكذا وكذا؛ حتّى ينقله إلى غيره.

وهذا بحسب نظر العرف بدوّاً تامّ، ولكنه فرق بين ما إذا أُريد نقل ملكية العين يوم الجمعة على أن يكون قيد الملكية، وتكون العين منتقلة إليه في يوم الجمعة، وبين ما كان المقصود انتقال ملكية العين يوم الجمعة من يوم الجمعة، فإنّ الأوّل باطل، ولا أظنّ أنّه المراد هنا، والثاني صحيح، وهو مقصود القائلين بصحة التعليق، فافهم وتدبّر جدّاً.

ثمّ إنّ تكثير الصور، فيه النتيجة لو كان المستند الإجماع المحكيّ في كلام جمع كما تقدّم (2)، وإلا فعلى القواعد لا فرق. إلا أن يقال بشرطية الجزم، فيكون التعليق على الحاصل غير منافٍ للجزم، فافهم.

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 1: 234.

2- تقدّم في الصفحة 36.

[مسألة 13: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه]

مسألة 13: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، (1) قوله مدّ ظلّه: «لم يملكه».

بالعقد بالضرورة؛ للزوم الخلف، فإنّ السبب المملّك هو العقد، وإذا كان فاسداً فهو كأن لم يكن شيئاً مذكوراً. وأمّا تملكه بسبب آخر مثل القبض، أو يقال بكفاية الألفاظ المذكورة في النقل وإن لم يكن بيعاً؛ حتّى يجري فيه أحكامه، وبه يجاب عن من يتوهم أنّ سبب الفاعل والقول المذكورين، تنافي اعتبار العقد واعتبار القيود فيه، فهو غير معلوم.

اللهمّ إلا أن يقال: ليس البيع إلا التملك بالعرض إنشاءً؛ والمبادلة بين المالكين في الإضافة من الملكيّة أو السلطنة، وهو حاصل بالسببين عرفاً، فيعلم أنّ العقد الفاسد والقبض المترتب عليه، لا يورث النقل شرعاً.

نعم، العقد الفاسد عند الشرع سبب عند العرف، فيحصل النقل والانتقال، إلا أنّه غير ممضى؛ بمعنى أنّه لا يجوز لكل واحد منهما ترتيب آثار الملكيّة على المقبوض، وإذا ردّ إلى صاحبه يحصل لهما الملكيّة الجديدة عند العرف، ولكن لدى الشرع الأقدس يعاد مملوكه إليه، و في المسألة من هذه الجهة بحث يطلب من مقام آخر، فتدبر.

إن قلت: ليس القبض هنا أسوأ حالاً من المعاطاة المورثة للملكيّة.

قلت: المدار في المعاملة على الإنشاء، وهو هنا غير حاصل، بخلافه هناك، فالإعطاء المقارن لإنشاء التملك، غير الإعطاء المقارن للوفاء

و كان مضموناً عليه؛ (1) بالعقد، فإذا كان السبب فاسداً فلا معنى لكون المسبب مفيداً لمعنى السبب بالضرورة، أو إذا كان المقتضي بلا أثر، فلا يعقل كون المقتضي بالفتح، وهو النقل والانتقال الخارجي قائماً مقام المقتضي بالكسر.

قوله مدّ ظلّه: «مضموناً عليه».

شهرة كادت تكون إجماعاً، وفي «المسالك» (1) و «الكفاية» (2) دعوى الاتفاق و القطع به في كلام الأصحاب (رحمهم الله) (بل في «التذكرة») تأكيد دعوى إجماعه بكلمة «أجمع» (3).

ولكن ظاهر الشيخ في «الخلاف» لعدم تمسّكه بالإجماع أنّ المسألة ليست إجماعية، قال: «إذا اشترى جارية شراء فاسداً، ثم قبضها فأعتقها، لم يملك بالقبض، ولم ينفذ عتقها، ولا يصحّ شيء من تصرفه فيها، مثل البيع، والهبة، والوقف، وغير ذلك، ويجب عليه ردّها على البائع بجميع نمائها المنفصل منها، وبه قال الشافعي».

وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض، ويصحّ تصرفه فيها، ويجب على كلّ واحد منهما فسخ الملك و ردّ المبيع على صاحبه.

1- مسالك الأفهام 2: 207/ السطر 26.

2- كفاية الأحكام: 256/ السطر 28.

3- تذكرة الفقهاء 1: 495/ السطر 22.

دليلنا على ذلك: أنه إذا كان ..» إلى آخره(1) من الوجه العرفي، وعدم الدليل على صحته، فلاحظ.

ولا يخفى: أن أكثر عبارات القوم حول عدم سببية الفاسد، وعدم جواز التصرف فيما قبضه، وعدم نفوذ تصرفاته فيه، ولكن الضمان مسكوت عنه إلا فيما نسب إلى رهن الشيخ(2)، وفي موضع من البيع(3)، وحكي عن «شرح القواعد» أيضاً «أن تلقه عليه بالإجماع»(4) وهذا هو الظاهر من «السرائر» لدعواه «أن البيع الفاسد يجري مجرى الغصب عند المحصلين في الضمان»(5).

ومنه يعلم: أن دعوى غصبية المقبوض موضوعاً فاسدة، ويكذبها شهادة العرف بخلافه، مع ظهور قولهم: «إن الغصب هو الاستيلاء عدواناً»(6) في كونه عالمياً بأنه مال الغير على نعت جزء الموضوع، فإثبات الضمان

1- الخلاف 3: 158، المسألة 250.

2- المبسوط 2: 204/السطر 15.

3- الخلاف 3: 158، المسألة 251.

4- جامع المقاصد 4: 61، لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 101/السطر 24.

5- السرائر 2: 285.

6- الروضة البهية 2: 222/السطر 8، رياض المسائل 2: 300/السطر 30.

بأدلة مخصوصة بالغصب (1)، غير مرضي جداً.

نعم، بناء العقلاء على الضمان حسب ما قرّرناه في قاعدة الإقدام (2): من أنّ الإقدام على تسليم المال إلى الغير على نحوين: مجاني، وغير مجاني، فلو كان التسليط مجاناً سواء كان على العين كالهبة، أو المنفعة كالعارية فإنه لا يورث الضمان عندهم، إلا في صورة الإتلاف في الفرض الثاني بل لا يبعد حكمهم به في صورة التلف أيضاً.

وإذا كان غير مجاني، بل يحاذيه شيء مفروض أو مجهول، فإنه مضمون عندهم قطعاً، والقابض يقبضه على هذا الوجه.

وهذا عندهم بلا فرق بين صورتين: قبل القبض، وبعده؛ لحصول الملكية عندهم بالفاسد الشرعي، ولكنه لدى الشرع الأقدس قبل القبض فيما كان صحيحاً في البيع، أو فاسداً فيه، وفي غيره ليس على الطرف، ولا يكون تلفه عليه، وأما بعده فقضية البناء العرفي والسيرة المستمرة، ضمان المقبوض بالفاسد.

ثم إنه قد يتوجه إلى قصور هذه القاعدة بعض إشكالات لا أساس

1- وسائل الشيعة 25: 390، كتاب الغصب، الباب 7.

2- تحريات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الأول، الجهة الثالثة، المسألة الرابعة، الفرع السابع، الأمر الثالث.

لها، مع أنها ليس كافلة للضمان إلا مع لحاظ شرائطها، وعدم المخصّص الشرعيّ في مورد من مواردّها، فلا ينبغي الخلط كما وقع من الأعلام (1)، وما تمسّكوا به من أدلّة الضمان في المقام (2)، غير تامّ، و التفصيل يطلب من كتابنا الكبير (3).

هذا، وقد يشكل قاعدة الإقدام؛ لأجل أنّ إسقاط الشرع اعتبار العوضيّة، وإيجابه عدم ترتيب آثار الملك على كلّ من العوض و المعوّض، لا يستلزم كون المقبوض بلا عوض عرفاً، ولا يورث في معتبر العقلاء أن يصير مآلاً يقصد به المجانية مجاناً؛ حتّى يجب عوضه الواقعيّ، أو المماثل مع المسمّى في المائيّة.

بل غاية ما يظهر؛ سقوط المعاملة عن التأثير في محيط الشرع، أو عدم جواز ترتيب الآثار، وهذا غير ذاك قطعاً، فعليه يكون المقبوض ذا عوض، فلو قبض ما ابتاعاً فتلفاً، فلا شيء عند العقلاء عليهما بعد ذلك، كما

-
- 1- انظر المكاسب، الشيخ الأنصاري: 102/السطر 32 وما بعده، حاشية المكاسب، السيّد اليزدي: 92/السطر 10.
 - 2- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 102، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 1: 247 وما بعدها.
 - 3- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الأوّل، الجهة الثالثة، المسألة الرابعة، الفرع السابع.

لو لم يتلف العوض الشخصي مثلاً، فإنه وإن لا يجب حسب الشرع رده؛ لعدم كونه ملك الغير، ولكنه حسب حكم العقلاء يجب؛ حتى يسقط ضمانه بالنسبة إلى المعوض التالف في يده.

فقاعدة الإقدام أيضاً قاصرة عن إثبات عموم المدعى؛ وهو ضمان المقبوض على الإطلاق، كالمغصوب، فما اشتهر من الحكم بالضمان في المسألة، محل إشكال.

اللهم إلا أن يقال: بأن معنى فساد العقد عدم الانتقال شرعاً، ومعنى ذلك أن المقبوض ملك الطرف، ومعناه أنه لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه وطيبة منه، ومعنى ذلك أنه لو أخبره وأعلنه بعدم رضاه بعد الاطلاع مع قيامه برّد ما عنده من القابض، كما هو المفروض في الجهة المبحوث عنها أنه يكون غاصباً، فيكون ضامناً، ولكنه لا يفي للضمان قبل الإعلام، وفيما كان غافلاً عن فساد العقد.

أقول: حال كل واحد من المتعاقدين بالنسبة إلى المقبوضين، لا تخلو من صور:

إما يكون كل واحد راضياً فعلاً بما عند الآخر، كما هو المتعارف في العقود؛ لأن مقصود الناس في العقود هو الوصول إلى مقاصدهم وأغراضهم، فلو علم كل واحد: بأن طيب الآخر لا يحصل إلا بطيبة، فإنه يتحقق منه ذلك الطيب بالتصرف؛ لقيام غرضه بذلك، فعندئذ لا معنى

للضمان، كما أفاده في المتن.

وإما يكون كل واحد راضياً تقديراً، فهي مثل السابقة في الكفاية عرفاً؛ وإن كان ظاهر المستثنى في الروايتين الواصلتين عن أول المعصومين وآخرهم صلوات الله عليهم وهو قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «إلا بطيبة نفسٍ منه»⁽¹⁾ وقوله عجل الله تعالى فرجه: «بغير إذنه»⁽²⁾ هو الرضا الفعلي، ولكن العرف يتجاوز منه إلى الأعم، فتدبر جيداً.

فلو تلف أحدهما قبل الإعلام وفي حال الغفلة، وكان الأمر قبل التلف على ذلك، فلا ضمان أيضاً قطعاً.

أو يكون التلف بعد الإعلام بعدم رضاه، فهو من الغصب موضوعاً بالضرورة.

أو يكون التلف في حال الغفلة، أو قبل الإعلام، وكان في نفسه عدم رضاه بذلك؛ لندامته على أصل المعاملة، فإن الحكم حسب البناء العرفي عدم الضمان وعدم الاعتناء به، ولا يرون استحقاقه إلا للمسمى، وليس لصاحب العوض منعه عنه؛ بدعوى أنه ليس عوضه الشرعي،

1- الفقيه 4: 195/66، وسائل الشيعة 5: 120، كتاب الصلاة، أبواب مكان المصلي، الباب 3، الحديث 1، مع تفاوت.

2- إكمال الدين: 49/520، وسائل الشيعة 9: 540، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب 3، الحديث 7.

بمعنى أنه يجب عليه أن يردّه (1) إلى مالكه، ولا ضمان بالنسبة إلى المعوّض؛ لأنه خلاف قاعدة الإقدام التي قدر متيقّنها هذه الصورة، كما أُشير إليه.

وأما حسب القواعد الشرعيّة، فالحقّ قصورها عن إثباته، ومقتضى البراءات الشرعيّة والعقلائيّة والعقليّة، عدم الضمان.

قوله مدّ ظلّه: «يجب عليه أن يردّه».

عقلاً وشرعاً إن كان المقصود من «الردّ» أعمّ من التخلية بينه وبين صاحبه وملكه.

وأما وجوب الردّ بالمعنى الأخصّ وهو الإيصال إلى صاحبه فهو غير معلوم حتّى إذا صارت يده غاصبة؛ لأنّه ليس من الغصب الحدوثي.

وتوهم: أنّه يحرم الإمساك، فيجب الردّ عقلاً أو شرعاً⁽¹⁾، فاسد لأنّه أوّل البحث، والذي يحرم هو التصرفّ بدون الإذن، وليس الإمساك منه عرفاً، كما في العين المستأجرة بعد انقضاء مدّة الإجارة، فلا تغفل.

و دعوى دلالة صحيحة زيد الشحام المشتملة على قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «ألا من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها؛ فإنّه لا يحلّ دم امرئ

1- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 104/السطر 12 13.

و لو تلف و لو بأفة سماوية يجب عليه ردّ عوضه (1) من المثل أو القيمة. (2) مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه» (1) على وجوب الردّ (2)؛ لأنّ ظاهرها الاستدلال على وجوب ردّ الأمانة بالجملة الأخيرة، غير تامة؛ لأنّ الصحيحة ليست في هذا الموقف، لأنّ وجوب الأداء منوط بالطلب، فيعلم منه: أنّ المقصود المنع عن الخيانة في الأمانة.

و لو كان الأمر كما توهم، فالتأدية ليست بالردّ حتّى يستلزم وقوع المؤتمن في المشقة بلا وجه، بل هي بالتخلية كما هو المفتى به في الأمانة بالمعنى الأخصّ، مع ظهور الصحيحة فيها، و عدم شمولها لمطلق الأمانة الشرعيّة و المالكيّة، فلا تخلط.

قوله مدّ ظلّه: «يجب عليه ردّ عوضه».

المقصود ضمانه في المثليّات بالمثل، و في القيميّات بالقيمة، و لا- يجب الردّ على الإطلاق و لو لم يطلب، بل و لو طلب لا يجب إلاّ التخلية، و لعلّ المقصود منه ليس إلاّ هي.

قوله دام ظلّه: «من المثل أو القيمة».

اختلفت آراء القوم في هذه المسألة على أنّ قضية العرف و الشرع،

1- الكافي 7: 12/273، و سائل الشيعة 29: 10، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب 1، الحديث 3.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 104/السطر 13 14.

هل هي أصالة المثلية؛ بمعنى وجوب المثل، أو لا، وإذا تعدّر تتعّين القيمة؟ أو أصالة القيمة؟

أو الأشياء مختلفة؛ فمنها المثلّيات، ومنها القيمّيات؟

أو أصالة تخيير المالك، فإن عيّن المثل فهو، وإن عيّن القيمة فهي. أو أصالة تخيير الضامن؟

أو الأشياء مختلفة عند المالك، فما كان النظر فيها إلى ماليتها- كأموال التجارة يتعّين القيمة، وإذا كان النظر فيها إلى خواصّها وآثارها يتعّين ردّ المثل؟

أو المالك و الضامن كلاهما بالخيار، فإن توافقا على أمر فهو، وإلا فيرجع الأمر إلى الحاكم؟

أو غير ذلك من الوجوه والم احتمالات؟

و الذي يستدعي مقالة المشهور وإليه ذهب الماتن أمران:

الأول: دعوى بناء العقلاء على هذا التفصيل، وأنّ الأشياء المتعارفة في هذه المدن والأزمان والعصور والأمصار، مختلفة عند العرف، و لا طريقة للشرع الأقدس حذاء بنائهم.

و الثاني: لو سلّمنا أصالة المثلية؛ لأنّه الأقرب إلى القواعد والأفهام، خصوصاً في هذه الأيام التي تخرج من المكائن الأشياء المتماثلة المتّحدة في جميع الجهات المرغوب فيها، إلا الهوية الشخصية غير

المرغوب فيها، مع أنّها قيميّات عند المشهور على ما عرّفوهما في كتبهم(1).

ولكنّ ذلك فيما كان المثل كثيراً و متعارفاً في الأسواق، و أمّا مجرد المماثلة مع ندرة الوجود، فهو غير مرضيّ عند أحد في إلزام الضامن تسليمه، كما هو الظاهر و فيما لم تكن الأدلّة الشرعيّة قاضية بالقيمة في كثير من المواقف، و مقتضى الجمع بين حكم العرف و تلك الأدلّة التي موردها القيميّات كأثاث البيت(2)، و الحيوانات(3) مذهب المشهور.

و أنت خبير بما في الأمرين:

أمّا الدعوى المزبورة، فهي غير مسموعة جدّاً، و لا حاجة إلى بيانها بعد وضوحها بمجرد المراجعة إلى الوجدان، و إلى العقلاء و العرف في الأسواق و معاملاتهم.

و أمّا الجمع بين الأدلّة، فلم لا يقتضي التخيير؟! فإنّه الأقرب إلى الصناعة؛ فإنّ في المذكورات و أثاث البيت الواردة في المآثر و الروايات، مثلياً و قيميّاً، و لا وجه لحصرها بها. مع أنّ المتقيّمات بالقيمة معناها أعمّ من القيمة بالمعنى الأخصّ؛ و هي الماليّة المتقوّمّة

1- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 105/السطر 16 و 106/السطر 1.

2- وسائل الشيعة 29: 279، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب 41.

3- وسائل الشيعة 29: 250، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب 14.

بالنقود، أو المائيّة السارية.

هذا مع أنّ ذكر القيمة من باب أحد مصاديق التخيير، لا من باب التعيين، فإنّه لا يتمّ إلاّ بتماميّة الدعوى الاولى، فتكون حجّة المشهور أمراً واحداً بلا بيّنة وبرهان. ونفس الاشتهار في خصوص المسألة، مع عدم كونه حكماً عقلاً، ربّما يكشف عن اطلاعهم على رأي المعصوم عليه الصلاة والسلام إلاّ أنّها غير ناهضة بعد قوّة احتمال اعتقادهم ذلك من الجمع بين الشرع والعرف، فتدبّر.

والذي كان يستقرّ عليه رأينا في السلف؛ هو تخيير الضامن؛ لعدم وجوب شيء عليه إلاّ إفراغ ذمّته وإسقاط ضمانه، ولا دليل على الأزيد منه؛ حسب الأدلّة الشرعيّة والعملية عند الشكّ، على ما تقرّر في محلّه تفصيلاً، ولا يلزمون العقلاء أحداً بتسليم المثل أو القيمة؛ وإن كان أحدهما رائجاً دون الآخر.

نعم، لو تمّ ما سلكناه في الجملة؛ من أنّ تلف العين في باب الضمانات القائمة بالميول والرغبات، بتلف جميع الأمثال، وأنّ الوحدة والكثرة في هذا الموقف، غير الوحدة والكثرة في العلوم الأخر، فإذا كان المماثل واحداً لجميع ما في التالف ممّا ترغب إليه النفوس؛ مائيّة، وغيرها من الألوان المطلوبة فلا يعدّ ذلك غيره عرفاً، بل هي ذلك، فعندئذٍ يتعيّن أصالة المثليّة.

نعم، لو كان كل من البائع والمشتري، راضياً بتصرف الآخر مطلقاً فيما قبضه و لو على تقدير الفساد، يباح لكل منهما التصرف والانتفاع بما قبضه و لو بإتلافه، و لا ضمان عليه. (1) قوله دام ظلّه: «و لا ضمان عليه».

لأن التلف بإذن مالكة و رضاه، و منه يعلم عدم جواز تصرفه فيه بما يتوقف على الملك. و مراده من «التصرف» ليس مطلق التصرفات.

و توهم كفاية الرضا المعاملي عن ذلك الرضا(1)، في غير محله؛ لأن المتعلقين مختلفان، و لا يعقل ترشّح الرضا منه مع الاعتقاد بالصحة؛ لأنه لا يرى ما بيده ماله حتى يرضى بتصرف الآخر فيه، و لا معنى لرضاه بتصرف الآخر في ماله، و مع الشك في الصحة أو العلم بالفساد، لا يترشّح منه الإرادة الجديدة للمعاملة المؤثرة في النقل إلا مع الغفلة، و عندئذ لا يكون ذلك الرضا أيضاً كافياً.

فعلى ما تحصّل، يمكن دعوى حصول الملكية في غير صورة العلم بالصحة؛ لأنه تحصل المبادلة عندهم بين المالكين بعد القبض، و لا حاجة إلى أكثر منها في المعاملات العقلانية. و هذا يشبه المعاطاة، و يترتب عليه أحكامها.

بل في الصورة الأولى و هي الاعتقاد بالصحة، يمكن دعوى عدم

الضمان إذا أتلّف؛ لأنّه فيما يسلم المبيع إلى المشتري مثلاً، يكون راضياً بتصرّفه فيه وإن كان منشأ الغفلة عن القصّة و الواقعة؛ فإنّ التقييد في الموضوعات الخارجيّة والمعاني الجزئية، لا يستلزم الكثرة النفس الأمرية كما لا يخفى، فعلى هذا يمكن دعوى كفاية التسليط الخارجي في رفع الضمان.

هذا كلّ بناءً على اشتراط التصرفات الناقلة بالملكيّة، كما هو المشهور المقطوع به في كلام الأصحاب.

وعندي فيه نظر فصلناه في كتابنا الكبير (1)، وقد بيّنا هناك: أنّ القواعد لا تقضي بذلك، ويجوز تبادل المالكين في الملكيّة، وتكون الإضافة الحادثة بين المالكين الآخرين لا الأولين في الملكيّة، أو السلطنة، أو هما معاً، فعليه لا منع من تصرفات القابض بعد رضا المالك بجميع التصرفات فيما قبضه، من غير لزوم الالتزام بالملكيّة أنّما الذي هو من الأباطيل الواضحة، أو الالتزام بالهبة، أو غير ذلك.

1- تحريات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الرابع، الأمر السابع.

[القول في شروط البيع]

إشارة

القول في شروط البيع وهي إمّا في المتعاقدين، وإمّا في العوضين

القول في شرائط المتعاقدين وهي أمور:

[الأول: البلوغ]

الأول: البلوغ، فلا يصح بيع الصغير (1) قوله: «بيع الصغير».

إجماعاً بقسميه، بل عليه اتفاق المسلمين في الجملة، ولا فرق بين بيعه وغيره من العقود إلا بعض منها يأتي في محالها تفصيلها.

وهذا فيما كان غير رشيد و كان غير يتيم قطعي. إلا أن الإشكال في غير اليتيم الرشيد، فإنه خارج من الآية (1)، ومن كثير من الروايات في المسألة (2)، ولا ينبغي الخلط، ولا معنى لإلغاء الخصوصية بعد وضوح وجودها في اليتيم بالضرورة.

1- النساء (4): 6.

2- وسائل الشيعة 18: 409، كتاب الحجر، الباب 1 2، و 19: 366، كتاب الوصايا، الباب 45.

وأما الأخبار التي موضوعها «الصغير» و«الصغيرة»⁽¹⁾ فهي بعد صحّة إسنادهما ذاتاً، أو انجباراً تدلّ على عدم جواز أمره و المنصرف إليه منها ما كان متعارفاً من الصغار، دون الرشيد الذي هو الأقوى من البالغ بمراتب و مراحل، فإنّ المآثر ربّما تكون منصرفة عنه. وقضيّة القواعد و العمومات عدم الفرق بين عقد الصبيّ و غيره.

بل فيما رواه الصدوق بإسناده عن الأصبغ، عن أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام إلى يوم الدين: «أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل»⁽²⁾ دلالة واضحة على حكم العقلاء، و مساعدة الحكم و الموضوع أيضاً توجب الانصراف.

و مثلها رواية الحلبيّ، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل، أ يجوز بيعها و صدقتها؟

قال: «لا»⁽³⁾. فإنّها تدلّ مضافاً إلى الحكم المذكور في الجملة، على اغتراس ذهن السائل في أنّ المدار على العقل. و أوضح منهما معتبر السكونيّ الآتي المروي في «الكافي»⁽⁴⁾.

1- وسائل الشيعة 19: 360، كتاب الوصايا، الباب 44 45.

2- الفقيه 3: 43/19، وسائل الشيعة 18: 410، كتاب الحجر، الباب 1، الحديث 4.

3- الكافي 6: 2/191، وسائل الشيعة 18: 409، كتاب الحجر، الباب 1، الحديث 2.

4- يأتي في الصفحة 64.

ولو كان مميّزاً (1)، أو كان بإذن الولي؛ إذا كان مستقلاً في (2) إيقاعه، قوله دام ظلّه: «ولو كان مميّزاً».

إجمالاً، وعليه المنقولات و الشهرة المحقّقة في جميع الأعصار، بل هو المنساق من الأدلّة؛ لأنّ ما لا تميّز له لا يحتاج إلى السؤال.

قوله مدّ ظلّه: «مستقلاً في».

لأنّه عندئذٍ يكون الأمر بيده؛ وهو التصديّ لشأن المعاملة، ويشمله الأدلّة، مثل دليل خيار المجلس (1) ونحوه، فهو البعّ قطعاً، وإذا ورد «أنّه لا يجوز أمره في البيع والشراء» (2) فإطلاقه يشمل الفرضين من الاستقلال: استقلاله النفسي، واستقلاله الإعطائي من قبل الولي و الحاكم.

هذا مع أنّ قضية الحكمة أو العلة عدم الفرق بينهما؛ لأنّ منعه من هذه التصرفات وعدم إمضاءها، ليس إلّا لأجل عدم ترتّب الفساد عليه، و المقصود سدّه حتّى في صورة الاحتمال، و عدم الوقوع في المشاكل.

فما قد يتوهم: من أنّ إذن الولي هنا كإذنه في نكاح البالغة الرشيدة، وأنّه تعبّد محض لحفظ الاحترام، في غير محلّه؛ لشهادة العرف على خلافه. و اختلاف الفقهاء هناك (3)، و اتفاهم هنا (4)، أيضاً يمنع عن هذا

1- وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1 2.

2- وسائل الشيعة 18: 410، كتاب الحجر، الباب 2، الحديث 1.

3- الحدائق الناضرة 23: 210/السطر 23.

4- تذكرة الفقهاء 2: 73/السطر 25، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 114/السطر 8 و ما بعده.

على الأقوى في الأشياء الخطيرة (1)، وعلى الأحوط في غيرها. (2) الموهوم، كما لا يخفى.

فبالجملة: لو تمّ ما تخيلناه من خروج الرشيد من الأدلة، وهو غير المميّز المعنون في متون الأصحاب، فلا حاجة إلى الإذن مطلقاً، وإلا فقضيّة الإطلاق بعد الشمول عدم الفرق بين الصور، حتّى الصور الآتية من ذي قبّل إن شاء الله تعالى.

ولعلّ الأردبيلي على ما ذكرنا كلامه في كتابنا الكبير (1)، ذهب إلى ما أفدناه في أصل المسألة (2)، فراجع وتدبّر.

قوله مدّ ظلّه: «في الأشياء الخطيرة».

لأنّها القدر المتيقّن من الأدلة، ومن الخروج عن السيرة غير المردوعة.

قوله دام ظلّه: «في غيرها».

وهو الأعمّ من السيرة جدّاً، وغير الخطيرة، فإنّ كثيراً من التجارات و المكاسب ليست خطيرة، ولا يسيرة، مثل ما تعارف بين الأطفال، فعليه يمكن دعوى شمول العبارة لثلاثة صور:

1- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأوّل، الفرع الثاني.

2- مجمع الفائدة و البرهان 8: 152.

وإن كانت الصّحة في اليسيرة إذا كان مميّزاً ممّا جرت عليها السيرة، لا تخلو من وجه وقوة. (1) أولها: عدم الجواز فيها هو الأقوى.

ثانيها: الحكم فيها على الاحتياط؛ لأنّ قضية الإطلاقات (1) هي الممنوعة، ولا شاهد على شمول السيرة لها.

ثالثها: ما هو الحكم فيها الجواز، وهي اليسيرة المعبر عنها ب «معاملات الصغير» على نعت إضافة الموصوف إلى الصفة، فتدبر.

قوله دام ظلّه: «من وجه وقوة».

لأنّ تلك السيرة أولاً: متصلة، وليست منقطعة الأول بالضرورة.

وثانياً: ليست مردوعة، ودعوى أنها غير مرتدعة، وهي عندئذٍ غير كافية (2)، غير مسموعة جدّاً، ولو كان الأمر كما قيل يلزم وضوح الحكم، وصدور المآثر الكثيرة، ولا يكفي في هذه الموضوعات التي عليها العقلاء، الإطلاق والعموم فيعلم منه قصور الأدلة عن الرادعية، عنها.

بل يستلزم ذلك فسق العلماء والفقهاء رضوان الله تعالى عليهم لعدم أمرهم بالمعروف، ونهيهم عن المنكر. مع ابتلائهم في جميع الأعصار والأمصار بها في كلّ يوم مراراً، وهذا يستلزم العسر والخرج في معيشة

1- وسائل الشيعة 17: 360، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب 14.

2- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 116/السطر 3، جواهر الكلام 22: 263.

الإنسان، وهي مشقة أعظم من الالتزام بالأطفال، أو التدخّل في أمورهم، فتبصّر.

فعلى هذا، الحكم كما في المتن قوي جداً، ودعوى الإجماع عليه (1)، غير ثابتة، خصوصاً بعد وجود النصوص في المسألة.

هذا مع شهادة معتبر السكونيّ في «الكافي» عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن كسب الإمام؛ فإنّها إن لم تجد زنت، إلّا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده؛ فإنّه إن لم يجد سرق» (2) على أنّ كسب الغلام في الجملة، ممّا لا بأس به. ولقد تعرّضنا للوجوه المحتملة في هذه الرواية في محالّها (3)، ولكنّها بكثرتها لا تنافي دلالتها عرفاً على الصحّة إجمالاً.

بل قضية إطلاقها صحّتها في جميع الصور ولو كان منهيّاً من قبل الوليّ، ولا منع من الالتزام به لولا مخافة مخالفة الإجماع فيما كان رشيداً مميّزاً بالغاً في العقل؛ وإن كان غير بالغ إلى أشدّه وهو الجسم بالاحتلام ونحوه.

1- تقدّم في الصفحة 61.

2- الكافي 5: 8/128، وسائل الشيعة 17: 163، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 33، الحديث 1.

3- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأوّل، الفرع الثاني، بحث و تفصيل.

كما أنه لو كان بمنزلة الآلة بحيث تكون حقيقة المعاملة بين البالغين ممّا لا بأس به مطلقاً. (1) قوله دام ظلّه: «مطلقاً».

ولو كان منهياً من قبل وليّه؛ لأنّه لا يؤثّر في شيء:

أمّا تكليفاً فواضح.

و أمّا وضعاً، فلا جنيته عنه، فإنّه إذا لم يكن إذنه شرطاً، فلا دليل على مضرّة منعه.

و توهم شمول الإطلاقات لهذه الصورة، غير تام؛ لأنّه ليس متصدّياً لأمر المعاملة حتّى يكون مشمول الأدلّة.

هذا، ولكنّ النظر الدقيق يؤدّي إلى عدم الفرق؛ ضرورة أنّ ما يتكفّله الصغير وإن لم يكن أمر البيع والشراء، إلّا أنّه لا بدّ وأن ينطبق عليه أحد العناوين المعروفة، وهو هنا «الوكالة» ولا شبهة في أنّه عندئذٍ ممنوع عنها. و توهم عدم كونها شيئاً حتّى يحتاج إلى تطبيق العناوين عليه، فاسد؛ ضرورة أنّ من الممكن أخذ الأجر وحقّ الوكالة على ذلك الأمر، فعدم جواز أمره يؤدّي إلى جميع أمور، خصوصاً في الوكالة.

و كونه آلة مثل الحيوان، لا يستلزم عدم انطباق عنوان عليه، وإلّا يلزم ذلك فيما يتصدّى الكبير لإجراء العقد، ويأخذ الأجر حذاءه، ولا يمكن الالتزام بخروجه عن العناوين المعروفة بالضرورة.

اللهمّ إلا أن يقال: بعدم الدليل على عدم نفوذ أمره على الإطلاق، وإلغاء الخصوصية عمّا ورد في البيع والشراء مشكل؛ لما أنه التجارة المتعارفة المستلزمة لوقوعه في الهلكة، بخلاف غيرها، خصوصاً إذا لم يكن مرتبطاً بالماليات التي هي المقصودة في عدم الإمضاء قوياً.

وما ورد في «الخصال» بسند صحيح إلى أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم الذي يجوز أمره.

قال: «حتى يبلغ أشده».

قال: وما أشده؟

قال: «احتلامه».

قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة، أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم.

قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشيء، ونبت عليه الشعر، جاز عليه أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»⁽¹⁾.

وإن كان مطلقاً، إلا أنّ أبا الحسين غير معلوم، ودعوى كونه آدم بن

المتوكل (1) وإن كانت قريبة، إلا أنها لا تتم حجة.

اللهم إلا أن يقال: بتماميتها؛ لرواية البرنظي عنه.

نعم، لا يبعد إطلاق معتبر ابن سنان الآخر عنه (عليه السلام) قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ (2).

قال: «الاحتلام».

قال فقال: يحتلم في ستّ عشرة، أو سبع عشرة سنة ونحوها؟

فقال: «لا، إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره..» (3).

ولكن الذي يسهل الخطب: أن إسرائ الحكم من اليتيم إلى غيره في غاية الإشكال، فافهم وتأمل جداً.

نعم، الظاهر تمامية إطلاق المنع بالنسبة إلى اليتيم في أمواله، فإنه في غاية المتانة. و أما عدم صحّة وكالته في إجراء العقد بالنسبة إلى أمواله، فهي لأجل عدم مساعدة الاعتبار، وعليه لا منع من تصديّه لإجرائه؛

1- رجال النجاشي: 260/104، معجم رجال الحديث 1: 121 10/122.

2- الأحقاف (46): 15.

3- تهذيب الأحكام 9: 731/182، وسائل الشيعة 19: 363، كتاب الوصايا، الباب 44، الحديث 8.

و كما لا تصحّ معاملة الصبيّ في الأشياء الخطيرة لنفسه، كذلك لا تصحّ لغيره أيضاً. (1) لأنّ تلك المطلقات ناظرة إلى عدم نفوذ أمره؛ أي بيعه و شرائه، أو و كالتة و إجارتة، و هذا ليس منها.

نعم، بناءً على كونه مسلوب العبارة كما يأتي الإيماء إليه، يلزم عدم نفوذ تصديّيه له أيضاً، ولكنّه غير تامّ.

و توهم: أنّه وكيل عن وليّه، طويل الذيل، من شاء فعليه بالرجوع إلى الكتاب الكبير (1).

قوله دام ظلّه: «لا تصحّ لغيره أيضاً».

للإطلاق في النصّ (2)، و الفتوى (3)، و لأنّ تصديّيه لأمر الغير يرجع إلى الوكالة، أو الولاية، أو النيابة، و كلّ يطلب من محلّه، أو يرجع إلى بعض العقود الأخر، كما لا يخفى.

1- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأوّل، الفرع الثاني، بحث و تفصيل في نفوذ أمر الصبي مطلقاً.

2- وسائل الشيعة 17: 360، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب 14 و 18: 409، كتاب الحجر، الباب 1 2، و 19: 366، كتاب الوصايا، الباب 45 46.

3- جواهر الكلام 22: 260، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 114/ السطر 8.

[إذا كان وكيلاً حتى مع إذن الولي في الوكالة، وأما لو كان وكيلاً لمجرد إجراء الصيغة وكان أصل المعاملة بين البالغين فصحته لا تخلو من قرب (1)، فليس هو (2) مسلوب العبارة، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط].

قوله مدّ ظلّه: «لا تخلو من قرب».

قد عرفت وجهه ووجه الإشكال فيه (1)، وغاية ما يوجّه به نفوذ هذا الأمر؛ عدم ثبوت الإطلاق، وعدم صحّة إلغاء الخصوصية.

والعجب أنّه - مدّ ظلّه وأصحابه يعتقدون بأنّ الأخبار المشتملة على حكم اليتيم، لا تختصّ به، والموضوع فيها «الصبي» (2) كما يشهد به بعض المآثر (3) وهما، ومع ذلك أفتوا بذلك!! وهل هذا إلا دعوى الانصراف؟! وهي غير مسموعة؛ لعدم تماميّة سندها وكأنّه لكونه فعلاً سيراً لا يعبأ به، يكون خارجاً منها، ولو تمّ ذلك يلزم بعض ما لا يلتزمون به، فتدبّر جيّداً.

قوله: «فليس هو».

خلافاً لما نسب إلى الشهرة (4)، وسند هجرانه ليس بناء العقلاء حتى

1- تقدّم في الصفحة 65.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 2: 16.

3- وسائل الشيعة 18: 410، كتاب الحجر، الباب 2، الحديث 1 و 5. وأيضاً الباب 1، الحديث 1 و 3.

4- جواهر الكلام 22: 262، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 114/السطر 25 26.

يكون منشأه قصور المقتضي، بل سنده بعض الإطلاقات، كحديث الرفع(1)، وأن «عمد الصبي وخطأه واحد»(2) وبعض النصوص الناطقة بأن الحسنات لا تكتب له إلا بعد البلوغ(3)، والأمور تكون أما حسنة أو سيئة، والعقود ليست خارجة عنها، فإذن هو مسلوب العبارة تعبدًا، خرج منه بعض المواضع، كالوصية(4)، والعتق(5)، والطلاق(6)، والتدبير(7)، وفي باب الشهادات باب منعقد لاستماع شهادته في القتل(8)، وهذا لا يضر بتلك

-
- 1- الخصال: 40/93 و 233/175، وسائل الشيعة 1: 45، كتاب الطهارة، أبواب مقدّمة العبادات، الباب 4، الحديث 11.
 - 2- تهذيب الأحكام 10: 920/233، وسائل الشيعة 29: 400، كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب 11، الحديث 2.
 - 3- وسائل الشيعة 1: 42، كتاب الطهارة، أبواب مقدّمة العبادات، الباب 4، الحديث 1، و 19: 363، كتاب الوصايا، الباب 44، الحديث 8 و 11 و 12.
 - 4- وسائل الشيعة 19: 362، كتاب الوصايا، الباب 44، الحديث 3 و 5.
 - 5- وسائل الشيعة 23: 91، كتاب العتق، الباب 56، الحديث 1.
 - 6- وسائل الشيعة 19: 212، كتاب الوقوف والصدقات، الباب 15، الحديث 2.
 - 7- لم نعر على خبر في هذا الباب لكن الشيخ (رحمه الله) قال بصحة تدبير الصبي إذا كان مميزاً عاقلًا مراهقاً وقال قيده أصحابنا بما إذا بلغ عشر سنين فصاعداً إذا كان عاقلًا وقال دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم على أن الصبي إذا بلغ عشر سنين صحّت وصيته والتدبير وصيته، انظر الخلاف 2: 672، المسألة 21.
 - 8- وسائل الشيعة 27: 343، كتاب الشهادات، الباب 22.

الإطلاقات و النصوص، كما لا يخفى.

و مثلها حجّه و سائر عباداته التي ورد الأمر بحثّ الموالي إيّاه عليها(1)، الظاهرة على إشكال في صحّتها، و قضية الجمع بين الأدلة كونها تمرينية، وليست حسنة.

أقول: قد تعرّضنا لهذه الأدلة تفصيلاً و ما يتوجّه إليها في كتابنا الكبير(2)، و المحرّر في محلّه: أنّ حديث الرفع(3) مضافاً إلى عدم ثبوت سند قوي له غير واضح الدلالة، و فيه المحتملات الكثيرة(4)، و لعلّ الأظهر من بينها؛ أنّ ما هو الثابت في الشريعة على نحوين:

أحدهما: ما هو ثابت للإنسان.

و ثانيهما: ما هو ثابت للكبير.

فما هو المرفوع هو الثاني؛ لأنّ الظاهر أنّ منشأ الرفع هو صباه و جنونه و نومه، فما يثبت للكبير العاقل المنتبه مرفوع عن الثلاثة، و أمّا

1- وسائل الشيعة 4: 18، كتاب الصلاة، أبواب أعداد الفرائض، الباب 3 و 4 و 10: 234، كتاب الصوم، أبواب من يصحّ منه الصوم، الباب 29، الحديث 3 و 11.

2- تحريات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأول، الفرع الثاني.

3- تقدّم في الصفحة 70.

4- تحريات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأول، الفرع الثاني، ذنابة قد يستدل على أنّه مسلوب العبارة.

هذا الأمر ما هو؟ فهو يحتاج إلى دليل آخر، والقدر المسلّم هو العقاب والعتاب.

وأما نسبة الرفع فهي خفيفة المئونة؛ فإنّ توجيه الخطاب القانونيّ، أو جعل العنوان الكلّي القابل للانطباق عليه في القانون الكلّي، كافٍ لصحة الرفع، ولا تمس الحاجة إلى الشرائط العامة في ذلك، بل هي شرائط الإرادة الجدّيّة و تنجيز الحكم.

أما التسوية، فهي ثابتة ومدّعاة بين خطأ الصبيّ وعمده، لا الخطأ وعمده، وما هو المفيد هو الثاني، دون الأوّل، فإذا قال: «عمد الصبيّ خطأ..» (1) فإطلاقه يستلزم ارتفاع جميع الأحكام الثبوتية عنه، فهو مسلوب العبارة، وإذا قال: «عمد الصبيّ وخطأه واحد» كما في صحيحة ابن مسلم (2)، فهو دليل على أنّ لخطأ الصبيّ حكماً خاصاً لا بدّ من الفحص عنه وإثباته لعمده، وهذا الحكم هو الحكم الثبوتيّ، لا الأعم منه ومن العدميّ، ولا يختصّ بالعدميّ، فلا ينبغي الغفلة عن هذه النكتة، فتكون الرواية مخصوصة بباب الدية.

هذا مع أنّ الالتزام بالتسوية، يستلزم الفقه الجديد.

1- وسائل الشيعة 29: 400، كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب 11، الحديث 3.

2- تقدّم في الصفحة 70.

اللهم إلا أن يقال: بأن ما توهمه جمع من الزوم المذكور(1)، منشأ الاعتقاد بصحة عباداته، وإذا قلنا: بأنها تمرينية فلا يلزم، فتدبر جداً، و لا تغفل.

وإن شئت قلت: لما كانت الصحيحة في مقام الامتنان، فكلّ حكم ولو كان عديمياً ثابتاً للخطأ امتناناً فهو ثابت لعمد الصبي، و ما لا امتنان فيه مثل الأحكام الثابتة لخطأ غير الصبي فهو غير ثابت للصبي؛ رعاية لحق الامتنان عليه، و أمّا النصوص(2) فشمولها للعقود ممنوع؛ لأنها عرفاً و لغة ليست حسنة.

و دعوى الأولوية غير بعيدة، إلا أن الالتزام بمفاد هذه الأخبار، مشكل بعد خروج الحسنات المكتوبة، فتحمل على حسنات الواجبات المرفوعة.

مع أنها معارضة بمعتبر طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن أولاد المسلمين موسومون عند الله عزّ و جلّ شافع و مشفع، فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات»(3).

1- لاحظ مصباح الفقاهاة 3: 254.

2- تقدّم في الصفحة 70.

3- الكافي 6: 8/3، وسائل الشيعة 1: 42، كتاب الصلاة، أبواب مقدّمة العبادات، الباب 4، الحديث 1.

والتحديد الأول لإفادة التمييز، مع أنّ المعارضة بين المفهوم والمنطوق، فهذه الرواية في حكم القرينة على انتفاء الأول.

فحصل: أنّ المآثر الدالة بالمفهوم على أنّ الحسنات والسيئات تكتب بعد البلوغ⁽¹⁾، قاصرة عن إثبات مسلووية عبارة الصبي، بل وعدم مشروعية عبادته.

مع أنّ عدم المشروعية غير عدم مكتوبية الحسنات، فيصحّ الالتزام بالثاني من غير لزوم الالتزام بالأول، فجميع عباداته ومعاملاته صحيحة إمّا بالفعل، أو بالقوة، فتحتمل إلى الإجازة، إلاّ أنّها إذا كانت ذات حسنة لغيره، لا تكتب تلك الحسنة له.

[الثاني: العقل]

الثاني: العقل، فلا يصحّ بيع المجنون. (1) قوله دام ظلّه: «بيع المجنون».

صحّته فعليّة إذا ترشّح منه الجدّ إلى المعاملة، و صحّته بالقوّة مطلقاً.

هذا فيما إذا تصدّأها حال جنونه، وإلا فالصحّة مطلقاً قويّة جداً. و احتمال عدم إمضاء عقد المجنون على إطلاقه وإن كان عاقلاً في برهنة (1)، كاحتمال عدم إمضاء المجنون في بعض الأمور و هو عاقل في المعاملات، و كلاهما غير مبرهن.

اللهمّ إلا أن يقال: باستيحاش العقلاء من تجارة هؤلاء؛ لعدم الاعتماد عليهم و عندئذٍ يؤيد الإطلاق في بعض الأخبار (2). و قد مضى في قضاء الإمام عليّ (عليه السّلام) على ما روي في الصغير (3)، ما يدلّ على أنّ المدار على كونه عاقلاً (4)، فتبصّر.

1- لاحظ مقابس الأنوار: 114/السطر 16.

2- وسائل الشيعة 1: 45، كتاب الطهارة، أبواب مقدّمة العبادات، الباب 4، الحديث 11، و 28: 23، كتاب الحدود و التعزيرات، أبواب مقدّمات الحدود و أحكامها العامة، الباب 8، الحديث 2.

3- الفقيه 3: 43/19، وسائل الشيعة 18: 410، كتاب الحجر، الباب 1، الحديث 4.

4- تقدّم في الصفحة 60.

[الثالث: القصد]

الثالث: القصد، فلا يصحّ بيع غير (1) القاصد، كالهازل، والغالط، والساهي.

قوله دام ظلّه: «فلا يصحّ بيع غير».

صحّته فعليّة بالضرورة، و صحّته بالقوّة؛ بحيث لا تنفع الإجازة اللاحقة؛ لعدم ترشّح الإرادة إلى معنى العقد، بل ولا إلى معنى اللفظ.

وإن شئت قلت: القصد ليس من شرائط ماهيّة العقد، ولا من شرائط المتعاقدين، ولا من مقوّمات الماهيّة، بل هو السبب لوجود العقد، فيكون العقد بوجوده متقوّمًا به.

و هذا القصد كما يعتبر في المداليل التصوّرية، ويعتبر في تحقّق الألفاظ الموضوعية لتلك المعاني، ويعتبر في المداليل التصديقيّة الناقصة، كقوله: «بعت زيدا غير أجرته» كذلك يعتبر في المداليل التصديقيّة التامة.

و أمّا دخالته في الأثر الفعليّ، فهي كلام طويل الذيل في بحث الفضوليّ.

إن قيل: القصد إجمالاً من أجزاء ماهيّة العقد، وإلا يلزم صحّة عقد الهازل بالقوّة، وإذا لحقته الإجازة يصحّ بالفعل.

قلنا: فرق بين كون الشيء من أجزاء الماهيّة، وبين كونه دخيلاً في

كونه الماهية ماهية، مثلاً ماهية الإنسان ليست إلا الأجناس المترتبة و الفصل الأخير، ولكن الإنسان لا يصدق بالحمل الشائع إلا حين الوجود.

فالبيع ليس إلا إنشاء المبادلة، وهذا الإنشاء ليس إنشاءً إلا بالوجود و الجدّ و الإرادة المتعلقة بمضمونه. و ممّا ذكرناه يظهر مواقف النظر و الخلط في كلمات القوم صدرأ و ذيلاً(1).

ثم إن في المقام فروعاً كثيرة تعرّضنا لحدودها في كتابنا الكبير، و من شاء تفصيلها فليراجع هناك(2)، و تدبّر فيما أسمعناك.

1- لاحظ مقابس الأنوار: 114/ السطر 22 و ما بعده، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 117/ السطر 3 و ما بعده.

2- تحريات في الفقه، كتاب البيع، المقصد الثاني، الشرط الأول، الفرع الثالث.

[الرابع: الاختيار]

الرابع: الاختيار، فلا يصحّ (1) البيع من المكروه ..

قوله دام ظلّه: «فلا يصحّ».

إجماعاً، وعليه بناء العقلاء، وأما النصوص الواردة في مواقف أخر(1)، فدلالته على بطلان البيع بعد عدم وجه للسراية منها إليه. مع إشكال في كونها واردة في مفروض كلام الأصحاب؛ وهو القاصد إلى البيع، واعتباره في الخارج كغيره.

بل ظاهر بعض منها إبطال الطلاق؛ لعدم القصد إليه، كرواية منصور ابن يونس(2). وقد عرفت عدم الحاجة إلى الرواية في المسألة بعد وضوحها حسب القواعد العقلية.

إن قلت: العمومات والإطلاقات تردع عن البناء المعروف؛ بعد كون عقد المكروه بيعاً جامعاً للشرائط.

قلت أولاً: يمكن منع صدق العناوين عليه، لا لفقدانه القصد والاختيار، بل لفقدانه الشرط الآخر: وهو عدم كون الإرادة المتعلقة بتلك العناوين، مقهورة للإرادة الأخرى عرفاً، و موجودةً بالإرادة الأخرى عند العقلاء والعرف.

-
- 1- وسائل الشيعة 15 : 369، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس، الباب 56، و 22 : 86، كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته، الباب 37، الحديث 18 و 5 : 120، كتاب الصلاة، أبواب أحكام المصلّي، الباب 3، الحديث 1 و 3.
- 2- وسائل الشيعة 22 : 87، كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته، الباب 38، الحديث 1.

و ثانياً: الانصراف فيما نحن فيه قطعي بالوجدان، بل العقل قاضٍ بأنه كيف يمكن الالتزام بإجبار الغير على البيع، ثم بعد ذلك يجبره الحاكم على ردّ المبيع بعنوان الامتناع من التسليم؟! وهذا حكم لو صدر من أحد، فهو أحوج إلى المعالجة من التحصيل.

إن قيل: فما معنى اشتراط الاختيار في كلمات الأصحاب؟

قلنا: إن كان المقصود منه اشتراط الاستقلال في الإرادة حسب الدواعي الشخصية قبال المكره الذي هو وإن كان مستقلاً في الإرادة بنظر العقل، إلا أنه بنظر العرف ليس مستقلاً فيها، و تكون إرادته مترشحة من القاهر الجابر فهو صحيح (1).

1- هذا آخر ما عثرنا عليه من إفادات شهيدنا السعيد (قدّس سرّه) شرحاً لمبحث البيع من تحرير الوسيلة.

ص: 81

[كتاب الخيارات]

اشارة

كتاب الخيارات

[القول في الخيارات]

إشارة

القول في الخيارات (1) وهي أقسام:

[الأول: خيار المجلس]

الأول: خيار المجلس قوله مدّ ظلّه: «في الخيارات».

وهي جمع «الخيار» على خلاف القياس، و«الخيار» بحسب اللغة من «الاختيار»⁽¹⁾، وهو اصطفااء خير الأمرين و طلب خير الشئيين.

وفي الاصطلاح فسّر بتفاسير:

فعن المشهور: «هو ملك إقرار العقد وإزالته»⁽²⁾. وعن موضع من «الإيضاح»: «هو ملك فسخ العقد»⁽³⁾.

وقيل: «هو ملك فسخ العقد وتركه»⁽⁴⁾.

وعن رابع: «هو السلطنة والاستيلاء».

1- لسان العرب 4: 257، أقرب الموارد 1: 311.

2- رياض المسائل 1: 522/السطر 30، جواهر الكلام 23: 3.

3- إيضاح الفوائد 1: 482.

4- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 65.

و اختار المصنّف: «أنّه حقّ اصطفاء الفسخ» (1) مقرّراً بأنّه معنّى مباين مع معناه اللّغوي، إلّا أنّه أقرب من معانيه الأخر.

و الذي هو الأقرب من أفق التحقيق: أنّ المعاني الاصطلاحية الاعتبارية الجعلية، مصاديق المعاني اللغوية حقيقة، ولما كان صاحب الخيار قبل الاعتبار، غير مستولٍ على فسخ العقد وإعدامه، ما كان مختاراً في أمر العقد، كما هو ليس مختاراً في كثير من الأمور الخارجية، و كما أنّه ربّما يعطى إليه الاختيار تكويناً، كذلك اعطي إليه اختيار العقد اعتباراً؛ لاعتبارية محلّه و مورده، فقوله (عليه السلام): «هو بالخيار» كما في خيار المجلس (2)، معناه أنّه مفوض إليه أمر العقد حلّاً و نقضاً.

نعم، المتبادر منه في محيط الأخبار في المعاملات، ليس معناه اللغوي، بل هو المعنى الأخصّ، و غلب عليه حتّى صار حقيقة فيه ثانياً؛ لتبادره منه بلا قرينة. اللهمّ إلّا أن يقال: بأنّ من القرينة كونه في محيط خاصّ، و الأمر سهل.

ثمّ إنّ هذا الخيار ليس من أوصاف الأفعال، بل هو اعتبار ثابت لذي

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 5.

2- تهذيب الأحكام 7: 86/20، وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1.

الخيار، وينتزع منه أن العقد خيارى، وأما الاصطفاء فهو بمعنى الاختيار وإعمال القدرة والإرادة.

وبعبارة أخرى: هو إعمال الاختيار النفساني المشترك فيه كافة أرباب الإرادة، ومنهم ربّ الأرباب.

وأما تفسيره بالملك، فهو أيضاً في غير محلّه، إلا إذا أُريد منه الاقتدار الاعتبارى الثابت، ولأجل ذلك كان الأولى تفسيره بالسلطنة. وأما أنّه السلطنة على العين، أم العقد، أو فسخ العقد، فكُلّ ممكن، ولو قام دليل عليه فهو المتّبع، وإلا فما هو مورد الخيار بلا تأويل هو الفسخ، دون العقد والعين كما لا يخفى.

وحيث إنّ السلطنة على الفسخ تستتبع قهراً الاقتدار على ترك أعمال السلطنة المزبورة، يكون الفسخ خيارياً ومورد الاختيار، فلا حاجة إلى ذكر قولهم: «وتركه» بل لا يعقل تعلق الاختيار بالترك.

ومن هنا يظهر سقوط النزاع المشهور: وهو أنّ طرفي الخيار هل هما وجوديان، أم وجودى وعدمى (1)؟ هذا مع أنّ الخيار يتعلّق بالعنوان حقيقة، وما هو شأنه ذلك لا يمكن أن يتعلّق مع وحدته بالعنوانين: الإزالة، والإثبات. وإرجاعه إلى الكثير على نعت التخيير وإن كان ممكناً، إلا أنّه

1- منية الطالب 2: 2/ السطر 7، حاشية المكاسب، الأصفهاني 2: 3/ السطر 32 33.

فإذا وقع البيع فللمتبايعين الخيار (1) ما لم يفترقا، خارج عن فهم الأصحاب (رحمهم الله) وحدة الخيار تعييناً.

قوله مدّ ظله: «فللمتبايعين الخيار».

اتفاقاً (1)، ودعوى أنّ المسألة مجمع عليها في الجملة بين المسلمين قريبة، وعليها النصوص الكثيرة، كمعتبر ابن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): البيعان بالخيار حتى يفترقا...» (2).

ومعتبر ابن يزيد، عنه (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا و خاننا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا...» (3).

وما في خبر غياث بن إبراهيم، عن عليّ (عليه السلام) قال: قال عليّ (عليه السلام): «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا» (4)، محمول.

1- جواهر الكلام 23: 4.

2- الكافي 5: 170/5، وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 1.

3- تهذيب الأحكام 7: 110/26، وسائل الشيعة 18: 7، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 6.

4- تهذيب الأحكام 7: 87/20، وسائل الشيعة 18: 7، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 7.

ودعوى: أنّ قضية الجمع حمل تلك الأخبار على أنّها بصدد تجويز البيع إلى الافتراق، وهذا على تجويزه إلى التصفيق، قريبة جدًّا، أو تقييد مفهوم الطائفة الأولى بذلك الخبر، فتدبر.

هذا مع أنّه لا تدلّ تلك الأخبار صراحة على أنّ كلّ واحد منهما - مع قطع النظر عن الآخر بالخيار، فتأمل.

ووجه عدوله - مدّ ظله من البيّعين إلى المتبايعين؛ ما في معتبر ابن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (1).

وكانّ معناه «وفيما سوى ذلك» أي الحيوان هما «من بيع» أي باقيا على البيع ادّعاء، أو هما بالقدرة والاختيار على التبادل والمبادلة و الترادّ الاعتباري بتوسيط الخيار «حتى يفترقا».

وأيضاً: الإيماء إلى أنّ الحكم يدور مدار صدق «المتبايعين» سواء كانا أصيلين، أو وليّين، أو وكيلين، أو مأذونين، أو مختلفين.

وقال - مدّ ظله: «إنّ قضية القواعد عدم صدقهما إلا على مباشري العقد والبيع، دون الموكّلين؛ ضرورة أنّ ماهية البيع هي المبادلة

1- تهذيب الأحكام 7: 99/23، وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، الحديث 3.

الإنشائية، وهي تحصل بإرادة المباشرة دون الموكل، ونسبتها إلى الموكل من المجاز قطعاً.

ودعوى استعمال اللفظ في المعنيين: الحقيقي، والمجازي، ممكنة غير نافعة؛ لأن ذلك مضافاً إلى الحاجة إلى القرينة، بعيدة عن أفق التقنين⁽¹⁾.

نعم، لا يثبت هذا الخيار للوكيل في إجراء الصيغة انصرافاً، فكان عليه -مدّ ظله التصريح بعدم الخيار له؛ لصدق «المتبايعين» عليهما عنده.

والذي محرّر عندي: أنّ الموضوع هو «التاجران» لآته الأعم، وفي المثبتين يؤخذ بالأعم؛ ضرورة أنّهما يصدقان على غير المتبايعين في سائر العقود التجارية والمعاوضيّة، وقد صرح في اللغة ب «أنّ التجارة هي تقليب المال»⁽²⁾ أو «التصرف فيه»⁽³⁾ وهو المناسب لآية التجارة⁽⁴⁾.

وما يقال: «من أنّ التاجر أخصّ؛ لعدم صدقه على مجرد من يصدر منه البيع»⁽⁵⁾ في غير محلّه، كما يظهر بأدنى تأمل.

1- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 62 58.

2- أقرب الموارد 1: 74.

3- المفردات، الراغب الأصفهاني: 73.

4- النساء (4): 29.

5- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 56.

هذا مع أنّ «البيع» بحسب اللّغة هو «الأخذ والإعطاء على وجه الثمنيّة و المثنويّة»⁽¹⁾ وحقّقنا في محلّه أنّ عقد البيع ليس من الإضافة البيانيّة، بل هو معناه العقد على البيع و التقابض، فالعاقدان ليسا بالخيار، و تفصيله في كتابنا الكبير، و تصير النتيجة أنّ الموكّلين ربّما يعدّان تاجرين، كما في الفرض المزبور.

نعم، الوكيل على التجارة و الأخذ و الإعطاء بالخيار، دون الموكّل، فاعتمتم.

و بعبارة أوضح: اختصّ الخيار بالمعاطاة التي هي لازمة حسب الأصل المحرّر، و أمّا عقد البيع فلا يجري فيه الخيار؛ سواء قلنا: بأنّه لازم، أم قلنا: بأنّه جائز، نعم إذا حصل الأخذ و الإعطاء فلهما الخيار.

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق المتن ثبوت الخيار في المعاوضات، بل و في الفضوليّ، إلّا أنّ انصراف الأدلّة عنه قوي، كما ادّعاه - مدّ ظلّه⁽²⁾.

نعم، فيمن باع لنفسه فأجاز المالك البيع للفضوليّ، فالأقرب عندي ثبوته، و يظهر وجهه بأدنى تأمّل إن شاء الله تعالى.

1- أقرب الموارد 1: 70.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 78.

فإذا افترقا و لو بخطوة (1)، و تحقّق بها الافتراق عرفاً، قوله مدّ ظلّه: «و لو بخطوة».

كما في «الخلاف» وفيه أنّ الشافعيّ أرجع إلى العادة، وقسم أقساماً (1).

ويظهر من «التذكرة» (2) ونسب إلى جماعة؛ أنّه يكفي أدنى الانتقال (3).

وقال الشيخ (رحمه الله): «ويظهر من بعض اعتبار الخطوة؛ اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب لأقلّ الافتراق، وعن صريح جماعة التأمّل في كفاية الخطوة؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها (4)، وقيل «إنّ الظاهر من الأخبار (5) الحاكية لفعل الباقر (عليه السلام) حيث مشى خطي» (6).

ويظهر من بعضهم كفاية أقلّ الجمع؛ وهي الثلاث:

و عن صاحب «الكفاية» أنّ العبرة بالافتراق المطلق، لا مطلق الافتراق (7)؛ لعدم تماميّة مقدّمات الحكمة بعد كون نظر العرف إلى عدم كفاية مطلق الافتراق تبعاً.

1- الخلاف 3: 21، المسألة 26.

2- تذكرة الفقهاء 1: 517/السطر 29.

3- تحرير الأحكام 1: 165/السطر 29، مسالك الأفهام 3: 196.

4- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 222/السطر 14.

5- وسائل الشيعة 18: 8، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 2، الحديث 2 3.

6- مجمع الفائدة و البرهان 8: 384.

7- حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: 168.

والذي هو التحقيق: أن المسألة حيث لا تكون إجماعية، ولا علمية و تعبدية، تكون موكولة إلى العرف، وقد تقرّر في محله أن المرجعية متسّمة بين العوامّ والأعلام، فإنّ للعوامّ أن يقلّدوا الأعلام في الأحكام الشرعية، وللأعلام أن يراجعوا العوامّ في المفاهيم الإفرادية اللغوية العرفية(1).

ثم إنّ ما هو المتبع هي الآراء العرفية الدقيقة، لا- التسامحية و التدقيقات العقلية، كما تحرّر أيضاً مراراً منّا في محاله(2)، و كثير من الاختلافات المرتبة في تشخيص العرف، مستند إلى الخلط بين العرف المسامح و المحقّق.

نعم، اختلف الأصوليون في أن المرجعية في التطبيق و التصديقات، للعرف و العوامّ أيضاً، أم هي للعقل، فذهب جمع إلى الأوّل، وفيهم المصنّف- مدّ ظله(3) و آخرون إلى الثاني، وفيهم صاحب «الكفاية»(4) و «التقريات»(5).

1- تحرير العروة الوثقى: 32، تعليقة على العروة الوثقى: 41.

2- تحريات في الأصول: 1: 224.

3- مناهج الوصول: 1: 231، تهذيب الأصول: 1: 128.

4- كفاية الأصول: 77.

5- فوائد الأصول: 4: 574.

سقط الخيار (1) من الطرفين ولزم البيع، والذي هو المحرّر عندي: أنّ الفقهاء العظام لا يليق بهم إلا توجيه الناس نحو الأحكام؛ و حدود المداخلات الشرعية في الموضوعات العرفية، و أما التعرّض لتعيين المصاديق و الحدود اللغوية، فهو ربّما ينتهي إلى الإغراء بالجهالة، و الإلقاء في الهلكة؛ ضرورة أنّ آراءهم في مفهوم «الافتراق» غير لازمة الاتباع، فلو عيّنوا حدّه يحذو حذوهم العقلاء المقلّدة؟! مع أنّ الأمر بالعكس، و لذلك ترى أنّ رواياتنا بأسرها خالية عن تعيين حدود الموضوعات، و كانوا (عليهم السّلام) يوكلون هذه المرحلة إلى الناس حسب عقولهم، فالبحت عن هذه المفاهيم من اللغو المنهي عنه، و ربّما يكون خلاف الاحتياط جدّاً، و لذلك قال- مدّ ظلّه: «و تحقّق بها الافتراق عرفاً».

قوله مدّ ظلّه: «سقط الخيار».

اتفاقاً قطعياً⁽¹⁾ في مفروض كلامه، حيث إنّ الظاهر منه افتراقهما معاً.

و لو فارق أحدهما، و بقي الآخر، فربّما يقال: بأنّهما أيضاً افتراقاً؛ لأنّ البقاء في المحلّ بالاختيار افتراق إرادي، فيصحّ إسناد «الفراق» إليهما كما عن الفخر⁽²⁾؛ نظراً إلى علّة عليّة.

وقد أصرّ المصنّف- مدّ ظلّه على أنّ النسبة صادقة؛ لأنّ مادّة

1- مفتاح الكرامة 4: 542/السطر 18.

2- إيضاح الفوائد 1: 482.

«الافتراق» وإن لا تقتضي شيئاً إلا نفس الطبيعة، ولكن هيئة باب «الافتعال» للمطاوعة، فلو فارق أحدهما الآخر يكون الآخر مفترقاً بقبول الفراق، فيسقط الخيار في جميع الفروض بافتراقهما؛ سواء أخذ أحدهما في الفراق، أو أخذاً معاً فيه، و سواء فيه الافتراق الإكراهي وغيره، بل لا يجري في المطاوعة الإكراه.

نعم، يتصوّر الإكراه بالنسبة إلى البقاء في المجلس.

وقد يظهر هذا أيضاً من الفقيه اليزدي (قدّس سرّه) (1) و العلامة الإيروانيّ (قدّس سرّه) (2).

وبالجملّة: من قوله- مدّ ظلّه: «من الطرفين» يظهر أنّ النظر في قوله: «ولو افترقا» أي ولو افترق كلّ منهما سقط عنهما، وأمّا أنّ سقوط خيار الطرف مستند إلى أنّ افتراق الآخر غاية خيارهما، أو أنّ افتراق كلّ غاية خيار نفسه فهو أمر آخر، ولكن لا يلزم في صدق «الافتراق» على الآخر أن يتصدّى للافتراق بالفاعليّة.

والذي هو التحقيق: أنّ لهيئة باب «الافتعال» معاني، ومنها المطاوعة، وكثيراً ما تجيء لغير المطاوعة، ومنها قوله تعالى:

1- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 14/ السطر 11.

2- حاشية المكاسب، المحقّق الإيرواني 2: 14/ السطر 11.

لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ (1).

وقوله تعالى عِنْدَ مَلِيكَ مُقْتَدِرٍ (2).

وقوله تعالى اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ (3).

ومنه «اجتذب» بمعنى جذب، و«احتسب» بمعنى حسب، وهكذا ممّا يطلع عليه الخبير البصير.

ودعوى: أنّ الأظهر من معانيه غير المطاوعة قريب. وفي مادة «الافتراق» قالوا: «هو ضدّ اجتمعوا» مع أنّ الاجتماع يحصل بفعلهم، ولا ينبغي الخلط بين اللازم والمطاوعة. ولو شكّ في المسألة، فلا يتمّ ما سلكه أيضاً، ولا بدّ من التمسك بالأصول، وهي مختلفة، فتأمل.

ثمّ إنّ الظاهر من المطاوعة أنّ الفاعل غير القابل، مع أنّهم غير ملتزمين به كما هو الواضح.

وربّما يؤيد المطاوعة: أنّ الأخبار المتضمنة لخيار المجلس عن طريق العامة، كلّها مشتملة على «التفرّق» (4) وهو أيضاً للمطاوعة.

وفيه ما مرّ، فإنّ باب «التفعل» يجيء لغير المطاوعة؛ على وجه

1- البقرة (2): 286.

2- القمر (54): 55.

3- الجاثية (45): 21.

4- صحيح البخاري 3: 136، كتاب البيوع، الباب 220 225.

لا يمكن أن يحمل عند الشكّ على المطاوعة، ومنه قوله تعالى فَتَيَّبْنَا (1) وَتَقَسَّحُوا (2) وَأَفْلا يَتَدَبَّرُونَ* (3) وغير ذلك. ولعمري إن ما قرع سمعهم الشريف كان من عهد صباهم رحمهم الله تعالى.

ثم إن الظاهر من المتن ومن إطلاقه؛ أن الافتراق بما هو هو سبب سقوط الخيار.

وما قيل: «من أن المسقط هو الالتزام القلبي، والافتراق كاشف عنه نوعاً، فأُسند إليه لأجله» (4) غير صحيح، وأن الرضا ليس شرطاً وقيداً، فلو حصل الافتراق وإن لم يكن عن رضاهما، يسقط الخيار.

إن قلت: هذا خلاف معتبر الفضيل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (5).

فإن الظاهر أن الافتراق المتقيد بالرضا مسقط، ونتيجة التقييد المزبور عدم كفاية الافتراق الإكراهي والسهوي والذي يحصل عن جهل

1- النساء (4): 44، الحجرات (49): 6.

2- المجادلة (58): 10.

3- النساء (4): 82، محمد (47): 24.

4- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 222/السطر 31.

5- الكافي 5: 6/170، وسائل الشيعة 18: 6، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 3.

وعن إطارة الريح. بل لازم الجمع بينه وبين الأخبار الحاكية لفعل الباقر (عليه السلام) - حيث إنه (عليه السلام) أسرع في المشي و الخروج عن المجلس، ليجب البيع حين الافتراق(1)، مع أن الطرف حسب الظاهر كان باقياً، وربما لم يكن راضياً أن افتراق أحدهما إذا كان مقروناً برضاه، هو غاية سقوط الخيارين.

وبذلك يجمع بين هذه الطائفة و المطلقات؛ بأن افتراقهما مسقط للخيارين، و افتراق أحدهما أيضاً يورث سقوط الخيارين إذا كان عن الرضا المقرون به.

قلت: لهذه المسألة تفصيل طويل الذيل تعرّضنا له بشقوقه المحتملة في كتابنا الكبير، و قد أعرض المصنّف عن الرواية؛ معللاً بأنّها مجمّلة، لما تحتمل احتمالات من ناحية التقييد بالرضا، و من ناحية التقييد بقوله (عليه السلام): «بعد الرضا» و من جهة أن تقييد تلك المطلقات بها يستلزم الغلط، و لا تكون المسألة من باب حمل المطلق و المقيّد؛ ضرورة أن المطاوعة إذا قيّدت بالرضا، ترجع إلى غير المطاوعة(2).

1- وسائل الشيعة 18: 8، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 2، الحديث 1 و 2 و 3.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 165 167.

وقد أجبنا عن هذه المناقشات هناك بما لا مزيد عليه، وذكرنا أنّ المنظور من هذه الرواية- بعد الجمع بينها وبين غيرها هو أنّ التفرّق الإكراهي لا أثر له، وأنّ العامّة كانوا يتمايلون- حسب أخبارهم إلى كفاية مطلق الافتراق، وهو أحد قولي الشافعية⁽¹⁾، وربّما كان هو في عصر الرواية أظهر وأشهر، فتكون ناظرة إلى مقالتهم الفاسدة، ولذلك ذهب المشهور- المدعى عليه الإجماع إلى بقاء الخيار إذا كان الافتراق إكراهياً⁽²⁾.

ويحتمل الحمل على التقيّة؛ لما أنّ القول الآخر مشهور عندهم، بل لم ينسب إليه في «الفقه على المذاهب الأربعة» إلّا بقاء الخيار إذا افترقا عن كره⁽³⁾، فليتأمل جيّداً.

وبعد اللتيا والتي تكون الرواية من جهة موافقتها لمذهب العامّة مطروحة، ولأجل ذهاب المشهور إلى مضمونها مأخوذة، وفيما دار الأمر بينهما تقتضي الصناعة بقاء الخبر على حجّيته؛ لتعارضهما.

اللهمّ إلّا أن يقال: بتقدّم الموافقة على المخالفة لتقدّمها في

1- تذكرة الفقهاء 1: 518/السطر 13، المجموع 9: 181 182.

2- جواهر الكلام 23: 9.

3- الفقه على المذاهب الأربعة 2: 172.

ولوفارقا مجلس البيع مصطحبين بقي الخيار. (1) الأخبار العلاجيّة (1) أوّلاً ، ولأنّ الشهرة تزيل موضوع المراجعة إلى المرجّحات، فتأمل.

قوله مدّ ظلّه: «بقي الخيار».

بلا خلاف معتد به بين المسلمين (2)، نعم عن بعض الشافعيّة غريبة في المسألة (3).

ويمكن المناقشة فيه أوّلاً: بالانصراف.

و ثانياً: بأنّ الظاهر من «افتراقاً» هو أن يفترق كلّ عن الآخر بالقياس إلى أمر ثالث؛ وهو مجلس البيع.

و ثالثاً: أنّ السقوط مقتضى التسمية، وإلّا كان ينبغي أن يسمّى ب «خيار الاجتماع» ولازم ذلك عدم ثبوت الخيار إذا كان البيع حال المشي؛ لما لا مجلس للبيع.

و أنت خبير بما في جميع هذه التخيّلات؛ بعد تاميّة الإطلاقات، و التسمية- بعد تصريحهم ببقاء الخيار كدعوى الانصراف لا تنفع شيئاً.

1- وسائل الشيعة 27: 106، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي و ما يجوز أن يقضى به، الباب 9.

2- مفتاح الكرامة 4: 542/السطر 13.

3- تذكرة الفقهاء 1: 517/السطر 26، المجموع 9: 180/السطر 9.

وقضية إطلاق المتن بقاء الخيار ولو كانا متلاصقين، أو كان البيع والمشتري واحداً شخصياً يتولّى طرفي العقد. وعدم إمكان طرؤ المسقط من ناحية الافتراق لا ينافي ثبوته؛ لإمكان إسقاطه بسائر المسقطات، كما لا يخفى.

والإنصاف: أنّ المتن كما يكون منصرفاً عن الفرضين الأخيرين، تكون الأخبار مثله، ولا سيما بشهادة قوله (عليه السلام): «إذا افترقا وجب البيع»⁽¹⁾ فإنه يشهد على أنّ مصب الخيار مخصوص بما إذا أمكن التفريق، ضرورة أنّ كلمة: «إذا» الشرطية موضوعة عند النحاة للشرط الذي يتحقق⁽²⁾، فاعتنم.

ومن هنا يظهر وجه كون المتبايعين بالهاتف ونحوه- ولورأيا صورتها بالخيار، كما لو تناديا من بعيد، ويظهر أيضاً وجه المناقشة؛ لأنّ افتراقهما حاصل. ودعوى إمكان الافتراق ولو بأن يقتربا ممكنة، ولكنها مخدوشة.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ الافتراق والبعد ذوا مراحل قريبة وبعيدة، كما ينبئ عنه العارف الهمداني بقوله:

1- الكافي 5: 170/7، وسائل الشيعة 18: 6، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 4.

2- مختصر المعاني في شرح تلخيص المفتاح 1: 139.

که این دوری بس یا دورتر شم

(1) و علیه یثبت الخيار، و یسقط بافتراقهما یا ایجاد البعد الأكثر، فتدبر.

1- قال بابا طاهر الهمداني ما هذا لفظه: بشم از حاجیان حج پیرسم که این دیری بسه یا دیرتر شم

[الثاني: خيار الحيوان]

إشارة

الثاني: خيار الحيوان فمن اشترى حيواناً ثبت له الخيار (1) إلى ثلاثة أيام قوله مدّ ظلّه: «ثبت له الخيار».

إجماعاً وبلا خلاف بين أصحابنا الإمامية (1)، ويظهر أنّه من مختصّاتنا الثابتة بالنصّ الحاكي عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله و سلّم) (2) والأخبار المروية عن أئمّتنا المعصومين (عليهم السّلام) (3) وسيأتي أنّ في الحيوان خياراً يمتد إلى ثلاثة أيام، وهو غير خيار المجلس (4).

نعم، اختار المصنّف في درسه أنّ خيار المجلس لا يأتي في الحيوان (5)، وبه يقول الفقيه اليزدي (قدّس سرّه) (6) والعلامة الإيرواني (رحمه الله) (7) فيكون إطلاق ما مرّ في الخيار السابق ممنوعاً، وهو عندنا غير جيّد.

ثمّ إنّ قضية إطلاق المتن ثبوت الخيار في مطلق الحيوان، إلّا أنّ قوله -مدّ ظلّه: «حيواناً» ربّما يشعر بممنوعيّة جريانه في الكلّي، كما منعه

1- مفتاح الكرامة 4: 553/السطر 1، جواهر الكلام 23: 23.

2- الكافي 5: 170/5، وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 1 و 2.

3- وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3.

4- يأتي في الصفحة 105 106.

5- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 94 95 و 183 185.

6- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 17/السطر 28.

7- حاشية المكاسب، المحقّق الإيرواني 2: 17/السطر 14.

من حين العقد. (1) جمع(1)، ويقوى في النظر جريانه في الكلّي في المعين، لا المقيّد، فإنّه غيره كما تحرّر في محلّه.

ولو كان يموت قبل ثلاثة أيام، وكانت حياته غير مقصودة بالبيع، ففي جريان الخيار وجهان؛ منعه في مجلس بحثه(2)، ولذلك لا يكون تلفه من التلف قبل القبض، ولا يكون إتلافه مورث الضمان.

ولكنّه بمعزل عن التحقيق؛ قضاءً للإطلاقات، ولأنّ خيار الحيوان ليس قصديّاً، وإلا يلزم إنكاره فيما إذا اشترى الحيوان مكيلاً أو موزوناً باعتبار اللحم، كما هو المتعارف في بيع الشاة بين جمع من القصابين. وفي المسألة بالنسبة إلى الحيوانات الخاصّة دعاوي الانصراف كثيرة، يطلب تفصيلها من كتابنا الكبير.

قوله مدّ ظلّه: «من حين العقد».

على المشهور المعروف المدّعى عليه الإجماع(3).

وعن ابن زهرة حكاية كون المبدأ فيه بعد التفرّق من مجلس

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 224//السطر 19 20، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 177.

2- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 176.

3- جواهر الكلام 23: 23، لاحظ مفتاح الكرامة 4: 553/السطر 1.

البيع (1)؛ أي بعد سقوط خيار المجلس.

ويؤيده- مضافاً إلى الأصل لو شكّ فيه أنّ خيار الحيوان مجعول بعد خيار المجلس، فتكون أخباره منصرفة إلى العقد اللازم؛ لما لا حاجة إلى جعل الخيار ثانياً، فيكون المبدأ من حين اللزوم؛ وهو الافتراق، وأن مقتضى جمع من الأخبار أنّ تلف الحيوان من مال البائع (2)، ولو كان المشتري له الخيار فالتلف منهما؛ لأنّ التلف في زمان الخيار المشترك ليس من مال البائع، وفي زمان الخيار المختصّ من مال من لا خيار له.

هذا مع أنّ الأدلّة ولو كانت بحسب الظاهر تقتضي كون المبدأ حين العقد؛ لأنّه مبدأ الاتصاف بالصاحب، ولكن قضية العقل - وهو امتناع جريان الخيار الثاني في البيع الخياري هو مبدئية الافتراق؛ ضرورة أنّ العقد لا يقبل التزلزل مرتين، كما لا يقبل اللزوم مرتين، ولا يعقل أن يترشح الجدّ من الجاعل بعد كونه خيارياً، وهذا هو المراد من «اجتماع السببين على سبب واحد».

وأما إذا أريد منه اجتماع الخيارين على العقد الواحد، فهو ليس من اجتماع السببين؛ لأنّه لا منع من أن يكون له خياران، ولكنّه في مقام

1- الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 525/السطر 33 34.

2- وسائل الشيعة 18: 14، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 5.

الإعمال لا يستفيد إلا من واحد منهما، فتأمل.

ثم إنه يلزم أيضاً اجتماع المثلين في العقد، وهو محال كاجتماع الضدين.

وأنت خير: بأن هذه الشبهات وإن كانت حسبما قررناه قويّة، ولا يكون جواب القوم عنها كافياً، إلا أنه مندفع بما تحرّر تفصيله.

وإجماله: أن العقد الخياري ليس متزلزلاً عندنا، بل الخيار آلة لهدم العقد أعطاهها الشرع أو العقلاء، ولو لا اللزوم الموجود في الاعتبار الثابت للعقد، لما كان لاعتبار الاختيار والاعتدال على حلّ العقد وجه صحيح. وأنّ النسبة بين خيار المجلس والحيوان - بحسب المصنّف عموم من وجه وعندئذٍ يمكن ترشّح الإرادة الجاعلة بعد كون الخيار المجعول متّصفاً بقيد آخر؛ وإن كانت الخيارات واحدة بالطبيعة، إلا أنّها في مرحلة الجعل تصنّف؛ فيكون أحدها خيار المجلس، والآخر حيواناً.. وهكذا.

وحديث اجتماع السببين على مسبّب واحد، ينحلّ - على تقدير صحّته الإجمالية بأنّ العقد يمكن إزالته وإعدامه بخيارين واقتدارين؛ لأنّ السببية ليست واقعيّة، بل هي اعتباريّة، فيصحّ أن ينحلّ العقد بهما، كما ربّما يقتل شخص بالآلتين العرّضيتين اللتين كان يكفي كلّ واحدة منهما للقتل، فلا تخلط.

وعلى ما ذكرنا من اختلاف مصبّ الخيارين بالإضافة، يظهر عدم لزوم اجتماع المثليين. مع أنّ اجتماع الضدّين و المثليين في الأحكام الشرعيّة الاعتباريّة، ليس ممتنعاً ذاتاً، بل امتناعه يرجع إلى امتناع تمكّن المولى من الجعل، فتأمل تعرف.

فتحصّل لحدّ الآن: أنّ مبدأ الخيار هو العقد.

نعم، إذا قلنا: بأنّ خيار المجلس لا يجري في بيع الحيوان، فلا يتوجّه إشكال، ويكون حلّ المشاكل بإنكار المبنى و الأساس أسهل و لأجل هذه الشبهات، و طائفةٍ من الآثار- و أظهرها قوله (عليه السّلام) في معتبر محمّد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا»⁽¹⁾ ذهبوا إلى أنّ خيار المجلس مخصوص بما سوى الحيوان⁽²⁾؛ ضرورة أنّ الظاهر منه هو أنّه (عليه السّلام) اعتبر الخيار الواحد في الحيوان إلى كذا، و في غيره إلى كذا.

و أنت خبير: بأنّ الخيار المجمعول إلى ثلاثة هو خيار الحيوان، و هذا المجمعول لا يعقل أن يكون لغير الحيوان إلى أن يفترقا، فما هو

1- تهذيب الأحكام 7: 99/23، وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، الحديث 3.

2- مفتاح الكرامة 4: 554/السطر 28، جواهر الكلام 23: 28.

وفي ثبوته للبائع أيضاً إذا كان الثمن حيواناً إشكالاً، (1) المجمعول في الحيوان غير ما هو المجمعول في غير الحيوان، وحينئذٍ لا ينعقد ظهور لفظي للتقييد بالنسبة إلى المطلقات الناطقة بثبوت خيار المجلس للبيعين إلى أن يفترقا، فليتأمل جيداً.

هذا مع أن هذا الخبر مورد المناقشة والإجمال من جهات مختلفة؛ وإن فرغنا عن إجماله بتوضيحات في الكتاب الكبير، وظهوره في ثبوت الخيار للبائع ولو كان الثمن نقداً مورد الإعراض، كما سيظهر توضيحه إن شاء الله تعالى (1). هذا كله حول ما قيل.

والذي قوتناه: هو أن مبدأ الخيار في المعاطاة بعد نقل الحيوان إلى المشتري، وفي غيرها بعد حصول القبض، نعم قبض الوكيل يكفي (2).

قوله مدّ ظله: «إشكال».

أما إذا كان الثمن غير حيوان، فقد ذهب معظم أصحابنا الأقدمين - كالشيخين (3)، والصدوقين (4)، والإسكافي (5)، وابن حمزة (6) و
كثير آخرون

1- يأتي في الصفحة 108 109.

2- تقدّم في الصفحة 89.

3- المقنعة: 592، المبسوط 2: 78.

4- لاحظ مفتاح الكرامة 4: 554/السطر 3 والمكاسب، الشيخ الأنصاري: 224/السطر 21.

5- لاحظ مختلف الشيعة: 350/السطر 21.

6- الوسيلة: 248.

كما في «المقاييس» (1) إلى عدمه، وهو المعروف بين المتأخرين (2)، وعليه الإجماع المحكي عن «الغنية» (3) وظاهر «الدروس» (4).
 ولعله هو رأي السيّد في «الانتصار» (5) و ما نسب إليه فيه من أنّه يقول بثبوت الخيار له (6)، غير محرز. ويشهد لما احتملناه دعواه الإجماع، مع أنّه بلا وجه جدّاً؛ لعدم القول بخيار الحيوان بين المخالفين أصلاً، ولذهاب الطائفة إلى عدمه للبائع في هذه المسألة.
 ويؤيد ما نسب إليه ما أُشير إليه آنفاً؛ وهو معتبر محمّد بن مسلم الظاهر فيه.
 وما قيل: «من أنّ المتبايعين في الحيوان معناه التبايع فيه، فيكون الثمن أيضاً حيواناً» كما في «الوسائل» (7) وهو مختار المصنّف في درسه (8).

-
- 1- لاحظ مقابس الأنوار: 243/السطر 31.
 - 2- جامع المقاصد 4: 291، مجمع الفائدة والبرهان 8: 391، جواهر الكلام 23: 24.
 - 3- هذه العبارة سقطت من الغنية المطبوعة في ضمن الجوامع الفقهية راجع إلى سلسلة الينابيع الفقهية 13: 211.
 - 4- الدروس الشرعية 3: 272.
 - 5- الانتصار: 207.
 - 6- نَسَبَ إليه الشيخ الأنصاري في المكاسب: 224/السطر 29.
 - 7- وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، ذيل الحديث 3.
 - 8- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 180.

غير موافق لقوله (عليه السلام): «وفيما سوى ذلك» فإنّ الظاهر من قوله: «سوى ذلك» هي الحنطة والشعير والعناوين الذاتية، وضرورة قاضية بعدم لزوم المماثلة في خيار المجلس بين الثمن والمثمن.

هذا مع أنّ الظاهر من الخبر هو أنّ خيار الحيوان منحصر في المتبايعين في الحيوان، وأنّ تمام الموضوع لخيار الحيوان هو المتبايعان، مع أنّ الأمر ليس كذلك، وحمل كلام الإمام (عليه السلام) - بعد كونه ملقى بدواً من غير سؤال على بيان فرع من فروع المسألة، غير تامّ جدّاً.

فحجّة السند بعد هذه الغائلة ممنوعة، مع ما مرّ: من أنّ قوله (عليه السلام): «وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» لا يخلو عن الإجمال؛ لأنّ الصدر كان يكفي عن هذا التقييد، وقد أوضحناه حلّاً لهذه المشكلة في محلّه، فراجع.

ومن الغريب ما في كلام الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) من تأييد هذا الخبر (1)؛ وأنّه لا يعارضه معتبر ابن رثاب! مع أنّ معتبر ابن رثاب صريح في أنّ الخيار ليس للبائع، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري، أو للبائع، أو لهما كليهما؟

فقال: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (2).

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 224/السطر 31.

2- قرب الإسناد: 78، وسائل الشيعة 18: 12، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، الحديث 9.

بل عدمه لا يخلو من قوة. (1) فلو كان يمكن الجمع بين هذه الأخبار، لكان حمل خبر محمد بن مسلم على غير مورد خبر ابن رثاب معيّناً.

و بالجمله: الأخبار (1) متعاضدة في صراحتها على اختصاص الخيار بالمشتري، وأنّ البائع إذا كان الثمن غير حيوان لا خيار له، وقضية المعارضة ترجيح جانب المشهور؛ لما أنّ الأخبار مشهورة ولأنّ إنكار الخيار للبائع مطابق للكتاب (2)، فتأمل.

ويمكن أن يقال: بأنّ هذه الأخبار بصدده حصر خيار الحيوان بالمشتري، في مقابل سائر المعاملات و المعاوزات، فيكون ظاهر خبر محمد بن مسلم، معارضاً مع صريح ابن رثاب، ولكن قوة السند الأول ترجّح مع كونه في الكتب الأربعة. ولا يخفى ما فيه.

قوله: «من قوة».

وفاقاً لظاهر المشهور (3)، و خلافاً لجمع من المتأخرين، و منهم الفقيه الأصفهاني (قدّس سرّه) (4) و للمصنّف في درسه (5)، حيث قوّى جريانه في مبادلة

1- وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3 4.

2- المائدة (5): 1.

3- جواهر الكلام 23: 24، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 224/ السطر 20.

4- وسيلة النجاة 2: 18.

5- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 180 183.

الحيوان بالحيوان؛ قضاءً لمعتبر محمد بن مسلم السابق، وأن الأخبار الناطقة بأن خيار الحيوان للمشتري، في مقابل نفي الخيار عن البائع في البيوع المتعارفة؛ وهو بيع الحيوان بغير الحيوان، أو بالنقد، فيكون قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «وَصاحب الحيوان...» (1) مأخوذاً إطلاقه، فيكون البائع بالخيار إذا كان صاحب الحيوان.

وأما معتبر ابن فضال قال: سمعت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) يقول: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام» (2) ففيه احتمال القراءتين: الفتح، و الكسر، وعلى هذا يحتمل كونه قيداً محققاً للموضوع، ولا مفهوم له.

ولا يخفى حزارته، هذا مع أن الاحتمال المزبور يأتي على القراءتين، فيكون الخبر دافعاً لاحتمال كون صاحب الحيوان بالإرث بالخيار.

نعم، احتمال كونه في مقام ردّ احتمال سريان خيار الحيوان في غير البيع والشراء، فيكون له المفهوم من هذه الجهة، لا يخلو عن بأس.

ولكنّ الإنصاف: أنّ هذه الرواية ناظرة إلى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (بإيراد القيد فيه، ولا يكون هنا احتمال إلا احتمال كون البائع الصاحب بالخيار فدفعه.

1- الكافي 5: 170/5، وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 1 و 2.

2- تهذيب الأحكام 7: 287/67، وسائل الشيعة 18: 10، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، الحديث 2.

وأما توهم: أن الاختصاص خلاف المذاق الظاهر من الأخبار، وخلاف المناسبات بين الحكم والموضوع (1)، فهو قويٌّ جدًّا، ولكن إذا تأملنا في أن تقنين القوانين الكلية، ربّما يكون بلحاظ الملاحظات الخاصة التي هي حاصلّة في المسائل المبتلى بها نوعاً، دون الموضوعات النادرة في جنبها، مثلاً تحريم الربا في البيع لأجل المفسد، ولكن لا بأس بتحليله في غيره مثلاً كالصلح ونحوه؛ لأجل قلّة وجوده، فإنّ المفسدة المترتبة على قليل الوجود لا يهّم الشرع دفعها.

وهكذا فيما نحن فيه، فإنّ التوسعة المقصودة هنا على المشتري، مورد اهتمام الشرع، دون البائع؛ لندرة كونه صاحب الحيوان، ولا يصحّ قياس منطقة الصدور في مثل القوانين الإسلامية التي جاءت لعائلة البشر في جميع الأعصار والأمصا. وينبغي أن تدقّقوا النظر في هذه المسألة؛ فإنّها تتفعكم في الفقه كثيراً، وتستلزم المحاسن الكثيرة كما لا يخفى.

وبناءً على هذا، يكون قوله (عليه السلام): «صاحب الحيوان المشتري...» على القراءتين مورث القيد أيضاً؛ لأنّه ناظر إلى ما صدر عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) كما هو الظاهر.

1- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 183.

[مسألة 1: لو تصرف المشتري في الحيوان تصرفاً يدل على الرضا]

مسألة 1: لو تصرف المشتري في الحيوان تصرفاً يدل على الرضا دلالة نوعية، ويكشف عنه كشافاً غالبياً، سقط خياره (1)، مثل نعل الدابة، و أخذ حافرها، وقرض شعرها، وصبغها، بل وصبغ شعرها، إلى غير ذلك.
قوله مدّ ظلّه: «سقط خياره».

في مفروض المتن سقوط الخيار لعلّه القدر المتيقّن من الإجماع المحكيّ عن «التذكرة» (1) وهو صريح المحكيّ عن عبائر جمع من القدماء (2)؛ بناءً على أن يكون المراد من التصرف المزبور - بضميمة الأمثلة المزبورة هو إحداث الحدث.

والمهمّ في المسألة نصوصها الناطقة: كمعتبر الصفار بأنّه «إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى» (3).

وفي معتبر ابن رناب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضاً منه، فلا شرط ..» (4).

فإنّ الاستفادة من أخبار المسألة بدواً؛ هو أنّ الالتزام والرضا بالعقد

1- تذكرة الفقهاء 1: 519/السطر 8.

2- المقنعة: 599، الوسيلة: 248، النهاية: 408، السرائر 2: 280.

3- تهذيب الأحكام 7: 320/75، وسائل الشيعة 18: 13، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 4، الحديث 2.

4- الكافي 5: 169/2، وسائل الشيعة 18: 13، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 4، الحديث 1.

يلازم سقوط الخيار ولزوم البيع، وما يكون من الأحداث دليلاً عليه يكون مسقطاً، إلا في صورة القطع بالخلاف.

وبالجملة: يتم ما في المتن؛ بناءً على كفاية الالتزام والرضا، وأن الأخبار في المسألة ليس لها الإطلاق؛ حتى يلزم منه أن مطلق التصرف مسقط، أو الحدث غير الكاشف مسقط، بل الأخبار في موقف بناء العقلاء بحسب الصغرى؛ بعد تمامية الكبرى المشار إليها، فلا تعبد جديد من الشرع في هذه الناحية؛ ولو كان أصل خيار الحيوان تعبدياً.

ويدل على أن الكبرى ممنوعة: معتبر 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 فاستوجهه، ثم ليعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»⁽¹⁾.

فإن مقتضاه وقضية القاعدة؛ هو أن الخيار لا يسقط إلا بأمر تسيبي يتسبب به إليه، كسائر الأمور الإنشائية، فلو كان معتبر ابن رثاب دليلاً على كفاية الرضا، فهو يقيّد بهذا الخبر.

1- الكافي 5: 17/173، وسائل الشيعة 18: 25، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 12، الحديث 1.

وعلى أن الصغرى غير صحيحة: أن حمل المطلق في مكاتبة الصفار على صورة الحدث الخاص المقرون بالالتفات، حمل على النادر، و خلاف ما ذهب إليه المشهور و دلّ عليه النص؛ من أن التقييل و النظر و اللمس حدث(1)، فإنه ولو كان حدثاً، ولكنه لا يلزم كونه كاشفاً نوعياً، فعلى هذا ما في المتن غير تام كبرى و صغرى.

و الذي هو الأقرب: أن مسألة الخيار لا يسقط إلا بالإسقاط، و أما المسقط فلا يعتبر أن يكون قولاً أو فعلاً- بل قد تحرّر منّا في محلّه؛ عدم اعتبار السببية العقلانية في التسبب إلى الإسقاط- غير مسألة أن الحدث المستند إلى المشتري بما هو هو، هل يكون مورثاً للسقوط تعبداً، أم لا؟

و ما هو التحقيق في المسألة الأخيرة؛ هي مسقطية إحداث الحدث، كما في جملة من الأخبار في المواضع المختلفة(2)، و أن الاستفادة من هذه الأخبار أن الحدث تعبداً من المسقطات، و لا يجوز التعدي من رواية إلى غير موردها؛ لأن التصرفات الجنسية إما من الأحداث، أو تعبد في موردها

1- الكافي 5: 169/2، وسائل الشيعة 18: 13، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 4، الحديث 1، و أيضاً قرب الإسناد: 78، وسائل الشيعة 18: 13، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 4، الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 18: 13، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 4، و 18: 98، كتاب التجارة، أبواب أحكام العيوب، الباب 2.

وليس مطلق التصرف منه، ولا إحداث الحدث، كركوبها ركوباً غير معتد به (1)، و تعليفها و سقيها.

لخصوصية فيه، فإطلاق المكاتبه باقٍ على حاله، وقوله (عليه السلام): «فذلك رضا منه» إما بيان تعدي، أو توضيح لحكمة مسقطية الحدث، وفيه الاحتمالات الأخر التي ربما تنتهي به إلى الإجمال، فيبقى إطلاق المكاتبه على حاله.

نعم، الركوب فراسخ، و التصرفات الاعتبارية كالبيع ونحوه، إذا كانت بداعي الإسقاط فهو، وإلا فيشكل الأمر حسب الخبرين السابقين الظاهر من أحدهما أن ركوب فراسخ لا يسقط، والعرض للبيع - ولو انتهى إلى البيع لا يكون كافياً لسقوط الخيار، والالتزام بهما مشكل جداً.

قوله مدّ ظلّه: «غير معتدّ به».

لا يخفى: أنّه إن أُريد أنّ الركوب المعتدّ به من الأحداث، فهو ممنوع.

وإن أُريد أنّ الميزان ما يكشف نوعاً عن الرضا والالتزام، و الركوب المزبور منه، فهو خلاف الأخبار الناطقة بأنّ الأحداث موضوع السقوط.

وإن أُريد أنّ الركوب المعتدّ به بنفسه من المسقطات، فهو خلاف الظاهر من الخبر.

وقد عدل المصنّف في مجلس بحثه عن جعل الموضوع لحكم السقوط

عنوان «التصرّف»⁽¹⁾ لما ليس في الأخبار منه العين والأثر، بل فيها «الحدث المستند إلى المشتري» وهو أخصّ من «التصرّف المطلق» وبينه وبين «التصرّف الكاشف» عموم من وجه، وقد أشرنا إلى أنّ تقييد إحداث الحدث بالكاشفيّة النوعيّة.

نعم، ممنوع لو كان تقييد المكاتبة بمعتبر ابن رثاب ممكناً، ولكنك عرفت أنّه تقييد بالنادر⁽²⁾. مع أنّ في متنه الاضطراب.

ولو وصلت النوبة بعد عدم إمكان التقييد إلى المعارضة، فالشهرة مع المكاتبة. مع أنّ الاعتبار يساعدها؛ ضرورة أنّ من أبواب الخدعة و الخيانة أن يشتري الدابة ويستفيد منها في الثلاثة الأيام، ثم يردّها في الساعة الأخيرة، وهذا ممّا يشكل الالتزام به، ولذلك يقوى في النظر أنّ الفسخ إمّا يكون من الابتداء، فيكون ضامناً، وهذا خلاف صريح بعض الروايات، كمعتبر الحلبي⁽³⁾، أو يكون التصرّف بالركوب - بغير داعي الاختبار و مقدماته و مقارناته من الحدث، فتأمل فإنّ المسألة لا تخلو من نوع غموض، والله من وراء القصد.

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 201 202.

2- تقدّم في الصفحة 113 114.

3- الكافي 5: 1/173، وسائل الشيعة 18: 26، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 13، الحديث 1.

[مسألة 2: لو تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البائع]

مسألة 2: لو تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البائع، (1) قوله مدّ ظلّه: «من مال البائع».

بالضرورة سواء قلنا: بأنّه في زمن الخيار للبائع، كما نسب إلى الشيخ الأقدم (قدّس سرّه) (1) أو قلنا: بأنّه للمشتري، فإنّه - حسب النصوص الكثيرة (2) من مال البائع؛ ومنها معتبر عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟

فقال: «على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام، ويصير المبيع للمشتري» (3).

ولا يخلو ما فيه من نوع مناقشة. وبالجمله المسألة قطعيّة.

نعم، ربّما يناقش فيه: بأنّ الضمان في زمان الخيار المشترك من الطرفين، ومقتضى إطلاق هذه الأخبار اختصاص الضمان بالبائع ولو كان له خيار المجلس، وقد تحرّر سابقاً بعض الكلام حولها (4).

و الإنصاف: أنّ دعوى انصرافها إلى صورة التلف بعد المجلس كما عن

1- الخلاف 3: 22، المسألة 29.

2- وسائل الشيعة 18: 14 كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 5.

3- الكافي 5: 169/3، وسائل الشيعة 18: 14، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 5، الحديث 2.

4- تقدّم في الصفحة 103 و 105 و ما بعدها.

فيبطل البيع (1)، ويرجع إليه المشتري بالثمن إذا دفعه إليه.

الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) (1) قريبة، إلا أنّها تستلزم الضمان عليهما لو تلفت في المجلس، وهو خلاف ما يستظهر منهم حسبما نسب إلى المشهور، فالالتزام بالتقييد ممّا لا بأس به. وهنا بعض بحوث فصلناها في كتابنا الكبير.

قوله مدّ ظلّه: «فيبطل البيع».

مسألة بطلان البيع آنأ ما قبل التلف، أو بطلانه بعد التلف، أو عدم بطلانه رأساً، أو عدم كونه بيعاً شرعاً في زمان الخيار، مورد الخلاف بين الأخبار، وليست مسألة منصوصاً بها إلا الوجه الأخير، فإنّ قضية جمع من الأخبار- ومنها الخبر السابق أيضاً أنّ المبيع ليس يصير ملكاً للمشتري إلا بعد الثلاثة، فلا معنى لبطلان البيع إلا بمعنى سقوطه عن القابليّة للتأثير، وقضية جمع آخر هو حصول الملكيّة، ومنها معتبر الحلبيّ المشار إليه الصريح في حلّيّة شرب لبنها، وعدم الضمان بالنسبة إليه، وحيث إنّ قضية الجمع بينهما هو أن يكون النظر في الطائفة الاولى إلى استقرار الملكيّة، يكون البيع مؤثراً كما تقتضيه القواعد.

ولو كانت الأخبار متعارضة تصل النوبة إليها، وتصير النتيجة كما تحرّرت.

فإذا كان البيع مؤثراً، فانفساخه لا بدّ وأن يكون بفساخ، كالإقالة

و الخيار من الأمور العقلانيّة، وإلا فيكون البيع باقياً؛ لأنّ تصرّف الشرع بكون الضمان على البائع، لا يتوقّف على اعتبار الفسخ، ولا يؤثر اعتباره في الفسخ واقعاً؛ لما لا واقعيّة له إلا عند الاعتبار العقلائيّ الذي هو على خلافه، فبطلان البيع بعد الموت وغيره غير موجّه، فضلاً عن القول: بأنّه يبطل آنأماً، كما هو في كلام جمع منهم (1).

نعم، يمكن دعوى بطلانه لأجل أنّ تلف المبيع من تلف مقوم العقد، وهذا يورث البطلان.

وفيه: أنّ العقود ليست متقومة ببقاء العوضين، ويكفي بقاؤه في ظرف وجوده لحلّه بعد ذلك؛ وترتب الأثر عليه، أو يكفي بقاء العوض لبقاء العقد الحاصل بإنشاء العاقدين الباقي ببقائهما أو أحدهما، بل يكفي لبقائه الوراثه، كما هو كذلك في الخيار المورث.

وبالجملة: بطلانه بموت المبيع يحتاج إلى الدليل، مع أنّه خلاف الأصل.

والذي هو الأقرب: أنّ للعقد موطناً، وللبيع موطناً آخر؛ العقد محلّه باقٍ، بخلاف البيع، فيبطل البيع دون عقد البيع، وقد تحرّر متّافي محلّه التفكيك بينهما، وترتب عليه الآثار الكثيرة.

وهذا الذي أبدعناه لا ينافي في كون البيع لازماً؛ فإنّ عقد البيع أمر

1- مسالك الأفهام 3: 216، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 301/السطر 33.

[مسألة 3: العيب الحادث في الثلاثة من غير تفريط من المشتري]

مسألة 3: العيب الحادث في الثلاثة من غير تفريط (1) من المشتري، لا يمنع (2) عن الفسخ والرّد.

آخر تقدّم على البيع والمبادلة؛ لأنها أمر خارجي، وليس يحصل بالعقد ومجرّد المعاقدة، فليتدبّر و اغتتم.

قوله مدّ ظلّه: «من غير تفريط».

لو كان المناط ما في الأخبار وهو إحداث الحادث، فالتفريط لا يورث سقوط الخيار، نعم التعدي يورثه، فكانّ العبارة محرّفة، و كانت هكذا: «من غير تعدّد من المشتري». نعم، التفريط إذا استلزم نسبة الحادث والحادث إلى المفرط صحّ، ولكنّه غير تامّ، فتأمل.

قوله مدّ ظلّه: «لا يمنع».

لأنّه خاصّة خيار الحيوان، وإلا ينقلب هو إلى خيار العيب، وهو مقتضى إطلاق دليله.

نعم، ربّما يمكن المناقشة فيه؛ لأجل احتمال انصراف دليل الخيار إلى صورة انكشاف العيب في الثلاثة، وهو الظاهر من الحكمة ومن معتبر ابن رثاب في «قرب الإسناد» وفيه فقال: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيّام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء...» (1).

1- قرب الإسناد: 78، وسائل الشيعة 18: 12، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 3، الحديث 9.

فإنَّ المراد من «النظرة» هي الإمهال للاطلاع على ما يظهر فيه، فيكون خيار الحيوان من موارد خيار العيب. نعم، يختلف معه لأجل دليبه فيما إذا لم يظهر العيب بعد، ولكنّه يحتمل ظهوره.

[الثالث: خيار الشرط]

إشارة

الثالث: خيار الشرط أي الثابت بالاشتراط في ضمن العقد، ويجوز جعله لهما، (1) قوله مدّ ظلّه: «و يجوز جعله لهما».

لا إشكال بين الفقهاء في نفوذ خيار الشرط(1)، وعليه العقلاء من كافة الملل.

نعم، ربّما يناقش في ذلك بشبهات أشرنا إليها في كتابنا الكبير، وكلّها مندفة بما لا مزيد عليها، وتكون من الشبهة في قبال البديهة.

هذا مع أنّ في كثير من النصوص ما يشهد على صحّة الشرط المزبور؛ ففي معتبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه.

قال: ليشهد أنّه قد رضيه فاستوجه، ثمّ ليعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»(2).

بناءً على أنّ المراد من «الشرط» هو خياره.

وفي خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع

1- تذكرة الفقهاء 1: 519/السطر 20، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 228/السطر 4.

2- الكافي 5: 173/17، وسائل الشيعة 18: 25، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 12، الحديث 1.

أو لأحدهما، أو لثالث. (1) الثمن، على من يكون الضمان؟

فقال: «ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»⁽¹⁾.

بناءً على تمامية السند، وأن خيار الحيوان ساقط بلازم الشرط الأقل فيكون قوله (عليه السلام) في الجواب ناظراً إلى شرط الخيار، لا شرط الحيوان.

و معتبر ابن سنان عنه (عليه السلام) في حديث قال: «وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة، فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط، فهو من مال البائع»⁽²⁾.

هذا مع أن العمومات كافية، و البناءات العقلية لا تردع ببعض الشبهات الواهية، فيصح جميع ما في المتن من الفروض الثلاثة.

قوله مدّ ظلّه: «أو لثالث».

حسب العمومات، بل وإطلاق بعض الأخبار السابقة، مضافاً إلى دعوى الإجماع عليه⁽³⁾، وهو المفروغ عنه في المتون الفقهيّة، وفي

- 1- الكافي 5: 9/171، وسائل الشيعة 18: 14، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 5، الحديث 1.
- 2- تهذيب الأحكام 7: 103/24، وسائل الشيعة 18: 20، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 8، الحديث 2.
- 3- لاحظ تذكرة الفقهاء 1: 521/السطر 18، جواهر الكلام 23: 34، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 229/السطر 11.

ولا يتقدّر بمدة، بل هو بحسب ما اشترطه؛ قلت أو كثرت، (1) «الجواهر» بعد قول «الشرائع»: «وله مع الأجنبي» «بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه» (1).

وربما يناقش في ذلك أيضاً بمناقشات ذكرناها في كتابنا الكبير مع دفعها، وأهمّها أنّه تدخّل في سلطان الغير، وهو محرّم، أو أنّه تملك يحتاج إلى القبول، فلا يثبت عموم المدعى.

وأنت خبير: بأنّ الدخول في سلطان الغير بعنوانه ليس من المحرّمات مع أنّه لا يستلزم ذلك لو لم يكن مؤكداً لبسط سلطنته، هذا مع أنّ إعطاء الحقّ إليه - كما في الوقف لا يحتاج إلى القبول، ولا يكون من الدخول في سلطانه.

نعم عند تراكم الشبهات الكثيرة ربّما يتقوى الانصراف. ولكن ربّما كان بناء العقلاء على جعل الخيار للأجنبيّ البصير، وللدلائل الواقفين على حقيقة الحال، فالمناقشة غير جيّدة جداً.

قوله دام ظلّه: «أو كثرت».

ربّما يناقش في الكثرة المستوعبة حياة العوضين، فإنّ الشرط في مقدار من الزّمان المذكور في العقد، ولا يعلم المقدار الباقي، فيصير مجهولاً بالعرض وإن كان معلوماً بالذات، فتأمل.

و لا بدّ من كونها مضبوطة (1) من حيث المقدار، قوله مدّ ظلّه: «مضبوطة».

إجماعاً صريحاً⁽¹⁾ وقولاً واحداً؛ معللاً بالغرر المنهية في البيع⁽²⁾ خاصاً، وفي مطلق المعاوضات عاماً، والشرط الغرري يورث غررية البيع لأجل تنزيله بالخيار، فلا بدّ من معلومية مدّة التزلزل، مع أنّ نفس الشرط غرري، والغرر منهية، وعلى هذا يكون الشرط المجهول خلاف الكتاب، فيكون باطلاً.

هذا مع أنّ المالية تختلف باختلاف الخيارية وغير الخيارية، فتختلف المالية باختلاف مدّة الخيارية.

ويدلّ عليه مضافاً إلى ما مرّ: الأخبار الماضية، حيث إنّها مشتملة على الشرط المعلوم، وهو يشهد على مفروغية الحكم عند أصحابنا الأقدمين، ولعلّه هو المبني عليه عند العرف والعقلاء.

أقول: في جميع هذه الوجوه مناقشة، والمهمّ أنّ كبرى المسألة غير نقيّة؛ لأنّ الغرر المطلق المنهية أجنبية عن مسائل المعاملات، لأنّه عنوان خارج عنها، وحديث الحكومة واضح المنع، والغرر في البيع منهية بما لأسند له كما تحرّر، ولا دلالة له أيضاً؛ لاختلاف الاحتمالات فيها، وجبر

1- مفتاح الكرامة 4: 563/السطر 21، جواهر الكلام 23: 32.

2- وسائل الشيعة 17: 448، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب 40، الحديث 3.

و من حيث الاتصال و الانفصال (1). نعم، إذا ذكرت مدّة معيّنة كشهر مثلاً و أطلقت، فالظاهر اتّصالها بالعقد.

الدلالة بفهم الفريقين ليس من دأب المجتهدين إلا في بعض الأحيان.

فعلى ما تحصّل و فصلنا الكلام في محلّه: إنّ الجهالة المطلقة ممنوعة في غير الشرط، و أمّا في الشرط فالمسألة غير واضحة جدّاً.

قوله دام ظلّه: «و الانفصال».

خلافاً لبعضهم حيث استشكل في صورة الانفصال: «بأنّه من الجواز بعد اللزوم، و هو غير جائز» (1) غفلة عن خيار التفليس و الرؤية.

نعم، لنا تقريب آخر: و هو أنّ اللزوم اعتبار وحدانيّ للعقد، و باقٍ باعتبار بقائه، و الشرط المزبور يرجع إلى شرط خلاف الكتاب؛ ضرورة أنّ الشرط المتّصل يمنع عن حدوث اللزوم، فلا يكون خلاف الكتاب، و أمّا المنفصل فيزيل الحادث الثابت بالطبع حسب حكم الكتاب، و لا يتجزأ و لا ينحلّ إلى الأحكام حتّى يقال: إنّهُ أيضاً راجع إلى المنع عن الحدوث في قطعة، و على هذا يشكل الأمر في صورة الانفصال و هكذا نجومياً و يوماً، لا و يوماً.

نعم، و لو صحّ الشرط منفصلاً، فلازمه جواز شرط الخيار في البيع الثاني للبيع الأوّل الفارغ عنه، مع أنّ الظاهر منهم عدم التزامهم به،

1- كما قال به الشافعيّ، لاحظ تذكّرة الفقهاء 1: 520/السطر 38.

ولعله ضروري عندهم.

ولكن بعد اللتيا والتي يستحسن هذا الاعضال على مبنى القوم، وأما على ما هو مختارنا- من أن جعل الخيار في ضمن العقد، ليس مورثاً لتزلزل العقد؛ وخروجه عن اللزوم إلى الجواز الحقي، فضلاً عن الحكمي فلا يكون منافياً للكتاب، ولا مستلزماً للتجزئة والتحليل.

وأما ممنوعية جعل الخيار للبيع السابق، فهي غير واضحة حتى على رأي القوم في تفسير الشرط المخالف؛ ضرورة أن اللزوم ناشئ من الإطلاق، فيكون باقياً إلى طرؤ الخيار، فليتدبر جيداً.

وأما حديث التجزئة، فهو وإن كان في حد ذاته غير صحيح؛ لأن اللزوم من تبعات عقد البيع، والبيع غير مرهون بالزمان، ولكن جعل الخيار إلى مدة يستلزم تطبيق العقد بحسب صفة الخيار والاختيار منطبقاً عليه، وعندئذ يجوز التقطيع؛ لما يترتب عليه الأثر كما هو الواضح.

[مسألة 1: يجوز أن يشترط لأحدهما أو لهما الخيار بعد الاستثمار و الاستشارة]

مسألة 1: يجوز أن يشترط لأحدهما أو لهما الخيار بعد الاستثمار (1) و الاستشارة؛ بأن يتشاور مع ثالث في أمر العقد، فكلّ ما رأى من الصلاح إبقاءً له أو فسخاً يكون متّبعاً. (2) قوله مدّ ظلّه: «بعد الاستثمار».

لعموم دليل الشرط.

و أمّا المناقشة فيه: بأنّه من جعل الخيار، و مبدأه مجهول، كما صنعه المصنّف - مدّ ظلّه في درسه (1).

فمدفوع: بأنّ ما هو من الجهالة مضرّ غير حاصل، و ما هو حاصل غير مضرّ؛ ضرورة أنّ في ظرف الإنشاء لا خيار فلا تضرّ الجهالة و في ظرف حدوث الخيار لا جهالة؛ لأنّ المفروض امتداد الخيار في المدّة المعلومة، و يكون مبدأه الاستشارة المجهولة الوقت.

قوله مدّ ظلّه: «يكون متّبعاً».

ربّما يتخيّل المناقضة بين المفروض، و بين ما ربّبه عليه، فإنّ المفروض كونه بالخيار، و ما ربّبه عليه كونه تابعاً للمستشار في الفسخ و الإمضاء، و هذا ينافي الخيار.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّه بالخيار و هذا شرط آخر نافذ، و لكنّه إذا

و يعتبر في هذا الشرط أيضاً تعيين المدّة (1)، وليس للمشروط له الفسخ قبل أمر ذلك الثالث، ولا يجب عليه لو أمره، بل جاز له، فإذا اشترط البائع على المشتري - مثلاً بأن له المهلة إلى ثلاثة أيام حتى يستشير صديقه أو الدلال، فإن رأى الصلاح يلتزم به، تخلف عن رأيه يكون فسخه نافذاً أيضاً على خلاف ما رآه.

ولو كان الشرط المزبور موجباً لتضييق الأمر عليه يشكل صحته؛ لكونه خلاف مقتضى ذات الخيار، فتأمل.

ويظهر من المصنّف في العبارة أنّه بالخيار بعد الاستشارة، ولا ينفذ فسخه قبلها، ولكن يجوز التخلف عن أمره، حيث قال: «وليس للمشروط له الفسخ قبل أمر ذلك الثالث، ولا يجب عليه لو أمره، بل جاز له» انتهى، وهذا أيضاً ينافي قوله: «يكون متّبعاً» فافهم.

قوله مدّ ظلّه: «تعيين المدّة».

حسب أصول المذهب و الإجماع (1)، والمراد منه تعيين زمان الخيار، كثلاثة أيام و خمسة بعد الاستشارة، وقد مرّ ما ينفعك آنفاً.

وإلا فلا يكون مرجعه (1) إلى جعل الخيار له على تقدير أن لا يرى صديقه أو الدلال الصلاح، لا مطلقاً، فليس له الخيار إلا على ذلك التقدير.

قوله مدّ ظلّه: «يكون مرجعه».

جواب عن الشرط، وصحة هذا الشرط أيضاً بلا إشكال، وإثما الإشكال في أنّ الظاهر من قوله في الاشتراط: «إن رأي الصلاح يلتزم به، وإلا فلا..» أنّه عند ما لا يرى الصلاح لا يكون ملتزماً بالعقد، ولا يلتزم به بعد ذلك، ونتيجة ذلك هو الانفساخ القهري.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ المقصود عدم الالتزام المساوق للخيار، لا الانفساخ.

[مسألة 2: لا إشكال في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]

مسألة 2: لا إشكال في (1) عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، بل يجري في كثير من العقود اللازمة.

و لا إشكال في عدم جريانه في الإيقاعات، كالطلاق، و العتق، و الإبراء و نحوها.

قوله مدّ ظلّه: «لا إشكال في».

تطلب هذه المسألة صحّة و سقمًا في محالّها إن شاء الله تعالى.

[مسألة 3: يجوز اشتراط الخيار للبائع]

مسألة 3: يجوز اشتراط (1) الخيار للبائع قوله مدّ ظلّه: «يجوز اشتراط».

عندنا كما في «التذكرة» (1) و عليه حكاية الإجماع عن غيرها (2).

و تدلّ عليه النصوص الخاصّة (3)، و أظهرها موثّق إسحاق بن عمّار قال: حدّثني من سمع أبا عبد الله و سأله رجل و أنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه و تكون لك، أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك؛ على أن تشترط لي إن أنا جنّتك بثمانها إلى سنة أن تردّ عليّ.

فقال (عليه السلام): «لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه».

قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة، فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟

فقال (عليه السلام): «الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله؟!» (4).

وفي «الفقيه» عن إسحاق بن عمّار، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سأله

1- تذكرة الفقهاء 1: 521/السطر 39.

2- جواهر الفقه، القاضي ابن البرّاج: 54، المسألة 192، جامع المقاصد 4: 293، مسالك الأفهام 3: 202.

3- وسائل الشيعة 18: 18، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 7 8.

4- تهذيب الأحكام 7: 96/23، وسائل الشيعة 18: 19، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 8، الحديث 1.

إذا ردّ الثمن بعينه أو ما يعمّ مثله (1) إلى مدّة معينة، فإن مضت ولم يأتِ بالثمن كاملاً لزم البيع، وهو المسمّى بـ «بيع الخيار» في العرف.

رجل (1) .. ومثله ما في «الكافي» (2) فاحتمال كون الحديث مرسلًا، مدفوع بما فيهما المتقدّمين على «التهذيب» واحتمال أخذ «التهذيب» من كتاب آخر بعيد، وإن كان احتمال كون النسخة التي عند الشيخ منهما، أقوى من النسخة الموجودة، ولكن اضطراب روايات ابن عمّار نوعاً، يؤيد أنّ المقصود من قوله: «و أنا عنده» نفسه، لا الرجل السائل، فإنّه غير مناسب.

فبالجملة: جواز هذا الشرط مقطوع به عندنا، خلافاً لبعض المخالفين (3).

قوله مدّ ظلّه: «أو ما يعمّ مثله».

والذي هو المتعارف في بيع الخيار اشتراط ردّ المثل؛ لأنّ الحاجة إلى الثمن توجب البيع بالأقلّ، وهكذا الفرار من الربا القرضي يجرّ الناس إليه.

نعم، ردّ العين هنا- كردّ العين في القرض لا بأس به بالضرورة.

إن قلت: يشكل صحّة هذا البيع؛ لأنّ جعل الخيار بعد الردّ يرجع إلى

1- الفقيه 3: 559/128.

2- الكافي 5: 10/171.

3- تذكرة الفقهاء 1: 521/السطر 41.

جهالة مبدأ الخيار، لما لا يكون زمان الردّ معلوماً، وقد ذهب المصنّف إلى أنّ هذه الجهالة تضرّ، وفاقاً لبعض آخر (1).

قلت: قد عرفت في خيار الاستثمار دفع هذا الإشكال (2).

إن قلت: جعل هذا الخيار ولو كان في ضمن العقد، يكون من قبيل الإيقاع المشروط والمعلّق.

قلت: نعم، إلاّ أنّه لمكان كونه من قبيل شرط النتيجة يكون جائزاً، وقد ادعي ما يدلّ في الأخبار عليه خصوصاً (3)، وقد تعرّضنا له في كتابنا الكبير.

إن قلت: إذا ردّ الثمن إلى المشتري يكون الخيار للبائع، فإذا فسخ فلا بدّ من عود العين إلى البائع، وعود الثمن الآخر إلى المشتري؛ ضرورة أنّ معنى الشرط ردّ العوض الذي هو للمشتري إليه، فيكون هو له بنفس الردّ، والالتزام بذلك واضح المنع.

قلت: نعم، ظاهر الشرط ردّ مال المشتري إليه، إلاّ أنّ الفسخ لا يقتضي إلّا حلّ العقد، وأمّا تبادل العوضين وتراجعهما فهو في محلّ قابل، وفيما نحن

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 223 224.

2- تقدّم في الصفحة 128.

3- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 223.

فيه لا محلّ له.

وإن شئت قلت: إنّ مورد الأخبار هو أنّ ردّ الثمن سبب الفسخ؛ لقوله (عليه السّلام) في الخبر السابق: «إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه».

وهكذا في معتبر سعيد بن يسار قال (عليه السّلام): «إن جاء بالمال للوقت فردّ عليه»⁽¹⁾.

فإنّ الخيار لا يتوسّط بينهما، بل نفس الردّ تمام السبب للفسخ، فيكون الشرط على وجه يكون الردّ سبباً للفسخ، وعلى هذا لا خيار ولا فسخ بعد الردّ حتّى يؤخذ بما هو لازمه، فاغتنم.

لا يقال: إنّ الردّ ليس من أسباب الفسخ، وأدلة الشروط قاصرة عن التشريع بالنسبة إلى باب الأسباب والمسبّبات.

لأنّنا نقول: - مضافاً إلى عدم تماميّة هذه الدعوى إنّ الأخبار الخاصّة تكفي لمشروعيتها.

هذا مع أنّ فسخ العقد وحلّه، ليس من تلك المسبّبات المخصوصة والمحصورة بالأسباب الخاصّة والأدوات والصيغ المعيّنة، فلا تخلط.

1- الكافي 5: 14/172، وسائل الشيعة 18: 18، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 7، الحديث 1.

و الظاهر صحّة (1) اشتراط أن يكون للبائع فسخ الكلّ برّد بعض الثمن، أو فسخ البعض برّد بعضه، و يكفي في ردّ الثمن فعل البائع ما له دخل في القبض من طرفه و إن أبى المشتري من قبضه، فلو أحضر الثمن و عرضه عليه و مكّنه من قبضه، فأبى و امتنع، فله الفسخ. (2) قوله مدّ ظلّه: «و الظاهر صحّة».

نعم، إلاّ أنّه خارج عن مصبّ الأخبار، فلو كان لهذا الخيار أثر خاصّ، فهو في غير الصورتين.

و وجه صحّته إطلاق أدلّة الشرط؛ لأنّ مبدأ صحّة هذا الخيار ليس إلاّ الاشتراط، و تكون أخبار المسألة دليلاً على صحّة الشرط في طيّ العقد، و لو ألغيت الخصوصية بالنسبة إلى ردّ تمام الثمن يترتب عليه آثاره الخاصّة لو كانت.

و في كون البائع بعد ردّ البعض و فسخ البعض، ذا خيار التبعّض؛ كي يكون له استرداد ثمنه برّد العين، أو يكون له التصرف في العين في صورة التأخير بانكشاف عدم نفوذ خيار المشتري تردّد. و لا- تردّد إذا كان شرط المشتري من الأوّل ردّ البعض بحذاء البعض، كما هو المذكور في المتن.

قوله مدّ ظلّه: «فله الفسخ».

نظراً إلى حصول الشرط؛ و ذلك لأنّ المتفاهم من «الشرط» ليس إلاّ تمكين المشتري و إقداره عليه.

ويمكن المناقشة في ذلك: بأنّ الشرط هو الردّ إليه، وهو لا يحصل بذلك، كما تأتي الإشارة إليه في الردّ إلى الوكيل والحاكم(1)، وبناءً على هذا الاحتمال، يلزم جواز الامتناع من القبول اختياراً بالفرار أو بدونه، ويلزم جواز تهديد البائع على الردّ، فإنّه لا يثبت له الخيار إذا لم يردّ، والالتزام بالفروض السابقة والمثابفة معها غير صحيح عرفاً.

نعم، في صورة التهديد إذا لم يردّ يشكل الأمر، كما لا يخفى والمسألة ليست إجماعية، ولا روائية، وما وجدنا من تعرّض لها، والله العالم.

[مسألة 4: نماء المبيع و منافعه في هذه المدّة للمشتري]

مسألة 4: نماء المبيع و منافعه في هذه المدّة للمشتري، (1) قوله مدّ ظلّه: «للمشتري».

حسب القواعد؛ لأنّه ملكه، و عدم جواز التصرف المتلف لا يلازم كون النماء للبائع، و يدلّ عليه الأخبار (1) و الخبر السابق (2).

و هذا على خلاف ما نسب إلى الشيخ (قدّس سرّه) من قوله بأنّ المبيع ليس يدخل في ملك المشتري قبل استقرار العقد (3).

اللهمّ إلّا أن يقال: بأنّ النماء له في زمانٍ لا خيار للبائع فيه، و هو قبل الردّ. و هذا مخالف لما نسب إلى المشهور من اختيارهم أنّ الخيار للبائع من الابتداء (4).

وقد استظهرنا في كتابنا الكبير؛ أنّ شرط ردّ الثمن ربّما يرجع إلى أنّ البائع بالخيار، إلّا أنّه خيار مع الواسطة؛ لإمكان فسخه العقد من الأوّل بردّ الثمن، و لا نعني من «الخيار» إلّا اختيار الفسخ و لو مع الوسط كما تحرّر، و هذا هو المعنى الحقيقي الاعتباري، فلا تغفل.

1- وسائل الشيعة 18: 19، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 8.

2- تقدّم في الصفحة 132.

3- الخلاف 3: 22، المسألة 29.

4- جواهر الكلام 23: 39، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 231/السطر 27.

كما أنّ تلفه عليه، (1) قوله مدّ ظلّه: «كما أنّ تلفه عليه».

أي على المشتري؛ قضاءً لحقّ القواعد الأولى والثانوية؛ أمّا الأولى فلأنّ العين ملكه، وقد تلفت في ملكه.

نعم، لو أتلفه البائع فهو له ضامن؛ لقاعدة الإتلاف، وهذا في الحقيقة ليس استثناء من هذه المسألة.

وأمّا قضية القاعدة الثانوية؛ وهي «أنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له» بناءً على شمولها لما نحن فيه، مع إشكالات في ذلك على ما هو المحرّر في كتابنا الكبير فهي أيضاً من المشتري؛ لأنّه لا خيار له.

ويحتمل كون التلف من كيس البائع؛ لقوله (عليه السّلام) في أخبار خيار الحيوان الماضية في معتبر عبد الله بن سنان قال: على من ضمان ذلك؟.

فقال (عليه السّلام): «على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، و يصير المبيع للمشتري»⁽¹⁾.

ولكنّه احتمال مبنيّ على مذاق الشيخ، والخبر من أدلّته، ولكنّه محمول على استقرار الملك جمعاً بين الآثار.

1- الكافي 5: 169/3، وسائل الشيعة 18: 14، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 5، الحديث 2.

و الخيار باقٍ (1) مع التلف إن كان المشروط الخيار و السلطنة على فسخ العقد، فيرجع بعده إلى المثل أو القيمة، و ساقط إن كان المشروط ارتجاع العين بالفسخ.

قوله مدّ ظلّه: «و الخيار باقٍ».

على المعروف بين من تعرّض للمسألة، و احتمل الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) عدمه بناءً على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له الردّ و ارتجاع المبيع، و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه (1).

وقوّاه المصنّف في الدرس بأنّ المفروض في الأخبار بقاء العين؛ لقوله: «فالدار دارك» كما في خبر معاوية بن ميسرة، عن أبي الجارود (2)، و أنّ المعهود في هذا الخيار مفروغية بقاء العين، و أنّ صورة تلفها مغفول عنها، فيكون الخيار مجعولاً على الوجه الخاصّ (3).

الإنصاف: أنّ أمثال هذه المباحث ليست علمية، و ربّما تختلف الأمصار و الأعصار لجهة الانصراف و التعارف المستند إلى اختلاف العهد و البناء، و لو خلّي الأمر و طبعه يكون تضييق الخيار محتاجاً إلى غاية خاصّة مصرّح بها، و إلاّ فهو بالطبع يرجع إلى العقد، و يكون النظر

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 231/السطر 28.

2- تهذيب الأحكام 7: 780/176، وسائل الشيعة 18: 20، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 8، الحديث 3.

3- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 240 241.

و ليس للمشتري قبل انقضاء المدّة التصرف الناقل (1) وإتلاف العين؛ إن كان المشروط ارتجاعها، ولا يبعد جوازهما إن كان السلطنة على فسخ العقد.

و القصد والغرض خارجاً عن حدود المجعول.

نعم، لو اشترط استرجاع العين عند الردّ، فهو لا يستحقّ شيئاً عند التلف، و ليس هذا من الخيار المصطلح عليه و إن جاز و كان يشبه حكم الخيار.

و أمّا الرجوع إلى المثل أو القيمة، فعلى مقتضى القواعد في باب الضمانات، و قد تحرّر منّا أنّ مسألة ضمان المثل في المثليات و القيمة في القيميات ممّا لا أساس لها، و الذي هو الأساس أمر آخر يطلب من محلّه.

و من هنا يظهر: أنّ مجرد كون الشرط ارتجاع العين لا يكفي؛ لعدم استحقاقه البدل، بخلاف ما إذا شرط استرجاع العين.

قوله مدّ ظلّه: «التصرف الناقل».

حسبما يظهر من المتعرّضين للمسألة (1)؛ و ذلك لاقتضاء الشرط الضمنيّ.

وفيه: أنّ مع تمكّن إرجاع العين بعد الفسخ، لا معنى للمنع لو صحّ الشرط المزبور كما لا يبعد.

وأما إتلاف العين، فلا يبعد الممنوعيّة مطلقاً وإن كانت السلطنة على العقد للشرط الضمني المزبور.

نعم، في صورة الشكّ أو عدم الشرط ضمناً، فالإتلاف لا ينافي الاشتراط حتّى من البائع.

نعم، يمكن أن يستظهر أحياناً أنّه يشهد على إسقاط الخيار، ولكنّه ممنوع كما ترى.

ويحتمل أن يكون شرط السلطنة على استرجاع العين، كنايةً عرفاً عن الخيار المتعلّق بالعقد طبعاً، فلا يسقط الخيار بالتلف، ويجوز الإتلاف للمشتري، فتأمل.

[مسألة 5: الثمن المشروط ردّه إن كان كلياً في ذمّة البائع]

مسألة 5: الثمن المشروط ردّه إن كان كلياً في ذمّة البائع - كما إذا كان في ذمّته ألف درهم لزيد، فباع داره بما في ذمّته، وجعل له الخيار مشروطاً برّد الثمن يكون ردّه بأداء (1) ما كان في ذمّته؛ وإن برئت ذمّته عمّا كان عليه بجعله ثمناً.

قوله مدّ ظلّه: «يكون ردّه بأداء».

لأنّ في مفروض المسألة لا بدّ من ذلك؛ ضرورة أنّ قضيّة البيع سقوط ما في ذمّته، ومقتضى الشرط ردّ الثمن خارجاً، وهذا لا يتيسّر إلاّ بتفويض مصداق منه.

ويمكن أن يقال: إنّ للبائع أن يحتال حتّى يفسخ المشتري عقده، فإذا انفسخ العقد اشتغلت ذمّة البائع بما برئت منه، فيكون هذا ردّ الثمن إليه، فيصحّ الفسخ والانفساخ بقاءً. ولا يخفى ما فيه.

[مسألة 6: إن لم يقبض البائع الثمن أصلاً]

مسألة 6: إن لم يقبض البائع الثمن أصلاً؛ سواء كان كلياً في ذمة المشتري، أو عيناً موجوداً عنده، فهل له الخيار والفسخ قبل انقضاء المدّة المضروبة، أم لا؟ وجهان، لا يخلو أولهما من رجحان. (1) قوله دام ظلّه: «من رجحان».

