



الْحَوْزَةُ الْعِلْمِيَّةُ لِدَارَةِ الْحِجَابَةِ
HAWZA OF NAJAF LEADER IN INNOVATION



مَوْسُوعَةٌ

الْعَامَّةُ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ النَّطْفَرِي

المجلد الثالث

شَرْحُ كِتَابِ

الْمَلَكِ السَّيِّدِ الشَّيْخِ الْأَخِيَارِيِّ

الْبَيْعِ وَالْخِيَارَاتِ

المجتهد المجدد

الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ النَّطْفَرِي

إِعْدَادُ وَتَحْقِيقُ

الشَّيْخِ جَعْفَرِ الْكَوثراني الْعَاملي



الْحَوْزَةُ الْعِلْمِيَّةُ لِدَارُ الْعِلْمِ
HAWZA OF NAJAF LEADER IN INNOVATION



مَوْسُوعَةٌ
الْعَامَّةُ لِلشَّيْخِ مُحَمَّدٍ رِضَا بْنِ الْكَظَمَةِ

المُجَلَّدُ الثَّالِثُ

شَرْحُ كِتَابِ

الْمَلِكِ الْمَلِكِ لِلشَّيْخِ الْأَنْصَارِيِّ

الْبَيْعِ وَالْخِيَارَاتِ

المُجْتَهَدُ الْمُجَدِّدُ

الشَّيْخُ مُحَمَّدُ رِضَا بْنُ الْكَظَمَةِ

إِعْدَادٌ وَتَحْقِيقٌ

الشَّيْخُ جَعْفَرُ الْكَوْثَرِي الْعَامِلِيُّ



موسوعة العلامة الشيخ محمد رضا المظفر (قدس سره)

الكتاب: شرح كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري.

تأليف: العلامة الشيخ محمد رضا المظفر (قدس سره).

إعداد وتحقيق: جعفر الكوثري العاملي.

الإشراف العام: اللجنة التحضيرية

التدقيق اللغوي: مصطفى كامل محمود – عمار كريم السلامي

الاخراج الطباعي: علاء سعيد الأسدي.

التصميم: محمد قاسم عرفات.

الهاتف: ٩٦٤ ٧٦٠ ٢٣٢٣٨٠٠

Web: www.h-najaf.iq

E-Mail: info@h-najaf.iq

الطريحي، محمود جواد محمد كاظم كاتب، ١٩٥١ -

موسوعة العلامة الشيخ محمد رضا المظفر قدس سره / تأليف الدكتور محمد جواد الطريحي. - الطبعة الاولى - [كربلاء، العراق]: العتبة العباسية المقدسة: مؤسسة بحر العلوم الخيرية، ١٤٣٧ هـ = ٢٠١٦.

١٠ مجلد: صور: ٢٤٤ سم. (الحوزة العلمية رائدة التجديد)

المصادر.

المحتويات: المجلد ١. المجتهد المجدد الشيخ محمد رضا المظفر (١٣٢٢-١٣٨٣ هـ) - المجلد ٢. عقائد الامامية - المجلد ٣. شرح كتاب المكاسب للشيخ الانصاري: البيع والخيارات / اعداد وتحقيق جعفر الكوثري العاملي - المجلد ٤. أصول الفقه - المجلد ٥. المنطق - المجلد ٦. الفلسفة الإسلامية / اعداد السيد محمد تقي الطباطبائي التبريزي - المجلد ٧. سير وتراجم نجفية - المجلد ٨. من وحي الفكر: مقالات، خطب، دراسات، حوارات - المجلد ٩. ديوان الشيخ محمد رضا المظفر (١٣٢٢-١٣٨٣ هـ) / محمد رضا القاموسي - المجلد ١٠. البحوث المشاركة في المؤتمر الدولي حول التجديد في فكر الشيخ محمد رضا المظفر (قدس سره).

١. المظفر، محمدرضا بن محمد بن عبدالله، ١٣٢٢-١٣٨٤ - نقد وتفسير. ٣. العلماء المسلمون - الشيعة الامامية - تراجم. الف. العنوان. ب. السلسلة

BPBQ.M954 T8 2016

مركز الفهرسة ونظم المعلومات

مقدمة حول الكتاب

١ - حاشية الخيارات: وهي عبارة عن دفتر من القطع الكبير، قد ذكر اسمه على أول صفحة منه ثم ثبت المحتويات ثم الحاشية.

و قد عثرت عليها من جملة من أوراق و دفاتر مخطوطة في مكتبة والذي العلامة حفظه الله، و قد وصلت إليه عبر أولاد الشيخ المؤلف رحمه الله، و أوكلوا إليه النظر فيها لنشر ما لم ينشره المرحوم الشيخ، و كان ذلك من أبناء الشيخ لما وجدوه من شدة ملازمة والذي العلامة للمرحوم و اطلاعه على كثير من خصوصياته و كثرة عناية الشيخ قدس سرّه بالدي، حتى أنه رحمه الله قد أوكل الى والذي تدريس أحد أبنائه عساه يصبح من أهل العلم^(١).

٢ - حاشية البيع: وهي مجموعة أوراق غير منسقة تشكل حاشية على قسم وافر من البيع من كتاب الشيخ الأنصاري، قدس سرّه، و كأن بعضها مسودات لكثرة ما فيها من ضرب القلم و حذف، و من الملاحظ أنها لم تعد من جملة تأليفاته و آثاره في كتب التراجم التي تعرضت لشرح أحواله، و لكن هناك قرائن و مؤيدات تشير إلى صحة نسبتها إليه:

و هي ان الشيخ رحمه الله قد أشار إليه صراحة في أول حاشية الخيارات، عند ما كان يفرق بين المصدر و اسم المصدر، و هذه عبارته هناك قال: «كما أوضحنا ذلك في أول البيع فراجع»^(٢)، و بالفعل فقد ذكر مفصلا الفرق بين المصدر و اسم المصدر في تلك

(١) ولده المذكور المسمى بـ «ضياء».

(٢) انظر حاشية الخيارات.

الأوراق^(١)، وكذا أحوال في الخيارات على المعاظة حيث قال: «قد تقدم منا في المعاظة وغيرها».

فضلا عن كونها بخطه و في ضمن أوراقه، بالإضافة إلى اتحاد الأسلوب^(٢).
و آثرنا نشر هذه الأوراق بعنوان «حاشية على البيع بالرغم من عدم ترتيبها من قبل المصنف، و كون بعضها كالمسودات، حفاظا عليها، لتدخل في جملة آثاره الخالدة.

عملنا في الكتاب

كانت كتابة الشيخ المؤلف رحمه الله للحاشية على النمط القديم للكتابة من حيث عدم توزيع النص إلى فقرات ثم الى جمل، لذا قمنا بتقطيعها بالأسلوب الحديث، و كل تصرف من تصحيح أو إضافة أشرنا إليه في الهامش، أو حصرناه بمعنيتين، إلا ما وقع من التصرف في رسم بعض الكلمات حيث كتبناها على الرسم المتعارف عليه الآن.

ثم أوردنا مصادر النصوص من الآيات و الروايات في الهامش، ليسهل تناول الكتاب و تعم الفائدة، و الله الهادي إلى سواء القصد.
و لنقطع الكلام حامدين مصلين مستغفرين.

جعفر كوثراني.

في بيروت جمادى الاولى من سنة ١٤١٥ هـ.

(١) راجع حاشية البيع.

(٢) و لا يخفى ان القسم الأخير من حاشية البيع - الذي يبدأ من شرائط العوضين - قد كتب في

سنة ١٣٦١ هـ، و هو متأخر عن كتابة حاشية الخيارات المؤرخة في سنة ١٣٥٢ هـ.

القسم الأول

حاشية البيع

كتاب البيع

في تعاريف البيع

قوله: **تَبَّعُ**: البيع وهو في الأصل - كما عن المصباح^(١): مبادلة مال بمال... إلى آخره. ليس هذه التعاريف التي تذكر في مثل المقام الا تعاريف لفظية، تقريبا للمفهوم الموضوع له اللفظ.

والأقرب في تعريف البيع هو المذكور في المتن وإن عرّف بـ «تمليك مال بعوض»، ولكنه مبني على أن البيع هو عبارة عن إنشاء التمليك وجعله، كما يظهر من كلام الشيخ المصنف **تَبَّعُ** اختيار ذلك.

ولكن الحق عدمه، وذلك لأن الملكية على ثلاثة أنحاء:

الأولى: ملكية حقيقية، عبارة عن وجدان الشيء بأتم وجدان، وهي ملكية المالكوت مالك السموات والأرض لمخلوقاته، وهذا أعلى درجات الملكية والوجدان للشيء الذي ليس فوقه وجدان.

والثانية: الملكية للمخلوقين التي هي عبارة عن الإحاطة بالشيء خارجا والاحتواء عليها، كاحتوائنا على ما في قبضة أيدينا خارجا ولباسنا، وغير ذلك، الذي يعد فيه تلك

(١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير ١: ٨٧ (بيع) ط. مصر سنة ١٩٢٩ م.

الإحاطة والاحتواء الخارجيين من مقولة الجدة.

والثالثة: الملكية الاعتبارية التابعة لاعتبار المعتبر، التي ليس لها حظ من الوجود إلا في عالم الاعتبار، وهي عبارة عن اعتبار الإضافة بين المال والمالك، فيكون مفهومها مفهومًا إضافيًا.

والمراد من الملكية في المقام هو المعنى الثالث لها بلا ريب، وحيث كان الأمر كذلك فليس معنى البيع هو: إنشاء التملك وإعطاء المشتري السلطنة على المال.

وبعبارة أخرى: ليس هو عبارة عن نقل الإضافة بين المالك والمملوك إلى المشتري، ولا لزم أن يكون للسلطنة سلطنة، ولتتمليك تملك عليه، فإنه، مضافًا إلى أن السلطنة عليها وإلا لتسلسل إنه لا يعقل اعتبار الاعتبار، لأن الاعتبار ليس بالاعتبار، بل بالحقيقة، والتمليك اعتبار للملكية، فكيف يعقل جعله وإنشاؤه؟! فليس البيع في الحقيقة إلا نفس المبادلة ونقل طرف الإضافة إلى طرف الآخر، بنقل طرف الإضافة الأخرى إلى طرف الإضافة الأولى، بلا أن يكون نقل لنفس^(١) الإضافتين، فلا يقع البيع والمبادلة إلا على نفس المالكين، لا على السلطنة والملكية.

وأما الإعراض عن المال، فليس للسلطنة على ترك السلطنة، بل لقطع طرف الإضافة وإهمالها، ويتبع ذلك ذهاب سلطنته الفعلية عن المال، وكذلك الكلام في الهبة المعوضة، فإنه ليس معناها مبادلة سلطنة بسلطنة، بل نقل طرف الإضافة إلى طرف آخر، كالهبة الغير المعوضة، لكن على أن ينقل طرف الإضافة الأخرى للموهوب إلى الواهب، على أن يكون ذلك نقلًا لطرف الإضافة الأخرى بلا بدلية ومعاوضة على السلطنة، غاية الأمر تقع السلطنة قهراً من الثاني بدلاً عن السلطنة

(١) في الأصل: للنفس.

التي حصلت له بسبب الهبة من الأول.

قوله **تثني**: والظاهر اختصاص المعوض... إلى آخره.

ليس المراد ظهوره من التعريف، بل من استعمالهم في البيع، ولا يبعد هذا الظهور وانصراف المبيع الى العين، فلهذا يقع الإشكال في كثير من إطلاقهم البيع على نقل المنفعة، ولا بدّ من حملها على المجاز والتسامح، ولذا لو قال: «بعتك منفعة الدار»، لا يكون إلا كناية عن اجارة الدار، حيث إن لازم اجارة الدار تمليك المنفعة، فيكون استعمال اللفظ المركب - وهو بيع المنفعة في اجارة الدار - من قبيل استعمال اللفظ في ملزومه، فإن صححنا وقوع العقد باللفظ المجازي يكون هذه اجارة صحيحة، وإلا ففاسدة على ما سيأتي الكلام فيه.

ثم ان هنا مسألة لم يتعرض لها المصنف **تثني**، وهي أن العين هل تشمل الكلي في الذمة كبيع منّ من حنطة في ذمته، بعد فرض شمولها للعين الشخصية، والكلي من معين خارجي كمنّ من صبرة، والكلي المشاع؟

فيه إشكال، ويرجع الاشكال من وجهين:

الأول: إنه لا بد من أن يكون المبيع معدودا من المال للبائع قبل البيع، وهذا الكلي الفرضي لا يعد من ماله، ولذا لا يرتفع به التفليس، ولا تلزم به الاستطاعة للحج، ولا يثبت الغنى به، والموجب لعدم استحقاق الزكاة، الى غير ذلك من آثار المال المملوك لشخص، نعم إنما يكون ما لا بعد البيع.

والثاني: ان البيع لا يكون إلا بملك، والمفروض أن البائع غير مالك لهذا الكلي، كما أن العتق لا يكون إلا بملك، ولهذا استشكل في ما لو طلب من آخر أن يعتق عبده عنه

وأعتقه^(١) عبده عن السائل، كيف يعقل أن يعتق عنه مع أنه لم يملكه أبداً؟! حتى التزم بعضهم أن الملك يحصل عقيب الإعتاق وقبل العتق.

ولكن يمكن الجواب عنها:

أما عن الأول، فبأنه يكفي أن يكون مالا في حد نفسه وإن لم يكن بما هو منتسب إلى البائع، ومن الواضح أن من الحنطة في حد ذاته مال يصح أن يقابل بالمال، أي أنه مال بالحمل الشائع مما يباع ويشترى^(٢)، وهذا كاف في صحة بيعه.

وأما عن الثاني فإنه لا وجه لاعتبار الملكية له قبل العقد، بل يكفي حين العقد وإن لم يكن ملكا قبل العقد، وليس فيه بعد، بعد أن كان البيع أمرا اعتباريا، فليكن موضوعه كذلك.

والحاصل أنه بعد ما ثبت صحة البيع في المقام وجواز بيع ما في الذمة - كبيع السلم - فلا يكون ذلك إلا تعليلا بعد الورود، فإن أمكن توجيهه وتطبيقه على القواعد فذاك - ولا يبعد توجيهه بما ذكرنا - وإلا فكاف في صحته الدليل القائم عليه، وكما كان وجهه فليكن، إذ لا ثمرة عملية فيه بعد الاتفاق على جواز استيجاز الحر وجعل عمله ثمنا للبيع.

ولهذا قال صاحب الشرائع **تتد** في مسألة من قال: «أعتق عبدك عني»:

والوجه الاقتصار على الثمرة، وهو صحة العقد^(٣) وبراءة ذمة الأمر، وما

(١) في الأصل: واعتقد.

(٢) في الأصل: ويشري.

(٣) في الشرائع: «العتق» بدل «العقد».

عداه تخمين^(١).

واستحسنه الشهيد الثاني **تثني** في المسالك^(٢).

وكذلك الكلام في مسألة عمل الحر كما سيأتي من المصنف - إشكالا وجوابا -
وان كان عمل الحر ليس بمملوك لأحد قبل الاستيجار حتى لنفسه، ولذا لا
يضمن الظالم في حبسه عمله، إذ ليس فيه تفويت المال على أحد، بخلاف عمل
العبد، لأنه مملوك لمالك العبد، فلا بد من الضمان في الحبس.

والحاصل: أن عمل الحر من المسلّم أنه ليس بهال، ولا مملوكا لأحد قبل جعله ثمنا
لمبيع أو استيجاره، إلا أنه في حد ذاته مال وإن لم يكن مالا لأحد، ويمكن اعتبار الملكية
له حين العقد.

وقد يستدل على أنه ليس بهال لأحد ولا مملوك، بعدم تحقق الاستطاعة به، وبعدم
الحجر عليه في التفليس، وبعدم ضمان الظالم في حبسه.

ولكن يجاب عنه: بأن ذلك لازم مشترك حتى في منافع الأموال، ضرورة أن من
عنده دار باستيجارها مدة من السنين قد تحقق به المال الذي يستطيع به مثله، مع أنه لا
نقول بتحقيق الاستطاعة حينئذ، وكذلك مسألة الحجر، فإنه لا يحجر على منافع الدار
إلى آخر الزمن، مع أن منافعها يمكن استيجارها لمدة من الزمن، وكذلك مسألة ضمان
الظالم بالنسبة إلى حبس العبد، فإنه بمجرد حبسه إذا لم يستوف منفعه لا نقول بالضمان،
فلا دلالة لهذه الأمور على عدم كونه مالا، فهذا جواب ثاني عن مسألة عمل الحر، وأنه
كباقي المنافع الأخر التي لا إشكال بصحة جعلها ثمنا وثمانا في الإجارة.

(١) المحقق الحلي: شرائع الإسلام ٣: ٥٥، ط. قم (إسماعيليان) سنة ١٤٠٨ هـ.

(٢) الشهيد الثاني: مسالك الأفهام ٢: ٧٥، ط. قم (دار الهدى) دون تاريخ.

قوله **تَنْتُزِلُ** : مساححة واضحة.... إلى آخره.

وجه المساححة: أن الانتقال إنما هو أثر للبيع لا نفس البيع، سواء كان البيع عبارة عن المبادلة أو إنشاء التمليك كما يقوله المصنف، وأن الانتقال من مقولة الانفعال، والبيع من مقولة الفعل، حيث يكون عبارة عن نفس الإصدار - المعنى المصدرى - وإن كان حقيقة ليس من مقولة الانفعال، لكنه يشبه هذه المقولة.

قوله **تَنْتُزِلُ** : وإلا لم يعقل إنشاءه باللفظ... إلى آخره.

لأن اللفظ - سواء كان مجرداً أو قصد به معناه - أمر حقيقي خارجي، والذي يعقل إنشاؤه هو الأمر الاعتباري الذي وجوده بوجوده الاعتبار، وعلى تقدير القول: بأن البيع هو عبارة عن نفس الإيجاب والقبول - الذي هو عبارة عن اللفظ - كيف يعقل إنشاؤه وإيجاده باللفظ؟! مع أن البيع مما ينشأ باللفظ، إلا أن يقال: إنه باعتبار أن البيع وجوده باللفظ، فأطلق البيع على نفس السبب مجازاً.

ولكن ذلك رجوع إلى ما فرنا منه من المساححة.

أو يقال: إن الإيجاب والقبول ليس هو اللفظ، بل الإيجاب يكون باللفظ، فليس الإيجاب إلا نفس الإيجاد للبيع، وكذا القبول يكون باللفظ، وليس هو إلا إنشاء الرضا بالبيع وإيجاده اعتباراً، فلا يكون معنى الإيجاب إلا البيع بالمعنى المصدرى، الذي هو عبارة عن جهة الإصدار، فليس هو من مقولة اللفظ حتى يقال: إنه لا ينشأ باللفظ.

ولكن التحقيق أن الإيجاب والقبول - كما تقدم - عبارة عن إيجاد البيع وإنشاء الرضا، إلا أن الإنشاء لا يعقل إنشاؤه، وإلا لكان للإيجاد إيجاد.

فالمعقول من الإنشاء للبيع هو بمعنى الاسم المصدرى فهو المنشأ لا المعنى المصدرى، فإن الإصدار لا يصدر.

والحاصل: أن البيع تارة يراد منه معناه المصدرى، وهو عبارة عن الإصدار وإيجاد المبادلة، واللفظ يكون آلة الفعل المبادلة، فلا بد من التعبير عنه حيثئذ بالإيجاب والقبول، وما أشبه ذلك مما يدل على ذلك المعنى المصدرى، إلا أن البيع بهذا المعنى لا ينشأ، فالالتزام بأن البيع ينشأ بأي معنى كان، التزام بلا ملزم.

وأخرى يراد منه معناه الاسم المصدرى، وهو عبارة عن نفس المبادلة المتبعة بلا ملاحظة نسبتها الى الفاعل، ويكون الفرق بينه وبين الأول كالفرق بين الإيجاد والوجود، وحيثئذ لا بد من التعبير عنه بالمبادلة ونحوها، وحيث إن المراد من إطلاقات البيع هو النحو الثانى - وهو المبحوث عنه في المقام - فلا بد من تعريفه بالمبادلة، كما نقل عن المصباح.

ثم لو كان الإيجاب والقبول من مقولة اللفظ، فلا مانع من تعريف البيع به - بناء على أنه موضوع للأسباب - ولا يلزم إنشاؤه باللفظ، لأن المنشأة هي المسببات لا الأسباب، ولكن ستعرف أنه لا وجه للقول بوضعه له كغيره من ألفاظ العقود.

قوله **تتخلل**: إن النقل بالصيغة أيضا لا يعقل إنشاؤه بالصيغة... إلى آخره.

أي أن النقل بالصيغة كإنشاء اللفظ في الاستحالة، ضرورة أن اللفظ - سواء كان بنفسه منشأ أو بإنشاء المقيد به المستتبع لإنشائه، كان القيد داخلا أو خارجا - محال أن ينشأ، مضافا إلى لزوم توقف الشيء على نفسه، لأن متعلق الإنشاء بالصيغة يكون نفس الصيغة.

قوله **تتخلل**: ولا يندفع هذا بأن المراد... إلى آخره.

الحق أن الإشكال المتقدم يندفع بالقول بعدم دخل الصيغة في مفهوم البيع، لا شرطا، ولا شطرا، حيث يكون موضوعا للحصة الخاصة من النقل الملازمة للصيغة،

فيكون التعبير بالنقل بالصيغة إشارة إلى تلك الحصة الخاصة والفرد المخصوص من النقل، ولكن غرض المصنف رحمه الله ورود إشكال آخر عليه من جهة التعريف بعد اندفاع الأول.

وحاصله أنه ان كان المراد من الصيغة خصوص لفظ بعث لزم الدور، وتوقف معرفة على معرفة البيع، لأن المقصود تعريف مادة البيع، فكيف [يكون] تعريفها بمادة البيع وهو لفظ بعث؟!

وإن كان المراد ما هو أعم من ذلك فيشمل ملكت وأمثالها، فلا يكون البيع مخصوصا بقصد التملك، فيكون شاملا حتى للتمليك بلا قصد، فيلزم أن يكون البيع مقتصرا على مجرد النقل بلا اشتراط القصد، مع أن البيع بالضرورة، لا يقع بلا قصد.

هكذا حق التفسير للعبارة الأخيرة من كلامه رحمه الله ، وان احتمل فيها أن المراد لزوم الاقتصار على مجرد النقل بلا اعتبار للصيغة، إلا أنه سخيף للغاية، لغرض اعتبار الصيغة في متن التعريف، فكيف يلزم إلغاؤها؟! بل التعريف لما كان ملغيا فيه جهة القصد، وجب الالتزام بالاقتصار على مجرد النقل، وان كان النقل بالصيغة لازمه القصد عقلا، ولكن لا يخفى أن هذا الإشكال غير مخصوص بهذا الوجه، بل يعم حتى الوجه الأول.

وكيف كان فيمكن أن يجاب عما أفاده المصنف:

أولا: باختيار أن المراد من الصيغة هو لفظ بعث، ولا يرد محذور الدور، فإنه إنما يرد محذور الدور لو أخذ لفظ بعث في التعريف، وأما إذا أخذ لفظ آخر دال عليها فلا، وإلا لزم أن يكون تعريف الإنسان بالحيوان الناطق دوريا، لأنه ليس المراد من الحيوان

الناطق إلا الإنسان.

اللمهم إلا أن يقال بالفرق بين المقامين، فإن الصيغة لا تدل على معنى بيعت، بل لا تدل إلا على نفس اللفظ، بخلاف المثال، فإن الحيوان الناطق دال على معنى الإنسان، لا على لفظ الإنسان، ولو دل كذلك لا محالة يلزم الدور.

ولكن نقول: نعم وإن كان فرق بين المقامين إلا أنه مع ذلك لا يلزم الدور، وذلك لأن اللفظ تارة يلاحظ بما هو كيف مسموع بلا لحاظ دلالاته على معنى أصلا، وأخرى يلاحظ بما أنه دال على معناه، والمعرّف حقيقة هو مادة البيع بإها من المعنى، فليس التعريف إلا لنفس المعنى للفظ البيع، والمدلول للصيغة هو لفظ بيعت من حيث أنها لفظ، لا بما لها من المعنى، فلا توقف للشيء على نفسه، فتدبر جيدا.

وثانيا: باختيار أن المراد من الصيغة ما هو أعم، ولا يرد ما أفاده المصنف رحمته.

بيانه أن النقل بالصيغة فعل اختياري للمكلف لا يعقل فرض صدوره بالصيغة بدون قصد، ففرضه فرض القصد بلا حاجة إلى دلالة كتعريفه بإنشاء التملك، وإلا للزم ورود نفس الإشكال على المصنف رحمته بتعريفه الآتي، ومثله تعريفه بـ «مبادلة مال بهال».

إلا أن يكون غرضه رحمته بيان أن التعريف غير مانع لدخول الهبة والصلح والقرض، لأن كلها يصدق عليها تملك ونقل بالصيغة، ومقتصر فيها على مجرد النقل والتمليك، بخلاف البيع، فإنه غير مقتصر فيه على مجرد النقل، بل النقل على سبيل المبادلة، ولعل هذا الوجه هو الأقرب في تفسير كلام المصنف رحمته فلاحظ، ولا يرد عليه حيثنذ شيء.

قوله **تثت**: فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك... إلى آخره.

لا يخفى أن غرض المصنف **تثت** - كما قيل - من لفظ الإنشاء التعميم للبيوعات الفاسدة التي لم يحصل بها خارجا تمليك، وإنما هي صرف تمليك إنشائي وإن لم يكن معتبرا لا عرفا ولا شرعا، مثل: بيع الأشياء المحقرة التي لا تعد مالا عرفا، وبيع الخمر وأمثاله، ولذا عبّر بتمليك عين، وعدل عن لفظ مال، لأن المحرم استعماله شرعا أو الأشياء المحقرة محكومة بعدم المالية تعبدا، أو مسلوبة ^(١) المالية عرفا، إلا أن هذا التزام بلا ملزم، كما أنه يحتمل أن غرضه بيان اعتبار القصد تفصيلا عما أورده أخيرا، وقد عرفت ما فيه.

وعلى كل حال فالتحقيق: أن التمليك ليس معناه إلا إيجاد الملكية، فلا يعقل إنشاؤه وإيجاده، إذ لا إيجاد للإيجاد، ولا إنشاء للإنشاء كما سمعت.

ومنه يتضح الاستغناء عن لفظ الإنشاء بعد قطع النظر عن المحذور المتقدم، فإن غرضه **تثت** يتم بلفظ التمليك، فإنه بعد أن كان معناه إنشاء الملكية فلا يختص بالملكية الخارجية، بل يعم البيوعات الفاسدة، لأنها إنشاء للملكية وإن لم تكن معتبرة شرعا أو عرفا، كما يظهر أن التمليك دال على القصد بنفسه.

على أنه يرد على المصنف ما سمعت منا سابقا حتى لو اكتفينا بلفظ التمليك، حيث إن الملكية والإضافة الخاصة لا يعقل نقلها، إذ لا سلطة على السلطنة، بل إنما يعقل نقل نفس المال، ولذا قلنا: إن البيع هو مبادلة مال بمال، ولو أردنا تعميمه للبيوعات الفاسدة على ما لا يعد ما لا عرفا أو شرعا، فلا بأس بتعريفه بـ «مبادلة عين بمال» فافهم.

(١) في الأصل: مسلووبة.

قوله **ثُمَّ**: ان حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين... إلى آخره.

الحق كما أفاده **ثُمَّ** في الصلح والهبة، ولقد أجاد فيما أفاد، فالصلح ليس عبارة عن المعاوضة والمبادلة، بل هو عقد برأسه كسائر العقود، وإن قيل: أنه تابع لغيره، فإن وقع بعين على عين فهو بيع، أو بمنفعة على عين فهو إجارة، إلا أنه بين الوهن، فليس حقيقته إلا التسالم والتباني والتراضي، ولذا لا يعدى إلا بـ «عن» أو بـ «من» على قول، وأما تعديته بـ «الباء»، بأن يقال: (صالحت كذا بكذا) فهو لا يقع إلا بيعاً أو إجارة أو غير ذلك، صحيحاً أو فاسداً.

وكذا الهبة المعوضة ليست عبارة إلا عن إعطاء نفس المال المملوك للواهب، لا على أن يعطيه مالا آخر لا أن المال بدل المال فتكون في الحقيقة هبة مشروطة، فإذا لم يعطه المال الموهوب يكون له الرجوع، لا أنه بمجرد الهبة وقبول الموهوب يملك المال الذي في يد الموهوب المشروط عليه، بل يحتاج إلى عقد جديد، ولذا لا تعدى إلا بـ «على»، فيقال: وهبتك هذا على أن تهبني كذا، وأما لو عدت بـ «الباء»، فيقال: وهبتك هذا بهذا، فلا تقع إلا بيعاً صحيحاً أو فاسداً، على الخلاف في الاكتفاء بكل لفظ دل على المعاوضة، كما سيأتي إن شاء الله.

قوله **ثُمَّ**: ثم إن ما ذكرنا تعريف للبيع... إلى آخره.

الكلام في أن لفظ البيع كسائر العقود وألفاظ المعاملات، هل هي موضوعة للأسباب أو للمسيبات؟

والتحقيق في المقام أن يقال: إن إطلاق الأسباب تارة يراد منها المعدات لحصول الشيء، وإن كان يتوقف حصوله على أمر آخر غير اختياري، مثل حفر البئر لوقوع شخص فيها، أو نصب مدية على الطريق لأن تصيب أحداً وهكذا، فلو وقع أحد أو

أصيب لا يكون ذلك باختيار الحافر أو الناصب.

وأخرى يراد منها الأسباب التوليدية التي لا يكون ترتب آثارها عليها باختيار الفاعل كالنار مثلا، فإن الإحراق ليس من فعل من يقرب النار ولا تحت اختياره، وإنما الذي يكون تحت اختياره نفس تقريب النار أو إشعالها.

وثالثة يراد منها الآلات للفعل، وأما نفس الفعل فهو تحت اختيار الفاعل ومن أفعاله حقيقة الصادرة منه، كالتكلم للإنسان بسبب اللسان، فإن اللسان صرف آلة للفعل، لا أن الفعل صادر منه كالإحراق للنار، ويكون التكلم فعلا اختياريا له صادرا منه، وكذلك النظر بالعين، واللمس بالكف، والسمع بالاذن، والذوق بالفم، وهكذا.

إذا عرفت ذلك، فالحق أن البيع من القسم الثالث الذي يكون باختيار المكلف، ومن أفعاله الصادرة منه، وإنما الصيغة صرف آلة للفعل كاللسان فليست في الحقيقة مؤثرة بالفعل، وإطلاق السبب عليها من باب المسامحة، ضرورة أنها ليست من قبيل النار، بحيث لا يكون نفس البيع من أفعال البائع كالمحرق بالنار وكذلك ليس من المعدات التي يتوقف ترتب الفعل عليها على مقدمة غير اختيارية لمن أَعَدَّهَا، إذ لا فاعل للبيع إلا البائع، فليس السبب حقيقة للبيع إلا هو.

ومن الواضح أن إطلاق التكلم على اللسان لا يصح أبدا لا حقيقة ولا مجازا، إذ لا علاقة بينهما بالسببية والمسببية، وكذا البيع، فلا وجه لإطلاقه على الآلات، وهي الصيغ، فالبحت في هذا المقام في غير محله.

اللهم إلا أن يقال: إن الملكية من الأمور الاعتبارية القائمة في نفس المعبر، فهي من أفعال المعبر، وليس من أفعال البائع وتحت اختياره، وإنما البائع بإنشاء الصيغة يكون موقفا لموضوع الاعتبار، فتكون الصيغة كالمعد لفعل المعبر الذي هو ليس من اختيار

البائع وأفعاله، نظير حفر البئر لوقوع أحد، فإن الوقوع ليس من أفعال الحافر، بل من أفعال الغير، وكذلك الاعتبار من أفعال الشارع أو العرف.

ولكن يجب عنه بأنه: وإن كان الاعتبار من المعتبر، إلا أن ذلك لا يخرجها عن كونها مقدورة للبائع بالواسطة، وإلا لزم أن تكون جميع أفعال الإنسان غير مقدورة له حتى أفعاله المباشرة له، مثل: التكلم والنظر؛ لأن ما منه الوجود هو الله تعالى.

ولكن التحقيق أنه وإن كان ما منه الاعتبار هو المعتبر، ولكن ما به الاعتبار هو البائع، كذلك أفعاله الخارجية الموجودة الحقيقية، فإن ما منه الوجود هو الله تعالى، ولكن ما به الوجود هو العبد، وكذلك مثل النار فإن ما منه الوجود هو الله تعالى، ولكن ما به وجود الإحراق هو النار، فهو من آثار النار حقيقة.

وهذا بخلاف الوقوع في البئر، فإن الحافر لا منه الوجود ولا به الوجود، ولم يفعل إلا نفس الحفر.

والحاصل: أن المبادلة التي هي مدلوله للبيع ليس الفاعل إلا البائع، وليس للألفاظ أدنى تأثير في وجودها، بل ليست إلا صرف آلة بها يصدر الفعل من فاعله.

نعم للفعل له^(١) جهتان: جهة نسبته إلى فاعله وصدوره منه، وهو مفاد المصدر، وجهة ذاته من حيث هو فعل مع قطع النظر عن جهة انتسابه إلى فاعله، وهو مفاد اسم المصدر، ويكون الفرق بينهما تقريبا كالفرق بين الإيجاد والوجود، والإيجاب والوجوب. فالعقود - ومنها البيع - تارة تطلق ويراد منها المعنى المصدري، ومن ذلك قوله

تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وجميع الأوامر المتعلقة بالبيع وغيره، فإنه لا بد أن يلاحظ معها جهة الإصدار وانتسابها إلى فاعلها.

وأخرى تطلق ويراد بها المعنى الاسم المصدري الذي هو عبارة عن المقرر بحسب ذاته، ومن هذا الباب قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، ولا يبعد أن يكون منه قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣)، وليس ذلك لاختلاف في معنى البيع وحقيقته، ولا يحتاج إلى تعدد الوضع.

فإن قلت: إن البيع لو كان معناه المبادلة لما كان وجه لانتسابها إلى فاعل واحد وهو البائع؛ لأن معناها صدور البدلية من كل من الطرفين، وعليه يقتضي أن تنسب أيضا إلى المشتري، فيقال له: بائع، مع أنه لا إشكال بعدم صدق البائع عليه، ضرورة أنه لم يصدر منه بيع، ولهذا لا يسمى إلا بالمشتري، فإن قبول المشتري إنما هو شرط لتحقيق الانتقال في الخارج شرعا أو عرفا، أما نفس البيع فلم يصدر إلا من الموجب.

قلت: نعم كذلك إن البيع لم يصدر إلا من الموجب، ولا ينسب إلا إليه من حيث الصدور، ولا ينافي ذلك صدق المبادلة عليه.

وتوضيح ذلك: أن المصادر باعتبار الانتساب إلى فاعلها على ثلاثة أنحاء:

الأول: المصادر المجردة وما يشابهها التي لم تدل إلا على نفس الحدث وصدوره عن فاعله، كالضرب والأكل والإكرام وغير ذلك، وكذلك أفعالها وما يشتق منها، فقولهم: ضرب وأكرم مثلا، لا يدل إلا على نفس صدور الضرب أو الإكرام منه وحدوثه..

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

والثاني: المصادر في باب المفاعلة، فإنها تدل على حدوث الفعل منه، وصدوره منه، مع ملاحظة تعدّيه إلى الغير، وطلب صدور الفعل من الآخر بلا أن تدل على صدوره كذلك من الآخر، فإن معنى «قاتله» و«بارزه»: صدر منه القتل أو البراز مع طلب صدوره من الآخر، ولهذا يقال: (بارزه فبرز الآخر له)، ولو كان معناه صدور الحدث من الطرفين معا لما صح هذا التعبير والتفريع.

والثالث: المصادر في باب التفاعل، كالتقاتل، والتبارز والتقابل والتبادل، وأمثال ذلك، فإنها تدل على صدور الحدث من الطرفين، ولهذا لا يقال: تبارزا فبرز له، بخلاف الثاني، ويقال: تقابل زيد وعمرو، ولا يقال: قابل زيد وعمرو، بل قابل زيد عمرا.

فاتضح الفرق بين الثاني والثالث: أن الثاني لا ينسب إلا إلى فاعل واحد، لكن ليس كالأول، بل مع ملاحظة طلب صدوره أيضا من الآخر، بخلاف الثالث، فإنه لا ينسب إلا إلى فاعلين، فلا يقال: «تقاتل زيد عمرا»، كما يقال «قاتل زيد عمرا».

ومن الواضح أن المبادلة التي هي معنى البيع من باب المفاعلة من القسم الثاني، فلا يقتضي انتسابها إلى المشتري وتسميته بائعا، بل لا ينسب إلا إلى فاعل واحد، ولكن مع طلب صدور البدلية من الآخر، وهو المشتري.

فان قلت: أليس أن المشتري بعد طلب البائع منه البدلية تصدر منه البدلية كالبائع، فاللازم أن يسمى بائعا.

قلت: ليس البيع هو مجرد صدور البدلية، فإنه يكون راجعا إلى المعنى الأول للمصادر، بل معناه صدور البدلية مع ملاحظة الطلب، والمشتري لم تصدر منه المبادلة، بل صدرت البدلية فقط، فلا يسمى بائعا، بلا قابلا، وبعد القبول يقال لهما: تبادلا، كما يقال: «بارزه فبرز له»، ثم يقال: «تبارزا»، ولا يقال:

«تبايعا» إلا إذا صدر بيع من كل منهما، وبالبيع الواحد لا يقال ذلك، لأنه لم يصدر من الثاني مبادلة.

قوله **تثني**: الثالث نفس العقد المركب... إلى آخره.

قد عرفت أن الإيجاب ليس من مقولة اللفظ، بل ليس اللفظ إلا آلة لتحقيقه من الموجب، وهو عبارة عن البيع بالمعنى المصدري، أي إيجاد المبادلة باللفظ، وليس هو سببا للبيع كما توهم، فلا بأس بالقول بوضع لفظ البيع للإيجاب، ولكن لا بخصوصه كما سمعت، بل يعم نفس البيع الخارجي الذي لم يلاحظ فيه جهة الانتساب إلى فاعله. غاية الأمر أن معنى واحد، تارة يلاحظ انتسابه إلى فاعله فيعبر عنه بالإيجاب، وأخرى يلاحظ بذاته لا من حيثية الإصدار فلا يعبر عنه بالإيجاب، ولهذا يقال: «البيع عقد» - على الأول-، «و انعقد البيع» - على الثاني- بلا تجوز في كل منهما.

وأما القبول فإنما شرط تحقق البيع في الخارج، واعتبار المعبر له عرفا أو شرعا، كما سمعت، وليس داخلا في مفهوم البيع لا جزءا ولا شرطا.

أما جزءا فواضح لا ينبغي الارتياح فيه، وأما شرطا، فقد يستدل له بأمور:

الأول: التبادر، حيث إن المتبادر من لفظ البيع وسائر متصرفاته هو التملك المتعقب بالقبول، واعتبار لحوقه من باب الشرط المتأخر، فلو قال: «بعت داري»، والمفروض أنه لم يقبل المشتري، يقال له: «كاذب في إخباره».

الثاني: صحة السلب عن البيع المجرد عن القبول.

الثالث: لو قال: بعت، وما قبل المشتري، يعد تناقضا.

والجواب واضح، بعد ما سمعت منّا سابقا من أن البيع له ملاحظتان كسائر

أفعال الإنسان، والتبادر وصحة السلب وعد الإخبار عن البيع متناقضا مع عدم القبول باعتبار الملاحظة الثانية، حيث يلاحظ البيع بذاته، وبما هو موجود بوجوده^(١) الاعتباري، ولذا باعتبار الملاحظة الأولى يقال: بعته فقبل بلا تجوز فيه، وإنما القبول على ما عرفت شرط في تحقق اعتبار المعتبر الشرع أو العرف، وهو لا يتحقق إلا بعد القبول، لا من قبيل الشرط المتأخر، وكيف يعقل دخول القبول في مفهوم البيع مع استحالة إنشائه من البائع؟

وقد أطال بعض الأجلة^(٢) من المحشين بها لا ينتهي إلى محصل، حتى التزم بالفرق بين الإنشاء والإخبار مع اختيار أنه مجاز في الأول، وهو بعيد للغاية.

والأغرب أنه التزم بنظير ذلك في جملة من ألفاظ المعاملات مثل:

«صالح» و«عاهدت» و«بايعت». إلى آخره.

حتى قال: فإنه لا إشكال في تقوّم معناه بالطرفين على ما هو مقتضى باب المفاعلة، وفي مقام الإنشاء لا يمكن ذلك على ما ذكرت^(٣)، انتهى.

أشار إلى ما ذكره تثنّى سابقا: من أن ما يصدر من الطرف الآخر ليس بيده، فليس له إنشاؤه، وأنت قد عرفت معنى المفاعلة، وأنها لا تنسب إلا إلى فاعل واحد، غاية الأمر تدل على صدور الحدث مع طلب صدوره من الآخر، وهذا لا مانع من إنشائه.

وأغرب الجميع التزامه ثانيا بإمكان إنشاء القبول إذا كان واثقا بصدوره من

(١) في الأصل: بوجوده.

(٢) وهو السيد محمد كاظم اليزدي قدس سره (صاحب العروة الوثقى). في حاشيته على كتاب المكاسب: ص ٦٣ ط. قم (إسماعيليان) ١٣٧٨ هـ.

(٣) المصدر المتقدم.

المشتري، فإن وثوقه لا يجعله اختياريا له، مع أن مقتضاه الاستغناء عن إنشاء القبول من المشتري.

وأما ما استشهد به من نذر البيع فلا شاهد له به، فإنه لو لم يقبل المشتري لا يثبت قطعا.

وفي كلامه تَدُلُّ مواقع للنظر لا تخفى على البصير بعد الإحاطة بما ذكرناه، والتأمل فيه.

وقوله تَدُلُّ: لا الكسر والانكسار... إلى آخره.

حيث إن الكسر لا يعقل انفكاك الانكسار عنه، بخلاف الإيجاب، لإمكان انفكاك الوجوب عنه، كإيجاب العبد على مولاه، وإن كان بنظر الوجوب^(١) يحصل الوجوب، إلا أنه خارجا لا يحصل.

والبيع من قبيل الثاني، لأن إيجاب البيع إذا لم يتعقبه قبول لا يحصل خارجا، وإن كان بنظر البائع يحصل البيع حين الإيجاب.

ولكن لا يخفى ما في كلام المصنف هنا من المسامحة، حيث جعل المنصرف في دعوى التبادر هو الإيجاب المتعقب للقبول، حيث تقوم القرينة على إرادة الإيجاب المثمر، فإنك قد سمعت أن المنصرف هو البيع، بمعنى اسم المصدر، وحيث لا يتحقق ذلك في الخارج إلا بالقبول ينصرف إلى القبول، لا لدخله في المفهوم، ولعله أشار إلى ذلك بقول «فتأمل».

قوله **تَبْذُلُ**: والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل... إلى آخره.

غرضه **تَبْذُلُ** أن لا معنى لإطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية، لأن البيع هو النقل، وهو حاصل بنفس العقد والإنشاء، وليس هو المسبب، بل المسبب هو الانتقال الحاصل في نظر الشارع، وليس هو البيع، بل أثر للبيع، ولقد أجاد **تَبْذُلُ** فيما أفاد.

ومنه يتقدح أن النزاع في وضع البيع كسائر ألفاظ المعاملات للسبب أو المسبب ليس في محله؛ لأن نزاعهم يرجع إلى وضعه لنفس العقد، أو لمنشأ بالعقد، والمنشأ بالعقد ليس بمسبب للعقد، بل آلة كما تقدم، فلا سبب وما مسبب في البين.

وأما الانتقال- في نظر الشارع- الذي هو أثر للبيع، فهو مساوق للملكية، وقد عرفت أنها غير منشأة بالعقد أبداً، وإنما يكون وجودها باعتبار الشارع لها، فتأمل.

قوله **تَبْذُلُ**: ثم إن الشهيد الثاني.... إلى آخره.

هذا المقام إشارة إلى النزاع في وضع الألفاظ للصحيح أو الأعم، وقد استشكل في تحقق النزاع فيما إذا كانت موضوعة للمسببات، حيث إنها دائرة بين الوجود والعدم، ولا تتصف بالصحة ولا الفساد، ولكن إن كان المراد من المسببات هو الآثار للبيع وأمثاله، التي هي عبارة عن الملكية الحاصلة في نظر الشارع، فهي وإن كان كما ذكره، إلا أنه [لا] أظن أحداً يتوهمها، وإن نقله المصنف **تَبْذُلُ**.

وإن كان المراد هو نفس النقل والمبادلة، كما ربما يطلق عليها المسببات في كلام بعضهم، إلا أنها ليس دائرة بين الوجود والعدم، بل تكون صحيحة تارة فيما إذا اعتبر^(١) آثارها الشارع، فتترتب عليه آثارها، وفاسدة أخرى فيما إذا لم يعتبرها.

(١) في الأصل: اعتبار.

قوله **تَنْتُزِلُ** : نعم يمكن أن يقال: إن البيع... إلى آخره.

هذا توجيه للتمسك بالإطلاق في العمومات مع القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح، ونتيجته أن البيع لم يستعمل إلا في المؤثر الصحيح، ولو كان عند العرف، غاية الأمر أن الاختلاف بين العرف والشرع في المصدق، فإن علم شيء عدم اعتبار الشارع له فهو خارج موضوعاً عن المؤثر، وإن كان مشكوك الاعتبار فيتمسك بإطلاق **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** ^(١) لإثباته حيث [إنه] شامل لكل مؤثر ولو كان عند العرف، لانه ليس من الشارع اصطلاح جديد في ألفاظ المعاملات، بل يستعملها على المتفاهم العرفي. ولكنه فيه ما لا يخفى، فان العرف إنما يتبع في تعيين المفاهيم، أما في تطبيقها على مصاديقها فلا، ولا يصح الرجوع إليهم في ذلك، لأنه ليس من شأنهم تطبيق المفاهيم على المصاديق، بل إنما شأنهم تعيين المفاهيم، كما صرح به المصنف في غير موضع من كتبه.

نعم لو رجع تطبيق المفاهيم على مصاديقها إلى توسعة في المفهوم، فإنه يرجع في الحقيقة إلى تعيين المفاهيم، ولا بأس حينئذ باتباعهم، ولكن لا ينطبق ذلك على مقامنا، فإن مفهوم البيع وهو الصحيح المؤثر ليس فيه اختلاف عند العرف أو الشرع، والاختلاف في مؤثر عقد لا يرجع إلى الاختلاف في مفهوم البيع وتوسيع نطاقه عرفاً، فلا محالة على هذا الأوجه للتمسك بإطلاقات البيع وسائر ألفاظ المعاملات.

في المعاطاة

قوله **تَنْتُزِلُ** : وأما ما ذكره من تعلق الأخماس والزكاة إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض... إلى آخره.

لا يخفى أن ليس المراد من كلام الشيخ الكبير - أعلى الله مقامه - جواز إخراج الخمس من مال المعاطاة والزكاة والدين والنفقة، حتى تكون استبعادات محضة، فإن هذا هو مقتضى صحة المعاطاة، فإنها من جملة التصرفات المباحة، بل المقصود تعلق حق الزكاة والخمس والدين والنفقة والشفعة، وهكذا في مال المعاطاة، ضرورة توقفها على الملك، إذ الزكاة والخمس إنما تتعلق ببناء ماله، وكذلك الدين والنفقة، وما بيده من مال المعاطاة ليس بملكه ولا ماله، فكيف تتعلق به هذه الحقوق؟! فلا تكون مجرد استبعادات، بل قواعد جديدة لم تكن معهودة في الشرع.

الأمر السادس: ملزمات المعاطاة

قوله **تَنْتُزِلُ** : فإن جعلنا الإجازة كاشفة... إلى آخره.

سيأتي من المصنف **تَنْتُزِلُ** في بيع الفضولي أن من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد، ولم يفصل فيه هناك بين الكشف والنقل، وأما القول بالفرق بأن الكلام هناك في أن الرد هو المجيز وهنا غيره، فلا يجدي، فإن الدليل على الاشتراط هناك آت هنا، وهو أن الإجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد، ومن شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطها عن صدق العقد، فتكون الإجازة بمنزلة

القبول لإيجاب المشتري، فإذا رجع المالك الأول قبلها تسقط الإجازة من الثاني عن صدق القبول عليها، ولعله إلى هذا يرمي قوله **تثني**: ويحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر، فيفسد - أي البيع - وتلغى الإجازة.

قوله **تثني**: ولو امتزجت العينان... إلى آخره.

إن الامتزاج وكذا التصرف المغير للعين يقع في مواضع، حكم في بعضها بالرد وعدم اقتضائه لعدمه، مثل خيار العيب وخيار الغبن، فلو تصرف بائع العين المعيبة أو الغابن بهذا النحو من التصرف جاز للمشتري للعين المعيبة والمغبون استرداد الثمن، وكذا في الهبة أيضا.

وحكم في بعضها بعدم جواز الرد، كما في خيار الفلوس على ما قيل، مع أن الدليل في المقامات واحد، وهو قيام العين، كما في بعض الأخبار^(١) ولعل التفصيل لمناسبة الحكم للموضوع.

وكيف كان فمقامنا لم يقم عليه دليل يقتضي لحوقه في أحد القسمين، فمع الشك في لحوقه بأحدهما مقتضى القاعدة هو استصحاب الملكية للمالك الأصلي للعين المتصرف بها، فلا وجه للحكم بسقوط الرجوع على القول بالملك.

قوله **تثني**: إنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة... إلى آخره.

لأن جواز الرجوع ليس جوازا حقيقيا كما تقدم، بل هو جواز حكمي قائم بموضوعه كسائر الأحكام الشرعية، فبموته ينعدم الحكم بانعدام موضوعه، فإن المستفاد من أدلة الميراث أن الذي يورث شيء يبقى بعد الموت، بمعنى أن يصدق عليه أن الميت يتركه

(١) راجع الشيخ الحر العاملي: وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، حديث ٣ من الباب ١٦ من أبواب

الخيار، ط. مؤسسة آل البيت عليهم السلام قم.

ويمضي، كالمال أو الحق القائم بعين، وأما نفس جواز الرجوع حكماً، فليس مما يقوم بالمال بحيث يتركه الميت عند موته، بل قائم به يندم بانعدام موضوعه، ولذا لا يجري استصحاب جواز التراد كما ذكره الشيخ رحمته، بل الجاري هو استصحاب ملكية من بيده العين.

فالحق ما ذكره رحمته أنه بناء على القول بالملك تلزم المعاطاة بعد الموت، كما أنها تلزم أيضاً بالتصرف الموجب للامتزاج، والموجب لتغير العين لعدم العلم بأنه من قبيل خيار الفلس، فتلزم المعاطاة بالتصرف، أو من قبيل خيار العيب أو الغبن، فلا تلزم، ويثبت جواز الرجوع والتراد، فلا وجه هنا أيضاً لاستصحاب جواز التراد مع الشك، لا لأجل أن الموضوع حقيقي، بل للشك في مقتضي، (أو للشك في تحقق الموضوع، فإن لم يعلم أن المال المتصرف به من قبيل المال المتصرف به في خيار العيب، أو في خيار التفليس)^(١)، هذا على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحة، فهل تلزم المعاطاة بالموت أو بالتصرف بالمزج وتغيير العين، أو لا؟

ظاهر الشيخ رحمته الثاني في الموت، وصريحه في التصرف بالمزج والتغيير.

والحق الثاني، أما في الموت فمن وجهين:

الأول: للسيرة القطعية على عدم التوريث، ضرورة أن استفادة حكم المعاطاة من سيرة الناس ومعاملتهم على ترتيب آثار البيع الحقيقي على المعاطاة، بحيث لا يفرقون بينه وبين البيع بالعقد، ولذا حكم بترتب جميع آثار البيع حتى المتوقعة على الملك.

ومن هنا جعل كاشف الغطاء أعلى الله مقامه من وجوه تأسيس القواعد

(١) القوسين كما في الأصل.

الجديدة- على القول بالإباحة- هو تعلق المواريث بما في اليد الحاصل بالمعاطاة، مع العلم ببقاء مقابله، ولو كان بالموت يرجع ما بيده إلى المالك الأصلي لما كان وجه للنقض بالمواريث ولزوم تأسيس قواعد جديدة، مع أن الشيخ تثبت لم يرده هناك إلا بأنه استبعاد محض.

والثاني: أن الرجوع في المعاطاة على القول بالإباحة ليس كما ذكره في المتن نظير الرجوع في إباحة الطعام، ضرورة أن الإباحة في المعاطاة ليس من ناحية المسببات، بحيث أن المعقود عليه فيها هو نفس إباحة التصرف، كما في العقود الادنية، بل إنما جاءت- على القول بها- من ناحية الأسباب لعدم قابليتها لإفادة الملك، وإنما الواقع هو التسليط وإعطاء السلطنة المالكية للمتعاطي معه، بحيث يعطيه جميع ماله من السلطنة، ولم يبق له إلا العلقه المالكية، لعدم قابلية العقد لإفادتها، بمعنى أن الملكية أن يملك مع انتقال جميع التصرفات على المال عنه، فليست الإباحة إلا عدم حصول الملك فقط، وتسميتها بالإباحة لا تخلو عن تسامح لضيق التعبير.

فتحصل أن الذي يبقى للمالك الأصلي هو نفس الإضافة والملكية بذلك المعنى المتقدم، وأما آثارها من السلطنات الملازمة للملكية، فليس تحت يده وتصرفه، ولذا قلنا سابقا: إن معنى جواز الرجوع ليس عبارة عن جواز التصرف بنفس العين، بل معناه هو هدم أساس تلك السلطنة، نظير الهبة وأمثالها من العقود.

وبهذا يتضح أن جواز تصرف من بيده المال المتعاطي به لا يتوقف على الرضا من المالك بعد العقد غير الرضا حين عقد المعاطاة، سواء علم بكراهة المالك باطنا أو لم يعلم، وحيث عرفت أنه لم يبق للمالك الأصلي في المعاطاة على الإباحة إلا الإضافة الملكية، تعرف أنه بالموت لا بد من القول بلزوم المعاطاة؛ لأن الملكية إضافة قائمة بين

طرفيها لا تبقى بعد الموت بحيث يتركها الميت ويمضي، لاستحالة قيامها بطرف واحد، فموته لا بد أن تنعدم، فكيف يعقل قيام الوارث طرفاً لهذه الإضافة؟! وأما توريثه في غير المقام فلمكان أن المال لما انقطع إضافته عن طرفها الآخر لا يعقل أن يبقى مخلى السرب، حيث إن الآثار ثابتة له من السلطنات وغيرها، لبقاء ماليته المحتاجة إلى القيام بطرفين، فلا بد من قيام طرف آخر طرفاً للإضافة، وليس هو إلا الوارث بحكم الشارع.

وأما في المقام فحيث كانت السلطنة على المال والآثار ثابتة لمن بيده المال لا للمالك الأصلي، فلا يحتاج إلى طرف آخر بعد أن كانت السلطنة المساوية للملكية قائمة بمن بيده المال.

وأما في التصرفات الأخرى، كالامتزاج وتغيير العين، فمضافاً إلى قيام السيرة على لزوم العقد بها - فإن من أرجع العين المتصرف بها بهذا التصرف يجعل في موضع الهزو عند الناس - أن الامتزاج موجب للشركة في المال، وكذلك التغيير إذا أوجب زيادة العين بوصف قائم بها.

ولا شبهة أنه بحصول الشركة تحصل ملكية جديدة غير الملكية الأولى، بداهة أن ملكه السابق لا يقوم مع الشركة بنفس العين القائمة بنفسها المتميزة في الواقع دون الظاهر، بل تسقط تلك الملكية السابقة.

وعلى تقدير الشركة يكون حقه مشاعاً في المال المشترك، كما هو الشأن في قواعد الشركة، فإذا شككنا في أن التصرف في المقام من قبيل التصرف في خيار العيب أو من قبيل التصرف في خيار التفليس، فإنه لا وجه لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للغير، لانعدام الملكية السابقة بحصول الشركة قطعاً، فكيف يعقل استصحابها مع انتقاضها

بعلم آخر؟ وأما الملكية الحادثة بالشركة فلم يعلم ثبوتها للمالك الأصلي، ولا أصل يقتضي ذلك.

ومن هنا يتضح ما في كلام الشيخ رحمته في المتن سابقا من أن الأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بهال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به، فإنه إن كان استصحاب الملكية توجب الشركة بنفس الملكية المستصحة، فقد عرفت أن الملكية في الشركة ملكية جديدة تحدث بها غير الملكية السابقة قطعاً، وإن كان بملكية أخرى، فلا يجدي استصحاب الملكية الأولى في ثبوت الملكية الجديدة له.

هذا مع جريان استصحاب سلطنة من بيده العين الثابتة له يقينا قبل حصول هذا التصرف، لما عرفت من معنى الإباحة في باب المعاطة، وكذا استصحاب ضمان العين بالمسمى، فعلى تقدير جريان استصحاب الملكية السابقة للمالك الأصلي، فهي معارضة باستصحاب سلطنة الآخر والضمان بالمسمى، وليست من باب الاستصحاب السببي والمسببي؛ لأن السبب في الشك في رفع السلطنة الثابتة للمباح له ليس هو الشك في ملكية الأول، بل السبب له هو التصرف الخاص، وأنه من أي البابين: باب خيار التفليس أو من باب خيار العيب؟

وإنما يكون الشك في الملكية للأول، والشك في السلطنة المنافي في عرض واحد، كما تقدم نظيره في التلف؛ لأنها مسببان عن الشك في دخوله في أي البابين.

على أن استصحاب ملكية المالك الأصلي غير جارية من وجه آخر؛ لأنه لم يثبت للمالك الأصلي إلا ملكية أن يملك، وإلا فنفس الملكية المساوية للسلطنة على المال بوجوه التصرف قد نقلها عن نفسه وأعطاه للغير، وهذه الملكية الخاصة وهو ملكية أن يملك مشكوكة الموضوع، للشك في أن التصرف من أي البابين.

قوله **تَنْتَهَى** : ولو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه... إلى آخره.

الظاهر خلافه على كلا القولين، فتلزم المعاطاة بالجنون، أما على القول بالملك فواضح، لما سمعت من أن جواز التراد حكم تكليفي لا يمكن استصحابه لوليه بعد انتفائه بانتفاء موضوعه؛ لأن المجنون ساقط عنه كل تكليف وحكم، وليس متعلقا بالعين فقط كما تقدم، مع استصحاب ملكية من بيده العين.

وأما على القول بالإباحة فكذلك، لعدم جريان استصحاب ملكية المجنون؛ لأن هذا أيضا يجري فيه الكلام المتقدم أنه من باب خيار العيب أو خيار التفليس، فالموضوع غير محرز، مع استصحاب سلطنة الآخر أيضا، فتدبر.

قوله **تَنْتَهَى** : وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة... إلى آخره.

لا يخفى أنها لو كانت المعاطاة على القول بالإباحة تكون نظير إباحة الطعام، بحيث يكون المعقود عليه هو نفس الإباحة، فاستغراب صيرورتها بيعا بالتلف في محله، بداهة أن التلف ليس معاوضة بيعية بنفسه، والمفروض أن الذي وقع عليه العقد هو نفس الإباحة، فبأي شيء يكون بيعا حتى يترتب عليها آثار البيع؟! وأما أنها بيع عرفي، فلا نعرف وجهه بعد أن أوقع العرف بها نفس الإباحة.

نعم، يستقيم ذلك على ما قلناه من أن المعاطاة - على القول بالإباحة - لم يوقع المتعاطيان فيها إلا التسليط بزعم أنه تمليك، وهو لازم مساو للملكية، مع كونها في الحقيقة مقصودة للمتعاطيين، فإذا صارت بيعا لازما بالتلف ليس بذلك الأمر الغريب على وجه تكون جزء السبب، والتلف تمامه.

وبهذا يتضح انتفاء خيار المجلس والحيوان؛ لأنه قبل التلف لم يتحقق البيع وبعد التلف ينتفي موضوع التراد، بخلاف خيار العيب أو الغبن، فإنه يرجع إلى مثل

المؤمن أو قيمته، وهذا لا ينافي ما تقدم من أن اللزوم الحقيقي المقابل للخيار لا يمكن إيجاده بالفعل، كما لا يمكن إيجاد الجواز الحقيقي كذلك، لكن يمكن أن يجعل الشارع اللزوم الحقيقي أو الجواز الحقيقي عند ذلك، وإن لم يكن منشأ بفعل المتعاطين.

قوله: فافهم.

لعله أشار إلى غرابة الإباحة اللازمة.

قوله **تَبَيَّنَ**: فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي... إلى آخره.

لا يخفى أن التقابض في العقد الفاسد يتصور على أنحاء ثلاثة:

أحدها: أن يكون التقابض على نحو التعاطي بعد البناء على فساد المعاملة الأولى، فتكون معاملة ثانية حادثة بعد فساد الأولى، ولا إشكال بدخول هذا القسم في المعاطاة، ضرورة أنه قد صدر التعاطي بالفعل بإنشاء آخر، ولم يكن من مقتضيات العقد الفاسد أصلا، وسبق العقد الفاسد عليه لا تقتضي فساده قطعاً، إذ لا ربط بينهما ولا علاقة، ولا توقف لأحدهما على الآخر.

ثانيها: أن يكون التقابض جرياً على مقتضى العقد الفاسد، بحيث إن رضا كل منهما بتصرف الآخر من جهة تخيل لزومه الالتزام بهذا العقد الواقع، ولو لا ذلك لما رضي كل منهما بتصرف الآخر، فلو علما بفساد العقد لم حصل الرضا المزبور؟!، فيكون الرضا مقيداً، ولا إشكال بأن هذا الفرض يستلزم فساد التقابض وعدم تحقق المعاطاة الصحيحة.

ثالثها: أن لا يكون الرضا بالتقابض من جهة الجري على مقتضى العقد السابق الذي فسد، بل كل منهما راض بتصرف الآخر، سواء كان العقد فاسداً أم صحيحاً، ولم

يحصل تقابض جديد بعنوان المعاطاة بإنشاء آخر فعلي، بعد البناء على فساد العقد الأول، كما هو فرض القسم الأول، بل كان التقابض من جهة العقد، لكن الرضا غير مقيد بالجري على مقتضى هذا العقد، وهذا القسم هو محل النزاع في المقام، وأنه بذلك يدخل في المعاطاة، فيصح العقد على أن يكون عقدا بعنوان المعاطاة أم لا؟ والحق هو الثاني كما سيجيء.

قوله **تتج**: ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم... إلى آخره.

هذا عطف على قوله: «من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة. إلى آخره»، لبيان الإشكال من الجهة الأخرى المقتضية لصحة وقوع المعاطاة بالعقد الفاقد للشرائط، ولكن الحق هو الجهة الأولى من الإشكال، فإن المعاطاة إنما هي إنشاء فعلي للمعاملة، ومع القصد للمنشأ لا يعقل إنشاؤه بالفعل كالإنشاء باللفظ حرفا بحرف.

وأما ما ذكر من السيرة على حصول التعاطي بنفس وصول العينين، كما في أخذ الماء والبقول، ووضع الدراهم في خزانة الحامي، وأمثال ذلك مما لم يقصد فيه الإنشاء بالتعاطي، فإنه خارج عن مقتضى القاعدة.

ولكن لما كانت السيرة محققة وقد أمضاها الشارع، فلا بد من الاختصار على مورد السيرة، ولا يجوز التعدي إلى غير موردها، ولا فرق في ذلك بين القول بالإباحة أو بالملك.

أما على القول بالملك فالحكم واضح؛ لأن التملك لا يعقل أن ينشأ بالفعل ما لم يقصد إنشاؤه.

وأما على القول بالإباحة؛ فلأن الإباحة ليس مجرد الرضا، بل المقصود هو التسليط الذي لا يحصل إلا بالإنشاء، فلا يكفي وصول نفس العوضين مع عدم الإنشاء.

وينبغي التنبيه على أمر: وهو أنه قد ذكر في باب الخيارات أن النماءات على قسمين: منفصلة ومتصلة، والمتصلة تتبع العين في ملكها، فيملكها من بيده العين سواء كان هو ذو الخيار أو من عليه الخيار، فإن كانت العين في يد من عليه الخيار، فهي في ملكه ما دامت العين في ملكه، فإذا باع العين يقع البيع على العين وعلى النماء، وإن كانت العين في يد ذي الخيار فالنماءات المتصلة كذلك، وكذلك المنافع، فإنها في حكم النماء المتصل.

وأما المنفصلة فتقع في ملك من حدثت في يده، فإن حدثت في زمن الخيار قبل الرد، فهي في ملك من عليه الخيار حتى لو انتقلت العين إلى ذي الخيار بالرد.

والفرق بين المنافع والنماءات اصطلاحاً:

أن المنافع عبارة عن ثمرة العين التي ليس لها وجود عيني، كالانتفاع بالدار بالسكنى، والدابة بالركوب، وهكذا.

والنماءات عبارة عن ثمرة العين التي لها وجود خارجي، كثمرة النخل، وولد الدابة، وأمثال ذلك، وهذه مثال النماءات المنفصلة والمتصلة، مثل الوبر والصوف الذي يحدث بالنمو قبل فصله، ومثل زيادة ثمن العين، ومثل عروض صفة للشيء توجب زيادة ثمنه، كالخلل إذا عتق، والغنم إذا سمن أو كان صغيراً ثم كبر، وهكذا.

إذا عرفت ذلك، فيقع الكلام في المعاطاة: أن النماءات المنفصلة الحادثة في يد من بيده العين، والمتصلة ما دامت العين في يده، هل أنها تكون كالنماءات في باب الخيارات، فتكون في ملك من بيده العين، أو أنها في ملك المالك الأصلي للعين؟

والحق هو الأول، والظاهر جريان السيرة على ذلك، ولذا جعل الشيخ الكبير رحمته من جملة الاستبعاد للقول بالإباحة حدوث النماء في ملك من بيده العين، مع كون العين

خارجة عن ملكه.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله هناك في جوابه نقلاً عن محكي بعضهم - من أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله - فمما لا نعرف وجهه، لما عرفت من السيرة، ومن أن القائل بالإباحة لا يفرق بينه وبين القول بالملك إلا ببقاء العلة المالكية للأول، وإلا فجميع آثار الملك يرتبها على الإباحة؛ لأنه يلتزم بالآخذ بالسيرة بجميع أطرافها، ويحمل العقد على الإباحة، ولذا لا ثمرة عليه بين القول بالإباحة والملك.

والحاصل: أنه لا ينبغي أن ينكر أن النماءات في المعاطاة ملحقة باب الخيارات، أما على القول بالملك فواضح لا ريب فيه، وإنما الإشكال على القول بالإباحة، لاستغراب حدوث النماء في ملك من بيده العين، مع كون العين خارجة عن ملكه.

والحق دخولها في ملكه لجريان الدليل في المقام الدال على حدوث النماء في ملك من بيده العين في باب الخيارات، وهو النبوي المشهور «الخراج بالضمان»^(١).

ويتوقف الاستدلال على بيان معنى الفقرة الشريفة التي هي من جوامع الكلم التي رويت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في طرق المخالف والمؤلف، فنقول:

الخراج لغة: هو نتاج الأرض الذي يخرج منها، ومنه الأراضي الخراجية، أي التي خراجها للمسلمين، وأما بحسب عرف الشرع، فالمراد منه هو مطلق النماء للأرض وغيرها، كالغلة، فإنها في اللغة لخصوص الغلات الأربع، وفي عرف الشرع أعم من ذلك تشمل كل نماء.

(١) الميرزا النوري: مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٢، حديث ٣ من باب ٧ (ط. مؤسسة آل البيت عليهم السلام - قم - سنة ١٤٠٨ هـ).

والضمان يمكن أن يراد منه المعنى الاسمي المصدري له - على ما فهمه أبو حنيفة - فيكون المراد ما يضمن به والمتعهد به، سواء كان عن تعهد من الضامن واختيار منه، أم بدون تعهد، كما في موارد الضمان باليد، ومقتضاه أنه في الضمان باليد يكون النماء للضامن بدلا عن ضمانه؛ لأنه معنى الفقرة: أن الخرج يكون في مقابلة الضمان وبدلا عنه، ولذا حكم أبو حنيفة - كما ورد في صحيحة أبي ولاد^(١) الآتية - بعدم لزوم كراء البغل على أبي ولاد، حيث إنه اغتصبه خمسة عشر يوما، وكان ضامنا له، فبضمان البغل حكم بسقوط الكراء.

ويمكن أن يراد منه المعنى المصدري، أي نفس التعهد الذي لا يكون إلا فعلا اختياريا، فلا يشمل الضمان باليد الذي لا يكون الضمان فيه بالقصد والتعهد، وهذا المعنى هو المراد من الفقرة الشريفة، لمناسبة الحكم للموضوع؛ لأن النماء إنما يقع بدلا عن شيء يصح مقابلته بالمال.

وأما الضمان في اليد قبل التلف فليس شيء يصح مقابلته بالمال، بخلاف الالتزام والتعهد، ولذا أنكر الإمام رحمته على فتوى أبي حنيفة، فقد رحمته: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتحبس الأرض بركاها»^(٢).

فتحصل أن الضمان باليد غير داخل في الحديث الشريف، فلا يقابل بالنماء، وأيضا أن ضمان البائع للعين قبل القبض لا يدخل في الحديث، فإنه على عكس مدلوله، فإن المفهوم منه أن المراد من الضمان هو ضمان ما بيده بما خرج عنه، فإنه هو المفهوم من التعهد، بأن يتعهد له بضمان الشيء بشيء آخر خرج عنه، لا التعهد بنفس الشيء بما دخل في ملكه، كما هو معنى ضمان البائع للمبيع قبل القبض، فإنه يضمن نفس المبيع لدخول

(١) الوسائل ١٨: ١١٩، حديث ١ من الباب ١٧ من أحكام الإجارة (مصدر مذكور).

(٢) المصدر ذاته.

الضمن في ملكه بالبيع.

ثم الظاهر أن المراد من الضمان هو النفس الأمري المتحقق في الخارج الذي لا يكون تحققه بإمضاء الشارع نه، إذ لا تحقق له حقيقة إلا بجعل الشارع، وبدونه حقيقة غير متحقق، وإن كان هناك تعهد من البائع أو المشتري، إلا أنه مع عدم إمضاء الشارع لا أثر له، فوجوده كعدمه، لا أنه من جهة أن الألفاظ موضوعة للصحيح، بل حتى لو قلنا بأنها موضوعة للأعم يستفاد هذا المعنى.

وبهذا يتضح خروج الضمان بالعقود الفاسدة التي لم يمضها الشارع، إذ لم يتحقق ضمان في نفس الأمر.

ثم أيضا إن الظاهر أن المراد من الضمان هو الضمان المنجز، فلا يشمل الضمان الثاني المقدر الوجود، فلا يدخل في هذه الفقرة الشريفة الضمان في مثل «أعتق عبدك عني»، فإنه لا يحصل الضمان منجزا للعبد إلا بحصول العتق، وإنما يكون حصول مقتضى الضمان بالأمر بالعتق، فيكون الضمان بحصول الأمر ثانيا، فيتوقف تنجزه على حصول المعلق عليه، وهو العتق.

فتحصل إلى هنا أن الأمور التي لا تخرج عن عموم هذا الحديث الشريف - تخصصا لا تخصيصا - أربعة: الضمان باليد، وضمان المبيع قبل القبض، والضمان في العقد الفاسد، والضمان في الأمر.

إذا عرفت ذلك، فنقول: إنه لا دلالة لهذا الحديث على أن يكون الضمان مخصوصا في العين المملوكة، بل شامل لكل تعهد بالعين، سواء كانت داخلة في ملك الضامن أم لا، فيدخل الضمان في المعاطاة للعين على القول بالإباحة، وإن كانت في ملك مالكها الأصلي، ولا بد حيثئذ من دخول النماءات في ملك من بيده العين في مقابلة الضمان،

وليس الضمان في المعاطاة من أحد هذه الأقسام الأربعة بالضرورة، فلا موجب لخروجه عن عموم التعليل.

«بسم الله الرحمن الرحيم»

وبه نستعين، والحمد لله رب العالمين^(١).

قوله **نَتَكَلَّمُ**: مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع..... إلى آخره.

هذه كما أنها مقدمة لما يأتي فهي خاتمة لما سبق، ولا يخفى أن الشك في اعتبار اللفظ يقع على نحوين: الأول أن يشك في اعتباره في صحة العقد، وهو تارة يكون الشك في اعتباره من جهة الشك في صدق العقد الخاص على الفعل، كما إذا شك في أن إشارة الأخرس هل يصدق عليها عنوان البيع، كما يصدق على الإنشاء باللفظ، أم لا؟ والأصل في المقام هو عدم الصحة وعدم كونه عقداً؛ لأن ترتب الأثر عليه لا يكون إلا بعد صدق العقد الخاص عليه، والمفروض أنه مشكوك، ولا أصل هناك يقتضي كونه من العقد الخاص.

والأخرى يشك في اعتبار اللفظ مع العلم بصدق عنوان المعاملة عليه، فيكون الشك في أنه شرط زائد يتوقف عليه تأثير العقد، والأصل في المقام هو عدم الاشتراط للمتمسك بإطلاق **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾**^(٢) وأمثاله **﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**^(٣).

والثاني أن يشك في اعتباره في لزوم البيع بعد فرض صدق العقد عليه وحصول

(١) من الأصل.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) المائدة: ١.

شرائط تأثيره، كما في المعاظة بعد العلم بأنها من العقود، فإنه يشك في أنها تقتضي اللزوم أم لا؟ وقد تقدم من الشيخ ^(١) أن الأصل اللزوم في الملك، فتكون المعاظة لازمة على القول بالملك، إلا أن يقوم دليل على عدم لزومها، فلا أصالة اللزوم وعدمها تجري في المقام الأول بنحويه، ولا أصالة الاشتراط أو عدمه تجري في المقام الثاني.

إذا عرفت ذلك فالعاجز عن التلفظ كالأخرس، تارة يشك في صدق البيع على إشارته لاعتبار اللفظ فيه، فلا تكفي الإشارة منه في الانتقال، لأصالة عدم ترتب الأثر وأصالة الاشتراط، أو أنها تكفي إشارته لأصالة عدم الاشتراط، وأخرى يشك في أنه بعد صدق اسم البيع على إشارته، هل (يقتضي ذلك اللزوم أو لا؟) ^(٢).

والمبحوث عنه في المقام هي الجهة الأولى في أن العاجز عن اللفظ إشارته صادق عليها اسم البيع أم لا؟ والحق أن العاجز إذا كان مثل الآخرس لا ما اتفق عجزه تكون إشارته كلفظ غيره موجدة ^(٣) للمعنى، لأن إنشاء مقاصده وبيانها منحصر عنده في الإشارة، حتى تكون الإشارة عنده بمنزلة اللفظ في إفادة المعنى للمتلفظ، فكما أن اللفظ وجوده وجود للمعنى بالعرض، يكون وجود الإشارة وجوداً للمعنى بالعرض، فلا محالة حينئذ من صدق اسم البيع عليها، وتكون عقدا كسائر العقود كالإنشاء باللفظ بلا فرق، فيتمسك لإثبات صحته وترتب الأثر عليه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٤)، لأنه يكون عقداً يجب الوفاء به.

ولا وجه للتفصيل بين قدرته على التوكيل وعدمه، فإنه لو كان قادراً على التوكيل فتوكيله أيضاً يأتي الكلام به في أن إشارته للتوكيل يصدق عليها عقد التوكيل أم لا؟ ثم

(١) ما بين القوسين ضرب عليه بالقلم.

(٢) في الأصل: موجودة.

(٣) المائدة: ١.

ينتقل إلى توكيله على التوكيل، وهكذا إلى غير النهاية، فدائماً هو غير قادر على التوكيل باللفظ حتى يفرض أن قدرته على التوكيل مانعة عن انعقاد بيعه بالإشارة، وإن اكتفى بالتوكيل ولو بالإشارة لصدق العقد عليها، فذلك يقتضي صدق عقد البيع عليها أيضاً، فلا معنى لاشتراط عدم القدرة على التوكيل.

والحاصل أنه إن كانت إشارته يصدق عليها اسم عقد البيع، فلا يشترط اللفظ فيه في حقه، وليس الأصل هو الاشتراط، سواء كان قادراً على التوكيل أو لم يكن، وإن لم يكن صادقا عليها، فالأصل الاشتراط في كلا المقامين، ويحتاج إثبات صحته إلى دليل خارجي بلا فرق، بل لا معنى لفرض قدرته على التوكيل حينئذ.

ومن هنا يظهر أن كلام الشيخ رحمته في المتن مضطرب جداً يحتاج توجيه كلامه إلى تأمل.

وعلى كل حال، فلو شك في صدق اسم البيع على إشارته، فالدليل القائم على عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس كاف لإثبات صحة بيعه بالإشارة، لدالته على صدق العقد على الإشارة، وقابليتها لإنشاء العقد بها.

وإذا ثبت كون الإشارة يصح إنشاء المعاني بها وإيجادها يصدق عليها اسم البيع، ولا محالة تقع عقداً صحيحاً، مع أنه بالفحوى يستفاد وقوع البيع بالإشارة، إذ أمر الفروج عند الشارع أهم من الأموال، ومراعاة الاحتياط فيها أشد، فتدبر.

قوله رحمته: ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة..... إلى آخره.

حاصله: أن جريان أصالة الزوم في المعاطاة على القول بالملك إنها هو في مورد قدرة المتعاطين على مباشرة اللفظ، وأما مع عدم القدرة كالأخرس فهو خارج عن هذا الأصل، لأصالة الاشتراط، ولا يخفى أن هذه الجملة من الشيخ رحمته من الكلمات

المضطربة، فإن المعاطاة ان كان صدق اسم البيع عليها مشكوكا، فلا معنى لجريان أصالة اللزوم؛ لأن محل هذا الأصل - كما عرفت - فيما إذا علم صدق اسم عقد البيع عليها، وعلم قابليتها لإنشاء البيع بها، بحيث تكون من العقود، بل إنما الجاري هو أصالة الاشتراط باللفظ وأصالة عدم الصحة، وحينئذ قد يفصل بين قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ وعدمها، وإن كان صدق البيع عليها معلوما، فإنه وإن كان محلا لجريان أصالة اللزوم، إلا أنه حينئذ لا معنى للتفصيل المذكور، لأنه إذا صدق عليها عقد البيع وكانت قابلة لإيجاد البيع وإنشائه بها، فلا يفرق فيه بين القدرة على مباشرة اللفظ وعدمها.

قوله **تتأثر** : والظاهر أيضا كفاية الكتابة..... إلى آخره.

لا يخفى أن الكتابة وإن كانت أقوى من الإشارة في الدلالة على المقصود، ولهذا جعلت عند الأمم من أقوى الحجج على الكاتب في جميع إقراراته، إلا أن وقوع العقود بها أمر آخر، فإن المناط في وقوع العقد بشيء أن يكون إيجابيا لذلك المعنى وينشأ به.

ومن المعلوم أن الكتابة ليس من قبيل اللفظ أو إشارة الأخرس بحيث ينشأ بها المعنى على وجه يكون وجودها يكوّن وجودا للمعنى بالعرض، كما في اللفظ وإشارة الأخرس، بل الكتابة من قبيل العلامة والإمارة على المعنى، فليس لحاظها لحاظا آليا فانيا في المعنى، فناء اللفظ في معناه، بل لحاظها يكون استقلاليا، ومن لحاظها ينتقل إلى لحاظ المعنى.

نعم لو كان الكاتب عاجزا عن اللفظ والإشارة، وكانت كتابته له بمنزلة كلامه أو إشارته صح إنشاء العقود بها؛ لأنها تكون حينئذ بمنزلة اللفظ أو الإشارة حيث ينحصر إيجاد المعاني عنده بهذه الوسيلة، وعليه تكون بمنزلة الإشارة، فكما أن الإشارة

لمن كان قادرا على الكلام تكون كالعلامة على مقاصده- وإنما تكون بمنزلة اللفظ إذا عجز عن الكلام، فتنحصر إيجاداته للمعاني بها- فكذلك الكتابة، فالإشارة لمن عجز عن اللفظ، والكتابة لمن عجز عن الإشارة، فتدبر جيدا.

قوله **تثني**: أما الكلام من حيث المادة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنيات..... إلى آخره.

هذا هو الحق لما عرفت من أن المعيار في وقوع العقد بشيء أن يكون ذلك الشيء وجود وجود للمعنى بالعرض، بحيث ينشأ به المعنى ويوجد به، فلا ينعقد بما كان كالعلامة والامارة على المعنى، ومن المعلوم أن اللفظ في الكناية لم يستعمل ولم ينشأ به المعنى الكنائي، وإنما استعمل في المعنى الموضوع له اللفظ، ومنه- باعتبار التلازم بين المعنى الحقيقي والمعنى الكنائي- ينتقل إلى الثانية، فلا يكون اللفظ في الكناية إلا كالعلامة على المعنى الكنائي، فكيف يصح وقوع العقد بالكنيات؟ ومنه يعلم أنه ليس المنشأ في عدم وقوع العقد بالكناية هو العمل بأصالة بقاء الملك، أو لأن المخاطب لا يدري على ما سيذكر المصنف توجيهه، فإنه إذا كان العقد صادقا على الكناية لو فرض صحة الإنشاء بها لما صح جريان هذا الأصل، ولو لم يصدق يعلم بعدم الانتقال، ولا محل لجريان الأصل.

قوله **تثني**: وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة..... إلى آخره.

هذه مسألة أخرى، والحق أيضا عدم وقوع العقد بالمجازات، سواء كان قريبا أو بعيدا وسواء كانت القرينة حالية أو مقالية، بناء على أن القرينة لم تذكر إلا لصرف اللفظ عن ظاهره لوقوع اللفظ ظاهرا في معناه الحقيقي، وبالقرينة يصرف إلى المعنى المجازي. وعليه لا يكون اللفظ وجوده وجودا للمعنى المجازي بالعرض، بل يكون علامة

بواسطة القرينة، كما أن القرينة لم تستعمل في المعنى المجازي حتى يقال: إن المعنى المجازي ينشأ بالقرينة، فيفرق بين القرينة المقالية والحالية، كما صنعه الشيخ رحمته فيما يأتي، بل القرينة لم تستعمل إلا في معناها الذي وضعت له، ولما كان معناه مع المعنى الحقيقي يتناقضان، فالعقل يصرف اللفظ إلى غير معناه.

نعم لو كان إفادة المعنى المجازي حاصلة من مجموع اللفظ المجازي والقرينة، بحيث يكون بمجموعهما إيجاداً له، لكان وجه لوقوع العقود بالمجازات، إلا أنه خلاف التحقيق، فتدبر.

قوله رحمته: هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى.

إلى آخره.

لا ريب في أنه إذا كان اللفظ له ظهور عرفي في معنى العقد يصح وقوع العقد به، سواء كان من الألفاظ الكنائية أو المجازية، لأنه بذلك الظهور العرفي وتعارف استعمال اللفظ في ذلك المعنى يكون إيجاداً للمعنى بالعرض كاللفظ الموضوع بلا فرق، وهذا خارج عن محل الكلام، فإن الكلام في نفس الكنائية أو المجاز مع بقائهما على ما هما عليهما، وأما اللفظ المتعارف استعماله في ذلك المعنى، فإنه يكون إنشاء المعنى به بلا واسطة، ولا يكون من قبيل العلامات أو الأمارات على المعنى.

قوله: فتأمل.

لعله أشار إلى الفرق بين الذي قواه جماعة من الاكتفاء بكل لفظ، وبين الاكتفاء بلفظ له ظهور عرفي، الظاهر من النصوص والفتاوي، لما ذكرناه من أن له حالة ظهور عرفي لا مانع من وقوع العقد، بخلاف غيره من باقي المجازات والكنائيات مما ليس له هذا الظهور، أو أشار إلى أن كون الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل لا يقتصر انعقاده

بلفظ نقلت، ضرورة أنه ليس المراد هو النقل بالحمل الأولي، بل المراد هو النقل بالحمل الشائع، حيث يكون اللفظ وجوده وجوداً للمعنى، فيقع به النقل الخارجي، وأما لفظ نقلت فالمسلّم دلالته على النقل بالحمل الأولي، وأما على النقل بالحمل الشائع فأول الكلام، إلا أن يكون له ظهور بالمعنى الخاص كما عرفت، أو أشار إلى أن من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول لا يكون كلامه ظاهراً في اعتبار كل لفظ، فإن الكلام في صدق الإيجاب والقبول على كل لفظ، إذ لا يصدق الإيجاب أو القبول إلا على ما كان ينشأ به المعنى، على وجه يكون وجوده وجوداً له بالعرض، فإطلاق الإيجاب لا يشمل ما لا يصدق عليه الإيجاب بالضرورة.

قوله **تدئ**: ولعل الأولى أن يراد باعتبار الحقائق..... إلى آخره.

أقول: والأولى أن يحمل قول من اعتبر عدم المجاز على إرادة المجاز الغير المتعارف، ومن اكتفى ببعض الألفاظ المجازية على المتعارف استعماله في ذلك المعنى، لا ما ذكر الشيخ **تدئ** من الفرق، لما عرفت أن القرينة لم تستعمل في المعنى المجازي، وإنما تستعمل في معناها الذي وضعت له، ولما كان المناقاة بينه وبين المعنى الحقيقي للفظ يحمل اللفظ على غير معناه، فإن أراد من انتهاء الإفادة بالآخر إلى الوضع: أن القرينة تكون مستعملة في المعنى المقصود بحسب الوضع، فقد عرفت خلافه، فإن قوله: «في الحمام» في مثال: «رأيت أسداً في الحمام» لم يستعمل في الرجل الشجاع وغير موضوعه له.

وإن أراد من الانتهاء أن القرينة مستعملة في معناها بالوضع، فلا ينفع في إفادة المعنى المقصود إذا لم تكن مستعملة فيه.

والحاصل: أن الانتهاء بالآخر إلى الوضع إنما يجدي إذا كان ينتهي إلى استعمال اللفظ في المعنى المقصود بالوضع، وليست القرينة مستعملة في المعنى المجازي ولا

موضوعة له، واستعمالها في غيره لا يقتضي إنشاء بها، فتدبر جيدا.

قوله **تتأثر**: ومما ذكرنا يظهر الإشكال في الاختصار على المشترك اللفظي..... إلى آخره.

الحق عدم وقوع البيع، بالمشترك اللفظي ولا بالمشترك بالمعنى مع القرينة اللفظية، فضلا عن الحالية، وذلك لأن معاني العقود خصوصا مثل البيع معاني بسيطة لا يعقل إيجادها على سبيل التدرج، فلا يصح وقوعها بالمشترك اللفظي أو المشترك المعنوي.

أما المشترك المعنوي فواضح، لأنه إن استعمل في الفرد على سبيل المجاز فهو يلحق في المجاز، وإن استعمل في معناه العام، والقرينة تكون بمنزلة الفصل، فلازمه وقوعه للمعنى على سبيل التدرج، وهو خلاف فرض بساطته، فلا يعقل ذلك.

وأما المشترك اللفظي فقد تقدمت الإشارة إليه في بعض مباحث المعاطاة في التنبيه الخامس، لأن اللفظ لما كان مشتركا بين عدة معان إذا أطلق لا ينصرف منها أحدها إلا بالقرينة المعينة، فيكون مجملا مرددا بين أحد تلك المعاني، ولا يعقل حينئذ إيجاد المعنى بنفسه، بل لابد من القرينة، فيكون من قبل تعدد الدال والمدلول، ولازمه وجود المعنى على سبيل التدرج كالمشترك المعنوي، فتدبر.

قوله **تتأثر**: وأما ما ذكره الفخر **تتأثر** فلعل المراد..... إلى آخره.

حاصل هذا التوجيه كما^(١) عن الإيضاح: أن المقصود من الخصوصية المعتمدة في الصيغة التي يتوقف صحة العقد عليها هي الخصوصية في المعنى المنشأ لا في اللفظ الذي به الإنشاء.

(١) في الأصل: لما.

مثلاً إن الشارع يعبر عن العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد أن يكون هذا المعنى هو المنشأ بألفاظ العقود بأي لفظ كان، وهكذا في سائر العقود، فلا يعتبر صيغة مخصوصة، ولا لفظ مخصوص، بل يعتبر أن اللفظ الذي ينشأ به العقد دال على المعنى المقصود من تلك المعاملة.

وبعبارة أخرى لا بد أن يكون دالاً على عنوان المعاملة المعبر عنها في كلام الشارع، فمثلاً تبديل المنفعة بالعين لما كان المعبر عنها في لسانه بعنوان الإجارة، فلا بد أن يكون اللفظ المنشأ به هذه المعاملة دالاً على معنى الإجارة، ولكن لا يعتبر أن يكون بلفظ آجرت، بل بكل لفظ دل على هذا المعنى.

وأما إنشاء هذا العقد بلفظ بعت، فلا يصح ولا تقع به الإجارة، لأنه لا يدل على عنوان الإجارة المعبر بها بلسان الشارع عن هذه المعاملة الخاصة.

نعم لو قصد من لفظ بعت، إنشاء هذا العنوان، فيتوقف اعتباره على الاكتفاء بالكناية في إنشاء العقود، وقد عرفت حالها، وهكذا الكلام في سائر العقود.

قوله **تَنْتَهَلُ** : وفي الوجهين ما لا يخفى..... إلى آخره.

أما الأول فالتأسي لا يقتضي التعيين خصوصاً بعد أن كان صدور العقود من النبي وأهل بيته صلى الله عليه وعليهم باللغة العربية، لمكان أن لسانهم ذلك، وليس لهم لسان آخر عادي، حتى يكون عدوهم عنه إلى العربي موضع تأس بهم، ضرورة أن التأسي بالفعل إنما يكون في موضع يقبل لأن يقع على وجوه غير ما وقع عليه.

وأما الثاني فالأولوية فيه ممنوعة، بل المناط في منع وقوع العقد بغير الماضي غير موجود في غير العربي، فالأولوية فيه معكوسة، فإن غير الماضي إنما لا يصح به إنشاء العقود؛ لأنه لا يدل على إيجاد الحدث بالمطابقة على ما سيأتي، وليس كذلك في غير

العربي، والحاصل أن هذه الخيالات خالية عن التحصيل.

فالتحقيق: وقوع العقد بغير العربي لمكان صدق العقد عليه بلا إشكال وصحة إيجاد معاني العقود وعناوينها المعبر عنها في بيان الشارع، ولو كان ذلك ممنوعاً لتوفرت الدواعي إلى نقله، مع أنه لم تذكر فيه رواية، وما وردت فيه ولا إشارة، والمعاملات محل الحاجة الماسة بين الناس في كل ساعة، بل في كل آن، فكيف يعقل منع الشارع عنه ولم يصل لنا منعه؟! وهلاً كان مثل الصلاة، فإنه لما كانت الصلاة بغير العربي ممنوعة، كيف توفر نقل ذلك وكثرت روايته، مع أنها ليس بأعظم حاجة من المعاملات والعقود؟!.

قوله **تَنْتُزِلُ** : إذ المستقبل أشبه بالوعد..... إلى آخره.

إلا أنه ليس لازم المضارع الدلالة على المستقبل، بل دلالة على المستقبل تحتاج إلى القرينة، وأما دلالة على الحال فيكفي فيه تجرده عن القرينة على ما في محله، فليس المانع وقوع العقد بالمضارع هو دلالة على المستقبل، بل التحقيق أن المعتبر في اللفظ الذي ينشأ به العقد أن يكون إيجابياً لعنوان المعاملة، وبعبارة أخرى لا بد أن تكون نسبته الدال عليها نسبة إيجابية.

وأما المضارع فلا يدل إلا على نسبة تلبسية متأخرة رتبة عن النسبة الإيجابية، فإن معناه نسبة تلبس الحدث بالفاعل، كما أن معنى اسم الفاعل نسبة تلبس الفاعل بالحدث، فيكون معناه رتبة متأخرة عن معنى المضارع، ولذا يعبرون عن ذلك بقوله: ضرب يضرب فهو ضارب، فإنه إشارة إلى ذلك التأخر، وحيث دل المضارع على نسبة تلبسية، فلا يصح إنشاء العقد به إلا بدلالته على النسبة الإيجابية، وهو لا يدل عليها إلا بالكنائية، وقد عرفت حال الكناية، فالمانع عن وقوع العقد به عدم صراحته في الإنشاء،

لا الاستقبالية.

وقوله: «فتأمل»

أخيراً، لعله إشارة إلى هذا المعنى من عدم كونه صريحاً في الإنشاء، وفرض صراحته فرض لا واقع له.

وأما الأمر فلا أنه في هذه المقامات لا يكون إلا طلباً من المساوي فلا يكون إلا التماساً، فكيف يعقل حصول الإيجاد به وقصد تحقق المعنى بإنشائه، مع أن المقصود هو الالتماس؟! ولقد أجادوا في التعبير عنه بالاستدعاء.

قوله **تتدّ**: إن القبول الذي هو أحد ركني العقد..... إلى آخره.

حاصل ما ذكره **تتدّ** أن القبول الذي يكون ركناً للعقد هو الذي يتحقق به مفهوم المطاوعة والجري على ما اقتضاه الإيجاب من المطلب الضمني، فإن الإيجاب هو تمليك مال الموجب على أن يملك الآخر ماله عوضاً عنه، وقبوله الذي يكون عنه عبارة عن رضاه بذلك ومطاوعته له، بمعنى تملكه لماله المتضمن لنقل ماله إليه عرضاً عنه، ولا يعقل تحقق هذا المعنى بالفعل إلا مع تأخره عن الإيجاب، إذ مطاوعة شيء لشيء لا يعقل تحققها فعلاً إلا بعد حصول المطاوع (بالفتح).

