

كتاب الخيارات

تأليف

العلامة المحقق الفقيه

الشيخ محمد هادي الطهراني النجفي

المتوفى سنة ١٣٢١ هـ



طهران - ١٣٩٠ هـ

چاپخانه حیدری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى هدانا الى مسالك شرايع الاسلام ونور مداركه بجواهر الكلام واحكم لنا القواعد نهاية الاحكام بجامع المقاصد وكشف اللثام غاية المراد ومنتهى الارشاد تهذيب سراير العباد هداية رياض الخلد وروض الجنان ومختلف الملائكة ومهبط الفرقان وسيلة تبصرة الجاهلين وذريعة تذكرة الغافلين الذى لم يزل خيارا من خيار محمد المختار صلى الله عليه وآله الاخيار .

و بعد فيقول المسكين المستكين محمد هادى بن محمد امين حشرهما الله مع الائمة المعصومين سلام الله عليهم اجمعين ان النواميس الالهية من اطوار حضرة السبحان فتقدست عن ان يحيط بها بيان او يكتنفها عقل انسان وانما الاعلام بذلوا مجهودهم لكشف الظلام عما يحتاج اليه الايتام المنقطعون عن الامام عليه السلام فذلّلوا الصعاب وفتحوا الابواب صحف عليون يشهده المقربون لا يمسه الا المطهرون اذا رايتها حسبتها اولوا منشورا و اذا رايت ثم رايت نعيما و ملكا كبيرا فقلت ما كان ذا للخلق مقدورا سبحان ربى كانى كنت مسحورا ولكن الاسرار لم تزل محتجبة تحت الاستار فان دقائق الشريعة لا تكون شريعة لكل واردا وانما يرد عليها واحد بعد واحد وانى و ان لم استطع طولا قد كشفتها بينان الابكار من الافكار وبذلتها للاحرار ولكن بالفت فيها بالاختصار فان لم ينكشف لك شيء منها فلا تبادرن بالانكار فليس ذامن شيم الابرار فلا يؤحسنك اختصاصى بكثير من هذه الانظار فانما الرجال بالاقوال تعرف لا الاقوال بالرجال فهذه الرسالة الموسومة بذخائر النبوة متكفلة بمهمات مباحث الخيار وفرقة اخرى عن الاسرار يغتبط بها اولوا الابصار والحمد لله على نعمته على الابرار ونعمته على الفجار .

الخيار اسم من الاختيار وهو افتعال من الخير فهو قبول الخير فقولنا له الخيار معناه انه متمكن من سلوك ما هو خير له لا ان معنى الاختيار المشيئة كما توهمه بعضهم، هذا معناه في الأصل وأما ما يراد به الآن فهو غنى عن البيان وينصرف عند الاطلاق الى ملك احد المتعاقدين ازالة العقد و اقراره فيما لا يكون ركنه احدهما والمراد بالاقرار الالتزام والايجاب لا اسقاط حق الفسخ وان شاركه في التأثير فان الالتزام بالاستحقاق غير الالتزام باسقاط الحق، ألا ترى ان الفقهاء يعدون الايجاب قسيما للاسقاط ويكشف عن ذلك ان الاجنبى المجمعول له الخيار لا يقدر على الاسقاط مع ان له سلطان الالتزام وليس للمشروط له من احد المتعاقدين حينئذ الفسخ والاقرار مع ان له الاسقاط فالخيار حق واحد ينحل الى حقين حق ازالة وحق الاقرار .

و بالجملة فرق واضح بين استحقاق الايجاب والقدرة على اسقاط حق ازالة فأنه من لوازم كون ملك ازالة من الحقوق بخلاف ملك الاقرار فانه في عرض ملك ازالة فنسبة الخيار الى كل من ملكي ازالة والاقرار سواء بخلاف ملك اسقاط حق ازالة فانه في طول ملك ازالة ومن لوازم كونه من الحقوق فالجنس لا يشمل ما كان من الأحكام وغيرها مما ليس بحق كالقدرة على الفسخ في العقود الجائرة أما الإذنية منها كالوكالة والوديعة والعارية فلا أن القدرة على الفسخ فيها ليست إلا القدرة على دفع الاذن التي هي مقتضى ماهيته ومن لوازم حقيقته وليس حقا بل ولا حكما شرعيا وأما غيرها كالهبة فجواز الرجوع فيها حكم شرعي ومما حققناه يظهر الحال في سلطنة المالك على فسخ العقد الفضولي و اقراره فانه في الحقيقة ليس إلا اناطة انتقال المال عن المالك الى غيره برضاه ، وليس من الحقوق بل ولا من الأحكام التعبدية بل من لوازم المالكية نعم يتوهم انه مما ثبت بقوله ^(عليه السلام) لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه وسيوضح انشاء الله تعالى فساده وكذا ملك الورثة فسخ العقود الصادرة من المورث فيما زاد عن الثلث في مرض الموت فانه وان كان ملكا للمورث إلا ان الموارث تشبها به بحكم الشارع فهو في حكم ملكهم في الجملة ، فافهم .

و بقولنا احد المتعاقدين يخرج ملك العمته و الخالة فسخ نكاح بنت الأخ والأخت و ملك الحرّة فسخ نكاح الأمة على القول به .

ان قلت ان الخيار المجمعول للأجنبي ليس لأحد المتعاقدين مع انه من افراد المحدود قلت ان الحق انما هو لأحد المتعاقدين المشروط له خيار الأجنبي و اضافته اليه باعتبار تقييده به و لهذا يسقط باسقاط المشروط له حيث ان الحق و الرفق له لا للأجنبي على ما سيتضح في خيار الشرط انشاء الله تعالى .

و بقولنا فيما لا يكون ركنه احدهما ، ملك الزوجين الفسخ بالعيوب حيث ان الركنين هما الزوجان و بهذا القيد و ان خرج ما خرج بالأول إلا ان في الجمع كشفا لتام ما هيئته و توضيحا لجميع ماله دخل في قوام حقيقته و بما حققناه ظهر ما فيما صنعه بعضهم من التقييد بقوله بعد وقوعه مدّة معلومة لاخراج بعض ما ذكرهم ان الأول لا حاجة اليه و الثاني مغل لأن بعض ما هو من المحدود ليس كذلك كخيار العيب و الغبن .

و بما حققناه ظهر ايضا ما فيما افاده شيخنا المرتضى قدس سره حيث قال : وقد يعرف بانه ملك اقرار العقد و ازالته و يمكن الخدشة فيه بانه ان اريد من اقرار العقد ابقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه اذ القدرة لا يتعلق باحد الطرفين و ان اريد منه الزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ ففيه ان مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يوخذ في تعريف نفس الخيار مع ان ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا ، فينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا ، انتهى فانك قد عرفت ان المراد هو الالتزام و ان الالتزام بالاستحقاق غير الالتزام باسقاط حق الفسخ و اما ما استظهره ففي غاية السقوط حيث ان الجواز و اللزوم مما يقال بالتشكيك فلهما مراتب مرتبة فالزام العقد اعم من الزامه مطلقا من طرف خاص او وجه مخصوص مع ان الظاهر من الاقرار هو الاقرار من طرف مالك الازالة حيث ان الظاهر ان له التصرف في العقد فيما يرتبط به و كون الفسخ ابطالا للعقد انما هو من جهة انه داهم بذهاب احد ركنيه لا ان احد المتعاقدين يرفع

بالفسخ ارتباط العقد بصاحبه ايضاً بل انما يستتبع ازالة ارتباطه به ارتفاع ارتباطه بصاحبه و لعل هذا يزداد وضوحاً في المقدمة بعون الله تعالى، فالفسخ في مقابل الالتزام ظاهر في الفسخ من جهة ازالة ارتباطه به فيترتب عليه الانهدام و انه لا يتعلق بالعقد مطلقاً اولاً و يظهر من تخصيصه الخيار المشترك بالانتقاض به ان صاحب الخيار المختص يقتدر على الزام العقد مطلقاً مع ان لزومه من طرف صاحبه الذي ليس له الخيار انما هو بمقتضى الأصل لا بالزام ذي الخيار .

وقبل الشروع في توضيح اقسام الخيار و بيان احكامها لابد من تمهيد مقدمة تنكشف ببيان امور .

الأول ان حق الخيار لا يحلله الى ملكين ملك الازالة و ملك الاقرار على ما هو المختار لا بد له من محل يكون لازماً من جهة و جائزاً من اخرى حتى يكون من الجهة الأولى متعلقاً للأول و من الثانية للثاني و اللزوم على ثلاثة اقسام الأول ان يكون من لوازم العقد مطلقاً بحيث يكون آتياً عن الفسخ في جميع اقسامه و اصنافه كالوقوف و الصدقات اللازمة .

الثاني ان يكون كذلك ولكن لا مطلقاً كالنكاح فانه مما يابى عن الفسخ الا باحد العيوب و تخلف الوصف .

الثالث ان يكون العقد مقتضياً له فيلزم مالم يمنعه مانع كالبيع و هذا الأخير محل لملك الازالة لا غيره .

و الجواز ايضاً على ثلاثة اقسام الأول كون العقد بالذات صالحاً للازالة مطلقاً بحيث يستحيل لزومه و من هذا القبيل العقود الانبيئية كالوكالة و الوديعة و العارية فان قدرة من قام به الاذن على رفعه التي هي السلطنة على الفسخ في هذه العقود المعبر عنها بالجواز مما لا يمكن ان يتخلف عن الاذن بل هو بحسب حقيقته امر اختياري يستحيل ان يكون على خلاف ذلك و لهذا تبطل بموت الموجب و جنونه و اغماؤه و ليست خارجة عن عموم اوفوا بالعقود على تقدير دلالتها على اللزوم .

الثاني كونه كذلك بحكم الشارع وان لم يكن بناء العقد عليه كالهبة الجائزة الثالث

طروا الجواز عليه و ان كان مقتضيا للزوم كالبيع المتعلق به حق الخيار و هذا هو الجواز المتعلق به الاقرار .

ان قلت ان ترتب ملك الاقرار على ملك الازالة ينافي كونه في عرضه فما التوفيق بين هذا و بين ما اخترته في الحد و دفعت به ما اعترضه شيخنا قدس على ما اخترته من التعريف .

قلت ان الغرض من كونه في عرضه انه هو كونه كذلك في انحلال الخيار اليهما و ان مدخلية ملك الاقرار في تحقق حقيقة الخيار كمدخلية ملك الازالة و لا ينافي ذلك ترتب نفس ملك الاقرار على ملك الازالة ، بل لا ترتب في الحقيقة و انما الايجاب هو اختيار بقاء العقد فالشخص مخير بين امرين الفسخ والرضا ببقاء العقد فحيث اختار البقاء لزم العقد لأنه احد طرفي التخيير فهو اوجب العقد اى احدث سبب الوجود بعد ما صائر جائزا بالخيار باختيار ما اثره الوجوب في مقابل الانساخ وهذا معنى قولنا انه ايجاب بالاستحقاق واليه ينظر تعبير الاصحاب قدس سرهم بالتخيير وانه يقول احدهما للاخر اختر وسياتي انشاء الله تعالى أن الافتراق في خيار المجلس والتصرف في الحيوان أيضاً من هذا الباب فكل منهما احد طرفي التخيير و هذا معنى كونه رضى لاما توهموه . و بالجملة فحدوث اللزوم متوقف على سبق الجواز لكن استحقاق الفسخ و الايجاب بمعنى كونه مخيراً بين الامرين المستلزم لترتب كل من الاثرين الفسخ و اللزوم بمجرد الاختيار معنى بسيط و من حيث انه نسبة بين امرين من حيث ان التخيير ربط بين ما يتخير فلا بد له من طرفين لا محالة وكل من انحلال العقد و بقاءه طرف لهذه النسبة فايهما اختاره استقر حيث ان الخيار يزول بالاختيار فاختيار البقاء انما يوجب زوال الخيار من حيث انه أحد الطرفين ولا معنى لبقاء الخيار بعد الاختيار و من المعلوم ان الزوال بالاختيار غير الإسقاط .

الثاني ان العقد هو المعنى الحاصل بالايجاب والقبول المحصلين له الكاشفين عنه و الفسخ انما يتعلق بالعلقة الحاصلة المعتبر عنه في الفارسية بكره لا بالمعنيين القائمين بالمتعاقدين ؛ ان كان اطلاق العقد عليهما صحيحاً ايضاً بل حقيقة أيضاً وما يتوهم من كون العقد

حقيقة في الإيجاب والقبول اللفظيين فقد اوضحنا فساد في رسالتنا المعمولة في الصلح و كيف كان فالفسخ لا يتعلق باللفظ المعلوم ولا بالمعنى القائم بالمتعاقدين وإلا كان لهما ذلك مطلقا حيث ان قيام تلك الكيفية النفسانية بالنفس باختيار الشخص كالاذن الذي عرفت حاله، مع ان الأمر ليس على هذا المنوال فالعقد الذي يتعلق بالفسخ هو الامر المترتب على هذا المعنى القائم بالنفس لا الآثار المترتبة عليه كما يتوهم. واذقتين هذا بتوفيق الله تعالى فاعلم ان العقد قد يفسخ مطلقا فيترتب عليه عود كل من العوضين إلى صاحبه اذا كان مشتملا على العوضين ما دام العوضان قائمين و يفرم من تلف عنده العوض لصاحبه البديل الحقيقي حيث ان التالف قبل الانفساخ كان مضمونا عليه بالمسمى بحكم العقد، فاذا زال العقد رجع الضمان إلى ما كان يقتضيه لولا العقد من وجوب رد المثل او القيمة .

و بعبارة اخرى كون المبيع مثلا مملوكا للمشتري بحكم البدلية عن الثمن عين ضمانه بالمسمى فهو وان كان مملوكا له بسبب البيع الا ان علقته لم ينقطع عن البايع راسا و لهذا يملكه بمجرد الفسخ بالسبب الأول فهو بدل عن مال المشتري و لهذا يترتب عليه آثار المبدل منه ما دامت البدلية حاصلة كما ان بدل الحيلولة ملك للغاصب و لكن يترتب عليه جميع آثار ملك المقصوب منه ما دامت الحيلولة فاذا زالت كان للمالك بالملك الأول لا انه ملك جديد فبهذا الاعتبار نقول ان يد المشتري مثلا على المبيع يد ضمان فمادام العقد قائما تعين المسمى وبعد زواله فالحكم على الأصل لأن حقيقة الضمان هنا انه لو تلف تلف من كيسه فانه ليس من الضمان في شيء و قد يفسخ مع قيام العوضين او احدهما خاصة لا مطلقا فلا اثر له إلا التراد أو الرد و الارتجاع .

اذا عرفت هذا فاعلم ان ملك الازالة في بعض الخيارات على الوجه الأول وفي بعضها على الوجه الثاني و المرجع عند الشك هو اصاله اللزوم لأن المرتبة الثانية هي المتيقنة و لا بأس بالاشارة اجمالا إلى بعض الأقسام المختلفة في ذلك فمن الأول

خيار الغبن فإن الغرض منه دفع خسران المعاملة وهذا لا يندفع بتلف العين كما لا يندفع ببذل التفاوت لفقد السبب المملك وليس كل خيار مشارك له في المدرك والمناط كذلك كخيار الشركة حيث أن ضرر الاشتراك وهو توقف التصرف على إذن الشريك لا يعقل ألا مع بقاء المال المشترك .

و في خيار المجلس من الدروس في بيع من يندفع على المشتري : ويحتمل ثبوته للبائع لأن نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق وحينئذ يمكن وقوف العتق ونفوذه فيغرم المشتري القيمة لو فسخ البائع ويجرى مجرى التلف الذي لا يمنع من الخيار انتهى ومن الثاني خيار العيب لقوله عَلَيْهِ بعد ما سئل عن الرجل يشتري الثوب والمتاع فيجده عيبا ان كان قائما رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب وكذا خيار الحيوان ففي التوقيع اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء وكذا خيار التأخير بمقتضى قوله عَلَيْهِ وان جاء بينه وبين ثلثة ايام وإلا فهو احق بماله مع ان ثبوت الخيار بعد التلف هنا لا يندفع به ضرر الصبر وذلك المطالبة وكون التألف قبل القبض من مال البائع الذي هو في معنى الانفساخ لا ينافي بقاء العقد هنا على حاله مع التلف لأن القبض الذي هو المناط في ارتفاع الضمان ليس الا التخلية والموجب للخيار هو التأخير في رفع بدل البائع واقباض الثمن .

و اما خيار الشرط فهو تابع لجعل المتعاقدين وما هو الغرض من الاشتراط ومما يترتب على كون متعلقه التراد أو الرد والارتجاع عدم نفوذ التصرفات الناقلة وعدم جواز الانلاف وبعون الله يتضح الحال .

الثالث ان انفساخ العقد بالنسبة إلى بعض ما تعلق به او فسخه كتبين فساده كذلك لا يوجب بالنسبة إلى غيره فلو باع في سلعة واحدة حيوانا ومهة ففسخ المشتري العقد في الحيوان خاصة لا يوجب انفساخ العقد مطلقا وكون أثر الانشاء امر واحدنا ببسطة غير قابل للتبعيض لا ينافي ذلك لأنه ليس من الموجودات الخارجية بل انما هو امر اعتباري وعند التحليل ينحل إلى علائق عديدة ولذا لا يبطل العقد اذا وقع على ما يصلح لتعلقه به وما لا يصلح مع فساد النسبة الى الأخير .

الرابع ان الخيار قد يثبت لعله معلومة الجهات فيدور مدارها فلو تيسر المسلم فيه بعد ما صار متمتعاً في رأس الاجل زال الخيار ولا مجال لاستصحابه بخلاف خيار المجلس فانه وان كان لحكمة الارفاق بحال المتعاقدين ودفع الضرر عنهما الا انه ليس علة يدور مداره فلا يسقط الا باحد المسقطات فافهم .

الخامس ان الأصل في العقود اللزوم بمعنى انها بحسب ماهياتها العرفية مقتضية للزوم وعدم الانحلال الا العقود الانية لما عرفت فالعقدة الحاصلة بانشاء المتعاقدين محكمة لا تنحل بمجرّد الفسخ من احد المتعاقدين بل الانحلال يتوقف على اسباب خاصة فالاصل هنا بمعناه اللغوي فان العقود مبتنية على اللزوم ومن الأصول المسلمة عند العقلاء عدم الاعتداد باحتمال الموانع مع احراز المقتضى وليس هذا من الاستصحاب في شيء ولهذا فلو ثبت الخيار في زمان وشك في بقاءه ولم يمكن استصحابه بحكم باللزوم مع ان الحالة السابقة انما هو الجواز والقاعدة المستفادة من العمومات على تقدير تماميتها لاتنفع في مثل المقام لأن العموم من حيث الافراد لاينفع في الشك في الأزمان والأحوال ، وقد اشار الى الأصل الذي بنينا عليه شيخنا فده حيث قال ان الظن بوجود مقتضى المفسدة مع الشك في وجود المانع كاف في وجوب الدفع كما في صورة القطع بنبوت المقتضى مع الشك في وجود المانع فان احتمال وجود المانع للضرر او وجود ما يتدارك به الضرر لا يعتنى به عند العقلاء سواء جامع الظن بوجود مقتضى الضرر أم القطع به - الى ان قال : بل المدار في جميع غايات حركات الانسان من المنافع المقصود جلبها والمضار المقصود دفعها على المقتضيات دون العلل التامة لأن الموانع والمزاحمات مما لا تنصى ولا تحاط بها انتهى فهو قد تولى الى الأصل المزبور مع حكمة جعله واعتباره عند العقلاء وعلى هذا الأصل اطباق علماء الاسلام ويعبرون عنه بالاستصحاب وبعموم الدليل وقد حققناه في الأصول بما لا مزيد عليه وبيننا ان حجية الاستصحاب على خلاف ما عليه الأصحاب .

والحاصل ان القوم قدس الله اسرارهم لما زعموا وضع الأصل في الاعطال للأربعة المعروفة تكلفوا في تطبيقه في المقام عليها بوجوه ليس شيء منها بشيء أما

القاعدة فلما عرفت من أنها لا تجرى في جميع موارد التمسك بهذا الأصل حيث ان الشك في الأحوال و الايمان لا يرتفع بالدليل المنعروض لحال افراد العقد أو انواعه . و اما الاستصحاب فلما عرفت أيضاً من عدم جريانه في جميع المقامات مع ان ظواهر تعبيراتهم كقولهم الأصل اللزوم و لأصالة اللزوم لا تساعد عليه وقد فسره به الفاضل قدس سره في التذكرة و تبعه غيره ، و اما الظاهر فان اريد منه ظاهر حال المتعاقدين ففيه أو لا ان غرضهما ليس الا مجرد حصول الأثر و اما الاستدامة فلا وثانياً ان هذا إنما ينفع مع امضاء الشارع و مع العلم به فلا حاجة إلى احرار بنائهم اللهم الا ان يقال ان الامضاء على الطريق المتعارف محرز فالشك في احرار المتعارف و تميزه عن غيره و ان اريد منه ظاهر حال العقد ففيه ان العقد إنما يقتضى البقاء لولا الرفع فظاهر حاله البقاء لا اللزوم الا ان يقال ان الاقتضاء للبقاء بعد احراره يورث الظن بالبقاء حتى مع احتمال المانع وليس الغرض من اللزوم الا عدم تأثير شيء في رفعه وحله فتدبر ، و ان اريد منه ظاهر حال الشارع ففيه مع عدم مساعدة دليل عليه أنه يستلزم تعارض أدلة الخيار مع هذا الأصل فتدبر و ان اريد ان الغالب في العقود اللزوم و الظن يلحق الشيء بالأغلب ففيه ان الغالب من الأفراد جائز لمكان خيار المجلس و غيره و غلبة الأنواع لو سلمت فالظن لا دليل على اعتباره و كيف كان فاستدلوا للأصل المزبور بوجوه منها قوله تعالى في سورة المائدة « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » و لنمهد مقدمة بتكفيل ببيان امور .

منها أن الوفاء انطباق ما ينبغي ان ينطبق على الشيء عليه و عدم قصوره منه . و منه وفاء الكيل و الوزن فانه عبارة عن انطباقهما على ما يقصد استعلاهما بهما من المقادير و يقابله البخس فاستيفاء الكيل عبارة عن جعله وافيًا للمستوفى بما قصد منه و أعدله و الايفاء عبارة عن جعله وافيًا لغير الموفى و هذا الاختلاف على القاعدة لأن الأول مقتضى الاستفعال و الثانی مقتضى الافعال قال الله تعالى « الذين إذا اکتالوا على الناس يستوفون وإذا کمالوهم أو وزنوهم يخسرون » و قال تعالى « اوفوا الكيل و الميزان ولا تبخسوا الناس اشياهم » و قد يوافق الايفاء الوفاء قال الله تعالى « اوفوا

بعمدى أوف بعمدكم و التفعيل كالافعال قال الله تعالى « من كان يريد الحياة الدنيا و زينتها نوف اليهم اعمالهم فيها » .

و قوله تعالى « و ابراهيم الذى وفى » اى وفى سهام الاسلام امتحن بذبح ابنه فعزم عليه و صبر على عذاب قومه و اختتن فصر على مضضه فقد وفى عددا ما امر به اى بلغ به حده الطامور به و اتمه و من هذا يكنى بالاستيفاء عن الأخذ تماما و بالايفاء عن الاعطاء كذلك و الموافات كناية عن الحضور عند الشخص فكان كلاً منهما وفى بالآخر ولم يقصر احدهما عن صاحبه بالغيبة عنه و منه الحديث الحجر يشهد لمن استلمه بالموافات و لهذا يكنى عن الحج بالموافات و التوفى كناية عن الامانة وقبض الروح حيث ان الميت يلقى ربه و الوفاء بالعهد كناية عن القيام بمقتضاها فكان الموفى بلغ بالعهد حده و الغدر عبارة عن التناقص عنه فكان العهد حبل يبرم بالوفاء و ينقض بالغدر فالغدر والنقض ضد الوفاء بالعهد لامطلقاً فانك قد عرفت انه قد يقابله بالبخل و الاخسار مع ان الوفاء في جميع الموارد بمعنى واحد سواء في ذلك المجرد و الافعال و التفعيل و التفعيل و الاستفعال و المفاعلة و ان اختلف المعنى باختلاف الخصوصيات فان الامانة التي هي معنى التوفى و الملاقة التي هي الموافة و الاتمام الذي هو معنى الايفاء و الوفاء بالعهد الذي هو ضد الغدر معاني متباينة لكن الموضوع له هو الجامع كما لا يخفى و بما حققنا يظهر ان الوفاء كما يقوم بمن قام به العهد فقد لا يقوم به بل إنما يقوم بغيره فان التكليف عهود لا معنى لوفاء المولى بها بل إنما الوافى بها العبد فان اقامة حدود الله تعالى التي هي عهوده و عدم نقضها و التعمد عنها عبارة عن الاعتداد بها و العمل عليها .

و بما حققنا تبين ان قوله تعالى « أوفوا بعمدى أوف بعمدكم » معناها والله تعالى أعلم اعملوا بما أردته منكم ولا تعدوا حدودى أعطكم ما اردتم متى لا ما قيل من ان معناه أوفوا بما ضمنتم أوف بما ضمنتم لكم من الجنة و العهد سبق الذكر و هو الجامع بين جميع موارد الاستعمال من اليمين و الأمان و الذقة و رعاية الحرمه و الوصية و غيرها و العقد جمل الشيء ذا عقدة و هي الحالة المعبر عنها في الفارسية

بكره و يكتفى بها عن العويصات و الغوامض لادائه كثيراً إلى الاشكال و الغموض و صعوبة الأمر و عن الربط بين الشئيين مطلقاً سواء جامع الشد و الاحكام ام لا حيث إنه وسيلة إليه و يستعار به عما يشبهها كالحزن المعبر عنه بالعقدة ولا يعتبر في أصل معناه الاحكام فان عقد الأصبع لحساب الجمل عقد حقيقة مع انتفاء الاحكام فيه و كذا عقود الأصابع و هى المفصلات فانها لا تمتاز عن ساير الأجزاء بالاختصاص بمزيد استحكام كعقود القصب بل الأمر فيها بالعكس و عقد القلب على الأمر كناية عن الالتزام به و العزم عليه فكان النفس تعرضها حينئذ عقدة كعقدة الحبل و القصب و ليس المناط هنا شدة الالتزام .

ففى النكاح ثلث عقد :

منها التزام الزوجين بالزوجية و هو عهد مخصوص و اطلاق العقد عليه لكون القلب معقوداً به و وجود حالة فى القلب شبيهة بالعقدة لا لتحقيق شد و إحكام الاترى أن الاعتقاد يتصف بالقوة و الضعف و بهذا الاعتبار يشاركه كل ما يعقد القلب عليه من الأديان و العقود و الايقاعات و العزم على الأفعال و البيعة و غيرها .

و منها الحالة المترتبة على الانشاء فكان اتصال الحبلين بعقدة بينهما فالأصل علقه النكاح و ما به قوامها و هو الاثر المترتب على الانشاء عقدتها فالمعقود بالعقدة الأولى قلب كل من الزوجين و بالثانية حبل كل منهما و الأول عقدتان متقابلتان و الثانى عقدة رابطة بين الحبلين فمحلها مجموع الطرفين و محل الأول أمر واحد كعقدة الأصبع و القصب .

ومنها تأكيد النكاح و توثيقه ، لو اتفق كتأكيد الأوامر والنواهي الإلزامية وظهر بما حققنا ان اطلاق العقد على عقد القلب استعارة حيث انه شبه ما فى النفس بالعقدة لإطلاقه على الربط و التوثيق أمام مجاز مرسل بذكر السبب و ارادة المسبب و إنما كناية . ومنها ان الجمع المحكى باللام إنما يفيد العموم حيث لا عهد أى لامر يحتمل إرادته بالخصوص منه فمجرد تحقق ما يحتمل إرادته منه يمنع من الدلالة على العموم لأن التحقيق انه لم يوضع اذالك كساير التراكيب التى لا وضع لها بل إنما ذلك

من جهة اقتضاء الإشارة التعيين ولا معيّن الاتمام الأفراد حيث ان الجنس ليس مراد أو كذا فرداً أو الفرد المعين لمكان الجمعية فتعين جميع الأفراد حيث ان التعيين لا يتصور إلا بأحد الوجوه والمفروض انتفاء ما عد إلا خير فتعين فإذا وجد في مقام ما يكون نسبتة إلى الجمع كنسبة تمام الأفراد بان يكون معهوداً كمعهوديته ثم يختص الجمع به بل ربما ينصرف إليه .
و توضيح المرام ان الجمع مركّب من اسم وحرف أو مادة و هيئة و الأخير ان إنما يدلّان على أن الطبيعة مرادة من حيث تحقّقها في ضمن أكثر من فردين فالحكم إنما تعلق بالجنس المدلول عليه بالمفرد على نحو خاص و هذه الخصوصية معنى آلى غير مقصود إلا تبعاً و ليس عنواناً للمقصود بل المعنى في الجمع هو المعنى في الفرد و إنما الاختلاف يتحقّق بلحاظ في الجمع لم يكن في المفرد و هذا هو السرّ في كون دلالة الجمع على الآحاد بالمطابقة وكون دلالة الجمع المحلّي على الآحاد دلالة تامّة و ليس ذلك إلا لان المرتبة المعيّنة من العدد و هو ما فوق الاثنين ملحوظ في اسم الجمع مستقلاً كلفظ الجماعة فان المجتمع من حيث هو كذلك معنى واحد للكلمة بخلاف الجمع فان الحكم في العلماء انما يتم بالعالم غاية الأمر انه لما كان يصدق على الواحد و الاثنين على نسق واحد كما هو مقتضى الكلية و اللابشرية و الحكم كان متعدداً عن الاثنين اشير بالحرف والهيئة إلى ذلك على ما هو مقتضى الآلية فمعنى رايت رجالاً رايت الطبيعة في ضمن أكثر من فردين لا الطبيعة الموجودة في ضمن أكثر من فردين فالتمييز في الحكم لا في الموضوع و ليس الفرق في الآلية والاستقلال في المقام منحصراً في ذلك بل هذا من وجوه الفرق و لتحقيق الآلية و بيان وضع الحروف مقام آخر .

و ممّا حقّقنا ظهر وجه قدح خروج الواحد و الاثنين في عموم الجمع من غير حاجة إلى ما تكلفوه وان استقلال كل فرد من آحاد الجمع بالحكم ليس من جهة الاسلاح وان أفراد الجمع والمفرد سواء على القاعدة غاية الأمر ان الحكم في المفرد على الطبيعة لا بشرط و في الجمع بشرط التحقيق في ضمن أكثر من فردين لا اقول أنه يعتبر في الجمع اجتماع الافراد في الحكم بل يجب ثبوته لأكثر من فردين في الجملة ألا ترى ان قوله تعالى «إنّما الصدقات للفقراء» للعموم ومع ذلك لا يستفاد منه وجوب التوزيع حيث ان

الثابت بالاية إنما هو كون كل فقير فقير مصرفاً للزكاة مثل سبيل الله والمؤلفة و مثله قول الطوصى اعطوا ثلث مالى للفقراء أو فقراء البلد فلا يجب التوزيع بل ولا الدفع إلى الثلاثة فافهم . هذا حال نفس الجمع و أما اللام الداخلة عليه فأنما وضعت للإشارة إلى ما اريد من المدخول و من المعلوم أنها تستلزم التعمين و هو في تعريف الجنس بكون الطبيعة معهودة في الاذهان و في العهد الذهني أيضاً بمعهودية الطبيعة فاللام في السوق اشارة إلى فرد من الطبيعة المعهودة المعلومه بخلاف الخارجى فان معرفة الطبيعة لا تكفى في معرفتها و لذا اخرجوه عن المعروف بلام الجنس .

و أما الاستغراق فكالعهد الخارجى لا ابهام فيه بل هو اقصى مراتب التعمين و هو مع ذلك مما تصلح الطبيعة لان تكون آلة لملاحظة حاله فمع انتفاء القرينة لا يستفاد من اللام الا اشارة إلى الطبيعة باعتبار مالها من العهد في الاذهان و إذا قامت القرينة على اعتبار الوجود تعين العهد الذهني لانه الاقرب إلى ذلك المعهود الذى يستعان به إلى معرفته و العهد الخارجى لا يصار اليه إلا بدليل يدل عليه زائداً على ذلك ولكن شئ من الاقسام المذكورة لا يحتمله الجمع فيتعين فيه العهد الاستغراقى حيث ان الحكم تعلق بالطبيعة بشروط الوجود في ضمن اكثر من فردين مع تعيينه و كونه معهودا كما هو مقتضى الاشارة و المفروض ان شيئاً من وجوه العهد لا يتعقل لمكان الجمعية إلا الاستغراق فاذا اتفق في مقام من المقامات تساوى احتمال ارادة بعض خاص لاحتمال ارادة الاستغراق فصرعن افادة العموم فانه لم يكن موضوعاً له حتى لا يقدح فيه ذلك . و منها ان الظاهر من العهد الذى يجعله المتكلم موضوعاً لحكمه هو العهد بينه و بين مخاطبه لا ما بين المخاطب و شخص آخر .

إذا عرفت هذا كله فاعلم ان الاية الشريفة لا تدل على ما يستدلون له بها بوجه من الوجوه بل ولا اشارة فيها اليه ولا يستش منها رايحته بل لا يصلح لذلك بل لا يمكن ان يكون ما زعمه جمع مراداً من الاية الشريفة .

أما عدم الدلالة فلو جوه (الاول) ما اشار اليه آية الله في السبق و الرماية من المختلف بعد ما نقل الاحتجاج لزوم بقوله تعالى « أو فوا بالعقود » بقوله و الجواب القول

بالموجب فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه فإن كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و إن كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز انتهى . و توضيحه أن الحكم تابع لموضوعه دائر مداره ولا يعقل تغيير الموضوع بالحكم و إلا لزم تقدّم الشيء على نفسه وقد عرفت أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و الغدر خلافه و الجواز عبارة عن صلوح العقد للانحلال و اللزوم خلافه و من المعلوم وجوب القيام بمقتضى العقد الجائز ما لم ينحل بالفسخ فكما أن تطرق الاقالة إلى العقود اللازمة لا يتنافى وجوب العمل بمقتضاها ما لم تنفسخ فكذا الخيار في الجائزة و جواز الفسخ في الاذنية و غيرها فالعمل بالمقتضى إما على سبيل اللزوم اى بحيث لا يمكن ازالة موضوعه و إما على سبيل الجواز فيصح أن يقال يجب العمل بمقتضى العقد على سبيل الجواز اى وجوباً يمكن ازالة موضوعه بالفسخ .

و بالجملة ففرض الفاضل قدس سره الاشارة إلى أن وجوب الوفاء اعم من اللزوم و الجواز و لهذا يجامع الجواز و أنه حكم لا يغير الموضوع و المادة قاصرة عن افادة اللزوم فظهر أن ما اورد عليه من جهة الغفلة عن مراده و سيزداد هذا اتضاحاً . فتبين أن وجوب الوفاء لا يدل على وجوب الابقاء بل يجامع جواز الازالة و لهذا لا تعارض بين ادلة الخيارات و الاية الشريفة و لو دلت الاية على عدم نفوذ الفسخ تعارضت مع ادلة الخيارات و تمسكهم لوجوب القبض فيما هو شرط في لزومه و لصحة العقد الخيارى بالاية الشريفة لا يتم إلا على ما حققناه فافهم .

الثانى أن الوفاء لو كان بمعنى الابقاء فكونه واجباً لا يدل على عدم نفوذ الفسخ لأنّ النهى في المعاملات لا يقتضى الفساد لو سلم كون وجوب الابقاء عبارة اخرى عن حرمة الفسخ و إلا فالأمر اوضح فتأمل . بل تدل حينئذ على عدم اللزوم حيث أن تعلّق التكليف بالابقاء وعدم الفسخ يدل على انه مقدور للمكلف و ليس الجواز إلا نفوذ الفسخ الثابت بتعلّق التكليف به .

الثالث أن العهد اّمّا من المتكلم إلى مخاطبه و اّمّا من غيره إليه و اّمّا من أحدهما إلى الغير و اّمّا بين اثنين منهما و الصور كثيرة فما من شخص إلى آخره

الأوامر والنواهي وما بين الاثنين فهي العقود المتعارفة و ظاهر امر المولى عبده بالوفاء بالعهود هو وفاءه بما عهد اليه مولاة بل ظاهر القضية مطلقا هو العهد بين المتكلم والمخاطب و انصراف المفرد لا ينافي عموم الجمع فالمعنى و العلم عندالله تعالى اوفوا بما عهدت اليكم من الشرع اصولاً و فروعاً ولا تنقضوا تلك العهود من بعد توكيدها و قد فسره به في (الكشاف) حيث قال و الظاهر أنها عقودالله عليهم في دينه من تحليل حلاله و تحريم حرامه و انه كلام قدّم مجملا ثم عقب بالتفصيل وهو قوله تعالى « احلت لكم » انتهى .

و عن (ابن عباس) هو ما احل و حرم و ما فرض وحدّ في القرآن كله فلا تعتمدوا فيه و لا تنكثوا و قواه (امين الاسلام قدس سره) فيما يأتي من كلامه و يؤيد هذا المعنى امور :

منها ما اشار اليه في (الكشاف) من ارتباط ما بعده به لكونه تفصيلا له و اما على غير هذا التفسير فلا ارتباط بين الكلامين و هو من الشناعة بمكان .
و منها ما اشار اليه (امين الاسلام قدس سره) و هو قوله تعالى « الذين ينقضون عهدالله من بعد ميثاقه » الى قوله « سوء الدار » .

ومنها كونها من سورة المائدة وهى على ما يقال نزلت في آخر عهد النبي ﷺ او بعد جميع السور فاكدت بها ما عهده الله الى العباد من الاسلام والايمان والعبادات .
ومنها ان المواظ و الامر بالايمان و الثبات عليه في القرآن اكثر فهو في هذا المعنى اظهر .

ومنها خطاب المؤمنين بذلك فانه يشعر بكفاية الايمان في الوفاء من غير حاجة الى هذا الامر كقول المستغيث ايها المساهون اغيثنى .

و منها تعليق الحكم على العقد فان كون العقود المتعارفة عقداً انما هو باعتبار ما يترتب عليها من الربط بين الحبلىين لا باعتبار التوثيق ولهذا تعم العقود الازنية التى لا يتوهم فيها جهة توثيق فان اطلاق العقد عليها ليس مجرد اصطلاح من الفقهاء بل هى في العرف و اللفظة عقود قطعاً كالبيع مع ان اللزوم ليس توثيقاً في العهد بل انما هو

قوة و شدة في العقدة الواقعة على الحبلىين الرابطة بينهما فمحل العهد هو نفس العاهد و توثيقه تأكيده فهو صفة لوصف العاهد و العقدة صفة في الحبلىين و كونها بحيث لا تنحل المعبر عنه باللزوم ليس من توثيق العهد في شيء فكون الموفى به عقدأله دخل في الحكم من جهة التوثيق والتأكيد فكأنه تعالى يقول إن هذه العهود المؤكدة مستغنية عن التأكيد و الوعظ في بعضها لكم على القيام بها .

و منها ما عرفت من نقل التفسير به عن (ابن عباس) و ارتضاء المفسرين له .
و اما ما في تفسير (على ابن ابراهيم) عن (الصادق عليه السلام) من ان المراد بها العهود فلا ينافي ذلك بل يوافقه و يؤيده لما عرفت من ان العقد له اطلاقا باعبارات مختلفة ، و الاسر بالوفاء لا يلايم ارادة العهود الموثقة و اما خصوصية العهد فالرواية الشريفة ساكنة عنها و ليست بصدد بيانها .

الرابع ان الآية الشريفة مفسرة بان المراد بها العهود العشرة التي اخذها النبي ﷺ بخلافه امير المؤمنين عليه السلام فمن القمى عن الجواد عليه السلام أن رسول الله ﷺ عقد عليهم لعلى عليه السلام بالخلافه في عشرة مواطن ثم انزل الله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » التي عقدت عليكم لاميير المؤمنين عليه السلام وليس سياقها سياق التأويل بل الظاهر منه بيان التنزيل بل هو صريحه ، و لا يقدح فيه عدم ارتباط ما بعدها بها لما حققنا في كشف الاستار من امكان التحريف بل وقوعه فعلى هذا يؤيد هذا التفسير عدم الارتباط فتدبر .

الخامس ان الجمع المحلى على ما عرفت لم يوضع للعموم و انما يفيد حيث لم يحتمل ارادة شيء مثل احتمال ارادة الاستفراق فاحتمال ما عن (ابن عباس) و ما في تفسير القمى يكفى في عدم ظهور الآية فيما راموه فلا قل من الاجمال القادح في الاستدلال و اما عدم الصلوح فلان ارادة خصوص العقود المقابلة للايقاعات بديهي الفساد و ارادة مطلق العقود الشامل لاحكام الشرعية التي هي العقود الالهية و العقود المعهودة استعمال لللفظ في اكثر من معنى واحد حيث ان وفاء العبد باحكام المولى و ما عهد اليه كناية عن امتثال احكامه ، و وفاء بعهد نفسه عبارة عن القيام بمقتضاه و هما معنيان

متغيران واعتبار الجامع وهو مطلق الوفاء بمطلق العهد من الاغلاط حيث ان الاشتراك انما هو في اللفظ لا في المعنى لا اقول ان العهد ليس مشتركاً معنوياً بين عهد المولى الى العبد وعهد نفسه ولا ان الوفاء ليس عبارة عن مطلق انطباق ما ينبغي ان ينطبق الشيء عليه الجامع بين الوفاء بعهد المولى وعهد النفس ولا ان للوفاء بالعهد ضعاً عليه حتى يختلف المعنى باختلاف الوضع بل اقول ان الخصوصيات ملحوظة لامحالة في هذه المجازات فامتثال الاوامر والنواهي انما يراد من وفاء العبد بعهود مولاه بلحاظ كون العاهد آمراً و ناهياً و كون العمل بها وظيفة للمأمور والصحة و اللزوم انما ينتزعان بلحاظ كون العهد بين المتعاقدين وكون متعلقه الامور الوضعية المستتبعة للآثار التكليفية فاذا كانت الخصوصيات ملحوظة في الاستعمال امتنع ارادة المعنيين اذ لا جامع بين الخصوصيتين و مجرد وجود الجامع غير مجد .

وبالجملة فكما انه لا جامع بين قولك اطيعوا الله ورسوله وبين قولك الاصل في العقود الصحة و اللزوم فكذا بين ما يمكن به عنهما بالتقريب المتقدم و عليك بالتأمل التام فان المراد لا يكاد يتضح الا للاحدى من العلماء الاعلام فان النظر البدوى يقضى بوجود الجامع بالضرورة و الله الموفق، هذا مجمل القول في عدم الدلالة و عدم الصلوح .

واما المرحلة الثالثة وهو استحالة ارادة الصحة و اللزوم من الاية الشريفة فلان العقد على ما عرفت انما يطلق على مثل البيع لكونه ربطاً بين العجلين فالنكاح هو الربط بين الزوجين الحاصل بالانثائين و عقده هو الذى به الارتباط كما في العجلين المرتبطين و الانشاء النفسانى سبب لحصولها و الصيغة آلة للانشاء فالعقد يطلق ابتداء على ذلك الربط تشبيهاً له بما يحصل بعقدة العجلين فانه عقد حقيقة بالمعنى الاسمى الحاصل من المصدر و الانشاء انما يطلق عليهما العقد من جهة كونهما سبباً له و الصيغة لكونها آلة لهما فالنكاح في قوله عَلَيْهِمَا (النكاح سنتى) و البيع في قوله تعالى « احل الله البيع » مثلاً عبارة عن نفس الربط المخصوص و من هذا تبين ان العقود الجائزة و اللازمة في إطلاق العقد عليها عرفاً و لغة على نسق واحد وان دعوى خروج العقود الاذنية الالية عن

اللزوم بحسب الذات عن العقود فاسدة ناشئة عن توهم عدم تحقق الاستيثاق فيها دون البيع و نظرائه .

و انت ترى ان اطلاق العقد على تلك العقود ليس بهذا الاعتبار بل انما هو باعتبار تحقق الربط المشترك بينها و الربط لا معنى للوفاء به و نقضه لانه كسائر الامور الواقعية من الاعتباريات و المتناصلات لا يقال لترتيب آثارها عليها وفاء و لهذا التزموا بان العقد في الآية الشريفة هو العهد الموثق و ورد التفسير به عن اهل الذكر عليه السلام فاذا لم يكن البيع و ماضاهاء عهداً بالتقريب المتقدم لم يصح الاسر بالوفاء بهما . هذا اذا كان المراد من الآية الشريفة نفس الربط و اما لو كان المراد الانشاء القائم بالنفس فهو وان امكن ان يدعى كونه عهداً الا انه ليس موثقاً و عدم انحلال المقدة الحاصلة به ليس مستنداً الى توثيقه بل ذات العقدة مما يصعب انحلالها بعد حصولها في مثل البيع و الا فانشاء المبادلة و التملك في البيع و الهبة على نسق واحد .

و بالجملة فقوة العقدة و ضعفها لا يستندان الى توثيق العهد و عدمه بل الى اختلاف طبيعة العقدة فافهم و في العوائد على الاستدلال بالآية الشريفة ايرادات فاسدة منها ما محصله ان الجمع المحلى باللام و ان كان مفيداً للعموم الا ان وجود ما يحتمل الصارفية قاذح في التعويل على اصاله الحقيقة فضلا عما يظن كونه قرينة و تلك الآية في سورة (المائدة) و هي على ما ذكره المفسرون آخر السور المنزلة في اواخر عهد النبي صلى الله عليه و آله و لا شك ان قبل نزولها قد علم من الشارع وجوب الوفاء لطائفة جملة من العقود كالعقود التي بين الله سبحانه و بين عباده من الايمان به و برسله و كتبه و الايمان بالصلاة و الصيام و الحج و الجهاد و غيرها بل بعض العقود التي بين الناس بعضهم مع بعض كالبيع و النكاح و الاجارة و الرهن و امثالها و تقدم طلب الوفاء بتلك العقود يورث الظن لارادتها من قوله او فوا بالعقود خاصة او يصلح قرينة لارادتها فلا يمكن التمسك باصالة الحقيقة في ارادة جميع الافراد من الجمع المحلى مضافاً الى ان قوله تعالى « احلت لكم بهيمة الانعام » الى آخره تفصيل لبعض العقود ايضاً كما مر في كلام بعض المفسرين و هذا ايضاً مما يضعف الحمل على العموم ، و ايضاً ارادة العموم يستلزم الجمع بين

التأسيس والتأكيد وهو غير جائز .

و فيه اولا ان الجمع المحلى على ما عرفت ليس موضوعاً للعموم و لهذا لا يفيد
بمجرد تحقق ما يصلح للارادة و هو المقصود من العهد المعتمد انتفائه في افادة العموم
كما لا يخفى على الخبير .

و ثانياً ان التفصيل المزبور في الظواهر كالتفصيل بين الشك في عروض القادح
و قدح العارض في اعتبار الاستصحاب ضعيف و ان استحسنه (شيخنا قده) و المتكفل
بتحقيقه كشف الاستار .

و ثالثاً ان القادح على هذا المذهب سبق طائفة من العقود كالوامر و النواهي
فيتم المطلوب وان لم يرد الامر بالوفاء بها مع ان تقدم الامر بالوفاء بها ممنوع و الامر
بالصلوة و الصيام الذى هو عين العهد غير الامر بالوفاء بها و كذا العلم بصحة البيع من
نحو قوله تعالى « احل الله البيع » ليس من عهد الامر بالوفاء بالبيع في شيء .

و اما ما اورد عليه مما يبلغ عشرة عشرة ففى غاية الضعف و منتهى الوهن لا يخفى
شاعتها على اصاغر الطلبة و يظهر بعض ما فيه مما سياتى انشاء الله تعالى .

و منها ما محصله ان الحمل على العموم يستلزم الجمع بين التأسيس والتأكيد
في استعمال واحد و هو كاستعمال المشترك في اكثر من معنى حكماً و مبنى .

و فيه ان كون الحكم تأكيداً او تأسيساً محالاً يراد من اللفظ بل لا يمكن ان
يستعمل فيه لانهما امران ينتزعان من كون الحكم مسبوقاً بمثله و ارتجاله الا ترى ان
قولك اقم الصلوة المسبوق بمثله لا يراد منه في الدفعتين الامعنى واحد مع ان الاول
تأسيس و الثانى تأكيد و كذا الحال في المفردات فان قولك زيد زيد لا يراود منه الا ما يراد
من قولك زيد فمعنى زيد شيء واحد و معنى كونه تأسيساً عدم سبق مثله عليه و معنى
كونه تأكيداً كونه مسبوقاً بمثله و هذان مما يلحقان الاستعمال فكيف يستعمل فيهما
اللفظ فافهم .

و منها ان اعتبار الاستيثاق في معنى العقد مما انتفقوا عليه و المتيقن منه هو
اللزوم الشرعى فلا يمكن التمسك بالاية الانفى الشرطية و المانعية في العقود

اللازمة واصالة العدم مغنية عنه ولو قلنا بكفاية التوثيق العرفي فلا ينفعهم اصلا لانهم يريدون اثبات لزوم مثل قول المتعاقدين عاوضت فرسى مع بقرى من الموجب و قبلت المعاوضة من القابل لو لم نقل بكونه بيعاً و مثل ايجاب اسقاط حق الرجوع بعوض او صلحه لو لم ندرجه في عموم الصالح و امثال ذلك و نحن لا نسلم التوثيق في امثال ذلك عرفاً لولا اللزوم الشرعى بل هو نفس العهد و توثيقه و صيرورته عقداً اما يكون باقتران امر آخر معه يوجب توثيقه شرعاً او عرفاً ومع الثبوت الشرعى لا احتياج الى التمسك بالاية ولا يتوهم ان بناء المتعاقدين وقصدهم عدم الرجوع و تكلمهم بلفظ قاصداً منه البقاء على مقتضى العقد لا يكون توثيقاً له لان ذلك هو العهد اذ ما لا يقصد فيه الاثبات به البتة ليس عهداً فحصول التوثيق يحتاج الى امر آخر و على المستدل اثبات التوثيق عرفاً .

و فيه اولا ان اعتبار الاستيثاق الشرعى في العقد واضح الفساد على تقدير ارادة مثل البيع لان عدم صلوح العقد للفسخ بحكم الشارع عهد من الشارع و حكم من احكامه و نفس العقد عهد بين المتعاهدين و لا يصير العهد موثقاً الامن صاحبه و منع الغير من حله لا يجعله موثقاً فان " انضمام عهد من شخص الى عهد من آخر لا يغيره ولا يجعله شديداً بعد ما كان ضعيفاً .

و بعبارة اخرى توثيق العهد عبارة عن شدة اهتمام صاحبه به كعهد الله تعالى الى بنى آدم ان لا يعبدوا الشيطان و عهده تعالى اليهم ان يقيموا الصلوة .

و اما لو لم يكن نفس العهد موثقاً فلا ينفع في توثيقه انضمام عهد موثق اليه من غير المعاهد الا ترى انه لو نذر الولد امتثال امر والده في اوامره النديية وجب عليه امتثالها شرعاً و مع ذلك لا يصير عهد الوالد موثقاً .

و بالجملة فرق بين عدم نفوذ الفسخ بحكم الشارع مع صلوح العقد في نفسه لذلك لعدم توثيقه و بين كونه بحيث لا يفسخ لكونه بحيث لا يتطرق اليه الفسخ وهذه الحيثية توثيق في العهد، هذا بناء على التنزل و المماشاة و الافقدم الصلوح للانحلال ليس من توثيق العهد في شيء كما سيتضح ان شاء الله تعالى .

و ثانياً ان عدم تحقق التوثيق العرفي في مثل عاوضت فرسى مع بقرك ممنوع فان المعاوضة من حيث هى مبتنية على اللزوم عرفاً و كذا الاسقاط بالعوض و صلح حق الرجوع و امثالهما و المناط نوع المعاملة فتدبر .

و ثالثاً ان ما جعله من الفروع غير متفرع على الاصل المزبور لان عاوضت فرسى مع بقرك ان كان القبول فيه كالايجاب بحيث يكون كل من الموجب و القابل موجباً من جهة و قابلاً من اخرى كان صلحاً و الا كان بيعاً .

و بعبارة اخرى لو كان كل من الفرس و البقر في نظر المتعاملين في عرض الاخر فيكون مركباً من اثنتين مستقلين فلا يتميز الموجب من القابل وان اشتمل صورة على الايجاب و القبول كان صلحاً و ان كان احدهما مقصوداً بالذات للمتعاملين و الاخر بالتبع كان بيعاً .

الآتى ان بايع الخبز غرضه نقله الى المشتري والمشتري غرضه تملكه على الوجه المخصوص فصحة هذه المعاملة و لزومها مما لا اشكال فيه و ليست معاملة مستقلة قطعاً فان امتياز المعاملات ليس باختلاف العبارات و من اراد توضيح الحال فعليہ برسالتنا المعمولة في الصلح فقد تكفلت بحمد الله تعالى لكشف الاستار عن وجه الاسرار .

و رابعاً انه لا توثيق اعظم من بناء المتعاقدين و قصدهم عدم الرجوع بل لامعنى لتوثيق العهد في المقام الا ذلك على ما هو مرامهم فقلوه ولا يتوهم ان بناء المتعاهدين الخ فيه مالا يخفى .

و من العجب قوله بعد ذلك لان ذلك هو العهد الخ فان نفس العهد غير البناء على عدم الرجوع عنه و عدم حله المفروض تحققه فاللايق منع الصغرى فافهم .

و منها ان للعهد معانى متكررة كالوصية و الامر و الضمان و اليمين و غير ذلك و شئ منها لا يصدق على ما هم بصدد اثبات لزومه او صحته في المباحث الفقهية و لو سلمنا ان للعهد معنى يلائم ذلك ايضاً فارادة ذلك المعنى من العهد الذى هو معنى العقد في الآية غير معلوم بل لاسبيل الى اثباته فيمكن ان يكون المراد من العقود الوصايا الالهية الموثقة اى المشددة في ثبوتها اى التكاليف اللازمة فانها وصايا منه سبحانه الى عباده كما ورد في

الآيات المتكثرة كقوله سبحانه « ووصينا الإنسان بوالديه حسناً » و « ذلك ما أوصينا به آدم و نوحاً » (!!) الى غير ذلك ويمكن ان يكون المراد به مطلق الوصايا و يمكن ان يكون منها الاوامر و الأيمان والضمانات و بالجملة اثبات كون المراد من العهود المأخوذة فى معنى العقود فى الآية معنى يصدق على مثل عاوضت فرسى بيقرك امر مشكل جداً و بدون ذلك لا يصح الاستدلال بالآية فيما هم بصدده .

و فيه ان مبنى الاستدلال على عمومية الجمع المحلى و أن العهد مشترك معنوى بين موارد اطلاقه و من المعلوم انه ليس مشتركاً لفظياً و الذى يظهر منه انه توهم من عد اللغويين تلك المعانى للعهد انها معانى متغايرة وهو معلوم الفساد فان اكثر ما يذكره اللغويون مصاديق للمعنى الحقيقى او معانى مجازية او كناية كما لا يخفى على من له خبرة نعم للمناقشة فى العموم وجه و حيه قد حققناه آنفا .

و منها ان معنى العقد لغة الجمع بين الشئتين بحيث يعسر الانفصال بينهما و المراد فى الآية معناه المجازى فيتسع دائرة الكلام و مجال الجدل فى التمسك بالآية كما لا يخفى .

وفيه ان الامر بالوفاء قرينة لارادة العهود وقد ورد التفسير بها فى صحيحة (ابن سنان) المروية عن ابي عبدالله عليه السلام و لابد من اعتبار الاستيثاق فيها تحقيقاً للعلاقة المصححة

ومما حققناه ظهر بعض ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال بعد ما ذكر الآية الشريفة والمراد بالعقد مطلق العهد كما فسر به فى صحيحة (ابن سنان) المروية فى تفسير (على بن ابراهيم) او ما يسمى عقداً لغة وعرفاً و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه بحسب دلالاته اللفظية نظير الوفاء بالنذر فاذا دل العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له فاخذه من يده بغير رضاه والتصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد فهو حرام فاذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضى صاحبه كان هذا لارماً مساوياً للزوم العقد و

عدم انفساخه بمجرد فسخ احدهما فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعنى فساد الفسخ من احدهما بغير رضى الاخر وهو معنى اللزوم بل قد حقق في الاصول ان لامعنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم .

توضيح الضعف ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد وليسامن مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد مساوياً للزوم .

وأضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف باصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو ان المفهوم من الآية عرفاً حكمان تكليفي و وضعي و قد عرفت ان ليس المستفاد منها الاحكام واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً انتهى .

و فيه للنظر مواطن كثيرة نشير الى بعضها على سبيل الایجاز .

منها قوله والمراد بالعقد الى قوله والمراد بوجوب الوفاء . فان مقابلة ما في الصحيحة مع ما في اللغة والعرف لا محصل له لان العهد ليس معنى شرعياً للعقد و ليس اخص مطلقاً منه ايضاً كما انه ليس تاويلاً في الآية و انما تكفلت الرواية بتوضيح المعنى العرفي حيث ان المعنى الحقيقي على ما عرفت غير مرادها جزماً و المجازات متعددة و المتعين في المقام بقرينة تعلق الامر بالوفاء به هو العهد لما عرفت من ان العقد ليس له معنى يصلح لذلك الا العهد والعهد انما يكون معنى للعقد اذا شاب به في التوثيق فالرواية و ان خلت عن التعرض للعلاقة الا ان اعتبارها واضحة فالمحتاج الى البيان انما هو تعيين نوع المعنى و اما مثل تلك الخصوصية فلوضوحها غنية عنه فلا تدل الرواية الا على ما فهمه منها اللغويون و المفسرون و يساعد عليه العرف و اللغة و كانه قدس سره زعم ان الرواية تدل على ان المراد بها العهد مطلقاً و ان لم تشتمل على التوثيق و هو

من الوهن بمكان .

و منها قوله و المراد بوجوب الوفاء الخ .

فان ما افاده من ان المراد العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالة اللفظية نظير الوفاء بالنذر مع ما فيه من ان الوفاء باللفظ لا معنى له و ليس الاخذ بالمداول وفاء باللفظ، ان ما فرعه عليه بمكان من الضعف و السقوط لان البيع مثلاً لا يشتمل على التزام بفعل كالنذر حتى بالالتزام لان البائع انما يعقد قلبه على تبديل المبيع بالثمن و المشتري يعقد قلبه على التبديل فالملتزم به انما هو البدلية المترتبة عليه الاحكام الوضعية لا الافعال الاختيارية المتعلقة بها الاحكام التكليفية و ان شئت قلت ليس البيع الا انشاء تملك المال بعوض و لا فرق بين البائع و غيره الا في انتقال المبيع منه الى المشتري دون غيره واما حرمة الحيلولة بين المشتري و المبيع فالناس فيها شرع سواء بل يجب على كل احد تمكين كل مالك من ماله فوجوب ترتيب آثار الملك من حرمة الاخذ من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك حكم تكليفى مترتب على الملكية سواء كانت مسببة عن البيع او الميراث او الحيازة و ليس توجه هذا التكليف الى البائع من جهة التزامه بالبدلية او بالعمل بما يترتب عليها من الاحكام التكليفية بل انما هو من جهة تحقق الملكية مع ان استلزام الالتزام بالملكية الالتزام بامتنال ما يترتب عليها من الاحكام التكاليفية مما يكذبه العيان و الوجدان ضرورة امكان عزم البائع على غضب المبيع من المشتري و عدم منافاته للبيع فاخذه من يده بغير رضاه ليس نقضاً لمقتضى الالتزام بالملكية فلا دلالة للالاية على حرمة و لو سلم فالاية انما تدل على وجوب ترتيب آثار الملك على المبيع مادام العقد باقياً ضرورة توقف الحكم على الموضوع و المعلول على العلة .

فالدليل المثبت للحكم لا يصلح لان يتعرض لثبوت العلة و الموضوع مع ان المتعاقدين لا يلتزمان بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه حال العقد بالضرورة و وجوب الوفاء فرع العهد .

و الحاصل ان الاية لا تصلح لان يتعرض للفسخ بان لحكم بوجوب ترتيب آثار

الملكية بعده ايضا حيث ان الوفاء بالعهد يدور مداره و ليس ترتيب آثار الفسخ عليه من النقص و الغدر في شيء فلا التزام للمتعاقدين بترتيب آثار العقد بعد الفسخ .

فظهر بما حققناه ما في قوله فاذا حرم باطلاق الآية بجميع ما يكون نقضاً الخ . فان التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه انما تكون نقضاً لو لم يؤثر الفسخ و بقي العقد على حاله و المفروض ان الآية انما تدل على حرمة النقص و وجوب الوفاء و اما عدم الانفساخ بالفسخ و تحقق موضوع النقص فلا يمكن ان تدل عليه الآية الدالة على الحكم بتلك الدلالة و ما استدلل به لذلك من ان العاقد التزم بعدم التصرف حتى بعد الفسخ ، و وجوب الوفاء به اسقاط للفسخ عن التأثير قد عرفت ما فيه من ان الواقع خلاف ذلك فان الشخص لو التزم بذلك فاما يلتزم به من جهة استتباع الملكية له لا مطلقاً فلا يعقل التزامه به مع زوال الملكية بالفسخ .

ان قلت لسنا نقول بانه التزام بعدم التصرف مع زوال الملكية بل انما التزم بعدم التصرف في هذا المال حتى بعد صدور ما يكشف عن الفسخ منه من فعل وقول و وجوب الوفاء بذلك العهد شرعاً لا ينفك عن اسقاط الفسخ عن التأثير كما ان الالتزام بعدم الرجوع في العدة بصلح و نحوه يسقطه عن التأثير عند بعضهم .

قلت سقوط الاسباب عن التأثير بالالتزام بترك ترتيب الاثر من جهة وجوب الوفاء بالعهود وغيره مما لا يكد ان يلتزم به متفقه فضلاً عن فقيهه و الاقلو التزم بالنذر و اليمين او الصلح او الشرط بعدم ترتيب آثار الملكية على ما يملكه بالبيع او الارث مثلاً لزم ان لا ينتقل اليه مع تحقق السبب و كذا لو التزم مشتري الحيوان بان لا يترتب آثار الفسخ لو فسخ في الثلثة بنذر و نحوه من غير ان يؤل الى اسقاط الخيار لزم ان لا يؤثر الفسخ وهو بديهي الفساد .

مع ان الالتزام بعدم التصرف بعد الفسخ اما من جهة ان وجوده كعدمه في نظر العاقد فلم يلتزم في الحقيقة الا بترتيب آثار ملكية صاحبه ما دامت باقية و قد عرفت انه غير مجد في المقام .

و اما من جهة البناء على عدم التصرف في ماله الراجع اليه بالفسخ النافذ باعتقاده

وهو تحريم للحلال ولا تصلح ادلة الشروط و الصلح و الاية الشريفة و غيرهما لتنفيذه على ما حققناه في رسالتنا المعمولة في الصلح .

و بالجملة فدعوى ان البيع متضمن للالتزام بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه و ان الاية الشريفة تدل على وجوب القيام بمقتضاه و انه يستلزم سقوط الفسخ عن التأثير، من العجايب مع ان لزوم البيع لو كان معه ولا للالتزام المتبايعين بعدم ترتيب آثار الفسخ عليه وجب ان لا يتحقق فيما لو صرحا حال العقد بخلافه بان يقولوا انا انما نحدث المبادلة و نلتزم بآثارها مادامت باقية و لعلنا يبدولنا الفسخ بعد ذلك فلا نلتزم الان بعدم ترتيب آثاره عليه و هو مما لا يكاد يلتزم به احد .

و منها قوله بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الخ
فان التحقيق خلاف ذلك و تحقيق المسئلة وان كان خارجاً عما نحن فيه و لكن لا بأس بالاشارة اليه لكونه من العويصات و اشتباه الامر على اهل العصر .

فمقول و بالله الاستعانة و منه الاغاثة و الاعانة : ان الاحكام الشرعية باسرها امور اعتبارية انتزاعية سواء كانت تكليفية ام وضعية ضرورة ان الفعل انما يتصف بالوجوب مثلاً قبل وجوده و ثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له فتوقف ثبوت العرض على عدم موضوعه من اقوى الشواهد على اعتباريته و جعل الامر الاعتباري انما هو يجعل منشأ انتزاعه فكون الفعل بحيث لو سئل المولى عنه لأمر به أو نهى عنه راجع الى المولى فان اراد ان يجعل الواجب حراماً و الحرام واجباً لفعل فهذه نسب ثابتة في نفس الامر بمعنى كونه ظرفاً لأفئتها لا لوجودها اختيارية للمولى مثلاً ولا ينحصر انتزاعها في ثبوت خطاب متعلق بها بل يمكن تحقيقها حتى مع غفلة المولى عنها فان حقيقة الوجوب مثلاً عندنا كون الشيء بحيث لو سئل عنه لأمر به وان لم يصدر خطاب ولا طلب بل و لم يتحقق تصور للواجب من الامر، الا ترى ان العبد التارك لانقاذ المولى عاص له وان لم يخطر ببال المولى غرق حتى يأمر بانقاذه على تقديره .

و بهذا يعلم كيفية تعلق الاحكام الشرعية بالمكلفين في امثال زماننا مع انقطاع الوحي و عدم شمول الخطابات للمعدومين على ما هو مذهب المحققين فان ثبوت الحكم

في نفس الامر لا يتوقف على الانشاء بل ربما يتحقق الحكم قبل الانشاء وذلك لا يخرج عن كونه انشاء فالوجوب قد يحدث بالطلب الحتمى لا انه لا يتحقق الا به وهذا من الاسرار التى كشفت عنها السمر في الرسالة المعمولة في التعارض فجعل الحكم التكليفى يجعل منشأ انتزاعه ومن المعلوم انه باختيار المكلف - بالكسر- فان كون الفعل بحيث يعاقب الشخص عليه او يثاب ليس الشخص فيه مضطراً بالضرورة هذا حال الاحكام التكليفية . و اما الوضعية فهى ايضاً اعتبارات اختيارية الا ترى ان اعتبار الصلوة مركبة من عشرة اجزاء مثلاً باختيار الشارع واعتباره ومن المعلوم عند غير (البا قلايى) ثبوت الماهيات الجعلية للعبادات لا بمعنى صدور الاحكام التكليفية منه فانه مما لا ينكره القاضى ايضاً بل بمعنى اعتبار الافعال المتعددة فعلاً واحداً وجعل المجموع كلاً والاحاد اجزاء كما هو الحال في الفنون ، فان النحو عبارة عن مسائل تجمعها جهة واحدة باعتبارها اعتبرت فناً واحداً فهذه ماهية جعلية وكذا الحال في الكتب والدواوين فذهب من يعترف بثبوت الماهيات الجعلية الى ان جزئية السورة للصلوة مثلاً ليس الا وجوبها فيها من الغراب ومنه يظهر حال الشرطية والمناعية فان اعتبار ارتباط الصلوة بالطهارة الخارجة عن حقيقتها كاعتبار ارتباطها بالفاتحة الداخلة فيها غير الحكم التكليفى المتعلق بها فانه اعتبار في الموضوع ولا محالة تكون مقدماً على الحكم ، نعم يمكن ان يجعل قيداً للطلب فحينئذ يتأخر بل التحقيق انها جهات الفاعل كالطهارة والاستقبال اعتبارات خارجية متأخرة عن اصل الجعل وان كانت وضعية ولهذا يثبت في حق الصبى مع عدم ثبوت الحكم التكليفى في حقه واما سببية الشئ للحكم التكليفى كالدلو كوجوب الصلوة فهى عبارة عن تأثيره ودخله في انتزاع الحكم التكليفى وتحققه في نفس الأمر و كما أن نفس الوجوب يجعل الشارع بالمعنى الذى اشرنا اليه فكذا دخل الدلو فيه ايضاً فان للشارع ان لا ينيط حكمه به لانه ليس مجبوراً وملجأ الى ذلك الحكم على هذا التقدير .

و اما السببية للموضوعات كالعقد المورث لتحقيق الملكية والزوجة فمغايرتها للتكاليف في غاية الوضوح حيث انها ايضاً مما يعتبره من ليس له حكم تكليفى ايضاً

كالعرف فإن رمى الحصة عندهم كان مفيداً للنقل ولكن الشارع منع منه و تقريره اسببيه الصيغة لا يجعلها تكليفاً بل انما نسبة الشارع في هذا الاعتبار الى هذه الامور كنسبة العرف اليها فالملكية التي هي ربط بين المالك والملوك قد تحصل بالارث وقد تحصل بالعقد فكما ان الابوة من الامور الواقعية التي لا يتوهم كونها من الاحكام التكليفية فكذا الملكية والزوجية وتأثير الاسباب في تحققها ليس الا كونها منشأاً لاتزاعها وليس حال اعتبار الشارع الاحكام اعتبار اهل العرف واما الصحة والفساد فها اعتباران تابعان لبعض الاعتبارات الاخر لان اجتماع الشيء للاجزاء والشرايط عبارة عن الصحة والفساد عبارة عن الاختلال، فهما لا يستقلان بالجعل بالضرورة .

و اما الحدث والنجاسة كالطهارة فهي ايضاً اعتبارات موجهة للاحكام التكليفية لا انها عينها .

ان قلت ان النجاسة من الصفات الواقعية التي لا يعقل اناطتها باختيار الشارع و كونها اعتبارية لا يستلزم ذلك الا ترى ان الفوقية امر اعتباري ولا يعقل تشريعها وكذا الابوة ومنه يظهر حال الحدث والطهارة غاية الامر ان هذه الصفات مما لا يطلع عليها الا الشارع و لهذا صارت توقيفية و ان ابيت الا عن كونها منشأً مجعولة فليست الابعة اخرى عن الاحكام التكليفية .

قلت ان اعتبار تلك الاوصاف ليس الا كاعتبار المالية في الدراهم والدنانير المسكوكة فان المالية من الامور الواقعية التي لا يعقل اناطتها باختيار الشارع من حيث هو كذلك و يترتب عليه الاحكام العقلية والعرفية والشرعية ومع ذلك فهي منوطة باعتبار السلطان و وقوع السكة الكاشفة عنه فتختلف القيمة الواقعية باختلاف اعتبار السلطان فهذه الصفات ايضاً منوطة بجعل الشارع فيجعل الغسالة طاهراً والماء القليل الغير المستعمل في التطهير بملاقات النجس نجساً ولا ينافي هذا تبعية الاحكام للمصالح والمفاسد حيث انها انما تتبع ما فيها لا ما تعلقت بها على ما هو التحقيق الا ترى ان الشارع لم يجعل الحديد نجساً مع مساواتها لساير الاعيان النجسة في القذارة كغسالة الاستنجاء و ليس هذا عفواً حقيقياً و ان جاز التعبير به عنه مع ان النجاسة ليست عبارة عن المفسدة الكائنة في

شيء قطعاً غاية الامر انها علة مقنضية لها فليست النجاسة الاكمل للملكية فان الحيابة والاحياء والارث سبب لحكم الشارع بالملكية وانشائه اياها الا ترى ان كون الصدقات، للمؤلفة يجعل الشارع فدخولها في ملكهم بعد القبض انما هو باعتبارها وتشريعه و حقيقة انشاء الملكية والطهارة اعتبار تشريعى كاعتبار المالية للائتمان المنوطه باختيار السلطان فكما ان اعتبار الملكية من اهل العرف ليس انشاء لحكم تكليفى بالضرورة فكذا اعتبار الشارع وعدم انفكاكه منها واستتباعه لها لا يدل على الاتحاد بل الاستتباع من اقوى الادلة على المعايرة فان الشيء لا يكون موضوعاً وحكماً وعلة و معلولاً معا بالضرورة . و مما حققناه يظهر حال ساير الاحكام الوضعية ككون الشخص محرماً ومحلاً و كون مكان محرماً وغيره حلاً ، والى ما حققنا اشار (السيد المحقق البغدادي) في شرحه على (الوافية) تعريضاً على (السيد الصدر) بقوله و اما من زعم ان الحكم الوضعى عين الحكم التكليفى على ما هو ظاهر قولهم ان كون الشيء سبباً لواجب هو الحكم بوجود الواجب عند حصول ذلك الشيء فبطلانه غنى عن البيان اذا الفرق بين الوضع و التكليف مما لا يخفى على من له أدنى مسكة ، و التكليف المبنية على الوضع غير الوضع و الكلام انما هو في نفس الوضع و الجعل والتقرير .

و بالجملة فقول الشارع دلوك الشمس سبب لوجوب الصلوة والحيض مانع منها خطاب وضعى وان استتبع تكليفاً وهو ايجاب الصلوة عند الزوال وتحريمها عند الحيض كما ان قوله تعالى « اقم الصلوة لدلوك الشمس » و (دعى الصلوة ايام اقرائك) خطاب تكليفى وان استتبع وضعاً و هو كون الدلوك سبباً و الافراء مانعاً .

و الحاصل ان هناك امرين متباينين كل منهما فرد للحكم فلا يغنى استتباع احدهما للآخر عن مراعاته و احتسابه في عداد الاحكام انتهى .

ولقد اجاد حيث حكم بكون توهم الاتحاد واضح الفساد وان الفرق بين الوضع و التكليف مما لا يخفى على من له ادنى مسكة و قد اشار الى ان الحكم الوضعى قد يكون بجعل العرف واعتباره فيقرره الشارع كسببية الصيغة للملك والزوجية وقد يكون بانشاء كجزئية الفانحة وشرطية الطهارة وايضاً قد افاد ان الاعتبار الوضعى قد يتبع الاعتبار

التكليفى وقد يستتبعه وهو أيضاً كذلك فان الشارع قد يأمر بالصلوة عند الدلوك وهذا حكم تكليفى يستتبع اعتباراً وضعياً وهو سببية الدلوك للوجوب يعنى ان الاعتبار التكليفى ملحوظ استقلالاً والوضعى تبعاً ، وقد يكون بالعكس بان يقول جعلت الدلوك سبباً لوجوب الصلوة وهذا الاختلاف في الانشاء كاختلاف قولنا (ظرف قيام زيد الدار) و (زيد قائم في الدار) .

وبما حققناه ظهر ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال بعد ما حكى الكلام المتقدم وتعجب منه :

اقول لو فرض نفسه حاكماً بحكم تكليفى و وضعى بالنسبة الى عبده لوجد في نفسه صدق ما ذكرناه فانه اذا قال لعبده (اكرم زيداً ان جأئك) فهل يجد المولى من نفسه انه انشأ انشائين و جعل امرين احدهما وجوب اكرام زيد عند مجيئه و الاخر كون مجيئه سبباً لوجوب اكرامه ، وان الثانى مفهوم منتزع من الاول لا يحتاج الى جعل مقايير لجعله ولا الى بيان مخالف لبيانه و لهذا اشتهر في ألسنة الفقهاء سببية الدلوك وممانعة الحيض ولم يرد من الشارع الا انشاء طلب الصلوة عند الاول وطلب تركها عند الثانى .

فان اراد بما بينهما مفهوماً فهو اظهر من ان يخفى كيف و هما محمولان مختلفا الموضوع وان اراد كونهما مجعولين بجعلين فالحوالة على الوجدان لا البرهان و كذا لو اراد كونهما مجعولين بجعل واحد فالوجدان شاهد على ان السببية و الممانعة في المثالين اعتباران منتزعان كالمسببية و المشروطية و الممنوعة مع ان قول الشارع دلوك الشمس سبب لوجوب الصلوة ليس جعلاً للايجاب استتباعاً كما ذكره بل هو اخبار عن تحقق الوجوب عند الدلوك .

هذا كله مضافاً الى انه لا معنى لكون السببية مجعولة فيما نحن فيه حتى يتكلم انه بجعل مستقل اولاً ، فان لا نعقل من جعل الدلوك سبباً للوجوب - خصوصاً عند من لا يرى كالأشاعة الاحكام منوطة بالمصالح و المفاسد الموجودة في الافعال - الا انشاء الوجوب عند الدلوك و الا فالسببية القائمة بالدلوك ليست من لوازم ذاته بان يكون فيه معنى

يقتضى ايجاب الشارع فعلاً عند حصوله ولو كانت لم تكن مجعولة من الشارع ولا نعلها ايضاً صفة اوجدها الشارع فيه باعتبار الفصول المتنوعة ولا الخصوصيات المصنفة او المشخصة هذا كله في السبب والشرط والمانع والجزء .

و اما الصحة والفساد فهما في العبادات موافقة الفعل المأتمى به للفعل المأمور به او مخالفة له و من المعلوم ان هاتين الموافقة والمخالفة ليستا بجعل جاعل .

و اما في المعاملات فهما ترتب الاثر عليها و عدمه فمرجع ذلك الى سببية هذه المعاملة لاثرها و عدم سببية تلك فان لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفي (كالبيع لباحة التصرفات) و (النكاح لباحة الاستمتاع) فالكلام فيها يعرف بما سبق في السببية و اخواتها و ان لوحظت سبباً لامر آخر كسببية (البيع للملكية) و (النكاح للزوجية) و (العلق للحرية) و سببية (الفسل للطهارة) فهذه الامور بنفسها ليست احكاماً شرعية نعم الحكم بشيئونها شرعى و حقايقها اما امور اعتبارية منتزعة من الاحكام التكليفية كما يقال (الملكية كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به و بعوضه) و (الطهارة كون الشيء بحيث يجوز استعماله في الاكل و الشرب و الصلوة) نقيض النجاسة .

و اما امور واقعية كشف عنها الشارع فاسبابها على الاول في الحقيقة اسباب للتكاليف فيصير سببية تلك الاسباب في العادة كمسبباتها اموراً انتزاعية .

و على الثاني يكون اسبابها كنفس المسببات اموراً واقعية مكشوفاً عنها ببيان الشارع و على التقديرين فلا جعل في سببية هذه الاسباب و مما ذكرنا تعرف الحال في غير المعاملات من اسباب هذه الامور كسببية الغليان في العصير للنجاسة و كالملاقات لها و السبب للرقية و التنكيل للحرية و الرضاع لانفساخ الزوجية و غير ذلك انتهى .

وفيه للنظر مواقع :

منها قوله لو فرض نفسه حاكماً الخ فان اعتبار ارتباط وجوب الاكرام بالمجىء مغاير لايجاب الاكرام بالضرورة فان اراد من الانشائين هذا المعنى فالوجدان قاض بتحقيقه و ان اراد غيره فنحن ايضاً لا ندعيه و اما مقابلة وجوب الاكرام عند المجىء مع كون مجيئه سبباً لوجوب الاكرام ففي غاية الغرابة فان وجوب الاكرام عند المجىء

مشتمل على السببية مع انه يجب تجريده عنها في مقام المقابلة كما صنعنا ففتنن ولا تفغل فالسببية لا ينتزع من الحكم التكليفي بل انما يستفاد من التعليق و هو اعتبار في الحكم التكليفي لاعينه فمعنى التعليق ليس تكليفاً و ارادته ليس امراً فلا معنى لانتزاع الحكم الوضعي من الحكم التكليفي فقله لا يحتاج الى جعل مغاير لجعله والى بيان مخالف لبيانها من الغرائب فانه انما يتم لو استفيدت السببية من الامر مع انه محال وانما تستفاد من التعليق و تعليق الامر بالاكرام بشيء يفيد السببية و هذا ليس من الانتزاع من الامر في شيء بل التعليق اعتبار زائد في اليجاب و هو معنى جعل المعلق مسبباً و المعلق عليه سبباً فكما ان قيام الارادة التشريعية اليجابية بالامر يورث انتزاع صفة في الواجب هو الوجوب فكذا اعتبار الارتباط يوجب انتزاع السببية و المسببية و قد عرفت حقيقة اعتبار الامور الاعتبارية و انها ليست من انشاء التكليفية في شيء بالضرورة .

و منها قوله و لهذا اشتهر الخ فان انشاء طلب الصلوة عند الاول ان كان بمعنى مجرد مقارنته له فهو ممنوع و ان كان بمعنى اناطته به و دورانه مداره فهو مسلم لكن جعل السببية لاعمى له الا ذلك فانه عبارة عن اعتبار ارتباط الحكم بامر و اناطته به كاعتبار تركب الصلوة من الاجزاء الذى هو معنى جعل الماهية الذى اطبقوا عليه و طعنوا على القاضى في انكاره و شنعوا عليه .

و منها قوله فان اراد تبانيهما مفهوماً الخ فيه ان التباين واضح مفهوماً و مصداقاً ضرورة ان اختلاف الموضوع يوجب تبانين المصداق ايضاً و من الواضح ان سببية الدلوك لوجوب الصلوة غير الوجوب في الخارج ايضاً نعم هو امر اعتبارى و لكن الوجوب ايضاً كذلك فلا فرق بينهما فان اراد القائل بالانتزاع عدم تباين الاعتبارين او المعتبرين فالحوالة على العيان والبرهان و ان اراد عدم الوجود في الخارج فهو مسلم لكنه مشترك و ان اراد استتباع انشاء الحكم التكليفي لانتزاع الوضعي من غير ان يتوقف على نعمد المنشئ لاعتباره ففيه ما عرفت من ان مجرد ايجاب الصلوة لا يكفى في انتزاع السببية و تحققها في نفس الامر بل لابد في تحقق الارتباط من اعتبار آخر كما انه لا يستفاد الا من عبارة اخرى غير الامر ، و القياس على المسببية و المشروطة و الممنوية مع الفارق

فان اعتبار السببية اعتبار واحد يكفي في انتزاع السببية للسبب و المسببية للمسبب لانه ربط قائم بالطرفين و هذا بخلاف ايجاب الصلوة و سببية الدلوک له .

و منها قوله مع ان قول الشارع الخ فان اعتبار السببية يغنى عن انشاء الوجوب فلو فرض زهول المولى حال الدلوک و عدم تحقق الايجاب منه لم يكن عذراً للمكلف فليس هذا اخباراً عن تحققه بل هو اعتبار يغنى في تحققه و انتزاعه فانا قد حققنا عدم توقف الوجوب على الطلب فافهم .

و منها قوله مضافاً الخ فانك قد عرفت ان اعتبار السببية للدلوک كاعتبار التركيب في الصلوة امر معقول مغاير للحكم التكليفي فلا نعيد .

و منها قوله و اما الصحة والفساد الخ فان التحقيق ان الصحة عبارة عن اشتمال الشيء على ما يعتبر فيه سواء في ذلك العبادات والمعاملات و غيرهما من الموضوعات الخارجية و الفساد عبارة عن الاختلال مطلقاً و ايضاً ليس لهما في العبادات معنى مغاير لما في المعاملات كما يتوهم وقد عرفت انهما اعتباران تابعان غير مستقلين ولم يدع احد استقلال جميع الاحكام الوضعية و الا فامسببية تحتاج الى جعل مغاير لجعل السببية .

و منها قوله فان لوحظت المعاملة الخ فانك قد عرفت كيفية السببية للاحكام التكليفية و مغايرتها لها .

و اما ما عداها فعدم كونها احكاماً شرعية بنفسها مطلقاً ممنوع لانها اذا كانت باعتبار الشارع تكون شرعية نعم مجرد التقرير لا يبعد ان لا يجعلها احكاماً شرعية و اما كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به و بعوضه فهو غير جواز الانتفاع لان الحيثية علة للحكم التكليفي فهذا التحيث الذي اعترف به مغاير لما يترتب عليه من التكليفي فكيف يقرر هذا البيان الاتحاد و اما كونها اموراً واقعية كشف عنها الشارع فمن الوهن بمكان فانها منوطة بالاعتبار و لا واقع لها مع قطع النظر عنه و المعتبر قد يكون اهل العرف و قد يكون هو الشارع فعلى الاول لا يعقل خفاؤه و على الثاني فهي مجعولة له فافهم و لقد بالغت في ايجاز المقال لضيق المجال و قد فصلناه في رسالتنا في الاستصحاب .

و منها قوله و مما ذكرنا ظهر الخ فان هذا القول يرجع الى ما افاده (آية الله العظمى

قدس سره) في (السبق والرماية) من (المختلف) واجاب به عن استدلال ابن ادریس قدس سره بالاية على اللزوم حيث قال والجواب القول بالموجب فان الوفاء بالعقد [هو العمل بمقتضاه فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم وان كان جازياً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز . انتهى] نعم في التعبير تسامح حيث اسند اقتضاء اللزوم والجواز الى العقد فان حصر اللزوم والجواز على الامر بالوفاء بهما مما لم يقل به احدلان وجوب ترتيب آثار الملكية على البيع مما لا يرتاب فيه ذومسكة مع ان العمل باللزوم والجواز مما لا معنى له كما لا يخفى فمن هذا كله يظهر ان القائل تسامح في التعبير لان العبارة بظاهرها لا تكاد ان ترجع الى محصل مع ان كون اللزوم والجواز مطلقاً من الاحكام الشرعية ممنوع فان الجواز في العقود الانية ذاتي لها ليس للشارع سلبه عنها وكذا اللزوم في البيع بحسب اقتضائه عرفاً وان امكن طرول الجواز له غاية الامر تقرير الشارع له على ذلك فاللزوم والجواز ليسا حكمين شرعيين مطلقا نعم يمكن ان يكونا كذلك فان جواز الهبة لا يبعد ان يكون بحكم الشارع وتعبداً منه . و منها قوله و قد عرفت ان ليس المستفاد الخ فان توهم كون مفاد الاية حكماً تكليفياً مستلزماً لحكم وضعي نشأ من عدم التفطن لوجه الدلالة حيث ان الاية الشريفة على تقدير دلالتها انما تدل على الحكم الوضعي ابتداء فان الامر الواقع عقيب توهم الفساد يفيد الصحة كما انه اذا ورد عقيب توهم الجواز يفيد اللزوم الا ترى انه اذا ورد في العمل بمشكوك الحجية لا يفيد الا الحجية فقول المولى اعمل بقول فلان او برأيك لا يفيد الا الحجية وليس مفاده حكماً تكليفياً لا اقول ان التكليف والوضع لا جامع بينهما فلا يمكن ان يكونا مقصودين من انشاء واحد فان المنع عن الشيء جامع بين الحرمة والفساد فيمكن ان يكون المقصود من النهي مطلق المنع وقد وقع في الاية الشريفة واحل الله البيع وحرم الربوا فان حرمة الربا وفسادها اريد اعمان الاية الشريفة حيث ان معنى التحريم هو المنع والفساد ممنوع منه فان الشارع قطع ايدي الناس عنه بافساده كما انه فعل ذلك بطلب تركه ولكن الوفاء بالعقد ليس من الواجبات من حيث هو كذلك نعم يحرم التصرف في مال الغير بغير اذنه وكون اثر البيع ملك المشتري

المستتبع لحرمة تصرف البايع في المبيع غير وجوب الوفاء بالعقد فان حرمة الغصب ليست مستفادة من الآية واما المستفاد منها كون المبيع بعد البيع ملكاً للمشتري فالآية انما يستدل بها لتحقيق الموضوع لا المحكم بالضرورة . وازدق تمهيد المقدمة الشريفة فنقول اختلفت كلمتهم في اقسام الخيار لا لاختلافهم في الحكم بل لادراج طائفة منها في عنوان وعدمه وفي كثير من التقسيمات نظر لانه اذا بنى على التداخل كانت الاقسام اقل مما ذكر و ان لوحظ اختلاف الصور كانت اكثر . فمنها خيار الشفعة اذا كان الشفيع بعيداً . ومنها خيار الخيار اذا باع و كان فيه خيار لغيره . ومنها خيار المراجعة بناء على استقلاله . ومنها خيار الواطى اذا وطى الجارية مولاه و باعها ناسياً او عاصياً لاحتمال صيرورتها ام ولد . و منها خيار مستحق قصاص النفس او قصاص الطرف من العبد . و منها خيار مستحق العدر رجماً او قتلاً او مطلقاً . و منها خيار الجلال . و منها خيار الموطوء من الحيوان . و منها خيار الكفر لضرر السور . و منها خيار المكاتب قبل تحرير بعضه لو اجزنا بيعه . و منها خيار خوف حدوث العيب و منها خيار خوف التلف لكون العبد في الحرب او في محل الطاعون . و منها خيار فساد العقيدة من اهل الاسلام . و منها خيار التنجيس و كما يرجع كثير مما ذكر الى العيب والتدليس ونحو ذلك فكذلك خيار الشركة والتبعض و نحوهما فلا وجه لاختصاص ما ذكره بالذكر والخطب في ذلك هين والاجود في وجه الضبط ان يقال ان الحكمة الباعثة لجعل الخيار ان كان مجرد الارفاق ولو بأن يكون له مجال للتروى من غير ان يكون الغرض تدارك نقص او ضرر فان كان الجعل من الشارع فهو خيار المجلس و الحيوان او تأخير الثمن و ان كان من المتعاقدين فهو خيار الشرط و ان كانت الحكمة النقص فهو اما في ذات المبيع وهو خيار العيب او فيه بعنوان كونه مبيعاً اى لتحقيق المعاملة ووقوع العقد عليه و هو اما تخلف الشرط فهو خيار الاشتراط او تخلف الوصف مع رؤية سابقة فهو خيار الرؤية او تخلف ما اشتمل عليه المبيع حال العقد فهو خيار التدليس و خيار التصرية و ان كان المناط في الخيار الضرر فان كان ضرراً على المشتري من جهة تملكه المبيع لا بسبب آخر فهو خيار الشركة و خيار تبعض الصفقة او ضرر على المتبايعين او احدهما

من جهة تقابل الثمن والمثلث من جهة اختلاف فاحش في المالية فهو خيار الغبن فالجامع الارفاق الصرف والنقص الذاتي والعرضى والضرر .

القسم الاول من الجهة الاولى خيار المجلس اى عدم الافتراق فان الاجتماع غير معتبر في تحقيقه واما يسقط بالافتراق و اضافته اليه من قبيل اضافة الحق الى ضد مسقطه فانه انما يمتاز عن غيره من اصناف الخيار بذلك بخلاف سائر الخيارات فانها تمتاز بالاسباب فلها اضيفت اليها فان الحيوانية والغبن والشرط مثلاً اسباب للخيار فظهر السر في اختلاف الاضافة .

والحاصل ان اختلاف الخيارات انما هو باختلاف الاسباب والا فهو حقيقة واحدة ولما لم يكن لخيار المجلس سبب بل انما جعله الشارع في البيع مطلقاً فامتاز عن غيره بعدم اناطته بشيء ولما كان له مسقط اختص به وهو الافتراق اضيف اليه للتميز لا انه هو المصنف فان الاختصاص بهذا المسقط انما هو بعد التميز وكونه مميزاً له في الواقع يستلزم الدور .

ان قلت ان علة الوجود يستحيل ان يكون مميزاً ومخرجاً عن الابهام فان العلة في هذه المرتبة متأخرة واما تتقدم في مرحلة الوجود .

قلت ان هذا في علة الوجود واضح واما اسباب الخيار فانها هي موجبة للانتزاع لا التحقق ضرورة ان ملك الاقرار والازالة امر اعتباري والامر المنتزع عين منشأ الانتزاع .

ان قلت ان منشأ الانتزاع قد يكون مباحثاً للمعروض كالايجاب والقبول القائمين بالمتعاقدين في البيع فان البدلية القائمة بالمالين منتزعة منهما والموضوع مشخص للعرض متحد معه والمتحد مع المتحد مع الشيء يتحد مع ذلك الشيء وهذا خلف فان المميز متحد مع المميز سواء في ذلك الفصل والمصنف والمشخص وبالجملة اتحاد المتباينين اظهر فساداً من اجتماع النقيضين .

قلت ان التباين من جهة لا ينافي الاتحاد من اخرى فان كلامنا المتقابلين يباين الاخر كما هو مقتضى التقابل مع انه لولا الجامع استحال التقابل فانه عبارة عن الوقوع

في طرفى امر واحد و هو المصحح للتقسيم فان المقسم معتبر في الاقسام و لولا النسبة بين المنشأ والمنترع استحال الانتزاع فهما جامع يتحدان فيه ان لوحظا لابطح شرط كما انهما متباينان مع ملاحظتهما بشرط لاوبهذا اللحاظ اتحد الجلد مع العضو بل الشعر بل الخف و الجنازة و القبر بل المشهد مع الجسد و المصحف و القرآن و هكذا فيما لا تنهاى .
ان قلت كيف يبقى المنترع مع زوال المنشأ و تفكيك الشئ عن نفسه مستحيل؟
قلت اذا كان المنشأ حدوث الشئ لم يقدح زواله في بقاء المنترع فخرج الولد عن الصلب و الرحم مع انه حركة غير قار الذات منشأ لانتزاع الابوة والامومة وهكذا الحال في الانشاءات و الطهارات و الاحداث .

ان قلت انه لاحقيقة للعلية الادوران امر مدار آخر وجوداً و عدماً و هذا المعنى متحقق في الامورات الانتزاعية بالنسبة الى المنشأ .

قلت انه لاوجود للامور الاعتبارية و انما هى حيثيات و استنادها الى امر ليس من العلية و لهذا ربما يتصف بها المعروض حال العدم كالامكان و توقف كثير منها على الوجود كالابن لا ينافى ذلك .

ان قلت ان العلية ايضاً علفة لها طرفان لا وجود لها في الخارج كالأبوة فاذا كان هذا كافياً في الاتحاد لم يرد اشكال من اول الامر فالسبب مميز للمسبب اعتباراً .

قلت ان هذه النسبة متأخرة عن الصدور و التأثير نسبة بل لا بد للفعل من مورد سابق في اللحاظ و شئ من السبق و التغير لا ينافى الاتحاد مع الوجود فالماهية حد للوجود متحد معه عارض له مع ان الوجود عارض لها باعتبار آخر متأخر عنها كما انه لا ينافى ذلك كون الماهية مصنوعة ايضاً مجعولة فان الاتحاد الحقيقى لا ينافى الترتب التحليلى وبالجملة منشأ الوجود بل الصانع للماهية لا يمكن ان يكون عين التميز الذى هو عين المتميز و الا لا تقدم الشئ على نفسه و انتزاع الجهة الجامعة من الاستناد و الصدور مرحلة اخرى .

ان قلت مقتضى كون المنشأ مميزاً عموم التميز مع ان الحدث لا يتعدد بتعدد المنشأ و كذا الطهارة .

قلت نمنع الاتحاد و انما المزيل لا يختص ببعضها ولا اثر للتعدد سواء والاشتداد يحصل مع الاختلاف من هذه الحيثية كالحيض و الجنابة و التعدد هو المصحح للتعبير عنها بالحقوق في بعض الروايات .

ان قلت فيما يتميز خيار المجلس عن غيره مع انه ليس منتزعا الاعن جعل الشارع المشترك بينه وبين كثير من الخيارات .

قلت ان كون العقد بيعاً منشأ لانتزاع هذا الحق فالعقد موضوع و الخصوصية منشأ للانتزاع و حيث ان الاضافة لا تفيد سوى الاختصاص المشترك بين انحصار منشأ الانتزاع و الموضوع و خيار الحيوان ايضاً لا يثبت الا له جعل اختصاصه بالافتراق المسقط مميزاً فاضيف الى ضده هذا .

و كشف الحجاب ان الامور الاعتبارية و ان لم يكن لها وجود و لامعنى للعلية الاضافة الا ان الذى تدور مداره الحكم العلة فمنشأ الانتزاع اما في مرتبة علة الوجود كما في اسباب الحدث و الطهارة و الانشاء بالنسبة الى آثاره كالعقد و الايقاعات فحينئذ لا يصلح ان يكون مميزاً و ان اتحد مع الامر المنتزع المصحح للاطلاق و حمل هو هوفان التقدم المانع من ذلك حاصل هنا ايضاً فانها علل للتحيث و اما على وجه آخر كما فى التولية و في جهات الخيار فليست في مرحلة علة الفاعلية و مرتبتها و انما العلية على وجه آخر لا ينافى المقومية فلا يتعدد المنتزع بتعدد الاول و لهذا يسقط التكليف بامثال واحد و ان تكرر و ينفسخ العقد بفسخ واحد و ان تعدد السبب و انما يتحد و يتعدد باختلاف ما ليس في سلسلة العلة كالتمييز المعلول للفصل بل كل حد بالنسبة الى التميز بهذه المثابة و هذا المعنى يختص به الامر الاعتبارى و لا نظير له في الوجود فالعلة بالانتزاع لا للتحقق و لا للوجود .

و بالجملة تعدد العلة لا بد منه في تعدد المعلول الا انه لا يكفى في ذلك و انما التميز بالحدود فسقوط العلة عن التأثير بالمسبوقية باخرى لاستحالة حصول الحاصل و اجتماع المثليين من البديهيات و ليس تداخلا و لا على خلاف الاصل و لا حاجة الى التكلف بالالتزام بان العلة معرف مع قضاء الضرورة و البرهان بخلافه و الدليل عليه

الاخبار التي لا يبعد تواترها مضافا الى انه لم ينكره الا من اقدم على خلاف رسول الله ﷺ في هذه الفتوى الملعونة على علم منه حتى عد في مطاعنه واما ما في خبر غياث عن (جعفر عليه السلام) عن ابيه عن (علي عليه السلام) قال قال ان صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا فلا ينافي مارمناء لان التصفيق كان في ذلك الزمان كناية عن ايجاب البيع و اسقاط الخيار ففي (القاموس) و صفق له البيع و صفقه و صفق يده بالبيعة و على يده صفقا و صفقة ضرب يده على يده و ذلك عند وجوب البيع انتهى .

و الى هذا ينظر قول (عمر) (البيع صفقة او خيار) فان الصفقة اسقاط و ايجاب فلا تجامع الخيار فاستناد (ابي حنيفة) و (مالك) اليه في الانكار غلط واضح والعجب من (الفاضل قده) حيث خفى عليه ما حققناه فوجهه بان معناه صفقة لا خيار فيها او صفقة فيها خيار و فيه مالا يخفى .

و قد يوجه خبر غياث بان المراد بالوجوب الثبوت وهو في المقام عبارة عن الصحة و حمله بعضهم على التقية و هو من الضعف بمكان ضرورة اختلاف الفتوى مع النقل في ذلك و التقية لا يجوز الكذب في النقل و الفتوى معاً و من المعلوم ان الرواية في مقام الفتوى و التقية تحصل بنفس الفتوى مع ان الصفق على البيع امر واقع عليه فهو غيره بل متأخر عنه رتبة و اما تقسيم البيع الى الصفقة و الخيار فهو نص في مارمناء ولا يستشتم منه رايحة ما توهمه (ابو حنيفة) و صاحبه فليس في المقام ما يدل على خلاف الحق فتفطن .

و كيف كان فالحكم مما لا يرتاب فيه ذو مسكة و الكلام فيه يقع من جهات ، الاولى ما ثبت فيه و الثانية من يثبت له و الثالثة كيفية التعلق فهل يتعلق به مطلقا او مادام في ملك من انتقل اليه و فيه حكم من ينعقد عليه و الرابعة في تحقيق المسقطات والخامسة في بيان الغاية فلنا مقامات .

المقام الاول

لا اشكال في اختصاص البيع بهذا الخيار و يكفي فيه كونه على خلاف القواعد مع عدم دليل على ثبوته في غيره و توضيح المرام يتوقف على الاشارة الى حقيقة البيع

و بيان ما به يمتاز عن غيره فنقول انه عبارة عن تبديل المال بالمال باشاء استقلالى من طرف وهو البايع والمطوعة الخاصة اى القبول بعوض من آخر المستتبع لخروج العوض من ملكه ودخوله في ملك صاحبه غالباً و هو المشتري و اثر التبديل قد يكون هو السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه وقد يكون هو الانعقاد كما في بيع من يمتنع على المشتري كما ان أثر المطوعة ليس دائماً انتقال المال كما اذا كان الثمن حقاً او ديناً او غيرهما و يفترق عن الصلح بتركه من انشائين استقلاليين لانه انشاء التراضى كما توهم و تفصيل القول يطلب من الرضوان

و يفترق عن الهبة المعوضة بأن الهبة تملك مجابى و لا يعقل فيها العوض و المعاوضة انما هى بين الهبتين فالانشاء مقابل للانشاء وايضاً فخصوصية الشخص ملغاة في البيع بخلاف الهبة فلا يجوز قولك للمشتري وكالة بعنك بخلاف الهبة فيجب ان يقال وهبت موكلك فلو اعتقد الواهب قبول المتهب لنفسه مع كون المتهب قابلاً عن غيره بطل بخلاف البيع والى هذا ينظر قولهم ان التملك حقيقة في الهبة فان المبادلة قد يستتبع التملك لا انه عينه .

و اذ قد تبين لك هذا ، فاعلم انه فرق بين خيار المجلس الذى هو من الحقوق و الخيار في المجلس الذى هو من الاحكام والاضافة في التامى الى المجلس ليست مبنية على ما عرفت في الاول و الى هذا ينظر ما في (المختلف) حيث اورد على ما في (الخلاف) من نفى الخيار في المجلس في العقود الجائزة مستدلاً بالاجماع ففى (المختلف) قال في (المبسوط) و اما الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجماعة فلا يمنع من دخول الخيارين معاً فيها مانع وتبعه (ابن اديس) و (ابن البراج) وقال في (الخلاف) الخيار فيها في المجلس ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه .

و التحقيق عندى ان هذه عقود جائزة لكل منهما الخيار في الفسخ والامضاء سواء كانا في المجلس او تفرقا و سواء شرط الخيار اولاً بل لو شرط سقوط الخيار لم يصح و كان الخيار بمقتضى الاصل والشيخ استدل في (الخلاف) على عدم دخول خيار المجلس بالاجماع فانه لا خلاف انه لا يدخل خيار المجلس وليس بجيد فان الاجماع ممنوع مع انه نفسه

خالف في ذلك ثم كيف يتحقق سقوط الخيار في المجلس مع انه عقد جازم مطلقاً انتهى .
و هذا الكلام صريح في أن الخيار الثابت في العقود الجائزة في المجلس انما اراد
به الجواز فلا ينافي ما في (التذكرة) من دعوى الاجماع على اختصاص البيع بخيار المجلس
وفي الدروس وكلام (شيخنا قدس سره) وغيرهما في هذا المقام ما يقتضى منه العجب فلا حظ
و تدبر .

و اعلم ان المعاطاة لا يجرى فيها هذا الخيار الاعلى القول بانه بيع و هذا واضح
و اما على هذا القول فقبل اللزوم بالتصرف و نحوه فالتحقيق ايضاً عدم لما عرفت من
ان استحقاق الفسخ غير متعلق في ما كان حكمه الجواز و جواز تعدد اسباب الخيار لا ينفع
فان المعقول انما هو اجتماع الحقوق لا الحق و الحكم .

و الحاصل ان هذا الحكم و هو الجواز لا يجمع الخيار الذى هو من الحقوق
واما بعد اللزوم فالحق ثبوت الخيار وان تأخر عن العقد فان المقارنة ليست من مقوماته
وكثرة المقارنة انما هى لفظة المانع و المفروض في المقام وجوده . هذا مقتضى كونها بيعاً
ولكن لا يعقل تحقق الاقتضاء والمنع فيها فان اللزوم بالتلف وما بحكمه على وجه الحتم
و هذا ايضاً مما يدل على انها ليست بيعاً فان الذانى لا يتخلف ولا يختلف .

واما ما يعتبر فيه القبض كالصرف فمقتضى اعتباره في الصحة عدم تعقل الخيار فيه
قبله فان العقد يبطل بالتفرق قبل القبض فله شأنية الصحة نعم لو قلنا بوجود التقابض
و ان العقد يعرضه البطلان قبل القبض لا ان الصحة تتوقف على القبض فيجرى فيه
الخيار و اما اذا قلنا بان العقد لا يفيد الا اهلية الصحة فلا معنى للخيار كما هو الحال
في الفضولى حيث قالوا بان احد المتعاقدين لو كان اصيلاً كان له الابطال قبل الاجازة فلا
يعقل تحقق الخيار حيث انه لولا الخيار لم يكن للعقد استقرار حتى يعقل تحقق ملك
الازالة و الاقرار و ليس هذا فسخاً في الحقيقة بل ابطال لما كان قابلاً للصحة ولا يحتاج
الى دليل يثبت سلطنة للمتعاقدين على الابطال حيث ان العقد لم يستقر صحيحاً بل هو
بحسب ذاته قبل تحقق ماله دخل في صحته يعرضه البطلان فهو عند اهل العرف يسقط
عن اهلية الصحة و الانعام لو ابطله العاقد و هذا ابطال لا فسخ و لهذا لا ينفع القبول لو

ابطال الموجب ايجابه قبل لحوقه و ليس هذا فسخاً فافهم .

هذا على القول بكونه شرطاً ناقلاً لا اشكال فيه و اما على الكشف الحكمي فلا يخلو عن خفاء و على الحقيقي اخفى كما ان نفس الكشف الحقيقي مع فرض الاشتراط في جليل النظر من الاغلاط و يظهر حال السلم مما مر، هذا هو الحال قبل القبض و اما بعده فلا اشكال في ثبوت الخيار ولا ينافيه تأخره عن العقد لو تأخر القبض حيث ان علة عدم قابلية المورد و قد زالت و دلالة الادلة على انه لا بد ان يتصل بالعقد ممنوع اما الاتصال لتامة العلة غالباً لا انه لا بد ان يكون كذلك .

و اما الفضولي فعدم استحقاق الفضول الخيار بديهي و اما المالك فكذلك قبل الاجازة حيث انه لم يصدر منه عقد و لا استند العقد الحاصل اليه بوكالة او امضاء و لا معنى لمالك ازالة عقد لا تعلق له بالشخص وان شئت قلت حكومة ادلة الخيار على اللزوم تشهد على انه لا مورد له في مثل المقام و اما بعد الاجازة فلا اشكال في ثبوت له و تأخره على تقديره لا يقدح كما عرفت و عدم كونه عاقداً بل بايعاً لا ينافي ذلك لما سيتضح في الوكيل انشاء الله تعالى .

واما اذا كان احد المتعاقدين اصيلاً فان قلنا بان له الابطال قبل الاجازة فلامعنى للخيار والا كان له ذلك لما عرفت من ان الفسخ ليس رفعاً للاثر حتى لا يعقل مع عدمه بل اما هو حل العقد المفروض تحققه و لا فرق فيما حققناه بين كون الاجازة كاشفة او ناقلة لاشتراك المنط .

وقد فصل بين كون الاجازة كاشفة حقيقة او حكماً و بين كونها ناقلة فيقال بثبوت الخيار على الاول حيث ان نفوذ الفسخ و الامضاء فرع الصحة الواقعية لا العلم بها و اما على الثاني فلا بد من ملاحظة الدليل و استعمال مقدار التنزيل و اما على الثالث فلا اشكال في عدم الثبوت لعدم تحقق الموضوع بالفرض وهذا على ما توهموه من معنى الكشف الحقيقي جيد و لكنه توهم فاسد حيث ان توقف ترتب الاثار على الاجازة من المعلومات المسلمات فالالتزام بكشفها عن تقدم الاثار عليها ينافي العلية المفروغ عنها بالضرورة مع ان الكشف الحقيقي مذهب الفحول بل المطابق للقواعد و الاصول .

فالفرض من الكشف حقيقة مع اشتراط ترتيب الأثر على الكشف كون الأثر مراعى بوجود ذلك الشيء لامشروطاً به والمراعى مرتبة بين المترتبين الكشف والاشترط وبرزخ بين العالمين وهو إلى الاشتراط أقرب منه إلى الكشف ولها في الخارج مصاديق لا تنحصر فان المركبات الاعتبارية التي تحصل في الخارج تدريجاً ليست الا لاجزاء فالاجزاء انما تكون ذلك المركب بعد حصول جميعها وربما تكون غير قارة فلا تجتمع في الخارج وانما ينتزع المركب من المعدوم منها ومن الموجود بل من المعدومات بعد الوجود في الحقيقة .

فالجزء الاول قبل لحوق سائر الاجزاء به ليس كلاً يقيناً وانما يصير بلحوق سائر الاجزاء به مع ما لحق به كلاً فالباقي لباب البيت لا يعلم بكونه باباً الا بعد تمام البيت فكونه باباً بل جزءاً من اجزاء البيت مراعى فان لحق به سائر الاجزاء صار ذلك الجزء المتحقق قبل للحقوق باباً وصدق على البناء انه بان للباب مع ان العمل صدر قبل لحوق الاجزاء فلو نذر ان يعطى من بنى الباب درهما جازان يعطى باقى ذلك الجزء بعد تمام البيت مع انه لم يكن قبل ذلك بابياً للباب قطعاً وانما كان بابياً لما يمكن ان يصير باباً ، فكونه باباً مراعى بلحوق سائر الاجزاء فكذلك العمل من اليوم يصير بناء للباب واعطاء الدرهم في ذلك الزمان اليوم يصير مبرئاً للذمة لحدوث انطباق العنوان في هذا الزمان وان كان ذات العمل متحققاً قبل ذلك فاقداً لهذا العنوان فقداً مراعى والعمل حال صدوره ليس ببناء للباب قطعاً .

وبهذا الاعتبار يصح اطلاق الشرط على لحوق سائر الاجزاء ولعدم استقرار فقد العنوان و تزلزله و امكان انقلابه يصح ان لا يحكم عليه بانه ليس ببناء للباب ويقال انه مجهول الحال حيث انه على تقدير اللحوق ببناء للباب فالمعروض سابق و العنوان لاحق فترتب الآثار المنوطة بالعنوان بعد حدوثه على ما حدث سابقاً مقتضى الجمع بين تقدم ذى الآثار وتأخر العنوان المعتبر في حدوث الآثار فصيورة اعطاء الدرهم للبناء وفاء بالنذر بعد تمام البناء لا ينافى توقف صيرورته باباً على لحوق الاجزاء لتحقيق التأخر المترتب على المعلولية وهذا هو المراد بالكشف الحقيقي المنطبق على القواعد . ومن هذا القبيل الصلوة فان المفتاح بها لا يكون كذلك الا بعد حال كونه مختتماً

مع انها متضادان و ليس ذلك الا لان وجود المتضادين في زمانين الا ان تحقق عنوان الافتتاح للتكبيره بعد تحقق التسليم فمن نذران يعطى المفتتح بالصلوة درهما فاعطاء قبل تمام الصلوة لا يبرء ذمته الا بعد التحليل فهو شرط كاشف بمعنى ان تحققه يكفى في نفوذ ما تقدم عليه من الاثار فالأثر متأخر باعتبار و متقدم باعتبار آخر كما انه معلوم الانتفاء من جهة ومجهول من اخرى و لهذا افترق عن ساير العلل وتبينت حقيقة البرزخية .

و مما يوضح المطلوب ماورد من ان (من سن سنة حسنة كان له مثل اجر من عمل بها) و (من سن سنة سيئة كان له مثل وزر من عمل بها) فان استحقاق العامل للسنة السيئة العقاب بعمل العامل بها واختلاف ذى السنتين في الاستحقاق يظهر سرهما حققناه لان العمل الصادر من الشخص لفقده العنوان لا يورث استحقاق الثواب والعقاب و اذا صار ذاعنوان صلح لهما وان لم يصدر من الفاعل بعده شيء فاضلال الاثنين اشد من اضلال الواحد والعمل صيرورته اضلالا ربما يكون حاداً بامر خارج عن اختيار العامل و كذا الهداية .

بل هما ابدأ كذلك حيث ان تمكين الضال والمهتدى له دخل في تحقيقهما مع انه ليس باختيار الهادى و المضل وكذا كون العمل هداية لمن تعدد او اضلالا له بمراتب التعدد و كذا صيرورة رمى الحجارة قتلا يتوقف على وقوعها على المقتول وتأثيرها فيه على وجه يؤدى الى ازهاق الروح الخارج عن اختيار الرامى فهو بمجرد الرمى ليس قاتلا لكنه مراعى فبعد ترتيب الاثر يصير قاتلا برميهِ الذى صار قتلا بعد ان لم يكن كذلك .

ومن هذا القبيل الاجازة والرضى بالعقد الصادر من الفضول فان العمل وقع كاملا لكنه لا يؤثر قبل ان يستند الى المالك و بالرضا اللاحق يتحقق الاستناد فاذا استند العقد الى المالك و صار كالصادر من الوكيل ترتب عليه جميع آثار الصادر عن المالك من حين الصدور فان ما ترتب على ذلك العقد من الاثار وان لم تكن متعلقة بالمشتري الا انها تعلقت به بعد الاجازة و ان كانت حاصلة قبلها فالنماء الحاصل قبل الاجازة لم تكن حينئذ نماء ملك المشتري بل كان نماء ملك الاصل الا ان عدم كونها كذلك كان مراعى بعدم الاجازة ولم يكن من قبيل النماء الحاصل قبل العقد ممحضا للمالك بحيث

لا يمكن ان ينطبق عليه عنوان ملك الغير وامكان الانتقال الى الغير الثابت في الجميع غير امكان انطباق العنوان بسبب متقدم فلا يشتبه .

وكذا الافعال المترتبة على العقد الاول فان وطىء العبد قبل اجازة المولى لم يكن وطىء الزوجة و لكنه لوقوعه بعد العقد المتوقع لحقوق الاجازة به كان بحيث يصلح لان يصير وطىء الزوجة بالاجازة فان العقد السابق اذا صار نكاحا صحيحاً بالاجازة فالوطىء الواقع عقبيه وطىء مشروع و خروجه عن الحرمة بعد وقوعه محرماً و ان كان مما يصعب تعقله الا انه ليس الامثل صيرورة العقد بعد الاجازة تملكها و صيرورة المتولد من الموطوءة ابناً و قدمرت الاشارة الى النظائر .

وبالجملة فالغرض ان تأثير الاجازة في العقد السابق مطابق للقواعد وترتب الآثار بعد الاجازة من حين وقوع العقد ايضاً كذلك و ليس شيء منهما تعديلاً شرعياً فالغرض من كونها كاشفة ان الآثار بعد تحققها يترتب على العقد من حين الوقوع فهي لتقدمها ذاتاً على الاجازة و كونها مراعاة بها من حيث العنوان كانت صارت مجهولة الحال فلا يعلم ان النماء المتجدد بعد البيع هل يؤل امره الى المشتري باجازة المالك ام لا ، لانا لانعلم انه قبل الاجازة للمالك .

ان قلت ان رضى المالك ان كان معتبراً في انتقال المال منه فلا مجال يتأخر عنه الآثار كما هو مقتضى العلية وهو الحال في جميع الامور المعتمدة في العقد و الافوجودها كالمدم و ايضاً على تقدير الاعتبار فلا بد من تقارنه كساير ما يعتبر في العقد و لا مصحح للامرين الا التعبد .

قلت بعون الله تعالى ان الرضا ليس في عرض ساير الشرايط بل هو في طولها فاعتباره في العقد ليس الا كاعتبار العلم في التكاليف فكما ان نفس التكاليف لا يتوقف على العلم به بل هو كساير الاشياء متحقق في نفس الامر سواء علم به شخص ام لا و اما يتوقف عليه تنجزه و ترتب اثره عليه فالعلم تابع للمعلوم و مترتب عليه و كذا الرضا بالفعل فانه معتبر في مرحلة ترتب اثره عليه لاني مرتبة تحققه .

ان قلت ان كل شرط انما يعتبر في ترتب الاثر على المشروط لاني تحقق ذات المشروط

فهذا لا يوجب المغايرة .

قلت ان الشروط في مرتبة المقضى من حيث العلية و لهذا يتركب العلة من المجموع اى يستند الاثر اليه و الرضا متأخر عن المجموع مع انه من الشروط المشاركة للباقي في العلية فالجامع بين الشروط عدم الاعتبار في تحقق ذات المقضى والاعتبار في تحقق المعلول و الفارق تأخر الرضى بحسب الطبيعة عن العقد وما يعتبر فيه لامن حيث العلية ، هذا ولكن المناط في الفرق انما هو كيفية الاعتبار و الا فالرضا ايضاً مما يمكن ان يعتبر كساير الشروط وغيره ايضاً يمكن ان يعتبر مثل اعتبار الرضا كالقبض في السلم و الصرف و انقضاء زمان الخيار في وجهه و انما الدليل على ان اعتبار الرضى على هذا النحو ان الحاكم باعتباره هو العقل و هو انما يعتبر استناد العقد الى من بيده الامر و الرضى اللاحق يكفى في استناد العقد اليه و المقارنة لا دليل على اعتبارها .

و بالجملة فالاجازة تنفيذ للعمل التام لانه متمم للعمل فهو كالروح لجسد العقد فمهما لحقه جملة ذائر و هذا ليس من تأخر المعلول عن العلة في شئ لان الاثر لا يحصل الا بعد الاجازة غاية الامر ان الامور المترتبة على العقد قبل الاجازة يتغير بعد الاجازة عنوانها فيتبدل حكمها ، فالنماء الحاصل بعد العقد و قبل الاجازة لم يكن نماء ملك المشتري لكن صار نماء ملكه بعد اجازة المالك و لافرق في ذلك بين وجودها حال الاجازة و عدمها و هكذا حال الافعال فان اكل المبيع او نماءه كان اكلا للمال بالبطل و بعد الاجازة صار اكلا بالحق .

لاقول ان ما وقع محرماً يحكم عليه بانه وقع حالاً في ذلك الزمان ليتناقض بل اقول ان كونه حراماً قبل الاجازة مراعى بعدمها فاذا تحققت لم تستقر الحرمة بل ارتفعت الان من الاصل فلسنا نقول ان الحلية كانت ثابتة واقعاً و انما ظهرت لنا بالاجازة و لا نقول انها وقعت محرمة و صارت في زمان الاجازة محللة فان الفعل بعد صدوره لا يتعلق به حكم تكليفى بالضرورة فانه لا معنى للترخيص في الفعل الصادر بعد صدوره و لكن نقول ان الاحكام تثبت للعناوين الكلية فالاكل بالبطل حرام و بالحق حلال و كما ان كونه اكلاً بالبطل لم يكن مستقراً فكذلك حكمه بالحكم و ان تبدل لكن بتبدل موضوعه

و ليس كساير التبدلات فان المبيع قبل البيع ملك للبائع و بعده للمشتري فهو في كل زمان ينطبق عليه عنوان و لكن بالاجازة يتبدل عنوان ما قبل الاجازة لا انه يرفعه من حين الصدور .

نعم زمان التبدل زمان الصدور فلا يتأخر العلة عن المعلول فهي بعد الصدور ترفع العنوان عما ترتب على العقد قبل صدورها وان شئت قلت انه دفع لا رفع حيث ان الرفع انما يتحقق فيما اختلف الحال باختلاف الزمان و الراجع يرفع مائت و يحكم عليه بالثبوت قبل الرفع بعد الرفع ايضاً و لكن الاجازة يجعل الفعل بعدها بحيث لا يحكم عليه بانه كان محرماً حال صدوره و انما كان كذلك لولا لحقوق الاجازة فلمّا لحقته الاجازة لم يقع محرماً .

و هذا معنى الكشف الحقيقي و الى هذا يشير قوله عليه السلام لانه لم يعص الله و انما عصى سيده ففي رواية (زرارة) عن (مملوك تزوج بغير اذن سيده) فقال (ذلك الى سيده ان شاء اجاز و ان شاء فرق بينهما) فقلت اصلحك الله ان (الحكم بن عيينة) و (ابراهيم النخعي) و اصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد و لا يحل له اجازة السيد له فقال (ابو جعفر عليه السلام) انه لم يعص الله تعالى انما عصى سيده فاذا اجازة فهو له جائز فانظر كيف نبه (الامام عليه السلام) على المناط و اشار الى البرهان و معنى قوله عليه السلام لم يعص الله ان العقد في حد نفسه لا نقصان فيه بل انما هو من جميع الجهات على الموازين الشرعية غاية الامر انه مراعى باجازة السيد .

و التعبير عن عدم اذن السيد بالمعصية انما هو للمقابلة و هو في غاية الحسن و المتانة بل الغرض من عدم عصيان الله ايضاً ليس الا وقوعه مستجمعاً للشرائط الشرعية لا معناه الحقيقي حتى يستفاد منه ان النهي في المعاملات يقتضى الفساد .

و بسند آخر عن (الباقر عليه السلام) قال سئلته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال ذلك الى مولاه فان شاء فرق بينهما و ان شاء اجاز نكاحها الى ان قال فقلت (لابي جعفر عليه السلام) فانه في اصل النكاح كان عاصياً فقال (ابو جعفر عليه السلام) انما اني شيئاً حلالاً و ليس بعاص الله و انما عصى سيده و لم يعص الله ان ذلك ليس كاتيانه

ما حرم الله عليه من تكاح في عدة و اشباهه (الخبر) فكما يمكن ان يقال انه دفع بهذا الاعتبار فهو رفع باعتبار ثبوت خلاف ما ثبت بالاجازة و تبديل العنوان بالفرض.

ان قلت مقتضى ما اعترفت به من تبديل العنوان المستتبع لتبديل الحكم ان الوطى الواقع قبل الاجازة كان حراما و بعد الوقوع وان تبديل العنوان الا ان العنوان الحادث لا يطابقه على فعل معدوم لا يوجب حدوث حكم تكليفي و تعليق النهي على عدم لحوق الاجازة بوجوب الالتزام بالاباحة على تقدير العلم بالحقوق و قد التزم به البعض و على هذا لا يتبدل العنوان بحدوث الاجازة بل الشرط لحوق الاجازة والمناطق كون الشيء عمماً يلحقه الاجازة و هذا المعنى مقارن للعقد و هو معنى آخر للكشف الحقيقي مغاير لما اخترته .

قلت كاشفاً للحجاب عن وجه المطلوب و رافعاً للنقاب عن السر المحجوب : إن الأحكام الشرعية بأسرها امور اعتبارية انتزاعية تابعة لمنشأ انتزاعها فكما ان العقد قبل الاجازة لم يكن مستنداً الى المجيز و صار كذلك بعدها فلم يكن البيع تمليكاً من البايع فصار كذلك بعد الاجازة والنماء لم يكن ملكاً للمشتري كالاصل فصار له بعدها فكذا الاكل وسائر التصرفات لم يكن بحيث لا يستحق فاعلمها العقاب فصار كذلك وليس وجود الامر والنهي معتبراً في تحقق الوجوب والحرمة على ما حققناه في رسالتنا في احكام التعارض و ليس هذان اباحة الحرام ولا من تعلق الخطاب التكليفي بالمعدوم بعد تحققه فكما ان المتولد من الامة لم يكن ابناً للواطى فصار كذلك بعد الاجازة والصوم قبل غسل العشائين من الليلة اللاحقة لم يكن محكوماً بالصحة للمستحاضة فصار كذلك بعده على القول به فكذا الحكم التكليفي اى الاباحة لم يكن منتزعا فصار كذلك فانتزاع الحرمة لم يكن مستقراً قبل الاجازة بل كان مراعى بعدمها مثل عدم كون الرمي قتلاً قبل الإصابة و كون بناء الجزء الخاص ببناء الباب و كون تربية من يؤيد الدين خدمة بالدين و كون الشروع في العبادات المركبة شروعا في العبادة فانها ان لم تتم لم تكن عبادة بل لغواً صرفاً .

وبالجملة فكون امر مراعى بآخر معنى شائع يصعب تعقله ولا يسعنى بيانها وربما

تبادر الجاهل المغرور بالانكار زعماً منه ان لهذا القول مفسد خفيت علينا والله الهادى إلى الحق.

و الى ما حققناه ينظر ما في (جامع المقاصد) و (الروضة) من ان "العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى « اوفوا بالعقود » وتمامه في الفضولى انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه والالزام ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر و ان الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه. واورد على الاول (شيخنا قده) بانه ان اريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علة تامة للنقل اذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم الا ان بالاجازة لا يعلم تمام ذلك السبب ولا يتبين كونه تاماً اذ الاجازة لا يكشف عن مقارنة الرضا ، غاية الامر ان لازم صحة العقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون له مدخلية في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الاثر قبله .

و منه يظهر فساد تقرير الدليل بان العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة الارضى المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السبب عمله فانه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله .

ودعوى ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم السبب على المسبب كغسل الجمعة يوم الخميس واعطاء الفطرة قبل وقته فضلاء عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضى على القول به .

مدفوعة بانه لافرق فيما فرض شرطاً او سبباً بين الشرعى وغيره و تكثير الامثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى كدعوى ان التناقض الشرعى بين الشئين لا يمنع عن اجتماعهما لان النقيض الشرعى غير العقلى فجميع ماورد مما يوهم ذلك لا بد من التزام ان المتأخر ليس سبباً او شرطاً بل السبب و الشرط الامر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه بان يقال ان الشرط تعقب الاجازة ولحوقها بالعقد وهذا امر مقارن للعقد على تقدير الاجازة لمخالفة الادلة اللهم الا ان يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير

السبب المتقدم في زمانه على لحوقه وهذا مع انه لا يستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا ، لان المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله و انه لا يحل لغيره بدون طيب النفس وانه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك .

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الاعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من ان معنى شرطية الاجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المشتزع عنها و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل فالعلة التامة العقد الملحق بالاجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و ان كان نفس الاجازة متأخرة عنه و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من انه اذا علم المشتري ان المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد و فيه ما لا يخفى من المخالفة للدلالة انتهى .

و فيه مواقع للنظر يظهر بالنظر فيما مر فان اعتبار الرضا في تحقق التأثير مما لا ريب فيه و ليس الغرض من تبين كون العقد تاما بالاجازة كونها مرآة له كما يترأى بل الغرض ما حققنا من كون التأثير مراعى بالاجازة فالتأثير حادث بها في العقد المتقدم فيترتب عليه بها جميع آثاره من حين الصدور وهذا ليس من تأخر العلة عن المعاول و لا من الكشف عن الثبوت سابقاً من غير مدخلية في الثبوت و لامن الكشف عن مقارنة الرضا ، ولكن لما كان اعتباره على نحو مقايير لاعتبار سائر الشروط تميز عنها و استند التأثير الى العقد المستجمع لها و الا فمدخلية الاجازة المستلزمة لتأخر الاثر عنها مما لا ريب فيه و تبديل عنوان ما ترتب على العقد قبلها ليس من الكشف في الحقيقة و ان كان يقرب منه حتى صح التعبير به عنه و ليس تأثير الاجازة لكونها قائماً مقام الرضا المقارن بل المعتبر من اول الامر الرضاء مطلقاً فلا حاجة الى ما يدل على اقامة الاجازة مقام المقارن و ليس هذا على خلاف القاعدة لما عرفت من ان العقد انما يجب استناده الى من اليه الامر و لا فرق في ذلك بين مقارنة رضاء و عدمها .

و منه يظهر مافي تقرير الدليل بان العقد الواقع جامع لجميع الشروط الخ من المتانة ، و ما أورد عليه من انه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط فكيف

يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله ، فيه ان الكشف بالمعنى الذى زعمه مما لا يخفى تنافيه مع الاشتراط المفروض على ذى مسكة وانما المدعى ما حققناه من ان الرضا ليس اعتباره في العقد كاعتبار ساير الشروط حتى لا يترتب الاثر الا من حينه بل هو من حين تحققه يجعل العقد السابق مؤثراً حتى يترتب عليه جميع آثاره من حين انشائه وهذا النحو من الكشف لا ينافى الاشتراط فلم ينقطع ارتباط العقد عنه حتى ينافي الاشتراط و لم يتقدم الاثر على المؤثر حتى ينافي العلية ولم يقتصر على الآثار الثابتة بعد الاجازة حتى يكون في عرض ساير الشروط و ليس هذا تعبداً ايضاً كما لا يخفى .

و اما ما افاده في مقام ابطال الدعوى المزبورة من انه لا فرق فيما فرض شرطاً او سبباً بين الشرعى وغيره ففى غاية المتانة و لكن ما زعمه من ان المندوحة الالتزام بان السبب و الشرط الامر المنتزع ليس على ما ينبغي فانك قد عرفت ان صحة صوم المستحاضة مراعاة بالغسل المزبور لا ان الشرط تعقب الصوم بالطهارة فان المستفاد من الادله ان اعتبار الطهارة في المشروط بها كاعتبار الرضى من غير فرق و لولا الاجزاء لم يلتزم احد بان الشرط الامر المنتزع وهو ايضاً قائم في الرضا بزعم الملتزم ولكننا بحمد الله تعالى قد اصبنا الحق و اهتدينا بهدى الله جل جلاله .

واما قوله اللهم الان يكون الخ فيه ان مناط الشرطية هو التوقف المزبور ومجرد تقدم زمان الاثر لا يقدح في الشرطية بعد ما كان التأثير متأخراً فان اثر الاجازة تحقق الآثار بالنسبة إلى الزمان السابق بعد تحققها وقد حققنا ان هذا ليس من تقدم المعلول على العلة فعدم استحقاقه اطلاق الشرط معلوم الفساد .

و اما تعليل عدم صدقه على الرضا ، بان المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضى المالك في انتقال ماله الخ ففيه ان مطلق الاعتبار مما لا ريب فيه و اما عدم نفع اللحق و اعتبار المقارنة فهو اول الكلام بل التحقيق عدم دلالة الأدلة على اعتبارها بل دلالتها عقلا و نقلا على عدم اعتبارها و ان المعتبر انما هو الرضا كيف كان حيث ان المناط انتهاء الامر إلى من يجب الانتهاء اليه والاستناد اليه فالوكالة تقتضى استناد فعل الوكيل إلى الموكل وتنزله منزلة فعله حال الصدور ، والاجازة تقتضى ذلك بعده وليس التنزل في

الوكالة تعبداً شرعياً مخالفاً للقواعد حتى يقتصر عليها بل انما هو بحكم العرف و العادة ولا يفرقون بين المقارنة واللاحق في التنزيل المذكور فالفعل الصادر من الفضول تام لانقص فيه وطيب نفس المالك انما يعتبر للتنزل المذكور والاستناد اليه وهذا مراد من يقول ان العقد سبب تام و الاجازة لا دخل لها في تأثيره .

واورد على الثاني اولاً بان الاجازة وان كانت رضى بمضمون العقد الا ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال بل نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان و انما الزمان من ضروريات انشائه فان قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين وان كان النقل المنشىء به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا يفيدله فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشىء في ذلك الزمان فكذلك اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الاجازة و كما ان الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الاجازة .

ولاجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع المالك من زمان الايجاب مع انه ليس الارضى بمضمون الايجاب فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه و كان القبول رضى بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لان الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به .

و دعوى ان العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بان سببته للملك ليست الا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان و رضى بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب و لأجل ما ذكرنا ايضاً لا يكون فسخ العقد الا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فان الفسخ نظير الاجازة و الرد لا يتعلق الا بمضمون العقد وهو النقل من حينه فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيد به لكان رده وحله موجباً للحكم بعدم الاثر من حين العقد و السر في جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل الا ظرفاً فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء و الرد

و الفسخ انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزمان .
و الحاصل انه لا اشكال في حصول الاجازة بقول المالك (رضيت بكون مالى ازيد
بازاء ماله) او (رضيت بانتقال مالى إلى زيد) و غير ذلك من الالفاظ التى لا تعرض
فيها لانشاء الفضولى فضلاً عن زمانه كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها
اجازة منها ونحو ذلك ومن المعلوم ان الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة
زمان نقل الفضولى .

و بتقرير آخر ان " الاجازة من المالك قائمة مقام رضا و اذنه المقرون بانشاء
الفضولى او مقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الابدع الاجازة فهى اما شرط
او جزء سبب للملك و بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيّد من حيث انه
مقيّد لا يوجد الا بعد القيد و لا يكفى في التأثير وجود ذات المقيّد المجردة عن القيد .
و اما ثانياً فلانا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدمه
على المشروط ولا جزء سبب و انما هى من المالك محدثة للتأثير في العقد انساباً و جعله
سبباً تاماً حتى كانه وقع مؤثراً فيتفرع عليه ان مجرد رضى المالك بنتيجة العقد اعنى
محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليست باجازة لان معنى اجازة العقد
جعله جازياً نافذاً ماضياً لكن نقول لم يدل دليل على اعضاء الشارع لاجازة المالك على
هذا الوجه لان وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد
والتنذر ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقداً او بمنزلة الابدع الاجازة فلا يجب الوفاء الابعدها
ومن المعلوم ان الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك .

ومما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقد بدعوى
ان الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد وقس على ذلك ما لو
كان دليل الملك عموم « احل الله البيع » فان الملك ملزوم لحدية التصرف و قبل الاجازة
لا يحل التصرف خصوصاً اذا علم عدم رضا المالك باطناً او تردده في الفسخ و الامضاء .

و ثالثاً سلمنا دلالة الدليل على اعضاء الشارع لاجازة المالك على طبق مفهومها
اللغوى والعرفى اعنى جعل العقد السابق جازياً ماضياً بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء

بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي فاذا صدر العقد بالاجازة كانه وقع مؤثراً ماضياً كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الاثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه .

لكن نقول بعد الاغماض عن ان مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جازياً نافذاً لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتب الاثر من حين العقد كما ان كون مفهوم القبول رضى بمفهوم الايجاب وامضاءه لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الاثار من حين الايجاب، فتأمل ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه فاذا دل الدليل الشرعى على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى ارادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب آثار الملكية فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك و وقع النماء في ملكه انتهى .