وعلل الشيخ الأنصاري (قدس سرّه): «بأن الردّ شرط على تقدير قبضه، ويحتمل عدم الخيار مع عدم القبض؛ لأنّ المشروط إذا كان ردّ الثمن، فلازمه مشروطيّة القبض أيضاً قبله، فلم يحصل شرط الخيار؛ وهو الردّ المسبوق بالقبض» (1) انتهى.

وقال السيّد الفقيه اليزدي (رحمه الله): «المسألة مبتنية على أن الردّ هل هو معتبر من باب الموضوعيّة، أو من باب الطريقيّة لوصول الثمن إلى المشتري؛ أي حصوله عنده؟

فعلى الأوّل لا خيار؛ لعدم تحقّق شرطه وهو الردّ المسبوق بالقبض، لا لاشتراط القبض قبله كما بيّنه المصتّف، بل لعدم تحقّق الموضوع حينئذٍ.

وعلى الثاني فله الخيار؛ لأنّ المفروض حصول الثمن عنده، والغالب في أنظار العرف هو الطريقيّة» (2) انتهى.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 230/السطر 19.

2- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 26/السطر 33.

ولو قبضه، فإن كان الثمن كلياً فالظاهر أنه لا يتعين عليه ردّ عين ذلك الفرد المقبوض، بل يكفي ردّ فرد آخر ينطبق الكلي عليه، إلا إذا صرح (1) باشتراط ردّ عينه إليه. وإن كان شخصياً لم يتحقق الردّ إلا بردّ عينه، فلو لم يمكن ردّه بتلف ونحوه سقط الخيار، وما ذكره خيار المتأخرين على الأكثر.

أقول: لو كان يكفي حصول الثمن عنده، فيلزم الخيار لو ردّه إليه بعنوان الأمانة، أو لو غصبه المشتري، وحيث إنّه لا خيار فيهما فيعلم: أن ردّ الثمن من العناوين القصديّة التي لا تحصل إلا بتفويض الثمن، أو الرضا بالبقاء عند المشتري إذا وصل إليه و لو كان من زمان قبل البيع عنده.

و أمّا في صورة الغفلة عن الحال، فلا يبعد ثبوت الخيار بدعوى: أن قصد عنوان الوديعة والغصب الخارجي يضرّ بالشرط، و أمّا عند عدمهما فيحصل الشرط عرفاً؛ لعدم الخصوصية بالغائها، لا الطريقيّة المذكورة في كلماتهم.

فأخذ عنوان «الردّ» لا يلغي مطلقاً، كما لا يؤخذ به مطلقاً، والسرّ أن المسألة عرفيّة واستظهاريّة، ربّما يختلف كيفية الجهل في الإفادة والاستفادة، وفي صورة الشكّ لا يثبت الخيار.

قوله مدّ ظلّه: «إلا إذا صرح».

فإنّه في صورة الإطلاق وإن تعيّن الكلي بالفرد، إلا أن بناء البيع

إلا إذا شرط صريحاً (1) ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين. نعم، إذا كان الثمن ممّا انحصر انتفاعه المتعارف بصرفه، لا ببقائه كالنقود، الخياري على التصرّف في الثمن أيّ تصرّف شاءه البائع، فيكون البناء المذكور شاهداً على جواز ردّ الفرد الآخر، ولذلك لا يتعيّن إلا مع التصريح بالخلاف هدماً لهذا البناء.

قوله دام ظلّه: «إلا إذا شرط صريحاً».

في صورة عدم الاشتراط يسقط الخيار؛ لعدم تمكنه من شرط خياره وهو ردّ الثمن بعينه. بل ولو كان له الخيار وكان تنفيذه بالردّ، يسقط الخيار أيضاً، وربما يستند السقوط إلى أمر أسبق على التلف، كما إذا أتلفه البائع، فتأمل.

وأما في صورة الاشتراط، فربّما يناقش في صحّة هذا الشرط: بأنّ في صورة الفسخ لا بدّ من تبادل العوضين، وحيث لا ثمن فلا يعتبر فسخ العقد، فلا يصحّ شرط ردّ غير الثمن المذكور في العقد.

وأنت خبير بما فيه؛ ضرورة أنّ ماهيّة الفسخ ليست إلا حلّ العقد، وأما ردّ العوضين إلى ما كانا عليه قبل العقد، فهو من آثار الفسخ، وعند امتناع ردّ العوض بالتلف يردّ بدله، وحيث إنّ مع التصريح بأنّ سبب الخيار أعمّ من ردّ الثمن وبدله عند تلفه، يثبت الخيار برّد البدل، و يفسخ العقد، ويكفي البدل عن ضمان المبدل.

يمكن أن يقال: إنَّ المنساق من الإطلاق في مثله ما يعمّ بدله ما لم يصرّح بالخلاف. (1) قوله مدّ ظلّه: «ما لم يصرّح بالخلاف».

قد عرفت: أن المتعارف في البيع الخياري كون النظر و المقصود إلى صرف الثمن؛ سواء كان نقداً، أو جنساً كالحنطة ونحوها، فكلّما يتفق خلافه فلا بدّ من القرينة اللفظية أو الحالّية كخصوصية في ذات الثمن تنهض على أنّ الخيار مرهون برّد الثمن شخصياً، فما أفاده غير تامّ بحسب العادة في هذه الأعصار و الأمصار.

ثمّ إنّ قوله: «ما يعمّ بدله» يحتمل كون البدل في عرّض المبدل، فيكون مع وجود عين الثمن ردّ البدل كافياً، و يحتمل كونه في طوله، فيكون مع تلف المبدل ردّ البدل موجباً للخيار، و على التقديرين لا بأس بهما.

[مسألة 7: كما يتحقق الردّ بإيصاله إلى المشتري، يتحقق بإيصاله إلى وكيله المطلق]

مسألة 7: كما يتحقق الردّ بإيصاله إلى المشتري، يتحقق بإيصاله إلى وكيله المطلق، (1) قوله مدّ ظلّه: «وكيله المطلق».

نظراً إلى أنّ الشرط أعمّ.

وأمّا إذا كان المفروض ردّه إلى المشتري خصوصاً، أو على وجه لا ينطبق إلّا عليه، فقد استشكل المصنّف في درسه: بأنّ أدلّة الشروط قاصرة، و دليل الوكالة لا يقتضي إلّا نفوذ إيكال الأمر إلى الغير.

نعم، لو كانت الوكالة هي النيابة في الذات، و التنزيل في الصفات و الأفعال، كان لذلك وجه (1).

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ حكومة أدلّة الوكالة على العنوان المأخوذ شرطاً غير صحيحة؛ لأنّها من قبيل حكومة قوله (عليه السّلام): «الطواف بالبيت صلاة» (2) على العنوان المأخوذ في النذر فإنّه من نذر أن يصلّي صلاة كذا لا يجزي عنها الطواف بالضرورة، مع أنّ مقتضى الحكومة هو الإجزاء.

و توهم: أنّه فيما إذا صرح بالخصوصيّة لا يجوز الردّ إلى الوكيل حينئذٍ (3)، في غير محلّه؛ لأنّه لو ثبت التنزيل تحرز الخصوصيّة.

1- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 244.

2- عوالي اللآلي 1: 70/214، مستدرک الوسائل 9: 410، كتاب الحجّ، أبواب الطواف، الباب 38، الحديث 2.

3- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 232/السطر 4. منية الطالب 2: 53/السطر 16.

أو في خصوص ذلك (1)، أو وليّه، كالحاكم لو صار مجنوناً أو غائباً، بل و عدول المؤمنين في مورد ولايتهم. هذا إذا كان الخيار مشروطاً برّد الثمن، أو ردّه إلى المشتري، و أطلق.

نعم، إذا كانت للخصوصيّة مفهوم نفى الغير، فلا يكفي بالضرورة.

و الإنصاف: أنّ الحكومة متحقّقة بحسب الموازين، و لكنّ انصراف دليل الحاكم عن التوسعة في أمثال المقامات قطعيّ، و لذلك لا يجوز الطواف عن صلاة الصبح أيضاً، و تكون الحكومة فيما إذا نذر أن يعطي الفقير، و كان زيد فقيراً بالاستصحاب، فإنّه تحصل الحكومة بالضرورة، فتأمّل.

قوله: «أو في خصوص ذلك».

هذا بلا إشكال بشرط كون الشرط هو الرّد إلى الأعمّ، و إلّا فيتوجّه إليه ما مرّ، و من هنا يظهر ما في المسائل الآتية.

نعم، فيما إذا كان الشرط هو الرّد إلى الحاكم بعنوانه، فلا يبعد ظهور الشرط في الأعمّ، كما إذا شرط الأب أن يرّد المبيع إلى وليّ الطفل، فإنّ الرّد إلى الحاكم و الجدّ جائز مع مراعاة الترتيب.

و أمّا توهم: أنّ الرّد إلى النائب جائز؛ لأنّ الوكالة هي إيكال الأمر إلى الغير، و الحكومة و الولاية هي تولّي الغير أمور الغائب و المجنون، فلا يحرز التنزيل، بخلاف النيابة، فإنّها تنزيل الغير مقامه

وَأَمَّا لَوْ اشْتَرَطَ بَرَدَهُ إِلَيْهِ بِنَفْسِهِ وَإِيصَالَهُ بِيَدِهِ، فَلَا يَتَعَدَّى مِنْهُ (1) إِلَى غَيْرِهِ.

بِحَيْثُ يَعَدُّ هُوَ هُوَ فِي الْإِعْتِبَارِ، فَيَجُوزُ - حَسَبَ أُدْلَةِ النِّيَابَةِ الرَّدِّ إِلَى النَّائِبِ وَ لَوْ كَانَ الشَّرْطُ مَخْصُوصًا بِالرَّدِّ إِلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ نَفْسُهُ.

فَهُوَ غَيْرُ تَامٍّ:

فَأَوَّلًا: لِأَنَّ النِّيَابَةَ فِي غَيْرِ اسْتِرْدَادِ الثَّمَنِ لَا تَكُونُ كَافِيَةً، وَهَكَذَا الْوَكَالَةَ؛ لِأَنَّهَا أُمُورٌ تَقْبَلُ التَّفْكِيكَ، فَلَا بَدَّ مِنْ كَوْنِهِ نَائِبًا عَامًّا فِي جَمِيعِ الشُّوْنِ، أَوْ نَائِبًا خَاصًّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، كَمَا هُوَ الْمَفْرُوضُ هُنَا أَيْضًا.

وَثَانِيًا: لَا أَثَرَ لِأَدْلَةِ النِّيَابَةِ وَ لَا خَبَرَ فِيهَا إِلَّا الْبِنَاءَاتِ الْعَقْلَانِيَّةَ، وَ هِيَ قَاصِرَةٌ عَنِ إِثْبَاتِ هَذَا النُّحُوِّ مِنَ الْإِتِّحَادِ وَ الْوَحْدَةِ حَتَّى لَا يَجُوزُ الْاِقْتِدَاءُ بِالنَّائِبِ عَنِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ الْمَيِّتُ مَثَلًا وَ هَكَذَا.

قَوْلُهُ دَامَ ظَلَمَهُ: «لَا يَتَعَدَّى مِنْهُ».

قَدْ تَبَيَّنَ مِمَّا سَلَفَ وَجْهَ التَّعَدِّيِّ، وَ لَكِنَّ الْإِنْصَافَ أَنَّ التَّعَدِّيَّ مَمْنُوعٌ، كَمَا أَنَّهُ فِي صُورَةِ الْإِطْلَاقِ لَا يَبْعُدُ الْاِكْتِفَاءَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ أَعْمَ، فَلَا تَخْلُطُ.

[مسألة 8: لو اشترى الولي شيئاً للموئى عليه بيع الخيار]

مسألة 8: لو اشترى الولي شيئاً للموئى عليه بيع الخيار، فارتفع حجره قبل انقضاء المدّة و ردّ الثمن، فالظاهر تحقّقه (1) بإيصاله إلى الموئى عليه، فيملك البائع الفسخ بذلك، قوله مدّ ظله: «فالظاهر تحقّقه».

لما مرّ، و لكن سقوط ولايته عليه برفع الحجر، لا يوجب جواز ردّ الثمن إليه، فله الامتناع عن القبول بدعوى: أنّ الشرط مخصوص به.

نعم، إذا شرط أن يردّ إليه تعييناً أو تخييراً، عرضاً أو طوّلاً، فوصلت النوبة إليه، يملك البائع الفسخ بالردّ إليه.

و غير خفيّ: أنّ عبارة المتن ساكتة عن كون الشرط هو الردّ إلى الولي، أو هو الأعمّ.

و توهم عدم جواز الشرط بردّ الثمن إلى الموئى عليه إلّا في بعض الصور، كما إذا كان تأريخ رفع الحجر معلوماً، و إلّا فتلزم الجهالة في المدّة، في محلّه، إلّا أنّه قد عرفت المناقشة في كبرى المسألة (1).

وبالجملة: لو كان الشرط رجوعه إلى نفسه أو إلى الولي، فيجوز الردّ إلى الولي الآخر؛ قضاءً للأعمّ.

و أمّا إذا كان الشرط أخصّ فالردّ إلى الولي الآخر أيضاً غير بعيد؛ لأنّ الخصوصية تكون ناظرة إلى نفي الأجنبيّ.

و لا يكفي (1) الردّ إلى الولي بعد سلب ولايته.

وأما إذا كانت الخصوصية المأخوذة نافية للحاكم والولي الآخر، فإن كان الولي مثل الأب بل الجدّ، فلا يبعد صحّة الشرط؛ لعدم اعتبار المصلحة في تصرّفات، بخلاف ما إذا كان من قبيل الحاكم، فإنّه لا بدّ من رعاية الغبطة و المصلحة، فعليه يجوز للمولّى عليه عند رفع الحجر دعوى: أنّ الردّ خلاف المصلحة، أو فيه المفسدة، و تكون هي مسموعة؛ بناءً على اعتبار عدم المفسدة حتّى في تصرّفات الأب و الجدّ، فتأمل جدّاً.

قوله مدّ ظلّه: «و لا يكفي».

و لو كان الشرط هو الردّ إليه شخصاً فإذن يشكل؛ لأنّه يستلزم ضرر البائع، ضرورة أنّ الخيار باعتبار دفع الضرر أحياناً أو الحرج، و إذا منع المشتري من القبول بانسلاّب ولايته، و المولّى عليه لا يقبل الردّ؛ لكونه أجنبياً عن الشرط، يلزم وقوعه في الضرر و الحرج المنفيين.

و ينحلّ الإشكال بأنّه من قبيل جعل الخيار للأجنبيّ فإنّه بموته ينسدّ باب الردّ عليه، فيقع بسوء اختياره، و فيما نحن فيه أيضاً كذلك، فكان عليه المحافظة على أمره و شرطه.

ولو اشترى أحد الوليين كالأب، فهل يصح الفسخ مع ردّ الثمن إلى الولي الآخر كالجّد؟ لا يبعد ذلك (1)، خصوصاً (2) فيما إذا لم يتمكّن من الردّ إلى الأب في المثال. وأمّا لو اشترى الحاكم ولاية، فالأقوى (3) عدم كفاية الردّ إلى حاكم آخر. وهذا أيضاً كما مرّ في المسألة السابقة فيما إذا لم يصحّ برده إلى خصوص المشتري بنفسه، وإلا فلا يتعدّى منه إلى غيره.

قوله مدّ ظلّه: «لا يبعد ذلك».

لما مرّ من أنّ الشرط أعمّ (1) حتى في صورة ذكر الخصوصية، اللهمّ إلا إذا رجعت على وجه لا ينطبق إلا على الأب مثلاً، فيأتي ما مرّ من التفصيل؛ لاحتمال لزوم مراعاة جانب المولّى عليه مصلحةً ومفسدةً، فلا تغفل.

قوله مدّ ظلّه: «خصوصاً».

لا وجه له؛ لأنّه إن كان الشرط أعمّ فيجوز على الإطلاق، وإن كان أخصّ فلا يجوز على الإطلاق.

قوله مدّ ظلّه: «فالأقوى».

قد تبين وجه المسألة، ووجه التفصيل بين صورتها الإمكان وعدمه، ووجه فساده.

وبالجملة: المدار على ملاحظة حال الشرط و حدود دلالة القضية

الشرطيّة.

وأما توهم: أنّ قبول الحاكم الثاني مزاحم للحاكم الأوّل، فهو ولو كان من الشيخ (رحمه الله) (1) في غير محلّه؛ لأنّه إن كان الشرط خاصّاً فلا يجوز الردّ، ولو كان عامّاً فهو تأكيد لحكم الأوّل، لا مزاحمة.

نعم، في تخصيص الحاكم على وجه لا ينطبق إلّا على نفسه- بحيث لا يكفي الردّ إلى غيره إشكال؛ للزوم كونه على مصلحة المولّى عليه، فالإطلاق المشاهد هنا في المتن، ممنوع من جهات أُشير إليها في طيّ المسائل.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري، الشيخ الأنصاري: 232/السطر 23.

[مسألة 9: لو مات البائع ينتقل هذا الخيار كسائر الخيارات- إلى ورثته]

مسألة 9: لو مات البائع ينتقل هذا الخيار (1) كسائر الخيارات- إلى ورثته، فيردّون الثمن و يفسخون، فيرجع إليهم المبيع على قواعد الإرث، كما أنّ الثمن المردود أيضاً يوزّع عليهم (2) بالحصص. و لو مات المشتري فالظاهر جواز الفسخ؛ برّد الثمن إلى ورثته. نعم، لو جعل الشرط ردّه إلى المشتري بخصوصه و بنفسه و بمباشرة، فالظاهر (3) عدم قيام ورثته مقامه، فيسقط الخيار بموته.

قوله مدّ ظلّه: «ينتقل هذا الخيار».

يأتي تفصيله في أحكام الخيار إن شاء الله تعالى (1).

قوله: «عليهم».

أي على ورث المشتري، و يشكل التورث لأجل أنّ العوضين يرجعان إلى ملك المتعاقدين، و لا يورث حينئذٍ؛ لأنّه من الملك الجديد بعد الموت، و تفصيله مع حلّه في محلّه إن شاء الله تعالى.

قوله: «فالظاهر».

إذا فهم من الشرط معنى أعمّ، و إلّا فإن قلنا: بأنّ الإرث هو انتقال الأعيان إلى الورثة، فلا يجوز، و إن قلنا: إنّ قيام الورثة مقام المورث، و يكون من التنزيل في الاعتبار و عند الشرع، فيجوز مطلقاً حتّى في صورة التخصيص، و حيث لا سبيل إلى الثاني- لأنّه باطل عرفاً و شرعاً يشكل الجواز هنا جداً.

[مسألة 10: كما يجوز للبائع اشتراط الخيار له برّد الثمن]

مسألة 10: كما يجوز للبائع اشتراط الخيار له برّد الثمن، كذا يجوز للمشتري (1) اشتراطه له برّد الثمن. و الظاهر المنصرف إليه الإطلاق فيه ردّ العين، فلا يتحقّق برّد بدله و لو مع التلف، إلّا أن يصرّح برّد ما يعمّ البدل، (2) قوله: «كذا يجوز للمشتري».

على القواعد العامّة، من غير حاجة إلى إلغاء الخصوصية من الأخبار الخاصّة بالمسألة السابقة، و ما عن «المستند» من المناقشة في الأصل (1) يجري هنا، و الجواب واضح؛ فإنّ الشرط المزبور ليس مخالفاً للكتاب.

قوله: «برّد ما يعمّ البدل».

في هذه الصورة تكون المعاملة عقلائيّة إذا كان المثلّم شخصيّاً، كما إذا اشترى فرساً بكتاب على أنّه إن ردّ إليه الفرس أو بدله مثلاً أو قيمته، يرّد إليه الكتاب، و يكون له الخيار.

و أمّا إذا كان المثلّم كليّاً، فالشرط المزبور يرجع إلى أنّه إن ردّ إليه الفرس أو شيئاً بدله، يرّد إليه ألف دينار، و هذا ليس من شرط ردّ المثلّم، بل هو من شرط ردّ ما يماثله؛ لما لا تعيّن له، و الأمر سهل.

ويجوز اشتراط الخيار لكلّ منهما (1) برّد ما انتقل إليه.

قوله دام ظلّه: «لكلّ منهما».

على سبيل الاستقلال، وعلى سبيل الاجتماع، فلورّد أحدهما دون الآخر لا يكون على الفرض الثاني له الخيار، و اشتراط ردّ ما انتقل إليه أيضاً يمكن على الوجه المزبورة.

بقي شيء: وهو أنّ في عصرنا بيع الخيار وبيع الشرط، والمشهور بين المعاصرين بطلانه (1)؛ لأنّه ليس من بيع الخيار الشرعيّ، فإنّ فيما تعارف يكون للمشتري حقّ بيع الدار بأخذ الثمن، ورّد الباقي إلى البائع، والذي تحرّر متّ جواز ذلك بالشرط في ضمن البيع؛ نظراً إلى الأدلّة العامّة، ولا بأس بأن يكون هو من قبيل الفرار من الرّبا، فلا تخلط.

1- منهاج الصالحين، السيّد الخوئي، قسم المعاملات: 42 المسألة 164.

[الرابع: خيار الغبن]**إشارة**

الرابع: خيار الغبن.

وهو فيما إذا باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه مع الجهل بالقيمة، فللمغبون خيار الفسخ (1). وتعتبر الزيادة و النقيصة مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى مائة دينار بأقلّ منه بكثير مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن؛ لأنّ المبيع بباع الخيار ينقض ثمنه عن المبيع بالمبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط.

قوله مدّ ظلّه: «خيار الفسخ».

وفاقاً للأكثر، بل عن «الغنية» (1) و «المختلف» (2) الإجماع عليه صريحاً، و عن «نهج الحقّ» نسبته إلى الإمامية (3)، وفي «التذكرة» إلى علمائنا (4). خلافاً لأكثر المخالفين إلا مالك (5). و استدللّ عليه في الكتب المفصلة (6) بالكتاب آية التجارة (7)، و بالسنة بطائفتين من

1- هذه العبارة سقطت من الغنية المطبوعة في ضمن الجوامع الفقهيّة. راجع سلسلة الينايع الفقهيّة 13: 214.

2- مختلف الشيعة 1: 346/السطر 32.

3- نهج الحقّ: 481.

4- تذكرة الفقهاء 1: 522/السطر 40.

5- المغني لابن قدامة 4: 90 91 و الشرح الكبير 4: 79.

6- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 234/السطر 23، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 265 و مابعدھا، مصباح الفقاهة 6: 293 و مابعدھا.

7- النساء (4): 29.

الأخبار⁽¹⁾ غير راجعتين إلى محصل؛ لأن الدلالة ممنوعة، مضافاً إلى ضعف سندهما.

وقضية الآية بطلان البيع الغبني إن كان باطلاً، وإلا فيصح، ولا تدلّ على الجواز الحقي إلا ببعض تقاريف غير نقيّة ذكرنا أحسن وجوهاً في كتابنا الكبير.

وأما الاستدلال عليه بقاعدة «لا ضرر...»⁽²⁾ فهي مضافاً إلى المناقشات الكثيرة، تقتصر عن إثبات الجواز الحقي المورث أيضاً. هذا مع أنّ مقتضى ما عرفت منّا أنّ القاعدة تنفي اللزوم، والخيارُ الثابت بأدلّته في غير المقام يجتمع مع اللزوم في الاعتبار فإنّ العقد الخياري ليس معناه التزلزل في العقد، بل معناه تمكّن الإنسان من إعدامه، كسائر البناءات والعقود.

1- الطائفة الأولى المرسلة المروية عن النبيّ (صلى الله عليه وآله وسلم) «أنّه نهى عن تلقّي الركبان وقال: من تلقّاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق»، عوالي اللآلي 1: 85/218 و دعائم الإسلام 2: 64/31. الطائفة الثانية جملة من الروايات كرواية إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله (عليه السلام) ف قال: «غبن المسترسل سحت»، ورواية ميسّر عنه (عليه السلام) قال: «غبن المؤمن حرام». وسائل الشيعة 18: 31، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 17.

2- الكافي 5: 2/292، ووسائل الشيعة 18: 32، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 17، الحديث 3 5.

مثلاً: عقد البيع لازم، وجميع العقود غير الخيارية المعاوضيّة لازمة، مع أنّها تنفسخ بالتقاييل، من غير كونها متزلزلة ولا جائزة، والخيار بمنزلة التقاييل الطرفي الذي سلّطه الشارع على حلّه، فاعتنم.

وبالجملة: حقيقة الخيار ذلك، وتلك القاعدة تقصر عن إثبات مثله.

وربّما استدلل المصنّف ببناء العقلاء(1)، وهو لو كان حقّاً فربّما يدعى مردوعيته بأدلة لزوم العقد، كـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(2)» و ذيل روايات خيار المجلس(3)، فإنّ قوله (عليه السلام): «فإذا افترقا وجب البيع»(4) يقتضي بإطلاقه لزوم البيع الغبنيّ، ولو قلنا بقصورها عن إمكان الرادعيّة- كما تحرّر في سائر البناءات العقلانيّة فإنّ الإطلاق والعمومات لا تكفي لذلك، بل لا بدّ هناك من نصوص خاصّة.

فالأظهر: أنّ بناء العقلاء قاصر عن إثبات الخيار على الوجه المقصود؛ ضرورة أنّ مع بذل التفاوت يشكل دعواه، بل الظاهر أنّه لا بناء لهم عليه في الصورة المذكورة في المتن، فإنّ العقلاء غير ملتزمين بخيار

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 281.

2- المائدة (5): 1.

3- وسائل الشيعة 18: 5، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1 و 2.

4- الكافي 5: 170/7، وسائل الشيعة 18: 6، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 1، الحديث 4.

الغبين في بيع الخيار جزماً، وما ذكره لتصوير الخيارات في البيع الواحد عَرَضاً أو طَوَّلاً، كما نحن فيه فإنَّ الخيار المشروط في العقد مقدّم على الخيار الغبني؛ بناءً على القول بأنَّ مبدأه التسليم كما قيل، أو مبدأه ظهور الغبن كما عن الأكثر (1)، وهو الظاهر من أخبار تلقّي الركبان (2).

فبالجملة: قد ذكرنا في كتابنا الكبير أنّ الخيار الثابت للعقلاء فرضاً في البيع الغبني، هو الاختيار بين الإمضاء والرّد الذي هو ثابت في بيع الفضوليّ والمكروه، فإنَّ المغبون إذا كان ملتفتاً إلى الغبن، فلا بدّ لإقدامه على المعاملة الضرريّة من غرض عقلائيّ، فلا خيار له، وإلاّ فيكون من البيع والأكل بالباطل، وهكذا لو كان جاهلاً وغير معتنٍ بهذه الأمور. ولو كان من الضرر اليسير غير الفاحش فلا خيار أيضاً له عندهم.

وبالجملة: تحصّل أنّ خيار الغبن بالمعنى المقصود غير ثابت، كما استشكل عليه المحقّق في درسه الشريف (3)، واختار الإسكافيّ أنّه لا خيار (4)، ولو شكّ فقضيّة الأصل هو اللزوم على ما تحرّر. ومن هنا يظهر وجه قوله -مدّ ظلّه في الفرع الآتي، ويتبيّن وجه المناقشة في ثبوت

1- المبسوط 2: 87، سلسلة الينابيع الفقهيّة 13: 214، شرائع الإسلام 2: 16.

2- مستدرک الوسائل 13: 280، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب 29.

3- لاحظ الدروس الشرعيّة 3: 275.

4- لاحظ مختلف الشيعة: 346/السطر 29، والدروس الشرعيّة 3: 275.

الخيار ولو كان غبناً في بيع الخيار وفي سائر الشروط.

وربما يتوهم: أن مبنى خيار الشرط على تخلف الوصف أو الشرط الضمني، كما اختاره السيّد الفقيه اليزدي وجمع كثير⁽¹⁾، تبعاً للشيخ في غير المقام⁽²⁾، وهذا أهون وأظهر فساداً من دعوى بناء العقلاء على رجوع خيار الغبن إلى خيار آخر.

هذا مع أن الاشتراط الضمني يرجع إلى الاشتراط الذكري، فيصح أن يحتجّ المشروط له على المشروط عليه بذلك، مع أن الضرورة تحكم بخلافه، ولا عهد منه بين العقلاء في صورة تخلف المشروط عليه، ولا ينبغي الخلط بين المعاملات العامّة الدائمة، وبين قسم خاصّ منه ربّما يكون فيه ذلك.

ومما يشهد على أن خيار الغبن لا أصل له: أن المسائل العقلية لها مناشئ خاصّة، مثلاً ثبوت خيار الغبن يكون لأجل أن بناء المعاملات على عدم الاغترار، ومعناه المساواة في الماليّة مساواة عرفية تسامحية، فعلى هذا يكون البيع مردداً بين الصحّة والفساد، فيحتاج إلى الرضا والإمضاء على وجه لا يعدّ من السفه في المعاملة كما لا يخفى، فتأمل.

1- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 38/السطر 24، ومنية الطالب 2: 57/السطر 18.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 234/السطر 24.

و يشترط فيه أن يكون التفاوت بما لا يتسامح فيه (1) في مثل هذه المعاملة، و تشخيص ذلك موكول إلى العرف، و تختلف المعاملات في ذلك، فربما يكون التفاوت بنصف العشر بل بالعشر، ممّا يتسامح فيه، و لا يعدّ غبناً، و ربّما يكون بعشر العشر غبناً، و لا يتسامح فيه، و لا ضابط لذلك، بل هو موكول إلى العرف.

قوله مدّ ظلّه: «بما لا يتسامح فيه».

كما في كلام جلّ من المتأخّرين(1)، آخذين ذلك عن الشهيد الثاني في تفسير «ما لا يتغابن به الناس»(2) و قد اشتملت كلمات الأسبقين على ذلك(3)، و لعلّه متّخذ عمّا في رواية «دعائم الإسلام»(4) فيكون المناط على ما لا يتغابن به الناس، و فيها التصريح بأنّ الخيار ثابت إذا كان الأمر فاحشاً و الغبن بيّناً، و على كلّ تقدير يكون المقصود معلوماً؛ و هو إلحاق الغبن المتقارب من الغبن المتعارف به، و ما هو موضوع الخيار هو الغبن الفاحش.

و غير خفيّ: أنّ قضية «لا ضرر ..» ثبوت الخيار مطلقاً، و الانصراف المدعى أحياناً غير ثابت، فتكون القاعدة مخصّصة بالإجماع و السيرة.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 234/السطر 24.

2- الحدائق الناضرة 19: 41، رياض المسائل 1: 525/السطر 9، جواهر الكلام 23: 43.

3- الروضة البهيّة 1: 377/السطر 21.

4- دعائم الإسلام 2: 150/56.

[مسألة 1: ليس للمغبون مطالبة الغابن بتفاوت القيمة]

مسألة 1: ليس للمغبون (1) مطالبة الغابن بتفاوت القيمة، بل له الخيار بين أن يفسخ البيع، أو يرضى بالثمن المسمّى. كما أنّه لا يسقط خياره ببذل الطرف التفاوت، نعم مع تراضيهما لا بأس به.

قوله دام ظلّه: «ليس للمغبون».

ما ذكره في هذه المسألة مبنيّ على أنّ هذا الخيار إجماعيّ، ولا دليل شرعاً على أزيد من خيار حلّ الفسخ، ولا دليل على سقوطه بما وراء المسقطات الآتية، فإنّ سقوطه بها لا يرجع إلى اشتراطه بعدمها، بخلاف هذا فإنّ معنى سقوطه به اشتراطه بعدم البذل.

[مسألة 2: الخيار ثابت للمغبون من حين العقد]

مسألة 2: الخيار ثابت للمغبون من حين العقد (1)، وليس بحادث عند علمه بالغبن، قوله دام ظلّه: «من حين العقد».

إجماعاً كما في «التذكرة» (1) ويعارضه الإجماع في «الغنية» (2) و ظاهر «المبسوط» (3) و «الشرائع» (4) و عليه شهرة المتأخرين (5).

وبالجملة: ما هو السند قبل الاتفاق؛ أنّ اشتراط الظهور أو كونه تمام الموضوع، يحتاج إلى دليل لا أثر منه.

نعم، ربّما يستظهر من أخبار تلقّي الركبان (6)، دخالة الظهور في ثبوت الخيار، حيث ورد فيها عن النبيّ (صلى الله عليه وآله وسلم) أنّه نهى عن تلقّي الركبان. وقال: «من تلقّاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق» (7).

و الظاهر منه دخالة القيد ولو أُفيد ب «إذا» التي هي للتوقيت أقرب

1- تذكرة الفقهاء 1: 40/522.

2- هذه العبارة سقطت من الغنية المطبوعة في ضمن الجوامع الفقهيّة. راجع سلسلة الينابيع الفقهيّة 13: 214.

3- المبسوط 2: 87.

4- شرائع الإسلام 2: 16.

5- جواهر الكلام 23: 43.

6- مستدرك الوسائل 13: 280، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب 29.

7- مستدرك الوسائل 13: 281، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب 29، الحديث 2.

من كونها للتعليق، و لو لا ضعف إسنادها لكان دلالتها تامّة.

وأفاد المصنّف امتناع كون العقد مبدأ اعتبار الخيار، و الظهور شرطاً لأنّه عند ظهور الشرط لا مشروط، ضرورة أنّ الغبن حين العقد معنى حدّثي.

وأجاب عنه: بأنّ ما هو موضوع حكم العقلاء أو الشرع؛ هو المعنى الحدّثي الباقي في ظرفه (1).

وإن شئت قلت: الخيار ثابت للبائع بالنسبة إلى العقد الباقي لأجل الغبن، فلا سبب للغبين بوجوده الخارجي.

وبالجملة: قضية القواعد أنّ الغبن تمام الموضوع لاعتبار الخيار في العقد؛ بناءً على كون العقد تمام الموضوع للزوم.

وأما بناءً على أنّ في الاعتبارات العقلية عقداً وبيعاً، و البيع وفاء بالعقد، و قبل المبادلة لا يكون العقد لازماً، فيكون الخيار ثابتاً من حين المبادلة، و هذا هو الذي قوينا في كتابنا الكبير (2).

و توهم جواز إسقاط الخيار قبل العلم به في ضمن العقد و قبل المبادلة الخارجية و لو من طرف واحد، و هو يشهد على أنّ الخيار ثابت من الأوّل، و يكون مبدأ اعتباره العقد الغنبي، غير سديد؛ لأنّ الإسقاط قبل

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 302 304.

2- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

الثبوت وبعد تمامية ما هو كالمقتضى، جائز عندهم، ففي صورة احتمال الغبن يصح الإسقاط التقديري، ويؤثر أثره في ظرفه، فتدبر.

وغير خفي: أن ما يدل من الأخبار فرضاً على الغبن - كخير إسحاق بن عمّار، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «غبن المسترسل سحت» (1) أو «غبن المؤمن حرام» (2) ولو كان بإطلاقها دالة على أن الغبن الواقعي يوجب الخيار، إلا أن المنصرف منها ما هو العقد وبيع الذي لولا الغبن لكان لازماً من جهة عدم الغبن؛ ولو كان فيه خيار الحيوان والمجلس. هذا مع أن القوم ناقشوا في دلالتها على أصل المسألة (3).

وبالجملة: ما هو الوحيد لإثبات خيار الغبن الحقيقي المقصود منه هنا هو الإجماع، والقدر المتيقن منه حال الظهور، فقول المتأخرين غير متين جداً.

-
- 1- الكافي 5: 14/153، وسائل الشيعة 18: 31، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 17، الحديث 1.
 - 2- الكافي 5: 15/153، وسائل الشيعة 18: 32، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 17، الحديث 2.
 - 3- جواهر الكلام 23: 42، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 235/السطر 29، البيع، الإمام الخميني (قدس سره) 4: 281.

فلو فسخ قبل ذلك وصادف الغبن انفسخ. (1) نعم، قد عرفت ممّا: أنّ خيار الغبن عندنا كإجازة الفضولي (1)، فلا- نحتاج إلى تحرير الإجماع و تقريره، فاغتنم.

فحصّل: أنّ الاحتمالات ثلاثة، و الثالث ما أبدعناه وقرّبناه؛ و هو أنّ مبدأ هذا الخيار هو البيع، أي التبادل المترتب على عقده.

قوله مدّ ظلّه: «انفسخ».

لا إشكال عندنا في أنّ الفسخ يؤثّر في حلّ العقد في هذه الصورة؛ لأنّه إن كان تبادل وغبن فقد كان له الخيار، و إن لم يكن تبادل فالعقد غير لازم.

وإنّما الإشكال في أنّ الانفساخ لأجل الخيار المستند إلى الغبن الواقعيّ، أم هو لأجل ما ذكرنا، و قد عرفت أنّ مقتضى ما هو مرامهم- من أنّ الخيار الحقيّ ثابت، و لا يجوز بذل ما به يرتفع الغبن هو الأخذ بالقدر المتيقّن؛ لأنّ الدليل المثبت لهذا الحقّ، ليس إلا الإجماع بالضرورة عند المحصّلين منهم، فراجع.

[مسألة 3: لو اطلع على الغبن و لم يبادر بالفسخ]

مسألة 3: لو اطلع على الغبن و لم يبادر بالفسخ، فإن كان لأجل جهله بحكم الخيار، فلا إشكال (1) في بقاءه. وإن كان عالماً به، فإن كان بانياً على الفسخ غير راضٍ بالبيع بهذا الثمن، لكن آخر الفسخ لغرض، فالظاهر بقاءه. (2) قوله: «فلا إشكال».

وفي «المتاجر»: «لا خلاف في معذورية الجاهل بالخيار في ترك المبادرة؛ لعموم نفي الضرر» (1) انتهى.

والتعليل عليل؛ إما لأجنبيّة القاعدة عن مسألة الحكومة على الأدلة، أو لأجنبيّتها عن المقام؛ لما لا يثبت بها الحقّ.

نعم، لا يبعد ذلك بحكم العقلاء إذا كان الخيار عقلاً، كما هو مختار الماتن (2). ولو كان المستند هو الإجماع (3) كما هو الأظهر فلا يبعد السقوط؛ لأنّ الحكم مشترك بينهما، فإن فوراً ففوراً على الإطلاق، وإن تراضيا فكذلك و لو أمكن احتمال الاختصاص.

قوله مدّ ظلّه: «فالظاهر بقاءه».

لما أُشير إليه من البناء العقلائيّ عليه في أصل الخيار و حكمه (4)،

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 244/السطر 15 16.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 281.

3- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 235/السطر 34.

4- تقدّم في الصفحة 160 161.

و هو مقتضى إطلاق آية الوفاء بالعقود(1)؛ لأنه المرجع، دون الاستصحاب. هكذا مبناه- مدّ ظله(2).

والحقّ: أنّ آية الوفاء بالعقود أجنبيّة عن المسائل التجاريّة، واستصحاب الخيار ممنوع جريانه في ذاته، فتصل النوبة إلى استصحاب حكم العقد، وهو أيضاً غير محرز لأصل السبب المانع عن جريان حكم الخيار؛ ضرورة أنّ الشكّ إن كان كلياً فمنشأ احتمال الفسخ، وهو هنا غير محتمل، وإن كان منشأ إجمال الدليل، فلا يمكن الاستصحاب؛ للزوم جرّ الحكم إلى موضوع آخر.

وإن كان شخصياً، فلا يقين بالنسبة إلى ما في الخارج؛ لأنّ الخارج مصدوق عليه، ولا بدّ من كون موضوع الدليل خارجياً حتّى يفيد اليقين المتعلّق به، وأمّا اليقين المتعلّق بالشخص المنطبق عليه عنوان الدليل، فهو ليس موضوع الحكم عند الشرع وإن كان موضوعاً بمقتضى الشكل الأوّل والقياس المنطقيّ. وعلى هذا، يكون المرجع إطلاق دليل قطعيّ غير الآيّة؛ إذا كان يقتضي لزوم العقد، فحديث جريان استصحاب حكم المخصّص بلا أساس ذاتاً، والتفصيل في محله.

1- المائدة (5): 1.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 369.

نعم، ليس له التواني فيه بحيث يؤدي إلى ضرر (1) و تعطيل أمر على الغابن، بل بقاءه مع عدم البناء على الفسخ، وإثما بدا له بعد ذلك، لا يخلو من قوّة (2).

قوله مدّ ظلّه: «إلى ضرر».

لأنّ الإضرار محرّم، وهكذا التعطيل، فإنّه تحريج، وهو أيضاً غير جائز. ولا يلزم من ذلك سقوط خيار لو كان على التراخي، إلا على القول بحكومة مصداق من القاعدة على مصداق آخر.

ويمكن دعوى: أنّ جميع التصرفات في العوض للغابن جائزة حتّى الإتلاف، فلا يتصور الضرر والحرّج؛ لأنّ المناط قيمة يوم الفسخ.

نعم، لو قلنا: بأنّ المناط قيمة يوم المطالبة كما هو الأقوى عندنا، فتأخير الطلب ربّما يمنع، فلا تغفل.

قوله مدّ ظلّه: «لا يخلو من قوّة».

مرّ و تبين وجهه؛ فإنّ التفصيل بين الفرضين بلا وجه.

[مسألة 4: المدار في الغبن على القيمة حال العقد]

مسألة 4: المدار في الغبن على القيمة حال العقد، فلو زادت بعده لم يسقط (1) و لو قبل علم المغبون بالنقصان حينه، قوله مدّ ظلّه: «لم يسقط».

لأنّ الخيار المذكور تعبدي، فلو كان عقلاً فلا خيار بالضرورة، ولا سيّما إذا كانت الزيادة الجارية للغبن فورية.

نعم، إذا اطلع على الغبن، وكانت الزيادة في الأمانة المتأخرة، فالسقوط غير واضح.

و لو كان مستند الخيار الاشرط الضمني؛ حتّى يكون الخيار خيار تخلف الشرط حقيقة كما عليه جمع (1)، تبعاً لأحد احتمالات الشيخ (قدّس سرّه) (2) فيه، فالأمر كذلك؛ لأنّ ثبوت خيار التخلف عقلاً أيضاً و هو في هذه الصورة غير معلوم أصلاً. و مثله لو كان قاعدة «لا ضرر...».

و لو شكّ فالمرجع في أمثال هذه الأحكام هو استصحاب الخيار؛ لعدم الدليل اللفظي حتّى يكون هو المرجع. هذا مع أنّ مقتضى التحقيق: أنّ الخيار دليل لزوم العقد حتّى حين ثبوته، كما تحرّر في كتابنا الكبير (3)، فلا مرجعية صالحه إلا الاستصحاب.

1- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 38/السطر 24، منية الطالب 2: 57/السطر 18.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 234/السطر 24.

3- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

و لو نقصت بعده لم يثبت. (1) و توهم إطلاق الأدلة اللفظية المثبتة لخيار الغبن، غير سديد أصلاً، مع ما فيها أساساً.

قوله مدّ ظلّه: «لم يثبت».

و إلا يلزم ثبوت الخيار في كلّ بيع؛ ضرورة أنّ النقصان المتأخّر لو كان يورث الخيار للمشتري، يلزم أن تكون الزيادة على القيمة حين العقد موجبة للخيار للبائع، فلا يقوم حينئذٍ للمسلمين سوق.

ثمّ إنّ كما لا يثبت على القول: بأنّ مبدأ الخيار هو العقد، كذلك لا يثبت على القولين الآخرين، فتوهم أنّ الظهور لو كان شرطاً شرعياً، لكانت الزيادة المتأخّرة أو النقصان المتأخّر موجباً للخيار (1)، غير تامّ.

و من هنا يظهر: أنّ الزيادة الجابرة للغبن حين العقد، إذا كانت قبل الظهور، تمنع عن ثبوت الخيار؛ بناءً على القول: بأنّ مبدأ الخيار هي المبادلة أو ظهور الغبن.

بقي فرع: لو باع داره، و كان المشتري مغبوناً بالعرض، و قلنا إنّه يوجب الخيار، ثمّ نقصت قيمتها السوقية جدّاً، أو باع داره، و كان البائع مغبوناً، ثمّ زادت قيمتها، ففي الفرعين يثبت بقاعدة «لا ضرر..» خيار لكلّ منهما، و يرتفع الخيار؛ لكونه ضررياً.

1- لاحظ حاشية المكاسب، المحقّق الأصفهاني 2: 54/السطر 39 و ما بعده.

و تنحلّ المشكلة أولاً: بأنّ القاعدة ليست مستند الخيار.

و ثانياً: بعدم وجه لانحلالها إلى مصاديق؛ يكون أحدها مثبتاً، و الآخر رافعاً.

و ثالثاً: لو انحلت يكون إطلاق المصداق الأوّل، مثبتاً للخيار إلى حال اختلاف القيمة زيادة و نقيصة، و المصداق الآخر يقيده، و يوجب رفع الخيار في تلك الحال، فتأمل.

[مسألة 5: يسقط هذا الخيار بأمور]**إشارة**

مسألة 5: يسقط هذا الخيار بأمور:

[أحدها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد]

أحدها: اشتراط سقوطه (1) في ضمن العقد، قوله دام ظلّه: «اشتراط سقوطه».

قد مرّت المناقشة فيه (1) لورجع إلى عدم الثبوت، وأمّا الإسقاط في ضمن العقد المنتهى إلى سقوط ما يثبت بإطلاق الأدلة الشرعية، فهو فرع كون خيار الغبن حقاً يسقط، فلو كان المستند الإجماع أو الأخبار، فلا يبعد انصراف المعقد و محطها إلى أنّه الخيار المصطلح العقلاني الذي يسقط.

و مثله لو قلنا: إنّ الشرط الضمني (2)، على إشكال فيه التزم به من اتخذه سنداً.

و أمّا إذا كان المستند الآية أو القاعدة (3)، فلا يثبت به الحقّ وإن قرّبناه في محلّه، و حيث اختار المصنّف أنّ المستند هو بناء العقلاء (4)، فالاشتراط المزبور في محلّه.

نعم، إشكال التعليق و عدم الجزم (5)، ينحلّ بعدم مضرّيته حتّى

1- تقدّم في الصفحة 159.

2- تقدّم في الصفحة 172، الهامش 1.

3- وسائل الشيعة 25: 428، كتاب إحياء الموات، الباب 12، الحديث 3.

4- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 281 و 307 308.

5- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/السطر 25 26، و أيضاً حاشية المكاسب، المحقّق الأصفهاني 2: 59/السطر 33.

و يقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت مقصودة عند الاشتراط (2)، وشملته العبارة، فلو كان المشروط سقوط مرتبة من الغبن كالعشر، فتبين كونه الخمس، لم يسقط.

في الإيقاعات، فضلاً عن أمثال هذه الإيقاعات.

ثم، أن المراد من «ضمن العقد» أعم من كونه بين الإيجاب والقبول، أو بعدهما، بعد كون الجملة متعلقة به عرفاً، وتفصيل الكلام ربّما أُشير إليه في الخيارين السابقين: المجلس، والحيوان.

قوله مدّ ظلّه: «اشتراط سقوطه».

وهذا ممّا هو المتفق عليه المفروغ عنه في كلماتهم (1)، وهو مقتضى كونه حقاً، والإشكال فيه تارة: من جهة أنّ سند خيار الغبن قاصر عن إثبات حقيته (2)، وأخرى: بأنّ السقوط خلاف الكتاب، في غير محله، وينفعك ما مرّ في خيار المجلس وغيره (3).

قوله مدّ ظلّه: «عند الاشتراط».

ذلك لأنّ الحقّ يحتاج في إسقاطه إلى الإنشاء، ولا معنى لسقوط

1- الدروس الشرعيّة 3: 276، جامع المقاصد 4: 302، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/السطر 31.

2- حاشية المكاسب، المحقق الأصفهاني 2: 59/السطر 3.

3- تقدّم في الصفحة 92 وما بعدها.

بل لو اشترط سقوطه وإن كان فاحشاً أو أفحش لا يسقط (1)، إلا ما كان كذلك بالنسبة إلى ما يحتمل في مثل هذه المعاملة، لا أزيد، فلو فرض أن ما اشتراه بمائة لا يحتمل فيه أن يسوى عشرة أو عشرين، وأن المحتمل فيه من الفاحش إلى خمسين، والأفحش إلى ثلاثين، لم يسقط مع الشرط المذكور إذا كان يسوى عشرة أو عشرين. هذا كله إذا اشترط سقوط الخيار الآتي من قبل العشرة مثلاً بنحو التقييد، ويأتي الكلام في غيره في الأمر الثاني.

ما زاد عن مفاد العبارة.

وهذا ليس معناه سقوط مقدار من الحق؛ حتى يقال بعدم تعدد الحق، بل معناه عدم سقوط الحق فيما إذا كانت المعاملة مشتملة على المرتبة العليا من الغبن، وكانت ألفاظ إنشاء الإسقاط، غير منطبقة عرفاً إلا على إسقاط الحق والخيار الناشئ من الغبن في المرتبة الخاصة، وسيمر عليك في المسقط الآتي تمام ما يتعلّق بالبحث هنا.

قوله دام ظلّه: «لا يسقط».

لأن الانصراف المذكور في المتن في حكم التصريح بالمقيّد، فلا تشمل العبارة إلا سقوط الخيار الناشئ من الغبن بمرتبة خاصة.

ولنا في المسألة بحث نشير إليه: وهو أن تجزؤ الخيار بحسب التصوّر والتصديق - كما في باب الإرث ممّا لا إشكال فيه، وعلى هذا إذا كان البيع مشتملاً على الغبن الأفحش، فإن قلنا: بأن صرف وجود الغبن

يورث الخيار، فالتقييد في مقام الإسقاط بالسبب، يورث عدم سقوطه إذا كان القيد غير منطبق على الخارج.

وإذا قلنا: بأن مجرد التجاوز عن الحد المتسامح فيه يورث الخيار، و سائر مراتب الغبن كالحجر جنب الإنسان، فالتقييد بالمرتبة العليا لا يورث سقوط الخيار الناشئ من تلك المرتبة؛ لأجل عدم وجود خيار له مقيداً بها.

نعم، يستظهر منه عرفاً سقوط خياره؛ لأن الراضي بالعقد و الملتزم بالبيع الغنبي بالغبن الأفحش، ملتزم بالفاحش عرفاً و لو أمكن التفكيك عقلاً، كما لا يخفى.

وفي المسألة احتمالات أخر ربما تجيء بعد ذلك. و أمّا ما هو الأظهر من بين الاحتمالين فهو الثاني بحسب النظر البدوي.

ويمكن الالتزام بسقوط خيار الغبن في صورة التقييد بالمرتبة الأولى؛ و لو كان الغبن في المرتبة العليا خلاف المرتكز العرفي، و يؤيد الاحتمال الأول، فيكون الغبن في كل بيع بمرتبة موجباً للخيار.

أو يقال: إن إسقاط الخيار المتقيّد بالمرتبة الأولى، يورث سقوطه على نعت التجزؤ، و تصير النتيجة عدم الخيار له إذا كان الأفحش ممّا يتسامح فيه بعد سقوط تلك المرتبة.

مثلاً: إذا كان غبنه لأجل العشرين، و أسقط الخيار الناشئ من

[ثانيها: إسقاطه بعد العقد و لو قبل ظهور الغبن]

ثانيها: إسقاطه بعد العقد و لو قبل ظهور الغبن؛ إذا أسقطه على تقدير ثبوته. (1) الخمسة عشر، يسقط خياره، و المقدار الباقي لا يقتضي الخيار، و إسقاط الخيار المقيّد يرجع في الحقيقة إلى مضيّه عن حقه و هو الخمسة عشر، و إلى إعطاء ماله مثلاً مجاناً إلى الغابن، فلا خيار له بعد ذلك إلا إذا كان المقدار الباقي فاحشاً.

قوله دام ظلّه: «على تقدير ثبوته».

على ما صرّح به الشيخ (1) و غيره (2).

و المناقشة فيه: بأنّه أمر غير عقلائيّ.

أو أنّه من التعليق المجمع على بطلانه شرعاً.

أو أنّه من إسقاط ما لا يجب، فلا يجوز عقلاً (3).

غير قاذحة:

أمّا الاولى: فلأنّ التزلزل ربّما يورث ضعفاً يحتاج إلى سدّه، فيكون عقلائيّاً.

و أمّا الثانية: فلأنّ ما أجمعوا على بطلانه، ليس مثل التعليق المتقوم مفهوم الإنشاء به، كالإبراء في موارد احتمال الاشتغال. مع أنّ الإجماع ممنوع،

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/السطر 23.

2- منية الطالب 2: 70/السطر 9.

3- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/السطر 23، منية الطالب 2: 70/السطر 11.

و هذا أيضاً يقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت مشمولة للعبارة، فلو أسقط مرتبة خاصة منه كالعشر، فتبيّن كونه أزيد، لم يسقط إذا كان الإسقاط بنحو التقييد؛ بأن يسقط الخيار الآتي من قبل العشر مثلاً بنحو العنوان الكلّي المنطبق على الخارج بحسب وعائه المناسب (1) له.

ولو كان فلا دليل على كونه تعدياً.

وأما الثالثة: فالإسقاط بالحمل الشائع، لا يعقل إلا مع كون الذمة مشغولة مثلاً، وأما في صورة الاحتمال فيجوز الإسقاط، ولا يعلم أنه إسقاط بالحمل الشائع - أي أنه مسقط واقعاً أم لا، وهذا لا يضرّ بالمقصود، فلا تخلط.

هذا مع أنّ سدّ باب تأثير المقتضي بإيجاد المانع، أو تضعيف المقتضي، ممكن، ولكنّه خلاف الكتاب في الفرض الثاني، وغير ممكن في الأول، فتأمل.

قوله دام ظلّه: «وعائه المناسب».

أي أنّ لكلّ قضية وعاء الصدق والكذب، وفي المقام إنّ العقد خيارى في وعاء الاعتبار، فإذا تقيّد الخيار الخاصّ في مرحلة الإسقاط، يجوز أن يكون غير منطبق على ما هو في الخارج اعتباراً.

وأما إذا أسقط الخيار المتحقق في العقد؛ بتوهم أنه مسبب من العشر، فالظاهر سقوطه (1)؛ سواء وصفه بالوصف المتوهم، أم لا، فلو قال: «أسقطت الخيار المتحقق في العقد الذي هو آتٍ من قبل العشر» فتخلف الوصف، سقط خياره على الأقوى. وأولى بذلك ما لو أسقطه بتوهم: أنه آتٍ منه.

قوله دام ظلّه: «فالظاهر سقوطه».

لأجل أنّ الساقط ليس معنىً كلياً، بل أمر جزئيّ خارجيّ، والأمر الجزئيّة الخارجيّة تكون القيود الواردة عليها من الحالات، نظير تقييد الإمام الموجود في المحراب بقيود كذائيّة، فإنّه بالتقييد لا يلزم عدم وقوع الاقتداء بأمر غير خارجيّ، بل في جميع الحالات يقع الاقتداء بالخارج، فإذا كان عادلاً يكون اقتداؤه بالعدل الكافي لصحة جماعته.

و من هنا يظهر وجه قوله دام ظلّه: «سواء وصفه ..» إلى آخره، فإنّ التوصيف تقييد و توضيق، و لكن لا- يورث تقسيم الخارج؛ لامتناع انقسامه إلى الكثير، فإذا كان له الخيار في العقد يسقط؛ لأنّ إنشاء إسقاطه مرتبط به، و سبب سقوطه. وهذا هو الفرع الموجود في كلام الشيخ (قدّس سرّه) حيث قال: «ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان» (1) انتهى.

و لو كان متحيراً في ترجيح أحدهما على الآخر في فرض الزعم، ففي

فرض التوصيف يكون التحير أولى. وإليه يشير قوله دام ظلّه: «و أولى بذلك ما لو أسقطه بتوهم أنه آت منه ..» إلى آخره، ولكن لا حاجة إليه بعد تصريحه في أول المسألة بالتسوية.

و الإنصاف خلافه، و لو صحّ ما قيل يلزم سقوط خيار العيب بإسقاط خيار الغبن.

و لا تقاس هذه المسألة بمسألة الاقتداء، فإنه لا يعقل هناك الاقتداء بغير الخارج في جميع الصور، بخلاف ما نحن فيه، فإنه يعقل إسقاط العنوان، فلو قيد خياره بقيد- سواء كان قيداً، أو شرطاً يكون الساقط متضيّقاً غير منطبق عليه، و لا سيّما في مثل الشرط الذي هو يرجع إلى الهيئة، لا المادة.

فقوله دام ظلّه: «و كذا الحال ..» إلى آخره، في غير محلّه؛ لأنّ الشرط يورث قصوراً في السبب الذي يتسبّب به إلى السقوط؛ لأنّ الحقّ جواز جعل الشرط قيد الهيئة عنده.

و لا- يقاس ما نحن فيه ببيع الفرس الخارجيّ الموصوف ب «العربيّ» بل هو من قبيل بيع الفرس الخارجيّ الموصوف ب «العربيّ» المتبينّ أنّه حجر، فإنه لا يصحّ البيع بالضرورة و لو كان مصبّ البيع و الإنشاء أمراً خارجياً، فإذا قيل: «أسقطت خيار العيب في هذا العقد» لا يسقط خيار الغبن به، و هكذا إذا قال: «أسقطت الخيار الناشئ من الغبن الكذائيّ في

وكذا الحال (1) في اشتراط سقوطه بمرتبة وإن كان فاحشاً، بل أفحش.

هذا العقد» وكل ذلك لعدم مساعدة العقلاء على سقوط خياره. ولا يجوز الإشكال بالصناعة العلمية والقياسات النافية الباطلة بعضها في محلها أيضاً.

هذا مع أن السقوط بالإسقاط الكذائي، ضرر يمكن منع إطلاقه بقاعدة «لا ضرر..».

وتوهم: أنه ليس أمراً شرعياً⁽¹⁾، في غير محله؛ لكفاية كونه بيد الشرع نفيًا وإمضاءً، فتأمل.

ويحتمل قصور قاعدة «لا ضرر..» عن شمول الفرض؛ لأن ثبوته ضرري، وهو ناشئ من القاعدة الجابرة للضرر، فتكون منصرفه أصلاً.

نعم، يثبت له الخيار بدليل آخر بعد سقوط القاعدة عن الاستناد.

قوله: «كذا الحال».

قد عرفت وجهه ووجه ما فيه⁽²⁾.

وغير خفي: أنه يمكن الالتزام بالتجزئة أيضاً، وإثما الإشكال في أنه أمر عرفي يساعد عليه السوق أم لا، فليتدبر جيداً.

1- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدس سره) 4: 314.

2- تقدّم في الصفحة 175 وما بعدها.

وكذا يأتي ما ذكر فيمن صالح على خياره، فبطل (1) إن كان بنحو التقييد، فتبيّن الزيادة، دون النحويين الآخرين. وكما يجوز إسقاطه بعد العقد مجاناً، يجوز المصالحة (2) عليه بالعوض، فمع العلم بمرتبة من الغبن فلا إشكال، قوله دام ظلّه: «فبطل».

أي الصلح، فإنّه إن كان بنحو التقييد بالمرتبة المذكورة في المسألة السابقة، فلا يسقط الخيار، وإن كان بالنحويين الآخرين - التوصيف، أو الزعم و التوهّم فيسقط الخيار، و يصحّ الصلح، و الوجه و ما فيه قد مرّ (1)، فتدبّر.

قوله دام ظلّه: «يجوز المصالحة».

و هو المصرّح به في كلام الأصحاب (رحمهم الله) (2) نظراً إلى أنّ في الصلح، لا يعتبر كون المصالح عليه عيناً، أو منفعة، أو حقاً، و الأمر كذلك عندنا في البيع، و لا سيّما في الحقّ. نعم، في المنفعة تأمل جدّاً.

وإنّما الإشكال في أنّ الصلح و المصالحة شرعت لرفع الخصومة، فإطلاق مشروعيتها محلّ إشكال. و لو كان الصلح كالبيع يلزم جريان الخيارات فيه، مع أنّ الظاهر أنّ مصبّه في محيط لا يبقى بعد المصالحة شيء؛ فينسحب إلى النزاع و المخاصمة، و التفصيل في محلّه.

1- تقدّم في الصفحة 181 و ما بعدها.

2- جواهر الكلام 26: 230، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/ السطر 16.

و مع الجهل بها صحَّ المصالحة مع التصريح (1) بعموم المراتب؛ بأن يصلح على خيار الغبن المتحقَّق في هذه المعاملة بأيِّ مرتبة كانت. قوله دام ظلُّه: «مع التصريح».

حتَّى يكون العوض في مقابل المعوِّض؛ ضرورة أنَّ في صورة التقييد، يشكُّ في تحقُّق المعاوضة العامَّة الجنسيَّة المشترك فيها البيع و الصلح بالعوض و غيرهما.

و ظاهر المتن عدم جواز الصلح في صورة احتمال الغبن و الخيار أيضاً، و فيه خلاف بين الأعلام؛ فالشيخ (رحمه الله) اختار الجواز بشرط الانضمام(1)، و لا يخفى ما فيه.

و عن العلامة الخراسانيّ (رحمه الله) (جوازه(2))؛ لأنَّ الصلح واقع على الاحتمال، و هو أمر حاصل.

و ذهب الماتن إلى جواز الصلح على الإسقاط في صورة احتمال الخيار(3)، و الإسقاط متحقَّق إنشاءً، و المناقشة في ماليَّة الإسقاط و الاحتمال(4)، تنافياها ماهيَّة الصلح المشروعة لحلَّ المشاكل، فلو كان

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 238/السطر 29.

2- حاشية المكاسب، المحقِّق الخراساني: 187.

3- البيع، الإمام الخميني (قدَّس سرُّه) 4: 315.

4- لاحظ حاشية المكاسب، المحقِّق الخراساني: 188، حاشية المكاسب، المحقِّق الأصفهاني 2: 61/السطر 21.

معتبراً في العقد ماليّة واقعيّة، فهي غير معتبرة فيه إلا على الوجه الموجود في المسألة.

و من هنا يظهر: أنّ الصلح على المرتبة الخاصّة المحتملة- كالصلح على المنفعة لا تأتي فيه الوجوه الثلاثة: بطلان الصلح، و لزمه، و جوازه، بل فيه التفصيلات السابقة المذكورة في أصل المسألة.

[الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن فيما انتقل إليه]

الثالث: تصرف المغبون (1) بعد العلم بالغبن فيما انتقل إليه؛ بما يكشف كشفاً عقلاً (2) عن الالتزام بالعقد وإسقاط الخيار، قوله مدّ ظلّه: «تصرف المغبون».

حسب بعض الإجماعات المحكيّة (1)، وعليه فتوى جماعة (2)، وفي كلامهم ما يورث كونه من التصرفات المسقطه لأحد الخيارات السابقة، كالمجلس، والحيوان.

وربما يعارض الإجماع بإطلاق كلام جمع منهم؛ بأنّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرف (3)، ولكن القدر المتيقن منه قبل العلم بالغبن.

وبالجملة: كون التصرف مسقطاً بلا وجه عند العقلاء، واستفادته من الأخبار الخاصة السابقة ممنوعة.

قوله: «كشفاً عقلاً».

لا تنافي بين عدم سقوط الخيار، والالتزام القلبيّ بالعقد، ومجرد كون التصرف كاشفاً عن الالتزام غير كافٍ؛ لأنّ الخيار حقّ لا بدّ من إسقاطه إمّا بالقول أو الفعل، والتصرف يمكن أن يكون مسقطاً، كالمعاطاة في البيع،

1- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 8.

2- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 8، مصباح الفقاهة 6: 350، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 320.

3- شرائع الإسلام 2: 16، إرشاد الأذهان 1: 374.

ولكنّ الكاشفيّة العقلانيّة عن الالتزام، لا تدلّ إلا على الرضا بالبيع، والإسقاط أمر آخر تسبيبيّ.

اللهمّ إلا أن يقال: بكفاية الانصراف عن الحقّ ثبوتاً وإن لم يبرز، فيكون خياره ساقطاً بينه وبين ربّه، وهذا غير بعيد.

وعلى كلّ تقدير: الاحتياج إلى الكاشفيّة العقلانيّة، غير تامّ إلا في مرحلة الدعوى و طرح الخصومة.

ثمّ إنّ قوله- مدّ ظله: «و إسقاط الخيار» يناقض الالتزام بالعقد، فإنّ الإسقاط أمر تسبيبيّ من القول أو الفعل، والالتزام أمر قلبيّ، ولو كان التصرف مسقطاً للخيار، يكفي ولو لم يكن ملتزماً بالعقد؛ وبانياً على التخلّف عن الوفاء به بقاءً.

و غير خفيّ: أنّ المسقط لا يعتبر أن يكون أمراً عقلياً؛ قولاً كان، أو فعلاً، نعم في مرحلة التداعي إذا كان غير عرفيّ لا يسمع قول مدّعيه، فلا ينبغي الخلط. ولا ينبغي المقايسة بين العقود وإسقاط الدين و الحقّ؛ لما عرفت من إمكان سقوط الدين و الحقّ بمجرد الانصراف عن حقّه بناءً و قلباً، ثمّ الإخبار عنه، فليتدبّر.

كالتصرّف بالإتلاف، (1) قوله مدّ ظلّه: «بالإتلاف».

على الأشهر خلافاً لغير واحد(1)، ومنهم المصنّف في درسه(2)، وهو الظاهر من الشيخ (رحمه الله)(3) وذلك لأنّ الملازمة العرفيّة بين الإتلاف والإسقاط، أو الالتزام بالعقد- بناءً على كفايته غير تامّة، والأدلة الواردة في بعض الخيارات السابقة ومنها خيار الحيوان، غير وافية بكون التصرف المزبور فيما نحن فيه موجباً لسقوط الخيار تعبداً، وقد مرّ الكلام حولها في موردّها بما لا مزيد عليه(4).

نعم، يجوز أن يقصد بالإتلاف إظهار سقوط الخيار، ولكنّه خروج عن المقصود بالبحث، ولذلك لا نحتاج إلى تقييد إطلاق كلام الماتن و غيره في المقام، خلافاً لما يستظهر من بعض الأعلام(5).

1- شرائع الإسلام 2: 16، إرشاد الأذهان 1: 374، حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 42/السطر 17.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 326.

3- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 21.

4- تقدّم في الصفحة 112 وما بعدها.

5- لاحظ حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 42/السطر 14، حاشية المكاسب، المحقّق الإيرواني 2: 34/السطر 16.