فليس المانع من تقديم القبول إلا عدم تحقق العقد بتقديمه، وليس المانع هو عدم تحقق الرضا بالتقديم، فإن الرضا كما يتعلق بالمتقدم يتعلق بالمستقبل، بل الرضا لا يتعلق بشيء لأن يوجد إلا إذا كان له جهة وجدان وجهة فقدان، فإنه إذا كان متحققاً من جميع الجهات لا يعقل تعلق الرضا به لأن يوجد وإلا لزم تحصيل الحاصل، كما أنه ليس المانع هو التعليق فيه إذا تقدم، فإن التعليق لا مانع منه إلا الإجماع على عدم وقوع العقد به.

والظاهر أن موردنا غير داخل في مورد الإجماع، لأن مورد الإجماع فيما إذا كان التعليق بنفس الإنشاء، ولا تعليق في نفس الإنشاء إذا تقدم القبول كما هو واضح، وإنما يكون التعليق حقيقة في نفس المنشأ، ولا مانع آخر للتعليق كما في عقد الوصية، فإنه يكون من قبيل القضايا الحقيقة التي [يكون] فيها الحكم متحققا، بمعنى أنه دائر مدار موضوعها، فإن كان في القوة فالحكم كذلك، وإن كان فعليا يخرج الحكم من حد القوة إلى حد الفعل، إلا أنه مع ذلك فالإنشاء فيها فعليا، وإن كان المنشأ لا يتحقق إلا بتحقيق موضوعه وتابعا له قوة وفعلا بحسب الخارج.

والحاصل أنه لو كان المانع من تقديم القبول هو التعليق فليس بمانع، لأنه إن كان من جهة الاتفاق على عدم التعليق في العقود فذلك غير شامل للمقام، لأنه مختص بها إذا كان التعليق بنفس الإنشاء، وإن كان من جهة نفس التعليق فالتعليق واقع لا إشكال به، كما في عقد الوصية، فليس المانع في الحقيقة إلا عدم تحقق العقد به حتى على نحو التعليق، فإنه بالحمل الشائع لا يكون مطاوعة مع عدم حصول المطاوعة.

قوله **تَنْتَهَى**: منع الفحوى..... إلى آخره.

لعله لما سيأتي في باب الفضولي من النص الوارد، الظاهر منه أن الأولوية على العكس، حيث ورد ردًا على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، وبالصحة في الثاني، لأن المال له عوض، والبطلان في الأول، لأن البضع ليس له عوض، فقال الإمام رحمته الله في مقام ردهم واشتباههم في وجه الفرق: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرخ ومنه يكون الولد»^(١) الخبر.

(١) الوسائل ١٩: ١٦٣، حديث ٢ من الباب ٢ باختلاف يسير. (مصدر مذكور).

قوله **تَنْتُزِعُ** : ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه..... إلى آخره.

أقول: فيكون البيع دالا على تمليك ماله لغيره بالمطابقة، وعلى تملكه المال الغير ضمنا وبالتبع من جهة ذكر العوض، والاشترء دالا على تملكه لمال البائع بالمطابقة، وعلى تمليك ماله للغير ضمنا وبالتبع من جهة ذكر العوض أيضا، فالاشترء على العكس من إنشاء البيع من جهة التملك والتمليك، ولذا إذا وقع الاشتراء متأخرا بلفظ اشترت يتحقق فيه المطاوعة والقبول؛ لأن التملك إذا وقع بعد التمليك كان مطاوعا له، بخلاف التمليك فإنه إذا وقع بعد التملك لا يقع مصداقا للمطاوعة؛ لأن التمليك بحسب ذاته فعل ابتدائي من قبيل إيجاد الأثر، والتمليك من قبيل قبول الأثر، كالكسر والانكسار، ولا يعقل أن يكون الكسر مطاوعا للانكسار، بخلاف الانكسار، إلا أن التملك إنما يقع مطاوعة إذا وقع بعد التمليك، أما إذا وقع قبله فلا، لعدم معقولية تحقق المطاوعة للمتأخر، وليس هو مما لا يقع إلا مطاوعة كالانكسار، فإن باب التفعّل ليس دائما معناه قبول الأثر، كالتدرج والتكهن والتأمل، وغير ذلك مما يدل على إيجاد الأثر، ولا دلالة له على القبول، فلا مانع من دلالة التملك على إيجاد الأثر إذا تقدم على الإيجاب بلفظ اشترت، بخلاف باب الانكسار، فإنه لا يكون إلا بمعنى قبول الأثر.

إذا عرفت ذلك يتضح أنه لا مانع من تقدم القبول بلفظ اشترت، فإنها ليست متمحضة في الدلالة على قبول الأثر حتى لا تقع إلا بعد إيجاد الأثر بالإيجاب، فيصح تقدمها لدالاتها حينئذ على إيجاد الأثر، وهو التملك ابتداء كتملك اللقطة والمباحات، فيقع التملك ابتدائيا من المشتري، كالتمليك حينئذ، فيقع ابتدائيا أيضا من البائع بإيجابه المتأخر، فلا يتحقق مفهوم القبول في البين، لا من المشتري ولا من البائع إلا بمعنى حصول مجرد الرضا، لا بمعنى المطاوعة، وهل هذا كاف في صحة العقد، أم لابد من

تحقق مفهوم المطاوعة؟

اختار الشيخ **تت** الأول، حيث ادعى أن المسلم من الإجماع على اعتبار القبول من المشتري هو المعنى الشامل لمجرد الرضا بالإيجاب، ولكن الحق الثاني، لأن إيقاع التملك بدون المطاوعة يدخل في باب الإيقاعات، ويخرج عن العقدية، ضرورة أن العقد لا يتحقق إلا بارتباط أحد الإنشائين بالآخر، وإلا لكان كل من الإنشائين إيقاعا مستقلا، ولا يتركب العقد من إيقاعين.

والحاصل: أنه إذا تقدم القبول بلفظ اشترت، فإما أن يتحقق مفهوم القبول فيه، وذلك غير معقول، لعدم صدق المطاوعة عليه، وإما أن لا يتحقق، فيكون إيقاعا صرفا، فكيف يتحقق العقد من إيجابين؟ وسيأتي من المصنف **تت** قريبا أن العقد لا يتركب من إيجابين، حيث ذكر في الصلح أنه لا بد من القبول من المتأخر من المتصلحين، ولا يصح بقول كل منهما: «صالحتك»، لصيرورة كل منهما بذلك موجبا.

قوله **تت**: فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود..... إلى آخره.

والأوضح في التقسيم أن يقال: إن العقد إما أن يكون من العقود الإذنية التي لا يكون فيها سوى الرضا في الإيجاب، وليس فيها نقل شيء من الطرفين منها كالوكالة والعارية، أو لا.

وإن كان الثاني، فإما أن يتضمن للمعاوضة كالبيع، أم لا، كالارتهان والانتهاج، فإنه ليس فيه نقل إلا من طرف واحد.

وإن كان الأول، فإما أن يكون الالتزام من أحد الطرفين نظير الالتزام من الآخر كالمصالحة، أو لا بأن يكون متغايرا كالبيع، وهذا القسم إما أن يكون قبوله بلفظ «قبلت» وأمثالها، أو بلفظ «اشترت» وأمثالها، فهذه أقسام خمسة:

الأول: العقود الإذنية وحيث إنه لا يعتبر فيها أزيد من الرضا بالإيجاب، فلا بأس بتقديم القبول فيها الدال على صرف الرضا بالإيجاب، وإن لم يكن فيه معنى المطاوعة وقد عرفت أن الرضا، كما يتعلق بالأمر المتقدم يتعلق بالأمر المستقبل، إلا أن خصوص الوكالة لا يطرد ذلك فيها في جميع أقسامها، لأن الوكالة على قسمين: وكالة عقدية وغير عقدية، والوكالة التي تعد عقدا لا بد فيها من تحقق معنى المطاوعة في قبولها، فلا بد من تأخره، وإلا فلا تقع وكالة عقدية.

والثاني: العقود العهدية التي لا تتضمن المعاوضة من الطرفين، بل لم يكن نقل إلا من طرف واحد، كالهبة، وقد يقال: بعدم اعتبار تأخر القبول فيها، حيث لا يتضمن قبولها نقلا من القابل، فيكفي فيه صرف الرضا بالإيجاب، إلا أن التحقيق عدمه. أما ما يتضمن تمليكا من الموجب مثل الهبة، فلا بد من تحقق معنى التملك من القابل، وهو معنى المطاوعة، فكيف يصح تقديمه؟! وإلا لما تحقق العقد بركنية.

وأما ما لا يتضمن تمليكا كالرهن، فإنه وإن يكن معنى قبوله هو التملك من القابل، إلا أنه يعتبر تحقق معنى الارتهان من القابل في تحقق معنى القبول، وهذا يتضمن معنى المطاوعة أيضا، فكيف يجوز تقديمه؟! وحيث إن هذا القسم ليس في قبوله نقل شيء من القابل، لا محالة لا يقع القبول إلا بلفظ «قبلت» وأمثالها، فدائما لا يصح تقديم قبوله لا كالعقود المعاوضة.

والثالث: العقود المعاوضية التي لا تغاير فيها بين الموجب والقابل، كالصلح على المعاوضة بين الشئيين، فكل منهما يصح أن يكون قابلا وموجبا، ولا يتحقق كون أحدهما قابلا إلا إذا كان قبوله بلفظ «قبلت» وأمثالها، وإلا فلو كان قبوله بلفظ «صاحت» كالموجب لم يكن ذلك فيه معنى المطاوعة والقبول، فلا يقع قبولا، بل يكون

إيجابا مستقلا، فيتركب العقد من إيجابين وإيقاعين، فينحصر قبوله بـ «قبلت»، فلا بد من تأخير، على أنه لو صححنا وقوع القبول بلفظ «صالحات» إلا أنه لا يعقل تحقق معنى القبول إلا إذا تأخر، وأما مع تقدمه فينحصر في الإيجاب، فكل من يتقدم منهما يكون موجبا والمتأخر قابلا، فلا يتصور فيه تقديم القبول.

وأما الرابع والخامس فقد تقدم الكلام فيه، وقد عرفت أن القبول بلفظ «اشتريت» أيضا لا يصح تقديمه، كالواقع بلفظ «قبلت»، على خلاف ما يختار الشيخ رحمه الله.

في ضمان القيمي

قوله تَنْتُزِلُ: ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة..... إلى آخره.

اختلف العلماء في تعيين القيمة لضمان القيمي، على أقوال أربعة:

قيمة يوم التلف، وقيمة يوم الغصب، وقيمة يوم الأداء، وأعلى القيم من الغصب إلى يوم التلف.

ومبنى القول الأول هو: أن ضمان القيمة إنما كان يوم التلف، لأنه قبل التلف كان يجب عليه رد العين، وإنما يتنجز ضمان القيمة يوم التلف.

ومبنى القول الثاني: أن العين إنما كانت في عهده يوم غصبها، فهو من ذلك الحين ضامن لها.

ومبنى القول الثالث: أن المضمون إنما هو القيمة غير المتعذرة، بمعنى أنه ضامن للعين ذات المالية القائمة بها التي لا تختلف باختلاف أوقاتها، فمالية العبد عبارة عن قيمته المنتسبة إلى ما فوقه وإلى ما تحته التي تكون بها تلك النسبة محفوظة مهما اختلف الزمان والمكان.

ومالية الخبز مثلاً عبارة عن تعداده الذي يكفي مقدارا لأكل رجال معدودين، الذي لا يختلف ذلك باختلاف الأزمان، وإن اختلفت قيمته السوقية مع حفظ نسبته الخاصة إلى ما فوقه وتحته، فإذا أراد أن يؤدي الضامن للخبز مثلاً يؤدي قيمة المقدار من الخبز المضمون، الذي كان يكفي عشرة، فلا بد أن تكون تلك القيمة يوم الأداء.

ومبنى القول الرابع: أن قيمة العين صفة قائمة بها كسائر الأوصاف، فكما أن الأوصاف إذا ارتفعت قبل التلف في زمان من الأزمان، ولو في حين استيلاء الغاصب عليها، يكون الغاصب ضامناً لها، كذلك القيمة للعين، بل هي أولى لأنها المقومة لما ليتها.

قوله **تَنْتُزِعُ** : وتداركه ببذله على هذا النحو بالتزام مال معادل له مقامه إلى آخره.
إلا أن هذا لا يقتضي تعيين يوم التلف؛ لأن تداركه ببذله بالالتزام بالمال المعادل إنما يقتضي تدارك المبدل الذي كان عليه الضمان، فلا بد من الالتزام بأن ضمانه للبذل كان حين التلف وإلا فلو كان الضمان حين القبض، كما هو الحق، فلا بد من تعيين قيمة يوم الغصب أو القبض، أما أن الضمان للعين حين القبض لا حين التلف، فبيان:

أنه ليس معنى الضمان هو وجوب تنجز الأداء، بل هو عبارة عن نفس الحكم الوضعي، والتعهد الثابت حين الاستيلاء على العين، غاية الأمر أن متعلقة يكون معلقاً على وقت التلف، فالعين هي في حين الاستيلاء في عهدة الضامن، بمعنى أنه لا بد أن يؤديها بنفسها أو ببذلها عند التلف، ضرورة أن السبب للضمان هو نفس وضع اليد على العين لا التلف، وإنما يتعين البذل بالتلف لتعذر أداء العين بنفسها، وهذا الوجوب إنما هو منتزع من ذلك المقام، وإلا فلو كان الضمان لنفس العين أولاً، فيكون تنجز ذلك الضمان حين التلف بالقيمة التي لم تكن متعلقة للضمان، وكيف يعقل تنجز الحكم بغير ما تعلق به أولاً؟! نعم لو كان سبب الضمان هو صرف الإتلاف لكان الوجه هو الضمان من حين التلف، اللازم منه ضمان قيمة يوم التلف.

وأما تعيين قيمة يوم الغصب فواضح؛ لأنه لما كان الضمان للعين في حين القبض، وكان البذل مستقراً في ذمته من أول الأمر وواجب التدارك من ذلك الحين، لا بد أن يكون الذي يجب أن يؤديه وهو قيمة يوم القبض، ولا ينافي أن الواجب - وهو الأداء -

زمانه غير زمان الوجوب، بخلاف ما لو كان زمان الوجوب هو زمان الواجب، فإنه يتعين قيمة يوم التلف.

فتحقق أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم الغضب لا يوم التلف.

والحاصل نحن والشيخ تتأ متفقون على تعيين قيمة يوم وجوب التدارك، غاية الأمر نحن ندّعي بأن هذا الوجوب زمانه هو زمان القبض، ويذهب الشيخ إلى أن زمانه زمان التلف، كما يظهر من مطاوي كلماته.

ولعل من يلاحظ كلامه في توارد الأيدي، كما سيأتي إنشاء الله تعالى، يظهر له خلاف ذلك، ولكن مع ذلك فالمسألة غير نفية عن الإشكال، فتدبر.

قوله تتأ: بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغضوب إلى آخره.

حاصله أنه يمكن أن يقال: بحكومة هذه الصحيحة على إطلاقات الضمان، ومفسرة لمعنى الضمان، فيسري الحكم إلى غير الغضب، فلا يقتصر في الحكم على خصوص الغضب، حيث يكون من باب الإخراج والتخصيص، أو يعم لغير الغضب بدليل آخر دال على المساواة، بل نفس الصحيحة كافية في التعميم.

بيان ذلك، أن الأدلة بحسب إطلاقاتها لو خليت وأنفسها دالة على الضمان، وليس معنى الضمان الذي نفهمه إلا وجوب تدارك العين يوم التلف، وصحيحة أبي ولاد^(١) لما دلت على أن المتعين هو قيمة يوم الغضب، كان معناه عدم وجوب تدارك العين؛ لأن معنى تداركها هو الالتزام بقيمة يوم وجوب التدارك؛ وذلك لأن الصحيحة حيث دلت على تعيين قيمة يوم الغضب، فتكون متعينة حتى لو كانت القيمة يوم التلف أضعاف قيمة يوم الغضب، فإذا دلت الصحيحة على عدم ضمان هذه القيمة

(١) الوسائل ١٩: ١١٩، ح ١ من الباب ١٧ من أحكام الإجارة مصدر مذكور.

المضاعفة لقيمة يوم الغضب، كان معناه عدم وجوب تدارك العين بذلك المعنى من التدارك الذي فهمناه، فكأن هذه الصحيحة نفت ضمان العين؛ لأن ضمان العين مساوق لوجوب تدارك العين بالقيمة عند التلف، فإذا لم يجب هذا التدارك بمقتضى الصحيحة فمعناه عدم الضمان.

ولكن المفروض أن الصحيحة المقصود^(١) إثبات الضمان لا نفيه، فكأنها تفسير الضمان لا بمعنى وجوب تدارك العين عند التلف، فتكون مفسرة للضمان الذي دلت عليه المطلقات وكاشفة عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف.

قوله **تَبَيَّنَ**: أضعاف ما كانت..... إلى آخره.

هذا خبر لقوله: (كون قيمته)، وقوله: (غير واجب التدارك) خبر لقوله:

(أن يكون المغصوب).

قوله **تَبَيَّنَ**: نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم..... إلى آخره.

حاصله أنه إنما تكون الصحيحة مفسرة للمطلقات وحاكمة عليها على وجه يسري

الحكم إلى غير الغضب لو قلنا بدلالة الصحيحة على ضمان قيمة يوم الغضب.

أما لو قلنا بدلالتها على ضمان أعلى القيم، فتكون مقيدة للمطلقات في خصوص الغضب؛ لأنه لو كان أعلى القيم هو خصوص يوم التلف فحينئذ تتوافق مع اقتضاء المطلقات، ولو كان أعلى القيم هو يوم الغضب، ففي مقدار قيمة يوم التلف يكون الالتزام من مقتضى الضمان الذي دلت عليه المطلقات أيضاً، وفي المقدار الزائد إنما يلتزم به الغاصب، لا لمكان مقتضى الضمان، بل لمكان أن الغاصب يؤخذ بأشق

الأحوال، فتدل على خصوصية في الغضب دون غيره.

فهذه الصحيحة إن استفدنا منها الدلالة على ضمان قيمة يوم الغضب، أو استفدنا منها الدلالة على ضمان أعلى القيم، وقلنا بأن البيع الفاسد بمنزلة المغصوب إلا في الإثم - كما ادعاه الحلي رحمته من دعوى الاتفاق - كانت دليلاً لما نحن فيه، وهو البيع الفاسد، وإلا فإذا استفدنا منها وجوب أداء أعلى القيم ولم يتم ما ادعاه الحلي لا تكون دليلاً لما نحن فيه، فلهذا يجب البحث عن دلالة هذه الصحيحة.

قوله رحمته: في الصحيحة فضمن فيه البغل وسقط الكراء..... إلى آخره.

حكم أبي حنيفة كان مستنداً إلى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الخراج بالضمان»^(١) على ما يظهر منه، وكأنه فهم من الضمان أن المراد معناه الاسم المصدري، على ما تقدم منا تفصيل هذا الكلام في مسألة المعاطاة، فراجع.

قوله رحمته: بعد ذلك الحديث..... إلى آخره.

وتمام الحديث: قال أبو ولاد: «فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكارى، فأخبرته بما أفتى به أبو عبد الله رحمته، وقلت له: قل ما شئت حتى أعطيك هو، فقال: قد حبيت إليّ جعفر بن محمد رحمته، ووقع في قلبي له التفضيل، وأنت في حلّ، وإن أردت أن أردّ عليك الذي أخذت منك فعلت!»^(٢).

قوله رحمته: أما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل اليه ثانياً..... إلى آخره.

هذا على رواية عدم تنوين «بغل» بأن يكون مضافاً إلى «يوم»، وقد يورد عليه بأن إضافة القيمة إلى البغل وإلى اليوم في كلام واحد لم يعهد في اللغة العربية، بل لا يعقل

(١) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٢، حديث ٣ من باب ٧ (مصدر مذكور).

(٢) الوسائل ١٩: ١١٩، حديث ١ من الباب ١٧ من أحكام الإجازة (مصدر مذكور).

أن يضاف اللفظ مرتين في إطلاق واحد أيضا اليوم^(١).

أقول: هكذا أفاده بعض أجلة مشايخنا دام ظله في مجلس البحث، بل يلزم أيضا أن يكون «اليوم» مضافا إليه مرتين بإضافة «البغل» و«القيمة» إليه، وهو مثل الأول في الاستحالة والغرابة، ولكن لا أرى أن الشيخ تثبت يغفل عن هذا الأمر البديهي. البطلان.

فالتحقيق الحقيقي في توجيه كلامه أن يقال: ليس الغرض من الإضافة هي الإضافة الاصطلاحية النحوية، فإنه ضروري الفساد، بل الحق أن المضاف إليه قيد للمضاف، فإذا تكررت الإضافات فقد يجعل المضاف إليه الثاني قيدا للأول، ويكون المضاف الأول مضافاً للمضاف إليه الأول بما له من قيده، فيقال مثلا:

هذه دار صديق أخي، فيكون الصديق بما أنه صديق للأخ الدار له، والدار مقيدة بالصديق للأخ.

وقد يجعل المضاف إليه الأول قيدا للمضاف الأول، ويكون المضاف الأول مع قيده - وهو المضاف الثاني أو المضاف إليه الأول - مضافا إلى المضاف إليه الثاني، بمعنى أنه مقيد بالثاني بما أنه مقيد بالأول، لا بالإضافة النحوية الاصطلاحية، فتقول مثلا: اشتريت ثمرة بستان زيد لمن علم أنك اشتريت ثمرة البستان المعينة، ولكن لا يعلم هي لمن، فإذا قلت: «ثمرة بستان زيد» كان معناه أن ثمرة البستان بما هي ثمرة البستان مضافة إلى زيد، فيكون التقدير: «ثمرة زيد للبستان».

وهذا إنما يصح إذا كان المضاف الأول يصح إضافته في نفسه إلى المضاف إليه الأول والثاني.

فالمثال للقسم الأول لا يصح تطبيقه على هذا القسم بأي وجه، إذ لا تصح ومحل

كلامنا إنما هو من قبيل القسم الثاني؛ لأن القيمة كما يصح في نفسها إضافتها إلى البغل تصح إضافتها إلى اليوم، فتكون القيمة بما أنها قيمة للبغل مضافة إلى «يوم المخالفة» أي مقيدة باليوم بما أنها مقيدة بالبغل، لا أن القيمة مضافة بالإضافة النحوية الاصطلاحية إلى «البغل واليوم» حتى يمتنع.

نعم هذا يحتاج إلى القرينة، وإلا فنظم الكلام يقتضي أن يكون الأخير قيداً لما قبله، وما قبله مع تقييده به يكون قيداً لما قبلها، وهكذا مع تكرار الإضافات.

ولكن يمكن أن يقال: بوجود القرينة في هذه الفقرة الشريفة، بل هي واضحة، وذلك لأن تقييد البغل بيوم المخالفة لا معنى له، ضرورة أنه ليس هناك إلا بغل واحد معين غير مقيد، لا بيوم المخالفة، ولا بغير يوم، فأى معنى لتقييده بيوم المخالفة؟! ويكون البغل بما أنه مقيد بيوم المخالفة تضاف إليه القيمة، فينحصر أن تكون القيمة مقيدة بالبغل، وبهذا القيد تضاف إلى اليوم وتنسب إليه بالمعنى الذي تقدم من الإضافة، ويكون حينئذ تنكير البغل لصرف الإضافة، وإنما اقحم بينهما لمكان الاحتياج إليه في التقييد.

فاتضح أن ما أفاده المصنف صحيح لا غبار عليه، ولكن العبارة ليست واضحة المقصود تمام الوضوح.

فإن قلت: إنه يمكن أن لا يراد بالبغل نفس ذلك البغل المعين، بل مثل ذلك البغل، فصح تقييده باليوم؛ لأن له أمثالاً متعددة، فالرواية حينئذ وإن تكن دالة على التزام قيمة يوم المخالفة، إلا أنها لا تدل على أنه هي المضمونة أصالة، بل تكون دالة على أنها مضمونة بدلاً عن المثل حيث يتعذر، وحينئذ تكون مستنداً للقول: بأن القيمي مضمون بمثله، ومع التعذر يرجع إلى قيمة المثل كالمثلثات.

قلت: إرادة ذلك يحتاج إلى قرينة مفقودة في المقام، بل القرينة على العكس لتقدم ذكر البغل الخاص ومناسبة المقام، فتأمل.

قوله **تَنْتُزِعُ** : وإما بجعل اليوم قيدا للاختصاص..... إلى آخره.

هذا على رواية تنوين «بغل» فيجعل الظرف متعلقا بالاختصاص المستفاد من إضافة «القيمة» إلى «البغل» فيكون قيدا له، إلا أنه لا يخفى أنه حيثئذ تصح مستندا لمذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، والقيمة قيمة المثل؛ لأن تنكير البغل لا وجه له مع إرادة البغل المعين، فلا بد أن يراد «مثل البغل المعين» حتى يصح تنكيره، فتكون المضمونة يوم المخالفة هي قيمة المثل.

اللهم إلا أن يقال: إن إرادة مثل البغل تحتاج إلى وصفه بالمثلية، بأن يقول:

«قيمة بغل مثله» وإلا فلا دلالة للتنكير على المثلية، بل يكون مجملا محتملا لإرادة عين البغل أو مثله، إلا أن سياق الكلام يعين الأول، وإرادة الثاني تحتاج إلى القرينة.

ثم إنه في بعض نسخ التهذيب والاستبصار - كما نقل - «البغل» بالألف واللام، فتكون صريحة في المقصود، ولكن قد يورد أيضا - كما أفاده بعض اجلة مشايخنا دام ظله في مجلس البحث - بأن الاختصاص معنى حرفي، عبارة عن نسبة «القيمة» إلى «البغل»، فكيف يعقل تعلق الظرف به؟! وإنما يصح تعلق الظرف به لو صرح بلفظ الاختصاص بصيغة الفعل أو ما يشبهه، وما ذكره واضح من جهة القواعد العربية ومن جهة المعنى، فإن الظرف هو معمول لما تعلق به ومعقوله، فكيف يؤثر فيه الحرف أو ما هو بمنزلة؟! على أنه لم يعهد ذلك بالقواعد العربية، كما أن مقتضى تعلق الظرف بشيء أن يكون هناك نسبة بين المتعلق والمتعلق به، ولا يعقل أن تكون النسبة طرفا للنسبة، وإلا لا نقرب المعنى الحرفي الذي حقيقته عين الربط اسميا موجودا في نفسه.

أقول: والذي يقوى في النفس أن نجعل الظرف ظرفا مستقرا متعلقا بشيء محذوف، يكون وصفا من القيمة فيكون التقدير «قيمة بغل حاصلة يوم المخالفة» أو «مقدرة يوم المخالفة»، فيكون الظرف قيدا للقيمة بما انها مقيدة بالبغل، ولها هذا الاختصاص به، وعليه ينزل كلام الشيخ رحمته فيصح أن يقال حينئذ: إنه قيد للاختصاص تسامحا، وإلا فكلام الشيخ رحمته غير ظاهر في تعلق الظرف بالاختصاص الذي هو عبارة عن النسبة، وهو بعيد عن ساحته رحمته.

فتحصل أن غرض المصنف تعلق الظرف بمحذوف، ويكون قيدا للقيمة بما لها من الاختصاص بالبغل، وإنما كانت قيدا لها باعتبار أن المتعلق به الظرف وصف للقيمة المضافة إلى البغل، وإنما يقال: أن نفس الظرف هو الوصف - كما قلنا - فلأن المتعارف أن يقال: الظرف إذا كان ظرفا مستقرا هو خبر أو وصف أو حال، ويراد منه أنه تعلق بشيء محذوف له هذا الحكم، ولكن لما حذف كان الظرف بمنزلة، ولذا قد ينسب العمل الى نفس الظرف بهذا الاعتبار، وكما أن هذا المعنى هو غرض المصنف كما هو الظاهر، فهو الحق أيضا في فهم هذه الفقرة الشريفة.

وبقي هنا احتمالان في الظرف:

أحدهما: إن الظرف وصف «للبغل»، فيكون ظرفا مستقرا أيضا، وهو فاسد.

أما أولا: فلأن البغل ليس مما يختلف بالأيام في شخصه حتى يقيد بيوم خاص.

وثانيا: إن الظرف المستقر هو ما صح الإخبار به عن اسم عين، بحيث تصح نسبته إليه، بخلافه الظرف اللغو، ولذا جعلت الباء من حروف الجر، و«على» وأمثالها من ظروف اللغو، و«في»، و«عند»، و«يوم» من الظروف المستقرة.

ولكن كون الظرف مما يصلح الإخبار به هذا مصحح لجعله ظرفا مستقرا، لا أنه

يجب دائما أن يكون ظرفا مستقرا، فإنه إنما يكون كذلك حيث لا مانع منه، وهنا لا إشكال بعدم صحة أن يخبر عن البغل باليوم، كما تقول مثلا: «زيد في الدار»، فلا يصح جعل هذا الظرف وصفا للبغل، ولكن هذا بخلاف جعله وصفا للقيمة، لصحة أن يقال: «قيمة شيء يوم الجمعة».

ثانيهما: إن الظرف لغو متعلق بقوله: «نعم» القائم مقام قوله ﷺ:

«يلزمك»، أو أنه متعلق بـ «يلزمك» مقدرا لدلالة السؤال عليه، وهو الذي ذكره المصنف وأورد عليه، وقد استوجه بعض مشايخنا دام ظله في مجلس البحث، بل جعل الأمر منحصرًا فيه بحسبان أن الظرف لا يصح أن يكون مستقرا، ولا لغوا متعلقا بالاختصاص لما تقدم، فيتعين أن يكون متعلقا بـ «يلزمك».

وبعد ما عرفت يتضح لك عدم الانحصار، لإمكان جعله مستقرا وصفا للقيمة، ونظرة الشريف أنه على تقدير مستقر يكون منحصرًا في أن يكون وصفا للبغل، وعلى كل حال فهو وجه وجيه في ذاته، وإن كان فيه نوع تكلف، ويكون مفاده عين مفاد الوجه الذي أفاده المصنف على ما استظهرناه من كلامه تتدبر.

وما أورده المصنف يمكن الجواب عنه - كما أفاده الأستاذ - فإن السائل - كما ذكره المصنف تتدبر - إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بعد الفراغ عن أن زمن المخالفة هو عين زمان حدوث الضمان، ولكن يمكن أن تكون فائدة الظرف غير منحصرة في بيان زمان الضمان، بل يمكن أن تكون لبيان زمان القيمة أيضا؛ وذلك لأن لفظ القيمة ظاهر في إرادة المالية المتقدرة، وإرادة المالية المتقدرة مع عدم بيان زمانها إخلال في البيان لاختلاف القيمة باختلاف الأزمان، فلا يصح التكليف بالقيمة مع عدم العلم بأنها قيمة أي يوم، فبدلالة الإشارة يمكن استفادة أن زمان القيمة هو زمان حدوث الضمان

حيث ذكر زمان حدوث الضمان، وهو غير محتاج إليه، وذكر المالية المتقدرة ولم يبين زمان تقديرها فيعلم أن زمانها هو يوم المخالفة بدلالة الإشارة، أو بالدلالة الالتزامية، كما عبر عنها الأستاذ.

ومنه يعلم الجواب عما ربما يتخيل أنه إذا كان الظرف متعلقاً بـ «يلزمك» تسقط الفقرة عن الدلالة على ضمان قيمة يوم الغضب، ولكن في هذا من التكلف ما لا يخفى. فالوجه الوجه الذي لا ريب فيه هو ما أفاده المصنف على ما أوضحناه واستظهرناه، وإن شئنا عليه الأستاذ في مجلس البحث بما لا مزيد عليه.

قوله **تتجئ**: لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به..... إلى آخره.

وجهه أن عقد الإجارة بالإجماع لا يقتضي ضمان العين المستأجرة إلا باشتراط الضمان على قول غير وجهه، وإلا فاشتراط الضمان مناف لمقتضى عقد الإجارة، إلا أن يستدل له بقوله: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) فتأمل.

وعلى كل حال فليس في القضية الخاصة اشتراط الضمان، كما هو الظاهر، فحكم الإمام عليه السلام بإثبات قيمته يوم الاكتراء مع أنه لا ضمان في ذلك الحين لا فائدة فيه، والالتزام بالضمان خلاف الإجماع والقاعدة، فلا بد من توجيه الرواية بما يوافق القواعد، وبالتأمل في الرواية الشريفة يظهر الوجه كما أفاده المصنف **تتجئ**، حيث إن يوم الاكتراء هو يوم المخالفة كما هو الظاهر من الرواية، ولا ريب بعدم اختلاف القيمة بالساعات إلا نادراً يلحق بالمعدوم.

ولكن بقي وجه عدول الإمام عن حين المخالفة إلى حين الاكتراء، وهو ظاهر أيضاً، فإن إقامة الشهود على قيمته عند قنطرة الكوفة مما لا يتفق إلا بضرب من الاتفاق

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور (مصدر مذكور).

النادر، فإن مصادفة أحد من الناس يعرفون قيمة البغل ملتفتين إلى ذلك - مع أنه مر عليها مستطرقا - بعيد جدا، بخلاف محل الاكتراء في الكوفة الذي هو موضع لمثل ذلك، فخصصه الإمام به لمكان القدرة على إقامة الشهود حينئذ، ولا فرق بينه وبين ساعة المخالفة.

قوله عليه السلام: وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب إلى آخره.
بقي في الرواية أمور ثلاثة تحتاج إلى التوجيه، تعرض لها المصنف رحمته في كلامه:

الأول: إنه بعد أن ذكر الامام أن ضمان البغل إنما هو بقيمة يوم الغصب، ومقتضاه أن ضمان الأرض أيضا كذلك للملازمة بينهما، فكيف بعد ذلك يحكم الإمام في قوله: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده» بأن ضمان الأرض يوم الرد، فتكون الرواية بالنظر الأولي ولدى الافهام القاصرة متهافئة الصدر والذيل.

وقد ذكر المصنف عنه جوابين:

أحدهما: إن الظرف متعلق بـ «عليك»، لا أنه قيد للقيمة، أي إنه يجب أداء الأرض يوم الرد؛ لأنه في غير يوم الرد لا يجب أداء الأرض وإن صح، وأما ما ذكرناه في الفقرة الأولى من دلالة الإشارة على أن يوم الضمان هو يوم تعيين القيمة فغير منطبق على المقام، أما أولا: فلأن ذلك في يوم الضمان المناسب له تعيين القيمة دون يوم الأداء.

وأما ثانيا: فلأن ذكر زمان حدوث الضمان كان غير محتاج إليه، بخلاف زمان وجوب الرد هنا، فكان ذلك من القرائن على تعيين القيمة به.

وأما ثالثا: فلأن القيمة لما كانت ظاهرة في المالية المتقدرة احتاجت إلى التعيين، وليس هناك ما يدل على ذلك، وهنا بعد أن تقدم تعيين زمن قيمة البغل بتلك

الفقرة الأولى استغني هنا عن بيانها ثانياً، فلم يكن هنا إخلال في بيان ما يحتاج إليه، فلم يتم ما يقتضي الدلالة على تعيين القيمة في زمان يوم الرد، فتدبر ولاحظ. ثانيهما: إن «يوم الرد» ظرف مستقر يكون قيداً للعيب لا للقيمة، كما هو مبني نفس الاستشكال، فلو ازداد العيب يوم الرد، فالعبرة به لا بحدوثه لو كان إذ ذاك قليلاً.

وقد أورد عليه المصنف رحمه الله: بأنه لازمه لو نقص العيب يوم الرد أو ارتفع لا ضمان إلا بنسبة العيب القليل يوم الرد، أو لا ضمان أصلاً، وهو خلاف الفتوى بضمان ما حديث من العيب، ولو نقص أو ارتفع حين الرد حيث إن الرجوع إلى الصحة أو ارتفاع بعض العيب كان في كيس صاحب المال، فلا يرفع الضمان الحادث.

وقيل عليه: إن الأقوال في المسألة ثلاثة، ثالثها: التفصيل بين وصف الصحة وغيرها، فلا يرتفع الضمان بها دون غيرها، فليست منحصرة في بقاء الضمان. نعم المشهور هو ذلك، فلتكن هذه دليلاً على القول بعدم البقاء، وأن العبرة بيوم الرد.

قوله رحمه الله: الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات..... إلى آخره. فيكون للصحة قسط من الثمن، والذي يظهر من الشيخ رحمه الله في محله أن وصف الصحة كسائر الأوصاف واسطة في الثبوت لزيادة الموصوف، وإنما الثمن أو البديل يكون في مقابل العين، فتأمل.

قوله رحمه الله: نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة..... إلى آخره. وهو أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة، وأن المراد من القيمة هو قيمة يوم المخالفة، وفي التوهين ما لا يخفى.

أما أولاً: فلأن دفع توهم أمثال صاحب البغل من اعوام لا يصح بإيقاعه بجهل الآخر، فإن دفع توهمه، والتسامح في بيان أن القيمة في أي يوم، إخراج له من ظلمة إلى أخرى.

وثانياً: إن المخاطب ليس هو صاحب البغل الذي هو من العوام، وليس له هذا الوهم، حتى يتصدى الامام ﷺ لدفعه، بل طالب لمعرفة تكليفه وخروجه من العهدة التي ابتلي بها، على أن بيان الحقيقة كاف لدفع الوهم، فلا معنى للاقتصار على الدفع خاصة.

وثالثاً: إنه كما تقدم أن الظاهر من الصحيحة أن المراد من القيمة هو قيمة يوم المخالفة، ولا يجوز رفع اليد عن هذا الظهور إلا مع العلم بعدم اختلاف قيمة البغل إلى خمسة عشر يوماً، وأن ليس المقصود هو يوم المخالفة.

وأما مجرد احتمال عدم الاختلاف، واحتمال أن ليس المقصود هو يوم المخالفة، لا يرفع الظهور، بل لو علم بعدم الاختلاف، ولكن لم يعلم أن التعبير بيوم المخالفة لا لبيان الواقع، فذلك لا يرفع الظهور، ضرورة أن اتحاد الزمانين بالقيمة لا ينافي تعيين أحد الزمانين؛ لأنه هو الحكم واقعاً، حتى لو علم أن المقصود دفع توهم المكاري، فإن دفعه لا ينافي بيان الحقيقة، ويكون بها دفعه، بل هو اللازم، كما تقدم.

والحاصل أن الرواية لم يكن فيها دلالة على اتحاد القيسة في جميع هذه الأزمنة، فعلى الإمام أن يبين الحكم حتى على تقدير الاختلاف ولو كان نادراً، فلو قلنا بأن العلم باتحاد القيمة ينافي هذا الظهور المستفاد - وهو الاحتراز - لا يقتضي ذلك أن لا يكون التقييد بيوم المخالفة في المقام للاحتراز، مع فرض عدم العلم بالاتحاد في المقام، ومجرد غلبة ذلك لا يقتضي صحة اعتماد الامام ﷺ في رفع ظهور كلامه، على أن سؤال

أبي ولّاد أخيراً كان سؤالاً فرضياً، لا عن أمر حادث له في خصوص هذه الواقعة، كما هو صريح الرواية، إذ الفرض أنه أرجعه إليه سليماً، وكأنه يريد معرفة حكم أطراف المسألة خوف الابتلاء، أو لمجرد معرفة الحكم، فلا يناسبه الجواب عن خصوص هذه الواقعة الشخصية، فكون^(١) أن في الواقعة الشخصية كان الفرق بين زمان الغضب والرد خمسة عشر يوماً التي لا تختلف فيها القيمة، لا يوجب ذلك تقييد إطلاق الجواب.

قوله **تختل**: فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة..... إلى آخره.

هذا هو الأمر الثاني الذي يحتاج إلى التوجيه في الحديث الشريف.

وحاصله: أن المدار في كون أحد المتداعيين منكراً، وأن القول قوله باليمين، هو أن يكون قوله موافقاً للأصل، «قول الآخر مخالفاً له، أو أن المنكر لو ترك لترك، بخلافه المدعي».

وإذا كان المدار في القيمة على يوم المخالفة لكان بمقتضى القاعدة صاحب البغل هو المدعي لا الغاصب؛ لأن الأصل في خلافه، لأنه يدعي الزيادة، والأصل عدمها، وأيضاً الغاصب لو ترك لترك، فيكون هو المنكر، فكيف جعل الإمام عليه السلام القول قول صاحب البغل؟! وقد جعل المصنف هذا المعنى صارفاً عن دلالة الرواية، على أن الاعتبار بقيمة يوم المخالفة.

أقول: وعلى كل حال إن الغاصب يكون منكراً، سواء كان الاعتبار بيوم المخالفة أو بيوم آخر؛ لأن التداعي إنما يكون بينها إذا ادعى صاحب البغل الزيادة على ما يدعيه الغاصب، وكون أن ذكر يوم المخالفة لدفع توهم صاحب البغل - أن العبرة بقيمة

ما اشترى به البغل، كما جعل المصنف هذا الإشكال تأييدا له - لا يجعل المدعي منكرًا والمنكر مدعيا.

والوجه في الجواب: ما أشار إليه المصنف ^{تت} فيما سيأتي من أن المالك أعرف بقيمة بغله، فالحلف من حقه ابتداء.

في عقد الصبي

قوله **تَنْتُزَعُ**: مسألة: المشهور- كما عن الدروس والكفاية- بطلان عقد الصبي..... إلى آخره.

لا يخفى أن ما تقدم من الكلام في العقد الفاسد، كالمقدمة لهذه المباحث الآتية في شرائط المتعاقدين والعوضين، وغير ذلك، لأنه بتخلفها يفسد العقد.

ثم إن الكلام في تصرفات الصبي يقع على مراتب أربع:

الأولى: الكلام في تصرفه في ماله استقلالاً بدون إذن وليه أو وكالته له.

الثانية: في تصرفاته في ماله بوكالة الولي أو إذنه له.

الثالثة: في تصرفاته بهال الغير باذنه ووكالته.

الرابعة: في تصرفاته كذلك مع إذن الولي له.

وللكلام في هذه المراتب ينبغي البحث عن الحجر على الصبي من أي أنواع الحجر، هل هو من قبيل الحجر على الراهن في التصرف بهارهنه، أو من قبيل الحجر على المفلس، أو من قبيل الحجر على السفیه أو المجنون؟

لا مجال للأول والثاني؛ لأن الحجر في الرهن ومال المفلس لمكان تعلق حق الغير بالعين، والمفروض أنه لم يتعلق حق للغير في مال الصبي، وإن كان الفرق بين حجر الرهن والتفليس: أن الثاني لا يكون إلا بحكم الحاكم الشرعي، بخلاف الرهن.

فالأمر في الحجر على الصبي مردد بين أن يكون من قبيل الحجر على السفیه أو المجنون، والفرق بينهما: أن المجنون مسلوب العبارة والقصد بتاتا وزانه وزان البهائم، فلا أثر لعقده أصلا، بخلاف السفیه، فإن المنع عنه لا لمكان سلب عبارته، بل إنها يحجر عليه لرعاية مصلحته، ولهذا يمضى عقده إذا كان منضمها إليه وليه دون المجنون، فإنه لا عقد له أصلا.

فإن كان الصبي من قبيل السفیه، إنما يمنع عن تصرفه لمكان رعاية مصلحته، لعدم معرفته بمنافعه ومضارّه، فمع إذن الولي أو وكالته له يمضى عقده، ويكون صحيحا. وإن كان من قبيل المجنون فلا يصح عقده في ماله وكالة عن وليه، أو إذنه له، ولا وكالة الغير، أو إذنه في مال الغير.

وقد يستدل للثاني بقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١)، فإن المخاطب به هم أولياء اليتامى.

وظاهر الآية الشريفة إعطاء الأولياء تمام التصرف في أموال اليتامى، وأنه لا تصرف للصبي قبل البلوغ والرشد، فإن لازم أمره تعالى لهم بالدفع أنهم كانوا قبل الدفع لهم التصرف التام في مال اليتيم، فيشمل بإطلاقها صورتي تصرف الصبي باستقلاله وتصرفه منضمها إلى الولي، فتدل على سلب عبارة الصبي بالنسبة إلى أمواله قبل البلوغ.

وقد يقال: إن ظاهر الآية تحديد اختبارهم بالرشد بأن يكون قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾ جوابا للطلب، فلو كان الصبي رشيدا قبل البلوغ يجوز أن يدفع إليه ماله، فتدل الآية على جواز تصرف الصبي المميز.

وقيل: إن ذلك مقتضى القواعد العربية، وفيه ان قوله تعالى ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾ جواب لقوله

تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا﴾، ويكون ما بعد حتى غاية للاختبار.

فتدل على أن وجوب الدفع مشروط بالبلوغ والرشد معا، كما عليه المشهور في فهم هذا المعنى، والا لما كان موقع لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾.

ومن هذا يظهر حكم المراتب الأخر، فإن الصبي إذا كان بالنسبة إلى ماله مسلوب العبارة، فكيف يصح تصرفه بالنسبة إلى مال غيره بالوكالة؟! فان وكالته عن غيره لا تصحح عبارته، ولا تمضي عقده، بعد أن كان بذاته ليس له القابلية للعقد والنقل الحقيقي، لقصور عبارته خصوصا، ومن شروط الوكالة - كما ذكروا في عقد الوكالة - بلوغ الوكيل، فتأمل.

قوله تَتَلَّ: وإذنه في الدخول..... إلى آخره.

المراد أنه يأذن للغير بدخول الدار، فيكون إضافة الإذن إلى الضمير من إضافة المصدر إلى فاعله، وهذا هو المتعارف عند بعض الناس من وضع أطفالهم على باب الدار لترخيص الزائرين على الدخول.

قوله تَتَلَّ: واستثناء إيصال الهدية..... إلى آخره.

المقصود من تصرفات الصبي المبحوث عنها، تارة يكون خصوص أقواله وإنشاءاته من غير أن يكون شاملا لأفعاله، وأخرى ما يشمل أفعاله، فالمصنف أراد أن يستظهر من عبارة التذكرة: أن البحث شامل للأقوال والأفعال، بقرينة إيصال الهدية، وإذنه في الدخول.

بيان ذلك: أن المقصود من تصرفاته التي تقع تحت البحث هي التصرفات التي يترقب منها ترتب آثارها عليها من حيث كونها أفعاله أو أقواله، والمتيقن من محل

الكلام هو التصرفات القولية^(١).

وأما أفعاله التي لا يترقب منها ترتب آثار عليها من حيث كونها أفعاله وصادرة عنه باختياره، فإن دخلت تحت البحث والنزاع، فدخلت تصرفاته الفعلية التي يذهب منها ترتب آثارها عليها من حيث إنها أفعاله الاختيارية يكون بالطريق الأولى، والنزاع فيها أظهر.

ومن المعلوم أن إيصاله الهدية وإذنه في الدخول ليس من الأفعال التي يترقب منها ترتب آثارها من حيث أنها أفعاله القصدية؛ لأن المجوز لتصرف من وصلت إليه الهدية علمه بأن مالكةا أهداها له، وملكةا له، ويكون الصبي صرف آلة كالحَيوان لحمل الملك، لا أنه بإيصاله يكون التملك.

وكذلك إذن الصبي في الدخول كاشف عن رضا أهل الدار، فالمسوّغ للدخول هو المكشوف لا الكاشف، وهو إذن الصبي.

وحيث كان الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية - ومع ذلك استثناهما من التصرفات - يعلم أن المراد من التصرفات في كلامه ما يشمل مثل هذه الأفعال التي لا يترقب منها التأثير من حيث هي أفعاله، وإذا شملت التصرفات ذلك بالطريق الأولى شمولها لأفعاله التي يترقب منها التأثير من حيث هي أفعاله، وهذا هو المراد من الفحوى في كلام المصنف تثنؤ.

قوله تثنؤ: ففيه أولا: إن الظاهر إلى آخره.

لا يخفى إنها تقدر المؤاخذه، كما في حديث: «رفع عن أمّتي»^(٢) - على القول بذلك -

(١) كتب فوق كلمة (القولية) هذه الجملة: الشك في الفعلية.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٦٩، حديث ١ من الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس (مصدر مذكور).

حيث لم يذكر متعلق الرفع، مما هو قابل للرفع، والمفروض أن المرفوع هو القلم، فدعوى ظهوره في رفع قلم المؤاخذة بلا بينة، وإنما تستعمل هذه الجملة غالباً كناية عن عدم التكليف، ومع التنزل فلا تبعد دعوى ظهورها في رفع قلم الأحكام.

قوله **ثُمَّ**: وثانياً: إن المشهور على الألسنة، أن الأحكام الوضعية.

إلى آخره.

حاصله أنه على تقدير تسليم أن المرفوع هو قلم الأحكام، فالعموم مخصوص بغير الأحكام الوضعية، فإنها - كما هو المشهور - غير مختصة بالبالغين، كضمان التالف، وغير ذلك كوجوب غسله عن الجنابة بعد البلوغ، وحرمة تمكينه من مس المصحف، فلا مانع إذن من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء به، إما عليه بعد البلوغ، أو على الولي إذا كان بإذنه، أو بإجازته، فيكون كسائر الأحكام الوضعية الخارجة عن العموم.

ولكن غير خفي على اللبيب أن ظاهر رفع القلم عن الصبي، والمجنون، والنائم في الأفعال التي لو لا كونه صبياً أو مجنوناً أو نائماً كان مكلفاً بها، فرفعها لمكان نومه أو جنونه، أو صباه، وهي عبارة عن الأفعال القصدية منه التي من شأنها أن تكون قصدية، ويترتب عليها الأحكام لمكان كونها قصدية.

وأما الأفعال الغير القصدية التي يترتب عليها الحكم، لمكان صرف وجودها، لا لمكان كونها قصدية، كالإتلاف والجنابة التي يترتب عليها الحدث وسائر الأحكام الوضعية، فهي غير مشمولة للدليل أصلاً حتى أنها خارجة، وهذا بخلاف مثل العقد الذي هو فعل قصدي، لا يترتب عليه أثره إلا بالقصد، فكما أن النائم أو المجنون لا أثر لعقده، فكذلك الصبي.

والفرقة بأن الصبي يمكن أن يتأتى منه القصد بخلاف أخويه، لا تجدي بعد

أن كان الدليل فيها بمساق واحد، فيدل على أن الصبي كالنائم والمجنون في مسلووية العبارة والقصد.

قوله **تَنْقُضُ** : وثالثا: لو سلمنا اختصاص إلى آخره.

ولكن الصبي إذا كان في حال صباه لا أثر لعقده، كيف يعقل أن يؤثر بعد البلوغ، وليس ذلك مثل الجنابة التي يبقى أثرها، ولا يزول إلا بالغسل.

قوله **تَنْقُضُ** : لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم إلى آخره.

الالتزام بأن المرفوع هو المؤاخذة، وتعميمها للأخروية والدينية بلا ملزم، بل كما سمعت أن هذا التعبير كناية عن عدم التكليف.

في اشتراط القصد

قوله **تَبَيَّنَ**: مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين... إلى آخره.

القصد له مراتب ثلاث في مقام إطلاقه.

الأولى: إطلاقه على قصد اللفظ وإرادة إيجاده باختباره، ويقابل ذلك الغالط والنائم، فإن صدور اللفظ عنهما بلا قصد وإرادة، وهذا لا إشكال باعتباره في صحة العقد، بل في وقوعه، فغير القاصد للفظ ليس بعاقِد حقيقة.

الثانية: إطلاقه على قصد المعنى من اللفظ، ويقابله الهازل، وقاصد غير مدلول اللفظ، ولا يقابله الكاذب؛ وذلك لأن الإنشاء والإخبار يشتركان في جهة، وهي إيجاد المعنى باللفظ وإنشاؤه، ويزيد الإخبار بقصد الحكاية عن الواقع، فإن طابق مدلول الذي أوجده باللفظ الواقع، فهو صدق، وإلا فكذب، فالكذب إنما هو في هذه المرحلة التي ليست للإنشاء.

وباعتبار المرحلة المتقدمة ينشأ كل من الإنشاء والإخبار إلى الجذ والهزل، فكون المتكلم غير قاصد لمدلول اللفظ، سواء كان في الإخبار أو الإنشاء لا يسمى كاذبا، وإنما يسمى هازلا أو قاصدا لغير مدلول اللفظ الظاهر منه.

فيعلم من هذا: أن قول المصنف **تَبَيَّنَ**: - فهو شبيه الكذب^١ - ر- في غير محله، بل إنما هو شبيه الهزل في الإخبار.

والحاصل أن القصد بهذا أيضا معتبر في العقد، فلا يكون العاقِد عاقدا بدون

قصد مدلول اللفظ المراد إيجاده، لقوام الإنشاء بهذا القصد، وهو قصد إيجاد المعنى جدا، وإلا لو قصد معنى آخر فقد أنشأ ذلك المعنى، وإن كان في إنشائه بذلك مع كون اللفظ غير موضوع له أو غير ظاهر فيه محل تأمل، تقدم الكلام فيه حتى مع نصب القرينة.

نعم فيما لا يشترط فيه عبارة خاصة يكفي في إنشاء كل ما يدل عليه، وقد أشبعنا الكلام فيه في أول شرائط العقود.

الثالثة: إطلاقه على الرضا بما قصد إيجاده باللفظ، ويقابله المكروه، فالمكروه يكون فاقدا للقصد بهذا المعنى، ولكن هذا المعنى من القصد زائد على ما يتحقق^(١) مفهوم العقد، فإن الإنشاء ليس هو إلا إيجاد المعنى باللفظ، وتحقيق ذلك لا يتوقف على أكثر من قصد المدلول من اللفظ، أما الرضا بذلك فهو أمر زائد على تحققه، فكون العاقد عاقدا لا يتوقف على أن يكون راضيا قلبا بما أوجده، وذلك كسائر الأفعال الاختيارية الصادرة عن المريد بالاختيار والإرادة، فإن عدم تحقق الرضا منه بفعله لا يخرج عنه كونه فاعلا بالاختيار، وموجدا لفعله، فلا بد أن يكون اعتبار هذا القصد بهذا المعنى بدليل آخر خارج، لا من حيث عدم تحقق العقد به، كما سيأتي إن شاء الله.

قوله **تتجئ**: بعض المحققين... إلى آخره.

هو صاحب المقاييس.

قوله **تتجئ**: أقول مقتضى المعاوضة... إلى آخره.

كلامه **تتجئ** هذا ناظر إلى كلام صاحب المقاييس أخيرا، وهو في فرض عدم توقف

تعين المالك على التعيين حال العقد.

وتوضيح المقام: أن العقود على أنحاء، فمثل عقد النكاح يكون الركن فيه الذي يقوم به القصد هو الطرفان، أعني: الزوج والزوجة، وهذا لا بد من تعيين الطرفين أصالة أو وكالة.

وأما مثل عقود المعاوضة، فالركن فيها هو نفس المالين، مثل البيع، فإنه ليس المقصود إلا مبادلة مال بهال، ووضع كل من المالين في مكان الآخر، وليس المقصود منه هو تبديل تمليك بتمليك، إذ الملكية هي عبارة عن إضافة المال إلى مالكه، والسلطنة على المال، وليس الإضافة تقبل إضافة أخرى، حتى تبدل إضافة بإضافة، فإن التبديل ليس هو إلا إضافة المبدل إلى من عنده البذل، وكذا ليس للسلطنة سلطنة، حتى تبدل سلطنة بسلطنة، فإن التبديل كذلك عبارة عن تسليط ذي البذل على المبدل، فلا يعقل أن يقع التمليك أو الملكية طرفا للمبادلة، فليس المعاوضة في البيع إلا على نفس المال كسائر عقود المعاوضة.

وبهذا يتضح أن الركن في عقد البيع هو المالان، فلا بد من تعيينهما، أما الطرفان فليس لهما دخالة في تحقق المعاوضة التي هي حقيقة البيع، فإن كان المالان شخصيين فلا مقتضي لتعيين المالك في تحقق حقيقة البيع، وإنما يكون البيع وضع كل من المالين في مكان الآخر، سواء كان الواضع هو المالك أو غيره.

وأما إن كان المالان كليين، أو كان أحدهما كلياً، كالبيع في الذمة، فإنه لما كان تحقق المالية للكلي إنما هي بإضافته إلى ذمة خاصة - وإلا فلا يكون مالا أصلاً - فلا بد من تعيين ذمة خاصة ليتحقق ركن العقد، وهو المال، لكن لا من أجل أن المالك ركن للعقد، بل إنما هو لأجل أن تعيينه له الدخالة في تحقق ما هو ركن، فهنا ثلاث صور:

أحدها: أن يعين ذمة خاصة، إما ذمة نفسه، أو ذمة شخص آخر معين، وهذا لا

إشكال بتحقيق العقد به، فإن كان وكيلًا عن الغير وقع جائزًا، وإن لم يكن وكيلًا توقف على الإجازة، ويكون من العقد الفضولي.

وثانيها: أن يطلق ولا يعين ذمة، وحينئذ ينصرف إلى نفسه، ولا يحتاج إلى التعيين حينئذ؛ لأن الإطلاق هو كاف في التعيين، فيتحقق العقد بلا إشكال، ويصح من هذه الجهة.

وثالثها: أن يبيع بها في ذمة الغير، بلا تعيين للغير، وهذا لا إشكال ببطلانه، ضرورة أن ركن البيع هو المال، والكلي في ذمة غير معينة ليس بهال؛ لأن الكلي في حد ذاته ليس بهال، وإنما يتمول بوجوده الخارجي، أو بها هو في حكم وجوده الخارجي، وهو تعلقه في الذمة الخاصة، فإن تعلقه في الذمة نوع من التخصص والوجود له، بخلاف ما لو لم تعين الذمة، فإنه مع إهمال الذمة وكليتها لا يخرج الكلي عن كونه كليًا، فإنه يكون من قبيل تخصص الكلي بالكلي، والكلي من حيث هو ليس بهال، فلا يعقل أن يصح مثل هذا البيع، ولا يصححه بعد ذلك تعيين الذمة، فإنه بعد أن كان لا يوجد بالإنشاء، كيف يتخصص بعد ذلك بذمة خاصة بالتعيين مع كون التعيين المتأخر ليس بإنشاء آخر للبيع؟!.

قوله **تتذكر**: غير معهود... إلى آخره.

بل غير معقول، لاستحالة وجود المردد بها هو مردد في أي نحو من الوجود، كما لا يعقل تعلق الملكية أو العتق، أو غير ذلك من الأمور الاعتبارية، إذ لا يعقل اعتبار ما لا تعين له بنحو من أنحاء التعيين.

وأما مسألة عتق أحد العبدین أو طلاق إحدى الزوجتين، فلا بد لها من التخريج بعد قيام الدليل عليها، ليس هذا محل ذكره، فتدبر.

قوله **تَنْتُزِعُ**: لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته... إلى آخره.

لا يخفى عليك أن القرينة إنما هي لتفهم المخاطب، ونفعها بالنسبة إلى غير المتكلم، حيث يحمل كلامه على مقتضى القرينة، أما المتكلم نفسه فهو أعرف بمراده، والكلام هنا في البطلان ثبوتاً لا إثباتاً، وإن هذا العقد الذي يصدر من المتكلم ببيع مال نفسه عن غيره، هو هل في الواقع صحيح أم باطل؟ حيث يريد المعاوضة الحقيقية أو لا يريد، وأما أن ظاهر كلامه، هل هو المعاوضة الحقيقية أو غيرها بقرينة القيد؟ فهو أجنبي عن المقام.

ولكن يجاب عنه: بأنه ليس المراد من ذكر القرينة هنا من جهة دخلها في ظهور الكلام، واستكشاف مراد المتكلم، بل من جهة دخلها في الإنشاء، فإن العقود أمور بسيطة تنشأ باللفظ الموضوع لها، أو باللفظ المجازي بانضمام القرينة، ولهذا قلنا فيما سبق: إنه لا يصح إنشاء العقد باللفظ المجازي أو المشترك.

فالغرض هنا إبداء احتمال أن المقصود في مثل قوله: «بعتك مال نفسي عن غيري» ليس هو المبادلة الحقيقية، فيكون المنشأ معنى مجازياً للبيع، وتكون القرينة - وهي قيد «عن غيري» - تنمة للإنشاء، فلا يكون العقد صحيحاً لمكان المجازية، وليس الغرض استكشاف مراد المتكلم، وإلا لو كان كذلك، فلم كان استكشاف أن ليس مراد المنشأ المبادلة الحقيقية مستلزماً للبطلان؟! ولعل مراده مثلاً هو الهبة أو غير ذلك من العقود الغير المعاوضة، بخلاف ما لو قلنا: إن هذا الكلام إنشاء لعقد مجازي، فيكون باطلاً لذلك.

قوله **تَنْتُزِعُ**: أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع... إلى آخره.

قد يقال: إنه إذا كان ينزل البائع غيره منزلة نفسه في المالكية، فكان يقتضي صدق

المعاوضة الحقيقية، كما في الفضولي، وما الفرق بين التنزيل في الفضولي، فتتحقق به المعاوضة الحقيقية، وبين التنزيل هنا، فيكون ناقضا للمعاوضة الحقيقية؟! قلنا: إن الفرق واضح، فإن الفضولي لما لم يكن مالكا وهو المنشأ، فبدون التنزيل لم يتحقق المعاوضة الحقيقية؛ لأنه تملكه للبذل، مع أن المبدل لم يكن مالكا له، لم تتحقق به المعاوضة الحقيقية، إذ لم يكن أحد البديلين في موضوع الآخر، وأما إذا نزل نفسه منزلة المالك فيكون في المبدل مدعيا، ومنزلا نفسه منزلة المالك، وأما في نفس المبادلة والمعاوضة فلم يكن ادعاء، وهذا يكون نظير المجاز الإسنادي على رأي السكاكي، فإنه في الإسناد لم يكن مجاز، وأن الادعاء في طرف الإسناد.

وهذا بخلاف المالك، فإنه على عكس الفضولي، فإن المفروض أنه مالك للمبدل، فإذا باعه عن نفسه تحصل المعاوضة حقيقة، إذ لا ادعاء لا في المبادلة، ولا في طرفها، وأما إذا باعه عن غيره بتنزيله منزلة نفسه، فيكون نظير الفضولي لو باع مال غيره بدون التنزيل، من عدم تحقق المعاوضة الحقيقية؛ لأنه لم يضع البذل في محل المبدل، لأن المفروض أن المبدل لغيره بحسب التنزيل وهو البائع.

فاتضح أن التنزيل في الفضولي محقق للمعاوضة الحقيقية بعد أن لم تكن، والتنزيل في المقام مبطل لها بعد أن كانت.

وحينئذ يحكم ببطلان هذه المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية، ولا يصححها إجازة الغير، كما في الفضولي، ضرورة أنه لم يكن مالكا، فأى معنى لإجازته.

قوله **تَنْزِيلُ**: الأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام... إلى آخره.

ليس المقصود من كون الشخص موجبا أو قابلا، إلا أنه هو الملتزم بالعقد، والمنشئ له الموجد لمضمونه، ولذا إن الموكل لا يكون ملتزما بالعقد، فلا يرجع عليه الطرف

الآخر، وإنما يرجع على من عقد معه المعاملة، فليس من الموكل التزام أصل في ما وكل به الذي يعقده الوكيل.

نعم هو ملتزم للوكيل بعقد الوكالة، فيرجع اليه نفس الوكيل، لا أنه ملتزم للطرف الآخر، فالموجب في البيع حقيقة إنما هو البائع المنشئ للبيع، والقابل هو المشتري المنشئ للقبول، سواء كانا أصليين أم وكيلين أم فضولين، فالبائع إنما يخاطب المشتري حيث كان هو الملتزم بالعقد، وكذلك المشتري إنما يخاطب البائع حيث إنه هو العاقد الملتزم، فلا وجه للقول: بأن المراد من الضمير في قوله:

«بعتك» هو الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا، بل الضمير في كلا المقامين بمفاد واحد، وهو الملتزم بالعقد، والاحتياج إلى الملكية الجعلية والتنزيل إنما هو لتصحيح المعاوضة الحقيقية، ولتصحيح كونه عاقدا وملتزما، وبهذا التنزيل يكون عاقدا حقيقة، لا أنه منزل منزلة العاقد.

وعلى هذا، فإذا كان المقصود من المعاملة مجرد المعاوضة بين المالية بين شيئين لتحصيل النفع المالي بلا غرض آخر، وتعيين من يلتزم بالمعاملة لتحصيل هذا الغرض، فلا حاجة إلى تعيين المالك لأحد الطرفين إلى الآخر، إذ لا غرض للمعامل في تعيين من هو المالك، بل الذي يهيم هو النفع المالي وتعيين من هو الملتزم، فلا يعتبر تعيين المالك للطرف الآخر.

نعم لابد من تعيين الملتزم الذي هو الموجب أو القابل في هذه المعاملة، وبهذا تظهر المساحة في عنوان المسألة الذي عنوانه المصنف وهو قوله: «و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري، والقابل لخصوص البائع» فإنه لا إشكال باعتبار تعيين من هو الموجب والقابل اللذان هما عبارة عن الملتزمين بالعقد، بل كان حق العبارة أن يقال:

«وَأما تعيين مالك المبيع للمشتري، ومالك الثمن للبائع».

والحق عدم اعتباره في البيع، لا في الإجارة وأمثالها، وأما إذا كان المقصود من المعاملة هو تعيين نفس الشخص الذي ترجع له المعاملة حقيقة، لا مطلق كونه ملتزماً وعاقداً، كما في الهبة والوكالة والوصية والوقف الخاص، وأمثال ذلك، فإن الواهب ليس غرضه صرف هبة ماله إلى آخر أيّا كان، بل إنما يهب ماله لعود النفع إلى الموهوب، أو لغرض من الأغراض يتعلق بشخص معين، وكذا الموكل ليس غرضه صرف التوكيل لأيّ كان.

والواقف ليس غرضه صرف الوقف، والوصي صرف الوصية، بل الغرض توكيل شخص معين يعتمد عليه، ووقف المال على معين يريد نفعه لغرض، ووصية من يحفظ له ماله، وهكذا.

فحينئذ لا بد من تعيين ذلك الشخص، فلا يكفي تعيين نفس القابل، سواء كان عن نفسه أم عن غيره، بل لا بد من معرفة ذلك.

فتحصل أنه في البيع والإجارة، بل في جميع عقود المعاوضة إنما يلزم تعيين الملتزم بالعقد، والموجب والقابل، أما المالك، والذي ترجع إليه المبادلة حقيقة فلا.

وأما في باقي العقود فلا يلزم تعيين من يرجع إليه العقد حقيقة، وأما مثل عقد النكاح فأمره واضح لما تقدم من أن قوام عقد النكاح، بالطرفين اللذين هما الزوج والزوجة.

ويمكن أن يقال: إنه في العقود غير عقود المعاوضة ما عدا عقد النكاح، إنما يلزم تعيين القابل دون الموجب خصوصاً، مثل: الهبة، والوقف الخاص، وأمثال ذلك، إذ لا غرض للقابل في تعيين من هو المالك للموهوب والموقوف، فلاحظ وتدبر.

وبهذا التقرير يتضح ما في كلام الشيخ **تتج**.

قوله **تتج**: ولا ينافي ذلك عدم سماع... إلى آخره.

وجه عدم المنافاة أنه وإن كان المطلق الذي يراد منه أحد أفراده في الواقع، دعوى أحد أفراده لا تكون كسائر الدعاوي تحتاج إلى البيّنة، حيث إن المطلق على إطلاقه لم يكن مراداً قطعاً، وأصالة عدم إرادة هذا الفرد معارضة بأصالة عدم إرادة الفرد الآخر، أو أن هذا لا يعرف إلا من قبله، فلا بد من سماع قوله، إلا أن ذلك إن لم يكن ظاهراً في أحد أفراده بحيث يحتاج إرادة غيره إلى القرينة، وإلا فالفرد المحتاج إلى القرينة بنفي بالأصل، دون الفرد الذي يكون المطلق ظاهراً فيه، فلا يعارض هذا الأصل أصالة عدم هذا الفرد، لعدم جريانها، لمكان ظهور المطلق، إذ يكون هو كالقدر المتيقن في الإرادة ولا يرفع اليد عنه إلا لصارف، كما أنه مما لا يعرف إلا من قبله، بل يعرف من ظهور الكلام، وهنا لا إشكال أن الموجب أو القابل ظاهر في كونه أصيلاً، وإن كان المخاطب أعم من ذلك.

ولكن الإنصاف أنه إذا علم أن المخاطب (بالكسر) إنما خاطبه بها هو أعم من كونه أصيلاً، والفرص عدم الحاجة إلى التعيين، فلا يعتد بهذا الظهور.

وكيف يكون هذا الظهور حجة للمخاطب على المخاطب (بالفتح)، مع كون المخاطب لم يقصده بالخطاب بما أنه أصيل، بل بما هو أعم من ذلك، فلا بد أن يكون المخاطب هو المرجع في تعيين كونه وكيلاً أو أصيلاً، فلا يعلم ذلك إلا من قبله، فلا بد أن يكون القول قوله، مع أنه مسلم أنه لا يسمع منه ذلك بمجرد دعواه، وهذا بخلاف ما ذكرناه سابقاً، وأوضحناه من أن الموجب أو القابل هو الملتزم بالعقد، لا من جهة قصد المخاطب على سبيل الإطلاق، بل إنما المقصود شخص المخاطب على أي حال،

وأنه هو الملتزم بالعقد لا غيره.

أما أنه أصيل أو وكيل فذلك راجع إليه، ولا يتعلق بالمخاطب أصلا، وكونه ملتزما عن غيره هذا أمر يحتاج إلى مؤنة زائدة، بخلاف كونه ملتزما عن نفسه، فإنه بنفس كونه ملتزما هو ملتزم عن نفسه لا يحتاج إلى بيان، كما تقدم في مسألة بيع الكلي في الذمة، فإن ذمة نفسه لا تحتاج إلى التعيين، فإنه بنفس كونه موجبا أو قابلا هو تعيين لنفسه، فإنه ليس شيء أظهر من استناد فعل الفاعل إلى نفسه إلا بصارف يصرفه عن نفسه.

فتحصل أن رجوع الالتزام إلى نفسه هو بنفس التزامه، بخلاف رجوعه إلى غيره، فلا محالة لو ادعى انه لغيره مع عدم الصارف لا يسمع منه ذلك، والمفروض أن المخاطب لم يقصده بها هو أعم، بل إنما قصده بنفسه، وأنه هو الملتزم حقيقة، وهذه هي نقطة الإشكال في حجية ظهور أنه لنفسه، فمع قصد الأعمية لا يمكن أن يكون للقاصد حجة بخلاف ما قلناه، فإن المفروض أنه لم يقصده إلا بنفسه، وبها أنه هو الملتزم.

في شرطية الاختيار

قوله نثني: لا الاختيار في مقابل الجبر... إلى آخره.

قد تقدم أن للقصد مراتب ثلاث:

الأولى: قصد اللفظ، ويقابله النائم والساهي.

والثانية: قصد إيجاد المعنى باللفظ، ويقابله الهازل وأمثاله.

والثالثة: قصد وقوع المعنى المنشأ المقصود إيجاد اللفظ في الخارج، بمعنى أن الغرض منه والداعي له هو تحقيقه في الخارج، ويقابله المكره، فإنه لم يكن الداعي له لإنشاء المعنى باللفظ وإيجاده به هو تحقيقه في الخارج، بل الداعي له شيء آخر، كدفع الضرر وغير ذلك، كما سيأتي، فإن إيجاد المعنى باللفظ، تارة يكون لصرف تحقق المنشأ من الخارج، وأخرى يكون لشيء آخر مع كون قصد إيجاد المنشأ باختياره وإرادته وقصده محفوظا، والا فلو كان قصد إيجاد اللفظ ليس باختياره، لم يكن ذلك إراديا له، بل لم يكن في الحقيقة قاصدا لإيجاد المعنى باللفظ، وهذا يرجع إلى فقد القصد الذي تقدم البحث فيه في المسألة السابقة، ولا يدخل في مسألتنا، فإنه بذلك يخرج عن كون العقد عقدا، لما عرفت من أن قصد إيجاد المعنى مقوم لعقدية العقد، وإنما الكلام في مسألتنا يرجع إلى اعتبار قيد زائد بعد تحقق مفهوم العقد، ولهذا احتيج إلى قيام الأدلة الشرعية على ذلك بخلاف الأول، فإنه مجرد عدم تحقق مفهوم العقد كاف في بطلانه بلا حاجة إلى دليل شرعي، وهل فوق عدم وجود الشيء بطلان له حتى يحتاج إلى الدليل؟!،

بل في الحقيقة لا يعقل الإكراه على القصد والرضا بمعنى إجباره عليه، فإنه أمر نفساني ليس باختيار القاصد حتى يفرض الإجبار عليه، فلا معنى للإكراه، إلا أنه يوجد البيع مثلاً لغرض دفع الضرر من الوعيد والتهديد المتعقبين بالمعاقبة، فيكون الداعي له غير داعي إيجاد المنشأ في الخارج وتحققه.

فتحصل أنه لا يتصور معنى للإكراه غير هذا المعنى، فلا حاجة للاستدلال عليه بالاستظهار من كلمات القوم واستدلالاتهم في غرضون بعض المسائل، كما صنع المصنف، كما سيأتي.

قوله **تثني**: وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة... إلى آخره.

قد ذكرنا في الأصول^(١): أن الرفع تارة يراد منه الرفع التكويني، وأخرى الرفع التشريعي، وإنما يحتاج إلى تقدير رفع المؤاخذة حيث يراد الرفع التكويني، إذ لا يعقل رفع ما اضطرروا، وما لا يعلمون، وأمثال ذلك تكويناً من الشارع بما أنه مشرع، فلذلك بدلالة الاقتضاء نلتزم بأن المرفوع هو شيء آخر لا بد من تقديره، وهي جميع الآثار، أو خصوص المؤاخذة.

وقد استظهر شيخنا العلامة المصنف في رسائله وفي مواضع متعددة من هذا الكتاب أن المرفوع هو المؤاخذة، ولكن حمل الرفع على الرفع التكويني بلا ملزم، مع أنه إنما يرفعها - هذه الأمور - بما أنه مشرع، فحمل الرفع على الرفع التشريعي هو الأنسب إن لم يكن هو المتعين، ومعه يكون المرفوع هو نفس هذه المذكورات في الحديث، إذ لا شبهة في صحة رفعها تشريعاً، فلا حاجة إلى تقدير، لسقوط دلالة الاقتضاء كما هو واضح، ومع إرادة رفع أنفسها لا بد أن يكون باعتبار رفع جميع آثارها، أو آثارها

(١) الظاهر أن ذلك في كتابات وأبحاث له قدس سره لا زالت مخطوطة.

الظاهرة. وقد ذكرناه مفصلا في الأصول.

ومن الغريب ان الشيخ تثنى فر من تقدير جميع الآثار، وادعى ظهورها في رفع المؤاخذه، ثم حمل المؤاخذه هنا على المعنى الأعم من المؤاخذه الدنيوية والأخرية.

وجه الغرابة: أنه على تقدير دلالة الاقتضاء، فالمراد من تقدير الآثار أو خصوص المؤاخذه ليس هو تقدير لفظها، بل الغرض ان اسناد الرفع إليها يكون مجازيا، والمحصل للمجازية والإسناد هو أن المرفوع حقيقة هو جميع الآثار أو خصوص المؤاخذه، كما في قوله: ﴿وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ﴾ فإنه ليس في اللفظ تقدير الأهل، وإنما الاسناد اللفظي حقيقة إلى نفس القرية، ولهذا كان مجازا في الإسناد، ولكن لما كان نسبة السؤال إلى القرية لا يصح، فبدلالة الاقتضاء يدل أن المسند إليه واقعا هو الأهل، وإلا لو كان المقدر هو الأهل في اللفظ لما كان الإسناد مجازيا، بل كان حقيقيا كسائر الكلام، والتقدير لا يقتضي المجازية، لما ذكروا من أن المقدر في قوة الموجود.

وإذا كان الرفع ظاهرا في رفع المؤاخذه لا بد أن لا يراد رفع لفظ المؤاخذه، حتى أنه تارة يقال: إن المراد منها المؤاخذه الأخروية، وأخرى الأعم، بل لا بد أن يراد مفهوم المؤاخذه مع قطع النظر عن خصوص اللفظ، وهذا أمر واقعي أجنبي عن الاستظهار من اللفظ بتاتا.

فإن كان الظاهر هو رفع المؤاخذه الأخروية، فلا معنى لتعميمها للدنيوية، وإن كان الظاهر هو المؤاخذه بالمعنى الأعم فهو عبارة أخرى عن جميع الآثار، وهما بمعنى واحد سواء قدرت لفظ المؤاخذه بالمعنى الأعم أو ما يؤدي مؤداها، فيكون هذا المفهوم بما هو مع قطع النظر عن خصوصية لفظ هو الظاهر، وهو المرفوع حقيقة وواقعا، أي كان الإسناد إليه في الواقع أولا وبالذات، فالقول بأنها ظاهرة في خصوص المؤاخذه،

لا جميع الآثار، ثم تعميم المؤاخذه للدنيوية، هذا تهافت غريب، لا ينبغي أن يصدر من مثل الشيخ رحمته! ثم إنه قد يشكل في تعميم الرفع لجميع الآثار حتى الآثار الوضعية في المعاملات، بأن الرفع لهذه الأمور في الحديث على نسق واحد، مع أن البيع والإجارة وأمثالها من المعاملات لو اضطر إليها، لا شبهة بعدم رفعها بالضرورة من الدين، فإنه لا قائل: بأن من اضطر إلى بيع شيء مثلاً لدين أو غيره من سائر الحوائج أن يبعه غير صحيح، وأنه مرفوع لمكان الاضطرار إليه، فلا بد أن يكون رفع هذه بالنظر إلى جميع الآثار حتى الوضعية لاتحاد السياق.

ولكن المتأمل يرى أن هذا الإشكال كسر اب ببيعة، ضرورة أن الحديث ظاهر أن رفع هذه الأمور لمكان المنة والتوسعة على أمة محمد عليه السلام، ورفع ما اضطر إليه في المعاملات خلاف المنة، وتضييق على العباد، فلا يعقل شمول مثل ذلك الحديث الرفع، بخلاف ما أكرهوا عليه في المعاملات، فإن في رفعه تمام المنة على المكروه والتوسعة عليه، فتدبر جيداً، فإنه حقيق به.

قوله رحمته: إلا أن مجرد الاستشهاد... إلى آخره.

لا يخفى أنه إذا ورد الخبر تقية، وكان فيه تطبيق لكبرى على صغرى ولم يكن في نفس الكبرى تقية، لمكان الاتفاق عليها عند الجميع، فكما يمكن أن تكون التقية في نفس الصغرى، ويكون تطبيق الكبرى صحيحاً، كذلك يمكن أن يكون في نفس التطبيق تقية أيضاً، وهنا كما تكون التقية في نفس دعوى أن الحلف بالطلاق صحيح، كذلك يمكن أن يكون في التطبيق والاستشهاد أيضاً تقية، فلا دلالة في هذه الرواية على عموم حديث الرفع لجميع الآثار واقعا.

ولكن يجاب عنه: أنه ليس في الصغرى تقية، وهي فساد الحلف بإطلاق في

مقام الإكراه، وإنما التقية في لازم ذلك، حيث إن جواب الإمام عليه السلام بفساد هذا الحلف بالطلاق، لمكان الإكراه - مع أنه كان الواجب أن يجيبه بفساد مطلق هذا الحلف بالطلاق، لمكان عدم مشروعيته من أصله في الواقع - يدل على التقية في هذا العدول، فتكون التقية في عدول الامام عن تعليل فساد هذا الحلف بعدم المشروعية من أصله إلى الإكراه.

أما نفس أن المكروه مرفوع عنه ما اكراه عليه لمكان الحديث، فليس فيه تقية من هذه الجهة، ولا حاجة للإمام حينئذ لو أراد التقية إلى هذا التطبيق، إلا أن يكون هناك تقية أخرى في نفس الكبير، وهي تعميم الحديث، ولكنه لم يعلم ذلك وخلاف الفرض، فإن الفرض أن التقية في دعوى مشروعية الحلف بالطلاق ليس إلا.

فتسرية التقية إلى الاستشهاد تحتاج إلى مؤنة زائدة، وخلاف الظاهر، ومن المعلوم أن مقتضى الأصل حمل كلام المتكلم على ظاهره، إلا مع العلم بالمخالفة أو ما يقوم مقام العلم، وليس هنا في نفس الاستشهاد، فلا إشكال في التمسك بهذا الاستشهاد في إثبات التعميم لجميع الآثار في حديث الرفع، فتدبر.

في الإكراه

قوله **تثني**: ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال... إلى آخره.

فإن الإكراه إنما يترتب أثره إذا كان ما أكره عليه معتبرا في صدوره الرضا بوقوعه في الخارجي، الذي هو عبارة عن حفظ المرتبة الثالثة، وأما إذا كان الشيء المكروه عليه قد أسقط الشارع رضاه في نفسه مع قطع النظر عن الإكراه، كأداء الدين وأمثاله، فلا يعقل أن يكون الإكراه رافعا لأثره، فإن الإكراه - كما تقدم - ليس رافعا إلا للمرتبة الثالثة، وهي عبارة عن طيب النفس بوقوع الشيء المكروه عليه في الخارج، وإذا كان طيب النفس، قد أسقط الشارع اعتباره في نفسه، فلا يكون الإكراه رافعا لشيء معتبر، حتى يبطل ما أكره عليه ويرتفع أثره.

فهنا حيث أكره على بيع ماله، أو إيفاء مال مستحق لا يكون للإكراه أثر بالنسبة إلى الإيفاء، فلا يكون للإكراه على القدر المشترك بها هو أثر، ولا إكراه على خصوصية بيع ماله، فإذا اختار بيع ماله، فلا بد أن يكون عن طيب نفس منه، لعدم الإكراه على الخصوصية.

قوله **تثني**: ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد... إلى آخره.

لا يخفى أن إكراه أحد الشخصين، تارة يكون على فعل واحد، وأخرى على فعلين، بمعنى أن كل واحد منهما مكروه على فعل غير الفعل الذي أكره عليه الآخر كفاية، وكلام المصنف **تثني** إنها هو في الأول، وإنما يتصور ذلك في مثل الوكيل والموكل، أو

الأولياء على شخص واحد، كالأب والجد بالنسبة إلى الابن، ولا شبهة أنه يتحقق بذلك الإكراه لو فعل كل منهما لأنه يكون بمنزلة الواجب الكفائي، ويعاقب كل منهما لو تركاه معاً، بل هو أشد من ذلك؛ لأن نسبة المال إليهما بنسبة واحدة.

نعم لو فرض أن الوكيل كان عالماً برضا الموكل لم يصدق عليه الإكراه، لسقوط رضاه حينئذ، بل وكذا لو علم أحد الوليين رضا الآخر، فسبقه، وأما لو.

كان عالماً بأن الموكل أو الولي الآخر غير راض، ولكن يعلم أنه يفعل هذا المكره عليه، فلو سبقه الفعل، فلا إشكال في صدق الإكراه عليه؛ لأن نسبة المال إليهما بنسبة واحدة،^(١) فعلمه بأن الآخر يفعله لا يرفع كونه مكرهاً عليه، ولا يستلزم صدوره عن طيب نفسه.

هذا كله إذا كان أكرها كفاية على شيء واحد، وأما لو أكره كل منهما على فعل مستقل كفاية، فإن علم كل منهما أن الآخر لا يفعله، فلا إشكال بصدق الإكراه على السابق لما سبق من أنه يكون كالواجب الكفائي.

وأما لو علم أحدهما دون الآخر، بأن الآخر يفعله، فسبق إلى الفعل، أو علم كل منهما بأن الآخر يفعله فسبق أحدهما، فالظاهر عدم صدق الإكراه؛ لأنه مع علمه بأن الآخر يفعله لا يكون متوقفاً لترتب الضرر عليه لو تركه، لأنه إنما يتركه إلى بدل باعتقاده، ومعه لا يترتب الضرر المتوقع به باعتقاده، فإذا سبق إلى الفعل لا يكون إلا عن طيب نفس منه، وإلا كان له المندوحة عن فعله.

وأما لو فعلاً معاً، ففي الصورة الأولى، يبطل فعل كل منهما بلا شبهة، لعدم صدوره عن طيب نفس من كل منهما، وفي الصورة الثانية يبطل فعل من لم يكن عالماً بأن الآخر

(١) كتب المصنف رحمه الله في الهامش: «فيكونان كش.» وباقي الكلام غير واضح.

يفعله، ولا يبطل فعل الثاني، وفي الصورة الثالثة لا يبطل فعل كل منهما لارتفاع أثر الإكراه بالنسبة إلى كل منهما، لصدوره عن طيب نفس منه، فيكون الإكراه بمنزلة العدم، ولكن تأمل الأستاذ دام ظله في مجلس، البحث، وتردد في الحكم في هذه الصورة، فتدبر.

قوله **تتكرّر**: واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالملك والعاقده... إلى آخره.

صور الإكراه بالنسبة إلى المكره تتصور على أربعة:

فإنه إما أن يكون المالك هو العاقد أو غيره، فإن كان الأول، بأن يكره، المالك على بيع ماله بنفسه، ومحل الكلام أولاً إنما كان في هذه الصورة، وإن كان الثاني، فلما أن يكون الإكراه على المالك والعاقده، أو على المالك دون العاقد، أو على العاقد دون المالك، فالصورة الأولى كإكراه الوكيل المطلق والموكل على أن يبيع الوكيل، ولا إشكال بصدق الإكراه لو فعل الوكيل، ومن هذه ^(١) الصورة لو أكره المالك على التوكيل، وأكره العاقد على قبول الوكالة والبيع.

وأما الصورة الثانية: وهو ما لو أكره المالك دون العاقد، فهي على قسمين:

فإنه تارة يكره المالك على التوكيل، وأخرى يكره على أن يحمل وكيله المطلق على البيع، ولا إشكال في صدق الإكراه في كل من القسمين ويبطل البيع، أما في الأول فلبطلان عقد الوكالة بذلك، فيكون العاقد فضولياً يتوقف على الإجازة، وسيأتي الكلام فيه.

وأما في الثاني فلأن رضا الوكيل من رضا الموكل، سواء علم الوكيل بالإكراه أم لم يعلم، وإن كان الحكم في صورة الجهل أوضح.

(١) في الأصل: هذا.

ثم لو رضي بعد ذلك المالك، ففي الصورة الأولى، تارة يكون رضاه بنفس الفعل الصادر، فيكون أجاز لنفس فعل العاقد، فإن كان ذلك الفعل مما تناله الإجازة وتصححه كعقود المعاوضات، فيكون ذلك العقد صحيحا، وإن كان من الإيقاعات، فلا بد أن يقع باطلا بناء على القول بأن الإجازة لا تصحح الإيقاعات الصادرة، وأخرى يكون رضاه بنفس عقد التوكيل، فيكون إذنا بالفعل من حين الرضا، وأما قبل ذلك فقد صدر الفعل بلا إذن وقد وقع باطلا، فلا تنفع الإذن المتأخرة.

نعم لو قلنا: بأن البحث في مسألة الفضولي من أن الإجازة ناقلة أو كاشفة جار في العقود الإذنية، وقلنا: إن هذا الرضا إجازة لعقد الوكالة، واخترنا أن الإجازة كاشفة، يقع عقد الوكالة من أول الأمر صحيحا، فيترتب عليه صحة فعل الوكيل، ولكن جريان ذلك محل تأمل جدا، سيأتي الكلام فيه، إذا وفق الله تعالى، نسأله التوفيق والعافية والتسهيل، إنه خير مسؤول.

وفي الصورة الثانية: وهي ما إذا كان الإكراه على أن يحمل المالك وكيله المطلق على العقد، فلو رضي المالك بعد ذلك بالعقد يكون كالإجازة للفضولي بلا شبهة، ويصح العقد إذا كان مما تنفع فيه الإجازة.

وأما الصورة الثالثة: وهي ما إذا كان المكره العاقد دون المالك، فهي على قسمين أيضا: فإنه إما أن يكون المالك هو الذي أكره العاقد، وإما أن يكون غيره، وكلام المصنف تنبُّه في القسم الأول وقد اختار تنبُّه أنه لا أثر للإكراه، ويقع العقد صحيحا.

وهو حق لوجهين:

الأول: إن الملك لما كان راجعا إلى المالك، فلا يكون رضا العاقد معتبرا في صحة العقد حتى يكون الإكراه رافعا له، وهذا يكون نظير إكراه المفلس على بيع ماله لوفاء

دينه.

والثاني: إن حديث الرفع لا يكون شاملا لهذا المورد، لأنه إنما يكون شاملا لما في رفعه منة، وليس في رفع أثر الإكراه عن هذا العقد منة على العاقد، ولا على المالك. أما على المالك فلفرض أنه هو الذي أكره العاقد على العقد، بل يكون رفعه خلاف المنة.

وأما على العاقد، فلأن ذلك لا يعود إليه لا ضرره ولا نفعه، فأى منة عليه في رفع الإكراه؟! أما القسم الثاني: فيكون العاقد كالفضولي يتوقف صحة عقده على إجازة المالك، وأما مجرد رضاه بذلك لا يكون إجازة، لأن المفقود في الفضولي أمران:

الأول: استناد العقد إلى المالك وقصد إنشائه باللفظ من المالك.

والثاني: رضاه بوقوع العقد، وبعبارة أخرى: إن القصد في الفضولي مفقود بمرتبته الثانية والثالثة، ومجرد الرضا إنما يكون حافظا لمرتبته الثالثة، والإجازة هي التي تصحح استناد العقد إلى المالك، فلا يكفي مجرد الرضا.

ومن هنا يظهر أن تصحيح العقد في القسم الأول لا يكفي فيه أن الرضا لا يعتبر من العاقد، فلا يرفعه الإكراه، كما في الوجه الأول، أو أن عقده غير مشمول لحديث الرفع، كما في الوجه الثاني، بل لابد من تصحيح استناده إلى المالك الذي أكره العاقد، ومجرد رضاه لا يكفي في الاستناد إليه، كما تقدم، وتصحيح استناده إليه منحصر في تصحيح عقد الوكالة منه إلى العاقد الذي كان إكراهه على العقد توكيلا إكراهيا منه في الحقيقة.

والحاصل: أن إكراه المالك للعاقد على العقد هو في الحقيقة توكيل على هذا العقد

منه وإكراهه على قبول الوكالة، فإن صححنا عقد الوكالة الذي كان إكراهياً، فالعقد الصادر من العاقد لا يحتاج تصحيحه إلى مؤنة زائدة، بل ينحصر في تصحيح الوكالة.

والحق أن الوكالة وإن كانت إكراهية، إلا أنها غير مشمولة لحديث الرفع، لأنه ليس في رفعه منة على العاقد ولا على المالك، كما تقدم في الوجه الثاني، وهكذا ينبغي بيان الاستدلال بتصحيح الوكالة لا بتصحيح العقد من رأس، وبهذا يظهر ما في كلام المصنف **تتذكر** من المسامحة.

ويظهر أيضاً في التأييد ما في قوله أخيراً: ومما يؤيد ما ذكرناه حكم المشهور. إلى آخره.

فإن حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا منه، إنها هو لمكان أن المالك المكره لم يفقد إلا المرتبة الثالثة من القصد وهي الرضا، وأما استناد العقد إليه وحفظ المرتبة الثانية، فهو من أول الأمر؛ لأن المفروض هو العاقد، وهو المالك، بخلاف ما لو كان العاقد المكره غير المالك، فإن المفقود فيه الاستناد إلى المالك دون الرضا؛ لأن المفروض أن العاقد غير المالك مع رضا المالك.

والحاصل: أن المفقود في الأول هو الرضا دون الاستناد، وفي الثاني الاستناد دون الرضا، فكيف يكون الحكم في الأول مؤيداً للحكم في الثاني؟!

في إكراه بيع عبد من عبيدين

قوله **تتذكر**: فروع: ولو أكرهه على بيع واحد... إلى آخره.

الكلام في مخالفة فعل المكره لما أكرهه عليه، وهذا الفرع يشتمل على مسائل ثلاث، فإن المخالفة إما أن تكون بالزيادة أو بالنقص، وعلى تقدير الزيادة فإما أن يكون الإكراه

على واحد غير معين من اثنين وقد باعهما، أو واحد معين.

فالمسألة الأولى: ما كان الإكراه على واحد غير معين، وزاد في البيع المكره، كأن كان المكره عليه بيع أحد العبدین، فباع العبدین معا، وهذا تارة يكون بين أحد الشئین تلازم ولو بحسب العادة، بحيث كان الإكراه على الواحد الغير المعین إكراها على الجميع، كبیع أحد مصراعي الباب.

وأخرى لا يكون بينهما ذلك التلازم، كمثال العبدین.

فإن كان الأول، فالحق أنه لو باعهما معا يبطل البيع فيهما كما [هو] واضح؛ لأن المجموع في الحقيقة يكون مكرها عليه، وإن كان الثاني فالحق أنه لا يبطل البيع، كما قوّاه الشيخ المصنف رحمه الله لأنه خلاف المكره عليه.

بيان ذلك: إن إرادة بيع الواحد المعين في ضمن الجميع الذي كان مكرها عليه إرادة ضمنية تابعة للإرادة المطابقة، وبيع الجميع الذي هو مراد بالإرادة المطابقة لم يكن متعلقا للإكراه فلا بد أن يكون صادرا عن داع آخر غير امتثال المكره قطعاً، وبذلك لا بد أن يكون عن اختياره وقدرته، فلا محالة تكون الإرادة الضمنية أيضا لا عن داع الإكراه، وإلا لما كانت الإرادة التضمنية تابعة للإرادة المطابقة.