و فيه للنظر مواقع منها قوله و يرد على الوجه الثانى اولا الخ فان عدم كون الزمان قيداً من البديهيات و لاحاجة في بيانه الى هذا التطويل ولكن يتم المطلوب مع الظرفية ايضاً لان تنفيذ العقد الواقع قبل الاجازة يستتبع ترتب جميع الاثار لان حدوث نفوذ العقد في زمان لا يستلزم انتفاء الاثار قبل ذلك الزمان بعد النفوذ نعم يستلزم انتفاءه قبل الحدوث و هو مسلم معلوم .

ان قلت اختلاف زمان الحدوث و زمان الحادث غير معقول فكيف يحكم بحدوث آثار ما قبل الاجازة بها في زمانها وكما ان سبق التأثير على المؤثر غير معقول فكذا سبق الاثر وان تأخر التأثير مع ان الجمع بين هذا السبق و ذلك الملاحق مما لا يرجع إلى محصل .

قلت ان الممتنع اختلاف زمان الحادث من حيث انه ذلك الحادث بعنوان حدث له بالاجازة و اما ذات الحادث فلا مانع من اختلاف زمان تحققه مع زمان حدوث

عنوانه و بعبارة اخرى الحادث بالاجازة هو العنوان و هو ليس متقدماً على الاجازة قولاً واحداً و انما المتقدم هو الذات المعنونة بما حدث بها فالنماء الحاصل بين العقد و الاجازة لم يكن منطبقاً عليه ملك المشتري فانطبق بالاجازة فلم يختلف زمان الاثر و التأثير في الحقيقة .

و كشف السر ان كون العقد تمليكا من المالك و كون المبيع مملوكا للمشتري و كون تصرفه تصرفاً في الملك و كون ثمائه ثماء ملكه امور انتزاعية دائرة مدار منشأ الانتزاع و تقدم العقد مع حقوق اجازة يكفى في صيرورة بيع الفضولى تمليكا من المالك و صيرورة كل ما ترتب عليه من افعال المشتري تصرفاً في الملك بعد ان لم يكن كذلك و كذا الثمائه لم يكن لكونه ملكا للمشتري منشأ انتزاع فصار بعد الاجازة متحققاً فبعد تحقق العنوان يتحقق الحكم الدائر مداره .

وهذا هو المراد بالكشف الحقيقي الذى نسب إلى الأكثر فكان الشيء المتقدم على الاجازة لكونه بعرضه انضافه بما يغير حكمه ويبدله مجهول الحال فالنماء لاحتمال عوده إلى المشتري باجازة العقد المتقدم كانه مجهول الحال لعدم استقرار امره في هذا الحال ايضاً حيث ان الاجازة تجعله له حتى في هذا الحال ايضاً فافهم و اغتنم .

و الفرق بين الاجازة والقبول ما عرفت من ان القبول جزء السبب والاجازة تنفيذ للسبب النام و قد عرفت حقيقة التمامية قبلها مع التوقف عليها فلا يقاس الاجازة بالقبول . واما الفرق بينها وبين الفسخ فهو ان الانحلال انما يبطل الاثار لانه رفع للموضوع فكما ان العقد يحقق الموضوع فالفسخ يزيله و زوال الموضوع لا يقضى زوال الاثر الثابت حال وجوده بخلاف التنفيذ المقتضى لتحقيق العنوان فيما حصل في الزمان المتقدم المستتبع لترتب جميع الاثار .

ومنها قوله و السر في جميع ذلك الخ فانك قد عرفت ان كون الزمان ظرفاً لمسلم عند الكل و انما المناط ان الاجازة محققة للموضوع من حين العقد والفسخ انما يزيله من حينه و الفرق لا يظهر الا بتأييد الله جل جلاله .

و منها قوله و الحاصل الخ فان ترتب الاثار من حين وجود العقد ليس لتعرض

المجيز له فان هذا مما لا يمكن ان يدور مدار قصد المجيز حيث ان القصد لا يوجب تأثير المتأخر في المتقدم وبالجمله تأثير الاجازة لما تقدم عليها مستحيل بزعمهم فكيف يتحقق بقصد المجيز فنفي التأثير في الزمان السابق لعدم القصد مما يقضى منه العجب .

و اما قوله فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الابدع الاجازة فهي اما شرط او جزء سبب فأغرب و اعجب حيث ان تأخر التأثير مفروغ عنه و انما المدعى ان الاثر الحاصل بالاجازة صيرورة العقد ذا اثر بالنسبة إلى ما قبلها لان الاثر حاصل قبلها كى ينافي العلية و منه يظهر ما في قوله و بعبارة اخرى ، فان احداً لا يدعى كفاية ذات المقيد المجردة في التأثير انما المدعى ثبوت آثار ما قبل زمان حدوث القيد بعد حدوثه فنفظن .

ومنها قوله و اما ثانياً الخ فان الشرط الاصطلاحي ليس الاما يتوقف تأثير المتقضى على تحققه و احداث التأثير في العقد السابق ليس الا لتوقف تأثير العقد عليه فلماذا لم يكن مؤثراً قبله فصار كذلك بعده و كيف لا يكون مقدماً على المشروط مع فرض توقف التأثير عليه و دورانه مداره .

و منها قوله لكن نقول الخ فان عدم تحقق شيء من الحكم الوضعي والتكليفى قبل الاجازة مما لا ريب فيه انما المدعى تحقق التأثير بالنسبة إلى ما قبل الاجازة فلا وقع لهذه الكلمات .

و منها قوله و ثالثاً الخ فان الامضاء اذا كان على طبق العرف فما الداعى إلى الالتزام بكونه على وجه التعبد فان الاجازة بحسب الطبيعة توجب نفوذ العقد من حين وقوعه بالفرض وامضاء الشارع له ليس الانقيراً للضابطة فلا معنى لكون الكشف تعدياً كما التزمه استاد مشايخنا الشريف و ارتضاء من تأخر عنه غالباً .

و مادعاه إلى ذلك القول من ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول قد عرفت ما فيه و استحالة لحوق صفة التأثير للعقد الموجود على صفة عدم التأثير اوضحنا فسادها بحمد الله جل جلاله و استحالة خروج الشيء عما وقع عليه لا دليل عليها بل الدليل على خلافها .

الا ترى ان الافعال التى يصدق عليها القتل غالباً ليست حال الصدور قتلاً و انما

يصير كذلك بعد حين و قد اشرنا إلى النظائر فتدبر ، هذا مجمل الكلام في الكشف و لاستقصاء البحث فيه مقام آخر فظهر بعون الله تعالى سرما ادعيناه من تساوى الوجوه فيما حققناه و ان التفصيل مبنى على وجه عليل .

المقام الثانى ، من يثبت له

فهل المنطاط اجتماع عنوانى المالكية والبايعية اوفياى المعاملة به مطلقا اوصدق البايى مطلقا و لو باجراء الصيغة او غير ذلك وجوه سيأتى الاشارة اليها انشاء الله تعالى و قبل الخوض في المقصود لابد من الاشارة إلى امور :

الاول انا قد حققنا ان البيع عبارة عن المعاملة الخاصة المعبر عنها بالمبادلة وانه ليس من قبيل الالفاظ ولامن الكيفيات النفسانية بل انما هو من الامور الواقعية الخارجية الاعتبارية الانتزاعية و هو فعل توليدى يتولد من الايجاب و القبول و هو نوع من مطلق العقد فكان كلاً من حبلى الثمن و المثلثن مشدود بالاخر بعقدة .

فهذا الارتباط المعبر عنه بالشد بالمعنى الاسمى هو عقد البيع بهذا المعنى الذى هو قسم من المعاملة فالنسبة بين العقد و البيع هو العموم المطلق لاما توهم واطلاق العقد على الايجابين مجاز فكيف يتوهم كونه حقيقة فيما يحصلان به و هو الصيغة فالبايع من استند اليه تحقق هذه الماهية في الخارج و الاستناد من وجوه :
منها كون امر المبيع راجعاً اليه لكونه مالكا فيقال (فلان باع داره) مع ان المتصدى للمعاملة وكيله او خادمه .

و منها رجوع امر المعاملة اليه و كون زمامها بيده و ان كان بالنيابة او التوكيل و اليه يرجع الاول لان المنطاط انما هو رجوع الامر اليه و مجرد كونه مالكا للمبيع لا يكفى في ذلك كما هو الحال في الموكل عليه فان البايى انما هو الولى دونه مع انه المالك فالمالك من وجوه رجوع امر المعاملة إلى الشخص .

و منها مباشرة الانشاء و اجراء الصيغة فهذه عناوين ثلاثة قد تنطبق على شخص واحد .

الثانى ان الاحكام الثابتة للمتبايعين مختلفة فمنها ما يثبت للمالكين كاحكام الربوا

فان المالكين اذا كانا زوجين لم يتحقق الربوا وان لم يصح استناد البيع اليهما ايضاً فان الحكم لم يثبت لهما من هذه الحيثية و كذلك بيع السلاح لاعداء الدين و بيع الخشب لمن يعمل به صنماً و العنب لمن يعمل به خمراً فان المناط في ذلك كله انما هو من ينتقل اليه المال و لو لم يصدق عليه فاعل البيع .

نعم يكفي كون فاعل البيع كذلك ايضاً بالنسبة إلى تلك الاحكام في خصوص المعاملة بمعنى شرائه للمال لأن يعمل فيه المحرم و ان لم يكن من انتقل اليه كذلك بخلاف الحكم الاول فانه يدور مدار المالكين فتدبر .

و منها ما يثبت لمن بيده زمام المعاملة ككراهة الدخول في سوم المؤمن او حرمة و منها ما يثبت لمجرى الصيغة و مباشر الانشاء كاعتبار البلوغ والعقد و القصد .

الثالث لاشكال في ان غير خيار المجلس من ساير الخيارات حق ثابت للمالك سواء كان بايعاً ام لا وان ثبوته للبائع غير المالك انما هو بالتبع لا بالاستقلال فيجب على الولي رعاية المصلحة او عدم المفسدة وكذا الوكيل امين فيه فينعزل بالعزل ولا ينفذ تصرفه مع المنع .

و بالجملة ثبوت الخيار له ليس الا كثبوت ساير وجوه السلطنة على الضوابط العامة يراعى فيه ما يراعى في غيره و لهذا لورفع الحجر عن المولى عليه زال عن الولي و ثبت للمولى حينئذ مع انه ليس بايعاً فالولى بايع فلا يناط ثبوت الخيار للشخص بكونه فاعلاً للبيع و ثبوته لمن اليه الامر من لوازم ثبوته في البيع وسيوضح سرائر التعبير في الرواية عن له الخيار بالبائع انشاء الله تعالى .

اذا عرفت هذا فنقول ان في المسئلة في بادى الرأي احتمالات .

الاول ثبوته لكل من ينسب اليه البيع ، الثانى و الثالث و الرابع ثبوته لواحد منهم خاصة فان الفاعل ثلثة ، الخامس و السادس و السابع و الثامن ثبوته لمستجمع العناوين او العناوين ، التاسع و العاشر و الحادى عشر ثبوته لاثنتين من الثلاثة ، الثانى عشر ثبوته للمالك مقيداً بمباشرة الوكيل على ما هو التحقيق في الخيار المجعول للاجنبى الثالث عشر ثبوته للوكيل اولا و انتقاله الى المالك بموته .

والتحقيق ان الخيار لكونه من مقولة الحقوق لا يعقل ثبوته لغير المالك لان الحقيقة صفة اعتبارية تنتزع باعتبار عود فوائد الشيء إلى الشخص فما الفائدة فيه أصلاً أو لا يعود فائده بل المعتقد به منها إلى شخص لا يعقل ان يكون حقاً له ولهذا لا ينفذ اشتراط شخص على آخر عدم الاكل او الشرب او عدم التصرف في ماله حيث لا فائدة معتد بها في ما شرط عليه واما اشتراط عدم نقض الجدار على الجار فهو في الحقيقة اشتراط لا بقاءه و هو من الفوائد الخطيرة التي تصرف فيها الاموال والاعمار واما بالنسبة إلى غير الجار و من بحكمه فكلامور المتقدمة وهذا معنى تحريم الحلال على ما سيتضح الامر فيه انشاء الله تعالى . و من المعلوم ان الفسخ والايجاب لا يعود فائدتهم الا إلى المالك و ما يتفق في بعض الفروض من تعلق غرض لغير المالك بهما لا يكفي في تحقق ماهية الحق كما هو الحال في اشتراط ان لا يتزوج ولا يتسرّى .

و بالجملة فالحكم في غير خيار المجلس واضح ولا ريب ان خيار المجلس ايضاً كسائر الخيارات من الحقوق لمشاركته لها في الآثار و وقوعه في سياق خيار الحيوان في بعض الروايات وكيف كان فكونه بالنسبة إلى المالك من الحقوق مما لا اشكال فيه فيسقط باسقاطه وينتقل إلى وارثه و هو حقيقة واحدة لا يعقل اختلاف حاله بالنسبة إلى المالك وغيره ، و ان قد تحقق بعون الله جل جلاله انه لا يعقل ثبوت الخيار مطلقاً لغير المالك الا بالتبع فلودل دليل على ذلك وجب طرحه كيف و لا دليل عليه ولا يستشتم من الاخبار رايحته على ما سيتضح فيه الحال انشاء الله تعالى .

وهل يثبت للمالكين مطلقاً ويسقط بافتراق الوكيلين عن مجلس العقد ان لم يحضرا فيه و الا فبافتراقهما أو بافتراقهما عن مجلسهما مطلقاً حيث كان لهما مجلس او بافتراق المجموع عن مجلس العقد او بافتراق المالكين خاصة او الوكيلين كذلك وعلى تقدير عدم الاجتماع او عدم الاكتفاء ببعض وجوه الافتراق فهل يثبت إلى ان يتحقق مسقطاً أو لا يثبت أصلاً وجوه من ان الاجتماع هل هو شرط ومناط يعنى واسطة في العروض فالافتراق غاية او ان الافتراق مسقط حيث انه رضى فلا يتوقف الثبوت على الاجتماع و على الاول فهل المناط مطلق الاجتماع او الاجتماع للعقد او اجتماع المتعاقدين او اجتماع البيعين مطلقاً .

و بالجملة فلنا مقامان الاول ان هذا الخيار حق لا يثبت لغير المالك والثاني ان الافتراق مسقط لا غاية بمعنى أن الاجتماع لا دخل له فيه بوجه .

اما الاول فلانه مقتضى الضوابط ولا اشعار في الرواية بخلافه حيث انه لا اشكال في انها حاكمة على دليل لزوم ناظرة اليه و مقتضاها ان يكون مفادها ثبوت الحق في العقد واما من يثبت له فهو معنى آخر لا يمكن ان يراد من الحاكم من حيث هو كذلك فانه خارج عن حيث التحكيم ولا يعقل ارادة المعنيين من كلام واحد .

و بالجملة فمفاد الحكم ليس الاسلب ما كان يتوهم من المحكوم عليه وهو في المقام لزوم العقد واما كونه حقاً او حكماً كذبوته للمالك او غيره فلا ربط لهما بجهة الحكومة بل نقول ان ادلة الموانع لاتنافي ادلة المقتضيات بالذات والاحكومة لها عليها بل النسبة بينهما كالنسبة بين المطلق والمقيد على ما هو التحقيق فمفاد كل منهما معنى مغاير لما يفقده الاخر لهذا نعمل بهما معاً . فليس العمل على ادلة الموانع من جهة ان لسانها لسان التفسير بل يعتمد عليها و ان كانت لبيبة وكونها لفظية لا تفرق بين وجوه التعبير و شئون البيان ولا اشكال ان دليل خيار المجلس لا يدل على انتفاء الاقتضاء من البيع قبل الافتراق و الا لاستند لزوم البيع دائماً إلى امر خارج و هو ينافي لما ثبت من ضروريات الباب .

فمحصله ان الشارع منع العقد عما يقنضيه و هذا المنع لا يعقل الا ان يكون محصله ثبوت الحق للمالكين فان السلطنة الثابتة بالمنع ليس الا ما كان ثابتاً قبل العقد و لم تكن الا لهما .

توضيح ذلك ان السلطنة على الفسخ قد تكون ناشئة عن عدم لزوم العقد كما هو الحال في العقود الازنية فان السلطنة على الفسخ فيها ليست الا القدرة على الازن وكون امره راجعاً اليه فانفساخ العقود الازنية بالفسخ ليس الا ازال آثار الازن بزواله وكون الازن اختيارياً بالآذن حدوثاً وبقاء من البداهيات وإلى هذا اشرنا في صدر البحث حيث حكمنا بان الجواز ذاتي لهذه العقود وعليه يتفرع عدم امكان لزوم الوكالة وان اشترط في عقد لازم و ما وقع في باب الرهن فانما هو جعل ولاية و لعله يتضح بتوفيق الله جل

جلاله في خيار الشرط .

و بالجملة فهذه السلطنة ليست من الحقوق بل هي في الحقيقة من شئون سلطنة الشخص على نفسه لا تسقط بالاسقاط ولا تنتقل بالصلح والميراث و بقاءها بعد العقد ليس بتصرف جديد وليس مثل هذا السلطان للشخص على غيره ولهذا لا يصلح للاسقاط .
وقد تكون كذلك ولكنه من شئون السلطنة على المال الباقية ببقاء سببها كما هو الحال في الهبة الجائزة فان السلطنة على نقل المال إلى الغير كالسلطنة على الوقف والعق ناشئة عن السلطنة على المال أي ملك الرقبة فالسلطنة الاولى مقتضى السلطنة الثانية تابعة لها في الجملة بمعنى انه قد يمنع من الاولى مانع مع ثبوت الثانية كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه بجميع شؤنه واطواره وقد ثبت لمن ليست له السلطنة الثانية كما في الاولياء فان الولي يستقل بالسلطان على وجوه التقلب مع ان مالك الرقبة انما هو الموكل عليه ومع ذلك فما للولي تابع لما للموكل عليه بمعنى انه لو لم يكن مملوكا لم تعقل هذه الولاية .

ولا ينافي هذا الاستتباع استقلال الولي فهما نحوان من السلطنة يجتمعان و يفتقران ولكنهما يتحدان بالاجتماع فالواهب لا يملك الرقبة بعد الهبة ولكنه يملك ان يملك وهذا هو سلطان النقل إلى الغير الذي لم يزل بالهبة حتى على سبيل الاقتضاء فهو من اول الامر كان له ان لا ينقله إلى الغير وعلى تقدير النقل كان له الارتجاع لعدم زوال سلطانه فحين سرّ عدم كون جواز الفسخ ونفوذ في الهبة من الحقوق ايضاً .

وقد تكون السلطنة ناشئة عن ثبوت منع او مانع بعد تحقق المقتضى لزوال السلطنة على المال بجميع مراتبها كما هو الحال في الخيار فان العقد مقتضى لاستقلال من انتقل اليه المال بالملك ولكن الخيار يمنعه عن ذلك فهذه السلطنة عين السلطنة الاولى من جهة و غيرها من اخرى كما انها سلطنة على المال من جهة وعلى الشخص من اخرى فهو امر بين الامرين و برزخ بين العالمين .

اما كونها عين الاولى فلان الخيار انما هو منع للعقد فالأثر مستند الى المقتضى الاول بل ملك الرقبة المترتب على الفسخ ايضاً كذلك كما لا يخفى ، و اما انها غيرها

فلكونها بتصرف جديد وسبب حادث واما كونها سلطنة على المال فلان الثابت سابقاً لم يكن الا ذلك وهو لا ينافي الرجوع الى البذل وعدم المنع من نفوذ تصرف من انتقل اليه كما هو الحال في الاقالة واما كونها سلطنة على الشخص فلان امر المال رجع اليه باقتضاء العقد فالسلطنة على الفسخ قهر على من كان مستقلاً بخلاف جواز الفسخ في الهبة فان الاستيلاء على المال بجميع مراتبه لم يثبت للمتهب بالهبة حتى على سبيل الاقتضاء .
و بهذا يتضح السر في كون الخيار من الحقوق القابلة للإسقاط و انه لا يعقل ثبوته لغير المالك و عليك بالتدبر التام فالى اشرت الى معان دقيقة نافعة اشارة لطيفة لا تنفع الا للفقهاء النبيه و اما الجاهل المغرور فربما يزعم لقلة بضاعته و غروره ان ما حققناه من وضوح الفساد بمكان .

و بالجملة فليس الغرض اثبات شئ للبيّع من حيث استناد البيع اليه بل انما المقصود اثبات حكم في البيع و ثبوته للبيّعين من لوازم ثبوته في البيع من الطرفين والبيّع هو من قام به البيع لافاعله وصدقه على كل من البايع والمشتري على حد سواء بخلاف فاعل البيع فانه الموجب لاغير .

فالعدول عن البايع إلى البيّع ايضاً للتنبيه على ان الغرض ليس الا بيان ثبوت الخيار في البيع المستلزم لثبوته لمن اليه الامر سواء كان بالملك او الوكالة او الولاية كما ان العدول عن اللام المفيدة للاستحقاق إلى كلمة با التي لا تفيد الا مجرد الربط الذي هو الجامع بين جميع الحروف ايضاً لذلك فان التلبس بالخيار هو المتحقق بالنسبة إلى مطلق من اليه الامر فانه الجامع بين الثبوت بالاستحقاق والولاية والوكالة فمفاد الرواية ليس الا ثبوت الخيار في المعاملة من كل من الطرفين و ثبوته لكل من البيّعين لازم له غالباً حيث ان المعاملة غالباً قائمة بشخصين فدلّت الرواية على ان ما كان لمن اليه الامر من السلطنة على المال لا نزول بالبيع سواء كانت بالملك او الولاية او الوكالة .

فما الطف هذا التعبير حيث انه جمع بين الاعراض عن بيان من له الحق و بين تعميم التلبس فيستفاد منها ثبوت الخيار بالولاية و الوكالة على ما هو مقتضى الضوابط من غير ان يكون هذا المعنى هو المقصود بالاصالة بل انما الغرض الاصلى هو نظرك الخيار

في البيع من كل من الطرفين فافهم .

فالاحاصل ان من بيده زمام البيع و يقوم به لا ينقطع سلطانه رأساً بمجرد وقوع المعاملة على ما هو مقتضى البيع بل له استرجاع ما خرج عن سلطانه فالثابت بها انما هو السلطان على اعادة السلطنة الاولى لاثبات سلطنة ابتدائية ولا تعرض فيها الحال السلطنة الاولى فالوكيل في مجرد اجراء الصيغة لم يكن له سلطان حتى بالتوكيل والاستنابة لولا اللزوم بخلاف الوكيل في البيع و تابعه و الولي و المالك فان لكل منهم يد على المال وسلطنة على اختلاف انعائها والدليل يدل على ان تلك السلطنة لم تستأصل بل لصاحبها اعادتها بالقسخ و من المعلوم ان الاستقلال بالخيار على هذا الحكم لا يمكن استفادته من الرواية لغير المالك .

ولا يخفى ان هذا ليس من قبيل استعمال اللفظ في المعنيين حيث ان ثبوته بالاستحقاق للمالك تأسيس ولغيره تأكيد لادلة الولاية والوكالة فانها انما تدل على عدم زوال ما كان من السلطان من غير تعرض للخصوصيات وانما تفيد حكماً سلبياً كما هو الحال في الحاكم ولا تفيد حكماً اثباتياً فضلاً عن ان نفي الخصوصيات فلا تفيد الا ان المانع غير مستقر في منعه بل لمن اليه الامر ازالة العقد و اقراره .

و اما المقتضى فلا يعقل ان يتعرض له هذا الدليل ولا يخفى انه لا منافاة بين كونه حقاً للمالك و ثبوته لغيره كما هو الحال في المجمعول للاجنبي ففي المقام المستحق انما هو المالك وان لم يكن تصرفه نافذاً للحجر كما هو الحال في الموالي عليه فلا منافاة بين الثبوتين بل يجتمعان ومنه يظهر ان كون الشخص بيعاً ليس مناطاً في ثبوت هذا الحكم كما ان التعدد لا دخل له فيه قطعاً فان هذه جهات الثبوت .

وقد تبين ان مفاد الرواية انما هو حكم سلبى و لهذا اختار في (التذكرة) ثبوته للمعاقد عن الاثنين مع ان التثنية و الجمع حيث جملا عنوانين للحكم قائما يفيدان التعميم بالنسبة إلى الافراد والمصاديق حيث ان الحرف و ما بمنزلة آلة للملاحظة غيره فموضوع الحكم انما هو الكلى والالة انما هي لتعيين جهة الاستعمال فقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ البيعان بمنزلة قولنا كل واحد من البايع والمشتري و اين التعميم من اعتبار التعدد .

ومن الغرائب ما في (التذكرة) من انه: لو اشترى الوكيل او باع او تعاقد الوكيلان فالأقرب تعلق الخيار بهما وبالموكلين جميعاً في المجلس والافباء الوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غايب انتقل الخيار اليه لان ملكه أقوى من ملك الوارث انتهى . فان استقلال الوكيل بالخيار من حيث كونه عاقداً قد عرفت فساداً ثم انتقله إلى الموكل بالميراث اغرب وفساده اظهر وفي اعتبار الاجتماع في مجلس العقد في ثبوت الخيار للموكلين ما سيظهر فساداً انشاء الله تعالى . هذا مجمل الكلام في المقام الاول .

* [المقام الثاني] *

واما المقام الثاني فالاصل فيه يقتضى خلاف ما اخترناه حيث ان ثبوت الخيار مع الاجتماع هو المتيقن الا ان المستفاد من الرواية ما اخترناه و يدل عليه كل فقرة من فقرات الرواية اما قوله عليه السلام البيعان بالخيار فلان موضوع الحكم فيه البيع حيث حكم عليه بان فيه الخيار على ما حققناه و ظاهر جعل شيء موضوعاً في القضية انه لا واسطة له في العروض فان الموضوع للحكم فيما له واسطة في العروض انما هو الوسط و لبيان وجه الظهور و اعتباره مقام آخر فالبيع من حيث هو فيه الخيار من غير ان يكون لاجتماع المتعاقدين دخل فيه و اما قوله عليه السلام «مالم يفترقا» فمن وجوه منها جعل عدم الافتراق ظرفاً و مقتضى مدخليته ان تدخل عليه اداة الشرط فالعَدُول عنها لا وجه له الا التنبيه على عدم مدخليته .

ومنها العَدُول عن تحديد الحدوث إلى تحديد البقاء فان الذى ينط به البقاء خاصة انما هو عدم الرفع و اما الواسطة في العروض فيتوقف عليه الوجود من حيث هو .

ومنها جعل الحد عدم الافتراق لا الاجتماع و الذى يتوقف المعلول على عدمه انما هو الرفع و المزيل و اما غيره فانما يتوقف على وجوده و ذلك ليس الا لان عدم الرفع ليس من سلسلة العلة و انما وجوده قادح و هذا معنى كون عدمه شرطاً و قد اوضحنا في مواضع انه لا معنى لكون عدم الرفع شرطاً بل لا معنى لتأثير العدم ولا ينافيه قولهم ان عدم الممكن معلول لعدم علته فانه عبارة اخرى عن ان وجوده معلول للوجود

و اما قوله عليه السلام (فاذا افترقا وجب البيع) فلان تفريع اناطة الوجوب بالافتراق على جعل عدمه ظرفا صريح في انه مسقط حيث ان الرفع انما هو الذي لوجوده دخل في عدم المعلول وارتقاءه وليس لعدمه دخل في وجوده على ما عرفت مع ان ظاهر الافتعال كون الفعل اختيارياً كما صرح به علماء البيان في قوله تعالى « و عليها ما اكتسبت » .

وعلى تقدير كون الاجتماع واسطة في العروض لا يعقل الفرق بين وجوه الافتراق ضرورة زوال الموضوع بزوال مناطه ومنه يظهر وجه دلالة قوله عليه السلام « فلا خيار » و اما قوله عليه السلام بعد الرضى فمن الصراحة بمكان وتخصيص هذا المسقط بالذكر لغلبة تحققه واختصاص خيار المجلس به بل سيظهر انشاء الله تعالى انه ليس مسقطاً ايضاً كما انه ليس غاية و يدل عليه ايضاً حتى يفترقا على ما في بعض الروايات فانه صريح في ان الغرض بيان الامد و ان الافتراق قاطع للامتداد .

وهذه الوجوه لدقتها لا تكاد تنضج الا للخبير بدقائق العربية ويتوهم انها اشعارات لا دليل على الركون اليها بل بعضها مبتنية على دقائق فلسفية لا تصلح لان تكون مناطاً للدلالات العرفية و لبيان اعتبارها و كونها دلالات عرفية مقام آخر ، و انما نشير إلى ما يتنبه النبيه اشارة اجمالية .

ففي رواية (زارة) استدلل عليه السلام على ان المسح ببعض الرأس بتغيير الاسلوب و بتخصيص امسحوا بالتعدية بكلمة (باء) مع مشاركتها لقوله تعالى فاغسلوا في كونها متعدية بنفسها وقد اوضحنا الحال فيه في رسالتنا في (حجية الظن) و بينا فساد ما يتوهم من ان مفادها دلالة كلمة باء على التبعض واستعمالها فيه مع ان فيما اشتهر من ان ورود القيد مورد الغالب لا يقدح في الاطلاق كفاية في التنبيه على هذا النحو من الدلالة و اذ قد تحقق ان الافتراق مسقط فلا اشكال في بقاء الخيار عند تصادق العناوين إلى أن يسقط باحد المسقطات فلا وجه لكونه على الفور وسقوطه بمفارقة المجلس .

ومما حققناظهر ما في كلمات الاصحاب قدس سرهم من التشويش والاضطراب ولا بأس بالاشارة إلى شطر من ذلك ففي (المسالك) اطلاق المتبايعين يشمل المالكين و الوكيلين والمتفرقين لان المتبايعين من فعلا البيع وهو ان كان عبارة عن الايجاب و القبول فظاهر

اطلاقه على من اوقع الصيغة سواء كان مالكا ام وكيلًا وان كان عبارة عن نفس انتقال الاعيان إلى آخر ففاعل الانتقال و محدثه هو المتعاقدان ايضاً لكن الحكم في المالكين واضح .

واما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفى الحكم عنهما وان وكلهما فيه فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه ام لا و سيأتى في بابہ انشاء الله تعالى فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك ايضاً وان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيارا لم يفترقا عملاً باطلاق الخبر وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما بالاصالة ولانهما بيعان عرفاً ان يصدق على المالك البايع انه باع متاعه ان كان قد وكل في بيعه و باعه الوكيل وكذا المشتري ويحتمل العدم لانهما ليسا بايعين بمعنى موقعي الصيغة ولا ناقلين للملك وانما اوقعها ونقله الوكيلان ويحتمل ان لا يكون الخيار الا لهما لانهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار ان الاصل في الوكيلين ان لا يستحقا خياراً فلا يتناولهما الخبر .

ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع او للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين ام المالكين ام الجميع كل محتمل ويشكل بتثنية ضمير يفترقا في بعض الموارد ومن ثم قيل بان المراد بهما المالكان والضمير لهما ودخول الوكيلين في الحكم بامر خارج والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما في خيار نفسه لاني خيار الاخر والمسئلة من المشكلات انتهى .

وفيه مواقف للنظر منها قوله وهو وان كان عبارة الخ فان البيع عبارة عن تبديل مال بمال والصيغة انما هي آلة له كما ان الانتقال من آثاره وما يترأى من الاختلاف في كلماتهم فانما هو تسامح منهم في التعبير على ما بيناه في تعريف البيع فلا خلاف في ماهية البيع كى يتفرع عليه اختلاف حال هذا الفرع مع انه على تقديره لا يوجب ايضاً ذلك حيث ان كون الشخص فاعلاً للبيع لا دخل له في تحقق هذا الحكم وقد حققنا ان مفاد الرواية ثبوت هذا الحق في البيع من الطرفين وان معنى قوله البيعان بالخيار أن

البيع فيه الخيار بالنسبة إلى كل من الثمن و المئمن فلا يختلف الحكم بالاختلاف في حقيقة البيع و ماهيته و ان اختلف الحال بتحقق احد المعنيين دون الآخر فتأمل .

و منها قوله لكن الحكم النخ فانه لو كان حكماً تعديلاً دائراً مدار تحقق عنوان فاعل البيع كما هو مقتضى كلامه المتقدم فلا يختلف الحال في المالكين والوكيلين وضوحاً و خفاءً كما انه لا دخل لتنصيب الموكل على الخيار و توكيله فيه و ان كان حكماً ثابتاً في البيع على خلاف القاعدة و ان كان ثبوته لكل من المالك والوكيل على الضوابط على ما حققناه فلا اشكال في الرواية ولا في الحكم .

ومنها قوله عملاً باطلاق الخبر فان ثبوت الخيار للموكل بالتوكيل بعد الانطباق على القواعد لاعمى للاستناد فيه إلى اطلاق الخبر ومنها قوله وهل يثبت النخ فان ثبوت الخيار للموكل بالتوكيل كما هو المفروض حيث اناطه بتنصيب الموكل و نفوذ الوكالة في مثل المقام لا ينفك عن ثبوته للموكل بالضرورة و اعتبار الحضور في المجلس قد عرفت فساده .

و منها قوله اذ الاصل في الوكيلين النخ فان الاستناد إلى الاصل في عدم تناول الدليل من الغريب مع أن استحقاق الوكيل لم يكن مما احتمله و انما الذي احتمله ثبوته له بالوكالة و منها قوله و يشكل ، فانك قد عرفت ان الاستحقاق لا يعقل ان يكون لغير المالك و ان المسقط افتراق من قام به البيع ولا يختلف الحال حينئذ بالنسبة إلى المالكين و الوكيلين و لا يعقل التفكيك بين الخيارين بسقوط احدهما دون الآخر فتدبر .

ويظهر مما مر ما في سائر فقرات كلامه على الله في الفردوس مقامه و لشيخنا قدمه في المقام ما يقرب منه قال و الاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلاً في مجرد اجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعة منهم (المحقق) و (الشهيد) الثانيان لان المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعاً (لجامع المقاصد) بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك مضافاً إلى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه فلا يثبت بها هذا التسلط لولم يكن مفروغاً عنه في الخارج

الأتري انه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ینعتق علیه لقرابة او یجب صرفه لنفقة او اعتاقه لنذر فلا یمکن الحكم بعدم وجوبه لادلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده علی البایع و عدم وجوب عتقه هذا مضافا إلى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بینه و بین خيار الحيوان الذی لا یرضی الفقیه بالتزام ثبوته للوكیل في اجراء الصیفة فان المقام وان لم یكن من تعارض المطلق والمقید الا ان سیاق الجمع یشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعین مع ان ملاحظة حکمة الخيار تبعاً ثبوته للوكیل المذكور مضافا إلى ادلة سایر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصیفة لا ینبغی من الفقیه و الظاهر عدم دخوله في اطلاق العبارة المتقدمة عن (التذکره) فان الظاهر من قوله اشترى الوکیل او باع تصرف الوکیل بالبيع و الشراء لا مجرد ايقاع الصیفة .

و من جمیع ذلك یظهر ضعف القول بثبوته للوكیلین المذكورین كما هو ظاهر (الحقائق) و اضعف منه تعمیم الحكم لصورة منع الموکل بزعم ان الخيار حق ثبت للعائد به مجرد اجرائه للعقد فلا یبطل بمنع الموکل .

و علی المختار فهل یثبت للموکلین فيه اشكال من ان الظاهر من البیعین في النص المتعاقدان فلا یعم الموکلین و ذکرنا انه لو حلف علی عدم البیع لم یحنث بیع و کیله و من ان الوکیلین فیما نحن فيه كالالة للمالکین و نسبة الفعل الیهما شایعة و لذا لا یتبادر من قوله (باع فلان ملکه الکذائی) کونه مباشراً للصیفة و عدم الحنث بمجرد التوکیل في اجراء الصیفة ممنوع فالأقوی ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد و المراد به مجاسهما المضاف عرفاً إلى العقد فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلما علی عقدا الوکیلین فمجرد ذلك لا یوجب الخيار لهما الا اذا صدق كون مکابيهما مجلساً لذلك العقد بحيث یكون لوکیلان کلسانی الموکلین و العبارة بافتراق الموکلین عن هذا المجلس لا بالوکیلین .

هذا کله ان کان وکیلا في مجرد ايقاع العقد و ان کان وکیلا في التصرف المالی کاکثر الوكلاء فان کان مستقلاً في التصرف في مال الموکل بحيث یشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظیر العامل في القراض و اولیاء القاصرین فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم

النص ودعوى تبادل المالكين ممنوع خصوصاً اذا استندت الى الغلبة فان معاملة الوكلاء والاولياء لا تحصى انتهى .

و فيه ما عرفت من ان ثبوت الخيار للوكيل و الولي بالوكالة والولاية مقتضى ادلتها وليس مما يستشكل فيه كما ان الاستحقاق غير متعقل فيهما و ليس الخيار الا من سنج الحقوق فكيف يتعقل استقلال غير المالك به فثبوته للوكيل في الصيغة غير معقول ولا محصل للاستدلال عليه بقصور الدليل .

و قوله مضافاً الخ محصله ان الخيار يتوقف على كون ما هو فيه تحت سلطان من له ذلك فان ما لا يرجع امره الى الشخص لا يتعقل جعل الخيار له فيه و الوكيل في مجرد الصيغة لا سلطنة له على المال فكيف يعقل ان يكون له فيه الخيار فالسلطنة على رد ما انتقل اليه مما يتوقف عليها السلطنة على ارتجاع ما انتقل عنه و لا يكن اثباتها بما دل على ثبوت هذه السلطنة فالوكيل في اجراء الصيغة لا سلطنة له على رد المال و ساير وجوه التقلب مع قطع النظر عن ادلة الخيار و لا يعقل اثبات هذه السلطنة له بها ايضاً .

وفيه ان الخيار على ما حققناه على قسمين حيث ان الفسخ قد يتعلق بالعقد مطلقاً كالأقالة فلا يختلف الحال ببقاء العين و تلفها و قد يتعلق به على وجه خاص كالرد و الارتجاع والسلطنة على رد العين انما تعتبر في الثاني و خيار المجلس من الاول على ما احتمله في (الدروس) مع ان هذا لا ربط له بما نحن فيه ووجه حيث ان المبحوث عنه انما هو سلطان الوكيل على الفسخ و نفوذه منه المستتبع لعود كل من المالكين الى من انتقل عنه والسلطنة على الرد ان اريد بها السلطنة على اعادة المال الى من انتقل عنه فهي عين الخيار وليست مما يتوقف عليه وان اريد بها السلطنة على اخذ المال من الموكل و دفعه الى الوكيل فلا وجه لتوقف الخيار عليها بل و لا يلتزم بها القائل بثبوت الخيار له .

الا ترى ان الاجنبى المجهول له الخيار لا سلطان له على المال و تأثير فسخه في عود كل من العوضين على ما كان عين الخيار و ما ذكره من النظائر لا تشبه ما نحن فيه حيث ان الشك فيها في صلوح المال للعود ومن المعلوم ان صلاحية المحل لا يمكن

أحرازها بأدلة الأسباب مع أن الشك في الموارد المذكورة في المانع ولا منافات بين وجود المقتضى والاقتران بالمانع وأدلة الخيار إنما تدل على الاقتضاء وعدم استيلاء الوكيل على مال الموكل ليس مانعاً من عودته إلى من انتقل عنه فلا مناسبة بين المقام وبين ما ذكره من المثال .

و أما ما افاده من أن الفقيه لا يرضى بالتزام ثبوت خيار الحيوان للوكيل في إجراء الصيغة ففي غاية المتانة إلا أنه لا يرضى أيضاً بتخصيص خيار الحيوان بذلك حيث إن المناط إنما هو وضوح كون الخيار من الحقوق وعدم ثبوته لغير المالك واضح .
و أما قوله وأضعف منه الخ . ففيه أن المستفاد من مواضع من كلامه أن المدعى استقلال الوكيل بالخيار ومن المعلوم عدم قبح منع الموكل فيه كما لا يتوقف على إزالته .

و بالجملة فالذى يدعى ثبوته لمن لا وكالة له في الخيار بحكم الرواية تبعيداً لا مناص له عن الالتزام بأن منع الموكل لا يقدح في ثبوته له فتأمل قوله وعلى المختار الخ فيه أن الفعل لا بد له من فاعل وإنما لا يحكم بثبوت الخيار للوكيل في الصيغة لضعفه في الفاعلية فيتعين الموكل لكونه فاعلاً للبيع والبناء على أن البائع ظاهر في التعاقد ينافي ما اختاره سابقاً فبعد البناء على عدم ثبوته لمجرى الصيغة استناداً إلى أن المتبادر من البيع غيره لا وجه لهذا الكلام .

قوله ولكن مع حضورهما الخ فيه مضافاً إلى ما عرفت من أنه لا وجه لاعتبار الاجتماع مطلقاً أن الذى يتفرع على اعتبار الاجتماع في مجلس العقد عدم ثبوت الخيار لهما على تقدير عدم حضورهما في مجلس العقد وأما كونهما في مكان واحد أو في مكانين فلا ربط له بالمقام مع أن تعدد المكان ووحدته أمر نسبي يختلف الحال فيهما باختلاف العنوانين والمناط في المقام إنما هو مجلس العقد وفي جعل كون الوكيلين كلسانى الموكلين حيثية تقييدية لصدق كون مكائى الموكلين مجلساً للعقد ما لا يخفى فإن المناط في الآلية والاستقلال إنما هو التوكيل ولا يختلف الحال من هذه الجهة باختلاف المجلس فبعد فرض كون الوكالة في مجرد إجراء الصيغة كما هو صريح قوله هذا كله الخ لا يكاد

ان يكون لهذه الحيثية معنى محصل .

قوله و ان كان وكيلًا في التصرف الخ فيه ان ثبوت الخيار بالوكالة للوكيل في الخيار لا وجه للتأمل فيه الا ما اشار اليه في (المسالك) وهو اجنبى عن جهة البحث مع انه لا يصلح لان يكون وجهاً للتأمل مع ان هذا الاشكال لا يندفع بالنص فاستظهار الثبوت استناداً إلى النص لا وجه له مع ان مجرد كونه وكيلًا في التصرف المالى يكفى في شمول البيع له وعدم انصرافه إلى غيره ولا يكفى في ثبوت الخيار له فانه يعتبر فيه كونه وكيلًا في خصوص الخيار سواء كان وكيلًا في غيره من نفس المعاملة و سائر الصفقات كالتقاضى ام لا فمناط ظهور العنوان غير ما هو المناط في الحكم و الالتزام بثبوت الخيار لمن ليس وكيلًا فيه بل يمنع منه لقيام المعاملة به . و رجوع امرها اليه لاطلاق النص كما ترى . ثم قال وهل يثبت للموكلين ايضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال من تبادل المتعاقدين من النص وقد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله و من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقاً لصاحب المال شرعاً ارفاقاً له و ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه الا ان يدعى مداخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة و حينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقي انتهى .

و فيه ان العقد ان كان عبارة عن الصيغة فكون المتبادر من النص فاعله ممنوع بل الامر بالعكس فان البيع حينئذ يغير العقد ضرورة ان موضوع الاحكام والادلة ليس ما به الانشاء نعم لمجرى الصيغة دخل ضعيف في الفعل يصح باعتباره استناداً اليه و كيف كان فاجراء الصيغة من حيث هو لا يوجب جواز استناد البيع اليه و انما فاعل البيع حينئذ هو الموكل أو الوكيل من حيث رجوع الامر اليه لا من حيث اجراء الصيغة و ان كان عبارة عن المعاملة على ما هو مقتضى التحقيق فالمناط في استناده الى الشخص ليس اجراء الصيغة فانها آلة صرفة والمناط في العاقلية انما هو ايجاد المقتضى فالوكيل في المعاملة

بايع بل يبيع كالولي و ان لم يباشر الصيغة و قد عرفت ان كون الخيار حقاً و عدم ثبوته لغير المالك لا حاجة في اثباتهما الى مراجعة ادلة الخيار و كون ثبوته للوكيل بالنيابة يستلزم انحصار الحق في المنوب عنه و اختصاصه به و نفوذ التصرف بالنيابة ليس من ثبوت الخيار للنائب في شيء فليس السبق الى الاعمال منشأ للسقوط و اما الثابت خيار واحد لشخص واحد و من المعلوم سقوط بالاعمال مطلقا سواء كان بنفسه او بوليّه او بوكيله .
ثم قال : ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدين او بتفرق الكل فيكفى بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه اقواها الاخير انتهى .

و فيه ما عرفت من ان الافتراق مسقط لكونه رضى فهو مؤثر من كل من يؤثر ايجابه و فسخه فيكفى تفرق الوكيلين و اما الموكلان فلا اجتماع لهما للعقد والمناطق زوال الاجتماع للعقد على ما سيتضح انشاء الله تعالى و ما اختاره لا وجه له .

ثم قال و ان لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما اذا قال له (اشترلى عبدا) فظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لانصراف الاطلاق الى غير ذلك بل لما ذكرنا في القسم الاول من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل اليه فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه ولا تخصيص مادل على سلطنة الموكل على ما انتقل اليه المستلزمة لعدم جوار تصرف الوكيل فيه برده الى المالكه الاصلى .

و فيه ما عرفت من ان عدم المانع عن عود العوضين الى من انتقل عنه و ان كان معتبرا في نفوذ الفسخ حيث كان الحق متعلقاً بالعين خاصة و لكنه اجنبى عن المقام و كون من له الخيار مسلطاً على ما انتقل اليه بالمعنى المتصور في المقام الذى ثبتت بالوكالة لا وجه لاعتباره في الخيار فان جواز اخذ المال من الموكل و اعطائه لمن انتقل عنه الثابت بالوكالة المتفرع على الفسخ كيف يتعقل ان يتوقف عليه الخيار كى يختلف الحال باختلاف الوكالة و في بقية كلامه ما يظهر بالتأمل فيما مر

و في (جامع المقاصد) والذي يجب ان يحقق في الحديث ان البيعين ان اريد بهما العاقدان لانفسهما لم يعم الوكيلين و لا الموكلين و ان اريد بهما مالك المبيع و مالك الثمن لم يطابق اول الحديث آخره الا اذا كان المالكان هما العاقدان لان قوله عليه السلام مالم يفترقا لا يصدق في المالكين اذا كان العاقدان غيرهما لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترقا العاقدان و هو غير ظاهر الا ان يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير و هي ذكر طروق الافتراق المقتضى لسبق الاجتماع للعقد او يقال ان الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين لانه الغالب و حكم ما اذا كان العاقد و كيلا مما يستفاد من خارج اما العاقد الواحد فلا دليل على ثبوت الخيار معه على اى تقدير نزلت فان البيعان لا يقع على الواحد الا ان يدعى المجاز نظراً الى انه باعتبار كونه موجباً قابلاً بمنزلة العاقدين و فيه ما لا يخفى و أنا في هذه المسئلة من المتوقفين انتهى .

و فيه المنظر مواقع منها قوله ان البيعين ان اريد الخ فان هذا التردد لا وجه له لان عقد الشخص لنفسه و لغيره لا دخل له في جواز نسبة البيع الى الشخص او انصرافه على تقدير ان يكون البيع عنواناً كيف وقد عرفت انه ليس كذلك بل الحق انما يثبت في البيع بمقتضى الرواية من غير تعرض لمن يثبت له مع ان المالك لا يصدق عليه البيع من حيث هو كذلك فلا وجه لدوران الامر بين المالك و بين العاقد من حيث كونهما مالكا و عاقداً و بين جامع العنوانين بل لو كان من قام به اسر البيع عنواناً للحكم كما يوهمه التعبير بالبيع او الفاعل الموجود له عنواناً كما يوهمه التعبير بالبايع دار الامر بين كفاية ايجد الصيغة التي هي الالة على الثاني و اعتبار امر زائد عليه دون الاول فان عدم مدخلية كون الشخص مجرباً للصيغة على الاول من الواضحات و على تقدير اعتبار استناد المعاملة اليه و عدم الاعتبار باجراء الصيغة فالمناط تفرقهما عن مجلس المعاملة و ان لم يتحد مع مجلس الصيغة ولا دخل للتفرق عن مجلس الصيغة في بقاء الحق فلا يلزم التفكيك على كل تقدير .

و منها قوله و ان اريد بهما المبيع و مالك الثمن الخ فانك قد عرفت ان المسقط

حينئذ نفرقهما عن مجلس المعاملة لو كان لهما اجتماع لها و ان خالف مجلس الصيغة و الافليس التفرق مسقطاً حينئذ كما اذا لم يكن اجتماع اصلاً فقوله لم يطابق النخ لا وجه له .

و منها قوله لان قوله ^{للمالك} مالم يفترقا لا يصدق النخ فانك قد عرفت انه يمكن ان يصدق حيث كان لهما اجتماع للمعاملة و على تقدير العدم فعدم الصدق غير قاذح كما لو لم يكن اجتماع اصلاً سواء قلنا بثبوت الخيار وعدم المسقط كما هو الحق او قلنا بعدم ثبوته حينئذ و اختصاص المجتمعين بالخيار مع انك قد عرفت ان من له الحق غير مذكور في الرواية و انما المذكور فيها من اليه الامر من حيث هو كذلك و من المعلوم ان خروج الامر من يده دائر مدار افتراقه عن مجلس المعاملة و سقوط حق ذى الخيار و ان لم يكن بابعاً كما هو الحال في الموكلى عليه معنى آخر غير مذكور في الرواية كما ان استحقاقه كذلك فتفطن .

و منها قوله لانه يصيره معناه حينئذ النخ فان المعنى على ما زعمه حينئذ المالكان بالخيار مالم يتفرق العاقدان لاما ذكره فان العاقد لا معنى لطايلته للبيع بل انما يقابل احد الامرين المحتمل ارادتهما من البيع للاخر فتأمل مع انه لا يلزم ذلك اصلاً كما بيناه .

و منها قوله الا ان يدعى النخ فان طرو الافتراق و ان استلزم سبق الاجتماع و لكنه لا يقتضى الا عدم امكان تحقق هذا المسقط الا فيما تحقق فيه الاجتماع وهو مسلم معلوم انما الكلام في ثبوته لغير العاقد و قد نشأ الاشكال من ان المسقط انما هو افتراق المتعاقدين فكيف يتعقل ثبوت الخيار للمالكين حيث كان العاقدان غيرهما مع ان فاعل البيع و الافتراق شخص واحد بمقتضى افادة الحكم بارجاع الضمير و قد ظهر ان كون المسقط افتراق مجرى الصيغة حينئذ ممنوع بل اما لا مسقط أو المسقط افتراق المالكين .

و بالجملة فكون المراد بالبيع مالا يشمل الا المستقل في التسبب حتى لا يشمل غير المالكين لا يستلزم التفكيك بين الضمير و مرجعه ومثل هذا الاستعمال غلط لا يكفي

وجود القرينة عليه مع ان كون ما زعم قرينة قد تبين فساد .
و منها قوله او يقال ان الحديث الخ فان الغلبة ممنوعة و تأثيرها على تقدير
الوقوع في الانصراف بين الفساد مع ان ثبوت الخيار بالوكالة الذي يستفاد من الخارج
غير استقلاله بالخيار المدعى استفادته من الرواية .

و منها قوله فان البيعان لا يقع الخ فان قوله البيعان بمنزلة قولك كل واحد
من البايع والمشتري و ثبوت الحكم لمتعدد غير اعتبار التعدد مع ان التعدد لو اعتبر
فانما يعتبر في الموضوع الكلى و اما التعدد الشخصى فباختلاف المفهومين في المصادق
ولو بالجملة .

فهذا من غرائب الاوهام و كانه سهو من قلمه الشريف واعجب منه توهم التجوز
في ثبوت الحكم لمن انطبق عليه العنوانان فان اطلاق كل من البايع والمشتري على ما
تحققا في ضمنه حقيقة بالضرورة والتجوز لا وجه له و يقرب منه ما في التذكرة عن
الشافعية قال اذا باع مال نفسه من ولده الصغير او بالعكس فلا قرب ثبوت الخيار هنا
وهو اصح وجهى الشافعية لان الاولى هنا قائم مقام الشخصين في صحة العقد فكذا في الخيار ،
والثاني لا يثبت لان لفظ الخبر البيعان و ليس هنا اثنان انتهى فان كلا من الوجهين
المنقولين من الشافعية بمكان من الوهن فان الاول قياس من غير استناد الى جامع والثاني
مبنى على توهم كون مفهوم التثنية معنى مستقلا ترتب عليه الحكم في المقام وقد عرفت
ان الحكم في كل من التثنية والجمع ثابت للطبيعة والتعدد المستفاد من الامرين انما هو لبيان
كمية الافراد فلا وجه لاعتبار التعدد و لعل ثاني المحققين قد اغتر بهذا الكلام .

وبما حققناه تبين انه لا حاجة الى ما افاده (آية الله قدس سره) بعد نقل الوجهين
عن الشافعية حيث قال والجواب انه ورد على الغالب فانك قد عرفت انه يكفى في التثنية
امكان افتراق المفهومين مع استقلال كل منهما بالحكم وعمومه لهما فان التثنية ليس
في المقام باعتبار التعدد بحسب الشخص بل انما هو باعتبار التعدد بحسب النوع والمفهوم
و لعله اشار إلى ما حققناه من ان مفاد الرواية ثبوت الحق في البيع بالنسبة إلى كل من
العوضين من غير تعرض لمن له الحق وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الغالب تعدد مرجع

الامر في المالين ولكن يرد عليه انه مناف لاعتباره الاجتماع في المسئلة السابقة فتفطن .
وبما حققناه ظهر ان كون الافتراق عدم ملكة لادلالة له على توقف ثبوت الخيار
على الاجتماع و انما يلزمه عدم تحقق المسقط الا في صورة الاجتماع و هو مما لا ريب
فيه فما في الايضاح من الاستناد اليه في عدم ثبوته للعاقد عن الاثنين يشارك ما تبع فيه
ثاني المحققين قدده بعض الشافعية من الاستناد إلى عدم صدق التثنية في الوهن والسقوط .
هذا مجمل الكلام في المقام الثاني و هو من يثبت له .

* المقام الثالث *

(* في كيفية تعلق هذا الخيار بالعقد *)

فهل يستحق كل من المتبايعين الفسخ مطلقا كما في الغبن فان الارفاق فيه باعتبار
المالية فلا يختلف الحال بالبقاء والتلف أو يعتبر في نفوذه بقاء العين مطلقا أو مملوكا لمن
انتقل اليه خاصة ثم على اعتبار البقاء فهل الطوارئ كالاعتاق بل البيع و نحوهما
بحكم التلف ام لا وعلى تقدير الاختصاص فهل يوجب الانلاف ضمان البديل لذى الخيار
كضمان البديل للمرتهن بانلاف العين المرهونة ام لا ففى المقام جهات للبحث :

(* الاولى فى اتساع دائرة الحق و تضميقها *)

فنقول لا اشكال في ان دليل الخيار مسوغ لمنع العقد عما يقتضيه ابتداء والاثر
الاولى انما هو تبديل المبيع بالثمن و هذه العلقه لا تبقى بعد تلف العينين و لما استتبع
هذا الاثر تبديل الضمان بالبديل الحقيقي بالضمان بالمسمى يبقى بعد تحقق موجب
الضمان كاليد فهو اثر ثانوى للعقد لا اطلاق لدليل الخيار بالنسبة اليه .

توضيح ذلك ان الحال الواحد لا يعقل ان يستحق صاحبه على غيره الا بدلا واحداً
و العقد انما اقتضى استحقاق البديل المسمى فلا يؤثر سبب الضمان استحقاقاً جديداً و
أن اثر الضمان لعدم المانع منه فقبل قبض المشتري للمبيع يستحق البايع منه الثمن و
بملكه من غير ضمان و بعد القبض يملك عليه الثمن على وجه التضمن ايضاً فيتداخل

السببان من جهة فتبديل العقد الضمان بالبدل الحقيقي بالضمان بالمسمى اثر ثانوى يمكن ان يؤثر الفسخ في رفعه و عوده إلى ما يقتضيه كما في الاقالة .

لكن الذى ثبت بدليل الخيار انما هو الارفاق بحال المتعاقدين بالتوسعة فيما يقتضى العقد التضيق بالنسبة اليه ومنع العقد عما يقتضيه من قصور يدالبائع عن المبيع و صيرورته وزراً على المشتري فكان " الخيار تمكين من اعادة ما زال بالعقد و رفع لما حدث به و من المعلوم ان الضمان بالمسمى ليس من آثار العقد بل انما الضمان معلول للبدل وما يشبهها وانما الثابت بالعقد استحقاق البدل على وجه التضمن وحيث لا يمكن استحقاق بدلين لمال واحد فتحقق الضمان من غير ان يحدث استحقاق بدل على تقدير تعذر رد العين و قد حققنا في اول كتاب البيع ان استحقاق البدل على تقدير تعذر استيفاء العين من شئون الضمان لا انه تمام حقيقته فكون المبيع مثلاً مضموناً بالمسمى في الحقيقة ليس اثرأ للعقد بل البدلية اثر للعقد من غير ضمان والضمان اثر للبدل من غير استحقاق بدل لسقوط العلة عن التأثير بسبق مثله و تحقق الاثر به فتبديل الضمان ليس اثرأ للعقد اصلاً بل انما اثره التبديل بالمسمى والضمان لا يؤثر استحقاقاً جديداً لاستحالة اجتماع الاستحقاقين .

نعم يبقى الضمان بعد حدوث سببه من غير تأثير في الاستحقاق لاستقرار استحقاق البدل المسمى ولو تلف العينان فالارفاق في ازالة العقد و اقراره ظاهر في حله بالنسبة إلى اثره لاما يترتب عليه من المنع عن تأثير الضمان في استحقاق المثل والقيمة فتبين ان بقاء المبيع معتبر في بقاء الخيار لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه و اما الثمن فلكونه تابعاً لا يتعلق به الحكم المتعلق بالعقد حيث انه لتبعيته كانه خارج عن متعلق المعاملة بل البيع بكلا جزئيه لا يتعلق الا بالمبيع فالمشتري يقبل شراء المبيع بالثمن ولهذا صار البائع موجباً و المشتري قابلاً فدليل الخيار يثبت به استحقاق الرد والارتجاع كما ان العقد انما يؤثر النقل و الانتقال .

و لما في بيان الاختصاص مسلك آخر اقرب الى الافهام و هو ان ما يقع عليه المعاملة مضمون على من انتقل اليه بالمسمى بحكم العقد فان المبيع مثلاً مضمون على

المشتري بعد وضع اليد عليه بالبدل الحقيقي من المثل والقيمة والبيع بدل الضمان بالمسمى كما انه اثر التملك ايضاً على ما هو مقتضى البدلية مطلقاً فكما ان البدل في الغصب والاتلاف يملكه رب المال بالبدلية و يخرج عن ملكه بزوال هذا العنوان كما لو دفع الغاصب اولاً بدل الحيلولة ثم المبدل منه فان البدل يخرج عن ملك المقصوب منه بمجرد زوال عنوان البدلية فكذا المبيع مثلاً يملكه المشتري بالبدلية الجعلية و يخرج عن ملكه بزوال البدلية بالفسخ فالبدلية حالت بين البدل و مالكة و منعت عما يقتضيه ملكيته فاذا زالت اثر المقتضى اثره وملكه بالنسب الاول وان لم يكن ما يقتضى انتقاله اليه .

فظهر سر انتقال مال كل من البايع و المشتري اليه بالفسخ بعد الخروج و عدم قيام سبب مملك و كيف كان فللبيع اثران استقرار الضمان في المسمى والتمليك والفسخ مع بقاء العين انما يؤثر زوال الملك ومع التلف يرفع الضمان بالمسمى فتؤثر اليد اثرها و هو الضمان بالبدل الحقيقي فاذا شككنا في ان الفسخ هل يؤثر مع التلف ام لا تأثير له الا مع بقاء العين فلا ريب في ان اصاله اللزوم محكمة .

وقوله بالتلف البيعان بالخيار لا اطلاق له حيث انه لحكومته مسوق لقصر اللزوم على صورة الافتراق فهو من جهة ثبوت هذا الحق مهملة ورجوع نفى اللزوم إلى اثبات الخيار و اتحادهما في الحقيقة لاينا في اختلاف الحيثية فلا يمكن ان يقال انه من حيث الحكومة في مقام البيان ولو بحكم الاصل فيدل على نفى اللزوم من جميع الجهات فيثبت الخيار مع التلف ايضاً فتأمل و من الغريب الاستشهاد بالتحديد بالافتراق على كونه في مقام البيان فان البيان من جهة المسقط لا يستلزمه من جميع الجهات مع انه من هذه الجهة ايضاً ليس في مقام البيان و الا لكان معارضاً لادلة باقى المسقطات الثابتة له قطعاً .

هذا و لكن التحقيق ان تقدم ادلة الموانع على ادلة المقتضيات ليس من باب الحكومة بل لا منافاة اصلاً بين الاقتضاء والمنع والمانع مقدم على المقتضى بحسب الذات لا ان لسان الدليل لسان التفسير و ليس المنع تخصيصاً في دليل الاقتضاء بل هما امران

متغيران فلا يتم التمسك للاهمال بالحكومة و ان نظر الحاكم مقصور على قصر ما يحكم عليه فلا يعقل ان يكون في مقام بيان حكم مغاير له فتفطن .

و اما الجهة الثانية و هى ان التعلق بالمبيع هل هو مطلق ام مخصوص بما لو كان تحت يد المشتري وسلطانه وبعبارة اخرى هل الحق ابتداء متعلق بالعين ام بالشخص فعلى الاول لا يبطل الحق بزوال ملك المشتري بانعتاق أو عتق أو بيع أو هبة إلى غير ذلك .

و اما على الثانى فيبطل حيث ان السلطنة على ازالة ملك الشخص دائرة مداره فان زال الملك لم يبق مجال للسلطنة فالحق فيها ان الحق متعلق بالعين اولا و تعلقه بالشخص تعلق ثانوى تبعى " لانه انما يتعلق بما تعلق به العقد و من المعلوم انه انما يحدث العلقه بين المالكين و الملك اثر ثانوى على ما حققناه و قد بينا ان الشخص ليس ملحوظاً في البيع بل حيث اعتبر دخوله لفي ولا يصلح البيع لذلك الا اذا كان المعوض كلياً فللشخص دخل في تعينه حينئذ لانه من حيث هو ملحوظ فيه كما في الهبة والصلح . فالخيار و ان كان حقاً على الشخص و لهذا يسقط بالاسقاط الا انه انما يتعلق ابتداء بالعين فهو يستحق على الشخص ارتجاع العين و كونه على الشخص ليس مقوماً لحقيقته ولا قيداً فيه بل انما هو من المقارنات فلو لم يكن العوضان مملوكين لم يكن الحق على الشخص كما لو باع السلطان العين الموقوفة أو اشترى بالزكوة أو بفكلة الوقف شيئاً فان الخيار من المشتري في الاول ومن البائع في الثانى ليس حقاً على شخص فظهر ان الطوارئ ليست بحكم التلف حيث انها مسبوقة بالحق .

الا ترى ان الشفعة لا تبطل بوقف الشقص وبيعه وهبته بل الشفعان إنما وجد الشقص اخذه ومن هذا يظهر انه لا يبطل الخيار بكون المبيع ممن ينعتق على المشتري بل لكل من البائع والمشتري ارتجاع العين وردّها وان انعتق بمجرد البيع فان العقد ينحل بالفسخ فيرفع جميع ما يرتب عليه من انعتاق أو براءة أو ملك فلا نعتاق الذى هو اثر للعقد لم يقع الا مترزلاً فلا يستقر الا باستقرار العقد .

و ان شئت قلت ان الخيار من احكام العقد بمعنى انه حق للشخص فيه .

و بعبارة اخرى حقيقة الخيار تنزلزل العقد و عدم لزومه و عدم تمامية تأثيره و حيولة شئ بينه و بين اللزوم على وجه خاص فالعقد بالخيار لا يتم تأثيره فالانعتاق اثر غير مستقر و ان لم يتفرع على الملك فمعنى سبق الخيار على الانعتاق كونه من احكام العقد المتقدمة على الاثار و من المعلوم ان الانعتاق معلول للعقد والخيار و ان كان حقا لاحد المتعاقدين فهو حكم للعقد ايضاً فالاثار لا يقع الامتنزلا ولا استبعاد في كون الانعتاق امتنزلا لا غير مستقر كالوقوف فان العبد الجاني يجوز للمولى عققه و يبطل بالاسترقاق وكذا الشقص يجوز للمشتري وقفه و للشفيع اخذه بعده وهو يستلزم بطلانه وكذا للورثة عتق التركة و وقفها و ان استوعبها الدين و للغرماء اخذها ان لم يؤدّ الوارث الدين من غيرها .

ولما خفى هذا المعنى على صاحب مفتاح الكرامة قده وزعم ان المدعى هو السابق بالزمان رده بالاقتران بين الخيار و الانعتاق و تبعه تلميذه (قده) في الجواهر مع ان عدم السابق الزماني بل عدم تأثيره على تقدير تحققه من الواضحات وبما حققناه تبين فساد ما بنى عليه سقوط الخيار بعض مشايخنا قده من ان المعلوم انما هو ثبوت الخيار مادامت العين مملوكة لمن انتقل اليه ولم يثبت من الادلة الاستحقاق ابطال ملكه و المفروض انتفائه .

توضيح ذلك ان استحقاق اخراج المال عن ملك من انتقل اليه وادخاله في ملك من انتقل عنه يتوقف على دخول المال حال الفسخ في ملك من انتقل اليه ، و صلوحه لصيرورته ملكا لمن انتقل عنه و حصول الانعتاق بمجرد وقوع البيع بنا في الامرين وجه الفساد ما عرفت من ان الحق انما تعلق ابتداء بالعين و الانعتاق انما وقع على ما رجع امره إلى المشتري منزلا فلم يستقر الملك المتوقف عليه الانعتاق كى يستقر الانعتاق المترتب عليه .

ان قلت ان الملك زال بالانعتاق و الفسخ انما هو من حينه لا من الاصل فلا - يختلف الحال باستقرار الملك و تنزله حيث ان بقاءه لا يعقل حتى يتوقف عليه الانعتاق و انما المتوقف عليه حدوثه آنأما ولا وجه لتبعية الانعتاق في التنزل لمثل هذه العلة

فانه لا يترتب عليه الا الاعتراف و انما هو امر مقدر لتصحيح الاعتراف .

نعم لو كان دائرا مداره حدوثا و بقاء توجه استتباعه له في التزلزل و الاستقرار لان الحكم تابع لموضوعه ولكنه ليس موضوعا له بل الملك و الاعتراف متنافيان و انما يتوقف على حدوثه آنا حكما بل حدوثا تقديريا فكيف يتبعه في الاستقرار و التزلزل بل لاعمى للاستقرار و التزلزل في مثل هذا الملك المستحيل بقاءه الزائل بمجرد حدوثه لا محالة لطروء ضده الذى هو الاعتراف .

قلت ان عدم تزلزل الملك كعدم استقراره انما هو لارتفاع الموضوع و الفلوكان باقيا كان متزلزلا لا محالة فيكفى في تزلزل الاعتراف ترتبه على الملك الذى هو بهذه المطابقة مع ان التحقيق ان الاعتراف اثر اولي للعقد و ليس مترتبا على الملك ولا معنى لتقديره ولا وجه له لما عرفت مرارا من ان اثر البيع انما هو البديلة لا الملك و كما انها قد توجب الملك فكذا قد توجب الاعتراف و الوقف و السقوط فهل يتعقل تقدير الملك في العبد تحت الشدة الذى يشتري بالزكوة و ليس اثره الا الاعتراف وكذا العبد المشتري بمال مورثه اذا انحصر الوارث فيه و الذى يشتري بغلة العين الموقوفة ، و توهم ان الفقراء يملكون الزكوة قبل الدفع و الموقوف عليهم يملكون الغلة في الوقف العام قبل القبض من الوهن بمكان مع انه لا يجرى في العبد الذى يشتري بمال مورثه فتظن .

فتحصل ان الاعتراف ليس بحكم التلف بل الخيار باق لكل من البائع و المشتري ولو فرض انه بحكم التلف و ثبت ان الخيار متعلق بالمالية كالغبن فيرجع البائع إلى البذل و المشتري يردّه و يرتجع الثمن .

و قد يستشكل في استحقاق القيمة حيث ان استحقاق البذل فرع استحقاق المبدل منه و المفروض اعترافه بمجرد العقد فلا يعقل استحقاق المبدل منه فكذا البذل .

وفيه ان البديلة انما هي في المملوكة لاني الاستحقاق حيث ان المالية التى استحق اعادتها الى نفسه هي التى تعينت في البذل فالمال و ان تبدل الا ان المالية لم تبدل بل انما تبدل ما تحققت في ضمنه و المراد بالاتحاد الاتحاد العرفي الذى هو المناط في الاحكام و الا فاستحالة انتقال العرض من الواضحات فان الموضوع من جملة المشخصات فلهذا

يملك البديل في الغرامات بملك ما ضمنه الغارم لا بسبب آخر وعلى هذا يترتب صيرورة بدل الوقف وقفا وبديل الرهن رهنا بالبديلية مع ان الانشاء انما وقع على التالف والبديل والمبديل منه متغايران والعرضان متميزان وليس الا لتعلق الرهن والوقف بالمالية القائمة بالبديل بعدما كانت قائمة بالمبديل منه وكذا الحال فيما لو هدم جدارا يستحق الجار وضع الجذوع عليه فان الحق يتعلق بالمبديل بالسبب الاول مع ان الصلح الذى به جعل الحق مثلاً لم يتعلق الا بما انهدم ومثل هذا في الفقه في غاية الكثرة .

و ظهر بما حققناه ان العلم بالانعقاد لا يوجب سقوط الخيار حيث انه لا منافات بينهما ودعوى كون كل من البيع والشراء مع العلم اسقاطا و اقداما على بطلان المالية مبتنية على ما زعموه من المنافات بين الانعقاد والسلطنة على الرد والارتجاع وهو كما ترى بل يتوقف كونه اسقاطا على امور العلم بالموضوع اى كونه أباً مثلاً والحكم الذى هو الانعقاد وانحصار الحق في العين واعتقاد المنافاة بين الخيار والانعقاد بل لا ملازمة بين الامور المذكورة وبين الاقدام على السقوط لامكان عدم التزامه بالحكم الشرعى . فظهر ما فيما يقال من ان الظاهر انه لا اشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين لان مقتضى الادلة الانعقاد بمجرد الملك والفسخ بالخيار من حينه لا من اصله ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها الا على احتمال ضعفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيباً مبتنى على تزلزل العنق (انتهى) فانك قد عرفت ان الامر بالعكس و انه لا اشكال في ثبوت الخيار المتعلق بالعين و ان انعتق لامور : منها دلالة الادلة على تعلق الحق بالعين ومنها سبق حق الخيار رتبة على الانعقاد ومنهاد فساد ماطرء على متعلق الحق المنافي له بالاخذ به كما شاهدته في النظائر ومنها ان سلطنة ذى الحق على ابطال الحرية والوقفية لا تنافي انقطاع سلطنة الواقف والمعتق عن الوقف والحر .

وكذا ما في كلامه الاخر من ان الانصاف انه لا وجه للخيار لمن انتقل اليه لان شراؤه اتلاف له في الحقيقة و اخراج له عن المالية و سلك في مسلك ما لا يتمول و سيجبىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادنى تصرف فعدم ثبوته به اولى ومنه يظهر عدم

ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لان بيعه ممن ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية انتهى .

وقد عرفت ما فيه من عدم المنافات بين الانعتاق واستحقاق ابطاله بازالة سببه فالاقدام على الانعتاق الذى يستطيع ازالته ليس اقداما على سقوط الخيار مع ان المنافاة على تقدير تحققها تكفى في السقوط ولا دخل للاقدام و اما الاتلاف فهو اذهاب لمحل الحق و ابطال له رأسا ان كان متعلقه العين فلا وجه للقياس .

وفي الدروس اسقط الفاضل الخيار في شراء القريب اما المشتري فلتعقده عليه ولانه وطن نفسه على العين ان المراد به العتق و اما البايع فلما ذكر ولتغليب العتق و يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على ان الملك بانقضاء الخيار و ثبوته للبايع لان نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق و حينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيقرم المشتري القيمة لو فسخ البايع و يجرى مجرى التلف الذى لا يمنع الخيار (انتهى) .

اما ما حكاه عن آية الله قدس سره فسيأتى بيانه واندفاع ما أورد على ما يترأى منه و اما ما افاده اعلی الله في الفردوس مقامه فمحصله انه لا اشكال في ثبوت الخيار بناء على ما ذهب اليه الشيخ قدس سره من توقف الملك على انقضاء الخيار حيث ان مقتضاه عدم حصول الانعتاق الا بعد الخيار فجعله محتملا انما هو لان المبنى محتمل، لا انه بناء على ذلك المبنى ايضا محتمل فان فساد اظهر من ان يمين ، ضرورة انه لا وجه للقول بسقوط الخيار بناء على هذا القول و اما بناء على ما هو المعروف من عدم منافاة الخيار لترتيب آثار العقد فيحتمل ثبوت الحق للبايع خاصة لسبق حقه فاما يقال باستحقاقه ارتجاع العين لكون العتق موقوفا و اما بتنفيذه و الرجوع إلى البدل و كيف كان فلا وجه لسقوط خياره .

و المراد بكون الحق سابقا تعلقه بالعقد و كونه من احكامه فان السبب مقدم على المسبب و لامنافاة بين عدم صلوح الانعتاق للاستقلال بالازالة واستحالة عدم السبيل إليه و بين زواله بزوال سببه فالسلطنة على حل العقد ليست من اعادة الحر رقا و انما يعود الى الرقية لعدم ما يوجب الحرية .

وبالجملة فرق بين الخيار في البيع الذي هو السلطنة على الازالة و الاقرار وبين السلطنة على الحرباء دته رقا واستحاله ازالة الحرية لاننا في امكان ازالة البيع المستتبعة لزوال آثارها و دعوى ان الحرية ممّا لا يصلح للازالة بعد التحقق حتى بازالة سببها فلا بد من تخصيص ما يدل على سلطان ازالة المسبب بما لم يترتب عليه الانعقاد فاسدة لا شاهد لها .

والحاصل ان السابق من حيث هو كذلك لادلالة له على ان اللاحق لا يزيله فان المزيل لا يعتبر فيه سبق والتقارن بالضرورة من غير فرق بين السابق بالزمان و بالرتبة و انما المقصود ان " متعلق الحق علة للانعقاد مقدم عليه والذي ثبت انما هو امتناع ازالة الانعقاد ابتداء و امّا ازالة سببه فلا دليل على امتناعها سواء استتبع زوال الانعقاد ام لاو مع الحكم ببقائه و الرجوع إلى البديل فالامر أوضح ولا وجه لتوهم سقوط الفسخ على هذا النحو عن التأثير بالانعقاد الا ما ظهر اندفاعه ، فاي " منافات بين الانعقاد و نفوذ الفسخ و الرجوع إلى البديل الا ترى نفوذ الاقالة مع التلف و ما بمنزلة .

والحاصل ان استحقاق الفسخ و الرجوع إلى البديل لا يتوقف على الاستدلال بالسبق مطلقا فلا يبعد ان يكون اشارة الى ما عرفت نعم ينفع السابق بالرتبة لاستفادة استحقاق ارتجاع العين بابطال الطواري كما اخترناه فان مجرد السلطنة على ازالة السبب لا يكفى في ابطال جميع الآثار و لهذا لا تبطل الطواري بالاقالة فان المتعاقدين لا سلطان لهما فيما انتقل عنهما كى يؤثر إقالتهما فيه و انما لهما حينئذ تبديل الضمان بالفسخ و رفع المانع عما يقتضيه و لا دلالة لدليل الخيار الا على سلطنة كل منهما على الآخر و اما السلطان على غيرهما كمن انتقل اليه المال ثانياً فلا و من المعلوم ان اعادة المال من غير ملك من انتقل اليه اولاً و رجع امره اليه ليس من وجوه السلطنة على من انتقل اليه فلا بد من ان يستند سلطان ازالة الطواري الى تعلق الحق بالعين الذي هو عين التعلق بمن انتقل اليه اولاً حال كونه في ملكه فطرو " الحق على المنعقد باعادته غير معقول كما ان استحقاق البايع على من اشترى المال من المشتري الاول ابتداء لا يثبت بادلة الخيار فانما يحكم باستحقاق ارتجاع العين من ادلة الخيار باعتبار كون الحق

من احد المتعاقدين على الاخر حقاً في العين الذي لا يصلح الطارى لازالته كما هو الحال في الشفعة، وبالجمله نفوذ الطوارى انما هو لعدم المنافات للحق الثابت السابق والا لم يكن الى نفوذها سبيل ومحل توضيحه احكام الخيار .

قال (المحقق التستري قده) في (المقاييس) و في (الدروس) بناء المسئلة على ان المبيع هل يملك بانقضاء الخيار او بنفس العقد او يكون موقوفاً و اثبت الخيار على الاول و الاخير الا انه قال مع الامضاء يتبين انه عتق بعد الشراء على الاخير وفاقه على الثانى عن المشتري و احتمل ثبوته للبائع و قطع في (القواعد) على هذا و ان المشتري مع الفسخ يفرم القيمة و احتمله و وقوف العتق في (الدروس) و الاقرب ثبوت الخيار لهما و وقوف العتق على القول بانه لا يملك بنفس العقد لاطلاق اخبار الباب و توقف العتق على الملك و الانتقال و صيانةً لحق البائع من الابطال وعلى غيره يحتمل ذلك تخصيصاً لخبار العتق الحاكمة به بمجرد الملك بالملك الذى لا يزاخمه خيار و هذا في غاية الضعف لعدم الدليل عليه و مصادفة العتق للملك و بناء الامر فيه على التغليب فالاقوى نفوذ العتق و عدم ثبوت الخيار للمشتري كما في العتق الاختيارى .

و في ثبوته للبائع و الرجوع مع الفسخ الى القيمة اشكال ينشأ من ان الخيار و العتق هل يتحققان بمجرد حصول البيع او بعد ثبوت الملك آنا قليلا لا يقبل غيرهما او الاول بالاول و الثانى بالثانى او بالعكس فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بعدم لاصية اخبار العتق و كون القيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون البدل و لسبق تعلقه على الاخير .

و يحتمل قريباً الثبوت جمعاً بين الحقين و دفعاً للمنافات من البين و عملاً بكل من النصين و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع من العوضين و تنزيلاً للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب في احدهما و للعتق منزلة تلف العين ولانهم حكموا بجواز الرجوع الى القيمة اذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعتق على المشتري او تعيب بما يوجب ذلك و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر

ولسبق تعلق حق الخيار وعروض العتق و حيث كان المختار في الخيار انه بمجرد العقد وفي العتق انه بعد الملك و دل ظاهر الاخبار و كلام الاصحاب على ان احكام العقود و الايقاعات تنبعها بمجرد حصولها اذا لم يمنع مانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قد صرحوا هنا بان الخيار يثبت بعد العقد و انه علة له و المعلول لا يتخلف عن علته كما ان الانعتاق لا يتخلف عن الملك فالاقرب هو الاخير كما هو ظاهر (المختلف) و (التحرير) و مال اليه (الشهيد قدس سره) ان لم يثبت الاجماع على خلافه و يؤيده اطلاق الاكثر و دعوى (ابن زهرة) في (الفنية) الاجماع على ثبوته في جميع ضروب البيع من غير استثناء و تفصيل انتهى .

و فيه ان كون العتق موقوفاً ليس وجهاً مقابلاً للوجهين و لم يبين (الشهيد قدس سره) المسئلة عليه و لم يثبت الخيار على الاخير و انما هو من وجهي ثبوت الخيار بناء على كون الملك بنفس العقد للبايع نظراً الى سبق حقه و يقابله نفوذ العتق و الرجوع الى البذل فمعنى الموقوف انه بحيث يزول بالفسخ و لا معنى لبناء ثبوت الخيار وعدمه على كون العتق موقوفاً و عدمه بل كونه موقوفاً مما يتفرع على ثبوت الخيار بل هو هو حيث ان الخيار ان تعلق بالعين و استحق ارتجاعها كان الانعتاق موقوفاً اى بحيث يزول بالا زالة .

و الظاهر انه اشتبه عليه كون الانعتاق مراعى بكون الملك كذلك فانه يمكن ان يقال ان في الملك في زمان الخيار وجوهاً العدم و هو مذهب (الشيخ قدس سره) و التحقق كما ذهب اليه الاكثر و كونه مراعى بحيث ينكشف بانقضاء الخيار تحققه من حين العقد و انما لا يثبت الخيار على اوسط الوجوه و يثبت على الاول و الاخير و لكن ليس من هذا في الدروس عين و لا اثر مع انه في نفسه فاسد .

ثم انه لا يمكن توهم سقوط الخيار على القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار فقلوله و الا قرب ثبوت الخيار لهما و وقوف العتق على القول بانه لا يملك بنفس العقد لا محصل له مع ان وقوف العتق لافعنى له حينئذ لو كان القول بكون الملك موقوفاً مقابلاً لهذا القول كما هو مبني توهمه السابق . ثم اعجب من هذا ، التمسك لثبوت الخيار

بناء على هذا المذهب باطلاق اخبار الباب وصيانة حق البايع من الابطال فانه لا وجه لسقوط الخيار على هذه الطريقة فان انقضاء زمان الخيار شرط في تأثير العقد كما ذهب اليه في الطلاق الرجعي فان انقضاء العدة عند ذلك القائل شرط في تأثير الطلاق فالمطلقة رجعية في زمان العدة زوجة حقيقة .

و يظهر ما في بقية كلامه الى قوله وفي ثبوته للبائع والرجوع مع الفسخ الخ مما تقدم .

و اما ما ذكره من المبني فمحصله انه لو كان كل من الخيار والملك في مرتبة واحدة او كان الثاني مقدماً فلا قوى عدم الخيار بخلاف ما اذ قلنا بتقدم الخيار وتأخر الملك فان الاقرب ثبوته هذا ملخصه وما ابعد ما بينه وبين ما في (الدروس) حيث ان كون الخيار حكماً للعقد وحقاً فيه وكون الملك اثرأ ومعلولاً له من البديهييات فاستند في عدم زوال الحق إلى تقدمه المعلوم بالضرورة .

و هذا (الفاضل قدس سره) جعل في المسئلة وجوهاً لا معنى لها و انما هي عبارات محضة حيث ان كون الخيار بمجرد العقد لا معنى له الا كونه حكماً ثابتاً فيه لا معلولاً له مترتباً عليه كما ان كون الاعتراف على خلاف ذلك لا معنى له الا كونه مترتباً على ما هو معلول للعقد اى الملك فهو متأخر عن اثره المتأخر عنه في الرتبة لا في الزمان فحينئذ كون الاعتراف في رتبة الخيار لا معنى له الا كونه حكماً للعقد كما ان كون الخيار مترتباً على الملك كالاعتراف لا معنى له الا كونه معلولاً له و كلاهما مما لا معنى له و كون الاعتراف بالعقد والخيار بعد ثبوت الملك مما لا يتعقل و لم يتوهمه متوهم مع انه لو كان مبني المسئلة هذا المعنى فلا معنى للاستناد في سقوط الخيار في الصور الثلاثة إلى غير هذا المبني بل يجب التعليل بالمقارنة و تأخر الخيار .

فبناء على المقارنة والتأخر لا وجه للاستناد إلى ما ذكره من الوجوه مع انه لا وجه لها حيث ان انصية اخبار العتق ممنوعة فانه لا يحتمل دليل الخيار غير ما يستفاد منه كاخبار العتق فكل منهما نص في مداوله ولا معنى لترجيح احدهما على الآخر في الدلالة مع انه لا منافات بين وقوع العتق وزواله بالفسخ و مع كون الغرض من الفسخ

الرجوع إلى البديل فعدم المنافاة اظهر .

و أمّا تفرع استحقاق البديل على استحقاق المبدل منه فقد عرفت فسادَه وقد ظهر أيضاً أن سبق التعلّق لا معنى له و اما احتمال الثبوت على الوجوه الثلاثة استناداً إلى الجمع بين الحقيقتين فلا معنى له بعد البناء على المنافاة فإن الجمع يحتاج إلى شاهد فلو كان مفاد كل من الدليلين منافياً لمفاد الآخر فالجمع بما لا يستفاد منهما رجم بالغيب و ليس مثل هذا العمل بالدليل عملاً به بل هو اتباع للهوى و افتراء على الدين و ان لم يكن منافاة فلا وجه للاستشكال بل اللازم حينئذ انما هو توضيح عدم المنافاة كما فعلناه .

و أمّا قوله و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البايع النخ فلا يكاد يكون له محصل فانه لا اشكال في عدم امكان زوال يد البايع بالفسخ عن الثمن مع عدم استحقاق المبيع و بدله و انما الاشكال في نفوذ الفسخ و معه فلا اشكال في استحقاق المبيع أو بدله بعد زوال استحقاق الثمن فلا معنى للتمسك على نفوذ الفسخ بعدم امكان زوال يده عن العوضين و كذا لا معنى للتنزيل الذى ذكره فضلاً عن دلالة على نفوذ الفسخ فان الفسخ مع التلف و ما بمنزلة اثره الرجوع إلى البديل ولا معنى لتنزيل الفسخ الذى اثره زوال العقد منزلة اخذ الارش مع بقاء العقد و ان كان الغرض تنزيل اخذ البديل منزلة الارش فلا معنى له ايضاً حيث ان اخذ البديل من جهة زوال العقد و اخذ الارش حق ثابت مع بقاء العقد ولا وجه لتنزيل أحدهما منزلة الآخر .

وقوله ولانهم حكموا النخ ففيه ان الحكم في الاصل ممنوع حيث ان العتق المشروط إمّا يطلب مطلقاً فلا خيار لعدم تخلف الشرط و إمّا يكون إيجابه بالاختيار له موضوعية و يتعلق الغرض به من هذه الحيثية فالشرط باطل إذا ظهر كونه ممن ينعتق على المشتري و يبطل العقد لعدم حصول الاستحقاق حيث انه فرع حصول المملك المستقر المستحيل في المقام شرعاً و أمّا في الصورة الاخرى وهو طرو الانعقاد بالغيب فهو يوجب الخيار من جهة طرو تخلف الشرط ولا يقاس المقام به فان الخيار ليس من جهة تخلف الشرط بل انما هو ثابت بنفس العقد فيفسخ و يرجع إلى العين .

قوله وعلى الثالث يتجه الثاني الخ فيه ما عرفت فيما مرّ و ما بين الجمع بينه وبين جعل المبنى سبق تعلق حق الخيار مع ان ترتب احكام العقد عليها بمجرد حصولها مع عدم المانع لا معنى للتمسك له بظاهر الاخبار وكلام الاصحاب فانه مقتضى كونها احكاماً لها من ان عدم الترتيب الفعلي لما يمنع عنه لا ينافي التقدم الذاتي على الاثر الذي هو الانعقاد و المناط إنما هو التقدم بالذات .

الا ترى ان الخيار إنما يثبت في الفضولي بعد الاجازة كما حققناه و مع ذلك فهو مقدم على الاثر بالذات و ان لم يحصل بمجرد وجود العقد و بالجملة فالتقدم بالذات ليس واقعاً دائماً ولا معتبراً و مناطاً و لهذا فلا يسقط خيار الشرط فيمن ينعقد على مشتري و ان تأخر زمان الخيار عن العقد و التقدم بالذات الذي هو المناط ثابت و ان تأخر بالزمان .

قوله بل قد صرحوا الخ فيه ان العقد ينافي الخيار اقتضاء ولا معنى لكونه علة له و انما هو موضوعه و هذا المعنى لا يتوقف على تصريحهم و ليس مستقداً من كلماتهم بل انما هو مستفاد من دليله و اى قصور في الدليل كى يحتاج في استفادته إلى تقليدهم و بالتأمل يظهر بقية ما في كلامه اعلى الله في الفردوس مقامه .

و قد يتوهم ان مبنى المسئلة ان الفسخ هل يعتبر فيه خروج الملك من ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه ام لا فيسقط الخيار على الاول دون الاخير فيقال انه ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك من ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول الاخر فيه ولو تقديرًا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعقاد عقيب الملك آنا ما اذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لان يخرج عن ملك المشتري إلى ملك البايع ولو تقديرًا ان ملكية المشتري لمن ينعقد عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجا عن ملك المشتري الى ملك البايع ثم انعقاده مضموناً على المشتري كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البايع .

و الحاصل ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه وهذا غير حاصل فيما نحن فيه و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى ازيد من رد العين ان كان موجوداً وبذله ان كان تالفاً أو كالتلف ولا يعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بشئ مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم في مسألة البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعتاً على المشتري و حكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الادفوق بمومات الخيار القول به هنا و الرجوع الى القيمة الا مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه فالأقوى عدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذى هو بمنزلة اتلافه .

و بالجملة فان الخيار حق في العين وانما يتعلق بالبذل بعد تعذره لا ابتداء فإذا كان نقل العين ابطالا لمالية و تفويتاً لمحل الخيار و كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببذله وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البايع باتلاف المبيع و نقله إلى من ينعتق عليه كالاتلاف له من حيث المالية فدفع الخيار به اولى و اهون من رفعه فتأمل انتهى .

و فيه ان الفسخ سواء كان بالخيار أو بالاقالة ليس الاحل العقد و عود الملك إلى من انتقل عنه انما هو بما كان يقتضيه قبل العقد و انما حال العقد بينه و بين ما يقتضيه فبزوال المانع يعود الممنوع حيث لم يمنع مانع من العود و الا استحق البذل على ما مر ولا اشكال في ان الطوارئ تمنع من عود العين في الاقالة حيث انها ليست من احكام العقد بل انما هى عقد فك فلا مرجع حين عدم بقاء العين في ملك من انتقل اليه الا البذل فالطوارئ بحكم التلف و اما الخيار فيمكن ان يكون من قبلها و يمكن ان يزول الطوارئ بالفسخ به كما اخترناه في المقام .

و ما علل به اعتبار خروج المال عن ملك من انتقل اليه إلى ملك من انتقل عنه لا محصل له

حيث ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما انما يقتضى رجوع امر الاخر اليه كما هو مقتضى المعاوضة لادخوله في ملكه ولو تقديرأً ويكفى في ذلك اعتناقه عليه فانه لامعنى لاعتناقه عليه الا رجوع امره اليه على هذه الكيفية مع ان دخوله في ملكه تقديرأً بالمعاوضة لا يقتضى خروجه ايضاً عن ملكه بعد ذلك بالفسخ ايضاً فان الفسخ لا يقتضى ذلك بل اما يرجع المال على اى حال كان إلى الفاسخ و اما يرجع إلى البذل وهذا ليس من اختلاف حال الفسخ في شىء فلا وجه لاعتبار قبول المنعقد عليه لان يخرج عن ملك المشتري إلى ملك البايع ثم اعتناقه مضموناً على المشتري بل لامعنى لذلك لان الاعتناق على المشتري انما هو باعتبار رجوع امره اليه و مع تقدير خروجه إلى ملك البايع لا يعقل الاعتناق على المشتري بل هو تناقض ولامعنى لتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فان الفسخ ليس من تلقى الملك في شىء بل انما هو رفع للمانع وهذا الكلام انما يصح في الوقف و ما يشبهه مما يقتضى رجوع امر المال إلى الشخص و لهذا وقع الاشكال فيه ان الطبقة المتاخرة يتلقى الملك مما تقدمه أو عن الواقف و يظهر مما تقدم انظار آخر في هذا الكلام فتفطن ولا تكن من الغافلين .

و في المقام فروع غير ما مر :

منها ما لو كان الثمن ممن ينعقد على البايع مقتضى ما حققناه من ان كلا من الايجاب والقبول يتعلق في البيع بالمبيع اولاً و بالذات و بالثمن ثانياً و بالعرض فالبايع يبيع المبيع والمشتري يبتاعه، ان يتعلق الخيار من كل منهما بما يتعلق به الانشاء الصادر منه وهو المبيع فان يتعلق الخيار والمبيع شىء واحد على ما هو مقتضى المنع و الاقضاء وعلى القول بالحكومة فالامر اظهر فلا يقدح تلف الثمن و ما في حكمه في خيارهما . ومنها ما لو كان المبيع ممن ينعقد على وارث المشتري و مات المورث في المجلس فمن ذهب الى سقوط الخيار رأساً استناداً إلى عدم صلوح العين للعود و ان النعقد بالبدل فرع التعلق بها التزم بالثبوت في المقام لسبق النعقد كما لو اعتقه المشتري اختياراً .

ولكن يشكل على ما اختاره بعض مشايخنا قده من ان الثابت بالدليل انما هو

السلطنة على ابطال ملك المشتري لتبدل الموضوع الا ان يقال ان المقام من باب تبدل المالكين لا المملكين حيث ان الوارث قائم مقام المورث .

لا يقال ان المملك نسبة بين المالك والمملوك متقومة بهما تختلف باختلافهما فان الربط يتشخص بالمرتبطين فتبدل احد الطرفين مع عدم تبدل الربط غير معقول .
لانا نقول ان المناط في الاحكام الشرعية انما هو العرف لا الفلسفة فتتزيل الوارث منزلة المورث و اقامته مقامه و الحكم بانه هو كما هو مفاد ادلة الميراث عبارة اخرى عن كون هذا السلطان هو الذى كان فكان الميت لم يمت بل انتقل من حال إلى حال فلا زوال ولا انتقال فالانتقال على الوارث كعتق المورث بعد التعلق فلا يزول بالطاري .

و منها ما اذا اشترط على المشتري عتقه فظهر منعتاً عليه و هذا و ان لم يكن من فروع هذا الاصل الا انه ذكر استطراداً و الحق فيه ان فعل البايع ان كان ملحوظاً على وجه الطريقية بان كان الغرض فكاك الرقبة لغى الشرط وصحت المعاملة فانه كشرط المشتري على البايع ايصال المبيع إلى مكان خاص فوصل من غير ايصال وان كان ملحوظاً على وجه الموضوعية مع تعلق غرض عقلائي به فسد الشرط وفسد العقد بفساده والفرق بينه وبين الامتناع من الوفاء عدم حصول ما ارتبط به مضمون العقد على الاول والعقد تابعة للقصود بخلاف صورة عدم الوفاء فان المشروط له ملك على المشروط عليه الشرط و تمّ العقد .

و منها ما لو باع الكافر عبده من مسلم فقد يقال ان الخيار من كل من المتبايعين سبيل للكافر على المسلم منفى بالاية و فساد واضح و دلالة الاية على عدم جواز رفع ما حال بين الكافر و بين ملكه المسلم ليعود اليه بالسبب الاول تمنوعة هذا بالنسبة إلى المشتري واما البايع فليس سلطانه على الفسخ سلطاناً جديداً بل انما الخيار منع للمانع فانما يرجع المبيع بالسلطنة الاولى و ان كان السلطنة على الارتجاع بالخيار سلطنة جديدة فان كون الخيار حقاً حادثاً لا ينافي كون السلطنة على المبيع هي السلطنة الاولى و يكفى في ذلك ان السبب المملك هو الاول الزائل فبالخيار يعيده بازالة المانع وهذا

في غاية الدقة يظهر بالتأمل التام فيما تقدم مع ان الاية لا دلالة لها على ماراموه على ما حقق في البيع .

ومن الغريب توهم التعارض بينها و بين ادلة الخيار وهو ناش عن الغفلة عن أن^٢ ادلة الاحكام لا تعرض فيها لا حوال الموضوعات فصولح المبيع لتملك الكافر و ادخاله في ملكه يستحيل احرازه بدليل الخيار فالاية الشريفة على تقدير دلالتها حاكمة على دليل الخيار بالضرورة .

ومنها ما لو بيع على المحكتر الغلة والعين المرهونة فان المستفاد من ادلة الولاية ومقتضى استحقاق المرتن استيفاء الدين من العين المرهونة السلطنة على قطع يد المالك عن ماله لا مجرد البيع الغير المتنافي لاستحقاق الفسخ وبمثله يمكن التمسك فيما لو باع الحاكم العبد المسلم على الكافر من المسلمين .

و منها العبد تحت الشدة المشتري^١ بالزكوة فان المشتري لا يستحق الفسخ فان الصدقة تستقر في مصرفها و البايع ليس له ذلك لما ذكر في نظائره ويشكل الحكم في الجميع بان فسخ المعاملة لا يتنافي سلطنة الوالي و ذى الحق على صرف المال في مصرف خاص فالحاكم له بيع الغلة مع امتناع المحكتر حيث انه ولي الممتنع وهذا لا يتنافي فسخ البيع بالخيار أو بالاقالة .

الا ترى ان له الفسخ مع الغبن أو ظهور العيب او بالشرط و شئ من ذلك لا يتنافي سلطانه على الاجبار كما انه لو اختار البيع فان فسخ المحكتر البيع الخاص غير منافي لتعين البيع عليه فيبيعه ثانياً .

و الحاصل ان سلطنة المالك على فسخ المعاملة لا يتنافي ولاية الحاكم بيع ماله و استحقاق المرتن استيفاء الدين فان الفسخ معنى والسلطنة على الامتناع عن دفع المال معنى آخر .

نعم لو كان الفسخ مزاحماً للولاية والحق لم ينفذ بل التحقيق في موارد الاجبار ان للحاكم اخذ المال بعوض وان لم يكن هناك عقد ولا معنى للاجبار على الانشاء ولا يتنافي ذلك استحقاق المالك فسخ المعاملة حيث وقعت برضاء اذا رأى ان المال يؤخذ

منه قهراً ان لم يبيعه و لكن حيث باع فله الفسخ ولا يزول مع ذلك سلطان الولي ولا يخفى ان الحق في الزكوة انما هو المال و ان لم يكن هناك من يستحق الخيار فانه لا يستحقه الحاكم ولا الفقراء في الزكوة و كونه حقاً على الشخص حيث كان هناك من يرجع اليه المال لا ينافي كونه في المال و قيام الولي باعماله مع عدمه و يظهر كيفية ثبوت الخيار للمرتهن بالتأمل التام فان من المحقق عدم استقلال غير من يرجع اليه امر المال بالخيار فالخيار المجمعول للاجنبي انما هو حق للمالك المشروط له خيار الاجنبي على ما سيظهر انشاء الله تعالى .

و منها شراء العبد نفسه فحكموا فيه بسقوط الخيار بمعنى عدم الثبوت نظراً الى قصور الدليل و انصرافه الى غيره اوالى القياس بالمكاتبه اوالى ان الشخص لا يملك نفسه فائثر هذا الشراء هو الفك و ليس للشخص ان يجعل نفسه رقاً بعد الحرية على ما يظهر من تتبع احكام الشرع و الاستيناس بطريقة الشارع و الكل كما ترى فالحق ثبوت الخيار هنا ايضاً .

و منها بيع الجمد في شدة الحر استناداً الى الاقدام على التلف و فيه ان اليأس عن التمكن من الارتجاع ليس من اسقاط الحق في شئ و اما المتعين تعيناً وضعياً في جهة كمنذور الوقت و العتق بناء على ما هو التحقيق فيسقط فيه الخيار لعدم صلوح المورد للرد فحكمه حكم الوقف و التصديق .

﴿المقام الرابع﴾

﴿ فيما يسقط هذا الخيار ﴾

و هو امور منها الاشتراط و هو اما يتعلق بالاسقاط و اما يتعلق بالسقوط و اما يتعلق بترك الفسخ اما الاول فلا يؤثر في السقوط بل انما اثره استحقاق المشروط له على المشروط عليه ذلك الفعل ، و لا يترتب عليه اثر الا العصيان بالفسخ او تأخير الاسقاط اذا كان له زمان معين و حينئذ يحصل للمشروط له الخيار ايضاً من هذه الجهة و لو سقط

الخيار لا باختياره فان كان الفعل ملحوظاً على وجه الطريقة اى السببية بان يكون الغرض السقوط مطلقاً و انما جعله طريقاً فقد حصل الشرط و ان كان مأخوذاً على وجه الموضوعية حيث يصح ذلك فان تبين عدم التمكن من ذلك كما في بيع من يفتق على المشتري فيفسد الشرط و يتبعه العقد و مع طروء العجز و حصول الاستحقاق فللمشروط اه الخيار .

و اما الثانى فيتصور على وجوه : منها ان يكون متعلق الشرط عدم ثبوت الخيار شرعاً في العقد و بطلانه واضح فانه مع بطلانه في نفسه لعدم كونه معقولا مخالفاً للكتاب و السنة ، و منها ان يكون الشرط اسقاطاً و هو ايضاً غير معقول ضرورة توقف الاسقاط على الثبوت و منها ان يكون مؤداه الرضا باستقرار العقد و دوام الاثر و هو و ان كان معقولا الا انه لا دليل على كونه مسقطاً

و دعوى انصراف دليل الخيار الى ما تجرد عن ذلك جزاف و كون الرضا المقترن بالكشف مسقطاً بعد العقد لا يستلزم كونه كذلك حاله مقارناً له و لا يصلح الارفاق ان يكون قرينة عليه حيث ان الغرض توسعة الامر عليه بجعل زمام المعاملة بيده بعد تحققها

و قد استند بعض مشايخنا قده الى الانصراف و قصور الدليل و فرغ على ما حققه امرين :

الاول الاكتفاء فيه بالتبالي و عدم اعتبار ذكره في العقد فهو كاضمار توابع العقد كجودة الحنطة و حمرتها و جموده شعر الامة و الفرق بينه و بين الالتزام المستقل في ضمن العقد كشرط الصياغة ان منشأ النفوذ فيه ليس ادلة الشروط بل انما هو تحديد لمتعلق الانشاء بخلاف الثانى فلا يشمل له دليل الشرط الا بالاعتبار في ضمن العقد و لهذا يسقط خيار العيب و الغبن مع العلم و التبرى .

الثانى انه لا يصح الاستدلال على نفوذ هذا الشرط بادلة الشروط لانقضاء الالتزام فيه و مجرد التسمية لا يكفى في ذلك فان الشرط يطلق على امور : منها الوصف سواء كان منوعاً ككون الثوب كتانا فلو بان قطعاً بطل او مشخصاً كشرط البكارة و

الجعودة ، و منها الجزء التابع كشرط الحمل و الثمر و ثياب العبد ، و منها الكيفية كالنفصيل و الترتيب في صفات الموقوف عليهم و على العوض التابع كالأجرة و قد ورد في السلم له شرطه و في السكنى سألته عن السكنى و العمرى فقال الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حيوته سكن حيوته و ان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط و في وصية (ابى الحسن عليه السلام) فان انقضوا فلم يبق منهم احد فصدقتى على ولد ابى و امى ما بقى منهم احد على مثل ما شرطت بين و لى .

والتحقيق ان هذا الشرط عبارة عن الاقدام فكما ان تسليط المالك غيره على اتلاف ماله مجانا و وضع اليد عليه من غير ان يكون ضامناً و بذل العمل و اداء الدين تبرعاً رافع للضمان الذى هو من الحقوق فكذا نقل المال الى الغير مقدماً على ان لا يكون له سلطان الارتجاع مثلاً دافع للخيار فان كل دافع بعد التحقق دافع قبله و المناطق في سلطان الرفع و الاسقاط و الدفع شىء واحد .

واما الثالث فلا يؤثر السقوط حيث ان استحقاق المشروط له على ذى الخيار ترك الفسخ لا يسقطه عن التأثير و كونه حراماً ككونه من الحقوق لا يترتب عليه ذلك و انما هو كالا لئلا يلزم بعدم فسخ العقود الجائزة بالذات .

اما الاذنية منها فلا تنتفائها بانتفاء الاذن قهراً و اما الهبة فلا انها لا تقابل بعوض حتى يتعقل الشرط على الواهب فان ارتباط استحقاق المشروط له و هو المتهب بهبة الواهب لا محصل له و كذا العكس و منه يظهر وجه عدم تعقله في الاذنية بوجه آخر ايضاً حيث ان استحقاق المستودع لعدم الرجوع الى الوديعة لا معنى له و كذا استحقاق النائب على المنوب عنه في قبالة قبوله للنيابة فالشرط فيها لا يتعقل من وجوه بل لا يتعقل لزومها حتى لو اشترط في ضمن عقد لازم .

و اما الوكالة المشروطة في الرهن فقد حققنا انه في الحقيقة احدث ولاية و جعل حق للمرتهن فان استقلاله في بيع العين المرهونة و عدم احتياجه الى مراجعة الراهن من حقوقه و ان كان بالنسبة الى الاجنبى غير معقول لان الحقيقة انما هو باعتبار الفوائدراجعة الى ذى الحق الا ترى ان ابقاء الجدار من حق الجار دون غيره .

فرعان

الاول لا يجوز اشتراط سقوط الخيار بالنسبة الى بعض الازمان فانه لا يوزع على الازمان كما هو الحال في ملك الاعيان .

الثانى يجوز اشتراط السقوط بالنسبة الى بعض المبيع خاصة فان مقتضى الدليل ان ذا الخيار له ازالة المانع الذى حال بينه وبين المال مثلاً فلم يستحكم المانع بعد و لم ينقطع يده عن المال و مقتضى ذلك ان يرجع الى ماله كيف شاء و لا ينافي ذلك كون العقد امراً واحداً .

الا ترى ان المبيع لو كان حيواناً وغيره فهو يفسخ العقد في الاول خاصة وليس هذا تجزية للبسيط لان العقد امر اعتبارى كان ينتزع بالنسبة الى تمام ما تعلق به قبل الفسخ و بالفسخ يخرج بعض الاجزاء عن صلوح الانتزاع دون الباقي فالتفكيك في الاجزاء في الانفساخ و الفسخ و الصحة و البطلان و التزلزل و الاستقرار و الشأنية و الفعلية مما لا يخفى امكانها على متفق .

و ظهر مما حققنا ما في كلمات جماعة من الخلط و الاضطراب فقد يتمسك لنفوذ هذا الشرط و لزومه بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بتقريب ان المستفاد منه اولا انما هو وجوب العمل على طبقه فيمتنع منه الحكم الوضعي و فيه ما عرفت من انه ليس من الشرط في العقد بل انما هو اقدام على عدم الاستحقاق حال ايجاد محله و لا يتعقل كونه من الحقوق و الالم يحتاج الى الرواية بل كفى في نفوذه ادلة نفوذ العقد حيث انه من توابعه و العقود تابعة للمقصود مع ان التكليف بما هو خارج عن الاختيار غير معقول مضافاً الى ان وجوب العمل بالشرط لا يستلزم عدم زواله بالفسخ فلا ينافي الوجوب السلطنة عليه .

و بالجملة لا معنى لارتباط سقوط الخيار باحد العوضين حيث انه ليس من الاوصاف و لا قيداً للعوضية و الى ما حققنا ينظر الاستشكل بانه مستلزم للدور حيث ان الشرط انما يلزم بلزوم العقد فلو كان لزومه بلزومه دار، و توهم ان النفوذ يكفى في المقام حيث انه لا معنى لجواز هذا الشرط ضرورة ان نفوذه عين اللزوم و لا يتصور الاستتباع

مندفع بان نفس الحكم لا يعقل ان يكون شرطاً بل لابد من ان يكون من لواحق الموضوع من حيث هو كذلك وحينئذ فلا ينفك عن التبعية نعم لو كان متعلق الشرط ما هو من الحقوق لصح ذلك و ان كان نفس الخيار قد تبرر .

و الحاصل ان تعلق العقد بما يتعلق بمتعلقه و هو الشرط لا يمكن ان يكون الا على نحو ما يتعلق بمتعلقه بل هو تعلق واحد والتبعية انما هو بحسب الذات لافي مرحلة تعلق العقد فلا يعقل الاختلاف في الحكم ولا تبعية كيفية التعلق فبعد تسليم ان حقيقة الشرط ما ذكر لا معنى للمقول بان النفوذ يكفى في المقام فانه محقق للاشكال لا دافع .

وتبين مما حققناه ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه :

احدها ان يشترط عدم الخيار و هذا هو مراد الشيخ من اشتراط السقوط فيقول (بيع بشرط ان لا يثبت خيار المجلس) كما مثل به في (الخلاف) و (المبسوط) و (الغنية) و (التذكرة) لان المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع .

الثاني ان يشترط عدم الفسخ فيقول (بيع بشرط ان لا افسخ في المجلس) فيرجع الى التزام ترك حقه فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه و عدم سلطنته على تركه كما لو باع منذور التصديق على ما ذهب اليه غير واحد فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة لا فاسد وحينئذ فلا فائدة في هذا غير الاثم على مخالفته ان ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتيب آثار الشرط و هو عدم الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لافواً كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفرداً

لغواً لا يرفع وجوب الوفاء .

الثالث ان يشترط اسقاط الخيار و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد فلو اخل به و فسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الاقوى عدم التأثير انتهى فان المستفاد من هذه الصورة الاولى هي التي لا ريب في صحتها و نفوذ الشرط فيها مع انه تمسك للحكم بعموم المستفيض جائزاً بان مفاده الحكم التكليفي ابتداءً ومن الواضح ان الحكم التكليفي لا يتعلق بغير الاختيارى و السقوط بمعنى عدم اشتغال العقد على الخيار ليس فعلاً ولا يعقل بالنسبة اليه التزام و التزام مع ان معنى الشرط عنده ليس الا ذلك في هذه الرواية مع ان وجوب ترتيب آثار عدم الفسخ بعد قوله فسخت لا يكاد يرجع الى محصل حيث ان دليل الحكم لا يحرز الموضوع فلا معنى للاستدلال بوجوب الوفاء بالشرط على ان الشرط متحقق لم يزل بالفسخ فالحكم دائر مدار موضوعه و هو مشكوك فيه فوجوب الوفاء بعد قوله فسخت انما يصح لو لم يؤثر الفسخ و كان لغواً فلا يعلم الا بعد العلم بعدم التأثير فانبات عدم التأثير بثبوت الحكم دور .

و بالجملة فوجوب الوفاء جعل ترتيب الآثار وفاء و هو كما ترى مع ان انتزاع الحكم الوضعي من هذا الحكم التكليفي ممنوع فان وجوب ترك الفسخ بالشرط كوجوبه بامر الوالد والنذر لا ينتزع منه السقوط عن التأثير و استفادتنا الوضعية من ادلة الشروط ليست مثبتية عليه فان الاحكام الوضعية عندنا مستقلة على ما مرت اليه الاشارة .

و من الغريب التزامه بخروج الشروط الواقعة في ضمن العقود الخيارية ايضاً عن العموم على ما هو مقتضى استتباعه للحكم التكليفي مع انه لا دليل على نفوذ الشرط في البيع الاختيارى الا هذه العمومات قال ان الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لانها كالوعد و الواقعة في ضمن العقد الجائزة بالذات او بالخيار مع بقائها على الجواز لان الحكم يلزم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لان الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به انتهى .

و فيه ان عدم نفوذ الشروط الابتدائية انما هو لانتفاء الارتباط المقوم طاهية

الشرط على ما حققناه في رسالة مفردة بل و كذلك في العقود الاذنية حيث ان ارتباط الاستحقاق بالاذن او قبوله لا يعقل و كذا الهبة لان المجبانية مانعة عن ان يقابل المال بشيء و اما من طرف الواهب فالالتزام للمتهب مرتبطاً بالتملك المجاني واضح الفساد فليس هذا خروجاً حكماً و لا يمنع الجواز من نفوذ الشرط من حيث هو كذلك . و مما يقضى منه العجب حكمه ، بوجوب اجبار المشروط عليه بالوفاء فانه كما ترى ،

و توضيح المرام ان الشرط و ان لم يكن عبارة عن خصوص الالتزام و الالتزام في البيع و نحوه بل انما هو مجرد الربط ولهذا يقال شرطت السرير بالشرط اى الخوص المقتول الا ان الشرط الذى يترتب عليه الوفاء و النقض لابد ان يكون استحقاقاً مرتبطاً بما يصلح ان يرتبط به و معنى ارتباطه به اعتباره فيه بحيث يكفى في نفوذه استتباعه له فاستحقاق صياغة الخاتم على شخص لابد له من سبب فتارة يحصل بالاجارة و الصلح و تارة يحصل باعتباره بمنزلة جزء احد العوضين في البيع مثلاً فالبايع يبيع المال بالثمن على هذا الشرط فيملك الشرط تبعاً للثمن فكانه باع المال بما يقارنه هذا الاستحقاق لا بالثمن مطلقاً وهذا المعنى غير متعلق في الوديعة مثلاً اما من طرف الامين فلان نيابته في الحفظ تبرعاً الممحصنة في الاحسان ليس مما يؤل نفعه اليه من هذه الحيثية فلا يعقل ان يرتبطها رب المال بجعل حق لنفسه عليه ، و اما من طرف صاحبه فالالزام ينافي الاحسان و بهذا البيان يتبين الحال في بقية العقود الجائزة .

و بالجملة فنفوذ الشرط في البيع و نحوه انما هو من جهة ارتباط الاستحقاق باحد المتقابلين و هو فيما تقدم غير معقول و منه يظهر ان ادلة الشروط ليست مؤسسة ولا حاجة اليها بل يكفى في نفوذ الشروط في البيع و نحوه نفس ادلتها مع احراز قابليتها لها فافهم و بالتأمل يظهر بقية ما في كلامه زاد الله في علو مقامه .

الثانى من المسقطات الاسقاط بمعنى انه يكفى في سقوطه و الا فلا فرق بينهما الا بالاعتبار و الفاعل انما هو الشخص ولا واسطة بين الفاعل و فعله كما هو المستفاد من هذا العنوان و السر في نفوذ الاسقاط فيه انه سلطنة على الغير قابلة للعفو .

توضيح ذلك ان السلطنة على انحاء ؛ سلطنة الخالق على مخلوقه و سلطنة الشخص

على نفسه وسلطنته على ماله و سلطنته على غيره .

اما الاولى فهى عبارة عن العلية الاختيارية التى يستحيل زوالها و بقاء المخلوق بدون باريه واستقلاله فانه ينافي المخلوقية والمعلولية وما يتوهم من ان منشأ الاحتياج الحدوث لا الامكان و ان البناء يبقى مع فناء البناء ناش عن عدم تعقل العلية و عدم تعقل ان الحدوث و البقاء اعتباران في الوجود و هو شىء واحد يستحيل بقاءه كحدوثه من غير علة و من شئون هذه السلطنة الولايات فانها خلافة عن الله تعالى و مناصب الهيئة وارجاع لامر بعض المخلوقين إلى البعض على اطوار شتى و انحاء لا تحصى .

و اما سلطنة الشخص على نفسه فمنشأها الاتحاد مع قابلية الاستقلال بحسب الذات فبالغايرة الاعتبارية ينتزع سلطنته على نفسه فيملكها .

و اما السلطنة على المال اى الجدة فتحصل بالحيازة فان الاحاطة على ما لاختصاص لاحد به توجب الاختصاص و رجوع الامر اليه بحسب الذات .

و مثله السلطنة على الغير فانها تنتزع من القهر و الاستيلاء فيما لا مانع فيه من النفوذ كالاسلام و النسب في الجملة و يعبر عن هذا النحو من السلطنة بملك الرقبة تنزيلا لهذا النحو من القهر منزلة الحبيل الواقع من شخص في رقبة غيره الذى به يتمكن من جذبه إلى نفسه و حبسه عما يريد فانتزاع هذا المعنى من امرين الاستقلال بحسب الذات و حصول المانع الحائل بينه و بين نفسه و من شئون هذه السلطنة و مراتبها الضعيفة الزوجية كما يفصح عنه تعليل جواز النظر بانها خير مستام باعلى الثمن و التعبير عن الطلاق بجهلك على غاربك و دون الزوجة الاجير الخاص و دونه المطلق و المديون و دونه السلطنة على الشخص باعتبار السلطنة على ماله مع بقاء ملكه باجارة او شرط او رهانة او جنائية .

و شىء من هذه الاقسام ليس من الحقوق الا الاخير فانه هو الذى يصلح الاسقاط و النقل و الانتقال بحسب الذات و اما تختلف الحال بعدم جريان بعض هذه الاحكام باعتبار خصوصيات الموارد اما عدم جريانها في اول الاقسام فبالنسبة الى نفس السلطنة المنتزعة من الربوبية ظاهر و اما شئونها فلان الخلافة انما هى بجعل الله تعالى

فلا معنى لاسقاطها او نقلها و انتقالها و تسليط الخليفة على الاستخلاف ليس نقلاومنه الوصاية فانها استخلاف بالتسليط الالهي و كذا الحال في السلطنة على النفس فانه يستحيل زوالها اقتضاء و انما يمنع بالحجر أو بوجود المانع من حيث تعلق حق الغير به . و هذا هو السر في استحالة لزوم العقود الا ذنية فان نفوذها انما هو من شئون سلطنة الشخص على نفسه و اشتراط القبول فيها إنما هو بالنسبة إلى التزام المأذون بالاثار الوضعية لا في نفوذ التصرفات و كذا السلطنة على المال فان الجدة لا تنفك عن السلطنة الاقتضائية و الاعراض من شئون السلطنة على النفس و هو مقابل للحيازة المشاركة له في اندراجها تحت السلطنة على النفس و كذا نفوذ التصرفات الوضعية في الاموال بالمعاوضات و التمليكات المجانية فانها من شئون السلطنة على المال يستحيل زوالها اقتضاء و كذا انتقالها مع بقاء الجدة .

نعم يمنع عنها مانع و ثبت للغير الولاية حقاً كاستقلال المرتن في بيع العين المرهونة بالشرط و اما ملك الرقة فالسلطنة على فكها عين السلطنة على ابقائها فانه معنى ملك اليمين و كون الحبل بيده ولا حاجة في نفوذ العفو و فك الرقة إلى دليل بل يستحيل الانفكك اقتضاء ولا معنى لكون الآخذ بالساق غير من بيده الطلاق والولاية لاتنافي الاتحاد فانها كالوكالة في عدم المغايرة وان كان بينهما فرق من جهة اخرى فظهر سر سقوط ملك الرقة و شئونها بالاسقاط و الطلاق نحو من الاسقاط ولا يشارك الفسخ و حيث ان علاقة الزوجية لا تحصل الا بالعقد استحالة انتقالها بالنقل والاسباب القهرية . و اما الابوة و ما شابهها فموضوع من الموضوعات لا معنى لكونها حقاً و انما يتولد منها الحقوق القابلة للاسقاط بعد الاستقرار كما في حقوق الزوجية بعد تحققها كالقسم و النفقة .

و بالجملة فالخيار من شئون هذه السلطنة و الفرق بينه و بين السلطنة على الرجوع في الطلاق في الرجعية والهبية ان الاخيرين مرجعهما إلى ضعف المانع بالطلاق في الرجعية لا يلزم الا بانقضاء العدة و ليس هذا سلطنة للزوج في الحقيقة بل الطلاق مما يزول بالازالة و كذا الهبة فان التملك من آثار سلطنة الواهب على المال و المنتهب

على نفسه فنفوذها يتوقف على ايجاب الواهب الذى هو تصرف في المال والمطابقة المحضة من المذهب التى هى من وجوه سلطنته على نفسه و حيث انه لا مزيل للسلطنتين كان لهما الارتجاع و الرد ولا سبيل إلى ابطال السلطان لصاحبه في هذه المراحل .

و اما في المعاولات فالانظر لمجموع السلطنتين المتعلقتين بالمالين فلا يؤثر في ابطال البدلية الا الاقالة القائمة بالشخصين فسلطان احد البيعين على حل العقد وازالة علة البدلية سلطنة على مال صاحبه و السلطنة على المال سلطنة على ربه فيسقط بالعفو وهو المراد بالاسقاط و بما حققناه اغنياناك عن الاستناد في هذا الحكم إلى وجوه سخيفة كالاجماع و فحوى ما دل على السقوط بالتصرف لانه رضى بالبيع و القاعدة المسلمة و هى ان لكل ذى حق اسقاط حقه المستندة إلى فحوى تسلط الناس على اموالهم فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال و لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط و دليل الشرط بناء على شموله للالتزام الابتدائي و لا يخفى عليك ان السقوط بالاسقاط و العدم تابع لحقية السلطنة و لا مجال فيه للتعبد فالاستناد إلى الاجماع انما يصح لاستكشاف الموضوع و انه داخل في القسم الاخير من اقسام السلطنة و اما الرضا فلا يدور السقوط مداره قطعاً و التعليل الواقع في الرواية في غاية الغموض و سينكشف انه اجنبى عما اراده المستدل انشاء الله تعالى .

و اما القاعدة فليس الاستناد اليها مغايراً للتمسك بالاجماع فان الاجماع انما هو من جهة هذه القاعدة و كونها من المسلمات حق متين و لا حاجة في اثباتها إلى دليل تعبدى بل قد عرفت ان السقوط بالاسقاط من اللوازم البينة للحق اى السلطنة على الشخص إذا كان من القسم الاخير و السلطنة على المال بمعنى الجدة عين ماليته للشخص و بمعنى حل التصرف و نفوذ التصرفات الوضعية اقتضاء من لوازم الجدة بحيث لا يمكن سلبه عنها فليس قابلاً للجعل اثباتاً و نفياً و انتفاء الحجر و المانع لا يدل عليه هذا الخبر و لا معنى لفنيهما ايضاً و لا تعلق له بما نحن فيه و الحق ليس من قبيل المال بل انما هو من قبيل السلطنة على المال و السلطنة على المال ان دلت فانما تدل على السلطنة على

متعلق الحق لا عليه نفسه مع ان الفحوى لا معنى لها لان الحق اضعف من الجدة مع ان الاسقاط حيث لم يكن ثابتاً في الاصل و هو الاموال فكيف يثبت في الفرع .
وعدم جريان ما في الاموال من وجوه السلطنة في الحق لا يوجب الالتزام بوجود ما يباينها مع ان السلطنة على المال بالنسبة إلى الحق من قبيل الموضوع بالنسبة إلى الحكم فيترتب الحق على الجدة مع تغاير صاحبها لا محالة فان استحقاق الشخص شيئاً في ماله محال كما ان الاستحقاق فيما لا يرجع إلى شخص او جهة مستحيل فلا معنى للفحوى ، وبالجمله فهذا الاستدلال لا يكاد يرجع إلى محصل .

الثالث الايجاب و هو اختيار البقاء المستتبع للزوم و هو في الحقيقة اعمال للحق و به يفترق عن الاسقاط الذى هو الازالة للحق ، توضيح ذلك ان الخيار على ما حققناه ملك الازالة و الاقرار بمعنى ان حقيقته بقاء السلطنة التى يقتضى العقد زوالها او احداثها بعد الزوال فحقيقته نفوذ كل من اختيارى وجود الاثر و عدمه فكما كان للمبايع مثلاً ان يختار انتقال المبيع إلى غيره بالمبيع فكذا له ان يختاره ثانياً بابقاء البيع الواقع فكما كان له ان يختار عدمه بعدم احداث السبب فكذا له ان يختار عدمه بعدم ارتضاء السبب الواقع و هو الفسخ فالأقرار و الازالة عين الاحداث و الترك بالذات و الفرق انما هو باعتبار المورد فان البقاء و الحدوث لا يفترقان الا بالاعتبار و ان قد ثبت ان التمكن من فسخ العقد المقتضى للزوم بالذات لا يمكن الا ان يكون حقاً و ان المعاوضة تقتضى للزوم لا محالة فاختيار احد المتعاقدين للبقاء الذى هو عين الايجاب لا يمكن ان يكون رافعاً لحق الآخر فان صاحبه يستحق عليه فكيف يكون ما عليه قائماً به و بغيره .

و في (التذكرة) لو قال احد المتعاقدين اخترت امضاء العقد سقط خياره قطعاً لرضاه بالتزام البيع ولا يسقط خيار الاخر عملاً بالاستصحاب السالم عن معارضة الاسقاط و كما في خيار الشرط اذا اسقط احدهما الخيار يبقى خيار الاخر و هو احد وجهى الشافعية و في الاخر انه يسقط ايضاً لان هذا الخيار لا يتبعض في الثبوت ولا يتبعض في السقوط و هو وهم لان اشتراط الخيار لاحدهما دون الاخر ساينفجاز الافتراق في

الاسقاط انتهى و تبين مما حققنا فساد ما استند اليه الشافعية و ما اجاب به (آية الله قدس سره) .

اما التوهم فمحصله ان المعلوم ثبوته من الدليل انما هو رجوع امر المعاملة فسخاً و ايجاباً إلى اختيار المتعاقدين ولم يعلم استقلال كل منهما في ذلك بل يحتمل كفاية اختيار احدهما في اللزوم فلعل هذا الحكم ثبت لهما على البديل لا لكل منهما مستقلاً و من المعلوم صدق كون كل من البيتين بالخيار مع ثبوت الحكم لهما على البديل فيجب الاقتصار على المتيقن و هو تلبس كل من المتعاقدين بالخيار قبل اختيار الاخر ضرورة انه لا مجال لاختيار احدهما الفسخ بعد اختيار صاحبه الثبوت والبقاء على تقدير الاشتراك في خيار واحد و بهذا البيان ظهر انه لا مجال للاستصحاب في هذا الشك لان الشك في المقتضى لافي الراجع فان الشك في كيفية الثبوت لا في تأثير اختيار احدهما في سقوط حق الاخر مع افرادة بخيار مستقل مغاير لخيار صاحبه فان نفوذ اختيار احدهما بالنسبة إلى حق صاحبه حينئذ ضروري الاستحالة ولا يعقل الشك كى يعتمد فيه على الاستصحاب و ظهر ايضاً فساد قياسه بالشرط فان الثابت به ان كان خياراً واحداً لكل منهما على البديل سقط باختيار احدهما ايضاً والابان استقل كل منهما بخيارا فترق عما نحن فيه .

والتحقيق في الجواب ما عرفت و محصله ان المعوضة عبارة عن تبديل مالية كل من المالين بمالية الاخر فان المالية قد تنفصل عن الاموال كما هو الحال في الاثمان فانها ارواح للاموال وقد تنتقل إلى محل آخر كما في التغيريم بالمثل و كل ما يوقى به الدين سواء كان ناشياً من القرض أو غيره و هذا دائر مدار البدلية سواء كانت ناشية عن التغيريم أو الوفاء بالتراضى أو عقد يفيد البدلية و البدلية ربط بين المالين قائم بالطرفين فلا يمكن تحققه بالانشاء الا من يرجع اليه امر المالين سواء كان شخصاً واحداً بان يكون ولياً أو كيلاً لرب احد المالين مثلاً و مالكا للاخر أو شخصين و أما ملك كل منهما فلا يعقل فيه تحقق البدلية حيث ان المقصود من المالية في المقام الملكية و تبديلها انما هو بالرجوع إلى غير من كان راجعاً اليه لا المالية الذاتية التى هى عبارة عن الاشتغال على القيمة فلا بد ان يكون عود كل من المالين إلى ما كان عليه بانشاء منهما أو ممن يقوم

مقاهما و استقلال احد المتعاقدين بالفسخ تسلط على الآخر فيما يرجع اليه وهذا معنى الاستحقاق و حيث ان الخيار سلطنة لاحد المتعاقدين على الآخر فاشترآكهما فيه تسليط للشخص على نفسه و انما يتعلق التشريك في الحقوق بكون المجموع محلا واحداً و يستلزم مغايرة من عليه الحق لجميع من له الحق و يكون البعض في طول آخر بالولاية و الوكالة .

و بما حققنا تبين الفرق بين نفوذ الفسخ في الهبة و بينه في البيع فانه من الواهب سلطنة على المال التي لم تزل بالنقل و إن زالت الجدة لاستحالة اختصاص المال بماكين و من المتهب سلطنة على نفسه التي لم تزل بالانتهاب و التنفيذ فالعلاقة معلولة لتصرفين يستند احدهما إلى السلطنة على التملك الناشئة عن الجدة الباقية بعدزوالها و الآخر إلى السلطنة على النفس و لهذا قيل ان التملك حقيقة في الهبة فان الاثر ابتداء انما هو العلاقة بين المال و الشخص اى الجدة بخلاف المعاوضات فالعقد لا يصلح لازالة السلطانين و ان تبدلت الجدة التي هى السلطنة على المال التي تدرآكها افهام العامة ، و اما المعاوضة فتحول بين كل من المآلين و ما كان راجعاً اليه حيلولة تامة اقتضائية لا محالة لعدم كفاية سلطنة احدهما على ماله في احداثها فينقطع سلطان كل منهما عن ماله فالخيار احياء لما زال أو منع للمزيل و من هنا صار ملكا على الشخص بعد ان كان سلطنة على المال ناشئة عن سلطنة اخرى و هى الجدة .

ان قلت ان الرد في الهبة ان كان من شئون السلطنة على النفس لم يفرق عن الاعراض مع ان الاعراض عن العين الموهوبة لا يوجب العود إلى الواهب ، قلت ان القبول تنفيذ للتمليك لانملك للمال و الرد ابطال للسبب برفع الانفعال الثابت والاعراض ابطال للجدة المترتبة على السبب الواقع فالهبة لا تنحل بالاعراض بخلاف الرد فانه ضد القبول .

فروع : الاول التآير مقابل للتقآيل فيلزم العقد به من الجانبين و يكفى فيه الايجاب من احدهما و القبول من الآخر و هو كالقبول في الاقالة و الصلح و بالتآمل في كلمات الفقهاء قدس الله اسرارهم يتضح ان هذه الجهة عندهم غير الاسقاط و ظهر مما

حققنا فساد ما في (الحداثق) حيث قال و لقائل ان يقول ان ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم و اقتضاء التأكيد وصوص الخيار مطلق شاملة للعقد المؤكد و غيره ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار الا ان يقال ان هذه الالفاظ في قوة اشتراط سقوط الخيار فرجع اليه انتهى .

الثاني إذا قال أحدهما للآخر اختر فسكت لم يسقط خيار الساكت اتفاقاً ضرورة عدم ما يصلح للإسقاط ، و اما القائل فان كان غرضه تأخير امره عن اختيار صاحبه فلا شك في عدم سقوط خياره ايضاً و ان كان غرضه تأكيد صاحبه في الاختيار من قبله فكذلك قبل الاختيار و بعده يسقط عنهما إذا قصد ذلك و ان كان غرضه انى اعرضت عن الفسخ و اوجبت العقد فواجبه من طرفك ليمت العقد من الطرفين و يستقر من الجانبين سقط خياره بمجرد الامر و كان هذا مراد من يقول انه تمليك و الا فخير أحدهما مما لا يقبل الانتقال إلى الآخر و إلى هذا ينظر ما في النبوى أو يقول أحدهما للآخر اختر . و في (التذكرة) لو قال أحدهما للآخر اختر أو خيرتك فقال الآخر اخترت امضاء العقد انقطع خيارهما معاً و ان اختار الفسخ انفسخ و ان سكت ولم يختار امضاء العقد ولا فسخه فهو على خياره لم يسقط و اما الذى خيره فانه يسقط خياره لانه جعل له ما ملك من الخيار فسقط خياره لانه جعله لغيره و هو اظهر قولى الشافعية و في الثانى لا يسقط لانه خيره فاذا لم يختر لم يسقط بذلك حق المخير كما ان الزوج اذا خير زوجته فسكتت ولم تختر لم يسقط بذلك حقه فكذا هنا و الفرق انه ملك الزوجة مالا تملك فاذا لم تقبل سقط و هناك واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا له و اما كان اسقاطاً لحقه من الخيار و سقط .

و يدل عليه قوله عنه أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فانه يقتضى انه إذا قال لصاحبه اختر لا يكون الخيار لكل واحد منهما كما في قوله مالم يقرقا ، هذا إذا قصد بقوله اختر تمليك الخيار لصاحبه و يسقط حقه منه ولو لم يقصد لم يسقط خياره سواء اختار الآخر أو سكت انتهى .

و هذا صريح فيما وجهنا به كلامه من ان المراد بالتمليك احداث الاستقلال

بإبطال حقه بعد الاشتراك و في (المختلف) : لو قال أحدهما لصاحبه اختر و سكت فخير الساتك باق و كذا الآخر ، قاله في (الخلاف) و (المبسوط) و قيل يسقط خيار الآخر ، لنا قوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) و لانه خير و لم يختر و لم يؤثر احتج الآخرون بما روى عن النبي ﷺ انه قال (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر) و لانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فيسقط خياره و الجواب بعد صحة الحديث حملة على انه خير و فاختار و نمنع انه ملك مع صاحبه خياره انتهى ولا منافات بينه و بين ما في (التذكرة) .

الثالث لا ريب في ان الفسخ من أحدهما لا يعارضه الايجاب من الآخر ولا يزاوجه حيث ان الاستقرار من جانب لا ينافي الزوال من الجانب الآخر و لما كان زوال احد الطرفين مستلزماً لزوال الربط انهدم العقد بفسخ أحدهما لا ان الفاسخ يتصرف فيما صدر من الآخر فانه لا وجه لسلطانه عليه .

توضيح الحال ان البدلية علقه بين المالين قائمة بهما يتوقف على انشائين من الطرفين و سلطان احداث الربط لا يزول بحدوئه و ان تغيرت الجودة بمقتضى البدلية و بهذا السلطان تنفذ الاقالة المتوقفة على الانشائين فليس الخيار الا السلطنة على ازالة العلقه لاحد المتعاقدين واستقلاله بها مع ان مقتضى الاصل اعتبار الاجتماع على الفسخ و بهذا صار الخيار سلطنة من احد المتعاقدين على الآخر لا ان سلطنة الآخر تزول عما انتقل عنه فنفوذ الفسخ ليس مستلزماً لزوال سلطنة الآخر بل انما هو استقلال لدى الخيار في الهدم .