أو بما يمنع الردّ (1)، أو بإخراجه (2) عن ملكه، كالبيع اللازم، بل وغير اللازم، ونحو التصرفات التي مرّ ذكرها في خيار الحيوان.

قوله مدّ ظلّه: «أو بما يمنع الردّ».

كالاستيلاء، والكلام فيه ما مرّ.

قوله مدّ ظلّه: «بإخراجه».

وهذا مثل ما سبق، بل الأمر في غير التصرفات التالفة أخفى، كما لا يخفى.

نعم، في المسألة شيء: وهو أنّ مقتضى كون خيار الغبن فورياً، وقضيّة المفروض في صور البحث، سقوط الخيار بعد العلم بالغبن.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه يمكن أن تكون الصور واردة مورد جهالة المغبون بالحكم ولو كان عالماً بالغبن، والظاهر هو الأخير؛ وذلك لقولهم: «بأنّ التصرف الكذائيّ يوجب سقوط الخيار» ولو كان عالماً بالغبن وبفوريّة الخيار، فلا حاجة إلى التقييد المذكور؛ لأنّ السقوط بالتصرف المزبور قطعيّ.

اللهمّ إلّا أن يقال: بإمكان بقاء الخيار إذا لم يكن التصرف منافياً للفوريّة، فتدبّر.

وأما التصرفات الجزئية- نحو الركوب غير المعتد به، و التعليف، و نحو ذلك ممّا لا يدلّ على الرضا فلا. كما أنّ التصرف قبل ظهور الغبن لا يسقط (1)، كتصرف الغابن فيما انتقل إليه مطلقاً.

قوله مدّ ظلّه: «لا يسقط».

خلافاً للمصرّح به في كلام المحقّق (1) و من تأخّر عنه (2)، و قيل: «إنّه المشهور» (3).

ويظهر من «الروضة» أنّ السقوط إجماعي (4)، و لو كان مورد الإجماع لما خالفهم الشهيد (رحمه الله) في «اللمعة» (5).

و قال الشيخ (رحمه الله): «إنّك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق (رحمه الله) (فيما تتبعت)» (6) انتهى.

وبالجملة: و لو كان إجماعياً، و لكنّه يحتمل استناده إلى أخبار خيار الحيوان، فاهمين منها عدم الفرق بين صورتي العلم و الجهل، فراجع.

1- شرائع الإسلام 2: 16.

2- إرشاد الأذهان 1: 374، مسالك الأفهام 3: 204 207، جواهر الكلام 23: 44.

3- مفاتيح الشرائع 3: 74 و لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 24.

4- الروضة البهيّة 1: 378/السطر 9.

5- اللمعة الدمشقية: 119.

6- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 34.

و لذلك و ذلك اشتهر بين المعاصرين خلافه(1)؛ و أنه لا وجه لسقوط الخيار هنا، كما لا وجه لسقوط الخيار بتصرف الغابن فيما انتقل إليه مطلقاً، كما هو الواضح.

و يمكن أن يقال: بأن وجه سقوط الخيار في المسألتين قصور دليله، فإنّ مع تلف العين موضوعاً أو حكماً، لا يبقى مورد لجواز استرداد العين بالفسخ، فلا معنى لفسخ العقد، فلا معنى للخيار.

وفيه ما لا يخفى؛ فإنّ الفسخ من عوارض العقد، و هو لا ينتفي بتلف العين، و لا سيّما التلف الحكمي، فلو التفت بعد ذلك إلى الغبن، له أن يرضى بالعقد و يجيزه، و له حلّه و أن لا يجيزه، و يرجع الغابن إليه بالبدل مطلقاً، أو في صورة التلف و التعذر.

و القول: «بأنّ قبول البدل ضرري، فثبوت الخيار بعد التلف ممنوع»(2) في محلّه لو كان مستند الخيار قاعدة «لا ضرر ..» و المعارضة المذكورة في كلام الشهيد (رحمه الله)(3) بين الضررين، مندفة بأخصّية ضرر الغابن من ضرر المغبون، و إطلاق خيار المغبون بقيّد بصورة بقاء العين.

1- وسيلة النجاة 2: 40، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 322.

2- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 239/السطر 28.

3- اللعة الدمشقية: 119.

وأما لو كان المستند الإجماع والتعبّد كما هو الظاهر، والقاعدة قاصرة عنه، فلا يرجع إليها حتّى يقيد بها مورد الإجماع، أو إطلاق معقد الاتفاق، فافهم جيداً، وفي المسألة بعض دقائق صناعيّة تطلب من الكتاب الكبير (1) إن شاء الله تعالى.

1- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

[مسألة 6: لو فسخ البائع المغبون البيع]

مسألة 6: لو فسخ البائع المغبون البيع، فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري باقياً على حاله استردّه (1)، وإن كان تالفاً أو متلفاً رجع إليه (2) بالمثل أو القيمة.

قوله مدّ ظلّه: «استردّه».

بمعنى أنّ له فسخ العقد، ومقتضى التفاسخ رجوع كلّ من العوضين إلى محلّه، وأمّا الاسترداد فهو تابع ردّه العين، ولا يجوز له أن يستردّ العين قبل ردّ العوض، كما في الوفاء بالعقد، فلكلّ واحد منها حقّ الامتناع وحقّ الحبس ظاهراً.

قوله مدّ ظلّه: «رجع إليه».

حسب القواعد العامة في باب الضمانات، ويظهر منهم أنّ المقصود رجوعه إليه في المثليّ بالمثل، وفي القيميّ بالقيمة.

وأما وجه رجوعه إليه، فهل هي قاعدة «على اليد ..» أم هو إطلاق قاعدة «لا ضرر ..» على التقريب الذي أبدعناه (1)، أو قاعدة الإتلاف في صورة الإتلاف، أم هو مقتضى الفسخ، أو هو حكم العقلاء بعد الفسخ؟

وجوه يكون الأخير متعيناً؛ ضرورة أنّ التلف أو الإتلاف كان في ملكه، ولا معنى للضمان قبل الفسخ، فيكون الفسخ من الحين، ومعناه حصول التلف في ملكه. وانتقال اليد إلى يد ضمان بلا وجه حتّى على القول:

1- تحريرات في الأصول 8: 270 وما بعدها.

بأن العين التالفة تعتبر في ذمة المفسوخ عليه؛ لأن ذلك ليس من استيلائه عليها، وهكذا قاعدة الإتلاف؛ للزوم كون المدار على قيمة يوم التلف، وهذا خلاف حكم العقلاء بالضرورة ولو كان المعتبر عين التالفة في الذمة؛ لأنه لا معنى له هنا بعد كون الإتلاف في ظرف تحقّقه، واقعاً على ملك المتلف.

وبالجملة: ما هو الأقرب أن الفسخ حيث هو يكون من حين، وينحلّ به العقد، فما هو حكم العرف لزوم رجوع العين، وحيث هي مفقودة فيرجع إلى القيمة أو المثل، ولو كان الفسخ في الاعتبار هنا على بقاء العين التالفة في وعاء الاعتبار إلى حال الفسخ، أو إلى اعتبار بقائها حين الفسخ، فلا تلف بعد الفسخ حتى يوجب الضمان. نعم، يتعدّر ردّ التالفة، فينتقل إلى القيمة أو المثل.

ثم إنّ تعيّن القيمة في القيميات، والمثل في المثليات، غير تامّ عندنا في مطلق باب الضمانات، وما أفادوه (1) لا- يرجع إلى محصل، و محطّ بحثه في محلّ آخر.

وقوله- مدّ ظله: «أو القيمة» ظاهر في اختيار المضمون عليه والمغبون، ولكنّه خلاف مسلكهم قطعاً، فيكون المقصود رجوعه بالمثل

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 31 وما بعدها.

وإن حدث به عيب عنده؛ سواء كان بفعله، أو بغيره من آفة سماوية ونحوها، أخذه مع الأرش. (1) في المثليات، و القيمة في القيميات.

نعم، ما هو الحقّ حسب الصناعة تخيير الضامن.

ثم إنَّ لصورة الإلتاف فروعاً كثيرةً مذكورة في كتابنا الكبير، والمقصود هنا صورة كون التلف بإتلاف الغابن؛ لأنَّه القدر المتيقن من الحكم المترتب عليه. هذا كلّ بناءً على كون البيع الغبني صحيحاً، كما لا يخفى.

قوله دام ظلّه: «أخذه مع الأرش».

وهو كأنَّه مفروغ عنه في كلامهم، وقال الشيخ (رحمه الله): «كما هو مقتضى الفسخ؛ لأنَّ الفات مضمون بجزء من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفات منه ببدله» (1) انتهى.

وفيه ما لا يخفى؛ فإنَّ العيب والصحة لا يقابلان بشيء في البيع؛ حتّى يكون جزء الثمن في قبال الصحة، فيردّ الأرش عند تعذّر ردّ الصحيح.

ويوجّه كلامه بمقالة: وهي أنّ المبيع في البيع، والمملوك في ملكية الأعيان، ليس ذوات الأعيان بجوهريتها التي تكون مركز الخلاف بين المشائين والإشراقيين مثلاً؛ لأنّها غير ذات أثر في الاعتبار، وما هو المملوك في باب الضمانات والتجارات هي المنافع، إلّا أنّها إذا كانت مرسلّة من

ولو أخرجه عن ملكه بوقف أو معاملة لازمة، فالظاهر أنه بحكم الإتلاف، (1) جميع الجهات و النواحي، تكون في الاعتبار عين المنفعة، و إذا كانت معتبرة في جهة لأجل جهة تكون منفعة العين، فتأمل تعرف.

وأما التمسك بقاعدة «على اليد..» أو قاعدة «كل مبيع تلف في زمن الخيار..» أو قاعدة «لا ضرر..» فهو بمعزل عن التحقيق، ولذلك استظهر السيد الماتن(1) عدم وجوب الأرش، و الالتزام به مشكل جداً، وهذا يكشف أيضاً عن أن البيع الغبني ليس قبل لحوق الرضا به بيعاً عرفاً، و يكون من الفضولي حكماً.

و يصح دعوى: أن التضمنين حكم عقلائي، أو المساواة بعد الفسخ شرط ضمني، فلو ورد عيب يخرج عن المساواة، فلا بدّ من ردّ ما به تحصيل. و فيها أيضاً ما لا يخفى.

قوله مدّ ظلّه: «بحكم الإتلاف».

قد مرّ وجهه و ما فيه(2).

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 342.

2- تقدّم في الصفحة 189.

فيرجع إليه بالمثل أو القيمة (1)، وإن كان بنقل غير لازم (2) كالبيع بخيار و الهبة، قوله مدّ ظلّه: «إليه بالمثل أو القيمة».

مرّ ما يتعلّق به (1)؛ وأنّ المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ فيما نحن فيه، غير معلوم تعيّنه و لو كان متعيّناً في باب ضمان اليد و غيره.

قوله مدّ ظلّه: «بنقل غير لازم».

كما عن جماعة (2)، و هو الظاهر من عبارة القوم، حيث اعتبروا الخروج عن الملك على وجه اللزوم يمتنع الردّ، فكأنّ في صورة جواز العقد لا يمتنع الردّ.

و الحقّ: أنّ منشأ الإشكال هو أنّ إلزامه على الفسخ ليس مفيداً؛ لأنّ الملكيّة الحاصلة بعد الفسخ ليست الملكيّة السابقة، و مقتضى الفسخ و أعمال الخيار، رجوع كلّ من العوضين إلى الملكيّة السابقة قبل العقد، و قد زالت تلك الملكيّة بالهبة، و لو كان ذلك كافياً لكان لإلزامه في صورة خروجه عن ملكه بالبيع اللازم وجه؛ ضرورة أنّه يمكن الإقالة و الاثراء أحياناً، و ما يأتي في الفرع الآتي أيضاً محلّ إشكال

1- تقدّم في الصفحة 195 196.

2- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 12، جامع المقاصد 4: 296، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 240/السطر 3.

من هذه الجهة أيضاً.

وأما توهم: أن منشأ الإشكال قصور الأدلة عن إلزامه، فهو فاسد؛ لإطلاق الهيئة.

نعم، يمكن أن يقال: بأن في صورة الفسخ قبل رجوعه في هبته، لا- يعتبر للبائع المغبون ملك إلا ملك البدل؛ لأن كون الاعتبار مراعى بالرجوع بلا وجه، بل غير معقول، وكونه موجبا لعود ملك الموهوب له إلى المغبون، غير جائز؛ للزوم كونه ملك الشخصين، فعلى هذا لا معنى لإلزامه بعد انتقال البدل إليه بالفسخ.

اللهم إلا أن يقال: إن الفسخ لا يقتضي إلا حل العقد، وأما رجوع كل عوض إلى صاحبه فهو من الأحكام العقلية، فإن كان كل عوض بلا مانع، فيرجع إليه قهراً في الاعتبار، ويكون ملكاً له، ويجب عليه رده خارجاً، وإذا كان العوض ممنوعاً- بالبيع اللازم كان، أو بغيره فعليه رد العين الموجودة عرفاً وإن لم تكن ملكاً للمغبون، فإن ذلك حكم العقلاء.

نعم، في صورة التعذر عليه البدل، كما في باب الضمانات.

و من خلال هذا الإجمال تبين: أن الإشكال المزبور في غير محله؛ لأنه لو كان له وجه كان يشترك فيه الفرع السابق، أو الفرع اللاحق.

والذي هو التحقيق في المقام: أن تصرفات الغابن كلها في حكم الفضولي، فيسقط جميع ما أفيد. هذا و لو قلنا: بأنها صحيحة نافذة، فالأولى أن

ففي جواز إلزامه بالفسخ وإرجاع العين إشكال. ولورجعت العين إلى المشتري بإقالة، أو عقد جديد، أو فسخ؛ قبل رجوع البائع إليه بالبدل، لا يبعد أن يكون له إلزامه (1) بردّ العين ولو كان الانتقال السابق لازماً.

الفسخ يورث خروج العين من الملكية الطارئة إلى الملكية السابقة، سواء كان مالكة الغابن، أو طرف الغابن، فإذا رجعت العين إلى المغبون يرجع الطرف الغابن إليه، وهذا ممّا يجمع به الحقوق، ولا ضيق في الاعتبار حتّى يكون هناك رادع عن تحقّق الفسخ بمعناه الواقعي، فليتدبّر.

قوله دام ظلّه: «الإلزامه».

واستشكل في الدرس: بأنّ الخروج عن الملكية ثمّ العود ثانياً، يضرّ بإمكان الفسخ؛ لأنّ الفسخ حلّ العقد على وجه ترجع العين إلى الملكية السابقة بعد خروجها عن الملكية الآتية من قبل ذلك العقد(1).

وما في المتن أقوى؛ لعدم الدليل على الدعوى المزبورة، بل قد عرفت مقتضى الفسخ بما لا مزيد عليه.

والشيخ لم يختر في المسألة شيئاً، وقال: «وربّما يبينان على أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد»(2) انتهى، وهذا هو المرموز

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 329 330.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 240/السطر 6.

و لو نقل منفعتها إلى الغير بعقد لازم كالإجارة، لم يمنع (1) ذلك من الفسخ، إليه في كلام بعض الشافعية (1)، و النظر إلى أنّ مقتضى الفسخ ما أُفيد.

ولكن يمكن دعوى: أنّ العود إلى الملكيّة ليس حدوداً لها، بل هو من قبيل إعادة المعدوم عرفاً، وفيه ما لا يخفى؛ فإنّ العرف لا يتسامح في ذلك، و مسألة المعدوم العرفي و لو كانت صحيحة، و لكنّها في بعض الأمثلة الأخرى، كالتقطير الحاصل من أبخرة البول، فإنّ البخار خروج عن صورة البولية، و لكن بعد التقطير يرجع إليها عرفاً، فتدبر.

قوله مدّ ظلّه: «لم يمنع».

خلافاً لما نسب إلى الصيمري (2) و أبي العباس (3)، و وفاقاً للأكثر (4)، فإنّ وجه الانتقال إلى البدل هي المزاحمة لحقّ المنتقل إليه بالبيع ونحوه، و أمّا في مثل الإجارة فلا مزاحمة؛ لأنّ فسخ عقد البيع الغبني لا يقتضي إلّا رجوع العين مثلاً إلى المحلّ الأوّل بالفعل مثلاً، و هذا حاصل في مفروض البحث، و عدم نقل المنفعة لا يضرّ به.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ قضية الفسخ رجوع العين على ما كانت حين

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 261/السطر 12، المجموع 6: 127 و 12: 301.

2- مفتاح الكرامة 4: 575/السطر 29، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 240/السطر 7.

3- المهذب البارع 2: 377.

4- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 240/السطر 8.

كما أنه بعد الفسخ تبقى الإجارة (1) على حالها، وترجع العين إلى الفاسخ مسلووبة المنفعة، وله سائر المنافع غير ما ملكه المستأجر لو كانت.

العقد إلى مالکها قبل العقد، وهذا ممتنع هنا، ويظهر من السيّد (رحمه الله) اختياره في المنفعة، والمقام مثله (1).

وفيه ما عرفت: من أنّ الفسخ ليس إلا حلّ العقد، وأما بعد ذلك فالأمر موكول إلى العقلاء وأحكامهم، ولا اقتضاء للفسخ؛ لأنّه ليس إلا إعدام العقد في أفق الاعتبار.

قوله مدّ ظلّه: «تبقى الإجارة».

فيما إذا فسخ المغبون في أثناء مدّة الإجارة، فقاوسوا ما نحن فيه بالعقد على المستأجرة.

ويمكن المناقشة فيه: بأنّ مالكيّة الغابن للمنفعة على إطلاقها ممنوعة، وليست كمالكيّة المالك بالملك المستقرّ، بل هي كمالكيّة البطن الموجود، فإنّ إجارتهم على وجه يستوعب عصر البطن المعدوم، ممنوعة الصّحة عندهم في نوع صور الوقف، وإن فصلنا في المسألة في محلّها، وعلى هذا إذا فسخ المغبون، يكشف ذلك عن عدم مالكيّة الغابن للمنفعة بعد الفسخ، فلا تبقى الإجارة صحيحة، كما لا يكون للغابن التصرف بالفرس على وجه يكون له حقّ الإبقاء بعد الفسخ، فالبطان قوي جداً.

وفي جواز رجوعه إلى المشتري بأجرة المثل بالنسبة إلى بقيّة المدّة، وجه قوي (1)، كما يحتمل أن يرجع إليه بالنقص الطارئ على العين من جهة كونها مسلوّبة المنفعة في تلك المدّة، فتقوم بوصف كونها ذات منفعة في تلك المدّة مرّة، و مسلوّبة المنفعة فيها أخرى، فيأخذ مع العين التفاوت بين القيمتين، ويؤيّد ذلك مساعدة العرف على البطلان، ولا سيّما فيما إذا كانت مدّة الإجارة طويلة، و المنفعة المعتدّ بها موردها.

قوله مدّ ظلّه: «وجه قوي».

وقد أنكره في درسه- مدّ ظلّه (1) نظراً إلى أنّ القواعد قاصرة عن تثبيت الضمان و جواز المراجعة إلى الغابن؛ لقصور قاعدة «لا ضرر ..» و لعدم الاقتضاء للفسخ أكثر من عود العين و قد عادت، و لأنّ حكم العقلاء ليس محرّزاً، و ربّما ينشأ عن الجهات غير الإلزاميّة.

و بعد ما عرفت فساد الإجارة، فلا تصل نوبة البحث إلى ذلك، و التريّد المتراءى في كلمات القوم هنا، يشهد على فساد مرامهم رأساً في أصل صحّة تصرفات الغابن، و لا سيّما التصرفات الباقية بعد الغبن، كالإجارة و العارية و غيرهما.

و غير خفيّ: أنّ مقتضى ما تحرّر منّا في رسالتنا الموسّعة في قاعدة

«لا ضرر ..» أنها قاعدة عامّة نافية ناهية⁽¹⁾، وفي صورة كونها نافية رافعة دافعة جابرة و مشرّعة أحياناً، وعلى هذا إذا كان الفسخ ضررياً يكون الخيار منفيّاً، فلو أعمل المغبون خياره مع علمه بالجهات الموجودة فلا بأس، وإلا فلا خيار له كشفاً بالقاعدة، لا أقول: له خيار في الخيار؛ أي له استرداد العين بعد الفسخ، و له فسخ الفسخ، بل يكشف بها عدم نفوذ فسخه، فاعتنم.

وأما رجوعه إليه بالمثل أو القيمة، ولا سيّما في صورة توجّه المغبون إلى إجارة الغابن؛ وأنّ العين مسلوّبة بالمنفعة، فهو في صورة عدم إمكان انجبار ضرره من ناحية أخرى هي المتقدّمة عليه؛ وهو نفي الخيار بعد الإجارة.

نعم، إذا كان المقدار الذي تغابن فيه موجباً لأعماله الخيار، فقضيّة كونها قاعدة جابرة لزوم المثل أو القيمة، وفي المسألة بحوث دقيقة، من شاء فعليه بالرجوع إلى كتابنا الكبير إن شاء الله تعالى⁽²⁾.

1- رسالة في قاعدة لا ضرر للمؤلف (قدّس سرّه) مفقودة.

2- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

و الظاهر (1) أنّه لا تفاوت غالباً بين الوجهين.

قوله مدّ ظلّه: «و الظاهر».

لا- معنى لتعرض الفقيه لأمثال هذه المسائل الخارجة عن فتنه غير اللازم ذكرها، وغير الواجب اتباعه، وعلى كلّ تقدير وجود التفاوت و عدمه أجنبيّ عن البحث، وغير جدير بهم.

[مسألة 7: بعد فسخ البائع المغبون لو كان المبيع موجوداً عند المشتري، لكن تصرّف فيه تصرفاً مغيّراً له]

مسألة 7: بعد فسخ البائع المغبون لو كان المبيع موجوداً عند المشتري، لكن تصرّف فيه تصرفاً مغيّراً له إمّا بالنقيصة، أو بالزيادة، أو بالامتزاج؛ فلو كان بالنقيصة أخذه، ورجع إليه بالأرش كما مرّ.

ولو كان بالزيادة، فإمّا أن تكون صفة محضة، كطحن الحنطة، وقصارة الثوب، وصياغة الفضة، أو صفة مشوبة بالعين، كالصبغ إذا كان له عين عرفاً، أو عيناً محضاً، كالغرس والزرع والبناء:

أمّا الأول: فإن لم يكن للزيادة دخل في زيادة القيمة، يرجع إلى العين، ولا شيء عليه (1)، كما أنّه لا شيء على المشتري (2)، وإن كان لها دخل في زيادتها يرجع إلى العين.

قوله مدّ ظلّه: «ولا شيء عليه».

وضعاً، وأمّا تكليفاً فيمكن أن تكون الزيادة ملكاً للمحدث، فيمنع عن التصرّف في العين إلا بإذنه. ولكن المحقّق في محلّه: أنّ ما هو مال محترم، دون الملك. مع أنّه لا أساس للتفكيك بينهما.

قوله مدّ ظلّه: «على المشتري».

إلا توهم: أنّ إحداث الصفة أوجب زوال قابليّة العين عن الزيادة المقوّمة، فإنّه يعدّ من النقيصة.

وأمّا قوله آنفاً: «رجع إليه بالأرش كما مرّ» فقد مرّ ما فيه (1) إن كان

وفي كون زيادة القيمة للمشتري لأجل الصفة، فيأخذ البائع العين، ويدفع زيادة القيمة (1)، أو كونه شريكاً (2) معه في القيمة، فيباع و يقسم الثمن بينهما بالنسبة، المراد من «التقيصة» نقصان صفة الكمال، أو صفة الصحة؛ ضرورة أن الأوصاف ليس بحذائها شيء من الثمن.

وإن أُريد منه نقصان الجزء و مقدار من الكمية، لا الكيفية، كما هو الظاهر من التعبير «الأرش» فالتقسيم في محله إذا كان تلف بعض الأجزاء لم يكن موجبا لتلف الكل عرفاً، و لم يكن التصرف بالتقيصة ملحقاً بالتلف رأساً، كما إذا كسر الرقي و البطيخ، أو نقص شيء من الحجر الكريم.

فبالجملة: الأمتعة تختلف، فإطلاق الحكم محلّ منع جداً.

قوله مدّ ظلّه: «زيادة القيمة».

لأنّ البائع بمقتضى الفسخ، يملك العين قهراً، و الصفة شيء قائم بالعين تابع لها، و لا يحاذيها شيء من الثمن كما هو المعلوم، و أمّا ذلك فلا يستلزم سقوط مالية الصفة الموجبة لزيادة مالية العين، فلا تنهدر على محدثها بحكم العرف و العقلاء، و لا حقّ له أكثر من طلب تلك الزيادة.

قوله مدّ ظلّه: «أو كونه شريكاً».

الشركة في القيمة ليست معناها الشركة بعد البيع في الثمن، فإنّه لا يورث و جوب البيع، و يلزم على هذا هتك ماله إذا وهبها بلا عوض

أو شريكاً معه في العين (1) بنسبة تلك الزيادة، أو كون العين للبائع، فما يظهر من بعض الأعلام من الشركة في القيمة بالمعنى المزبور(1)، غير جيد.

نعم، يعتبر الشركة في المالىة الشخصية الموجودة بوجود العين، وهذا هو الظاهر من المتن، إلا أنه لا يلزم البيع، بل يتعين إرجاع ما به التفاوت إلى المحدث الغابن؛ نظراً إلى أن إعطاء الزيادة بلا حصول الشركة في المالىة، معناه كون الزيادة ملكاً للغابن، مع أنها وصف يورث ازدياد القيمة، وليست شيئاً مستقلاً، مثل وصف كون العين قرب السوق، أو وصف العلم والصفة، فإن هذه الأمور لا تملك، ولا تكون مورد الحق، فالوجه الأول غير حسن.

و أمّا هذا الوجه، فلازمه كون الوصف تبعاً للعين، ولا يكون مستقلاً في الملكية، ويوجب الشركة القهرية في المالىة الموجودة بوجود العين، فترجع إليه القيمة، وتزداد تلك بازدياد القيمة السوقية، فيكون على المغبون إرجاع ما به التفاوت على حساب يوم المطالبة مثلاً.

قوله مدّ ظلّه: «أو شريكاً معه في العين».

لأنّ المالىة المشترك فيها قائمة بها، ومتّحدة معها، ولا يعقل التفكيك بينهما. أو لأنّ لازم عدم كون الصفة المحدثة للمرغوبية هدرًا،

و للمشتري اجرة عمله (1)، أو ليس له شيء (2) أصلاً، وجوه أقواها الثاني، ولا يكون البائع ملزماً بالبيع، بل له أخذ المبيع، وتأدية ما للمشتري بالنسبة.

هي الشركة في العين؛ ضرورة أنّ الشركة في الماليّة فرع اعتبار الماليّة، وهذا أمر حادث بعد حدوث العُروض و النقود، وأمّا في العصور القديمة بل في القرى النائية في هذه العصور أيضاً فليس من الماليّة و التقويم أثر؛ بل الناس يتبادلون الأجناس و الأمتعة؛ لاحتياجاتهم الشخصية، و لإدارة حياتهم و معاشهم الأوليّة، فالوجه الثاني أيضاً غلط، فالشركة لو كانت فهي في العين.

قوله مدّ ظلّه: «اجرة عمله».

نظراً إلى أنّ حرمة عمله محفوظة، و الشركة في الماليّة و في العين باطلة مطلقاً؛ ضرورة أنّ الغابن حين التصرف في العين كان مالكاً عند الأصحاب (رحمهم الله) فلا معنى للشركة قبل الفسخ، و بعد الفسخ لا بدّ أولاً من اعتبار الملك المستقل للغابن، ثمّ الشركة، مع أنّه لو اعتبر له ملك مستقل لشيء لا تحصل الشركة؛ لأنّ الاستقلال في الملكية ينافي الإشاعة التي هي من لوازم الشركة، فالوجه السابق أيضاً غير متحصّل.

قوله مدّ ظلّه: «أو ليس له شيء».

نظراً إلى أنّ العمل المزبور كان في عصر مالكيته للعين، فلا معنى لمالكيته في ذلك العصر بالنسبة إلى نفس العمل أو الأجرة، و بعد

الفسخ لا معنى لكون المغبون ضامناً لما عمله في ملكه، وإلا يلزم ذلك في مطلق الانتقالات. وكونه متزلزلاً لا يقتضي ذلك؛ لعدم كونه فارقاً.

وحيث إنَّ إنكار ذلك والقول بعدم شيء له، خلاف الطريقة العقلانية، والفهم العرفي، والأحكام العرفية بالضرورة، اختار الماتن -مدّ ظله الوجه الثاني، وهو- كما عرفت ضعيف.

والذي هو الأقوى عندي: أن مالكية الأوصاف مالكية صحيحة عقلانية، ومنها مالكية السرقفلية، وقد تحرّر منّا بيانها وحدودها في رسالتنا الخاصة بها المكتوبة في سجن قزل قلعه (1)، وهي الآن مع كثير من مکتوباتنا في سجن عند حكومة إيران خذلها الله، وخذل كلّ ظالم و جائر.

وبالجملة: تكون الأوصاف كالمنافع مملوكة ولو كانت أعراضاً قائمة، فإنها أقوى من المنافع المتدرّجة حدوداً.

نعم، في كلّ مورد لا يساعد العقلاء على مالكتها، فلا بدّ من الالتزام بأنّ له شيئاً في العين؛ وحقاً قائماً بها غير مهتوك.

ومن الغريب أنّه -مدّ ظله استقرب في الدرس الوجه الأخير (2)!! ولازمه أنّ الصورة التي تقوم في الصياغة أضعاف قيمة الذهب

1- هذه الرسالة للمؤلف) قدّس سرّه) مفقودة.

2- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 345.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَيَأْتِي الْوَجْهُ الْمَذْكُورَةُ فِيهِ أَيْضاً.

وَالْفِضَّةُ تَكُونُ هَدِراً.

نعم، إذا كان الغابن متوجّهاً إلى الغبن، و متوجّهاً إلى أنّ المغبون لا يرتضي و يفسخ، و مع ذلك أقدم على ذلك، كان للقول بأنّه أقدم على نفسه وجه، و لكنّه أيضاً غير وجيه. هذا على ما اشتهر من مالكيّة الغابن و تماميّة البيع.

وَأَمَّا عَلَى مَا قَوَّيْنَاهُ وَإِنْ كَانَ يُمْكِنُ بَعْضُ الْوَجْهِ الْمَزْبُورَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لِمَكَانٍ كَوْنَهُ تَصَرُّفاً فِي الْمَقْبُوضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ، الْمَحْكُومِ بِالْغَضَبِ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ؛ حَسْبَمَا قَالَ ابْنُ إِدْرِيسَ (رَحِمَهُ اللَّهُ) (1) فَلَا زَمَةَ عَدَمُ كَوْنِهِ صَاحِبَ عِرْقٍ، وَ لَكِنَّهُ أَيْضاً لَيْسَ مَعْنَاهُ انْهَادَارُ مَلِكِهِ، بَلْ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يِرَاعِي رِضَاهُ، بَلْ يَقْلَعُ وَ يَرْمِي عِنْدَهُ، وَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْطِي قِيَمَةَ الصُّورَةِ فِي الصِّيَاغَةِ مَثَلًا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَبْلَ فَهُوَ، وَإِلَّا فَيُؤَدِّيهِمَا إِلَى الْحَاكِمِ وَ وَلِيِّهِ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّ الْمَمْتَنِعِ.

قوله مدّ ظلّه: «إذا كان له عين عرفاً».

فإنّه في هذه الصورة يكون الوجه الذي قوّيناه أقرب، و يؤيد به سائر الصور؛ لعدم دخالة للعين في هذه الجهة كما هو الواضح.

وَأَمَّا الثالث: فيرجع البائع إلى المبيع، ويكون الغرس (1) ونحوه للمشتري، وليس للبائع إزمه بالقلع و الهدم، (2) قوله مدّ ظلّه: «يكون الغرس».

لصاحبه و مالكة، و هكذا البناية التي أحدثها الغابن في الأرض.

و توهم: أنّ البيع يرجع بعد زوال الغرس و انهدام البناية؛ لتعذر الرجوع فارغاً، و قد اعتبر رجوع البيع بالفسخ على ما كان عليه حين العقد، و اوضح المنع.

قوله مدّ ظلّه: «بالقلع و الهدم».

و لعله المشهور هنا أيضاً، و قيل: «إنّ الشهرة فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري»⁽¹⁾ و عن «المختلف» في الشفعة إزمه بالقلع بلا أرس⁽²⁾.

و على كلّ تقدير: المسألة مورد القاعدة من جهات شتى، فلا إجماع و لا شهرة مفيدة فيها؛ ضرورة أنّ الغابن المالك للأرض ليس ظالماً حتّى لا يكون له عرق، و لا يقتضي الخيار قلع الشجرة و هدم البناية، و لو كان متعلقاً بالعين فلا يجوز التصرف في مال الغير، و «لا يحلّ مال المسلم إلاّ

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 3.

2- مختلف الشيعة: 408/السطر 22.

بطيية نفس منه»⁽¹⁾ وإعطاء الأرض لا يجوز ذلك، كما في سائر الموارد.

ودعوى: أنّ الغارس بعد الفسخ، يكون قد هجم على مال الغير بإشغال الأرض، فلصاحب الأرض الدفاع ولو بالقلع وقتل صاحبه إذا منع عن التخليص، غير مقبولة عند العقلاء، ولا صحيحة شرعاً.

وتوهم: أنّ إطلاق قاعدة السلطنة يقتضي جوازه، كما هو ظاهر الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) حيث قال: «فلكلّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه»⁽²⁾ غير صحيح؛ لما لا أساس لها سنداً، ولا إطلاق لها دلالة من هذه الجهة، ولا سيّما إذا استفاد العرف منها نفي سلطنة الإنسان على مال الغير، فتكون قاعدة مثبتة لها، ونافية للسلطنة على مال الغير، هذا والتصرّف حرام، والإضرار بالغير ممنوع إمّا وضعاً، أو هو وتكليفاً؛ بناءً على عموم قاعدة «لا ضرر ..» كما قرّبناه في رسالتنا فيها⁽³⁾.

وبالجملة: لا يقبل العقلاء منّا ذلك، وهذا يكفي لعدم ثبوت إطلاق دليل يقتضي جواز القلع والهدم، كما لا يخفى.

1- الرواية هكذا: .. فإِنَّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيية نفسه، وسائل الشيعة 5: 120، كتاب الصلاة، أبواب مكان المصلّي، الباب 3، الحديث 1.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 10.

3- رسالة قاعدة لا ضرر للمؤلّف (قدّس سرّه) مفقودة، لكنّه أورد بعض مباحثها المربوط بها في تحريرات في الأصول 8: 249 309.

ولا بالأرث (1)، ولا إلزامه بالإبقاء (2) و لو مجّاناً.

قوله: «ولا بالأرث».

خلافاً للشيخ (رحمه الله) كما أُشير إليه (1)؛ نظراً إلى عدم هدر المال و حرّمته، فيجوز القلع بالأرث.

وقيل: «لو جاز القلع، وكان ذلك حقاً لصاحب الأرض، فيجوز القلع، وعلى صاحب الشجرة طمّ الحفرة» (2) و لا يخفى ما فيه.

قوله مدّ ظلّه: «ولا إلزامه بالإبقاء».

لأنّ صاحب الشجر و الزرع و البناية، و لا سلطنة له إلا على ماله، أو على تخليصه.

ويمكن دعوى ذلك؛ لأنّ إطلاق القاعدة يحكم به، ضرورة أنّ بالقلع يلزم الحفرة الممنوعة، و يستلزم التصرفات المحرّمة، و الإضرار بالأرض منهيّ، و بناءً على الجبران بطمّ الحفرة، لا يصحّ ذلك بالضرورة.

ولكنّه بمعزل عن التحقيق، و المجّانية في الإبقاء لا تستلزم السلطنة على مال الغير، و لا سيّما إذا كان في الإبقاء ضرر على صاحب الشجر و الزرع.

1- تقدّم في الصفحة 212.

2- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 10.

كما أنه ليس للمشتري حقّ الإبقاء مجاناً (1) وبلا اجرة، فعلى المشتري قوله مدّ ظله: «حقّ الإبقاء مجاناً».

لأنّ غاية ما يمكن أن يقال لاستحقاقه: إنّ تصرّفه كان عن حقّ، فله استيفاء الأرض في زمان مالكيته المرسله للعين و تبعاتها، فإذا رجعت العين والأرض إلى ربّها ترجع مسلوّبة المنفعة، كما في غير المقام.

وفيه: أنّ ما نحن فيه ليس نظير بيع العين المستأجرة، بل لو كان له نظيراً، فهو من قبيل إجارة البطن الأول بالنسبة إلى عصر البطن المتأخر في كثير من فروض الأوقاف على البطون والذريات.

وبالجملة: لا يقاس بمسألة بيع العين المستأجرة؛ لأنّ هناك اعتبرت منفعة الدار في زمان كذا ملكاً لمالك الدار، ثمّ انتقلت إلى المستأجر، ولا- ترجع إلى المشتري بانتقال العين؛ للتفكيك السابق على البيع، بخلاف المقام، فإنّه كان ينتفع من الأرض تدريجاً، فإذا انتقلت الأرض فلا حقّ له.

ولو قيل: لا يعتبر إثبات حقّ له حتّى يجوز له الإبقاء، بل ممنوعية المالك عن التصرف في الأرض بالقلع والهدم يكفي.

قلنا: كما أنّ المالك ممنوع، كذلك الإبقاء المستلزم للإضرار، كما ربّما يتحقّق أحياناً، أو الإبقاء الموجب للانتفاع من أرض الغير.

بل الإبقاء المنتزع منه إشغال مال الغير ممنوع؛ لقوله (عليه السلام): «لا يحلّ

أما إبقاؤها بالأجرة (1)، وإما قلعها مع طمّ الحفر، و تدارك النقص الوارد على الأرض، و للبايع إلزامه بأحد الأمرين.

مال امرئٍ ..» (1) فإنّ اسناد عدم الحليّة إلى المال، يصحّ في موقف الممنوعيّة عن جميع أنحاء الإضافات إليه، و منها الأشغال، فإنّه بحكم العرف يعدّ عدواناً على المالك، و يكون عندئذٍ من الظالم الذي لا عرق له.

فتحصّل لحدّ الآن: أنّ هناك محاذير كثيرة، و لا يمكن الفرار من الكلّ، فيتعيّن أقلّها، و تلك المحاذير مضافاً إلى ما عرفت هي التبذير، و إلزام كلّ واحد الآخر على شيء، و أخذ كلّ واحد الأجرة إذا كان لمالك الأرض غرض في بقاء الشجرة و البناية .. و غير ذلك، فليست المحاذير محصورة بما مرّ و ما قيل، و لأجل ذلك تكون المسألة مشكلة، و ربّما تكون من المسائل التي تردّ إلى أهلها (عليهم السّلام).

قوله مدّ ظلّه: «بالأجرة».

ما اختاره الماتن - مدّ ظلّه ليس أقلّ المحاذير؛ ضرورة أنّ ذلك إذا لم يكن مالك الأرض راضياً، يستلزم التصرفات المحرّمة و الإضرار المحرّم، و ربّما لا ينجبر الإضرار بالأرض بالطمّ و نحوه، و لا يجوز إلزام المالك بأخذ الأجرة.

هذا مع أنّ قلعها ربّما يكون تبذيراً للزرع و الشجر و البناية، فلو كان

رضا المالك معتبراً يستلزم القلع ذلك؛ بالنظر إلى الدليل شرعاً. ففي جانب الغابن لا سبيل إلى الاختيار المزبور.

وأما في ناحية المغبون، فإنه بعد الفسخ إذا أجبره بالأجرة يلزم أيضاً- مضافاً إلى ما مرّ في ناحية إجباره على القلع أن الإيجاب ممنوع، وأخذ الأجرة مع عدم رضاه ممنوع شرعاً، والتصرّف فيه محرّم، ولذلك ربّما يكون أخذ الأجرة في صورة الامتناع عنها عن ثمرة الشجرة والزرع و منافع البناية، أقلّ محذوراً.

والذي ربّما يكون هو الأقرب إلى القواعد: أن دفع المنكر و النهي العمليّ القالع لمادّة الفساد واجب، و حيث إنّ المنكر و المحرّم في المسألة من تبعات المالكين؛ لأنّ في عدم رضاهما يلزم كثير من المحاذير، فعندئذٍ تجب المراضاة لهدم مادّة المنكر المحرّم، فإذا تراضيا على أمر فهو، وإلا يرجع الأمر إلى الحاكم. و ربّما يستشّم من مورد قاعدة «لا ضرر..» بعض ما ينفعك للمقام، و المسألة تطلب من كتابنا الكبير إن شاء الله تعالى (1).

1- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

نعم، لو أمكن غرس المقلوع بحيث لم يحدث فيه شيء إلا تبدل المكان، فللبائع أن يلزمه به (1). و الظاهر أنه لا فرق في ذلك بين الزرع و غيره. (2) قوله مدّ ظلّه: «أن يلزمه به».

و لو صحّ ذلك للزم جواز إزام مالك الشجر مالك الأرض فيما إذا لم يلزم من بقاءه فيه شيء، و لكن جواز السلطنة على الغير مرهون بإذن الحاكم.

نعم، إذا لم يكن في قلع الشجر شيء له ذلك. و التصرف في مال الغير بدون الإذن، ليس أسوأ من أعمال القدرة، مع أنّ في أعمال القدرة ربّما ينتسب التصرف في مال الغير إلى المقتدر المسبّب، و لا سيّما في صورة أفتائه، كما هو كذلك في مفروض الكلام، و عندئذٍ يلزم المحذوران.

و ربّما يشهد لما أشرنا إليه مورد قاعدة «لا ضرر..» حيث أمر (صلّى الله عليه وآله وسلّم) بالقلع، و لم يلزمه بذلك (1).

قوله مدّ ظلّه: «الزرع و غيره».

و قال في «المسالك»: «و أمّا الزرع فيتعيّن فيه الإبقاء بالأجرة؛ لأنّ له أمداً ينتظر» (2).

1- الكافي 5: 292/2، و سائل الشيعة 25: 428، كتاب إحياء الموات، الباب 12، الحديث 3.

2- هكذا نقل الشيخ في المكاسب: 241/السطر 19، و لكن في المسالك «بغير اجرة» لاحظ مسالك الأفهام 1: 193/السطر 12.

وقال الشيخ: «و لعلّه لإمكان الجمع بين الحقّين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسألة الشجرة، فإنّ في تعيين إبقائه بالأجرة ضرراً على مالك الأرض؛ لطول مدّة البقاء، فتأمّل» (1) انتهى.

وغير خفيّ: أنّ الأمر لو كان على ما أفاده، للزم التفصيل بين موارد الزرع و الشجر، و لا ينبغي الحكم المطلق عليهما، و بناءً على ما قويناه من لزوم الفرار من مادّة الفساد بقلعها؛ نظراً إلى أدلّة الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لا فرق بين الموارد.

و لو لم يرضيا على أمر، و لم يتوافقا على شيء، و خالفاً أمر المولى، فلا يبعد سقوط حرمة مالهما بمقدار يدفع به الفساد، و ينحلّ به الإشكال و الإعضال، و ربّما يكون ذلك من الحسيّات؛ لانجراره إلى الفساد و النزاع في الأزمنة المتأخّرة. و لو كان في قلعه غلبة الفساد و الشاجر، فلا بدّ من المحافظة على ما هو الأوفق.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ بِالْإِشْكَالِ، فَإِنْ كَانَ بغير جنسه بحيث لا يتميّز، فكالمعدوم يرجع بالمثل (1) أو القيمة، من غير فرق بين ما كان مستهلكاً وعدّ تالفاً، كما إذا خلط ماء الورد بالزيت، أو انقلبا إلى حقيقة أخرى عرفاً. ولا يترك الاحتياط بالتصالح والتراضي في غير الصورتين؛ قوله مدّ ظلّه: «يرجع بالمثل».

في صورة الاستهلاك يكون الوجه عدم وجود المعقود عليه حتّى يكون راجعاً إلى مالكة الأوّل، وهذا في حدّ ذاته ممّا لا إشكال فيه.

وإنّما الإشكال بحسب نظر العرف؛ حيث يرى ماله فيه، ويجد أحقيّته به من الأجنبيّ، فعدم بقاء المعقود عليه يستلزم البدل، أو يتعيّن على الغابن بعد الفسخ ردّ البدل من المال المستهلك فيه، أم يكون العرف حاكماً ببقائه فيه، كما أنّ العقل يحكم بذلك حتّى في المانعات الرقيقة؛ لأنّ الوحدة الاتصاليّة المساوقة للوحدة والتشخّص وللوجود، والجزئيّة الحقيقيّة غير حاصلّة في هذه الوحدات الموجودة بين أيدينا، فانقلاب الكأسين إلى كأس واحد، ليس في الحقيقة انعدام الهويّتين إلى هويّة ثالثة فيما بين أيدينا من المانعات؛ وإن كان لا بدّ من وجود الواحد الحقيقيّ صاحب الوحدة الاتصاليّة في بينها؛ لامتناع الجوهر الفرد والجزء الذي لا يتجزّأ، والتفصيل في محلّه.

وبالجملة: وجوه في المسألة، والوجه الأخير أقرب.

وإن كان جريان حكم التالف في الخلط (1) الذي يرفع به الامتياز و أمّا ما في كلام بعض المعاصرين كالفقيه اليزدي (1) وغيره (2) من تعيّن ردّ البديل من المستهلك فيه، فهو غريب؛ لأنّ الأقربيّة ممنوعة صغروياً، ولا دليل عليه بعد القول بالنقل إلى البديل و الاشتغال في الذمّة.

و أمّا في صورة الانقلاب، كانقلاب الخلّ خمراً، و البيض فرخاً، أو الانقلاب العرفي بالاستهلاك، فلا يأتي فيها التفصيل الآنف.

وربّما يقال: بأنّ الانقلاب المزبور إذا كان في يد الغاصب، فضمانه ضمان التلف، فتأمل.

قوله مدّ ظلّه: «في الخلط».

كخلط الجامد بالجامد، كدقيق الحنطة بالشعير، و قد استقرب جمع رجوع الباقي إلى المالك الأوّل بعد الفسخ. و مجرد تعدّد التسليم أو تعدّره، لا يوجب عدم عوده إليه؛ ضرورة أنّ العقلاء يحكمون عليه بأحكام خاصّة، و هي ناشئة من بقاء المعقود عليه عندهم، و لذلك احتاط بالتصالح، كسائر الموارد المتعدّرة فيها حلّ المشاكل الماليّة.

وربّما يقال بالشركة تعبّداً؛ لاقتضاء معقد الإجماع حصول الشركة،

1- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 46/ السطر 29.

2- منية الطالب 2: 82/ السطر 3 و ما بعده.

لا- يخلو عن قوّة. (1) أحد الوجهين في كلام الشيخ (قدّس سرّه) (1) وحيث إنّ الشركة غير معقولة في الصورتين؛ ضرورة أنّه في صورة الاستهلاك و التلف يكون الاستهلاك في ظرف مالكيّة الغابن، ولا معنى لها عندئذٍ، وبعد الفسخ لا يرجع إلى المغبون شيء ممّا في الخارج حتّى يكون شريكاً، إلّا على ما مرّ من كون العرف حاكماً بأنّ ماله في ماله، وفي صورة وجود العين بعد الفسخ يرجع إلى مالكة الأوّل، فلا معنى بعد ذلك للشركة العقلانيّة.

نعم، لو كان تعبّد فهو المتّبع، إلّا أنّه غير ثابت.

وأما الشركة في الماليّة، أو الشركة في القيمة بعد البيع، فهي من الأباطيل؛ فإنّ الماليّة الموجودة اعتباراً في العين، ليست أمراً آخر وراءها بحيث تحصل الشركة فيها دون الخارج، وإذا أُريد منه الشركة في القيمة، فلازم ذلك وجوب البيع أو جواز المماطلة، وكلاهما ممنوعان كما ترى.

قوله: «لا يخلو عن قوّة».

وقد تبين وجه ذلك ووجه ضعفه ممّا مرّ، فإنّه إذا لم يكن بحكم التالف الاستهلاك، فهو أولى بذلك. هذا ورفع الامتياز العقليّ غير ممكن، والعرفيّ تسامحيّ لا حقيقيّ.

وإن كان الامتزاج بالجنس، فالظاهر ثبوت الشركة (1) بحسب الكميّة؛ قوله: «ثبوت الشركة».

كما صرّح به الشيخ (رحمه الله) (1) وكأنّه المفروغ عنه في صورة التساوي، وهكذا في صورة الامتزاج بالأردا.

وقد مرّ الإيماء إلى وجه المناقشة فيها؛ فإنّ الشركة لا تحصل قبل الفسخ، لما لا معنى لها بعد كون المعقود عليه ملك الغابن، وبعد الفسخ لا- وجود للمعقود عليه ممتازاً؛ حتّى يعود إليه ثمّ تحصل الشركة، ولو كان ممتازاً فلا شركة إلاّ تعديداً؛ نظراً إلى الإجماع المحتمل كون معقده مخصوصاً بصورة الخلط الحاصل بين المالين لمالكين.

وبالجملة: لو كان المعقود عليه بحكم القطرة بالقياس إلى الممتزج فيه، فهو من التالف حتّى في صورة الخلط بغير الجنس.

نعم، في صورة التساوي في الكميّة، كمزج منّ من اللبن بمنّ منه، فلا يبعد وجوب ردّ منّ من اللبن على الغابن عرفاً ولو حصلت الشركة، و لكن يكون للغابن التصرف بعد الفسخ أيضاً حتّى يبقى المعقود عليه القابل للردّ، فتأمل.

ولا يجوز للمغبون استرداد ماله بدون رضاه؛ فإنّ الواجب على الغابن ردّ المعوّض. نعم إذا امتنع فلا يبعد.

وإن كان بالأردن أو الأجود، مع أخذ الأرش في الأول، (1) فقوله: «بحسب الكمية» ممنوع في الفرض المشار إليه جداً.
قوله مدّ ظلّه: «الأرش في الأول».

بناءً على حصول الشركة، وقد احتتمل في كلماتهم الشركة في المضمن، و عدم الأرش (1).

أمّا الأول: فلعدم سقوط حقّ المالك.

و أمّا الثاني: فلحصول الشركة و المبادلة بالمقدار فراراً من الربا، و لا يثبت الزائد عليه بعد حكم الشرع بالشركة، و حرمة الربا، فلو وقع خلط بين منّ من اللبن، و متين من اللبن الأردأ، يردّ إليه منّ من اللبن الموجود.

و ربّما يشهد ذلك على صحّة ما ذكرنا من إنكار الشركة هنا؛ للزوم تضييع حقّ المغبون.

اللهمّ إلا أن يقال: حرمة الربا و لو كان مطلقة في باب المعاوضات، إلا أنّها منتفية هنا؛ لكونها ضرورية.

و بالجملة: إته في حكم التالف إذا كان الممزوج فيه أضعاف المعقود عليه.

1- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 26، حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 47/السطر 9.

وإعطاء زيادة القيمة في الثاني. (1) وأما في صورة التساوي في الكمية مثلاً، فلا يبعد وجوب ردّ القيمة أو المثل إذا لم تحصل الشركة التي منعناها حتّى في صورة التساوي في الكيفيّة، ولو حصلت فالمبادلة ولو بإعطاء الأرش من الربا.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّه مبنيّ على المشاركة، وهي هنا بحكم الشرع بعد المزج، وليس من الربا رأساً.

قوله مدّ ظلّه: «زيادة القيمة في الثاني».

قد عرفت وجهها ووجه منعها من جهات شتّى، ولا سيّما من باب الربا موضوعاً وحكماً.

و عن الشيخ (قدّس سرّه) في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله: أنّه يستلزم الربا (1)، وقال الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه): «قيل (2): وهو حسن مع عموم الربا لكلّ معاوضة» (3) انتهى.

و ظاهره المنع من غير تجويز الزيادة الأجنبية؛ لأنّها أيضاً عندهم من الربا.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّه ضروري، ولا يكون بإقدامهما فلا حرمة.

1- المبسوط 2: 263.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 241/السطر 28.

3- مسالك الأفهام: 193/السطر 25.

لكنّ الأحوط التصالح، خصوصاً في الثاني. (1) أو يقال: بأنه لا يكون من الربا؛ لما لا مشاركة ولا معاملة، وجرى ان الربا في كلّ معاوضة أجنبيّ من هذه المسألة، فإنّه من التعارض القهري، لا المبادلة الإنشائيّة.

قوله مدّ ظلّه: «خصوصاً في الثاني».

لعدم حصول الشركة حتّى يجوز له التصرف في ذلك بغير رضاه و لو يعطي قيمته، و أمّا في الفرض الأوّل فإنّ التصرف جائز؛ لرضا الغابن طبعاً و إن كان يحتمل عدم رضاه.

و إذا كان المعقود عليه في المزج بالأردإ أيضاً في حكم التالف، يكون عدم رضاه مضرّاً بالتصرف، فالأحوط التصالح جدّاً؛ لأنّ مادّة المنكر لا تطلع إلا به بعد قصور دليل الشركة، و بعد عدم سقوط حقّ الغابن في الخلط، و لا المغبون بالأردإ و الأجود، بل في صورة التساوي في الجودة، كما أُشير إليه.

[مسألة 8: لو باع أو اشترى شيئين صفقة واحدة، و كان مغبوناً في أحدهما دون الآخر]

مسألة 8: لو باع أو اشترى شيئين صفقة واحدة، و كان مغبوناً في أحدهما دون الآخر، ليس له التبعض (1) في الفسخ، بل عليه إمّا فسخ البيع بالنسبة إلى الجميع، أو الرضا به كذلك.

قوله مدّ ظلّه: «ليس له التبعض».

الشيئان إمّا يكونان كجزئي باب الدار و كالتعال، فالأمر كما تحرّر و لو كان لكلّ جزء قيمة على حدة؛ لاختلافهما فيها، و قد قوّم كلّ واحد منهما مستقلاً.

و إمّا يكونان كالرقّيتين و البطيختين و أمثال ذلك، فلا يبعد أيضاً فيه ذلك.

نعم، لو رضي الغابن بالنسبة إلى الفسخ في الجملة؛ بناءً على جواز ذلك في الإقالة، فدعوى خيار تبعض الصفقة غير مسموعة؛ لأنّه خيار لا يقتضيه إطلاق دليل شرعيّ حتّى يكون هو المرجع. مع انصرافه عنه.

و لو كانت الأشياء تقوّم أجزاءها على حدة، كما في بيع المتفرّقات في المزايدة، و كان الجمع في الإنشاء من الجمع في التعبير و كأنّه هناك بيع مستقلّة و معاملات كثيرة، لا يسري عيب إحداها إلى الأخرى، و لا يكون فساد إحداها موجباً لخيار التبعض، فلازم كلّ واحد برأسه، فإطلاق ما في المتن ممنوع عرفاً.

و إن كان يمكن المناقشة فيه: بأنّ الإنشاء الواحد لا يعقل أن يتعلّق إلّا بالكثير الفاني في الواحد الاعتباري، كما في تعلّق أمر الصلاة بها، و عليه يكون البيع واحداً شخصياً و لا أساس للانحلال هنا، و لا في غير المقام.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّه مقتضى الصناعة العلميّة غير المعهودة بين العقلاء في بيع الأشياء المتفرقة، التي لا تجمعها الأمور الخارجيّة، ولا الأغراض.

نعم، لا بأس بأن يعتبر ذلك زائداً على المئونة المتعارفة، فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد الواقع على المجموع، ولو صحّ ذلك فيعلم منه وحدة العقد، وإلا فالشرط لم يقع في ضمن شيء، فتأمل جيّداً.

[الخامس: خيار التأخير]**إشارة**

الخامس: خيار التأخير.

وهو فيما باع شيئاً ولم يقبض تمام الثمن، ولم يسلم المبيع إلى المشتري، ولم يشترط تأخير تسليم أحد العوضين، فحينئذٍ يلزم البيع (1) ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبائع فسخ المعاملة.

قوله مدّ ظلّه: «يلزم البيع».

إجماعاً محكياً عن «الانتصار» (1) و «الخلاف» (2) و «التذكرة» (3) وغيرها (4)، وهذا من منفردات الإمامية، وقد قال المخالف باللزوم حسب الأصل (5)، وليس في أخبارنا رواية تحكي قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) (في هذا الخيار، بخلاف خيار المجلس و الحيوان. والمهم في المسألة قبل تلك الإجماعات؛ أخبارنا المحكية في الباب التاسع من أبواب الخيار، ففي معتبر زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه.

1- الانتصار: 210.

2- الخلاف 3: 20 المسألة 24.

3- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 14.

4- رياض المسائل 1: 525/السطر 26، جواهر الكلام 23: 51.

5- لاحظ الخلاف 3: 20 المسألة 24، تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 18.

قال: «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيّام، وإلا فلا بيع له»⁽¹⁾.

و ظاهره بعد القبض، فهو معرض عنه.

و معتبر ابن يقطين: أنّه سأل أبا الحسن (عليه السّلام) عن الرجل يبيع البيع، و لا يقبضه صاحبه، و لا يقبض الثمن.

قال: «فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»⁽²⁾.

وفيه من الاحتمالات ما يبلغ أكثر من خمسين، و الخروج عنها على وجه الحجّة غير ميسور.

و خبر ابن الحجّاج⁽³⁾ الممنوع اعتباره؛ لروايته عن أبي بكر بن عيّاش القاضي.

و خبر إسحاق بن عمّار، عن عبد صالح (عليه السّلام) قال: «من اشترى بيعاً

1- الفقيه 3: 554/127، وسائل الشيعة 18: 21، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 9، الحديث 1.

2- تهذيب الأحكام 7: 92/22، وسائل الشيعة 18: 22، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 9، الحديث 3.

3- الكافي 5: 16/172، وسائل الشيعة 18: 21، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 9، الحديث 2.

فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له»⁽¹⁾ وفيه: - مضافاً إلى ما قاله العلامة في سنده⁽²⁾، وإلى أنّ المتعارف التعبير عنه (عليه السلام) بـ «العبد الصالح» والتكثير يورث أنّه غيره (عليه السلام) وظهوره في أنّه غيره ربّما يمنع عن استظهار كونه هو لقول الراوي: « (عليه السلام)» مع أنّ التعبير عنه به للتقيّة، وهو ينافيها أنّ جميع النسخ لم يجيء، ولعلّ هناك محذوفاً، فيشكل أمره متناً.

و خبر ثانٍ عن ابن يقطين قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن.

فقال: «إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له»⁽³⁾.

وفيه: - مضافاً إلى اشتراك محمّد بن أبي حمزة وأبي إسحاق أنّ المتن معرض عنه، مع ظهوره في قبض المبيع والجارية؛ لأنّ بقاءها عند البائع يستتبع المحاذير العرفيّة والشرعيّة، فيكون الخبر معرضاً عنه من هذه الجهة أيضاً.

-
- 1- تهذيب الأحكام 7: 91/22، وسائل الشيعة 18: 22، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 9، الحديث 4.
 - 2- رجال العلامة الحلّي: 200.
 - 3- تهذيب الأحكام 7: 342/80، وسائل الشيعة 18: 23، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 9، الحديث 6.

ثم إن اختصار الخيار المذكور بصورة عدم قبضهما، فلو كان الثمن غير مقبوض و المبيع مقبوضاً، كان اعتبار الخيار للبائع أولى؛ لأنه لو أحر إلى بعد الثلاثة كان مبيعه عنده فيأخذه تقاصاً أو غير ذلك، بخلاف ما إذا قبضه المشتري.

هذا، وهذا الخيار ليس ممّا يعهده العقلاء؛ إلا إذا رجع إلى خيار تخلف الشرط الضمنيّ الثابت حينئذٍ للبائع والمشتري ويظهر من «انتصار» السيّد تقرّيبه لمثله(1)، إلا أنه يؤيد به مفاد الأخبار، وهو ممّا لا منع عنه.

ولو قيل: بناءً عليه تكون الشهرة والإجماع مستنداً قبل الأخبار، أو تكون الأخبار منجبرة سنداً ودلالة.

قلنا: قد تحرّر ممّا إمكان انجبار السند والدلالة بالشهرة والإجماع؛ فيما إذا كان خبر ضعيف ظاهراً في أمر خلاف ما أفتوا به، وأمّا في موارد الأخبار المضطربة القابلة لإعمال الاجتهاد فيها- كما في أخبار ماء البئر(2) فلا سبيل إليه؛ لقوّة تخلّل الآراء.

وتوهم اشتهار الحكم بقيوده وشرائطه الأربعة بين أصحابهم (عليهم السلام) ثم وصوله إلى أرباب التصنيف والتأليف وإلى المتون الفقهيّة،

1- الانتصار: 210.

2- وسائل الشيعة 1: 170، كتاب الطهارة، أبواب الماء المطلق، الباب 14 24.

ولو تلفت السلعة كانت من مال البائع. (1) ك «المقنع» و «النهاية» غير سديد، فالمستند هي الأخبار الموجودة المشتملة لاحتمال خطئهم في السند والدلالة.

هذا، وقد ذكرنا في كتابنا الكبير: أنّ مصبّ هذه الروايات- لأجل القرائن الكثيرة المتفرقة في الأبواب المختلفة هي المعاهدة والمقابلة على البيع، ولم يكن عقد وبيع حتى يكون لازماً في الثلاثة، وباطلاً أو خيارياً، أو منفسخاً أو زائلاً أثره- وهي الملكية بحكومة شرعية بعد الثلاثة، فلا أساس لخيار التأخير، وإن شئت فراجع إليه حتى تطلع على تلك الشواهد، وتدرى أنّ على فرض التنزل من السند والدلالة يكون الاحتمال الرابع أظهر ما في الباب، فلا- خيار، ولا- بطلان، ولا انفساخ، بل لا يعقل الانفساخ، بل هناك ما يكون مثل محجورية المالك المطلقة المساوقة لعدم اعتبار الملك له حكومة شرعية.

قوله مدّ ظلّه: «من مال البائع».

فيما إذا كان بعد الثلاثة اتفاقاً وإجماعاً مستفيضاً، بل متواتراً كما عن «الرياض» (1).

وإذا كان في الثلاثة ففيه قولان: فالمشهور على أنّه من مال البائع،

و المحكّي عن السيّدین (1) بل و المفید (2) أنّه من مال المشتري، و عليه الإجماع في «الخلاف» (3) و غيره (4). و ما في كلام الشيخ من نسبة إجماع «الخلاف» إلى أنّ التلف من مال البائع (5)، في غير محلّه.

و المستند النبوي المعروف المشهور بين أصحابنا شهرة عمليّة (6)، و في «الغوالي» نصّه (7)، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الصورتين، كما عليه أكثر المتأخّرين (8).

نعم، نسب إلى بعض الأجلّة التفصيل (9)، و الوجه عدم انجبار إطلاق

1- الانتصار: 210، الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 525/السطر 30.

2- المقنعة: 592.

3- الخلاف 3: 20، المسألة 24.

4- الانتصار: 210، الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 525/السطر 30.

5- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 248/السطر 3.

6- كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، شرائع الإسلام 2: 277، تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 31، المكاسب، الشيخ الأنصاري 247/السطر 35.

7- عوالي اللآلي 3: 59/212.

8- إيضاح الفوائد 1: 485، مجمع الفائدة و البرهان 8: 406، جواهر الكلام 23: 57 58.

9- لاحظ منيّة الطالب 2: 102/السطر 9.

القاعدة؛ بعد ذهاب تلك الجماعة مدّعين الإجماع على أنّ في الثلاثة على المشتري فما في كلام بعض المتأخرين من الاستيحاش من التفصيل (1) خالٍ من التحصيل. وأما رواية عقبة بن خالد (2) فهي في غير المورد، كما لا يخفى.

ثم إن القاعدة الشرعية المشار إليها، ربّما تعارض بقاعدة «الخراج بالضمّان» بما في خبر إسحاق بن عمّار، عن أبي إبراهيم (عليه السلام) الوارد في الرهن، وفي ذيله: «و كذلك يكون عليه يكون له» (3).

فإنّه إشارة إلى قاعدة عقلائية «من له الغنم فعليه الغرم» وبقاعدة «التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له».

وما أفادوه حلاً للمعارضة من أخصّية الأولى منها، و من أجنبيّة الثانية والثالثة عن موردها (4)، غير موافق للتحصيل.

نعم، أجنبيّة الثانية غير بعيدة في ذاتها، إلّا أنّ فهم المشهور جابر،

1- منية الطالب 2: 102/السطر 9.

2- الكافي 5: 12/171، وسائل الشيعة 18: 23، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 10، الحديث 1.

3- الكافي 5: 10/234، وسائل الشيعة 18: 387، كتاب الرهن، الباب 5، الحديث 6.

4- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 248/السطر 1، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 415 417.

وقبض بعض الثمن كلا قبض. (1) فيكون التعارض بالعموم من وجه، وحلّ المشكلة في محلّه إن شاء الله تعالى.

ويجوز أن يقال: بأنّ مصبّ أخبار خيار التأخير - إلاّ واحداً منها هو البيع مع قبض المبيع، فيكون من مال المشتري، وما هو الشرط عدم قبض المبيع المستمرّ غير المتعقّب بتركه عند البائع، فتأمل.

وبالجملة: بناءً على ما تلوناه عليك، فلا بحث هنا يخصّ بخيار التأخير، وأمّا البحث عن تعارض القواعد فسيمرّ عليك إن شاء الله تعالى.

قوله مدّ ظلّه: «كلا قبض».

اعتبروا شروطاً ثلاثة في ثبوت هذا الخيار: عدم حصول التقابض، وعدم اشتراط تأخير أحد العوضين، وعند ذلك يلزم البيع ثلاثة أيّام، و بعد الثلاثة يكون للبائع خيار إذا لم يجيء المشتري، ولم يمكّن البائع منه. وهذا كلّه مستفاد من أخبار المسألة:

أمّا الأولان: فلأنّ المفروض في أكثرها عدم حصول التقابض، وفي معتبر ابن يقطين نصّ عليه (1).

نعم، ربّما يستفاد من معتبر زرارة (2) أنّ القبض المتعقّب بالترك عند

1- تقدّم في الصفحة 230.

2- تقدّم في الصفحة 229.