وبيان آخر: إن الإكراه على الواحد المعين في الحقيقة غير معقول، لاستحالة البعث نحو الغير المعين لا مفهومهما ولا مصداقا، والكلام فيه كالكلام في الواجب التخيري، بل المعقول في المقام وفي الواجب التخيري أن المطلوب هو كل منهما لكن على نحو يجوز تركه إلى بدله، فكل من الشئین مكره عليه، ولكن يجوز تركه إلى البدل، فكل من الشئین مع ضمه إلى الآخر، متعلقا للإكراه، فلا محالة لا يصدر عن باعث الإكراه، بل لا بد أن يصدر عن داع آخر، وإلا فالإكراه لم يكن متعلقا إلا بأحدهما مع ترك الآخر،

وهذا المعنى لم يفعله المكره لما باع العبدین معا حتى يكون متعلقا للإكراه، فلم يقع شيء منهما عن إكراه أبدا، ويصح البيع في الجميع.

والمسألة الثانية: ما كان الإكراه على واحد معين، فضم آخر إليه في البيع، وهذا أيضا تارة يكون بينهما تلازم، وأخرى لا يكون، وفي الأول يبطل البيع في الجميع، وفي الثاني يبطل المكره عليه المعين ويصح في الزائد، كما ذكره المصنف رحمته؛ وذلك لأن هذا المعين كان متعلقا للإكراه بما هو وقد باعه كذلك، وأما الضميمة فلا يجعل ذلك عن داع آخر غير الإكراه، ولا يخرج عنه كونه متعلقا للإكراه، كما كان الأمر في غير المعين، كما أن المعين يمكن أن يقصد استقلاله لا تبعا، فلو كان المبني في صحة البيع في المسألة الأولى هو الإرادة الضمنية، فلا يتمشى الكلام في المقام، لأن الواحد الغير المعين لا يمكن قصده استقلاله في ضمن الجميع، بخلاف المعين في نفسه فيمكن أن يكون يبيعه للمكره عليه عن باعث الإكراه، وبيعه للضميمة عن داع آخر.

لكن الحق أن المبني الأول في المسألة الأولى غير صحيح صغويا كما أشرنا إليه، لاستحالة فرض الإكراه على الواحد غير المعين، وإن أفاده الأستاذ دام ظله في مجلس البحث، وكيف كان فالمبني الثاني في المسألة الأولى لا يتمشى هنا في المقام؛ لأن الواحد المعين كان متعلقا للإكراه بحده وقد باعه كذلك، فلا محالة يكون متعلقا للإكراه، سواء ضم إليه شيء آخر أم لا.

والمسألة الثالثة: وهي ما لو باع بعض ما اكراه عليه، وهو يتصور على وجهين: فإن المكروه عليه تارة مما لا يباع عادة إلا مرة واحدة، وكان الإكراه على بيعه مجموعا بما هو كذلك، وأخرى مما يصح أن يباع تدريجا بحسب العادة، وكان الإكراه مطلقا ولو على

نحو التدريج، بحيث لو باعه تدريجاً لحصل مقصود المكره - بالكسر - واندفع الضرر.

فإن كان الأول فلو باع نصف ما أكرهه عليه، فلا إشكال لا يقع مصداقاً للإكراه؛ لأنه لم يكرهه على البيع كذلك، وكذا لو باع النصف الثاني أيضاً وهو واضح.

وإن كان الثاني، فإن كان يبيعه بقصد الامتثال للمكره على أن يبيع النصف الثاني، فلا ريب بوقوع مكرها عليه، كما ذكره المصنف تتد، وإدراكه كان يبيعه لرجاء رضا المكره بذلك وتحليه عن بيع النصف الآخر، فالظاهر أنه لا يقع مكرها عليه، خلافاً لصريح الكتاب، بل لابد أن يكون صادراً عن اختياره وإرادته، - حيث إنه في الحقيقة يكون من قبيل التخلص عن الإكراه، لا وقوع في الإكراه، كما لو باع شيئاً آخر لأجل رفع الإكراه عما أكرهه عليه.

توضيح ذلك: إن حقيقة ما يكون الشيء واقعاً في مصداق الإكراه أن يكون إرادة بيعه منبعثة عن نفس الإكراه بلا توسط ولا انضمام إلى داعٍ آخر، أما لو كان إرادة البيع منبعثة عن داعٍ غير داعي الإكراه، ولكن حدوث الداعي كان بسبب الإكراه، فإنه بتوسط الداعي الاختياري يخرج المراد عن كونه مكرهاً عليه، وكذا لو انضم داعي الإكراه إلى داعٍ آخر بحيث لو انفرد كل منهما لما أثر في الإرادة، فإنه مع عدم تمحض داعوية الإكراه لا يوجب صدق الإكراه عليه، والمقام من قبيل توسط الداعي الذي هو داعي التخلص عن بيع الجميع، وليس هو نفس داعي الإكراه، وإن كان لولا الإكراه لما حصل هذا الداعي، فتأمل.

قوله تتد: مع احتمال الرجوع إليه في التعيين... إلى آخره.

لا يخفى أنه لو باع أحد العبدین بقصد وقوع البيع في الخارج، بأن كان عن رضاه واختياره لا محالة يرتفع الإكراه لحصول غرض المكره، فلا مجال لبقاء الإكراه كالوجوب

التخيري في التوصلات، فإنه لو فعل أحد فردي الواجب التخيري لا بقصد الامتثال لا محالة يسقط الوجوب، ولا يمكن أن يقع الفرد الثاني لو فعل مصداقا للوجوب، وحينئذ فلو باع العبد الثاني لا محالة يكون عن رضاه واختياره لا عن داعي الإكراه، فيقع كل من البيعين صحيحا.

فلو ادعى العكس وأنه امتثل الإكراه ببيع العبد الثاني يكون اعترافا منه بصحة البيعين، لا أنه يرجع إليه في التعيين حتى يفسد البيع الثاني بدعواه.

نعم لو ادعى أن البيع الأول كان امتثالا للمكره وعن داعي الإكراه يسمع ذلك منه، فتدبر جيدا.

قوله **تَبَيَّنَ** : ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس ... إلى آخره.

لا يخفى أن اعتبار طيب النفس يتصور على أنحاء أربعة:

الأول: اعتباره ولو على نحو الشرطية في العقد، بمعنى أن العقد لا يكون مؤثرا إلا بطيب النفس مطلقا، وهذا لا إشكال باعتباره في الجملة، سواء كان طيب نفس العاقد، أو طيب نفس آخر غيره، كما في الوكيل والمكره بحق، وغير ذلك، وسواء كان مقارنا للعقد أو لا.

الثاني: اعتباره في العقد مقارنا له، فلا يكفي الرضا المتأخر، كما في الفضولي والمكره إذا رضي المالك، أو المكره بعد ذلك، واعتباره على هذا النحو محل إشكال؛ لأن العقد بدون الرضا وطيب النفس لا يخرج عن كونه عقدا، لأن المفروض عدم اعتباره في تحقق مفهوم العقد، فالمطلقات مثل **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ^(١) و**﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** ^(٢) شاملة للخالي

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

عن الرضا بتاتا أو المقارن، والأدلة الدالة على بطلان العقد بدون الرضا- مثل حديث الرفع^(١) وأمثاله^(٢) المقيدة للمطلقات، إنما المتيقن منها هو العقد المسلوب الرضا بتاتا، أما الملحق بالرضا فمشكوك الدخول في المقيدات، فيتمسك بتلك المطلقات في إثبات صحته، وإلى هذا يرجع كلام الشيخ المصنف **تثني**: «خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات».

الثالث: اعتباره في تحقق مفهوم العقد، بحيث لا يكون العقد عقدا إلا بطيب النفس، وقد استضعف المصنف **تثني** دعواه بأزيد من الدعوى الأولى، وهو حق، فإن العقد ليس إلا إيجاد المعنى باللفظ، ويتحقق هذا المعنى بقصد اللفظ، وقصد إيجاد المعنى باللفظ في مقابلة النائم في الأول والهازل في الثاني، أما اعتبار الرضا بوقوعه في الخارج وطيب النفس بتحقيق^(٣) مما يقطع بعده، لأن ذلك أمر خارج عن إيجاد المعنى باللفظ، لأنه ليس بإيجاده باللفظ إلا استعمال اللفظ، والاستعمال يتحقق بمجرد قصد المعنى، وإلا لما كان الكاذب في الإخبار أو الهازل مستعملا، مع أنه ضروري البطلان.

الرابع: اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير العقد، بمعنى أنه لا يؤثر العقد أثره حقيقة إلا برضا نفس العاقد، بحيث يكون قصد العاقد لوقوعه في الخارج وطيب نفسه به جزء علة في التأثير واقعا كالعقد.

وبعبارة أخرى: تكون العلة المؤثرة في وقوع المعاملة تكويننا هو العقد مع طيب نفس العاقد، فمع فقدة لا تتم علة التأثير، ومعه فالرضا المتأخر لا يعقل معه تصحيح

(١) راجع الوسائل، كتاب الجهاد الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس (مرجع مذكور).

(٢) كقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه»، و كقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ

تَكُونِ مِجَازَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

(٣) كذا.

العقد، لاستحالة تأخر العلة عن المعلول أو جزء العلة الفاعلة لوجه من الوجوه، وإن ادعى جواز تأخر الشرط.

وهذا أضعف من الجميع كما أشار إليه المصنف رحمته، ضرورة أن الملكية وأمثالها من الأمور الاعتبارية يكفي في إيجادها إنشاؤها باللفظ الذي يتحقق بمجرد قصد إيجاد المعنى كما عرفت، غاية الأمر أن الشارع قد يعتبر أمراً زائداً على ذلك، مثل طيب النفس في بعض المقامات تسهلاً ومنّة، كما في التسهيل والمنّة على المكروه، وصيغة خاصة وأمثال ذلك، لا أن لطيب النفس تأثيراً حقيقياً تكوينياً في إيجادها بالاعتبار، وإلا لكان المكروه بحق لم يؤثر عقده حقيقة، لعدم العلة للتأثير، وإنما هو صرف تعبد من الشارع، بلا أن يحصل الأثر في الخارج، مع أنه لا قائل به، فإن المكروه بحق عقده مؤثر حقيقة، ويحصل النقل والانتقال لحصول قصد إيجاد المعنى باللفظ الكافي في التأثير، والمفروض لم يعتبر في الشارع شرطاً زائداً.

قوله رحمته: ويؤيد ذلك فحوى صحة عقد الفضولي... إلى آخره.

وجه الأولوية أن المفقود في العقد الفضولي أمران: استناده إلى المالك، والرضا بوقوع مضمون العقد، والمفقود في المكروه هو خصوص الأمر الثاني لفرض الاستناد إليه وأنه المنشئ للعقد، فإذا فرض صحة عقد الفضولي بالإجازة المتأخرة والرضا المتأخر بالعقد - مع أن المفقود أمران - فصحة عقد المكروه بالرضا المتأخر - مع أن المفقود أمر واحد - بالطريق الأولى.

ولكن قد يقال فيه: إن عقد الفضولي في نفسه له الصلاحية في التأثير، بلا [أن] يكون مانع في البين، وإنما لم يؤثر لتقصان سببته باعتبار فقدانه للاستناد إلى المالك ورضاه به، فإذا انضم إليه ما نقص منه تم المؤثر فيؤثر أثره، بخلاف عقد المكروه، فإن الشارع رفع

تأثيره مع صلاحيته للتأثير، لا أنه نقص جزء من المؤثر، والجزء الموجود باق على ما هو من الصلاحية، فإذا انضم إليه الجزء الآخر أثر أثره، كما كان في العقد الفضولي، فيكون عقد المكره عدم تأثيره لوجود المانع الذي هو إلغاء الشارع له وعدم اعتباره، بخلاف عقد الفضولي، فإن عدم تأثيره لنقص في المؤثر، فلا يكون عقد المكره أولى من الفضولي، وإن كان المفقود في عقد المكره جهة واحدة وفي الفضولي جهتان، فإنه بمجرد ذلك لا يكفي مع كون عقد المكره انما لم يؤثر لوجود المانع عن تأثيره.

اللهم إلا أن يقال: إنا ^(١) نستكشف من أدلة بطلان المكره هو اعتبار الرضا وطيب النفس في العقد على نحو الشرطية، فيكون فاقدا للشرط، فيكون ناقص التأثير، لا ان الشارع بالخصوص منع من عقد المكره، بحيث مع صلاحيته للتأثير ألغى الشارع تأثيره حتى يكون من قبيل المانع، فيكون على طبعه من صلاحيته للتأثير فعلا، ولكن فقدته للرضا أوجب نقصان المؤثر لمكان اشتراطه بالرضا، فإذا انضم ^(٢) اليه الرضا يؤثر أثره فتتجه الأولوية.

إلا أن الإنصاف أنه وإن سلم ذلك، لكن الاستناد في عقد المكره للمالك في الحقيقة كلا استناد، لمكان الإكراه، فيكون عقد المكره فاقدا للاستناد - لأن الاستناد إليه كلا استناد - وفاقدا للرضا، فلا يكون فرق بينه وبين عقد الفضولي من هذه الجهة، فلا تثبت الأولوية، وحمله على الفضولي يكون من باب القياس.

قوله **تنبيه**: أولا: إن المرفوع هي المؤاخذة... إلى آخره.

حاصله أنه حيث إن المرفوع في حديث الرفع المؤاخذة الشاملة للمؤاخذة الدنيوية

(١) في الأصل: ان.

(٢) في الأصل: أنظم.

والأخروية- كما تقدم- ومقتضى ذلك أن الذي يصح أن يكون مرفوعات في حديث الرفع هو ما كان عليه وملزماً به.

وأما الذي يكون له لا عليه، فذلك ضد المؤاخذه، فكيف يعقل شمول حديث الرفع له؟! ومن المعلوم أن صحة ما اكراه عليه برضاه بعد ذلك يكون له لا عليه، ويكون ضدًا للمؤاخذه، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع.

ولكن قد تقدم أيضاً أن المرفوع ليس هو المؤاخذه بأي معنى من معانيها؛ لأن المراد من الرفع هو الرفع التشريعي لا التكويني، بل المرفوع هو نفس الأحكام، إلا أنه لا بد أن يكون المرفوع ما فيه مئة على من رفع عنه.

ومن المعلوم أن رفع أثر البيع المكروه عليه إذا رضي بعد ذلك به يكون خلاف المنه، فلا يكون أيضاً مشمولاً لحديث الرفع^(١) على هذا المبنى، وعلى كل حال فالنتيجة واحدة.

قوله **تتخلل**: نعم قد يلزم الطرف الآخر... إلى آخره.

هذا استدراك من السابق، وهو رفع إلزام المكروه بالبيع، فإن مقتضى عدم لزوم بيعه أن للمشتري أن يرجع المبيع إلى المكروه ويفسخ، لسقوط اللزوم في البين، ونتيجة ذلك أن رضا المكروه بعد ذلك لا أثر له في لزوم البيع، بعد أن كان المشتري له الفسخ ونقض البيع.

وحاصل الجواب: أن الإلزام المرفوع، إنما هو من طرف المكروه دون الطرف الآخر إذ لا موجب في رفع إلزامه، فإن حديث الرفع إنما يرفع أثر ما اكراه عليه من المؤاخذه، وهي ليس إلا لزوم البيع من طرف المكروه، أما لزوم البيع من الطرف الآخر فليس من آثار الإكراه فلا يشمل حديث الرفع، وعلى مذاقنا فالجواب واضح، فإنه ليس في رفع

(١) الوسائل ١٥: ٣٦٩، حديث ١ من الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس. (مصدر مذكور).

إلزام الغير منة على المكره، مضافاً إلى أن إلزام الغير ليس من آثار الإكراه وأحكامه حتى يكون مرفوعاً، فتدبر.

قوله **تَنْقُضُ** : وأما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه... إلى آخره.

بعد أن تقدم أن المشتري لم يرفع إلزامه بحديث الرفع، فليس له فسخ البيع، والمفروض أن البيع من طرف المكره غير ملزم، ونتيجته عدم جواز تصرف المشتري في المبيع، لعدم لزومه بعد من طرف البائع، فيكون ذلك ضرراً على المشتري: إذا مضى عليه مدة طويلة لم يفسخ بها البائع ولم يمتص البيع، فيكون مرفوعاً عنه بمقتضى قاعدة الضرر ورفع ذلك بإلزام المكره بالفسخ، أو إمضاء البيع بالرضا تقديماً لحق المكره، فإن امتنع فلا بد أن يقال: بأن للمشتري فسخ البيع، وأما إمضاؤه من قبله فمحل إشكال.

فاتضح أن إلزام المكره بذلك - أي الفسخ أو الرضا - ليس من آثار نفس ما أكره عليه حتى يكون مرفوعاً بحديث الرفع، بل من نتائج شمول حديث الرفع لما أكره عليه، ومن توابع حقه الثابت له بالإكراه المشمول للحديث، كما تقدم، فإنه لما كان مرفوعاً عنه الإلزام مع عدم رفع الإلزام عن الغير، فمن حقوقه أن لا يتصرف الغير في المبيع، فبمضي المدة يتضرر المشتري، وتضرره إنما نشأ من ثبوت حق المكره بالحديث، وهو عدم جواز تصرف المشتري، ولازم التضرر بإلزام المكره، فإلزامه لم يكن حاصلًا من جهة صرف الإكراه، ومن آثار نفس الإكراه، بل إنما جاء من ثبوت الحق له بحديث الرفع، حيث كان مكرهاً، فهو من آثار دلالة حديث الرفع.

وبذلك يتضح أنه لا يعقل رفع هذا الإلزام - وهو إلزامه باختيار البيع أو الفسخ - بحديث الرفع؛ لأنه إنما ثبت نتيجة شمول حديث الرفع لما أكره عليه، فكيف يعقل أن يكون مرفوعاً به، وما يثبت بالشئ كيف يعقل رفعه به؟! وهذه من الضروريات التي

قياساتها معها، فتدبر وافهم.

قوله **تَنْتَبُهْ** : ثم إن ما ذكرناه واضح على القول بكون الرضا ناقلاً... إلى آخره.

أما وضوحه على تقدير كون الرضا ناقلاً، فلأن المرفوع ليس إلا أثر نفس العقد الأول وليس النقل به، والرضا المتأخر غير مشمول لحديث الرفع، وبه النقل.

وأما خفاؤه على تقدير الكشف، فلأن العقد لما كان مشمولاً لحديث الرفع فهو غير ناقل، ولا موجب للزوم، فلا يعقل أن ينقلب عما هو عليه، ويكون مؤثراً في اللزوم في ظرف كونه غير مشمول لحديث الرفع، وغير مؤثر في اللزوم؛ لأن المفروض أن الرضا ليس له التأثير في اللزوم، وإنما هو صرف كاشف عن العقد في ظرفه، ومرآة عن وقوع العقد.

وبعد التأمل يظهر الجواب، لأن القول في الكشف على وجوه: إما الكشف الحكمي وإما الكشف الحقيقي.

والكشف الحقيقي إما أن يكون لأجل شرطية الرضا المتأخر للعقد على نحو الشرط المتأخر، وإما أن يكون لأجل شرطية التعقب بالرضا الذي هو عنوان مقارن للعقد، فيكون شرطاً مقارناً، غاية الأمر يكون عنواناً ينتزع من حقوق الرضا المتأخر، كما سيأتي توضيحه إن شاء الله في عقد الفضولي.

وإما أن يكون لأجل كشف الرضا حقيقة عن العقد وتأثيره، بلا أن يكون دخيلاً، لا في نفس العقد على نحو الشرط المتأخر، ولا في اتصافه بالعنوان الانتزاعي المقارن، وهذا الوجه الأخير هو أردأ الوجوه في المسألة وأخس الأقوال، كما سيأتي إن شاء الله في الفضولي.

والإشكال المتقدم إنما يتم بناء على هذا الوجه الأخير، حيث يكون في ظرف كونه مشمولاً لحديث الرفع، فلا يؤثر اللزوم، [أو] غير مشمول لحديث الرفع، فيؤثر اللزوم، إذ لم تحدث خصوصية دخيلة تجعل ما كان مشمولاً غير ما هو غير مشمول للحديث.

وأما بناء على أحد الوجوه الأخر الثلاثة فلا إشكال، كما هو واضح على تقدير الكشف الحكمي؛ لأن الكشف الحكمي حقيقته^(١) النقل، فالتأثير حقيقة للرضا المتأخر.

وأما على الوجهين الآخرين، فلأن الرضا لما كان له دخل في الجملة، فليس خروج العقد عن حديث الرفع بما هو مشمول له، بل لخصوصية منضمة إليه، وهي الرضا أو العنوان الانتزاعي، وهو التعقب بالرضا، وبما هو كذلك لم يكن مشمولاً للحديث وغير مؤثر في اللزوم، وإنما كان مشمولاً مع عدم هذه الخصوصية، فلا انقلاب كما هو واضح.

قوله **تتجلى**: وثانياً إنه يدل... إلى آخره.

وحاصله: أن حديث الرفع كما تقدم إنما يرفع ما كان من آثار ما أكره عليه، وهو السببية التامة، أما الأثر الحاصل للإكراه بعد شمول الحديث كيف ان^(٢) يكون مرفوعاً بالحديث، وهو ثابت بالحديث متأخر عنه، ومن المعلوم أن جزئية العقد المكره عليه، وتأثيره بضميمة الرضا على القول به إنما هو نتيجة شمول حديث الرفع للعقد المكره عليه، لا من آثار نفس العقد المكره عليه، مع قطع النظر عن الإكراه وشمول الحديث حتى يعقل رفعه بالحديث، وهذا يكون نظير إلزام المكره باختيار البيع أو الفسخ، كما تقدم بيانه.

(١) في الأصل تكرار كلمة: (حقيقته).

(٢) كذا.

قوله **تتخلل**: لن يرد على هذا أن مقتضى... إلى آخره.

حاصله: أنه وإن كان الحديث لا يرفع جزئية العقد وتأثيره بضميمة الرضا المتأخر، إلا أنه حينئذ يبقى تأثيره مع الرضا المتأخر بلا دليل؛ وذلك لأن حديث الرفع حاكم على الإطلاقات الدالة على السببية التامة للعقد، فيقيدها بما عدا الإكراه؛ لأنه يكون مفسرا لها، فلا تشمل حينئذ صورة الإكراه على كل حال، وتفسيره لها إنما هو بنحو يجعلها دالة على السببية التامة مع مقارنة الرضا، إذ هي بنفسها دالة على السببية التامة، فيفسر الحديث السببية التامة بالمقارنة مع الرضا.

وأما السببية الناقصة والتأثير مع الرضا المتأخر بأن يكون العقد سببا تاما كذلك لم تكن مشمولة للإطلاقات؛ لأنها دلت على أن العقد بنفسه سبب تام، فلا تشمل هذا العقد حينئذ، وبعد الحكومة والتفسير يكون نتيجتها سببته التامة مع الرضا المتأخر، والرضا في الفرض متأخر، ولم تكن أيضا هذه السببية مشمولة لحديث الرفع ومرفوعة به، فيبقى حينئذ تأثير العقد مع الرضا المتأخر بلا دليل، لا على الصحة ولا على الفساد، ومقتضاه الرجوع إلى الأصول، ولا شبهة أن الأصل في العقود الفساد.

وقد ترقى المصنف بقوله **تتخلل**، لـ أن كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة، كان دليل الاكتراء حاكما عليه مقيدا له، فلا ينفع، انتهى. كما في بعض النسخ للكتاب.

وهو حق، لأن الحديث إنما يرفع أثر ما أكره عليه، فإن دل **الـ** السببية التامة للعقد فيرفع هذا الأثر، وإن دل على أعم من ذلك حتى السببية الناقصة فأیضا حديث الرفع يكون رافعا لها، فلا ينفع بعد ضميمة الرضا المتأخر.

إلا أنه حيثئذ يكون حديث الرفع بنفسه دليلاً على فساد عقد المكره لو تعقب بالرضا أيضاً، بخلافه على الصورة الأولى؛ لأن الجزئية للعقد في السببية لم تكن على الصورة الأولى مشمولة للإطلاقات، فلا يكون الحديث رافعاً لها، لأنه إنما يرفع الأثر الثابت للشيء.

وأما في هذه الصورة فالمفروض أن هذا الأثر، وهو الجزئية في التأثير، والسببية ثابتة للعقد بمقتضى الإطلاقات، ففي الحقيقة أن الإيراد على هذه الصورة أشد منه على الصورة الأولى.

ولكنه هذا الكلام كله مبني على فرض غير واقع؛ لأن هذا إنما يتم إذا خيلنا نحن والإطلاقات وحديث الرفع بدون دليل آخر في الين، كما أن فرض أن هناك دليلاً دالاً على مطلق السببية حتى الناقصة فرض غير واقع.

فالتحقيق - كما أفاده تقيّد - بقوله: اللهم إلا أن يقال... إلى آخره.

أن الإطلاقات بأنفسها إنما هي تفيد السببية المستقلة التامة للعقود، ولكن هناك أدلة أخرى غير حديث الرفع مقيدة للإطلاقات بالبيع الواقع عن رضا، سواء كان الرضا سابقاً أو لاحقاً، مثل قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه»^(٢) والإجماع، وحكم العقل بقبح أخذ مال الغير بدون رضاه، فتكون الإطلاقات بضميمة هذه المقيدات تدل على أن السبب التام للنقل هو العقد مع طيب النفس، وحيثئذ ينظر حال حديث الرفع وحكومته على الإطلاقات، فنقول:

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل ٥: ١٢٠، حديث ١ و ٣ من الباب ٣ من أبواب مكان المصلي (باختلاف يسير)

(مصدر مذكور).

أن حديث الرفع إنما يكون حاكماً على المطلقات مع مقيداتها لا عليها فقط، وذلك في كل دليل حاكم، وبعبارة أخرى يكون حاكماً على النتيجة التي تستفاد من الأدلة؛ لأنه ليس له نظر خاص إلى خصوص دليل، بل إنما ينظر إلى الأحكام الواقعية، ولو كانت مستفادة من مجموع الأدلة، وهذه النتيجة المستفادة من الإطلاقات مع مقيداتها لا يعقل أن يكون دليل الرفع حاكماً عليها.

بيان ذلك: إن العقد إما أن يكون مكرهاً عليه أو غير مكره، بمعنى أنه وقع عن رضا من العاقد وإن كان مكرهاً عليه، فإما أن يتعقبه الرضا أو لا يتعقبه، فإن كان مكرهاً عليه بلا تعقب رضا أبداً فهو خارج عن الإطلاقات بضميمة المقيدات، فلا معنى لحكومة حديث الرفع، إذ لم يكن له أثر ثابت بالدليل حتى يرفعه الحديث.

وإن كان وقع عن رضا سابق، فلا يعقل أن يعرض عليه الإكراه حتى يشملته حديث الرفع، فهو خارج موضوعاً.

وإن كان وقع عن إكراه ثم تعقبه الرضا الذي هو محل الكلام، فهذا المجموع المركب من العقد الإكراهي المتعقب بالرضا لم يكن إكراهياً حتى يكون مشمولاً لحديث الرفع كالمقارن للرضا، فهو خارج موضوعاً.

وأما نفس العقد الإكراهي فجزئيته للسبب ليس مما دلت عليه الأدلة، وإنما دلت - بضم المقيد إلى المطلق - أن العقد المنضم إلى الرضا سبب تام للتأثير، ولكن لازمته العقلي أن يكون العقد جزءاً من السبب، ولكن لا يعقل أن يكون ذلك مرفوعاً بحديث الرفع، أما أولاً فلأنه أثر عقلي ليس بمجعول ولا ثابت بالدليل، وإنما هو لازم عقلي للمدلول الدليل، فلا يعقل الجعل حتى يكون مرفوعاً، وأما ثانياً فعلى تقدير التسليم، فجزئيته إنما ثبتت له بوصف الإكراه، فكيف يعقل أن يكون مرفوعاً بالإكراه؟! ولكن الإنصاف أن

جزئته ثبتت له لا من حيث إنه إكراهي، كما أفاده الشيخ **تث**: وذلك لأن المفروض أن الأدلة بنتيجتها دلت على أن السبب التام هو العقد المرضي به مطلقا، سواء كان عن رضا سابق أو لاحق، فثبت الجزئية للعقد مطلقا، سواء كان إكراهيا أو غير إكراهي، ولعله لذلك جعل **تث** لقوله: «لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض» نسخة بدلا عنها، وهي قوله: «وهي تفيد الإشكال الأول».

قوله **تث**: إلا أن يقال: إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية... إلى آخره.

هذه العبارة مضروب عليها في بعض النسخ التي صححت - كما قيل - على ما صحح على نسخة الأصل، والإنصاف يقتضي ذلك؛ لأنه قد تقدم أن حديث الرفع إنما يحكم على الأحكام الواقعية المستفادة، ولو من مجموع الأدلة، لا على دليل خاص، فهو غير رافع للسببية المستقلة المستفادة من الإطلاقات؛ لأن الإطلاقات لم تبق على إطلاقها، فهي حكم غير واقعي، وإنما هو ظاهري ساقط بالمقيدات.

فالحديث غير رافع للسببية المستقلة، إذ لم تثبت حتى يقال: إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة فكذا.

وأما السببية الناقصة فهي ليست مدلولة للمطلقات حتى ترفع بالحديث، بل هي لازم عقلي للحكم بأن السبب التام هو العقد مع الرضا مطلقا المستفاد من مجموع الأدلة، فكيف يرفع بحديث الرفع كما تقدم؟! فالتحقيق في المقام الذي يليق أن يدون أن يقال: إنه قد عرفت أن حديث الرفع وكل دليل من قبيله مما يكون حاكما على أدلة الواقعات كقاعدة الضرر إنما يرفع الحكم الثابت بأي دليل كان، سواء كان بدليل خاص واحد، أو بمجموع الأدلة، وليس ناظرا إلى ظهور الأدلة بما هو ظهور الأدلة ولو لم تكن حجة، أو كانت معارضة بحجة أقوى بحيث أسقطتها عن الحجية.

فإذا فرضت أن هناك أدلة مطلقة مقيدة بأدلة أخرى، بحيث أسقطتها، عن حجيتها في الإطلاق، لا محالة لا يكون الدليل الحاكم ناظرا إلى إطلاقها؛ لأنه الدليل الحاكم إنما ينظر الحكم الثابت، والإطلاق الساقط عن الحجية لا يثبت حكما حتى يكون ناظرا إليه، وإنما يفرض الحاكم ناظرا إلى الظهورات، باعتبار نظره إلى الحكم الواقعي الثابت بها، فلا يكون ناظرا إليها إلا وأن تكون الظهورات باقية على حجيتها.

وهذا بخلاف ما لو كان الدليل الثالث من قبيل المعارض لا الحاكم، فإنه يعارض المطلق الذي تقيد بالدليل المقيد، والعام الذي تخصص بمخصص، فان المعارضة إنما هي بين الظهورات، وتوضح ذلك موكول إلى محله.

فإذا ثبت من مجموع المطلق والمقيد حكم، فإن كان ذلك الحكم مخالفا للدليل الحاكم، بحيث يكون مما ينظر إليه فلا محالة يكون حاكما عليه، وإن كان مما يوافقه فلا مجال للحكومة عليه، بل لا معنى لها.

إذ اتضح ذلك، فنقول في المقام، إن المطلقات الدالة على سببية العقد مستقلا في التأثير مقيدة بالأدلة الدالة على اعتبار الرضا، فيكون الحكم الثابت من مجموع المطلقات والمقيدات أن السبب للنقل والانتقال هو البيع الواقع عن رضا سابق أو لاحق، وهذا يوافق دليل الرفع لا يخالفه، فلا يعقل أن يكون ناظرا اليه وحاكما عليه.

وأما المطلقات بما هي فلم تثبت حكما يرفعه الحديث، فلا يصح أن يكون الحديث ناظرا إلى نفس العقد، إذ لم يثبت له حكم مستقل، وإنما الثابت هو حكم واحد، وهو أن العقد بضم الرضا مطلقا سبب للنقل تام السببية، وهذا ليس إكراها حتى ينظر إليه الحديث في حكومته، فلا محالة لا يكون للحديث حكومة في البين على شيء من الأدلة في المقام، لا المطلقات، ولا المقيدات، ولا بمجموعها باعتبار معناها المتحصل منها، فلا

يرفع شيئاً ثابتاً، فتدبر جيداً.

قوله **تتأمل**: فتأمل.

يدل أمره بالتأمل هنا أن المسألة بعد محل إشكال عنده غير صافية من شوائب الشبهة، ولذا وقع منه **تتأمل** التغيير والتبديل في عبارته **تتأمل**، وقد عرفت بما لا مزيد عليه أن المسألة ليس بهذه الأهمية، ولا تحتاج إلى إطالة مثل هذا الكلام، فتدبر وتأمل حتى لا يختلط عليك الأمر.

قوله **تتأمل**: بقى الكلام في أن الرضا... إلى آخره.

لا يخفى أن النزاع في الكاشفية والناقلية وقع في كثير من المباحث كالمقام، والإجازة في العقد الفضولي، وإجازة المرتن لبيع الراهن، وغير ذلك.

والضابط في هذا النزاع الذي به يسري إلى جملة من الموارد التي لم يتفق فيها النزاع ليس هو صرف تأخر شيء له دخل في تأثير المتقدم حتى في مثل تأخر القبول بالنسبة إلى الإيجاب، بل - كما نقل عن بعض المحققين - هو أن يكون المتأخر ناظراً إلى المتقدم بلسان أن له التأثير، لا على وجه أن يكون من قبيل المتمم للعلّة بحيث [يكون] بلا نظر إلى مفاد المتقدم.

وبعبارة أخرى إن لسانه كان المتقدم هو تام التأثير بحيث أنه يكون ميبناً^(١) لذلك، ولعل ضيق العبارة يمنع عن تأدية المعنى المقصود، ولكن الغرض واضح بعد معرفة أن مثل القبول غير داخل تحت الضابط، لأنه ليس لسانه أن التأثير للمتقدم كالرضا في المقام، والإجازة في عقد الفضولي.

(١) في الأصل: مبنياً.

ومن هنا وقع التوهم في أن الأصل في مثل هذه الموارد هو الكشف؛ لأن^(١) لما كان لسان الرضا أو الإجازة هو أن المتقدم ماض ومؤثر في نفسه، وحقيقته إمضاء ما سبق، فإذا قلنا بأن الرضا في المقام مما يعتبره الشارع، لا معنى لاعتباره إلى إمضائها بما يفيد ويدل عليه، والمفروض أنه إمضاء للعقد السابق، فاعتباره يرجع في الحقيقة إلى إمضاء نفس العقد السابق وصحته من حينه، فإذا لم يثبت المانع من ذلك، فلا محالة يكون كاشفا عن وقوع العقد من حينه.

وحاصل ما أجاب به المصنف أنه: نعم، إن الرضا أو الإجازة مفسران للسابق ومضيان ما وقع على ما وقع عليه، إلا أنه ليس مفاد العقد وقوع الملك من حين العقد، فإن الإنشاء وإن كان في الحال، لكن زمن الحال ليس مأخوذاً في المدلول، بل الحال هو زمن الإنشاء لا زمن المنشأ، فلا ينافيه وقوع المنشأ في زمان متأخر وإن كان الإنشاء زمانه حالياً، فحينئذ لا يكون مفاد العقد ومدلوله إلا النقل، فإن كان معتبراً في النقل عند الشارع في زمن التكلم، فلا محالة يكون تأثيره في ذلك الزمان، وإلا فلا بد من حصول ما يكون دخيلاً في معتبر الشارع، وبعد ذلك يتحقق النقل.

وإن كان في استشهاد المصنف تتج بالقبول والقبض وانقضاء زمن الخيار محل تأمل، لما عرفت من الضابطة لخروج هذه الأمور عن تلك الضابطة، فلا يجري فيها هذا الكلام، وعلى كل حال فالأمر سهل.

في صحة بيع العبد

قوله **تَنْتُزِلُ** : قال الله... إلى آخره.

لا يخفى أن الاستدلال بالآية المباركة^(١) مبني على أن القيد توضيحي، وإلا لو كان احترازيا فلا يدل على أن شأن العبد كذلك، والظاهر أن القيد توضيحي، لا كما ذكره السيد الطباطبائي في حاشيته^(٢) بقرينة مملوكاً، لأنه المملوك هو نفس العبد معنى، فإذا كان مملوكاً قيداً توضيحياً يكون قرينة على أن ما بعده كذلك.

ولكن يبقى الكلام في عموم الآية، فإن الشيء مرادف للموجود كما ذكروا، وهو نكرة في سياق النفي، فيدل على أن كل فعل من أفعاله، وكل حركة من حركاته هو ممنوع عنه، ولا يقدر عليه إلا بإذن سيده، حتى في مثل التكلم والنظر والنوم والقيام والقعود وهكذا، مع أن الظاهر أن الضرورة قائمة على عدم سلب قدرته عن مثل ذلك.

والظاهر أن سياق مثل هذا العموم يأبى عن التخصيص، فنقول: إن الظاهر من الشيء ليس على معناه ومفهومه المعهود، بل الظاهر أن المراد من الشيء الأمر الذي يعتد به ويكون ذا أهمية في نظر العرف أو العقلاء الذي يكون استقلاله فيه يعدّ استقلاله عن المولى وخروجاً عن زي الرقية ورسم العبودية، وهذا بخلاف مثل التكلم والنظر والسمع.

ويؤيد ذلك، بل يشهد له قوله **لَا يُقَدَّرُ عَلَى شَيْءٍ** في رواية زرارة «أفشيء»^(٣) «الطلاق»^(٤)،

(١) وهي **صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ** النحل: ٧٥.

(٢) الحاشية: ١٢٩. (مرجع مذكور).

(٣) في الأصل: «أفشي».

(٤) الوسائل ٢٢: ١٠١ حديث ١ من الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(مصدر مذكور).

فإنه لو كان المراد منه مطلق الشيء، فكون الطلاق شيئاً أمر لا يخفى على أحد، فلا يحتاج إلى الاستفهام التقريري لأجل بيان دخوله في مفاد الآية، فتقرير الامام عليه السلام للسائل - الذي هو تلقين له لكيفية الاستدلال بالآية - له الدلالة على أن المراد في الشيء ليس هو مطلق الموجود المفهوم من إطلاقه، بل المراد أمر وراء ذلك، والظاهر أنه ما ذكرنا.

وأما جعله كناية عن خصوص عناوين المسببات، كالنكاح والبيع أو الشراء - كما أفاده بعض الأجلة - فلا شاهد له ولا دلالة في الآية الشريفة، بخلاف ما استظهرناه، فإنه أمر يساعد عليه الاعتبار والعرف.

قوله **تتعلّق**: بقرينة الرواية... إلى آخره.

لا يخفى أن العبد تارة نقول: إنه مسلوب العبارة، بحيث أنه لا أثر لعقده حتى مع إذن المولى له كالمجنون والصبي على قول.

وأخرى: إن عبارته غير معتبرة، بمعنى انه لا يترتب عليها الأثر المقصود منها مع استقلاله، فتعتبر مع إذن المولى.

واستظهر المصنف من الآية، أن المراد الثاني، وخصوصاً بقرينة الرواية، لأن الرواية كالنص في الثاني، حيث دلت على أنه يجوز نكاحه وطلاقه بإذن المولى بمفهوم الحصر، وهي قد ذكرت الآية استشهاداً بها، فتكون قرينة على إرادة ذلك من الآية، ولكن ظهور ذلك من نفس الآية محل تأمل.

قوله **تتعلّق**: إذ المحتاج إلى غيره... إلى آخره.

هذا تعليل لصحة إطلاق القدرة على الاستقلال، لا لظهور القدرة في الاستقلال.

المسألة الثانية : فيما يغرمه المشتري من الفضولي للمالك زائداً على الثمن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قوله **تَنْقُضُ** : إذا اغترم للمالك غير الثمن فيما أن يكون... إلى آخره.

اعلم أن الصور في زيادة الغرامة على الثمن تتصور على أقسام ثلاثة، كما ذكره المصنف **تَنْقُضُ** :

الأول: فيما إذا كان المبيع قيمته الفعلية حين الغرامة أكثر من ثمنه المسمى الذي اشتراه به المشتري من الفضولي، مثلما لو اشتراه المشتري بعشرة، وكانت قيمته السوقية حين الغرامة عشرين، وهذه الزيادة تارة تكون من حين البيع، وأخرى بعد البيع، بأن كانت قيمته السوقية حين البيع عين ثمنه المسمى له، ولكن بعد ذلك ارتفعت قيمته السوقية.

والثاني: فيما إذا كان المبيع ذا منفعة استوفاهما المشتري كالدَّار والجارية والحائط والشاة، وغير ذلك، بأن سكن المشتري بالدَّار، ووطأ الجارية، وباع ثمر الحائط، وشرب لبن الشاة، إلى غير ذلك، فإن هذه المنافع، لما كانت للمالك، فهو يستحقها، لأنها تابعة للعين، فإن كانت هذه المنفعة عيناً كالتمر واللبن والصوف، وكانت موجودة، فإنها ترجع إلى المالك، ولا يرجع بها المشتري على البائع، ولا كلام فيها، وإنما الكلام فيما إذا تلفت باستيفائه لها بالبائع أو الأكل أو غير ذلك، أو كانت المنفعة ليست

عينا كالسكنى للدار، وقد استوفاهما.

والثالث: فيما إذا كانت الغرامة لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري، وهذا يتصور على أنحاء.

فنارة، فيما إذا صرف على العين شيئاً من المال، كمنفعة الجارية وعمارة الدار أو الحائط، أو أجره النقل والدلالة، وأمثالها، كما إذا كان المبيع منقولاً، كالخنطة والتمر، وصرف أجره على نقله، وكيالته ودلالته.

وأخرى، فيما إذا كان المبيع ذا منفعة، ولكن تلفت منفعته كما إذا تلف التمر، أو اللبن، أو لم يستوفها، ومضى وقت على استيفائها، كما إذا لم يسكن الدار، ولم يستأجرها إلى غير ذلك، أو لم تكن تلك المنفعة صالحة لأن يستوفها هو، بأن لم تكن منفعة له كالولد المنعقد حراً، بناء على أنه ليس بمنفعة لأبيه.

وثالثة، فيما إذا نقصت العين بأجزائها أو بأوصافها.

قوله **تَنْكُرُ**: وإن كان جاهلاً... إلى آخره.

سواء كان جاهلاً بأصل كون المال للغير، أو كان جاهلاً بكونه مأذوناً من المالك، مع العلم بأن المال ليس للبائع، ولكن ادعى البائع إذن المالك له فانكشف له كذب البائع في دعوى الإذن.

قوله **تَنْكُرُ**: فهو كشاهد الزور... إلى آخره.

حين أن شاهد الزور إذا رجع بعد ذلك عن شهادته يغرم ما ضمنه المشهود عليه لأجل شهادته، كما دلت عليه بعض الأخبار من جهة التغرير، والغرض من تمثيل المصنف بيان أن قاعدة الغرور كما تجري في شهادة الزور أيضاً تجري في المقام لتساوي

المقامين من هذه الجهة؛ لأن شاهد الزور والبائع الفضولي كل منهما قد أوقع المشهود عليه والمشتري في خطر الضمان.

ولا يخفى أن أخبار شاهد الزور موردها في ما لو أوجبت شهادته تلف شيء من المشهود عليه من نحو مال أو قطع يد أو قتل، مع العلم بأنه ليس ذلك حقا عليه، فتدخل تحت قاعدة من أتلف، لأن الشاهد يكون سببا، لا تحت قاعدة الغرور، خصوصا مثل رواية الشهادة على السرقة أو الزنا، ضرورة أن الغرور إنما يصدق فيما إذا كان ما غر به المغرور عن جهل منه بحيث لو كان عالما لما تحقق مفهوم الغرور، فحقيقة التغيرير ليس إلا الإيقاع في الجهالة، ومن المعلوم أن المشهود عليه بالزور لم يكن جاهلا بما شهد عليه، وإنما يضمن ما شهد به عليه، أو يسلم نفسه للقطع أو القتل، فبحكم الحاكم قهرا عليه لا يتخيل أن ذلك حق عليه عن جهل منه وغرر، كما كان ذلك في المشتري المتصرف في المبيع المتخيل أنه حقه وفي ملكه.

نعم لو كان المشهود عليه زورا جاهلا، كما لو ادعاه آخر بدين، ولم يكن يعلم بأنه غير مدين أو مدين، وشهد الشاهد على الدين، فإنه يكون حينئذ مغرورا، إلا أن ذلك خارج عن مورد الأخبار.

والحاصل أن أخبار شهادة الزور لا تصلح دليلا على قاعدة الغرور، ولا قياسا لما في المقام، والمسألة غنية عن التنظير، فإن قاعدة الغرور من المسلمات، ولا شبهة في جريانها في المقام.

ثم إن التقييد بما إذا رجع الشاهد عن شهادته ليس للاحتراز، بل لبيان معرفة أنه شاهد زور، كما هو مورد بعض الأخبار، وإلا فالرجوع لا خصوصية له، فإنه متى ما علم أنه شاهد زور ولو من قرينة خارجة، فإن المشهود عليه يرجع حقه.

قوله **تَنْتُزَعُ**: مضافا إلى ظاهر رواية جميل^(١) أو فحواها... إلى آخره.

فالأول: بناء على أن الولد لا يعد منفعة مستوفاة لأبيه، فتدخل هذه المسألة في محل الكلام.

والثاني: بناء على أنه منفعة مستوفاة، فيكون المقام أولى، فإن الرجوع فيها لا منفعة فيه أولى من الرجوع فيما فيه المنفعة؛ لأن الضرر في الأول أكثر وأعظم، ولهذا قال بعد ذلك: «و على التقديرين يثبت المطلوب».

قوله **تَنْتُزَعُ**: مع أن في توصيف قيمة الولد... إلى آخره.

لأن القيد إذا ذكر لا بد أن يكون لفائدة، والموصوف مستغن عن التوضيح حتى يكون توضيحا، وليس محل توهم، لأن يرجع قيمة الولد الواقعية فيما تكون قيمته الحقيقية أعلى أو أقل من القيمة التي أخذت منه؛ لأنه إنما تضرر بمقدار ما أخذ منه، فلا يكون القيد احترازيا، فلم يذكر إلا للاستشارة إلى دخل كونه مأخوذا منه على هذا النحو في الحكم، فيكون كالعلة المنصوصة، فتأمل.

قوله **تَنْتُزَعُ**: (في الرواية)^(٢): ولا كتبت عليه كتابا، ولا أخذت منه براءة بذلك... إلى آخره.

المراد أنه لم يكتب لي كتابا بخصوص هذا الدين، ولا براءة عن كل دين، فإن المتعارف أنه إذا وفي المدين الدائن، فإنه إما أن يكتب له بالوصول بهذا المال الخاص، وإما أنه يكتب له على العموم أنه بريء الذمة عن كل دين، ولم يتعرض لخصوص هذا

(١) الوسائل ٢١: ٢٠٥، حديث ٥ من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء (مصدر

مذكور).

(٢) الوسائل ١٧: ٣٤٠، حديث ١ من الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

الدين الخاص.

قوله **تَبَيَّنَ**: فأخذت بالمال.

أي حكم الحاكم عليه بالمال، لا أنه أخذ منه.

قوله **تَبَيَّنَ**: أنجم معلومة.

أي أوقات معلومة، لأن أنجم جمع نجم، وهو الوقت الذي يحل فيه أداء الدين.

قوله **تَبَيَّنَ**: قلت: «جعلت فداك»... إلى آخره.

القاتل هو الراوي، وهو زريق.

قوله **تَبَيَّنَ**: قال **ﷺ**: «له قيمة ذلك، أو يكون»... إلى آخره.

المستفاد من هذه العبارة من الرواية وما قبلها أنه كما أن المالك مخير بين إعطاء المشتري القيمة أو الصبر، كذلك المشتري مخير بين أن يقلع ما غرس بنفسه، أو يأخذ القيمة، فيكون تخيير المالك مشروطاً برضا المشتري المالك للغرس، فلا يجوز له أخذه وإعطائه القيمة بدون رضاه، كما أنه ليس للمشتري إلزام المالك بالصبر أو بتقبله.

قوله **تَبَيَّنَ**: ودفع النوائب... إلى آخره.

ظاهره أنه يرجع في ذلك على المالك لا على البائع الغاصب، مع أن ما صرفه في دفع النوائب نظير نفقة الجارية، كما أن ما صرفه في مصلحة المعيشة والفرس، نظير عمار [ة] الدار، فهو داخل في المقام، وهو ما إذا كانت الغرامة لم يحصل في مقابلها نفع، فتخرج الصورة الأولى من هذا القسم الثالث عن حكم المقام، فلا يحكم بالرجوع فيما صرف على العين - كالنفقة على الجارية، والعمارة وآل. وآل. وأجرة النقل. ^(١) - بالرجوع على

(١) يوجد محل كلا فراغ متقطع كلمة طمست بالحبر.

الغاصب، بل على المالك، لهذه الرواية، فإطلاق المصنف محل نظر.

نعم إلا أن يقال: أن كلام المصنف مخصوص بما إذا لم يكن ما خرج من المشتري عينا موجودة؛ لأن ذلك خارج عن قاعدة الغرور، إذ مع وجود عين ما يملكه لا بد من رجوعه به على المالك، وما خرج منه في دفع النوائب يعم العين الموجودة وغيرها، وقاعدة الغرور تشمل ما خرج منه غير العين الموجودة، والموارد الأخر مثل استيفائه للمنافع وغير ذلك، فيقع التعارض بين قاعدة الغرور وبين هذه الرواية، ولا ريب أن دليل قاعدة الغرور مقدم على هذه الرواية، لتأييده بالإجماع، فتدبر.

قوله: وفيه مع أنا نمنع ورودها... إلى آخره.

أجاب المصنف عن سكوت الروايتين^(١) عن بيان رجوع المشتري على البائع بثلاثة أجوبة:

الأول: يعم الروايتين، والثاني: يخص الأولى، والثالث: يخص الثانية:

أما الأول: فحاصله أن السكوت في مقام البيان ليس هو الا عدم البيان، لا بيان للعدم، فلا يكون دليلا على العدم، وحجة مع وجود الدليل، فلا يكون معارضا للدليل، لأن أصالة الإطلاق يتوقف جريانها على عدم القرينة، فيكون ورود الدليل قرينة رافعة لموضوع أصالة الإطلاق، وبه يكون الدليل واردا على أصالة الإطلاق، فليست أصالة الإطلاق حينئذ جارية حتى تكون معارضة للدليل.

نعم لو كان الدليل في مقام بيان كل ماله دخل في المطلوب، فإن عدم البيان حينئذ يكون بيانا للعدم في الحقيقة، ويكون حينئذ معارضا للدليل، إلا أن إثبات أن الدليل كذلك، دونه خرط القتاد.

(١) أي رواية زرارة الآتي ذكرها من الشارح، ورواية زريق المتقدمة.

ولكن لا يخفى أن القرينة التي تمنع من التمسك بالإطلاق هي القرينة المتصلة، أما المنفصلة فلا، غاية الأمر أنه يتعقد ظهور المطلق، وتكون القرينة المنفصلة مقيدة للمطلق، لا أنها رافعة لإطلاقه، فتكون حاكمة لا واردة، وعليه ينبغي حمل كلام المصنف من عدم المعارضة، خصوصاً أن الإطلاق السكوتي ليس في قوة الإطلاق اللفظي، وعلى كل حال فالمسألة واضحة.

وأما الثاني: فحاصله أن رواية زرارة^(١) ظاهرها في مورد عدم تمكن المشتري من الرجوع على البائع؛ لأنه اشترى الجارية في غير بلاده، واستردها المالك بعد ذلك في بلاده، وظاهره أنه لم يكن يعرف البائع، ويشعر بذلك قوله:

«اشترأها من سوق المسلمين» الظاهر منه عدم تعيين البائع، ومن المعلوم أنه مع عدم معرفة البائع كيف يرجع عليه؟!

وأما الثالث: فحاصله أنه على تقدير القول بالرجوع بما غرمه للمالك في فرض رواية زريق^(٢)، فإما أن يرجع على الورثة أو على القاضي، ولا يصح له الرجوع على كل منهم.

أما الورثة فلأنه لم يكن هم المسلّطين له على مال الغير، إذ لم يكن^(٣) هم البائعين، (ولا تغير منهم)^(٤)، وأما رجوعه عليهم بما لهم، كما في الرواية، فليس له دخل في المقام كما هو واضح.

وأما القاضي، فإنه وإن كان بائعاً، إلا أنه إما أن يكون قضاؤه صحيحاً أو لا، فإن

(١) الوسائل ٢١: ٢٠٤، حديث ٤ من الباب ٨٨ (مصدر مذكور).

(٢) تقدم ذكرها.

(٣) كذا.

(٤) كذا الظاهر، وهو مطموس في الأصل.

كان قضاؤه صحيحا فلا تغرير منه، فكيف يرجع عليه؟

وإن لم يكن صحيحا- لأنه من المخالفين- فالظاهر أن المشتري عالم ببطلانه، لأنه إمامي، والظاهر أنه يعلم ببطلان قضاء المخالف، فيكون البيع فاسدا.

وإذا كان المشتري عالما بفساد البيع من جهة أخرى غير جهة الفضولية، فسيأتي من المصنف **تتد** أنه لا رجوع حيثئذ على البائع، وسيأتي الكلام فيه.

ولكن لا يخفى أن استظهار أن المشتري كان عالما بفساد القضاء، محل منع، فإنه إن كان لمجرد كونه إماميا، فإنه ليس لازم ذلك العلم بهذا الحكم، وإن فرض كونه مشهورا، وإن كان لمساق الرواية، فإن المستفاد من الرواية على العكس من ذلك، بدهاة أنه لو كان عالما بفساد البيع لما كان له حق فيما غرسه، مع أن الإمام أثبت له الحق.

قوله **تتد**: خصوصا في بعض الموارد... إلى آخره.

كما في سكنى الدار، فإن الضرر فيه أعظم من الضرر فيما لو كانت المنفعة عينا استوفاه المشتري كالثمرة.

قوله **تتد**: لا يخلو عن شيء... إلى آخره.

لما عرفت من المصنف **تتد** من صدق الضرر في المقام، لأنه وإن وصل إليه نفع إلا أن المنفعة استوفاه بزعم أنها له مجانا لدعوى الغار له، فلو كان البائع صادقا في دعواه لما كان عليه خسارة قيمتها لو استوفاه، فخسارته لقيمتها ضرر أدخله عليه البائع بكذبه، فلا بد من رجوعه على البائع، لأنه هو الذي أضره.

قوله: مضافا إلى ما قيل عليه... إلى آخره.

القائل - كما قيل - هو صاحب الجواهر رحمته، ولا يخفى أن ظاهره التسليم لصاحب الرياض من عدم صدق الضرر في المقام، وإنما ناقشه في دعوى ابتناء قاعدة الغرور على الضرر، وإن المستند فيها هو قوة السبب على المباشر.

وأورد عليه المصنف: أولا: بأن صاحب الرياض لم يدع أن قاعدة الغرور مبتنية على قاعدة الضرر، بل هو يستفيد أن الدليل الدال على هذه القاعدة من الأخبار والإجماع مخصوص بصورة الضرر.

وثانيا: عدم ابتناء قاعدة الغرور على قوة السبب؛ لأن قوة السبب ليست بنفسها دليلا، بل هي مبتنية على قاعدة (من أتلف) فإن صدق الإتلاف بقوة السبب فذاك، وإلا فلا تصلح دليلا.

ومن المعلوم أن الإتلاف إنما يصدق إذا كان صدور التلف من المباشر (لا) ^(١) يعد اختياريا (و إلا ف) ^(٢) لا يعد منه إتلافا، ويكون كالألة التي هي صرف موصلة للأثر، وإنما التلف يكون من آثار السبب.

وأما إذا كان التلف صادرا عن المباشر بالاختيار، فيكون هو المتلف حقيقة، وإن كان بسبب غيره، وعليه فلو كان المقام من قبيل قوة السبب، فلا وجه لتغريم المشتري؛ لأنه وإن كان مباشرا إلا أنه صرف آلة، فليس منه إتلاف، فيكون كالمكره، فلا بد أن نقول: بأن المالك لا يجوز له مطالبة غير البائع.

ولو كان المقام من قبيل الثاني، فليس الإتلاف إلا من المشتري، فلا وجه لرجوعه

(١) كذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(٢) كذا الظاهر، وما بين القوسين مطموس.

على البائع بدليل الغرور المبتنية- بناء على هذا القول- على قوة السبب المبتنية على الإلتاف.

قوله: فلا بد من الرجوع بالآخرة... إلى آخره.

هذا تفريع على جميع ما تقدم منه ^١ من بطلان ابتناء قاعدة الغرور على الضرر، وأن الضرر متحقق في المقام، وعدم ابتناء قاعدة الغرور أيضاً على قوة السبب، لا تفريع على كلامه الأخير- وإن كان هو ظاهر العبارة- حتى يرد عليه أن كلامه الأخير مبني على تسليم صدق الضرر في المقام، وأن دليل الغرور مختص بصورة الضرر، وبطلان الاستناد إلى قوة السبب، فكيف يستدل بعد ذلك بقاعدة الضرر، وبالإجماع المدعى من الإيضاح على تقديم السبب الأقوى؟!، فتدبر.

قوله: ورجوع المحكوم عليه... إلى آخره.

قد عرفت الكلام في شهادة الزور، وقياس المقام عليها.

قوله ^٢: وفيه تأمل... إلى آخره.

لعله إشارة إلى المنع من صدق المنفعة على حرية الولد، أو أشار إلى ما في تفسير صاحب المسالك لكلام المحقق، فإن المحقق في الشرائع بعد أن ذكر رجوع المشتري على البائع فيما لم يحصل في مقابلته نفع، ثم ذكر في مسألة الولد الحر غرامة المشتري والرجوع على البائع، ثم نقل قولاً في مسألة (الغصب) ^(١) بتخيير المالك بمطالبة المشتري والبائع، قال: وفيه احتمال آخر ^(٢)، ولكن صاحب المسالك وجه الاحتمال بإلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابلته.

(١) ما بين القوسين لم يظهر بالتصوير لوجوده على جهة الهامش.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ١٩٥. وراجع المسألة في الشرائع ٢: ٨ و ص ٥٣. (مصدر مذكور).

والأقرب في مراد المحقق إرادة التعبير بالرجوع على البائع، ابتداء في مقابلة^(١) التعبير بالرجوع على المشتري، كما اختاره المحقق، ومقابلة التخيير بمطالبته أيها شاء، كما نقله، فيخرج كلام المحقق حينئذ شاهداً عن المقام.

قوله: ثم إن مما ذكرنا... إلى آخره.

هذا شروع في الكلام على القسم الأول، وهو ما كانت الغرامة لزيادة القيمة على الثمن.

قوله: فإنه لا يرجع بعشرة الثمن... إلى آخره.

ليس المراد أنه لا يرجع بنفس عشرة الثمن التي أعطاه للبائع، فإنه لا إشكال برجوعه عليه، لأنه ماله قد أخذها منه البائع بغير حق، بل المراد عدم رجوعه زيادة على رجوعه بعشرة الثمن بمثل عشرة الثمن، بمعنى أن المشتري إذا غرم للمالك عشرين يأخذ من البائع عشرته التي أعطاه له ثمناً، والعشرة الزائدة على مقدار الثمن، لا أنه يرجع بالعشرين التي أعطاه للمالك، وبعشرة الثمن التي أعطاه له.

قوله: وإلا لزم تلفه من كيس البائع... إلى آخره.

لا يخفى أن الاحتمالات في المقام ثلاثة:

الأول: وهو الذي اختاره المصنف أنه يرجع بالعشرة^(٢) الزائدة على مقدار الثمن، والعشرة التي بمقدار الثمن تخرج من كيسه.

الثاني: أنه يرجع بالعشرين جميعاً، فيأخذ منه ثلاثين، عشرين ما خسره للمالك، وعشرة التي أعطاه للبائع ثمناً، وأشار إلى ردّه بقوله: (وإلا).

(١) مسالك الافهام ٢: ٢١٣. ط. حجرية. (مصدر مذكور).

(٢) في الأصل: بعشرة.

والثالث: أنه لا يرجع عليه إلا بالعشرة التي أعطاها ثمنا، ولا يرجع بالعشرين جميعا، وأشار إلى ردّه بقوله: (وَمَا ذَكَرْنَا).

وحاصل ما يوجه به الثاني: أن المشتري لم يقدم إلا على أداء نفس الثمن، وأما القيمة الواقعية فلم يقدم عليها، فهو مغرور بالنسبة إليها، فلا بد أن يرجع على البائع في جميعها. وأما عين الثمن فهو وإن أقدم عليه، إلا أنه لم يعضه الشارع حتى يلزمه بشخصه، والقيمة الواقعية لم يقدم عليها، فيكون مغرورا في جميعها.

وتفصيل الجواب: أنه قد عرفت معنى الغرور، وهو الإيقاع في الجهالة، ومن المعلوم أن الثمن ليس هو العشرة التي أعطاها بشخصها، بل هو كلي العشرة، ولكن صدق الكلي بهذا الفرد، فهذا المقدار الكلي - وهو العشرة - لم يكن يوقعه البائع فيها بالجهالة؛ لأنه لو صدق البائع في دعواه لكان خاسرا لها، وإنها أوقعه في الجهالة بخصوص العشرة الزائدة، ويستكشف ذلك بأنه لو صدق البائع في دعواه لما خسر تلك العشرة، فخسارتها إنما نشأت من كذب البائع، فقد أوقعه فيها بالجهالة، وكان غارّا له بخلاف عشرة الثمن، فالغرور لم يتحقق إلا في العشرة الزائدة.

نعم لو قلنا بأن الثمن هو العشرة التي أعطاها بشخصها، وهي التي وقع عليها البيع لا كلي قيمة العشرة، لكان هذا التوهم في محله في الجملة، إلا أنه ظاهر البطلان، فإن البيع إنما يقع على قيمة العشرة بأكملها، ولهذا للمشتري أن يدفعه أي عشرة كانت من الثمن، بالأوصاف التي وقع عليها العقد من كونها صحيحة، ومن السكة الفلانية.

قوله **تَبَيَّنَ**: وما ذكرنا يظهر اندفاع... إلى آخره.

هذا، كما سمعت، بيان لدفع الوجه الثالث، وحاصل ما يوجه به أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين، وكون تلفه منه، ومن المعلوم أن المناط في الضمان في العقود

الفاسدة هو الاقدام على الضمان لا على سبيل المجانية، فلا بد أن يضمن قيمته الواقعية بلغت ما بلغت؛ لأنه هي التي أقدم عليها بإقدامه على ضمان العين بقيمتها التي لها، فلم يتحقق من الغرور.

ولقد أجاب عنه المصنف بجوابين:

الأول: إن المشتري لم يكن مقدماً إلا على ضمان العين بالمسمى الخاص، لا على ضمانها بقيمتها الواقعية كيفما اتفقت، وحيث إنه لم يقدم إلا على الضمان بالثمن المعين، فيكون مغروراً في الزائد على المسمى.

فإن قلت: فعلى هذا لا وجه لتضمينه في العشرة الزائدة على الثمن وإرجاعه بعد ذلك على البائع؛ لأنه لما كان المناط في الضمان هو الإقدام، فهو كما قلتم لم يقدم إلا على الضمان بالثمن، فأبي معنى لرجوع المالك بالزائد عليه؟! بل لابد حيثئذ أن يرجع به رأساً على البائع.

قلت: قد أشار المصنف إلى جوابه بقوله: «إلا أن الشارع جعل القبض... إلى آخره».

وحاصله: أنه وإن كان الإقدام إنما هو على خصوص المسمى، لكن الشارع جعل القبض للعين بالعقد الفاسد إذا كان مقدماً على ضمانها ولو بالمسمى، مضمناً له بقيمتها الواقعية، بلغت ما بلغت، فمتى قبض المشتري العين لا على نحو المجانية يكون^(١) ضامناً لها بقيمتها الواقعية، سواء كان المالك هو البائع أو غيره ولكن متى كان القبض له إياه غاراً له، فمقتضى قاعدة الغرور رجوعه على الغار فيما غره فيه، والاقدام يكون مانعاً على تحقيق الغرور ففي مورد عدم الاقدام وهو في الزائد على المسمى يرجع به على الغار للغرر، وفي مورد تحقق الاقدام المانع من تحقق الغرور وهو في نفس المسمى لا يرجع به

(١) يلاحظ عدم الترابط مع ما بعده.

على البائع لعدم تحقق الغرور.

والحاصل أن الإقدام بنفسه في مقابل المجانية ولو كان على الضمان بالمسمى فهو سبب لضمان جميع القيمة الواقعية وإن لم يتعلق بها، ولكن إنما يمنع عن الغرور فيما يتعلق به لا مطلقاً، والمفروض أنه لم يقدم إلا على المسمى، ففرق بين كون الإقدام سبباً للضمان وبين كونه مانعاً من الغرور، وكونه مقدماً على المسمى لا يقتضي ضمان خصوص المسمى، كما أن تكون الإقدام مانعاً عن الغرور لا يقتضي منعه حتى فيما لم يتعلق به.

الثاني: أنه لا دليل على أن الإقدام بنفسه سبب للضمان كما تقدم سابقاً في المثلي والقيمي، بل السبب للضمان هو اليد، وقبض العين لا على وجه الائتمان بمقتضى قاعدة اليد، ففي مورد الإقدام إن كان الشارع قد أمضى الضمان فيثبت لا لمكان الإقدام، بل لكان أمضاء الشارع، وإن لم يمض الشارع الضمان فلا يكون الإقدام علة له كالإقدام على الضمان في العقد الفاسد قبل القبض، وعليه فحيث كانت قاعدة اليد جارية في المقام فلا بد من ضمان القيمة الواقعية للمالك ويرجع في مورد الغرور على من غره.

وأما ما نسب إلى الشيخ رحمته وغيره من الاستدلال بالإقدام على الضمان فقد مرّ توجيهه من المصنف، وأرجاعه إلى الاستدلال بقاعدة اليد بما محصله: أن اليد إنما هي مقتضى للضمان، لا علة تامة له، فإن لم يكن هناك مانع، أثرت أثرها في الضمان، وإن كان هناك مانع بأن كان القبض للعين على نحو المجانية الذي لا يقتضي احترامها بتدراكها فلا تؤثر اليد أثرها في الضمان، فالإقدام كاشف عن عدم وجود المانع في مورد وجود المقتضي، فليس هو دليلاً برأسه، بل الدليل هو اليد، ولكن خصوه بالذكر لبيان الجزء الأخير للعلة بعد الفراغ عن وجود المقتضي.

ولكن لا يخفى أنه على هذا قد يقال: إنه لا حاجة للاستدلال بقاعدة الغرور على

رجوع المشتري في الزائد على البائع ؛ لأنه في الزائد لما لم يتحقق الإقدام فلا بد ان لا تؤثر قاعدة اليد في الضمان ؛ لأن عدم الإقدام مانع عن تأثيرها، بل معه لا يصح رجوع المالك في الزائد على المشتري اصلاً، فضلاً عن انه يرجع المشتري به على البائع ؛ لأنه لم يتحقق موجب الضمان، ولا بد من رجوعه رأساً إلى البائع.

أقول: إن هذا الإقدام إنما يؤثر بالنسبة إلى الغاصب لا بالنسبة إلى المالك، ولذا إن الغاصب لو سلمها لغيره على سبيل المجانية فالمالك يرجع إلى الغير ولا يكون قبضه للعين على سبيل المجانية مانعاً عن ضمانه ؛ لأنه لم يقبضها، كذلك من نفس المالك، بل من آخر، فلا أثر لقبضه المجاني بالنسبة إلى المالك.

غاية الامر في هذا الغرض يرجع الغير على الغاصب في جميع ما ضمنه فيكون الاقدام حينئذ مانعاً عن تحقق الغرور بالنسبة إلى البائع، وفي عدمه يتحقق الغرور، وضمانه للمالك للقيمة الواقعية على حاله، ولم يؤثر الإقدام وعدمه في شيء من الضمان، وإنما عدم إقدامه محقق للغرور، فلا بد من الرجوع إلى قاعدة الغرور في الاستدلال على رجوعه فيما غرمه على البائع.

قوله **تنبيه**: فيما نحن فيه اولى منه... إلى آخره.

وجه الأولوية أنه فيما حصل في مقابله نفع ربما يتوهم عدم صدق الغرور لحصول النفع في مقابل الخسارة بخلاف المقام الذي لا تقع فيه، فإنه خسارة بلا مقابل لها، فالغرور فيه أشد.

قوله **تنبيه**: فالحكم بالرجوع فيه أولى... إلى آخره.

وجه الاولوية واضح ؛ لأنه لو كانت الزيادة في القيمة كانت في زمن البيع ربما يتوهم انه أقدم على قيمة العين الواقعية وكانت قيمتها الواقعية تزيد على المسمى، بخلاف ما لو

كانت الزيادة تجددت بعد العقد، فإن قيمتها الواقعية حينئذ هي عين المسمى، فلو فرض أنه أقدم على القيمة الواقعية فلا يقتضي ضمان جميع القيمة الواقعية الآن ؛ لأنه لم يقدم عليها أبداً إذا لم تكن إذ ذاك موجودة.

قوله **تَكُنْ** : لأنه لم يقدم على ضمان ذلك... إلى آخره.

وذلك لأن الأوصاف ليس في مقابلها شيء من الثمن، وإنما بإزاء نفس العين غير أن الأوصاف موجبة لزيادة ثمن نفس العين ومنشأها، لا أن الزيادة تكون في مقابلها، بل إنما تكون في مقابل العين نفسها.

قوله **تَكُنْ** : أما لو كان فاسداً من جهة أخرى، فلا رجوع على البائع... إلى آخره.

لا يخفى أن مورد قاعدة الغرور ليس هو عين مورد قاعدة اليد من جهة فساد العقد من جهة أخرى حتى يتزاحمان، أو يكون ذلك الفساد مانعاً من صدق الغرور، فإن مورد قاعدة اليد ضمان المشتري للمالك، ومورد قاعدة الغرور رجوع المشتري على البائع، فكما إن في مورد فساد العقد من جهة الفضولية فقط يكون ضامناً درك العين للمالك ويرجع على البائع فكذلك يكون البائع ضامناً للعين لفساد البيع، ويرجع على البائع لمكان الغرور، فلأول سبب واحد للضمان وسبب للرجوع على البائع. وفي الثاني سببان للضمان وجريان قاعدة اليد، وهما فساد العقد من جهة الفضولية، وفساده من جهة أخرى، وسبب للرجوع على البائع، لا أن الضمان مسبب عن الغرور وفساد المعاملة حتى يتزاحم السببان، ولا فساد العقد من جهة أخرى يقتضي عدم صدق الغرور؛ لأن البائع على كل حال قد أوقعه في الجهالة، وإن كان لو كان البائع صادقاً في دعواه للملكية لكان أيضاً ضامناً إلا أن ذلك لا يقتضي رفع الجهالة في مورد كذبه، فتدبر.

نعم لو كان المشتري عالماً بفساد العقد من الجهة الأخرى لأمكن أن يقال: إن ذلك

مانع عن صدق الغرور؛ لأنه قد أقدم على ضمان العين بقيمتها الواقعية على كل حال أو أنه يمنع عن شمول القاعدة الغرر للمقام وإن كان الغرور حاصلًا. وعلى كل فالمسألة تحتاج إلى التأمل.

قوله **تتعلّق**: فإن قلت: إن كلاً من البائع والمشتري يتساويا في حصول العين... إلى آخره.

حاصله انه ما ذكرت من ان البائع يرجع على المشتري فيما لا يرجع المشتري به على البائع لحصول التلف في يد المشتري لا وجه له، حيث ان كلاً من المشتري والبائع يدهما عادية في قبضهما للعين وسبب للضمان، فأى فرق بينهما حتى يرجع البائع على المشتري غايته انه في مورد الغرور يرجع المشتري على البائع لقاعدة الغرور، وليس فرق بينهما في هذه الصورة إلا حصول التلف في يد المشتري، ولا دليل على كون التلف سبباً لرجوع البائع. نعم لو كان التلف يفعل المشتري عن عمد منه، فإنه يرجع البائع عليه؛ لأن الضمان على البائع قبل الاتلاف كان شافياً على تقدير التلف ويتنجز عليه بالتلف، ولما كان تلف العين عن إتلاف من المشتري يكون سبباً لتنجز الضمان على السابق وهو البائع، فيدخل تحت قاعدة من أتلف... ولكن هذا الفرض خارج عن محل الكلام.

قوله **تتعلّق**: قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال... إلى آخره. ذكر المصنف **تتعلّق** هذه المقدمة للجواب لبيان عدم استحالة اشتغال ذمم واحدة بهال واحد، رداً على صاحب الجواهر على ما نقل عنه.

وعلى هذه المقدمة بين جوابه الآتي عن الإشكال بقوله: فنقول...

وخلاصة هذه المقدمة يرجع إلى أن اشتغال الذمة ليس امراً حقيقياً حتى يستحيل ظرفية ذمم متعددة لشيء واحد، بل ليس هي إلا حكم وضعي اعتباري كالحكم

التكليفي بلا تفاوت، فكما انه يمكن اشتغال ذمم متعددة بحكم تكليفي كذلك في الحكم الوضعي غاية الأمر ان الحكم التكليفي تارة يكون عينياً واخرى كفاً، بخلاف هذا الحكم الوضعي في المقام لا يكون إلا كفاً؛ لأن المال ليس له إلا تدارك واحد، فإذا حصل تدارك واحد من صاحبي الأيدي العادية لا يمكن تداركه ثانياً من آخر، فلهذا وجب عليهم التدارك على سبيل البداية، نظير الوجوب التكليفي للدفن والتكفين، فإنه إذا قام به واحد من المكلفين لا يبقى محل لقيام الآخرين به.

والحاصل انه في المقام وفي مثال الدفن والتكفين ليس الواجب إلا عملاً واحداً، فقد يقوم به واحد ممن وجب عليه فيسقط عن الآخرين، وقد يقوم به الجميع على نحو الاشتراك، غير أنه في المقام لا بد أن يرجع بعضهم على بعض على ما سيأتي، بخلاف مثل الدفن في الحكم التكليفي.

وعليه فللمالك مطالبة كل من ذوي الأيدي العادية؛ لأن التدارك واجب وضعاً على كل منهم، ولكن حيث كان على سبيل البدل فليس له مطالبة الآخرين بعد قيام أحدهم بالبدل؛ لأنه انما تصح له المطالبة حيث لم يصل له المبدل او البدل. وحيث انه ليس للمبدل إلا بدلاً واحداً، فبعد قيام بعضهم بالبدل لم تبق ذمة الآخرين مشغولة بشيء، اما بعنوان البدل فقد حصل البدل والتدارك ولا بدل آخر، واما بعنوان آخر فلم يثبت ذلك.

قوله **تتج**: ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال... إلى آخره.

لا يخفى ان المصنف **تتج** ذكر اموراً أربعة نظير المقام كشاهد على صحة الحكم الوضعي الكفاً.

الأول: ما هو عند العامة في ضمان المال فإنه لو ضمن واحد عن آخر مالاً في ذمته

فعندما ينتقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ولا يكون مشغول الذمة به إلا الضامن غاية الأمر أن الضامن يرجع على المضمون بعد ادائه إذا كان الضمان برضاه. واما عند العامة فكل منهما يكون مشغول الذمة بالمال بالفعل، فيكون من ضم ذمة إلى ذمة أخرى كانت مشغولة. وهذا يكون نظير مقامنا ؛ لأنه تشغل ذم متعددة بالمال بالفعل.

الثاني: ضمان عهده العوضين لكل من البائع والمشتري: أحدهما ما لو كان البائع لا يأمن أن المال ليس للمشتري فيتهمه في الغضب، أو ان البيع ربما يخرج فاسداً فيضمنه آخر انه إذا خرج المال لغيره، أو البيع فاسد، فعنده الثمن عليه ويعطيه من ماله. وثانيهما ما لو كان المشتري لا يأمن ان البيع للبائع أو ان البيع صحيح فيضمن آخر عهده المبيع بمعين رجوع المضمون له إلى الضامن بعوض المضمون إذا خرج المال مستحقاً للغير، فكل من البائع او المشتري ضامن للمال، والثالث ضامن له على تقدير خروجه مستحقاً للغير، واما ما قيل من أنه ليس نظيراً للمقام ؛ لأن المضمون له لا يرجع إلى الضامن على فرض التلف، فلا يكون من اشتغال ذمتين ؛ إذ حيثنذ يكون المشغول ذمة الضامن فقط، وليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه أيضاً حتى يكون من ضم ذمة إلى أخرى.

فيمكن الجواب عنه بأنه ليس معنى الضمان المقصود هو التنجز، وأنه بالفعل يجب الأداء، بل المراد من الضمان هو وجوب الحروف عن العهدة على تقدير كذا فيكون من قبيل الواجب المعلق، فلذا يقال: إن الغاصب ضامن للعين بالفعل في حال وجودها، أي أنه لو تلفت العين يجب أداء قيمتها، لا أنه قبل تلف العين ليس بضامن وانما يتحقق الضمان بالتلف، فالضمان ليس إلا لزوم الخروج عن العهدة عن قيمة العين لو تلفت، وعليه فكل من البائع مثلاً والضامن عنه ضامنان للغير بالفعل. غاية ان تنجز

ضمان البائع يكون بتلف العين مع عدم خروجها مستحقة للغير، وتنجز ضمان الآخر بخروجها مستحقة للغير، وإنما الاختلاف في وقت تنجز الضمان فيكون نظير المقام من جهة اجتماع الضمانين في وقت واحد الميث لجواز اشتغال ذمتين بهال واحد في وقت واحد، وإن كان من جهة أن تنجز الضمان في مقامنا متحد، وفي هذا المثال مختلف يحصل الفرق إلا أنه لا يقدر في الغرض المقصود من التمثيل، فتدبر جيداً.

الثالث: ضمان الأعيان المضمونة مثل الغضب والمقبوض بالبيع الفاسد، وغير ذلك، لا الأعيان الغير المضمونة كالامانات قبل حصول التعدي والتفريط، فإنه لا ضمان لها.

والحاصل ان الأعيان المضمونة لو ضمنها ثالث بأن قال: لو امتنع من رد العين أو تلفت في يده فإني أؤديها عنه أو قيمتها؛ فإنه يكون من مقامنا بالتقريب المتقدم على قول بعضهم، فإن كلا منهما ضامن للعين بالفعل.

الرابع: ضمان الاثنين لواحد حيث يكون لك منهما ضامن مستقل تشتغل ذمته بالتدارك، بناءً على أحد الأقوال في المسألة، وهذا الأمر شبهه للمقام اوضح مما تقدم.

قوله **تَنْتَلُ**: فنقول: إن الوجه في رجوعه... إلى آخره.

أي في رجوع السابق على اللاحق فيما أدى ما لم يكن غاراً لللاحق فيه. وتوضيحه أن السابق انما يضمن نفس العين؛ لأنه لما كانت تحت يد المالك لم تكن مضمونة لاحد، فإذا استولى عليها الغاصب فقد ضمن نفس العين، بمعنى انه لو تلفت عليه ان يؤدي بدلها وعليه تداركها، وبعد ذلك فلو صارت في يد اللاحق وهو المشتري مثلاً فقد ضمن تلك العين بقيد انها مضمونة، ضرورة انه ضمنها وهي مضمونة ثابتة لها هذه الصفة، فكيف يكون ضامناً لنفس العين مجردة، مع انه ضمنها وهي موصوفة بهذه الصفة واقعاً.

ومن المعلوم ان ضمان العين انما يكون بضمانها بما لها من الوصف الثابت لها، وإلا لو ضمنها مجردة لخرجت عن كونها موصوفة حين ضمانها بهذه الصفة، والمفروض ان الواقع خلافه، وهذا معنى قول المصنف: والا خرج بدله عن كونه بدلاً. ومعنى ضمانها بما لها من هذه الصفة من كونها مضمونة للسابق: انه ضامن لها بما لها من البديل فيكون ضامناً للمبدل وللبدل معاً لكن على سبيل البدلية. أما انه ضامن للمبدل والبديل فلأن ضمان المركب انما هو بضمان أجزائه، والمفروض أن المضمون اللاحق مركب من ذات العين وصفة انها مضمونة وذات بدل، فلا بد ان يكون الضمان لكل من الجزئين، واما ان ذلك الضمان على سبيل البديل فلائنه لا يتحقق ضمان البديل، إلا يتحقق البديل من السابق؛ ضرورة ان معنى ضمان البديل أنه لو خرج البديل من السابق، فاللاحق ضامن له باعطائه للسابق عوضه، ولا يتحقق البديل من السابق إلا باعطائه للمالك، وإلا فقبل اعطائه لا ضمان، وإذا تحقق بدل العين من السابق فلا يبقى تدارك للعين بعد، إذ المتدارك لا يتدارك كما تقدم فلم يبق على اللاحق حينئذ إلا ضمان البديل. وأما ضمان العين فممدارك بحسب الفرض.

هذا إذا كان السابق دفع بدل العين للمالك قبل اللاحق، اما لو دفع اللاحق بدل العين رأساً إلى المالك فقد سقط تداركها عن السابق، فيسقط حينئذ ضمان البديل عن اللاحق لسقوط البديل، فلا يبقى محل لتدارك البديل فلم يكن إلا ضمان العين الذي قد اداه، فاللاحق إما ان يؤدي بدل البديل فقط إذا لم يؤد السابق حيث لم يتحقق البديل من السابق حتى يضمته، وإما ان يؤدي بدل البديل فقط حيث تحقق البديل من السابق، فهو ضامن للمبدل والبديل على سبيل البدلية.

فاتضح من هذا البيان أمران: الاول أن اللاحق لا بد ان يرجع عليه السابق إذا دفع بدل العين للمالك؛ لأن اللاحق ضامن لهذا البديل الذي يؤديه اللاحق.

والثاني انه لا يجوز دفع بدل البدل إلى السابق ما لم يدفع البدل إلى المالك إذ لا يضمه إلا بتحقيق البدل، وليس عليه في هذه الصورة إلا الأداء إلى المالك وضمان نفس العين. وقد أشكل على المصنف ^١ بوجود نذكرها ونذكر جوابها تنمة لتوضيح مطلب المصنف:

الأول: أن السابق أيضاً يصدق عليه انه ضامن شيئاً له بدل لأنه وان كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل؛ لأن ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين، بل المفروض انه يحدث بعد ذلك فيتحقق البدل المعين بعد حدوث ضمان السابق، إلا ان استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنما هو بعد التلف فحينئذ يصدق ان كلاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأن المناط ليس حال حدوث ضمان السابق، إلا ان استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنما هو بعد التلف فحينئذ يصدق ان كلاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأن المناط ليس حال حدوث سبب الضمان، بل حال فعليته بمعنى اشتغال الذمة فعلاً بالعوض، وهو إنما يكون بعد التلف، ولذا لو زاد زيادة عينية في الأيدي المتأخرة يكون السابق ضامناً لتلك الزيادة أيضاً، مع أنه لم يحدث الضمان في يده إلا ناقصاً، بل وكذا بالنسبة إلى زيادة القيمة بناء على القول بأعلى القيم.

وبالجملة حين التلف الذي هو زام الانتقال إلى القيمة يصدق بالنسبة إلى الكل انه ضامن لما له بدل، بل أبدال.

وجوابه ان ليس معنى الضمان هو تنجز وجوب الاداء، بل هو عبارة عن نفس الحكم الوضعي والتعهد الثابت حيث الاستيلاء على العين، غاية الأمر ان متعلقه يكون معلقاً على حصول التلف، فالعين هي في هذه الحين في عهدة الضامن، بمعنى انه لا بد أن يكون ضامناً له؛ لأن متعلق الضمان إلى حين التلف، فلا يدل ضمان زيادة العين

في الأيدي المتأخرة على ان الضمان، أي كون الشيء في العهدة بعد التلف، بل كونه في العهدة من اول وضع اليد إلى التلف مستلزم لضمان الزيادة، وكل تغيير طارئ على العين، فالسابق لما استولى على العين وضمنها ودخلت في عدته لم تكن في ذلك الحين مضمونة لأحد واستقرار ضمانه بعد التلف منتزع من ذلك المقام، وهو عبارة عن تنجز ذلك الضمان المعلق، والمفروض أنه أولاً لم يتعلق إلا بنفس العين، فكيف يكون تنجزه بغير ما يتعلق به أولاً، فالسابق لم يضمن إلا المبدل وبديل بدل البديل على البداية ايضاً، وهكذا.

والثاني: ان ضمان العين التي لها بدل اي عوض في ذاته آخر لا يقتضي ما ذكره من ضمان واحد من المبدل والبديل كيف والبديل لم يتحقق فيه سبب الضمان، إذ لم يثبت تحت يد الضامن ولا ألتفه ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً، ودعوى كونه من توابعها لين كما ترى، إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة حيث إنها مقبوضة بتبعية قبض العين بخلاف التدارك الثابت في ذمة السابق، فإنه ليس مقبوضاً لللاحق اصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً.

وجوابه أوضح منه فإن وصف كون العين مضمونة ثابت له كثبوت وصف المثلية وامثالها للعين مع أنه لا معنى لاطلاق القبض عليها لو صح اطلاق القبض على مثل هذه الأوصاف يتبع قبض العين فليكن كذلك في المقام. والمدار أن يكون للوصف الثابت للعين مالية معتبرة عند الشارع، ولا شبهة أن البديل الثابت في ذمة السابق مما يعد مالاً^(١)، ولذا انه يصح المصالحة عليه، بل وشؤون المعاملات، مثل البيع وأمثاله مما يقبله البديل.

(١) كذا يبدأ الموجود في هذه التعليقة، و يلاحظ فقدان بدايته، بقرينة ما يأتي.

والحاصل انه متى ما كان للعين وصف ذو مالية معتبرة عند الشارع، فهو لا بد أن يكون مضمونا كالعين، فيكون اللاحق ضامنا لبذل العين وبذل بدلها، غاية الأمر أن أحد الضمانين يسقط موضوع الضمان الآخر على ما تقدم توضيحه، فتدبر.

والثالث: أنه لو سلمنا ذلك - أي أن وصف كون العين مضمونة وذات بدل مقبوض بتبع العين - كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البذل، فإن البذل الذي في ذمة السابق إنما هو لمالك العين، فبدله وهو ما في ذمة اللاحق أيضا يكون للمالك، وهو من له البذل، ولا وجه لكونه لمن عليه البذل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضا واضح.

وجوابه يعلم من تقرير مراد المصنف سابقا، فإن اللاحق ان ضمن ابتداء، فلا يكون ضامنا إلا للمالك ليس إلا، وإن ضمن السابق للمالك، فلا بد أن يكون اللاحق ضامنا لمن عليه البذل، لا للمالك، وذلك لأن معنى ضمان البذل هو تدارك ذلك التدارك الحاصل من السابق، ولا يكون تداركا له إلا بإعطائه لمن عليه البذل، وإلا لما كان تداركا للتدارك، بل تداركا بعد تدارك.

والحاصل: أن معنى ضمان البذل هو جبر ما فات من السابق، فكيف يعقل تحقق هذا المعنى بإعطاء بدل البذل للبائع؟! بل حقيقة لا يكون ذلك بدل البذل، بل بدل المبدل، والمفروض أنه ضامن لبذل البذل، ولا يحصل ذلك إلا بإعطائه لمن عليه البذل. والسر في ذلك أن سبب الضمان هو العدوان الحاصل من اللاحق، فكما أن قبضه للعين عدوان بالنسبة إلى مالك العين، كذلك يكون عدوانا بالبيع السابق.

أما عدوانه بالنسبة إلى مالك العين فواضح، لقبضه ما يملكه بلا مسوّغ شرعي، وأما عدوانه بالنسبة إلى السابق، فلأنه لو كانت العين باقية في يد السابق لأمكنه أن

يردها إلى صاحبها وتفرغ ذمته منها، فلما قبضها منه بغير حق، وأوجب ذلك تلفها، فقد فوت عليه ذلك، وأوجب تنجز ضمان العين ببدها على السابق.

فعدوانه هذا سبب ضمان بدل العين الذي تداركه السابق، وأوجب جبر ما خسره بسببه، وبعد كون ضمانه للبدل جبرا لخسارة السابق، فكيف يكون ضمانا للمالك بدل البدل؟! البذل!

الرابع: إن لازم ما ذكره أن يكون في مسألة ضمان الاثنين لواحد - بناء على صحته للضامن الأول - الرجوع على الضامن الثاني إذا دفع العوض إلى المضمون له، فإن الثاني قد ضمن ماله بدل في ذمة الضامن الأول، مع أنه ليس له ذلك، بل إنما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن بإذنه، ولو كان متبرعا فلا يرجع إلى أحد.

وأیضا في ضمان العهدة وضمان الأعيان المضمونة، إذا قلنا بجواز الرجوع إلى كل من الضامن والمضمون عنه - كما استظهره المصنف منهم - يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا فرض رجوع المالك عليه، ولا يمكن الالتزام به.

وجه اللزوم: أن الضامن إنما ضمن شيئا له بدل في ذمة المضمون عنه.

وأیضا بناء على مذهب العامة من كون الضمان: ضم ذمة إلى أخرى، يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه، لأنه يصدق على الضامن أنه ضمن شيئا له بدل، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتا في ذمته من باب الغرامة، بأن يكون متلفا أو غاصبا، أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا يمكن الالتزام به.

وجوابه: أن قياس هذه الأمور على المقام قياس مع الفارق، فإن ضمان الاثنين لواحد وإن كان الثاني منهما ضامنا ما له بدل في الواقع، لكن لم يضمه بهاله من الخصوصية

الثابتة له، بل إنها ضمن نفس المبدل، وتعهد نفس درك العين لا بها لها من الوصف، ولم تكن العين مقبوضة له حتى يضمنها بها لها من الوصف بمقتضى عدوانه بالنسبة إلى المالك والضامن الأول، كما في مسألتنا.

والحاصل ان الفرق بين مسألتنا وهذه المسألة من وجهين:

الأول: إن الضمان في مسألتنا بسبب العدوان بالنسبة إلى المالك والسابق، وفي هذه المسألة، لصرف التعهد للمالك فقط، ولم يكن متعهدا للضامن الأول، ولو تعهد للضامن الأول أيضا جبر ما يفوته بالتدراك وصححنا ذلك منه، لكان أيضا ضامنا لبديل البديل، كمسألتنا بلا فرق.

الثاني: إن سبب الضمان في مسألتنا هو قبض العين الذي يكون به العدوان، فلا بد أن يكون ضامنا لها بها لها من أوصافها، بخلاف هذه المسألة، ضرورة أنه لم يكن للضامن يد على المال، بل إنها كان ضمانه لصرف التعهد المقصور على درك العين فقط، فليس مجرد ضمان العين التي لها بدل - وان لم يكن ذلك دخيلا في الضمان - يوجب ضمان ذلك الوصف، وهكذا الكلام في مسألة ضمان العهدة، والأعيان المضمونة، والضمان على مذهب العامة من ضمن ذمة إلى أخرى، فلا تغفل.

الخامس: إنه إذا فرضنا أن العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق، فتلقت في يده، فالظاهر أنه لا يجوز للسابق حينئذ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، بل الأمر بالعكس، لا من تلف في يده هو السابق بالفرض، ولازم بيان المصنف ^{تتأ} أن يكون له الرجوع عليه، لأنه يصدق أنه - أي اللاحق - ضمن شيئا له بدل، بخلاف السابق.

ودعوى أنه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقا والسابق لاحقا، فيصدق على السابق الذي صار لاحقا انه ايضا ضمن شيئا له بدل.

مدفوعة بأن الضمان انما حدث بإثبات يده الأولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عينا وضمن، فأعطاه غيره، أو أخذ منه قهراً، ثم رده ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أولاً باق، وقرار الضمان حينئذ على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود إليه.

ولازم بيان المصنف رحمه الله أن يكون القرار على الغاصب الثاني، مع أنه لم يتلف في يده، فتدبر.

والجواب: أنه كما قرر رحمه الله من أن الظاهر أنه لا يجوز للسابق، إذا رجع المالك عليه، أن يرجع على اللاحق إذا تلفت العين في يد السابق، ولكن ليس فيه إشكال على المصنف، فإن اللاحق إنما يضمن البدل إذا كان في قبضه للعين عدوان بالنسبة إلى السابق، فإذا تلفت العين في يده أو في يد من أعطاها له يتحقق ذلك العدوان، ويستقر الضمان.

وأما إذا أرجعها إلى السابق، فإنه وإن كان العدوان بالنسبة إلى المالك متحققاً، لكنه يرتفع بالنسبة إلى السابق، لأن المفروض أنه أرجعها إليه، فلم يفوت عليه شيئاً حتى يكون ضامناً للبدل لو ضمن السابق نفس العين، فالمالك على هذا يصح له الرجوع على اللاحق، لكن لا وجه لرجوع السابق على اللاحق حينئذ لو رجع عليه المالك، لارتفاع العدوان من اللاحق بالنسبة إلى السابق، وليس السر في عدم رجوع السابق عليه هو ما ذكره من كون اللاحق صار سابقاً، والسابق لا حقاً، حتى يشكل عليه بما سطره، فتدبر.

وبقي إشكالان لا أهمية لهما، ويعلم جوابهما مما قدمناه.

شرائط العوضين

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين والحمد لله والصلاة على نبيه وآله^(١).

الشرط الأول: المالية والملكية:

قوله **تَنْتَضِلُّ**: يشترط في كل منهما كونه متمولا، لأن البيع... إلى آخره.

ينبغي أن يقال: إن هنا شرطين:

أحدهما: أن يكون كل من العوضين مالا.

ثانيهما: أن يكون كل منهما ملكا لمن انتقل عنه.

ولا شك أن أحدهما غير الآخر، وسيجيء.

أما اعتبار الأول، فلأن الغرض من البيع عند العرف الذي أمضاه الشارع المقدس هو سد الحاجة، وقضاء ضرورة المعاش وغيره، بمقتضى العادات البشرية ومدنية الإنسان، فمن كان عنده شيء من المال يبادله مع مال آخر عند غيره يحتاج إليه، وبهذا استقام الكون واستمر النظام الإنساني، فلا محالة لا يكون متعلقا لغرض العقلاء، ويتوقف عليه النظام إلا المال وما فيه المنفعة دون ما هو مسلوب المنفعة قطعا، ولذا كان البيع لغة: «مبادلة مال بمال»، كما هو في كل لغة ولسان، ولا اختصاص له باللغة العربية.

