

خاتمة
كتاب الملك كزيب

تأليف
العلامة الفقيه المحقق
الشيخ محمد كاظم الهمداني

الطبعة سنة ١٣٣٧م

الطبعة الأولى

مكتبة

المطبعة المطبوعة في المطبعة المطبوعة

مكتبة المطبعة المطبوعة



حاشية
كتاب الملك سيب



حاشية

كتاب الطب

تأليف
العلامة الفقيه المحقق
السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
المتوفى سنة ١٣٣٧ هـ

المجلد الثاني

تتبع
الشيخ عباس محمد آل سبأ القطيفي

مؤسسة طبعة لأحياء التراث

هوية الكتاب

اسم الكتاب

هاشية كتاب المكاسب / ج ٢

تأليف

السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر

طبعة نور

توزيع

مؤسسة طيبة لإحياء التراث

شابك: ٢-٤٦-٢٥٦٠-٩٦٤-٩٧٨

الطبعة الثانية ١٤٢٩ هـ

المطبعة: ستارة

عدد النسخ: ٢٠٠٠ نسخة



مؤسسة طيبة لإحياء التراث

قم المقدسة - شارع سمية - زقاق رقم ١٢ - رقم الدار ٣٦٩/١

تلفون ٧٧٤٨٩٨٦ - فاكس ٧٧٤٨٩٨٥

* حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة طيبة لإحياء التراث *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سُرُوطُ الْمُتَعَاقِدِينَ

شروط المتعاقدين

□ الشرط الاول: البلوغ

١ - قوله ﷺ: (بطلان عقد الصبي... الخ)^(١).

أقول: لا بأس بالإشارة الاجمالية إلى أحكام الصبي في أفعاله، وأن أيها ثابت في حقه، وأيها منفي، وأيها محل الاشكال فنقول:

لا إشكال في ثبوت الأحكام الوضعية الغير الموقوفة على القصد والنية في حقه كالضمان بالاتلاف، واليد، والجنابة، والحدث، والنجاسة، والطهارة ونحو ذلك، وأما غير ذلك مما يعتبر فيه القصد فمقتضى القاعدة استحباب المستحبات العقلية عليه إذا أدركها عقله، بل لا يبعد أن يقال بوجوب واجباتها على الفرض المذكور. ومن هنا يمكن أن يحكم بصحة اسلامه إذا كان أبواه كافرين، وقد حكي عن الشيخ الحكم باسلام المراهق، قال: (فإن ارتد بعد ذلك حكم بارتداده، وإن لم يتب قتل)^(٢)، وعن الدروس^(٣) أنه قريب، وعن مجمع البرهان (أن الحكم باسلام المراهق غير بعيد؛ لعموم «من قال لا إله إلا الله محمد رسول الله ﷺ فهو مسلم»^(٤) و«قاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله»^(٥)) قال وأمثاله كثيرة، وأنهم إذا قدروا على الاستدلال وفهموا أدلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه وجوب المعرفة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٥.

(٢) الخلاف ٢: ٢٤٧.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٧٩.

(٤) المستدرک ١: ٧، باب ١، ح ٤.

(٥) متشابه القرآن ٢: ٢٢٦.

والنظر^(١) يمكن أن يجب عليهم ذلك؛ لأن دليل وجوب المعرفة عقلي، ولا استثناء في الأدلة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك وإذا وجب صح، كما أنه يلزم من صحته وجوبه، ثم حكى عن بعض العلماء التصريح بأن الواجبات الاصولية العقلية تجب على الطفل قبل بلوغه دون الفرعية، والظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجه مقنع^(٢) انتهى.

وفي الجواهر (أنه كالاتجاه في مقابلة المقطوع به نصاً وفتوى من رفع القلم، قال وأما قبول إسلام علي عليه السلام فهو من خواصه، وما عن الخلاف من رواية أصحابنا^(٣) أن الصبي إذا بلغ عشرأً أقيمت عليه الحدود التامة، وأُقتصر منه وتنفذ وصيته وعتقه لا جابر له، بل أعرض عنه الأصحاب كالمرسل عنه كل «مولود يولد على الفطرة»^(٤)، مضافاً إلى إجمال دلالاته^(٥).

قلت: القول بقبول إسلامه قريب جداً، ولكن لو ارتد بعد ذلك كان كما إذا ارتد المتولد بين المسلمين لا يقام عليه الحد؛ لحديث رفع القلم^(٦) فإنه دال على عدم الحد، وأما وجوب الاسلام أو صحته فلا مانع منه بعد كونه عقلياً، فتدبر.

وأما عباداته من الصلاة والصوم والحج وغيرها فالظاهر أنها صحيحة شرعية كما عن المشهور، وعن بعضهم^(٧) أنها شرعية تمرينية، والحق الأول وإن كانت الحكمة التمرين، ولعله مراد الأخير.

ويدل على ما قلنا الأخبار الواردة في الصلاة والصوم والحج فإن ظاهرها الشرعية من غير فرق بين الواجبات والمستحبات، بل يمكن أن يقال إن خطابات

(١) ما أثبتناه هو الصحيح، وفي «أ» الاسلام.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤١٠.

(٣) الخلاف ٢: ٢٤٨.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٤٨ من ابواب جهاد العدو وما يناسبه، ح ٣، وفيه (ما من مولود يولد الا على الفطرة).

(٥) جواهر الكلام ٣٨: ١٨٢.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١٠.

(٧) كما عن الشهيد في روض الجنان، حيث رجح أنها تمرينية، ٣٣٩.

المستحبات شاملة للصبي أيضاً، خصوصاً إذا كانت بطريق الوضع؛ إذ القدر المعلوم رفع قلم التكاليف الواجبة وهذا لا ينافي ثبوت الاستحباب، ففي الواجبات وإن كانت الخطابات من حيث إرادة الوجوب منها غير شاملة له، إلا أن الأخبار المشار إليها دالة على تكليفه بها ندباً، وأما في المستحبات فمضافاً إلى ذلك يمكن دعوى شمول أدلتها.

ثم بعد ما كان الظاهر من تلك الأخبار أن الصلاة الواجبة على البالغ مستحبة على الصبي، ويؤيده ما ورد من الأخبار في جواز إمامته، فلازمه فيما لو صلى الظهر مثلاً تطوعاً ثم بلغ في أثناء الوقت أن لا يجب عليه الاعادة كما حكى عن الشيخ في المبسوط^(١) خلافاً للمشهور حيث يقولون بوجوب الاعادة حتى فيما لو بلغ ولم يبق من الوقت إلا مقدار ركعة؛ لتعدد السبب الكاشف عن تعدد المسبب.

وهو كما ترى؛ لمنع التعدد في المسبب، وإنما المتعدد وجهه، فقبل البلوغ مستحب وبعده واجب، وإلا فذات العمل واحد.

نعم في باب الحج إذا حج مستحباً لا يجزيء عن حجة الاسلام إلا إذا بلغ قبل الموقف، والوجه في المستثنى منه النص الكاشف عن أن ما يفعله ليس حجة الاسلام، كالخبر عن الصادق عليه السلام (لو أن غلاماً حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه فريضة الاسلام)^(٢)، وآخر عن أبي الحسن عليه السلام (عن ابن عمر سنين يحج؟ قال عليه السلام حجة الاسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحج إذا طمئت)^(٣)، هذا مضافاً إلى الاجماع.

وأما في المستثنى فهو الأخبار الواردة^(٤) في أن من أدرك المشعر أدرك الحج، بدعوى عدم الفرق بين الادراك بالبلوغ والكمال وغيرهما، وربما يستأنس له بما

(١) المبسوط ٧٢:١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب وجوب الحج وشروطه، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب وجوب الحج وشروطه، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٣ من ابواب الوقوف بالمشعر، ح ٨، ٩، ١٣، وغيرها.

ورد في المملوك الذي اعتق يوم عرفة كصحيح معاوية بن عمار قلت: (الأبي عبد الله عليه السلام) مملوك اعتق يوم عرفة ٩ فقال عليه السلام: إذا أدرك أحد الموقفين فقد أدرك الحج^(١)، ولكن في المسألة اشكال وإن كان المشهور على ذلك، ولذا تردد فيه في النافع^(٢) والشرائع^(٣) الجامع للشرائع^(٤)، هذا.

والظاهر عدم الاشكال في تملك الصبي المباحات بالحيازة، ويجوز له إحياء الموات وإن كان ذلك موقوفاً على القصد، وكذا يثبت له حق السبق إلى مكان مباح، ويثبت له حق الالتقاط في اللقطة والضالة ولو لم يكن باذن الولي، كل ذلك لعموم الأدلة.

نعم الظاهر إجماعهم على عدم ثبوت الولاية على اللقيط؛ حيث يعتبرون فيه البلوغ، وأمّا عقوده وإيقاعاته فالظاهر عدم نفوذها إذا صدرت منه على وجه الاستقلال، أي بدون إذن الولي من غير اشكال ولا خلاف إلا في موارد:

أحدها: الوصية؛ حيث إن المشهور بينهم صحتها منه إذا بلغ عشرين، بل نسب بعضهم إلى الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه، ويدل عليه النصوص المستفيضة^(٥) المعتبرة بين صحيح وموثق الصريحة في ذلك، وعن ابن الجنيد^(٦) صحتها منه إذا بلغ ثمانياً لخبر الحسن بن راشد^(٧)، والأقوى الأول.

ومن الغريب رد الأخبار المذكورة المعمول بها بين الأصحاب بدعوى مخالفتها للقاعدة كما عن جماعة من متأخري المتأخرين^(٨) تبعاً لابن اديس^(٩).

(١) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب وجوب الحج وشرائطه، ح ٢.

(٢) حكاة عنه الجواهر ٢٣١: ١٧.

(٣) شرائع الاسلام ١: ١٦٤.

(٤) الجامع للشرائع ١٧٣.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٤٤ من احكام الوصايا.

(٦) حكاة عنه جواهر الكلام ٢٧٢: ٢٨.

(٧) وسائل الشيعة، باب ١٥ من احكام الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٨) جامع المقاصد ٣٤: ١٠.

(٩) السرائر ٢٠٦: ٣.

ثانيها: التدبير، فعن الشيخ^(١) أيضاً صحته منه إذا بلغ عشرين وأدعى عليه الإجماع، لكن المشهور على خلافه، واستند الشيخ إلى رواية، والأقوى المشهور.

لا يقال التدبير وصية، فمقتضى الأخبار المتقدمة صحته منه أيضاً، ويكون بين الشهرة في المقامين تدافعاً؛ لما في محله من أنه بحكم الوصية لا أنه هي.

ثالثها: عتقه، فعن الشيخ^(٢) أيضاً صحته إذا كان بالغاً عشرين، والمشهور على الخلاف، ومستند الشيخ رواية زرارة عن أبي جعفر^(٣) قال: (إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز من ماله ما اعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز)^(٤)، وفي خبر محمد بن قيس (عن أبي جعفر^(٥) قضى أمير المؤمنين^(٦) في رجل ترك جارية قد ولدت منه بنتاً وهي صغيرة غير أنها تبين الكلام فأعتقت أمها فخاصم فيها موالي أبي الجارية، فأجاز عتقها الأم)^(٧)، والعمل على المشهور؛ لضعف مستند الشيخ.

رابعها: طلاقه، فالمشهور بينهم عدم صحته منه مطلقاً، وعن ابن الجنيدي^(٨) صحته إذا كان مميزاً، وعن الشيخين وجماعة من القدماء^(٩) صحته فيمن بلغ عشرين، ومستندهم أخبار:

أحدها: مضمّر سماعة (عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته؟ فقال: إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس فهو جائز)^(١٠).

وثانيها: موثق ابن بكير عن أبي عبد الله^(١١) (يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم)^(١٢).

(١) الخلاف ٣: ٣٨٧.

(٢) النهاية ٥٤٦.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٥٦ من أبواب كتاب العتق، ح ٢.

(٥) حكاة عنهم الجواهر ٤: ٣٢.

(٦) كابين البراج، المذهب ٢٨٨.

(٧) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه، ح ٧.

(٨) وسائل الشيعة، باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ح ٢، ولكنها عن جميل بن

وثالثها: رسالة ابن أبي عمير عنه عليه السلام (يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين)^(١).

والأقوى المشهور؛ لضعف هذه النصوص، مضافاً إلى معارضتها بخصوص المروي عن قرب الاسناد عن علي عليه السلام (لا يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم)^(٢). خامسها: وقفه، فعن المقنعة^(٣) والنهاية^(٤) والمهذب^(٥) صحة الوقف ممن بلغ عشرًا، بل عن جامع المقاصد (المشهور بينهم جواز تصرفه في العتق والوصية والصدقة)^(٦)، لكن الظاهر أنَّ المشهور على الخلاف، ومستند الأولين رواية زرارة^(٧) ومضمرة سماعة وموثقة ابن بكير المتقدمة، مضافاً إلى الموثقة عن الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام (سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم؟ قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة)^(٨)، وفي رواية الحسن بن راشد عن العسكري قال: (إذا بلغ الغلام ثمانين سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمَّ للجارية سبع سنين فكذلك)^(٩).

والأقوى عدم الصحة، خصوصاً مع عدم معلومية إرادة الوقف من الصدقة في هذه الأخبار، ولا ما يعمه، وأمَّا الخبر الأخير فشاذ مطروح.

سادسها: اعارته، ففي الشرائع (ولو أذن الولي للصبي جاز مع مراعاة المصلحة)^(١٠)، وحكي عن الارشاد^(١١) أيضاً، وكذا عن التحرير^(١٢) واللمعة^(١٣).

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرايطه، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرايطه، ح ٨.

(٣) حكاه عنهم جواهر الكلام ٢٨: ٢٠.

(٤) النهاية ٦١١.

(٥) المهذب ١١٩: ٢.

(٦) جامع المقاصد ٨: ١٩٥، ليس هذا نص عبارته، لكن المصنف نقل كلام الجواهر.

(٧) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ١.

(٨) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٩) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ٤.

(١٠) شرائع الاسلام ٢: ٤٠٨.

(١١) الارشاد ١: ٤٣٩.

(١٢) التحرير ٢٦٩.

(١٣) اللمعة ١٣٤.

سابعها: بيعه باذن الولي، حيث حكى المصنف عن القواعد^(١) النظر فيه، وعن الفخر^(٢) صحته، ولا يتعد كونه كناية عن مطلق التصرف باذنه.

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في بطلان تصرفاته بدون إذن الولي أو إجازته ما عدا الوصية، نعم لو قلنا بصحة المستثنيات المذكورة فيصح توكيله فيها أيضاً، كما يصح إقراره بها؛ لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به، إنما الاشكال في صحة تصرفاته مع إذن الولي أو إجازته سواء كان الاذن في أصل التصرف بأن يوكل إليه الأمر على حسبما يراه، أو في مجرد الصيغة.

والتحقيق: صحة الثاني، بمعنى عدم كونه مسلوب العبارة، بل يصح أن يتوكل عن الغير في مجرد إجراء الصيغة بلا إذن من الولي أيضاً.

وصحة الأول بمعنى نفوذ التصرفات منه باذن الولي أو إجازته، لكن في المقدار الذي هو مورد السيرة، بل مطلقاً؛ وذلك لأن غاية ما يستدل به على سلب عبارته وبطلان تصرفاته الاجماع، وحديث رفع القلم^(٣)، والخبار^(٤) الدالة على عدم جواز أمره، ورواية (عمد الصبي خطأ)^(٥).

وأما الاجماع فمحصله غير حاصل، ومنقوله غير حجة.

وأما الأخير ففيه: أن الظاهر اختصاصه بباب الجنایات على ما فهمه الفقهاء، مع أن في بعض الروايات زيادة قوله (يحملة العاقلة)^(٦) وهو قرينة على التخصيص، وموجب لتقييد ما ليس فيه تلك الزيادة بمقتضى قولهم (أخبارنا تفسر بعضها بعضاً)، هذا مع أن الشك في إرادة العموم كافٍ في عدمه.

وأما البقية فسيأتي^(٧) ما فيها في كلام المصنف، ومع عدم الدليل على البطلان

(١) القواعد ١: ١٣٤.

(٢) ايضاح الفوائد ٥٥: ٢، وفيه الاقوى عدم الصحة.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١٠.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ح ٣.

(٧) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.

المرجع العمومات، وهي تقتضي الصحة كما لا يخفى.
ودعوى عدم صدق البيع والعقد والتجارة على ما يقع منه كما ترى، خصوصاً
إذا كان ما يصدر منه مجرد إجراء الصيغة، فتدبر.

٢- قوله ﷺ: (بل عن الغنية^(١)... الخ)^(٢).

أقول: يمكن أن يقال إن مراده عدم صحه التصرف منه وإن كان باذن الولي، لا
مسئولية عبارته بحيث يبطل العقد وإن كان المتصرف هو الولي أو غيره وكان
الصبي هو المجري للصيغة.

بل يمكن أن يقال: إن مراد كنز العرفان^(٣) أيضاً ذلك، بل لا يبعد أن يكون ذلك
مراد المشهور أو جملة منهم، فلا يمكن دعوى الشهرة أو الاجماع على سلب
عبارته، خصوصاً في غير ماله، بأن يوكله الغير في إجراء الصيغة بعد المقابلة
والمراضاة والمساومة، فتدبر.

٣- قوله ﷺ: (واستثناء إيصال... الخ)^(٤).

أقول: لا شهادة في الاستثناء المذكور على ما ذكره، فإن الإيصال أو الاذن يرجع
إلى الوكالة، واعتبار قوله فيما بيده من المال المعلوم أنه للغير لا يكون إلا إذا كان
جائز التصرف.

والحاصل: أن إيصال الهدية تصرف من التصرفات، وليس الكلام في كونه مجرد
آلة ولا لم يكن اشكال في عدم اعتباره مع عدم العلم وفي اعتباره معه، فقوله (على
خلاف في ذلك) دليل على أن نظره إلى غير مجرد الآلية، فتدبر.

٤- قوله ﷺ: (في بعض تلك الأخبار... الخ)^(٥).

(١) غنية النزوع ٢١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٥.

(٣) كنز العرفان ٢: ١٠٢.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٥.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٧.

أقول: كرواية أبي الحسين الخادم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه. قال: قلت قد يكون الغلام ابن ثمانى عشر سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم. قال عليه السلام: إذا بلغ جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً)^(١) ووجه الشهادة أن السفيه ليس مسلوب العبارة، فيعلم من هذا الاستثناء أن المراد عدم الاستقلال في التصرف. قلت: بل الظاهر من الأخبار المذكورة محجوريته في التصرف في مال نفسه، فلا دلالة فيها على عدم صحة تصرفه في مال غيره بوكالة ونحوها، فلا حاجة فيها إلى إذن الولي، فلو وكله الغير في إجراء صيغة النكاح صح ولو كان بدون إذن الولي، فلا وجه لتقييد المصنف به في قوله (أو قبوله لغيره باذن وليه) فتدبر.

٥ - قوله عليه السلام: (أنَّ المشهور على الألسنة... الخ)^(٢).

أقول: يعني أنه يظهر منهم أنهم أيضاً لم يفهموا إلا ما ذكرنا من قلم المؤاخذه، أو المراد أنه إذا كان الأمر كذلك فلا يمكن إرادة العموم؛ إذ يلزم منه تخصيص الأكثر.

٦ - قوله عليه السلام: (وثالثاً... الخ)^(٣).

أقول: إذا قلنا باختصاص الأحكام بالبالغين فلا بد أن لا يكون عقد الصبي مؤثراً في التمليك؛ إذ السببية حكم وضعي، والمفروض عدمه في الصبي، وكونه مؤثراً بالنسبة إلى البالغين دون الصبي مما لا يمكن في المقام؛ إذ المفروض أنه لو بلغ يصير مكلفاً بالعمل به، ومع ذلك كيف يمكن أن يقال بعدم مؤثرته في حقه، كيف؟ ولا يمكن أن يحصل التمليك بالنسبة إلى شخص دون شخص، فكونه خارجاً عن الحكم إلى وقت البلوغ يقتضى خروجه مطلقاً، وإلا لزم ما ذكرنا. وبالجمله: فكون فعله موضوعاً لأحكام البالغين أمر صحيح في نفسه، لكن المقام ليس كذلك، فتدبر.

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام الحجر، ح ٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.

٧- قوله ﷺ: (هو الاجماع...الخ)^(١).

أقول: قد عرفت ما فيه، مضافاً إلى ما ذكره ﷺ بعد هذا.

٨- قوله ﷺ: (بعض المعاصرين...الخ)^(٢).

أقول: هو صاحب الجواهر.

٩- قوله ﷺ: (وليس المراد...الخ)^(٣).

أقول: يعني لو قيل إن كلام صاحب الغنية لا يدل على عدم الصحة حتى مع إذن الولي؛ لأنه قال (وإن أجاز الولي)^(٤)، ومنعه من صحته مع الاجازة إنما هو من جهة أن الفضولي عنده باطل، لا من جهة عدم نفوذ تصرف الصبي باذن الولي، نقول إن مراده عدم الصحة مطلقاً من جهة استدلاله بحديث رفع القلم، فهو كاشف عن إرادة التعميم، فتدبر.

١٠- قوله ﷺ: (نعم لقائل...الخ)^(٥).

أقول: هذا مقتضى الانصاف، ومع ذلك لا يبقى وجه لقوله (وكيف كان فالعمل على المشهور) إذ مع عدم الدليل لا وجه لذلك، ودعوى أن ذلك موافق للاحتياط كما ترى؛ إذ قد يكون الاحتياط على الخلاف، وقد لا يكون موافقاً لأحد القولين، فتدبر.

١١- قوله ﷺ: (بل وغيرها بالاختصاص...الخ)^(٦).

أقول: من جملة تلك الأخبار صحيحة ابن مسلم المشار إليها عن الصادق عليه السلام

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.

(٤) غنية النزوع ٢١٠.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨١.

(عمد الصبي وخطؤه واحد)^(١) وهي كما ذكره المصنف عامة، إلا أن منها خبر اسحاق بن عمار عن أمير المؤمنين عليه السلام (عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة)^(٢)، ومنها المروي عن قرب الاسناد كما يشير إليه المصنف (عمد الصبي الذي لم يبلغ خطأ تحمله العاقلة)^(٣)، ويظهر منهما الاختصاص، بل يمكن أن يجعل قرينة على الأولى أيضاً، خصوصاً بملاحظة أنها ليست عامة، بل هي مطلقة، والقدر المتيقن منها ذلك، مع أن إرادة التعميم منها مستلزمة لتخصيص الأكثر؛ إذ لازمها بطلان جميع أفعاله المشروطة بالقصد، من الاسلام والعبادات من الطهارات والصوم والصلاة وغيرها، وإحياء الموات، وحياسة المباحات، والسبق إلى المباحات، واللقطة ونحوها.

بل لو قلنا بصحة صلاته يلزم من العموم المذكور عدم بطلانها بالمبطلات العمدية وهكذا، وبالجمله فالانصاف عدم ظهورها في التعميم، فتدبر. ويمكن أن يستأنس لعدم إرادة التعميم منها - مضافاً إلى ما ذكر - بما ورد في الأعمى من هذا المضمون، ولا اشكال في عدم إرادة العموم منه، ففي خبر أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام (عن أعمى فقاً عين رجل صحيحة متعمداً؟ فقال: يا أبا عبيدة إن عمداً الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الدية من ماله... الخبر)^(٤)، وفي رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام (والأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته... الخبر)^(٥)، فتدبر.

١٢ - قوله عليه السلام: (لا يستقيم إلا بأن يراد... الخ)^(٦).

أقول: الانصاف أنه لا يستفاد من ذلك أزيد من رفع قلم المواخذة، بمعنى العقوبة الأخروية والدينية كالحدود والقصاص، ولا يستفاد أزيد من ذلك، وهذا

(١) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ٣، ٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٥ من ابواب القصاص في النفس، ح ١، والرواية سندها لا بأس به فلماذا عبر عنها بالخبر.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب العاقلة، ح ١.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٣.

المقدار لا يحتاج إلى التقريب المذكور؛ إذ هو الظاهر منه مع قطع النظر عن جعله علة أو معلولاً للحكم المذكور في الرواية، فالخبر لا يشمل الجنيات الموجبة للمال، ولا الاتلافات الموجبة للغرامة المالية ولا غيرها، فذكر قوله (وقد رفع القلم عنهما) في الخبر تقريب لعدم لحوق حكم العمد من القصاص، لا لثبوت الدية على العاقلة، وحيث فلا وجه لقوله ﷺ (ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية في مالهما).

وبالجملة: فالرواية المذكورة لا تشمل غير العقوبات الأخروية أو الدنيوية كالحدود والقصاص، فمثل الاتلافات والجنائيات الموجبة للدية، والأقارير والمعاوضات ونحوها غير مشمولة لها أصلاً.

وأما التعزيرات فهي وإن كانت مشمولة من حيث هي؛ لأنها عقوبات دنيوية إلا أنه لا بد من إخراجها من باب التخصيص أو التخصيص حسبما أشار إليه المصنف ﷺ من أن المراد القلم الموضوع على البالغين، فلا تشمل التعزير، لكن الأولى الأول؛ لأن مقتضى ما ذكره عدم ثبوت التعزير في مقام يكون حكم البالغين أيضاً ذلك، مع أن الرواية مطلقة، ولا دلالة فيها على كون المراد ما ذكره من خصوص القلم الموضوع على البالغين، فتدبر.

١٣ - قوله ﷺ: (ثم إن مقتضى... الخ)^(١).

أقول: حاصله أنه لو جعلت الفقرة المذكورة علة للحكم أمكن إبقاؤها على عمومها لموارد اعتبار القصد وعدمه، مثل الاتلافات، وحيث فتكون شاملة لها، فلا بد من إخراجها؛ لأن من المعلوم عدم رفع القلم فيها، وهو بعيد؛ لأن سياقها أب عن التخصيص، وهذا بخلاف ما لو جعلت معلولة فإن المستفاد منها حيث لا يس أزيد من المقدار الذي يشمل قوله (عمد الصبي خطأ) لأن المعلول تابع للعلة في العموم والخصوص، ومن المعلوم أنه لا يشمل الأفعال التي ليست منوطة بالقصد مثل الاتلافات فهي غير داخلية حتى يحتاج إلى إخراجها، ولا يرد من ذلك على

الاستدلال بها شيء؛ لأن كونها معلولة أيضاً كافٍ في الاستدلال، غايته أنها تختص بالأفعال القصدية، كما فيما نحن فيه من العقود الإيقاعات.

قلت؛ على التقدير الثاني وإن لم يرد الاشكال من جهة لزوم اخراج الاتلافات؛ حيث إنها حيثئذٍ غير داخلية من الأصل، إلا أنه يرد الاشكال من جهة مثل حيازة المباحات وإحياء الموات والالتقاط والسبق إلى المباحات؛ حيث إنها يعتبر فيها القصد، ومع ذلك هي صحيحة في حق الصبي، فلا بد من اخراجها، وهو أيضاً بعيد، فالأظهر ما ذكرنا من الاختصاص بالعقوبات الأخروية والدنيوية، ومعه لا يرد الاشكال إلا في التعزيرات ولا بأس به، إما لما ذكره المصنف من التخصيص، وإما لما ذكرنا من التخصيص، ولكن على هذا لا يتم الاستدلال حسبما عرفت.

١٤ - قوله ﷺ: (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي... الخ)^(١).

أقول: مقتضى ذلك عدم حصول التملك له إذا وهبه غيره شيئاً بقبضه ولو كان الواهب هو الولي كما في عبارة التذكرة^(٢)، وكذا باعطائه الصدقات المندوبة والنذور والكفارات والزكوات والأخماس ونحوها، بل لا بد أن يعطى بيد الولي، مع أن السيرة على خلاف ذلك في الصدقات، ومقتضى بعض الاطلاقات في الكفارة كفاية الاعطاء بيده، ففي صحيحة يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن ﷺ (عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أيعطي الصغار والكبار سواء أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء)^(٣) فأنها ظاهرة في جواز الاعطاء والتسليم للصغار، وفي حسن أبي بصير قلت: (لأبي عبد الله ﷺ الرجل يموت ويترك العيال يعطون من الزكاة؟ قال ﷺ: نعم)^(٤)، وفي خبر عبد الرحمن قلت: (لأبي الحسن ﷺ رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال لم يزكه، وللمملوك ولد حر صغير أيجزي مولاه أن يعطي ابن عبده من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٤.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب الكفارات، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ١.

الزكاة؟ قال: لا بأس^(١)، وفي خبر أبي خديجة عن الصادق عليه السلام (ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا، فإذا بلغوا وعرفوا ما كان أبوهم يعرف أعطوهم، وإذا نصبوا لم يعطوا)^(٢)، وفي خبر قرب الاسناد عن يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام (عيال المسلمين أعطيتهم من الزكاة فاشترى لهم منها ثياباً وطعاماً وأرى أن ذلك خير لهم؟ قال عليه السلام: لا بأس)^(٣).

ولا يخفى أن ظاهرها جواز الدفع إليه، بل هو ظاهر بعض الفتاوى، ففي الشرائع (وتعطى الزكاة أطفال المؤمنين دون أطفال غيرهم)^(٤)، وعن المدارك (أن مقتضى كلام التذكرة جواز الدفع إلى غير ولي الطفل إذا لم يكن له ولي، ولا بأس به إذا كان مأموناً، بل لا يبعد جواز تسليمها إلى الطفل بحيث يصرفه في وجهه يسوغ للولي صرفها فيه)^(٥)، وعن الكركي وصاحب الكفاية^(٦) والبههاني في شرحه على المفاتيح موافقته على جواز الدفع لغير الولي.

لكن في الجواهر (ثم لا يخفى أن المراد من اعطاء الأطفال في النص والفتوى الايصال إليهم على الوجه الشرعي، بأن يسلم بيد وليهم؛ لأن الشارع سلب أفعالهم وأقوالهم فلا يترتب ملك لهم على قبضهم)^(٧).

قلت: الأقوى جواز الدفع إليهم عملاً بالأخبار المذكورة، ودعوى كون مساقها بيان حكم آخر - وهو أصل الجواز - كما ترى، بل يمكن أن يقال إن العمدية في حجرهم عن التصرفات الأخبار الدالة على عدم جواز أمرهم إلا بعد البلوغ، والمنساق منها تصرفهم في أموالهم الموجودة، فلا تشمل عدم جواز تملكهم بهبة أو صدقة أو زكاة أو كفارة أو خمس أو نحو ذلك، فتدبر.

(١) وسائل الشيعة، باب ٤٥ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٣.

(٤) شرائع الاسلام ١: ١٢٣.

(٥) مدارك الاحكام ٥: ٢٤٢.

(٦) كفاية الاحكام ٣٩.

(٧) جواهر الكلام ١٥: ٣٨٤.

١٥ - قوله ﷺ: (فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ... الخ)^(١).

أقول: بناءً على عموم عدم نفوذ تصرفاته لمثل ذلك يمكن أن يقال إن قول مستحق الدين ذلك راجع إلى توكيل المديون في تعيين ما في ذمته في المدفوع، وحيث إن حال الوديعة في صيرورة الملك متعيناً في الشخص الخاص، فتدبر.

١٦ - قوله ﷺ: (فمحمول على عوض... إلى قوله فإن هذه كلها مما يملكه... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أن مقتضى ما ذكره من عدم كفاية قبضه واقباضه عدم تملكه لشيء من ذلك؛ إذ غاية الأمر أنه يستحق الأجرة، لكن لا يتعين ذلك فيما أقبضه من عليه، بل هو باقٍ على ملكه، فلا يجوز للولي التصرف فيه.

فالانصاف أن الرواية ظاهرة في جواز تصرفه في مثل ذلك، إلا أن تحمل على خصوص حيازة المباحات، أو على ما جوزناه من تملك الصدقات والكفارات، هذا.

وأما دعوى: أن الرواية نهت عن التصرف في كسبه فكيف تكون دليلاً على الجواز؟!

فمدفوعة: بأن النهي تنزيهي كما يدل عليه النهي عن كسب الجارية أيضاً معللاً بأنها (إن لم تجد زنت)^(٣) مع أن مقتضى التعليل المذكور أيضاً الكراهة، مضافاً إلى أن التعليل بهذه العلة كاشف عن النفوذ، وإلا كان الأولى التعليل بعدم نفوذ تصرفاته، لا بهذا الوجه المختص بما إذا جهل حاله من حيث السرقة، وإلا فلو علم عدم السرقة لا يجري الوجه المذكور، وليس منهياً عنه، فتدبر.

١٧ - قوله ﷺ: (على عدم الفرق بين... الخ)^(٤).

أقول: الانصاف خلاف ذلك؛ فإنهم يفرقون بين المميز وغيره، بل القدر المعلوم من السيرة إيكال الأمر إلى المميزين بمقدار قابليتهم، وإقدام الناس على المعاملة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٧.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به، ح ١.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٨.

معهم، مع العلم بكونهم مأذونين من الولي أو رضاه بذلك، كما في الأيتام الذين وليهم الحاكم الشرعي المعلوم رضاه لشراء ما بيدهم مما جمعه من المباحات أو الماء الذي أخذوه من النهر المباح ونحو ذلك، وليس ذلك من جهة كونهم آله - كما اختاره سيد الرياض^(١) - بل من باب التصرف المأذون فيه.

والانصاف أنَّ دليل عدم نفوذ أمرهم لا يدلُّ على أزيد من عدم النفوذ مع عدم الاذن؛ إذ الاجماع أمر لبي، والقدر المسلّم منه صورة عدم الاذن، وحديث رفع القلم قد عرفت عدم دلالاته، وكذا أخبار (عمد الصبي خطأ) فينحصر الدليل في أخبار عدم جواز أمرهم، والمستفاد منها ما عرفت، فالحكم بجواز التصرفات في مورد السيرة - وهو صورة الاذن مع التميز سواء في المحقّرات والمجللات - قريب جداً، وأمّا جعل ذلك من باب المعاطاة حسبما بيّنه كاشف الغطاء^(٢) وتلميذه^(٣) فيرد عليه ما أورده المصنف.

١٨ - قوله ﷺ: (ولا أظنُّ أنَّ... الخ)^(٤).

أقول: قد عرفت أنَّ الالتزام به قريب جداً، وإن لم يلتزم به القائل، مع أنَّ الظاهر التزامه به.

١٩ - قوله ﷺ: (مخالف لما... الخ)^(٥).

أقول: لا بأس به إذا لم يكن اجماعاً، والظاهر عدم تحققه، وحيثُ فنقول بجواز رد المال إليه في فروع التذكرة إذا كان باذن الولي، لا من باب أنَّه آله، بل من جهة أنَّه تصرف مأذون فيه، ودليل الحجر لا يشمل حسبما عرفت.

٢٠ - قوله ﷺ: (نعم ثبت الاباحة... الخ)^(٦).

(١) الرياض ٥: ٦١.

(٢) شرح القواعد ١٤٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٦٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.

أقول: يعني بفعل الولي من حيث كون الصبي آله، لا من جهة تصرف الصبي، وإلا فلا فرق بين تمليك وإباحته، ومن ذلك يظهر أنه لا وجه للترديد في كلامه بقوله ﷺ (وإن أراد أن إذن... الخ) إذ هو المتعين حسبما عرفت.

٢١- قوله ﷺ: (بل ما ذكرنا أولى... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأن الظن الحاصل بكونه من إذن الولي ورضاه أقوى في المقام من جهة وجود الأمارات الكثيرة، مع أن المقام من باب الإباحة، بخلاف الهدية فإنه من باب التملك، وفي الإباحة يتحمل المسامحة أزيد من التملك، فتدبر.

٢٢- قوله ﷺ: (فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى... الخ)^(٢).

أقول: وذلك لأن حاصله جواز التصرف في مال الغير بظن الرضا، وإلا فلو ادعى المالك بعد ذلك أنني ما رضيت ولا كان باذني قبلي قوله.

٢٣- قوله ﷺ: (ثم إن ما ذكر مختص... الخ)^(٣).

أقول: يعني أن مجرد الظن برضا المالك لا يكفي في جواز التصرف، بل لا بد من العلم؛ إذ لا دليل على حجيته، فإنه ليس من قبيل الاذن بالفحوى أو بشاهد الحال كما هو واضح.

٢٤- قوله ﷺ: (من صيرورة الشخصين... الخ)^(٤).

أقول: المناسب أن يقول «أحد الشخصين» كما لا يخفى.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٣.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٣، وفي بعض النسخ «الشخص» وبعضها «أحد الشخصين».

□ الشرط الثاني: قصد المتعاملين مدلول العقد

٢٥- قوله ﷺ: (بل بمعنى عدم تعلق... الخ)^(١).

أقول: التحقيق أن الهازل قاصدٌ للمعنى ومريدٌ له، إلا أن غرضه من ذلك ليس وجود المدلول في الخارج، بل غرضه الهزل - كما في الاخبار الهزلي -، فإنه إخبار حقيقة، إلا أنه ليس بجِد، بل غرضه منه شيء آخر كما في الأمر الصوري بمعنى الارشادي، فإنه أمر لكن الغرض منه الانتقال إلى أن في الفعل مصلحة، لا وقوع الفعل في الخارج، وأما الأمر الامتحاني فأمر حقيقي لا صوري.

فالأولى أن يقال: يشترط - مضافاً إلى القصد - أن يكون جداً لا هزلاً، إلا أن يقال إنَّ للارادة مراتب، فمرتبة منها موجودة، ومرتبة منها مفقودة. ثم كيف يقول المصنف إنَّ الارادة غير موجودة، مع اعترافه بأنه أوجد مدلوله بالانشاء، فتدبر.

ثم مما ذكرنا ظهر أن قياسه بالكذب في الاخبار في غير محله؛ إذ الاخبار أيضاً جدٌ وهزل، والاخبار كذباً إخبار جدي لا هزلي، فتدبر.

٢٦- قوله ﷺ: (ولا المقصود... الخ)^(٢).

أقول: لكن هذا ليس من فروع المقام كما هو واضح، فإنَّ القصد متحقق، والمفقود هو الشرط الآخر - الذي هو الصيغة الخاصة -.

٢٧- قوله ﷺ: (بعض المحققين... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٦.

أقول: الظاهر أنه الشيخ أسد الله التستري^(١).

٢٨ - قوله^(٢): (في بيع واحد... الخ)^(٣).

أقول: الظاهر أن المراد من كونه وكيلاً عن اثنين في بيع واحد ما إذا كان المبيع واحداً، كأن يقول كل منهما «اشتري لي هذا الكتاب بعشرة دراهم» فاشتراه من غير تعيين أحدهما، والمراد من البيوع المتعددة ما إذا قال كل واحد منهما «اشتري لي كتاباً» فاشترى كتاباً واحداً، ولم يعين كونه لأحدهما.

٢٩ - قوله^(٤): (وأن لا يحصل الجزم... الخ)^(٥).

أقول: الظاهر أن المراد عدم الجزم بكون العقد لهذا أو ذاك، وكذا المراد من عدم الجزم بالأحكام والآثار عدم الجزم بكونها لهذا أو ذاك، وإلا فالجزم بأصل العقد حاصل، وكذا الجزم بترتب الآثار والأحكام، وعلى هذا فليس هذا وجهاً آخر وراء بقاء الملك بلا مالك، فتأمل.

٣٠ - قوله^(٦): (التي لم يتعين فيها العوضان... الخ)^(٧).

أقول: يعني لم يكن العوضان فيها شخصيين، بل كانا كليين في الذمة مع عدم تعيين من عليه، وإنما قيد بذلك لأن مع كونهما شخصيين لا يلزم عدم الجزم؛ لأن الآثار مترتبة بالنسبة إلى مالكيهما.

٣١ - قوله^(٨): (ولا دليل على تأثير... الخ)^(٩).

أقول: يمكن دعوى كفاية ذلك كما ذكره جماعة في الطلاق؛ حيث قالوا يصح طلاق واحدة من زوجاته، ثم يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة، فراجع. وكذا في باب العتق حكى^(١٠) عن المشهور أنه لو قال «أحد عبيدي حر» صح

(١) مقابس الانوار ١١٥ سطر ١٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٦.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.

(٦) الحاكي صاحب الجواهر ٣٤: ١٠٣.

ورجع إلى تعيينه، فيمكن في المقام أيضاً أن يصح ويعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة، ودعوى عدم شمول العمومات كما ترى.

وحيثُذ فلا يلزم بقاء الملك بلا مالك؛ إذ نقول إنَّ التعيين كاشف عن كونه مالِكاً من الأول، أو نقول بعدم حصول الملكية إلَّا بعده على الوجهين من كونه كاشفاً أو ناقلاً هذا.

ولو قصد من الأول وقوع البيع لمن يعينه بعد ذلك فأمره أسهل، فإنَّه من الأول متعين، إلَّا أنَّه لا يعلمه، فهو في علم الله معلوم، ومقصود له أيضاً على وجه الاجمال، فتدبر.

٣٢- قوله ﷺ: (فعلى هذا لو اشترى الفضولي... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنَّ مقتضى ما ذكره من الوجوه بطلان عقد الفضولي مطلقاً، وإنَّ عَيْنَ الغير، بل وإنَّ كان العوضان شخصيين؛ لعدم ترتب الأثر قبل الاجازة، فيلزم الملك بلا مالك، وعدم الجزم بترتب الأثر.

إلَّا أن يقال بأنَّ مقتضى القاعدة وإنَّ كان ذلك، إلَّا أنَّه ثبت صحته على خلاف القاعدة بالدليل، نعم الاشكال وارد على من يجعله مطابقاً للقاعدة حسبما هو مختار المصنف ﷺ، والظاهر أنَّ ذلك البعض أيضاً قائل بذلك، فتدبر.

٣٣- قوله ﷺ: (وأشبهها للأصول الأول... الخ)^(٢).

أقول: وذلك لأنَّ الأصل عدم النقل والانتقال، والعمومات منصرفة إلى الشائع المتعارف، ومن ذلك يظهر وجه أوسطية الوسط؛ وذلك لمنع الانصراف، والعمومات مقدمة على الأصل.

وأما وجه أقوائية الأخير فهو أنَّ العمومات وإنَّ كانت تامة إلَّا أنَّ مع التصريح بالخلاف يلزم التدافع بين مقتضى المبادلة والتصريح بالخلاف، فإنَّ مقتضاها انتقال كل واحد إلى ملك مالك الآخر، ومقتضى التصريح بالخلاف عدم ذلك؛

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

فيلزم التناقض والتدافع فلا يؤثر العقد، ولا يشمل العموم؛ لعدم تحقق المعاهدة؛ لأن ما قُصد لا يمكن أن يقع، وما يمكن لم يُقصد.

ومن ذلك يظهر أن القول بقوة الوجه الأخير لا يخلو عن وجه، لا للأصل، بل لما ذكرنا من التدافع والتناقض؛ إذ لا يلزم في ذلك وجود اللفظ، بل مجرد القصد كافٍ فيه، ولذا اشتهر أن العقود تابعة للقصد.

فإن قلت: لازم هذا بطلان بيع الغاصب وعدم صحته للمالك ولو مع الاجازة؛ لأن المفروض أنه قصد انتقال الثمن إليه مع أنه غير مالك للمبيع، فمقتضى المبادلة انتقاله إلى المالك، ومقتضى قصده خلافه، فيلزم التدافع الذي ذكرت.

قلت أولاً: نلتزم بذلك، ونقول بعدم الصحة ولو مع الاجازة، وأن عقد الفضولي إنما يصح بالاجازة إذا كان للمالك وبقصده.

وثانياً: سيأتي في بيع الغاصب^(١) أنه إنما يصح بالاجازة لكونه منزلاً نفسه منزلة المالك؛ حيث إنه يعد نفسه مالكاً فيبيع نفسه بعد هذه الدعوى وهذا التنزيل، وإلا فلا يقصد بيع مال الغير لنفسه، فكأنه قال «بعت عن المالك وأنا المالك».

وبعبارة أخرى «بعت عن نفسي من حيث إنني مالك» فيكون قاصداً لحقيقة المبادلة بلا تدافع، بخلاف المقام فإن المفروض عدم هذا التنزيل، بل المفروض أن قصده بيع مال الغير لنفسه أو مال النفس للغير، فيكون من التناقض والتدافع، ولا يتحقق حقيقة المبادلة.

ومن ذلك ظهر أن بطلان البيع في هذه الصورة أولى من صورة قصد البيع مع الإبهام والتعيين بعد ذلك، وظهر أيضاً أن الأقوى التفصيل بين البيع بلا تعيين المالك وبلا قصد الخلاف - مع كون المالك متعيناً في الواقع، فإنه يصح لمالكة - وبين البيع مع قصد الخلاف وإن لم يصرح به لفظاً، فإنه باطل للتناقض الموجب لعدم تحقق المعاهدة على الوجه الممكن، فتدبر.

٣٤- قوله ﷺ: (ولغني قصد كونه عن الغير... الخ)^(١).

أقول: لا وجه لكونه لغواً بعد فرض كونه على وجه الجدد، بل التحقيق ما عرفت من استلزامه التدافع والتناقض، فتدبر.

٣٥- قوله ﷺ: (فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه... الخ)^(٢).

أقول: لا وجه لوقوعه عن نفسه مع فرض كون الثمن في ذمة زيد، بل مقتضى الوجه الوسط وقوعه عن زيد مع الاجازة، وبطلانه مع عدمها؛ لأنه كما لو كان الثمن شخصياً وكان من مال زيد، ومن ذلك يظهر أنه لا وجه لما ذكره من الوجوه في صورة كونه وكيلاً عن زيد، بل المتعين صحته عن زيد الموكل؛ لأنه مالك الثمن، فتدبر.

٣٦- قوله ﷺ: (أقول: مقتضى المعاوضة... الخ)^(٣).

أقول: محصل الفرق بين ما ذكره المصنف ﷺ وذلك البعض - بعد اشتراكهما في النتيجة - أن ذلك البعض يعترف بتحقيق معنى المعاوضة والمبادلة مع عدم تعيين المالك، وإنما يقول بالبطلان فيما يقول به من جهة عدم شمول العمومات؛ لانصرافها إلى الشائع المعهود، وهو ما كان المالك فيه معيناً، والمصنف إنما يقول به من جهة عدم تحقق معنى المبادلة والمعاوضة؛ إذ هو موقوف على تحقق العوض، وهو فرع كونه مملوكاً، ولا يكون إلا إذا كان شخصياً أو كلياً مضافاً إلى ذمة معينة، فتعيين المالك من حيث هو ليس شرطاً آخر وراء اعتبار وجود العوضين وتعيينهما.

قلت: يمكن أن يقال إن تحقق المعاوضة لا يحتاج إلى مزيد من اعتبار العوضين، والكلي في حد نفسه يصلح لكونه عوضاً؛ لأنه مال في حد نفسه، فالمن من الحنطة مثلاً مال صالح لأن يجعل عوضاً لمال، وإن لم يعتبر كونه مملوكاً

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٩.

لشخص، ألا ترى أنه يصح بيع الكلي في ذمته مع أنه قبل البيع لا يصدق أنه مالك له إذا لم يكن عنده ذلك الكلي، بل يصح وإن لم يكن موجوداً في الدنيا في ذلك الزمان، فالمملوكية غير معتبرة في تحقق العوض، وحيثُ فُصدّق المعاوضة لا يتوقف على إضافة الكلي إلى ذمة.

نعم، لو كان العوضان مملوكين فعلاً فمقتضى المعاوضة ما ذكره المصنف رحمته الله من انتقال كل إلى مالك الآخر، لا أن يكون ذلك معتبراً في حقيقتها؛ بحيث لو لم ينتقل لم يتحقق المعاوضة، وذلك لأن حقيقتها ليست أزيد من إعتبار كون شيء بدل شيء، هذا ولو سلمنا أن العوض لا يكون عوضاً إلا مع اعتبار المملوكية والإضافة إلى ذمة، لكن لا نسلّم أنه لا يكفي الذمة المرددة بين شخصين أو أشخاص، فدعوى عدم اجراء أحكام الملك على مثل ذلك كما ترى، كيف؟ ولا فرق في ذلك - بحسب الصدق - بين عدم تعيين المالكين والعوضين، مع أنا نرى أنه يصح أن يقال «بعثك أحد هذين العبدین أو الثوبین» بمعنى أن العرف يعتبرون الملكية، ويجرون أحكام الملك على هذا المردد، وإنما نقول ببطلان البيع من جهة الاجماع.

وبالجملة: من المعلوم أن التردد بين أحد الشخصين لا يضر بصدق المعاوضة، ولا فرق بينه وبين التردد بين إحدى الذمتين في الكلي، ويؤيد ما ذكرنا صحة عتق أحد العبدین، وطلاق إحدى الزوجتين.

ثم أقول: كيف يصدق العوض على ما في ذمة زيد إذا اشترى له فضولاً قبل إجازته مع عدم اطلاعه؟! بل وعدم معرفة البائع له، ولا يصدق على ما في ذمة الواحد المردد بين العاقد وموكله مثلاً، فظهر مما ذكرنا أننا لو قلنا بالبطلان لا بد وأن نقول به من جهة اشتراط تعيين المالك كما قاله ذلك البعض، لا من جهة عدم صدق المبادلة، فتدبر.

٣٧ - قوله رحمته الله: (وفي وقوعه إشتراء... الخ) ^(١).

أقول: مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية - كما هو المفروض - لا وجه لكونه شراءً فضولياً لعمرو، ولو كان مراده مع قصد المعاوضة الحقيقية فيجري فيه ما يجري في مثال من باع مال نفسه لغيره من كون قصد الغير لغواً، إذ حيثُ ينبغي أن يقال إن قصد تمليك المخاطب لغو، بل يكون تمليكاً لعمرو حيث إن العوض من ماله، فهو كما لو باع مال غيره عن نفسه حيث إنه يقول بعد ذلك إنه يقع للغير مع إجازته.

وبالجملة: مع [عدم] قصد المعاوضة الحقيقية ينبغي الحكم بالبطلان، ومعه ينبغي اجراء حكم الفضولي.

٣٨ - قوله ﷺ: (والظاهر وقوعه... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أنه لا معنى للغوية قصد الغير، وأنه راجع إلى التناقص، وببطل من هذه الجهة؛ لأن مقتضى قصد المعاوضة حقيقة قصد تملك الثمن وادخاله في ملك نفسه، ومقتضى قصد الغير عدم قصد تملكه، بل تملك الغير؛ فلا يتحقق معنى المعاوضة.

وبعبارة أخرى تحققه موقوف على عدم هذا القصد، وإذا كان المفروض وجوده فلا يتحقق معنى المعاوضة، وهذا واضح جداً.

ومن هنا يظهر أن الأولى تعليل البطلان بهذا لا بما ذكره في قوله (إلا أن يقال)؛ إذ فيه أن كون عدم المعقولية قرينة على عدم إرادة المعاوضة الحقيقية إنما يتم فيما إذا شك في فعل الغير، وأما إذا فرضنا صدور المعاملة الكذائية عن نفسه فلا معنى لجعله قرينة؛ إذ هو مطلع على إرادته.

وأما الحمل على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع - كما في بيع الغاصب - فهو أيضاً غير صحيح؛ لأن من المعلوم عدم هذا التنزيل في المقام، وعلى فرضه يكون وجهاً للصحة، لا للبطلان كما لا يخفى.

بل ما ذكره من لغوية قصد الغير إنما يتم على هذا الفرض، فإنه على هذا لا

يرجع إلى التناقض؛ إذ على هذا كأنه قال «بعتك هذا المال بكذا المالك هذا المال وهو لفلان»، فقصد المعاوضة الحقيقية، إلا أنه ادعى أن المالك غيره، وبطلان هذه الدعوى لا يضر بتحقيق المبادلة بين المالكين للمالكين، فلا وجه لتفريع البطلان على أحد الوجهين من جعله قرينة على عدم قصد المعاوضة الحقيقية، أو على التنزيل المذكور بقوله (وحيثئذ فيحكم ببطلان... الخ) إلا أن يقال إنه تفريع على الشق الأول من الترديد، لكنه بعيد كما لا يخفى.

٣٩ - قوله ﷺ: (لأنه راجع إلى إرادة... الخ) (١).

أقول: نمنع ذلك، نعم لو فرض ذلك يكون صحيحاً؛ إذ المفاد حيثئذ بعتك مالي بكذا لنفسى على أن أعطيه لزيد مثلاً، ولا بأس به، لكن الفرض مقطوع العدم أو مفروضه.

٤٠ - قوله ﷺ: (وبالجملة فحكمهم بصحة... الخ) (٢).

أقول: نمنع حكمهم بالصحة في هذا الفرض إلا في بيع الغاصب، وهو من باب التنزيل المذكور، ولو فرض عدمه نمنع الصحة فيه أيضاً، فتدبر.

٤١ - قوله ﷺ: (كل من البائع والمشتري... الخ) (٣).

أقول: يعني حكم تعيين البائع من يكون البيع له، وهو مالك المبيع الناقل له، والمشتري من يكون الشراء له، وهو مالك الثمن الناقل له، من غير نظر إلى تعيين كل منهما للطرف الآخر، والكلام الآن في أنه هل يعتبر أن يكون البائع عالماً بأن القابل يشتري لنفسه أو لغيره - وعلى الثاني أن ذلك الغير من هو، وكذا يعتبر أن يكون المشتري عالماً بأن البائع يبيع مال نفسه أو غيره، وأن الغير من هو - أم لا.

ولا يخفى أن الكلام في هذا المقام في موضعين:

أحدهما: ما ذكر من وجوب تعيين كل منهما الطرف الآخر والعلم به.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.

والثاني: أنه إذا علم بأن الطرف الآخر وكيل أو ولي فهل يجوز في مقام اجراء الصيغة أن يقول «بعتك أو وهبتك» أو لا؟ بل لا بد أن يقول «بعت موكلتك» مثلاً كما هو المتداول في اجراء صيغة النكاح حيث إنه لا يقال للوكيل «أنكحتك» بل يقال «أنكحت موكلتك».

والتحقيق في الموضوع الأول أن يقال: بعدم وجوب العلم بمن له المعاملة في الطرف الآخر، إلا إذا كان ركناً في المعاملة؛ بحيث يختلف الرغبات نوعاً باختلافه كما في النكاح؛ فإن الزوجين فيه بمنزلة العوضين يختلف الأغراض باختلافهما، وكذا في الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليه، فإن الغرض فيه متعلق بالموقوف عليه، وأما الواقف فلا، وكذا في الهبة فإن الواهب يختلف غرضه في هبة ماله بالنسبة إلى الأشخاص، وكذا في الوكالة وأمثالها، فالزوجان والموقوف عليهم والموهوب له والوكيل أركان في المعاملات المذكورة غالباً، بخلاف البيع فإن الركن فيه هو العوضان، والمتعاقدان، ولا يتعلق الغرض غالباً بأحد المالكين من هو؛ إذ المقصود المبادلة بين المالكين.

نعم، قد يتعلق الغرض فيه نادراً بكون المالك للثمن أو المثلث شخصاً دون شخص، ولا إعتبار به، إذ هو نظير أوصاف العوضين، فإن اللازم تعيين ما هو متعلق الغرض غالباً، ويختلف باختلافه الرغبات دون الوصف الذي لا يكون كذلك، مع أنه قد يتعلق في النادر به غرض أحدهما، فتعيينه غير لازم، وتختلفه مع عدم اشتراطه لا يوجب البطالان ولا الخيار.

نعم، لا يبعد أن يقال في صورة كون العوض في الذمة بأن التعيين شرط، لاختلاف الرغبات نوعاً في كون من في ذمته المال ملياً أو معسراً أو نحو ذلك. وبالجملة: مقتضى العمومات صحة المعاملة مع تعيين الأركان، وهي مختلفة في المقامات، والمالكان ليسا بركنين في البيع والاجارة، بخلاف الزوجين في النكاح وهكذا.

لا يقال: إن النقل والانتقال لا يتحققان بدون المالكين فكيف لا يكونان ركنين؟!

لانا نقول: نعم، إلا أنهما ليسا ركنين في المعاملة بما هي معاملة، وإن شئت فقل إنَّ اللازم تعيين الركن الذي تختلف الرغبات باختلافه، لا مطلق الركن، وكيف كان فقد بان أنَّ ما قيل في الفرق بين النكاح وشبهه وبين البيع ونحوه صحيح ووافٍ بتمام المدعى؛ إذ غرضه من النكاح المثال لكل ما يكون كذلك من حيث كون من له المعاملة ممن يختلف باختلافه الرغبات، ويكون كالعوضين في البيع.

وأما الموضع الثاني: وهو أنَّه بعد العلم بكون الطرف الآخر نائباً عن الغير أو ولياً هل يجوز في مقام اجراء الصيغة جعله طرفاً في المعاملة؟ أو لا بدُّ من ذكر الموكل والموكل عليه؟

فالتحقيق: أنَّ المدار على صراحة الصيغة وعدمها، فإن كان ذلك متعارفاً في العرف بحيث يفهم منه المراد جاز، وإلا فلا، ففي باب البيع لما تداول توجيهه إلى المخاطب بعنوانه الأعم جاز، وفي النكاح لا يجوز لعدم التداول، وإلا فمن حيث هو لا مانع من أن يقول «أنكحتك فلانة» بمعنى أنكحتك منه حيث إنك نائب عن فلان، وكذا في الوقف والوكالة.

والتحقيق: الجواز مع نصب القرينة في الكل؛ لعدم المانع من مثل هذا الاستعمال والاطلاق.

٤٢ - قوله ﷺ: (عملاً بظاهر الكلام... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنَّ هذا الوجه ناظر إلى الموضع الثاني، وحاصله أنَّه لما كان مقتضى ظاهر الكلام إرادة خصوص المخاطب، ولازمه كون الملك له؛ لأنَّ العقد تابع للقصد؛ فلا يجوز عدم التعيين في اللفظ واجراء الصيغة على هذا النحو، ولا دلالة فيه على وجوب تعيين خصوص المشتري من حيث هو، ومع ذلك فهو أخص من المدعى؛ لأنَّ مقتضاه عدم البطالان مع نصب القرينة على عدم إرادة هذا الظاهر، أو فرض أن يقول «بعت موكلتك» مع فرض عدم العلم بذلك الموكل على التعيين، أنَّه زيد أو عمرو.

وبالجملة: مقتضى هذا الوجه أنه إذا كان ظاهر الكلام إرادة الخصوصية مع عدم نصب القرينة على إرادة العنوان الأعم يكون باطلاً، وقد عرفت أن عمدة الاشكال أن تعيين من له المعاملة لازم كما في مثل النكاح أم لا، بل يجوز أن يقصد العنوان الأعم، وعلى فرض عدم اللزوم أو معلوميته هل يجوز اجراء الصيغة على وجه التوجيه إلى المخاطب، بأن يقول «بعتك» مع كونه وكيلاً أو لا؟ بل لا بد أن يقول «بعت موكلك»؟ وهذا الوجه لا يصلح بدفع هذا الاشكال.

ثم إن هذا الوجه منافٍ لما سبق من أن مقتضى المبادلة وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، وأن قصد الغير لغو؛ إذ مقتضاه أنه لا يضر قصد الخصوصية مع فرض القصد إلى المبادلة الحقيقية، ولذا حكم بكون الاشكال المشار إليه في كلام التذكرة ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسيرة، فظهر من جميع ذلك عدم قابلية هذا الوجه لاثبات الاحتمال الاول.

نعم، إنما ينفع في مقام التنازع، بأن يقول البائع اشترت لنفسك، ويقول الآخر بل اشترت لموكلتي مثلاً، فإن مقتضاه تقديم قول البائع؛ فإنه موافق لظاهر الكلام.

٤٣ - قوله ﷺ: (أن الزوجين في النكاح... الخ)^(١).

أقول: هذا الوجه ناظر إلى الموضع الأول، وقد عرفت بيانه وتمايمته.

٤٤ - قوله ﷺ: (ولأن معنى قول بعتك... الخ)^(٢).

أقول: هذا الوجه أيضاً ناظر إلى الموضع الثاني؛ لأن حاصله أنه يمكن في البيع أن يقول «بعتك» ولو كان المخاطب وكيلاً، ولا يمكن مثل ذلك في النكاح، بل لا بد أن يقول إذا كان وكيلاً «أنكحت موكلك»، ولا يدل على وجوب العلم بمن له النكاح من حيث [هو].

وبعبارة أخرى وجوب تعيين الزوج بحيث لو قال «أنكحت موكلك» ولم يعلم أن الموكل زيد أو عمرو يكون باطلاً، وقد عرفت أن اثبات هذا هو العمدة حسبما

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٤.

عرفت.

٤٥ - قوله ﷺ: (فالأولى في الفرق ما ذكرنا... الخ)^(١).

أقول: هذا الوجه أيضاً كما ترى ناظر إلى الفرق في الموضع^(٢)، ولا يكون وافياً بدفع الاشكال في الموضع الأول الذي هو العمدة؛ إذ قد عرفت أن عمدة الاشكال أنه هل يجوز ايقاع المعاملة مع عدم تعيين من له المعاملة بقصد كل من الطرفين للطرف الآخر بالعنوان الأعم أم لا، وأن الفارق بين مثل البيع ومثل النكاح أي شيء، ومن ذلك ظهر أن المصنف خلط بين الموضعين، ولم ينقح حكم المسألة، والتحقيق ما ذكرنا، فتدبر.

٤٦ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٣).

أقول: لعل الوجه أنه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب بالعنوان الأعم، فظهور إرادة المشتري الخصوصية يكون ملغى، ومع ذلك فلا وجه لمراعاته في مقام التنازع، وعدم سماع دعوى المشتري من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشتري حاصلة، ولا وجه لمنعها، فتدبر.

٤٧ - قوله ﷺ: (فتأمل حتى لا تتوهم... الخ)^(٤).

أقول: وجه عدم الرجوع هو أن القائل المذكور أولاً ادعى أن عنوان المشتري صادق على الوكيل حقيقة، والمصنف ﷺ أنكر عليه ذلك، والمصنف ﷺ إنما يدعي أنه يصدق عليه مجازاً متعارفاً، وأن هذا المقدار يكفي في جواز الاستعمال المذكور، بخلاف باب النكاح فإن هذا التعارف فيه غير متحقق، فلا يجوز الاجراء على هذا الوجه، وهو حسن، إلا أن مقتضى القاعدة صحته في النكاح أيضاً مع نصب القرينة على إرادة المخاطب من حيث قيامه مقام الموكل، فلا وجه لما ذكره

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٥.

(٢) هكذا في الاصل، والظاهر سقوط لفظ «الثاني».

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٥.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٦.

في قوله (بل ربّما يستشكل...الخ).

نعم، مع عدم نصب القرينة إنّما يجوز في البيع، ولا يجوز في النكاح للتعارف في الأول، وعدمه في الثاني، فتدبّر.



□ الشرط الثالث: الاختيار

٤٨ - قوله ﷺ: (ومن شرائط المتعاقدين الاختيار... الخ)^(١).

أقول: إنَّما يشترط ذلك إذا كان الاكراه بغير حق، وأمَّا فيما لو كان بحق فلا يشترط، بل يصح بيعه مع عدم الرضا منه، كما في بيع المحتكر إذا أمره الحاكم الشرعي، وكما في بيع الطعام أو غيره على من هو مشرف على الهلاك عند إجبار الحاكم أو عدول المؤمنين أو فساقهم أو نفس ذلك المشتري، وهل هو من باب سقوط شرطية الرضا؟ أو بجعل الجابر نائباً عنه في ذلك؟
الظاهر الأول، وإلّا لزم تبعض العقد حيث إنّ الصيغة صادرة من البائع، والقصد من الجابر.

ثم إنّ الظاهر أنّ الحكم بصحة المعاملة المذكورة إنّما هو إذا كان واجداً لساائر الشرايط غير الرضا، فلو علم منه عدم القصد إلى اللفظ أو المدلول أو عدم قصد الانشاء بطل، واللازم حيثئذ قيام الحاكم مقامه في اجراء الصيغة؛ لأنّه ولي الممتنع. ومن هنا ربّما يستشكل في صحة معاملته مع عدم العلم بقصد المدلول وإرادة الوقوع ولو لا عن رضا؛ حيث إنّ الكاشف عن الارادة إنّما هو اللفظ، وظهوره إنّما ينعقد إذا كان المتكلّم مختاراً، لا في مثل المقام الذي هو مجبور على ذلك، فينحصر الحكم بصحته فيما لو علم قصده وإرادته، وأنّ المفقود ليس إلّا الرضا، ولذا لا إعتبار باقرار من كان مكرهاً، وإنّ أغمضنا عن أدلة الاكراه، فإنّ السر فيه عدم كونه كاشفاً عن الواقع بارادته، ولا يشمل قوله ﷺ (إقرار العقلاء)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٢) المستدرک ١٣: ٣٧٠، باب ٣، رواية ١٥٦١٩.

والى ذلك نظر الشهيد الثاني في المسالك على ما حكى عنه في الاستشكال بالحكم باسلام من أكره عليه، قال: (إن ذلك لا يخلو من غموض من جهة المعنى، وإن كان الحكم به ثابتاً من فعل النبي ﷺ ومن بعده؛ لأن كلمتي الشهادة نازلتان في الاعراب عما في الضمير منزلة الاقرار، والظاهر من حال المحمول عليه بالسيف أنه كاذب، لكن لعل الحكمة فيه أنه مع الانقياد ظاهراً، وصحبته المسلمين والاطلاع على دينهم يوجب له التصديق القلبي تدريجاً؛ فيكون الاقرار اللساني سبباً في التصديق القلبي)^(١).