البائع لا يضرب بثبوت الخيار، كما هو الأظهر، وقد أُشير إليه في ذيل الحاشية السابقة.

ويمكن أن يقال: إن مقتضى بعض الأخبار - كخبر إسحاق بن عمّار (1) هو عدم اعتبار عدم قبض المبيع. ويؤيده بعض آخر، ويساعده الاعتبار؛ لأن قبض المبيع وعدم إعطاء الثمن، أولى بالخيار من صورة عدم قبضه؛ لأنه يتمكن عندئذٍ من التقاص.

وفيه: أن الجهة العمدة في هذا الخيار رفع المزاحم الموجب لتحريم الأمر على البائع، وتمكين استفادة الناس من المتاع، وإدارة المعاش على أحسن الوجوه الممكنة، فلا يجوز توهم الخيار في الصورة المذكورة.

وأما خبر ابن عمّار، فهو مقيد بما في معتبر ابن يقطين.

اللهمّ إلا أن يقال: بأن بين معتبر ابن يقطين ومعتبر زرارة، تعارضاً بالمباينة، فيكون المرجع معتبر ابن عمّار المطلق، ولا يجوز تقييده بأحدهما بتوهم انقلاب النسبة؛ لأن شرط التقييد مفقود، والترجيح بلا مرجح غير جائز.

وسره: أن قوله (عليه السلام) في خبر ابن عمّار: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة

أيام ولم يجيء، فلا بيع له» محمول بالضرورة على صورة عدم التقابض من الطرفين مجموعاً، وإلا فلا معنى لعدم مجيئه، وأما أنه لم يجيء لأخذ المبيع أو لإعطاء الثمن، فهو غير واضح، فيكون الحذف يفيد الإطلاق، ولا يمكن تقييد هذا الإطلاق بأحد السابقين معيّنًا.

نعم، يمكن دعوى: أنّ الخبرين الأولين متباينان لولا هذا الإطلاق، وإذا قيسا إليه يقيّد بهما، فترتفع المباينة قهراً، وتصير النتيجة الشرط المشهور.

وأما الشرط الثالث: فلا دليل له - بعد الإجماع والاتفاق إلا دعوى انصراف الأخبار إلى غير صورة رضاها بالتأخير، وغير خفيّ أنّه لازم ذلك عدم الخيار للبائع ولو كان المتاع ممّا يفسد بعد الثلاثة، وهذا خلاف ما يستفاد من تلك الأدلة الناهضة على الخيار لما يفسد ليومه، الظاهرة في أنّ الشرع لاحظ جانب المتاع وخسران المجتمع بفساده، لا الفرد، والله العالم.

وفي كيفة الشرط المزبور - وأقسامه البالغة إلى أكثر من خمسين صورة تفصيل لا يسعه المقام.

ومن هنا يظهر وجه ما في المتن من: أنّ «قبض بعض الثمن كلا قبض» لأنّ الظاهر المنصرف من الأخبار ذلك.

[مسألة 1: الظاهر أنّ هذا الخيار ليس على الفور]

مسألة 1: الظاهر أنّ هذا الخيار ليس على الفور (1) فلو أُخّر الفسخ عن الثلاثة لم يسقط إلا بإحدى المسقطات.

قوله مدّ ظلّه: «ليس على الفور».

كما هو الأعراف؛ لإطلاق أدلّته، و من الغريب ما في «التذكرة» الظاهر في أنّه يقول بالفور؛ لأنّه يتمسك بانسداد التضرّر في صورة الإتيان بالثمن بعد الثلاثة، ويصرّح بسقوط الخيار فيها؛ لهدم مقتضيه!! (1) وهذا غير جائز في شرعنا بعد كون الأخبار مستند المسألة، لا القاعدة.

ويظهر من الشيخ (قدّس سرّه): «أنّه بعد ما لم يكن معنى «لا بيع له» إلا نفى اللزوم، فلازمه نفيه على وجه لا يعود لازماً أبداً، فتأمّل» (2) انتهى.

ولو كان ذلك حقّاً لكان الإسقاط غير جائز، كما لا يخفى.

1- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 29.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 247/السطر 30.

[مسألة 2: يسقط هذا الخيار باسقاط سقوطه في ضمن العقد]

مسألة 2: يسقط هذا الخيار (1) قوله مدّ ظلّه: «هذا الخيار».

سقوط الخيار بإحدى المسقطات، فرع كونه حقاً من الحقوق القابلة له، وفي كونه حقاً أولاً، وعلى التقدير قابلاً للإسقاط إشكال؛ لأنّ دليله لو كان الإجماع فهو لا ينفع؛ لأنّه ليس تعدياً.

وإن كان قاعدة من القواعد الشرعيّة، فهو لا يثبت إلّا نفي اللزوم الملازم للجواز الأعمّ.

وإن كان الأخبار، فهو إمّا ظاهر فيما ذكرناه؛ وهو خروج المبيع بعد الثلاثة من ملك المشتري إلى ملك البائع، فيكون محجوراً عنه بحكم الشرع، ولا يعتبر بعد ذلك ملكاً له، أو تكون الأخبار من هذه الجهة مجتمعة.

وما أصرّ عليه الماتن في درسه: «من أنّ ظاهره كونه خيارياً، والخيار يقبل الإسقاط بحكم العقلاء»⁽¹⁾ غير واضح.

ولو كان خياراً ففي كونه يقبل الإسقاط مناقشة؛ لأنّ من أحكام الحقوق عند العقلاء قبول التورث والنقل، مع أنّ كثيراً من الحقوق لا يكون كذلك، فلو كان شيء حقاً فلا بدّ من وجود أثر له حتّى يمتاز به عن الحكم؛ فراراً من لغويّة اعتباره، ويكفي فيما نحن فيه قبوله النقل، فالإسقاط غير مبرهن نفعه ونفوذه، إلّا أنّه غير بعيد عرفاً.

1- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 411.

باشتراط سقوطه (1) في ضمن العقد، وياسقاطه بعد الثلاثة (2). وفي سقوطه بالإسقاط قبلها إشكال، والأقوى عدمه. (3) قوله مدّ ظلّه: «باشتراط سقوطه».

وهو المحكيّ عن «الدروس» (1) و«جامع المقاصد» (2) و«تعليق الإرشاد» (3).

ويشكل ذلك؛ لأجل أنّ هذا الشرط طبعاً يمنع عن حدوث الخيار بعد الثلاثة، ويكون في حكم الشرط المخالف للكتاب.

نعم، لو كان الأمر على وجه يحدث ثم يسقط، فهو في محله، إلا أنّه مجرد فرض، ولا يساعد عليه الاعتبار، ولا يقولون بذلك. و حديث «أنا ما» ممّا لا أساس له - حتّى في موضع من الفقه في الملكيّة، فضلاً عمّا نحن فيه.

قوله مدّ ظلّه: «و ياسقاطه بعد الثلاثة».

إجماعاً كما هو ظاهر الشيخ (رحمه الله) (4) ووجه المناقشة فيه ما مرّ، فتدبّر.

قوله مدّ ظلّه: «و الأقوى عدمه».

خلافاً لنصّه في درسه (5)، نعم اختار أنّ الاغتراسات العرفيّة لا تساعد

1- الدروس الشرعيّة 3: 276.

2- جامع المقاصد 4: 302.

3- لاحظ المكاسب، الشيخ الأنصاري: 247/السطر 11.

4- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 247/السطر 9.

5- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 134.

كما أنّ الأقوى (1) عدم سقوطه ببذل المشتري الثمن بعدها قبل فسخ البائع.

على الإسقاط قبل العقد، و أمّا بعد العقد فإن أريد منه الإسقاط المنجز، فهو غير صحيح.

وإن أريد منه الإسقاط المعلق أو المشروط- بأن يكون الإسقاط حالياً، و السقوط استقبالياً فلا بأس به، و هو الأقوى لولا المناقشات السابقة.

و أمّا حديث الإجماع المحكيّ على بطلان التعليق (1)، فهو مضافاً إلى نصّ السيّد الفقيه اليزدي (قدّس سرّه) على عدم وضوح مسيره (2)، أنّ القدر المتيقّن منه نفي العقد.

قوله مدّ ظلّه: «كما أنّ الأقوى».

و استحسّنه الشيخ قاتلاً: «لو كان مستند الخيار هو الأخبار، و أمّا إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شكّ في عدم الضرر حال بذل المشتري المثل، فلا ضرر ليتدارك بالخيار» (3) انتهى.

و في «التذكرة» تصريح بالسقوط (4) كما مرّ.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 99/ السطر 11.

2- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 55/ السطر 1.

3- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 247/ السطر 15.

4- تذكرة الفقهاء 1: 523/ السطر 29.

وغير خفيّ: أنّ شأنهما أجلّ من أن يذكر في مسطوراتنا، إلاّ أنّه لا شأن لمن لا يراعي الجانب الصحيح في المسائل الفرعيّة؛ وهو الأخبار الواردة في المسألة، فإنّ قاعدة «لا ضرر ..» تقيّد في غير مورد الأخبار، أو تكون حاكميّة على إطلاقها لو كان ضرريّاً، وأمّا بعد سكوت الشرع عن ذكر القاعدة هنا- «لم يسكت عنها نسياناً» فلا وجه لإرجاع الأخبار إلى قاعدة «لا ضرر ..» ثمّ الأخذ بها سنداً، وتحليل الفروع على مدارها صدقاً ولا صدقاً، فإنّه بعيد عن هؤلاء الأمثال الأبدال، تغمّدهم الله بلطفه الخفيّ.

هذا مع أنّ قاعدة «لا ضرر ..» لو كانت مستنده، وغير جارية هنا عند بذل الثمن، لكانت لا تقيّد خيار الغبن عند بذل التفاوت، مع أنّ الإجماع قائم على ثبوته بالغبن؛ سواء أعطى التفاوت بعد المعلوميّة، أم لم يعط، فلا تخلط.

وقد مرّ: أنّ الخيار الحقي لا يمكن أن يكون مستند قاعدة من القواعد الحاكمة على الأدلّة، و مجرد وجود بعض التقارير- ما قرّبناه في كتابنا الكبير (1)، وفي رسالتنا (2) لا يكفي مستنداً للفقّه، كما هو الواضح.

1- هذه المباحث من الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

2- رسالة في قاعدة لا ضرر للمؤلف (قدّس سرّه) مفقودة.

و يسقط لو أخذه بعدها بعنوان الاستيفاء (1)، لا بعنوان آخر.

قوله مدّ ظلّه: «بعنوان الاستيفاء».

فلا يتحقّق ذلك في صورة الجهل، ولا يسقط بمجرد الأخذ.

وقال الشيخ (رحمه الله) بالسقوط «لأنّ التزام فعليّ بالبيع، ورضا بلزومه» (1) انتهى.

وفيه: أنّه أعمّ أولاً، ومجرّد الالتزام والرضا بالبيع لا يكفي للسقوط، وإلا فهو حاصل ثانياً.

ولو كان هناك التزام جديد زائد على أصل الالتزام بالبيع، ففي كفايته للسقوط إشكال، بل منع؛ لأنّ السقوط من المسائل المترقّبة من الأسباب الإنشائية، والقول بالتعبّد كان غير مرضيٍّ في مورد أخبار الرضا الواردة في خيار الحيوان (2)، فضلاً عمّا نحن فيه.

نعم، لو كان عمل البائع على وجه يعتبر منه الإعراض عن الملك و الحقّ، كان لذلك وجه. ولعلّ معنى قوله- مدّ ظلّه: «بعنوان الاستيفاء» يرجع إلى ذلك، وإلا فالخيار الموضوع له بحكم الأخبار لا يسقط إلا بالأسباب.

نعم، فرق بين مقام الدعوى، وبين مقام التصرّف؛ ففي مقام الدعوى لا بدّ وأن يكون السبب قابلاً لأن يتسبّب به إلى السقوط عرفاً و شرعاً، وإلا

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 274/السطر 19.

2- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 30.

وفي سقوطه بمطالبة الثمن وجهان، الظاهر عدمه. (1) فالقول قول البائع، وأمّا إذا كان في مقام التصرف بينه وبين ربّه، فلا يعتبر شيء؛ لأنّه يسقط حتّى بالإعراض القلبيّ، ويكون كالديون غير محتاج إلى الأسباب الظاهرة. وربّما يكون الالتزام القلبيّ والرضا الجديد بالعقد- لأجل استلزامه الإعراض موجّباً للسقوط بينه وبين ربّه، فلا ينبغي الخلط بين الصورتين.

قوله مدّ ظلّه: «الظاهر عدمه».

قد ظهر الوجه ممّا مرّ بما لا مزيد عليه، ويظهر مواضع الضعف في كلمات القوم، وتفصيل المسألة يطلب من خيار المجلس والحيوان. وأمّا التمسك بالأصل هنا، كما في «التذكرة» (1) واسترضاه الشيخ (2) و الماتن (3) عفي عنهما، ففي غير محلّه؛ لما تقرّر منّا في الأصول من ممنوعيّة جريان الاستصحابات الحكميّة الكلّية مطلقاً ذاتاً، لا بالمعارضة (4)؛ فإنّه غير صحيح، فتدبّر.

1- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 30.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 247/السطر 23.

3- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 412 413.

4- تحريرات في الأصول 8: 436 438 و 533 534.

[مسألة 3: المراد بـ «ثلاثة أيام» هو بياض اليوم]

مسألة 3: المراد بـ «ثلاثة أيام» هو بياض اليوم (1) ولا يشمل الليالي عدا الليلتين المتوسّطتين، فلو أوقع البيع في أول النهار يكون آخر الثلاثة غروب النهار الثالث. نعم لو وقع في الليل تدخل الليلة الأولى أو بعضها أيضاً في المدّة. و الظاهر كفاية التلفيق، فلو وقع في أول الزوال يكون مبدأ الخيار بعد زوال اليوم الرابع، وهكذا.

قوله مدّ ظلّه: «بياض اليوم».

في المسألة بحوث لا- يليق هذا المختصر بالبحث عنها، وقد فصّلنا الكلام في ذيل خيار الحيوان في محلّه (1)، والمهمّ بعض الاستظهارات العرفيّة، أو الاشتقاقات اللغويّة.

والذي لا بأس بالإشارة إليه أنّ المقادير التي تؤخذ في الأدلّة: تارة: يكون النظر إلى خصوصيّاتها، كالبياض والظلمة المسبكين بعناوين «النهار» و«الليل» المخلفين.

وأخرى: إلى المقدار المحض والكميّة الخاصّة، سواء كان فيما بينه وبين البائع يوم أو ليل، أم كان كلّه اليوم، أو كلّه الليل.

فما في هذه الأخبار فهو بلحاظ القطر والمنطقة بالقطع واليقين، وإلا فمضىّ خمسة عشرة سنة غير لازم حتّى إذا كان إنسان في محطّ قد نتف لحاه، و اشتعل رأسه شيباً، لم يبلغ بالسنّ!! فإنّه واضح الفساد ولا يجوز

1- مباحث خيار الحيوان من تحريرات في الفقه مفقودة.

إسناده إلى الشرع.

وَأَمَّا أَنَّ الْمَقْدَارَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ هَلْ هُوَ امْتِدَادٌ ثَلَاثَةٌ أَنْهَرٌ، وَثَلَاثٌ لَيْالٍ؟ كَمَا قِيلَ (1) وَاسْتَظْهَرْنَا ذَلِكَ فِي أَحْكَامِ صَلَاةِ الْمَسَافِرِ (2)، فَإِنَّ «الْيَوْمَ» غَيْرُ مَوْضُوعٍ - ظَاهِرًا عَلَى وَجْهِ يَكُونُ مَرَادِنَا لِلنَّهَارِ، بَلْ هُوَ أَكْثَرُ إِطْلَاقًا عَلَى أَصْلِ الْوَقْتِ.

وَأَيَّامُ الْبَيْضِ أَيْضًا بِاعْتِبَارِ أَوْقَاتِ الْبَيْضِ، لَا بِاعْتِبَارِ صَدَقِ «الْيَوْمِ» عَلَى اللَّيْلِ كَمَا تَوَهَّمُ.

وَعِنْدُنَا تَكُونُ أَصَالَةُ الْإِطْلَاقِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْأَنْهَرِ الثَّلَاثَةِ وَاللَّيْلَتَيْنِ مُحْكَمَةً؛ لَمَّا مَرَّ مِنْ عَدَمِ جَرِيَانِ الْاسْتِصْحَابِ رَأْسًا.

وَبِالْجُمْلَةِ: رَبِّمَا يَرَادُ مِنْ جُمْلَةٍ «ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ» أَيُّ ثَلَاثَةِ أَوْقَاتِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ الْمَزْبُورَ قَوْلِيًّا.

وَلَوْ كَانَ الْيَوْمُ بِمَعْنَى النَّهَارِ مَصْبَبَ الْخِيَارِ، فَلَا زَمَّ عَدَمُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْعَقْدُ فِي أَوَّلِ اللَّيْلِ. وَاسْتِفَادَةُ الْحَكْمِ مِنْ قِطْعِيَّةِ الْأَمْرِ بِالْمُنَاسَبَاتِ الْخَارِجِيَّةِ صَحِيحَةٌ، إِلَّا أَنَّ الْأَنْسَبَ الدَّقَّةَ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ، وَأَمَّا سَائِرُ الشُّبُهَاتِ الْأُخْرَى فَهِيَ غَيْرُ مُتِينَةٍ جَدًّا.

1- مفتاح الكرامة 4: 558/السطر 30 31.

2- مباحث صلاة المسافرين من تحريرات في الفقه مفقودة.

[مسألة 4: لا يجري هذا الخيار في غير البيع]

مسألة 4: لا يجري هذا الخيار في غير البيع (1) من سائر المعاملات.

قوله مدّ ظلّه: «في غير البيع».

وفي البيع على ما سلف احتمالاه، بل قوّته.

نعم، تأخير الثمن أو المثلن بالمقدار المتعارف، لا يورث شيئاً.

ولو زاد عليه، وأقبض أحدهما الآخر متاعه، ولم يسلم الآخر، فلا يبعد الخيار العقلاني المترشح من الاشتراط الضمني كما يلوح ذلك من «انتصار» السيّد (قدس سرّه) (1).

وربما يتخيّل رجوع خيار التأخير إليه، ولكنّه خيار تأخير الثمن، لا المثلن. ولو كان الأمر كما توهم لكان الخيار ثابتاً لهما، وإنّما للشرع تحديده زماناً؛ حفاظاً على النظام، كما صنع ذلك في غير مورد.

[مسألة 5: لو تلف المبيع كان من مال البائع في الثلاثة، و بعدها على الأقوى]

مسألة 5: لو تلف المبيع كان من مال البائع في الثلاثة، و بعدها على الأقوى. (1) قوله مدّ ظلّه: «على الأقوى».

قد مرّت في أوّل خيار التأخير هذه المسألة (1).

[مسألة 6: لو باع ما يتسارع إليه الفساد]

مسألة 6: لو باع ما يتسارع إليه الفساد؛ بحيث يفسد لو صار بائناً، كالبقول، وبعض الفواكه، و اللحم في بعض الأوقات ونحوها، و بقي عنده، و تأخر المشتري، فللبائع الخيار قبل أن يطرأ (1) عليه الفساد، فيفسخ البيع، و يتصرّف في البيع كيف شاء.

قوله مدّ ظلّه: «الخيار قبل أن يطرأ».

على المشهور المعروف المتسالم عليه (1)، و استدلّوا عليه بمرسلة عن أبي عبد الله (عليه السلام) أو أبي الحسن (عليه السلام): في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه، و يتركه حتّى يأتيه بالثمن.

قال: «إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن، و إلّا فلا بيع له» (2)(3). و في «الفتاوى» عن ابن رباط، عن زرارة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: «العهدّة فيما يفسد من يومه - مثل البقول، و البطيخ، و الفواكه يوم إلى الليل» (4).

1- مفتاح الكرامة 4: 583/السطر 28.

2- رياض المسائل 1: 526/السطر 19، جواهر الكلام 23: 59، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 248/السطر 14.

3- الكافي 5: 172/15، تهذيب الأحكام 7: 108/25، وسائل الشيعة 18: 24، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 11، الحديث 1.

4- الفتاوى 3: 555/127، وسائل الشيعة 18: 25، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 11، الحديث 2.

و لا بأس بكونه من خيار التأخير، إلا أنه حدّد بيوم واحد.

وأما كونه خيار تأخير المثل؛ لأنّ النظر إلى عدم طرو الفساد، فلو كان أقبض الثمن و لم يأت ليأخذ المبيع فله الخيار، كما صرّح به الفقيه اليزدي(1)، فهو بعيد عن ساحة الأخبار بالضرورة.

وثبوت الخيار في نصف اليوم أو في اليومين؛ لقاعدة «لا ضرر ..» غير خيار التأخير الثابت بالخبر الخاصّ؛ لاختلافهما في الحكم أحياناً، كما في حكم الفوريّة و التراخي، فلا تخلط.

وقد مرّ منّا: أنّ هاتين الروايتين من شواهد ما أسّسناه في المسألة؛ و هو أنّ المسئول عنه و المفروض في الأخبار ليس البيع و حصول العقد و المبادلة، بل هو في فرض المقابلة، كما هو المتعارف(2)، و يبعد العقد غير المعاطاتيّ في مثل هذه الأمور بالضرورة، فإذن يحصل القطع بأنّه لم يكن بين البائع و المشتري إلاّ القرار على البيع، و تركه عنده اختصاصاً به، لا ملكاً له.

وعلى هذا تمّ البحث، و لا يتوجه الإشكال إلى الأخبار و في بعض فروع المسألة، و إلاّ فالإنصاف أنّ في محيط بلاد الرواية، تقسد

1- حاشية المكاسب، السيد اليزدي 2: 1/57 السطر 20.

2- تقدّم في الصفحة 233.

الخصروات في ساعات من النهار، وقلّما تبقى فاكهة شجرية في يوم الصيف الطويل، فما في الأخبار ناظر إلى المسائل الأخلاقية و المعاهدات، و تكون العهدة فيها يوماً إلى الليل ما لم تفسد، وإلا فلا قرار و لا معاهدة حتى يتبع استحباباً وإنسانيةً.

وقد مرّ: أن قوله: «لا بيع له» بمعنى أنه لا يكون البيع و القرار عليه له، لا أن البيع المتحقق المملّك ليس له، فاعتنم.

و بالجمله: ثبوت الخيار في هذه الموارد إذا كان البيع متحققاً، ممّا لا إشكال فيه؛ لدليل آخر غير هذه الأخبار.

و غير خفيّ: أن مقتضى ما تحرّر عندنا عدم حصول البيع إلا بالقبض و بالمعاطاة، و ما هو الحاصل بالعقد اللفظي هو عقد البيع و العقد على المبادلة الخارجية، فإذا لم يقبض المشتري مبيعه فلا بيع، و إذا قبضه فيكون تلفه عليه فلا خيار، و تفصيل المسألة يطلب من كتابنا الكبير(1).

1- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه للمؤلف (قدّس سرّه) مفقودة).

[السادس: خيار الرؤية]

إشارة

السادس: خيار الرؤية و هو فيما إذا اشترى شيئاً موصوفاً غير مشاهد، ثمَّ وجده على خلاف ذلك الوصف؛ بمعنى كونه ناقصاً عنه، و كذا إذا وجده على خلاف ما رآه سابقاً، فيكون له خيار (1) الفسخ.

قوله مدّ ظلّه: «فيكون له خيار».

على المشهور(1):

أمّا في الصورة الأولى: فالدليل بناء العقلاء، بل هو من المسلّمات.

نعم، ربّما يشكّل أصل صحّة المعاملة؛ لأجل أنّ التوصيف ليس رافعاً للجهالة و الغرر، فإذا كانت الجهالة مرتفعة به أو بوجه آخر، كان له الخيار، فما حكى عن الأردبيليّ (قدّس سرّه)(2) و تبعه صاحب «الحدائق» (رحمه الله (من البطلان في موارد التخلّف(3)، ممنوع إطلاقه.

و من المحتمل صحّة البيع على الإطلاق؛ و ذلك لا لأجل أنّ التوصيف يرفع الجهالة، لأنّه إذا كان من البائع و كان موجبا للوثاقّة يصحّ، و إلّا فلا. و لو قلنا بحجّية إخبار البائع و لو كان في ضمن التوصيف، فهو في صورة عدم معلوميّة حاله من الكذب الواقعي، فالتوصيف ليس

1- جامع المقاصد 4: 301، مجمع الفائدة و البرهان 8: 410، الحدائق الناضرة 19: 56.

2- مجمع الفائدة و البرهان 8: 183.

3- الحدائق الناضرة 19: 59.

مستنداً لرفع الغرر.

نعم، لا يضرّ جهالة الأوصاف بصحة البيع؛ لعدم الدليل عليها، وقد أوضحنا المسألة بما لا مزيد عليه في هذا المقام في كتابنا الكبير (1).
وأمّا في الصورة الثانية: فلا خيار له بحسب الموازين العقلية؛ لأنّ الغرر والجهالة المرتفعة بالمشاهدة، لا يقتضي كون العقد مبنياً على الوصف والشرط.

نعم، قضية معتبر جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة .. إلى أن قال: قال (عليه السلام): «إنّه لو قلب منها، ونظر إلى التسعة والتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية» (2) ثبوت الخيار في الصورة الثانية أيضاً؛ فإنّ المتفاهم البدوي منها هو الخيار في صورة تخلف المبيع عمّا شاهدته واعتقده على وصف خاصّ مثلاً، بعد ظهور قوله (عليه السلام): «في ذلك» أي في الاثراء؛ لأنّها للبعيد، وما هو مرجع الإشارة - بعيداً هو الاثراء.

وبالجملة: هذا الخيار ليس بخيار الرؤية، إلا أنّه بالنسبة إلى

1- ممّا يؤسف له فقدان هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه.

2- تهذيب الأحكام 7: 112/26. وسائل الشيعة 18: 28، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 15، الحديث 1.

وفيما إذا باع شيئاً بوصف غيره، ثمَّ وجده زائداً على ما وصف، أو وجده زائداً على ما رآه سابقاً. أو وجد الثمن على خلاف ما وصف؛ أي ناقصاً عنه، فله خيار الفسخ (1) في هذه الموارد.

طائفة من الموارد خيار تخلف الوصف و الشرط، وهو عقلائي، و بالنسبة إلى أخرى خيار تعدي شرعي؛ وهو خيار الرؤية و تخلف الوصف غير المبني عليه العقد. و احتمال كون الخبر ناظراً إلى أنّ الوصف المتخيل بالمشاهدة موجب للخيار، غير صحيح؛ لأنّ وصف الصحة لا يورثه، فضلاً عن وصف الكمال.

نعم، لا يبعد أن يكون مورد الخبر خيار العيب، و ليس بالرؤية؛ لأنّ الجهالة ارتفعت بالمشاهدة، و خيار العيب عرفي، و على هذا يتقلب الخيار المذكور إلى خيار تخلف الوصف و الشرط، و إلى خيار العيب، و لا أساس لخيار الرؤية بالمعنى الآخر وراءهما، و الخبر ناظر- حسب الأظهر إلى خيار العيب، و القول بالتأسيس بعيد، و لا سيّما مع كون المسألة ذات رواية واحدة.

قوله مدّ ظلّه: «فله خيار الفسخ».

أمّا في الصورة الأولى: فله الخيار إذا كان الوصف يقوم، كما هو المقصود. و ليس هذا من خيار تخلف الوصف، بل إمّا هو من خيار تخلف التوصيف، أو من خيار الغبن كما هو الظاهر.

وَأَمَّا كونه مندرجاً في الخبر - بناءً على كونه ناظراً إلى الخيار التعبدّي فهو مشكل جداً؛ لأنّ الخبر في مورد المشتري لا البائع، وما هو الثابت للأعمّ هو خيار تخلف الوصف و التوصيف العقلائيّ، لا الخيار التعبدّي، فلا ينبغي الخلط وإن ظهر منهم - حتّى من الشيخ (قدّس سرّه) [\(1\)](#) ذلك، فراجع.

وَأَمَّا في صورة الثانية: فلا خيار حسب الموازين العقلائيّة إلا خيار الغبن، وقد تبين وجه انطباق الخبر عليه أيضاً. ولكنّه في ناحية المشتري دون البائع، ولا وجه لإلغاء الخصوصية بعد اقتضاء الأدلة لزومها.

وَأَمَّا في الصورة الثالثة: فالخيار خيار تخلف الوصف.

وهنا صورة رابعة: وهي أن يرى الثمن على خلاف ما شاهده، فإنّه لا يثبت له إلا خيار العيب لو كان التخلف عيباً، أو كان موجباً للغبن الفاحش، فليتدبّر جيّداً.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 249.

[مسألة 1: الخيار هنا بين الردّ والإمساك مجاناً]

مسألة 1: الخيار هنا بين الردّ والإمساك مجاناً، وليس لذي الخيار الإمساك بالأرث. (1) قوله مدّ ظلّه: «الإمساك بالأرث».

ضرورة أنّ الأرث لا يتصوّر إلاّ فيما إذا كان الموجب له مورد المعاملة، وفي جميع صور خيار تخلف الوصف والرؤية، يكون المنظور في العقد من أوصاف المبيع، ولا يعدّ من أجزائه.

نعم، في خصوص خيار العيب يثبت الأرث تعبداً، فلو كان هذا الخيار من أصنافه فهو، وإلاّ فلا أرث.

ولو كان في بعض صور المسألة خيار الغبن، فهو أيضاً بالإجماع، خلافاً «للتذكرة» (1) والشيخ (رحمه الله) (2) خير بين الإمساك و الفسخ.

نعم، حكم العقلاء يختلف عن مصبّ الإجماع؛ لأنّه لا معنى للخيار بعد إعطاء البائع الغابن ما تغابن به المشتري المغبون مثلاً.

ويمكن دعوى: أنّ هذا الخيار ولو كان من أصناف خيار العيب إلاّ أنّه لا أرث؛ لإطلاق معتبر جميل إطلاقاً مقامياً، فتدبر.

اللهمّ إلاّ أن يقال: بأنّ معتبر جميل لا إطلاق له؛ لأنّه بصدد إثبات الخيار تشريعاً. ولكنّه بمعزل عن التحقيق.

1- تذكرة الفقهاء 1: 523/السطر 11.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 235/السطر 7.

كما لا يسقط خياره ببذله (1)، ولا يبادل العين بالأخرى. نعم، لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة، توجه أخذ الأرش (2) للعيب، لا لتخلف الوصف.

قوله مدّ ظلّه: «ببذله».

وهكذا عنوانه الشيخ (1)، و لكتّه غير صحيح؛ لأنّه من الواضح غير المحتاج إلى البيان. بل لا معنى لسقوط خياره بعد الثبوت التعينيّ ببذل البائع أو تبديله كما لا يخفى؛ لأنّ بذله وبذل الأجنبيّ على حدّ سواء.

نعم، كان ينبغي التعرّض لعدم سقوطه بقبول ما يبذله أو قبول البذل؛ لأنّه أعمّ.

نعم، إذا كان القبول فعلاً أنشأ به السقوط فهو، أو كان نظره الإعراض عن خياره وحقّه فهو، وإلا فلا دليل عليه.

قوله مدّ ظلّه: «توجه أخذ الأرش».

قد عرفت ممّا: أنّ المتفاهم من مورد معتبر جميل كون الضيعة معيبة (2)، وأنّ المفروض في الجواب ليس عدم الرؤية بما هو هو، بل هو عدم الرؤية اللازم للكشف المخالف؛ بأن يصير متوجّهاً إلى فساد فيها وفي المتاع الذي ارتفعت جهالته بالمشاهدة الإجمالية.

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 252/السطر 1.

2- تقدّم في الصفحة 254 255.

و لو صحّ ما قالوه من أخذ الأرش (1)، يلزم التهافت بين معتبر جميل - لإطلاقه المقامي، بل اللفظي وإطلاق أخبار خيار العيب؛ في مورد الخيارين الثابت أحدهما بالخبر المذكور، فإنّ إطلاقه يورث الخيار من غير عدل، و حمل المعين على المخير، ليس من الجموع العرفية، و توهم أنّه من رفع الإجمال بالمبين، غير تامّ، و قضية التساقط هو الأخذ بالقدر المتيقن؛ و هو الخيار بلا أرش.

1- السرائر 2: 242، و لاحظ جواهر الكلام 23: 94 95.

[مسألة 2: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة حين المبايعة]

مسألة 2: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة حين المبايعة (1)، و يشترط في صحته إمّا الرؤية السابقة (2) مع حصول الاطمئنان ببقاء تلك الصفات، وإلا ففيه إشكال.

قوله مدّ ظلّه: «الغائبة حين المبايعة».

لو كان هذا الخيار من الخيار العقلانيّ، فلا مورد له بخصوصه؛ لأنّ خيار تخلف الوصف و الشرط أعمّ مورداً بالضرورة.

و لو كان من الخيار التعبدي، فمورده المذكور في معتبر جميل؛ و هي العين الحاضرة المشاهدة بالشهود غير الكامل الرافعة للغرر الموجب للصحة، فما في كلام القوم و صريح الشيخ (1) و المتن، خلاف التحقيق على كلّ تقدير.

قوله مدّ ظلّه: «أما الرؤية السابقة».

فإنّه بها ترتفع الجهالة إذا لم يتغيّر العين حسب تحيّل و اعتقاده. بل يكفي أصالة السلامة إذا كان التغيّر إلى العيب؛ لأنّها عقلانيّة.

و أمّا استصحاب بقاء العين على حالها؛ نظراً إلى حكومته على دليل الشرط، لتنزيله منزلة العلم المأخوذ صفة أيضاً كما حرّزناه (2)، فهو متين، إلا أنّه ربّما يشكل لكونه مثبتاً، ضرورة أنّ بقاء الفرس على العروبة

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 249/السطر 12.

2- تحريرات في الأصول 6: 147.

وإما توصيفه (1) بما يرفع به الجهالة عرفاً؛ بأن حصل له الوثوق من توصيفه الموجب لرفع الغرر؛ بذكر جنسها ونوعها وصفاتها التي تختلف باختلافها الأثمان ورغبات الناس.

لا يثبت به التقيّد؛ وهو اعتبار كون المبيع معلوماً.

نعم، إذا كان المستفاد من الأدلة اشتراط معلوميّة المتاع إذا بيع، فلا بأس به.

و من هنا يظهر وجه إشكال الماتن في غير صورة بقاء الوثوق والاطمئنان، ويظهر وجه المناقشة في إطلاق إشكاله.

قوله مدّ ظلّه: «وإما توصيفه».

لأنّ التوصيف في طيّ الجمل التامة الخبريّة أو الإنشائيّة، بمنزلة الإخبار عرفاً، فإذا كان الخبر موجباً للوثوق فهو، وإلا فأخبار البائع الصريح غير ثابتة حجّيته، أو لو كان مقتضى أدلّة حجّيته ولو كان لا- يتولّد منه الوثوق، فهو مخصوص بما إذا كان صريحاً، فلا تشمل الأخبار الضمنيّ.

اللهمّ إلا أن يقال: قضية بناء العقلاء حجّية الخبر ما دام لم يحرز ضعف المخبر، فإذا أحرز فسقه وكذبه فلا يعتنون بإخباره.

والذي هو التحقيق: أنّ معلوميّة المبيع من جهات الوصف، غير واضح اعتبارها، و من أهمّ الأوصاف الصحّة، ولا يعتبر العلم بها، و من الواضح عندهم أنّ المائيّة والقيمة ليست معلوميّتها شرطاً، وقد أجمعوا على

صحّة البيع في صورة براءة البائع من العيوب، وهو مقتضى النصّ (1) كما قيل (2). ودليل النهي عن بيع الغرر ربّما يختصّ بما إذا كان الشيء داخلًا في البيع والمبيع بما هو مبيع، والأوصاف خارجة عن متعلّق العقد والمعاطاة. مع أنّ دليله غير منقّح سنداً ودلالة، كما تحرّر في محلّه (3).

فالقدر المسلّم دلالة أخبار المكيل والموزون على أن لا تكون المعاملات جزافية ظاهراً (4)، فعليه يعتبر في مثل المكيل والموزون معلومتيهما؛ لأنّ المقدار والكم داخل في المبيع، ويعدّ من أجزائه، ويقسّط الثمن عليه، بخلاف الكيف، ومقتضى تلك الأخبار في المكيل - مع ما فيها من المناقشات الكثيرة المذكورة في كتابنا الكبير (5)، و مرّ شرط منها هنا أنّه ليس الخروج عن الجراف شرطاً على الإطلاق؛ حتّى ينافيه صحّة البيع في صورة براءة البائع من العيوب، فراجع وتدبّر.

1- تهذيب الأحكام 7: 285/66، وسائل الشيعة 18: 111، كتاب التجارة، أبواب أحكام العيوب، الباب 8.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 260/السطر 18.

3- تحريات في الفقه، كتاب البيع، الشرط الرابع، الأمر الثاني عشر، المرحلة السادسة.

4- الكافي 5: 193/1، تهذيب الأحكام 7: 531/122، الانتصار 3: 356/102، وسائل الشيعة 17: 341، كتاب التجارة، أبواب عقد

البيع وشروطه، الباب 4.

5- هذه المباحث من كتاب البيع من تحريات في الفقه مفقودة.

[مسألة 3: هذا الخيار فوري عند الرؤية على المشهور]

مسألة 3: هذا الخيار فوري (1) عند الرؤية على المشهور، وفيه إشكال. (2) قوله مدّ ظلّه: «فوري».

لأنّه عند المشهور من الخيارات العقلانيّة؛ لأنّه خيار تخلف الوصف المبنيّ عليه العقد؛ سواء كان صريحاً في العقد، أو ضمناً، و عليه يكون فورياً؛ لبناء العقلاء أوّلاً، ولأنّ الخيارات العقلانيّة بحسب الضرر والمشاكل، فإذا أخره كثيراً فيسقط؛ لعدم تاميّة مقتضيه.

ولو شكّ في ذلك فهو محلّ الخلاف، والحقّ - كما تحرّر متّاف في الاصول عدم جريان الأصول العمليّة؛ لا استصحاب حكم المخصّص، و لا استصحاب حكم العام (1)، و أمّا التمسك بعموم العام أو إطلاقه، ففيه منازعة اخرى.

والحقّ في المقام: أنّ إطلاق الدليل المقتضي لأصالة اللزوم مرجع، دون الشيء الآخر، والنتيجة هي الفوريّة.

قوله مدّ ظلّه: «فيه إشكال».

بناءً على كونه من الخيار التعبدي، فإنّه يحتمل قوياً تراخيه؛ لإطلاق دليله.

واستشكل الوالد المحقّق الماتن - مدّ ظلّه في إطلاقه: «بأنّ الخبر

في موقف التشريع (1)، وهو منافٍ لما يتمسك به في الأصول وغيره بالآيات الإلهية القرآنية، مع أنها للتشريع أيضاً.

وبالجملة: مجرد كون الحكم متعرضاً للتشريع، لا يقتضي الإهمال أولاً.

و ثانياً: لو كان معتبر جميل تشريعاً أولاً، لكان عليه أن يسأل عن هذا الخيار الجديد غير المسبوق ولاشتهر بين الأصحاب الأولين فيسألون.

وبالجملة: في الخبر بعض الملامح إلى أنه ليس الأمر كما تحرر، فتدبر.

1- البيع، الإمام الخميني (قدس سره) 4: 433.

[مسألة 4: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]

مسألة 4: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه (1) في ضمن العقد؛ إذا لم يرفع به الوثوق الراجع للجهالة، قوله مدّ ظلّه: «باشتراط سقوطه».

قد مرّ جهات المناقشة في صحّة هذا الشرط وفروضه (1)، وفي المقام إشكال آخر أُشير إليه في المتن: وهو أنّ هذا الخيار إن كان مبناه الخبر، و مورده العين المرفوع غررها بالمشاهدة، ولم يكن العقد مبنياً على صفة من الأوصاف، فلا شبهة في جواز شرط السقوط على إطلاقه؛ لما لا يتضرّر منه العقد ولا الشرط بالضرورة. وهكذا إذا كان مورده العين الشخصية الظاهر عيبها، فيكون الخبر متعرّضاً لخيار العيب، إلاّ أنّه ليس هنا بخيار الرؤية؛ لما مرّ.

و أمّا إذا قلنا: بأنّه خيار ثابت في مورد تخلّف الوصف، فلو كان الغرر مرفوعاً بالتوصيف، وأنّ البائع يصف العين والفرس ب «العروبة» و يشترط على المشتري سقوط خياره الناشئ من تخلّف العروبة، فكيف يمكن صحّة هذا البيع؟! لأنّ لازم الشرط المذكور سراية الجهالة إلى المبيع، و ذهاب الوثوق الحاصل من التوصيف السابق، أو عدم حصول الوثوق بانضمام الشرط المذكور نوعاً و عادة، فإذا فسد العقد فسد الشرط.

فما في المتن: من أنّ فساد الشرط سبب لفساد العقد، مناقض لما فيه أيضاً: من رفع الوثوق بالشرط؛ فإنّ العقد يفسد أولاً.

وبالجملة: قد ذكرنا في الكتاب الكبير وجوهاً تسعة لبطلان البيع؛ بين ما هي عقلية، وعقلانية، وشرعية⁽¹⁾، إلا أنّ جميعها قابل للدفع ولو كان المستشكل أمثال الشيخ، والمحشّين المحقّقين؛ وفيهم الوالد- مدّ ظله⁽²⁾.

وما هو المهمّ في المسألة هي الشبهة الشرعية التي توجب البطلان في الجملة لا مطلقاً؛ ضرورة أنّ من الممكن أن يكون شرط السقوط، منضمّاً لشرط مؤكّد لثبوت الوصف، كما إذا باع على أن يسقط، وشرط أنّه لو تخلّف الوصف يعطيه أضعاف المثلث، وأمّا البائع فيشترط ذلك لبعض الأغراض الخاصة، فلا تخلط.

هذا، وربّما يكون البائع من الثقات العدول؛ بحيث لا يضرّ اشتراطه السقوط بالوثوق والاطمئنان، ويورث أن يجعل المشتري شرطه على الأغراض الأخر. وبالجملة لا وجه للمنع المطلق شرعاً.

وأما تصحيحه على الإطلاق؛ فلما أُشير إليه مراراً؛ وهو منع الكبرى،

1- هذه المباحث من كتابه الكبير) تحريرات في الفقه (مفقودة.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 251/السطر 5 و ما بعده، حاشية المكاسب، المحقّق الإيرواني 2: 32/السطر 49، حاشية المكاسب، المحقّق الأصفهاني 2: 90/السطر 33، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 4: 440 435.

وإلا فيفسد و يفسد العقد، و بإسقاطه بعد الرؤية (1)، و بالتصرّف في العين بعدها تصرّفًا و هو اشتراط معلوميّة المبيع من جهات الكيف و الأوصاف و لو كانت الأوصاف ذات قيم و ماليّة.

نعم، إذا تبين التخلف يلزم الخيار للغبن، أو يكون له خيار العيب، و أمّا البطلان المستند إلى الجهالة الناشئة من الأوصاف، فهي قابلة للمنع جدًّا، فتدبر جيّدًا. و ربّما لا يكون له خيار رأسًا؛ لعدم مقتضيه كما لا يخفى.

قوله مدّ ظلّه: «بعد الرؤية».

بلا إشكال و ريب، و هو المتسالم عليه.

و يمكن المناقشة فيه أوّلاً: من جهة كونه حقًّا؛ لأنّ خيار الرؤية يثبت بالنصّ، و دليله قاصر عنه. و مجرد التعبير عنه ب «الخيار» لا يكفي لكونه حقًّا.

و ثانيًا: مجرد كونه حقًّا لا يكفي لجواز إسقاطه؛ لأنّ حقّية الحقّ منوط بأثر من آثاره و منها القابليّة للإسقاط.

و في كلا الوجهين نظر و جداناً و إن لم يكن مقتضى الصناعة؛ و ذلك لظهور الخيار في كونه الخيار العقلائيّ، فيكون حقًّا، كما هو كذلك عند العقلاء، و أنّ الإسقاط من الآثار الواضحة اللازمة لكلّ حقّ عرفيّ

كاشفاً عن الرضا (1) بالبيع، و بعدم المبادرة (2) على الفسخ؛ بناءً على فوريته.

و شرعي، بخلاف المعاوضة و التورث فإنهما من الآثار التي يمكن تفكيكها، كما هو الواقع في كثير من الحقوق.

قوله مدّ ظلّه: «كاشفاً عن الرضا».

الرضا بالبيع كان منكشفاً قبل التصرف، و استفادة كون التصرف مسقطاً بما هو هو من الأخبار الخاصة، ممنوع حتى في موردها و هو خيار الحيوان.

نعم، لا بأس بأن يريد ذو الخيار إسقاط خياره بالفعل.

و في كفاية مطلق الفعل نظر قوينا سابقاً كفايته؛ و إن لم يكن في مرحلة الدعوى قول مدّعي الإسقاط مسموعاً؛ لاختلاف مرحلة السقوط ثبوتاً، و مرحلة المخاصمة إثباتاً، و التفصيل في محلّه، فاعتنم.

ثمّ إنّه لو تصرف تصرفاً كاشفاً عن الالتزام الجديد بالبيع المرضي، ففي كفايته إشكال منعنا ذلك؛ لأنّ الخيار أمر حقي و ضعي تسبيبي، لا يسقط إلّا بالإنشاء القولي، أو الفعلّي، أو بالإعراض، فإن كان في التصرف إعراض عنه، فهو كالإعراض عن الملك و الدين، و إلّا فمجرد الالتزام لا يكفي للسقوط فيستصحب، فتأمل.

قوله مدّ ظلّه: «و بعدم المبادرة».

لا يخفى: أنّ عدم المبادرة لا يوجب سقوطه، بل هو راجع إلى قصور

وعلى كل حال وتقدير؛ يسقط أحياناً خياره بقبول الأرش، أو بقبول البديل؛ لأنه ظاهر في الإعراض عن حقه إذا كان عالماً بالخيار، وإلا ففي كفاية الالتزام بالبيع المنكشف بهما جهلاً بالحال إشكال؛ ولو قلنا بكفاية الالتزام الجديد بالبيع، فإنه مخصوص بصورة العلم بالخيار.

اللهم إلا أن يقال: إنه ولو كان جاهلاً، قد التزم بالبيع التزاماً قطعياً ربّما يخطر بباله ذلك ولو كان ذا خيار، فالرضا الجديد والالتزام الحادث متعلق بالبيع الموجود، وهو لا يجتمع مع خياره.

وفيه ما عرفت ممّا: من أنّ البيع الخياري لازم، وهو مثل البيع غير الخياري في لزومه، وإنما الخيار اختيار هدم العقد اللازم في ذاته عرفاً و شرعاً، ولا يورث الخيار قصوراً في العقد، ولا معنى له ولا للعقد المتزلزل، ولا لتوصيف العقد ب«التزلزل» فعلى هذا مجرد الالتزام المذكور غير كافٍ على إطلاقه عندنا، إلا إذا رجع إلى إعراضه عن حقه وملكه ودينه، فليتدبر جيداً.

[السابع: خيار العيب]**إشارة**

السابع: خيار العيب وهو فيما إذا وجد المشتري في المبيع عيباً، فيتخير (1) بين الفسخ والإمسك بالأرض؛ قوله مدّ ظلّه: «فيتخير».

إجماعاً منقولاً عن جماعة، كـ «الغنية» (1) وغيرها (2)، وشهرة عظيمة كادت تكون اتفاقاً ومقطوعاً به بينهم، خلافاً لما نسب إلى الشيخ في بعض مواضع «المبسوط» (3) وللأخبار الكثيرة الظاهرة في أنّه له الخيار في صورة بقاء العين، وله الأرض في غير هذه الصورة (4)، فيكون التخيير طولياً.

و استفادة التخيير العرَضِيّ من أخبار المسألة (5) ولو كان ممكناً، إلا أنّها ليست من الاستفادة عرفاً، فلو كان في الأخبار بعض الإطلاقات المثبتة للردّ، أو بعض آخر يثبت الأرض، فالجمع بينهما - حسب الطائفة الثالثة المشار إليها هو بالتخيير الطولي أيضاً.

مع أنّ الإطلاق المذكور ممنوع؛ إما لعدم السند، أو لعدم الدلالة،

1- الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 526/السطر 6.

2- رياض المسائل 1: 537/السطر 28، جواهر الكلام 23: 236.

3- المبسوط 2: 131.

4- وسائل الشيعة 18: 30، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 16، الحديث 3 وأبواب أحكام العيوب، الباب 4.

5- لاحظ الحدائق الناضرة 19: 64.

وسيمر عليك في البحوث الآتية بعض أخبار المسألة إن شاء الله تعالى (1).

فالعمدة هنا هي الشهرة، إلا أنها غير واضح كونها بالغة إلى حدّ يكشف بها الرأي، أو الخبر الموثوق به الصريح في المطلوب؛ وذلك للمحكّي عن الشيخ (2) أولاً، ولعدم ذهاب العامة - إلا من شدّد (3) إلى ما يوجب اشتهاار الحكم عند الأولين فتأمل، وأنّ في المعاملات يبعد طبعاً التعبد الصرّف، فالمسألة مشكّلة، و التصالح أحوط جداً.

هذا مع أنّ التخيير بين المعنيين الوضعيين - كالتخيير بين نجاسة الشيئين ممّا لا معنى معقول له.

وتوهم: أنّه ليس من التخيير، بل المشتري له حقّ الخيار، وله حقّ الأرش، والكلّ يورث، إلا أنّ الجمع بين الحقيين غير ممكن؛ ضرورة أنّه بإعمال الخيار لا يبقى وجه لأخذ الأرش، ومن الأخذ بالأرش يلزم سقوط خياره.

غير مرضيّ عندنا وإن أبدعناه في كتابنا الكبير (4)؛ ضرورة أن للشرع التصريح ببقاء خياره ولو بعد الأرش، لأجل أنّ ظهور العيب سبب، و لو انسدّ

1- تأتي في الصفحة 375 وما بعدها.

2- المبسوط 2: 131.

3- الشرح الكبير 4: 86 و لاحظ أيضاً تذكّرة الفقهاء 1: 524/السطر 26.

4- هذه المباحث من كتاب الخيارات من تحريرات في الفقه مفقودة.

ما لم يسقط (1) الردّ قولاً خسارة المشتري بالأرش - كما إذا شرط فإنه لا يسقط بالأرش، فعليه لا يمكن القول بكونهما بمنزلة التخيير.

نعم، قضية النصّ (1) و الفتوى (2) هو التخيير بين الفسخ والأخذ بالأرش، وهذا من التخيير بين المعنيين الحدثيين، وهو جائز، إلا أنه ليس من الحقّ المصطلح عليه في أبواب الخيار.

اللهمّ إلا أن يقال: بجواز توّث مثله؛ لمساعدة العقلاء، ولا دليل على كون المورث مالا أو حقاً ثابت واعتباراً وضعياً، بل يكفي تعبيرهم عن التخيير المذكور بـ «الحقّ» لكونه مورثاً وقابلاً للإسقاط؛ وإن لم يكن من الاعتبارات الخارجيّة، فلا تخلط.

قوله مدّ ظلّه: «ما لم يسقط».

لا تخلو العبارة من الغرابة، وبالجملة يسقط الخيار المذكور - وهو حقّ فسخ العقد بالقول الصريح و ما يقرب منه، بل بمطلق القول بينه و بين ربّه وإن كان له إنكار الإسقاط. و يسمع قوله بغير الألفاظ المأنوسة العقلية.

1- وسائل الشيعة 18: 29، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 16 و أبواب أحكام العيوب، الباب 4.

2- شرائع الإسلام 2: 29، قواعد الأحكام 1: 145/السطر الأخير، اللعة الدمشقية: 119.

أو بفعل (1) دالّ عليه، وأمّا قول المصنّف بعدم سقوطه ثبوتاً إلاّ بما يتعاهد الإسقاط به (1)، فهو غير مرضيّ؛ لأنّ إبراز الالتزام بالعقد تمام الموضوع لاعتبار سقوط خياره عند العقلاء، ولا حاجة إلى الأسباب الخاصّة في التسبّب إلى السقوط.

نعم، إنشاء السقوط وإسقاط الحقّ إنشاءً، ربّما يحتاج إلى مراعاة المعهودات العرفيّة في الألفاظ؛ لأنّه يكفي الشكّ في السببيّة لعدم ترتّب الأثر. ولو كانت الألفاظ المتسبّب بها غير مؤثّرة في شيء، بل هي موضوعات لاعتبار العقلاء لسقوط الخيار، فالأمر أيضاً كما تحرّر.

وأمّا في مثل سقوط الحقّ وإبراء الذمّة الكافي فيه الالتزام القلبيّ المبرز، فلا يعتبر الأزيد من طبيعيّ الإبراز.

قوله مدّ ظلّه: «بفعل».

فيما إذا كان قاصداً بالفعل، فلا جدّير بالذكر، ولا يأتي فيه ما مرّ من الكفاية ثبوتاً وعدمها؛ باعتبار الاحتمال المذكور في القول، فعليه لا فرق بين أقسام الفعل.

وأمّا إذا كان غير قاصد للإسقاط، فصنع ما يدلّ بالنوع عليه، فإن كان عارفاً وذاكراً عدم قصد السقوط، فلا دليل على السقوط ثبوتاً؛ لأنّ

المفروض عدم تغيير في العين، ولا حدث فيها. وتوهم دلالة معتبرة زرارة الآتية على أنّ مطلق التصرف يكفي (1)، غير جيّد كما يأتي.

وقد يستظهر من عبارات جلة من الفقهاء؛ أنّ التصرف لمكان الدلالة على الرضا موجب للسقوط، فمع ذكر المشتري عدم رضاه به حين التصرف، لا يبقى وجه لسقوطه (2).

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الشرع اعتبر التصرف غير المقرون بالرضا من الرضا، كما ورد في خيار الحيوان، وأنّ الرضا هو السبب الأولي للسقوط، والفعل والتصرف سبب جعليّ شرعيّ تعبديّ، فلنا التجاوز عمّا ورد هناك إلى ما نحن فيه. وعهدة إثباته بيد غيري؛ لأنّي أستبعد التزام أحد بذلك، لعدم تمامية الوجه المذكور حتّى في محلّه، فضلاً عن المقام؛ لقوّة احتمال كون التصرف شاهداً على اقترانه بالرضا، فعبر عنه بـ «أنّ ذلك رضاً منه» فراجع.

فالمراد من قوله -مدّ ظلّه- «بفعل دالّ عليه، هو أنّه بعد مفروغيّة قصد السقوط، لا بدّ وأن يكون ذلك بفعل دالّ عليه نوعاً وكمّاً مرّاً، و مرّاً ما يتعلّق به مناقشة و تأييداً.

1- تذكرة الفقهاء 1: 525/السطر 42.

2- المبسوط 2: 139، الوسيلة: 256، الغنية، ضمن الجوامع الفقهية: 526/السطر 12، جامع المقاصد 4: 332.

و لم يتصرف فيه تصرفاً مغيراً للعين، (1) قوله مدّ ظلّه: «مغيراً للعين».

اتفاقاً محكياً عن جمع (1)، وهو المفروغ عنه بينهم، و لم يعهد نقل الخلاف عن أحد في هذه الصورة: وهي ما إذا كان التغير مستنداً إلى تصرفه؛ وذلك لأنها القدر المتيقن من معتبر زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى شَيْئاً وَبِهِ عَيْبٌ وَعَوَارٌ، لَمْ يَتَبَرَّأْ إِلَيْهِ، وَ لَمْ يَبَيِّنْ لَهُ، فَأُحْدِثَ فِيهِ بَعْدَ مَا قَبِضَهُ شَيْئاً، ثُمَّ عَلِمَ بِذَلِكَ الْعَوَارِ وَبِذَلِكَ الدَّاءِ؛ أَنَّهُ يَمْضِي عَلَيْهِ الْبَيْعُ، وَ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ الدَّاءِ وَ الْعَيْبِ مِنْ ثَمَنِ ذَلِكَ لَوْ لَمْ يَكُنْ بِهِ» (2).

و مرسله جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما (عليهما السلام): في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد فيه عيباً.

فقال: «إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَائِماً بَعَيْنِهِ رَدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، وَ أَخَذَ الثَّمَنَ، وَ إِنْ كَانَ الثُّوبُ قَدْ قُطِعَ أَوْ خِيَطَ أَوْ صَبِغَ، يَرْجِعُ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ» (3).

فعلى هذا، سقوط الخيار في هذه الصورة قطعيّ و إن لم يكن قاصداً له.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّه في صورة قصد السقوط أو الشكّ فيه، فيكون

1- جواهر الكلام 23: 239.

2- الكافي 5: 207/3، تهذيب الأحكام 7: 257/60، وسائل الشيعة 18: 30، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 17، الحديث 2.

3- الكافي 5: 207/2، الفقيه 3: 592/136، وسائل الشيعة 18: 30، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 16، الحديث 3.

إحداث الصفة المغيرة موجبا له؛ للكشف النوعي عنه، فتكون هذه الأخبار مشيرة إلى مصداق ما في خيار الحيوان: من أن التصرف من الرضا الموجب للسقوط اعتباراً، فلو أحدث شيئاً مغيراً، وكان من قصده الرجوع إليه و الردّ بعد ذلك، فلا يسقط. و لكنك خير بأنه مجرد احتمال بديع.

ويمكن دعوى عدم سقوط الخيار نظراً إلى قضية القواعد؛ فإن موضوعه العقد أو العاقد، كما هو الحقّ عندنا، فيكون مثل خيار الغبن وغيره، وهذه الأخبار بين ما لا-سند لها، أو تكون معرضاً عنها؛ لظهورها في التخيير بين الردّ والأرش طوياً، مع أن الإجماع على أن التخيير عرضي رغم أنف العقلاء.

وهي غير مسموعة؛ لأنّ معتبر زرارة وإن كان في سنده موسى بن بكر، ولم يوثق، إلا أنه عندنا معتبر، و من الغريب توصيفها في الكتب الاستدلالية ب «الصحة»⁽¹⁾!! وهي ظاهرة في أنها بصدد بيان وقت سقوط الخيار، و لا ينافيه كون الردّ في عرضه، بخلاف المرسلة، فإنها كالنصّ في أن الردّ في صورة قيام العين، و الأرش في صورة عدمه؛ لأنها مشتملة على القضية الشرطية الأولى، و قد تعرض في القضية الثانية لمفهوم القيد من تلك

1- جواهر الكلام 23: 237، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 254/السطر 4، حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 71/السطر 17.

و لم يحدث فيه عيب عنده (1) بعد خيار المشتري المضمون على البائع، القضيّة؛ لأنّ مفهوم الشرط من السلب التام، ضرورة أنّ مفهومه «إن لم يكن الشيء قائماً بعينه» وهو يصدق في صورة انتفاء العين برأسها، وعلى كلّ تقدير لا بأس بالاعتماد عليها.

مع أنّ الإعراض غير ثابت؛ لاستدلالهم بتلك الأخبار، وهذا هو الموهن للاعتماد على الإجماع و الشهرة القائمة على أصل التخيير بين الفسخ والردّ؛ لأنّ لازمه اجتهادهم و اتكالهم عليها في الفتوى أحياناً، فلا تخلط.

قوله مدّ ظلّه: «عيب عنده».

العيب الحادث بعد العقد، وقبل القبض، وقبل مضيّ الخيار المضمون و لو كان بعد القبض، لا يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود القديم الحاصل حين العقد، على المشهور المدعى عليه الإجماع(1). بل ربّما يقال: بأنّ هذا الحادث يوجب الخيار الجديد، فيكون لأجل العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد، خياران مستندان إلى فردين من العيب(2).

و للقول: بأنّ العيب الثالث الحادث بعد القبض، و قبل مضيّ الخيارات المضمونة الثلاثة المذكورة في المتن، يوجب خياراً ثالثاً،

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 257/السطر 17 18.

2- نفس المصدر.

وجه، فيكون لأجل كون المبيع حيواناً فيه أربعة خيارات، وإذا كان في المجلس ففيه خمسة، وبالشرط يبلغ إلى ستة، وتفصيل بحوث هذه المسألة يطلب من كتابنا الكبير⁽¹⁾.

والذي أُشير إليه في المتن؛ مسألة سقوط الخيار الثابت بالعيب القديم الحاصل حين العقد لأجل العيب الحادث في يد المشتري؛ أي بعد القبض، وكان قبل مضيّ الخيارات الثلاثة، فإنه إذا كان بعد القبض وبعد مضيّها، فالإجماع والقاعدة يقضيان السقوط، وأمّا في صورة وجود الخيارات الثلاثة فقضيّة الأخبار - بل والاتفاق عدم سقوط الخيار.

نعم، يمكن دعوى: أنّ خيار العيب بما أنّه خيار العيب، يسقط حسب معتبر زرارة ومرسلة جميل؛ لما أحدث فيه شيئاً، وتغيّر عمّا كان عليه حين العقد، ولكنّ العقد خيارى بعد؛ لأجل وجود المجلس والحيوان والشرط، فما في المتن: من بقاء خيار العيب الثابت حين العقد حتّى بعد حدوث العيب بعد القبض وقبل المضيّ، فهو لأجل أنّ معتبر زرارة موضوعه الإحداث، لا الحدث، وأنّ المرسلة غير قابلة للاعتماد عليها؛ لإرسالها أوّلاً، وإعراض المشهور عنها؛ لظهورها في التخيير بين الردّ والأرش طولاً، لا عرضاً.

1- تحريرات في الفقه، كتاب الخيارات، الرابع من مسقطات خيار العيب.

كخيار الحيوان، وكخيار المجلس والشرط؛ إذا كانا له خاصّة. (1) أو لأجل أنّ الخيار طبيعيّ قابل للتكثير، ولكنّه لا يتكثّر إلاّ بالعناية الخاصّة، فتتداخل الأسباب، فيكون واحداً باقياً، ولازمه سقوط خيار الحيوان باسقاط خيار العيب في الثلاثة، ولا يلتزمون به، فالوجه الأول أقرب وإن لم يلتزم به الماتن.

وبالجملة: عدم سقوط الخيار القديم بالعيب الجديد، مطابق للقاعدة، ومخالف لما استظهره من معتبر وزارة و خبر جميل (1)، إلاّ أنّ في أخبار خيار الحيوان ما يستظهر منه أيضاً أنّ حدوث الحدث في عصر الخيار لا يوجب شيئاً. ولكنّ الإنصاف اختصاصه بالحيوان.

فالأقرب هو السقوط؛ لو كان الخبران تامّين فيما استظهره منه، وسيأتي ضعفه، وعلى هذا لا وجه لسقوط خيار العيب؛ لأجل القواعد، لا لما أُشير إليه، فلا تخلط.

قوله مدّ ظلّه: «إذا كانا له خاصّة».

أي للمشتري، فلو كان البائع لأجل الشرط أيضاً بالخيار، أو لأجل كون المثلّم حيواناً، أو قلنا بأنّ خيار المجلس ثابت للمشتري فقط فيما إذا باع الوكيل والوصيّ، فلا يدوم الخيار فيما كان البائع أيضاً بالخيار؛ لأنّ العوضين مضمونان في أيّام خيارهما، فيكون العيب الحادث بعد

و الظاهر أنّ الميزان في سقوطه عدم كون المبيع قائماً بعينه؛ بتلف (1) القبض وقبل مضيّ الخيارات الثلاثة، من العيب غير الموجب لسقوط الخيار؛ لاختصاص دليله بصورة ضمان البائع دون المشتري، وعلى هذا يرجع إلى مفاد الخبرين الناطقين بأنّ الحدث والتغيّر موجب للسقوط، وسيأتي ما في التمسك بهما.

قوله مدّ ظلّه: «بتلف».

على المعروف، وكأنّه المفروغ عنه؛ للألويّة القطعيّة، ولمفهوم خبر جميل: «إن لم يكن الشيء قائماً بعينه».

ويتوجّه إلى الأوّل: أنّ الظاهر منه هو إحداث شيء فيه، ولعلّه يوجب السقوط لكونه رضاً تعديداً من المشتري، كما في خيار الحيوان، فلا يحمل الإحداث على الحدث حتّى يستنبط منه الألويّة. نعم الإتلاف من الإحداث.

وإلى الثاني: أنّ المفهوم إن كان سلباً أعمّ فلا يفيد، وإن كان سلباً أخصّ مع فرض الموضوع، فلا يشمل صورة التلف، ولا سيّما إذا كان التلف بفناء الشيء و احتراقه.

فبالجملة: لا شبهة في أنّ الإتلاف يوجب سقوط الردّ، وأما التلف فغير ظاهر مستنده إلاّ إجماع المحتمل تعليقه.

أو ما بحكمه (1)، أو عيب، أو نقص (2) وإن لم يكن عيباً.

قوله مدّ ظلّه: «بحكمه».

من التصرفات الاعتبارية الإيقاعية كالتق، العقديّة اللازمة كالصدقة و البيع، و الجائزة كالعقود الخيارية و الجوائز منها. و لو لم يكن في المسألة إجماع فنفس ذلك - مضافاً إلى أنه ليس من التغيّر المذكور في معتبر جميل، و لا من الحدث المستفاد من خبر زرارة لا يوجب السقوط على وجه لورجع إلى ملكه لم يكن له الردّ؛ لقوّة احتمال اختصاص السقوط بصورة عدم العود، فلا سقوط في الخروج المتعقب بالعود؛ لعدم الدليل عليه على وجه يشمل المقام.

و أمّا العود بعد السقوط كما هو ظاهر الفقيه اليزدي (1)، فهو متفرّع على استفادة العنوان الكلّي من الخبرين. مع أنّ الظاهر منهما ما هو الظاهر من أخبار خيار المجلس، فإذا حصل الافتراق يسقط، و لا يعود بعود المجلس.

قوله مدّ ظلّه: «أو عيب أو نقص».

كلّ ذلك بناءً على أنّ المستفاد من الخبرين منطبق عليهما، سواء كان الموضوع خبر جميل، و يردّ إليه خبر زرارة، أو كان خبر زرارة، و يردّ إليه خبر جميل، بناءً على أنّ معتبر زرارة، ليس في مقام إدخال النسبة

نعم، الظاهر أنّ التغيير بالزيادة، لا يسقطه (1) إذا لم يستلزم نقصاً ولو بمثل حصول الشركة. وكيف كان: مع وجود شيء مما ذكر ليس له الردّ، بل ثبت له الأرش خاصة (2). وكما يثبت هذا الخيار للمشتري إذا وجد العيب في المبيع، الصدوريّة في موضوع السقوط، بل النسبة معنويّ حرفيّ مغفول عنه، أو بناءً على الأخذ بهما؛ لأنّ النسبة بينهما الإيجاب، ولا تنافي وقد عرفت أنّ الوجه الأخير ممّا لا بأس به، و الإرجاع غير جائز بعد قوّة احتمال كون الإحداث من مصاديق الرضا تعبدًا.