(١) قد أرخ المصنف رحمه الله هذه المجموعة من الأوراق بـ «يوم ١٠ ذي القعدة ١٣٦١ هـ».

وبهذا يظهر أن التعليل لاعتبار المالية في العوضين بتعريف البيع بأنه «مبادلة مال بمال» غير كاف في الاستدلال، لأن الكلام ليس فيما هو الثابت لغة إلا أن يكون الغرض استكشاف المعنى العرفي للبيع الذي أمضاه الشارع، فيفهم منه اعتبار المالية في العوضين شرعا، وإلا فالتعريف اللغوي لا يستكشف منه الاعتبار الشرعي.

بقي الكلام في المناط في مالية المال عرفا، فنقول:

المال عرفا ما يتنافس على اقتنائه الناس، ولا تعد المعاوضة عليه سفها، والتنافس عليه لابد أن يكون للحاجة إليه، والمنفعة المعتد به المنتظرة منه، ولا يتمكن من اقتنائه من دون البذل عليه.

والحاجة إليه إما أن تكون طبيعية للبشر كالدار والعقار والحبوب ونحوها، وإما أن تكون مجمولة كورق النقد والطوايع البريذية، والمالية المعتبرة عند الحكومات في هذا العصر.

ثم الحاجة قد تكون عامة لجميع الناس، وقد تكون خاصة بواحد من الناس، ولكن ذلك الشخص يبذل على أفراد كثيرة من ذلك الشيء مالا معتدا به، فيتنافس الناس على اقتنائه لأجل بيعه على ذلك الشخص، فيتبايعون عليه.

ثم حاجة عامة الناس قد تكون دائمية، وقد تكون في بعض الأوقات على نحو الكثرة أو نادرا، ولكنها حاجة يعتد بها عند الناس، كالأدوية والعقاقير.

أما ما لا تكون فيه حاجة أصلا، أو كانت نادرة مع كونه مبدولا لا يعد حفظه لتلك المنفعة النادرة إلا سفها، فلا يكون مالا، ولا يصح بذل المال بإزائه، كالخنافس والديدان.

نعم لو فرض أن الحاجة تعلقت بها في بلاد يندر وجودها فيها، لا شك تعتبر مالا يصح البذل عليه، ولا يعد سفها، بل لو كان الشيء فيه حاجة ضرورية لا يستغني عنها، ولكنه مبذول للاقتناء مجانا بما يفضل على الحاجة، كالماء على النهر، والخطب في الغابات، فإنه لا يعد مالا، أما لو لم يفضل على الحاجة، أو قصر عنها، فإن نفسه يكون مالا كالماء في المفازة، والخطب في البلاد المتحضرة، وكذا لو كان الشيء في زمان يحتاج إليه، وفي زمان آخر لا يحتاج إليه كالثلج في الصيف والشتاء، فإنه تارة يكون مالا، وأخرى لا يكون.

ومنه يظهر أن مالية الشيء قد تختلف باختلاف المواضع والأزمنة لا وضعاً ثابتاً للشيء.

ويتحصل من ذلك كله أن مالية الشيء تتبع نسبة الحاجة إليه [و] إلى مقدار وجوده في أيدي الناس، ولو عند بعض الناس دون بعض، فإن كان مقدار الحاجة ووجوده متساويين، أو كان مقدار الحاجة أكثر كان مالا، وباختلاف هذه النسبة، تختلف قيمته ارتفاعاً وهبوطاً، وإن كان مقدار الحاجة أقل من مقدار وجوده في أيدي الناس على وجه لا يبقى مجال للتنافس على اقتنائه، كالماء على النهر، لا محالة يسقط عن المالية.

ثم إنه كما يشترط أن يكون كل من العوضين مالا عرفاً، يشترط أن يكون مالا شرعاً، فإنه إذا كان شيء له خاصية معتد بها عند الناس من حيث هم ناس، لا بما هم متشرعون كالخمر والخنزير، وقد نهى الشارع عنه وليس فيه خاصية أخرى محللة، فإنه يسقط عن المالية شرعاً، بل عرفاً أيضاً، لأن الخاصية قد سقطت عن الاعتبار شرعاً، فلا يعتبرها العرف لهذه الناحية، فيعد بذل المال بإزائه سفهاً.

وأما اعتبار الشرط الثاني - أعني ملكية كل من العوضين - فللنبوي المرسل

المشهور: «لا بيع إلا في ملك».

وقيل: لا يعتبر في صحة البيع الملكية، لثبوت جواز بيع الزكاة قبل أن يملكها المستحق بالقبض، مع أنها الآن غير مملوكة لأحد، وأمثالها كالخمس والأراضي المفتوحة عنوة، ولثبوت جواز بيع ما يعود إلى المسجد مثلاً من خشب زائد ونحوه لصرف ثمنه على مصالحه ونحوه، لأنه لا يتعقل في مثل المقامات فرض الملكية خصوصاً مثل المسجد، باعتبار أن الملكية تستدعي الإحاطة والسيطرة من المالك.

وهذا كلام لا ينبغي الركون إليه، فإن الملكية أمر اعتباري مجعول من المعتبر بالإنشاء، وليست هي إلا الاختصاص، فكما يصح جعل الاختصاص لشخص عاقل قادر على التصرف، كذلك يصح جعله للجهاد، أو لجهة عامة من فقراء وعلماء وسادة، أو مصالح جميع المسلمين، كما في الأراضي المفتوحة عنوة، أو لجهة خاصة من مصالح المسلمين، كالمساجد والربط.

كل ذلك إذا كان في جعل الاختصاص مصلحة تدعو للاعتبار، وعليه فنحن نقول بملك الجهة، ولا مانع منه إلا تخيل أن الملكية عبارة عن السلطنة والقدرة على التصرف، بينما إن ذلك من آثار الملكية المجعول لمن يصح منه ذلك.

أما ما لم يمكن كذلك كالجهة، فآثار الملكية جواز صرف المملوك في مصالح تلك الجهة، ولذلك لا بد من نصب متول للجهة قائماً عليها، يكون هو المرجع في التصرفات، فإذا كانت الجهة عامة فوليتها الإمام أو من ينصبه الإمام.

ومما يجب التنبيه له أن الشيخ رحمه الله لم يفرق بين اعتبار المالية والملكية في ظاهر عبارته الأولى، ولذلك استدل على اعتبار المالية بالنبوي المرسل: «لا بيع إلا في ملك»، مع أن المالية والملكية أمران متغايران، بينهما العموم والخصوص من وجه، لصدق

المملوكية على حبة الحنطة، مع أنها ليست بهال عند العرف قطعاً، كما اعترف به الشيخ نفسه، ولصدق المال على المباحات الأصلية قبل أن يملكها أحد، أو على الكلي قبل استقراره في الذمة.

قوله **تثني**: وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله... إلى آخره.

يريد **تثني** أنه إذا شك في كون الشيء مالا فهو على ثلاث صور:

الأولى: أن يعد أكل المال في مقابله عرفاً أكلاً للمال بالباطل، فرجح فساد المعاوضة، وسره واضح، لأن العرف إذا عدّ أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل، فمعناه أنه لا يعتبر هذه المقابلة من البيع الصحيح عنده، فلا تكون ممضاة من الشارع، وإلا فنفس كون أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً لا يكون دليلاً على فساد المعاملة شرعاً، ولكنه إذ فرض أن بناءهم على ذلك فليس إلا لأنه ليس مالا عرفاً، لأنه لا منشأ آخر يفرض في المقام لهذا البناء.

والثانية: أن يثبت دليل من نص أو إجماع على جواز بيعه، ولا كلام في هذه الصورة.

الثالثة: إلا يثبت دليل على جواز البيع، والعرف لم يعرف منه البناء على أن الأكل في مقابله أكل بالباطل، فقد قال الشيخ: أنه يرجع إلى عمومات صحة البيع والتجارة، أو خصوص المروي عن تحف العقول.

ولكن لا يخفى أن الرجوع إلى هذه العمومات لا يصح إلا بعد فرض أن المعاملة المشكوكة هي من البيع والتجارة عرفاً.

أما إذا فرض - كما هو المفروض في المقام - الشك في كون المعاملة بيعاً وتجارة عند العرف، على وجه يعدّون المال في مقابل المبيع أكلاً بالباطل، فلا معنى للتمسك بعموم

﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) لأنه هذا يكون من باب إثبات الموضوع بالحكم.

قوله تَنْتُزَعُ: قبل اصطيادها... إلى آخره.

أي الوحوش والأسماك، وقيدتها بذلك، لأنها بعد الاصطياد تكون مملوكة لمن اصطادها، وكان ينبغي تقييد الماء والكلاء بـ «قبل الحيازة» على نسق الوحوش والأسماك.

قوله تَنْتُزَعُ: واحترزوا أيضا عن الأرض... إلى آخره.

إن كان المراد من الملكية التي جعلوها شرطا هي الملكية الخاصة الشخصية التي هي المنصرف من إطلاق الملك، فلا يكون ذلك احترازا عن الأرض المفتوحة عنوة، كذلك^(٢) تكون احترازا عن الوقف مطلقا والزكاة والخمس، وأمثال ذلك، فلا حاجة للتقييد بكون الملك طلقا لإخراجها.

وإن كان المراد من الملكية معنى أوسع من ذلك - وهو مطلق الاختصاص المجعول لرقبة الأرض، أو غيرها من الأموال، وإن لم يستتبعها جميع آثار الملك من السلطنة التامة على جميع التصرفات - فلا يكون احترازا عن الأرض المفتوحة عنوة، لأنها مملوكة بنحو خاص من الملكية على ما سيأتي من المصنف تَنْتُزَعُ، فيحتاج حينئذ إلى قيد زائد لإخراجها، كما صنعوا في إخراج الوقف وغيره، فلا يخلو ما ذكره المصنف وجهها لإخراج الأرض المفتوحة عنوة باشتراط الملكية من شوب الأشكال.

والحاصل أن للملكية مراتب خمساً، تختلف آثارها باختلافها:

الأولى: الملكية بالمعنى الأخص، وهي الملكية المطلقة لكل شخص شخص، المستتبعة للملكية الانتفاع، والمنفعة، وللإرث، وللسلطنة بالتصرف بجميع أنحاء،

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) كذا.

فلو تعدد المالكون كان لكل شخص جزء معين على نحو الإشاعة.

الثانية: ملكية الوقف الخاص من قبل الموقوف عليه، فيملك الانتفاع به ومنفعته، وإن كان لا يورث ولا يتصرف به على نحو ينافي الوقف.

نعم منفعته تورث ويتصرف بها كسائر التصرفات في الملك المطلق.

الثالثة: ملكية الوقف العام الذي يعم نوعا خاصا كالعلماء، أو المسلمين، أو أهل بلدة خاصة، أو مذهب خاص، وهو على حسب الوقف، فإما أن يكون لجميع الأفراد على نحو الاستغراق، أو لفرد على نحو البدل، أو لصرف وجود الطبيعة، سواء كان بفرد أو بأفراد، وهو كالوقف الخاص من جهة الاختصاص، وإنما يملك الانتفاع والمنفعة.

الرابعة: ملكية الزكاة والخمس، وهو ملك لصرف وجود النوع، كنوع الفقراء، والمساكين، والمؤلفة قلوبهم، وبني هاشم على وجه يكون النوع مصرفا له، فيملكه من قبضه منهم.

الخامسة: ملكية الأراضي الخراجية على القول بأنها مملوكة لجميع المسلمين، كما هو الظاهر من الأدلة على ما سيأتي، والذي ثبت من الأدلة في ترتيب الأثر لهذه الملكية أن تصرف حاصلاتها في مصالحهم جميعا، ولا يورث هذا الملك، كما لا يورث في الأقسام الثلاثة السابقة.

وقد يقال: إنه لو كانت ملكا لجميع المسلمين على نحو الاستغراق، لكانت بينهم على نحو الإشاعة، فيملك كل واحد منهم جزءا مشاعا، فيتصرف فيه كما يتصرف في سائر أملاكه.

ولكننا نقول:

أولاً: لما كان يمتنع حصر المسلمين، بل وحصر الأراضي، فلا يمكن تعيين حصّة كل منهم، فلا بد من صرف حاصلها في مصالحهم العامة، على أنه لا اختصاص لها بالموجودين، فنقع في امتناع آخر من جهة لزوم تجديد القسمة في كل آن يولد فيه مولود، وفي كل آن يموت فيه ميت، والمواليد والوفيات يمتنع أيضاً حصرها عادة، فمتى يمكن أن يستوفي أحد من المسلمين حصته من الأراضي؟! ومنه يتضح: أنه لا يمكن جعل مثل هذا الحكم - أعني إشاعة الأراضي المفتوحة عنوة بين المسلمين - وإن فرض في زمن خاص إمكان حصر المسلمين ومواليدهم ووفياتهم، وحصر الأراضي، لأن الامتناع في الزمان يكون كالحكمة لعدم جعل هذا الحكم، ولجعل حكم آخر، وهو صرفها في مصالحهم، والحكمة لا يجب أن تطرد.

وثانياً: إن الملكية ليست أمراً حقيقياً له آثار ثابتة ذاتية، فإذا لم تترتب تلك الآثار يكشف إنا عن عدم الملكية، بل هي - كما قلنا - أمر اعتباري جعلي، وآثارها مجعولة أيضاً، فيجوز أن تكون للملكية في مقام آثار مجعولة لم تكن مجعولة في مقام آخر، بل المجعول آثار أخرى، فترتيب الآثار لا بد أن يتلقى من الشارع المقدس، وهي تختلف حسب اختلاف مقامات الملكية.

قوله **تَبَيَّنَ**: الأول ما يكون موافقاً بالأصل... إلى آخره.

الكلام في الموات بالأصل من جهات:

الأولى: إنها لمن؟ أهى ملك للإمام أم من المباحات الأصلية، كالماء والكأ والطير والسمك؟

والمجمع عليه عند الإمامية أنها للإمام، ومن الأنفال.

الثانية: بعد كونها ملكا للإمام، هل يجوز التصرف بالإحياء بدون إذنه؟

لا شبهة بجواز التصرف في الجملة إجماعا، ولما ثبت من إذن الامام بذلك.

الثالثة: أن الذي يجوز له التصرف بالإحياء خصوص الشيعة، أو يعم جميع

المسلمين، أو يعم حتى الكافرين؟

في كل من ذلك روايات، والمعممة نص في العموم، مثل صحيحة محمد بن مسلم:

«سألت عن الشراء من أرض اليهود والنصارى، فقال: ليس به بأس».

إلى أن قال: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض، أو عملوه، فهم أحق بها، وهي

لهم»^(١)، فلا يقبل التخصيص بالروايات المخصصة في الشيعة، أو في مطلق المسلمين،

لأنها ليست نصا في نفي الإباحة عما عداهم، كما في النبوين المذكورين في المتن: «ثم

هي لكم مني أيها المسلمون»^(٢)، أو «ثم هي لكم مني»^(٣)، وكذلك الرواية المخصصة

بالشيعة، كمصححة عمر ابن يزيد: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضا من

المؤمنين فهي له»^(٤).

ولا شك أن الظاهر يحمل على النص، فلا بد أن يكون التخصيص بالمسلمين أو

الشيعة لجهة أخرى.

(١) الوسائل ٢٥: ٤١١، حديث ١ من الباب ١ من إحياء الموات (مصدر مذكور).

(٢) لم نثر على حديث يتضمن هذه الجملة، ولكن في المستدرک حديث صدره متفق مع صدر هذا الحديث المذكور في المكاسب وهو «موتان الأرض لله ورسوله». وأما ذيله فمختلف. راجع المستدرک ١٧: ١١١ حديث ٢ من الباب ١.

(٣) المستدرک ١٧: ١١٢ حديث ٥ من الباب ١.

(٤) الوسائل ٩: ٥٤٩، حديث ١٣ من الباب ٤ من أبواب الأنفال. لكن في الأصل «لهم» بدل:

«له». والظاهر انه سهو القلم، وفي الصفحة الآتية يذكر «فهي له» دون «فهي لهم».

أما التخصيص بالمسلمين، فيجوز أن يكون لأن الخطاب معهم، وأما التخصيص بالشيعة فليبيان أن الغرض الأصلي من الإذن هم الشيعة، ولما امتنع الاذن لهم بالخصوص عمم الحكم لجميع من أحيائها، فيكون ذلك من باب حكمة التشريع التي لا يجب فيها الاطراد.

ومن المعلوم أن تخصيص الحكم بخصوص الشيعة لا يترتب منه الغرض، فإن الأرض التي لم يحيها الشيعة لو لم تكن ملكا لمن أحيائها لما جاز للشيعة التصرف في غلاتها ومنافعها بالشراء أو غيره، مع أنه لا يمكنهم الاستغناء عن غلات ومنافع الأرضين المحيية من قبل غيرهم، فيتوقف حلية الأرض الموات للشيعة على حليتها لكل من أحيائها.

الرابعة: إن الأرض الموات، هل يملكها المحيي مجانا، أو يجب عليه أداء خراجة إلى الإمام؟

يظهر من بعض الأخبار ذلك، كما نقله الشيخ تثني في المتن، ولكن لما كانت هذه مما أعرض عنها الأصحاب، فلا تكون حجة، والإجماع محقق على عدم وجوب الخراج.

الخامسة: إن الإحياء، هل هو سبب للملك كالحيازة في المباحات الأصلية، أو أنه يجعل الحق للمحیی في الأرض، فلا يجوز لغيره التصرف فيها، ويملك منافعتها؟ المعروف هو الأول، وسيأتي البحث عنه في القسم الثالث للأرض، وهي التي عرضها الإحياء بعد موتها الأصلي.

قوله تثني: وعليه يحمل ما في النبوين... إلى آخره.

إنما قال: وعليه يحمل - مع أنها ظاهران في الإباحة للمسلمين، فلا حاجة إلى

الحمل - فلعل نظره إلى أن التملك فيها مطلق غير مخصوص بصورة الإحياء، فلا بد من حملها على صورة الإحياء، لثبوت كون الأرض الموات من الأنفال.

قوله عليه السلام: فهي له وعليه طسقتها... إلى آخره.

الطسق على وزن فلس، كما عن المجمع^(١)، ومعناها - كما في النهاية -:

الوظيفة من خراج الأرض المقررة عليها، ثم قال فيها: «و هو فارسي معرب»^(٢).

ولا يخفى أن ظاهر قوله عليه السلام: «فهي له»^(٣) أنه يملك رقبة الأرض بالإحياء، ويجب عليه الخراج، كما أن الظاهر من قوله عليه السلام في صحيحة الكابلي: «وله ما أكل منها»^(٤) أن المملوك هو ما أكل، فله ظهور في عدم مملوكة رقبة الأرض.

ولكن يمكن حمل الصحيحة على المصححة، فتدل هذه الأخبار: على أن أرض الموات تملك بالإحياء، ويجب فيها الخراج، فتكون حجة في الملك بالإحياء، وإن كانت غير حجة بالنسبة إلى وجوب الخراج، لإعراض الأصحاب عنها من هذه الجهة.

إلا أن يقال: إن لازم دلالتها على وجوب الخراج دلالتها على عدم ملك الرقبة، لأن الخراج هو أجرة الأرض، فيصرف ذلك ظهور الصحيحة عن ملكية الأرض بالإحياء، فتكون أيضاً مما أعرض عنه الأصحاب من هذه الجهة، والأحسن في تأويلها ما ذكره الشيخ في المتن: من أنها لبيان الاستحقاق، لا الوجوب الفعلي، فلا ينافي عدم وجوب

(١) الشيخ فخر الدين الطريحي: مجمع البحرين ٥: ٢٠٦ ط. المكتبة المرتضوية (إيران) - دون تاريخ.

(٢) ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث و الأثر ٣: ١٢٤ ط. إسماعيليان (قم) سنة ١٣٦٧

شمسي الموافق ١٤٠٩ هـ. ق.

(٣) في مصححة عمر بن يزيد المتقدمة.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤١٤-٤١٥ حديث ٢ من الباب ٣ من إحياء الموات (مصدر مذكور).

الخراج فعلا.

قوله **تتقيد**: ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار... إلى آخره.

الظاهر أن هذا المطلق لابد أن يحمل على مثل هذا المقيد، لأن القيد وان سلمنا غلبته، إلا أن المقام مقام تحديد، ففيه مفهوم أن ما عدا ما ذكر في الرواية ليس من الأنفال، ولما قيد الأرض بالميتة، فبدل بمفهومه: أن الأرض العامرة بالأصالة ليست من الأنفال، وحل القيد على وروده مورد الغالب يحتاج إلى دليل، وليس هذا من باب حل المطلق المثبت على المقيد المثبت، بل تقيد المطلق بالمقيد النافي، لأن تقيدته إنما هو بالمفهوم لا بالمنطوق، كما أنه ليس هذا المفهوم حجته منوطة بحجية مفهوم الوصف، بل لقريته المقام، وهو التحديد.

والحاصل فرق بين أن يقول القائل: «أكرم هاشميا»، و«أكرم هاشميا عالما»، فإن الثاني لا يقيد الأول، وبين أن يقول: «الواجب إكرامه هو الهاشمي»، ثم يقول: «الواجب إكرامه هو الهاشمي العالم»، فإن المقيد الثاني له مفهوم: أن الهاشمي غير العالم لا يجب إكرامه، فيقيد إطلاق المطلق، بخلاف الأول، فإنه لا يصلح لتقيد المطلق، فلا بد من حمله على شدة الاهتمام أو استحبابه أو الغلبة.

ومقامنا من قبيل الثاني لا الأول، لأن الرواية حصرت الأنفال في ما ذكر فيها، التي من جملتها: كل أرض ميتة لا رب لها.

على أن كلمة «ميتة» إنما هي قيد للأرض في نفسها، وليس الموات من الأرض أغلب من العامرة، وإنما الأغلبية للأرض التي لا رب لها الميتة، وقيد لا رب لها إنما جاء متأخرا بعد تقيد الأرض بالميتة.

وإنما يصح فرض الأغلبية فيما إذا فرض أن تقيد الأرض بـ «لا رب لها»، ثم تقيد

«بالميتة»، إذ تكون الأرض التي لا رب لها على قسمين: قسم غالب:

وهو الميتة، وقسم نادر: وهو العامرة.

إذا عرفت ذلك: فمقتضى حصر الأنفال فيما ذكرته بعض الأخبار، خروج الأرض العامرة التي لا رب لها من الأنفال، فيحتاج اعتبارها من الأنفال إلى دلالة دليل بالخصوص، وليس.

وأما الإجماع فغير محقق، وقد ذكر بعضهم أن هذه المسألة غير محررة في كلمات الأصحاب، فكيف يستكشف إجماعهم؟! فالأقوى أنها من المباحات الأصلية التي تملك بالحيازة.

قوله **تتج**: وإن كانت العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه وصيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا، خلاف معروف. ينبغي في تحرير البحث هنا ان يقال: إن في المقام مسألتين.

الأولى: أن تكون الموات من الأراضي مملوكة قبل موتها بأحد أسباب الملك غير الإحياء، كالشراء، والعطية، ونحوهما، ثم عمرها معمر، فهل هذا المعمر يملكها بالإحياء، أو أنها باقية على ملك مالکها الأول، فيستحق على الثاني أجره الأرض؟ فعن العلامة في التذكرة أنها لا تملك بالإحياء بلا خلاف، ونحن لم نر قولاً صريحاً لأحد بملكها بالإحياء.

الثانية: أن تكون مملوكة قبل موتها بالإحياء، بمعنى أنها ماتت وهي في ملك من أحيائها، ولم تنتقل لأحد بيع ونحوه، فلو أحيائها آخر ففي ملكه لها بالإحياء، أو بقائها على ملك معمرها الأول، خلاف معروف، كما قال المصنّف.

وغرض المصنف البحث هنا عن هذه المسألة الثانية، ولم يتعرض للأولى، وعلى كل، فقد اختار العلامة في التذكرة وجماعة ممن تأخر عنه: أنها تصير ملكاً لمن عمرها ثانياً.

وقيل لم يعرف الخلاف في ذلك قبل العلامة، والأرجح والأوفق بالجمع بين الأخبار هو هذا القول، لأن الروايات في الباب على طوائف ثلاث:

الأولى: صحيحة معاوية بن وهب: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها، وكري أنهارها، وعمرها، فإن عليه الصدقة - أي الزكاة - فإن كانت أرضاً لرجل قبله، فغاب عنها، وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها»^(١).

وهذه الصحيحة مطلقة بالنسبة إلى المالك الذي تركها فخربت، سواء كان ملكه بالإحياء أو بغيره، وهي تدل على أن الثاني يملكها بالإحياء، ولا معنى لاحتمال أنها للأول الذي عمرها، لأنه ليس فيها فرض أن الأول عمرها، بل فرضها أن الأول قبل المعمر الثاني قد تركها فأخربها، من دون دلالة على أنه كان أحيائها.

والعجب أن يدّعي صاحب الجواهر أنها لم يفرض فيها السؤال عن وجود شخص آخر عمرها، مع أن صدر الرواية مع كلمة قبله صريح في فرض وجود شخص ثان قد عمرها.

الثانية: رواية سليمان بن خالد: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها، ويجري أنهارها، ويعمرها، ويزرعها، ما ذا عليه؟

قال: الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقه»^(٢).

(١) الوسائل ٢٥: ٤١٤ حديث ١ من الباب ٣ (مصدر مذكور).

(٢) الوسائل ٢٥: ٤١٥ حديث ٣ من الباب ٣ من إحياء الموات (مصدر مذكور).

والمراد بتأدية الحق، ليس إلا تأدية أجرة الأرض، وهذا دليل على أنها لا تزال على ملك مالکها الأول، ولم يملكها الثاني، وهي مطلقة بالنسبة إلى المالك الذي تركها، سواء كان ملكه بالإحياء أو بغيره، فهي معارضة لصحيحة معاوية على نحو التباين، لأن تلك تجعل ملك الأرض للمعمر الثاني مهما كان ملك الأول للأرض بالإحياء أو بغيره، وهذه لا تجعل له الملك، وإنما تبقى على ملك الأول مهما كان سبب ملكه، الإحياء أو غيره.

ولازم هذا التعارض أن يتساقطا، ولكن يمكن العمل بهما معا بحملهما على:

الطائفة الثالثة: وهي صحيحة الكابلي، ففيها: «فمن أحى أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمرها وأحيها، فهو أحق بها من الذي تركها»^(١).

فقد خصت هذه الصحيحة بما إذا كان المالك الأول ملكها بالإحياء، فتحمل عليها صحيحة معاوية، وتخص رواية سليمان بما إذا كان السبب المملك للمالك الأول غير الإحياء، وهذا جمع عرفي لا بأس به، وهو خير من الطرح، وإن كانت هذه صحيحة الكابلي لا يعمل ببعض مضمونها من جهة وجوب الخراج، ولكن ذلك لا يضر في حجيتها، كما هو واضح.

وبهذا يظهر أنه لا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأول مع وجود الدليل على أن الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضي، فلا يجري الاستصحاب حتى مع عدم الدليل، لأنه يجوز أن يكون الإحياء سببا للملك ما دامت الحياة، فلا يكون سببا حدوثا

(١) حديث ٢ من المصدر السابق.

وبقاء.

وبعبارة أخرى: يجوز أن يكون موضوع الملك هي الأرض المحيطة بها هي حياة، لا الأرض بما هي رقبة أرض، فالشك فيه يكون شكا في اقتضاء الإحياء، لدوام الملك بعد موت الأرض.

ولو سلمنا جريان الاستصحاب، فلا ينفع في المقام، فإنه حتى لو علمنا ببقاء ملك المالك الأول إلى حيث الموت- إذا دل الدليل على أن الإحياء من الثاني يكون سببا للملك- فلا مانع من الالتزام بأن الأرض بالإحياء تنتقل من ملك الأول إلى الثاني، ولا حاجة إلى الالتزام بأن الموت مبطل للملك الأول، كما قيل بضرورة هذا الالتزام لمن يقول بملك الثاني بالإحياء، فإنه مع دلالة الدليل، لا مانع من الالتزام بانتقال المالك بالإحياء.

ولا يستغرب ذلك، ومثله واقع في الشريعة، فإن اللقطة للأشياء الحقة مملكة للملتقط، مع أنها إلى حين الالتقاط هي في ملك المالك الأصلي، وليس بنفس الضياع تنتقل منه، وليس هذا من باب القياس، بل الغرض منه التمثيل لرفع الاستغراب، فتدبر.

قوله **تتجلى**: للمسلمين كافة إجماعا... إلى آخره.

قد تقدم نحو ملكية المسلمين للأرض المفتوحة عنوة بأن تصرف في مصالح المسلمين، فمن كانت في يده قد تقبلها ممن يجب أن يتقبلها منه، يجب عليه أداء خراجها على ما تقبلها، وخراجها هو الذي يصرف في مصالحهم.

وهذا ما لا شبهة فيه، كما لا شبهة في عدم جواز بيعها، ولا نقلها بأي نحو من أنحاء

النقل، لأنها ليست ملكاً لمن هي في يده «ولا بيع إلا في ملك»^(١)، كما تقدم.

وكذلك بيعها تبعاً للآثار، بمعنى أنها تكون جزءاً للمبيع إلا أن يبيع الأولوية، وحق الاختصاص، والاستثمار إذا كان مأذوناً في نقل هذا الحق.

والحاصل أن الأرض المفتوحة عنوة لما كانت ملكاً لجميع المسلمين على النحو الذي ذكرناه، فمقتضى القاعدة أنه لا يجوز لأحد التصرف فيها بنحو من أنحاء التصرف، لحُرمة التصرف في مال الغير.

ولكن الإمام عليه السلام باعتبار كونه ولي المسلمين، فهو الذي يتصرف بها لصرفها في مصالحهم فقط، ولا يجوز لغير ذلك.

فإذا أذن لأحد بالعمل فيها بأجرة يؤديها، فلا يجوز له أن يسلّمها لغيره ببيع حقه فيها ليعمل فيها الغير بالأجرة المفروضة، أو يتصرف فيها التصرفات الأخرى، إلا إذا كان له عموم الإذن، لأن الأصل فيمن استأجر شيئاً لينتفع به المنع من إيجاره لآخر، ومن التصرفات الأخرى، إلا إذا كان مأذوناً بذلك.

فينبغي أن يتكلم هنا في عموم هذا الإذن لبيع الحق، والتصرفات الأخرى في الأرض في زمان الحضور، أو في زمان الغيبة، سواء كان الإذن الإمام عليه السلام أو نائبه - بناء على عموم ولايته - أو السلطان الجائر، بناء على أن الإمام قد أذن لمن يأذن له السلطان.

هكذا ينبغي تحرير النزاع في جواز التصرف: أنه هل هناك إذن عام بجميع التصرفات، حتى التصرف بنقل حق الاختصاص والأولوية إلى الغير، أو أنه لا يجوز التصرف إلا فيما يتعلق باستثمار الأرض من غرس ونحوه؟

(١) المستدرک ١٣: ٢٣٠، حديث ٣ من الباب ١ (مصدر مذكور).

ظاهر عبارة المبسوط التي نقلها المصنف في الكتاب المنع من التصرفات مطلقاً، بناء على أنه هو حكم الأصل.

وهذا صحيح أنه هو حكم الأصل، ولا حاجة إلى حمله على زمان الحضور، وعدم الإذن من الإمام عليه السلام كما صنع ^(١) المصنف.

لكن الكلام في أنه: هل هناك مخرج عن هذا الأصل باستفادة عموم الإذن من الروايات، وقد فصل في الدروس بين حال الحضور، فلا يجوز إلا بإذن من الإمام -وهذا على القاعدة- وبين حال الغيبة فيجوز التصرف؟

قلت: المعروف من ذوق الشارع في الأراضي الخراجية إلا تبقى عاطلة لا يعمل فيها أحد، بل المرغوب فيه له أن يتفع بها العاملون فيها، ويتفع من خراجها المسلمون في مصالحهم العامة، بل المحبوب له أن تعمر جميع أصناف الأرض حتى الموات، لتعم الفائدة، وتقوى شوكة المسلمين.

فإذا أذن الإمام، أو من يقوم مقامه -الذي إذنه من إذن الإمام- لأحد من الناس بالقيام بعمارة الأرض الخراجية، فليس لخصوصية في شخص المأذون، بل إنما هو للمصلحة العامة، التي قد يقوم بها غيره من هو مثله، أو أقوى منه على عمارتها.

فيفهم من ذلك أن الإذن بتعمير الأرض لمن تقبلها لا يختص بشخصه بما هو شخصه الخاص كما يتفق ذلك لمن يؤجر أملاكه الخاصة على شخص معين، بل بما هو يقوم بعمارتها ويقوى عليها.

فإذا أراد هذا المتقبل أن يحول هذا الحق من نفسه الى غيره ممن يقوم بعمارتها بثمن أو بغير ثمن، ليس فيه منافاة للغرض من إذن الإمام.

(١) في الأصل زيادة: من.

ولذا قال الإمام عليه السلام في رواية صفوان التي ذكرها المصنف: «لا بأس يشتري حقه منها، ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها، وأملاً بخراجهم منه»^(١).

فإن المفهوم من الرواية بعد المحاوراة التي في صدرها: أنه لا مانع من بيع الحق ما دام حق المسلمين محفوظاً، وهي دليل على أنه لا يحتاج كل تصرف إلى إذن خاص، ما دام خراج المسلمين مؤمناً محفوظاً.

ويشهد لذلك رواية محمد بن مسلم: «قال: سألته عن ذلك قال: لا بأس بشرائها، فإنها إن كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما تؤدي عنها»^(٢).

وتؤيده صحيحة محمد بن مسلم: «قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى، فقال: ليس به بأس، وقد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على أهل خيبر فخارجهم على أن تترك الأرض في أيديهم ويعملونها ويعمرونها، وأبما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، أو عملوه فهم أحق بها»^(٣).

حيث جعل نفس ثبوت الحق مناطاً لجواز الشراء من أرض اليهود والنصارى، مستدلاً بها بفعل النبي مع أهل خيبر.

وغرض الإمام عليه السلام الاستدلال على ثبوت الحق لليهود والنصارى فيما عمروه من الأرض بفعل النبي عليه السلام، إما بعد ثبوت الحق فيظهر أن من المفروغ عنه عند السائل جواز البيع، وهذا يكشف عن أن من المسلمات عند المسلمين أنه يجوز لمن له حق في شيء من الأرض أن يتصرف، فيبيع حقه منها لغيره، أما باقي

(١) الوسائل ١٥: ١٥٥ حديث ١ من الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو. (مصدر مذكور).

(٢) حديث ٣ من المصدر السابق.

(٣) حديث ٢ من المصدر السابق.

التصرفات الأخرى التي لا تضر بخراج المسلمين، - لا سيما الراجعة لمنفعة القائم على الأرض، كالبناء والغرس - فجوازها بطريق أول، ولا يفرق فيه بين زمان الحضور أو الغيبة.

فالمتحصل من جميع ذلك أن المرجح: هو عموم الإذن في التصرفات التي لا تضر بمصالح خراج المسلمين، سواء كان في زمان الغيبة أو الحضور، وسواء كان الآذن الإمام أو نائبه، أو السلطان الجائز في موقع اعتبار إذنه.

بقي الكلام في أن التصرف ابتداء في الأرض الحراجية، الذي يثبت به حق الاختصاص - بعد تعذر تقبلها من الامام ﷺ وأخذ الإذن في زمن الغيبة منه - على أي شيء يتوقف جوازه؟ على إذن الحاكم نائب الإمام؟ أو السلطان الجائز؟

أو لا يتوقف على شيء؟ أو يفصل بين القائمين على عمارتها، أو بين الأرضين؟ أو لا يجوز أصلاً؟

فيه وجه خمسة، ذكرها المصنف، ورجح ثالثها في عبارته، وهو توقفها على إذن الحاكم نائب الإمام، بناء على ما يختاره من عموم ولاية المجتهد الحاكم، ونيايته عن الإمام، على أن الثابت من الولاية هو اعتباره حاكماً، لا يجوز رد حكمه وما يلحق بذلك، لا ولايته على كل ما يتولاه الإمام.

وأما توقفه على إذن السلطان، فينبغي القطع بعدمه لا سيما فيما لا يقع تحت سلطانه من الأرض، لأنه بعد أن نعتبه ظالماً غاصباً لحقوق الإمام، وتحرم إعانته والزكون إليه بأي شكل من الأشكال، كيف ننيط جواز التصرف بإذنه؟!

وأكثر ما ثبت جواز تقبل الأرض منه وتسليمه الخراج تقية، أو حفظاً لوحدة المسلمين وجامعتهم، لعلمنا أننا مأذونون بذلك، وأين هذا من حرمة التصرف

بدون إذنه واقعا بيننا وبين الله، ولو في أطراف الأرض خارجا عن سلطانه؟! وأما جواز التصرف مطلقا بناء على إباحتهم لشيعتهم، فمن الواضح أن ما أبيح للشيعة هو خصوص ما يرجع إلى ملك الإمام، أما في الأراضي الخراجية التي هي ملك للمسلمين فلم تثبت إباحتهم لها، وإذا أبيح الخراج، فلا يلزم إباحة نفس التصرف في الأرض.

إذا عرفت ذلك فلم يبق إلا أن نقول بعدم جواز التصرف في الأرض الخراجية مطلقا، ذلك التصرف الذي يثبت به حق الاختصاص، ولكن من جهة أخرى نكاد نقطع أنه ليس من مذاق الشارع المقدس، كما سبق، أن تبقى الأرض مهملة بلا عمارة، وبلا استفادة أحد منها، وإذا تعذر تقبلها من الإمام وأخذ الإذن منه، فنحتمل إناطة الإذن برخصة نائب الإمام، أو السلطان، أو شيء آخر.

ومقتضى قاعدة الاحتياط التوقف في التصرف حتى يحصل ما نحتمل دخله في الإذن، أما رخصة السلطان، فنكاد نقطع بعدم التوقف عليها، بخلاف رخصة نائب الإمام فإنه من المحتمل احتمالا قريبا من الواقع دخلها في الإذن، فلا بد أن نقول بدخلها في الإذن، ولكن لا لثبوت عموم ولايته، بل لقاعدة الاحتياط.

وإذا تعذر أخذ الإذن من نائب الإمام، فنحتمل دخل إذن عدول المؤمنين، لما هو معروف نظيره في الشرع من قيامهم مقام نائب الإمام، عند ما يعلم بضرورة تنفيذ شيء يحتاج إلى الإذن مما يتعلق بمصالح المسلمين الدنيوية، ولم يتمكن من أخذ الإذن منه، فقاعدة الاحتياط حينئذ تقتضي أخذ الإذن من عدول المؤمنين، وإذا تعذر ذلك، فيجوز التصرف مطلقا بلا توقيف على شيء هذا ما يقتضيه الحق في المقام، والله ^(١) العالم.

(١) في الأصل: وأنه.

قوله **تَنْتُزِلُ** : لما يظهر من قوله **لِلْمَخَاطَبِ** في بعض أخبار حل الخراج . إلى آخره ^(١).

قوله **تَنْتُزِلُ** : بل يدل عليه استمرار السيرة خلف عن سلف على بيع الأمور المعمولة... إلى آخره.

لم تثبت السيرة على بيع ما هو من أرض الخراج مع عدم تعيين الأراضي الخراجية في العراق، فيجوز أن يكون استمرار التصرف لجهل الأرض المأخوذ منها الطين بكونها خراجية، أو لمعلومية كونها ليست خراجية، والأراضي التي يؤخذ منها الطين للآجر ونحوه غالباً من الأراضي الموات.

وعلى كل حال لا ينبغي التوقف من بيع الآجر ونحوه، لعدم معلومية الأراضي الخراجية بشخصها في العراق، فضلاً عن غير العراق، فتدبر جيداً.

الثاني : اعتبار كون الملك طلاقاً في العوضين

قوله **تَنْتُزِلُ** : والمراد بالطلق تمام السلطنة على الملك... إلى آخره.

إن من الواضح أن وصف الطلق من أوصاف المال المملوك، لا من أوصاف المالك ولا الملكية، ولذا جعلوه من شروط العوضين، فلا وجه لتفسيره بتمام السلطنة على الملك تارة، وبأن يكون المالك مطلق العنان أخرى، الذي يرجع إلى جعله وصفاً للملكية في الأول، ووصفاً للمالك في الثاني، بل المراد به حسب ظاهر كلمة الطلق واشتقاقها، وحسب ظاهر كلمات القوم، كون المال مطلق العنان، بمعنى عدم تعلق لغير المالك فيه، مثل: حق الجناية، وحق الرهانة، فلا مانع إذا من جعله شرطاً مستقلاً، ويتفرع عليه ما ذكر من الفروع، مثل: عدم صحة بيع الوقف، وأم الولد، وما تعلق به حق الرهن، والجناية.

(١) في الأصل يوجد بعد هذا المتن بياض يسع خمسة أسطر تقريباً.

أما اعتبار هذا الشرط فمن القضايا التي قياساتها معها، لأنه إذا تعلق للغير حق مراعى عند الشارع في مال، فلا بد^(١) لا يصح للمالك التصرف به كيف يشاء على وجه ينافي حق صاحب الحق، كالبيع ونحوه رعاية للحق الثابت، وإلا لما كان ذلك الحق مراعى ومعتبرا شرعا، ولهذا يظن أن هذا الشرط منتزع، وليس شرطا مستقلا.

وأما ما ذكره المصنف **تتج** من إرجاع هذا الشرط إلى اشتراط أن يكون متعلق البيع مما يصح للمالك بيعه مستقلا، وهذا لا محصل له، لأن هذا عبارة أخرى عن أنه يشترط في المبيع صحة بيعه، وهذا من رد الصدر على العجز.

ففيه: أن كل شرط يرجع بالآخرة إلى اشتراط صحة الشروط، من باب رجوع الملزوم إلى لازمه، فإن لازم كل شرط في البيع أنه يصح للمالك بيعه معه، على أن اعتبار الطلقة ليس مختصا بخصوص التصرف بالبيع، بل كل تصرف في المال من شأنه منافاة حق الغير في المال، لا يجوز ما لم يكن المال طلقا سالما من حق لغير المالك يمنع من التصرف، مثل التصرف بالهبة، والإجارة، والصلح عليه، والرهن، ونحو ذلك.

قوله **تتج**:- أي قول صاحب المقاييس في تعداد الحقوق المانعة:- وتعارض السبب المملك والمزيل للملك... إلى آخره.

بأن كان الأب حريبا أيضا، فقهره ابنه الحربي على استرقاقه وبيعه فيملكه بالقهر، وإذا ملكه انتعق عليه، لأنه أبوه، فيتعارض السبب المملك والمزيل للملك وهذا يمنع من صحة بيعه، بل من استرقاقه.

في بيع الوقف

قوله **تَنْتَهَى**: لا يجوز بيع الوقف إجماعاً... إلى آخره.

قد استدل على عدم صحة بيع الوقف: بأن حقيقة الوقف هو إيقاف الشيء في محله، وجعله ثابتاً لا يزول، كالإيقاف الخارجي للشيء الخارجي، وتثبيته على نحو لا يزول كالبناء ونحوه، لإنشاء الوقف هو اعتبار هذا المعنى، الذي من تمام معناه الدوام والثبات، فيكون إيقافاً وتثبيتاً وحسباً اعتبارياً، لإنشاء البعث بالصيغة الأصلية، فإنه اعتبار للبعث والتحريك الخارجيين، فإذا أمضى الشارع هذا الاعتبار كان ثابتاً وواقعاً بحكم الشارع حتى يزول بحكم الشارع أيضاً، فلذلك لا يجوز بيع الوقف إلا بإذن من الشارع، لأن جواز البيع مناف لحقيقة الوقف المنشأ الذي أمضاه الشارع.

هكذا ينبغي تقرير هذا الاستدلال الذي نقل عن المرحوم السيد كاظم اليزدي في ملحقات العروة^(١).

فلا يرد عليه ما قيل في تقارير بعض أعاضد مشايخنا **تَنْتَهَى**: في أن مجرد كون المنشأ وقف الشيء لا يقتضي لزومه، وعدم جواز بيعه من الواقف أو الموقوف عليه، فإن الهبة تمليك من المتهب، مع أنه يجوز الرجوع فيه^(٢).

وجه عدم وروده: أن اللزوم والثبات من تمام معنى الوقف، لا أنه معنى زائد على

(١) المدفقات ج ٢: ص ٢٥٢-٢٥٣ (منشورات مكتبة الداوري) قم. دون تاريخ.

(٢) تقارير الميرزا محمد حسين النائيني (بقلم الشيخ موسى الخونساري): منية الطالب ١:

المنشأ، حتى يحتاج لزومه إلى دليل آخر غير دليل الإمضاء، بخلاف الهبة التي معناها التملك مجاناً، فإنه ليس من تمام معناها^(١) الثبات، واللزوم، حتى ينافي معناها جواز الرجوع فيها.

وأما ما أفاده لإصلاح هذا الدليل بعد إيراده، فلا ينهض لإثبات المدعى، فإنه قال: نعم لو انضم إلى ذلك أمران، أحدهما: بالنسبة إلى الواقف، وهو خروج العين عن ملكه، فرجوعها إليه يحتاج إلى الدليل.

وثانيهما: بالنسبة إلى الموقوف عليه، وهو أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فليس لغيره التبديل^(٢) انتهى موضع الحاجة.

لأننا نقول: أما بالنسبة إلى الواقف، فهو مبني على أن الأصل في العقود هو اللزوم. وأما بالنسبة إلى الموقوف عليه، فيتوقف على تمامية دلالة الخبر: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»،^(٣) وهذا الخبر ناقش في دلالاته على المدعى نفس السيد الذي جعل هذا الخبر توجيهها لكلامه.

ووجه المناقشة: أن المنصرف من «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، هي الشروط والقيود التي يعتبرها الواقف، لا لزوم الوقف وعدم جواز بيعه، ولذلك كان جعله دليلاً مستقلاً، كما صنع المصنف رحمته محل إشكال.

قوله رحمته: فإن الظاهر من الوصف كونها صفة. إلى آخره.

(١) في الأصل: معناه.

(٢) المصدر المتقدم ص ٣٤٥.

(٣) الوسائل ١٩: ١٧٥ حديث ١ من الباب ٢ من الوقوف والصدقات (مصدر مذكور).

ذكر المصنف رحمه الله احتمالين لوصف الصدقة بقوله رحمه الله: «لا تباع ولا توهب»^(١):

الأول: إنها صفة لنوع الصدقة، وهذا الاحتمال يتم الاستدلال، ورجحه على الثاني. بيانه: أن الظاهر من توصيف الصدقة بأنها لا تباع ولا توهب، بيان الفصل المقوم لنوع هذه الصدقة، فيكون ذكر الصدقة من قبيل الجنس، ولا تباع ولا توهب من قبيل الفصل لنوع هذه الصدقة، وما ذلك إلا تعبير ثان عن الوقف، فبدل أن يقول: «وقفت داري»، قال: «تصدقت بها صدقة لا تباع ولا توبة»، يعني «جعلت داري من نوع الصدقة الخاصة التي من حقيقتها وشأنها أنها لا تباع ولا توبة»، ومن المعلوم إذا كان المقصود من الوصف بيان حقيقة هذه الصدقة وهي الوقف يتم الاستدلال بهذا الخبر.

وليس غرض المصنف أن «صدقة» مفعول مطلق لبيان النوع، كما توهمه بعضهم، وغرّ هذا البعض ورود كلمة النوع في كلامه، وإنما غرضه النوع الذي هو من الكليات الخمسة، وقد صرح به بعد ذلك، إذ قال: مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً، ولا معنى لأن يراد من الصدقة المفعول المطلق، وهي ليست بمصدر، ولهذا وصفت بأنها لا تباع ولا توهب، وهل يصح وصف المصدر بأنه لا يباع ولا يوهب؟! ثم أي دخل في المقصود إذا جعلنا كلمة صدقة مفعولاً مطلقاً لبيان النوع، وإنما المدار في وصف كلمة صدقة بقوله: «لا تباع ولا توهب»، هل هو من قبيل الفصل لنوع من الصدقة الذي هو الوقف؟

الاحتمال الثاني: أن يكون الوصف وصفاً لشخص هذا الوقف، فيكون شرطاً خارجاً عن حقيقة النوع، وإنما اعتبر في شخص هذا الوقف المحكي عنه، فكون هذه الصدقة لا تباع، لأنه أنشأها واعتبرها كذلك، لا لأن نوع هذه الصدقة ليس

(١) الوسائل ١٩: ١٨٦ حديث ٣ من الباب ٦ من الوقوف والصدقات.

من شأنه وحقيقته البيع، وقد بعد المصنف هذا الاحتمال من ظاهر التوصيف.

وقد ذكر له مبعدين، غير ما ذكره أنه ^(١) من المخالفة للظاهر:

الأول: أنه لو كان هذا الوصف شرطا في شخص هذه الصدقة لاقضى تأخره عن ركن العقد، أعني الموقوف عليه، لأن الأصل في الشرط في العقد أن يتأخر عن أركانه إذ أنه اعتبار فيه زائد على حقيقته، لاسيما أن هذا الشرط على تقدير كونه شرطا إنما هو اشتراط على الموقوف عليهم، ألا يبيعوا ولا يهبوا، فالأولى أن يتأخر في الذكر عن الموقوف عليهم.

الثاني: أن الظاهر من قوله رحمته: «لا يباع ولا يوهب» ^(٢) أنه لا يباع مطلقا، مع أن جواز البيع عند طرو المسوغات ثابت في الشريعة، فيكون اشتراط عدم البيع مطلقا من باب الشرط المحرم حلالا، المخالف للمشروع فيكون فاسدا، بل مفسدا.

وقد أجاب المصنف عن هذا بأن الإطلاق منصرف إلى خصوص البيع لا لعذر، فلا يكون مخالفا للمشروع كانصراف رواية ابن راشد ^(٣).

مضافا إلى أن هذا التقييد بعدم العذر لا بد منه، سواء كانت صفة «لا يباع ولا يوهب» فصلا للنوع أو اشتراطا خارجيا، لأنه لو كانت فصلا، لا بد أن يراد منه عدم جواز البيع في صورة عدم العذر المسوغ.

على أنه على تقدير أن تكون الصفة شرطا خارجيا يمكن إبقاؤها على إطلاقها،

(١) في الأصل كلمة مطموسة قدرناها: (أنه) ويحتمل كونها: (أولا).

(٢) الوسائل ١٩: ١٩٩ حديث ٣ من الباب ١٠ من الوقوف والصدقات، الحديث، طويل، وجملة الشاهد في وسط صفحة ٢٠١.

(٣) الوسائل ١٩: ١٨٥ حديث ١ من الباب ٦ من الوقوف والصدقات.

بخلاف ما إذا كانت فصلا، وذلك عندما يفرض أن الإمام كان عالما بعدم طرو مسوغات البيع في خصوص داره التي وقفها، فيمكن أن يبقى الوصف على إطلاقه ويستغنى عن تقييده على تقدير كونه شرطا، ولا بد من تقييده على تقدير كونه فصلا، لأنه حينئذ لا يختص بشخص هذا الوقف.

هذا حاصل ما أفاده المصنف، ولكن الإنصاف أن يقال: إن جواز البيع عند طرو المسوغات لا يكون من قبيل التقييد، لإطلاق عدم جواز البيع، الثابت للوقف بما هو وبمعنائه الأول، لأن طرو الاعذار من الانقسامات اللاحقة للوقف، فلا يشملها إطلاق أحكام الوقف بما هو في نفسه، كما إذا حكمنا بإباحة شيء من حيث هو مطلقا، ولكنه قد يجب، لانطباق عنوان إطاعة الوالد عليه، فإن دليل وجوب الإطاعة لا يكون مقيدا لدليل إباحة الشيء في نفسه، لأنه ليس شاملا للانقسامات اللاحقة، فلا مانع من إبقاء الصفة على إطلاقها في عدم جواز البيع إذا كانت فصلا للنوع، بخلاف ما لو كانت شرطا خارجيا، فإنها تكون اعتبارا خاصا لشخص هذا الوقف، لا حكما ثابتا للوقف بما هو في نفسه، ودعوى الانصراف حينئذ إلى خصوص البيع لا لعذر، لا منشأ لها.

ومن هنا يظهر أن ما أفاده صاحب المقاسب رحمه الله من التمسك بإطلاق المنع عن البيع، بناء على كون الوصف داخلا في أصل حقيقة الوقف صحيح من ناحية التمسك بالإطلاق، لكن لا على أن يكون إطلاقه شاملا حتى للانقسامات اللاحقة، كما هو غرضه الأصلي، حيث جعل ذلك من جملة الوجوه على بطلان بيع الوقف مطلقا، حتى مع العذر، فانظر كلامه في حجة المانعين عن بيع الوقف مطلقا.

فتحصل من جميع ما ذكرناه: أن أدلة المنع عن بيع الوقف، لا مانع من إبقائها على إطلاقها، وإنما تكون محكمة لأدلة جواز البيع عند طرو المسوغات، بخلاف ما

لو اشترط واقف في وقفه عدم جواز البيع حتى مع طرو المسوّغ، فإنه يكون مخالفا للمشروع، وليس كلام الإمام (عليه السلام) في حكاية وقفه إلا كسائر صور الوقف التي يكتبها الناس في بيان أوقافهم، فلو كان الوصف المذكور شرطا خارجيا لكان مخالفا للمشروع، ولا تكون الأدلة المسوّغة للبيع عند العذر حاكمة عليه، بل هي تكون مخلة في مصبّه، لأن المفروض أنه اعتبار خاص في الوقف الشخصي مع فرض ثبوت جواز البيع عند المسوّغات بدليلها، فلذا يكون هذا الوقف الخاص الذي أطلق فيه عدم جواز البيع مخالفا لهذه الأدلة، لا هي حاكمة عليه^(١).

بخلاف ما لو كان فصلا للنوع، فإنه يكون بيانا لحقيقة الوقف، ويكون من الأدلة على حكم الوقف في نفسه، فتحكم عليه الأدلة المسوّغة للبيع عند العذر.

قوله: ومما ذكرنا ظهر أن المانع من بيع الوقف أمور ثلاثة... إلى آخره.

لم يتضح كيف ظهر مما سبق أن المانع هذه الأمور التي ذكرها، فإن الروايات ليس فيها إشارة، ولا في كلامه عليه السلام ما يقتضي ذلك، وعلى كل ففي ثبوت هذه الحقوق الثلاثة إشكال، فضلا عن كونها مانعة.

أما حق الواقف، فلأن الواقف إنما ملّك الموقوف عليهم على اختلاف البطون على نحو لا يباع، فقد خرج المال الموقوف عن يده وملكه، فأى معنى لبقاء حقه فيه، وكونه صدقة جارية ينتفع بها، فانتفاعه بنفس جعلها صدقة جارية، وعلى تقدير ثبوت هذا الحق، فلا يمنع من بيع الموقوف واستبداله بشيء يكون صدقة جارية، لعله يكون أعود في النفع فيزيد انتفاع الواقف إذا كان نهاء البذل أكثر من أصلا.

وأما حق البطون اللاحقة، فلأن المعدوم لا يمكن أن يثبت له الملك فعلا، كذلك

(١) هذه الفقرة من قوله: «ولا تكون». إلى قوله «هي حاكمة» كتبت على الهامش.

لا يمكن ثبوت الحق له فعلا، وأما جعل الملكية على تقدير انعدام الطبقة السابقة، فهو ملك تقديرى، ولا يقتضي ذلك ثبوت حق لهم فعلا، وعلى تقدير ثبوت الحق فلا يمنع من بيع الموقوف ليستبدل عنه بشيء آخر يعود إلى البطون اللاحقة.

وأما حق الله تعالى، فقد عبر عنه المصنف **تث** بالتعبد الشرعي، وهو خلاف المعهود والمصطلح من كون الحق بمعناه يقابل الحكم، فلا معنى لجعله نفس الحكم، وتسميته حقا على نحو التسامح والتوسع في التعبير، هو معنى آخر أجنبي عما نحن بصدد من كونه حقا لله كسائر الحقوق لا يجوز التعدي عنه.

والحاصل أن اعتبار الشارع للتقرب والتعبد حكم لاحق، على أن كونه مما يعتبر فيه التعبد والتقرب لا يقتضي عدم جواز البيع، فإن المعتبر فيه التقرب هو إنشاء الوقف من الواقف، وهو أجنبي عن جواز بيع الموقوف عليه وعدم جوازه.

نعم الذي يقتضي عدم جواز البيع هو حكم الشارع بعدم الجواز، وهذا واضح عدم كونه حقا، بل لا معنى لكونه حقا بأي معنى يفرض للحق.

قوله **تث**: ثم إن جواز البيع لا ينافي. إلى آخره.

تقدم أن حقيقة الوقف هو إيقاف الشيء وجعله ثابتا، وإنشاء الوقف هو اعتبار هذا المعنى، فإذا أمضى الشارع هذا الاعتبار كان الوقف ثابتا لا يزول، بحكم الشارع، إلى أن يزول بحكمه أيضا. وليس جواز البيع في الحقيقة إلا جعله ممكن الزوال والخروج عن المحل الذي وقف عليه، لا أنه بالجواز يزول عما هو عليه، وهذا يكون كتضعضع البناء الواقف الثابت الذي به يكون ممكن الزوال، فإذا صدر البيع زال عن محله، وإلا فلا معنى لكون الجواز مزيلا له، وإلا فإلى أي محل آخر ينتقل؟!، أفيعود إلى ملك الواقف ولا يقول به أحد؟! والحاصل أن الحكم بجواز البيع هو تخصيص لدليل

الإمضاء، لا إبطال للوقف، وهذا لا ينافي ما قلناه: إن الثبات واللزوم من تمام معنى الوقف، ومن مقتضيات ذاته، فإن ثباته شرعا إنما هو بمقدار ما يدل عليه دليل الإمضاء، فإذا كان دليل الإمضاء مخصصا بدليل جواز البيع، فيكون ثابتا شرعا حتى يحصل المسوغ للبيع.

نعم يبقى شيء، وهو أن بيع البائع للوقف عن نفسه عن المسوغ يتوقف على كونه مملوكا له ملكا مطلقا قبل صدور البيع، لأنه «لا بيع إلا في ملك»^(١)، ولأن حقيقة المبادلة تقتضي ذلك، وإلا كيف يدخل الثمن في ملكه؟!، وعليه فلا يعقل أن يكون سببا لزوال الوقف، وهو يتوقف على زواله.

ولعله إلى هذا نظر صاحب الجواهر^(٢)، وإن كان ظاهر عبارته: أن جواز البيع يتوقف على بطلان الوقف، لا نفس البيع. وهذا الإشكال سار في جملة من الموارد، كتصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بالتصرفات المتوقفة على الملك، وتصرف الواهب فيما وهبه وما إلى ذلك.

ولكن لا يخفى أن جواز بيع الوقف تارة يكون لتبديله بشيء آخر يكون وقفا أيضا، وأخرى يكون عن نفس البائع، فإن كان الأول، فلا يحتاج في صحة البيع إلى انتقاله إلى البائع على أن يكون ملكا طلقا له، بل البائع إنما يكون كالولي أو الوكيل مع فرض بقاء المبيع على ما هو عليه إلى حين صدور البيع، ومعنى بيعه:

تبديله بثمن يكون في مقامه، وحالاً محله، وهو ينتقل إلى محل الثمن، ثم الثمن إذا اشتري به شيئا يكون هذا الثمن الثاني وقفا أيضا وحالاً محل الثمن الأول، وهكذا

(١) الميرزا النوري: مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٠ حديث ٣ من الباب الأول. (مصدر مذكور).

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ٢٢: ٣٦٨ ط. دار

الكتب الإسلامية (طهران) سنة ١٤٠٠ هـ.

الوكيل لو باع شيئا عن الموكل بضمن، ثم اشترى بالضمن شيئا آخر فإن^(١) المضمن الثاني يدخل بنفس العقد في ملك الموكل، ولا حاجة إلى عقد جديد، فالبيع الأول يقتضي دخول الثمن في ملكه، والثاني يقتضي دخول المضمن الثاني في ملكه أيضا.

وعلى هذا القياس ما نحن فيه، فإن وقوع المضمن الثاني وقفا لا يحتاج إلى عقد وقف جديد، ولذا قيل: إن نفس التبديل كاف لوقوف البدل وقفا على حسب ما كان عليه الموقوف الأول، ولا يحتاج إلى عقد وقف جديد.

وإن كان الثاني، وهو ما إذا كان البيع عن نفس البائع، بأن يدخل الثمن في ملكه أو في ملكه وملك شركائه في الوقف، فلا بد من القول بانتقاله قبل البيع إليه حتى يصح بيعه عن نفسه تحقيقا لمفهوم المبادلة التي هي حقيقة البيع، كما تقدم في عقد الفضولي بسط الكلام فيه، ولكن لا يلزم أن يبطل الوقف بنفس حكم الشارع بجواز البيع، بل لابد دفعا للضرورة أن تقدر بقدرها، فيقال: بانتقاله إليه قبل البيع أنا ما، كما نقول في نظائره في سائر المقامات، وقد تقدم معنى ذلك في مبحث المعاطاة، فراجع.

بل على مسلك الشيخ المصنف تتد في وقف الطبقات أنه تملك لطبقة فطبقة، فالتبقة الموجودة هي المالكة فعلا، فتبيع ما هو ملكها، غاية الأمر أن للطبقات اللاحقة حقا في المبيع على ما يراه تتد، ولكن لازم دلالة الدليل على جواز البيع سقوط هذا الحق بحكم الشارع.

قوله تتد: المنع عن البيع ليس مأخوذا في مفهومه... إلى آخره.

تقدم تحقيق مفهوم الوقف أنه إيقاف للشيء وتأنيده اعتبارا، ولازمه المنع عن البيع، فليس المنع مأخوذا في مفهومه، ولكنه لازم مفهومه الذي لا ينفك عنه، وإلى ذلك

(١) في الأصل: فإنه.

يشير كلام صاحب كشف الغطاء المتقدم الذي نقله المصنف، ولكن - كما قلنا في الحاشية السابقة - أن جواز البيع لا يستلزم بطلان الوقف، بل يكون دليلاً مخصصاً لدليل الإمضاء.

قوله **تثني**: إذا عرفت أن مقتضى العمومات... إلى آخره.

ينبغي أولاً تحرير الأصل في الأوقاف الذي قد يختلف باختلافها، فنقول:

الوقف على أنحاء خمسة:

(الأول): ما يكون من نوع تحرير الرقبة، فيكون إخراجاً للشيء عن المالية، وعن المملوكية، نحو تحرير رقبة العبد بعقده، وهذا ما كان من قبيل وقف المشاعر، كالمساجد وأشبابها، وقد يلحق بها مثل الحسينية، وهي المحل الموقوف لإقامة الشعائر الحسينية.

(الثاني): ما يكون من قبيل المباحات، فيجعل كسائر المباحات ينتفع بها كل أحد، كالحانات الموقوفة في منازل الطرق والقناطر ونحوها، فتكون كماء النهر يستقي منه كل أحد، وهذا بحكم الأول من حيث كونه تحريراً.

(الثالث): ما يكون وقفاً عاماً على جهة مخصوصة كالمدارس الموقوفة لسكنى طلاب العلم، وليس في هذا القسم تحرير لرقبة الموقوف، وقد تلحق بهذا القسم الحسينية.

(الرابع): ما يكون وقفاً خاصاً، كوقف الذرية سواء كان مؤبداً أو منقطعاً.

(الخامس): ما يكون وقفاً للوقف كحصير المسجد، وضيائه، ونحوهما فيكون بمنزلة الوقف الخاص لشخص معين، ويكون المسجد بمنزلة الموقوف عليه.

فإن كان الوقف من قبيل الأول، فلما كان من قبيل تحرير الرقبة وخارجاً عن ماليته، فلا يصح بيعه وعوده مملوكاً، لأنه ليس مالاً، ولذا أنه لا تضمن منفعته لو غصبت،

ويلحق به الثاني، لأنه غير مملوك لأحد وإنما يباح به التصرف كسائر المباحات، وهو لا تضمن منفعته أيضا كالأول.

وأما الأقسام الثلاثة الباقية، فوزانها واحد من كون الوقف فيها مملوكا للموقوف عليه، سواء كان الجهة كما في الثالث، أو الأشخاص كما في الرابع، أو الوقف كما في الخامس، ولما كان الموقوف فيها باقيا على ماليته لم تسلب، فالوقف جار على العين بما لها من المالية، فالمالية أيضا موقوفة تبعا للعين، فإذا ذهبت الجهة المقصودة من وقف العين، فالأصل يقتضي جواز تبديل العين احتفاظا بالمالية وتحصيلا للجهة المقصودة من الوقف، فيجوز بيعها واستبدالها بعين محصلة لتلك الجهة المقصودة، ولذا نقول: إن البديل يكون وقفا كالأصل بلا حاجة إلى صيغة وقف جديدة.

ومنه يتضح أن مقتضى الأصل في الأمر الرابع - وهو وقف البطون - أنه إذا بيعت العين الموقوفة لعروض المجوز لا تكون ملكا لخصوص البطن الحاضر، بل يرجع البديل موقوفا كالمبدل، ولكن نقل عن الشرائع^(١) أن دية العبد الموقوف تكون لخصوص البطن الحاضر، والتفرقة بينها وبين الثمن لا تخلو عن إشكال.

اللهم إلا أن يقال: إن الدية من قبيل المنافع للعين، لأنها غرامة تعبدية، وعلى ما تقدم لا فرق بين وقف أرض المسجد وآلات بنائه من الأخشاب والآجر ونحوها، فإن أصل الأرض من باب التحرير، فلا يجوز بيعها، والآلات من باب التملك فيجوز، وإن وقع وقفهما في صيغة واحدة، لاختلاف حقيقتها، فيختلف حكم الوقف بالنسبة إلى كل جزء من الموقوف بالوقف الواحد.

فروع:

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧٣ (مصدر مذكور).

الأول: لو اشترى بضمن الوقف الذي جاز بيعه لطرو مسوغ بدلا عنه، فهل هذا البدل - بعد فرض كونه وقفا - له حكم عدم جواز البيع كالأصل الا لطرو المسوغات؟

وجهان، والأقوى هو الثاني، لأن تبعية البدل للأصل في الوقفية إنما هي في المالية المحفوظة لا في خصوصية العين، فإن خصوصية العين لم تجر عليها صيغة الوقف، فإذا كان في التبديل مصلحة، فمقتضى ولاية الولي جواز استدلالها بعين أخرى، والموقوف الذي بقي موقوفا وتابعا لوقف الأصل وهو المالية على حاله محفوظ في البدل وبدل البدل، على أن عدم جواز البيع حكم شرعي دل عليه الدليل، لا مما أنشأه الواقف فيقتصر فيه على القدر المتيقن، وهو العين التي جرت عليها صيغة الوقف لعدم معلومية شمول دليله للبدل.

ومن هذا الباب ما لو اشترى الولي من منافع الوقف كدكان المسجد والمدرسة شيئا كالخصير للمسجد أو المدرسة، ونحو ذلك، فيجوز للولي بيعه وتبديله إذا رأى المصلحة في ذلك من دون طرو المسوغات، لأن العين المشتراة لم تجر عليها صيغة الوقف أيضا، لأن وقفها تابع لوقف ثمنها الذي هو من منافع الوقف الأصلي.

الثاني: لو أئجر بضمن العين الموقوفة للبطون بعد بيعها، فهل يختص ربحها بالبطن الحاضر، أو يكون تابعا للثمن؟ يمكن أن يقال: إن هذا الريح من قبيل منافع الأصل الموقوف، فيختص بالبطن الحاضر، ولكن التحقيق أن قياسه على المنافع والنماءات التي لها وجود.^(١)

(١) الى هنا ما عثرنا عليه من (بيع الوقف).

بيع أم الولد

قوله **تَنْتُزِلُ**: **وقل من يشتري أم ولدي... إلى آخره.**

ولا يخفى ما في هذه العبارة من الحديث الشريف ^(١) من الإنكار على هذا السائل، وأن كونها أم ولده مانع عن بيعها بالبداهة، بحيث يدركه كل أحد، ولا يخفى ما فيه أيضا من الإشعار بعلية الحكم في نسبة ولدها إليه، فكأن كونها أم ولده جعل لها زيادة علاقة به، وتشبث بالحرية، فلا ينبغي، بل ولا يصح بيعها حيث جعل استهجان بيعها بقوله «قل» الذي ليس الأمر فيه على حقيقته، بل للإنكار لأجل كونها أم ولده والحاصل أن عدول الإمام عن أن يقول: أم ولد إلى إضافته إلى نفس أب الولد، كما أن فيه دلالة على أنه من المستكرات في ذلك العصر، كذلك فيه دلالة وإشعار بأنه بديهي الاستهجان في نفسه مع قطع النظر عن معروفة الحكم في نفسه عند الناس، وأن نفس كونها أم ولده كاف في المنع عن بيعها.

ومن هنا يظهر للمتأمل أن الرواية مطلقة بالنسبة إلى كون المالك حيا أو ميتا، وإن اختص موردها بالحي، لذلك الإشعار المتقدم بالعية، وأن الاستيلاد حق لأم الولد مانع عن البيع، فافهم وتذكر هذا المعنى لعله ينفعك فيما يأتي.

قوله **تَنْتُزِلُ**: **الغير المستعقب بالعتق... إلى آخره.**

حيث إن التصرف الناقل للمستعقب للعتق، كنقلها إلى من تنعتق عليه بمجرد الملك،

(١) الوسائل ٢٠: ٤٠٧، حديث ١ من الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

سيأتي الكلام فيه من أنه لا مانع من نقلها كذلك بجميع وجوه النقل.

قوله **تَنْتُزِلُ**: أو مستلزم للنقل كالرهن.

الرهن مثال لما يستلزم النقل، فإن المرهون في معرض الانتقال، ويستلزم النقل إذا لم يؤد الدائن ما عليه.

قوله **[تَنْتُزِلُ]**: منها جعل أم ولد ملكا غير طلق... إلى آخره.

فإن جعلهم أم الولد ملكا غير طلق - كما جعلوا الوقف كذلك والرهن - دليل على المنع عن كل تصرف ناقل أو مستلزم للنقل، لأن الشيء إنما يكون ملكا غير طلق إذا كان ممنوع النقل بجميع أنواعه.

وأما إذا كان لا يجوز بيعه فقط، ويجوز الصلح وهبته فهو طلق، ولا يخرج عن الطلعية بمجرد ذلك، حيث إن معنى كون الشيء ملكا طلقا، أنه تام الملكية ومستقل به المالك، ومجرد كون بيعه ممنوعا لا يخرج عن كونه تام الملكية، ومستقلا به المالك، ألا ترى أن الملك المجهول لا يجوز بيعه لمكان الجهل، وهو باقي على طلعيته لمكان جواز هبته، والصلح عليه، وغير ذلك.

قوله: إن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة... إلى آخره.

وجه الاستشهاد بهذا: أن الفسخ نوع من النواقل.

قوله **تَنْتُزِلُ**: ثم إن عموم المنع لكل ناقل... إلى آخره.

لا يخفى ما في عبارة المصنف من المسامحة من العطف بـ «ثم»، فإن ما بعدها ليس أمرا آخر غير ما قبلها، مع أن جزمه بنسبته إلى عموم المسلمين مسامحة أخرى، وقد أخذه، كما ذكره أولا، استظهارا من عبائهم، مع اعترافه ظاهرا بعدم النص في كلماتهم

على هذا العموم، مضافاً إلى نقله لمخالفة أحد سادة مشايخه فتأمل.

قوله **تَنْتُزِلُ**: لأصالة بقاء... إلى آخره.

وهي استصحاب المنع، لأن البيع كان ممنوعاً بوجود الولد الصليبي، وقد يقال: إن هذا الاستصحاب من القسم الثالث من استصحاب الكلي، لأن المنع من جهة الولد الصليبي قد ارتفع قطعاً، والمنع من جهة ولد الولد مشكوك الحدوث، ولم يكن له حالة سابقة، فتدبر.

قوله **تَنْتُزِلُ**: ولصدق الاسم... إلى آخره.

أي اسم أم الولد حيث يطلق الولد على ولد الولد، ولا يخفى أن إطلاقه عليه إنما هو مجاز وصدق على غير الحقيقة، لأن نسبة الإيلاد له بواسطة في العروض.

قوله **تَنْتُزِلُ**: وتغليباً للحرية... إلى آخره.

لا يخفى إنما يغلب جانب الحرية على تقديره، إنما هو في مورد وجد مناطه في باب المزاحمة، لإثباته حتى في مورد تردد الشيء بين كونه حراماً أو لا، وفي مثله، إما أن يرجع إلى البراءة في التكاليف، أو إلى القواعد المقررة في مثل المقام، كقاعدة السلطنة. والحاصل أن القول الأول ينبغي أن يقطع بعدمه^(١).

وأما التفصيل بين ما لو كان ولد الولد وارثاً حيث تصل النوبة إليه بعدم وجود ما يمنعه من الإرث من الطبقة الأولى، وبين ما لو كان غير وارث لوجود أحد الطبقة السابقة، فيجوز البيع في الثاني ولا يجوز في الأول، لأن مناط المنع في الولد الصليبي، وهو كون أمه برئاءة أن تعتق موجود في ولد ولدها الوارث لجدّه، ولكن لا يخفى هذا لو كان

(١) هذه الفقرة - من قوله: «لا يخفى» إلى قوله «يقطع بعدمه» - مضروب عليها بالقلم.

الدليل على المنع من البيع هو ذلك، وهو رجاء العتق.

وأما لو كان المنع من جهة دلالة الأخبار عليه، فاستفادة هذه العلة محل إشكال، بل محل منع، كما اعترف به المصنف، فالأقوى هو الوجه الثاني، وهو عدم المنع مطلقاً، سواء كان وارثاً أو لا.

قوله **تَنْتَهَى**: فيتحقق بالمساحقة... إلى آخره.

حيث تقع المساحقة بين هذه الأمة وبين زوجة مولاهما، أو أمته الأخرى، فينتقل الماء الذي حملته الثانية من المولى إلى الأولى بالمساحقة، فيكون هذا الماء ماءه، والولد ولده.

قوله **تَنْتَهَى**: فإن المتبادر من أم الولد... إلى آخره.

حيث إن هذا الاستعمال ليس بمعناه اللغوي، بل لأجل التقسيم وتنصيف الجواري بها هي جوار، والولد الذي ولدته منه قبل أن يملكها ليس من حالتها بها أنها مملوكة له وجاريته.

قوله **تَنْتَهَى**: والعلة المذكورة غير مطردة، ولا منعكسة... إلى آخره.

أما أنها غير مطردة، فكما في موارد الاستثناء، فإن أم الولد - كما سيأتي - يجوز بيعها في ثمن رقبتها، مع أن العلة فيها موجودة، وهي كونها في معرض الانعتاق.

وأما أنها غير منعكسة، فكما في وقف الجارية، ورهنها، فإنه فيها لا يجوز بيعها مع عدم وجود العلة، إذ ليست حينئذ في معرض الانعتاق.

قوله **تَنْتَهَى**: كلية مستفادة من الأخبار... إلى آخره.

والعمدة في استفادة هذه الكلية إطلاق ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم،

وقد أشرنا إليه.

وأما باقي الأخبار، كرواية محمد بن مارد^(١)، وصحيحة عمر بن يزيد^(٢)، فاستفادة الكلية منها محل تأمل، لاختصاص الأولى في حياة المولى، والثانية في مماته، وسيأتي التعارض بينهما.

نعم يمكن التمسك بإطلاقها في بعض الصور.

قوله **تَنْتُزَعُ**: وهو غير ثابت... إلى آخره.

أي ما حكى عن السيد، فإن النسبة إليه لم تثبت صحتها.

قوله **تَنْتُزَعُ**: بناء على حملها على أنها قد تعرض... إلى آخره.

أي بحمل «تباع وتورث» على التقليل، بأن تكون القضية مهمة، وإلا فحملة على إطلاقه - وأنه يصح بيعها مطلقا - مناف لما تقدم ويأتي من الأخبار.

الذي^(٣) قلنا هو الذي ينطبق [عليه] كلام المصنف، فلا استصحاب لجواز البيع بضمن الرقبة حتى يدفع بحكومة قاعدة المنع، كما لا استصحاب، للمنع حال الاستيلاء، كما أفاده **تَنْتُزَعُ**: مضافا إلى أن العلم بجواز بيعها قد انتقض بيقين مثله حين الاستيلاء، للقطع بعدم جواز البيع مطلقا.

وإن كان العجز حاصلًا قبل الاستيلاء ارتفع حين الاستيلاء، ثم حدث، وهي الصورة الرابعة، فربما يقال: بجريان استصحاب جواز بيعها بضمن رقبتها، وعدم جريان ما يعارضه، وهو استصحاب المنع حين الاستيلاء.

(١) الوسائل ٢١: ٢٠١، حديث ١ من باب ٨٥ من أبواب نكاح العبد والإماء.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٧٨، حديث ١ من باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) كذا.

ولعله كلام المصنف ناظر الى هذه الصورة، أما استصحاب جواز بيعها بثلثي رقبته، فلأنه قبل الاستيلاء كان العجز حاصلًا، فيتصور بيعها بثلثي رقبته جائزًا، ولم ينتقض اليقين بيقين مثله، فإنه وإن كان حين الاستيلاء، وقد ارتفع العجز، لا يجوز بيعها، ولكن المنع إنما هو عن بيعها لا في الدين، إذ لا عجز، فجواز البيع بثلثي الرقبة لم ينتقض باليقين بالمنع عنه.

وأما عدم جريان استصحاب المنع حين الاستيلاء فقد تقدم بيانه، ولكن جريان استصحاب الجواز محل إشكال، فإنه وإن لم نتيقن بالمنع عن بيعها بثلثي رقبته، إذ لا عجز حتى يتصور البيع بثلثي الرقبة، ولكن حكم الجواز نقطع بعدمه من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وبعبارة أخرى: إنه لم يتصل زمن اليقين بزمن الشك.

قوله **تتعلل**: أن يقال: برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد... إلى آخره.

إذ لا تكون رواية ابن مارد شاملة بإطلاقها لمحل النزاع، وهو بيعها بثلثي رقبته، حال الحياة، لظهور البدء في عدم الاضطرار والعجز، بخلاف رواية عمر بن يزيد فلا تعارض بينهما، وتكون رواية عمر بن يزيد دالة على جواز بيعها بثلثي رقبته حال الحياة.

قوله: **والمسألة محل إشكال... إلى آخره.**

حيث إن رواية عمر بن يزيد أيضا غير ظاهرة في شمولها لمحل النزاع، لظهور قوله: «تباع في الدين»^(١) في كون البائع غير المولى فيما بعد الموت، فيرجع إلى قاعدة المنع.

(١) الوسائل ١٨: ٢٧٨، حديث ٢ من باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

قوله **تَنْتُزِلُ** : وما ذكرناه يظهر أنه لو كان نفس أم الولد... إلى آخره.

لأن العجز إنما رفع المانع من بيعها من جهة الاستيلاء، أما المانع من وجوب بيعها من جهة الاحتياج إليها، فالعجز لا يرفعه، فلو فرض أنها لم تكن أم ولد، وكانت محتاجة إليها في الخدمة لما وجب بيعها بثمن رقبتها.

قوله **تَنْتُزِلُ** : بل ربما تأمل فيما قبله، فتأمل... إلى آخره.

وذلك لأن قوله **﴿﴾** في صحيحة عمر بن يزيد الأولى: «فأولدها ولم يؤد ثمنها» ظاهر في عدم تأدية ثمنها إلى الذي اشترت منه.

ومن المعلوم أن الثمن الذي استدانه من الغير واشترى به الجارية يصدق عليه أنه قد آذاه إلى البائع.

وفيه أنه وإن كان الأمر في هذه الرواية كذلك، لكنه لا دلالة لها على نفي ما عده، إذ لا مفهوم لها، وقوله: «أيما رجل» إلى آخره، ليست بقضية شرطية حتى يكون لها مفهوم، كما ربما يتخيل، مع أن قوله **﴿﴾** في صحيحة عمر بن يزيد الثانية: «نعم في ثمن رقبتها». شامل لهذا الفرض بظهوره، لصدق ثمن الرقبة على الثمن الذي استدانه واشتراها به، ولعله إلى هذا أشار بقوله: (فتأمل).

قوله **تَنْتُزِلُ** : نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها... إلى آخره.

رعاية لحق الاستيلاء، وجمعاً بينه وبين حق الدائن.

قوله **تَنْتُزِلُ** : ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجوز للمولى... إلى آخره.

لعدم تحقق العجز بعد، أو لأن المستفاد من الروايات أن في الاستيلاء حقاً يجب مراعاته، إلا أن يكون هناك حق أولى منه يقدم عليه، وقبل حلول الأجل لم يكن للدائن

حق منجز على المدين حتى يكون مقدما على حق الاستيلاد، فحق الاستيلاد حينئذ باق على حاله يجب مراعاته.

قوله: وفي اشتراط مطالبة البائع... إلى آخره.
الوجه في هذه المسألة ثلاثة:

الأول: أن جواز بيع أم الولد بثمن رقبتهامشروط بمطالبة الدائن، فلو لم يطالب لا يجوز بيعها كذلك.

الثاني: أنه يجوز بيعها كذلك مطلقا، سواء كان مطالبا أو لا، وعلى الثاني سواء كان راضيا بالتأخير بحيث يتمتع عن التسلم أم لا، بأن كان راضيا بالتأخير ولا يتمتع عن التسلم، أو لم يعلم برضاه بالتأخير ولا بإرادته للتعجيل، بل كان ساكتا.

وعلى كل حال، فيكتفى في جواز البيع باستحقاقه لماله، ولو امتنع عن التسلم، ضرورة أن امتناعه عن التسلم لا يسقط حقه.

الثالث: أنه يجوز بيعها إذا لم يظهر منه الرضا بالتأخير، ولم يسقط حق الحلول، سواء كان مطالبا أو غير مطالب، فلو كان راضيا بالتأخير لا يجوز بيعها، بل يجوز تأخيرها، ولا يخفى ما في عبارة المصنف من المسامحة من وجهين:

أحدهما: جعل الشق المقابل للرضا بالتأخير وإسقاط حق الحلول، هو عدم المطالبة، وكان ينبغي جعله هو عدم ظهور الرضا، وعدم إسقاطه لحق الحلول حتى يشمل صورة المطالبة وعدمها.

هذا وما ذكره المصنف ^{تتأ} من كون الوجه الأول هو الأحوط، محل تأمل، فإنه إنما يكون عدم البيع هو الأحوط إذا كان الدائن راضيا بالتأخير، واما مع عدم ظهور

رضاه وعدم مطالبته فيقع التزام بين الحقين، حق الدائن وحق الاستيلاد، والدين يجب أدائه إذا لم يعلم رضا الدائن بالتأخير، فكيف يكون تقديم حق الاستيلاد هو الأحوط؟! ومنه يظهر أن الأحوط هو الوجه الثالث.

قوله **تتعلل**: ففي وجوب القبول نظر... إلى آخره.

أما عدم وجوبه فمن جهة الإطلاق، ولأن وجوب إبقائها وعدم نقلها بالبيع مشروط بارتفاع العجز وعدم القدرة على الوفاء، فيكون رفع العجز كمقدمة وجوب. ومن المعلوم أن مقدمة الوجوب لا يجب تحصيلها، فلا يجب قبول المال من المتبرع لرفع العجز.

نعم لو بذل المال بحيث لا يحتاج إلى القبول، فإنه لا يجوز رده حيثئذ، ويجب عليه إبقاؤها، لأنه بمجرد البذل يرتفع العجز، كبذل الزاد والراحلة للحج، فإنه يجب بمجرد البذل، لعدم الاحتياج إلى القبول حيثئذ، فتحصل الاستطاعة بمجرد البذل، بخلاف ما لو وهبه ما لا يكفي للزاد والراحلة، فإنه لا يجب عليه القبول، فلا يجب الحج، لأنه بمجرد الهبة لا تحصل الاستطاعة ما لم يحصل القبول، ولا يجب تحصيل الاستطاعة. وكذا هنا، فإنه لو سلمه المال من دون بذل لا يحتاج إلى القبول، لا يرتفع العجز، ولا يجب عليه رفع العجز، ولذا لم يوجبوا على المولى السعي في تحصيل الدين لرفع العجز، وأما وجوب القبول، فلأن في القبول جمعاً بين الحقين.

قوله **تتعلل**: ففي وجوب تقديم الأول... إلى آخره.

يرجع الأول بالاحتياط، فإن بيعها على من تنعتق عليه أو بشرط العتق، جمع بين حق الدائن، وحق الاستيلاد في الجملة، بخلاف الثاني، ويرجع الثاني بإطلاق الأدلة.

قوله **تَحْتَ**: ولو امتنع المولى عن أداء الثمن... إلى آخره.

هذا الفرع الرابع عشر من الفروع التي ذكرها المصنف.

وحاصله: أن امتناع المولى من غير عذر عن أداء ثمن رقبة أم الولد، هل حكمه

حكم الإعواز أم لا؟

وعلى الأول: حيث أن الفرض امتناع المولى عن الأداء، فلا معنى للحكم بجواز

البيع، كما في صورة الإعواز، لأنه بفرض إرادته للبيع يخرج عن الامتناع، ومعه لا يجوز بيعها.

والحاصل أن المولى يحرم عليه بيعها، فلا يعقل اشتراط ذلك بعدم الامتناع، فيكون

جائزا عند الامتناع، وإلا للزم انقلاب المحرم مباحا، لأنه يكون مشروطا حينئذ بإرادته.

فلا بد أن يراد من كون حكم امتناعه حكم إعوازه، أنه يجوز للبائع أن يبيعها هو

ويأخذ ماله من ثمنها مقاصة مطلقا، أو بإذن الحاكم حيث إن الحاكم ولي الممتنع.

ووجهه: أن المستفاد من الأخبار أن الوجه في جواز بيعها بثمان رقبته في

صورة الإعواز هو تقديم حق الدائن على حق الاستيلاء، حتى لا تغدر حقوق

الدائن، ومن المعلوم أن هذا المناط موجود في المقام، فيلزم تقديم حق الدائن على

حق الاستيلاء، فيجوز للدائن بيعها بثمان رقبته مقاصة.

وفيه أن حقيقة المقاصة أن ينزل المقاص منزلة، فحيث يمتنع يكون بمحله وبدلا

عنه لامتناعه، والمفروض أن المولى بنفسه لا يجوز له بيع أم ولده من دون العجز، فكيف

يحل البائع محله في بيع أم الولد حينئذ؟! وترجيح حق الديان على حق الاستيلاء على

تقدير استفادته من الأخبار، وأنه هو المناط، فإنما هو بالنسبة لمن عليه الحق وهو المولى،

لأنها حقان عليه فيتزاحمان في التأثير بالحكم الوضعي أو التكليفي، وأما بالنسبة إلى

الدائن، فأحد الحقين له لا عليه، والثاني لا له ولا عليه، بل لأم الولد وعلى المولى، فكيف يتزاحم الحقان بالنسبة إليه حتى يقدم أحدهما على الآخر؟!

غاية الأمر أن من له الحق يجوز له استنجاز حقه ممن عليه، لكن بشرط أن يكون الغير - وهو من عليه الحق - له حق في الشيء الذي يستنجزه منه، حتى يكون بمنزله.

أما الشيء الذي لا تصرف للغير فيه، كيف يستنجز من له الحق حقه من ذلك الشيء؟! نعم لو تعلق حقه بعين أم الولد لا في ذمة مولاهما أمكن فرض ذلك، ولكن في المقام لم يتعلق حق البائع في غير أم الولد.

فتحصل أن الحق عدم جواز بيع أم الولد في هذه الصورة، لا مع إذن الحاكم ولا بدونها.

وأما الوجوه التي ذكرها المصنف توجيهها لعدم جواز بيعها، فمفتور فيها كما أفاده تقيّد:

أما الأول: فإن المنع وإن كان لحق أم الولد، فنفس امتناع المولى لا يسقط حقها، إلا أن الفرض أن للديان حقاً مقدماً على حقها.

وأما الثاني: فإنه حتى نص الفتاوي لا يكون دليلاً على المنع، فكيف يكون ظهورها دليلاً؟! فإن ذلك لا يجعله أكثر من أن يكون مشهوراً، والشهرة غير معتبرة قطعاً، على أن تكون دليلاً برأسها.

وأما الثالث: فإن تغليب جانب الحرية وإن كانت قاعدة مسلمة، لكن في غير المقام، وذلك فيما إذا تحرر بعض المملوك أو كان أحد أبويه حرّاً على شروط، على أنه هنا لا حرية لأم الولد من جميع الوجوه، وإنما هي متوقعة الحرية.

قوله **تتخذ**: وفي إلحاق الشرط المذكور في متن العقد... إلى آخره.

لا يخفى أن شرط الإنفاق مثلاً تارة يكون من البائع على المشتري، بأن ينفق المشتري على البائع، وأخرى يكون من المشتري على البائع، وفرض الكلام في الصورة الأولى في أنه لو تعذر الإنفاق المشروط في ضمن العقد على بيع الجارية التي صارت أم ولد، هل يلحق ذلك بتعذر نفس الثمن، فتباع فيه، أم لا؟

وجهان: ومبنى الوجه الأول: أن للشرط قسطاً من الثمن بمعنى أنه إن كان من المشتري على البائع، فيكون في مقابلة جزء من الثمن، فيكون بمنزلة جزء من الثمن، وإن كان من البائع على المشتري - كما هو محل الكلام - يكون في مقابلة جزء من الثمن، فيكون بمنزلة جزء الثمن، وقد تقدم أنه إذا تعذر جزء الثمن يجوز بيع أم الولد، كما لو تعذر جميع الثمن، وحيث تعذر هذا الشرط فكأنها تعذر جزء الثمن.

ومبنى الوجه الثاني: أن الشرط ليس في مقابل جزء الثمن، ولا في مقابل جزء من الثمن أبداً، كما عليه المحققون كالأوصاف عدا وصف الصحة، كما يراه الشيخ **تتخذ**، بل إنها الشرط دخيل في زيادة قيمة الثمن أو نقيصته، وهو خارج عن الثمن والمثمن، فإن كان من المشتري على البائع أوجب زيادة القيمة، وإن كان بالعكس أوجب نقيصتها، كما في محل الكلام، فليس هو إلا واسطة في الثبوت لزيادة القيمة أو نقيصتها، وليس في مقابل المثمن إلا الثمن المسمى، والشرط خارج عنهما أبداً، فلا يكون بمنزلة الجزء من الثمن حتى يجوز بيع أم الولد مع العجز عنه.

قوله **تتخذ**: وعلى العدم لو فسخ البائع... إلى آخره.

أي على تقدير الوجه الثاني - وهو عدم جواز بيع أم الولد - لو تعذر الشرط، فإنه على هذا التقدير حيث يتعذر الشرط ولا هناك شيء يقوم مقامه يكون للبائع خيار

الفسخ، فلو فسخ البائع، فهل تسترد بالفسخ أو لا؟

الظاهر أنها تسترد، لأنه إما أن لا يمنع الاستيلاء من الاسترداد، لعدم دخول الفسخ في العقود الناقلة التي منع منها في أم الولد، أو لعدم معلومية شمول دليل المنع لمثل هذا النقل.

وإما أن يمنع الاستيلاء من الاسترداد، لشمول دليل المنع لمثل الفسخ، فإن كان الأول فلا إشكال في الاسترداد.

وإن كان الثاني: فإنه جمع بين حق الاستيلاء المانع من الاسترداد، وبين الحكم بالفسخ لا بد أن ينتقل إلى قيمة، أم الولد، ولكن الفرض فرض إعسار المولى، فهو لا يستطيع أداء القيمة، وحينئذ يجوز له بيعها لأداء قيمتها، لأن القيمة حينئذ تكون ثمن رقبته، وإذا جاز بيعها بالقيمة، فلا مانع من استردادها، لأن المانع هو عدم جواز نقلها، والمفروض أنه جاز لأداء القيمة، فليكن الاسترداد جائزاً من رأس.

فالقول بعدم جواز استردادها بنفسه يقتضي جوازه، فلا بد أن يكون جائزاً من أول الأمر.

قوله **تتج**: ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمين... إلى آخره.

فإن قوله **تتج**: «لا» في الرواية الأولى جوابه عن قول السائل: «فيمن فيما سوى ذلك من دين» بمنطوقه - بملاحظة السؤال - دال على أنه لا يجوز بيعها في سائر الديون ما عدا ثمن الرقبة.

وقوله **تتج**: «نعم في ثمن رقبته» في الثانية. ^(١) جوابه عن قول السائل: «تباع في

(١) يوجد مقدار كلمة مطموس.

الدين» بمفهومه - بملاحظة السؤال - أيضا دال على أنه لا يجوز بيعها في سائر الديون ما عدا ثمن رقبته، لأن تخصيص الإمام عليه السلام الجواز في خصوص بيعها بثمن رقبته، مع أن السؤال عام، له دلالة مفهومية ظاهرة على عدم جوازه في ما سوى ذلك من الديون.

قوله **تَنْتَهَى**: «وإن كان لها ولد، وليس على الميت دين»... إلى آخره.

الاستشهاد في هذه المقطوعة بهذه الفقرة المذكورة، حيث إنها دالة بعموم مفهومها، أنه لو كان على الميت دين فهي ليست للولد، أي أنها يجوز بيعها.

قوله **تَنْتَهَى**: وعن نكاح المسالك أن الأقوى... إلى آخره.

لا يخفى أن ما نقل عن المسالك يوافق المشهور القائلين بالمنع من جهة، ويخالفهم من جهة أخرى.

أما موافقته لهم فهو من جهة المنع عن البيع مع استغراق الدين وعدمه، كما هو واضح.

وأما مخالفتهم، فمن جهة حكمه بلزوم أداء قيمة النصيب من مال الولد، مع أن ظاهر القائلين بالمنع من البيع وانعتاقها على ولدها، أنها تنعق بمقدار نصيبه منها مجانا.

قوله **تَنْتَهَى**: وربما ينتصر للمبسوط... إلى آخره.