قلت: يمكن أن يكون كلمتا الشهادة سبباً شرعياً في الاسلام، لا من جهة الكشف عما في الضمير، إما مطلقاً أو مع اشتراط عدم اظهار الخلاف، أو مع اشتراط عدم العلم بالخلاف من الأسباب الظاهرية المتعارفة، لا مثل علم النبي ﷺ والائمة عليهم السلام، فالمناقق المعلوم حاله ونفاقه كافر لا مسلم.

وكيف كان فباب الاسلام باب آخر غير الاقرار والعقود والايقاعات، وعلى أي حال فمع عدم العلم بقصد المدلول وإرادته في المكروه بحق يشكل الاكتفاء ببيعه؛ لأن المفقود ليس الرضا فقط، ودعوى كفاية مجرد التلطف كما ترى.

ومن هنا ربّما يقال بوجوب مباشرة الحاكم ومن قام مقامه للعقد مطلقاً؛ لأنه الولي القائم مقام المالك في ذلك، كما أنه إذا لم يكن حاضراً أو لم يمكن اجباره في إجراء الصيغة أو صرح بعدم قصد المدلول، ولا يخلو عن وجه حفظاً للقواعد مهما أمكن، فإن الضرورة لم تدع إلى أزيد من سقوط شرطية الرضا، فلا بد من إجراء الصيغة التامة من غير هذه الجهة، ولا يمكن إلا بمباشرة الحاكم أو من يقوم مقامه؛ لعدم الطريق إلى إحراز سائر الجهات إلا من طريق الظهور اللفظي، ولا اعتبار به مع فرض كونه مجبوراً.

نعم، في صورة العلم بكون المجبور قاصداً لذلك يجبر عليه، ولا يتولّى

الحاكم، وعلى هذا يحمل الأخبار الواردة في باب الاحتكار^(١) الدالة على أنه يؤمر بالبيع؛ حيث إنها ظاهرة في كفاية العقد الصادر منه، وأنه لا يحتاج إلى تولي الحاكم، فإنها محمولة على صورة العلم بتحقيق قصد الانشاء منه، فلا يمكن التمسك باطلاقها على الكفاية مطلقاً ولو مع عدم القصد أو عدم احرازه، فتدبر.

هذا، ويظهر من صاحب الجواهر في باب الطلاق أن العقود والايقاعات أيضاً نظير الاسلام والتكلم بالشهادتين في كونها من الاسباب الشرعية، وأنها يعمل بها ما لم يعلم عدم القصد؛ حيث قال (وعلى كل حال فالطلاق الواقع بسببه - أي بسبب الاكراه بحق - صحيح، ولا اشكال في ترتب الحكم على لفظ المكروه بحق بعد أن جعله الشارع من الأسباب من غير فرق بين العقود والايقاعات وغيرها، كالاسلام الحاصل من التلطف بالشهادتين ولو اكراهاً) ثم نقل عبارة المسالك المتقدمة، ثم قال: (قلت قد يقال: إن ظاهر الأدلة الحكم باسلام قائلها ما لم يعلم كذبه، فالمنافق المعلوم حاله لا اشكال في كفره، نعم لا عبرة بالظاهر المزبور؛ إذ يمكن مقارنة الاسلام واقعاً للاكراه الظاهري)^(٢) انتهى.

فإن المستفاد منه أن العقد الواقع من المكروه بالحق وإن لم يكن ظاهراً في كونه مع القصد إلا أن مجرد الاحتمال كافٍ؛ فإنه سبب شرعي ما لم يعلم خلافه، فتدبر وراجع .

٤٩ - قوله ﷺ: (والمراد به القصد ... الخ)^(٣).

أقول: تحقيق حال المسألة يحتاج إلى بيان أمور:

الأول: أن هنا عناوين عديدة:

أحدها: الاضطراب في الشيء بمعنى المجبورية فيه، نظير حركة المرتعش، وهذا ليس محلاً للكلام في المقام.

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٩، ٣٠ من ابواب آداب التجارة.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

ثانيها: الاضطرار إلى الشيء بمعنى قضاء الضرورة إلى اختياره من غير أن يكون بحمل الغير له عليه، كما إذا اضطر إلى بيع داره لحفظ النفس أو للاتفاق على العيال أو أداء الدين الواجب أو نحو ذلك، ومنه ما إذا أكره الغير على دفع مال ولم يمكنه إلا ببيع داره أو عقاره فإن حمل الغير إنما يكون بالنسبة إلى دفع المال، لا بالنسبة إلى بيع الدار؛ فيكون البيع من باب قضاء الضرورة.

ثالثها: الاضطرار إلى الشيء من جهة حمل الغير له عليه، والمراد بالغير الشخص الانساني وإن كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يصدق الحمل إلا إذا طلب منه نفس ذلك الفعل مع الإيعاد على تركه، وليُسمَّ هذا باسم الاكراه بمعنى الاجبار، وإن شئت فسمه بالاجبار، والقسم الآتي بالاكراه.

ومن ذلك يظهر أنه لو طلب الغير منه الفعل لا بالحمل عليه - بمعنى الاقتران بالايعاد - لا يكون داخلاً تحت عنوان الاكراه، وإن علم بترتب الضرر على تركه؛ كأن يكون ترك موافقة إرادة ذلك الشخص موجباً لضرر دنيوي من جهة كونه من أهل الباطل مثلاً، أو من جهة أنه لو اطلع على ذلك صديقه أو أمير البلد مثلاً أو وصل إليه ضرراً، فإن الفعل حيثئذ مضطر إليه بالمعنى السابق، لا مكره عليه، فإن المفروض أن الطالب لا يلزمه ولا يوعده وإنما يكون مجرد ترك ما طلبه مستلزماً للوقوع في الضرر، فيكون اختيار الفعل حيثئذ لدفع المفسدة اللازمة للترك.

رابعها: كونه مكرهاً على الفعل، لا بحيث يكون مضطراً إليه كما إذا طلب منه أبوه أو أمه أو زوجته فعلاً ولم يكن في تركه ضرر عليه إلا أنه يريد ارضائهم وعدم مخالفتهم، ومنه الطلاق للمدارة بأهله، ومنه ما إذا كان قادراً على التفصي بالتمحل البعيد، بل القريب مع صدق الاكراه العرفي، وإلى هذا المعنى تشير رواية ابن سنان المذكورة في الكتاب، ومحل الكلام من هذه الاقسام هما صورتان الأخيرتان.

الثاني: محل الكلام في المقام والذي تعرَّض لحكمه العلماء الاعلام من الفعل الاكراهي ما كان واجداً لسائر ما يعتبر في الصحة من قصد اللفظ والمعنى الانشائي، وكونه على وجه الجد لا الهزل، وكونه مريداً لوقوعه في الخارج، وكان

فاقداً للرضا فقط، وإلا فلو فقد سائر المذكورات كان البطلان مستنداً إلى غير الكراهة من فقد سائر الشروط.

وبعبارة أخرى محل الكلام ما إذا وقع منه البيع مثلاً إلا أنه كان كارهاً له من جهة حمل الغير له عليه، وأما إذا لم يقصد اللفظ أو المعنى أو كان هزلاً أو كان غير مريد للفعل في الخارج فلم يقع منه البيع، ألا ترى أن شرب الخمر عن اكراه يكون جميع المراتب المذكورة موجودة فيه سوى الرضا، ففي البيع أيضاً لا بد من وقوعه في الخارج لكن مع الكراهة، فما قد يقال من أن المكره غير قاصد للمعنى وغير مريد لوقوع الفعل في الخارج كما ترى.

لأقول: إن المكره لا يكون إلا كذلك؛ إذ من البديهي أنه قد لا يقصد اللفظ، وقد لا يقصد المعنى، وقد لا يريد الوقوع في الخارج، بل أقول إن الذي تعرّض له الفقهاء وجعلوه محلاً للكلام هو ما ذكرنا.

ومن ذلك يظهر ما فيما ذكره الشهيدان والجماعة على ما نقله المصنّف، ولا بد من التوجيه بالوجه الذي ذكره رحمته، وظهر أيضاً ما في كلام صاحب المستند؛ حيث جعل وجه بطلان البيع الاكراهي عدم وجود ما يدل على قصد البيع؛ حيث إن إجراء الصيغة مع الاكراه لا يكون كاشفاً عن القصد، فلا يكون من البيع العرفي؛ لأنه يعتبر فيه أن يكون هناك كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك، وكونه مكرهاً قرينة على عدم إرادة ظاهر اللفظ.

ثم نقل عن بعض ما يوافق ما ذكرنا، وحكم بفساده؛ حيث قال (ومن هذا ظهر فساد ما قيل من أن الاكراه لا ينافي القصد إلى نقل الملك، بأن يكون قاصداً للبيع حقيقة وإن كان منافياً للرضا، فتدبر)^(١).

الثالث: قد علم مما ذكرنا من بيان محل الكلام أن المكره مريد للفعل في الخارج وإن لم يكن راضياً به؛ إذ المفروض أنه مختار فيه بمعنى ما يقابل الجبر، فهو كالمضطّر من حيث إنه مستقل في الفعل، إلا أنه يختاره لدفع الضرر والمفسدة

المرتبة على الترك، ولا فرق بين كون ذلك من جهة ابعاد الغير أو لا من هذه الجهة، فإنَّ الحامل له على الفعل ليس إلا عقله الحاكم بوجوب دفع المفسدة أو ارتكاب ما هو أقل ضرراً، وإلا فبمجرد أمر الغير وحمله وتعلق غرضه بالفعل لا يكون حاملاً له، فدعوى أنه غير مستقل في الفعل، بخلاف المضطر كما ترى.

ألا ترى أنه لو أكرهه على شرب الماء أو الخمر له أن يتركه ويتحمل الضرر، فيحكم عقله بوجوب الشرب ودفع ذلك الضرر، فكذا إذا حمّله على البيع مثلاً فإنه يستقل فيه لدفع ضرر الترك.

فظهر من ذلك أن المضطر والمكره مشتركان في كون الفعل صادراً عنهما بارادتهما واختيارهما من جهة حكم العقل بوجوب دفع الضرر، وإن كانا كارهين فيه، نظير من يحكم عقله بوجوب اختيار الكلي أو قطع بعض الأعضاء لدفع المرض الأفسد، فارادتهما الفعل غير منافٍ لكراهتهما، بمعنى عدم رضاهما به، فالرضا في مرتبة أخرى وراء الإرادة.

وإن شئت فقل هما كارهان في الرتبة الأولى، راضيان في الثانية، لا بمعنى أنه ينقلب كراهتهما الطبيعية بالرضا بملاحظة دفع الضرر، بل بمعنى وجود الحالتين بالفعل، لكن إحداهما في طول الأخرى، فليس المقام نظير من يكون كارهاً لبيع داره لكن إذا أعطي مبلغاً كثيراً مثلاً يرضى به، فإن هذا من باب الانقلاب.

والحاصل: أن المضطر والمكره مشتركان في إرادة الفعل والاستقلال فيه وعدم الرضا به في الرتبة الأولى، والرضا به في الرتبة الثانية، فما ذكره المصنّف من أن الأول مستقل فيه وراضٍ به دون الثاني، وأن الفرق وجداني كما ترى.

وإن شئت التوضيح فلاحظ ما إذا أكرهه الغير على بيع داره أولاً وأوعده الضرب على تركه، أو أكرهه على اعطاء ألف درهم وكان طريق تحصيله منحصرأ في بيع الدار، فإن كون بيع الدار في الصورتين مما لا يكون برضاه على نسق واحد، مع أن الأول من باب الاكراه، والثاني من باب الاضطرار؛ ولذا يحكمون بصحته في الصورة الثانية دون الأولى.

الرابع: أن المراد بالرضا المعتبر في صحة المعاملات ليس الرضا بالمعنى الأول، بمعنى ما يلائم طبعه في الرتبة الأولى، كيف ؟ وإلا لزم بطلان المعاملات في صورة اقتضاء الضرورة مع كراهته في حد نفسه، ولا يمكن الالتزام به، بل المراد منه الرضا ولو في الرتبة الثانية.

الخامس: أنه لا اشكال في أن الاضطرار والاكراه مشتركان في رفع الحكم التكليفي، فشرب الخمر المضطر إليه والمكره عليه لا يكون حراماً، وأما بالنسبة إلى الحكم الوضعي فهما متفاوتان، فإن الاكراه يرفع الحكم الوضعي أيضاً دون الاضطرار حسبما أشرنا إليه.

إذا عرفت هذه الأمور علمت أن للاكراه موضوعية في ايجاب البطلان، وأن اشتراط الاختيار يكون شرطاً مستقلاً، ولا يرجع إلى شرطية الرضا، ويكون الدليل على بطلان المعاملة به هو الاجماع والاخبار الواردة في الطلاق^(١)، وحديث الرفع بناءً على التعميم لجميع الآثار.

وأن الاستدلال بقوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾^(٢) وقوله ﷺ (لا يحل مال امرء)^(٣) في غير محله؛ لما عرفت من أن المراد بهذا الرضا العقلاني الحاصل ولو في الرتبة الثانية، وهو موجود في بيع المكره أيضاً كما في بيع المضطر، فمقتضى الاستدلال بهما الحكم ببطلان المعاملة الاضطرارية أيضاً؛ لأنه لا يتم إلا بإرادة الرضا الأولي الحاصل بالطبع الأولي، ومعه فاللازم بطلان غالب المعاملات حسبما عرفت.

فان قلت: إن حديث الرفع متساوي النسبة إلى الاضطرار والاكراه فلم لا تحكم ببطلان المعاملة الاضطرارية أيضاً من جهة قوله «وما اضطروا إليه»؟ وأيضاً بناءً على التعميم فما الفرق بين الحكم التكليفي والوضعي حيث يحكم برفع الأول دون الثاني؟

(١) وسائل الشريعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

(٢) النساء ٢٩.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٨، و ١١٣: ٢، رواية ٣٠٩.

قلت: الوجه في الفرق أنَّ الحكم الوضعي في الاضطرار لا يمكن أن يكون مرفوعاً؛ وذلك لاستلزامه تأكيد الاضطرار [وتشديده؛ حيث إنه إذا حكم بطلان المعاملة حين الاضطرار يلزم أن يبقى الشخص في الاضطرار]^(١)؛ لعدم إمكان رفع الضرر حيثئذٍ، فإنه لا يمكنه تحصيل ما يدفع به الضرر الوارد عليه.

والحاصل: أنَّ تشريع الحكم لما كان لأجل الامتنان والتوسيع على العباد فلا بدَّ أن يكون المعاملة الاضطرارية غير مرفوعة الأثر، وإلا لزم تضيق أشد؛ حيث إنه محتاج إلى تحصيل المال من جهة الضرورة، ولا يمكنه ذلك على فرض بطلان المعاملة، والسر في ذلك أنَّ المضطر إليه المعاملة المؤثرة الصحيحة، لا ذات المعاملة وإن لم تكن كذلك، فإنَّ من احتاج إلى بيع داره لتحصيل ما يؤدي به دينه أو نفقته أو نحو ذلك لا يرتفع ضرورته وحاجته إلا بالمعاملة الصحيحة، وإلا كان أخذ المال من المشتري مثل السرقة منه.

نعم، لو فرض في مورد وجوب دفع المال إلى الطرف المقابل إليه بلا عوض، وكان آيياً عن ذلك، فاضطر إلى المعاملة معه وأخذ ذلك المال تكون المعاملة باطلة؛ إذ حيثئذٍ ليس مضطراً إلى المعاملة الصحيحة، هذا بالنسبة إلى الحكم الوضعي.

وأما بالنسبة إلى الحكم التكليفي فحاله حال الاكراه في أنَّ المضطر إليه حيثئذٍ ذات الفعل، وهذا بخلاف الاكراه فإنَّ رفع حكمه الوضعي لا يستلزم التضيق الأشد كما هو واضح.

نعم، لو فرض كون المكروه عليه المعاملة الصحيحة المؤثرة كان حاله حال الاضطرار في عدم الرفع، كأنَّ يكون المكروه معن يطلع على السرائر، ولا يقنع بالمعاملة إلا إذا كانت مؤثرة شرعاً، فإنه حيثئذٍ لا بدَّ من صحتها مع الاكراه؛ إذ المفروض حيثئذٍ أنَّ الضرر المتوعد عليه لا يرتفع إلا بكونها صحيحة، ولعل من هذا الباب الاكراه بالحق، فإنَّ الحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه إنما يكرهه على

(١) ما بين القوسين لا يوجد في نسخة «ب».

المعاملة المؤثرة الواقعية، فلو أوجد المعاملة ولم تكن صحيحة لم يأت بما أكرهه عليه، والسرفيه أن المكره في الحقيقة هو الله تعالى، والحاكم نائب عنه تعالى في ذلك، فلا يعقل أن يكون مرفوع الأثر لما عرفت، فتدبر.

فتبين من جميع ما ذكرنا أن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن أدلة الاكراه صحة المعاملة الاكراهية كالاضطرابية، وأن الوجه في بطلانها إنما هو هذه الأدلة، وأن للاكراه خصوصية وعنوانية حسبما يظهر من عناوين الفقهاء؛ حيث إنه لو كان الوجه فقدان شرط الرضا كان الأنسب العنوان به، بأن يقال ومن الشروط الرضا، فيكون المعاملة الاكراهية ونحوها باطلة ولم يناسب العنوان بالاختيار.

وتبين أن صحة المعاملة الاضطرابية أيضاً بمقتضى القاعدة؛ لعدم الدليل على بطلانها إلا دعوى عموم حديث الرفع للحكم الوضعي والتكليفي، وقد عرفت أن الحكم الوضعي في الاضطراب مما لا يمكن رفعه؛ لأنه منافٍ للامتنان والتوسيع، بل موجب للتضييق والابقاء في الاضطراب، وعلى ما ذكرنا من خصوصية الاكراه وعنوانيته فلما كان الحكم معلقاً عليه فالمدار فيه على الصديق العرفي، فتدبر.

بقي شيء: وهو أن المراد من الاكراه في الأخبار وحديث الرفع إن كان بالمعنى الثاني - وهو القسم الرابع من الأقسام المتقدمة، أعني الاكراه العرفي وإن لم يصل إلى حد الاضطراب كما في اكراه الزوجة والأب والأم المفروض عدم ايعادهم بالضرر على الترك - يبقى سؤال الفرق حيث يبين الحكم التكليفي والوضعي، فإن من المعلوم أنه لا يكفي هذا المقدار من الاكراه في رفع الحكم التكليفي كما هو واضح، ولا بد حيث يبين من دعوى التخصيص، وأن مقتضى عموم الحديث ارتفاع الحرمة أيضاً بذلك إلا أنه خرج بالاجماع، فتدبر.

بقي شيء آخر: وهو أن المعاملة الاكراهية كما يمكن أن تكون على الوجه الذي ذكرنا من كونها واجدة لجميع الشرائط عدا الرضا في الرتبة الأولى حسبما عرفت، كذا قد تكون فاقدة لبعضها، كما إذا لم يقصد اللفظ أو المعنى، أو لم يرد الايقاع في الخارج ونحو ذلك، فما الوجه في حمل الأخبار على ما ذكر ١٩

والجواب: أنَّ ذلك من جهة الأخبار ناطقة بحكم ما وقع في الخارج من المعاملة الاكراهية مع قطع النظر عن البطالان المستفاد من هذه الأخبار، ومن المعلوم أنَّ الشخص إذا لم يكن عالماً ببطالان المعاملة يوقعها حين الاكراه على وجه القصد والارادة والرضا في الرتبة الثانية، نظير شربه الماء أو الخمر إذا كان مكرهاً عليهما، فالمقصود من الأخبار المذكورة أنَّ مثل هذه المعاملة باطلة، وإن شئت فقل حسبما أشرنا سابقاً أنَّ غير المفروض ليس معاملة أصلاً، والموضوع للأخبار المعاملة الاكراهية، وهي لا تكون إلا كما ذكرنا، فتدبر.

ومن ذلك ظهر أنَّ الاكراه على المعاملة لا يتحقق بالنسبة إلى من علم ببطالان المعاملة الاكراهية، فأنه حيثئذ لا يقصد وقوعها في الخارج إلا إذا غفل عن ذلك، أو عرضته دهشة ونحو ذلك، فتأمل فإنَّ الصحة الشرعية وعدمها لا دخل لهما بقصد المعاملة وعدمه، فتدبر.

٥٠ - قوله ﷺ: (إلى وقوع مضمون العقد عن طيب... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنَّ هذا ناظر إلى ما ذكرنا من أنَّ بيع المكره واجد لجميع الشرائط إلا الرضا، لا بمعنى أنه لا يمكن أن لا يكون واجداً لها، بل بمعنى أنَّ محل الكلام هو ذلك، بل يمكن دعوى أنَّ غيره لا يكون بيعاً حقيقةً حسبما عرفت، هذا. ولكن هذا من المصنّف ﷺ مناقض لما يذكره بعد ذلك^(٢) في توجيه كلام الشهيدين من أنَّ المكره لا يريد وقوع المضمون في الخارج كما لا يخفى، فإنَّ مقتضاه أن لا يكون قاصداً إلى وقوع مضمون العقد، مضافاً إلى كونه فاقداً للرضا.

٥١ - قوله ﷺ: (في مقابل الجبر... الخ)^(٣).

أقول: يعني ما يكون مثل حركة المرتعش.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

٥٢ - قوله ﷺ: (ويدل عليه قبل... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت عدم صحة الاستدلال بالآية والحديث وغيرهما مما دلَّ على اعتبار الرضا في المعاملة، فإنَّ المراد بالرضا فيهما ما يكون ولو في الرتبة الثانية، وهو في المكروه موجود، فإنَّه يختار الفعل بعد ملاحظة أنَّه رافع للمفسدة اللازمة من الترك، فهو راضٍ بالفعل بعد هذه الملاحظة.

٥٣ - قوله ﷺ: (وظاهره وإنَّ كان... الخ)^(٢).

أقول: بل قد تبين في محله أنَّ ظاهره رفع مطلق الآثار، أعم من المؤاخذه الدنيوية والأخروية وغيرهما؛ وذلك لأنَّ المرفوع نفس المذكورات تنزيلاً وجعلاً من دون أنَّ يقدر شيء، ولازمه التعميم كما لا يخفى.

٥٤ - قوله ﷺ: (الأخبار الواردة في طلاق... الخ)^(٣).

أقول: كحسن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (عن طلاق المكروه وعنته فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق، ولا عنته بعنت)^(٤)، وكخبر آخر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يجوز الطلاق في استكراه... إلى أنَّ قال: إنَّما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضرار... الحديث)^(٥)، وكالمرسل عنه عليه السلام (لو أنَّ رجلاً مسلماً مرَّ بقوم ليسوا بسلطان فقهره حتى يتخوَّف على نفسه أنَّ يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء)^(٦)، وفي آخر (لا يقع لا الطلاق باكراه، ولا اجبار، ولا مع سكر، ولا على غضب)^(٧). ومن قبيل الأخبار المذكورة ما دلَّ - مضافاً إلى بعض المذكورات - على بطلان عنت المكروه^(٨)، بضميمة عدم الفصل، كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.

(٧) الفقيه ٣: ٤٩٧، رواية ٤٧٥٤.

(٨) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب كتاب العتق.

عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق^(١)، بل ورد في باب البيع أيضاً ما يمكن الاستدلال به، وهو الخبر (من اشترى طعام قوم وهم له كارهون قص لهم من لحمه يوم القيامة)^(٢).

٥٥ - قوله ﷺ: (منهم الشهيدان أن المكره... الخ)^(٣).

أقول: المتأمل في عبارة المسالك^(٤) في باب بيع المكره يكاد يقطع بأن مراده من عدم قصد المدلول عدم الرضا به، فمراده من القصد القصد مع الرضا، لا ظاهر ما ينسب إليه، ولا ما وجهه به المصنف ﷺ من عدم قصد وقوعه في الخارج، فهو موافق لما ذكرنا، فراجع وتأمل.

٥٦ - قوله ﷺ: (فالمراد بعدم قصد... الخ)^(٥).

أقول: هذا ما وعدنا من كونه مناقضاً لما ذكره في أول العنوان، من أنه قاصد لوقوع المضمون إلا أنه لا بطيب النفس، فلا تغفل، والحق ما قلنا من أن مراده عدم الرضا، فتدبر.

٥٧ - قوله ﷺ: (أدنى تأمل في معنى الاكراه... الخ)^(٦).

أقول: ذلك لأن معنى الاكراه على الشيء وقوعه في الخارج على وجه الكره، فلا بد من قصد المدلول، وإلا لم يكن الفعل واقعاً في الخارج. وبالجمله: الاكراه على البيع كالاكراه على شرب الماء، فكما أنه لا يصدق إلا مع وجود الشرب في الخارج فكذا في البيع.

٥٨ - قوله ﷺ: (وجعله مقابلاً... الخ)^(٧).

(١) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب كتاب العتق، ح ١، ٢.
 (٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ١١.
 (٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.
 (٤) مسالك الافهام ٣: ١٥٦.
 (٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.
 (٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.
 (٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.

أقول: عطف على قوله (معنى الاكراه) يعني أدنى تأمل في جعله مقابلاً للقصد، فإن ذكرهم لهذا الشرط بعد ذكر اعتبار القصد دليل على أن عقد المكره واجد للقصد.

٥٩ - قوله ﷺ: (وحكمهم بعدم... الخ)^(١).

أقول: يعني وفي حكمهم... الخ، فهو وقوله بعد ذلك (وصحة بيعه بعد الرضا) وقوله (استدلالهم له بالأخبار) كلها عطف على ما ذكر أعني قوله (معنى الاكراه).

٦٠ - قوله ﷺ: (وأنه لا طلاق إلا مع... الخ)^(٢).

أقول: هذا عطف على قوله (طلاق المكره) وأشار بهذه الأخبار إلى ما ذكره في الوسائل في باب آخر غير باب الاكراه، حيث قال (باب أنه يشترط في صحة الطلاق القصد وإرادة الطلاق وإلا بطل)^(٣)، ومن جملتها ما عن أبي جعفر ﷺ (لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق)^(٤)، ومنها ما عن أبي عبد الله ﷺ (لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق)^(٥)، فراجع.

٦١ - قوله ﷺ: (وفيما ورد فيمن طلق... الخ)^(٦).

أقول: عطف على قوله (في معنى... الخ) وهو إشارة إلى خبر منصور بن يونس عن العبد الصالح ﷺ (قلت له: جعلت فداك إني تزوجت امرأة... إلى أن قال: فأبوا عليّ إلا تطليقها ثلاثاً، ولا والله جعلت فداك ما أردت الله، ولا أردت إلا أن أداريهم عن نفسي، وقد امتلأ قلبي من ذلك؟ فمكث ﷺ طويلاً مطرقاً ثم رفع رأسه وهو متبسّم، فقال ﷺ: أما بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدموك إلى السلطان

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٣.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.

أبأنها منك^(١).

٦٢- قوله ﷺ: (وغير ذلك مما... الخ)^(٢).

أقول: يعني وأدنى تأمل في غير ذلك مما... الخ.

٦٣- قوله ﷺ: (من أن المكره والفضولي... الخ)^(٣).

أقول: فإن جعله مثل الفضولي مع أن في الفضولي القصد إلى المدلول متحقق قطعاً كاشف عن أن المراد ليس ظاهره، بل ما ذكرنا.

قلت: هذا أيضاً مؤيد لما ذكرنا من أن مراده من القصد المفقود هو الرضا، لا ما ذكره المصنّف ﷺ من عدم قصد وقوع المضمون في الخارج، فتدبر.

٦٤- قوله ﷺ: (حمل الغير على الفعل... الخ)^(٤).

أقول: يعتبر في صدقة أن يكون الحامل انساناً، فلا يصدق إذا كان الحامل له ضرورة أو خوفاً من حيوان مثلاً، وإن كان الفعل صادراً عن كره، وهذا هو الفارق بينه وبين الاضطراب.

٦٥- قوله ﷺ: (اقترائه بتوعيد منه... الخ)^(٥).

أقول: فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقاً من طلب الغير منه فعلاً إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضرراً من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك، مع عدم توعيده، بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر، إلا إذا كان الأمر معلوماً من قرائن الأحوال، وحيثئذٍ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجابر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أوصل إليه الضرر لا يعد من الاكراه، هذا. ولا يلزم أن يكون التوعيد صريحاً، بل مجرد الأمر مع ظن الضرر على تركه

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.

كافٍ إذا كان من جانب الأمر.

ثم المدار على خوف ترتب الضرر وإن لم يكن مترتباً في الواقع، والظاهر عدم الفرق بين من كان خوفاً - بحيث يخاف من كل أحد - وغيره، وإن كان المورد مما لا يحصل الخوف لغير هذا الشخص؛ لأنه يصدق في حقه الاكراه، والظاهر أنه يلزم أن يكون الحمل من الغير متحققاً، فلو توهم الأمر من الغير فحملة الخوف منه عليه مع عدم أمره واقعاً لا يعد اكراهاً، وتكون المعاملة صحيحة إذا كان مع القصد إلى وقوع المضمون، نعم في الاقدام على المحرمات لا يكون عاصياً؛ لأن المدار فيها على تعمّد العصيان من غير عذر، وهو معذور عقلاً.

٦٦ - قوله ﷺ: (أو متعلقه... الخ)^(١).

أقول: ولو صديقه ممن يعدّ في العرف الاضرار به اضراراً به، وأما غيره من اخوانه المؤمنين الغير المربوطين به فلا، هذا ولا يعتبر في الضرر المالي أن يكون مضراً بحاله، بأن يكون مجحفاً، بل يكفي مجرد صدق الضرر.

٦٧ - قوله ﷺ: (فإن من أكره على دفع... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت عدم الفرق من حيث صدق الاستقلال في التصرف، ومن حيث كون المعاملة بغير طيب النفس في الرتبة الأولى وكونها عن كره، فالفرق عدم صدق الاكراه عليه وإن كان كارهاً، فإن مجرد الكراهة لا يوجب صدق الاكراه إلا إذا كان الحامل عليه شخصاً انسانياً بلا واسطة، ففي المثال الحامل لم يحمله إلا على دفع المال.

نعم، لا يبعد صدق الاكراه فيما لو كانت الوسطة خفية بحيث يصدق كون هذا هو المكره عليه وإن كان الأمر متعلقاً بغيره، ألا ترى أنه يصدق ذلك على من حمل الغير على بيع داره فأعطاه داراً أخرى له ليرفع اليد عنها، أو أعطاه مالاً آخر لذلك، فإنه يصدق أنه مكره عليه في ذلك، والايكال إلى العرف في ذلك هو الأولى.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٢.

وكيف كان فالغرض أنَّ المناط صدق هذا العنوان، لا صدق الاستقلال وعدمه أو طيب النفس وعدمه، وإلا فقد عرفت عدم الفرق من هذه الجهة بينه وبين الاضطراب، فتدبر.

بقي شيء لا بأس بالتنبيه عليه: وهو أنَّه لا بدَّ في صدق الاكراه من كون الضرر المتوعد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال «افعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً» وكان مستحقاً له عليه، أو «إلا طابعتك بالدين الذي لي عليك» ونحو ذلك لا يصدق عليه الاكراه، هذا.

ولا فرق بين أنَّ يكون ضرراً دنيوياً وأخروياً، فلو قال «افعل كذا وإلا حملتك على شرب الخمر، أو منعتك من الصلاة الواجبة» ونحو ذلك كان اكراهاً، ولو قال «إلا منعتك من صلاة الجماعة» ونحو ذلك من المندوبات ففي صدق الاكراه تأمل، ولا يبعد في بعض المقامات، وبالنسبة إلى بعض الافعال، فتدبر.

٦٨ - قوله ﷺ: (ثم إنه هل يعتبر... الخ)^(١).

أقول: التحقيق اعتبار عدم امكان التفضي، ولا فرق بين التورية ونحوها، لكن لا بالامكان العقلي، بل يكفي عدم الامكان العرفي، وهو مختلف بالنسبة إلى الافعال والمقامات كما لا يخفى، فامكان التفضي بما يشق عليه أو يكون معدوداً من الحيل البعيدة لا يضر بصدقه.

ودعوى أنَّ الأخبار مطلقة، ولا إشارة فيها إلى التورية وغيرها مدفوعة بأنَّ الغالب عدم التفات الشخص المكره حين الاكراه إلى ذلك، خصوصاً بالنسبة إلى الكذب والحلف ونحو ذلك، مع أنَّ المذكور في الأخبار حكم الاكراه على العتق والطلاق مع قطع النظر عن هذا الحكم، ومعلوم أنَّ المكره يتخيل أنَّ الواقع منه سبب في الواقع بمجرد صدوره منه فيقصده، وليس ملتفتاً إلى أنَّه لم يكن قاصداً أو راضياً لا يكون صحيحاً.

ولذا يمكن أنَّ يقال: إنَّ العالم بكون الطلاق الاكراهي ليس بصحيح لا يكون

مكرهاً عليه؛ لأنه حيثئذ لا يقصد وقوعه في الخارج، ولو قصده يكون صحيحاً، فتأمل.

هذا في غير مثل الكذب، وأما فيه فيمكن أن يقال: إن الوجه في اطلاق أخباره أن التورية لا تخرج الكلام عن الكذب؛ لأن مداره على اظهار خلاف الواقع، سواء كان قاصداً أم لا، فالفاء الكلام الظاهر في خلاف الواقع لارائه كذب، كيف؟ وإلا لزم لغوية تحريم الكذب؛ لا مكان التورية في جميع المقامات، فيحصل مقصوده من الكذب ولا يكون حراماً، فتدبر.

٦٩- قوله ﷺ: (بل غير صحيح في بعضها من جهة... الخ) (١).
أقول: الظاهر أن مراده من ذلك البعض ما ورد في قضية عمّار الآتية (٢).

٧٠- قوله ﷺ: (وربما يستظهر من بعض... الخ) (٣).
أقول: لا يخفى أن الظاهر من الرواية المذكورة تحقق الاكراه بدون التوعيد بالضرر أيضاً؛ لأن التفصي بغير التورية أيضاً غير لازم، فلا دخل لها بمسألة امكان التفصي وعدمه، بل مقتضاه سعة دائرة الاكراه من حيث صدقها بمجرد ميل النفس إلى مخالفة الأمر وإن لم يكن هناك ايعاد بالضرر، وهذا واضح جداً.

٧١- قوله ﷺ: (لكن الانصاف... الخ) (٤).
أقول: لا يخفى أن حاصله يرجع إلى الدعوى المذكورة التي حكم بكونها كما ترى.

٧٢- قوله ﷺ: (لأشير إليها... الخ) (٥).
أقول: قد عرفت أنه يمكن أن يكون وجه عدم الإشارة عدم خروجه عن الكذب

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٣.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١٤.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣١٥.

بالتورية، فلا تكون مفيدة، وهذا بخلاف التورية في العتق والطلاق والبيع ونحوها، ومن ذلك يظهر الجواب عما في قضية عَمَّارٍ فَإِذَا مَا أَرَادُوا مِنْهُ كَانَ هُوَ التَّبْرِيءُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ، وهو مثل السب في كونه حراماً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِقَلْبِهِ، فالتورية غير نافعة فيه؛ إِذَا الْمَنَاطُ فِيهِ هُوَ اللَّفْظُ الدَّالُّ كَمَا فِي السَّبِّ؛ إِذِ التَّكَلُّمُ بِهِ حَرَامٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَاصِداً، بَلْ وَلَوْ كَانَ قَصْدُهُ الْمَدْحَ، فَإِنَّ الْمَدَارَ فِيهِ عَلَى الْهَتِكِ، وهو حاصل بمجرد الكلام سواء كان قاصداً أم لا.

٧٣- قوله ﷺ: (ومعلوم أن المراد ليس امتناعه... الخ)^(١).

أقول: فيه منع واضح؛ إِذْ مَعَ امْكَانِ الْإِمْتِنَاعِ وَأَقْعًا مَعَ اعْتِقَادِ الْمَكْرِهِ عَدَمُ الْإِمْتِنَاعِ لَا يَصْدُقُ الْإِكْرَاهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْوَاقِعِ، بَلْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَعْمِ مِنَ الْفِعْلِ الْوَاقِعِ وَمِنْ صُورَةِ الْفِعْلِ، فَلَا يَكُونُ الْفِعْلُ مَكْرَهًا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَيُمْكِنُ فَرْضُ مِثْلِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّفْصِيءِ بِغَيْرِ التَّوْرِيَةِ أَيْضًا، كَمَا إِذَا أُمْكِنَهُ إِيرَاءُ أَنَّهُ شَرِبَ الْخَمْرَ مَعَ عَدَمِ شَرْبِهِ، بِأَنْ يَقْرِبَهُ مِنْ فَمِهِ وَلَا يَشْرِبُ، أَوْ أُمْكِنَهُ أَهْرَاقَهُ بِحَيْثُ لَا يَرَاهُ، وَيَعْتَقِدُ أَنَّهُ شَرِبَهُ، فَيَلْزِمُ جَوَازَ الشَّرْبِ حَقِيقَةً حَيْثُئِذٍ؛ لِأَنَّهُ مَكْرَهُ عَلَيْهِ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَرْتَّبُ الضَّرَرُ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ بِحَسَبِ اعْتِقَادِ الْمَكْرِهِ، وَلَا يُمْكِنُ الْإِلْتِمَازُ بِهِ، وَهَذَا وَاضِحٌ جَدًّا، وَلَعَلَّهُ لِذَا قَالَ فِي آخِرِ الْكَلَامِ «فَافْهَمْ».

٧٤- قوله ﷺ: (فالظاهر صدق الاكراه حيثئذ... الخ)^(٢).

أقول: فيه منع إلا إِذَا كَانَ الْخُرُوجُ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ لِأَعْلَامِ الْخِدْمِ حَرْجًا عَلَيْهِ، وَمَجْرَدُ عَدَمِ طَيْبِ النَّفْسِ لَا يَكْفِي فِي صَدَقِ الْإِكْرَاهِ، وَكَيْفَ يُمْكِنُ فَرْضُهُ مَعَ حُضُورِ الْخِدْمِ أَيْضًا، فَإِنَّهُ قَدْ لَا تَطْيِبُ نَفْسَهُ مَعَ ذَلِكَ يَوْجِعُ الْمَعَامِلَةَ. وَالْحَاصِلُ: أَنَّكَ عَرَفْتَ أَنَّ الْمَنَاطَ صَدَقَ الْإِكْرَاهُ، وَإِلَّا فَطْيِبَ النَّفْسَ فِي الرِّبَةِ الثَّانِيَةِ لَا يَنْفَكُ عَنْ فِعْلِ الْفَاعِلِ الْمُخْتَارِ، وَالصَّدَقُ مَعَ الْفَرْضِ الْمَذْكُورِ مَمْنُوعٌ، وَمَجْرَدُ كَرَاهَةِ الْخُرُوجِ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ لَا يَكْفِي فِي ذَلِكَ، وَإِلَّا فَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ إِنَّ

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٧.

مع حضور الخدم أيضاً قد يكره أمرهم بدفع شر المكره.

٧٥- قوله ﷺ: (وإن كان هو المتبادر... الخ)^(١).

أقول: فيه منع كما عرفت؛ إذ قد يصدق الاكراه مع عدم الوصول إلى حد الاضطرار، بأن يكون التفصّي ممكناً بغير الطرق المعتادة، ولا يبعد أن يكون المراد من حديث الرفع أيضاً الأعم من الواصل إلى حد الاضطرار وعدمه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه بوجهين، أحدهما ما ذكره المصنّف، والثاني أوسع دائرة الاكراه، فتدبّر.

٧٦- قوله ﷺ: (حيث استدلوأ... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت أن استدلالهم في غير محله.

٧٧- قوله ﷺ: (وخصوص ما ورد... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أن مورد خبر طلاق المداراة صورة تحقق الاكراه فراجع، فهو داخل في عداد سائر أخبار الاكراه الواردة في الطلاق، وليس ههنا خبر يدل على بطلان الطلاق المداراتي مع فرض عدم الاكراه؛ حتى يكون دليلاً على أن وجه البطلان عدم طيب النفس، فتدبّر.

٧٨- قوله ﷺ: (لأنّ المناط في رفع... الخ)^(٤).

أقول: بل التحقيق أن المناط في المقامين صدق الاكراه، ولكنه يختلف بالنسبة إليهما، كما أنه لا يبعد اختلاف الصدق بحسب أفراد التكليفات والوضعيات أيضاً، والمناط في الاختلاف عظم شأن المعاملة وعدمه، وكذا عظم شأن الواجب أو الحرام وعدمه، فقد يصدق الاكراه بايعاد ضرر على ترك الكذب، ولا يصدق بايعاده على ترك الزنا، وقد يوجب امكان التفصّي بوجه بعيد منافياً لصدق الاكراه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١٩.

على الزنا مثلاً، ولا يعد منافياً بالنسبة إلى الاكراه على صغيرة وهكذا، فتدبر.

٧٩- قوله ﷺ: (ومن هنا لم يتأمل أحد... الخ)^(١).

أقول: عدم الفرق بين أحد المحرمين وإحدى المعاملتين في كون كل من الفردين مكرهاً عليه إذا كان الاكراه على إحداهما من الواضحات، والاستشكال في الثاني أو الفتوى بصحته من جهة أن الخصوصية إنما هي بطيب النفس في غير محله، بل معلوم الفساد، فلا بد من توجيه فتوى القواعد بما يخرجها عن معلومية الفساد، وحيثُ قد فاستشهاد المصنف - بهذا الفرق على ما ذكره مما لا كراهة - فيه كما لا يخفى.

٨٠- قوله ﷺ: (نعم هذا الفرد مختار فيه... الخ)^(٢).

أقول: محصل الكلام أنه لو أكره أحد الفردين، أو على كلي تحته فردان أو أفراد فلا اشكال في كونه مكرهاً بالنسبة إلى القدر المشترك أو الكلي المفروض، فيرتفع الأثر المتعلق به، فلو أكرهه على شرب الخمر أو الماء يكون مكرهاً بالنسبة إلى أصل الشرب، فلو كان ناذراً أن لا يشرب شيئاً مثلاً لا يتعلق به حكم الحنث. وأما بالنسبة إلى الخصوصية فإن كان إحداهما مما لا أثر لها كالمثال المفروض، أو كان الاكراه فيها بحق، كما لو أكرهه على الانفاق على زوجته الواجب عليه أو طلاقها فلا يكون من الاكراه بالنسبة إلى ما له أثر، أو يكون الاكراه فيه بغير حق، ففي المثال يعاقب على شرب الخمر لأنه مختار فيه من حيث إنه مختار في عنوان هو ارتكاب المحرم، وفي مثال الطلاق يحكم بصحته لأنه مختار فيه.

وإن كان كل منهما مما له أثر كالاكراه على إحدى المعاملتين أو على شرب أحد المحرمين فهو مكره بالنسبة إلى كل منهما، إلا أن يكون لأحدهما خصوصية زائدة، بأن يكون أحد المحرمين مما له عنوانان، والآخر له عنوان واحد، كما إذا

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٠.

أكره على شرب أحد المايعين اللذين أحدهما نجس فقط، والآخر نجس مع كونه مال الغير مثلاً، فهو غير مكروه بالنسبة إلى التصرف في مال الغير وهكذا، وهذا واضح.

ويلحق بذلك ما إذا كان أحدهما أهم من الآخر كالإكراه على الكذب أو الزنا مثلاً، فإن الواجب حيثئذ اختيار الكذب، لكن هذا لا من جهة عدم صدق الإكراه، بل من جهة وجوب اختيار أقلهما مفسدة، كما في صورة الاضطرار إلى أحد المحرمين من دون وجود مكروه، فالترجيح في المقام عقلي، بخلاف الصورة السابقة فإن ما له عنوانان يكون أحد العنوانين فيه مختاراً فيه، فتدبر.

٨١- قوله ﷺ: (لو أكره على بيع ماله أو إيفاء... الخ) (١).

أقول: لعل من هذا القبيل ما في خبر محمد بن الحسن الأشعري قال: (كتب بعض موالينا إلى أبي جعفر عليه السلام معي أن امرأة عارفة أحدث زوجها فهرب من البلاء، فتبع الزوج بعض أهل المرأة، فقال إما طلقت وإما رددتك، فطلقها ومضى الرجل على وجهه، فما ترى للمرأة؟ فكتب بخطه تزوجي يرحمك الله) (٢) بحمله على ما إذا كان يجب عليه الرجوع، أو كان الغرض الرد لأخذ النفقة أو نحو ذلك، فتدبر.

٨٢- قوله ﷺ: (ثم إن أكره أحد الشخصين... الخ) (٣).

أقول: لا اشكال في ذلك إلا إذا فرض علم أحدهما بأن الآخر يفعله وإن فعله هذا أيضاً من جهة عدم اطلاعه على حال هذا، فإنه حيثئذ لا يكون مكروهاً؛ إذ له حيثئذ أن لا يفعل، هذا.

وأما لو فرض أنه يعلم أن الآخر يبادر إلى الفعل على فرض عدم مبادرته، بأن يكون خوفه أزيد من خوف هذا، فمن جهة ضعف قلبه يبادر إلى العقد مع عدم

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه، ح ٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢١.

مبادرة هذا، فالظاهر أن كلا منهما مكروه، فلو بادر هذا أيضاً يكون من الاكراه، وإن كان له أن يتفصى بترك المبادرة من جهة قوة قلبه، فتأمل.

ثم إنه لو كان وقت الفعل المكروه عليه موسعاً، بأن كان من قبيل الواجب الموسع فهل له المبادرة إلى الفعل قبل أن يتضيق؟ بمعنى أنه لو فعل يكون مكروهاً أو لا؟ بل لا بد من التأخير إلى الضيق، أو فرق في ذلك بين المحرمات والمعاملات، ففي المحرمات لا يجوز المبادرة، وفي المعاملات يحكم بالبطان مع المبادرة أيضاً.

التحقيق أن يقال: إن كانت المبادرة من جهة خوف عدم الامكان بعد ذلك والوقوع في الضرر المتوعد به فلا اشكال في جوازها، وإن علم أنه لا يفوت منه الفعل بعد ذلك أيضاً ويمكنه الاتيان به في آخر الوقت ودفع الضرر، فإن كان عالماً بأنه لا بد من ذلك، بمعنى أنه لا يحتمل مندوحة منه في التأخير فالظاهر جواز المبادرة أيضاً لصدق الاكراه حينئذ؛ إذ المفروض أن الفعل لا بد من صدوره منه، ولا يتفاوت الأول والأخر، وإن احتمل امكان التفصي بالتأخير فالظاهر عدم جواز المبادرة حينئذ.

والأقوى أنه مع العلم بعدم التفصي أيضاً لا يجوز المبادرة إذا كان من المحرمات، فلو طلب منه شرب الخمر في ظرف يوم كذا فلا يجوز له أن يشربها في أول ذلك اليوم؛ لأنه غير مضطر إلى شرب الخمر إلا في آخر ذلك اليوم، فتأمل. تنبيه: لو قال «بيع دارك أو دار زيد فضولاً» فباع داره، هل يكون اكراهياً أو لا؟ وجهان أقواهما عدم؛ لأن بيع دار زيد مما لا محذور فيه بالنسبة إليه؛ لأنه لا يعد تصرفاً في مال الغير؛ فيكون من قبيل ما لو قال «بيع دارك أو اشرب الماء المباح»، فتدبر.

٨٣- قوله ﷺ: (وهو داخل في عقد الفضولي... الخ)^(١).

أقول: فعلى هذا لو أكرهه على التوكيل في طلاق زوجته، فوكل غيره بطل، ولا

يصح بالاجازة أيضاً؛ لعدم جريان الفضولية في الطلاق.

ودعوى: أنه تكون الاجازة متعلقة بالتوكيل الذي هو قابل للفضولية لا بالطلاق، نعم لو أجاز الطلاق من دون أن يجيز الوكالة كان كما ذكر.

مدفوعة: بعدم الفرق؛ وذلك لأنَّ المناط عدم صحته موقوفة الطلاق على شرط متأخر، فلا فرق بين أن يكون ذلك من جهة توقفه على اجازته أو على اجازة عقد يكون صحة الطلاق موقوفة عليه، فتدبر.

٨٤- قوله ﷺ: (والأقوى هنا الصحة لأن... الخ) (١).

أقول: قد يستشكل في مثال الطلاق من جهة ما أشرنا إليه من عدم جريان الفضولية فيه، ومرجع المقام إليه؛ لأنَّ قوله «طلق زوجتي» راجع إلى توكيله في الطلاق، وإذا كان اكرهياً فتكون الوكالة غير متحققة، فيرجع إلى الطلاق الفضولي. وفيه: أن غاية الأمر بطلان الوكالة، وأما الاذن فلا يبطل لأنه موجود بالوجدان، وهو كافٍ، وإن شئت فقل إنَّ الفضولي الممنوع في الطلاق هو ما كان فيه الطلاق موقوفاً على شرط متأخر، وفي المقام ليس كذلك؛ لأنه على فرض الصحة لا يحتاج إلى شرط متأخر؛ لأنَّ المفروض حصول الرضا حين صدوره.

٨٥- قوله ﷺ: (إنما يرفع حكماً ثابتاً... الخ) (٢).

أقول: إن أراد أن المرفوع هو الحكم الذي عليه، لا الحكم الذي له؛ لأنه المناسب للامتنان، ففيه أن لازمه صحة الهبة فيما لو أكره على قبولها، فإنَّ ذلك نفع له لا ضرر عليه إذا كانت بلا عوض، وهكذا في كل ما كان من هذا القبيل. ودعوى: أن تملكه للمال قهراً عليه مخالف لغرضه، فيكون بهذا الاعتبار مما عليه لا محالة.

مدفوعة: بأن مثل هذا في المقام أيضاً موجود، فإنَّ صدور طلاق زوجة الغير أو تمليك ماله عنه قد يكون منافياً لغرضه؛ فلا بد أن يرتفع أثره بمقتضى رفع الاكراه،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٣.

وهذا هو التحقيق، فأنه لا يلزم أن يكون أثر الفعل الاكراهي ضرراً عليه، بل مجرد كونه منافياً لغرضه كافٍ في ذلك، فاكراهه على طلاق زوجة الغير أو بيع ماله أو نحو ذلك لا بد أن يكون مرفوعاً أيضاً، هذا.

مع أن دعوى لزوم كون الأثر مما عليه محل منع؛ إذ يمكن دعوى اطلاق دليل الرفع.

وإن أراد أن المرفوع هو الأثر المتعلق به، وأثر الطلاق في الفرض ليس متعلقاً به، بخلاف الاكراه على قبول الهبة ففيه منع ذلك، ولا دليل على هذا التقييد، بل مقتضى الامتنان أن لا يكون الفعل الاكراهي مؤثراً إذا كان الأثر مخالفاً لغرضه، سواء تعلق به أو بغيره.

فان قلت: سلمنا ذلك، لكن يمكن تتميم المطلب بوجه آخر، وهو أن يقال إن المعاملة الصادرة من المكره لها حيثيتان، فمن حيثية تكون فعلاً للمكره، ومن حيثية أخرى تكون فعلاً للمالك أو الزوج الموكلين، وكونها مرفوعة الأثر من الجهة الأولى لا ينافي كونها مؤثر من الثانية.

والحاصل: أنها من حيث إنها مكره عليها غير مؤثرة، ومن حيث إنها مرضي بها، وهو من جهة كونها صادرة عن الموكل مؤثرة.

قلت: سلمنا أن لهما جهتين، إلا أن الجهة الثانية تابعة للأولى؛ إذ كونهما فعلاً للموكل من حيث إن العاقد آلة له، ويمنزلة لسانه، وإذا كان مكرهاً وحكم بعدم الأثر لها بهذا اللحاظ فيبطل كونه آلة ولساناً للموكل، وهذا واضح.

٨٦- قوله ﷺ: (ومما يؤيد ما ذكرنا... الخ)^(١).

أقول: محصله أن مقتضى صحة البيع بلحوق الرضا كون المناط هو الرضا بمضمون العقد، وإن كان صدور الصيغة عن كره، وذلك لأن الاجازة لا توجب انقلاب الكره في صدور الصيغة إلى الرضا بها، والرضا بالمضمون حاصل في المقام أيضاً؛ إذ المفروض أن من له العقد راضٍ بذلك، بل هو أولى من الاجازة

لسبق الرضا في المقام ومقارنته للصدور، بخلافه في الاجازة.

قلت: ويؤيد ذلك أنه لو فرض كون الاكراه على التلطف بالصيغة وإن كان بلا قصد للبيع فأوقعها بقصد البيع يكون صحيحاً، ولا يضره الاكراه في إجراء الصيغة، فهذا كاشف عن أن صدورها عن كره لا يضر بعد كون المضمون مرضياً به، هذا. ولكن يمكن أن يقال: إن الاجازة وإن لم توجب انقلاب ما وقع عما عليه من الأول إلا أنها موجبة لانقلابه من هذا الحين، بجعله كأنه صدر عن رضا، فيمكن منع كفاية مجرد الرضا بالمضمون.

وأما ما ذكرنا من التأييد فيمكن أن يقال بالفرق بين المفروض والمقام؛ إذ فيه ليس عنوان البيع مكرهاً عليه، بخلاف المقام، فتدبر، وسيأتي تمتة الكلام^(١).

٨٧- قوله ﷺ: (مع انه يمكن اجراء... الخ)^(٢).

أقول: وذلك بدعوى أن المناط في ظهور القصد كون الفعل اختيارياً في مقابل الاضطرار بمعنى مثل حركة المرتعش، ألا ترى أنه لو أكرهه على شرب الماء فشرب يحمل ذلك منه على كونه قاصداً إلى الشرب، لا أنه وقع منه بلا قصد، فكذا إذا تكلم بكلام اكرهاً يحمل على كونه قاصداً لمضمونه.

إلا أن يقال فرق بين مثل ذلك الشرب وما نحن فيه، فإن فيه لا يمكنه أن لا يقصد إذا كان ملتفتاً غير غافل، بخلاف المقام فإنه يمكن أن لا يقصد المعنى على فرض عدم الغفلة أيضاً، وبعبارة أخرى الجاري في مثال الشرب أصالة عدم الغفلة، وإلا فالقصد على فرض الالتفات معلوم؛ لعدم امكان عدمه، والمقصود في المقام اجراء أصالة القصد، ولا ينفع اجراء أصالة عدم الغفلة، ولعله إلى هذا أشار بقوله «فتأمل».

(١) تعليقة ٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٣.

□ فرع: الاكراه على بيع عبد من عبيدين

٨٨- قوله ﷺ: (مع احتمال الرجوع... الخ) (١).

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال؛ إذ من المعلوم أنه يرتفع عنه لسان المكره، ويندفع عنه ضرره بالبيع الأول لحصول مقصده؛ فلا وجه لكون الثاني مكرهاً عليه أصلاً، وحيثُذِ فلو فرض كون قصده امثال أمر المكره بالبيع الثاني، وأنه أوقع الأول عن الرضا يكون الأول أيضاً صحيحاً؛ لأن الزام المكره وإن كان متحققاً حينه، لكن لم يوقعه على وجه الاكراه، فيكون كلا البيعين صحيحاً، أما الأول فلغرض الرضا، وأما الثاني فلعدم بقاء الاكراه حينه، بل لو علمنا أنه أوقع الثاني على وجه الكره وجعله مصداق ما طلبه المكره لم نحكم ببطلانه بناءً على ما حققنا من كون بطلان البيع الاكراهي من جهة خصوص حديث الرفع ونحوه.

نعم، بناءً على مختار المصنف ﷺ من كون المناط عدم الطيب يلزم الحكم ببطلانه وإن لم يصدق عنوان الاكراه؛ لفقد الشرط - الذي هو الرضا - لكنك عرفت سابقاً (٢) أن الطيب الثانوي التبعية كافٍ في الصحة لولا دليل الاكراه، وهو حاصل في بيع المكره، فتدبر.

٨٩- قوله ﷺ: (وبطلان الجميع... الخ) (٣).

أقول: يحتمل الحكم بصحة أحدهما والتعيين بالقرعة، لكن المتعين الحكم بصحة الجميع؛ وذلك لأن بيعهما معاً دفعةً مع كون الاكراه على أحدهما يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحدهما، ومعه لا يؤثر الاكراه شيئاً؛ لأن المفروض أن ما ألزمه المكره - وهو بيع أحدهما غير معين - نفس ما هو راضٍ به؛ فلا يكون اكراهاً على ما لا يرضاه.

والحاصل: أن الاكراه إنمّا يتحقق فيما لم يكن الملزم به مرضياً به، وفي المقام

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٤.

(٢) تعلية ٤٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٤.

ليس كذلك، فوجود الالتزام من المكره كعدمه.

إلا أن يقال: غاية ما يكون اجتماع سببين مستقلين على مسبب واحد؛ لأن المفروض أن الزام المكره حاصل، وضرره على فرض الترك واقع، وهو سبب مستقل في اختيار الفعل، كما أن رضاه أيضاً حاصل، فإذا وقع العقد يكون مسنداً إليهما، فكما أنه مستند إلى الرضا كذلك مستند إلى الاكراه أيضاً.

وفيه أولاً: أنا نمنع صدق الاكراه؛ إذ يعتبر في تحقق موضوعه عدم طيب النفس، والمفروض وجوده، فليس المقام من قبيل اجتماع داعيين وتحقيق عنوانين كما في الغسل بداعي القرية والتبريد، فإن في المقام تحقق أحد العنوانين موقوف على عدم الآخر؛ وذلك لأن تحقق الاكراه فرع عدم تحقق الرضا، بخلاف داعي القرية وداعي التبريد فإنهما غير متنافيين، فيمكن أن يقال إن الفعل صدر لله وصدر للتبريد لوجود الجهتين.

وثانياً: - على فرض صدق العنوانين - نقول مقتضى القاعدة الصحة؛ لأن غاية ما هناك أن المعاملة الاكراهية لا تقتضي ترتب الأثر، فلا تنافي لزوم ترتبه من جهة صدق كونه عن رضا أيضاً؛ وذلك لأنهما من قبيل المتقضي واللامقتضي، ولا منافاة بينهما، وأن المنافاة بين المقتضي للترتب والمقتضي لعدمه، وليس عنوان الاكراه من قبيل المقتضي للعدم فيما نحن فيه، نظير اجتماع داعي القرية مع داعي التبريد، لا من قبيل داعي القرية وداعي الرياء؛ حيث إن ضميمته التبريد غير مضرة، فمع صدق كون العمل بداعي أمر الله يحكم بالصحة، وإن صدق كونه بداعي التبريد أيضاً.

وأما ضميمته الرياء فهي منافية للصحة، ولا يكفي مجرد صدق داعي الأمر؛ لأنه يعتبر فيه مضافاً إلى ذلك الخلو عن الشرك، فكما أن داعي القرية مقتضى للصحة، فداعي الرياء مقتضى للعدم، فهما متنافيان من حيث الأثر، بخلاف الضمائم الأخر فإنها إنما تضر من جهة عدم صدق داعي الأمر، وإلا فهي ليست مانعة في حد نفسها، فمع فرض الصدق يحكم بالصحة وإن صدق العنوان الآخر

أيضاً، ولهذا نقول إن اختيار الفرد بداعي الرياء مبطل، بخلاف اختياره بداعي التبرّد أو نحوه.

والحاصل: أنه يعتبر في صحة العمل القربة والخلوص عن الرياء، لا الخلوص عن الاعراض الآخر أيضاً، فبمجرد صدق الرياء يبطل العمل وإن كان داعي القربة مستقلاً أيضاً؛ وذلك من جهة الأخبار الدالة على أن من عمل لله ولغيره تركه لغيره، وبالجمله فحال الاكراه حال سائر الضمانم في مسألة القربة، هذا.

والتحقيق: ما ذكرناه أولاً من عدم صدق الاكراه مع فرض وجود طيب النفس وإن كان الاكراه - بمعنى أمر الغير وإلزامه به وتوعيده الضرر - أيضاً موجوداً؛ لما عرفت من أن تحقق موضوعه مشروط بعدم طيب النفس، فتدبر.

٩٠ - قوله ﷺ: (مع عدم الامارات نظر... الخ)^(١).

أقول: ومن ذلك يعلم حال مسألة التنازع في الاكراه وعدمه كلية، فإن مقتضى الأصل الحكم بالصحة وعدم الاكراه في كل مقام شك فيه، إلا إذا كانت الامارات موجودة فحيثئذ يقدم قول مدعي الفساد، فتدبر.

٩١ - قوله ﷺ: (وعدم جواز حمل الفرع... الخ)^(٢).

أقول: يمكن حمله على هذا الوجه لكن بأدنى تغيير، وهو أن يقال إن مراده ما إذا رضي المكروه بعد حصول الاكراه، وأوقع الطلاق عن طيب نفسه مع وجود سبب الاكراه أيضاً، بأن يكون فاعلاً للفعل على فرض عدم الرضا أيضاً من جهة وجود سبب الاكراه، بأن لم يكن بانياً على تحمّل الضرر المتوعّد به؛ فيكون صدور الفعل منه لوجود داعيين، داعي الاكراه وداعي الرضا، مع كون كل منهما مستقلاً لولا الآخر، وحيثئذ فوجه اقرية الصحة ما ذكرناه آنفاً من عدم تحقق عنوان الاكراه مع وجود طيب النفس، فيكون صدور الفعل مستنداً إلى الرضا، لا إلى الاكراه وإن وجد سببه أيضاً.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٧.

ووجه الاحتمال الآخر صدق كون الفعل عن اكراه أيضاً، بل المفروض أسقية سببه؛ حيث إنّه من أول الأمر لم يكن راضياً، بل رضئ بعد ذلك، خصوصاً مع كون المفروض أن سبب وجود الرضا حصول الاكراه، بمعنى أنّه الباعث على حصول الطيب وحدوثه، والفعل حيثئذٍ وإن كان صادراً عن الرضا إلا أنّه يسند إلى أسبق السببين عرفاً.

لكن التحقيق هو الوجه الأول؛ لما عرفت من عدم تحقق عنوان الاكراه مع فرض وجود الطيب، فليس من قبيل اجتماع السببين وداعيين، وحيثئذٍ فنمنع اسناد العرف إلى الاكراه من جهة كونه أسبق السببين؛ لأنّ المفروض عدم تحققه مع وجود الآخر، بل يسند إلى السبب القريب، وهو داعي الرضا.

وبالجملة: فيحتمل قريباً حمل كلام العلامة على ذلك، ويمكن حمله على الوجه الثاني الذي ذكره المصنّف رحمه الله بقوله (وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع... الخ). وحاصله أن يكون كل من الاكراه وداعي الرضا جزءاً من سبب صدور الفعل؛ بحيث لولا الرضا لم يكن الاكراه كافياً في الصدور، ولو لم يكن الاكراه لم يكن الرضا وميل النفس كافياً فيه، وكون المجموع من حيث المجموع علّة وباعثاً على صدور الفعل، وحيثئذٍ فوجه الصحة صدق كون الفعل عن الرضا وإن كان تحققه بعد وجود أمر آخر من إلزام الغير، ووجه الفساد مدخلية الاكراه أيضاً في الصدور، والأقوى الأول على هذا الوجه أيضاً.

والانصاف أنّه لا محمل للفرع المزبور إلا أحد هذين الوجهين، ويتم معهما أقربية الصحة حسبما عرفت.

نعم، يبقى هنا شيء: وهو أن لازم ما ذكرنا من صحة المعاملة في الوجهين الحكم بالحرمة إذا فرض كون الاكراه على المحرم كذلك، بأن يكون طيب النفس بالفعل مع وجود سبب الاكراه، ولا يمكن الالتزام به، فإنّ الظاهر أنّه لو أكرهه على شرب الخمر فشربه بطيب نفسه لا يكون أثماً.

ويمكن أن يقال: إن الفرق بين المحرمات والمعاملات أن في الأولى يكفي

وجود سبب الاكراه في رفع الحرمة، من جهة أنَّ ملاكه تحقق العذر ووجود السبب كافٍ فيه؛ ولذا لا يمكن الحكم بوجوب الاجتناب مع وجود الاكراه أو الاضطرار، ومجرد طيب نفسه وميله إلى الفعل لا يكون حراماً.

والحاصل: أنَّ الاضطرار - بمعنى وجود سببه - كافٍ في العذر، بخلاف الثانية فإنَّ مجرد وجود^(١) السبب لا يكفي فيه، بل المناط صدورها عن ميل النفس وعدمه، فتدبر.

٩٢ - قوله ﷺ: (وإن كان الداعي هو الاكراه... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أنَّ ذكر هذا القسم غير مناسب في المقام؛ إذ لا يمكن أنَّ يجعل محملاً للفرع المذكور في كلام العلامة، بل المناسب ذكره في مقام بيان مناط صدق الاكراه، وأنَّ اللازم أنَّ يكون الضرر الحاصل من الترك هو ما توعده به المَكْرَه، أو يكفي مطلق الضرر، وهل الضرر الوارد على بعض المؤمنين وإنَّ لم يكونوا متعلقين بالمكروه كافٍ أو لا؟ وهل يكفي مجرد الخوف من الوقوع في المعصية أو لا؟ فتدبر.