ولكنّه لا ينفع؛ لأنّ خبر جميل وإن لم يضرّ إرساله، بل هو عندنا ليس مرسلًا، ولكنّه غير معمول به، و ظاهر المشهور إعراضهم عنه، و تمسك المتأخّرين - لا غيرهم به من باب التسامح فيما هو المفروغ عنه.

قوله مدّ ظلّه: «لا يسقطه».

لأنّ مجرد التغيير بالزيادة كالسمن ونحوه، مورد انصراف الخبر و معقد الإجماع، وفيما إذا كان نقصاً يكون من الحدث، أو من الإحداث إذا تغيّر بفعل المشتري مثلاً، و لا وجه لانصراف خبر جميل عنه، فليتأمل.

قوله: «خاصّة».

ربّما يشكل: بأنّ الواجب التخييري إذا تعدّر أحد الأطراف، لا يجب الطرف الآخر؛ لأنّ الأمر واحد مردّد، فيكون كالتعينيّ إذا تعدّر جزء منه، فلا بدّ من التمسك بقاعدة الميسور وأشباهها التي لا يجوز الركون إليها

كذلك يثبت للبائع إذا وجدته في الثمن المعين. (1) على ما تحرّر (1).

وفيه ما أشرنا إليه من احتمال كون الحقيين - حقّ الفسخ، وحقّ الأرش ثابتين، إلاّ أنّه لا يمكن الجمع بينهما، أو لا يجوز، وهذا غير التخيير وإن ناقشنا في تماميّة هذا المبنى (2) الذي اختاره الماتن - مدّ ظلّه في درسه (3)، وكنا احتملناه قبله - مدّ ظلّه.

ويمكن أن يقال: إنّ في الواجب التخييري ليس ترديد واقعيّ؛ لأنّه مستحيل، بل هو أمر آخر يرجع إلى المعيّنين ثبوتاً، مع كفاية أحدهما إثباتاً، وعلى هذا لو تعدّرت إحدى الخصال تجب الأخرى وهكذا، فإسقاط حقّ الردّ لا يستلزم سقوط حقّ الأرش.

قوله مدّ ظلّه: «في الثمن المعين».

نظراً إلى فهم الأصحاب، وعدم وجود من يفصل بينهما، بل صريح العلامة (4) وغيره هنا وفي باب الصرف ذلك (5)، واستظهر الشيخ (أنّه

1- تهذيب الأصول 2: 401، مصباح الأصول 2: 471.

2- تقدّم في الصفحة 270.

3- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 5: 13.

4- تذكرة الفقهاء 1: 40/532.

5- تذكرة الفقهاء 1: 513/السطر 8.

لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع» (1) انتهى.

ومن الغريب عدم التفاتهم إلى أنّ الأرش في عَرَض الفسخ على خلاف الأصل، فكيف تمكّنوا من إلغاء الخصوصية؛ وحمل الأخبار على الغالب؟! هذا وقد تحرّر منّا: أنّ الثمن المعين ولو كان نقداً، يرجع إلى المعاوضة، وهي ليست بيعاً عندنا في العصور الأخيرة؛ ولو كانت بيعاً في بدو معيشة الإنسان عيشاً اجتماعياً (2)، فجريانه فيها محلّ المناقشة.

اللهمّ إلا أن يقال: ارتكاز العقلاء على أخذ الأرش ولو في طول ترك الفسخ، ولا يلتزمون بجواز إلزام المشتري البائع على الأرش بدواً، و لكن بعد ثبوت الالتزام المذكور منضمّاً إلى الارتكاز المزبور، لا يجدون خصوصية بين العصور والفروع، فليتدبّر.

ثمّ إنّه يجري خيار العيب في غير المعين؛ سواء كان بيعاً، أو عوضاً، ولا يرجع ذلك إلى خيار التبديل؛ نظراً إلى أنّ المبيع الكلّي والثمن الكلّي - لأجل أصالة السلامة والبناء على الصحة يكونان مقيدين، وإذا تبين عيبهما فلا خيار بالضرورة؛ لأنّه يرجع إلى عدم وفائهما بما عليهما

1- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 253/السطر 33.

2- تحريرات في الفقه، كتاب البيع، الجهة الاولى في ماهية البيع.

و المراد ب «العيب» (1) كلّ ما زاد أو نقص عن المجرى الطبيعيّ و الخلقة الأصليّة، كالعمى، و العرج، و غيرهما.

بمقتضى العقد.

هذا، و لكنّه مع ذلك لا يرجع إلى خيار التبديل، بل هو راجع إلى خيار العيب؛ و ذلك لأنّ الكيفيّات خارجة عن حدود المعاوضات على الأعيان؛ و إن كانت داخلية في رقيّ الثمن، هكذا تحرّر، فعليه لا يكون في بيع البقرة ما هو المبيع إلاّ البقرة، و ليست الصّحة قيّداً بحيث إذا تخلّفت لم يكن وفاء بالعقد، بل هي من قبيل الالتزام في الالتزام، فإذا ردّ المبيع يكون ما في الخارج نفس المبيع، فإنّ الطبيعيّ موجود بشخصه، و إذا لم يكن صحيحاً يلزم خيار العيب؛ لأنّ المبيع الكلّي المتشخّص في الخارج، لا يمكن تبديله؛ لاتحاد الطبيعيّ في محطّ الخارج و الإنشاء، و على هذا يجري الخيار المذكور في غير المعيّن.

نعم، إذا كان الارتكاز على وجه التقييد، فيكون البيع مقيداً و لو بقيد ارتكازي نوعيّ، لا تعاهدي شخصيّ، فلا يتشخّص البيع الإنشائيّ بإقباض المعيب، و لا يلزم خيار في العقد إلاّ إذا تعدّر، فيكون خيار تعدّر التسليم، فلا تغفل.

قوله مدّ ظلّه: «و المراد بالعيب».

على المعروف المشهور في كثير من المتون، مع اختلاف يسير في

التعبير، و الكلّ كأنه متّخذ من رواية مرسله و ضعيفة محكيّ فيها قول رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلّم): «كلّ ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب ..»(1).

وغير خفيّ: أنّ شأن الفقيه في تعريف «العيب» شأنه في تعريف «الماء» و «التراب» و لا يجوز الاعتماد على تشخيصه إلا بما أنّه رجل ثقة عادل، و لا يزيد عليه، و لو كان نظره عدم جواز الاعتماد على خبر العدل الواحد، فربّما يضمرّ تصرّفه و تعيينه، و يكون غير جائز؛ لتوهم الراجعين إليه أنّه رجوع إلى الحجّة الشرعيّة، فتعريف «العيب» غير صحيح.

مع أنّه من العناوين التي تختلف البلدان و الأعصار و الأزمان و الأمصار بالنسبة إليه جدّاً، و لا يصحّ دعوى: أنّ ما كان عيباً في زمن رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلّم) فهو عيب إلى يوم القيامة، كما قيل به في الموضوعات الربويّة(2)، فربّما يكون النقصان من العيب في منطقة، و من الكمال في قطر آخر و بالعكس.

نعم، إذا تدخّل الشرع الأقدس في موضوع من الموضوعات، و كان فيه تعبد صيرف، فهو المتّبع، و إلا فمجرد وجود رواية- و لو كانت صحيحة

1- الكافي 5: 12/215، تهذيب الأحكام 7: 282/65، وسائل الشيعة 18: 97، كتاب التجارة، أبواب أحكام العيوب، الباب 1، الحديث 1.

2- جواهر الكلام 23: 362، مسالك الأفهام 3: 323.

غير كافٍ؛ لاحتمال كونها بصدد تعريف ما هو العيب في المنطقة، فيحمل عليه، ولا يزداد ولا يتجاوز عنه؛ ضرورة بُعد كونه تعبدًا صرفاً ولو كان أصل الأخذ بالأرث في عَرْض الخيار تعبدًا، إلا أنه لقيام الإجماع، مع ما تحرّر منّا في محلّه من الإشكال(1).

فعلى ما تبين، لا دليل شرعاً على الأزيد ممّا هو العيب بحسب متفاهم الناس في محيط التجارة والمعاملة.

مع أنّ الرواية بحسب المتن مضطربة جداً، وتحتاج إلى إلغاء الخصوصية بالنسبة إلى كثير من السلع والأمتعة الحديثة، بل وفي مثل بيع الدور وغيرها ممّا تكون وحدتها تأليفية، ولا خلقة أصلية لها إلا إذا أُريد من «الخلقة» الأعمّ من الخلق المستند إليه تعالى وإلى غيره، كما لا يبعد.

[مسألة 1: يثبت هذا الخيار بمجرد العيب واقعاً عند العقد وإن لم يظهر بعد]

مسألة 1: يثبت هذا الخيار بمجرد العيب واقعاً عند العقد وإن لم يظهر بعد، فظهوره كاشف عن ثبوته من أول الأمر، لا سبب لحدوثه (1) عنده، قوله مدّ ظلّه: «لا سبب لحدوثه».

كما في الغبن وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم، يوهم حدوثه بظهور العيب، وهو الظاهر من جملة من الأخبار، ومنها مرسله جميل (1)، وخبر عمر بن يزيد (2). إلا أنّ أخذ عنوان «العلم» وأمثاله لا يوجب شيئاً، ولا سيّما وأنّ معتبر زرارة ظاهر في سقوط خياره بالإحداث، مع أنّ المفروض فيه أنّه علم بعد ذلك بالعيب والعوار، وهذا الدليل أقوى ممّا تمسّك به الشيخ (رحمه الله) (3).

والذي هو التحقيق: أنّ عقد البيع كما مرّ غير البيع، وهو التبادل الخارجي الاعتباري، وعلى هذا حيث تكون المبادلات نوعاً معاطية، فالخيار ثابت من حين المبادلة، لا من حين العقد اللفظي والإنشائي، ولا من حين ظهور العيب، فإنّه واضح المنع جدّاً. ولو كان العلم دخيلاً في ذلك، فهو محتاج إلى العناية الشديدة الزائدة.

1- تقدّمت في الصفحة 275.

2- الكافي 5: 1/206 و 2، تهذيب الأحكام 7: 258/60 و 259، وسائل الشيعة 18: 29، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 16، الحديث 1.

3- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 253/السطر 26 34.

فلو أسقطه قبل ظهوره سقط (1). كما يسقط بإسقاطه بعده (2)، وكذلك باشتراط سقوطه في ضمن العقد، قوله: «سقط».

بالضرورة؛ لعدم الحاجة في إسقاط الحق إلى العلم به، وإلا فلا يمكن الإبراء حين الشك والجهالة، ولا يحتاج الإنشاء إلى مزيد من احتمال التأثير والموضوعية لحكم العقلاء بالسقوط. بل لو لم يثبت يسقط بالإسقاط أيضاً، وبالشرط المذكور في ضمن العقد، كما مرّ في خيار المجلس، فلا يتوقف سقوط خيار العيب على ثبوته من حين العقد؛ على ما يتوهم من المتن.

وليس هذا من إسقاط ما لم يجب، بل هو يرجع إلى الدفع لتمامية الشرائط والمقتضي لاعتباره.

فعلى ما سلكناه من ثبوته من حين المقابضة والقبض والمعاطاة، يجوز شرط سقوطه في ضمن العقد. بل الظاهر أنه يرجع إلى التبري، و يكون البيع مبنياً على الإطلاق، فلا يكون شرط السقوط إلا كناية عن الارتضاء المعاملي بالبيع على كل تقدير، وليس شيئاً آخر، فاغتنم.

قوله مدّ ظلّه: «بإسقاطه بعده».

بالأولوية القطعية طبعاً.

نعم، ربّما يشكل السقوط والإسقاط مطلقاً؛ نظراً إلى أنّ خيار العيب

ليس - كخيار المجلس والغبن من الحقوق، بل هو خيار من التخيير الشرعي الترخيصي بين الردّ والأرش؛ أي بين الفعلين، كسائر التخييرات الشرعية، فعليه لا معنى للسقوط والإسقاط هنا، وهذا هو الظاهر من الفتوى والنصّ.

اللهمّ إلا أن يقال: إجماعهم على جواز الإسقاط، يشهد على أنه نوع حقّ تخييري، وقد مرّ امتناعه.

أو نوع حقّ تعينيّ، فيكون هناك حقّان غير قابلين للجمع، وقد مرّ فسادُه.

أو حقّ متعلّق بالعنوان الكلّي المنطبق على أحدهما، وقد مرّ امتناعه وفساده.

أو أنّه حقّ انتزاعيّ من الفعلين اللذين هما مورد التخيير، فهو حقّ صحيح كما هو المختار(1)، و يكفي ذلك لقابليّة السقوط بالشرط و الإسقاط بعده.

أو هو ليس بحقّ، ولكنّ الشرع رخص للمكلّف في إخراج أحد طرفي الواجب التخييري؛ و قلبه تعينيّاً، وهذا أيضاً ممكن، ولكنّه لا بدّ من الاختصار على مقدار ما يثبت ترخيصه؛ وهو بعد العقد والمعاطاة، وأمّا حينه فهو غير ثابت.

والتبرّي من العيوب عنده بأن يقول: «بعتك بكلّ عيب». و كما يسقط بالتبرّي (1) من العيوب الخيار، يسقط استحقاق مطالبة (2) الأرش أيضاً.

قوله مدّ ظلّه: «و بالتبرّي».

إجماعاً محكياً عن «الخلاف» (1) و «الغنية» (2) و هو الظاهر من «التذكرة» (3) و هو المفروغ عنه عندهم؛ لأنّه يرجع إلى عدم المقتضي للخيار، ضرورة أنّه إذا باع على أن يكون العيب على المشتري، فلا خيار، وهذا مثله في الحقيقة. ويدلّ على الحكم في الجملة صحيح زارة السابق (4).

و لعلّ إجمال الدليل اللفظي، أوجب ذهاب الإسكافي إلى المناقشة في سقوطه به في صورة الإجمال (5)؛ بعد عدم صلاحية بناء العقلاء للمرجعية، حيث إنّ الحكم في باب العيب على خلاف مذاق العرف، فاغتنم.

قوله مدّ ظلّه: «استحقاق مطالبة».

و هو الظاهر من الأصحاب (رحمهم الله) حيث عدّوا التبرّي عن العيوب من

1- الخلاف 3: 127، المسألة 213.

2- الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 526/السطر 7.

3- تذكرة الفقهاء 1: 526/السطر 16.

4- تقدّم في الصفحة 275.

5- مختلف الشيعة: 371/السطر 27.

مسقطات الخيار والأرش (1)، وهو مقتضى أدلة سقوط الخيار، مع قصور المقتضي عن إثباته كما هو الواضح.

وربما يشكل: بأن التبرّي من العيوب، يوجب بطلان البيع للغرر، ولا يتم ما يتوهم جواباً له (2) إلا إنكار أصل كبرى المسألة، كما ذكرنا في كتابنا الكبير (3)؛ ضرورة أنه لا دليل على اعتبار المعلومية المطلقة. والالتزام بالتخصيص - بعد عدم وجود الإطلاق الصحيح غير وجيه.

كما يشكل كفاية التبرّي لسقوطهما؛ لأجل أنه يرجع إلى الشرط، و خيار العيب ليس من قبيل الخيارات الأخر حتى يكون حقاً، بل هو من الأحكام الشرعية، فيكون الشرط على خلاف الكتاب.

أو لو كان شرطاً، فلا بد من وجود الدليل على قبول الطرف ذلك الشرط، فمجرد التبرّي غير كافٍ.

والذي هو الحق: أنّ التبرّي ليس شرطاً، بل هو موجب لهدم البناء الأولي الثابت بين العقلاء، القائم على اشتراء الأشياء على صفة الصحة، كما هو هدم لإجراء أصالة السلامة في إحرازها، فيكون موقف المعاملة

1- الخلاف 3: 127، المسألة 213، تذكرة الفقهاء 1: 526/السطر 16، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 260/السطر 18.

2- لاحظ البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 5: 72 73.

3- تحريات في الفقه، كتاب الخيارات، الثاني من مسقطات الردّ والأرش.

كما أنّ سقوطه بالإسقاط في ضمن العقد أو بعده، تابع للجعل. (1) المذكورة خارجاً عن سائر مواقف المعاملات؛ من غير شرط ضمني في العقد.

مع أنّ في كلّ من كونه شرطاً مخالفاً، أو محتاجاً إلى القبول، مناقشة.

ومّا يشهد على أنّه ليس من الشرط: أنّ بالتبرّي لا يحدث تكليف بالوفاء به، بل يلزم منه خروج البائع عن تحمّل الزائد، مع أنّ المتعارف في الشروط لزوم الوفاء بها بعد الاشتراط حتّى في شرط النتيجة، كما لا يخفى.

قوله مدّ ظلّه: «تابع للجعل».

بالضرورة، وهو مقتضى كونه حقّاً؛ فإنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه واستيفاءه.

نعم، ربّما يناقش كما أُشير إليه آنفاً في كونه حقّاً؛ لما لا يعقل التخيير و الترديد بين الأحكام الوضعيّة، فلا يعقل جعل النجاسة لأحد الشيين.

نعم، في الواجبات التخييريّة يعقل؛ لأنّه يرجع إلى التخيير في إيجاد المعنى الحدّيّ، نظير تخيير الإنسان طبعاً في إيجاد كلّ شيء، و تفصيله في الأصول (1).

ولأجل ذلك يظهر: أنّ الأصحاب (رحمهم الله) فيما نحن فيه قالوا: «بأنّ

المشتري مثلاً مخيّر بين الردّ والأرش، وهو الظاهر من أخبار المسألة، فلا حقّ وضعيّ في خصوص هذا الخيار.

ولأجل ذلك ذهب الماتن- مدّ ظله إلى أنّ هناك حقّين تعيينيّين لا يجتمعان ذاتاً أو شرعاً، وناقشنا في ذلك، وذكرنا: أنّ الالتزام بوحدة الخيارات سنخاً غير لازم، ومع ذلك لا بأس بتجويز الشرع، وإقدار المكلف على إخراج أحد طرفي هذا المعنى التخييري الترخيصي، فيكون الإسقاط و شرط السقوط، معناه تعجيزه شرعاً عن إعمال الفسخ في ضمن العقد.

وربّما يتوهم: أنّ الواجبات التخييريّة التكليفيّة، أيضاً ترجع إلى الواجب العينيّ، فيكون وجوب الأطراف عقلياً مستكشفاً بالشرع، أو إلى الواجب المشروط، أو المعلّق، والكلّ باطل عاطل محرّر في قواعدنا الأصوليّة(1).

ثمّ إنّ السقوط بالإسقاط في ضمن العقد غير واضح؛ لأنّه لو شرط الإسقاط لم يسقط بمجرد القبول، فإذا أسقط فهو، وإلا فالعقد باقٍ و التصرفات جائزة؛ ولو كان آثماً بالتخلّف عن الشرط.

وربّما يتوهم بطلان التصرفات الناقلة؛ لأنّ الأمر بالوفاء بالشرط مستتبع النهي عن تلك التصرفات، المستتبع للفساد، وقد تحرّر بطلان

الاستتباع الأول دون الثاني.

وأما قول الأعلام بعدم تمامية الاستتباع الثاني أيضاً؛ لأنه ليس نهياً كاشفاً عن الفساد، ولا مرشداً إلى البطلان(1)، فهو ممنوع عندنا محرّر في محلّه(2).

1- فوائد الأصول 1: 316 و 456، تهذيب الأصول 1: 416، محاضرات في أصول الفقه 5: 6.

2- تحريرات في الأصول 4: 362 و ما بعدها.

[مسألة 2: كما يثبت الخيار بوجود العيب عند العقد، كذلك يثبت بحدوثه بعده قبل القبض]

مسألة 2: كما يثبت الخيار بوجود العيب عند العقد، كذلك يثبت بحدوثه بعده قبل القبض. (1) قوله مدّ ظلّه: «قبل القبض».

سواء كان المشتري بالخيار المضمون على البائع، كخيار الشرط والمجلس والحيوان، على ما قيل، أو كان العقد غير خياري مطلقاً.

والمفروض هنا كون المبيع صحيحاً حين العقد، و صار معيّباً بعد العقد وقبل القبض، وقد حكى الإجماع (1) في الجملة على ثبوت الخيار بهذا العيب الحادث قبل القبض؛ ولو كان في ملك المشتري، كما إذا وقع العقد اللفظي؛ بناءً على كونه تمام السبب للملكية، أو كان بعد إقباض المشتري الثمن؛ بناءً على لزوم القبض في الجملة في حصولها إذا كان السبب معاطاة.

و أمّا لو كان الملكية غير حاصلة إلا بالتعاطي من الطرفين، فلا تصوّر لهذه المسألة. كما لا تصوّر فيما إذا كان إقباض المبيع دخيلاً فيه.

وعلى كلّ تقدير: في مفروض المسألة اشتهر الحكم بحدوث الخيار والأرش وإثما الإشكال في سندته بعد قصور الشهرة والإجماع عن الاستناد؛ لعدم إحرازهما.

وغاية ما ربّما يقال: إنّ قضية «التلف قبل القبض من مال بائعه» هو

الخيار فيما نحن فيه؛ لأنّ تلف العين إذا كان مضموناً على البائع، و موجباً لانفساخ العقد، فتلف الصفة أيضاً مضمون عليه يوجب الأرش، و لا بدّ وأن يوجب ضعفاً في العقد؛ وهو الخيار.

و هذا التقريب أحسن ما يمكن أن يقال في المقام، و لكن أوصيك أيها الطالب بالتحذّر من أمثال هذه الطرق في الاجتهادات.

و يمكن دعوى بناء العقلاء، و لكنّه في محلّ منع بالنسبة إلى الأرش، و من تصرّف الشرع في بنائهم يلزم ردّهم في هذا المقام، فتدبّر.

و أمّا الأخبار الخاصّة، فهي في مورد المعاطاة، و لا إطلاق فيها، و لا سيّما معتبر زرارة(1)؛ لأنّ المفروض فيه الإحداث، و فرض كون العيب و العوار حاصلًا قبل القبض و بعد العقد، من النوادر التي لا تكشف بترك الاستفصال و لا بغيره، فلا تخلط.

و على هذا يتبيّن ما هو الحقّ: و هو أنّ العقد اللفظيّ ليس سبباً للملكيّة، فيكون العيب الحادث قبل القبض في ملك البائع، و موجباً للخيار و الأرش، و يكون تلفه من مال البائع، و لو كان ملكاً للمشتري، و موجباً للأرش إذا حدث فيه العيب أو الخيار، فهو من الضرر و الضرر على

1- الكافي 5: 207/3، تهذيب الأحكام 7: 257/60، وسائل الشيعة 18: 30، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب 16، الحديث 2.

البائع وجداناً، ولا سيّما إذا كان المشتري يريد به ذلك؛ نظراً إلى كشف حال المتاع. هذا فيما إذا حدث العيب.

ولو كان العيب الحادث كاشفاً عن السبب السابق، فيكون العيب ظاهراً بعد العقد وقبل القبض، فالقول بالخيار والأرش أقوى.

وقد حكى عن جماعة كـ «خلاف» الشيخ (1)، و الحلّي (2)، و المحقّق (3)، المناقشة في الأرش دون الخيار؛ نظراً إلى أنّ وصف الصحّة غير داخل في أجزاء المبيع، وليس مضموناً، وقضيّة الأرش غير هذا كما لا يخفى، ويكون تعبداً صرفاً.

وأنت خير: بأنّه لو كان الوجه الذي ذكرناه تاماً فلا فرق بين الخيار والأرش في دلالة القاعدة وأخبارها عليه، وإلا فالأمر كما تحرّر.

و توهم بناء العقلاء على الخيار دون الأرش، في محلّه، إلا أنّه بناء مشكوك اعتباره؛ لأنّ الشرع تصرّف فيه بجعل العدل له؛ وهو الأرش، و هذا نوع ردع عنه يوجب الشكّ في الإمضاء والارتضاء شكّاً يعتنى به، فتأمل.

1- الخلاف 3: 109، المسألة 178.

2- السرائر 2: 298.

3- شرائع الإسلام 2: 23.

و العيب الحادث بعد العقد يمنع عن الردّ (1) لو حدث بعد القبض، و بعد خيار المشتري المضمون كما مرّ. و لو حدث قبل القبض فهو سبب للخيار (2)، فلا يمنع عن الردّ و الفسخ بسبب العيب السابق بطريق أولى.

قوله مدّ ظلّه: «يمنع عن الردّ».

لأنّ المفروض وجود العيب السابق الموجب للردّ و الأرش، فإذا حدث العيب في مفروض المسألة- و هو بعد القبض و المضىّ فيكون متغيّراً غير باقٍ على عينه، و قضية مرسله جميل سقوط حقّ الردّ حينئذٍ.

نعم، له أخذ الأرش، كما صرّح به معتبر زرارة و المرسله، و هو المعروف عنهم و المشهور بينهم.

إلا أنّه يشكل سقوط الخيار بمجرد التغيّر؛ لعدم قابليّة المرسله المذكورة للاعتماد عليها في المقام، و مقتضى معتبر زرارة أنّ إحداث الشيء فيه يوجب تعيّن الأرش، لا الحدوث.

و يحتمل قوياً كون الإحداث مصداقاً للرضا، فيكون كاشفاً تعبداً عن الالتزام الملازم للإسقاط المستتبع لسقوط الخيار، فلا تغفل.

قوله مدّ ظلّه: «سبب للخيار».

كما مرّ، إلا أنّ المفروض هنا أنّ المبيع معيب حين العقد، و لأجل ذلك يشكل عقلاً: بأنّ ما هو السبب هو طبيعيّ العيب، فكيف يؤثّر في الخيارين، و عرفاً: بأنّه لا معنى لاعتبار خيار عيب آخر وراءه.

وتوهم: أنه تظهر الثمرة في الإسقاط، غير صحيح في محيط العقلاء، وإن قال به الفقيه اليزدي (رحمه الله) (في تعليقه الشريفة (1)).

وغير خفي: أن الطبيعي لا- يؤثر، وما هو المؤثر هو الفرد، فكان الأولى أن يقال: إن السبب هو خيار العيب، وهو لا يقبل التعدد بتعدد السبب إلا إذا تلون بلون خاص، كما يتلون الخيار بلون المجلس والحيوان والغبن.

هذا مع أن طبيعي العيب ليس سبباً، وإلا يلزم أن يؤثر العيب بعد القبض والمضي في إيجاد الخيار، فإذا ثبت وجود قيد فلا بأس بأن يعتبر كل عيب سبباً؛ حسب الإطلاق المقتضي عقلاً لذلك.

وبالجملة: هنا مسألتان:

الأولى: أن العيب الحادث في مفروض المسألة، هل يوجب الخيار، أم لا؟

والثانية: أنه على تقدير إيجابه، هل يوجب سقوط الخيار السابق، أم لا؟

وظاهر المتن سببية العيب الثاني للخيار الآخر من غير سقوط الخيار الأول، وحيث إن المفروض حدوث العيب الثاني، لا اتساع العيب

الأول- وقد مرّ منا المناقشة في أصل موجبيّة العيب الحادث قبل القبض لشيء و لو كان المبيع صحيحاً⁽¹⁾ فالأمر هنا أوضح.

وعلى تقدير القول بسببيّة العيب الحادث قبل القبض، فالالتزام بتعدّد الخيار من غير سراية القيد إليه ممتنع، كما تحرّر في مسألة تداخل الأسباب و المسببات⁽²⁾. وإسراء القيد إليه يحتاج إلى مئونة زائدة مفقودة في المقام؛ لعدم إطلاق فيها من هذه الجهة إنصافاً، وعدم مساعدة فهم العرف على ذلك أصلاً، فليتدبر جيّداً.

1- تقدّم في الصفحة 296 297.

2- تحريرات في الأصول 5: 91 و ما بعدها.

[مسألة 3: لو كان معيوباً عند العقد، و زال العيب قبل ظهوره]

مسألة 3: لو كان معيوباً عند العقد، و زال العيب قبل ظهوره، فالظاهر سقوط الخيار. (1) قوله مدّ ظلّه: «سقوط الخيار».

و هو المفروغ عنه و المقطوع به لو كان ظهور العيب دخيلاً في ثبوت الخيار. و لو لم يكن ثبوته مربوطاً بالظهور، فالأمر كذلك في مفروض الماتن عند كثير منهم المتعرضين للمسألة (1).

و الحقّ عدم ثبوت الفرق بين الظهور و عدمه بعد سقوط دخالته، فما في المتن من التقييد ساقط جداً، و لذلك صرّح في موضع من «التذكرة» بالسقوط و لو بعد العلم (2).

و بالجملة: لم أجد مخالفاً لسقوط الخيار بعد زوال العيب و قبل الردّ، كما هو مقصود الماتن؛ و ذلك لأنّ الظاهر من أدلّة الخيار، بقاء العيب إلى حال الردّ و الفسخ. مع أنّه حكم العقلاء، و مقتضى سببّة العيب للخيار.

و لا محلّ لاستصحاب الخيار؛ لأنّ الشكّ في بقاءه، راجع إلى الشكّ في اعتبار دوام العيب في ثبوت الخيار، و تصير النتيجة مرجعية إطلاق دليل اللزوم، و لا يجري الاستصحاب رأساً.

نعم، بناءً على جريان البراءة الشرعيّة عن الشرطيّة في

1- تذكرة الفقهاء 1: 541/السطر 23، جامع المقاصد 4: 352.

2- تذكرة الفقهاء 1: 541/23.

بل سقوط الأرش (1) أيضاً لا يخلو من قرب، و الأحوط التصالح.

المعاملات، كما في العبادات حذواً بحذوٍ، فلا منع من هذه الجهة عن جريانه، إلا أنه ممنوع لأجل كونه في الشبهة الحكمية، وقد تحرر منّا منعه على الإطلاق(1).

ويحتمل أن يكون زوال العيب بعد الرد، شاهداً على عدم وقوع الرد في محلّه، فيكون العقد باقياً، وعلى المشتري ردّ الثمن؛ وذلك لعدم ثبوت التحديد باشتراك دوام العيب إلى الردّ. وقضية حكم العرف و مناسبة الموضوع و الحكم، ذلك و لا سيّما فيما إذا ردّ فزال العيب فوراً، فثبوت الخيار من الأول مشكوك، فيرجع إلى أدلة اللزوم، فتأمل جيّداً.

و أمّا توهم امتناع بقاء الخيار عند زوال العيب قبل الردّ، أو بعده؛ لعدم العلة، فهو مندفع باحتمال الوساطة في الثبوت، كما في بقاء نجاسة الماء عند زوال التغيير، و مقتضى الأدلة بدوّاً هي الوساطة لا العنوائية، إلا أنّها وساطة في العروض عرفاً.

قوله مدّ ظلّه: «سقوط الأرش».

خلافاً لظاهر الشيخ الأعظم الأنصاري (قدّس سرّه) معللاً: «بأنّ الأرش لما ثبت استحقاق المطالبة به؛ لفوات وصف الصحة عند العقد، فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، و الصحة إنّما حدثت في ملك

المشتري، فبراءة ذمّة البائع عن عهدة المضمون عليه تحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش و سقوط الردّ قوي؛ لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع، ولم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده» (1) انتهى.

وفي مقابله احتمال عدم استحقاق الأرش؛ حتّى لو زال العيب بعد الأخذ بالأرش، فيردّ ما أخذه المشتري إلى البائع؛ وذلك لا لأجل أنّه نوع جمع بين العوض والمعوض، حتّى يقال: إنّ وصف الصّحة لم يكن يقابل بشيء، ويردّ ذلك في الجملة: بأنّ من العيوب ما يستلزم فقد الجزء، وفساد البعض بزواله كما لا يخفى، بل لأجل أنّ الأرش على خلاف الأصل، ولا إطلاق في أدلّته، والقدر المتيقّن منه غير هذه الصورة.

و ما في كلامه غريب بعد ادعائه أنّها ظهور الأخبار في بقاء العيب إلى حال الردّ!! لأنّ معناه في الحقيقة ظهورها في أنّه في ظرف الأخذ بالأرش، يكون له حقّ الفسخ.

نعم، مرسله جميل تناسب زوال العيب، ونصّ في سقوط الخيار عند أخذ الأرش، إلّا أنّها معرض عنها؛ لأنّ الخيار والأرش في عرض واحد جعلاً، ولذلك ذكرنا مراراً أنّها غير صالحة للاعتماد في المسألة. فالقول بسقوط الأرش أقوى من سقوط الخيار؛ لأنّه حكم عقلائيّ.

هذا مع أن إطلاق دليل الأرش، ضروري بالنسبة إلى البائع في صورة زوال العيب، فينفي بالقاعدة، بخلاف الخيار؛ لأنه بالفسخ يرد إليه الثمن.

نعم، ربّما يكون خياره أيضاً في صورة زوال العيب ضرورياً، أو يورث حرجاً على البائع، فيلزم أن يكون وجوب ردّ الثمن حرجياً منفياً. وتوهم عدم جريان القاعدة لتقييد دليل خيار العيب؛ لأنه نفسها، في غير محلّه؛ ضرورة أن دليله ليس القاعدة. مع أنه من قبيل حكومة الأصل السببيّ على المسببي، فليتأمل.

[مسألة 4: كيفية أخذ الأرش]

مسألة 4: كيفية أخذ الأرش بأن يقوم الشيء صحيحاً، ثم يقوم معيباً، وتلاحظ النسبة بينهما، ثم ينقص من الثمن المسمّى (1) بتلك النسبة، فإذا قوم صحيحاً بتسعة، ومعيباً بستة، وكان الثمن ستة، ينقص من الثمن اثنان وهكذا.
قوله مدّ ظلّه: «من الثمن المسمّى».

على المعروف المشهور بينهم، وهو المقصود ظاهراً من «الإطلاق» الوارد في كلام جمع (1).

وما في كلام الشيخ (رحمه الله): «من أنّ ظاهر كلام جمع من القدماء- كأكثر النصوص توهم إرادة قيمة المعيب كلّها» (2) انتهى، غير جيّد؛ فإنّ النصوص بين ما لا إطلاق له من هذه الجهة، وبين ما هو المنصرف إلى المتعارف.

نعم، قضيتة بعض الأخبار كنخبر طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم وجد فيها عيباً، قال: تقوم وهي صحيحة، وتقوم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء» (3). هو الأخذ بقيمة المعيب بالنسبة إلى القيمة الواقعية.

1- جواهر الكلام 23: 288، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 271/السطر 13 و 14 و 272/السطر الأخير.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 271/السطر 14.

3- الكافي 5: 4/214، تهذيب الأحكام 7: 61/265، وسائل الشيعة 18: 102، كتاب التجارة، أبواب أحكام العيوب، الباب 4، الحديث

إلا أنه معارض بصحيح زرارة السابق؛ لمكان قوله (عليه السلام): «و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»(1).

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ المراد من قوله (عليه السلام): «ثمن ذلك» ثمنه الواقعيّ، لا المسمّى، و لكنّه بعد انصرافه إليه يصير صالحاً للتقييد و لو كانا موجبين، كما لا يخفى.

وربّما يناقش: بأنّ ما به التفاوت بالنسبة إلى المسمّى مطابق للعدل و الإنصاف، بخلاف الواقعيّ؛ ضرورة أنه ربّما يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، لأنّ أخذ الأرش بالنسبة إليه يستوعب أحياناً تمام الثمن، و هذا هو المراد من الجمع المذكور.

وفيه: أنه مجرد فرض، و إلا فلو اتفق اختلاف لقيّمته المسمّاة و الواقعيّة على هذا المقدار، يلزم سقوط الخيار و الأرش؛ لأنّه يكشف عن أنّ البيع مهاباتيّ مبنيّ على الأغراض الأخر، فتدبّر.

هذا، و لو اتفق أن يكون الأرش قليلاً جدّاً فله الخيار، مع أنّ في موارد تقنين القوانين العامّة لا يلاحظ هذه الموارد النادرة؛ لالتزام المقتنّ به نظراً إلى مصالح عامّة في التقنين الكلّي، كما في سائر المواضع، فاعتنم.

و المرجع في تعيين ذلك أهل الخبرة، (1) وبالجملة: حيث إنّ العبرة بالقيمة يوم البيع و حال البيع، دون الأحوال الأخر، كحال سقوط الخيار، أو حال مطالبة الأرش، أو حال الاطلاع، فقلّما يتفق اختلاف القيمتين: المسمّاة، و الواقعيّة، إلا بمقدار يتسامح فيه في مرحلة التقويم، فتدبّر.

و غير خفيّ: أنّ مقتضى الأصول العمليّة هو الأقلّ، سواء كان الأرش ديناً، أو كان حقّاً، أو كان تكليفاً. و ما عن العلامة الخراسانيّ من استصحاب بقاء الحقّ إلى أن يعطي الأكثر، بعيد عن ساحته (قدّس سرّه) (1) مع أنّه لا يجوز للبائع أخذه؛ لأنّ المشتري يعطي على أنّه يستحقّه، و الأصل لا يثبت استحقاقه، فاغتنم.

كما أنّ مقتضى المحاكم العرفيّة و البناءات العقلانيّة، أيضاً ذلك. فاستفادة التعبد الخاصّ تحتاج إلى تأكيد و تشديد، و إن كان أصل الأرش تعبداً في صورة كونه في عرض الخيار، و لكنّ ذلك مؤيد بالإجماع، مع ما عرفت منّا في ذلك، فراجع.

قوله مدّ ظلّه: «أهل الخبرة».

و كذا الشاهد الحاكي لنظر الخبرة، إلا أنّ الشهادة تارة: تكون عن رأي الخبرة، و أخرى: عن القيمة السوقية؛ للوثوق و الاطمئنان الحاصل

1- حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: 232.

و الأقوى اعتبار قول الواحد (1) الموثوق به من أهلها، وإن كان الأحوط اعتبار ما يعتبر في الشهادة من التعدد والعدالة.

للشاهد من قول أهل الخبرة.

وقد صرح الشيخ تبعاً لظاهر الأصحاب (1): باعتبار ما يعتبر في الشاهد من العدالة والتعدد هنا (2)، وهذا أمر غير ثابت؛ لأن اعتبار العدالة والتعدد في مطلق الشهادة محل إشكال، وقد مرّ شطر من البحث في حديث حجّة شهادة البائع في كتابنا الكبير، فإنّها حجّة من غير اعتبار القيد فيها.

و من هنا يظهر وجه ما في المتن آتياً: هو أنّ «الأحوط اعتبار ما يعتبر في الشهادة» ويظهر وجه النظر فيه.

قوله مدّ ظلّه: «اعتبار قول الواحد».

كما قواه جمع (3)، و منعه جمع (4)، و احتاط كثير (5): لأنّ المسألة مشكّلة، ضرورة أنّ مقتضى البناءات العقلانيّة أعمّ، كما أنّ في موارد

1- الدروس الشرعية 3: 288، جامع المقاصد 4: 336، جواهر الكلام 23: 290.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 273/السطر 2.

3- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 103/السطر 13، وسيلة النجاة 2: 45، القول في الخيارات، المسألة 36.

4- جامع المقاصد 4: 336، جواهر الكلام 23: 290، البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 5: 136.

5- الحدائق الناضرة 24: 148، و لاحظ العروة الوثقى 1: 46، فصل ماء البئر، المسألة 9، و ما علّقه الأعلام عليها.

خاصة أيضاً يكفي ذلك، ومنها نقل الفتوى، وقد تحرّر أنّ ما اشتهر من حجّية قول الثقة في نقل الحكم، غير صحيح (1)؛ لأنّ الثقة لا يحكي إلا الموضوع، فإنّ زرارة لا ينقل إلا قول الصادق (عليه السلام) وهو موضوع من الموضوعات، كما لا يخفى.

و مقتضى ما هو الظاهر من الأصحاب و خبر مسعدة بن صدقة- فإنّ فيه «الأشياء كلّها على ذلك» أي الحليّة «حتى يستبين لك ذلك، أو تقوم به البيّنة» (2) و من المقابلة يظهر عدم كفاية الخبر الواحد أنّ خبر أهل الخبرة ولو تعدّد غير كافٍ، إلا إذا كان بيّنة، أو حصل الاستبانة و الوثوق و الاطمئنان الشخصي.

و حيث لا- يمكن الاستدلال به؛ للزوم الدور، فيعلم كفاية خبر الثقة في نقل الأخبار، و لا يكون المراد من «البيّنة» حسب الظاهر إلا الحجّة، و إلا يلزم خروج مثل الاستصحاب و الإقرار، بل و خروج كثير من الموارد المحتاج إثباتها إلى الأ-كثر من البيّنة الواحدة الاصطلاحية، فتكون الرواية شاهدة على كفاية قول الثقة؛ و إن لم يحصل منه الاستبانة

1- تحريرات في الأصول 6: 535.

2- الكافي 5: 40/313، وسائل الشيعة 17: 89، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 4، الحديث 4.

والاطمئنان، وإلا فيكون من الحجّة الشخصية، فالرواية مضافاً إلى عدم دلالتها على ردع خبر الثقة، تدلّ على حجّية قوله.

وفي خصوص الرجوع إلى أهل الخبرة بناء عمليّ «لولا ذلك لما كان للمسلمين سوق»⁽¹⁾ وفي الأصول بحوث حول هذا الخبر، ولا مزيد على ما حرّراه هناك⁽²⁾ فراجع، مع ما في سنده كما لا يخفى.

واحتمال اعتبار التعدّد أقوى من احتمال اعتبار العدالة؛ لإمكانه أوّلاً، إلا إذا كان نفس الإسلام وعدم ظهور الفسق عدالة شرعيّة؛ وذلك لما في خبر عبد الله بن سليمان: «إلا إذا شهد شاهدان أنّ فيه الميئة»⁽³⁾.

وبالجملة: اتباع بناء العقلاء، بعد الحاجة إلى عدم الردع، مع قوّة وجود الاتفاق على الحاجة إلى البيّنة في مطلق الموضوعات إلا ما خرج خصوصاً، مشكلاً.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الشكّ في وجود الرادع لا يكفي؛ إمّا لجريان الاستصحاب، أو لبناء من العقلاء، فافهم.

1- الكافي 7: 387 / 1، تهذيب الأحكام 6: 261 / 695، وسائل الشيعة 27: 292، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 25، الحديث 2.

2- لاحظ تحريرات في الأصول 6: 298 299.

3- الكافي 6: 339 / 2، وسائل الشيعة 25: 118، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب 61، الحديث 2.

[مسألة 5: لو تعارض المقومون في تقويم الصحيح أو المعيب أو كليهما]

مسألة 5: لو تعارض المقومون في تقويم الصحيح أو المعيب أو كليهما، فالأحوط التخلّص (1) بالتصالح، قوله مدّ ظلّه: «فالأحوط التخلّص».

بلا شبهة، إلا أنّ المسألة حيث تكون مندرجة في الأقلّ والأكثر بحسب العادة، فيكون تعارض المقومين منتهياً إلى أنّ قول أحدهما يعيّن أنّ ما به التفاوت هو العشرون، والآخر يزيد عليه شيئاً، ولو تساقطا فلا بدّ وأن نرجع إلى البراءة، وهي ربّما تعيّن الأقلّ، ولا شبهة في أنّ بناء العقلاء على الأخذ بالأقلّ؛ وذلك إمّا لأنّه القدر المتيقّن من قولهما، فلا يتساقطان بالنسبة إليه بحسب المداليل المطابقيّة و الالتزاميّة، أو لبناء خاصّ على الأخذ بالأقلّ.

و توهم المراجعة إلى حكم الحاكم، أو الأكثر، أو القرعة، أو غير ذلك ممّا يرى في كلمات القوم (1)، كلّه في غير محلّه بالضرورة، ولا وجه للقرعة في أية صورة كانت بعد كونها لأمر مشتبه، أو مشكل و مجهول.

نعم، في موارد التباين كما إذا قال أحدهما في مبادلة الحنطة بالعدس؛ بلزوم مقدار من الجنس الخاصّ؛ لما يرى من أنّه ما به التفاوت من الجنس المذكور، ولو كان من جنس آخر فما به التفاوت مقدار كذا، وقال الآخر على خلافه، ولا قدر متيقّن؛ لما ليست القيمة فيهما مورد النظر،

1- جواهر الكلام 23: 290، المكاسب، الشيخ الأنصاري: 273/السطر 12.

ولا تبعد القرعة، خصوصاً في بعض (1) الصور.

كما في كثير من القرى والقصبات، فربّما يشكل الأمر كما هو الواضح.

و اختلفت آراء القوم في المسألة، فذهب المعظم إلى الأخذ بكيفية (1)، والشهيد وبعض آخر إلى كيفية ثانية (2)، ويحتمل الثالثة، و الكلّ غير تام؛ لما عرفت الأمر في أصل المسألة.

وفيما كانت المعاوضة بين الجنسين لا يثبت الأرش؛ لأنّه على خلاف الأصل، وأخبار المسألة مخصوصة بالبيع بالأثمان، ولو صحّ إلغاء الخصوصية لصحّ ذلك بالأولوية في خيار الغبن؛ لأنّ حقيقة خيار العيب راجعة إلى الغبن حسب العادة كما لا يخفى، فلا تخلط.

قوله مدّ ظلّه: «خصوصاً في بعض».

خلافاً لما صرح به في الدرس: «من أنّه لا محلّ لها بعد تعيين الشرع بالبراءة عن الأكثر، أو استصحاب نفي الاشتغال بالزائد» (3) اللهمّ إلا أن يريد منه صورة المعاوضة، فتدبّر.

1- لاحظ جواهر الكلام 23: 290 291.

2- نفس المصدر.

3- البيع، الإمام الخميني (قدّس سرّه) 5: 141.

[مسألة 6: لو باع شيئين صفقة واحدة، فظهر العيب في أحدهما]

مسألة 6: لو باع شيئين صفقة واحدة، فظهر العيب في أحدهما، كان للمشتري (1) أخذ الأرش، أو ردّ الجميع، وليس له التبعيض برّد المعيب وحده.

قوله مدّ ظلّه: «كان للمشتري».

أي في صورة وحدة المشتري، فالمفروض أولاً في المتن وحدة البائع والمشتري، مع تعدّد السلعة. وفي هذه الصورة فيما إذا كان الوحدة الاعتبارية على حدّ يعدّ السلعة جزء الصفقة- كما إذا باعاً متاً من الحنطة، أو من البطيخ فلا إشكال حسب القواعد، ولعلّ الأخبار أيضاً لا تأبى عن الشمول.

اللهمّ إلا أن يقال: بظهورها في الوحدة الطبيعية أو التأليفية، وأمّا الوحدات الاعتبارية التي تعاقبها الكثرة الخارجية فلا، ولا سيّما بضميمة ما في أخبار بيع العبيد والإماء، بعد كون الأخذ بالأرش على خلاف الأصل.

وأما فيما إذا كانت السلع والأمتعة كثيرة عنواناً واستفادة ورضاً، وقد اجتمعت في التعبير عنها في مقام المعاملة؛ نظراً إلى إجراء صيغة البيع مرّة واحدة، فإنّه لا- يبعد انحلال البيع إلى البيوع، فيجوز التبعيض، ويظهر النظر من هنا فيما أفاد بقوله على الإطلاق: «و ليس له التبعيض برّد المعيب وحده».

وأما إذا كانت الوحدة الاعتبارية يجمعها العنوان الواحد- كمصراعي الباب، والحدّاءين، ونحوهما المجتمع في الأغراض الدخيلة في باب المعاملات؛ ضرورة أنّ الأغراض بحسب الطبع ملغاة، وأجنبيّة عنها صحّة

ولزوماً- فإنه بلا شبهة لا يجوز التبعيض. ولا يبعد- إنصافاً شمول أخبار المسألة لمثل تلك الكثرة الفانية في الوحدة العرفية، فيثبت خيار العيب بالردّ أو الأرش.

وفي صورة الشكّ في أنّ البيع ينحلّ أو لا- لأجل الجهات الخارجية فالتبعيض على خلاف الأصل، وعليه يحمل الإجماع المحكي عن جمع (1) على عدم مشروعية التبعيض. هذا ما هو الحقّ في هذه المسألة.

وأما توهم: أنّ ردّ البعض دون بعض، من التصرفّ و الحدث الموجب لسقوط الخيار (2)، فهو بعيد عن ساحة المتوهم؛ لأنّ الحدث يوجد بعد الردّ أو بالردّ، فلا تغفل.

وتوهم: أنّ محطّ الخيار هل هو المجموع، أو المعيب (3)؟ فإنه خلاف خارج عن التحقيق، وقد مرّ منّا: أنّ الخيار اعتبر للمتعاقد والبيّع بالنسبة إلى حلّ العقد، ولا يرتبط بالعين، هذا في غير خيار العيب.

وأما فيه، ففي كونه من قبيل سائر الخيارات إشكال، ومنعه بعضهم،

1- الخلاف 3: 110/ المسألة 180، هذه العبارة سقطت من الغنية المطبوعة في ضمن الجوامع الفقهية، راجع سلسلة الينابيع الفقهية 13:

214، جواهر الكلام 23: 248.

2- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 258/ السطر 26.

3- جواهر الكلام 23: 248.

وكذا لو اشترك اثنان في شراء شيء، وكان معيياً، ليس لأحدهما ردّ حصّته خاصّة إن لم يوافقه شريكه (1)، على إشكال فيهما (2)، خصوصاً في الثاني.

والتفصيل يطلب من كتابنا الكبير (1).

قوله مدّ ظلّه: «لم يوافقه شريكه».

قد ظهر حكم المسألة ممّا مرّ في صور تعدّد المبيع والمشتري؛ بشرط أن يكون الجمع في مقام الإنشاء والبيع فقط، وكان كلّ مبيع لكلّ واحد منهما معيياً ومعلوماً، فإنّه تنحلّ الصيغة الواحدة إلى الكثير من غير لزوم الشركة.

نعم، في موارد الاشتراك كما هو مفروض المتن، فيشكل أصل ثبوت الأرش؛ لقصور في أدلّته كما أشير إليه، وأمّا الخيار فهو ثابت، وحكم ذلك حكم الشريكين في اشتراء حيوان أو شيء فيه الغبن، وهكذا.

قوله مدّ ظلّه: «على إشكال فيهما».

أي في كون المشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ الأرش في المسألتين، أو في عدم كونه ذا حقّ للتبعيض، وهو المقصود؛ لما في ذيله.

وقد عرفت: أنّ صور المسألة مختلفة، وفي صورة عدم الانحلال لا معنى

1- تحريات في الفقه، كتاب الخيارات، الجانب الرابع من المسقط الرابع من مسقطات خيار العيب.

للتبعض، كما لا معنى له إذا وجد عيباً في متاعه، وكان واحداً، فإنه ليس له إلا الردّ أو الأرش، أو الردّ بالنسبة إلى البعض، والأرش بالنسبة إلى البعض، فهو ممنوع اتفاقاً.

ودعوى: أنّ وحدة الخيار وتعدّده، تتبع وحدة وجوب الوفاء وتعدّده، فكما أنّه يجب على كلّ واحد منهما الوفاء في الصورة الثانية، وعلى المشتري بالنسبة إلى كل واحد من الشئيين، فلكلّ واحد منهما الخيار، وأخذ الأرش، وهكذا له بالنسبة إلى كلّ واحد من المتاعين، غير كافية:

فأولاً: للزوم التبعض في صورة كون المتاع واحداً؛ ضرورة أنّ الوفاء واجب برّد جميع الصبّرة إلى المشتري مثلاً، فلوردّ بعضاً منها فإنه وإن امتثل الأمر في الجملة عرفاً، إلاّ أنّه لم يفِ بما هو مقتضى العقد، ولذلك لورضي المشتري في هذه الصورة بالبعض يقسّط الثمن، وليس هو بيعاً على حدة، فتأمل جيّداً.

و ثانياً: التزموا بوحدة الخيار للعامّ المجموعيّ في بعض المواقف، ولا يلتزمون بوحدة التكليف فيه إذا رضي الطرف، مثلاً إذا باع شيئاً، و كان له الخيار فمات، قال جمع: «بأنّ الخيار للمجموع، ولو لم يكن له الخيار و امتنع بعضهم عن التسليم، فعلى الآخرين تسليمه» فاغتنم.

نعم، لورضي البائع يجوز ويصح التبعض في المسألتين بلا- إشكال. (1) وفي المسألة) إن قلت قلتات (عقلية لا- يسعها هذا المختصر(1).

قوله مدّ ظلّه: «بلا إشكال».

وربّما يشكّل؛ لأنّ الأمر بيد الشرع لا بيده، فإن كان الخيار المجمعول ثابتاً، فللمشتري إعماله سواء رضي البائع أم لم يرض، وإن لم يكن فلا تخيير بين الفسخ والأرش.

وأما المراضاة على شيء، فهي ربّما ترجع إلى مبادلة ثانية، أو إلى الإقالة، أو المضي عن حقّ أو مال، وهذا أجنبي عن المسألة.

ولكنّه مندفع ولو كان الأرش على خلاف القواعد، كما هو الواضح.

هذا، ولورضي البائع، وكان المشتريان شريكين في السلعة، فهل يثبت للشريك الآخر خيار؟ وجهان.

وأيضاً: هل يكون له الأخذ بالشفعة؛ بناءً على ثبوتها في مطلق الأمتعة، أو كان المتاع من قبيل ما فيه حقّ الشفعة، أم لا؟ وجهان:

من اختصاصه بالبيع ونحوه، كالوقف.

ومن أنّ الردّ معاملة جديدة، أو بحكمها في المسألة، بعد قولهم بحقّ الشفعة في أشباه البيع، غير مثل جعله صدقاً أو فدية أو هبة، فتأمل.

1- لاحظ تحريرات في الفقه، كتاب الخيارات، أحكام الخيار، المسألة الثالثة من مسائل إرث الخيار.

القول في أحكام الخيار

القول في أحكام الخيار و له أحكام مشتركة بين الجميع، و أحكام مختصة ببعض لا يناسب هذا المختصر تفصيلها.

فمن الأحكام المشتركة: أنه إذا مات من له الخيار انتقل (1) خياره إلى وارثه؛ من غير فرق بين أنواعه.

قوله مدّ ظلّه: «انتقل».

بلا خلاف كما عن «الرياض» (1) و هو المستظهر من «الحدائق» (2) و في «الغنية» دعوى الإجماع على خصوص خيار المجلس (3).

و في «التذكرة»: «أنّ الخيار عندنا موروث؛ لأنّه من الحقوق - كالشفعة و القصاص في جميع أنواعه» (4).

و يظهر منه (رحمه الله) أنّ المسألة اتفافية بين المسلمين؛ لاستثناء الشافعيّ فقط في خصوص خيار الشرط و المجلس (5).

1- رياض المسائل 1: 527/السطر 22.

2- الحدائق الناضرة 19: 70.

3- الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 536/السطر 5.

4- تذكرة الفقهاء 1: 536/السطر 39.

5- نفس المصدر.

و حيث إنّ المسألة عند أصحابنا مطابقة للقواعد و الكتاب و بناء العقلاء في الجملة، فلا ثمرة في الإجماع، و لا دليل على جبر النبوي المشهور: و هو أنّ «ما تركه الميّت من حقّ فلوارثه»⁽¹⁾.

و أيضاً: حيث إنّ مقتضى القاعدة صرف أموال الميّت في وجوه الخير، و بقاءها في ملكه استصحاباً باطل شرعاً و عرفاً، و الإرث على خلافه، و بناء العقلاء غير وافٍ بجميع المطلوب، و لا- سيّما في كثير من الخيارات غير الراجعة إلى جهة ماليّة، بل ربّما يتوهم: أنّ مثل خيار المجلس و الحيوان ليسا عقلائيّين حتّى يورثا بحكمهم، فتأمل فلا بدّ حينئذٍ من إطلاق و عموم يفني بتمام المقصود، فإن كان هناك دليل شرعيّ، يستكشف به حقّية الخيار و قابليّته للنقل؛ حسب قاعدة الملازمة بين الحكم المذكور و هاتين الجهتين عقلاً و عرفاً، كما قيل بها لكشف صحّة العقد المعاطائيّ و غيره، بعد الاعتماد على العموم و الإطلاق المقتضيين للزوم العقد فهو، و إلاّ فالأمر مشكل.

و لا يصلح للمرجعيّة هنا إلاّ بعض آيات الإرث، دون عمومها، خلافاً لما

1- لم نعثر على هذه الرواية في كتب الأحاديث من العامّة و الخاصّة بعد الفحص عنها في مظانها، و لكن استدل بها صاحب الرياض. رياض المسائل 1: 527/السطر 22.

في حاشية الفقيه اليزدي (رحمه الله) (1) و من تلك الآيات قوله تعالى لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ.. (2) إلى آخر الآيات.

ويؤكد إطلاقها قوله تعالى مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ (3).

و من المتروكات حقوق هي له، و المراد من «القلّة» و «الكثرة» أعمّ من كونه قابلاً بشخصه للتقليل و التكثير، أو غير قابل بشخصه، و لكنّه قابل بنوعه فليتدبّر.

وفيه:- مضافاً إلى قصورها عن شمول الأطفال و الصغار، بل الخنثى إذا كنّ طبقة ثالثة أنّه يلزم التخصيص الكثير، أو التخصيصات المستهجنة؛ لخروج كثير من الحقوق و جميع الأحكام المتروكة على أية حالة، و الرجوع إلى فهم العرف من الآية معنىً أخصّ، يرجع إلى حصر الآية بما عليه بناؤهم، فلا يثبت لها الإطلاق الصالح للمرجعية عند الشكّ.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الخيارات التي فيها الحظّ و النصيب، تورث بحكم العقلاء و إمضاء الآية، و ما ليس فيها الحظوظ و الخيرات فلا تورث، و هذا التفصيل قريب جدّاً. و المراد من «النصيب» و «الحظّ» أعمّ من كونه

1- حاشية المكاسب، السيّد اليزدي 2: 142 / السطر 27 28.

2- النساء (4): 7.

3- نفس المصدر.

سبباً لإرجاع العين، أو كان يبذل بإزاء الإسقاط أو الأعمال شيء، كخيار الزوجة على الأراضي مثلاً، أو خيار غير الولد الأكبر في مورد الحبة، و كخيار الأجنبي، فليلاحظ جيداً.

وأما المشاكل الثبوتية في إرث الحقوق مطلقاً، أو في بعض الصور، كما يأتي في المسألة الأولى (1)، فهي مندفة بتفصيل في كتابنا الكبير (2).

وقد تبين في هذه الوجيزة: أن موضوع الحق هو ذو الخيار، و طرفه هو العقد، و ليس العقد متزلزلاً في زمان الخيار، و لا الملكية متزلزلة زائداً على معنى إمكان حلّه بمثل الإقالة، فلا مشكلة في البين؛ ضرورة أنه لو مات الرجل و كان له دين، ينتقل إلى الورثة و لا يفوت، كذلك الحق المذكور، فليس متقوماً به كي يتوهم امتناع نقله؛ لأنه عين الإضافة الفاتئة بارتحال الرجل و موته.

بل الحقوق كالأموال طرف إضافة الملكية، و كالكليات الذميمة، و ليس الحق مقابل الملكية، فاعتنم.

1- يأتي في الصفحة 326.

2- تحريرات في الفقه، كتاب الخيارات، أحكام الخيار، حول مشاكل إرث الحقوق.

وما هو المانع عن إرث الأموال - لنقصان في الوارث، كالقتل والكفر مانع عن هذا (1) الإرث أيضاً. كما أنّ ما يحجب به حجب حرمان و هو وجود الأقرب إلى الميِّت يحجب به هنا أيضاً. ولو كان الخيار متعلّقاً بمال خاصّ (2) يحرم عنه بعض الورثة - كالأرض بالنسبة إلى الزوجة، و الحبوّة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر قوله مدّ ظلّه: «مانع عن هذا».

تحتاج هذه المسألة إلى إطلاق في المانع، وهكذا في الثانية، و الصورة الثانية و إن كانت قريبة جداً، بل ربّما يصحّ عدّها من الضروريّات في الفقه، ولكنّ الأولى غير واضحة تطلب من كتاب الإرث.

قوله مدّ ظلّه: «متعلّقاً بمال خاصّ».

هذا خلاف التحقيق؛ فإنّ العقد ليس متعلّقاً بالمال، فضلاً عن الخيار؛ ضرورة بقاء العقد في الاعتبار عند تلف العين، بل العقد له العمل الخاصّ؛ و هو نقل العين، و ليس معنّى لتعلّقه بها زائداً عليه، و الخيار له العمل الخاصّ، و هو هدم العقد الذي عمل عمل النقل مثلاً.

فالحرمان من العين، لا يقتضي الحرمان من العقد بحرمانه من حقّ الخيار الذي يعدّ خطأ أو مسامحة عرفاً، متعلّقاً بوجه بالعقد، و إلا فهو في الحقيقة غير متعلّق به؛ لا امتناع كونه معدماً له، بل الخيار اعتبار وضعي ثابت للعاقدة، و يستتبع تمكّنه من حلّ العقد.

فلا يحرم (1) ذلك الوارث عن الخيار المتعلق به مطلقاً.

قوله مدّ ظلّه: «فلا يحرم».

على الخلاف.

و ثالث الأقوال: هو التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه نقلاً إلى الميّت، أو عنه، فيرث في الأوّل، و هو المحكي عن الفخر (1) و الشهيد (2) و السيّد العميد (3).

و رابعها: عدم الجواز في تلك الصورة، و الإشكال في غيرها، كما هو المحكي عن صريح «جامع المقاصد» (4).

و في كلام الشيخ (رحمه الله): «و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً» (5).

و غير خفيّ: أنّ ثبوت الخيار للمحروم عن الأراضي و الحبوّة، يستتبع تمكّنه من إرث المال على كلّ تقدير؛ لأنّه لو انتقل إليه ففسخ، يردّ إليه الثمن فيورث، و إن انتقل عنه فيسقط الخيار كي يرث من ثمنه.

اللهمّ إلّا في بعض الصور؛ و هو موارد المعاوضة بين الأراضي و الحبوات، و في بعض الوجوه الأخر، فتدبّر.

1- إيضاح الفوائد 1: 487.

2- مفتاح الكرامة 4: 13/590.

3- نفس المصدر.

4- جامع المقاصد 4: 306.

5- المكاسب، الشيخ الأنصاري: 290/السطر 31.

ولأحد المنع، لا لأجل بعض الوجوه الاعتبارية التسوية، بل لدعوى قصور أدلة التورث أو انصرافها عن مثل المقام؛ سواء قلنا: بأن التورث هي نيابة الوارث مقام المورث في مقدار يرثه، أو قلنا: إن الموت سبب التورث، كسببية البيع، فيكون نقل منه إليه به.

[مسألة 1: لا إشكال فيما إذا كان الوارث واحداً، و لو تعدّد فالأقوى أنّ الخيار للمجموع]

مسألة 1: لا إشكال فيما إذا كان الوارث واحداً، و لو تعدّد فالأقوى أنّ الخيار للمجموع (1)؛ بحيث لا أثر لفسخ بعضهم بدون ضمّ فسخ الباقيين؛ لا في تمام البيع، و لا في حصّته.

قوله مدّ ظلّه: «للمجموع».

وفاقاً لجماعة ك «القواعد» (1) و ابنه «الإيضاح» (2) و «الدروس» (3) و «المسالك» (4) و لعلّه المعروف بين القائلين بتورث الحقّ، خلافاً للعلامة الخراسانيّ (رحمه الله) (5).

وربّما يشكّل هنا من جهة لزوم تجزئة البسيط؛ لو كان لكلّ واحد حصّة، و لو كان للمجموع بما هو هو وجود اعتباري، فهو منصرفه عنه أدلّة الإرث.

و يمكن دفع التجزئة: بأنّ التكثير الخارجي ممنوع، و الاعتباري جائز، و هو كافٍ.

اللهمّ إلا أن يقال: لا بدّ في الاعتباري من الغرض الشخصي، أو النوعيّ الفعليّ، أو التقديري، و حيث لا أثر - كما يأتي لفسخ أحدهم بدون ضمّ الآخر، فلا وجه لاعتبار الكثرة.

1- قواعد الأحكام 1: 143 / السطر 23.

2- إيضاح الفوائد 1: 487.

3- الدروس الشرعيّة 3: 285.

4- مسالك الأفهام 1: 154 / 41.

5- حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: 254.

وفيه: أنّ الصلح عليه في هذه الصورة جائز ظاهراً، مع أنّ لكلّ ذي حقّ الإعراض عن حقّه، فلو كان لعنوان واحد- وهو المجموع بما هو مجموع فلا يصحّ إعراضه شخصاً، بخلاف ما إذا كان بنحو التجزئة في نفس التورث؛ وإن لم يكن أثر في فسخه على الإطلاق، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

ودعوى: أنّه في صورة الإعراض يلزم عدم ترتّب الأثر على فسخ الباقيين، فيكون حقّهم بإعراضه لا- حقّ، غير واضحة. بل خروجه عن المجموع، لا يضرّ بكون الباقيين متلقّين حقّهم، كما في الإعراض عن حقّ التحجير.

هذا مع أنّ صيرورتهم بلا حقّ غير ممنوعة؛ بعد كون الانضمام دخيلاً في تأثير فسخ الكلّ، وامتناع لغوية التجزئة ممنوع ثبوتاً؛ لأنّ اللغوية في أصل الخطاب و الجعل هي الممنوعة عقلاً، لا في الإطلاق كما تحرّر.

ويحتمل أن يقيّد إطلاق دليل صحّة إعراضه بنفي الضرر، كما في موارد آخر.

فكونه إرثاً للمجموع بما هو مجموع، أو لصرف الوجود، أو على نعت العموم الاستغراقيّ، بلا وجه، بل هو كسائر أملاكه يقسّط، إلاّ أنّه لا أثر له إلاّ بالانضمام، كما في تورث المصراعين من باب واحد و أمثاله، فافهم و تأمل.