و بما حققنا تبين فساد ما في (التذكرة) حيث قال قدس سره لو اختار أحدهما الامضاء و الآخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازة اذ لا يمكن الجمع بينهما ولا انتفائهما لاستحالة الجمع بين النقيضين فتعين تقديم أحدهما لكن الذي اختار الامضاء قد دخل في عقد يفسخ باختيار صاحبه الفسخ و رضى به فلا اثر لرضاه به لأنها بعد ذلك انتهى فان نفوذ الفسخ من أحدهما من آثار السلطنة الحادثه لا من جهة الاقدام ولا معنى لكون الاقدام على العقد اقداماً على انفساخه بفسخ أحدهما .

الثالث من المسقطات التصرف فيما فيه الخيار ممن له الخيار و هو على قسمين الاول الناقل و الثاني الكاشف عن الرضا، و الاول اما يتعلق بالعين و اما بالمنفعة و كل منهما اما بسبب لازم أو جازي و على التقديرين فاما يعود إلى ذى الخيار في زمان الخيار اولاً و هذا التصرف ربما يتوهم انه انما يسقط لكونه بتحكم التلف و ان لم يكشف عن الرضا كما لو باع المشتري المبيع جاهلاً بان فيه الخيار وكذا لو باعه بظن انه غير ما اشتراه فمع تبين فساد المعاملة لا يسقط الخيار لعدم تحقق المناط و هو زوال الموضوع و اما على الكشف فيكفى العرض على البيع ولا يتوقف على وقوع المعاملة وصحتها .

و قبل الشروع في المقصود لابد من تمهيد مقدمة تتكفل ببيان ان متعلق الحق في هذا الخيار هل هو العقد مطلقاً او ما دامت العين باقية و على الثاني فهل يعتبر بقائها في ملك من انتقلت اليه ام لا فقد يقال ان الفسخ وان كان صالحاً لان يتعلق بالعقد مطلقاً و يترتب عليه زوال استقرار الضمان بالمسمى كما هو الحال في الاقالة و في خيار المشتري مع تبين كذب البائع في اخباره برأس المال على قول قوآه في (جامع المقاصد) و تبعه في (المسالك) و في خيار الغبن على ما اختاره في (اللعة) الا ان الظاهر من ادلة الخيار حيث صرح في جملة منها بالرد دورانه مدار العين مع انه المنصرف اليه عند الاطلاق على ان التلف قبل التصرف نادر مع ان اشتراط البقاء في العيب و التدليس مما لا ريب فيه بل وفي الغبن ايضاً على ما في (الروضة) من ان ما ذكره (الشهيد قدس سره) لم اعرف له قائلاً .

و بنى (جامع المقاصد قدس سره) بقاء الخيار في الكذب برأس المال على قاعدة الغرور و عن (ابن المتوج) عدمه معكلاً بتعذر الرد و الظاهر من الاخبار انعاد الخيار نوعاً فلا يمتاز خيار المجلس من غيره ولا ينافي ذلك البقاء مع التلف في بعض الصور حيث انه من باب التضمن تعبداً على ما هو المقرر في الاحكام .

و توضيح ذلك ان ادلة الخيارات بين ظاهر في الاختصاص بالعين و قاصر عن العموم اما مثل خيار الشركة فظاهر حيث ان ضرر الاشتراك يرتفع بخروج المال عن ملك من انتقل اليه و اما خيار العيب فالثابت بالدليل السلطنة على الرد المتعذر في الفرض

و كذا خيار التأخير فإن الثابت به انما هو كونه احق بما له هذا بعد القبض و قبل التسليم و اما قبله فلا شبهة في انفساخ العقد ويظهر حال الحيوان مما ذكره في بيع من يمتع على المشتري و اما خيار الشرط فهو تابع لكيفية الاشتراط و اما خيار الغبن فهو ايضاً دائر مدار العين لان السقوط بالانتقال ليس اضراراً من الشارع بل اما لتقصير ذى الخيار او لآفة سماوية و منه يظهر حال تخلف الشرط و الوصف و الرؤية و غيرها مما يضارعه و اما خيار المجلس فإن قلنا ان الخيار المتعلق بالعقد مطلقاً مغاير نوعاً لمادار مدار العين فالدليل مجمل لعدم العين و ان قلنا بالاتحاد فالاطلاق ممنوع بل الدليل حينئذ مهمل .

هذه غاية ما شيد بعض مشايخنا قدس سره هذا المقال و هو على تقدير التمامية يفيد السقوط مع التلف و اما كون الطوارئ بحكمه فكلما وقد عرفت ان مقتضى حكومة دليل الخيار تعلق الحق بالعين كتعلق ارش الجناية برقبة الجاني فيبطل بالاخذ بالخيار جميع الطوارئ و هذا بالنسبة الى غير المتصرف ظاهر و اما بالنسبة اليه الذى هو محل الكلام فلا يخلو عن اشكال حيث ان استحقاق المالك في ماله شيئاً غير معقول كاستحقاقه على عبده الا على بعض الوجوه لان الضمان من مراتب السلطنة انما تمتاز عن المرتبة العليا و بالاشتداد يرتفع التميز و يتحقق الاتحاد و الملك اعلى درجات السلطنة فلا معنى لاستحقاق المالك في ماله شيئاً .

و يندفع هذا الاشكال بان المالك انما يستحق اعادة ما انتقل اليه على ما كان و استحقاق رد المال إلى صاحبه ليس من مراتب الملك كاستحقاق الانتفاع فهو متميز عنه دائماً متفرع عليه بحسب المرتبة مقارنة معه في المقام و متأخر عنه في بعض المقامات بحسب الوجود .

و هذا هو الكلام في غير التلف و ينكشف الحال فيه باستعلام ان الحق متعلق بالعقد مطلقاً أو مادامت العين باقية و الاول هو الاظهر حيث ان الماحوظ في الاموال غالباً انما هو المالية لا المال من حيث الخصوصية الشخصية ولا دلالة للتعبير بالرد على التخصيص بل انما هو ناظر إلى صورة بقاء العين و الانصراف ممنوع بل الامر بالعكس .

و توضيح الحال ان الخيار ليس الا السلطنة على المال برده أو ارجاعه من حيث الخصوصية أو المالية وان تحققت في غير المال الخاص لانه اعادة للسلطنة الاولى الزائلة اقتضاء بالبيع ضرورة ان القدرة على ازالة العقد و اقراره الذى هو عين السلطنة على الشخص ليس صالحاً من حيث هو لتملك المال بالازالة فالتملك بالازالة فيه جهتان سلب الملك ممن انتقل اليه واحداث الملك لمن انتقل عنه والجهة الثانية ليست مستندة الا إلى السبب الاول السابق على البيع ضرورة ان الفسخ ليس مملكا بل انما هو ازالة للمانع فالتملك انما هو بالسبب الاول و زوال المانع اما لقصوره في نفسه و اما لوجود المانع عما يقتضيه من الحيلولة التامة و الاول مرجعه الى بقاء شئ من آثار السبب السابق فان الهبة تمليك و هو لا يقتضى زوال سلطان المالك على التمليك لاستحالة زوال العلة بحدوث المعلوم .

فالسلطنة على الاعادة عين السلطنة على النقل فالواهب و ان لم يكن مالكا للمال الا انه مالك للتمليك و نسبة القدرة إلى الطرفين على السواء و الدفع و الرفع انما يختلفان بالاعتبار و الثانى مرجعه إلى ابقاء السلطنة على التبديل بعد وجود المقتضى لزوالها حيث ان البدلية علقه بين مالين يرجع كل منهما إلى غير من يرجع اليه الاخر فكما لا يستقل احدهما في الاحداث فكذا في الازالة ولهذا يتوقف الانحلال على الاقالة فالاستقلال بالفسخ و ان كان اعادة للسلطنة الاولى الا انه سلطنة جديدة من حيث كونه سلطنة على الشخص ايضاً لاستلزامه سقوط سلطانه عن ماله فان فسخ البدلية تصرف في مالين كما ان الاحداث بالبيع كذلك و لهذا تركب عن ركنين .

و انكشف بهذا البيان ان الخيار عين السلطنة الاولى من جهة وغيرها من جهة اخرى و انه سلطنة على المال من جهة و على الشخص من اخرى فالسلطنة على الفسخ عين السلطنة على العقد و هو عين السلطنة على المال و لها شئون و الجودة هى الاصل و هى تستتبع غيرها فاذا تحققت بحيازة المباح استتبع الاستحقاق و اليد و الكل حال الاجتماع سلطنة واحدة وقد يبقى الاستحقاق بعد زوال اليد و الجودة كما انه قد يتحقق اليد مع عدم شئ من الامرين فبمقتضى الاستحقاق له سلطان ان يجعل الجودة لنفسه و

ان يجعلها لغيره وان يجرد المال عن المالية بمعنى تبديل المال بغيره وجعل جدته لغيره بدلا عن رجوع جدته اليه فالبيع التزام من البايع باحداث جدة المبيع للمشتري بمعنى ارجاعها اليه و ان ترتب عليه الاعتاق وغيره مثلاً و انما يخرج عن الضمان بالقبض اى برفع الموانع و ايجاد ما يرجع اليه و ان لم يتحقق القبض و هذا كله انما هو لان البيع الذى هو التبديل التزام باحداث البدلية في ما اعد المال له و هو الجدة و مرجعه إلى بذل ما يرجع اليه و ان لم يترتب الجدة عليه فظهر ان الخيار عين السلطنة على اختيار الجدة لنفسه و اختيارها لغيره فقبل البيع كان عمله للغير موقوفاً على احداث السبب و هو البيع و بعده انعكس الامر فصار جعله لنفسه كذلك و هو اما بالفسخ و اما باحداث الجدة و ما في حكمها الذى هو عبارة اخرى عن التصرف المسقط .

فانكشف بما حققنا ايضاً ان التصرف و ان لم يكن اسقاطاً ولا ايجاباً انشائياً فهو اعمال للحق حيث ان الجدة هى التى كان يستحقها قبل البيع و منه ينكشف كونه ممن انتقل عنه فسخاً ايضاً و لعل هذا يزداد اتضاحا انشاء الله تعالى .

و اذ قد تمهدت المقدمة ، فنقول لا يسقط الخيار بالتصرف الناقل للالزام ولو لم يرجع الى ذى الخيار لما عرفت من سبق الحق و الامر في غيره اظهر و على القول بالسقوط فهل يعود برجوع المال؟ الاظهر التفصيل بين العود بالفسخ و غيره فان الفسخ ليس تملكاً و انما هو رفع للمانع فما يترتب عليه انما هو مستند إلى السبب السابق بخلاف الاسباب كالميراث و الالتقاط و الهبة و البيع و غيرها فعلى القول بان الثابت بدليل الخيار انما هو استحقاق ابطال اثر البيع فيسقط بالانتقال لزوال موضوعه فلا يعود بمجرد عود المال بل يتوقف على عود الملكية السابقة و من المعلوم اختلاف الماعول باختلاف العلة .

هذا حال نقل العين و ما بحكمه و اما المنفعة فالامر فيها مشكل من ان الفسخ لا يقتضى الا عود العين و المنفعة تتبعها مع عدم المانع و المفروض ان ماليتها نقلها إلى الغير فلا يترتب على الفسخ الرجوع العين و من ان الموجر فوت على ذى الخيار ما كان يستحق تملكه بالفسخ فهو كاتلاف نفس العين موجب للضمان على تقدير الفسخ

فيغرم اجرة المثل مع نفوذ الاجارة و من ان ذا الخيار انما يستحق ارتجاع المال على ما هو عليه من الاشتمال على المنافع كما هو الحال في الخيار المشروط برد الثمن فتنفسخ الاجارة بالفسخ وعلى ما اخترناه فلا اشكال في ان الاخير هو المتجه و على المختار في الاجارة من انه ليس تملكيا للمنفعة بل انما هي تسليط على العين للانتفاع فالامر اظهر فان الثابت بالخيار انما هو استحقاق الاستيلاء على العين سلطنة تامة كانت ثابتة للمالك قبل البيع فلا يزاحمه ما لحقه من الاجارة .

هذا مجمل الكلام في التلف و ما بمنزله و اما الكشف عن الرضا المستفاد من التعليل المذكور في الرواية فقد اضطربت فيه كلمات الاصحاب قدس سرهم غاية الاضطراب حيث انهم زعموا ان المراد بالرضا ما يقابل الكراهة و من المعلوم ان نفس احداث الحدث و التصرف ليس من الرضا في شيء فالتجأوا إلى حمله على ان المراد ان النظر و التقبيل و اللمس و الركوب مثلا كاشفة عن الرضا ، و هل المكشوف عنه هو الرضا بالمبيع أو بلزومه أو بآثره أو ببقائه وعلى اى حال فالكشف هل هو كشف شخصي او نوعي او شرعي وجوه لا يكاد يرجع شيء منها إلى محصل فان الرضا بالمبيع لا يوجب اللزوم و انما يوجب النفوذ مع انه كان حاصل قبل التصرف و كذا الاثر بل هكذا الرضا بالبقاء فانه ليس مسقطاً بالضرورة بل وكذا الرضا باللزوم فانه ليس اسقاطاً و انما هو العفو و الصفح و بينهما عموم من وجه موردأ و تباين مفهومهما و الكشف الشخصي غير موجود في جميع الموارد ولا يناط الحكم به بالضرورة بل النوعي ايضاً كذلك ضرورة عدم ابتناء اقدام المشتري على التصرف فيما انتقل اليه بمثل النظر على شيء من الالتزام باللزوم او بالبقاء و جريان حكم الكاشف عن الرضا باللزوم على مطلق التصرف تعبدأً شرعياً ليس الا تشريكا له معه في الحكم و المستفاد من الرواية ان كون احداث الحدث بمنزلة الرضا علة لكونه مسقطاً و فرق واضح بين التعبير عن الاسقاط بكون الشيء بحكم ما هو مسقط و بين جعل تنزيله منزلة علة للحكم .

و التحقيق ان التصرف اعمال للمحق لا تعبدأً فهو ايجاب بالذات ان لم يكن للاختبار و الحفظ و ان كان المتصرف جاهلا بالحكم او الموضوع بل بانأً على الفسخ

فالركوب في طريق الرد ايضاً مسقط ان لم يكن العزم على الاعادة إلى من انتقل عنه مطلقاً او مع اقترائه ببعض المقدمات كسوقه اليه فسحاً لما عرفت في المقدمة من ان الخيار ليس الا السلطنة على المال بعد وجود المقتضى للانقطاع والزوال وليس السلطان السابق الا متملقاً بالجدة وما هو من شئونها وعليه يتفرع نفوذ البيع فانه فرع السلطان على تبديل الجدة بجدة اخرى ولا ينافي ذلك كون اثر البيع في بعض المقامات الانعقاد او الوقفية أو البرائة فان المقتضى للجدة موجود ووجود المانع أو انتفاء من يصلح لان يحصل له الجدة لا ينافيه فيتحقق الاختصاص المجرد عن كونه جدة والمطلوب في الاموال انما هو ذلك وحيث يكون المختص به شخصاً حصلت له الجدة ان لم يمنع منه مانع كما في بيع من يمتع على المشتري فالبايع قبل البيع كان له ان يختص بالمبيع بمعنى احداث نسبة بينه وبين المال زائداً على الاستحقاق كالركوب في المركوب مثلاً و كان له ان يجعله لغيره مجاناً او بالتبديل فاختر التبدل وانقطع سلطانه به لارتباطه بغيره فالخيار اعادة لهذا السلطان فله ان يحيط بالمال ويختاره وليس الاستحقاق ملكاً بل انما هو عبارة عن كونه جديراً بالتملك فحيث ملك المال اى تصرف فيه اعمل الخيار . و لملك لا تستطيع فهم ما حققناه من ان التصرف تملك و ان الملك هو الاحاطة الفعلية لا الاستحقاق حيث ان الاستحقاق ملك بالضرورة و يترتب عليه جميع ما يتوقف على الملك ولا يعتبر التصرف في شيء من المقامات و لم يعبر عنه بالملك في شيء من الكلمات فانا لا ننكر شيئاً من ذلك ولا ينافي ما حققناه فان الفرق بين الاستحقاق و ما يستحقه واضح وكل من الاستحقاق و متعلقه ملك حقيقة فالاولى متعلق بالملك والثانى نفسه و السلطنة على الاستيلاء حقيقة السلطان و هو المعتبر في المقامات فالسلطنة على المال على اربعة اقسام الاستحقاق واليد و الجدة و السلطنة على النقل و التبديل التى تثبت للولى دون الموالى عليه الثابت له سلطان الاستحقاق الذى لا يراد من الملك عند الاطلاق في ابواب الفقه بل في العرف سواء .

فتبين ان ما ذكر في الرواية من الامثلة من اظهر شئون الاستيلاء الفعلى على المال كالنظر إلى الجارية واللمس والتقبيل و ركوب ظهر الدابة وتبين سر كون المناط

في احداث الحدث توقف جوازه أو نفوذه على الاستحقاق كما يفصح عنه قوله عليه السلام أو نظر الخ هذا بالنظر إلى حقيقة الخيار مع قطع النظر عن الاخبار و يكشف عنه قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) فانه من الخير ومعناه اخذ ما هو خير عنده و كون هذا له عبارة اخرى عن القدرة ولا اشكال ان هذا منع لما يقتضى الزوم فلا معنى له الا بقاء القدرة السابقة ولم يكن قبل البيع الا السلطنة على الاختصاص بالملك والنقل والتبديل وغيرها من الوجوه ولا معنى للسلطنة على العقد بالفسخ و الايجاب الا ذلك فان مرجعه إلى ابقاء السلطنة الاولى و لهذا لا يعقل بالنسبة إلى غير من اليه الامر استقلالاً حق الخيار المجموع للاجنبى بل السلطنة على احداث العقد ليس الا السلطنة على متعلقه و ليس نفوذه الا من حيث انه من شئون السلطنة على المال و النفس .

و يكشف عن هذا السر و هو ان كون التصرف اعمالا للحق و اخذاً به مقتضى القاعدة اخبار الباب كقول الصادق عليه السلام فان احدث المشتري حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضى منه فلا شرط له قيل و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء فالشرط في قوله عليه السلام فان احدث تعيين للمصداق للرضا و قوله فذلك رضاً تعريف للفرد ، و توضيح المراد من الحدث بتعريف افراده مع التنبيه على المناطق لتعم القاعدة و ينكشف الضابط .

توضيح ذلك ان محصل هذه الرواية الشريفة الساطعة منها انوار النبوة ان احداث الحدث قبل الثلاثة مسقط لخيار المشتري لانه رضا ، فان قوله عليه السلام فذلك رضا جزاء لقوله عليه السلام فان احدث و قوله عليه السلام فلا شرط له تفريع على المجموع فالمعنى ان احداث الحدث لكونه رضاً يوجب سقوط الخيار .

فيظهر منه امران أحدهما ان كل احداث حدث رضاً و الاخر أن الرضا مسقط للخيار ولا بد من كون الكبرى بيينة كى يتم القياس فان تفريع الحكم على الصغرى خاصة اما يجوز إذا كان كذلك كقولك هذا ظلم فلا ترتكبه ولا وجه له الا ما حققناه من ان ارضاء المال و اختياره يحصل بالاستيلاء الفعلى عليه و وضعه في موضعه اظهر شئونه كالنظر في الجارية و الركوب في المركوب .

و يدل على ذلك جعل المسند اليه اسم الاشارة فانه لتعيين الشيء بتطبيق جهة عليه فارادة الرضا بالاشارة لا معنى لها الا حيث يرتبط الحكم بالعنوان مع العلم به فتقول لمن ضيع ولده هذا ولدك و لمن يعلم ان الظلم قبيح هذا ظلم و لمن يعلم بوجود احترام النبي ﷺ و القرآن هذا نبي و هذا قرآن فمعنى قوله ﷺ فذلك رضا ، أن الاختيار الذي جعل للشخص تحقق باحداث الحدث .

فقوله ﷺ ان صاحب الحيوان بالخيار لا يدل الا على كون الفسخ و الاقرار باختياره و انه المناط و الملاك في هذا الباب و احداث الحدث هو ذلك الرضا الذي انيط به الامر فلا شرط له فان كون الاختيار موجبا للزوم علم من كونه بالخيار فمعنى قوله ﷺ ذلك رضا انه اختيار ، فكانه ﷺ قال انك تعلم ان الامر يدور مدار الاختيار و ذلك هو الاختيار فلا معنى لبقاء الخيار واستفيد من قوله ﷺ أو نظر منها إلى ما يحرم ان المناط انما هو ما يتوقف على الملك و انه المراد باحداث الحدث فما لا يجوز أو لا ينفذ الا بالاستحقاق يسقط به الحق .

و هذا الضابط مطابق لما حققناه من ان المسقط انما هو الجدة و المراد بها ما يعم وضع الشيء في موضعه كركوب المركوب و لبس الملبوس و غيره مما يليق به كنعل الدابة و وضع السرج عليها و مالا يليق كلبس الفرائش و اقتراش اللباس و حيث تبين ان كون التصرف مسقطاً مقتضى القاعدة اتضح عدم اختصاص خيار الحيوان به و عمومته لسائر انواع الخيار بل تبين سركون التصرف ممن انتقل عنه فسخاً و ان لم يرد ذلك . و هذا هو المر في كون كل ما يتوقف جوازه على الزوجية رجوعاً في العدة و هكذا الحال في تصرف الواهب في العين الموهوبة و ظهر عدم الفرق بين معرفة العين و الجهل بها فلو تصرف في العين باعتقاد انه غير المبيع فظهر انه هو الفسخ كما لو جهل بالحكم فان المناط استخلاص المال و اختياره لنفسه لا الرضا بالزوم .

و بالجملة فيرشد إلى ما حققناه من ان المراد من الرواية ان التصرف استخلاص للمال و ان احداث حدث في المال يتوقف على الملكية اختيار له قوله ﷺ فاشهد انه رضيه واستوجبه في رواية و في اخرى يستحلف بالله ما رضيه حيث عدى بالنفس و يظهر

من الاولى ان ارتضاء المبيع عين استيجاب المبيع ولا ينطبق الا على ما حققناه كما أن الحمل الذاتي لا ينطبق الا عليه على ما عرفت و يندفع الاشكال عن الرواية ايضاً و هو ان الرضا لا يدور الحكم مداره وجوداً و عدماً ان كان بمعنى طيب النفس فلامعنى لتنزيل شيء منزلته فان المراد به اما الرضا بالعقد او باستمراره او بلزومه او باثره أو باستمراره أو الرضا المستمر باحد الامرين أو الرضا المتجدد بالعقد أو اثره و من المعلوم ان شيئاً منها ليس مسقطاً في حد ذاته بل المسقط الذاتي انما هو الاسقاط كما ان الرضا ببرائة ذمة المديون لا يوجب البرائة بل انما يبرء بانشاء البراء بل مجرد الرضا ليس مسقطاً شرعاً ايضاً مطلقاً قطعاً و انما يتخيل انه مسقط اذا اقترن بكاشف من قول او فعل مع ان التحقيق ان الاسقاط ليس من الرضا في شيء بل انما هو العفو و الصفح و ليس كل رضا اقترن بكاشف مسقطاً فلا معنى لتنزيل النصرف منزلة الرضا .

و منه يظهر فساد ما يتوهم من ان المراد انه كاشف من الرضا فانك عرفت ان الرضا على تقدير العلم به لا يترتب عليه اثر مع ان الكشف الفعلي دائماً ضرورى الفساد والكشف النوعى مطلقاً ايضاً كذلك ضرورة ان النظر الى الجارية مثلاً لا يكشف نوعاً عن الرضا باللزوم بل و هكذا الحال في جميع ما ورد في الرواية من الامثلة مع ان المسقط على هذا انما هو المكشوف عنه والنصرف طريق فلا يعقل الحكم بالسقوط ان علم عدم الرضا .

و مما يدل على ما حققناه ان التعدى عن خيار الحيوان الى غيره لاوجه له إلا ما حققناه فانه لو كان حكماً تعديداً وجب الاقتصار فيه على مورد و ليس في الرواية ما يدل على العموم من هذه الحيثية بل لا اهمال فيها ايضاً و انما هى قضية شخصية فان كلمة ما في قوله عليه السلام فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً عبارة عن الحيوان وقوله عليه السلام فذلك اشارة إلى الحدث الواقع في الحيوان .

ويدل ايضاً على ما حققناه حكمهم بان كل نصرف هو فيما انتقل الى احد المتعاقدين اسقاط فهو فيما انتقل عنه فسخ فان التعدى عن الايجاب الى الفسخ على ما توهموه

قياس باطل .

واما على ما حققناه فلا اشكال في اتحاد المناط وهو استخلاص المال و ايضا يدل عليه حكمهم بكون التصرف قبل العلم بالخيار مسقطا في غير الغبن بل يظهر من موضع من التذكرة انه في العيب اجماعى حيث قال عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد انتهى و يظهر الاطلاق في غيره من جماعة كما لا يخفى على المتتبع و هذا لا يلائم الاعتبار من باب الكشف ولو نوعا و ضعف ساير الوجوه اظهر من ان يبين و ايضا فالجهل بكون ما يتصرف فيه مورداً للعقد و الغفلة عنه لاينا في السقوط و هو لا ينطبق على الكشف .

و يدل على ما حققنا ايضا اطلاق الحدث المسقط في مقام اعطاء الضابط و اناطة الحكم به فالتقييد بخصوص الكاشف مع انه لا يلتزم به فقيه ولا ينطبق على ما في الرواية يابى عنه كون الاطلاق في مقام البيان و دعوى ان كل تصرف كاشف يكذبها ما ذكر من الامثلة في الرواية فان عدم كونها كاشفة عن الرضا بشيء مما ذكرنا من الواضحات .

و الحاصل انهم لم يلتزموا باناطة السقوط بالكشف عن الرضا ولا معنى لكون التصرف مطلقا مسقطا مع كون العلة الكشف فان كون التعليل موجبا للدوران الحكم مدار العلة من الواضحات فالحكم لا يتعدى العلة وأن لم تكن من قيود القضية فجزمهم بالسقوط مع الجهل بالعيب والتدليس اذا تصرف و التردد في التصرف للاستخبار و الحفظ وفي طريق الرد بل اختيار الاسقاط في بعض الاقسام و كذا اختيار الاسقاط مع الغفلة و الجهل بالموضوع و التردد لا يلائم ارتضاء كون الكاشف عن الرضا هو المسقط و كذا الجزم بكون مثل مثل ابقاء السرج على الدابة و الامر بتناول شيء خفيف مثل اسقنى و اغلق الباب مسقطاً مع وضوح عدم كشفه عن الرضا بالزوم .

ففى (التذكرة) لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقنى و ناولنى الثوب او اغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا بان مثل هذه الامور قد يؤمر به غير المملوك بان المسقط مطلق التصرف انتهى .

فهو كما ترى صرح بان التصرف من حيث هو مسقط و محصل مراده ان كون التصرف مما يقع عن غير المالك في بعض الاوقات لا يمنع من كونه مسقطاً لان المناط كون التصرف متوقفاً على كون المتصرف مالكا او مأذونا منه او وليا على ما حققناه فالاستقلال بمثل هذا التصرف موجب للاسقاط فلا منافات بين كون التصرف متوقفاً على الملك و وقوعه عن غير المالك بل قد حققنا ان الملاك كون التصرف تملكا بمعنى الذي عرفت . والى هذا ينظر ما ذكره في موضع آخر قال: لو كان له على الدابة سرج او ركاب فتركها عليها بطل الرد لانه استعمال و انتفاع انتهى فان اناطة الحكم بالاستعمال و الانتفاع لاعمى له الا ان يكون التصرف من حيث انه استيلاء على المال و استخلاص له مسقطاً .

وفي موضع آخر منها ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد و في موضع آخر لو حلبها في طريقه اى الرد فالاقرب انه تصرف يؤذن بالرضا و انت ترى بدية عدم كون التصرف في طريق الرد كاشفاً عن الرضا باللزوم و كيف يتصور توهم ان التصرف مع الجزم بالرد بل الاشتغال به يشعر بالرضا باللزوم او بدوام الاثر فهذا الكلام لاعمى له الا ما حققنا من ان التصرف عين الرضا ومعنى كونه مؤذنا به ابتناؤه عليه بمعنى كونه واقعاً على هذه الجهة لاعلى سبيل الغفلة او النياية عن المالك فيعلم بالرضا بالاطلاع على هذا التصرف فانه يتحقق به .

وفي (التحرير) ولو ركب الدابة لينظر سيرها او طحنها ليعرف قدره او حلب الشاة ليعلم مقداره فقد قيل لا يبطل خياره انتهى .

وهذا هو الحق فان الاختبار ليس انتفاعاً و استخلاصاً و استيلاء على المال و في (الدروس) استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها اذ بها يعرف حالها ليختبر وليس ببعيد انتهى و هو لا يخلو عن اجمال و الاحسن ما ذكره في (التحرير) فتدبر .

وقال (جامع المقاصد) لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها الجارية المختصة فتبينت ذات الخيار او زهل عن كونها المشتراة ففي الحكم تردد ينشأ من اطلاق الخبر

بسقوط الخيار بالتصرف ومن انه غير قاصد الى لزوم البيع ان لو علم لم يفعل والتصرف انما عد مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم ولم اظفر في ذلك بكلام الاصحاب انتهى .

وملخصه ان المستفاد من الرواية بمقتضى الاطلاق في مقام اعطاء الضابط ان كل تصرف مسقط و لكن مقتضى التعليل دوران الحكم مدار الرضا والمستفاد من المجموع أن كل تصرف رضا فهو مسقط مطلقا لانه انما يكون مسقطاً اذا كان كاشفاً عن الرضا مع ان التصرف المزبور ليس كاشفاً عن الرضا .

وفيه ما عرفت من ان المراد ان التصرف عين الرضا بالمال وهو مطرد في جميع التصرفات حتى ما كان في طريق الرد و من الغريب عدم ظفره بشيء في كلمات الاصحاب في هذا الباب مع ان آية الله قدس سره قد صرح مراراً فيما رأيت بان التصرف من حيث هو مسقط وان لم يكن كاشفاً عن الرضا و عدم التعرض لخصوص صورة الجهل والذهول لا ينافي الاستفادة من كلام آخر و قال ايضا ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها او للخوف من ظالم او ليردها تصرفاً ، و بالاخير صرح في (التذكرة) و هل يعد حملها للاستخبار تصرفاً ليس بيعه ان لا يعد ، وكذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه فله استخلاصه وفي (التذكرة) ان الاقرب عده تصرفاً انتهى .

و فيه من الاضطراب ما لا يخفى فان كون التصرف لدفع الجموح او للاستخبار لا ينافي كونه استخلاصاً ، نعم اذا توقف الرد على الركوب فلا يسقط الخيار به فانه ليس اختياراً للمال بل انما هو ايصال له الى صاحبه كما انه اذا توقف حفظه على الركوب او غيره من التصرفات و فرق بين الركوب في طريق الرد و الركوب للرد فانه بمنزلة القود و السوق .

و بالجملة فرق بين الاستقلال بالتصرف وبين الخلافة عن المالك باى وجه كانت و حفظ المبيع للايصال الى البايع وسوقه اليه شأن من شئون تصرف البايع وليس ارجاعا للمال الى المشتري فالركوب للخوف من ظالم على الدابة ليس مسقطاً وكذا للرد اذا

توقف عليه واما الاستخبار فهو امر بين الامرين و ليس انتفاعا و استخلاصا و استعمالا و انتفاعا .

واما الحلب مع قصد الرد فهو مسقط من غير اشكال لانه استخلاص وجواز الاستخلاص للملكية لا ينافي السقوط فان النظر الى الجارية وغيره مما ورد في الرواية ايضا يجوز للمشتري فالسرفى كون الاستخلاص مسقطا انه اختيار للمال وليس شىء من المسقطات تأثيره مستنداً الى عدم جوازه للمشتري فجواز الاستخلاص لا يصلح ان يكون وجهاً لعدم كونه مسقطاً مع انه لا معنى للتردد في كون الامور المذكورة تصرفاً فان المناط ليس تحقق هذا العنوان ولا اشكال في مورد من الموارد من جهة الشك في هذه الجهة وما نسبته الى (التذكرة) من ان الاقرب عد الحلب في طريق الرد تصرفاً واضح الفساد فانه استقرب كونه مؤزناً بالرضا الذى هو عبارة عن الاستخلاص و الاختيار لكونه تصرفاً فلا حظ و تظن .

وبالجملة فهو قدس سره زعم ان الاشكال في الموارد انما هو للشك في صدق التصرف و انه هو الملاك في الباب و فساد او ضح من ان يبين اللهم الا ان يكون الغرض من التصرف الاستخلاص والاختيار فيرجع الى المختار و تبعه في هذا التوهم (شيخنا الشهيد قدس سره) في (المسالك) و (الرضة) ففى الاول و اطلاق التصرف و الحدث يشمل الناقل وغيره بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة و تحميلها و حلب ما يحلب و لبس الثوب و صبغه و قصارته و سكنى الدار و نحو ذلك ولو قصد به الاستخبار ففى منعه من الرد قول لا بأس به فان استثناءه اعتبر منه ما يعلم به الحال بان يركب الدابة قدراً يظهر به فراحتها و عدمه و يحلب الشاة قدراً يعلم به حالها و نحو ذلك فلوزاد عنه منع و لوساق الدابة الى منزله فان كان قريباً بحيث لا يعد تصرفاً فلا اثر له وان كان بعيداً كثيراً احتمل قويا منعه .

ثم قال وبالجملة فكل ما بعد تصرفا و حدثا يمنع و الا فلا انتهى ، وفيه زائداً على ما عرفت في كلام ثالى المحققين قدس سره ان السوق لا وجه لكونه مسقطا ولا فرق في ذلك بين قرب المنزل وبعده ولو كان سوق الدابة الى منزله تصرفا لم يكن الفرق بين

البعد والقرب والا لئلا بان نقل المال الى منزل المشتري تصرف مسقط سد لباب الفسخ بالخيار وليس الاكالا لئلا بان القبض ولاخذ تصرف مسقط وقال في موضع آخر منه وضابطه ما يعد تصرفا عرفا كلبس الثوب للارتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله عن المملك وان لم يكن لازما .

ثم قال وقد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح اذا عبر قودها وسوقها في طريق الرد وعلف الدابة وسقيها فيه وقبل التمكن من الرد واستعمال المبيع للاختبار قدرا يظهر به حاله فلوزاد ولو خطوة منع ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه وركوبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض الى نزعه فان ابقاه منع لانه انتفاع واستعمال وتعذر في ترك العذار واللجام لختفهما وللحاجة اليهما في قودها وكذا نعلها مع حاجتها اليه بحيث يضرها المشى الى المالك بغير نعل والا كان تصرفا ولو وقع التصرف نسيانا ففى منعه من الرد نظر من صدقه وعدم قصده انتهى .

ولا يخفى ان هذا هو التحقيق الذى لامناص عنه فان كون الانتفاع استخلاصا لاشكال فيه كما ان كل ما يتوقف عليه الرد ليس من الاستخلاص في شيء وكذا الحفظ فانه ليس اختيارا للمال والاستخبار قد عرفت انه ايضا ليس من الاستخلاص بل انما هو استكشاف للصلوح للانتفاع والاستخلاص واما التسيان فقد عرفت انه لا يمنع من تحقق الملاك وهو الاستخلاص والانتفاع . وفي باب العيوب منه ومن التصرف ركوب الدابة ولو في طريق الرد وحلبها ونقلها الى بلده البعيد دون سقيها وعلفها ولو توقف ردها على ركوبها لجماعها بحيث يعسر قودها وسوقها لم يقدح ركوبها ولا يخفى انه هو التحقيق الحقيقي بالقبول وفي (المبسوط) في احكام العيوب اذا كان المبيع بهيمة واصاب بها عيبا فله ردها واذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها واخذ لبنها وان نتجت كان له نتائجها .

ثم قال والرد لا يسقط لانه انما يسقط بالرضا بالعيب وترك الرد بعد العلم به او بان يحدث به عيب عنده وليس ههنا شيء من ذلك انتهى وهو لا يخلو عن اجمال فانه يقتضى عدم كون التصرف مسقطا بمقتضى الحصر وتخصيص التصرفات المذكورة

بعدم التأثير في الاسقاط يكشف عن أن المراد انما هو التفصيل المتقدم .
 و في (التحرير) بعد نقل هذا الكلام ونحن نتابعه الا في الركوب والحلب فانه
 ان وقع قبل الفسخ بطل الرد لتصرفه وفيه ان المراد انما هو الركوب لتوقف الرد عليه
 اما للجُمُوح او لعدم التمكن من الايصال الآبه و المراد بالحلب هو الذي لا بد منه
 لحاجة حفظ الدابة عليه كما يكشف عنه تخصيص الركوب و الحلب الذي لا بد منهما
 بالنسبة الى الدابة مع طول زمان الرد فلا ينافي كون الركوب والحلب بل ماد ونهما في
 غير هذه الصورة مسقطا .

وفي وضع آخر منه ان الحلب والجز يمنعان ان رد عندها ولو بقصد الاستعلام وفي موضع
 آخر منه ان التصرف كيف كان يسقط الرد بالعيب عند علمائنا وفي آخر ولوركب
 الدابة للرد بطل رده ولو كان له او للسقى فللشافعية وجهان اظهرهما سقوط الرد و قال
 لاعبرة بالسقى في الطريق و العلف ولا بترك العذار واللجام دون السرج ونحوه ثم قال
 ولو فعلها في الطريق فان كانت تمشى بغير نعل بطل حق الرد والا فلا انتهى وهذا التفصيل
 مطابق للتحقيق .

و في (الدروس) اما العلف والسقى والاحراز فليس بتصرف قطعا ولو نقلها من
 السوق الى بلده فان كان قريبا عادة فكالعلف وإن كان بعيدا أو مشتملا على خطر فهو تصرف على
 تردد انتهى وقد عرفت فساد هذا الكلام وانه لا معنى لكون نقل المبيع الى منزل المشتري
 تصرفا مسقطا . هذا تمام الكلام فيما يتعلق بهذا المقام و الحمد لله على كشف اسراره .

﴿المقام الخامس﴾

* (في غاية هذا الخيار) *

قد يترأى ان الافتراق غاية لهذا الخيار فهو من قبيل انقضاء ثلاثة ايام في خيار
 الحيوان ولكن التحقيق ان الافتراق مسقط و انه انما اختص بهذا المسقط فان كونه
 غاية لا معنى له الا كون الاجتماع شرطا فيه و هو مستحيل فان الخيار قد عرفت انه

ابقاء للسلطنة الاولى حال وجود المقتضى للزوال ومن المعلوم عدم توقفها على الاجتماع بل ليس السلطنة على فسخ العقود الاعدم حيولة العقد الواقع حيولة تامة بين الشخص وماله او نفسه و انما يفترق الحق عن الحكم بكون البقاء مع وجود المقتضى لزوال السلطنة وعدمه على ما حققناه و بالجملة فالقدرة على الحل من منخ القدرة على العقد و من المعلوم ان القدرة على العقد ليس الا من شئون السلطنة على المال او على النفس و كذا القدرة على الحل .

فالمالك مثلا بسلطانه على المال يقدر على البيع بمعنى نفوذه منه فكذا الاقالة فان المتعاقدين بمقتضى رجوع المال اليهما يقدران على الحل فليس سلطان الحل الاعين السلطنة على المال الباقية بعد العقد فاتفقهما على الحل يوجب الانحلال على القاعدة و استقلال احدهما به و انفراده على خلاف الاصول ولكنه لا يخرج بذلك عن كونه من شئون السلطنة الاولى وهذا لا ينافي النفوذ من الوكيل والولى والمشرط له الخيار فان الجميع في طول المالك و يتفرع سلطان كل منهم على ملك المالك وقيام ذلك الاخر مقامه انما هو في شأن من شئون سلطانه ، و اوضح من ذلك ان دليل الخيار ناظر الى دليل اللزوم من قبيل نظر الحاكم الى ما يحكم عليه فهو نفى في صورة الاثبات بمعنى ان الغرض انما هو نفى التأثير عن البيع من حيث اللزوم و نفى السلطنة الثابتة فيبقى الامر على ما كان قبل وقوع السبب من هذه الحيثية فهو وارد مورد حكم آخر بمعنى ان الغرض الاصلى ليس ما يفيد القضية بل انما هو نفى الاثر الذى هو قطع السبيل عن البيع فالغرض ابقاء ما كان بنفى المزيل و ازالة النافى فهو اثبات للنفى و نفى للاثبات و المرجع هو ابقاء السلطنة و ان زال الملك بالبيع وقد مر لهذا شطر من البيان .

فقلوله ^(البيعان بالخيار) معناه ان الخيار لا يزول عنهما بمجرد البيع بل كما كان لهما اختيار احد الطرفين من نقل المال الى غيره و قبول مال الغير لنفسه قبل البيع فكذا لهما ذلك بقاء لاحدوثاً وهذا مرجعه الى تنفيذ الفسخ والايجاب على مامر وانما ينقطع هذا الاستمرار بالمزيل وهو المسقط كالاتفاق و من المعلوم ان كل حادث انما يستمر باستمرار عدم المزيل لا بمعنى تأثيره فيه بل بمعنى تأثير الوجود في الازالة

وفي كل من كلمات الرواية شهادة على ذلك على ما مر فكون الافتراق غاية للخيار لا معنى له الا انه مسقط له فانه رضا واختيار كما وقع التصريح به في الرواية حيث قال عليه السلام (فلا خيار بعد الرضا) .

و الحاصل ان كون التصرف مسقطاً بمعنى عدم اعتبار الاجتماع في ثبوت السلطنة وانما يتوقف عليه تحقق المسقط مما لا اشكال فيه وانما الاشكال من جهات حقيقة الافتراق واعتبار الاختيار فيه و عدمه و كفايته من احدهما لهما واعتباره منهما في حق كل منهما و استقلال كل منهما بحكم نفسه و بيان كونه رضا .

فنعول بعون الله تعالى ولا بدأؤنا من بيان مادة الافتراق وهيئة اما بحسب المادة فهو ضد الاجتماع والجمع ربط بين امرين فالرابط هو الجامع سواء كان زماناً أو مكاناً أو امرأ ذاتياً هو غيرهما فربما يكون بين شيئين اجتماع من جهة و افتراق من اخرى و ليس شيء منهما ذا مراتب بخلاف البعد و القرب .

و الحاصل ان الافتراق انما يحصل بزوال الجامع و هو يختلف جداً فالتباعد بفرسخ بل بفراسخ ربما لا يقدح في الاجتماع للحرب كما ان التباعد بعشرين ذراعاً ربما لا يقدح في الاجتماع للبحث و لو قام احد المجتمعين في البيت لضيافة و خرج ليشرب الماء في الصفة او في بيت آخر لم يقدح في الاجتماع وكذا لو ازداد البعد في محفل الانس بان يقوم احد الجلوساء من الصدر و يجلس عند النعال لم يفارق الاحبة و قد يوجب الخطوة زوال الاجتماع كما لو جاوز بها الباب او الدكان بل قد يوجب الادبار تحقق الافتراق كما لو كان متصلاً بدكان من اشترى منه و كان آخر في مقابله .

و بهذا تبين ما فيمافي (التذكرة) حيث قال قدس سره و يحصل اى الافتراق بالتفرق بالابدان لا بالمجلس خاصة لانصراف الاطلاق اليه عرفاً و حيث علق الشارع الحكم عليه ولم يبينه دل على عرف الناس كغيره من الالفاظ كالقبض و الحرز و الاحياء ثم قال بعد كلام له قد عرفت ان الحوالة في التفرق على العادة فلو تبايعا و أقاما سنة في مجلسهما ولم يتفرقا بابدانهم بقى الخيار وكذا لو قاما و تماشيا مصطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار لعدم تحقق التفرق .

ثم قال التفرق حقيقة في غير المتماسين و هو يحصل بان يكون كل واحد منهما في مكان ثم تباعا لكن ذلك غير مراد من قوله تَبَيَّنَ مالم يفترقا اى لم يجدا افتراقاً بعد عقدهما فيبقى المراد مالم يفارق احدهما مكانه فانه متى فارق تخللها اجسام كثيرة فما كان بتخللها اولاً يثبت معنى الافتراق باقل انتقال ولو بخطوة انتهى .

ومحصله ان حقيقة الاجتماع هو التماس ولكن لما كان نجد الافتراق مسقطاً وهو على حقيقته غير معقول غالباً لعدم التماس بين المتبايعين فلا بد ان يكون المراد ازدياد البعد بينهما او مفارقة المكان الذى كان فيه مطلقاً و ان كان شخصاً واحداً .

والى ادل الوجهين ذهب (جامع المقاصد قدس سره) حيث قال المراد بافتراقهما طرؤ الافتراق عند العقد بحيث يزيد على ما بينهما من البعد و يتحقق ذلك بالبعد بخطوة ونحوه و ذلك لان الافتراق الحقيقى حاصل بينهما وقت العقد فلا يراد من الحديث الا الافتراق الطارىء بعده وليس هناك معنى سوى المعنى اللغوى وهو متحقق بما قلناه وقد به عليه في (التذكرة) و فرق بعض العامة بين الدار الصغيرة و الكبيرة فعين في الصغيرة الخروج منها أو صعود سطحها و اكتفى في الكبيرة بالانتقال من الصفة إلى الصحن و ليس بشيء انتهى و لكن الاولى ان يقول و ليس هناك شيء سوى المعنى العرفي فانه لو تحقق المعنى اللغوى لزم حصول الحاصل .

و اشار بقوله و فرق بعض العامة إلى ما في (التذكرة) حيث قال و فصل الشافعى هنا فقال ان كان في دار صغيرة لم يحصل التفرق الا بان يخرج احدهما من الدار أو يصعد احدهما إلى العلو و الاخر في السفلى و كذا المسجد الصغير و السفينة الصغيرة لا يحصل التفرق الا بالخروج منهما و ان كانا في دار كبيرة و كان احدهما في البيت و الاخر في الصفة حصل الافتراق أو يخرج احدهما من البيت إلى الصحن أو يدخل من الصحن في بيت أو صفة و كذا السفينة الكبيرة اذا صعد احدهما إلى اعلاها و بقى الاخر في اسفلها و ان كانا في صحراء او سوق قال الشافعى يحصل التفرق بانه يؤلفيه ظهره قال اصحابه لم يرد انه يحصل ذلك بنفس التولية و اما اراد اذا ولي ظهره و مشى قليلاً إلى ان قال و كل هذه تخمينات الأولى الاعراض عنها و الاعتماد على ما دل عليه اللفظ لغة انتهى .

وفيه ما عرفت من ان المعنى الحقيقي ليس هو اللصوق و ان ما نقله عن الشافعي مطابقاً للغة و العرف فان اختلاف الحال يدور مدار اختلاف الجامع و يتفرع على ما اخترناه عدم تحقق المسقط الا في بعض الاحيان فلو تناديا من بعد لا يصدق معه الاجتماع عرفاً أو في صحراء حال حركة كل منهما إلى جهة مخالفة لما يتحرك اليه الآخر مثلاً بل لو تبايعا و هما في بيتين من دار كبيرة لم يكن للافتراق معنى و مجرد ازدياد البعد ليس مسقطاً و كذا يتفرع عليه امكان حصول الافتراق مع بقاء المتعاقدين على ما كانا عليه حال العقد كما اذا كانا في مجلس كبير و بنى بينهما حائط بحيث صار مجلسين .

و (العلامة قدس سره) من جهة تنزيله الافتراق على زيادة البعد التزم بالسقوط في الاول و عدم السقوط في الثاني قال في (التذكرة) لا يحصل الفرق ببقائهما في المجلس و ضرب سائر بينهما كستر وشبهه ويكون كما لو غمضا اعينهما و كذا لوشق بينهما نهر لا يتخطى و كذا لو بنى بينهما جدار من طين اوجص و في الآخر للشافعية وجهان اصحهما عدم السقوط لانهما في مجلس العقد ثم قال لو تباعدا كثيراً و تناديا و تبايعا صح البيع اجماعاً و يثبت الخيار مادام في مجلس العقد و موضعهما انتهى .

و قد عرفت المبني مع فساد و من الغريب قوله مادام في مجلس العقد الدال على زعمه تحقق المجلس في الفرض .

و قد صرح في (الدروس) بعدم تحقق الاجتماع قال : لو تناديا بالعقد على بعد مفرط صح العقد ولهما الخيار على الاقوى و ان تقاربا بالنقل و وجه عدم الخيار انه لا يجمعهما مجلس عرفاً انتهى . والحاصل ان الاجتماع في مجلس العقد في الصورة المزبورة لا معنى له .

هذا تمام القول في مادة هذا الفعل و اما الهيئة فدلائلها على الحدوث واضحة فلا تبدل على ما نعية الفرقه المقارنة للعقد كما توهمه بعض العامة ولا ينافي هذا ان كل قاطع و مزيل رافع لان التفرق من حيث هو ليس مزبلاً و معانداً للزوم و انما هو كذلك من حيث كونه رضاً به و هذا من لوازم حدوث التفرق بعد الاجتماع حال العقد في بعض الصور على ما سيوضح انشاء الله تعالى و هل تقتضي زائداً على ذلك استنادها الى

احدهما او كل منهما ام لا وعلى الاول فهل تدل على اعتبار قصد العنوان ام لا وعلى التقديرين فهل يعتبر الاختيار وعدم الاكراه ام لا واما عدم اعتبار الكشف عن الرضا بالفعل فمما لا ريب فيه .

و التحقيق ظهور الفعل ظهوراً اطلاقياً في الاختيار و السرفيه ان المختار اقوى في الفاعلية وأنتم في رجوع الامراليه ومقتضى الوضع والحمل ان الموضوع في القضية هو البالغ اعلى درجات الموضوعية فنسبة الاحراق الى الشخص اولى من نسبتها الى النار كما ان القتل كذلك و السم والسكين و كذا النار آلات و ادوات للعمل و هذا لا ينافي كون الالات ايضاً فواعل من حيث المنشأة للفعل و كما ان السبب كثيراً ما اولى بنسبة الفعل اليه من المباشر فكذا الحال في المقام وظهور الاطلاق و انصرافه الى الكامل هو المنشأ في الحكم بضمان الاقوى من السبب و المباشر .

وبهذا يندفع ما توهمه بعضهم من أن نسبة الفعل الى الشخص مجاز إذا كان السبب غيره كما في الاحراق بالنسبة إلى الشخص فالنظم بان الامر بالاحراق لا معنى له بل انما المراد منه القاؤه في النار زعماً منه ان الاحراق ليس حقيقة فعل الشخص بل انما هو فعل النار و لم يتفطن ان كون الشخص فاعلاً للحرقة اولى من كون النار كذلك و هي بالالة اشبه و ان كان المؤثر هو النار

و قد يتوهم ان الافتعال من حيث كونه للمطاوعة لا يدل على الاختيار بل انما يدل على تحقق الاثر من الفاعل في المحل سواء كان هو الفاعل أو غيره فقولنا افترقا انما يدل على تحقق الافتراق بين الشئيين و اما كون الفاعل نفس المفترقين او غيرهما فلا و هو توهم فاسد فان شيئاً من الانفعال والافتعال والتفعل ليس ممحضاً في المطاوعة موضوعاً لها وانما هي صالحة للوقوع في ذلك المقام و انما وضع الافتعال للدلالة على كون الشئ واجد الشئ و صيروره كذلك فربما يدل على الاستقلال بحسب خصوص المورد كما في (اضطرب) فانه افتعال من الضرب و كذلك (انتصر) و (اكتسب) .

وبهذا يفترق عن المجرد في قوله تعالى [لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت] في الدلالة على كمال الاستقلال في الفاعلية بالنسبة إلى الشرور و هو السر في جواز تقدم القبول

على الایجاب إذا كان بالافتعال كالاشتراء دون ما هو محض في المطاوعة كالقبول و التفضل يدل على حمل الشيء فيدل على عدم الثبوت واقعاً في بعض المقامات و انه على سبيل التكلف كالنصب و النسيخ و قد يستعمل في حمل غير الحدث كالنجلب و التجورب و الردى و قد يفيد معنى مباحناً للمجرد كالنقذ فانه من الفقد فان حمل فقد الشيء كناية عن التفتيش عنه و قد يراد منه مجرد الشفقة على سبيل الكناية و الانفعال ايضاً له معنى آخر مباحين لهما ولا يمكن التعبير عن المعاني الحرفية على حقيقتها و انما الغرض التنبية عليها بالمنبهات ولهذا انفرد كل منها بموارد لا يجوز استعمال بعض في بعض ما يستعمل فيه الاخر و ان جاز الاجتماع في بعض الموارد ايضاً وليس الامن جهة اختلاف المعنى . فظهر ان الاجتماع والافتراق ايضاً يدلان على الاختيار و الاستقلال بل التفرق ايضاً كذلك و من الواضح ان الكلام من حيث كونه بمنزلة ان يقال ان كلا من البائع و المشتري بالخيار حتى يفترق عن صاحبه لا يدل الا على ان المناط في سقوط الخيار استناد الافتراق إلى ذى الحق فلا وجه للاكتفاء باستناده إلى اختيار احدهما في سقوط خيار المجموع و اعتبار اختيار المجموع في سقوط الخيار عن احدهما و منشأ هذا التوهم جمع المتبايعين في الحكم مع انه لا يدل على اعتبار الاجتماع في ثبوته لكل منهما فهل يتوهم احد ان مفاد قولنا (اكرم زيداً و عمرواً مالم يفسقا) اعتبار فسق المجموع في سقوط الحكم حتى لو فسق احدهما و جب اكرامه ايضاً مالم يفسق صاحبه؟ كلا ثم كلا . و منه يظهر فساد الاكتفاء باختيار احدهما في سقوط الخيارين و كأن المتوهم نظر إلى ان الفرقة حالة واحدة بين شخصين لا يعتبر استناد ذاتها إلى كلا المتعاقدين بان يذهب كل منهما إلى جهة مغايرة لما يذهب اليه الاخر ، و هذا مما لا نزاع فيه و انما النزاع في اعتبار استناد تحقق العنوان إلى أحدهما بعد استناد الذات إلى الاخر وعدمه فان ذهب احدهما لا يصير افتراقاً الا بعدم مصاحبة الاخر له فذات الافتراق من الذاهب و العنوان من الساكن و هذا القائل يمنع من اعتبار الاختيار في تحقق العنوان بل انما يعتبره في ذات الفعل أو يكتفى بالاختيار في احدهما في صيرورة الافتراق اختيارياً مستشهداً بظاهر الرواية الحاكية لفعل الامام عليه السلام .

و في (القواعد) لو حمل احدهما ومنع من الاختيار لم يسقط خياره على اشكال
و اما الثابت فان منع من التباير أو المصاحبة لم يسقط و الا فالأقرب سقوطه فيسقط
خيار الاول انتهى .

و الظاهر ان مراده ان الحمل مع المنع من التباير مانع عن تحقق عنوان
الافتراق بالنسبة إلى المحمول مطلقا فلاوجه لسقوط خياره و اما الآخر فمع الامتناع
عن المصاحبة يفترق حيث تمكن و مع التمكن من التباير فلا اشكال في سقوط الخيار
ولكن حيث تحقق الافتراق الاختياري من احدهما فالظاهر كفايته في السقوط من
الطرفين فحكم اولا بعدم سقوط المحمول و ان سقط خيار الآخر لعدم استناد الافتراق
اليه بوجه من الوجوه ثم استظهر سقوطه بسقوط خيار الآخر وليس هذا من فروع الاكراه بل
انما هو من قبيل الموت و مفارقة العاقد عن اثنين مكانه المتقدمان على هذا الفرع فكانه
اراد ان ينبه على ان الحمل مع المنع من التباير يشبه الموت في عدم صدق الافتراق
و ان هذا غير مرضى عنده فان الغرض مجرد التنبيه على الجهة الموهمة و لهذا افرد
عن اعتبار الاختيار و ذكره بعد التعرض للعاقد عن اثنين و موت احدهما في المجلس .

وبهذا تبين ما فيما ذكره ثاني المحققين قدس سره حيث قال بعد قوله على اشكال:
لا وجه له بعد قوله فيما سبق او فرقا كرهاً إلى قوله ولو لم يتمكننا من الاختيار الا
ان يقال ان هذا رجوع عن الجزم إلى التردد و هو بعيد انتهى .

و فيه ان هذا التردد انما هو من جهة اطلاق الحكم بعدم سقوط خيار المحمول
من حيث عدم تحقق الافتراق بالنسبة اليه اصلا لا من جهة الاكراه زعماً ان الافتراق
اما بالتباعد عن صاحبه او بالتقاعد عن اصطحابه ولم يتحقق شيء منهما في المقام و حيث
انه لم يكن عنده وجهاً صريحاً بخلافه فانه لو لم يكن افتراقاً وجب ان لا يسقط الخيار
حتى مع التمكن من الاختيار فهو ايضاً من فروع مشكلة الاكراه .

ثم قال و الحق ان الخيار لا يسقط لان الافتراق المستند اليهما لم يتحقق ولو
تناديا بالبيع في سفينتين مثلاً ففرقهما الريح التي لا يتمكنان من الاصطحاب معهما فالظاهر

ان الحكم كذلك ان لم يتمكن من الاختيار ولور هشافلم يختار حينئذ ففى السقوط نظر انتهى .

و فيه ان هذا انما يتجه بالنسبة إلى المحمول و هو الذى دعا المصنف قده إلى الحكم بعدم سقوط خياره فان الافتراق المستند اليه لم يحصل و هذا ليس من جهة الاكراه فانه انما يمنع من السقوط فيما استند الفعل إلى الشخص و في المقام اصل الاستناد غير متحقق و اما بالنسبة إلى الآخر مع التمكن من احد الامرين فلا يتجه هذا الكلام .

و محصله ان ذات الافتراق ليس مستنداً إلى اختيار واحد منهما اما المحمول فظاهر و اما الثابت فلا نه ليس فاعلا للفرقة و محدثا لها و ان كان انصاف اذهاب المحمول بالفرق متوقفاً على ثبات صاحبه و عدم مصاحبته فلم يستند الافتراق في الفرض إلى واحد منهما مع انه يعتبر فيه استناده اليهما حيث انه مسقط اختياري كالتصرف فلا بد من استناده إلى ذى الحق لا ان المناط الاستناد إلى المجموع كما توهمه جماعة من هذا الكلام .

و قال عند شرح قوله اما الثابت قديقال ان الاشكال آت هنا ايضاً لان الافتراق ان صدق سقط الخيار و ان انتفى بقيا و ان شك فيه فالشك في خيار كل منهما و في العبارة فساد آخر لان عطف المصاحبة على التخاير يقتضى بقاء الخيار بالمنع من احدهما وليس كذا انتهى .

و فيه ما عرفت من انه انما اراد ترجيح سقوط خيارهما بتثبت الثابت عن احد الامرين بعد التنبيه على وجه لعدم سقوط خيار المحمول مطلقا مع عدم التمكن من التخاير و لامجال للاستشكال في سقوط خيار الثابت إذا ثبت بل انما يتوجه ما ذكره بالنسبة إلى المحمول و اما العطف فهو يختلف باختلاف العاطف فان كلمة أو لاحد الامرين ومقتضى المقام الجمع الذى هو مقتضى الواو فالظاهر انه غلط في النسخة أو سهو من القلم والامر فيه هين

و قال في شرح قوله فالاقرب سقوطه الخ وجه القرب صدق الافتراق والتحقيق

ان يقال بقاء خيارهما معاً و سقوطه دائر مع صدق الافتراق و عدمه ولا وجه للتفريق بينهما في الحكم انتهى .

وفيه ان الوجه في سقوط خيار الثابت في صورة التمكن من التنايرون المصاحبة انما هو تحقق المناط و هو عدم اغتنام الفرصة الذي هو اعم من ترك الاصطحاب و ترك التنايرون فان ترك التنايرون مع المعجز عن المصاحبة لا يوجب استناد الافتراق اليه وان كان متمكناً من التنايرون و اناطة الحكم بصدق الافتراق و عدمه ينافي الاكتفاء بالتمكن من التنايرون و التفريق في غاية الوجاهة لاستقلال كل منهما بالخيار و مسقطه و اختصاص احدهما بالمسقط بقضى اختصاصه بسقوط حقه فالمنع من التفكيك لوجه له .

ففيما ذكره فساد من وجهين حصر المناط في الافتراق و الاكتفاء بتحقيقه في سقوط الخيار من الطرفين مطلقاً اما الاول فلان الالتزام بسقوطه بترك التنايرون مع التمكن ينافي اناطة الحكم بالافتراق من حيث هو كذلك ، واما الثاني فلان المستفاد من الرواية اناطة السقوط بافتراق ذي الحق لاغيره و التحقيق ان مقتضى صريح الرواية ان الافتراق انما يسقط من حيث كونه رضاً ولا إشكال ان الرضا في المقام انما هو اختيار السقوط على ما عرفت مما حققناه في التصرف و هو بالنسبة إلى الافتراق عن الاختيار و ترك التنايرون في غاية الاشكال ولا وجه له الا انه لما كان حقيقة البيع هو الالتزام بايصال المال و احدث البعده و الخيار هو السلطنة على ابقاء الالتزام وحله والنظر في المقامين مقصور على المال فبعد اخراج البايع المال من يده الذي يتوقف عليه تمامية البيع لامعنى لا لعمال الخيار الا استرداد المبيع و ارجاعه الى نفسه فحيث تسامح في ذلك مع كون المشتري عنده بان خلّى سبيله ففوت هذا التمكن مستنداً اليه حيث انه لم يفتنم الفرصة .

ان قلت ان الفسخ لا يتوقف على الاجتماع مع من عليه الحق و كذا ليس ترك الاخذ بالحق تفويتاً له بالذات و ان توقف على الاجتماع حيث تمكن منه مرة اخرى فلا معنى لكون الافتراق و ترك التنايرون تفويتاً للتمكن من الفسخ و فساد هذا الوجه قبل القبض وفي السلم اوضح فان الفسخ لا يستتبع استرداد مال و كذا الحال فيما لو كان البايع وكيلاً او ولياً و كان المبيع عنده من طرف المشتري مع ان كون الفسخ ارجاعاً

أو ردأ لا معنى له بل إنما هو من مقولة الانشاء .

قلت بعون الله تعالى ان الغرض كون الافتراق بالنسبة إلى ذات الخيار رضاء لا بالنسبة إلى كل واحد من الموارد وقد تبين مما تقدم ان الخيار ابقاء للسلطنة الزائلة بوجود المقتضى له بمعنى انه منع لتأثير المقتضى و السلطنة السابقة قد بينا ان متعلقها المال في بيع العين بالعين ومتعلقها النفس في الكلى والسلطنة على المال عين الجدة و ينتزع منها الاستحقاق في بعض الموارد و ليس البيع الا بتبديل السلطنتين لان البدلية انما هي في الاستيلاء و هو عين تبديل المالمين والنظر في بيع الكلى ايضاً ليس الاحداث الجدة بتسليم الفرد و لهذا لا يتم الا بالقبض فكما ان مرجع البيع في الحقيقة إلى احداث الجدة فكذا مرجع الخيار إلى ازالته بالنسبة إلى احد الطرفين و هو الازالة لا بالنسبة إلى الاقرار و هذا لا ينافي تعلق الفسخ في بعض الاحيان بالعقد من غير أن يترتب عليه رد و ارتجاع كما انه لا ينافي كون البيع متعلقاً بالكلى فمعنى ان عدم اغتنام الفرصة و ترك المصاحبة والتخاير شيء واحد ان الافتراق و ترك التخاير كذلك بالنسبة إلى نوع الحق و ما هو المنظور ابتداء و ان لم يكن كذلك بالنسبة إلى كل مورد من الموارد .

والحاصل ان البيع تسليط بعوض ولا فرق بين ان يقال المال بدل من المال و ان العلفة بين المالمين و بين ان يقال ان السلطنة بدل من السلطنة والاستحقاق مما يترتب على ذلك وليس التبديل الا التعهد بالاىصال والتسليط تسببياً بمعنى ايجاد سبب السلطنة وان لم تحصل اما لعدم اتمام المشتري على القبض واما لوجود مانع من حدوث الجدة ككون المبيع ممن ينعقد عليه و لهذا لا يتم العمل ولا يستحق استيفاء الثمن الا بالتخلية و التعذر بالتلف بحكم الانفساخ فيصح ان يقال ان البيع احداث للجدة بعوض بهذه الملاحظة و كذا الخيار سلطنة على ارتجاع المال وكل من الحكمين انما يصح اقتضاء . و اما بحسب الفعلية فليس البيع الا احداث البدلية بين المالمين إذا كانا جزئيين و اما الكلى فلا يترتب على بيعه الا الاستحقاق مع انه ليس من حقيقة البيع في شيء فان السلطنة على الشخص ليست حقيقة البيع و انما هي من آثاره و لهذا لا يتعلق الا بالعين و ان كان كلياً مع ان تبديل الكلى و تمليكها لا معنى له و كذا الخيار ليس الا

السلطنة على حل العقدة و ابطال الاستحقاق و اين هذا من اخراج المال عن تحت يد الغير فكونه اخراجا فعليا للمال عن سلطان المشتري ليس الامن قبيل كون البيع احدانا للسلطنة الفعلية ولا اشكال ان الاجتماع مع من عنده المال سبيل إلى اخذه منه و ترك الاستيفاء والاخذ إلى ان يتبدل بالافتراق تفويت للفرصة و ان اطمأن بوجود فرصة اخرى فترك المصاحبة و التخاير بملاحظة النوع الذى هو الملحوظ في جميع المراحل اختيار لبقاء السلطنة الحادثة و عدم رجوع المال إلى من انتقل عنه فليس كون الافتراق و ترك التخاير رضا إلا من قبيل كون البيع تمليكا .

فظهر ان الافتراق في المقام كناية عن اخراجه عن يده و ارساله بعد ان كان عنده و منه يظهر سر كون ترك الفسخ مسقطاً من انه ليس من الافتراق في شيء و ان اهتديت بعون الله تعالى إلى ما لا يهتدى اليه احد لولا ان يهديه الله تعالى تبين لك ما في كلمات الاصحاب من التشويش و الاضطراب .

ففي (التذكرة) لو فارق احدهما موضعه و بقى الآخر بطل خيار الاول قطعاً و في الثاني للجويني احتمالان سقوط خياره و هو الأقوى عندى لتحقيق معنى الافتراق فانه يحصل بقيام احدهما من مكانه و عدمه بل يدوم إلى ان يفارق مكانه و ليس بشيء و كذا لو هرب احدهما خاصة سواء فعل ذلك حيلة له في لزوم العقد اولاً و سواء كانا عالين بالحكم أو بالتفريق أو جاهلين بهما أو بالتفريق لتحقيق الافتراق في الجميع انتهى . فان خيار الثابت لوجه لسقوطه مطلقاً و انما يكون كذلك حيث تمكن من احد الامرين و استند اليه بحيث يصدق انه هو الذى لم يقتنم الفرصة في استيفاء المال لو كان صاحبه غاصباً و كان الاجتماع معه سبيلاً إلى الاستيفاء و الاستناد في سقوط الخيار الثابت إلى تحقق الافتراق لا معنى له . و في موضع آخر منها او اكراها على التفرق و ترك التخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقياً إلى ان يوجد ما يدل على الرضا بال لزوم و هو اظهر الطرفين عند الشافعية والثاني ان في انقطاعه وجهين كالقولين في صورة الموت و هذا اولى ببقاء الخيار لان ابطال حقه قهراً مع بقاءه بعيد .

و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ

بان يسد فوه مثلاً ولولم يمنع من المسخ فطريقان للشافعية اظهرهما ان في انقطاع الخيار وجهين احدهما ينقطع وبه قال ابواسحاق لان سكوته من الفسخ مع القدرة رضا بالامضاء وأصحهما أنه لا ينقطع لانه مكره في المفارقة فكأنه لا مفارقة و السكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار كما في المجلس و الثاني القطع بالانقطاع فان قلنا به انقطع خيار الماكث ايضاً والا فله التصرف بالفسخ والاجازة .

ثم قال لو ضربا حتى تفرقا بانفسهما فالاقرب عدم انقطاع الخيار لانه نوع اكراه وللشافعي قولان ولو هرب احدهما ولم يتبعه الاخر مع التمكن بطل خيارهما و إن لم يتمكن بطل خيار الهارب خاصة و في بطلان خيار الاخر وجهان للشافعية والاقرب عندى البطلان ان كان الهرب اختياراً لانه باختياره فارقه ولا يقف تفرقهما على تراضيهما جميعاً لانه لما سكت عن الفسخ وفارقه صاحبه لزم انتهى .

و هذا الكلام صريح في ان المعتبر انما هو اختيار احدهما في الافتراق و يكفي في سقوط خيار الاخر سكوته مع التمكن من التخلي بل يظهر منه سقوط الخيار فيما لو استند التفريق إلى الغير حيث تمكنا من التخلي و يندفع التهاوت بين كلاميه و في موضع آخر منها وإذا وجد التمكن فهل هو على الفور فيه ما سبق من الخلاف فان قلنا بعدم الفور وكان مستقراً حين زايله للاكراه في مجلس امتداد الخيار بامتداد ذلك المجلس و ان كان ماراً فارق في مروره مكان التمكن انقطع خياره وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الاخر ان طال الزمان و ان لم يطل ففيه احتمال عند الجويني انتهى و فساد اوضح من ان يبين .

وفي موضع آخر لومات احد المتعاقدين في مجلس العقد احتمال سقوط الخيار لانه يسقط بمفارقة المكان فيه مفارقة الدنيا اولى وعدمه لا تنفاء افتراق الابدان فيثبت للوارث مادام الميت والاخر في المجلس أو الاخر والوارث هذا و من غرائب الكلام ضرورة ان مفارقة المكان ليس مسقطاً بل انما المسقط مفارقة الشخص بل ليس هذا ايضاً مسقطاً الا من حيث انطباق عنوان آخر عليه الذي هو اعم منه و من ترك الفسخ ولا معنى لاولوية الموت عن مفارقة المكان ولا وجه للاكتفاء ببقاء البدن و ليس الاجتماع مع البدن

اجتماعاً مع الشخص و الاكتفاء باجتماع الوارث مع الآخر من الوهن بمكان .
ثم قال ان قلنا بنبوت الخيار للوارث فان كان حاضراً في المجلس امتد الخيار
بينه و بين العاقد الآخر حتى يفرقا أو يتخايرا و يحتمل ان يمتد الخيار بينه و بين
الآخر مادام الميت والآخر في المجلس و ان كان غائباً فله الخيار إذا وصل الخبر اليه ثم
هو على الفور أو يمتد بامتداد مجلس بلوغ الخبر اليه للمشافعي فيه وجهان الفور لان
المجلس قد انقضى وانما اثبتنا له الخيار لئلا يبطل حق كان للمورث وعدمه لان الوارث خليفة
المورث فثبت له على ما للمورث و الاول عندي اقرب انتهى و غرابة هذه الكلمات من
مثله مما لا يخفى ، و اما ما في كلمات غيره فالوقت اشرف من ان يضع في بيانه
و الحمد لله تعالى .

﴿ القسم الثاني ﴾

(من الخيارات خيار الحيوان)

و فيه ايضاً خمس مقامات : الاول فيما فيه الخيار ، و الثاني في كيفية التعلق ،
و الثالث فيمن له الخيار ، و الرابع في مبدئه و غايته ، و الخامس في المسقطات :
اما المقام الاول فلا ريب في عدم ثبوته في الحشرات كدود القز ، و منها
السماك و ان كان كبيراً لانصراف الحيوان إلى ماله نفس سائلة فان الحيوانية في غيره
ضعيفة فينصرف إلى ما ليس من قبيل الديدان و الخنافس و هذا هو السر في اختصاص
ذى النفس بمائت من الاحكام للحيوان كالتنجاسة بالموت ولكن لافرق بين ما كان المقصود
منه اللحم وسائر الاجزاء او كان المقصود منه ما لا يحصل الا بالحيوة بل يثبت هذا الحكم
في الكلى إذا تشخص قبل انقضاء ثلثة ايام .

و اما المقام الثاني فظاهر الاخبار ان هذا الخيار انما شرع لتدارك ما يرد
من جهة الحيوان للارفاق في المعاملة مطلقاً فالنظر إلى الحيوان كما هو الحال في خيار
الشركة لا إلى العقد مطلقاً و قد يستظهر من الرد المعبر به في الرواية و هو محل نظر
فتدبر .

و اما المقام الثالث فتحقيق الحق فيه يحتاج إلى تمهيد مقدمة تكفل ببيان حقيقة المشتري و تميزه من البائع و هذا المعنى و ان اوضحنا فيه الحال فيما امر بما لا مزيد عليه فنقول تأكيداً لما مر ان الانشاء اما عقد صرف و هو المركب من ايجابين أو ايجاب وقبول واما ايقاع محض واما ايقاع فيه جهة عقدية فكأنه برزخ بين العالمين لتوقفه على رضا الغير من غير ان يتوقف على قبوله فلا يعتبر فيه ما يعتبر في القبول من الموالاة و الترتيب و العربية وغيرها كالوقف و الضمان و الوصية و التحليل و الخلع فان الوقف الخاص من جهة ترتب ملكية الغلة عليه قبل القبض و صيرورته بحكم الاملاك اعتبروا فيه رضا الموقوف عليه من جهة انه لا يقهر احد في ادخال المال في ملكه .

و قد يوهم ان العين الموقوفة في الوقف الخاص ملك لاربابها و هو توهم فاسد بل انما يفترق عن العام بان الغلة فيه تملك قبل القبض و تنتقل إلى الوارث إناطات قبل القبض بخلاف الوقف على الجهة فحيث لم يقبض الموقوف عليه لم يملكها و إناطات يصرف فيمن دخل في العنوان مع ان التحقيق عدم اعتبار الرضا أيضاً و انما الوقف ايقاع صرف و كون الغلة ملكاً لا يستلزم اعتبار الرضا فان عدم اعتباره من غير الطبقة الاولى مسلم و ليس الاكتفاء برضا الطبقة الاولى في تملك ماسواها الا كاتملك القهري بل هو هو نعم ليست الغلة في الاعيان الموقوفة مطلقاً كساير الاملاك بل حيث مالم يرض الموقوف عليه بالتملك صرفه الناظر في غيره .

والامر في الوصية على منوال الوقف الخاص و اما الضمان فالامر فيه ظاهر حيث ان نقل الدين من ذمة المدينين إلى الضامن تصرف في حق الغريم لا ينفذ الا برضاء و اما اعتبار القبول في الوقف و الضمان استناداً إلى اطلاق العقد عليهما فمن سخائف الاوهام ، و اما المركب من الايجابين فهو الصلح و الاقالة .

و كيف كان فالبيع عبارة عن العقد المركب من انشاء تبديل مال بمال و قبول فالبايع هو من قام به انشاء التبديل و المشتري هو القابل فالنظر في البيع إلى المبيع فالبايع يبيعه و المشتري يشتريه و الثمن تابع و آلة و المناط في الاستقلال و التبعية انما هو نظر المتعاقدين و بهذا يفترق السلم عن النسيئة حيث ان الايجاب في الاول قائم بالمشتري

فيمكن ان يكون الغرض بيع دينار نقداً برطل من الحنطة مؤجلة و هو النسيئة و ان يكون المقصود بيع رطل من الحنطة مؤجلة بدينار نقداً و على التقديرين فالنقد هو الدينار و المؤجل هو الحنطة فلا يتمايزان الا بما حققناه ففى السلم النظر الاستقلالى انما هو على المؤجل و قيام الایجاب بحسب الظاهر بالمشتري لا يخرج عن التبعية و كونه قابلاً في الحقيقة كما أن تقدمه لا ينافي ذلك .

و توهم ان الفرق بين البيع و الصلح انما هو بالصيغة ناش عن عدم الخبرة بالقرن بل عدم العثور على الواضحات الا يرى المتوهم ان من فروع اعتبار الصيغة في كتاب البيع وقوعه بلفظ الصلح وعدمه و من فروع الصلح وقوعه بلفظ البيع وعدمه و مثله في وضوح الفساد جعله ضابطاً لتمييز البايع و المشتري و التميز بالتقدم و التأخر او بدخول الباء و عدمه فان هذه اوها م بعيدة عن له ادنى خبرة .

و إذ قدمت المقدمة فاعلم انهم اختلفوا في اختصاص المشتري بهذا الخيار فنسب إلى (علم الهدى قدس سره) في (الانتصار) تشريك البايع و المشتري في هذا الخيار إذا كان المبيع حيواناً و هو توهم فاسد قال و مما انفردت به الامامية ان الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة ايام و ان لم يشترط و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى ان الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار الا بان يشترط دليلنا الاجماع المتردد و يمكن ان يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان خاصة أن العيوب فيه اخفى و التغايب فيه اقوى ففسخ فيه و لم يفسخ في غيره و ليس للمخالف ان يقول كيف يثبت بين المتبايعين خيار من غير ان يشترطه و ذلك انه إذا جاز ان يثبت خيار المجلس من غير اشتراط جاز ان يثبت الخيار الذى ذكرناه و ان لم يشترط انتهى .

و مراده من ثبوت الخيار للمتبايعين ثبوته بينهما الذى عبر به ثانياً فهو اهمال في الحكم لا اطلاق و يرجع إلى المختار من ثبوته لصاحب الحيوان فالغرض انما هو نفى الاختصاص لا اثباته لكل منهما مطلقاً كما يفصح عنه دعوى الاجماع و الاستناد اليه فان التشريك لا فائز به فكيف يدعى الاجماع عليه و الظاهر ان النسبة إلى (ابن طاوس قدس سره) في البشرى ايضاً من هذا القبيل .

و كيف كان فغاية ما يمكن ان يستدل به على هذا وجوه : الاول الاجماع المدعى في (الانتصار) وفساده لا يخفى على من لاحظ الفتاوى ، الثاني استصحاب خيار المجلس بناء على عدم عموم زمانى في الآية فالمراد من استصحاب حكم المخصص وفيه انه لا معنى له مع الشك في المقتضى فان ارتفاع خيار المجلس بالافتراق معلوم فالشك في الحدوث و مقتضى الاستصحاب الحكم باللزوم فان المقتضى له و هو العقد موجود ولا يعتد باحتمال المانع .

الثالث : صحيح (محمد بن مسلم) عن (الصادق عليه السلام) المتبايعان بالخيار ثلثة ايام في الحيوان و ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) و صحيحه الاخراقال : قال رسول الله ﷺ البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة ايام (كصحيح زرارة) عن (الباقر عليه السلام) .

و فيه ان ثبوت الخيار للمتبايعين يمكن ان يكون في صورة كونهما صاحب الحيوان فمعنى كون كل منهما بالخيار في الحيوان انه فيما انتقل اليه من الحيوان بالخيار ولا اشكال في ان ارادة هذا المعنى من هذا الكلام ليس تقييدا لمطلق ولا تخصيصاً لعام ولا فيه تجوز بل الظاهر منه هذا المعنى سيما بقريضة اتحاد الراوى و المروى عنه فيها و فيما بعدها فلاختلاف انما هو في التعبير و صراحة الثانية في ارادة من انتقل اليه الحيوان واضحة فان العدول من العنوان الاول إلى صاحب لا وجه له الا ذلك .

وبهذا يندفع توهم اختصاص المشتري بهذا الخيار والالتعين جعله عنوانا فالعدول عنه إلى الاعم دليل على ان الملاك كونه صاحب حيوان و قد حققنا في محله ان جعل المشتق عنوانا دليل على علية المبدء ودوران الحكم مداره خصوصاً في مقام اعطاء الضابط كما في المقام فلا وجه للاستدلال بالآخرين فان من انتقل عنه الحيوان كان صاحباً له و صاحب الفعل انما هو من انتقل اليه و اطلاق المشتق على ما انقضى عنه المبدء غلط الا حيث لم يكن عنوانا فانه يجوز ان يجعل رسماً منبهاً من غير تجوز كما في قولك (جاني قاتل زيد) فان الحكم لم يتعلق بالشخص من حيث هو قاتل و انما جعل الوصف معرقاً له هذا حال ما نسب إلى (المرتضى قدس سره) .

و اما المشهور وهو اختصاص المشتري بهذا الخيار فالعمدة فيه الاخبار المصرحة به فعن قرب الاسناد (سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أولهما كليهما فقال الخيار لمن اشترى ثلثة ايام نظرة فإذا مضت ثلثة ايام فقد وجب الشراء) وفيه ان غاية ما يبدل عليه بطلان ما نسب إلى (المرتضى قدس سره) من التشريك فيما إذا كان المبيع فقط حيوانا فان صاحب الفعلي حينئذ هو المشتري واما الانتفاء فيما إذا كان الثمن حيوانا فلا اشعار في الرواية به .

و به يظهر فساد الاستناد إلى ما يتوهم ظهوره في هذا المعنى كصحيح (الفضيل ابن يسار قال للصادق عليه السلام ما الشرط في الحيوان فقال ثلثة أيام للمشتري قلت و ما الشرط في غير الحيوان فقال البيعان بالخيار ما لم يفترقا) دلت على إختصاص المشتري بخيار الحيوان من اربعة وجوه تعريف المبتدء باللام فان التقدير الخيار ثلثة ايام للمشتري و اقتران الخبر باللام المفيدة للاختصاص و وقوع القيد في جواب السؤال الذي هو بمنزلة المحدود بل هو هو والعدول في الجواب عن غير الحيوان إلى التعميم و مع ذلك فقد عرفت عدم نهوضها لمعارضة ما استندنا اليه و قد عرفت ظهور صحيحى (ابن مسلم) في المطلوب بل صراحتهما فتظن .

ان قلت ان مقتضى ما تقدم ان مورد الخيار انما هو المبيع من غير فرق في ذلك بين البائع و المشتري لانه الذى استقل بتعلق العقد به فللبائع ارتجاعه و للمشتري رده و لهذا لا يرتفع الخيار بتلف الثمن مطلقا و قد يرتفع بتلف المبيع قلت ان هذا انما هو مقتضى الاصل لا انه يمتنع تعلق الحق بالثمن و المفروض قيام الدليل في المقام على ذلك .

و اما المقام الرابع فالحق فيه ان المبدأ من حين العقد كخيار المجلس لا من حين التفرق فان الاقتصار على ذكر الغاية انما يصح حيث تبين الابتداء والامعین الاول زمان حدوث العقد ، و بالجملة فلا اشكال في ظهور الادلة في ذلك و عزى إلى (الشيخ) و (ابنى زهرة و ادريس) قدس الله اسرارهم ان المبدأ من حين التفرق فان ارادوا ثبوته في هذا الحال حتى بعد انقضاء ثلثة ايام ففساده اظهر من أن يبين وان اردوا

ثبوته في الأيام الثلاثة بمقدار ما بقى منها بعد الافتراق و زوال خيار المجلس فله وجه و استدل له بان الخيار ماهية واحدة فان تعدد الشخص لزم اجتماع المثلين لاتحاد ذى الحق و من عليه الحق وما فيه الحق و ان اتحد لزم اجتماع العلتين المستقلتين على معلول واحد شخصي والاولى الاقتصار في الاستدلال على الشق الاول .

و كيف كان فيدفعه ان العرض كما يتشخص بالموضوع فتعدده يوجب تعدده فكذا منشأ الانتزاع و من المعلوم اختلاف منشأ الانتزاع في الخيارات فان الغبن جهة مغائرة للعيب و تعذر التسليم مغائر لتخلف الوصف و هكذا و اختصاص خيار المجلس بكون الافتراق مسقطاً له كاشف عن مغائره لسائر الخيارات و هذا يكفى في اندفاع الشبهة و المعروف بين اشباه الحكماء عدم الفرق بين الموضوع و منشأ الانتزاع و ليس هذا مقام دفع هذه الشبهة .

و إلى ما حققنا ينظر ما افاده (آية الله قدس سره) في (التذكرة) حيث اجاب بتعدد الجهة مع اتحاد الذات و قد يوجه بان استقلال كل من العلتين يتوقف على ان لاتقارن الاخرى فهما حال الاجتماع علة واحدة فالخيار شخص واحد معلول لعلة واحدة و هو مجموع الاسرين و هو كما ترى فانه التزام بوحدة الحق و الغرض اثبات تعدده بل التحقيق ما حققناه من ان الحق متعدد و كل علة له معلول مستقل و اختلاف منشأ الانتزاع يكفى في تعدد الشخص .

و الحاصل ان خروج العلة الثامنة حال الاجتماع مع مثلها عن التمام إلى النقص مقتضى القواعد ولا فرق فيه بين العلل الشرعية و العقلية ولا معنى للحكم بان العلل الشرعية معروفة و لكنه عن المقام اجنبى " فتفطن " و لهذا القول ادلة سخيفة يغنى وضوح فسادها عن توضيح الوقت في التعرض لها .

و هل يكفى في تحقق هذا الحق مجرد العقد او يتوقف على افادة المملك أو المناطق افادة المملك لا غير ففي الفضولى و الصرف يثبت الخيار بمجرد العقد قبل الاجازة و القبض اولا يثبت الا إذا تحقق الشرط قبل الثلاثة أو يثبت بعد الشرط و ان تأخر عن الثلاثة وجوه و الحق هو التفصيل اما الفضولى فالحق فيه هو الثانى فان الاجازة ليست

كسائر الشروط فالعقد قبلها ليس مشتملاً على مقتضى اللزوم، والخيار انما هو مانع ولا معنى للمنع قبل وجود المقتضى فان العقد قبل الاستناد إلى المالك لا يقتضى زوال سلطانه وانما يكون كذلك بعد الاجازة فيثبت الخيار في الثلثة بعد الاجازة واما مثل الصرف فان قلنا فيه بوجوب القبض في المجلس و ان التفرق قبله حرام مبطل فلا اشكال في ثبوت الخيار فيه والا فاشكال والفرق ان العقد قبل الاجازة غير مستند إلى المالك بوجه من الوجوه فلم يقع منه ما يقتضى خروج المال عن يده فالواقع من الفضول انما هو صالح لان يحدث فيه المقتضى بالاجازة بخلاف الصرف و السلم قبل القبض حيث ان المقتضى لخروج المال عن يد المالك موجود و هو العقد الصادر عنه برضاه و توقف اثره على امر لا ينافي ذلك فان الفسخ حل العقد و هو ثابت .
و اما المقام الخامس فقد تبين الحال فيه مما مر في خيار المجلس .

﴿ القسم الثالث ﴾

*(من الخيارات خيار الشرط) *

و قبل الخوض في الامرام لابد من تحقيق ماهية الشرط و حقيقته و بيان اقسامه و وجه نفوذ و وجوب الوفاء به ، فنقول بعون الله تعالى انه يطلق على ممان :
منها الازام في ضمن الانشاء كشرط الصياغة و الكتابة في عقد البيع سواء تعلق بمتعلقه كشرط العتق و الوقف في بيع العبد و الدار، ام لا كالمثال المتقدم في البيعين المفروضين .

و منها اعتبار شيء جزءاً لمتعلق الانشاء تابعاً له في تعلق القصد به فهو جزء ملحوظ في طول ساير الاجزاء لا في عرضها فلكونه جزء يتبع بعض الصفقة بظهوره مستحقاً للغير و لكونه تابعاً لا يصلح للانفراد في ترتب اثر الانشاء عليه فلو بان المتبوع مستحقاً و رد المالك أو كان مما لا يملك في البيع فسد العقد بخلاف العكس و ذلك كاشتراط الثمرة في بيع الشجرة و اشتراط الحمل في بيع الحامل و اشتراط اموال العبد في بيعه .

و منها اعتبار امر كيفية الانشاء أو لمصلحة او غاية لاثره كشرائط الوقف فانها ليست الاقيوداً فيه و تحديداً له وكذلك الحال في شرايط الوكالة و اعتبار عمر المتصدق أو المتصدق عليه في السكنى و الرقبي و العمرى و اشتراط الجودة و الجموعة في الحنطة و شعر الامة و اشتراط الاسنان المعلومة في الغنم ، و المعتبر كيفيةه للمتعلم مرجعه إلى الوصف و هو اما ممنوع و اما مشخص و كل منهما اما في الكلى و اما في الجزئى و المنوع ما ينتفى بانتفائه الانشاء كالذكورة و الانوثة في الرقيق و كون الثوب من غزل كتان او قطن و المشخص ما ينتفى بانتفائه اللزوم كالجموعة و الجموعة و البكارة .

ومن هذا الباب اشتراط الضمان في العارية فانه لا معنى له الا اعتبار اليد بضمنان فان العارية في نفسها مقتضية للايمان لاعلة تامة له كالوديعة فاليد مقتضية للضمان و الايمان مانع حيث ان الضمان حق لا حكم و الايمان بالذات مستلزم للصفا عن هذا الحق و دفعه و شرط الضمان عبارة عن دفع عنوان الايمان المانع من الضمان و ابقاء اليد على ما يقتضيه من الضمان فافهم .

و منها اعتبار امر ركناً تابعاً في العقد كالثمن في البيع و الاجرة في الاجارة ولا تنافى بين الركنية و التبعية على ما عرفت في خيار الحيوان وعلى هذا ورد نهى (النبى ﷺ) عن شرطين في بيع و لم يستعمل الشرط فيما لم يلاحظ فيه معنى الربط اصلاً و توهم انه استعمل في العقود كما وقع لصاحب (الحدائق) بمكان من الفساد ولا يخفى ان مرجع الوجه الاول إلى جعل حق للمشروط له على المشروط عليه و مرجع الوجه الثالث اما إلى الانتفاء فهو تحديد للموضوع و اما إلى جعل سبيل للمشروط له على المشروط عليه على تقدير التخلف و هو الذى مرجعه إلى الوصف المشخص المحدد للموضوع من حيث اللزوم . و قد يكون الشرط امراً بين الامرين كاشتراط مباشرة المستأجر في استيفاء المنفعة من العين المستأجرة فان أثره استحقاق الموجر منع المستأجر من اجارتها لا تحديد الموضوع بحيث لا يملك ان يملك المنفعة لغيره و الا لم ينفع الاذن بل توقف على اجارة جديدة مع انه معلوم الفساد أيضاً لو غصب واحداً من المستأجر العين المستأجرة فاللازم لكون المنفعة المملوكة للمستأجر محدودة و كون المباشرة قيداً ان يضمن لكل

من المستأجر والموجر جرة وهو معلوم الفساد فافهم فهو جعل حق باعتبار واعتبار كيفية باعتبار آخر فتدبر .

و مما حققنا تبين ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال و في (القاموس) انه الزام الشيء و التزامه في البيع و غيره و ظاهره كون استعماله في الالزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح لكن لا اشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً مثل قوله وَالْقَوْلُ فِيهِ حكاية بربره (ان قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن اعتق) و قول (امير المؤمنين صلوات الله عليه) في الرد على مشترط عدم التزويج بامرأة اخرى في النكاح (ان شرط الله قبل شرطكم) و قوله ما الشرط في الحيوان (قال ثلثة ايام للمشتري) قلت و في غيره قال (هما بالخيار حتى يفترقا) وقد اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح و قد اعترف في (الحدائق) بان اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار .

و اما دعوى كونه مجازاً فيدفعها مضافاً إلى أولوية الاشتراك المعنوي و إلى ان المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس الامجرد الالتزام استدلال (الامام عليه السلام) بالنبوى (المؤمنون عند شروطهم) فيما تقدم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط على النذر أو العهد ومع ذلك فلا حجية فيما في (القاموس) مع تفرد به و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التي ذكرناها و الا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها انتهى .

و فيه ان ما استظهره من (القاموس) هو الحق و ليس غرضه ان الالزام من حيث هو معنى للشرط غاية الامر ان معناه هو الالزام الخاص بل المستفاد منه انما هو عدم صحة اطلاقه على الابتدائي .

و بالجملة محصل ما افاده (شيخنا قدس سره) ان الالزام معنى ابتدائي للشرط ولا يعتبر فيه ان يكون في غيره و استظهر من (القاموس) الموافقة في الاول و المخالفة في الثاني و المخالفة حق و الحق مع (القاموس) ولكن الموافقة غير معلومة فلعل مذهبه ما حققناه من أن المعنى الأصلي هو الربط وانما انطبق عليه عنوان الالزام لخصوصية المقام كما هو الحال في اكثر المعاني اللغوية و ما استدلل به لدعواه قاصر الدلالة اما (قوله

قضاء الله أحق و شرطه أوثق) فانه من قبيل قوله تعالى [جزاء سيئة سيئة] فان اطلاق السيئة على الجزاء باعتبار مناسبتها مع السيئة و هو مجاز قطعاً و اطلاق الشرط على هذا الحكم الوضعي الابتدائي باعتبار وقوعه في قبيل شرط الولاء للبايع فافهم و منه قول (امير المؤمنين عليه السلام شرط الله قبل شرطكم) .

و اما قوله ما الشرط في الحيوان فان الربط متحقق فيه حيث ان الغرض السؤال عما اعتبر في بيع الحيوان من الخيار فهو شرط شرعي لا بالمعنى المصطلح عليه كما ان خيار الشرط شرط جعلي فالشارط في المجهول المشروط له و في خيار الحيوان الشارع كخيار المجلس و اما ما ورد في بعض اخبار النكاح فاطلاق الشرط فيه من حيث اعتبار امر في النكاح و ان كان مذكوراً في غير العقد فان تحقق المعنى اللغوي ليس منوطاً بذكره في المتن و اما اعتراف صاحب (الحقائق) بالاطلاق المذكور فلا محصل له .

فالحاصل انا نقول بان استعماله في الالزام الابتدائي غلط و تبادر الالزام من قوله شرط على نفسه كذا لا ينافي ذلك فان هذا لا يصح استعماله الا إذا كان في بيع و نحوه و لم ينكر احد اطلاق الشرط على الالزام في الجملة كى يستدل لابطاله بالتبادر فان التحقيق انه قد يكون الربط عين الالزام و لا منافات بينهما و اين الاطلاق من الاستعمال و بالجملة فالتمسك بهذا التبادر لكون الشرط حقيقة في الالزام الابتدائي من الغرائب .

و اما استدلال الامام عليه السلام فقد عرفت انه لا شهادة فيه حيث ان المورد ليس التزاماً ابتدائياً ففي رواية (منصور بن يونس) (قلت لابي الحسن عليه السلام ان شريكاً لى كانت تحته امرأة فطلقها فبات منه فاراد مراجعتها فقالت له المروءة لا والله لا اتزوجك ابداً حتى يجعل الله لى عليك ان لا نطلقنى ولا تتزوج على) قال وقد فعل؟ قلت نعم جعلنى الله فداك (قال عليه السلام بئسما صنع ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل والنهار) ثم قال (اما الان فقل له فليتم للمروءة شرطها فان (رسول الله ﷺ) قال (المؤمنون عند شروطهم) .

و ات ترى ان هذه الرواية لا تدل على وقوع الشرط في غير العقد ولو دلت فقد عرفت عدم المنافات ايضاً لتحقيق الربط اللغوي فانه اعتبار في النكاح و ان تحقق

بالالتزام المستقل كالوعد فصحح الشرطية كونه امرأ ملحوظاً في النكاح لا الالتزام الوعدى أو المهدى و هل يخفى على من له ادنى انس بلفظة العرب فساد قولك شرط الله الصلوة و الصيام بمعنى أوجبهما والزمهما ؟ كلا ثم كلا .

و اما ما في الدعاء « و شرطى عليك ان لا اعود في مكروهك » فهو اعتبار امر في رجوعه إلى الله لا يقال ان الرجوع الكامل انما هو المشتمل على هذا العزم فهذا تحديد للرجوع و الانابة ان لم يكن مقوماً لماهيته ومحققاً لحقيقته لا اعتبار امر زائد عليه خارج عنديه لانا نقول انه يكفى في المطايرة المتوقعة عليها الارتباط هذا المقدار فتظن .

و تبين بما حققنا ايضاً ما افاده جمع من الاعلام قدس سرهم قال (فخر المحققين) في شروط البيع ان كون هذه شروطاً مجاز لا لها تابعة للعقد والسبب فيها فلا يعقل كونها شروطاً له والا دار بل هذه صفات البيع تختلف الاغراض باختلافها ، انتهى .

فان الشرط بالمعنى اللغوى ما اعتبر في امر مطلقاً لا ما ينتفى الشيء بانتفائه مع ان انتفاء الاستحقاق الذى انبط به العقد يوجب انتفاء العقد وفساده ان بنيينا على اناطعات العقد به وان قلنا ان اعتبار الشرط لا يزداد على اعتبار الجزء فالمنوط به انما هو اللزوم و ينتفى بانتفائه .

و بالجملة فالانتفاء عند الانتفاء ايضاً متحقق في المقام والعقد انما هو سبب لانتفاء الشرط بمعنى ان ارتباط الاستحقاق بمتعلقه منشاء لتحقيقه وثبوته وهذا لا ينافي ارتباط ذات العقد به اولزومه الا ترى ان الوصف لا يصلح ان يستقل بالاعتبار بل لا يعقل اعتباره الا فى متعلق الانشاء ومع ذلك ينتفى ذات الانشاء بانتفاء المنوع ولزومه بانتفاء الشخص فتوقف الاعتبار على ما يعتبر الشيء فيه لا ينافي اناطة ذلك الشيء بما اعتبر فيه .

الا ترى ان اعتبار الطهارة في امر يتوقف عليه ومع ذلك فالطهارة شرط ينتفى ذلك الامر بانتفائها فتوقف شرط الصياغة على البيع ليس الاكتوف الطهارة على الصلوة فان الطهارة لانصير شرطاً الامع تحقق مشروط فالمتوقف على العقد انما هو كون الشيء شرطاً الموجب لنفوذه بالتبع والعقد يتوقف على نفس الاستحقاق لاعلى كونه شرطاً فلا دور .

الانرى ان البيع يتوقف على الثمن مع ان الثمن انما يصير ثمناً بالبيع فالبيع يتوقف على الثمن فانه ركن فيه والركن لا يصير ركناً الا بالعقد فتفطن فكون الشروط للبيع تختلف الاعراض باختلافها لاعمى له الا اناطة المعاملة بها بحيث لا يستقر الا بها والالتى الشرط لعدم حصول الغرض الا بذلك .

و في (جامع المقاصد) لا يحصل لهذا الكلام فانها شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البائع الى المشتري لا شروط العقد وقد عرفت فيما سبق ان البيع ليس هو نفس العقد حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها شروطاً له بل للانتقال الذى هو اثره وكيف يعقل ان هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الايجاب والقبول ثم قوله ان هذه صفات للبيع ليس بجيد البناء على ان البيع هو العقد وحينئذ فكونها صفات له لا ينافى كونها شروطاً لاثره واما ان فقدما لا يستلزم ارضاء فلا دخل له فيما نحن فيه بل هذا ملتفت الى ان الامور المشترطة لما لم تكن داخلية في نفس مسمى البيع لم يكن بازاؤها شئ من الثمن لان الثمن في مقابل المبيع واجزائه وان كان قد يزيد بوجود بعض الصفات لان زيادته على انه في مقابل المبيع ملحوظا فيه مقارنة الصفة المعينة والثمن للمبيع باعتبار المقارنة وليس في مقابل الصفة منه شئ انتهى .

ولقد اجاد حيث نفى المنافات بين كونها شروطاً وكونها صفات ولكن ما استند اليه فاسد فان الاثر تابع للسبب ولا يعقل توقف الاثر على شئ مع اطلاق السبب اللهم الا ان يكون الغرض ان الشرط ليس معتبراً في تحقق السبب فلا يتوقف عليه العقد واما يتوقف عليه اثره فهو في مرتبة السبب ومقيد له لانه شرط لتحقيقه كى يتقدم عليه في الرتبة ولكن قد عرفت في اوائل المبحث ان العقد ليس عبارة عن الايجاب والقبول وانهما محصلان له و اطلاق العقد على المركب منهما من باب تسمية السبب باسم المسبب فالبيع نفس العقد واما الانتقال فهو الاثر المترتب عليه غالباً فانه قد يكون اثره البراء وقد يكون اثره الانتفاء فمعنى كونها شروطاً لهذا العقد اعتبارها فيه وارتباطها به فالانتفاء عند الانتفاء ليس من جهة الشرطية من حيث هى بل انما هو من جهة خصوصية في الاشتراط فان اعتبار الطهارة في الصلوة على نحو خاص هو اناطتها به فالانتفاء عند الانتفاء انما هو العلمية

التي هي نحو من انحاء الارتباط لا ان هذا النحو من العلية الذي هو نحو ربط محقق للشرطية العرفية و ان كان في الاصطلاح كذلك .

وفي (الجواهر) بعد نقل هذا الكلام : وفيه ان كونها شروطاً لاثـر العقد مستلزم للتعليق المنافي لسببية العقد اللهم الا ان يريد كون الشرط ملك المشروط وهو امر مقارن لاثـر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليق المنافي لكن فيه ان ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله ^{عليه السلام} « المؤمنون عند شروطهم » لانفس الشرط ضرورة كون الفعل المشـرط لملكه وارتكاب هذا التجوز مع انه خلاف قصد المتعاملين ليس باولى من ارادة الالتزام من الاشتراط كما هو معناه لغة واليه اوماً الفخر و مراده ان العقد اذا صار سبباً في لزومه لم يعقل كونه شرطاً له ولو لتأثيره الذي ذكره (المحقق الثاني) .

على ان المرجع في تأثير العقد الادلة الشرعية التي دلت على تسيبـه فلا يعقل اشتراط حصول اثره بشيء من غير الشارع و ادلة الشروط قاصرة عن افادة ذلك بل هي ظاهرة في ارادة ان كل ما يلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به رداً على ما عن بعض العامة من بطلان الشرط في العقد خاصة و هو مع العقد كما سمعته من (ابى حنيفة و ابن ابي ليلى) انتهى .

وقد عرفت ما فيه فان معنى كونها شروطاً للاثـر تقييد السبب بها بحيث تدخل في سلسلة العلة فالاثـر مستند اليها كاستناده الى العقد لكن العقد مقتضى و هي شروط و ليس هذا من التعليق المبطل وسيوضح الحال في التعليق انشاء الله تعالى و ان كل تعليق ليس قادحاً في الانشاء وماوجه به كلامه من ان الشرط ملك المشروط يمكن من الوهن و السقوط حيث ان العقد انما يربط بما اشترط به و مرجع هذا الارتباط ملك المشروط له على المشروط عليه ما اشترط لان الملك نفس الشرط كما ان العوض في بيع الكتاب بالدينار الكلى هو الدينار واستحقاق البايـع على المشتري واشتغال ذمة المشتري من آثار الثمنية و البدلية لان العوض و الثمن نفس الاستحقاق ولا فرق بين الثمن و الشرط المعتبر معه مثلاً من هذه الحيثية .

و اما ما استدركه بقوله لكن فيه ان ذلك حكم الشرط الخ فهو و ان كان حقاً

من حيث رجوعه الى ما حققناه من الفرق بين الشرط و اثر الاشتراط الا ان الاستناد في حصول الملك بالشرط الى الحديث في غير محله لما عرفت من انه مقتضى ذات الاشتراط بحسب العرف وافتقاره كنفس المعاملات الى الامضاء لاربط له بالمقام .

ومنه يظهر ما في قوله مع انه خلاف قصد المتعاملين الخ فان هذا الاثر مقصود لهما الا انه ليس معنى الشرط فمراد القائل (بعثك الكتاب بدينار على ان تصوغ لى خانماً) الى قابلت الكتاب بالدينار المقترن بهذا الفعل و مقتضى قصد مقابلة الكتاب بالدينار الكلى اشتغال ذمة المشتري به كما ان مقتضى اشتراط الفعل معه استحقاقه عليه فاشتغال الذمة بالدين والحق وان لم يكن عين الثمن و المقصود منه الا انه لازم لقصد الثمن فالبايع انما يقصد بهذه المعاملة ان يستحق على المشتري الامرين كما انه اذا باع الكتاب بالدينار الشخصى يقصد ملكه اياه وان لم يكن الثمن نفس الملك بل انما هو المملوك نعم تحقق الاستحقاق لا يتوقف على قصد آخر غير قصد الشرطية بل مرجع قصد كون هذا شرطاً الى قصد الاستحقاق ولا يعقل انفكاك احدهما عن الاخر .

و بالجملة فملك المشروط له على المشروط عليه الشرط ليس مما يمكن انفكاكه عن الشرطية بل هو لازم بين بالمعنى الاخص لكون الشيء شرطاً مقصود للمتعاملين قطعاً واما قوله ان معناه الالتزام فقد عرفت فساد آناً فتدبر .

و اما ما اعان به (الفخر قدس سره) و بين به مراده من ان العقد اذا صار سبباً في لزومه لم يعقل كونه شرطاً ولو لتأثيره الذى ذكره (المحقق الثانى) ففيه ان سببية العقد للزومه انما هو لما عرفت من انه ملحوظ بلحاظ التبعية فلا بد له من متبوع يتبعه وامر يعتبر فيه ، فهو بهذا الاعتبار لا يصلح للاستقلال ومن المعلوم ان ثبوت الحق لا بدله من سبب و الحق التابع للثمن سببه البيع مثلاً وهذا لا ينافي كونه شرطاً في العقد بمعنى انه اعتبار فيه و ربط امر به مع ان الانتفاء عند الانتفاء ايضاً متصور في المقام كما عرفت .

و بالجملة فليس الغرض من كون شيء شرطاً في العقد انه مما يتوقف عليه العقد مثل العربية و تقدم الایجاب على القبول بل المقصود ان نسبة ما اعتبر في العقد الى العقد نسبة

الشرط الى المقتضى فالأثر يتوقف عليهما وبعبارة اخرى الثمن الذى هو ركن في البيع وجزء ومقوم له انما يصير كذلك بالشرط فالشرط متمم لاحد الركنين وهذا معنى شرطيته فللمعقد ركن هو الثمن والمثمن وشرط هو العتق والصياغة مثلاً فنفس العقد مقتضى للأثر وهذا الاعتبار متمم له باعتبار المتعاقدين فانهما حيث اعتبرا فيه اناطا اثره به اى وقع التراضى منهما على هذا النحو ومقتضى تبعية العقود للمقصور نفوذ هذا الاعتبار .

ومن هنا يتبين ما في قوله على ان المرجع في تأثير العقد الادلة الشرعية الخ فان هذا ليس شرطاً في التأثير كى لا يتعقل تصرف المتعاقدين فيه بل انما هو اعتبار في العقد المؤثر الذى يتبع في الاطلاق والتقييد لقصد المتعاقدين .

و ان شئت قلت الشرط على قسمين قسم هو داخل في الاحكام كالعربية وتقديم الايجاب والاتصال وهذا النوع لا يعقل اناطته باعتبار المتعاقدين بل المرجع فيه اها هو الشرع تاسيساً او امضاء وقسم هو داخل في الموضوع ملحوظ فيه متقدم على القسم الاول رتبة فهذا الامر مرجع فيه الاتعاملين ، نعم لا بد ان يكون على الموازين المقررة في المعاملة وعدم مخالفتها هو المتعارف فيها فكما ان مقدار الثمن والمثمن وتعيينهما نوعاً وشخصاً وصنفاً انما هو باختيارهما فكذا سائر الاعتبارات كالكلية والجزئية والتأجيل والتعجيل والجودة والبكارة والاقتران بالاستحقاق لامر خارج و عدمه .

و كما ان الوصف المشخص شرط للزوم والمنوع للصحة والنفوذ وانما يناط بهما العقد ويتوقف لزومه ووصحته عليهما بجعل المتعاقدين فكذا اعتبار حق في احد الطرفين انما اعتبر في العقد وابطط به باختيارهما فكون العقد مؤثراً مع قطع النظر عن هذا الاعتبار وتوقفه عليه منوط بنظر المتعاقدين وليس هذا من قبيل الاحكام كاعتبار الماضية كى لا يكون فيه مرجع الا الشارع فهذه الاناطة مؤدى الاشتراط وحيث ما كان على حسب الموازين العرفية لم يتوقف نفوذه على دليل مستقل سوى ادلة صحة اصل المعاملة .

فمن الغريب قوله وادلة الشروط قاصرة عن افادة ذلك الخ فان الارتباط يحصل مع قطع النظر عنها فكيف وهى تنادى بذلك باعلى صوتها وليس مفادها مجرد الحكم التكميلي كما عرفت ، وبما مرتبين ببقية ما في كلامه كما فيما افاده (شيخنا قدس سره)

حيث قال بعد ما ذكر المعنى الاول للشرط .

الثاني ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود اولا وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلا لاحد واشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط ولذلك ليسا بمتضائين في الفعل والانفعال بل الشارط هو الجاعل والمشروط هو ما جعل له الشرط كالسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك ان الشرط في المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر وبمعنى الشيء انتهى .

فانك قد عرفت أن الشرط ما يرتبط بشيء مطلقا ، غاية الامر ان اناطة شيء بآخر ايضا حوار تباط والشرط المصطلح من جهة ارتباطه بالعلة اى المقتضى في مرحلة العللية و توقف كونه في هذه المرحلة على المقتضى و اناطته به يطلق عليه الشرط الا ترى ان لصوق النار بالثوب من حيث هو ليس في سلسلة علة الاحراق وانما الفاعل هو النار غايه الامر ان الاثر لا يصل اليه الا في هذا الحال فليس اطلاق الشرط على هذا المعنى الخاص الابهذا الاعتبار .

و اما اطلاقه على العلة التامة فلو صح فانما هو من جهة اعتبارها في وجود المعلول و ارتباطه به ولا تعتبر التبعية في مفهوم الشرطية وان كان متبادرا عند الاطلاق ولا يخفى ان المشروط ليس مشتقا من هذا الجامد بل من شرط يشرط بمعنى ربط يقال شرطت السرير بالشريطة وهو على وفق القواعد حيث ان المربوط و ان كان نفس الشرط حيث انه هو الذى صار تابعا لما اشترط به في مرحلة من المراحل الا ان ارتباط المعلول لما كان اجل و اعظم والشرط مطلق الربط فالمعلول هو المربوط و بالتأمل فيما حققناه يتبين ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه .

وان قد تحققت حقيقة الشرط وتبين موارد استعماله والمناطق فيه فاعلم ان مقتضى جعل الحق استحقاق المطالبة والالزام بالوفاء ووجوبه على المشروط عليه وفساد العقد بفساده فان ارتباط استحقاق بايع الكتاب بدينار على المشتري صياغة الخاتم لا معنى له الا كونه متمما للثمن .

لاقول انه جزء منه ويوزع عليه المبيع بل انما هو امر ملحوظ فيه تبعاً له دخل

في مقابلة الكتاب به و هذه التبعية اشد من تبعية الجزء التي قد مرّت اليها الاشارة
ولاجل هذه المدخلية يفسد العقد بفساده ويثبت الخيار بترك الوفاء به اما الاول فلان
انتقال الكتاب الى المشتري لم يكن مطلقا بل على ان يملك البايع الدينار مع استحقاق
الصياغة فعدم استحقاق الصياغة لو فرض كعدم ملك الثمن كما لو كان خمرأ مفسد للعقد
و اما الثانى فلان حكم الامتناع عما هو مكمل للثمن وله دخل في ثمنيته كالامتناع
من دفعه ومن المعلوم ان الامتناع من دفع الثمن لا يورث الفساد

وبهذا يظهر ما فيما اختاره (اول الشهيدين قدس سرهما) من انحصار اثر الشرط
في ثبوت السبيل للمشروط له على تقدير ترك الوفاء فان استحقاق الالتزام بالوفاء والمطالبة
فيه اظهر فانه كالدين في كونه حقاً ثابتاً في الذمة وقد حققنا سابقا ان الاستحقاق الشديد
هو الدين والضعيف هو الحق المقابل للدين وهو بالمعنى العام شامل لهما فهما مشتركان
في الحقيقة مختلفان في المرتبة .

فظهر انه لاحاجة في ترتب وجوب الوفاء و استحقاق الالتزام على الشرط الى
الاستدلال بدليل الشروط بعدما فرض ان محصله جعل الحق ومجرد التعبير عنه بالشرط
لا يورث الشك في احكامه ، غاية الامر ان الحق لا ارتباطه بغيره واعتباره فيه صار شرطاً
فتفطن .

فالنسبة بينهما عموم من وجه وفي المقام تصادفاً فاجتمع الاثران فاطر الشرطية فساد
العقد بفساده وثبوت الخيار على تقدير ترك الوفاء على رأى واثر الحقيقة وجوب الوفاء
و استحقاق المطالبة و الالتزام والسقوط بالاسقاط و اثر التبعية الشديدة عدم نوزع ما
يوزع على اجزاء ما اشترط به عليه و كونه بمنزلة الجزء من احد العوضين باعتبار آخر
مرت الاشارة اليه .

قال في (اللمعة) لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط وانما فائدته جعل العقد
عرضة للزوال وعن بعض تحقيقاته ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كفاً في
تحقيقه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة وان احتاج
بعده الى امر آخر وراهما ذكره في العقد كشرط العتق فليس بال لازم بل يقلب العقد اللازم

جائزاً وجعل السرفيه ان اشتراط ما في العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشترط ما سيوجد امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وهو معنى قلب اللازم جائزاً انتهى .

وهذا الكلام من الضعف بمكان ، فان ما يكفي العقد في تحققه ان كان نتيجة فاشترطه غلط لامعنى له فان المفروض انه غير معقول وان كان سبباً فالغرض من لزومه حصول استحقاق ايجاده ولاينا في استحقاق الشيء عدم تحققه فما سيوجد وان كان امراً ممكناً منفصلاً عن العقد الا ان العقد لم يعلق عليه بل ارتبط استحقاقه بالعقد واعتبر في احد الجانبين لثلاً يحتاج الى انشاء مستقل كالمصلح .

الا ترى ان صياغة الخاتم امر ممكن منفصل عن العقد و يكفي العقد في تحقق استحقاقها ولا يحتاج الى صيغة فعدم حصول متعلق الشرط لا ينافي حصول اثره وهو الاستحقاق وغرضه من التعليق ان لزوم العقد معلق عليه كما في الوصف الشخص وليس هذا التعليق قادحاً في العقد منافياً للانشاء ، و سنحقق الحال في التعليق انشاء الله تعالى .

فظهر ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) حيث قال ثم ان ما ذكره (الشهيد قدس سره) من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل وقد علق عليه العقد الخ .

لا يخلو عن نظرا حاصله ان الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة وان كان لا تعليق صورة فحاصل قوله (بعثك هذا العبد على ان تعتقه) ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعق فاذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الا الالتزام بالمعاوضة وفيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين وان مقتضى القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى ايضاً وان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم بالفسد للعقد وان لم يكن في صورة التعليق ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لانه لا ينافي جائزاً انتهى فان التعليق بهذا المعنى لاينا في الجزم كما في اشتراط البكارة وليس كل تعليق موجباً لارتفاع العقد بارتفاع ما علق عليه فانك قد عرفت ان التعليق والربط قد يكون في ذات الانشاء كما هو الحال في الشرط الراجع الى الوصف المنوع وقد يكون في لزومه كما

في الوصف المشخص الراجع اليه الشرط في بعض المقامات فشىء مما اورده عليه من المنافات للجزم واستلزام الفساد عند فقد الشرط لا يرد عليه قدس سره .

و مما حققناه تبين ما في كثير مما افاده (شيخنا قدس سره) في هذا المقام فلاحظ وتدبر واعلم ان كلمات الاصحاب (قدس سرهم) في استحقاق الاجبار على الشرط في غاية الاضطراب فاعترف جماعة بما حققناه من ثبوت الاستحقاق وانكره آخرون ونردد فيه بعضهم مع ان المعروف بينهم كما ادعاه (شيخنا قدس سره) انه بمنزلة الجزء من احد العوضين ولا وجه للتأمل في استحقاق الاجبار على الوفاء لمن اعترف بانه كذلك .

الا ترى ان وجوب اداء الثمن اذا كان كلياً لا يحتاج الى دليل بعد ثبوت صحة العقد ونفوذه المستتب لاشتغال ذمة المشتري بالثمن بل هذا الحكم اولى من وجوب الوفاء الذى اعترف به كثير ممن انكر الالتزام او تردد فيه فان هذه جهة وضعية لازمة لحقية الحق لزوماً ييناً بالمعنى الاخص والحكم التكليفى لزومه بين بالمعنى الاعم بل المدلول الاول لى لقوله تعالى [اوفوا بالعقود] على تقدير تمامية الدلالة ايضاً هو الحكم الوضعى وليس المستفاد من الامر في كل مقام الوجوب بل قد يستفاد منه الحجية كما هو الحال في الامر بالعمل بالطرق فان قولك اعمل بقول فلان واقبله ولا ترد كقولك اسلك السبيل الفلانى لا يدل على حكم تكليفى بالضرورة وكذا الحال في الامر بالوفاء بالعقود ، فانه انما يدل على تنفيذها لعل ثبوت حكم تكليفى متعلق بها ولهذا فمن لم يعامل مع البيع معاملة الصحة بل لو امتنع البايع مثلاً من دفع المبيع لا يستحق العقاب الاعلى الظلم ولا اثر لمخالفة الامر بالوفاء من حيث هو حتى على القول بتبعية الوضعية للتكليفية وهكذا الحال في قوله صلى الله عليه وآله المؤمنين عند شروطهم) ومن جهة جمود جماعة على ما صار مركزاً في اذهانهم من ان الامر للوجوب استفادوا من هذه الاوامر الحكم التكليفى فوقعوا فيما وقعوا .

و يوافق ما حققناه ما في (جامع المقاصد) قال و اعلم ان في اجبار المشتري على الاعناق وجهين احدهما عدم لان للبائع طريقاً آخر وهو الفسخ والثاني له ذلك بظاهر قوله تعالى [اوفوا بالعقود] (و المؤمنون عند شروطهم الامن عصى الله) و هو

الوجه انتهى .

فلقد اجاد حيث استدل بظاهري الآيه و الرواية على استحقاق الاجبار فان هذا لا يتم بناء على استفادة الحكم التكليفي فقط منهما حيث انه لاملزمة بين وجوب الوفاء وثبوت الاستحقاق فلا سبيل الى الاستفادة الا ان يكون مفادهما تنفيذ العقود و الشروط ويستفاد هذا من (المسالك) ايضاً .

وفي (التذكرة) في فروع العبد المشترط عققه: اذا اعنقه المشتري فقد وفي بما وجب عليه الى ان قال وان امتنع اجبر عليه ان قلنا انه حق لله تعالى وان قلنا انه حق للبائع لم يجبر كما في شرط الرهن والكفيل لكن يتخير البائع في الفسخ بعد عدم سلامة ما شرط الى ان قال والاولى عندى الاجبار في شرط الرهن والكفيل لو امتنع كما لو شرط تسليم الثمن معجلاً فاهمل انتهى فاعترف اخيراً بعدم ابتناء استحقاق الاجبار على كونه حقاً لله بل لو كان ممحضاً للمشتري ايضاً يجبر عليه وهذا هو الحق الذى لا محيص عنه .

ومن الغريب ما صدر عن الصيمرى في (غاية المرام) حيث قال لاختلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق لانه غير مخالف للكتاب والسنة فيجب الوفاء به قال وهل يكون حقاً لله تعالى او للعبد او للبائع يحتمل الاول الى ان قال ويحتمل الثالث وهو مذهب (العلامة) في (القواعد) و (التحريز) لانه استقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق و هو يدل على انه حق للبائع انتهى فانك قد عرفت من (العلامة قدس سره) ان الابتناء عنده فاسد حيث اختار الاجبار فيما لا يحتمل كونه حقاً لله تعالى بل لغير المشتري مطلقاً كالرهن والكفيل فلعل مافي (القواعد) و (التحريز) مبني على وجه آخر .

والا صاف ان الابتناء وانحصار المبنى يظهر من (التذكرة) ايضاً فنظن ، لكن هذا الابتناء لا يكاد ان يكون له محصل حيث ان استحقاق المشتري اولى بجواز الاجبار كما عرفت فان حق الله لوجه للاجبار عليه الامن باب الامر بالمعروف وبخلاف حق الناس فان ذا الحق انما يجبر من هو عليه على الوفاء استحقاقاً والامر بالمعروف امر وراء ذلك . وقال بعد الكلام المتقدم: وعلى القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ولا يسقط باسقاط البائع وعلى القول بكونه للبائع يكون المطالبة له ويسقط

باسقاطه ولا يجبر المشتري ومع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ وعلى القول بانه للعبد يكون هو المطالب بالعتق ومع الامتناع يرفعه الى الحاكم ليجبره على ذلك انتهى .

وانت خبير بان حق الله لا معنى له الا التكليف والمطالبة بالامتنال لاختصاص لها بالحاكم بل الامر بالمعروف تكليف مشترك ومع اعترافه بان للبائع الاسقاط على الوجه الاخر وان له المطالبة كيف يتعقل ان لا يكون له الاجبار وما الفرق بينه وبين حق العبد حيث ان للعبد الاجبار ولعله من جهة توهم ان الخيار لا يتصور بالنسبة الى غير المشتري فصار اثر الشرط له ذلك بخلاف المشتري ولكن قد عرفت ان استحقاق الاجبار من لوازم الاستحقاق ومجرد امكان ثبوت الخيار لا يرفعه بل هو على تقدير الالتزام به انما يثبت بعد تعذر الاجبار .

بل نقول ان الحق بالنسبة الى الله تعالى غير معقول بالمعنى المذكور والتميز عن التكليف بالاستحقاق مبني على التوسع فلو نفى الاجبار على القول بانه حق لله تعالى اى مجرد تكليف واثبت على القول بانه حق آدمى من غير فرق بين المشتري وغيره كان اولى .

بل التحقيق ان هذا المبني لامحصل له حيث ان اشتراط البائع مثلاً عتق العبد المبيع على المشتري في البيع لا معنى له الاعتبار الاعناق في الثمن فالمقابلة بين العبد وبين الدينار المتكليف بهذه الكيفية اى الاستحقاق ولهذا فالمشروط له هو البائع والمشروط عليه هو المشتري وكما لا يعقل عود الثمن الى غير من له المبيع بالمبادلة فكذا ما هو بمنزلة جزء منه فاستحقاق الله عتق العبد باشتراط البائع لا معنى له بل العبد ايضاً لا يعقل ان يكون مستحقاً حيث ان هذا الاستحقاق في مقابلة المبيع والمفروض انه ملك للبائع وعود الفائدة الى العبد بل انحصار الغرض في الارفاق بحاله لا يجعله حقاً له كما اذا شرط البائع على المشتري خدمة الحرم او خدمة زيد فانه يسقط باسقاط البائع وليس للحاكم ان يطالبه بها على الاول اذا اسقطه البائع كما انه ليس لزيد ذلك على الثانى .

فالبايع يستحق على المشتري خدمة زيد لا ان الله تعالى يستحقه او زيد اثرى

ان البايع لو اشترط على المشتري ان يعطى فلانا ديناراً فاسقطه عنه لم يسقط وكان لهذا الاجنبى المطالبة بالدينار؟ كلا ان هذا كلام من لا يطلع على واضحات الشريعة فضلا عن دقايقها و اسرارها ولا يتوهم احد ان الاستيجار للعبادة أثره اثبات حق لله على المودج لا المستأجر مع ان السبب المودم قائم هنا ايضاً ومحصل المرام ان هذا النوع من الشرط الذى مرجعه إلى جعل الحق للمشروط له على المشروط عليه قد تصادق فيه العنوانان الشرط والحق فمن الجهة الثانية يسقط بالاسقاط ويجب الوفاء به وللمشروط له المطالبة والاجبار على الوفاء ومن الجهة الاولى يفسد العقد بفساده ويثبت الخيار عند الامتناع مع تعذر الاجبار ولا يوزع عليه احد العوضين فقد اتضح الحال فيما يتعلق بالجهة الثانية والسقوط بالاسقاط وان لم تعرض له بالخصوص الا انه بعد تبين ثبوت الحق بالشرط من الواضحات .

وقد يتوهم في شرط العتق انه حق لله تعالى فلا يسقط بالاسقاط و هو كتوهم كونه حقاً للعبد او للجميع قد اتضح فساد ، ففي (التذكرة) الاقوى عندى ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق : حق لله ، و حق للبايع ، و حق آخر للعبد ، واستقرب مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري و في (الايضاح) الاقوى انه حق للبايع والله تعالى فلا يسقط بالاسقاط انتهى ، وفي (الدروس) لو اسقط البايع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد وحق الله به انتهى ، وفي (جامع المقاصد) ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرابة والعبادة و هو حق الله تعالى و زوال الحجر و هو حق العبد و فوات المطالبة على الوجه المخصوص للقرابة و هو حق للبايع انتهى .

وهذه الكلمات من هؤلاء الاعلام في غاية الغرابة فانه لا معنى لشرط احد المتبايعين في بيعه شيئاً على آخر و يملكه غير المشروط له ، ومجرد اعتبار القرابة في شىء لا يجعله حقاً لله تعالى كما ان مجرد عود الفائدة الى شخص لا يجعله حقاً له فهل يتوهم احد ان من استأجر شخصاً لعبادة فأبرء منها لم ينفذ الابراء من جهة ان العبادة حق لله تعالى وان من شرط على غيره لزيد درهما فلا يستحق ابرائه و لزيد ان يطالبه؟ كلا .

بقى الكلام فيما يتعلق بالجهة الاولى اما افساد الفاسد فوجهه ما عرفت من ان

ما اعتبر فيه انما يكون معنونا بعنوانه بهذا الشرط و بانتفاء العنوان يبطل العقد مثلاً اذا اشترط بايع الكتاب بدينار على المشتري صياغة خاتم فقد اعتبر في ثمنية الدينار صياغة الخاتم و من المعلوم ان العقود تابعة للقصد فالدينار المجرد عن صياغة الخاتم في نظره كالدرهم ليس ثمناً لكنائه بعدم استحقاق الشرط ليس الاكعدم استحقاق الثمن فكما يبطل العقد رأساً من غير اشكال اذا ظهر كون احد العوضين مما لا يملك فكذا في صورة فساد الشرط وعدم تملك المشروط له للشرط لاشتراك المنطاد في الافساد وحيث ان الدينار انما يكون ثمناً بشرط الاقتران بالصياغة فالثمن هو المقيد فكما ان عدم تملك نفس الدينار يوجب فساد العقد لعدم حصول المقابلة بينه و بين المبيع فكذا عدم تملك الفعل الموجب لانتفاء القيد الذي هو في حكم انتفاء المقيد .

و ما حققناه مختار آية الله وولده (والشهيد بن) وثاني (المحققين) وجماعة وذهب (الشيخ) و(الاسكافي) وجماعة الى خلافه ولا بدوا لامن تحرير محل النزاع فالذي يظهر من الجواهر أن النزاع في تأسيس الاصل في الشبهة الموضوعية واما الحكم الكلي فلا كلام فيه فانه ان علم ان نظر المتبايعين في هذا الشرط الى اناطة العقد به بحيث يمتنع بانتفائه وانه ليس غرضهما الا مجرد الالتزام والالتزام فلا اشكال في الافساد بالفساد في الاول كما انه لا اشكال في العدم في الثاني ومن المعلوم ان الواقع لا يخلو من امرين لان الربط له مراتب فالشديد منه يترتب عليه الانتفاء عند الانتفاء كالوصف المنوع والضعيف انما يمتنع بانتفائه صفة من الصفات كاللزم كما هو الحال في الوصف المشخص والشرط في الواقع لا يخلو عن الحالي .

لا اقول ان الانتفاء عند الانتفاء اما ان يكون مقصوداً واما ان يكون المقصود خلافه حتى يقال ان هنا وجهاً ثالثاً وهو الذهول عنهما معاً بل اقول ان كلام من مرتبتي الربط تستتبع اثره و لابد للمتعاقدين من ان يكون مقصودهما احديهما على التعيين فتغتن . وعلى هذا فلا معنى لتأسيس الاصل الى المشبهة الموضوعية اى مالم يعلم قصد المتعاقدين فان عدم قصدهما لواحد منهما غير معقول ، قال قدس سره وقد يستفاد من مجموع ما ذكرنا خصوصاً ما سمعته في الرد على ما في (جامع المقاصد) انه ينبغي ان يكون النزاع في الشرط المطلق اما اذا علم ارادة مجرد الالتزام به من غير تعليق فلا اشكال في عدم اقتضاء

فساده فساد العقد كما انه لا اشكال في اقتضائه ذلك اذا علم ارادة تعليق الصحة على ملكه على النحو الذى سمعته من (ثانى المحققين) لوسلمنا صحته بل التحقيق عدمها فمحل البحث في الشرط المطلق الذى لم يعلم ارادة المشروط منه احد الامرين ولا كان في العبارة دلالة على احدهما انتهى، فهذه العبارة صريحة في ان النزاع انما هو في الاصل الجارى في الشبهة الموضوعية ومع ذلك استدلل لما اختاره من الصحة بالعمومات وما زعمه من انه محل النزاع كدليله من الوهن بمكان على ما سيتضح انشاء الله تعالى .

وهل النزاع في ثبوت حكم في الشرع على خلاف الاصل بعد التسالم فيه وانه يقتضى الفساد او الصحة او في الاصل والاستدلال بالاخبار لاستكشاف ما يقتضيه ذات الاشتراط والا فالتعبد بخلاف ما يقصده المتبايعان غير معقول او ان النزاع في كل من المقامين وجوه وكيف كان فقد عرفت ان حقيقة الاشتراط في حد ذاتها تقتضى فساد العقد بفساده ولا يعقل التعبد بخلافه ولا دلالة فيما استدلوا به لمرامهم .

اما انه غير معقول بمعنى انه لا يمكن ان ينطبق على ما هو المعبود من طريقة الشارع فمما لا يخفى على من له ادبى انس بالدين فهل يعقل ان تزوج هند بزید والشارع يضى النكاح ولكن بالنسبة الى عمرو او يبيع حمارة عمرواً بدينار ويمضى الشارع البيع ولكن بالنسبة الى داره لبكر بدرهم فان زعمت ان مثل هذا ممكن عقلاً فامتناعه في الشريعة بمعنى اباء الشرع من مثله مما لا ريب فيه ولو خفى هذا عليك والعيان بالله فاثبات مثل هذا الحكم المخالف لقواعد الدين والمذهب يحتاج الى دليل في غاية القوة ولا يثبت بما ثبت به غيره والتفكيك بين المطالب في الثبوت بالدليل المعتبر وعدمه مما جرت عليه طريقة اساطين الفن كما لا يخفى على المتتبع و لبيان سره محل آخر .

و استدلوا بوجوه : منها ان لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور وقد ظهر جوابه مما حققناه وليت شعري كيف لم يستشكل من هذه الجهة في فساد العقد بظهور احد العوضين مما لا يملك فان صيرورة الثمن ثمناً واستحقاق البايع اياه يتوقف على صحة العقد مع أن صحة العقد متوقفة على صيرورته ثمناً بان لا يكون مما لا يملك واى فرق بين هذا وبين الشرط المتوقف نفوذه على العقد

مع توقف صحة العقد على صحته وعدم فسادِه وعن (المهذب البارع) ما يؤل الى ما حققناه و هو ان الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور بل هو من صفات البيع فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشرطه في العقد كما لو شرط صفة كمال في المبيع و ان لم يكن سائغاً بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من حيث وقوع الرضا عليه و شروط الصحة انما هي الامور المذكورة في اوائل الكتاب ككمال المتعاقدين و نحو ذلك انتهى .

وعنها ان مدخلية الشرط في التراضي لا تزيد على مدخلية الثمن والمثمن وبطلان العقد في اباضهما لا يسرى الى بطلان الآخر حتى فيما لو كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملاحظة ، بل اقضاء ثبوت الخيار للتضرر ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك و ان لم يصرحوا بذلك و لعله لمعلوميته .

وفيه ما عرفت من ان الشرط من جهة انه ليس ملحوظاً في عرض ساير الاجزاء كما هو مقتضى الشرطية بل انما هو اعتبار في أحد العوضين بحيث لا يكون المشروط فيه عوضاً إلا معه ، ينتفى العوض بانتفائه . و من المعلوم أن انتفاء أحد العوضين رأساً كما لو كان مما لا يملك يورث فساد العقد ولا فرق بين انتفاء ذات العوض او العنوان المعتبر في عوضيته وهذا بخلاف الاجزاء فان كل واحد منها ملحوظ مستقلاً ولهذا يوزع كل من العوضين عليها ولا يوزع على الشرط على ما سيأتي انشاء الله تعالى فلا يعتبر في مقابلة جزء احد العوضين لجزء الاخر انضمام ساير الاجزاء بخلاف الشرط فان المشروط مع قطع النظر عنه لا يقابل بشيء .

نعم لو كان الاجتماع ملحوظاً في المعاملة بحيث لا يتحقق الرضا مع انتفائه او حجب ببعض الصفقة الفساد لفساد الشرط لا الخيار وقد صرح بذلك بعض الاصحاب فتعميم الحكم بعدم الفساد الى صورة ملاحظة الهيئة الاجتماعية فاسد و اما الخيار فلم يقل به احد و سيوضح انه لا وجه له انشاء الله تعالى .