٩٣ - قوله ﷺ: (والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو... الخ)^(٣).

أقول: يظهر منه ﷺ أنَّ محمل كلام العلامة إحدى هاتين، وقد عرفت من بياناتنا السابقة أنَّ موضوع أصل البحث في المقام هو هاتان الصورتان فلا ينبغي التأمل في لحوق حكم الاكراه لهما؛ إذ مع عدم توطين النفس على الفعل لا يصدق أنَّه صدر منه الفعل مكرهاً؛ لأنَّه يرجع إلى عدم قصد عنوان البيع أو الطلاق، ومعه يكون البطلان من جهته، لا من جهة أدلة الاكراه؛ ولذا قلنا إنَّ في الاكراه الرضا التبعية الثانوي.

الحاصل: إنَّما المفقود هو الرضا في الرتبة الأولى، ومناط صحة المعاملة هو

(١) وفي نسخة «ب» وجوب، بدل وجود.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٧.

الأول، وأن بطلان المعاملة الاكراهية من جهة التعبد، لا من جهة فقد الشرط، وحاصل مفاد الأدلة حيثنذ أن الرضا التبعي إذا كان من جهة الاكراه لا يكفي في صحة المعاملة، بل لا بد إما من الرضا الأولي أو الثانوي الناشئ من غير الاكراه، فتدبر.

٩٤ - قوله ﷺ: (خالية عن الشاهد... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأن دليل اعتبار الرضا في العقود هو الاجماع، وقوله (لا يحل)، وقوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾، وأدلة الاكراه.

والأول لبي مجمل، والقدر المتيقن منه مطلق الرضا أعم من المقارن واللاحق، بل وكذا حكم العقل باعتباره؛ إذ هو أيضاً لا يعتبر أزيد من ذلك. والثاني أيضاً لا إشارة فيه إلى المقارنة، مع أن مقتضاه توقف الحلية على مجيء الرضا، ونحن لا نحكم بها إلا بعده.

وأما الآية فسيأتي عدم دلالتها على الحصر، فغايتها جواز الأكل مع التجارة عن تراضٍ، وأما عدم الجواز في غير هذه الصورة فلا دلالة لها. وأما أخبار الاكراه فسيأتي ما فيها أيضاً، قلت سيتضح حال الآية والأخبار إن شاء الله.

٩٥ - قوله ﷺ: (ومدقوعة بالاطلاقات... الخ)^(٢).

أقول: يمكن دعوى انصرافها إلى صورة مقارنة الرضا، بل هي قريبة جداً، فمع فرض عدم دلالة أدلة الرضا على اعتبار المقارنة أيضاً يتم المطلب من جهة عدم الدليل على الصحة، فتدبر.

٩٦ - قوله ﷺ: (عدم كون عقد الفضولي عقداً... الخ)^(٣).

أقول: وحيثنذ فلا بد من دعوى كون صحة الفضولي على خلاف القاعدة من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

جهة الأخبار الخاصة.

٩٧ - قوله ﷺ: (وكون إكراهه على العقد... الخ)^(١).

أقول: كون ذلك تعدياً مما لا بد منه على كل حال، سواء قلنا بعدم صدق العقد عليه أو قلنا به، وذلك لأن الرضا أيضاً شرط، فالتعدي من جهته لازمة، وبعبارة أخرى صحة عقد المكره بحق على خلاف القاعدة، إما من جهة أنه ليس بعقد، وإما من جهة أنه فاقد للشرط، ولا فرق بين الأمرين.

نعم التحقيق: أن الصديق متحقق، والغرض أن الالتزام باللازم المذكور مما لا مانع منه، فليس هذا مؤيداً؛ إذ فساد اللازم ممنوع، وإن كان أصل المطلب حقاً، ثم مما يلزم على هذا الوجه بطلان عقد الوكيل المكره إذا كان المالك راضياً، والالتزام به أيضاً مما لا مانع منه، فتدبر.

٩٨ - قوله ﷺ: (ويؤيده فحوى صحة الفضولي... الخ)^(٢).

أقول: إذا قلنا إن صحة الفضولي على خلاف القاعدة من جهة الأخبار الخاصة فلا وجه للأخذ بالفحوى المذكورة؛ إذ هي ليست ظنية، فضلاً عن كونها قطعية، مع أن الظن إذا سلمنا حصوله إنما يثمر إذا كان من اللفظ، وليس في المقام كذلك. نعم، إذا قلنا بكون صحة الفضولي على طبق القاعدة فكون عقد المكره كذلك أولى، لكن مع الاغماض عما يأتي من دلالة أدلة الإكراه على البطلان؛ وذلك لأن ظاهر الأدلة وجوب الوفاء بالنسبة إلى كل من عقد على ماله، وهو متحقق في الإكراه، فإن المالك هو العاقد فيشملة قوله ﴿أوفوا بالعقود﴾ أي بعقودكم الصادرة منكم، بخلاف الفضولي، فمقتضى القاعدة مع قطع النظر عن دليل الرضا، أو القول بأنه لا يظهر منه اعتبار المقارنة، بل يكفي مطلقه لزوم بيع المكره، بخلاف الفضولي إذ ليس عقداً للمالك قبل الرضا ولا بعده؛ لأن مجرد الرضا المتأخر لا يجعل العقد عقداً للمالك.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

فان قلت: لا فرق بينه وبين عقد الوكيل والولي.
قلت: بالاذن السابق يمكن اسناد الفعل إليه عرفاً؛ لأنَّ المأذون أو الولي آلة له، بخلاف الاذن اللاحق، هذا كله بناءً على ما هو التحقيق من أنَّ معنى قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أوفوا بعقودكم.
 وأما إذا كان معناه أوفوا بكل عقد صادر من كل أحد فهو أيضاً منصرف عن عقد الفضولي، بخلاف المكره حيث إنه صدر منه عقد مع القصد، غاية الأمر فقد طيب النفس فإذا لحقه تمُّ، فتدبر.

٩٩- قوله ﷺ: (خلاف المقطوع... الخ)^(١).
أقول: بل قد عرفت أنَّ كلام الشهيد أيضاً كالصریح في خلافه، فإنَّ مراده من النية الرضا، وكذا العلامة، فلا تغفل.

١٠٠- قوله ﷺ: (ضعف وجه التأمل... الخ)^(٢).
أقول: بل في المستند^(٣) الفتوى بعدم الصحة، وهو الحق لما يأتي من تمامية أدلة الاكراه في الدلالة على البطلان، والحكومة على الاطلاقات.

١٠١- قوله ﷺ: (ومنقطع غير مفرغ... الخ)^(٤).
أقول: ظاهر العبارة أنَّ المستثنى المنقطع قد يكون مفرغاً، ويكون حيثث مفيداً للحصر، مع أنَّه إذا كان مفرغاً يكون متصلاً لا منقطعاً، مثلاً إذا قال «ما جائي إلا حمار» يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار أيضاً؛ إذ لا داعي إلى تقدير لفظ القوم حيثث، إلا أن يكون هناك قرينة على ذلك، لكن على هذا لا فرق بينه وبين غير المفرغ في عدم إفادة الحصر؛ إذ المناط فيه الانقطاع لا التفرغ وعدمه كما هو واضح، هذا.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٠.

(٣) مستند الشيعة ١٤: ٢٦٧.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

ويمكن أن يقال: إن القيد توضيحي لا احترازي، يعني أن المستثنى منقطع وغير مفرغ، يعني أن هذا القسم من المنقطع، وإن كان المناط مطلق الانقطاع، ويمكن على بعد بحسب العبارة وإن كان قريباً بحسب المطلب أن يكون المراد أن الاستثناء منقطع غير متصل مفرغ، يعني ليس بمتصل مفرغ، فلا يفيد الحصر، نعم لو جعل متصلاً مفرغاً أفاده.

ثم أقول: إن ما ذكره من عدم إفادة المستثنى المنقطع للحصر مبني على أن يكون «إلا» فيه بمعنى لكن؛ ليكون بمنزلة جملتين مستقلتين، ويمكن منع ذلك بدعوى أن «إلا» فيه للاستثناء والخراج، وأن المراد من القوم في قول «ما جاني القوم إلا حمار» القوم ومن يرتبط ويتعلق بهم، وعلى هذا فيكون جميع المنقطعات راجعة إلى المتصل في اللب، ويكون حيثُ أبلغ في إفادة الحصر كما لا يخفى.

ويؤيد ما ذكرنا أنه لو كانت «إلا» بمعنى لكن لجاز أن يقال «ما جاني زيد إلا عمرو» مع أن الظاهر عدم جوازه، وأيضاً الظاهر أنه لا يستعمل المنقطع إلا فيما إذا كان المستثنى مربوطاً بالمستثنى منه، فلا يقال «ما جاني القوم إلا حماراً» إذا كان الحمار مما لا يتعلق بذلك القوم أصلاً.

والانصاف أن ما احتملنا قريب جداً، ولم أرَ من ذكره من النحويين، لكن لم أراجع كلامهم، نعم راجعت ابن الناظم وكلامه كالصريح فيما ذكرت، حيث قال (وأما الاستثناء المنقطع فهو الخراج بالآ أو غير أو بيد لما دخلت في حكم دلالة المفهوم... إلى أن قال: وقولي «في حكم دلالة» مخرج للاستثناء المتصل، فإنه اخراج لما دخل في حكم دلالة المنطوق، والاستثناء المنقطع أكثر ما يأتي مستثناه مفرداً وقد يأتي جملة.

وذكر من أمثله للمفرد قوله عز وجل ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾^(١) فإنه مخرج مما أفهمه ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من المؤاخذة على نكاح ما نكح الآباء، كأنه قيل ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء فتؤاخذون به إلا

ما قد سلف، ومنه قوله تعالى ﴿ ما لهم به من علم إلا اتباع الظن ﴾^(١) أي ما لهم به من علم ولا غيره إلا اتباع الظن، وقوله تعالى ﴿ لا عاصم اليوم من أمر الله إلا من رحم ﴾^(٢) أي لا عاصم لأحد إلا لمن رحمه الله، ومنه قوله «ما زاد إلا ما نقص» و«ما نفع إلا ما ضر» و«ما في الأرض أحيث منه إلا إيّاه» و«جاء الصالحون إلا الطالحين» فالمعنى ما عرض له عارض إلا النقص، وما أفاد شيئاً إلا ضرراً، وما يليق خبثه بأحد إلا إيّاه، وجاء الصالحون وغيرهم إلا الطالحين.

ومن أمثلة الجملة قولهم «والله لأفعلن كذا وكذا إلا حل ذلك أن أفعل كذا وكذا» تقدير الإخراج في هذا أن يجعل قوله لأفعلن بمنزلة لا أرى لهذا العقد مبطلاً إلا فعل كذا^(٣).

وعليك بمراجعة كتب النحو وموارد استعمال المستثنى المنقطع في كلمات العرب فلعلك تظفر بمن يقول بذلك غير ابن النازم أيضاً، أو لعلك تظفر على ما يحقق ما ذكرنا بملاحظة التزامهم بعدم الاستعمال إلا في موضع يكون المستثنى من المرتبطات بالمستثنى منه، فتدبر.

ثم إن كون الاستثناء في الآية منقطعاً إنما هو إذا كان المراد من الباطل الباطل العرفي، فإن التجارة عن تراض حيث لا يبطل عرفاً، سواء جعل المستثنى منه الباطل، أو الأموال المقيدة به، أو أكل الأموال المقيدة به.

ويمكن أن يقال: إنه متصل، بدعوى أن المراد به هو الباطل الشرعي، والغرض بيان كون كل أكل باطلاً إلا التجارة عن تراض؛ فيكون المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه؛ فإن كل وجه باطل إلا التجارة عن تراض، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، فهو نظير قولك «لا تعبد غير الله شركاً» فإنه في قوة قولك «لا تعبد غير الله فإنه شرك» وكقولك «لا تفعل كذا عبثاً» فإن المراد ببيان عبثيته، أي لا تفعل فإنه عبث، وليس الغرض أن هذا الفعل قد يكون عبثاً وقد لا يكون، بمعنى

(١) النساء، الآية: ١٥٧.

(٢) هود، الآية: ٤٣.

(٣) شرح الفية بن مالك: ١١٤.

أنه يمكن اتبانه على الوجهين، والمأمور به هو الفرد الذي ليس بعث؛ ليكون القيد احترازياً، وأشياء ذلك كثيرة.

ويؤيد ما ذكرنا أن ظهور الآية في الحصر مما لا يمكن انكاره، فهذا كاشف عن كون الاستثناء على الوجه الذي ذكرنا، فتدبر.

١٠٢ - قوله ﷺ: (ودعوى وقوعه... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن ظاهر القيد الاحتراز وحمله على التوضيح وتنزيله على الغالب على خلاف القاعدة؛ فلا يبعد دعوى ظهور الاحترازية في المقام، فتدبر.

١٠٣ - قوله ﷺ: (وأما حديث الرفع... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أن العمدية في المقام هو الجواب عن هذا، وإلا فالوجه المقدمة كلها مخدوشة كما عرفت إلا آية التجارة، وهي أيضاً بناءً على إفادتها الحصر كما هو الظاهر غير نافعة، وكذا كل ما دلّ على اعتبار مقارنة الرضا؛ وذلك لما عرفت من أن المراد بالرضا المعبر في المعاملات المعنى الموجود في بيع المكروه أيضاً؛ لأن المراد هو الطيب العقلاني ولو كان مع الكراهة الطبيعية، لا الرضا الطبيعي الواقع في الرتبة الأولى، ولذا قلنا إن بطلان بيع المكروه من جهة خصوص أخبار الاكراه، وإلا فبمقتضى القاعدة لا فرق بينه وبين بيع المضطر حسبما عرفت^(٣) مفصلاً.

وحيثذ فاللازم دفع الاشكال من جهة دلالة حديث الرفع وغيره على أن المعاملة الاكراهية لا يترتب عليها الأثر ولو مع الاجازة، والانصاف عدم تمامية ما ذكره المصنف من الجوابين كما سيتضح.

ثم إن المصنف ﷺ لم يتعرض للجواب عن النقض بالهازل، ولعله لوضوحه؛ من حيث إن عقد الهازل لا يعدّ عقداً حقيقة وإن كان قاصداً للأنشاء؛ لأنه عقد

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

(٣) تعلية ٤٩.

صوري، وإلا فالغرض ليس إيقاع المعاهدة والمعاقدة، نظير الاخبار الهزلي، مع أنه على فرض الصدق لا ينصرف إليه الأدلة كما هو واضح، وهذا بخلاف بيع المكره، فتدبر.

١٠٤ - قوله ﷺ: (وهذا حق له لا عليه... الخ)^(١).

أقول: أولاً: لا نسلم اختصاص المرفوع بما عليه؛ لما عرفت من أنه يكفي عدم تعلّق غرضه بإيجاد المعاملة أو غيرها، ويكون ما أوقعه مما هو مكروه له بحكم عدم، وإذا كانت بحكم عدم فلا فرق.

وثانياً: لو سلّمنا ذلك فأنما يتم في الحق الذي كان ثابتاً لولا الاكراه؛ حتى يصح أن يقال ببقائه بعد ارتفاع غيره من الآثار التي عليه لا له.

والحق فيما نحن فيه ليس كذلك؛ إذ لم يكن ثابتاً لولا الاكراه؛ إذ ليس من آثار العقد مع قطع النظر عن الاكراه الموقوف على الاجازة ليقال إن الحديث لا يدل على رفعه، فتدبر.

١٠٥ - قوله ﷺ: (وهذا إلزام لغيره... الخ)^(٢).

أقول: يمكن منع اختصاص المرفوع بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار، ألا ترى أنه لو فرض تعلّق تكليف بالغير على فرض إيجاد شخص لفعل ففعله عن اكراه لا يترتب عليه ذلك التكليف وإن كان متعلقاً بغيره.

والحاصل: أن المرفوع مطلق آثار الفعل، من غير فرق بين ما يتعلّق بالفاعل وبغيره، فتدبر.

١٠٦ - قوله ﷺ: (فهو من توابع... الخ)^(٣).

أقول: هذا حسن متين بناءً على اختصاص المرفوع بغير ما له من الحق.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

١٠٧ - قوله ﷺ: (وكذلك على القول بالكشف... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأنه وإن كان يمكن أن يقال إن التأثير إذا كان من حين العقد يلزم كون العقد المكره عليه مؤثراً بالنسبة إلى النقل والانتقال - الذي هو أثر على المكرم إلا أنه لما كان بعد تحقق الرضا بشرطه فلا يكون إلا للمجموع، غاية الأمر أن أثر الرضا تقدم عليه؛ لكونه من الشرط المتأخر.

نعم، لو كان من باب الكشف الحقيقي، بحيث لم يكن للرضا دخل في النقل أصلاً - بل كان كاشفاً محضاً - كان الاشكال وارداً، ولكنه ليس كذلك قطعاً.

١٠٨ - قوله ﷺ: (لأن أثر العقد الصادر... الخ)^(٢).

أقول: حاصله أن ما كان من الأثر ثابتاً للعقد لولا الاكراه مرفوع بحكم الحديث، وهو النقل والانتقال وغيره لم يكن متحققاً لولاه ليرتفع به، بل إنما يأتي من قبل تبدل العقد إلى عقد آخر، يكون هذا العقد الواقع جزءاً له، وهو المجموع من هذا العقد والرضا اللاحق، فالمرتفع هو التأثير التام، والباقي هو التأثير الناقص، وهذا إنما يتحقق بعد الاكراه وبوصفه ولم يكن ثابتاً قبل ذلك؛ لأن العقد لم يكن جزءاً لولا الاكراه، بل كان تمام السبب، وإنما يصير جزءاً بشرط تحقق الاكراه، ومثل هذا لا يمكن رفعه، إما لأنه لم يكن ثابتاً، وإما لما ذكره المصنف ﷺ من كونه بشرط الاكراه، وقد تقرر في محله أن المرفوع من المذكورات في الحديث ما كان ثابتاً بالفعل من حيث هو مع قطع النظر عن أحد هذه الأوصاف وأضدادها، ففي النسيان المرفوع ما كان ثابتاً لا بقيد الذكر ولا النسيان، وأما ما كان بقيد الذكر أو بقيد النسيان فلا يكون مرفوعاً بهذا الحديث، وكذا فيما استكرهوا عليه، ما كان بقيد الرضا أو كان بقيد الاكراه لا يكون مرفوعاً، هذا.

ولكن هذا البيان إنما يتم على مختارنا من كون العقد الاكراهي عقداً تاماً واجداً لجميع الشرائط حتى الرضا في الرتبة الثانية، الذي هو الشرط في الصحة، وأن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٢.

البطلان إنما يجيء من جهة أخبار الإكراه تعبدًا، لا من جهة فقد الشرط - الذي هو الرضا -؛ إذ حيثُذ يمكن دعوى أنَّ العقد الواقع كان سبباً مستقلاً لولا الإكراه، وهذه السببية مرتفعة بحكم الحديث، والجزئية للعقد الآخر لم تكن ثابتة من الأول لولا الإكراه حتى ترتفع به.

وأما على مختار المصنّف رحمته من كونه فاقداً للشرط - وهو الرضا - فلا يمكن أن يقال إنه لولا الإكراه كان سبباً مستقلاً، فإنَّ السبب حيثُذ هو المجموع منه ومن الرضا، ولولا الإكراه كان التأثير مستنداً إلى العقد والرضا، غايته أنَّ الإكراه مانع عن وجود الشرط، ومع فرض عدمه يوجد الشرط، وإلا فلا يكون التأثير إلا للمجموع، فلا يصح أن يقال إنَّ أثر العقد الواقع كان هو التأثير التام لولا الإكراه، والمصنّف معترف بذلك بعد ذلك، فلعله في هذا المقام أغمض عن إعتبار الرضا وتكلم على فرض عدم تقيد الاطلاقات به.

وكيف كان فيرد عليه أنَّ ثبوت الجزئية له بوصف الإكراه إنَّ أريد به ثبوتها شرعاً فعلاً فهو ممنوع، وإنَّ أريد به ثبوتها شأنًا - بمعنى امكان أن يجعله جزءاً لعقد آخر - فهو غير نافع، والجزئية العقلية غير كافية؛ لأنَّ حاصلها أنَّه لو ضم إليه الرضا يكون المجموع مشتملاً على الجزئين، ومركباً منه ومن الرضا، لكن مجرد هذا لا ينفع في الصحة، إذ مع فرض البطلان أيضاً يصح أن يقال إنَّ العقد جزء المجموع منه ومن الرضا.

والحاصل: أنَّ الذي لا يمكن ارتفاعه كون هذا العقد جزءً من مجموع، هو هذا والرضا، لكن هذا المجموع مؤثر أو لا فلم يثبت بهذا، وما ذكر من أنَّ حديث الرفع لا يرفع الآثار الثابتة بقيد الإكراه إنما هو فيما لو جعل الشارع الإكراه أو الفعل المقيد به موضوعاً لحكم، كأنَّ يقول «إنَّ أتى بفعل كذا مكرهاً فكذا» وليس المقام كذلك، وإنَّما هو مجرد اعتبار عقلي من عند أنفسنا، وإلا فليس في لسان الشارع من هذا عين ولا أثر.

١٠٩ - قوله ﷺ: (لكن يرد... الخ)^(١).

أقول، هذا الايراد مما لا مدفع له كما سيظهر.

١١٠ - قوله ﷺ: (ومع ذلك فلا حكومة... الخ)^(٢).

أقول: هذا ممنوع؛ إذ المفروض أن مفاد حديث الاكراه اعتبار سبق الرضا، فهو مقيد آخر للاطلاقات، مع أن لازم ما ذكره المصنف عدم امكان التمسك به في شيء من المعاملات في شيء من المقامات.

والعاصل، أن مفاده اعتبار كون الفعل صادراً لا عن اكراه، ولازمه اعتبار سبق الرضا، فيكون لا معه مرفوع الأثر الذي كان يترتب عليه لولاه، وهو التأثير بشرط ضم الجزء الآخر - الذي هو الرضا -، وهذا الأثر أثر شرعي قابل للرفع، ولا يلزم أن يكون الأثر المرفوع الأثر التام، فقوله (إلا أن يقال... الخ) في محله.

وما ذكره في الجواب في ذيل قوله (وكيف كان فذات العقد... الخ) من أن كونه جزءاً للمؤثر التام أمر عقلي قهري فيه ما عرفت من أن غاية ذلك امكان جعله جزءاً للمؤثر التام، ومجرد هذا لا يكفي بعد عدم الدليل، بل الدليل على العدم من جهة أن المفروض أن مقتضى الحديث رفع أثر الجزئية عنه، وهو التأثير على فرض لحقوق الرضا.

والعاصل، أن العقد الواقع جزء من المجموع - الذي هو المؤثر في النقل - فهو مؤثر في النقل بشرط لحوق الجزء الآخر، وهذا الأثر ثابت له لولا الاكراه، وأما معه فهو مرفوع بحكم الحديث، فاذا لحقه الرضا لا يترتب عليه ذلك، وحيث أن فيكون محصل الجزئية العقلية الغير القابلة للرفع هو كونه جزءاً للمجموع، هو باطل لغو؛ وذلك كما إذا أتى بجزء من الصلاة رياءً مثلاً، فإن أثر الجزئية يرتفع عنه بعد وجود ما دل على بطلان الفعل الربائي، فلو لحقه الاجزاء الأخر لا يترتب عليه أثر. نعم، إذ أتى ببقية الاجزاء يصير هذا جزء من المجموع، وهو الصلاة، لكن مع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٣.

الاتصاف باللغوية والباطلية، وهذه الجزئية غير قابلة للرفع؛ إذ هي وجدانية، ولعله إلى ذلك أشار بقوله «فتأمل».

١١١- قوله ﷺ: (ليس النقل من حينه... الخ)^(١).

أقول: وذلك لما اشتهر من أن الانشاءات مجردة عن الزمان، لكن فيه منع واضح؛ ولذا ذهب جماعة إلى أن الأمر للفور، بل الكل على أن النهي للفور، بل القائلون بالتراخي في الأمر أيضاً قائلون بأنه يدل على وجوب الاتيان من حين الصدور مع جواز تأخيرها فيأخذون الزمان فيه، وفي البيع ونحوه أيضاً الظاهر إرادة زمان الحال إلا أن يقيد بخلافه.

١١٢- قوله ﷺ: (ولذلك كان الحكم بتحقيق... الخ)^(٢).

أقول: أما القبض فالفرق بينه وبين الاجازة واضح، وأما القبول فيمكن الالتزام فيه بالنقل من حين الايجاب، إلا أن يكون اجماع على خلافه، ونحن لا نقول إنه لا يمكن القول بالنقل للدليل أيضاً، هذا مع أنه يمكن دعوى أن القبول أيضاً ليس من قبيل الاجازة؛ إذ هو رضاً بمضمون الايجاب، بخلاف الاجازة فإنها انفاذ للعقد السابق، ومعنى الانفاذ امضاؤه على ما هو عليه، فليست الاجازة مجرد الرضا بمضمون العقد كما في القبول، فما ذكره في قوله (فإن قلت: حكم الشارع... الخ) صحيح.

وما أجاب به عنه (من أن المراد هو الملك شرعاً... الخ) فيه أن الملك الشرعي تابع لمقتضى العقد الواقع، وإذا كان مقتضاه الملكية من حينه، والمفروض رضاؤه على هذا الوجه، والشارع أيضاً حكم بصحة هذا الامضاء، فلازمه هو الكشف وحصول النقل من حينه، لا من حين الحكم بالصحة، نعم الكشف الحقيقي - بمعنى عدم مدخلية الرضا وكونه كاشفاً محضاً - باطل ولا نقول به.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.

١١٣ - قوله ﷺ: (فلاحظ مقتضى فسخ...الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن الفسخ ليس مثل الاجازة، بل هو مماثل للرضا بالمضمون، فمماثل الاجازة إنما هو رد العقد من أصله، فتحصل أن الاجازة كالرد، والفسخ كالقبول والرضا بالمضمون، فكون الفسخ مؤثراً من حينه لا يكون دليلاً على كون الاجازة كذلك، فتدبر.

١١٤ - قوله ﷺ: (هل للطرف الغير المكره...الخ)^(٢).

أقول: التحقيق أن له ذلك هنا وفي الفضولي؛ لأن المفروض عدم تمامية العقد، فلا مانع من رفع اليد عنه بالنسبة إليه أيضاً، وسيأتي تمام الكلام في الفضولي إن شاء الله.



(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.

□ الشرط الثالث: إذن السيد إذا كان العاقد عبداً

١١٥ - قوله ﷺ: (فلا يجوز للمملوك أن يوقع... الخ)^(١).

أقول: لا بأس بالإشارة الاجمالية أولاً إلى حكم تصرفات العبد من دون إذن المولى من حيث التكليف، وإن كان خارجاً عن محل الكلام، وأن مثل تصرفه في لسانه بايقاع العقد أو غيره هل هو حرام أم لا؟ وقد أشار إليه المصنّف فيما سيأتي فنقول:

لا شك في أن مقتضى الأصل الأولي عدم وجوب استيذان المولى في شيء من أفعاله، بل ثبوت جميع الأحكام الثابتة في حق الأحرار في حقه؛ وذلك للاطلاقات والعمومات إلا فيما قيد في موضوعة بالحرية.

لكن قد يقال: إن هذا الأصل انقلب إلى أصل ثانوي، وهو وجوب كون أفعاله من حركاته وسكناته باذن المولى إلا ما خرج بالدليل، مثل التكليف البدنية الالزامية كالصلاة والصوم ونحوهما، فليس له الاتيان بالمستحبات والمباحات حتى مثل حركة اليد إلا باذن المولى ورضاه.

وقد يقال: بعدم وجوب الاستيذان في الأفعال الجزئية، إلا أنه يجب عليه طاعة المولى إذا نهى أو أمر؛ فلا فرق بين التصرف الذي هو منافٍ لحقوق المولى وغيره، بمعنى أن حقه عام، فله أن يمنع عن كل شيء وإن لم ينافِ حق الخدمة ولم يكن مما يتضرر به المولى، ويجب عليه طاعته في كل ما أمر كذلك.

والحاصل: أنه يجب عليه أن يكون جميع حركاته وسكناته فيما عدا الواجبات والمحرمات باذن المولى؛ وذلك لعموم الآية الدالة على أنه لا يقدر على شيء،

وهو كل على مولاه، ولأنه مقتضى مملوكيته ببذنه؛ ولأنه مقتضى وجوب طاعته للسيد المعلوم بالاجماع والاحبار.

قلت: الانصاف عدم دلالة الأدلة المذكورة على أزيد من وجوب طاعته في الأمور الراجعة إلى المولى من جهة التعلق بالمالية والملكية من الخدمات وسائر الانتفاعات، فعلى هذا ليس له منعه من المستحبات الغير المنافية لحقه إلا ما خرج بالدليل، من مثل الصوم المندوب، حيث إن المشهور على عدم جوازه إلا باذنه، لخبر هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ : - في ضمن حديث - ومن صلاح العبد وطاعته أن لا يصوم تطوعاً إلا باذن مولاه وأمره، وإلا كان فاسقاً^(١))، مع امكان أن يقال إن الصوم منافٍ لحق المولى نوعاً، وكذا ليس له منعه من المباحات الغير المنافية، خصوصاً الأمور الجزئية التي عليها السيرة، هذا. مع امكان الخدشة في دلالة الآية أولاً: بمنع كون المراد من عدم القدرة الأعم من عدم الرخصة التكليفية، بل القدر المعلوم منها عدم القدرة الوضعية، بمعنى عدم نفوذ التصرفات المتعلقة بالمعاملات.

وثانياً: المنع من ذلك أيضاً لاحتمال كون القيد احترازياً لا توضيحياً، فعلى هذا لا يصح الاستدلال بها على عدم نفوذ العقود والايقاعات أيضاً.

وثالثاً: أن الشيء منصرف عن مثل هذه الأفعال التي لا تعلق لها بحقوق المولى. ورابعاً: أن الآية ليست بصدد اعطاء القاعدة، بل إنما هي في مقام ضرب المثل للكفار بالنسبة إلى عبادة الأصنام، وأنها غير قابلة للعبادة لعدم كونها منشأً لأثر من الآثار، وأنها مخلوقات لله.

ومع هذا لا يمكن أن يكون بصدد بيان الجعل الشرعي، فإن الكفار لم يكونوا معتقدين بالشرع ليقال لهم إن العبد لا يقدر على التصرفات شرعاً، أو يجب عليه طاعة المولى شرعاً، فالغرض بيان أن حال الأصنام حال عبيدكم الذين لا يقدرّون عندكم على شيء، وأنهم ليسوا بالأحرار الذين رزقناهم رزقاً حسناً ينفقون منه

سراً وجهراً، هذا مع قطع النظر عن استدلال الامام عليه السلام بها في رواية زرارة المذكورة.

وأما معها فيجوز الاستدلال بها لكشفها عن كونها في مقام الجعل واعطاء القاعدة.

إلا أن الانصاف أن القدر المتيقن منها إرادة عدم نفوذ التصرفات المتعلقة بالمولى، كتصرفه في نفسه أو فيما في يده، لا الأحكام التكليفية مطلقاً، ولا التصرفات الغير الراجعة إلى المولى، فلا يستفاد منها عدم صحة بيعه للغير باذنه أو فضولاً مع اجازته، بل ولا مثل النذر والحلف ونحوهما إذا كانا غير منافيين لحق المولى، وحيث أن النص الوارد فيهما من قوله (لا يمين لمملوك)^(١) أو (لا نذر لمملوك)^(٢) محمول على ما إذا تعلقا بما ينافي حق المولى، أو هو من باب التعبد. وكيف كان فلا دليل على الكلية المذكورة من حرمة أفعاله إلا باذن المولى، أو كون نهييه مانعاً، وأدلة وجوب الطاعة أيضاً لا يستفاد منها أزيد مما يتعلق بحقوقه، فتدبر.

١١٦ - قوله عليه السلام: (وسواء كان لنفسه في ذمته... الخ)^(٣).

أقول: قد عرفت أنفاً الأشكال في عدم نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى، كأن يتوكل عن غيره في مجرد اجراء الصيغة، أو يضمن عن شخص بشرط أن يوفيه بعد عتقه ونحو ذلك.

ففي الجواهر؛ بعد الحكم بكون تصرفاته بغير إذن المولى بمثل إجارة نفسه وبيعه ما في يده ونحو ذلك داخلة تحت الفضولي؛ حتى لو قلنا بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيده من حيث كونه تصرفاً في لسانه المملوك له؛ قال (ومنه ينقذ صحة عقد العبد للغير حتى مع نهي السيد له، فضلاً عن الوقوع بغير إذن؛ إذ

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ح ١ وفيه (ولا يمين للولد ولا للمملوك مع مولاه).

(٢) لم أجد رواية بهذا النص .

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٧.

أقصاه الائم في التلفظ بذلك، وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر، لكن لا يخلو من تأمل، وعلى تقديره لا يثمر في صحته الاجازة كما هو واضح.
ثم تأمل في منعه من التصرف في ذمته التي يتبع بها بعد العتق مثل الضمان التبرعي ونحوه.

ثم نقل عن التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيد، وقال: لكن يقوى في النظر المنع لظاهر الفتاوى وغيره.

ثم قال: نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذي يقوم مقام العارية له بناءً على صحتها له من دون إذنه كما هو الظاهر، بل قد يقال بجواز الإباحة المضمونة بالتلف له للأصل السالم بلا معارض، وليس ذلك قدرة للعبد، بل قدرة للحر على ماله^(١) انتهى.

وعن التذكرة^(٢) في باب الوكالة جواز توكيله بغير إذن السيد في الأشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه، وفي الجواهر في ذلك الباب (قد يقال بترتب الأثر على عقده وإن بطلت وكالته، بل لعله كذلك حتى مع نهي السيد، فإن أقصى ذلك ترتب الائم لا الفساد)^(٣).

والغرض من هذا كله أن العموم المذكور في المتن ليس من المسلمات، بل لا دليل على أزيد مما ذكرنا؛ إذ العمدة هو الآية والرواية ولا يخفى انصرافهما إلى التصرفات المنافية لحق المولى، فتدبر.

١١٧ - قوله ﷺ: (وكيف وأفعال العبيد... الخ)^(٤).

أقول: فإن اتلافاتهم موجبة للضمان، وكذا جنائياتهم ونحو ذلك من الاحداث والطهارات وغيرها.

(١) جواهر الكلام ٢٥: ٧٠.

(٢) التذكرة ٢: ١١٧، حكاة عنه جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٦.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨.

١١٨ - قوله ﷺ: (لأنَّ المنع فيه ليس من جهة... الخ)^(١).

أقول: يعني أنَّ جهة المنع المشتركة - بين ما إذا كان العقد واقعاً على مال المولى أو مال غيره، أو على ما في ذمته - هي ما ليس برافع إلى العوضين، وإلا فإذا كان على مال المولى أو على رقبته فهي راجعة إلى العوضين أيضاً، لكن من هذه الحيثية يدخل تحت الفضولي المصطلح، هذا.

ولكن الانصاف عدم الفرق بين المقام وبين المكره والفضولي، خصوصاً إذا عممنا الفضولي إلى مثل عقد الرهن على ماله بدون إذن المرتهن، فلا وقع للاشكال أصلاً؛ وذلك لأنَّه كما أنَّ في المكره والفضولي يكون التصرف بلا إذن من المالك أو رضا منه - فيكون المفقود ما يكون شرطاً في نفوذ التصرف - فكذا في المقام يعتبر أنَّ يكون تصرف العبد لا على وجه الاستقلال، فالمفقود هو هذا الشرط، وهو معتبر في التصرف؛ لأنَّ معنى عدم قدرته على التصرف، ولا على الانشاء - بما هو انشاء -.

وإلا فيمكن أنَّ يقال في المكره أيضاً يعتبر أنَّ يكون الانشاء مقروناً بالرضا، وفي الفضولي يعتبر أنَّ يكون الانشاء مقروناً بأذن المالك، وبالإجازة لا يتغيَّر عما وقع عليه.

والحاصل: أنَّه يمكن أنَّ يقال لا نسلم أنَّه يعتبر أنَّ يكون الإجازة راجعة إلى مضمون العقد، وعلى فرضه لا نسلم أنَّ في المقام ليس كذلك، فإنَّ كون المضمون منوطاً برضا الغير لا يستلزم كونه متعلقاً بذلك الغير، بل يجوز أنَّ يكون المضمون الذي لواحد منوطاً برضا شخص آخر، فإذا وقع لا برضاه يكون موقوفاً على الإجازة منه، فبيع العبد لمال الغير باذنه يكون منوطاً برضا مولاه بوقوع هذا البيع، فكون السيد أجنبياً عن العوضين لا يستلزم رجوع المنع إلى الانشاء - بما هو انشاء - بل هو راجع إلى المضمون من حيث وقوعه في الخارج على وجه استقلال العبد، وبالإجازة يخرج عن كونه على وجه الاستقلال، وأما الانشاء فلا

يتغير عما وقع عليه في شيء من المقامات.

وبالجملة: فالمانع استقلال العبد في التصرف، لا في الانشاء - بما هو انشاء - ؛ حتى يقال لا يمكن تغييره، وهذا واضح جداً.

١١٩ - قوله ﷺ: (والمخصص إنما دل... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن الاشكال السابق إن كان اشكالاً لا يندفع بهذا الجواب؛ لأن المفروض أن لسان المخصص أن العقد الواقع على وجه استقلال العبد غير صحيح؛ حيث دل على عدم قدرته على شيء، فلا يكون قادراً على الانشاء إذا كان واقعاً على وجه الاستقلال، والمفروض أن الاجازة لا تغيره عما وقع عليه، فيكف يكفي مع بقاءه بعد على وصف الاستقلال؟

فيظهر من هذا أن المناط عدم وقوع التصرف - بما هو تصرف بيعي أو صلحي أو نحو ذلك - على وجه الاستقلال، وبالاجازة يصدق أنه وقع لا على وجهه؛ لأن المفروض أن المؤثر مجموع العقد والاجازة كما في الفضولي، فمعنى قوله تعالى ﴿ لا يقدر على شيء ﴾ أن الشيء لا يقع بقدرته فقط، وإذا حصلت الاجازة وقلنا بالصحة فقد وقع بالمجموع من قدرته وقدرة المولى، فالتحقيق عدم ورود الاشكال من الأصل، وعدم الفرق بينه وبين الفضولي كما عرفت.

١٢٠ - قوله ﷺ: (فإن جواز النكاح... الخ)^(٢).

أقول: يعني لما ثبت من الخارج أن في النكاح يصح لحق الاجازة من جهة الأخبار الخاصة نستكشف أن المراد من الاذن في الصحيحة الأعم من السابق واللاحق.

ودعوى أن في الطلاق أيضاً ثبت عدم الصحة بالاجازة فلا يمكن إرادة الأعم منها مدفوعة بأن الطلاق خرج بالدليل، ودعوى أنه يلزم حيثئذ تأخير البيان مدفوعة بأن المقصود لم يكن بيان تمام الخصوصيات في حكم الطلاق، بل مجرد

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

أنه يبطل إذا لم يكن إذن من السيد أصلاً، وأما أنه لو كان الاذن اللاحق موجوداً يكفي أو لا فليس المقام مقام بيانه.

قلت: يمكن أن يعكس الأمر ويقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق - الذي لا يصح بلحوق الاجازة - نستكشف أن المراد من الاذن فيها خصوص الاذن السابق، وأما صحة النكاح بالاجازة فمن الدليل الخارج، ولا يلزم تأخير البيان؛ لأنه كان بصدد حكمه في الجملة لا مطلقاً.

والتحقيق: أن الصحيحة ساكنة عن حكم لحوق الاجازة، بل المستفاد منه أن العقد بلا إذن باطل، والقدر المتيقن منها بلا إذن مطلقاً، لا سابقاً ولا لاحقاً، فلا ينافي الدليل الخارج على أحد الأمرين كما في النكاح والطلاق؛ حيث دلّ الدليل على صحة الأول بالاجازة، وعدم صحة الثاني بها.

١٢١ - قوله ﷺ: (كما يرشد التعبير... الخ)^(١).

أقول: يعني يرشد التعبير المذكور إلى أن الكلام مسوق لبيان... الخ، وذلك لأن الظاهر منه أن محط نظر السائل أن العبد هل هو مستقل في الطلاق؛ بحيث لا يحتاج إلى المولى أصلاً أو لا، فيكشف هذا عن أن محط النظر في أصل المطلب أيضاً هو هذا.

قلت: هذا مؤيد لما ذكرنا من أن المستفاد منها الحكم في الجملة، فتدبر.

١٢٢ - قوله ﷺ: (بل يدل عليه ما ورد... الخ)^(٢).

أقول: في موثقة زرارة عن أبي جعفر ﷺ (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ؟ فقال ﷺ: ذاك إلى سيده إن شاء أجازة وإن شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وابرهيم النخعي وأصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد، ولا تحلله إجازة السيد ؟ فقال ﷺ: إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده فإذا أجازة فهو

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

جائز له^(١).

وفي خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً (سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال عليه السلام: ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدئ فأصدقها صداقاً كثيراً، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في أصل النكاح كان عاصياً، فقال عليه السلام: إنما أتى شيئاً حلالاً، وليس بعاصٍ لله، وإنما عصى سيده ولم يعص الله، إن ذلك ليس كاتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه)^(٢).

١٢٣ - قوله عليه السلام: (بتقريب أن... الخ)^(٣).

أقول: يعني وإذا كان في النكاح كذلك فيلحق به البيع ونحوه بالفحوى.

١٢٤ - قوله عليه السلام: (مع أن تعليل... الخ)^(٤).

أقول: على هذا فلا يحتاج في شمول صورة كون عقد النكاح صادراً منه لا من غيره بوكالة ونحوه إلى ترك الاستفصال، كما أنه لا يحتاج في الحاق البيع إلى الفحوى، فإن عموم العلة كافٍ في المقامين، ولعل المصنّف إلى هذا الوجه نظر؛ حيث قال (بل يدل) وإلى الأول نظر في جعله مؤيداً، فإن الفحوى ظنية لا تصلح للاستدلال بها.

١٢٥ - قوله عليه السلام: (لعدم تصور رضا الله... الخ)^(٥).

أقول: الأولى أن يقال إن رضا الله مفروض العدم، بخلاف رضا السيد، وإلا فالاجازة من الله أيضاً معقولة وإن كانت المعصية الواقعة لا ترتفع بذلك، فإن معصية السيد أيضاً - بما هي معصيته - لا ترتفع بها، وإنما يرتفع أثرها، وهو معقول

(١) وسائل الشريعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٢) وسائل الشريعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٠.

بالنسبة إلى الله، فحاصل المراد من الخبر أنه لم يعص الله في أصل النكاح حتى تحتاج الصحة إلى إجازة الله المفروض عدمها، بل إنَّما عصى سيده فيه، فهو محتاج إلى إجازته.

ويظهر منه حيثُذ أن النهي المتعلق بأصل المعاملة موجب للفساد، بخلاف النهي المتعلق بعنوان آخر متحد معها كما في المقام، فإنَّ مخالفة السيد محرمة فالمعاملة محرمة من حيث إنَّها مخالفة للسيد، لا من حيث إنَّها معاملة.

نعم، المعاملة منهى عنها بنهي السيد، فنهيه متعلق بنفس المعاملة، إلا أنَّ نهى الله الآتي من جهة نهيه متعلق بها من حيث إنَّها مخالفة للسيد، ومقتضى التعليل المذكور أنَّ هذا النهي من الله لا يقتضي الفساد، وأما نهى السيد فمقتضاه كون الأمر بيده.

فان قلت: المستفاد منه أنَّ معصية الله موجبة للفساد إلا إذا كانت تابعة لمعصية السيد، فالنهي المتعلق بالمعاملة إذا لم يكن تابعاً يقتضي الفساد وإن كان بعنوان آخر متحد معها كمخالفة النذر أو نحو ذلك، كالنهي المتعلق بالبيع من حيث إنَّه تفويت للجمعة.

وبالجملة: ليس المدار على ما ذكرت من الفرق بين ما كان متعلقاً بنفس المعاملة أو بعنوان آخر، بل المدار على نهى الله تعالى أو لا، أو تبعاً لنهي الغير. قلت: الظاهر أنَّ مناط عدم الفساد في النهي التبعية هو عدم تعلُّقه بذات المعاملة من حيث هي، لا لأنَّه تابع لنهي السيد، وهذا المنطوق موجود في مطلق ما كان متعلقاً بعنوان آخر، ويكشف عن ذلك قوله ﷺ (إنَّ ذلك ليس كاتيانه ما حرمه الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه).

١٢٦ - قوله ﷺ: (وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أنَّ مراده ذلك في خصوص ما إذا كانت المعاملة واقعة على غير مال المولى وما يتعلق به، كقوله (كبيعه للغير باذنه أو فضولاً) وإلا فكيف يمكن أن

يقال بالصحة في مثل البيع لما في يده، أو النكاح الذي هو مورد الروايات، مع عدم الحاجة إلى الاذن لا سابقاً ولا لاحقاً، مع أنها صريحة في خلافه.

ويمكن أن يكون مراد ذلك البعض أن هذه الروايات تدل على الصحة من حيث النهي وعدم الحاجة من أجله إلى الاجازة، وإن كانت محتاجة إليها من جهة اشتراط إذن المولى، فالمقصود أنها لا تدل على كون مثل هذا النهي الآتي من قبل معصية السيد موجباً للفساد، بل تدل على عدمه من هذه الجهة.

وحيثُذ فيمكن أن يكون المراد من ذلك البعض صاحب الجواهر، فإنه صرح في غير موضع^(١) أن عقد العبد لغير المولى وإن كان حراماً من حيث أنه تصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى إلا أنه صحيح، ولا يحتاج إلى إجازة المولى.

وذكر في باب النكاح ما حاصله (أن التعليل المذكور صريح فيما اخترناه في الأصول من كون النهي المتعلق بذات المعاملة أو وصفها اللازم يقتضي الفساد، دون المتعلق بعنوان آخر متحد معها، وذلك لأن عصيان السيد يستلزم عصيان الله؛ لأن طاعته واجبة عليه، فلا يصح نفي المعصية مطلقاً، فيكون المراد حيثُذ من المعصية المنفية معصية خاصة، وهي المعصية في أصل النكاح، فإنه ليس بمنهي عنه من الشارع بالنسبة إلى العبد؛ إذ ليس كاتيانه ما حرم الله من النكاح في العدة، ومقتضاه أن الموجب للفساد هو هذه المعصية، لا ما هو خارج عن النكاح، كمخالفة السيد فيما نحن فيه.

لا يقال: إن ذلك يقتضي الصحة وإن لم تحصل الاجازة، وهو معلوم البطلان.
لانا نقول: عدم الصحة مع فقد الاجازة ليس للتحريم، بل لاشتراط رضا المولى في صحة النكاح وإن كان متأخراً، فمع حصوله لم يبق إلا عصيانه في فعله ذلك، وقد عرفت أنه لا يقتضي الفساد، فيصح العقد حيثُذ لوجود المقتضي وارتفاع المانع^(٢) انتهى.

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧١، و ٢٥: ٧٠.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٧.

قلت: فحصل لك مما ذكرنا في معنى التعليل المذكور في الروايات معنيان: أحدهما: ما للمصنف.

والثاني: ما لصاحب الجواهر.

والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون المراد من المعصية في الموضوعين ظاهرهما، وهو مخالفة الأمر والنهي، وفي كون النهي المتعلق بذات المعاملة من حيث إنها معاملة مقتضية للفساد، دون ما تعلق بها من حيث اتحادها مع أمر آخر؛ أن مقتضى ما ذكره صاحب الجواهر أن مع عدم تعلق النهي بذات المعاملة لا مقتضى للفساد إلا إذا ثبت كون الاذن شرطاً في الصحة، فحيث لا بد من تحققه سابقاً أو لاحقاً لذلك، لا للنهي، ففي مثل البيع للغير الذي ليس للمولى فيه حظ إلا المنع من ايقاعه لا يتوقف على إذنه وإجازته، ولا يضر معصيته أيضاً.

ومقتضى بيان المصنف أن نهى السيد أيضاً يقتضي الفساد، إلا أنه لمكان ارتفاعه بالاذن اللاحق لا يبقى أثره، ويكون الحاصل أن مخالفة السيد تقتضي الفساد إذا لم يرتفع أثرها بالاجازة.

ويرد على صاحب الجواهر أن ظاهر الخبر أن التوقف على الاجازة إنما هو من جهة العصيان، لا من جهة اشتراط الاذن بدليل آخر، وحيث نفي العقد للغير أيضاً لما كان النهي من المولى متحققاً - حيث إنه تصرف من تصرفات العبد الذي لا يقدر عليه - موقوفاً على إذنه واجازته.

نعم، لو قلنا بعدم انصراف الأدلة إلى مثل ذلك، وحكمنا بعدم حرمة كان صحيحاً بلا إجازة؛ لعدم المعصية حيث، وكذا لو كان نهى السيد متعلقاً بمجرد التكلم، بأن يقول للعبد لا تحرك لسانك، وقلنا بوجوب طاعته في ذلك، فلا وجه للفساد حيث؛ لأن النهي من المولى ليس حيث عن ايقاع العقد والمعاملة بما هي معاملة، بل بعنوان آخر وهو تحريك اللسان، فكما أن النهي الإلهي إذا لم يكن بعنوان لا يقتضي الفساد، فكذا نهى المولى؛ لأن المعاملة حيث ليست معصية للمولى، بل المعصية عنوان آخر، وذلك العنوان ليس مما يقبل الاجازة، لكن

الفرض خلاف الواقع؛ لأن المنهي من جانبه عنوان المعاملة.
إلا إذا فرضنا أن المولى أذن في المعاملة للغير، ونهاه عن تحريك اللسان فأوقعها بالصيغة اللفظية، فتدبر.

ويرد على المصنف عليه السلام: أن اللازم بمقتضى ما بيّنه عدم صحة عقد العبد ولو مع الاجازة؛ وذلك لأن عصيان السيد عصيان الله أيضاً، والمفروض أن عصيان الله عز وجل لا يقبل الاجازة، ولا يرتفع أثره بها.

إلا أن يقال: إن عصيان الله الذي يقتضي الفساد هو العصيان في أصل النكاح، لا في أمر آخر، فأنه أيضاً وإن كان لا يرتفع بالاجازة إلا أنه لا يوجب الفساد، فينحصر الموجب له في العصيان الأولي متعلق بذات المعاملة، سواء كان من الله أو من السيد إذا لم يرتفع أثره.

لكن التحقيق ما عرفت من أن الوجه في الفرق ليس استحالة الارتفاع وعدمه، بل وقوع الاجازة وعدمه.

وكيف كان الأظهر في بيان معنى الخبر أن يقال: إن المراد من العصيان ليس معناه الظاهر، بل هو بمعنى المخالفة باتيان ما ليس مأذوناً فيه بالأذن الوضعي، فالمعنى لم يأت بما لم يكن مأذوناً فيه من جانب الله، وإنما أتى بما لم يأذن فيه المولى، فيتوقف صحته على إجازته، وحيث فلا دلالة فيه على كون النهي التكليفي مقتضياً للفساد أصلاً، وإن كان متعلقاً بعنوان المعاملة - بما هي - بل يدل على أن المعاملة التي لم يمضها الشارع غير صحيحة، وأما ما لم يأذن فيه المولى فهو موقوف على إجازته، واطلاق العصيان على هذا المعنى وإن كان مخالفاً للظاهر، إلا أنه قريب في المقام، من جهة أن مورد الخبر صورة نكاح العبد بلا إذن من المولى، لا مع نهي، والعصيان بالمعنى السابق فرع النهي.

ودعوى أن العادة تقضي بالنهي مع عدم الاذن كما ترى، وحمل العصيان المنفي على المعنى الظاهر، والمثبت على مجرد عدم الاذن مستلزم للتفكيك.
وأيضاً على هذا لا يحتاج إلى تقييد اطلاق نفي العصيان بالنسبة إلى الله، بحمله

على عصيان خاص، وهو ما كان في أصل النكاح، بخلافه على المعنيين الأولين، مع أن محط النظر والغالب في المعاملات إنما هو النهي الارشادي دون المولي. فحاصل المعنى أن شرط صحة النكاح الاذن من الله تعالى ومن المولى، والأول حاصل، والثاني غير حاصل، فإذا حصل صح، فلا دخل لهذه الروايات بمسألة النهي في المعاملات، وأنه يوجب الفساد مطلقاً أو على التفصيل. نعم، النهي الارشادي يوجب الفساد، وهو غير محتاج إلى الدليل؛ إذ معناه الارشاد إلى الفساد، فتدبر.

١٢٧ - قوله ﷺ: (ودعوى أن تعليق... الخ)^(١).

أقول: حاصل الدعوى أن صريح الخبر وإن كان هو التعليق على الاجازة، إلا أنها لمكان عدم تعلقها إلا بالمضمون تختص بما إذا كان العقد واقعاً على ما يتعلق بالمولى، فمثل عقده للغير لا يمكن تعلق الاجازة به لعدم كون مضمونه للمولى؛ فلا وجه في الخبر على تعليقه عليها وحاجته إليها.

وحاصل الجواب: أن ظاهر الخبر أن كل ما كان وقوعه بلا إذن من المولى معصية له يكون أمره بيده، والعقد للغير أيضاً كذلك، فلا بد أن يتوقف على اجازته، وعلى هذا فالعبارة غير خالية عن سوء التعبير، وكان المناسب أن يقول إن المنساق من الخبر قاعدة كلية هي أن كل ما كان فعله من دون مراجعة المولى معصية له فهو متوقف على اجازته، والمفروض أن نفس العقد من هذا القبيل.

قلت: الأولى في الجواب أن يمنع كون المحرم نفس الانشاء بما هو، بل المحرم هو التصرف البيعي، وكون المضمون للغير لا ينافي توقفه على إجازة المولى كما في بيع الراهن الموقوف على إذن المرتهن، وإلا فمع فرض كون المحرم نفس الانشاء بما هو يمكن أن يقال إنه لا يقبل أن يتعلق به الاجازة، فتدبر.

١٢٨ - قوله ﷺ: (فالتحقيق أن المستند... الخ)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٢.

أقول: مضافاً إلى هذه الروايات المتعلقة لتنفيذ النكاح على إجازة المولى من حيث تعليقه ولا وجه لترك المصنف عليه السلام لها هنا، مع أنها الأنسب بحسب المقام، واحتمال أن الوجه فيه عدم معلومية كون مجرد الصيغة عصياناً للمولى، والتمسك بها فرع صدق العصيان.

فيه: أن المفروض أن المصنف عليه السلام جعلها دليلاً على المقام؛ حيث قال (إن) المنساق منها اعطاء قاعدة... (الخ) مع أنه لو صح ذلك فلا يمكن الاستدلال بالآية والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد مستقلاً؛ لأنها أيضاً منسرفة إلى صورة العصيان.

فالتحقيق أن يقال: إن اجزاء الصيغة معصية، لا من حيث هي، بل من حيث إنها تُعد تصرفاً بيعياً أو غيره حسبما ذكرنا، لا من حيث إنها تصرف لسانی.

○ فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه

١٢٩ - قوله عليه السلام: (لأن هذا الشرط ليس... الخ) ^(١).

أقول: قد مر منه عليه السلام سابقاً اطلاق القول بوجوب كون جميع الشروط من حين ^(٢) الايجاب إلى اتمام القبول وإن استشكلنا فيه أيضاً، فتذكر.

١٣٠ - قوله عليه السلام: (وفيه مع اقتصائه... الخ) ^(٣).

أقول: إن كان غرضه عليه السلام بيان الواقع فهو كذلك، وإن كان غرضه الايراد عليه بذلك فالظاهر أنه ملتزم به كما يظهر من دليله.

ثم كما لا يضر اتحاد الموجب والقابل لا يضر اتحاد الموجب ومتعلق المعاملة، فيجوز أن يوكله مولاه في بيع نفسه أو في اعتاق نفسه كما صرح به المحقق ^(٤) وصاحب الجواهر ^(٥).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٣.

(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «من حيث».

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٣.

(٤) شرائع الاسلام ٢: ٢٦٨.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧١.

١٣١ - قوله ﷺ: (لعدم الاذن من المولى ... الخ)^(١).

أقول: إذا كان الوكيل مطلقاً فاذنه الضمني الحاصل من ايجابه بمنزلة إذن المولى، وإن لم يكن وكيلاً مطلقاً حتى في هذا الاذن، فالحق أنه يحتاج إلى إجازة المولى. تنميمات:

أحدها: إذا نكح أو باع ما في يده أو اشترى شيئاً في ذمته أو نحو ذلك من غير إذن المولى فانعتق قبل أن يجيز المولى أو يرد فالظاهر صحتها وعدم الحاجة إلى إجازة المولى، أو اجازته بعد الحرية.

الثاني: لا فرق في صحة تصرفاته بالاجازة بين أن تكون مسبقة بنهي المولى، أو كانت مقرونة بمجرد عدم الاذن.

الثالث: إذا كان المملوك مبعوضاً فالظاهر صحة تصرفاته بقدر نصيب الحرية فيما يقبل التبعية، ولو هياه موله ففي كل يوم له حكمه.

الرابع: لا فرق في عدم نفوذ تصرفاته إلا باذن المولى أو اجازته بين ما إذا كان قناً أو مدبراً، أو مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً، لكن في غير ما يكون من الاكتساب، فإن المكاتب بقسميه يجوز له التصرفات الغير المنافية للاكتساب بدون إذن المولى.

الخامس: إذا أذن له المولى في بعض التصرفات كالبيع لما في يده أو إجارة نفسه أو نحو ذلك فليس هذا بمجرد إذنه في قبض الثمن أو مال الإجارة، فله الرجوع على المشتري أو المستأجر ويرجع هو على العبد بما دفعه إليه إن كان موجوداً ويبقى في ذمته على فرض التلف يتبع به بعد العتق، كسائر اتلافاته.

وكذا الحال لو أجاز تصرفه لاحقاً فإنه يجوز له أن يجيز البيع دون قبض الثمن، وكذا له أن يجيز الإجارة دون أخذ المال، فلو أجز نفسه بدون إذن السيد واستعمله المستأجر فللسيد أن يرجع عليه بأجرة المثل، وله أن يجيز ويرجع عليه بالمسمى. نعم، الاذن في الشيء إذن في لوازمه الشرعية أو العرفية، فلو أذن له في النكاح فهو اذن في لوازمه، فلا يجوز منعه من إقامة حقوق الزوجية، وكذا لو أذن له في

الاتقاط فهو إذن له في لوازمه من التعريف والحفظ ونحوهما، وكذا إذا أذن له في التجارة فأنه إذن في لوازمها الشرعية والعرفية، ومنها أجرة الكيال والوزان وقبض الثمن واقباض المتاع ونحو ذلك، بل له الاستدانة إذا كانت لازمة، ويكون الدين حيثئذ من جملة الديون المأذون فيها، فيكون على المولى، وهكذا الاذن في أخذ الوديعة إذن في لازمها من الحفظ، ونحو هذا إذا أذن له في مثل الاتقاط والوديعة على وجه رفع المنع، وأما إذا كان بعنوان النيابة عن المولى فيكون الأحكام لازمة عليه دون العبد من أول الأمر.

السادس: إذا أذن له في التصرفات الموقوفة على الملك كقبول الهبة والوصية والاقتراض وشراء شيء في الذمة ونحو ذلك فهو مبني على القول بأنه يملك، وإلا فعلى الأول يجوز له ذلك، بخلافه على الثاني لعدم امكان قبوله حيثئذ، ولا يجوز للمولى أيضاً أن يقبل لعدم كونه مقصوداً، وكذا الكلام في الاجازة فأنها غير صحيحة على الثاني.

السابع: إذا اشترى شيئاً في الذمة، أو اقترض مالاً أو نحو ذلك من التصرفات المتعلقة بذمته، كأن نكح بمهر في ذمته فأجاز المولى فالظاهر أنه لا يلزمه ذلك، بل يبقى في ذمته يتبع به بعد عتقه، وإن جاز للمولى أخذ المال المشتري والمقترض وتملكه؛ لكونه من مال مملوكة الذي حكمه ذلك.

لكن يظهر من بعضهم في باب النكاح أنه لو أجاز له يكون المهر والنفقة عليه لا على العبد، وهو في النفقة لا بأس به، كما لو أذن له سابقاً، أما في المهر فمشكل، بل لو أذن له في الابتداء أيضاً لا يكون المهر عليه إلا إذا فهم من العرف الالتزام به أو كان معين معين مما في يد العبد.

الثامن: إذا استدان بدون إذن المولى فاتلف فمقتضى القاعدة اشتغال ذمته به، ولا يتعلق بالمولى ولا برقبته، وليس للدائن أن يستسعيه لمنافاة ذلك لحق المولى كسائر اتلافاته بناءً على القول بذلك فيها، إلا أنه خرج من ذلك ما لو كان مأذوناً في

التجارة دون الاستدانة فاستدان فاتفق، فإن في جملة من الأخبار استسعاؤه^(١)، وقد عمل بها الشيخ^(٢).

إلا أنه يمكن حملها على ما إذا كان ذلك باذن المولى وعلمه ورضاه، وإن كان مقتضى القاعدة على هذا اشتغال ذمة المولى به، لا تعلقه بكسب العبد، لكن يمكن أن يحمل على صورة رضا الدائن بذلك، ومحل المسألة مقام آخر، والغرض الإشارة إليه ليراجع.

التاسع: إذا اقترض بدون إذن المولى واجازته فأخذه المولى وتلف تحت يده فللمقترض الرجوع على أيهما شاء، لكن الرجوع على العبد إنما يكون بعد العتق، فإن رجع على المولى قبل عتق العبد ليس له الرجوع على العبد إذا كان مغروراً من قبله؛ لأنه ليس يملك على ذمة عبده شيئاً، وإن قلنا بملكه.

نعم، لو رجع عليه بعد عتقه جاز له الرجوع عليه إن كان غارراً له لعدم المانع حيثئذٍ، كما أنه لو رجع على العبد حيثئذٍ جاز له الرجوع على المولى؛ لكون التلف في يده، والمفروض عدم كونه ملكاً للعبد؛ حتى يقال إنه وماله لمولاه، فلا يضمن له شيئاً.

ومما ذكرنا من عدم ملكية المولى شيئاً في ذمة العبد يظهر أنه لو أتلف مال المولى ليس له الرجوع عليه ولو حال عتقه؛ لعدم الشغل من أول الأمر حتى يتبع به بعد العتق، وأنه لا يجوز للمولى أن يبيعه شيئاً بثمن في ذمته وإن قلنا بملكه، وكذا لا يجوز له الاستدانة من المولى، ولكن في الجميع تأمل، ومقتضى القاعدة بناءً على ملكية العبد صحة الجميع، فتدبر.

العاشر: إذا حاز مباحاً باذن المولى فلا اشكال، وإن كان بغير إذنه فبناءً على الملكية يملكه ويحجر عليه، وبناءً على عدم هل هو باقٍ على الإباحة أو يملكه المولى قهراً وجهان، أقواهما الثاني؛ لأنه معدود من منافع عبده، ولا يعتبر في

(١) وسائل الشريعة، باب ٣١ من ابواب الدين والقرض، ح ١.

(٢) المبسوط ٢: ١٦٤.

تملك المباحات سوى الحيابة بالقصد، وهو حاصل، وهذا هو الفارق بينه وبين حيابة الحيوان، فإن القصد لا يتحقق منه، فيبقى بعد ذلك على الاباحة، ولا يملكه مالك الحيوان قهرًا، هذا.

وأما أخذ العبد للقطعة فمقتضى قاعدة عدم قدرته على شيء بقاؤها على حالها الأول وليس تملكاً حتى يكون من قبيل حيابة المباح، لكن المشهور - كما قيل - أن التقاطه صحيح وموجب للحقوق الأحكام وإن كان بدون إذن المولى وإجازته، مع أن الوارد في خبر أبي خديجة خلاف ذلك، وقد عمل به ابن الجنيدي، وهو عنه عن الصادق عليه السلام (سأله المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطة؟ فقال: ما للمملوك واللقطة، لا يملك من نفسه شيئاً فلا يتعرض لها المملوك، ينبغي للحر أن يعرفها سنة... الحديث)^(١)، هذا.

وأما لو أذن له المولى أو أجاز فلا اشكال، ويتعلق الأحكام به إن كان على وجه النيابة، وبالعبد إن كان بعنوان رفع المنع كما تقدم.



(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من أبواب الحجر، ح ٢، وباب ٢٠ من أبواب اللقطة، ح ١.

□ الشرط الرابع: أن يكون المتعاقدان مالكين أو مأذونين

١٣٢ - قوله ﷺ: (أو الشارع... الخ) ^(١).

أقول: كالأولياء من الأب والجدة والحاكم وعدول المؤمنين، بل فساقهم في التصرفات الحسية، والمقاص، والمضطر في مقام حفظ النفس ونحو ذلك، والمأذون من الأولياء بحكمهم.

١٣٣ - قوله ﷺ: (وهذا مراد من جعل... الخ) ^(٢).

أقول: كما أنه المراد من جعل الاختيار شرطاً، وكذا جعل إذن السيد شرطاً مع حكمه بالصحة مع الاجازة.