هذا الانتصار لصاحب المقاييس رحمه الله، ولا يخفى أن هذه الوجوه الأربعة الآتية، منها ما هو رد على صاحب المسالك من جهة موافقته للمشهور في المنع ومخالفته للمبسوط، ومنها ما هو رد عليه من الجهة الثانية، وهي حكمه بأداء قيمة النصيب.

وهذه الجهة كما خالف فيها المبسوط، خالف المشهور أيضا، كما عرفت، فلا يكون انتصارا للمبسوط خاصة في الرد عليها، فجعل هذه الوجوه الأربعة كلها انتصارا

للمبسوط محل إيهام، ولكن الأمر سهل.

قوله **تَنْقُذُ** : أولا بأن المستفاد مما دل على انها... إلى آخره.

هذا رد على المسالك من الجهة الثانية، وحاصله: أن المستفاد من الدليل الدال على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه للنصيب، وأن ذلك يكون مجانا بعد أن يكون ضامنا له، فلا يقوم عليه، لكن يؤدّيه من ماله، فلو فرض استغراق الدين للتركة، وأنها مع ذلك تعتق من نصيب ولدها، كما لو لم يكن دين، فالديانة إنما تستحق من دينها فيما سوى نصيبه من ماله.

نعم لو كان نصيبه من جميع التركة لا يفي بقيمة أمه، فقد وقع الكلام في أن باقي الحصص، هل تقوم على الولد أو أن أمه تستسعى بها؟

قوله **تَنْقُذُ** : وثانيا- بأن النصيب الذي... إلى آخره.

هذا الوجه الثاني رد على المسالك من الجهة الأولى فيكون انتصارا للمبسوط.

وحاصله: أن الدين إذا استغرق التركة، وإن كان ينتقل إلى الورثة، لاستحالة بقاء المال بلا مالك، حيث إن حق الديان لا يتعلق بعين التركة قطعا، فلا بد أن تكون التركة في ملك الورثة، غاية الأمر أن الورثة تمنع من التصرف بالمال كالمحجور عليه، إذ تكون التركة بمنزلة ذمة الميت في تعلق استحقاق الديان، ولكن المنصرف من النصيب الذي ينسب إلى الوارث هو النصيب الذي هو غير ممنوع التصرف به، المستقر الثابت، وهو الفاضل من التركة بعد أداء الدين، فإذا دل الدليل على أن أم الولد تعتق من نصيب ولدها، يراد منه هذا النصيب بالمعنى الثاني، لا النصيب الذي يحكم به تفصيا عن بقاء الملك بلا مالك.

قوله **تَنْتُزِعُ** : وثالثا- إن ما ادعاه من الانعتاق... إلى آخره.

وهذا الوجه أيضا رد على المسالك من الجهة الأولى، وحاصله: أنه لو سلم أن النصيب يطلق على هذا المعنى من النصيب، ولكن الملك الذي به تعتق أم الولد على ولدها لا يراد منه إلا الملك المطلق، فإنه المنصرف من إطلاق الملك في الأخبار وكلام الأصحاب، وأما الملك غير المطلق فلم يدل دليل عليه، ولم ينص عليه الأصحاب.

وبعبارة أخرى: إنه وإن دلت الأخبار على وجوب أداء الدين، وأن الديانة يتعلق حقه بالتركة، لكن بشرط أن لا يعارضه حق آخر، كالوقف بالنسبة إلى حق الديان.

قوله **تَنْتُزِعُ** : ورابعا- أنه يلزمه على كلامه... إلى آخره.

هذا الوجه رد على المسالك من الجهة الثانية كالأول، وقد قيل: إنه لا محصل لهذا الوجه، ولكن الإنصاف خلافه.

وحاصله: أن لازم كلام المسالك، أنه لو كان نصيب الولد من التركة ما يساوي قيمة أمه، للزم تقويم ذلك عليه مطلقا سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، وعلى التقدير الثاني يقوم عليه، سواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون ونحوها، وهو الذي لم يتعلق به حق الديان وغيره يساوي قيمة أمه أم لا، فهنا ثلاثة فروض:

الأول: أن يستغرق الدين التركة، وحينئذ لا يكون للولد نصيب ثابت في التركة، لأن حق الديان مقدم على الورثة، ولكنه له نصيب بالتركة غير ثابت، لاستحالة بقاء الملك بلا مالك، وعلى كلام المسالك أن أم الولد تعتق عليه من نصيبه، ويؤدي هو ثمنها إلى الدائن من ماله، والمشهور يقولون: أنه تعتق عليه مجانا من نصيبه من أمه خاصة. والباقي يقوم عليه أو تستسعى هي به، ويؤدي إلى الديان، وهذا الفرض لا كلام به هنا، وقد تقدم فيه الكلام في الوجه الأول.

الثاني: أن لا يستغرق الدين التركة، ويكون نصيب الولد الثابت من باقي التركة، بعد أداء الدين يساوي قيمة أمه، كما لو لم يكن هناك دين أصلاً، وكان نصيبه من مجموع التركة يساوي قيمة أمه، فعلى كلام المسالك أنه بعد أن تنتقم أمه تقوّم عليه، فبمقدار نصيبه من أمه خاصة يسقط عنه، والباقي من نصيبه في باقي التركة ما عدا أمه يبقى حقه فيه بالعين، وأما الباقي من أمه ما عدا نصيبه فيكون ضامناً له، ويجب أن يؤدي قيمته إلى الورثة، لأنه هو نصيب باقي الورثة من أمه، فإن شاء أدى قيمته من نصيبه الآخر في باقي التركة، وإن شاء أدى قيمته من ماله.

وهذا هو الذي لم يقله أحد من الأصحاب، وذلك لأنهم يقولون: إن نصيبه رأساً ينحصر في أمه من مجموع التركة، ولا يبقى ضامناً لما يزيد على نصيبه من أمه خاصة، ولا يتعلق له حق بعين التركة الباقية أصلاً، إذا لم يزد نصيبه من مجموع التركة على أمه، بل ينحصر نصيب الورثة من مجموع التركة فيما عدا أمه، ولبس للولد مشاركة الورثة فيما عدا أمه من التركة، على أن يؤدي للورثة قيمة الباقي من أمه ما عدا نصيبه منها، لأنه في الحقيقة بالنسبة إلى باقي التركة ما عدا أمه لا نصيب له منه، وكأنه ليس هو بوارث أصلاً بالنسبة إلى الباقي.

الثالث: أن لا يستغرق الدين التركة، ويكون نصيب الولد الثاني من باقي التركة بعد أداء الدين لا يساوي قيمة أمه، أي بأن يكون أقل منها. ومقتضى كلامه أن تقوّم عليه جميعها، ويؤدي قيمة ما زاد على نصيبه منها إلى الورثة، ويلحق الورثة في نصيبه مما عدا أمه.

وفيه أيضاً المخالفة للأصحاب كالثاني وأما أن لازم كلامه على هذا الفرض، والسابق مما يقطع ببطلانه، فلعدم تحقق سبب الضمان من الولد، وإنما الانعتاق حكم

شرعي قهري، فلا وجه لضمانه.

هذا كله إذا كان نصيب الولد من أصل التركة يساوي قيمة أمه، أما إذا كان نصيبه من أصلها لا يساوي قيمتها، بأن كان ثلثها أو ربعها، وهكذا، فالتفصيل السابق آت فيه من حيث كون الدين يستغرق التركة أو لا يستغرقها، فإنه لو كان مستغرقا للتركة على كلامه ^{تتأكد} يؤدي جميع قيمة أمه للديان، حتى الزائد على نصيبه من مجموع التركة، وعلى عدم الاستغراق يسقط من قيمة أمه عنه مقدار نصيبه منها، ويطلب بالباقي، وهذا أيضا لا يقوله الأصحاب كالفرضين السابقين.

قوله: ويمكن دفع الأول، بأن المستفاد... إلى آخره.

حاصله أن ما ذكره المنتصر من أن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها، أنها تعتق مجانا غير مسلم، بل غاية الأمر أنها دلت على أنها تعتق من نصيبه، ولو مع استغراق الدين، لا أنه مجان، فمع عدم استغراق الدين لا بد أن يكون ذلك مجانا، إذ لا حق فيها حيثئذ يعارض ذلك، بخلافه مع استغراق الدين، فلا ينافي انعاقها من نصيب ولدها وجوب أداء قيمتها من ماله إلى الديان في صورة استغراق الدين.

والحاصل أن مقتضى الجمع بين دليل انعاقها، وبين الدليل الدال على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان، أن أم الولد تنعتق من نصيب ولدها، ويجب أداء قيمتها لها من مال الولد، أو أنها تسعى به.

وذلك لأن الديان لا يتعلق حقهم ^(١) بعين التركة، بمعنى أنه يكون مالكا لها، بل إنها تتعلق بقيمة العين بانتقال حقهم من ذمة الميت إلى ماله الذي خلفه، والورثة لهم أن يوفوا حق الديان من غير التركة، والامتناع عن أداء مقابلها، كما أن لهم الامتناع عن أداء

(١) في الأصل: حقه.

العين، وإعطاء قيمتها له.

ولكن ذلك غير جار في أم الولد، للنهي عن بيعها، فلا يجوز للديان أخذها عن الدين حيث يتمتع الوارث عن أداء قيمتها، كما لا يجوز لولدها دفعها للديان وفاء له.

وحينئذ فإما أن يسقط حق الديان بالنسبة إلى قيمتها، وهذا غير صحيح للنهي الدال على بقاء حق الديان في التركة، فلا يجوز رفع اليد عن الدليل، وإما أن لا يسقط حق الديان وهو المتعين، وحينئذ بعد بطلان تعلقه بعينها، فإما أن يتعلق حقه بقيمتها، على أن يدفعه الولد من ماله أو تستسعى هي به، وإما أن يتعلق حقه بمنافعها، كتعلق حق الديان بمنافع أم ولد المفلس، فإنه إذا فلس مولاهما، وكانت أم ولد، فحق الديان حينئذ يتعلق بمنافعها، فتؤجر بمدة تفي بحق الديان.

فاتضح إلى هنا أن اعتناق أم الولد مع استغراق الدين لا يكون مجانا، بل يدور الأمر في الحقيقة بين أدائه قيمتها من مال الولد أو باستسعائها، وبين أداء منافعها بأجرها.

قوله **تتعلّق**: وبين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته فتسعى فيها... إلى آخره. كان الأولى في التعبير إسقاط صدر العبارة وهي قوله: «و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها»، لأنه تكرير لما سبق، ولأن هذا الوجه مع سابقه جعلها وجهاً واحداً، حيث قال فيها سيأتي: فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، وأراد بهما تعلق حق الديان بقيمتها مطلقاً، سواء كان على من يتلف في ملكه وهو الولد، أو على رقبته، وتعلق حقه بمنافعها، بل حق العبارة أن يقول: «أو على رقبته» إلى آخره، فتدبر.

قوله **تتعلّق**: ومما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني... إلى آخره.

بيانه: أنه بعد ما تقدم أن أم الولد منهى عن بيعها، وأن حق الديان لا يتعلق بعينها،

بل إما أن يتعلق بقيمتها أو بمنافعها، فلم تكن كسائر التركة مع استغراق الدين، حيث لا يكون نصيب الوارث منها ثابتاً، بل تكون من النصيب الثابت، كما لو لم يكن دين، ويستقر نصيب الوارث عليها، إذ لم يكن حق الإرث مزاحماً بحق الديان، لعدم تعلقه بعينها، على أن يكون له أخذها عند امتناع الوارث.

وكذلك يظهر الجواب عن الثالث، فإنه وإن كان من المسلم أن انعقاد أم الولد لا يحصل إلا بملك طلق غير مزاحم بحق آخر، إلا أن أم الولد - كما عرفت - ملكها للوارث غير مزاحم بحق الديان، فهو ملك طلق، ولا ينبغي أن يقاس بالوقف الذي هو ملك للسابق ولللاحق من البطون، فليس خالصاً للسابق حتى تنعقد عليه لو كان أم ولد، بخلافها في استغراق الدين إذا لم تكن الديانة لها حق في نفس العين على سبيل الملكية، غاية الأمر إنها دل الدليل على أن حق الديانة لا يسقط بانعقاد أم الولد، فتدبر.

قوله **تَنْتُزِعُ** : وأما ما ذكره رابعاً فهو... إلى آخره.

حاصله: أن ما ذكره في الوجه الرابع حق إذا جزمنا بوجوب أداء قيمتها على الولد من ماله، كما يقول صاحب المسالك، ولكن إذا قلنا باستسعائها، فلا موقع لهذا الإيراد بالكلية كما هو واضح، فلا يكون انتصاراً للشيخ، إذ لا يثبت به جواز بيع أم الولد مع الاستغراق، وإنما يكون صرف إبطال لما ذهب إليه صاحب المسالك، وبالاتزام باستسعائها يتم المطلوب.

قوله **تَنْتُزِعُ** : فالضابط حيثئذ أنه ينعقد... إلى آخره.

حاصل هذا الضابط: أن الولد بانعقاد أمه [يصبح]^(١) ضامناً لشيء، فإن كان مالكا لنصيبه وغير ضامن لأداء دين على أبيه يقابل نصيبه أو بعضه فذاك، ويكون انعقادها من

(١) في صورة الأصل بياض بمقدار كلمة.

نصيبه.

وإن كان مالكا له وكان ضامنا لأداء ما يقابله جميعه من الدين، كما لو استغرق الدين، أو كان ضامنا لأداء ما يقابل بعضه من الدين، كما لو لم يستغرق الدين، فإنه وإن كان تنعتق أمة، إلا أن ما يقابل نصيبه أو بعضه من الدين يكون في رقة أمه، وتستسعى به.

فمع صورة الاستغراق يكون جميع قيمتها في رقتها، ومع عدمها يكون بعض قيمتها الذي يقابل الدين خاصة في رقتها، والباقي يكون من نصيب ولدها، فالولد لا تنعتق عليه أمه من نصيبه إلا إذا لم يكن ضامنا.

قوله **تَنْتَقِ**: من نصيبه... إلى آخره.

متعلق بقوله: «ينعتق» أي أنه ينعتق على الولد من نصيبه ما لم يتعقبه ضمان، ولا يخفى حينئذ ما في العبارة من الإيهام، والصحيح في تفسيرها ما ذكرناه سابقا.

قوله **تَنْتَقِ**: ومما ذكرنا يظهر أيضا... إلى آخره.

أي مما تقدم من الضابط، والكلام فيما لو كان لغير ولدها نصيب فيها مع استغراق الدين، فإنه بعد أن تقدم أن الولد غير ضامن للديان، وبطريق أولى عدم ضمان غيره من الورثة، ولا إشكال بانعتاق أم الولد وعدم سقوط حق المالك، فلا يملك الوارث الآخر نصيبه منها مجانا، فلا بد أن تستسعى هي في أداء ما يقابل نصيب غير ولدها من الدين، أو أن الولد يضمن على القول الآخر، فاما أن الوارث الآخر هو يؤدي ما يقابل نصيبه من الدين إلى الديان فتنتعق عليه، وتسعى له لا للديان، أو يكون ولدها هو الضامن، وإما أن يخلي الوارث بينها وبين الديان، إذ لا يجوز إعطاؤها

للديان. ^(١) دينه كسائر التركة، فتنعتق عليهم، وتضمن أو يضمن ولدها على القول الآخر.

قوله **تَنْتَقُ**: وأما حرمان... إلى آخره.

أي بأن تنعتق مع استغراق الدين، ويسقط حق الديان عن العين والقيمة في مقابلة جميع الأقوال المتقدمة، بأن يرثها الورثة، كما لو لم يكن دين أصلاً فتنعتق، وغير ولدها يأخذ قيمة حصته منها من ولدها أو منها، ولا يصرفه في الدين، وهو مخالف للأدلة الدالة على ثبوت حق الديان، مع عدم اقتضاء الدليل الناهي عن بيعها لسقوط حق الديان، لإمكان الجمع كما تقدم.

قوله **تَنْتَقُ**: ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد... إلى آخره.

المقصود من البعض هو صاحب المقاييس الذي تقدم إيراداته الأربعة على المسالك.

قوله **تَنْتَقُ**: بشرط عدم كفاية... إلى آخره.

إذ مع كفاية بعضها يقتصر على مقام الضرورة، فإنه في الباقي لا تعارض بين حق الاستيلاء وحق الميت في الكفن.

قوله **تَنْتَقُ**: بل اللازم ذلك أيضاً... إلى آخره.

أي أن حق الميت في الكفن يقدم على حق الاستيلاء حتى مع القول بأن جواز بيعها مخصوص في صورة بيعها بثمن رقبته لا للأولوية، لعدم تسليم تقديم حق الميت على حق الدائن في ثمن رقبته، لما سيأتي من المصنف - في قوله: اللهم إلا أن. إلى آخره - من التعارض ظاهراً بين دليل جواز بيعها بثمن رقبته الشامل لصورة

(١) يوجد بياض بمقدار كلمة في صورة الأصل.

الحاجة إلى الكفن وغيرها، وبين دليل تقديم حق الميت في الكفن على الدين، سواء كان دين ثمن رقبتها أو غيره، وأن ذكر أن الدليل الثاني حاكم على الأول، فيتقدم حق الميت على الدين.

والغرض أن الأولوية ليست بواضحة، فلا بد من الرجوع على كل حال إلى الدليل الدال على جواز بيع أم الولد في ثمن رقبتها مع وجود ما يقابل الكفن من المال، فيعلم منه أن حق الميت مقدم على حق الاستيلاء، وإلا لوجب إعطاء ما يقابل الكفن إلى الديان، وترك بيع أم الولد.

قوله **تَنْتَهَكُ**: وتوضيحه أنه إذا كان... إلى آخره.

أي توضيح النظر، ومرجع هذا النظر إلى عدم التعارض بين حق الديان وحق الميت، وإنما التعارض بين حق الميت وحق الاستيلاء، وحق الميت مقدم، فلا فرق حينئذ بين أن يكون هناك حق للديان أو لم يكن، بعد أن كان التعارض بين حق الاستيلاء وحق الميت على كل حال، وتقديم حق الميت في صورة وجود الدين، فيعلم تقديمه هنا أيضا.

قوله **تَنْتَهَكُ**: اللهم إلا أن يقال... إلى آخره.

حاصله أن دليل بيع أم الولد في ثمن رقبتها الشامل لصورتي وجود حق الميت وعدمه، معارض لدليل تقديم الكفن على الدين الشامل لصورتي وجود دين ثمن رقبتها وعدمه، ويكون تعارضهما في صورة وجود دين ثمن رقبتها مع وجود حق الميت في الكفن، فالدليل الأول يقتضي بيعها في ثمن رقبتها، ويعطى للدائن، وليس للكفن شيء.

والدليل الثاني يقتضي تقديم الكفن على الدين، ولو كان ثمن رقبتها، فما كان للدين يكون للكفن.

ولكن دليل تقديم الكفن على الدين حاكم على دليل بيعها في ثمن رقبته، لدلالته على أن الدين بذاته مؤخر عن الكفن، وحق الميت مسقط للدين، مع حفظ عموم دليل تقديم الدين على حق الاستيلاء، فإذا سقط حق الاستيلاء بدين ثمن الرقبة بمقتضى الدليل [الأول] وسقط حق الدائن بحق الميت بمقتضى الدليل الثاني، لا محالة يكون مقتضاه تقديم حق الميت على حق الاستيلاء لفرض حياة حقه في ظرف انعدام حق الاستيلاء، وسقوطه بحق الدائن.

فيخصص حينئذ دليل جواز صرفها في ثمنها بما إذا لم يكن هناك حق للميت ولم يحتج الميت إلى الكفن، وعدم احتياجه تارة بنفسه حيث يكون له كفن موجود، وأخرى بواسطة غيره حيث يبذل باذل للكفن، فيسقط حق الميت قهراً ويحى حق الدائن، أو يخصص الدليل بما إذا كان للميت ما يقابل الكفن من المال، وذلك في صورة احتياجه إلى الكفن، فإنه وإن احتاج إلى الكفن إلا أن وجود ما يقابله يرفع معارضة حق الميت مع حق الدائن، فيتقدم حق الدائن على حق الاستيلاء بلا معارض.

وأما في صورة احتياجه إلى الكفن ولم يكن عنده ما يقابله، فيكون خارجاً عن عموم دليل جواز صرفها في ثمنها.

فاتضح أن تقديم حق الميت لمكان سقوط حق الاستيلاء بحق الديان الساقط بحق الميت، فلو لم يكن هناك دين - كما هو محل الكلام - فلا يكون حق الاستيلاء ساقطاً بحق آخر ساقط بحق الميت، حتى يقدم حق الميت على حق الاستيلاء، وكما كان هناك فلا بد حينئذ من إقامة الدليل على تقديم حق الميت، إذ غاية ما ثبت أنه في صورة وجود الدين أن حق الاستيلاء منعدم بحق الديان في حال حياة حق الميت، لا لمكان تقديم حق الميت على حق الاستيلاء من حيث هو، حتى يسري الحكم إلى مورد الكلام.

فقاعدة المنع عن بيع أم الولد في المقام غير ثابت تخصيصها.

وأما قاعدة تعلق حق الكفن بهال الميت، فإنه لا تصلح لأن تكون مخصصة لقاعدة المنع، حيث إن الظاهر أن تلك القاعدة مختصة بها إذا لم يكن حق سابق في المال مانع من التصرف به، ولذا لا يجوز إخراج الكفن من الوقف الخاص، فتدبر، والاستيلاء من ذلك الحق السابق.

قوله **تتجئ**: ولو فرض تعارض الحقين... إلى آخره.

أي حق الاستيلاء وحق الكفن، فإنه يرجع إلى استصحاب فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن، لأنه كان بيعها فاسدا بالضرورة، فيشك بعد الموت لوجود حق الكفن.

ولكن يمكن أن يقال بعدم جريان هذا الاستصحاب، لاختلاف الموضوع، فإن موضوع المنع قبل الحاجة هو مطلق بيعها، وموضوعه بعدها هو بيعها في الكفن، كما تقدم نظيره في صورة طرو العجز، فلا يجري الاستصحاب، ولعله **تتجئ** أشار إلى هذا بقوله: (فتأمل).

قوله **تتجئ**: وأخذ الأجرة قبل العمل... إلى آخره.

لأنه لو أخذت الأجرة بعد العمل للزم تعطيل الميت عن الدفن، فجمعاً بين حق الميت وحق الاستيلاء أنها توجد نفسها، وتأخذ الأجرة قبل العمل.

قوله **تتجئ**: إما إلى الحرية أو الرقية الخالصة... إلى آخره.

لأنه إما أن تنعتق من نصيب ولدها إذا لم يكن حق للديان، أو أنها تباع بثمن رقبته مع وجود الحق، فلا يتصور أنها بعد موت المولى أنها تبقى رقبته متزلزلة.

قوله **تَنْتُزُّ**: والحاصل: أن المستفاد بالضرورة من النص... إلى آخره.

حاصله: أن الذي دل عليه الدليل هو المنع عن النقل بالاختيار لمصالح نفسه، أما الانتقال القهري لوجود حق للغير يتعلق بعين أم الولد فغير مشمول للأدلة.

قوله **تَنْتُزُّ**: فإن كانت الجناية خطأ، فالمشهور... إلى آخره.

لا إشكال أنه إذا جنى المملوك غير أم الولد خطأ على غير المالك أن المالك مخير بين أن يدفع المملوك جميعه إلى المجني عليه أو بعضه على قدر الجناية، وبين أن يفديه.

واختلف في الفداء - على تقدير اختيار المالك له -:

فعن المشهور: أنه يكفي في الفداء أقل الأمرين من قيمتها وقيمة تقدير الجناية، وهي الأرض.

والقول الآخر: أنه يتعين الأرض، وهو قيمة الجناية، سواء كانت تزيد على قيمة المملوك أو تنقص.

وأما أم الولد، فقد اختلف فيها على أقوال أربعة:

أحدها: إلحاقها بسائر المالك من التخيير بين الدفع والفداء، كما عن المشهور.

ثانيها: إن جنايتها تتعلق برءها، كما عن الخلاف والسرائر واستيلاد المبسوط، بمعنى أنه يتعين دفعها.

ثالثها: إنه يتعين الفداء، كما نسب إلى ديات المبسوط نفى الخلف عنه، وهو مخالف لما في استيلاده، لأنه فيه نفى الخلاف عن تعلق الجناية برقبته.

ورابعها: إن جنايتها تتعلق في ذمتها، كما نسب إلى أبي ثور، فتتبع بعد العتق، ولا يجب على المولى قبله لا دفعها ولا فداؤها.

قوله **تَنْتُزِلُ** : وربما يوجه بإرادة نفى الخلاف بين العامة... إلى آخره.
بقريئة استثناء خلاف أبي ثور الذي هو من العامة.

قوله **تَنْتُزِلُ** : والأظهر أن المراد... إلى آخره.

هذا بيان لجمع آخر بين كلامي المبسوط في الاستيلاء والديات، وحاصله:

أنه ليس المراد من كلامه في الديات من أن جنايتها على سيدها، أنه يتعين الفداء، كما فهم ذلك، بل المراد أن خسارته من كيسه، سواء كان بدفعها أو بفدائها في قبال من يقول: إن جنايتها تتعلق بذمتها، فلا يكون ناظرا إلى جهة تعيين الفداء أو الدفع، بل يكون مطلقا من هذه.

قوله **تَنْتُزِلُ** : السيوري.

وهو المقداد رحمه الله.

قوله **تَنْتُزِلُ** : فمندفع بها لا يخفى... إلى آخره.

أما الأول، فلأن حدوث الأثر الجديد، إن كان بحدوث استرقاق آخر، حتى يكون الاستقلال الجديد في التصرف حادثا بحدوثه، فلازمة اجتماع المثليين، وإن كان حدوث هذا الأثر بنفسه لا باسترقاق آخر، فلا دليل عليه، إذ الجناية إنما دل الدليل على استرقاق الجاني بها أو القتل، أما شيء آخر فيحتاج إلى الدليل، فإذا امتنع الاسترقاق تعين الثاني.
وأما الثاني: فلأنه بعد أن كان الاسترقاق محالا، للزوم تحصيل الحاصل، أو اجتماع المثليين، لا يعقل أن يكون مشمولا للدليل، فلا بد من تخصيص الدليل على تقدير عمومته بحكم العقل تخصيصا لبا.

وأما الثالث: فأولا- بأن عد مناسبة التخفيف بالمنع من التصرف للجاني عمدا

صرف استحسان، لا يجعل دليلاً على الحكم.

وثانياً- بأن المنع من التصرف في أم الولد لم يكن علته التخفيف عليها حتى أنه بالجناية العمدية ترتفع العلة، بل العلة ما تقدمت من كونها في معرض الانعتاق، أو غير ذلك التي لا تزول بالجناية.

الثالث: من شروط العوضين القدرة على التسليم

قوله **تثني**: أما كون ما نحن فيه غرراً، فهو الظاهر من كلمات... إلى آخره.

الذي يريد أن يستفيده المصنف **تثني** من الكلمات التي سينقلها، أمران:

الأول- أن المراد من الغرر هو الخطر لا الخديعة.

والثاني- أن الغرر يشمل مثل المبيع الممتنع تحصيله، غير المقدور تسليمه، كما هو محل الكلام، فلذلك يلزم النظر في الكلمات، وملاحظة الجهتين.

قوله **تثني**: وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر... إلى آخره.

لا يخفى أن تفسير ما عن النهاية الغرر بهالة ظاهر يغري المشتري، وباطن مجهول لا يناسب الخطر، بل يناسب الخديعة، بل هو معنى الخديعة، كما أنه لا يشمل ممتنع التحصيل غير المقدور تسليمه، فما ذكره المصنف- فيما سيأتي- من عدم منافاة ما في عن النهاية لهذا التفسير لم يظهر بالتأمل.

الهم إلا أن يقال: ليس المراد بأن له ظاهراً يغري المشتري أن المشتري يعلم من ظاهره أنه ممكن تحصيله وأنه لا عيب فيه، فيحمل على معنى الغفلة والخديعة، بل المراد^(١).

(١) إلى هنا ينتهي ما بأيدينا من الأوراق المتضمنة لتعليقة الشيخ المظفر رحمه الله على قسم البيع من كتاب المتاجر.

القسم الثاني

حاشية الخيارات

كتاب الخيارات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وعليه نتوكل، وبه نستعين.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، واللعنة على أعدائهم أجمعين^(١).

قوله **تَتَذَكَّرُ**: الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار... إلى آخره.

كما نقل عن جملة من كتب اللغة المعتبرة، وقد ينقل عن بعضهم: أنَّ الخيار بمعنى الاختيار فيكون مصدرا.

والفرق بين المصدر واسم المصدر: أن المصدر ما دلَّ على الحدوث والتجدد، واسم المصدر ما دلَّ على نفس الحدث الموجود بما له من الوجود الخاص به، كسائر الموجودات، مع قطع النظر عن انتسابه إلى فاعله، كما كان كذلك في المصدر، كما أوضحنا ذلك في أول البيع، فراجع.

وعليه، فلا يبعد صحة ما هو المنقول عن جماعة من أهل اللغة من كونه اسم مصدر، لأنَّ الخيار ليس هو عبارة عن إيجاد الخيرة، بل هو عبارة عن نفس المعنى الذي يوجد

(١) أرخ المصنف رحمه الله حاشيته هذه بيوم ٢٧ شوال ١٣٥٢ هـ.

المختار باختباره، فيقال لمن اختار: أعمل الخيار، كما هو المتعارف مثل هذا الإطلاق في لسان الفقهاء.

وليس معنى الخيار عندهم إلا ما هو المعنى عند أهل اللغة، وليس الفرق إلا بالإطلاق والتقييد، وإن كان قد يطلق الخيار على نفس حق الخيار، وحق الخيار غير الخيار بالضرورة، وسيأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

قوله **تَبَيَّنَ**: غلب في كلمات جماعة من المتأخرين... إلى آخره.

قد أشرنا في الحاشية السابقة أن للخيار في لسان الفقهاء - بل الاخبار - إطلاقين:

أحدهما: إطلاقه بما له من المعنى اللغوي، وهو اسم المصدر من الاختيار، لكن إنما يستعملونه في بعض مصاديق المعنى اللغوي، وهو الخيار في البيع مثلاً.

وثانيهما: إطلاقه على ^(١) نفس الحق وملك الخيار، فيكون الاختلاف بين الإطلاق الأول والمعنى اللغوي بالإطلاق والتقييد، بخلاف الثاني، فإن الاختلاف بالتباين، للمباينة بين الحق والملك وبين المتعلق لهما.

والإطلاق الأول شائع، كما في قوله **ﷺ**: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ^(٢)، وقوله **ﷺ**: «الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام» ^(٣).

فجعل الخيار مملوكاً للمشتري في الأخير، لدخول لام الملك، ولا معنى لأن يراد منه الحق.

والإطلاق الثاني هو المتعارف في لسان الفقهاء رحمهم الله، وربما استعمل في بعض

(١) في الأصل: عن.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣. (مصدر مذكور).

(٣) المصدر المتقدم، باب ٣، حديث ٩، ص ١٢.

الروايات.

والمقصود في المقام تعريف المعنى الثاني، أعني حق الخيار، وهو المقصود من كلام المصنف: (غلب في كلمات جماعة من المتأخرين)، لا المعنى الأول.

والظاهر أنه بالمعنى الأول ليس فيه نقل عن المعنى اللغوي، إذ ليس الاختلاف - كما سمعت - إلا بالإطلاق والتقيد، فلعله استعمل اللفظ بما له من المعنى اللغوي في بعض مصاديقه، كما ربما يرشد إليه ما نقل عن بعض أهل اللغة، وعلى كل حال فالأمر سهل.

قوله **تتجئ**: فيدخل ملك الفسخ... إلى آخره.

أي فيدخل في التعريف ملك فسخ العقد في العقود الجائزة، وعقد الفضيولي إلى آخر الأمثلة التي ذكرها المصنف **تتجئ**.

وهذا إيراد على التعريف بعدم كونه مانعا، لأن ملك الفسخ في هذه الأمور لا يسمى خيارا، لأنه ليس بحق، بل حكم، مع أنه يصدق عليه ملك الفسخ، ولكنه **تتجئ**، أجب بعد ذلك بقوله: ولعل التعبير بالملك للتنبيه. إلى آخره.

وتوضيح ما أفاده **تتجئ**: أن الملك تارة يطلق ويراد منه مطلق القدرة والسلطنة الحاصلة من الحكم الشرعي أو من الأمور الوضعية.

وأخرى يطلق ويراد منه المعنى الوضعي المجعول أو الانتزاعي على رأي، المنشأ ذلك بمثل عقد البيع والإجارة، وأمثال ذلك.

فإن أريد من الملك المعنى الأول دخلت هذه الأمور في التعريف، فلا يكون مانعا.

وأما لو أريد منه المعنى الثاني، كما هو المتعارف إطلاقه في لسان الفقهاء، فتخرج

هذه الأمور، لأن السلطنة فيها على الفسخ حكم شرعي، لا حكم وضعي، بخلاف الخيار، لأنه حق، وفرق بين الحكم والحق، فإنَّ الحقَّ مرتبة من مراتب^(١) الملكية ضعيفة، كما هو المعروف في لسان المتأخرين.

لكن يبقى شيء أنَّ الملكية إنَّما تتعلق بالأعيان أو المنافع، لأنَّها اعتبار مقولة الجدة كما هو الحق، وحق الخيار هو ملك الخيار، أو ملك الفسخ، كما في التعريف، والفسخ ليس عينا ولا منفعة، فلا معنى لإطلاق الملكية عليه بهذا المعنى، إلَّا أنَّه قد عرفت أنَّ الحق عندهم مرتبة ضعيفة من مراتب الملكية.

ومعنى ذلك أنه أمر وضعي مجعول يشبه الملكية، وضعفه باعتبار عدم تعلقه بالعين أو المنفعة، فصح إطلاق الملك عليه، ولذلك قال المصنف: (و لعلَّ التعبير بالملك، للتنبيه على أنَّ الخيار من الحقوق).

ومنشأ ذلك أنَّ لفظ الملك ظاهر بالمعنى الثاني في كلمات الفقهاء، ولا يبعد أن يكون هو المراد من التعريف، ولذلك كان تنبيهها على أنَّ الخيار من الحقوق، كما هو واضح لمن تدبر^(٢).

والمهم في المقام بيان الفرق الحقيقي بين الخيار وبين الرذ في العقود الجائزة، وفي عقد الفضولي، وسائر الأمور التي ذكرها المصنف، وعليه يتبين فهم التعريف المذكور حقَّ الفهم.

فنقول: قد ذكر العلماء وأطبقوا عليه^(٣) أنَّ كلَّ عقد تدخله الإقالة يدخله الخيار

(١) في الأصل: مراتبه.

(٢) في الأصل «تدبر».

(٣) كذا.

وبالعكس، فكل عقد لا تدخله الإقالة لا يدخله الخيار.

فالوقف والنكاح حيث لا تدخلهما الإقالة لا يدخلهما الخيار، وذكروا أنَّ الخيار يقبل النقل والإسقاط ويورث، فيستكشف من ذلك ^(١) أنَّ الخيار حق من الحقوق.

وحقيقة معنى ذلك أنه أمر بيد العاقد وتحت سلطنته، ومن لوازم ذلك القدرة على نقله وإسقاطه، فيكون له التصرف فيه على النحو الذي يناسبه، فيخالف الحكم، لأنَّ الحكم أمر بيد الحاكم، فليس لغيره التصرف، ولا يزول إلا بارتفاع موضوعه أو برفع الحاكم له، إذ لا حكم لأحد في سلطانه، بخلاف ما لم يكن من خواص الشارع وأحكامه كالحقوق والملكية الاصطلاحية، فإنَّ من له هذه الأمور له أن يتصرف بالتصرفات التي تناسبها، لأنها داخلة تحت سلطانه بجعل الشارع له هذا السلطان، واستكشاف هذا المعنى غالباً يكون بطريق الآن، كما قلنا في الخيار، فإنه يستكشف كونه حقاً من قبوله للنقل والإسقاط، ومن إجماعهم عليه أنَّ كل ما تدخله الإقالة يدخله الخيار وبالعكس.

فيعلم من هذا البيان أن الخيار يخالف مثل جواز الرد في العقود الجائزة، وجواز فسخ عقد النكاح في هذه الأمور التي ذكرها المصنف ^(٢)، لأنَّ مثل هذه الأمور من قبيل الأحكام، لعدم قبولها للنقل والتوريث والسقوط بالإسقاط.

ومناط كون الشيء حكماً هو هذا، وبذلك يفترق عن الحق، وليس عندنا للحق معنى آخر غير ما تترتب عليه الآثار، فما لا تترتب عليه هذه الأمور، فليس بحق.

ولا يصغى إلى ما قد يقال: إنَّ بعض الحقوق ربَّما لا تثبت لها هذه الآثار، أعني قبول النقل والسقوط والتوريث، فلا يستكشف من عدم ترتب هذه الأمور أنه ليس بحق، بل لا بدَّ من استكشاف كونه حكماً، وللکلام في هذا محل آخر.

(١) في الأصل يوجد سهم من كلمة «ذلك» إلى السطر الأعلى على «لا تدخلها».

والغرض بيان افتراق هذه الأمور المذكورة في عبارة المصنف عن الخيار لكونه حقاً، ولكونها أحكاماً، والتعريف بملك فسخ العقد لا يشملها، وإن قلنا:

إن المراد من الملك هو السلطنة والقدرة، بل لا بدّ من إرادة ذلك، كما سيأتي توضيحه، والاعتبار شاهد على ذلك الافتراق، وكون الخيار حقاً من الحقوق، دون غيره من هذه الأمور المذكورة.

فإنّا إذا ^(١) لاحظنا المعاملات من غير جهة الشرع واعتبار الشارع لها، بل نرجع إلى العرف والطريقة الجارية بين الأمم، لا من حيث كونهم مشرعين، فإنّا نرى بعض المعاملات ممّا بنى العقلاء - لا من جهة الشرع - على لزومها في حدّ ذاتها، حفظاً لنظامهم ومصالحهم العامة، كمعاملة الزواج مثلاً، فإنّها معاملة بين الناس بنوا على لزومها ودوامها، ^(٢) إذ نظام المعيشة النوعية مما يتوقف على ذلك من دون توقف على الالتزام من الزوجين، وتمليك أحدهما التزامه للآخر، على العكس من الهبة، فإنّها حيث كانت إحساناً، فالإحسان بطبعه لا يقتضي اللزوم ولا قهر المحسن على إحسانه، ونرى بعض العقود شأنها اللائقضاء، كالمبادلة، فإنّها بحسب ذاتها وطبعها لا تقتضي اللزوم والدوام ولا تقتضي عدمه.

وإنّما يتحقق اللزوم إذا شاء أحد المتبادلين أن يملّك التزامه للآخر، فقد يكون ذلك التمليك للالتزام من الطرفين، وقد يكون من طرف واحد.

وحيث كان الالتزام بجعلها لا بمقتضى طبيعة المعاملة، فلها بعد الاتفاق أن يستردّها هذا الالتزام وينقضا هذه المعاملة، وهذا ما نسمّيه بالإقالة، فإنّ حقيقتها ^(٣) فسخ

(١) في الأصل: إذ.

(٢) في الأصل: ودومها.

(٣) في الأصل: حقيقتها.

من الطرفين بتراضيهما.

وهذا بخلاف القسم الأول، فإنه لما كان اللزوم بمقتضى طبيعة المعاملة لا يجعل المتعاملين، لا مجال لهما أن ينقضا هذا اللزوم، لأنه لم يكن بإعطائهما حتى يسترجعاه ولو برضاها معا، ولذا إنَّ النكاح كالوقف وأمثالهما لا تقبل الإقالة أصلا.

وهذا هو السرّ في الكلّيتين المتقدمتين أنّ كلّ ما يدخله الخيار تدخله الإقالة، وكلّما تدخله الإقالة يدخله الخيار، إذ ما تدخله الإقالة ما كان اللزوم بجعل المتعاملين، لا بمقتضى طبع المعاملة، فلا محالة لهما أن لا يجعلوا اللزوم، فيدخل الخيار، كما أن ما يدخله الخيار لا بدّ أن لا يكون لزومه بمقتضى طبعه، وإلا لما صحّ عدم جعل اللزوم أو جعل عدم اللزوم، وما كان لزومه لا بطبعه تدخله الإقالة.

إذا عرفت ذلك فالشارع الأقدس إذا اعتبر المعاملة التي من طبعها اللزوم، وجعل لها عقدا تنشأ به، فلا محالة يكون المنشأ تلك المعاملة التي هي من طبعها ذلك، وإن جعل لإنشائها شروطا خاصة وقيودا، كما في النكاح.

وعليه يكون اللزوم لزوما حكما لا جعليا عقديا، فليس لأحد المتعاملين التصرف برفعه وحلّه.

نعم ربّما يجعل الشارع ما يكون رافعا له، كالطلاق والفسخ بالعيوب، ولكن كل هذا يكون من باب الأحكام لا يورث، ولا يسقط بالإسقاط، ولا يصحّ نقله، لأنه رفع لذلك اللزوم الحكمي، فلا بدّ أن يكون جوازا حكما أيضا، ومثل ذلك أيضا تسلط العمة أو الخالة على فسخ العقد على ضررتها بنت الأخ أو الأخت، وتسلط الأمة المزوجة من عبد على فسخ العقد إذا تحررت.

ولذا إن مثل هذه الأمور لا يجوز اشتراط عدمها في ضمن العقد، إذ ليست بجعل

المتعاملين وتحت قدرتهما رفعا ووضعا، فلا محالة يكون كل من اللزوم والجواز في المقام حكما شرعيا كسائر الأحكام الشرعية، ليس للمتعاملين يد فيهما رفعا ووضعا، كما أن الشارع إذا اعتبر المعاملة التي من طبعها عدم اللزوم، كما في العقود الجائزة كالهبة، كما تقدم، فالعقد الذي تنشأ به لا ينشئها إلا كذلك، فلا تقبل اللزوم، وإن التزم المنشئ وملّك التزامه للآخر.

نعم لو جعلها الشارع لازمة كما في هبة الأرحام، فذلك أمر آخر، ويكون لزومها حينئذ كجوازها حكما شرعيا، لا لزوما وجوازا عقديا^(١)، ولذلك لا تقبل هبة الأرحام الإقالة.

ومن جميع ذلك يتضح الكلام في العقود التي لا تقتضي بطبعها اللزوم ولا الجواز، كالبيع والإجارة إلى غير ذلك من عقود المعاوضات، فإنه إذا أمضاها الشارع واعتبرها بالشروط الخاصة منشأة باللفظ لا تقع لازمة بدون التزام المتعاقدين، وتملك التزام كل منهما للآخر، كما أنها تقع جائزة إذا لم يملّك كل منهما التزامه للآخر، سواء ملّك أحدهما فقط التزامه للآخر، فتقع لازمة من أحد الطرفين وجائزة من الطرف الآخر، أو لم يملّك كلّ منهما التزامه للآخر أبدا على نحو العموم، فتقع جائزة من الطرفين.

وعليه يكون كلّ من الجواز واللزوم عقديًا لا حكميا، فلمن ملك التزامه الإقالة، ولمن لم يملّك الفسخ والإمضاء، فيكون الخيار على هذا حقا وأمرا تحت قدرة من له الخيار الذي لم يملّك التزامه وادخلا تحت سلطانه، لأنه جعل من وظيفة المتعاملين، لا ممّا جعله الشارع ومن أحكامه، وما هو داخل تحت سلطانه، حتى لا يكون لغيره التصرف في سلطانه، فلذلك يكون حقّ الخيار يورث ويسقط بالإسقاط، ويقبل النقل

(١) في الأصل: عقدين.

كسائر الحقوق.

إذا عرفت ذلك كلّ يتّضح لك الفرق بين الخيار وبعض الأمور التي ذكرها المصنف، مثل جواز الرد في العقود الجائزة، وفسخ عقد النكاح في العيوب، وللعمة والخالة إذا عقد زوجها على بنت الأخ والأخت، فإن الجواز في مثل هذه الأمور جواز حكمي، ولا يصحّ إطلاق الملك عليه إلّا بنوع من المسامحة، كإطلاق السلطنة، لأنّه ليس من سلطان من له ذلك، بل هو من سلطان جاعله وهو الحاكم، بخلاف حق الخيار، فإنه من سلطان نفس المتعاملين وحقوقهما، وبهذا يصحّ إطلاق الملك عليه بمعنى القدرة والسلطنة والسيطرة، لا بمعنى الملك الاصطلاحي الذي لا يتعلّق إلّا بالأعيان.

وبهذا يتّضح أن قول المصنف **تتدّ**: (و لعلّ التعبير بالملك... إلى آخره) ليس غرضه أن المراد من الملك هو الملك الاصطلاحي، كما قلناه سابقاً، بل الملك بمعناه اللغويّ الذي لا يصحّ إطلاقه على مثل جواز الردّ في العقود الجائزة، وجواز الفسخ في عيوب الزوجة والزوج، وإن أطلق عليه بضرب من التأويل.

والحاصل أنّه بهذا الاستقراء المتقدّم والمراجعة إلى العرف في فهم العقود على أنحائها تستطيع أن تقع على حقيقة الخيار بأيّ تعبير عبّر.

وأحسن التعبير عنه ما ذكره المصنف **تتدّ**: (من أنّه ملك فسخ العقد) بهذا المعنى للملك المتقدم.

وبهذا تعرف كيف يكون التعبير بالملك تنبيهاً على أنّه من الحقوق، فتدبّر ولا حظ. وفي الحقيقة إن ملك الفسخ من لوازم حق الخيار لا نفسه، فإنّه على ما قدّمناه يكون حق الخيار نفس القدرة والسلطنة على العقد، فيكون ذلك تعريفاً باللازم، فيخرج حينئذ عن التعريف جواز الردّ في العقود الجائزة، وجواز فسخ عقد النكاح في هذه الأمور التي

ذكرها المصنف تثنئ.

وأما خروج جواز الفسخ والإمضاء في عقد الفضولي، وخروج ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث فواضح، لأن ذلك ليس من قبيل الحق والسلطنة على نفس العقد كالخيار في عقود المعاوضات، بل ذلك من باب السلطنة على نفس المال، فإنّ المالك في الفضولي والوارث بالنسبة إلى ما زاد على الثلث مالك حقيقة للمال، ولم ينتقل بعقد الفضولي وبوصية الميت عن ملكه، فليس ذلك ابتداء ملك للفسخ بعد فرض وقوع عقد يحتاج انحلاله إلى فسخ، ولذا كان في الفضولي والوصية يكفي في الانحلال عدم الإمضاء وعدم الرضا، وتسمية ذلك فسخا تسامحا، فلا يحتاج إلى قول أن فعلاً يتحقق به إنشاء الفسخ، وإنّما المحتاج إلى ذلك هو الإمضاء، على العكس في العقد الخياري، فإنّ بقاء العقد على مقتضاه يكفي فيه عدم الفسخ، ولا يحتاج إلى إنشاء بقول أم بفعل، وإنّما المحتاج إلى ذلك هو الفسخ.

نعم إسقاط خياره الذي نسميه إمضاء هنا يحتاج إلى الإنشاء بالقول أو الفعل، بخلاف الفضولي والوصية الزائدة على الثلث، فإن نفس بقاء العقد يحتاج إلى الإنشاء فضلا عن لزومه وسقوط الخيار لو كان هناك خيار، ولذا إن المالك في الفضولي، وكذا الوارث في الوصية لو أمضى بالقول أو الفعل لا يمضي إلّا نفس العقد تصحيحا له، ولا يسقط ما كان من خيار لو كان لذلك العقد خيار، مثل خيار العيب أو المجلس، أو غير ذلك من الخيار، على تفصيل تقدّم في محله في بيع الفضولي، فراجع واستغم^(١).

قوله تثنئ: وقد يعرف بأنه ملك إقرار العقد... إلى آخره.

كما في الرياض، وما ناقش به المصنف تثنئ أمر ينبغي الاعتماد عليه.

(١) في الأصل: واستغم.

توضيحه: أن إقرار العقد تارة يراد منه عدم الفسخ وإبقاء العقد على حاله، وقد عرفت أن إبقاء العقد على حاله يكفي فيه عدم صدور الفسخ، ولا يحتاج إلى إنشاء.

وأخرى يراد منه تثبيت العقد وجعله لازماً بعد أن كان جائزاً.

فإن أريد من الإقرار في التعريف الأول الذي هو عبارة عن نقيض الفسخ فيكون أمراً عديمياً، فإن الأمور العدمية على التحقيق لا تتعلق بها القدرة، والملك عبارة هنا عن القدرة والسلطنة.

نعم نسبة القدرة إلى الترك لنسبتها إلى الفعل على طبع القدرة على الفعل، ولذا يقال المختار إذا شاء فعل، وإذا لم يشأ لم يفعل، لا أنه إذا شاء لم يفعل، وإن اشتهر أن القدرة على الفعل والترك معاً، وجرى عليه المصنف رحمته في كلامه.

إلا أن التحقيق أنه في الترك على طبع القدرة على الفعل، كما سمعت الآن، وعلى كل حال فذكر الترك مستدرك لكفاية ذكر الفعل المقدور، بل لا معنى له، لعدم تعلق القدرة به.

وإن أريد من الإقرار الثاني، فيكون أمراً وجودياً، ويقابله الفسخ تقابل الضد للضد، ففيه أولاً: أن مرجع ذلك إلى إسقاط الخيار، ضرورة أن العقد بنفسه يقتضي دوام الملكية للطرفين، لا يحتاج إلى جعل من أحد المتعاقدين غير صدور نفس العقد منهما، بخلاف الإمضاء في الفضولي، كما تقدمت الإشارة، فلا يصح أن يراد من الإقرار هنا معنى وجودي إلا إسقاط الخيار، ولا ينافي ذلك أن الخيار - كما تقدم - هي السلطنة على العقد، فإن السلطنة على الشيء الحاصل ليس من مقتضاها تثبيت متعلقها، فإن السلطنة سلطنة ليس فوق ذلك شيء إلا رفعها. كما في السلطنة على الأعيان.

نعم لمن له السلطنة على الأعيان أن يرفع هذه السلطنة وأن لا يرفعها، أما إبقاء

العين وتثبيتها فذلك نفس وجود العين مسلطا عليها كاف فيه، ولا يحتاج إلى إعمال زائد للسلطنة فوق نفس السلطنة.

فلا محالة لا بدّ أن يرجع إقرار العقد بهذا المعنى من الإقرار إلى إسقاط العقد ورفع هذه السلطنة التي له.

ولا معنى لأخذ هذا المعنى في تعريف نفس الخيار، فإنّ إعدام الشيء كعدمه، لا يعقل أن يكون نفس مفهوم الشيء وهو نقيضه، كما أنّه ليس من لوازمه وآثاره، فإن آثار الشيء الثابتة له إنّما تثبت بعد فرض وجوده وثبوته، وإعدامه هو نفس عدمه، فكيف يعقل أن يثبت له بعد وجوده؟! ولاّ اجتمع النقيضان.

فإن قلت: إن إقرار العقد ليس هو عبارة عن نفس إسقاط الخيار مفهومًا، وإنّما إقراره مسبب عن إسقاط الخيار.

قلت: وإن سلم، فليس الإقرار إذن نفس الخيار ولا من لوازمه، بل من لوازم نقيضه، فكيف يصح تعريفه به.

وثانياً^(١) لو سلمنا أن الإقرار بهذا المعنى لا يرجع إلى إسقاط الخيار، بل عبارة عن جعل العقد لازماً ثابتاً لا يزول في قبال فسخه وإزالتها، فإن مقتضى ذلك أنه لو كان الخيار للطرفين، وأمضى العقد أحد الطرفين، فإن العقد يكون لازماً، ولا مجال لفسخ الآخر حيثئذ، مع أنه من الضروري عندهم أنه إذا أمضى أحد الطرفين، فإنّما يكون لازماً من طرفه فقط لا من الطرفين، فإذا فسخ الآخر انفسخ العقد، وعلى هذا بنوا تقديم الفسخ على الإمضاء لو تعارضوا، وإرادة اللزوم من أحد الطرفين فقط لا مطلقاً، فليس لذلك معنى غير إسقاط الخيار، ورفع اليد عمّا له من السلطنة المجعولة له، إمّا بجعلها

(١) كذا، ولم يرد: أولاً.

أو بجعل الشارع، كما في خيار المجلس والحيوان، وأمثال ذلك، فيعود ما قلناه أولاً.

والحاصل: أنه إمّا أن يراد من جعله لازماً وتثبيتته من طرف واحد، فليس له معنى إلا إسقاط الخيار، وإمّا أن يراد من الطرفين، فمقتضاه عدم تقديم الفسخ على الإمضاء، كما هو مسلّم عندهم فيما إذا كان الخيار الطرفين، وأمضى أحدهما وفسخ الآخر.

فإن قلت: فرق بين الإمضاء والفسخ، فإنّ الفسخ حيث يكون معدوماً للموضوع - وهو العقد، فيسقط خيار الآخر، ولا مجال حينئذ لأعماله - سالبة بانتفاء الموضوع.

وهذا بخلاف الإمضاء، فإنّ العقد فيه يتأكد ثبوته. والمفروض أنّ للآخر خياراً، ومع فرض ثبوت الموضوع وبقائه أيّ مانع من إعمال الآخر سلطنته، فينزل العقد بالفسخ.

والحاصل: أن تثبيت العقد من أحد الطرفين وجعله لا يزول، لا يقتضي زوال سلطنة الآخر وخياره، لأنّ الموضوع بعد لم يتنف، بل تأكد ثبوته حتى ينتفي الخيار لزوال الموضوع، كما كان في صورة الفسخ، وليس أحد الطرفين له السلطنة أيضاً على إزالة خيار الآخر وإسقاطه حتى يزول خياره بمجرد إعمال الأول خياره فلا محالة يكون الخيار له باقياً.

قلت: بعد أن فرضت أنّ من له الخيار له القدرة على إقرار العقد وجعله ثابتاً لا يزول بمعنى زائد على إسقاط الخيار، فلا محالة لا مجال لإعمال الآخر خياره، فإنّ الشيء الثابت اللازم المفروض أنه لا يزول، كيف يتصور القدرة على زواله؟! فلا محالة يسقط خيار الآخر، لعدم تزلزل موضوعه، كما كان في انعدام موضوعه، حذو النعل بالنعل فتدبّر جيداً.

ولكن الإنصاف ينبغي أن يقال: إن الإقرار الذي هو إعمال الخيار، وإن كان عبارة

عن جعل العقد ثابتاً لا يزول، إلا أنه ليس معناه جعله ثابتاً من جميع الجهات، وإنما الغرض جعله ثابتاً من جهته بتمليكه الالتزام^(١) للآخر.

ولازم هذا المعنى هو إسقاط الخيار، لأنه إذا أعمل خياره، فقد سقط طبعاً، كما أن لازم إسقاط الخيار إقرار العقد، والتلازم بينهما هو الذي يوقع الوهم في الاشتباه، وإلا فمفادهما ليس أمراً واحداً، وكلّ منهما ينشأ بغير ما ينشأ به الآخر ويشهد لذلك قوله ﷺ في خيار الحيوان «فذلك رضى منه»^(٢) أي الحدث قبل الثلاثة، فجعل التصرف مصداقاً للرضى بالعقد، وهذا غير معنى الاسقاط فيكون التصرف منشأ به الإمضاء والإقرار.

وفيه من هذا أن الإقرار كالإسقاط يحتاج إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً.

نعم بقاء العقد على حاله لا يحتاج إلى إنشاء، ويكفي فيه عدم الفسخ، ولكن مجرد ذلك لا يوجب ثبوت العقد من قبله وسقوطه خياره، بل الخيار يبقى ما دام زمانه باقياً، ولو كان هذا إعمالاً للخيار للزمه سقوطه.

ومن هذا التقرير يظهر أن هذا التعريف للخيار، وهو (ملك إقرار العقد وإزالته) خير من تعريف المصنف بـ (ملك فسخ العقد).

(١) في الأصل: لالتزامه.

(٢) الوسائل ١٨: ١٣، باب ٤ من أبواب الخيار، حديث ١. (مرجع مذكور).

أصالة اللزوم في البيع

قوله **تَنْتُزِلُ**: إن الأصل في البيع اللزوم... إلى آخره.

إن أصالة اللزوم لا يختص الكلام فيها بالبيع، بل ذلك جارٍ في جميع العقود، فينبغي البحث هنا عن معنى اللزوم المتنازع في أصالته في جميع العقود، وفي خصوص البيع وأمثاله، من عقود المعاوضات، كالإجارة والصلح المتضمن للمعاوضة.

فنقول: قد عرفت في الحاشية السابقة أن العقود بحسب وضعها الأصلي وتشريعها من العقلاء والعرف أو الشرع على ثلاثة أنحاء:

تارة يكون العقد بحسب وضعه وما بني عليه في أصل تشريعه من العقلاء هو اللزوم والدوام، كما في عقد النكاح والوقف وأمثالها، فيكون مقتضيا للزوم.

وأخرى يكون بحسب وضعه على نحو الجواز، كالهبة، لأنها إحسان، والإحسان عند العقلاء لا يروونه لازما على المحسن، فيكون مقتضيا للجواز.

وثالثة يكون على نحو اللاإقتضاء فلا يقتضي اللزوم ولا الجواز.

وقلنا: إن الشارع إذا أمضى المعاملة التي من شأنها اللزوم أو الجواز تقع كذلك، فيكون لزومها أو جوازها حكما لا تقبل الانقلاب باختيار المتعاملين إلاّ بالأسباب التي يضعها الشارع ويقررها، كالطلاق في النكاح، فلا يقبل ما كان لزومه حكما أن يكون جائزا بالجواز العقدي الحقيقي، ولا ما كان جوازه حكما يقبل أن يكون لازما باللزوم العقدي الحقيقي.

وأما ما كان من قبيل القسم الثالث فيقبل النحويين، لأن حقيقته اللاتقاء.

فإن علم أن العقد من قبيل القسم الأول أو الثاني فلا كلام، ويكون لازما أو جائزا، لزوما أو جوازا حكما لا يقبل الأول الجواز العقدي، ولا الثاني اللزوم العقدي.

وإن علم أنه من قبيل الثالث، فلا يحكم عليه بشيء من اللزوم والجواز الحكميين، ويقبل اللزوم والجواز العقديين^(١)، كما سمعت، فيكون لازما بالتزام المتعاقدين، وجائزا بعدم التزامهما، فإن ثبت التزام المتعاقدين أو عدم التزامهما، كما في البيع المشروط فيه الخيار فذاك، وإلا لو خلى العقد ونفسه من دون جعل للتزام منهما ولا لعدمه، أو شك في التزامهما، فهل مقتضى الأصل أن يكون لازما أو جائزا؟ وقد تختلف العقود التي تكون من هذا القبيل بعضها بعض، لكن المشهور أن الأصل اللزوم في مطلق العقد وخصوصا في البيع.

ثم لو شك في عقد أنه من قبيل القسم الأول الذي يكون لازما لزوما حكما، أو من قبيل القسم الثاني الذي يكون جائزا جوازا حكما، فيرجع الشك في اللزوم والجواز الحكميين، بخلاف ما تقدم، فإن الدوران يكون بين الجواز واللزوم العقديين، فهل الأصل أيضا هنا اللزوم؟

ربما يظهر من بعض الكلمات أن الحكم بأصالة اللزوم عام لمثل المقام، وإن كان تمسكهم بعموم وجوب الوفاء بالعقد ينفي ذلك، فإن العقد عبارة عما عقده المتعاملان، وكان اللزوم بجعلها، كما أنه قد يشك في أن العقد المعلوم كونه لازما، هل لزومه حكمي أو عقدي؟ والعقد المعلوم كونه جائزا، هل جوازه حكمي أو عقدي؟ وللإكلام في هذا محل آخر.

(١) في الأصل: العقديين.

والمهم في المقام البحث عن البيع، وقد عرفت أن محل الكلام في البيع وفي أمثاله من العقود التجارية هو اللزوم والجواز العقديين لا الحكميين، لمعلومية كون البيع وما يشبهه ليس لزوماً حكماً.

والحق كما عليه المشهور، أو المجمع عليه - كما يستفاد من بعض - هو أصالة اللزوم.

ويمكن تقريب هذا الأصل بوجهين:

الوجه الأول في تقريب الأصل:

الأول: إنه قد تقدمت في المعاطاة وغيرها: أن حقيقة البيع هو المبادلة بين المالكين، ومعنى ذلك أن الإضافة الحاصلة بين المالك والمال التي يتترع منها أن صاحب المال مالك، والمال مملوك لا تنقل في البيع، بل لا يعقل فيها النقل، فلا يقع التبديل بين المالكيتين أو الإضافتين، بل إنما يكون التبديل بين طرفي الإضافتين فقط، فالبائع يجعل المبيع بعد أن كان طرفاً لإضافته المالكية طرفاً لإضافة المشتري المالكية إلى الثمن بدلاً عن الثمن، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان الثمن طرفاً لها ويحل محله، وكذلك المشتري يجعل الثمن طرفاً لإضافة البائع المالكية إلى المبيع بدلاً عن المبيع، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان المبيع طرفاً لها، فيحل محله أيضاً، فلا يحدث حينئذ تغيير وتبديل في نفس الإضافات، بل أضافه البائع على حالها، وإضافة المشتري أيضاً على حالها، لكن كان الطرف لإضافة البائع هو المبيع، فصار بهذه المبادلة الثمن في محلها، وكان الطرف لإضافة المشتري هو الثمن، فصار بهذه المبادلة المبيع في محلها، فليس التبديل إلا بين الطرفين للإضافتين، أعني تبديل نفس المالكين، كما يدل عليه التعريف.

وعليه إذ تبقى إضافة كل من البائع والمشتري على حالها، فلا بد أن يكون البيع لو خلى وطبعه يقتضي اللزوم، لأنه كانت إضافة كل منهما إلى ماله قبل المبادلة على نحو

اللزوم بلا تزلزل في نفسها، فإذا كانت نفس هذه الإضافة، باقية وتغير طرفها فقط، فلا محالة تبقى على ما كانت عليه من اللزوم.

وقد قرب بضع أجلة مشايخنا هذا المعنى وهذا التبديل بين طرفي الإضافتين، بأن الإضافتين كالخيطين خيط مشدود من رقبة المالك البائع إلى المبيع، وخيط من رقبة المشتري المالك إلى الثمن.

ومعنى تبديل الطرفين أن العقدة التي على المبيع تحلّ، ويشدّ طرف الخيط في الآخر وهو الثمن، والعقدة التي على الثمن تحلّ ويشدّ طرف الخيط على المبيع.

وأما طرفا الخيطين الآخرين فهما باقيان على حالهما على رقبتي المالكين، والخيط المتصل برقبة البائع أو المشتري على حاله لم يتبدّل، فكذا الإضافتان لا يتبدلان وباقيتان على حالهما من كونهما إضافتين لزوجيتين.

نعم إلا أن يكون البائع لا يشدّ طرف الإضافة أو الخيط في الثمن شدّا وثيقا، وكذلك المشتري، فيكون العقد جائزا قابلا للانحلال، وهذا معنى أن كلا من البائع والمشتري قد لا يملك التزامه للآخر، فيكون البيع بيعا خياريا، وقد يكون عدم الشدّ الوثيق يكون بجعل الشارع لمصلحة وحكمة، كما في خيار المجلس والحيوان، وإلا فعقد البيع، مع قطع النظر عن جعل المتبايعين أو الشارع للخيار، فبمقتضى طبعه وأصله أن يكون لازما.

وبهذا التقرير يظهر أنه لا ينافي هذا الأصل جعل خيار المجلس في كل عقد حتى يقال: كيف تجتمع أصالة اللزوم في البيع مع دخول خيار المجلس في جميع أفرادها.

التقريب الثاني للأصل،

الوجه الثاني من التقريب: أن الغرض من البيع عند المتعاملين كسائر العقود التجارية هو البناء على الانتناع بالمبيع أو الثمن ليكون ملكا لهما، فالبناء الأصلي في المتبايعين هو أن يكون ما يشتريه، أو ما يأخذه ثمنا ملكا له، يتصرف به كيف يشاء، ليس لأحد معارضته فيه، فاللزوم في البيع أمر تباين عليه المتعاقدون لمصالحهم وقضاء حوائجهم، وهذا لا من جهة جعل جاعل أو بناء العرف أو العقلاء على أن يكون البيع لازما بين المتبايعين مع قطع النظر عن التزام الطرفين، كما كان في العقود اللازمة باللزوم الحكمي، كما قلناه سابقا، فإن ذلك معنى آخر.

والمقصود في المقام هو أن اللزوم من نفس بناء المتبايعين بأصل فطرة الناس من حيث الحاجة إلى المبادلة وانتظام معاشهم وقضاء حوائجهم شخصيا، مع قطع النظر عن بناء العقلاء أو العرف أو الشرع، بل هذا أمر يخص كل متعاقدين في نفسها.

وهكذا الكلام في سائر العقود التجارية، فإن الأمم جرت في معاملاتهم التجارية بعضهم مع بعض، وبين أمة وأمة على هذا الأساس، والبناء بحيث إنها يشتري البضاعة لتكون له إلى الآخر كسائر أمواله، بحيث لا يبقى لأحد التصرف فيها.

والحاصل أن طبع البيع والمبادلة هو الالتزام من المتعاقدين على تمليك أحدهما للآخر ليكون مالا له، ويخرج عن رقبة نفسه، وقد يخرج نادرا عن هذا الأصل، فلا يملك أحدهما التزامه للآخر، فيدخل الخيار في البيع بجعلها.

وليس الغرض من هذا الكلام أن الغلبة في البيع ذلك حتى يقال: إنه لا دليل على حجية الظن في الغلبة، وأنه إن أريد غلبة الأفراد فأغلبها ينعقد جائزا، لأجل خيار المجلس أو غيره من الخيارات، وإن أريد غلبة الأزمان، فلا ينفع في التمسك في الشك

في الأفراد، كما في الكتاب، بل الغرض - كما عرفت - أن الأصل وطبع البيع هو أن يكون عن التزام من المتبايعين، لتوقف انتظام أمور معاشهم وقضاء حوائجهم على ذلك. ولذا قال العلامة في التذكرة - كما نقله في الكتاب -: والغرض تمكن كل من المتبايعين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه^(١)، انتهى.

والظاهر أن غرضه ما ذكرناه من الأصل ودخول خيار المجلس في أغلب أفراد البيع بجعل الشارع ذلك، لا ينافي أن بناء المتعاملين على^(٢) اللزوم.

وإذا عرفت ما ذكرنا من كون الأصل في البيع في بناء أهل العرف المتعاملين به هو اللزوم، فإذا أمضاه الشارع على هذه الحالة على ما عندهم، فلا بدّ أن يكون.

كذلك لازماً بطبعه شرعاً، وإذا لم يمضه كذلك، فلا بدّ أن يتبع دليله في ذلك.

ولكن المفروض أن الشارع أمضى هذه المعاملة بما هي عليه عند العرف، كما يدلّ عليه قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥).

فيثبت بمقتضى هذه العمومات - المضية لما عند الناس من معاملة البيع، وغيرها من عقود التجارات - أن الأصل في البيع عند الشارع هو اللزوم، كما في غيره من العقود، ولا يخرج عن هذا العموم إلّا بدليل، كأدلة خيار المجلس وخيار الحيوان، وأمثال ذلك،

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٥١٥ ط. حجرية (منشورات المكتبة المرتضوية / إيران).

(٢) في الأصل: عن.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) المائدة: ١.

فإذا شك في مورد في الخروج عن هذا الأصل، فالمرجع هذه العمومات.

ومنه تعرف سرّ ما تمسك به بعض الأعلام لأصالة اللزوم بقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فإنه ليس الغرض إثبات اللزوم من نفس هذين الآيتين، حتّى يستشكل في الأولى بأنها لم تدلّ إلّا على حليّة البيع، ولا دلالة على اللزوم المدعى.

وفي الثانية لزوم كثرة التخصيص بالنظر إلى سائر العقود الجائزة، فإنّه بعد أن كان المستفاد منهما ليس إلّا إمضاء البيع الذي هو عند العرف، وإمضاء العقود التي عندهم على ما هي عليها، فلا بدّ من إثبات لزوم البيع بهما، لكونه كذلك عند العرف، وقد أمضاه الشارع كذلك، فلو كان عقد جائزا عند العرف، بمعنى من الجواز يقابل اللزوم في البيع - وهو اللزوم العقدي الذي يكون بجعل المتعاقدين - فلا بدّ أن يكون ذلك العقد جائزا عند الشارع بهذا الدليل، كما كان جائزا عند العرف على نسق استفادة لزوم البيع عند الشارع من لزومه عند العرف وإمضاءه بطريقتهم بحسب الفرض لو قيل: إن لفظ العقد شامل للعقد الجائز من حيث طبعه، وإلّا فهو خارج تخصصا كخروج العقود الجائزة واللازمة جوازا ولزوما حكما، لعدم كون اللزوم والجواز فيها بجعل العقاد حتى يؤمر بالوفاء، كما سيأتي إن شاء الله توضيحه.

نعم خروج البيع الثابت له الخيار بأدلته ولو كان الخيار بجعل المتبايعين لا بدّ أن يكون تخصيصا لا تخصّصا، ولا يلزم منه حيثنث كثرة التخصيص، فتدبّر جيدا، ولا يختلط عليك.

قول العلامة **تت**: والأصل الاستصحاب... إلى آخره.

ظاهر هذه العبارة أنّها بيان لما سبق من الأصل، إلّا أنّه لا معنى لكون البيع وضعه

الشارع للنقل هو معنى الاستصحاب، فيحتمل أن تكون على نحو التهمة لما سبق، فكأنه قال: والأصل بقاء النقل.

وبيانه أنه لما علم من الشارع أنه جعل البيع للنقل، فإذا وقع البيع فقد وقع النقل، ولكنه يشك أنه لازم، فيسري إلى جميع الأزمنة حتى بعد الفسخ، أو جائز فينقطع بحصول الفسخ، فيستصحب حينئذ النقل الذي وقع.

ويحتمل أن تكون وجهها ثانيا للأصل، فتكون الوجوه - على هذا - التي ذكرها العلامة ثلاثة، ثانيها الاستصحاب.

ولكن يبعد هذا الاحتمال وإن كان هو أقرب في سوق العبارة: أنه على هذا لا يكون الوجه الأوّل تاماً، بحيث يصلح أن يكون دليلاً، فإن مجرد أن يكون الشارع وضعه لنقل الملك لا يقتضي أن يكون البيع لازماً، فإن من يقول: إن الأصل فيه الجواز، يقول أيضاً بوضعه لنقل الملك.

إلا أن يقال: إنه إشارة إلى دليل مركب من صغرى وكبرى، ولكن أشار إلى صغراه اعتماداً على وضوح المقصود.

وحاصل ذلك يكون أن الغرض من البيع عند الشارع هو نقل الملك، لأنه وضعه لذلك، فجواز نقض البيع بالفسخ يكون نقضاً للغرض منه، وهو لا يصح فتدبر.

وأما الثالث، فقد ذكرنا سابقاً في الحاشية المتقدمة أن الظاهر أن غرضه بيان التقريب الثاني الذي ذكرناه، وهو غير بعيد من عبارته، ولكنه بنفسه غير تام الدليلية ما لم ينضم إلى ما ذكرناه سابقاً من إمضاء الشارع لطريقة العرف على النحو الذي جروا عليها، فكأنه أيضاً كالدليل الأول أمّا اكتفى بذكر الصغرى فقط، والكبرى على كلّ حال في كليهما عدم صحة نقض الغرض، إمّا غرض الشارع كما في الأوّل، وإمّا غرض

المتبايعين، كما في الثاني، وعلى كلّ حال فالأمر سهل.

قوله **تثني**: مع أنه لا يناسب ما في القواعد... إلى آخره.

لأن هذا من الفرد النادر في مقابل الغالب، فلا يكون خروجاً عن الغالب وهو في قبالة.

قوله **تثني**: ومرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع... إلى آخره.

قد يقال: إن إرجاعه إلى أصالة عدم الارتفاع بلا ملزم مع أن عدم الارتفاع ليس له حالة سابقة، ولكن غرض المصنف استصحاب عدم تأثير العقد سالبة بانتفاء الموضوع، وإن كان لا ملزم لهذا الإرجاع.

نعم الكلام في جريان استصحاب عدم الأزي إلا أن المصنف **تثني** يرى صحة هذا الاستصحاب وإن منعه جملة من الأكابر، على أن المصنف **تثني** كثيراً ما يرجع الأصول الوجودية إلى الأصول العدمية، كما يرجع أصالة الحقيقة إلى أصالة عدم القرينة، وأصالة العموم إلى أصالة عدم التخصيص، وهكذا، وغير معلوم منه أنه يريد الإرجاع الحقيقي، بل لعله يقصد بذلك التفسير والتوضيح، وإن كان المشهور عنه هو الأول، فتأمل.

قوله **تثني**: الرابع المعنى اللغوي... إلى آخره.

ليس غرضه من المعنى اللغوي أنه لغة كذلك، بل الغرض أن المنشأ بالبيع هو هذا المعنى، كما يرشد إلى هذا تفسيره للمعنى اللغوي أنّ وضعه وبناءه عرفاً وشرعاً، ولا معنى لهذا التفسير لو أراد أنه كذلك لغة، وهذا الوجه ظاهره ينطبق على ما ذكرناه من التقريب الثاني لأصل اللزوم كما تقدّم.

قوله **تَنْكُرُ** : لكنّه مع عدم تماميته... إلى آخره.

وجه عدم تماميته أن خيار تخلف الوصف اتّما يثبت أيضا لنقصان في أحد العوضين،

فلا يدخل في القسم الأوّل، بل وكذا خيار تخلف الشرط.

أصالة اللزوم في غير البيع

قوله **تَنْتُزِلُ**: أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم... إلى آخره.

لا يخفى أن الشك الأول في العقد الآخر إن كان المراد الشك في لزومه العقدي، كما في البيع، فلا بد أن يرجع إلى حال ذلك العقد عند العرف المتعاملين به. فإن علم ان بناءهم على اللزوم، كما في جميع العقود التجارية، فالأصل اللزوم كما في البيع.

وإن علم بناؤهم على الجواز وقد أمضاه الشارع، فالأصل فيه على العكس من البيع، فإن الأصل حينئذ يكون الجواز وإن شك كذلك أيضا عند العرف، فلا مجال للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز، لأنه لم يعلم أن طبع العقد ما هو، وقد عرفت معنى أن الأصل في البيع اللزوم على هذا الوجه، كما أنه لا معنى للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز العقدين^(١) في عقد شك في جوازه ولزومه الحكمي.

نعم الكلام أيضا يجري في العقود المشكوك لزومها الحكمي، ويجري هذا التقريب في البيع لإثبات لزومها أو جوازها الحكمي، فإنه قد عرفت أن العقود منها ما هو يقتضي اللزوم الحكمي عند العرف لا بالمعنى الذي صورناه في البيع، ومنها ما هو يقتضي الجواز الحكمي، ومنها ما هو حقيقته اللاإقتضاء كالبيع.

فإذا علم أن العقد عند العرف على النحو الأول وأمضاه الشارع، فالأصل فيه

(١) في الأصل: العقدين.

اللزوم الحكمي، وإن علم أنه على النحو الثاني فالأصل فيه الجواز.

ومع الشك فيما عند العرف فلا أصل، بل لا معنى له، كما لو شك في اللزوم العقدي أيضا عند العرف، كما تقدّم.

وإن علم أنه على النحو الثالث لا مجال للشك في لزومه الحكمي مع إحراز إمضاء الشارع له، ولا أصل قطعا بهذا المعنى يقتضي اللزوم أو الجواز الحكميين.

نعم لو شك فيما هو عند الشارع. نعم ^(١) إذا شك في هذا القسم إنه لازم لزوما عقديا- كما في البيع- فالأصل اللزوم أو الجواز، وقد تقدّم.

وهذا التقرير يتضح لك ما في إطلاق عبارة المصنف هنا من عدم اقتضاء ذلك الأصل لزومه، أي لزوم عقد آخر غير البيع، وما في تعليقه لذلك بأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي.

قوله **تَنْتُزِعُ**: فيجري في البيع وغيره... إلى آخره.

سواء كان لزوم غير البيع المشكوك فيه لزوما حكما أو عقديا، كما سيأتي إن شاء الله توضيح معنى التمسك بهذا العموم في العقد المشكوك لزومه الحكمي.

العمومات:

قوله **تَنْتُزِعُ**: فمنها قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلى آخره.

اعلم أنه وقع الكلام بين العلماء أن المنشأ بهذه الآية وأمثالها، هل هو الحكم التكليفي والحكم الوضعي متترع منها، كما عليه المصنف **تَنْتُزِعُ**، وعليه جرت طريقته في جميع الأحكام الوضعية أنها متترعة من الأحكام التكليفية؟ أو أن المنشأ والمدلول لها هو

الحكم الوضعي والتكليفي معا، أو خصوص الوضعي، كما عليه جملة من أكابر علماء العصر ومن قارب عصرنا؟

وينبغي الآن أن نوضح طريقة شيخنا المصنف أعلى الله مقامه قبل كل شيء، فنقول: لبيان وجه التمسك بهذه الآية لأصالة اللزوم لا بدّ من تقديم أمرين:

الأول: العقد عبارة عن العهد أو ما يسمى عقدا لغة وعرفا، كما ذكره المصنف، ويمكن إرجاع أحدهما إلى الآخر، إذ من المعلوم أنه ليس للشارع في مثل ذلك اصطلاح جديد، فما روي في تفسير علي بن إبراهيم من أنه العهد^(١)، من القريب إرادة المعنى اللغوي أو العرفي، والمفهوم من العقد هو إيجاد العقدة في المنشأ بالمعاملة لثلاث تنحل المعاملة، ومن المعلوم أنّ حصول العقدة في البيع لا تكون بنفس المبادلة، وكذلك غيره من المعاملات لا تكون بنفس إنشاء معنى المعاملة، بل معنى المعاملة هو الموضوع للعقدة، وهي التي تحتاج إلى الربط والعقد والإيثاق حتى لا تنحل، فكيف يكون إيجادها إيجادا للعقدة؟!!

وهذا واضح، فمعنى إيجاد العقدة وجعل المعاملة وثيقة هو أن يعطي كلّ من المتعاملين التزامه للآخر ويملكه إياه، بحيث لا يجعل لنفسه الاختيار في الفسخ والردّ وإبطال المعاملة، فتكون العقدة ملزمة من الطرفين، وقد يعطي أحد المتعاملين فقط التزامه للآخر، فتكون العقدة حاصلة من طرف واحد.

وقد تقدّم ممّا أن بناء المتعاملين في جميع المعاملات التجارية ١٤ الالتزام والتعهد في المعاملة، والبناء على إعطاء كلّ من المتعاملين التزامه للآخر، - أهمهم التجاري،

(١) الظاهر أن التفسير بالعهد ليس في تفسير القمي بل هو عن ابن عباس، كما نقله الطبرسي في مجمع البيان ٣/ ٢٣٣ و سيأتي مزيد تفصيل من الشيخ رحمه الله.

ورعاية لحاجاتهم وضرورياتهم، كما سبق توضيحه.

فالبائع يغيره من المعاملات التجارية مبني على هذا المعنى، والمتعاملان أصل معاملتهم تكون على إعطاء الالتزام والتعهد بإبقاء كل من العوضين عند من انتقل إليه على نحو الدوام.

وبهذا يتضح أن عقدية العقد إنما تكون بهذا الالتزام والتعهد، الذي هو عبارة عن الزوم المعاملي، ولهذا يصح تسمية العقد عهداً، لأنه لا يكون عقداً إلا لتضمنه للتعهد والالتزام، ومقتضى هذا التعهد والالتزام أنه ليس لأحدهما التصرف فيما صار إلى الآخر بهذه المعاملة، وكلما يكون نقضا لهذه المعاملة ومضمون العقد فهو غير جائز بمقتضى التزامهما.

وأما المعاملة الخالية عن هذا التعهد والالتزام لا تسمى عقداً.

الثاني: إن هذه العمومات بمقتضى إطلاقها لها العموم الزماني، ومعنى عمومها الزماني أن الحكم مطلق مستمر لا يختص بزمان دون زمان، لأن متعلق الحكم له العموم الزماني والحكم ثابت للعام الزماني، وبعبارة يكون مصب العموم الزماني هو الحكم، لا أن مصب الحكم هو العموم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى توضيح ذلك في خيار الغبن.

إذا عرفت ما ذكرنا فنقول: إنه لما كان العقد عند العرف هو عبارة عن إيجاد العقد بين المتعاملين، وإعطاء كل منهما التزامه للآخر، فمعنى الوفاء به هو العمل بمقتضاه وعدم نقض تعهدهما بأن التزام كل منهما بيد الآخر والتزامهما بعدم التصرف في ما انتقل إلى الآخر، فإذا أمر الشارع بالوفاء، فليس معناه أن هذا حكم تعبدى مولوي دائمي كوجوب الصلاة والصوم وأمثال ذلك من الواجبات التوصيلية أو التعبدية التي لم يأمر بها الشارع إلا لمصلحة نوعية يختل بدونها نظام النوع، بل لا بد أن يراد من وجوب

الوفاء بالعقد هو لزوم الجري على مقتضى العقد لمراعاة حقوقها وتنفيذ ما التزم به لمصلحة نفسيهما^(١) على طبق رضاها، فلو تقايلا ورضاها بنقض هذا التعهد والعقد، واسترجاع الالتزام الذي أعطاه كل منهما للآخر، فلا محالة لا يجب حينئذ الوفاء، ولا يحرم ذلك عليهما، نظير وجوب الوفاء بالدين، فإن هذا الوجوب إنما هو مراعاة لحق الدائن، فلو أن الدائن أبرأ ذمة المدين أو أمهله، فموضوع وجوب الوفاء ينتفي قطعاً، ولا يجب الوفاء.

فمقتضى هذه الآية العامة لكل عقد- لمكان الجمع المحلّى باللام- أن كل معاملة صدق عليها العقد يجب الوفاء بمقتضاها، ولا يجوز نقضها، ويحرم الفسخ على نحو يكون الوجوب وجوباً تكليفياً حقيقياً، أي لمراعاة حق الطرف الآخر، والحرمة تكون حرمة تكليفية حقيقة كذلك، وحيث قلنا في الأمر الثاني أن العموم عموم أزماني فيعم وجوب الوفاء جميع الأزمنة إلى الآخر على نحو الدوام، إلا أن يأتي تخصيص فيخرج عن هذا العموم، كأدلة الخيارات، ومع عدمه فالمرجع هو هذا العموم بلا شبهة، ويتنزع من هذا الوجوب التكليفي الحقيقي- أي الذي هو لمراعاة حقي المتعاملين- الحكم الوضعي، وهو لزوم المعاملة الذي هو لازم مساوي لذلك الوجوب بالمعنى المتقدم.

والتمسك بهذا العموم لإثبات اللزوم لا يفرق فيه بين أن يكون في اللزوم والجواز من أول الأمر، أو بعد انعقاد المعاملة لازمة، لأنه يكون شكاً في التخصيص.

أمّا على الثاني فواضح، وأمّا على الأوّل، فلأن المعاملة، وإن كانت مشكوكة اللزوم من أول الأمر، إلا أن المفروض أن المتعاملين تعاقدوا وتعاهدوا، وأعطى كلّ منهما التزامه للآخر، فصدق على المعاملة اسم العقد، فهي داخلة في عموم وجوب الوفاء بالعقد،

(١) في الأصل: نفسيهما.

فإذا شككنا في لزومها عند الشارع، فقد شككنا في تخصيص هذا العموم وفي الشك في التخصيص المرجع أصالة العموم، كما هو واضح.

هذا كله إذا كان الشك في العقود التجارية التي لزومها لزوم عقدي لا حكمي، أما لو كان الشك في لزوم العقود التي لزومها حكمي كالنكاح والوقف، فالتمسك بهذا العموم لإثبات لزومها الحكمي محل نظر، فإن غاية ما ينتزع من هذا الوجوب هو اللزوم العقدي، أما اللزوم الحكمي فلا معنى لانتزاعه من هذا الوجوب، لأن هذا الوجوب قد فرضناه رعاية لحق المتعاقدين، ومع رضاهما بالفسخ وانحلال العقد، لا مورد لوجوب الوفاء، فهو وجوب حقي كما قلناه آنفاً، فكيف ينتزع منه اللزوم الحكمي الذي هو ثابت حتى مع رضا المتعاقدين بالفسخ، ولهذا قلنا: إن الإقالة لا تدخل في العقود اللازمة باللزوم الحكمي، لأنه لا أثر لرضاهما بالفسخ أو التقايل، فلا يكون اللزوم الحكمي منتزعا من الوجوب الحقي، ولا نفس الوجوب الحقي.

نعم لا بأس بالتمسك بهذا العموم في العقود اللازمة باللزوم الحكمي إذا شك في لزومها لتأكيد لزومها الحكمي لا لتأسيسه، فتدبر.

ثم إنه أورد بعض المحققين كلاماً على الكتاب أن وجوب الوفاء فرع وجود العقد، وبعد الفسخ نشك في بقاءه، فلا يتم إلا بالاستصحاب.

ودعوى أن المفروض وجود العموم الأزمني، مدفوعة بأنه على فرض التسليم إنما ينفع مع تحقق الموضوع، وهو مشكوك.

نعم لو كان الموضوع صدور العقد ولو لم يكن باقياً كان كما ذكر، لكنه مقطوع بعدم، إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعاً.^(١)

(١) السيد محمد كاظم اليزدي: حاشية المكاسب، قسم الخيارات، ص ٣. ط. حجرية سنة

أقول: بعد ما عرفت من التقريب الذي ذكرناه لكلام المصنف نُكِّدُ تعرف عدم توجه هذا الإيراد، فإنه بعد أن كان المفروض أن العقد متضمن للالتزام كَلَّ من المتعاقدين للآخر بدوام مضمون المعاملة، وأنه ليس لكل منهما نقض هذا الالتزام بالفسخ، ولا بالتصرف فيما انتقل عنه بنحو من أنحاء التصرف، وإذا دخل هذا العقد تحت عموم وجوب الوفاء بالعقد، فيكون بحكم الشارع حينئذ ليس لهما الفسخ ولا التصرف أبداً، حتى بعد الفسخ، فإذا شك في أنَّ لهما التصرف والفسخ فذلك شك في تخصيص العموم، فيتمسك بالعموم، وليس ذلك من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية.

والحاصل أنَّه بعد أن وقع من المتعاقدين الالتزام، وقد حكم الشارع بمقتضى هذا العموم بنفوذ هذا الالتزام وعدم جواز نقضه بالفسخ، فالعقد يكون محكوماً بلزومه دائماً، فإذا شك في زواله بالفسخ يحكم بعدم تأثير الفسخ فيه بمقتضى العموم الذي دلَّ على أنه دائم لا يزيله الفسخ.

وبعبارة أخرى إنَّه أليس قلنا أن الحكم في الآية حكم تكليفي ينتزع منه حكم وضعي، وذلك الحكم التكليفي ينحلُّ إلى الحكم بعدم جواز الفسخ دائماً، فلا بدَّ في مقام التخصيص أن يدلَّ الدليل على حكم تكليفي، وهو جواز الفسخ في خصوص هذا العقد الخاص أو في خصوص زمان من أزمانه هذا العقد الخاص، ومن هذا الحكم التكليفي ينتزع حكم وضعي، وهو جواز العقد إمَّا من أول الأمر أو بعد زمان، فإذا شك في أنه يجوز الفسخ أو لا يجوز، فلا بدَّ أن يكون للشك في ورود دليل يخصص العموم، على أنه لو سلَّمنا أن العقد بحسب ذاته وأصل وضعه لا يقتضي اللزوم، لكن محالة أن اللزوم ثابت له من الشارع لو خلى ونفسه، فيحتاج إثبات جوازه ^(١) إلى التخصيص، فلا يكون

المقام من الشبهة المصدقية.

وسرّ المغالطة في المقام أن اللزوم والجواز من الصفات المنوّعة للعقد، كما قيل إنها صفتان منوعتان للملكية أو أنها من لواحق العقد.

فإن كان الأوّل، فما ذكره المورد على الكتاب في محله، لأنّه إذا شك في لزوم عقد وجوازه يشك في وجود الموضوع بعد الفسخ، فلا يمكن التمسك بالعموم.

أما لو قلنا: إن الجواز واللزوم من لواحق العقد إنّما يثبتان بجعل الشارع بعد فرض العقد، فلا مجال لهذا الكلام فإنه بعد فرض أن كل عقد بحسب العموم جعل له الشارع اللزوم والدوام لمقتضاه، فإذا شك في عقد خاص أنه جائز، يشك في تخصيص ذلك العموم الدالّ على لزوم كل عقد، فتدبّر.

ثم هذا كله في تقريب ما أفاده المصنف من أنّ الآية مفادها الحكم التكليفي، ومنه ينتزع الحكم الوضعي، لأنّ هذا الحكم التكليفي يلزم الحكم الوضعي، وهو اللزوم كما أوضحناه.

والتحقيق أن مفادها بالعكس هو الحكم الوضعي، وينتزع منه الحكم التكليفي.

بيان ذلك يتوقف على ذكر مقدّمة وهي أن الالتزام والعهد والنذر وأمثال ذلك، تارة يتعلق بفعل الملتزم والناذر والمتعهد، وأخرى يتعلق بالنتيجة.

فالأوّل مثل نذر الصيام والصلاة، وغير ذلك من أفعال الإنسان الاختيارية، والثاني مثل الملكية والإباحة، مما كان نتيجة فعله.

ومن المعلوم أن البيع بأصل وضعه عند العرف وعامة الناس يتضمن الالتزام والتعهد، كما قلناه سابقا، ولكنّ هذا الالتزام والتعهد إنّما هو متعلّق بالنقل والانتقال

الذي هو نتيجة عقد البيع، لا بنفس فعلهما، وهو إيجاد البيع، فإن إيجاد البيع هو إيجاد المبادلة، وهما يلتزمان كل للآخر بلزوم هذه المبادلة المنشأة بقاء ملكية البائع للثمن، والمشتري للثمن.

وبعبارة أخرى إنه بعد إيجاد العقدة يلتزمان ببقائها وعدم انحلالها، وبشدها شدا وثيقا لا تقبل الانحلال إلا برضاها معا.

ثم إن الوفاء بالتعهد والالتزام عبارة عن إبقاء هذا الالتزام والقيام به والثبات عليه، غاية الأمر أن الثبات عليه تارة يكون نفسيا فقط حيث لا آثار هنا للملتزم به يظهر بها التزامه وثباته عليه.

وأخرى يكون خارجيا يحصل بترتيب آثار الملتزم به، ويكون ترتيب الآثار علة لظهور الالتزام والثبات عليه على وجه يكون الوفاء والثبات على الالتزام عنوانا لترتيب الآثار.

فيقال: إن الآثار ثبات عملي على التزام، أو وفاء عملي بالتزام، كعنوان تصديق العادل في حجية خبر الواحد المأمور به، فإن الأخذ بمؤدى الخبر علة لظهور تصديق العادل إذا كان بقصد التصديق، فيكون تصديقا عمليا، لا أن نفس العمل بمؤدى الخبر يكون تصديقا للعادل ولو لم يكن بقصد التصديق.

وهنا أيضا كذلك، فإن الأخذ بالآثار بنفسها ليس ثباتا على الالتزام ولا وفاء به، بل الثبات عليه والوفاء به إنما يظهر بترتيب آثار ما التزم به، فيكون الأخذ بالآثار ثباتا عمليا عليه والوفاء عمليا به، بمعنى أنه يعنون بهذا العنوان ولازم الثبات على ما التزم به والوفاء به عدم جواز ما يتحقق به نقض التزامه من التصرف في المقام بها انتقل عنه وفسخ البيع وأمثال ذلك مما يكون سببا لحصول نقض التزامه وتعده.

إذا عرفت ما ذكرنا يتضح المقصود الذي نرمي إليه، فإن بعد أن فرضنا أن العقد عبارة عن إيجاد^(١) العقدة بالترام كل من المتبايعين مثلاً للآخر، ومتعلق الالتزام ليس هو الفعل، بل هو النتيجة، والوفاء به عبارة عن الثبات على ذلك الالتزام والقيام بذلك الالتزام إلى ما بعد البيع، فلا محالة لا يكون المتعلق للأمر بالوفاء هو فعل من أفعال المتبايعين حتى يكون الأمر متضمناً لحكم تكليفي، لأن متعلق الالتزام، كما قلنا، هو النتيجة التي هي عبارة عن الملكية والنقل والانتقال، لا البيع الذي هو فعل للبائع والمشتري، ولا عدم التصرف بما انتقل عنه، ولا عدم الفسخ ولا شيء من ذلك أصلاً. وعليه يكون المتعلق للأمر ليس إلّا للزوم، الذي هو عبارة عن الثبات على الالتزام، الراجع إلى بقاء الالتزام، وهو معنى لزوم البيع.

وأما صيغة الفعل، وإن كانت ظاهرة في الحكم التكليفي، لكن لا بد أن تحمل على الأمر الإرشادي لبيان الزوم، كما نقول في الأوامر المتعلقة بالجزء والشرط للواجب إنها إرشاد إلى الجزئية الشرطية، كما أن النهي عن شيء في المأموري^(٢) إرشاد إلى المانعية. والذي يشهد لما ذكرنا - من كون الوفاء في الآية هو الثبات على الالتزام والقيام به، لا نفس ترتيب آثار ما التزم به - أنه فسرت العقود في الآية:

تارة بعقود أمير المؤمنين عليه السلام كما عن تفسير علي بن إبراهيم، عن الجواد عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) التي عقدت عليكم لأمر

(١) في الأصل: إيجاد.

(٢) كذا في الأصل.

(٣) المائدة: ١.

المؤمنين»^(١).

وأخرى العهود التي أخذها الله سبحانه على عباده بالإيمان به، وطاعته فيما أحل له أو حرم، كما عن ابن عباس،^(٢) وغير ذلك من التفاسير.