ومنها ان ربط الانشاء بما ينتفى بانتفائه مع عدم حصوله حال الانشاء تعليق مبطل فليس مفاد الشرط ذلك ، بل انما هو مجرد الازام وفيه ما عرفت من انه من قبيل

الوصف المقوم بل من قبيل ارتباط العقد باحد العوضين المتأخر تسليمه و ليس اعتبار الصياغة الغير الحاصلة حال العقد في ثمن الكتاب في تأخر الحصول وارتباط الانشاء به وتوقف تأثيره عليه الا كاعتبار الثمن ديناراً كلياً مؤجلاً وسيزداد انضاحاً انشاء الله تعالى في تحقيق حال الخيار المشروط برد الثمن انشاء الله تعالى .

ومنها الاخبار الكثيرة الدالة على عدم تأثير فساد الشرط في فساد العقد :

منها صحيح (الحلبى) الذى رواه المشايخ الثلاثة عن (ابى عبد الله عليه السلام) ان بريرة كانت عند زوج لها و هو مملوكة فاشترتها عايشة فاعتقتها فخيرها رسول الله ﷺ وقال ان شئت نفر عند زوجها وان شئت فارقته وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عايشة ان لهم ولانها (فقال (رسول الله ﷺ الولاء لمن اعنق) دلت على صحة البيع لتوقف الانعناق على الملك المترتب عليه وعدم نفوذ الشرط .

وفيه ان وقوع الشرط في البيع غير معلوم ولعله متقدم او متأخر ومن المعلوم انه لا يعتبر في صدق الشرطية الوقوع في العقد روى (ابن شهرمة) في حديث محمد بن سليمان الذهلى عن مسعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد الله قال ابتاع النبى ﷺ منى بغيراً بمكة فلما نقد في الثمن شرطت ان يحملنى الى المدينة و هو صريحه في استعمال الشرط في المتأخر مع ان الاحتمال يكفى في فساد الاستدلال .

ومنها صحيحة (محمد بن قيس) عن (ابى جعفر عليه السلام) فيمن تزوج امرأة واشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة ووليت حقاً ليست اهلا له ففضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة) فانها لا تدل على وقوع الشرط في العقد .

ان قلت ان ظاهرها ان عدم النفوذ انما هو لمخالفة السنة وانه لولاها لنفذ وهذا لا يتم الا مع الوقوع في ضمن العقد وما في حكمه قلت مع انه ليس من الدلالات المعتبرة بل انما هو اشعار وظهور بدوى ان النفوذ الاستحبابى لا يتوقف على الوقوع في ضمن العقد حيث ان الوعد يستحب الوفاء به مطلقاً غاية الامر انه من جهة اعتباره فى النكاح انطبق عليه عنوان الشرط ايضاً كما يشهد به رواية (منصور بن يونس) المتقدمة الدالة على

استحباب الوفاء باشتراط عدم الطلاق و التزويج مع ان الظاهر منها تقدم الشرط حتى استفاد منه (شيخنا قدس سره) استعمال الشرط في النذر او العهد او الوعد .

فالحاصل ان معنى الرواية ان هذا الشرط لولا مخالفته للسنة لكان الوفاء به راجحاً الا انه من هذه الجهة ساقط لاثرائه وهذا المعنى يظهر بالنفقة في الروايات ولا يهتدى اليه ذو الفتنة الخاملة فيتموهم انه تأويل عليل .

واجاب في (التذكرة) عن رواية (بريرة) بانه جاز ان يكون شرط الولاء في العتق فلا يبطل بطلانه بخلاف البيع وفيه ما لا يخفى فان مواليها شرطوا على عايشة ان تجعل ولائها لهم اذا اعتقها فهنا شرطان احدهما من الموالي على عايشة وهذا لا يعقل ان يكون في العتق والاخر من عايشة على بريرة وهذا انما هو في العتق قال (ابن ابي ليلى) فيما رواه (محمد بن سليمان) حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة انها قالت لما اشترت بريرة جاريتي شرط على مواليها ان اجعل ولائها لهم اذا اعتقتم فجاء (النبي ﷺ) وقال (الولاء لمن اعتق) فهي صريحة في ان الشرط في غير العتق كما انها ظاهرة في تأخر الشرط عن البيع حيث قالت لما اشترت شرط على مواليها فهي كرواية (منصور بن يونس) وغيرها في عدم وقوع الشرط في ضمن العقد اظهر فتدبر .

ومنها مرسله (جميل) عن احدهما (علي بن ابي طالب) في الرجل يشتري الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث ، قال قضي بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث فان الحكم بوجود الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون الامع عدم فساد العقد بفساد شرطه والجواب ان وجوب الوفاء بالاولين ان لم يكن خلاف الاجماع على ما عن الآبي من اني لم اجد عاملاً بهذه الرواية فهو خلاف التحقيق حيث انه محرم للحلال نظير اشتراط المهرثة على زوجها ان لا يتزوج ولا يتسرى فان مجرد تعلق الغرض العقلائي بشيء لا يجعله من الحقوق وسيأتي تحقيق تحريم الحلال انشاء الله تعالى فانه في غاية الاشكال فالمراد بمجرد استحباب الوفاء بالوعد .

ومنها صحيحة (الحلبي) عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد ، الخبر فان

قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ فانما تورث يدل على بقاء البيع الذى شرط فيه ان لا يورث على الصحة بل يمكن ان يستفاد من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد اى لا يعمل به أن جميع ماورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان اصل البيع هكذا قرر الاستدلال .

وفيه ان الرواية لا تدل على اجتماع الشروط في عقد واحد بل انما السؤال عن هذه الشروط اذا وقعت في العقد واجاب بنفوذ الشرطين دون شرط الميراث مع ان السائل لم يسأل عن هذا الشرط فلا ربط له بالمقام بل نقول لادلالة الرواية على وقوع الشرط في العقد بالتقريب المتقدم فالامام عَلَيْهِ السَّلَامُ انما يبين استحباب الوفاء بالشرطين حيث انهما راجعان الى المشروط عليه بخلاف شرطان لا يورث فانه حكم شرعى لا معنى لاشتراطه على المورث فانه ليس راجعاً اليه مع انك قد عرفت بطلانها ايضاً فالتمهيد انما هو بالنسبة الى استحباب الوفاء ، هذا هو الكلام في ادلة الخصم .

واستدل في (التذكرة) على المختار بان التراضى 'نما وقع على هذا الشرط فبدونه لا تراضى فتدخل تحت قوله تعالى [لَأَنَّا كُلُّوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ] ومرجعه الى ما حققناه وذكر الآية انما هو للتشريف والافالفساد مع عدم القصد لاحتياج الى دليل بل قد عرفت ان صحة البيع مع فساد الشرط كصحته مع فساد احد العوضين رأساً غير معقول بل لا تصلح الآية للدلالة على الفساد حيث ان حرمة الاكل انما هو في الباطل ولا معنى لكون الاكل بالباطل الا عدم الاستحقاق ولا يعقل الامع عدم المعاملة او فسادها فالآية انما تدل على حكم متعلق بما لم يتعلق به معاملة صحيحة لانها تدل على بطلان المعاملة لاعن تراض الا ان يقال ان مفادها ان كل اكل مال اكل بالباطل الامع التجارة عن تراض وهو ناش عن عدم الخبرة بقواعد العربية والاقتصار على ما يترأى من الاستثناء والغفلة عن انه منقطع .

واورد عليه (شيخنا قدس سره) بمنع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما اذا تبين نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المخاخرة في البيع كالكتابة والصحة

وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح فانه لاخلاف نصاً وقتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه وقد تقدم ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به و تقدم ايضاً ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لاحكم له صحيحاً كان او فاسداً انتهى .

وفيه ان المستدل يدعى ان ارتباط الشرط بما اشترط فيه ارتباط شديد يستتبع الانتفاء عند الانتفاء و اما عدم اقتضاء مجرد الربط ذلك فمن البديهيات فهل يخفى على احد ان ما ارتبط به لزوم العقد يوجب انتفائه انتفاء نفس العقد من جهة اقتضاء الربط مطلقاً ذلك وان لم يكن المر بوط نفس العقد كلا فهذا الجواب لارتبط له بالاستدلال وقد عرفت الفرق بين الجزء والشرط فتبين أن نقص احد العوضين لا يوجب الا الخيار حيث ان انضمام بعض الاجزاء ببعض لا يعتبر في نظر المتعا قدين الا في حصول المقابلة بين المجموع مع تعلق غرض بالانضمام غير مقوم لنفس المعاوضة كالوصف المشخص بخلاف الشرط فانه ليس ملحوظاً في عرض ما اشترط به بل انما هو اعتبار في احد العوضين كالوصف المتنوع .
فمعنى قولك (بعثك الكتاب بدينار على ان تصوغ لى خاتماً) ان بيع الكتاب انما هو بالدينار المقترن بهذا الفعل فليس عدم استحقاق الفعل الالعدم استحقاق الدينار فان المقابلة لم تقع بين الكتاب و مطلق الدينار ولا معنى لتقييد المقابلة الا الانتفاء عند الانتفاء ولا يعقل ان يكون الربط في هذا المقام كما هو في الوصف المشخص حيث ان مفاد الشرط هنا الاستحقاق ولا معنى لتعليق اللزوم على الاستحقاق لانه ليس شرطاً بل انما هو اثر الاشتراط وتعليق اللزوم على الفعل لا يفيد الاستحقاق فلو كان مفاد الاشتراط في المقام جعل السبيل على تقدير ترك الوفاء كما هو الحال في المشخص من الوصف لم يكن لحصول الاستحقاق في الشرط الصحيح معنى حيث ان حصول الاستحقاق انما هو لكونه متمماً لاحد العوضين ومقوماً لاحد الركنين ولا يتم مع كونه اجنبياً عن هذا المقام فانحصار مؤداه في الجواز مع ترك الوفاء فقد برفائه في غاية اللطف والدقة .

ومما حققنا تبين الفرق بين المقام وبين الصفات المشخصة كالكتابة والصحة بل المشابه له انما هي الصفات المقومة مثل كون الثوب حريراً او قطناً او كتانا وبيان آخر ان حقيقة

ارتباط اللزوم بشئ تحديد شدة العقد به اى تحديد متعلقه من هذه الحيثية فمعنى قولك اشتريت الحنطة الجزئية على ان تكون جيدة ان متعلق البيع وان كان هذا الجزئى مطلقا سواء كان واجداً للوصف ام فاقداً له الا ان متعلقه من حيث اللزوم الذى يقتضيه ويكون هو عليه لولا المانع انما هو هذا بوصف الجودة فينتفى البيع من حيث اللزوم بانتفاء ما هو موضوعه من هذه الحيثية وهو الجيد وليس الخيار ثابتاً باشرطه حيث ان الوصف المشخص ليس اعتباره اشترطاً للخيار على تقدير وهو مع وضوحه يستلزم التعليق على تقدير العكس ولا تتمسك له بادلة نفى الضرر بل انما هو مقتضى انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه .

وهذا نظير اعتبار شئ في متعلق الامر من حيث التأكد كما لو اهر المولى بشراء الحنطة الجيدة مع ان مطلوبه الحنطة مطلقا واعتبار الوصف انما هو للوجوب والافمطلق الحنطة ايضاً مطلوب في الجملة وان لم يكن واجباً .

و اظهر من هذا تحديد متعلق الطلب من حيث الاولية كما هو الحال فيما جعل للواجب وقتاً لا ينتفى وجوبه بانتفائه وانما يرتفع وصف كونه اداء فانه تكليف واحدا لا يرتفع بارتفاع موضوعه لان المرتفع ليس موضوعه مطلقا بل موضوعه من حيث التعلق الاولى و اول هذا الى قولنا صل الظاهر في الوقت وان فات ففي الخارج مثلاً لا ينافي وحدة التكليف وان كانت تترأى فانه تعدد تحليلى كتحليل الامر الى طلب الشئ مع المنع من الترك وهذا النحو من التحديد غير معقول فيما نحن فيه لان المتعلق من حيث اللزوم ان كان نفس الشرط فهو انما يورث الجواز مع عدم الوفاء لا الاستحقاق لان ربط اللزوم بشئ بمجرده لا يقتضى ازيد من ذلك والخصم لا يلتزم به مع انه لو عمل به على تقدير الفساد يلزمه ان لا يكون للمشروط له خيار .

و ان كان المتعلق استحقاق الشرط كما زعمه بعض فهو مع فساد لما عرفت من ان الاستحقاق اثر الاشتراط لانفس الشرط ، لا يقتضى النفوذ حيث ان ارتباط اللزوم باستحقاق صياغة خاتمة في نفسه لا يقتضى تحقق الاستحقاق كما ان ارتباطه بالوصف المشخص لا يقتضى تحققه وانما يرتب عليه الانتفاء عند الانتفاء فيلزم جواز العقد وان وفى بالشرط

و الحاصل ان استحقاق صياغة الخاتم المشترط في ثمن الكتاب انما يتعقل اذا اعتبرت في الثمن كى يستحقه كاستحقاق ذات الثمن ومقتضى الشرطية ان لا تكون في عرض الثمن فلا بد ان يكون عنوانا لثمنية ومتماً لبدليته فعدم استحقاقها كعدم استحقاق تمام الثمن مفسد للانشاء لعدم ما يتعلق به واما الشروط الفاسدة فقد يستظهر اطباق الاصحاب على عدم فساد العقد بفسادها ان كان منشأ مخالفة الشرع كترك التزويج والتسرى و الطلاق وهو مع انه ليس اجماعاً منهم ناش مما يترأى من ظواهر الاخبار .

فالعمدة البحث عن دلالتها والافبعاد فساد المدرك لا يؤثر الاتفاق لوتحقق كشفاً عن رأى الحجة عليه السلام الذى هو المناط عندنا في اعتبار الاجماع وقد عرفت سابقاً انها لاتدل على وقوع الشرط في ضمن العقد بل بعضها صريحة في خلافه .

ففى خبر (ابن سنان) عن (ابي عبد الله عليه السلام) في رجل قال لامرأته ان فكتحك عليك او تسريت فهى طالق قال (ليس ذلك بشئ ان رسول الله ﷺ قال ان من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه) ولعل (ثانى الشهيدين قدس سره) في (الروضة) نظراً الى هذا حصر مدرك ما عليه الاصحاب في الاجماع قال عند شرح قول (المصنف قدس سره) فلو شرط ما يخالفه لفى الشرط وصح العقد والمهر واما صحة العقد فالظاهر اطباق الاصحاب عليه وان كان للنظر فيه مجال كما علم في غيره من العقود المستملة على الشرط الفاسد انتهى .

ويستفاد منه امور : الاول كونه على خلاف القاعدة ، والثانى عدم تحقق الاجماع و الثالث قصور الاخبار عن الدلالة ، وكيف كان فالتعبد بصحة العقد مع فساد الشرط في النكاح لو سلم لا ينافي كون القاعدة على خلاف ذلك وانما هو كاتقلاب المتعة دائماً بعدم ذكر الأجل وان كان من قصدهما على بعض الوجوه في بعض الاقوال ولكن التحقيق انه غير معقول كما عرفت فلو تمت دلالة الاخبار ايضاً فلا بد من طرحها او تأويلها في موردها فكيف يستكشف منها حال غيره من الموارد .

هذا حال هذا النوع من الشرط ، واما شرط الخيار فقد التزموا بافساده للعقد لعين ما هو المناط في غيره وهو تخلف الرضا ، ففى (الشرايع) لو شرط الخيار في النكاح

بطل وفيه تردد منشأ الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار او الالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط انتهى .

فجعل المناطق في الافساد ارتباط الرضا بالعقد بما اعتبر فيه من الشرط لامخالفته لمقتضى العقد وعوده اليه بالنقص الراجع الى عدم قصد العقد نفسه وسترى حقيقة المنافات لمقتضى العقد انشاء الله تعالى وانه ليس منه .

وفيه ايضاً اذا زوجت المطلقة ثلثاً وشرطت في العقد انه اذا حملها فلا نكاح بينهما بطل العقد وربما قيل يلغوا الشرط انتهى ، و من المعلوم ان هذا الشرط ليس منافياً لذات العقد .

نعم توهم بعضهم المنافات فعمل الفساد به وسترى فساد انشاء الله وكفى بما في (القواعد) شهيداً حيث قال وكل شرط يقتضى تجهيل احد العوضين فان البيع يبطل به و ما لا يقتضيه لكنه فاسد فان الاقوى بطلان البيع ولا يحصل به ملك للمشتري كما لو اشترط تسليم الثمن في مدة معينة فان لم يفعل فلا بيع مثلاً انتهى .

فجعل محل الخلاف مثل هذا الشرط ومن المعلوم ان اشتراط ارتفاع البيع على تقدير عدم تسليم الثمن في الاجل ليس الاكشتراط ارتفاع النكاح على تقدير التحليل فتدبر ، و بالجملة فليس في باب النكاح ما ينفع الخصم ان لم يكن على خلاف مراده فلاحظ و تدبر .

ولا يخفى ان حكمهم بفساد المهر عند فساد كثير من الشروط ايضاً لا ينطبق الاعلى ما اخترناه فان المهر لخصوصية فيه و انما المناطق الشرطية فكما انه ينتفى المهر بانتفاء شرطه فكذا العقد فافهم .

و اما الشرط الغير المقصود للعقلاء فلو سلم ان فساد لا يوجب الفساد فانما هو لمكان اللغوية وهى غير متحققة في مطلق الفاسد .

بيان ذلك ان المناطق في فساد العقد بفساد الشرط انما هو تقدير كنه به بحيث يكون الفاقد كالمعوم وما هو كالفرد لا يصلح للتقييد ففى الحقيقة لا يعقل تقييد المتعاقدين لتعلق العقد بمثله فمع تنبه المتعاقدين باللغوية لا يقد مان على ما يعلمان عدم تحققه حيث ان

مرجع الشرط في المقام الى جمل الحق والمفروض انه ليس حقاً فكأنهما لاغيان في التعبير وليس من قصدهما التقييد وان كانت الصورة صورة التقييد كامر الأمر مع العلم بانتفاء شرطه في وجهه ولو فرض صدور التقييد منهما وقصدهما له بطل العقد قطعاً فإنه ليس الا كبيع الخنافس وتعلق الغرض بالاعتبار كما هو المفروض أعين من تقييد الانشاء فتفطن . و اما الشروط الغير المذكورة في العقد فلا يتقيد بها الانشاء ايضاً وان انبط بها الرضا في الجملة والالام يكن لعدم نفوذها وجه فكأنها من قبيل الدواعي فلو وعد المشتري البايع ان يهبه من ماله اضعاف المبيع فباعه ماله بثمان بخس صح البيع و ان لم يقع منه الهبة الموعودة ولا يستحق البايع اياها مع ان الرضا وطيب النفس انما كان على الوجه المخصوص لامطلقاً بل هذا هو الحال في المفروض ومشتري المبيع اذا دخلا على ان تكون القيمة عادلة والمبيع معتدلاً صحيحاً فانهما انما رضيا بالمبيع على الوجه المخصوص لامطلقاً و السرفيه ما اشرنا اليه من ان الامور المذكورة ليست مقيدة للرضا المتعلق بالانشاء بل انما وقع مطلقاً ، وان كان الداعي الرضا اعتقاد استحقاق امر آخر او حصوله وهذا لا يظهر الا لمن من الله تعالى عليه بلطف قريحة واستقامة سيلقة ومنه يزداد الوجه في المسئلة السابقة انضاحاً .

ومما حققنا تبين ما فيما في جامع المقاصد حيث قال عند شرح ما مر آتفا من عبارة القواعد ووجه القوة ان التراضي انما وقع على الوجه الذي يمتنع وقوعه فلا تراضي حينئذ ويشكل بانه لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً او اشترى العبدين جميعاً فتبين انه غير كاتب او ان احد العبدين ليس ملكه فان البيع لا يبطل بذلك وان ثبت له الفسخ مع ان التراضي لم يتحقق الا على الوجه الذي ليس بواقع وفي الفرق بينهما عسر وكيف كان فلا سبيل الى القول بالبطلان في الاخير عندنا ، واما الاول فانه محل اختلاف والنظر ينساق الى البطلان فيه فيكون البطلان فيه اقوى انتهى .

فان الفرق بين الوصف المشخص والحق في غاية الوضوح حيث ان الاول انما هو تحديد لمتعلق العقد من حيث اللزوم فلا يؤثر التخلف الا الخيار بخلاف الثاني فانه دخيل في ركنية الشروط فيه وكونه عوضاً كالوصف المنوع وهذا هو السر في استحقاق المشروط

له اياه على المشروط عليه .

ومن الغريب اكتشافه في الفرق بمجرد انسياق النظر الى البطلان بعد الاعتراف بالعسر من غير بيان للفرق ولعله اشارة الى ما حققناه فتأمل ومما حققنا تبين انه لا يعقل التفكيك بين الالتزام باول الشرط الى جعل الحق و منع ايجاب فساد بطلان العقد خصوصاً مع الاعتراف بانه بمنزلة جزء احد العوضين فانه لا وجه لهما الارتياب العوضية بالشرط هذا هو الكلام في الفرق بين المقام وبين الوصف المشخص .

و اما الفرق بينه وبين الجزء فهو اوضح من ان يبين . حيث ان انضمام بعض الاجزاء الى بعض لا دخل له في مقابلة ما يخصه من العوض الآخر و ان كان دخيلاً في مقابلة المجموع بالمجموع ولو فرض وقوع المعاملة على هذا النحو فتبعض الصفقة يورث الفساد كما اعترف به بعض الاصحاب لا الخيار و استشكل بعضهم فيه لا وجه له حيث ان اعتبار الانضمام في العوضية ليس الا كاعتبار الامر الخارج فيها فتفطن .

وتحصل مما حققنا ان الشرط الراجع الى جعل الحق مقيد للمشروط فيه في تعلق ذات الانشاء فهو كالوصف المنوع يبطل الانشاء بفساده حيث ان عدم استحقاقه كعدم استحقاق المشروط فيه رأساً ولا يوزع عليه ما يقابله من العوض لتبعيته و عدم استقلاله في تعلق الانشاء به فليس جزءاً في الحقيقة وفي اطلاقه عليه تسامح فلا يوجب تعذره فساد العقد وانما يوجب الخيار في جميع الصور والارش في بعضها .

وتفصيل ذلك ان الشرط انما يكون مما يقابل بالمال كالصبغ والصياغة واما ان يكون له دخل في مالية ما اشترط فيه بحيث يتفاوت بانضمامه اليه و عدمه كالعتق فان العبد المشروط على من انتقل اليه عتقه اقل قيمة من الخالي عن هذا الشرط واما ان لا يكون على احد الوجهين كشرط مشايعة المسافر لاريد في ثبوت الخيار في جميع الصور حيث ان تعذر الوفاء بالشرط كتعذر تسليم احد العوضين بل هو هو في الحقيقة ، ومن المعلوم ان المعاملة من حيث هي كذلك انما تتم بخروج كل من المتعاملين عما هو في عهده .

لا اقول ان البيع لا يتم الا بالتقاضي بل المقصود ان المعاملة حقيقتها تمكين كل

صاحبه مما عنده او عليه وايصاله اليه فلزوم البيع على المشتري مثلاً عند اهل العرف منوط بخروج البايع عن عهده ما عليه من المبيع وما اعتبر معه فما لم يخرج عن هذه العهدة قصوراً او تقصيراً لم يتم امر المعاملة ولم تبلغ حدها و ان حصل البيع واثراً واثراً ولهذا يكون تلف كل من العوضين قبل القبض ممن انتقل عنه مطلقاً من غير فرق بين المبيع والتمن ولا بين البيع وغيره من المعاملات حتى مثل المهر وعوض الخلع مع ان النكاح والطلاق ليسا من المعاملات بحسب الذات ولكنهما منها بملاحظة المهر والعوض وليس الوجه الا ما حققناه من ان هذه الاشياء في العرف مضمونة على من انتقل عنه والا فقوله ^{تلف} كل مبيع تلف قبل قبضه لا يشمل غير المبيع مع ان القبض بمعناه اللغوي والعرفي لا يشمل التخلية في غير المنقول والكتفاء به في الخروج عن العهدة ايضاً مبنى على عدم استفادة الحكم من الرواية تعبداً فلا يدور الحكم مدار صدق القبض بل لو امتنع من انتقل عليه من القبض لم يقدح في خروج من انتقل عنه عن العهدة .

ولا يتم جميع ما ذكرنا الا على ما حققناه من كون ما انتقل عن كل من المتعاملين في ضمانه الى الغايه المعينه من التخلية والادخال تحت السلطنة ومجرد تمكين الضامن المضمون له في مثل المقام يكفى في دخول المال في عهدة صاحبه حتى ان هذا يجري في ضمان اليد مع ان قوله عليه السلام حتى تؤدي ظاهر في خلاف هذا المعنى وانما يتبادر منه الاعم من الاقباض والتمكين حيث انه هو المتعهد في انتقال الضمان عند اهل العرف فيتبادر منه ما هو المتعارف عندهم وان هذا التعبير انما هو بالنظر الى الغالب ولتحقيق المطلوب مقام آخر .

وكيف كان فتعذر الشرط كتعذر التسليم يوجب الخيار ويمنع من استقرار المعاملة وبلوغها حد الزوم لان الجواز يثبت بقاعدة نفى الضرر فانها لاصح للركون اليها على ما حقق في محله واما الارش فيما يوجب اختلاف القيمة فلانه مضمون على المشروط عليه ضمان معاوضة وهو عدم استحقاق كل من المتعاقدين ما انتقل اليه الا بما يقابله مما انتقل عنه لا بالقيمة الواقعية والشرط كالوصف وان لم يكن مقابلاً بشيء من العوضين الا انه مقابل بمقدار من ماله .

وفي (اللمعة) و(الروضة) ما ينادى بما حققناه قال لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فلمشتري الرد او الارش اما الرد فموضع وفاق و اما الارش فهو اصح القولين لانه عوض عن جزء فائت واذا كانت الجملة مضمونة على البايع قبل القبض فكذا اجرائها وكذا لو حدث في زمن الخيار المختص او المشترك بينه و بين البايع او غيره لان الجملة فيه مضمونة على البايع ايضاً اما لو كان مختصاً بالبايع او مشتركاً بينه و بين اجنبى فلا خيار للمشتري، هذا اذا كان التعيب من قبل الله تعالى او من البايع ولو كان من اجنبى فلمشتري عليه الارش خاصة ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء انتهى ولا يخفى ان الارش الذى على البايع غير الارش الذى على الاجنبى حيث ان الثانى بالنسبة الى القيمة الواقعية دون الاول ، ثم قال وكذا الحكم في غير الحيوان بل في تلف المبيع اجمع الا ان الرجوع فيه بمجموع القيمة انتهى .

فتبين ان معنى كون التلف من البايع عدم استحقاقه شيئاً من الثمن لعدم الخروج عن العهدة وعدم استقرار المعاملة فلا حاجة الى ما تكلفوه من دخول المبيع في ملكه آنأما وغيره وهذا معنى الانفساخ فلو فرض عود المبيع بعد التلف كان للمشتري للبايع وليس الارش في المقام على خلاف القواعد ولهذا يلتزم به فيما لا يحصى من نظائر المقام التى لا يكاد يلتزم بقيام دليل خاص تعبدى فيهما عليه ، الا ترى انه اذا زال الوصف المنوع بعد البيع قبل القبض كان مضموناً على البايع ولا ينفسخ المعاملة به .

وفي (الذكرة) لو شرط على البايع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به او بعوضه ان فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فاتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجاناً ثم قل لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البايع بين الفسخ والامضاء بقيمة الفائت ان كان مما له قيمة والامجاناً انتهى .

ولا يخفى ما فيها من الاضطراب لايهامها الفرق بين الشرط على البايع وعلى المشتري واستحقاق القيمة الواقعية في الاول ودرن الارش بخلاف الثانى ولعل مرجعها الى ما حققناه فتدبر .

وفي (التذكرة) في العبد المشروط عقده على المشتري: لو قتله المشتري او مات او تلف سواء كان بتفريطه او لا لم يجب شراء غيره لكن يرجع البايع بما يقتضيه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا وبشرط العتق فيرجع البايع بالنسبة من الثمن فاذا قيل انه يساوي مائة بغير شرط وتسعين بشرط العتق زيد على الثمن تسعة وله الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فيدفع ما اخذه من الثمن ويرجع بقيمة العبد انتهى .

وهو مطابق للتحقيق وتبين ان الارش فيما نحن فيه كالخيار مطابق للقواعد وليس كالارش في خيار العيب مخالفاً للقواعد على ما سيأتى انشاء الله تعالى كما انه قد ظهر انه لا فرق بين ان يكون التعذر مستنداً الى المشروط له او الى المشروط عليه او الى الله تعالى .
الا ترى ان عدم تمكن المدينون من اداء الدين والبايع من الاقباض او كان مستنداً الى الغريم والمشتري لم يوجب خروج كل منهما عن العهدة وعلى هذا فلو باع البايع المشروط على المشتري لعبد صبح الثوب فتلذ ذلك الثوب لم يسقط حقه وتمكن من الفسخ لتعذر الشرط و ان كان مستنداً اليه فليتنامل وكذا عدم منافات التلف و التصرف للخيار بل قد يوجب التلف حدوثه حيث كان موجباً للتعذر و هل يكون زوال سلطان المشروط عليه عن المشروط فيه بحكم التلف فيعد تعذراً و يترتب عليه احكامه او يجبر المشروط له المشروط عليه على فسخ ما تعلق به لو كان زوال السلطان بمثل البيع والهبة لامن قبيل الاسباب كالاستيلاء او يفسخ هو بنفسه او لا ثم يجبر المشروط عليه على الوفاء وعلى تقدير فسخ عقد نفسه فهل يرجع الى البدل او يسترجع العين حيث انه يستتبع انفساخ ما ترتب عليه من الانشاءات او فرق بين العتق وغيره ففي الاول يرجع عليه بالبدل وفي الثاني بالعين او لا اثر لهذا التعذر اصلاً اذا كان الموجب عتقاً فليس للمشروط له الفسخ مطلقاً ولا الارش او فرق بين ما يناقض الشرط او لا كبيع ما اشترط وقفه وغيره فيحكم في الاول بتوقف النفوذ على الاذن والاجازة ومع عدمهما يسترجع العين بالرد دون الثاني فانه يتعين فيه الرجوع بالمبدل جمعاً بين الحقين .

وبيان آخر اذا كان زوال سلطان المشروط عليه عن المشروط فيه بعقد او ايقاع ففيه احتمالات: الفساد مطلقاً او في غير العتق والصحة مشروطاً باجازة المشروط له واذنه

كذلك والصحة مطلقا مع سلطنة المشروط له على الفسخ والابطال من حينه او من اصله او مع سلطنته على اجبار المشروط عليه على فسخها كذلك او مع التخيير بمعنى ثبوت السلطنتين للمشروط له فان شاء استقل بالفسخ وان شاء اجبر المشروط عليه به مع احتمال التفصيل في الوجوه الاخيرة ايضاً بين العتق وغيره فهذه ثمانية وكل منها اما مطلق واما مع التفصيل بين العتق وغيره فيبلغ المجموع ستة عشر .

وهناك احتمال آخر وهو النفوذ مطلقا من غير توقف على اجازة مع عدم تأثير الفسخ فيه مطلقا او التفصيل بين العتق وغيره والتعذر لا يتحقق في غير هذه الصورة وهو النفوذ وعليه فهل للمشروط له فسخ العقد خاصة مطلقا او في غير العتق والفسخ اما يستتبع بطلان ما ترتب عليه فتعود العين اليهام لابل يرجع الى البذل او يستحق الارش خاصة فيما يتحقق فيه وفي غيره يستحق الفسخ باحد الوجهين أو يستحق الارش في العتق وفي غيره الفسخ بأحد الوجهين او يتخير بين الفسخ والارش او يختلف حال الفسخ في العتق وغيره او يختلف الحال بكون التصرف منافياً من اول الامر وبين اتفاق المنافات ففي الثاني يتعين البذل وفي الاول الوجوه وجوه .

والتحقيق ان الفساد مما لا يكاد يتوهم مع اذن المشروط له وغرض من عبر به انما هو عدم النفوذ يعني صيرورته بحيث لا يقبل الفسخ بل هذا ايضاً لا وجه له وان لم يكن في الوهن كسابقه حيث ان استحقاق فسخ البيع المتعلق بالعبد المشروط عتقه مع وقوعه بان نه غير معقول فان التوقف على اذنه انما هو لاجل المنافات وعدم تمكن المشروط عليه من العمل بالشرط المستلزم لتضييع حقه فبعد تحقق المنافي وتحقق عجز المشروط عليه ارتفع موضوع الاستحقاق والا لم تكن منافات والسلطنة على الفسخ تتوقف على فعلية الاستحقاق المتوقفة على زوال الطارى المتوقف على السلطنة على الازالة و هو دور واضح .

فالتحقيق كون الطوارئ المنافية مشروطة باذن المشروط له فهو ان تاخر عنها كشف عن صحتها على ما هو الحال في جميع موارد الاجازة وما نحن فيه نظير تصرفات الراهن في العين المرهونة ولا فرق فيها بين العتق والوقف وغيرهما فانهما ايضاً يصلحان

للتنازل كما حقق في الرهن فلاحظ وتامل ولا يخفى ان الارش لا يسقط بهذا الاذن كما لا يسقط في صورة التعذر الا ان يستظهر منه الاسقاط والصفع عن الحق رأساً نعم لاسبيل الى فسخ اصل العقد حينئذ للخروج عن العهدة بالاستيذان ولو عاد المشروط فيه الى المشروط له فالحق ان له المطالبة بالشرط والاجبار عليه الا ان يستظهر من الاذن في المنافي اسقاط الحق رأساً ايضاً فان المانع انما يمنع مادام موجوداً .

وبالجملة فالاذن في الطواري المنافية ليس اسقاطاً من حيث هو وعن المبسوط فيما اذا اشترى المبرتن شيئاً بدينه انه يصح و يبطل الرهن فان تلف العين قبل القبض عاد الدين والرهن وليس العود في المقام على خلاف القواعد حيث ان الابطال ليس من جهة رفع المقتضى بل انما هو من جهة وجود المانع فيعود بزواله .

الا ترى ان الفسخ يوجب عود كل من العوضين الى مالكة مع ان الفسخ ليس مملكا ولا يتم هذا الا من جهة قيام المقتضى و العقد كان مانعاً فبزواله من جهة الفسخ يؤثر المقتضى اثره وقد خفي هذا على بعض الاساطين فلاحظ وتفطن وحيث قلنا بان نفس الطواري المنافية ليس اسقاطاً فالاذن فيها بالطريق الاولى فلورجع قبل وقوع التصرف او تماميته كالمهبة قبل القبض جاز .

ومما حققنا تبين ما في كلمات الاصحاب ففى (التذكرة) شرط العتق انما يتناول العتق مجانياً فلو اعتمقه المشتري و شرط عليه الخدمة او شيئاً تخير البايع بين فسخ البيع والامضاء فان فسخ فالأقرب نفون العتق و يرجع البايع بالقيمة كالتالف و يحتمل فسادة لوقوعه خلاف ما وجب عليه و سقوط الشرط خاصة فينفذ العتق ولا خيار للبايع ولا شيء له انتهى .

فانك قد عرفت ان هذا ليس من تعذر الشرط حيث انه لاسلطنة للمشتري على ابطال حق البايع فالوجه لنفون تصرفه المبطل لحقه و اما نفون العتق مع عدم استحقاق الارش والفسخ فانما يتم على تقدير عدم استظهار المجانية من اشتراط العتق بل استظهار الاطلاق واما مع الفرض المزبور فهذا الاحتمال في غاية الشناعة .

ثم قال لو باعه المشتري او وقفه او كاتبه تخير البايع بين فسخ البيع و الامضاء

فان فسخ البيع بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام ويخالف هنا العتق بشرط لان العتق مبني على التغليب و السراية فلا سبيل الى فسخه مع القول بصحته وهل له امضاء البيع مع طلب فسخ ما فعله المشتري؟ فيه احتمال انتهى.

وفيه انه لا دليل على تغليب العتق في المقام فالتفصيل لا وجه له والسلطنة على مطالبة المشتري بالفسخ تتوقف على نفوذ فسخه ولا وجه له .

و في (الدروس) ولو اخرجه عن ملكه ببيع او هبة او وقف فللبايع فسخ ذلك كله انتهى، وفيه انه ان اراد استحقاق فسخها ابتداء مع بقاء العقد على حاله فلا وجه له لما عرفت من ان شرط العتق انما يقتضى عدم نفوذ التصرفات المنافية لا استحقاق الفسخ بعد النفوذ وان اراد استحقاق فسخها تبعا لفسخ عقد نفسه كما اختاره في (التذكرة) ففيه ما فيه ولصاحب الجواهر وشيخنا قدس سرهما في المقام ما يظهر ما فيه بالتأمل فيما حققناه ولا مجال للتعرض له فلا حظ وتدبر .

هذا مجمل الكلام فيما اذا كان مرجع الشرط الى جعل الحق واما اذا كان مرجعه التوصيف فقد عرفت انه إما ان يكون على سبيل التنويع واما ان يكون على وجه التشخيص فحكمه حكم الوصف فانه عينه و المرجع في التميز بين القسمين انما هو العرف والعادة فان الذكورة متوعدة في الرقيق دون السمك بل الغنم والمناط اناطة ذات المعاملة به بحسب مجارى العادات لا كونه مقوماً للمهية حقيقة كي تكون المسئلة عقلية وحقيقة المشخص كون الوصف تحديداً لمعلق العقد من حيث اللزوم فينتفى بانتفاؤه ولا يتوهم ان هذا جعل للخيار على تقدير كى يفسد بالتعليق كما ان الوصف المنوع يرتبط نفس الانشاء به وليس تعليقاً والا لبطل ايضاً والفرق بينه وبين التعليق في غاية الغموض و بعون الله جل جلاله نبينه في اشتراط التنجيز .

و اما ما كان مرجعه الى جعل شىء جزءاً تابعاً لمعلق الانشاء كالثمره والحمل و ثوب العبد فهو امرين امرين فلا يستقل باثر الانشاء للتبعية فلو ظهر المتبوع مما لا يملك بطل الانشاء رأساً و من جهة الجزئية يوزع عليه الثمن وهذا كله مما لا اشكال فيه انما الاشكال فيما تردد امره بين ان يكون شرطاً خارجاً او جزءاً مستقلاً او تابعاً كما

إذا باع شيئاً واشترط فيه مقداراً معيناً وهو أربعة أقسام لأنه إما ان يكون من متساوى الأجزاء أو مختلفها وعلى التقديرين فاما تبين الزيادة أو النقص .

و التحقيق انه اذا تبينت النقص في متساوى الأجزاء فان كان الغرض من اعتبار المقدار مجرد تعيين ما يقابل بتمام المسمى من غير حصول ضرر بنقص الصفقة ولا تخلف غرض كما اذا كان المشتري عازماً على شراء تمام ما يوجد من سلعة خاصة في مكان مخصوص والغالب ان البائع ايضاً يريد بيع ما عنده ببلغ ما بلغ اذا كان من اهل المعاملة من دون تعلق غرض منه ببلوغ المبيع المقدار المعين فلا ريب في لزوم المعاملة من الطرفين وتوزع كل من المتقابلين على الآخر و ان كان الشرط من المشتري لتعلق غرضه بالمقدار المخصوص او من البائع كذلك كما قد يتفق فالخيار للشارط لتخلف الشرط ، و منه يعلم الحال فيما اذا ثبت الزيادة و الغالب ان الزيادة للبائع ولا خيار لواحد منهما لمكان التوزيع وانتفاء غرض يختص به المقدار وعدم حصول الضرر بالاشتراك واما اذا تبينت النقص في مختلفة الأجزاء فان كان المقدار فيه منوعاً كما هو الحال في اللؤلؤ واخوته بطلت المعاملة والا فان لم يورث النقص الا اختلاف القيمة بحسبها من غير تعلق غرض من احدهما بما اعتبر من المقدار فلا خيار ايضاً مطلقاً كما انه لاشبهة في التوزيع وعدم استحقاق البائع الا ما يقابل الناقص من الثمن وكذا ثبوت الخيار في العكس .

وبالتأمل يظهر الحال فيما لم يكن اختلاف المالية بحسب النقص بان يكون نقص المالية نقص من نقص المقدار او ازيد او يكون نقص المال مورثاً لازدياد المالية وكذا اذا كان اختلاف المقدار مورثاً لاختلاف الرغبات خاصة اما اذا تبينت الزيادة فالصور كثيرة جداً لان المقدار اما ان يكون منوعاً فيفسد واما ان لا يكون اعتباره الاتعيين تمام ما يقابل بالثمن من غير اختلاف الحال بالاشتغال على الاكثر والاقدام على الشركة على تقديرها كما يتفق كثيراً في الفرض وهو الشائع في متساوى الأجزاء فلا اشكال في اللزوم وكون الزيادة للبائع .

ومن المعلوم ان هذا انما يتصور فيما اذا كانت الزيادة مورثة للازدياد ويمكن ان تكون الزيادة للبائع ويكون للمشتري الخيار لتخلف الشرط او الاشتراك وان يكون

الخيار للبائع كذلك وان يكون لهما ويمكن ان تكون الزيادة للمشتري وللبائع الخيار لتختلف الشرط وخيار البائع يمكن ان يكون بين الفسخ والامضاء بالمسمى ويمكن ان يكون بين الفسخ والامضاء بالحصة ، والزيادة على الاول للمشتري وعلى الثاني للبائع وكذا في خيار المشتري في صورة النقيصة الوجهان و يختلف الحال بالاختلاف في كون الازدياد مورثا لنقص القيمة او لقلّة الرغبة او ازديادها بحسب الازدياد او بالاختلاف وقد تورث الزيادة النقص في القيمة .

و الحاصل ان الاحكام تختلف باختلاف الصور والاقسام والعنوان ينطبق على الجميع و ان كان على بعض التقادير اظهر في بعض الوجوه فاختلف (الاصحاب قدس سرهم) و تنازعهم في الحكم كانه في غير محله .

و لنوضح ما اجملناه بالتعرض لطائفة مما افادوه قال (آية الله قدس سره) في (التذكرة) لو باعه شيئا و شرط فيه قدرأ معيناً فاقسامه اربعة لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء او متفقها وعلى التقديرين فاما ان ينقص المقدار على الشرط او يزيد الاول ان يبيع مختلف الاجزاء كالارض والثوب و ينقص كأن يبيع ارضاً معينة على انها عشرة اذرع او ثوباً بكذا فنقص ذراعاً قال علماؤنا يتمخبر بين الفسخ والامضاء وبه قال (ابوحنيفة) و (الشافعي) في احد القولين اما الصحة فلصدور العقد من اهله في محله جامعاً للشروط فكان صحيحاً او للعموم السالم عن معارضة ما يقتضى البطلان ونقص الجزء كنقص الصفقة واما الخيار فللنقص و هو عيب و القول الاخر للشافعي البطلان لان قضية قوله بعثك هذه الارض اختصاص البيع بهذه الارض و عدم تناوله لغيرها و قضية الشرط ان يدخل الزيادة في البيع فوق التضاد لكن الاظهر عندهم الاول كما اخترناه .

إذا تقرر هذا فنقول إذا اختار المشتري البيع فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط لعلمائنا قولان : أحدهما بجميع الثمن و هو اظهر قولي الشافعي لان المتناول بالاشارة تلك القطعة لا غير و ان كان الاظهر عنده في الصبرة الاجازة بالقسط لان صبرة الطعام إذا كانت ناقصة عن الشرط و اجزاؤها متساوية يكون ما فقده مثل ما وجده و في الثوب أو القطعة من الارض لم يكن ما فقده مثل ما وجده ولانه في الصبرة لا يؤدي تقسيط ذلك إلى جهالة الثمن في التفصيل و ان كان في الجملة مجهولاً و اما الثوب أو القطعة

فانه إذا قسم الثمن على قيمة زرعانه وجعل الفائت مثل واحد منها أدى إلى ان يكون الثمن حالة العقد مجهولاً في الجملة والتفصيل .

لا يقال اليس إذا وجد عيباً وقد حدث عنده عيب اخذ ارشه فصار الثمن مجهولاً في الجملة والتفصيل، لانا نقول ذلك لا يؤثر في العقد لانه وقع في الابتداء على الجملة وصح بها ولهذا لا يسقط منه شيء مع امكان الرد وهنا يكون واقعاً في الابتداء على ما ذكرناه .

لا يقال لم لا قسمتموه على عدد الذرعان لانا نقول زرعان الثوب مختلف ولهذا لو باع ذراعاً منه ولم يعين لم يجوز .

والثاني انه يتخير بين الفسخ والامضاء بحصة من الثمن ولا يقسط بالنسبة إلى الاجزاء لاختلافها بل بالنسبة من القيمة حال كمالها ونقصها وللشيخ قول انه إذا كان للبايع ارض بجانب تلك الارض وجب عليه ان يوفيه منها وليس بعيداً من الصواب لانه اقرب إلى المثل من الارش، إذا تقرر هذا، فنقول لا يسقط خيار المشتري بان يحط البايع من الثمن قدر النقص انتهى .

اقول ان الذي يظهر من بعض هذه الكلمات ان النزاع اما هو فيما يستفاد من العبارة وان المناط انما هو ما قصده المتعاقدان وهو قول الشافعي لان المتناول بالاشارة تلك القطعة النخ والمستفاد من بعضها كدليله الاخر وما يترأى من تمسك (العلامة قدس سره) بالعموم وقوله ان نقص الجزء كنقص الصفقة خلافاً، اما الاول فلا محصل له وليس من وظيفة الفقيه البحث عنه واختلاف التعبيرات والمقامات يمنع من ان يجعل له ضابط واما الثاني فلا معنى له حيث يعلم قصد المتعاقدين فان العقود تابعة للقصدود التعبد على خلافه غير معقول أو غير معهود وتأسيس الاصل في مقام الشك لا يساعد عليه كلماتهم .

بيان ذلك ان النقص في مختلف الاجزاء قديورث الفساد كما في اللؤلؤ فان الصغار نوع مغائر للكبار في بعض اقسامه وقد يورث ازدياد القيمة كما هو الحال فيما يطلب فيه الرقة واللطافة وهذا في الوزن واضح وقد يكون النقص في غيره ايضاً مرغوباً فيه كما إذا اشترى مصحفاً على انه عشرون ورقاً فبان عشرة وحينئذ فلا خيار للمشتري

فالاطلاق لا وجه له بل ربما يثبت الخيار حينئذ للبائع حيث انه انما باع المصحف بزعم انه كثير الحجم قليل القيمة فبان انه هو ذلك الصغير الحجم الغالى كما انه يمكن ان يكون اعتبار المقدار لمجرد ما يقابل بتمام المسمى من غير تعلق غرض من احد المتعاقدين ببلوغ المبيع ذلك المقدار ولا تضررهما بالنقص أو اقدامهما عليه .

وقد شاع هذا الفرض في زماننا في شراء السلطان اراضى الحائر الشريف لتعمير البلدة الجديدة فانه من جهة عزمه على شراء جميع الاراضى الواقعة في تلك الصفحة لا يتفاوت له غالباً الازدىاد والنقص الا في بذل تمام المسمى فلا خيار له إذا نقص عدد الذرعان و البائع ايضاً يبيع ماله كيف كان، هذا حال اصل الخيار واما كونه بين الفسخ والامضاء بالحصه أو بالمسمى فهو ايضاً يختلف باختلاف الموارد فحيث يكون نقص المقدار مورثا لا تنقاص القيمة بحسبه كما هو الحال في الاراضى والكرباس فالخيار بين الفسخ والاخذ بالحصه للتوزع و أما إذا لم يكن كذلك فكثيراً ما يكون اعتبار المقدار كاعتبار الامور الخارجية فكانه ملحوظ بلحاظ الاوصاف فالخيار بين الفسخ والاخذ بالجميع كما هو الحال في تخلف الوصف وظهور العيب .

وبالجملة حكمهم بثبوت الخيار في صورة النقيصة للمشتري بين الفسخ والامضاء بالحصه او بالجميع مشتمل على دعاوى كلها باطلاقها في محل المنع .

قوله قل علماؤنا الخ الظاهر ان هذا الاتفاق في العنوان بكليته مع انك قد عرفت خلافه حيث ان الحكم في كثير من الصور لا يتعقل ان يكون كذلك ولم يظهر من احد هذا الحكم على هذا النحو نعم انما حكموا في خصوص بيع الارض على انها جربان معينة بالخيار للمشتري و هو غالباً صحيح على ما عرفت و ايس الحال في كل مختلف الاجزاء كذلك بالضرورة .

قوله اما الصحة الخ فيه انه يمكن ان يكون المقدار منوعاً في مختلف الاجزاء بل قد عرفت وقوعه و شيوعه و حينئذ فيكون النقص كالازدىاد مورثاً للفساد ومع الشك فالتمسك بالعموم لا معنى له حيث ان هذا ليس تخصيصاً بل الشك فيما هو المتعارف و العمومات لا تبين حال الموضوع فافهم .

قوله و نقص الجزء كنقص الصفقة الخ قد عرفت فساد به باطلاقه فتدبر .

قوله و اما الخيار فللنقص و هو عيب ، ظاهره لا يخلو عن اجمال و لكن غرضه بيان تحقق المناط فان ثبوت الخيار في العيب على القاعدة لان اصالة السلامة بمنزلة التصريح باعتبارها و لكن هذا يقتضى الخيار بين الفسخ و الامضاء بالجميع وهو باطلاقه فاسد مع انه في كثير من الموارد يثبت الخيار لتبعض الصفقة لا لما ذكر حيث يكون هذا الجزء ملحوظاً في عرض ساير الاجزاء كما هو الظاهر في بيع الارض على انها جريان معينة و اما ما تمسك به الشافعى للبطلان فواضح الفساد لان عدم اشتغال الارض على المقدار غير معلوم بل انما تعلقت المعاملة بها على انها مشتملة عليه فلا تناقض و هذا هو الحال في اعتبار الارصاف اجمع .

و اما ما جعله الشافعى وجهاً للاجازة بجميع الثمن من ان المتناول بالاشارة تلك القطعة لاغير ففيه ان مجموع المبيع تلك القطعة على الوجه المخصوص لا مطلقاً و هذا لا ينافى توزيع الثمن على الاجزاء كما هو الحال في متساوى الاجزاء و ما جعله فارقا بين المقام و بين الصبرة من تحقق المماثلة فيها دونه يدفعه ان المناط كون اختلاف المالية بحسب اختلاف المقدار لا التماثل الا ترى ان الارض إذا كان جريب منها بدينار و جريبان بدينارين و هكذا توزع الثمن على الجريبان و ان كانت الارض من القيمى فتفتن .

و اما ما زعمه من انه يؤدى إلى الجهالة في الجملة و التفصيل ففيه منع واضح لان المقدار المذكور في العقد معلوم بل ربما يكون الاعتبار لذلك لا غير كما عرفت و المناط في ارتفاع الفرر الاعتقاد حال العقد لا الواقع و الا لكان تخلف الوصف والرؤية موجبا للبطلان فافهم .

و اما ما اعتذر به عن عدم التقسيم على عدد الذرعان من الاختلاف المانع عن بيع الكلى لادائه إلى الابهام والجهالة ففيه ان الاختلاف في الذرعان لا ينافى التساوى في الكسور كما إذا لا حظته اثلاثاً أو ارباعاً و هذا نحو من التوزيع على عدد الذرعان فان المجموع إذا كان عشرة اذرع و كان الثمن عشرة كان في مقابل كل عشر و هو ذراع

واحد و يكفى هذا في ارتفاع الابهام و الجهالة .

ثم قال الثانى ان يبيعه مختلف الاجزاء كالارض و الثوب فيزيد على المشترط مثل ان يبيعه على انه عشرة اذرع فتخرج احد عشر فالخيار هنا للبائع بين الفسخ والامضاء للجميع بكل الثمن ولا يمكن ان يجعل ذراع منه للبائع لان ذلك مختلف و لانه يؤدى إلى الاشتراك ولم يرضيا بذلك و يحتمل ثبوت الزيادة للبائع فيتمخير المشتري حينئذ للتعيب بالشركة فان دفع البائع الجميع سقط خياره و يحتمل عدم سقوطه و الاول اقوى لان زيادة العين هنا كزيادة الصفة إن العقد يتناول القطعة المعينة فزيادة الذراع زيادة وصف فيجب على المشتري قبوله كما لو دفع اليه الاجود .

و للشافعى قولان في صحة البيع و بطلانه إذ لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة ولا المشتري على اخذ ما سماه فان صححه فالمشهور عنده ان للبائع الخيار فان اجاز فالجميع للمشتري ولا يطالبه للزيادة بشئ و اختار بعض الشافعية انه لا خيار للبائع و يصح البيع في الكل بالثمن وينزل شرطه منزلة ما لو شرط كون المبيع معيياً فخرج سليماً لاخيار له .

و على المشهور لو قال المشتري لا تفسخ فامى اقنع بالقدر المشروط و الزيادة لك فهل يسقط خيار البائع؟ فيه قولان السقوط لزوال الغبن عن البائع و عدمه لان ثبوت حق المشتري على الشياح يجر ضرراً ولو قال لا تفسخ حتى ازيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك ولم يسقط خيار البائع عندنا و عند الشافعى قولاً واحداً و كذا حكم الثوب و الشاة او باعها على انها عشرون رأساً فنقصت او زادت انتهى .

و فيه ايضاً ما عرفت من اختلاف الصور و الفروض فان كان المقدار منوعاً كما هو الحال في كثير من القيميات بطل و الا فان لم يتعلق الغرض في التحديد و الاعتبار الارتفاع الابهام مع وكانت الزيادة للبائع إذا كان الازداد مورثاً لازدياد القيمة بحسب ازدياد المقدار كما هو الحال في بيع الارض و الكرباس ولم يكن لاحدهما خيار على تقدير الاقدام على المعاملة كيف كان ولا يتوهم ان هذا خروج عن التعرض لحكم المسئلة من حيث هي لانه من لوازم بعض الفروض لا اسقاط طارئ له و على تقدير عدم الاقدام

فلكل منهما خيار الشركة ولولم يكن الازدياد بحسب الازدياد أو لم يكن موجباً له اصلاً بل انما اورث وفور الرغبة فالظاهر كون الزيادة بمنزلة الوصف .

فعلى تقدير كون الشرط من المشتري على البائع بان يكون الغرض ان لا يكون المبيع ادون مما اشترط مع اقدم البائع على كونه للمشتري و ان كان اعلى فلا شركة ولا خيار لواحد منهما و ان كان الشرط من البائع على المشتري و كان غرضه جعل السبيل لنفسه على تقدير ظهور المبيع اعلى فالخيار للبائع خاصة بين الفسخ و الامضاء بالجميع وقد تكون الزيادة مورثة لنقص القيمة أو لقلة الرغبة و عليك بالتأمل التام في تمييز الاقسام .

قوله ولا يمكن ان يجعل ذراع منه للبائع الخ فيه ان الاختلاف انما يمنع من جملة متعلقاً للعقد اولاً للفر لا الاشتراك مع ان الاشاعة ايضاً لا توجب الفر فيصح بيع ذراع من الجملة على سبيل الاشاعة مع العلم بعدد الذراعان و معرفتها .
قوله ولم يرضى بذلك الخ قد عرفت انه غير مطرد بل من لوازم بعض الصور الرضا بالاشتراك فافهم .

قوله و الاول اقوى الخ فيه ان كون زيادة العين في المقام كزيادة الصفة مطلقاً معلوم الفساد و تناول العقد القطعة المعينة لا ينافي كون المقدار ملحوظاً في المعاملة بحيث يوزع كل من العوضين على الآخر فهل يربب احد في التوزيع لو باع صبرة بعشرين على انها عشرون فبات تسعة عشر مع ان المبيع شخص خارجي و جزئي حقيقي ايضاً و ما استدلل به الشافعي على البطلان من البطلان بمكان ضرورة ان عدم ثبوت الاجبار من الطرفين لا ينافي الصحة فلا ضير في كون الزيادة للبائع و ثبوت الخيار للمشتري مع انك قد عرفت اختلاف الصور و ان هذا لا يلزم الا على بعض التقادير و يظهر بالتأمل فيما مر انظار اخر فيما في (التذكرة) فتدبر .

و في (المختلف) قال (الشيخ) في (النهاية) اذا اشترى الانسان من غيره جرباً ما معلومة من الارض و وزن الثمن ثم مسح الارض فنقص من المقدار الذي اشتراه كان بالخيار بين ان يرد الارض و يسترجع الثمن بالكلمية و بين ان يطالب برد ما

نقص من الارض و ان كان للبائع ارض بجانب تلك الارض وجب عليه ان يوقفها منه .
إلى ان قال : احتج (الشيخ) على قوله في (النهاية) بما رواه (عمر بن حنظلة)
عن (ابي عبدالله عليه السلام) في رجل باع ارضاً على انها عشرة اجرة فاشترى المشتري ذلك
منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الارض فاذا هي خمسة
اجرة قال (ان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض و ان شاء رد البيع و اخذ ماله
كله الا ان يكون له الى جنب تلك الارض ايضاً ارضون فليوفه و يكون البيع لازماً
له و عليه الوفاء بتمام المبيع فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فان شاء
المشتري اخذ الارض و استرجع فضل ماله و ان شاء رد الارض و اخذ المال كله) .

و في طريق هذه الرواية من لا يحضرني الآن حاله فالتخطي الى الارض المجاورة
ممنوع بقى الاشكال فيما لو اراد المشتري اخذ الارض هل يأخذ بالثمن اجمع أو بقسطه
الاقرب الثاني لانه وجده ناقصاً في القدر فكان له اخذه بقسطه من الثمن كما لو اشترى
الصبرة على انها عشرة فباتت تسعة و كذا المطعيب له امساكه و اخذ ارشه .

احتج (الشيخ) بانه اشترى بجميع الثمن فله الخيار بين الامضاء بالجميع أو
الفسخ و الجواب هذا مبني على ان المطعيب ليس لمشتريه الا الفسخ و الامساك بجميع
الثمن و هو قول الشافعي و لا يجيء على مذهبنا و ان كان قول الشيخ لا يخلو عن قوة
لان المشتري انما اشترى هذه القطعة بالثمن و شرط له البايع قدراً معيناً فاذا نقص ثبت
له الخيار اما نقص الثمن فلا .

إذا تقرر هذا فعلى ما اخترناه من انه يرجع المشتري بالقسط من الثمن لو اختار
ذلك هل يثبت للبائع خيار الفسخ يحتمل ذلك من حيث انه انما رضى ببيعها بالثمن اجمع
فاذا لم يصل اليه كان له الفسخ فاذا بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لوصول
مارضيه اليه انتهى .

فما جعله (الشيخ قدس سره) عنواناً للمبحث خصوص الارض و هو قابل للخلاف
و اما مطلق القيمي فلا ريب في اختلاف اقسامه كما عرفت و لا يخفى ان ثبوت مثل هذا
الحكم المخالف للقواعد بمثل هذه الرواية مع اعراض الاكثر او من عدا الشيخ عنه في

غاية الاشكال و الحق فيها على ما هو الظاهر من الفرض ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الاخذ بالحصة كما هو مختار (العلامة قدس سره) هنا لان الظاهر في الفرض الضرر بالتبعيض مع انتفاء الاقدام و ان امكن ان يكون على خلاف ذلك ايضاً كما ان مقتضى كون اختلاف القيمة بحسب اختلاف المقدار التوزع المنتج لكون الاخذ بالحصة و يمكن ان يستفاد ما حققناه من التنظير بالصبره في مقام التعليل و ما احتج به (الشيخ قدس سره) قد عرفت ما فيه فان الاشتراء بجميع الثمن بديهي فانه المفروض و لكن الاشكال في التوزع و عدمه فلا بد من ملاحظه جهة اخرى .

و اما ما اجاب به عنه فلا يخلو عن اجمال حيث ان نقص المقدار المعتبر في المعاملة ليس خروجاً عن المجرى الطبيعي بالضرورة و كشف السر ان " باب نقص المقدار المعتبر ليس باباً مغائراً لباب العيب عند (آية الله قدس سره) بل ثبوت الارش عنده في خيار العيب لفوات ما هو بمنزلة الجزء و الارش جزء من الثمن لم يسلم للمشتري ما يقابله من وصف الصحة ولكن الشافعي لا يجمع بين الخيار و الارش و تبعه (الشيخ قدس سره) فانكر استحقاق الارش حيث يثبت الخيار و انما يسلمه مع تعذر الرد فحكمه بعدم استحقاق الاخذ بالحصة في هذه المسئلة مبنى على ما بنى عليه من عدم اجتماع الخيار مع استحقاق الارش فذكر العيب انما هو من جهة اتحاد المناط لامن جهة توهم ان نقص المقدار عيب .

قال في (التذكرة) ان وجد المشتري بالمبيع عيباً سابقاً على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيراً بين فسخ البيع و الامضاء بالارش إلى ان قال ولان الثمن في مقابلة السليم فاذا ظهر عيب كان قد فات جزؤ من المبيع فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن لان الارش في الحقيقة جزؤ من الثمن انتهى و اضطراب كلامه في تلك المسئلة لا يقدح فيما رمناه من كشف مرامه .

وقد خفي ما حققناه على ثلثي المحققين قدس سره حيث قال بعد نقل ما في المختلف و ليس ما قاله بظاهر لان العيب خروج عن المجرى الطبيعي بزيادة او نقصان يقتضى اختلافاً في المسمى الذي وضع الاسم بازائه كالعبد و نقصان القدر ليس خروجاً عن المجرى

الطبيعى و انما هو متضمن لفوات بعض الصفات التى لا تقابل بشيء من الثمن ولا يستحق بسبب فواتها ارش على ان مختلف الاجزاء لا يعرف قدر حصة الناقص من الثمن لان الفأث غير معلوم و لما كان ذلك مبنيّاً على الاختلاف لم يعرف وصف الفأث انتهى . و هذا من مثله غريب حيث ان المقصود واضح لمن له ادنى انس بكلام الفقهاء و ليس العيب مما يخفى على مثل (آية الله قدس سره) حتى انعب نفسه في تفسيره فتفتن .

قوله و انما هو متضمن لفوات بعض الصفات الخ كون الصفات مما لا يقابل بشيء من الثمن و عدم استحقاق الارش بفواتها في الجملة مما اتفقوا عليه و هو من اجلى الواضحات و انما المدعى اختصاص وصف الصحة بتنزله منزلة الاجزاء في استحقاق الارش بفقده لا مطلقاً فان كونه ملحوظاً في طول الاجزاء بديهي فهو امر بين الامرين و برزخ بين النشأتين .

قوله على ان مختلف الاجزاء لا يعرف الخ هذا ما استدل به الشافعى فيما تقدم على مختاره بتفاوت في التقرير و كيفية الاستدلال و فيه ان النسبة بين الزائد والناقص لا يخفى و ان لم يعلم حصة الفاقد خاصة فافهم .

ثم قال في (المختلف) لو باعه ارضاً على انها عشرة اجربة فظهرت احد عشر جريباً قال في (المبسوط) قيل فيه وجهان احدهما ان يكون للبائع الخيار بين الفسخ و بين الاجازة بجميع الثمن و هو الاظهر و الثانى ان البيع باطل لانه لا يجبر على ذلك و قال (ابن ادريس) للمشتري الخيار بين الرد و استرجاع الثمن و بين امساك المبيع و يكون شريكا للبائع ثم قال و لى في هذه المسئلة نظر و تأمل .

و قال (ابن البراج) يكون للبائع الخيار بين امضاء البيع بجميع الثمن و بين الفسخ و قال (ابن حمزة) للبائع الخيار بين الفسخ و الامضاء و يكون شريكا له بقدر الزيادة و الاقرب ان يقول يتخير البائع بين تسليم المبيع زائداً و بين تسليم العشرة فاذا رضى بتسليم المبيع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيراً و ان امتنع من تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ و الاخذ بجميع الثمن المسمى و قسط الزائد .

فان رضى بالاخذ اخذ العشرة و البايع شريك له بالزائد و هل للبائع خيار الفسخ يحتمل ذلك لتضرره بالمشاركة و الثانى لا خيار له لانه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في البعض كان اولى و لان الضرر حصل بتفريده و اخباره بالكذب فلا يتسلط به على الفسخ و وجه البطلان انه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة و انما باع عشرة و لا المشتري على اخذ البعض و انما اشترى الكل و عليه ضرر في الشركة ايضاً و الاقرب الصحة لان ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب انتهى .

و انت ترى ان الاختلاف انما هو في فرض مخصوص و مرجع الاختلاف في الحكم إلى الاختلاف في الموضوع في هذه المسئلة على ما عرفت فلا وقع لجعل العنوان مطلق بيع مختلف الاجزاء على مقدار مع تبين الزيادة فان اختلاف صورته من البدهييات فقد لا يكون خيار لاحدهما و يرجع الزائد الى البائع كما اذا لم يكن الغرض من ذكر المقدار الا رفع الابهام مع اقدامهما على بيع هذا العين الخارجى كيف كان وقد يكون الخيار لهما وقد يكون باطلا والخيار ايضاً اما بين الفسخ والامضاء بالنسبة إلى المجموع او بالحصصة الى غير ذلك من الوجوه .

و ما حكاه عن المبسوط لا محصل له لان الاجازة ببيع الثمن و بالجميع انما يتصور فيما اذا تبينت النقيصة و اما في الغرض فانما يقال للبائع الخيار بين الفسخ و الامضاء في تمام المبيع في قبالة من يتوهم ان له الامضاء فيما يقابل الثمن و يكون له الزائد و مثله ما حكاه عن (ابن البراج) و لعله إلى ما رمناه يشير قوله و الاقرب ان يقول ففهم . و اما ما حكاه عن المبسوط من الوجه الاخر ففساده اظهر ثم ما استقر به قدس سره من تخير البائع بين تسليم المبيع زائداً و بين تسليم العشرة لاوجه له لان المشتري لا يجب عليه قبول الزايد الذى هو ملك للبائع نعم فيما لا يكون الزائد للبائع و انما يكون له الفسخ و تسليم الجميع ليس للمشتري خيار على تقدير تسليم الزائد الذى هو في الحقيقة عبارة عن عدم الفسخ فافهم و بالتأمل فيما قد مناه يظهر ما في (جامع المقاصد) و غيره من انظار لا تحصى فتدبر .

و ان قد ظهر بحمد الله تعالى من تحقيق ماهية الشرط حال الانقسام و آثارها فاعلم ان للقسم الاول الذى هو عبارة عن جعل الحق شرائط تظهر ايضا بالتأمل في حقيقته و ما هو مقتضاها .

منها كونه مقدوراً للمشروط عليه بمعنى كون ذلك معلوماً بحسب مجارى العادات لا مجرد كونه كذلك في نفس الامر ، فان هذا هو غرر المخاطرة القادح في المعاملات المبتنية على المكاسب و يتفرع عليه عدم جواز بيع العبد الا بق فان العجز عن ايصاله الى المشتري غير معلوم و مع ذلك فهو قادح في البيع وقد حققنا في الرضوان ما يتعلق بالمسئلة بما لا مزيد عليه و الغرض هنا مجرد تفسير هذا الشرط الذى اعتبره الاصحاب في الشرط حيث انه خفى على بعض الاواخر .

ففى (الشرايع) بعد قوله يجوز ان يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته و ما فيه عليه لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا و الرطب على ان يجعله تمرًا ولا بأس باشتراط تبقيته انتهى و من المعلوم ان هذا ليس الا كاشتراط القدرة في المبيع و ان المراد اشتراط قدرة البايع كما لا يخفى على من تأمل في اطراف الكلام .

و اصرح منه عبارة (التذكرة) قال من الشروط الفاسدة شرط ما لا يدخل تحت قدرة البايع عليه فلو اشترى الزرع بشرط ان يجعله سنبلًا او البسر بشرط ان يجعله تمرًا بطل انتهى .

و من الغريب ما في (الجواهر) حيث جعل فاعل يجعله المشتري او الله و في (جامع المقاصد) كاشتراط جعل البايع الزرع سنبلًا والحاصل ان كون المشروط عليه البايع من الضروريات وقد سبق الجواهر الى جعل الفاعل هو الله تعالى (الشهيد قدس سره) قال في (جامع المقاصد) بعد نقل هذا منه و كانه نظر إلى ان الاول لا يكاد يتصور وقوعه عن عاقل للعلم البدئى بامتناع ذلك من غير الا له سبحانه انتهى و هذا الوجه صرح به (الشهيد قدس سره) في الحواشى فلا وجه لقوله و كانه نظر الخ .

قال في حواشى القواعد ان المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا لأننا نفرض

ما لا يجوز ان يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى وفيه ان الافعال التوليدية افعال اختيارية بالضرورة و كونها مستندة الى اسبابها الغير المقدورة للشخص لا ينافي ذلك الا ترى إلى صحة استناد الاحراق إلى الشخص مع انه فعل النار و ليس فيه تجوز ولا تسامح فالمراد من هذا الاشتراط ان يخدم البايع الزرع و يرفع الموابع و يحصل الشرائط بحيث يترتب عليها هذا الاثر .

ان قلت اذا لم تكن العلة بشماها مقدورة فالمعلول غير مقدور حتى بالواسطة . قلت هذا غلط الا ترى إلى ان الاحراق الذي هو صفة في النار غير مقدور للشخص ومع ذلك فاستداه الى الشخص حقيقة مع ان كثيراً من الموابع خارج عن اختيار الشخص . ان قلت فعلى هذا لا مانع من نفوذ هذا الشرط و صحته ولا وجه فيما ليس بمقدور قلت ان المناطق احرار المقدورية بحسب مجارى العادات و قضائها بتهيأ الاسباب و هو في المقام منتف فان الآفات للزرع ليست بعزيزة .

و تبين مما حققناه ما فيما افاده (شيخنا قدس سره) تبعاً لمن عرفت قال بعد ما ذكر الشرط المذكور لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلاً و تمرأ و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كفعال الله سبحانه لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه لان الالتزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً او عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاتيان بالقيد المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الاجارة و الجمالة مع ان اشتراط كون الفعل سائفاً يغنى عن اشتراط القدرة .

نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به و واقعاً عليه امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل اولى بالاشتراط من الوصف العالي الغير المعلوم تحققه ككون العبد كاتباً او الحيوان حاملاً و الغرض الاحتراز عن ذلك و يدل على ما ذكرناه تعبير اكثرهم بيلوغ الزرع و البسر سنبلاً و تمرأ أو بصيرورتهما كذلك و تمثيلهم لغير المقدور بالعقاد الثمرة و ايمانها و حمل الدابة فيما بعد و وضع الحامل في وقت كذا و

غير ذلك انتهى .

وقد عرفت انه لا يلزم من الشرط المذكور ما ذكره من الالتزام و الالتزام بفعل ممتنع عقلا او عادة فان غاية ما في الباب ان كون الشرط المذكور مقدوراً غير معلوم لانه ممتنع و ليس الا من قبيل بيع العبد الابق و تغاير اشتراط كونه سائغاً مع اشتراط القدرة في كلامهم و عدم كونه من تفاصيله و فروعه ممنوع بل لا يخفى فساد ما لم تدبر في كلماتهم .

و قوله نعم الخ من الغرائب حيث ان ارتباط العقد بالامر الخارج عن الاختيار ان كان بمعنى تعليقه عليه فهو مبطل له قطعاً و ان كان بمعنى جعله بمنزلة جزء من احد العوضين حتى يملك المشروط له ذلك الشرط على المشروط عليه كما هو الحال في الشرط الذي مرجعه إلى جعل الحق فهو لا يجامع عدم كونه مقدوراً له والوصف المحتمل تحققه انما يعتبر عنواناً لمعلق العقد والفعل لا يصلح لان يجعل عنواناً فلا معنى لاشتراطه في متعلق الانشاء بوجه من الوجوه فقلوه انه اولى بالاشتراط منه عجيب و يتضح هذا غاية الا تضاح بالتدبر فيما مر فتدبر .

و بعد ما عرفت ان ارتباط العقد بالفعل الخارج عن الاختيار غير معقول فلا يبقى مجال لمراجعة كلمات الاصحاب و استظهار مرامهم مع انها على ما حققناه ادل و اغرب من ذلك انه قال بعد كلام طويل ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملاً للفرق بينهما بعد الاجماع بان التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي ولولم يعلم به فاشتراط كتابة العبد الخارجى بمنزلة توصيفه بها وبهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما يستحق في المستقبل فان الارتباط به لا يدل على تحققه انتهى .

وانت ترى ان البناء على التحقق لا ينافي به الحكم والا لصح اشتراط غير المقدور اذا زعم المشروط عليه تحققه و اوقع المعاملة بناء على انه يتحقق و فسد فيما لو جهلا بتحقيق الوصف لكن اوقعوا المعاملة مع اعتباره مع انه واضح الفساد وانما الفرق ما حققناه من ان اشتراط الوصف الحالي المجعول تحققه عبارة عن اعتبار عنوان في متعلق الانشاء

قد يوجب تخلفه الفساد وقد يوجب الخيار على ما حققناه سابقاً و هذا غير معقول الا بالنسبة إلى الاوصاف .

و مما حققناه يظهر وجه ما حكي عن (الشيخ و القاضي قدس سرهما) من انه لو اشترط حمل الامة في المستقبل صح و اوجب تخلفه الخيار فان مرجعه الى اعتبار وصف حالي مجهول كالبكارة و من حكم بالبطالان (كالعلامة قدس سره) فقد نظر إلى اعتبار فعلية الحمل في المستقبل الخارج عن الاختيار .

و اما ما افاده (شيخنا قدس سره) من ان صحة الشرط في الفرض الاول للتأمل فيه مجال، لا يخفى ما فيه لمن تدبر وتأمل فيما حققناه .

و ظهر مما حققناه ايضاً وجه ما افاده (العلامة قدس سره) في (التذكرة) حيث قال بعد الجزم بصحة اشتراط بيعه على زيد لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء و العدم ان تقديره به على زيد ان اشتراه انتهى ، فان البيع على زيد قد يكون بمعنى ايجاد العقد المتوقف على القبول و هو و ان كان بهذا الاعتبار غير مقدور للمشروط عليها ابتداء حيث ان الاشتراء ليس فعالاً له و لكن قد يحصل الوثوق بقدرة المشروط عليه على تحصيله كما هو الحال في جميع الافعال التوليدية بل جميع الافعال الاختيارية بالنسبة الى دفع الموانع الالهية المحتملة طرورها وقد يكون بمعنى الايجاب فقط المقابل للشراء فعلى الاول يثبت الخيار عند التخلف و على الثاني لا يثبت إذا امتنع زيد من الشراء و ان امتنع المشروط عليه حينئذ من الايجاب ايضاً فان الفرض ان يكون باذلاً للايجاب عند شرائه غير ممتنع من ذلك و الا فمطلق الايجاب لا يتعلق به غرض عقلائي .

فمرجع الاشتراط حينئذ الى استحقاق المشروط له الزام المشتري على تمكينه من بيع المال لزيد و من المعلوم ان هذا لا مخرج له عند عدم اقدام زيد على الشراء فقول (العلامة قدس سره) ان تقديره به على زيد ان اشتراه لا يرد عليه انه تعليق مبطل فانه من قبيل هي طالق ان كانت زوجتي و سيأتي تحقيق حال التعليق انشاء الله تعالى .

و مما ظهر مما تقدم ان اشتراط غاية متوقفة على سبب خاص كالزوجية والطلاق ليس داخلا في هذا العنوان فان النتيجة انما يصح اشتراطها لو كانت مما يتحقق بمجرد الاعتبار في الانشاء كملك المنافع والاعيان فان الاستحقاق مما يتحقق باعتباره في مثل البيع واما ما ليس كذلك فلا معنى لاشتراطه وعدم نفوذ مثل هذا الشرط ليس الالدلالة الدليل على انحصار سببه في شىء مخصوص و لعل هذا يزداد اتضاحا فيما سيأتى انشاء الله تعالى .

و منهاى من الشرايط التى تظهر من التأمل في ماهية الشرط و حقيقته ولا ينفك وقف اثباتها على جهة خارجية ان يلتزم به في متن العقد فان الحق الذى هو بمنزلة الجزء من احد الركنين كنفس الركن يحتاج الى الانشاء و لا يتحقق الا بكشف فكما ان المبيع لا بد من ذكره في متن العقد فكذا ما اعتبر معه من صياغة الخاتم لاتحاد المناط . نعم لو كان مرجع الشرط الى اعتبار الكيفية الصرفة ككون الحنطة جيدة والامة باكرة كفى في ثبوته ذكره قبل العقد والتبانى عليه فان تعيين العنوان كتعيين ذات الثمن و المثلثن ولا وجه لذكره في المتن و هذا هو الجامع بين شتات كلمات الاصحاب و به يندفع الاشكال عن دعوى بعض الاجلة الاجماع على انه لا حكم للشرط المذكور قبل العقد الا ترى انهم يجوزون في باب الربوا والصرف الاحتيال في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد و في باب المراهبة ان يبيع الشىء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البايع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراهبة اذا لم يشترط ذلك لفظاً .

ولا ينافيه ما عن الشيخ والقاضى قدس سرهما من تاثير اشتراط سقوط الخيار قبل العقد فانك قد عرفت فيما تقدم ان مرجعه الى الاقدام على دفع الحق ولا يحتاج مثله الى انشاء بل يكفى فيه التبانى عليه والاثيان بالانشاء في هذا الحال فهو من قبيل اشتراط الضمان في العارية الراجع الى تعيين حال اليد على ما سلف بيانه (و لشيخنا قدس سره) في هذا المقام ما يظهر مافيه مما حققناه فتدبر .

و منها ان يكون مما فيه غرض معتد به بحيث يجعله من الحقوق فان مرجع هذا

الشرط الى ذلك وحقية الحق لا بد ان تكون متحققة في ذاته فان تاتير الشرط انما هو الجعل والاثبات فلولم يكن بهذه المثابة لا يتحقق الاشتراط والتقييد بل انما هو صورة اشتراط ولهذا لا يوجب فساد فساد الفقد وبصير لغواً وقد صرح جمع بان اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد المتعارف لغو وفي (التذكرة) لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المالية فانه لغو لا يوجب الخيار وحكى النصريح بالتفصيل بين ما كان فساد الشرط من جهة اللغوية وبين غيره فحكم بفساد العقد على الثاني دون الاول .

و انت خبير بأن هذا محصل كلمات (العلامة) بل جماعة من الاصحاب أيضاً والسر فيه أن جعل الاستحقاق مع العلم بعدم الحقية غير معقول فكما أن تملك السماء لا يقدم عليه عاقل ولو صدر منه ما يدل عليه فهو غير قاصد للانشاء قطعاً فكذا انشاء استحقاق ما يعلم بعدم كونه من الحقوق ومجرد تعلق غرض من الشخص بشيء لا يجعله من الحقوق في نظره حتى يتصدى لتقييد انشائه به .

ان قلت ان الاطلاق والتقييد تابع لما يلاحظه المنشيء وليس له ضابط وانكار امكان تعلق الغرض بالتقييد بما لا يتعلق به غرض معتد به مكبرة .

قلت إنما يمكن التقييد وجعل الشيء بمنزلة الجزء من أحد العوضين إذا اشتبه الحال وزعم المنشيء كونه من الحقوق واما لا مع ذلك فالانشاء في الحقيقة مطلق عند التأمل غاية الامر انه مقارن بما اراده الشارط وهذا كالشرط المتقدم فان الانشاء غير مقيد به وإن كان ملتفتاً إليه معتقداً تقييده به وهذا لا يظهر الا لمن له لطف قريحة .

و منها أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة كرقية حرا وتوريث اجنبي ووجه عدم نفوذ هذا الشرط اوضح من ان يبين حيث ان ما حكم الله تعالى على خلافه ليس من الحقوق فلا معنى لجعله بمنزلة الجزء من احد العوضين مثلاً فحققيقة الاشتراط غير متحققة كبيع ما ليس من الاموال لانه مستثنى من العمومات وما ورد في الاخبار من الاستثناء فمرجه الى ما حققناه كما لا يخفى على الخير .

منها النبوى المروى صحيحاً عن (ابي عبد الله عليه السلام) من اشترط شرطاً سوى كتاب

الله عز وجل فلا يجوز ذلك له ولا عليه) و من طرق العامة في حكاية بريدة لما اشترتها عايشة و شرط موالها عليها و لاءها : ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن اعتق .

و في رواية (محمد بن قيس) عن (ابي جعفر عليه السلام) فيمن تزوج امرأة و اشترطت عليه ان يبيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و وليت حقاً ليست اهلالة فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة و في معناها مرسلنا (ابن بكير) و (ابن مروان) .

و في رواية (ابراهيم بن محرز) قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قال لامرأته امرك بيدك فقال عليه السلام انى يكون هذا و قد قال الله تعالى [الرجال قوامون على النساء] .
و عن تفسير العياشي عن (ابن مسلم) عن (ابي جعفر عليه السلام) قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على اهلها ان تزوج عليها او هجرها و انى عليها سرية فهي طالق فقال عليه السلام شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه و ان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان انت بسبب ذلك) قال الله تعالى [فأنكحوا ما طاب لكم من النساء - و احلت لكم ما ملكت ايما نكم - و اللاتى تخافون نشوزهن الاية] .

فظهر ان الشرط مخالف لكتاب الله عبارة عما كان متعلقه ما ينافي لما كتبه الله على عباده ككون الولاء لغير المتعق و كون امر المهرثة بيدها و غيرهما مما ذكر في الاخبار و ما ضاهاها .

ان قلت : ان اعتبار حكم مخالف لما ورد من الشرع في الانشاء غير معقول حيث ان الشرط من قيود متعلقه و تقييد الثمن بكون و لاء المبيع للبايع الذى هو بمنزلة الجزء منه فرع اعتقاد المتعاقدين كونه مما يملكه المشتري و المفروض ان كون الولاء للبايع مما لا يملكه الا الشارع و هو أيضاً لا يلتزم به .

قلت نعم ولكن انما يصدر مثل هذا الشرط ممن يزعم كون الولاء من الحقوق

و ان زمامه بيد المتيق بجعله لمن يشاء كساير الاملاك فالشارع ينبه على انه حكم وليس مما يتغير بالشرط والله الهادي .

والفرق بينه وبين تحليل الحرام ان متعلق الشرط على هذا فعل اختياري كعصر الخمر وعمل الصنم المخالف للكتاب و اما تحريم الحلال فهو من فروع الشرط السابق وهو كونه مما لا يتعلق به غرض معتد به كاشتراط الزوج للزوجة ان لا يتزوج ولا يتسرى فان ترك التزويج والتسرى من الزوج وان كان مما يتعلق به القرض الا انه ليس من الحقوق فان النسبة بين الحق وما فيه غرض معتد به عموم من وجه والامر العدمي لا يكون حقاً الا اذا كان مرجعه الى الوجودى و كان ملحوظاً من هذه الحيثية كشرط الشخص على جاره ان لا ينقض جداره فان المشروط اما هو ابقاء الجدار واعتبار هذا الترك من جهة انه سبيل اليه و اما ترك التزويج والتسرى فهو محبوب للزوجة من حيث انه امر عدمي والعدم الصرف ليس من الحقوق و ان تعلق به غرض اعظم مما يتعلق بالحقوق .

مثلا اذا كان اكل الجبن وشرب الخمر مبعوضاً لشخص لم يصح اشتراط تركه على احد من حيث أنه مما يتعلق به القرض بل اشتراط ترك الاحسان الى من بكره الاحسان اليه غير نافذ حيث انه ليس من الحقوق والحاصل ان الفقيه النبيه لو تأمل في جهات المسئلة تحقق له ان الحقية لا تتحقق في العدمى لا اقول ان كل امر وجودى يتعلق به غرض نوعى او شخصى من الحقوق بل اقول ان العدمى من حيث هو كذلك ليس من الحقوق ومجرد امكان ان يلاحظ فيه حيث الوجودية والتعبير عنه بعبارة ايجابية لا يكفى في ذلك بل لا بد ان يكون ملحوظ الجاعل جهة الوجود كما هو الحال في اشتراط ان لا ينقض الجدار .

و منها ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد بمعنى ان لا يكون بحيث يعود عليه بالقض كاشتراط الضمان في الوديعة ووجه اعتباره أيضاً في غاية الوضوح حيث ان الانشاء لا يتحقق حينئذ لتهاوت طرفي الكلام اما الاشكال في الصابط الذى به يمتاز المناني عن غيره فان فحول الاصحاب في المقام في غاية الاضطراب .

ففى (جامع المقاصد) المراد بما ينافي مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه على انه اثره و فائده التى لاجلها وضع كالتقال العوضين الى المتعاقدين و اطلاق التصرف لهما في البيع و ثبوت التوثق في الرهن و المال في ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان و انتقال الحق الى ذمة المحال عليه في الحوالة و نحو ذلك .

فلو شرط في البيع ان يبقى في ملك البايع لكان ذلك منافياً لما جعل الشارع عقد البيع واقعاً عليه مقتضياً له و مثله ما لو شرط ان لا ينتفع بالمبيع اصلاً او لا يبيعه ابداً او لا يمتقه كذلك او لا يطاء الجارية كذلك ايضاً و نحو ذلك لان الغرض الاصلى من انتقال الملك انما هو اطلاق التصرفات فاذا شرط عدمها او عدم البعض اصلاً نافي مقتضى العقد .

فان قلت فعلى هذا لو شرط عدم الانتفاع زمناً معيناً يجب أن لا يكون صحيحاً لمنافاته مقتضى العقد ان مقتضاه اطلاق التصرف قلت لا يلزم ذلك لان اطلاق التصرف يكفى فيه ثبوت جوازه وقتاً ما فما دام لا يشترط المنع مطلقاً لا يتحقق المنافي ويمكن ان يقال اثر الملك من حيث هو هو التصرف في كل وقت فاشتراط المنع وقتاً ما ينافي مقتضى العقد و دفع ذلك لا يخلو من عسرو كذا القول في نحو خيار الحيوان مثلاً فان ثبوته مقتضى العقد فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافياً لمقتضاه مع ان اشتراط ذلك جازى ولا يمكن ان يراد بمقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله كالتقال العوضين في البيع الذى هو الاثر الحقيقى له لان ذلك ينافي منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلاً و الحاسم لمادة هذا الاشكال ان الشروط على اقسام .

منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة و فساد فلا عدول عنه .

و منها ما وضع فيه المنافات للمقتضى كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع او وضع مقابله ولا كلام في اتباع ما وضع .

و منها ما ليس احد من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه انتهى .

وقال عند شرح قول (المصنّف قدس سره) والضابط الخ قد يتوقف في صحة هذا الضابط

فان منافات اشتراط عدم الهبة للشرع غير ظاهر ان يشرع كون الشيء مملوكا ولا يهبه مالكة و سوق كلامه يقتضى اندراج هذا و ما قبله في الضابط فان قلت منافاته من جهة منعه من الهبة قلت منعه من الهبة ان اريد به بالنسبة الى العقد المعرّى عن الشرط فهو وارد في كل شرط لانه مخالف لمقتضى العقد الخالى منه و ان اريد بالنسبة الى العقد المتضمن له فهو غير واضح انتهى .

فهو قدس سره كما ترى عجز عن بيان الضابط والتحقيق ان ترك التصرف قديكون من الحقوق كما اذا شرط بايع الامة على المشتري ان لا يبيعها ولا يهبها من غيره ارفاقاً بحالها مخافة ان يملكها من لا يحسن اليها فان مرجع هذا الشرط الى ابقاء الامة في ملك المشتري و ليس الغرض ترك التصرف في الامة من حيث هو هو و قد عرفت ان هذا كابقاء الجدار للجار من الحقوق

ومن المعلوم ان استحقاق الابقاء المستتبع لحرمة التصرف المنافي كالتنقض او عدم نفوذه من غير اذنه كالبيع والهبة في الامة لا ينا في سلطنة المالك على ماله من حيث هو كذلك بل مؤكداً له حيث ان رب المال بمقتضى قوة سلطانه جعل هذا الحق للمشرط له فهذا الشرط يقع على وجهين: ينافي بمقتضى العقد من جهة و يؤكد من اخرى .

نعم عد المنافي منه من المحرم للحلال المندرج فيما لا يتعلق به غرض يعتد به احسن واجمل و مثال المنافي انما هو شرط الضمان في الوديعة وعدمه في البيع و لكنه ليس حكماً لموضوع البحث اى الشرط الذي مرجعه الى جعل الحق و انما هو من شرايط ما يرجع الى اعتبار الكيفية .

و كانه الى ما حققنا ينظر ما في (التذكرة) من الاستشكل في المسئلة قال قد بينا ان كل شرط ينافي بمقتضى العقد فانه يكون باطلاً مثل ان يشتري جارية بشرط ان لاخسارة عليه و معناه انه متى خسر منها فضمانه على البايع وكذا لو شرط عليه ان لا يبيعها على اشكال أولاً يعتمدها على إشكال اولاً يطأها فان هذه الشروط باطلة لمنافاتها لمقتضى العقد فان مقتضاء ملك المشتري و النبي ﷺ قال (الناس مسلطون على اموالهم) انتهى . فان استشكله في خصوص هذا النوع من الشرط انما هو من جهة عدم تمحضه في

تحريم الحلال بل يمكن ان يكون المال امرأ وجوديا من الحقوق وتدل على ذلك رسالة (جميل) وصحيحة (الحلبى) عن احدهما عليه السلام في الرجل يشتري الجارية ويشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا تورث قال قضى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث وفي صحيحة اخرى (للحلبى) عن (ابى عبد الله عليه السلام) عن الشرط في الاماء لاتباع ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث وكل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد .

فظهر انه يمكن ان يستحق البايع على المشتري ترك بعض انواع التصرف بالشرط وان اشترط ترك البيع والهبة انما يفسد على احد التقديرين لانه تحريم للحلال وهذا مراد من ابطاء لكونه منافياً لمقتضى العقد هذا ما هو الحق في هذه الشروط الثلاثة و كلمات الاصحاب فيها في غاية الاضطراب لا بأس بالاشارة اليها فنقول .

اختلفوا في تفسير تحليل الحرام و تحريم الحلال على اقوال بعد ما زعموا ان اشتراط خيار الفسخ ونظائره من تحليل الحرام و ان اشتراط عدم الفسخ تحريم للحلال فحكم بعضهم بالاجمال وقيل ان المراد التحليل الظاهرى للحرام الواقعى و بالعكس و قيل المراد بالحلال والحرام ما هو كذلك باصل الشرع من دون توسط العقد و استشهد لذلك باتفاقهم على صحة شرائط خاصة تكون منافية لمقتضى العقد كاشتراط عدم الانتفاع مدة معينة و سقوط خيار المجلس والحيوان وما شاكله ولا ريب ان قبل الشرط بمقتضى العقد يحل الانتفاع مطلقا والرد في زمان الخيار و يحرم بعده فقد حرمت الشروط ما كان حلالا بتوسط العقد قبله و على هذا فالضابط في الشروط التى لم تحرم الحلال باصل الشرع و بالعكس هو الجواز إلا ان يمنع عنه مانع .

و قال (الفاضل القمى قدس سره) في اجوبة مسائله ان لظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و سيأتى كلامه مفصلا و (الراقى قدس سره) كثيره في (عوائده) زعم اتحاد الشرط المحرم للحلال والمحلل للمحرام مع المخالف للكتاب والسنة حيث قال بعد ما نقل الوجوه المتقدمة في تفسير الاول وكل هؤلاء اخطأوا الطريق في فهم الحديث مع انه ظاهر على فهمى القاصر غاية الظهور كما يظهر مما ذكرناه في بيان مخالف الكتاب والسنة .

والحاصل ان عبارة الامام عليه السلام هكذا ان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً، و فاعل حرم و احل هو الشرط فالمستثنى شرط حرم ذلك الشرط الحلال او احل الحرام وهذا انما يتحقق مع اشتراط حرمة حلال او حلية حرام لامع اشتراط عدم فعل حلال فانه لو قال بعثك هذا و شرطت عدم جواز التصرف في المبيع او حرمة او حلية النظر الى وجه زوجتك يكون الشرط حرم الحلال او احل الحرام بخلاف ما لو قال و شرطت عدم التصرف في المبيع فان الشرط لم يحرم التصرف نعم لو اجاز الشارع ذلك الشرط فاجازته و ايجاب الشارع الوفاء به حرم الحلال ولم يقل الا شرط حرم ايجابه حلالاً انتهى .

و قال (المحقق الشيخ على الغروي قدس سره) في شرحه على (اللمعة) في جملة كلام له لا يقال ان هذا الشرط مما احل حراماً لانا نقول المراد به الحرام الاصلي الذي لا يهدمه الشرط لا كل ما كان حراماً بدون الشرط والا لم يسلم شرط من الشروط والمراد بالحرام الاصلي ما جاء فيه دليل بالخصوص لا ما دخل تحت قاعدة تقتضي التحريم من استصحاب وغيره فان دليل الشرط محكم عليها وثبوت الغايات بالعقود والابقاعات مثلاً لا ينفي ثبوتها بما عداها بل اقصى ما هناك انه يبقى ثبوتها بما عدا ذلك داخلاً تحت القواعد العامة من استصحاب بقاء الملك وكون الاحكام الشرعية تكليفية او وضعية توقفيه فذا جاء دليل الشرط سوغها انتهى .

و هذا هو محصل ما في العناوين و تبعهما في هذا المسلك (شيخنا قده) زاعماً اندراج تحليل الحرام و تحريم الحلال في مخالف الكتاب والسنة كشيخه (النراقي قدس سره) مخالفاً له في تعميمه بالنسبة الى الافعال الاختيارية حيث ان شيخه قدس سره لم يلتزم بفساد مثل اشتراط ترك التزويج و التسرى الا لدليل خاص و جزم بعدم شمول الاخبار له فهو موافق له في اختيار عدم تباین العناوين مخالف له في التعميم حيث ان مختار شيخه قدس سره ان الالتزام بالمعصية ليس مخالفة للكتاب والسنة فكيف حال الالتزام بترك المباح غاية الامر انه يحصل التعارض على الاول بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و بين دليل الحرمة والوجوب .

ثم قال ان المتصف بمخالفة الكتاب اما نفس المشروط والملتزم ككون اجنبي وارثاً وعكسه وكون الحر او ولده رقاً و ثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك و اما ان يكون التزامه مثلاً مجرد عدم التسرى والتزويج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب وانما المخالف الالتزام به فانه مخالف لاباحة التسرى و التزويج الثابتة بالكتاب وقد يقال ان التزام ترك المباح لا ينافي اباحته فاشتراط ترك التزويج والتسرى لا ينافي الكتاب فينحصر المراد في المعنى الاول .

وفيه ان ما ذكر لا يوجب الانحصار فان التزام ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المباح له الا ان التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفي هذا مصداقاً لهذا المعنى مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزويج والتسرى مخالفاً للكتاب مستشهداً عليه بما دل من الكتاب على اباحتهما كالاصريفة في هذا المعنى وما سيجيء من تأويل الرواية بعيد مع ان قوله عنه في رواية (اسحق ابن عمار) المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً ، ظاهر بل صريح في فعل الشارط فانه الذي يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى، ان المراد من التحريم والاحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع .

و اصرح من ذلك كله المرسل المروى في (الغنية) الشرط جازي بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة ثم ان المراد بحكم الكتاب والسنة الذى يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لاجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط .

توضيح ذلك ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طار عليه ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع ومثال ذلك اغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها حيث ان تجويز الفعل والترك انما هو من حيث ذات الفعل لا ينافي طرود عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك كاكل اللحم فان الشرع قد دل على اباحته في نفسه بحيث لا ينافي عروض التحريم له اذا حلف على تركه او امر الوالد بتركه

او عروض الوجوب له اذا صار مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده وقد ثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطارئة عليه و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له .

و هذا نظير اغلب المحرمات والواجبات فان الحكم بالمنع عن الفعل او الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع الا عن بعض العنوانات كالضرر والخرج فاذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الخرج والضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه او بالخارج انتهى .

و للاصحاب في المقام مسالك آخر متضح الفساد ويزداد اتضاحا بعد ما نوضح ما فيما مر فنقول بعون الله و مشيئته :

اما من زعم الاجمال فيزول شكه ببيان الحال و اما من زعم ان المراد مخالفة الظاهر للمواقع فشبّهته بينة الوهن حيث ان الشارط العالم بحكم الشارع لا يعقل ان يجعل حكماً على خلاف ما يعلمه فان جعل الحكم الظاهري لا يعقل من غير الشارع مع انه من الشارط العالم بالمخالفة غير معقول فان الحكم الظاهري يعتبر الجهل في موضوعه و ان كان غرضه التشريع فمع انه خلاف ما هو المتعارف من تحريم الحلال و تحليل الحرام في الشروط و غير منطبق على اخبار الباب - ضرورة ان الالتزام بترك التزويج والتسرى ليس من هذا القبيل بل الالتزام بكون الولاء للبايع أيضاً ليس على وجه التشريع بل انما هو بزعم كون الولاء من الحقوق و كون المشتري مالكا لجملة للبايع حيث انه من حقوقه على ما حققناه سابقاً، يرد عليه انه على هذا فهو حكم واقعي مخالف لما جعله الشارع ولا معنى لكونه حكماً ظاهرياً .

و اما تفسير الحلال والحرام بما هو كذلك من دون توسط العقد ففيه مع انه يستلزم عدم جواز اشتراط عدم نقض الجدار في بيع الامة مثلاً و نظائره والتفصيل بين اشتراط ان لا يبيع الامة ولا يهبها في ضمن بيعها و بين اشتراطهما في غيره بعد ما ملكها بعقد آخر او ميراث و نحوه حيث ان جواز البيع والهبة ليس بتوسط هذا العقد و ان ابيت الا عن كونه ثابتاً لا بتوسط عقد اصلاً فنقتصر بالنقض بما كان بواسطة الاسباب

كالميراث ولا يكاد يلتزمهما متفقهما فضلاً عن فقيهه ، انه جزاف .

وما استدلل به فاسد لما عرفت من انه مشترك بين القسمين حيث ان جواز اشتراط ان لا ينقض الجدار وامثاله ايضاً من الواضحات فكيف يدل تجويزهم اشتراط عدم الانتفاع مدة معينة وسقوط الخيار على اختصاص الآخر بالمنع مع ان التفصيل بين ترك الانتفاع مطلقاً او مدة معينة وتخصيص الثاني بالجواز لا محصل له و ان ارسله ثانى المحققين قدس سره فيما تقدم ارسال المسلمات .

ومثل بعض المحققين لاشتراط عدم الانتفاع في زمان معين بان يشترط البايع على المشتري لنفسه سكنى الدار وانت خبير بان صحة هذا الشرط انما هي لكونه وجودياً مستلزماً للمنع من التصرف ومثله جاز و ان استتبع المنع من النصف دائماً كاشتراط الوقف والعق و ليس المصحح تعين زمان المنع وعدم اطلاقه وكذا اشتراط سقوط الخيار ليس من تحريم الحلال بل انما هو اعتبار سقوط الحق وارتفاع امر وضعى وليس فيه التزام بترك فعل والمثال المطابق انما هو الالتزام بترك الفسخ فافهم .

و اما ما افاده (المحقق القمى قدس سره) فتوضيح ما فيه يتوقف على نقل تمام ما افاده كى يكون الناظر على بصيرة قال فاعلم ان الشرط الجائز والشرط الغير الجائز محتمل كل منهما ثلثة معان الاول كون ما يشترط في العقد مع قطع النظر عن الشرط جائزاً او غير جائز والثانى كون اشتراطه جائزاً اعنى به التزامه او غير جائز والثالث ورود جواز اشتراطه في العقد من الشارع او عدمه وقد يجتمع بعض هذه الاقسام مع الآخر في مادة وقد يفترق عن الآخر والظاهر ان موضوع المسئلة وما يبحث عنه في هذا المقام هو المعنى الثانى وهو متضمن للمعنى الاول ايضاً وهو اللابيق بان يكون قاعدة في الباب .

واما المعنى الثالث فانه وان كان لاشكال في البناء على ماورد به النص من الجواز وعدمه لكنه خارج عن المبحث لعدم الاطراد الى ان قال ومن امثلة ما يكون الشرط مع قطع النظر عن شرطيته غير جائز هو شرط الحمر والزنا ونحوهما من المحرمات . ومن امثلة ما يكون التزامه والاستمرار عليه من المحرمات هو فعل المرجوحات

و ترك المباحات و فعل المستحبات كان يشترط تقليم الاظفار بالسن ابدأ و ان لا يلبس الخبز ولا يترك النوافل فان جعل المكروه او المستحب واجباً وجعل المباح حراماً حرام الا برخصة من الشارع حاصلة من احد الاسباب كالنذر والعهد و اليمين فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام (على عليه السلام) في رواية (اسحق بن عمار) انه كان يقول من شرط لامراً انه شرطاً فليف بها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً .

فان قلت ان الشرط كالنذر والعهد و نحوهما من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب فان بيع الرجل ماله او هبته لغيره مباح واما لو اشترط في ضمن عقد بيع آخر فيصير واجباً فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرت من الامثلة .

قلت الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تاسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحل او الحرمة مثلاً بفعل من الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى وهكذا حلية البيع فالتزويج والتسرى مثلاً امر كلى حلال والتزام تركه مستلزم لتحريمه بل و كذلك جميع احكام الشرع من الطلبية والوضعية وغيرهما و انما يتعلق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها .

فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو ان يحدث قاعدة كلية و يبدع حكماً جديداً فقد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطاً اوجب ابداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزويج والتسرى و ان كان بالنسبة الى نفسه فقط و قد قال الله تعالى [فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع] وجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد الزوجة و قد قال الله تعالى [الرجال قوامون على النساء] وسيجيء في هذا المعنى رواية ايضاً و فيما لو شرطت عليه ان لا يتزوج عليها فلانة او لا يتسرى بفلانة خاصة اشكال . فلزوم البيع الخاص الذى يشترطانه في عقد بيع ليس مما يوجب احداث حكم البيع ولا تبديل حلال الشارع و حرامه و هكذا لو شرط نقص الجماع

عن الواجب كما سنشير اليه .

و مما يشير الى ما ذكرنا ما ذكروه في كتاب الصلح فانهم بعد ما رووا عن النبي ﷺ ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً و فسروا تحليل الحرام بالصلح على استحقاق حر او استباحة بضع لا سبب لا باحته غيره او ليشربا او احدهما الخمر ونحو ذلك و تحريم الحلال بان لا يطاء احدهما حليلته او لا ينتفع بما له و نحو ذلك .

و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزة ليس من تحليل حرام او تحريم حلال او ايجاب جائز او نحو ذلك على سبيل القاعدة بل يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى شرعى وحصوله ليس من جانب شرطاً حتى يكون من باب تحليل الحرام و تحريم الحلال بل انما هو صادر من الشارع مستقلاً الى ان قال مع ان عدم التزويج و عدم التسرى وان كان مباحاً لكن التزامه مرجوح لان ذلك المباح راجح والتزام تركه الراجح مرجوح بل حرام كما ذكروه في ترك جميع المستحبات بل و ترك صنف منها رأساً كالجماعة او النوافل انتهى .

هذا بعض كلامه ولا يحصل له بطوله بل فيه ما هو خلاف الضرورة كحرمة الالتزام بفعل المستحب و ترك المباح فلو شرط على احد ان يأتى بالرواتب ما يحتمل فيه حياته كخمسین سنة مع تعيينه في الانشاء صح قطعاً و استحق عليه ذلك كما لو استأجره على ذلك و كذا الحال في اشتراط ان لا ينقض الجدار او لا يبيع الدار اذا كان فيه غرض عقلائى للجار والفرق بين الكلى والجزئى مع وضوح فساد جفاف .

و ما زعمه مدركا له من ان الحكم انما يتعلق بالكلى ابتداء و بالفرد ثانياً و بالتبع كما يفسح عنه قوله و انما يتعلق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها مع فساد في نفسه لا يدل على ذلك حيث ان كون متعلق الحكم كلياً لا يستلزم العموم بل ربما ينحصر في فرد باعتبار التقييد وما استدلل به لحرمة الالتزام بترك المباح من ذيل رواية (اسحق) فلا ربط له بمراه فان مقتضى الاستثناء انما هو عدم النفوذ وعدم وجوب الوفاء لا الحرمة .

و بالجمله فان دخل ترك المباح وفعل المستحب في حقوق المشروط له صح اشتراطه مطلقا على سبيل العموم والخصوص و يدل على نفوذه ما دل على صحة العقد المتضمن له و عموم المؤمنون والا فلا معنى لاشتراطه ولا حاجة في اثبات عدم نفوذه الى التمسك بدليل و بالجمله فهذا تفصيل عليل مخالف للاجماع و حرمة التزام ترك الراجح خلاف الضرورة والتعبير عن هذا النحو من الالتزام بابداع حكم جديد لا يجعله بدعة حيث ان الملتزم بترك التزويج لا يريد تشريع حكم لموضوع بل انما غرضه احداث عنوان بالاشتراط كى يترتب عليه حكم الشارع بوجود العمل عليه كسائر الاسباب من العقود والايقات و يكفى في نفوذه ما عرفت فقوله ان هذا النحو من الالتزام بدون اذن الشارع حرام لا يكاد يظهر له محصل ولا اختصاص للنذر و اخويه في حصول الرخصة ولا فرق في شمول رواية اسحق و اشباهه بين النذر و اخويه و غيرها كاصالح و الشرط بل ورد انه لا يمين في تحليل الحرام و تحريم الحلال و علل بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً بانه ليس لك ان تحرم ما احل الله .

و بهذا يظهر فساد ما اجاب به عما اورده على نفسه من سؤال الفرق بين الشرط و غيره و محصله التفصيل بين ما اوجب تاسيس قاعدة و ابداع حكم جديد و بين غيره فان الوجهين يجريان في غير الشرط ايضاً و اختصاص تاسيس القاعدة و احداثه بالمنع مع انه بديهي البطلان لا يستلزم اختصاص هذا النحو من الشرط بالمنع .

ومن الغريب ما فرق به بين احداث القاعدة والالتزام بشيء خاص من ان التحريم مثلاً في الاول مستند الى الشارط و في الثانى الى الشارع حيث قال و بالجمله اللزوم الحاصل النخ فان عموم ما التزم به الشارط لا يغنيه عن تنفيذ الشارع لالتزامه و اى فرق بين الالتزام بترك التزويج رأساً و بينه بالنسبة الى امرأة مخصوصة او على نحو خاص فهل يتوهم احد نفوذ الاول من غير تنفيذ الشارع و انه لا يتوقف على التمسك بعموم المؤمنون و نحوه .

و بالجمله الالتزام بترك فعل مغاير لتشريع الحكم بالضرورة ولا فرق في كونه موضوعا للحكم الشرعى بالتنفيذ و عدمه بين كونه على سبيل العموم والخصوص ولو

كان مجرد الالتزام بترك المباح كافياً في تحقق عنوان تحريم الحلال فلم لا يلتزم به اذا كان ملحوظاً على نحو خاص و كيف يتوهم ان عموم المتعلق اوجب صحة نسبة التحريم الى الملتزم .

و ببيان آخر التحريم مثلاً على وجهين : الاول نهى الغير عن الفعل ، والثاني منع النفس عنه بالالتزام بالترك فان كان المراد في المستثنى هو الاول لم يتناول الالتزام بترك المباح و ان كان احداث قاعدة و ان كان الثاني عم القسمين اى ما كان على سبيل احداث القاعدة و ما كان على وجه خاص و ان كان المراد الاعم من منع النفس و منع الغير ارتفع الفرق عن البين ايضا حيث ان هذا المعنى في الالتزام بالترك الخاص موجود ايضا و منه يعرف الحال في تحليل الحرام و ايجاب غير الواجب فافهم .

و حرمة ترك جميع المستحبات فضلا عن نوع خاص و او على سبيل الالتزام ممنوعة الا اذا انطبق عليه محرم كالاهانة بالدين او البدعة و مما حققناه يظهر مافي بقية كلامه زاد الله في علو مقامه فلاحظ و تفطن .

واما مافي العوائد فهو اوضح فساداً مما افاده ذلك المحقق حيث ان الاخبار تنادى باعلى صوتها بفساده و كذا كلمات العلماء فان اشتراط ان لا يتزوج ولا يتسرى الذى علل فى الاخبار بفساده بانه تحريم للحلال لم يتعلق الا بالترك فهل يخفى على احد ان قولنا لا يتزوج سلب للتزوج فاذا تعلق به الشرط كان المشروط ترك التزوج لحرمة و هذا بعينه هو الذى حكم فى الروايات بانه تحريم للحلال لا اشتراط كون التزويج محرماً على الزوج .

وكذا الحال فيما مثل به الاصحاب في كتاب الصلح لتحليل الحرام و هو ان لا يبطاً حليلته اولا يستفح بماله مع ان هذا الشرط لا معنى له اصلاً ولا يقع من العقلاء قطعاً بل انما هو مجرد خيال و تعبير فان اعتبار شيء من طرف الزوجة في العقد مرجعه الى اخراج العلاقة عن الاطلاق الى التقييد ولا يتعقل ذلك الا بان يكون ما اعتبره من الحقوق كالصياغة و الكتابة حتى يصير بمنزلة الجزء من المهر او يكون كيفية في

الزوج حتى يكون محققاً للعنوان كما هو الحال في الشرط الذي مرجعه الى التوصيف منوعاً كان او مشخصاً كما هو الحال في اشتراط الزوج على الزوجة ان تكون بنت ماهرة فان مرجعه الى اعتبار عنوان في الزوجة يوجب تخلفه الخيار كما هو الحال في كل وصف مشخص .

و كون الزوج مجرمًا شرعاً ليس داخلًا في شيء من القسمين فلا معنى لاشتراطه بل اقول انه لا معنى له على ما زعمه ايضاً كغيره من ان الشرط بمعنى الالتزام والالتزام في البيع و نحوه حيث ان ما لا يرجع الى الاختيار لا يتعلق به الالتزام والالتزام فليس الالتزام بكون الشيء حراماً في الشريعة الا كالاتزام بكون السماء فوقنا و الشمس مشرقة بل هو بالاتزام بكون السماء تحتنا و الشمس مظلمة اشبه .

نعم ما ذكره هو المقصود بمخالف الكتاب و السنة و لما زعم ان الثاني اخص مطلقاً من الاول و لم يظهر له التباين و كان هذا التقرير في الاول في غاية الوضوح قال وكل هؤلاء اخطأوا الطريق في فهم الحديث مع انه ظاهر على فهمي القاصر غاية الظهور كما يظهر مما ذكرناه في بيان مخالف الكتاب و السنة الخ .

و ما استدل به من ان تحريم الحلال انما يستند الى الشرط لو كان المشروط نفس الحكم وهو الحرمة لامتعلقه فان المحرم حينئذ هو الشارع اذا أمضى الشرط، فيه ان التحريم انما هو المنع فمعنى تحريم الشرط كونه مانعاً عنه و هو مجاز بمعنى ان الشخص بشرطه يحرم شيئاً على نفسه وهذا معناه في اللغة و العرف ولا يناط صدق كون الشرط مجرمًا للحلال بتعلقه بالحرمة و ان يقول بشرط ان يكون الزوج حراماً الا ترى إلى قوله تعالى [الا ما حرم اسرائيل على نفسه] و قوله تعالى [قالوا ان الله حرمهما على الكافرين] و قوله عز من قائل [يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك] فان المقصود في الجميع الحرمان و المنع فان اسرائيل لم يكن مشرعاً وليس [شرب ماء الجنة و رزقها مجرمًا على الكافرين بالحكم التشريعي] ^(١) ولا النبي صدر منه الا الالتزام بترك شرب العسل .

(١) كان محله بياضاً فأتممناه بقريئة السياق .

و من الفرائب التزامه بوقوع التعارض بين ادلة الشروط و بين ادلة حرمة المحرمات كشرب الخمر اذا تعلق به الشرط وقد اطال في المقام بما لا يحصل منه الا العجب فلاحظ و اعتبر .

واما ما افاده (المحقق الغروي) فيظهر ما فيه بما نوردته على (شيخنا قدس سره) فانه يؤل اليه و ان احتمل تغاير المسلكين ايضاً .

و اما ما افاده شيخنا قدس سره ففيه انه ليس في الشريعة حلال لا يتغير حكمه بطروء العناوين مع ان من المعلوم ان العسل مما يمكن ان يصير حراماً على الشخص و ببيان آخر لو خفى الفرق بين اباحة التزويج و غيره و توهم ان له امتيازاً من بين المباحات و ان اباحته بمثابة لا تتغير بالشرط و غيره فعدم كون العسل من هذا القبيل واضح بل مفاد الآية الشريفة انما هو عدم تنفيذ هذا الالتزام من حيث انه تحريم لحلال من المحللات لامن حيث تحريم هذا الشخص من الحلال لخصوصية فيه و منشأ هذه الشبهة ما زعمه تبعاً للعوائد من انه اخص مطلقاً من مخالف الكتاب وان المخالفة لا تتحقق الا على هذا النحو ضرورة ان جواز الشيء في حد نفسه لا ينافي طرو عنوان عليه بوجوب حرمة أو وجوبه او كراهته او استحبابه مع ان من اجلى الضروريات ان المباحات على نسق واحد و انه ليس في الشريعة مباح لا يتغير حاله بحسب العناوين و انه لا يستفاد من قوله تعالى لم تحرم ان للعسل في اباحته امتيازاً من غيره بل التحقيق ما عرفت من ان تحريم الحلال عبارة عن المنع منه ابتداء و اما استتباع استحقاق شيء ذلك فلا مانع منه فمن التروك ما هو محض في الحقيقة كترك نقض الجدار للجار فلا اشكال في نفوذ اشتراطه .

و منها ما هو محض في خلافه لا يتمثل فيه الحقيقة كترك الاحسان الى الفقراء اذا اشترطه بخيل على جواد و ان كان له في ذلك غرض عظيم وهو التشفى التام و دفع الالم الذى يحصل له بمشاهدة الجود والبذل و من هذا القبيل اشتراط ان لا يتزوج و لا يتسرى حيث ان اختصاص المرأة بالزوجية و ان كان فيه غرض عقلائى الا انه ليس من الحقوق و الاملاك عند العقلاء .

ومنها ما يقع على وجهين كاشتراط بايع الامة على المشتري ان لا يبيعها ولا يهبها
كما مر نعم في معرفة عدم كون ترك التزويج والتسرى من الحقوق غموض خصوصاً
للنسوان و لكنه ليس مما يقام عليه البرهان ولا بأمر بالتعرض لبعض فقرات كلامه
بالخصوص لتوضيح المرام .

قوله واما ان يكون التزامه الخ فيه ان الالتزام بترك المباح ليس مخالفاً لباحته
و اما ينافي حرمة الالتزام بالاباحة فان الاباحة لا اقتضاء فيها اصلاً بل هو قسم للحكم
الاقتضائي بالضرورة بل نقول لو كان فيه اقتضاء لم يصلح للتعلق بالالتزام المتعلق بمتعلقه
حيث ان متعلقه انما هو كل من الفعل والترك فتعلق الالتزام بالترك كتعلق الاباحة به
فهو في عرضه و تعلقه به يقتضى وقوعه في طوله و تأخره عنه و اجتماع تأخر الشيء عن
شيء مع مساواته له ضرورى الاستحقاق فتقطن .

قوله فان التزام ترك المباح و ان لم يخالف الخ فيه ان عدم كون الالتزام بترك
المباح مخالفاً للمكتاب كما اعترف به يكفى في فساد ما بنى عليه لان تحريم الحلال اذا
لم يكن مخالفاً للمكتاب فلا وجه للمنع عنه و كون تحليل الحرام ممنوعاً عنه من جهة
المخالفة لا يستلزم المنع عن التحريم الفاقد لهذه العلة نعم هذا على تقدير التمامية
يكفى لورود الاشكال على من منع من كون الامرين مخالفة كما في (العوائد) مع ان
لنا ان نمنع من كون الالتزام بفعل الحرام مخالفة لتحريمه لان النهى انما يقتضى المنع
من الفعل لا المنع من الالتزام بالفعل وعدم تلازم الامرين وامكان الانفكاك من البديهيات
و يمكن ان يلتزم بالترك و يخالفه بالفعل و ان يلتزم بالفعل و يخالف التزامه بالترك
و بالجملة فالنهي عن الشيء لا يقتضى حرمة الالتزام بفعله بوجه من الوجوه .

قوله مع ان الرواية المتقدمة الخ وهى ما عن تفسير (العياشى) عن (ابن مسلم)
عن (ابي جعفر عليه السلام) قال قضى (امير المؤمنين عليه السلام) في امرأة تزوجها رجل و شرط
عليها و على اهلها ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها سرية فهى طالق فقال (شرط
الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه و ان شاء امسك امرأتك و تزوج عليها و تسرى
و هجرها ان انت بسبب ذلك) قال الله تعالى [فأنكحوا ما طاب لكم من النساء . واحل

لكم ما ملكت ايمانكم واللاتى تخافون نشوزهن [الآية .

وهذه الرواية اما تدل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب وهو كون الزوجة طالقاً على كل من التقادير الثلاثة وليس فيها من اشتراط ترك التزويج والتسرى عين ولا اثر ولم يحكم فيما تضمنه من الروايات بمخالفته للكتاب .

قوله مع ان قوله ^(عليه السلام) في رواية (اسحق بن عمار) الخ فيه ان ظهوره او صراحته في كون الاثر مستنداً الى فعل الشارط واضح لا يرتاب فيه ذو مسكة واما الاشكال فيما هو المناط من الافعال (فالنراقى قدس سره) زعم انه خصوص الشرط الذى يتعلق بالحل والحرمة بان يكون الملتزم به نفس الحكم الشرعى واما الشرط المتعلق بالفعل فلا يستند اليه التحريم والاحلال واما يستندان الى الشرط على تقدير تنفيذه لالتزامه فاثبات ان المستثنى هو المستند الى فعل الشارط لا يضر بمرامه بل انما يبطل قوله باثبات كفاية تعلق الشرط بالفعل والترك في استناد التحريم والاحلال الى المكلف .

و بالجملة لا خلاف بينهما في اعتبار استناد الامرين الى فعل الشارط وانه لا يكفى الاستناد الى الشارع ولكنه حيث زعم ان ما تعلق بالفعل والترك من الشروط لا يستند اليه الامر إن لم يلتزم بشمول الاستثناء له مع ان كون التحليل والتحريم من فعل الشارط دون الشارع مما لا يقبل الارتياب فهل يتوهم احداث معنى الرواية والمقصود بها تنفيذ كل من الشروط الا ما فعله الشارع من تحريم الحلال و احلال الحرام وهل لهذا الكلام معنى فالاستدلال على ان المستثنى من فعل الشارط مع ما به من الشناعة في نفسه يزداد فساداً بوقوعه في قبال من يعترف بذلك ولا كلام له الا في المصادق فافهم .

مع ان هذا التعميم اى تعميم الانصاف بمخالفة الكتاب الى الملتزم والالتزام ينافى ما افاده بعد ذلك في مقام الرد على (النراقى) ايضاً حيث قال بعد ما حكى عنه دعوى اختصاص اشتراط الحكم المخالف بمخالفة الكتاب والسنة اقول لا افهم معنى محصلاً لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعاً فان هذا غير مقدور للمشتروط ولا يدخل تحت الجمل فهو داخل في غير المقدور ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لان هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به ان ليس فعلاً خصوصاً للمشتراط وكذلك الكلام في النذر و شبهه .

والعجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم والمحلل نفس الشرط ولم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها وحرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض انتهى .

و هذا كلام متين موافق لما حققناه و لكنه ينافي تعميمه للمنافات الى مثل ذلك في هذا المقام مع ان كون المحلل والمحرم نفس الشرط لا ينفك عن كون الفاعل هو الشارط حيث ان استناد التحريم والاحلال الى الشرط مجاز عن كونهما مستنديين الى الشارط فلا يعقل الا حيث يتحقق المعنى الحقيقي فان معنى تحريم الشرط واحلاله في الحقيقة صدورهما عن الشخص بالشرط فتدبر في تمام كلامه نجده اعجب مما صدر عن (النراقي قدس سره) الذي تعجب منه .

قوله و اصرح من ذلك كله الخ . قد ظهر ما فيه مما تقدم و انه عن مدعاه اعم فافهم .

قوله و اذا ورد على ما كان من قبيل الثاني الخ فيه ان هذا القسم مجرد فرض لا مصداق له في الشريعة مع انه على تقدير وقوعه فالالتزام ليس مخالفة قطعاً و عدم صلوح الاباحة للتغير لا يستلزم كون الالتزام بالترك مخالفة لها و انما ينافي تنفيذه و هو فعل المشرع .

و بالجملة فرق بين العصيان والتعارض فان كان المراد بمخالفة الشرط للكتاب هو الاول فهو بالنسبة الى الاباحة غير متصور مع ان الالتزام ليس عصياناً الا للمنع المتعلق به و هو مفقود و ان كان المعنى الثاني فهو غير متعلق في غير الدليلين و فعل الشارط ليس من الأدلة بالضرورة و بالتأمل فيما مر يظهر ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه .

هذا بعض ما صدر عن الاصحاب رضوان الله عليهم في هذا الباب و قد ذكروا في تفسير المستثنى وجوهاً آخر يظهر فسادها مما مر اعرضنا عنها مخافة الاطالة فتبين الحال في مخالف الكتاب والسنة و تحريم الحلال و تحليل الحرام والفرق بينهما واما مخالف مقتضى العقد فتحقيق القول فيه ان المراد بالمخالف ما يعود على العقد بالنقض

على ما مرت اليه الاشارة كاشتراط الضمان في الوديعة وعدمه في البيع واشتراط المشتري على البايع ان لا خسارة اى يكون ما يخسره باعتبار تنزل القيمة السوقية على البايع و هذا غير كون التلف من مال البايع بعد القبض المعبر عنه بالضمان والفرق بينه وبين كل من الشرطين المتقدمين في غاية الوضوح و قد عرفت الخلط عن (ثاني المحققين) بل عن (العلامة) قدس سرهما بين هذا الشرط و بين تحريم الحلال .

و قال (الشهيد قدس سره) في (القواعد) كل عقد شرط فيه خلاف ما يقضيه مع كونه ركناً من اركانه فانه باطل كالبيع واشتراط نفى تسليم المبيع الى المشتري والثمن الى البايع او الانتفاع باحدهما للمنتقل اليه وان لم يكن من اركانه ولكنه من مكملاته كاشتراط نفى خيار المجلس والحيوان فمندنا يصح لان لزوم العقد هو المقصود الاصلى والخيار عارض و منعه بعضهم لان الغرض من ادخال الخيار هنا التروى و استدراك الفائت فهو من مقاصد العقد فاشتراط الاخلال به اخلال بمقاصد العقد قلنا هو مقصود بالقصد الثاني لا الاول و مثله لو شرط دفع خيار العيب ولو شرط دفع خيار الغبن او خيار الرؤية او خيار تأخير الثمن ففيه نظر انتهى .

و فيه ما لا يخفى لان نفى التسليم من حيث هو هو ليس من الحقوق فاشتراطه لا معنى له نعم لا بأس باشتراط استحقاق الامتناع من الدفع زماناً معيناً المستتبع لسقوط سلطنة صاحبه على المطالبة و هذا معنى تأجيل الثمن والمثمن واما اشتراط نفى الانتفاع على المنتقل اليه فهو تحريم للحلال بمعنى انه ليس من الحقوق المستتبع تحققه للامنع بل هو منع ابتداء و لا معنى لهذا النحو من الشرط فان الشرط مملوك للشارط و ليس هذا المعنى مما يملك كما عرفت تفصيله .

و من العجب انه تنظر في اشتراط دفع خيار الغبن و تاليه مع ترخيصه نفى خيار المجلس والحيوان فان التفصيل مع انه خلاف ما اطبق عليه اهل العلم لامعنى له حيث انك قد عرفت ان الخيار بجميع انواعه من الحقوق واشتراط السقوط بالمعنى الذى تقدم تحقيقه لا اشكال فيه و هذا فيما استشكل فيه اظهر حيث ان خيار الغبن الثابت بادلة نفى الضرر كونه من الحقوق اظهر من خيارى المجلس والحيوان و لذا استشكل

ففيهما جماعة لتوهم كونهما من الحقوق .

قال في (المسالك) بعد ما فسر منافاته لمقتضى العقد بان يقتضى عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه و يشكل باشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً فان مقتضى العقد اطلاق التصرف في كل وقت وباشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه وفيه ايضاً انظار لا تخفى .

والحاصل ان الخيار ليس من مقتضيات البيع مطلقاً بالضرورة بل انما هو مناف لمقتضاء و لهذا وقع الشك في جواز خيار الشرط و لكن لما كانت ادانها حاكمة على اصالة اللزوم قدمت عليها فحكم الشارع بكون البيعين بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما صريح في انه حق مجعول على ما مر مشروحاً و سقوط الخيارات باجمعهما بالاسقاط بل بساير المسقطات ايضاً شاهد صدق على حقيقتها .

و بالجملة فتوهم كون ما ينافى الاقتضاء من المقتضيات من الغرائب خصوصاً بمن التزم بجميع آثار الحقبة و استحقاق الفسخ لا يعقل كما عرفت في اول المبحث الا فيما يقتضى اللزوم .

و في (العوائد) ان مقتضى العقد اما مقتضى ذاته من حيث هو من غير احتياج الى جعل الشارع ذلك مترتباً عليه الى ان قال او ليس من مقتضى ذاته بل رتبه الشارع على هذا العقد من حيث هو و جملة من مقتضياته و هو كل امر رتبه الشارع على ذلك العقد من حيث هو وجعله مقتضياً - بالكسر - له وان امكن تحققه بدونه كترتيب الشارع خيار المجلس والحيوان على المبيع و وجوب النفقة على النكاح الدائم و عدم اللزوم قبل التفرق على الهبة والوقف .

ثم قال اذا عرفت ذلك تعلم الشروط المنافية للعقد ووجه عدم الاعتداد بها الى ان قال و اما فيما كان من القسم الثانى فلمعارضة عمومات الوفاء مع ما دل على ثبوت هذا المقتضى للعقد اولا حد مقتضياته فيحصل التعارض ويرجع الى الاصل بل يكون الشرط مخالفاً لما دل على الثبوت على ما مر فيكون مخالفاً للكتاب او للسنة فيبطل الا ان هذا

أما هو فيما إذا كان هناك دليل عام أو مطلق على سببية هذا العقد لذلك المقتضى وتولده منه أم لا لم يكن كذلك بل احتمال اختصاص الاقتضاء بالعقد الخالي عن الشرط فنحكم بصحة الشرط .

مثال ذلك أنه ثبت خيار المجلس للمتبايعين بقوله (البيعان بالخيار مالم يفترقا) فصار عقد البيع مقتضياً لهذا الخيار ولإطلاق الخبر بكون ثبوته مطلقاً سواء اشترط عدمه أم لا فشرط عدمه منافي لهذا الخبر بإطلاقه بخلاف ما إذا كان دليل الخيار الإجماع مثلاً وشك في حال الاشتراط في سقوطه وعدمه فإن القدر الثابت ترتب الخيار على البيع الخالي اشتراط سقوطه وأما معه فلا يعلم بل يعمل بعمومات الوفاء انتهى .

و فساده أظهر من أن يبين فإن الشارع إنما جعل خيار المجلس على خلاف مقتضى البيع فليس هذا من قبيل عدم اللزوم في الهبة قبل التصرف ، و الالتزام بثبوت التعارض بين أدلة الشروط و بين ما دل على ثبوت الخيار بديهى الفساد بل أدلة الشرط من حيث تعلقه بالسقوط حاكمة عليه كما أن أدلة الخيار حاكمة على أصالة اللزوم و مقتضى ما صرح به كونه من أفراد مخالف الكتاب و السنة و هو أيضاً واضح الفساد .

و قال (شيخنا قدس سره) الشرط الخامس أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد والال لم يصح لوجهين أحدهما وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط فلا بد أن يحكم بتساقط كليهما وأما أن يقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط الثاني أن الشرط المنافي مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب و لذا ذكر في (التذكرة) أن اشتراط عدم بيع المبيع منافي لمقتضى ملكيته فيخالف قوله عليه السلام (الناس مسلطون على أموالهم) .

و دعوى أن العقد إنما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً خروج عن محل الكلام أن الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرايط والقيود حتى لا ينافي تخلفه عنه لقيد يقيد و شرط يشترط فيه انتهى .

و فيه ما عرفت من ان الشرط ليس الا نحو اعتبار في متعلقه فان كان مرجعه الى كيفية في الانشاء كاشتراط ان لا خسارة فوجه بطلانه ما عرفت في مخالف الكتاب والسنة من ان تكيف البيع بهذه الكيفية ليس باختيار المتبايعين كما ان كون الولاء للبايع ليس باختيار المشتري فصدور مثل هذا الشرط من فاعله انما هو بزعم كون الخسارة من الحقوق و ان البايع يستحق على المشتري الخسارة بالبيع فيريد ان يدفعه عن نفسه و يحول بين البيع و اثره كما هو الحال في اشتراط الضمان في العارية فانك قد عرفت ان محصله دفع الاقتضاء الفعلي عن العارية و جعل اليد ضمان فكون المستعير ضامناً ليس مستنداً الا الى اليد والشرط انما دفع المانع فليس مثل هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة الا انه يشاركه فيما هو مناط البطلان و ان كان مرجعه الى جعل الاستحقاق كما هو الحال في المثال الاخر و هو ان لا يبيع و لا يهب .

فوجه الفساد ما حققناه في الشرط المحرم للحلال بل هو هو على ما مر مشروحاً و ليس الشرط انشاء مستقلاً حتى يلاحظ المتنافي بينه و بين ما تعلق به بل انما هو كاعتبار الثمن في البيع في وجه و لو كان مستقلاً فلا وجه لملاحظة التعارض حيث ان الانشائين المستقلين لا يصدران عن الشخص الا مرتباً والمناط هو الاخير .

اللهم الا ان يقال ان للمتكلم ما دام متشاغلاً بالكلام ان يلحق بكلامه ما شاء من اللواحق فيسقط عن الاعتبار مع التهافت ولكنه خلاف ما يستفاد من ظاهر كلامه زاد الله في علوم مقامه . هذا حال اول الوجهين واما الثاني ففيه انه ليس في الكتاب والسنة ما دل على عدم تخلف العقد عن مقتضاه نعم لما كان تقرير المعاملات في الشريعة على حسب ما هو المتعارف فمثل هذه المعاملة لا دليل على صحتها لخروجها عن الضوابط العرفية و ليس هذا معنى مخالفة الكتاب والسنة .

توضيح المرام ان مخالفة مقتضى العقد عندهم على أقسام :

منها ما ينافية صريحاً كاشتراط ان لا يملك في البيع و هذا ليس فساداً الا من جهة تهافت الكلام فانه ليس الا مثل قولك (جاء زيد و لم يجيء) لا من جهة انه مخالف للكتاب والسنة ففي الحقيقة لم يتحقق الانشاء .

و منها ما ينافى خصوصيته اللازمة له كاشتراط الضمان في الوديعة و ليس فساده الا من جهة عدم كونه بيد المتعاقدين و عدم كونه على طبق المتعارف .

و منها ما يكون محصله تفكيك آثار اثر الانشاء التى يستحيل تخلفها عنه ككون خسارة المبيع على المشتري فانه من آثار كونه ملكا له و ان كان مسبباً عن الحيازة والميراث و مثل هذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد في الحقيقة و وجه عدم النفوذ ما عرفت من ان حقيقة الاشتراط ايضاً غير متحققة هناك و ان الشرط لا معنى له .

و منها ما محصله الحيلولة بين اثر الانشاء وما يقتضيه لا على سبيل العلية التامة مع عدم صلوح الشرط للحيلولة كاشتراط ان لا يبيع و لا يهب فان عدم النفوذ ليس الا من جهة انه ليس من الحقوق و انه تحریم للحلال و الافحمة التصرف في الملك لا ينافى قوله ﷺ (الناس مساطون على اموالهم) .

و الحاصل ان اشتراط ترك التصرف ليس من قبيل اشتراط الولاء لغير المعق منافياً للمشروع حيث ان الثابت بحديث السلطنة ليس الا الاقتضاء وهو لا ينافى وجود المانع غاية الامر ان الشرط في بعض الصور لا يصلح للمانعة ومن الغريب التزامه بدلالة حديث السلطنة على تخلف هذا الاثر عن الملك مع ان عدم تسلط المالك على ملكه في الشريعة لاجل الموانع فوق حد الاحضاء فتدبر .

اذا عرفت هذا و تبين لك الحال في الشروط الثلاثة و عرفت حقايقها و ما به يمتاز بعضها عن بعض ، فاعلم ان الاصحاب استشكلوا في انطباقها على جملة من الفروع :

منها اشتراط الضمان في الاجارة فان الحق كما عليه المحققين انه مناف لمقتضى الاجارة حيث ان مقتضاها ان لا يكون على المستأجر الا الاجرة فكان الضمان قصور في السلطان و المفروض ان المستأجر له السلطنة التامة فكان تضمن المستأجر كتضمن المالك و هذا مجرد تقريب و الا فليس هذا مما يقام عليه البرهان و لما خفى هذا على (المحقق الاردبيلي قدس سره) اورد على القوم بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية و تبعه في ذلك (جمال المحققين قدس سره) .