١٣٤ - قوله ﷺ: (بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه... الخ) ^(٣).

أقول: إن قلنا بكون الفضولي في البيع بمقتضى القاعدة؛ لشمول العمومات حسبما اختاره المصنف ﷺ فالحاقه سائر العقود به في محله، بل مقتضاها حيثئذ القول بالصحة في الايقاعات أيضاً إلا ما خرج بالاجماع كالعتق والطلاق، فإن الظاهر اجماعهم على عدم جريان الفضولية فيهما، بل عدم صحة موقفيتهما وإن كانت من جهة الفضولية في عقد آخر، كأن يوكل أحد شخصاً فضولاً عن الزوج أو السيد في الطلاق أو العتق، فأجاز عقد التوكيل بعد ايقاعهما، فإن الاجازة حيثئذ تصحح عقد الوكالة، فيكون الطلاق صادراً عن الوكيل، إلا أن الظاهر أن الاجماع منعقد على عدم الصحة في هذه الصورة أيضاً، وكذا في العتق.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

وأما سائر الايقاعات فيشكل دعوى تحقق الاجماع فيها بالنسبة إلى كل واحد واحد، نعم المنقول منه عام في الجميع، لكنه ليس بحجة، فلا يخرج من أجله عن العمومات، مع أن الأمر في العتق والطلاق أيضاً مشكل، من حيث إنهم يستدلون على عدم الجريان في الأول بما ورد من الأخبار - الذي ورد نظيره في البيع أيضاً - مثل قوله عليه السلام (لا عتق إلا بعد ملك) ^(١) وقوله عليه السلام (من أعتق ما لا يملك فلا يجوز) ^(٢). ويمكن الجواب عنهما بما أجيب به عن مثل قوله عليه السلام (لا بيع إلا في ملك) ^(٣)، فلو كان مدرك بعض المجمعين مثل هذين الخبرين أشكل الحال لعدم دلالتهما على المدعى، فيشكل التعويل على الاجماع المذكور.

وكذا يستدلون في الثاني بمثل قوله (الطلاق بيد من أخذ بالساق) ^(٤)، ويمكن الجواب عنه كما لا يخفى.

وبالجملة: التعويل على الاجماع في منع الجريان مشكل، خصوصاً في سائر الايقاعات من الاذن والاجازة والابراء والجعالة والفسخ والرد ونحو ذلك، وهذا ولو قلنا بكون الفضولي على خلاف القاعدة - كما هو الحق - فالحاق سائر العقود أيضاً محل اشكال.

١٣٥ - قوله عليه السلام: (أو فحوى ... الخ) ^(٥).

أقول: يظهر من اقتصاره عليه السلام على القسمين أن الاذن بشاهد الحال داخل في محل الاشكال، ويمكن أن يدعى أنه أيضاً مثل القسمين في الاخراج عن الفضولية؛ فيختص مورد الاشكال بما إذا علم الرضا الباطني من دون قرينة وأمانة، أو لم يعلم أيضاً إلا أن المالك أخبر به بعد ذلك.

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١، وباب ٥ من ابواب كتاب العتق، ح ٢، ٦.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب كتاب العتق، ح ٤.

(٣) المستدرک ١٣: ٢٣٠، رواية ١٥٢٠٩، ١٥٢١٠.

(٤) المستدرک ١٥: ٣٠٧، رواية ١٨٣٢٩.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٦.

والفرق بينه وبين شاهد الحال أنَّ العقد ينسب إلى المالك مع الثاني؛ لوجود المظهر للرضا، بخلاف الأول لوضوح الفرق في نسبة الفعل إلى شخص راضٍ به بين ما كان هناك أمانة على رضاه به، وبين ما لم يكن، فإنَّ في الأول يصدق أنَّه صدر عن إذنه، بخلاف الثاني، وهذا نظير ما اعتبرنا في صيغ العقود كونها دالة على المراد ولو بقرينة حالية، ولا يكفي علم المتعاقدين به من دون نصب قرينة توجب كون الصيغة دالة.

ثم إنَّ الظاهر أنَّ الرضا الباطني كافٍ في رفع الحرمة في التصرف المحرم بدون الاذن كالأكل ونحوه؛ لأنَّ الظاهر أنَّ المناط فيه هو العلم بالرضا، وإنَّما الاشكال في كفايته في نفوذ التصرفات؛ بحيث يلزم به المالك، ويجب عليه الوفاء، والأقوى التفصيل بين ما يكون العقد صادراً من غير المالك، وبين بيع العبد والباكرة والراهن ونحوهم ممن يكون العقد له إلا أنَّه موقوف على إذن الغير؛ وذلك لعدم الدليل على الأول؛ إذ العمومات قاصرة عن الشمول.

لأنَّ المراد من قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ليس وجوب الوفاء على كل أحد بالنسبة إلى كل عقد صادر من كل أحد، بل هو نظير قوله تعالى ﴿وليوفوا نذرهم﴾ ونحوه خطاب بالنسبة إلى من صدر منه العقد، فيكون المعنى أوفوا بعقودكم الصادرة منكم، ومن المعلوم عدم صدور العقد من المالك ولو بالواسطة، فمثل عقد الوكيل والمأذون مشمول؛ لأنَّه صادر عن الموكل والأذن بالواسطة، بخلاف ما نحن فيه.

وكذا الكلام بالنسبة إلى ﴿أحل الله البيع﴾ ونحوه، فإنَّ معناه أحل الله بيعكم، وقوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ فإنَّ معناه تجاراتكم الناشئة عن التراضي، وهكذا الحال في سائر العمومات، إذ الانصاف أنَّ دعوى شمولها لكل عقد خرج ما خرج بعيدة في الغاية؛ ولذا نرى أنَّ المخاطب لا يستوحش من هذه الخطابات قبل ورود ما يدل على اعتبار الرضا، ولو كان المراد ذلك المعنى لزم الاستيحاش؛ إذ وجوب وفاء المالك لكل عقد واقع على ماله من دون إذنه ولو كان بمثل أنَّ

يقول شخص «وهبت جميع أموال زيد لك» فيقول المتهم «قبلت» تكليف يوجب الوحشة والاضطراب.

وأما الثاني فالعمومات شاملة له، غاية الأمر افتقاره إلى إذن الغير وتوقفه على رضاه، والمفروض حصوله، مع أنَّ الاخبار الواردة^(١) في نكاح العبد مع سكوت المولى، وأنَّ سكوته اقرار دالة على ذلك، وأيضاً ما أشار إليه المصنّف رحمته من أنَّ مناط المنع معصية المولى، وهي غير متحققة مع الرضا الباطني وإن كان بدون الكاشف.

إلا أن يقال: إنَّ السكوت أيضاً مع الاطلاع من الكواشف العرفية، نظير سكوت الباكرة، فلا دلالة في هذه الأخبار، ولكن نحن في غنى عنها بعد شمول العمومات، فإنَّ العقد صادر عن المالك للأمر إلا أنَّه موقوف على رضا الغير من جهة تعلق حق له به، فيكفيه الرضا الباطني، فلا يبقى مانع من وجوب الوفاء، وهذا بخلاف بيع مال الغير بدون إذنه وإن كان راضياً به إذا لم يكن هناك كاشف ولو فعلي، فإنَّه لا يجعل العقد عقده حتى يشمل العمومات، فتأمل.

نعم، يمكن التمسك في كفاية الرضا الباطني بخبر الحميري^(٢) وصحيحة محمد بن مسلم^(٣) الأتيتين، فإنَّ في الأول الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه، فعطف الرضا على الأمر، وهو ظاهر في أنَّه مغاير للاذن، وفي الثانية لا تشتريها إلا برضا أهلها، فتدبّر.

١٣٦ - قوله رحمته: (ولا يحل مال امرء... الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أنَّه لا يمكن الاستدلال بهذا الخبر مستقلاً؛ إذ لا يستفاد منه إلا شرطية الرضا والطيب، وأما أنَّ مجرد حصوله كافٍ فلا، فهو نظير قوله رحمته (لا صلاة إلا بطهور أو إلا بفاتحة الكتاب).

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٨.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٧.

وعلى فرض الدلالة نقول قد قيد في مثل المقام من البيع ونحوها بوجوب صدور عقد منه، وإلا فلا يكفي مجرد الطيب إلا في الاباحات، وليس الكلام فيها.

١٣٧ - قوله ﷺ: (وما دلّ على أن علم المولى... الخ)^(١).

أقول: كالصحيح عن معاوية بن وهب قال: (جاء رجل إلى أبي عبد الله ﷺ فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي، ثم اعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟ فقال ﷺ: كانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني، ولم يغيروا علي. فقال ﷺ: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول)^(٢)، ونحوه خبره الآخر عنه ﷺ في حديث المكاتب^(٣)، وخبر الحسن بن زياد الطائي^(٤) عنه ﷺ، هذا ولكن قد عرفت أن السكوت عن مثل النكاح له خصوصية، فإنه كاشف ظاهري.

١٣٨ - قوله ﷺ: (ولو كان فضولاً... الخ)^(٥).

أقول: سيأتي^(٦) أن قضية عروة محتملة لوجوه؛ فلا يمكن الركون إليها في إثبات المقام، ولا في إثبات صحة الفضولي بالاجازة.

١٣٩ - قوله ﷺ: (ومثل قولهم في الاستدلال... الخ)^(٧).

أقول: هذا التعبير عنهم لا يدل على المطلب؛ لكونه في مقام الاجمال، وكذا الذي بعده.

١٤٠ - قوله ﷺ: (ثم إنه لو أشكل... الخ)^(٨).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٣.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.

(٦) تعليقه ١٤٥.

(٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.

(٨) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.

أقول: قد عرفت أنَّ التحقيق الفرق بين عقد غير المالك وعقد العبد والراهن والباكر ونحوهم، فلا اختصاص بالعبد، فتدبر .



بَيْعُ الْفُضُولِ

بيع الفضولي

○ صور بيع الفضولي:

□ الصورة الأولى: أن يبيع للمالك

١٤١- قوله ﷺ: (وعدا فخر الدين... الخ)^(١).

أقول: حكى البطلان عن الشيخ في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣)، بل عنه الاجماع عليه فيهما، وحكى أيضاً عن الحلبي^(٤) وابن سعيد، واختاره في المستند^(٥)، وعن ظاهر القواعد^(٦) والكفاية^(٧) التردد.

● ما استدل به لصحة بيع الفضولي

١٤٢- قوله ﷺ: (لعموم أدلة... الخ)^(٨).

أقول: قد عرفت أنها غير شاملة لعقد غير المالك، ومجرد صدق العقد لا يكفي، بل لا بد من صدق كونه صادراً عنه ولو بالواسطة، وعلى فرض كون المراد أوفوا بكل عقد واقع على مالكم نقول - بعد التقييد بالرضا - لا بد من المقارنة؛ إذ ليس المراد أوفوا بالعقد والرضا، بل المراد أوفوا بالعقد الصادر عن رضاكم، ألا ترى أنه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.

(٢) الخلاف ٢: ٧٤، ادعى عليه الاجماع هنا وخالفه في النهاية، فقال (فان باع ما لا يملك كان البيع موقوفاً على صاحبه، فان امضاه مضى، وان لم يمض كان باطلاً).

(٣) المبسوط ٢: ١٥٨.

(٤) غنية النزوع ٢٠٧.

(٥) مستند الشيعة ١٤: ٢٧٥.

(٦) القواعد ١: ١٢٤.

(٧) الكفاية ١: ٨٩.

(٨) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.

المفهوم من الشرط في سائر المقامات، من مثل قوله ﷺ (لا عمل إلا بنية)^(١)، وقوله ﷺ (لا صلاة إلا بطهور)^(٢) ونحو ذلك، فكما يستفاد منه اعتبار كون الفعل مقروناً بالنية أو بالطهور، فكذا الحال في مثل قوله ﷺ (لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه)^(٣) المقيّد بقوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ أو قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾.

وبالجملة: الاستدلال بالعمومات متوقف على أحد الأمرين، إما كون المراد منها أوفوا بكل عقد من كل شخص، وكون المستفاد من دليل الرضا اعتبار وجوده في أي وقت كان، بحيث يصير الحاصل أوفوا بالعقد والرضا، وهو كما ترى.

وإما دعوى أنّ الاجازة اللاحقة توجب صدق كون العقد صادراً منه، نظير الاذن السابق، فهي أيضاً كما ترى؛ إذ الاجازة لا تغيّر عن ما وقع عليه، بحيث ينقلب النسبة، ألا ترى أنّه لو أمر بضرب أحد فضرب يصدق أنه ضربه، لكن لو ضربه أحد واطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لا يصدق أنّه ضربه.

نعم، ما قرره المصنّف في بيان التمسك بالعمومات يتم في مثل نكاح العبد وبيعه لماله وبيع الراهن ونكاح الباكر ونحوها حسبما عرفت في الرضا الباطني المقارن، فإنّ فيها العمومات شاملة، والحاجة إلى الاجازة ليست إلا لرفع المانع - الذي هو تعلق حق الغير - أو لاثبات الشرط - الذي هو مجرد الرضا سابقاً كان أو لاحقاً - ، فتدبّر.

هذا، وربما يورد على التمسك بالعمومات بأنّها منصرفة إلى المتعارف، والفضولي ليس منه، ويجب أن الانصراف بدوي.

ومن الغريب ما صدر من بعض المعاصرين، من دعوى أنّ عقد الفضولي مع الاجازة منطبق على القاعدة ولو قلنا بشرطية اقتران العقد بالرضا؛ وذلك لأنّ المدار فيه على الأعم من الفعلي والتقديري، وبالاجازة ينكشف وجوده حين البيع تقديراً، بمعنى كونه لو اطلع عليه أو التفت إليه رضي به، ولا يضر عدم الفعلية من

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١، ٢، ٣، ٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام الخلوة، ح ١، وباب ١ من ابواب الوضوء، ح ١.

(٣) عوالي اللالكلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٨.

جهة عدم الالتفات، بل لا يضر النهي السابق أيضاً.

وأنت خير بما فيه؛ إذ الرضا التقديري لا يصحح جواز التصرف، كيف؟ وإلا لزم الهرج والمرج.

ثم قد يكون المالك على فرض الالتفات لا يرضى إلا بعد حين، فكيف يقال إنه كان راضياً حين البيع؟! إذ كثيراً ما ينقلب السخط إلى الرضا، لا أن يكون في حاق قلبه راضياً ويكون غافلاً عنه، أو يكون اظهاره الكراهة من جهة عدم الاطلاع على مصالح الفعل.

ثم اللازم من ذلك عدم الحاجة إلى الاجازة أيضاً إذا علم كون مصلحته في البيع بحيث لو اطلع عليها رضي به، فإن الكاشف عنه حيثئذ غير منحصر في الاجازة، ولا يمكن التفوه بهذا.

١٤٣ - قوله ﷺ: (وإلى ما ذكرنا يرجع... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أن نظر المستدل ليس إلى التمسك بالعمومات، بل غرضه ترتيب قياس صغراه وجداني، وكبراه مفروغ عنها، وهو أن كل عقد صدر عن أهله في محله فهو واجب الوفاء، وحيثئذٍ فالحق ما ذكره الشهيد من أنه من باب المصادر، وذلك لأنه إن كان المراد الأهلية بالنسبة إلى هذا المبيع الذي للغير - وبعبارة أخرى الأهلية الفعلية - فلا نسلم الصغرى، وإن أريد الأهلية من حيث هو والمحلية من حيث هي فالكبرى ممنوعة، ولو كان المراد التمسك بالعموم كان يكفي أن يقول يصدق عليه أنه عقد فيشملة العمومات.

١٤٤ - قوله ﷺ: (وإن وجهنا شراءه... الخ)^(٢).

أقول: بدعوى أن المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد، أو لأنه وإن كان المراد شاة واحدة إلا أن البائع ما كان يرضى إلا أن يبيع شاتين، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥١.

١٤٥ - قوله ﷺ: (ولكن الظاهر هو... الخ) (١).

أقول: حاصله أن الاحتمالات أربعة، ثلاثة منها ينطبق على الفضولي، وهذه الثلاثة اثنان منها باطلان، وواحد منها - وهو ما ذكره رابعاً - بعيد بالنسبة إلى الاحتمال الآخر، وهو ما ذكره ثالثاً، ومعه لا يكون من الفضولي حسبما ذكره سابقاً. قلت: كون الظاهر ذلك ممنوع، وكذا خروجه معه عن الفضولية كما عرفت، فالأولى بناءً على مذاقه أن يقال مع هذا الاحتمال لا يمكن الاستدلال، وعلى ما ذكرنا أنه يمكن أن يكون هناك إذن بالفحوى، أو بشاهد الحال، بل يمكن كون عروة وكياً مطلقاً كما قيل أنه روي أنه كان معداً لخدمات النبي ﷺ، هذا مع أن الرواية عامية ضعيفة.

١٤٦ - قوله ﷺ: (بملاحظة أن الظاهر... الخ) (٢).

أقول: لم أفهم وجه هذا الدعوى، ولم أدر من أين هذا الظهور، مع أنك عرفت سابقاً أنه لا بد في المعاطاة من وقوع الانشاء بالفعل، ولا يكفي مجرد وصول العوضين مع المراضاة من دون انشاء فعلي، هذا. مع أن هذا منافٍ لقول النبي ﷺ (بارك الله لك في صفقة يمينك) (٣)، فإن ظاهره كون البيع صادراً من عروة، لا أن يكون آلة في الايصال. ثم لو كان الظاهر كونه على وجه المعاطاة يكون دليلاً على كون المتداول في ذلك الزمان ذلك، فيكون من الأدلة على عدم اعتبار الصيغة في البيع.

١٤٧ - قوله ﷺ: (من الموهنات... الخ) (٤).

أقول: منها: الحكم بأخذ الوليدة قبل أن يسمع من المشتري دعواه، فلعله كان يدعي وقوع العقد باذن السيد أو رضاه، وفيه ما لا يخفى. ومنها: حكمه ﷺ بأخذ الوليدة وابنها مع عدم السؤال عن أنه يريد الاجازة أو لا.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٢.

(٣) المستدرک ١٣: ٢٤٦، رواية ١٥٢٦٠.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٤.

وفيه: أن الغرض أن الحكم ذلك من حيث هو لولا الاجازة، ولعل السيد كان عالماً بأنه مع الاجازة الحكم ليس كذلك، فتأمل.

ومنها: حكمه ﷺ بأخذ ابنها مع أنه ولد الحر؛ إذ الظاهر أن الوطي كان بالشبهة. وفيه: أنه لا مانع من كون المشتري عالماً بالحال، فيكون الولد رقاً لولا الاجازة، مع أنه يمكن أن يكون أخذه لأخذ قيمته يوم الولادة.

ومنها: حكمه بأخذ ابن السيد مع أن ذلك لا يجوز؛ إذ غاية الأمر كونه غاصباً، وليس حكمه ذلك.

وفيه: أنه يمكن أن يكون ذلك لمطالبة الثمن الذي دفعه إليه.

ومنها: تعليمه ﷺ الحيلة مع أن ذلك ليس من وظيفة الحاكم.

وفيه: أنه لعله كان هناك مصلحة تقتضيها، مع امكان أن يكون الغرض بيان أن للمشتري مطالبة البائع بثمنه، لا تعليم الحيلة.

ومنها: كون الاجازة بعد الرد، مع أن الصحة حيثئذٍ خلاف الاجماع كما ذكره المصنف، ويمكن دفعه بأن المسلم من كون الرد مانعاً عن الاجازة ما إذا كان صريحاً، لا في مثل المقام الذي ليس إلا اظهار الكراهة، هذا مع أن هذا الاجماع لا يكون كاشفاً قطعياً.

فالانصاف أن الرواية لا مانع من العمل بها، وتكون دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد، هذا.

مع امكان الجواب بما ذكره المصنف من أن الاستدلال ليس بمجرد الحكم بصحة البيع في هذه القضية الشخصية، بل من جهة ظهور الفقرتين في أن حكم الفضولي ذلك، وحيثئذٍ فيمكن التأويل في ظهورها في كون الاجازة بعد الرد، ولا يرجع إلى مثل العام المنخص بالموارد كما قيل؛ لأن المفروض الحكم بالصحة في موردها أيضاً، غاية الأمر طرح ظهورها في كون الاجازة في موردها بعد الرد، هذا.

ولكن هذا إنما يتم إذا كان ظهور الفقرتين في صحة الاجازة في الفضولي أقوى

من ظهور كونها بعد الرد، وإلا فيمكن أن تؤول الفقرتان بارادة البيع الجديد من الاجازة والانفاذ، فإنه أيضاً ممكن.

والحاصل: أنه إذا قام الاجماع على عدم الصحة بعد الرد، والمفروض أن ظاهر الرواية ذلك، فلا بد إما من رفع اليد عن ظهور كونها بعده، وإما من رفع اليد عن كون المراد من الاجازة معناها الظاهر، بارادة ابقاء الوليدة وابنها بيد المشتري ببيع جديد، هذا.

ولكن الانصاف أن ظهور الفقرتين أقوى، فيؤول ما يظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بأحد الأمرين، من الاجازة والرد وغير ذلك، فتدبر.

١٤٨ - قوله ﷺ: (ومن جهة ظهور... الخ)^(١).

أقول: هذا وما عطف عليه من قوله (واطلاق حكم... الخ) وقوله (ومناشدة المشتري للامام ﷺ) والحاجة... الخ) وقوله ﷺ (حتى ترسل... الخ) شواهد على ظهورها في كون الاجازة بعد الرد.

وأما قوله (وحمل امساكه الوليدة... الخ) فهو مبتدأ خبره قوله (ينافيه... الخ)، وهو جواب عما يمكن أن يقال في دفع الظهور المذكور، من أنه يمكن أن يكون أخذ الجارية لأجل مطالبة ثمنها بعد اجازة البيع، لا لأجل الرد، فلا يكون ما ذكر دليلاً على كونها بعد الرد ليكون مخالفاً للاجماع.

وحاصله: أن هذا منافٍ لقوله (فلما رأى ذلك... الخ) فإن ظاهره أنه أجاز البيع بعد أخذ ولده لا من الأول.

١٤٩ - قوله ﷺ: (يفحوى صحة عقد النكاح... الخ)^(٢).

أقول: زاد عليها في الجواهر^(٣) بأنه قد يتضمن الصداق بيعاً ونحوه فيشملة حيثيذ فضولي النكاح، يعني أنه إذا تضمن النكاح الفضولي بيعاً فضولياً فإن صحته

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٦.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٧.

من جهة اطلاق الأخبار، ويستلزم صحة البيع أيضاً، ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب، وتصويره ما إذا باع شخص مال زيد من عمره فضولاً بمائة دينار، وزوج له هنداً بهذه الدنانير، فإذا أجاز زيد النكاح فلازمه صحة البيع أيضاً. لكن فيه أولاً: أن صحة النكاح لا تستلزم صحة البيع؛ لأنه غير موقوف على المهر؛ لأن بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح، فدلالة الأخبار على صحة النكاح بالاجازة في هذه الصورة إنما هي من حيث النكاح فقط، فلا دلالة لها على صحة البيع.

وثانياً: يمكن منع شمول الأخبار لمثل هذه الصورة، فهي منصرفة عنها، هذا. وأما الفحوى فهي ظنية؛ إذ المصالح المقتضية لجعل الأحكام خفية، فلعل الحكمة تقضي توسعة أمر النكاح من هذه الجهة دون غيره، هذا. مع أن الحكم في النكاح أيضاً ليس من المسلمات وإن أدعي عليه الاجماعات؛ لأن المحكي عن الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) انكاره فيه من الأصل، وعن فخر المحققين^(٣) أيضاً ذلك فيه وفي سائر العقود، وعن ابن حمزة^(٤) اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها دون غيرها.

وأما الأخبار فهي أيضاً واردة في موارد مخصوصة كنكاح^(٥) الأب لابنه، كما في الموثقة (إذا زوج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه)^(٦)، ونكاح الولي العرفي من الأخ والعم ونحوها كما في صحيحة الحذاء، ونكاح الأم لابنه كما في رواية محمد بن مسلم^(٧)، ونكاح الوصي كما في صحيحة ابن بزيع^(٨)، ونكاح العبد بدون إذن

(١) المبسوط ٤: ١٦٣.

(٢) الخلاف ٢: ٣٦١.

(٣) ايضاح الفوائد ٣: ٢٧.

(٤) الوسيلة ٣٠٠.

(٥) هكذا في الاصل، لكن الظاهر أنها «كانكاح» ولو عبّر بتزويج لكان اولى، وكذا في الموارد اللاحقة.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.

(٧) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٣.

(٨) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

المولى^(١)، ونحو ذلك مما يمكن تخصيص الحكم فيه بمورده حسبما اختاره ابن حمزة.

وبالجملة؛ فالتعدي منها إلى مطلق نكاح الفضولي مشكل، فضلاً عن التعدي إلى سائر العقود من البيع ونحوه، مع أن العمدة في تلك الأخبار أخبار نكاح العبد، وقد عرفت أنه يمكن أن يقال فيه وفي نحوه مما يكون العاقد عاقداً لنفسه إلا أنه منوط برضا الغير أن كون الاجازة مصححة مطابق للقاعدة، فلا يمكن قياس غيره عليه.

١٥٠ - قوله عليه السلام: (وبالنص الوارد... الخ)^(٢).

أقول: هو صحيح العلاء بن سيابة قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجها، ثم إنَّها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنَّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين أنَّها عزلته؟ فقال عليه السلام: ما يقول من قبلكم في ذلك؟

قال: قلت يقولون ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوج فالوكالة باطلة، والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل، وعلى ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعد شيئاً مما أمرت به واشترطت عليه في الوكالة، قال: ثم قال يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟!

قلت: نعم، يزعمون أنَّها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقالت في الخلاء اشهدوا أنني قد عزلته وأبطلت وكالته بلا أن تعلم في العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض، إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، إنَّ النكاح أحرى وأجدر أن يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد، إنَّ علياً عليه السلام أتته امرأة تستعديه على أخيها،

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٦.

فقلت يا أمير المؤمنين إنني وكلت أخي هذا... الحديث^(١).

١٥١ - قوله ﷺ: (وحاصله أن مقتضى... الخ)^(٢).

أقول: يمكن أن يقال إن الغرض من ذلك مجرد الرد على العامة في جعل حكمة الحكم هو الاحتياط، وأنه ليس كذلك، وإلا كان النكاح أولى بأن يحتاط فيه، ولو كان الاحتياط بأن يجري صيغة النكاح مجدداً أو بأن يطلق احتياطاً، لا أن مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة ليكون دالاً على أن الصحة في غيره تستلزم الصحة فيه دون العكس.

والحاصل: أنه لما كان الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر إلى الوكيل، والحكمة فيه ليس هو الاحتياط، فلا بد من حمل الخبر على أن الغرض منه الانكار عليهم في جعله حكمة، وأنه لو كان كذلك كان اللازم عدم الحكم بالبطلان، بل العمل على وجه يطابق الواقع قطعاً بالطلاق أو النكاح الجديد، وليس المراد أن مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة، فلا يلزم من هذا النص وهن في الفحوى.

ويمكن أن يكون المراد من قوله (أولى وأجدر) مثل ما أريد من قوله ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾، وحيث فلا حاجة إلى توجيه كون الاحتياط في النكاح الإبقاء دون الإبطال بما ذكره ﷺ من كون الثاني مستلزماً للزنا بذات البعل، بخلاف الأول، ومع الأغماض عن ذلك نقول لا نفهم معنى الخبر، ومع أيضاً لا يلزم الوهن المذكور، فتأمل.

● المؤيدات لصحة بيع الفضولي

١٥٢ - قوله ﷺ: (ونحوها غيرها... الخ)^(٣).

أقول: كخبر أبي الصباح عن أبي عبد الله ﷺ (في الرجل يعمل بالمال مضاربة ؟

(١) وسائل الشريعة، باب ٢ من أبواب احكام الوكالة، ح ٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٨.

قال ﷺ: له الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف عن شيء مما أمر به صاحب المال^(١).

وصحيح الحلبي عنه ﷺ (في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط ؟ قال ﷺ: هو ضامن، والربح بينهما)^(٢).

وصحيحه الآخر عنه ﷺ قال: (المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط أن لا ينزلوا بطن واحد، ولا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرت به فأنت ضامن للمال)^(٣).

وقد ورد جملة من الأخبار في المضاربة أيضاً موافقاً للمذكورات في مخالفته شرط عدم السفر إلى أرض معينة، كصحيح الحلبي عن الصادق ﷺ (في الرجل يعطي للرجل المال فيقول أيت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها، واشتر منها؟ قال ﷺ: إن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما)^(٤).

والصحيح عن أحدهما ﷺ (سألت عن الرجل يعطي المال مضاربة ويُنهي أن يخرج به فخرج ؟ قال ﷺ: يضمن المال والربح بينهما)^(٥).

وخبر أبي بصير عن الصادق ﷺ (في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى، فعصاه ؟ قال: هو ضامن له، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه)^(٦)، ونحوه خبر أبي الصباح^(٧).

وهذه الأخبار بجملتها كما ترى مخالفة للقواعد بظاهرها، فيمكن العمل بها

(١) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ٣.

(٢) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ٥.

(٣) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ٧.

(٤) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ٢.

(٥) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ١.

(٦) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب المضاربة، ح ١٠.

(٧) وسائل الشريعة، باب ١ من أبواب احكام المضاربة، ح ٦.

تعبداً ولو كانت المضاربة غير باقية مع المخالفة، وحيثُذ فلا بد من الاقتصار على ما تضمنته في خصوص هذا الباب، ويمكن أن يعمل بها وحملها على بقاء المضاربة تعبداً وإن كان ضامناً مع مخالفة الشرط، وهذا قريب من الأول، وكلاهما بعيد، ومعهما فلا شهادة فيها لما نحن فيه، ولا استيناس أيضاً كما ادعاه المصنّف رحمه الله، فإن الحكم بصحة معاملة واقعة على مال الغير من دون إذنه وإجازته تعبداً لا دخل له بصحة المعاملة مع الاجازة، فإن الأول راجع إلى سقوط اعتبار الاذن والرضا من المالك، بخلاف الثاني فإن المفروض فيه اعتبارهما.

ودعوى كفاية لحوقهما، فلا وجه للاستيناس حيثُذ، كيف؟ وإلا لصح الاستيناس بكل مورد صح التصرف في مال الغير من دون رضاه، وهو كما ترى. ويمكن تطبيقها على القواعد بحملها على صورة الاجازة اللاحقة، وهذا أيضاً بعيد عنها، فإنه لا إشارة إلى ذلك في شيء منها على كثرتها، مع أن الاجازة لا تنفع في الاشتراك في الربح، بل مقتضى القاعدة إما عدم استحقاق العامل شيئاً؛ لأنه فضولي أو استحقاقه مقدار أجره عمله.

فالأولى أن يقال: إن مجرد منع المالك عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لا يستلزم عدم الرخصة في المعاملة، وبعبارة أخرى يمكن أن يكون منعه منعاً تكليفاً منه، لا وضعياً حتى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالاذن الوضعي، وإن شئت فقل إنها محمولة على صورة تعدد المطلوب، فالضمان إنما هو من جهة المخالفة في المطلوب الثاني، وكون المعاملة صحيحة والربح بينهما من جهة الموافقة في المطلوب الأول، وهو أصل التجارة المربحة، ويشير إلى ذلك ذيل صحيحة الحلبي المشتملة على قضية العباس فإن ظاهره أنه كان يشترط الضمان مع بقاء الاذن في التجارة، فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان، لا تخصيص مورد الاذن في التجارة والتقييد فيه، وعلى هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً.

ومما ذكرنا ظهر ما في ما ذكره المصنّف رحمه الله من أن حملها على الفضولي مقتضى

الجمع بينها وبين ما دلّ على اعتبار الرضا، والنهي عن أكل المال بالباطل، مع أنّ الجمع المذكور إنّما يتم إذا لم يكن ما دلّ على اعتبار الرضا ظاهراً في اعتبار المقارنة، وأنّ يخرج المعاملة بالاجازة عن الأكل بالباطل، وإلا فليس الحمل المذكور جمعاً، ومع عدم الظهور في المقارنة والخروج عن الباطل بذلك فلا حاجة إلى الأخبار المذكورة، بل يكفي العمومات إلا أن يكون المقصود توجيهه للأخبار المذكورة، لا الاستدلال بها على المدعى، فنُدبَر.

١٥٣ - قوله ﷺ: (ومن هذا القليل الاخبار... الخ) (١).

أقول: ليس في تلك الأخبار ما يكون نصاً وظاهراً في كون المتجر غير المولى، نعم هي باطلاً ربما تكون شاملة على ما فهمه الأصحاب منها، حيث إنهم ذكروا أنّه لو كان المتجر ولياً مالياً فلا يكون ضامناً، ولو فقد أحد الوصفين كان ضامناً، والريح لليتيم من جهة الأخبار المذكورة، ولا بأس بتقل جملة منها:

فمنها: صحيحة ربعي عن الصادق ﷺ (في رجل عنده مال اليتيم ؟ فقال ﷺ: إنّ كان محتاجاً ليس له مال فلا يمس ماله، وإنّ هو اتّجر به فالريح لليتيم، وهو ضامن) (٢).

ومنها: خبر منصور الصبقل (سألت أبا عبد الله ﷺ عن مال اليتيم يعمل به؟ فقال ﷺ: إذا كان عندك مال وضمته فلك الريح، وأنت ضامن للمال، وإنّ كان لا مال لك وعملت به فالريح للغلام، وأنت ضامن للمال) (٣).

ومنها: خبر سعيد السّمّان (سمعت أبا عبد الله ﷺ يقول: ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فإنّ اتّجر به فالريح لليتيم، وإنّ وضع فعلى الذي يتجر به) (٤).

ومنها: صحيحة زرارة المروية عن الفقيه عن أبي جعفر ﷺ قال: (ليس على مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فإنّ اتّجر به ففيه الزكاة والريح لليتيم، وعلى التاجر

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٢.

ضمان المال^(١)

وحيث لا إشارة في هذه الأخبار على توقف ملكية الربح على الاجازة من الولي فيمكن تخصيصها بما إذا كان المتجر هو الولي، بل يتعين ذلك في الأولين؛ حيث قيد فيهما الضمان بما إذا لم يكن للمتجر مال، وفي غير الولي يكون التصرف موجباً للضمان مطلقاً لعدم كونه مأذوناً فيه أصلاً، وحيث لا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً؛ لأنها إما أن تخصص مع ذلك بما إذا كان الاتجار بعين مال اليتيم، أو يعمم إلى ما كان في الذمة، ويدفع ماله عوضاً عما فيها، فعلى الأول تكون المعاملة صحيحة، والربح لليتيم بمقتضى القاعدة؛ لأنها وقعت على عين ماله، سواء قصد الولي كونها لليتيم أو لنفسه؛ إذ قصد كونه لنفسه لغو، ولا يحتاج إلى اجازته بعد ذلك، كما لو باع الوكيل ما وكل فيه بعنوان أنه لنفسه فإنه صحيح عن الموكل من غير حاجة إلى الاجازة؛ لأنه عقد صدر من أهله في محله.

وعلى الثاني وإن كان مقتضى القاعدة كون المعاملة للولي، وضمانه لليتيم ماله الذي دفعه عوضاً عما في ذمته، إلا أن مقتضى الأخبار المذكورة كونها لليتيم على خلاف القاعدة.

مع امكان أن يقال: إن المعاملة وإن كانت واقعة على ما في الذمة إلا أنها تنصب على المدفوع وتنطبق عليه، فكأنها واقعة عليه، خصوصاً إذا كان قصده من أول الأمر دفع هذا المال عوضاً، كما هو الغالب، فتكون منطبقة على القاعدة، وعلى أي حال فلا دخل لها بمسألة الفضولي، بل ولا استيناس بها لها حسبما عرفت سابقاً. هذا وإن قلنا باطلاقتها، وعملنا بها في صورة كون المتجر عين المولى أيضاً فلا بد من العمل باطلاقتها لبعد تقييدها بما إذا أجاز الولي، مع أنها باطلاقتها شاملة لما إذا كان المتجر هو الولي أيضاً.

وفيه: لا حاجة إلى الاجازة فلا معنى لكون المراد منه صورة الاجازة، ولذا عمل

(١) وسائل الشريعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٨، الفقيه ٢: ١٦ رواية ١٥٩٩.

باطلاقها من لا يقول بصحة الفضولي في سائر المقامات كالشيخ في المبسوط^(١) وابن زهرة^(٢) والحلي^(٣) والحلي^(٤) وفخر الاسلام^(٥).

وحيثئذ فاما أن نقول إن تصرف غير الولي أيضاً مأذون فيه في مال اليتيم بالأذن الوضعي إذا كان فيه مصلحة في الواقع، وإن كان منهياً عنه بالنهي التكليفي، ويكون ضامناً له إذا لم يعلم المصلحة الواقعية، وإما أن نقول إن الصحة في المقام تعبدية من جهة الاخبار المذكورة، وعلى أي حال لا دخل لها بمسألة الفضولي، بل ولا استيناس أيضاً.

نعم، لو قلنا إن الصحة من باب إجازة الولي، وأنه لو لم يجز لما صحت كانت من الفضولي، لكنه مجرد احتمال مخالف للظاهر لا يصلح للتأييد فضلاً عن الاستدلال، هذا.

مع أن التصرف المذكور لما كان موافقاً للمصلحة الواقعية فاللازم وجوب الاجازة على الولي حيثئذ، ومعه لا معنى للتوقف عليها، فتأمل.

١٥٤ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٦).

أقول: لعل وجهه أن الكلام في الصحة بالاجازة من المالك، لا بالاجازة من الله تعالى، ولا ملازمة بينهما، هذا مع أن الاجازة الالهية لا معنى لها إلا الحكم بالصحة تعبداً، وليست من الاجازة المتأخرة.

١٥٥ - قوله ﷺ: (برواية ابن أشيم... الخ)^(٧).

أقول: رواها عن أبي جعفر عليه السلام قال له: (عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة، واعتقها عني، وحج عني بالباقي، ثم مات

(١) المبسوط ١: ٢٣٤.

(٢) الوسيلة ٢٧٩، ويمكن ان يكون مقصوده ابن حمزة، لان ابن زهرة هو الحلبي.

(٣) الغنية ٢٠٧.

(٤) السرائر ١: ٤٤١، و ٢: ٢١٢.

(٥) ايضاح الفوائد ١: ١٦٧.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٠.

(٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٦١.

صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه وأعتقه عن الميت، ودفع إليه الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه وبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف، فقال: موالى العبد المعتقد إنَّما اشترى أباك بمالنا، وقال الورثة: إنَّما اشترى أباك بمالنا، وقال موالى العبد: إنَّما اشترى أباك بمالنا؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد، وأما المعتقد فهو رد في الرق لموالى أبيه، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنَّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً^(١).

وهذه الرواية كما ترى - مضافاً إلى ضعف سندها بجهالة الراوي أو غلوه - مخالفة للقواعد، ولم يعمل بها المشهور، ومع ذلك فلا شهادة لها على مانحن فيه؛ إذ الظاهر أنَّ كلاً من الفرق كان يدعي كونه مأذوناً، بل المفروض أنَّه مأذون من موله، والدافع أب الورثة، فالمراد أنَّ من أقام البينة على مدعاه فالقول قوله، والتعبير المذكور كناية عن ذلك، وليس المراد كفاية مجرد ثبوت كون الشراء بعين ماله وإن كان المقصود بالشراء غيره؛ ليكون من الفضولي.

١٥٦ - قوله عليه السلام: (فإن الحكم يرد ما زاد ... الخ)^(٢).

أقول: هذا بناءً على ما هو الظاهر من كون المراد من رده على صاحب الاقالة بوضعية فأنه باطله حيثئذٍ، ويبقى الثوب على ملك المشتري لعدم صحة الاقالة بزيادة أو نقيصة، وإن كان على وجه الاشتراط؛ لأنَّ مقتضى الفسخ بها رجوع كل من العوضين إلى مالكه، فلا يكون هناك سبب لملكية البائع ما نقص في صورة الوضعية، ولا لملكية المشتري ما زاد عن الثمن في صورة الزيادة.

ويمكن على بعد أن يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضعية، وحيثئذٍ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة، [و] من رد الزيادة ردها على وجه الاستحباب، فلا دخل لها بالفضولي أصلاً؛ إذ يكون الثوب حيثئذٍ للبائع لأنه رجع

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٢.

إليه بالشراء من المشتري بوضيعة، ولا دخل له بصاحبه الأول، وهو المشتري.
وحاصل: المراد أنه إذا باع الثوب المردود إليه بأكثر من ثمنه، أي الذي تقوم عليه بعد الرجوع إليه بوضيعة، فليرد الزيادة على المشتري الأول؛ لأنه خسر هذا المقدار في هذا الثوب بشرائه ورده، ووصل إلى البائع ما يقابله.

١٥٧ - قوله ﷺ: (ويحتمل أن يكون فضولاً... الخ) (١).

أقول: فيه أولاً أن ظاهر الخبر أحد الاحتمالين الأولين، وثانياً أنه كيف يمكن أن يكون الشراء فضولياً مع فرض إذنه فيه.

١٥٨ - قوله ﷺ: (ورضا المالك من هذا القبيل... الخ) (٢).

أقول: قد عرفت الفرق بين عقد غير المالك وعقد المالك الموقوف على رضا الغير، والتعليل إنما يتم في الثاني، هذا مع أن مجرد العقد على مال الغير لا يكون عصبياً، إلا أن يكون المراد منه العصيان الوضعي حسبما اخترناه، فتدبر.

١٥٩ - قوله ﷺ: (هذا غاية ما يمكن... الخ) (٣).

أقول: ويمكن أن يستدل عليه برواية مسمع بن يسار قال: (قلت لأبي عبد الله ﷺ إنني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثم إنه جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذا أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك اجعلني في حل، فأخذت المال وأبيت أن أخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى؟ قال ﷺ: خذ الربح واعطه النصف أحله، إن هذا رجل تائب، والله يحب التوابين) (٤)، فإن ظاهر ذيله أن تمام الربح له، وأنه أمره باعطائه النصف منه من جهة أنه تائب، وهو لا ينطبق إلا على صحة الفضولي.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب كتاب الودعة، ح ١.

ويمكن أن يستدل عليه أيضاً بما عن الكليني عن أبي حمزة الثمالي قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الزكاة تجب عليّ في موضع لا يمكنني أن أوديعها؟ قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت لها ضامن، ولها الربح، وإن نويت في حال ما عزلتها من غير أن تشغلها في تجارة فليس عليك، فإن لم تعزلها فاتجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح، ولا وضیعة عليها^(١).) وقد استدل أيضاً بوجوه أخر:

منها: الاجماع على نفوذ بيع المفلس مع إجازة الغرماء، وعلى نفوذ بيع الراهن مع إجازة المرتهن، ولا فرق بين الموردين وسائر الموارد، وفيه ما عرفت مراراً. ومنها: ما ورد في الوصية^(٢) بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازة الوارث. وفيه: أيضاً ما لا يخفى فإن إجازته شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه، فلا دخل له بالمقام من إجازة المالك للعقد الواقع على ماله على أن يكون له؛ إذ من المعلوم أن الاجازة لا تصير الوصية للوارث، بل توجب عدم انتقال المال إليهم. ومنها: ما ورد من التصدّق بمجهول المالك^(٣) واللقطة، من أنه إن رضي المالك بعد معلوميته كان له، وإلا ضمن المتصدّق.

وفيه: أن الاذن الشرعي حاصل في التصديق، وهو صحيح على كل حال أجاز المالك أو لا، وضمانه على فرض عدم الرضا حكم تعبدی، وعدم ضمانه في غير هذا الفرض حكم تعبدی.

ومنها: النصوص الواردة في باب الخمس^(٤) المشتمل بعضها على التصرف من بعضهم وطلب الاجازة من الامام عليه السلام فأجاز، بل في غيرها من النصوص التي وردت في المناكح والمساكن سيما ما صرح فيه منها بالشراء من مال الخمس من

(١) وسائل الشیعة، باب ٥٢ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٣، الكافي ٤: ٦١، باب الصدقة لبنی هاشم - نوادره، ح ٢.

(٢) وسائل الشیعة، باب ١١ من ابواب احكام الوصايا.

(٣) وسائل الشیعة، باب ٧ من ابواب اللقطة.

(٤) وسائل الشیعة، باب ٣، ٤ من ابواب الانفال وما يختص بالامام.

الجواري المشتملة على إجازة الامام عليه السلام ذلك لأهل الحق ما يؤيد ذلك.
وأنت خبير بما فيه؛ إذ الامام عليه السلام أباح ذلك ولم يجز على وجه يكون له كما في
إجازة الفضولي.

○ ما استدل به لبطلان بيع الفضولي

□ الاول: الكتاب

١٦٠ - قوله عليه السلام: (وفيه أن دلالة على الحصر... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت^(٢) ما فيه من امكان منع كون الاستثناء منقطعاً، ثم منع عدم دلالة
على الحصر فتذكر، هذا.

وقد يقال: إن الاستثناء وإن كان منقطعاً، وأنه غير مفيد للحصر إلا أنه يمكن
دعوى كونه في المقام مفيداً فائدة المتصل في الدلالة على بطلان الفضولي؛ وذلك
لأن المستفاد من الآية حرمة الأكل بالباطل، وجواز الأكل بالتجارة عن تراض،
والفضولي لما كان غير داخل في المستثنى، ويحتمل دخوله في المستثنى منه
واقعاً، بأن يكون من الباطل؛ حيث إن المراد منه غير معلوم لا يمكن الأكل به؛
وذلك لأن تمييز الباطل من غيره لا بد أن يكون ببيان الشارع، ولم يرد منه بيان
بالنسبة إلى المقام، فيكون الأكل به من الباطل.

وفيه: أنه إن أُريد كون المراد منه الأعم من الباطل الواقعي والظاهري فهو
ممنوع، وإن أُريد ذلك مع فرض كون المراد منه خصوص الواقعي فغاية الأمر كون
المقام من الباطل الظاهري، من جهة أن الأصل عدم تأثير السبب، وهذا تمسك
بالأصل، لا بالعموم، والمقصود التمسك به ليكون دليلاً في مقابل العمومات
المتقدمة الدالة على صحة الفضولي، وإلا فالأصل لا يقاومها كما هو واضح، مع أنه
لا حاجة فيه إلى هذا التطويل، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.

(٢) تعليقه ١٠١.

١٦١ - قوله ﷺ: (مع احتمال أن يكون... الخ)^(١).

أقول: الاحتمال إنما يكون مخلأ بالاستدلال إذا كان موجباً للاجمال، ومن المعلوم أنه في المقام مخالف للظاهر حسبما اعترف به المصنف ﷺ، ويؤيده أنه على قراءة الرفع يتعين التقييد؛ إذ دعوى احتمال كونه خبراً، وكون تجارة اسماً بعيد في الغاية؛ إذ عليه كان المناسب تعريف التجارة.

١٦٢ - قوله ﷺ: (وإلا أن يكون... الخ)^(٢).

أقول: هذا حاصل المعنى، وإلا فلا يمكن أن يرجع الضمير في يكون إلى لفظ السبب المقدّر، بل التقدير على قراءة النصب إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراضٍ، أو تكون الأموال أموال تجارة عن تراضٍ، والأظهر الثاني، فالضمير راجع إلى الأموال، ويكون قوله «تجارة» قائماً مقام المضاف المقدّر، وهو قوله «أموال تجارة».

ويمكن أن لا يقدر ويجعل الخبر لفظة «تجارة»، ويكون الحمل من حيث إنها سبب لتحصيل الأموال، أي إلا أن تكون الأموال ناشئة من التجارة عن تراضٍ. ثم لا يخفى أن الخبر بعد الخبر إما أن يكون على وجه الاستقلال، كما في قولنا «زيد عالم شاعر»، وإما أن يكون من قبيل «الزمان حلو حامض»، والمقام محتمل للوجهين، فعلى الأول يكون المراد إلا أن تكون الأموال ناشئة من التجارة أو تكون ناشئة عن التراضي.

وعلى الثاني إلا أن يكون الأموال ناشئة من التجارة وعن التراضي، فيكون التراضي معتبراً في التجارة، إلا أنه ليس على وجه التقييد حتى يعتبر كون التجارة ناشئة عنه، بل بمعنى أن سبب الحل هو التجارة والتراضي معاً، وإن كان التراضي موجوداً بعد التجارة كما في الفضولي، وظاهر المصنف ﷺ هو الوجه الثاني كما لا يخفى.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.

١٦٣ - قوله ﷺ: (مع أنَّ الخطاب... الخ)^(١).

أقول: حاصله أنَّه لو سلمنا كونه قيداً أيضاً لا يكون دليلاً أيضاً، إذ لا يلزم منه كون العقد مقارناً للرضا، بل التجارة والعقد لا يكونان تجارة للمالك، بل إنَّما يكونان تجارة له بعد الاجازة، ومعه يكون عن تراض.

والحاصل: أنَّ التجارة حين كونها تجارة المالك تكون عن الرضا، ولا فرق في ذلك بين أنَّ يكون الاستدلال من باب مفهوم الحصر أو مفهوم القيد، وكذا على الايراد السابق.

١٦٤ - قوله ﷺ: (ولعله يناسب... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أنَّ التصرف والتخاير - أي اختيار البيع - مسقطان للخيار، فعلى ما ذكره يكون المراد من التراضي اسقاط الخيار، وهذا لا يتنافى القيدية أيضاً؛ إذ حاصل مفاد الآية حيث أنَّه لا يحل الأكل إلا بالتجارة المقيدة بالتراضي، يعني بالالتزام بالبيع باسقاط الخيار، فيكون الرضا المعتبر في صحة التجارة مسكوتاً عنه من حيث إنَّه محقق لصدق الموضوع، ومثله لا يصرح به؛ إذ هو معلوم من الخارج، ألا ترى أنَّ قوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾ لا يراد منه إلا البيع الصادر عن الرضا، وهكذا في سائر الموارد، ولعل هذا دعوى الجماعة إلى حمله على ما ذكره؛ إذ هو المحتاج إلى التصريح به، بخلاف ما هو معتبر في أصل الصدق، لكن لا يخفى أنَّ لازم ما ذكره عدم جواز الأكل إلا بعد اسقاط الخيار، ولا نقول به، فتدبر.

□ الثاني: السنة

١٦٥ - قوله ﷺ: (وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام... الخ)^(٣).

أقول: الظاهر أنَّه عامي، ومن طريق الخاصة ما عن الصدوق بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي ﷺ قال:

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

نهى عن بيع ما ليس عندك، ونهى عن بيع وسلف^(١).

وخبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله قال عليه السلام: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع وسلف، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن)^(٢).

١٦٦ - قوله عليه السلام: (فيكون مساوقاً... الخ)^(٣).

أقول: بناءً على أن يقرأ «يَمْلِكُ» بصيغة المعلوم كما هو الظاهر بقريته الأختين.

١٦٧ - قوله عليه السلام: (ولما ورد في توقيع العسكري... الخ)^(٤).

أقول: هو هكذا (في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال: للشهود اشهدوا أنني قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك؟ وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بكلها، فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك)^(٥).

١٦٨ - قوله عليه السلام: (في جواب بعض مسأله... الخ)^(٦).

أقول: حاصل المسألة (أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان، وليس لها قيمة لخرابها، وهي باثرة منذ عشرين سنة، وهو يتحرّج من شرائها؛ لأنه يقال إن هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان كان صواباً وصالحاً، وإن لم يجز عمل بما

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.

تأمره به؟ فأجابه ﷺ: الضيعة لا يجوز... الخ^(١).

والظاهر أن المراد من الجواب أنه لا يجوز ابتياعها من السلطان؛ لأنه غير مالك ولا مأذون من قبله.

١٦٩ - قوله ﷺ: (في أرض بقم النيل... الخ)^(٢).

أقول: قال في القاموس (النيل - بالكسر - قرية بالكوفة، وبلدة بين بغداد وواسط، وقيل إن النيل نهر تشعب من الفرات ينتهي إلى دجلة بمسافة مراحل)^(٣)، وعلى هذا فالمراد بقم النيل صدر ذلك النهر.

والاستان - بالضم على ما في القاموس والمجمع - أربع كور ببغداد عالٍ وأعلى وأوسط وأسفل ذكره، في القاموس في «س ت ن» وفي المجمع في «أ س ت». والظاهر أن المراد من الأهل في قوله (لا تشتريها إلا برضا أهلها)^(٤) من كانت الأرض بيده، لا أهل الاستان، وذلك لدلالة يده على الملكية، ويحتمل كون المراد الأهل الواقعي، فلا بد للمشتري من الاحتياط، ويحتمل كون المراد مجموع الطرفين لكونهما خارجين أو داخلين، أو بناءً على الاحتياط الاستحبابي إذا كان الأول زائداً، والآخر خارجاً، فتدبر.

١٧٠ - قوله ﷺ: (من آل فلان... الخ)^(٥).

أقول: الظاهر أن المراد منهم بني عباس كما المصرح به في نسخة الكافي^(٦)، والمراد بالقطايع إما ما أقطعه السلطان من الاراضي الموات ليعمرها، أو ما أقطعها من الأراضي الخراجية، فعلى الأول يكون الوجه في عدم الملك كونها للامام ﷺ، ويكون من الفضولي، وعلى الثاني يكون الوجه عدم قابليتها للبيع، فلا دخل له

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٨، وما هو في المتن ليس نص الرواية.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.

(٣) قاموس المحيط ٤: ٦٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.

(٦) الكافي ٥: ١٣٣، باب اداء الامانة، ح ٨، وفيه (من امرأة من العباسيين).

بالفضولي، ويظهر من هذا وجه آخر لعدم صحة الاستدلال لمكان هذا الاحتمال، فتدبر .

١٧١ - قوله ﷺ: (والنص على جواز بيع الكلي... الخ)^(١).

أقول: كصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبدالله ﷺ عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً؟ قال: ليس به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عنده. قال ﷺ: وأي شيء يقولون في السلم. قلت: لا يرون به بأساً، يقولون هذا إلى أجل فاذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصح. فقال ﷺ: فاذا لم يكن إلى أجل كان أجود. ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل. فقال: لا يسمى أجلاً إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً)^(٢).

وصحيحه الآخر قلت: (لأبي عبدالله ﷺ الرجل يجيشني يطلب المتاع فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال ﷺ: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: فلا بأس به. قلت: فإن من عندهنا يفسده. قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده. قال ﷺ: فما يقول في السلم، قد باع صاحبه ما ليس عنده. قلت: بلى. قال: فأئماً صلح من أجل أنهم يسمونه سلماً، إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه)^(٣).

وخبر أبي الصباح عنه ﷺ (في رجل اشترى عن رجل مائة من صفرأ بكذا وكذا، وليس عنده ما اشترى منه؟ قال ﷺ: لا بأس به إذا وفاه الذي اشترط عليه)^(٤).
وخبر ابن سنان عنه ﷺ (عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو بيعاً نسيماً وليس عندي، أ يصلح أن أبيع له إياه وأقطع له سعره، ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من أبواب احكام العقود، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من أبواب احكام العقود، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٧ من أبواب احكام العقود، ح ٤.

قال عليه السلام: لا بأس ^(١). إلى غير ذلك، هذا.

والجمع بين هذه الأخبار وما دلّ على عدم جواز بيع ما ليس عنده بما ذكره المصنّف عليه السلام من الفرق بين الكلي والشخصي صحيح، إلا أن الأولى أن يقيد الجواز في الكلي أيضاً بما إذا لم يكن المشتري ملزماً بأخذ ما يشره له، ولو على نحو الاشتراط؛ لأنّ المستفاد من جملة من الأخبار التي منها الصحيحة الثانية أن الصحة مشروطة بما إذا كان للمشتري أن يأخذ أو يترك.

وكون اختيار التعيين بيد البائع إنّما يسلم في غير مثل المقام الذي باع شيئاً ولو كلياً، ثم اشتراه من جهة هذه الأخبار، أو نقول إنّّه لا ينافي عدم صحة الالتزام المذكور، فالغرض من هذه الأخبار أن البيع لا يتعين في الذي اشتراه، بل هو باقٍ على كليته وإن كان يجب على المشتري الأخذ إذا كان مطابقاً للكلي الموصوف، فتدبر.

ثم إنّ محصل الجواب الأول الذي ذكره المصنّف عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه - بعد كون المراد من الموصول العين الشخصية بقرينة الاجماع والأخبار الدالة على جواز بيع الكلي - يدور الأمر بين وجهين:

أحدهما: كون المراد النهي عن بيع مال الغير بمعنى مجرد الانشاء؛ ليكون دليلاً على بطلان الفضولي.

الثاني: كون المراد النهي عن بيع العين الشخصية قبل اشترائها لنفسه ثم اشترائها ودفعها إلى المشتري، كما هو المراد من روايتي خالد ويحيى الآيتين، والثاني أظهر، فلا دخل له بمسألة الفضولي.

قلت: ربما يجاب عنه أيضاً بأنّ ظاهره النهي عن البيع بقصد ترتيب الأثر، فغايته الدلالة على بطلان الفضولي في صورة إرادة البيع لنفسه كما في بيع الغاصب، ولا يدل على بطلانه فيما إذا باع للمالك بتوقع الاجازة.

وقد يجاب أيضاً: بالحمل على التقية، بقرينة تكذيب الامام عليه السلام في الصحيحين

للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده، لكنه كما ترى؛ إذ يحتمل أن يكون التكذيب من جهة حكمهم ببطلان بيع الكلبي، وجعله من باب بيع ما ليس عنده، لا في أصل الحديث.

وقد يجاب أيضاً: بأن المراد منه النهي عن بيع ما لم يكن مقدوراً على تسليمه، كما استدل به في تلك المسألة، وفيه أنه خلاف الظاهر، فالصواب ما ذكره المصنف رحمه الله.

١٧٢ - قوله رحمه الله: (الآيتين في بيع الفضولي لنفسه... الخ)^(١).

أقول: يعني في مسألة ما لو باع لنفسه ثم ملكه، فإنه رحمه الله ذكرهما في الوجه السابع^(٢) من الوجوه الدالة على عدم صحة البيع المزبور ولو بالاجازة بعد ذلك. الأولى: قال: (قلت لأبي عبد الله رحمه الله الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأرباحك كذا وكذا؟ قال رحمه الله: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال رحمه الله: لا بأس، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام)^(٣).

والثانية: قال: (سألت أبا عبد الله رحمه الله عن الرجل يقول اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة بعينها أرباحك كذا وكذا؟ قال رحمه الله: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها)^(٤).

١٧٣ - قوله رحمه الله: (تخصيصه بما تقدم... الخ)^(٥).

أقول: يعني الأدلة الخاصة، وإلا فالنبي صلى الله عليه وآله على فرض دلالة مخصص للعمومات المتقدمة.

١٧٤ - قوله رحمه الله: (يظهر الجواب عن دلالة... الخ)^(٦).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٦.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ١٣.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.

أقول: الصواب هو الجواب^(١)، ويمكن الجواب عن الأول بما مر في النبوي ﷺ من أن غاية ما يدل عليه نفي الصحة فيما لو قصد نفسه كما في الغاصب، لا مطلق الفضولي، وقد يجاب عنه أيضاً بأن المراد نفي اللزوم وهو بعيد، وقد يجاب أيضاً بأن المراد عدم جواز بيع ما ليس بمملوك كالحر مثلاً، وهو أيضاً بعيد، والأظهر بقرينة الفقرتين إرادة نفي صحة البيع قبل أن يملك إذا أراد ترتيب الأثر كالطلاق قبل النكاح، أو العتق قبل أن يتملك العبد.

١٧٥ - قوله ﷺ: (وأما الروايتان... الخ)^(٢).

أقول: الظاهر أن المراد بهما روايتا خالد ويحيى، وهما وإن لم يذكرهما في طي الاستدلال إلا أنه لما كان يمكن الاستدلال بهما أجاب عنهما بذلك، وأما دعوى أن المراد بهما التوقيعان فهي كما ترى.

١٧٦ - قوله ﷺ: (فإنما هو في مقابلة... الخ)^(٣).

أقول: فحاصل مفاده أن البيع بلا مدخلة المالك باطل، مع أنه قد يقال إن قوله (أو رضا منه) ناظر إلى إجازة الفضولي، حيث جعله في مقابل بيع المالك وأمره.

١٧٧ - قوله ﷺ: (وتوضيحه... الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أن هذا ليس توضيحاً للمذكور، بل هو جواب آخر، وحاصله أن النهي إنما هو عن البيع بقصد كونه لنفسه مع إرادة ترتيب الأثر، وبطلانه على هذا الوجه لا يستلزم بطلانه للمالك أيضاً إذا أجاز.

(١) هكذا في الأصل.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٩.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٩.

□ الثالث: الاجماع

١٧٨ - قوله ﷺ: (الاجماع على البطلان ... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أن التمسك بالاجماع في مثل المسألة على أحد الطرفين أو هن شيء.

□ الرابع: العقل

١٧٩ - قوله ﷺ: (والجواب: أن العقد ... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أن الفضولي إنما يقصد النقل والانتقال جداً مطلقاً، لا هزلاً ولا معلقاً على الاجازة، وإلا لم يكن صحيحاً مع الاجازة أيضاً، وحيث فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفاً كما يصدق على بيع الغاصب، فإن ملاك صدقه ليس قصد ترتيب الأثر، ولا كونه علة الانتقال عرفاً، وإلا لزم التفصيل في حرمة بين ما لو ترتب الأثر وما لم يترتب، أو بين ما إذا فرض سلطته على ذلك وعدمها.

والحاصل: أن ملاك صدق التصرف النقل الانشائي عن جد، وهو حاصل في المقام أيضاً، وإن أبيت عن ذلك فنقول لا بد وأن نلتزم بعدم الحرمة في بيع الغاصب أيضاً، إلا بالتصرف الحسي بالدفع إلى المشتري، هذا مع امكان دعوى أن العقد مطلقاً علة تامة لحصول الآثار في نظر العرف، من غير فرق بين الغاصب المستقل وغيره، وعدم امضاء الشرع مشترك الورد، كما أن القصد إلى النقل عن جد كذلك، غاية الفرق أن الغاصب قاصد للدفع والتصرف الحسيين دون الفضولي، وهذا لا يوجب الفرق في صدق التصرف، مع أنه قد لا يتمكن من ذلك، فتدبر.

١٨٠ - قوله ﷺ: (مع أن تحريمه لا يدل على الفساد ... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.

أقول: هذا إنَّما يتم إذا قلنا إنَّ الدال على الفساد ليس إلا النهي الارشادي، وأما التحريمي فلا دلالة له على الفساد أصلاً، والمفروض أنَّه في المقام تحريمي، وأما إذا قلنا إنَّ النهي التحريمي أيضاً يدل على الفساد إذا كان متعلقاً بنفس المعاملة كما في بيع الخمر فيمكن أن يقال إنَّه في المقام كذلك، وذلك لأنَّ النهي متعلق به بما هو بيع؛ إذ المفروض أنَّه تعلق بالتصرف الأعم من الحسي والانشائي، فهو فرد من ذلك العنوان، لا عنوان آخر، وإنَّما لا يدل على الفساد فيما كان متعلقاً بعنوان آخر، فالمقام نظير أن يفرض النهي المتعلق ببيع الخمر متعلقاً بعنوان كل تقليب فيه، الذي منه البيع، فأنَّه بما هو بيع تقليب للخمر، ومن المعلوم أنَّه يدل على الفساد حيثنَّه، فتدبَّر.

١٨١ - قوله ﷺ: (مع أنَّه لو دلَّ لدلَّ... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أنَّه لو دلَّ على الفساد لدلَّ على أنَّ البيع المفروض لا يترتب عليه الأثر مطلقاً، سواء أجاز المالك أو لا.

١٨٢ - قوله ﷺ: (لا نفس القصد المقرون... الخ)^(٢).

أقول: إذا قلنا بحرمة القصد المقرون في هذه الصورة فلا بدَّ أن نقول به في بيع الغاصب أيضاً؛ إذ لا فرق بينهما في ذلك، بل اللازم عدم حرمة شيء من المعاملات المحرمة؛ إذ في جميعها يكون المحرم القصد المقرون، أو ترتيب الأثر الخارجي، فتدبَّر.

١٨٣ - قوله ﷺ: (أقواها أن القدرة... الخ)^(٣).

أقول: منها: أن من لوازم صحة عقد البيع ونحوه حلية التصرف وترتب سائر الآثار، وانتفاء اللازم في المقام بالاجماع يكشف عن عدم الملزوم، وبتقرير آخر إنَّ كان الفضولي داخلاً تحت عموم «أقوا» و «أحل الله البيع» ونحوهما وجب

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٢.

الحكم بوجوب الوفاء وحصول الملكية، وإلا فلا يكون صحيحاً.
وفيه: أن الرضا شرط بالاجتماع والأخبار فلا بد من حصوله أيضاً، وبعده يترتب جميع الأحكام، فالمقام نظير صحة البيع قبل القبض في الصرف والسلام.
ومنها: أن البيع بالنسبة إلى الأصيل غرري، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.
وفيه: أن هذا إن قلنا باللزوم بالنسبة إليه، وإلا فلا غرر، مع أنه قد يكون واثقاً باجازه المالك.