وهذه المعاني لا تنطبق عليها كل الانطباق إلا إذا أريد ما ذكرناه من معنى الوفاء في الآية، وهو الثبات على الالتزام خصوصا في المعنى الثاني، فإن الوفاء بالإيمان والطاعة لا يمكن يكون^(٣) واجبا بالوجوب المولوي، لعدم وجوب الطاعة بالوجوب الشرعي، فكذا الوفاء بها عملا وترتيب آثارها.

ولا بأس على ما نقول من عموم الآية لجميع هذه الأمور، ويكون المراد من الآية والله العالم: هو لزوم الثبات على العهود الذي^(٤)، يعاهدنا الإنسان على نفسه بالنظر إلى غيره وبالنسبة إلى نفسه، فتعم حتى النذر والعهد، وحتى مثل حلف الفضول عند الجاهليين.

فاتضح أن مفاد هذه الآية هو إنشاء^(٥) الحكم الوضعي وهو لزوم العقد دائما وبقاء الالتزام إلى ما بعد البيع، ومنه ينتزع الحكم التكليفي من حرمة التصرف بما انتقل عنه، وحرمة الفسخ وأمثال ذلك، إذ بعد أن كان الالتزام ثابتا إلى الآخر، والعقد يكون لازما بقاء، كما هو لازم حدوثا، لا محالة يكون لازمه أن المبيع مثلا لا يجوز لأحد التصرف فيه - البائع وغيره على حد سواء - وكذلك لا يجوز فسخه، لأنه يكون به نقض الالتزام

(١) تفسير القمي ١: ١٦٠ هـ. قم سنة ١٤٠٤ هـ.

(٢) انظر الشيخ الطبرسي: مجمع البيان ٣/ ٢٣٣ طهران سنة ١٤٠٦ هـ.

(٣) كذا في الأصل.

(٤) كذا.

(٥) في الأصل: الإنشاء.

وهكذا من التكاليف الحكيمة من النواهي والأوامر المتعلقة بهال بالنسبة إلى غير ماله. واتضح أيضا أنه لا معنى لأن يكون مفاد الآية هو الحكم الوضعي، كما في الكتاب، فيكون نهيا عن التصرف والفسخ، أو أمرا بعدم التصرف والفسخ، فإن عدم التصرف والفسخ، والعمل على مقتضى الملكية والالتزام ليس بنفسه وبها هو كذلك وفاء بالعقد، والعمل بمقتضى العقد هو ليس إلا الثبات على الالتزام وعدم نقضه.

ثم إنه يتضح لك من بياننا لهذا الوجه للآية الشريفة ان التمسك بها في مقام الشك في الجواز واللزوم لإثبات اللزوم لا يتوقف على جعل الآية عامة بالعموم الزماني بإطلاقها، فإن نفس معنى الثبات على الالتزام، والوفاء به لا يتحقق إلا بعدم نقض المعاملة بالفسخ، وإلا فمع الفسخ لم يتحقق ثبات أصلا.

وبعبارة أخرى إنه بعد أن تضمن العقد الالتزام بالمبادلة ودوامها، فلا يتحقق الوفاء بها أصلا مع الفسخ في زمان من الأزمنة، فنفس الوفاء بالعقد هو معنى يقتضي الدوام بلا حاجة إلى استفادة عموم الحكم الزماني من الإطلاق، فتدبر.

وبهذا التقرير كله تعرف أن خروج العقود الجائزة جوازا حكما ليس من باب التخصيص، بل من باب التخصيص.

وذلك هو مقتضى لفظ الوفاء، فإن الوفاء إنما يكون في فرض يكون الالتزام من العاقد فيفي به، أما لو كان اللزوم من الشارع جعله على نحو الحكم المولوي كسائر الأحكام التكليفية المحضة لا معنى لأن يأمر نفس العاقد بالوفاء، وليس هو تحت يده رفعا ولا بقاء، فلا يكاد تشمل لفظ العقود في الآية المتعلقة لوفاء العاقد للعقود اللازمة باللزوم الحكمي، وإذا لم تكن اللازمة داخلية موضوعا، فالجائزة كذلك لا يكون خروجها تخصيصا.

نعم العقود الجائزة بالجواز العقدي كالبيع الخياري تخرج عن العموم تخصيصا لا تخصيصا، لأن العقد بنفسه متضمن للالتزام المعاملي فهو في حدّ نفسه داخل لو لا الدليل الذي يدلّ على ثبوت الجواز، كدليل خيار المجلس والحيوان.

إلا أنّه يشكل في البيع الخياري الذي كان الخيار يجعل المتعاملين، فإنه لا التزام من المتعاملين بحسب الفرض، فلا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الذي معناه، - كما قررناه - هو الثبات على الالتزام، إذ لا التزام، فلا عقد فلا وفاء، فلا وجوب، وحينئذ يخرج مثل هذا البيع عن عموم الآية تخصصا لا تخصيصا، كالعقود الجائزة بالجواز الحكمي.

ويجاء عن ذلك بتوضيح معنى جعل الخيار من المتعاملين: إنّه لا شبهة أن المتعاملين بالبيع ينشأن المبادلة بالبيع، ويلتزمان بهذه المبادلة.

غاية الأمر أنّه تارة يعطي كلّ منهما التزامه للآخر، فلا يثبت الخيار لهما من قبلهما، وأخرى لا يعطي كل منهما التزامه للآخر، فيكون التزامه تحت سلطته باقيا، وبهذا تحدث له السلطنة على العقد، فإن شاء أن يعطي التزامه للآخر، فيكون البيع لازما من قبله، وإن شاء أن يحلّ العقد ويفسخ، فينحل البيع، لأن له ذلك.

وعلى كلّ حال لا ينافي ذلك أنه التزام بالمبادلة وأوجد العقدة الذي بذلك يكون العقد عقدا، لأنّه غاية ما كان أن الالتزام لم يملكه إلى الطرف الآخر، ولم يجعل أمره بيد الآخر، فله إبقاء التزامه، وله حلّ العقد، لا أنه لم يلتزم أصلا بالمبادلة، ولم يوجد العقدة، وإنّما العقدة التي أوجدها تكون عقدة قابلة للانحلال لا عقدة موثقة غير قابلة للانحلال، فلا يخرج البيع عن كونه عقدا قد التزم المتبايعان بإيجاد مضمونه.

ويمكن تصوير الوفاء به، فيدخل تحت عموم الآية، ولكن لما دلّ الدليل الخاص على إمضاء ما جعله من الخيار، يكون ذلك الدليل مخصصا للعموم، وإلا فمجرد عدم

إعطاء كلّ منهما الالتزام للآخر لا يقتضي جواز الفسخ بدون الإمضاء من الشارع لما جعله.

فتحصل أن الحق في الآية أن مفادها هو الحكم الوضعي، لا الحكم التكليفي، كما عليه المصنف.

بقي الكلام في القول الثاني، وهو عمومها للحكم الوضعي والتكليفي عرضاً، كما ينسب إلى صاحب الجواهر.

وأنت إذا عرفت ما ذكرناه تعرف الوجه في عدم صحة إرادة الحكم التكليفي وإن كان مع إرادة الوضعي، لعدم صحة أن يراد من الوفاء نفس ترتيب الآثار، إلا أن يجعل ذلك عنواناً ومرآة عن ترتيب الآثار من باب حكاية العنوان عن المعنوي، ولكن الجمع بين جعل نفس العنوان موضوعاً للحكم، والمعنون الحاكي عنه العنوان في استعمال واحد غير صحيح، فإنه جمع بين لحاظ العنوان لحاظاً استقلالياً ولحاظه لحاظاً مرآتياً آلياً، مضافاً إلى أن الجمع بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي في استعمال واحد غير ممكن، فإن استعمال الصيغة في الحكم الوضعي للإرشاد، وفي التكليفي على نحو المولوية، ولا جامع بينهما، إذ لا جامع بين داعي البعث وداعي الإرشاد، ولا يعقل أن تكون صيغة الأمر مصداقاً للإرشاد وللبعث معاً.

قوله **تتأكد** : وجب العمل بما يقتضيه التملك... إلى آخره.

لا يخفى أن ما يقتضيه العقد ليس إلا الثبات على الالتزام، والقيام به في مقام الفعلية، كما تقدم، لا ترتيب آثار الملكية، فإن ترتيب الآثار بها يتحقق الثبات على الالتزام، وبها يخرج الالتزام إلى المرحلة الفعلية، ويكون التزاماً خارجياً عملياً.

نعم يكون الوفاء والثبات على الالتزام عنواناً لترتيب الآثار، كما مثلنا بتصديق

العادل عملاً، فإن نفس العمل بما أخبر به لا يكون تصديقا، بل به يتحقق التصديق، فيصدق هذا العنوان على العمل، وإلا فلو كان ترتيب الآثار بنفسه يكون مصداقا للوفاء لكان ترتيب الآثار من دون قصد الالتزام والثبات عليه، مصداقا للوفاء، مع أنه بالضرورة ليس كذلك.

قوله **تَنْتُزَعُ** : وليس من مقتضيات العقد في نفسه... إلى آخره.

بل يمكن دعوى أن البيع وسائر العقود التجارية أصل وضعها العرفي بحسب البناء هو اللزوم، كما ذكرناه سابقا مع قطع النظر عن حكم الشارع باللزوم، وإن كان نفس مفهوم البيع وغيره من المفاهيم التي من شأنها اللإقتضاء بالنسبة إلى اللزوم والجواز، لكن عرف المتعاملين جرت سيرتهم وبنأؤهم العملي على الالتزام بمؤدى هذه المعاملات حفظا لشؤون معاشهم، ورعاية لقضاء حوائجهم.

قوله **تَنْتُزَعُ** : التي لا يراد منها إلا حليّة جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين... إلى آخره.

هذا التعميم لما بعد الفسخ باعتبار إطلاق الآية لجريان مقدمات الحكمة هنا، وإذا ثبتت حليّة التصرفات حتى بعد الفسخ، كان لازمه عدم تأثير الفسخ الذي هو معنى لزوم البيع، وإلا لما كانت التصرفات حينئذ محللة لغير الفاسخ فيتنزع من حلية التصرفات بعد الفسخ لزوم البيع.

وهكذا الاستدلال بآية حليّة أكل المال بالتجارة عن تراض، حيث أن المراد من الأكل هو التصرف، لا الأكل الحقيقي.

وحاصل ما أفاده المصنف، أن الحليّة التي دلّت عليها الآيتان هي الحليّة الحكمية التكليفية، ويتنزع منه الحكم الوضعي وهو اللزوم.

ولكن الكلام الذي ذكرناه في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) جار في آية حَلْيَةِ البيع من أن المدلول المطابقي للآية هو الحكم الوضعي ويتتبع منه الحكم الوضعي، بل هنا أولى. بيان ذلك: إن الحَلْيَةَ كما تطلق ويراد منها الحكم التكليفي في لسان الأدلة، كذلك تطلق ويراد منها الحكم الوضعي كلفظ الجواز والحرمة، فيقال مثلاً: وبر ما يؤكل لحمه حلال، والمراد منه مثلاً صحة الصلاة به حتى لو حرم أكله بالحرمة التكليفية لعارض مثل صيرورته جَلَّالاً أو موطوءاً، كما يقال: وبر ما لا يؤكل لحمه حرام، والمراد منه فساد الصلاة به، حتى لو أحل أكله بالحَلْيَةِ التكليفية لعارض كالمخمصة.

ومثل هذا كثير مثل «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٢) أي نافذ صحيح، وكقوله ﷺ «جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج»^(٣).

ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة، كما قال الشهيد الثاني في الروضة^(٤).

ومن جملة الضوابط للتمييز بين الحليتين والحرمتين أن المتعلق للحلية أو الحرمة إن كان فعلاً من الأفعال الاختيارية، كان اللفظ ظاهراً في الحكم التكليفي، إلا أن تقوم قرينة، كما في قوله ﷺ «جواز شهادة الأربعة»، وإن لم يكن فعلاً من الأفعال الاختيارية كان اللفظ ظاهراً في الحكم الوضعي، إلا أن تقوم أيضاً قرينة على خلاف ذلك، فيقدّر حينئذ الفعل، كما في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾^(٥) فإنه لا معنى للحرمة الوضعية، فلا بدّ أن يقدر الفعل، مثل الوطء ومقدماته، والنظر إلى العورة، وهكذا.

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل ٢٣: ١٨٤، كتاب الإقرار، باب ٣، حديث ٢.

(٣) انظر الوسائل ٢٢: ٤٣١، كتاب اللعان، باب ١٢، حديث ١. (منقول بالمعنى).

(٤) الروضة البهية ٦: ٢١٧ (منشورات جامعة النجف الدينية).

(٥) النساء: ٢٣.

إذا عرفت [هذا]، فهنا الحلّة في آية حلية البيع، إنما هي مستندة إلى البيع، وهو ليس من قسم الأفعال، لأنّ المراد منه هو البيع بالمعنى الاسم المصدري، لا بالمعنى المصدري، ولذا جعله المصنف ^(١) كناية عن التصرفات في العوضين، فيكون البيع قرينة على أن المارد من الحلية الوضعية، ويوجب ظهور اللفظ في ذلك.

وجعل البيع كناية عن التصرفات بلا ملزم، بل لا وجه له، ولا يصار إليه إلا مع القرينة الدالة على أن المراد من الحلية التكليفية، والمفروض ليس هناك من قرينة.

ودعوى أن ذلك يستفاد من مقابلة هذه الآية لقوله تعالى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ ^(٢) ممنوعة، لأن ذلك أيضا جار فيه الكلام، ولا بدّ أن تحمل الحرمة على الحرمة الوضعية.

والحاصل أن حمل الحلية على الحكم التكليفي ثم التصرف لأجل ذلك في لفظ البيع، وجعله كناية عن التصرفات اللازمة عادة لانتقال المال إلى المشتري والبائع يحتاج إلى مؤنة زائدة لا يساعد عليها نفس لفظ الآية، بل ظاهرة في خلافها.

وحمل هذه الآية على الحكم الوضعي أولى من حمل آية وجوب الوفاء عليه، كما أشرنا إليه، لأن صيغة افعال موضوعة للوجوب البعني التكليفي، أو ظاهرة فيه، فحملها على الإرشاد حمل للفظ على خلاف ما وضع له بواسطة القرينة وهي الوفاء الذي لا معنى لأن يكون واجبا بالوجوب التكليفي، لما سمعت من أن الوفاء غير ترتيب الآثار، وإنما ترتيب الآثار به يظهر الوفاء لا نفسه، وقد تقدّم تفصيله، فكانت المادة قرينة على المراد من الهيئة، كما جعلنا الوفاء أيضا قرينة على تخصيص العقود بالعقود التي من شأنها الاقتضاء ^(٣)، فخرجت العقود اللازمة والجائزة لزوما وجوازا حكما عن موضوع الآية

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) في الأصل: الاقتضاء.

تخصّصاً.

وأما هنا فإن لفظ الحلّية ليس موضوعاً لخصوص الحكم التكليفي، فحمله على الحكم الوضعي ليس من باب حمل اللفظ على خلاف ما وضع له بواسطة القرينة، فلا يمكن توهم جعل لفظ الحلّية قرينة على المراد من البيع، إذ لا ظهور لها في الحلّية التكليفية، بخلاف آية وجوب الوفاء، فإنه لما كانت الصيغة موضوعاً للوجوب التكليفي أو ظاهرة فيه، كان مجال لتوهم قرينتها على المراد من المتعلق، وهو الوفاء بجعله كناية عن ترتيب آثار العقد من باب دلالة اللازم على الملزوم، حيث إن ترتيب الآثار علّة لحصول الوفاء؛ لأنه بها يظهر الوفاء كما قلناه، وعلى الأقلّ يمكن التشكيك بجعل الأمر دائراً بين صرف ظهور الهيئة في الوجوب التكليفي، وصرف ظهور الهيئة في نفس عنوان الوفاء الذي هو المعنى الحقيقي.

وإن كان الحق خلافه، لأن المادة تكون قرينة على الهيئة، وظهورها حاكم على ظهورها.

ولكن الفرض أن في هذه الآية مجالاً للوهم، بخلاف آية حلية البيع.

والحاصل أن آية حلية البيع لا تدلّ إلّا على إمضاء الشارع للبيع ونفوذه، ولا دلالة^(١) لها على أكثر من ذلك ويتنزع منه حلية التصرفات.

وأما دلالتها على اللزوم فسيأتي إن شاء الله ما يمكن تقريبه، وقد تقدمت الإشارة إليه أيضاً.

(١) في الأصل: ولأدلة.

قوله **تَنْكُرُ** : لكن يمكن أن يقال انه إذا كان المفروض الشك ... إلى آخره.

توضيح ما أفاده المصنف **تَنْكُرُ** أن البيع ليس عبارة إلا عن المبادلة بين المالين التي ليست حقيقتها إلا اللإقتضاء بالنسبة إلى اللزوم، والجواز كما أوضحناه سابقا في بعض حواشينا المتقدمة، ولا شبهة أن الحكم إنما يثبت لموضوعه بعد فرض ثبوته، ولا يعقل أن يكون حافظا لموضوعه، فلو شك في ثبوت الموضوع لا يعقل أن يتمسك بإطلاق الحكم لإثبات الموضوع بالضرورة، مثلا عموم (أكرم العلماء) لا يشمل ما كان مشكوك العالمية، ولا يعقل أن يثبت كونه عالما، وهنا بعد الفسخ نشك في بقاء البيع وثبوت المبادلة، فكيف يعقل التمسك بإطلاق حلية التصرفات مع الشك في ثبوت الموضوع، بل لا يعقل أن تكون الآية مطلقة وشاملة لما بعد الفسخ لقصورها عن ذلك، فنحتاج في التمسك بها إلى إثبات الموضوع من غير جهتها، وليس إلا الاستصحاب، والرجوع إلى الاستصحاب خروج عن محل الكلام من التمسك بالعمومات، وهكذا الكلام في آية حلية أكل المال بالتجارة عن تراص.

ولكن يبقى إشكال الفرق بين هاتين الآيتين، والآية الأولى، وهي قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، كما لم يفرق بينهما من هذه الجهة بعض المحشين، فمنع من التمسك بعموم وجوب الوفاء لما ذكرناه هنا في هاتين الآيتين، كما سبق التنبيه عليه.

وأنت بعد الإحاطة بما ذكرناه هناك وهنا، يتضح لك الفرق، فإن الموضوع هناك لوجوب الوفاء هو العقد، والعقد ليس هو نفس المبادلة، فإن المبادلة هي متعلق للعقد، والعقد يكون من لواحق المبادلة الذي هو عبارة عن جعل العقد والالتزام، بخلاف ما هنا، فإن الموضوع نفس المبادلة فلا بد من إحرازها ولو بالأصل.

أما في الآية المتقدمة، فلا يلزم إحراز المبادلة حيث إن المطلوب فيها هو الوفاء

بالعقد والثبات على الالتزام، فيكون نفس مدلول الآية هو حرمة النقص بالفسخ وعدم جواز الفسخ حرمة تكليفية الذي معناه بقاء العقد والمبادلة، كما يقول المصنف **تتذكر**، أو وضعية، كما قلناه فالآية بنفسها دالة على عدم نفوذ الفسخ، وأين هذا من الآيتين اللتين لا يدلان إلا على حلية التصرفات بعد الفسخ بمقتضى الإطلاق الذي لازمه عدم نفوذ الفسخ، ولا يثبت إطلاق الحلية لما بعد الفسخ إلا بعد فرض ثبوت الموضوع، فدالتهما على عدم نفوذ الفسخ يتوقف على ثبوت موضوعهما، وهما التجارة والبيع، ولا يمكن أن يثبتا بأنفسهما الموضوع، فلا مجال لدعوى دالتهما على عدم نفوذ الفسخ.

بخلاف آية وجوب الوفاء، فإن دالتهما على عدم نفوذ الفسخ ليس من طريق ثبوت الموضوع، بل بنفسها دالة على بقاء المبادلة والعقد، فلا يتوقف على بقائها.

فاتّضح السرّ في عدم تعرض المصنف للإشكال في آية وجوب الوفاء، وتعرضه له في هاتين الآيتين.

والعجب من بعض المحشين^(١) السابق الذكر حيث أخذ هذا الإشكال من المصنف هنا، وأورده عليه في آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولم يفتن إلى أن المصنف مع التفاته إلى الإشكال في هاتين الآيتين، فخصصه بهما ولم يذكره هناك، لا بدّ لعدم جريانه هناك، وإلا كيف يغفل المصنف **تتذكر** عن ذلك وهو المنبّه عليه؟

والمصنف **تتذكر** من تعرف! والتحقيق أنّه يمكن تتميم الاستدلال بآية حلية البيع، ولكن لا على ما سلكه المصنف من كون المدلول لهما هو الحلية التكليفية، بل لا على ما سلكناه من كونه هو الحلية الوضعية.

بيان ذلك أن البيع وإن كان هو نفس المبادلة، والآية تدلّ على نفوذ المبادلة، وحقيقة

(١) وهو السيد اليزدي، وقد سبق ذكر الاشكال.

المبادلة هي الإلقتضاء من جهة اللزوم والجواز، إلّا أنّا قد ذكرنا سابقا وكررنا غير مرة أن من يرجع إلى العرف وسيرة الناس في معاملاتهم هو البناء على الالتزام، والتعهد بدوام المبادلة والنقل والانتقال، لا من جهة جعل شارع أو مشرع آخر من عرف عام أو سلطان أو عقل أو غير ذلك، بل بطبعهم وفطرتهم حفظا لنظام معاشهم، ورعاية لقضاء حوائجهم التي لا تتم إلّا بهذا الالتزام من الطرفين، والتعهد بعدم انتقاض المعاملة، وقد قلنا: إن هذا الكلام جار في جميع العقود التجارية، ولا يختص بخصوص البيع، وحينئذ فإذا أمضى الشارع البيع بقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) على ما هو عليه عند الناس من البناء على لزوم وجريان سيرتهم على التعهد وتمليك التزام كلّ من الطرفين للآخر.

ففي الحقيقة لا يكون إمضاء لصرف المبادلة، بل إمضاء للمبادلة المعقود عليها والملتزم بها، فيكون إمضاء للالتزام واللزوم العقدي، فتدل الآية بنفسها على اللزوم العقدي على نحو الإمضاء، كدلالة آية وجوب الوفاء بالعقد على اللزوم، ولا حاجة إلى إحراز بقاء المبادلة لا من جهة الآية، لأنّ نفس مدلولها يكون هو بقاء المبادلة ولزومها وعدم نفوذ الفسخ بلا فرق بين الآيتين.

وأما آية حلية أكل المال بالتجارة على تراض، فإنها وإن كانت ظاهرة في الحكم التكليفي لا الوضعي، لأن متعلق الحلية هو الأكل لا التجارة، إلّا أنّ لازم حلية التصرفات في مال التجارة عند الشارع هو نفوذ المعاملة وحصتها عنده بالضرورة، فيتنزع من الحلية التكليفية الحلية الوضعية، كما في آية حلية البيع عند المصنف.

فإذا دلّت الآية على نفوذ المعاملة وإمضاءها بالدلالة الالتزامية، والمفروض أن بناء المعاملات التجارية على اللزوم العقدي، كما ذكرناه، فتدلّ الآية على إمضاء اللزوم الذي

عند العرف بعين ما قلناه في آية حلية البيع.

ومنه يظهر أن آية حلية البيع أيضا يمكن استفادة هذا المعنى منها على القول بأن مفادها الحلية التكليفية، كما سلكه المصنف رحمته لانزعاج الحلية الوضعية بلا فرق بين الآيتين، ولا حاجة إلى التمسك بإطلاق الآيتين لاستفادة عمومهما الأزمانى، كما تصدى إليه المصنف رحمته لعين ما قلنا في آية وجوب الوفاء بالعقود، كما سبق التنبيه عليه، فراجع.

قوله رحمته: ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم﴾... إلى آخره.
هذه الآية، وهي قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

قد استدلل المصنف بها على اللزوم، تارة بالمستثنى، كما تقدم، واخرى بالمستثنى منه، كما هنا، ويمكن الاستدلال بمجموع الآية كما سيأتي.

ولا بدّ من بيان الآية على نحو الإجمال حتى يتضح المقصود من الكلام فنقول:
الأكل لغة الازدراء بعد المضغ.

ولكن استعمل استعمالا شائعا في التصرف والأخذ على نحو الكفاية، لأن لازم الأكل هو إتلاف الشيء بإدخاله في البطن، وعدم إمكان استرجاعه، فأطلق المزوم وأريد اللازم، ولعلّ التعبير يقصر عن بيان حقيقة هذا المعنى، لكن الرجوع إلى العرف كاف في استفادة معناه، ولا يكاد يخفى ما فيه من لطف.

والخطاب بضمير الجماعة المضاف إليه الأموال، قد يتوهم فيه ابتداء أنه كيف يحرم أكل أموالهم؟ وكيف يكون أكل أموال الآكل باطلا؟ فلذلك حمل الضمير بعضهم على

البعض أي: لا تأكلوا أموال بعضكم، فحذف المضاف للعلم.

وقيل: إن الإضافة هنا لمطلق الاختصاص، والمراد الأموال التي خلقها الله تعالى لنفعكم، إلا أن المتدبر قد لا تخفى عليه النكتة في الآية الكريمة في إضافة الأموال إلى جميع المخاطبين، فإن الإضافة على حقيقتها إضافة تملكية بلا تقدير شيء.

ولكن للمبالغة باعتبار تنزيل المؤمنين منزلة نفس واحدة، فمال أحدهم مال للجميع، فيكون فيه رمز اجتماعي ولطف ببيان للحث على الوحدة والأخوة والتكاتف بين المؤمنين، حتى لا يظلم بعضهم بعضا، ولا يغتال أحدهم الآخر بأكل ماله بالباطل، كما يرشد إلى هذا المعنى قوله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يَحِلُّ له ماله إلا عن طيب نفس منه»^(١).

فمَهَّد ﷺ لحُرمة مال المسلم على غير المسلم بالحكم بأنه أخوه، فجعله ﷺ كالتعليل لعدم حلية أكل ماله من دون طيب نفسه.

وتقدير البعض وإن كان لازمان، لكن لا باعتبار المعنى المطابقي، بحيث يكون تقديرا في نفس اللفظ وحذف اعتمادا على العلم به، بل باعتبار المعنى الجدي الكناي المقصود من الكلام جدا لا المعنى الاستعمالي، فهو تقدير معنوي لا لفظي.

وقوله تعالى يَبْنِيكُمْ يشهد لهذا المعنى من الرمز للاتحاد، فإنَّ البنية إنما تكون في الشيء المجتمع.

والباطل خلاف الحق، ولكن يختلف باختلاف ما يراد منه، فقد يراد منه الباطل عند العرف، وقد يراد منه الباطل عند الشرع، وقد يراد الباطل ما كان عند العقل، وهو الظلم.

(١) مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨ كتاب الغصب، باب ١، حديث ٥.

والظاهر في المقام بملاحظة المقابلة للتجارة أن الباطل ما كان لا عن تجارة عن تراض.

والمراد من التجارة ما يصدق تجارة عرفا، فالباطل ما كان باطلا عرفا، ولذا قال المصنف **تتكل**: بكل وجه يسمى باطلا عرفا، ولا شبهة أنه يصدق عليه الظلم عقلا حيثئذ فهو باطل أيضا عقلا وباعتبار إمضاء الشارع لما في طريقة العرف يكون الباطل عرفا باطلا شرعا، لكن كونه باطلا شرعا يستفاد من هذه الآية، فالمرجع في تشخيص الباطل هو العرف، فكل ما هو باطل عرفا باطل شرعا بمقتضى هذه الآية، فإذا دلّ الدليل الخاص على جواز أكل ما هو باطل عرفا يكون مخصصا لعموم هذه الآية، كما دلّ الدليل على جواز أكل المازة من ثمر الأشجار، فيكون خروجه تخصيصا لا على نحو الحكومة.

هذا كله في مفردات عقد المستثنى منه، وقد أتضح - والله العالم - المعنى بهذا البيان. وأما عقد المستثنى، فنقول: الاستثناء إما أن يكون من نفس النهي عن الأكل فيكون الاستثناء منفصلا، وإن كان من الأكل بالباطل، فيكون الاستثناء منقطعا.

والظاهر هو الثاني، لأن الظاهر أن الاستثناء من مجموع الجملة الأولى، فتدلّ الآية على حصر حلية الأكل للمال بالتجارة عن تراض.

وقد يجعل الاستثناء من جملة مقدرة بأن يقدر: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل بأي سبب كان، أو ما يؤدي هذا المعنى، فيكون استثناء التجارة التي هي من جملة الأسباب من عموم الأسباب، ولكن لا يخفى ما فيه من تكلف وضعف.

والتجارة قرئت بالنصب، فتكون خبر كان الناقصة، والاسم إما يعود إلى الأكل، أو يقدر لفظ التجارة، فيكون التقدير: إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراض، ويبعد الأول تأنيث الفعل، وهو: تكون.

وقرئت أيضا بالرفع، فتكون كان تامة (و تجارة) فاعلها، و(عن تراض) قيد للتجارة إما أنها متعلقة بالتجارة، أو حال منها، ولا وجه لجعله خبرا بعد خبر على تقدير قراءة النص.

إذا عرفت ما ذكرناه، فنقول: أما الاستدلال للمقام بعقد المستثنى، فقد عرفت الكلام فيه في الحاشية السابقة في أن الاستدلال لا يتم إلا على ما ذكرناه، لا على ما ذكره المصنف، فإنه لا دلالة له على اللزوم.

وأما الاستدلال بعقد المستثنى منه فحاصله - كما أفاده المصنف رحمه الله - أنه بعد أن دلت الآية على حرمة أكل مال الغير بالباطل بما يسمى باطلا عرفا، فالمدار كما ذكرنا في تشخيص الباطل هو العرف، فكلما كان باطلا عرفا فهو باطل شرعا، يحرم أكل المال به، ولا يخرج عن هذا العموم إلا مع الدليل المخصص، وهنا لما كان أكل الثمن مثلا بدون إذن من انتقل إليه باطلا عرفا، فهو حرام بمقتضى عموم الآية، فيتزعم منه عدم تأثير الفسخ.

ولكن لا يخفى أنه إنما يعدّ باطلا عرفا بعد عدم تأثير الفسخ، وإلا فمع تأثير الفسخ لا يكون باطلا عرفا، لأنه ^(١) أكل لماله لا لمال غيره، فمع الشك في تأثير الفسخ لا يحرز كونه باطلا عرفا.

نعم إلا أن يكون الفسخ عند العرف غير مؤثر، فيكون باطلا عرفا، فتدبر.

وعلى كل حال فالأولى الاستدلال بمجموع عقدي المستثنى والمستثنى منه، فتكون الآية دليلا واحدا، لا كما جعلها المصنف دليلين، وذلك لأن الآية بمجموعها بمقتضى الاستثناء تدل على حصر حلية أكل المال بالتجارة عن تراض، فكل ما لم يكن تجارة عن

(١) في الأصل: لأن.

تراض فهو محرم، والأكل بالفسخ بمفهوم الحصر يكون محرماً من جهتين.

أحدهما كون الفسخ ليس بتجارة عرفاً، كما هو واضح.

وثانيهما إنه لا عن تراض، لأن الفرض فرض عدم رضا الطرف الآخر بالفسخ، فيحتاج الحكم بتأثير الفسخ إلى دليل مخصص لعموم الآية.

قوله **تَنْتَهِ**: فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع... إلى آخره.

لا يخفى أن الاستدلال بهذه الآية يتوقف على كون الخيار يتعلق بنفس العين لا بالعقد، فإن مقتضى عموم السلطنة على المال أن لا يكون لغير صاحب المال سلطنة عليه، فيكون الشك في ثبوت حق الخيار شكاً في التخصيص، فيتمسك بالعموم لنفيه.

وأما لو قلنا أن الخيار إنَّما هو متعلق بنفس العقد - كما هو الحق وقد تقدم - فلا يكون الشك في التخصيص، وذلك لأن السلطنة على ماله الذي انتقل إليه بواسطة البيع من تبعات العقد وآثاره، فدوام هذه السلطنة تابع لدوام العقد، فلو شككنا في دوام العقد لأجل الخيار، كما هو الفرض، فلا يمكن التمسك بعموم السلطنة لإثبات دوام العقد للشك في دوامها، إذ لا يمكن إثبات الموضوع بعموم الحكم، لأن السلطنة تكون على هذا من قبيل الحكم بالنسبة إلى العقد.

والحاصل أن دليل عموم السلطنة لا يعقل أن يكون حافظاً لموضوعه كما تقدمت الإشارة إليه، فلا يمكن أن يكون عموم وجوب إكرام العلماء مثبتاً لكون المشكوك العالية عالماً.

وهكذا ينبغي الكلام في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

وقوله **عَلَيْهِ**: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه».

فإنه لو كان الخيار من متعلقات نفس العقد، فالمال الذي انتقل إلى المشتري مثلا بالبيع إنما يدوم كونه مالا له إذا كان العقد دائما لازما، فلو فرض الشك في ثبوت حق الخيار، فقد شك في دوام العقد بعد الفسخ، فيشك في كون المبيع بعد الفسخ مالا للمشتري، فلا يصح التمسك بعموم النهي عن أكل مال الغير بالبطل وعموم عدم حلية مال المرء بدون طيب نفسه، إذ هذا العموم لا يثبت أن هذا المال له، فلا يمكن إثبات دوام العقد، وبقاء المال مالا للمالكه بعموم النهي عن أكل مال الغير.

نعم لو كان الخيار متعلقا بنفس العين ثم هذا الاستدلال، لأن الشك يكون في التخصيص، لأن العموم يدل على أن مال المرء لا يجوز لأحد التصرف فيه وأخذه من يده وتملكه.

وأما الدليل الذي يدل على ثبوت الحق في المال يكون مخصصا لهذا العموم كدليل حق الشفعة وحق المارة، وكدليل حق الخيار إذا كان الخيار متعلقا بنفس العين، فيكون حاصل المعنى بعد التخصيص أنه لا يجوز أخذ مال الغير والتصرف فيه إلا إذا كان للأخذ والمتصرف فيه حق، فإذا شك في ثبوت حق كحق الخيار يكون شكا في التخصيص ينفي بالعموم، بخلاف ما إذا كان الخيار متعلقا بنفس العقد، فإن دليل الخيار لا يكون مخصصا للدليل العام الذي يدل على عدم جواز التصرف بمال الغير، فإنه أجنبي عنه، إذ لا تعرض له بنفس المال.

نعم يكون لازمه رفع موضوع هذا الدليل، لأنه إذا دل على عدم دوام العقد بعد الفسخ، فلازمه عدم كون المال مالا للغير، فيكون واردا على هذا الدليل لا مخصصا، فتدبره فإنه حقيق به.

الأصول الجارية في المقام لإثبات اللزوم أو عدمه :

قوله **تتجلى** : وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب... إلى آخره.

المراد من الاستصحاب هو استصحاب ملكية كل من المتبايعين للثمن والمثمن إلى ما بعد الفسخ، وقد أرجعه المصنف - كما سبق - إلى استصحاب عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما، وقد تقدم فيه الكلام من هذا الخصوص.

وتوضيح المقام أن يقال: إن حقيقة الخيار ليس هو ملك الفسخ كما ليس هو نفس تأثير الفسخ، فإن هذا كله من آثار حق الخيار، وإنما الخيار عبارة عن السلطنة على العقد وملكية العقد بالملكية الضعيفة، وضعفها لضعف متعلقها، وقد تقدم ذلك كله.

فإذا شككنا في تأثير الفسخ وبقاء الملكية فهو مسبب عن الشك في ثبوت حق الخيار وعدمه، ومن المعلوم أن الأصل في المسبب لا يجري إلا بعد الفراغ عن عدم جريانه في السبب، فالطفرة إلى إجراء الأصل في المسبب لا بد أن يكون لعدم جريان الأصل في السبب.

ويمكن تقريب الأصل في السبب تارة لإثبات الخيار، وأخرى لنفيه.

أما الأول، فإنه يقال كما أشار إليه المصنف **تتجلى** : إن الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على العقد، وكون العقد بزمam العاقد لا وجه لثبوته وصحة جعله إلا لما كان ملكية العاقد للمال المنتقل عنه قبل إجراء عقد النقل عليه، فهو من تبعات ملكية العين وآثارها، الثابت بثبوت الملكية للعين قبل العقد.

وبعبارة أخرى إن السلطنة على آثار العين سلطنة على آثار العين والتصرفات بها التي من جملتها نقل العين والعقد عليها، وجعل ذلك العقد لازماً أو جائزاً، فالمالك من أول الأمر له السلطنة على العقد ليجعله لازماً أو جائزاً باختياره، فإذا يشك بعد العقد

ذهاب هذه السلطنة على العقد للشك في وقوع العقد لازماً أو جائزاً نستصحب هذه السلطنة، فيثبت له الخيار.

وفيه ما لا يخفى، فإن السلطنة التي هي حاصلة قبل العقد ومن توابع ملكية العين الواقع عليها العقد ليست عين الحق الخياري، وهو حادث بالعقد وتلك منقطعة قطعاً، فلا استصحاب.

بيان ذلك أنه قبل العقد ليس للمالك العين إلا التصرفات بها التابعة للملكية لها، ومن جملة تلك التصرفات وهو نقل العين بالعقد، وله أن يجعل العقد لازماً أو جائزاً، لأن السلطنة على التصرف بالعقد سلطنة على العقد، وحقيقة هذه السلطنة هو القدرة على جعل الخيار وعدم جعله، التي هي من توابع ملكية العين.

وأما حق الخيار فمتعلقه بحسب الفرض نفس العقد، لأنه عبارة عن السلطنة على العقد المستتبعة لجواز حله وفسخه، وجواز إبقائه وإمضائه، فالخيار موضوعه العقد، فلا يتحقق إلا بعد ثبوت موضوعه، فهو لا يحدث إلا بعد العقد، وهو غير السلطنة على جعل الخيار، فإن السلطنة على الشيء غير الشيء قطعها، فالسلطنة التي هي ثابتة قبل العقد قد انتقض اليقين بها باليقين بعدمها، لأنها من لوازم الملكية للعين، كما قلنا، وبالعقد قطعاً قد زالت ملكية العاقد لما انتقل عنه، سواء كان العقد جائزاً أو لازماً فتزول آثارها التي منها هذه السلطنة على جعل العقد لازماً أو جائزاً.

وأما السلطنة التي هي عبارة عن الخيار فهي مشكوكة الحدوث بحدوث العقد، فلا يقين بوجودها سابقاً قبل العقد، وإلى هذا التقرير يرجع ما أفاده في المتن من الرد مع شيء من الاختلاف، لبناء كلامه على كون الخيار هو السلطنة على إعادة العين في ملكه

التي ^(١) هي عبارة عن ملك فسخ العقد، لا السلطنة على العقد، ولذا يكون التعليل لبيان أن هذه السلطنة غير ثابتة قبل العقد بما يتيه ^(٢) من أن السلطنة على إعادة العين في ملكه لا يعقل أن تكون من آثار نفس الملك، لأنها لا تكون إلا بعد فرض عدم الملك، فكيف تثبت مع الملك؟! وإلا للزم فرض النقيضين مجتمعين وهو الملك وعدمه!

وأما الثاني وهو إجراء الأصل في السبب لنفي الخيار، كما يظهر من المصنف بقوله: فإذا فقد الدليل، فالأصل عدمها. أي فالأصل عدم السلطنة على إعادة العين في ملكه، وهي الخيار.

وعليه مع فرض جريان الأصل في السبب لا معنى لجريانه في المسبب وإن توافق مؤدى الأصلين: الأصل في السبب، والأصل في المسبب، فلا مجال لإجراء أصالة بقاء الملكية أو أصالة عدم تأثير الفسخ، كما هو محل الكلام.

وكيف كان، فوجه هذا الأصل أنه بعد فرض أن الخيار إنما يحدث بحدوث العقد، فلا حالة سابقة له قبل العقد، بل متيقن عدم قبل العقد لعدم العقد فيستصحب ^(٣) عدمه.

ودعوى عدم جريان مثل هذا الأصل، لأنه من استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا يقين سابق بالعدم، فاسدة، فإن الحق - وفاقا لما ذهب إليه المصنف ^(٤) - جريان هذا الاستصحاب، وتحقيقه موكل إلى محله.

ولكن يرد على هذا الأصل أولا بإمكان معارضته باستصحاب عدم اللزوم، لأنه أيضا يحدث بحدوث العقد، والمفروض أنا نتكلم نحن والأصول مع قطع النظر عن

(١) في الأصل: الذي.

(٢) في الأصل: فتستصحب.

دلالة العمومات أو غيرها على اللزوم، إلا أن يقال: إن اللزوم أمر عدمي هو عدم الجواز.

وثانياً بأنه أصل مثبت، لأن الأثر إنما يترتب على كون هذا العقد لازماً، لا على عدم الخيار سالبة بانتفاء الموضوع، وبعبارة أخرى إن الأثر لمفاد ليس الناقصة لو قيل: إن اللزوم عبارة عن عدم الجواز، والمستصحب هو العدم بمفاد ليس التامة، لأنه هو المتيقن، وهذا نظير استصحاب عدم وجود الكر في هذا المكان، فإنه لا يثبت عدم كرية الماء الأحاديث المشكوك كريته حين وجوده، وأما لو قلنا: إن اللزوم أمر وجودي ضد للجواز، فالأمر أوضح، فإن نفي أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر.

إذا عرفت ما ذكرنا من عدم جريان الأصل في السبب بكلا وجهيه، فننقل الكلام في الأصل في المسبب، وهو بحسب الفرض استصحاب ملكية كل من المتبايعين إلى ما بعد الفسخ، فنقول: من الممكن منع هذا الأصل، كما أفاده بعض أجلة مشايخنا العظام - دام ظلهم العالي - في مجلس البحث في باب المعاطاة عند تعرض المصنف رحمته لمثل هذا البحث هناك، وقد نقله أيضاً لنا بعض أجلة تلامذته السادات هنا.

وتقريب ما أفاده دام ظله أن اللزوم والجواز من صفات الملكية المنوعة لها، فالملكية اللازمة نوع، والجائزة نوع آخر وحقيقة كون الملكية لازمة أنها تدوم وتبقى إلى ما بعد الفسخ، وحقيقة كونها جائزة أنها لا تبقى بعد الفسخ، وحيث يشك في تأثير الفسخ، فإنه يشك في أن الحادث بالعقد المنشأ به هو الملكية التي من قوام ذاتها البقاء إلى ما بعد الفسخ، أو التي من قوام ذاتها عدم البقاء، فيتردد الحادث بين ما هو مقطوع البقاء وبين ما هو مقطوع الارتفاع، ومتى كان المتيقن أحد فردين أحدهما مقطوع البقاء والآخر مقطوع الارتفاع، لا يجري استصحاب ذلك الفرد المتيقن المردد بين هذين الفردين،

لأن الاستصحاب إنما هو لإبقاء ما كان واستمرار وجود الحادث، وأن الحادث باق، لا لإثبات حدوث الباقي، وأن الباقي هو الحادث كما حقق في الأصول، وهذا ما نسميه باستصحاب الفرد المردد الباطل.

هذا إذا أريد ترتيب آثار الخصوصية الفردية كما هو المقصود في المقام، إذ المقصود ترتيب آثار لزوم.

وأما لو أريد ترتيب آثار كلي الملكية الجامعة بين المالكيتين من باب القسم الثاني من استصحاب الكلي، فإنه مضافاً إلى أنه خلاف المقصود في المقام - من تنقيح أصالة اللزوم ولا يثبت خصوصية اللزوم إلا بنحو الأصل المثبت - أن الاستصحاب في القسم الثاني إنما يجري حيث يكون هناك جامع بين الفردين حقيقي موجود بوجود أحدهما، بحيث يكون البقاء وعدمه من لواحق وجوده متخصصاً بإحدى^(١) الخصوصيتين.

مثلاً في مثال البق والفيل المعروف أن الجامع بينهما، وهو الحيوانية، جامع حقيقي موجود بوجود خصوصية البقية أو الفيلية، والخصوصية الفيلية تستتبع البقاء، والفيلية تستتبع عدم البقاء أو لا تستتبع البقاء.

وهكذا الكلام في مثال الحدث الأكبر والحدث الأصغر، فالبقاء وعدمه يكون من المحمولات اللاحقة للطبيعي المتخصص بإحدى الخصوصيتين، فنستصحب نفس الكلي الجامع لتحكم عليه بالبقاء من حيث نفسه بما هو كلي غير ملاحظ فيه خصوصية من الخصوصيات، ونرتب آثار نفس الكلي الجامع بين الفردين^(٢).

وأما هنا فإن صفتي البقاء والعدم ليستا من الصفات اللاحقة للجامع بعد تخصصه

(١) في الأصل: بأحد.

(٢) السيد محمد كاظم اليزدي: حاشية المكاسب ١: ٧٣. (مصدر مذكور).

بإحدى الخصوصيتين، كما كان في المثالين المتقدمين حتى نستصحب نفس الكلي الجامع لنحكم عليه بالبقاء من حيث هو كذلك، بل صفتا البقاء والعدم هما الخصوصيتان المنوعتان للكلي الجامع، لما عرفت من أن حقيقة الملكية اللازمة أنها ملكية بحسب ذاتها باقية إلى ما بعد الفسخ، والمتزلزلة بحسب ذاتها غير باقية كذلك، فلا يكونان من المحمولات اللاحقة للكلي بعد تخصصه بإحدى خصوصيتين غيرهما، بل بهما التخصص، فكيف نستصحب الجامع بين ما هو باق بذاته وبين ما هو غير باق بذاته لنحكم عليه بالبقاء الذي هو فصل أحد نوعيه، ونرتب عليه آثار البقاء التي هي في الحقيقة آثار إحدى الخصوصيتين المعلوم وجود أحدهما إجمالاً.

فإن هذا لا يصح، إما لأنه في معنى الأصل المثبت، بل هو أصل مثبت، وإما لأن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يعقل أن يحكم عليه بالبقاء من حيث هو جامع بينهما مع قطع النظر عن خصوصية البقاء، وإلا لما كان جامعاً بين الباقي وغير الباقي، بل كان هو خصوص الباقي، وهذا خلف.

على أن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يكون جامعاً حقيقياً له وجود بوجود إحدى الخصوصيتين، بل هو جامع مفهومي صرف لا تحقق له في الخارج، فلا قضية متينة سابقاً نستصحب بقاءها، فلا محالة يرجع الاستصحاب إلى استصحاب الفرد المردد الباطل، وإن حاول تصحيحه بعض أجلة المحشين على الكتاب في باب المعاطاة بدعوى استصحاب الفرد الواقعي المردد بين الفردين.

ويكفي في رده أن الفرد المردد إن أريد به المردد بالحمل الأولي فلا مصداق له في الخارج، فإنه ليس فرداً آخر في قبال الفردين ولا أحدهما، وإن أريد الفرد المردد بالحمل الشائع، فإنه لا يعقل أن يوجد المردد بما هو مردد في الخارج، فإن الوجود رفيق الوحدة

والتعين، فلا يعقل أن يكون المتعين مرددا والمتردد متعينا، فتأمل، وللكلام فيه محل آخر ليس هذا موضع ذكره.

قلت: والمصنف ^{تتج} في باب المعاطاة كأنه تنبه لهذا الذي ذكره الأستاذ دام ظله، فحاول دفعه بدعوى أن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال بفسخ المالك الأصلي، فيكون الزوم والجواز من لواحق نفس العقد لا المنشأ بالعقد، وإلا فالملك لا تختلف حقيقته في المقامين، ولعل هذا هو الصحيح.

ولكن مع ذلك يمكننا الجواب عما أفاده الأستاذ دام ظله، وإن قلنا إن الزوم والجواز من لواحق المنشأ ومقوماته لا من لواحق العقد.

بيان ذلك أنه على هذا التقدير ليس معنى الزوم هو البقاء بعد الفسخ ولا الجواز هو عدم البقاء بعده، بل حقيقة الزوم أن الملك بصفة غير قابل معها لتأثير الفسخ فيه، والجواز أن الملك بصفة يكون قابلا للتأثر بالفسخ، بلا أن يكون البقاء أو عدمه مأخوذا في حقيقته، وإنما هو لازم كونه كذلك قابلا وغير قابل، وإلا فعدم بقاء الشيء الذي هو عبارة عن عدم وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقة نفس الشيء، كما أن البقاء أيضا الذي هو عبارة عن وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقته، فلا بد أن يكون البقاء كعدمه من الأمور الانتزاعية للملك نظير الماهية التشكيكية، فإن المرتبة الضعيفة منها كالنور الضعيف من ماهية النور ليس مركبة من وجود الماهية وعدمها، فالنور الضعيف ليس مركبا من نور وظلمة، بل نور محض في مرتبة خاصة من النور، وليبان هذه المرتبة منه وتحديد لها يعبر بجهة فقدان المرتبة القوية، بل الملك المتزلزل مرتبة ضعيفة من الملك، والمستقر مرتبة قوية منه لا نوعان، والفصل لهما البقاء

وعدمه.

فاتضح أنه على كل حال لا مانع من استصحاب القدر المشترك لترتيب آثاره، لا لترتيب آثار خصوص اللزوم وكون المقصود هو ترتيب آثار خصوص اللزوم غير مسلم، بل ليس المقصود إلا الحكم ببقاء الملك وعدم تأثير الفسخ فيه.

هذا كله على تقدير أن يكون اللزوم والجواز من لواحق الملك، أما لو كان من لواحق العقد فالعقد هو الذي يكون جائزا ولازما، فنقول: إما أن يكون المستصحب نفس الملكية، ويكون من الاستصحاب الشخصي، وإما أن يكون نفس العقد، ويكون كذلك أيضا، إذ لا شبهة أن الجواز واللزوم لو كانا ^(١) من صفات العقد ولواحقه لا يحتمل أن يكون من مقوماته وفصوله، كما احتمل فيما إذا كان من لواحق الملك، بل حتى لو كانا من مقوماته يصح الاستصحاب، غاية الأمر يكون من القسم الثاني، ولا مانع منه كما سبق.

وليس معنى الحكم ببقاء العقد الحكم ببقاء نفس الإنشاء المتصرم، فإنه ضروري البطلان، بل الغرض بقاء العقد حكما واعتبارا، أو بقاء العقد بالمعنى الاسم المصدري، أي العقدة الموجودة بالإنشاء والإيجاد، وهي تدوم وتبقى مع تصرم الإنشاء كما هو واضح.

ولكن يبقى الكلام في أن الحق في وصفي اللزوم والجواز، هل هما من صفات العقد كما اختاره المصنف وقد تقدم في المعاطاة، أو من صفات الملك كما اختاره الأستاذ دام ظله.

الحق هو الأول، والبرهان عليه ما ذكره المصنف في باب المعاطاة، وتوضيحه أن

(١) في الأصل: كان.

الجواز وال لزوم لو كانا من لواحق الملك، فإما أن يكونا بجعل المتعاملين أو بجعل الشارع، وعلى كل حال لا يصح ذلك، فإنه من الضروري على الأول أن مجرد قصد المتعاملين بدون الإنشاء بالعقد لا يكون الملك لازما ولا جائزا، إذ لا تأثير لنفس القصد، فلا بد أن يكون العقد هو الدخيل في اللزوم وعدمه.

ولا جائز أن يقال: إن قصد المتعاملين إنما يكون دخيلا في ذلك بواسطة التسبب بالإنشاء، وعليه يكون اللزوم والجواز بقصدهما وإنشائهما بالعقد، ولا حاجة إلى القول بأن مجرد القصد هو السبب حتى يفرض بأنه لو قصدا بدون التسبب لا يقعا أصلا.

فإنه يقال: إنه لو كان كذلك فلا يكون بجعلهما، بل يجعل الشارع لذلك، لأن تأثير الأسباب ليس بيد المتعاملين وبجعلهم، وإن الذي هو تمام ما بيدهما نفس إيجاد السبب، فإن الشارع يجعل السبب ويعتبر على طبقه المسبب بحسب ما جعله، والمتعامل يتسبب لاعتبار الشارع بالسبب الذي جعله الشارع سببا، فلا يكون اللزوم والجواز من جعل المتعاملين وإن كان بتسبيها.

على أن هذا ينتقض بجملة أمور:

منها خيار المجلس وخيار الحيوان، فإنهما يثبتان حتى مع قصد المتعاملين للزوم، وقد ينتقض أيضا بما إذا قصدا الجواز بشرط الخيار لأحدهما أولهما على وجه غير جائز شرعا، كما إذا كانت مدة الخيار مجهولة فإنه لا يقع ما قصدها قطعا، فليس للقصد المجرد ولا له مع التسبب بالعقد مدخلة في وقوع اللزوم أو الجواز من دون اعتبار الشارع وجعله.

وأما على تقدير أن صفتي اللزوم والجواز بجعل الشارع فلازمه تخلف العقود عن

القصود، كما إذا قصد المتبايعان اللزوم مثلاً، والشارع جعل الملكية المنشأة جائزة^(١) أو بالعكس، ومن المسلم أن العقود لا تتخلف عن القصود.

وكل هذا لا يرد ولو قلنا: إن اللزوم والجواز من صفات الأسباب والعقود، فإنه لا بد أن يكونا باعتبار الشارع الذي جعل السبب سبباً، ولا يلزم تخلف العقود عن القصود، لأن المراد من التبعية أن العقود لا بد أن تتبع ما قصد المتعاقدان من الأمور الاعتبارية التي يمكن إنشاؤها باللفظ، بحيث يكون العقد تابعاً لما أنشأه المتعاقدان بالعقد المقصود لهما، لا أنه يتبع كل قصد للعاقِد ولو لم يكن منشأً بالعقد، فإنه من الضروري أنه ليس كذلك، ولذا قلنا في المعاطاة كما تقدم في بابها أن الفعل لما لم يكن قابلاً لإنشاء اللزوم به لا يقع اللزوم وإن قصده المتعاطيان، ولا ينافي ذلك قاعدة تبعية العقود للقصود.

ومن المعلوم أنه على ما قلناه لا يكون اللزوم والجواز داخلين في المنشأ متضمنين لهما العقد، كما كان ذلك على القول بكونهما من صفات الملكية، فلا يجب على هذا القول أن يتبع العقد قصد العاقد للزوم أو الجواز، إذ ليس هما مما يتسبب إلى إيجادهما بالإنشاء.

والحاصل أنه^(٢) كلما كان العقد متضمناً له، بحيث يكون من مداليله، فلا بد أن يتبع العقد فيه القصد، إذ المفروض أن هذا الشيء يكون إيجاداً بالإنشاء العقدي والإنشاء يتقوم بالقصد، وكلما كان خارجاً عن مدلول العقد وإنشائه ليس بالعقد، بل بجعل آخر إما بجعل الشارع أن يجعل غيره بالتسبب بغير العقد، فلا وجه لتبعية العقد حينئذ فيه القصد، حتى يقال ما قصد لا بد أن يقع، أو ما وقع لا بد أن يكون عن قصد.

(١) في الأصل: المنشأ.

(٢) في الأصل: ان.

ومن الواضح أن اللزوم والجواز إن كانا من صفات الملكية فهما ينشآن بالعقد بإنشاء الملكية به، فلا بد من التبعية وإن كانا من الصفات للعقد فهما أجنبيان عن المنشأ فلا وجه للتبعية، وحيث دل الدليل على عدم التبعية في اللزوم والجواز فيكشف إننا عن أنهما من صفات العقد لا الملكية، فالحق إذن أن اللزوم والجواز من صفات نفس العقد فالعقد هو الذي يكون لازما وجائزا، وهو المستصحب في المقام وإن استلزم أيضا اتصاف الملكية بالتبع باللزوم والجواز فتحصل إلى هنا أن مقتضى الاستصحاب في العقود المشكوك لزومها هو اللزوم، سواء كانت الشبهة حكمية أو موضوعية، وسواء كان الشك في اللزوم الحكمي أو العقدي بلا فرق، وبهذا يفرق الاستصحاب عن العمومات في مقام التمسك لأصالة اللزوم، لعدم جريان العمومات في العقود اللازمة والجائزة باللزوم والجواز الحكميين، كما سبق تفصيله.

نعم، في البيع خصوصية يفرق بها عن سائر العقود ستأتي.

قوله **تنبيه**: وإن أريد بها العلاقة التي كانت... إلى آخره.

قد عرفت في الحاشية المتقدمة أن مقتضى القاعدة هو اللزوم في جميع العقود لجريان استصحاب العقد أو استصحاب الملكية، وعرفت أيضا سقوط الأصل السببي وأشرنا أخيرا إلى أن للبيع خصوصية يختلف بها عن سائر العقود، وتلك الخصوصية هي ثبوت خيار المجلس فيه دون غيره، فيوجد العقد من أول حدوثه جائزا، فإذا شك في لزومه فإنما يشك بعد انقضاء المجلس، وافتراق المتبايعين، فيستصحب جواز العقد المتيقن من حين حدوث العقد إلى زمان الانقضاء، وهو حاكم على استصحاب العقد، لأن الشك في انحلال العقد بالفسخ مسبب عن الشك في كون العقد لازما من غير جهة خيار المجلس، ومع الحكم ببقاء الخيار يرتفع الشك في انحلال العقد بالفسخ.

ولكن المصنف رحمه الله ناقش في هذا الأصل من وجهين:

الأول: إن خيار المجلس لا يثبت في جميع أفراد البيع، فلا يجري هذا الاستصحاب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس، بل لا يجري مطلقاً حتى ما ثبت فيه هذا الخيار، لأن المورد من موارد الرجوع إلى حكم العالم، لا إلى استصحاب حكم المخصص.

الثاني: عدم جريان هذا الاستصحاب مع قطع النظر عما تقدم، وذلك لأن.

هذا الاستصحاب إما أن يكون من القسم الأول من القسم الثالث من استصحاب الكلي، أو من القسم الثاني من الثالث، وكلاهما غير جارٍ كما حقق في الأصول.

بيان ذلك أن شخص خيار المجلس نعلم بانقطاعه يقينا بمجرد الافتراق، لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع»^(١)، وحينئذ فالشك في حدوث خيار آخر إما في زمان خيار المجلس أو حين ارتفاعه بالافتراق، فإن كان الأول كان من القسم الأول من الثالث الذي هو عبارة عما إذا علمنا بحدوث فرد من الكلي، وعلمنا بانقطاعه، وشككنا في حدوث فرد آخر مقارنة لحدوث الأول، مع العلم بأنه لو كان حادثاً لكان باقياً، وإن كان الثاني كان من القسم الثاني من الثالث الذي هو عبارة عما إذا شككنا بحدوث فرد مقارنة لارتفاع الفرد المتيقن الوجود فالارتفاع^(٢).

قلت: ولكن يمكن المناقشة في كلا الوجهين:

أما في الأول، فبدعوى أنه يكفي ثبوت خيار المجلس في بعض أفراد البيع، وبعدم القول بالفصل^(٣) يتم المطلوب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس.

(١) الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٤.

(٢) كذا.

(٣) في الأصل: الفصل.

وهذه الدعوى وإن كانت فاسدة كما نهينا عليها غير وسيأتي أيضا إذ لا معنى للتمسك بالإجماع المركب في مورد الأصول، لأنها لا تثبت الواقع، وإنما هي صرفت مرجع عند العمل، وشأن الأصول جمع المتفرقات وتفريق المجتمعات.

وبعبارة أخرى إن الموافقة الالتزامية القطعية غير واجبة في فرض جريان الأصول، كما حقق في الأصول، ولكن المصنف تئذ صدرت منه هذه الدعوى كثيرا، فهذا الإيراد من باب الالتزام على ما بنى عليه.

وأما ما أفاده تئذ من أن المورد ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص، فيمكن أن يقال: إنا نتكلم هنا مع فرض قطع النظر عن العمومات وأن دليل خيار المجلس لا يكون مخصصا لعام دال على اللزوم، فكيف يقال: إن هذا ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص، وسيأتي إن شاء الله الكلام في ذلك في خيار الغبن، فانتظر.

وأما في الثاني، فلأن الخيار على كل حال واحد وحقيقة واحدة وإن تعدد أسبابه، لأن الأسباب معرفات، كما سيأتي من المصنف تئذ في خيار الحيوان، فلو فرض أن العقد جائز من غير جهة خيار المجلس فليس ذلك جوازاً آخر غير جوازه من جهة خيار المجلس، فالجواز على كل حال فرد واحد، قد وجدنا يقينا، وشك في ارتفاع شخصه سواء كان الشك لحدوث سبب آخر للجواز حين وجود السبب لخيار المجلس، أو كان لحدوث السبب الآخر عند ارتفاع سبب خيار المجلس.

وبعبارة أخرى إنه حين الافتراق لا يعلم إلا بارتفاع السبب المتيقن للخيار، لا أنه يعلم بانقطاع الخيار الشخصي الذي علم بوجوده سابقا، فلا يكون الاستصحاب إلّا استصحابا شخصيا، أو من القسم الأول من استصحاب الكلي.

اللهم إلا أن يقال: إن قوله ﷺ: «إذا افترقا وجب البيع» يدل على انقطاع شخص الخيار لا السبب، لمكان قوله ﷺ: «وجب البيع»، وسيأتي إن شاء الله ما يتعلق بالمقام في خيار الحيوان، ولعل المصنف رحمته أشار إلى بعض ما ذكرناه بقوله: (فتأمل).

قوله رحمته: نعم هو حسن في خصوص المسابقة... إلى آخره.

لا يبعد القول في جريان استصحاب العقد في مثل المسابقة وإن لم يجز استصحاب الأثر حيث لا أثر لها متيقن الوجود قبل حصول ما علق عليه وهو السبق مثلا، على أن القول بجريان الاستصحاب التعليقي في مثل المقام مما لا بأس به، فإنه ليس من الاستصحاب التعليقي الفاسد فإن هذا نظير استصحاب الأحكام الكلية التي على نحو القضايا الحقيقية التي تكون فعليتها بفعلية موضوعها، فإنها قبل تحقق الموضوع أحكاماً تعليقية، ومع ذلك لا كلام في جواز استصحابها لكفاية ثبوتها بها من هذا الثبوت.

الشبهة الموضوعية في العقود الجائزة واللازمة

قوله رحمته: ويجري أيضا فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق... إلى آخره.

لا يخفى أن الشك في الشبهة المصدقية تارة يكون ترديدا بين نوعين، كالترديد بين البيع والقرض، والهبة والبيع، والوديعة والرهن، وأمثال ذلك.

وأخرى يكون ترديدا بين فردين أو صنفين لنوع واحد، كالترديد في الهبة لذي الرحم بين المقبوضة وغيرها، أو في الهبة بين كونها هبة ذي رحم أو غيره، وفي البيع بين كونه خياريا بجعل المتبايعين الخيار وعدمه، وهكذا.

والصحيح أنه لا مجال للرجوع إلى العمومات في ذلك أصلا، بناء على ما هو الصحيح من عدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، سواء كان التردد بين

صنفين وفردين أو بين نوعين، ويزيد التردد بين النوعين أنه إذا كان النوع الجائز جائزا بالجواز الحكمي، فقد تقدم أنه خارج عن العموم تخصصا لا تخصيصا، خصوصا في آية وجوب الوفاء بالعقد التي هي العمدة في المقام، ومع خروج أحد النوعين المتردد بينهما تخصصا، فعدم جواز التمسك بالعموم أوضح مما إذا كان الخروج تخصيصا، لأن الشك يكون في موضوع حكم العام، ولا يعقل إثبات الموضوع بالحكم، ولئن أمكن التوهم في صورة الخروج تخصيصا فلا مجال له هنا كما هو أوضح من أن يخفى.

وإذا اتضح عدم جواز الرجوع إلى العمومات، فلا بد من الرجوع إلى الأصول، والأصول تختلف باختلاف المقامات والفروع، فقد يقتضي الأصل اللزوم، وقد يقتضي الجواز وتفصيل كل فرع موكل إلى محله لا يسعه المجال.

ولكن الذي ينبغي التنبيه له في المقام أن الأصول الجارية تارة يكون إعمالها من جهة بقاء العقد وجواز الرجوع والفسخ وعدمه، وأخرى من جهة ضمان البذل المسمى وغيرها، وما يثبت اللزوم أو الجواز فإنما يثبت نتيجة اللزوم أو الجواز، فلا يجوز الرجوع أو يجوز، لا أنه يثبت خصوصية العقد اللازم أو الجائز حتى يترتب عليه الضمان أو عدمه، بل هذا إنما يثبت بأصول آخر، والذي وقع الكلام فيه هنا أن الأصل في الأموال، هل هو الضمان أو البراءة؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى تنمة الكلام.

قوله **تتأثر**: إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر... إلى آخره.

اعلم أن الدوران بين النوعين أحدهما لازم والآخر جائز، تارة يكون بين نوعين ناقلين للعين كالهبة والبيع، وأخرى يكون بين نوعين ناقلين للمنفعة فقط كالعارية والإجارة، وثالثة بين نوع ناقل للعين وآخر ناقل للمنفعة كالعارية والبيع أو الهبة والإجارة، ورابعة بين نوع ناقل للعين أو المنفعة، ونوع لا نقل فيه أصلا، كالبيع

والوديعة، أو الرهن والهبة، أو الإجارة والوديعة أو العارية والرهن، وخامسة بين نوعين لا نقل فيهما أصلاً كالوديعة والرهن، فإن كان الأول أو الثاني، فلا شبهة باستصحاب الأثر غاية الأمر أن الأثر على الأول هو الملكية للعين، وعلى الثاني الملكية للمنفعة، ولا يتفاوت الحال في ذلك.

وأما على الثالث فيمكن استصحاب ملكية المنفعة، لأن ملكية العين تستتبع ملكية المنفعة، فملكية المنفعة على كل حال تكون متيقنة فتستصحب، إلا أن استصحاب ملكية العين جارٍ، المقترضة للسلطنة على العين وآثارها إذا كان العقد الجائز هو الناقل للعين، والآخر اللازم ناقل للمنفعة، كالهبة والإجارة، وبهذا يفترق الحال في مقام التنازع، فلو كان صاحب المال يدعي الإجارة للعين، والآخر يدعي الهبة له، فإن كان استصحاب ملكية المنفعة جارياً كان القول قول مدعي الهبة، لموافقة قوله الأصل، وإن جرى استصحاب ملكية العين كان القول قول مدعي الإجارة، لموافقة قوله الأصل، ولا يبعد تحكيم استصحاب ملكية العين.

هذا مع قطع النظر عن جهة ضمان الأجرة التي يدعيها صاحب العين، وإلا فلو كان مصب الدعوى هو الأجرة فينفى مدعي الهبة ويثبت مدعي الإجارة، فالمسألة مبنية على ما سيأتي من أن القاعدة هو الضمان في الأموال، فالقول قول مدعي الإجارة، أو البراءة فالقول قول مدعي الهبة.

وإنما كان الكلام هنا من جهة نفس العين، ولو بفرض مدعي الإجارة يعترف بقبض الأجرة، وإن كان تصوير التنازع هنا مشكلاً، لأن مدعي الهبة لا تكون دعواه لازمة فلا تقبل، وللواهب بمقتضى دعواه الرجوع.

نعم، يصور النزاع هكذا، بأن يدعي صاحب العين الهبة ليرجع بها، والآخر يدعي

الإجارة ليستفيع بالعين ولو مع اعترافه بعدم تسليم الأجرة، فالقول قول مدّعي الإجارة لو كان استصحاب ملكية المنفعة جارياً، والقول قول مدعي الهبة لو كان استصحاب ملكية العين هو الجاري، وإن كان مدّعي الهبة يعترف بانقطاع ملكيته للعين بالهبة، لأنه يدّعي نقله للعين، فلا يكون الأصل على طبق قوله، بل على خلاف قوله.

لكن المدار في المدّعي والمنكر أن تلحظ الدعوى في نفسها من حيث كونها مشكوكة، ويلاحظ فيها جريان الأصول، فإن كان الأصل في النتيجة يخالف قول أحدهما كان هو المدّعي والآخر المنكر، وإن كان لا ينطبق قوله على مفاد الأصل.

وبعبارة أخرى: إن المدّعي هو الذي يكون على خلاف قوله أصل يحتاج رفع اليد عنه إلى أمارة وهي البينة، وهنا إذا جرى استصحاب الملكية لصاحب العين يقتضي أن يكون له السلطنة على العين وآثارها، فلا تكون لمدّعي الإجارة السلطنة على العين بالانتفاع بها، فيحتاج إثباته للسلطنة إلى بينة.

الهمم إلّا أن يقال: إن ملكية المنفعة على كلّ حال متيقنة، فلا مجال لإثبات ملكية المنفعة باستصحاب ملكية العين فيتوافق استصحاب ملكية العين واستصحاب ملكية المنفعة، فيكون القول قول مدّعي الإجارة، ويكون الأصل اللزوم، فتأمل في المقام، وإنما ذكرنا هذا من باب المثال.

هذا إذا كان العقد الجائز هو الناقل للعين، أما لو كان هو الناقل للمنفعة، واللازم ناقل للعين كالتنازع بين العارية والبيع^(١)، فتارة يدّعي صاحب العين الأصلي العارية لأن يسترجع العين، والآخر يدّعي البيع حتى لا تسترجع العين، سواء يعترف بعدم تسليم الثمن أو لا.

(١) بناء على أن العارية مملّكة للمنفعة لا مبيّحة بإباحة مالكية. (منه رحمه الله).

وأخرى بالعكس بأن يدّعي صاحب العين الأصلي البيع ليطالبه بالثمن ويدّعي الآخر العارية حتّى يرجع العين.

وثالثة مع فرض تلف العين بتفريط غير مالکها الأول فيدّعي المالك الأول العارية ليضمن له المفرط، ويدّعي الثاني البيع مع إقباض الثمن حتّى لا يضمن.

ورابعة مع فرض تلف العين أيضا لكن مع عدم تفريط الآخر فيدّعي المالك الأول البيع ليضمن الآخر له المسمى، والآخر العارية حتى لا يضمن.

أما الصورة الأولى فتستصحب ملكية المنفعة فيقتضي اللزوم، ويكون القول قول مدّعي البيع إن لم نقل بجريان استصحاب ملكية المالك الأول للعين، فالأصل يقتضي الجواز، ويكون القول قول مدّعي العارية، ولا مانع من جريانه، وحكومته على الأول واضحة هنا، لأن الشك في بقاء ملكية المنفعة مسبب عن الشك في نقل العين، بخلافه في صورة الدوران بين الهبة والإجارة، فإن الشك في بقاء ملكية المنفعة ليس مسببا عن الشك في نقل العين، لأن صورة العلم ببقاء ملكية المنفعة هو صورة العلم بعدم نقل العين، ولذلك قلنا هناك قد يتوافق الأصلان، فلا محالة هنا يكون استصحاب ملكية العين محكما.

وأما جهة ضمان المسمى في هذه الصورة لو لم يعترف مدّعي الشراء بعدم تسليم الثمن، فيمكن أن يقال هنا لا ضمان على مدّعي الشراء لو قلنا بأن القول قوله لجريان استصحاب ملكية المنفعة، وعدم جريان استصحاب ملكية العين، لأن صاحب العين الأول يدّعي العارية فيعترف أن ليس له على الآخر شيء، بل حتّى لو اعترف مدّعي الشراء بعدم التسليم ليس لصاحب العين أخذ المسمى.

وهكذا الكلام في الصورة الثالثة من جهة جريان الاستصحاب السببي وهو

استصحاب ملكية العين لصاحبها الأول، فيكون القول قوله، فيضمن مدعي الشراء المثل أو القيمة، لا المسمى.

وأما الصورة الثانية فحيث أن الجاري هو استصحاب ملكية العين لملكها الأصلي الحاكم على استصحاب ملكية المنفعة، فالقول قول مدعي العارية، وهو من يده العين لا المالك الأصلي.

وهكذا القول في الصورة الرابعة، لكن استصحاب ملكية العين لا يثبت كون العقد بوصف العارية حتى يرفع الضمان، ويرجع حينئذ ضمانه وعدمه إلى المسألة الآتية من أن الأصل هو الضمان أو البراءة في الأموال.

وأما على الرابع والخامس - وهما ما إذا كان أحد النوعين أو كل منهما غير ناقل للمنفعة ولا للعين - فلا مجال لاستصحاب الملكية للعين ولا للمنفعة لعدم اليقين سابقا، بل لعدم متيقن في الخامس، ولا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين أيضا في الخامس، لأن بقاءها متيقن على كل حال، كما إذا دار الأمر بين الرهن والوديعة، لكن لا بأس بجريانها على الرابع فيما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للعين لازم، وعقد غير ناقل جائز كالبيع والوديعة، وفيما إذا دار بين عقد ناقل للعين جائز وغير ناقل لازم كالهبة والرهن، وأما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للمنفعة وغير ناقل أصلا، فلا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين كالخامس لليقين ببقائها.

ولكن الدوران بين البيع والوديعة في التنازع يتصور على صور أربع، كالدوران بين البيع والغارة والجاري هو استصحاب ملكية المالك الأصلي للعين، فيكون الأصل الجواز، والقول قول مدعي الوديعة، سواء كان هو المالك الأصلي أو الآخر، ولكن لا يثبت كون العقد بعنوان الوديعة، فلا يرفع الضمان في الصورة الرابعة، كالصورة الرابعة

في الدوران بين البيع والعارية.

وأما الدوران بين الهبة والرهن، فتارة يدعي المالك الهبة ليرجع، والآخر يدعي الرهن ليكون وثيقة.

وأخرى يدعي المالك الرهن مع فرض تلف العين بالتفريط ليضمن له الآخر، والآخر يدعي الهبة حتى لا يضمن.

وفي الصورة الأولى لا يثبت استصحاب ملكية المالك للعين كونها رهنا حتى يثبت اللزوم، ويكون القول قول مدعي الرهن، ولكن (لا بأس)^(١) بهذا الاستصحاب في الصورة الثانية لأجل إثبات الضمان، مع قطع النظر عما سيأتي من كون القاعدة هي الضمان بناء عليها.

ثم إنه فيما إذا لم يجز استصحاب ملكية المالك للعين كما في الخامس وبعض صور الرابع، فلا بأس بالقول باستصحاب نفس العقد الواقع المردد بين الجائز واللازم، كما سبق تحقيقه، وإن كان لا يثبت صفة اللزوم ليرتفع الضمان في بعض المقامات، إلا أنه يثبت نتيجة اللزوم وهو بقاء العقد، بل يمكن جريانه في كل مقام، فيكون القول قول مدعي اللزوم على كل حال، فتدبر جيدا.

قوله نثنت: حكم بالبراءة... إلى آخره.

إلا أن يقال: إن القاعدة هي الاحتياط في أموال الناس وأعواضها، فلو شك في انتقال مال الغير إليه بعوض أو بدون عوض، فالاحتياط يقتضي الاشتغال بالعوض، بل ربما يقال: إن الأصل هو الضمان في الأموال، كما هو المشهور من احترام مال الناس، خرج منه مال الحربي بالتخصيص، كاحترام الدماء والفروج.

(١) في الأصل: بأس.

وربما يستأنس له من موارد حكم الشارع بتنصيب المال بين المتداعيين، وتنصيب الدرهم عند الودعي بين الشخصين الذين أودع كل منهما عنده درهما، وقد يستأنس له أيضا من قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»^(١).

وحينئذ فإذا دار الأمر بين العقد اللازم والجائز، فالأصل إما يقتضي اللزوم أو يقتضي الجواز، وعلى كل منهما، إما أن تكون العين تالفة أو موجودة، فإن كان الأصل يقتضي الجواز وكانت العين موجودة، فلا شبهة في جواز الرجوع بالعين، لأن هذا هو مقتضى الجواز، وإن كانت تالفة، فلا بد من ضمانها بالمثل أو القيمة، لقاعدة «على اليد»^(٢)، كما سيأتي مفادها، إلا إذا فرضنا أن يد الغير عليها يد أمانة على كل حال، كما لو تردد العقد بين العارية والإجارة أو الرهن والوديعة، بخلاف ما إذا لم يجرز كذلك مثل ما لو تردد العقد بين العارية والبيع، فإن أصالة الجواز لا يثبت كون العقد الواقع عارية بهذا الوصف حتى يرتفع الضمان، ولا أصل يقتضي ثبوت المسمى أيضا، فتدخل تحت قاعدة «على اليد»، أو أن الأصل ضمان الأموال لاحترامها حتى يثبت ما هو الرافع لذلك، فلو كان صاحب العين الأول يدعي البيع مع فرض تلف العين ليضمن له الآخر العين بالمسمى، والآخر يدعي العارية حتى لا يضمن، فإن القول قول مدعي البيع، وإن كان القول قول مدعي العارية من جهة الجواز واللزوم الذي لا مورد له هنا لغرض تلف العين، فلا يتصور الرجوع بها، وإن كان الأصل يقتضي اللزوم.

فإن كانت العين موجودة فلا رجوع، ولكن لا يثبت بأصالة اللزوم الضمان بالمسمى، لو كان العقد اللازم يقتضي الضمان بالمسمى كالبيع، لأنه لا يثبت صفة اللزوم.

(١) المستدرک ١٤: ٨٨ كتاب الغصب، باب ١ حديث ٥.

(٢) الاستفادة من قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» المستدرک ١٤: ٧ كتاب

الوديعة، باب ١، حديث ١٢.

نعم تكون مضمونة بالمثل أو القيمة مع التلف، وإن كانت العين تالفة فلا ينبغي التأمل حينئذ بالضمان بالمثل أو القيمة، فتدبر.

قوله **تتأمل**: وإذا شك في الضمان مع فساد العقد... إلى آخره.

كان الكلام كله فيما إذا كان العقد اللازم صحيحا، أما لو كان فاسدا، فمع وجود العين فلا شبهة بجواز الرجوع بها، وهذا لا كلام فيه، وأما مع تلف العين، فهل قاعدة أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده جارية في المقام فيحكم بالضمان؟

فصل المصنف بين ما إذا كان المستند لهذه القاعدة هو عموم «على اليد»، وما إذا كان المستند هو إقدام المتعاملين ودخولهما في ضمان العين، فالضمان على الأول وعدمه على الثاني، لجريان قاعدة البراءة، وذلك لأنه لو كان المستند هو عموم «على اليد» فهو جار في المقام، ولا يخرج عن العموم، إلا مع ثبوت كون الإقباض من المالك كان مجانا، ومع الشك يرجع إلى العموم بخلاف ما لو كان المستند هو الإقدام، فإن إقدامهما على الضمان، كما يقتضي الضمان، كذلك إقدامهما على المجانية يقتضي عدم الضمان، وحيث يشك أنها أقدم على الضمان أو على عدمه، فأصالة عدم إقدامهما على الضمان معارض بأصالة عدم إقدامهما على عدم الضمان فيتساقطان، والمرجع البراءة.

ولكن لا يخفى عليك أن المصنف **تتأمل** في مسألة الضمان بالعقود الفاسدة استقر كلامه أخيرا على أن المستند لهذه القاعدة واحد، وهو عموم «على اليد».

وإنما الإقدام على الضمان محقق لموضوع العموم لا دليل برأسه، وحينئذ فنقول: على هذا لا يكون مقامنا من باب الشك في التخصيص، بل يكون من باب التردد بين الداخل في العموم والخارج، لأن المفروض الشك في الإقدام على الضمان، والإقدام على عدمه.

اللهم إلا أن يقال أن الخارج عن العموم ليس إلا العقد المتضمن للإقدام على عدم الضمان، والداخل في العموم الأعم مما تحقق فيه الإقدام على الضمان وعدمه، والأصل عدم الإقدام على عدم الضمان ولا أثر لأصالة عدم الإقدام على الضمان حيثن هذا الأصل يكون محققا لموضوع العام، ومخرجا للمورد عن موضوع الخاص، فيتمسك بالعموم بمعونة هذا الأصل.

والتحقيق أن خروج العقود المجانية عن عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) لا على نحو التخصيص، بل على نحو التخصيص، لأن قوله ﷺ: «أخذت» يشعر باشتغال اليد بالأخذ، بحيث تكون هي الأخذة إما ظلما وإما بتعهد الضمان، كما في عقود المعاوضات.

وأما في العقود المجانية فإنها هي أعطيت لا أخذت، وإنها يكون أخذها أخذًا تابعا للإعطاء، لا أخذًا استقلاليا، كما هو المتبادر من قوله ﷺ: «أخذت» فتكون العقود المجانية خارجة موضوعا لا بالتخصيص.

ومعه لو تردد العقد بين العقد الجاني المجاني واللازم المعاوضي لا مجال للتمسك بهذا العموم لإثبات الضمان، إذ لا يثبت العموم موضوعه كما لا يخفى.

وحيثن فالمرجع بعد عدم التمسك بهذا العموم إما البراءة أو الاحتياط، كما قلنا سابقا: إن الأصل هو الاحتياط في الأموال في غير الشبهة البدوية، أو نقول:

إن الأصل هو الضمان لمكان احترام مال الغير، لا من جهة عموم «على اليد»، فلا مجال حيثن للبراءة ولا للاحتياط، فتأمل.

قوله تنقذ: أو قلنا: بأن خروج الهبة. إلى آخره.

(١) المستدرک ١٤: ٧ كتاب الوديعة، باب ١، حديث ١٢.

إما لأنه يكون خروجها تخصصاً، كما أشرنا إليه، إما لأن الشك يكون من باب الفرد المردد بين عنواني العام والمخصص، كما أشرنا إليه أيضاً.

خيار المجلس

قوله **تَنْتُزِلُ** : مطلق مكان المتابعين... إلى آخره.

وإن لم يكن جلوس، بل وإن لم يكن مكان المتبايعين حين البيع، فإنه لا يشترط المكان الذي وقع فيه البيع، وإنما المدار على عدم افتراقهما وإن انتقلا مصطحبين إلى مكان آخر غير المكان الذي وقع فيه.

قوله **تَنْتُزِلُ** : لاختصاصه به وارتفاعه... إلى آخره.

فيكون من باب إضافة المسبب إلى سببه ومعنى اختصاصه بالمجلس، لا أنه بمعنى عدم وقوع غيره في المجلس، بل بمعنى أنه لا يقع إلا في المجلس، فيكون مختصا بالمجلس، فيكون الحصر للخيار في المجلس، لا للمجلس في هذا الخيار.

قوله **تَنْتُزِلُ** : مطروح مؤول... إلى آخره.

أما طرحه فلمخالفته على ظاهره للمستفيض أو المتواتر، كما ادعي، وأما تأويله فيمكن حمله على إرادة الافتراق الكثير، فيكون المعنى: إن وجوب البيع بعد صفقة الرجل لا يتوقف على الافتراق الكثير، فسواء افترقا كثيرا أو لم يفترقا كثيرا وجب البيع، ولا شبهة فيه، غاية الأمر يكون مطلقا بالنظر إلى إطلاق الوجوب مع عدم الافتراق الكثير الذي يتحقق بالافتراق القليل وبعدم الافتراق أصلا، فيقيد بباقي الروايات.

ويمكن حمله أيضا على معنى إسقاط الخيار، فيكون التصرف في لفظ «صفق الرجل» بإرادة الالتزام وإسقاط الخيار، لدلالة الصفق على الالتزام، ولا شبهة أنه إذا

صفتها كذلك وجب البيع وإن لم يفترقا.

ويمكن حمله أيضا على إرادة حصول الملكية من لفظ «وجب»، فيكون المعنى: إذا صف الرجل حصل الملك وترتب الأثر، ولم يتوقف على التفرق، في قبال من يقول: إن النقل والانتقال لا يحصلان إلا بعد التفرق، كما ينسب إلى الشيخ رحمته.

ثبوت خيار المجلس للوكيل

قوله رحمته: مضافا إلى أن مفاد أدلة الخيار... إلى آخره.

أي إن الاستفادة من أدلة الخيار أن الخيار مأخوذ في موضوعه السلطنة على المال الذي انتقل إليه، إما لأن الخيار حق يتعلق بالعين، فلا يعقل بدون السلطنة على العين، وإما لأنه يتعلق بالعقد، والسلطنة على العقد تابع للسلطنة على العين.

إلا إذا جعل المالك للغير السلطنة على العقد، وإن لم يجعل له السلطنة على العين.

وعلى كل حال تكون من فروع السلطنة على العين، إذ لولا تسلط المالك على العين لما صح له تسليط الغير على العقد عليها والمفروض أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة ليس مسلطا لا على العين ولا على العقد، إذ لم يجعل المالك ذلك له إلا مجرد إجراء الصيغة وبعد أخذ السلطنة على المال في موضوع الخيار، كيف يعقل أن يثبت لمن ليس له هذه السلطنة؟!

قوله رحمته: ألا ترى أنه لو شك المشتري... إلى آخره.

قياس المقام على الشك في كون المبيع ممن ينعتق عليه لا يخلو عن مسامحة، فإن المقام معلوم فيه عدم تحقق موضوع الخيار، والمقيس مشكوك فيه وإن كان الجامع بينهما أن في كل منهما يكون التمسك بالعموم من باب إثبات الموضوع بالحكم، والمقيس عليه أسوأ

حالا من المقيس، لمعلومية عدم الموضوع في الأول ومجهوليته في الثاني.

قوله **تتذكر**: وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيد... إلى آخره.

المطلق سائر أخبار خيار المجلس، والمقيد الخبر الذي جمع بين خيار المجلس وخيار الحيوان، وأما كونه ليس من قبيل المقيد، فلأن تقييد خيار الحيوان بصاحب الحيوان الظاهر في الأصل لا يقتضي تقييد خيار المجلس بالأصيل أيضا، للجمع بينهما. نعم وحدة السياق تشهد بوحدتهما من هذه الجهة.

قوله **تتذكر**: مع أن ملاحظة حكمة الخيار... إلى آخره.

وهي الإرفاق على المتبايعين من جهة الغبن وظهور العيب الذي لا يثبت بهما الخيار من أجلهما، أو من جهة أن يكون لهما مجال للعدول والتأمل، أو لغير ذلك، ولا معنى للإرفاق على الوكيل على مجرد إيقاع الصيغة الذي لا علاقة له في شيء من المال أصلا.

قوله **تتذكر**: وعلى المختار فهل يثبت للموكلين... إلى آخره.

لا يخفى أن بعضهم جعل المستند لعدم ثبوت الخيار للوكيل على مجرد إجراء الصيغة هو كون الوكيل على الصيغة ليس إلا آلة للموكل، فليس البيع إلا نفس الموكل، ولا فرق بين أن يكون البيع بلسانه ينشئ البيع، فيكون لسانه آلة وهو البيع، أو ينشئه بلسان غيره بتسبيبه، فيكون آلة أيضا كلسان نفسه، وحينئذ فثبوت الخيار للموكل لعموم: «البيعان بالخيار»^(١) مما لا شبهة فيه، وإن قلنا بانصراف البيع إلى العاقد المالك: لأن الموكل يكون أيضا عاقدا بآلة.

وقد أشار المصنف **تتذكر** إلى هذا المعنى بقوله: إن الوكيلين كآلة للمالكين.

(١) الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣.

ولكن للنظر في هذا مجال، فإن تشبيه الوكيلين بالآلة مما لم يتضح معناه؛ لأنه حقيقة كون الشيء آلة لشيء أنه موصل لأثر ذلك الشيء من دون أن يكون للآلة اختيار في الفعل، ولا إشكال أن الوكيلين على الصيغة موجودان لمضمون العقد باختيارهما، وإلا لما صح توكيلهما ولا صح إنشاؤهما.

نعم، ليس لهما بعد قبول التوكيل أن يتصرفا إلا بمقدار ما توكلا فيه، لقصور الإذن والوكالة عن الشمول، وهذا معنى آخر غير كونها كالألة.

فالتحقيق أن يقال في المقام: إن البيع حقيقته هو المبادلة بين الطرفين، فالبیع حقيقة لا يصدق إلا على من قام به طرف الإضافة، وليس هو إلا المالك فهو البیع حقيقة، سواء كان هو العاقد أو وكيله، وسواء كان الوكيل وكيلًا على الصيغة فقط، أو وكيلًا مفوضًا، وليس هذا إلا كالزوج والزوجة، فإن الزوج ليس إلا من كان طرفًا للنكاح، سواء كان هو المنشئ للعقد أو وكيله على العقد أو وكيله المفوض، فكما أن الوكيل المفوض على عقد النكاح لا يكون زوجًا، فكذلك المفوض على البيع لا يكون بئعًا، فقله صلى الله عليه وآله وسلم: «البئعان بالخيار» لا يشمل الوكيل مطلقًا أبدًا.

والسر في ذلك أن الوكيل إنما يوجد المعاملة لغيره لا لنفسه، فالمبدأ إنما يقوم حقيقة بالموكل، فهو الذي له البيع والمبادلة، كما هو الذي له النكاح والزواج، وهكذا، وإن كان المبدأ قائمًا بالوكيل قيام صدور وإيجاد، لكن ليس بإيجاده لنفسه، فلا يكون طرفًا للإضافة المعاملية التي أوجدها، فلا يكون المبدأ قائمًا به قيام حلول، ولم يكن متسببًا له وطرفًا للإضافة الموجودة.

وهذا نظير من يلبس الثوب لآخر، فإنه ليس هو اللابس، بل الآخر الذي ألبسه إياه هو الذي يكون لابسًا، فيكون الوكيل على هذا كواسطة في الثبوت لنسبة المعاملة

إلى الموكل.

نعم لو أريد من البيع هو نفس العقد الذي هو عبارة عن إيجاد المعاملة صحّ إطلاق البيع والبائع على الوكيل، فيكون البيع على نسق الإلباس، فيصدق البائع على موجد البيع، ولو كان لغيره، كما يصدق الملبس على موجد اللبس ولو كان لغيره.

وعليه يساوق البائع الملبس إذا أريد من البيع المعنى المصدري، ويساوق اللابس إذا أريد من البيع المعنى الاسم المصدري، إلا أن إطلاق البيع على المعنى المصدري قليل يحتاج إلى القرينة، خصوصاً لفظ البيع الذي هو من الصفات المشبهة باسم الفاعل الدالة على الثبوت لا على التجدد، فلا يناسب اشتقاقه من البيع بالمعنى المصدري الدال على التجدد وجهة الصدور والإيجاد وإن صح في لفظ البائع، فلا يصح إطلاق البيع على الوكيل، كما لا يصح إطلاق الزوج على الوكيل وإن صح إطلاق الزوج عليه، ويشهد لذلك لفظ البيع في بعض الأخبار بالتاجر الذي لا يصدق على الوكيل خصوصاً الوكيل على مجرد العقد.

إذا عرفت ما ذكرناه، فمقتضاه عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل المفوض فضلاً عن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة، لعدم عموم دليل الخيار بدلالته اللفظية له.

ولكن المجموع من الأدلة الدالة على قبول الشيء للتوكيل فيه، وعلى صحة الوكالة ونفوذها تكون حاکمة على أدلة الشيء الموكّل فيه، فإذا دل الدليل مثلاً على أن الطلاق بيد من أخذ بالساق، ودل الدليل على قبول الطلاق للتوكيل فيه، ودل على صحة الوكالة ونفوذها. كما هو الفرض، فإن دليل الوكالة يكون حاکماً على دليل أن «الطلاق

بيد من أخذ بالساق»^(١) وموسعا، فيكون الطلاق بيد من أخذ بالساق^(٢) أصالة أو بيد من هو بمنزله بالتوكيل، ولا يكون هذا الدليل معارضا لأدلة التوكيل، ولا يحتاج صحة عمل الوكيل إلى أكثر من دليل الوكالة، فلا يلاحظ شمول قوله: «الطلاق بيد» إلى آخره للوكيل.

نعم لابد أن يلاحظ مقدار الوكالة سعة وضيقا، فيكون التنزيل بمقدار مضمون الوكالة ولا يتعدى عنه، وهنا وإن كان قوله: «البيعان بالخيار» لا يشمل إلّا المالكين الذين وقعا طرفا للمبادلة، ولا يشمل بمنطوقه الوكيلين بأي معنى فرض للوكيل، إلّا أن دليل الوكالة حاكم على هذا الدليل كسائر الأدلة المثبتة لأحكام الأصيل، فلا بد أن يلاحظ مقدار الوكالة، فإن كانت الوكالة على مجرد إجراء العقد، كما هو فرض المقام، فلا يكون دليل الوكالة حاكما إلّا على الدليل الدال على أن البائع هو الذي ينشئ العقد، فلا ينزل الوكيل منزلة الموكل إلّا من حيث كونه عاقدا، والخيار لم يثبت للمالك بعنوان كونه عاقدا كما هو الفرض، بل بعنوان كونه بيّعا، فلا وجه لاحتمال أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة يثبت له الخيار بدليل البيعان بالخيار كما هو واضح.

وبهذا يظهر أن ثبوت الخيار للموكلين أيضا لا وجه لاحتمال خلافه، لأنها بيعان حقيقة.

ومن هذا التقرير يتضح لك الحال في حكم الوكيل المفوض، فإنه لما كان وكيلًا مفوضا على كل شيء يتعلق بالمال من جميع أنواع التصرفات، فهو وكيل على جميع ما يخص هذا المال من أنواع التصرفات وشؤونها، وما يترتب عليها كالمقارض في القراض، فيكون بمنزلة المالك من حيث كونه بيّعا، فهو يبيع تنزيلا أن هذا معنى التفويض، فكل

(١) المستدرک ١٥: ٣٠٦ كتاب الطلاق، باب ٢٥ من المقدمات و الشرائط، حديث ٣.

(٢) في الأصل: بالساق.

ما للمالك من الأحكام التجارية لا بد أن تثبت له.

ومن جملة الأحكام كون المالك البيع بالخيار، فهو باختيار أيضا بحكم حكومة أدلة الوكالة، فلا يحتاج حينئذ إلى الاستدلال على ثبوت الخيار للوكيل المفوض بعموم البيع له، بل لا معنى له لعدم الشبهة في عدم عمومه، كما ذكرناه. وسيأتي لذلك مزيد توضيح.

قوله **تثني**: والمراد به مجلسها المضاف عرفا إلى العقد... إلى آخره.