و منها اشتراط عدم الخسارة على احد الشريكين فان فساد مما لا يخفى على ما حققناه ولكن (الشهيد قدس سره) في الدروس بنى على صحته قال في بيع الحيوان ولو قال الربح لنا ولا خسران عليك ففي صحبة (رفاعة) في الشركة في جارية يصح ورواه (ابو الريح) ومنعه (ابن ادریس) لانه مخالف لقضية الشركة قلنا لا نسلم ان تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة و الاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى .

وفيه ان مرجع هذا الشرط الى كون خسارة مال الشخص على غيره و ضمانه له ولا اظن ان يلتزم به احد فهل يخفى على احد فساد ما لو باع كتابه واشترط على المشتري ان يكون خسارة داره عليه والسر فيه يظهر بالتأمل فيما حققناه .

و منها اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها فان (فخر الدين قدس سره) منع منه مع ورود النص على جوازه و فتوى الاصحاب به ايضاً استناداً الى ان مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع والاسكان و قد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء و فساد اعظم من ان يخفى حيث ان استحقاق الزوجة على الزوج ان لا يخرجها كاستحقاق الجار عدم نقض الجدار مؤكداً للسُلطان لا منافي له و اما لا ينفذ مثل هذا الشرط حيث لا ينفذ لعدم كون المشروط من الحقوق كعدم البيع و الهبة على احد التقديرين و اشتراط ان لا يتزوج ولا يتسرى .

و منها اشتراط توارث الزوجين بالعقد المنقطع فبنوا جوازه على عدم منافاته لمقتضى العقد ففي (الايضاح) اختلف الناس في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على قولين الى ان قال القول الثاني انه لا يقتضى التوارث لا العقد المطلق و لا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على قولين :

احدهما انه يصح اشتراطه في العقد فيثبت مع اشتراطه و يسقط مع عدمه و هو اختيار (الشيخ) و (ابن حمزة) و (قطب الدين الكيدري) و ثانيهما انه لا يصح اشتراطه في العقد لان كلما يكون سبباً للميراث شرعاً لا يصير سبباً له بجعل الجاعل و هو اختيار (والدى المصنف) و (والده) و (ابى الصلاح) و (ابن ادریس) و هو

الحق عندي الى ان قال و اقول لا مقتضى للميراث هنا الا الزوجية و لا يقتضى ميراث الزوجية الا الالية فان اندرجت هذه في الزوجية في الالية ورثت و ان لم يشترط ثبوته و بطل شرط نفيه و ان لم تندرج في الزوجية في الالية لم يثبت بالشرط قطعاً لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقاً انتهى وما اختاره هو الحق لما عرفت من انه شرط مخالف للكتاب والسنة فان التوريث ليس من الحقوق حتى يثبت بالشرط بل انما هو حكم صرف كالولاء تابع لجعل الشارع .

و منها ما تقدم من اشتراط عدم البيع وقد عرفت استشكل (العلامة قدس سره) فيه و ان الحق انه على قسمين .

ومنها اشتراط العود الى الرقية في المكاتبة المشروطة على تقدير العجز فقد يتوهم انه مغالط للمشروع فان الحر لا يعود رقاً في الشريعة فمقتضى الانشاء الحرية على تقدير اداء مال الكتابة بحسبه والشرط ينافيه حيث ان هذا الاثر ليس مما يزول اذا تحقق و فيه ان اثر هذا النوع من الكتابة انما هو التثبيت بالحرية كالتدبير فلا يوزع مال الكتابة على اجزاء العبد بل انما يتحرر المجموع باداء تمام مال الكتابة فالتعبير بالعود باعتبار زوال حالة التثبيت بالحرية فمعنى الاشتراط انما هو ارتباط المجموع بالمجموع فهو تعيين لنوع الكتابة لا شرط خارج فافهم واغتنم .

و منها اشتراط عدم استحقاق الاجير للاجرة على تقدير كما لو استأجره لنقل متاعه ثم شرط عليه انه إن نقله في يوم كذا فلا اجرة له فان عدم استحقاق الاجرة على هذا التقدير مع شمول الاجارة له كما هو المفروض ينافى مقتضى العقد لان العقد مع العمل علة تامة للاستحقاق هذا ، اذا كانت الاجارة مطلقة و اما اذا كانت مقيدة بان يكون المستأجر عليه النقل في اليوم الخاص لا مطلق النقل فاشتراط عدم الاستحقاق على تقدير النقل في غير ذلك الوقت تصريح بما يقتضيه التقييد و تأكيد له و ليس في الحقيقة شرطاً في العقد .

و الى ما حققناه ينظر ما افاده اول الشهيد بن قدس سره في (اللمعة) بقوله ولو شرط عدم الاجرة على التقدير الاخر لم يصح في مسئلة النقل و في ذلك نظر لان قضية

كل اجارة المنع من نقيضها فلاحظ و تدبر .

و اذ قد تبينت لك حقيقة الشرط ظهر ان نفوذه لا يحتاج الى دليل خاص بل يكفى فيه ما دل على صحة ما تعلق به من الانشاءات حيث ان كل خصوصية من خصوصياتها لا تثبت بدليل خاص فكما ان مقدار كل من الثمن والمثمن يتعين بتعين المتبايعين ولا اشكال في صحة البيع على جميع التقادير فكذا الاطلاق والتقييد من حيث الاوصاف ومثل التقييد بالوصف التقييد بامر خارج كالكتابة والصياغة فإى فرق بين جعل الثمن عشرة قرانات وبين جعله خمسة مقيدة بصياغة خاتم وهذا على ما حققناه في غاية الوضوح فلا حاجة لنا الى التمسك بحدوث (المؤمنون عند شروطهم) وقد حققنا سابقاً ان آية الوفاء عن مقاصدنا اجنبية ولا دلالة لها على ما تمسك بها له الاصحاب فلا وجه للتمسك بها لنفوذ الشروط .

و تبين ايضاً مما حققناه ان شرط الخيار انما ينافى ما يقضيه البيع وهو اللزوم لانه يعود عليه بالنقض ولا مانع من مثل هذا الشرط وليس معنى الشرط الالتزام كى يحتاج في المقام الى التعسف وهذا الخيار بحسب ما يشترط من جميع الجهات فهو مطلق الامن حيث قيده المتعاقدان فلا يتقدر بحد عندنا خلافاً (لابى حنيفة) و (الشافعى) فلم يجوزوا اشتراط ازيد من ثلثة ولا يعتبر فيه الاتصال بالعقد خلافاً (للشافعى) واستدل له بلزوم صيرورة اللازم جائزاً وفيه مع انتقاضه بخيار التأخير والرؤية منع بطلان اللازم و يصح التعاقب لجواز الانفصال .

و العجب من (المسالك) حيث منعه مع تجويز الانفصال وفي (الجواهر) ولعله لاستظهار الانحداد من الاطلاق وفيه منع واضح انتهى ولا يخفى عليك انه لا مجال لهذه الكلمات على ما بيننا عليه من انه على وفق الضوابط العامة وليس نفوذ الشرط من الاحكام الشرعية التعبدية حتى يتوقف كل فرد من افرادها الى الدليل بل المحتاج الى الدليل انما هو البطلان وعدم النفوذ ويجوز ان يجعل للواحد مطلقاً سواء كان بايعاً او مشترياً سواء كان لنفسه او عن صاحبه او لنفسه و عن صاحبه جميعاً او مجموعاً .
و نظير جعل الخيار لاحدهما عن الاخر جعله للاجنبى عن احدهما ونظير جعل

الخيار الثابت للمجموع لاحدهما جعل الخيار للاجنبي عن المجموع فكما يمكن ان يجعل خيار واحد لمجموع المتبايعين بالاشتراط كما للورثة بالميراث و يمكن ان يجعل ذلك الخيار للاجنبي فكذلك يمكن ان يجعل ذلك الخيار الواحد للمجموع و سواء كان المشروط له احد المتعاقدين او الاجنبى مطلقا سواء كان عن احدهما أو عن كل منهما أو عن مجموعهما أو عن احدهما و عن المجموع أو عن كل منهما و عن المجموع خلافا (للشافعى) في احد قوليه فانه قال لا يصح و يبطل البيع و الشرط معاً لانه خيار ثبت في العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الرد بالعيب و هو كلام متجه على من يزعم ان الحق للاجنبي و اما على ما سنحقق انشاء الله تعالى من ان الحق و الفرق للمشروط له من المتعاقدين و ان كان الاجنبى صاحب الخيار فلا اشكال .

و يجوز ان يجعل الاثنين مطلقا سواء كانا متبايعين أو اجنبيين أو مختلفين فعلى الاول يحصل ستة عشر قسماً من ضرب اربعة احتمالات احدهما في اربعة احتمالات الاخر . الاول ان يكون خيار كل منهما لنفسه ، الثانى ان يكون خيار كل منهما عن صاحبه ، الثالث ان يكون خيار كل منهما لنفسه و عن صاحبه مستقلاً ، الرابع ان يكون خيار كل منهما لنفسه و عن صاحبه مجموعاً ، الخامس و السادس ان يكون خيار احدهما لنفسه و الآخر لنفسه و عن الآخر عن صاحبه . السابع و الثامن ان يكون خيار احدهما لنفسه و الآخر لنفسه و عن الآخر مستقلاً ، التاسع و العاشر ان يكون خيار احدهما لنفسه و الآخر لنفسه و عن الآخر مجموعاً .

الحادى عشر و الثانى عشر ان يكون خيار احدهما عن الآخر و الآخر لنفسه و عن الآخر مستقلاً ، الثالث عشر و الرابع عشر ان يكون كذلك و لكن مجموعاً ، الخامس عشر و السادس عشر ان يكون خيار احدهما لنفسه و عن الآخر مستقلاً و الآخر لنفسه و عن الآخر مجموعاً .

و على الثانى تسعة و اربعون قسماً يحصل من ضرب سبعة احتمالات احدهما في سبعة احتمالات الاخر .

و على الثالث ستة و خمسون يحصل من ضرب اربعة احتمالات احد المتبايعين

في سبعة احتمالات الاجنبى وضرب الحاصل و هو الثمان والعشرون في قسمى المتبايعين .
و يجوز ان يجعل للثلاثة من البايع و المشتري و الاجنبى أو أحدهما والاجنبين
أو الاجنبيين ، و على الاول يحصل مائة و اثنا عشر من ضرب سبعة احتمالات الاجنبى
في ستة عشر احتمالات المتبايعين ، واما الثانيان فاقسامهما ثلثمائة واثان وتسعون حاصلة
من ضرب اربعة احتمالات احدهما في تسعة و اربعين احتمالات الاجنبيين وضرب الحاصل
و هو مائة وست و تسعون في قسمى احدهما ، و اما الثالث فمائة و سبعة و اربعون من
ضرب سبعة احتمالات كل منهم في الاخرين .

و كل من الخيارين أو الخيارات اما مع التوافق مطلقاً أو مع التخالف في اصل
الزمان أو مقداره أو في الكيف أو في الزمان و المقدار أو في الزمان و الكيف أو في
المقدار و الكيف أو في الزمان و المقدار و الكيف و بضرب الثمانية فيما عدا صور
الانفراد و هو سبعمائة و اثنان و سبعون يحصل ستة آلاف و مائة وستة و سبعون .

هذا كله على تقدير الاستقلال و اما اذا كان لمجموع كل من الاثنين أو الثلاثة
خيار واحد فلا يتمشى فيه هذا التقسيم ولكن خيار مجموع المتبايعين اما لهما أو لواحد
منهما أو لهما و لواحد منهما فهذه خمسة اقسام و خيار مجموع الاجنبيين اما عن المجموع
و اما عن الواحد و اما عن المجموع و عن الواحد و هذه أيضاً خمسة فان الواحد أيضاً
يحتمل الاثنين اما المختلطان فاما يكون خيار المتبايع عن نفسه و الاجنبى عن الاخر مع
كون المجموع خياراً واحداً كما هو المفروض .

أو بالعكس بمعنى كون خيار المتبايع المنضم الى الاجنبى عن المتبايع الاخر و
خيار الاجنبى عن هذا المتبايع أو يكون خيار المجموع لذلك المتبايع أو للاخر أو
يجتمع الاثنين أو الثلاثة أو الاربعة فهذه خمسة عشر لان الاثنين ستة و الثلاثة اربعة
و الاربعة واحد و باضمام الاربعة المفردة يحصل ما ذكر و ظهر بما ذكرنا اقسام ما زاد
على الثلاثة و اشتراكه معها في الحكم .

تنبيه :

حكى عن بعضهم ان المراد من صورة اشتراط الاجتماع ان كان ثبوت الخيار لكل منهما مع رضا الآخر فلا اشكال ، و اما ان كان المراد جواز فسخ كل منهما مع فسخ الآخر ففيه اشكال لعدم الفائدة في مشروعيته بعد مشروعية الاقالة انتهى .

و فيه اولا ان هذا النوع من الشرط ان لم يكن على صحته دليل اصلا فلا يحتاج ثبوت بطلانه الى هذا الدليل و الا فاسرار الشرعيات ليست شريعة لكل و ارد و مجرد الجهل لا يكفى في طرح الدليل و تقييد المطلق و تخصيص العام و اى دليل على الخلو عن الفائدة و كيف يمكن ادعاء ذلك مع ان هذا العلم يتوقف على الاحاطة بجميع الجهات المفقودة في مثل المقام لمثل هذا القائل ولو بنى على ذلك في الفقه لا عرض عن الشريعة و انكر ما تداولته ابدى المتشعبة .

و ثانياً انه منقوض بكثير من الامور المشتركة في الثمرة في الشريعة كالمطهرات و غيرها مما لا يحصى .

و ثالثاً انه منقوض بكثير من الموجودات المشتركة في الثمرات و الخواص المتساوية فيها و لا فرق بين التشريع و التكوين في وجوب الاشتغال على المصلحة .

و رابعاً ان التعدد يوجب الاتساع و كفى به فائدة و تفصيلاً و امتناناً .

و خامساً ان الثمرة تظهر في كفاية الفسخ الفعلي في الخيار دون الاقالة نعم احتمل (الشهيد قدس سره) فيها الاكتفاء بالقبول الفعلي .

و سادساً ان هذا الصنف من الخيار لم يستقل بالجعل ليجب اشتماله على فائدة مستقلة و امتياز مطلق خيار الشرط من الاقالة و اختصاصها بالفائدة ظاهر مع انه ايضاً ليس مستقلاً بل المجمعول انما هو مطلق الشرط و ورود الاخبار الخاصة في بعض افراد المسئلة لا يدل على ذلك بل سياقها ينادى على خلاف ذلك مع ان الاختصاص بالجعل بعد جعل العام لا فائدة فيه بل لا معنى له و ان امتاز عن الاقالة و من المعلوم كفاية اشتغال العام نوعاً على الفائدة و مجرد اشتراك بعض افراده مع شيء آخر فيها لا يوجب قصر الحكم على ما عداه بل قد عرفت ان الشرط نافذ بالذات و لا تشريع فيه اصلاً و انما وردت الادلة تأكيداً لا تأسيساً .

قال بعض الاجلة بعد نقل هذا القول: و الحق انه كذلك بناء على كونها ايقاعاً من الطرفين كما هو احد القولين فيها و اما بناء على القول الاخر و هو كونها عقداً مشتملاً على الايجاب و القبول فلا اشكال جداً و الفائدة حينئذ عدم اشتراطه بشرائط الافالة من لفظ خاص و نحوه كساير العقود اللازمة انتهى و يظهر ما فيه مما تقدم فتدبر . و ذلك الاشتراط لاحد المتعاقدين مطلقاً حتى اذا كان الخيار للاجنبي و الا لم ينفذ لانه حينئذ شرط ابتدائي لعدم ارتباطه بالعقد لان الشرط الواقع في ضمن العقد ما كان قيداً له و الالتزام للاجنبي اجنبى عن العقد و مجرد الذكر في العقد لا يصيره جزءاً منه فان المقارنة في الوجود اعم من الارتباط و لذا يبطل اشتراط شيء لوالد الزوجة مع عدم دخوله في المهر بخلاف ما لو كان ما جعل للاب من المهر و عليه ينزل اطلاق صحيحة الوشاء عن (الرضا عليه السلام) فهو للاجنبي مجرد تنفيذ لا توكيل لان الوكالة فرع ثبوت الحق للموكل و المفروض انتفاؤه قبل الاشتراط فلو كان الغرض جعل الحق للموكل لم يتحقق الوكالة و ان كان الغرض الوكالة لم يثبت حق للموكل و الانشاء الواحد لا يكفي لهما .

و لانه لا معنى لالتزام غير الموكل بوكالة شخص عن غيره لعدم ارتباط الوكالة بغير الموكل و الوكيل ولا معنى لكونها لازمة من قبل الاجنبى و لانه لا معنى لاشتراط الوكالة لغير الوكيل و جملة مشروطاً له الوكالة و انما يصح اشتراط الوكالة للوكيل ولا اباحة صرفة ولا تمليك ولا تحكيم .

و يظهر وجه الكل مما ذكرنا فلا يشترط بما يشترط به الوكالة ولا يحتاج الى القبول ولا ينعزل بما ينعزل به الوكيل ولا ينتقل الى وارث المشروط له الخيار ولا يجب عليه رعاية المصلحة ولا يصح الصلح على اسقاطه .

تحقيق :

حقيقة اشتراط الخيار للاجنبي اشتراط سلطنة الاجنبى على الفسخ و الامضاء للمشروط له الذى هو احد المتعاقدين فالسلطنة للاجنبي لكن المشروط له احد المتعاقدين و يوضحه ما ذكره في اشتراط شيء لأب الزوجة كما مر آنفاً فظهر فساد ما عن (الشافعى) في احد قوليه من فساد اشتراط الخيار للاجنبي و العقد المشترط فيه ذلك معللاً بانه

خيار يثبت في العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الرد بالعيب قال والفرق ان خيار العيب يثبت لا من جهة الشرط بخلاف المتنازع انتهى ، فان الشرط لاحد المتعاقدين غاية الامر ان المشروط سلطنة الاجنبى .

و ظهر ايضاً فساد ما عن (ابي حنيفة) و (احمد) من كون الاجنبى وكيلاً للذى شرطه و ما ذهب اليه (الشافعى) في احد الوجهين من انحصار الصحة في الوكالة على القول بالجواز .

و بالجملة فالحق والرفق للمشروط له كما صرح به (العلامة قدس سره) في (التذكرة) ولا ينافيه كون الغرض ما يعود الى الاجنبى كما في اشتراط الخيار للبعد والجار والشريك فان الارفاق بالاجنبى لابد ان يكون رفقاً للمشروط له والا لفى الشرط وفسد فما يتوهم من انتقاض ما ذكره (العلامة قدس سره) بالامثلة المذكورة و ما شابها بين السقوط .

فروع :

الاول مقتضى ما اخترناه من عدم كونه توكيلاً عدم نفوذ فسخ المشروط له و (للشافعى) قولان هذا احدهما والامر في الاسقاط بالعكس اما سقوطه باسقاط المشروط له فلما مر من ان الحق والرفق له في الحقيقة و اما عدم سقوطه باسقاط ذى الخيار فلان الحق ليس له و اما اليه الامر و الحق لا يعقل ان يكون الالمشروط له نعم له الايجاب و هو غير الاسقاط .

و الحاصل ان هناك ملكان ملك الازالة والاقرار المعبر عنه بالخيار والاخر ملك الشرط وهو كون الخيار للاجنبى ولا يتعقل انتفاء ملك الشرط من المشروط له بالاشتراط فلا معنى لاشتراط انتهاء الامر الى الاجنبى بالمرة ، و بالجملة فذو الخيار لا يملك شيئاً على احد واما يملك المشروط له على المشروط عليه ملك الاجنبى للفسخ والايجاب .
الثانى يجب على الاجنبى رعاية المصلحة على التوكيل بمعنى اشتراطها في نفوذ الفسخ لكونه اميناً واما على ما اخترناه فمجرد الاشتراط لا يقتضى ذلك فان ظهر بالقرينة ان الاشتراط على وجه الايمان و ان الغرض ما يعود الى المشروط له ابتداء فكذلك

والا كما اذا كان الغرض ما يعود الى ذى الخيار كالعبد فلا بل ينفذ الفسخ و ان لم يكن للمشروط له فيه مصلحة أصلاً .

وفي (التذكرة) لو شرط الخيار يعنى الوكيل لنفسه و اذن له الموكل صريحاً ثبت له الخيار ولا يفعل الا ما فيه الحظ للموكل لانه مؤتمن و كذا الاجنبى لو جعل الخيار له و فرق (الشافعى) بينهما فلم يوجب على الاجنبى رعاية الحظ و ليس بجيد لان جعل الخيار له ايتمان له انتهى .

ولا يخفى ان ما اختاره (الشافعى) هو الموافق للقواعد اللهم الا ان يدعى انصراف الاطلاق الى الايتمان لكنه لا يخلو عن اشكال و هل يشترط عدم اشتغال الفسخ على ضرر للمشروط له مطلقاً أو اذا كان مما لا يتحمل عادة ام لا و جوه من ان الظاهر من اشتراط الخيار للاجنبى اذا كان ما يعود اليه رعاية مصلحته الغير المزاحمة لمفسدة تعود الى المشروط له و من عدم انصراف الاطلاق الا الى ما لا يستعقب مالا يتحمل عادة من الضرر و من عدم انصراف الى شىء منهما اصلاً فانه لا مانع من ان يكون صلاح الاجنبى اهم و اوفق بحال المشروط له و اعود اليه مما يعود اليه ابتداء .

و لعل الاظهر عند عدم القرينة هو الاخير لان الغالب غفلة المشروط له عن احتمال استتباع فسخ الاجنبى ضرراً عليه و اطمينانه بعدمه فيقع الشرط منه مطلقاً فينفذ مطلقاً الا اذا ظهر ان الغرض التقييد و ان لم يصرح به في العقد اللهم الا ان يقال ان الاجنبى و ان لم يكن مؤتمناً من حيث مراعات المصلحة لكنه مؤتمن من حيث رعاية عدم المفسدة و بعبارة اخرى ان الغالب ان المشروط له يشترط الخيار لمن يراعى عدم المفسدة له ولا اقل من رعاية عدم المفساد العظيمه فهو مؤتمن من هذه الجهة .

و دعوى غفلته غالباً من هذه الجهة و اشتراط الخيار للاجنبى من غير سكوته الى عدم رضاه بالضرر العظيم على المشروط له بيئته الوهن فان جعل الخيار للاعداء و السفهاء بعيد عن ساحة العقلاء و قلما يتعلق به غرض عقلائى .

و بالجملة فالغالب ان الخيار للاجنبى لمصلحة تعود الى المشروط له اما ابتداء أو بعد عودها الى ذى الخيار بان يكون عود الفائدة الى الاجنبى فائدة للمشروط له

أو لكون نفس اشتراط الخيار للاجنبي مشتملاً على فائدة للمشروط له و ان لم يكن في الفسخ مصلحة لواحد منهما و الغالب احد الاولين ولا يكون الا اذا كان الاجنبى ممن يطمئن للمشروط له بتحفظه عن الاضرار بالمشروط له في هذا الفسخ .

نعم لو ظهر ان الغرض كون الاجنبى ذا خيار كائناً ما كان نفذ مطلقاً لكنه نادر فالظاهر من اشتراط الخيار كونه على وجه الايمان من هذه الجهة و مع ذلك كله فالمسئلة لا تغلو عن اشكال والله العالم بحقيقة الحال و حيث لا يجب عليه رعاية مصلحة المشروط له فهل يشترط رعاية مصلحة نفسه نظراً إلى عدم ثبوت الخيار له الاعلى هذا النحو او ان ذلك على تقدير اعتباره مجرد داعى غير مقيد للعنوان و جهان و على تقدير الاشتراط فهل الحكم دائر مدار المراعات و ان لم يطابق المصلحة الواقعية أو يعتبر المطابقة ايضاً فمع التخلّف لا ينفذ الفسخ أو يشترط وجود المصلحة و ان اعتقد الفاسخ الفساد وجوه .

الثالث ان هذا الخيار يبطل بموت الاجنبى ولا ينتقل الى وارثه ولا الى المشروط له ، اما الاول فالظاهر انه موضع وفاق و السر فيه ما تقدم من ان الحق للمشروط له ، و اما الثانى فلان الحق هو خيار الاجنبى فبموته يرتفع الموضوع خلافاً (للفاضل قدس سره) حيث قال في (التذكرة) لو شرط الخيار لاجنبى كان له خاصة دون العاقد فان مات الاجنبى في زمن الخيار ثبت الآن له لان الحق و الرفق له في الحقيقة و هو اصح وجهى الشافعية على تقدير اختصاص الاجنبى بالخيار انتهى .

و فيه ما لا يخفى فان حق المشروط له خيار الاجنبى لا خيار نفسه و الاول لا يصلح للانتقال اليه و الثانى لم يثبت بالاشتراط و تهافت صدر الكلام مع ذيله واضح فان اختصاص الاجنبى بالخيار حيا انما هو لعدم ثبوته لغيره بالاشتراط فكيف يحكم بكون الحق له مع هذا الحكم و الاعتراف فان ثبت هذا الحق للمشروط له بالشرط فما وجه اختصاصه بالاجنبى و ان انتقل اليه بالموت فمع انه لا يورث لعدم كونه حقاً و عدم كون المشروط له من حيث هو كذلك وارثاً فهو خلاف ما ادعاء من ان الحق و الرفق له في الحقيقة فانه يريد ان هذا في الحقيقة للمشروط له من اول الامر و هذا لا

بلائم انتقاله اليه بموته .

و كيف كان فالامر واضح و كذلك الحال فيما اذا مات واحد من الاجنبيين القائم بهما خيار واحد اما اذا كان احدهما أو كلاهما عاقداً فالظاهر قيام وارثه مقامه فان اعتبار الاجتماع انما قيد الحق ولم يخرججه عن الحقيقة و فيه تأمل فانه لو اعتبر المجموع شخصاً واحداً و جعل لهما حق واحد فلا يعقل الانتقال إلى الوارث لان المجموع لا وارث له فافهم .

وقد يقال لو اتفق الموت حينئذ أو احد اسباب الحجر كالجنون و الاغماء لاحدهما فيرجع الى الحاكم و يضم الحاكم احداً غيره اليه كما في الوصية لعموم ادلة الولاية في الحكم انتهى ، اما بالنسبة الى الاجنبى فعلى المختار من عدم ثبوت الحق فلضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه ولا معنى لاقامة الحاكم بدلا عن الشرط و على القول بثبوت الحق له و انتقاله الى وارثه فلا معنى لولاية الحاكم بعد موته و اقامة غيره مقامه .

و اما العاقد فيقوم الوارث مقامه ان لم يكن لشخصه خصوصية في الشرط والفرق بين المقام و بين الوصية في غاية الوضوح فان الوصية ليست متقومة بالوصى فلا تبطل بموته و ليست الوصاية حقاً تنتقل إلى الوارث فمع بقاء الوصية و عدم من يقوم بها يرجع الامر إلى الحاكم في تعيين من يقوم بها و اين هذا عما نحن فيه .

الرابع لا ريب في عدم اشتراط حضور غير ذى الخيار في فسخه سواء كان مشاركاً فيه ام لا و سواء كان كل منهما ذا خيار ام كان لهما خيار واحد و نفى عنه الخلاف في (المبسوط) على ما في (الدروس) و اما ما يحكى عن بعض اهل القصور من ذهابه إلى اشتراط الحضور فما به من الوهن و القصور في غابة الظهور و وافقه على ما في (الدروس) من اصحابنا (ابن الجنيدي) و (ابن حمزة) قال الرابعة لصاحبه الفسخ و الامضاء في حضور الاخر و غيبته بحكم حاكم و عدمه نعم ثبوته يتوقف على الاشهاد مع النزاع و قال (ابن الجنيدي) يشترط في الخيار المختص في الفسخ و الامضاء الحضور أو الحاكم أو الاشهاد قال و في المشترك لا ينفذ الفسخ و الامضاء الا بحضورهما و قال (ابن حمزة) لا بد في المشترك من اجتماعهما على الفسخ و الامضاء انتهى .

نعم يعتبر الاجتماع في الرأي و التوافق على الفسخ و الامضاء إذا لم يستقل الفاسخ و الملزم في الخيار بل اشتراك غير واحد في خيار واحد فلو اجتمعا نفذ و اما لو اختلفا بطل ما وقع من كل منهما من الفسخ و الامضاء و اما إذا كان الخيار لواحد مستقلا و كان الآخر وكيلا عنه فيقدم السابق مع الاختلاف كما في الوكيلين و بطل مع التقارن ومع الشك يرجع إلى اصل اللزوم .

و اما إذا استقل غير واحد بالخيار فان كان الغرض رجوع امر العقد إلى كل واحد بحيث لو اجاز أو فسخ لم يكن مجال للآخر قدم السابق مطلقا سواء كان فاسخاً أو مجيزاً فان "فسخ اللاحق كاجازته في مناط عدم النفوذ و هو كونه مسبوقا بفعل نافذ مناف له و ان كان الغرض تسليط كل منهم على الفسخ و انما له الاجازة من طرفه بمعنى ان له الزام العقد و احكامه من جانبه الراجع إلى سقوط هذا الخيار قدم الفاسخ مطلقا و ليس هذا الايجاب اسقاطاً بل انما هو مثل ايجاب احد المتعاقدين مع بقاء خيار صاحبه فان الاحكام من طرف ذى الخيار غير اسقاط استحقاق الفسخ و الايجاب كما امر بيانه فتأمل جيداً فان هذا معنى دقيق لا يهتدى اليه الا ذو نظر عميق هذا .

و لكن لا يخفى ان عبارة الوسيلة لا تدل على ما نسب اليه بل مفادها عين ما حققناه فافهم فظهر فساد ما في (الجواهر) من انه لا وجه له .

ولا بأس بنقل عبارة الوسيلة فان الاصحاب قد زلت اقدامهم في فهمها قال وخيار الشرط يكون لمن شرط له اما للمتبايعين أو لاحدهما أو لغيرهما فان شرط لاحدهما مدة معينة من الزمان كان له الخيار في المدة و ان شرطت لهما و اجتمعا على فسخ و امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل و ان شرطت لغيرهما و رضى نفذ البيع و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء و ان اراد رفع الخيار كان لهما انتهى .

و الظاهر انه اراد من كون الخيار لغيرهما رجوع الامر اليه فمعنى الخيار اختيار احد الطرفين و البناء عليه و تعيينه لا ما هو المصطلح و في (الدروس) بعد نقل هذا الكلام: ولم يشترط كونه عن المشتري و هو تعريض منه على اطلاقه بعد ارتضائه اصل الحكم حيث ان عدم رضا الاجنبى لا يتعقبه خيار المبتاع الا اذا اشترط المبتاع

المؤامرة على البايع و الاعمدم رضا الاجنبى يستعقب خيار البايع وكان اطلاق الوسيلة انما هو لكون هذا الشرط اى اشتراط المؤامرة من المشتري فلا يتوجه هذا الاشكال و ما حملنا عليه الوسيلة ليس ببعيد كما فهمه (الشهيد قدس سره) فان المؤامرة ليست عنوانا مستقلا في كلمات السلف .

وفي (الدروس) قبل نقل هذا الكلام و يجوز اشتراطه لاجنبى منفردا فلا اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما ولو خولف امكن اعتبار فعله والا لم يكن لذكره فائدة انتهى ، و الظاهر ان ضمير فعله و ذكره راجع الى الاجنبى لا الى احدهما والمراد بالامكان الاحتمال و المراد بالاعتبار النفوذ المطلق بحيث لا يكون عليه اعتراض و الحاصل ان اشتراط الخيار للاجنبى مع احدهما يحتمل ان يحمل على المؤامرة فان التعيين للاجنبى و العمل للمشروط له و هذا نحو اشتراك أيضاً فيحمل اطلاق الانضمام عليه لعظم فائدة المؤامرة و شيوعها و تداولها فالتنوين في فائدة للتخيم و النفي متوجه إلى القيد فلا يرد الاعتراض عليه بان الاشتراك في الخيار بمعنى ثبوت خيار واحد لهما ايضاً مشتمل على فائدة فان فائدة المؤامرة اكثر .

ان قلت لا دليل على حمل كلام غير المعصوم على الاكمل مع انه قد يتعلق الفرض باعتبار الاجتماع على النحو الاخر و حينئذ فالمؤامرة ليس احسن بل اعتباره بمكان من القبح لانه مفقوت للفرض .

قلت نعم ولكن كثرة الفائدة اوجب شيوعها بحيث ينصرف الاطلاق اليها لا انا نحمله عليها لكثرة الفائدة .

و يؤيد هذا التفسير تعقيبه بكلام (ابن حمزة) الذى هو كالنص في المؤامرة على ما عرفت لعدم ارتباطه به الاعلى هذا التقدير كما لا يخفى ، فما في (الجواهر) بعد نقله عنه من انه في غير محله لعله في غير محله فكانه زعم ان الذى احتمله (الشهيد قدس سره) تقديم فعل الاجنبى مع استقلال كل من الاجنبى واحد المتعاقدين بالخيار مطلقا لانه نقل كلام (ابن حمزة) و عبارة (الدروس) بعد ما حكم بتقديم الفاسخ ولو كان اجنبياً و حكم على الاول بانه لا وجه له و على الثانى بانه في غير محله متفرعا

حكمه هذا على وضوح تقديم الفاسخ مطلقا وقد عرفت الحال فيها .

و قال (شيخنا قدس سره) بعد نقل ما في (الدروس) اقول ولو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن الذكر الاجنبى فائدة انتهى ، و كانه زعم ان مرجع الضميرين احد المتعاقدين لا الاجنبى فعارضه بان عدم الاعتبار بفعل الاجنبى ايضا كعدم اعتبار فعل احد المتعاقدين فكما ان الاول يوجب انتفاء فائدة ذكر احد المتعاقدين فالثانى أيضاً يوجب انتفاء فائدة ذكر الاجنبى و بما ذكر يظهر اندفاعه لان المشروط له لا بد من ذكره في خيار المؤامرة لان الخيار له و اما للاجنبى الامر .

و بالجملة فهذه المعارضة على هذا التفسير بينة الفساد و كانتا مبنية على ما لعله يترائى من كلامه من احتمال التقديم مطلقاً نظراً إلى الوجه المذكور و لكنه عن ساحة كلامه بمراحل فان ثبوت الخيار للاجنبى مع احد المتعاقدين يصدق على صورة المؤامرة و الاشتراك في خيار واحد شخصى و استقلال كل منهما بخيار و ثبوته لاحد المتعاقدين مستقلا و للاجنبى وكالة فاحتمال الاناطة باحد المتعاقدين المشروط له الخيار فيما عدا الاولى بعيد عن ساحة العلماء و كذا الاعتبار بفسخ الاجنبى في الصورة الاولى فان الحكم فيها عدم نفوذ فسخ الاجنبى مطلقا و توقف نفوذه من المشروط له على الامر و في الثانية عدم النفوذ من احدهما منفرداً و في الثالث و الرابع النفوذ من السابق بالضرورة نعم في الثالث وجه لتقديم الفاسخ مطلقا قد تقدم .

فالاولى حمل العبارة على التردد في الموضوع و احتمال حمل اطلاق اشتراط الخيار للاجنبى مع احد المتعاقدين على المؤامرة فلا وقع لما اورده عليه نعم يمكن منع الانصراف و لكنه غير قادح في الاحتمال و هو لم يزد على دعوى الامكان .

و يحتمل ان يكون مقصوده احتمال عدم نفوذ فسخ العاقد عند عدم الاستيمار اذا اشترط المؤامرة وقد صرح به (آية الله قدس سره) حيث قال ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يأمره بالرد لانه جعل الخيار له دون العاقد و هو احد قولى (الشافعية) و الثانى انه يجوز له الرد من غير ان يستأمر و ذكر الاستيمار احتياطاً و

المعتمد الاول انتهى .

الخامس لا يشترط في هذا الاجنبى شىء مما يشترط في الوكيل على المختار و يلزم على من ذهب إلى انه توكيل اعتبارها بل اعتبار ما يعتبر في الوكالة في هذا الاشتراط نعم يعتبر تعيين من له الخيار فلو تباعا بشرط الخيار لاحدهما أو لاجنبى بطل الشرط و صرح في (التذكرة) ببطلان العقد أيضاً وهو على القول باستلزام بطلان الشرط لبطلان العقد ظاهر و اما على عدم الظاهر انه ايضاً كذلك لسراية الفرر إلى البيع .

السادس للوكيل ان يشترط الخيار للموكل و لنفسه و لثالث مع رعاية المصلحة و منع (الشافعى) من الاخير و ابطال البيع و هو احد وجهيه في الاولين على ما في (التذكرة) و مما يتفرع على ما مهدنا من كون خيار الشرط بحسبما يشترط انه يجوز مطلقا و ان يكون مقيداً بقيد من القيود فمنه التقييد بالاستيمار فليس له الفسخ الا بعد الامر بل ليس له ذلك بمجرد الامر إذا كان المشروط الاستيمار على سبيل الاستشارة فلا بد من استقرار الرأى فلو اختلف قوله ' تبع الاخير .

واما ما حكاه في (التذكرة) من ان تجوز الفسخ قبل الامر احد قولى الشافعية فالظاهر انه مبني على عدم اعتبار الاستيمار في الفسخ و فرض اشتراط الخيار مطلقا و كون ذكر الاستيمار من قبيل ذكر الغاية فكان " الشارط يحتاط باشتراط الخيار للتمكن من امتثال امر من يتوقع امره بالفسخ .

والى هذا ينظر ما في محكى (السراير) من عدم اعتبار سبق الامر في ثبوت الخيار والافتناء المقيّد بانقضاء القيد ليس مما يخفى على احد ، فما في (الجواهر) من انه واضح البطلان لا يخلو عن شىء فالاختلاف انما هو فيما يستفاد من هذا الشرط في العرف لا في الحكم فتدبر ولا يجب عليه الفسخ بالضرورة فان المفروض انه مشروط له و ليس للاجنبى شىء و انما يعتبر امره في الفسخ وبالجمله فمدم اقتضاء اشتراط نفوذ الفسخ بالامر وجوب متابعتة ضرورى .

و (لشيخنا قدس سره) في هذا المقام ما لا يخلو عن شىء . ولا يسقط باسقاط

الاجنبى المستأمر لان الحق للعاقد لا له بالفرض .
و اما ما في (جامع المقاصد) تبعاً (للتذكرة) من ان الخيار لذلك الاجنبى دون العاقد فليس المراد بالخيار ملك الازالة بل المراد اختيار احد الطرفين و تعيينه و البناء عليه فلا ينافى ما ذكرنا و يجوز اشتراط كل من تقدم الامر على الفسخ و مطابقته له مطلقا سواء كان مقدماً أو مؤخراً أو مقارنا بل يمكن اشتراط المطابقة لرأيه و تقدم الاستيثار على الامر بل غير هذه من الوجوه فان المتبع انما هو جعل المتعاقدين و اشتراطهما .

فما في (الجواهر) من كفاية تقدم الامر على الاستيثار في نفوذ الفسخ اقوى و اسناد الخلاف إلى ظاهر (المبسوط) و (الخلاف) و (التذكرة) و (كنز الفوائد) و (تعليق الارشاد) و (المسالك) من اقتضاء كلماتهم انتفاء الخيار بانتفاء الاستيثار فيه تأمل لما عرفت من اختلاف الحكم باختلاف الغرض و لانتقل النزاع من اهل العلم في مثل هذه المسئلة بل تنادى كلماتهم بان مقصودهم دفع ما توهمه (الشافعى) في احد قولييه من عدم اعتبار صدور الامر اصلا و ان الشرط ليس مقيداً حقيقة .
ففى (المبسوط) و ليس له الرد حتى يستأمر لانه شرط ان لا يكون له الرد الا باجماعهما انتهى ، و مفاد هذا التعليل انما هو عدم جواز استقلال الشارط والاجتماع بعم صورة تقدم الامر .

و في (التذكرة) إذا تقرر هذا فانه ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يامر بالرد لانه جعل الخيار له دون العاقد و هو احد قولى الشافعية والثانى أنه يجوز له الرد من غير ان يستأمر و ذكر الاستيثار احتياطاً و المعتمد الاول انتهى ، و هذه العبارة صريحة فيما حققناه فتدبر .

ولا يشترط تعيين المستأمر بالفتح بل يصح اشتراط الخيار مرتباً بامر واحد من الرجلين أو الرجال مثلاً لما عرفت من ان الخيار للشارط لا المستأمر الاجنبى فجهالته لا يوجب الغرر في الشرط و تعيين شخص الشرط غير معتبر نعم يعتبر تعيين نوعه من كونه استيثاراً أو مقيداً برد الثمن أو غيرهما و مع الاختلاف فالمتبع كيفية الاشتراط

فان كان المشروط رجوع امر المعاملة إلى كل منهم مستقلاً بحيث ينفذ فيها ما فعله فلا يبقى مجال لعمل الآخر قدم السابق سواء كان مجيزاً أو فاسخاً وإن كان المشروط سلطة الشارط على الفسخ على تقدير امر واحد منهم به قدم الفاسخ .

فما في (الجواهر) من ان مع الاختلاف يقدم الفاسخ و في المتحد إذا اختلف رأيه في المدة يحتمل ذلك و الاخذ بالمقدم و المؤخر كذلك ، كانه ليس على ما ينبغي لوضوح اختلاف الحكم باختلاف الموضوع ثم قال هذا كله بناء على معلومية ما عرفت من اشتراط الاستيماراما إذا اريد منه غير ذلك من المشاورة و اجالة الرأي معه لا اتباع امره أو نحو ذلك اتبع عملاً بالشرط و لعل اطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيما ذكره الاصحاب و الامر سهل بعد وضوح المأخذ لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص فالمرجع في المراد منها إلى ما يرجع اليه في غيرها من العرف و اللغة بل استقصاء البحث فيها ليس من وظائف الفقيه انتهى .

و انت خبير بانه لا فرق في الرجوع إلى العرف بين المقامين و ان المناطق انما هو اعتبار المتشايطين فمع العلم لا اشكال في الحكم و مع الجهل فالمرجع هو الاصل فجعل المسئلة الاولى ذات وجوه و محل الخلاف و احالة الثانية إلى العرف فيه ما لا يخفى و بما مر ظهر الفرق بين اشتراط الاستيمار و جعل الخيار للاجنبي حيث ان الخيار على الاول للشارط غاية الامر انه مقيد و على الثاني للاجنبي و ان كان الحق للشارط على ما عرفت و فرق بعضهم بينهما بالاثار ليس على ما ينبغي فتدبر .

ولا يجب عليه رعاية المصلحة الامع كون المشروط الاستيمار على وجه الاستشارة و يسمع دعواه عند الشك و لنعم ما قيل ان استقصاء البحث في هذه المسئلة ليس من وظائف الفقيه فانه تشخيص للموضوع الصرف فهو و غيره في هذا الشأن سواء و الغرض مجرد التنبيه على بعض الجهات .

السابع لو ضربت للخيار مدة فلا بد من تعيينها بما لا يحتمل معه الزيادة و النقصان فان غرر الابهام يستقل العقل بفساده و لهذا لا يحتمله الصلح ايضاً على ما حققناه في الرضوان فما تعارف من توزيع الاجرة على النجوم اقساطاً و اشتراط الخيار

عند التخلف ان كان تصريحاً بما يقتضيه الشرط لم يعتبر فيه تعيين زمان الخيار و ان كان انشاء للخيار مع قطع النظر عن ذلك عند التخلف فلا بد من تعيين زمان الخيار و حيث اعتبرنا التعيين فالابهام يبطل البيع و ان قلنا بان فساد الشرط لا يوجب فساد البيع لسراية الفرر اليه كما لا يخفى .

الثامن لو لم يضربا للخيار اجالا فالمعروف الفساد لان زمان الخيار مما يختلف باختلافه الغرض طولا و قصراً غاية الاختلاف فيلزم الفرر غاية الامر انه ليس من غرر الابهام حيث ان الزمان ليس مأخوذاً في ماهية هذا الحق بل انما هو كاستحقاق المطالبة و غيره من الحقوق و لهذا يعتبر في النسيئة والسلم تعيين الاجل مع ان استحقاق المطالبة يمكن ان يكون مرسلًا غير محدود بوقت، اللهم الا ان يقال انه بعد ان كان في حد نفسه مجرداً عن الزمان فترك التحديد ليس غرراً حيث انه حق معلوم ليست فيه جهالة .

و ذهب (الشيخ قدس سره) و جماعة إلى عدم اعتبار التعيين لكن زعموا انه محدود شرعاً بثلاثة ايام نظراً إلى الاخبار و كانه اجتهاد منهم فيها و الا فلا رواية تدل على ذلك و النبوى المشتمل على الاخذ به قاصر عن افادة ذلك كما لا يخفى و كما يجوز تقييد هذا النوع من الخيار بالاستيمار يجوز تقييده برد البائع مثل الثمن أو عينه إلى المشتري و الارتجاع بالمبيع عيناً فقط أو مع التمكن و بالبدل مع التعذر .

و يدل عليه ان المقتضى و هو نفس العقد موجود فان كون البيع الجامع للاركان مقتضياً للصحة مما لا ريب فيه فانه في نفسه كذلك وقد قرره الشارع على ما هو عليه عند العرف بقوله [احل الله البيع] و ليس في المقام ما يصلح لل منع الا ما يتوهم من التعليق القادح في الانشاء و سيتضح فساد مع انه مما اطبق عليه اهل العلم كافة الا الاشارة من اهل الخلاف مع ان في خصوص المسئلة اخباراً صريحة صحيحة مشهورة .

و يجوز ان يشترط له الرد مطلقاً فيكون الغرض مجرد استيفاء الثمن في تمام المدة المضروبة و مقيداً بقيد من القيود مثل ان يكون موزعاً عليها بالسوية أو الاختلاف و حينئذ لا يكفي مجرد الرد بل لابد ان يكون على النحو المقرر .

و يجوز ان يشترط الخيار في الكل برد الكل أو البعض و في البعض برد البعض

الخاص و ما دونه لا ما فوقه فان اشتراط الخيار في البعض يرد ما فوق ما يخصه من الثمن كاشتراطه في الكل يرد الزائد عن المسمى لا معنى له فان رد الثمن عبارة عن اعادته إلى ملك المشتري ولم يكن الزائد في ملكه فلا يتصور الاعادة، هذا حال اشتراط رد الزائد على تمام الثمن في فسخ الكل واما الزائد على البعض فلان عوده اليه لوجه له الا الفسخ ولا معنى لرده اليه مع انتفاء السلطنة على ارتجاع ما يوازيه من المبيع. هذا كله إذا كان بعنوان الرد .

و اما إذا كان المشروط مجرد الاعطاء مع التجرد عن عنوان الرد فهو و ان سلم عن هذا الاشكال الا انه يجب ادراجه تحت عنوان آخر من امانة أو قرض أو عارية أو هبة أو غيرها والابطال للفرر و في (الدروس) فرع لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن أو الخيار في بعضه ففي الجواز نظرو كذا لو وزعاً الثمن نجوماً أيرد في كل نجم بقسطه أولاً بقسطه انتهى .

و ظهر انه لا وجه للتأمل في الجواز و لعل المنشأ ما يتوهم من ان هذا الصنف من الخيار على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على ماورد به النصوص و قام عليه الاجماع . توضيح المرام ان في المقام اشكالا قد استصعبه الاعلام فذهب كل منهم إلى صوب و هو ان التنجيز معتبر في الشروط كنفس العقود لمنافات التعليق للانشاء فما وجه تعليق الخيار برد الثمن وغيره ؟ ولما كان المقام قد زلت فيه الاقدام فلا بأس ببسط الكلام و ان كان اللابق به غير هذا المقام و لنمهد مقدمة تحتوى على بيان امور :

الاول ان الانشاء في العقد و الايقاعات عبارة عن عقد القلب و الالتزام بالانوار الخاصة فالبيع عبارة عن المبادلة اى تبديل المال بالمال و انشائه عبارة من احداث حالة في نفس المنشئ بآلة من فعل أو قول تعبر عنه بعقد القلب و الالتزام بالبديلة و الشراء عبارة عن الالتزام بضمنية الثمن و الطلاق عبارة عن الالتزام و عقد القلب على انقطاع علقه الزوجية وليس الحادث بالبيع أولاً انتقال المبيع إلى المشتري و سلطنته عليه لانه ليس مقدوراً للبائع ابتداء و انما يقدر عليه ثانياً .

بيان ذلك ان الملك انما يقتضى نفوذ التصرفات و اما جعل نفس السلطنة للغير

فليس من مقتضيات نفس الملك و انما هو من آثار شدة الملك فكأن له ملكين :
احدهما ملك العين المستتبع لجواز جميع التصرفات و الثانى ملك الملك اى
السلطنة عليه بالازالة و الابقاء ، و السلطنة الثانية انما هى باعتبار القدرة على سبب
النقل و هو احداث المعنى الانشائى في النفس و المخلوق للمنشئ أولا انما هو غرض
نفسانى و انما يستند الاثر إليه باعتبار تولده منه الا ترى ان الفضول يتحقق منه الانشاء
مع ان الاثر لا يحصل قبل الاجازة وكذا الحال في جميع ما يتوقف عليه الاثر مما يتأخر
عن الانشاء .

و بالجملة فانفكاك الانشاء عن الاثر غير عزيز فكيف يتوهم انه المنشأ و اقسام
المنشئ على انشاء ما يعلم بعدم امكانه محال ولو كان المنشأ نفس الاثار لما وقع الشك
في حصولها بعد العلم بوقوع الانشاء ولم يكن لاعتبار امر آخر في حصولها معنى .
الثانى ان كلا من الموضوع والمتعلق وتمامية الانشاء قد يكون محدوداً بحدود
ذاتية غير منوطة بجعل المنشئ مثل كون المبيع مما ينتفع به و عدم كونه ام الولد و
عدم كون المطلقة حائضاً أو في طهر الواقعة و عدم كون المزوجة ذات بعل أو في العدة
و هكذا و مثل كون الموكل فيه مما لا يشترط فيه المباشرة و مثل الخيار
الثابتة باصل الشرع كالمجلس و الحيوان وقد يكون محدوداً بحدود مجعولة مثل كون
السلعة أو الزوجة موصوفة بصفة خاصة أو كون الموكل فيه في الزمان المخصوص و مثل
خيار الشرط فان تمامية الانشاء منوطة بعدم اختيار ذى الخيار الفسخ .

و تلك الحدود بعضها يتوقف عليه حقيقة الانشاء و بعضها يتوقف عليه شخص
الانشاء و بعضها يتوقف عليه كمالها و بعضها لا يتوقف عليه شئ منها كما انه قد يتوقف
على غير تلك مثل كون المنشئ بالغاً عاقلاً غير محجور عليه و اقتران الايجاب بالقبول
و كون الصيغة على النحو المخصوص اما الحدود المجعولة فيتوقف عليها تمامية الانشاء
مطلقاً سواء كانت للانشاء أو للموضوع أو للمتعلق ولا يتوقف عليها حقيقة الانشاء .

نعم قد يتوقف شخص الانشاء على الحدود المجعولة للموضوع اللازم اعتبارها فيه
كالاوصاف المنوعة للمبيع و لذا يبطل العقد باتفائها ولا يمكن اسقاطها بخلاف غيرها

فان غاية ما يثبت به الخيار، و اما ما يتوقف عليه القيام أو التعلق أو ترتب الاثر فيرتفع الانشاء بارتفاعه بالضرورة و المراد بارتفاع الانشاء الفساد و الا قيام الانشاء بالمنشئ في بعض الصور مما لا ريب فيه .

الثالث ان الشيء بعد الحصول لا يتوقف على شيء في حصوله بالضرورة نعم يتوقف على علة البقاء في بقاءه فالأفعال كالضرب و القتل و الاخبار و الانشاء بعد حصولها لا معنى لتوقفها على شيء و من هنا اشتهر ان التعليق ينافي الانشاء فانه ان كان حاصلًا فلا يتوقف على شيء ولا يمكن تعليقه عليه والا فلا انشاء حتى يعلق او ينجز وبالجمله ليس للمنشئ ان يعتبر شيئاً علة لانشائه و يربطه به فان انشاء المرتبط ايجاد متوقف و هو بين الفساد .

الرابع ان ثمرات الانشاءات مختلفة فبعضها لتحصيل الأغراض انفسها و بعضها لتحصيل استعدادها للوجود في الوقت الخاص بالمكانة مجعولة لأعداد العبد للاعتناق و جعله بحيث ينعقد عند اداء مال الكتابة بخلاف البيع فان ثمرته نفس الملكية فكل انشاء لابد ان يكون على النحو المقرر عند العرف لعدم شمول الأدلة سواء فالبيع مثلاً يختص بالمبادلة حين الانشاء و ليس لتحصيل استعداد البدلية فبيع الشيء الآن بعد سنة من قبيل التناقض .

الخامس ان ما به يتحقق الانشاء اما خال عن التعليق أو مشتمل عليه حقيقة أو حكماً و التعليق اما على امر اختياري لتحديد الانشاء كالخيار أو لتحديد المتعلق كالصياغة و الكتابة و اما على ما يتوقف عليه الانشاء و اما على كيفيات الموضوع المتأخون في العقد كتعليق الوكالة على كون البيع عند قدوم الحاج أو كون المشتري من العلماء أو كون القيمة عشرة دنانير و أما على اوصاف موضوع العقد كالعين في العقود المملوكة لها كالبيع و الصلح و الهبة و المنفعة في العقود المملوكة لها أو المتعلقة بها كالأجرة و الوقف و السكنى و التحييس و العارية و اما على امر اجنبى سابق على الانشاء أو مقارن أو لاحق و التعليق على اللاحق قد يجامع تأخير الاثر إليه وقد لا يكون إلا مجرد التعليق عليه، و الاثر مقارن للانشاء على تقديره مثل قولك (ملكك الكتاب الان ان جاء زيد غداً).

و كل منها اما بلفظ الشرط اسماً مثل قولك (بشرط كذا) أو فعلاً مثل قولك (واشترطت عليك) أو بحرف الجر مثل قولك (على ان تفعل كذا) أو بادوات الشرط أو على سبيل التوصيف أو على انحاء أخرى وعلى التقادير فالمنشئ اما يعتقد وجود المعلق عليه أو عدمه أو طناً باحدهما أو شاك .

السادس ان كلاماً من هذه الصور اما يعلق فيه الانشاء على الامور المزبورة بان يدور مدارها وجوداً و عدماً ابتداءً و اما يعتبر قيداً للمنشأ و القضية الملتزم بها فتارة تقول (ان جاء زيد غداً فانت وكيل) و نقول تارة (انت وكيل في البيع ان جاء زيد) و بالجملة فالميزان اعتبار المنشئ كما لا يخفى .

إذا تمهدت هذه ، فذوق : ان الاصحاب اطبقوا على اشتراط التنجيز في العقود فقد صرح به (الشهيدان) وغيرهما من المتأخرين ، بل ادعى جماعة من متأخري المتأخرين الاجماع عليه صريحاً و حكى عن (الشيخ) و (الحلبي) و (العلامة) و عن (فخر الدين) ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية و كذا غيره من العقود لازمه كانت أو جائزة و عن (تمهيد القواعد) دعوى الاجماع عليه و عن ظاهر (المسالك) في الوقف الاتفاق عليه ولم ينقل فيه خلاف لاحد ولكن صرحوا في بعض الصور بالجواز بل ادعوا الاجماع عليه أيضاً .

و عن (الشهيد قدس سره) في (القواعد) انه جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البايع (بعثك ان قبلت) وصرح في (الروضة) بصحة تعليق الوقف على الامر الواقع مع علم الواقف بوقوعه كقوله (وقفت ان كان اليوم الجمعة) ثم قال و كذا غيره من العقود و في (الرياض) نفى الخلاف عنه و حكاه عن تصريح جماعة و عن (المسالك) الاجماع عليه و عنه وعن الجامع في مسألة : ان كان لي فقد بعته ان التعليق اما ينافي الانشاء في العقود والابقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

و عن (العلامة قدس سره) في (القواعد) انه علل صحة ان كان لي فقد بعته بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جملة شرطاً و كذا كل شرط علم وجوده فانه لا

يوجب شكافي الجميع ولا وقوفه وحكى ايضاً عن (المبسوط) و (الايضاح) و (الصيمري).
و عن (الشيخ) في (المبسوط) انه حكى في مسئلة ان كان لى فقد بعته قولاً من
بعض الناس بالصحة وان الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لا يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد
لانه انما يصح بيع هذه الجارية من الموكل إذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاء الاطلاق
لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو المثلثين أو ما اشبه ذلك
انتهى .

و قال (الفاضل القمى قدس سره) ثم ان التعليق قد يكون بالصريح كقولك
بعث هذا الفرس ان جاء زيد أو أنكحت فلانة ان ذهب عمرو، وقد يكون ضمناً كما لو
باع مال مورثه بشرط موته و اتفق انه كان ميتاً لانه شاك حين العقد في العقد فلا جزم
فكانه معلق على موت المورث و هذا إذا لم يحصل له الجزم بالايقاع بان يكون الايقاع
عنده معلقاً على الموت والا- يعنى إذا جزم بالايقاع سواء كان متردداً في الوقوع أو خالى
الذهن أو معتقداً انه ماله و اتفق في نفس الامر موافقته للواقع- فالظاهر الصحة انتهى .
و اضطربت كلماتهم في مستند الاشتراط فالذي يظهر من البعض ان الوجه منافات
التعليق للجزم المعتبر في الانشاء قال (العلامة قدس سره) في (القواعد) الخامس من
الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و ان شرط المشيئة للجزم بثبوتها حال
العقد و بقائها مدته و هو احد قولى الشافعية و اظهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة
يقضيها اطلاق العقد لانه لو لم يشأ لم يشتر انتهى .

و قال الشهيد قدس سره في القواعد لان الانتقال بحكم الرضا ، ولا رضا الامع
الجزم والجزم ينافى التعليق لكنه قال ان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضة عدم الحصول
ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه
فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد .

ثم قال فان قلت يبطل قوله في صورة انكار التوكيل ان كان لى فقد بعته قلت
هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو صاحب له لا معلق عليه
الوقوع و كذا لو قال في صورة انكار وكالة التزويج و انكار التزويج حيث تدعيه المرأة

ان كانت زوجتى فهى طالق انتهى ، فظهر منه اختصاص الحكم بالمستقل .
 و علله بعضهم بانه مناف لما هو وضع العقود عند اهل العرف و المتعارف بينهم
 و اختلف عبائهم في تقرير هذا الوجه فبعضهم قرره هكذا و بعضهم قرره بان التعليق
 ينافى مقارنة ترتب المسبب على السبب المستفاد مما دل على تسبب العقود فان هذه
 الاستفادة انما هى من جهة انصراف الادلة إلى ما هو المتعارف و المتعارف هو التمييز
 وقد يقرر بان المعلق لا يعلم شمول الادلة له فان القدر المتيقن انما هو المنجز و هذا
 الشك ايضا من جهة انصراف الادلة إلى ما هو المتعارف فارادة غيره محتملة غير ثابتة .
 وقد يقرر بان التعليق موجب لتأخير المعلول عن علته التامة فان المراد ان العقد
 لكونه عند اهل العرف علة تامة فتأخير اثره عنه و تشريك غيره المؤخر عنه في الوجود
 معه خلاف ما التزموا به من تمامية التأثير و عدم تأخير اثره عنه فلا تشملها الادلة .
 قال (الفاضل قدس سره) ان اصل النقل لابد ان يحصل بنفس الانشاء و ذلك
 لا يكون الا بالجزم و القطع بذلك و التعليق ينافي ذلك و اللفظ المذكور في العقد هو
 الناقل فلو علق تأثيره على حصول شئ آخر لم يحصل النقل بذلك اللفظ و هو خلاف
 المفروض .

و الظاهر ان قوله و اللفظ المذكور النخ ، وجه ثان فاشار بما قبله إلى ما ذكره
 العامة و بما بعده إلى الوجه المتقدم آنفاً فتدبر و قال بعضهم ان التعليق ينافى الانشاء
 عقلا و انه غير قابل للتعليق بالذات و كأن الوجه فيه ان الانشاء لكونه فعلا اختياريا
 يتوقف على ارادة حتمية فان الشئ مالم يجب لم يوجد و التعليق لكونه موجبا للترديد
 يمنع من صدور الانشاء عن المنشئ و قيامه به .

و تحقيق المقام ان هذه الاقسام مختلفة الاحكام اما الشروط المستقلة فلا اشكال
 في صحتها و عدم قدحها في العقود سواء كانت راجعة إلى كيفية الانشاء كشرط الخيار
 أو إلى احوال متعلقة كشرط الصياغة و الكتابة سواء كانت ضمنية أو صريحة و سواء
 اعتقد المنشئ تحققها أو عدمه أو ظن باحدهما أو شك لالا أنها ليست تعليقا بل انشاءات
 مستقلة كما قيل فان شرط الخيار يعلق لزوم الانشاء على عدم فسخ ذى الخيار و شرط

الصياغة و الكتابة يربط مورد الانشاء بالمشروط ارتباطه بمتعلقه بل لان شرط الخيار مكيف للعقد بكيفية خاصة لا معلق له على شيء و غاية ما تفيدته الشروط الاختيارية صيرورة المشروط بمنزلة جزء من الموضين فعالها كحال العوضين .

و بالجملة فلا يحصل بالشرط ربط للعقد زائداً على ما كان له بالعوضين فان ازدياد المرتبط به و نقصه لا يوجب كثرة الارتباط و قلته و ربط العقد بمتعلقه محقق و مقوم له لا مناف له مبطل اياه و من هنا ظهر ان التردد في تحقق هذا الشرط بل الجزم بعدم تحققه لا ينافي العقد لان الجزم بعدم تسليم احداً للعوضين لا ينافي الانشاء بالضرورة و كذا الحال في التعليق على ما له دخل في تحقق الانشاء أو ترتب الاثر عليه مع الجزم بوقوعه فهو مثل قولك (ان كنت ابني) محقق و مؤكد للانشاء كقول القائل (ان كانت زوجتي فهي طالق) و مع التردد و الجزم بالعدم فان لم يمنع من اقدام المنشئ على الالتزام فلا اشكال في الصحة أيضاً .

وقد مر ان الالتزام كالرضا لا ينافي الجزم بانتفاء المتعلق و مع المنع فالامر واضح ولا فرق في ذلك بين ما كان من احوال الموضوع أو متعلقه و ما لم يكن كذلك وقد اشتهر ان تعليق العقد على مقتضاه لا بأس به حتى ان (الشهيد قدس سره) في (القواعد) صحح تعليق البيع على القبول بل على كون المبيع ملكاً للبائع .

و عن بعضهم صحة تعليق الخلع على قبول الزوجة مع ان شيئاً منها ليس مما يقتضيه الانشاء و يتوقف عليه فان قيام الانشاء بالبائع لا يتوقف على قبول المشتري بل يستحيل ان يتوقف عليه لاستلزامه تقدم الشيء على نفسه نعم يتوقف ترتب الاثر عليه و البيع المركب من اليجاب و القبول ليس انشاء قائماً بشخص حتى يقال ان القبول من مقوماته و مقتضياته و اما كون المبيع ملكاً للبائع فالامر فيه اوضح فانه لا يتوقف عليه الا ترتب الاثر وكذلك الحال في الخلع .

و بالجملة فالظاهر ان المناط عندهم مجرد ارتباط الانشاء بما تعلق عليه سواء توقف عليه ذاته أو ترتب الاثر عليه و كان الوجه فيه انه ليس الاجرا على ما هو الواقع و ليس امراً حادثاً من قبل المنشئ و التصريح بالواقع لا وجه لفساده بخلاف

التعليق على الاجنبى فانه اما يستتبع تأخير الاثر أو يستلزم التردد المنافى للجزم وقد عرفت ان التأخر الحاصل بسبب تأخر العلة غير التأخير بالاختيار الذى هو مخالف لوضع الانشاء .

و الحاصل ان تعليق الانشاء على ما هو معلق عليه في الواقع ليس الا تنبيهاً على ما هو الواقع بخلاف احداث التعليق فمع تأخر المعلق عليه خروج عما عليه الانشاء كقولك في الانشاء (بعتك هذا إذا جاء الصيف) و مع التردد كقولك (بعتك ان كنت نقياً) مع الجهل بتقواه فالبايع انما يتحقق منه الالتزام على تقدير تحقق التقوى و المفروض جهله بها و لازمه عدم تحقق الالتزام حينئذ حيث ان الجهل بالامر الوجدانى غير معقول و تحققه مع الجهل بالشرط منافي للاشتراط ولا يرد النقض بما لو جهل بتحقيق ما يرتبط به الانشاء بالذات حيث ان نفس الالتزام لا تردد فيه كما عرفت .

فالفرق ان التعليق على المرتبط ليس تعليقاً في الحقيقة بل اظهار للتعليق والارتباط بخلاف التعليق على الاجنبى فانه مع الجهل به في الحقيقة ترديد في الالتزام و هو في الحقيقة ليس انشاء ففرض الاصحاب ان مثل هذا و ان كان انشاء صورة الا انه عند التحقيق ليس كذلك ، فلا يتحقق الانشاء الا مع الجزم به ، نعم لا يعتبر الجزم بتحقيق ما يرتبط به مما عرفت تفصيله .

فظهر ان ارتباط الانشاء بالمعلق عليه مصحح للتعليق سواء توقف عليه ذاته أو آثاره ولذا لم يفرقوا بينهما وحكموا في الجميع بالصحة لعدم جريان الوجوه المذكورة حينئذ فما قد يناقش في تعليلهم للجواز في الصور المزبورة بان المعلق عليه مقتضى العقد من ان مثل القبول والملكية والمشية لا يتوقف عليه قيام الانشاء بالمنشئ فلا يقتضيه الانشاء لا وجه له لان الفارق كون الربط حادثاً بجعل المنشئ و كونه ثابتاً في حد ذاته كما عرفت و ليس لخصوص توقف الانشاء دخل في الصحة .

و يظهر من (الشهيد قدس سره) في (القواعد) الجزم بالبطلان فيما لوزوج امرأة يشك في انها محرمة عليه فظهر حلها معللاً بعدم الجزم حال العقد قال و كذا الايقاعات كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها او وكلى نائب الامام قاضياً

لا يعلم أهليته و ان ظهر اهلا ثم قال و يخرج من هذا بيع الوارث مال مورثه بظنه حيوته فبان ميتاً لان الجزم هنا حاصل لكن خصوصية البايع غير معلومة و ان قيل بالبطلان امكن لعدم القصد إلى نقل ملكه و كذا لو زوج امة ابنيه فظهر ميتاً انتهى . فان اراد عدم الجزم بالالتزام المنافي لذات الانشاء كما هو الظاهر فهو بمكان من الوهن لما مر مراراً من ان الالتزام كالرضا يمكن ان يتحقق مع الجزم بعدم تحقق متعلقه فضلا عن التردد نعم ان قلنا ان حقيقة هذه الانشاءات ايجاد الاثار المترتبة عليها فالنكاح ايجاد علقه الزوجية والطلاق احداث الفرقه و التولية ايجاد الولاية كما توهم فله وجه ولكن قد ظهر في المقدمة خلافه و ان اراد عدم الجزم بترتب الاثر فهو كذلك ولكن قام الاجماع على عدم اعتباره في الجملة كما في طلاق الغائبة و نكاحها و بيع الغائب و توكيله مع التردد في تحققه وقد سبق منه تصحيح البيع المعلق على القبول و الملكية .

ثم العجب من قوله و يخرج من هذا الخ فان الانشاء و الجزم حاصل بالفرض فكيف يمكن ان يقال ان البايع غير معلوم مع ان المفروض انه الوارث مع ان جهل المنشئ بكونه منشئاً ضرورى الاستحالة .

توضيح ذلك ان بيع الوارث مال مورثه مع ظن الحيوة اما عن المورث فضولة و اما عن نفسه برجاء موت المورث و اما عن نفسه مستقلا عدوانا و اما على الغفلة و كيف كان فخصوصية البايع معلومة ، اللهم الا ان يقال ان مراده انه لكونه تابعاً عن المورث لم يقارن طيب نفسه لنقل الملك عن نفسه فيبطل لاشتراط صحة العقد بمقارنة طيب نفس المالك لكنه يتم على القول ببطلان بيع المكروه مع تحقق القصد و عدم تأثير الاجازة و هو خلاف التحقيق بل الحق ان صحة الفضولى على طبق القواعد كما يظهر بالتأمل فيما تقدم منا من ان الاجازة كاشفة حقيقة .

وبالجملة فالمراد أن خصوص كون الوارث مستقلا بالبيع لم يكن معلوماً حال العقد مع كونه في الواقع كذلك فلم يصدر منه الانشاء على هذه الجهة فيبطل لانه انما رضى بانتقال المال من ملك المورث لا من ملكه وقد سبقه إلى هذا الاحتمال (العلامة قدس

سره) في (النهاية) و (الفخر) في (الايضاح) على ما حكى و لكن حكى ان المستفاد من (القواعد) و (الارشاد) الاجماع على الصحة .

و اعجب من هذا ما علل به الفساد من انه و ان كان منجزاً في الصورة الا انه معلق في الواقع و التقدير ان مات مورثي فقد بعثك ضرورة ان نفس الالتزام ليس منوطاً بذلك غاية الامر ان وقوعه عنه غير معلوم وقد عرفت انه غير قادح .

هذا و يمكن ان يقال ان التعليق على الامر الاجنبى أيضاً غير قادح ما لم يستلزم تأخر الاثر و ان جهل بتحقيقه فان كون مرجعه إلى عدم تحقق الانشاء ممنوع الا ترى ان الاوامر و النواهي يمكن ان تكون معلقة على شروط مجهولة الحصول كالاذن و المدح و الذم فكما يمكن ان يرخص شخصاً في التصرف في المال على تقدير مجهول ككونه عالماً فكذا يمكن ان يبيعه كذلك و محصله الالتزام بكون المبيع له على هذا التقدير لا مطلقاً و كون نفس الالتزام و الانشاء محققاً لا ينافي الجهل بتحقيق ما التزم به فكما يصح طلاق المرأة على تقدير كونها زوجة فكذا يمكن طلاقها على تقدير كونها زينة مع الجهل و مرجعه إلى انشاء القضية المشروطة فكما يمكن الاخبار بالشرطية فكذا انشاؤها .

اللهم الا ان يدعى انه على خلاف المتعارف فلا يشمل له الادلة أو يتمسك بالاجماع و كلاهما محل نظر اما الاول فواضح و اما الثاني فلان مورد كلماتهم غالباً انما هو التعليق المستلزم للتأخير ففي وكالة الشرايع و شرطها ان تقع منجزة فلو عقلت على شرط متوقع او وقت متجدد لم يصح وفي الوقف منه و يبطل لو علق بصفة متوقعة .

وفي (الروضة) عقب قول الماتن في الوكالة و يشترط فيها التنجيز بقوله فلو علقه على شرط متوقع كقدوم المسافر او صفة مترقبة كطلوع الشمس لم يصح انتهى . فالمراد من الصفة ما يعلم بتحقيقه و ان لم يتحقق في الحال نعم له اطلاق آخر و هو المقارن المجهول فلاحظ و تتبع و كيف كان فتحصيل الاجماع مشكل و مقتضى الضوابط الصحة و لكن الانصاف انه لا يمكن انكار كون المنع معروفاً عندهم والله ولى الهداية .

و بالتأمل فيما حققناه يظهر ما فيما صدر عن الاصحاب في هذا الباب و نحن

انما نتعرض لما صدر عن (شيخنا قدس سره) قال ثم انك قد عرفت ان العمدة في المسئلة هو الاجماع و ربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق و بطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه و ان كان الكلام في انه كما يصح انشاء الملكية المنتهقة على كل تقدير فهل يصح انشاء الملكية المنتهقة على تقدير دون آخر كقوله (هذا لك ان جاء زيد غداً) و (خذ المال قرضاً او قراضاً اذا اخذته من فلان) و نحو ذلك و لا ريب في انّه امر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الاوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات .

و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من (المتعاقدين) مخالف لذلك و فيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى [او فوا بالعقود] لان دليل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك - ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد [او فوا بالعقود] الا مفاد او فوا بالعهد في ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد .

والحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البداهيات التي لا يعقل خلافها و ان اريد به الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك الغير المعلق وان كان معلقاً فاثرة الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جداً ، مع ان ما ذكره لا يجرى في مثل قوله (بعثك ان شئت او ان قبلت) فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه مع ان هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المنتهق في الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً مع ان ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى و ليس الكلام في خصوص البيع و ليس على هذا الشرط في كل عقد دليل عليه .

ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك في ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس الا العقد العارى عن التعليق اذ فيه ان اطلاق الادلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب الوفاء بالعقود و ادلة سائر العقود كاف في التوقيف .

و بالجملة فاثبات هذا الشرط في العقود مع عموم ادلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققاً او منقولاً مشكلاً انتهى .

و فيه للنظر مواقع : منها ما ذكره في ابطال الوجه الاول فان الاحتمال الاول تطويل و ما ذكره في الاحتمال الثاني عليل فانه لم يقع في المعاملات من العقود والايقاعات ما يشمل على التعليق بالمعنى المبحوث عنه كيف و هو معترف بقيام الاجماع على عدم الجواز و انه المستند فكيف يمكن وقوع ما يخالفه الا ان يقال ان الاجماع على الاصل لا ينافى قيام الدليل على الخروج ولكن ليس هذا الحكم عند الفقهاء مما يقبل التخصيص بالنسبة الى احدى صورتين وغير مخصص بالنسبة الى الاخرى قطعاً .

توضيح ذلك ان التعليق المبطل عندهم على قسمين على ما عرفت : احدهما ما ينافى الجزم و هو التعليق على الاجنبى المجهول و هذا هو الذى زعموا منافاته للانشاء بالذات عقلاً حيث ان الجزم من لوازم الانشاء والترديد مناف له و هذا و ان كان محل نظر على ما حققناه الا ان دعوى وقوع هذا النوع من التعليق في الشرع واضحة الفساد بينة الوهن و يا ليتة اقتصر على دعوى وقوعه في الاوامر على ما اشرنا اليه فافهم .

والثانى ما يوجب تأخير الاثر كقولك (بعثك هذا من الشهر الاينى) و هذا انما يقدح لكونه خروجاً عما عليه البيع من كونه تبديلاً من حينه لا مطلق التبدل و كذا الحال في غيره فان الوقف عبارة عن التصديق من حينه والنكاح عبارة عن التزويج كذلك بل الاجارة عبارة عن التسليط على العين لاستيفاء المنفعة كذلك و كون المنفعة مؤخرة لا ينافى ذلك فانه فرق بين قولك (آجرتك الدار الان من السنة المستقبلية) و قولك (آجرتكما من السنة المستقبلية بعد شهر) .

والثانى هو الذى يشبه المقام لا الاول فان تأخر المنفعة المملوكة من العقد لا ينافى

فعلية التملك ولا يجرى هذا في ملك العين حيث ان الزمان ليس مشخصاً لملك الاعيان بخلاف المنافع فان الزمان مشخص لها ضرورة ان الانتفاع من الدار في كل سنة غير الانتفاع منها في غيره .

والحاصل ان اثر الانشاء لا يمكن تأخير عنه بالاختيار حيث انه على خلاف وضعه نعم قد يكون اثره مجرد الاعداد فيتأخر الفعلية عن الانشاء كالوصية والمكاتبه والتدبير والمضاربة والمزارعة والمساقات فلا بد من ملاحظة حقيقة الانشاء وان اثره ماذا ؟

وكان مثل هذه الموارد اوقع (شيخنا قدس سره) في هذه الشبهة فزعم ان الوصية تملك بعد الطمات والمكاتبه عتق معلق على اداء مال الكتابة والتدبير عتق معلق على الموت والجمالة تملك معلق على العمل وهكذا ولكن الحق ما حققناه من الفرق بين الاثنين فافهم .

و اما ما ذكره من المثال فهو ليس بما نحن فيه حيث ان القرض والقراض يتوقفان على وجود المال عقلاً ونظيرهما في ذلك توقف الطلاق على الزوجية ولا ريب في ان تعليق الانشاء على ما يرتبط به بالذات غير قادح وما لم يتمكن الشخص من اخذ المال لم يتحقق القرض والقراض فهذا ليس من التعليق في شيء نعم قوله (هذا لك ان جاء زيد غداً) عند الفقهاء تعليق باطل مع الجهل بالمجئ او ارادة التأخير والوجه ما عرفت . ومنها ما ذكره في ابطال الوجه الثاني فان محصل هذا الوجه ان هذه الانشاءات لم يرد في الشرع بالنسبة اليها الامنع او تقرير فادلة الصحة لا تدل الا على تنفيذ ما هو المتعارف على ما هو عليه غالباً ولم يرد بالنسبة الى التعليق تصرف جديد وهى في حد انفسها آية عنه على ما عرفت .

فالادلة ظاهرة في ترتب آثارها عليها حال الوقوع لانها في حد انفسها كذلك والادلة ظاهرة في التقرير فعدم انحصار دليل الصحة في قوله تعالى [اوفوا بالعقود] و قصوره عن افادة ترتب الاثر من حين الوقوع لان الوفاء ليس الا العمل بمقتضى العقد سواء كان منجزاً او معلقاً لا يقدر في الاستدلال حيث ان نظر المستدل ليس الى ما

زعمه من ان تأخير العمل بالعقد ينافى الوفاء كى يدفع بان الوفاء ليس الا العمل بما يقتضيه العقد بل انما نظره الى ما حققناه من ان الادلة ظاهرة في التقرب والانشاءات في حد انفسها آية عن التعليق .

و بالجملة فلم يستند احد في دعوى هذا الظهور الى هذه الآية كيف و لا امتياز لها من غيرها الا ان يتوهم ان الامر يدل على الفور والتأخير ينافيه و هو مع فساده في نفسه لا دلالة له على ذلك فافهم .

و من الغريب ما زعمه من دلالة تسلط الناس على اموالهم على صحة المعاملات حيث ان قصور الالة لا ينافى سلطنة الفاعل بالضرورة فعدم ترتب الاثر على الميسر والرباء ليس تخصيصاً في دليل سلطنة الناس على اموالهم كما لا يخفى ولا يخفى ان ما تنبه له هنا من انه ليس مفاد [اوفوا بالعقود] الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد يجب الوفاء به على حسب ما وقع بعينه ما ببه عليه (آية الله قدس سره) في (المختلف) في مقام منع دلالة الآية على اللزوم على ما حققناه سابقاً فراجع و تدبر .

و اما قوله والحاصل الخ ففيه ان المانع من صحة البيع المعلق على امر متأخر انما هو خروجه عما بنى عليه في العرف من المبادلة الفعلية والمنع من كونه كذلك لا يجدى في المقام فان القدر المسلم المعلوم انما هو الخالى عن هذا النوع من التعليق فلا بد من اثبات كون المتعارف اعم وليس المقام مقام المنع لان العموم امر زائد فالقائل بان اثر البيع مطلق المملك عليه الاثبات و يكفى للحكم ببطالان المعلق عدم الدليل على الصحة و ادلة صحة البيع لا تتكفل ببيان اثره بل لا يعقل ان تكون كذلك من هذه الحيثية ضرورة استحالة تقدم الشيء على نفسه .

قوله مع ان تخلف المملك عن العقد كثير، فيه ان التخلف الغير المستند الى المتبايعين لا مانع منه واما القادح التخلف المستند الى جعلهما كما عرفت .

قوله مع ان ما ذكره لا يجرى الخ، فيه ان هذا لو كان قادحاً فاما هو لمنافاة للجزم لالذالك وقد عرفت ان التحقيق خلافه، والحاصل ان فساد التعليق ليس في جميع الموارد لهذا الدليل وليس التعليق على المشية والقبول مبطلا عند الجميع فلا معنى للنقض فتدبر .

و اما قوله مع ان ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود الخ ففيه انا لا ندعى استحالة تأخير الاثر عن الانشاء عقلا كى لا يقبل التخصيص بل نقول ان الانشاءات لا بد ان تكون على النحو المتعارف فكلما كان في العرف علة تامة للاثر المقصود لا يسوغ فيه التعليق على المستقبل المستتبع لتأخير الاثر واما اذا لم يكن كذلك بل كان مما يمكن تأخير اثره عنه بحسب وضعه فلا بأس مع ان هذا ليس من تأخير الاثر في الحقيقة .

و بالجملة ان اراد بتأخر مقتضى غير البيع من العقود عنه التأخر الناشى من الانشاءات فذلك معلوم الفساد و ان اراد التأخر بحكم الشارع فهذا هو الوجه المتقدم و قد عرفت ان التدخل بحكم الشرع لا يدل على جواز الانشاء مؤخراً فحكم الشارع في بيع الصرف مثلاً بعدم حصول الملك بمجرد العقد و توقفه على القبض لا مانع منه اصلاً لكن تملك العين الان من الزمان المستقبل فاسد .

و ان اراد التأخر الناشى عن تأخر الموضوع كما في المضاربة والمزارعة والمساقات فلا دلالة لجوازه على جواز التأخير من قبل المنشئ بل لا يجوز في العقود المزبورة تأخير زائد على ما يلزمها مع ان هذا التأخير ثابت في بيع الثمار على بعض التقادير ولا حاجة الى التثبت بثبوته في غير البيع و ان اراد مثل تأخر الانعتاق عن المكاتبه ففيه انه ليس اثرأ ابتدائياً للعقد بل انما اثره الذى هو علة له اعداد المملوك للانعتاق و هو يحصل بمجرد العقد ويستحيل انفكاكه عنه .

قوله ثم الاضعف الخ ، فيه ان هذا بعينه هو الوجه المتقدم والتمسك بالعمومات لتشخيص الآثار من الغرائب فان الشك في صحة العقد المشتمل على التعليق انما هو لعدم احراز تحمل حقيقة البيع اياه والشك في كونه من البيع المتعارف و بالتدبير يظهر ما في بقية كلامه و ما في كلام غيره من الاصحاب رضوان الله عليهم .

واذ قد تبين ان نفس الانشاءات لا تتحمل التعليق على ما فضل فهل الشروط تتحملها ام لا ؟ لا ريب ان التردد حيثما كان منافياً للانشاء لا فرق فيه بين ان يتعلق بنفسه او بخصوصياته كما انه لا اشكال في جواز التأخير حيث ان الشرط لا اختصاص له باثر بل هو نافذ مطلقاً كالصالح على ما مر مشروحاً و لما كان الظاهر من تعليق الخيار على رد

الثمن المجهول حصوله التريديد المنسافي للجزم المعتبر في الانشاء اضطربت كلمتهم في توجيهه والتفصى عنه فالتزم بعضهم بانه تعليق قام الدليل على جوازه و بعضهم على ان الرد قيد للفسخ وآخر على انه قيد للانفساخ و يتوهم من كلام بعض انه شرط لوجوب الاقالة والمحققون على انه فسخ فعلى .

و هذه الوجوه تختلف باختلافها احكام :

منها السقوط بالتلف فعلى التعليق يسقط مطلقا قبل الرد ان كان المشروط خصوص استرجاع العين و بعده لا يسقط الا اذا كان بأفة سماوية و اما اذا اتلفه المشتري او غيره ضمن البديل من المثل والقيمة و انتقل حق البايع اليه و اما على كونه قيداً للفسخ و كونه فسخاً فعلياً فالانلاف في تمام المدة المضروبة موجب للضمان مطلقاً و لا فرق بين ما قبل الرد و ما بعده و اما على الانفساخ فلا خيار مطلقا فالمبيع قبل الرد للمشتري ولا يضمن بالانلاف و بعده للبايع على تقدير وجوده و مع عدمه فان كان المشروط الانفساخ المطلق رجع الى البديل و ان كان الانفساخ برجع العين لم يؤثر الرد شيئاً و من هنا يظهر حال اشتراط الاقالة فانها لا اختصاص لها بالعين .

و منها الحكم التكليفي للانلاف فانه لا يجوز في المدة المضروبة على تقدير كون الرد قيداً للفسخ و كونه فسخاً فعلياً بخلاف غيرهما فانه لا مانع من تصرف المالك في ماله في المقام الا مزاحمة حق الغير والمفروض عدمها لان الحق انما يثبت في المدة المضروبة على تقدير الضرب على ان يكون الرد فسخاً فعلياً او قيداً له .

و منها السقوط بالاسقاط فانه انما يؤثر على التقديرين المزبورين خاصة و اما على الاقالة والتعليق فلا يؤثر الا على كفاية القدرة على ايجاد سبب الحق في القدرة على اسقاطه و اما على الانفساخ فالسقوط مبنى على كون القدرة على سبب الانفساخ حقاً . و منها ان التصرف في الثمن بناء على توهم اسقاطه للخيار انما يكون كذلك على الوجهين مطلقاً اذا كان جزئياً مشروطاً رد عينه او مطلقاً منصرفاً اليه و اما على التعليق فانما يوجب السقوط بعد الرد و على الانفساخ والاقالة لا يسقط بالتصرف قطعاً . و منها انه يورث على غير الانفساخ والاقالة من غير اشكال و اما عليهما فاشكال .

و منها ان تلف الثمن قبل الرد على الوجهين من المشتري ايضاً على مذهب من يعمم قاعدة ان التلف في زمان الخيار بمن لا خيار له و على غيرهما من البايع جزءاً و اما بعد الرد فمن المشتري على الوجهين ايضاً اما على تقدير كون الرد قيداً للفسخ فلا نه تلف في زمان خيار البايع و اما على كونه فسخاً فعلياً فان كان الرد بالا قباض فلا نه ملك للمشتري تالف في يده او ما في حكمها .

و اما اذا كان بمجرد التمكين على تقدير كفايته فاشكال من انتفاء الامانة المالكية والشرعية و من كونه غير مضمون قبل الرد على البايع بل كونه مضموناً على المشتري فيستصح و كذا الحال في التعليق والامر في الانفساخ واضح و اما على الاقالة فهو من البايع مطلقاً قبل الفسخ و متى حكم بان تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع و اما على كونه من البايع فالظاهر بقاء خياره و سيجيء تفصيل القول في كل من المقامات انشاء الله تعالى والمقصود هنا مجرد التنبيه على اختلاف الاحكام باختلاف الاقسام .

هذا مجمل القول في الفرق بين الوجوه و قد عرفت ان الحق عدم قرح هذا النحو من التعليق وان المبطل منه اما هو المستتبع لتأخير الاثر بلا حاجة الى هذه التكاليف ولو قلنا بامتناعه ومنافاة للانشاء فالاحسن الالتزام بانه فسخ فعلي و اما الانفساخ فليس مما يدخل تحت الشرط كما لا يخفى . ثم انه على ما حققناه من جواز التعليق لا اشكال في جواز اشتراط المشتري الخيار برد المبيع بل على مذهب كل من ذهب الى عدم مخالفة المسئلة المتقدمة للقواعد والطباق قاعدة من القواعد عليها .

فروع :

الاول : ان مقتضى ما حققناه من ان التصرف ليس من المسقطات و انما هو من احد طرفي التخيير عدم جريانه في المقام فلا ينافي التصرف بقاءه مطلقاً في المقام . توضيح ذلك ان الخيار على انحاء منها السلطنة على الفسخ فقط و منها السلطنة على الفسخ والايجاب ، و منها السلطنة على الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه والايجاب و التصرف فيما انتقل اليه بمعنى ان يكون له احد الامرين فهو مالك لان يفسخ و يتصرف فيما انتقل عنه ما لم يوجب او يتصرف فيما انتقل اليه فانه مخير بين امرين

كل منهما امران فاحد الطرفين الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه والآخر الايجاب والتصرف فيما انتقل اليه فكون التصرف رضا معناه ان هذا هو الذى خيره الشارع بين ارتكابه بالرضا منه وبين الفسخ واذ قد تصرف بالاختيار فلا شرط له اى ليس له ما اعتبره الشارع في معاملته وهو الخيار في ثلاثة ايام فكأنه بيان لقوله لَا يَتَّخِذُ مشتري الحيوان بالخيار فان طرفى التخيير غير مذكور فيه والقدر المتيقن من السلطنة انما هو التمكن من الفسخ فهو مخير بين الفسخ وتركه .

و يستفاد من هذا البيان انه مخير بين امرين وجوديين : الاول الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه ، والثانى الايجاب والتصرف فيما انتقل اليه ، وقد بيناه سابقاً وعرفت ان الايجاب غير الاسقاط وان التعدى الى خيار المجلس على القاعدة كما ان كون التصرف فيما انتقل عنه فسخاً كذلك ومع ذلك فلا مجال للتعدى الى خيار الشرط حيث انه بحسب جعل المتعاقدين فيصح ان يكون لذى الخيار الفسخ فقط فيكون مخيراً بينه وبين الترك وان يكون له الفسخ والايجاب فيكون مخيراً بين الوجوديين وقد عرفت ان الاجنبى المجهول له الخيار مسلط على الايجاب دون الاسقاط .

ففى مثل هذا يظهر الفرق وان يكون من قبيل خيار الحيوان بان يكون احد طرفى التخيير الفسخ والتصرف فيما انتقل عنه والآخر الايجاب والتصرف فيما انتقل اليه فتحقق اللزوم بكل من الايجاب والتصرف والاسقاط والفسخ بانشاءه والتصرف فيما انتقل عنه على ما مر مشروحاً .

فظهر ان التصرف لاثراً له في خيار الشرط الا اذا كان المشروط التخيير بينه وبين الفسخ بان يكون في عرض الايجاب كما هو الحال في خيار الحيوان مع اننا لو التزمنا بانه مسقط تمهداً فانما يكون كذلك في المبيع لا في الثمن ولهذا بنينا على عدم تأثيره في الخيارات التعبدية ايضاً على هذا التقدير ايضاً فان الخيار انما يتعلق بما استقل بتعلق المقدم به وهو المبيع لا الثمن مع ان التعبد على تقدير التسليم انما هو في خيار الحيوان والاجماع على التعدى الى خيار المجلس لا يدل على جريانه في خيار الشرط والمناط غير منقح والقياس ليس من مذهبنا فافهم فلا اشكال في ان عدم كون تصرف البايع في الثمن

مسقطاً لخياره ليس مخالفاً للقاعدة بوجه من الوجوه فظهر من ذلك ما في كلمات الاصحاب من الاضطراب .

فن (السبزواري) و (الاردبيلي قدس سرهما) استظهارا عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف لان المدار عليه في هذا الخيار و لانه شرع لانتفاع البايع بالثمن والمشتري بالمبيع فلو سقط به سقطت الفائدة في وضعه وللموثق المفروض في بيع الدار لاحتياج البايع الى الثمن المصرح فيه بكون الغلة للمشتري .

وفيه ما عرفت من انه ليس على خلاف القاعدة كى يحتاج الى دليل مع انه ليس له تشريع مستقل كى تجب فيه رعاية الفائدة و لو سلم فانما الملحوظ فيه انتفاع البايع بالثمن و اما انتفاع المشتري بالمبيع فليس ملحوظاً في صنف هذا الخيار و ان اتفق في بعض الاشخاص مع انه اجنبى عن المرام فان القرض بيان السر في عدم سقوط خيار البايع بالتصرف في الثمن فافهم .

و اورد عليه (شيخنا قدس سره) بانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الاصحاب و اما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة ان الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلى و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الاطلاق في هذه الصورة على ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد اذ لا منافات بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف واستمراره و هو مورد الموثق المتقدم او منصرف اطلاقه او من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضاً او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن و قد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتى المحقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد انتهى .

وفيه للنظر مواقع : منها قوله انه لا مخصص لدليل سقوط الخيار النخ ، فان قيام الاجماع على الانسحاب حتى في المقام ممنوع فان مورد كلماتهم على كثرة اختلافها وغاية اضطرابها انما هو المبيع و لو كان ما يوهم الاجماع على انه مسقط مطلقاً فانما هو في غير خيار الشرط كما لا يخفى على المتتبع .

و منها قوله و اما بناء هذا العقد النخ فان الاختلاف بالكلية والجزئية لا يورث اختلاف الحكم وانما الفارق على هذا المذهب كون ما يقع التصرف فيه هو الذى اشترط دفعه في الخيار و عدمه الا ان يقال ان الغرض من هذا استظهار كفاية رد المثل و فيه ان الظاهر في المتعارف من بيع الخيار ذلك مطلقا و ان كان الثمن شخصاً كما لا يخفى .
ومنها قوله ان لامنافات النخ فان تأثير التصرف للاسقاط ليس من اجل منافاته للفسخ قطعاً حتى على ما زعمه من انه انما يكون مسقطاً للكشف عن الرضا نوعا وكيف يتوهم المنافات بين النظر الى الجارية و فسخ بيعها و ردها الى مالكيها و كذا اللبس و غيره مما لا ريب في ايجابه للاسقاط نعم لو قلنا باعتبار الكشف الشخصي فلدعوى المنافات العرفية وجه ولكنه خلاف اجماع جميع اهل العلم .

و منها قوله او من جهة تواطى المتعاقدين النخ، فان هذا مرجعه الى ما افاداه من ان المدار في هذا الخيار على التصرف في الثمن فلا معنى لابطال كلاهما به فتدبر .
و عن (المصاييح) الرد عليه بمخالفته لاطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار عليه وان التصرف المسقط ما كان في زمن الخيار و هو لا يحصل هنا الا بعد الرد و لا ينافى شئ مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لان ذلك منه بعده لا قبله و ان كان قادراً على ايجاد سببه فيه ان المدار على الفعل لا على القوة على انها لا تتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة و لا فرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشتري و بين كونه مثله او قيمته لصدق الرد ودلالة التصرف فيه بعده على الالتزام شرعاً او عرفاً على الوجهين السابقين و قد يحتمل في الاخيرين العدم لعدم صدق التصرف فيه ضرورة تغاير البديل للاصل الا ان الاول اقوى انتهى .

وفيه انه لا اطلاق في النصوص و انما تمسكوا للتعدي الى خيار المجلس بالاجماع نعم توهم بعضهم عموم التعليل وهو ايضا لم تم غير الاطلاق فهذا الكلام في غاية الغرابة و تظهر بقية ما فيه مما تقدم منا فتدبر .

و اورد عليه (شيخنا قدس سره) بان المستفاد من النص والفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولي يسقط الخيار في كل مقام يصح اسقاطه بالقول والظاهر عدم

الاشكال في جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا مع ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار ولا دليل على تعيينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الوجه الثاني .

او نقول ان المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيداً للخيار وقد يؤخذ قيداً للمفسخ نعم لو جعل الخيار والرد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد و جاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا و لو قولاً من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه انتهى .

و فيه مع ما عرفت من ان التصرف في عرض الايجاب و ليس اسقاطاً ان سقوط الخيار متفرع على ثبوته و لا معنى للالتزام به قبل الرد على هذا القول فالسقوط بالقول على هذا القول واضح الفساد فكيف يمكن نفي الاشكال عنه في قبال من يزعم ان الخيار لا يثبت الا بعد الرد فانه اشبه شيء بالمصادرة .

قولهم ان حدوث الخيار الخ، فيه انه لا ريب في ظهور القضية في التعليق وانما ارتكب الاصحاب ما عرفت لاجل انه عندهم فاسد مفسد للانشاء فمع الالتزام بجواز التعليق لا مانع من ابقاء القضية على ظاهرها و يكفي هذا في ترجيح هذا الوجه على غيره فافهم .

و قد يناقش فيما في المصاييح باقتضائه جهالة الابتداء حينئذ اولاً و بصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفاً ثانياً و بمنافاتها لما تسمعه منهم غير مرة من جعل هذه المدة زمن الخيار ثالثاً .

منها ما اعتمدوه في رد قول (الشيخ) بالملك بعد انقضاء الخيار بهذه النصوص المصرحة بان المبيع ملك المشتري والتمن ملك البائع قبل انقضاء مدة الخيار فلولا انها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الا على تكلف بعيد انتهى، وفيه انه لا دليل على اعتبار المدة لهذا الخيار غاية الامر انه يجب التعيين على تقدير الاعتبار كما عرفت و لزوم الفرر ممنوع و قد ذهب (الشيخ قدس سره) و جماعة الى عدم اعتبار المدة و اما صدق زمن

الخيار عليها فممّا لا يحصل له حيث ان كون الزمان زمان الخيار وعده انما هو يجعل المتعاقدين ولا معنى للرجوع فيها الى العرف و قطع النظر عن اعتبارهما و اما كونها زمن الخيار عند الاصحاب فلا يكون حجة على احد فانه مبني على ابطالهم للتعليق و هذا (الفاضل قدس سره) قد صححه كما عرفت (و لشيخنا قدس سره) في هذا المقام ايضاً ما لا يخلو عن خلل فلاحظ و تدبر .

الثاني : ان الحق جواز التصرف في المبيع للمشتري و نفوزه مطلقاً نعم لو كان الغرض ارتجاع العين فلا يجوز ائلافه اما الاول فلان الحق ان لم يكن متعلقاً بالعين بل كان الغرض مجرد السلطنة على فسخ المعاملة فظاهر انه لا منافات بين الائلاف و بقاء حق ذى الخيار فلا مانع من تصرف المالك في ماله فغير الائلاف جائز نافذ بالطريق الاولى فحيثما فسخ البايع رجع الى البدل و ان كانت العين موجودة اذا انتقلت الى غير المشتري يبيع و نحوه بل بالهبة الجائزة ايضاً او كان هناك مانع كالاستيلاء او صارت موقوفة او تحررت و اما الثاني فلان الحق متعلق بالعين كالشفعة فيرجعها بعد الفسخ اينما وجدها و لا اثر لما تعلق بها حتى العتق والوقف فيبطل من حين الفسخ كما هو الحال في الشفعة لسبق الحق و قد مر لهذا بيان في المباحث السابقة و الائلاف تضييع للحق فلا يجوز بخلاف سائر التصرفات لعدم المنافات فينفذان جميعاً .

الثالث : ان مقتضى ما حققنا من بطلان تصرفات المشتري من حين الفسخ انه لو وجد العين مستأجرة و كان الحق متعلقاً بالعين بان استحق ارتجاعها بالفسخ ارتجعها و ابطال الاجارة تبعاً لفسخ العقد وهذا واضح و انما الاشكال فيما لو كان غرضه جبر الخسران فالمبيع وبدله سيان في تعلق الحق فيمكن ان يقال بوجوب صبر الفاسخ الى انقضاء مدة الاجارة جمعاً بين الحقين فليس للفاسخ شيء من المسماة و اجرة المثل و يمكن ان يفصل بين المدة القصيرة و الطويلة جبراً للضرر و هو يتصور على وجوه :

منها ان يحكم حينئذ بانفساخ الاجارة و يشكل بان حق الفاسخ لم يتعلق بالعين قبل الفسخ بالفرض و الاجارة وقعت من اهلها في محلها .
و منها ان يحكم بالرجوع الى البدل لتعذر استرجاع العين مستتبعة للمنافع

والالزام بالعين المسلموبة المنافع ضرر ينافى ما جعل الخيار لاجله ، و بالجملة فالعين بحكم التالف فان المانع الشرعى كالعقلى و يشكل بان جبر الضرر لا ينحصر في ذلك فلا معنى للرجوع الى البديل مع بقاء العين .

و منها ان يكون مستحقا للبديل في زمان الاجارة خاصة فيرجع الى العين بعد انقضائها كما هو الحال في بدل الحيلولة وفيه ان الحيلولة بالاستحقاق لا يورث الضمان فلو لم يكن استحقاق لم تتحقق الحيلولة فافهم .

و منها ان يرجع الى الاجرة المسماة و فيه ان الاجارة على تقدير بقائها راجعة الى المشتري و على تقدير انفساخها فلا مسماء

ومنها التخيير بين الرجوع الى البديل و تضمين اجرة المثل و كانه رجم بالغيب .
ومنها تضمين المنفعة باجرة المثل خاصة فان مناط ضمان العين موجود في المنافع والصفات فهو باتلافه للمنفعة ضامن لها فعليه الغرامة و فيه ان المفروض عدم تعلق الحق بالعين فلا وجه للتضمن و انما يرجع الى البديل مع تلف العين من اجل ان اليد مقتضية للضمان بالبديل الحقيقي و انما حال العقد بينهما و اقتضى الضمان بالمسمى فاذا ارتفع المانع بالفسخ ترتب على المقتضى اثره .

و هذا هو السر في استحقاق البديل بالافالة على تقدير التلف والا فالافالة ليست من اسباب الضمان وقد مر لهذا في المباحث السابقة بيان فاستحقاق البديل في عرض استحقاق المبدل منه حينئذ بخلاف ما لو كان الحق متعلقاً بالعين خاصة فان الفاسخ لا يستحق البديل بالفسخ حينئذ الا اذا صارت العين مضمونة بغير اليد كالانلاف فان العقد حال بين اليد و مقتضاها و ليس للفاسخ حله الا مع بقاء العين بالفرض فالتضمن حينئذ يحتاج الى سبب آخر فاستحقاق البديل حينئذ مترتب على استحقاق الاصل ففي المقام استحقاقان مترتبان بخلاف المقام المتقدم حيث انه ليس فيه الا استحقاق واحد للمالية فان وجد الاصل خالياً عن جميع الموانع اخذه و الا رجع الى البديل و هذا و ان كان في الحقيقة من باب التفريم ايضاً ولازمه الترتب الا انه فرق بين الترتبين ولهذا يختلف الحال بوحدة الاستحقاق و تعدده فافهم .

وبالجملة فالتغريم من باب الائلاف انما يتوجه لو تعلق الاستحقاق بالعين ابتداء و على هذا التقدير لا مجال لبقاء اثر التصرف بعد الفسخ لسبق تعلق الحق فالجمع بين نفوذ التصرف والتغريم تناقض بل مقتضى الحكم ببقاء اثر التصرف عدم استحقاق الفاسخ الا العين و هذا الضرر مستند الى اختياره حيث انه لم يجعل لنفسه استحقاق ارجاع العين و اقدم على الفسخ مع انتقال المنفعة الى الغير و في המקام وجوه اخر تظهر بالتأمل فيما مر .

والتحقيق ان الخيار حيث لم يتعلق بالعين كما هو المفروض بمعنى ان ذا الخيار لم يستحق الافسخ العقد و انما يترتب عليه انتقال العين حيث كانت في ملك المفسوخ عليه لاقتضاء الفسخ ذلك لا لتعلق الحق بها قبله فلا اثر للفسخ فيما تقدم عليه من التصرفات بل ليس الفسخ بالخيار حينئذ الا كالفسخ بالاقالة و لا ريب في عدم انفساخ الاجارة الواقعة قبلها بها فان الفسخ لا يؤثر الا حل العقد من حينه و انما ينحل ما تعلق بالعين فيما اذا تعلق الحق بها كذلك لا للفسخ .

فليتأمل جداً فان המקام من مزال الاقدام و كلمات الاصحاب في غاية الاضطراب، فممنهم من منع من تصرف غير ذى الخيار بما ينافى عود العين الى ذى الخيار على ما هي عليه و حكى هذا عن (الشيخ) و (ابن سعيد) و (العلامة) في (القواعد) و (المحقق) و (الشهيد) الثانيين و عن (مفتاح الكرامة) في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة الى الوارث ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر و عن جماعة في مسألة وجوب الزكوة على المشتري للنصاب بخيار للبائع ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع و عن (الجامع) و (الدروس) عدم الخلاف في ذلك .

وممنهم من يستظهر منه الجواز بل عدم الخلاف فيه على القول بعدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار كالمحقق فانه بنى على جواز الرهن في زمن الخيار مطلقا و كذا حكم بوجوب الزكوة في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار و استشكل في المقامين في (المسالك) تبعاً لما استشكله في (جامع المقاصد) في ما يظهر من (القواعد) في باب الرهن

وصريح (التذكرة) و (الدروس) في باب الصرف الجواز وكذا في (المختلف) و هو الظاهر من (الملمعة) و لعل المنع من نفوذ التصرف يراد به المنع من نفوذه بحيث لا يملك ذو الخيار ابطاله و هذا و ان لم يحتمله بعض الكلمات الا انه الى البعض قريب .
 وذهب بعضهم الى ابطال الفسخ بالخيار ما ينافيه من التصرفات من الاصل والحاصل انهم خلطوا الخيار المتعلق بالعين والخيار المتعلق بالعقد مطلقاً فاشتبه عليهم الامر والحق ما عرفت من الفرق بين الخيارين كما ان الحق الفرق بين الاتلاف وغيره و ان الفسخ في الاول يستتبع بطلان جميع التصرفات و في كلام شيخنا وغيره قدس سرهم انظار لا مجال للتنبيه عليها فتدبر .

الثالث الحق جواز اشتراط الخيار حتى يرد العين في بيع من ينعق على المشتري للبايع وليس هذا منافياً للسنة و لا لمقتضى العقد ، اما الاول فلان الحر انما لا يعود رفاً بايجاد سبب لذلك لا برفع سبب الحرية ، الا ترى ان الشفيع له ابطال الحرية والوقف بالاخذ بالشفعة .

و في (جامع المقاصد) بعد الحكم بعدم الجواز تبعاً (للمصنف قدس سره) : الا ان يقال ان هذا ليس من مقتضيات البيع بل هو اثر الملك فاذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك متزلاً فلا يلزم حصول العتق اذ هو تابع للملك الثابت انتهى فالحق عود الحر رفاً بالفسخ و كذا الكلام اذا افاد البيع سقوط الحق كما في بيع الدين ممن هو عليه و كذا اذا كان الثمن حقاً مالياً افاد جملة عوضاً سقوطه كالشفعة والقصاص والخيار .

و في التذكرة لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمة العبد وكذا ان خرج حراً و يحتمل قوياً الرجوع الى القصاص فيهما و به قال الشافعي و احمد و ابو يوسف و محمد و قال ابو حنيفة ان خرج مستحقاً رجع بقيمته و ان خرج حراً رجع بما صالح عنه وهو الدية و قد ظهرت حقيقة الحال وان للمتعاقدين فسخ العقد بالخيار و اعادة الحق بعد سقوطه فكيف و هو لم يسقط في المفروض لفساد الحق بكون العوض حراً او مستحقاً فافهم .

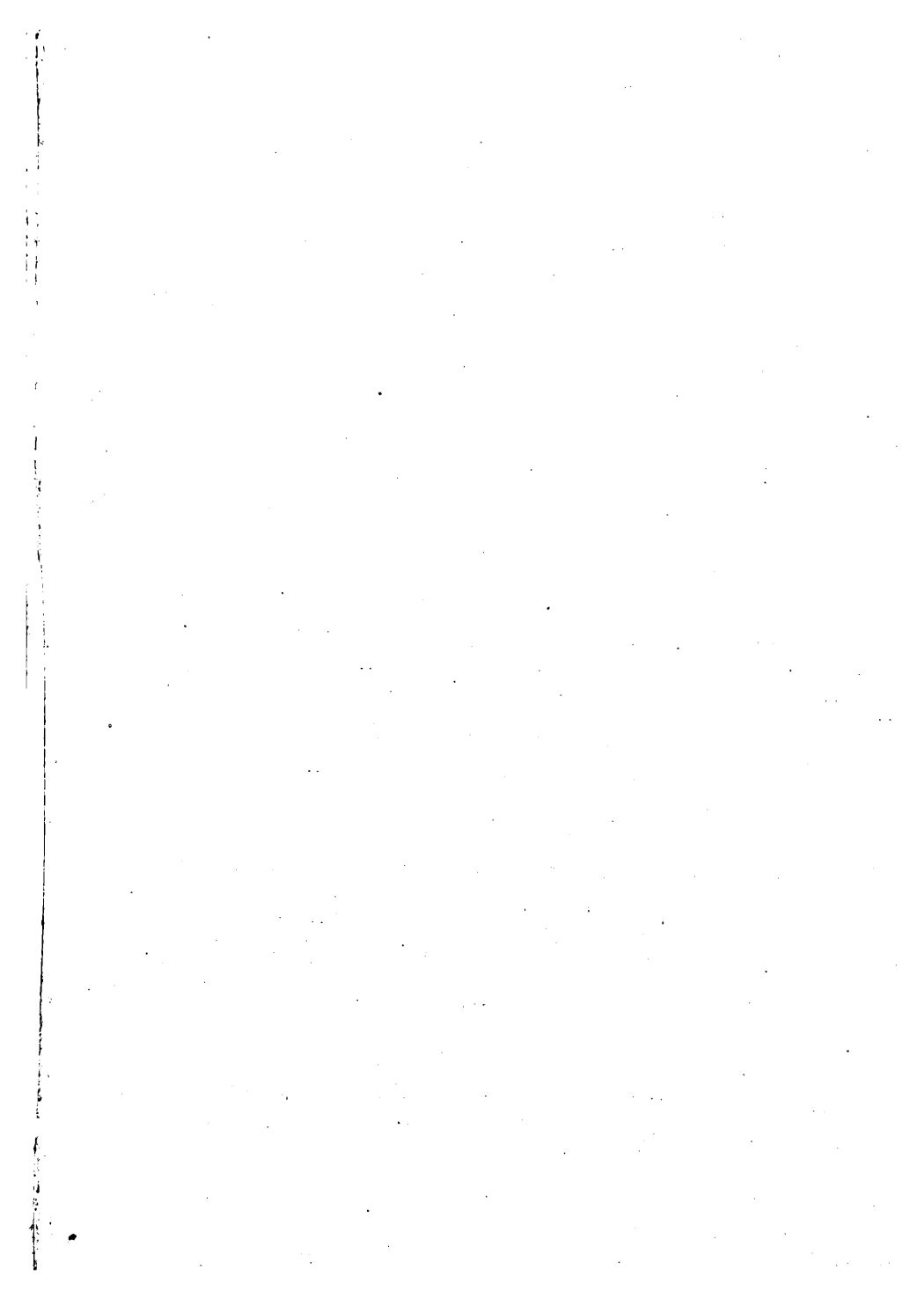
فائدة :

كل سلطان للشخص يصلح للاسقاط بحسب ذاته فانه بمنزلة ملك الانلاف والنقل الى الغير في الاعيان مقوم لمهية الاستحقاق على الشخص و لهذا يسقط الدين بالاسقاط فانه عبارة عن سلطنة الغير استيفاء قدر من المال من المديون و لشدة السلطنة ينتزع منها اشتغال الذمة واما الشروط فهي وان احدثت للمشروط له حقاً على المشروط عليه الا انه في الشدة ليس بتلك المثابة و لهذا ليست من المديون و مع ذلك يصلح للاسقاط لوجود المناط و كذا الخيار فانه ملك ذى الخيار على صاحبه باطل العقد عليه المستتب للرد و الارتجاع او التبريم فيصلح للاسقاط .

نعم قد يكون المحدث للحق مولداً له بحكم الشارع مادام باقياً لكون الزوجة زوجة فانه يولد استحقاق النفقة والكسوة مادام باقياً بحكم الشارع فاسقاط ما ثبت واستقر لا يمنع من تجدد الاستحقاق واسقاط الزوجية عن التأثير تصرف في حكم الشارع واما استحقاق الاستمتاع و ما يتجدد لا معنى لاسقاطه لعدم ثبوته و اخراج الزوجية عن التأثير غير معقول .

و اما ما سبق من الازمنة فيسقط ما ثبت فيها من الحق بزوال موضوعه ولا يورث امراً باقياً حتى يسقط بالاسقاط فمن هذه الجهة يتوهم انه من الاحكام .

و كذا الحال في الابوة فان ما سبق يمكن اسقاط ما ثبت به و عدم صلوح الابوة للاسقاط من التأثير والتوليد لا يجعل حق الابوة حكماً واما حق الرجوع فعدم سقوطه رأساً ايضاً من هذه الجهة لالكونه حكماً نعم من الواضح ان كون الزوجة في العدة مولداً لاستحقاق الزوج كالزوجية .



«(كتاب)»

الرضوان في الصلح

تأليف

العلامة المحقق الفقيه

الشيخ محمد هادي الطهراني النجفي

المتوفى سنة ١٣٢١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين :

☆	نعمته على عباده أتمّ	☆	حمداً لمن بالفقه أكمل النعم
☆	روض الجنان غاية المراد	☆	فإنه معالم الارشاد
☆	مختلف من الخلاف كاف	☆	كشف الرموز ببيان واف
☆	ذريعة التنقيح للمدارك	☆	وسيلة الايضاح للمسالك
☆	نهاية التحرير للقواعد	☆	كشف اللثام جامع المقاصد
☆	وسائل التهذيب للسرائر	☆	رياضه حدائق الجواهر
☆	تجدد آله الامجاد	☆	و خضنا بعملة الابداد
☆	سواك والعن من تعامى فعمى ^(١)	☆	صلّ عليهم ما بهم اصلحت ما
☆	تجدد هادى الى الرضوان	☆	ثم يقول خادم الاخوان
☆	وهو كغيره اصيل لا تبع	☆	الصلح ما به التجاذب ارتفع
☆	مجلّلا أو حلال المحرما	☆	و جاز مطلقا سوى ما حرّما

الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة و قطع الخصومة ، قال في القاموس
الصلاح ضد الفساد كالصلوح صلح كمنع و هو صلح بالكسر و صالح و صليح و اصلحه
ضد أفسده ، وإليه احسن ، والصلح بالضم السلم ، وفيه ايضا السلم بالكسر المسالم والصلح
يفتح و يؤثت ، ثم قال و تسالما تصالحا ، و سالما صالحا انتهى .

هذا معناه في اللغة و العرف ، و عند الفقهاء هو ما أى عقد و هو المعنى المنشأ
المتوقف على العبارة من الجانبين ، و هذا معناه الاسمي الذي لا يصاغ منه باعتباره
شيء من التصاريّف ، و المعنى المصدرى الذي يصاغ باعتباره انما هو الانشاء المتوقف

(١) سواك واللعن على ذوى العمى خ .

على انشاء آخر ، سواء كان مطاوعة له كما هو الغالب أم لا ، كما في ما نحن فيه .
وعلم ان كلماتهم في بيان مفهوم العقد ومهيئات انواعه لا يخلو عن الاضطراب
فلا بأس بالاشارة إلى جملة مما صدر منهم في هذا الباب ، و تحقيق ما هو الصواب .
فاقول مستمداً برب الارباب ، وأمنائه الاطياب ، سلام الله عليهم: قال في القاموس
عقد الحبل والبيع والعهد يعقده شدة وعن الكشف عند تفسير قوله عز من قائل (يا
ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) والعقد العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه ومنه
قول الحطيئة :

قوم اذا عقدوا عقداً لجارهم شدوا العناح وشدوا فوقه الكربا
وعن مجمع البيان أن العقود جمع العقد بمعنى الميعود وهو اوكد الميعود و
الفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون الا بين المتعاقدين
والعهد قد ينفرد به الواحد وعن البيضاوي العقد العهد الموثق ثم نقل شعر الحطيئة
فقال واصله الجمع بين الشئتين بحيث يعسر الانفصال انتهى .
هذا معناه في اللغة والعرف واما في عرف الفقهاء فهو المركب من الانشاءين
المفتقر في تحصيله إلى العبارة من الجانبين ويرشد إلى هذا تقسيمهم مباحث الفقه إلى
العبادات والعقود والايقاعات والاحكام قال في التنقيح في عداد ما استدلل به على احصار
الفقه في الاربعة ان المبحوث عنه اما يتعلق بالامور الاخرية وهو العبادات والدينية
فاما ان لا يقتصر الى عبارة لفظية وهو الاحكام أو يفتقر فاما من اثنين غالباً وهو
العقود أو واحد وهو الايقاعات انتهى .

وفي قواعد الشهيد (ره) بعد ما افاد انقسام الحكم الشرعي الى الخمسة المشهورة .
وكل ذلك ينحصر في اربعة اقسام العبادات والعقود والايقاعات والاحكام ووجه
الاحصران الحكم الشرعي اما ان تكون غايته الاخرة أو الغرض الاهم منه الدنيا ، الاول
العبادات والثاني اما ان يحتاج إلى عبارة اولاً والثاني الاحكام والاول اما ان تكون
العبارة من اثنين تحقيقاً أو تقديرية اولاً ، الاول العقود والثاني الايقاعات .
ثم قال: واما العقود فهي اسباب يترتب عليها الاحكام الشرعية من الوجوب و

الندب والكراهة والتحريم والاباحة فان عقد البيع مثلاً يوصف بالاباحة .
 وفيه أيضاً و تلحق الاحكام الخمسة نفس العقد و ان كان سبباً فيجب البيع عند
 توقف الواجب عليه كإيفاء الدين و نفقة الواجبى النفقة و الحج به و صرفه في الجهاد
 ويستحب البيع عند الربح إذا كانت السلعة مقصوداً بها الاسترباح و قصد بذلك التوسعة
 على عياله و نفع المحتاج و يحرم البيع اذا اشتمل على ربا او جهالة او منع حق كبيع
 راحلة الحاج إذا علم عدم امكان الاستبدال و بيع المكلف ماء الطهارة إذا علم فقده بعده
 و يكره البيع إذا استلزم تأخر الصلوة عن وقت الفضيلة و يباح حيث لا رجحان ولا
 مرجوحية .

و يلحق ايضا الاحكام الخمسة بمقدمات العقد فالوجوب كوجوب العلم بالمعوضين
 و التحريم كالاختكار و التلقى و النجش عند من حرّمهما و الكراهية كالزيادة وقت
 النداء و الدخول في سوم المؤمن و المستحب التساهل في البيع و احضاره في موضع يطلب
 فيه و المباح ما خلا عن هذه الوجوه انتهى .

و الحاصل ان لنادعويين الاولى ان العقد من قبيل المعاني لا الالفاظ الثانية
 انها لا تصير عقوداً الا بالالفاظ اما الاولى فيدل عليه مع ما عرفت ان البيع و الاجارة
 و امثالهما عقود مع انها معان متحصلة بالايجاب و القبول :

قال في المقصد الثاني من التذكرة الرهن عقد شرع للاستيثاق على الدين ثم قال
 الرهن كالبيع في افتقاره إلى صيغة تدل عليه و الاصل فيه ان المعاملات لا بد فيها من
 التراضي بين المتعاملين و الرضا من الامور الباطنية الخفية عنا ، ولا يمكن التوصل إلى
 معرفته الا بالصيغ الدالة عليه .

و في المقصد الخامس : الاول في مهية الضمان و مشروعيته و اركانه ، الضمان عقد
 شرع للتعهد بمال او نفس ثم قال بعد ما افاد ان اركان الضمان خمسة النظر الاول في
 صيغة الضمان مسألة لا بد في الضمان من صيغة تدل على الالتزام انتهى .

فالصيغة ليست عقداً ولا قابلاً للتشريع فان الادلة انما تدل على تشريع العلقه
 التي هي من قبيل المعاني و ليست حال الصيغة الاكحال سائر الاركان من المضمون عنه

و المضمون له و الضامن و المال المضمون وفي الفصل الثاني منه الكفالة عقد شرع للتعهد بالنفس فشابه الضمان ثم قال مسألة لابد في العقد من صيغة دالة على الإيجاب والقبول و هذه العبارة تدل على أن الإيجاب و القبول أيضاً من المعاني .

و في الفصل الثالث منه الحوالة عقد لازم فلا بد فيها من إيجاب و قبول كغير هامن العقود و في المقصد السادس الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف و هي جائزة بالكتاب و السنة و الإجماع ثم قال الفصل الثاني في أركان الوكالة و فيه أربعة مباحث الأول في الصيغة: الوكالة عقد يتعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع .

و في المقصد الثامن و هو في الصلح البحث الأول في مهية الصلح: الصلح عقد شرع لقطع النزاع بين المتخاصمين .

و في المقصد الأول من كتاب الأمانات مسألة إذا عرفت الوديعة في عرف اللغة فهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ثم قال ولا بد فيها من إيجاب و قبول و الإيجاب هو كل لفظ دال على الاستنابة .

و في المقصد الثاني منها البحث الأول في الماهية: العارية بتشديد الياء و هي عقد شرع لأباحة الانتفاع بعين من أعيان المال على جهة التبرع . ثم قال الركن الرابع الصيغة مسألة لما كان الأصل في الأموال العصمة لم يبح شيء منها على غير مالكها إلا بالرضا منه و لما كان الرضا من الأمور الباطنية الخفية تعذر التوصل إليه قطعاً فاكتمى فيه بالظن المستفاد من العبارات و الالفاظ و ما يقوم مقامها .

و في كتاب الشركة الركن الثاني في الصيغة قد بينا أن الأصل عصمة الأموال على أربابها و حفظها لهم ، فلا يجوز التصرف فيها إلا بأذنهم و إنما يعلم الرضا والأذن باللفظ الدال عليه فاشتراط اللفظ الدال على الأذن في التصرف .

و في المقصد السابع الإجارة عقد يقتضى تملك المصلحة خاصة بعوض معلوم ثم قال الركن الثاني في الصيغة لابد في كل عقد من إيجاب و قبول دالين على الرضا الباطنى . و في كتاب العطايا الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر

التمليكات وفيه ايضا الصدقة عقد من العقود و يقتصر إلى الايجاب و القبول .

و في كتاب النكاح النكاح عقد يشتمل على ايجاب و قبول فالايجاب له صيغتان الانكاح و التزويج انتهى .

و ليس علينا استقصاء ما صدر عنهم في هذا الباب و في مامر كفاية مع ان الدعوى من الوضوح بمكان لا يحتاج إلى الاستدلال ضرورة ان العقد في اللغة عبارة عن العهد الموثق و هو من قبيل المعاني و قوله تعالى (اوفوا بالعقود) أيضاً انما يدل على وجوب الوفاء بالعهد و اللفظ ليس من العهد في شيء و كذا قوله تعالى (احل الله البيع) فان المتصف بالحلية في مقابل الربا ليس الا المعنى القائم بالمتعاقدين و كذا قوله تعالى (تجارة عن تراض) فانها ليست عبارة عن الالفاظ و هكذا حال سائر الأدلة .

هذا و يظهر من جماعة ان العقد عبارة عن الايجابين حتى ان بعضهم فرق بين عقد البيع و نفسه مثلاً فذهب إلى ان العقد عبارة عن الايجاب و القبول و البيع ما يحصل بهما و يدلان عليه و توهم آخرون ان اطلاق العقد على البيع وغيره و تحديدها به مبني على اعتقاد كونهما من قبيل الالفاظ و عرفهما آخرون بالايجاب و القبول و باللفظ الدال .

قال في التنقيح بعد قول الماتن اما البيع فهو الايجاب و القبول المذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدر: و للاصحاب في تعريف البيع عبارة لا يخلو من نظر .

الاول قول الشيخ ره في المبسوط انه انتقال عين مملوكة من شخص إلى غير بعوض مقدر على وجه التراضي و فيه نظر لان الانتقال ثمرة البيع لا نفسه و ذلك لان البيع عقد لفظي لا انتقال معنوي .

الثاني قول ابن حمزة انه عقد يدل على انتقال عين او ما هو في حكمهما من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي و فيه نظر لانتقاضه بالهبة المعوضة (انتهى) . و قال في كتاب النكاح فهو إذا عقد لفظي مملك للوطى ابتداء انتهى و في بيع الشرائع العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم .

وفي المسالك اختلف عبارات الاصحاب في حقيقة البيع فجعله جماعة منهم المصنف في النافع و الشهيد (ره) نفس الايجاب و القبول الناقلين لملك الاعيان و احتجوا عليه بان ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقة فيه و ذهب آخرون الى انه اثر العقد و هو انتقال العين الخ ورده الشهيد قدس سره في بعض تحقیقاته إلى الاول نظراً الى ان الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال فاطلق اسم المسبب على السبب وعرف المفعيل بالغاية و فيه نظر .

ثم قال فقوله العقد هو اللفظ الدال (الخ) بحسب ظاهره تعريف لعقد البيع لا للبيع نفسه فلا يكون احد التعريفين بل تعريف لمعنى آخر و يشعر بكون البيع ليس هو العقد فيكون اختياراً للمعنى الاخر و هو الانتقال او ما قاربه فيختلف نظره في الكتابين كما اختلف نظر العلامة (ره) حيث عرفه في كثير من كتبه بالمعنى الاول و اختار في المختلف الثاني ويمكن حمل عبارة المصنف (ره) على ما يوافق النافع بجعل الاضافة في قوله عقد البيع بيانية و اللام في قوله العقد للعهد الذكرى فيكون العقد عبارة عن البيع و هو اللفظ الدال (الخ) انتهى .

وفي الروضة عند قول المصنف (قده) في عقد البيع وآدابه و هو الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم .

و هذا كما هو تعريف للعقد يصلح ان يكون تعريفاً للبيع نفسه لانه عند المصنف و جماعة عبارة عن العقد المذكور استناداً إلى ان ذلك هو المتبادر من معناه فيكون حقيقة فيه و يمكن ان يكون الضمير عايداً إلى البيع نفسه و ان يكون اضافة البيع بيانية و يؤيده انه في الدروس عرف البيع بذلك مزيداً قيد التراضي و جعل جنس التعريف الايجاب و القبول اولى من جعله اللفظ الدال كما صنع غيره لانهما جنس قريب و اللفظ بعيد (انتهى) .

و في جامع المقاصد عند تعريف المصنف (قده) البيع بالانتقال قال و هذا تعريف الشيخ في المبسوط و تبعه ابن ادریس (ره) وردّه في المختلف و اختار تعريف ابن حمزة و هو ان البيع عقد يدل على انتقال عين محتجاً بان المتبادر من البيع هو هذا .

واعتذر ولد المصنف ره في بعض تصانيفه^(١) وشيخنا الشهيد (ره) بان هذا تعريف السبب بالمسبب و هو تعريف بالغاية و فيه نظر فان المفهوم من بعث ليس هو عقد البيع قطعاً وانما المفهوم منه هو المفهوم من ملكت فان كلا منهما ايجاب للبيع ولو كان المفهوم من البيع هو عقد البيع لما صح الايجاب بملكته و لان البيع هو المقصود بالعقد لانفسه و كيف يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره و استعمال لفظه فيه مجاز لا يجوز شرح مهمته به (انتهى) .

و في الجواهر عند شرح قول الماتن القسم الثاني في العقود جمع عقد و هو لغة ضد الحل و شرعاً قول من المتعاقدين او قول من احدثهما و فعل عن الآخر رتب الشارع الاثر المقصود عليه وفي كتاب البيع في شرح قول المصنف العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم و ظاهره كاللمعة ان البيع نقل الملك بعوض معلوم و به صرح الكركي (ره) حيث عرفه بانه نقل الملك (ره) و هو صريح في ان العقد عبارة عن اللفظ الدال و البيع عبارة عن النقل المتحصل بالعقد .

ثم قال لا انتقال عين مملوكة إلى ان قال ولا العقد الدال على الانتقال المذكور كما في الوسيلة و المختلف مدعيان في الاخير انه المتبادر من لفظ البيع عند الاطلاق بل ربما ايد بشيوع اطلاق العقد على البيع و غيره من المعاملات و تقسيم العقود اليهما في مقابل الايقاعات وقد سبقهما الحلبي (ره) إلى تعريفه بالعقد فقال في المحكي عن كافيته انه عقد يقتضى استحقاق التصرف في المبيع و الثمن و تسليمهما و في معناه الايجاب و القبول كما في النافع و الدروس و التنقيح (انتهى) .

فانظر كيف أيد كون البيع لفظاً بشيوع اطلاق العقد عليه و على غيره من المعاملات مع وضوح كون المعاملات من المعاني و ليس الا من جهة ان كون العقد من قبيل الالفاظ كانه مفروغ عنه حتى ان شيوع اطلاقه على هذه المعاني ادهم الجماعة في كونها الفاظاً و عبارات .

و ايضاً قوله و في معناه الايجاب و القبول صريح في ان العقد عبارة عن اللفظ

فان كون الایجاب والقبول من قبيل الالفاظ لا يتحصل به مما لامرية فيه وقد صرحوا به في ابواب المعاملات و قال أيضاً بعد ما اختار ان البيع هو النقل و لان البيع فعل فلا يكون انتقالا لانه انفعال ولا عقدا لما تعرفه و لانه لفظ من مقولة الكيف والمقولات العشرة متباينة فلا يصدق بعضها على بعض .

و هذه العبارة من الصراحة بمكان لا تقبل التاويل و قال في آخر كلامه وقد ظهر من ذلك كله أن المراد بالبيع اما عقده فهو ما ذكره المصنف من اللفظ الدال عليه بلا خلاف معتد به اجدد بل يمكن تحصيل الاجماع على كونه كذلك في العقود اللازمة بل لعله من ضروريات المذهب فضلا عن دعوى التواتر فيه من سيد المرسلين و عترته الائمة الطاهرين صلوات الله و سلامه عليهم اجمعين كقوله انما يحلل و يحرم الكلام و غيره مما دل على توقف عقد البيع وغيره من العقود على الالفاظ بل هي المرادة من العقود بالمعنى الاسمى انتهى و سلك هذا المسلك في جميع ابواب المعاملات و نقل العبارات اطالة لا طائل تحتها و فيما مركفاية في اثبات ان العقد باعتقاد جماعة عبارة عن الالفاظ .

ثم اختلفوا فبين من جعل عقد البيع و نحوه عبارة عن اللفظ و نفس البيع وغيره من المعاملات عبارة عما يدل عليه الالفاظ و بين من التزم بكون مهيئات العقود عبارة عن الالفاظ و الذى اوقعهم في هذا الوهم استعمال العقد في اللفظ في بعض الموارد مثل قولهم اطلاق العقد يقتضى كذا و كذا و شيوع حمله على الایجاب و القبول مواطاة المقضى للاتحاد مع ان الاستعمال اعم، و الحمل المزبور انما يبنى على المبالغة في اعتبار الالفاظ في العقود و عدم كفاية غيرها فالظاهر ان استعمال العقد في اللفظ من قبيل استعمال الانشاء في الجملة الانشائية و الامر و النهى في الصيغة .

وكيف كان فاطلاقه على المهيئات المقابلة للايقاعات ليس مبنياً على انها من الالفاظ فظهر انه لا دلالة لعبارة الكافي على ان البيع من قبيل العبارات بل يدل على انه من المعاني لما عرفت من ان العقد في عرفهم عبارة عن المعنى المتوقف على العبارة من الجانبين . و اما عبارة الوسيلة فهي و ان كانت مشعرة بذلك من جهة اسناد الدلالة إلى العقد لكن قد عرفت انها استعارة فاللفظ من شدة الاحتياج اليه و توقف ترتب الآثار عليه

صار كأنه العقد المترتب عليه الآثار .

و إلى هذا ينظر أيضاً ما عن الشهيد (ره) تبعاً للمختلف من دعوى تبادر العقد من البيع فإن البيع يطلق على معان منها المعاملة المركبة من الجزئين و كأنه المراد في قوله تعالى (احلّ الله البيع) و قوله تعالى (و ذروا البيع) و منها الانشاء القائم بالبيع و هو المراد بقوله بعث و منها التملك المستلزم للتملك المستتبع للقبول سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل و هو الموضوع في خيار الحيوان و الشرط و المجلس وهكذا الوقف حيث يشترط فيه القرية بل اقباضه و الطلاق حيث يحكم عليه بانه بيد من اخذ بالساق فإن الاول عبارة عن الاخراج عن الملك على الوجه المخصوص و الثانى عن فك العلقه و ان لم يكن بمباشرة الانشاء و اما اللفظ فليس من معانيه اصلاً فضلاً عن ان يكون متبادراً منه و ليس مثل هذا مما يخفى على مثل هؤلاء الفحول .

اترى ان العاقل يرضى بان يقول ان معنى بعث تكلمت بالايجاب و القبول فهذا مع انه ضرورى الفساد لا يمكن ان يراد، و الاّ لزم تقدم الشيء على نفسه فمرادهم ان المتبادر من البيع هو الانشاء المترتب عليه الانتقال لانفس الانتقال مثلاً فهذا الكلام في مقام ابطال ان البيع عبارة عن الانتقال لا انه عبارة عن الايجاب و القبول .

و يؤيد هذا ارجاعهم القول بانه الانتقال إلى القول بانه عقد ولو كان المراد بالعقد هو اللفظ لما كان اولى من القول بالانتقال ليتكلف^(١) لارجاعه اليه بما حققه فخر-

(١) قوله ليتكلف: وجه التكلف ان المعروف ما يقال على الشيء لافادة تصويره و مفاد الحمل الموطأتى الاتحاد ذاتاً و وجوداً او وجوداً فقط و السبب و المسبب متباينان لامحالة ضرورة استحالة تقدم الشيء على نفسه فلا يصح تعريف احدهما بالآخر و الغاية من علل ذيهما فلا تحمل عليه نعم يمكن ان ينزع ما يحمل على الآخر و يعرف به مثل ان يقال النار ما يورث الدخان و الاحراق فنقول فيما نحن فيه البيع ما يوجب الانتقال .

و اما ما حكته عن جامع المقاصد من ان المفهوم من بعث ليس هو عقد البيع قطعاً و انما المفهوم منه هو المفهوم من ملكت فان كلا منهما ايجاب للبيع ولو كان المفهوم من البيع هو عقد البيع اما صح الايجاب بملكك و لان البيع هو المقصود بالعقد لانفسه و كيف ←

المحققين (ره) والشهيد (ره) من انه تعريف بالغاية والمسبب .
و مما يوقع في هذا الوهم تعريف البيع ، بالايجاب والقبول واللفظ الدال على

→ يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره و استعمال لفظه فيه مجاز، ولا يجوز شرح مهمة به ففيه
مواقع للنظر .