ومنها: أن مقتضى شرطية الرضا في العقود والايقاعات وجوده حالها، وإلا فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أن هذا هو الحال في سائر الشرائط، من القصد للمدلول، والالتفات، والمعلومية، والقدرة على التسليم ونحو ذلك.
وفيه: أنا نمنع شرطيته إلا في النقل والانتقال، وليس شرطاً في العقد؛ إذ هو أول الكلام، وهذا بخلاف الالتفات والقصد إلى المدلول ونحو ذلك، وأما المعلومية والقدرة على التسليم ونحوهما فقد ثبت من الأدلة وجوب اقتران العقد بها، وإلا أمكن أن يقال إذا عقد ثم حصل العلم صح، والسر أن البيع مع الجهل وقع غررياً، وكذا مع انتفاء القدرة على التسليم.
نعم، لقائل أن يقول: لم لا يصح بعد حصول العلم والقدرة ولو أجاز العقد الواقع، والجواب عدم الدليل على تأثير مثل هذه الاجازة، فتدبر.

□ المسألة الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

١٨٤ - قوله ﷺ: (ويلوح إليه ... الخ)^(١).

أقول: قد يقال بمنع التلويح؛ لأن مورد الخبر ما إذا كان ذلك من العبد بعد الدخول وترتيب الآثار، فلا دخل له بما نحن فيه من مجرد المنع، فإن كون الأول باطلاً ينافي كون الثاني قابلاً للاجازه، وهو كما ترى، فإن ظاهر حمله للخبر على ما ذكر يقتضي كون مجرد المنع مضراً عنده، والاقتران بالدخول وترتيب الآثار لا دخل له في القابلية وعدمها.

نعم، يرد على العلامة أنه لا داعي إلى الحمل المذكور، بل الأولى حملة على صورة عدم الاجازة إلى الآخر، مع أن مجرد الاجازة اللاحقة لا تكفي في الخروج عن كون الوطي زناً إلا على القول بالكشف، وعليه أيضاً يمكن أن يقال لما كان وطيه حراماً في الظاهر اطلق عليه الزنا من باب التنزيل.

والحاصل: أن استظهار المصنف رحمه الله الفتوى من عبارة التذكرة في محله، لكن الحمل المذكور فيها مما لا حاجة إليه في توجيه الخبر، فتدبر.

١٨٥ - قوله رحمه الله: (وكفاية العمومات ... الخ) (١).

أقول: هذا على مذاق المصنف رحمه الله من تمامية دلالة العمومات صحيح، لكنك عرفت منع دلالتها، فحيث يمكن أن يقال إن القدر المتيقن من الأدلة الخاصة صورة عدم النهي السابق، فتدبر.

١٨٦ - قوله رحمه الله: (ومضافاً إلى ترك الاستفصال ... الخ) (٢).

أقول: الانصاف عدم ظهور العموم من هذا الترك، خصوصاً مع أنه قضية في واقعة، بل قد يدعى ظهور السؤال في عدم النهي، ومعه لا يمكن التمسك بترك الاستفصال، لكنه كما ترى؛ إذ الظهور اللفظي ممنوع، والمقام - مضافاً إلى امكان منعه - لا يفيد، فتأمل.

١٨٧ - قوله رحمه الله: (ولو بشاهد الحال ... الخ) (٣).

أقول: إذا قلنا بكون النهي السابق مانعاً إنما نقول به في النهي الصريح المنشأ سابقاً، لا مجرد الكراهة الباطنية، ومثله غير متحقق غالباً، وكان الأولى التمسك باطلاق أدلة صحة نكاح العبد مع لحوق الاجازة، فتأمل.

١٨٨ - قوله رحمه الله: (مع أن رواية اجازته ... الخ) (٤).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

أقول: المراد من المعصية الغير القادحة بصريح الرواية مجرد ترك الاستيذان، لا ما كان مع النهي الصريح، فالأولى دعوى اطلاقها.

والانصاف تمامية هذا الاطلاق إلا أن الفحوى ممنوعة، فإن نكاح العبد له خصوصية من حيث إن المعاملة والمعاهدة ليست إلا للعبد، غايته مدخلية رضا المولى فيها من جهة حق العبودية، فلا دخل له بالفضولي المصطلح حسبما أشرنا إليه سابقاً، ولذا قلنا إن التمسك بالعمومات لصحة الفضولي صحيح في مثل هذا المورد، وتصرف الراهن بدون إذن المرتهن، بخلاف الفضولي المصطلح فإنه ليس بصحيح؛ لأن الفضولي فيه طرف للمعاهدة، ولا دخل لها به، وظاهر قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أوفوا بعقودكم كما عرفت، وهكذا سائر العمومات فلا تشملها، فتدبر.

١٨٩ - قوله ﷺ: (من بيع مال اليتيم... الخ)^(١).

أقول: فيه منع ظاهر؛ فإن في بيع مال اليتيم المنع السابق غير موجود غالباً إن أريد منع الولي، وإن أريد المنع من الله تعالى فليس الكلام فيه، ومن ذلك يظهر حال المغضوب فإن غاية الأمر وجود المنع الالهي، مع أنه لم ينقل سابقاً دليلاً يدل على صحة بيع الغاصب؛ حتى يدعى ظهوره في الدلالة على عدم مصرية النهي السابق، فتدبر.

١٩٠ - قوله ﷺ: (ومخالفة العامل... الخ)^(٢).

أقول: هذا إنما يتم إذا كانت تلك المسألة من باب الفضولي، وقد عرفت الاشكال فيه سابقاً، فتذكر^(٣).

١٩١ - قوله ﷺ: (غير مسلم... الخ)^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

(٣) تعلية ١٥٢.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٥.

أقول: يعني لا نسلم كون مجرد الحلف المذكور موجباً لفسخ العقد وإن كان صادراً بأذنه وتوكيله واقعاً، بل إنما مبني على عدم الصحة في الظاهر من جهة الانكار والحلف، وثانياً أنه يرجع إلى انشاء الفسخ بهذا الحلف، فلا دخل له بما نحن فيه من مجرد النهي السابق في حال عدم العقد، الذي لا يبقى بعده إلا أثره، وإلا فليس هناك انشاء للرد بعد صدور العقد، فتدبر.

□ المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه

١٩٢ - قوله ﷺ: (والأقوى فيه الصحة... الخ)^(١).

أقول: قد يفصل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادریس، وقد يفصل في الغاصب بين علم المشتري بالغصبية وجهله كما عن العلامة وولده والشهيد وقطب الدين^(٢).

١٩٣ - قوله ﷺ: (للعومات المتقدمة... الخ)^(٣).

أقول: قد عرفت ما في العمومات، وأما الفحوى فغير جارية هنا على فرض تماميتها في حد نفسها؛ لأن الفضولي في النكاح لا يعقد لنفسه، بل عن الغير، والمؤيدات المتقدمة أيضاً غير جارية، وأما صحيحة ابن قيس فلا يبعد دعوى ظهورها من جهة ترك الاستفصال، والانصاف أنها العمدة في دليل الفضولي.

١٩٤ - قوله ﷺ: (بناءً على اختصاص مورد... الخ)^(٤).

أقول: يعني بعد ما عرفت من اختصاص موردها بالبيع لنفسه، وإلا فالاستدلال بها ليس مبنياً على الاختصاص؛ إذ مع الإطلاق أيضاً يمكن الاستدلال بها للمقام، بدعوى أن صورة البيع للمالك خارجة عنها بالدليل، هذا إن قلنا فيه بالصحة، وإلا فالأمر أوضح.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.

(٢) حكاة عنهم مفتاح الكرامة ٤: ١٨٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.

١٩٥ - قوله ﷺ: (مبني على جمل... الخ)^(١).

أقول: لا نسلم كون هذا ملاكاً لكون البيع الصادر من الغاصب بيعاً حقيقياً، فأنأ لو سلمنا هذا الجعل من الغاصب غالباً فلا نسلمه دائماً، ولو كان الملاك ذلك لزم في الحكم بصحته بالاجازة احراز هذا الجعل منه بالعلم؛ إذ مع عدمه لا وجه للحمل عليه إلا من باب حمل فعله على الصحة، والمفروض فساد فعله من جهة حرمة بيعه، إلا أن يقال إن العلم بحرمة لا ينافي حمله على الصحة من حيث كونه بيعاً في مقام علم كونه بصدد البيع، وهو كما ترى؛ إذ لا دليل عليه على هذا الوجه مع أن لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه عدم التنزيل المذكور، ولم يقل أحد بهذا التفصيل.

فالتحقيق: أن يبيعه يتصور على وجهين: أحدهما بالبناء على كونه مالكا، والثاني بالبناء على تملك الثمن بازاء مال الغير، كما أن في مثال الأصل - وهو ما لو اشترى بماله لغيره شيئاً - أيضاً يتصور على الوجهين، فإنه قد ينزل الغير منزلة المالك للثمن، وقد لا ينزل.

فالصواب في الجواب أن يقال: إن حقيقة البيع ليس إلا مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته، ولا ينافيه أيضاً، ولا فرق فيه بين الوجهين من التنزيل وعدمه، ومن ذلك يظهر أن مقتضى القاعدة في المثال المذكور أيضاً الحكم بالصحة، وكون المثلن له، لا لذلك الغير؛ لأنه مقتضى المبادلة بين المالين، من غير فرق بين صورة تنزيل ذلك الغير منزلة المالك للثمن وعدمه.

هذا إذا قلنا بعدم صحة دخول المثلن في ملك غير من خرج عنه الثمن، وإلا فمقتضى القاعدة صحته، وكون المثلن لذلك الغير، وسيأتي الكلام فيه عن قريب، هذا ولو فرض الاجماع على عدم الصحة في المثال لاله ولا للغير أمكن أن يقال

إنَّ الوجه فيه أنَّه لا يمكن أن يصح له؛ لأنَّه لم يرَضَ به على أن يكون له، ولا ممكن أن يصح لغيره لعدم امكان الاجازة من ذلك الغير؛ لعدم كون المال متعلقاً به، والمفروض عدم صحة دخول العوض في ملك غير مالك العوض الآخر، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ الصحة للمالك مع إجازته لا مانع منه.

والحاصل: أنَّ الفرق بين ما نحن فيه والمثال امكان تصحيحه بالاجازة فيما نحن فيه دون المثال، لا ما ذكره المصنّف من كون ما نحن فيه مبنياً على جعل الغاصب نفسه منزلة المالك فيتحقق منه قصد البيع، بخلاف المثال فإنَّ قصد البيع غير متحقق فيه؛ لأنَّه قصد تملك الغير للبيع بازاء مال نفسه، فتدبّر.

١٩٦ - قوله ﷺ: (لأنَّ المفروض الكلام... الخ)^(١).

أقول: هذا تعليل لما يفهم من الكلام، يعني أنَّ عكس الأصل المذكور ما إذا باع مال غيره لنفسه، بأنَّ قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمليك المثلث، لا ما نحن فيه مما يكون بيعه لنفسه مع جعل نفسه بمنزلة المالك للثمن، وإنَّما لا يكون ما نحن فيه عكساً لأنَّ المفروض كون الكلام فيما لو أجاز المالك كانت المعاملة، فلا بدَّ من فرضه في صورة التنزيل المذكور ليمكن أن يصح بالاجازة، فمثال العكس أيضاً حال الأصل في البطلان، وما نحن فيه لا يكون مثلاً في العكس؛ حتى يصح ما ذكره البعض من استلزام البطلان في الأصل البطلان فيه، فتدبّر.

١٩٧ - قوله ﷺ: (وقال نظير ذلك فيما لو باع... الخ)^(٢).

أقول: فإنَّه قصد البيع للمالك، فاذا ملكه وأجاز يكون إجازته بمعنى تبديل البيع الواقع عن المالك إلى بيعه عن نفسه.

١٩٨ - قوله ﷺ: (وهذا خلاف الاجماع والعقل... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٩.

أقول: أما كونه خلافاً للاجماع فواضح، وأما كونه خلافاً للعقل فلائنه لا يعقل تغيير ما وقع عما وقع، خصوصاً مع عدم كون أمر المشتري بيده.

١٩٩ - قوله ﷺ: (وأما القول بكون الاجازة... الخ) (١).

أقول: إشارة إلى الجواب عما ذكره المحقق المذكور من أن هذا أحد الأقوال في الاجازة، وغرض المصنف ﷺ أن ذلك القول لا ربط له بما ذكره المحقق المذكور، إذ معنى ذلك القول أن الاجازة بمنزلة القبول، فتتضمن إلى الإيجاب المتقدم، بخلاف ما ذكره المحقق فإن الاجازة عليه بمنزلة الإيجاب والقبول معاً، هذا.

ولكن الظاهر أن مراد المحقق من ذلك التقريب يعني كما أن القائل المذكور يقول في مطلق الفضولي أن العقد يتحقق بالإيجاب والاجازة، ويكون الاجازة قائمة مقام القبول وإن وقع القبول من غير المجيز، فكذلك لنا أن نقول في المقام إنها بمنزلة مجموع الإيجاب والقبول، وليس مراده أنها في الحقيقة عقد مستقل جديد، وتبديل رضا البائع والمشتري كليهما أيضاً لا مانع منه بعد عدم كونهما مأخوذتين على وجه القيدية، بل على وجه الموردية، وكون ملاك البيع المبادلة من دون نظر إلى خصوص الطرفين، فتأمل.

ويعتبر الواقع عما وقع وإن كان مخالفاً للعقل، إلا أنه لا مانع منه في الأمور الاعتبارية وبمجرد الاعتبار، وإلا فمن المعلوم أنه ليس غرضه التبديل الحقيقي.

٢٠٠ - قوله ﷺ: (بين المحذورين المذكورين... الخ) (٢).

أقول: يعني ما ذكر في الاشكال من أن الاجازة إن تعلقت بالمقصود كان منافياً للصحة، وإن تعلقت بغيره كان عقداً مستأنفاً.

٢٠١ - قوله ﷺ: (ولكن يشكل... الخ) (٣).

أقول: حاصله أن ما ذكر من الجواب إنما يتم إذا كان الفضولي هو البائع، فإنه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.

حيثُ يقول في مقام الانشاء بعثك أو ملكتك بكذا وكذا، ويقول المشتري قبلت أو تملكّت أو نحوهما، فيكون حقيقة المعاملة المبادلة بين المالكين، غايته أنه قصد تملكّه للثمن من جهة اعتقاد كون البيع له، وأما إذا كان الفضولي الغاصب مشترياً، وقال البائع «ملكك كذا بكذا»، وقال «قبلت أو تملكك»، أو قال هو «تملكك»، وقال البائع «ملكك» فلا يتم الجواب المذكور؛ لأنّ المفروض أنّ البائع قصد تمليكك، وقصد هو تملكك، فلا يبقى مورد للاجازه؛ لأنّ ملكيته لا يتصور على وجه يكون المال بالاجازه منتقلاً إلى المالك الأصلي.

وبعبارة أخرى قوام المعاملة حيثُ إنّما هو تملكك للثمن وتمليك البائع له إيّاه، بخلاف الصورة الأولى فإنّ قوامها بنقل العين التي بنى على كونه مالكا لها بازاء كذا، فاجازتها يمكن أنّ تقتضي ملكيته للمالك الأصلي.

والحاصل: أنّ كون الإيجاب أو القبول ساكتاً عن كون المال يتنقل إلى البائع أو إلى غيره، وعدم أخذ ذلك في مفهوم العقد إنّما يتم في الصورة الأولى، وأما الثانية فصريح العقد إيجاباً أو قبولاً انتقال المال إلى الغاصب، فلا يمكن دعوى أنّ العقد ساكت عن ذلك، ومن ذلك يظهر أنّ ملاك الاشكال كون الانشاء على وجه يكون تمليكاً صريحاً للغاصب، أو تملكاً له، فلو فرضنا كون الفضولي هو البائع فقال «بعثك كذا بكذا» وقال الآخر «ملكك كذا بكذا» بناءً على صحة القبول بمثل ذلك كان محلاً للاشكال أيضاً، كما أنّه لو كان الفضولي هو المشتري فقال البائع «بعثك كذا بكذا»، وقال هو في مقام القبول «قبلت أو اشتريت» لم يكن اشكال فتأمل، فإنّ معنى قوله «بعثك كذا بكذا» ملكك لا بادلت معك كذا بكذا، فالاشكال وارد فيه أيضاً، هذا.

والتحقيق: في رفع الاشكال - بعد عدم اختصاصه بما نحن فيه من بيع الغاصب وجريانه في مطلق الفضولي إذا كان الطرف الآخر جاهلاً بكونه فضولياً كما أشار إليه في العبارة المحكية عن التذكرة، بل في الوكيل والولي مع جهل الآخر كما أشار إليه المصنّف رحمه الله، وبعد عدم الفرق بين كون قصد العقد بلفظ التمليك والتملك أو

غيرهما - هو أن يقال إن حقيقة البيع ليس إلا المبادلة بين المالكين، والذي يعتبر في قوامه إنما هو ذلك، وكون المال منتقلاً عن من وإلى من ليس معتبراً فيه، أو إنما يوجه الإيجاب أو القبول إلى المخاطب سواء كان بلفظ التملك والتملك أو غيرهما على وجه الموردية، لا بمعنى أن التملك لا يقع إراداً على المخاطب بالخصوص، بل بمعنى أن خصوصيته ليست ملحوظة في قوام المعاملة، ولذا لا يلتزمون نوعاً في مقام البيع معرفة كون المال لهذا الشخص، وأنه يبيع أو يشتري لنفسه أو لغيره.

وهذا بخلاف باب النكاح وباب الصلح والهبة المحاباتيين والوصية ونحوها، فإن المتقل إليه المال فيها من الأركان، ولا بد من العلم بكون القابل يقبل عن نفسه أو غيره، وأما في البيع والاجازة ونحوها فالنظر ليس إلا إلى المالكين، وأما الطرفان فليسا من الأركان بهذا المعنى، وإن كانا منها بوجه آخر، من حيث إن المعاهدة لا تتحقق إلا بين اثنين، وحيث نقول قول البائع «ملكك» موجهاً له إلى المخاطب وإن كان تملكاً له بالخصوص لكن المقصود الأصلي تبديل المالكين، فللمالك الأصلي أن يعجز هذا التبديل الذي هو أصل حقيقة المعاملة.

وإن شئت فقل: إن المخاطب مقصود بالتمليك بالعنوان الأعم، لا بمعنى أن هذا التعميم مما هو ملتفت إليه وملحوظ حين العقد، بل بمعنى أنه المركوز في الأذهان عند العرف.

ونظير ما نحن فيه - من حيث كون الخصوصية التي وردت عليها المعاهدة ملغاة؛ لكونها مأخوذة لا على وجه التقييد والتقويم - ما ذكره في باب الشروط من كون تخلفها موجباً للخيار، لا للبطلان، فإن المعاهدة الخاصة واردة على المشروط، لكن لا بنحو التقويم، بل بنحو تعدد المطلوب.

بخلاف تخلف الأوصاف المقومة، ولذا ذكروا أنه لو تخلف الوصف لا يوجب إلا الخيار، ولو تخلف الجنس والنوع أوجب البطلان، فإن الوجه فيه أن الثاني ملحوظ في أنظار العرف على وجه التقويم، ولذا نجعل المدار في تعيين النوع

على أنظارهم، فقد يكون ما هو داخل في الصنف حقيقة واختلافه يوجب اختلاف الصنف داخل في قوام النوع عند العرف بحسب انظارهم، وكذا الكلام في باب تخلف الجزء، فإنه لا يوجب البطلان، مع أن المعاهدة الواردة على الكل معاهدة واحدة خاصة.

والحاصل: أن خصوصية المالكين لما لم تكن مقومة للبيع، وإنما يكون حقيقته مجرد المبادلة بين المالكين فلا يضر تخلفها، كما لا يضر عدم معلوميتها، ولا فرق في ذلك بين أقسام الفضولي وأنحاء الصيغة، كما أنه لو كان الاشكال وارداً لم يكن فرق بين قصد التملك للغاصب صريحاً وفي مفهوم العقد، وقصده من دون أن يصرح بتخليكه، ولعل ما ذكرنا مراد البعض الذي يذكره المصنف رحمته في جوابه الثاني؛ حيث قال إن الاجازة تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للثمن مأخوذة فيها، فإن مقصوده أن الخصوصية ملغاة من جهة عدم كونها مقومة للبيع، هذا.

وأما الجواب الذي يذكره المصنف رحمته فسيأتي الكلام عليه^(١).

٢٠٢ - قوله رحمته: (كإيقاع المتكلم الاصلي... الخ)^(٢).

أقول: الظاهر أنه خبر لقوله (فنسبة المتكلم... الخ).

٢٠٣ - قوله رحمته: (في التذكرة حيث قال... الخ)^(٣).

أقول: قال فيها (لوباع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فاشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد، أما مع العلم فالأقوى ما تقدم، وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل؛ إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا)^(٤) انتهى.

وظاهره كما ترى إيراد الاشكال في مطلق الفضولي مع جهل الآخر، من غير فرق بين البائع والمشتري، والغاصب وغيره، وأنحاء الانشاء من كونه بلفظ

(١) في التعاليق اللاحقة.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

التملك وغيره.

وأما ما ذكره في وجه الاشكالية في الغاصب مع علم المشتري ببيانه أنه حيثئذ يكون المشتري في الحقيقة مملكاً للثمن للغاصب بلا عوض؛ لأنه عالم بأنه ليس له، ومع ذلك يدفع إليه الثمن، فكأنه أعطاه مجاناً، ولذا لا يرجع عليه به إذا تلف، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن يصير ملكاً للمالك بالاجازة؛ لأن المفروض أن المشتري قصد تملكه للغاصب مجاناً، فتصححه بالاجازة والحكم بكونه للمالك يكون أشكل، بل في الحقيقة إجازة هذا البيع يرجع إلى إجازة البيع بلا ثمن كما سيشير إليه المصنف رحمه الله.

٢٠٤ - قوله رحمه الله: (ولا يتنقض بما لو جهل... الخ) (١).

أقول: الانصاف عدم اندفاع هذا النقص بما ذكره المصنف رحمه الله، أما أولاً فلأن الطرف الآخر قد يكون معتقداً لكون البائع أصيلاً، ولا يكون متردداً بين كونه وكيلاً أو ولياً أو أصيلاً، فيقصد تملكه لنفسه لا بعنوان أعم، وأما ثانياً فلامكان فرض التعميم في الفضولي أيضاً إذا فرض كونه متردداً بين كونه أصيلاً أو فضولياً، ودعوى عدم امكان هذا الاعتبار فيه لكونه أجنبياً كما ترى.

فالتحقيق: ما عرفت من أنه وإن أراد تملك العاقد لنفسه إلا أن هذه الخصوصية ملغاة في نظر العرف لعدم كونها مأخوذة على وجه التقويم، وكون حقيقة البيع مجرد المبادلة من غير نظر إلى المالكيين من الطرفين، ولذا لا يضر مع العلم ببارادته بخصوصه وعدم الالتفات إلى كونه وكيلاً أو ولياً، مع كونه في الواقع كذلك، بل لا يوجب هذا التخلف الخيار أيضاً، إلا إذا كان من الاغراض النوعية المأخوذة على وجه تعدد المطلوب، بحيث يرجع إلى الشرط الضمني، فتدبر.

٢٠٥ - قوله رحمه الله: (وأكثر النصوص المتقدمة... الخ) (٢).

أقول: لم يتقدم نص في شراء الغاصب لنفسه، إلا أن يريد نصوص الاتجار بمال

اليتم، وفيه ما لا يخفى.

٢٠٦- قوله ﷺ: (وفيه: أن حقيقة العقد... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت ما فيه، من أن قصد الخصوصية لا يضر بعد كونها خارجة عن حقيقة المعاملة التي هي المبادلة، والظاهر أن نظر البعض إلى ذلك كما أشرنا.

٢٠٧- قوله ﷺ: (فالأنسب في التفصي... الخ)^(٢).

أقول: فيه أولاً: ما عرفت من منع كون بيع الغاصب أو شرائه مبنياً على ادعاء الملكية في جميع المقامات، وأنه لولاه خرج عن كونه مبادلة حقيقية؛ لما عرفت من أن بيع ماله لغيره أو مال غيره لنفسه أيضاً بيع حقيقة؛ لأن حقيقة المبادلة محفوظة، وقصد كون الثمن أو الثمن لغير مالك الآخر لا يضر بصدق المبادلة بين المالكين، سواء قلنا بصحة ذلك أو بطلانه.

وثانياً: بعد الادعاء المذكور أيضاً نقول إن من المعلوم إرادة الغاصب تملك خصوص نفسه، لا من كان مالكا وإن كان غيره، وإن شئت فقل إن الجهة تعليلية، لا تقييدية، وعلى فرض كونها تقييدية، وكون الحكم وارداً عليها نمنع اقتضاءها ما ذكره؛ إذ لا بد في ورود الحكم على الجهة مطلقاً من قابلية المحل للاطلاق، وإلا فلا يستلزم الاطلاق، ألا ترى أنك إذا قلت «أكرمت زيدا لصداقته» لا يقتضي اطلاق مطلق الصديق، بل وكذا لو قلت لزيد «ادخل داري من حيث إنك صديقي» لا يكون إذن الدخول لمطلق الصديق، ففي المقام أيضاً وإن كان الغاصب في قوله «تملكت كذا بكذا ديناراً» على أنه المالك، وكان تملكه للمثمن من هذه الجهة، لا أنه لا يقصد إلا تملك نفسه، لا المالك الواقعي.

فلا مفر في دفع الاشكال إلا ما ذكرنا من أن هذه الخصوصية مأخوذة لا على وجه التقييد في انظار العرف، فيمكن الغاؤها في مقام الاجازة، ولا يلزم منه مخالفة المجاز للمتشأ؛ لأن المجاز نفس المبادلة لا بهذه الخصوصية، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٣.

٢٠٨ - قوله ﷺ: (هذا مع أنه ربما يلتزم... الخ)^(١).

أقول: غرضه أن غاية ما يلزم من الاشكال المذكور عدم صحة الاجازة على أن يكون للمالك، وأما بطلان المعاملة وعدم امكان تصحيحها فلا؛ فإنه يمكن أن تصحح بالاجازة على أن تكون للغاصب الفضولي.

وليس غرضه دفع الاشكال، مع كون الاجازة على الوجه السابق كما قد يتخيل؛ ليرد عليه أنه لا يدفع الاشكال الوارد عليه، هذا وكان الأولى أن يعبر عن المطلب بتعبير آخر، بأن يقول هذا كله على تقديره الاجازة على أن يكون للمالك، وهل يصح على أن يكون للغاصب أو لا، ربما يلتزم... الخ، هذا.

ويمكن أن يقال: إن الكلام في أن مقتضى الاجازة بقول مطلق أن يكون للغاصب أولاً، وأن القائل ملتزم بكونه له، وحيث فيتحصل في المسألة وجوه:

أحدها: البطلان وعدم الصحة بالاجازة، لا للمالك ولا للغاصب.

الثاني: الصحة مع كونه للمالك.

الثالث: الصحة مع كونه للغاصب.

الرابع: تبعية القصد، فإن قصد للمالك فله، وإن قصد للغاصب فله، فتدبر.

٢٠٩ - قوله ﷺ: (في شرحه على القواعد... الخ)^(٢).

أقول: قال فيها (ولو أجاز المالك على نحو ما قصده الغاصب به احتمال رجوعه إلى هبة وبيع معاً، كقوله «اشتر بمالي لنفسك كذا»، وأما مع قصد الغاصب تمليك نفسه، ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك، ولو باع المالك عن غيره فأجاز صح البيع عن المجيز)^(٣) انتهى.

وظاهره أن احتمال كونه للغاصب إنما هو مع قصده ذلك في مقام الاجازة، لا

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.

(٣) شرح القواعد ١٦٦.

أن يكون مقتضى الاجازة مطلقاً ذلك، فيرجع ما ذكره إلى الاحتمال الأخير الذي ذكرنا، فتدبر.

٢١٠- قوله ﷺ: (فكما أن الاجازة المذكورة... الخ)^(١).

أقول: يعني أن بهذه الاجازة يتصحح أمران، أصل البيع، والتملك الضمني الحاصل به، فيتحقق أولاً ملكيته للمبيع، وثانياً يصح بيعه بالترتب الطبيعي.

٢١١- قوله ﷺ: (رجع الملك إلى مالكه دون العاقد... الخ)^(٢).

أقول: أما على الوجه الأول فيمكن أن يقال برجوعه إلى العاقد من حيث إنه قد ملك المبيع أولاً ثم باعه بالتقدم الطبيعي أو الخارجي، لكن هذا بناءً على الملك أنا ما حقيقة، وأما إذا قلنا بالملك الضمني التقديري بمعنى كونه في حكم الملك فلا يرجع بالفسخ إلا إلى مالكه، فتدبر.

٢١٢- قوله ﷺ: (مع أن قياس الاجازة... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أن الملك في مثل قوله «بع مالي لك» يتصور على وجوه: أحدها: أن يكون من باب الحكم الشرعي بالملكية قبل البيع أنا ما حقيقة. الثاني: أن يكون من باب تقدير الملك وحكمه بأن يكون شرعاً في حكم الملك في ترتيب الأثر الذي هو صحة البيع لنفسه.

الثالث: أن يكون الاذن السابق، وهو قوله «بع مالي لك» إيجاباً للتملك، وبيعه على هذا الوجه قبولاً له، فيتحقق الملكية الحقيقية بالمبيع، فيكون إيجاب البيع قبولاً للتملك السابق، وإيجاباً للبيع، فيتقدم حيثز ملكية البائع للمبيع على ملكية المشتري؛ لأنه إنما يملكه بالايجاب، والمشتري يملكه بعد القبول، ولا يلزم أن يكون الملكية حين الايجاب، بل يكفي تحققها حين تمامية السبب، الذي يحصل النقل بعده.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٥.

الرابع: أن يكون الاذن السابق توكيلاً في تمليكه لنفسه، وإيجابه البيع قبولاً لذلك التوكيل، وبمنزلة الإيجاب والقبول لتمليكه لنفسه، وإيجاباً للبيع، فيكون لذلك الإيجاب جهات؛ لأنه قبول للتوكيل، وإيجاب وقبول لمتعلق الوكالة، وهو تمليكه لنفسه، وإيجاب للبيع الثاني، هذا.

أما الوجهان الأولان فلا يمكن الالتزام بهما إلا بعد وجود الدليل الشرعي، بأن يكون هناك نص خاص يدل على صحة البيع بمجرد هذا الاذن، ويكون الوجه منحصرًا في أحدهما، ومن المعلوم عدم الدليل، ثم عدم تعيين الوجه على فرض وجوده؛ لا مكان التزام تخصيص بعض القواعد الآخر.

وأما الأخيران - فمضافاً إلى الحاجة إلى الدليل على كفاية هذا المقدار في تحقق التوكيل والتملك - محتاجان إلى كون قصد الاذن ذلك، وكون قصد البائع أيضاً ذلك، وإلا فمع عدم القصد من أحدهما لا يمكن الالتزام بهما، والمفروض عدم كلا الأمرين.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا قلنا بأحد هذه الوجوه في الاذن السابق، فإن قلنا به من جهة النص الخاص فلا يجوز قياس الاجازة عليه، لكن المفروض عدم النص، وإن قلنا به بمقتضى القاعدة من جهة عمومات أدلة العقود وجواز التصرف بالاذن والرضا فلا فرق بين السابق واللاحق، وما ذكره المصنف رحمته الله من الفرق غير فارق؛ إذ غاية ما ذكره عدم الدليل على تأثير الاجازة في تأثير البناء على الملكية في تحققها شرعاً، ومن المعلوم أن الاذن السابق أيضاً كذلك، فدعوى إيجابه من باب الاقتضاء تقدير أنا ما ممنوع؛ إذ مجرد الاذن في التملك لا يكفي في حصوله.

نعم، لو كان دليل شرعي أوجب صحة البيع المفروض كان دالاً من باب الاقتضاء على حصول الملكية أنا ما مع فرض انحصار الوجه فيه، لكنه مفروض العدم، وعلى فرضه يمكن أن يقال إنه في الاجازة اللاحقة أيضاً، فأناً لو فرضنا وجود الدليل على صحة البيع معها دل من باب الاقتضاء على كفاية امضاء البناء المذكور في تأثيره في الملكية.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنّف رحمه الله من المناقضة؛ حيث إنّه قال أولاً إنّ الاذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك أنا ما قبل البيع، وقال في آخر كلامه (لأنّ هذا مما لا يؤثر فيه الاذن، لأنّ الاذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟!).

فان قلت: لعل مراده من قوله (من باب الاقتضاء) اقتضاء الدليل الدال على صحة البيع بمثل هذا الاذن، لا اقتضاء الاذن في البيع الاذن التملك^(١). قلت أولاً: قد عرفت عدم الدليل، وثانياً على فرض وجوده لا فرق بين الاذن السابق واللاحق حسبما عرفت، مع أنّ ظاهره هو الثاني، أعني اقتضاء الاذن في البيع الاذن في التملك، فتدبر.

٢١٣ - قوله رحمه الله: (من منافاته لحقيقته... الخ)^(٢).

أقول: يمكن منع المنافاة؛ فإنّ المبادلة إنّما تكون بين المالين، ولا يلزم في تحققها دخول هذا في ملك من خرج منه الآخر، نعم مقتضى إطلاقها هذا، ومرادنا من قولنا إنّ المبادلة إنّما تكون بين المالين أنّها عبارة عن مجرد اعتبار كون هذا في مقابل ذاك، أو عوضاً عنه، من غير نظر إلى من ينتقل إليه وعنه، وهذا الاعتبار قد يكون بملاحظة تبديل ملكية هذا بملكية ذاك، وقد يكون بملاحظة اخراجه عن ملكه من دون تبديل الملكية، وقد يكون بملاحظة اتلافه عليه، فالأول كالبيع المعروف، والثاني كبيع ماله لغيره، فإنّ المقابلة بين المالين إنّما هي بلحاظ التملك الواقع منهما، والثالث كما في اعطاء عوض التالف عند كون شيء عوضاً عن آخر أعم من الجميع، ولا يلزم أن يكون بملاحظة تبديل الملكيتين دائماً، فإنّ لا نعقل مانعاً من أن يجعل ماله عوضاً عما اعطاه الطرف الآخر لغيره، لا بمعنى أن يكون عوضاً عن الاعطاء، بل عوضاً عن نفس ذلك الشيء، لكن بملاحظة اعطائه،

(١) في نسخة «ب» (لا اقتضاء الاذن في الاذن التملك) والظاهر ان المراد ولا اقتضاء الاذن في البيع الاذن في التملك.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٦.

ولذا لا يعد قوله لغيره «خذ مالي واشتر به لنفسك طعاماً» من المنكرات.

ويؤيد ما ذكرنا صحة أداء دين الغير من كيس نفسه، مع أن المقبوض عوض عن الكلي المملوك في ذمة هذا، مع أنه لا يمكن^(١) أن يستفاد ما ذكرنا من جملة من الأخبار:

منها: خبر موسى بن بكر عن حديد قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيء الرجل يطلب مني المتاع بعشرة آلاف درهم أو أقل أو أكثر وليس عندي إلا ألف درهم، فاستعيره من جاري فأخذ من ذا ومن ذا فأبيعه، ثم اشتره منه أو أمر من يشتره فأرده على أصحابه؟ قال عليه السلام: لا بأس به)^(٢).

٢١٤ - قوله عليه السلام: (يظهر اندفاع اشكال... الخ)^(٣).

أقول: وذلك لأن المشتري وإن كان مملكاً للثمن للغاصب، ومسلاً له عليه مطلقاً على تقديري الرد والاجازة، مع علمه بعدم كونه مستحقاً له، إلا أن هذا لا يرجع إلى التملك المجاني وبلا عوض، بل بعد البناء على أنه مالك للمعوض فبحسب هذا البناء منه ومن الغاصب إنما يملكه بعنوان المعاوضة والمبادلة، فلا يخرج ما قصده وأنشأه عن كونه مبادلة حقيقية، ولا مانع من إجازة المالك لهذه المبادلة لنفسه، لأنه إذا قال «ملكته» فكأنه قال ملكت المالك، وأنت المالك؛ لما عرفت من أن الحكم الثابت لشيء من حيثة تقييدية ثابت في الحقيقة لنفس تلك الحيثة، فلا يرجع بالاجازة إلى البيع بلا ثمن، هذا.

ولا يخفى أن ملك هذا الاشكال هو كون تملك المشتري للثمن من البائع مع علمه بعدم استحقاقه تملكاً مجانياً خارجاً عن حقيقة البيع، والجواب هو ما أشار إليه المصنف عليه السلام، ولا دخل لمسألة جواز رجوعه عليه مطلقاً أو مع بقاء العين، أو عدم جوازه في هذا الاشكال، فإنها مسألة أخرى متفرعة على دفع الثمن إليه مع

(١) هكذا في الاصل والظاهر زيادة لفظة «لا».

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٨.

علمه بعدم استحقاقه، سواء كان حين البيع عالماً بكونه مال الغير أو غير عالم، وهذا الاشكال ليس متفرعاً على دفع الثمن، ولا على القول بعدم جواز الرجوع فيه، بل إنَّما يرد ولو لم يدفعه أو دفعه وقلنا بجواز رجوعه عليه مع وجوده أو مطلقاً.

والحاصل: أنَّ مناط وروده ادعاء أنَّ المشتري مع هذا العلم لا يكون قاصداً للبيع حقيقة، بل قاصد للتملك المجاني، والدفع ما ذكرنا، وهذا مراد العلامة في عبارته المتقدمة من أنَّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، وليس نظره إلى أنَّ الرجوع على الغاصب جائز للمشتري أو لا.

فنفريع المصنَّف رحمته ورود الاشكال على القول بعدم الرجوع ليس في محله، والمسألة المشار إليها مناطها الدفع مع العلم بعدم الاستحقاق حين الدفع، من غير فرق بين العلم به حين البيع أيضاً وعدمه، وإلا فلم يقل أحد بوجوب الدفع إلى الغاصب من جهة هذا التملك.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ الاشكال المذكور ليس مبنياً على القول بالنقل، بل يرد على القول بالكشف أيضاً، بعد كون مناطه عدم صدق التملك المعاوضي، وعدم تحقق حقيقة المبادلة.

٢١٥ - قوله رحمته: (وأقول هذا الاشكال ... الخ)^(١).

أقول: حاصل مرامه رحمته أنَّ ورود هذا الاشكال مبني على أمور:

أحدها: تسليم ما نقل عن الأصحاب من عدم جواز الرجوع في الثمن مع الرد.

الثاني: كون التسليط مطلقاً، لا مراعى بعدم الاجازة.

الثالث: بناءً على كون الاجازة ناقلة.

ومع فقد أحد هذه الأمور لا يتوجه الاشكال من أصله ليحتاج إلى ما ذكرنا من الدفع.

قلت: قد عرفت ما فيه، فإنَّ مقتضى المناط الذي ذكرنا عدم الفرق حسبما بينا،

فتدبر.

٢١٦ - قوله ﷺ: (ومن هنا يعلم أن ما ذكره ... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأن بطلان البيع لنفسه الذي ذكره في التذكرة ونفى عنه الخلاف إنما هو من حيث كونه لنفسه وبلا إجازة، ولا ينافي كونه صحيحاً للمالك إذا أجازته، فلا وجه لما ذكره من بطلانه مطلقاً حتى مع إجازة المالك، ونسبه إلى نفي الخلاف في التذكرة، إلا أن يكون مراده أيضاً ذلك، أعني البطلان من حيث كونه لنفسه، لا البطلان حتى مع الإجازة، لكنه خلاف ظاهر كلامه، فإن ظاهره البطلان مطلقاً.

قلت: لكن الذي حكم في الرياض ببطلانه مطلقاً، ونسبه إلى التذكرة صورة خاصة وهي ما إذا باع عيناً شخصية من مال الغير لنفسه بقصد أن يشتريها ويعطيها للمشتري، ولا يبعد دعوى بطلانها مطلقاً، بل عدم الخلاف فيه من جهة الأخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده، قال (ولو باع الفضولي لم يلزم إجماعاً، بل لم يصح إذا كان البيع لنفسه لا للمالك، فيمشي إلى المالك فيشتريها منه، كما صرح به جماعة كالعلامة في جملة من كتبه كالمختلف^(٢) والتذكرة^(٣) مدعياً فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، والمقداد في شرح الكتاب منزليين الأخبار المانعة عن بيع ما لا يملك، والناحية عن شراء المغصوب والسرقة كما في المعتبرة المستفيضة على ذلك، فلا ينبغي الاشكال فيه، وإن شمله عموم بعض أدلة صحة الفضولي وفتاويه، وإذا لم يكن البيع كذلك ففي صحته قولان)^(٤) انتهى.

نعم، يظهر من بعض من ذكر الأخبار الناهية عن شراء المغصوب والسرقة أن كلامه في الأعم من هذه الصورة، بل في مطلق البيع لنفسه مع علمه بعدم كونه له، وأما التذكرة فنفي الخلاف فيها مختص بالصورة المذكورة، قال (لا يجوز أن يبيع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٩.

(٢) المختلف ٥: ٥٥.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٤) الرياض ٥: ٦٣.

عيناً لا يملكها ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، ولا شتماله على الغرر^(١).

والانصاف أن اشكال المصنف على سيد الرياض في محله، فإن الكلام في الفضولي إنما هو في الصحة للمالك مع إجازته، والبطلان في الصورة المفروضة، وفي بيع المغضوب والسرقة إنما هو بلحاظ كونه للبائع بلا إجازة، ونفي الخلاف في التذكرة أيضاً ناظر إلى هذا اللحاظ، ولا ينافي صحته بالإجازة للمالك أو للعائد بعد ما صار مالكاً إذا أجاز، فتأمل.

وبالجملة: هاهنا مسألتان:

إحداهما: هل يصح بيع مال الغير بغير إذنه إذا أجاز، وهذا لا فرق فيه بين كونه للمالك أو لنفسه بعنوان الغصبية أو لا به، حتى إذا باع بقصد أن يشتره ويدفعه إلى المشتري، وهذه مسألة بيع الفضولي الذي هو محل الخلاف، وإن كان القول بالتفصيل بين هذه الاقسام موجوداً أيضاً.

الثانية: إذا باع مال الغير لنفسه بقصد أن يشتره ويعطيه، أو بقصده الغصب هل يصح للبائع من أول الأمر، أو يصح ولو ملكه بعد ذلك وأجاز، أو لو لم يجز، أو لا يصح مطلقاً ولو ملكه وأجاز؟

وحكم هذه المسألة أنه لا اشكال في عدم الصحة للبائع من الأول، وأما صحته إذا ملك وعدم صحته مطلقاً أو على التفصيل فسيأتي البحث عنها، ولو قلنا فيها بعدم الصحة أمكن أن يقال بالصحة بالنسبة إلى المالك الأول إذا أجاز له نفسه.

وسيد الرياض خلط بين المسألتين، وحكم بعدم الصحة مطلقاً حتى بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، ونسبه إلى نفي الخلاف في التذكرة، وهو في غير محله. ودعوى: أنه إنما ذكر ما هو مختاره، ومختاره البطلان مطلقاً سواء أجاز المالك أو ملك هو وأجاز أو لا.

مدفوعة: بأن ظاهره أن محل الكلام في غير هذه الصورة؛ فلذا نسب إلى التذكرة

نفي الخلاف فيه.

٢١٧- قوله ﷺ: (أو في ذمة الغير... الخ)^(١).

أقول: اعلم أن كون ما يرد عليه البيع الصادر من الفضولي كلياً في الذمة له صورتان:

إحداهما: أن يكون كذلك قبل البيع، كأن يكون للمالك على غيره - ولو كان ذلك الغير هو الفضولي - من الحنطة، أو عشرة دراهم فيجعله الفضولي مثمناً أو ثمناً في البيع.

الثانية: أن يكون كذلك بهذا البيع لا قبله، كما إذا باع من الحنطة في ذمة المالك، أو يشتري شيئاً له بعشر دراهم في ذمته.

والى الثانية نظر المصنف ﷺ بقوله (ومنه جعل العوض ثمناً... الخ)، والظاهر أن مراده من أول العنوان هو الصورة الأولى، وعلى هذا فمراده من لفظ الغير المضاف إليه لفظ الذمة غير المالك ممن له عليه كلي، ومن لفظ الغير الأول والأخير غير الفضولي العاقد، وهو المالك.

ولا يخفى أنه لو قال «أو في الذمة» بدل قوله «في ذمة الغير» كان أولى؛ لسلامته عن لزوم التفكيك في لفظ الغير، وكونه أعم من الصورتين، فيحسن التغيير حيثئذ بقوله (ومنه جعل العوض... الخ) لكونه إشارة إلى الفرد الخفي، بعد كون العبارة الأولى شاملة له، بخلافه على العبارة الموجودة، فإنه مغاير لما أريد من العبارة الأولى؛ إذ هي متكفلة لبيان الصورة الأولى، وهذا الثانية، فيكون معنى قوله «ومنه» ومن قبله أو مما يلحق به مثلاً، والأمر سهل بعد وضوح الحال.

٢١٨- قوله ﷺ: (ثم إن تشخيص كون... الخ)^(٢).

أقول: يمكن أن يكون لفظ «كون» زيادة من قلم الناسخ، ويمكن أن يكون قوله (الذي يعقد عليه الفضولي) اسماً له، ويكون قوله (إما في الذمة) خبراً له، يعني

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٠ وفي نسخة «أو ديناً في ذمة الغير».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٠. في بعض النسخ شطب على لفظة «كون».

تشخيص كون الذي يعقد عليه الفضولي هو ما في الذمة؛ فيكون لفظ الكون مضافاً إلى خبره، ثم إن حكم الصورة الأولى لما كان واضحاً؛ حيث إن حالها حال العين الشخصية لم يتعرض لها، وإنما تعرض لحكم الصورة الثانية.

٢١٩ - قوله ﷺ: (كالقواعد والميسوط... الخ)^(١).

أقول: وكالتذكرة في عبارتها الآتية، بل سيأتي أن ظاهرها دعوى الاتفاق عليه.

٢٢٠ - قوله ﷺ: (في بعض فروع... الخ)^(٢).

أقول: قال في القواعد في باب المضاربة (وليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا باذنه، فإن فعل صح، وعق وبطلت المضاربة في ثمنه، فإن كان كل المال بطلت المضاربة، ولو كان فيه ربح للعامل المطالبة بثمن حصته، والوجه الأجرة، وإن لم يأذن فالأقرب البطلان، إن كان الشراء بعين المال أو في الذمة وذكر المالك، وإلا وقع للعامل مع علمه، وفي جاهل النسب أو الحكم اشكال)^(٣).

وفي الشرائع (إذا اشترى من ينعق على رب المال فإن كان باذنه صح... إلى أن قال: وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل، وإن كان في الذمة وقع الشراء للعامل إلا أن يذكر رب المال)^(٤) انتهى.

وظاهرهما كما ترى وقوع الشراء له واقعاً وظاهراً مع عدم الذكر، الذي ظاهره الذكر اللفظي، ويحتمل أن يكون المراد به الأعم من اللفظي والقصدي كما حمل عليه في الجواهر عبارة الشرائع، حيث قال (وقع الشراء للعامل ظاهراً وباطناً، إلا أن يذكر رب المال لفظاً فيكون فضولياً، أو نيةً فكذلك، وإن ألزم به ظاهراً، إلا أنه في الواقع موقوف على إجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه - وإن كان أباه - مقاصّةً، كما هو واضح)^(٥).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١.

(٣) القواعد ١: ٢٤٧.

(٤) شرائع الاسلام ٢: ٣٨٦.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ٣٨٤.

٢٢١- قوله ﷺ: (وحيث عرفت أن لازم...الخ)^(١).

أقول: لا يخفى عدم تمامية العبارة، والظاهر أن لفظة «لازم» زيادة من قلم الناسخ، أو سقط منه لفظة «أن» على قوله يوجب، وكانت العبارة أن يوجب، والأمر سهل.

٢٢٢- قوله ﷺ: (ففي الأول يحتمل البطلان...الخ)^(٢).

أقول: إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا اشكال في الصحة في الصورة الأولى بلا حاجة إلى الاجازة، وكذا في الثانية مع إجازة ذلك الغير، وإن قلنا بمقالة المصنف من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطلان فيهما جزماً؛ وذلك لأن المفروض أنه قاصد للقيد من جِدِّ، وهما متنافيان، فلا وجه لالغاء أحدهما، والأخذ بالآخر.

ثم من المعلوم عدم الفرق بين الصورتين من حيث كونهما من الجمع بين المتنافيين، فلو بنينا على ترجيح أحد القيدتين وإلغاء الآخر لا وجه للفرق بينهما كما هو ظاهر المصنف ﷺ؛ حيث إنه في الصورة الأولى احتمل إلغاء أحد القيدتين لا على التعيين، وفي الثانية بنى على إلغاء ذمة الغير، فإن كان نظره إلى الأظهرية فهما سواء في ذلك، وإن كان نظره إلى ترجيح ما يكون مقدماً في اللفظ، فمقتضى ذلك أن يحكم في الأولى أيضاً بإلغاء قيد ذمة نفسه، والحكم فيها بالصحة لذلك الغير بشرط اجازته؛ لتأخره في اللفظ.

والانصاف أن البطلان في الصورتين مقطوع به، ولا وجه لهذه الاحتمالات أصلاً؛ لأن العاقد ليس بهازل في شيء من القيدتين، بل لعله ممن يحتمل صحة الشراء على هذا الوجه، ومع فرض علمه بعدم الصحة لا يتحقق منه قصد الشراء حقيقة، ومن العجب ما ذكره المصنف ﷺ من أن المسألة تحتاج إلى التأمل.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١. وفي بعض النسخ شطب على لفظة «لازم».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٢.

٢٢٣ - قوله ﷺ: (وإن كان في الذمة لغيره واطلق... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن مراده جعل الثمن كلياً في الذمة، من غير التفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلا أنه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، وعلى هذا فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر، وأما احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه فهو منافي لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، وكون الاداء واجباً على ذلك الغير؛ لأن لازم ذلك إما البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أن احتمال كون المراد جعله في ذمة ذلك الغير، بأن يكون قوله «للغير» قيداً لذمته، لا خبراً بعد خبر منافي لما ذكره بقوله (لأنه تصرف في ذمته، لا في مال غيره) إذ مراده أنه تصرف في ذمة نفسه، لا في ذمة غيره كما هو واضح.

والحاصل: أن الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أن المراد الشراء في الذمة، بمعنى عدم كون الثمن عيناً خارجياً من غير تعيين لذمة النفس أو الغير، ومن غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير، وحيث يمكن تطبيقه على القاعدة أيضاً، بدعوى أن مقتضى شراء شيء في الذمة كون المباشر ملزماً به، والحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفي بذلك، وإن أغمض عن الانصراف أيضاً، إلا إذا عين كونه في ذمة الغير، فحيث ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير فحيث يجوز له أن يمضيه، ويكون الثمن في ذمته، ومع عدم امضائه فالحكم العرفي الزام المباشر.

وبالجملة: إذا اطلق الذمة والشراء لفظاً وقصد كون الشراء له، والثمن في ذمته، وإذا اطلقهما لفظاً لا قصد تعيين كونه لمن قصد، وإذا اطلق الذمة لفظاً وقصد أن قصد كون الشراء للغير فهو موقوف على إجازة ذلك الغير، فإن أجاز تعيين له، وإلا كان الملزم به هو المباشر واقعاً وظاهراً، ولا يضر كون المعاملة حيث ينصرف بين

المباشر والمنوي؛ لأن إما أن يقع منه الاجازة في علم الله وفي الواقع أو لا، فعلى الأول فهي له، وعلى الثاني فهي للمباشر، وأما في القصد فلا ترديد؛ إذ المفروض أنه قصد كون الشراء للغير، وأما الذمة فقد أطلقها - بمعنى أنه قصدها من غير إلتفات إلى النفس أو الغير - والعمومات غير آية عن شمول مثل هذه المعاملة، هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام العلامة، فتدبر.

٢٢٤ - قوله عليه السلام: (ولا فرق بين أن ينفذ... الخ) ^(١).

أقول: معنى انفاذه من مال الغير اعطاء ثمنه من ماله، ويحتمل أن يكون ينقد بالوقف والبدال المهملة.

٢٢٥ - قوله عليه السلام: (لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة... الخ) ^(٢).

أقول: قد عرفت أن مراد العلامة من قوله «في الذمة» ليس ذمة نفسه حتى يجيء هذا الترديد، بل الذمة من غير التفات إلى نفسه وغيره، وحيثئذ فطريق الإيراد عليه أن يقال إنه وإن أطلق الذمة إلا أن تعيينه كون الشراء لذلك الغير - ولو بحسب قصده - يقتضي التعلق بذمته، وإن لم يلتفت إليه، والحكم العرفي بالزامه بالثمن - حتى مع اطلاعهم على قصده - كون البيع لغيره ممنوع، فتدبر.

٢٢٦ - قوله عليه السلام: (لو ألغى النية بناءً على... الخ) ^(٣).

أقول: لا وجه لالغائها بعد فرض كونها عن جد، والانصراف القهري كما ترى.

٢٢٧ - قوله عليه السلام: (نعم الاشكال في صحة هذا... الخ) ^(٤).

أقول: لم أعرف وجه الاشكال في صحة هذه النيابة الفضولية إذا أجازها باجازة البيع، بل الفضولي في جميع المقامات يتصور على وجهين، أحدهما أن يبيع مال الغير مع عدم البناء على النيابة عنه، والثاني أن يبيع عنه بعنوان النيابة، فاذا أجاز

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٣. وفي نسخة أخرى «ينقد».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

المالك البيع على هذا الوجه فكأنه أجاز النيابة أيضاً، فإذا ترتب عليها أثر يترتب ذلك الأثر، ودعوى أن النيابة غير قابلة للفضولية كما ترى.

ثم على فرض عدم صحة هذه النيابة لا وجه لاحتمال عدم رجوعه إلى الشراء في ذمة الغير؛ إذ مع هذه النية يرجع إلى الشراء في ذمته في اللب قطعاً.

٢٢٨ - قوله ﷺ: (ونص عليه جماعة... الخ)^(١).

أقول: قال في الشرائع (وكل موضع يبطل فيه الشراء للموكل للمخالفة فإن كان سماء لم يقع عن أحدهما، وإن لم يكن سماء قضى به على الوكيل في الظاهر، وأخذ المبيع مقاصة، وكذا لو أنكر الموكل الوكالة)^(٢).

٢٢٩ - قوله ﷺ: (لكنه بعيد... الخ)^(٣).

أقول: بل غير ممكن بملاحظة تعليقه؛ حيث قال (لأنه عقد الشراء له فإن أجازته... الخ)^(٤)، فإن مقتضاه مفروغية كون قصده ذلك، وهذا منافع للحمل على الالتزام في الظاهر؛ إذ هو فرع الجهل بكونه قاصداً لنفسه أو لغيره، وبالجمله مورد كلامه صورة العلم بكون قصده وقوع الشراء للغير، فالحكم بالزامه بالثمن مع عدم اجازته لا يكون إلا واقعياً، فتدبر.

٢٣٠ - قوله ﷺ: (والظاهر أنه لا فرق... الخ)^(٥).

أقول: مجمل المطلب أنه إما أن نقول إن المعاطاة مفيدة للملك، وهي على طبق القاعدة، أو نقول إنها على خلاف القاعدة، وعلى التقديرين إما أن نقول إن الفضولي على القاعدة، أو نقول إنه ثبت على خلافها من جهة الأدلة الخاصة. فعلى القول بكونهما على القاعدة لا ينبغي التأمل في جريانه فيها؛ إذ البيع المعاطاتي مشمول للأدلة مثل البيع بالصيغة، ولا فرق بين الانشاء بالقول أو الفعل

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

(٢) شرائع الاسلام ٢: ٤٣٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

في عدم وجوب الاقتران بالرضا أو وجوبه، وهذا واضح، وأما ما احتمله المصنف رحمته من كونها عبارة عن مجرد الرضا فهو كما ترى.

وعلى بقية التقادير الحق عدم جريانه فيها؛ لأن ما ثبت على خلاف القاعدة يجب الاختصار فيه على مورد الدليل، ومن المعلوم أن الأدلة الخاصة للفضولي مشكوكة الشمول للمعاطاة، كما أن دليل المعاطاة - بناءً على كونه هو السيرة - لا يشمل الفضولي؛ فيجب الاختصار على القدر المتيقن.

٢٣١ - قوله رحمته: (حيث إن الظاهر وقوع... الخ) ^(١).

أقول: ليت شعري من أين هذا الظهور، إلا أن يقال السيرة الموجودة الآن على عدم اجراء الصيغة كانت موجودة في السابق، لكنه مجرد دعوى، ولو تمسك بترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس بعد فرض صدق البيع على البيع المعاطاتي كان أولى، فتدبر.

٢٣٢ - قوله رحمته: (إذ قد لا يحتاج... الخ) ^(٢).

أقول: وأيضاً قد يقبض بتخيّل أنه مأذون في التصرف، أو بتخيّل أنه ماله أو نحو ذلك.

٢٣٣ - قوله رحمته: (مع أن النهي لا يدل... الخ) ^(٣).

أقول: وذلك لعدم تعلّقه بالاقباض من حيث إنه بيع، بل به من حيث إنه تصرف في ملك الغير.

٢٣٤ - قوله رحمته: (فلا يتنافى كونه جزء سبب... الخ) ^(٤).

أقول: فيه تأمل؛ فإنه لو فرض تعلّق النهي به بعنوان أنه بيع كان دالاً على عدم ترتب الأثر المترتب لولا النهي، وذلك الأثر ليس إلا الملكية مع لحوق الرضا،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

وبعبارة أخرى الأثر المقصود منه ليس إلا كونه جزء السبب، فيرتفع هذا الأثر بالنهاي، فتأمل.

٢٣٥ - قوله ﷺ: (بأن المعاطة منوطة ... إلى قوله ومشروطة أيضاً ... الخ) (١).

أقول: ظاهره أنهما وجهان، مع أن مفادهما واحد، إلا أن يريد من الأول أنها عبارة عن مجرد الرضا وقصد التمليك حسبما يحتمله المصنف ﷺ بعد ذلك، لكنه بعيد، ولعل المراد من الأمرين واحد، وحاصله أن المعاطة منوطة بالرضا والقبض المقرون به، ولا يتأتى ذلك إلا من المالك، لكنه لا يحتاج إلى هذا التطويل. وكيف كان فهذا الاستدلال مما لا وجه له أصلاً؛ إذ لا فرق بين الانشاء الفعلي والقولي في الاناطة بالرضا وقصد التمليك حسبما ذكره المصنف ﷺ، والغرض أنه لا حاجة في جوابه إلى إطالة الكلام.

٢٣٦ - قوله ﷺ: (لكنك قد عرفت ... الخ) (٢).

أقول: مع أن ظاهره ابداء الفرق إلا من هذه الجهة كما لا يخفى.

٢٣٧ - قوله ﷺ: (نعم لو قلنا إن ... الخ) (٣).

أقول: هذا الاحتمال لا وجه له أصلاً، خصوصاً بناءً على كونها بيعاً مفيداً للملك كما هو المفروض، لا من جهة أنه غير مقصود للعلماء كما ذكره المصنف ﷺ، بل من جهة أن مجرد الرضا الباطني من دون انشاء لا يعقل أن يكون بيعاً، ولو أمكن هذه الدعوى في المعاطة أمكن في البيع اللفظي أيضاً أن يقال إن حقيقته هو الرضا، واللفظ ليس سبباً، وإنما هو كاشف صرف، فتأمل.

٢٣٨ - قوله ﷺ: (وأما على القول بالاباحة ... الخ) (٤).

أقول: وكذا على القول بالملك إن جعلناه على خلاف القاعدة حسبما أشرنا إليه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٦.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٦.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.

أنفاً.

٢٣٩- قوله ﷺ: (مع أن حصول الاباحة... الخ)^(١).

أقول: لم أعرف الفرق بين الملكية والاباحة في ذلك، فلو لم يمكن حصول الاباحة قبل الاجازة فكذا الملكية، مع أن هذا إنما يرد على الكشف لا على النقل.

٢٤٠- قوله ﷺ: (والآثار الأخر... الخ)^(٢).

أقول: هذا أيضاً كسابقه من عدم الفرق بين الاباحة والملكية، والتحقيق أن الاباحة الواقعية كافية كالملكية الواقعية، والغرض أنه لا وجه للاطالة بذكر هذه الوجوه، والجواب بمثل قوله «اللهم إلا أن يقال»، ومجمل المطلب ما أشرنا إليه من أنه لو كان كل من المعاطاة والفضولي على القاعدة لا اشكال في جريانه فيها، وإلا فلا وجه له لوجوب الاقتصار على القدر المتيقن، وجميع ما ذكر غير ما ذكرنا تطويل بلا طائل كما عرفت.

وهنا أمور أخر لم يتعرض لها المصنف ﷺ لا بأس بالإشارة إليها إجمالاً:

أحدها: هل يختص الفضولي بناءً على صحته بالبيع والنكاح - مما هو منصوص بالخصوص - أو يجري في سائر العقود، بل الايقاعات أيضاً، ففي الجواهر بعد الاستدلال على صحته بجملة من الأدلة والتأييد بالأخبار الواردة في باب الخمس من طلب الاجازة من الامام عليه السلام فأجاز، ونصوص المناكح والمساكن، سيما ما صرح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى المشتملة على إجازة الامام عليه السلام ذلك لأهل الحق، وأخبار إجازة السيد عقد العبد، وإجازة الوارث ما زاد على الثلث، وغير ذلك كأخبار التصديق بمجهول المالك ونحوها، قال (ومنه يظهر عدم اختصاصه بالنكاح والبيع، بل في الروضة^(٣) أنه لا قائل باختصاصه بهما، بل عرفت مما قدمناه سابقاً جريانه في العقود وغيرها من الأفعال كالقبض ونحوه،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.

(٣) الروضة البهية ٥: ١٤٢.

والأقوال التي رتب الشارع عليها الأحكام، إلا ما خرج بالدليل كما أومىء إليه في شرح الاستاذ^(١)، قال وفي جري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالأخماس والزكوات وأداء النذور والصدقات ونحوها من مال من وجبت عليه أو من ماله، وفيما قام من الأفعال مقام العقود ونحوه، وكذا الايقاعات مما لم يقم الاجتماع على المنع فيها وجهان، أقواهما الجواز، ويقوى جريانه في الاجازة، واجازة الاجازة وهكذا، ويتفرع عليها أحكام لا يخفى على ذوي الأفهام^(٢) انتهى. قلت: إن قلنا بأنه بمقتضى القاعدة، وأن العمومات العامة مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ و (المؤمنون عند شروطهم)، والخاصة مثل ما ورد في خصوص كل من الأبواب شاملة لما صدر من الفضولي فالحق جريانه في الجميع إلا ما خرج بالاجماع مثل الطلاق، وإلا فاللازم الاقتصار على مورد النصوص الخاصة، وما ذكره في الروضة من عدم القائل بالاختصاص بالبيع والنكاح لا ينفع ما لم يصل حد الاجتماع المركب، مع أنه مقتضى للتعميم في الجملة، ولا ينفع في الكلية، وحيث عرفت سابقاً الاشكال في صحة التمسك بالعمومات فيشكل الحال، ولا يبعد دعوى الاجتماع على عدم الفرق بين البيع والاجارة والصلح القائم مقامهما، وأما بالنسبة إلى سائر العقود اللازمة والجائزة والايقاعات فاشكال.

الثاني: قد عرفت سابقاً فيما سبق أن الفضولي بالمعنى العام كل من تصرف فيما لم يستقل بالتصرف فيه، سواء كان من جهة عدم كونه مالكاً أو من جهة إناطة تصرفه في نفسه أو ملكه باذن الغير، كبيع الراهن والمفلس ونكاح العبد والباكر ونحوها.

وأما من لم يكن في تصرفه محتاجاً إلى إذن الغير، ولكن كان في نفوذه موقوفاً عليه فلا ينبغي عده من الفضولي، فمثل الوصية ومنجزات المريض بناءً على الخروج من الثلث لا يكون منه، فلا وجه لعدّها منه كما في الجواهر^(٣)، وكون

(١) شرح القواعد ١٦٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٩.

النفوذ موقوفاً على إجازة الوارث لا يوجب جريان حكم الفضولي عليه، ولذا لا يجري فيهما الخلاف فيه.

ثم لا يخفى أن القسم الثاني من الفضولي ليس حاله حال القسم الأول كما أشرنا إليه سابقاً، فإن العموماً وإن لم تكن شاملة على المختار للقسم الأول إلا أنها شاملة للثاني؛ لأن العقد فيه صادر ممن له ذلك، غاية الأمر تعلّق حق الغير به، فاذا رضي يرتفع المانع؛ ولذا نقول إن بيع الراهن يصح إذا انفك الرهن وإن لم تحصل الإجازة من المرتهن، بل لا معنى لإجازته؛ لأنه ليس له إلا حق المنع، وأما من له العقد فهو الراهن، وهكذا في المفلس، بل معنى الإجازة فيهما إسقاط الحق، ومن هنا حكم جماعة - بل ربما يدعى أنه المشهور - أنه لو أعتق الراهن العبد المرهون فأجاز المرتهن أو انفك الرهن صح، مع أن العتق لا يقبل الفضولية، وسيجيء^(١) بعض الكلام في هذا القسم في مسألة الإجازة، حيث إن إجازته غير الإجازة في الفضولي المصطلح.