لا يخفى أنه ليس في روايات الباب لفظ المجلس حتى يرجع إلى مقدار دلالة عرفا، وصدق المجلس وعدمه على مجلس الموكلين المتبايعين، فإن هذا التعبير ليس إلا من الفقهاء لأجل العنوان انتزاعا من تقييد الخيار بعدم الافتراق، وإنها الموجود في الروايات هو تحديد الخيار بعدم الافتراق، فلا بد أن يلحظ مقدار دلالة هذا المعنى، ولما كان الافتراق معنى يقابل الاجتماع تقابل عدم الملكة للملكة، فلا محالة لا يصدق الافتراق إلا بعد الاجتماع، فلا بد من فرض اجتماع المتبايعين حين البيع في ثبوت الخيار لأجل هذه المقابلة، وإلا فلا يصدق الافتراق أصلا، وحينئذ ففي فرض تباعدهما وعدم اجتماعهما مع اجتماع الوكيلين الذين لا خيار لهما، كما هو المفروض، فيما أن يثبت الخيار لهما دائما لعدم معقولية تحقق الافتراق بعد ذلك الذي أخذ في موضوع زوال الخيار، وإما أن لا يثبت الخيار من أول الأمر، ولا إشكال ببطلان الأول، لعدم تحقق موضوع الخيار، ولأن دوامه على هذا النحو لا يقول به أحد.

نعم يعتبر الاجتماع البيعي لا الاجتماع المكاني بحيث يكونان في مكان واحد؛ لأن ظاهر قوله **عليه السلام**: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أن الخيار ثابت للبيعين الغير المتفارقين بما هما بيعان، إذ الظاهر في كون العنوان مأخوذا في الموضوع، لا صرف مراة وحاك عن ذات البيعين، خصوصا مع ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع، فلو أمكن تحقق الاجتماع

البيعي بدون وحدة المكان لما ضرّر في تحقق موضوع هذا الخيار.

ولكن لما كان الغالب هو الملازمة بين الاجتماع البيعي، والاجتماع المكاني^(١)، بل يستحيل انفكاكهما عادة في غير هذه الأعصار، عبّر عن هذا الاجتماع بوحدة المكان والمجلس.

وتظهر الثمرة في هذه الأعصار إذا تباع المتبايعان بالهاتف - المعبر عنه بالتليفون - فإنه يتحقق الاجتماع البيعي، وإن لم يتحقق الاجتماع المكاني، فإذا قلنا بكفاية الاجتماع البيعي - كما هو الظاهر - يثبت لهما الخيار، وإن كانا متباعدين مكانا، لصدق الافتراق بعد ذلك.

قوله **تتخلل**: فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص... إلى آخره.

قد عرفت أن النص لا عموم له للوكيل مطلقا حتى المفوض، وإنما صححنا ثبوت الخيار للمفوض بملاحظة حكومة أدلة الوكالة على هذا النص باعتبار تنزيل الوكيل منزلة الموكل، بحيث يكون الوكيل هو نفس الموكل تنزيلا بمقتضى الوكالة، فكأنه وجود آخر للموكل وصورة أخرى له، فإذا أوجد الوكيل البيع للموكل ينسب وجود البيع للموكل، فكأنه هو الموجود له، ومن هذا الطرف ينسب المال للوكيل، فكأنه باع لنفسه وباع ماله، فينسب له البيع بالمعنى الاسم المصدري تنزيلا، فالمالك له البيع تحقيقا وموجد له تنزيلا، والوكيل له البيع تنزيلا وموجد له تحقيقا.

وبهذا التقريب يكون الوكيل يبيعا تنزيلا، وإن قلنا: إن المنصرف من البيع هو المالك العاقد، فالخيار الذي يثبت لعنوان البيع يثبت لهما معا، لا على نحو يكون لكل منهما خيار مستقل، بل هو خيار واحد ثابت لموضوع واحد، وهو عنوان البيع، والموكل والوكيل

(١) في الأصل: المكان.

بالتنزيل صارا كشخص واحد قام به البيع، فليس إلا بيع واحد وليس إلا خيار واحد ثبوته للوكيل بعين ثبوته للموكل.

وهذا التقرير يظهر أن الخيار كما يثبت للوكيل أيضا يثبت للموكل، بل ثبوته للموكل أولى؛ لأنه إنما يثبت للوكيل لتنزيله منزلة الموكل، فيكون في طوله لا في عرضه، ولهذا تكون حكومة أدلة الوكالة على سائر الأدلة من باب التوسع في النسبة لا الموضوع، فتكون نسبة حقيقية، ونسبة أخرى مجازية، بمقتضى الحكومة، فيكون هذا الخيار في هذا المقام له نسبة حقيقية إلى ما هو بيع حقيقة بغير تنزيل، ونسبة مجازية إلى ما هو بيع تنزيل. وعلى هذا الأساس تتفرع الفروع الآتية في الكتاب كما سيأتي.

نعم قد يشكل الحال في الموكلين لو كانا متفرقين ليس لهما الاجتماع البيعي، فهل يثبت الخيار للوكيلين دون الموكلين، كما في التذكرة وظاهر الكتاب؟ أو لا يثبت للجميع؟ أو يثبت للجميع؟ وجوه:

من أن الموكلين لم يتحقق فيهما موضوع الخيار، فلا يثبت لهما دون الوكيلين.

ومن أن ثبوت الخيار للوكيل، لأنه نائب الموكل وفي طوله، فإذا لم يثبت للموكل كيف يثبت للوكيل، وما بالعرض لا بد أن ينتهي إلى ما بالذات.

ومن أن الوكيل لما نزل منزلة الموكل، بحيث كان الوكيل كصورة أخرى ووجود آخر للموكل، فكما أنّ عقد الوكيل عقد الموكل تنزيلا، كذلك حضوره حضور الموكل تنزيلا، فالموكل عاقد وحاضر للعقد تنزيلا، فله الاجتماع التنزيلي كالعقد التنزيلي، لأن نسبة العقد من الوكيل الحاضر إليه تستدعي نسبة الحضور إليه، بل حتى في صورة حضور الموكلين للعقد، فإن الخيار إنما يثبت لهما لكون حضور الوكيلين حضورا لهما تنزيلا؛ لأن اجتماعهما حال البيع ليس اجتماعا بيعيا، فتأمل.

وهذا الأخير أقوى الوجوه، وعليه فلو تفرق الوكيلان، فهل يبقى الخيار للموكلين؛ لأنها لم يتفردا - بل لا يعقل أن يتفردا إذ ليس لهما اجتماع حتى يتفردا - أو أنه يزول بمجرد افتراق الوكيلين؟ الظاهر هو الثاني إن لم يكن هو المتعين؛ لأنه إنما ثبت لهما الخيار لنسبة الاجتماع إليهما تنزيلا، فإذا تفرق الوكيلان كان لهما التفرق التنزيلى أيضا، فلا وجه لبقاء الخيار لهما حيثئذ.

وعلى هذا أنه لو كانا مجتمعين في مكان آخر غير مكان البيع، كان تفرق الوكيلين عن مجلس العقد موجبا لسقوط خيارهما وإن بقيا مجتمعين، كما أنه لو تفرقا عن مجلسهما الذي ليس هو مجلس العقد لا يسقط خيارهما مع بقاء الوكيلين على اجتماعهما. والحاصل أن المدار على اجتماع الوكيلين وافتراقهما.

قوله **تَنْتُزِلُ** : وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ... إلى آخره.

لا مساس لعدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله في المقام، لأن الحالف إنما يحلف على ترك ما هو فعله وعمل نفسه حقيقة، وبيع الوكيل هو فعل الوكيل حقيقة وإنما كان فعل الموكل تنزيلا.

نعم البيع بالمعنى الاسم المصدري يكون طرفه الموكل، فهو يَبِّع بهذا المعنى، إلا أن هذا لا يجعله فاعلا للبيع تحقيقا حتى يحصل الحنث ولا شبهة أن الحنث إنما يحصل بفعل ما حلف على تركه، ولا يعقل أن يحصل بفعل الغير عن الحالف وإن كان ينسب إليه الفعل مجازا؛ لأنه إنما فعله عنه، وهذا بخلاف الوكيل على مجرد العقد، فإن الموكل هو البائع حقيقة والبيع فعله، وإن كان مجرد العقد ليس بفعله، فإذا كان حالفا على ترك البيع وباع ووكل الغير على إجراء الصيغة لابد من حصول الحنث؛ لأنه فعل ما حلف على تركه.

نعم، لو كان حالفا على ترك العقد، ووكل في إجراء العقد يمكن القول بعدم حصول الخنث.

والحاصل أن المقصود في المقام أن الموكل يصدق عليه عنوان البيع ولو باعتبار أن فعل الوكيل فعله تنزيلا، فلا ينافيه القول بعدم حصول الخنث لو حلف على ترك البيع وقد باع وكيله عنه؛ لأن هذا لا يكشف إلّا عن عدم كون البيع فعلا له حقيقة، لا أنه يكشف عن عدم اتصافه بعنوان البيع، خصوصا وأن صيغة البيع من الصيغ المشبهة باسم الفاعل، فيكفي قيام المبدأ بالمعنى الاسم المصدري بالمالك في صدق عنوان البيع حقيقة على المالك، وإن كان بسبب الوكيل الذي أوجد البيع، فيكون الوكيل هو الذي أوجد البيع حقيقة، والبيع منتسب إلى المالك حقيقة وإن كان انتسابه إلى الوكيل تنزيلا باعتبار كونه صورة للمالك كما تقدم، فالبيع، قائم بالمالك وإن لم يكن بفعله وإيجاده.

فتحصّل أن الحق ثبوت الخيار للموكل، لصدق عنوان البيع، بل هو أولى من الوكيل لصدق عنوان البيع على الموكل حقيقة وعلى الوكيل تنزيلا ومجازا على ما تقدم، وتوهم مدخلة المباشرة في صدق عنوان البيع لا وجه له أصلا.

قوله **تتعلّق**: فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله... إلى آخره.

لما عرفت أنه ليس هناك إلّا خيار واحد لبيع واحد، غاية الأمر أن وجود البيع الواحد ينسب إلى الموكل حقيقة وأولا وبالذات، وإلى الوكيل مجازا وثانيا وبالعرض لمكان التنزيل، ولذا يكون الوكيل كصورة للموكل ووجود ظلي له، ولذا أيضا لا يكون صدق قوله **﴿تتعلّق﴾**: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» على الوكيلين والموكلين معا من باب العموم الاستغراقي ولا المجموعي، بل ليس من باب العموم أصلا، ففي الحقيقة لا يكون في هذه المعاملة الخاصة إلّا بيعان لبيع واحد لا بيعان وبيعان لبيع واحد، فإذا

سبق واحد من أهل الطرف الواحد، فأعمل الخيار لابد من نفوذه فسخا كان أو إمضاء، وسقوط خيار الآخرين، إذ الخيار الواحد لا يبقى بعد إعماله وإعدامه، ومن هنا تعرف أنه ليس من باب تقديم الفاسخ على المجيز، بل من باب إعدام الخيار الشخصي، فلو كان السابق مجيزا واللاحق فاسخا قدم السابق.

قوله **تتأ**: ثم على المختار عن ثبوته للموكلين، فهل العبرة... إلى آخره.

لا يخفى أنه تارة يتكلم أنه يشترط حضور الموكلين وعدمه في ثبوت الخيار لهما، وقد تقدم أن المختار هو ثبوته لهما مطلقا، وإن لم يكونا حاضرين.

وأخرى يتكلم فيما إذا لم يكن الموكلين حاضري مجلس العقد - وقلنا بثبوت الخيار لهما في هذه الصورة - أن اجتماعهما في غير مجلس العقد، هل يعد اجتماعا، فيكون تفرقهما عن هذا الاجتماع الخارج عن مجلس العقد مسقطا للخيار، وأن تفرق الوكيلين موجب لسقوط خيار الوكيلين، سواء كانا مجتمعين خارج العقد أو لا؟^(١)، وقد تقدم أن العبرة في هذا المقام هو تفرق الوكيلين وبقاؤهما مجتمعين، ويدور خيار الموكلين مدار ذلك سقوطا وبقاء.

وثالثة يتكلم بعد فرض حضور الموكلين - والقول بثبوت الخيار حينئذ لهما - أن المدار في سقوط الخيار على تفرق الوكيلين فقط حتى لو بقي الموكلان مجتمعين أو على تفرق الموكلين فقط، فيسقط الخيار حتى لو بقي الوكيلان مجتمعين، بعكس الاحتمال الأول، أو على تفرق الجميع، الوكيلين والموكلين، فلو بقي الوكيلان أو الموكلان، أو وكيل من طرف، وموكل من طرف آخر مجتمعين لا يسقط الخيار، ولا يضر تفرق الآخرين، وإنما يكون التفرق مسقطا لخيار نفس المتفرق خاصة دون من كان باقيا في

(١) في الأصل: أولى.

مجلس العقد، وهذا الوجه الأخير أقوى الوجوه كما في الكتاب.

أما بناء على ما سلكه المصنف رحمته وغيره من ثبوت الخيار للوكيل في عرض ثبوته للموكل لمكان عموم النص لكل منهما عموماً استغراقياً لصدق البيع على كل منهما فواضح؛ لأنه قوله عليه السلام: «البَّيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» ينحل كسائر العمومات على قدر تعدد الموضوع، فلكل متبايعين خيار مستقل، سواء كانا وكيلين أو أصيلين، كما أن لكل متبايعين تفرق مستقل يوجب سقوط خيار نفسيهما، فلا ربط حينئذ لخيار الوكيل بالأصيل ولا لتفرقة بتفرقه كما لو تعدد البيع ولكل بيع بيْعَان، ولكن هذا المبني لا يمكننا المساعدة عليه كما تقدمت الإشارة إليه غير مرة ضرورة أنه ليس هناك بحسب الفرض إلا بيع واحد، فلا بد أن لا يكون إلا بيْعَان، بائع ومشتري، لا بائعان ومشتريان أحدهما في عرض الآخر لبيع واحد، فلا بد أن لا يكون إلا خيار واحد وتفرق واحد.

وأما بناء على ما سلكناه من أن ثبوت الخيار للوكيل في طول ثبوته للموكل باعتبار أن الوكيل وجود آخر تنزيلي للموكل، كما أوضحناه، فقد يشكل الحال في المقام للزوم التناقض في الغاية - وهو قوله «ما لم يفترقا» - لو تفرق الوكيلان أو الأصيلان، أو وكيل وأصيل من الطرفين، وذلك لأنه على هذا الفرض ليس إلا خيار واحد، ولا بد أن تكون غاية واحدة، كما أن المفروض صدق النص على الوكيلين بعين صدقه على الأصيلين، فإذا تفرق الوكيلان فقط مثلاً صدق تفرق البيْعَيْن الذي هو غاية لثبوت الخيار، فلا بد أن يسقط، وصدق أيضاً عدم تفرقهما لبقاء الموكلين، فلا بد أن يكون باقياً، وهذا ما نريده من التناقض ويرتفع هذا التناقض بتخصيص سقوط الخيار بتفرق الوكيل ^(١) والموكل أو أحدهما.

(١) في الأصل: أو.

والوجه في الأول أن ثبوت الخيار للموكلين بناء على عدم اعتبار حضورهما في مجلس العقد في ثبوته لهما، لا لمكان كون لهما الحضور البيعي، فإنه لا حضور بيعي لهما، بعد أن كان الوكيلان مفوضين، وإنما لهما الحضور حال البيع على نحو الاتفاق، بل إنما ثبت الخيار لهما لمكان أن حضور الوكيلين حضورهما تنزيلاً؛ لأن وجود الوكيل وجود الموكل تنزيلاً، وحيث كان كذلك فالمدار في سقوط الخيار على تفرق الوكيلين، كما كان مدار ثبوته للموكلين على حضور الوكيلين، فلا اعتبار بحضور الوكيلين ولا يتفرقهما، فيثبت الخيار للموكلين مع حضور الوكيلين وإن تفرقا، ويسقط خيارهما مع تفرق الوكيلين وإن بقيا مجتمعين.

ولكن هذا الوجه مخدوش، لأن الاستفادة اعتبار الحضور البيعي على نحو التوصيف أو الغاية من دليل هذا الخيار لا شاهد لها، وغاية ما يستفاد اعتبار الحضور حال البيع وعدم التفرق، فلا حاجة إلى تنزيل حضور الوكيلين منزلة حضور الموكلين في ثبوت الخيار للموكلين، بل هما بأنفسهما حاضرين، بلا حاجة إلى هذا التنزيل.

نعم فيما إذا لم يكونا حاضرين لأبد من هذا التنزيل في ثبوت الخيار لهما، وإلا لما ثبت الخيار لهما.

والوجه في الثاني - وهو تخصص سقوط الخيار بتفرق الموكلين دون الوكيلين - أن الخيار إنما يثبت للوكيلين ثانياً وبالعرض ومجازاً بعد فرض ثبوته للموكلين حقيقة وبالذات، فثبوت الخيار للوكيلين تابع لثبوته للموكلين، ومقتضاه أن المدار على تفرق الموكلين، لأنهما هما اللذان ثبت لهما الخيار أصالة وحقيقة فهما كانا مدلول الدليل، فالضمير الذي في قوله ﷺ: «ما لم يفترقا»^(١) إنما يعود عليها خاصة.

(١) في الأصل: يتفرقا.

وهذا الوجه أيضا مخدوش كسابقه؛ لأنه وإن كان ثبوت الخيار للموكيلين يتبع ثبوته للموكلين، والضمير بحسب الحقيقة إنما يعود إلى المالكين، ولكن على مقتضى طريقة الحكومة وقضية ثبوت الخيار الطولي للموكيلين لا بد أن يكون لتفرقهما دخل في سقوط خيارهما؛ لأنه معنى الحكومة المفروضة أن الوكيلين داخلان في موضوع الدليل توسعا في النسبة، فالحكم ثابت لهما بهذه الحكومة كثبوته للموكلين، بل بعين ثبوته لا بثبوت آخر كما تقدم توضيحه، فكما أن الخيار يثبت لهما لصدق البيّعين عليها صدقا طوليا، فكذلك لا بد أن يسقط عنهما بتفرقهما، كما يسقط بتفرق الأصيلين، والوكيلان بحسب الفرض صورة الموكلين ووجود آخر لهما، فتفرقهما بمنزلة تفرق الموكلين.

فالتحقيق والأقوى ما قوّاه المصنف رحمته، من أن المدار على تفرق كل من الوكيلين والموكلين، بمعنى كفاية بقاء أصيل من طرف ووكيل من طرف آخر في مجلس العقد في بقاء الخيار لخصوص الباقي، لأن وحدة الخيار، وكون الوكيلين وجود تنزيلي وصورة لوجود الموكلين تقتضي ذلك، ولا يلزم التناقض في الغاية، فإن الدليل على هذا بعين صدقه على الموكلين يصدق على الوكيلين بصدق واحد، فإذا تفرّق الوكيلان مع بقاء الموكلين لم يصدق التفرق للبيّعين، لأن الموكلين بيّعان حقيقة، فالبيّعان بما هو بيّعان بأحد الوجودين - وهو الوجود الحقيقي لهما - باقيا لم يتفرقا - كما أنه إذا تفرق الموكلان مع بقاء الوكيلين لم يصدق التفرق للبيّعين أيضا، لأن الوكيلين أحد وجودي البيّعين التنزيلي، فالبيّعان بأحد وجوديهما باقيا لم يتفرقا.

والحاصل أن الموضوع هو البيّعان بما هو بيّعان بهذه الصفة لم تلاحظ فيه خصوصية الأشخاص، كما أن الضمير في قوله عليه السلام «لم يتفرقا» عائد للبيّعين بما هما كذلك، وليس لهما إلا وجود واحد ينسب إلى الأصيلين حقيقة وإلى الوكيلين مجازا، فإذا بقي الوكيلان والأصلان في مجلس العقد، فالبيّعان لم يتفرقا وإذا بقي الوكيلان أو الأصيلان، فالبيّعان

لم يتفرقا أيضا، ولا يضر تفرق الوكيلين أو الأصيلين، لأنه لا يوجب صدق تفرق البيّعين مع بقائهما بوجود آخر حقيقي أو تنزيلي، ولا يصدق تفرق البيّعين إلّا مع تفرق الجميع حيث لا يبقى وجود لهما باق في مجلس العقد أصلا.

ومن هذا التقرير يتضح ما في بعض حواشي الكتاب من أن: الأقوى أنه يكفي في سقوط الخيار تفرّق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل؛ وذلك لأن الظاهر أن الحكم معلق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرق، والمفروض صدقه وإن كان يصدق عدم التفرق أيضا مع بقاء أصيل أو وكيل^(١). انتهى.

وجه الاتضاح أنه- بناء على ما ذكرناه- بمجرد تفرق الأصيل أو الوكيل لا يصدق تفرق البيّعين مع بقائهما بوجودهما الآخر، فعدم سقوط الخيار بتفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل لا لصدق عدم التفرق فقط، بل لعدم صدق التفرق للبيّعين.

والحاصل أن المدار على صدق تفرق البيّعين بما هو بيّعان، لا على صدق تفرق الوكيلين أو الموكلين بشخصهما بما هما وكيلان أو موكلان، والتفرق الصادق هنا هو تفرق الوكيلين أو الموكلين بما هما كذلك، وإلّا لا يعقل صدق تفرق البيّعين بما هو كذلك مع بقائهما بوجود آخر، فتدبر ولا حظ، فإنه دقيق في الجملة.

قوله **تنته**: وإن لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل... إلى آخره.

الأقوى هو ما أفاده المصنف **تنته** من عدم ثبوت الخيار لهكذا وكيل لم تستدم وكالته إلى ما بعد العقد، وإن كان وكيلاً مفوضاً بالنسبة إلى إيجاد المعاد^{١١} وكيلاً على مجرد إجراء الصيغة، وذلك بناء على ما سلكناه من الحكومة^{١٢} والرجع هنا هو مقدار الوكالة سعة وضيقاً، فلا بد أن يكون تنزيل الوكيل منزلة الموكل على مقدارها،

(١) حاشية السبد الزدي ٦: ٢.

ففيما إذا كان وكيلًا على مجرد إجراء الصيغة كان بمنزلة هذا المقدار، فلم يثبت له الخيار، لعدم صدق البيع تنزيلاً عليه، وفيما إذا كان وكيلًا مفوضاً إلى الآخر فهو بمنزلة المالك من جميع الجهات فتثبت له أحكام المالك من حيث كونه بيعاً.

وأما في المقام، فإنه وإن كان يصدق على الوكيل عنوان البيع تنزيلاً ويكون وجوداً آخر للبيع المالك حال البيع، إلا أنه لما كانت وكالته محدودة لم تتجاوز ما بعد العقد، فلا يكون وجوداً آخر للبيع فيما بعد العقد الذي هو محل ثبوت الخيار، فلا محالة لا تقتضي الحكومة ثبوت الخيار لهذا الوكيل إلى ما بعد العقد.

وهذا نظير ما لو كان وكيلًا مفوضاً مطلقاً ثم زالت وكالته بعد العقد، فإنه لا يبقى له هذا الوجود التنزيلي حتى يثبت له الخيار.

نعم الحكم الذي يثبت للأصيل حال العقد لا بد أن يثبت لهذا الوكيل حال العقد أيضاً، فتدبر.

قوله **تَنْتَهَلُ**: لأن المتيقن من الدليل... إلى آخره.

لأن عنوان البيع قد أخذ في موضوع الخيار فلا بد أن يصدق هذا العنوان لمن يثبت له هذا الخيار، فلا يقبل النقل لشخص لم يثبت له هذا العنوان، ومجرد التوكيل على الخيار لا يقتضي صدق عنوان البيع على الوكيل.

والحاصل أن هذا الخيار يدور مدار صدق عنوان البيع؛ لأنه هو المتيقن من الدليل، فلا يقبل النقل والانتقال، ولا التوكيل فيه.

ثبوت الخيار للفضولي والمجيز

قوله **تَنْتُزِلُ**: لا لعدم صدق المتبايعين... إلى آخره.

إذا كان الفضولي قد باع عن المالك، فهو أسوأ حالا من الوكيل على مجرد اجراء العقد، لعدم صدق البيع عليه حتى عند العرف، لأن البيع من قام به البيع، والمفروض عدمه، وليس هناك ما يجعله منزلاً منزلة المالك ولو في مجرد إجراء العقد حتى يجعله بيعاً تنزيلاً، فليس يصدق عليه البيع لا حقيقة ولا تنزيلاً، لا عرفاً ولا شرعاً.

وأما إذا كان الفضولي قد باع لنفسه فإنه وإن كان بيعاً عرفاً كما أفاده المصنف **تَنْتُزِلُ**، ولكنه لا يكون داخلاً تحت عموم قوله **لَا يَبْعُ**: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» لخروجه تخصصاً، وإن كان البيع هو النقل العرفي.

بيان ذلك أن جعل الخيار من الشارع إرفاقاً على المتبايعين لا بد أن يكون بعد فرض صحة البيع عنده، وإلا لما كان مورداً للإرفاق ولا للخيار، بل لا معنى للخيار شرعاً في مورد فساد البيع، فلا بد -أخذاً من مناسبة الحكم والموضوع- أن يكون المراد من البيع البيع شرعاً، بأن يكون بيعاً بالبيع الصحيح شرعاً، والفضولي^(١) ليس ببيع شرعاً، وإن كان بيعاً عرفاً، فيكون هذا الفضولي خارجاً عن موضوع هذا الخيار تخصصاً، كالفضولي البائع عن المالك، وليس الإشكال فيه هو عدم حصول النقل الفعلي شرعاً حتى يقال كما في المتن: إن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض، بل الإشكال ما عرفت من عدم صدق البيع عليه شرعاً، والبائع في الصرف والسلم قبل القبض بيع شرعاً. وإن لم يحصل النقل فعلاً كما هو واضح.

وعلى تقدير فرض عدم صدق البيع عليه شرعاً، فلا مضايقة من القول بعدم الخيار

(١) في الأصل يوجد: «الباع لنفسه».

في الصرف والسلم، بل لابد من الالتزام به، وليس ذلك في نفسه لازما باطلا.

قوله **تتجئ**: فالوجه في عدم ثبوته للفضولين... إلى آخره.

لم نفهم معنى هذه الفحوى بعد أن كان المستند عند المصنف لعدم ثبوت الخيار للموكلين الغير المستقلين هو عدم نهوض أخبار الباب لإثبات التمكن من رد ما انتقل إليه المأخوذ في موضوع هذه الأدلة باعتبار إطلاقها المسوق لذلك بعد فرض الشك في هذا التمكن؛ وذلك لأن عدم نهوض الأخبار لا يكون له فحوى.

قوله **تتجئ**: نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما... إلى آخره.

لصدق البيع على المجيز الحاضر مجلس العقد، وليس شأنه إلا كشأن المالك الحاضر الذي باع عنه وكيله، ولا يفرق في ذلك بين النقل والكشف.

نعم لو قلنا باعتبار الحضور البيعي توصيفا أو غاية ربما نقول بعدم ثبوت الخيار حينئذ للمالكين؛ لأن حضورهما ليس حضورا بيعيا والإجازة بحسب الفرض ليست بيعا، لكن الشأن في اعتبار هذا المعنى من الحضور، بل القدر المتيقن من الحضور المعتبر هو الحضور المقارن للبيع، كما تقدمت الإشارة إليه.

قوله **تتجئ**: واعتبار مجلس الإجازة على القول... إلى آخره.

أما على القول بالكشف فواضح عدم ثبوت الخيار للمجيز اعتبارا بمجلس الإجازة، لأن البيع ينتسب له واقعا من أول الأمر، فهو بيع واقعا من حين العقد، لا من حين الإجازة، والمفروض عدم حضوره مجلس العقد، بخلافه على القول بالنقل، فإنما يصدق عليه البيع من حين الإجازة، فيصدق عليه البيع وهو مجتمع مع الطرف الآخر،

فيشمله عموم قوله ﷺ: «البَّيْعَان بالخيار ما لم يفترقا»^(١).

لكن هذا بناء على أن الإجازة بيع واضح، وأما بناء على عدمه، فلا بد من بناءه على عدم اعتبار حضور مجلس العقد، بل يكفي الاجتماع للبيعين بصفة كونها بيعين الذي يصدق بعده الافتراق لهما بما هو بيعان، بحيث يكون ابتداء صدق البيعين عليهما في حال الاجتماع، وكفاية هذا القدر من الاجتماع تحتاج إلى مؤنة زائدة لا يتحملها انصراف الأدلة وإطلاقها، والمسألة تحتاج إلى التأمل.

وبناء على الاكتفاء بهذا القدر لابد من القول بثبوت الخيار للموكلين في صورة الوكالة، وإن كانا مجتمعين خارج مجلس العقد بحيث يكون اجتماعهما خارج مجلس العقد هو المقتضي لثبوت الخيار لهما.

الخيار في بيع من ينعقد على المشتري

قوله تعالى: «وَلَا فَلَ إِشْكَالَ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ... إِلَى آخِرِهِ».

لأن العتق إنما يحصل بعد الملك، والمفروض أنه لا يملك إلا بعد انقضاء زمن الخيار، فلا عتق قبل انقضائه حتى يكون مانعا من التردّد، إذ «لا عتق إلا في ملك»^(٢). ولكن هذا مبني على أن العتق بعد فرض حصول الملك آنا ما.

وأما لو قلنا أن العتق يحصل بمجرد الشراء، فيكون البيع صوريا لا حقيقيا فلا يدخل تحت عموم «البَّيْعَان بالخيار»، كما سيأتي.

وتفصيل المقام يقتضي بسطا في البحث، فنقول: إن الأقوال في مسألة بناية على

أمور وقع الخلاف فيها:

(١) الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣.

(٢) وهو مضمون وارد في بعض الروايات، راجع الوسائل ٢٣: ١٦ كتاب العتق، باب ٥.

أولها: المسألة التي أشار إليها المصنف ها هنا، وهي أن ملك المتبايعين يحصل بعد انقضاء زمن الخيار أو بعده، والأول قول اختص به الشيخ رحمته على ما نسب إليه، والنزاع إنما يجيء على الثاني دون الأول كما سبق، والحق في المسألة هو الثاني، وعليه اتفقت الكلمة الآن.

ثانيها: إن الخيار حق يتعلق بنفس العين أو بالعقد، فإن كان الأول فلا إشكال بعدم ثبوت الخيار في مقامنا، لعدم بقاء العين على ملك من انتقلت إليه بالعقد، فخرجت عن المالية، وعندئذ لا معنى للرجوع إلى بدلها بعد تعذرها وخروجها عن المالية، أو لأنه إذا تعلق الخيار بالعين تتعارض أدلة هذا الخيار مع أدلة عدم عود الحر إلى الرقبة، وأدلة انعقاد أحد العمودين على ولد بمجرد الملك، والأدلة الأخيرة مقدمة، إما لكونها لا تقبل التخصيص أو لغير ذلك، فلا يكون المورد من باب تراحم الحقوق، كما يكون على الوجه الثاني وهو تعلق الخيار بالعقد لا بالعين، فالخلاف في المقام إنما يجيء على هذا القول دون الأول، والقول الثاني هو الأصح.

ثالثها: إن الفسخ حل العقد من حين العقد أو من حين الفسخ، فإن كان الأول فلا إشكال بثبوت الخيار في المقام؛ لأن الفسخ يكون إبطالا للملكية المشتري الحاصلة بالعقد التي ترتب عليها الانعقاد، فيكشف عن عدم تملك المشتري لأبيه - مثلا - من أول الأمر وعدم انعاقه عليه، بخلافه على القول الثاني وهو الأصح أيضا.

رابعها: إن شراء من ينعق عليه شراء صوري، من قبيل استنقاذ المسلم من يد الكافر بالشراء منه، أو شراء حقيقي، فإن كان الأول فلا مجال للخيار، إذ لا بيع حتى يدخل تحت دليل «البيعان بالخيار»، بخلافه على الثاني، وهو الأصح أيضا، لأنه مقتضى الجمع العرفي بين أدلة شراء من ينعق عليه الدال بعضها على الانعقاد بعد حصول

المملك، والبعض الآخر على عدم ملك الشخص لعموديه وما يلحق بهما، المحمول بمقتضى الجمع على عدم تملكه على نحو الاستمرار، لا آنا ما لحصول الانعتاق.

خامسها: إن إقدام المشتري على شراء أبيه يعد إتلافا له أم لا؟ فإن كان الأول فلا وجه لثبوت الخيار له بعد إقدامه على إتلافه، وهذا هو مبنى التفصيل بين البائع والمشتري، فيثبت للبائع دون المشتري، كما نقل في الكتاب احتمالاه عن الدروس، إذ ليس للبائع ذلك الإقدام.

وقد يقال بعدم ثبوت الخيار له أيضا؛ لأنه أيضا له الإقدام على إتلافه وإخراجه عن المالية، كما سيذكره المصنف.

وقد فصل يثد بين ما إذا كان المشتري عالما بالحكم، فيكون إتلافا، وبين جهله به، فيكون تلفا قهريا، كما أشار إليه فيما سيأتي، ولكنه تأمل فيه، وسيأتي وجه التأمل.

سادسها: إن حقيقة الفسخ إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، أو صرف إرجاع المال بإرجاع بدله، ولو كان قد انتقل بعقد لازم إلى الثالث، فينتقل حينئذ إلى بدله لا إلى عينه، فإن كان الأول لا مجال لثبوت الخيار، لأنه لما تلف المبيع من المشتري بالانعتاق امتنع الفسخ إلّا برجوع المبيع إلى ملك المشتري آنا ما حتى يكون الرجوع بما هو ملكه ويتلقى الفاسخ المملك من المفسوخ عليه، ثم يرجع كذلك إلى ملك البائع حتى يرجع إلى من انتقل عنه.

ثم إنه حيث تلفت العين بالانعتاق بإتلاف المشتري مضمونة عليه، فيرجع عليه البائع ببدها، كما هو كذلك في كل إتلاف للمبيع في مورد الخيار، كما لو نقله بعقد لازم. ولكن هذا المعنى لا يعقل تحققه في المقام، لعدم الدليل على رجوع العبد رقا إلى ولده بعد

الانعتاق ولا أنا ما، وإنما قام الدليل على ملكه ابتداء، ثم انعتاقه، كما تدل عليه أدلة^(١) صحة شرائه، فلا يعقل تحقق الفسخ بهذا المعنى، فكيف يثبت الخيار؟
وأما بناء على القول الثاني في حقيقة الفسخ، فيصح التكلم في ثبوت الخيار وعدمه، وسيأتي.

إذا عرفت هذه الأمور الستة يتضح لك أن الكلام في ثبوت الخيار يتوقف على اختيار أمور:

- ١- إن الملك للعوضين في البيع يحصل قبل انقضاء زمن الخيار.
- ٢- إن الخيار يتعلق بنفس العقد.
- ٣- إن الفسخ من حينه لا من حين العقد.
- ٤- إن شراء من ينعق عليه شراء حقيقي لا صوري.
- ٥- إن الفسخ عبارة عن ترادّ نفس العينين أيما كان، فإذا امتنع إرجاع العين ينتقل إلى بدلها المثل أو القيمة.

وحينئذ نرجع إلى أدلة خيار المجلس وأدلة شراء من ينعق عليه، فإنها بظاهرها متعارضة، إلا أنه لما كان الخيار يتعلق بالعقد فيكون المقام من باب تراحم الحقوق، فإنه يتزاحم حينئذ حق المتبايعين وحق العبد المنعق، فإن أمكن الجمع بين الحقوق فذاك، وإلا فالمقدم أقوى الحقين.

ولا شبهة أن حق العبد أقوى من حق الخيار، إلا أنه يمكن الجمع بينهما بناء على تلك المباني المتقدمة وطريق الجمع هو الانتقال إلى البدل، فيكون الرد لبدل العبد المنعق،

(١) في الأصل: أدل.

فإنه بعد البناء على أن الفسخ عبارة عن ترداد العينين أينما كانا لا حاجة في مقام الرد إلى رجوع العين إلى ملك المشتري أنا ما، حتى يقال: إنه لا دليل على جواز رجوع العبد إلى ملك من انتعت عليه ثانيا، بعد أن قام الدليل على ملكه ابتداء له ثم انتعاقه، بل يكفي فيه أن يعود رقا إلى ملك البائع أنا ما، ثم ينعق مضمونا على المشتري فيرجع إلى بدله، ولا بأس بالالتزام به بعد أن كان ذلك مقتضي الجمع بين الحقوق المترابطة.

نعم لا مجال لهذا الجمع إذا قلنا: إن حقيقة الفسخ هو إرجاع المال عمن انتقل إليه إلى من انتقل عنه، لما تقدم من عدم الدليل على ملك الولد لأبيه، وغاية ما دل على ملكه له ابتداء ولا يقتضيه الجمع بين الحقوق، فتأمل، فإن عود الحر رقا أنا ما ولو إلى غير من انتعت عليه مشكل، لأدلة استحالة عود الحر رقا.

اللهم إلا أن يقال: لا حاجة على هذا القول إلى تقدير رجوع العين إلى ملك من انتقلت عنه في الفسخ، بل العين لما كانت مضمونة على المشتري فمقتضاه أنه مضمونة بعد الفسخ بقيمتها، كما في صورة تلف المبيع المستحيل عوده ملكا إلى البائع وإن صح فيه التقدير قبل التلف، ثم التلف مضمونا على المشتري، فليصح هنا.

وأما مسألة الإتلاف، فظاهر بعض كلمات المصنف أن الإتلاف إنما يتحقق إذا كان العتق يتحقق بنفس العقد من دون حصول الملك فيما إذا كان البيع صوريا.

وأما إذا كان البيع حقيقيا، والعتق إنما يحل بعد الملك، فلا يتحقق الإتلاف من الطرفين بالإقدام على البيع، لأنه ليس الإقدام على البيع إقداما على الانتعاق، ولكنك قد عرفت أن الإقدام على السبب إقدام على المسبب ولو بالواسطة، فيكون إقداما على الإتلاف.

والتحقيق أنه وإن صدق الإتلاف بالإقدام على السبب إلا أنه لا يسقط به الخيار،

أما إذا كان البيع سوريا، فلا يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار» فلا خيار حتى يسقط بالإتلاف.

وأما إذا كان البيع حقيقيا - كما هو الصحيح - فالإتلاف إنما يكون مسقطا للخيار إذا كان كاشفا عن الرضا باللزوم كما يستفاد من التعليل في الرواية في خيار الحيوان، فذلك رضا منه.

وليس المراد منه صرف الرضا بمضمون العقد وحصول الانتقال، فإن ذلك حاصل في كل بيع، ضرورة أن هذا من قوام البيع المتضمن للنقل والانتقال، بل المراد منه ما يكون محققا لإسقاط الخيار وحق الفسخ، وذلك إنما يتصور بعد فرض ثبوت الخيار وإلا فمع عدم ثبوته لا معنى للإسقاط ولا يثبت الخيار إلا بمرتبة متأخرة عن البيع والشراء، فلا يكون الإتلاف بنفس البيع داخلا في الإتلاف المسقط للخيار المدلول عليه بالدليل، لعدم كشفه عن الرضا بلزوم العقد بهذا المعنى من الرضا المتوقف على حصول البيع وثبوت الخيار، فلا وجه لما أفاده المصنف أخيرا من أن الدفع أولى من الرفع لمنع الأولوية؛ لأنه في صورة الرفع إنما دليل الدليل على سقوط الخيار بالإتلاف لكشفه عن الرضا باللزوم، فيكون إسقاطا فعليا بالقصد إليه، ومفهوم الأولوية إنما يثبت فيما إذا كانت علة الحكم موجودة في الفرع بنحو أقوى، وهذه العلة - وهي الرضا على ما سمعت معناه - غير موجودة في الفرع وهو صورة الدفع، فضلا عن أن تكون بنحو أقوى.

وعلى كل حال فالحق في المسألة عدم ثبوت الخيار، لأن الحق أن الفسخ عبارة عن إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، ضرورة أن التراد هو عكس المبادلة، والحق في المبادلة، كما هو مختار المصنف، وجملة من المحققين التابعين له، خلافا

لبعض المحشّين قدس سرهم- أنها عبارة عن تبديل طرفي الإضافة، ونقل كل من البذل والمبدل إلى ملك من خرج الآخر عن ملكه، لا مطلق التبديل بين العينين، مع قطع النظر عن إضافتهما إلى ملك مالكهما، وقد تقدم الكلام فيه في محله.

والترادّ لما كان بديلاً للمبادلة وعكسها، وإرجاع المالين إلى حالهما السابق، فلا بد أن يكون عبارة عن إرجاع كل من البذل والمبدل عن ملك من انتقل إليه بالمبادلة إلى ملك من انتقل عنه، وقد تقدم أنه بناء على هذا المبني في حقيقة الفسخ لا مجال لثبوت الخيار.

قوله **تتخلّ**: والحاصل أنا إذا قلنا: إن الملك فيمن ينعتق عليه تقديري لا تحقيقي... إلى آخره.

كما إذا كان البيع سوريا استنفاذا للعبد، وإنما كان الملك تقديريا على هذا القول، لأنه «لا عتق إلّا في ملك»، فلا بد أن يقدر الملك أنا ما قبل الانعتاق.

قوله **تتخلّ**: لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

لعله **تتخلّ** أشار بالتأمل إلى أن المفروض أنه أقدم على الشراء في صورة الجهل، وإنما كان جهله بترتب التلف عليه، وذلك لا يخرجّه عن كونه إتلافاً؛ لأنه يكفي في الإتلاف الإقدام على السبب، وإن جهل بترتب المسبب عليه، ولعله أشار إلى ما هو التحقيق من أن البيع ليس سوريا، بل هو حقيقي، والإتلاف إنما يكون على الأول دون الثاني، كما أفاده **تتخلّ**.

قوله **تتخلّ**: وقد يقال: إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبني... إلى آخره.

القائل هو صاحب المقاييس **تتخلّ**.

وبيان ما أفاده أن الخيار والانعتاق إما أن يكونا معلولي علة واحدة، وهي نفس

العقد أو الملك أنا ما بعد العقد، وإما أن يكون الخيار معلولا للعقد، والانعقاد معلولا للملك، وإما يكون العكس، الخيار معلولا للملك، والعقد معلولا للعقد، فإن كان الأول بأن كان معلولي علة واحدة هي العقد أو الملك كان في رتبة واحدة، فيقع التزام بينهما للتنافي بين حق الخيار وحق الانعقاد، فإما نرجع إلى الترجيح بالأدلة حيث يكون ذلك من باب التعارض، كما رجح تئذ أخبار الانعقاد بالأنصية، وإما نرجع إلى أقوى الحقيين حيث يكون المقام من باب التزامهم، وحيث إن حق الحرية أقوى، فهو المقدم لغلبة جانب الحرية، كما هو المشهور.

وعلى كل حال فالأقوى عدم ثبوت الخيار وإن كان تئذ احتمال الثبوت جمعا بين الحقيين.

وإن كان الثاني، وهو الثالث في كلامه، لأنه جعل الأول قسمين، فيكون الخيار في رتبة سابقة على الانعقاد؛ لأنه في رتبة علة الانعقاد وهي الملك، فالأقوى ثبوت الخيار لسبق تعلق حقه، فلا مجال لثبوت حق الانعقاد بعده.

وإن كان الثالث وهو الأخير في كلامه، كان حق الانعقاد ثابتا برتبة سابقة عكس السابق، فلا مجال لثبوت حق الخيار، فيقوى عدم ثبوت الخيار كما في الأول.

والتحقيق أنه لا يمكن القول بكون الانعقاد متركبا على العقد، لما عرفت من أن البيع حقيقي فيترتب عليه الملك، ثم الانعقاد.

وأما الخيار فهو من أحكام نفس العقد لا الملك، فالصورة الثانية من الصور الأربع هي الصحيحة.

ولكن لا يخفى أن ما ذكره - من أن حصول الخيار في رتبة سابقة على العقد، فلا يزاحمه العقد - محل نظر، لأنه ليس ترتب الخيار على العقد ولا ترتب الملك على العقد

من باب ترتب المعلول على علته حتى يكون حصول الملك الذي هو علة للعتق في رتبة حصول الخيار، بل ترتب الخيار من باب ترتب الحكم على موضوعه، وترتب الملك من باب ترتب المنشأ على الإنشاء، ومن الضروري أن وجود المنشأ بعين وجود الإنشاء، فإذا ترتب الخيار على العقد، فقد ترتب على الإنشاء الموجود بوجوده المنشأ وهو الملك، فيكون الخيار أيضاً في مرتبة متأخرة عن الملك، أو نقول: إنه إذا قلنا: إن العقد موضوع للخيار ليس المقصود صرف الإنشاء اللفظي، بل الإنشاء بما له من المنشأ، ضرورة أن العقد من دون أن يكون منشأ به مضمونه حقيقة لا يكون موضوعاً للخيار، فالخيار يتوقف على فرض المنشأ، وهو الملكية وحصوله، فكيف يكون في رتبة حصول الملكية؟ قوله **تَذَكَّرُ**: **لأنصبة... إلى آخره.**

حيث إن عموم أخبار الانعتاق يأبى عن التخصيص، بخلاف أخبار خيار المجلس وإن كان بينهما عموم من وجه، فإن الاستفادة منها عدم قابلية ملك القريب لقريبه، فبمجرد ملكه ينعتق، وفي بعض النسخ بدل قوله: «لأنصبة» «لأخصية»، ولعله بالنظر إلى أخبار شراء من ينعتق على المشتري، فتكون أخص من أخبار الخيار.

قوله **تَذَكَّرُ**: **وبالإجماع على عدم إمكان... إلى آخره.**

هذا تتميم للجمع بين الحقين، والعمل بالنصين بالرجوع إلى قيمة المبيع بمقتضى هذا الإجماع، إذ مقتضى ثبوت الخيار مع عدم انقلاب الحر عبداً أنه إذا فسخ البائع لا يبقى في يده الثمن ولا الثمن، فلا بد من الرجوع إلى البدل - القيمة أو المثل - بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين.

قوله **تَذَكَّرُ**: **وتنزىلاً للفسخ منزلة الأرض... إلى آخره.**

لأنه إذا فسخ البائع يرجع على المشتري في الحقيقة بالتفاوت بين المسمى وقيمة المبيع

متى ما كان المسمى أنقص من القيمة، وإذا فسخ المشتري يرجع على البائع بالتفاوت أيضا متى ما كانت القيمة أنقص من المسمى.

قوله **تَنْتُزُّ**: أو تعيب بما يوجب ذلك... إلى آخره.

أي ما يوجب العتق كالعمى والإقعاد.

قوله **تَنْتُزُّ**: لما مر، ولسبق... إلى آخره.

أي لما مر من الجمع بين الحقين، وحينئذ فلا مورد للتعليل الثاني؛ لأنه إنما يثبت الخيار لسبقه، حيث يكون منافيا لحق الانعتاق، والمتنافيان إذا وجد أحدهما برتبة سابقة لا مجال لوجود الثاني، ومع فرض إمكان الجمع بين الحقين لا يكون أحدهما منافيا للآخر، فوجوده في رتبة سابقة لا يمنع من وجود الآخر، فالتعليل الثاني إنما يتم في فرض عدم إمكان الجمع، فكان المناسب عطفه بـ «أو» لا بـ «الواو».

قوله **تَنْتُزُّ**: ولو تقديرا... إلى آخره.

بأن يقدر (كما في صورة نقل أحد العوضين في زمان الخيار بعقد لازم) دخول التالف بالعقد اللازم أو غيره في ملك من انتقل إليه أو لا آنا ما، ثم خروجه عن ملكه إلى ملك من انتقل عنه، ثم تلفه بالعقد اللازم أو غيره مضمونا على من انتقل إليه أولا، الذي قد تلف بيده المال بالنقل أو بغيره.

قوله **تَنْتُزُّ**: كما لو فرض بيع المشتري... إلى آخره.

هذا مثال للنفي أي ما لا يجوز فيه التقدير، وهو نفس المثال الذي ذكرناه في الحاشية السابقة. ولكن لا مانع من التقدير فيه، وما سيذكره المصنف **تَنْتُزُّ** من عدم إمكان عود الملك قبل الانتقال - الذي هو بمنزلة التلف - إلى الفاسخ محل منع، فإنه في صورة التلف

يقدر الملك أنا ما قبل التلف حتى يكون تلفه مضمونا عليه، فكيف ما هو بمنزلته؟

والحاصل أنه بعد قيام الدليل على أنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، وقيامه على عدم سقوط الخيار مع التلف، وبما هو بمنزلته لا محيص من تقدير العود إلى ملك من انتقل عنه قبل التلف أنا ما، ثم تلفه من ملكه مضمونا على من انتقل إليه.

قوله **تتخلّ**: كما يشهد به الحكم... إلى آخره.

ولكن لو قلنا بالمقالة الأولى في حقيقة الفسخ على ما هو الأصح، فلا بد من الالتزام بعدم جواز الفسخ، فيسقط الخيار.

قوله **تتخلّ**: كان الأوفق بالعمومات... إلى آخره.

جواب لقوله **تتخلّ**: وإن قلنا: إن الفسخ... إلى آخره

قوله **تتخلّ**: فدفع الخيار أولى... إلى آخره.

لعله **تتخلّ** أشار بالأمل إلى ما ذكرناه سابقا من عدم الأولوية.

الخيار في ابتياع العبد المسلم من الكافر

قوله **تتخلّ**: ومنها العبد المسلم المشتري... إلى آخره.

اعلم أن الأقوال في شراء العبد المسلم من الكافر ثلاثة:

١- إنه صورة بيع وشراء وحقيقته صرف استنفاذ، بلا [أن] يكون للكافر فيه قبل البيع ملك ولا حق.

٢- إنه شراء من جانب المشتري المسلم واستيفاء من جانب الكافر من غير أن

يكون منه بيع، وإنما له الحق في استيفاء ثمنه منه، وهذا ما أشار المصنف إلى ردّه بأنه إن وجدت شرائط البيع فهو بيع من الطرفين، وإلا فلا بيع.

٣- إنه بيع من الطرفين حقيقة بناء على أن الكافر يملك المسلم بقاء، لا حدوثاً، لكنه يقهر على سلب سلطنته بشرائه منه قهراً، لنفي السبيل.

والبحث في المقام في أن أدلة الخيار شاملة للمقام أم لا؟ إنما يتأتى على القول الثالث دون الأولين، أما الأول، فلأنه لا بيع حقيقة حتى يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار» كما تقدم نظيره في المسألة السابقة، وأما الثاني فلما أفاده المصنف تثنؤ: من أن الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين.

وحينئذ - بناء على القول الثالث - أيدخل هذا البيع تحت عموم «البيعان بالخيار»، أو هنا مخرج عقلي كالمسألة السابقة أو مسقط؟ فإن قلنا: إن إقدامهما على هذا البيع يعد إسقاطاً للخيار، للعلم بأنه لا سبيل للكافر على المسلم، وعدم جواز إرجاع العين إليه ثانياً، فلا بد من القول بسقوط الخيار كسقوطه باشتراط الإسقاط، ولكن فيه ما لا يخفى، فإن المفروض أن الكافر مقهر على بيعه، فلا يكون ذلك باختياره وإقدامه، حتى يكون منه إسقاطاً، إذ الإسقاط لا يتحقق إلا بالاختيار والإقدام عليه.

نعم ربما يقال: إن ذلك يتحقق من جانب المشتري، وإن لم نقل بأن إقدامهما إسقاط للخيار لعدم تحقق الإقدام أو لعدم تحقق الإسقاط به فيبني القولان فيه على القولين في حقيقة الفسخ، كما تقدم في المسألة السابقة.

فإن قلنا: إنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عن الملك من انتقل إليه إلى من انتقل عنه، فلا مجال للقول بالخيار لتوقف ذلك - كما عرفت - على تقدير دخول العبد في ملك الكافر آناً ما، والمفروض أنّه لا سبيل لكافر على مسلم، وهذا سبيل.

اللهم إلا أن يقال: إن دخوله في ملكه أنا ما ينتقل إلى البدل ليس سبيل عليه، لأن الدخول كالخروج يكون قهريا عليه، وإنما يتحقق السبيل عليه حيث يدخل في ملكه ولو أنا ما، ثم يكون باختياره إخراجه بنقل أو عتق إلى غير ذلك، وإن قلنا بعدم اعتبار ذلك في الفسخ، فلا إشكال في ثبوت الخيار، ومع الفسخ يرجع إلى البدل، وهو الذي يظهر اختياره من المصنف رحمته، فتأمل تعرف.

قوله رحمته: ومنها شراء العبد نفسه بناء... إلى آخره.

قد تذكر لمنع شراء العبد لنفسه (بعد فرض أنه يملك) وجهان:

أحدهما: إنه على تقدير القول بأن العبد يملك، فلا يخرج ما له عن ملكية المولى له، غاية الأمر تكون ملكية تبعية تابعا لملك رقبة العبد، لأنه لا استقلال للعبد من حيث الملكية، فهو وما تحت يده في قبضة مولاه.

ومع هذا كيف تصح المبادلة بين شيئين مملوكين لشخص واحد، وقد تقدم مكررا أن المبادلة هي تبديل طرفي الإضافة، وهنا لا يحصل النقل إلا لطرف واحد وهو المثل، أما المثل فهو مملوك للمولى أولا وأخيرا، وأيضا هذا يكون من قبيل البيع بلا مثل وإن قلنا بتحقيق مفهوم المعاوضة.

وثانيهما: إن الشراء يستدعي ملكية المشتري للمبيع، والشخص لا يملك نفسه.

ولكن يمكن دفع كل من الوجهين:

أما الأول، فبأن يقال: إن ملكية المولى لمال العبد في طول ملكه له، فمعنى المبادلة أن المال المملوك طولا يجعل بالمبادلة مملوكا بلا واسطة كسائر أمواله، فينقل من مرتبة التبعية إلى مرتبة الأصالة، ويخرج المال من إضافته إلى العبد ويتمحض بالإضافة إلى

المولى، فتحصل المغايرة بين الحالين ويكون طرف المبادلة المال بنقله من مملوكية العبد إلى مملوكية المولى أصالة وبلا وساطة، فتصح المعاوضة والمبادلة، ولا يكون البيع بلا ثمن. وأما الثاني، فبدعوى أنه لا مانع من القول بملك الشخص لنفسه باعتبارين، فباعتبار كونه مشتريا هو مالك، وباعتبار وقوع البيع عليه صار مملوكا، غاية الأمر أن نتيجة هذه الملكية هو انقلابه حرا بعد البيع بلا فصل كشراء ما في الذمة الموجب لفرأغ ذمته بمجرد الشراء كما تقدمت الإشارة إليه في بعض المباحث السابقة، كما في باب المعاظة.

إذا عرفت ذلك، فالكلام في المقام بعد فرض إمكان شرائه لنفسه في أنه يدخل هذا البيع في عموم: «البَّيعان بالخيار» أم لا؟

والأولى هو الأول، وإن قلنا: إن الفسخ عبارة عن المعنى الأول، لإمكان تقدير ملكية المولى أنا ما كملكيته لنفسه كذلك، ويكون تلفه بمعنى صيرورته حرا لا يملك مضمونا عليه، فيرجع إلى المبدل، فدعوى عدم شمول أدلة الخيار ظاهرا لا وجه لها إلا أن يكون البيع منهما يعدّ إسقاطا للخيار، وبهذا يمكن الاستدلال على سقوط الخيار في مسألة بيع الجمد في شدة الحر، بل بيع كل ما يفسد بعد العقد.

والمسألة محل إشكال تحتاج إلى مزيد تأمل، وإن كان الأظهر سقوط الخيار في مسألة شراء العبد لنفسه، لتحقيق الإقدام على إخراجه عن قابلية الملك بنفس البيع، ولا يتصور فيه الجهل، كما في بيع على من ينعق على المشتري.

دخول خيار المجلس في غير البيع

قوله **تثني**: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود... إلى آخره.

الكلام تارة يكون في العقود اللازمة، كالإجارة والصلح والمساقة، وأخرى في العقود الجائزة، كالهبة والوكالة والعارية.

أما عدم دخوله في العقود اللازمة، فمضافاً إلى الإجماع المنقول اختصاص دليل هذا الخيار بالبيع، فتعديته إلى غيره من العقود اللازمة قياس لا نقول به، حتى في عقود المعاوضة.

ولو قيل: إنه في التلف قبل القبض ورد النص في أنه من مال البائع وعدّوه إلى غير البيع من عقود المعاوضة، فهلاً كان اختصاص دليله بالبيع مانعاً عن التعدي، لأنه قياس؟ يجاب عنه بالفرق بين المقامين، فإنه يفهم من دليل (أن التلف قبل القبض من مال البائع) - ولو بمناسبة الحكم والموضوع - أن ضمان البائع للمبيع ليس لخصوصية البيع، لأن تمامية عقد المعاوضة يقتضي التسليم والتسلم، وضمان المعاوضة لما وقعت عليه المعاوضة حتى يقبضه للآخر، فقبل حصول القبض والإقباض لم يحصل الغرض من المعاوضة، ويبقى صاحب المال ضامناً له قبل الإقباض، فيكون الدليل بمفهومه الذي يكون ذلك بمنزلة العلة المنصوصة غير مختص بالبيع، فيعم سائر عقود المعاوضة. وهذا بخلاف دليل خيار المجلس، فإنه ليس فيه إشعار بأن ثبوته لاقتضاء نفس المعاوضة له حتى يعم سائر عقود المعاوضة.

وأما عدم دخوله في العقود الجائزة، فيعرف حالها من الأولى، بل عدم دخوله فيها بالطريق الأولى، بل لا معنى لدخوله فيها، لأنها من أصلها هي جائزة، وما نسب إلى الشيخ **تثني** من ثبوت الخيار فيها، فسيأتي من المصنف **تثني** توجيهه وإن كان بعيداً.

قوله **تتأكد**: بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها... إلى آخره.
لما تقدم أنها من أصلها جائزة، فأى معنى للخيار خيار المجلس وغيره.

قوله **تتأكد**: إن مراده دخول الخيارين في هذا العقد... إلى آخره.
أي في ضمن عقد البيع بأن تكون شرطا من باب شرط النتيجة، لأن هذا الشرط يحصل بنفس حصول العقد وإنشائه، فيتبع عقد البيع لزوما وجوازا، وينفسخ بانفساخه، ويلزم بلزومه، وأما إذا كان العقد المشترط في ضمن عقد البيع من باب شرط الفعل، فلا يكون تابعا للبيع لزوما وجوازا، لأنه عقد مستقل بإنشاء مستقل، غاية الأمر أن تخلفه يوجب تنزيل العقد المشروط فيه لدخول خيار تخلف الشرط.

قوله **تتأكد**: وهو محتمل كلام الشيخ **تتأكد**، فتأمل. إلى آخره.
قيل: محتمل أنه أشار بالأمر بالتأمل إلى أن هذا المعنى المراد من الخيار لا يختص بزمان دون زمان، وظاهر الشيخ هو الاختصاص بزمان المجلس والشرط، فلا ينطبق على ظاهر كلام الشيخ.

مبدأ خيار المجلس من حين العقد أو من حين القبض.

قوله **تتأكد**: مبدأ هذا الخيار من حين العقد... إلى آخره.
لا من حين القبض والدليل عليه ما ذكره المصنف من ظهور الدليل في عليّة البيع لثبوت هذا الخيار وهو قوله **عليه السلام**: «البيعان بالخيار» الظاهر منه أن الخيار يثبت للبيع بما هو بيع، والبيع يصدق بمجرد حصول العقد من دون حاجة في صدقه إلى حصول التقابض.

وهذا كله لا إشكال فيه، وإنما الإشكال في عموم هذا الحكم لبيع الصرف والسلام،

لعدم حصول الملك والنقل والانتقال فيهما قبل القبض، فلا معنى للخيار قبل حصول الملك، لأن معناه أو ثمرته جواز الفسخ، وحقيقة الفسخ هو التردّد بإرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، ولا يعقل أن يتحقق هذا المعنى من دون سبق الملك والنقل والانتقال.

ولكن يجب عنه بأن حقيقة الفسخ إنها هي إبطال الالتزام وحل العقدة، فلا يتوقف على حصول الملك.

نعم في مورد حصول الملك لابد أن يعتبر فيه إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، لا أن هذا المعنى مأخوذ في مفهومه، وحيث أن يكفي في جريان خيار المجلس تحقق العقد والالتزام ليصدق عنوان البيع حتى يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار»، ولا شبهة في صدق هذا العنوان على المتعاقدين في الصرف والسلم قبل القبض.

إلا أنه لابد من ظهور ثمرة في جريان الخيار مع فرض عدم سبق الملك وإلا فعدم الثمرة مما يمنع عن ثبوت الخيار للزوم لغويته، وإن وجد مقتضي لثبوته، وهو تحقق العقد.

فينحصر الكلام حينئذ في الصرف والسلم في ثمرة ثبوت الخيار فيهما قبل القبض، ولا إشكال بظهور الثمرة فيه، أمّا على القول بوجوب التقابض في المجلس فيهما فواضح، لأنّه بالفسخ يبطل العقد، فيرتفع وجوب التقابض لارتفاع موضوعه، فتكون الثمرة هو عدم وجوب القبض.

وأما على القول بعدم الوجوب، ففيه خفاء كما في المتن، لأنه قبل التفرق يجوز له أن لا يقبض المثلن أو الثمن حتى ينقضي مجلس البيع، وبعد انقضائه وحصول التفرق

بدون قبض يبطل العقد.

وعلى كل حال فالبائع أو المشتري مسلط على ماله، وليس للآخر حق فيه، فلا حاجة إلى الفسخ ليتسلط على ماله، إلا أنه يمكن تصوير الثمرة بأنه مما لا شبهة فيه أنه لو بطل العقد بالفسخ قبل التفرق لا يكون القبض قابلاً لأن يكون مملوكاً للثمن أو المثل، بخلاف ما لو كان العقد باقياً على حاله، فتكون الثمرة من الفسخ بإجراء الخيار هو خروج القبض عن هذه القابلية، أو خروج العقد عن قابلية لحقوق القبض المملك له، فلو شرط سقوط الخيار في ضمن العقد لا يخرج العقد عن هذه القابلية بالفسخ.

قوله **تَنْتَهِي**: إمّا للزوم الربا... إلى آخره.

هذا تعليل لوجوب التقابض وجوباً تكليفياً، وبيانه أن للزمان قسطاً من الثمن، فإذا أقر قبض أحد العوضين يلزم نقصه عن قيمته حين العقد، فيكون أخذ العوض الآخر الذي جعل عوضاً له في العقد على وجه المساواة له زائداً عليه، وحينئذ يكون أخذ الزائد بلا مقابل، فيكون من الربا المحرم.

وفيه ما لا يخفى أما أولاً فلائنه لا يجري ذلك فيما لو تأخر التقابض من الطرفين في الصرف إلى زمان واحد يحصل فيه التقابض منهما معاً، وأما ثانياً فإنما يلزم الربا إذا جعل ذلك على نحو الشرط في العقد، أما لو لم يكن من مقتضى العقد، فلا وجه للزومه. وأما ثالثاً فإن التأخير مقدار من الزمن قبل التفرق بحسب العادة الجارية في طول مجلس البيع لا يكون له قسط من الثمن، فإن الساعة والساعتين، بل والنهار ممّا يتسامح فيه، فلا يقابله ثمن حتى يلزم الربا.

قوله **تَنْتَهِي**: إمّا لوجوب الوفاء بالعقد... إلى آخره.

فإن القبض وإن كان لا تحصل الملكية إلا به إلا أنه ليس جزءاً من العقد ومتمماً له،

إذ العقد في نفسه تام العقدية، فيدخل في عموم وجوب الوفاء بالعقد، وهذا يكون نظير وجوب الوفاء بالعقد في بيع الفضولي من جانب الأصل المقابل للفضولي قبل الإجازة، بناء على النقل، مع أنّ الملك إنّما يحصل بعد الإجازة، وإن كان لا يجري هذا العموم من جانب الفضولي، وقد تقدم وجه ذلك في باب بيع الفضولي من أنّ عموم وجوب الوفاء عموم انحلائي، واستفادة هذا الوجوب التكليفي لا يفرق فيه بين القول بانتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية أو بالعكس.

أما على الأول فواضح، لأن المدلول المطابق لـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو الحكم التكليفي، ويتنزع منه الحكم الوضعي، وأما على الثاني فكذلك، غاية الأمر يكون المدلول المطابق هو الحكم الوضعي، ويتنزع منه الحكم التكليفي على العكس من الأول.

قوله تعالى: ﴿وَمَا ذَكَرْنَا يَظْهَرُ الْوَجْهَ فِي كَوْنِ... إِلَى آخِرِهِ﴾.

لأنّه لا أثر لخيار المالكين في بيع الفضولين قبل إجازتهما لبقاء سلطنة كلّ منهما على ملكه، وعدم حق للآخر فيه ثبت الخيار أو لم يثبت.

وقد يقال: إنّه يكفي في ثبوت الأثر هو خروج العقد بالفسخ عن قابليته للحقوق الإجازة كما كان الأمر في الصرف والسلم، بناء على عدم وجوب التقابض، فما الفرق بينهما؟

ولكن التحقيق فساد القول بالاكْتفاء بظهور أي أثر كان، فالوجوب الذي ذكر في الصرف والسلم لا يجري هنا، كما أن التعليل بعدم ظهور الثمرة في محل البحث من قبيل الأكل من القفا، والسر في ذلك أن المالك قبل الإجازة لم يستند إليه البيع ولم يحصل منه الالتزام، فلا يصدق عليه البيع حتّى يدخل تحت عموم «البيعان بالخيار»، فلا معنى لثبوت الخيار للمالكين من مبدأ العقد، والمفروض أنها لم يصدر منهما بيع ولم يستند

إليهما، فلا مقتضي لثبوت الخيار، فلا تصل النوبة إلى التعليل بعدم ظهور الثمرة، لأن هذا من باب بيان المانع، وقد عرفت أن المقتضي مفقود، والتعليل بالمانع إنما يصح بعد فرض وجود المقتضي، لأن المعلول إنما يستند إلى أسبق العلل.

نعم بناء على الكشف تكشف الإجازة عن استناد البيع إلى المالك من حين العقد، فهو يقع من ذلك الوقت.

ولكن فيه ما لا يخفى، فإنه وإن تكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد، وتترتب عليها آثارها من ذلك الحين، إلا أن من يقول بالكشف يقول بتحقيق ما هو من الأمور الاعتبارية لا التكوينية، وصدق عنوان البيع أمر حقيقي واقعي ليس من الأمور الاعتبارية، كنفس الإجازة، فكما أن الإجازة لا معنى لفرضها متقدمة أو اعتبارها كذلك بناء على الكشف، بل الفرض أنها متأخرة وجوداً، فكذاك الالتزام الحاصل بها من المجيز وصدق عنوان البيع، فإن المفروض حدوث ذلك بنفس الإجازة، ولذا إن المصنف رحمته احتمل ثبوت الخيار، بناء على الكشف من حين العقد احتمالاً.

ثم إن المصنف قيد الفضولية بما إذا كانت من الجانبين، أمّا لو كانت من جانب واحد، فالاحتمالات ثلاثة:

ثبوت الخيار للمالكين من حين العقد، وثبوته لهما من حين الإجازة، والتفصيل، فيثبت من حين العقد لطرف الفضولي، ومن حين الإجازة الأصيل الفضولي المجيز.

ولا وجه للأول، لما سمعت من أن المالك الأصيل قبل الإجازة لا يصدق عليه عنوان البيع، فيبقى الوجهان الآخران، ومنشؤهما أن ثبوت الخيار للبيعين على وجه التلازم والمعية، كما ربما يستشعر من قوله: «البيعان بالخيار» أو لا؟

والأوجه هو الثاني، ولو بقرينة ما دل على سقوط خيار أحد البيعين وبقاء خيار

الآخر إما لتصرف أو اشتراط سقوطه في ضمن العقد فليس المقصود من قوله ﷺ: «البيعان بالخيار» إلا العموم الأفرادي، ولا بأس بثبوت الخيار لخصوص المالك المقابل للفضولي من مبدأ العقد، لصـدق عنوان البيـع، وإن لم تحصل الملكية، لأن العقد من جانبه تام، ولذا يدخل في عموم وجوب الوفاء بالعقد كما أشرنا إليه قريبا.

سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه

قوله تعالى: لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه... إلى آخره.
لا بأس من تقديم مقدمات لشرح المقام.

الأولى: إنه لا يعقل تحقق الإسقاط إلا بعد فرض تحقق موضوعه ووجوده حين الإسقاط، لأن الإسقاط هو إبطال ما وجب، فلا يتصور إسقاط ما لم يجب، وإن كان يجب ويثبت فيما بعد، إذ لا معنى لإسقاط المعلوم، إذ المعلوم معدوم بذاته كما أن الإسقاط أمر إيقاعي، والإيقاع كما حقق في محله لا يقبل التعليق، فلا يصح أيضا إسقاط ما لم يجب معلقا على وجوده.

والحاصل أنه لا بد من أن يكون المسقط مفروض الوجود والتحقق.

الثانية: إن الشروط في العقد على ثلاثة أقسام:

شرط مخالف لكتاب الله تعالى ولسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم.

وشرط مخالف لمقتضي العقد أي مخالف لحقيقة العقد.

وشرط مخالف لإطلاق العقد.

فالأول كاشتراط شرب الخمر وقطع الصلاة في ضمن العقد.

والثاني كاشتراط البيع بلا ثمن، فإن حقيقة البيع هو المبادلة والمعاوضة، وبفرضه بلا ثمن خروج عن حقيقته.

والثالث كاشتراط نقد بلد خاص أو تأجيل الثمن أو المثلن إلى غير ذلك مما ينافي إطلاق العقد، فإن العقد لو خلي وطبعه بمقتضي إطلاقه ينصر إلى نقد بلد المتبايعين، وتعجيل الثمن والمثلن وهكذا.

ولا شبهة في بطلان الشرطين الأولين وصحة الثالث، أما الأول فلدلالة الروايات على ذلك كما سيأتي في محله، وأما الثاني فلأنه يلزم من صحته عدمه، وهو محال، وذلك لأنه لو صح لما تحققت حقيقة العقد فيبطل العقد ويبطلان العقد يبطل الشرط الواقع في ضمنه التابع له، وأما صحة الثالث فواضحة، لأن كون العقد يقتضي بإطلاقه ذلك لا ينافي تقييده بما يرفع معه ذلك الإطلاق.

الثالثة: في المراد من مخالفة الكتاب والسنة وموافقتها، فإننا نرى أن اشتراط عدم التسري في عقد النكاح محكوم بالبطلان، مع أن التسري من الأمور المباحة، كاشتراط عدم شرب الماء في زمان محدود لا يوجب الضرر، فيخيل لنا أن المناط في مخالفة الكتاب والسنة يعم الالتزام بالامتناع عن الأمور المباحة، كما نستظهر ذلك من قوله ﷺ: «فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(١).

ومع ذلك نشكك في ذلك لما نرى صحة اشتراط عدم شرب الماء في وقت محدود إذا كان له غرض عقلائي، ونزيد تشكيكا لما نرى في مورد آخر أن الإمام ﷺ يحكم بصحة الشرط، وهو مخالف للكتاب والسنة بهذا المعنى، كما ورد في بعض الروايات: «في رجل حر له أب مملوك وتحته زوجة مملوكة مكاتبه، قد أدت بعض ما عليها، وقد

(١) الوسائل ٢١: ٣٠٠ حديث ٤ من الباب ٤٠ من أبواب المهور.

اشترط الرجل الحر على الأمة زوجة أبيه أن ليس لها خيار فسخ عقد نكاح أبيه إذا ملكت نفسها، على أن يعطيها باقي مال المكاتبه، فقال ﷺ: لا يكون لها الخيار: المسلمون عند شروطهم^(١).

مع أن هذا الشرط مخالف للدليل الدال على أن الأمة المزوجة بعد لو صارت حرة يكون لها خيار فسخ عقد النكاح، وقد ذكر المصنف رحمته فيما سيأتي ضابطة لذلك في بحث الشروط حاصلها:

(ان دليل حليلة الشيء المشترط أو حرمة، تارة يكون معارضا لدليل وجوب الوفاء بالشرط، وأخرى لا يعارضه، فالأول فيما إذا دل ذلك الدليل على عدم ارتفاع الحكم أبدا حتى مع الاشتراط، فالشرط في هذا القسم على تقدير صحته يكون مغيرا للحكم الشرعي.

والثاني فيما إذا لم يدل الدليل على هذا العموم للحكم، بل إنما يثبت الحكم للموضوع من حيث نفسه مجردا عن ملاحظة عنوان طارئ عليه، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم، وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع، وفي هذا القسم على تقدير صحة الشرط يكون مغيرا لموضوعه، فلا يكون محرما للحلال).

ثم جعل رحمته المحرمات والواجبات من القسم الأول، واستظهر أن المباحات التكليفية والوضعية جميعا من القسم الثاني، إلا ما دل الدليل بخصوصه على عدم صحة اشتراط تركه في ضمن العقد، كالسري، ومجامعة الزوج لزوجته، ومن هنا استشكل في

(١) راجع الوسائل ٢٣: ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتبه. (باختلاف لا يغير المضمون).

كون هذا ضابطة يرجع إليه في الأمور المباحة، مع أن ظاهر الروايات أن استثناء الشرط الفاسد ووصفه بأنه ما حرم حلالاً أو أحل حراماً هو ضابط ومعيار يرجع إليه.

وعلى ما ذكره تتجدد لا بد من النص الخاص على عدم صحة الشرط في المباحات، وأنت خير أيضاً أن بعض المحرمات والواجبات أيضاً مما يمكن أن يتغير حكمه بملاحظة عنوان طارئ عليه، فيكون من القسم الثاني كما لو توقف حفظ النفس على شرب الخمر، أو كانت التقية في ترك الصوم الواجب، وهكذا.

ولكن قد نقل لنا مشافهة عن بعض أجلة مشايخنا دام ظلهم العالي ضابطة في المقام تنحسر بها كل شبهة، حاصلها: أن الأحكام على قسمين، تكليفية ووضعية، ثم التكاليفية اقتضائية وتخييرية، والمراد بالاقتضائية الوجوب والحرمة، ثم الوضعية إما حق كحق الشفعة والخيار، أو صرف حكم كالحكم بإرث الزوجة الدائمة وعدم إرث المنقطعة، فهذه أقسام أربعة:

الأول: الحكم التكاليفي الاقتضائي، والشرط في العقد تارة يكون عدم هذا الحكم بأن يشترط عدم وجوب الشيء أو عدم حرمة، وأخرى يكون عدم المحكوم بالوجوب أو فعل المحكوم بالحرمة، وكل من القسمين يعدّ مخالفاً للشرعية بغير شبهة، وتزيد الصورة الأولى أنه غير مقدور، لأن الوجوب والحرمة ليسا من أفعال العبد ومقدوراته، ومن الضروري أن شرط نفوذ الشرط مقدوريته للمشتراط عليه، وإلا يقع لاغياً.

الثاني: الحكم التكاليفي التخييري، والصورتان في القسم الأول جارتان هنا، فيشترط تارة عدم إباحة الشيء، أو عدم كراهته، أو عدم استحبابه، وأخرى يشترط فعل الشيء المباح أو المستحب أو المكروه، أو عدمه، فالصورة الأولى كالصورة في القسم الأول من جهة المخالفة للشرعية، ومن جهة كون المشروط غير مقدور بخلاف الصورة

الثانية، فلا بأس في القول بصحة الشرط هنا لعدم لزوم المخالفة للشريعة، لأن الشارع قد أجاز ترك ذلك الشيء وفعله، فللمكلف أن يلزم نفسه بأحدهما الترك أو الفعل، لأنه ليس ذلك تصرفاً في نفس الحكم، وإنما هو تصرف في متعلق الحكم المأذون فيه من قبل الشارع، فكيف يكون مخالفاً للشريعة؟

نعم لو آل الالتزام بالترك أو الفعل إلى التصرف في نفس الحكم أيضاً لكان مخالفاً للشريعة كما إذا التزم بالترك أو الفعل إلى آخر العمر ومدى الزمان، فإن هذا في حكم اشتراط عدم إباحته أو استحبابه أو كراهته، ومن هذا الباب لعله تعد مسألة اشتراط عدم التسري وعدم التزويج على الزوجة وعدم هجرها.

الثالث: الحكم الوضعي إذا كان حقاً، والصورتان في القسمين الأولين جارتان، والشرط على كل منها صحيح نافذ، لأن الحق ملكية ضعيفة كما تقدم، فصاحبه مسلط عليه، فيجوز له اشتراط عدمه بمعنى إسقاطه أو نقله إلى آخر، ولا يعد مخالفاً للشريعة، كما يجوز له اشتراط عدم الفعل الذي يقتضيه الحق كاشتراط عدم الفسخ، ولا مخالفة فيه للشريعة لوضوح أنه أمر اعتبره الشارع لصاحبه توسعاً عليه ومئة، وجعل له القدرة عليه، فله أن يعمل، وله أن لا يعمل، وله أن يسقطه، وله أن لا يسقطه، فهو حقه، ولا أوضح عن عبارة أنه حقه.

نعم لو دل دليل خاص على عدم سقوط حق معين بالإسقاط، أو عدم صحة نقله، أو عدم جواز الالتزام بعدم الفسخ، فذلك أمر آخر، والكلام في أن القاعدة في نفس الشيء ما ذا تقتضي.

الرابع: الحكم الوضعي إذا كان حكماً صرفاً، ولا يصح فيه الشرط مطلقاً، سواء كان اشتراط عدم الحكم أو عدم متعلقه، كأن يشترط عدم إعطاء الزوجة من إرثها، إذ

ليس للمكلف نفوذ وسلطنة أصلاً في مثله، فلو اشترط بها ينافي حكم الشارع كان مخالفاً للشرعية، ومن هذا الباب اشتراط ولاء الأجنبي غير المعتق، كما في النبوي الآتي في محله. فاتضح من هذه الضابطة أنّ مثل الخيارات ليس شرط إسقاطها من الشروط المخالفة للشرعية؛ لأنها من الحقوق.

الرابعة: إنه لا شك أنه دليل: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) بعد فرض إخراج الشرط المخالف للشرعية وما ينافي مقتضى العقد، وغير ذلك مما أخرج، ليس نسبته إلى سائر الأدلة نسبة المتعارضين حتى يلتبس الترجيح، كما ربما يقع في كلمات بعض، بل المحقق عند أهله أن نسبته إليها نسبة الحاكم إلى المحكوم، كنسبة دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد إلى سائر الأدلة، لأن لسان أدلة الواقعيات ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الأولي بما هو كذلك، بلا نظر فيها إلى حال الطوارئ والعوارض.

ولسان هذه الأدلة - أعني دليل وجوب الوفاء بالشرط والنذر والعهد واليمين - ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الطاري من نذره ويمينه واشتراطه، ولا منافاة قطعاً بين أن يكون الشيء بعنوانه الأولي محكوماً بحكم، وبالعنوان الثاني له حكم آخر، مثلاً السفر في حدّ نفسه مباح، ولكنه بعنوان عصيان الوالدين أو الإضرار بالنفس يكون محرماً، وقد يكون واجباً إذا كان مقدمة للجهاد الواجب.

فدليل حرمة معصية الوالدين في غير الواجب والحرام لا يعارض دليل إباحة الشيء في حد نفسه وبالعنوان الأولي.

وهكذا حال دليل الشروط، فإنه دال على وجوب الوفاء بالشرط، وفعل ما وقع عليه الاشتراط بعنوان أنه كذلك، بحيث لو لا هذا العنوان لما وجب الوفاء به، فلا ينافيه

(١) انظر الوسائل ٢١: ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور.

أنه بعنوانه الأولي مع قطع النظر عن طوارئه وعناوينه الثانوية أن له هذا الحكم الكذائي، لأنه بطرو العنوان الثانوي يخرج عن موضوع الحكم الأول الثابت له بذلك العنوان الأولي، إذ ليس بحسب الفرض في دليل الحكم الأول عموم يشمل جميع طوارئ الموضوع وحالاته السابقة واللاحقة.

نعم لو فرض أن دليل حكم العنوان الأولي ناظر إلى جهة طوارئه على وجه كان عامًا لحالاته اللاحقة وعناوينه ^(١) الثانوية، لا محالة يكون دليل حكم العنوان الثانوي معارضا له، لا حاكما، وهذا ما يسمى في لسان البعض بالعلة التامة للحكم.

إذا عرفت ما ذكرناه من المقدمات يتضح لك الحال في محل الكلام، وهو سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد تمسكا بعموم: «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم»، إذ ليس ذلك مخالفا للشريعة باعتبار ما ذكرناه من الضابطة التي نقلناها، لأن الخيار حق مالكي، كما أنه ليس مخالفا لمقتضى العقد، بل إنما يكون مخالفا لإطلاق العقد، ضرورة أنه ليس حقيقة المبادلة والمعاوضة تقتضي ثبوت الخيار. على أنه لا يقتضيه إطلاق العقد أيضا، وإنها ثبت بدليله في فرض ثبوت العقد ودليل الشروط حاكم عليه لا معارض له، كما عرفت في المقدمة الأخيرة، فيقدم عليه.

ولعله إلى هذا يرجع مرام المصنف رحمته فيما سيأتي من الجواب عن الإشكال الثاني، وإلا فلا يخفى ما فيه من المساحة بعد ما عرفت من ضابطة الشرط المخالف لمقتضى العقد.

فاتضح أن الحق هو سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد بمقتضى القاعدة تمسكا بدليل الشروط، مضافا إلى الإجماع المنقول.

(١) في الأصل: وعنوانية.

نعم، يبقى الإشكالان اللذان ذكرهما المصنف **تثتث**، وهما أن ذلك إسقاط ما لم يجب، والثاني لزوم الدور، وسيأتي الكلام فيهما.

والمتحصل من الإشكالات في المقام - التي ذكرها، وأجاب عنها في المتن - خمس:

- معارضة دليل الشروط لدليل الخيار.

- ومخالفة الشرط للكتاب.

- ومخالفته لمقتضى العقد.

- وإسقاط ما لم يجب.

- ولزوم الدور.

تقدم الجواب عن الثلاث الأولى وبقي الأخيران.

قوله **تثتث**: والرواية محمولة بقرينة الإجماع... إلى آخره.

لأن الرواية بظاهرها أنها واردة في شرط ابتدائي، لأن إعانتها في المكاتبه ليست عقدا من العقود، فلا بد من تأويلها وحملها على مورد الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو حملها لا على صورة الاشتراط، بل على المصالحة على إسقاط خيارها المتحقق سببه بالمكاتبه بأن يعينها في إتمام مال المكاتبه، فيكون ذلك صلحا لا اشتراطا، إلا أنه يبعد الاحتمال الأخير تطبيق الإمام **عليه السلام** عموم:

«المسلمون عند شروطهم»^(١) على المورد، وعلى كل حال، فهو تأويل.

(١) الوسائل ٢٣: ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتبه.

قوله **تَبْذُلُ** : بذلك المال.

متعلق بالمصالحة لا بالمكاتبه.

قوله **تَبْذُلُ** : أما الأول، فلأن الخارج... إلى آخره.

بيانه أنه ليس هناك دليل على أن لزوم الشرط متوقف على لزوم العقد، حتى يلزم الدور، بل نحن وعموم: «المسلمون عند شروطهم» خرجت عنه الشروط الابتدائية للاجتماع، ولأنها وعد.

وخرجت الشروط في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار، مع بقائهما على الجواز لدليل العقل، وهو استحالة الجمع بين لزوم الشروط وجواز العقد، وبقي الباقي داخلا تحت العموم وليس المورد من الشروط الابتدائية، ولا مما يحكم العقل باستحالة لزومه، لأن المفروض أن العقد لم يثبت له الجواز بعد، وثبت لزوم هذا الشرط - وهو إسقاط الخيار - إنما هو بعموم دليل الشروط لا من جهة لزوم العقد حتى يلزم الدور، ولا حاجة إلى فرض لزوم العقد، بل كون العقد لم يستقر له الجواز كاف في جواز التمسك بعموم دليل الشروط المثبت للزومه.

والحاصل أن المهم بيانه هنا أن المخصص العقلي وهو استحالة انفكاك الشرط عن المشروط في اللزوم والجواز غير جواز في المقام، فيتمسك حيثنذ بعموم دليل الشروط لإثبات لزوم هذا الشرط الذي هو نفس مؤداه لزوم العقد، وهو الذي اهتم المصنف **تَبْذُلُ** لبيانه.

فينبغي أولاً بيان وجه الاستحالة، ثم بيان عدم جريانها في ١.

أما وجه الاستحالة فهو أن الشرط في ضمن العقد غير مستقل بالالتزام به، وإنما كان الالتزام به يتبع الالتزام بالعقد كما هو واضح، وبهذا يفرق بين الشرط الابتدائي

والشرط في ضمن العقد.

فالشرط في ضمن العقد التزام في التزام، على نحو الترتب على ذلك الالتزام، فلو كان العقد جائزا والشرط لازما للزم مع فسخ ذلك العقد بقاء الشرط على حاله، والمفروض أنه تابع لثبوت العقد كالمعلول إلى علته أو المحمول إلى موضوعه، ويستحيل وجود المعلول بدون العلة، أو المحمول بدون الموضوع، ويلزم الخلف أيضا، وذلك لأن ما فرضناه تابعا لا يكون تابعا، أو ما فرضنا شرطا في ضمن العقد لا يكون شرطا في ضمن العقد.

وأما وجه عدم جريان هذا الوجه العقلي في الاستحالة في اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد، فهو أن نفس مؤدى اشتراط سقوط الخيار هو لزوم العقد، فلا يعقل فرض جواز العقد مع فرض لزوم هذا الشرط، وإلا لزم الجمع بين المتنافيين، وهو فرض لزوم العقد وجوازه في آن واحد، ففرض لزوم هذا الشرط لا محالة يستلزم فرض لزوم العقد، بل هو عينه، فلا يمكن فرض جواز العقد في فرض لزومه حتى يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع.

فإن قلت: إن الجواز ثابت بدليل الخيار، فالعقد يقتضي الجواز، فهو بنفسه مفروض الجواز، وعليه فيستحيل هذا الاشتراط، لأن عين هذا الاشتراط فرض لزوم العقد، وذلك جمع بين المتنافيين.

قلت: إن دليل الخيار محكوم بدليل الشروط، فجريان دليل الخيار متوقف على عدم جريان دليل الشروط، فلو كان عدم جريان دليل الشروط مستندا إلى ثبوت الجواز بدليل الخيار لزم^(١) الدور، فلا بد أن يتكلم في شمول دليل الشروط مع قطع النظر عن

(١) في الأصل: لزوم.

ثبوت الجواز بدليل الخيار، ومع قطع النظر عن ذلك، فليس من العاقد إلا الالتزام بلزوم العقد، فأين التفكيك؟! وحينئذ يدخل في عموم دليل الشروط بلا مانع عقلي، وإنما يفرض المانع العقلي فيما إذا لم يجر دليل الشروط، حيث إنه حينئذ يثبت الجواز بجريان دليل الخيار، فكيف يعقل أن يكون ذلك المانع العقلي موجبا لعدم جريان دليل الشروط؟! وهل هو إلا دور واضح؟!!

قوله **تتج**: وأما الثاني فلأن الخيار حق للمتبايعين... إلى آخره.

قد عرفت معنى الشرط المخالف لمقتضى العقد، فلا ينطبق على ما نحن فيه، ضرورة أن نفس حقيقة المبادلة والمعاوضة لا يقتضي ثبوت الخيار، بل على الضد من ذلك، وإنما كان الخيار ثابتا بدليله مرتبا على العقد، وهذا هو معنى اقتضاء العقد له، ولا شك أن دليل الشروط - كما سبق - حاكم عليه، فكيف يعقل أن يكون ذلك مانعا عن جريان دليل الشروط؟! نعم، لو كان دليل الخيار عاما ناظرا إلى صور الطوارئ اللاحقة من إسقاط واشتراط للسقوط، وأمثاله لكان معارضا لدليل الشروط، وهذا معنى كون العقد علة تامة لثبوت الخيار، ولكن ليس في دليل الخيار هذا العموم واللاحاظ، وإنما أثبت الخيار للبيع بما هو بيع بهذا العنوان الأولي.

ومن هذا التقرير تعرف مواقع النظر في المتن وإن كان ليس من البعيد أنه أراد ما ذكرنا، إلا أن في عبارته من المسامحات ما لا يخفى.

منها: إن ظاهر عبارته تسليم أنه هذا الشرط من الشروط المنافية لمقتضى العقد، وقد عرفت ما فيه، فكان ينبغي أن يمنع كونه من منافيات مقتضى العقد بالمعنى المعروف، ثم يتكلم في مقدار دلالة دليل الشرط، هل على نحو العلة التامة أو المقتضي.

ومنها: قوله وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أن المتبادر من إطلاقه إلى آخره،

فإنه إن كان المراد من العلية التامة أن العقد بعنوانه الأولي علة تامة مع قطع النظر عن عنوان آخر طارئ عليه لا حق له، فكل موضوع بالنسبة إلى حكمه علية تامة بهذا المعنى، ولا ينافيه حكومة دليل آخر عليه لطرو عنوان ثانوي، فلا يحتاج إلى دعوى الظهور، ولا للاستدراك بأن المتبادر هو صورة خلوه عن الشرط، فإنه سواء تبادر هذه الصورة أو لا، فإن ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الأولي مع قطع النظر عن غيره علة تامة للحكم، ولا ينافي ارتفاعه بطرو عنوان آخر.

وبعبارة أخرى يكفي فيه أن يفهم أنه مأخوذ لا بشرط ولا يلزم تبادر أنه مأخوذ بشرط لا، على أن هذا التبادر ممنوع أشد المنع.

وإن كان المراد من العلية التامة أنه علة تامة حتى مع ملاحظة طرو عنوان ثانوي، فليس ذلك ظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» على أنه يكون متهافتا مع ما ادّعه من التبادر، فالظاهر أنه أراد المعنى الأول، وقد عرفت ما فيه.

ومنها قوله: مع أن مقتضى الجمع بينه وبين. إلى آخره، فإن استفادة كونه مقتضيا للخيار، لا بد أن يكون قبل الجمع بينه وبين دليل الشروط، وإلا لما أمكن الجمع، إذ لا يكون حينئذ حاكما، ضرورة توقف كونه حاكما على دليله على أن لا يكون المستفاد منه أنه علة تامة للخيار بالمعنى الثاني من العلية التامة.

قوله **تتذكر**: ففائدة الإسقاط إبطال المقتضي... إلى آخره.

لأن دليل الخيار كما تقدم من المصنف مخصوص بما إذا كان العقد خالياً عن الاشتراط، لأنه المتبادر، فإذا اشترط السقوط لا يثبت الخيار، لعدم تحقق موضوعه، فلا يكون ذلك الاشتراط إسقاط حقيقة، حتى يقال: كيف يعقل إسقاط ما لم يجب؟ بل يكون ذلك الاشتراط موجبا لخروج العقد عن موضوع دليل الخيار، فلا يثبت الخيار.

وأما كون ذلك ليس إسقاطاً، فلأن حقيقة الإسقاط هو إعدام الشيء بعد وجوده، فلو فرض أن دليل الخيار عام لصورتي الاشتراط وعدمه، فلا ينفع اشتراط الإسقاط في تحقق الإسقاط، لأن المفروض أنه قبل وجوده لا يمكن إسقاطه، وليس حيثئذ يكون الدليل مخصوصاً بخصوص عدم الاشتراط حتى لا يثبت الخيار لعدم ثبوت موضوعه. ولكن قد عرفت أن دعوى هذا التبادر ممنوعة، فالتحقيق في رفع الإشكال أن إسقاط ما لم يجب وإن كان ممتنعاً، ولكن يكفي في تحقق حقيقة الإسقاط ثبوت الشيء ولو بوجود مقتضيه، لأن وجود المقتضي هو وجود المقتضى - بالفتح - بالعرض، ولا يحتاج إلى وجوده الخاص به، بل وجوده بوجود مقتضيه أقوى من وجوده الخاص به، كما حقق في محله، على أن حقيقة اشتراط السقوط في المقام - كما سيأتي - هو اشتراط عدم الخيار وإن عبر عنه بالسقوط، فلا يكون إسقاطاً لما لم يجب، بل اشتراط عدم الشيء قبل تحققه.

قوله **تتجلى**: وقد يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه... إلى آخره.

أما دفع الإشكال الثالث، فاستثناسه من هذه الرواية واضح، لأن خيار الأمة في فسخ عقد نكاح زوجها العبد إنما يثبت لها إذا ملكت نفسها، وهذا متأخر عن المعاملة المذكورة وهي اعانتها في مكاتبها، فاشتراط عدمه قبل حدوث زمانه إسقاط لما لم يجب، ولكن دفع الوجه الثاني لا نرى له وجهاً في هذه الرواية، لأن خيار الأمة لا ربط له بهذه المعاملة التي اشترط فيها عدم هذا الخيار، ضرورة أن الخيار من لوازم ملكها لنفسها، فلا يمكن تصوير كونه من مقتضيات هذه المعاملة التي اشترط فيها عدمه بأي معنى من المقتضي مهما توسعنا في معناه، وعلى كل حال لا حاجة إلى هذا الاستثناس بعد وضوح

المسألة.

في الوجوه التي يتصور وقوع شرط الإسقاط عليها

قوله **تتخلل**: أحدها: أن يشترط عدم الخيار... إلى آخره.

وهذا من باب شرط النتيجة، فيكون نفس الاشتراط إعداما للخيار وإسقاطا له، وبعبارة أخرى: نفس الاشتراط يكون حصولا للمشروط، ولذا أنه لا يتصور فيه تخلف الشرط، إذ ليس للمشروط وجود آخر غير وجود نفس الاشتراط، وهذا الوجود هو موضوع الكلام المتقدم من حيث التمسك بدليل الشرط، وكونه إسقاطا لما لم يجب إلى غير ذلك.

قوله **تتخلل**: الثاني: أن يشترط عدم الفسخ... إلى آخره.