الاول قوله ان المفهوم من بعت ليس هو عقد البيع وجه النظران بعت وغيره من المشتقات
انما صيغت من البيع بالمعنى المصدرى وقد عرفت ان البيع يطلق على المركب من الايجاب
والقبول ايضا و كون المفهوم من المشتقات ذلك لا يناقئ تبادلته من الاسم والتعريف انما
هو للتعقد و هو المعاملة المركبة من الانشائين المنحصلة بالايجابين لا الانشاء القائم بالبيع
الذى هو المعنى المصدرى .

و ليت شمرى كيف يظن بمثل هؤلاء الفحول ان يتوهموا ان معنى بعت تلفظت بالايجاب
والقبول مع ان فساد لا يخفى على ذوى العقول .

الثانى فى قوله و انما المفهوم منه هو المفهوم من تملك وجه النظران التملك مجاز
فى البيع و حقيقة فى الهبة كما يشير اليه ما فى السلف من المسالك حيث قال مستدلا على
وقوع البيع بلفظ السلم ولان البيع ينعقد بملك كذا بكذا على ما ذكره بعض الاصحاب ولا
ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التملك المستعمل شرعا استعمالا شايعا فى الهبة
فاذا انعقد بالابعد لتادية المعنى المراد فالاقرب اذا ادته اولى (انتهى) .

فالمفهوم من بعت بادل المال بالثمن و مفهوم ملكت جعلته ملكا والفرق ظاهر
فان خصوصية المالك تتلحظ فى التملك بخلاف المبادلة فان المال جعل بازاء مال الاخر
فينتقل الى مالك البذل و لهذا يصح ان يقال للوكيل فى الشراء بعتك فانه بمعنى اوقعت
المبادلة معك بخلاف ملكتك و ايضا فان التملك لا يصدق على بيع الدين بمن عليه المفيد
للإبراء بخلاف المبادلة .

نعم هو اقرب الى البيع من النقل الذى ارتضاء الاكثر فان النقل لا يصدق على بيع
الكلى فانه جعل استحقاق المشتري على ذمة البائع ولم يكن البائع مالكا على ذمة نفسه شيئا
لنقله الى المشتري ولكن التملك اعم من نقل الملك وجعله و حقيقة البيع هى المبادلة العامة

لنقل و الجمل و ما يفيد الإبراء .

التمليك والجمالة بالصيغة ولكن قد عرفت انه مجاز والمقصود افادة اعتبار الصيغة في ترتيب الآثار بل في تحقق المهية ويشهد على ذلك اختلاف كلماتهم في ابواب المعاملات

→ الثالث قوله ولو كان المفهوم من البيع هو عقد البيع لما صح الایجاب بملكته ، والنظر فيه من وجهين .

الاول انا نمنع بطلان اللازم لما عرفت من تفایر المفهومين .

الثاني انه لا فرق بين بعت وملكته في عدم صحة الایجاب بهما لو كان ماخوذاً من البيع بمعنى العقد بالضرورة ولا اختصاص للبطلان بملكته والمستفاد من كلامه التزامه بصحة الانشاء بكلمة بعت ولو صيغت من البيع بمعنى العقد وهذا منه عجيب .

الرابع قوله ولان البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه، وجه النظر انه ان اراد بالعقد الایجاب والقبول فالعقارة مسلمة الا ان كون العقد عبارة عن الالفاظ ممنوع و توهم ان البيع عبارة عن اللفظ عن ساحة العلماء بمراحل وان اراد به الانشاء المتوقف على العبارة من الجانبين فالعقارة ممنوعة .

وببيان آخر البيع له معنيان احدهما الانشاء القائم بالبيع والثاني المعاملة المخصوصة فان اراد انه بالمعنى الاول مقصود بالبيع بالعقد فهو واضح البطلان فانه مقصود من الایجاب فقط وهو ليس عقداً وان اراد انه بالمعنى الثاني مقصود بالعقد لا نفسه فقد سلب الشيء عن نفسه و تفایر الشيء مع نفسه ضروري الفساد .

الخامس قوله وكيف يصح تعريف السبب بالمسبب وهو غيره واستعمال لفظه فيه مجاز فلا يجوز شرح مهيته به وجه النظر ان مجازية اللفظ الموضوع للمسبب في السبب تمنع عن استعماله فيه و ارادته منه في التعريف عند عدم القرينة فان استعمال الالفاظ المشتركة والمجازية في الحدود لا يجوز عند عدم القرينة لانه يورث الاجمال المنافي للتوضيح المقصود من الحدود ، فهو نقض للفرض و اجمال للمحدد وتعريف السبب بالمسبب ليس استعمالاً لما وضع للمسبب في السبب بل استعمال كل من لفظي المسبب والسبب في معناه و انما حمل معنى احد اللفظين على الاخر ليفيد معرفته و ابن حمل المعنى على المعنى من استعمال اللفظ الموضوع للمحمول في الموضوع هذا على ما نقله ذلك المحقق عن ولد المصنف قدده والشهيد ر .

و اما على ما في المسالك فالایراد متوجه فانه قال و ذهب آخرون الى انه انتقال ←

فقد يعرّفون عقداً بالصيغة و عقداً آخر بنفس الانشاء فان الشهيد (ره) في اللزمة مع انه عرف البيع بالإيجاب والقبول والجمالة بانها صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض عرف الوديعة بانها استئابة في الحفظ والمزارعة بانها معاملة على الارض والمساقاة بانها معاملة على الاصول مع انه لا فرق بين هذه المهيئات بالضرورة من حيث كونها من المعاني أو الالفاظ وكذا صنع غيره كما يظهر بالتبعية وايضا تفريعهم عدم كفاية المعاطاة ومجرد الرضا على التعريف باللفظ اقوى شاهد على ما ذكرنا .

ومما مر ظهر ما في ما افاده في الجواهر تبعاً للمحكى عن المصاييح من تخصيصه النكاح من بين العقود بانه بحسب الشرع عبارة عن الإيجاب والقبول نظراً الى انه في الشرع موضوع للعقد .

قال مستدلاً على ان البيع هو النقل: ولان النقل هو الموافق لتصاريف البيع إلى

ـالعين الى آخر ورده الشهيد قد في بعض تحقيقاته الى الاول نظراً الى ان الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال فاطلق اسم السبب على السبب وعرف المعنى بالغاية .

وفيه نظر لان الاطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للمهية الا مع قيام قرينة واضحة و هو منتف وا.ا. التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز انتهى موضع الحاجة .

فبين ما نقله جامع المقاصد وما في المسالك اختلاف واضح لان جامع المقاصد انما حكى تعريف السبب بالمسبب والمعنى بالغاية وفي المسالك اطلاق اسم السبب على السبب وتعريف المعنى بالغاية فما اوردته في المسالك على ما حكاه متوجه بخلاف ما حكاه جامع المقاصد .

ولكن يرد على الشهيد (ره) انه اما من اطلاق المسبب على السبب او من التعريف بالغاية فان تحقق الامرين مما غير معقول لان التعريف بالغاية لا يحصل الا باستعمال لفظها فيها فالجمع بين استعمال لفظ المسبب في السبب وحمله عليه تناقض لانه في معنى استعمال اللفظ في معناه وعدم استعماله فيه و ارادة مسيبه منه مجازاً ولو كان التعريف معطوفاً باوليكون المنقول عن الشهيد (ره) وجهين لكان وجهاً وتوجه كل من الابرادين على ما يناسبه من الوجهين فانهم وتامل وتدبر منه قدس سره الشريف .

ان قال والمطرد في الجميع هو النقل فيكون البيع موضوعا له اجراء له على الاصل من لزوم التوافق مع الامكان فلا يقدر تخلفه في النكاح لثبوت وضعه للعقد وامتناع الموافقة في انكحت ونحوه فوجب صرفه إلى معنى آخر كتمليك الانتفاع والتسليط على الوطى وغيرهما مما يناسب العقد الذي لم يثبت وضعه فيه للعقد بل قد عرفت ثبوت الخلاف فيه وانه موضوع للنقل بل ربما تكلف و رد تعريفه باحدهما اليه اما بتقدير في الكلام أو باطلاق اسم المسبب أو السبب على الآخر أو بحمل الانتقال والعقد على البيع مبالغة كما في زيد عدل و ان كان مجازا الا انه جازا تكللا على الظهور ولما قدمناه من ان التعاريف في مثل المقام يراد منها الكشف في الجملة شبه التعاريف اللغوية فلا يضار تكاب التجوز فيها (انتهى) .

و توضيح النظر انه لافرق بين النكاح وغيره من العقود في ان له اطلاقين احدهما المركب من الانشائين و بهذا الاعتبار يسمى عقدا والآخر انشاء الاثر المقصود من النقل والتمليك وغيرهما المستتبع للقبول و بهذا الاعتبار يطلق عليه العقد أيضا .

فكما ان البيع بمعناه الاسمي عبارة عن مجموع الانشائين و بمعناه المصدرى عبارة عن انشاء النقل على ما قيل مثلا فكذلك النكاح قد يطلق على مجموع التزويج والقبول وقد يطلق على التزويج نعم انما تختص هذه اللفظة من بين الفاظ العقود بكونها بحسب اصل الوضع موضوعة للوطى و غلبتها في التزويج بخلاف سائر الالفاظ .

فمرادهم من ان النكاح لغة الوطى و شرعا العقد ان موضوع تلك الاحكام الشرعية هو العقد الذي غلب فيه النكاح لا ان له حقيقة شرعية و ان له اختصاصا من بين سائر الالفاظ بوضعه للعقد بل انما مرادهم افادة ان موضوع الاحكام هو التزويج لا الوطى فان المقصود تعريف المهية لا تفسير الكلمة ، و بالتأمل فيما مر يظهر ما فيه من وجوه النظر فتدبر .

فثبت بحمد الله تعالى ما ادعيناه اولاً من ان العقد عبارة عما يتوقف على العبارة من الجانبين لا نفس الايجابين و يشهد عليه تصريحاتهم و تعريفاتهم كالعاقد والمعقود عليه و تعريفاتهم انواع العقد و تقسيمهم ايّاه إلى الواجب والحرام وغيرهما .

و اما الدعوى الثانية وهى ان المعانى العقدية لا تحصل الا بالعبارة من الطرفين فلما يظهر من العرف الذى هو المرجع في مبيات المعاملات حتى توهم جمع من المتأخرين انها ليست الا الالفاظ و لهذا اجمعوا على ان المعاطاة ليست عقدا حتى القائلين بانها بيع و بملاحظة كلماتهم فيها يتضح المقصود الا انى لا اطيل بنقلها و من اراد فليراجعها .
و يشهد على هذا استدلالهم على اشتراط القبول اللفظى حيث يشك فيه بالاجماع على العقدية كما فعله جامع المقاصد في الضمان .

قال و في اشتراط قبوله يعنى المضمون له وجهان ينشأ من واقعة على ^(القبول) و التمسك بالاصل و الاصح "الاشتراط لان الضمان عقد اجماعا فلا بد فيه من القبول انتهى و قال ايضا في كتاب الرهن قال في التذكرة الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا و يشكل بان باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بخلاف ما هنا انتهى .

و هذا الكلام منه مبنى على ان المعاطاة عنده ليست عقدا مع انه اساس القول بكونه بيعا و الا فالامانع من شمول اوفوا بالعقود و فيه ايضا ولا بد في الايجاب والقبول من كونهما بلفظ الماضى لانه صريح في الانشاء و لعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه صرح به في التذكرة وكذا لا بد فيهما من التطابق و وقوع القبول مع الايجاب بحيث يعد معه جزء فلو تراخى احدهما عن الآخر كثيرا لم يعتد به .

قال في التذكرة و هل يشترط في الصيغة اللفظ العربى ؟ اقرب العدم قلت يشكل بان الاطلاق محمول على المتعارف من العربى و لان هذا من العقود اللازمة فيتوقف لزومه على العربية لاصالة العدم بدونه لا يقال عموم اوفوا بالعقود ينافي بالاشتراط لانا لمنع صدق العقد بالعجمية مع امكان العربية انتهى .

و في المسالك في كتاب العارية عند شرح قوله و يقتدر الى الايجاب : مقتضى كونه عقدا تر كبه من الايجاب والقبول القوليين و قال بعد قوله و يكفى الفعل : اطلق المصنف و جماعة هنا انه يكفى القبول الفعلى مع اعترافهم بكونها عقدا نظرا الى ان العارية المقصود منها هو الرضا بالاستئابة و ربما كان الفعل اقوى فيه من القول إلى ان قال و

هذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد .

و من ثم ذهب بعض العلماء إلى انها اذن مجردة لا عقد و فرع عليه عدم اعتبار القبول القولي و آخرون إلى ان الايجاب ان كان بلفظ أو دعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا و ان قال احفظه و نحوه لم يقتصر إلى القبول اللفظي كالوكالة و هو كلام موجه انتهى .

و في الضمان عند قوله ويشترط رضی المضمون له: و الاقوى اشتراط رضاه لصحيفة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام و على هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لابد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اجودهما الثاني لانه عقد فلا بد فيه من القبول ولا صالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن و عدم انتقال حق المضمون له الى ان يتحقق المزيل و حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب و القبول و كونه بلفظ الماضي انتهى .

و في الوكالة بعد ما احتمل عدم انعزال الوكيل بعزله نفسه حتى مع علم الموكل به: فلوا اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوى هذا الاحتمال جدا لانها حينئذ تصير مجرد اذن و اباحة و يجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها من حيث ان قبولها بالقول يصح و يترتب عليه اثر في الجملة (انتهى) فانظر كيف حصر طريق صحة اطلاق العقد على الوكالة في انعقاده بالقبول اللفظي وامثال هذه الكلمات منهم اكثر من ان تحصي . و بالجملة فبالاتباع في كلماتهم يظهر توقف تحقق العقد على العبارة من الطرفين و لهذا لا يتمسكون بالاية الشريفة عند الشك في اعتبارهما مع اجماعهم على عمومها و ليس الا لتوقف الموضوع عليها و الموضوع لا يثبت بدليل الحكم لاستلزامه تقدم الشيء على نفسه .

ان قلت ان المتوقف على اللفظ من الجانبين انما هو العقد اللازم لا العقد من حيث هو و لهذا فالعقود الجائزة مثل الوكالة و الدفعة و العارية لا تتوقف على القبول اللفظي بل يكفي فيها الفعل بل اعتبار اللفظ من الجانبين في كثير من العقود اللازمة محل الخلاف فقالوا بكفاية المعاطاة في البيع و الاجارة وغيرهما و عدم افتقار المزارعة

و غيرها على القبول حتى ان ثانى الشهيدين (ره) استند في القول بكفاية القبول الفعلي في الرهن بانه من طرف المرتهن جاز .

قال في المسالك عند شرح قول المصنف و القبول هو الرضا بذلك الايجاب اشار بذلك إلى انه لا ينحصر في لفظ و القبول فيه كما مر في الايجاب و يمكن ان يدل على انه لا ينحصر في اللفظ ايضا لامكان استفادة الرضا بالفعل و الاشارة و نحوهما و ان لم يكف ذلك في الايجاب و الفرق ان الرهن لازم من قبل الراهن لانه يتعلق بحق غيره فيجوز ان يعتبر في حقه مالا يعتبر في حق المرتهن حيث انه من قبله جاز لانه يتعلق بحقه فيكفى فيه ما يكفى في العقود الجائزة المحضة .

و لكن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي وهو اجد و الكلام في اعتبار المضى او ما يقوم مقامه و عدم الفصل بين الايجاب و القبول بما يعتد به كما مر اذ يمكن القول باعتبارهما نظرا إلى اللزوم بوجه و عدمه التفاتا إلى الجواز من قبل القابل انتهى .

قلت قد ظهر مما مر ان اعتبار اللفظ في العقود ليس لدليل خارجي بل انما هو لتوقف صدق العقد عليه و كفاية المعاطاة في بعض الموارد لا يدل على عدم اعتبار العبارة في تحقق العقد الا ترى انهم بين قائل بكونها اباحة و كونها بيعا لا عقدا وانهم يتمسكون لنفوذها بقوله تعالى (احل الله البيع) و (تجارة عن تراض) دون اوفوا بالعقود .

و كذلك الاكتفاء بالقبول الفعلي فان آثار عقد الوكالة مثلا لا تترتب الا على الايجاب و القبول اللفظيين و مالا يتوقف على اللفظ انما هو الاذن دون الاستنابة و الاول اعم و لهذا لا يرتفع الاذن بيطلاق الوكالة بالتعليق أو بجهاالة العوض المشروط فيها فيصح ما وكل فيه و يسقط المسمى و يرجع إلى اجرة المثل على ما صرح به في التذكرة . و بالجملة فالعقود الجائزة أيضاً انما تصير عقداً بالعبارة من الجانبين و ان ترتب على الفعل بعض الآثار فانما هو لعدم اختصاصها بالعقد و ثبوتها لما هو اعم منه كما عرفت في الوكالة ، و ما مر من الشهيد في الوكالة صريح في ذلك و اصرح منه ما في الجواهر من عدم صلاحية الفعل لانشاء شيء من المعاملات و الايقاعات بل و العقود الجائزة

كالوكالة والوديعة والعارية ونحوها وان الاكتفاء بالفعل ونحوه مما يفيد الاذن لا يقتضى تحقق الوكالة مثلا او الصحيح منها به على وجه يلحقه الحكم الذى عنوانه مسمّاها انتهى .

واما ما فى المسالك فى كتاب الرهن من الاستدلال على كفاية القبول الفعلى بجوازه من قبل المرتهن فهو مع انه خلاف ما سلكه فى جميع ابواب العقود كما يظهر مما نقلته عنه لا يخلو عن شيء فان الاكتفاء فى مثل الوكالة بالقبول الفعلى ليس من جهة انه جاز بل انما هو من جهة انه عقد اذنى و الاذن لا يتوقف على القبول اللفظى و يظهر هذا من تعليقاتهم فى تلك الابواب اعرضت عن نقلها مخافة الاطباب .

فظهر ان جواز العقد لا يقتضى جواز الاكتفاء بالفعل و عدم الاحتياج إلى اللفظ و ان الحق توقف الرهن على القبول اللفظى و ان لم ينهض دليل عليه فاصالة الافتقار إلى القبول اللفظى محكمة .

ان قلت ان من العقود ما لا يتوقف على العبارة اصلا كعقد الذمة والمهادنة و منها ما لا يتوقف على القبول اصلا كالوقف مطلقا على ما هو ظاهر الاكثر .

قلت اطلاق العقد على مثل عقد الذمة مجاز قطعا بملافة ارتباطه بالطرفين واما الوقف فالظاهر انه كالعقود من قبيل الايقاعات الا ان اعتبار الرضا من الموقوف عليه فى الوقف الخاص صحيح اطلاق العقد عليه كالضمان فان التملك لا يقع على الشخص قهرا و لهذا لا يعتبر القبول اللفظى فضلا عن الترتيب والاتصال على التحقيق .

و من هذا يظهر ما فى استدلال الجواهر تبعا لجامع المقاصد لاشتراط القبول فى الوقف العام باشرطه فى الخاص حيث ان الوقف حقيقة واحدة فان اعتبار القبول فى الوقف الخاص انما هو لانه تملك بالنسبة إلى الموقوف عليه و هو لا يقع قهرا على الشخص بخلاف الوقف العام قال فى التذكرة وان كان الوقف على شخص معين أو جماعة معينين فالأقرب اشتراط القبول لانه يبعد دخول عين أو منفقه فى ملكه بغير رضاء انتهى .

و بما ذكرنا يتضح انه لامنافاة بين اتفاقهم على ان الضمان من العقود مع اختلافهم فى اشتراط القبول اللفظى فيه فان العقد هنا بمعنى الانشاء المرتبط بالطرفين ولو بمجرد

اعتبار الرضا في مقابل الايقاع المحض فلا دلالة لهذا الاتفاق على اعتبار القبول اللفظي كما افاده المحقق الثاني (ره) وكيف يمكن الاتفاق على كون الضمان مما يتوقف على العبارة من الجانبين مع الخلاف في توقفه على القبول اللفظي .

و من هذا القبيل اشتراط قبول الموصى له فان الوصية من مقولة الايقاع فتدبر .
إذا عرفت معنى العقد فنقول « الصلح ما » اى عقد « به » متعلق بانقطاع اى باعائه والاستعانة به « التجاذب » مبتدأ خبره « انقطع » و الجملة صلة للموصول .

و المراد ترتب هذا الاثر عليه ابتداء بحيث يكون هو المقصود بالانشاء بل يكون هو المنشأ فان الصلح على بعض المدعى به في الحقيقة صلح عن ترك الدعوى بالنسبة إلى البعض باخذ بعض المدعى به بالمنشأ ترك التجاذب ، و اخذ كل منهما بعض المدعى به كيفية ترك التجاذب ، فانه قد يكون بتسليم المتشبهت المدعى به إلى المدعى وقد يكون بتفويض المدعى ما يدعيه إلى المتشبهت و عدم تعرضه له اصلا وقد يكون بتسليم المتشبهت بعضه إلى المدعى و تسليم المدعى له بالنسبة إلى البعض .

فاذا وقع الصلح على هذا النحو انقطع التجاذب بالالتزام من الطرفين على ترك التجاذب لا بمعاوضة مستتبعة لانقطاع التجاذب كما هو الحال في الصلح عن المدعى به بامر خارج فانه معاوضة مخرجة للمدعى به عن ملك المدعى لو كان فانقطاع التجاذب انما هو لتحقيق عدم كون المال للمدعى لا لنفس الصلح فهو حينئذ كالبيع و الهبة و غيرهما الرافعة لموضوع التجاذب المستتبعة لانقطاعه ، و المراد كون العقد بحيث يصلح لانشاء قطع التجاذب و الرجوع إلى الموافقة بعد المخاصمة لا ترتبه عليه بالفعل فان الصلح قد لا يكون مسبوقا بالخصومة و مع سبقها فقد لا يكون المنشاء تركها بل المبادلة فيفيد فائدة البيع أو غيره على ما سيجيء انشاء الله تعالى .

فالصلح ما صلح لهذا الاثر و ان لم يترتب عليه ولا شيء من العقود يصلح لانشاء قطع الخصومة سواء و انما عدلت عما هو المعروف من تعريفه بانه عقد شرع لقطع التجاذب لما به من الاختلال لانه ان كان المراد كونه مجعولا من قبل الشارع لقطع التنازع فواضح الفساد لانه لا جعل للشارع في المعاملات و ان كان المراد الوضع مطلقا

فكونه لهذه الثمرة خاصة ممنوع بل استقر المذهب على صحته في غير مقام التنازع .
ان قلت قيام الدليل على جريانه في غير المخاصمة لا ينافي كونه له بحسب اصل
وضعه ، قلت نعم ولكن هذه الدعوى رجم بالغيب لا انتفاء ما يدل عليها و الامكان لا
يستلزم الوقوع .

ان قلت ان بعض الادلة انما تدل على مشروعيتها مع سبق التنازع كقوله
تعالى و ان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما و لولا ما دل على العموم لم
يكن للتعدى إلى غير ما سبقه التنازع مجال بدلالة المفهوم و حيث تحقق عدم ارادة
المفهوم من الشرط تعين الالتزام بكونه في الاصل لقطعها و الا لفي الشرط و إلى هذا
اشار في المسالك حيث قال في جملة كلام له ما ملخصه ان "الموجب لاثبات الصلح امران
احدهما يدل على انه موضوع لقطع التنازع و الاخر على جوازه مطلقاً فمرجع الامر إلى
ان الاصل فيه ذلك لكنه تعدى إلى غيره بدليل .

قلت ان الصلح في الآية الشريفة بمعناه اللغوي لا الصلح العقدي كآية النشوز
و من المعلوم اعتبار سبق الخصومة فيه مع ان تعين ما ذكر بعد ما تعذر المفهوم لا دليل
عليه فلمله لجهة اخرى وقد يتوهم ان صحة الصلح الابتدائي المجمع عليها المدلول عليها
بالاخبار تنافي كونه مشروعاً لقطع التنازع .

قال في المسالك فان قيل مقتضى قول المصنف كغيره انه شرع لقطع التجاذب اشترطه
بسبق خصومة كما يقوله بعض العامة لان القطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون
اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده كما اشرنا اليه سابقاً من ان القواعد
الحكومية لا يجب اطرافها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه وجود المشقة
بدونه فيثبت مع عدمها في كثير من افراده خصوصاً مع وجود النصوص المتناولة باطلاقها
او عمومها لما لا نزاع فيه انتهى .

و فيه ما عرفت من ان كون قطع التنازع حكماً أيضاً ممنوع و ما اعتقد الحصار
من الأدلة فيما سبقه الخصومة اجنبى عن المقام كما عرفت ولو سلم قصور بعض الادلة
عن افادة العموم لا يقتضى انحصار الحكم في الاصل في مدلوله بالضرورة مع ان غالب

الاحكام العامة لها ادلة خاصة ايضاً ولم يتوهم احد في شيء منها انحصاره في الخاص بحسب الاصل من هذه الجهة هذا ، ثم اطال الكلام بما يظهر ما فيه مما عرفت و تبعه صاحب الرياض رد الا انه جعل الخصومة التي شرع الصلح لقطعها اعم من السابقة و المتوقعة فالصلح فيما يتوقع فيه الخصومة عنده ايضاً على اصله مع انه عند الشهيد (ره) ليس على الاصل الا ما كان مسبوقاً بالخصومة .

قال في الرياض بعد ما استدلل بالاخبار العامة و الخاصة و الاجماع المحكي المستفيض على عدم اشتراطه بسبق خصومة نعم ربما تشعر لفظة الصلح بتحقيق منازعة و لكن لا يتعين كونها سابقة بل يصح اطلاقه بالاضافة إلى رفع منازعة متوقعة محتملة و ان لم تكن سابقة كما تفصح عنه الآية الاولى فاشتراط السبق في مفهومه باعتبار اللفظ غفلة واضحة .

نعم لا تساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على مشروعيته حيث لا منازعة سابقة ولا متوقعة ولكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الامة فكل من قال بالمشروعية لدفع منازعة متوقعة ان لم تكن سابقة كما دلت عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة التي لم تكن المنازعة فيها سابقة ولا متوقعة .

هذا مضافاً إلى عموم ادلة لزوم الوفاء بالعقود الشاملة لمفروض المسئلة فلو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح و افاد نقل كل من العوضين كما في البيع ولا يلزم من كون اصل المشروعية لقطعها ثبوتها في كل فرد من افراده خصوصاً مع وجود الادلة الشاملة بمعومها او اطلاقها لما لا خصومة فيه كما في نظائره كالعدة فقد شرعت لاستبراء الرحم مع الاتفاق فتوى و نصاً على وجوبها في مواضع يقطع ببرائته منها انتهى .

و فيه مع ما عرفت ان الصلح على ما صرحوا به حقيقة في الرجوع إلى الموافقة بعد الخصومة و دفع الخصومة المتوقعة ليس رجوعاً إلى الموافقة بل انما هو اتفاق لها وصحة استعمال اللفظ فيه مجازاً بهذه العلاقة لا تنفع في عموم الحكم .

و بالجملة مع وجود ما يدل من الادلة العامة او الخاصة على عدم الانحصار لا حاجة إلى تمحل يصحح اطلاق اللفظة ما يتوقع فيه التنازع و مع الانتفاء فلا ينفع في

ابطال قول الشافعي فان صحة الاستعمال لا تصحح الاستدلال مع وضعه لما سبقه التنازع و الجدل .

و ظهر مما مر ان قطع الخصومة ليس نفس المنشأ فان ترك الدعوى والرجوع إلى الموافقة علة لقطع الخصومة فهو لازم له غير متخلف عنه لا عينه كما ان الاستيثاق ليس نفس الرهن و ان كان هو المقصود منه المترتب عليه لا محالة .

و ليس هذا كقولنا النكاح عقد شرع للتناسل مثلا فانه غاية التشريع و ان لم يتعلق به غرض المتعاقدين ولم يترتب عليه ولا كقولنا الضمان عقد شرع للتعهد فان التعهد نفس الضمان لا غاية المترتبة عليه المقصودة للمتعاقدين ولا الحكمة الملحوظة في التشريع كما في النكاح فتمين ان كون الصلح مشروعا لقطع التنازع لا يستلزم ارادته من الصيغة لما عرفت من ان هذا الكلام ليس على مساق قولهم ان الضمان عقد شرع للتعهد فان التعهد لكونه نفس الضمان يجب ارادته من الصيغة بل انما هو انشاء التوافق و التراضي المترتب عليه ذلك .

و في الجواهر بعد ما تبع الشهيد ره في النفي عن الاشكال بان قطع الخصومة حكمة لا يجب اطرادها نقل ما في الرياض من تعميم الخصومة السابقة و المتوقعة ثم اورد عليه بان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصلحا و تسالما عليه فيما بينهما لان المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومة كما هو واضح انتهى .

و فيه ما عرفت من ان التشريع لقطع الخصومة لا ينافي عدم ارادته من الصيغة مع انه لو كان كذلك فهو ابطال للتعريف و ايراد على جمهور الفقهاء من الخاصة و العامة حيث عرفوه به مع انه لم يتعرض للحد ولما دفعوا به عنه الاعتراض بل بتعميم عليه و تعميم الخصومة لا يقتضى ارادة خصوص الصلح المتعقب للخصومة بل يناقضه فانه لا معنى لارادة الصلح المتعقب للخصومة في مقام توقع الخصومة فعدم ارادة خصوص المتعقب لقطع الخصومة من لفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد مؤيد للتعميم لامناقض له فاي معنى لابطال قوله به .

ان قلت ان مراده ابطال ما زعمه صاحب الرياض من ذهاب الشهيد وغيره إلى اختصاص الصلح بما يتعقب الخصومة بانهم لم يذهبوا الى ان المراد بالصلح الواقع في الايجاب خصوص المتعقب للخصومة فتعميمه لها بالنسبة إلى المتوقعة الظاهر في اختصاصه به و ذهاب غيره إلى الاختصاص بالمسبوق لا وجه له .

قلت قد عرفت ان تعميم الحكمة للتشريع انما يشعر بتخصيص غيره اياها بالمسبوق لا ارادته من الانشاء مع انه انما اراد ابطال ما نوهه الشافعي من اختصاصه بالمسبوق بالخصومة نظرا إلى اللفظ كما هو نص كلامه ولا اشعار في كلامه بان الشافعي يقول بارادة خصوص المسبوق من اللفظ في الانشاء حتى يرد عليه انه لا يقول بذلك و اما عدم تعرضه لغير الشافعي في ذلك فواضح .

ولا يخفى ان هذا الاشكال لا يتوجه على ما اخترته من الرسم لان قطع الدعوى خاعة للصلح يميزه عما عداه و يكفي في كونه خاصة مميزة عدم تحققه في غيره ولا يجب تساويه للماهية في الصدق و لزومه له في الخارج مع ان الخاصة على ما قررته انما هي صلاحية العقد لقطع التجاوز و هي خاصة شاملة لا تنفك عن المهية و هذا ايضا وجه اخر للدول عن الرسم المعروف فان اللام ظاهرة في العلة المقتضية لدوران المعلول مدار مدخولها و لهذا تكلفوا لدفعه بانه ليس علة للحكم بل حكمة له .

ولنا ان نقرر الحد على وجه آخر لا يتوجه عليه الاشكال حتى إذا لم نعتبر كون المنشأ بالصلح ترك الدعوى بان نقول ان هذا العقد يقطع به التنازع مطلقاً لعدم اشتراطه بشيء مما اشترط به غيره دون سائر العقود .

مثلاً إذا كان لكل من الرجلين عند صاحبه مال ولم يعلما بمقداره فبالصلح ينقطع التنازع لعدم اشتراطه بالعلم دون غيره من العقود و كذا صلح المدعى مع المنتشب على بعض المدعى به فانه و ان كان مفيداً فائدة الهبة على تقدير الا ان التنازع لا يرتفع بهبة المدعى النصف للمنكر حيث اراد استنقاذ المال لانه لا يجب على المنتهب تعويض النصف الاخر بل لا تصح المعاوضة في مثل الفرض للعلم بعدم استحقاق احدهما شيئاً من المال .

وكذا إذا احتمل الشخص اشتغال ذمته بدين لزيد و أراد تحصيل اليقين بالبرائة فيصالحه عما يحتمله بشيء على ان يكون العوض له مطلقاً فيبرء على تقدير الاشتغال و يملك زيد المصالح عليه و ان لم يكن غريباً في الواقع و غير الصلح لا يفى بذلك .
وإذا أراد الشريكان ان يكون لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح وعليه الخسران تعين الصلح و كذا ما سيفصل من الفروع انشاء الله تعالى كالصلح على الرواشن والاجنحة و اجراء الماء و ابقاء الحايط فان شيئاً من العقود لا يفى باثبات الحقوق الراجع للتنازع كالصلح و من هذا القبيل الصلح على البيع و الهبة و الاجارة و الاعارة و غيرها و كذا الصلح على ترك الاسباب المسقط لها عن التأثير على ما سيجيء انشاء الله تعالى .

وبالجملة ففي جميع هذه الفروع وغيرها يتوسل بالصلح لقطع التنازع دون غيره ولو شاركه غيره ففي بعض الجهات على ما سيتضح انشاء الله تعالى و يشهد على ذلك ان مسائل الصلح غالباً موضوعها التنازع دون غيره و ليس الا لاختصاصه بهذا الاثر من بين العقود وإلى هذا أشار في التنقيح حيث قال ره عند شرح قوله ره مشروع لقطع المنازعة يشير إلى غاية هذا العقد اللازمة له غالباً سواء تقدمته خصومة ام لم تتقدم بل يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الخطر هنا انتهى ولكنه لكونه بصدد دفع الاشكال عن التعريف المعروف احتاج إلى اعتبار ما اعتبروه أيضاً من ان قطع التنازع حكمة لا علة .

و هنا مسلك آخر متين يندفع به الاشكال حتى عن الرسم المعروف بلا تكلف و هو ان الصلح لعموم فائدته و عدم اشتراطه بشيء مما اشترط به غيره و عدم تطرق ما يتطرق في غيره فيه يحسم مادة التنازع سواء كان واقعا او متوقعا او لم يكن شيئاً منهما فهو مشروع لتحصيل الاثار على وجه لا تتطرق فيه الخصومة والجدال و يقطعه إذا كان متحققاً في الحال و المراد بالقطع ما هو اعم من الدفع و الرفع .

بيان ذلك ان الصلح على ما سيتضح انشاء الله تعالى يفيد فائدة الامور الخمسة بل اكثر العقود كالشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة في الجملة على ما سيتضح انشاء الله تعالى و مع ذلك لا يشترط بشيء مما اشترطت ولا يتطرق اليه ما يتطرق إلى غيره

كالخيارات فحيث يراد تحصيل اثر البيع مثلاً على نحو لا يتطرق إليه ما يورث الجدل يتوسّل بالصلح فكان المشاجرة التي تقتضيها المعاملة اندفعت بالصلح فان حصول الارتباط بالمعاملات مادة المشاجرات والمخاضات فان لكل من المتبايعين يتوجه على الآخر من وجوه النزاع ما لم يكن قبل ذلك .

وقد يدفع عنهم الاشكال بوجه آخر وهو ان الغرض من هذه التعاريف التمييز في الجملة كالتعاريف اللفظية فلا يقدر عدم الاطراد والانعكاس كتعريفهم الاجارة بتمليك المنفعة مع عدم صدقه على اجارة الاشخاص .

وفيه ان هذا انما يدفعه عما اخترته من ان الصلح ما يقطع به الخصومة فيعتذر عن عدم انعكاسه بان الغرض تمييز المهية في الجملة لاعنه على الوجه المعروف فان الاشكال فيه ليس من جهة الاطراد والانعكاس بل من جهة اعتبار القطع علة للتشريع مع عدم التزامهم بدورانه مداره .

توضيحه انه ليس لاحد ان يقول ان من الصلح ما هو مشروع لقطع الخصومة و منه ما ليس كذلك و قولكم ان الصلح ما شرع لقطع الخصومة غير منعكس لعدم شموله بعض افراد المحدود فان المشروع انما هي الحقيقة المتحدة لا الافراد المختلفة نعم يتوجه عليه ان هذه المهية لم تشرع لهذا الغرض والا لم تصلح الا لتحصيله .

و حينئذ فالجواب ما مر لا انه كاللفظي لا يجب اطراده و انما عرفناه بالرسم تاسيّا بالاصحاب والاحسن التحديد الرافع للحجاب المعنى عن ذلك الاطناب فنقول ان الصلح هو المركب من التزامين مستقلين بصلح لان يتحصل به كلما اريد من الاثار من انتقال العين والمنفعة واسقاط الحقوق وجعلها وغيرها مما ستطلع عليه انشاء الله - تعالى .

و خرج بقولنا مستقلين جميع العقود سوى الشركة والاقالة في وجه فانها مؤلفة من الايجاب و هو الانشاء الاستقلالي والقبول الذي هو الانشاء المطاوعى فان البيع^(١)

(١) قوله فان البيع مثلاً عبارة الخ توضيح المرام ان من العقود ما يتقوم بالايجابين المرتبط احدهما بالآخر مع عدم كون واحد منهما متميزاً عن الآخر بكونه مطاوعة له كما —

مثلا عبارة عن انشاء المبادلة من طرف البايع والقبول من المشتري و بهذا يتميز البايع من المشتري و الثمن من المضمن كما حققناه في خيار الحيوان .

و هذا التحقيق لم يتنبه له الفحول فذهب بعضهم إلى ان الفرق بين البيع و الصلح المفيد فائدته بالقصد وفيه ان اختلاف القصد فرع اختلاف المقصود فلو كان اختلاف المقصود باختلاف القصد لدار .

و بعضهم إلى ان الفرق بالصفة فما كان بصفة البيع فهو بيع و ما كان بصفة الصلح فهو صلح و هو ايضا كما ترى فان اختلاف الالفاظ لا يقتضى اختلاف المعاني بالضرورة .

و بقولنا يصلح النخ خرج عقد الشركة و الافالة على القول بانها عقد فك مما لا يصلح لان يتحصل به الا الاثر المخصوص فتأمل (١) .

→ في المقام فكل منهما موجب من جهة قابل من اخرى كما هو مقتضى المعاوضة .

و هذا نادر و الغالب على العقود ان يكون مؤلفا عن الانشاء الاستقلالى من طرف و القبول المحض فى المطاوعة من الطرف الاخر كالنكاح فانه مؤلف من انشاء علقه الزوجية من طرف الزوجة و المطاوعة المحضة من طرف الزوج فالمرجع للمهر من ملك الزوج انما هو قبول الزوجية على المهر لا انشاء تملك المهر للزوجة فانه لم ينشأ الزوج تملك المهر للزوجة بالفرض و كذا الحال فى سائر العقود منه ره .

(١) وجه التامل ان الصلح لا يعتبر فيه لفظ خاص على ما سيجىء و اختصاص عقد الشركة بافادة الاثر الخاص لا ينافى كونه نوعا من الصلح فللصلح صيغ مختلفة بعضها يصلح لان يستعمل فى جميع الموارد وبعضها لا يصلح الا لبعض الموارد و حينئذ فافراد الفقهاء اياه بالبحث من جهة اختصاصه باحكام ينبغي ان تفرد بالبحث عنها .
و يؤيده ان بعضهم كالشهيدي ره فى اللزمة و المحقق فى الشرائع عقب كتاب الصلح بكتاب الشركة .

هذا على القول بالشركة العقدية كما يتوهم و اما على الحق من عدم ثبوته فلا حاجة الى الاحتراز عنه . منه قدس سره الشريف .

و اما ما في الجواهر من ان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا و اصطلاحا و تسامحا عليه فيما بينهما ففيه ان الرضا و الكراهة من الكيفيات النفسانية التى لا تتعلق بها القدرة كالعلم والحياة و الحب و البغض بخلاف مثل الطلب و التملك مما هو مقدور .

و قال شيخنا المرتضى قدس سره ان حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعارضة بل معناه الاصلى هو التسالم و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال نعم هو متضمن للتملك إذا تعلق بعين لا انه نفسه ، و الذى يدل على هذا ان الصلح قد يتعلق بالمال عيناً كان او منفعة فيفيد التملك وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو بمجرد التسليم وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط او الانتقال وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين كما في قول احد الشريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كان حقيقة الصلح هى عين كل من تلك المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً و هو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه امر آخر و هو التسالم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التملك لان مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقة هو انشاء التملك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقراراً بخلاف طلب التملك انتهى كلامه رفع الله مقامه في اعلى الدرجات .

و فيه او لا ان التسالم و ان كان مفهومهما عاما يصلح لتعلقه بكثير من الاشياء الا انه إذا تعلق بكون عين لا آخر بعوض فهو عين نقلها اليه بالعوض فلو ادعينا ان التملك حينئذ يتضمن التسالم كما هو شان الخاص بالنسبة إلى العام لكان اليه سبيل و اما العكس الذى ادعاه ربه فليس عليه دليل و بالجملة فلا يتعقل للصلح على كون عين لشخص بعوض مثلاً معنى مركب من التملك و غيره حتى يكون التملك مما يتضمنه بل ولا معنى غير انشاء نقله إليه حتى يستتبعه التملك .

و اما ما استشهد به ففيه ان العموم لا ينافى الاتحاد بل يستلزمه فان العموم بحسب الذات أو المفهوم ، والاتحاد بحسب الوجود نعم الاتحاد بحسب المفهوم مع الامور المذكورة

يستلزم الاشتراك اللفظي ولكن غرضه الفرق بينه وبين البيع ومجرد عدم اتحاد مفهومهما معه لا يكفي في ذلك فإن اتحاده معه في الوجود أيضا يقدح في طرد تعريفه بل يوجب كونه من مصاديقه ولا يلتزم به احد من الاصحاب .

وكذلك ما استدل به على ان الصلح ليس هو التملك بانه لا يتعدى بنفسه إلى المال فانه انما يدل على المغايرة مفهومهما التي لا ينافي الاتحاد بحسب الوجود كما ان التملك مغاير للبيع مفهومًا ولكنه نفسه إذا تعلق بالعين بعوض فالاختلاف بالتعدية واللزوم إنما هو باختلاف المفهوم وهو انما يدل على ان الصلح لم يستعمل في معنى البيع لانه لا يصدق عليه تعريفه الا ترى ان الصلح إذا كان بلفظ ملكت تعدى بنفسه مع انه صلح فتدبر .

والتحقيق ان التسالم ليس هو المنشأ في الصلح وان صدق عليه فان تقبل احد الشريكين الثمرة بخصه منها صلح ويصدق عليه التسالم مع ان المنشأ ليس هو التسالم ولانه يقع بقول احدهما للآخر لك ما عندك ولي ما عندي كما في رواية منصور بن حازم مع انه ليس هنا انشاء تسالم وان صدق عليه ولان ملكت يقع به البيع والصلح ولا يمكن الفرق بانه في مقام الصلح يقصد به انشاء التسالم دون البيع ولان المعاطاة عنده بيع ولا يمكن ان يقال ان الفرق بين المعاطاة إذا كانت بيعا وبينه إذا كان صلحا انشاء التسالم بالاول دون الثاني .

فالتحقيق ان الفرق بين الصلح والبيع انما هو بان كلا من العوضين ملحوظ في الصلح مستقلا فقيام العقد بواحد من الطرفين كقيامه بالآخر ولهذا يصح بالايجاب من الطرفين والايجاب من احدهما والقبول من الآخر من غير تعيين للموجب والقابل . ومن هذا يظهر فساد ما يتوسل به الناس في هذا الزمان اقتداء بالمتفقه من اجراء صيغة الصلح في مقام البيع تفصيا من اعتبار الشرائط كالعلم بالعوضين وغيره مع ان حالة المعاطاة لا تختلف فهو في الحقيقة بيع بلفظ الصلح فان الخبز مثلا عند المتصالحين ليس كالنقد في الملاحظة بحسب المتعارف بل المقصود استقلاله هو الخبز والنقد ملحوظ تبعا .

وكذا الحال في الاجارة فان الصلح على المنفعة بعوض و ان شارك الاجارة في كونه تملكاً للمنفعة بعوض الا ان المنفعة فيها ملحوظة استقلالاً كالعين في البيع و العوض تابع كما في البيع و لهذا فلو كان العوض في الاجارة منفعة ايضاً لم يتميز الموجد من المستاجر الا بالاستقلال والتبعية كما ان البايع و المشتري انما يتميزان بذلك مع تماثل العوضين كما في بيع الحيوان بالحيوان .

وفي الروضة عند تعريف المصنف رة الاجارة بانها عقد على تملك المنفعة المعلومة بعوض معلوم : ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فانه ليس اجارة بناء على جعله اصلاً انتهى و ظهر اندفاعه مما مر فان التملك بعوض ظاهر في تبعية العوض و استقلال المنفعة و لهذا لا يصح ان يقال ان الاجارة تملك شيء بمنفعة ولا يصح القبول من الموجد ولا الايجاب من المستاجر بخلاف الصلح عن المنفعة بعوض فكما يصح ان يقال انه صالح عن المنفعة بعوض فكذا يصح ان يقال صالح عن شيء بمنفعة و يصح الايجاب من الطرفين و الايجاب من كل منهما و القبول من الاخر هذا . و استدلو على مشروعيته بالكتاب و السنة و الاجماع من المسلمين فمن الكتاب قوله تعالى « و ان امرءة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً و الصلح خير » و قوله تعالى « و ان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما » و قوله تعالى « فاتقوا الله و اصلحوا ذات بينكم » و قوله تعالى « ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما » و قوله تعالى « اما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم » و قوله تعالى « فان فائت فاصلحوا بينهما بالعدل » و قوله تعالى « أو اصلح بين الناس » .

و التحقيق ان شيئاً منها لا يدل على مشروعية الصلح العقدي بل انما تدل على رجحان الاصلاح بالمعنى اللغوي و هو رفع التجاذب و المخاصمة كما هو ظاهر و من السنة المروية من طريق العامة عن ابي هريرة و مرسل في الفقيه ان النبي ﷺ قال الصلح جائز بين المسلمين الاصلح احل حراماً أو حرم حلالاً .

و عن عبدالله بن كعب بن مالك ان كعب بن مالك اخبره انه تقاضى ابن ابي - حدرد ديناً كان له على عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارفعت اصواتهما حتى سمعها

رسول الله ﷺ و هو في بيته فخرج رسول الله ﷺ اليهما حتى كشف سجف حجرته و نادى يا كعب قل لبيك يا رسول الله ﷺ فإشار بيده ان ضع شطرا من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله ﷺ قال قم فاقبضه، استدل به في التذكرة و غيرها اقول انها لادلالة لها على المطلوب بوجه من الوجوه نعم يمكن تنزيله على صلح الحطيطة و لكن الظاهر منها الابراء لا الصلح و لو سلم التساوى فمجرد الاحتمال لا يفي بالاستدلال . و منها ما رواه حفص بن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال الصلح جائز بين المسلمين و في آخر عنه عليه السلام ايضا في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس .

و في ثالث عنه عليه السلام أيضا سأله عن الرجل يكون عنده مال لا يتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم و وكيلهم فيصالحه على ان يأخذه بعضا و يبرئه ما كان عليه ابراء منه قال عليه السلام نعم .

اقول لا دلالة فيما بعد رواية حفص أيضا على ان المراد بالصلح هو العقد بل انما يدل على نفوذ الابراء في هذا المقام و اما كونه بالصلح العقدى فلا بل يمكن المناقشة في رواية حفص أيضا نعم لاشكال في دلالة النبوى ﷺ بقرينة الاستثناء على ماسيجى انشاء الله تعالى .

و الذى يسهل الخطب ان مشروعية هذا العقد في الجملة مما لا ريب فيه و اما النزاع من جهات آخر منها انه هل هو اصل براسه كسائر العقود فلا تجرى عليه احكام ما يفيد فائدته أو هو فرع على ما يفيد فائدته اجمع اصحابنا على الاول و الى هذا ينظر قولنا « و هو » اى الصلح « كغيره » من العقود « اصيل لا تبع » لغيره .

نعم نسب الخلاف إلى الشيخ ره في احد قوليه قال في السرائر و هو اصل قائم بنفسه في الشرع لا فرع على غيره على ما يذهب إليه المخالف إلى ان قال و المخالف لمذهب اهل البيت عليه السلام يجعله فرع البيع و يراعى فيه شرائط البيع و لاجل ذلك ذكر شيخنا ابو جعفر ره في مسائل الخلاف في الجزء الثانى في كتاب الصلح مسألة إذا ائلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا فاقر له به و صالحه على دينارين لم يصح ذلك و به

قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ذلك قال شيخنا دليلنا انه إذا أنلف عليه الثوب وجب في ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبة بقيمته فالقيمة هنا دينار واحد فلو اجزنا ان يصلحه على اكثر من دينار كان بيعا للدينار باكثر منه و ذلك ربا لا يجوز .

قال محمد بن ادريس مصنف هذا الكتاب هذه المسئلة بناها شيخنا على مذهب الشافعي لأن الشافعي يقول ان الصلح فرع البيع فذهب إلى قول الشافعي في هذه المسئلة والصحيح خلاف ذلك وانه يجوز الصلح على الثوب المذكور بالدينارين بغير خلاف بين اصحابنا الامامية وشيخنا ابو جعفر في مبسوطه قال لما ذكر مقالة الشافعي : و يقوى في نفسي ان يكون هذا الصلح اصلا قائما بنفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار خيار المجلس على ما بيننا فيما مضى انتهى .

فانظر كيف نسب القول بتبعيته للبيع إلى مخالف مذهب اهل البيت عليهم السلام ونسب إلى الشيخ ره مخالفة الاجماع فيعلم من ذلك عدم وجود المخالف من الاصحاب في المسئلة و يؤيده ان العلامة ره في التذكرة قال الصلح عند علمائنا اجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعا على غيره بل هو اصل في نفسه و منفرد بحكمه ولا يتبع غيره في الاحكام انتهى و هو كما ترى لم ينقل خلاف الشيخ ره و ليس الا من جهة عدم كونه عنده مخالفاً لما لعدوله عن هذه الفتوى إلى خلافه الذي نقل عنه و اما لانه اورده في كتابه ايرادا لا اعتقادا واما عدم الاعتداد بمخالفة مثل الشيخ ره نظرا إلى ثبوت الاجماع على خلافه ففي غاية البعد .

هذا هو التحقيق الذي عليه اهل الحق و اما المخالفون فلم ينقل منهم الخلاف ايضاً الا عن الشافعي منهم فذهب إلى انه ليس باصل منفرد بحكمه و اما هو فرع على غيره و قسمه على خمسة اضرب :

ضرب هو فرع البيع و هو ان يكون في يده عين اوفى ذمته دين فيديها انسان فيقر له بها ثم يصلحه على ما يتفقان عليه و هو جائز فرع على البيع بل هو بيع عنده يتعلق به احكامه .

و ضرب هو البراء و الخطيئة و هو ان يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم

يصالحه على ان يسقط بعضه ، يدفع اليه بعضه و هو جائز فرع الابرء .
 و ضرب هو فرع الاجارة و هو ان يكون له عنده دين او عين فيصالحه من ذلك
 على خدمة عبد أو سكنى دار مدة فيجوز ذلك و يكون فرع الاجارة .
 و ضرب هو فرع الهبة و هو ان يدعى عليه دارين او عشرين أو شبههما في يده
 فيقر له بهما و يصالحه عن ذلك على احدهما فيكون هبة للآخرى .
 و ضرب هو فرع العارية و هو ان يكون له دار فيقر له بها فيصالحه على سكنائها
 شهرا و هو جائز و يكون ذلك عارية .

و قال بعض الشافعية الصلح فرع للبيع و الابرء و الهبة خاصة ثم فسر الابرء و
 الهبة بما ليس بصلح فقال إذا كان له في ذمته الف درهم فقال قد ابرأتك من خمسمائة
 و يدفع اليه خمسمائة فان كان بلفظ الصلح لم يصح وكذا إذا قال ابرأتك من خمسمائة
 على ان تعطيني خمسمائة فانه لا يجوز و قال بعضهم يجوز بلفظ الصلح .

ثم قال القائل الاول : لو ادعى عليه عشرين فأقر له بهما فوجب له أحدهما واخذ
 الاخرى جاز ولا يجوز بلفظ الصلح او بالشرط لان لفظ الصلح يقتضى المعاوضة فاما إذا
 صالحه على بعض الدين كان كانه قد باع الف بخمسمائة و هو حرام .

و أما في الهبة فإذا كان بلفظ الصلح فكانه قد باع ماله بماله ، فلهذا لم يجز و
 المشهور عندهم الجواز لان لفظ الصلح إذا ذكر فيما كان معاوضة اقتضى ذلك ان يكون
 معاوضة تاماً ان يكون لفظه يقتضيه فليس بصحيح لان الصلح انما معناه الاتفاق والرضا والاتفاق
 قد يحصل على المعاوضة و على غيرها كما ان لفظ التملك إذا كان في طريقة المعاوضة
 مثل ان يقول ملكتك هذا بهذا فانه يكون بيعا فإذا قال ملكتك هذا كان هبة حيث
 تجرد عن العوض كذا هنا ايضاً .

و على القول الثاني يخرج قائله من ان يكون صلحا ولا يبقى له ثم يتعلق لانه
 إذا ادعى عليه شيئا فأقر به و ابرء من بعضه و اخذ بعضه بغير لفظ الصلح فذلك براءة
 و قبض دينه ولو ابرء من جميعه لم يسم صلحا ولو قبض جميعه فكذلك ما ذكره فاما
 إذا كان بلفظ الصلح سمي بذلك لوجود لفظه و ان لم يوجد معناه كما تسمى الهبة

المشروطة بالثواب هبة لوجود لفظها و ان لم يوجد في ذلك معناها وهذا بخلاف ما تقدم لانه معاوضة إجماعاً^(١) .

هذا ولا يخفى انه لاوجه لتخصيص الامور الخمسة بالذكر فان الصلح يفيد فائدة الوكالة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ايضاً و ان افرقت معها في كثير من الاحكام كما في العارية بل في جميع الامور المزبورة على ما سيوضح انشاء الله تعالى .

وكيفما كان فكلام الشافعي يحتمل وجوها منها ان ادلة الصلح انما تدل على جواز قطع الخصومة او رجحانها بسبب من الاسباب المقررة المعهودة لا انها تدل على ان للصلح عقداً مستقلاً كسائر العقود وفيه اولا انه يكفي العمومات المصححة لكل عقد في الحكم بصحته و ثانياً انه اجمع اهل العلم على خلافه .

و ثالثاً ان النبوى المعروف بين الفريقين الذى لم يناقش في دلالة احد صريح في ان الصلح عقد مستقل فان المراد بالجواز النفوذ لا الرخصة بقرينة الاستثناء فان رفع التنازع لا يصلح للتحليل والتحرير فاما اريد به تنفيذ ما يوجب الصلح من الانشاءات المعهودة الا في صورتين و إما تشريع عقد للمصلح صالح لتحصيل جميع الآثار المطلوبة الا الامرين، و الاول لا يصح لان العقود والايقاعات لا تفيد الامرين سواء كانت اسباباً للصلح ام لا فاثبات هذا الحكم لها من حيث كونها اسباباً للصلح لغو بل موهم لخلاف المقصود فتعين الثاني .

واستدل في التذكرة على اصله بعدم الدليل على تبعيته للغير وان الاصل في العقود الاصاله وهذا انما يتم إذا كان المراد التبعية في الاحكام لا الاتحاد مع انه صرح بانه إذا افاد نقل العين بعوض فهو بيع عند الشافعي يتعلق به احكامه .

بيان ذلك ان كون الصلح عقداً مستقلاً مغايراً لسائر العقود مخالف للاصل ولا معنى لاصالة حدوث الحادث نعم بعد ما ثبت كونه عقداً مغايراً لسائر العقود يمكن التمسك باصاله عدم تبعيته لغيره في الاحكام في قبال من يدعيها ولكن الشافعي على ما

(١) فأما اذا قال : ابرهتك عن خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة ، فان الشافعية منعوها

منه لان هذا الاشتراط يجعله بحكم العوض عن المتنازع و ذلك لا يجوز ، خ .

حكاه عنه يقول بالاتحاد ذاتا لاتبعيته في الاحكام بل الانسب على هذا التقرير أيضاً ابطال دليله لا التمسك بالاصل من غير تعرض لدليله فان اقتضاء الاصل عدم تبعيته في الاحكام لا ينافي قيام دليل عليها فالشان حينئذ في ابطال الدليل الذي يستدل به الخصم لا في التمسك بالاصل الذي يلتزم به ولا ينافي مقصوده .

ان قلت ان دليله القياس و تقريره ان الصلح إذا افاد فائدة انشاء شابهه فنجري عليه احكامه للشركة في الثمرة وهو عنده ضرورى البطلان فالتمسك بالاصل لعدم الاعتداد بدليله فكأنه لا دليل له اصلا .

قلت ان اراد الزام الشافعى بفساد مذهبه فلا بد أن يلزمه بما يلتزم به وبجامع طريقته والافيكفى في ابطال جميع اقوالهم مخالفتها لاهل البيت عليهم السلام وان أراد الاستدلال للمطلوب من غير نظر إلى افحام الخصم فالامر اوضح من ان يستدل له بالاصل لما عرفت من الاجماع وال اخبار المتظافرة والايات على ما رزحه القوم .

ومنها انه عقد مغاير لسائر العقود الا انه يتحد مع الامور الخمسة إذا افاد فائدتها لعدم الفارق بينه وبينها حينئذ وفيه مع انه لا يشابهها من جميع الجهات على ما سيجىء انشاء الله تعالى ان الاشتراك في الصفات لا يقتضى الاتحاد بحسب الذات مع انه يلزمه حينئذ القول باستقلاله إذا افاد غير ما يفيد سائر الانشاءات .

ومنها أنه لمشابهته الامور الخمسة يشاركها في الاحكام لمكان الجامع وفيه مع ما سيظهر من تحقق الفارق انه قياس ولا يخفى ان اصاله الاستقلال انما تجرى على هذين الوجهين، وهذا وتظهر الثمرة في فروع لا تحصى كجريان اكثر الخيارات فيه على التبعية واشتراط انتفاء الفرر وتحقيق القبض في الصرف وكون احد العوضين نقدا وكون التلف قبل القبض من الموجب وثبوت الشفعة للشريك بالعقد وغير هامم لا يخفى على الخبير وسأذكر جملة من الفروع تشبيها للمرام وتاسيا بالاعلام في طى المسائل .

تنبيه :

لا يخفى ان المراد بافادة هذا العقد فائدة ما ذكر الاشتراك معها في الثمرة في الجملة لا في جميع الاثار والاحكام فان البيع مثلا لا يلاحظ فيه خصوصية المتبايعين

ولو اعتبرت لغى بخلاف الصلح المفيد فائدته فلو باع الاجنبى السلعة عن نفسه و اجاز المالك صح البيع و لغى قصده ووقوعه عن نفسه بخلاف ما لو صالح عن نفسه فانه يبطل ولا تنفع الاجارة كما في الهبة و النكاح و الوقف و المضاربة و الوديعة و العارية ولهذا يصح قول القائل بعثك و قبول الاخر بقوله قبلت مع ارادة القبول من الغير ولا يجب ان يقال بعث موكلك ولا يصح ان يقال وهبتك او انكحتك إذا كان المقصود ايقاعه للموكل بل يتعين انكحت و وهبت موكلك .

و السر في ذلك ان البيع انما هو المبادلة على ما هو التحقيق فالعقد يفيد بدلية مال من مال فعند الاجازة يثبت البذل لصاحب المبدل منه بخلاف النكاح فانه يفيد حصول العلقه بين الشخصين فلا بد من اعتبارهما في العقد كالعوضين في البيع ولا يلزم من ذلك صحة قبول الموكل في البيع لان القبول يجب وقوعه بمن وقع الايجاب معه و المفروض وقوعه مع الوكيل و توجيهه اليه .

وبالجملة لا مدخل للأشخاص في المبادلة لعدم اختلاف الاموال باختلاف الاشخاص و المقصود بالعقد انما هو مبادلة المال بالمال بخلاف النكاح فان الغرض احداث العلقه بين الشخصين فلا بد من ملاحظة خصوصياتهما في العقد وكذا القول في الهبة فان المقصود فيها التملك و الاغراض تختلف في التملك باختلاف الاشخاص اختلافا يعتد به في المتعارف بخلاف البيع .

نعم قد يورث اختلاف الاشخاص اختلاف العوضين و ذلك فيما إذا كان احد العوضين كليا فان الحق حينئذ يتعلق بالذمة و تختلف ذمم الاشخاص اختلافا فاحشا فلونوى البايع قبول السلم من غيره و قصد المشتري اسلام نفسه لم يقع و ان رضى بعد العقد كما انه لا ينفع الرضا لو تخلص الوصف المنوع مثل ان يشتري شيئا باعتقاد انه فرس فظهر انه ظبي .

و الحاصل ان الصلح في مورد البيع يخالفه في اعتبار خصوصية المتعاقدين فيه دون البيع و يلزم الشافعى ان لا يلتزم بالفرق و يحكم بالاشتراك .
و يفرق الصلح مع البيع ايضا في انه يصح الصلح عن الثمرة المدومة دون البيع

و من صححه في بعض الصور فاما استند إلى الرواية والقاعدة يقتضى الفساد لان البيع هو النقل من حينه والحاصل بالعقد هو ملك ان يملك في بيع الثمرة المعدومة بخلاف الصلح فانه يتعلق بكل ما يصلح للالتزام كما انه يصح الصلح عن العبد الا بق من غير ضمنية دون البيع والصلح عن الدين مع غير من عليه الدين حيث قلنا بعدم جواز بيعه . و اما ما عن مفتاح الكرامة من الحكم ببطالان الصلح على الثمرة المعدومة استناداً إلى ان بيعها صح بالنص دون غيره ففيه ان اعتبار اقتضاء الملك من حين العقد انما هو في البيع و لهذا افنقر نفوذه في المعدوم كالثمره المعدومة إلى الدليل و اقتصر على موردده ولم يتعد إلى غيره بخلاف الصلح فانه لم يعتبر فيه اقتضاء التملك من حينه كالوصية والمضاربة والمزارعة والمساقاة والتدبير والمكاتبه .

و يصح الصلح على الاستغلال بالحائط بمعنى ابقائه له دون الاجارة فانها التسليط على العين للانتفاع ولا تسليط هنا على العين كما انه يصح الصلح عن الدية مع عدم جواز بيعها لابهامها و ترددها بين امور .

و يصح الصلح على ما يستتبع سقوط ما لا يصلح للاسقاط بالابراء والاسقاط كالصلح على عدم الرجوع إلى المطلقة المستلزم لعدم نفوذه بناء على ترتب الحكم الوضعي أيضاً نظراً إلى انه معنى كون الشرط مملوكاً للمشروط له مع انه لا يصح اسقاطه و سيأتي ما يوضحه انشاء الله تعالى .

و يصح الصلح عن الدين الموجب بالحال وعن الكلى بالمعين فيستحق الغريم التمتعيل و المطالبة بالمعين بخلاف ما لو ابرءه على ان يكون له الامر ان فانه يبرء المديون ولا يستحق الغريم شيئاً فتأمل .

و اما الصلح عن الدين ببعضه فهو وان شارك الابراء في الثمرة الا انه يعود بعدم السقوط بالافالة إلى الصلح و ما سقط بالابراء لا يصلح للعود ولا يخفى ان الصلح عن الدين على أنحاء منها ان يصلح عنه ببعضه مطلقاً ولا اشكال في صحته ولكنه ابراء بلفظ الصلح فانه لا يعتبر في الابراء صيغة خاصة و ليس بمقد لعد اعتبار القبول فيه و هذا ظاهر فيما اتى فيه بلفظ الابراء كأن يقول ابرئتك عن خمسمائة من الالف الذي لى

عليك وصالحتك عن الباقي ولم يتوهم احد اعتبار القبول فيه الا الشافعية في وجه بعيد مطرد في كل ابراء والاظهر عندهم ايضا عدمه .

واما إذا لم يات بلفظ الابراء بل اقتصر على لفظ الصلح كان يقول صالحتك عن الالف الذي لي في ذمتك على خمسمائة فالتحقيق انه ابراء ايضا بلفظ الصلح ولا يعتبر فيه القبول وهو احد وجهي الشافعية والاظهر عندهم الاشتراط لاقتضاء وضع اللانظ ذلك وفيه ان اعتبار القبول انما هو بحسب اقتضاء المعنى ولا معنى لاعتبار القبول في الايقاع نظرا الى ما يتحصل به من الالفاظ بل نمنع اقتضاء اللفظ ذلك ايضا والمسلم انما هو اقتضاؤه إذا كان عقدا باعتبار المعنى لا مطلقاً .

ومن العجيب ان العلامة اعلى الله في الفردوس مقامه في التذكرة بعد التعرض لهذا الغرض قال وهل يشترط القبول اشكال ينشأ من كونه عقدا مستقلا ومن كونه في معنى الابراء انتهى فان لفظ الصلح ليس عقداً حيث يستعمل بل العقد انما هو المعنى القائم بالطرفين المرتبط بهما بحسب الذات وكون المعنى في الغرض كذلك عين المدعى بل لا شبهة في فساد فانه لا يتصور التزام من طرف الغريم لتمحض الايجاب في الابراء فتدبر .

وتبعه الشهيد ره في الدروس قال الاقرب الافتقار إلى قبول الغريم هنا وان لم يشترط في الابراء القبول مراعاة اللفظ وفيه ما عرفت .

ومنها ان يصلح عنه ببعضه المعين وهو عقد مقتدر إلى الايجابين مفيد فائدة الابراء وهو السقوط وليس التعمين عوضا عن الساقط لعدم صلاحيته لها وان كان حقا ثابتا على الغريم ولا المعين بل المقصود ابراء البعض والالتزام باداء المعين نعم لو كان كان المقصود المعاوضة بطل لمكان الربوا والشافعية الوجهان واختار الجويني الفساد لان تعين البعض يقتضى كونه عوضا وكون العقد معاوضة فيصير كانه قد باع الكل بنقيصة وهو رباء .

هذا ولكن قد عرفت انه عندهم كما يكون مفيدا فائدة البيع يكون مفيدا فائدة الابراء ايضا وان تعين البعض لا يقتضى كونه عوضا غاية الامر امكان المعاوضة حينئذ

و هو اعم من الوقوع .

و منها ان يصلح عن المؤجل بالحال من غير حطيطة ولا زيادة أو عن الحال بالمؤجل كان يصلح عن الف مؤجل بالف حال أو بالعكس و الحق انه باطل لانه رباء فان للاجل قسطا من الثمن نعم يمكن الصلح على استحقاق المديون تاخير الاداء و استحقاق الغريم التعجيل كما يصح اشتراطهما في العقد اللازم قال في الدروس في كتاب البيع و ان شرط تاجيل الدين الحال لزم و كذا لو اشترط حلول المؤجل انتهى .

و في التذكرة يجوز تعجيل المؤجل باسقاط بعضه لانه البراء و ساينغ مطلقا ولا يجوز تأخير المعجل بزيادة فيه نعم يجوز اشتراط التاجيل في عقد لازم كالبيع و شبهه لا بزيادة في الدين بل بزيادة في ثمن ما يبيعه ايّاه فلو كان عليه دين حال فطالبه فسئل منه الصبر إلى وقت معلوم بشرط ان يشتري منه ما يساوي مائة بثمانين جاز لان التأخير امر مطلوب للعقلاء لا يتضمن مفسدة و هو غير واجب على صاحب الحق بل له المطالبة بالتعجيل و بيع ما يزيد ثمنه على قيمة جائز مطلقا فلا وجه لمنعه مجتمعا انتهى .

إذا عرفت هذا ظهر لك انه يمكن تاجيل الحال و تعجيل المؤجل بالصلح لعموم فائدته نعم لا يصلح الاجل لان يفرد بالاسقاط ولا لللاحاق بغير سبب اما الاول فلكونه من التوابع كالوصف قال في التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فاسقط المديون الاجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبة في الحال لان الاجل صفة تابعة والصفة لا تفرد بالاسقاط ولهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيد أو الدنانير الصحاح الجودة أو الصحة لم يسقط و للشافعي وجهان انتهى .

و اما الثاني فلانه مجرد وعد لا يجب الوفاء به قال في التذكرة لو حل الاجل فاجل البايع المشتري مدة اوزاد في الاجل قبل حلول الاجل المضروب اولا فهو وعد غير لازم لعدم وجود المقضى له إذا الوعد غير موجب انتهى .

و ما ذكرنا ظهر وجه النظر فيما افاده الشهيد ره في الدروس حيث قال لو صالح عن الف مؤجل بالف حال احتمل البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل و هو لا يسقط بالاسقاط نعم لو دفعه اليه و تراضيا جاز و كذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد

في العوض ام لا ، ان لا يجوز تأجيل الحال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوته في الثانية عملاً بالصلح اللازم ولو صالح عن الف حال بخمسائة مؤجلة فهو ابراء من خمسمائة ، ولا يلزم الاجل بل يستحب الوفاء به انتهى فان المسلم انما هو عدم سقوط الاجل بالاسقاط منفردا وهو غير المفروض فان الساقط انما هو المؤجل بازاء الحال لا الاجل .

وايضاً المسلم انما هو عدم لزوم الوفاء بالتأجيل بعد العقد لعدم الدليل على لزوم الوفاء به واما عدم جواز تأجيل الحال فمما لا يصغى اليه اللهم الا ان يريد عدم الجواز من جهة استلزامه للربا على ما بينا ولكنّه يتحقق في الصلح عن المؤجل بالحال فلا وجه لاحتمال البطلان فيه والجزم به في هذه الصورة بل لا يلائم التعليل بان الاجل لا يسقط وكان عليه ان يحكم فيه ايضا بعدم الجواز معرضا عن التعليل ايضا أو معللاً باستلزامه للربا فتدبر .

وحكمه باستحباب الوفاء يشهد على ان نظره إلى ما قالت الشافعية من ان الاجل لا يلحق ولا يسقط وقد عرفت انه مبني على ما ذهبوا اليه من تبعية الصلح لغيره من العقود وعدم استقلاله بنفسه والذي يظهر من التذكرة عدم القول بالبطلان الا من الشافعية حيث جزم بالصحة ولم يحك الخلاف الا منهم ومبني الخلاف على الخلاف في اصالة الصلح و تبعيته .

قال ره يصح الصلح على الاعيان المماثلة جنساً ووصفا سواء كانت ربوية او لا و سواء تفاوتت في المقدار والحلول والتأجيل اولا عندنا لما تقدم من كون الصلح عقدا مستقلا بنفسه ليس يجب ان يتبعه لواحق البيع فلو كان له الف مؤجلة على غيره فصالحه منها على الف حال أو بالعكس صح لما مهدناه من القاعدة وقال الشافعية لو صالح عن الف حال على الف مؤجل أو من الف مؤجل على الف حال كان لغوا لان الاول وعدم من صاحب الدين بالحق الاجل والثاني وعد من المديون باسقاط الاجل والاجل لا يلحق ولا يسقط .

و هو ممنوع لانه مبني على عدم استقلال عقد الصلح بنفسه اما لو عجل المديون

الدين المؤجل ودفعه إلى صاحبه لم يجب على المالك القبول فان قبل و رضى بالدفع سقط الاجل اجماعا لحصول الايفاء والاستيفاء وكذا البحث في المصححة والمكسرة انتهى ولا يخفى ان هذا انما يتم على ما اختاره من اختصاص الربوا بالبيع والقرض ولا يبعد انعقاد الاجماع على خلافه حتى كان عدل عنه في الصلح من القواعد فالمخالف انما هو الحلبي ره .

و اما ما حكم به من عدم وجوب القبول على المالك لوعجل المديون الدين المؤجل فقد نفى عنه الخلاف بل في جامع المقاصد نسبة الخلاف فيه إلى بعض العامة خاصة حيث قال في السلم عند قول المصنف ولو دفع قبل الاجل لم يجب القبول المخرد^١ بذلك على بعض المخالفين من العامة انتهى .

ولكن قد يتخيل الوجوب و انه كالدين الحال في ذلك لان فائدة التاجيل الرخصة للمشتري بالتأخير لا عدم وجوب الاخذ لو دفعه اليه قبله فمصلحته مختصة به ولذا يزداد الثمن من اجله وله طلب النقصان في مقابلة التعجيل و عقد البيع بلاجل يقتضى وجوب الدفع و الاخذ و اشتراط الرخصة للاول لا يستلزمها للثاني بل الظاهر ان المراد من الاجل التوسعة في ذلك الزمان إلى نهاية الاجل اي لاتضييق الا في ذلك الزمان كالواجب الموسع وقد يتفرع على ذلك ان للمشتري اسقاط حق التاجيل كما في غيره من الحقوق .

و الجواب ان الاجل قيد للعقد و عود الفائدة إلى المشتري غالباً لا يستلزم انحصارها فيه و بالجملة فالاجل بحسب العادة اعتبر قيداً لا انه مجرد ارفاق للمشتري ولذا لم يقل احد بوجوب القبول قبل الاجل الا بعض العامة .

و اما ما فرغ^٢ على ذلك من ان للمشتري اسقاط حق التاجيل فيه مع فساد اصله ان الاجل من التوابع فلا يصلح للاسقاط وقد تقدم هذا التعليل آنفاً من التذكرة وعلله جامع المقاصد عند قوله لو اسقط المديون اجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال بان ذلك قد ثبت بالعقد اللازم لانه المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط و لان في الاجل حقاً لصاحب الدين ولهذا لا يجب عليه القبول قبل الاجل اما لو تقايلا

فى الاجل فانه يصح و لو نذر التاجيل فانه يلزم و ينبغى ان لا يسقط بتقاييلهما إذ
الاقالة فى العقود لا فى النذور انتهى .

و فيه ان الثبوت بالعقد اللازم لا ينافى سقوطه بالاسقاط كما فى اشتراط الخيار
و نحوه و باليته اقتصر على التعليل الاخير فان الاجل بحسب العرف ليس حقا للمديون
فقط و الا لم يتجه عدم وجوب القبول عليه قبل الاجل و الانصاف انّ ازدياد القيمة
بالاجل من اقوى الشواهد على كون الاجل فى النسبة ارفقا بحال المشتري فقط و من
المعلوم المسلم ان للاجل قسطا من الثمن .

و فى الرياض عند قوله ره و لو تبرع بالدفع لم يجب القبض مضافا إلى الاجماع
عليه كالاول اى عدم وجوب دفع الثمن قبل الحلول و تخيل الوجوب هنا بناءً على انّ
فائدة التاجيل الرخصة للمشتري بالتأخير لا عدم وجوب الاخذ على البايع بعد الدفع
اليه ضعيف او لا بمنع استلزام انحصار فائدته فى ذلك بعد تسليمهم وجوب الاخذ على
البايع مع مخالفته الاصل الخالى عن المعارض من النصّ و الاجماع لاختصاصه بغير
صورة الفرض و ثانياً بمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البايع بتأخير القبض إلى الاجل
فان الاغراض لا تنضبط انتهى .

و فيه نظر اما اولاً فلانه لا مجال لمنع الملازمة بين انحصار فائدة التاجيل فى
الرخصة للمشتري و وجوب الاخذ على البايع لعدم الفرق بين المعجل و المؤجل الذى
انحصرت فائدة الاجل فى المشتري و بالجملة لا شبهة فى وجوب القبول على البايع مع
عدم التقييد بالاجل و المفروض ان التاجيل لا اثر له الا الرخصة للمشتري بالتأخير و
وجوب القبول عليه بعد ثبوت هذين ضروري .

و ليت شعري كيف يمكن تسليم انحصار الفائدة فى رخصة المشتري مع العلم
بوجوب القبول عند الاطلاق للنصّ و الاجماع ثم منع وجوب القبول مع التاجيل الذى
لم يفد الا رخصة المشتري بالتأخير و هل هذا الا تناقض فان العلم بانحصار الفائدة فى
رخصة المشتري هو العلم بانتفاء فائدته عن البايع و كون وجوده بالنسبة اليه كعدم

فالشك في تأثير التاجيل جواز امتناع البايع مع العلم بعدم تأثيره بالنسبة إليه لا يجتمعان بالضرورة .

و اما ثانيا فلان مجرد عدم انحصار الفائدة في المشتري وتعلق غرض البايع بتأخير القبض إلى الاجل لا ينافي كون الاجل ملحوظا للمشتري فقط و الشرط انما يثبت للمشروط له لا لكل من يتعلق به غرضه و مراد من يدعى انحصار الفائدة في رخصة المشتري انحصاره بحسب الاعتبار الذي هو المناط في الاثار لا انحصارها فيها مطلقاً بحيث لا يترتب عليه الا تلك الفائدة .

و الحاصل انه لا ينكر ترتب فائدة للبايع على الاجل حتى يقابل بدعوى جواز تعلق غرضه بتأخير القبض إلى الاجل فانه ضروري البطلان بل انما يدعى كون اعتبار الاجل في النسبة مثلاً ممحضا للارفاق بحال المشتري بحسب العادة لان غرض البايع غالبا يتعلق بتعجيل القبض و تعلق غرضه بالتأجيل نادر فالظاهر من التأجيل جعل المشتري مستحقا لتأخير الدفع و ان امكن ان يشاركه البايع بان يجعل حقها لها أو يختص به و جوابه ما اخترته من ان الظاهر من التأجيل الاشتراك و ان كانت الفائدة غالباً للمشتري لا ما افاده أعلى الله مقامه .

و اما ما في الجواهر من التمسك بالاجماع لعدم وجوب الاخذ على البايع مع تبرع المشتري بدفع الثمن قبل الاجل بعد الاعتراف بان شرط الاجل حق للمشتري خاصة فيظهر ما فيه مما مر ايضا لانه اعترف بان مقتضى العقد وجوب قبول البايع لولا اشتراط الاجل و المفروض انحصار حق التأجيل في المشتري فمع عدم المانع من الاقتضاء كما هو المفروض لا يتعقل التخلف لان عدم التأثير اما لعدم الاقتضاء و اما لفقد شرط او وجود مانع و المفروض ان العقد مقتضى لوجوب القبول و اشتراط الاجل ممحض للمشتري بحيث يكون بالنسبة إلى البايع كعدم فعدم تأثير المقتضى عند اقترانه بما لا ينافي الاقتضاء بنافي الاقتضاء لانه في قوة عدم الاقتضاء .

فالتحقيق ان الاجماع المزبور قرينة على كون التأجيل قيداً للعقد لا يختص به احد من المتعاقدين فهو مانع من الاقتضاء ولاضير فيه لانه مقتضى اطلاق العقد لانته فتأمل والله الحمد .

و منها ان يصالح عن المؤجل على الحال بنقيصة كان يصالح عن الف مؤجلة على خمسمائة حالة ولا اشكال في صحته عندنا لعدم اشتماله على الربا و لما رواه ابان بن عثمان عمن حدّثه عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل ان يعجل الاجل : عجل لى النصف من حقي على ان اضع منك النصف ايعجل ذلك لواحد منهما قال نعم و في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و عن الحلبي عن الصادق عليه السلام انهما قالا في الرجل يكون عليه الدين إلى اجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول انقلدي بعض الذي لي عليك و اضع عنك بقيته او يقول انقلدي بعضا و امد لك في الاجل فيما بقي قال عليه السلام لا ارى به باسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا يقول الله تعالى «ولكم رؤس اموالكم لا تظلمون ولا تظلمون» .

و خالفنا الشافعي حيث قال لا يصح الصلح عن الف مؤجل بخمسمائة حالة لانه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحلول في الباقي و الصفة بانفرادها لا تقابل بالعوض ثم صفة الحلول لا تلحق بالمال المؤجل فاذا لم يحصل ما نزل عن القدر لتحصيله لم يصح النزول .

و فيه ان العوض هو البعض الحال لا الحلول و ليس المالان متحدين بالشخص و عدم التحاق صفة الحلول بالمال المؤجل ممنوع في صورة النزاع لان الصلح عقد اثره ذلك .

و منها ان يصالح عن الحال بالمؤجل كذلك ولا اشكال في صحته ايضا عندنا كان يصالح عن الف حال على خمسمائة مؤجلة فيبصر المديون من الخمسمائة و يستحق على الغريم التأخير إلى الاجل و قالت الشافعية ان هذا الصلح ليس فيه سابقة المعاوضة و اما هو مسامحة من وجهين حط بعض القدر وهو سائغ فيبصر عن خمسمائة و وعد بالاجل و هو غير لازم فله ان يطالبه بالباقي الحال و يظهر ضعفه مما مر .

و منها ان يصالح عن المؤجل بالحال بزيادة هذا ولا شبهة في بطلانه .

و منها ان يصالح عن الحال بالمؤجل كذلك كان يصالح عن الف حال بالفين مؤجلة أو عن الف مؤجلة الى سنة بالفين مؤجلة إلى سنتين و هذا لا شبهة في فسادة لاشتماله

على الربوا ولما تقدم من حديث الباقر والصادق سلام الله عليهما هذا .

فتحصل مما مر مخالفة الشافعي لنا في عدم اعتبار سبق الخصومة و كونه عقدا مستقلا غير تابع لغيره و تظهر الثمرة في طي المسائل .

و ان الصلح جاز و نفذ مطلقا سواء كان مع الاقرار او الانكار و به قال ابو حنيفة و مالك و احمد لعموم الأدلة و خالف الشافعي في هذه المسئلة أيضاً وقال انما يصح الصلح على الاقرار و صورة الانكار ان يدعى رجل على رجل آخر ديناً او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على ثوب او دين او بعض المدعى أو غير ذلك .

و استدلل بان الصلح على الانكار معاوضة على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره و بالقياس على ما اذا انكر الخلع او الكتابة ثم تصالحا على شيء . و فيه انا نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت مطلقا ولو سلم في بيع مال الغير فانما هو لتوهم انه تصرف غير جائز مع ان هذا التوهم يمكن من الضعف فان الغصب انما يتحقق بالتغلب لا بمطلق التصرف مع ان كون البيع تصرفا ممنوع و اما القياس فمع فساده في نفسه ليس في موقعه لان الحكم في الاصل ممنوع و يمكن ان يعارض دليله هذا بان الصلح سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالاقرار و الصلح مع الاجنبي . و استدلل في التذكرة بوجه آخر ايضا وهو ان الصلح وضع لقطع التنازع و هو انما يتحقق مع المخالفة بين المتداعيين بان ينكر احدهما ما ادّاه الاخر فلو لم يسمع صلح الانكار انتفت اعظم فوائد الصلح انتهى .

اقول هذا الدليل كما ينهض للتعميم يصلح لان يعارض به دليل الشافعي فتأمل ومن العجيب انه مع اعتباره سبق الخصومة في تحقيق المهمية اعتبار الاقرار وانقضاء الخصومة فان مجرد سبق الخصومة مع تعقبه بالاقرار لا يصحح اطلاق الكلمة بحسب العرف و اللغة فان التجاذب حينئذ لم يرتفع بالعقد فأي فائدة في اعتبار سبق الخصومة المرتفعة قبل العقد اللهم الا ان يقال ان المراد بالاقرار هو الاقرار عند المدعى لا في محضر الحاكم فالتجاذب انما ارتفع بالصلح لا بالاقرار .

و فيه انه لا يتم الا فيما كان مسبوقا بالتراجع و كان المقصود منه قطع سلطة

الرفع إلى الحاكم مع أن المدعى اعم وكان الرجل لا يشعر بما يقول و ان كلامه إلى ماذا يؤل مع انه من الفحول فإن النواميس الالهية لا تدرك بالعقول بل بالفوس في ليج احاديث آل الرسول ﷺ و كما ان الحكم المزبور مطلق بالنسبة إلى الاقرار والانكار فكذا بالنسبة إلى التعلق بالعين والدين و سبق الخصومة و عدمه و كون الصلح عن الدعوى او الشيء المدعى والجريان بين المتداعين و بين المدعى والاجنبى و الوقوع مع العلم بما تصالحا به و عليه و مع الجهل .

أما الصلح عن العين فهو قسمان صلح معاوضة و صلح حطية اما الاول فهو الذي يجرى على العين المدعاة اما بعين اخرى أو منفعة اما الاول فكما لو ادعى عبدا فصالحه منه على ثوب و تظهر الثمرة بين القول بالتبعية والقول بالاصالة في تعلق احكام البيع مطلقا كالد بالعيب و الشفعة و المنع من التصرف قبل القبض و اشتراط القبض ان كان المصالح عنه و المصالح عليه متوافقين في علة الربوا و اشتراط التساوى في الكيل و الوزن ان اتحد جنسهما من اموال الربوا و جريان التحالف عند الاختلاف و فساد العقد بالغرر .

و اما الثاني فكما لو ادعى عينا فصالحه منها على منفعة دار، و يتعلق به على الاول احكام الاجارة حينئذ و اما صلح الحطية فهو الجارى على بعض العين المدعاة كما لو صالح من الدار المدعاة على اصفها و هو على مذهب بعض الشافعية هبة يشترط فيه القبول و القبض .

و لهم في هذه الصورة وجه آخر و اليه ذهب الاكثر و هو البطلان لان الصلح يتضمن المعاوضة ولا يقابل الانسان ملك نفسه ببعضه و على الاول فتجرى عليه احكام الهبة من اللزوم و الجواز وغيرهما و نحن نمنع كون الصلح معاوضة مطلقاً بل انما هو الالتزام من الجانبين على سبيل الاستقلال و ان لم يفد الا الاسقاط كما في الصلح عن الدين ببعضه و عن الدعوى بالدعوى و عن احدهما بالآخر و عن سائر الحقوق .

نعم لا يتأتى الالتزام عن احدهما مع العلم بكذب نفسه فيبطل مع الاقرار ويصح مع الانكار كما يظهر من الشهيده في الدروس حيث قال لا ريب انه لو اقر له بعين و

صالح بعضها اشترط القبول لانه في معنى هبة الباقي و يحتمل البطلان لانه يجعل بعض ملكه عوضا عن كل ملكه و هو غير معقول انتهى وفي آخر الكتاب لو ادعى عليه دينا فانكر ثم صالح على بعضها جاز عندنا ولا يتحقق هنا فرعية الهبة لانه بالنسبة إلى المدعى عليه ملك و ان كان بالنسبة إلى المدعى هبة انتهى .

ولا يخفى انه لا يستقيم على ظاهره لانه ان كان في الواقع للمتشبث فالصلح هبة من الاجنبى لما لك المال بعض ماله في قبال البعض الاخر من ماله و ان كان للمدعى فهو تمليك بعض ماله بازاء البعض الاخر منه وكلاهما فاسدان و حيث حكمنا بكون المال للمنكر المتشبث بطل هبة المدعى بعضه بالضرورة فكيف يكون بالنسبة إلى المدعى هبة مع كونه بالنسبة الى المدعى عليه ملكا .

هذا على تقدير علم المدعى بالحال و اما مع جهلها فلا يلزم شيء مما ذكر لان كلا منهما يلتزم بكون بعض ما يحتمل ملكيته بازاء التزام الاخر كون الباقي له فكان الشهيد راد ان المنكر لعدم تيقنه بصدق المدعى يقاتى منه الالتزام بكون بعض المال للمدعى في قبال التزامه بكون البعض الاخر له بخلاف ما إذا قطع بصدق المدعى فانه لا يتعلق التزام الشخص بكون بعض ما يعتقد انه ملكه لغيره بازاء صيرورة البعض الاخر له و هذا هو المراد بقوله لانه يجعل بعض ملكه عوضا عن كل ملكه .

و ببيان آخر ان الظاهر من الصلح عن المال المدعى ببعضه كون البعض عوضا عن الكل و انما انصرف في صورة الانكار إلى الالتزام بكون المال للمدعى عليه و الاعراض عن دعواه بازاء التزامه بتسليم بعضه إلى المدعى و لفساد الدعوى بالاقرار لا يؤل هذا الصلح إلى وجه صحيح و هو مع بقاءه على حاله غير متعقل فانه ليس الا الصلح عن الكل البعض فتأمل .

و اما الصلح عن الدين ففصل فيه الشافعى فابطل الصلح على بعض ما في الذمة معللا بان الصحيح على تقدير الهبة و ايراد الهبة على ما في الذمة ممتنع و إذا وقع على البعض المعين فرتبه على صالح الحطيطة في العين ان لم يصح فهذا اولى و أن صح ففيه وجهان والفرق ان ما في الذمة ليس ذلك المعين ففي الصلح عليه المعاوضة ولا يمكن

تصحيحه معاوضة عندهم مع الانكار وقد مرت الاشارة إلى تفصيله .
 واما التعميم بالنسبة إلى الدعوى و ما تعلقت به فخالف فيه الشافعي ايضاً
 استناداً إلى أن مجرد الدعوى لا يعتاض عنه ، ونحن نمنع كون الصلح من عقود
 المعاوضات مطلقاً نعم قد يفيد فائدتها ولكنه بعد اعتباره الاقرار في هذا العقد لا يحتاج
 إلى هذا الاستدلال فان الدعوى لا تجامع الاقرار بالضرورة واما سبق الخصومة فقد
 عرفت مخالفته لنا في اعتباره ايضاً و انه فاسد لان اعتباره انما هو لاقتضاء وضع الكلمة
 و مع اعتباره الاقرار لا يجدى ذلك .

ولا باس بالاشارة إلى جملة من الفروع ايضاً للمرام و ناسياً بالاعلام :
 منها انه لو صالح عن ملكه بشيء من غير سبق خصومة جاز عندنا و بطل على
 مذهب الشافعية و قد جعلوا الصحة ايضاً وجهاً ولكنه على اصلهم غير وجيه ولا يخفى
 ان هذا الخلاف انما هو فيما لولم ينوبه البيع و الا فهو كناية و ظاهر التذكرة الاجماع
 على عدم الاكتفاء بها في البيع و الشافعية قولان .

و منها ان طلب المدعى عليه المصالحة من المدعى ليس اقراراً عندنا لما عرفت من
 انه يصح مع الانكار ايضاً واما الشافعية ففصلوا بين ما إذا اطلق او قيد بالدعوى الكاذبة
 و بين ما قيده بالامر المدعى فوافقونا في الاول و لهم في الثاني وجهان احدهما انه
 اقرار لانه طلب منه التمليك المتضمن للاعتراف بالملك و اصحهما عندهم انه ليس باقرار
 ايضاً لجواز ان يكون المراد قطع الخصومة الذى وضع الصلح في الاصل لاجله و سوى
 بعض الشافعية بين ما تقدم و بين قوله بمعنى لاتحاد الصلح و البيع و الوجه الفرق و
 المشهور انه اقرار لصراحته في التماس التمليك ، و طلب البراء مع التنازع في الدين
 اقرار .

و منها انه يصح ان يصالح الشخص حصته من الميراث بشيء مطلقاً عندنا و قالت
 الشافعية ان كانت التركة اعياناً فهو صلح عن العين و ان كانت ديوناً عليه فهو صلح عن
 الدين و ان كانت على سائر الناس فهو بيع الدين من غير من عليه الدين ولو كان في
 التركة عين و دين على الغير فالصلح عندهم باطل في الدين لعدم تجويزهم بيع الدين من

غير من عليه و اما في العين فقولان عندهم مبنيان على قولي تفريق الصفة .
و منها انه لو ادعى دارا في يد غيره فصالحه منها على سكنها سنة بطل ان كان
مع الاقرار و صح مع الانكار و ليس فرعا على العارية عندنا و قال الشافعي انه فرع
العارية بل هو هي يرجع فيها متى شاء و ليس بمعاوضة لان الرقبة و المنافع ملكه و
محال ان يعتاض بملكه عن ملكه .

و يظهر ما فيه مما حققناه في صلح الحطيطة في العين و على اصلهم لا يستحق
اجرة المثل إذا رجع عن العارية و اليه ذهب الاكثر و نقل عن بعضهم وجه انه يستحق
لانه جعل المنفعة في مقابلة رفع اليد و هو عوض فاسد هذا و اما إذا صالح عن سكنها
سنة بخدمة عبد كذلك فهو على اصلهم فرع الاجارة .

و منها أنه لو تنازعا في الزرع الاخضر فتصالحا منه على شيء صح سواء شرطا
القطع ام لا و سواء كان مع الارض ام لا و قال الشافعي لا يجوز الا مع الشرط ولو كان
مع الارض فاصح الوجهين عنده الصحة مع عدم الاشتراط و اما لو تصالحا منه على بعض
لم يصح مع الاقرار و اما مع الانكار فيصح مطلقا و قال الشافعي لا يجوز سواء شرط
القطع ام لا قياسا على ما لو باع نصف الزرع مشاعا و اصله كاصل اصله فاسد .

و منها انه لو صالح عن شيء بما يجانسه فهل يعتبر عدم التفاضل ام لا وجهان
مبنيان على عموم حرمة الربوا لجميع المعاضات كما هو المشهور بل الظاهر كونه
مجمعا عليه و اختصاصه بالبيع على ما ذهب اليه الحلبي ره و العلامة ره في بعض كتبه
و ذلك كان يصالح عن الف درهم و خمسين دينارا في يد غيره على الف درهم .

هذا إذا كان المبلغ عينا و اما إذا كان دينارا فعلى التفصيل المتقدم من انه اما عن
الحال بالمؤجل المساوي أو بالعكس أو عن الناقص بالزائد أو بالعكس مع التساوي
في الحلول و التاجيل أو الاختلاف .

اما الصلح عن الزايد بالناقص الميعين و عن المؤجل بالناقص الحال فلا اشكال فيه
لكونه ابراء عن البعض بازاء الحلول أو التعين و اما الصلح عن الناقص بالزائد فان
كان في قوة الابراء فكذلك كالمثال المتقدم بان يكون المقصود الابراء من الالف والتعويض

عن الخمسمائة بالالف و الابطل على المشهور سواء كانت الزيادة حقيقية أو حكمية و العلامة ره لتخصيصه الربوا بالبيع فرع البطلان على الفرعية فنقص الشافعي بالخلاف. قال في التذكرة مسئلة لا يشترط في الصلح عن الاثمان ما يشترط في بيع الاثمان عندنا لان الصلح قد بينا انه عقد مستقل بنفسه فلو كان في يد غيره الف درهم وخمسون دينارا فصالحه منه على الف درهم صح عندنا و قال الشافعي لا يجوز انتهى و ظاهره دعوى الاجماع على الصحة وقد عرفت الحال .

و منها أنه لو صالح على النقد بنقد آخر لم يعتبر القبض في المجلس لاختصاصه بالبيع و على مذهب الشافعية يعتبر و في الدروس عن المبسوط و ابن الجنيدي اختياره . ومنها انه لو صالح عما اتلفه بازيد من قيمته ففي السرائر لا خلاف بين اصحابنا الامامية رضوان الله عليهم في صحته و في الدروس ان المشهور الجواز و عن الخلاف و المبسوط المنع و علله في الخلاف على ما في السرائر انه إذا اتلف عليه الثوب وجبت في ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبة بقيمته فالقيمة ههنا دينار واحد فلو اجزنا ان يصالحه على اكثر من دينار كان يباع الدينار باكثر منه وذلك رباء لا يجوز و تقدمت حكاية كلامه بتمامه . و بنى جمع من الاساطين المسئلة على ان ضمان المثلئ هل هو بالمثل أو القيمة فجوزوه على الاول و منعوا منه على الثاني قال في الشرايع لو اتلف على رجل ثوبا بقيمته درهم فصالحه منه على درهمين صح على الاشبه لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم انتهى و في المسالك هذا انما يتم على القول بضمان القيمة بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا و يكون هو متعلق الصلح و اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل و هو الاقوى انتهى . و علله في الروضة عند قول المصنف ولو اتلف عليه ثوبا يساوى بدرهمين فصالح على اكثر او اقل فالمشهور الصحة بان مورد الصلح الثوب لا الدرهمان و هذا انما يتم على القول بضمان القيمة بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته انما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس ولو قلنا باختصاص الربوا بالبيع توجه الجواز ايضا لكن المجوز لا يقول به انتهى .

وفي التذكرة مسألة لو اتلف رجل على آخر عينا حيوانا أو ثوبا وشبههما قيمتهما دينار فادعاه عليه فافر له به ثم صالحه منه على أكثر من ذلك صح عندنا وكذا لو انكره ثم صالحه و به قال ابوحنيفة للأصل ولان الثوب والحيوان يثبت في الذمة مثلهما في الاتلاف فكان الصلح على مثلهما وقال الشافعي و احمد لا يصح الصلح لان الواجب في الذمة قيمة المتلف دون مثله و لهذا لا يطالبه بمثله و إذا كان الواجب القيمة فاذا صالحه عليها بأكثر من قيمتها او اقل فقد عاوض عليه متفاضلا و ذلك ربا في النقود و الكل ممنوع انتهى .

وفي الدروس لو اتلف عليه ثوبا قيمته عشرة فصالح بازيد أو انقص فالمشهور الجواز لان مورد الصلح الثوب ويشكل على القول الاصح بضمان القيمي بقيمته فيؤدي إلى الربوا و من ثم منع في الخلاف و المبسوط .

و التحقيق عدم ابتناء المسئلة على ما ذكره بل يصح الصلح على ما هو التحقيق من ضمان القيمي بالقيمة أيضا فان المضمون ليس واحداً من التقدين بالخصوص بل مطلق النقد الغالب فالصلح عن قيمة الثوب التي هي عشرة دراهم بخمسة عشر في الحقيقة صلح عن النقد المطابق لعشرة دراهم و ما يساويه من الدينار لانه المضمون لا خصوص العشرة دراهم فلا يتحقق التماثل .

و اما ضمان مثل ما لا مثل له و هو القيمي فمما لا يفهم له معنى محصل لانه لعدم جري العادة على وجوده و تعذره راسا بحسب الذات لا يمكن ان يخاطب الشخص بادائه والاحكام الوضعية انما يتحقق بلحاظ ما يترتب عليها من الاثار التكليفية وليس هذا من قبيل تعذر مثل المثلي بحسب الاتفاق فان ضمانه انما هو بلحاظ حالة امكانه .

وفي الجواهر عند شرح قول المصنف ره لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم حكى هذا الكلام المتقدم عن المسالك ثم قال وفيه ان المعلوم من مذهب المصنف ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب نادر و ليس ما في كلام المصنف ره و الفاضل ره بل المشهور كما سمعت مبني على ذلك بل هو اما لان الثابت في القيمي نفسه في الذمة كما هو مقتضى قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي بل و قوله : من اتلف الخ و ان كان

الواجب دفع الغيمة عنه عوضاً شرعياً لعدم إمكان أداء نفسه وعدم معرفة مثل له حتى يكون اقرب من القيمة فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته وليس هذا قولاً يكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تادية المثل التسامحي عرفاً أو لانه وان قلنا يكون الثابت في الذمة قيمته الا انها غير متعينة في خصوص الدراهم انتهى موضع الحاجة .

و فيه نظر اما او لا فلان مبنى كلام 'الفاضل و جماعة ما ذكره الشهيد ره على ما صرحوا به وهو الظاهر من كلام المصنّف ره هنا و ان كان مخالفا لما اختاره في غير هذا المقام و ليس مثل هذه المخالفة بعزيز .

و اما ثانياً فلان احتمال ان يكون المراد ما يترأى من كلامه من كون الثابت في الذمة نفسه في القيمي بمكان من الوهن لما عرفت من ان الاحكام الوضعية لا يتحقق الا بلحاظ الآثار التكليفية حتى ان جماعة من المحققين ذهبوا إلى انها ليست مجعولة بل اما ينتزع من الاحكام التكليفية وكيفما كان فلا معنى لاشتغال الذمة بعين التالف . و اما الرواية الاولى فانما تدل على كون المأخوذ مضموناً على الآخذ إلى زمان التادية و معنى كونه مضموناً عليه وجوب ردّه مادام باقياً و بدله بعد التلف فكونه مضموناً بعد التلف بمعنى وجوب رد بدله فالذمة مشغولة بالبدل لا بالتالف و كون التالف مضموناً ليس من ثبوته في الذمة في شيء مع ان الجزئي لا يستقر في الذمة ولا معنى لاشتغال الذمة بالشخص حال وجوده فضلاً عما لو تلف و عدم فان المعدوم لا يعاد و هذا بخلاف الكلّي فان اشتغال الذمة به بمعنى وجوب دفعه إلى من يستحقه و هو مقدور لانه عين الافراد .

و اما الثانيه فيظهر حالها مما تقدم فإن ضمان المتلف العين النالفة لا معنى له الا اشتغال ذمته برد بدلها إلى مالکها والله تعالى اعلم فظهر ان احتمال هذا المعنى عن ساحة كلماتهم بمراحل فتأمل و اما احتمال ارادة مطلق القيمة من الثوب فهو و ان كان وجبها الا انه في غاية البعد .

و منها انه لو صالح عن قيمة التالف بمثله مؤجلاً بطل على الفرعية ولم يلزم

الاجل لانه بيع الدين بالدين والحال لا يتاجل و اما على الاصاله فلا يتطرق إليه الفساد من هذه الجهة و لكن يشكل على ما سيجى انشاء الله تعالى من انه لابد في الصلح من الالتزام الاستقلالي من الطرفين و المؤجل عين ما استقر في الذمة بالانلاف و مجرد اعتبار الاجل لا يجعله مغايراً لما اشتغلت به الذمة فان الاشتراط لا يغير المشروط فال التزام التأجيل من رب المال لم يقابل بال التزام من الملتف مع ان التأجيل لا يصلح للهيئة و البراء و الاسقاط فالصلح عن الحال بالمؤجل لا محصل له و مجرد الالتزام بالتأجيل ليس من العقود هذا .

و يندفع الاشكال بوجود منها ان الثابت في الذمة المثل فبالصلح يعاوض عنه بالقيمة فيتحقق الالتزام من الجانبين وهذا انما يتم على مذهب من يقول بان المضمون في انلاف القيمة العا هو المثل كما صرح به في التذكرة .

و منها ان قيم المتلفات قد لا يكون لها حد معين في الواقع بل تختلف باختلاف الرغبات و تكون للشيء الواحد قيم متعددة ويصح الالتزام من المتصلحين بقيمة معينة . ومنها ان الثابت في الذمة بالانلاف انما هو النقد الغالب فيلتزم احدهما بالتأجيل و الاخر بالتعيين في الدنانير مثلاً ومما ذكرنا تندفع الشبهة عما ذكره في التذكرة حيث قال لو كانت قيمة العبد الفا فصالحه على الف مؤجلة صح و لزم الاجل عندنا و به قال ابو حنيفة و احمد للاصل و للعموم و لانهما نقلا الحق إلى القيمة فكان ما سمياه تقديراً للقيمة فكان جائزاً كما لو قدر الصداق للمفوضة مؤجلاً انتهى و قوله و لانهما نقلا الحق إلى القيمة يشير إلى ان الحق اولاهو المثل و قوله فكان ما سمياه تقديراً للقيمة يشعر بان كون القيمة الفا ليس على التحقيق بحيث لا يحتمل الزيادة و النقصية والا فلا معنى للتقدير مع فرض استقرار القيمة في ذلك المقدر وقد اشرنا إلى ان قيم المتلفات تختلف باختلاف الرغبات و كان الاخذ بالوسط عند اختلاف المتقومين على هذا التقدير لا على تقدير التعارض فانه لا يلائم مقام التعارض لانه ليس جمعاً ولا ترجيحاً ولا عملاً بالاصل .

هذا و لكن العلامة ره لم يعتبر الالتزام من الطرفين في الصلح حيث صحح الصلح عن الدين ببعضه من غير تقييده بالحلول و التعيين حيث قال و إما ان لا ياتى

بلفظ الأبراء و يقتصر على لفظ الصلح فيقول صاحبتك عن الألف التي في ذمتك على خمسمائة صح عندنا ايضاً و للشافعية وجهان كما تقدم في صلح الحطيطة في العين والاصح عندهم الصحة .

وهل يشترط القبول ينشأ من كونه عقداً مستقلاً و من كونه في معنى الأبراء و للشافعية وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن له عليه الدين وهبته منك و الأظهر عندهم الاشتراط لأقتضاء وضع اللفظ ذلك انتهى فالكلام المتقدم منه لعله مبني على هذا لا على ما ذكر من الوجوه وقد عرفت ما فيه عند التعرض لوجوه الصلح عن الدين هذا و سيتضح جملة من الفروع في طي المباحث .

تتميم :

لا يخفى ان كلا من المدعى و المنكر اما ان يعتقد كذبه أو كذب صاحبه أو يعتقد صدق نفسه أو صاحبه أو لا يعتقد شيئاً منهما و حينئذ فإمالة شبهة مجوزة للدعوى ام لا وعلى التقادير فالصلح اما عن الدعوى أو عن المدعى به و الصلح عن الدعوى اما في اسقاطها راساً بحيث لا يسمع من المدعى بينة ولا يسهه تحليف المنكر و اما في اسقاط حق التحليف فقط و الصلح عن المدعى به اما ببعض منه او بامر خارج و الثاني اما على سبيل المعاوضة المحضة و اما على سبيل المعاوضة على تقدير الاستحقاق والتملك مجاناً على تقدير عدمه : اما الصلح عن الدعوى فمحمل القول فيه انه اما عن اسقاط اليمين و اما على التخلية بين المدعى به و المنكر و عدم التعرض له بوجه و على كل تقدير فكل من الدعوى و الانكار اما باعتقاد الصدق أو الكذب أو الشبهة المجوزة أو بالشبهة الغير المجوزة أو احدهما باعتقاد الصدق و الآخر باعتقاد كذب نفسه أو صاحبه او بالشبهة المجوزة أو غيرها أو لاحدهما شبهة مجوزة و الآخر شبهة غير مجوزة : اما مع اعتقاد الكذب منهما أو من احدهما فالظاهر فساد الصلح لعدم تاني الاشياء من القاطع بكذب نفسه الا على جهة المطاوعة المحضة وقد عرفت ان الصلح لا يتحقق الا باللتزامين المستقلين و اما مع الشبهة الغير المجوزة فلا يبعد البطلان أيضاً و اما مع عدمهما فالظاهر الصحة مطلقاً لعموم الأدلة و عدم ما يقتضى الفساد .

هذا ما لم ينكشف الواقع واما إذا تبين فساد الدعوى بمعنى عدم استحقاق المدعى للمدعى به فان كان الصلح عن اسقاط اليمين فالظاهر بقاء الصلح على الصحة لان المفروض انه كان له التحليف و ليس هذا حكماً ظاهرياً لان استحقاق التحليف ليس فرعاً على استحقاق المدعى به في نفس الامر وان كان الصلح على التخلية فالظاهر البطلان من الاصل لان المفروض انه انكشف عدم كونه مالكاً للتخلية التي صالح عليها .

و اما إذا انكشف الاستحقاق فلا ريب في صحة الصلح عن اليمين و اما الصلح على التخلية فالظاهر انفساخه من حين الاسترداد لان المفروض انه انما اقدم على الصلح ابقاء للمدعى به على حاله ابداً لاعتقاده استمرار الشبهة فانكشاف الواقع هنا كانه دام الدار و موت الدابة المستاجر تين و لكون الصلح عن الدعوى في قوة الصلح على التخلية ليس للوارث ايضاً التعرض للدعوى لان حق المدعى يتعلق بالمدعى به فهو حينئذ كالعين المستاجرة و الا فالدعوى لا تنتقل من المورث حتى يمنع منه اسقاطها .

و هل يمكن توزيع الدعوى على الازمان فيصالح على تركه للدعوى مادام حياً أو في مدة معينة وجهان من انه في قوة الصلح على التخلية فهو بمنزلة الاجارة و كما ان المنفعة موزعة على الازمان فكذا التخلية و من ان الدعوى كالرجوع امر وحداني غير صالح للتوزيع ولا تختلف بالقلّة و الكثرة .

و اما الصلح عن المدعى به ان كان فقطهر حال اقسامه مما مر لانه اما ببعضه أو بامر خارج و على الاول فاما باعتقاد الصدق أو الكذب على التفصيل المتقدم و على الثاني فان كان على سبيل المعاوضة المحضة دار الحكم بالصحة مدار انكشاف الاستحقاق وان كان على سبيل المعاوضة على تقدير الاستحقاق و التملك مجاناً على تقدير عدمه كما هو الحال في مقام الاحتياط حكم بالصحة و ان انكشف عدم الاستحقاق .

و اما إذا كان المدعى به ديناً فقد ظهر حكم اقسامه مما تقدم و اما الاشكال فيما لو صالح من عليه الحق العالم بالاستحقاق مع من له الحق باقل مما عليه من غير ان يعلمه ويخبره فان مقتضى القاعدة براءة المدينون إذا أسقط ذل الحق ما يحتمل استقراره في ذمته و كون المدينون عالماً بالحال و عدم اعلامه لا يمنع منه و ان كان ممن يحتمل في

تحصيل البرائة باخفاء الامر على ذى الحق ولكنه من الاخبار ما لعله يدل على بطلانه.
قال على بن ابي حمزة قلت لابي الحسن عليه السلام يهودي أو نصراني كان له عندى
اربعة آلاف درهم فهل ايجوز لى ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان فقال عليه السلام لا
يجوز حتى تخبرهم و في صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبد الله عليه السلام إذا كان للرجل على
الرجل دين فمطل حتى مات ثم صالح ورثته على شىء فالذى اخذ الورثة لهم وما
بقى فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصالحهم على شىء منه حتى مات ولم
يقبض عنه فهو كله للميت باخذه به .

و تنقيح المبحث يتوقف على رسم مقدمة وهى ان مصالحه المديون العالم بمقدار
الدين مع الغريم الجاهل بالمقدار باقل من حقه يتصور على وجوه :
منها ان يصالح عن الكلى العام لما في ذمة المديون من غير ان يكون اعتقاد
القلة داعيا على المصالحة فضلا عن ان يكون القليل عنوانا و هذا لا إشكال في صحته حتى
مع اعتقاده كونه مقدارا هو اقل مما في الواقع .

و منها ان يصالح عما في الواقع ولكن لا على سبيل الكلية بل على ان يجعل
الموصول عبارة عما يعتقد مع انطباقه على اقل مما هو في الواقع و هذا لا ريب في عدم
نفوذه في البرائة من الجميع بل بطلانه ولا ينفع الرضا أيضاً .

و منها ان يصالح المنطبق على ما في الواقع باعتقاد كونه اقل من المقدار الثابت
و هذا انما يصح بلحوق الرضا ، و اما مع عدمه فلا كبيع المكروه فانه قاصد للانشاء الا
انه غير راض به .

إذا تمهدت هذه فنقول: ان الرواية الاولى لا تدل على خلاف ما ذكرنا بل انما
تدل على عدم نفوذ الصالح الا مع الرضا ، و ظاهر حال الورثة عدمه و انهم لا يرضون
بابراء ذمة المديون و انما يرضون باخذ بعض الحق لعدم علمهم باستحقاقهم ازيد منه
و فقدهم طريق الاستعلام و ان المديون لعلمه بعدم رضاهم بذلك لا يعلمهم بالمقدار و
يحتمل بهذا تحصيل البرائة فالامام عليه السلام حكم بان مثل هذا ليس صلحاً صحيحاً لعدم رضاهم
ببرائته و انما صالحوا كرها فهو اكل المال بالباطل و صرح بهذا المعنى في التذكرة

حيث قال و يشترط في صحة الصلح الرضا من المتصالحين فلا يقع مع الاكراه عند علمائنا كافة كغيره من العقود لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم .

و من صور الاكراه ما لو كان على غيره حق مالي فانكره المديون ظاهر افضالعه على بعضه أو على غيره توصلا إلى اخذ بعض حقه لم يصح الصلح ولم يتم ابراء ذمة المديون من الحق الذي عليه سواء عرف المالك قدر حقه ام لا و سواء ابتداء المالك بطلب الصلح عن حقه المعلوم أو المجهول ام لا ولا يفيد مثل هذا الصلح ملكا لآخر الا ان يحصل الرضا الباطنى .

و كذا لو كان عليه حق غير معلوم القدر للمالك فصالح المديون مالكة على شيء لم يكن ابراء للمديون الا ان يعلمه بقدره او يرضى باطنا بالصلح عن اى مقدار كان اوقع عليه عقد الصلح لما رواه على ابن أبى حمزة و ذكر الرواية إلى آخرها فقال و لان ذلك اكل مال الغير بالباطل فيدخل تحت النهى و مع الرضا باي مقدار كان يكون سائغا انتهى .

و كذا الحال في الرواية الثانية فانها ايضا لا تدل الا على بطلان الصلح مع عدم الرضا، قال في التذكرة لو ماطل المديون صاحب الدين عن دينه حتى مات فصالح ورثته على بعضه فعل حراما ولم يكن للورثة المطالبة في الظاهر ولا تبرء ذمة المصالح فيما بينه و بين الله تعالى لما تقدم من ان ذلك من صور الاكراه و لما رواه عمر بن يزيد الخ فقال و كذا لو ادعى كاذبا على غيره فصالحه الغير لم يبعج للكاذب بذلك الصلح مال الصلح الا مع الرضا الباطنى انتهى .

و يمكن ان يقال ان الظاهر من الروایتين الحكم بالفساد في الفرض مطلقا لاستظهار عدم الرضا نوعاً و حينئذ فالحكم مغالف للاصول بقصر فيه على مورد فان الصلح بداعى اعتقاد القلة أو لعدم التمكن من الاستعلام لا يلزم ان يكون مع الكره و عدم رضاه على تقدير العلم بالمقدار لا ينافى رضاه فعلا الذي هو المناط في الصحة . و يطابق ما في التذكرة ما في القواعد و وافقه جامع المقاصد قال ره قوله أو صالحه

مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه ام لا فان الصلح في مثل ذلك لا يشتر ملكا ولا ابراء الا ان يعلم المالك ما عليه و يرضى باطنا : لا بحث في صحة الصلح مع الاقرار اما مع الانكار فاذا انكر المدعى به ظاهرا و صولح على بعض ما عليه اى على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه ام لارمنه ما لو صالح ببعض ما ادعى به فان هذا الصلح باطل بحسب الواقع ولا يشتر ملكا ان كان المدعى به عينا ولا ابراء ان كان ديننا سواء عرف المالك قدر حقه ام لا و سواء ابتدء هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لان صلحه ربما كان توصلا إلى اخذ بعض حقه الا ان يعلم ان المالك قد رضى باطنا مع علمه بقدر الحق فلو كان له عليه دين لا يعلمه فصالحه عنه بأقل منه من غير ان يعلمه بقدره لم يبرء بذلك لرواية على بن أبى حمزة عن أبى الحسن عليه السلام الرواية .

هذا حال الصلح في نفس الامر واما ظاهرا فانه صحيح بحكم على كل منهما به نعم لو اقر المدعى عليه بعد الصلح بصحة الدعوى وجب تسليم المدعى به ظاهرا أيضا ثم المدعى ان كان قد رضى بالصلح باطنا لا يجوز له اخذه و الا اخذه .
ثم قال و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطنى لان الظاهر انه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة ، ولانه مع عدم التراضي اكل مال بالباطل .

هذا بحسب نفس الامر و اما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح ولو ادعى مثالا بخط مورثه او وكيله و نحوه فاتجه على المنكر اليمين فاراد الصلح لقطع هذه الخصومة و اسقاط اليمين فليس بعيدا من الصواب صحته ظاهرا و ما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى و عدمها و يحتمل الصحة مطلقا لان اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها انتهى .
فالروايتان لم يشتب بهما ما يخالف الاصول لان الفساد انما هو بحسب نفس الامر بعدم الرضا بالصلح و ان الفرض التوصل إلى اخذ بعض الحق ، هذا ما يظهر من تصريحاتهم و اما مع قطع النظر عن ذلك فالروايتان لامقيد لاطلاقهما وكيف ما كان فالظاهر صحة الصلح مع علم المصالح بالكسر بمقدار الحق و جهل من له الحق و عدم اعلامه بالحوال إذا كان الصلح عن الكلى الشامل لما في نفس الامر مقترنا بالرضا ، و ان الفساد انما هو على تقدير عدم الرضا أو الترديد على ما مر مفصلا و مع الفساد في نفس الامر يحكم

بالصحة ظاهراً إلى ان ينكشف الخلاف بإقرار او بينة .

و الحكم بالصحة ظاهراً اما بمعنى مجرد ترتيب آثار الصحة بالنسبة إلى ما في يد كل منهما فيحكم بملكية المتشبه لمكان اليد و بملكية المدعى مال الصلح حملاً لاخذة إياه على الصحة و هذا ليس من جهة الحكم بصحة الصلح ظاهراً بل إنما هو للعمل باليد و اصاله الصحة و العلم الاجمالي ببطالان احدهما لا ينافي ترتيب الآثار بالنسبة إلى كل واحد منهما كما في واجدى المنى في الثوب المشترك هكذا يقال .

و فيه ما لا يخفى فان التكليف ليس منجزاً على التقديرين في الواجبين لان احدهما ليس مكلفاً بالفصل على تقدير جنابة صاحبه بل انما هو مكلف على تقدير جنابة نفسه و المفروض انه مجهول فالتشكك انما هو في التكليف بدوا و هذا بخلاف ما نحن فيه فان الثالث يعلم بكون احدهما غاصباً و عدم استحقاق واحد منهما ما في يده فهو كعلم احد الواجبين او ثالث بنجاسة واحد من الثوبين ولا شبهة في وجوب الاجتناب عنهما مع كون كل منهما محلاً للإبتلاء و اما بمعنى الحكم بنفوذ الصلح و الحكم بملكية كل منهما ما يرجع اليه للصلح و حينئذ فانما يبطل إذا تبين كون احدهما متعمداً في الكذب و مبطلاً و اما مجرد تبين عدم الاستحقاق فلا يكشف عن الفساد و مما ذكر يتضح وجه ما افاده المحقق الثاني ره من صحته بحسب الظاهر و فساده بحسب نفس الامر .

و اما قوله ولو ادعى مثلاً بخط مورثه الخ ففيه ان تبعية الصحة النفس الامرية لصحة الدعوى لا وجه لها ان كان المراد بصحتها مطابقتها للواقع كما هو الظاهر نعم هذا يتم لو كان المراد بصحتها كونها على الوجه الشرعى كالاستناد إلى النسبية و خط المورث و الوكيل و لكن المفروض ثبوت هذه الصحة في الظاهر فلا معنى للتفكيك بين الظاهر و الواقع و الحكم بالصحة جزماً على الاول و تعليق الثاني على صحة الدعوى في نفس الامر فان هذه الصحة يتوقف عليها الحكم بالصحة الظاهرية ايضاً فلو تبين عدم استناده في الدعوى إلى ما تسوغ معه لم تسمع و الحمل على الصحة عند الشك لا ينافي تبعيتها له كما لا يخفى .

مع ان المفروض احراز استناد الدعوى إلى بعض ما ذكر فلا وجه للحكم بتعية

ما في نفس الأمر لصحتها لأن المفروض توجه الدعوى وجوازها فلمدعى تحليف المنكر وإن لم تطابق الدعوى للواقع لأن حق التحليف يثبت لمن تسوغ له الدعوى مطلقاً فيصح الصلح عنه في الواقع مطلقاً .

وفي المسالك أن المراد بصحة الصلح مع الإنكار صحته بحسب الظاهر وأما بحسب نفس الأمر فلا يستتبع كل منهما ما وصل إليه بالصلح وهو غير محقق فإذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهراً وصالحاً على قدر بعض ما عليه في الواقع أو ببعض العين أو بمال آخر لم يستتبع المنكر ما بقى له من المال المدعى عيناً وديناً حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهو باجمعهما في يده مقصوبة ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر .

وكذا لو انعكس وكان المدعى مبطلاً لم يستتبع ما صولح به من عين ودين وإنما حكمهم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحقق من المبطل لأن هذا أكل المال بالباطل وإنما صالح المحقق المبطل دفعاً لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله ومثل هذا لا يعد تراضياً يبيح أكل مال الغير انتهى .

وفيه أن حكمهم بالصحة لعدم العلم بكون أحدهما مبطلاً حتى أنه إن علم ذلك لم يحكم بصحة الصلح بل يعمل بما يقتضيه الأصول نعم يحكم بالصحة مع العلم بمخالفة قول واحد منهما للواقع مع عدم التعمد في الكذب ولكن الاختصاص له بالظاهر على ما مر .

ثم قال نعم لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له حقاً على أحد أو شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعى عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها ومثله ماله وتوجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها انتهى فهو لم يعتد بما في جامع المقاصد من تبعية هذا الصلح لما في نفس الأمر بل إنما ارتضى ما ذكره على سبيل الاحتمال ولقد أجاد فيما أفاد، هذا كله في مصالحة المدعى مع المنكر . واما

مصالحة الاجنبى .

فتفصيل الكلام ان صالحه مع المنكر لا يكون الا وكالة عن المدعى أو فضولة و اما صالحه مع المدعى فيجوز ان يكون وكالة و ان يكون فضولة و ان يكون لنفسه و على التقادير فاما ان يكون بمال المنكر أو بمال نفسه و على التقديرين فالصلح اما عن الدعوى أو عن المدعى به و المدعى به اما ان يكون ديناً او عيناً و المدعى عليه اما معترف و اما منكر اما الصلح مع الاعتراف وكالة بمال المدعى عليه فلا اشكال في صحته و اما لو صالح بما له فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير و فيه خلاف و على الصحة فالذى يدفعه قرض او هبة و قول مدعى الوكالة مقبول في البيع و الشراء و سائر المعاملات ولو كان في الواقع كاذباً كان حكمه حكم شراء الفضولى .

ومنه يظهر حال الفضولى و اما صالح الوكيل مع الانكار فلا اشكال عندنا أيضاً في الصحة و اما على مذهب الشافعية فان قال الوكيل ان المنكر مقر باطنا الا انه لا يظهر اقراره خيفة ان تسلط عليه ثم صالحه فكذلك عندهم ايضا و الا فباطل .

و اما لو صالح الاجنبى من قبل نفسه بمال له عن الغير فكذلك عندنا و اما عند الشافعية فهو الاظهر أيضاً و عند بعضهم وجهان كما لو قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى و جواب: صالحنى من دارك هذه على الف لانه لم يعرج مع الاجنبى خصومة فيه و هذه الصورة اولى بالصحة حيث ترتب اثر اللفظ على دعوى و جواب فيكتفى به في استعمال لفظ الصلح .

و اما إذا كان عن الدين فان كان عن الغير فهو ابراء له تبرعاً و على القول بكونه بيعاً فهو بيع الشيء بدين الغير و اما ان كان لنفسه فهو بمنزلة ابتياع دين في ذمة الغير هذا إذا كان مع الافرار و اما مع الانكار فان قال الاجنبى " هو منكر و لكنه مبطل في الانكار فالحقنى له على عبدى هذا لينقطع الخصومة بينكما صح عندنا و اما على مذهب الشافعية فوجهان اظهرهما على ما قاله الجوينى البطلان لان الصلح على الانكار لا يصح عندهم و الثانى الصحة لان العقد منوط بالمتعاقدين و هما متوافقان و الاعتبار في شرائط العقد بمن يباشره . هذا إذا كان المدعى عيناً فان كان ديناً صح " عندنا أيضاً و للشافعية طريقان

احدهما انه على الوجهين واصحهما عندهم القطع بالصحة والفرق انه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير اذنه و يمكن قضاء الدين عن الغير بغير اذنه و إذا لم يصدق المدعى الاجنبى بل تردد في صدقه و كذبه فهو عندنا لاشبهة في صحته و اما على مذهب الشافعية فكالصالح مع المدعى عليه المنكر فاسد .

و اما إذا صدق المدعى و كذب المنكر و صالح لنفسه فان كان المدعى بهدينا فهو عندهم ابتياع دين في ذمة الغير و ان كان عينا فهو شراء غير الفاصب المغصوب و يتوقف صحتها على التمكن من الانتزاع و عندنا لا اشكال في صحة الصلح مطلقاً .

ولا يخفى انه اذا صالح الاجنبى لنفسه فاما غرضه المعاوضة مطلقاً او على تقدير صدق المدعى والتعميل مجانا على تقدير عدمه كالصلح الاحتياطى الذى اشرنا إليه فان كان غرضه المعاوضة مطلقاً لم يحكم بملكية واحد منهما شيئاً من العوضين الى ان ينكشف الواقع من الصحة والفساد و اما اذا كان غرضه التعميل بالعوض على تقدير الاستحقاق و مجانا على تقدير عدمه فهو و ان صح من المدعى عليه مع المدعى على ما عرفت الا انه من الاجنبى مشتمل على التعليق لانه لا يريد المبادلة مطلقاً و الا انتقل البديل الى مالك المدعى به و ان كان غير المدعى مع ان غرضه تمليك البديل للمدعى خاصة مطلقاً و ابداله من المدعى على تقدير الاستحقاق فتدبر فانه دقيق .

هذه جملة مما وعدناه من الفروع و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح مطلقاً انه لو اطلق الشريكان على ان يكون لاحدهما الربح و عليه الخسران و للآخر راس ماله صح و يدل عليه مضافا الى العمومات خصوص الصحيحة عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاه فربحوا وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه اعطنى راس المال والربح لك و ماتوى فعليك فقال عليه السلام لا بأس به اذا اشترطا فاذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل و نحوه الاخر عنه عليه السلام ايضاً لانه قال وكان من المال دين وعليهما دين وفي ثالث و كان المال ديناً ولم يذكر العين ولا عليهما دين و في رابع وكان المال ديناً وعيناً .

والمراد بالشرط هو العقد لا الالتزام في ضمن عقد الشركة فانه لكونه عقداً جازياً

لا اثر له في نفوذ ما تضمنه من الشروط و الشرط في ضمنه كالاتدائى مع انه مخالف للكتاب و السنة على ما يظهر مما نبينه في الصلح في ابتداء الشركة انشاء الله تعالى .
و قد يتوهم ان المراد هو الشرط في عقد الشركة و هو بمكان من الوهن لما عرفت مع انه لا قائل به و ايضاً مفهومه حينئذ ثبوت الباس مع وقوعه في غيره و لا يلتزم به احد .

و قد اطلق الشرط على العقد في غير هذا المقام ايضاً كما في الجواب عن السؤال عن اجرة الحجام و في بعض اخبار السكنى و الرقبي كما يطلق على غيره من التوصيف و اعتبار الشيء جزءاً و اعتبار شىء كيفية للانشاء فالاول كاشتراط البكارة و جمودة الشعر في الامة الطعينة و الثانى كاشتراط الحمل في الدابة و الثالث كاشتراط النظارة في الوقف فانه لا معنى للالزام و الالتزام فيه و لما خفى هذا المعنى على بعض الفحول تمسك لنفوذ الرواية المشهورة مع انه اجنبى عنه .

و بالجملة فالغرض ان الشرط لا ينحصر معناه في الالزام و الالتزام في ضمن العقود بل يطلق على معان اخر منها العقد و لهذا تمسك به بعضهم لاصالة اللزوم في العقود و لما كان هذا العقد صالحاً لان يقع على وجوه بعضها مخالف للكتاب و السنة و بعضها موافق لهما على ما ستعرف انشاء الله تعالى فكان الامام عليه السلام اراد التنبيه على اختصاص نفى الباس عمال يخالفها والله تعالى اعلم و المراد بالربح هو الموجود كما يستفاد من فرض حصوله كما ان المراد بالخسران هو عدم التمكن من استيفاء الدين لا التلف و لا تنزل القيمة السوقية .

و الى هذا ينظر تقييد جماعة من الاصحاب الحكم بوقوعه عند انتهاء الشركة و ارادة فسخها فان المراد انتهاء زمان العمل و المنع من التجارة فالغرض من هذا الصلح تخصيص احدهما باستحقاق اخذ مقدار راس المال من الحاصل او ما يحصل اولاً و اختصاص الآخر بالباقي فينشأ احدهما استحقاق صاحبه اخذ راس ماله اولاً مع ان مقتضى الشركة الاشتراك و كون كل من العين بينهما بازاء انشاء الآخر اختصاص الآخر بالربح المشترك بينهما .

هذا هو الموافق للقواعد و هو مورد النصوص و الفتاوى و يمكن إيقاع هذا الصلح على انحاء أخر ليس شىء منها موردا لتلك النصوص و الفتاوى و بعضها موافق للقواعد و بعضها مخالف لها .

منها ان يصلح احدهما عن حصته بمافي ذمة الاخر او بعين خارجى فترفع الشركة من البين وهذا لاشكال في صحته .

ومنها ان يصلح عن حصته المشاعة بالكلى المطابق لرأس المال من المال المشترك لاما في الذمة نظير التقبل و حينئذ ترتفع الاشاعة و يتعلق حق المصالح بالمال المختص بصاحبه كتعلق حق من اشترى صاعا من الصبرة بها او نقول يملك منه مقدار رأس المال لابعنى الاشاعة بل على معنى سلطنته على استيفاء رأس المال منه بحيث لا يكون للاخر التصرف الا فيما عداه و هذا كسابقه و لكنه يفارقه في جهة .

و منها ان يتصالحا في اول الشركة و في الاثناء على اختصاص احدهما باستحقاق رأس ماله على الاخر سواء تلف المال او تنزلت قيمته او لم يتمكن من استيفائه او لم يكن شىء من ذلك و استحقاق الآخر مابقى و هذا فاسد من وجوه :

منها ان استحقاق احدهما رأس ماله من الاخر و تضمينه اياه مع بقائه على ملكه مخالف للسنة الا ان يقال ان هذا الصلح في قوة الالتزام بدفع ما يرتفع به الخسران من ماله الى صاحبه و هذا لا يخالف الكتاب و السنة كما لا يخفى .

و منها اشتماله على التعليق فان هذا التضمن ليس مطلقاً بل على تقدير التلف و كذا الحال في تنزل القيمة السوقية .

و منها انه مخالف لمقتضى وضع الشركة هذا ما ذكره بعض الاصحاب و فيه نظر سيتضح وجهه انشاء الله تعالى .

و اول من صرح بالتقييد الشهيد فده في الدروس قال لو اصطالح الشريكان عند ارادة الفسخ على ان ياخذ احدهما رأس ماله و الاخر الباقي ربح أو توى جاز للرواية الصحيحة و لو جعلنا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاة موضوعها و الرواية لم تدل عليه انتهى .

وتبعه جاع المقاصد فقال عند قول المصنف ولو اطلق الشريكان على ان لاحدهما راس ماله و للآخر الربح والخسران صح : هذا اذا انتهت الشركة و اراد فسخها و كان بعض المال دينا للصحيحة ابى الصباح عن الصادق (عليه السلام) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا و كان من المال دين و عين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال و الربح لك و ما توي فعليك فقال لا باس إذا شرط .

فانظر كيف قيد الحكم بارادة الفسخ و كون بعض المال دينا و قد عرفت ان وجه الاول الاحتراز من وقوعه في ابتداء الشركة المخالف للسنة المشار اليه في الرواية بالاشتراط و ان وجه الثاني جعل المورد قابلا للتوى و ان المراد بالتوى عدم التمكن من استيفاء ذلك البعض الذي هو دين فهو ره بهذا التحقيق اللطيف احسن و اجاد و جاء بما هو فوق المراد .

و تبعه ثاني الشهيدين في الروضة و المسالك قال في الاول عند قول المصنف : ولو اطلق الشريكان على اخذ احدهما راس المال و الباقي للآخر ربح أو خسر صح : عند انقضاء الشركة و ارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة و الخسران على من هو عليه بمنزلة الابرأ انتهى .

و فيه نظر فان كون الخسران بمنزلة الابرأ لا يظهر له معنى لما عرفت من ان الخسران هنا هو عدم التمكن من استيفاء الدين و هو ليس ابراء لاحد الشريكين صاحبه ولا من احدهما الاجنبى بالضرورة ولا بمنزلة الابرأ بل انما هو بمنزلة التلف و لو سلم ان المراد بالخسران ما يعم التلف و تنزل القيمة فكذلك .

و بالجملة لا يشبه الخسران الابرأ بوجه من الوجوه بل الخسران ايضا بمنزلة الهبة ممن هو عليه بعض رأس ماله لصاحبه كما ان الربح على التقدير الآخر بمنزلة الموهوب من صاحبه له فهذا الصلح بمنزلة الهبة اما من هذا أو ذاك و يعلم الواهب من الموهوب له بعد انكشاف حال المال بل على ما حققناه من انه ليس الخسران في المقام الا عدم التمكن من استيفاء الدين فالواهب هو من اختص براس المال لان المفروض حصول الربح و عدم تلف شيء من رأس المال فانه مالم يعلم بقاء راس المال لم يعلم حصول

الربح أيضاً فتدبر، و كان مراد الشهيد ره ان من اختص بالخسران كان له لولا الصلح المطالبة ببعض ما في يد صاحبه بمقتضى الشركة فهو بهذا الصلح اسقط هذا الحق فهو بمنزلة البراء ولا يمكن ان يقال انه بمنزلة هبة بعض راس ماله لصاحبه لان رأس ماله هو الدين الذى اختص به مع الزيادة و عدم التمكن من الاستيفاء لا يخرج عن ملكه فهو مالك لراس ماله و ربحه ربح حصه صاحبه فافهم و اغتتم .

وفي المسالك في هذا المقام هذا اذا كان عند انتهاء الشركة و ارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة و الخسران على من هو عليه بمنزلة البراء اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعا و المستند صحيحة ابي الصباح عن الصادق عليه السلام و نقل الرواية المتقدمة .