الثالث: إذا تصرف في مال المولى عليه بتخيّل عدم المصلحة، وكان في الواقع ذا مصلحة فهل هو فضولي أو لا؟ وجهان، وكذا لو تصرف بعنوان الفضولية فبان كونه ولياً أو وكيلاً، وأما لو باع مال نفسه لنفسه بتخيّل الغصبية فالظاهر عدم كونه من الفضولي، وكذا لو باع مال مورثه لنفسه فبان كونه ميتاً.

الرابع: بناءً على جريان الفضولي في الوكالة لو أجرى صيغة الوكالة فضولاً فباع بعنوانها مال الغير فالظاهر أن للمالك أن يجيز الوكالة فيصح البيع، وأن يجيز البيع من دون إجازة الوكالة، ويظهر الثمرة فيما لو كان للوكالة أجرة، ولو وكل في طلاق زوجة الغير فأجاز الزوج الوكالة لا يبعد الحكم بصحة الطلاق، وأما إجازة الطلاق فلا يجوز للاجماع على عدم قبوله للفضولية، فتدبر.

الاجازة والرد

□ هل الاجازة كاشفة أو ناقلة

٢٤١- قوله ﷺ: (على قولين فالأكثر... الخ)^(١).

أقول: حكى عن الاردبيلي^(٢) نسبة القول الأول إلى الأكثر كما في الكتاب، وعن الرياض^(٣) نسبته إلى الأشهر، وربما ينسب إلى المشهور، بل قيل لم نقف على القول بالنقل صريحاً من القائلين بصحة الفضولي، ولعله لأن من نقل عنه القول بالنقل - وهو فخر المحققين - إنما قال به بعد التنزل، وإلا فمذهبه البطلان، وكذلك الاردبيلي، وعن العلامة في القواعد التردد، حيث قال (وفي وقت الانتقال اشكال)^(٤)، وربما قيل إن ظاهر كثير منهم التوقف بين القولين وإن كان يرجع في الثمرة إلى القول الثاني.

ثم إن القول بالكشف يتصور على وجوه:

أحدها: الكشف الحقيقي الصرف، بمعنى عدم مدخلية للاجازة في التأثير أصلاً، بل كونه كاشفاً صرفاً، وهو أيضاً يتصور على وجوه:

أحدها: أن يكون العقد مشروطاً بالرضا المقارن الأعم من الفعلي والتقديري، بمعنى كون المالك راضياً على فرض التفاته إليه وإلى ما فيه من المصلحة، وإن لم يكن بالفعل راضياً، بل كان كارهاً من جهة غفلته أو جهله بالمصلحة، فالاجازة الآتية في المستقبل كاشفة عن حصول الشرط حين العقد، ولا مدخلية لها في التأثير أصلاً، وهذا الوجه مختار بعض الأفاضل من المعاصرين.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٩.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٩.

(٣) الرياض ٥: ٦٧.

(٤) القواعد ١: ١٢٤.

الثاني: أن يكون مشروطاً بأمر واقعي لا نعرفه، ويكون ذلك الأمر ملازماً للاجازه الاستقبالية، فتكون كاشفة عن حصول ذلك الشرط من غير أن يكون لها دخل في التأثير، وذلك الأمر المكشوف عنه مقارن للعقد، وهذا الوجه غاية ما يمكن أن يقال في مقام توجيه الشروط المتأخرة في الموارد الواردة في الشريعة، فيقال في جميعها إن الشرط أمر واقعي، وهذا المتأخر كاشف عنه.

الثالث: أن لا يكون هناك شرط للعقد أصلاً، لا الرضا ولا الاجازه ولا شيء آخر، نعم الشارع رتب الأثر على هذا القسم من العقد، لا على القسم الآخر، فالعقد الذي يتعقبه الرضا في علم الله صحيح من أول الأمر، لا لحصول الرضا، بل لجعل الشارع، والذي لم يتعقبه لم يجعل مؤثراً، ولعل هذا مراد صاحب الجواهر من الوجه الأول من الوجوه الثلاثة التي ذكرها للقول بالكشف، حيث قال: (وحاصل الكلام أن الوجه في الكشف أحد أمور: الأول أنه من قبيل الأوضاع الشرعية، على معنى أن الشارع قد جعل نقل المال في الزمان السابق عند حصول الرضا في المستقبل)^(١).

ثانيها: الكشف الحقيقي بارجاع الشرط إلى التعقب، والحكم بكون العقد مشروطاً بأمر إعتباري مقارن، وهو تعقب الرضا، وهذا الوجه ظاهر جماعة من العلماء منهم صاحب الفصول^(٢) على ما أشار إليه في بحث مقدمة الواجب، ومنهم أخوه شيخ المحققين^(٣) على ما حكى عنه، مع أنه ظاهر كلامه في ذلك المبحث، واحتمله صاحب الجواهر، حيث قال: (بعد ما حكم بجواز تأخر الشرط في الشرعيات، وأنها ليست كالعقليات - بل يمكن كونه مثلها بناءً على أن الشرط أن يحصل الرضا، لا حصوله فعلاً)^(٤).

ثالثها: الكشف الحقيقي، بمعنى كون نفس الاجازه المتأخرة شرطاً، فيكون

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

(٢) الفصول الغروية ٨١.

(٣) هداية المسترشدين ٢١٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٧.

الشرط وجودها في المستقبل، وهذا ظاهر المشهور، واختاره في الجواهر صريحاً^(١)، وإن احتمل في آخر كلامه ما نقلناه عنه.

وابعها: ذلك مع ادعاء أن الشرط هو الوجود الدهري للاجازة، وأنه وإن كان بحسب الزمان متأخراً، إلا أنه بحسب وعائه الدهري مقارن، ويمكن ارجاعه إلى السابق.

خامسها: الكشف الحكمي بمعنى كون الاجازة شرطاً ومؤثرة من حين وجودها، إلا أن تأثيرها إنما هو في السابق، بمعنى أنها تقلب العقد مؤثراً من الأول، ولعله مراد من قال إنها ناقلة، إلا أنه يجري عليها جميع أحكام الكشف، بل مراد صاحب الجواهر من الوجه الثاني الذي ذكره بقوله (الثاني أن يكون الرضا المتأخر مؤثراً في نقل المال في السابق كما سمعناه من بعض مشايخنا)^(٢).

سادسها: الحكمي، لكن بمعنى ترتيب آثار الكشف بقدر الامكان، لا بمعنى القلب، ولا بمعنى ترتيب جميع الآثار.

ثم لا يخفى أن الكشف الحكمي بوجهيه عين القول بالنقل، والفرق أن القائلين بالنقل يقولون بترتيب الأثر من حين الاجازة، بخلافه على الكشف الحكمي، فإن الأثر يترتب من حين العقد، إما بمعنى الحكم بحصول الملكية من حينه فيرتب جميع الآثار، أو بمعنى ترتيب ما أمكن ترتيبه من الآثار، لا أصل الملكية.

ثم إنه لا ينبغي التأمل في بطلان الوجه الأول من الكشف، أعني الحقيقي الصرف بوجوه الثلاثة:

أما الأول: فلما عرفت سابقاً من أنه لا معنى لكفاية الرضا التقديري، مع أنه قد تنقلب المفسدة مصلحة، فلا معنى للكشف عن الرضا حين العقد، وأيضاً لازمه جواز التصرف مع العلم بالمصلحة للمالك وإن لم يعلم بها ولم يجز إلى الأبد، ولا يمكن الالتزام به.

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

وأما الثاني: فلأنّ دعوى أنّ الشرط أمر آخر مجهول لنا مقارنة للعقد رجم بالغيب، مع أنّه خلاف ظاهر الأدلة، فإنّها ظاهرة، بل صريحة في شرطية نفس الرضا.

وأما الثالث: فلذلك أيضاً، بل في الجواهر^(١) أنّه مستلزم لمخالفة كثيرة من القواعد، ولعل مراده منها قاعدة عدم حل التصرف في مال الغير بدون طيب نفسه، وقاعدة شرطية الرضا في العقود، وقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، فتدبرّ. وأما الوجه الثاني - وهو شرطية التعقّب - ففيه:

أولاً: أنّه خلاف ظاهر الأدلة.

وثانياً: أنّ العدول عن شرطية الاجازة إليه من جهة التفصّي عن تأخر الشرط، وهذا كره على ما فرّ منه، وذلك لأنّه إذا جعلت الاجازة المتأخّرة شرطاً يلزم ما ذكروا إذا جعل الشرط وصف التعقّب، ومن المعلوم أنّ هذا الوصف ليس أمراً اعتبارياً كآنياب الأغوال، بل له منشأ انتزاع صحيح، وهو الوجود المتأخّر، فالانصاف الآن بالتعقّب مشروط بوجود متأخّر، فأنّه لولاه لم يصح الاعتبار. وإن شئت فقل: إنّ التعقّب - الذي هو شرط - أمر واقعي؛ إذ لا بدّ من تحقيقه ولو لم يكن هناك من يعتبره، وهو موقوف على الوجود المستقبلي، فإذا لم يعقل الشرط المتأخّر فلا فرق بين أنّ يكون المشروط العقد أو الملكية أو وصف التعقّب، وهذا واضح جداً.

وأما الوجه الخامس - وهو الكشف الحكمي بمعنى القلب - فهو أيضاً غير معقول؛ إذ ما وقع لا يمكن تغييره عما وقع بالبديهة، مع أنّه مستلزم لاجتماع مالكيين على مال واحد.

فبقي من الوجوه الكشف بمعنى الشرط المتأخّر، والكشف الحكمي بمعنى الحكم بترتيب أثر الكشف بقدر الامكان، مع الالتزام بالنقل من حين الاجازة، والنقل الحقيقي، وسيتضح ما هو الحق منها، فانتظر.

٢٤٢- قوله ﷺ: (بأنَّ العقد سبب تام... الخ)^(١).

أقول: ظاهره الكشف الحقيقي للصرف، بل الوجه الأخير منه لقوله (وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل مع شيء آخر)^(٢)، فإنه لو كان الشرط الرضا التقديري أو أمر آخر مجهول لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، إلا أن يكون المراد من ذلك أنه لا بد من أن لا يكون هناك حالة منتظرة، فلا ينافي كونه مشروطاً بأمر حاصل حاله، ولذا قال فاذا أجاز تبين كونه تاماً، فإن معنى ذلك أنه يعتبر هناك أمر يتبين وجوده بالاجازة.

٢٤٣- قوله ﷺ: (وبأنَّ الاجازة متعلقة... الخ)^(٣).

أقول: هذا ظاهر الانطباق على الشرط المتأخر، ويحتمل غيره أيضاً.

٢٤٤- قوله ﷺ: (بأنَّها لو لم تكن كاشفة... الخ)^(٤).

أقول: لم يتعرض المصنف ﷺ للجواب عن هذا الوجه، ولعله لوضوح فساده، فإن فيه:

أولاً: أن العلل الشرعية معرّفات فلا مانع من كونها معدومة حال وجود الأثر.
وثانياً: أن الاشكال مشترك الورد؛ إذ على القول بالكشف أيضاً يلزم تأثير المعلوم - وهو الاجازة - في الموجد - الذي هو العقد - أو أثره - وهو الملكية - إلا أن يقول بالكشف الحقيقي للصرف من غير تأثير للاجازة أصلاً، لكنك عرفت بطلانه.

والأولى أن يقال في مقام النقض: أن من المعلوم أن المؤثر إنما هو مجموع العقد من الايجاب والقبول، لا القبول فقط، والايجاب معدوم حال القبول، بل أجزاء العقد توجد تدريجاً، واللاحق لا يوجد إلا بعد انعدام السابق، فيلزم تأثير المعلوم في الموجد، إلا أن يلتزم بأن المؤثر هو الحرف الأخير من القبول، وهو

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٩.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٢٩. وجامع المقاصد ٤: ٧٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٠.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٠.

واضح الفساد.

وثالثاً: بأن المستحيل إنما هو تأثير المعدوم الصرف في الوجود، كما على القول بالكشف بناءً على الشرط المتأخر، فإن الاجازة حال العقد معدومة صرفة، وأما المعدوم بعد الوجود فلا مانع من تأثيره كما في جميع الموارد من العلل التدريجية، وأما ما قيل من أن العلل الناقصة وأجزاءها تؤثر حال وجودها أثراً ناقصاً فهو لا يتم في مثل المقام مما كان المعلول أمراً واحداً بسيطاً، فإن الملكية أمر بسيط لا يحصل منها شيء بمجرد الإيجاب أو جزء منه، فتدبر.

ورابعاً: لازم المستدل الحكم بأن القبض في الصرف والسلم والرهن ونحوها أيضاً كاشف، وإلا لزم ما ذكره من تأثير المعدوم في الوجود.

وخامساً: يمكن أن يقال بناءً على النقل أن الاجازة مؤثرة في النقل، لا العقد فإنها لما كانت امضاء لذلك العقد فكأنها عقد مستأنف، فتذكر هذا.

وفي بعض الكتب تقرير الدليل بوجه آخر، وهو أنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير الوجود في المعدوم - يعني تأثير الاجازة في العقد - .

ويرد عليه أيضاً - مضافاً إلى بعض المذكورات - أنه إنما يلزم لو قيل إنها مؤثرة في العقد، ويمكن أن يقال إنها مؤثرة في أثر العقد، وهو الملكية، فتدبر.

هذا، ولعمري إن التشبث بهذه الوجوه في الأحكام الشرعية مخرب للفقه، فينبغي عدم الاعتناء بها، وترك التعرض لها بالمرّة.

٢٤٥ - قوله ﷺ: (ودعوى أن الشروط ... الخ)^(١).

أقول: المدعي صاحب الجواهر^(٢).

٢٤٦ - قوله ﷺ: (واعطاء الفطرة قبل وقته ... الخ)^(٣).

أقول: وقتها ما بعد الهلال، هلال شوال، ويجوز اعطاؤها قبله، لكن التحقيق أن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٦.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

وقته تمام شهر رمضان إلى الزوال من يوم العيد، وعليه فلا يكون مما نحن فيه.

١- قوله ﷺ: (مدفوعة بأنه لا فرق...الخ)^(١).

أقول: مراد صاحب الجواهر أن الشرطية إذا كانت شرعية يمكن جعلها على وجه يكون الشرط متأخراً، بمعنى أنه يلاحظ توقف الشيء على الوجود في المستقبل، لا أنه إذا فرض كون الشرط على نحو الشرائط العقلية يجوز للشارع أن يغير حكمه، فإنه بديهي الاستحالة، والسر أن الأحكام الشرعية من الأمور الاعتبارية، وحقيقتها عين الاعتبار، فيجوز للمعتبر أن يعتبر الشرط أمراً غير موجود، وكذا في السبب.

ودعوى: أن ذلك من المحال العقلي، وتكثير الأمثلة لا يوجب وقوعه.

مدفوعة أولاً: بأن الوجه في الاستحالة ليس إلا كونه معدوماً، ولا يمكن تأثير المعدوم في الموجود، وهذا يستلزم عدم جواز تقدّم الشرط أيضاً على المشروط؛ لأنه حال وجود المشروط معدوم، وكذا تقدّم المقتضي واجزائه، ولأزم هذا التزام أن المؤثر في النقل التاء من قوله «قبلت»، وأن الاجزاء السابقة ليست بمؤثرة، أو أنها معدات.

وثانياً: بإمكان دعوى أن المؤثر إنما هو الوجود الدهري للاجازة، وهو متحقق حال العقد، وإنما تأخره في سلسلة الزمان.

وثالثاً: نقول إن الممتنع إنما هو تأثير المعدوم الصرف، لا ما يوجد ولو بعد ذلك.

ورابعاً: - على فرض تسليم الامتناع مطلقاً - نقول إن ذلك مسلم فيما إذا كان مؤثراً تاماً، لا مجرد المدخلية، فإن التأخر في مثل هذا مما لا مانع منه، وأدل الدليل على امكانه وقوعه، أما في الشرعيات ففوق حد الاحصاء، وأما في العقلية فلا من المعلوم أن وصف التعقّب مثلاً متحقق حين العقد، مع أنه موقوف على وجود الاجازة بعد ذلك، فإن كانت في علم الله موجودة فيما بعد فهو متصف الآن بهذا

الوصف، وإلا فلا.

لا يقال: إنه من الأمور الاعتبارية.

لأننا نقول: لو لم يكن هناك معتبر أيضاً يكون هذا الوصف متحققاً، وكذا الكلام في وصف الأولوية والتقدم، مثلاً يوم أول الشهر متصف الآن بأنه أول، مع أنه مشروط بوجود اليوم الثاني بعد ذلك، ومتصف بالتقدم فعلاً، مع أنه مشروط بمجيء المتأخر، وهكذا الجزء الأول من الصلاة متصف بأنه صلاة إذا وجد في علم الله بقية الأجزاء، وكذا لو اشتغل بتصوير صورة من أول الشروع يقال إنه مشغول بالتصوير بشرط أن يأتي ببقية الأجزاء، وهكذا إمساك أول الفجر صوم لو بقي إلى الآخر، وكذا لو هبأ غداء للضيف يقال إنه فيه مصلحة وليس بلغو إذا جاء الضيف بعد ذلك، وإلا فهو من الأول متصف بأنه لغو، وكذا لو حفر بئراً ليصل إلى الماء فإنه متصف من الأول بعدم اللغوية إن وصل إليه، وإلا فباللغوية، وهكذا إلى ما شاء الله من اتصاف شيء بوصف فعلي مع اناطته بوجود مستقبلي.

بل أقول: ولا مانع من أن يدعى مدع أن النقوش الفلكية والأوضاع السماوية والأرضية كما أن كل سابق معد لوجود اللاحق، كذلك كل لاحق له مدخلة في وجود السابق.

بل يمكن أن يقال: جميع أجزاء العالم مرتبطة، بمعنى أنه لولا هذا لم يوجد ذاك وبالعكس، فلو لم يوجد الغد لم يوجد اليوم وهكذا، فجميع العالم موجود واحد تدريجي، ولا يمكن إيجاد بعضه دون بعض، والانصاف أنه لا ساد لهذا الاحتمال، ولا دليل على بطلان هذا المقال.

وخامساً: لو سلمنا الامتناع - حتى في هذا القسم من المدخلة - نقول لا مانع منه في الشرعيات، فأنها من الأمور الاعتبارية، ويمكن اعتبار وجود متأخر في أمر متقدّم شرطاً أو مانعاً كما عرفت، وهو مشاهد في الأحكام العرفية.

٢٤٧ - قوله ﷺ: (بل السبب والشرط الأمر المتنزع... الخ) (١).

أقول: قد عرفت^(١) أن هذا كثر على ما فر منه، فإن وصف التعقّب وإن كان حاصلًا الآن إلا أنه مشروط بشرط متأخر، فلا تغفل.

٢٤٨ - قوله ﷺ: (اللهم إلا أن يكون... الخ)^(٢).

أقول: ولا يخفى ما في العبارة من الاجمال، مع ورود الاشكال عليها على أي حال؛ وذلك لأنه لو كان المراد أن الممتنع إنما هو إذا قلنا إن الشرط هو الوجود الخارجي للاجازة فإنه لا يمكن مع ذلك أن يقال بتأثيرها مع تأخرها. وأما لو قلنا إن الشرط هو وجودها في المستقبل، وأن تأثير العقد في زمان صدوره موقوف على وجود الاجازة فيما بعد فلا اشكال.

ففيه: أن القائل بالشرط المتأخر مراده ليس غير ذلك، فهذا اعتراف بجواز تأخر الشرط، ولو كان المراد أن الممتنع إنما هو ما إذا قلنا إن الاجازة شرط في الملكية والنقل مما هو أثر للعقد.

وأما إذا قلنا إنها شرط في مؤثرية العقد من حين وقوعه، لا في أثره فلا مانع منه ولو كانت متأخرة.

ففيه: أنه لا فرق بين جعلها شرطاً في الأثر أو في مؤثرية المؤثر، فلو أمكن الثاني مع التأخر أمكن الأول أيضاً، اللهم إلا أن يقال إن مراد المصنّف من هذه العبارة أن ما قلنا من أن جعل الشرط وصف التعقّب الذي هو أمر انتزاعي خلاف ظاهر الأدلة، إنما يتم إذا قلنا إن الشرط ذلك.

ويمكن أن يقال: إن الشرط نفس الاجازة، لكن اطلاق الشرط عليها إنما هو من جهة كون لحوقها معتبراً في صحة العقد، لا نفسها، ففي الحقيقة الموقوف عليه إنما هو وصف اللحق والتعقّب، لكن الشرط يطلق على نفس الاجازة.

وحاصل الايراد عليه حيث ذكر أن هذا خلاف الاصطلاح؛ إذ المصطلح في اطلاق الشرط أن يكون الموقوف عليه نفسه لا وصف لحوقه، وأيضاً أنه خلاف ظاهر

(١) تعلية ٢٤١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

الأدلة أيضاً، فإنّ ظاهرها اعتبار نفس الاجازة والرضا لا لحوقها، فتأمل فإنّ إرادة المصنّف ﷺ ذلك مما لا غرابة^(١) فيه، فأنّه راجع إلى تصحيح اطلاق لفظ الشرط، وإلا فالاشكال السابق من كونه مخالفاً لظاهر الأدلة مشترك الورد حسبما اعترف به، والحاصل أنّه يبعد إرادته من العبارة ذلك.

وقد يقال: إنّ معنى كلام المصنّف ﷺ أنّه إنّ كان مراد صاحب الجواهر أنّ الاجازة الموجودة في زمانها شرط في تأثير العقد في زمانه فهذا خلاف الاصطلاح في اطلاق لفظ الشرط، فإنّ المعنى المصطلح ما كان مقارناً لوجود المشروط، لا متأخراً عنه، مع أنّه خلاف ظاهر الأدلة، فإنّ مقتضاها شرطية الوجود الفعلي للرضا والطيب.

قلت: هذا راجع إلى الوجه الأول الذي ذكرنا وقلنا إنّ اعتراف بالمعقولة، فإنّ الاشكال ليس في اطلاق لفظ الشرط، مع أننا نمنع اعتبار التقدّم أو المقارنة في مفهومه، بل ليس هو إلا ما توقف عليه المشروط، فلو أمكن توقفه على أمر متأخر استحق اطلاق الاسم أيضاً.

ويمكن أن يقال: بقرينة ما ذكره ما سيأتي من الايراد الثاني على الوجه الثاني (وأما ثانياً فلأنّنا لو سلّمنا عدم...الخ) أنّ مراده أنّ الاجازة امضاء العقد وجعله مؤثراً، وليست شرطاً، ولا جزء سبب؛ لأنّها بمنزلة عقد مستقل، وعلى هذا فلا يستحق اطلاق الشرط عليها.

وحاصل غرضه حيثئذ: أنّه لو أريد من كونها شرطاً ذلك ورد عليه:

أولاً: أنّها لا يستحق اطلاق الشرط عليها.

وثانياً: أنّه خلاف ظاهر الأدلة.

وفيه: أنّها لا تخرج حيثئذ أيضاً عن كونها شرطاً للعقد، مع أنّه إذا أمكن تأخر مثل هذا الذي له دخل في سببية السبب أمكن تأخر الشرط الاصطلاحي أيضاً، فتدبر.

٢٤٩ - قوله ﷺ: (وقد التزم بعضهم مما...الخ)^(١).

أقول: يظهر منه أنَّ هذا الفرع إنما يتفرع على الكشف - بمعنى التعقب - فقط، وليس كذلك؛ إذ على الشرط المتأخر أيضاً كذلك؛ لأنَّ المفروض حصول الملكية قبل مجيء الاجازة إذا كانت مما سيجيء في علم الله، فأنَّه مقتضى كون الشرط الموجود المستقبلي، فتدبر.

٢٥٠ - قوله ﷺ: (أولاً أنَّ الاجازة...الخ)^(٢).

أقول: حاصله منع كون النقل من حينه داخلاً في مضمون العقد، فلا يلزم من تعلّق الاجازة بالمضمون النقل من حين العقد، وإنَّما يحكم بالنقل من حين العقد في سائر الموارد لكون انشاءه في ذلك الحين، ولازم امضاء الشارع لذلك الحكم به كذلك، وأما في المقام فلما كان انشاء الاجازة في الزمان اللاحق فينبغي أنَّ يترتب الأثر عليها بعد تعلق الامضاء بها من الشارع من حينها؛ إذ حالها حال العقد. والحاصل: أنَّ الدليل إنَّما يتم إذا كان وجه كون النقل من حين العقد في سائر الموارد، وكون قيد الزمان داخلاً في المنشأ؛ ليكون لازم تعلق الاجازة به ذلك، ولكن الأمر ليس كذلك، بل الوجه كون ظرف الانشاء ذلك الزمان، ولازمه تحقّقه من حينه، ومقتضاه كون أثر الاجازة من حينها؛ لأنَّ انشاءها إنَّما هو في ذلك الحين. قلت أولاً: يمكن دعوى أنَّ الزمان داخل في المنشأ، بمعنى أنَّه ينشئ الملكية من هذا الحين، ولا أقل من جهة الانصراف إليه، كيف؟ وإلا فلا وجه للحكم بالنقل من ذلك الحين؛ لأنَّ كون زمان الانشاء ذلك لا يقتضي ذلك؛ إذ يمكن انشاء الملكية فيما بعد، ألا ترى أنَّه يمكن أنَّ يقال بعثك يوم الجمعة كذا بكذا غايته أنَّه باطل من جهة الاجتماع، وإذا أمكن ذلك فلا وجه لحمل المطلق على الزمان الأول إذا قطع النظر عن الانصراف، وأيضاً يشهد لما ذكرنا ملاحظة باب الاجازة، فإنَّ الزمان مأخوذ فيه قيداً، والظاهر أنَّه لا فرق بينه وبين باب البيع إلا من حيث وجوب

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٢. وفي نسخة أخرى «بعضهم بما».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٣.

تعيين المدة، وإلا فيجوز اطلاق الانشاء بالنسبة إلى مدة مبدأ المدة اعتماداً على الانصراف.

وما ذكرنا نظير ما هو محل للنزاع من أن الأمر للفور أو لا، فإن ظاهرهم بناءً على الفور أن المنشأ هو الوجوب في أول الأرمئة، لا من جهة أن ظرف الانشاء ذلك، وإلا فمن المعلوم أنه قد يوجب الفعل بالنسبة إلى المستقبل.

والحاصل: أنه لا وجه لمنع كون الزمان قيداً في المنشأ، وإلا لم يكن وجه للحمل على زمان صدور الانشاء لأعمية ذلك من ذلك.

وثانياً: على فرض تسليم عدم كونه داخلاً فيه نقول يكفي في المطلب كون النقل من حين العقد من مقتضاه، وإن كان ذلك من جهة كونه ظرفاً للانشاء، لا داخلاً في المنشأ؛ وذلك لأن المستدل وإن جعل مناط الاستدلال كون الاجازة رضاً بمضمون العقد، لكنه ليس كذلك، بل المنطوق فيه كونها امضاءً وانفاذاً لذلك العقد، فلا فرق في كون مقتضاها الكشف بين أن يكون اقتضاء العقد للنقل من ذلك الحين من حيث كونه مضموناً له، أو من جهة كون ذلك من أجل كونه ظرفاً للانشاء، فإن مقتضاه النقل من حينه على التقديرين، والاجازة امضاءً له، فمقتضاه ترتيب الأثر من ذلك الحين، وإن كان زمان انشائه متأخراً عنه.

وما ذكر المصنف من مقايضة الاجازة بالعقد - بقوله (كما أن انشاء النقل في زمان يوجب وقوع المنشأ في ذلك الزمان فكذلك الاجازة، فإن لازم انشائها في زمان وقوع أثرها في ذلك الزمان) - ممنوع؛ وذلك لأنها من حيث تعلقها بالعقد الواقع في ذلك الزمان، وكونها امضاءً له تقتضي ترتيب أثر ذلك العقد والعمل بما يقتضيه.

والحاصل: أن الاجازة انفاذاً وامضاءً للعقد ورضاه، ولا رضا بمضمونه، وليست تداركاً للشرط المفقود، وهو الرضا من المالك، ولذا لا يكفي فيها تحقق المقدار - الذي لو كان العقد صادراً من المالك وكان موجوداً كان كافياً - من الرضا الباطني، بل لا بد فيها من انشاء الامضاء والانفاذ.

وما ذكره المصنّف رحمه الله - من كفاية قوله «رضيت» ونحوه مما دلّ على الرضا، وكفاية مثل تمكين الزوجة من الدخول عليها - لا دلالة فيه على كونها مجرد الرضا، وقيامها مقام الشرط المفقود؛ وذلك لأنّ الاكتفاء بهما من جهة دلالتهما ولو بالالتزام على انشاء الامضاء، وإلا فلا نسلم الاكتفاء، والحاجة إليها إنّما هي ليصير العقد الصادر من غير المالك بمنزلة الصادر عنه، لا ليحصل الشرط المفقود.

ومما ذكرنا ظهر الفرق بينها وبين القبول، فأنّه ليس امضاء للايجاب، وإلا كان البيع من باب الايقاع فيندفع النقض به، مع أنّ لنا أن نقول إنّ مقتضى القاعدة كون القبول كاشفاً أيضاً إلا أنّه خرج بالاجماع.

وأما التنظير بالفسخ فليس في محله؛ وذلك لأنّه حل للعقد بحسب الاستمرار، وليس متعلقاً بأصل العقد، فليس مقابلاً للاجازة، بل هو مقابل للالتزام بالعقد، والامضاء بمعنى اسقاط الخيار، نعم الرد مقابل للاجازة، ولا نسلم عدم تأثيره في أصل العقد، فحاله حال الاجازة في الكشف عن عدم الأثر من الأول، بل هو أظهر. وثالثاً؛ نقول مقتضى الجواب المذكور التفصيل بين ما لو أخذ الزمان في العقد، وبين ما لم يؤخذ، لا الحكم بعدم الكشف مطلقاً، ولازم ذلك وجوب القول بالكشف في مثل الاجازة دائماً؛ لكونها تمليكاً للمنفعة من حينها، فتأمل. فالتحقيق في الجواب عن الاستدلال المذكور هو ما ذكره المصنّف رحمه الله في قوله (وأما ثانياً فلائنا لو سلّمنا ... الخ)، فتدبّر.

٢٥١ - قوله رحمه الله: (والحاصل: أنّه لا اشكال ... الخ)^(١).

أقول: يعني أنّ كفاية قوله «رضيت ... الخ» ونحوه كاشفة عن كون الاجازة مجرد الرضا بالمضمون، وأنّه لا دخل للزمان فيه، كيف ؟ وإلا لم يكن مثله كافياً، بل كان اللازم الاتيان بما يدل على الامضاء والانفاذ لنفس العقد. قلت: قد عرفت أنّ وجه الكفاية كونه دالاً على ذلك بالتزام، وإلا فلا نسلم الكفاية.

٢٥٢- قوله ﷺ: (وبتقرير آخر أن الاجازة...الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن هذا التقرير لا دخل له بالتقرير الأول الذي كان محصله منع كون الزمان مأخوذاً في مضمون العقد، وهذا التقرير يجمع فرض كونه مأخوذاً فيه أيضاً، فهو وجه آخر في الجواب مستقل لا دخل له بما ذكر أولاً، بل هو قريب مما يذكره في قوله (وأما ثانياً)، فتدبر.

ثم إنك عرفت أن التحقيق أن الاجازة قائمة مقام نفس الانشاء، لا مقام شرط العقد الذي هو الرضا، فلا وجه لترديد المصنف ﷺ بينهما، فتدبر.

٢٥٣- قوله ﷺ: (لأن وجوب الوفاء...الخ)^(٢).

أقول: حاصله أن الاجازة وإن كانت انفاذاً للعقد السابق الذي مقتضاه النقل من حينه، إلا أنه لا دليل على صحة الاجازة إلا شمول العمومات للعقد المتعقب بها، وهي لا تشمل إلا بعد تحققها؛ لأن قوله تعالى ﴿أوفوا﴾ لا يشمل المالك إلا بعد صيرورة العقد عقداً له، وهو موقوف على مجيء الاجازة في الخارج، فقبله لا يكون العقد عقداً، وكذلك حال سائر العمومات، ولعمري إن هذا هو التحقيق.

٢٥٤- قوله ﷺ: (فكأنه وقع موثراً...الخ)^(٣).

أقول: الظاهر أن الفاء زيادة، والعبارة هكذا «فاذا صار العقد بالاجازة كأنه وقع موثراً...الخ»، وقوله «كأنه» خبر لصار، وقوله «كان مقتضى...الخ» جواب «إذا»، وقوله «فيجب العمل...الخ» تفریع على الجواب.

٢٥٥- قوله ﷺ: (لكن نقول بعد الاغماض عن أن...الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أنه لا وجه لعدم الاغماض؛ إذ هو خلاف الفرض؛ إذ قد فرض أولاً كون الاجازة بمعنى جعل العقد ماضياً، وكون مقتضى العقد عرفاً ترتب الأثر

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٦. وصح في بعض النسخ بدل «فكأنه» كأنه.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٦.

من حينه، وكون الدليل دالاً على العمل بها على هذا الوجه، فبعد ذلك كله لا معنى لقوله (بعد الاغماض عن أن... الخ) إذ هو مستلزم للعدول عن الفرض، ولعله لهذا أمر بالتأمل، ويحتمل أن يكون وجهه دعوى الفرق بين الاجازة والقبول، فأنه جزء للسبب الناقل فلا وجه لجعله كاشفاً، بخلاف الاجازة فأنها امضاء للعقد التام في السببية، فتدبر.

٢٥٦ - قوله ﷺ: (لأن العقد الموجود على صفة... الخ)^(١).

أقول: لقائل أن يقول كون العقد موجوداً على صفة عدم التأثير أول الكلام، وغرض المستدل اثبات كونه موجوداً على صفة التأثير من أول الأمر، فتدبر. ولو علل عدم المعقولية - بأن الكشف على الوجه المزبور موقوف على الشرط المتأخر، وهو غير معقول على ما اعترف به سابقاً - كان أولى، وإن كان فيه ما عرفت من منع عدم المعقولية.

٢٥٧ - قوله ﷺ: (فراراً عن لزوم تأخر الشرط... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت^(٣) أنه كثر على ما فر منه، فلا تغفل.

ثم إنك عرفت أن بعضهم قال بالكشف الحقيقي، بمعنى مجرد العلامة، مدعياً أنها كاشفة عن وجود الرضا الباطني التقديري، وعرفت ما فيه، وعرفت أيضاً له معنى آخر، ربما يظهر من جامع المقاصد^(٤) في العبارة المتقدمة، وحكي الكشف بمعنى العلامة الصرفة عن مفتاح الكرامة^(٥) أيضاً، وكيف كان فعلى جميع وجوهه يلزم جواز التصرف مع العلم بلحوق الاجازة، ولا اختصاص له بالقول بالتعقيب كما عرفت.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.

(٣) تعليقة ٢٤١.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٤.

(٥) مفتاح الكرامة ٤: ١٩٠.

٢٥٨ - قوله ﷺ: (الكشف الحكمي وهو اجراء...الخ)^(١).

أقول: قد أشرنا إلى أنَّ بعضهم يحمله على معنى اجراء جميع الأحكام بالالزام القلب من الأول، وهو الاحتمال الثاني في كلام صاحب الجواهر^(٢)، ولذا أورد عليه بلزوم اجتماع مالكين على مال واحد، وإن كان يمكن الذب عنه بأن مقتضى القلب عدم الاجتماع، وإن كان المحذور عليه أشد لمعلومية استحالته، وإن أريد ترتيب آثار القلب فلا اشكال، فتدبر.

٢٥٩ - قوله ﷺ: (فاتمامه بالقواعد في غاية الاشكال...الخ)^(٣).

أقول: مقتضى ما بينه المصنّف ﷺ الجزم بعدم المعقولية؛ حيث إنّه جزم باستحالة تأخر الشرط.

ثم إنَّ التحقيق عندي هو القول بالنقل بحسب القواعد، لا من جهة عدم معقولية الشرط المتأخر، بل من أجل ما عرفت من أنَّ العمومات لا تشمل إلا بعد صيرورة العقد عقداً للمالك، وهو ما بعد الاجازة، وأما بحسب الأخبار فالكشف الحقيقي إنَّ تعدينا عن باب النكاح من أجل الاجماع المركب أو تنقيح المناط، أو تمت دلالة صحيحة ابن قيس على الكشف كما لا يبعد، فأنه لا مانع منه بعد هذا عندنا عن الحمل على ظاهرها من الكشف الحقيقي.

٢٦٠ - قوله ﷺ: (ظاهرة في قول الكشف...الخ)^(٤).

أقول: بعد ما حكم المصنّف ﷺ بعدم معقولية الشرط المتأخر - والمفروض أنَّ كون الشرط هو التعقيب أيضاً خلاف ظاهر الأدلة، بل مما يمكن الجزم بعدمه - لا يمكن عنده الأخذ بهذا الظاهر، بل لا بدَّ أنَّ يطرح أو يؤول، مع أنَّه يمكن القول بتخصيص عموم قاعدة السلطنة والحمل على الكشف الحكمي، كما أنَّه على القول بالكشف الحقيقي أيضاً يكون العزل على خلاف القاعدة من جهة أصالة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٩.

عدم الاجازة، ولازم الحكم بالعزل تخصيص هذه القاعدة الظاهرية، هذا.
مع امكان دعوى كون المال باقياً على ملك الميت أو بحكم ملكه إلى أن يحصل الاجازة والرد بناءً على الكشف الحكمي أو النقل.
والحاصل: أن حمل الخبر على الكشف الحقيقي غير متعين لمكان هذه الاحتمالات، ثم على فرض تماميته يحتاج في اسراء حكمه إلى سائر الأبواب من البيع ونحوه إلى دعوى الاجماع المركب أو تنقيح المناط كما أشرنا إليه آنفاً، وكلاهما محل اشكال، واحتمال كون الحكم تعبيراً في خصوص النكاح، ولذا يجب الأخذ به وإن جزمنا بالقول بالنقل ليس بعيداً، مع أن صحة الاجازة بمقتضى القاعدة محل اشكال؛ لأن المفروض كون موت الزوج الذي هو بمنزلة تلف أحد العوضين في البيع قبلها، فهذا النص مقرب لكون الحكم تعبيراً في خصوص النكاح.

□ الثمرة بين القول بالكشف والقول بالنقل

٢٦١- قوله ﷺ: (بقي الكلام في بيان الثمرة... الخ)^(١).

أقول: لا بأس بالإشارة الاجمالية إلى ما هو المختار فيها فنقول: الكلام تارة في تصرف الأصيل فيما انتقل إليه، وتارة في تصرف المالك فيما انتقل عنه، وتارة في لزوم المعاملة وعدمه على الأصيل؛ بحيث لا يجوز له الرد أو التصرف فيما انتقل عنه، وتارة في سائر الثمرات من النماء ونحوه.

وليعلم أولاً أن الكشف الحكمي نقل حقيقي من حين الاجازة، إلا أنه يرتب عليه الأثر من حين العقد؛ بحيث كأنه صدر من المالك من ذلك الحين، ولازم ذلك ترتيب جميع ما يمكن ترتيب من الآثار.

والتحقيق بناء عليه ترتيب جميع الآثار إلا ما كان مرتباً على نفس صفة الملكية بما هي صفة خاصة، مثل ما لو نذر أنه لو كان مالكاً لكذا أن يفعل كذا، فإن النذر لا ينصرف إلى الملك التنزيلي، ومثل العصيان وعدمه فإن التصرف السابق من

الأصيل يكون محرماً، ولا يمكن قلبه بعد الاجازة.

وأما سائر الآثار الشرعية فجميعها يمكن ترتيبها، مثلاً إذا باع المالك ما انتقل عنه بالفضولية قبل الاجازة فأجاز - بناءً على جواز مثل هذه الاجازة وعدم كون البيع بمنزلة الرد - كما أنه يحكم ببطلان البيع على الكشف الحقيقي كذا يحكم ببطلانه بناءً على الحكمي؛ لأنه مقتضى ترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد.

والفرق بينه وبين الكشف الحقيقي أنه على الحقيقي يحكم بالبطلان من الأول، وعلى الحكمي من حين الاجازة، فهو محكوم بالصحة من أول صدوره إلى حين الاجازة، وبعدها يحكم ببطلانه من الأول، ويرتب عليه آثار البطلان. ودعوى: أن هذا غير ممكن، والمفروض ترتيب الآثار الممكنة.

مدفوعة: بمنع عدم الامكان، كيف؟ وإلا فلا فرق بينه وبين النماء الذي أتلفه المالك قبل الاجازة، فإن فيه أيضاً يحكم بكونه متصرفاً في ماله من أول وجوده إلى حال الاجازة، وبعدها يحكم بكونه ملكاً للمشتري، فيكون المجيز كأنه تصرف في نماء ملك غيره فيجب عليه البدل، فإذا لم يمكن فيما نحن فيه الحكم بالبطلان - بعد الحكم بالصحة الواقعية من حين صدوره إلى حال الاجازة - فكذلك لا يمكن الحكم بوجوب اعطاء بدل النماء الذي تلف في ملك ماله.

والتحقيق: أنه لا مانع من شيء منهما، بمعنى أنه يمكن أن يحكم بعد الاجازة بتنزيل العقد الواقع فضولاً منزلة الصادر من المالك من هذا الآن، وترتيب جميع آثاره، ولا فرق في ذلك بين النماء وسائرهما.

وبالجملة: فجميع الآثار الشرعية وإن كانت مرتبة على الموضوعات الواقعية إلا أنه يمكن للشارع التصرف فيها بتنزيل الموجود منزلة المعدوم أو بالعكس، نعم الآثار العقلية غير قابلة لذلك كالعصيان والطاعة، وكذا الآثار التي لا دخل لها بالشارع كما في مثال النذر الذي ذكرنا، فإن حكم الشارع فيه تابع لجعل الناذر، والمفروض أنه علق الحكم على الموضوع الواقعي لا التنزيلي.

ومما ذكرنا ظهر أنه لو أعتق العبد قبل الاجازة، ثم أجاز بيعه يحكم ببطلان العتق من أوله بناءً على الكشف الحقيقي، وببطلانه من حين الاجازة على الحكمي، ولا يضر استلزامه صيرورة الحر رقاً، نعم إلا أن يكون هناك اجماع على عدم ذلك، ولو في مثل المقام فلا نقول به من جهة قيام الاجماع، لكن تحققه محل اشكال.

ولعله من جهة ما ذكرنا تخيل بعض أنه لا فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي في الثمرة؛ إذ الآثار العقلية نادرة لا اعتناء بها، ولذا قال (إن مقتضى الأدلة الكشف، ولا يهمننا التعرض لاثبات كونه حقيقياً أو حكماً لا اشتراكهما في الثمرة) لكن الانصاف وجود الثمرة فلا بد من تشخيص الحال، والانصاف أن القول بالكشف الحكمي في غاية الاشكال، الزامه أصعب من الزام الشرط المتأخر^(١).

والتحقيق: ما عرفت من أن مقتضى القاعدة - مع قطع النظر عن الاخبار - النقل، ومع ملاحظتها الكشف الحقيقي، بمعنى الشرط المتأخر.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما تصرف الأصيل فيما انتقل إليه من حيث الحكم التكليفي الحق جوازه بناءً على الكشف الحقيقي إذا علم بالاجازة فيما سيأتي، من غير فرق بين وجوهه الأربعة، من الشرط المتأخر والتعقب والكاشفية الصرفة بوجهيها حسبما أشرنا إليها سابقاً؛ وذلك لأن المفروض مع ذلك العلم بانتقال المال إليه من حين العقد، وكذا من حيث الحكم الوضعي، وتخصيص المصنف الجواز بالقول بالتعقب لا وجه له كما أشرنا إليه سابقاً، وأما مع عدم العلم بالاجازة تقتضي أصالة عدمها عدم جواز التصرف ظاهراً، وأما النفوذ وعدمه فهو دائر مدار الواقع، فإن حصلت الاجازة بعد ذلك يحكم بالصحة والنفوذ من الأول، وإلا فلا. وأما على القول بالنقل والكشف الحكمي فلا يجوز له التصرف مطلقاً ولو علم بالاجازة، نعم يحكم بنفوذه من حين الاجازة بناءً على الكشف الحكمي؛ لما عرفت من أنه ينزل من ذلك الحين منزلة ملكه من أول الأمر، ولازمه الحكم بصحة

(١) هكذا في الأصل، والظاهر أن مراده منها ولو ازمه أصعب من لوازم الشرط المتأخر.

ذلك التصرف، وأما تصرف المالك فيما انتقل عنه فلا اشكال في جوازه من حيث التكليف، وأما من حيث الوضع فلا اشكال في نفوذه على القول بالنقل والكشف الحكمي؛ لأنه تصرف في ملكه الواقعي، بل وكذا على الكشف الحقيقي بمعنى الشرط المتأخر للعمومات، والظاهر أنه لو تصرف بالنقل إلى الغير كان مانعاً عن صحة الاجازة بعد ذلك، فحاله حال الرد قبل الاجازة.

ودعوى: أنها تكشف عن كونه تصرفاً في مال الغير.

مدفوعة: بأنها إنما تكشف عن ذلك إذا كانت في محلها، ونحن ندعي أن التصرف الناقل السابق عليها يخرجها عن قابلية الصحة؛ لعدم المانع من نفوذه، كما في الرد قبل الاجازة، كيف؟ وإلا لزم القول بأن الاجازة كاشفة عن عدم كون الرد في محله؛ إذ الانصاف أنه لا فرق بينه وبين سائر التصرفات، والسرف فيما ذكرنا عدم انصراف أدلة الفضولي إلى مثل المقام مما كانت الاجازة بعد الرد أو بعد التصرف الناقل الذي هو مفوت للمحل من حيث هو، نعم لو كان لها عموم أمكن دعوى كشفها عن بطلان التصرف والرد لكونه في مال الغير، وكون الرد بعد تمامية العقد لكن الاطلاق أو العموم على هذا الوجه محل منع، بل من البعيد غايته؛ إذ لازم ذلك التزام جواز الاجازة ولو بعد مضي خمسين سنة من حين العقد الأول الفضولي والثاني الذي صدر من المالك، والحكم ببطلان ما صدر منه، كما إذا زوج البنت فضولي من زيد ولم تعلم به، ثم تزوجت من عمرو ومضى خمسون سنة وهي في حباله عمرو، ثم اطلعت على أن فضولياً زوجها من زيد فأجازت ذلك، فإن التزام صحة هذه الاجازة والحكم ببطلان عقدها بنفسها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات.

والحاصل: أن عموم قاعدة السلطنة ونحوها مقتضى لجواز تصرفه في ماله، ومقتضى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ﴿أحل الله البيع﴾ ونحوها نفوذ ذلك التصرف، فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة حتى تكون كاشفة.

ودعوى: أن حال التصرف حال التلف السماوي، وحال موت أحد الزوجين قبل

الاجازة، فكما أنه ليس بمانع على الكشف الحقيقي لكفاية وجود العوضين أو الطرفين حال العقد فكذا التصرف الناقل، وحيثُ فيحكم بمقتضى الاجازة بكونه في ملك الغير وببطلانه.

مدفوعة: بالفرق الواضح بينهما كما لا يخفى.

فالتحقيق: أن التصرف الناقل من المالك المجيز قبل الاجازة مانع عن تأثيرها من غيره، بلا فرق بين القول بالنقل والكشف الحكمي والحقيقي، وأن حاله حال الرد، ولا فرق في ذلك بين اطلاعه على العقد قبله وعدمه؛ إذ المناط ليس دلالة على الرد، بل فوات محل الاجازة.

وأما لزوم المعاملة على الأصيل وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه فالتحقيق عدمه، أما على النقل فواضح، وكذا على الكشف الحكمي، وأما على الكشف الحقيقي مع العلم بعدم مجيء الاجازة فكذلك، وأما مع الجهل بها فلاصالة عدمها، نعم إذا حصلت الاجازة كشفت عن بطلان الرد أو التصرف بناءً على الكشف الحقيقي، فما يظهر من بعضهم من اللزوم عليه، وعدم جواز رده أو تصرفه حتى على القول بالنقل لا وجه له، كما أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمته من اللزوم على القول بالكشف الحقيقي حتى مع العلم بعدم الاجازة؛ فضلاً عن الشك فيها؛ وذلك لأن دليل اللزوم إنما هو مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وهو غير شامل قبل مجيء الاجازة، وأيضاً لا يعقل صحة العقد ولزومه بالنسبة إلى الأصيل دون المالك، مع أنه معاهدة واحدة.

والحاصل: أنه لا يعقل خروج العوض عن ملك الأصيل وعدم دخول عوضه في ملكه، أو عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه إليه أيضاً، وسيأتي بيانه عند تعرض المصنف رحمته له.

وأما سائر الثمرات من النماء ونحوه فعالها واضحة بملاحظة ما في الكتاب، ويأتي الكلام عليها إن شاء الله.

٢٦٢ - قوله ﷺ: (بين كون نفس الاجازة ... الخ) ^(١).

أقول: قد عرفت أن مع العلم بالاجازة يجوز التصرف على جميع وجوه الكشف الحقيقي، ولا فرق بينها أصلاً.

٢٦٣ - قوله ﷺ: (مع كون نفس الاجازة شرطاً ... الخ) ^(٢).

أقول: وكذا مع كون الشرط هو التعقب، ثم لا يخفى أن حكمه ﷺ بكون الوطىء حلالاً واقعاً على الكشف الحقيقي ينافي ما مرّ منه أيضاً أنفاً من عدم جواز التصرف مع العلم بالاجازة بناءً على الشرط المتأخر، فإن مقتضى كونه حلالاً واقعاً جوازه مع العلم به، وهذا واضح جداً، وأما وجه الحرمة واقعاً وظاهراً على الكشف الحكمي فواضح؛ لأن المفروض عدم الملكية وعدم الحكم بها إلا بعد الاجازة. ثم إن الحرمة السابقة لا يرتفع أثرها بمجرد الاجازة؛ لما عرفت من أنه من الآثار العقلية الغير القابلة للرفع، نعم العقاب يمكن رفعه، وأما العصيان فلا.

٢٦٤ - قوله ﷺ: (ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء ... الخ) ^(٣).

أقول: لا وجه له بعد كونه من الأحكام الشرعية القابلة للتنزيل حسبما عرفت مما بيّنا، فاذا حكم بعد الاجازة بكونه في حكم المالك من حين صدور العقد كان لازمه تحقق الاستيلاء، بمعنى ترتيب آثاره الآن، وإن لم يحكم به من الأول، فتدبر.

٢٦٥ - قوله ﷺ: (مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد ... الخ) ^(٤).

أقول: قد عرفت أنه متعين، وأنه لا يبقى بعد ذلك محل للاجازة، كما أنه كذلك على النقل والكشف الحكمي، وأما ما ذكره المصنّف ﷺ (من أنه على الكشف الحكمي ينتقل إلى القيمة لأنه مقتضى الجمع ... الخ) فلا وجه له؛ إذ بعد فرض الصحة لا يبقى محل للاجازة كما على النقل، وقد عرفت مما بيّناه سابقاً الفرق بين

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

التصرف والتلف السماوي، لكنه أيضاً بناءً على الكشف الحقيقي، وإلا فلا وجه له على النقل والحكمي؛ لعدم وجود متعلق النقل حين الحكم به، فلا يمكن ذلك، والقياس على الفسخ بالخيار كما ترى؛ ولذا قال ﷺ في الضابط الآتي وإن نافي الاجازة - كاتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق - فات محلها، وإن ذكر ما جزم به هنا من الرجوع إلى القيمة أيضاً احتمالاً، وهذا أيضاً لا يخلو عن تناقض، لأنه هاهنا جزم بالرجوع إلى القيمة، وفي الضابط أفتى بفوات محل الاجازة، وذكر الرجوع إلى البدل على وجه الاحتمال، ودعوى الفرق بين العتق و سائر التصرفات كما ترى.

ثم لا يخفى أننا لو قلنا بعدم فوات محل الاجازة فمقتضى القاعدة الحكم ببطلان التصرف المذكور، سواء كان عتقاً أو غيره، بمعنى أنه يحكم من حين الاجازة ببطلانه سابقاً بناءً على الكشف الحكمي حسبما عرفت مما بيننا؛ لأنه من آثار صحة العقد الأول من حين صدوره، والمفروض أنه من حين الاجازة يجب ترتيب آثار الصحة من الأول؛ فلا وجه للرجوع إلى القيمة على أي حال؛ لأن الأمر دائر بين فوات محل الاجازة ومعه فلا وجه للبدل، وبين عدم فواته ومعه لا بد من الحكم ببطلان التصرف من هذا الحين، فلا وجه للرجوع إلى البدل أيضاً، والفرق بينه وبين التلف العقلي واضح، فإن معه إذا حكمنا ببقاء محل الاجازة لا يعقل الحكم بالبطلان والصحة، فلا يبقى إلا الحكم بالرجوع إلى البدل، بخلاف التلف الشرعي بالنقل إلى الغير فإنه قابل لأن يحكم عليه بالبطلان، فتدبر.

٢٦٦ - قوله ﷺ: (لمن انتقل إليه العين ... الخ)^(١).

أقول: إلا أنه بناءً على الكشف الحكمي إنما يحكم بذلك بعد الاجازة، وإلا فهو للمالك الأول من حين وجوده، وإذا أتلفه فقد أتلف مال نفسه، ولا يكون تصرفه فيه تصرفاً في مال الغير، نعم بعد الاجازة يحكم بكونه لمن انتقل إليه العين فيضمن له من أتلفه وإن كان هو المالك حسبما عرفت.

٢٦٧ - قوله ﷺ: (توجيه المراد ... الخ)^(١).

أقول: يعني توجيهها بالحمل على خلاف ظاهرها مما يطابق القواعد أولى من حملها على ظاهرها، وتكلف تطبيقه على القواعد، والعبارة هي هذه (وتظهر الفائدة - يعني فائدة القولين الكشف والنقل - في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المعجز)^(٢) انتهى.

والاشكال إنما هو في حكمه بكون النمائين كليهما على النقل للمالك المعجز، والتوجيه بالتأويل ما قيل من أن المراد بالمالك المعجز هو الجنس، ويفرض الكلام فيما كان كلا الطرفين فضولياً، فيكون الحاصل أن نماء المبيع لمالكه الأول، وكذا نماء الثمن لمالكه الأول، أو يكون الغرض بيان حال صورة يكون الفضولي من طرف البائع، وصورة يكون من طرف المشتري، ويكون حاصله أن نماء المبيع للمالك المعجز إذا كان الفضولي من طرفه، ونماء الثمن للمالك المعجز إذا كان الفضولي من طرفه.

وأما التوجيه بالتطبيق على القواعد مع حملها على ظاهرها من كون كلا النمائين للبائع إذا كان الفضولي من طرفه فهو ما قيل أيضاً من أن الوجه في كون نماء المبيع له ظاهراً؛ لأنه بعد لم ينتقل عنه.

وأما وجه كون نماء الثمن له فهو أن المبيع من طرف المشتري لازم لكونه أصيلاً، وقد اخرج الثمن عن ملكه اختياراً وسلط البائع عليه وعلى نمائه، فيؤخذ بما أقدم عليه، إلا أن يرد المالك البيع ولم يجزه فهو قبل الرد والاجازة مأخوذ بما أقدم وعاهد عليه وإن لم يجز له التصرف في البيع؛ لعدم كون بيعه مقروناً برضا مالكة.

والانصاف أن التوجيه الثاني أقرب إلى مراد الشهيد؛ إذ الأول في غاية البعد من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٢٩.

العبارة، وإن كان الايراد عليه أيضاً في غاية الوضوح، وغرض المصنّف ﷺ أيضاً ليس أقربيية التوجيه الأول إلى مراده، بل الإشارة إلى فساد الثاني من حيث هو وهو كذلك.

٢٦٨ - قوله ﷺ: (دون الكشف... الخ)^(١).

أقول: مراده من الكشف الحقيقي، وإلا فالحكمي حاله حال النقل في هذا الثمرة كما لا يخفى.

٢٦٩ - قوله ﷺ: (فلا يردّها اعترضه بعض... الخ)^(٢).

أقول: يعني بعد ما كان المدرك هو التسالم - بمعنى الاجماع - فلا يرد هذا الاعتراض؛ وذلك لأنّ الكلام يرجع إلى شرطية عدم تخلل الفسخ الثانية بالاجماع. قلت: تحقق الاجماع ممنوع، ولذا قال المصنّف (فالأولى في سند المنع... الخ).

لكن الانصاف أنّ نظر المعترض أيضاً إلى ذلك، بمعنى أنّ الاجماع لم يثبت عنده؛ فيتمسك بالاطلاقات بعد كون ترتب الأثر بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع، وإلا فمجرد كونه من أحكام الوضع ليس دليلاً بدون أنّ يكون العقد مشمولاً للعمومات أو الاطلاقات.

والأولى في الاستدلال على البطلان أنّ يقال: إذا رجع عن العقد قبل نمائه لا يبقى صدق المعاهدة، كما بين الإيجاب والقبول والاجازة على القول بالنقل بمنزلة؛ فلا يشمل الاطلاقات، ولعله إلى ذلك أشار بقوله (ولا يخلو عن اشكال).

٢٧٠ - قوله ﷺ: (وأما على المشهور في معنى الكشف... الخ)^(٣).

أقول: فيه أولاً: أنّ ظاهر المشهور كون نفس الاجازة المتأخرة شرطاً في حصول النقل كما على القول بالنقل، والفرق بينهما أنّه على الأول الشرط وجودها المتأخر،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٥.

وعلى الثاني الشرط وجودها الفعلي الخارجي، فلا يحصل النقل إلا بعدها، وعلى التقديرين هي جزء للسبب الناقل.

وثانياً: على فرض تسليم أن يكون مرادهم كونها شرطاً في مؤثرية العقد، وبعبارة أخرى في كونه سبباً ما، نقول لا ينبغي التأمل في أنه مع عدم مجيئها لا يكون العقد تاماً، ولوجودها - ولو كان هو الوجود المستقبلي - تأثير في العقد، فلو شك في وجودها فالأصل عدمه، وحيث لا يجب الوفاء، كما إذا قلنا إن الشرط تعقبها، وهذا واضح جداً.

ومن العجب ما صدر عن المصنف رحمته من اللزوم على الأصيل ولو مع العلم بعدمها، فإنه لا ينبغي التأمل في أنه لا أثر للعقد مع هذا الحال، فكيف يمكن أن يكون الوفاء به واجباً؟

ثم لا يخفى أن ما ذكره المصنف رحمته في المقام من أن العقد تمام ولا قيد له بناءً على الشرط المتأخر، ولهذا يجب على الأصيل الوفاء به مناقض صريح لما ذكره في أول الثمرات، من أنه على الشرط المتأخر لا يجوز التصرف ولو مع العلم بمجيء الاجازة، فلا تغفل.

ثم إنني إلى الآن ما فهمت أن المصنف رحمته كيف تصوّر الشرط المتأخر الذي نسيبه إلى المشهور، وحكم بعدم معقوليته، فإن مقتضى الثمرات التي يرتبها عليه أنه فهم غير ما هو الظاهر منه، من كون الشرط الوجود المستقبلي الذي لازمه جواز التصرف للمشتري في المبيع مع العلم به، وعدم تمامية السبب بدونه الذي لازمه عدم اللزوم على الأصيل مع العلم بعدمه، إلى غير ذلك، مع أنه لا يحول في بيان الثمرات على قول واحد حسبما عرفت، وعليك بالتأمل التام في أطراف كلامه لتصل إلى مراده، أو إلى صدق ما ادعيت، والله الهادي.

٢٧١ - قوله رحمته: (توضيح الفساد أن... الخ) ^(١).

أقول: الانصاف أن الأيراد المذكور مما لا مدفع له، وما ذكره المصنف رحمته في

توضيح فساد فيه:

أولاً: أن مقتضاه عدم الفرق بين القول بالكشف والنقل كما لا يخفى.

وثانياً: أن البيع عبارة عن معاهدة واحدة قائمة بطرفين، وليست المعاهدة هاهنا نظير سائر صيغ المفاعلة كالمضاربة والمقابلة والمواهبه ونحوها في كون الصادر من كل من الطرفين فعلاً مستقلاً، بل هي نظير المضاجعة والمجالسة ونحوها، فما لم يتحقق القبول من الآخر لا يتحقق المبادلة والمبايعة، والمفروض أن الاجازة بمنزلة القبول؛ فلا يمكن أن يحكم بحصول المبادلة - من حيث إنها التزام على نفسه - من دون أن يحصل ما التزمه لنفسه، وبعبارة أخرى المبادلة والمعاوضة البيعية ليست إلا المعنى الذي لازمه صيرورة هذا ملكاً في مقابل ذلك، وهذا المعنى لا يقبل التفكيك، ودعوى أن قيد كونه بازاء مال خارج عن الالتزام على نفسه كما ترى؛ إذ الالتزام الصادر منه إنما هو التزام خاص، ولم يتحقق بعد، أو هو مشكوك التحقق من جهة الشك في تحقق شرطه.

وثالثاً: - مع قطع النظر عما ذكرنا - المفروض أن شرطية الرضا من المالك أو إجازته معلوم بالاجماع، فكيف يمكن أن يترتب الأثر بدون احراز الشرط المفروض.

ورابعاً: نقول إن الدليل على وجوب الوفاء هو قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، ومعناه العمل على ما عاهد عليه، والمفروض أن معاهدته إنما هي هذا ملكاً للآخر في مقابل ذلك، وبعبارة أخرى ترتيب آثار الملكية، ولهذا يجعل دليلاً على الملكية واللزوم، وليس معناه عدم الفسخ والالتزام بتركه، كيف ؟ وإلا كان شموله للعقد غير كافٍ في الحكم بالملكية؛ لأن مجرد ترك الفسخ والرد أعم من الملكية، وإذا كان معنى الوفاء ترتيب أثر الملكية - وبعبارة أخرى العمل على طبق المعاهدة - فلازمه جواز التصرف في الثمن أو المثلن، ومع الاجماع على عدمه يستكشف عدم شمول العموم المذكور له، وهذا واضح جداً.

والحاصل: أن ما ذكره المصنف رحمه الله إنما يتم إذا كان معنى وجوب الوفاء بالعقد

مجرد عدم فسخه والالتزام بابقائه، من غير نظر إلى حصول مقتضاه وعدمه، ومن المعلوم أنه ليس كذلك حتى عنده أيضاً؛ ولذا يجعله دليلاً على الملكية، فتدبر.

٢٧٢ - قوله ﷺ: (المشهورة بالاشكال... الخ)^(١).

أقول: لا اشكال في عدم جواز التصرف المنافي في المنذور إذا لم يكن معلّقاً، أو كان كذلك وحصل الشرط لتنجز وجوب الوفاء به حيثئذٍ، نعم هنا كلام آخر، وهو أنه إذا تصرف مع الحرمة أو ناسياً لكونه منذوراً كأن باع عبداً نذر عتقه أم حيواناً نذر أضحيته فهل هو صحيح أم لا؟ فقد يقال بالصحة؛ لأن المال بعد لم يخرج عن ملكه؛ فيشملة العمومات، وقد يقال بعدمها للنهي المقتضي للفساد.

والتحقيق: ابتناء المسألة على أنه هل يتعلّق بذلك الشيء حق للفقير أو للعبد أو غيره ممن يرجع فائدة النذر إليه أو لا؟ فعلى الأول يبطل لعدم كون الملك طلقاً، بخلافه على الثاني، ومجرد النهي لا يدل على الفساد لعدم تعلقه به بما هو معاملة، بل بما هي مخالفة للنذر، وبعبارة أخرى النهي متعلق بأمر خارج، ومثله لا يدل على الفساد على ما بين في محله.

والحق عدم تعلّق الحق، وإنما هو مجرد تكليف شرعي، ولعله يأتي الكلام فيه في ذكر شرط الطلّقية^(٢)، هذا كله في نذر السبب.

وأما نذر النتيجة فلا اشكال في بطلان التصرف فيه؛ لخروجه عن الملك بمجرد النذر، أو بعد حصول الشرط، وأما التصرف فيه قبل حصول الشرط في النذر المشروط فاختلّفوا فيه على أقوال، ثالثها التفصيل بين ما إذا كان من قصده الإبقاء إلى زمان حصول المعلق عليه فلا يجوز، وبين غيره فيجوز، رابعها التفصيل بين ما إذا كان المعلق عليه من أفعاله الاختيارية، كما إذا قال «الله عليّ كذا إن ضربت عبدي أو وطئت جاريّتي» فيجوز، وبين ما إذا كان أمراً غير اختياري، كشفاء المريض وقدم المسافر فلا يجوز، ويمكن التفصيل بين ما إذا كان المعلق عليه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٦.

(٢) لم يبحثها المصنف ﷺ.

معلوم الحصول فلا يجوز، وبين غيره فيجوز، هذا.