وهذا الوجه من باب شرط الفعل كالوجه الآتي، لا النتيجة، والمشترط كما يصح أن يكون فعلا يصح أن يكون تركا، والدليل عليه هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) ولا مانع من التمسك به كالوجه السابق، بل هو أولى منه لعدم جريان بعض الإشكالات فيه.

وعلى كل، فهذا الوجه يتصور فيه تخلف الشرط كالوجه الثالث الآتي، إلا أنه هنا يستشكل في ثبوت فائدة تخلف الشرط، لأن فائدته هو ثبوت الخيار المسمى بخيار تخلف الشرط، وإذا لم يلتزم الطرف الثاني بالشرط ففسخ العقد، وقلنا بنفوذ فسخه لا مجال لثبوت خيار المشتراط بعد انفساخ البيع.

وعلى تقدير ثبوت الخيار له فرضا، فغايتها من الخيار هو الفسخ، وقد حصل، وأما

(١) انظر الوسائل ٢١: ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور.

لو قلنا بعدم نفوذ الفسخ، فلا يتصور حينئذ تخلف الشرط، لأن الشرط في الحقيقة هو عدم حصول حقيقة الفسخ منه، وأما صرف القصد أو النطق، فليس مشروط بعدم، فالعمدة في الكلام هنا هو البحث عن أن الفسخ نافذ بعد اشتراط عدمه أم لا؟

قوى المصنف تثنى عدم نفوذه، وهو الأقوى، لأن نفوذ الفسخ منه يتوقف على سلطته عليه، ومقتضى وجوب الوفاء بالشرط عدم جواز فسخه، وعدم سلطته عليه، ولا مجال للتمسك بعموم دليل الخيار، لحكومة دليل الشروط عليه المستلزم لسلب سلطنة ذي الخيار على الفسخ.

وأما دعوى أن الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ، فظاهرة البطلان، لأننا لا نقول بفساده من جهة صرف الالتزام بتركه، بل لكونه وقع شرطا في ضمن العقد، والوفاء واجب بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يكون مسلطا عليه شرعا، فكيف يصح منه؟!

وعلى الأقل إنا نشك في سلطته على الفسخ، وهذا كاف في عدم صحة فسخه، للرجوع حينئذ إلى أصالة اللزوم، وهكذا الكلام في منذور الصدقة، فإنه لا يصح بيعه لعدم السلطنة شرعا على نقله، وشرط البيع سلطنة البائع على المبيع.

قوله تثنى: والأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ... إلى آخره.

اشتراط إسقاط الخيار يتصور على نحوين، تارة على نحو يكون مؤقتا إلى وقت معلوم، وأخرى إلى وقت [غير] معلوم فإن كان الأول، فلا شبهة بثبوت الخيار للمشتري له فيما إذا مضى الوقت ولم يسقط المشتري خياره، سواء كان الفسخ مؤثرا أم لا، لأنه بمضي زمن الاشتراط يتحقق تخلف الشرط حقيقة، ولا يجب بعد ذلك الوفاء بالشرط، فلا يكون مانع عن تأثير الفسخ.

وإن كان الثاني، فالكلام واضح مع القول بعدم تأثير الفسخ، كما أفاده في المتن، ومع القول بتأثير الفسخ، فلا وجه أيضا لثبوت الخيار، لأنه لا يتصور تخلف الشرط ما لم يمض زمن الاشتراط، والمفروض أن زمن الاشتراط غير محدد بحد، إلا إذا كان تأخيره يعد تساهلا وتسامحا بالشرط، فيكون تخلفا عرفا.

وأما ما أفاده في المتن من أنه قد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه، فلا ينفع، لأن انتقاله إلى وارثه لا بد أن يكون على ما هو عليه من الثبوت له، فكما أنه يجب الوفاء عليه بالشرط، كذلك يجب على وارثه الوفاء به.

ثم إن هذا الكلام كله لا يجري في خيار المجلس خاصة، لأنه مؤقت بانقضاء المجلس، فإذا انقضى المجلس ولم يسقط الخيار لا مجال لثبوت خيار تخلف الشرط للمشتراط له، لأن الغرض من هذا الشرط هو لزوم العقد وعدم ترزله، ويحصل ذلك بانقضاء المجلس.

نعم لو كان الشرط مؤقتا بوقت قبل انقضاء المجلس بزمان ثم لم يسقط حتى انقضى ذلك الوقت وبعد لم ينفذ المجلس، فلا بد من القول بثبوت خيار تخلف الشرط على نحو^(١) ما قلناه سابقا، فتدبر.

قوله **تتجّر**: قوله التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة... إلى آخره.

لا يخفى أن المدار في الشرط الابتدائي أن يكون التزاما مستقلا، أما إذا كان التزاما في نفس العقد فهو شرط في ضمن العقد، سواء كان الدال عليه لفظا صريحا أو إشارة إلى سابق بحيث يكون السابق كالتمهيد، فتفضي تلك الإشارة عن التصريح، أو يكون ذلك الشرط مما تباين عليه العقلاء والعرف في معاملاتهم بحيث يكون ذلك التباين مغنيا

(١) في الأصل: ما نحو.

عن ذكره تصريحاً أو إشارة كاشتراط المساواة بين الثمن والمثمن والقبض والإقباض، واشتماله على وصف الصحة.

والحاصل أن كل شرط كان مدلولاً عليه في العقد بأي دلالة كانت فهو من الشروط في ضمن العقد، وإلا فمجرد القصد والنية لا يجعله من الشروط المذكورة في ضمن العقد، وإن اشترط مستقلاً سابقاً أو لاحقاً.

قوله **تَنْتُزَعُ**: وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه... إلى آخره.

في صحة مثل هذا النذر نظر فإنه مما لا شبهة فيه أن صحة النذر تتوقف على القدرة على المنذور، والظاهر اعتبار القدرة والاستطاعة الشرعية، كما في الحج.

ومعنى القدرة الشرعية أن يكون المتعلق مقدوراً بالفعل مباشرة، بخلاف القدرة العقلية، فإنها تعم حتى ما كان مقدوراً بواسطة أو سائط، وهنا العتق بعد البيع لا يكون مقدوراً مباشرة، ضرورة أنه بعد البيع هو ملك للمشتري، و«لا عتق إلا في ملك»، فإنه يكون مقدوراً له إذا فسخ العقد بعد التمكن من فسخه، فيكون العتق حينئذ مقدوراً بالواسطة، فلا تكون القدرة الشرعية حاصلة، نعم لو اكتفينا في النذر بالقدرة العقلية كان مجال للقول بصحة هذا النذر، ولكن الظاهر خلافه.

إسقاط الخيار بعد العقد

قوله **تَنْتُزَعُ**: ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم... إلى آخره.

لا يخفى أن غاية ما يدل عليه عموم السلطنة هو السلطنة على نفس المال، فلا يشمل السلطنة على نفس السلطنة، أو على نفس الملكية، فله أن يتصرف صاحب السلطنة بالمال بجميع أنحاء التصرف التي تتعلق بالمال، وليس له أن يتصرف في نفس السلطنة أو

الملكية، لأنها ليس مما يقتضيها السلطنة على نفس المال، ولذا نقول: إن الإعراض عن المال لا يخرج المال عن ملك صاحبه، إذ ليس له إبطال الملكية ابتداء.

نعم، له أن ينقل المال إلى آخر، فتبطل ملكيته له، ولكن هذا من نقل طرف الإضافة لا نفس الإضافة، ولذلك قلنا: إن البيع هو تبديل طرفي الإضافة، كما سبق مكررا.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن الحق نوع من الملك ضعيف، أو نوع من السلطنة، وليس هو كالمال متعلقا للسلطنة، بل هو نوع من الملكية من آثارها السلطنة على متعلق الحق كالعقد في الخيار والمبيع المشترك في خيار الشفعة، وأمثال ذلك، فإذا ثبت عموم السلطنة على المال غير الشامل للسلطنة على الملكية، وعلى السلطنة لا يقتضي فحواه ثبوت السلطنة على الحق التي ترجع إلى السلطنة على السلطنة، أو على الملكية.

نعم لو ثبت أن الناس مسيطون على سلطتهم على أموالهم كان بفحواه يدل على ثبوت سلطتهم على حقوقهم، لما سمعت أن الحق بمنزلة الملك، فهو من سنخه لا من سنخ المال الذي يكون متعلقا للسلطنة.

والحاصل أن إسقاط الخيار الذي هو من آثار السلطنة على حق الخيار من باب الإعراض عن المال، لا من باب التصرف في نفس المال.

نعم إقرار العقد وفسخه من مقتضيات ثبوت الحق، كالتصرف في نفس المال الذي من مقتضيات ثبوت الملك، ولا يقاس الإقرار بإسقاط الخيار، وإن كانا متلازمين، لأن الإقرار متعلقه هو متعلق الخيار، وهو تحت الحق والسلطنة، والإسقاط متعلقه نفس الحق، فهو فوق السلطنة، وكون لازم إسقاط الخيار لزوم العقد وإقراره لا يلزم أن يكون الإسقاط خاليا من هذا المحذور حيث كان لازمه خاليا أعني الإقرار.

أقول: لو كان المراد من إسقاط الحق هو إبطال حقه الذي جعله له الشارع في

قبال جعل الشارع، فيكون تصرفاً في حكم الشارع وسلطانه، ولا شبهة بعدم جوازه ولا يقتضيه فحوى «الناس مسلطون على أموالهم»، وقد تقدم أن مثل هذا لا يجوز اشتراطه في ضمن العقد، لأنه من المخالف للكتاب والسنة، ولكن ليس هناك من معنى للإسقاط يكون فوق الحق إلا هذا المعنى، وما عداه لا بد أن يكون من مقتضيات نفس الحق، فينحصر هذا المعنى في إقرار العقد والتعبير عنه بالإسقاط، لأن لازم إقرار العقد سقوط حق الخيار.

على أنه يمكن أن يقال: إن الحق ليس هو بمعنى الملكية، بل هو مما تعلق به الملكية فهو مملوك لذي الحق، كما أن العين مملوكة.

فإذا قيل: إن للشريك حق الشفعة، فمعناه أن الشريك له أن يشفع، فهو يملك أن يشفع في العين، فيكون حقه هو الشفعة فإضافة الحق إليها من باب الإضافة البيانية.

وكذلك حق الخيار، فالخيار هو الحق، لا أنه متعلق الحق، وليس الخيار هو نفس الملكية، بل هو المملوك لصاحب الحق، بمعنى أن له أن يختار وأن لا يختار.

وإذ قلنا: إن له حقاً في أن يختار، فهو من باب التسامح أو إطلاق الحق لمعنى آخر، غير ما هو مراد في قولك: حق الخيار، والخيار حق من الحقوق، كما نقول:

الشفعة حق من الحقوق، وهكذا الحال في جميع الحقوق.

قوله **تتئ**: أو من طرفهما لمتعدد كأصيل ووكيل... إلى آخره.

لمتعدد متعلق بقوله (ثبوت الخيار)، وحاصل هذا الفرض أن يثبت الخيار لشخصين أحدهما أصيل، والثاني وكيل، سواء كان هذا التعدد من طرف أحد المتعاقدين، أو من الطرفين، فإذا أجاز أحدهما - وليكن الوكيل - وفسخ الآخر - وليكن الأصيل - في آن

واحد، فإن الإجازة هنا تعارض الفسخ، لأن الإجازة تقتضي لزوم العقد من طرف الوكيل والأصيل، لا من طرف خصوص المجيز منهما.

قوله **تَنْتَهَلُ** : فلا خيار لهما بعد الرضا... إلى آخره.

يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ: فلا خيار لهما بعد الرضا بحدوث البيع لإبقائه، فلا يكون شاهداً في المقام.

سقوط الخيار بالافتراق

قوله **تَنْتَهَلُ** : فإذا حصل الافتراق الإضافي... إلى آخره.

أي بالإضافة إلى الهيئة الاجتماعية، ولكن لا يخفى أن المدار على تحقق الافتراق عرفاً، أي ما يصدق عليه الافتراق عرفاً، لا الافتراق الحقيقي العقلي كما هو واضح، فيختلف ذلك باختلاف ما يضاف إليه، وهو الهيئة الاجتماعية، فقد يصدق الافتراق على ما هو أقل من الخطوة، كما لو كانا جالسين فقام أحدهما فخطأ أقل من خطوة، وقد لا يصدق بأكثر من ذلك، كما لو كانا راكبين على فرسين وسارا معاً مجتمعين، فإن الاجتماع يصدق بتجاريهما معاً في المشي، وإن بلغ الفرق بينهما بأكثر من خطوة.

وعلى كل حال، فالمدار على تحقق الافتراق العرفي، وإن كان ربما يشكل تعيين بعض المصاديق العرفية إلا أنه من المعلوم أنه لا يصدق على الحركة بمقدار الشعرة أو الإصبع أو نحو ذلك، وإن كان ذلك بالنظر العقلي افتراقاً.

في الإكراه على التفريق

قوله **تَنْتَهَلُ** : فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري... إلى آخره.

بل حتى الاختياري بهذا المعنى ليس متبادراً من قوله **﴿وَلَا يَفْتَرَقَا﴾**، لأنه لا

دلالة في نفس الأفعال لا بهادتها ولا بهيئتها على الاختيار، ولا على الالتفات ولذلك يصح إسناد مات وهلك إلى الميت وهالك بدون تجوُّز.

نعم إذا أسندت الأفعال إلى الفاعل في مورد التكليف تكون ظاهرة في الاختيار والالتفات، ولكن لمكان وقوعها في مورد التكليف المستدعي للاختيار والالتفات، لا من أجل دلالتها في نفسها على ذلك.

وعلى هذا فإذا صدر الافتراق عن نسيان أو سهو أو اضطراب أو إكراهها، فلا بد من القول بسقوط الخيار لمكان إطلاق قوله ﷺ: «ما لم يفترقا».

فتحصل أن تبادر الاختيار - سواء كان في مقابل الاضطراب أو مقابل الإكراه - ممنوع أشد المنع، وإن كان يمكن دعوى - ولا بأس بها - أن صيغة الافتعال غالباً تدل على صدور الفعل عن اختيار، كاجتهاد وانتحر وانتهض وارتزق، فلا تصدق هذه الأفعال على من صدر منه الحدث بدون اختياره، ألا ترى أنه لا يقال لمن نحر نفسه غافلاً أو نائماً أنه انتحر؟ وهكذا.

قوله **تَنَكَّرَ** : ومنه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث... إلى آخره.

وذلك لعدم مطابقة الدليل للمدعى حيثنذ، لأن المدعى أن الخيار إنما لا يسقط مع وقوع الافتراق عن إكراه، ومع الإكراه على ترك التخايير، والدليل إنما يدل على تقديره على عدم سقوط الخيار، إذا وقع الافتراق خاصة عن إكراه، ولازمه عدم سقوط الخيار مع عدم الإكراه عن ترك التخايير، وقد اعترفوا بسقوطه حتى مع الاضطراب على التفرق إذا لم يكن التخايير ممنوعاً، فكيف يصلح أن يكون حديث الرفع دليلاً على مدعاهم، فلا بد أن لا يكون دليلهم حديث الرفع، وكذا لا يصح أن يكون دليلهم تبادر الاختيار من الفعل، لما ذكرنا.

هذا حاصل ما يريده المصنف، وإنما علل بجزء من التعليل في قوله:

(للاعتراض بدخول المضطر والمكره) وكذلك تعليله في ما يأتي قوله: (لأن المفروض أن التفرق الاضطراري).

على أنه يمكن [أن] يقال: حتى لو كانت الدعوى عدم سقوط الخيار مع الإكراه على التفرق فقط لا يصح الاستدلال بحديث الرفع^(١)، لأن المرفوع فيما أكرهوا عليه وفيما اضطروا، وإن كان الموضوع المكروه عليه والمضطر إليه، ولكن بنفسه لا يقبل الرفع، وإنما هو بالنظر إلى حكمه، فلا بد أن يكون الإكراه ساريا إلى الحكم الوضعي أو التكليفي حتى يكون نفس الحكم إكراهيا، لأنه المرفوع حقيقة مع أن المفروض هنا أن الإكراه على الافتراق مع عدم الإكراه على عدم التأخير لا يستلزم الإكراه على الحكم الوضعي، وهو لزوم العقد حتى يكون مرفوعا بحديث الرفع.

وبعبارة أخرى: إن الرفع حقيقة إنما يكون للحكم بلسان رفع الموضوع، والمرفوع لا بد أن يكون ثقيلًا ليصدق الرفع، والثقل في صورة الإكراه إنما يكون بواسطة الإكراه، فإذا لم يكن الحاكم مما يمسه الإكراه لا يكون ثقيلًا، فلا يكون مرفوعا، كما في المقام.

ثم إنه قد يقال: فلتكن دعوى المشهور هو عدم سقوط الخيار عند الإكراه على الافتراق وعلى عدم التأخير، ويستدل بحديث الرفع على هذه الدعوى الخاصة، لأن الافتراق على عدم التأخير لما كان مكرها عليهما مرفوعان معا.

قلنا: أي معنى لرفع عدم التأخير، لأنه ليس موضوعا لحكم اللزوم ولا التأخير موضوعا للجواز والخيار، كما أنه لا معنى لرفع عدم الفسخ وإن صح رفع الفسخ بأن لا يكون مؤثرا.

(١) الوسائل ١٥: ٣٦٩، حديث ١ من الباب ٥٦ من جهاد النفس.

نعم الافتراق موضوع اللزوم أو عدم الافتراق موضوع الجواز، ولكن قلنا: بنفسه لا يكون مشمو لا لحديث الرفع.

اللهم إلا أن يقال: إن الإكراه على الافتراق بضميمة الإكراه على عدم الفسخ يكون اللزوم مكرها عليه، فهو مرفوع ولو بلسان رفع الموضوع، وهو الافتراق، فتدبر جيدا.

قوله **تتذكر**: وإلى أن المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد... إلى آخره.

ما أغرب دعوى هذا التبادر وأبعدها، فأى علاقة بين الرضا بنفس العقد وكلمة يفترقان حتى يتبادر منها الرضا بالعقد، فإنها لا دلالة لها عليه، لا بهادتها ولا بهيئتها، كما وليس هناك من قرينة تقتضي هذا التبادر إلا كون الافتراق وقع بعد فرض العقد، وهو لا يصح لهذه القرينة، ولا مناسبة بين الحكم والموضوع تقضي بذلك، وإلا لكان افتراق الساهي والنائم غير مسقط للخيار مع عدم القائل به ظاهرا.

قوله **تتذكر**: بقوله **ﷺ** في صحيحة الفضيل: «إذا افترقا»... إلى آخره.

هذا لو كان قوله: «بعد الرضا منها» قيذا لنفي الخيار، ولكن لو كان تعليلا للحكم، فلا شاهد للمقام بأن يكون المراد أنه الافتراق رضا بالبيع ومصدق له، فكأنه بعد أن حصل الافتراق الذي هو رضا بالعقد، فلا مورد لثبوت الخيار، وهذا يكون كالتصرف في خيار الحيوان المحكوم في الرواية بأنه رضا بالبيع، كما سيأتي بيانه، وتوضيح معنى الرضا الذي يصح أن يكون التصرف مصدقا له وهو محمول عليه، وليس هو الرضا المتبادر المعروف.

قوله **تتذكر**: وعلى تقدير، فيدل على أن المتفرقين... إلى آخره.

الظاهر أنه ليس المهم هو الاستدلال على سقوط الخيار في صورتي الإكراه

والاضطرار على التفرق فقط مع عدم الإكراه والاضطرار على عدم التأخير، وعدم
الفسخ، فإن هذا يكفيه عموم: «البائع بالخيار» وإنما المهم الاستدلال على عدم سقوط
الخيار عند الإكراه على التفرق وعلى عدم الفسخ، إذ هو الذي يحتاج إلى إقامة الدليل
خروجاً عن العمومات.

خيار الحيوان

في ثبوت الخيار للحيوان غير مستقر الحياة

قوله **تَنْتُزُّ** : ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود... إلى آخره.

أما الحيوان المذبوح، فلا شبهة في عدم دخوله في عمومات أدلة خيار الحيوان، لأنه جماد وإنما يطلق عليه الحيوان مسامحة فالحيوان هو ذو الحياة، وإنما يقع الكلام في الحيوان غير المستقر الحياة كالسمك والجراد وغيرهما، فإن الحيوان يصدق عليها، فيدخل في ظاهر الأدلة وكلمات الأصحاب.

ولكن المصنف لم يستبعد خروج الحيوان غير مستقر الحياة غير المقصود منه الحياة خروجاً موضوعياً، وذلك لأن المنساق من دليل خيار الحيوان بيع الحيوان بما أنه حيوان، والحيوان المبيع غير المقصود منه إلا اللحم كالسمك الخارج من الماء، والجراد في الإناء ليس المبيع فيه إلا اللحم؛ لأن الثابت من حيثة تقييدية ثابت لتلك الحيثة، فلا يشمل بيع الحيوان لبيع اللحم، فلا يثبت له خيار الحيوان، وكونه حيواناً في الواقع لا يجعله مبيعاً من هذه الخصوصية.

ومن الواضح أيضاً أنه لم يثبت خيار آخر للحوم بهذا العنوان، فعموم خيار الحيوان لا يشمل بيع اللحم، فهو خارج عنه تخصصاً.

ومن هذا التقرير يتضح الفرق بين مثل السمك خارج الماء المقصود منه اللحم، والحيوان المشتري لغاية الذبح، كما إذا اشتراه القصاب، فإنه وإن كان قد يتخيل أنه

مقصود منه اللحم مع أنه لا شبهة في ثبوت الخيار فيه إلا أنه من الواضح أن حيثية اللحم لم تجعل حيثية تقييدية، بل حيثية تعليلية، فإن المشتري حقيقة والمبدول بإزائه الثمن هو الحيوان بما له من الحياة، وإنما كانت الغاية منه هو لحمه بعد ذبحه بخلاف مثل السمك، فإن المشتري حقيقة هو اللحم، وجهة الحياة ملغاة في نظر المشتري.

ومما تقدم يظهر حال الحيوان المشرف على الموت لعارض كالصيد، فإنه إذا بيع فإنما يباع نفس اللحم، فلا مجال لقصد حياته، فليس هو أشد إشكالا من الحيوان المقصود منه اللحم ابتداء، لا لعارض كالسمك.

قوله **تتأثر**: وعلى كل حال فلا يعد زهاق الروح... إلى آخره.

حاصله أنه لو قلنا بثبوت الخيار للحيوان المشرف على الموت لعارض، بل ولغيره، فلو مات قبل القبض، فهل يعد ذلك تلفا فيكون من مال بائعه، كما هو الحال في كل مبيع تلف قبل القبض؟ بل وكذا لو مات في زمن الخيار، فهل يتلف ممن عليه الخيار، كما هو الحال أيضا في كل مبيع تلف في زمن الخيار؟.

الحق أن مجرد إزهاق الروح في مثل هذا الحيوان لا يعد تلفا، لأنه لما كان المقصود منه اللحم، وهو المبيع حقيقة، فالمبيع لم يتلف، وإنما ذهبت صفة لم تؤخذ قيда في المبيع، وهذا لا ينافي ثبوت الخيار على تقدير القول به، لأنه لو قلنا به، فإنما هو لعموم دليل خيار الحيوان وعدم تأثير جهة كون اللحم هو المقصود في الخروج عن العموم، فلا يخرج عن هذه الجهة الواقعية، وهي كون اللحم هو المقصود، وأنه هو المبيع حقيقة، فلا يكون الجمع بين القول بالخيار فيه، والقول بأن زهاق روحه ليس بتلف تناقضا، كما ربما يتوهم في بادئ النظر.

قوله **تتأثر**: وفي منتهى خيار مع عدم بقاءه. إلى آخره.

هذه الوجوه بعد فرض ثبوت الخيار له، والوجوه التي تذكر في المقام ثلاثة:

الأول: فورية الخيار، بناء على أن ما لا تحديد لخياره، القاعدة فيه تقتضي الفورية، وهنا لما لم يبق الحيوان إلى الثلاثة، لا يصح تحديده بالثلاثة، فلا يدخل في الدليل الدال على بقاء خيار الحيوان إلى الثلاثة، وإنما يدخل في عموم الدليل الدال على مطلق ثبوت خيار الحيوان فتبقى مدة خياره بلا دليل يدل عليها، فلا بد من الرجوع حينئذ إلى القاعدة.

الثاني: استمرار الخيار إلى الموت إذا كان قبل انقضاء الثلاثة، نظرا إلى أنه لما كان معلوما للمشتري أو لها معا أنه لا يبقى إلى الثلاثة، فهما قد أقدما على عدم ثبوت الخيار إلى الثلاثة، فكان ذلك بحكم الإسقاط من بعد الموت، والدليل الدال على ثبوت الخيار إلى الثلاثة، ليس لسانه لابدية الثبوت إلى الثلاثة على نحو إن ثبت إلى الثلاثة وإلا فيسقط، بل إنما جعلت مضي الثلاثة غاية بقاءه، وذلك على تقدير إمكان بقاءه، فلا ينافيه عدم استمراره إلى الثلاثة لمانع، كما هنا، وهو الموت الذي يكون الإقدام عليه، كالإقدام على الإسقاط، أو لأنه لا فائدة في بقاء الخيار إلى الثلاثة بعد الموت بملاحظة الحكمة في خيار الحيوان، وهي النظرة المستفادة من دوران الخيار مدارها.

الثالث: ثبوت الخيار إلى الثلاثة نظرا إلى دخوله في دليل ثبوته إليها، حيث إنه مجرد موته قبل الثلاثة غير مانع من ثبوت الخيار لما هو معلوم أن متعلق الخيار هو العقد، لا نفس العين، فمع تلف العين ينتقل إلى البدل.

والأرجح من هذه الوجوه هو الثاني لما تقدم أن زهاق روح هذا الحيوان لا يعد تلفا، بل المبيع كما عرفت نفس اللحم، وهو لم يتلف بزهاق الروح، وتقدم أنه لا ينافيه ثبوت الخيار على تقدير القول به، وعليه فلا معنى للانتقال إلى البدل في الفسخ إذا مات ذلك الحيوان لعدم التلف، فالمبيع باق على حاله، ولا معنى أيضا لثبوت الخيار بعد

الموت، لأنه بعد الموت لحم صرف، لا حياة فيه، فلا يصدق عليه الحيوان حتى يثبت فيه خيار الحيوان، ولا يصح ثبوت خيار الحيوان لغير الحيوان ولو أنا ما، وثبوتة للبدل مع التلف في غير المقام إنما هو لمكان أن ثبوتة للبدل في طول ثبوتة لنفس الحيوان، لأنه بدل عنه، وليس كذلك بقاءه في اللحم مع زهاق الروح، لأن ثبوتة للحم حينئذ ليس على نحو البدلية، بل في عرض الحيوان.

قوله **تتخلّ**: بالحكمة غير الجارية... إلى آخره.

والعلة هي النظرة، والمراد منها الاطلاع على عيوبه الخفية، ولا شبهة أن الكلي مع بقاءه على كليته لا معنى للاطلاع على عيوبه، إذ لا يتصور ذلك في المتشخص، وأما مع تشخصه بالقبض، فإن طابق المقبوض الوصف، فلا معنى لظهور العيب، وإن لا يطابق الوصف لظهور العيب، فلم يكن ذلك مصداقا للمبيع حتى يثبت الخيار. نعم يثبت خيار الرؤية على القول بثبوتة في الكلي، وهذا أمر آخر.

قوله **تتخلّ**: ولعله الأقوى... إلى آخره.

إما لعدم جريان الحكمة فيه كما تقدم، وإما للانصراف من الحيوان إلى خصوص الشخصي، والكل محل شبهة.

أما الحكمة، فاستفادة كون الحكم يدور مدارها وجودها وعدمها ممنوعة، والانصراف أشد منعا، فإن ذلك من غلبة الوجود، لا غلبة الاستعمال، فلا ينفع.

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

قوله **تتخلّ**: المشهور اختصاص... إلى آخره.

الأقوال المذكورة هنا ثلاثة:

الأول:- وهو المشهور- اختصاص الخيار بالمشتري فيما إذا كان المثلث حيوانا، فلا خيار للبائع مطلقا، حتى لو كان المثلث حيوانا، ولا للمشتري فيما إذا كان المثلث حيوانا لا المثلث.

الثاني: ثبوت الخيار لهما معا، كما هو المنقول عن السيد المرتضى رحمه الله، سواء كان المثلث والمثلث معا حيوانين أو كان أحدهما حيوانا دون الآخر، وهذا القول يبين الأول إلا من جهة ثبوت الخيار للمشتري فيما إذا كان المثلث حيوانا.

الثالث: ثبوت الخيار لصاحب الحيوان أي من انتقل إليه الحيوان، سواء المشتري والبائع، فلو كان كل من المثلث والمثلث حيوانا كان الخيار لهما معا، وبين هذا القول وبين الأول عموم وخصوص مطلقا، فيجتمعان فيما لو كان المبيع حيوانا، ويفترق عن الأول فيما إذا كان المثلث حيوانا أو كلاهما، وكذلك النسبة عينها بينه وبين الثاني، لكن العموم من جانب الثاني فيجتمعان فيما إذا كان المثلث والمثلث حيوانين، ويفترق الثاني عن الثالث فيما إذا كان أحدهما حيوانا.^(١)

(١) إلى هنا ما عثرنا عليه من خيار الحيوان، و كان رقم الصفحة هذه «٤٦» بحسب تسلسل المؤلف طاب ثراه، و بقية الصفحات مرقمة لكنها بياض إلى صفحة «٧٩»، فيبدأ فيها بخيار الغبن.

خيار الغبن

قوله **تثني**: واستدل في التذكرة على هذا الخيار... إلى آخره.

أقول: يمكن الاستدلال لخيار الغبن بغير ما هو مذكور في المتن بأن يقال:

إنه مما لا شبهة فيه أن بناء المعاملات التجارية عند العرف على التساوي بين العوضين تساويا عرفيا، كما أشار إليه المصنف **تثني** فيما يأتي في توجيه استدلال العلامة بالآية، بحيث كان ذلك البناء منهم، وجريان عرف المعاملات عليه كافيا لاعتماد المشتري أو البائع على عدم ذكر شرط التساوي في مضمون العقد، فيكون لنفس المعاملة لمكان هذا البناء العام ظهور في اعتبار التساوي، لا ترفع اليد عنه إلا مع القرينة الصارفة اللفظية أو المقامية.

فلا يرد ما ذكره المصنف **تثني** في رد الاستدلال بالآية، تارة أن هذا من قبيل الداعي لا العنوان، وأخرى أنه قد لا يكون داعيا، كما إذا كان المقصود ذات المبيع، فإنه بعد أن كان البناء العرفي جرى في المعاملات على هذا الاعتبار، بحيث كان للمعاملة المجردة عن القرينة ظهور في ذلك، كان هذا من باب الشرط الضمني، كاشتراط وصف الصحة، ولا يضر فيه أنه قد لا يكون داعيا أحيانا.

فنحن نعرف من هذا أن التساوي بين العوضين شرط ضمني استغني عن ذكره لتباني الناس على اعتباره الذي جعل لنفس المعاملة ظهورا فيه لا يصرف عنه إلا صارف وقرينة تقوم على خلافه.

ومن المعلوم أنه من الغبن الفاحش يتخلف هذا الشرط، وعند تخلفه يثبت الخيار، ولما ذا يثبت الخيار؟

نقول: إنه مما لا شبهة أنه في البيع كل من البائع والمشتري يملك التزامه للآخر على تقدير حصول جميع الشرائط المعتبرة في العقود عليه من غير أن يكون للشرط قسط من الثمن، بل إنما جعل الثمن بإزاء نفس المبيع، لكن التزامه بنقل المبيع وتمليكه لهذا الالتزام مشروط بالشروط التي وضعها على البائع مثلاً وقبلها البائع وملك التزامه له، فإذا تخلف الشرط مثلاً من قبل البائع كان المشتري مالكا لالتزامه، لأنه لم يملكه التزامه إلا على تقدير حصول ذلك الشرط ولم يحصل، ولم يملكه التزامه على كل تقدير، وليس معنى الخيار إلا أن صاحب الخيار مالك لالتزامه، فله أن يلتزم بالمعاملة، وله أن لا يلتزم فيفسخها، فيكون على هذا من تخلف عليه الشرط وهو المشتري مالكا لاختياره، وليس للبائع أن يلزمه، وهذا بخلاف البائع فإنه بالنظر إلى هذا الشرط المتخلف من قبله لم يكن تمليكه لالتزامه معلقاً على تقدير خاص، بل إنما ملكه على كل من تقدير تخلف هذا الشرط وعدمه، فالتزامه مملوك للمشتري مع هذا التخلف، فلا يثبت له الخيار، وكذلك الكلام لو تخلف الشرط من قبل المشتري لا البائع، فيثبت الخيار للبائع خاصة، ولو تخلف من كل منهما يثبت الخيار لكل منهما.

والحاصل أن خيار الغبن يرجع - على هذا البيان - إلى خيار تخلف الشرط، والدليل عليه دليل على هذا الخيار.

ولكن خروج هذا الخيار كخيار التخلف عن أدلة اللزوم خروج تخصصي أو تخصصي؟

وجهان، والوجه الثاني هو الأولى وإن ذهب إلى الأول أحد أجلّة مشايخنا دام ظله

العالى، وللکلام فيه محل آخر إن شاء الله تعالى.

الاستدلال بالآية على خيار الغبن

قوله تعالى: وتوجيهه أن رضا المغبون... إلى آخره.

الاستدلال بالآية ^(١) على هذا النحو مبني على أن الاستثناء فيها منقطع، لأن نفس التجارة أو كونها عن تراض كاف للخروج عن عموم أكل المال بالباطل، لأن أكل المال بالتجارة ليس أكلاً بالباطل عرفاً، فالباطل نوع ليس هو التجارة، فتدل الآية على أن التجارة عن تراض ماضية عند الشارع صحيحة، ولازمة أيضاً إذا التزم المتبايعان بمضمون العقد، لأن هذا معنى إمضائها فإذا فرض أن المتعاقدين لم يحصل منهما التراضي بلزوم العقد بمعنى أنه لم يملك كل منهما التزامه للآخرين، وإن حصل التراضي بنفس المبادلة، فلا تدل الآية على لزوم العقد، بل تدل على عدم لزومه، لأنها إنما تدل على إمضاء ما تراضيا عليه، والمفروض أنهما لم يراضيا باللزوم، وإنما تراضيا بنفس المبادلة بين العوضين، فما تراضيا عليه ممضى عند الشارع، وهو ليس إلا نفس المعاملة، وما لم يراضيا عليه ليس بمضي، بل منهي عن التملك بدون حصول الرضا بمقتضى الحصر بالتجارة عن تراض.

وهنا في مسألتنا على تقدير الغبن الفاحش لم يحصل التراضي من المتبايعين معاً بلزوم العقد على تقدير الغبن وعدم تساوي العوضين في القيمة، وإن كان التراضي بنفس المعاملة حاصلًا، ولذا تكون المعاملة مع الغبن صحيحة، ولا لزوم، بل يثبت الخيار.

(١) وهي قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ النساء: ٢٩.

هكذا ينبغي تقريب الاستدلال بالآية الشريفة على هذا الخيار، بل الآية تكون دليلا على ثبوت الخيار في كل موضع تخلف الشرط، سواء كان الشرط ضمنيا أو صريحا.

قوله **تنتج**: لكن لما كان المتنصود صفة من صفات المبيع... إلى آخره.

هذه دعوى لا بد أن تستناد من الآية، وإلا فلا يكون استدلالا بالآية، ولم يظهر من المتن أن هذا مدلول الآية، ولكن على ما قلناه يظهر وجه دلالة الآية عليه، كما عرفت في الحاشية السابقة، ان الآية تدل على إمضاء ما تراضيا عليه، وفي هذا الفرض وإن لم يحصل التراضي بالزوم، لتخلف الشرط الضمني وهو التساوي بين قيمتي العوضين، إلا أن التراضي بالمبادلة، بين نفسي العوضين حاصل، فلا يكون تبين فقط الشرط أو الوصف كاشفا عن بطلان البيع، لعدم كشفه عن عدم حصول التراضي بالمبادلة بين نفسي العوضين حتى لا يكون نفس العقد ممضا من الشارع صحيحا.

نعم تبين فقد الوصف لا يوجب إلا الخيار، لعدم حصول التراضي بالزوم حتى يكون الزوم ممضا بمقتضى الآية، وإلا كان لزوم المعاملة إلزاما للمشتري أو البائع بما لم يلتزم، وبما لم يرض.

أقول: وكأن المفهوم من كلام المتن - على ما قررناه - أنه يكفي في ثبوت الخيار عدم ثبوت الزوم، فكأن الآية لا تدل على لزوم العقد لا أنها تدل على عدم لزومه، وفرق بين الدلالة على عدم الزوم، وعدم الدلالة على الزوم، لأنها غاية ما تدل على إمضاء ما تراضيا، والنافع هو دلالتها على عدم اعتبار ما لم يتراضيا عليه.

ولكن المصنف أخيرا يصرح بدلالة الآية على عدم الزوم، وليس ذلك إلا لما أشرنا إليه في الحاشية السابقة أن الآية بمقتضى الحصر تدل على النهي عن التملك بدون حصول التراضي، فتدل على عدم اعتبار ما لم يتراضيا عليه، كما تدل على إمضاء ما

تراضيا عليه، والفاقد للوصف مما لم يراضيا عليه ولم يلتزما به، فتدبر.

قوله **تتخلل**: لفحوى حكم الفضولي المكروه... إلى آخره.

لا حاجة إلى الاستدلال بهذه الفحوى، بل لا معنى لها، والسر في ذلك أن التجارة إما أن يراد بها المعنى المصدري وهو إيجاد المعاملة وحدثها، وإما أن يراد المعنى الاسم المصدري، وهو نفس المعاملة الموجودة في الخارج كسائر الموجودات.

فإن كان الأول، فالآية تدل على اعتبار مقارنة الرضا للتجارة، لأن الإيجاد إني، فإذا تأخر الرضا أو تقدم، لا يكون إيجاد التجارة عن تراض، فلا ينفع إذن لحق الرضا في الفضولي والمكروه، فضلا عن المقام.

وإن كان الثاني، فالآية لا تدل على اعتبار مقارنة الرضا لصديق التجارة عن تراض حتى مع تأخره، فهي تدل على كفاية التراضي المتأخر، سواء في بيع الفضولي والمكروه وتختلف الوصف، فلا فرق بين المقامات، والفحوى إنها تفترض فيما إذا دل الدليل بمنطوقه على شيء، وكان شيء خارج عن المنطوق أولى بالحكم، فيدل الدليل بالفحوى على ثبوت الحكم للشيء الخارج.

أما هنا فهذه الثلاثة جميعا، إما أن تكون كلها خارجة عن منطوق الآية أو كلها داخلها، وإن كان الحق هو الثاني لظهور لفظ التجارة في المعنى الاسم المصدري، كما ادّعاه جملة من المحققين.

قوله **تتخلل**: لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى... إلى آخره.

أقول: لا معنى لفرض المعارضة بين عقد المستثنى وعقد المستثنى منه، لأن الاستثناء مخرج للمستثنى عن حكم المستثنى منه، فلو كان الشيء الداخِل تحت عموم المستثنى منه

داخلا تحت عموم المستثنى، فلا بد أن لا يكون محكوماً إلا بحكم المستثنى، لأن هذا معنى الإخراج.

فإن قلت: هذا فيما لو كان الاستثناء متصلاً دون ما إذا كان منقطعاً، وبعبارة أخرى إن بين المستثنى والمستثنى منه إما أن يكون عموم وخصوص مطلقاً، والعموم من جانب المستثنى منه، وإما أن يكون عموم وخصوص من وجه، وإما أن يكونا متباينين.

فإن كان الأول كان الاستثناء منفصلاً، فلا محالة لا يقع التعارض بينهما، لأن المستثنى أخص من المستثنى منه، وقد أخرج من حكمه، وكذا على التقدير الثالث لا يقع التعارض بينهما، إذ لا يجتمعان في مادة، ويكون الاستثناء منقطعاً.

وإن كان الثاني كان الاستثناء منقطعاً لا محالة، لعدم دخول مورد افتراق المستثنى في المستثنى منه، فيبقى مورد الاجتماع، ولا يصح أن يكون داخلاً في كل من المستثنى والمستثنى منه، وإلا لكان الاستثناء متصلاً بالنظر إليه، ولا يصح جمع الاستثناء المتصل والمنقطع لأداة واحدة باستعمال واحد، لأنه يكون من باب استعمال اللفظ في أكثر من معنى، فلا بد أن يدخل مورد الاجتماع في المستثنى منه وحده أو في المستثنى وحده، فإن دلت قرينة على أحدهما فذاك، وإلا فيقع التعارض بين ظاهريهما والمقام من هذا القبيل، لأن بعض ما هو باطل ليس بتجارة عن تراض، وبعض ما هو تجارة عن تراض ليس بباطل، ومورد البحث - وهو البيع الغبني - من جهة باطل، فيدخل في عموم المستثنى منه، ومن جهة تجارة عن تراض، فيدخل في المستثنى - كما قرره المصنف - فيتعارضان.

قلت: أولاً: إن الاستثناء المنقطع وإن كان في مورد تباين المستثنى والمستثنى منه وإن كان تبايناً جزئياً، لكنه لا بد أن يقدر شمول المستثنى منه بأن يقدر عامّاً ولو مجازاً، فيكون المجاز في الاستثناء المنقطع في نفس المستثنى منه، لا في الأداة، فمرجع الاستثناء

المنقطع إلى الاستثناء المتصل، بل هو حقيقة.

غاية الأمر أن المستثنى منه بمعناه الحقيقي في المنقطع لا يشمل المستثنى بخلاف المتصل وإن كان بمعناه المجازي أو المقدر شاملاً، ففي صورة ما إذا كان العموم والخصوص بين المستثنى والمستثنى منه من وجه لا بد أن يقدر المستثنى منه عامّاً مطلقاً، فيصح الإخراج لجميع ما يدخل تحت عموم المستثنى، سواء كان هو مورد الافتراق أو مورد الاجتماع، ولا يقع التعارض بين العقدين أبداً، ويكون عقد المستثنى مبيّناً دائماً لعقد المستثنى منه.

وثانياً: سلمنا ما ذكرتم، لكن الآية الشريفة ظاهرها أن ما صدق عليه التجارة عن تراض خارج عن الباطل موضوعاً، فتدل على التباين بين الباطل والتجارة عن تراض، فتكون من القسم الثالث الذي فرضتم أنه لا يقع فيه التعارض، ولما فرض في موردنا أن التراضي بنفس المعاملة وبالمبادلة بين نفسي العوضين حاصل^(١) فتصدق عليه التجارة عن تراض، فهو بنفسه كاف للخروج عن الباطل، وعدم حصول الالتزام، والتراضي بالوصف المفقود لا يقتضي دخوله بعد هذا تحت الباطل.

ولو فرض الشك في دخول المورد تحت الباطل أو التجارة عن تراض تكون الشبهة مفهومية، فلا معنى لوقوع التعارض بين العقدين، إذ لا يكون حينئذ الظهور محفوفاً في كل منهما.

والتحقيق أن المورد مشمول لعقد المستثنى فقط لحصول التراضي بنفس المبادلة ولصدق التجارة، ولعدم صدق الباطل على نفس المعاملة، والاستدلال على ثبوت الخيار هنا بعقد المستثنى على ما أوضحناه سابقاً، فتدبر.

(١) في الأصل: حاصل.

قوله **تَنْتُزُّ** : ويمكن أن يقال: إن آية التراضي تشمل غير صورة الخدع... إلى آخره.
فيه أولا: إن صورة الخدع مشمولة لآية التراضي كغير صورة الخدع، لا لآية النهي،
فلا تعارض.

وثانيا: إن آية التراضي لا تدل على عدم الخيار، بل تدل على الخيار كما سلف، فلا
تعارض أيضا من هذه الجهة.

وثالثا: إن فيما لو أقدم المغبون على الشراء محتملا كون الشراء بأضعاف قيمة العين
إما أن يتبين كونه مغبونا فوق ما كان يحتمله، أو بمقدار ما كان يحتمله، فإن كان الأول
فهو مخدوع ومغبون، فليست هذه الصورة غير صورة الخدع، وإن كان الثاني فسيأتي أن
الشاك بالزيادة يمكن أن يكون حكمه حكم العالم بها لا خيار له، لتحقيق الإقدام منه،
فلا ملازمة بين القول بالخيار في صورة الخدع وغيرها، فلو كانت آية التراضي دالة على
نفي الخيار في غير صورة الخدع وآية دالة على الخيار في صورة الخدع، فلا بأس من
الالتزام بهما، ولا يكون مخالفا للإجماع المركب، فتأمل تعرف.

(حديث لا ضرر)

قوله **تَنْتُزُّ** : ولكن يمكن الخدشة في ذلك... إلى آخره.
لا يخفى أن المعاملة من الضروري وقعت بين العوضين بين الكل والكل، والمجموع
والمجموع على نسبة واحدة، فالنصف يقابله النصف، والرابع يقابله الربع، وهكذا إلى
أصغر كسر يفرض، وليس لهذه المعاملة إلا لزوم واحد، فإما أن يكون منفيا أو ثابتا،
فإذا فرض أن حديث «لا ضرر»^(١) دل على نفي اللزوم الضروري في المعاملة الغبنية،
فلا يبقى للمعاملة لزوم آخر؛ لأنه ليس لها إلا لزوم واحد، ومعه ينحصر نفي اللزوم في

(١) الوسائل ٢٦: ١٤ حديث ١٠ من الباب ١ من أبواب موانع الإرث.

الخيار، فلا يكون في عرضه جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة.

وبعبارة أخرى: إنه ليس لنفي اللزوم إلا فرد واحد هو الخيار، وليس من أفراد هنا رد الزائد؛ وذلك لأنه لو استرد المغبون الزائد بعنوان دفع الضرر بالغبن بمقتضى نفي الضرر، فمعناه أن المعاملة في غير الزائد لازمة وفي الزائد غير لازمة، فينحل حينئذ اللزوم، ولكنه للمعاملة لزوم واحد فقط، فلا ينحل إلا بانحلال المعاملة.

ومن الواضح أن جعل المبدل في قبال ما يساويه قيمة من البذل ويبقى الزائد بغير مقابل ليس ذلك معنى انحلال المعاملة، بل هو خلاف مقتضى المعاوضة المفروضة، وإنما يكون معاوضة أخرى، وإنما انحلال المعاملة بجعل البعض مقابل البعض، لا بجعل الكل مقابل البعض، والبعض الآخر يبقى بلا مقابل، ويرد إلى المغبون.

فتحصل أن جواز رد العقد في المقدار الزائد لا يكون من أفراد نفي اللزوم، ذلك اللزوم الضرري الذي جاء من قبل المعاملة الغبنية الواحدة، والتي ليس لها إلا لزوم واحد ينحل بانحلال^(١) المعاملة.

فإن قلت: إن شرط المساواة الضمني في العقد يقتضي جعل المبدل في قبال ما يساويه من البذل فتكون المعاملة لازمة بالنسبة إليه، إذ لا ضرر حينئذ، وفي الزائد ينفي اللزوم؛ لأنه ضرري بالنسبة إليه.

قلت: أولا: على تقدير هذا الغرض يكون الخيار في طول جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة لا في عرضه، فإذا امتنع الغابن من الرد أو الغرامة يكون للمغبون الفسخ في الكل، وإلا فليس للمغبون الفسخ في الكل ابتداء؛ لأن لزوم المعاملة في المقدار المساوي ليس بضرري، فهو غير منفي ولا يكون ضرريا إلا بعد امتناع الغابن من رد الزائد أو

(١) في الأصل: بإحلال.

الغرامة.

وثانيا: إن شرط المساواة إن كان موجبا لانحلال المعاملة، فمعناه أن الزائد يبقى بلا عوض مقابل، فلا بد أن يرجع به إلى صاحبه وهو المغبون لا من جهة نفي اللزوم، بل لأنه ماله لم ينتقل عنه بأي أحد من النواقل.

وثالثا: إن شرط المساواة لا يجعل المعاوضة معاوضة ثانية بحيث يكون الكل في قبالة البعض، وإنما معنى شرط المساواة أن الكل لا بد أن يساوي الكل، والبعض أيضا لا بد أن يساوي البعض على نسبة واحدة، فإذا لم يكن في الواقع مساويا لم يحصل الشرط، لا أنه تحصل المساواة ويبقى زائد بلا مقابل، فإنه لا بد أن تحصل مساواة بغير مجموع البديل ومجموع المبدل، فإن لم يحصل ذلك فلم يحصل الشرط أصلا.

ورابعا: إن ما أفاده الشيخ تت هنا بعد فرض أن الاستدلال بنفي الضرر في المقام ليس مبنيًا على تخلف الشرط، وهو المساواة، وأن الضرر جاء من قبله، بل مبني على أن نفس لزوم المعاملة يكون ضرريا، فتدبر.

والخلاصة أن جواز رد المعاملة في المقدار الزائد وأخذ الغرامة ليس من أفراد نفي اللزوم المدلول عليه بعموم نفي الضرر، وأما إلزام الغابن بفسخ المعاملة فكذلك؛ لأنه ليس من مقتضيات نفي اللزوم من جانب المغبون؛ لأنه هو هذا الضري وهو لزوم المعاملة على المغبون.

نعم لو فسخ الغابن أو ردّ الزائد أو أدى الغرامة لا يبقى مورد للخيار، لأنه بذلك تبطل المعاملة أو يرتفع الضرر، وعلى تقدير لا معنى للخيار الثابت لثبوت الضرر، فيكون ذلك من قبيل رافع الموضوع لدليل نفي الضرر، لا أنه مدلول لنفي الضرر، فلا يكون أحد أفراد نفي اللزوم في عرض الخيار، كما هو المقصود إثباته في المقام، فالمغبون

ابتداء له أن يفسخ العقد في الجميع، فإذا فسخ الغابن قبل فسخه ورضي بفسخه، أو رد الزائد أو أدى الغرامة، فلا مجال لفسخ المغبون لارتفاع ضرورة.

غاية الأمر إن فسخ الغابن إنما يصح إذا كان بإذن المغبون، إذ ليس له خيار، ويكون من قبيل التقايل، كما أن رد الزائد لا بد أن يكون على نحو الغرامة لا بعنوان رد نفس الزائد من بعض عين البدل، لئلا يلزم الجمع عند المغبون بين جزء العوض وتمام المعوض المنافي لمقتضى المعاوضة كما نبه عليه المصنف رحمته.

(الروايات)

قوله رحمته: فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهرة... إلى آخره.

ولكن بعضها وارد في خصوص البيع والشراء، فلا وجه لدعوى ظهورها في حرمة الخيانة في المشاورة.

قوله رحمته: ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه... إلى آخره.

وهذا الاحتمال هو أظهرها وأوجهها، فإن الأول بعيد لمكان إسناد البحث إلى الغبن الظاهر في عدم كون الإسناد للتشبيه، وتنزيل الغبن منزلة السحت، والغابن منزلة آكل السحت.

والثالث: أبعد، فإنه لو كان المراد بيان خيار الغبن لما كان وجه للاختصاص بالمسترسل، فإن الغبن فيه الخيار مطلقا كان المغبون مسترسلا أم لا، وأكل الثمن سحت مطلقا بعد رد المغبون، ومن البديهي أن هذه الروايات ظاهرة في أن للاسترسال دخل في الحكم فيناسب الاحتمال الثاني وإسناد السحت إلى الغبن باعتبار أنه السبب لأخذ المال الزائد، فيكون الإسناد مجازيا.

اشتراط عدم علم المفبون في ثبوت خيار الغبن

قوله **تَنْكُرُ** : أو الظن بهما... إلى آخره.

ليس المراد الظن بالزيادة والنقيصة معا، فإنه محال، بل المراد الظن بعدم المساواة، والظن بعدم المساواة إما بظن الزيادة أن بظن النقيصة أو باحتمال كل منهما احتمالا مساويا مع مرجوحية المساواة.

قوله **تَنْكُرُ** : ويشكل في الأخيرين... إلى آخره.

أما إذا كان المستند في خيار الغبن ما قدمناه، وهو تخلف الشرط الضمني فلا إشكال في المقام مع فرض ظهور المعاملة لو خليت ونفسها في المساواة ببناء المتعاقدين وجريان سيرتهم في معاملاتهم على ذلك، بحيث لا يحتاج ذلك إلى ذكر واشتراط، إذ لا شبهة أن الشرط إنما يحتاج إليه في صورة الجهل والشك، وإلا في صورة العلم بالمساواة لا حاجة إلى الاشتراط، فلا ينبغي الإشكال حيثنذ في ثبوت خيار الغبن.

نعم إنما يستشكل فيما إذا كان المستند قاعدة نفى الضرر، لأن الإقدام على الزيادة قد يقال بتحقيقه في صورة الشك أو صورة ظن التفاوت.

اعتبار القيمة حال العقد

قوله **تَنْكُرُ** : ثم إن المعتبر القيمة حال العقد... إلى آخره.

اعلم أن الكلام في هذا الباب يختلف باختلاف المدرك لخيار الغبن، ولما كنا رجحنا أن يكون المستند فيه هو تخلف الشرط الضمني، فنقول: إن المبدأ ما أن يكون هو التساوي حال العقد، أو التساوي مطلقا حتى لا يتضرر المشري بشرائه ولو كان بعد العقد.

فإن كان الأول فلا شبهة في ثبوت الخيار لو كانت الزيادة بعد العقد، سواء كانت قبل إطلاق المغبون أو بعده، وسواء كانت قبل القبض أو بعده لتخلف الشرط على كل حال، لكن الشأن في كون الشرط كذلك، فإن شرط الصفة شيء، وشرط مقارنتها للموصوف عند التسليم أو عند البيع شيء آخر، فإنه شرط زائد على الشرط الأول، فإنه يمكن شرط الكتابة في العبد المشتري، وعدم شرط مقارنتها للبيع أو التسليم، ولو أن حصولها يكون بعد ذلك بالتعليم، والذي نقوله:

من ظهور المعاملة في المساواة لو خلّيت ونفسها، لبناء المتعاقدين وسيرتهم، فإنما هو ظهورها في نفس المساواة، أما كونها حاصلة حين العقد فلا.

وإن كان الثاني - كما هو الظاهر - فنقول: إن كل شرط يوجب اشتغال ذمة المشتري عليه بالمشروط، فإن كان المشروط حاصلاً قبل الإقباض بحيث أن البائع سلم المبيع واجداً له فلا شبهة بالوفاء وفراغ ذمته، ولو كان حين البيع غير واجداً له، بل ولو كان حصول المشروط لا باختيار البائع ولا بعلمه، بل بتقدير سواي أو عمل أجنبي، كما لو زادت القيمة السوقية أو غلف الدابة المشروط سمنها أجنبي، فسمنت، وإن كانت تلك الزيادة قد حصلت والمبيع في ملك المشتري، وسيأتي ما يوضح هذا المعنى.

وإن حصل المشروط بعد القبض، فإما أن يكون حصوله بعمل البائع وفعله، وإما لا يكون كذلك، بل بعمل المشتري أو بتقدير سواي، وإما أن يكون بعمل أجنبي.

فإن كان الأول، فأيضاً لا مجال للخيار لحصول الوفاء بالشرط وصدقه، كما لو علّم العبد الكتابة أو غلف الدابة حتى سمنت، ضرورة أن الشرط هو تحصيل الوصف، وقد حصله ولم يشترط مقارنته للعقد أو القبض.

نعم قد يشكل أنه قد حصل في ملك المشتري لا في ملك البائع، لكن سيأتي الجواب

عنه.

وإن كان الثاني، فالظاهر ثبوت الخيار فلأن نفس حصول الشرط بغير فعل من المشروط عليه لا يكون مصداقا للوفاء عما في ذمته، إذ المشروط في الحقيقة ليس هو نفس حصول الشرط من أي فاعل كان، ولو كان لا يستند إلى المشتري عليه، بل ولو كان فعل المشتري، ضرورة أنه قد لا يكون مقدورا ومن فعله، على أن خصوص المقام ليس هو مقدورا أصلا، فإن التساوي بين المبيع والتمن في السوق ليس من اختيار المتبايعين، وإنما المشروط هو تسليم المساوي وهو فعل للبائع تحت اختياره، فلا بد أن يحصل منه التسليم لهذه الصفة وهي المساواة ولو بعد القبض، وبدونه لا يصدق الوفاء بالشرط وإن حصلت المساواة في فعل المشتري إن أمكنه، أو بارتفاع القيمة السوقية بنفسها، وهذا كما لو أن الدائن رزق مالا بدون تسببه أو بتسببه، فإنه لا يكون هذا المال وفاء للمدين مع عدم استناده إليه بوجه من الوجوه، وهكذا الحال في جميع الشروط.

والحاصل أن معنى الاشتراط على شخص في المبيع يقتضي أن يكون المشروط فعلا للمشروط عليه، سواء كان هو تسليم الصفة وإيصالها إلى المشتري، كما لو كانت الصفة غير اختيارية، أو إيجاد الصفة وغير الصفة، فإذا فعل ذلك الفعل فقد حصل الوفاء وفرغت ذمته، وإلا فلا.

نعم لو قلنا: إن نفس حصول الشرط ولو من فعل المشتري يكون مصداقا للوفاء موجبا لفراغ الذمة، وإن الشرط هو نفس الحصول، لا تسليم الصفة ولو بإيجادها، فلا بأس من القول بعدم ثبوت الخيار لحصول الشروط وعدم تخلفه.

وببقى إشكال تبعية الصفة للعين في الملكية، فإن العين إذا كانت مملوكة فنهاؤها وما يحصل فيها من زيادة معنوية أو عينية مملوك للمالك العين، وحيث فلا معنى للوفاء بها هو

غير مملوك للبائع، ويتطرق هذا الإشكال في جميع صور حصول الشرط بعد البيع، سواء كان قبل القبض أو بعده، وسواء كان من فعل البائع أو من غيره، كما أشرنا إليه سابقا. وقد وعدنا^(١) بالجواب، فنقول: إن ملكية المالك للصفة متأخر رتبة عن حصولها بمرتين؛ لأن حصول الصفة ووجودها شيء، وإضافتها إلى الموصوف شيء آخر، والأول متقدم على الثاني بالتقدم الطبيعي قطعاً، ثم دخولها في ملك مالك العين بعد فرض إضافتها إلى العين، فالدخول في الملكية متأخر عن وجودها بمرتين.

ومما لا شبهة فيه أن في مرتبة وجودها تقع مصداقاً للوفاء، بل في مرتبة إيجادها إن كانت بفعل البائع، فلا يمنع منه دخولها في ملكية المشتري بعد وقوعها مصداقاً للوفاء، وهذا لا يفرق فيه بين أن يكون حصول الصفة قبل القبض أو بعده بفعل البائع أو بدون فعله، ويستثني من ذلك صورة ما إذا كان وجود الصفة بفعل المشتري؛ لأنها تقع في ملكه بمرتبة وجودها ولا يتوقف دخولها في ملكه على التبعية للعين، فلا مجال لوقوعها مصداقاً للوفاء عن البائع.

وإن كان الثالث، وهو ما إذا كان حصول الصفة بعد القبض بفعل أجنبي، فإن كان بقصد تفريغ ذمة البائع فلا شبهة أيضاً بعدم ثبوت الخيار، لأنه بهذا القصد يستند إلى البائع، ويكون الأجنبي بدلاً عنه، كوفاء ذمة المدينين بأداء أجنبي عنه بقصد تفريغ ذمته، وإن لم يكن بقصد التفريغ فكالقسم الثاني أن الظاهر ثبوت الخيار، والكلام الكلام.

ثم إنه يبقى شيء لا بد من التنبيه له: إنه في الصور التي قلنا فيها بعدم ثبوت الخيار أن المغبون إما أن يطلع على الغبن قبل الزيادة أو بعدها، وعلى التقدير الثاني إما أن يكون العلم أخذ على نحو الموضوعية للخيار، أو على نحو الكشف.

فإن كان الأول- وهو إطلاق المغبون على الغبن قبل الزيادة- فما قررناه من عدم ثبوت الخيار يحتاج إلى تأمل؛ وذلك لأنه حين علمه بالغبن يثبت له الخيار قطعاً، سواء كان العلم كاشفاً أو موضوعاً، فإذا لم يفسخ لسبب مشروع حتى زادت القيمة السوقية، فثبوت اللزوم وارتفاع الخيار لا بد أن يكون لجريان عمومات اللزوم، وإلا فأي شيء يقتضي اللزوم بعد ثبوت الخيار، فيكون المقام حينئذ من باب استصحاب حكم المخصص، أو الرجوع إلى العموم الأزمانى، وسيأتي الكلام فيه في فورية هذا الخيار، وهكذا الكلام في صورة ما إذا كان الاطلاع بعد الزيادة وكان العلم مأخوذاً على نحو الكشف.

نعم لو قلنا: إن الخيار لا يثبت إلا بعد تعذر الوفاء بالشرط أو امتناع المشتري عليه- لا بمجرد تخلفه حين العقد، وهنا إنما يتعذر بعد القبض- اتجه القول بعدم ثبوت الخيار مع فرض عدم تعذر الوفاء وعدم امتناعه، ولا يبعد أن يقال:

إن الأمر كذلك في جميع الشروط، لأنه متى ما فرضنا أن للوفاء زمان لم ينصرم بعد لا يصدق التخلف.

وأما لو قلنا: إن العلم له الموضوعية في ثبوت ما له مع فرض أن المغبون لم يعلم إلا بعد الزيادة، فلا مجال لثبوت الخيار، لأنه حين النقيصة لا علم فلا خيار، وحين العلم لا نقيصة ولا تخلف للشرط، فلا خيار أيضاً، لكن الشأن في موضوعية العلم.

هذا كله إذا قلنا: إن المبنى لخيار الغبن هو تخلف الشرط، وأما لو قلنا: إن المبنى هو عموم نفي الضرر، فنقول: إن كانت الزيادة حصلت بعد القبض بتقدير سماوي أو بفعل المشتري، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار، كما في المبنى السابق، وذلك لأن الضرر ثابت وحصول الزيادة لا من فعل البائع لا يكون تداركاً لضرره، ولا يخرج المعاملة

عن كونها غبنية ضررية؛ لأن التدارك بحقيقته بحيث يكون تداركا لا يعقل أن يحصل من دون أن يكون من قبل المضرر، وهو البائع هنا، وإلا فلا يصدق عليه التدارك، وإنما يكون ضرر من باب ونفع من باب آخر، كما لو تاجر المشتري بمعاملة أخرى وربح، فإنه لا يجعل المعاملة السابقة الضررية غير ضررية؛ لأنه ربح في المعاملة الثانية، وهذا واضح.

وإن كانت الزيادة حصلت من فعل البائع، أو من متبرع عنه، أو قبل القبض، فلا يبعد حينئذ صدق التدارك وإن كانت الزيادة في ملكه، لما قلناه سابقا من أن تبعية الصفة للعين في الملكية في مرتبة متأخرة عن وجودها، وفي مرتبة وجود الصفة يصدق التدارك وارتفاع الضرر.

لكن يبقى الكلام في أن الخيار يثبت ما دام الضرر باقيا بحيث يكون موضوع هذا الخيار محددا وموقتا، أو أنه يثبت بمجرد ثبوت الضرر مطلقا لا مقيدا، فإن كان الأول فلا شبهة في الرجوع إلى العمومات لإثبات اللزوم بعد ارتفاع الضرر وتداركه.

وإن كان الثاني فيبني على ما يأتي من أن المقام من باب التمسك بالعموم أو باب استصحاب حكم المخصص -وسياقي- إلا أن هذا إذا لم يكن العلم مأخوذا على نحو الموضوعية وكان حصول العلم بعد الزيادة، وإلا لو كان العلم حاصلًا بعد الزيادة، وكان على نحو الموضوعية فلا شبهة في عدم ثبوت الخيار؛ لأن العلم إنما حصل بعد التدارك، فلا يثبت الخيار حينئذ، فتدبر واستقم، فإن المقام يحتاج إلى مزيد تنقيح فوق ما ذكرناه.

قوله **تَنْتَظِرُ** : وأشكل منه ما لو توقف الملك... إلى آخره.

أي أشكل من الأول في ثبوت الخيار، لأنه لما احتمل هناك عدم ثبوت الخيار فكان

ثبوت الخيار مشكلا، وعدم ثبوت الخيار هنا أولى، فكان ثبوت الخيار أشكل من الأول، والسر في أولوية عدم ثبوت الخيار هنا أنه حيث يتوقف الملك على القبض لا تحصل المبادلة إلا بعد القبض، وقبله ليس إلا الإنشاء للنقل والانتقال من دون حصول النقل والانتقال، والضرر إنما يتصور فيما إذا خرج من كيس المتضرر شيء لم يدخل بإزائه شيء، ومع فرض زيادة القيمة السوقية للمبيع قبل القبض على وجه يرتفع الغبن لم يحصل ذلك المعنى من الضرر؛ لأنه قبل القبض لم يخرج من كيسه شيء من دون بدل، إذ لا نقل ولا انتقال، ومجرد الإنشاء لا يوجب دخول الضرر عليه.

وأما ما استثناه المصنف فهو حق؛ لأنه إذا وجب التقابض بمجرد العقد فهو مرتفع في المقام؛ لأن إقباض الزائد في مقابلة الناقص ضرر على المشتري، فالإلزام به إلزام بالضرر، وهو منفي بحديث «لا ضرر»، فلا يجب على المشتري أن يقبض الزائد، وله الخيار في إقباض الزائد، كما له الخيار في قبض الناقص، ولكن الخيار في القبض والإقباض معنى آخر غير الخيار في العقد المصطلح في المقام، فإنه ليس عبارة إلا عدم وجوب القبض والإقباض، ثم إنه لو ارتفع الغبن قبل القبض كما المفروض - ولو قبلية إنية - لا معنى حينئذ لثبوت الخيار في التقابض؛ لأنه ليس إقباضا للزائد في مقابل الناقص حتى يكون وجوبه ضرريا.

خيار التأخير

قوله **تَنْتُزِلُ**: وبما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبدا مظنة الضرر... إلى آخره.
 الاستدلال بقاعدة نفي الضرر لهذا الخيار يقتضي ثبوت الخيار بمجرد تحقق التأخير
 الضروري، ولا تنفي بتقييده بمضي خصوص ثلاثة أيام، وتتميمه بالأخبار رجوع إليها.
 فالحق أنه لا يفي بهذا التعبد إلا الأخبار، وليس المستند إلا هي على ما فيها من
 الكلام الذي سيأتي، فلا وجه لابتناء بعض الفروع كما سيأتي على قاعدة نفي الضرر.
 نعم الضرر قد يكون هو الحكمة في هذا التشريع، وهذا أمر آخر.

قوله **تَنْتُزِلُ**: منها رواية علي بن يقطين^(١)... إلى آخره.
 الظاهر أن المراد من البيع هو المبيع، فاستعمل المصدر في اسم المفعول، وهذا
 الاستعمال شائع في خصوص البيع، ومن البعيد أن يكون المبيع مفعولا مطلقا لقوله:
 «بيع»، لتعريفه، ولإعادة الضمير في «لا يقبضه» إلى لفظ البيع ظاهرا.

(١) الوسائل ١٨: ٢٢، حديث ٣ من الباب ٩ من أبواب الخيار.

خيار الرؤية

قوله تَنْتُزُّ: على خلاف ما اشترطه (فيه المتبايعان)^(١)... إلى آخره.

غرضه تَنْتُزُّ من الاشتراط هو وصف المبيع الرافع لجهالته الذي به يصح العقد على العين الغائبة، وتعبيره عن ذلك بالاشتراط كأنه يشير به إلى رجوع خيار الرؤية إلى خيار تخلف الشرط، كما قيل برجوع خيار التأخير إليه، إلّا أنه في خيار التأخير يكون الشرط المتخلف ضمنياً، بخلافه هنا.

ولكن إرجاع التوصيف إلى الاشتراط لا يخلو عن بحث، فإن التوصيف هو المحقق لصحة البيع وبدونه يلزم الغرر المبطل للبيع، وأما الاشتراط فإنها يكون بعد فرض صحة البيع، ويكون الشرط زائداً في المبيع كالاشتراط الضمني لتعجيل التسليم وأمثاله.

وبعبارة أوضح: إن الوصف وإن كان معناه الشرط إلّا أنه شرط في صحة البيع كشرط أن يكون المبيع مال البائع، والشرط الذي يكون تخلفه سبباً للخيار هو الشرط الذي يكون زائداً على ما يقوم صحة البيع بعد فرض صحة البيع بدونه، كشرط كون العبد كاتباً والجارية حاملاً، وهكذا.

قوله تَنْتُزُّ: ولا بد من حملها على صورة... إلى آخره.

وجه أنه لا بد من الحمل هو ظهورها فيما هو مخالف للقواعد؛ لأن ظاهرها في أن القطعة الباقية التي لم يرها المشتري أنها مجهولة بمقتضى الإطلاق، ومع جهل جزء المبيع

(١) في الأصل: (البائعان).

يبطل البيع في الجميع، للزوم جهالة المجموع، فلا بد من حملها على ما يرفع الجهالة بأحد الوجهين الذين ذكرهما المصنف رحمهما.

ولا يخفى ما في هذه الصحيحة ^(١) من دلالة على كفاية عدم رؤية البعض في ثبوت خيار الرؤية في جميع المبيع، بل فيها مبالغة في ثبوت خيار الرؤية حتى لو كان غير المرئي جزءا يسيرا، بأن يكون جزءا من مائة، فكأنه يقول: إن الخيار يثبت حتى لو كان عدم المرئي جزءا من مائة، فكيف إذا كان مجموع المبيع أو غالبية غير مرئي.

فتكون الرواية في صدد بيان أن عدم الرؤية تكون سببا لثبوت الخيار، فلا إطلاق في الصحيحة من جهة التوصيف وعدمه، ومن جهة كون الجزء المرئي دالا على غيره أو غير دال.

ومنه يتضح أنه لا حاجة إلى التأويل والحمل، كما أفاده المصنف رحمهما؛ لأنها مسوقة إلى بيان خصوص كون عدم الرؤية سببا لثبوت الخيار، وأما جهة أن هذا الجزء غير المرئي موصوف، أو أنه مدلول عليه بباقي الأجزاء، فمسكوت عنه.

قوله رحمهما: لم يعلم وجه الاستشهاد به... إلى آخره.

تذكير الضمير في قوله «به» يوهم أن المرجع هو صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ^(٢)، ولكنه يرتفع الوهم بأدنى تأمل، لأن هذا الخبر لم يستشهد به في الحدائق لما نحن فيه، وإنما ذكره مفسرا لصحيفة زيد الشحام ^(٣)، على أن التعليل بقوله: لأنه المشتري... إلى آخره، كاف في رفع هذا التوهم. فالمراد قطعا هو صحيح زيد الشحام، وتذكير الضمير

(١) الوسائل ١٨: ٢٨، حديث ١ من الباب ١٥ من أبواب الخيار.

(٢) رواها الشيخ الطوسي في تهذيب الأحكام ٧: ٧٩ حديث ٣٣٩

(٣) الوسائل ١٨: ٢٩ حديث ٢ من الباب ١٥ من أبواب الخيار.

باعتبار أنه عبر عنها سابقا بالخبر فيما نقله عن الحدائق.

قوله **تَنْتُزِعُ**: فلا مورد لخيار الرؤية... إلى آخره.

لأنه إذا كان المبيع مشاعا فهو كلي، ولا يتصور فيه تخلف الوصف؛ لأنه إذا أقبضه الفاقد للوصف لا يكون مصداقا للبيع، فلا يحصل قبض المبيع، وإنما هذا يكون قبض شيء أجنبي عنه، فيبقى المبيع في ذمة البائع، وسيأتي ما ينفع في المقام:

قوله **تَنْتُزِعُ**: ويكون له خيار الحيوان... إلى آخره.

قيل: يبعده قوله: إذا خرج فإن خيار الحيوان غير معلق على الخروج، بل يثبت بمجرد العقد، وفيه أن المصنف استظهر فيما تقدم أن خيار الحيوان لا يثبت إلا بعد الملك لا بمجرد العقد، فإذا كان المبيع كلياً في المعين نظير الصاع من صبرة، فلا يتحقق الملك إلا بعد خروج السهم الذي به يكون تعيين المبيع ويحصل الملك.

قوله **تَنْتُزِعُ**: ثم إن صحيحة جميل^(١) مختصة... إلى آخره.

إلا أنها لا تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع؛ لأن السؤال كان عن المشتري فقط، والغرض مع ذلك فرض تخلف الوصف بالنسبة إليه، والجواب لا بد أن يكون مطابقاً للسؤال، فلا تكون هذه الصحيحة منافية لما دل على ثبوت خيار الرؤية للبائع فيما إذا تخلف الوصف بالنسبة إليه على حسب الفرض الذي ذكره في المتن. نعم ليس فيها دلالة على ثبوته للبائع.

قوله **تَنْتُزِعُ**: ولا يخفى بعده... إلى آخره.

أي بعد هذا الاحتمال؛ لأن الظاهر من قوله **تَنْتُزِعُ**: «صار إلى الضيعة» أن الذي صار

(١) تقدمت تريباً.

إلى الضيعة هو الناقد، وهو المشتري؛ لأنه هو المناسب لترتب الجزاء على الشرط، على أنه لم يتقدم ذكر للبائع حتى يعود عليه الضمير المستتر في قوله «صار إلى الضيعة».

ثم لا معنى لتفريع عموم الجواب على هذا الاحتمال، فإنه كما في صورة اختصاص السؤال بالمشتري - كما هو الظاهر - يختص الجواب به كذلك في صورة اختصاصه بالبائع على هذا الاحتمال البعيد لابد أن يختص الجواب به.

ومنه يظهر أن تأويل الصحيحة بهذا الاحتمال البعيد لا يرفع إشكال الاختصاص، فإنها بعد أن كانت مختصة بالمشتري تكون حينئذ مختصة بالبائع، ويسأل حينئذ أن هذا الخيار أيضا يثبت للمشتري فلا ثمرة في هذا الاحتمال لأجل تعميم الجواب.

وأما دعوى عموم الجواب، فلا شاهد لها، بل الشاهد على عدمها؛ لأن الجواب ظاهر أنه على طبق السؤال والمسؤول عنه هو المشتري أو البائع على الاحتمال البعيد، فهذه الدعوى أبعد من هذا الاحتمال.

قوله **تتبع**: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة... إلى آخره.

قيد العين بالشخصية لأنه في بيع العين الكلية لا يتصور ثبوت خيار الرؤية كما تقدمت الإشارة إليه قريبا، لأنه إذا أقبض أحد المتبايعين الفاقد للوصف فقد أقبض غير ما كان مبيعا أو ثمنا، فلا يكون مصداقا للمبيع أو للثمن ولا يتحقق القبض، فلا معنى لثبوت الخيار في شيء أجنبي عن المبيع والثمن، بخلاف الشخص؛ لأن البيع قد وقع على شخصه، فليس لقاطب الفاقد للوصف الفسخ، وإنما له أن يرد ويرجع هذا المقبوض الفاقد حتى يقبض المبيع أو الثمن الحقيقي، كما أنه له أن يقنع بهذا عوضا عن المبيع، إلا أنه ليس هذا معنى الخيار، فإن الخيار حقيقة هو ملك الفسخ، وليس له الفسخ هنا، إذ لم يحدث ما يوجب الفسخ، كما أنه لو لم يرد ويرجع هذا المقبوض، فبمجرده لا

يكون ذلك موجبا لكون المقبوض مصداقا للمبيع ما لم يقنع به بدلا عنه، بل يبقى البائع مشغول الذمة بنفس المبيع الكلي، وهذا يكون في يد المشتري مال غيره في يده، ويجري عليه أحكام مال الغير من جهة وجوب تسليمه إلى مالكه وضمانه لو تلف في يده، أو عدم ضمانه على بعض الوجوه، على كلام مذكور في محله.

هذا وقد يستثني من بيع الكلي بيع الكل في المعين كصاع من صبرة، فإن الكلي حينئذ يكون محدودا في أفراد خاصة موجودة معينة، ولا يتعهدا إلى أفراد آخر، فيمكن فيه تخلف الوصف عن جميع أفراده الموجودة، فيثبت خيار الرؤية، لأن الذمة لا تكون مشغولة إلا بالكلي المنتزع من هذه الأفراد الخاصة، فإذا كانت هذه الأفراد جميعها غير جامعة للأوصاف لكونها - بحسب الفرض - متساوية، فلا محالة يتعين المبيع الكلي في واحد منها، ولا يتعهداها إلى فرد من صبرة أخرى واجد للوصف.

ويمكن أيضا إلحاق بيع الحصة المشاعة في بيع الكلي في المعين، فيثبت فيه خيار الرؤية، لأنه يكون كليا محدودا.

وأما تقييد العين بالغائبة فواضح؛ لأنه إذا كانت حاضرة مرئية لا معنى لتخلف الوصف، إذ لا حاجة إلى الوصف حتى يذكر في ضمن العقد.

قوله **تثني**: الدال على الجنس... إلى آخره.

المراد بالجنس - كما في الشرائع - : اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه أفراد الحقيقة^(١).

أي: الدال على الحقيقة النوعية، لا الجنس باصطلاح المناطق، كما أن المراد بالوصف هنا اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨. (مرجع مذكور).

قوله **تتجمل**: وربما يترأى التنافي... إلى آخره.

حاصله أن ما ذكروه تارة من أن المراد بالأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع العين الغائبة الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، ينافي ما ذكروه تارة أخرى من أن المراد الأوصاف التي يعتبر في السلم ذكرها، ولا يرجعان إلى معنى واحد، كما قاله المصنف أولاً؛ لأن بعض الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها قد لا تعتبر في السلم لإفضائها إلى عزة الوجود، أو لتعذر استقصاء جميع الخصوصيات على سبيل التحقيق، فليس كل ما يختلف به الثمن من الأوصاف معتبرا ذكره في السلم.

(و عبارة أخرى) يكون بين التعبيرين عموم وخصوص مطلقا، والعموم من جانب التعبير الأول، فكيف يرجعان إلى معين واحد؟! فإن قلت: نقيذ العبارة الأولى بما قيدنا به أوصاف السلم بأن لا تفض إلى عزة الوجود.

قلت: لا معنى لهذا التقييد؛ لأن المفروض أن المبيع عين شخصية، وإذا كانت واجدة لهذا الوصف العزيز الوجود، فأى معنى لعزة وجود المبيع وهو موجود، وهذا بخلاف السلم؛ لأن المبيع فيه عين كلية، فيتصور فيها عزة الوجود، وهذا معنى قوله **تتجمل**: (و المانع مفقود فيما نحن فيه).

قوله **تتجمل**: قال في التذكرة... إلى آخره.

هذا استشهاد على اعتبار عدم إفضاء ذكر الأوصاف في السلم إلى عزة الوجود، ونقل قوله الثاني استشهاد على اعتبار عدم تعذر الاستقصاء على التحقيق.

قوله **تتجمل**: ويمكن أن يقال: إن المراد... إلى آخره.

هذا جواب عن التنافي المترأى، وحاصله أنه يمكن إرجاع العبارة الثانية إلى الأولى، بأن يكون المراد من كل منهما جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، حتى ما

كانت توجب عزة الموصوف، إلا أن استثناء الأوصاف الموجبة لعزة وجود الموصوف في السلم لوجود المانع من اعتبارها، لا لعدم اعتبارها في نفسها، وهذا المانع مفقود في العين الغائبة، فإذا قلنا: إن المراد من الأوصاف هنا هي المعتبرة في السلم، فالمراد الأوصاف التي تعتبر فيه في حد ذاته مع قطع النظر عن العوارض والموانع التي توجب المسامحة، في ذكر بعض الأوصاف المعتبرة، وإن كانت هذه المسامحة في السلم لا محل لها - كما سيأتي - إلا أن الغرض صحة هذا التشبيه والتحديد ومطابقته للتحديد بجميع الأوصاف.

أما أنه لا محل لهذه المسامحة كما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله: (وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم)، فلأنه إذا كان المعتبر في السلم هو ذكر جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، كما هو الفرض فتعذر بعض الأوصاف يقتضي البطلان لا المسامحة كما حكموا بعدم جواز السلم بها لم يكن ضبط أوصافه، لأن انتفاء الشرط يوجب فساد المشروط، وسيأتي ما ينفع في الجواب.

قوله رحمه الله: ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة... إلى آخره. هذا إشكال ثان على تحديدهم للأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة، بأنها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

وحاصل هذا الإشكال: أن الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، إما أن يراد بها جميعها على نحو الاستغراق الحقيقي، أو يراد الأوصاف التي يرتفع بها معظم الضرر، سواء كان على نحو الاستغراق العرفي أو على نحو الموجبة الجزئية.

فإن أريد الأول، فهي غير محصورة، فيستحيل استقصاؤها أو يتعسر، وإن أريد الثاني، فأحاله على مجهول؛ لأن ما يرتفع به معظم الضرر يختلف باختلاف المبيعات، بل في مبيع واحد باختلاف الأموال والأزمان، أو على نحو التبادل في أوصافه، مثلاً إذا

فرض أن الأوصاف التي يختلف من أجلها الثمن عشرة في المبيع الواحد ويرتفع بها جميع الغرر وكانت التي يرتفع بها معظم الغرر تسعة منها لا على التعيين، فكل من هذه الأوصاف تصلح لأن تكون داخلية وخارجية، فيلزم أن يكون الوصف الواحد معتبرا ذكره في المبيع غير معتبر.

على أنه يوجب أن يكون هذا الضابط للأوصاف أخص من الضابط الثاني، أعني تحديدها بما يعتبر ذكره في السلم، على عكس الإشكال الأول المتقدم الذي مرجعه إلى عموم الضابط الأول؛ وذلك لأنه إذا حددنا جميع الأوصاف بما يرتفع بها معظم الضرر فمعناه الاكتفاء بارتفاع الغرر العرفي؛ لأن الغرر المنفي عرفا غير المتسامح به عندهم هو معظم الغرر لا جميعه، بخلاف الغرر الشرعي فإن الغرر المنفي شرعا هو جميع الغرر وإن تسامح فيه العرف، فكل غرر يتسامح فيه العرف لا يتسامح فيه الشرع، وهذا معنى أخصية الغرر العرفي من الغرر الشرعي.

ومن المعلوم أن الغرر المنفي في السلم هو الغرر الشرعي لا العرفي، فكان المعتبر من الأوصاف في السلم هو الأوصاف التي يرتفع بها الغرر الشرعي، فلو كان المعتبر في المقام هو الأوصاف التي يرتفع بها معظم الغرر أي الغرر العرفي كانت الأوصاف المعتبرة في السلم أعم من الأوصاف المعتبرة هنا، لأن الرافع للأعم أعم من الرافع للأخص.

وهذا هو اللازم الباطل الذي أردناه من أخصية الضابط الأول. هذا توضيح ما أراده المصنف من الإشكال، وقد أجاب عنه المصنف فيما يأتي باختيار الشق الثاني، وسيأتي توضيحه.

ولنا أن نجيب بغير ما أجاب به المصنف، (تارة) باختيار الشق الأول، قولكم: إن الأوصاف غير محصورة.

قلنا: إن كان المراد منها أوصاف جميع المبيعات على اختلافها، فمسلم أنها غير محصورة، ولكن لا يجب حصرها؛ لأنه إن كان المراد حصرها عند الفقيه فإنما عليه أن يذكر العنوان العام الذي يجمعها، وهو ما ذكره الفقهاء من كونها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها والمرجع في تعيينها في كل مبيع إلى المتبايعين، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه.

وإن كان المراد حصرها عند البائع كما هو المقصود، فواضح عدم وجوب حصر جميع أوصاف المبيعات عند بيع شيء واحد، بل الواجب - على تقدير لزوم الحصر - هو حصر أوصاف الشيء المراد بيعه.

وإن كان المراد من جميع الأوصاف جميع أوصاف كل مبيع بانفراده، فإن المبيع الشخصي لا استحالة ولا تعذر في ذكر جميع أوصافه التي يختلف الثمن باختلافها، ومعرفة الوصف الذي يختلف الثمن لأجله مرجعه إلى العرف.

(و أخرى) باختيار الشق الثاني، قولكم: إنه إحالة إلى مجهول.

قلنا: بعد أن كان مرجع ارتفاع معظم الغرر إلى ارتفاع الغرر العرفي كما تقدم في الإشكال، فتكون الإحالة إلى العرف لا إلى المجهول، والعرف أعرف به من الفقيه.

وأما لزوم الاكتفاء على ما دون صفات السلم فممنوع، لأنه في صفات السلم لا يعتبر فيها أكثر من أن يرتفع بها معظم الغرر، قال في الروضة في بيع السلم: بل الذي يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدر الاختلاف اليسير غير المؤدي إليه، والمرجع في الأوصاف (إلى) ^(١) العرف، وربما كان العامي أعرف بها من

(١) من المصدر.

الفقيه، وحظ الفقيه منها الإجمال^(١).

(و التحقيق) أن كل هذا الكلام تبعد للمسافة، وإغلاق للبحث من غير ما جدوى، ومن تفتن إلى مذاق القوم في باب السلم من كلامهم، يغنيه عن هذا التطويل، قال في القواعد في باب السلم: ثم يذكر كل وصف يختلف فيه القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم^(٢)، ومثله غيره كما مرت عليك عبارة الروضة.

والخبير يتضح له من كلام القواعد: (لا يتغابن الناس بمثله في السلم)، والروضة: (لا يتسامح بمثله عادة)، أن مرادهم من الأوصاف خصوص الأوصاف التي جرت العادة بذكرها، واختلاف الثمن لأجلها، لا كل وصف ولو كان نادرا وجوده يختلف الثمن لأجله لو وجد.

وبعبارة أخرى: إن المراد هو الوصف المقصود من الشيء الذي به يختلف الثمن لأجله عند الناس عادة، فلا يشمل الأوصاف النادرة وإن اختلف الثمن لأجلها، ولا الأوصاف غير المقصودة عند الناس في ذلك الشيء، ألا ترى أن الفقهاء في السلم يذكرون بعد هذا التحديد للأوصاف بعض المبيعات، ويعددون أوصافها التي يجب ذكرها، فيذكرون مثلا التمر ويعتبرون فيه أربعة أوصاف:

النوع كالبرني، والبلد، والمقدار كالكبار، والحداثة والعتق، وهكذا، مع أن التمر قد تكون فيه خصوصيات كشدة الحلاوة، وحسن وضعه في أوانيه، واللون، وأمثال ذلك على وجه يختلف لأجلها الأثمان، ولكن ليست مقصودة من التمر عند عامة الناس. وهكذا باقي المبيعات التي ذكروا أوصافها، وإن كان قد يناقش في بعض ما ذكروه،

(١) الشهيد الثاني: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣: ٤٠٣.

(٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٢٠٩.

وقد يختلف ذلك باختلاف الأزمان والبلدان، وليس الفقيه هو المرجع في ذلك إلا أن ذلك يكشف عن أن مقصودهم ليس كل وصف يختلف الثمن لأجله ولو لم يكن مقصودا بحسب عادة الناس في ذلك المبيع، بل الأوصاف المقصودة المتعارف ذكرها عند الناس، ولذا لا بد من الرجوع إلى العرف فيها.

ومن هذا التقرير يتضح الجواب عن جميع ما ذكره في المقام حتى ما أورده أولا وجوابه، فإنه إذا كان المراد من الأوصاف خصوص الأوصاف المقصودة للناس المتعارف ذكرها، فلا يكون الضابط الأول - أعني قولهم: الأوصاف التي يختلف لأجلها الثمن - أعم من الضابط الثاني - أعني قولهم: الأوصاف التي تعتبر في السلم - ولا أخص، بل كل منهما يختص بما ذكرناه، أعني الأوصاف المقصودة المتعارفة التي يوجب الإخلال بها الغرر، ولا حاجة إلى تقييدها بما يرتفع معها معظم الغرر أو بما يرتفع بها الغرر العرفي، بل ينبغي تعميمها إلى ما يرتفع بها كل غرر، لأن الأوصاف غير المقصودة ليس في إهمالها غرر، وإن كان لا بأس بذكرها بشرط أن لا توجب فساد البيع من جهة أخرى، كما إذا أوجب عزة الوجود في السلم.

ومن هنا يتضح عما أورده رحمته على القوم في السلم كما تقدم: من أن تعذر الوصف يوجب فساد السلم، لا الحكم به بشرطه، فإن التعذر لم يجعله مناطا للخروج عن قاعدة اعتبار الوصف، بل جعله مانعا عن ذكره بعد فرض عدم اعتباره، ضرورة أن عزة وجوده تخرجه عن كونه مقصودا لهم في السلم متعارفا ذكره فيه، فيكون ذلك خارجا من الضابط.

نعم يكون مما لا بأس بذكره لو لم يكن هناك مانع، فيقول مثلا: يجوز اشتراط كذا لو لم يكن موجبا لعزة الوجود، وعدم الضبط وهكذا.

فتحصل أن تحديد الوصف بما هو مقصود من الموصوف متعارف ذكره يرفع كل إشكال في البين، ولا يكون إحالة على مجهول، بل على العرف وهم أعرف به، كما تقدم.

قوله **تتذكر**: وأشكل من ذلك أن الظاهر... إلى آخره.

هذا إشكال ثالث على القوم في تحديد الأوصاف بما تقدم من كونها ما يختلف الثمن لأجلها.

وحاصله أنه في الرؤية لا يعتبر ما يعتبر في الوصف، أعني التعميم لجميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، وإلا لما صح إلا شراء العارف المجرب.

مع أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية، فلا بد أن يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية.

(قلت): نعم يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية، إلا أنك قد عرفت ما هو المعتبر في الوصف، فإنه ليس المقصود ذكر جميع الأوصاف حتى غير المقصودة من المبيع المتعارفة، وكذا المعتبر في الرؤية ذلك، وما نقله المصنف **تتذكر** عن التذكرة بقوله: (يشترط في الرؤية ما هو مقصود في البيع)^(١) شاهد على ما نقول، بل هو صريح بالمراد، فلا بد من الالتزام بهذا القدر في الرؤية أو الوصف، وكون المشتري غير عارف بالأوصاف ونكاتها لا ينافي أنه يراها ويطلع عليها، كما لو وصفت له، وهو لا يعرف أن الوصف المذكور ما مقدار ما يجعل بإزائه من الثمن لجهله بحسن الأوصاف وقبيحها، فهذا إشكال آخر لا يختص بالرؤية، بل يعم الوصف أيضا، ولا بد من الجواب عنه على كل حال.

ولا يبعد أنه يكفي العلم بالصفة بالرؤية أو بالوصف، وأما مقدارها ومقدار ما يختلف الثمن باختلافها فذلك أمر آخر، وإذا اتفق لغير العارف الاشتباه، فيثبت له خيار

(١) التذكرة ١: ٤٦٧، الطبعة الحجرية/ منشورات المكتبة المرتضوية.

الغبين حيث يكون مغبوناً.

قوله **تَكُنْ**: ولا أجد في المسألة أوثق... إلى آخره.

هذا لا يصلح أن يكون جواباً إلا عن الإشكال الأخير دون سابقه، إذ لا يرفع كون ذلك إحالة على مجهول، أو كون الضابط الأول أخص من الثاني.

هذا آخر ما كتبه رحمه الله

من الحاشية على الخيارات كما يبدو من الدفتر

المحتويات

القسم الأول / حاشية البيع

٧	كتاب البيع
٧	في تعاريف البيع
٢٧	في المعاطاة
٢٧	الأمر السادس: ملزمات المعاطاة
٤١	«بسم الله الرحمن الرحيم»
٥٧	في ضمان القيمي
٧٣	في عقد الصبي
٧٩	في اشتراط القصد
٨٩	في شرطية الاختيار
٩٤	في الإكراه
٩٩	في إكراه بيع عبد من عبيد
١١٨	في صحة بيع العبد

- المسألة الثانية : فيما يغرمه المشتري من الفضولي للمالك زائداً على الثمن ١٢٠
- شروط العوضين ١٤٧
- الشرط الأول: المالية والملكية: ١٤٧
- الثاني: اعتبار كون الملك طلقاً في العوضين ١٦٨
- في بيع الوقف ١٧٠
- بيع أم الولد ١٨٢

القسم الثاني / حاشية الخيارات

- كتاب الخيارات ٢١٣
- بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ٢١٣
- أصالة اللزوم في البيع ٢٢٧
- الوجه الأول في تقريب الأصل: ٢٢٩
- التقريب الثاني للأصل: ٢٣١
- أصالة اللزوم في غير البيع ٢٣٧
- العمومات: ٢٣٨
- الأصول الجارية في المقام لإثبات اللزوم أو عدمه: ٢٦٤
- الشبهة الموضوعية في العقود الجائزة واللازمة ٢٧٧
- خيار المجلس ٢٨٨

٢٨٩	ثبوت خيار المجلس للوكيل
٣٠٥	ثبوت الخيار للفضولي والمجيز
٣٠٧	الخيار في بيع من ينعتق على المشتري
٣١٧	الخيار في ابتياع العبد المسلم من الكافر
٣٢١	دخول خيار المجلس في غير البيع
٣٢٢	مبدأ خيار المجلس من حين العقد أو من حين القبض.
٣٢٧	سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه
٣٤٠	في الوجه التي يتصور وقوع شرط الإسقاط عليها
٣٤٣	إسقاط الخيار بعد العقد
٣٤٦	سقوط الخيار بالافتراق
٣٤٦	في الإكراه على التفرق
٣٥١	خيار الحيوان
٣٥١	في ثبوت الخيار للحيوان غير مستقر الحياة
٣٥٤	اختصاص خيار الحيوان بالمشتري
٣٥٦	خيار الغبن
٣٥٨	الاستدلال بالآية على خيار الغبن
٣٦٣	(حديث لا ضرر)
٣٦٦	(الروايات)

٣٦٧	اشتراط عدم علم المغبون في ثبوت خيار الغبن
٣٦٧	اعتبار القيمة حال العقد
٣٧٤	خيار التأخير
٣٧٥	خيار الرؤية