ثم قال و هذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنف انتهى وقد بينا وجه اشعار الرواية بل دلالتها و اما قوله ره لمنافاته وضع الشركة فمتعرا، ما فيه فظهر الفرق بين وقوع هذا الصلح في الابتداء والائناء و وقوعه في الانتهاء و ان هذا من الواضحات المسلمات عندهم .

و من الغريب ما في الجواهر من ادعاء وضوح عدم الفرق بين وقوع هذا الصلح في الابتداء و في الائناء و عند الانتهاء و قال و دعوى ان الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح والخسران لا ما يتجدد يدفعها منع ذلك اولا و وضوح عدم الفرق ثانيا ضرورة انه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه سواء بقى المال على هذا الحال ام لا ضرورة انه لو أراد دفع راس المال له بنقد من اعيان مال الشركة و اتفق حصول الربح بذلك لم يكن له الا راس المال الذى وقع عليه الصلح قطعا و ليس ذلك تعدياً عن محل النص الذى هو عند التامل مطلق فان قوله اعطنى كناية عن استحقاق راس المال نعم لا يجوز التعمد الى غير الشركة كالمضاربة ولا الى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح على اختصاص الربح باحدهما دون الخسران و نحوه و من ذلك ظهر لك ان المتجه على كل حال الجواز مطلقا كما هو مقتضى اطلاق المتن و غيره من عبارات الاصحاب بل و النص انتهى . و قد ظهر ما فيه مما تقدم .

و توضيح المرام ان في هذا الكلام مواقع للنظر منها قوله ره يدفعها منع ذلك فانه لامجال للمنع بعد ما عرفت من القرائن ومن العجب دعوى وضوح عدم الفرق مع ان الفرق بين الصلح على اختصاص احد الشريكين بمقدار راس ماله من الحاصل و اختصاص الاخر بالباقي وبين الصلح على ان يكون الشركة على هذا الوجه وان يكون ما يحصل من ربح ماله لصاحبه و خسارته من التلف و تنزل القيمة عليه من اوضح الواضحات .

و منها قوله ره ضرورة انه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه، وجه النظر ان الصلح عند انتهاء الشركة لا يصير الشركة متكيفة بكيفية ولا يغير كيفيتها التي كانت عليها فصيورتها على هذا النحو بالصلح في الابتداء و الاثناء محقق للفرق و هو ره جعل ضرورة صيورتها كذلك بيافا لانقائه .

و منها قوله ره ضرورة انه لو اراد دفع راس المال الخ وجه النظر ان البطلان على ما قررناه انما هو من جهة جعل الخسران عليه لا الربح له فالفرق انما هو بين الخسارئين لا الربحين مع ان لنا ان نقول ان تملك الربح المعدوم غير معقول و الحاصل بيع الثمار قبل وجودها انما هو ملك ان يملك و مثل هذا التأثير لم يثبت للصلح مطلقا و الاجاز الصلح على الملاقيح و المضامين و ماسيرته من ثلثان و ما يملكه بالاستيهاب او بالتجارة او مطلقا .

ويمكن ان يقال ان الصلح لعموم فائدته يفيد ملك المعدوم حين وجوده فالحاصل به قبل الوجود انما هو ملك ان يملك لا ملك المعدوم المستحيل و انما اقترب بيع الثمار الى ما يدل على صحته قبل وجودها لان البيع لم يوضع الا لتحصيل المبادلة و الملكية من حينه و الصلح لم يوضع لذلك .

و لهذا صرح الشهيد ره في الدروس بجواز الصلح على الثمرة المعدومة مع انه لا دليل عليه بالخصوص و انما وردت الاخبار بصحة بيعها و ليس هذا مستفادا مما ورد في باب البيع ليقصر عليه فمقتضى القاعدة جواز الصلح على الملاقيح و المضامين و ماسيرته و غيرها ما لم يكن فيه جهة اخرى مورثة للفساد و هذه عبارة الدروس يصح الصلح على الثمرة و

الزرع قبل بدو الصلاح وان منعنا بيعهما لاصالة الصلح على الاقوى ويجوز جعلهما عوضا عن الصلح انتهى .

فانظر كيف افتى به من غير استشكل ولا نقل خلاف بل صرح بعدم استفادته بماورد في باب البيع وليس الا لكونه منطبقا على القواعد فلا مانع من الالتزام به في غير المسئلة كالموارد المتقدمة بل ظاهر تعليل له باصالة الصلح انحصار وجه البطلان في تبعية الصلح لغيره التي لا يقول بها الا الشافعي ومن تبعه والله العالم .

وكيف كان فان كان المقصود بالصلح تمليك احدهما حصته من صاحبه على ان يستحق كلياً يوازى راس المال من مال الشراكة لا في ذمته فحينئذ يختص من انتقل اليه المال بالربح والخسران والنماء لعدم مشاركته له في الملك نعم ليس له الرجوع اليه لوتلف المال اصلا لانه لا يملك على ذمته شيئاً بالفرض فلو فقد اعيان مال الشركة وحصل الربح بذلك ملكه تبعاً لملكه تمام مال الشركة لا بالصلح المفيد لتمليكه قبل وجوده .

و بالجملة فالصلح انما افاد ملك المال المستتبع لملك المنافع لا ملك المنافع المعدومة و ان كان المقصود بالصلح مجرد استحقاق احدهما اخذ راس ماله مما ينقد اولاً واختصاص الآخر بالباقي مع بقاء الشركة بمعنى الاشاعة على حالها فحينئذ ان كان تبديل مال الشركة بالنقد باذن صاحبه و كان الصلح على تسليمه مقدار راس المال من النقد واختصاص ما يبقى بالآخر مطلقاً ففيه الاشكال المتقدم وصحته اول الكلام فانه كالصلح مع الوكيل على ملكية ما يحصل من الربح من بيعه مال موكله له بل هو هو لما عرفت من ان الشريك وكيل حقيقة و ان كان هذا التصرف بغير اذنه و كان المقصود بالصلح مجرد استحقاق الاعيان الموجودة من مال الشركة لم يصح ولم يملك ما حصل من الربح و بالجملة فما استشهد به على بعض التقادير ممنوع و على بعضها لا يدل على ما استشهدله و مما تقدم يظهر ما في بقية كلامه و لا ثمة مهمة لنا في التعرض له .

و ظهر مما حققنا ما فيما حكى عن المحدث البحراني من تصريحه بظهور النصوص في وقوع الصلح المزبور في اثناء الشركة و ان بقيت مستمرة بل ادعى ظهور اطلاقات العبارات فيه و قد عرفت خلافه و ان النصوص ظاهرة في وقوعه في الانتهاء و عرفت

ايضاً تصريح الجماعة بالتقييد ولو لم يثبت هذا التقييد فالنصوص و الفتاوى مطلقة و تقييدها بالاثناء لا وجه له اصلاً ولا قرينة له بوجه .

بقي الكلام في ما ادعاء في الدروس من منافاة هذا النحوم الصلح في ابتداء الشركة موضوعها و تبعه بعض من تاخر عنه حيث قال انه مناف لمقتضى العقد الذى هو تبعية الربح و الخسارة للمال ، فهو مناف للكتاب و السنة بل عائد عليه بالنقض و ليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع و نحوه المنافي للزوم الذى هو مقتضى الاطلاق لا العقد نفسه الذى لا يقتضى الا الانتقال خاصة و الزوم من صفاته و كيفياته الخارجية بخلاف عقد الشركة الذى ليس مقتضاه الا ما عرفت فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية و يكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه و البيع المشروط فيه عدم الانتقال انتهى . و فيه نظر لان عقد الشركة انما يفيد الاذن في التصرف على سبيل الشيع و تبعية الربح و الخسران للمال انما هى من آثار استناد التصرف الى المالك بالمباشرة او بالنيابة واقضاء الاذن في التصرف على سبيل الشيع ذالك لا ينافى ايقاع الصلح المقتضى لاختصاص احدهما بالربح و الخسران فهو كتحصيل احدهما بهما من اول الامر و من المعلوم انه لا تنافي بين الاذن في التصرف على سبيل الشيع و اشتراط اختصاص المتصرف بالربح و الخسران .

نعم هو مخالف للكتاب و السنة على ما مر لامن جهة منافاته لعقد الشركة الذى ليس الا الاذن في التصرف على نحو خاص و عوده اليه بالنقض فانه لا يقتضى التبعية بل انما هى من آثار الملكية فالربح بمنزلة النماء و الخسران بمنزلة التلف ولو سلم فليس علة نامة لها حتى ينافيها الصلح على خلافه بل هو مقتضى اطلاقه لازاته و مثل هذا لا يعد مخالفة .

هذا على ما هو التحقيق في عقد الشركة من أنه لا يفيد إلا الاذن و أن الشركة انما تحصل بالامتزاج و نحوه و اما على ما ذهب اليه بعض الاجلة من ان العقد يفيد الشيع بشرط الامتزاج و انه منه بمنزلة القبض من الوقف فكذلك ايضاً لان الربح و الخسران يتبعان المال سواء كان مختصاً او مشتركاً و العقد انما افاد الملكية على

الاشاعة لا انه اقتضى التبعية ايضاً ومن المعلوم ان كل عقد و شرط يخالف حكمه من الاحكام بهذا المعنى فانه ليس مخالفة حقيقة مع ان هذا الذى ذهب اليه خلاف التحقيق بل خلاف ما اتفقوا عليه ولا اظن احداً التزم به قبله .

و توضيح المرام انه ليس في الشرع عقد موضوع لافادة الشركة بمعنى الاشاعة بالاجماع و انما يحصل بالارث و المزج و عقد من العقود الناقلة كاشتراء الاثني دارا او استيجارهما باها او تصالجهما عن حق لهما بشيء و امثالها ، هذا ما يستفاد من كلمات الاصحاب و لكن في الجواهر ما لا يوافقها قال بعد كلام طويل فالتحقيق ان يقال حينئذ بعد الاجماع على كونها عقداً ان قول اشتركنا لانشاء تحقيقتها و صيرورة كل من المالين بينهما على الاشاعة الا انه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده ان لم يكن فهو حينئذ شرط كاشف او ناقل نحو القبض في الوقف او انه جزء السبب ومتى حصل مزج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت و كانت كالمعطاة ، اما المزج القهرى والمجرد من قصد ايراد انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الامر و انما يفيد الاشتباه في كل من اجزاء المال الا ان الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قد تقدم نظائره .

فالفرق حينئذ بين المزج القهرى والمزج الانشائى هو ما ذكرنا فله حينئذ ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه كى يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعا بل لو سلم افادة المزج القهرى الملك في الواقع على نحو المزج الاختيارى كما هو ظاهر كلمات الاصحاب امكن ان يقال حينئذ انه لا مانع حينئذ من صيرورته جزء سبب مثلاً إذا جيبى به لاتمام عقد الشركة مثلاً بل و من صيرورته سبباً تاماً في ذلك إذا قصد الانشاء به في المعطاة واتفاق حصول الشركة به قهراً فانه لا تنافي حينئذ بينهما و يكفى في العقد تحققه به لا انه لا تقع الشركة بغيره و بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش و الاضطراب خصوصاً التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الرياض و غيرها التى لا يخفى عليك حالها بعد الاحاطة بما ذكرناه انتهى .

وفيه مواقف للنظر منها قوله ان قول اشتركنا لانشاء تحققها الخ وجه النظر انه خلاف

ما صرح به الاصحاب في مواضع من ذلك الكتاب .
 منها تعريفهم لها بانها اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياخ ولو
 كان العقد محصلاً للإشاعة لكن اللابق تعريفها به كما في البيع و الاجارة و غيرها
 من العقود .

و منها حصرهم سبب الشركة في الارث و العقود الناقلة و المزج و العيابة و لم
 يقل احد بان عقد الشركة من العقود الموجبة لها بل انما مرادهم منها على ما صرحوا
 به بالاتباع و الاستيهاب و امثالهما على ما صرحوا .

و منها تصريحهم بان صيغتها ما دلت على الاذن في التصرف لاما يدل على تملك
 احدهما حصة من ماله بحصة من مال صاحبه حتى انهم استشكلوا في الاكتفاء بقولهما
 اشتركتا لعدم ظهوره في الاذن مع انه نص في الشركة بمعنى الاشاعة قال في التذكرة الركن
 الثاني الصيغة قد بينا ان الاصل عصمة الاموال على اربابها و حفظها لهم فلا يصح
 التصرف فيها الا باذنهم و انما يعلم الرضا و الاذن باللفظ الدال عليه فاشترط اللفظ
 الدال على الاذن في التصرف و التجارة فان اذن كل واحد منهما صريحا فلا خلاف
 في صحته -

ولو قال كل منهما اشتركتا و اقتصرا عليه مع قصد هما الشركة بذلك فالاقرب
 الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين لفهم المقصود عرفا وهو اظهر و جهى
 الشافعية و به قال ابو حنيفة و الثاني انه لا يكفى لقصور اللفظ عن الاذن و احتمل
 قصد الاخبار عن حصول الشركة في المال من غير الاختيار بان يمتزج المالان بغير رضاها
 ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف انتهى .

فهذه العبارة صريحة في ان عقد الشركة لا يفيد الا الاذن في التجارة عنهم .
 و منها انهم قسموا الشركة إلى الاختيارية و الاضطرارية و لم يجعلوا من
 الاختيارية العقد المفيد لها و هذا يظهر من جميع الفقهاء و فنقل عباراتهم تطويل لا
 طائل تحته و قد صرح في التذكرة ايضا بان الشركة انما هي الاشاعة و ان الاذن في
 التصرف الحاصل بالعقد حكم زائد على مفهوم الشركة قال رة مسئلة: الشركة قد تقع

بالاختيار وقد تقع بالاجبار كما تقدم و كلامنا في الشركة المستندة إلى الاختيار وهى تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاها حصلت الشركة الاختيارية وان لم يكن هناك لفظ و اما التصرف و الاذن فيه و المنع عنه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة و لو شرط احدهما على الاخر ان لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد لما فيه من المعجر على المالك في ملكه انتهى .

و من العجب ان هذا الفحيل ره جعل هذا الكلام اعترافا بما اختاره من ان الاذن في التصرف له مدخل في حقيقة الشركة ثم جعل منشاء التشويش كلامه .

قال اما ما في الحقائق من انكار عقد الشركة راسا فهو واضح الفساد بل يمكن دعوى اجماع الخاصة و العامة على خلافه كما ان دعوى كون عقدها ما دل على جواز التصرف من كل منهما او من احدهما واضح الفساد ايضا ضرورة عدم مدخلية ذلك في الشركة بوجه من الوجوه بل هو داخل في قسم الوكالة وقد اعترف به في التذكرة قال فيها و نقل العبارة المتقدمة ثم قال و من ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه و كلام غيره ايضا .

و وجه الاستعجاب ان هذا الكلام مناف لكلامه و مبطل لمرامه لا مؤيد له لانه كما عرفت صرح بان ثمرة عقد الشركة انما هى جواز التصرف و من المعلوم ان الاذن في التصرف امر خارج عن حقيقة الشركة التى هى الشباع الحاصل بواحد من الاسباب التى ليس منها عقد الشركة .

و بالجملة فهذا الكلام انما كان نافعا له لو كان العقد مفيدا للشباع وقد عرفت خلافه و ايضا تشويشه لوجه له الا ما زعمه من افادة العقد للشباع فحينئذ دعوى كون العقد وكالة مع الاعتراف بخروج الاذن عن حقيقة الشركة تناقض ظاهر و لكن قد عرفت توافق كلماته و عدم الاختلاف فيها .

واصرح من هذه العبارة عبارة اخرى في التذكرة ايضا وهى قوله ولو در ثاعروضا او اشتريها فقد ملكها شايعة و ذلك ابلغ من الخلط بل الخلط انما اكتفى به لافادة الشيوع فاذا انضم اليه الاذن في التصرف صح و تم العقد انتهى فهذه العبارة كما ترى

صريحة في ان انضمام الاذن الى الشياح الحاصل بالميراث والاشتراء موجب لتمامية عقد الشركة و ان الغرض من الخلط تحصيل الشياح .

بل يظهر منه ان الخلط لا يفيد الشياح حقيقة حيث حكم بان الميراث ومثله ابلغ في افادة الشياح فان الشياح لا يختلف بالشدة والضعف فكون غيره ابلغ منه انما هو باعتبار ان الحاصل منه انما هو الشياح حكما بخلاف غيره وكيف كان فتغاير الاذن مع الشركة لا يؤيده و اعجب من هذا ادعاؤه وضح فساد كون عقد الشركة ما دل على جواز التصرف مع انه مما صرح به الاساطين والفحول و اتفق عليه الخاصة بل العامة في شركة العنان و سيزداد اتضاحا انشاء الله تعالى .

ثم قال وكان السبب الذى اوقعهم في هذا الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهرى فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر و عدم القصد به اليها فضلا عما لو قصدت به اختيارا فلم يكن حينئذ معنى لعقدها الا جواز التصرف و خصوصا مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التى هى من اقسام التجارة المبنية على العمل من الشريكين أو من احدهما التى قد وردت النصوص بها و فيمن ينبغي ان يشارك و ان لا يشارك و غير ذلك من أحكامها .

و لعله لذا اكتنفوا في صيغتها بقول اشتركنا باعتبار امتناع ان يراد باشاء حصولها بدون مزج ولا المزج الذى لا يحصل باللفظ فتعين ان يكون معناه جواز التصرف والا لم يكن له معنى كما صرح بذلك في جامع المقاصد .

الا انه لا يخفى عليك ما في ذلك إذ لا دلالة في قول اشتركنا على الاذن بوجه من الوجوه كما انه لا حاجة في حصول الاذن منهما أو من احدهما الى عقد و ليس من مقتضات الشركة حصولها ان لم يكن اشتراكهما في المال مع الاذن في العمل لثالث بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا لغرض من الاغراض انتهى .

و فيه ان مثل هذا الوهم عن ساحة هؤلاء الفحول بمراحل و انما عدم التزامهم رضوان الله عليهم مما انفرد به لعدم الدليل لامن العرف ولا من الاخبار بل انما المعلوم

الثابت حصول الشركة الحكمية بالمزج الرافع للامتياز ولا يبعد الالتزام بالشركة الحقيقية فيما لو حصل الامتزاج التام كما في المائين وشبههما فان كل جزء يفرض منه مشتمل على حصة من احدهما واخرى من آخر، بل في مطلق الامتزاج الرافع للامتياز .

و كيف كان فالشركة لا دليل على حصولها بالعقد ولا وجه له لاعتبار الامتزاج فيه فانه نوع من الصلح مستقل بالتأثير ولا معنى لجوازه مع ان كونهما من العقود الجائزة مما اجمعوا عليه وكان الذي دعاه إلى مخالفة الاصحاب بل اهل العلم كافة ما ذكره من عدم دلالة اشتراكنا على الاذن بوجه من الوجوه ودلالته على الاشاعة مطابقة فيعلم من اكتفائهم بهذا القول في صيغة الشركة ان المنشأ به هو الاشاعة ولما رأى اجماعهم على عدم كفايته واعتبار الامتزاج التبعاً إلى الالتزام بكونه من قبيل اشتراط القبض في الوقف .

ويدفعه ان الشركة الاختيارية المتحصلة بالمزج بحسب المتعارف انما هي توطئة للاتجار فالمقصود بالذات هو الاشتراك في الربح والخسران والاسترباح بالمال على سبيل الاشتراك فالامتزاج انما هو توطئة لهذا الغرض غالباً وهذا لشيوعه صار بحيث يتبادر من الشركة اذن احد الشريكين صاحبه او الاجنبى في التجارة بالمال المشترك لان نفس الشركة في المالين ليس مقصوداً بالذات بحسب المتعارف فيبطل قوله لا دلالة في قول اشتراكنا على الاذن بوجه من الوجوه .

وأما قوله لا حاجة في حصول الاذن منهما أو من احدهما ففيه انه ليس الا الوكالة ومن المعلوم ان العامل نائب عن صاحبه وليس هذا مجرد اباحة التصرف بالضرورة بل انما هو استنابة في التصرف مع أنه يبطله ما ابطال به ما حكاه من الحدائق من قيام الاجماع على خلافه وانه واضح الفساد فانه لم ينكر الا عدم اقتدار الاذن في التصرف إلى العقد واللفظ الصريح بل اكتفى بكل ما يدل على الاذن .

وأما قوله إذ يمكن اشتراكهما في المال والاذن في العمل لثالث ففيه ان معنى الشركة الاذن في العمل والتجارة في المال المشترك مطلقاً سواء كان من كل منهما

للاخر أو من احدهما خاصة لصاحبه أو منهما لثالث و ليس هذا نقضا على احد .
و اما قوله بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا ففيه انه ليس على حسب
المتعارف لما عرفت من ان المتعارف ان الغرض من المزج الاتجار و الاشتراك في الربح
و الخسران و لهذا يتبادر من قول اشتركنا الاذن في التجارة و اما إذا كان المقصود امرا
آخر فلا حاجة إلى الصيغة بل يحصل الغرض بمجرد الامتزاج لكفايته في حصول
الاشاعة ولا ينافي هذا دلالة الصيغة على الاذن لكون الشركة الاختيارية بحسب المتعارف
توطئة للاتجار .

و مما يدل على ما ذكرنا اتفاقهم على عدم تحققها في الاعيان المختلفة الجنس و
انحصار طريقها فيها في المبايعة و نحوها و لو كان عقد الشركة مفيدا للاشاعة لم يكن
لذلك وجه و مجرد عدم امكان الخلط الرافع للامتياز لا يوجب ذلك فانه ليس شرطا
تعبدي بالضرورة .

و منها عدم اشتراط التساوى مع اتحاد الجنس بالاجماع و لو كانت من عقود
المعاوضات لم يجز للرباء .

و منها عدم اشتراط احد علم كل منهما بحصته و حصته صاحبه بان يعرف أنقد
مال كل واحد منهما مساو لمال الآخر او اقل أو اكثر و هل هو ثلثه أو ربه او غير ذلك
من النسب و لو كانت معاوضة اعتبر فيه للمغرر .

ومنها تصریحهم بان الشركة توكيل قال في التذكرة لا يشترط تقدم العقد على الخلط
بل لو مزجا المالين ثم اذن كل منهما في التصرف و عقد الشركة صحت المشاركة بينهما
إلى ان قال لان الشركة في الحقيقة توكيل و توكل انتهى .

و فيها ايضا ان الشركة عقد جاز من الطرفين وليست من العقود اللازمة بالاجماع
فاذا اشتركا بمزج المالين و اذن كل منهما لصاحبه في التصرف فلكل من الشريكين
فسخها لان الشركة في الحقيقة توكيل و توكل و صرح به في مواضع اخر من هذا الكتاب
و غيره كغيره اعرضنا عن نقل عباراتهم مخافة التطويل و على هذا فرعوا انفساها بموت
احدهما و جنونه و اغماؤه و الحجر عليه للسفاهة و غيره من الفروع .

و منها استدلالهم على بطلان اشتراط التساوي في الربح مع الاختلاف في المالين و الاختلاف مع التساوي بانتفاء دليل يدل على صحته و بانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الفرض انها ليست في مقابل العمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ليضم إلى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عند هبة و الاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها فيكون اشتراطها اشتراط تملك شخص مال غيره بغير سبب باطل للملك .

وفي الشرائع عبر في هذا المقام عن الشركة بالشرط قال قيل تبطل الشركة اعنى الشرط و التصرف الموقوف عليه و الوجه في هذا التعبير ما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر الا الاذن فكأنه اعتبار منهما في المزج بمعنى ان المزج ملحوظ بهذا الاعتبار و مشروط بالاذن .

و بالجملة فظهر انه ليس في كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم تشويش ولا اضطراب و انه لا اختلاف بينهم في هذا الباب اى عدم افادة العقد للشركة و كونه وكالة وان شئت راجع كلماتهم خصوصا جامع المقاصد فانه مصرح بهذا كراراً والعجب ان صاحب الجواهر رد وافقهم في هذه الفروع التى لا تلائم ما اختاره .

و من مواقع النظر قوله الا ان يشترط في ذلك تحقق المرج الخ وجه النظر يظهر مما مر و توضيحه ان عقد الشركة انما يفيد الشيع لو افاد تعويض حصة من مال احدهما بحصة من مال صاحبه و حينئذ فلا وجه لاعتبار الامتزاج نقلاً و كشفا لعدم الدليل على اعتباره بالخصوص و انما اعتبره الاصحاب لافادته الشيع و عدم تأثير العقد الا الاذن في التصرف للاسترباح .

و منها قوله و متى حصل الامتزاج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت الخ وجه النظر ان افادة المزج مع قصد الاشاعة للاشاعة ممنوعة لعدم الدليل عليه ولا تساعده كلماتهم بل صرح جامع المقاصد بخلافه قال وتنقيح الباب ان المقصود الاصل بالشركة هو التجارة والاستئماء والاخبار شاهدة بذلك مثل قول امير المؤمنين عليه السلام شاركوا من اقبل عليه الرزق فانه اجلب للرزق وغيره فالاركان المذكورة للشركة المنظور فيها إلى المقصود

السابق و هي الدائرة على ألسنة الفقهاء و يدخلون البحث عنها في جملة البحث عن العقود و يجعلونها من اقسامها و يحكمون بتوارد الصحة و البطالان عليها ولولا ذلك لم يصح شيء من ذلك إذ امتزاج المالين ليس من العقود في شيء ولا يتصور وقوعه الا على وجه واحد فلا يتصور فيه الصحة و البطالان انتهى .

فالمستفاد منه اجماع الفقهاء على انه لا يتصور وقوع الامتزاج الاعلى وجه واحد و انه لا يتصور فيه الصحة والفساد والا فلا يتم ما أستدل به عليه من ان الشركة الدائرة على السنتهم ليس عبارة عن الامتزاج بل افاد جواز التصرف كما نص عليه في اول الباب حيث قال و الاحسن ما يقال في تعريفها انها عقد ثمرته جواز تصرف المالك للشيء الواحد على سبيل الشيعاء .

فظهر ان التفصيل بين الامتزاج الاختياري بقصد انشاء الشركة وغيره و القول بافادة الاول للإشاعة بحسب نفس الامر دون غيره خلاف ما انفقوا عليه و انه مما لا يتصور بل نقول بانه لا يفيد الا الشركة الحكمية للاشتباه و عدم التميز مطلقا كما هو الظاهر الا فيما يتحقق فيه الاختلاط حقيقة بحيث يحصل للمختلط مزاج آخر و حقيقة ثالثة كما هو الحال في كل ما يتركب من العناصر و اما نلتزم بافادة كل امتزاج رافع للامتياز الاشاعة الواقعة الحقيقية كما ادعى انه ظاهر من كلمات الفقهاء .

و من هذا كله يظهر ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه و الحاصل ان القول بافادة عقد الشركة للشيعاء واشتراطه بالامتزاج لم يذهب اليه احد من الخاصة والعامة و انفق أصحابنا على انحصار فائدة العقد في الاذن في التصرف و حصول الشركة بالاسباب المتقدمة و وافقهم فقيه فقهاء العامة و هو الشافعية و به قال زفر و قال ابو حنيفة ليس من شرط الشركة خلط المالين بل متى اخرجنا المالين و ان لم يمزجا و قالا اشتركتا انعقدت الشركة لان الشركة انما هي عقد على التصرف فلا يكون من شرطها الخلطة كالوكالة و مع ذلك لم يقل بافادتها الشيعاء كما عرفت من نص كلامه و قال مالك ليس من شرط الشركة الخلط و المزج بل من شرطها ان يكون يدهما على المالين أو يد و كيلهما لان ايديهما على المال فصحت الشركة كما لو خلطاه .

و ردّه العلامة ره في التذكرة بان الفرق ان المال بالخلط يصير مشتركاً فيوجد فيه الاشتراك بخلاف ما إذا لم يمتزجا وهو ايضا يدل على ان العقد لا دخل له في تحقق الشركة و بالجملة فاتفقت كلمة اهل العلم على عدم تأثير عقد الشركة في حصول الشيع و كونه ممحضاً في افادة الرخصة و الاذن .

إذا عرفت مهية الشركة و تحقيق القول فيها ظهر لك ان عقد الشركة لا يقتضى تبعية الربح و الخسران للمال و كونهما على حسب رأس المال و انما هي من احكام المال فالصلح على خلافها ليس مخالفاً لمقتضى وضع الشركة نعم يخرج الشركة عما هو المتعارف من كون الربح و الخسران على حسب رأس المال و هذا يمنع من اطلاق الشركة العرفية عليه لا بطلان الصلح مع انه ايضاً في محل المنع فظهر ما في كلام الشهيد قده في الدروس من تعليل المنع من الصلح على اختصاص احد الشريكين بالربح و الخسران بمنافاته موضوع الشركة .

اللهم الا ان يقال ان مراده منافاته لوضع الشركة بمعنى الاشاعة حقيقة أو حكماً فان الاشتراك في المال يقتضى الاشتراك في الربح و الخسران على حسبه و الصلح لا يصح للمنع من هذا الاقتضاء اما لقصور ادلته عن افادة ذلك او لقيام الاجماع على خلافه فتأمل . و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح مطلقاً انه يجوز مع علم المصطلحين بما وقع الصلح به و عليه و مع جهلها بهما مطلقاً سواء كان في مقام البراء و الخطيئة او في مقام المعاوضة و التجارة و سواء امكن الاستعمال ام تعذر و سواء في ذلك العلم التفصيلي او الاجمالي .

هذا على ما هو التحقيق و لكن المسئلة لا نخلو عن اشكال و كلام الاصحاب لا يخلو عن الاضطراب فمن الجري بسط الكلام في هذا المقام بالنقض و الابرام و التعرض لكلمات الاعلام ليتضح به المرام فاقول متوكلاً على الملك العلم و متوسطاً بائمة الانام عليه السلام .

ان الفرر على ثلاثة اقسام مجازفة و مخاطرة و ابهام و اما الاخير فيشترط انتفاؤه في جميع الانشاءات من العقود و الايقاعات فان الحق و الملك بل جميع الاعراض و ان

كانت اعتبارية لا بد لها من محل معين في الواقع و البدلية و التخيير اما يتصور ان في التكليفات دون الوضعيات فان تردد العرض بين الامرين و الامور ليس ثبوته في شيء لصحة سلبه عن كل منهما و عدم ثبوته للكلية الجامع بينهما و الا لم يختص بهما لعدم اختصاص معروضه و هو الطبيعة بهما و مفهوم احدهما ليس كلياً صادقاً على كل منهما بل هو جزئى مردد و التردد بين الامور غير الصدق عليها و قد تقرر في محله ان المنكرة جزئى لا كلية .

و بالجملة ليس مفهوم احدهما كلياً حتى لا ينافي سلب العرض من كل منهما ثبوته له بل معنى ثبوت العرض لكل منهما على البديل عدم ثبوته لواحد منهما لان المفروض صحة سلبه عن كل منهما بالخصوص فكونه لواحد من الامرين مع عدم ثبوته لشيء منهما بالخصوص تناقض و بعبارة اخرى ان كان لشيء من التشخيص دخل في ثبوت العرض فلا معنى لعدم اختصاصه بما يتشخص به و تردده بينه و بين الآخر و ان لم يكن مدخل للتشخيص فلا معنى لتردده بين الامرين لان العارض يتبع المعروض .

فاذا كان المعروض و هو الطبيعة السارية في جميع الافراد عاما استحال اختصاص عارضه ببعض الافراد و لاجماع بين التشخيص ليكون هو المعروض و الا لزم التسلسل لافتقار امتياز كل من التشخيص حينئذ عن الآخر الى تشخص و هذان التشخصان أيضاً لا بد لهما مما يتشخصان و هكذا الى غير النهاية .

و ببيان آخر موضوع العرض اما هو الكلية او الجزئى فان كان الاول لم يكن للتردد مجال بل لم يختص بالامرين او الامور و عم جميع الافراد و المفروض خلافه و ان كان ثابتاً للفرد من حيث هو بمعنى مدخلية التشخص في الثبوت فاما ان يختص تشخص من التشخصات بهذا التأثير اولا فعلى الاول يستحيل ثبوته لغير ما يتشخص بذلك التشخص و هو احد الافراد بالخصوص و على الثانى و جب ثبوته لكل ما شارك هذا الفرد في كفاية تشخصه في العروض و الانصاف .

فظهر ان ثبوت الشيء لامرين او امور على البديل مستحيل بل غير معقول و على هذا يتفرع بطلان بيع أحد العبدین و عتقه و نکاح احدی الميرتین و طلاقها .

ان قلت ما الفرق بين الوضعيات و الاحكام التكليفية حيث يتعقل الابهام و البدلية في الثانية دون الاولى كما في الواجب الكفائي و التخييري فان التكليف على الاول متوجه الى كل من الاشخاص على البذل و على الثاني تعلق بكل من الامرين او الامور كذا لك و لهذا يسقط باثبات احدهما على الاول و الاثبات بواحد منهما على الثاني مع ان هذه قاعدة عقلية لا يتخصص .

قلت ان ما ذكر ليس من الابهام و التردد في موضوع العرض فان المكلف كل واحد من الاشخاص على التحقيق و المكلف به ايضا كل واحد من الامور غاية الامر سقوط التكليف بفعل البعض لحصول المصلحة فما ذكر لا يشبه المقام فان الاستحيل انما هو التردد و الابهام .

ان قلت ان لنا ان نقول ايضا ان كلاما من العبدین ملك للمشتري على البذل و كل منهما ملك للبايع كذا لك و كل من الرقبين حر على البذل ورق كذا لك و كل من المرتبتين منقطعة عنها علاقة الزوجية و باقية عليها كذلك و على هذا القياس .

قلت كون الشيء مملوكا و عدم كونه مملوكا لشخص واحد في زمان واحد تناقض بخلاف كون كل من الاشخاص مكلفا بحيث يسقط عنه بامثال الآخر او كونه واجبا بحيث يرتفع عنه الوجوب بالاثبات بالآخر لسقوط المصلحة و ارتفاع العلة فان كلاما من الشخصين ليس مكلفا و غير مكلف و كذا لك كل من الامور ليس واجبا و غير واجب و ليس لك ان تقول ان كلاما من العبدین خارج عن ملك البايع و لكن يعود احدهما الى ملكه بعد اختيار المشتري الآخر او ان كليهما باق على ملك البايع لكنه يخرج باختيار المشتري او بشيء آخر احدهما عن ملكه .

ان قلت ان الزكوة تتعلق بالعين من غير تعيين فحق الفقراء تتعلق ببعض العين الزكوية من غير تعيين البعض المملوك لهم وكذا الدية المرددة بين الامور الستة والوصية باحد العبدین و ملك الوارث بعض التركة من غير تعيين و ملك الولد الاكبر الحبة المرددة بين الامور عند التعدد و زوجية الاربعة المبهمة المرددة التي اسلم عليها الكافر فانه يتخير من شاء .

بل تعلق الانشاء بالمبهم ايضا ليس بهزيز بل وقع في موارد منها عتق بعض العبد كالنصف و الثلث مع عدم التعيين فان الشيخ والاكثر ذهبوا إلى صحته استناداً إلى اصاله عدم الاشتراط و وجود المقتضى للصحة و هو صيغة العتق الصادرة من اهلها و عدم ظهور المانع إن ليس الا كونه مبهما و هو لا يصلح للمانعية لان الابهام واقع في الشرع كثيرا . قال في المسالك بعد ما حكى هذا القول و قيل يشترط التعيين لان الحكم المعين لا بدله من محل معين و هو ممنوع و قد تقدم البحث فيه في الطلاق و الوجه فيهما واحد غير ان عدم اشتراط التعيين هنا اشهر وهناك بالعكس ولا وجه له إلا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب انتهى .

وفي كتاب الطلاق منه اختلف الاصحاب في ان تعيين المطلقة بالنية هل هو شرط في صحة الطلاق اولا ؟ فذهب جماعة منهم المرتضى و المفيد و ابن ادریس و الشيخ في احد قوليه و المصنف في احدهما و العلامة في احدهما و الشهيد في احدهما و جماعة اخرى الى اشتراطها اما لفظا كقوله فلانة باسمها المميز لها عن غيرها او بالاشارة اليها الرفاعة للاشتراك او يذكر الزوجة حيث لازوجة غيرها او بنيتها كقوله زوجتي وله زوجتان ونوى واحدة معينة فلولم يعين لفظا ولا قصدا بطل لاصالة بقاء النكاح فلا يزول الا بسبب معلوم السببية لان الطلاق امر معين فلا بد لها من محل معين و حيث لا محل فلا طلاق . وقال الشيخ ره في المبسوط لا يشترط واختاره المصنف هنا والعلامة ره في أكثر كتبه و الشهيد ره في الشرح لاصالة عدم الاشتراط و عموم مشروعية الطلاق ومحل المبهم جاز ان يكون مبهما فكما ان كل واحدة بخصوصها زوجته فاحداهما ايضا زوجته فيصح طلاقها للعموم انتهى .

و من الانشاءات المتعلقة بالمبهم المردد الطلاق كما عرفت و منها الوصية فانها ايضا تتعلق بالمبهم قولاً واحداً كما لو اوصى بعتق واحد من عبيده او ثلثهم مثلا بل البيع ايضا عند جماعة وكذا بيع صاع من الصبرة المرددة بين الصيغان وغيرها من الحقوق المتعلقة بالامور المبهمة في الواقع و الاملاك المرددة المبهمة .

قلت لانسلم كون ما ذكر و غيرها على خلاف ما حققناه و ان كان يتراءى كذلك

اما الزكوة فليست ملكا للفقراء مطلقاً و لا ينافيه تعلقها بالعين على ما هو التحقيق لانه اما من قبيل تعلق حق الرهان بالعين المرهونة و اما من قبيل تعلق الارش برقبة الجاني و اما على نحو آخر على ما حققه شيخنا العلامة في باب الزكوة .

و بالجملة فليس الفقير شريكا مع المالك و الا لم يختص المالك بنماء النصاب مع ان نسبة الزكوة الى الفقراء و سبيل الله و سائر المصارف سواء و لامعنى لكونها ملكا لسبيل الله مثلا و ايضا الواجب في نصب الابل الخمسة ليس من الجنس . مع ان التحقيق ان الزكوة فيها ايضا متعلقة بالعين لا بالذمة ، نعم احتمل الشهيد رحمه الله في البيان فيها التعلق بالذمة نظراً إلى ذلك و هو مختار الشافعي في القديم مطلقاً مع كون العين مرهونة و ايضا جواز التصرف فيما عدا مقدار الزكوة من النصاب مطلقاً لا يلايم الشركة و الاشاعة و لا اظن احدا يلتزم بالمنع فتأمل و لو سلم كون الزكوة قبل الدفع و القبض مملوكا للفقراء فانما هو على سبيل الاشاعة لا الابهام .

ان قلت ان النقص يتم على تقدير التعلق بالعين مطلقاً و لا يختص بالقول بالملكية لان العرض لا يمكن ايهام موضوعه مطلقا على ما قرر .

قلت نعم ولكن تعلق الحق بالنصاب كتعلق الملك ايضا بمعنى كون البعض المشاع متعلقا للحق لا المبهم فتدبر او نقول ان تعلق الحق بالنصاب ليس الا لتكليف بالدفع من العين اصالة و من غيرها بدلا عنها فان الامر الاتزاعي عين ما انتزع منه في الخارج و انما يغايره في الذهن فتعلق الزكوة بالنصاب ليس إلا كتعلق الوجوب بواحد من الامرين او الامور في الواجب التخيري و من الاشخاص في الكفائي فمعنى تعلق الزكوة ببعض المال على البذل وجوب دفعه كذلك فليس في الخارج إلا عرض واحد قائم بالامر ينتزع باعتبار تعلقه بكل من المكلف و المكلف به صفة لهما فتدبر .

ان قلت ان هذا انما يتم على القول بتعلقها بالعين فلا نسلم انه ليس في المقام الا وجوب دفع البعض بل لا بد من اعتبار امر آخر معه حتى يفترق عن القول بتعلقها بالذمة .

قلت يمكن الفرق بان المطلوب على الاول انما هو دفع المقدار المخصوص من

المال مطلقاً غاية الامر ان العينى مرهونة لا تنفك إلا بالعزل او الدفع فالمدفوع عين الزكوة مطلقاً و ان كان من غير النصاب و اما على الثانى فالمطلوب اولا انما هو الدفع من العين و الشارع انما جوز دفعه بدلا عنها ارفاقا و لهذا يسقط بتلقه بعد التعلق و قبل التمكن و اما على الاول فلا وجه لسقوطه بل الوجه على ذالك التقدير البقاء كما اختاره احمد من العامة و لهذا بعينه يفسخ البيع في مقدار الزكوة اذا امتنع من ادائها او عجز مع جواز البيع .

و قد صرح العلامة ره في التذكرة بذالك حيث قال يجوز اخراج القيمة في الزكوة عن النقدين و الغلات عند علمائنا اجمع و اختلفوا في المواشى فجوزه الاكثر ايضاً و منع منه المقيد إلا مع عدم الفريضة و الوجه الجواز مطلقاً على ان القيمة بدل لا على انها اصل في نفسها انتهى .

ان قلت ان هذا لا يتم في نصب الابل فان الواجب اولا فيها الدفع من غير الجنس قلت لانسلم تعلق الزكوة فيها بالعين و قد عرفت من البيان احتمال تعلقها فيها بالذمة نعم لها تعلق بالعين من حيث سقوطها بتلقها و اتباع الساعى اياها مع الامتناع من التعلق . و بالجملة التعلق بالعين او الذمة امر اعتبارى ينتزع من الاحكام الثابتة من الشرع والمستفاد من الادلة ان للزكوة تعلقا ما بالعين يشبه تعلق الارش برقبة الجانى .

و مما حققناه يظهر لك الجواب عن سائر موارد النقض فان الدية ليست ملكا لولى المقتول متعلقا بعين خارجى ولادينا منه في ذمة القاتل واما لولى المقتول استحقاق الاخذ من القاتل كالزكوة فانها ليست ديناً في ذمة المالك حتى على القول بتعلقها بالذمة و لهذا لا يسقط بابراء الفقير مالك النصاب من الزكوة كاستحقاق الارش .

و من هذا القليل ضمان الايدى المتعاقبة في الغصب فاننا نحكم بضمانها اجمع مع ان المديون انما هو الذى تلف المال عنده و غيره انما يجب عليه الاداء و لو بالآخذ منه سابقا و لاحقا فانه لاعمضى لاشتغال ذمة كل منهم بالبدل و لا واحد غير معين فالمغصوب منه لا يستحق على ذمة هؤلاء شيئا مع انه يستحق المطالبة منهم و الزامهم بالبدل . و كذا ملك صاحب القناة حريمها انما هو بمعنى سلطنته على منع الغير من

احداثها فيه وكذا ملك اهل القرية مرافقها و محتطبها انما هو بمعنى سلطنتهم على الانتفاع بها ومنع الغير منه لا غير ذلك من وجوه السلطنة وكذا ملك المترددين للشارع الخاص ليس بالمعنى المعهود للملك بحيث لو شاركهم الصغير لم يكن لهم التصرف فيه الا بصلح و نحوه .

ومن هذا القبيل ملك الموقوف عليهم الوقف الخاص فانه بمعنى تعيينه للمصرف المخصوص فهو ليس ملكا حقيقيا لاحد لخروجه عن ملك الواقف و عدم دخوله في ملك الموقوف عليهم و بهذا يفرق الوقف عن الحبس المؤبد فانه ملك للحابس و النماء يعود اليه بخلاف الوقف و لهذا لا يعود إليه بانقراض الموقوف عليه على التحقيق .

فظهر معنى ملك الهبة والميراث و امثالهما .

و اما الصاع من الصبرة فالمبيع انما هو الصاع الكلى المتعين الاداء من الصبرة فلا يملك المشتري بالعقد شيئاً من الصبرة بل هي باقية على ملك البايع و انما له المطالبة بالاداء منها ولا يجب على البايع الاداء من غيرها كما ليس للمشتري اسقاطه لانه ليس حقاً خارجاً عن المبيع بل قيد له مقوم اياه و لما كان المقام من مزال الاقدام فلا باس ببسط الكلام و ان كان الاليق به غير هذا المقام .

فاقول مستمداً بالائمة عليه السلام ان بيع الصاع من الصبرة يتصور على اقسام الاول ان يريد الاشاعة فيتبع الجزء المشاع فالصاع من صبرة يكون خمسة اصوع عبارة عن خمسها و لا اشكال في الصحة مع العلم بعدد الصيعان و اما مع الجهل فالظاهر الصحة ايضا لان الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع و استقرت العلامة في التذكرة البطلان حينئذ و فيه ما عرفت .

هذا فيما تساوت اجزاؤه و ان اختلف الاجزاء فالظاهر انه ايضاً كذلك خلافاً للعلامة في التذكرة و ارفاقاً للشهيد ره في الدروس كما لو باع اذرعاً من الارض مع الجهل بالمساحة اذا كان المبيع اذرعاً معلومة و يكون المبيع من حصة مشاعة مقدرة بال عشرة اذرع مثلاً و الجهل بنسبتها الى المجموع حال العقد غير قادح بعد الضبط بالأذرع فيندرج في كل جزء من الثبوت على حسب نسبة العشرة الى المجموع واختلاف الاجزاء

و تساويها لادخل لها في معرفة المبيع و جهالته فاذا صح بيع الصاع من الصبرة منزلا على ملاحظة حصة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع إلى المجموع ولا يقدر جهالتها حال العقد فكذلك المقام .

نعم يشكك في بيع عديمين عشرين او شاة من شاتين بقصد الاشاعة لاحتمال الاشاعة هنا وجوها فانيها اما ان يملك النصف من كل منهما أو الثلث من احدهما و الثلثين من الآخر أو ثلثة ارباع من احدهما و ربعاً من الآخر او خمسين من احدهما و ثلثة اخماس من الآخر و هكذا فيبطل مع عدم التعيين و بهذا يقتصر عن الذراع من الارض . و لعله لهذا حكم العلامة ره في التذكرة ببطلان الاول دون الثاني حيث قال و الاقرب انه لو قصد الاشاعة في عبد من عديمين او في عشرة او في شاة من شاتين او في عشرة بطل بخلاف قصد الاشاعة في الذراع من الارض انتهى .

و قال شيخنا المرتضى ره بعد حكاية ما في التذكرة و لم يعلم وجه الفرق إلا منع ظهور المكسر المشاع من لفظ العبد او الشاة انتهى .

و فيه ان عدم الظهور في المكسر المشاع لو سلم لا يوجب البطلان فان صراحة العبارة في جميع خصوصيات الانشاء غير معتبرة قطعاً و انما يعتبر صراحتها في اصل الانشاء و هو البيع و انما الوجه ما حققته فافهم و اغتنم .

الثاني ان يريد ببيع البعض المردد بين ما يصدق عليه الصاع من الصيعان كما لو فرق الصيعان و باع واحدا منها مبهما و هذا فيما اختلفت المصاديق في القيمة لا اشكال في كونه غررا مبطلا و اما فيما تساوت في القيمة كما في مانحن فيه فالتحقيق فيه ايضاً هو الابطال و هو المشهور بين الاصحاب و ظاهر البعض الاجماع و قد حققنا آنفا ان تعلق الغرض بالمبهم الواقعي غير معقول .

و استدلل بوجوه آخر لا تخلو عن شيء منها ان بيع المجعول باطل لاشتراط العلم ورد بمنع المقدمتين لان الواحد على سبيل البدل غير مجهول اذ لاتعين له في الواقع حتى يجهل و المنع من بيع المجعول ولو لم يلزم غرر غير مسلم .

و فيه ان منع صدق الجهل استنادا إلى عدم ما يصلح للعلم اشبه شيء بالمناقشة

في العبارة فان المناط عدم التعيين عند المتعاملين سواء كان في الواقع متعيناً اولاً بل لا يبعد ان يقال ان الثاني اولى بالفساد .

الثاني ان الابهام في البيع مبطل لا من حيث الجهالة ورد بمنع الكبرى وفيه ما عرفت من ثبوتها بالدليل القطعي .

و منها انه مستلزم للفرر ورد بمنعه مع فرض اتفاق الافراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة ولذا يجوز الاسلاف في كل من هذه الافراد مع ان الانضباط في السلم أكد و ايضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبرة ولا فرق بينهما من حيث الفرر قطعاً وفيه ماسيجىء انشاء الله تعالى من عدم انفكك هذا النوع من الجهالة عن الفرر والفرق بينه وبين الكلي وبالجمله فالدليل على المنع الاجماع المنقول المستفاد من كلام جماعة بل الظاهر تحققه والفرر على ماسيجىء انشاء الله تعالى استحالة قيام العرض بالمبهم .

و لقد عثرت بعد ما بدا لى هذا المنهج على استدلال بعض الاصحاب بهذا الدليل ايضا و قرره بان الملك صفة وجودية محتاج إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لانه امر غير معين من امرين معينين و مرجعه إلى ما مرنا في تقرير الاستدلال .

و بالجمله فبطلان البيع المبهم مما لا ينبغي ان يرتاب فيه احد و لكن شيخنا المرتضى قد حكى هذه الوجوه مناقشة و ارتضاها و منع البطلان لعدم الدليل عليه و قد مرّت المناقشات في غير الدليل العقلي مع ما فيها .

و اما المناقشة فيه فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجى فان الكلي الطبيع سلماً او حالاً مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري فالوجه ان الملكية امر اعتبارى يعتبره العرف و الشرع او احدهما في موارد و ليست صفة وجودية متصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية باحد الشيتين بل احد الشخصين و نحوهما هكذا نقله الشيخ رحمه الله .

ثم قال فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي عدم دليل معتبر

على المنع قال في شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من اى الطرفين قال وفيه تأمل اذ لم يرق دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من اى طرف اراد المشتري او من اى جانب كان من الارض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى فالدليل هو الاجماع لو ثبت وقد عرفت من غير واحد نسبتبه الى الاصحاب .

قال بعض الاساطين في شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب والارض الراجع الى بيع المكسر المشاع قال و ان قصدا معينا أو كلياً لا على وجه الاشاعة بطل لحصول الفرر بالابهام في الاول و كونه بيع المعدوم واختلاف الاغراض في الثانى غالباً فيلحق به النادر والاجماع المنقول فيه إلى ان قال .

و الظاهر بعد اعلان النظر و نهاية التتبع ان الفرر الشرعى لا يستلزم العرفى و بالعكس و ارتفاع الجهالة في الخصوصية قد لا يشتر مع حصولها في أصل المهيبة ولعل الدائرة في الشرع اضيق و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الاصحاب لا نهم أدري بمذاق الشارع انتهى ، ولقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات انتهى كلامه وفيه مواقع للنظر منها منعه احتياج صفة الملك إلى موجود خارجى استناداً إلى ان الكلى المبيع مملوك للمشتري مع عدم وجود فرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري .

وجه النظر ما عرفت من استحالة قيام العرض بالمبهم و اما ملك الكلى فهو ليس كملك الفرد بل انما هو صفة مقدرة تتبع استحقاق المطالبة و معنى ملك الفرد السلطة على وجوه الثقل و انواع التصرفات فالملك في الاول يتعلق بالذمة و في الثانى بالفرد و لا ابهام في الذمة و لو ابهمت و لم يتعين بطل البيع ايضاً .

وبالجملة فملك الكلى ليس عبارة عن السلطنة على وجوه الثقل و انواع التصرف بل انما هو استحقاق الاخذ و المطالبة فهو على ما صرحوا به صفة مقدرة في الذمة فموضوعه الذمة لا العين الخارجية .

ان قلت ان هذا انما يتم في الكلى المستقر في الذمة و اما الكلى الخارجى كالصاع

من الصبرة على المختار فيه فلا فانه لا يملك المشتري في ذمة البائع شيئاً مع ان المبيع كلى متعين الاداء .

قلت لانسلم عدم تعلق الملك بالذمة غاية الامر تعين الاداء من الصبرة لا بان يكون حقاً في حق بل على سبيل التقييد و بعبارة اخرى لافرق بينه و بين الكلى المطلق الا باقتصار هذا الكلى في افراد معينة دون غيره و هذا معنى كون المملوك كليا خارجيا و الا فلامعنى للكلى الخارجى و لعله يزيد توضيحي مقام ابطال قول من يرجح الاشاعة و ينكر الكلية .

و منها قوله والوجه ان الملكية امر اعتبارى الخ وجه النظر أن اقتضاء العرض تعين الموضوع ليس لكونه متصلاً بل هذا مقتضى الانصاف مطلقاً فان الملك له منشاء انتزاع في الخارج و معنى كونه اعتبارياً انه ليس بحدائثه شيء لا انه اعتبارى صرف فالخارج ظرف لانصافه و الذهن لعروضه و بهذا يفترق عن المتاصل كالطعوم و الالوان فان الخارج ظرف لعروضها و اتصافها جميعاً فحيث كان الانصاف في الخارج افتقر إلى تعين ما يتصف به في الخارج .

و ببيان آخر ان ثبوت شيء لشيء لا يتعقل مع ابهام المثبت له سواء كان هذا الثبوت مفاداً لهل البسيطة كقولنا زيد موجود أو المركبة كقولنا زيد كاتب او شاعر و سواء كان الخارج ظرفاً للعروض او الانصاف بل نقول لا بد من تعين موضوع الاعتبارى المحض في الذهن ايضاً للاشتراك في العلة .

و الحاصل ان ابهام الموضوع مستحيل بل غير معقول مطلقاً بالضرورة الا ترى ان قولك بان هذا الموضوع متصف بواحد من الكلية و الجزئية من غير تعين بل على البدلية مما تضحك منه التكللى كقولك هذا اوزاك متصف بالملكية مع ان الكلية و الجزئية من المعقولات الثانية بخلاف الملك فتدبر .

و منها قوله و لذا صرحوا بصحة الوصية اه وجه النظر يعلم مما مر فان الوصية التمليلية باحد الشئيين ولاحد الشخصين باطل قطعاً ، والعهدية اما تصح لعدم تأثيرها شيئاً بالفعل و اما اثر استحقاق التملك و التملك .

و منها قوله فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي قدّم الخ وجه النظر ان الانصاف كما عرفت البطلان ولا اظن احدا يلتزم بصحته او يتأمل فيه و اما ما حكاه عن المقدس الاردبيلي ره فلا ينافي ما قلناه فان بيع ذراع من الكرباس من اي طرف اراد المشتري او من اي جانب اراد من الارض ليس من بيع الفرد المردد بل انما هو بيع الكلي المتعين الاداء نظير الصاع من الصبرة .

ومنها قوله والدليل هو الاجماع لو ثبت الخ وجه النظر ان الاصحاب لم يعثروا على دليل خاص " خفي علينا في هذه المسئلة بالخصوص وليس هذا الحكم من الاسرار المودعة عندهم المرموزة فيما بينهم بل تنادى كلماتهم بكون الحكم للضوابط العامة المفروغ عنها بين الخاصة و العامة .

و منها استشهاده بكلام الشيخ الاعظم في شرح القواعد فان التمسك بالاجماع و فهم الاصحاب انما هو للثاني و هو بيع الذراع الكلي حيث لا يتحقق فيه الفرر و اختلاف الاغراض احيانا فان اللاحاق لا دليل عليه الا فهم الاصحاب و انفاقهم و اما الاول و هو المبهم فقد حكم بكونه غررا مطلقاً و بيعا للمعذوم و مرجع قولهم انه بيع المعذوم ما حققناه من الدليل العقلي فتدبر .

و مما ذكرنا يظهر ما في كلام الفاضل التراقي ره حيث قال في عوائده عائدة للملكية و المالكية صفتان رابطتان وجوديتان نفس الامريتان فلا يمكن ثبوتهما الا لموضوع محقق فان ثبتا واقعا يكفي ثبوت الموضوع في الواقع ولا يلزم فيه الوجود الخارجي كما اذا قال الشارع الخمر نجس و لم يكن حين التكلم خمر موجود في الخارج او العنب حلال و لم يكن العنب موجوداً حينئذ فان المراد اثبات الحرمة و الحلية واقعا لهاتين المهتين الواقعتين .

و مرجعه إلى الحكم بانه لو وجد هذا الموضوع في الخارج لوجدت فيه تلك الصفة ، فالمتحقق قبل وجود الموضوع في الخارج هو هذا الحكم الشرطي و محل هذا الحكم هو الموجود الذهني فحكم عليه بانه لو وجد في الخارج لوجدت معه هذه الصفة خارجا و بعد وجوده . يوجد فيه الصفة لاجل جعل الشارع ايجاد هذا الحكم الشرطي

لهذا الموجود الذهني على النحو المقرر ، والشرائط المعلومة علة و سبب لتحقيق هذا الحكم الخارجي بعد وجود الموضوع فيه .

و هذا هو المراد من الثبوت الواقعي للحكم بل موضوعه و ليس مبنيا على ثبوت المعدومات و ان وجدت الصفة في الخارج فلا بد من وجود الموضوع خارجا ايضا لامتناع قيام الموجود بالمعدوم و يجب على التقديرين تعيين الموضوع وامتيازته عن غيره لامتناع قيام الصفة المعينة الواقعية او الخارجية بغير المعين اذ غير المعين لاثبوت له ولا وجود لا خارجا ولا ذهنا الى ان قال بعد كلام طويل .

و التوضيح انه كما عرفت لابد للملكية من موضوع و هو لابد و ان يكون امرا واقعا يمكن تحقيقه في الخارج و كما ان الاعيان الخارجية و الجزئيات الحقيقية امور موجودة متصلة متحققة فكذا الكليات لا بمعنى انها موجودة خارجا بوصف الكلية بل على نحو وجود الكليات كما بيناه في شرح تجريد الاصول و غيره فان كل احد من العوام و الخواص يعلم ان بين افراد الانسان مميزات يميز بعضها عن بعض و قدر مشترك بينها ليس بين فرد منها و بين افراد الفرس و البقر و صار ذلك الجامع سببا لحكم كل احد بمناسبة و توافق و تطابق بين تلك الافراد و ليس بينها و بين افراد سائر الحيوانات . و لا شك ان هذا القدر المشترك امر موجود اذ يعلم كل احد ان بين تلك الافراد امرا وجوديا مميزا ككلامها عن فرد موضوع آخر و يعلم انه مركب من هذا القدر المشترك و من المميز و لا يتركب الوجود من الموجود و المعدوم إلى ان قال .

هذا كله إذا قلنا بوجود الكلى الطبيعي كما هو الحق المقطوع به كما اشرنا إليه ولو ابيت عنه و قلت بعدم وجوده فلك ان تقول انا نقطع بعدم ثبوت الملكية لغير ما يمكن تحقيقه فلا يحكم بتحقيقها الا للجزئيات الحقيقية .

نعم لما ثبت بالاجماع و الاخبار في باب السلم و بيع الصبرة و الغصب و امثالهما بثبوتها فيما يقال انه كلي فيقتصر في هذا الحكم على المتيقن و لم يعلم جواز تعلقها بمثل احد هذين الشئتين انتهى .

و فيه مواقع للنظر منها قوله و مرجعه إلى الحكم بانه لو وجد هذا الموضوع

في الخارج الخ وجه النظر ان تصحيح القضايا الحملية بارجاعها إلى الشرطية مما لا يلزم به اهل الفن فان القضايا الحملية لم يشترط في صدقها احد وجود موضوعاتها في الخارج حتى إذا كان المحمول من الاعراض المتناصلة .

و تحقيق المقام ان القضية الفرعية الضرورية و هي ان ثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له يقتضى ثبوت الموضوع في ظرف ثبوت المحمول له و من المعلوم ان الاحكام الشرعية ليست من المعقولات الثانية ليكتفى بوجود موضوعاتها في الذهن كما انها ليست قضايا تعليلية بالضرورة لثلا يعتبر وجود موضوعاتها اصلا فان قولنا الخمر حرام معناه ثبوت هذا الحكم للخمر بمجرد الانشاء و ان لم يوجد في الخارج بالضرورة والا لم يكن للوجوب والاستحباب معنى محصل لانهما قبل وجود موضوعهما يستحيل ثبوتهما لتوقفهما على الموضوع لانه علة مادية لهما و تقدم المعلوم على العلة في معنى تقدمه على نفسه و بعد وجود الموضوع يسقط الطلب لاستحالة ايجاد الموجود و طلب الحاصل .

و بالجملة فالوجوب والتدب لا يمكن تحقيقهما الا قبل وجود موضوعيهما في الخارج فلا يمكن ان يقال ان معنى وجوب الصلوة وجوبها بعد تحققها كما التزم في الحرمة و من المعلوم ان الاحكام ثبوتها لموضوعاتها على نسق واحد فكما ان معنى قولنا الصلوة واجبة أو مندوبة انها مع قطع النظر عن وجودها كذلك فكذا قولنا الخمر حرام غاية الامر سقوط طلب الفعل بتحقيق الموضوع دون طلب الترك بل نقول لا فرق بينهما من هذه الحيثية ايضاً فان متعلق الطلب على التحقيق هو الفعل والترك فموضوع التحريم ليس هو الخمر بل انما هو الشرب و بعد تحقق تركه يسقط الطلب بالنسبة إلى الترك المتحقق غاية الامر انه متوجه إلى ترك آخر يفايره باعتبار الزمان أو المتعلق أو غيرهما .

و كيف ما كان فلا معنى لكون الوجوب والاستحباب بل الحرمة والكراهة و الاباحة متوقفة على ثبوت موضوعاتها في الخارج ضرورة عدم توجه الخطاب بالنسبة إلى ما وقع من الفعل أو الترك والذي يظهر من جملة من الاساطين تصحيح مثل هذه القضايا

بوجود موضوعاتها في الذهن و لكنه ليس على ما ينبغي أيضاً لان ثبوت الشيء المبيع فرع ثبوت المثبت له في ظرف ثبوت الثابت لا مطلقاً و من المعلوم ان الاحكام الشرعية ثابتة لموضوعاتها في الخارج لا في الذهن .

و اللائق بيسط الكلام غير هذا المقام ولى في تحقيق هذا المرام مسلك آخر اشير إليه على سبيل الاجاز و هو ان قيام الطلب بالامر في الخارج منشأ لانتزاع اعراض لموضوعات متعددة فاذا اراد الله تعالى بالارادة التشريعية الحتمية الصلوة من العباد انتزع عرض الصلوة فانصفت بالمطلوبية و آخر للمكلف و آخر لمكان الصلوة وعلى هذا القياس فلم يثبت في الخارج الاعرض واحد لموضوع واحد وهو الارادة للامر ، وموضوعه متحقق في الخارج و اما المطلوب كالصلوة و المطلوب منه فلم يثبت لهما شيء بل انما انتزع باعتبار قيام هذا العرض بذات الامر و وصف الوجوب و المكلفية لهما ، والأمر الانتزاعى انما يتوقف على ثبوت منشاء الانتزاع لا المعروض فحينئذ نقول الصلوة واجبة في الخارج قبل وجودها بل بشرط عدم وجودها بمعنى ان ارادة فعلها قائمة بالامر في الخارج .

و هذا التحقيق مما الهمنى الله تعالى و لم اراحدا تنبه له والحمد لله تعالى فانه يرتفع به كثير من الشبهات .

ومنها قوله هذا كله اذا قلنا بوجود الكلى الطبيعى الخ وجه النظر ان ملك الكلى كما عرفت عبارة عن صفة مقدرة و متعلقها الذمة ولا يتوقف على وجود الكلى في الخارج . بل نقول ان القول بوجود الكلى في الخارج لا ينفع في تصحيح ملك الكلى فان احدا من الفقهاء لم يشترط في بيع السلم وجود المسلم فيه حال البيع فالمشترى يملك الكلى حال عدمه بالاتفاق فالقول بوجود الكلى الطبيعى اجنبى عن المقام بل نقول اذا كان المسلم فيه موجودا حال العقد فالمملوك ليس هو الكلى الموجود بل انما هو الكلى الذى سيوجد بعد الاجل .

بل نقول ان المملوك في بيع الكلى ليس هو الكلى الموجود حتى اذا كان البيع حالا فانه ربما لا يملك البائع شيئا من الافراد لينتقل إلى المشتري بالبيع مع انه لو كان

مالكا ايضا لم ينتقل إلى المشتري شيء منها بالضرورة و الا لشارك المشتري البايع في ما يملكه من الافراد مع ان المبيع هو الكلى الا بشرط ولا يلتزم به فقيه .
و منها قوله نعم لما ثبت بالاجماع الخ وجه النظر ان مقتضى ما حققه سابقاً استحالة تحقق العرض بدون الموضوع فلا معنى لقيام الاجماع على ثبوت الملكية في الكلى على القول بعدم وجود الكلى في الخارج .

ومن الغريب اقتضاه في هذا الحكم المخالف للدليل العقلي القطعي على مورده مع ان هذا شأن الاحكام المخالفة للاصول و القواعد لا الاحكام المخالفة للدلالة العقلية القطعية فانها مما يقطع بفسادها ولا يمكن الالتزام بها حتى في مواردنا ومما ذكرنا يظهر ما في بقية كلامه ره فان فيه مواقع للنظر اعرضت عنها مخافة التطويل .

الثالث من وجوه الصاع من الصبرة و نحوه ان يكون المبيع الحقيقة الكلية المنحصرة مصاديقها في الصبرة و نحوها و الفرق بينه و بين السابق واضح فان الكلى لا ابهام فيه بخلاف الفرد المنتشر و بالجملة فالخصوصية الشخصية ملغاة في هذا القسم الا ان دائرة الكلى مضيقة .

و الفرق بينه و بين الاشاعة من وجوه منها ان اختيار التعيين على هذا بيد البايع لعدم استحقاق المشتري الا الطبيعة غاية الامر سلطنته على الالتزام بالدفع من الافراد المنصوصة و عن الفاضل القمي ره في مواضع عديدة من اجوبة مسائله ان التعيين بيد المشتري وضعفه ظاهر و اما على الاشاعة فيتوقف التعيين على التراضي منهما .

و منها انه لو تلف من الجملة ولم يبق الا ما يوازي حق المشتري تعين حقه فيه فان كلا من الابعاض و ان كان صالحا لتعيين حق المشتري فيه الا انه خرج عن القابلية بالتلف و تعين الباقي .

و منها ان للبائع جميع انواع التصرف حتى مع منع المشتري الا ما اوجب تلف ما يوازي حقه .

و منها انه لو كان للجملة نماء اختص به البايع ولم يشاركه المشتري على حسب

هذا مجمل الكلام في هذا المقام و التفصيل موكول إلى محله و لجامع المقاصد هنا كلام اتركه بشيئاً للمرام قال قوله ولو قال بعثك صاعاً من هذه الصيعان مما يماثل اجزائها صحّ ولو فرق الصيعان وقال بعثك احدهما لم يصح والفرق بين الصورتين ان المبيع في الثانية واحد من الصيعان المميزة المتشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملاً على الغرر و في الاول المبيع امر كلى غير متشخص ولا يتميز بنفسه و يقوم بكل واحد من صيعان الصبرة و يؤخذ به و مثله ما لو قسم الارباع و باع ربعاً منها من غير تعيين ولو باع ربعاً قبل القسمة صحّ و نزل على واحد منها مشاعاً لانه حينئذ امر كلى. فان قلت المبيع في الاول ايضاً امر كلى قلنا ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم فهو بحسب صورة العبارة يشبه الامر الكلى و بحسب الواقع جزئى غير متعين ولا معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد برأسه فصار اطلاق احدهما منزلاً على شخص منهما غير معلوم فصار كبيع احد الشيأة واحد العبيد ولو انه قال بعثك صاعاً من هذه شايعة في جملتها لحكمنا بالصحة انتهى .

و تدلّ على ظهور بيع الصاع من الصبرة في القسم الاخير بعد مساعدة العرف صحيحة يزيد بن معاوية عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة و الانبار فيه ثلثون الف طن فقال البايع قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الفا و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البايع .

دلّت الرواية على ظهور العبارة في بيع الكلى حيث حكم ببقاء المبيع بعد الاحتراق.

و مما ذكرنا يظهرهما في ما عن فخر المحققين قدّه في الايضاح في ترجيح التنزيل على الاشاعة من انه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد اجمالاً و ان احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح

من غير مرجح ولا بعينه هو المبيع و ابهام المبيع مبطل انتهى فان هذا انما يتم فيما لو دار الامر بين التنزيل على الابهام و الاشاعة فيرجح الثاني بما ذكر و قد عرفت ان الظاهر هو الكلى على ما قررنا .

و كذا ما في الجواهر من ترجيح التنزيل على الاشاعة استنادا إلى ما ذكر وغيره مما لا يخفى و منه قال ره انما الكلام في انه هل ينزل على الاشاعة في صورتين او يكون المبيع ذاك المقدار في الجملة إلى ان قال و يرجح الاول عدم معهودية ملك الكلى في غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة بل ينحل إلى جهالة المبيع و ابهامه و ما تسمعه في بيع الثمار من ان استثناء البايع اطلاقا معلومة ينزل على الاشاعة من غير خلاف فيه بينهم: قالوا فلو خاست الثمرة باهر من الله تعالى مثلا وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف به في الدروس لكن في الصحيح و ذكر الرواية وقال وهو يؤيد الثاني و به يفرق بين ما هنا و بين ما في بيع الثمار الا انه قد يشكل صحة اصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفى الموجب لفساد المعاملة .

و صرح الاصحاب فيما لو باع شاة غير معلومة من قطيع بالبطلان و ان علم عدد ما اشتمل عليه من الشياة و تساوت اثمانها بل صرحوا بالبطلان فيما لو فرققت الصبرة صيعانا متمايزه و اشترى مقدراً منها فالاطنان ان كانت قيمية فمن الاول والافمن الثاني اللهم الا ان يلتزم الاخير و يكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التميز و انما المراد مقداره حتى لو اراد البايع تعيين الاطنان من غير نقصان للمقدار كان له ذلك لان الغرض ان الجميع من اجمة واحدة فيصح حينئذ لانه يبيع المقدار المعلوم من الصبرة . و لكن على كل حال فالمتجه الجمود على النص في خصوص البيع بالفرض المذكور و لا يتعدى منه إلى غيره كالصلح و ثمن الاجارة و مهر النكاح و نحو ذلك بناء على ما سمعت من ان الملك الكلى في العين الخارجية لا يكون الا على الاشاعة و فرض المسئلة بكون المبيع في الذمة و شرط التادية عن الصبرة خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان حتى لو تلف الصبرة اجمع و ان تسلط على الخيار باعدام الشرط .

بقى شيء و هو ان منشاء الوجهين على الظاهر الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين

من العبارة التي هي مورد العقد لا ان ذالك حكم شرعى وان لم يقصداء فيخرج عن محل البحث ما صرح فيه بقصد الاشاعة او الكلى الا انه قد يشكل صحة الثاني بناء على عدم ملك الكلى في غير الذمة لا على وجه الاشاعة .

و خبر الاطنان لا دليل فيه على صحته بل هو اعم منه و من الاشاعة و ان كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البايع خاصة فيكون حكما شرعيا تعديلا ليقاس عليه غيره بل قد يقال ان هذا المعنى حكم مطلق ببيع الصاع من الصبرة اما لو صرح به فلا دليل على جوازه .

وقد يحتمل في اصل المسئلة ان منشاء الوجهين الاختلاف فيما يقتضيه الادلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين بل لو علم خلوهما عن الامرين معا جاء الوجهان ايضا ولم يحكم بفساد المعاملة فتأمل جدا فان التحقيق التميزل على الاشاعة ضرورة كونه كالمايلين المختلطين او كالمال الذى اشترى ابعاضه انتهى .

وفيه مواقع للنظر تعرف مما مر لا باس ان اشير اليها على الاجمال منها قوله ره و يرجح الاول الخ وجه النظر ان ملك الكلى لا على وجه الاشاعة في غير الذمة واقع كثيرا شايع جدا فان ولى المسلمين إذا اشترى الرقاب للتحرير من الزكوة لم يجب عليه الدفع الا من الزكوة ولا يملك البايع شخصاً خارجياً من الزكوة بل ربما لا يوجد من الزكوة عند المشتري من جنس الثمن بل مطلقا .

و كذا إذا اشترى متولى الاوقاف من حاصل العين الموقوفة شيئا بالثمن الكلى و كذا الحال في ما يشتره الوصى من الثلث بالثمن الكلى فان المملوك في هذه الموارد هو الكلى مع تعين الاداء من جهة بعينها كما في الصاع من الصبرة و ايضا ان كان المراد بالمعهودية المعهودية في العرف فهو شايع في العرف واقع كثير او ان كان المراد المعهودية في الشرع فلو سلم عدمها لم يقدح لأن المرجح في مثله العرف لا الشرع .

و منها قوله قدس بل ينحل إلى جهالة المبيع و ابهامه وجه النظر ما مر من ان الكلى لا ابهام فيه ولا فرق بين الكلى المطلق و الكلى المقيد من هذه الجهة فكما ان

الكلى إذا كان في الذمة كما في السلم لا ابهام فيه فكذا في الكلى المتعين الاداء من افراد بعينها، فان تعين الاداء لا يوجب الابهام و هو في نفسه ايضا ليس مبهما بالضرورة .
و منها قوله ره و ما تسمعه في بيع الثمار الخ وجه النظر وجود الفارق بين المقامين فلا مجال للقياس و لما كان الفرق مما استصعبه اقوام وقد خفى على الفحول و الاعلام فلا بأس باشباع الكلام بالنقض و الابرام و ان كان اللابق بهذا المرام غير هذا المقام .

فاقول مستمداً من محال المشقة كالتجارة انهم اتفقوا على تنزيل استثناء الارطال المعلومة من ثمرة الشجرة على الاشاعة حيث حكموا بانه لو خاست الثمرة بامر من الله تعالى سقط من المستثنى بحسابه ولا يلائم هذا الحكم الا الاشاعة و اختلفوا في بيع الصاع من الصبرة فالمشهور انه منزل على الكلى واختاره الشيخ و الشهيدان و جماعة على ما حكى المحقق الثاني بل لم يعرف من جزم بالاشاعة في هذه المسئلة فاستشكل الشهيد ره الفرق بينهما في الدروس حيث قال وقد يفهم من هذا التوزيع اى توزيع التالف من الثمرة على المستثنى تنزيل شراء صاع من الصبرة على الاشاعة وقد تقدم ما يرجح عدمه ففيه سؤال الفرق انتهى .

و ذكروا في بيان الفرق وجوها منها ان الفارق انما هو النص والافمقتضى ظاهر العبارة التزيل على الاشاعة في الصاع من الصبرة ايضاً وفيه ان التعبد بتنزيل كلام المتكلم على خلاف ما يفهم عرفاً خلاف المصنف من طريقة الشارع بل لا يبعد القطع بخلوه عن الحكمة بل مخالفته لها و قبجه و من المعلوم استحالة القبح عليه .

و بالجملة فكما انه لو علم من المنشئ ارادة الاشاعة كان ترتب آثار الكلية و الزامه بها قبيحاً بالضرورة فكذا مع استظهارها من عبارته وهل هذا الا كالتعبد بكون اثر بيع الدار بينونة الزوجة دون خروج الدار من ملك صاحبها بالعوض و بالعكس نعم فرق بين المقامين الا ان التنظير لتوضيح القبح هذا مع استظهار الخلاف من العبارة اما مع الاجمال فيمكن التعبد ببعض ما تحمله العبارة لحكمة كما في بعض مسائل الوصية .

وبالجملة فإن دلالت الرواية على حمل العبارة على خلاف ما يظهر منها تعبدافهي كما عرفت وان التزم باجمال العبارة وتساوى الاحتمالين بالنسبة اليها فيتجه حينئذ سؤال الفرق بين بيع صاع من الصبرة واستثناء الارطال المعلومة فان الاستثناء حينئذ ايضا مجمل لعدم الفرق فما وجه الفرق بالاتفاق على الاشاعة هنامع ان مقتضى القاعدة الحكم بالاجمال والتعبد بالرواية ثمة بل نقول ان " الرواية لو افادت حكما تعبديا صرفاً وجب الاقتصار على موردها و هو الاطنان بل إذا كانت على المقدار المخصوص و كان التالف بالمقدار المخصوص بالاحتراق خاصة و العمل في غير موردها بالضوابط العامة .

ومنها ان الفارق هو الاجماع على الاشاعة في استثناء الارطال و الا لكان للخلاف أيضا فيه مجال و فيه ان " التعبد في مثل المقام في غاية البعد مع انا نعلم من طريقة الاصحاب انهم لم يستندوا في هذا الحكم إلى مدرك خاص بل انما استندوا فيه إلى ما تقتضيه الضوابط العامة .

ومنها انه يجب على البايع القبض في بيع صاع من الصبرة دون الاستثناء فان المشتري لا يجب عليه اقباض الارطال للبايع ولا يتوقف عليه لزوم البيع بخلاف الصاع من الصبرة فان البيع لا يتم الا بعد الاقباض .

وفيه مع ان القبض واجب في مسألة الاستثناء ايضا ان وجوب القبض يتوقف على كون المبيع كلباً لا مشاعاً فلو توقف كونه كلباً على وجوب القبض لزم الدور و بالجملة فوجوب القبض لا يوجب نفى الاشاعة .

وعن مفتاح الكرامة ما يقرب منه و هو ان " التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البايع تسليم المبيع منها ان بقى قدره فلا ينقص المبيع لاجله بخلاف الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري امانة على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لذا لم يحكم بضممان المشتري هنا بخلاف البايع هناك انتهى .

وفيه ان الحكم بكون التلف من البايع الذي هو في معنى الانفساخ لا يوجب تعين حق المشتري في الباقي و وجوب دفعه اليه على البايع بل انما يجب عليه دفع ثمنه اليه بالنسبة إلى التلف للانفساخ هذا .

و اورد عليه ايضا بانه ان اريد كون التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض انه بعد قبض المشتري ففيه انه موجب لخروج البايع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه و انما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البايع في مسألة الاستثناء حيث ان كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على احدهما دون الاخر مع اشتراكهما في عدم قبضه الكلي و ان اريد من كون التلف بعد القبض ان الكلي الذى يستحقه البايع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فاذا دفع الكلي إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البايع مجموع الصبرة إلى المشتري فالاشتراك كان قبل القبض .

ففيه ان الاشكال بحاله ان يبقى سؤال الفرق بين قولك له بعثك صاعا من هذه الصبرة و بين قوله بعثك هذه الصبرة او هذه الثمرة الاصاعا منها وما الموجب للاشتراك في الثانى دون الاول مع كون مقتضى الكلى عدم تعين فرد منه او جزء منه للمالك الا بعد اقباض مالك الكل الذى هو المشترك في مسألة الاستثناء فان كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك فتدبر .

و تحقيق المقام ان الفرق بين المقامين ان المبيع في مسألة بيع الصاع انما هو الكلى المنحصر اثراده في صيعان الصبرة فلاشركه في الصبرة بين البايع و المشتري و انما للمشتري حق الاستيفاء منها بخلاف مسألة الاستثناء فان المبيع انما هو الثمرة المشخصة و المستثنى منها لايمكن ان يكون إلا جزء منها و جزء الشخص لايمكن ان يكون كليا الا اذا كان جزء عقليا و هو غير ما نحن فيه فان المستثنى انما هو الرطل لا الجنس والفصل و هذا سر حساب التالف عليهما في هذه المسئلة دون مسألة بيع الصاع فعلى هذا لايجوز للمشتري التصرف بغير اذن البايع كالعكس الامع الشرط .

و اما ما تعارف في بلادنا هذه و هى المشاهد المشرفة وما والاها من المراقبة فليس من هذه المسئلة في شئ لان الظاهر من المعمول من هذه الازمنة انما هو اشتراط العطاء فهو التزام من المشتري باعطاء البايع مقداروزنة او غيرها من ثمرة البستان فلايجرى عليه حكم الشركة فافهم و اغنم فان هذا التحقيق قد خفى على هؤلاء الفحول فذهب

كلّ منهم إلى صوب وقد عرفت ما في كلّ ما تكلفوا البيان الفرق .

و من هذا يظهر ما في ما افاده شيخنا المرتضى حيث قال متصديا لدفع الاشكال ويمكن ان يقال ان بناء المشهور في مسألة استثناء الارطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبىء عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البايع في الباقي و يؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء ارطال معلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف و عدم المعاملة مع البايع معاملة الشركاء .

فالمسئلتان مشتركتان في التنزيل على الكلّي و لافرق بينهما الا في بعض ثمرات التنزيل على الكلّي و هو حساب التالف عليهما ولا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق الادعوى ان المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكل الشايع فيما يسلم للمشتري لامطلق الموجود وقت البيع وان كان بنائهم على الاشاعة من اول الامر امكن ان يكون الوجه في ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلّي كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشتري بالبيع كلياً بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلّي يقع عليه البيع فمعنى بعثك هذه الصبرة الاصاعاً منها بعثك الكلّي الخارجى الذى هو المجموع الخارج عنه الصاع فهو كلّي كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلّي فالموجود مشترك بينهما لان نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته اليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كلياً فان مال البايع ليس ملحوظاً بعنوان كلّي في قولنا بعثك صاعاً من هذه الصبرة اذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلّي كنفس الصاع .

فان قلت ان مال البايع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً في الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع .

قلت نعم ولكن ملكية البايع له ليس بعنوان كلّي حتى يبقى مابقى ذلك العنوان فيكون الباقي بعد تلف البعض صادقا على هذا العنوان و على عنوان الصاع على نهج سواء يلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك فاذا لم يبق

الا صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل انتهى .

و فيه مواقع للنظر منها قوله ينمى عنه فتوى جماعة الخ و وجهه ان التفريطي المشترك يوجب الضمان قطعا فهذه الفتوى من الجماعة لا تنافي الشركة و الاشاعة بل التفصيل بين كون التلف بتفريط المشتري و بين كونه من قبل الله تعالى و الحكم بكون التالف منهما على الثاني و اختصاص المشتري به على الاول ينادي بالاشاعة نعم لا وجه لتعين الحق في الباقي بل الباقي ايضا باق على ما كان من الاشاعة غاية الامر ضمان المشتري ما اتلفه بالتفريط من حصة البائع ولا يتعين ادائه من الباقي خاصة .

و منها قوله ويؤيده استمرار السيرة الخ و وجهه ما عرفت من ان استمرار السيرة انما هو لان المرافعة المعهودة انما هي بمعنى اشتراط اعطاء الارطال و ليس هذا من استثناء الارطال من الثمرة الشخصية المفيد للاشاعة .

و منها قوله فالمسئلتان مشتركتان في التنزيل على الكلّي الخ وجه النظر ان جعل الشارع توقف جواز تصرف المالك في المشترك على اذن شريكه ليس بما لا يقبل التخصيص فلو سلم ما ذكر فيما فرضناه من الاستثناء لدليل كالسيرة لم يكن منافيا للشركة .

و منها قوله الادعوى ان المتبادر من الكلّي المستثنى الخ وجه النظر ان كون المبيع الكلّي الشايع فيما لم يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع يؤكد اختصاص المشتري بالتالف لان المفروض ان المبيع انما هو الكلّي الشايع فيما يسلم و التالف ليس مما يسلم فليس من افراد المبيع بالضرورة مع انه لو كان من افراد المبيع لم يكن تلفه الا من المشتري ايضا كما في الصاع من الصبرة فانه على تقدير كون المبيع كلياً يحسب التالف على المشتري مع انه من افراد المبيع .

و بالجمله فكون الشيء فردا للكلّي المملوك لا يقتضى كون تلفه من المالك فكيف إذا لم يكن من افراده بل مناقضا له فما وجه به كون التلف منهما يقتضى خلافه و هو من مثله في غاية الغرابة .

مع ان استثناء الكلي لا يكاد يظهر له معنى محصل لان المبيع ان كان شخصا خارجيا فليس الكلي داخلا فيه حتى يستثنى فانك إذا بعت ثمرة نخلة بعينها فاستثناء رطل كلي منها ان كان مطلقا فلم يكن داخلا في المبيع حتى يستثنى لان المبيع جزئي حقيقي بالفرض و ان كان كليا متعين الاداء منها فلا وجه للاستثناء ايضا لان الثمرة باجمعه ملك للمشتري بالفرض بلا استثناء و تعين اداء رطل منها للبائع لا ينافي ذلك كما في الصاع من الصبرة فلا معنى للاستثناء و بالجملة فالاستثناء انما يتم في الجزء من المجموع المركب و الجزئي من الكلي واما استثناء الكلي من الجزئي فلا محصل له . و منها قوله ره ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي الخ وجه النظر ان المستثنى ليس ظاهرا في الكلي بل لا يحتمله لان المفروض ان المبيع جزئي و استثناء الكلي من الجزئي لا معنى له ولو سلم فكون عنوان المبيع كليا خلاف الفرض فان المفروض في كلمات الفقهاء في هذه المسئلة بيع الثمرة الشخصية لا الكلي الثابت في الذمة .

و منها قوله قلت نعم و لكن ملكية البائع الخ وجه النظر ان ملك البائع بعد بيع الصاع تمام الصبرة قطعا لان المفروض ان المبيع كلي غاية الامر تعين ادائه من الصبرة فلا يخرج بالبائع من الصبرة من ملك البائع بل على الاشاعة ايضا ليس مال البائع كليا بل المملوك لكل من البائع و المشتري انما هو الشخص على الاشاعة فتدبر .

و بالجملة فتسليم كون ملك البائع بعد بيع الصاع كليا مع ان المفروض اختياره الكلية في تلك المسئلة و البحث عن الفرق بين المستثنى على هذا التقدير في غاية الغرابة .



و بالجملة لا يتقبل الابهام في متعلق الانشاءات بل الاملاك و الحقوق مطلقا و لهذا لا ينعقد الاستيجار باجرتين على تقديرين .
ان قلت ان مقتضى ما ذكرت بطلان الجمالة ايضا مع الابهام مع ان الظاهر انه

لا كلام في صحة قولنا ان خطئه فارسيا فلك درهم وان خطئه رومياً فلك درهمان مثلاً جمالة وقد صرح به الاصحاب معللين بان الجمالة تتحمل من الجهالة ما لا تتحمله الاجارة لعدم ادلتها .

قلت ان الجهالة على قسمين قسم تؤل إلى العلم كالمسئلة المفروضة وقسم ليس كذلك كقولك ان خطت ثوبى فلك اما عبدى واما دارى واما درهم واما دينار مثلاً والمغتفر في الجمالة انما هو القسم الاول دون الثانى ووجه اغتفاره فيها ان الجمالة لا تحصل بها ملك عين ولا منفعة ولا استحقاق حتى يحتاج إلى متعلق معين بخلاف الاجارة نعم يقتضى استحقاق العامل بعد العمل الجعل فلا بد من كونها بحيث تؤل إلى العلم بعد العمل لحصول الاستحقاق حينئذ وقد عرفت انه لا بد له من محل معين وقد صرحوا بذلك حيث فصلوا في الجمالة بين ما لا تمنع الجهالة من تسليمه وما تمنع فحكموا باغتفارها في الاول دون الثانى ومرادهم من امكان التسليم على ما نصوا عليه كونه متعيناً في حد ذاته غير قابل للاختلاف والتعدد .

و بالجملة فلاشبهة في عدم اغتفار الفرر الابهامي في الصلح كما يرشد اليه كلما نهم في مسائل التنازع هذا إذا كان الابهام بحسب الواقع ونفس الامر و اما إذا كان متعيناً في الواقع مجهولاً لواحد من المتعاقدين فهل يغتفر في الصلح هذا النوع من الابهام أو هو كسائر العقود المبتنية على المكايسة كالبيع والاجارة لا يغتفر فيه الجهل لكونه غرراً ام يفصل بين ما يمكن فيه الاستعلاء وما لا يمكن ذلك حال العقد أو مطلقاً أو يلتزم بغير هذه الوجوه اشكال .

و توضيح الحال يتوقف على تمهيد مقال يبين منه معنى الفرر مع ما فيه من الاقوال فمن الجوهرى في الصحاح ما عباره بعد حذف الرواية هذا الفرر مكسر الجلد الواحد غر بالفتح ومنه قولهم طويت الثوب على غره أى على كسره الاول والغرة بالضم بياض في الجبهة فوق الدرهم و رجل اغراى شريف و فلان غرة قومه أى سيدهم و غرة كل شيء اوله و اكرمه و الفرر ثلاث ليال من اول الشهر و الغرة العبد أو الامه و رجل غر بالكسر و غريراى غير مجرب وقد غريغر بالكسر غرارة و الاسم الغرة وعيش غرير

إذا كان لا يفزع اهله و الغرة العفلة و الغار الغافل و اغرهي اثناء على غرة منه و اغتر بالشئ أى خدع به و الغررا لخطر .

و نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء ، ابن السكيت الغرور الشيطان و منه قوله تعالى ولا يغرنكم بالله الغرور و الغرور ايضا ما يتغرر به من الادوية قال و الغرور بالضم ما اغتربه من متاع الدنيا و الفرار النوم القليل و لبث فلان غرار شهر أى مكث مقدار شهر و الفرار نقصان لبن الناقة .

ثم ذكر معانى كثيرة للفرار بكسر المعجمة و قال و غره يغره غرورا خدعه يقال ما غرك بفلان أى كيف اجترأت عليه و غرا الطائر ايضا فرخه يغره غارارا أى زقه و التفرير حمل النفس على الغرر و قد غرر بنفسه تفريرا و تفرة كما يقال جلل تجليلا و تجلة و يقال ايضا غررت ثنيثا الغلام أى طلعت اول ما تطلع الاصمعى يقال غارت الناقة تغار غارارا قل لبنها ابو زيد غارت السوق تغارت غاراراً كسدت و الغرغره تردد الروح في الحلق انتهى .

و قال في القاموس غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور و غرير خدعه و اطعمه بالباطل فاغتر هو و الغرور الدنيا و ما يتغرر به من الادوية و ما غرك أو يخص بالشيطان و بالضم الاباطيل جمع غرير غار و انا غريرك منه أى احذر كه و غرر بنفسه تفريراً و تفرة عرضها للهلكة و الاسم الغرر محركة و الغرة و الغرغرة بضمهما بياض في الجبهة إلى ان قال غروجهه يغر بالفتح غررا محركة و غرة بالضم و غرارة بالفتح صار ذاغرة و ابيض و الغرة بالضم العبد و الامة و من الشهر ليلة استهلال القمر إلى ان قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر انتهى .

و عن ابن الاثير في النهاية انه ذكر احاديث كثيرة ذكر فيها الغرة و الغر بالضم و الغر بالكسر و الاغر و الغرار و الغريرة و الاغترار و فسر الغرة بالكسر بالغفلة و الاغترار بطلب الغفلة فقال و فيه انه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشتري و باطن مجهول .

و عن الأزهري بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهه المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر في الحديث و منه حديث مطرف ان لي نفسا واحدة و اني اكره ان اغرر بها اى احملها على غير ثقة و به سمى الشيطان غرورا لانه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك ما يسوء و منه حديث الدعاء و تعاطى ما نهيت عنه تغريرا اى مخاطرة و غفلة عن عاقبة امره .
و منه الحديث لان اغتر بهذه الاية ولا اقاتل احب الى من ان اغتر بهذه الاية يريد قوله تعالى «فقاتلوا التي تبغى حتى» وقوله تعالى «و من يقتل مؤمنا متعمدا» المعنى ان اخطار بتركي مقتضى الامر بالاولى احب الى من ان اخطار بالدخول تحت الآية الاخرى و منه حديث عمرايما رجل بايع آخر فانه لا يؤمر واحد منهما بفرقة اى لا يؤمر بقتل التفرقة مصدر غررته إذا القته في الغرر وهى من التغرير كالتعلة من التعليل و في الكلام مضاف محذوف تقديره خوف فقره اى يقتل اى خوف وقوعها في القتل انتهى .

و في مجمع البحرين و غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور خدعه و اطعمه بالباطل فاغتره الى ان قال و في الخبر نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و فسر بما يكون له ظاهر يفر المشتري و باطن مجهول مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء إلى ان قال و التغرير حمل النفس على الغرور و هو ان يعرض الرجل نفسه للمهلكة و منه الحديث لا يفر الرجل بنفسه انتهى .

و في مجمع البيان « و أغرك » يجوز ان يكون من الغر و الفرارة فيكون معناه ما اجهلك و اغفلك عما يراى بك و يجوز ان يكون من الغرور على غير القياس و فيه ايضا الغرور ظهور امر يتوهم به جهلا الامان من المحذور يقال غره غرورا و اغتره اغترارا و فيه : «ان الكافرون الا في غرور» و قيل معناه ما هم الا في امر لا حقيقة له و في الصافي ان الكافرون الا في غرور لا معتمد لهم انتهى .

و عن جامع ابن سعيد الغرر ما انطوى امره و روى ابن المكارم عن امير المؤمنين صلوات الله عليه ان الغرر عمل ما لا يؤمن معه الغرور .

إذا تمهد هذا فنقول ان الغرر في المعاملات انما هو المسامحة فيما بنى على المكايسة بحسب النوع لان الخطر الشخصي لا يبطل المعاملة قطعا الا ترى ان الشخص اذا اشترى سمكة باضعاف قيمتها بداعي احتمال ابتلاعها درة غالية كانت المعاملة في عرضة الخطر لعدم الاعتماد على حصول الغرض و حصول الخسارة على تقدير عدم كما ان انتفاء الغرر الشخصي لا يوجب الصحة مع كون المعاملة غررية نوعا كما لو اشترى الآبق للعتق فان الخطر منتف بالنسبة إلى هذا المشتري سيما إذا اشترى بقيمة فazole جدا مع ان المعاملة باطلة لكون الغرض من العبد غالبا ما لا يحصل مع الا باق كالا ستخدام فهو حينئذ في معرض الخطر نوعا .

و بالجملة فالمناط كون المعاملة مبنية على المكايسة و مرجعه العرف و هذا مما يختلف باختلاف العادات الا ترى انه يعتبر في الفواكه الوزن و يبطل بيعها بالخرص مع انه يجوز الاكتفاء بالخرص حال كوتها على الشجرة و كذا يختلف حال الحطب بالاعتبار بالوزن و الخرص .

و من هذا يظهر السر في جواز الاكتفاء بالاوزان المتعارفة في البلد مع الجهل بها تفصيلا كالوقية و الحققة و الوزنة في بلادنا فان المترددين لا يعرفون منها الا الاسم بل اهل الامصار لا يعرفون غالبا الاوزان المتداولة في بلادهم تفصيلا ولم يفت احد بوجوب استعمال المقادير على الناس و بطلان معاملة من لا يعلم بها و ليس الا لعدم جري العادة على هذا النحو من المكايسة و انما اكتفوا بتعيين العنوان الشايح المتداول المتعين في الواقع و الوجه في دوران صدق الغرر مدار استقرار العادة المكايسة و عدمه ان ما يتسامح فيه عرفا ليس محلا للخطر عندهم فان العقلاء لا يقدمون على ما هو محل للخطر فلا يصدق على ما لا يتحرز عنه العقلاء انه موضع للخطر .

و مما ذكرنا ظهر ما في ما افاده شيخنا المرتضى حيث قال بعد تحقيق القول في التقدير بغير ما يتعارف به التقدير :

ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الاخر كالحققة و الرطل و الوزنة باصطلاح اهل العراق الذي لا يعرفه

غيرهم خصوصا الاعاجم غير جاز لأن مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة القدر معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة انتهى .

فان ما ذكره بعينه جار بالنسبة إلى اكثر اهل العراق حيث لا يعرفون ان الحق كم مثقالاً و ان المثقال كم حمصا و انه كم شعيرة و القول بفساد معاملة هؤلاء للفرزور و غرور لا يلتزم به احد لمخالفته للسيرة بل الضرورة .

و يقرب مما ذكرنا من الشهدى في شرح الارشاد حيث قال في مسألة تعيين الاثمان بالتميين عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة تمييزها غرر فيكون منها ما الصغرى فليجواز عدمها أو ظهور مستحقه فيفسخ البيع واما الكبرى فظاهرة الى ان قال قلت تمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبيع عليه و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى .

فظهر منه ان المناط في الغرر كون المعاملة محلا للخطر بحيث يجتنب عنه العقلاء و يذمون و يوبخون من اقدم عليها ولم يعتد بما يتطرق اليها من احتمال الضرر المعتقد به عند العقلاء و اما ما يعتد به من احتمال الضرر ولم تجر العادة على الاعتداد به و التحفظ عنه فليس غرراً و ان كان خصوص هذا المتعامل على خطري معاملته نعم قد يكون هذا النحو من الافدام على المعاملة سفها و هو غير الغرر على التحقيق فان بينهما عموما من وجه هذا .

و لكن التحقيق ان بين الاحتمال المجتنب عنه عرفا بحيث لو تركه وبيع عليه و بين الغرر ايضا عموما من وجه لتحقيق الاول بدون الثانى فيما لو اشترى شيئا باضعاف قيمته من غير ما يصلح داعياله عرفا بل في اشراء ما لا يليق بحاله ولا يحتاج اليه فان اللوم متحقق مع انتفاء الغرر و تحقق الثانى بدون الاول فيما لو اشترى المجهول أو الا بق المرجو الحصول بقيمة نازلة جدا كما لو اشترى ما تردد بين ما قيمته الف دينار و بين ما قيمته خمسمائة دينار فانه لا يوبخ على هذه المعاملة بل انما يوبخ تاركها و يعد من تركها لهذه الجهالة و الابهام من السفهاء و كما لو اشترى الا بق المرجو عوده

الذى قيمته مائة دينار بعشرة دنانير فان الفرر متحقق في المقامين مع انتفاء اللوم .
وبالجملة فالفرر عبارة عن المسامحة فيما بنى على الملكية وان لم يكن خصوص
المقام مما يماكس فيه عند العقلاء واهل المعاملة كهذين المثالين وقال في القواعد الفرر
ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه قال بعضهم ومنه قوله تعالى متاع الفرور و شرعاهو
جهل الحصول و اما المجهول فمعلوم الحصول و مجهول الصفة فليس غررا و بينهما
عموم من وجه لوجود الفرر بدون الجهل في العبد الا بقا إذا كان معلوم الصفة من قبل
او بالوصف الآن ووجود الجهل بدون الفرر كما في المسكيل و الموزون و المعدود إذا لم
يعتبر ، وقد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ام نحاس ام صخر ، و يوجدان
معافى العبد الا بقا المجهول صفته .

و يتعلق الفرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الا بقا المجهول الوجود و تارة
بالحصول كالعبد الا بقا المعلوم الوجود و بالجنس كحب لا يدري ما هو و سلعة من سلع
مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع الى مبلغ السهم
و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو" الصلاح عند بعض
الاصحاب ولو اشترط ان يبدو الصلاح لامحالة كان غررا عند الكل" كما لو شرط صيرورة
الزراع سنبلًا .

و الفرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين و هو ممتنع اجماعا وقد يكون
مما يتسامح فيه عادة لقلته كاس" الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه اجماعا و نحوه
اشترط الحمل وقد يكون بينهما و هو محل" الخلاف كالجزاف في مال الاجارة و
المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الا بقا بغير ضمنية انتهى .

و فيه مالا يخفى فان الفرر ليس له حقيقة شرعية ولا يختص النهى عن الفرر
بالخطر من حيث الجهل بالحصول بل اعم منه لعدم دليل على هذا الاختصاص بل هذا
مخالف لما فهمه الاصحاب و استدلووا به في كل" باب فقوله و شرعاهو جهل الحصول من
الغرابة بمكان ولا يخفى ما في بقية كلامه زاد الله في علو مقامه .
و في مقابل هذا القول ما ذهب اليه بعض الاساطين ممن قارب عصرنا من اختصاص

الغرر المنهى عنه بالخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره قال: المنساق من الغرر المنهى عنه بالخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في كل مبيع غائب خصوصاً إذا كان في بحر و نحوه بل هو اوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما .

والحاصل ان من الواضح عدم المخاطرة في بيع مجهول الحال بالنسبة الى التسليم و عدمه خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر كما لا يخفى و بذلك سقط الاستدلال بالحديث المزبور على اشتراط القدرة بالمعنى المذكور انتهى .

و فيه انه خلاف ما اتفق عليه الفريقان من الاستدلال بالنبوي عليه السلام على اعتبار القدرة على التسليم مع انه لا وجه للانسياق المزبور بل الانسياق إلى خلافه اولى لان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله و يؤيده تمثيل اهل اللغة بالمثالين المعروفين .

و اما قوله ضرورة حصوله في كل مبيع غائب الخ ففيه ان الغيبة ليست نقصاً في الغائب ولا قصوراً في ما يئتم به بل انما هي قصور في الشخص عن الاحاطة عليه و التقلب فيه بخلاف الابق فان العبد بالابق بعرضه عدم الحصول فهو منقوص للمالية بخلافها و بالضرورة الغيبة لا توجب كون الغائب في معرض الخطر و اما كون المال في البحر و نحوه فلا يوجب كونه بعرضه عدم الحصول بل ربما يكون رجاء حصوله اقوى من غيره ولو اتفق كونه كذلك فهو كالعبد المريض المشرف على الموت لا يصح بيعه كالابق و اما قوله بل هو اوضح شيء في بيع الثمار الخ ففيه ان تحقق الغرر فيه مسلم الا انه خرج بالدليل في بعض الصور فلا ينتقض بالمبحوث عنه و اما قوله خصوصاً بعد جبره بالخيار ففيه ما سيجيء انشاء الله تعالى من ان الخيار لا يندفع به الغرر في هذا المقام .

ومما مرظهر ما في ما افاده عمى العلامة البهيهاني قدس سره الشريف في تعليقه على مجمع الفائدة من مساوات الغرر للسفه قال ...^(١) والتحقيق ان بين الغرر والسفه عموماً من وجه لتصادقهما في شراء الابق باضعاف قيمته من غير داع موجب له و صدق الاول بدون الثاني في شرائه بعشر قيمته مثلاً و صدق الثاني بدون الاول في شراء الحنطة

الحاضرة المعلومة مثلاً باضعاف قيمته من غير داع اليه هذا مجمل القول في تحقيق معنى الغرر ولنرجع إلى المقصود .

فنقول ان التحقيق عدم قبح الجهالة في الصلح مع التعيين في الواقع لعدم كونها غرراً لان الغرر على ما عرفت عبارة عن المسامحة فيما يبنى على المكايسة كما صرح به المحقق الثاني في غير موضع و الصلح ليس بحسب الذات مبنياً عليها بخلاف البيع و الاجارة فلا يصدق على الصلح على المجهول الغرر .

ان قلت ان هذا انما يتم فيما كان في مقام البراء و الحطيطة و اما ما كان في مقام التجارة فهو مبنى على المكايسة لامحالة فان التجارة مبتنية على المغالبة و المكايسة بالذات فعلى هذا لا فرق بين المصالحات السوقية و بين البيع و الاجارة في اعتبار العلم فيها لان ابتناء البيع و الاجارة على المكايسة انما هو لكونهما من انواع التجارة فاذا شاركهما الصلح في العلة ترتب المعلول لا محالة فالفرق بينهما و بين الصلح انهما لا يصلحان الا للتجارة بخلاف الصلح فانه لعموم فائدته يجري في مقام التجارة و غيرها فتأمل فالجهل باحد العوضين في الصلح ايضا غرر .

ولا يمكن ان يقال ان الصلح يصلح خلوه عن العوض راساً بخلاف البيع و الاجارة فليس العوض ركناً فيه دونهما فحيث اعتبر فيه العوض لم يعتبر فيه ما يعتبر فيهما لان العوض حيث اعتبر فيه كان ركناً فيه ايضا و لهذا يفسد بفساده على ما سيحضر انشاء الله تعالى .

قلت مستمداً باهل العصمة عليه السلام ان كون التجارة مبنية على المكايسة من كل جهة ممنوع ولو سلم فكونه كذلك مطلقاً حتى في الصلح ممنوع ولو سلم فكفاية ابتناء التجارة نوعاً على ذلك في تحقق الغرر مع عدم ابتناء الصلح عليه ممنوع بل المسلم كون المسامحة في ما بنى نوع المعاملة على المماكسة غرراً وهذا النوع اى الصلح ليس كذلك و ان كان ما تصادق معه و هو التجارة كذلك ولو سلم فكون الصلح تجارة ممنوع غاية الامر كونه معاوضة حيث اعتبر فيه العوض و هو اعم من التجارة و من المعلوم ان المعاوضة ليست مبنية على المماكسة نوعاً نعم الغالب فيها ذلك و لكنها قضية اتفاقية و

الابتناء الشخصي لا يؤثر شيئاً .

و بالجملة فللاصلح اتساع ليس لغيره من الانشاءات بحسب اصل الوضع لا ان الجهل بالعرض فيه غرر معتقر بل لا يتعلل فيه الغرر لاتساع دائرته وعموم فائدته بحسب اصله وطبيعته .

وهذا هو التحقيق في المقام وان لم يتنبه له احد من الاعلام و لكن الحكم اجمع عليه اصحابنا و وافقنا جماعة من المخالفين بل لا اعرف الخلاف ممن يعتقد به منهم الا الشافعي حيث قال : لا يصح الصلح عن المجهول فلو ادعى مالا مجهولاً فاقر المدعى عليه به و صالحه عليه لم يصح الصلح لان ذلك نوع معاوضة و لهذا يشبث في الشقص الشفعة فيه فلم يصح في المجهول كالبيع و لان المصالح عليه يجب ان يكون معلوماً فكذا المصالح عنه قياساً انتهى .

و استدلووا له بوجوه منها العمومات الدالة على نفوذ الصلح مطلقاً قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدر اولاً جنساً بل يصح الصلح سواء علماً قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاً و ديناً كان أو عيناً و سواء كان ارشاً او غيره عند علمائنا اجمع و به قال ابو حنيفة و احمد لعموم قوله تعالى و الصلح خير و عموم قوله ﷺ الصلح جائز بين المسلمين الاصلح احل حراماً أو حرم حلالاً .

و لأن النبي ﷺ قال في رجلين اختصما في موارث درست بينهما: و توخيا و ليحلل احدكما صاحبه رواه العامة و من طريق الخاصة ما رواه ابن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال الصلح جائز بين الناس انتهى و تبعه بعض من تاخر عنه .

ولا يخفى ان هذا انما يتم لو لم نعم ادلة النهي عن الغرر بل اختصت بالبيع و بقي ما لم يلحق به بالاجماع مشمولاً للعمومات ولكن لاظنهم يلتزمون بذلك بل الظاهر ان الاصل عندهم كون الغرر موجبا للفساد الا ما اخرج به الدليل كما لا يخفى على المتتبع و الاصل فيه النبوي ﷺ نهى النبي ﷺ عن الغرر نعم الرواية المسندة مقيدة بالبيع و لكن المرسل المطلق مسلمة بين العامة بل الخاصة فان عبد الرحمن الاصم منع من كون عقد الاجارة مشروعاً متمسكاً بانه غرر و ان النبي ﷺ نهى عن الغرر .

و العلامة قال بعد نقله منه يعنى انه يعقد على منافع مستقبلية لم يخلق ثم قال و هذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع لما تقدم من النصوص و ايضا الحاجة داعية اليه و الضرورة ماسة له انتهى فهو كما ترى لم ينكر على عبدالرحمن وجود النهى عن مطلق الغرر و لم يدع اختصاصه بالبيع بل تمسك به لاشتراط العلم بالاجرة و هو تصريح منه بوجود النهى عن الغرر مطلقا .

قال رة إذا كانت الاجرة من المكيل او الموزون وجب علم مقدارها بهما حالة العقد للمتعاقدين لانه بدون غرر ، و النبى ﷺ نهى عن الغرر، ثم قال و هل يكفى المشاهدة كصبرة من الطعام مشاهدة او قبضة من فضة مشاهدة ؟ الاقوى عندنا المنع لما تقدم من الغرر معه و ثبوته بدون انه انتهى .

و يستفاد من هذا الكلام ان المناط في اشتراط العلم كون الشروط فيه عقد معاوضة ولا دخل لخصوص هذا البيع في ذلك و صرح بذلك جامع المقاصد في كتاب الاجارة عند قوله ولا بد من مشاهدتها او وصفها بما يرفع الجهالة ان امكن فيها ذلك حيث قال ولا بد في المنفعة من العلم بها لان الاجارة عقد معاوضة مبنى على المغابنة و المكايسة كما مر فلا يصح مع الغرر فيجب مشاهدة العين المستاجرة التى هى متعلق المنفعة أو وصفها بما يرفع الجهالة انتهى فعلم ان المناط كون العقد معاوضة مبنية على المكايسة كما مر تحقيقه .

و في السرائر فاما مال الاجارة التى هى الاجرة فالأظهر من المذهب انه لا يجوز الا ان يكون معلوما ولا تصح ولا تنعقد الاجارة إذا كان مجهولا جزافا لانه لا خلاف في ان ذلك عقد شرعي يحتاج في ثبوته إلى ادلة شرعية و الاجماع منعقد على صحته إذا كانت الاجرة معلومة غير مجهولة ولا جزاف و في غير ذلك خلاف و ايضا نهى النبى ﷺ عن الغرر و الجراف و هذا غرر و جزاف انتهى .

و يستفاد منه ان المعاملة الغررية باطلة في نفسها لعدم دليل على صحتها و هو كما ترى متمسك بالنهى عن الغرر في باب الاجارة مع انه لا يعمل بالمسند الصحيح فكيف بالمرسل فيعلم من هذا ان النهى عن مطلق الغرر معلوم عن النبى ﷺ .

و الحاصل ان طريقة الفقهاء من العامة و الخاصة استقرت على التمسك بكون
الغرر مبطلا في اشتراط العلم و غيره من غير تكثير ولم يدع احد اختصاص ابطاله بالبيع
حتى انهم تمسكوا به على اعتبار العلم في ما وكل فيه مع ان عقد الوكالة ليست من
عقود المعاوضات حتى ان الشيخ ره على ما في التذكرة قال لا تصح الوكالة العامة و اسنده
إلى جميع العامة إلا ابن أبي ليلى لما فيه من الغرر العظيم و الخطر الكثير .

و قال في القواعد في عد ما يعتبر في متعلق الوكالة الثالث ان يكون معلوما نوعاً
من العلم لينفى عنه عظيم الغرر فلو وكل في شراء عبداً فقتر إلى وصفه لينتفى الغرر و
يكفى لو كان عبداً تركياً و ان لم يستقص في الوصف انتهى .

و في التذكرة لا يشترط في متعلق الوكالة و هو ما وكل فيه ان يكون معلوماً من
كل وجه فان الوكالة انما جوزت لعموم الحاجة و ذلك يقتضى المسامحة فيها و لذلك
جوز بعضهم تعليقها بالاقرار و لم يشترط القبول اللفظي ولا الفورية في القبول لكن يجب
ان يكون معلوماً مبيناً من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر ولا فرق في ذلك بين الوكالة
العامة و الخاصة انتهى فهو كما ترى لم يستند في عدم اعتبار العلم في متعلق الوكالة من
كل وجه الى العمومات و عدم الدليل على الاشتراط إلا في موضع خاص و هو البيع .
و في جامع المقاصد في شرح العبارة المتقدمة من القواعد لا خلاف في انه لا يشترط
ان يكون متعلق الوكالة معلوماً من جميع الوجوه التي يتفاوت باعتبارها الرغبات فان
الوكالة عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجة فيناسبه المسامحة و لانه من العقود
الجائزة و من ثم لا يشترط فيها القبول اللفظي ولا الفورية في القبول لكن يجب ان
يكون معلوماً مبيناً من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر ولا فرق بين الوكالة العامة و
الخاصة كذا ذكر المصنف في التذكرة و غيره انتهى .

فظهر ان الاصل كون الغرر قادحاً الا ما اخرج به الدليل و عليه استقرت الطريقة
من غير تكثير فلا يبعد دعوى الاتفاق على اصاله الفساد فيما اشتمل على الغرر و بالجملة
فالدليل على العموم الرواية المرسلة التي تمسك بها في التذكرة في باب الاجارة
و نقل عن المختلف و ارسال مثل العلامة ليس قادحاً مع اعتماده عليها و استناده اليها

مع ان الشهرة بين العامة و الاتفاق على مفادها بين الخاصة يجبر بهما ضعفه مع ان الاتفاق مع الرواية المعروفة التي استند اليها مثل العلامة من غير تاويل و تردد يكفيان في حصول الاطمينان الذي هو الحجّة في كل زمان .

هذا ما اعتمدت عليه واستندت اليه وقد يتمسك له بوجود آخر منها ان المستفاد من الرواية ان المنع من بيع الغرر انما هو لكونه مشتملا على الغرر لانه يبيع غرر . و منها ان المعاملة الغررية لا تشملها العمومات الدالة على اصاله الصحة في المعاملات لانها منصبة على ما هو المتعارف بين الناس و من المعلوم ان الغرر لا يقدم عليه العقلاء و ليس متعارفا بين الناس فلا يشمله دليل الصحة .

و منها ان بناء الشرع على قطع التجاذب و التشاجر بين الناس ولا ريب ان الغرر مما يوجب التشاجر فالحكمة قاضية بسد هذا الباب حسما لمادة النزاع .

و منها ان سيرة المسلمين في جميع الاعصار و الامصار مستقرة على التجنب عن الغرر و ما فيه الخطر ولا يخفى ما في كل هذه الوجوه من الوهن الا ان المجموع يكفي في حصول الاطمينان .

فقد ظهر ان التمسك في عدم قوح الغرر في الصلح بالعمومات لا وجه له لان النهى عن الغرر حاكم عليها بل هذا الكلام مناقض لما صرحوا به و استقرت طريقتهم عليه من اصاله الفساد في ما اشتمل على الغرر .

و من الوجوه التي يتمسك بها في عدم اعتبار العلم في الصلح ان الصلح اسقاط فيصح في المجهول كالطلاق .

و منها انه اذا صح الصلح مع العلم و امكان اداء الحق بعينه فلا يصح مع الجهل اولى .

و منها انه اذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص و براءة ذمة أحدهما دون صاحبه بدون الصلح و مع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح و افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف واحد منهما قدر حقه . و هذه الوجوه تمسك بها في التذكرة ولم ار من استند اليها غيره ولا يخفى ما فيها

من وجوه الفساد وكان الاستناد اليها انما هو في مقام الزام الشافعي فانه لم يحك الخلاف الا منه و عقب الوجوه بذكر خلافه واستدل له .

و منها الصحيحان عن الباقر والصادق صلوات الله عليهما انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما ونحوهما الموثق وهذه الروايات عمدة ما استند اليه الاصحاب في هذا الباب .

ان قلت انها ليست صريحة في المدعى لاحتمال كون مضمونها الابراء لا الصلح قلت ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر العبارة فلا يعتد به لان الدين لا يقال انه عند المدعيون بل عليه و انما يناسب هذا التعيين للعين والابراء لا يتعلق الا بالدين .

ان قلت فلعل المراد الهبة قلت يدفعه ان الظاهر منها المعاوضة و هي تنافي الهبة فانها لا تتعقل الا مجازا ولا ينافي هذا كونها معوضة بهية اخرى فان كون عقد بازاء عقد لا ينافي خلو كل منهما عن العوض فتدبر في هذا المقام فانه قد زلت فيه اقدام اقوام .

و من هذا يظهر اندفاع احتمال كون المراد الهبة المشروطة بالثواب مع ان جميع هذه الاحتمالات مندفة بفهم الاصحاب منها الصلح . و منها ان من عليه حق يجهل قدره هو و مالكة و يريد ابراء ذمته و الخلاص من ذلك الحق الذي هو امر مطلوب للعقلاء وجب ان يكون له طريق إلى ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب ان يكون سائغا و الا لزم الحرج والضيق في الاحكام و هو منفي شرعا .

و هذا ايضا طريق معروف بينهم ولا يخفى انه على تقدير تماميته لا يفيد الا ان الغرر مغتفر حيث العلم يتعذر او يتعسر مع مسيس الحاجة إلى تحصيل البرائة و لهذا خص الحكم في المسالك بصورة تعذر تحصيل العلم بالحق والمعرفة بالكلية .

و يرد عليه ان الدليل ليس منعصرا في ذلك ولا اختصاص لسائر الادلة بالصورة المزبورة مع ان هذا الدليل في نفسه قاصر عن افادة المرام اما او لا فلان ما يتعذر فيه

العلم أمّا يجرى فيه اصل من الاصول المعتمدة اولا فعلى الاول لا شبهة في ان التكليف انما هو العمل عليه وعلى الثانى تعمل بالقرعة و قصور دليلهما لو سلم ينجبر بما استدلوا به من الحرج والضيق وكيف ما كان فلا يعين الدليل المازبور الصلح لرفع الحاجة . و أمّا ثانيا فلان الحرج كما يندفع باغتفار الغرر في الصلح فكذلك يندفع باغتفاره في غيره ولا دليل على اغتفاره في الصلح و كونه متعينا لذلك هذا مع ان الصورة المفروضة ليس فيها ما يقتضى ذلك لان من عليه حق بجهل قدره هو و مالكة انما يتعين عليه اداء القدر المتعين المتيقن منه و أمّا الزائد عليه فلا اشتغال به في نفس الامر كعدمه في خلوه عن الاثر في المشائين .

نعم لا ريب في كون البرائة الواقعية امرا مرغوبا فيه للعقلاء و لكن لا يجب على الشارع نصب طريق اليه و ليس في عدم التمكن منه حرج وضيق في الاحكام لان هذا الشخص معذور عند الشارع لا حرج عليه مادام جاهلا فتدبر فان هذا هو التحقيق الواضح والعجب من الاعلام كيف غفلوا عنه مع سطوعه و غاية وضوحه و اولعوا في التمسك به مع ان بينه و بين اثبات مرامهم بونا بعيدا كما لا يخفى على من القى السمع و هو شهيد .

و بالتأمل فيما مر يظهر ما فيما افاده في الرياض حيث قال بعد الاستدلال بالصحيحين و الموثق و اطلاقهما كالعبرة و غيرها من عبائر الجماعة و منها عبائر التذكرة المحكى فيها اجماع الامامية يشمل صورة كون المتنازع فيه مما يتعذر معرفتهما له مطلقا اولا امكن معرفته في الحال ام لا لعدم مكيال او ميزان ونحوهما من اسباب المعرفة و لا خلاف في الاولى لانفاق الادلة عليها فتوى و نصا .

مضافا إلى ان ابراء الذمة امر مطلوب و الحاجة اليه ماسة ولا طريق اليه الا الصلح فلا اشكال فيها و كذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين و الفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة و مساس الحاجة لوقوعه و الضرر بتأخيرها و انحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الادلة السابقة له و من هذا القبيل ايضا الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال مع امكان الرجوع في وقت آخر إلى

عالم به مع مسيس الحاجة إلى نقله في الحال .

و يشكل في الثانية من عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاقات عبارث كثير من الاصحاب و من حصول الجهل و الفرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة و النقصية مع امكان التحرز عنهما .

و لذا قيد في المسالك و الفاضل في التنقيح اطلاق العبارة بصورة تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفة بالكلية و هو حسن اما لترجيح عموم ادلة النهى عن الفرر أو لتعارضها مع عموم ادلة جواز الصلح مع عدم مرجح للثانية فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الاصل و هو الفساد و عدم الصحة مضافاً إلى امكان ترجيح ادلة النهى عن الفرر باعتضادها بالاعتبار و رجحانها عند الاصحاب على ادلة الصحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع و الاجارة و نحوهما من المعاملات المعروفة انتهى .

فان فيه مواقع للنظر منها قوله مضافاً إلى ان ابراء الذمة امر مطلوب الخ وقد اوضحنا فساد و يجرى ما فيه بعينه في قوله لتعذر العلم به في الحال الخ .
و منها قوله مع تناول الادلة السابقة له فانك قد عرفت عموم ادلة النهى عن الفرر فلا وجه للتمسك بادلة الصحة مع ان النهى عن الفرر حاكم على العمومات و الاطلاقات لا معارض لها .

و من هذا يظهر ما في قوله ره و هو حسن اما لترجيح عموم ادلة النهى عن الفرر الخ فان حكومة ادلة النهى على العمومات المصححة واضحة فانها مفسرة لادلة الصحة و مبينة لها فكان الشارع يقول ما امضيته و انفذته من المعاملات انما هو ما لم يتضمن الفرر فحالياً بعينه حاش ادلة نفي الحرج بالنسبة إلى ادلة الاحكام فان الفقيه لا يخفى عليه حكومتها ولا يتوهم معارضتها لها وقد تقرر في محله ان الميزان في الحكومة كون الحاكم لغوا لولا المحكوم عليه و من المعلوم ان النهى عن الفرر لا معنى له لولا ما دل على صحة المعاملات و بالجملة فالحاكم ناظر إلى المحكوم عليه و مترتب في افادته عليه و مفسر له مبين إياه كما في ما نحن فيه و هذا من نفايس المطالب و دقايق المسائل و لبياناه مقام آخر .

و منها قوله مضافا إلى امكان ترجيح ادلة النهى الخ فان ترجيح الدليل بالاعتبار بعيد عن الاعتبار فان الاعتبار لا اعتبار به عند اولى الابصار ومن العجيب ما زعمه من ان تقديم ادلة النهى عن الغرر مع ادلة الصحة عن ساحة الفقهاء بمراحل بل لا اظن ان يقول به قائل .

هذا و ظهر مما مر ما في ما افاده في الجواهر قال بعد حكاية ما في الرباض و فيه اولا منع العموم في ادلة النهى عن الغرر فضلا عن ترجيحه او تعارضه لعموم الصلح والرجوع إلى اصالة الفساد و ان لم نعثر منها الاعلى النهى عن الغرر في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص السابقة و معقد اجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب كما اعترف هو بذلك كله كاف في تخصيص ادلة الغرر انتهى .

توضيح الفساد ان عدم اختصاص النهى عن الغرر بالبيع بل عمومه جميع المعاوضات مسلم عند الفريقين بل انعقد عليه الاجماع ظاهرا فقد مرت تحقيقه وقد عرفت ان مستندهم في الحاق الاجارة بالبيع ليس بتعبد خاص بل انما الموجب كونه من المعاوضات المبتنية على المكاييسه و المغابنة و عليك بالتأمل في بقية كلامه .

و ظهر ايضا مما مر ما في ما عن المقدس الاردبيلي قدس سره الشريف من انه يعتبر في الصلح العلم في الجملة اما بالوصف او المشاهدة مع الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومات فان مقتضى الادلة المتقدمة عدم الفرق بين العلم في الجملة و عدمه اصلا كما لا يخفى و هذا منه نظير ما في التذكرة و غيرها في كتاب الوكالة من اعتبار العلم في الجملة بمعلقها لينتفى معظم الغرر فليتدبر .

هذا تمام الكلام في غرر الابهام و يظهر منه حال المجازفة و انها ايضا لا تقدر في الصلح بل هي اولى بذلك من الابهام ، بقى الكلام في غرر الخطر وقد ظهر فيما مر فساد ما ذهب اليه بعض الاساطين من عدم كون الخطر من الغرر استناداً الى ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه وقد عرفت انه خلاف ما صرح به ائمة اللغة و فهمه جميع

الفقهاء من الخاصة و العامة وكيفما ماكان فلا خلاف في كون الخلوص من الخطر معتبرا في البيع و ما يشبهه و انما الخلاف في الصلح .

نعم حكى عن الفاضل القطيفي في ايضاح النافع ما ربما يفهم منه مخالفته لجميع اهل العلم حيث قال ان " القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا انها شرط في اصل صحة البيع فلو قدر على التسلم صح البيع و ان لم يكن البايع قادرا عليه بل لو رضى بالاتباع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز و ينتقل اليه ولا يرجع على البايع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه .

نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع لانه في معنى اكل المال بالباطل و ربما احتمل امكان المصالحة عليه و من هنا يعلم ان قوله يعنى المحقق في النافع لو باع الا بق منفردا لم يصح انما هو مع عدم رضى المشتري أو مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى .

و التحقيق ان " هذه العبارة ايضا لا تدل على مخالفته و ان كان موهما لها في بادى النظر و جزم بها بعض اهل النظر فقال ان " الخلاف في اصل المسئلة لم يظهر الا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني حيث انه حكى انه قال إلى آخر العبارة المتقدمة منه .

توضيح المرام ان " المراد بهذا الشرط كون الشيء بحيث يمكن تسليمه عادة لا كون البائع بالخصوص قادرا على تسليمه فان الادلة لا تساعد الا على ذلك فنفي اعتبار قدرة البايع على التسليم ليست مخالفة في المسئلة بل هو عين التحقيق الذى صرح به جماعة من المحققين و اماما افاده من التفصيل في مسألة بيع الا بق و منع بطالانه مطلقا فهو ايضا لا يدل على المخالفة في المسئلة لان الا باق على انواع و انما يكون منشأ للغرر حيث يتعذر التمكن من الا بق او يتعسر و اما مجرد الا باق فليس مانعا من صحة البيع من حيث الغرر .

نعم يمكن ان يلتزم به من باب التعبد الخاص و اطلاق الرواية ولا اظن احدا

يلتزم به ايضا والمحقق المذكور التزم بفساد بيع الايق في صورتين احدهما كون الايق بحيث لا يتمكن منه عرفا ولا فرق في هذه الصورة عنده بين علم المشتري وجهله وبين رضاه وعدمه كما هو صريح عبارته والثانية عدم كون الايق كذلك مع جهل المشتري به او عدم رضاه فلو علم بهذا النحو من الايق ورضى صح لانه ليس غررا .

هذا مفاد كلامه ومحصل مرامه وهو ان كان محلا للنظر الا ان المخالفة في اصل المسئلة لا يستفاد منه بل يستفاد من صريح هذا الكلام موافقته لسائر الاعلام في كون الايق الموجب لكون المعاملة غررية مبطلا للعقد وبسط الكلام لهذا المرام لا يلائم هذا المقام .

وبالجملة اختلفوا في اعتبار القدرة على التسليم في الصلح على اقوال الاعتبار مطلقا استنادا إلى ان الدائر على ألسنة الاصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى انهم يستدلون به في غير المعاولات كالوكالة فضلا عن المعاولات كالأجارة والمزارعة والمساقات والجمالة بل يستدلون بالمرسل المطلق كما عرفت، وعدمه مطلقا نظرا إلى ما تقدم من العمومات وما علم من التوسع فيها كجهالة المصالح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته بل مطلقا واختصاص الغرر المنفى بالبيع والتفصيل بين ما كان من الصلح مبنيا على المسامحة ومالم يكن منه كذلك فرجح في الأول الثاني وفي الثاني الأول وكان مستنده صدق الغرر في الثاني دون الأول وقد حققنا ان الغرر هو المسامحة فيما بنى على المكايسة والمشهور هو القول الثاني .

ويظهر وجهه بالتأمل فيما حققناه في غرر الابهام من ان الصلح ليس من عقود المعاولات بمعنى ان اعتبار العوض فيه ليس ركنا كما في البيع والاجارة وامثالهما نعم يصلح لان يكون كذلك ايضا لعدم فائدته ولكنه حيث اعتبر فيه العوض لا يلحقه جميع احكام المعاولات .

نعم يجري عليه بعض احكامها فان الغرر لا يتحقق الا باقتناء النوع على المماكة والصلح بحسب النوع والطبيعة مطلق لا يعتبر فيه شيء مما اعتبر في غيره من العقود والايقاعات الا ما يتوقف عليه العقد من حيث هو ولهذا يقوم مقام كثير من الاشاعات

و اليه يرشد قوله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا فيستفاد منه انه بحسب قصد المتعاقدين وانه لا يعتبر فيه شيء الا التجرد عن هذين وانه ينفذ في كل ما ثبت كونه قابلا للجعل بعقد من العقود او الاسقاط من غير اختصاص له بعقد من العقود .

ولا يخفى ان الصلح لا يقوم مقام كثير من الانشاءات كالنكاح و الضمان و العتق و الكفالة و الطلاق و الخلع قطعا و ليس هذا من دليل مخصص لعمومات الصلح بل انما هو لقصور مفهوم الصلح عن افادة هذه الآثار كما انه لا يفيد الفوائد المختصة بالشروط من اثبات حقوق لا تثبت بالعقود .

و بالجملة فقصور الصلح عن افادة ما ذكر كقصور البيع عن افادة ملك المنفعة و قصور الاجارة عن افادة ملك الاعيان فان الاستفادة من الادلة و المتيقن من العرف انما هو افادة الصلح لتمليك الاعيان و المنافع و الابرار و الاسقاط على الوجه المخصوص و قد صرح الفقهاء من العامة و الخاصة بافادتها ما تفيده الامور الخمسة مقتصرين عليها . ان قلت ان صلح احد الشريكين مع الآخر على ان يكون له رأس ماله و لصاحبه الربح و عليه الخسران يفيد الالتزام باختصاص احدهما بالربح و الخسران و هذه الفوائد ليست من فوائد الامور الخمسة .

قلت اولا لنمنع ما ذكر فان مفاد هذا الصلح ليس الاختصاص ما يساوى راس المال باحدهما و اختصاص ما بقي من الديون و الاعيان بالآخر ففائدته تمليك احدهما ما يملكه من الربح لصاحبه في قبالة رضاه باختصاصه بطائفة من الاعيان المتوازنة لرأس ماله كما يشير اليه اخبار الباب و تقييد جماعة من الاصحاب بان يكون من المال دين و عين .

و ثانيا ان هذا الحكم ثبت بالنصوص الخاصة و التعمد الى غيره يحتاج الى الدليل و قد مر تحقيق هذا الفرع مفصلا .

و تحقيق المقام و تنقيح المرام ان الادلة انما دلت على تنفيذ الصلح فيما يصلح له و اما كون كل امر قابلا للصلح فيحتاج الى دليل آخر .

ان قلت ان التمسك بالعمومات و الاطلاقات عند الشك في شرطية شيء او مانعيته مما لا ريب في جوازه والشك في القابلية انما هو للشك في تحقق شرط في المورد او وجود مانع فيه فان كانت الشبهة حكمية بان كان الشك في شرطية المفقود او مانعية الموجود فالريب في التمسك بالادلة في عدم الاشتراط و المانعية فان الاصل عدم التقييد و التخصيص و ان كانت الشبهة موضوعية بعد احراز الشرطية و المانعية فتستصحب الحالة السابقة ان احرزت و الافاستصحاب العدم الازلي محكم فيحكم بعدم الصحة مع الشك في الاشتغال على الشرط بخلافه مع الشك في المانع و بالجملة فمجرد الشك في القابلية لا يمنع من العمل بالاطلاق و العموم .

قلت ان الاستعداد الذي لا بد من احرازه في تنفيذ الانشاءات انما هو الاستعداد الذاتي بمعنى كون الشيء من حيث هو قابلا لذلك الانشاء و موردا له فان الشك فيه حقيقة شك في الموضوع ومن المعلوم ان الازعان بالحكم يتوقف على احراز الموضوع و لا يرتفع الشك في الموضوع بعموم الحكم و اطلاقه .

و هذا هو السر في حكومة الاصل الموضوعي على ادلة الاحكام الا ترى انه لو شك في صلاحية الحقوق لتعلق البيع بها لم يصح التمسك لها بعموم ادلته كما لو كان الشك في صحة بيع من جهة الشك في كون متعلقه قابلا للانتقال كما لو دار الامر بين كونه خمر او خلا او بين كونه حرا او عبدا فهل يرتاب ذو مسكة في عدم جواز التمسك لصحة البيع حينئذ بعموماته .

و اما القابلية المتعبرة في ترتب الاثر فعلا فهي اخص من ذلك لانها هي القابلية من جميع الوجوه فان القابلية الذاتية لا يكفي في الاثار بل لا بد من اشتغال الموضوع على الشرائط و كونه فاقدا للموانع .

فالشك في هذه القابلية لا يشابه الشك في القابلية الاولى و لا يشاركه في الاحكام الا ترى أن للماء المطلق قابلية للطهارة بالاتصال بالمعتصم ليست للمضاف و مع ذلك يعتبر في طهارته بمجرد الاتصال - على ما يقال - عدم التغير فاذا شك في الاطلاق الذي هو المنشأ للاستعداد الذاتي لم يمكن التمسك بالاطلاقات في الحكم بالطهارة بخلاف ما

لو شك في التغير فتدبر في هذا المقام فان تميز قيود الموضوع عن قيود الحكم لا يخلو من اشكال فان جميع القيود بالنظر الدقيق راجعة الى الموضوع على ما صرح به بعض مشايخنا طاب ثراه و لكن المناط في الفرق ما يستفاد من الادلة .

و مما حققنا ظهر ما في بعض التاليفات و لنذكر العبارة بطولها ليظهر فسادها و التحقيق في المسئلة قال المؤلف بعد ما حكى عن فعل الفحول موسى بن الشيخ الاعظم قده في مجلس درسه : ان دليل الصلح ليس مشرعاً بل انما هو ملزم : و يمكن ان يقال ان الصلح امر عرفي وهو قطع النزاع او اسقاط المطالبات او تملك ما يقصد تملكه في الاعيان والمنافع وليس له حقيقة جديدة يوجب الاجمال ولا ريب في ان المفرد المحلى باللام اما موضوع للطبيعة كما عليه المحققون و الاحكام تتعلق بالطبايع على المختار فيكون حكم الجواز ثابتاً على الطبيعة المستلزمة سريانه الى الافراد كافة سيما مع حذف المتعلق القاضى بالعموم في اغلب المقامات واما انه ليس موضوعه ولا يجوز تعلق الاحكام بالطبايع فاما ان يراد منه جميع الافراد فهو المطلوب او الفرد المعين ولا قرينة عليه او الفرد المنتشر و هو مستقبح في كلام الحكماء في مقام البيان لعدم الفائدة فلا اشكال في افادته العموم .