ومحل الكلام التصرف المنافي، وأما غيره فلا اشكال فيه، مثل استخدام العبد المنذور عتقه ونحوه، ولعل منه الوطء فيما لو نذر بيع الجارية إذا لم يعلم بتحقيق الاستيلاء، كما لا ينبغي الاشكال في جواز تفويت المحل، بمعنى تفويت المعلق عليه، كما لو نذر العتق على تقدير مجيء زيد، فالتمس من زيد أن لا يجيء، أو منعه منه، وكما لو علّقه على شفاء المريض فمنعه من شرب الدواء أو قتله أو نحو ذلك، فإن مثل هذا لا يعد مخالفة للنذر، هذا.

ولا فرق بين كون النذر من نذر النتيجة أو السبب، فإن الكلام في التصرف قبل حصول المعلق عليه، فالمال باقٍ على ملكه قطعاً وإن كان من نذر النتيجة. ثم إن التحقيق جواز التصرف مطلقاً إلا إذا كان المعلق عليه معلوم الحصول، وكان النذر راجعاً إلى مثل الواجب المعلق، بأن يكون الالتزام حاصلاً فعلاً، وكان المتأخر زمان الاتيان به والعمل بمقتضاه، كأن يقول «لله عليّ أن أعتق هذا العبد عند طلوع الشمس من يوم الجمعة، أو عند قدوم الحاج، أو قدوم مسافري» مع علمه بأنه سيقدم، والظاهر أن مثل هذا ليس من محل الخلاف، وكذا إذا رجع النذر إلى نذر الابقاء ونذر الاتيان بكذا، بأن يكون معنى قوله «لله عليّ أن أعتق هذا العبد إن قدم مسافري» لله عليّ أن أبقي العبد وأن أعتقه، فإن هذا أيضاً خارج عن محل الاشكال؛ لأنه راجع إلى نذرين، ولعل هذا مراد المفضل الأول، وإلا فمجرد كون قصده الابقاء من دون أن يرجع إلى نذرين لا يفيد شيئاً.

والحاصل: أن التحقيق جواز التصرف إلا في هاتين الصورتين؛ وذلك للأصل والعمومات؛ لأن المفروض بقاء المال على ملكه، فهو مسلط عليه. وربما يستدل للجواز بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك؟ قال عليه السلام: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه)^(١).

(١) وسائل الشيعة، باب ٥٩ من ابواب كتاب العتق، ح ١.

قال الشهيد الثاني في كتاب العتق من الروضة عند قول الشهيد (ولو نذر عتق أمته) - بعد ذكر هذه الصحيحة - (ويتفرع على ذلك أيضاً جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، وهي مسألة اشكالية، والعلامة اختار في التحرير عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل، وولده استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله، وهذا الخبر حجة عليهما^(١)) انتهى.

قلت: أما كونها حجة على العلامة فواضح، وأما على ولده فيمكن منعه؛ لأن البيع المزبور تفويت للشرط، لا تصرف في المنذور، وقد عرفت أن تفويت الشرط خارج عن محل الاشكال، فتدبر.

واستدل للمنع بأن الالتزام المفروض في قوة الالتزام بالابقاء إلى زمان حصول المعلق عليه، وأنه يعد في العرف حثاً ومخالفة للنذر، وكذا في المعاهدة مع غير الله، كما إذا عاهد مع انسان أن يذبح الشاة الفلانية إذا زاره، فباعها قبل ذلك مع عدم مضي زمان الزيارة، وكذا إذا كان ذلك شرطاً في ضمن العقد.

والجواب: منع الصدق، ومنع الرجوع إلى نذر الابقاء، ومعه لا اشكال. وقد ظهر مما مر وجه القول بالتفصيل بين ما إذا قصد الابقاء وعدمه، وأنه حق إن رجع إلى نذرين.

وأما وجه التفصيل بين كون المعلق عليه اختيارياً، وبين غيره فهو ما ذكره جمال المحققين في حاشية الروضة، عند قوله - وهي مسألة اشكالية - قال: (الظاهر أن عدم الجواز على القول به إنما هو في شرط لم يكن باختيار الناذر وفعله، كقدوم زيد وشفاء المريض، إذ جواز التصرف قبل حصول الشرط لا يخلو عن اشكال؛ لاستلزامه عدم امكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط، وأما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا يظهر اشكال في جواز التصرف قبله؛ إذ لا يلزم منه سوى أن لا يجوز له فعل الشرط؛ فلا محذور فيه، خصوصاً أن التصرف

المذكور مما يؤكد عدم وقوع الشرط) انتهى.

وفيه: أنه إذا كان ذلك التصرف مانعاً عن حصول الشرط بعد ذلك فهو كما ذكره؛ لأنه مفوت للموضوع، وقد عرفت أن مثله لا اشكال فيه، لكن ليس كذلك كلية، فإنه قد يكون من هذا القبيل، كما إذا نذر عتق أمته إن وطئها، فإن مراده الوطء في الملك، وهو لا يتحقق مع بيعها كما هو مورد الصحيحة^(١)، وقد لا يكون كما إذا فرض النذر المذكور معلقاً على مطلق الوطء، أو الوطء في ملكه ولو كان ملكاً جديداً، وكما إذا نذر عتق عبده إن ضربه أو إن زنا أو سرق ونحو ذلك، فإنه لا فرق بينه وبين ما كان المعلق عليه شيئاً خارجاً عن قدرته.

ثم إن ما ذكره من أنه لا يلزم منه سوى أن لا يجوز له فعل الشرط فيه ما لا يخفى؛ إذ لا نسلم حرمة الفعل بمجرد ذلك، ثم على تقدير حرمة لا يلزم منه عدم وقوع الحنث كما لا يخفى.

فالتحقيق: عدم الفرق، إلا إذا كان التصرف مانعاً عن تحقق الشرط، فإنه يخرج عن محل الكلام حسبما عرفت.

وأما وجه التفصيل الذي احتلمناه فهو أنه إذا كان المعلق عليه معلوم الحصول يرجع النذر إلى الإيجاب المعلق، فيكون العمل به واجباً الآن، وزمان العمل متأخراً، وفيه منع الرجوع عليه كلية، وإلا فالحكم كذلك، فتدبر.

ثم لا يخفى أن مقتضى الوجه الذي ذكره للمنع وجوب الكفارة أيضاً؛ حيث إنهم ذكروا أنه يعد حثاً، ولكن يمكن منعه بدعوى أنه في حكم الحنث من حيث الحرمة، وإلا فليس حثاً حقيقة؛ حتى يستلزم وجوب الكفارة، فتدبر.

٢٧٣ - قوله ﷺ: (ثبت في حق المباشر... الخ)^(٢).

أقول: يحتمل أن يكون المراد الحرمة الظاهرية من جهة احتمال الاجازة من الآخر، ويحتمل - وهو الظاهر - ثبوت الحرمة الواقعية حتى مع العلم بعدمها،

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «الصحيحة».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

وكلاهما مشكل.

أما الأول فلائّه على هذا مقتضى الأصل عدمها، وهذا الأصل حاكم على قاعدة وجوب الاحتياط، أو أصالة عدم تأثير النكاح بالنسبة إلى الخامسة والأم والبنت. وأما الثاني فلعدم الدليل على ذلك؛ خصوصاً مع العلم بعدم مجيء الاجازة، مع أن مجرد حرمة النقض لا يستلزم حرمة المذكورات، وبعبارة أخرى الموجب لحرمة المصاهرة وقوع الزوجية، وهي غير حاصلة إلا بعد الاجازة كشفاً أو نقلاً، وغاية ما يكون هناك لزوم العقد على الأصيل، وهذا غير ثبوت الزوجية، كيف؟ وهي غير قابلة للتفكيك؛ لأنها معنى نسبي؛ فلا يعقل ثبوتها بالنسبة إلى أحد الطرفين دون الآخر.

وبالجملة: الحكم المذكور في غاية الاشكال، ولو سلّمنا اللزوم على الأصيل، فضلاً عما لو لم نسلّم كما هو الأقوى حسبما عرفت.

٢٧٤ - قوله ﷺ: (على اشكال في الأم... الخ)^(١).

أقول: يعني أن جواز العقد على الأم بعد الفسخ أيضاً مشكل، من جهة صدق أم الزوجة عليها بمجرد العقد، والمفروض أن حرمتها ليست دائرة مدار فعلية الزوجية، ولا مدار الدخول، بخلاف الأخت فإن المحرم هو الجمع بين الأختين، وبعد الفسخ لا جمع، وبخلاف البنت فإن حرمتها فرع الدخول بالأم، والمفروض عدمها، هذا.

فالتحقيق: عدم حرمة الأم؛ لأن الفسخ كاشف عن عدم وقوع العقد صحيحاً من أول الأمر، ومجرد وقوع العقد اللازم على الأصيل لا يكفي في ذلك، ولعل نظر العلامة في الاشكال إلى التردد في أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع العقد من حينه، لكن التحقيق هو الأول كما هو واضح.

٢٧٥ - قوله ﷺ: (وفي الطلاق نظر... الخ)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

أقول: يعني في كونه مفيداً في رفع حرمة المصاهرة نظر؛ من أنه صادر من أهله في محله؛ حيث إن المفروض لزوم العقد بالنسبة إليه، فيكون رافعاً لأثره، كما في فسخ الزوجة، ومن أنه فرع حصول الزوجية، وهي غير متحققة؛ إذ على تقدير فسخ الزوجة وعدم إجازتها ليس هناك زوجية حتى يكون الطلاق في محله، ومجرد العقد اللازم على الأصيل غير كافٍ في صحة الطلاق، فلا يكون مفيداً في رفع الحرمة وإباحة نكاح الأخت والبنات والخامسة، فلا يرتفع الحرمة المفروضة إلا بالفسخ أو الطلاق بعد الاجازة.

ومما بينا في وجه عدم صحة الطلاق المذكور ظهر الجواب عما يمكن أن يقال إنه لا معنى لعدم إفادته الاباحه؛ لأن الواقع لا يخلو إما أن تجيء الاجازة أو الفسخ، فعلى الأول الطلاق في محله؛ لكشفها عن الزوجية من الأول، وعلى الثاني لا حاجة إليه؛ لعدم حصول الزوجية حتى تحرم المذكورات؛ وذلك لعدم كفاية عدم الزوجية الواقعية في جواز المصاهرة، بل لا بد إما من حصول الفسخ من طرف الفضولي أو من الطلاق الصحيح، وهو لا يكون إلا مع حصول الزوجية، وحيث إن الأمر مردد بين الأمرين فلا يعلم حصول الاباحه بالطلاق المفروض، لكن هذا إنما يتم إذا بنينا على الحرمة الواقعية، وإلا فلو قلنا بالظاهرية فلاشكال وارد.

إلا أن يتشبت بأن شرط صحة الطلاق الجزم، وهو غير متحقق، لاحتمال عدم الزوجية لعدم الاجازة بعد ذلك، ولذا يستشكل في صحة الطلاق ممن وكل غيره في تزويج امرأة ثم طلقها مع عدم علمه بصدور النكاح من الوكيل وعدمه، هذا. ولكن الظاهر من كلام العلامة عدم كون نظره في الاشكال إلى مسألة عدم الجزم، مع أن الحكم بالصحة إذا طابق الواقع ولو لم يكن جازماً قوياً جداً؛ لمنع عدم حصول قصد الانشاء كما هو المشاهد بالوجدان، مع أنه لا اشكال على الظاهر في صحة الطلاق الاحتياطي مع عدم الجزم فيه أيضاً، فتدبر.

٢٧٦ - قوله ﷺ: (والطلاق معتبر ... الخ) (١).

أقول: وذلك لأنه إجازة للنكاح، نظير ما إذا قال السيد لعبده المتزوج بدون إذنه طلق.

ودعوى: أنه كيف يقع الطلاق الذي هو رفع للزوجية والاجازة التي هي قبول لها؟! إذ لا يترتب عليه الزوجية حيثئذ.

مدفوعة: بأنه على الكشف يكون كاشفاً عن الزوجية من حين العقد إلى زمان الطلاق، وعلى النقل أيضاً نقول تحصل الزوجية أنا ما حقيقة قبل تمام الطلاق بمجرد الشروع فيه، والفرقة تحصل بتمامه، وتظهر الثمرة في حرمتها على الأب والابن؛ لكونها منكوحة لأحدهما، وفي غير ذلك من المهر ونحوه فلا اشكال، لكن الظاهر أنه إنما يكون معتبراً إذا كان بعنوان الاجازة مع الالتفات إلى العقد الواقع فضولاً، وإلا ففيه اشكال.

والتحقيق: عدم الاعتبار حيثئذ، ونظير الطلاق المفروض تصرف ذي الخيار ببيع ما كان له فيه الخيار، فإنه فسخ للعقد السابق، ويحكم بصحة البيع أيضاً بالنسبة إليه، وسيجيء تفصيل الكلام فيه في آخر باب الخيارات.

٢٧٧ - قوله ﷺ: (بل المنفية بالأصل ... الخ)^(١).

أقول: ليت شعري إذا كانت العلاقة منفية بالأصل فمن أين يجيء الحكم بحرمة المصاهرة؟! مع كونها من أحكام الزوجية، وهي أمر نسبي لا تقبل التفكيك، وحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا دليل عليها؛ لعدم شمول العمومات، وإلا أفادت حصول الزوجية أيضاً، وعلى فرض وجود الدليل غايته عدم جواز الفسخ والتصرف^(٢) المنافي، وأما حرمة المصاهرة فلا كما عرفت مما بيناه.

٢٧٨ - قوله ﷺ: (منها لو انسلخت ... الخ)^(٣).

أقول: هذه الثمرة حكيت عن بعض الاساطين في شرحه على القواعد^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.

(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «القصر من».

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.

(٤) الشيخ جعفر في شرحه على القواعد ١٧٢.

٢٧٩ - قوله ﷺ: (أو غيره مع كون... الخ)^(١).

أقول: يعني غير الفطري مع اشتراط كون البيع... الخ، فإن مع الارتداد عن فطرة لا يملك شيئاً، ومع الارتداد عن ملّة يملك كل شيء إلا العبد المسلم والمصحف.

٢٨٠ - قوله ﷺ: (فيصح حينئذٍ إلى الكشف... الخ)^(٢).

أقول: يعني الكشف الحقيقي، وإلا فقد عرفت أنّ الحكمي هو النقل، غايته أنّه يترتب عليه أثر الكشف، فتدبر.

٢٨١ - قوله ﷺ: (وربما يعترض... الخ)^(٣).

أقول: المعارض هو صاحب الجواهر^(٤)، ولم يخصص الاعتراض بالأول، بل اعترض على الفروع الثلاثة جميعاً، فعلى الأول والأخير بما أشار إليه المصنّف ﷺ، وعلى الثاني بأنّ المعبر على الكشف والنقل رضا المالك، والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها، وجعل خبر^(٥) الصغيرين اللذين مات أحدهما على خلاف القاعدة، فلا يتعدى منه إلى غيره، ولا يخفى قوة ما ذكره؛ لأنّ أدلة صحة الفضولي قاصرة عن شمول الصورتين، أعني صورة انسلاخ القابلية عن أحد المتعاقدين، أو أحد العوضين قبل الاجازة ولو جعلناها كاشفة؛ لأنها إذا وقعت في محلها صارت كاشفة، ومع أحد الانسلاخين لا تقع في محلها حتى تكشف كما أشرنا إليه سابقاً. وما ذكره المصنّف ﷺ من أنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية فيه أنّه إنّما يكون كذلك مع عموم الأدلة، وهو ممنوع، والقياس على ما لو وقعت بيوع متعددة على ماله فأجاز الأول كما ترى؛ إذ الفرق واضح بينه وبين ما نحن فيه، فإنّ في هذا الفرض الاستمرار متحقق إلى حين الاجازة مع قطع النظر عنها، وإنّما يستكشف عدم الملكية من جهتها، وهذا لا مانع منه، وإنّما الممنوع عدم بقاء الملكية إلى

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٢: ٢٩١.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب ميراث الأزواج، ح ١.

حين الاجازة مع قطع النظر عنها وعن مقتضاها، وأما خبر الصغيرين فقد عرفت الجواب عنه.

وأما البعض المشار إليه من الأخبار الظاهرة أو الصريحة فهو ليس دليلاً على الفضولي، وإنما ذكر مؤيداً؛ فلا يمكن الركون إليه في المقام، وأما اطلاق رواية عروة فهو كما ترى؛ فإنها قضية في واقعة، ولعل النبي ﷺ كان عالماً ببقاء الشاة إلى حال الاجازة.

٢٨٢ - قوله ﷺ: (نعم ما ذكره أخيراً... الخ) (١).

أقول: اعلم أن الشرائط المعتبرة في البيع مختلفة، فبعضها شرط في العقد من حيث هو، وبعضها شرط في أثره، وهو الملكية، ففي القسم الثاني إذا تجدد الشرط حين القبول أو حين الاجازة لا مانع من صحته بمقتضى القاعدة، إلا أن يكون هناك اجماع على اعتبار استمراره من حين الايجاب إلى حين التمامية، فمثل اشتراط اسلام مشتري المسلم والمصحف يمكن أن يكون من قبيل الثاني؛ وذلك لأن الدليل إنما دلّ على عدم ملكية الكافر للمسلم، فإذا كان حين حصول الملكية مسلماً كفى، وإن كان كافراً حين صدور العقد، ومسألة نجاسة المبيع أيضاً الظاهر كونها من هذا القبيل، ومثل كون الطرفين بالغين عاقلين، وكون العوضين معلومين ونحو ذلك من قبيل القسم الأول، ومثل بدو الصلاح يحتمل فيه الأمران، فعليك بملاحظة الأدلة ووجود الاجماع وعدمه، فدعوى بطلان هذه الثمرة بين الكشف والنقل كلياً كما ترى، والتحقيق التفصيل، فتدبر.

٢٨٣ - قوله ﷺ: (وربما يقال: بظهور... الخ) (٢).

أقول: أما الأول فكما إذا اختلف المبيع في الصحة والعيب بحسب زمان العقد والاجازة، بأن كان صحيحاً فصار معيباً أو بالعكس، فيختلف الحال في ثبوت الخيار بناءً على الكشف والنقل، وكذا إذا اختلف القيمة بحسب الزمانين، فيكون

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٠.

مغبوناً أو لا، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس فإنه - بناءً على الكشف - يكون المدار على زمان العقد، وعلى النقل على زمان الاجازة.

وأما الثاني فلائنه إن قلنا بالكشف يكون ثبوت حق الشفعة من حين العقد، وإن قلنا بالنقل من حين الاجازة، وأيضاً إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فباع فضولي حصة أحدهما، وباع الآخر حصته من آخر، فأجاز المالك فعلى الكشف يكون حق الشفعة للمشتري من الفضولي؛ لأنه صار شريكاً للبائع الثاني، وعلى النقل يكون للمشتري من الثاني؛ لأنه صار شريكاً للمالك المجيز قبل تمامية بيع حصته، وإذا تمت الاجازة فله أن يأخذ بالشفعة بالنسبة إلى هذا البيع الذي قد تم من حينها، فتدبر.

وأما الثالث فكما في خيار الحيوان، حيث يحسب مبدأ الثلاثة من حين العقد على الكشف، ومن حين الاجازة على النقل.

وأما الرابع فلائنه المجلس الذي يعتبر القبض فيه هو مجلس العقد على الكشف، ومجلس الاجازة على النقل، لكن الظاهر عدم كفاية نفس مجلس الاجازة، بل لا بد من بقاء مجلس العقد إلى حين الاجازة.

وأما الخامس فكما إذا نذر التصدق بدرهم مثلاً إذا كان يوم الجمعة مالكاً لكذا، أو نذر التصدق بجميع ما يملكه فيه، وهكذا بالنسبة إلى الحلف. وأما السادس فسيأتي.

ثم إنه قد يقال: بظهور الثمرة أيضاً في لزوم المعاظة إذا اشترى بها فباعه فضولاً فأجاز ذلك بعد رجوع الطرف الآخر، فإنه على الكشف يحكم بعدم صحة الرجوع لكونه بعد النقل إلى الغير، وعلى النقل يكون قبله فيكون الاجازة في غير محلها؛ لفرض كونها بعد الرجوع، لكن فيه نظر يظهر وجهه مما مر، فتدبر.

تنبيهات الاجازة

□ التنبيه الأول: عدم الخلاف في مفهومها وإنَّما الخلاف في الحكم

٢٨٤ - قوله ﷺ: (ليس في مفهومها ... الخ) (١).

أقول: لا يقال: إن مقتضى بعض الوجوه المتقدمة كون الكلام في أن معنى الاجازة هل هو الامضاء أو مجرد الرضا بالمضمون ؟
لأننا نقول: على هذا أيضاً يرجع الكلام إلى أن المستفاد من الأدلة أن المناط هو مجرد الرضا أو ما هو ظاهر لفظ الاجازة من كونها امضاء لما وقع، فلا يكون النزاع في أن مفهوم الاجازة ماذا ؟ بل في أن الشرط هو هذا المفهوم أو مجرد الرضا، نعم لو كان هناك اجماع على أن الفضولي بناءً على صحته إنما يصح بالاجازة، بحيث يكون مورد الاجماع هو هذا العنوان أمكن أن يرجع النزاع إلى تعيين مفهومها، لكن ليس كذلك.

٢٨٥ - قوله ﷺ: (فلو قصد المجيز ... الخ) (٢).

أقول: ومن فروع المسألة مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فإنه بناءً على كون مقتضى الأدلة الكشف ينبغي عدم صحته بالاجازة؛ لعدم امكان الكشف فيه، فتأمل.
هذا، ويمكن أن يقال: إن مجرد كون مرجع الخلاف إلى ما ذكره المصنف ﷺ لا يقتضي التفريع المذكور في المتن، فإنه يمكن أن يكون مقتضى دليل الرضا وجوب الوفاء كون الاجازة تابعة للقصد بحسب النقل والكشف، والأولى في عنوان المسألة ما ذكره الشيخ الكبير في شرحه على القواعد، حيث قال (وهل بناء القولين على مقتضى الظاهر فيجوز الانصراف عن مقتضى كل منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد، أو من خارج أو على اللزوم، فاذا تعذر أحدهما أو صرح

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

بخلافه بطلت، وجهان أقواهما الثاني^(١) انتهى.

والظاهر أنه أشار بقوله «أو من خارج» إلى مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فإن المانع من الكشف فيها أمر خارج، لا دخل له بقصد العاقد، وهو عدم كون المجيز مالكاً حين العقد، فلا يمكن الكشف عن التأثير من حينه كما سيأتي إن شاء الله.

٢٨٦- قوله ﷺ: (ففي صحتها وجهان... الخ)^(٢).

أقول: يمكن أن يكون المراد أن في صحتها على طبق ما قصد وجهين، وهذا هو الظاهر، ويحتمل أن يكون المراد أن بعد مفروغيته عدم الصحة على طبق ما قصد هل يصح على ما هو مقتضى الأدلة وجهان، من أنه قصد النقل، والمفروض الكشف، أو العكس فلا يكون مطابقاً للواقع فلا يصح، ومن أنه ليس على وجه التقييد، بل على وجه الداعي فيصح، والتحقيق بناءً عليه الفرق بين ما إذا كان قصده التقييد، أو كان بمجرد الداعي، فتدبر.

□ التنبيه الثاني: اشتراط كون الاجازة باللفظ الصريح دون الكناية

٢٨٧- قوله ﷺ: (الثاني أنه يشترط... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى ما في العبارة من عدم حسن التعبير، والأولى في عنوان المسألة أن يقال هل يشترط في الاجازة أن يكون انشاؤها باللفظ الصريح أو يكفي الكناية أيضاً؟ أو يكفي الانشاء بالفعل أيضاً؟ أو لا يعتبر فيها انشاء الامضاء، بل يكفي ما دل على الرضا؟ أو يكفي الرضا الباطني ولو بغير دال؟

ثم إن الأقوى هو الوجه الثالث كما في الرد والفسخ ونحوهما أيضاً، ولشمول العمومات بعد مثل هذه الاجازة، ودليل من اعتبر اللفظ الصريح ما أشار إليه المصنف ﷺ من الوجهين، ولعل نظر من اكتفى بالكناية أيضاً إلى أن مقتضى

(١) شرح القواعد ١٧١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

قوله ﷺ (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام)^(١) اعتبار اللفظ، ولا دليل على اعتبار الصراحة، مضافاً إلى ظاهر رواية عروة.

وأما ما يظهر من المصنف ﷺ بقوله الوجه الأخير مستنداً عليه بعدم استظهاره من فتاوى العلماء بالعمومات وجملة من النصوص الخاصة ففيه نظر؛ لأن العمومات غير شاملة لعقد غير المالك إلا بعد انتسابه إليه، وهو لا يكون إلا بعد الامضاء والاجازة، ومجرد الرضا الباطني لا يصحح ذلك، وذلك لما عرفت سابقاً من أن معنى قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أوفوا بعقودكم، وكذلك ﴿أحلَّ الله البيع﴾، ولذا لا نكتفي بمجرد هذا الرضا في الخروج عن الفضولية إذا كان موجوداً من حين العقد حسبما اعترف به ﷺ، وأما النصوص الخاصة فسيأتي ما فيها.

٢٨٨ - قوله ﷺ: (فقد علل جماعة... الخ)^(٢).

أقول: لا دلالة في هذا التعليل إلا على عدم اعتبار اللفظ، وأما كفاية مجرد الرضا من أي طريق علم فلا دلالة فيه عليها، وكذا فيما ذكروه في انكار الموكل وحلفه، وفي سكوت البكر، ودعوى أن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف اكتفى به من جهة الرضا ممنوعة جداً، بل الظاهر أنه من جهة كونه انشاء فعلياً، ولا أقل من الاحتمال.

٢٨٩ - قوله ﷺ: (وقد صرح غير واحد... الخ)^(٣).

أقول: ولا دلالة فيه أيضاً؛ إذ هذا الكلام وارد في مقام بيان الصحة بالاجازة، فمساقه مساق بيان عدم البطلان من الأصل، وليس في مقام بيان أن مجرد الرضا كافٍ أو لا بد من الانشاء، مع أن الظاهر أن باب إجازة عقد المكره وعقد الفضولي ليس على نسق واحد، ففي الأول يكفي مجرد الرضا؛ لأن العقد صادر من المالك، وليس فاقداً إلا للرضا، فإذا حصل كفى، بخلاف باب الفضولي فإن العقد ليس

(١) وسائل الشيعة، باب ٨ من أبواب احكام العقود، ح ٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

عقداً للمالك، ولا يصير له إلا بالامضاء قولاً أو فعلاً، وإلا فبمجرد الرضا الباطني لا ينسب العقد إليه حسبما عرفت مراراً.

٢٩٠- قوله ﷺ: (وقد ورد فيمن زوجته... الخ)^(١).

أقول: كما في صحيحة محمد بن اسماعيل بن زريع قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ذلك ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر، ولا سبيل للزوج عليها؟ قال عليه السلام: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج؟ قال عليه السلام: نعم)^(٢).

قلت: الاستدلال بهذه الرواية موقوف على حملها على توكيل المرأة غيرها في حال السكر في اجراء الصيغة؛ ليكون من باب الفضولي حيث إن التوكيل باطل، وإلا فلا يمكن العمل بها بظاهرها؛ لأن الصيغة الصادرة من السكران لا اعتبار بها ولو مع لحوق الاجازة؛ إذ هو كالصبي مسلوب العبارة، وإن عمل بها - كما عن بعضهم - فلا بد من الاقتصار عليها لكونها على خلاف القاعدة، هذا مع أن الإقامة مع الزوج بعنوان الزوجية من الاجازة الفعلية، وقوله «فهو رضا منها» لا يدل إلا على كفاية مثل هذا الرضا، فتأمل.

هذا مع أن انكارها من الأول رد للعقد، ودعوى أن المراد من الانكار ليس ظاهره، بل الكراهة والوحشة مما صدر منها مسلمة، لكن مثل هذا كافٍ في الرد إذا كان مجرد الرضا كافياً في الاجازة، فتأمل.

٢٩١- قوله ﷺ: (وقد عرفت أيضاً استدلالهم... الخ)^(٣).

أقول: هذا الاستدلال منهم مع تصريحهم بأن الصحة موقوفة على الاجازة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب عقد النكاح، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

الظاهرة في الامضاء القولي أو الفعل لا يكون دليلاً على مدعى المصنف^(١)، بل يظهر منهم أن هذا التعبير منهم في مقام المسامحة، ومن حيث إن ملك بالاجازة هو الرضا.

٢٩٢- قوله^(٢): (مضافاً إلى ما ورد في عدة أخبار... الخ)^(٣).

أقول: كصحيحة ابن وهب (جاء رجل إلى أبي عبد الله^(٤) فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مولاي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال^(٥): أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا علي. فقال^(٦): سكتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أنت على نكاحك الأول)^(٧).

ويمكن الجواب بأن السكوت في مثل المقام امضاء عرفي، مع أن لنكاح العبد خصوصية؛ حيث إن العقد لنفسه وإنما المفقود إذن المولى ورضاه، فيكفي مجرد الرضا، بخلاف سائر الفضوليات فإنها تحتاج إلى انشاء الامضاء ليصير العقد عقداً له حسبما عرفت.

ومن ذلك يظهر الجواب عن الخبر الآتي، وما دل على أن المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد التي ترتفع بالرضا، فإن بابه غير باب سائر الفضوليات.

٢٩٣- قوله^(٨): (وما دل على أن قول المولى... الخ)^(٩).

أقول: كخبر علي بن جعفر^(١٠) عن أخيه موسى^(١١) عن أبيه عن آبائه عن علي^(١٢) (أنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبيدي تزوج بغير إذني. فقال علي^(١٣): لسيدك فرق بينهما. فقال السيد: لعبدك يا عدو الله طلق. فقال: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق. فقال^(١٤): للعبد أما الآن فأشئت فطلق وإن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري. قال: ذلك لأنك حين قلت له طلق

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٥.

أقررت له بالنكاح^(١).

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت - أنَّ ظاهره مما لا يمكن العمل به؛ لأنَّ من المعلوم أنَّه لم يكن قصد السيد إجازة النكاح ، فتدبر.

٢٩٤ - قوله ﷺ: (وما دلَّ على أنَّ التصرف ... الخ)^(٢).

أقول: كقوله ﷺ (فإنَّ أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، ولا شرط له. قيل له: وما الحدث؟ قال: إنَّ لامس أو قبَّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء)^(٣).

وفيه: - مضافاً إلى كونه قياساً؛ إذ الكلام في إجازة الفضولي، لا في إسقاط الخيار- أنَّ ظاهره كون التصرف الكذائي كافياً من حيث مناط الرضا، لا مجرد الرضا الباطني، فتدبر.

٢٩٥ - قوله ﷺ: (إلا أنَّ يلتزم بعدم كون ... الخ)^(٤).

أقول: وفيه ما فيه.

□ التنبيه الثالث: يعتبر عدم سبقها بالرد

٢٩٦ - قوله ﷺ: (والدليل عليه بعد ظهور ... الخ)^(٥).

أقول: الحق أنَّ الرد من المالك غير مانع من الاجازة بعد ذلك، ولا يوجب الفسخ؛ وذلك لعدم تمامية الوجوه المذكورة، فلا مانع من العمل بالصحيحة الظاهرة في ذلك، ولا داعي إلى طرحها أو تأويلها، أما ظهور الاجماع - مضافاً إلى المنع منه - لا دليل على حجتيه ما لم يصل حد القطع، بل أقول لا يصح دعوى الاجماع القطعي على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول،

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٥.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٦.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٦.

نعم لا يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل، مع أنه بمقتضى القاعدة أيضاً؛ إذ لا يصدق المعاهدة بين الشخصين إذا رجع أحدهما عن عهده قبل قبول الآخر، وأما رد الآخر ثم قبوله فلا ينافي صدق المعاهدة، ولا هو مورد الاجماع.

وبالجملة: فالقدر المسلم من الاجماع إن سلم إنما هو البطلان إذا رد الموجب إيجابه، مع أنه بمقتضى القاعدة، لا إذا رد القابل قبل قبوله، فضلاً عما نحن فيه من رد المجيز قبل إجازته، مع فرض كون طرفي المعاهدة غيره، وقد حصلت بينهما، وهو باجازه يجعل ذلك العقد لنفسه.

ومما ذكرنا ظهر ما في الوجه الثاني - وهو كون المجيز بمنزلة أحد طرفي المعاهدة - فأنه ممنوع أولاً، ولا يثمر ثانياً، خصوصاً مع عدم كون الحكم في المقيس عليه مسلماً، فإن بطلان الإيجاب برد القابل قبل قبوله غير مسلم؛ لعدم معلومية الاجماع، وعدم كونه مقتضى القاعدة كما عرفت.

ويؤيد ما ذكرنا أنه لا اشكال في أنه لو نام أو غفل أو غاب أحد طرفي المعاملة قبل مجيء الطرف الآخر بطل قطعاً، وليس الحال في الاجازة كذلك؛ إذ لا اشكال في أنه يجوز الاجازة مع غيبة الآخر أو نومه أو غفلة أو نحو ذلك، فتدبر.

وأما الوجه الثالث - وهو دليل السلطنة - ففيه:

أولاً: أننا لا نسلم حصول الغفلة للطرف الآخر حتى يحتاج إلى قطعها، بل المال بعد بيع الفضولي باق بحاله، ولم يتعلّق به حق الغير، نعم للمالك أن ينقله إليه بالاجازة، كما كان له أن ينقله إليه قبل هذا البيع بالبيع، ومثل هذا حكم شرعي، ولا يعدّ من العلقه، كيف؟ وإلا كان بيع الفضولي حراماً؛ لأنه تصرف في مال الغير باحداث هذه العلقه، وأيضاً لازم ذلك أن يجوز للمالك أن يقطع سلطنة الناس، أو خصوص شخص خاص عن ماله بجواز شرائه، وليس كذلك قطعاً؛ وذلك لأنه كما أشرنا إليه من الاحكام الشرعية لا العلاقات الثابتة للاجانب.

وثانياً: نقول إن قاعدة السلطنة متعارضة؛ لأن مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرد؛

لأنه مقتضى سلطته على ماله.

وثالثاً: قد مرّ من المصنّف ﷺ سابقاً أنّ قاعدة السلطنة إنّما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشّرع كالبيع والهبة ونحوهما، لا جميع ما أراده المالك؛ إذ ليست مشرّعة، فهي تنفع في جواز سائر ما ثبت صحته شرعاً؛ ولذا نقول إنّ المال لا يمكن أن يخرج عن الملك بالاعراض من جهة قاعدة السلطنة، وكذا إذا أراد نوعاً من المعاملات الغير المتعارفة المعهودة، فإنّه لا يمكن اثباته بهذه القاعدة، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فتأمل».

٢٩٧- قوله ﷺ: (لا مثل أخذ المبيع... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنّ أخذ المبيع إذا كان بعنوان كونه كارهاً للبيع لا يقصر عن سائر التصرفات، خصوصاً مثل الوطء الذي يمكن أن يقال إنّهُ إذا لم يكن بعنوان الفسخ لا يكون فاسخاً، ولذا ذكر بعضهم أنّه لا يحصل منه الرجوع في الطلاق إذا لم يكن بقصده، بل يعد من الزنا، مع أنّ الأمر في رجوع الطلاق أهون من غيره على ما بيّن في محله.

وبالجملة: فلا ينبغي التأمل في ظهور الصحيحة في صحة الاجازة بعد الرد، ويجب العمل عليها، فتدبر.

□ التنبيه الرابع: أنّ الاجازة لا تورث

٢٩٨- قوله ﷺ: (الرابع: الاجازة أثر من آثار... الخ)^(٢).

أقول: يعني أنّ جواز الاجازة ليس من الحقوق، بل هو من الأحكام الشرعية، فلا يتعلّق به الارث؛ لأنّ الحكم لا يورث، وقد عرفت الفرق بين الحق والحكم في أول باب البيع^(٣)، وعرفت أنّ تشخيص الصغريات في غاية الاشكال، ولذا حكى

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.

(٣) ج ١ تعليقة ٣٧٥.

عن بعض الفقهاء^(١) أن ذلك مما يميزه النبيه بذوقه، وليس له معيار كلي، نعم حكي عن صاحب الجواهر أن كل ما عُبِّرَ عنه بالحق في الأدلة الشرعية فهو من الحقوق، وغيره يبني على كونه حكماً في صورة الشك؛ لأن الأصل عدم ترتب آثار الحق، فتدبر.

٢٩٩ - قوله ﷺ: (والفرق بين ... الخ)^(٢).

أقول: فإنه لو قلنا بارت المال فلا ترث الزوجة إذا كان المبيع مما تُحرّم منه، بخلاف ما لو قلنا بارت حق الاجازة فإنها ترثه على أحد الوجوه أو الأقوال، وأيضاً بناءً على الأول ليس لكل من الورثة إلا الاجازة في مقدار ماله من العين، بخلافه على الثاني فإنه يمكن أن يقال يرث كل واحد منهم الاجازة والرد بالنسبة إلى تمام المبيع على حسبما ذكروه في ارث حق الخيار، فإنّ منهم من قال هناك بأنّ كل واحد يرث ذلك الخيار، فله الفسخ والامضاء بالنسبة إلى تمام المبيع، نعم ذكر بعضهم هناك أن كل واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى مقدار إرثه من العين، وبعضهم أن الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً، لا في الكل ولا في البعض.

والحاصل: أنه بناءً على الثاني يجري الخلاف المذكور في باب إرث الخيار، بخلافه على الأول فإنّ الاجازة تابعة لمقدار ارثه من العين قولاً واحداً.

□ **التنبيه الخامس:** أن اجازة البيع ليست اجازة قبض الثمن أو المثل

٣٠٠ - قوله ﷺ: (مضت الاجازة لأن مرجع ... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أن الفضولية إنما تجري في التصرفات المعاملية بناءً على عموم دليلها، لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية، والقبض في المعين من الأفعال الخارجية، فهو أولى بالاشكال من القبض في الكلي؛ لأنّ تشخيص الكلي

(١) صاحب انوار الفقاهة، ولد الشيخ الكبير الشيخ حسن رحمته الله، منه رحمته الله.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٨.

المملوك بالفرد وتعيينه فيه نوع من المعاملة؛ لأنه من باب الوفاء، وهو في اللب مبادلة بين الكلبي والفرد المتشخص، فما ذكره المصنف من جريانه في العين دون الكلبي لاحتياجه إلى دليل معمم كما ترى.

وما ذكره من أن مرجعه إلى اسقاط الضمان فيه أن ذلك لا دخل له بالقبض، فترتيب آثاره لا وجه له، مثلاً إذا دلّ الدليل على أن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يترتب عليه؛ لأنه ليس قبضاً حتى يرتفع به الضمان المعلق على القبض.

ثم إنه ربما يورد عليه أنه من قبيل اسقاط ما لم يجب، وهو غير جائز؛ لأن المشتري لم يصّر ضامناً بالفعل حتى يجوز اسقاط ضمانه.

ويمكن أن يقال: إن مفروض كلامه فيما إذا تلف المقبوض في يد الفضولي، فيكون ضمان المشتري الأصيل فعلياً، لكن يشكل بأنه حيثئذ يمكن دعوى عدم صحة الاجازة لفوات المحل، لكن المصنف رحمه الله بنى على عدم فواته بناءً على الكشف.

والأولى أن يقال: إنه ليس اسقاطاً لما لم يجب؛ لأن هذا المقدار من الوجوب كافٍ في صحة الاسقاط، بل هو التحقيق، ولذا نقول يصح اسقاط ضمان الودعي على فرض التعدي أو التفريط ولو كان قبل ذلك، لكن حكى عن المصنف رحمه الله أنه منع من ذلك، فعلى هذا لا بد أن يختص كلامه بصورة التلف.

٣٠١- قوله رحمه الله: (صوناً للاجازة... الخ) (١).

أقول: هذا إنما يتم إذا كان المجيز عالماً بأن البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض أيضاً.

ثم إنه فرع كون القبض قابلاً للفضولية، وهو إنما يتم على مختار المصنف فيما إذا كان العوض شخصياً، لا فيما إذا كان كلياً، لكن قد عرفت أن في الأمر الشخصي أشكل؛ لأن اسقاط الضمان لا دخل له بالقبض المعتبر في صحة الصرف والسلام.

٣٠٢ - قوله ﷺ: (وجهان ... الخ)^(١).

أقول: لا وجه للوجه الثاني؛ إذ بعد كونه في مقام الجد لا معنى للحكم بصحة العقد وبطلان رد القبض، مع أنه صرح بعدم الرضا به، فالحكم ببطلان العقد متعين كما مر في نظيره.

□ التنبيه السادس: الاجازة ليست فورية

٣٠٣ - قوله ﷺ: (أو اجبار المالك على أحد الأمرين ... الخ)^(٢).

أقول: الظاهر أنه يتعين الاجبار أولاً، فإن لم يمكن أو لم يختَر أحد الأمرين فلا أصيل الخيار، فالحكم بالخيار من أول الأمر لا دليل عليه، ثم إن هذا بناءً على ما ذهب إليه المصنف ﷺ وغيره من لزوم المعاملة على الأصيل، وإلا كما هو الحق فلا اشكال.

٣٠٤ - قوله ﷺ: (الأقوى التفصيل ... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أن هذه المسألة نظير مسألة الفسخ بالخيار في جواز التبعض وعدمه، وسيأتي في باب الخيارات أن مقتضى القاعدة عدم جوازه إلا إذا كانت المعاملة راجعة إلى معاملتين، ومعيار ذلك إما تعدد المالكين، أو تعدد الثمن، كأن يقول بعثك هذا الكتاب نصفه بخمسة دراهم، ونصفه الآخر بستة أو بدينار، فحيث يجوز لصاحب الخيار أن يفسخ في أحد النصفين دون الآخر، وكذا في تعدد المالك، وليس مناط المسألة قابلية الجزء من حيث هو للتبعض، فإنه جارٍ في جميع الصور، فإن في البيع الواحد أيضاً إذا خرج بعض المبيع مستحقاً للغير، أو كان مما لا يقبل البيع يصح البيع بالنسبة إلى القدر المملوك، فلا وجه للمقايضة بتلك المسألة، وعلى تقديره ينبغي أن يبني المسألة في الشرط أيضاً على الخلاف في أن الشرط الفاسد مفسد أو لا، لا الحكم بعدم جواز التفكيك بقول مطلق، فإن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.

بطلان الشرط عند بعضهم كبطلان الجزء في عدم ايجابه الفساد بالنسبة إلى المشروط، بل هو الأقوى حسبما يأتي في باب الشروط.

والسرفه أن الشرط في ضمن العقود ليس بمعنى ما يلزم من عدمه العدم، بل بمعنى الالتزام في الالتزام، فلو قلنا بجواز التبعض في الجزء لزم القول به في الشرط أيضاً، بل هو أولى، فله الاجازة مجرداً عن الشرط، غايته أنه إذا لم يرَضَ به الآخر كان له الخيار.

بل أقول: إذا رضي الآخر لا ينبغي الاشكال في جوازه؛ لأنه في الحقيقة راجع إلى اسقاط حق الشرط بالنسبة إليه، وهو مما لا مانع منه. ومن هنا يمكن أن يقال: إن الأمر في الشرط أسهل منه في الجزء إذا لم يرجع فيه إلى تعدد المعاملة.

وبالجملة: التحقيق عدم جواز التبعض من حيث الشرط مطلقاً، ومن حيث الجزء أيضاً، إلا إذا رجع إلى تعدد المعاملة كما في الفسخ بالخيار، نعم يجوز من حيث الشرط أيضاً؛ من حيث إنه راجع إلى اسقاط الحق.

٣٠٥- قوله ﷺ: (ولو انعكس الأمر... الخ)^(١).

أقول: الأقوى هو الوجه الأول؛ وذلك لعموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط، خرج منه الشروط البدوية المحضة، لا مثل الشروط بين الإيجاب والقبول، أو بين العقد والاجازة إذا كان المفروض رضا الآخر به.

وأما وجه الاحتمال الثاني فهو أن الاجازة وإن حصلت مع الشرط، إلا أن الشرط إذا لم يجب الوفاء به لعدم كونه في ضمن العقد فيبقى العقد واجب الوفاء، ولا يوجب بطلان هذا الشرط بطلانه؛ لعدم كونه من باب القيد، بل من باب الالتزام في الالتزام، فهو نظير الشروط الفاسدة في ضمن العقود، وكما لا يوجب فسادها فساد العقد لعدم كونها قيداً في العقد وفي الرضا فكذا في المقام لا يكون قيداً في الاجازة، بل من باب تعدد الالتزام، فعدم وجوب الوفاء بأحدهما، لا يستلزم عدم

وجوب الوفاء بالآخر، ولا فرق في هذا بين أن يرضى الأصيل بهذا الشرط أو لا. نعم، يمكن دعوى خيار الفسخ للمجيز من جهة تخلف هذا الشرط، كما نقول به في الشروط الفاسدة.

وأما وجه الاحتمال الثالث فواضح، وهو كون الاجازة مقيدة بالشرط الذي لم يسلم له، وكون المجموع التزاماً واحداً.

لكن فيه ما عرفت، فإن الاجازة المشروطة نظير العقد المشروط، وكما لا يوجب بطلان الشرط في الثاني بطلانه؛ لعدم كونه قيداً، بل التزاماً في التزام، وراجعاً إلى تعدد المطلوب فكذا في الأول، فتدبر.

ومما ذكرنا ظهر أن كون الوجه الأخير أقوى الوجوه إنما هو بناءً على عدم وجوب الوفاء بالشروط الغير المذكورة في متن العقد، وكون الشرط الفاسد مفسداً، وإلا فهو أضعفها.

بقي هنا أمران:

أحدهما: أن الخلاف في كون الاجازة كاشفة أو ناقله إنما هو إذا كانت بعد تمامية أجزاء العقد وشرائط صحته، وأما إذا كانت قبل ذلك فلا تكون كاشفة ولا ناقله، كما إذا أوجب الفضولي البيع فأجاز المالك قبل قبول الآخر، أو كان البيع موقوفاً على القبض كالصرف والسلم إذا أجاز قبله، وقبل تفرق المجلس بناءً على كون القبض شرطاً في الصحة، وكما في إجازة الرهن قبل القبض.

الثاني: ذكر في الجواهر^(١) أنه قد يقال بتصور حكم الفضولي من الانسان نفسه كما لو عقد بقصد إرادة نفس العقد مصرحاً بتأخير الرضا إلى ما بعد ذلك، ثم جعل من ذلك بيع التلجئة ونحوه مما قصد به التواطى على ايقاع الصورة دون الحقيقة، فاذا أجاز بعد ذلك حكم بصحته.

قلت: وهو مشكل؛ لأنه إما أن يكون قاصداً للانشاء حقيقة، غير أنه غير راضٍ به كما في الاكراه، وإما أن يكون بمجرد ايجاد الصورة من دون قصد الحقيقة، فعلى

الثاني يكون كبيع الهازل في أنه صوري، ولا يصح ولو بالاجازة اللاحقة، وعلى الأول يجب الحكم بالصحة من دون حاجة إلى الاجازة، وذلك لما عرفت في بيع المكره من أن مقتضى القاعدة الصحة لولا دليل رفع الاكراه؛ إذ القدر المعتبر في صحة البيع من الرضا موجود، ولذا نحكم بصحة بيع المضطر إلى البيع وإن كان كارهاً قلباً؛ وذلك من جهة كفاية الرضا الحاصل بعد هذا الاضطرار، وكون عدم طيب النفس في الحقيقة راجعاً إلى كراهة حدوث سبب الاضطرار، وكذلك الحال في الاكراه بعد، فإنه بعد حصوله بتوعيد المكره يرضى بالبيع لدفع ضرره وإن كان كارهاً قلباً، فكان مقتضى القاعدة لولا دليل رفع الاكراه صحة البيع إلا إذا لم يقصد إلا اللفظ.

ففي بيع التلجئة أيضاً نقول إذا كان قصده مجرد الصورة فلا يصح بالاجازة أيضاً، وإن كان قصده الحقيقة فهو صحيح، ولا دليل على توقفه على الاجازة. نعم، يمكن تصور الفضولية في المالك إذا باع بتخييل أنه مال الغير فبان كونه مال نفسه حسبما أشرنا إليه سابقاً، وسيأتي التعرض له في كلام المصنف رحمه الله.



□ المجيز

٣٠٦- قوله ﷺ: (ولا فرق فيما ذكر بين القول... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضي اجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته، بدعوى أنه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بما زاد على الثلث، والاجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات، فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة، كالوقف والصرف والسلم، ولا يبعد عدم الحجر بالنسبة إليه، فإذا وقف في حال الصحة، ثم أقبضه في حال المرض أمكن أن يقال بعدم توقفه على الاجازة من الواث، فتأمل وراجع فاني لم أر من تعرض للمسألة، وغرضي إبداء الاحتمال.

نعم، مقتضى ما يمكن أن يستفاد منهم من أن كل تصرف يوجب نقصاً في المال كان من المريض موقوفاً على الاجازة هو ما ذكره المصنف ﷺ، فإن الاجازة كذلك ولو على الكشف، بمعنى الشرط المتأخر، نعم على الكشف الحقيقي المحض بحيث لا يكون للاجازة مدخل إلا كونها علامة لا ينبغي الاشكال في عدم الحجر، فتدبر.

هذا، وأما المفلس إذا أجاز في حال حجره ما أوقعه الفضولي في حال عدم الحجر فهل هو محجور فيها إذا كانت مضرّة بحال الغرماء ففيه اشكال، ومقتضى ما ذكره - من أنه لو اشترى بخيار، وفلس والخيار باقٍ كان له الاجازة والفسخ؛ لأنه ليس بابتداء تصرف - كون المقام كذلك، فإن الاجازة على الكشف ليست بابتداء تصرف، فتدبر.

٣٠٧- قوله ﷺ: (مضافاً إلى ما قيل... الخ)^(٢).

أقول: أسنده إلى القيل لامكان دعوى الفرق بأن الامتناع فيما نحن فيه شرعي،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣١.

بخلافه في مورد النقض، لكن الانصاف أنه غير فارق، فتدبر.

٣٠٨ - قوله ﷺ: (فيرجع الكلام أيضاً... الخ)^(١).

أقول: يعني أنه على هذا يخرج عن العنوان المذكور، وهو وجود المجيز الظاهر في وجود ذاته في جميع المقامات، ذاته موجود حتى في هذا الفرض، غايته أنه لا يمكنه الاجازة؛ لعدم المصلحة، فيرجع إلى اشتراط وجود مجيز جائز الاجازة، وعليه يدخل في العنوان الآتي، وهو اشتراط كونه جائز التصرف حال العقد؛ إذ الولي حال العقد - الذي لا مصلحة فيه - ليس جائز التصرف، وإنما يصير كذلك بعد انقلاب المفسدة مصلحة.

إلا أن يقال: إن العنوان الآتي هو اشتراط كونه جائز التصرف في حد نفسه، والولي في حد نفسه جائز التصرف، وإنما المانع في العقد لا فيه، فتأمل.
هذا وإنما قال ﷺ فإنه فرض غير واقع في الأموال، فإن في غير الأموال يمكن عدم وجود ذات المجيز كما في النكاح بناءً على عدم الولاية لغير الأب والجد والوصي، إلا أن يقال إن ذات المجيز حيثئذ هو الصغير، فإنه بعد بلوغه يصح له الاجازة، فتدبر.

٣٠٩ - قوله ﷺ: (فالكلام يقع في مسائل... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أن المترائي من هذا التفريع كون المسائل المشار إليها هي المفهومة من الشقوق المذكورة، بأن يكون احداها ما إذا لم يكن جائز التصرف حال العقد؛ لكونه غير مالك، والثانية لكونه محجوراً لسفه أو جنون، والثالثة لتعلق حق الغير كالرهن مع أنه ﷺ جعل المسألة الأولى أعم من الأخيرتين، والثانية هي الأولى، وهي كونه غير مالك، والثالثة ما لا دخل له بهذا العنوان كما سيأتي في كلامه؛ حيث يقول المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٤.

ثم إنَّ الشقوق التي يذكرها في المسألة الثانية لا طائل تحتها، وكذلك جعله المهم هنا التعرُّض لمسألتين، فإنَّ المسألة الثانية - وهي أنَّه هل يصح بلا إجازة أو لا - يمكن درجها في الأولى، بأنَّ يقال إذا باع شيئاً ثم ملكه فهل يصح بلا إجازة أو معها، أو لا يصح أصلاً؟ وجوه أو أقوال.

وكان الأولى في التعرُّض لهذه المسائل أنَّ يعنون هكذا الكلام في أمور:

أحدها: يشترط في المجيز أنَّ يكون جائز التصرف حال الإجازة.

الثاني: هل يشترط وجود مجيز جائز الإجازة حال العقد أو لا؟

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد بناءً على اشتراط

وجود مجيز جائز الإجازة أو لا؟ وأما بناءً على عدم اشتراطه فمن المعلوم أنَّه لا

يشترط ذلك، فالمسألة الثالثة مبنية على اشتراط وجود المجيز، فيكون الكلام في

أنَّه هل يجب أنَّ يكون هو الذي كان حال العقد جائز الإجازة، أو يجوز أنَّ يكون

غيره؟

الرابع: هل يشترط أنَّ يكون مالكاً حال العقد أو لا؟ كما إذا باع شيئاً ثم ملك.

الخامس: إذا باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان... الخ.

٣١٠ - قوله ﷺ: (فأنه لا حاجة إلى الإجازة... الخ)^(١).

أقول: وحديث فيندفع ما ربما يستشكل في صحة البيع المفروض بأنَّه موقوف

على إجازة المرتها، وقد فات محلها؛ لعدم تعلُّق حقه به بعد الفك؛ فلا يمكن

تصحيحه لا بإجازة الراهن ولا بإجازة المرتها؛ وذلك لمنع التوقف المزبور، وإنَّما

كان ذلك مادامت الرهانة باقية، بل قد عرفت سابقاً إمكان بل قوة منع التوقف على

إجازته حالها أيضاً، وإنَّما كان له حق المنع، ومرجع إجازته إلى إسقاط ذلك، وإلا

فلا دخل له بالبيع ليحيز أو يرد، ومن ذلك يمكن دعوى أنَّه لو رده ثم أسقط حقه

أو انفك الرهن صح البيع لارتفاع المانع وعدم تأثير رده شيئاً، فالمقتضي - وهو

صدور العقد من المالك - موجود، والمانع مرتفع.

نعم، يمكن أن يستشكل في الصحة بأن الفك إما كاشف أو ناقل، فعلى الأول يلزم صحة التصرف في العين المرهونة حال بقاء الرهانة، وعلى الثاني يلزم التعليق، ولعله لذا حكى عن القواعد أنه قال (لو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر)^(١)، وعن التحرير (وفي نفوذ العتق لو فك اشكال)^(٢)، وعن الشهيد في الدروس^(٣) وغيره منع نفوذ العتق خلافاً للمشهور من الحكم بالنفوذ.

والجواب أولاً: أننا نختار النقل؛ لعدم الدليل على الكشف في المقام؛ إذ ليس حال الفك حال الاجازة، بل هو نظير القبض في الصرف والسلم في عدم كونه إلا ناقلاً.

ودعوى التعليق ممنوعة؛ إذ هو تعليق شرعي لا دخل له بانشاء المعاملة. وثانياً: لو قلنا بالكشف نقول لا مانع منه، فإن القدر المسلّم هو عدم صحة التصرف في الرهن الذي لا يتعقبه الفك، وأما ما يتعقبه الفك فلا مانع من الحكم بصحة التصرف فيه، غايته أنه يلزم كون مال المشتري رهناً بدون إذنه، ولا مانع منه.

ويمكن أن يدعى أن الفك يكشف عن بطلان الرهانة حين العقد، لكنه كما ترى.

والانصاف أن الحكم بالكشف مشكل، وفي مثل العتق والوقف أشكل لأنه يلزم منه كون الحر رهناً أو الوقف رهناً إلى حين الفك، ولا يمكن الالتزام به، ولعله إليه نظر من حكم بالصحة في غير العتق، وبالبطلان فيه، أو في الوقف أيضاً، فالتحقيق هو الحكم بالصحة حين الفك، وليس حاله حال الاجازة.

فان قلت: هذا الاشكال يرد على تقدير اجازة المرتهن قبل الفك أيضاً، فإنه يلزم صحة التصرف في الرهن حال كونه رهناً.

قلت: لا مانع منه، فإن فيه نختار أن الاجازة منه كاشفة عن بطلان الرهانة حين

(١) القواعد ١: ١٦٠.

(٢) التحرير ١: ٢٠٧.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٣٩٨.

العقد، لكن هذا إنما يتم إذا قلنا بكونه محتاجاً إلى الاجازة من حيث إنها إجازة، وأما إذا قلنا بأنها مسقطه للحق كما اخترناه فنلتزم بكونها ناقلة؛ لأن السقوط إنما يحصل حينها.

ومما ذكرنا ظهر دفع ما يمكن أن يقال إن هذه المسألة في الاشكال نظير مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فإنه حين التصرف ليس مالكاً للتصرف وإن كان مالكاً للمال، ولا فرق بين وجود المانع حين العقد كما في المقام أو فقد الشرط كما في تلك، وجه الدفع أن عمدة الاشكال في تلك المسألة لزوم صحة التصرف بناءً على الكشف مع عدم كونه مالكاً؛ فيلزم صحة نقل مال الغير لنفسه، وفي المقام قد عرفت أن الفك ناقل لا كاشف، وأن المقتضي وهو العقد من المالك موجود، وإذا ارتفع المانع أثر أثره، نعم بناءً على الكشف الاشكال مشترك كما عرفت.

ثم إن مسألة تصرف المحجور لفلس ثم زوال حجره كهذه المسألة، فمقتضى القاعدة صحته من دون حاجة إلى إجازته، ولا إلى إجازة الغرماء، بل عدم مانعية ردهم قبل زوال الحجر كما نسب إلى ظاهر جماعة، وصريح التذكرة^(١)، لكن يظهر من جماعة كابن الجنيّد^(٢) والشيخ في المبسوط والفاضل وولده في التحرير^(٣) والايضاح^(٤) بطلانه ولو مع الاجازة بعد رفع الحجر، قال في الشرائع (فلو تصرف كان باطلاً، سواء كان بعوض كالبيع والاجازة أو بغير عوض كالعتق والهبة)^(٥)، وظاهره كالأولين أن حجر الحاكم موجب لسلب الأهلية كما اعترف به بعضهم، ولذا قيل إنه أمر زائد على منافاة حق الغرماء، ولعله لذا ربما يقال بالبطلان حتى في مثل الوصية التي لا تنافي حقهم، بل عن قواعد^(٦) الفاضل الجزم ببطلان تدبيره. والتحقيق عدم البطلان واللزوم بعد رفع الحجر، خصوصاً في الوصية والتدبير،

(١) التذكرة ٢: ٥٢.

(٢) حكاه عنهم جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٤.

(٣) التحرير ١: ٢١٢.

(٤) ايضاح الفوائد ٢: ٦٦.

(٥) شرائع الاسلام ٢: ٣٤٤.

(٦) القواعد ٣: ٢١٩.

ولا دليل على سلب الأهلية، وتمام الكلام في محله.

٣١١- قوله ﷺ: (فظاهر المحقق... الخ)^(١).

أقول: هو مبتدأ سقط من العبارة خبره، وهو قوله «صحة البيع مع الاجازة»، قبل قوله «في باب الزكاة»، أو بعد قوله «انتهى».

٣١٢- قوله ﷺ: (إلا أن يقول الشيخ... الخ)^(٢).

أقول: اعلم أن المشهور بين العلماء الموافق للتحقيق حسبما يستفاد من الأدلة أن الزكاة متعلقة بالعين، وأن النصاب مشترك بين المالك والفقير على وجه الاشاعة كما هو ظاهرهم، أو على وجه الكلبي في المعين حسبما اختاره بعض متأخري المتأخرين.

وهنا احتمالات أخرى:

أحدها: ما نسب إلى شاذ، ولعله من العامة من أنها متعلقة بالذمة من دون تعلق بالعين أصلاً.

الثاني: أنها متعلقة بالعين كتعلق حق الرهن بالعين المرهونة.

الثالث: أنها متعلقة بها كتعلق حق الجناية بالعبد الجاني.

والاشكال المشار إليه في كلام المعتبر^(٣) مبني على قول المشهور من الشركة، وأما على الاحتمالات الأخر فلا يرد الاشكال، فعلى أولها يجب الحكم بالصحة واللزوم، ولو لم يؤد الزكاة بعد ذلك من موضع آخر، وعلى الثاني حاله حال بيع العين المرهونة في حال الرهانة ثم فكها، وعلى الثالث يكون بيعه التزاماً بالزكاة في الذمة، كما في بيع العبد الجاني؛ حيث إنه إذا باعه المالك يتعلق أرش الجناية بذمته.

ومن ذلك ظهر أن حكم الشيخ بالصحة من غير حاجة إلى الاجازة لا ينحصر

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٦.

(٣) المعتبر ٢: ٥٦٣.

وجهه في جعله من قبيل حق الرهانة، بل يمكن أن يكون من باب حق الجناية، إلا أن ينضم إليه وضوح بطلان الاحتمال الأول من عدم التعلّق بالعين أصلاً، وكون الثالث منافياً لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين للساعي أو الحاكم إذا باع المالك ولم يؤدّ الزكاة من موضع آخر، فيتعين حيثُ الاحتمال الثاني، هذا.

ولكن يبقى شيء: وهو أنّه لا خلاف ولا اشكال في أنّه يجوز للمالك أن يعطي القيمة بدل العين، بل يجوز أن يعطي من غير النصاب من موضع آخر.

وبالجملة: اختيار التعيين بيده حتى في اعطاء البدل، ولو قلنا بالشركة فالشركة في المقام ليست كسائر المقامات، وحيثُ فيمكن أن يقال: إذا باع المالك النصاب فإن كان مع قصد الاعطاء من موضع الآخر فالبيع صحيح لازم، وإن كان لا يقصده فهو التزام فعلي بدفعها من موضع آخر، بمعنى أنّه يحكم عليه ذلك قهراً عليه، من حيث كون الأمر بيده، ولا يحكم ببطلان ما قابل مقدار الزكاة، غاية الأمر أنّه إذا لم يؤدها بعد ذلك يجوز للحاكم أو الساعي أو الفقير تتبع العين، كما على القول بكونه من باب تعلّق حق الرهانة، فهذه المسألة ليست من قبيل ما نحن فيه، ولو قلنا بكون العين مشتركة، فحكم الشيخ بالصحة ولو بلا إجازة يمكن أن يكون بالنظر إلى ما ذكرنا، فلا داعي إلى حمل كلامه على ما ذكره المصنّف من كون مذهبه التعلّق بالعين كتعلّق حق الرهانة.

والحاصل: أنّه فرق بين هذه المسألة - ولو على قول المشهور بالشركة - وبين ما نحن فيه، من جهة الخصوصية التي ذكرنا.

ويمكن أن يستظهر الصحة بلا إجازة من بعض الأخبار أيضاً، ففي صحيحة عبد الرحمن البصري قال: (قلت للصادق عليه السلام رجل لم يترك إبله وشاته عامين فباعها، على من اشتراها أن يزكها لما مضى؟ قال: نعم تؤخذ زكاتها ويتبع البائع، أو يؤدي زكاتها للبائع)^(١) فإنّ ظاهرها أنّه لو أداها البائع صح البيع في الجميع، فتدبر.

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب زكاة الانعام، ح ١.

وعلى ما ذكرنا فيكون القول بالشركة في الثمرة كالقول بالتعلق بالعين كتعلق حق الرهانة، في أن البيع صحيح لازم بشرط أداء الزكاة من موضع آخر ولو بعد ذلك، وبطلان فيما قابل المقدار مع العدم، فتدبر.

٣١٣- قوله ﷺ: (للأصل والعمومات... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنهما ليسا دليلين مستقلين؛ إذ المراد من الأصل إما القاعدة المستفادة من العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعاً، وإما أصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد، وهي أيضاً لا تنفع إلا بضميمة العمومات؛ إذ مع قطع النظر عنها الأصل عدم ترتب الأثر، والفرق بين العبادات والمعاملات أن في الأولى يمكن أن يؤخذ بالقدر المعلوم من التكليف، وينفى الزائد بالأصل لعدم أصل موضوعي، وفي الثانية مجرد أصالة عدم الشرطية لا تثبت الصحة، بل لا بد من احراز المقتضي، وهو مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، والسر ما أشرنا إليه من وجود الأصل الأولي وهو عدم ترتب الأثر، فتدبر.

٣١٤- قوله ﷺ: (بعض من قارب عصرنا... الخ)^(٢).

أقول: هو الشيخ المحقق المدقق الشيخ أسد الله التستري ﷺ في المقاييس^(٣) على ما حكى عنه.

٣١٥- قوله ﷺ: (وربما لا يجري فيه بعض... الخ)^(٤).

أقول: يعني لا يجري بعض التوجيهات لدفع بعض الاشكالات هناك ههنا، لكن لم أفهم المراد من ذلك البعض، فأنا جميع الاشكالات المذكورة هناك مشترك الدفع إلا ما أشار إليه المصنف من اشكال مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان، وهذا كما أشار إليه ﷺ على العكس مما قصده المستدل، فإنه مندفع عن المقام من دون حاجة إلى ما ذكر هناك.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.