[مسألة 2: لو اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم]

مسألة 2: لو اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم، فإن كان عين الثمن موجوداً، دفعوه (1) إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أُخرج (2) من مال الميِّت. ولو لم يكن له مال، ففي كونه على الميِّت، واشتغال ذمته به، فيجب تفرغها بالمبيع المردود إليه، فإن بقي شيء يكون للورثة، قوله مدّ ظلّه: «دفعوه».

في صورة كون الثمن من الأمتعة، أو ما له الخصوصية العقلانية. وأما النقود ولا سيّما الإسكناس (فالأظهر عدم لزوم ردّ العين حتّى في صورة الاستدعاء والطلب، ولا ينبغي ترك الاحتياط.

قوله مدّ ظلّه: «أُخرج».

من مال الميِّت بعلاقة سابقة، وإلا فالمتروكات للورثة، ولا مال له بمجرد الموت، والفسخ من الحين حسب المفروض، ويدخل المبيع في كيسهم. وكون العقد ممّا تسبّب به الميِّت في نقل العين، لا يورث شيئاً إلاّ الخيار المنتقل إلى الورثة، فإذا فسخوه يقع التبادل الرجعي بين العين والثمن؛ من غير دخالة وحدة المخرج والمدخل.

بل المحرز عندنا جواز أن يشتري صديق لصديقه شيئاً على وجه ينتقل المبيع من الابتداء إلى ملك الصديق المشتري له، ويخرج الثمن من كيس المشتري، وما هو المشهور غير تامّ جدّاً، وإلاّ يلزم دخول العين بعد الفسخ في ملك الميِّت، ولا معنى لتورثه؛ لأنّه مخصوص بما هو

وإن لم يف بتفريغ ما عليه يبقى الباقي في ذمته، أو كونه على الورثة كل بقدر حصته، وجهان أوجههما أولهما. (1) متروكه حين موته. وأما في المورد الخاص كالدية، فهو للنص.

وهذا الذي أُشير إليه، أحد الإشكالات على توّث حق الخيار المحرّر تفصيله في كتابنا الكبير.

قوله مدّ ظلّه: «أوجههما أولهما».

بل الأوجه هو الثاني، وقد أُشير إلى وجه أوجهيّة الأوّل الراجع إلى إنكار توّث العين بعد الفسخ؛ وصرّفها في خيرات الميّت، وحيث إنّه ظاهر الفساد؛ لتعارف خلافه، وضرورة رجوع العين من الابتداء إلى الورثة، يجب عليهم ردّ العوض.

نعم، إذا لم يكن لهم ما يفي بالعوض، ولم تكن لهم الذمّة، أو كانت محكومة بالحجر على وجه لا يفي بديته بالنسبة إلى الطرف، يمكن دعوى عدم نفوذ فسخه؛ لكونه ضررياً، فتأمل.

بل لو لم يكن في أعمال خياره إلا انتقال العين إليه، وهي تعادل دينه بالنسبة إلى العوض، فترجع شخصاً إليه، أو عليه بيعها وردّ الثمن إليه، ففي توّث الخيار مناقشة علميّة وعقلائيّة، و تكفي الثانية وإن لم تتم الأولى.

قد فرغنا أيام تسفير الحوزة، يوم السبت) 1396 (النجف الأشرف.

ص: 331

[كتاب النكاح]

اشارة

كتاب النكاح

[أحكام الوطء]

[مسألة 11: المشهور الأقوى جواز وطء الزوجة دبراً]

مسألة 11: المشهور الأقوى جواز (1) وطء الزوجة دبراً قوله مدّ ظلّه: «المشهور الأقوى جواز».

بل عن «الانتصار» و«الخلاف» و«الغنية» و«السرائر» حكاية الإجماع عليه(1).

وعن «كشف اللثام» عن القميين، وابن حمزة، والشيخ أبي الفتوح الرازي، والراوندي في «اللباب» والسيد أبي المكارم(2)، وعن بعض آخر(3)، حكاية التحريم.

ولعل إجماع كتب الثلاثة الأوائل ولا سيّما «الخلاف» و«الغنية» غير الإجماع المصطلح عليه كما تحرّر(4)، فالشهرة قابلة للمنع، فضلاً عن

1- الإنتصار: 125، الخلاف 4: 338، الغنية، ضمن الجوامع الفقهية: 550/السطر 28، السرائر 2: 606.

2- كشف اللثام 2: 54/السطر 6.

3- لاحظ كشف الرموز 2: 105.

4- تحريرات في الأصول 6: 364.

الإجماع. والمسألة لكونها روائية، لا تحتاج إلى شيء مما ذكر.

نعم، هو المشهور بين المتأخرين (1)، وعليه النصوص الكثيرة (2)، وفيها معتبر علي بن الحكم قال: سمعت صفوان يقول: قلت للرضا (عليه السلام) إن رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة، فهابك واستحيا منك أن يسألك.

فقال (عليه السلام) «ما هي؟».

قال قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها؟

قال: «نعم، ذلك له».

قلت: وأنت تفعل ذلك؟

قال (عليه السلام): «لا إننا لا نفعل ذلك» (3).

مضافاً إلى إطلاق الآيتين فَأُتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ (4)، وقوله تعالى نَسَأُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأُتُوا حَرْثَكُمْ أَنِّي سَنُتُّمْ (5).

1- شرائع الإسلام 2: 214، جامع المقاصد 12: 497، الروضة البهيّة 2: 55/السطر 7، جواهر الكلام 29: 107.

2- وسائل الشيعة 20: 145، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 73.

3- تهذيب الأحكام 7: 1663/415، وسائل الشيعة 20: 145، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 73، الحديث 1.

4- البقرة (2): 222.

5- البقرة (2): 223.

و الاستدلال بالأولى يتمّ بالثانية، كما لا يخفى.

و المناقشة في الثانية؛ باختصاصها بالقُبُل؛ لأنّه «الحرث» (1) متأيّدة بما في معتبر معمر بن خلّاد قال: قال لي أبو الحسن) عليه السّلام): «أي شيء يقولون في إتيان النساء في أعجازهنّ؟».

قلت: إنّه بلغني أنّ أهل المدينة، لا يرون به بأساً.

فقال: «إنّ اليهود كانت تقول: إذا أتى الرجل المرأة من خلفها، خرج ولده أحول، فأنزل الله عزّ وجلّ نِسَاءُكُمْ حَرِّثْ لَكُمْ فَاتُّوا حَرِّثُكُمْ أَنِّي سِتُّنُمْ؛ من خلف أو قدّام، خلافاً لقول اليهود، ولم يعن: في أدبارهنّ» (2).

و بغيره ممّا ورد في تفسيرها (3).

و في الأولى بخبر ابن أبي يعفور الآتي، لا يوجب المنع والتحرّيم عقلاً؛ لإمكان التحليل بغير الآية.

نعم، فيه اشتراط الجواز بالرضا، قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتي المرأة في دبرها.

1- لاحظ السرائر 2: 606، مسالك الأفهام 7: 61.

2- تهذيب الأحكام 7: 1660/415، وسائل الشيعة 20: 145، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 72، الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 20: 143، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 72، الحديث 106.

قال: «لا بأس إذا رضيت».

قلت: فأين قول الله عزّ وجلّ فَأَتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ؟! قال: «هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله؛ إنّ الله تعالى يقول نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ»⁽¹⁾.

وربّما به يجمع بين شتات المآشير، واختلاف الآيات؛ من حيث التفسير⁽²⁾. ولو لا مخافة المخالفة، كان القول المزبور قوياً حسب الصناعة.

وربّما يظهر من بعض الأخبار - كمرسل الصدوق ونحوه التفصيل بين نساء الأمة وغيرهن؛ ويختصّ الحرمة بالأولى: قال محمّد بن عليّ بن الحسين: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «محاش نساء أمتي على رجال أمتي حرام»⁽³⁾.

وبالجملة: قضية الأصل حرمة الوطء، إلا إذا قلنا: بأنّ جوازه - كجواز الوطء من القبل من مقتضيات العقد عرفاً، ولا يحتاج إلى الدليل الخاص. ولكنه مشكل، بل الظاهر خلافه فتأمل.

1- تهذيب الأحكام 7: 1657/414، وسائل الشيعة 20: 146، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 73، الحديث 2.

2- لاحظ جواهر الكلام 29: 108.

3- الفقيه 3: 1430/299، وسائل الشيعة 20: 143، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 72، الحديث 5.

على كراهة شديدة (1)، و الأحوط تركه، خصوصاً مع عدم رضاها.

قوله مدّ ظلّه: «على كراهة شديدة».

حملاً للنواهي الواردة (1) عليها؛ لأجل نصوص الجواز (2).

وفي «التذكرة»: «ذهب علماؤنا إلى كراهة إتيان النساء في أديارهن» (3).

ويمكن المناقشة في الكراهة: بأن الأدلة المانعة ربّما تكون ظاهرة في الحرمة؛ لاشتغالها على كلمة «الحرمة» (4) فتكون هي معرضاً عنها. مع أنّ المحكي عن الشيخ (رحمه الله): «أنّ أحداً من العامة لا يجيز ذلك» (5) فتكون الأخبار المانعة محمولة على التقيّة، ولو أمكن الجمع العرفي.

هذا، ولنا إنكار الكراهة مع رضاها؛ فإنّ في مرسل أبان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «هي لعبتك، فلا تؤذيها» (6).

وأما ما اشتهر بين أهل العصر، وعن الأطباء الحاذقين؛ من الضرر الكثير المؤدي إلى اختلال نظام البدن و مزاجه، فهو مضافاً إلى عدم

1- وسائل الشيعة 20: 141، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 72.

2- وسائل الشيعة 20: 145، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 73.

3- تذكرة الفقهاء 2: 576/السطر 34.

4- وسائل الشيعة 20: 142 143، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 72، الحديث 2 و 5.

5- الاستبصار 3: 244.

6- الكافي 5: 1/540، وسائل الشيعة 20: 143، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 72، الحديث 4.

ثبوتہ غیر مستوعب بالنسبۃ إلی جمیع الأشخاص، وإلی جمیع الأحوال، فلا وجه للمنع الكلّی.

نعم، لو ثبت في مورد فنحكم بحرمة؛ نظراً إلی ما اشتهر بينهم: من حرمة المضرّ، وهذا لا يخصّ بالدبر كما لا يخفى.

[مسألة 12: لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين]

مسألة 12: لا يجوز (1) وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين، قوله مدّ ظلّه: «لا يجوز».

حسب النصوص (1)، و الإجماعات المنقولة (2). وفي معتبر الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا تزوّج الرجل الجارية وهي صغيرة، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين» (3).

وأما التخيير الوارد في طائفة منها بين التسع والعشر (4)، فربّما يكون شاهداً على أنّ الحكم مبنيّ على الكراهة. و حملها على استحباب التأخير إلى العشر (5)، خلاف الظاهر من التخيير كما ترى.

و يؤيد الكراهة، اشتمال طائفة أخرى على ضمان الزوج (6)، و منها

-
- 1- وسائل الشيعة 20: 101، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45.
 - 2- مسالك الأفهام 7: 67، كشف اللثام 2: 54/السطر 30، جواهر الكلام 29: 414، رياض المسائل 2: 76/السطر 11.
 - 3- الكافي 5: 398/2، وسائل الشيعة 20: 101، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 1.
 - 4- الكافي 5: 398/1 و 3، وسائل الشيعة 20: 101 102، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 2 و 4.
 - 5- لاحظ وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، ذيل الحديث 7، جواهر الكلام 29: 414، مستمسك العروة الوثقى 14: 79.
 - 6- وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 5 8.

معتبر حمّاد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «من وطأ امرأته قبل تسع سنين، فأصابها عيب، فهو ضامن»⁽¹⁾.

ومن الممكن التمسك بهذه الطائفة من الأخبار على جواز الوطء دبراً؛ لظهور قوله (عليه السلام): «حتى يأتي لها تسع سنين» في جواز الدخول بها مطلقاً، وإن كان إطلاقه ممنوعاً فتدبر.

وأما ما ورد في هذا الباب، عن غياث بن إبراهيم، عن عليّ (عليه السلام) قال: «لا توطأ جارية لأقلّ من عشر سنين، فإن فعل فعيبت فقد ضمن»⁽²⁾.

فهو أيضاً يؤيد ما أذعناه، وإلا فلهم المناقشة فيه سنداً ودلالة؛ بحمله على الاستحباب، أو على أن المراد ابتداء العشر، فيكون الشرط- بناءً على هذا كونها بالغة، وكان الحكم من متفرعات حدّ البلوغ، كما لا يخفى.

وأما ما اشتهر من بعض أبناء العصر: من المناقشة في ضرب هذا القانون؛ وأنه من المختصات ببعض الأقطار العربيّة؛ لامتناع الصبايا و الفتيات عنه نوعاً، لضعف رشدهنّ، ويكون ذلك إضراراً بحقّهن، فهو مندفع: بأنّ الأمر مفوض إليهنّ وإلى أوليائهنّ بعد الإكمال، وليس فيه الإلزام

1- تهذيب الأحكام 7: 410/1638، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 45، الحديث 5.

2- تهذيب الأحكام 7: 410/1640، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 45، الحديث 7.

و الإيجاب. هذا مع إمكان انجبار ضعفهٗ بذلك، كما شوهد.

ثمَّ إنَّه ربَّما يشكّل الحكم؛ من أجل ما في «المنجد»: من أن «الجارية هي الأمة» (1) و ينحلّ بما في «الأقرب» من أنّها الفتيّة (2). ولا يبعد عموميتها جدًّا على ما في بعض أخبار المسألة؛ من أخذ عنوان «المرأة» (3) كمعتبر حمّاد، عن الحلبيّ (4).

كما ربَّما يمنع إطلاق الحكم بالنسبة إلى المدخول بها قبل الإكمال و شبهها؛ بدعوى الانصراف أوّلاً.

و بما في خبر طلحة بن زيد، عن عليّ (عليه السّلام) قال: «من تزوّج بكرًا، فدخل بها في أقلّ من تسع سنين، فعبيت ضمن» (5).

و في معتبر حُمران، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) قال: سُئل عن رجل تزوّج

1- المنجد: 88.

2- أقرب الموارد 1: 119.

3- وسائل الشيعة 20: 102 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 3 و 5 و 8.

4- تهذيب الأحكام 7: 410 / 1638، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 5.

5- تهذيب الأحكام 7: 410 / 1639، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 45، الحديث 6.

دواماً كان النكاح، أو منقطعاً (1).

جارية بكرة لم تدرك.. (1) إلى آخره، فكأن الحكم كان مغروساً في خصوص غيرهنّ ثانياً وبأنّ الحكم كان بلحاظ ما يترتب عليه من الفساد ثالثاً، فليتمل جيداً.

قوله مدّ ظلّه: «دواماً كان النكاح أو..».

حسب إطلاق معاهد الإجماعات السابقة، وقيل: «في خصوصه الإجماع بقسميه» (2).

ولكنّ ذلك غير ظاهر عندي، وهو مقتضى إطلاق النصوص المشار إليها.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ الأظهر منها كونها ناظرة إلى الدائمة؛ لما فيها من أقوالهم (عليهم السّلام): «حتّى يأتي لها تسع» فإنّه يومئ إلى طول المدّة، وهو خلاف المتعاهد، ولا سيّما في الصغيرة، بل متعة الصغيرة لأجل الاستمتاع، نادر جداً.

نعم، لا قصور في شمول الأدلّة لها من جهة الحكم الوضعيّ والضمان، الآتي بتفصيل (3) إن شاء الله تعالى، ولا منع من التفكيك جداً.

1- الفقيه 3: 1294/272، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 45، الحديث 9.

2- جواهر الكلام 29: 414.

3- يأتي في الصفحة 357.

وأما سائر الاستمتاع كاللمس بشهوة، والضم، والتفخيذ فلا بأس بها (1) حتى في الرضاعة.

قوله دام ظلّه: «فلا بأس بها».

خلافاً للأصل، ووفقاً لمقتضى العقد.

ولو استشكل في اقتضائه: بأنّ القدر المسلّم منه جواز الدخول قبلاً والتقبيل والضم، دون مثل التفخيذ ونحوه، فيكون المعوّل استصحاب الحرمة الثابتة قبله.

هذا، ولل منع عنه مجال؛ لأجل الأخبار المانعة عن الاستمناء، الدالّة بإطلاقتها على حرمة، ومنها مرسله علاء بن رزين، عن رجل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألت عن الخضخضة.

فقال: «هي من الفواحش، ونكاح الأمة خير منه» (1) وخبر إسحاق بن عمّار (2) فراجع.

ولأجل ما ورد من الآثار السيئة المترتبة على الزنا ونحوه (3).

وبالجملة: وإن أمكن المناقشة في كلّ ذلك، ولكن جواز بعض

1- الكافي 5: 1/540، وسائل الشيعة 20: 353، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم وما يناسبه، الباب 28، الحديث 5.

2- الكافي 7: 12/262، وسائل الشيعة 20: 352، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم وما يناسبه، الباب 28، الحديث 4.

3- وسائل الشيعة 20: 307، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم وما يناسبه، الباب 1.

ولو وطأها قبل التسع و لم يفضها، لم يترتب عليه شيء غير الإثم (1) على الأقوى.
الاستمتاع غير المتعارفة، الخارجة عن اقتضاء العقد، محتاج إلى الدليل المرخص.

قوله دام ظلّه: «لم يترتب عليه شيء غير الإثم».

أمّا الإثم، فقد مضى في أول المسألة.

و أمّا غيره، فقد نسب (1) إلى «المقنعة» (2) و «النهاية» (3) بل وابن إدريس (4)، حرمتها عليه أيضاً، ولعلّه مستند إلى بعض ما عندهما، أو إلى مرسل يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: «إذا خطب الرجل المرأة، فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، فرّق بينهما، ولم

1- جواهر الكلام 29: 418.

2- لم نعثر عليه في المقنعة بل يظهر منه الحكم في صورة الإفضاء كما في باب ضمان النفوس من أبواب القضايا والأحكام من المقنعة: 747، فلعلّ النسبة غير ثابتة كما يظهر من جواهر الكلام 29: 418.

3- لاحظ النهاية، الشيخ الطوسي: 453، ولكن قيده بالتعيب في الصفحة 481. ذكر السيّد علي وفي رياض المسائل 2: 76/السطر 16: «أنّ الشيخ رجح عن الإطلاق في النهاية إلى التقييد في الإستبصار كما في المهذب» لاحظ الإستبصار 4: 294 ذيل الحديث 1111 و المهذب البارع 3: 210.

4- السرائر 2: 530.

تحلّ له أبداً»(1).

و الإشكال عليه: «بأنه- مضافاً إلى ضعف السند، و شموله لصورة عدم الإفضاء يدلّ على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء، على خلاف النصوص الآتية»(2)(3) انتهى، في غير محلّه؛ لذهاب «النهاية» المعدّة للأصول المتلقاة إليه(4).

و لأنّ الإرسال عن بعض أصحابنا لا يضّرّ؛ لظهور الجملة في أنّه من الفقهاء أو الثقات.

و لأنّها لا تدلّ على حصول الفراق قهراً، بل ظاهرها وجوب التفريق.

و أمّا شمولها لصورة عدم الإفضاء، فهو ليس وهناً بعد ذهاب العلمين إليه، و لا سيّما فيهما، مع عدم دعوى الإجماع على المسألة.

و بالجملة: عدم الحرمة مقتضى الأصل، و الحرمة مستندة إلى مثله.

1- الكافي 5: 12/429، وسائل الشيعة 20: 494، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها، الباب 34، الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 20: 493 494، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها الباب 34، الحديث 1 و 3.

3- مستمسك العروة الوثقى 14: 81.

4- النهاية للشيخ الطوسي: 453.

وإن أفضاها- بأن جعل مسلكي (1) البول و الحيض واحداً، أو مسلكي الحيض و الغائط واحداً و توهم معارضته(1) مع الخبرين الآتين(2)، في غير محلّه كما يأتي.

و لأجل ذلك احتاط الأستاذ البروجدي (قدّس سرّه) في المسألة(3) و ما يتراءى من استشمام الإجماع على عدم الحرمة في صورة عدم الإفضاء(4)، في غير محلّه أيضاً.

كما أنّ توهم انجبار ضعف المرسل بعمل المشهور به(5)، في غير محلّه كما لا يخفى.

و على كلّ حال: تحتاج المسألة إلى مزيد تأمل، و سيظهر بعضه.

قوله دام ظلّه: «بأن جعل مسلكي...».

اختلفت كلماتهم في حقيقة «الإفضاء»(6) بعد معلوميّة المراد منه في

1- جواهر الكلام 29: 418، مستمسك العروة الوثقى 14: 81.

2- هما خبرا حمران و بريد بن معاوية، راجع وسائل الشيعة 14: 380 كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها، الباب 34، الحديث 1 و 3.

3- العروة الوثقى: 695 كتاب النكاح، الفصل الثاني، المسألة 2، المطبوع في سنة 1373 ق مع تعليقه المحقّق البروجدي.

4- مستمسك العروة الوثقى 14: 82.

5- جواهر الكلام 29: 418.

6- جواهر الكلام 29: 419.

الروايات؛ وهو الخلل الواقع بالمقاربة والجماع في المجاري والمسالك، من غير أن تكون المقاربة بالدخول في القبل أو الدبر. اللهم إلا أن يقال: بعدم معلومية الإطلاق في النصوص من هذه الجهة.

وذلك الخلل هو أن تتداخل المجاري، سواء كان ذلك بالاتحاد، كما يتفق نوعاً بين مسلكي البول والحيض، أو بالتثقيب، كما يتفق بين مسلكي الغائط والحيض.

وأما إمكان الاتفاق بين مسلكي البول والغائط، دون الحيض، فهو منفي في محله.

نعم، ربّما يتفق اتحاد المسلكين في القدام، وتجعل الثقبه بينه وبين الدبر.

وعلى كلّ حال: ما هو موضوع الحكم، مورد الخلاف جدّاً، والخروج عنه بتعيين الواحد منها، في نهاية الإعضال، ويحتاج إلى الخرص والتخمين المنهي عنه.

نعم، القدر المتيقن هي الصورة الأولى، وهي المتعارفة إمكاناً. ويمكن إلحاق الثانية بها لغةً أولاً، وحقماً بالأولوية ثانياً، كما يمكن دعوى أنّ المناط ما في معتبر حُمران الآتي، حيث قال (عليه السلام): «قد أفسدها وعطلها»

حرم عليه (1) وطؤها أبداً، على الأزواج..» (1) إلى آخره، وهذا الأمر في الثانية أولى من الأولى.

اللهم إلا أن يقال: بأن المقصود هو الإفساد التشريعي؛ لقوله (عليه السلام): «فعلى الإمام أن يغرمه ديتها..» إلى آخره، وكون «الإفشاء» بمعنى الجماع - كما في «القاموس» (2) ونحوه (3) غير جيد.

نعم، لا يبعد أن يكون بمعنى الانتهاز، ومنه قوله تعالى وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ (4) فراجع.

قوله دام ظلّه: «حرم عليه».

على المشهور، وعليه حكاية الإجماعات المنقولة عن «الإيضاح» (5) و«التنقيح» (6) و«غاية المرام» (7) وأمثالها (8)، وهو المستظهر من

-
- 1- الفقيه 3: 1294/272، وسائل الشيعة 20: 103، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 45، الحديث 9، و: 493، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الباب 34، الحديث 1.
 - 2- القاموس المحيط 4: 376.
 - 3- المصباح المنير: 572.
 - 4- النساء (4): 21.
 - 5- إيضاح الفوائد 3: 76.
 - 6- التنقيح الرائع 3: 26.
 - 7- جواهر الكلام 29: 416، مستمسك العروة الوثقى 14: 80.
 - 8- مسالك الأفهام 7: 67، الحدائق الناضرة 23: 91.

«السرائر» (1) أيضاً.

ويمكن أن يستدل له بمعتبر حُمران، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سئل عن رجل تزوّج جارية بكَراً لم تدرك، فلمّا دخل بها اقتضّنها فأفضاها.

فقال: «إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين، فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين، أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين دخل بها فاقضّها، فإنّه قد أفسدها وعطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها، ولم يطلقها حتّى تموت، فلا شيء عليه» (2).

وذلك لمكان قوله (عليه السلام) «فإنّه قد أفسدها» فإنّه الظاهر في التحريم، والمفروغ عنه أنّها تكون لغيره، ولكنّها معطّلة عليه؛ لمكان الإفضاء، وحيث أنّ الحرمة الأبديّة مستندة إلى الشرع، فعلى الإمام غرامة ذلك، دون الزوج.

والمراد من «الإمساك وعدم الطلاق» هو إبقاؤها في بيته بتحمّل نفقتها، فلا شيء على الإمام من التغريم.

وأما خبر بريد بن معاوية، عن أبي جعفر (عليه السلام): في رجل اقتضّ جارية- يعني امرأته فأفضاها. قال (عليه السلام): عليه الدية، إن كان دخل بها قبل أن تبلغ

1- السرائر 2: 531.

2- تقدّم في الصفحة 348، الهامش 1.

تسع سنين». قال: «وإن أمسكها ولم يطلقها، فلا شيء عليه..» (1) الحديث، فهو لا ينافي سابقه؛ لما أنَّ عهدة الأداء على الإمام. مع ما في سنده من الإهمال؛ لوجود الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق (2).

وأما ما عن «الجواهر»: من الاستدلال له (3) بخبر يعقوب بن يزيد (4) الماضي، فهو في غير محلّه كما ترى. وأغرب منه توهم انجباره بالإجماع على أمر مقيد (5).

وربما يشكل الأمر في أصل الحكم؛ لضعف الاستدلال المزبور، ولعدم تمامية الإجماعات المحكيّة الموجودة في الكتب الأخيرة، و لظهور الروايتين - بناءً على ما فهمه المشهور في بقاء الزوجية، وهي تنافي التحريم الأبدي؛ لعدم مساعدة الاعتبار.

- 1- الكافي 7: 18/314، وسائل الشيعة 20: 494، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الباب 34، الحديث 3.
- 2- حيث لم يرد في حقّه مدح أو ذمّ في كتب الرجال، راجع رجال النجاشي: 363/140، رجال الطوسي: 179، باب الحاء من أصحاب الإمام الصادق (عليه السلام)، والفهرست، الشيخ الطوسي: 245/64.
- 3- مستمسك العروة الوثقى 14: 80، جواهر الكلام 29: 417.
- 4- الكافي 5: 12/429، وسائل الشيعة 20: 494، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الباب 34 الحديث 2.
- 5- لاحظ جواهر الكلام 29: 418.

لكن على الأحوط (1) في الصورة الثانية.

إلا أن يقال: بحرمة الوطء فقط، دون سائر التمتعّات، و معاقدُ الإجماعات ساكتة عن ذلك، وهو القدر المتيقّن منها، و يساعده الاعتبار.

و لأجل هذا و ذلك احتاط الفقيه اليزدي (1)، بل المحكّي عن «النزّهة» (2) و «كشف اللّثام» (3) هو الحلّ. و من العجيب تقوية «الجواهر» ذلك!! (4).

قوله دام ظلّه: «على الأحوط».

و ذلك إمّا لأجل عدم ثبوتها من الإفضاء موضوعاً، أو لأجل عدم إطلاق دليل المنع و التحريم، و ظاهره أنّ الحكم يستوي فيه العاصي و غيره في الصورتين.

1- العروة الوثقى 2: 811، كتاب النكاح، الفصل الثاني، المسألة 2.

2- نزّهة الناظر: 96.

3- كشف اللّثام 2: 39/ السطر 29.

4- جواهر الكلام 29: 417.

وعلى أي حال: لم تخرج عن زوجيته على الأقوى (1)، فيجري عليها أحكامها؛ من التوارث، وحرمة الخامسة، وحرمة أختها معها و غيرها، قوله مدّ ظلّه: «على الأقوى».

وفاقاً لما عن «الشرائع» بل و«السرائر» و«الجامع» وغيرها(1)، وعن «كشف اللثام»: «أنّه الأقوى»(2).

وهو قضية القواعد؛ لأنّ الخروج عنها بالتحريم غير ثابت. وما ربّما يقال: بالتناهي العرفي(3)، قد أُشير إليه آنفاً؛ لإمكان منعه.

ولو كانت الحرمة مستوعبة لجميع أنحاء الاستمتاع، فتكون أشدّ حرمة من الأجنبية أيضاً؛ لجواز النظر إليها للتزويج. وذلك - نظراً إلى الآثار الخاصّة؛ من إيجاب النفقة و أمثالها رغم أنفه، وهذا ولو كان عن عمد واختيار.

وربّما يستدل عليه بالخبرين الممرور بهما(4)؛ وهما معتبرا حُمران، و خبر بُريد(5).

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 82، شرائع الإسلام 2: 214، السرائر 2: 530، الجامع للشرائع: 428، كشف الرموز 2: 110، الروضة البهية 2: 55/السطر الأخير.

2- كشف اللثام 2: 39/السطر 32.

3- مستمسك العروة الوثقى 14: 82.

4- نفس المصدر.

5- وسائل الشيعة 20: 493 494، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الباب 34، الحديث 1 و 3.

ولكنك عرفت: أنّ احتمال كون المراد من «الإمساك» هو الإبقاء في الدار و تحت العيلولة، كان قوياً لولا ما في ذيل خبر بريد، ولكنه لا يضرّ بعد ضعف سنده (1).

مع أنّ الظاهر من معتبر السنكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ (عليهم السلام) (هو ذلك، وفيه: «أنّ رجلاً أفضى امرأة، فقومها قيمة الأمة الصحيحة، وقيمتها مفضاة، ثمّ نظر ما بين ذلك فجعل من ديته، وأجر الزوج على إمساكها» (2).

فإنّ الإجماع لا يتعلّق إلا بالتكوين، ولا يسلب اختياره بالنسبة إلى الطلاق، كما لا يخفى.

ويمكن المناقشة في أصل الحكم: بأنّ اعتبار بقاء الزوجية بلحاظ الآثار الشرعية، ليس من الأمور الاختيارية، والعقلاء يعتبرون الزواج في محيط آخر؛ لأغراض أخرى، ولأجل ذلك منعنا جواز النكاح باعتبار رفع حرمة النظر؛ فإنّ ذلك من الأحكام الشرعية المترتبة على الموضوعات العرفية، فليتدبر جيّداً وعندئذٍ تصير الحرمة ذاتية، لا عرضية كالحرمة حال الحيض.

1- تقدّم في الصفحة 349 350.

2- تهذيب الأحكام 10: 986/249، وسائل الشيعة 29: 282، كتاب الديّات، أبواب موجبات الضمان، الباب 44، الحديث 3.

و يجب عليه نفقتها ما دامت حيّة وإن طلقها، (1) قوله دام ظلّه: «وإن طلقها».

على خلاف الأصول و ابن الجنيد(1)، و وفقاً لجملة من الإجماعات المحكيّة عن جماعة(2).

و المهمّ معتبر الحلبيّ، عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن رجل تزوّج جارية، فوقع بها فأفضاها.

قال: «عليه الإجراء عليها ما دامت حيّة»(3).

فدعوى السقوط بالطلاق(4)، غير مسموعة، و لا ينبغي عدّها منافي للإطلاق.

نعم، يمكن المناقشة فيه: بظهورها في غير الصغيرة؛ لخروجها عن المتعارف أوّلاً، و لانصراف «الجارية» إلى الكبيرة البالغة ثانياً.

1- حكاه عنه في جواهر الكلام و لاحظ أيضاً مختلف الشيعة: 525/السطر 6 7.

2- لاحظ جواهر الكلام 29: 426، مستمسك العروة الوثقى 14: 84.

3- تهذيب الأحكام 10: 985/249، وسائل الشيعة 29: 282، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب 44، الحديث 2.

4- وهي المحكيّة عن ابن جنيد الإسكافي كما في جواهر الكلام 29: 426، و مستمسك العروة الوثقى 14: 84.

بل وإن تزوّجت (1) بعد الطلاق على الأحوط، بل لا يخلو من قوّة.

قوله مدّ ظلّه: «بل وإن تزوّجت».

لما مر، وعليه حكاية الشهرة (1)، وخالفهم جمع ك «الإيضاح» و «الروضة» وابن فهد (2)، وأمثالهم (3).

و استشكل القواعد فيه، معللاً بتعاليل غير لائقة (4)؛ ضرورة أنّ زوال الزوجيّة لو كان مضراً بوجوبها، لكان الوجوب منتقياً وإن لم تتزوّج.

وأما تعطيلها على الأزواج، فهو مذكور في معتبر حُمران عند ذكر الدية.

وأما وجوب النفقة ثانياً على الزوج الثاني، فهو لا ينافيه؛ لأنّه وضعي. نعم لو كان تكليفيّاً صرفاً، وكان يجب الإكساء و الإطعام، فربّما يلزم المحذور مثلاً.

و من الغريب توهم: أنّ ظاهر معتبر الحلبيّ، هو أنّ وجوب الإجراء مستند إلى الإفضاء، لا الزوجيّة (5)!! مع أنّ الموضوع مذكور في كلام

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 85.

2- إيضاح الفوائد 3: 78، الروضة البهيّة 2: 56/السطر 3، المهذب البارع 3: 212.

3- مثل الصيمري وابن القطن كما في جواهر الكلام 29: 427، والشيخ الأنصاري في كتاب النكاح: 428.

4- قواعد الأحكام 2: 16/السطر 12.

5- مستمسك العروة الوثقى 14: 85.

السائل، والحكم في كلام الإمام (عليه السلام)، فلا تخلط.

نعم، يمكن الإشكال في أصل الحكم أو في إطلاقه: بأن العرف ينتقل من إيجاب الإجراء، إلى أن هذا حكم مترشّح عن الإفضاء المنتهي إلى سقوط المرأة في جامعة الزواج، فلو كانت مزوجة غير معطّلة على الأزواج، فلا مصلحة في الإجراء.

وبأن هذا حكم من قبيل الكفارة، وإرغام لأنفه، فيكون في مورد الإفضاء بسوء الاختيار والعمد.

ويمكن دعوى: أن قوله (عليه السلام): «عطلها على الأزواج» أولى بأن يكون عدّة لوجوب النفقة من وجوب الدية، فإذا تزوّجت فليست عليها النفقة، فتأمل جيّداً.

وأما كون وجوب النفقة مطابقاً للاحتياط⁽¹⁾، فهو ممنوع إلا إذا طابت نفسه، وإلا فعلى الزوجة ردّها.

1- العروة الوثقى 2: 811 812 كتاب النكاح، الفصل الثاني، المسألة 2.

و يجب عليه دية الإفضاء (1)؛ وهي دية النفس، فإذا كانت حرّة فلها نصف دية الرجل، مضافاً إلى المهر الذي استحقتّه بالعقد و الدخول. (2) قوله دام ظلّه: «دية الإفضاء».

أمّا وجوب الدية؛ فلما مرّ من معتبر حُمران، ورواية ابن معاوية(1).

و أمّا أنّها دية النفس، فيأتي إن شاء الله تعالى تفصيله في كتاب الديات من هذا الكتاب.

ويمكن المناقشة في أصل الحكم: بأنّ المستند لو كان الخبرين، فالحكم مقيّد بما إذا لم يمسكها، وقد أعرض عنهما المشهور. و أمّا التفكيك في الفقرات بحسب الحجّية، فربّما يكون خارجاً عن بناء العقلاء.

نعم، لو كان المستند هي الشهرة الفتوائية القديمة، فلا- موقع للإشكال فيه إلا عند جمع من الأخباريين وبعض الأصوليين. مع أنّ في المسألة بعض نصوص آخر تطلب من محلّها(2).

قوله دام ظلّه: «بالدخول».

اللهمّ إلا أن يمنع مدخلية مثل هذا الدخول في تمام المهر.

1- تقدّم في الصفحة 349.

2- الفقيه 4: 377/111، وسائل الشيعة 29: 330 كتاب الديّات، أبواب ديات الأعضاء، الباب 26، الحديث 1، الكافي 7: 11/313، وسائل الشيعة 29: 370 كتاب الديّات، أبواب ديات المنافع، الباب 9، الحديث 1.

ولو دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها، لم تحرم عليه، (1) قوله دام ظلّه: «لم تحرم عليه».

للأصل والاتفاق، وقد مضى وجه المناقشة في الحرمة قبل الإكمال.

وأما وجه المناقشة في الحلّية هنا، فهو أنّ الظاهر من قوله (عليه السلام): «فإنّه قد أفسدها وعطلها على الأزواج..» (1) هو الإفساد التشريعيّ. وكون مورد التعليل التي لم تبلغ، لا يضرب ذلك.

وأما قوله (عليه السلام) في صدر معتبر حُمران- بعد فرض كونها غير بالغة «فلا شيء عليه» فهو ناظر إلى نفي الدية، فراجع وتأمل.

وأما ما في ذيل رواية ابن معاوية: «وإن كان دخل بها ولها تسع سنين، فلا شيء عليه؛ إن شاء أمسك، وإن شاء طلق» (2) فهو لا ينافي التحريم عندهم كما لا يخفى.

هذا مع أنّ تحريم الرشيدة البالغة بالإفضاء، أولى بالاعتبار من الصغيرة غير البالغة، فربّما يستظهر التحريم هنا بالأولوية، والله العالم بأحكامه.

1- تقدّم في الصفحة 348، الهامش 1.

2- تقدّم في الصفحة 350، الهامش 1.

ولم تثبت الدية (1)، ولكنَّ الأحوط الإنفاق (2) عليها ما دامت حيَّة، قوله دام ظلُّه: «لم تثبت الدية».

حسب الاتفاق، والأصل، ونصوص المسألة (1).

اللهمَّ إلَّا أن يقال: إنَّ مقتضى بعض المطلقات- مثل معتبر سليمان بن خالد (2)، و ما رواه «الفقيه» (3) ثبوت الدية مطلقاً، و خبر ابن معاوية غير نقيِّ السند (4)، و معتبر حُمران لاشتماله على ما لا يقول به المشهور (5) غير محرز اعتباره.

قوله دام ظلُّه: «الأحوط الإنفاق».

عملاً بما مرَّ عن الحلبي (6). بل قضية ما سلف منّا فيه، اختصاصه

-
- 1- وسائل الشيعة 20: 493 494 كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، الباب 34، الحديث 1 و 3.
 - 2- الكافي 7: 11/313، وسائل الشيعة 29: 370 كتاب الديات، أبواب ديات المنافع، الباب 9، الحديث 1.
 - 3- الفقيه 4: 377/111، وسائل الشيعة 29: 330 كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب 26، الحديث 1.
 - 4- تقدّم في الصفحة 350، الهامش 2.
 - 5- لاحظ جواهر الكلام 29: 426، العروة الوثقى 2: 811 812 كتاب النكاح، الفصل الثاني، المسألة 2.
 - 6- تقدّم في الصفحة 340.

وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (1) بالكبيرة على احتمال قوي(1)، ولا- أقل من أن تقييده، يستلزم خروج الفرد الشائع، ولأجل ذلك احتياط كثير من المتأخرين هنا(2)، وقيل(3): «تمايل إليه الشيخ في محكي الخلاف»(4).

قوله مدّ ظلّه: «عدم الوجوب».

وفاقاً للمعظم، وعليه حكاية المشهور القديمة. بل ربّما يظنّ كون المسألة إجماعيّة(5)، لولا أنّها معلّلة؛ لما في المسألة من الآثار، فإنّ الإطلاق المزبور ربّما كان مصبّه الصغيرة؛ لأنّها تحرم دونها، والإجراء عليها و الإنفاق بمناسبة الإفضاء المنتهى إلى التحريم، حسبما يستفاد من مجموع الأخبار.

وأما توهم نفي الوجوب؛ مستنداً إلى قوله (عليه السلام) في صدر معتبر حمران: «فلا شيء عليه»(6) فهو في غير محلّه؛ لأنّ في ذيله: «أنّها إذا كانت غير بالغة تسع سنين، فعلى الإمام تغريم ديّتها» فالرواية غير ناظرة إلى

1- تقدّم في الصفحة 340.

2- العروة الوثقى 2: 813 كتاب النكاح، الفصل الثاني، المسألة 5.

3- راجع مستمسك العروة الوثقى 88/14، الهامش 2.

4- لم نعثر عليه في الخلاف ولكن راجع الاستبصار 4/294.

5- جواهر الكلام 29: 426.

6- مستمسك العروة الوثقى 14: 88.

مسألة النفقة.

ولو كان لها الإطلاق، فلازمه نفي النفقة ولو كانت في حبالته، والالتزام به وبالتقييد أبعد عن الواقع، وإلا فالنسبة بين الإطلاقين إطلاق قوله (عليه السلام) «فلا شيء عليه» وإطلاق معتبر الحلبي عموم من وجه كما هو الظاهر، ولو كان ترجيح فهو مع إطلاق معتبر الحلبي وإلا فالمرجع هي الشهرة، أو هي المرجح، أو الشهرة الفتوائية مرجع، والروائية مرجح، وهما هنا مع معتبر حمران، ولأجل ذلك أفتى بعض المتأخرين بوجوبها(1)، والآخر بعدمه(2).

ولو أمكن المناقشة في دلالة معتبر الحلبي؛ لاحتمال كون مورده «الجارية» وهي الأمة كما في «المنجد»(3) فتصبح جملة من هذه الجهة، وتسقط عن الدلالة والمعارضة في هذه المسألة، كما ترى.

1- لاحظ مستمسك العروة الوثقى 14: 88.

2- جواهر الكلام 29: 427.

3- المنجد: 88.

[مسألة 13: لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر]

مسألة 13: لا يجوز (1) ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر قوله مدّ ظلّه: «لا يجوز».

كأنّ المسألة مقطوع بها، ولم يعهد نقل الخلاف فيها(1)، مع أنّها مستندة حسب الظاهر إلى أخبار مذكورة في كتاب النكاح(2) و الإيلاء(3)، وفيها معتبر صفوان بن يحيى، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام): أنّه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الأشهر و السنة لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك إثماً.

قال: «إذا تركها أربعة أشهر، كان آثماً بعد ذلك»(4).

وسيمّر عليك بعض أخبار كتاب الإيلاء في فروع المسألة.

و المناقشة هنا غير ممكنة، إلا بما يرى في المتن من الغلق في الجمل، مع الغلط النحويّ الذي يرى في قوله: «يكون في ذلك إثماً»(5) هذا مع أنّه لا دلالة لها على وجوب الوطء؛ لإمكان كفاية المضاجعة

1- جواهر الكلام 29: 115، مستمسك العروة الوثقى 14: 72.

2- وسائل الشيعة 20: 33، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 7.

3- وسائل الشيعة 22: 341 354، كتاب الإيلاء و الكفّارات، أبواب الإيلاء، الباب 1 و 2 و 5، الحديث 1 و الباب 8، الحديث 1 و 3 و 7، و الباب 9 و 10، الحديث 1 و 2 و 4، و الباب 11، الحديث 6.

4- تهذيب الأحكام 7: 1647/412، وسائل الشيعة 20: 140، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 71، الحديث 1.

5- بناءً على كونه على وزن «فعلاً» لا «فاعلاً».

إلا بإذنها، (1) والملاعبة والتفخيز، ونحوها ممّا يجوز عندهم.

وغير خفي: أنّ ما فيه الإضرار بها، هو تركها المستمرّ بترك المراودة، دون الوطء.

نعم، في أخبار الإيلاء ما يستدلّ به على هذه الجهة في المسألة، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

قوله مدّ ظلّه: «إلا بإذنها».

بناءً على كون ذلك من حقوقها، وهو خلاف ظاهر معتبر صفوان.

نعم، قضية معتبر كبير بن أعين، وبريد بن معاوية، عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام) (أنهما قالا: «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته، فليس لها قول ولا حقّ في الأربعة أشهر، ولا إثم عليه في كفّه عنها في الأربعة أشهر، فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسه، فسكتت ورضيت، فهو في حلّ وسعة، فإن ..» (1)).

فإنّه مضافاً إلى ظهوره في المسألة السابقة، يدلّ على أنّ برضاها وبسكوتها لا يائتم. واحتمال اختصاص الحكم بذلك الباب، غريب جدّاً.

1- الكافي 6: 4/131، وسائل الشيعة 22: 342، كتاب الإيلاء والكفّارات، أبواب الإيلاء، الباب 2، الحديث 1.

حتى المنقطعة (1) على الأقوى.

قوله دام ظلّه: «حتى المنقطعة».

خلافاً للمحكي عن «الجواهر» (1) ووفقاً لإطلاق كثير من المتون (2)، و تنصيص جملة منها (3).

و السرّ في الإشكال؛ قصور معقد الإجماع عن شمولها، و الرواية المذكورة عنها أيضاً؛ لقوله: «تكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الأشهر و السنة» (4) فإنّ الظاهر منه السؤال عن الدائمة.

مع أنّ الإطلاق المزبور سكوتي؛ يحصل من ترك الاستفصال، و هو غير محتاج إليه، بعد كون الغالب في السؤال المزبور هي الدائمة؛ لحرمة المتعة عند المخالفين.

هذا مع أنّ متن الحكم يناسب الدائمة، وفيه سياسة المنزل.

و المراجعة إلى أخبار الإيلاء و إن كانت تعطي العموم، و يمكن استفادة ذلك من تلك الأخبار و إن لم يجر الإيلاء في المنقطعة، إلا أنّ

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 73، جواهر الكلام 29: 117.

2- النهاية: 482، السرائر 2: 606، شرائع الإسلام 2: 214، تذكرة الفقهاء 2: 577/السطر 36، الروضة البهيّة 2: 55/السطر 22.

3- العروة الوثقى 2: 810، كتاب النكاح، الفصل الأوّل، المسألة 7، مستمسك العروة الوثقى 14: 73.

4- تقدّم في الصفحة 362.

ويختص الحكم بصورة عدم العذر، وأما معه فيجوز الترك مطلقاً ما دام وجود العذر، كما إذا خيف الضرر (1) عليه.

الإنصاف خلافه. مع ما عرفت من المناقشة في أصل دلالة معتبر صفوان على حكم المسألة (1)، فلاحظ.

قوله مدّ ظلّه «كما إذا خيف الضرر».

لخروجه عن معقد الإجماع احتمالاً، فتجري البراءة عن وجوبه عند الخوف.

وأما التمسك بقاعدة نفي الضرر (2)، فهو في مورد أحرز الضرر، ولا يكفي خوفه كما لا يخفى.

وهكذا التمسك بقاعدة حرمة الضرر بالنفس (3)؛ لأنها كالجار.

هذا مع أنّ الوالد المحقّق - مدّ ظلّه من منكري قاعدة نفي الضرر و حكومتها على الأدلّة الأولى (4). ومع أنّ النسبة بين وجوب الوطاء، و

حرمة الإضرار بالنفس، عموم من وجه، ولا يبعد تقدّم الثاني.

ويمكن دعوى تقييح العقلاء، الإقدام في الأمور كلّها في صورة خوف

1- تقدّم في الصفحة 362 363.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 75.

3- مستمسك العروة الوثقى 14: 75.

4- بدائع الدرر: 129، تهذيب الأصول 2: 497.

و من العذر (1) عدم الميل المانع عن انتشار العضو. و هل يختص الحكم بالحاضر، فلا بأس على المسافر وإن طال سفره، أو يعمهما، فلا يجوز للمسافر إطالة سفره أزيد من أربعة أشهر، بل يجب عليه مع عدم العذر الحضور؛ لإيفاء حق زوجته؟ قولان: أظهرهما الأول (2)، لكن بشرط كون السفر ضرورياً ولو عرفاً، كسفر تجارة، أو زيارة، أو تحصيل علم و نحو ذلك، دون ما كان لمجرد الميل و الأُس و التفرّج، الضرر، و يكون الحكم عند الإصابة منجزاً، فعليه لا تجري البراءة. اللهم إلا أن يقال: بجريان الشرعية منها، فليتأمل جيداً.

قوله دام ظلّه: «و من العذر».

كان ينبغي أن يقول: «ما دام وجود العذر، كعدم الميل. و من العذر خوف الضرر».

وبالجملة: مع عدم انتشار العضو، يكون معذوراً عقلاً. نعم مع التمكن من النشر بالعلاج يجب، إلا إذا استشكلنا في كبرها.

قوله مدّ ظلّه: «أظهرهما الأول».

و يكفي له قصور أدلة المسألة؛ إجماعاً كان، أو رواية؛ فإن احتمال كون مورد السؤال هي الحاضرة قريب. و لو أمكن المناقشة في الثانية، فقد عرفت الإشكال فيها رأساً؛ وأنّ الحكم قوياً مستند إلى الإجماع.

اللهم إلا أن يقال: بأنّ المراجعة إلى أخبار الإيلاء، تعطي - بكثرتها

ونحو ذلك على الأحوط. (1) أنّ الحكم عام، ولأجل ذلك وهذا، ذهب جمع من المعاصرين إلى عدم الفرق (1)، خلافاً للمحكّي عن «كشف اللثام» حيث قيّد الحكم بحضور الزوج، واستدلّ له بالسيرة (2).

قوله دام ظلّه: «على الأحوط».

لأنّه القدر المتيقّن من الخارج عن معقد الإجماع بالسيرة، أو عن محطّ الرواية، فكأنّه - مدّ ظلّه استند إلى الإجماع والرواية إطلاقاً، وإلى المخصّص اللبّي، وإلا فقصور أدلّة المسألة، ينتهي إلى الأخذ بالقدر المتيقّن؛ وهو الحاضر دون المسافر مطلقاً، ولذلك لا يرى هذا التفصيل في المسألة.

ويمكن المناقشة في السيرة العمليّة: بندرة الاتفاق، فلا يستكشف منها الإمضاء، فهي مردوعة بالرواية، ولا سيّما بعد سقوط الحكم برضا الزوجة، وخصوصاً إذا لم يكن يجب إلّا عند مطالبتها؛ لكونه من الحقوق.

وأما توهم مردوعيّة السيرة بالرواية مطلقاً، فقد تقرّر في محلّه بطلان الدور، ولكن ردع السيرة الاغتراسيّة العمليّة، لا يتعارف بإطلاق رواية واحدة، فيعلم منه أنّ المقصود منها محصور في غير مورد السيرة،

1- العروة الوثقى 2: 810، كتاب النكاح، الفصل 1، المسألة 7.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 74، كشف اللثام 2: 54/السطر 26.

و تفصيله في محالّه (1).

تنبيه: في تأييد التفصيل بين الشابة و العجوز لو أمكن المناقشة في أصل الحكم، فهل ترك الوطء مطلقاً يجوز؛ قضاءً لحق الاستصحاب أو البراءة.

أم لا يجوز؛ لأنه خلاف طبع النكاح أو الشرط الضمني، ولأجل ذلك استشكل في نفوذ اشتراطه في ضمن العقد؟

أو يفصل بين العقود حسب اختلاف حالات المتعاقدين؟

وجوه.

و كان ينبغي التفصيل بين الشابة و الشابة؛ لاختصاص مورد السؤال بالشابة (2)، مع مساعدة الاعتبار، بعد كون الإجماع غير معلوم المعقد، و لو كان فهو معلل بالرواية.

نعم، ربّما يستظهر عموم الحكم من أخبار الإيلاء أحياناً (3) فراجع.

1- تحريرات في الأصول 6: 501 507.

2- تقدّم في الصفحة 362.

3- تقدّم في الصفحة 364.

وأما إجماع «الرياض» على التعميم (1)، فهو من شعب التمسك بإطلاق معقد الإجماع، مع أنّ هذه الإجماعات لا تغني من الحق شيئاً.

ويؤيد التخصيص ما في بعض الأخبار: من الخوف على زناهن (2)، فما عن «الجواهر» من نسبة القول بالتخصيص إلى القاصرين (3) كأمثال «الوسائل» (4) و«المفاتيح» (5) و«الحدائق» (6) في غير محلّه.

1- رياض المسائل 2: 76/السطر 22.

2- الكافي 5: 42/566، وسائل الشيعة 20: 141، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 71، الحديث 2. إليك نصّ الرواية: روى الكليني بسنده عن محمّد بن جعفر عن بعض رجاله عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: من جمع من النساء ما لا ينكح فزنا منهنّ شيء فالإثم عليه.

3- جواهر الكلام 29: 116، مستمسك العروة الوثقى 14: 73.

4- لاحظ وسائل الشيعة 20: 140، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 71، حيث عنون عنوان الباب كذا: باب تحريم ترك وطئ الزوجة الشابة أكثر من أربعة أشهر وإن لم يكن الترك بقصد الإضرار وإن كان لمصيبة.

5- مفاتيح الشرائع 2: 290.

6- الحدائق الناضرة 23: 90.

[مسألة 14: لا إشكال في جواز العزل]

مسألة 14: لا إشكال في جواز العزل- وهو إخراج الآلة عند الإنزال، وإفراغ المنى إلى الخارج في غير الزوجة الدائمة الحرّة، (1) قوله مدّ ظلّه: «في غير الزوجة الدائمة الحرّة».

قاعدة ونصاً وإجماعاً(1)، وهو مقتضى كثير من المطلقات المذكورة في الباب «75»(2) وفيها معتبر محمّد بن مسلم. قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العزل.

فقال: «ذاك إلى الرجل؛ يصرفه حيث شاء»(3).

وربّما تدلّ هي على أنّ للمرأة، صرف نطفته في أي مكان يريد، ومنه الأرحام المحرّم عليه الدخول بها، فلو حملت منه الأجنبية بالآلات الحديثة صحّ، فتدبر جدّاً.

ويمكن وقوع المعارضة بينه في مورد الحرّة المتمتع بها، وبين معتبرة الثاني في الباب «76» عن أحدهما (عليهما السلام): أنّه سئل عن العزل.

فقال: «أمّا الأمة فلا بأس، وأمّا الحرّة فإني أكره ذلك، إلّا أن يشترط عليها حين يتزوّجها»(4).

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 68.

2- وسائل الشيعة 20: 149، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 75.

3- الكافي 5: 504/3، الفقيه 3: 1295/273، وسائل الشيعة 20: 149، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 75، الحديث 1.

4- تهذيب الأحكام 7: 1671/417، وسائل الشيعة 20: 151، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 76، الحديث 1.

وكذا فيها مع إذنها. (1) ويقيد به الإطلاق الأوّل، فيكون الحكم في موردّها مبنياً على التحريم، وعندئذٍ يرجع في التخصيص إلى الإجماع المحكيّ عن جماعة (1)، أو تنكر دلّته رأساً على الأزيد من الكراهة، أو يحمل على الكراهة الشخصية؛ برجوع الضمير في قوله (عليه السلام) «حين يتزوّجها» إليه (عليه السلام).

مع أنّها على خلاف القواعد؛ لأنّ الشرط على خلاف الكتاب، وتخصيص تلك الأدلّة به محلّ إشكال؛ لما قيل: «من إبانها عنه» فيكون هذا من الكراهة غير الاصطلاحية.

مع أنّ تقييد تلك المطلقات بهذه الواحدة، محلّ المناقشة، فتقع المعارضة، وتقيدها بها يستلزم خروج الفرد الشائع جدّاً، ولا سيّما مع صراحتها في الإطلاق، فليتأمل جيّداً.

قوله دام ظلّه: «مع إذنها».

بناءً على كون الممنوعيّة في بعض الصور الآتية، مستندة إلى أنّه إضرار بحقّها عليه، وهو صريح معتبر ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) في

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 68، الحدائق الناضرة 23: 86، مستند الشيعة 2: 472/السطر 22، جواهر الكلام 29: 114.

حديث: «إلا أن ترضى، أو يشترط ذلك عليها حين يتزوجها»(1).

و الظاهر منهم عدم البأس بذلك مع رضاها حرمة و كراهة. و هذا هو مستثنى المروي عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم): أنه «نهى أن يعزل عن الحرّة إلا بإذنها»(2).

و إمكان المناقشة في كلّ واحد من الأدلّة، يوجب المناقشة في دليل المنع؛ لأنّ منع كونه حقّاً، و منع حجّيّة النبوي و لو كان في محلّه، و لكن منع خبر ابن مسلم الآتي الدالّ على الكراهة، يوجب سقوط الحرمة من رأس.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ لمحمد بن مسلم في هذه المسألة، خبراً واحداً و إن رواه الأصحاب بطريقتين(3)، و لا يوجد قوله (عليه السلام): «إلا أن ترضى» فيما رواه صفوان، عن العلاء، عنه، فإذا كانا خبراً واحداً، تقع المعارضة بين أصالة الزيادة و النقيصة، و لا سبيل عند العقلاء- على نعت الجزم إلى ترجيح أحدهما على الآخر، فيلزم بقاء الكراهة أو الحرمة بحالها و لو رضيت

1- تهذيب الأحكام 7: 1672 / 417، وسائل الشيعة 20: 151، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 76، الحديث 2.

2- دعائم الإسلام 2: 777 / 212، مستدرک الوسائل 14: 233، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح، الباب 57، الحديث 1.

3- تقدّم في الصفحة 370.

أمّا فيها بدون إذنها، ففيه قولان، أشهرهما الجواز مع الكراهة، وهو الأقوى. (1) بذلك. وهذا هو المساعد للاعتبار، ولسائر الأدلة المتخيّلة التي ربّما يستند إليها للتحريم.

قوله مدّ ظلّه: «وهو الأقوى».

خلافاً لما نسب (1) إلى «المقنعة» (2) و «المبسوط» (3) من الحرمة، بل الإجماع عليه في «الخلافا» (4) ووافقاً لطائفة من الأخبار المطلقة الصريحة في الجواز (5).

و الدليل المقيد ما رواه «الوسائل» في باب «76» بسند معتبر، عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السّلام) (الماضي (6))، فإنّه (عليه السّلام) استكره ذلك في الحرّة، وهي الظاهرة في الحرمة، والنبوي السابق.

وفي الباب المزبور، عن يعقوب الجعفيّ قال: سمعت أبا الحسن (عليه السّلام) يقول: «لا بأس بالعزل في ستّة وجوه: المرأة التي تيقنت أنّها لا تلد، والمستنة،

1- لاحظ جامع المقاصد 12: 53، جواهر الكلام 29: 111.

2- المقنعة: 516.

3- المبسوط 4: 266 و 267.

4- الخلافا 4: 359، المسألة 143.

5- وسائل الشيعة 20: 149، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 75.

6- تقدّم في الصفحة 370.

بل لا يبعد عدم الكراهة (1) في التي علم أنّها لا تلد، وفي المسنّة، والسليطة، والبذية، والتي لا ترضع ولدها.

والمرأة السليطة، والبذية، والمرأة التي لا ترضع ولدها، والأمة»(1).

ويمكن إرجاعه إلى مفهوم القيد، إلا أنّ مقتضى المفهوم ليس الحرمة؛ لأنّ البأس أعمّ منها، مع أنّ مفهوم القيد أيضاً غير ثابت.

مضافاً إلى عدم نقاوة السند من جهات، ولا يمكن توهم انجباره بما مرّ، كما لا يخفى.

قول مدّ ظلّه: «عدم الكراهة».

أمّا عدم الكراهة في المذكورات؛ فلما عرفت، وعرفت المناقشة في سنده، فلا يصلح للإفتاء به بعد ما تقرّر: أنّ أخبار التسامح في أدلّة

السنن(2)، لا تصلح للإفتاء على طبقها في المستحبات والمكروهات(3).

وأمّا المناقشة في الكراهة كلا؛ فلما مرّ: من أنّ معتبر ابن مسلم، لا يدلّ على الكراهة الشرعية(4)؛ لأنّها لا تجوز بالشرط، وقد عرفت

1- الفقيه 3: 1340/281، وسائل الشيعة 20: 152، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 76، الحديث 4.

2- وهي أخبار من بلغ ونحوه، راجع وسائل الشيعة 1: 80 كتاب الطهارة، أبواب مقدّمة العبادات، الباب 18.

3- تحريرات في الأصول 7: 232 237.

4- تقدّم في الصفحة 371.

كما أنّ الأقوى عدم وجوب دية (1) النطفة عليه، وإن قلنا بالحرمة. وقيل: بوجوبها (2) عليه للزوجة، وهي عشرة دنانير. وهو ضعيف في الغاية.

حاله فيما سبق.

فعلى ما تحصّل إلى هنا: أمكن المناقشة في أصل مرجوحية العزل مطلقاً، فضلاً عن الحرمة.

وهل ما تعارف في العصر من تغليف العضو، يكون من العزل.

وجهان إن كان النظر إلى حقّ المرأة؛ وأنها تستحقّ نزول الماء في رحمها، وأمثال ذلك من النكت السياسيّة المذكورة بعضها في المطوّلات.

قوله دام ظلّه: «عدم وجوب دية ..».

على المشهور بين المتأخّرين (1)، وفاقاً للأصل، وهو مقتضى كون الحكم مكروهاً، مع أنّ القول بالحرمة أيضاً لا يقتضي ذلك، فضلاً عمّا سلف من نفي الكراهة الاصطلاحية، على احتمال قوي.

قوله مدّ ظلّه: «وقيل بوجوبها».

وهو المحكيّ (2) عن جماعة من القدماء، كالشيخ، والقاضي،

1- جامع المقاصد 12: 506، مسالك الأفهام 7: 65، الحدائق الناضرة 23: 89، مستند الشيعة 2: 474/السطر 32.

2- مختلف الشيعة: 814 و 815، لاحظ أيضاً مستمسك العروة الوثقى 14: 71.

وأي الصلاح، و ابني حمزة وزهرة(1)، وإليه ذهب العلامة في معظم كتبه(2)، و «كشف اللثام»(3).

ويحتمل الوجوب وإن قلنا: بالكراهة أو نفيناها رأساً؛ وذلك لعدم التهافت بين الحكمين، وقد التزم جمع - في تأخير قضاء شهر رمضان إلى رمضان آخر بالكفارة، وعدم الوجوب أيضاً(4)، والدية مثلها لا تلازم حرمة الفعل.

والمهم في المسألة هي رواياتها، وفيها ما رواه «الوسائل» في باب (19) في أحكام ديات الأعضاء، و عن الكليني (رحمه الله بأسانيده إلى «كتاب ظريف» عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «جعل دية الجنين ..» إلى أن قال: «وأفتى) عليه السلام (في مني الرجل يفرغ عن عرسه، فيعزل عنها الماء، ولم يرد ذلك، نصف خمس المائة؛ عشرة دنانير، وإذا أفرغ فيها عشرين ديناراً ..»(5).

-
- 1- الخلاف 4: 359، المسألة 143، المهذب 2: 510، الكافي، أبو الصلاح الحلبي: 392، الوسيلة: 456، الغنية، ضمن الجوامع الفقهيّة: 559/السطر 4.
 - 2- إرشاد الأذهان 2: 5، قواعد الأحكام 2: 25/السطر 11 و 336/السطر 21، مختلف الشيعة: 815/السطر 10.
 - 3- كشف اللثام 2: 54/السطر 25.
 - 4- العروة الوثقى 2: 231 233، كتاب الصوم، الفصل 13 في أحكام القضاء، المسألة 14 و 18.
 - 5- الكافي 7: 1/342، وسائل الشيعة 29: 312، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب 19، الحديث 1.

و ما عن الشيخ في الصحيح، عن يونس، عن أبي الحسن (عليه السلام) في «التهذيب»، في طيّ خير طويل: «أفتى (عليه السلام) في منّي الرجل يفرغ عن عرسه، فعزل عنها الماء، ولم يرد ذلك، نصف خمس المائة؛ عشرة دنانير» (1).

والظاهر أنّه مثل سابقه؛ في أنّ المراد من قوله (عليه السلام): «لم يرد» أي لم تكن المرأة راضية بذلك، فالصحيح: «لم ترد» وقضيتهما الدية ولو كان العزل جائزاً، ولذلك نسب إلى جمع الكراهة في المسألة السابقة، ووجوب الدية في هذه المسألة (2)، كما يظهر ممّا ذكرناه بالتأمل.

وأما الخبر المروي في «العروة الوثقى» (3) فيمن أفرغ رجلاً عن عرسه، فهو أجنبي عن هذه المسألة.

وأما المناقشة في سندهما ولا سيّما في الأوّل، فهي تذبّ بما تحرّر منّا في «كتاب ظريف بن ناصح» و«يونس» (4) فراجع.

نعم، ربّما يحتمل كونه دية بعد المرافعة وفصل الخصومة؛ لقوله في الثاني: «قضى» ولأنّ المتراءى منهما صورة المخاصمة.

1- تهذيب الأحكام 10: 1107/285.

2- جواهر الكلام 29: 112، قواعد الأحكام 2: 25/السطر 11، كشف اللثام 2: 54/السطر 21 و 25.

3- العروة الوثقى 2: 809، كتاب النكاح، الفصل 1، المسألة 6.

4- لعلّه (قدّس سرّه) ذكر ذلك في قواعده الرجاليّة أو فيما علّقه على خاتمة المستدرک و كلاهما مفقودان.

[أحكام النظر]

[مسألة 15: يجوز لكل من الزوج و الزوجة النظر إلى جسد الآخر]

مسألة 15: يجوز (1) لكل من الزوج و الزوجة النظر إلى جسد الآخر؛ ظاهره، وباطنه، حتّى العورة، قوله دام ظلّه: «يجوز».

و هو قضية النكاح عرفاً، وعدّ من الضروريات فقهاً (1)، و تواترت النصوص به (2).

نعم، عن ابن حمزة مخالفتهم في خصوص العورة- وهي الفرج حال الجماع (3)، و أمّا الدبر فلا نهى عنه؛ لاختصاص ما رواه الصدوق عن أبي سعيد الخدري في وصية النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) (لعليّ (عليه السلام) بالفرج، حيث قال: «و لا ينظر أحدٌ إلى فرج امرأته، و ليغضّ بصره عند الجماع؛ فإنّ النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد» (4).

و مقتضاه حرمة النظر إلى فرج المرأة، و وجوب الغضّ عند الجماع، فلا يكون لابن حمزة الاستناد إليه إلا بالتأويل، أو يكون الحكم و هو حرمة النظر الى الفرج مطلقاً مؤكداً حال الجماع.

وربّما يحمل على الكراهة؛ قضاءً لحقّ ذات الموضوع.

1- جواهر الكلام 29: 73، مستمسك العروة الوثقى 14: 23.

2- وسائل الشيعة 20: 120، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 59.

3- مستمسك العروة الوثقى 14: 24، الوسيلة: 314.

4- الفقيه 3: 1712/359، وسائل الشيعة 20: 121، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 59، الحديث 5.

وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) «على ما فيها»: «فإن النظر إلى الفرج» فإنه يناسب الكراهة.

هذا مع أن سنده إليه مذكور في «الفتاوى» وفيه جماعة غير مذكورين، وبعضهم من العامة (1)، ومع ورود معتبر سماعة على جواز النظر إلى الفرج (2).

وربما يستظهر من بعض أخبار الباب، استحباب النظر إلى جسد المرأة؛ لقوله (عليه السلام): «و هل اللذة إلا ذلك» (3) من غير ثبوت الكراهة حتى بالنسبة إلى العورة.

نعم، في حال المجامعة يكره؛ لما في معتبر سماعة قال: سألته عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها.

قال: «لا بأس به، إلا أنه يورث العمى» (4).

1- راجع مشيخة الفقيه 4: 113.

2- تهذيب الأحكام 7: 1656/414، وسائل الشيعة 20: 121، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 59، الحديث 3.

3- الكافي 5: 6/497، تهذيب الأحكام 7: 1652/413، وسائل الشيعة 20: 120، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 59، الحديث 1.

4- تهذيب الأحكام 7: 1656/414، وسائل الشيعة 20: 121، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 59، الحديث 3.

و كذا مسّ (1) كلّ منهما بكلّ عضو منه كلّ عضو من الآخر، مع التلذّد وبدونه.

قوله مدّ ظلّه: «و كذا مسّ».

لعين ما مرّ، إلّا أنّه لم يرد به النصّ.

و مقتضى الشبهة استصحاب الحرمة، وقضيّة إطلاقه جوازه بعد الموت أيضاً، ولكنّه لا يخلو من النظر.

وقضيّة الشبهة استصحاب الحلّيّة.

مسألة 16: لا إشكال في جواز نظر الرجل إلى ما عدا العورة من مماثله]

مسألة 16: لا إشكال (1) في جواز نظر الرجل إلى ما عدا العورة من مماثله، شيخاً كان المنظور إليه أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها، إذا لم يكن مع تلذذ وريبة. (2) قوله مدّ ظلّه: «لا إشكال».

لأنّه لو كان ممنوعاً لبان. و أمّا عدّه من ضروريّات الدّين كما عن «الجواهر» (1)، فلا يخلو من التأسّف، و ما هو منه هو جوازه في الحّمّام، و القياس غير جائز، و لا سيّما في هذه الجهة.

قوله دام ظلّه: «ما لم يكن بتلذذ وريبة».

و أمّا معهما فالعبارة قاصرة، إلّا أنّ المقصود تحريم النظر، أو الاحتياط في المسألة، و يكون هناك نوع فرار من حكم المسألة على وجه دقيق؛ و ذلك لعدم دليل على الحرمة بعد اقتضاء الأصول حلّيّته إلّا الإجماع الآتي في المسألة الثامنة عشرة (2) إن شاء الله تعالى، و يظهر هناك معنى «الريبة» أيضاً.

نعم، ربّما يصحّ دعوى وضوح الحرمة حسب ذوق الشريعة المطهّرة؛ فإنّه إذا حرم على الوجه المزبور إلى الأجنبيّة، و إلى النساء من غير الأُمّة الإسلاميّة، فهنا أولى بالحرمة بعد ذلك التحذير

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 22، جواهر الكلام 29: 71.

2- يأتي في الصفحة 389.

و العورة (1) هي القبل و الدبر و البيصتان. و كذا (2) لا إشكال في جواز نظر المرأة إلى ما عدا العورة من مماثلها، و أمّا عورتها فيحرم أن تنظر إليها كالرجل. (3) العجيب، فدعوى مقطوعيّة الحكم هنا قوي جداً، و الفساد اللازم هنا احتمالاً أفحش شيء في الإسلام ظاهراً، حتى عدّ من الكفر (1) و أفنى به الصدوق (2)، فليراجع.

قوله دام ظلّه: «و العورة».

تفصيل الكلام من هذه الجهة، يطلب من كتاب الطهارة، أحكام التخلّي، إن شاء الله تعالى.

قوله مدّ ظلّه: «و كذا...».

لما عرفت.

و قوله دام ظلّه: «و أمّا عورتها، فيحرم أن تنظر إليها كالرجل».

أي كما أنّ ذلك يحرم على المماثل، كذلك يحرم على غير المماثل.

و أمّا جواز نظر المرأة إلى مماثلتها مطلقاً كما يظهر من المتن، على

1- الكافي 5: 544/3، وسائل الشيعة 20: 239، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم و ما يناسبه، الباب 20، الحديث 2.

2- المقنع: 430.

خلاف ما يستظهر من «العروة»⁽¹⁾ فهو في محلّ المناقشة؛ لإمكان أن يكون في نظر المرأة إلى مماثلتها، الثوران و الريبة إلى الفساد و المساحقة.

اللهمّ إلا أن يقال: بعدم الدليل على حرمة مطلق النظر الريبيّ، كما لا يبعد.

ثمّ إنّ حكم حرمة النظر إلى العورة أيضاً، يطلب من أحكام التخلّي، إن شاء الله تعالى.

1- العروة الوثقى 2: 802، كتاب النكاح، المسألة 28.

[مسألة 17: يجوز الرجل أن ينظر إلى جسد محارمه، ما عدا العورة]

مسألة 17: يجوز (1) الرجل أن ينظر إلى جسد محارمه، ما عدا العورة، قوله دام ظلّه: «يجوز».

ولو كان محرماً لبانت الحرمة بالضرورة، مضافاً إلى الإجماعات المحكيّة عن جماعة (1)، و يظهر من بعض الأخبار المرويّة في المسألة، مفروغيّة الحكم، وفيها قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة إذا لم يكن محرماً... (2).

ومن الغريب ما حكى عن موضع من «القواعد» من المنع (3)، مع ما في عبارته من الإبهام!! وهكذا ما عن «التنقيح» من استثناء الثدي حال الرضاع!! (4) فراجع؛ فإنّ الأمر مريب.

نعم، احتمال الممنوعيّة بالنسبة إلى بعض الحالات والشابّات وهنّ عاريات بتمام جسدهنّ ما عدا العورة، قوي، ويساعده الارتكاز، وربّما يحمل عليه كلام العلامة.

وربّما لا يستثني الثدي جدّاً، ولا يكثر الابتلاء به إلى حدّ لو كان لبان، كما لا يخفى.

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 32.

2- الكافي 5: 2/521، وسائل الشيعة 20: 201، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 109، الحديث 2.

3- لاحظ مستمسك العروة الوثقى 14: 32، قواعد الأحكام 2: 273/السطر 23.

4- التنقيح الرائع 3: 22.

وكما يمكن الاستشهاد من قوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (1) إلى آخره، لجواز النظر بالنسبة إلى المحارم، كذلك ليستشهد منه لممنوعيته بالنسبة إلى ما هو المستور طبعاً حين المراودات في الخلوات؛ لخروجها عن حدّ الآية الشريفة أيضاً. وما ورد في تغسيل المحارم مجرّدت، و يلقي على عورتهن خرقه (2)، لا يشهد على شيء (3)؛ لاختلاف الحكم باختلاف الحالات في المقام جدّاً، كالقواعد منهنّ، فلا تخلط.

و أمّا خبر أبي الجارود المروي في «تفسير عليّ بن إبراهيم» فهو وإن يظهر منه المنع؛ لما فيه: «و أمّا زينة المحرّم، فموضع القلادة فما فوقها، و الدّمّالج فما دونه، و الخلخال و ما أسفل منه ..» (4) الحديث، إلّا أنّه لا يفيد شيئاً؛ لأنّه مضافاً إلى عدم ثبوت سند له، و إلى ما في متنه من بعده عن متون الأخبار غير معمول به.

و بالجملة: مقتضى الأصل هي الحلّية.

1- النور (24): 31.

2- وسائل الشيعة 2: 516، كتاب الطهارة، أبواب غسل الميّت، الباب 20، الحديث 1 و 2.

3- لاحظ مستمسك العروة الوثقى 14: 32.

4- تفسير القمّي 2: 101، مستدرک الوسائل 14: 275، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح، الباب 85، الحديث 3.

إذا لم يكن مع تلذذ (1) وريبة. والمراد «بالمحارم» من يحرم عليه نكاحهنّ من جهة النسب، أو الرضاع، (2) اللهم إلا أن يقال: بالحرمة في الأعراض والنظر إليهنّ، والله العالم.

قوله دام ظلّه: «إذا لم يكن مع تلذذ».

اتفاقاً (1) واحتمال اختصاص الإجماع بمورد الأجنبيّة، ساقط ظاهراً، وسيظهر الأمر إن شاء الله.

قوله «أو الرضاع».

لو كان المستند ما اشتهر: «من أنّ الرضاع لحمة كلحمّة النسب» (2) ولكنه غير ثابت.

وأما قوله (عليه السلام): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (3) فلا يقتضي حليّة ما أحلّ بالنسب، كما لا يخفى.

وأما الإطلاقات العرفيّة على الأمّهات الرضاعيات والآباء الرضاعيّين فهي ليست على وجه الحقيقة بالضرورة، فكونهم آباءً أو

1- جواهر الكلام 29: 73.

2- الوسيلة: 302، المهذب البارع 3: 236، جامع المقاصد 12: 241.

3- وسائل الشيعة 20: 371، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالرضاع، الباب 1، الحديث 1 و3 و4 و6 و7 و8 و10.

أو المصاهرة. (1) أمّهات حتّى تشملهم الآية (1)، يحتاج إلى دليل حاكم، وما في الأخبار من التعبير عن الأب الرضاعيّ ب «صاحب اللبن» (2) أيضاً يؤيد ذلك، و لو لا كون الحكم مقطوعاً به عندهم، كان للمناقشة فيه مجال واسع.

قوله مدّ ظلّه: «أو المصاهرة».

و هو قضيّة الآية الشريفة (3) إجمالاً؛ لما فيها من استثناء بعولتهنّ و آباء بعولتهنّ و أبناء بعولتهنّ. و أمّا جواز النظر إلى أمّ الزوجة و الرائب، فهو للاتفاق.

و ما يقال: «إنّ جميع المحارم محرّم» فهو ممنوع ظاهراً في المحرّم باللواط و الزنا، على القول به.

فآية تحريم النكاح (4)، ليست مخصصة لآية تحريم النظر (5).

1- النساء (4): 23.

2- لم نعثر على خبر يعبر صريحاً عن الأب الرضاعي بصاحب اللبن، نعم يوجد بتعبير آخر مع اتّحاد المفهوم، راجع وسائل الشيعة 20:

393، كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالرضاع، الباب 6، الحديث 13، و 20: 403، الباب 15، الحديث 3.

3- النور (24): 31.

4- النساء (4): 23.

5- النور (24): 30 و 31.

و كذا يجوز لهنّ (1) النظر إلى ما عدا العورة من جسده.

هذا، وربّما يناقش في دلالة الآية الثانية(1) على جواز النظر: بأنّها متضمّنة لجواز الإظهار على النساء، وهو أعمّ من جواز نظرهم إليهنّ؛ فإنّه من الممكن التفكيك كما في الرجال، فإنّه يجوز خروجهم عُراة عليهنّ، مع حرمة نظرهنّ إليهم، وهنا مراعاةً للتسهيل عليهنّ رخص في ذلك.

نعم، ربّما ينافيه قوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (2) إلى آخره، فإنّ الظاهر من «اللام» جواز نظرهم إليهنّ، كما لا يخفى.

وبالجملة: ليست المسألة ذات رواية حتّى يعتمد عليها؛ وتدل على عموم المدعى، ولأجل ذلك استشكل فيها بعض الأخباريين.

قوله دام ظلّه: «و كذا يجوز لهنّ».

لما مرّ في مسألة جواز نظرهم بعضهم إلى بعض(3)، و أمّا حكم العورة و موضوعها فيطلب من بحوث التخلّي و أحكامه.

و غير خفيّ: أنّ جواز نظرهنّ غير مقيّد حسب الفتوى بعدم التلذذ و الريبة، إلّا أنّه محتمل؛ لما يترتب عليه من الفساد و الافتتان أحياناً. نعم مقتضى الأصل جوازه.

1- النور(24): 31.

2- النور(24): 31.

3- تقدّم في الصفحة 382.

[مسألة 18: لا إشكال في عدم جواز نظر الرجل إلى ما عدا الوجه والكفين؛ من المرأة الأجنبية]

مسألة 18: لا إشكال في عدم جواز نظر الرجل إلى ما عدا الوجه والكفين (1)؛ من المرأة الأجنبية، من شعرها و سائر جسدها، قوله دام ظلّه: «عدا الوجه والكفين».

إجماعاً مقطوعاً به، و مفروغاً عنه (1)، و يشهد له السيرة الالتزامية القطعية، و لعلها إسلامية، و لا يخالفنا أحد من المخالفين؛ حسب ما يظهر من موضع من «التذكرة» (2) و ما عن «الجواهر»: «أنه ضرورة من المذهب» (3) في غير محلّه.

و إليه تسوق جملة من الأخبار الآتية في فروعها. و لو أمكن المناقشة فيها سنداً أو دلالةً، على سبيل منع الخلو كما لا يبعد، و أمكن المناقشة في إطلاق معقد الإجماع: بأنّ القدر المتيقن منه هو النظر و بتلذذ و ريبه، كما يساعده الاعتبار، لأمكن تأييد ذلك بمعتبر علي بن سويد، قلت لأبي الحسن (عليه السلام): إني مبتلى بالنظر إلى المرأة الجميلة، فيعجبني النظر إليها.

فقال (عليه السلام): «يا عليّ لا بأس، إذا عرف الله من يتيك الصدق، و إيتك و الزنا؛ فإنه يمحق البركة، و يهلك الدين» (4).

1- جواهر الكلام 29: 75، مستمسك العروة الوثقى 14: 25.

2- تذكرة الفقهاء 2: 446.

3- جواهر الكلام 29: 75.

4- الكافي 5: 6/542، و مسائل الشيعة 20: 308، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم و ما يناسبه، الباب 1، الحديث 3.

سواء كان فيه (1) تلذذ وريبة، أم لا.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ ما ورد في القواعد(1)، و ما ورد في جواز النظر حال الاضطرار(2)، و أمثال ذلك، كلّها دليل المنع الكلّي، و سيأتي زيادة توضيح حول صحيح ابن سويد(3) إن شاء الله تعالى.

و أمّا الآية الشريفة(4)، فغاية ما تدلّ عليه بملاحظة ما ورد في نزولها(5) هي حرمة النظر أو وجوب الغصّ عند الريبة و التلذذ. مع أنّ «الغصّ» ربّما يكون كناية عن صرف النظر عن النساء؛ بالمحافظة على فروجهن، و بعدم الاعتناء بتطلّباتها.

قوله دام ظلّه: «سواء كان فيه».

و يدلّ على ذلك مضافاً إلى ما أُشير إليه، ما ورد في جواز النظر الى شعور نساء أهل الذمّة و أيديهنّ(6)، و في جواز النظر إلى شعور نساء

1- وسائل الشيعة 20: 202، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 110.

2- وسائل الشيعة 20: 233، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 130.

3- يأتي في الصفحة 395.

4- (النور) 24: 30، 31.

5- الكافي 5: 5/521، و وسائل الشيعة 20: 192، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 104، الحديث 4.

6- وسائل الشيعة 20: 205، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 112.

الأعراب، وأهل السواد والعلوج، والمجنونة والمغلوبة(1).

وبالجملة: يدلّ عليه قوله (عليه السلام) فيها «لأنّهم إذا نهوا لا ينتهون»(2) فإنّه يعلم منه كونه نهياً في أصل الشريعة، وهكذا ما ورد في عدم جواز النظر إلى شعر أخت الزوجة(3) فراجع وتأمل، وقضيّة كلّ ذلك - حسب إطلاقها الممنوعيّة مطلقاً.

اللهمّ إلا أن يقال: بأنّ الكلّ منصرف إلى صورة النظر بتلذذ وريية، وخوف الفتنة والفساد، وهذا لا ينافي حرمة السفور عليهنّ، ووجوب الحجاب بالنسبة إليهنّ بالضرورة.

وبالجملة: في موارد الاستثناء، لا يكون جواز النظر بريية، مورده بضرورة عقول المتشرّعة ولو لم يكن عامّ واضح المرام يدلّ على المنع، و لكن يستفاد من القيود المأخوذة في هذه الطوائف، الممنوعيّة المطلقة، فليتدبّر جيّداً.

1- وسائل الشيعة 20: 206، كتاب النكاح، أبواب مقدّماته وآدابه، الباب 113.

2- الكافي 5: 1/524، وسائل الشيعة 20: 206، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 113، الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 20: 199، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 107.

و كذا الوجه و الكفان إذا كان بتلذذ و ريبة (1).

قوله مدّ ظلّه: «بتلذذ و ريبة».

إجماعاً. نعم يأتي من ذهب إلى جواز ذلك مرّة واحدة(1)، و أمّا مطلقاً فهو ممنوع عندهم، و هو مقتضى الأدلّة المانعة.

و دعوى: أنّ الوجه و أمثاله، القدر المتيقّن من تلك الأدلّة قريبة؛ فإنّه أولى بالمنع، و عليه يدلّ ما ضبطه أهل السير و التأريخ؛ من أحوال النساء المؤمنات في عصر النبيّ (صلى الله عليه و آله و سلّم) (و عصر الأئمّة (عليهم السلام) و كيفية ترددهن.

نعم، هناك مطلقات، مثل الاستثناء في الآية الشريفة(2)، و الأخبار الواردة في الوجه و الكفين و القدمين(3)؛ فإنّ قضيتها الجواز مطلقاً.

و لو أمكن المناقشة في دلالة الآية على الجواز في المسألة بأنّ الاستثناء هنا من قبيل الاستثناء في قوله تعالى وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً(4) فما يحلّ لهنّ إبداء زينتهنّ إلّا ما ظهر منها قهراً و طبعاً، لا أنّه يجوز الإبداء بالنسبة إلى ما ظهر، و سيظهر الكلام ذيل المسألة إن شاء الله تعالى يمكن المناقشة في الإطلاقات المزبورة: بأنّها معرض عنها أوّلاً.

1- شرائع الإسلام 2: 213.

2- النور(24): 31.

3- وسائل الشيعة 20: 201 202، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 109، الحديث 2 و 5، بحار الأنوار 101: 34، الحديث 11.

4- النساء(4): 92.

و أمّا بدونها (1) ففيه قولان، بل أقوال: الجواز مطلقاً، و عدمه مطلقاً، و التفصيل بين نظرة واحدة فالأول، و تكرار النظر فالثاني. و أحوط الأقوال أوسطها.

و بأن ما ورد من استثناء أيدي نساء أهل الذمة (1)، معارض لها بمفهومها الثابت له عرفاً جداً ثانياً.

مضافاً إلى ما ورد من تجويز النظر إلى المجنونة و المغلوبة على عقلها ما لم يتعمد (2)، فمع التعمد لا يجوز فيهنّ، فضلاً عن غيرهنّ ثالثاً.

و بالجملة: المسألة اتقاقية، و يقتضيها ذوق المتشرعة، و يناسبها اهتمام الإسلام بسدّ ثغور الفساد، و لا سيما في الأعراض.

و يدلّ عليه معتبر ابن سويد الماضي، حيث قال (عليه السلام): «إذا عرف الله من نيتك الصدق» (3) و مجرد إمكان المناقشة فيما استقصيناه حسب الصناعة، غير كافٍ؛ لما يفهم العرف من المجموع، ما اختاره المجمعين إنصافاً.

قوله دام ظلّه: «و أمّا بدونها».

أقول: لهذه المسألة نظرتان:

-
- 1- وسائل الشريعة 20: 205، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 112.
 - 2- وسائل الشريعة 20: 206، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 113.
 - 3- الكافي 5: 6/542، وسائل الشريعة 20: 308، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم و ما يناسبه، الباب 1، الحديث 3.

الأولى: استفادة جواز النظر من السيرة أي النظر إلى ما كان الناس يبتلون به يوماً وليلاً، وإلى ما في بعض الأخبار والآثار المؤيدة لهذه النظرة.

وهو أنّ المسائل المبتلية بها الأمة الإسلامية في أدوار حياتها الاجتماعية، إذا كانت من المحرّمات الإلهية، لا بدّ وأن يتبيّن حالها و حكمها في الشريعة؛ على وجه لا يشكّ فيه الاثنان؛ لأنّ الدعاة إليها كثيرون، والأمة الإسلامية يحافظونها على الأجيال التالية طبعاً، فعندئذٍ إذا رأينا أنّ مسألة النظر غير الشهوويّ، كانت ممّا يتبلي بها كافّة المسلمين المتدينين وغيرهم؛ في معاشهم و تجارتهم، وفي محاوراتهم و معاشرتهم اليومية الرائجة بين الأقوام و القبائل، ولم تكن حرمة واضحة في الأخبار والآيات؛ على حدّ النار على المنار، و الشمس في رابعة النهار، يتبيّن من ذلك و ذلك أنّ الجواز قطعيّ، ولو كان الشرع يهتمّ بتحريم ذلك، لأوضحه في الآيات المختلفة، و المآثر الواضحة، بعبارات ظاهرة.

فالإنصاف: أنّ الفقيه المتدبر في الوقائع الخارجية، و التردّد المتعارف بين العشائر و القبائل، و الأقوام و الأجيال، يجد أنّه لا مخلص من هذا الأمر؛ و أنّ مسألة النظر بلا شهوة و ريبة و تلذّد، ما كانت مطرح الأنظار السالفة، و أنّ كلّ النظر كان حول تحريم النظر الباطل الخبيث، الذي

يجده الناظر من نفسه ووجدانه من غير حاجة إلى توضيح ذلك؛ ضرورة أنّ ما هو الممنوع وجداناً وخلقاً، هو المحرّم شرعاً جدّاً.

وربّما يؤيّدّه معتبر عليّ بن سويد السابق، الصريح في تجويز النظر مطلقاً؛ إذا عرف الله من بيّته الصدق.

وحمّله على الاضطرار للنظر بقصد العلاج(1)، أو على النظر الاتقائيّ - كما في «الكشف»(2) و«الجواهر»(3) بلا وجه جدّاً؛ ضرورة أنّ ابن سويد ما كان معالجاً حسب تأريخ حياته، وكان النظر دأبه وعادته، من غير الاضطرار ولو كان معالجاً؛ لأنّ قوله: «إني رجل مبتلى بالنظر إلى المرأة الجميلة» لا يناسب كونه طبيياً ومعالجاً، فكأنّه كان ينظر إليها لأجل النيّات الصادقة، وتقوية الإيمان والتوحيد؛ حيث أنّها جمال الله تبارك وتعالى.

وما قيل: «إنّ الظاهر أنّه كان يتلذذ بالنظر إيهنّ»(4) غير تام؛ لأنّ هذا ينافي وثاقته(5)، ضرورة معروفة هذا الحكم بين الأصحاب الأولين، بل

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 31.

2- كشف اللثام 2: 9/ السطر 23.

3- جواهر الكلام 29: 79.

4- النكاح، الشيخ الأنصاري: 53 54.

5- رجال الطوسي: 380، أصحاب الرضا(عليه السّلام)، الباب العين/6.

بين المسلمين.

ثم إنَّ الظاهر من «الشرائع» (1) و «القواعد» (2) و كلَّ من قيّد التحريم بقوله: «بالتلذذ و الريبة» (3) أنه يجوز النظر في غير هذه الصورة مطلقاً؛ من غير فرق بين النظرة الأولى و الثانية.

الثانية في أنّ القدر المتيقن حرمة النظرة الثانية بشهوة: إنَّ مقتضى النظر إلى الأخبار الموجودة بين أيدينا، أنّ النظرة الأولى و غيرها «سهم من سهام إبليس» (4) و ما ورد من التفصيل بين النظرة الأولى و الثانية (5) أيضاً، هو ممنوعية النظرة الثانية مطلقاً؛ سواء كان بتلذذ و شهوة، أم كان بصدق و تبة خالصة، فالقول بالجواز مطلقاً ينافيه الطائفتان.

و لكنك عرفت فيما سبق حكم الطائفة الأولى؛ فإنَّها مع كثرتها غير نقية السند أو الدلالة. مع أنّ المنساق من إطلاقها هو النظر الخاصّ.

1- شرائع الإسلام 2: 213.

2- قواعد الأحكام 2: 3/ السطر 2.

3- لاحظ مستمسك العروة الوثقى 14: 30.

4- وسائل الشيعة 20: 190 192، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 104، الحديث 1 و 5.

5- وسائل الشيعة 20: 193 195، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 104، الحديث 8 و 11 و 13 و 14 و 15 و 17.

وهكذا الأمر في الطائفة الثانية؛ فإنّ منها ما في «الفقيه» قال: قال (عليه السلام): «أول نظرة لك؛ والثانية عليك ولا لك، والثالثة فيها الهلاك»⁽¹⁾.

ومنها: ما في «عيون أخبار الرضا (عليه السلام)» عن آبائه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من قتل حيّة قتل كافراً».

وقال: «لا تتبع النظرة النظرة، فليس لك يا عليّ إلاّ أول نظرة»⁽²⁾.

وهاتان غير نقيتي السند؛ حسب ما تحرّر عندنا في مراسيل الصدوق مطلقاً.

نعم منها: ما رواه بإسناده عن ابن أبي عمير عن عبد الله بن يحيى الأسدي الكاهليّ، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «النظرة بعد النظرة، تزرع في القلب الشهوة، وكفى بها لصاحبها فتنة»⁽³⁾.

وهو قريب اعتباره عندنا، وإن لم يوثق الكاهلي.

ولكنّ الشأن في دلالة هذه الأخبار على الحرمة وإن لم تكن

1- الفقيه 3: 1460/304، وسائل الشيعة 20: 193، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 104، الحديث 8.

2- عيون أخبار الرضا (عليه السلام) 2: 284/65 و 285، وسائل الشيعة 20: 193، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 104، الحديث 11.

3- الفقيه 4: 3/11، وسائل الشيعة 20: 192، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 104، الحديث 6.

النظرة بشهوة؛ فإنها ممنوعة جداً، فإنَّ المستفاد منها أنَّ النظرة الأولى - لكونها نوعاً فارغة عن النيّة الباطلة جائزة، و لكنّها في المرة الثانية، تلازم نوعاً تلك النيّة فتحرم، وأمّا فيما لم يكن النظر مقروناً بالنيّة الشيطانيّة، فهذه الأخبار غير ناظرة إليها جداً.

وفي أخبار المسألة بعض الشواهد الأخر، الناهضة على أنَّ الأمر مبنيّ على الكراهة، وإن لم يقل بها أحد.

ومما ذكرنا يظهر وجه القول بالتحريم مطلقاً، وبالتفصيل بين الأولى والثانية، كما ظهر وجه تحليل النظر الشيطانيّ في أوّل مرّة. والقدر المتيقن هي حرمة الثانية، إذا كانت مقرونة بالتلذذ والريبة.

ثمّ اعلم: أنّه ربّما يستفاد من أدلّة استثناء الوجه والكفين(1) من عموم وجوب ستر المرأة نفسها، جواز النظر إليها؛ بدعوى الملازمة العرفيّة بين تجويز الاستثناء، و تجويز النظر على الرجال.

ومن الغريب، خلط بعض الأفاضل بين أدلّة المسألتين(2)!! فإنّ مسألة وجوب الستر على المرأة، مذكورة في كتاب الصلاة، و مسألة حرمة

1- وسائل الشيعة 20: 200، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 109، بحار الأنوار 101: 11/34.

2- لاحظ مستمسك العروة الوثقى 5: 240 و 241.

النظر إلى الأجنبية، معنونة في المقام، وأدلة تلك المسألة غير أدلة هذه المسألة.

نعم، بناءً على الملازمة العرفية، يمكن استظهار جواز النظر منها هنا.

وفي آخر المسألة، لا- بأس بذكر رواية عن الرضا (عليه السلام) ولا يبعد اعتبارها في «قرب الإسناد» تشعر بجواز النظر إلى الوجه و الكفين، قال: سألته عن الرجل، يحلّ له أن ينظر إلى شعر أخت امرأته؟.

فقال: «لا، إلا أن تكون من القواعد».

قلت له: أخت امرأته والغريبة سواء؟

قال: «نعم».

قلت: فما لي من النظر إليه منها؟

فقال: «شعرها وذراعها»⁽¹⁾.

فإنّ الضمير في قوله «منها» يرجع إلى القواعد، وتجويز النظر فيها إلى الذراع، يشعر بأنّ الوجه و الكفين كان يجوز، فتأمل.

وقريب منه مرسله ابن عبيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة؛ إذا لم يكن محرماً؟

1- قرب الإسناد: 1300/363، وسائل الشيعة 20: 199، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 107، الحديث 1.

قال: «الوجه و الكفان و القدمان»(1).

و ممّا ذكرناه مع إجماله، يظهر وجه استثناء الكفّين و الوجه و لو كان يجب عليهنّ التسترّ، و لكنهنّ لا ينتهين في ذلك، و مع هذا لم يرد نصّ يمنع الرجال عن النظر صريحاً، بل ورد بعض الظواهر على جوازه(2)، فلا تخلط.

1- الكافي 5: 2/521، وسائل الشيعة 20: 201، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 109، الحديث 2.

2- المصدر السابق.

[مسألة 19: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي كالعكس]

مسألة 19: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي (1) كالعكس، قوله مدّ ظلّه: «النظر إلى الأجنبي».

مطلقاً حسب ما يظهر، وعليه يدلّ - بعد الإجماع عموم الحذف في الآية الشريفة (1).

وقال في «الرياض»: «تتحد المرأة مع الرجل، فتمنع في محلّ المنع، ولا تمنع في غيره إجماعاً» (2) انتهى.

و يناقش في الإجماع: بأنّه معلّل بالآية.

وفي الآية: بأنّ عموم الحذف، ينتهي إلى المنع عن كلّ شيء، وهو كما ترى، فتكون الآية في موقف تحريم خاصّ بحسب محلّ النظر و الحال، والقدر المتيقّن منه هو الأجنبي؛ إذا كان في حال الشهوة والريبة، فلا دليل على المنع المطلق حتّى نحتاج إلى استثناء الوجه و الكفين بدليل آخر.

هذا مع أنّ تحريم النظر كان يتّضح؛ لكثرة الابتلاء به، و مجرد خبر عامّي يحكي قصّة عائشة و حفصة (3)، أو رواية أخرى تحكي عن قضية

1- (النور) 24: 31.

2- رياض المسائل 2: 74/ السطر 27.

3- عدّة من أصحابنا عن أحمد بن أبي عبد الله قال: استأذن ابن أمّ مكتوم على النبيّ (صلّى الله عليه وآله) وعنده عائشة و حفصة فقال لهما قوما فادخلا- البيت، فقالتا إنّّه أعمى، فقال: إن لم يركما فإنكما تريانه. راجع الكافي 5: 2/534، وسائل الشيعة 20: 232، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 129، الحديث 1.

و الأقرب (1) استثناء الوجه و الكفّين.

سيّدة النساء سلام الله عليها في مورد ابن أم مكتوم، وروده في البيت (1)، لا يكفي لحلّ هذه المشاكل بالضرورة.

و من الغريب، دعوى جواز النظر إلى الوجه و الكفين من النساء دون الرجال؛ بتوهم وجود الدليل (2) على الاستثناء هناك، لا هنا كما لا يخفى!! فإنّ الفقيه كلّ الفقيه، من يراجع السيرة السالفة، و يلاحظ الأخبار و الأحكام الإلهية بالقياس إليها، حتّى يتّضح له حالها.

قوله دام ظلّه: «و الأقرب».

لا مطلقاً حتّى بريبة و تلذذ، و قد عرفت وجهه.

و يمكن دعوى جواز النظر للنساء و لو كان بتلذذ؛ لأنّ التلذذ نادر، و ربّما لا يبالي الشرع بالناذر.

كما أنّ التلذذ الحاصل بالنظر و الاستدامة إذا كان متعارفاً يمكن

1- جعفر بن محمّد عن أبيه عن جدّه علي بن الحسين عن أبيه أنّ فاطمة بنت رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلّم) استأذن عليها أعمى فحجبته، فقال لها النبيّ (صلى الله عليه و آله و سلّم): لم حجبته و هو لا يراك، فقالت: يا رسول الله إن لم يكن يراني فأنا أراه و هو يشمّ الريح، فقال النبيّ (صلى الله عليه و آله و سلّم): أشهد أنّك بضعة منّي. الجعفریات: 95، مستدرک الوسائل 14: 289، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح، الباب 100، الحديث 1.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 26.

تجويزه في موارد جوازه، كما نسب إلى الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) [\(1\)](#)، فتخصّص ممنوعيّة النظر بما إذا قصد التلذّذ بالنظر، وهو المنسوب إلى ظاهر «الشرائع» [\(2\)](#).

1- مستمسك العروة الوثقى 14: 30، ولاحظ كتاب النكاح، للشيخ الأنصاري: 53.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 30، ولاحظ شرائع الإسلام 2: 213.

[مسألة 20: كل من يحرم النظر إليه يحرم مسّه]

مسألة 20: كل من يحرم النظر إليه يحرم مسّه، (1) قوله مدّ ظلّه: «يحرم مسّه».

ويدلّ عليه قبل الإجماع وفي «الجواهر»: «لا أجد فيه خلافاً، بل كأنه ضروريّ على وجه يكون محرّماً بنفسه» (1) انتهى الأخبار الكثيرة المتفرقة، ففي أبواب غسل الميّت معتبر عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «إذا مات الرجل مع النساء غسلته امرأته، وإن لم تكن امرأته معه غسلته أولاهنّ به، و تلفّ على يدها خرقة» (2).

و مقتضى ما ورد من جواز تغسيل المحارم بلا لفّ (3)، اختصاص اللفّ بالأولى غير المحارم.

وفي أبواب مقدمات النكاح وفيه مرسله ابن أبي نجران، عنه (عليه السلام) قال: «وزنا الفم القبلة، وزنا اليدين اللّمس ..» (4) الحديث.

وفي حديث المناهي: وقال (عليه السلام): «و من صافح امرأة تحرم عليه، فقد

1- جواهر الكلام 29: 100.

2- تهذيب الأحكام 1: 1436/444، وسائل الشيعة 2: 518، كتاب الطهارة، أبواب غسل الميّت، الباب 20، الحديث 6.

3- وسائل الشيعة 2: 519 516، كتاب الطهارة، أبواب غسل الميّت، الباب 20، الحديث 1 إلى 5 و 7 و 8 و 9.

4- الكافي 5: 11/559، وسائل الشيعة 20: 191، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 104، الحديث 2.

باءً بسخط من الله عزّ وجلّ ..» (1) الحديث.

وفي حديث عقاب الأعمال: قال: «و من صافح امرأة حراماً، جاء يوم القيامة مغلولاً، ثمّ يُؤمر به إلى النار ..» (2) الحديث.

وفي معتبر أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: هل يوافق الرجل المرأة ليست بذات محرم؟

فقال: «لا، إلا من وراء الثوب» (3).

و معتبر سماعة بن مهران، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مصافحة الرجل المرأة.

قال: «لا يحلّ للرجل أن يوافق المرأة، إلا امرأة يحرم عليه أن يتزوجها؛ أخت، أو بنت، أو عمّة، أو خالة، أو بنت أخت، أو نحوها، وأمّا المرأة التي يحلّ له أن يتزوجها، فلا يوافقها إلا من وراء الثوب، ولا يغمز كفّها» (4).

-
- 1- الفقيه 4: 1/8، وسائل الشيعة 20: 195، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 105، الحديث 1.
 - 2- عقاب الأعمال: 1/334، وسائل الشيعة 20: 198، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 106، الحديث 4.
 - 3- الكافي 5: 2/525، وسائل الشيعة 20: 207، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 115، الحديث 1.
 - 4- الكافي 5: 1/525، وسائل الشيعة 20: 208، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 115، الحديث 2.

وفي أبواب النكاح المحرّم في حديث عقاب الأعمال، عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «المرأة إذا طاوعت الرجل، فنال منها حراماً و قتلها، و باشرها حراماً، أو فاكهها، أو أصاب منها فاحشة، فعليها مثل ما على الرجل، فإن غلبها على نفسها، كان على الرجل وزره و وزرها»⁽¹⁾، ما ينفعك.

وفي الباب السابق روايات تحكي كيفية بيعة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) و النساء⁽²⁾، وفيها أيضاً ما يشهد على الممنوعة، إن لم يكن ذلك من خصائصه (صلى الله عليه وآله وسلم) (لما فيه من خوف يوجب الافتراق بلا طلاق).

وغير خفيّ: أنّ ما هو المقصود بتحريم المسّ، وهذه الطوائف قاصرة، إلا الأولى و حديث عقاب الأعمال. وإمكان المناقشة في ذلك بعد اقتضاء الاعتبار تحريمه، و هو الموافق لمركز المتشرّعة، و لا عسر و لا حرج في ذلك في غير محلّه.

1- عقاب الأعمال: 1/334، وسائل الشيعة 20: 321، كتاب النكاح، أبواب النكاح المحرّم و ما يناسبه، الباب 8، الحديث 2، باختلاف في الألفاظ.

2- وسائل الشيعة 20: 208 و 211، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 115، الحديث 3 و 4 و 5، و الباب 117 من هذه الأبواب، الحديث 4.

فلا يجوز (1) مسّ الأجنبيّ الأجنبيّة وبالعكس. بل لو قلنا: بجواز النظر إلى الوجه والكفين من الأجنبيّة، لم نقل بجواز مسّهما منها، فلا يجوز للرجل مصافحتها. نعم، لا بأس بها من وراء الثوب، لكن لا يغمز (2) كفّها احتياطاً.

قوله مدّ ظلّه: «فلا يجوز».

إلا بدعوى انصراف أدلّة المنع حتّى الإجماع إلى مورد المسّ بتلذذ وريبة.

وكان ينبغي أن يقال: «فلا يجوز مسّها» حتّى يناسب التفريع ما يتفرّع عليه؛ فإنّ المصافحة أخصّ، لإمكان تحريمها خصوصاً، كما عرفت.

وبالجملة: نصّ في «الجواهر» (1) وأقرّ به الشيخ الأنصاري (قدّس سرّهما) (2)، على أنّ الملازمة ممنوعة، وفي المحكي عنه: «إذا حرم النظر حرم اللّمس قطعاً، بل لا إشكال في حرمة اللّمس وإن جاز النظر؛ للأخبار الكثيرة» (3) انتهى.

و مراده من الأخبار الكثيرة، لا بدّ وأن تكون الطائفة الأولى. إلا أنّ تحريمه على إطلاقه محلّ إشكال، فتدبّر جدّاً.

قوله مدّ ظلّه: «لا يغمز».

أي لا يجسّها ولا يكبسها باليد، وقد مرّ في الأخبار ما يدلّ عليه

1- جواهر الكلام 29: 100.

2- النكاح، الشيخ الأنصاري: 68.

3- حكاة في مستمسك العروة الوثقى 14: 50، النكاح، الشيخ الأنصاري: 68.

ويظهر من طائفة منهم حسب إطلاقهم، جواز المسّ من وراء الثوب عند غير الضرورة، بل ولو كان فيه الريبة والتلذذ(2)، و يحتمل مفروغية الممنوعة من هذه الجهة، إلا أنّ إطلاق معتبر أبي بصير يسدها(3)، فتأمل.

-
- 1- وسائل الشيعة 20: 207 و 208، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 115، الحديث 1، وفي الحديث 2 من ذلك الباب صرّح بذلك حيث قال: .. فلا يضافحها إلا من وراء الثوب ولا يغمز كفّها.
 - 2- لاحظ العروة الوثقى 2: 804، كتاب النكاح، المسألة 40.
 - 3- الكافي 5: 2/525، وسائل الشيعة 20: 207، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 115، الحديث 1.

[مسألة 21: لا يجوز النظر إلى العضو المبان من الأجنبي. و الأجنبيّة]

مسألة 21: لا يجوز النظر إلى العضو المبان (1) من الأجنبيّ و الأجنبيّة، قوله مدّ ظلّه: «إلى العضو المبان».

على المعروف بين المتعرضين. وفي القواعد استشكل في الحكم (1)، وفي كلام الشيخ المناقشة في استصحاب الحرمة الثابتة في ظرف الاتصال؛ بدعوى تعدّد الموضوع، فإنّ موضوع المنع «المرأة» وهو غير صادق على الجزء المنفصل، فالمرجع أصل البراءة (2).

ويمكن دعوى كفاية الأدلة الاجتهادية المانعة؛ ضرورة أنّ المحرّم هو النظر إلى الجسم و المادة، لا التي عرضته الروح الإنسانيّة، ولذلك لا يجوز بعد الموت.

وأيضاً: يكون حكم التحريم تحليلياً؛ حسب الأعضاء و الأجزاء، فلا يجوز النظر إلى كلّ جزء من بدن الأجنبيّة و الأجنبيّ، فلا يجوز النظر إلى اليد و الرجل و البطن؛ لأنّ الجثمان ليس موضوع التحريم على نعت العموم المجموعيّ بالضرورة، و لا على وجه الارتباط بين الأجزاء، حتّى يكون المحرّم هو النظر إلى اليد إذا صاحبه النظر إلى سائر الأجزاء، فالحكم الثابت بالدليل الاجتهادي، ينحلّ في نظر العرف إلى الأحكام المتعدّدة بتعدّد الأجزاء، و يكون باقياً بقائها.

1- قواعد الأحكام 2: 3/ السطر 5.

2- النكاح، الشيخ الأنصاري: 68.

وَأَمَّا قِضْيَةُ الاستصحاب، فالحقُّ أنَّ جريانه محلُّ إشكال، لا لما في كلام الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) (1)، كي يتوجّه إليه: أنّ الموضوع الاستصحابيُّ باقٍ عرفاً، وإن كان موضوع الدليل غير باقٍ.

بل لأنَّ الحكم الثابت للجزء، إن كان حكماً مستقلاً في ظرف الاتصال، فهو باقٍ، ولا تصل النوبة إلى الاستصحاب، وإن كان حكماً ضمناً، فلا يعقل بقاءه واحتمال بقاءه؛ لأنّه تابع الكلِّ، كبقية موضوعه له.

مثلاً: إذا حرم النظر إلى البيت فخرّب، فإنَّ النظر إلى الجزء المبان من البيت، لا يثبت حرمة باستصحاب حرمة النظر الثابتة في ظرف الاتصال؛ لأنَّ هذا الجزء المبان، ما كان بما هو مورد التحريم حتّى يحتمل بقاءه، ولو كان كذلك فلا يحتاج إلى الاستصحاب. و من هنا يظهر حكم استصحاب نجاسة الجزء المقطوع من الكلب و أمثاله، فلا تخلط. هذا كلّّه بحسب الصناعة.

و هناك دعوى: أنّ انحلال التحريم يخصّ بصورة الحياة أو الاتصال؛ اتكّالاً على فهم العرف، فتصير الأدلّة الاجتهادية فاصرة عن التحريم، و تكون البراءة معوّلاً.

و الأحوط (1) ترك النظر إلى الشعر المنفصل. نعم، الظاهر أنه لا بأس بالنظر إلى السنّ و الظفر المنفصلين.

وربما يؤيد ذلك، إطلاق ما ورد من جواز وصل شعر غيرها بشعرها(1)، مع الملازمة العرفية و العادية بين ذلك و بين نظر الزوج و لمسّه؛ ضرورة اطلاعهم عليه بأخبارهن به نوعاً، فترك الاستفصال كما يأتي في الخبرين الآتين، و الإطلاق اللفظي و المقامي يعضدان الحلّية، و الله من وراء القصد.

قوله مدّ ظلّه: «و الأحوط».

خلافاً للأكثر(2)، و وفقاً لبعضهم(3). و في «الجواهر» ما يؤول إلى أنه لا ينبغي الإشكال في جواز النظر إلى مثل الظفر و السنّ، و كذا الشعر(4)، و في كلام الشيخ الأنصاري التصريح بذلك(5).

وربما يمكن أن يوجّه الاحتياط و الإشكال: بأنّ الشعر لا يقاس بسائر الأعضاء؛ فإنّ فيه التحريك، و لا سيّما في صورة الاطلاع على أنه من الأجنبية المعلومة الكذائية.

1- وسائل الشيعة 20: 187، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 101.

2- تذكرة الفقهاء 2: 574/ السطر 35، جواهر الكلام 29: 100، النكاح، الشيخ الأنصاري: 69، العروة الوثقى 2: 638، كتاب النكاح، المسألة 45.

3- جامع المقاصد 12: 46، إيضاح الفوائد 3: 10، مستند الشيعة 2: 473/ السطر 17.

4- جواهر الكلام 29: 100.

5- النكاح، الشيخ الأنصاري: 69.

وبأنّ الأدلّة الخاصّة، تدلّ على المنع عن النظر إلى شعورهنّ (1)؛ فإنّ الترخيص في شعور نساء أهل الذمّة (2)، في مورد المنع عن غيرهم، وقضيّة إطلاقها المنع حال الانفصال ولو كان متّصلاً بشعر المرأة المحلّلة أو المحرّمة فعلى هذا يتعيّن المنع.

وحيث ورد في الأخبار ما يقتضي الجواز حال الانفصال ولو كان متّصلاً بشعر آخر (3)، وتكون هي غير نقيّة السند، ويحتمل انجبار ضعفها بالعمل، احتاط المصنّف في المسألة.

ومن تلك الأخبار، ما رواه الشيخ بسنده عن ثابت بن سعيد الذي لم يثبت وثاقته، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن النساء تجعل في رؤوسهنّ القرامل.

قال: «يصلح الصوف وما كان من شعر امرأة لنفسها، وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها، فإن وصلت شعرها بصوف أو بشعر نفسها،

1- وسائل الشيعة 20: 193 194، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 104، الحديث 12 و 16.

2- وسائل الشيعة 20: 205، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 112، الحديث 1 و 2.

3- وسائل الشيعة 20: 187، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 101.

فلا يضرها»(1).

ومنها: خبر «مكارم الأخلاق» عن سليمان بن خالد(2)، وهو قريب منه.

وربما يمكن دعوى دلالتها على المنع؛ لعدم إباء مفهوم «الكراهة» عن الإطلاق على الحرمة، فلا يكون قرينة على خلاف ما ثبت بالأخبار الأخر المشار إليها.

ولأن قوله: «لا يضرها» وفي خبر ابن خالد: «فإن وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها، فلا بأس به» يدل بالمفهوم على الضرر والبأس المؤيد لما سبق.

ولكن بعد اللتيا والتي، إثبات المنع ممنوع بما مر؛ لأن أخبار المنع ناظرة إلى حال الوصل.

نعم، إذا كان معلوماً أنه من المرأة الجميلة المقصودة، وكان النظر واللمس إليه بداعي تلك المرأة، يمكن المنع جداً كما لا يخفى.

1- الكافي 5: 3/520، وسائل الشيعة 20: 187، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الباب 101، الحديث 1.

2- مكارم الأخلاق: 84، وسائل الشيعة 20: 188، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الباب 101، الحديث 3.

[مسألة 22: يستثنى من حرمة النظر و اللّمس في الأجنبيّ و الأجنبيّة، مقام المعالجة]

مسألة 22: يستثنى من حرمة النظر و اللّمس في الأجنبيّ و الأجنبيّة، مقام المعالجة؛ إذا لم يمكن بالمماثل، (1) قوله مدّ ظلّه: «إذا لم يمكن بالمماثل».

إجماعاً كما في «المسالك» (1) و بلا- خلاف فيه كما عن آخر (2)، و هو الظاهر من معتبر أبي حمزة الشماليّ، عن أبي جعفر) عليه السّلام (قال: سألت عن المرأة المسلمة، يصيبها البلاء في جسدها؛ أمّا كسر، و إمّا جرح؛ في مكان لا يصلح النظر إليه، يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، أ يصلح له النظر إليها؟.

قال (عليه السّلام): «إذا اضطرّت إليه فليعالجها إن شاءت» (3).

فإنّ قوله: «يكون الرجل أرفق» يشمل وجود المعالج المماثل المرفق، و مع ذلك عدل) عليه السّلام (عمّا في كلامه بالجواب عن عنوان آخر؛ و هو الاضطرار مع إرادة المرأة و مشيتها، و لا شبهة أنّه لا يصدق «الاضطرار» مع وجود المماثل.

اللهمّ إلّا أن يقال: بأنّ المناط اضطرارها إلى المعالجة، لا إلى المعالجة عند المعالج الخاصّ، فيكون نفس اضطرارها مجوّز

1- مسالك الأفهام 7: 49.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 34، رياض المسائل 2: 74.

3- الكافي 5: 1/534، و سائل الشيعة 20: 233، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 130، الحديث 1.

المراجعة إليه، ومقتضى الخبر جواز نظر المعالج إليها.

وربما يقال: إن الاضطرار العرفي، يحصل في موارد الحاجة العرفية، فلا يجب تحمّل الألم، ولا تبعيد المسافة.

والذي هو الأقرب: أنّ الحاجة إلى المعالجة، تختلف حسب اختلاف أماكن الأبدان وأجزائها، وفي الخبر ما يومئ إليه؛ فإنّ قوله: «في مكان لا يصلح النظر إليه» ليس مثل الوجه والكفين بالضرورة، ويعلم منه أنّ في المرأة مكاناً يصلح النظر إليه.

وبالجملة: ربّما أمكن تجويز النظر بمجرد الحاجة، كما يظهر من عبائر جمع من الأصحاب(1)، ومن مورد الإجماع المحكي عن «المسالك»(2) بدعوى أنّه من الاضطرار المبيح، فتدبر.

والذي يبقى في المقام، أنّ التمسك بقاعدة نفي الاضطرار وبالأدلة العامة(3)، مورد الإشكال، وهكذا بقاعدة نفي الضرر(4)؛ وذلك لأنّ اضطرار النساء إلى إبراز المكان غير الصالح، وإبداء محالّ الحرام، لا يورث

1- السرائر 2: 608، إرشاد الأذهان 2: 5، تذكرة الفقهاء 2: 573/السطر 15، كنز العرفان 2: 222.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 34، مسالك الأفهام 7: 49.

3- جواهر الكلام 29: 87.

4- مستمسك العروة الوثقى 14: 35.

جواز نظر المرء المعالج؛ ضرورة أن حرمة الإبداء و الإظهار ترتفع بالاضطرار، و أمّا وجوب الغصّ على المرء، فلا يستثنى منه بمجرد اضطرار المرأة الأجنبية؛ فإنّ حرمة النظر إلى الأجنبية، ترفع إذا تعيّن العلاج عليه و يصير واجباً، فلا ينبغي الخلط بين المقامين.

كما يظهر من التمسك بقاعدة نفي الضرر ذلك؛ فإنّ ما هو الضروي هو لزوم التحفّظ على المرأة، و هذا لا يستلزم جواز النظر للمرء.

و توهم: أنّ دليل الاقتضاء يلازم ذلك، في غير محلّه؛ لأنّه يتمسك به، إذا لزم منه طرح الدليل كلاً.

و أمّا دعوى: أنّ المرأة تضطر إلى نظر المرء، فهي مضافاً إلى أنّ الاضطرار يستند إلى إظهار بدنّها و إبرازه للأجنبيّ أنّ الأدلّة العامة غير لائقة بنفي هذا النحو من الحكم؛ بمعنى أنّ اضطرار المكلف، أوجب رفع الحكم عن المكلف غير المضطرّ، فتدبر.

و هذا نظير اضطرار المرأة إلى الجماع، مع أنّها ذات بعل لا يتمكن منه، فإنّه لا يوجب جواز الجماع للمرء الأجنبيّ.

نعم، في موارد توقّف حفظ النفس، يمكن الترخيص إذا كان الحفظ أهمّ.

إن قلت: قضية إطلاق قاعدة نفي الضرر، نفي الحكم عن المرء الأجنبيّ و لو كان ضرورياً بالنسبة إلى الأجنبية.

قلت: هذا غير ثابت؛ للزوم جواز الأمور الأخر، و لا يمكن الالتزام به، فتأمّل.

كمعرفة النبض إذا لم تمكن بألة نحو الدرجة وغيرها، و الفصد، و الحجامه، و جبر الكسر، و نحو ذلك، (1) ثم إنه يمكن الاستدلال لجواز النظر، بمعتبر علي بن سويد الماضي(1)، بناءً على القول: بأنه وارد مورد المعالجة(2)، فراجع.

قوله مدّ ظلّه: «و نحو ذلك».

مما يتوقّف على النظر أو اللّمس و المسح. و في استثناء غير النظر إشكال؛ لعدم الدليل عليه، و صحيح الثمالي(3) مخصوص بمورد النظر، و قد عرفت المناقشة في التمسك بالأدلة العامة(4).

نعم، يمكن دعوى: أن قوله) عليه السّلام): «إذا اضطرت إليه فليعالجها إن شاءت» لا يخصّ بمورد السؤال، فإذا اضطرت إلى العلاج، و أرادت من المعالج أن يعالجها، يجوز له ذلك بمراجعتها إليه و باختياره.

و في هذا التعبير إشعار، بأن إباحة النظر له منوطة بذلك، و مخصوصة بهذه الصورة، فمجرد كون العلاج أصلح لا يكفي، و ليتأمل جيّداً.

1- تقدّم في الصفحة 389.

2- مستمسك العروة الوثقى 14: 31.

3- الكافي 5: 534/1، وسائل الشيعة 20: 233، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، الباب 130، الحديث 1.

4- تقدّم في الصفحة 415.

و مقام الضرورة (1)، كما إذا توقّف استنقاذه من الغرق و الحرق، على النظر و اللمس.

و يمكن دعوى قيام السيرة على المراجعة إليهم للمعالجة، و هذه الأدلة غير كافية لردعها، فتكون هي إما موجبة لصرفها عن صورة العلاج، أو مخصّصة لها و مقيدة إياها.

و لو كان المريض عالماً: بأنّ النظر يكون عن شهوة و تلذذ، فلا يبعد أيضاً جواز الرجوع؛ لإطلاق قوله (عليه السلام) في المعتبر المذكور، و هو قضية إطلاق كلماتهم.

نعم، بناءً على كون معتبر ابن سويد (1)، وارداً في هذا المقام، فلازمه جواز ذلك إذا عرف الله من تبيته الصدق، لا مطلقاً، فلا تغفل.

قوله مدّ ظلّه: «و مقام الضرورة».

غير خفي: أنّ المقام السابق مع رعاية القيود المأخوذة في كلماته، يندرج في هذا المقام.

و على أي تقدير: في مفروض الكلام بأن يدور الأمر بين حفظ النفس عن الهلاك، و بين الابتلاء بالنظر و اللمس و أمثالهما لا إشكال؛ لأنّ المحافظة واجبة على كلّ أحد.

نعم، السبق إلى الاستنقاذ بدواعٍ باطلة، مع وجود من فيه الكفاية،

وإذا اقتضت الضرورة أو توقّف العلاج على النظر دون اللمس، أو العكس، اقتصر على (1) ما اضطرّ إليه، وفيما يضطرّ إليه اقتصر على مقدار الضرورة، فلا يجوز الآخر، ولا التعدي.

غير جائز، ولعلّ إطلاق كلامهم منصرف عن هذه الصورة.

ومما ذكرنا يظهر حكم ما إذا توقّف النجاة من الهلاك على الأكثر من النظر واللمس، والله هو العالم.

قوله مدّ ظلّه: «اقتصر على ..».

كلّ ذلك حسب حكم العقلاء والعرف؛ بناءً على حرمة النظر واللمس مطلقاً.

وأما على القول: بجوازهما إذا لم يكن بشهوة وريبة، ولا سيّما بدعوى قصور الأدلّة العامّة عن شمول هذه المواقف، فلا يقتصر على مقدار الضرورة، وربّما ينتهي التدقيق في هذه الأمور، إلى هلاك المرضى؛ لأنّ المواظبة على مقدار الضرورة، توجب انحراف نظر المعالج عمّا هو اللازم عليه، ففي مقام المعالجة والاستقاذ وأمثالهما، يكون رعاية ذلك على خلاف الاحتياط أحياناً، فلا تخلط.

[مسألة 23: كما يحرم على الرجل النظر إلى الأجنبية، يجب عليها التستر من الأجانب]

مسألة 23: كما يحرم على الرجل النظر إلى الأجنبية، يجب عليها التستر (1) من الأجانب. ولا يجب على الرجال التستر، وإن كان يحرم على النساء النظر إليهم عدا ما استثني. وإذا علموا بأن النساء يتعمدن النظر إليهم، فالأحوط التستر منهن، وإن كان الأقوى عدم وجوبه. قوله مدّ ظلّه: «يجب عليها التستر».

ومقتضى الإطلاق وجوبه بالنسبة إلى جميع أعضائها؛ حتى الوجه والكفين، وهذا لا ينافي جواز النظر للمرء إذا لم تسترها.

وبالجملة: وجوب التستر بالقياس إلى غير الوجه والكفين، ضروري وإجماعي، وإثما الكلام في موارد الاستثناء الواقعة في كلام جمع (1)، وفي الأخبار الخاصة.

وقبل الإشارة إليها، لا بأس بذكر الآية الشريفة، حيث وردت في هذا المقام، قال الله تعالى وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ

1- المبسوط 4: 160، شرائع الإسلام 2: 113، تذكرة الفقهاء 2: 573/السطر 9، الحقائق الناضرة 23: 53، مستند الشيعة 2: 470/السطر 24.

(1). وفي «الكافي» بسند فيه سعد الإسكاف وهو مشكل أمره عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «استقبل شاب من الأنصار امرأة بالمدينة، وكان النساء يتقنن خلف آذانهن، فنظر إليها وهي مقبلة، فلما جازت نظر إليها ودخل في زقاق» قد سمّاه ببني فلان «فجعل ينظر خلفها، واعترض وجهه عظم في الحائط أو زجاجة، فشق وجهه، فلما مضت المرأة نظر فإذا الدماء تسيل على ثوبه و صدره.

فقال: والله، لآتين رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ولأخبرته.

فلما رآه رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: ما هذا؟ فأخبره.

فهبط جبرئيل (عليه السلام) بهذه الآية قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ (2) (3).

والظاهر أنّ الآية السابقة (4)، أيضاً وردت في ذيلها بهذه المناسبة،

1- النور (24): 31.

2- النور (24): 30.

3- الكافي 5: 5/21، وسائل الشيعة 20: 192، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الباب 104، الحديث 4.

4- النور (24): 31.

فعلى هذا تكون الآية في مورد النظر؛ وفي محلّ إيجاب التستر عن نظر الأجنبي، فيمكن رفع الإجمال من هذه الناحية؛ حسب ما عليه كثير من أرباب التفسير (1).

نعم، وجوب التستر عن مطلق النظر، وحرمة الإبداء عند كلّ نظر، يحتاج إلى المؤونة، وتكفيها الإطلاق؛ فإنّ المورد لا يوجب التقييد.

نعم، دعوى الانصراف إلى النظر الخاصّ وإن كانت قريبة في ذاتها، إلّا أنّها بعيدة، بعد ذهاب المعظم إلى ممنوعيته؛ ووجوب التستر عليهنّ في الجملة مطلقاً.

معنى آية غض النظر وبالجملة: معنى الآية: هو أنّ المؤمنات يوجدن الموانع والحواجب بينهنّ وبين ما يحرم عليهنّ النظر إليه وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ عَنْ كُلِّ آفَةٍ عَرُوفِيَّةٍ، وخلاف عقليّ، و ممنوع شرعيّ؛ حسب الإطلاق، فإنّه أُحيل فهم المحذوف إلى الأمة؛ لأنّه أمر تدركه الطبائع السليمة، والأنفس المتشرّعة ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَاتَّقِ ظُهُورَهُنَّ بِجِرْيَانِ الرِّيحِ، فيكون حال هذا الاستثناء، حال الاستثناء في قوله تعالى:

1- التبيان 7: 429، مجمع البيان 7: 217.

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً (1) فلو ظهرت الزينة كالجيوب والزندان والساقين؛ ممّا هي المحرّكات نوعاً، وتثير الشهوات عادةً فلا بأس، ولكن لا يجوز إظهارها.

ويؤيد ذلك قوله تعالى وَ لِيُصْرَبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ (2) حتى لا يظهر ولو من باب الاتفاق والصدفة؛ وحين الغفلة والذهول.

وأيضاً: يشهد لما أشير إليه، تعقيب القول المزبور بقوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ (3) فيكون الوجه والكفّ والقدم، خارجة عن الآية صدراً وذيلاً، ولا يكون الكفّ والوجه والقدم محلّ الزينة، حتى يصح إطلاق «الزينة» عليها باعتبار علقه الحلول. هذا مع قطع النظر عن أخبار المسألة.

وأمّا بالنظر إليها، فلأحد دعوى أنّ قوله تعالى وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ (4) يدلّ على وجوب تسترهنّ؛ لأنهنّ كلّهنّ فرج؛ لأنّه العورة، و«المرأة كلّها عورة» كما في بعض الأخبار (5)، ولكن دون إثباتها خرط القتاد.

1- النساء (4): 92.

2- النور (24): 31.

3- النور (24): 31.

4- النور (24): 31.

5- الفقيه 3: 1172/247، وسائل الشيعة 20: 66، كتاب النكاح، أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، الباب 24، الحديث 4 و 6.

وَأَمَّا الْأَخْبَارُ الْمَتَضَمِّنَةُ لِإِفَادَةِ أَنَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا هِيَ الزَّيْنَةُ الظَّاهِرَةُ، وَمِنْهَا الْخَاتَمُ وَالْمَسَكَةُ - وَهِيَ الْقَلْبُ وَالْكَحْلُ (1)، فَهِيَ غَيْرُ نَقِيَّةِ الْإِسْنَادِ، وَلَوْ أَمَكُنَ تَصْحِيحَ بَعْضِهَا لَكُنْ حَجَّتِهَا فِي مِثْلِ الْمَقَامِ بَعْدَ ظُهُورِ الْآيَةِ فِي الْخِلَافِ مُشْكَلَةً جَدًّا.

الْأَخْبَارُ الدَّالَّةُ عَلَى عَدَمِ وَجُوبِ سِتْرِ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ وَبِنَاءٍ عَلَى هَذَا، لَا تَدَلُّ الْآيَةَ عَلَى وَجُوبِ التَّسْتُرِّ بِالْقِيَاسِ إِلَى مَطْلَقِ الْأَعْضَاءِ. مَعَ دَلَالَةِ جَمَلَةٍ مِنَ الْأَخْبَارِ عَلَى عَدَمِ وَجُوبِ التَّسْتُرِّ؛ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مِثْلِ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ (2):

وَفِيهَا: مَعْتَبَرُ الْفَضِيلِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنِ الذَّرَاعَيْنِ مِنَ الْمَرْأَةِ، هُمَا مِنْ «الزَّيْنَةِ» الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (3).

قَالَ: «نَعَمْ، وَمَا دُونَ الْخِمَارِ مِنَ الزَّيْنَةِ، وَمَا دُونَ السَّوَارِينِ» (4).

-
- 1- الكافي 5: 521/3 و 4، وسائل الشيعة 20: 201، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 109، الحديث 3 و 4.
 - 2- وسائل الشيعة 20: 200 و 202، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 109، الحديث 1 و 2 و 5.
 - 3- النور (24): 31.
 - 4- الكافي 5: 520/1، وسائل الشيعة 20: 200، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الباب 109، الحديث 1.

و من الواضح: أنّ الوجه خارج عمّا يستره الخمار، وهو الرقبة والرأس، والكفّ فوق السوار لا دونه، فلا تشملهما الآية، ولا الفقرة الأولى أيضاً؛ بهذه المناسبة، فلا تغفل.

ومنها: معتبر أبي حمزة الثماليّ السابق، الظاهر في أنّ في بدن النساء مكاناً يصلح النظر إليه، وقد أشرنا فيما سبق إلى ذلك.

ومنها: معتبر المفصّل بن عمر قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): جعلت فداك، ما تقول في المرأة تكون في السفر مع الرجال، ليس فيهم لها ذو محرم، ولا معهم امرأة، فتموت المرأة، ما يصنع بها؟

قال: «يغسل منها ما أوجب الله عليه التيمّم، ولا تمسّ، ولا يكشف لها شيء من محاسنها التي أمر الله بسترها».

قلت: فكيف يصنع بها؟.

قال: «يغسل بطن كفيها، ثمّ يغسل وجهها، ثمّ يغسل ظهر كفيها»⁽¹⁾.

ويعاضد هذه الأخبار السيرة، وكثرة الابتلاء، ولو كان يجب ستر الوجه والكفّ، لبان وجوبه، كالنار على المنار، ولا يكفي لمثله خبر

1- تهذيب الأحكام 1: 1429/442، وسائل الشيعة 2: 522، كتاب الطهارة، أبواب غسل الميت، الباب 22، الحديث 1.

أو خبران مثل مكاتبة الصّفار(1).

ولا- ينبغي الخلط بين أخبار هذه المسألة، وروايات مسألة حرمة النظر، ممّا لا ملازمة بينهما كما مرّ(2)، فإطالة البحث هنا كما في «الجواهر»(3) وغيره(4) بذكر تلك الأخبار، في غير محلّه.

ولو كانت الآية الشريفة ظاهرة فيما فهمه الجمهور، و تقتضيه المآثر المزبورة، لكانت هي أمّا دالّة على استثناء الوجه و الكفّين، أو مجملة من هذه الجهة. وإذا وصلت النوبة إلى معارضة الأخبار في المسألة، تكون روايات الجواز أقوى دلالة و سنداً.

مع أنّ أخبار المنع لا تبلغ إلى أقلّ الجمع، فيشكل اعتبارها؛ لما أُشير إليه: من أنّ اتّضح أمثال هذه المسائل، لا يحتاج إلى الخبر و الرواية، وقد علمت أنّ الأكثر من الأقدمين اختاروا الجواز(5)، و هو مقتضى بالأصول العمليّة؛ من الاستصحاب و البراءة.

1- تهذيب الأحكام 6: 255/666، وسائل الشيعة 27: 401 كتاب الشهادات، أبواب الشهادات، الباب 43، الحديث 2.

2- تقدّم في الصفحة 398.

3- جواهر الكلام 29: 75.

4- مستمسك العروة الوثقى 14: 26.

5- المبسوط 4: 160، شرائع الإسلام 2: 213، تذكرة الفقهاء 2: 573/السطر 9. اللمعة دمشقيّة: 174، و لاحظ المقنعة: 521.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