و المراد بالجواز اما الحكم التكليفي بمعنى الاباحة فيكون مفيد للصحة اذ لا شيء من العقد الفاسد بمباح واما الحكم الوضعي بمعنى الصحة و المضي فلا كلام في دلالة على المدعى وليس في اللفظ ما يفيد تقييده ببعض الافراد او الاحوال والاصل عدم التخصيص . لا يقال قد خرج منه بعض الافراد قطعاً لانا نقول خروج البعض غير قاذح في الحجية في الباقي وليس فيما بين المشكوكات في الدخول والخروج علم اجمالى حتى يسرى اجماله الى العام مع ان ذلك ينافي احتجاج العلماء بهذا العموم في كل مقام . واما التخصيص بما احل حراماً او حرم حلالاً ففي معناه اجمال وتفصيل نذكره مشروحاً ومبسوطاً في مبحث الشروط اذ هما من هذه الحيثية سواء ولا دخل له فيما نحن بصدده فنقول كل مقام شك في جواز الصلح عليه وعدمه نسمك بعموم جواز الصلح الا ما اخرجه الدليل .

فان قيل الظاهر من ذلك بيان مشروعية الصلح في الجملة فلاعموم فيه ولااطلاق .
قلت اولاً ان هذا ينافي استدلال الفقهاء به في موارد الشك في شرط او مانع ولا
فرق بين الافراء و الاحوال و ثانياً ان وجود الاستثناء في الرواية دليل العموم و انه هو
المراد فيصير المعنى ان كل ما هو غير المستثنى فهو جائز و ثالثاً ان هذا يرد على سائر
عمومات ابواب الفقه من قبيل احل الله البيع و نحو ذلك مع انه لم يشك فيه مشكك
في افادته العموم ولا ريب في جواز التمسك بها في موارد الشك .

فان قلت ان الظاهر منه جواز الاصلاح و رفع الشقاق ولا دخل له في ما اردته
من العموم .

قلت هذا رجوع عن عقدية الصلح ومصير الى ما ذهب اليه العامة من اختصاص
الصلح بمقام النزاع .

فان قلت نقول انه عقد بلفظ صالحت لكنه على حسب ما يجوز في غيره من العقود
بمعنى انه يتعلق بكل ما يتعلق به العقود من اعيان او منافع او حقوق ولا يلزم من
ذلك التعميم الى مالم يثبت المعاملة فيه بغير الصلح .

قلت هذا في الحقيقة ارجاع الى قول الشيخ ره بالفرعية من جهة و ان لم يكن
عين ذلك القول بل هو احد الاحتمالات في كلام الشيخ ره فان في بيان مراده لنا كلاماً
طويلاً ليس هنا موضع ذكره و يحتاج الارجاع الى ذلك الى وجود مخصص و مقيد .
مع ان ذلك يجيء في احل الله البيع اذلقائل ان يقول ينصرف الى ما يجوز فيه
الهبه مثلاً و الهبة ينصرف الى ما يجوز فيه البيع و الاجارة الى ما يجوز فيه العارية
و الجمالة و بالعكس و بالجملة صرف العمومات الى مالم يثبت قيام نظائره من العقود
مقامه محل اشكال محتاج الى الدليل مع انا متمسك في الصلح على المجهول او على ما لا
يقدر على تسليمه او نحو ذلك من الامور التي لا يقع عليها البيع وغيره بعموم الصلح
جائز فلو بنى على الانصراف الى مورد البيع و الاجارة و البراء و نحوها لما كان لهذا
الاستدلال موقع اصلاً .

فان قلت انا لا نريد صرفه الى خصوصيات ما يصح فيه العقود الاخرى بل الى نوع ذلك كما ذكر في تحرير محل النزاع بمعنى ان كل ما هو قابل بنوعه وبذاته لتعلق احد العقود الخمسة عليه فهو قابل لوقوع الصلح عليه مع قطع النظر عن احواله من جهالة و معلومية و نحوهما ولا ملازمة بين المقامين .

قلت نعم ولكن الصرف الى ذلك ايضا مقتدر الى دليل يدل على ذلك ولم نجد ما يقتضى ذلك و العموم شامل .

و بالجملة فقد اطال الكلام بالنقض و الابرام و لكنه لا طائل تحته ولو فهم ما افاده الشيخ ره في الدرس لم يصدر منه ما يصدر ولكن بين السماع و الاذعان كما بين الخيال و العيان فرق واضح .

و توضيح المرام ان عموم ادلة الصلح كما عرفت لا ينفع في اثبات قابلية الموارد المشكوكة فما اتعب نفسه و تكلف له من اثبات عموم الدليل اجنبى عما اراده فان غاية ما يدل عليه الدليل ان الصلح في الموارد القابلة له نافذ مطلقا الا فيما احل حراما او حرم حالا فانه لا ينفذ فيها و ان كانا قابلين له .

وليس مفاد العمومات و الاطلاقات ان كل مورد من الموارد صالح لجريان الصلح و ان كل اثر يترتب على الصلح بحكم الشارع الا ما استثنى بل غاية الدلالة على لزوم القيام بمقتضاه حسب ما جرت عليه العادة و تقتضيه ماهيته كما ان قوله تعالى احل الله البيع لا يدل على كون كل شيء قابلا لتعلق البيع به و ان الاصل ترتب كل اثر عليه حتى يكون عدم صحة نقل المنافع به مقتضياً الى دليل مخصص و هذا ما اشار اليه الشيخ ره بقوله ان دليل الصلح ملزم لا مشرع فظهر ان اثبات عموم ادلة الصلح بهذا التطويل لا طائل تحته .

واما ما اجاب به عما اورد على نفسه من ان الظاهر من الدليل جواز الاصلاح و رفع الشقاق و هو انه رجوع عن عقدية الصلح و مصير الى ما ذهب اليه العامة من اختصاص الصلح بمقام النزاع ، ففيه ان هذا مناقشة في دلالة الرواية على تنفيذ العقد

المسمى بالصلح نظراً إلى أنه ليس معناه في اللغة والعرف بل إنما معناه المتبادر منه هو رفع النزاع والشقاق فلا دلالة على لزوم هذا العقد وصحته بوجه من الوجوه إلا أنه يدل على صحة هذا العقد إذا كان في مقام المخاصمة كما عليه الشافعي من العامة فأجواب اجنبى عن السؤال .

وكذا ما أجاب به عن إيراد على نفسه بأنه على حسب ما يجوز في غيره من العقود بمعنى أنه يتعلق بكل ما يتعلق به غيره من الأعيان والمنافع والحقوق من أن هذا إرجاع إلى قول الشيخ بالفرعية من جهة التوضيح الفساد أن الفرعية ليس مذهباً للشيخ وأن صدر منه ما يدل عليه لكنه ليس بمذهبه لتصريحه بخلافه والقول بفرعية الصلح لغيره لا يلائم هذا الكلام لأن الفرعية إنما هي التبعية في الأحكام واختصاص الصلح بما يصلح لسائر العقود وإنما هو لكونه القدر المتيقن من موارد لأحراز القابلية فيها دون غيرها لا أن التبعية اقتضت الحكم بعدم صلوح الصلح للتعلم بغير ما تعلقت به سائر العقود وهذا مراد من يقول أن دليل الصلح ملزم لا مشروع فظهر أن الحكم بعدم تعلق الصلح إلا بما يتعلق به غيره ليس تخصيصاً في أدلته حتى يتوقف على دليل مخصص .

و من هذا يظهر فساد قوله مع أن ذلك يجيء في أحل الله البيع أن لا يقال أن ينصرف إلى ما يجوز فيه الهبة مثلاً الخ .

توضيحه أن الاقتصار في مجازي الصلح على ما ثبت صلوحه لتعلق سائر العقود به إنما هو لكونه القدر المتيقن وعدم دلالة العمومات على صلاحية كل شيء لتعلق الصلح به على ما عرفت ولو كان تخصيص البيع بما يجوز فيه الهبة أيضاً للاقتصار على القدر المتيقن لكان في غاية المنانة وأما مجرد دعوى انصراف أدلة العقود المذكورة إلى الأمور المزبورة فجواز و اعتساف ولا يقاس ما نحن فيه عليه .

و من هذا يظهر ما في قوله مع أنا متمسك في الصلح على المجهول أو على ما لا يقدر على تسليمه أه فإن بين المقامين فرقاً ظاهراً لأن اشتراط العلم والقدرة وما يشبههما في متعلق الصلح تخصيص للعمومات وتقييد للإطلاقات وأما اعتبار القابلية في متعلقه فهو كاعتبار الموضوع للأحكام ليس تخصيصاً في أدلته فإن عدم تعلق الحكم بما لا يصلح له تخصص

لان تخصيص لان المفروض انه ليس موضوعا للحكم لا ان الحكم بالنسبة إليه مخصص او مقيد .

و بالجملة فغاية ما يتمسك به في تشييد مرامه عموم ادلة الصلح واطلاقها وقد عرفت انه اعم مما ادعاه فلا حاجة إلى تطويل الكلام بالنقض والابرار بعد وضوح المرام .

فظهر ان الاصل عدم كون الامور قابلة لتعلق الصلح بها بل مطلق الانشاءات و ان الاصل فيها الفساد اذا كان الشك في صحتها من جهة الشك في الاستعداد .

اذا تمهد الاصل فنقول ان الصلح اذا كان في مقام الابرار و الاسقاط فلا بد من احراز قابلية متعلقه للسقوط بالاسقاط وان كان في مقام نقل الاعيان والمنافع فلا بد من احراز قابليتها للجعل فان من الحقوق ما لا يسقط بالاسقاط كحق استمتاع الزوج من الزوجة وحق السبق في المسابقة وخص باسم الحكم في الاصطلاح ومنها ما هو قابل للحقوق المالية من الخيار و الشفعة و حق القصاص و خص باسم الحق ومنها ما هو مشكوك فيه كحق الابوة والحضانة والولاية اذا تعدد الاولياء و اراد ان يصالح بعضهم عن حقه وحق القسمة للزوجات وحق المضاجعة والمواقعة وحق رجوع الزوج في العدة الرجعية و حق الفسخ في مثل الشركة والمضاربة وحق الرجوع في الهبة و حق العزل في الوكالة و حق المطالبة في الوديعة و العارية و القرض و حق السبق في الامامة والمسجد و نحوهما و حق النظارة في الوقف و نحوه و حق الاتفاق للابوين و الزوجة و نحوهما و حق الفسخ في النكاح بسبب احد العيوب .

وبالجملة قد وقع الشك في بعض هذه الموارد وغيره فاقول كاشفا للحجاب و رافعا للنقاب ان من الامور ما هو من لوازم الحقوق و الامور المنتزعة الغير القابلة للانفكاك منها و من هذا القبيل حق العزل في الوكالة و حق المطالبة في الدين الحال للمغريم وهذا نوع لا يمكن اسقاطه لامستقلا و لا بالصلح .

اما الصغرى فلان الوكالة هي الاستنابة في التصرف ولا بد في تحقق مفهوم النيابة من ارتباط الفعل بالمنوب عنه وكونه باذنه بحيث يصح اسناد الفعل اليه فاستحقاق الموكل

لل عزل من لوازم نيابة الوكيل عنه لان مفهوم النيابة و مهميته ترتفع بانقطاع الاذن من الموكل .

و بالجملة فاستحقاق العزل ليس الارتياب عمل الوكيل بالموكل و اعتبار اذنه استدامة فيه كالاتداء و هذا لا يمكن انفكاكه عن الوكالة و لهذا لا يمكن ان يكون العقود الازنية عقوداً لازمة بل الجواز ذاتي لها و معنى كونها عقوداً اذنية كونها متقومة بالاذن ابتداء و استدامة .

ان قلت ان الوكالة المشترط في العقود اللازمة لازمة حتى ما كان لازماً من طرف المشروط عليه كعقد الرهن على ما صرح به الاصحاب و هذا ينافي ما ادعيتيه من تقومها بالاذن .

قلت مستمداً باهل العصمة عليه السلام ان الوكالة المشترطة ليست من قبيل الوكالة العقدية عبارة عن الاستنابة بل انما هي عبارة عن الولاية في التصرف فان الولاية في الاموال من الحقوق يصح جعلها للاجنبي بالشرط كغيرها من الحقوق فانها ايضا من وجوه السلطنة على المال .

و بالجملة فكما ان للمالك جعل الملك لغيره فكذا له جعل بعض وجوه السلطنة خاصة لغيره فمقاد شرط الوكالة في عقد الرهن تسليط الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة و ليس هذا من الاستنابة في شيء و ان كان البيع على تقدير صدوره من المرتهن واقعا عن الراهن لعدم خروجه عن ملكه بالرهن بالضرورة بل انما للمرتهن حق استيفاء الدين من العين اما بالمباشرة او غيرها .

ان قلت ان مقتضى ثبوت هذا الحق للمرتهن انتقاله الى ورثته بالارث مطلقا مع انهم مصرحون بعدم الانتقال الامع الشرط مع ان انتقال حقوق المورث الى الوارث غير منوط بالاشتراط .

قلت من الحقوق ما لا يصلح للانتقال لاختصاصه بالمورث فباطوت يرتفع موضوعه فليس مما تركه حتى ينتقل الى الوارث و يقوم مقام المورث كاستحقاق احد الزوجين الفسخ بالعيب فانه لا يمكن ان يقال ان وارث الزوج ينتقل اليه الخيار مثلاً فيفسخ النكاح

و يسترد المهر من الزوجة فانه من توابع الزوجية و الوارث لا يقوم مقام المورث في المتبوع فكذا في التابع فتأمل .

و السلطنة المشروطة قد تكون كذلك اذا اشترطت له خاصة و قد تكون قابلة للانتقال إلى الوارث فهو على الاول بمنزلة الوكالة وعلى الثاني بمنزلة الولاية والوصاية كما صرح به بعض الاجلة فكما ان للولى كلاب و الجد و الوصى و الحاكم التصرف في مال المولى عليه و كذا المقاصد و الملتقط فكذا للمرتهن بالاشتراط و لما كان الظاهر من اشتراط الوكالة للمرتهن كونها له بنفسه لا مطلقا فلا بد لصرفه إلى الاطلاق من قرينة و هذا هو المراد من اشتراط الانتقال إلى الورثة فانه كناية عن جعلها مطلقة حتى يصلح للانتقال .

فان قلت هذا تاويل بعيد لا تساعد عليه كلماتهم ولا تناسب تعليلاتهم حيث حكموا باشتراكها مع الوكالة العقدية في جميع الاحكام من البطلان بموت الراهن و جنونه و اغماؤه و لعدم صلاحيته حينئذ للاستنباط بل ادعى بعض الاساطين من مشايخ مشايخنا الضرورة على كونها نيابة و ان لم تكن وكالة فيترتب عليه جميع احكام النيابة التي من جعلتها البطلان بالموت .

قلت مستعينا بحضرة السبحان تعالى انه لا حجية في اجتهادات الاعيان الا مع الاتفاق المورث للقطع و الازعان و لو كانت نفس الاحكام مجمعا عليها فكون العلة انها استنباطة ليس كذلك كيف و لو كان توكيلا فكيف يمكن جعلها للوارث بالشرط مع انه ربما لا يكون موجودا ولا يكون حال الاشتراط صالحا للنياحة او يكون متعددا فلا بد من تعيينه مع ان العلم بالوارث قبل موت المورث مخصوص بعلام الغيوب مع انه مستلزم للتعليق ايضا فلا معنى لتوكيل الوارث .

و هذا قرينة على ما نزلنا عليه كلامهم و ان ابيت الاعن ان يكون مرادهم التوكيل حقيقة فلا ريب في كونه خطأ لما عرفت فتأمل هذا محصل الكلام في تحقيق استحالة اسقاط استحقاق العزل بالصلح و غيره .

و منه يظهر حال استحقاق الفسخ في الشركة و المضاربة و استحقاق المطالبة في

الوديعه و العارية فانها ايضا يستحيل انفكاكها عن متبوعاتها .
 و اما استحقاق المطالبة في الدين فالامر فيه اظهر لان اشتغال الذمة لا يتعلل الا
 بلحاظ هذا الاثر غاية الامر ان اعتبار الاجل موجب لاستحقاق المدينون التاخير فاسقاط
 استحقاق المطالبة راسا مع بقاء الاشتغال غير معقول .

واما استحقاق التعجيل فهو وان لم يكن من لوازم الاشتغال بحيث يستحيل انفكاكه
 منه الا انه كاستحقاق المدينون للتاخير من التوابع و التوابع لا تستقل بالجعل والاسقاط
 و قد صرح بذلك في التذكرة واقتبس منه بعض المحققين ممن تاخر عنه فظهر السرفي عدم
 صلوح هذا النوع من الحقوق للاسقاط بالصلح وغيره .

و الضابط ان ما لا تعلق له بالغير من الاحكام فلا ريب في عدم صلوحه للاسقاط
 كوجوه السلطنة على الاموال و اما ماله تعلق بالغير فعلى قسمين قسم يصلح له و قسم
 لا يصلح ، اما ما كان الرضا فيه مسقطا كالخيار والشفعة فلا ريب في صلوحه للاسقاط واما
 ما ليس كذلك فمنها ما يسقط بالتبع ولا يستقل بالاسقاط كالاوصاف و الاجال و شرط
 التسليم في المكان القلاني فانها تسقط باستيفاء الدين الفاقد للامور المشروطة و لا تستقل
 بالاسقاط .

و اما الشروط فلا تسقط بمجرد الرضا و هل تسقط بالاسقاط فيه اشكال الاقرب
 ذاك .

ثم ان من الامور ما لا يسقط بالاسقاط ولكن ينزل منزلة الساقط بالالتزام بالترك
 اذا رجع إلى جعل حق للغير كاشتراط ان لا يهدم الحائط الذي بينه و بين جاره الذي
 هو في معنى جعل استحقاق ابقاء الجدار للجار .

و من هذا القبيل اشتراط عدم الرجوع في العدة الرجعية في وجه بعيد فان حق
 الرجوع لا يسقط بالصلح لانه لا يسقط بالاسقاط و لكن اذا اشترط عدم الرجوع لم
 يكن للزوج الرجوع فلا يبقى اثر لرجوعه .

هذا و لكن فيه من وجوه الفساد ما لا يحصى فان المعتدة بالعدة الرجعية زوجة
 حقيقة في وجه قريب و الطلاق ليس علة تامة للينونة بل يشاركه انقضاء العدة مع

عدم الرجوع فاسقاط حق الزوج اسقاط للزوجية واشتراط عدم الرجوع تحريم للحلال .
و على الوجه الاقرب يمكن ان يقال ان الرجوع ليس الا الرضا بالزوجية
الاولى مقترنا بكشف من قول او فعل فاشتراط عدم الرجوع لا معنى له لان الرضا
ليس امراً اختيارياً يمكن الالتزام بعدم الاثيان به وليس الرجوع انشاء لفسخ الطلاق
فتدبر .

و بالجملة فكلما علم عدم صلوحه للاسقاط بما ذكرنا او بوجه آخر فلا اشكال في
عدم تعلق الصلح المفيد للاسقاط به و ما شك فيه فالاصل فيه عدم الاستعداد و الاصل في
العقد المشكوك فيه من هذه الحيثية الفساد لما عرفت من انه من شئون الشك في
الموضوع و ادلة الاحكام يستحيل ان يثبت الموضوعات فان الموضوع مقدم على الحكم
بالضرورة فاثبات الحكم يتوقف على ثبوت الموضوع فلو توقف ثبوت الموضوع على ما
يثبت به الحكم لزم تقدم الشيء على نفسه .

وبيان آخر العقد بمنزلة العلة الفاعلية والمورد بمنزلة العلة المادية ومعنى كونه قابلاً
كونه علة مادية ولا يدل ما دل على تأثير الفاعل على قابلية القابل بوجه من الوجوه
فان صلوح شيء للتأثير أعم من صلوح الآخر للتأثير بالضرورة هذا و لهذا لا يتمسك
بالاطلاقات عند الشك في كون الصدقة بالعين او المنفعة و كون الاجارة خاصة او مطلقة
و انما يتمسك بالاطلاق عند الشك في اشتراط الخصوصية فتأمل .

نعم اذا كان الشك في الصلاحية الشرعية مع احراز الاستعداد و القابلية بحسب
المهية يمكن التمسك لثبوتها بالعمومات و الا لم يجز التمسك بها في شيء من موارد
الشك .

و كشف الحجاب ان حقيقة ملك شخص على آخر شيئاً استيلاؤه عليه و سلطانه
و ملك الاسقاط هنا كملك الاتلاف في الاعيان الخارجية مقوم لمهية الاستحقاق فلا يتعقل
انفكاك الاستحقاق على الشخص عن ملك الاسقاط نعم قد يتجدد الحق بقيام علمته كاستحقاق
النفقة للزوجة فان الزوجية علة له يترتب عليه مادامت باقية ولا معنى لاسقاط الزوجية
عن التأثير لكن الاثر بعد تحققه يصلح له فللزوجة ان يسقط عن الزوجة حق الاستمتاع

في كل آن بعد حدوثه و الذي لا يسقط انما هو الاستحقاق المتجدد بوجود عكته و هي الزوجية فيتوهم انه من قبيل الاحكام و هكذا الحال في جميع الموارد و بالتأمل في هذا الميزان الدقيق يتميز الحق عن الحكم بحيث لا يبقى مورد مشتببه فتدبر .

و اما الصلح الناقل فانما يحكم بنفوذه اذا علم استعداد المورد للانتقال ايضا و هو ما كان مما يتمول مع عدم اختصاصه بالناقل بحيث يكون له الجعل للغير بان لا تكون الاضافة اليه مقوماله فان من الامور مالا يصلح للنقل لعدم كونه ملكا كحق المارة و حق السبق الى مكان و منها مالا يصلح له لكون اضافته الى المالك مقوماله كحق الاستمتاع فان مجرد المالك لا يقضى السلطنة على النقل فانه قد يكون عبارة عن مجرد السلطنة على التقلب و قد يكون عبارة عن السلطنة على الاتلاف و قد يكون عبارة عن ملك الانتفاع و الاختصاص كما في ملك الشارع الخاص .

و مما لا يصلح للانتقال قطعا حق الرجوع و الخيار و الشفعة فان مقتضى الفسخ عود كل من العوضين الى ماله و ليس الخيار الا ملك الفسخ فلا يعقل جعله لغير من له الملك .

و اما الخيار المجعول لاجنبي فقد حققنا في الرسالة المعمولة في الخيار ان الاجنبي ليس مشروطا له بل انما المالك للشرط احد المتعاقدين غاية الامر انه مقيد بمباشرة الاجنبي فالحق للعاقدا لا للاجنبي و ايضا الرجوع الى النكاح لا يعقل الا بالنسبة الى البعل و الشفعة ايضا حق ارفاقى شرع لدفع ضرر الشركة و هذا لا يتصور الا بالنسبة الى الشفيع و لهذا لا تنتقل الى الغير مع انتقال العين و اما الوارث فهو قائم مقام المورث فكان الشركة الاولى باقية على حالها لم تتبدل و ان تبدل الشريك و لهذا لا ينتقل خيار فسخ النكاح الى وارث الزوج لانه لا يقوم مقام المورث في الزوجية .

فظهر حال كثير مما يشك في كونه قابلا لتعلق الصلح و عدمه و تحقق ان الاصل عدم الصلاحية هذا و هل يقوم الصلح مقام الشروط كما يقوم مقام الامور الخمسة ام لا فيه اشكال من ان ما ثبت بالشروط ثبت صلاحيته للاثبات و الجعل من حيث هو و اتساع دائرة الصلح ايضا مما لا ريب فيه فالمتجه القيام مقام الشروط فيصح الصلح على اثبات

الحقوق مطلقا و ان لم يكن من قبيل تمليك المنافع كجعل الخيار مقابلا لحق مماثل او غيره و من ان الشرط لا يؤثر التمليك فلا يملك من اشترط له العتق و الصياغة شيئا على المشروط عليه و لهذا لا يتعلق بتركه بعد موته .

فالامور المشترطة ليست من الديون بل انما الشرط التزام مستتبع لبعض الآثار الوضعية لانه تمليك شيء للمشروط عليه و الصلح ليس مفاده مجرد الالتزام و صلاحيته ما تثبت بالشرط لان يثبت على نحو آخر مغاير للنحو الذي هو مفاد الشرط لم يثبت . و ليس هذا شكا في تأثير الصلح ليرفع بالعمومات ولا شكا في القابلية في الجملة حتى يستدل لها بثبوتها بالشرط بل لما كان مفهوم الصلح مغايرا لمفهوم الشرط و كيفية الثبوت بالصلح مغايرة لكيفية الثبوت بالشرط فالشك في قابلية الثبوت على هذا النحو المغاير لذلك النحو فتدبر فانه دقيق جداً و من هذا يظهر السر في عدم قيام الصلح مقام الضمان و الكفالة لانها ايضا تعهد و التزام صرف فتدبر جدا .

فظهر بحمد الله تعالى ان عدم صحة الصلح في كثير من الموارد من جهة عدم الصلاحية و انه ليس تخصيصا في الادلة وان الصلح جازم مطلقا سوى ما حرم محلا او حلل المحرم . والمراد من تحريم الحلال ان يلتزم احد المتصلحين بترك ما احل له فعلة من غير ان يستحق صاحبه عليه شيئا مثل ان يصلح زوجته على ترك التبري أو يصلح الاجنبي على ترك السفر او على ان لا يتصرف في ماله الى غير ذلك فان ترك الزوج التبري ليس فيه فائدة يعتد بها العقلاء فليس من الحقوق عندهم و كذا ترك السفر مع عدم فائدة فيه للمصالح له مجرد تحريم حلال .

و في هذا المقام اشكال قد استصعبه الاعلام وقد اشبعوا في دفعه الكلام بالنقض و الابرام و يظهر اندفاعه بما اشرنا اليه مع الاجاز في المقام اما الاشكال فهو ان شأن الصلح كغيره من العقود تحريم ما كان حلالا قبل العقد و بالعكس فعدم صحة الصلح المقصود منه التحريم و التحليل ابطال له رأسا و اهمال له بالكلية و ان كان المراد الحلال و الحرام اللذان لا يتغيران بالعقود في نظر الشارع لا كل حلال و حرام فلا بد في كل مقام من احراز الصلاحية و القابلية ولا يمكن التمسك بالعمومات عند الشك فيها .

و الجواب يظهر مما مر فانه لا باس بتغير الاحكام عند تبدل الموضوعات فان الحرام هو التصرف في مال الغير بغير اذنه فاذا دخل في ملكه بالعقد تبدل الموضوع و ايضا الناس مسلطون على اموالهم و يجوز لهم جميع وجوه التقلب فيها مع عدم مزاحمته حق الغير فاذا استحق الغير بعقد شيئاً في مال من الاموال حرم عليه التصرف المزاحم لتبدل العنوان و اما التروك التى ليست مقدمة لاستيفاء الغير حقه فهو مجرد تحريم للحال كترك الاكل .

و مما يتفرع على ما مهدناه من جواز الصلح انه لا يشترط فيه اعتبار العوض بل يصح خلوه عنه لما عرفت من اتساع دائرته وعموم فائدته بحسب وضعه وطبيعته ولهذا يفيد فائدة الهبة والابراء وهذا مما لا خلاف فيه بين الخاصة والعامة ولكن الاشكال في امرين الاول ان العلامة ره افاد في جملة من كتبه انه لا بد في الصلح مما يتصلحان به و عليه و ان المصالح عليه و المصالح منه ركنان للعقد فيتمهم مخالفته لما انفقوا عليه بل افتائهم بخلافه .

و التحقيق عدم مخالفته لما هو المتفق عليه لان المصالح عنه و المصالح عليه اعم من العوض .

الا ترى انه لو صالح مدعى دار في يد غيره المنكر لدعواه عما في يده بالنصف لم يكن هناك معاوضة لان مالك النصفين شخص واحد بحسب الواقع ولا يعقل تعويض الشخص من ماله بماله مع ان العقد مشتمل على ما تصالحا به و عليه كما هو ظاهر .

وتوضيح المرام ان الصلح على ما عرفت عبارة عن التزامين مستقلين معوض احدهما بالآخر فهو عقد مركب منهما فالمراد بالمصالح عنه و المصالح عليه ما يلتزم المتصلحان به و من المعلوم ان مهية الصلح متقوم بالتزامين اللذين لا بد لهما من متعلقين ومجرد كون احدهما مطاوعا لآخر غير مفيد لما عرفت من انه لا بد في الصلح من استقلال الطرفين فالمدعى في المثال المتقدم التزم برفع اليد عن دعواه بحذاء التزام المدعى عليه بتسليم نصفها اليه مع ان احدهما اعطى نصف داره للآخر بحسب الواقع مجانا فانها امال للمدعى

فانتقل النصف منه إلى المدعى عليه و اما للمدعى عليه فانتقل نصف منه إلى المدعى كذلك .

و هذا تحقيق لطيف لم ينتبه عليه احد بل غفل عنه بعض الفحول فالترزم بما لا يوافق الاصول ففي جامع المقاصد في شرح قوله ولا بد مما يتصالحان به وعليه قال لانه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين قيل عليه ان الصلح اذا وقع موقع البراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح و ليس فيه عوضان قلنا يكفى في المغايرة الجزئية والكلية انتهى .

و فيه ما عرفت من انه ليس بحسب الذات من المعاوضات نعم يفيد فائدتها ويقوم مقامها لما فيه من الاتساع و هذا لا يقتضى جريان احكام المعاوضات عليه مع ان الفرق بالجزئية والكلية في غاية الضعف فان الكل ليس الا اجزاء فلو عوض ببعض الاجزاء عن الكل فقد عوض عن الشيء بنفسه وغيره و هو غير معقول مع انه لا يتم فيما يقوم مقام العارية فان المنفعة ليست جزء من العين فتأمل .

الثاني ان البراء الحاصل بالصلح بحسب الواقع مجاناً غير مقابل بالعوض وهذا لا ينافي اعتبار اشتمال الصلح على ايجابين و عدم الانعقاد بالمطوعة المختصة من احد الجانبين فان العقد المشتمل على الايجاب و القبول مجاناً هبة و قد مر ان تمايز العقود ليس بمجرد تمايز العبارات فانها من قبيل المعاني فلا بدلها من فصول مقومة و توهم انها من قبيل الالفاظ فاسد جداً كما مر تحقيقه في اوّل الكتاب مع ان الصلح لا يعتبر فيه لفظ خاص فالتحقيق عدم جواز خلو الصلح عن الايجابين المستقلين و عدم تحققه بالمطوعة المحضّة من احد الطرفين .

و قد يستظهر من الشهيد ره في الدروس التردد فيه حيث قال فلو ادعى دارافأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولا رجوع ان جعلناه اصلاً وجوزناه بغير عوض و لو انكر فصالحه المدعى عليه على سكنى المدعى سنة فهو اولى بعدم الرجوع لانه عوض عن دعواه و كذا لو كان الساكن المنكر لانه عوض عن جوده انتهى .

و فيه ما عرفت من اعتبار الفرق بين عدم اعتبار العوض و عدم اعتبار التركب من

الانشائين المستقلين و الفرع المفروض متفرع على الثابى وهو معلوم الفساد .
وفي المسالك في هذا المقام ما يقضى منه العجب حيث قال عند شرح قول المصنف
و لو ادعى دارا فانكره و هو في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح و لم يكن
لاحدهما الرجوع فكذا لو اقر له بالدار ثم صالح وقيل له الرجوع لانه هنا فرع العارية
و الاول اشبه .

و انما قيد المصنف بانكار من هو في يده مع جواز الصلح مع الاقرار و الانكار
ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له
بها فان الصلح و ان جازالا ان المنفعة تقابلها عوض و هى العين فلا يتحقق العارية مع
ان الشافعى لما شرط في صحة الصلح الاقرار جعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية
بما ذكرنا هنا مع كون المدعى عليه مقرابها و وجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم
راجعا إلى العارية انتهى .

فانك ترى ما في عبارة الشرايع من التصريح بالتعميم فكيف ينسب الشارح اليه
التقييد مع ان العلة التى ذكرها في غاية الوضوح من الفساد لان الدار التى هى ملك
للمقر له باعتراف المقر تكون عوضا عن المنفعة التى هى ايضا ملكه فهو ملك المنفعة
مجانا نعم يمكن ان يقال في صورة الانكار ان المنفعة عوض عن الجحود كما عرفت من
تصريح الدروس فالامر بالعكس مما افاده الشارح بالضرورة و لعمري ان مثل هذا من
مثله في غاية الغرابة .

و قد ظهر مما مر ما في ما افاده في الجواهر حيث رجح صحة ما لو قال صالحتك
عن هذه الدار فيقول الاخر قبلت في القائم مقام الهبة ، و قوله في القائم مقام العارية
صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا ويقول الآخر قبلت ولكن بعد ما استظهر من
العبارة المتقدمة من الكركى انه ارسل اعتبار العوض في الصلح ارسال المسلمين و حكمى
عن الفاضل التصريح في جملة من كتبه بان من اركان الصلح المصالح عنه و المصالح به
وعن موضع من التذكرة انه معاوضة اجماعا تردد في انعقاد الاجماع على خلاف ما اختاره
فقال و المتبجه ما عرفت ان لم يكن اجماع على خلافه .

وفيه ما عرفت من عدم دلالة كلمات العلامة ره على كون الصلح بنفسه من عقود المعاوضات وان اعتبار الاشتغال على المصالح به والمصالح عنه ليس من اعتبار الاشتغال على العوض في شيء بل صرح في غير موضع بخلافه وقد بينا انه اذا قال المدعى عليه المنكر صالحي على كذا لم يكن اقرارا منه لان الصلح يراد به تارة المعاوضة وتارة قطع الدعوى والخصومة واذا احتملها لم تحمل على الاقرار واما ما حكا عن التذكرة من انه معاوضة اجماعا ففي غاية الغرابة لان العلامة ره قدم صورة الصلح ممحضة في المعاوضة ثم ذكر صوراً ليست معاوضة فقال وهذا بخلاف ما تقدم لانه معاوضة اجماعاً يعنى ان ما تقدم من الصور معاوضة لا ان الصلح مطلقاً كذلك فراجع و تدبر .

ثم قال و لعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح عما في الذمة بالانقاص في غير الربوى بل وفيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة بل هو في معنى الابرأ كما اعترف به في الدروس مستدلاً عليه بقول النبي ﷺ لكعب بن مالك لما تناخاصم مع آخر اترك الشطر و ابتعه ببقيته وبانه روى عن الصادق عليه الصلوة والسلام ما يشهد لذلك في الجملة ، بل الظاهر عدم الفرق بين ان يكون صورته صالحتك على الف بخسمائة وبهذه الخمسمائة و ان ظهرت منها صورة المعاوضة .

نعم الاقوى جوازها ايضاً لاشتراكهما في الغاية نعم الاقرب كما في الدروس الافتقار إلى قبول الغريم هنا و ان لم يشترط في الابرأ القبول لاجل تمام عقد الصلح و على كل حال فمعاً ذكرنا يظهر لك اولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالاً و ان كان بجنسه كما هو مقتضى اطلاق الاصحاب لما عرفت من عدم كونه معاوضة فلايجرى فيه الرباء انتهى .

وفيه أن الصلح عما في الذمة بالانقاص له صور بعضها ليس صلحاً حقيقة بل ابراء بلفظ الصلح فانه لايعتبر فيه لفظ خاص كما لو صالح عن دين حال بيعه كذا وكذا وعن المؤجل بيعه إلى ذلك الاجل فانه ابراء ولا يقتقر إلى قبول الغريم لان اللفظ و العبارة لا اثر لها في هذه المقامات و الابرأ من مقولة الايقاعات وبعضها صلح فاسد كما لو صالح عن الالف بخسمائة حاضرة و قصد المعاوضة ، و بعضها صحيح كهذه الصورة مع

قصد الإبراء عن الخمسمائة والتعيين للباقي في الحاضرة وقد مرّ الكلام في هذه المسئلة. و بالجملة فتصحیح الصلح عما في الذمة بالانقص لا ينافي اعتبار اشتمال الصلح على الالتزامين المستقلين فإن احدهما يلتزم بالإبراء في قبال التزام الآخر بالحلول و التعيين و مع الخلو عن الالتزامين ليس صلحا بل مجرد ابراء غير مقتدر الى قبول فليتدبر فانه لا يخلو عن غموض و دقة فتبين بحمد الله تعالى ان الصلح لا بد من اشتماله على الالتزامين المستقلين بحيث يكون كل من المتصالحين موجبا من جهة و قابلا من اخرى مع عدم تمايز في البين فيصدق على كل منهما الموجب و القابل من غير تشكيك بل بالتواطى و على سبيل التساوي و انه لم يقل احد من الخاصة بل العامة بانه من العقود المحبضة في المعاوضة نعم يستفاد من بعض كلمات الشافعى و لكنه في غير موضع ايضا مصرح بخلافه .

و ظهر ايضا ان المراد بقيام الصلح مقام الهبة و العارية ليس ما افاده بعض الاساطين فان ما فرضه عين الهبة و العارية لا الصلح القائم مقامهما و لكن لا يخفى انه حيث اعتبر فيه العوض يجرى عليه احكام المعاوضة من حيث هى فظهر وجه قولنا «فليك مال الصلح» اي ما يقع الصلح عنه أو عليه ملكا للمصالح أو بمنزلة كان يكون وكيلا أو وليا «فما» من الاموال أو الحقوق التى ليس له بل يكون «لغيره» فهو «كغير صالح» اي مثل ما لا يصح تعلق الصلح به كالخمر و الخنزير و الحقوق التى لا تقبل الاسقاط والنقل. فكما ان الصلح بالنسبة اليها فاسد فكذا الصلح المتعلق بما ليس للعاقد بوجه من الوجوه و لهذا صرحوا بانه لو بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح من غير تكثير وجهه ان العوض ركن فيه كما في غيره من عقود المعاوضات .

ان قلت ان الصلح على ما حققت ليس من المعاوضات بحسب الذات ولا يعتبر اشتماله على العوض كما في صلح الحطيطة و الإبراء فليس العوض فيه ركنا بل انما اعتبار العوض فيه كاعتبار العوض فى الطلاق و المهر فى النكاح فكما انهما لا يفسدان بظهور العوض مستحقا فكذا الصلح .

قلت ان المناط فى الركنية كون الشيء مقوما للانشاء بحيث يمتفى بالتفائه والعوض

فى الصلح كذلك ضرورة انه لا فرق بينه و بين البيع و الاجارة فى نظر المنشئ من هذه الجهة نعم لاتساع دائرته و عموم فائدته يصح خلوه عن العوض و هذا لا ينافى ركنيته حيث اعتبر فتأمل .

و اما النكاح فالمهر ليس ركنا فيه مطلقا بل ركناه انما هما الزوجان لان المنشأ فيه انما هو علاقة الزوجية و هو الارتباط بين الزوجين وليس المقصود به تعويض البضع بالمهر . ان قلت ان هذا انما يتم فى الدائم و اما المنقطع فالمهر فيه ركن بالاتفاق ولهذا يبطل باهماله فيه دون الدائم و مع ذلك لا يبطل بتبين استحقاقه .

قلت لو سلم الحكم فى المتعة فالركنية فيها انما هو بمعنى لزوم الاعتبار فى العقد لا دوران صحة العقد مداره وجودا و عدما كما فى المعاوضات .

و الحاصل ان جريان احكام المعاوضة فى الصلح المشتمل على العوض لا اشكال فيه بل الامر فيه اعظم حيث ان ظهور الاستحقاق للغير فى غير الصلح ليس بمبطلا بخلافه و ذلك لما تقدم فى اوائل الكتاب من ان للمتصالحين دخلا فى الصلح بخلاف البيع فراجع و تدبر .

و يجرى فى الصلح جميع الخيارات الضرورية لعموم دليلها نعم لو لم يكن الاقدام على المعاملة اعتماداً على القيمة العادلة لم يكن فيه خيار غبن لان الاقدام على المعاملة على اى حال فى معنى الاسقاط ولا اختصاص لهذا بالصلح بل البيع كذلك .

نعم يفارق البيع فى ان قول احد المتصالحين انه كان معتمدا على القيمة العادلة دعوى يحتاج الى البيضة لان بناء الصلح بحسب الذات ليس على المماكسة و المغابنة بخلاف البيع فتبوت الخيار لو ظهر مال الصلح معيبا لا اشكال فيه و اما الارش ففيه اشكال من اختصاص دليله بالبيع و من ان الاصحاب لم يقتصروا فى الحكم على مورد النص لان مورد النص انما هو البيع مع انهم لم يفرقوا بينه و بين المضمن بل حكموا بالارش فى الاجارة و غيرها .

نعم استشكل بعضهم فى ثبوت الارش فيما إذا ظهرت العين المستاجرة معيبا مع جزمه بثبوته مع ظهور العيب فى الاجرة فتوهم بعض الاجلة ان التأمل فى ثبوت الارش

في هذه الصورة لاختصاص الدليل بالبيع .

و فيه ما لا يخفى لانه يقتضى التردد في ثبوته في عيب الاجرة ايضا و انما الفرق من ان المنفعة ليست لها خلقة اصلية فلا يتصور العيب فيها و العيب في العين لا يستلزم العيب في المنفعة بل قد يوجب كما لها و ايضا انما يتعدى من مورد النص " إلى ما يشابهه و المشابه للمبيع الذى هو من الاعيان انما هو الاجرة التى هى أيضاً كذلك لا المنفعة فتدبر فانه لا يخلو عن دقة .

و الحاصل ان " الصلح تجرى فيه الاقالة و الخيارات التى تعم ادلتها كالغبن بناء على كونه اصلا و اما على التبعية فلا تجرى الاقالة في مقام البراء و كذا الخيار و انما يتبع ما يفيد فائدته و الى هذا اشرنا بقولنا " و انما يفسخ بالاقالة و بالخيارات على الاقالة " فعلى الاقالة تجرى فيه الخيارات العامة فتعود الذمة مشغولة بعد ما كانت بريئة بالاقالة ولا تجرى الخيارات الخاصة كالجلوس و الحيوان الا على التبعية فالحصر الذى اشرنا اليه في النظم اضافي فتدبر ولا تغفل .

مسئلة او كان معهما درهمان فادعاهما احدهما و ادعى الآخر احدهما كان لمدعى الدرهمين درهم و نصفها و الآخر النصف الاخر فقط ان كان التداعي على المعين لا المشاع و لم تكن لاحدهما بينة و حلفا مع الان مدعى احدهما غير منازع للآخر في احد الدرهمين و قد تساويا بدا و دعوى في الآخر و حلف كل منهما على استحقاق النصف الذى يدفع اليه من الدرهم الآخر الذى تصادمت دعواهما فيه .

و هذا الحكم مع انه على وفق الضوابط العامة اجمع عليه اصحابنا الامامية و ورد به الصحيحان و لا ينافى صحتها الارسال لانجبارها فيهما بالشهرة مع ان فى سندهما ابن ابي عمير و عبدالله بن المغيرة المدعى على تصحيح روايتهما اجماع العصابة مع ان " الثاني ارسله عن غير واحد من اصحابنا و هذا النحو من الارسال يلحق بالصحيح عند جماعة : في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لى و قال الاخرهما بينى و بينك قال فقال ابو عبدالله عليه السلام اما الذى قال هما بينى و بينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء و انه لصاحبه و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين .

و بالجملة فالحكم في المسئلة المفروضة مما لا ريب فيه و انما الاشكال في شمول هذا الحكم ما لو ادعى احدهما الدرهم مشاعا فان مقتضى القاعدة حينئذ تنصيب الدرهمين بينهما لا انتفاء التداعى حينئذ بل المدعى انما هو مدعى الدرهمين و المنكر هو الآخر فعلى الاول البيينة و مع عدمها يحلف منكر الاختصاص .

وقد يتوهم اطلاق الرواية و شمولها لهذه الصورة ايضا بل ظهورها في صورة دعوى الاشاعة بقرينة قوله «هما بينى و بينك» فان اللاحق بدعوى اختصاص احدهما به قول احدهما لى و الآخر لك و فيه ان قوله ^{المتعارف} في التعليل فقد اقربان احد الدرهمين ليس له فيه شيء اظهر في دعوى الاختصاص فان التعليل لا يتم الا في صورة دعوى الاختصاص لان الاقرار بان احد الدرهمين على سبيل الاشاعة لصاحبه في قوة الاقرار بان الدرهمين نصفه للمقر له و هذا لا ينافى كون النصفين الآخرين للمقر بل انما اعترف بما يقتضيه اليد لو كان المراد بكونهما بينهما عدم اختصاصهما باحدهما وكون الاثنين بين الاثنين يصدق مع اختصاص واحد معين بواحد منهما و الآخر بالآخر ولو سلم عدم ظهورها في التعيين فالاطلاق ممنوع فهى مهمة و لكونها بمنزلة الجزئية لا يثبت بها الا التنصيب في صورة دعوى الاختصاص التى هى المتيقنة لكونه فيها على وفق الضوابط العامة .

و اما مع دعوى الاشاعة فهذا الحكم مخالف للقواعد مع ان ظاهر التعليل ان هذا الحكم على وفق الضوابط العامة مع انه من البعيد اختصاص هذه الواقعة بحكم خاص دون ما يشبهها فان الحكم في مطلق المشاع المتنازع فيه ليس كذلك مع ان الاصحاب ايضا انما فهموا مطابقتها للضوابط و لهذا علل الحكم في السرائر باقرار احدهما لصاحبه بدرهم و ثبوت يدهما على الآخر .

قال ان الحكم ان يعطى المدعى لهما معا درهما لاقرار صاحبه بذلك و يقسم الدرهم الباقي بينهما اصفين لان يدهما عليه انتهى ولم يذكر الرواية بل انما استند الى القاعدة و لهذا بعينه حكم العلامة بالتحالف مع خلو الرواية عنه و خصه الفاضل المقداد بصورة دعوى الاختصاص مدعىا انه مداول الرواية المشهورة خاصة وكذا الشهيد

فقد في الدروس حيث قوى قسمة الدرهمين نصفين في صورة دعوى الاشاعة و ارتضاء جامع المقاصد بعد ما حكاه عنه كارتضائه التحالف و كذا ثانی الشهيدين في الكتابين فظهر منه ارتضاء الحكمين .

وبالجملة فاما ان يكون الدرهمان بيد واحد منهما فيحكم بهما له ان كان مدعيا لهما و بواحد منهما ان ادعاه خاصة مطلقا سواء كانت على الاشاعة أو التعيين و يحلف الاخر و ان كان بيد ثالث فيحكم له مع تكذيبهما و يعمل باقراره مع التصديق و اما ان يكون بيدهما معا فيحكم بواحد منهما لمدعيه على الاشاعة مع حلفه لمدعي الاختصاص و ينصف بينهما مع تخصيص مدعيهما بواحد تام منهما و يحلفان على النصف الذي يأخذانه .

هذا هو الموافق للضوابط و الاصول و المطابق لكلمات الفحول ولا ينافيه اطلاق كلمات بعضهم فانها كالرواية ناظرة إلى هذا التفصيل مع ان اهمال الرواية كاف في المقصود ، لعدم الدليل على التعدي .

و من هذا تبين ما فيما ارتضاء في الرضا و تبعه صاحب الجواهر من اطلاق الحكم بالنسبة إلى صورتى دعوى الطعن و الاشاعة مع عدم لزوم الحلف استنادا إلى اطلاق الرواية وكذا ما اورده على الشهيد و العلامة من ان ما افاده اجتهاد في مقابلة النص فانك قد عرفت عدم دلالة النص الا على ثبوت الحكم في صورة دعوى الاختصاص وانها بالنسبة إلى اليمين مهملة و لظهورها في كون الحكم على وفق الضوابط العامة يحكم بالتحالف عملا بها فما حكما به مطابق للنص و شأنهما اجل مما رميا به فالحكم بالاطلاق اولى بأن يكون غفلة عما ندل عليه الرواية من كون ما فهمه منها اهل الدراية اجتهادا في مقابلة النص نعوذ بالله من سوء الظن باساطين الفن .

و اما ما اورد على التذكرة ايضا من عدم تمامية احواف كل واحد منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لاختصاص الحلف بمن ينكر اختصاص الدرهمين و البينة بمن يدعيهما معا لان كلا من النصفين من كل منهما بيد كل منهما فمدعيهما معا خارج

بالنسبة إلى النصفين ومع ذلك يستحق بعد الحلف الدرهم كاملاً لا النصف فمن دفع أيضاً بان المفروض في كلامه دعوى التعيين .

و اما صورة دعوى الاشاعة فلا دلالة لكلامه على شمول الحكم له حيث قال مسألة لو كان في يد شخصين درهمان فادعاهما احدهما وادعى الآخر احدا منهما اعطى مدعيهما معا درهما و كان الدرهم الآخر بينهما نصفين لان مدعى احدهما غير منازع في الدرهم الآخر فنحكم به لمدعيهما وقد تساوى في احدهما بدا ودعوى فيحكم به لهما هذا إذا لم توجد بينة و الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق النصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به للآخر ولو نكلهما او حلفا معا قسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا الحديث انتهى فانه ره فرض المسئلة فيما لو ادعى احدهما احد الدرهمين و مدعى الاشاعة يدعى كلا الدرهمين على الاشاعة لا احدهما .

و يدل على هذا تعليله ايضا بان مدعى احدهما غير منازع للآخر في الدرهم الآخر فان مدعى الاشاعة منازع في كل من الدرهمين ولا يعترف للآخر بواحد منهما بالتام و لهذا يحكم بتنصيف كل منهما بينهما بعد حلف منكر الاختصاص هذا .

ولا يخفى ان الحكم بالتنصيف اما لتساوى اليدين وكونهما اماراة على التنصيف فانه لا تعارض بينهما لانها انما تدل على الاختصاص مع الانحصار و اما مع الانضمام إلى مثلها فانما تدل على الاشتراك وهو الاظهر و اما لعدم الدليل على اعتبارها حينئذ وان المسلم المدلول عليه بالاخبار دلالتها مع عدم المعارض غاية الامر دلالتها على نفى الثالث ودوران المال بينهما و اما كونه بينهما على التنصيف فلا ومع الدلالة فاعتبارها لا دليل عليه كما قيل . و اما دلالة كل منهما على اختصاص المال بصاحبها بالتام و تعارضهما من هذه الجهة و تساوقهما فلا وجه له بل مغالط للعرف و لحكمهم فيما لو لم يزعم الغاصب المالك بضمائه نصف الدار فلو كان لكل منهما اليد على تمام الدار لم يكن وجه لضممان الغاصب لعدم الضمان عند التادية فتأمل .

فظهر ما فيما افاده في الجواهر حيث قال بعد ما اعترف بان ظاهر الخبرين ان

الحكم المزبور على وفق الضوابط لا انه تعبد صرف و من هنا امكن ان يقال بان الوجه في عدم اليمين من احدهما انه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كل منهما الكل الذي لا يختص الخروج عن التعارض فيها المناقاة لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها لا مكان الحكم بكونه لواحد منهما و يستخرج بالقرعة او بغير ذلك .

فاليد حينئذ بعد ان كانت كذلك لا تصير احدهما منكرا عليه اليمين بل هما بعد ان تساويا من هذه الجهة صارا بهكم من لا يد لاحدهما و المنتجة فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعا للدعوى فهو كاصلح القهرى بينهما بذلك ، لا ان النصف مقتضى يد احدهما حتى يكون منكرا بالنسبة إلى دعوى الاخر عليه و كذا العكس فيكونا كلدعى من وجه و المنكر من آخر فيتحالفان ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير زوى الايدى كما تسمعه في الودعة و في التداعى في المال المطروح و نحوهما و اليد انما قضت بالجميع و معارضتها بالاخرى لا يقتضى التنزيل على النصف الذي هو خلاف مقتضاها .

و حينئذ فليس النصف المحكوم به في النص و الفتوى الا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل و الانصاف لعدم تحقق الدعوى من احدهما و الانكار من آخر لكون المفروض تساويهما من كل وجه ففي الحقيقة ليس الادعى واحدة و هى ملكية الدرهم الا ان احدهما يدعى انها له و الاخر كذلك ولا ترجيح لاحدهما بعد معارضة كل منهما للاخرى الموجب للتساوق نحو البيئتين المتعارضتين من كل وجه فيقسم المال بينهما على احتماله فيهما بحسب دعواهما فان كانا اثنتين فالنصف و ان كانوا ثلاثة فالثلث و هكذا قطعا للخصومة بينهما بالعدل و الانصاف فهو كاصلح القهرى انتهى .

وجه النظر ما عرفت من ان اليد المنضمة إلى مثلها لا يقتضى ملك الجميع بل اما يقتضى الملك بالنسبة فى الاثنين النصف و فى الثلاثة الثلث و هكذا .

فاليد في المسئلة المفروضة منهما تقتضى الاشاعة في كل منهما و حيث اعترف احدهما باختصاص واحد منهما بصاحبه سقطت اليد بالنسبة اليه وبقى حكمها بالنسبة إلى الاخر فاليدان المجتمعان على الدرهم تقتضيان الاشاعة والتنصيف فكل منهما بالنسبة

إلى النصف مدع لخروجه وبالنسبة إلى النصف الآخر منكر فيعطى كل منهما النصف عملاً باليد عند عدم البينة على خلافها ويحلف الآخر المدعى اختصاصه به لخروجه بالنسبة إلى النصف .

والحاصل أن ظهور الرواية في كونها على وفق الضوابط العامة كما يستفاد من العلامة والشهيدان والمحقق الثاني والفاضل المقداد ونص عليه في الجواهر يقتضى ما اختبرناه من التحالف وان التنصيف لدلالة اليد على الاشتراك وتخصيص أحدهما بواحد منهما للاعتراف وعدم دعوى الاشاعة فإن مقتضاها مع دعوى الاشاعة قسمة كل منهما نصفين كما عرفت من نص التنقيح والدروس والجامع ومع عدم دلالة اليد الا على نفى الثالث مقتضاها القرعة للعلم باحتصاصه بأحدهما مع الجهل بالواقع وعدم كون المقام مجرى شيء من الاصول .

فالحكم المزبور لا ينطبق على القواعد الا بدلالة اليدين على الاشاعة في الدرهمين وبطلانها في أحدهما بالاعتراف من أحدهما باختصاصه بصاحبه والظاهر أن دلالة اجتماع الأيادي على الاشاعة مسلمة بين هؤلاء الفحول حيث حكموا بان مقتضى الاصول مع دعوى الاشاعة تنصيف كل من الدرهمين وان يحلف منكر اختصاصهما خاصة فانه لولا اقتضاء اليد ذلك لم يكن له وجه ولكنه على ما وجدت في التهذيب من كون بينهما مكان معهما فلا يستظهر منها كونهما تحت أيديهما الا ان يستظهر من ظهور التعليل في انطباق الحكم على القواعد فتأمل .

ثم قال ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالاشاعة ضرورة انها لا تنافي الاقرار بالدرهم الكلى المشاع المنطبق على نصفى الدرهم والثلاثين من درهم والثالث من آخر وهكذا فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الآخر على الاشاعة فيدعيه المقر له بالدرهم الاول مضافاً إلى ذلك الدرهم والآخر يدعيه له فيقسم بينهما نصفين على الاشاعة للقاعدة التي ذكرناها التي قد اوماً اليها في الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى المجردة عن ملاحظة اقتضاء اليد الموجبة لتوهم أن مدعى الدرهم الآخر - المنضم إلى ما اقتضته يده من النصف الذي هو درهم أيضاً مشاع ملفق - مدع صرف والآخر منكر باعتبار انه

قد ادعى عليه ما اقتضته يده فيحلف و يستحق النصف المشاع و هو الدرهم المعلق ان قد عرفت الغاء اليد في المقام و ان الحكم بالنصف نصا و فتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه انتهى .

و هذا الكلام كما ترى فان دلالة اليمين على الاشاعة مما لا تقبل الانكار فانها لا ريب في دلالتها على الملك من حيث هي غاية الامر ان اليد المنفردة تدل على الانفراد و الاختصاص بالملك و اليد المنظمة تدل على الاشتراك و من المعلوم قصورها عن افادة الاختصاص مع الانضمام لا للتسايق بالمعارضة بل لانها لا تدل الا على الملكية بحسب السلطنة و اليد المنظمة سلطنة ناقصة فلا تصلح للدلالة على الملك التام فلا تعارض بينهما ولا وجه لعدم دلالتها مع الانضمام على الملك اصلا لانها مقتضى ذاتها و الانضمام انما ينافي الاختصاص فتدبر ، و العلم عند الله تعالى .

تتميم :

مقتضى الاصول اختصاص الحكم المذكور بما كان الدرهمان تحت يدى المتداعيين و اما إذا دار الامر بينهما مع عدم ثبوت يد منهما عليهما فمقتضى الاصول القرعة ولكن في باب الزيادات في القضايا و الاحكام من التهذيب مسألة لو كان لرجل دينار و لآخر ديناران و اودع الواحد من اثنين ديناره عند شخص و ذاك الذي يملك الدينارين اودع ايضا عند هذا الودعى دينارين و ضاع من عند الودعى دينار واحد مجهول لا يعلم انه من صاحب الواحد او من صاحب الاثنين فذو الدينارين التامين المنقسمين إلى الانصاف الاربعة يعطى ثلثيه اى دينارا تاما و نصفا و يعطى الآخر نصفاً .

اما تخصيص الاول بالدينار فللقطع بكون واحد من الاثنين له خاصة لعدم امكان الاشاعة و اما تنصيف الآخر بينهما فلتساوى سببه اليهما فهو على وفق العدل و الانصاف .

هذا ما ادعى شهرته بين الاصحاب و المستند ما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر دينارا ضاع دينار

منهما فقال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين دينارا ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين
و هو ممن ادعى اجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه و مع ذلك وثقه جماعة مع ان
الضعف على تقديره منجبر بالشبهة .

هذا والذي يؤدي اليه النظر القاصر ان الحكم مع عدم الامتزاج القرعة و
اما معه فان كان باختيار الودعي من غير انن فيضمن التالف و الا فوجود التلث لحصول
الاشاعة حقيقة أو حكما بالامتزاج تعيدا مع عدم الامتياز بالاجماع كما يظهر من
كلماتهم في كتاب الشركة و التنصيف نظرا إلى ان الشركة التنزيلية انما هي للاشتباه
ولا اشتباه في واحد منهما و انما هو في احدهما فقط و الشركة الحقيقية لا وجه لها
في مثل المقام و القرعة نظرا إلى اختصاص الشركة بالامتزاج التام كما في المائتين لمجرد
الامتزاج الراجع للامتياز كما هو الحال في مطلق المثليات و بعض الاحوال في القيميات
و مع الالتزام بتنزل الامتزاج الراجع للامتياز منزلة الاشاعة فلا وجه لتخصيص الحكم
بصورة الامتزاج .

بل يجب الالتزام به مطلقا لان موضوع الحكم الاشتباه ولا دخل لخصوص
الامتزاج بل انما هو لتحصل الاشتباه اوسطها اوسطها و عليه تنزل الرواية و تساعد
عليه كلمات الاصحاب فان المحقق قيده في الشرائع بالامتزاج وكذا العلامة في التذكرة
و القواعد و الشهيد في اللعة و ظاهر الشهيد الثاني في الكتابين ارتضاء التقييد و ما
اخترته هو المطابق للضوابط و الاصول .

و الرواية المذبذبة لا يمكن الاستناد اليها في مخالفة اصول المذهب فان ضعف
السكوني مشهور و الاجماع المنقول على تصحيح ما يصح عنه لا حجية فيه و انجبار الضعف
بالشبهة مطلقا ممنوع و كشفها في المقام عن وجود ما يصلح للاستناد اليه ايضا
ممنوع مع ان اشتها الفتوى بها مطلقا ايضا ممنوع غاية الامر اشتها اطلاق الكلام
كالرواية و هذا لا يثبت به الفتوى على الاطلاق و ان كان ظاهرا فيه و لكن الاهمال في
فتاوى القدماء مع اهمال الدليل غير عزيز بل الغالب الافتاء على مضمون الاخبار فلعل
اهمال الفتاوى لاهمال الرواية و هذا لا يثبت به الا العمل بها في الجملة و هو غير منكر

فاني ايضاً اعمل به كذلك .

مع ان المشهور بين المتأخرين تقييد الرواية فان الفاضل والشهيدين و المحقق الثاني والفاضل المقداد قيدوه بالامتزاج وهو الظاهر من الشهيد الثاني ايضاً ولا وجه له الا تطبيق الحكم على القواعد فان الامتزاج يورث الشركة وليس هذا لعدم الاعتماد بالرواية حتى يدفع بما مر من وجوه الحجية فانهم استدلوا بها للحكم بعد التقييد بما مر بل انما هو لعدم دلالتها الا على ثبوت الحكم في الجملة فلا اطلاق لها اولان الشهرة الجارية لم تثبت بالنسبة إلى اطلاقها ومجرد اشتها العمل بها لا يجبر ضعفها مطلقاً بل بحسب الشهرة .

و يحتمل ان يكون المراد من الرواية الارشاد الى الصلح الاختياري بالتصنيف و انه ينبغي لهما ان يتصالحا عليه و ظاهر عبارة الدروس ان كلمات الأصحاب ايضاً لا تأتي عن ان يكون هذا صلحاً اختيارياً و لعله لهذا نفى البعد عن القول بالقرعة في الدروس والتفتيح واختار في التحرير القسمة اثلاثاً كما هو مقتضى الاشاعة .

و بالجملة فلم يظهر منهم الاتكال على هذه الرواية في رفع اليد عن الضوابط العامة والتزامهم بحكم مخالف لها استناداً اليها مع انها في حد ذاتها قاصرة عن افادته سنداً بل دلالة ولنتبرك بنقل جملة من عباراتهم ليظهر عدم التزامهم بما يخالف الاصول استناداً إلى هذه الرواية بل كلماتهم في غاية الاضطراب ولولم يكن فيها قصور لم يكن للتأمل في الحكم مجال .

قال في التذكرة لو اودع رجل عند آخر دينارين و اودعه آخر ديناراً وامتزجا ثم ضاع دينار منهما فان كان بغير تفريط منه في الحفظ ولا في المزج بان اذنا له في المزج او حصل المزج بغير فعله ولا اختياره فلا ضمان عليه لاصالة البراءة ولو فرط ضمن بالتلف هذا بالنظر إلى المستودع و اما المال الباقي فانه يعطى صاحب الدينارين ديناراً لان خصمه يسلم له انه لا يستحق منه شيئاً و يبقى الدينار الآخر يتصادم دعواهما فيه فيقسم بينهما نصفين لما رواه السكولي عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليه السلام وذكر الرواية فقال :

ولو كان ذلك في متساوي الاجزاء الممتزج مزجا يرفع الامتياز كما لو استودعه احدهما قفيزين من حنطة او شعيراو دخن او شبهه و استودعه الآخر قفيزا مثلها ثم امتزج المالان و تلف قفيز من الممتزج فان الاقوى هنا ان يقسم المان التالف بينهما على نسبة المالين فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث قفيز و لصاحب القفيز ثلثا قفيز والفرق ظاهر لان احد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار انتهى فهو كما ترى خص الحكم بما لو امتزجا و تصادمت دعواهما في احد الدينارين مع ان الرواية مطلقة ولا اشعار فيها بالامتزاج فان الاشتباه لا يتوقف عليه بالضرورة .

و قال في الدروس ولو اودعه واحد دينارين و آخر دينارا فضاع دينار و اشتبه ففي رواية السكوئي لصاحب الدينار نصف دينار و للآخر الباقي و العمل بها مشهور و هنا الاشاعة ممتنعة و لو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقي اثلاثا و لم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يمينا و ذكروهما في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا و جاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين و الفاضل في احد اقواله يحكم في مسألة الوديعة بان الدينارين الباقيين بينهما اثلاثا كمختلط الاجزاء وفيه بعد و لو قيل بالقرعة امكن انتهى .

فهذا الكلام يشتمل على وجوه و احتمالات منها كونه صلحا قهريا و منها كونه اختياريا و مع الامتناع من احدهما يحلف الآخر و ياخذ الدرهم و اما مع الامتناع منهما من التصالح و التحالف فلا دلالة لكلامه على الحكم ولا بد اما من القرعة او التنصيف للانصاف و منها القرعة من غير يمين ولاوجه لهذه الوجوه مع صلاحية الرواية للاستناد اليها و استفادة الحكم منها فتأمل .

و في التميح الثانية ذات الابداع فان كان التلف عن تفريط غرم المستودع التالف سواء اذنا في المزج اولا و ان كان لا عن تفريط و كان المزج بغير اذنهما فكذلك و ان كان باذنهما أو حصل المزج بغير اختيار المستودع ففي الرواية عن السكوئي لصاحب الدرهم نصف و للآخر الباقي و العمل بها مشهور ولا يمكن هنا دعوى الاشاعة

كما في الاول لان ذلك خلاف الفرض لكن السكوى ضعيف والشبهة ليست حجة فالاجود حينئذ ان يقال ان كان ذلك في اجزاء ممتزجة قسم الباقي اثلاثا وان كان في غير الممتزج فالعمل كما في الرواية وقال العلامة في التحرير يقسم الباقي على نسبة المالين كما قلناه في الممتزج وهو بعيد نعم لو قيل بالقرعة هنا لم يكن بعيدا .

بقى هنا سؤال وهو انه هل في العمل بمدلول الروايتين في المسئلتين يمين ام لا فنقول لم يذكر الاصحاب فيهما يميناً وذكرهما في باب الصلح فجاز ان يكون الصلح قهريا و جاز ان يكون اختياريا فان امتنعنا فاليمين انتهى .

وهذا الكلام كما ترى مع انه ضعف الرواية صريحا بالتنصيف في غير الممتزج انما هو للقاعدة الكلية على ما يقتضيه نص كلامه وفيه من الاضطراب ما ترى مثلما في الدروس بل عينه والظاهر ان ما في الدروس ماخوذ منه .

وبالجملة فالذي يستفاد من هذه الكلمات ان التنصيف على القول به ان لم يكن بالصلح الاختياري فهو للشركة التنزيلية الحاصلة بالمزج الرافع للامتياز وهذه قاعدة كلية لا اختصاص لها بهذا المسئلة فان الامتزاج في المتماثلات من الوجوه المورثة للاشاعة اتفاقا على ما يظهر من كلماتهم في كتاب الشركة .

ان قلت نعم ولكن مقتضى الاشاعة التثليث لا التنصيف كما اختاره العلامة في التحرير . قلت هذا مقتضى الشركة الحقيقية واما الشركة التنزيلية فانها هي لمكان الاشتباه والعدل في الحكم فيدور الحكم مداره والمفروض انه لا اشتباه في اختصاص احد الدرهمين باحدهما واما الاشتباه في الدرهم الاخر فهو كما لو كان لكل منهما درهم وامتزجا ثم تلف احدهما فان الشركة حينئذ في التنصيف فكذا هنا لان الاشتباه الذي هو موضوع هذا الحكم التنزيلى مختص باحدهما .

ان قلت ان هذا لا يلايم اطلاق كلماتهم في كتاب الشركة حيث حكموا باشتراك الشريكين في الربح والخسران على حسب رأس المال ولم يفضلوا بين ما استعمل مجموع المالين الممتزجين في التجارة وبين ما وقعت على بعضها خاصة مع ان مقتضى ما قررته

التفصيل فانه إذا امتزج دينار بثلاثة و انجر بثلاثة من الاربعة خاصة فلا شبهة في ان الاثنين منهما لصاحب الثلاثة و انما الاشتباه في واحد منها فمقتضى اطلاق الكلمات ان لصاحب الدينار ربح الربع و للآخر الباقي و مقتضى ما قررت ان "له السدس لان" الاشتباه انما هو في ربح درهم واحد و نصف ربحه سدس ربح الثلاثة .

قلت نعم لكن هذا الاطلاق لا حجية فيه ولا مدرك لهذا الحكم ايضا مع ان جعل التنصيف هنا مقتضى القواعد لا يلايم اطلاق الفتوى بالاشتراك في الربح و الخسران فيستظهر من هذا الحكم منهم اختصاص الحكم المزبور ببعض الصور .

مع ان "لنا ان نمنع من الاشاعة التنزيلية بمجرد الاشتباه الرافع للامتياز حتى في المشبهة و انعقاد الاجماع عليه ممنوع فان" الفاضل والشهيد قد نفيا البعد عن القول بالقرعة مع فرض الامتزاج ولو كان مفيدا للشركة بالاجماع كان هذا القول في غاية البعد بل بمكان من الوهن و السقوط مع ان "ثاني الشهيدين اختار القول بالقرعة في المقام بعد تضعيف الرواية في المسالك و الروضة فكيف يمكن دعوى الاتفاق على افادة المزج للاشاعة لحصول الاشتباه .

قال في الاول بعد الحكم بان التنصيف هو المشهور بين الاصحاب و يشكل الحكم مع ضعف المستند بان "التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا و الموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة و مال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب و مقتضى الرواية ان يقسم كذلك و ان لم يتصادم دعواهما في الدينار و انه لا يمين و لذا لم يذكر الاصحاب هنا يميناً بناء على كون الحكم المزبور قهريا كما ذكر في الدروس في المسئلة السابقة .

و ربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كل منهما بعين حقه ولو كان بدل الدراهم مال يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز و هو متساويها كالحنطة و الشعير و كان لاحدهما قفيزان مثلاً و للآخر قفيز و ثلث قفيز و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره فالتالف على نسبة المالين و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث و للآخر ثلثا قفيز و الفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدرهم لانه حق احدهما خاصة قطعاً انتهى .

فهذا الكلام صريح في ان مجرد الامتزاج المورث للاشتباه لا يورث الاشاعة بل الاختصاص باق على حاله والحكم بان التلف في الاقفة الممتزجة من كل من المالين على حسبه انما هو لان التلف انما يكون من كل منهما على حسبه بمقتضى الامتزاج لا من جهة الاشاعة ايضا وهكذا عبارته في الروضة .

فظهر ان افادة الامتزاج للشركة ممنوعة مطلقا الا في المزج التام الموجب لوحدة الامور المتعددة مع انه لو كان الموجب للحكم بالشركة للاشتباه فلا وجه لاعتبار المزج بل ينبغي الاكتفاء بمجرد الاشتباه ولا اظن احدا يلتزم باشتراك المالين بمجرد اشتباه المالين .

و بالجملة فمقتضى القواعد ما اختاره ثاني الشهيدين الا ان يثبت ان الشركة تحصل بالمزج فان لم تكن دائرة مدار الاشتباه كان الحكم ما اختاره في التحرير . الا بالتنصيف وهذا هو الاظهر لشهرته بين الاصحاب مع ورود الرواية ومطابقته للقاعدة الكلية المسلمة بينهم في الجملة ولكن حصول الاطمينان مشكل فندبر فان المسئلة لا تخلو عن اشكال والله العالم .

و الذى يودى اليه النظرا لان اعتبار العلامة في التذكرة الامتزاج في العنوان انما هو للتنبيه على عدم كونه في المقام مورثا للتثليث لان عين احد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار والا فالحكم بثبوته في غير صورة الامتزاج اظهر فأفاد التنصيف مع الامتزاج بالصراحة ومع عدمه بالفحوى كما انه نبه على عدم كون التداعى في المقام مورثا للتحالف بقوله يتصادم الخ فان كون المسئلة اعم من ذلك واضح وقد اشار إلى ان القاعدة هي القرعة والتحالف عند التداعى بتعليل الحكم بالرواية .

و الفاضل المقداد تبعه في اعتبار المزج وخالفه في الاستناد إلى الرواية و هو من الفساد بمكان و تنبه لذلك في الدروس فتبع التنقيح في غير اعتبار الامتزاج والحاصل ان الظاهر اطباقهم على ان التنصيف وعدم اليمين على خلاف القواعد فافهم .

و من هذا كله يظهر ما في ما في الجواهر من اختيار الحكم مطلقا استنادا إلى

الرواية قال ره بعد ما نقل ما فى المسالك و الدروس و ما فيه من احتمال القرعة وفيه انها عند الاشكال ولا اشكال بعد النص و الفتوى و القاعدة التى اشرنا إليها فى قسمة المال بين مدعيه قولا او كثروا بالسوية بعد فرض استوائهم فى قطع الدعوى المنزل منزلة الصلح القهرى فيما بينهم .

و منه يعلم ما فى احتمال كونه اختياريا ضرورة امكان القطع بعدمه من النص و الفتوى كالقطع بعدم اليمين فى جميع الصور حتى المسئلة الاولى التى حصل الاشتباه فى مالك المال من ان " تعاقب ايديهما المقتضية ملك كل واحد منهما بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد لمالكين ، و ابطال اقتضاء كل من اليمين فى النصف ليس باولى من القول بحصول الاشتباه فى مالك الكل الذى هو مقتضى يد كل منهما فيكون مالا مشتبها دائرا بينهما تاتى فيه القاعدة السابقة انتهى فان فيه مواقع للنظر .

منها قوله ولا اشكال بعد النص و الفتوى الخ وجه النظر ما عرفت من ضعف الرواية و تضعيف جماعة من الاساطين اياها و المنع من انجبارها بالشبهة و عدم ثبوت عمل المشهور بها فلعل الحكم بالتنصيف انما هو للإشاعة الحاصلة بالامتزاج والاختلاط لا للتعبد بهذه الرواية الضعيفة و القاعدة المدعاة لا دليل عليها بل القاعدة فى مثل المقام اعمال القرعة فانها لكل امر مشكل كما احتمله الشهيد و الفاضل المقداد و اختاره الشهيد الثانى .

ومنها قوله ومنه يعلم ما فى احتمال كونه اختياريا وجه النظر ان كون الرواية و فتوى المشهور نصا فى كون التنصيف صلحا قهريا لا يوجب القطع به مع ضعف الرواية فضلا عن ظهورهما فيه مع صدور الاحتمال من مثل الشهيد و الفاضل المقداد بل زهاب ثانى الشهيدين على خلافه كما عرفت مع ان امكان القطع لا حجية فيه بالضرورة بل كون السبب مفيدا للقطع عادة ايضا لا ينفع و انما المناط هو القطع الشخصى الفعلى و ان حصل من غير الاسباب العادية المتعارفة .

و منها قوله كالقطع بعدم اليمين فى جميع الصور الخ وجه النظر ان القطع بالعدم من اطلاق النص بل اهماله و بعض الفتاوى من مثله بعيد ، مع زهاب مثل آية

الله العلامة و من تاخر عنه إلى خلافه و اما ما ذكره مدركا للقطع و هو قوله من ان " تعاقب ידיهما المقتضية ملك كل واحد منهما الخ ففيه ما تقدم من منع اقتضاء كل من اليدين ملك الجميع وأن التنصيف مقتضى اجتماع اليدين و انضمامهما المقتضى للإشاعة و التعاقب المفروض في كلامه خلاف الفرض فان الحكم في التعاقب غير ذلك فتدبر .

ثم قال و اما ما حكاه عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون الامتزاج ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك انتهى .

و فيه ان " الضرورة المدعاة ممنوع بل مدخلية خصوص الامتزاج لا دليل عليها و يبعد ان يكون المناطق في الشركة هو الاشتباه مطلقا ولو سلم فالحكم في كلمات الجماعة مقيد بالامتزاج و تعليلهم له مع هذا التقييد بالرواية يفصح عن تقييد الرواية به ايضا و انهم لم يفهموا من الرواية الاطلاق بالنسبة الى غير صورة الامتزاج فتدبر . تنبيهه : لا اشكال في حرمة تصرف من علم منهما بعدم استحقاقه للنصف المدفوع

اليه حيث قلنا بالتنصيف كما انه لا اشكال في جواز تصرف كل منهما في حصته فان " تنجز التكليف بالعلم الاجمالي انما هو حيث كان التكليف على جميع التقادير متوجها إلى المكلف و انما يتوجه النهى إلى المكلف على تقدير كون المدفوع ملكا للغير اما على تقدير كونه له فلا والعلم بتوجه النهى اما اليه و اما إلى صاحبه لا اثر له لان " النهى على تقدير التوجه إلى صاحبه لا اثر له بالنسبة اليه كما في واجدى المني في الثوب المشترك و اما من اجتمع عنده النصفان و اشترى بهما جارية مثلا ففى جواز التصرف اشكال للعلم التفصيلي منه بكون نصف الثمن مستحقا للغير فلا يملكها بتماهما و العلم التفصيلي يستحيل نفى الحجية عنها بالضرورة وقد اوضحت فيما وضعته لتحقيق حجية القطع المسمّى بالبيان .

و يمكن دفعه بانه صلح قهري فكل من النصفين ملك من دفع اليه في الواقع . [هذا على تقدير التعبد بالرواية في التنصيف و اما على المختار فلا مجال للاشكال لان "

المال صار مشتركا بالزوج والاختلاط تحقيقا او تنزيلا فكل من النصفين ملك لمن دفع اليه في الواقع فلا يعلم مشترى الامه بالنصفين باستحقاق الغير نصف الثمن بل قد يعلم بكونه بالتمام ملك نفسه ولا مانع من ذلك .

ولا يبعد ان يكون هذا هو المراد بالصلح القهرى ولكن الرواية على تقدير التعبد بها لا تدل الا على جواز تصرف كل منهما في حصته وانه بمنزلة الصلح في هذا الاثر واما كونه كاصلح في جميع الانار فلا تدل هذه ولا غيرها عليه ومقتضى القواعد الاحترازمع العلم التفصيلى وان كان متولدا من العلم الاجمالى وكذا الحال بالنسبة الى الاجنبى العالم بالحال فان مقتضى القواعد ان يعمل بمقتضى اعتقاده ولا دليل على تأثير هذا التنصيف في التعليك واقعا] فانه لودلت الرواية على ترتيب جميع آثار الملك بالنسبة إلى كل من النصفين فلا بد من الالتزام بكون التنصيف صلحا قهرى فان المخالفة القطعية للعلم يستحيل جوازها سواء كان اجماليا أو تفصيليا ولا يخفى عدم توجه اليمين اليهما مع عدم التداعى واشتباه الامر عليهما .

و اما لو ادعى صاحب الدرهمين ان النالف من صاحبه و ادعى صاحب الدرهم ايضا كذلك فمقتضى القواعد التحالف ثم التنصيف ولكن الرواية مطلقة فيخصص بها العمومات كما احتمله في التنقيح والدروس واختاره جامع المقاصد حيث قال بعد نقل ما في الدروس قلت ظاهر الرواية وكلام الاصحاب ان ذلك قهرى و انه بغير يمين . هذا على القول بان الرواية مخالفة للقواعد واما على المختار من انطباقها عليها معها فلا اشكال في لزوم التحالف فانها انما تدل على التنصيف مع الاشتباه واما التحالف فليس موردا للسؤال حتى ينكشف عدم وجوبه من عدم التعرض له وبالجمله فالاطلاق ليس واردا مورد هذا الحكم .

بل نقول ان التداعى في غاية الندرة لعدم تميز الدناير غالبا وتشابهها فالظاهر اختصاص الحكم بصورة الاشتباه واهمال الرواية بالنسبة إلى مقام التداعى فالحكم فيه القرعة بناء على ان هذا حكم مخالف للقاعدة يقتصر فيه على المتيقن وكيف كان فلا وجه للتنصيف مع التداعى من غير يمين لان الرواية ان سلم شمولها لهذه الصورة فلا

تدل على عدمه لانه جهة اخرى مع انها منصرفة الى صورة الاشتباه فلا وجه لما اختاره جامع المقاصد . و ما يستفاد من التذكرة من عدم لزوم التحالف مع التداعي و دعوى الاطلاق بالنسبة اليه جزاف .

مسئلة ان يستبضع انسان آخر بعشرين درهما وآخر بثلاثين فيشتري بكل من البضاعتين ثوبا « و يشترى ثوب بعشرين اشترى » المباضع اياه « بذى ثلثين » اى بالثوب الذي اشتراه بثلاثين فلم يعرفا ثوبيهما « و » الحال انهما « قد تعاسرا » اى ذوالثوبين ولم يرض واحد منهما بان يتخير صاحبه ما يشاء منهما « ببيعا » الثوبان جواب الشرط « و » اخماسا يوزع الثمن « اى ثمن الثوبين اى تقسم على رأس المال على النسبة ومن المعلوم ان » المقسوم عليه خمسة فيقسم الثمن خمسة اقسام ويعطى صاحب العشرين خمسين وصاحب الثلثين ثلثة اخماس ولا فرق بين مالو تساوت قيمتهما اولا و كذا الحال فيما لو اختلفا على حسب راس المال ان لم يرتفع الشبهة بذلك .

و هذا الحكم انما هو « للنص » الدال عليه « مطلقا » و هو ما رواه اسحق بن عمار و الظاهر انه ابن حيان لا ابن موسى الساباطى عن الصادق عليه السلام انه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين بثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسى الثمن قال قلت فان صاحب العشرين قال لعاحب الثلثين اخترايهما شئت قال قد انصفه .

ولا يخفى ان « الشيخ » ره واتباعه عملوا بالرواية من غير تصرف على ما حكى عنهم و كذا المحقق و على هذا فهل يقتصر على مورد الرواية او يمتدى إلى ازيد من الثوبين بل إلى غير الثوب و إلى غير المباضعة ولا يقتصر على ما لو كان اختلاف الثمنين على هذا النحو خاصة بل يلتزم به فيما لو كان احدهما نصف الاخر او ثلثه أو ربه أو سدسه إلى غير ذلك بل إلى ما جهلت النسبة بينهما ايضا بل إلى ما لم ينتقلا إلى مالكيهما بالشراء بل بالارث و ما يشبهه اشكال ظاهر عبارة جماعة الاقتصار على مورد الرواية و صريح بعض ايضا وصرح بعض بالتعميم و توقف آخرون .

ولكن تطبيق الرواية على القاعدة «وه التفسير بين الصور» تفصيل حسن، فإن الرواية حكاية حال فهي قضية في واقعة مع انها في التهذيب مقطوعة و في الفقيه ضعيفة بسعدا بن مسلم و الشهرة ليست جارية كما انها ليست حجة مستقلة على التحقيق في المقامين مع انها من اتباع الشيخ ليست الا للاعتماد عليه مع انها محكيّة غير محققة مع انها إذا اخذت بمضمونها مطلقا و تعدى عن مواردها تخالف قواعد العدليّة .

و تحقيق المقام انّ للمسئلة اقسام مختلفة الاحكام فانّ الاشتباه قد يكون بين الثوبين من المالكين وقد يكون بينهما مع كونهما لاكثر من مالكين وقد يكون بين اكثر من ثوبين مع كثرة صور الدوران بين الامور فانها لا تحصى كثرة بل قد لا يكون اطراف الشبهة من الاملاك بل مما اشترى بما يختص بالاقواف كما لو اشترى بثلاث مال الميث الطوصى بصرفه في الاقواف فان المال المشتري به لا يدخل في ملك احد وكما لو اشترى العبد بالزكوة للمعتق .

و ايضا المشتري قد يكون وكيلا وقد يكون وليا وقد يكون فضولا وقد يكون مالكا .

وايضا المالكان قد يكونان قادرين على التصرف مطلقا وقد يكونان كذلك حال الشراء و ممنوعين حال الاشتباه وقد يكون البعض قادرا و الاخر ممنوعا .

و المنع اما بالصغر او الجنون او الفلاس او غيرهما وقد يكون الامر حال الشراء راجعا إلى المالك و حال الاشتباه إلى الولي او الوصي وقد يكون حال الشراء راجعا إلى مالك و حال الاشتباه إلى مالك آخر و الاشتباه قد يكون للمالك وقد يكون لوليّه وقد يكون لمن له التصرف خاصة دون المالك كما في غرماء المفلس و الاشتباه قد يكون لجميع الملاك وقد يختص به البعض خاصة وقد يكون للحاكم مع التداعي وفقد البيّنة وقد يكون الانتقال بغير الشراء كالارث و الانهاب و الصلح و الحيازة و الاحياء وغيرها من الاسباب .

و ايضا المشتبهان امامتهما ثلثان او مختلفان والاختلاف اما في ما يختلف به القيمة او في ما يختلف به الرغبات خاصة و الاول اما بحسب راس المال او غيره و الراجع

بحسب نفس الامر اما ما اشترى بالناقص او ما اشترى بالزائد ولا بعد في رجحان قيمة ما اشترى باقل الثمنين اما لاختلاف البلاد في الرغبة اليهما واختلاف قيمتهما بحسب اختلاف بلد الشراء وما ارسل اليه واما لعين فيما اشترى بالزائد او ظهور عيب فيه او حدوثه ولاشترائه في اوان الغلاء واشتراء الاخر اوان الرخص .

و ايضا الشراء اما بعين الثمن او بما في الذمة وعلى الاول اما مع المزج أو الاشتباه من غير مزج و اما مع عدمه وعلى الثاني اما بقصد الاشاعة في كل منهما أو التعيين والشراء مع اشتباه الثمنين او بما في الذمة على الاشاعة اما باذن المالكين أو امضاءهما وعلى التقادير فاما مع العين فيهما او في احدهما و ايضا الشراء اما في زمان واحد او سوق واحد او في ازمة مختلفة او اسواق كذلك يختلف باختلافها القيمة و المشتري قد يكون واحدا وقد يكون متعددا و مع الاشتباه فاما يمكن الاستعلام مع اليسر والعسر أولا .

و ايضا فاما يمكن تعديل السهام من غير بيع او يرضى المالكان بالشركة أولا و على الثاني فاما يمكن البيع أولا يمكن عادة او شرعا لتعلق الوقف بهما بعد الشراء او العتق بحيث يقطع بوقوعهما او احدهما في محله أو كونهما امي ولد او مكاتبين او مدبرين او متعلقين للنذر او متعلقين لحق المجنى عليه او كون كل منهما ممن ينسحق على كل منهما او مع كون احدهما كذلك الى غير هذه من الاقسام التي لا يلتزم باشتراكها في الحكم بالبيع ثم التقسيم اخماسا ذو مسكة كما لا يخفى .

و التحقيق العمل في كل مقام من هذه المقامات بما يقتضيه الاصول والضوابط العامة و الرواية مع ضعفها لاعموهم ولا اطلاق فيها بل انما هي قضية في واقعة بل الظاهر انها مجرد حكم ارشادي وان هذا اقرب إلى الصواب وجدير بان يتراضيا عليه او لتلزم بورودها في ما او اختلط الثمنان فحصلت الاشاعة في الثوبين .

وقد صرح بحمل الرواية على احد الوجهين الفاضل المقداد في التنقيح حيث قال انها تحمل على امرين اعنى امتزاج المالكين قبل الشراء فان لفظ الرواية لا تدفع

هذا الاحتمال ثم ذكر الرواية و قال بحملها على الاستحباب فان في ذلك تطبيعا لنفس كل واحد منهما ودفع ضرر الابعاث انتهى .

و اما الشركة الحاصلة في السلعة بالاشتباه و عدم الامتياز فمع التسليم لا يقتضى القسمة بحسب راس المال مطلقا و الا فلو اشترى واحد رطلا من العسل بعشرة و آخر بعشرين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعا او كرها ثم بيع الرطلان فينبغى ان يقسم الثمن اثلاثا لكنه مما لا يلتزم به عامى .

فحيث يتحقق الشركة اما باختلاط الائمان او بالشراء كذلك و بالاشتباه يتبع حكمها على ما عرفت و في غير الاشاعة يتعين القرعة مع تعذر الاستعلام و عدم ظن قوى و معه اشكال من عدم الدليل على اعتباره في الموضوعات الصرفة من عدم ثبوت حجية القرعة مطلقا حتى مع انكشاف الواقع ظنا فلا يبعد الالتزام بحجية الظن مع الاشتباه في الموضوعات مطلقا سيما إذا كان قويا مع عدم جريان اصل من الاصول و عدم التمكن من الاحتياط لعدم الدليل على اعتبار القرعة معه فيستقل العقل بحجيته حينئذ كما يستقل بحجيته في الاحكام مع الانسداد .

و لعله لهذا عمل بالظن في هذا المقام آية الله العلامة قدس سره الشريف حيث قال في التذكرة بعد فرض الاشتباه في الثوبين على ما مر : فان خير أحدهما صاحبه فقد انصفه و إن تعاسرا بيعا معا و قسط الثمن على القيمتين فياخذ صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن و ياخذ صاحب العشرين خمسى الثمن ان الظاهر عدم التغاين و ان كل واحد منهما اشترى بقيمته و باع بالنسبة و لما رواه اسحق بن عمار ثم ذكر الرواية . و قال و لو بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه لتمييز حق كل واحد منهما عن الآخر و ان تفاوتا كان اقل الثمنين لصاحب العشرين واكثرهما لصاحب الثلاثين قضاء بالظاهر من عدم الغبن انتهى .

فهو ره استدلل بالظاهر مطلقا وجعل الرواية في موردها دليلا على حدة و يوافقه ما اختاره في القواعد مع اشتراط بيعهما معا بعدم امكان الانفراد و كذا الفاضل المقداد حيث قال في التنقيح ان الثوبين ان تساويا من كل الوجوه الممكنة اعطى كل واحد منهما ثوبان وقد اشترى بمال كل منهما ثوب منفرد و ان تفاوتا الذي يقتضيه عقل المعاش غالبا ان الاجود

يكون لصاحب الثلثين و الآخر لصاحب العشرين و ما ذكر من الاحتمال نادر انتهى .
و مال اليه جامع المقاصد ايضا في غير ما تساوت قيمة الثوبين حيث قال وشيخنا
في الدروس بعد ان حكى مختار المصنف انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع
قال الرواية مطلقة في البيع و يؤيدها ان الاشتباه مظنة تساوى القيمتين .

قلت فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتتا
خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف ان لاراد له و قول ابن ادريس ره
بالقرعة و ان كان له وجه الا ان مخالفة النص و كلام الاصحاب مشكل انتهى ففي غير
صورة التساوى اختار مختار المصنف و اما مع التساوى فيحتمل هذا ايضا بان يكون
التفصيل مما شاة مع الشهيد و ابطالا لقوله بالقرعة في غير صورة التساوى التى هى على
ما زعمه مورد الرواية و يحتمل ان يكون مذهبه التفصيل بالعمل بالرواية مع التساوى
و بما اختاره المصنف في غير التساوى و كيفما كان فهو ايضا ممن عمل بهذا الظاهر .

ومن هذا كله يظهر ما في الرياض حيث قال بعد نقل ما في التذكرة و هو اجتهاد
في مقابلة النص المتعبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التى غايتها
ايراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التى هى من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية
فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليه الادلة انتهى .

و تبعه صاحب الجواهر حيث قال فما في التذكرة كلاجتهاد في مقابلة النص
المعتضد بفتوى المعظم المقتضى صيرورتهما بمثابة الشريكين على كل حال انتهى .
وقد عرفت قيام الدليل على اعتبار الظن و قصور الرواية سنداً و دلالة و زهاب
جماعة من الفحول الى العمل بهذا الظن و اسناد الاجتهاد في مقابلة النص إلى مثل
هؤلاء ليس باولى من اسناد الغلبة إلى اتباع الشيخ ره الذين قال فيهم بعض النحول
بان الجماعة الذين نشأوا بعده ركنوا اليه و اقتصروا في مذاهمهم عليه مع ان هذه
شهرة منقولة لا نعلم انهم اقتوا بها مطلقا او انهم اهملوا القتيى كالرواية و بالجملة فمثل
هذه الجرئة من مثلها في مثل المسئلة بالنسبة الى مثل العلامة قد عجب مع عدم تفرد
بهذه الفتوى .

و من العجيب ذهب صاحب الجواهر إلى التعدى عن مورد النص مع عدم عموم فيه ولاوجه لتنقيح المناط مع اقتصار غيره عليه ممن تعبد بالرواية و خالف بها القواعد كالشهيد في الدروس حيث اختار في غير صورة التساوى القرعة حتى في التوبين و صرح به ثاني الشهيد في المسالك قال وعلى تقدير العمل بالرواية يقتصر حكمها على موردها ولا يتعدى إلى الثياب المتعددة و إلى غيرها من الامتعة والايمان وتبعهما صاحب الرياض في ترجيح عدم التعدية وجعل التعدية احتمالا مرجوحا وعلل التعدى في الجواهر بظهور ارادة التعليم مؤيدا بالاعتبار و مناسبة لتكون الصلح مشروعا لقطع الخصومة .

قال نعم ما فيها اى في الدروس من انه ان عملنا بالرواية ففى تعديها الى الثياب و الامتعة و الايمان المختلفة نظر من تساوى الطريق في الجميع و عدمه و الاقرب ان القرعة هنا مخالف لقولهم عَلَيْهَا الْاَصُولُ وعليكم ان تفرعوا ولا يكون الفقيه فقيها حتى يلحن له في القول فيعرف ما يلحن له و لظهور ارادة التعليم منها مؤيدا ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار و مناسبة لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع و التخاصم فالاقوى حينئذ التعدية انتهى .

و فيه ان كون ما في الرواية اصلا ممنوع مع انه لا يمكن الالتزام فى جميع الصور المتقدمة ، و تحديدها بحيث لا يتعدى عن الحد الى غيره لا معين له و اللحن فى القول عبارة عن فهم المراد على مقتضى القواعد اللفظية و ما يفهمه اهل اللسان غاية الامر ان الفقيه يفهم من العبارة ما يفهمه الاوحدى من اهل اللسان و ينتقل إلى اللوازم البعيدة الغير البينة و التعدى عن مورد هذه الرواية ليس الاعمال بالراى و القياس .

و اما ظهور ارادة التعليم منها فممنوع بل انما هو قضية فى واقعة كما صرح به ثاني الشهيد فى المسالك و يظهر من التنقيح و اعترف المحقق الثاني بأنها قضية فى واقعة لا عموم فيها مع قطع النظر عن فهم الاصحاب و ان فهمهم انما هو قرينة على العموم فتأمل (١) .

(١) وجه التامل ان الانصاف ان الرواية ليست حكاية حال بل انما تشمل على جواب عن سؤال مع ترك الاستفصال وهو على ما تقر في محله ينزل منزلة العموم فى المقال منه .

ولو سلم انها فى مقام التعليم فانما هو على ما فى التنقيح للارشاد الى ان فى ذلك تطييبا للنفس كل منهما ورفع ضرر الابعاث فهو حكم ارشادى لاحتمى او انه ارشاد الى الحكم عند مزج المالين قبل الشراء الموجب للشركة بحسب رأس المال واما موافقته للاعتبار فبمكان من الوهن فان الاعتبار يقتضى الذهاب إلى ما اختاره الفاضل به من العمل بالظن و التقسيم مع التساوى و تخصيص صاحب الاكثر بالاحسن و ان كان فيه كلام سيانى التنبيه عليه انشاء الله تعالى و بالجملة فلا وجه لهذا الاعتبار الا تساوى نسبتها إلى كل منهما .

و قد اشار اليه فى الدروس حيث قال و يؤيدها اى الرواية ان الاشتباه مظنة تساوى القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فهما بمثابة الشريكين و فيه ما عرفت من ان هذه الشبهة و ان اورنت الاشاعة الا انها لا تقتضى الاشاعة على حسب راس المال مطلقا حتى مع تساوى الثوبين بحسب القيمة فانه ليس الاظلاما و اكلا للمال بالباطل وقد مر سابقا انه لو اشترى واحد رطلا من العسل بعشرة دراهم و آخر بعشرين مع التساوى فى الجهات ثم اختلاط و بيعا مشتركا فى الثمن بالنصف ولا يتوهم ذومسكة الشركة فى الثمن اثلاثا حسب ما اشرنا اليه .

و اما المناسبة لكونه مشروعا لقطع التنازع فمع ما عرفت سابقا من عدم ثبوته لاربط له بما ادعاء فان قطع الخصومة بغير هذه الطريقة احسن بل متعين فانه لو تساوت قيمة الثوبين فالخصومة انما تنقطع باعطاء كل واحد منهما واحدا منهما لالبيع و التقسيم اخماسا مع انه ظلم قطعاً للقطع بان مال صاحب العشرين اعطى صاحب الثلثين مع ان المشروع لقطع التنازع انما هو العقد و تعميم هذا الحكم لاربط له به فانه ليس من الصلح العقدى و بالجملة فهذا الكلام لا يكاد يظهر له معنى محصل .

و بما ذكرناه ظهرا له لا وجه لما ذهب اليه الجماعة من البيع حتى مع عدم رضى المالكين به لتعلق غرضهما او احدهما بالثوب للكسوة او للتغطية او غيرهما سيما مع امكان تعديل السهام من غير حصول منقصة فى احد الثوبين بالقسمة فما افاده الفاضل من البيع منفردا مع الامكان ومجمعا مع التعذر لا يتم مطلقا بل انما يتم مع التراضى منهما .

وتوضيح المرام ان المنقول عن الفاضل في التنقيح انه ابطل مذهب اليه ابن ادريس من القرعة بانها عند الاشكال و لا اشكال مع النقل و ايضا هذا المجموع بضاعة شخصين لكل منهما قدر معين فيبيع و يبسط الثمن على نسبة المالين كغيرها من الاموال و كما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن فان الشركة قد تحصل ابتداء وقد تحصل بالمرج الموجب للاشتباه كما هو هنا و اذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر راس المال الذي له كما في الطعامين لو امتزجا هذا ما نقل عن الفاضل المقداد .

و فيه ان مثل هذا النقل الضعيف لا يعمل به من يقول بحجية الخبر الواحد فكيف من لا يقول بحجية الاخبار الاحاد مطلقا نعم يرتفع الاشكال على الانجبار بالشهرة مطلقا اذا كشف عما يعتمد عليه في المقام و دون اثباتها خرط الفتاد و لان الشهرة على ما في التنقيح بين اتباع الشيخ وقد عرفت ان اجماعهم كالفتوى الواحدة فكيف بالشهرة . مع ان العلامة ره لم يعمل بالرواية لما عرفت من ذهابه الى التفصيل بين صورة امكان الافراد بالبيع و غيرها و التفصيل على الاول بين التساوى في القيمة و الاختلاف فحكم مع الاختلاف باعطاء اقل الثمنين صاحب العشرين و اكثرهما صاحب الثلاثين و على الثاني و هو عدم امكان البيع منفردا انما حكم بالبيع و قسمة الثمن اخماسا لاستظهار عدم التغايب و ان كل واحد منهما اشترى بقيمته و باع بالنسبة وجعل الرواية لهذه الصورة دليلا على حدة .

و لو كان ممن عمل بالرواية لم يتجه هذا التفصيل لعمومها بالنسبة الى الثوبين الذين اشتراهما المطابع لترك الاستفصال بل قد احتمل جماعة من الاساطين و اختار بعض متأخري المتأخرين تعدى الحكم الى ازيد من الثوبين بل غير الثوب كما عرفت و لو سلم عدم العموم فاطلاقها بالنسبة الى موردها مما لا يقابل بالانكار و لو سلم عدم الاطلاق ايضا او منع من العمل به مانع فلا بد من حملها على فرد غير نادر كما صنع الشهيد في الدروس حيث حملها على صورة تساوى الثوبين في القيمة بظهور الاشتباه في هذه الصورة و من المعلوم عدم ندرتها .

و اما صورة تعذر البيع منفردا فأندر الصور بل لا يكاد يتصور غاية الامر عدم

من يشتري واحدا منهما دون الآخر و اما اشتراء كل منهما بقيمة معينة فلا يتصور مانع منه و كيف كان فهو فرض بعيد وحمل الرواية عليه مستبشع جدا .

و ايضا كما يقوم الثوبان حال الافراد بالبيع و يعطى الاكثر صاحب الثلثين و الاقل صاحب العشرين فكذلك مع التعذر و الجمع في البيع يقوم الثوبان و يعطى كل منهما نصف الثمن ان تساويا في القيمة و المقدار الزايد خاصة لصاحب الثلثين مع الاختلاف و اما القسمة اثلاثا فلا وجه له قطعا لعدم اشتراكهما في راس المال بالفرض .
مثلا اذا كانت قيمة احد الثوبين عشرة و الآخر عشرين و بيعا كانت القسمة اخماسا

و ان كانت قيمة احدهما عشرة و الآخر اثنتا عشر و بيعا فلا وجه للقسمة اخماسا للقطع بعدم استحقاق صاحب الثلثين خمسي الثمن لاختصاص كل منهما بثوب بالفرض مع ان التفاوت بينهما لا يبلغ هذا المقدار و ايضا لا وجه لاستظهار عدم التغاين في البيع فانه باطلاعهما بالفرض فلا اجمال فيه حتى يستظهر عدم التغاين بالغلبة .

نعم هذا بالنسبة الى الشراء له وجه لكونه بمباشرة المباضع ولكنه لا ينفع ايضا لان قيمتهما ليس مما يخفى فاما يتساويان او يتفاوتان على حسب راس المال او غيره ومجرد عدم التغاين في الشراء لا ينفع بل المنطوق بقيمتها حال البيع و بالجملة فاستظهار عدم التغاين حال الشراء لا يجدى و استظهار عدمه في البيع لا وجه له لانه ليس مما يخفى لكونه باطلاعهما بالفرض .

ان قلت اذا بيعا معا احتمل ان المشتري بذل لاقلهما قيمة ازيد من قيمته و للاكثر اقل من قيمته غفلة عن حقيقة الحال فهو مغبون بالنسبة الى احدهما غايب بالنسبة الى الآخر و حينئذ فلا وجه لدفع ثلاثة اخماس الثمن الى صاحب الثلثين لاحتمال ان يكون ما دفعه لثوبه الثلث فقط .

قلت هذا كلام باطل لانهما اذا بيعا منفردين تعينت قيمة كل من الثوبين ولا اجمال في البين و اذا بيعا مجتمعين بحيث يكون المجموع شيئا واحدا فلا معنى للغبن بالنسبة الى بعض الاجزاء دون بعض فان الغبن بالنسبة الى المجموع الذي وقع عليه

العقد لا بالنسبة الى البعض و ليس هذا مما يخفى على متفقه فضلا عن الفقيه .
 هذا مع ان ظاهر كلام الفاضل ره تعيين البيع مطلقا ولاوجه له مع عدم التراضي
 مطلقا لا مجتمعا ولا منفرد ابل الوجه مع طرح الرواية العمل بالقرعة كما ذهب اليه
 ابن ادريس و اختاره كل من تاخر عنه على تقدير عدم العمل بالرواية اد تخصيصها
 ببعض الصور نعم للعمل بالظن وجه قد سبق فتدبر .

وتلخيص المرام ان الرواية تدل على انحصار علاج التعاسر شرعا في بيع الثوبين
 وقسمة الثمن على المالكين اخماسا مع الاشتباه و اشتراء المباحض الواحد اياهما معا
 من غير حضورهما لان الجملة الخبرية في مقام الاشياء فهي على ما تقرر في موضعه كالامر
 بالصيغة ظاهرة في الطلب الحتمي و مقتضى ترك الاستفصال عموم الحكم بالنسبة الى
 جميع افراد هذا الموضوع فان تمت سندا فلا بد من العمل بها مطلقا كما هو المشهور و
 في غير موردها بالقرعة كما عليه ابن ادريس ره مطلقا وفي غير موردها جميع من تاخر عنه .
 نعم لو لم يثبت حجية القرعة مع الاشكال مطلقا يتجه العمل بالظن بل تعين
 لانسداد باب العلم مع بقاء التكليف بالواقع و تنزيل الرواية على ما نوا امتزح الثمنان
 قبل الشراء فصحت الاشاعة كما فعل الفاضل المقداد لا يستقيم فان الرواية مصرحة
 بخلافها لان جهل كل واحد منهما بثوبه انما يتصور مع عدم الاشاعة فان كلا منهما
 على تقدير الاشاعة مملوك لكل منهما على الاشتراك و ليس لكل واحد منهما ثوب معين
 في الواقع مجهول لهما .

واما الحمل على الارشاد فلا بد له من قرينة وهو لم يبينها ورفع اليد عن ظاهر
 الرواية مع اشتهاار العمل به من غير قرينة قوية ليس على ما ينبغي و كذا تخصيص
 الرواية بصورة تساوى الثوبين في القيمة كما صنعه الشهيد نظراً الى ان الاشتباه مع
 الاختلاف مفيد لظهور ان الاكثر قيمة لصاحب الثلثين فان مثل هذا لا يصلح لتقييد
 المطلق فضلا عن تخصيص العام و ندور وقوع الاشتباه مع الاختلاف لا يمنع من عموم
 الحكم في جميع موارد الاشتباه .

وبالجملة فالحكم دائر مدار الاشتباه و ان كان مع الاختلاف مع ان هذا الحكم

مع تساوى الثوبين في القيمة خلاف العدل للعلم بان كل واحد منهما مختص بواحد منهما فبيعهما من غير رضاها ثم اعطاء مال احدهما الاخر ظلم قطعاً تعالى شأن الشارع عن مثل هذا الحكم بل المتعين في مثل المقام اما القرعة او تخير الحاكم في تخصيص الدفع او شركتهما فيها على التنصيف فيجرى عليهما حكم المشترك .

ان قلت ان الظلم انما يتحقق لو بقى تمام ثمن احد الثوبين على ملك صاحب العشرين فان دفع بعضه الى صاحب الثلثين عدوان ولكن الاصحاب يدعون ان هذا صلح قهرى فيخرج ما يدفع الى صاحب الثلثين زيادة على ثمن احد الثوبين عن ملك صاحب العشرين و يدخل في ملك صاحب الثلثين بحكم الشارع .

قلت تملك الشارع مال الشخص من غيره بلا عوض من غير موجب ايضا ظلم ولا ينحصر الظلم في الاستيلاء على مال الغير عدوانا .

ان قلت لاستحالة في كون الاشتباه موجبا لذلك كما في التلف من عند الودعى فان المفروض هناك عدم الاشاعة واختصاص الدرهم الذي ينتصف بينهما باحدهما قطعاً . قلت اولاً ان الحكم ليس مسلماً هناك ايضا لما عرفت من احتمال القرعة من الشهيد وغيره ولو سلم فعدم الاشاعة ممنوع بل لا وجه للتنصيف الا الاشاعة لما عرفت من اختصاص الحكم بصورة الامتزاج كما صرح به الجماعة وهو مورث للاشاعة مطلقاً على ما يستفاد من كلاماتهم ولهذا اختار في التحرير القسمة اثلاثاً .

ان قلت ان خروج نصف الدرهم عن ملك احدهما ودخوله في ملك الاخر بالامتزاج حكم تبدي و صلح قهرى و كما انه لا ينافي العدل فكذا ما نحن فيه فان الاشتباه والاختلاط موجود في المقامين .

قلت ان بين المقامين بون بعيد فان نسبتي المستودعين بالنسبة الى احد الدرهمين على السواء فقسمة بينهما مطابق للعدل والانصاف ومقتضى العدل في المقام ايضا تساويهما في القسمة لان المفروض تساوي نسبتيهما الى كل واحد من الثوبين فالاختلاف في القيمة مع التساوي في النسبة ظلم .

ان قلت لا نسلم التساوي في النسبة لاختلاف النسبتين بحسب اختلاف الثمنين

فالقسمة اخماسا في المقام كالقسمة اثلاثا في مسئلة التلف من عند الودعى على ما في التحرير و بالجملة فكما ان الامتزاج في المثليات يفيد الاشاعة بحيث يكون الربح والخسران بحسب رأس المال فكذلك التلف فيها و في القيميات مطلقا أو في خصوص المقام للنص فكما ان الاشاعة و الاشتراك في التلف و الربح و الخسران في المثليات بحسب رأس المال لا محذور فيه فكذا ما نحن فيه .

قلت ان "الاشتراك في الربح والخسران و التلف على حسب رأس المال مسلم مع اشتباه الامر و عدم العلم بالواقع اصلا وهو حينئذ مقتضى العدل و اما مع العلم بالتساوي كما لو تلف درهم من ثلاثة ممتزجة أو للاختلاف كما لو انجز لاثنتين من ثلاثة مع اختصاص احدهما بواحد و الآخر بالاثنتين فلا فان ربح احدهما يختص بصاحب الاثنتين قطعا و اما الاشتباه في الآخر و مقتضى العدل حينئذ القسمة ارباعاً لا اثلاثا وليتأمل في المسئلة فانها لا تخلو عن اشكال و دقة .

و بالجملة فكما ان "تقييد الرواية و حملها على ما عرفت تفريط فالتعدي عن موردها و الفاء الخصوصية افراط لما عرفت من اختلاف الصور و الجهات و عدم الضابط نعم يمكن القطع بعدم مدخلية العدد مثل كونه خصوص الاثنتين بل عدم مدخلية كون المشتبهين ثوبا والله العالم .

مسئلة "لو" ادعى اثنان دارا في يد ثالث مثلا بسبب موجب للشركة كالميراث فخص احدهما بالاعتراف و كذب الآخر ثم "صالح" ذلك "الشريك" المقر له «من اياه خص بالعرف» اسم من الاعتراف «عما» متعلق بصالح «قد أقر» و هو النصف بشيء «لم يخص» «بالبناء للمجهول اي لم يخص المقر له بمال الصلح لعدم اختصاصه بما صولح عنه و اشتراكه بينهما بحسب اقراره بل انما يختص» بما يوازي حصته و هو الربع فيبقى نفوذ العقد بالنسبة الى الربع الآخر مراعى باجازه شريكه .

هذا إذا وقع الصلح على ما يتعلق به الاقرار وهو النصف المضاف إلى الدار الذي نسبته الى كل منهما كنسبة الدار على حد سواء و اما لو صولح عن الكسر المضاف إلى المقر له والنصف المختص به فيختص به المقر له ويبقى المنازعة بين شريكه والمشتبه .

و لكن الظاهر من نصف الدار هو النصف المشترك و تخصيصه يتوقف على اضافته الى المقر له فالصالح لا يختص به المقر له «الا مع القصد» منهما «إلى التخصيص فيورث» قصد التخصيص «التميز» لكل من النصفين عن الآخر لان ملك كل منهما متميز عن الآخر و انما الاشاعة في المملوك فالقصد الى التخصيص «كالنحصيص» بالمهمات اي كجمل المال حصة حصة الذى هو عبارة عن القسمة لكنهما يورث تميز اعيان الحصص و ارتفاع الشركة راسا بخلاف قصد التخصيص فانه انما يورث تميز متعلق الانشاء و اختصاص ما قصد به لا تميز الحصص و ارتفاع الشركة راسا .

و بالجملة فالاشاعة الى المقر له انما يوجب تبدل الشريك لا ارتفاع الشركة بل هى باقية بحالها نعم بشارك القسمة في منعه من كون المصالح عنه منهما و اشتراك مال الصالح بينهما .

هذا مجمل ما افاده الفحول من الاصحاب في هذا الباب و لكن كلماتهم لا تخلو عن الاضطراب فاقول مستمدا برب الارباب و اماناته الاطياب كاشفا للحجاب ان «للمسئلة صورا .

منها ان يدعى ما في يد المتشبت بالميراث مع اقتضائه الاشتراك بينهما بان يكونا في طبقة واحدة مع عدم الحاجب و اتقاء ساير الموانع .

و منها ان يدعيه بسبب موجب للشركة غير الميراث مع اتحاده .

و منها ان يدعى كل منهما بسبب على حدة مع الاعتراف بالاشتراك .

و منها ان يدعيه لا بسبب يقتضى الاشتراك مع عدم الاعتراف به ايضا و تحقيق حال الاقسام يتوقف على بيان معنى الشركة فاقول ليس الاشاعة كون كل جزء من اجزاء المشاع بين الشريكين و الا لزم ان يكون القسمة معاوضة فيلزم الرباء مع التفاضل اذا كان المشترك ربويا .

و ايضا ربما لا تكون الاجزاء قابلة للتملك فكيف يكون كل جزء يفرض مملوكا لهما بل انما حقيقة الشركة قيام اكثر من واحد مقام المالك الواحد فنسبة الاكثر من واحد إلى المملوك المشترك كنسبة المالك الواحد اليه و ليس المملوك لكل من الشريكين

هو الكسر الكلي المنحصر في الكسور المفروضة في المشترك و الا لم يفترق بيع الصاع من الصبرة مشاعا من بيع الصاع الكلي المتعين الاداء .

و بالجملة لا ريب في كون المشترك و هو الجزئي الحقيقي مملوكا للشريكين و الا لم يملك احد من الشركاء منافعه و نماءه و لا معنى للملك الكلي الا استحقاقه في الذمة اما مطلقا او مع تعيين ادائه من امر خارجي و يعبر عنه بالكلي الخارجى يقال المستحق في الذمة و ليس معنى الاشتراك في الشيء الاشتراك في فوائده لانه من آثار الاشتراك لا حقيقته .

بل التحقيق على ما اهتم لى ان كلا من الشريكين مالك لتمام العين ملكا ناقصا فان الملك عبارة عن كون الشيء بحيث يختص الشخص بفوائده لو كان من الاعيان و كونه بيده اسقاطا و ابقاء في الحقوق كالخيار و الشفعة و الدين و استحقاق المطالبة في بعض الموارد و الاختصاص قد يكون حقيقيا وقد يكون اضافيا فكل من الشريكين يختص بفوائده المشتركة بالنسبة إلى غير شريكه .

و الحاصل ان ملك الحقوق و الاعيان حقيقة واحدة و ان اختلفت آثارهما فان الحقوق مع انها املاك ليست لها قيمة سوقية بخلاف الاعيان و لهذا يمكن ان يقال ان النصف بحسب القيمة من الاعيان راجع الى احد الشريكين و النصف الاخر الاخر إذا كانت الشركة على هذا الوجه دون الحقوق و ايضا يمكن توزيع منافع الاعيان على الحصص دون الحقوق لانها ليست لها منافع .

و ايضا ربما تقبل العين الخارجى القسمة فتقسم دون الحقوق و هذه الجهات خارجة عن حقيقة الملك غير مقومة لها و انما هي من الامور المعارضة لها فكل نوع منها يختص بطائفة منها .

و بالجملة فالملك هو الارتباط الخاص بين المالك و المال ينتزع منها عوارض مختلفة باختلاف الانواع كالاختصاص بالفوائد و اختصاصه بالتقلبات و استحقاق المطالبة و السقوط باسقاطه فان كان الارتباط تاما بان كان الاختصاص مطلقا لم يشارك غيره و الا كان مشتركا فان لكل من الشريكين ارتباطا بالمشترك مقارنا بارتباط الاخر به اما

مثله أو أشد منه بمرتبتين أو أقل أو أكثر وللمجموع المال ارتباط بكل واحد منهما .
 ان قلت كيف يمكن ان يقال ان " تمام المال المشترك بين اثنين مملوك لكل " منهما مع انه لا يتعلل مع الاشتراك الا ملك الكسر فكل من الشريكين في الفرض المذكور انما يتملك النصف على الاشاعة بالضرورة فدعوى كون الشيء الواحد مملوكا بتمامه لاكثر من واحد و كونه حقيقة الشركة خلاف الضرورة .

قلت المخالف للضرورة هو كون المجموع ملكا تاما لكل من الشريكين فانه ينافى فرض الاشتراك بالضرورة و اما كون المجموع ملكا ناقصا فهو عبارة اخرى عن ملك الكسور كالنصف و الثلث و الربع و الا فالنصف المملوك ان كان كلياً كما صرح به بعض لم يكن الجزئى مملوكا لاحد بل كان ملك كل من الشريكين في الدار مثلاً من قبيل ملك الصاع من الصبرة و هو الكلى المنحصر في افراد خاصة المطعير عنه في كلام بعض الاساطين بالكلى " الخارجى و ان كان جزئيا متعينا لم يتحقق الشركة والاشاعة .
 إذا عرفت هذا فنقول ان معنى الصلح عن النصف المشاع تمليك المال ملكا ناقصا وجعله مرتبطا بالمصالح بالفتح ارتباطاً دون الارتباط التام الذى للمالك الواحد بمرتبة واحدة و الارتباط في الصلح عن الربع دون الارتباط التام بمرتبتين و هكذا .
 فمعنى ملك النصف كون الارتباط بين المالك و المال دون الارتباط التام بمرتبة و اقتترانه بارتباط مثله بين المال ومالك آخر وعند القسمة يختص كل بحسب ارتباطه بحصته فلو كان الارتباط ضعيفا بمرتبة يختص بالنصف و ان كان بمرتبتين يختص بالربع و هكذا و هذا معنى ملك الكسور على الاشاعة و هو في غاية الدقة ولم ار من تنبيه له .

فظهر ان المملوك واحد و الملك متعدد ولا باس به مع ضعف الملك فان الشيء الواحد يتعلق به الملك التام المشتمل على مراتب غير متناهية فان كان للمالك واحد كان ملكا واحداً ولم يتميز المراتب وان كان لاكثر تميزت باختلاف المراتب واختص كل بواحد من الشركاء .

و لما كان الملك من مقولة الاضافة و كان تميز مراتبه باختلاف المضاف اليه لان
الاضافة تقوم بالطرفين فتختلف باختلاف كل منهما و نظيره في المحسوسات الالوان
فان السواد الشديد يشتمل على مراتب متناهية و لكنهما مع الاجتماع شيء واحد و
مع التفرق- بان يشتمل امور متعددة على مراتب ضعيفة من السواد- اعراض متعددة وكيف
ما كان فنقل الكسر كالنصف يتصور على وجوه لانه اما يكون النصف المضاف إلى
أحدهما خاصة أو المركب من كسر مضاف إلى أحدهما دون النصف مع الكسر المضاف
إلى الآخر كذلك كالربع من أحدهما و الربع الآخر من الآخر أو ثمن من أحدهما و
ثلاثة اثمان من الآخر و هكذا .

و هذا القسم يتصور على وجوه لا تنهاه لعدم تنهاه مراتب الكسور كالصالح
أو يكون المنقول هو الكسر المضاف إلى الكل من غير ملاحظة اضافته إلى المالك و
هذا إما يقع من المالك أو من هو بمنزلته كالوكيل و الولي أو من الاجنبى .

فعلى الاول ينصرف إلى ما تعلق به و مع التعدد بان يكون النصف مملوكا له
و نصفه راجعاً إليه بالولاية فحكمه كالآخر و اما الآخر فيمكن ان يقع من أحدهما
خاصة أو منهما بالسوية أو بالاختلاف فلا يبطل الا بردهما معاً و ينفذ بامضاء أحدهما
أو كليهما بالسوية أو بالاختلاف على اختلاف وجوه الاختلاف فيمضى على حسب الامضاء .
و أما إذا كان الناقل مرجعاً للنصفين على الاختلاف كالمالك و الولاية فلا بد من
تعيين المنقول حال النقل و ليس كالفضولي لانه يتعين بالاجازة بل لابد من تعيينه حال
الانشاء .

و هذا تفصيل متين لم ينتبه له أحد من الاساطين والحمد لله رب العالمين .
فتمحصل انه لو صالح المقر له بالنصف عن النصف اختص به مع قصد الاختصاص
و اشترك بينه و بين صاحبه مع قصد الاشتراك و كذا مع قصد النصف من غير ملاحظة
المالك حال الانشاء و لكن الحكم في هذا القسم غامض جداً .

هذا جال الصلح في الواقع و أمّا في الظاهر فمع القرينة على أحد الوجوه لا
اشكال و أمّا مع الاطلاق فهل ينصرف إلى النصف المضاف إلى المقر له أو إلى النصف

المطلق المشترك بينهما وجهان بل قولان من أن الظاهر من نقل الكسر إذا كان من المالك سواء كان بالبيع أو غيره الكسر المختص به لان الظاهر من النقل النقل المنجز المترتب عليه الاثر فعلا من غير توقف على امر آخر كلاجارة واختاره ثابى الشهيدين ره واحتمله الاول منهما وتبعه ثانى المحققين ومن أن الظاهر من اطلاق العبارة اطلاق المعنى وعدم ملاحظة اضافته إلى مالك خاص فيقع مطلقا وكما أن الكل بين الشريكين فكذا الابعاض فتأمل .

فالنزاع على هذا في تميز مدلول اللفظ وما يستفاد منه ولكن يظهر من تعليل بعضهم الحكم بالاشتراك فيما كانت الدعوى مستندة إلى الميراث بأن الذى انكره بمنزلة التالف والمحسوب تركة انما هو الموجود أن النزاع في المعنى لا في تشخيص مدلول اللفظ فإن حاصل هذا الدليل انه ليس للمقر له بالنصف الاختصاص بالصلح عنه لانه ليس له من التركة الا الربع في الواقع ويظهر ما فيه مما سيجيء انشاء الله تعالى . وما حققناه يظهر حال الاقسام المتقدمة وما في كلمات بعض الاصحاب ولا بأس بالتعرض لجملة مما حضرني من كلماتهم ونقلها تيمنا وبركا والتعرض لما فيها تشبيها للمرام .

قال في التذكرة مسئلة كل موضع قلنا بالشركة في هذه الصور لو صدق المدعى عليه احدهما وكذب الآخر وصالح المصدق عليه عن المقر به على مال فان كان باذن الشريك صح وتشارك المدعيان في مال الصلح سواء كان بعين النصف أو غيره وان كان بغير اذنه بطل الصلح في نصيب الشريك وصح في نصيبه انتهى .

و اطلاق كلامه يقتضى اطلاق الحكم بالنسبة إلى جميع الصور وهو كما ترى والتعليل بأن التالف لا يحسب من التركة وان ما لم يحصل بمنزلة التالف فاسد لانه إذا قبض بعض الورثة شيئا من الميراث اشترك بينه وبين غيره ولم يختص به كساير المشتركات .

واما إذا صالح عن حصته فلا وجه لعدم النفوذ في تمامه ولا معنى لوقوعه عنه و

عن غيره فإن العقود تابعة للقصد والناس مسلطون على أموالهم ولا معنى لكون ما أنكره المنتشب بمنزلة التالف ضرورة عدم خروجه عن ملك مالكه بالانكار وقال قبل هذه المسئلة لو ادعى اثنان دارا في يد رجل فافر لاحدهما بنصفها وكذب الآخر نظر الخ .

وفيه انه لا فرق بين اتحاد السبب وتعدد في كون ما يحصل من مال المشترك بين الشريكين والتالف عليهما لانه مقتضى الاشاعة ولا فرق في ذلك بين الارث وغيره بل بين ذكر السبب واهماله لان المناط الاشتراك باى نحو كان .

واما فرق بعض الشافعية بين الغصب قبل القبض وبعده معللاً بان التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل واحد منها قابضاً لحقه وانقطع حقه عما في يد الآخرين ففيه ان مجرد القبض لا يرفع الاشتراك ضرورة عدم تنافي الاشتراك والقبض وكذا ما ادعاه من انه يجوز ان يطرد الغصب على نصيب احدهما خاصة بان تزال يده فان ازالة يد احد الشريكين لا يوجب كون المغصوب حصة خاصة ضرورة عدم تميز حصته ومجرد تصرف الآخر في المشترك أو كونه تحت يده واشترائه في ذلك مع الغاصب لا يوجب تعيين ماله فيما تحت يده .

وفي القواعد لو صالح المنتشب المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب الشريك كالارث على شيء شاركه الاخران كان باذنه والا صح في الربع ولا شركة ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة .

وفي جامع المقاصد في شرح العبارة قال المراد بتغاير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر ولا يكون السبب مقتضياً للتشريك بل الشركة بسبب آخر وهو الشيوع كان يكون احدهما مستحقاً للنصف بالارث والآخر بالشراء مثلاً فان الاقرار لاحدهما لا يقتضى مشاركة الاخر اياه وهل يكون شرائها واتهابهما وقبضهما معا إذا اقر به المصدق من المدعيين كالارث ام يلحق بالسببين المتغايرين الاقرب عند المصنف في التذكرة الاولى لاعتراف المقر بان السبب المقتضى لملكه مقتض لملك الآخر ويحتمل ضعيفا لعدم لان البيع لاثنتين بمنزلة الصفقتين .

و لقائل ان يقول لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضيا للتشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له و هو امر كلي يمكن نقله عن مالكة إلى آخر و لهذا لو باع احد الورثة حصته من الارث صح و لم يتوقف على رضى الباقي . فان اجيب بان الانكار لاستحقاق الاخر صير النصف كالتالف فيجب ان يكون منهما لامتناع تلف حصة احدهما دون الاخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب ان يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة وقد سبق في البيع في ما إذا قال النصف لك و النصف الاخر لى و لشريكى ما ينافي اطلاقه ما هنا حيث انه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل و التالف و في احكام التنازع في الرهن تردد في التشريك و عدمه و ليه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب .

و الذي يقتضيه النظر ان الحكم في مسئلة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة و التالف لا يحسب عليهم و كانه لم يكن و امتناع الوصول اليهم كتلفه في هذا الحكم . و الظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض و استقرار الملك لهم و انقطاع كل من الورثة من حق الاخر فلا دليل على العاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالانكار مع عدم البيينة و نحوه بتلف البعض في هذا الحكم فينبغى التوقف فيه فليلاحظ الحكم المذكور في البيع .

ولو كان المشترك ديننا فافر لبعض و انكر لبعض ففي الشركة قبل القبض لا بحث و بعد القبض و غير التركة من اقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من ان الحاصل لهما و التالف عليهما و عدمه انتهى .

و في كل من المتن و الشرح نظر يظهر مما مر :

اما الاول فلانه لا وجه للتفصيل بين اشتراك السبب و تغايره فان اشتراك السبب لما يوجب الاشتراك في المسبب بمعنى عدم تميز الحصتين من المال في الخارج لا عدم تمايز الاستحقاقين فان تمايز المالكين بتمايز المالكين ضرورة ان ملك كل من الشريكين

متميز عن ملك الاخر والا اتحد المملكان بل المالكان ضرورة اقتضاء تعدد المالك تعدد الملك و هو فرع التميز ضرورة ان التعدد لا يتعلل مع عدم التميز .

و لهذا يجوز لكل من الشريكين نقل حصته خاصة إلى غيره والاختصاص بمجموع عوضه في غير المقام اجماعا من غير فرق بين اشتراك السبب و تغايره فان تعين الحصة لم يعتبره احد في الاختصاص بعوضه .

نعم يمكن الفرق بين صورتى ثبوت الاشتراك بالاعتراف باشتراك السبب وعدمه و ينزل كلام المصنف عليها بان يقال بان مراده الفرق بين صورة ثبوت الاشتراك وعدمه فيحكم في الاول بالاشتراك في العوض مع الاجازة و عدم نفوذ الصلح الا في نصيبه مع عدمها لظهور النصف في النصف المقر به وهو مشترك بينهما و اما مع احراز قصد النصف المختص به فلا شبهة في نفوذه في تمام حصته و اما مع عدم الاعتراف بالسبب المقضى للتشريك مع انكار الشركة فيختص بالعوض اجمع ايضاً فتأمل .

و اما الثانى فلان الفرق بين التركة وغيرها لا وجه له لان التلف من المشترك على الشريكين مطلقا من غير فرق بين التركة وغيرها و قبض التركة لا يرفع الاشتراك ولا تعين الحصة بمجرد القبض بالضرورة فالتلف أيضا عليهما كما ان المقصوب بينهما و ان اختص احدهما بازالة يده و اما كون الانكار بمنزلة التلف و عدم احتساب التالف قبل القبض من التركة فلا وجه له غاية الأمر احتساب التالف على جميع الورثة و كون الانكار بمنزلة التلف في هذا الحكم .

و بالجملة فمقتضى كلامه ان المقر له بالنصف كانه لا يملك الا الربع فكما انه ليس لاحد الشريكين الصلح من النصف مع تلف النصف فكذا ليس له ذلك مع انكاره و هو كما ترى ضرورة ان الانكار لا ينافى الملك و الاستحقاق بخلاف التلف ولو تم ما ذكر لما صح تمليك المقصوب الذي لا يتمكن المالك من استنقاذه حتى للمغاصب لكونه بمنزلة و هو على خلاف الاجماع ان لم يكن مخالفا للضرورة .

و اما ما اورده على المصنف من ان ما افاده في البيع ينافى اطلاقه ما هنا فغير

موجه ايضا لان المسئلة المفروضة في البيع هي ان يعترف احد الشريكين لثالث بالنصف و انكر الشريك فحكم بان الاقرار ينزل على الاشاعة فيكون للمقر له ثلثا ما في يد المقر و هذه المسئلة لا تشابه المقام و انما المشابه له بيع احد الشريكين النصف و قد رجح المصنف في كتاب البيع انصراف النصف إلى نصيبه مع احتمال الاشاعة حيث قال ولو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه و يحتمل الاشاعة فيقف في نصف نصيب - الاخر على الاجازة و هذا الحكم لا ينافي ما افاده هنا من الاشتراك مع اشتراك السبب و الاختصاص مع عدمه .



هذا آخر ما يسر الله تعالى جل جلاله ايراده في هذه الرسالة الموسومة بالرضوان لمؤلفه المسكين محمد هادي بن محمد امين و المرجو منه ان ينفع به المؤمنين و يجعله ذخرا ليوم الدين .



فهرس كتاب الخيارات

الصفحة	العنوان
٤	تعريف الخيار و بيان اطراده
٧	بيان اقسام اللزوم و الجواز
١١	في أن الاصل في العقود اللزوم
١٣	البحث عن قوله تعالى : « أو فوا بالعقود » و عدم استفادة العموم منه
٢٩	في أن الاحكام الشرعية بأسرها انتزاعية اعتبارية
٣٧	أقسام الخيارات
٣٨	القسم الاول خيار المجلس و أنه مخصوص بالبيع
٣٢	هل يتحقق خيار المجلس في البيع الفضولي و بيع الصرف
٤٧	معنى الكشف الحقيقي و بيان تأثير الاجازة
٥٩	فيمن يثبت له الخيار ، و أنه حق للمالك
٧٠	ثبوت خيار المجلس للوكيل
٧٨	كيفية تعلق الخيار بالعقد و أنه مطلق أو مخصوص
٨٧	في أن المبيع يملك بانقضاء الخيار أو بنفس العقد
٩٣	فروع مما يتعلق بالمقام
٩٦	فيما يسقط خيار المجلس وكيفية إسقاطه
١٢٥	الغاية في خيار المجلس و البحث عن قوله ﷺ البيعان بالخيار
١٣٨	القسم الثاني خيار الحيوان
١٤٤	القسم الثالث خيار الشرط
١٤٥	معنى الشرط لغة و عرفاً و تحقيق ماهيته
١٥٥	هل يجب على المشروط عليه فعل الشرط ؟

الصفحة	العنوان
١٦٩	خيار الشرط و شرط الخيار
١٧٢	تحرير محل النزاع في خيار الشرط
١٩٧	معنى الشرط المما في لمقتضى العقد والشرط المخالف لكتاب الله
٢٢٤	فروع في خيار الشرط و تحقيق اشتراط الخيار للاجنبى
٢٣٧	وجه تعليق الخيار برد الثمن
٢٢٣	وجه تعليق الانشاء على الشروط و التعليق المبطل له
٢٥٣	فروع في خيار الشرط

فهرس كتاب الرضوان فى الصلح

٢٦٥	معنى الصلح لغة و اصطلاحاً
٢٦٧	في أن العقد من قبيل المعاني لا الألفاظ
٢٧٧	المعاني العقدية لا تحصل إلا بالعبارة من الطرفين
٢٨١	تعريف الصلح وما يرد على تعريف الجمهور
٢٩٣	الدليل على مشروعية الصلح و أنه أصل لا تبع
٣٠٠	فروع في الصلح عن الدين ببعضه و عن المؤجل بالحال و بالعكس
٣٠٩	لو صالحه عن ملكه بشيء من دون خصومة
٣١٣	لو أئلف ثوباً قيمته درهم فصالحه بأزيد من درهم
٣١٥	صور في كذب المتداعيين و صدقهما عند الصلح
٣١٧	لو صالح الورثة ببعض ما عليه مع علمه بالمبلغ لم يجز
٣٢٣	مصالحة الاجنبى عن الخصومة وكالة أو فضولا
٣٢٥	إذا اصطالح الشريكان على أن يكون لاحدهما رأس المال مطلقاً
٣٣٩	كلام في أقسام الفرر و الخطر و بيع صاع من الصبرة
٣٥٥	كلام في بيع الكلى و ملكه و أنه لا غرر فيه

الصفحة	العنوان
٣٦١	الفرق بين بيع صاع من الصبرة و بيع الثمرة آصاعاً
٣٦٥	بيان معنى الفرر لغة و شرعاً
٣٧٣	لا يجرى حكم الفرر في الصلح
٣٨١	حكم الفرر بخطر التسليم
٣٨٩	الفرق بين الحقوق و الاحكام و لوازمهما
٣٩٥	لا يشترط في الصلح اعتبار العوض
٤٠١	مسئلة : لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر احدهما
٤٠٧	لو استودع أحد دينارين عند رجل و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها
٤١٥	جواز تصرف كل من المتصالحين في حصته عند الصلح القهرى
	مسئلة إذا استبضع انسان آخر بعشرين درهما و آخر بثلاثين فاشترى
٤١٧	بكل من البضاعتين ثوبا فاشتبهها ولم يعرفا ثوبهما
	لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث فخص أحدهما بالاعتراف و كذب الآخر
٤٢٨	ثم صالح المقر له نصيبه من هذا الثالث