(٣) مقاييس الانوار ١٣٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.

وقد يقال: إن مراده من ذلك البعض توجيه اشكال عدم قصد حقيقة البيع في بيع الغاصب بما ذكر هناك، من أن الغاصب ينزل أولاً نفسه منزلة المالك، بمعنى أنه يدعي أنه مالك ثم يبيع، فيكون حقيقة البيع محفوظة بعد هذا الادعاء.

وأنت خير بأمر هذا التوجيه جارٍ في المقام أيضاً، فإن البائع إذا باع لنفسه مال الغير فلا بد وأن يدعي كونه مالكا بناءً على الحاجة إلى هذا التوجيه، وإلا فقد عرفت دفع الاشكال بوجه آخر.

والحاصل: أن هذا التوجيه أيضاً مشترك بين المقامين، ولعله ذكر في المقاييس اشكالا آخر غير ما مر في هذا الكتاب يختص دفعه بتلك المسألة، فتدبر.

ويمكن - على بعد - أن يكون مراد المستدل من العبارة المذكورة «وربما لا يجري في المقام بعض الاشكالات هناك» فيكون حاصله أن الاشكالات الواردة في بيع مال الغير لنفسه المذكورة هناك جارية هاهنا أيضاً، وإن كان بعضها لا يجري، يعني يكفي في الاشكال جريان البعض، فليس غرضه أولوية المقام بالاشكال، فتأمل.

٣١٦ - قوله ﷺ: (اكتفينا بحصول ذلك للمالك... الخ)^(١).

أقول: لعل المراد أنه يعتبر أن يكون المالك حين العقد قادراً على التسليم، وراضياً بالعقد، وإن كان الرضا والقدرة غير حاصلين حينه، بل بعد ذلك، وفي المقام ليس كذلك، وإلا فإن أريد وجوب حصول ذلك حين العقد فمن المعلوم أن المالك في سائر الفضوليات أيضاً غير راضٍ حين العقد، وحيث لا يحصل جواب المصنف ﷺ أن دليل الرضا لا يقتضي أزيد من كون المالك حال الاجازة راضياً، ولا دليل على اعتبار رضا المالك حين البيع.

وأما القدرة على التسليم فهي وإن كانت معتبرة في المالك حين العقد، ولا يكفي حصولها للمالك حال الاجازة، إلا أن ذلك لا يضر فيما نحن بصدده؛ إذ الكلام إنما هو بعد الفراغ من وجود هذا الشرط.

قلت فيه أولاً: أنه التزام بورود الاشكال، إذ ليس لنا مورد في مسألتنا هذه كون الشرط المفروض - وهو القدرة على التسليم - حاصلًا؛ لأن من له العقد - وهو المالك حال الاجازة - غير مالك حال العقد، وليس قادراً على التسليم، فلا بد من الحكم بالبطلان دائماً، بخلاف سائر الفضوليات، فإن المالك حال العقد هو الذي له العقد، وهو قادر على التسليم وإن لم يكن العاقد قادراً، إلا أن يكون غرض المصنّف ﷺ منع اعتبار قدرة من له العقد، وهو المالك حال الاجازة، بل يكفي قدرة المالك حال العقد وإن لم يكن مجيزاً، وهو كما ترى.

وثانياً: لافرق بين شرط الرضا وشرط القدرة، فكما يمكن أن يقال: لا دليل على اعتبار أزيد من رضا المالك حين الاجازة، فكذا يمكن أن يقال لا دليل على اشتراط قدرة من له البيع حال البيع، بل يكفي قدرته حال الاجازة؛ وذلك لأن هذا الشرط إنما يعتبر بالنسبة إلى من له العقد ويصير مخاطباً بوجوب الوفاء، وهو المالك حين الاجازة، وإنما يصير مخاطباً بوجوب الوفاء، وهو المالك حين الاجازة، وإنما يصير مخاطباً بذلك حينها، فيكفي حصول القدرة له حينها.

والأولى في تقرير الاستدلال اسقاط شرط الرضا، وتخصيص الاشكال بالقدرة على التسليم، بأن يقال إن من شرائط صحة البيع القدرة على التسليم حاله، وهي وإن كانت مفقودة في الفضولي إلا أننا اكتفينا في سائر الفضوليات بحصولها للمالك المجيز، وفي المقام ليس كذلك؛ إذ المناط رضا من له البيع، وهو المالك حين الاجازة، وليس قادراً على التسليم حين البيع؛ لعدم كونه مالكاً حينه.

والجواب: أنه لا دليل على وجوب القدرة حال البيع، بل يكفي القدرة حال تماميته، وهو حال الاجازة، وهي حاصلة حالها كما في شرط الرضا، وإن كان ولا بد من حصولها حين البيع نقول إن من له البيع حينه هو المالك الأول، وهو قادر، وبعد الشراء يكون من له البيع هو المالك المجيز، وهو قادر من ذلك الزمان، ولا دليل على وجوب كون من يقع البيع له فعلاً قادراً على التسليم حال البيع، بل يكفي قدرة من كان البيع واقعاً على ماله، هذا.

مع امكان أن يكون المجيز حال العقد أيضاً قادراً على التسليم، بأن يكون واثقاً بشراء المال واعطائه، والقدرة العرفية كافية، هذا مضافاً إلى ورود النقض ببيع الغاصب فيما إذا لم يكن المالك قادراً على الأخذ منه وتسليمه، وظاهرهم عدم الاشكال فيه من هذه الجهة، فيكشف هذا عن كفاية قدرة العاقد وإن كان غاصباً، ومثله متصور فيما نحن فيه.

وأيضاً لا فرق بين اشتراط القدرة على التسليم واشتراط معلومية العوضين، والمالك المجيز لا يكون عالماً حين البيع غالباً، فكما يكتفون بمعلوميتهما عند العاقد فليكتفوا بقدرة العاقد قدرة عرفية، وإن كان ممنوعاً من التسليم شرعاً.

٣١٧- قوله (على الأصح مطلقاً...الخ)^(١).

أقول: يعني في جمع المقامات.

٣١٨- قوله ﷺ: (أو في القول بأن الواجب...الخ)^(٢).

أقول: نظر المستدل إلى هذا، فيدعي أن ظاهر الأدلة الكشف عن الخروج حين العقد، فاذا كان هناك مانع عن ذلك فلا محل للاجازه، ودعوى كون الكاشف بمقدار القابلية كما ترى، فإن التزام ذلك فرع ورود الدليل على الصحة في خصوص هذا المورد، فإنه حيث لا بد من التزام الكشف بقدر الامكان، ولكن إذا كان الدليل بنحو العموم، والمفروض أن مقتضى الاجازة التأثير من الأول - وهو غير ممكن فيما نحن فيه - فيكشف هذا عن عدم شمول العموم له، كما هو الشأن في كل مورد وجد المانع عن شموله، فإنه لا يحكم بالشمول والتبعض في المقتضي.

نعم يمكن أن يقال: إن مقتضى الاجازة التأثير من الأول مع الاطلاق، وأما مع التقييد بمقداره، ولكن لازم هذا عكس ما رآه المصنف ﷺ، فإنه يلزم منه جواز تخصيص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد، وأما مع عدمه فلا بد من التأثير

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٩.

من الأول، وإذا كان هناك مانع عنه فلا يشمل الدليل، فيخرج عن العمومات. ومن ذلك يظهر أن أمر التخصيص مع القابلية أسهل من صورة عدم القابلية، كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع أن المجيز إنما قصد امضاء ذلك العقد الواقع سابقاً، فإذا أثرت في الصحة من حين الملكية لزم كونها على خلاف ما قصده، بخلاف صورة التقيد والتخصيص منه، فدعوى المصنف رحمته الله عدم قبح هذا التعميم في صورة عدم قابلية تأثيرها على ما قصده أيضاً كما ترى، فإن من المقرر أن العقود تابعة للقصد، ومرادهم منها مطلق العهود، ومنها الاجازة، فإذا قصد التأثير من حين العقد ولم يمكن ذلك لزم بطلانها، لا الحكم بتأثيرها من زمان القابلية قهراً عليه، ومع عدم قصده ذلك، فتدبر.

٣١٩- قوله رحمته الله: (بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي... الخ) ^(١). أقول: الظاهر أن لفظ الأصلي غلط، والصواب المالك الفعلي، وهو العاقد الأول الذي صار مشترياً في العقد الثاني، يعني أن صحة العقد الأول يستلزم خروج العين عن ملك المجيز، وهو المشتري الثاني من حين ملكيته، لا من حين العقد ليلزم اجتماع المالكين.

٣٢٠- قوله رحمته الله: (فلا وجه لاعادته بتقرير آخر... الخ) ^(٢). أقول: لا يخفى أن مناط الاشكال السابق لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، من غير نظر إلى لزوم اجتماع المالكين، ومناط هذا الاشكال لزوم اجتماع المالكين، واستلزام صحة كل من العقدين عدم الآخر، فهما اشكالان، نعم كلاهما مبني على كون الاجازة كاشفة من الأول، وهذا ليس إعادة للسابق بتقرير آخر كما لا يخفى.

٣٢١- قوله رحمته الله: (ثم إن ما أجاب به عن الاشكال... الخ) ^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤١. وفي نسخة اخرى «الفعلي» بدل الاصلي.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٢.

أقول: الصواب في الجواب عنه أن يقال: أنه يكفي في صحة الاجازة الملكية التقديرية، بمعنى كون المال له لولا هذه الاجازة، فإن المفروض أنه يخرج عن ملكه بسبب هذه الاجازة، فهو من جهة الملكية الفعلية السابقة والشأنية اللاحقة مالك للاجازة، وهذا المقدار يكفي في صحتها، ولا نسلم توقفها على الملكية الفعلية حينها، ومثل هذا الجواب لا يجري فيما نحن فيه، فإن صحة العقد الثاني لا يكفي فيها الملكية التقديرية، بل لا بد من الفعلية، ولولا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، بأن يكون مراده من الملكية الظاهرية والصورية ما ذكرنا من التقديرية، لكن مع هذا التعبير لا مفر من ورود إيراد المصنف عليه.

٣٢٢ - قوله ﷺ: (والتحقيق: أن الاشكال ... الخ) (١).

أقول: فيه أن الاشكال وارد ولو قلنا بمعقولية الشرط المتأخر؛ إذ توقف صحة الاجازة على الملكية حالها أمر زائد على لزوم تأثير المعدوم في الوجود، فمع فرض معقوليته - كما هو الحق حسبما عرفت - يبقى ذلك الاشكال، والدفع ما عرفت من كفاية الملك التقديري، كما أنه لو قلنا بعدم معقولية الشرط المتأخر أيضاً أمكن دفع هذا الاشكال بمنع التوقف على الملكية الفعلية، فتدبر.

٣٢٣ - قوله ﷺ: (فلا بد من إجازته كما لو بيع ... الخ) (٢).

أقول: لو أغمضنا عن الاشكالين السابقين - من لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، ومن لزوم اجتماع المالكين في زمان واحد - أمكن دفع هذا الاشكال، بمنع الحاجة إلى إجازة المشتري الأول؛ لأن المفروض أن ملكيته حال العقد موقوف على هذا البيع الثاني واجازة المشتري الثاني، ومثل هذه الملكية لا تقتضي عدم نفوذ البيع إلا برضاه؛ لأن المفروض أنها فرع هذا التصرف وجائية من قبله؛ إذ لولا هذا البيع وهذه الاجازة كان المال باقياً على ملك المالك الأول أو الثاني.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣.

والحاصل: أن بيع مال الغير إنما يكون موقوفاً على إجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النظر عن هذا البيع، وفي المقام إنما تحدث الملكية من أول الأمر بشرط هذا البيع والاجازة، ومثل هذا لا يعقل أن يكون موقوفاً على الاجازة، فنحن نسلم أن المال قبل هذا البيع الثاني للمشتري الأول، لكنه إنما يكون له بشرط هذا البيع، ولولاه لا يكون له، فلا يحتاج إلى إجازته، ومن ذلك يظهر الفرق بينه وبين بيع المبيع من شخص آخر، فإن ملكية المشتري ليست موقوفة على ذلك البيع، فهو تصرف في ماله الثابت مع قطع النظر عنه؛ فلذا يحتاج إلى إجازته، وهذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

ومن ذلك يتبين حال اللوازم المتفرعة من توقف كل من الاجازتين على الأخرى، وتوقف كل من العقدين على الاجازة من المشتري الأول، وغيرهما مما ذكره.

٣٢٤ - قوله ﷺ: (وتوقف صحة كل من العقد والاجازة... الخ)^(١).

أقول: قيل إن الموجود في المقاييس (وتوقف صحة كل من العقدين على إجازة... الخ)، وما في الكتاب أيضاً وإن كان صحيحاً إلا أن الأحسن ما في المقاييس، فإن ذكر الاجازة تكراراً؛ لأنه ذكر في العبارة السابقة توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر؛ فلا وجه لعطف الاجازة على العقد في هذه العبارة.

ثم إن الوجه في توقف العقد الثاني على إجازة المشتري الغير الفضولي ما عرفت من كون المبيع ماله بمقتضى البيع الأول الذي حكم بصحته من حينه بالاجازة، وأما توقف صحة العقد الأول على إجازته فلا أنه موقوف على العقد الثاني الموقوف على إجازته، فتوقفه إنما هو بالواسطة، وقد يتخيل أن مقتضى البيان المذكور توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري الثاني أيضاً، وهو كما ترى، فإن توقف صحة العقد الأول على إجازته معلوم، وأما توقف صحة الثاني على إجازته فممنوع؛ لا مكان عدم الاجازة بعد الشراء، فلا يحتاج إلى إجازة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣، وفي نسخة أخرى «كل من العقدين».

المشتري الأول الموقوفة على إجازة الثاني.

فدعوى أن الثاني موقوف على إجازة المشتري الأول، وهو موقوفة على إجازة المشتري الثاني، ليكون موقوفاً عليها بالواسطة - كما في السابق - مدفوعة بما ذكرنا، وحاصله أن الحاجة إلى إجازة المشتري الأول ليست على كل تقدير، بل على تقدير إجازة العقد الأول، فيمكن أن يصح العقد الثاني بدون إجازة العقد الأول، ومعه فلا حاجة إلى إجازة المشتري الأول؛ ليقال إنها موقوفة على إجازة المشتري الثاني، فيتوقف صحة العقد الثاني على إجازة المشتري الثاني مع الواسطة.

ثم مما ذكره في الحاشية السابقة من أنه إذا كان ملكية المشتري الأول بشرط هذا البيع الثاني لا حاجة إلى إجازته في صحة العقد الثاني يظهر الجواب عن اللازمين المذكورين كما أشرنا إليه سابقاً، فلا تغفل.

٣٢٥ - قوله ﷺ: (لاستلزام ذلك عدم تملك ... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأنه إذا ملك المشتري الأول المبيع قبل أن يبيعه المالك الأصلي، وكان البيع للبائع الفضولي [كما هو المفروض فيكون الثمن المقابل له للبائع الفضولي]^(٢)، لا لمالك الأصلي، فإذا باع المالك الأصلي فقد باع ملك المشتري الأول، ويكون الثمن له بعد إجازته، فلا يكون للمالك الأصلي شيء، لا الثمن الأول؛ لأن المفروض أن البيع إنما حصل للفضولي بمقتضى إجازته اللاحقة، ولا الثمن الثاني لأن المفروض أن المبيع حينه للمشتري الأول؛ فيكون الثمن له بعد إجازته، وحيث أن ذلك الثمن العائد إلى المشتري الأول إن كان مساوياً لما دفعه في العقد الأول فقد حصل له المبيع ووصل إليه مقدار ما دفعه، وإن كان أزيد فقد وصل إليه المبيع مع تلك الزيادة، وإن كان أقل فقد وصل إليه المبيع وبعض ما دفعه من الثمن، هذا.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣.

(٢) ما بين القوسين سقط من نسخة «ب».

ويمكن أن يقال: بمقتضى ما مرَّ في الحاشية السابقة أنَّ الثمن في العقد الثاني لا بد وأن يكون للمالك الأصلي؛ لأنَّ المبيع وإن كان ملكاً للمشتري الأول إلا أنَّه ملك له بشرط هذا البيع، والحكم بصحته، وهو موقوف على كون الثمن للمالك الأصلي - الذي هو البائع - .

والحاصل: أنَّ المبيع ليس للمشتري الأول مطلقاً؛ ليكون البيع واقعاً على ملكه، ويكون الثمن له، بل يكون له بعد هذا البيع وبشرط وقوعه صحيحاً، ففي الحقيقة الاشكال إنما هو اجتماع المالكين على مال واحد، وعدم امكان خروج المبيع عن ملك مالكة الأصلي بلا اختيار منه، ودخوله في ملك المشتري قبل تملك البائع الفضولي له، وإلا فمع الاغماض عن ذلك يمكن دفع هذا الاشكال، أعني اشكال عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن، فتدبر.

٣٢٦ - قوله ﷺ: (بل هو أولى منها ... الخ) ^(١).

أقول: لعل وجه الأولوية أنَّ العقود الجائزة وقعت صحيحة مؤثرة، بخلاف الفضولي فأنَّه متزلزل من حيث الصحة، فاذا انفسخت بفعل المنافي مع وقوعها صحيحة فهو أولى بأن يبطل ولا يقع صحيحاً.

٣٢٧ - قوله ﷺ: (والجواب أنَّ فسخ عقد الفضولي ... الخ) ^(٢).

أقول: الظاهر أنَّ مراده من الفسخ في كلامه أعم من انشاء الرد، ومن ايجاد ما لا يمكن معه الاجازة، فأنَّه مستلزم لبطلان العقد وانفساخه، وغرضه أنَّ البيع من المالك مقتضى لعدم امكان لحوق الاجازة لفوات المحل.

ودعوى: أنَّ فوات المحل إنما هو بالنسبة إلى خصوص المالك دون غيره كما ترى؛ إذ بعد صدور العقد من المالك المسلط على ماله، وفرض صحته لا معنى لبقاء محل الاجازة بالنسبة إلى من لا دخل له بالمال فعلاً، وإن انتقل إليه بعد ذلك، وإلا لزم جواز الاجازة ولو بعد مائة سنة، وبعد وقوع بيوع عديدة من كل واحد من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٤.

المشتريين، ومن المعلوم عدم امكان الالتزام بجواز إجازة المشتري الأخير للبيع الواقع فضولاً قبل ذلك بمائة سنة مثلاً.

والحاصل: أنَّ المال قبل البيع من المالك باقٍ على ملكه، والبيع الوارد عليه فضولاً يعدُّ بيعاً وارداً على ما يكون أمره إليه، فأما أنَّ يجيز فيصح، أو لا فيبطل، ولا معنى لبقائه معلّقاً ومتزلزلاً بعد فوات المحل بالبيع الثاني، كيف ؟ ولا فرق بين ايجاد المنافي وانشاء الفسخ، فلو أمكن دعوى اختصاص التفويت بالمالك أمكن دعوى اختصاص الفسخ بالانشاء أيضاً به، ولا يمكن الالتزام به.

ودعوى الفرق بالاجماع كما ترى؛ إذ بعد ورود نص خاص بالنسبة إلى خصوص الفسخ في كونه ابطالاً للعقد رأساً، دون إيجاد المنافي وتفويت المحل، فالظاهر أنَّ المجمعين إنَّما حكموا بالبطالان بمقتضى القاعدة الشاملة للمقامين، هذا مع أنَّ الانصاف أنَّ شمول الأدلة لمثل هذه الاجازة محل منع.

فالتحقيق: أنَّ البيع من المالك مفوّت للمحل مطلقاً، فيوجب الانفساخ حسبما ذكره المستدل.

ثم لا يخفى أنَّ ما يظهر من المصنّف في المقام من كون البيع تفويتاً لمحل الاجازة بالنسبة إلى المالك منافٍ لما سبق منه من التردد فيه بناءً على الكشف، ولا فرق بين البيع من البائع الفضولي أو من غيره، فتدبّر.

٣٢٨ - قوله ﷺ: (قياس مع الفارق... الخ)^(١).

أقول: لم أفهم الفرق إلا بما يقتضي ما ذكره المستدل من الأولوية حسبما أشرنا إليه سابقاً^(٢).

٣٢٩ - قوله ﷺ: (المصححة إليه... الخ)^(٣).

أقول: لعل وجه هذا التعبير من المصنّف مع أنَّ الموجود في المقاييس على ما

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٦.

(٢) في التعليقة ما قبل السابقة.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٧.

قيل (ومنها ما رواه الشيخ والكليني في الصحيح عن يحيى بن الحجاج قال: سألت...الخ)^(١) تأمله في الصحة بالنسبة إلى ما تقدّم على يحيى من الرواة، لا من جهة التأمل في وثاقته، ولا في من قبله؛ إذ هو يروي عن الامام عليه السلام بلا واسطة، مع أنه أيضاً ثقة على ما في الخلاصة^(٢) والنجاشي^(٣) فلا وجه لما أورد عليه من أنه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الوساطة بينه وبين الامام عليه السلام، فإنّ التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملاً فيمن تقدّمه من الرواة، أما واقعاً أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجمهم، فتدبر.

٣٣٠ - قوله عليه السلام: (ورواية خالد بن الحجاج...الخ)^(٤).

أقول: قد مرّ في بيع المعاطاة^(٥) أنّ في بعض النسخ بدل خالد بن نجيع يحيى، وكلاهما ضعيف، فتدبر.

٣٣١ - قوله عليه السلام: (أو أنّ الكلام...الخ)^(٦).

أقول: قد عرفت سابقاً^(٧) أنّ هذا المعنى هو الأظهر.

٣٣٢ - قوله عليه السلام: (وصحيحة ابن مسلم...الخ)^(٨).

أقول: لا يخفى أنّ هذه الصحيحة واللتين بعدها وإن كانت ظاهرة في صورة كون المبيع كلياً، وفيه يصح البيع بلا اشكال كما سيأتي، ويدل على صحته جملة من الأخبار أيضاً حسبما نقلناه سابقاً.

إلا أنّه يمكن أن يقال: إنّ المفروض فيها صورة كون المبيع هو الشخص الذي يشتره بعد ذلك، لا صورة كونه كلياً، وحيث إنّ فالبطلان فيها ليس مخالفاً لمذهب

(١) مقاييس الانوار ١٣٥.

(٢) الخلاصة ٢٩٤.

(٣) رجال النجاشي ٤٤٥، رقم ١٢٠٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٧.

(٥) ج ١ تعليقه ٤٩٦.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٨.

(٧) ج ١ تعليقه ٤٩٥.

(٨) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٨.

المشهور، فإن بيع الكلي صحيح إذا كان باقياً على كليته، لا فيما كان المراد كون الفرد الذي يشتريه مبيعاً.

والحاصل: أن هذه الأخبار واردة في خصوص هذه الصورة، والبطلان فيها لا مانع منه، فتدبر.

٣٣٣ - قوله ﷺ: (والجواب عن العمومات ... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أن هذا الجواب غير صواب؛ وذلك لأن النهي عن ترتيب الأثر المقصود باطلاقة يقتضي عدم ترتيبه عليه، سواء أجاز بعد ذلك أو لا، مع أنه إذا بطل العقد على الوجه الذي قصد فصحته بعد لحوق الاجازة تحتاج إلى دليل، ولا يكفي العمومات حيث؛ لأن المفروض خروج المورد من حين وقوعه عنها، فشمولها بعد ذلك لا معنى له، كما في بطلان العقد من جهة فقد سائر الشرائط، سواء كان من جهة النهي أو غيره، فإذا قال «لا تبع المجهول» أو «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(٢) فبعد المعلومية لا يمكن تصحيحه بالاجازة، مع أن قوله ﷺ (لا تبع ما ليس عندك)^(٣) يمكن دعوى شموله لما لا يكون مقدوراً على تسليمه، وبالنسبة إليه لا يقولون بالصحة بعد القدرة إذا أجاز، وإفادته لاشتراط القدرة واشتراط الملكية على نسق واحد.

والحاصل: أن النهي المذكور إذا أفاد عدم صحة العقد على الوجه الذي قصد يكون مقتضاه البطلان؛ إذ معه لا تشمل الأدلة العامة، والدليل الخاص على صحة الفضولي لا يشمل المورد قطعاً؛ فلا وجه للحكم بالصحة مع الاجازة، فتدبر.

ومن ذلك يظهر حال الأخبار الخاصة، فإن مقتضى اطلاقها أيضاً بطلان البيع قبل الشراء ولو مع الاجازة، بل الغالب في موردها رضا البائع بالبيع السابق بعد الشراء، فلو كان البيع المفروض صحيحاً وجب في الجواب التفصيل بين الاجازة

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٩.

(٢) بحار الأنوار ١٠٠: ٨١، باب ما نهى عنه من أنواع البيوع، ح ٤.

(٣) فقه القرآن ٢: ٥٨.

وعدمها، هذا بالنسبة إلى فرض المسألة.

وأما بالنسبة إلى مطلق الفضولي فأنما لا نقول بالبطلان من جهة دعوى عدم شمول النهي له، من حيث إن ظاهر الأخبار المذكورة النهي عن بيع ما ليس عنده، أو لم يملكه لنفسه على نحو سائر البيوع، لا عن ملكه، فهو خارج عن موردها، فيمكن دعوى شمول العمومات له حسبما يظهر من بيان المصنف أيضاً.

٣٣٤ - قوله ﷺ: (لكن الظاهر بقرنية ... الخ)^(١).

أقول: بل الظاهر كفاية عدم استطاعة أحدهما في الاعراض عن المعاملة الواقعة في البطلان، واشتراط الصحة بعدم اللزوم في كل من الطرفين، فاللزوم في أحدهما كافٍ في البطلان، فالأولى منع المبنى، وهو اللزوم على الأصل حسبما عرفت سابقاً، فتدبر.

٣٣٥ - قوله ﷺ: (لا أنه لغو من جميع الجهات ... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت أن حال النهي في المقام حال النهي في سائر المقامات، كالنهي عن بيع المجهول ونحوه، فكما يفيد البطلان مطلقاً فكذا في المقام، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فافهم».

٣٣٦ - قوله ﷺ: (اللهم إلا أن يقال: ... الخ)^(٣).

أقول: هذا ناظر إلى ما ذكرنا من دلالة اطلاق النهي على البطلان مطلقاً؛ إذ حاصله أنه لو كان للمعاملة شرط شرعي وكان المتداول بين الناس عدم مراعاة ذلك الشرط، وترتيب الأثر عليها حتى بدونه فمقتضى القاعدة أن يبين الشارع أنها مشروطة بكذا، كأن يقول (لا رهن إلا مقبوضاً) أو (لا هبة إلا مع القبض)، لا أن ينهى عنها مطلقاً، فإذا نهى عنها مطلقاً يكشف عن كونها باطلة مطلقاً، ففي المقام نقول لو كان البيع المفروض صحيحاً بشرط الاجازة اللاحقة، كان على الشارع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.

بيان ذلك، لا النهي عنه مطلقاً، فاطلاقه النهي دليل اطلاق البطلان، وهو حسن جداً، فتدبر.

٣٣٧ - قوله ﷺ: (وأما صحته بالنسبة ... الخ) (١).

أقول: يمكن دعوى الاطلاق بالنسبة إليه أيضاً، وعلى هذا فيبيع الغاصب أيضاً غير قابل للاجازه، وينحصر صحة بيع الفضولي فيما إذا باع عن المالك، فتدبر.

٣٣٨ - قوله ﷺ: (ورودها في بيع الكلي ... الخ) (٢).

أقول: قد عرفت أنها وإن كانت واردة فيه، إلا أن الظاهر منها صورة كون المقصود كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد ذلك، كما يظهر من قوله (أرأيت لو وجد هو مبيعاً أحب إليه ... الخ) (٣) وغيره، ومثل هذه الصورة ليس المذهب جوازه، فلا موقع للخدشة المذكورة، نعم مع الاغماض عن هذا الوجه التحقيق في رفع الخدشة ما ذكره المصنف ﷺ.

٣٣٩ - قوله ﷺ: (كما صرح به في بعض الاخبار ... الخ) (٤).

أقول: كصحيحتي عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله المتقدمين المشتملتين على قول الراوي بعد قول الامام (لا بأس. فقلت: إن من عندنا يفسده. فقال ﷺ: ما يقولون في السلم ... إلى آخرهما) (٥).

٣٤٠ - قوله ﷺ: (والفتوى بالمنع عن ... الخ) (٦).

أقول: يعني في المبيع الشخصي أو الكلي على الوجه الذي ذكرنا، الذي يرجع في الحقيقة إلى الشخصي، لا في بيع الكلي في الذمة، فإنه قد ذكر فيه أن المذهب جوازه، فما قيل من أن ظاهر هذه العبارة المنع حتى في الكلي كما ترى، فإنه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٧.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٣.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العقود، ح ١، ٣.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٣.

ممنوع أشد المنع، فلا وجه للإيراد عليه عليه السلام بأنه لا وجه للمنع في الكلبي، مع أن جوازه مصرّح به في الأخبار.

٣٤١- قوله عليه السلام: (ولو باع عن المالك فاتفق... الخ)^(١).

أقول: التحقيق شمول النواهي لجميع الصور عدا هذه الصورة فقط، فهي الخارجة عن موردها دون البقية.

٣٤٢- قوله عليه السلام: (الاشكال في عكس المسألة... الخ)^(٢).

أقول: فإن وجه الدفع هناك أن البائع إنما ينشئ البيع عن نفسه بعد ادعاء كونه مالكا، فكأنه قال «بعت عن المالك» وأنا المالك، فإذا أجاز المالك فقد وقعت الاجازة على البيع الأول، ولا يلزم مغايرة المجاز لما وقع، وهذا يجري في المقام أيضاً، فإنه وإن قصد البيع عن مالكة - وهو زيد مثلاً - إلا أنه إنما قصده من حيث إنه مالك، فكأنه قال «بعت عن مالكة» وهو زيد، فإذا اشترى وأجاز لم يلزم مغايرة المجاز لما وقع.

ولعل الأمر بالتأمل إشارة إلى الفرق بين المقامين، فإنه في البيع لنفسه لما لم يكن مالكا احتياج في تصحيح البيع إلى الادعاء والتنزيل، وملاحظة الجهة التقيدية، فكأن البيع وارد على الجهة، بخلاف المقام فإنه لا يحتاج إلى ملاحظة الجهة التقيدية، بل له أن يقصد من أول الأمر البيع عن الشخص الخاص الذي هو المالك، ولا يحتاج إلى ملاحظة كونه مالكا والبيع عنه، فلا يصح دعوى أن قوله «بعت عن زيد» في قوة قوله «بعت عن المالك وهو زيد»؛ ليكون المجاز عين ما وقع، هذا.

والتحقيق: في دفع الاشكال في المقامين أن قصد الخصوصية وإن كان متحققاً، إلا أنه غير مقوم للبيع، بل حقيقته مجرد المبادلة بين المالكين، فلا يضر كون من له البيع هو المالك الأول في جواز إجازة أصل المبادلة، كما لا يضر قصد نفسه في

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٦.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٦.

ذلك المقام أيضاً.

والحاصل: أن تخلف هذا القصد لا يضر بأصل البيع؛ إذ ليس مقوماً له، فيجوز الاجازة على خلاف هذا القصد بعد محفوظية أصل الحقيقة، فتدبر.

٣٤٣ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يكون إشارة إلى إمكان دعوى كونه مأموراً بالوفاء من أول الأمر، فلا يلزم تخصيص حتى يكون من استصحاب حكم الخاص، فدعوى أن الوفاء أعم من العمل بمقتضى العقد وعدم النقض والفسخ - وقد مر منه ﷺ أنه يجب على الأصيل عدم النقض، وإن لم يكن المعاملة صحيحة قبل الاجازة - فالعموم شامل من أول الأمر، وليس للفضولي فسخه، وإن جاز ذلك للمالك الأول، هذا.

ولكنك عرفت ما فيه، وأنه لا يمكن شمول العموم إلا بعد تمامية جميع الشرائط، فمنع عدم جواز النقض بالنسبة إلى الفضولي من جهة شمول العموم، ونمنع أن معنى الوفاء ذلك، بل ليس إلا العمل بالمقتضى، والمفروض عدم إمكانه في حقه، ومجرد عدم الفسخ ليس وفاءً بالعقد، كيف؟ وإلا لزم عدم دلالة ﴿أوفوا بالعقود﴾ على الصحة كما بينا ذلك سابقاً، هذا.

ويمكن أن يكون إشارة إلى منع كون المورد من موارد الرجوع إلى العموم؛ حتى نحتاج إلى القول بكون الاستصحاب مقدماً عليه؛ من جهة كونه استصحاباً لحكم الخاص؛ وذلك لأن عموم «أوفوا» من باب الإطلاق، ومثل ذلك إذا خرج منه فرد من الأفراد في الزمان الأول فلا يمكن التمسك به ولو لم يكن الاستصحاب؛ لأن الفرد المفروض فرد واحد، وقد فرض خروجه عن العموم، بخلاف ما إذا كان العموم أزمانياً، مثل قوله «أكرم العلماء كل يوم» فإنه إذا خرج بعض الأفراد في بعض الأزمان جاز التمسك فيه بالعموم بالنسبة إلى سائر الأزمنة إذا شك فيه.

وبالجملة: ففرق بين «أكرم العلماء دائماً» و«أكرم العلماء كل يوم» ففي الأول بعد

خروج فرد في الزمان الأول لا يتمسك به، وإن لم يكن استصحاب، وفي الثاني يتمسك به، ولا مجرى للاستصحاب أصلاً، وفي المقام من قبيل الأول، وقد حقق ذلك في خيار الغبن^(١)، وفي باب الاستصحاب من الفرائد، فراجع^(٢).

وقد ذكرنا هناك أنه لا فرق بين القسمين، وأنه يجوز التمسك بالعموم في المقامين، وحققنا ذلك بما لا مزيد عليه فراجع ما علقنا على الخيارات^(٣).

وكيف كان فكلام المصنف^{رحمته} في المقام يمكن أن يكون إشارة إلى ذلك على حسب ما اخترناه هناك، وإن لم يكن مختاراً عندنا، ويمكن أن يكون إشارة إلى منع جواز التمسك باستصحاب حكم الخاص في مقابل العموم، وأنه لا فرق بين كون الاستصحاب مخصصاً من الأول، وكونه استصحاباً لحكم المخصص في عدم جواز العمل بهما في مقابل العموم، وإنما الجائز استصحاب موضوع المخصص.

بيان ذلك: أن الاستصحاب قد يكون في مقابل العموم؛ بحيث لو عمل به لزم كونه مخصصاً له من أول الأمر، كما إذا استصحبنا نجاسة الكلب فيما لو صار ملحقاً في مقابل قوله (كل ملح طاهر) فإن هذا الاستصحاب على فرض جريانه يلزم كونه مخصصاً لهذا العموم بنفسه، وقد يكون هناك عام مخصص مجمل، كما إذا قال «أكرم العلماء دائماً أو كل يوم»، وقال «لا تكرم الفاسق» وكان القدر المتيقن منه اليوم الأول، وشك فيما بعد ذلك اليوم في وجوب اكرامه، فإنه لو أجرى استصحاب حرمة اكرامه يكون استصحاباً لحكم الخاص، ولكن بالنسبة إلى اليوم الثاني يكون العمل في الحقيقة بالاستصحاب؛ إذ المفروض أن الدليل الاجتهادي قاصر عن شمول اليوم الثاني، فلا فرق بينه وبين الصورة الأولى.

وقد يكون هناك عام مخصص بمخصص شك في الزمان الثاني في بقاء موضوعه، كما إذا قال «أكرم العلماء ولا تكرم الفاسق» وكان زيد خارجاً عن

(١) تعلية ٧٩٩.

(٢) فرائد الاصول ٣: ٢٧٣.

(٣) تعلية ٧٩٩.

العموم من جهة فسقه، ثم شك في بقاء فسقه، ففي صورتين الأوليتين لا يجوز العمل بالاستصحاب؛ لأنه أصل عملي، ولا يصلح كونه مخصصاً للدليل الاجتهادي، وفي الصورة الثالثة يجوز؛ لأنه ليس مخصصاً للعموم، بل المخصص له في الحقيقة هو قوله «لا تكرم الفاسق»، والاستصحاب يثبت موضوعه، وهذا لا مانع منه، ففي مقامنا هذا لا يجوز العمل بالاستصحاب؛ لأنه مخصص للعموم بالنسبة إلى الزمان الثاني، فإن المفروض أن وجه عدم العمل به في الزمان الأول هو عدم قابلية المورد لوجوب الوفاء خاص به، وفي الزمان الثاني إن قلنا بعدم الوجود كان من جهة الاستصحاب، فهو وإن كان استصحاباً لحكم الخاص، إلا أنه هو المخصص في الحقيقة للعموم، وهذا غير جائز، فتدبر.

٣٤٤ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى معارضة... الخ)^(١).

أقول: والتحقيق في الجواب عن العموم المذكور أن يقال: إنه إذا لم يكن العقد داخلاً تحت العموم من حين صدوره لمكان فقد الشرط - وهو مالكية من له البيع - فلا وجه لشموله له بعد ذلك، إلا إذا حصل عقد جديد، كما في سائر الشروط المفقودة، كالقدرة على التسليم والمعلومية ونحوهما.

ودعوى - أن ما نحن فيه كاشتراط الصحة بالقبض في الصرف والسلم، فالملكية شرط في الصحة متى حصلت أثر العقد أثره، ويشمله العموم من هذا الحين - كما ترى؛ إذ مقتضى قوله ﷺ (لا بيع إلا في ملك)^(٢) اشتراط مالكية البائع أو من وقع البيع له، كما في الفضولي فإن البيع فيه عن المالك، بخلاف المقام فإن المفروض كون من له البيع هو العاقد، وليس مالكا، والملكية المتأخرة لا تكفي؛ ألا ترى أنه لا ينبغي الإشكال في عدم الصحة فما لو أشار إلى مباح قبل حيازته، وقال «بعتك هذا بكذا» ثم حازه بعد ذلك.

والحاصل: أن شرط صحة البيع كونه في ملك، يعني في ملك من وقع البيع له،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

(٢) المستدرک ١٣: ٢٣٠، حديث ١٥٢٠٩، ١٥٢١٠.

وفي المقام ليس متحققاً فلا يشملها العموم، وتحققه بعد ذلك لا يوجب الشمول بعد إن كان غير شامل حين صدور، بخلاف سائر الفضوليات فإن من له البيع مالك، فيكون البيع في ملك، فتدبر.

ثم لا يخفى أن المعارضة بعموم (الناس مسيطون) إنما يتم إذا قلنا إن بالشراء ينتقل المبيع إليه أولاً - ولو أنا ما - تحقيقاً، ثم ينتقل إلى المشتري الأول، وأما إذا قلنا إنه ينتقل بالشراء إلى المشتري الأول من غير أن يملكه المشتري أصلاً، وإنما الحكم بتملكه تقديري، كما في شراء من يعتق عليه؛ حيث إنهم ذكروا أنه لا يملكه المشتري أصلاً، وإنما تقدر الملكية تصحيحاً للشراء، فلا وجه للمعارضة. لكن التحقيق: هو الوجه الأول؛ إذ تقدير الملك لا دليل عليه، ومقتضى القاعدة تحققه بالشراء، فالمعارضة في محلها، ثم مع الاغماض عن ذلك وفرض تمامية التمسك بعموم وجوب الوفاء لا اشكال في تخصيصه بالأخبار المذكورة العامة والخاصة، فلا ينبغي الاشكال في المسألة.

٣٤٥ - قوله ﷺ: (فجريان عموم الوفاء... الخ)^(١).

أقول: وإن كان جريان العموم أشكل، إلا أن الأخبار المذكورة أيضاً لا تشمل هذه الصورة، فيكون الوجه في البطلان عموم (الناس مسيطون على أموالهم)، مضافاً إلى عدم الدليل بعد الاشكال في عموم وجوب الوفاء ونحوه.

٣٤٦ - قوله ﷺ: (ولو باع وكالة... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أن هذا الفرع لا ربط له بالمقام، مع أنه واضح الحكم؛ فلا حاجة إلى التنبيه عليه، فتدبر.

تنبيهات:

الأول: لا فرق في فرض المسألة بين ما لو باع شيئاً ثم اشتراه من مالكه حين البيع، أو من غيره ممن اشترى من المالك؛ حتى لو توارد عليه بيوع عديدة، وانتقل

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

إليه في آخر الأمر، ولو كان بعد خمسين مالكا، وبعد خمسين سنة، ولا يخفى ما في القول بالصحة من البعد.

الثاني: ما ذكر من الأول إلى هنا إنما كان إذا كان الانتقال إليه بالشراء ونحوه من أنحاء المعاملات، وأما إذا انتقل إليه بالارث ونحوه من الانتقالات القهرية فالحكم كما سبق، ويجري جميع الوجوه المذكورة للبطلان حتى الأخيرين.

أما السادس فلأن المذكور فيه وإن كان كون بيع المالك فسخاً للعقد إلا أنك عرفت أن المراد أنه تفويت للمحل، وفي المقام يمكن أن يقال إن الانتقال القهري إليه فوات للمحل، فلا يبقى بعده محل للاجازه.

وأما السابع فلأن الأخبار العامة - وهي الناهية عن بيع ما ليس عنده - شاملة قطعاً، وأما الخاصة فهي وإن أمكن دعوى اختصاصها من حيث مواردها بالبيع ثم الشراء، إلا أنه يمكن دعوى ظهور المناط منها، وهو كونه بيعاً قبل التملك، وكيف كان فالأقوى فيه أيضاً البطلان سواء أجاز أو لا، فتدبر.

الثالث: إذا اشترى عيناً من فضولي فباعها قبل الاجازة، فأجاز المالك البيع الأول، فإن قلنا إن الاجازة ناقله يكون البيع الثاني مما نحن فيه، من مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، ولكن في شمول الأخبار الناهية له إشكال، والأقوى شمول الأخبار العامة، ففي الصحة إشكال، وأما بناءً على كونها كاشفة فيكون البيع في ملك البائع، والظاهر لزومه كما سيأتي في مسألة ترتب العقود، ويحتمل أن يدعى شمول الأخبار الناهية؛ لأن البائع قبل الاجازة غير قادر على تسليم المبيع، فيصدق أنه باع ما ليس عنده، والفرق - بينه وبين ما لو باع مالاً فبان أنه له - لا يخفى، فإن فيه ليس هناك حالة متظرة، وتوقف على شيء، غايته جهل البائع بالحال، بخلاف المقام فإن المفروض توقفه على إجازة الغير للبيع السابق، فتدبر.

ومما ذكرنا يعلم حال ما لو ورد على مال الغير بيوع عديدة من أشخاص فضوليين، فأجاز المالك بعض تلك البيوع، فإن للمشتري في ذلك البيع أن يجيز البيع اللاحق على الكشف، بل وكذا على النقل، وكذا البيع السابق على النقل؛ لعدم

شمول الأخبار الناهية؛ لأن المفروض أن البائع غير المجيز، ولا مانع من الاجازة حيثذ إلا دعوى أن إجازة المالك الأول لأحد تلك البيوع رد منه للبقية، أو تفويت لمحل الاجازة بالنسبة إليها، والأول ممنوع، والثاني مسلم، لكن بالنسبة إلى نفسه، لا المالك الثاني، فتدبر.

الرابع: إذا باع شيئاً ثم ملك البيع، بأن صار ولياً على مالك ذلك الشيء، فالظاهر عدم الاشكال في جواز إجازته لذلك البيع؛ لأن من له البيع - وهو المولى عليه - مالك حال العقد، وهذا كاف؛ لما عرفت من عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حال العقد، فلا يضر عدم كونه مالكاً ولا ولياً حين العقد؛ لعدم كون من له العقد مالكاً حينه، فتدبر.

٣٤٧ - قوله ﷺ: (فانكشف كونه ولياً على البيع... الخ)^(١).

أقول: الولاية عليه إما بكونه ولياً، وإما بكونه وكيلاً، وإما بكونه مأذوناً، والوجه في عدم الاشكال هو شمول العمومات، مضافاً إلى شمول أدلة الولاية والوكالة، وأن تصرفات الولي والوكيل والمأذون ماضية، هذا.

ولكن يمكن أن يقال: بالتوقف على الاجازة؛ لأن العقد وإن صدر عن من كان نافذ التصرف إلا أن المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالماً بأنه ولي ما كان راضياً بهذا البيع الخاص.

ودعوى: أن المفروض كونه موافقاً للمصلحة، وكل ما كان كذلك يجب على الولي إيجاده، فليس له أن لا يرضى.

مدفوعة: بأنه يمكن أن يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، وله أن يعين أحدهما بداع نفساني، فمجرد كونه موافقاً للمصلحة غير كاف في التعيين، بل يتوقف على رضاه ومشيتته، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكاً.

بل التحقيق اتحاد الصور الأربع في هذا الحكم، ففي الجميع يتوقف الصحة

على الاجازة؛ لما يشير إليه المصنّف ﷺ في المسألة الثالثة من عدم كفاية القصد إلى نقل هذا المال المعين، وأنه لا بد من الرضا به بعنوان أنه ماله، فإن في المقام أيضاً لا بد من القصد إلى النقل والرضا به بعنوان أنه مال المولى عليه، أو مال الموكل أو نحوهما، وكون البيع واجباً من جهة موافقته للمصلحة لا يمنع من كون اختيار الخصوصية منوطاً بنظره وبرضاه.

وبالجملة: فالحكم في المسألة كمسألة الفضولي في التوقف على الاجازة، وإن كان ما نحن فيه أولى بالصحة مع الاجازة من تلك المسألة، بمعنى إمكان الحكم بالصحة معها في المقام وإن قلنا بطلان الفضولي، فتدبر.

٣٤٨ - قوله ﷺ: (وعن المختلف الايراد عليه ... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن نظر القاضي إلى أن الاذن في البيع مع فرض عدم اطلاع المأذون وعدم اطلاع غير أيضاً عليه لا يعدّ إذنًا، وهذا بخلاف ما لو اطلع عليه أحد، سواء كان هو المأذون أو غيره، والظاهر يقتضي ما ذكره، فإن مجرد انشاء الاذن من عند نفسه من غير حضور أحد لا يكفي في الخروج عن الفضولية، إذ لا فرق بينه وبين الرضا الباطني من دون انشاء ظاهري، وقد عرفت سابقاً عدم كفايته؛ إذ لا بد في الخروج عن الفضولية من اسناد صدور البيع إليه، ولو بالواسطة، وهو لا يتحقق إلا بمظهر خارجي، فالاذن وإن كان من الايقاعات وليس كالتوكيل مما يحتاج إلى القبول إلا أن صدقه موقوف على الاظهار الخارجي.

نعم، لو قلنا بالخروج عن الفضولية بمجرد طيب بالنفس الواقعي كفى الاذن المفروض بالأولى، لكنك عرفت عدم كفايته إلا بالنسبة إلى الحكم التكليفي من رفع حرمة التصرف في مال الغير.

وبالجملة: إما أن يكون البائع مأذوناً ويكون ناسياً للاذن، وهذا لا اشكال في كونه كالولي الشرعي وأن حكمه حكم سائر المأذونين، وكذا الوكيل الناسي للوكالة، وإما أن يكون المالك أذن له في التصرف، وعلم به غيره، لكن لم يطلع هو عليه،

وهذا أيضاً يعدُّ مأذوناً، وإن كان ذلك الغير واحداً، وإما أن يكون المالك قد انشأ الاذن من عند نفسه من دون حضور أحد، أو مع حضور من لا عبرة بحضوره، أو مع التكلم بما لا يفهمه الحاضرون، ومثل هذا لا يعدُّ إذناً، فما أورده عليه في المختلف^(١) في غير محله، بل هو مصادرة محضة، بل القول بعدم صدق المأذونية في الصورة السابقة أيضاً ليس كل البعيد، وعلى فرض صدق الاذن يمكن القول بعدم كفايته في الخروج عن الفضولية، فتدبر.

٣٤٩ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعل وجهه أن غاية الأمر عدم كون البيع على الوجه المأذون فيه، من حيث الحكم التكليفي، وإلا فالاذن الوضعي حاصل لاذن المفروض كونه ولياً، فهو نظير ما لو علم بكونه ولياً، وكان هذا البيع الخاص واجباً من حيث اشتماله على المصلحة للموئى عليه، فباع بقصد كونه لنفسه، فإن البيع صحيح لازم، غايته أنه أثم في قصده كونه لنفسه، وكذا في الوكيل، فلا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة بعد عدم كون قصده لنفسه قادحاً في صحة البيع، فعلى مختار المصنف ﷺ في الصورة السابقة من عدم الحاجة إلى الاجازة ينبغي عدم الحاجة إليها في هذه الصورة أيضاً.

لكنك عرفت أن مقتضى التحقيق التوقف على الاجازة في جميع الصور الأربع؛ لعدم الرضا بالبيع بالعنوان المأذون فيه، فتدبر.

٣٥٠ - قوله ﷺ: (بما لو باع مال أبيه... الخ)^(٣).

أقول: ومن أمثله ما لو باع ما ملكه أبوه في حال صغره، وهو لا يعلم، فتخيّل أنه باقٍ على ملك أبيه، ومنها ما لو باع ما انتقل إليه بشراء وكيله له مع جهله بالحال إلى غير ذلك.

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٣٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٠.

٣٥١- قوله ﷺ: (مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأن مقتضاه كون المفروض البيع عن الأب، ومقتضى هذا كونه عن نفسه.

٣٥٢- قوله ﷺ: (فلا وجه لاجازة فعل نفسه... الخ)^(٢).

أقول: هو منقوض ببيع المكره؛ حيث إن البائع فيه يجيز فعل نفسه، والحل ما ذكره المصنّف ﷺ.

٣٥٣- قوله ﷺ: (من أنه لم يقصد إلى البيع... الخ)^(٣).

أقول: الظاهر بقرينة ما ذكره في قوله (إلا أن يقال)، وبقرينة ما ذكره المصنّف ﷺ في توضيحه أن المراد من عدم القصد المذكور أنه من جهة علمه واعتقاده أن البيع المفروض لا يؤثر شرعاً في الملكية إلا مع الاجازة لا يكون قاصداً للنقل الآن، إلا أن يكون المراد أنه لا يكون قاصداً كذلك بحسب انشائه، كيف ؟ ولو كان في انشائه قاصداً للنقل مع الاجازة وعلى تقديرها - لا فعلاً ومطلقاً - يلزم التعليق، ويكون بيعه باطلاً، لا موقوفاً على الاجازة، فالمقصود أنه إذا أنشأ ما هو مدلول العقد عن النقل الفعلي المطلق مع علمه واعتقاده، أنه لا يحصل إلا مع الاجازة فيكون لذلك قاصداً لما هو الواقع شرعاً من النقل على تقدير الاجازة قصداً خارجاً عن مدلول العقد، وإذا كان كذلك فلا بد في تماميته من ضمها، ولا يلزم بدونها.

وحيثُذُ فالجواب ما ذكره بقوله (إلا أن يقال) على ما أوضحه المصنّف ﷺ، وحاصله: أن هذا القصد من جهة هذا الاعتقاد ليس مناطاً في الحكم، بل المناط هو ما أوقعه وأنشأه وقصده في انشائه، والمفروض أن ما أنشأه هو البيع الفعلي، والتعلق

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.

الشرعي لا دخل له بما هو منشأ في العقد، كالتعلق على القبض في الصرف والسلم ونحوه من الشروط الشرعية المتأخرة، وفي الحقيقة هذا ليس راجعاً إلى القصد، بل هو مجرد اعتقاد عدم ترتب الأثر إلا مع ذلك الشرط، فلو قيل في الجواب إنَّما نمنع كون القصد هو النقل مع الاجازة، بل هو مطلق، والتوقف عليها إنَّما هو في الاعتقاد، لا في القصد كان أولى، فتدبر.

٣٥٤ - قوله ﷺ: (مع أنَّ عدم القصد ... الخ)^(١).

أقول: يعني لو سلَّمنا قاذحية عدم القصد إلى النقل إلا مع الاجازة فإنَّما نسلِّمها بناءً على النقل؛ إذ معه لا يكون المقصود النقل فعلاً وحين البيع، وأما بناءً على الكشف فالقصد إلى النقل مع الاجازة راجع إلى القصد إلى النقل فعلاً، نعم لو قصد النقل بعد الاجازة يحتمل قدحه حتى على الكشف، لكن المفروض كون المقصود النقل معها، أي على تقديرها، ومع فرض وجودها لا النقل بعدها فلا يلزم القصد إلى الملكية المتأخرة بناءً على الكشف، فتدبر.

٣٥٥ - قوله ﷺ: (وأما أدلة إعتبار ... الخ)^(٢).

أقول: حاصل مراده ﷺ أنه يعتبر في العقد أمران، القصد إلى المدلول، والرضا به، والأول شرط في الصحة، والثاني في اللزوم، وأدلة إعتبار الأول لا تقتضي أزيد من القصد إلى نقل المال المعين، فلا يلزم القصد إليه بعنوان أنه ماله أو مال غيره، وأدلة اعتبار الثاني تقتضي تحققه بالنسبة إلى العنوان الخاص، بمعنى أنَّ المستفاد منها اعتبار الرضا الباطني بنقل المال بعنوان أنه ماله، وإذا فرض عدم ذلك وجب الحكم بالتوقف على الاجازة، فشرط تحقق العقد - بمعنى صورته القابلة للحقوق اللزوم - حاصل في المقام، دون شرط اللزوم؛ فلذا يتوقف على الاجازة بعد العلم بأنَّه ماله، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٣.

٣٥٦ - قوله ﷺ: (ليس لأمر راجع إلى ... الخ)^(١).

أقول: حاصله أنَّ الضرر إنَّما يوجب الخيار والتزلزل في البقاء إذا كان مع فرض كون البيع واجداً لجميع الشرائط، كما في الضرر الراجع إلى العوضين، كما في خيار الغبن، فإنَّ البيع فيه تام الأركان، من العلم بالعوضين والرضا بانتقالهما بعنوان كونهما مملوكين معينين، ولكن يلزم الضرر من جهة الجهل بالقيمة، وكونها أزيد من العوض المسمى، والمفروض أنَّ العلم بها ليس شرطاً في صحة العقد، فيتدارك بالخيار، هذا بخلاف الضرر الحاصل في المقام، فإنَّه من جهة فقد شرط الصحة الذي هو الرضا، ومثله ليس مناطاً في الخيار كما في مطلق الفضولي.

ودعوى: أنَّ في الغبن أيضاً شرط الرضا مفقود من جهة أنَّ رضاه إنَّما هو من جهة الجهل بالقيمة، وبتخيُّل أنَّها مساوية للمسمى، فلا بدُّ من الحكم بالبطلان فيه أيضاً، إلا مع الاجازة.

مدفوعة: بمنع اعتبار أزيد من الرضا الحاصل بنقل العين المعينة، ولا يلزم كونه راضياً على جميع التقادير المتصورة، من الاطلاع على القيمة ونحو ذلك، فالرضا المعتبر في صحة العقد هو طيب النفس بنقل هذا المال الخاص بعنوان أنَّه ماله، وهو حاصل وإنَّ كان ذلك من جهة الاشتباه في القيمة أو الغفلة عنها، وهذا نظير ما لو تخيل أنَّ زيدا صديقه، فأذن له في دخول داره، وكان في الواقع من أعدائه، أو أعطى سائلاً شيئاً بداعي أنَّه فقير وكان غنياً، فإنَّ ذلك كافٍ في جواز الدخول وأخذ ذلك الشيء.

وبالجملة: فالتزلزل فيما نحن فيه إنَّما هو من جهة فقد الشرط، لا من جهة لزوم الضرر، بخلاف باب خيار الغبن فإنَّ الشرائط كلها حاصلة، فالتزلزل إنَّما هو من جهة لزوم الضرر على فرض اللزوم، فتدبر.

٣٥٧ - قوله ﷺ: (بل يجيء على القول ... الخ)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٦.

أقول: وذلك لأن الوجه في بطلان الفضولي إذا قلنا به إنما هو عدم شمول العمومات من حيث إن العقد لا دخل له بمالك المال، فلا يكون مكلفاً بالوفاء، وفيما نحن فيه المفروض صدروه من المالك، فلا مانع من شمولها له، هذا ولا وجه للاستثناء الذي ذكره المصنف رحمه الله بقوله (إلا أن يستدل... الخ)؛ وذلك لأن النهي عن التصرف في مال الغير أيضاً لا يشمل ما نحن فيه؛ لأن المفروض أنه ماله، غايته قبح التصرف فيه من حيث إنه من التجري، ومثله لا يستلزم الفساد، فتدبر.

٣٥٨ - قوله رحمه الله: (وجه لا يجري في الثالثة... الخ) (١).

أقول: وذلك لأنه إذا باع لنفسه فقد حصل منه الرضا بالنقل من حيث إنه ماله، فإن بيعه لنفسه إنما يكون بعد البناء على أنه له، فيكون راضياً بنقل هذا المعين بعنوان أنه له، ولا يضر الاعتقاد المفروض بعد هذا البناء، فتدبر.

بقي شيء: وهو أن هنا صوراً لم يتعرض لها المصنف رحمه الله وهي:

ما إذا باع باعتقاد أنه للموئى عليه أو الموكل فبان أنه للآخر، أو باعتقاد أنه لأحدهما فبان كونه لنفسه، أو بالعكس، أو باعتقاد كونه للموكل - الذي هو زيد - فبان أنه لموكله الآخر، أو باعتقاد أنه للموئى عليه المعين فبان أنه لآخر، أو باعتقاد أنه المال الكذائي فبان أنه غيره وهكذا، والحكم في الكل الصحة والتوقف على الاجازة من عدم الرضا بنقل هذا الشيء وبالعنوان الذي لا بد من قصده والرضا به، ألا ترى أنه لو طلق هذه المرأة باعتقاد كونها زينب فبان كونها زوجة أخرى له لم يرد طلاقها لم يصح، وكذا في العتق، وكذا لو أذن في التصرف في مال معين باعتقاد أنه ماله الفلاني وكان غيره لا يجوز التصرف بهذا الاذن وهكذا في نظائر ذلك، هذا.

ولا يبعد التفصيل بين التقييد والداعي، والحكم بالصحة في الثاني، والتوقف على الاجازة في الأول، والمسألة محتاجة إلى التأمل.

□ المجاز

٣٥٩ - قوله ﷺ: (يشترط فيه كونه جامعاً... الخ)^(١).

أقول: هذا هو التحقيق، ومجمل الوجه فيه أن الاجازة ليست نفس العقد ولا طرفاً منه، وإنما هي امضاء وانفاذ للعقد الواقع والمعاملة الواقعة، فلا بد من كونها جامعة لجميع ما يعتبر فيها عدا الرضا، ولا فرق في ذلك بين النقل والكشف، ولا بين الأصيل والفضولي، وكون المعاملة لازمة بالنسبة إلى الأول دون الثاني على فرض تسليمه لا يوجب الفرق كما بينه المصنّف ﷺ، وهو واضح أيضاً، فعلى هذا يجب كون المعاقدين بشرائط الاهلية، والعوضين مملوكين حين العقد، معلومين للمتعاقدين، ولا يكفي العلم بهما حين الاجازة، نعم الشرائط المعتبرة في ترتب الأثر الشرعي على العقد مثل القدرة على التسليم واسلام مشتري المسلم والمصحف يكفي وجودها حين الاجازة بناءً على النقل كما ذكره المصنّف ﷺ، وقد أشرنا إليه سابقاً.

فإن قلت: حال الاجازة كحال الاذن السابق، فكما يمكن الاذن والتوكيل في مجرد إجراء الصيغة مع كون الوكيل والمأذون جاهلين بمقدار العوضين أو جنسهما ووصفهما فينبغي أن يكون العلم بهما حين الاجازة كافياً، وإن كان العاقد الفضولي جاهلاً.

قلت: فرق بين المقامين، فإن المعاملة في مسألة الاذن والوكالة متقومة بالمالكين، والمفروض علمهما، فيكون العلم بالعوضين حاصلاً حين العقد، بخلاف المقام فإن المفروض عدم العلم بهما حين صدوره.

ودعوى أن اللازم من هذا كفاية علم المالك المجيز حين العقد وإن كان الفضولي جاهلاً مدفوعة بمنع ذلك؛ فإن العقد قبل الاجازة ليس عقداً للمالك، بل

يصير عقداً له بعد الاجازة، فعلمه بالعوضين حين العقد لا ينفع مع فرض جهل العاقد، وهذا بخلاف الموكل فأن العقد الصادر من الوكيل يعد عقداً له، فيكفي علمه وإن كان الوكيل جاهلاً، وهذا واضح.

٣٦٠ - قوله ﷺ: (فلا يكفي اتصاف المتعاقدين...الخ)^(١).

أقول: يعني أن مجرد الاتصاف المذكور مع فرض فقد سائر الشرائط لا يكفي.

٣٦١ - قوله ﷺ: (للزومه عليه...الخ)^(٢).

أقول: علة للمنفى، وهو الكفاية، وكذا قوله (لتوقف...الخ)، وقوله (وذلك لأن العقد...الخ) علة للمنفى، أعني عدم الكفاية.

٣٦٢ - قوله ﷺ: (ولو سلم كونها جزء...الخ)^(٣).

أقول: يعني لو سلمنا كونها جزءاً، وقلنا بكفاية حصول العلم قبل تمامية الاجزاء نقول إنها جزء للسبب المؤثر، لا للعقد، وغاية الأمر كفاية حصول العلم قبل تمامية اجزاء العقد، فلا ينفع ذلك إلا في القبول الذي هو جزء له.

٣٦٣ - قوله ﷺ: (نعم على القول بكونها بيعاً...الخ)^(٤).

أقول: فيه أيضاً منع؛ فأن من المعلوم عدم وجوب حضور الأصيل والتفاته حين الاجازة، فلو قلنا إن العقد متقوم بانشاء الايجاب من الأصيل والاجازة من المالك نقول كما أنه لا يضر الفصل الطويل بين الطرفين، كذا لا يضر غيبة الأصيل، ولا عدم التفاته، وأما الفضولي فلا دخل له أصلاً، هذا مع أن القول المذكور في غاية السقوط، كيف ؟ ولازمه عدم الحاجة إلى الانشاء من الفضولي أصلاً، فتأمل.

ثم لا يخفى أن المراد من شروط المتعاقدين التي ذكر المصنف ﷺ أنه لا يجب بقاؤها ليس مثل حياتهما وقابليتهما للملكية، فأن مثل هذين الشرطين يجب

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.

بقاؤهما حين الاجازة بناءً على النقل كشروط العوضين.

٣٦٤- قوله ﷺ: (واعتبارها عليه أيضاً... الخ)^(١).

أقول: قد مرّ منه ﷺ في ذيل بيان الثمرات بين الكشف والنقل الجزم بعدم الاعتبار بناءً عليه، وهو الذي يقتضيه خبر نكاح الصغيرين وغيره من الأدلة السابقة، فراجع، والغرض أن نفى البعد في غير محله، فتدبر.

٣٦٥- قوله ﷺ: (حدأ لا يجوز معه التوكيل... الخ)^(٢).

أقول: كما إذا وكل في أمر مبهم، كأن يقول «وكلتك في شيء أو في تصرف في مالي» مع إرادة الابهام، أو يقول «وكلتك في أحد الأمرين من البيع والنكاح» مع إرادة التردد لا التخيير، وأما ما عدا ذلك فالظاهر صحته؛ إذ لا يعتبر في متعلق الوكالة التعيين، فلو قال «وكلتك في شراء عبد» صح، وإن لم يعينه بالوصف، وكذا لو قال في كل قليل وكثير ونحو ذلك، والظاهر أنه المشهور بينهم، بل عن جامع المقاصد (لا خلاف في أنه لا يشترط أن يكون متعلق الوكالة معلوماً من جميع الوجوه التي يتفاوت باعتبارها الرغبات)^(٣).

نعم في التذكرة^(٤) عن الشيخ أنه لا تصح الوكالة العامة، وهو قول جميع العامة إلا ابن أبي يعلى؛ لما فيه من الغرر العظيم والخطر الكثير؛ لأنه يدخل فيه هبة ماله وتطبيق نسائه واعتاق رقيقه، وأن يزوجه نساء كثيرة، ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة، فيعظم الغرر.

والجواب: أنا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحة.

وفي الشرائع (ولو وكله في شراء عبد افتقر على وصفه ليتفني معظم الغرر، ولو وكله مطلقاً لم يصح على قول، والوجه الجواز)^(٥).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.

(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٢١.

(٤) التذكرة ٢: ١١٩.

(٥) شرائع الاسلام ٢: ٤٢٥.

وعن القواعد قال (الثالث أن يكون معلوماً نوعاً من العلم؛ ليتفي أعظم الغرر، فلو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه ليتفي الغرر، ويكفي لو قال عبداً تركياً وإن لم يستقص في الوصف، ولو اطلق فالأقرب الجواز^(١)).

عنه أيضاً^(٢) عدم الصحة فيما لو قال وكلتك على كل قليل وكثير؛ لتطرق الغرر وعدم الأمن من الضرر، ولو قال بما إلي من قليل وكثير فاشكال.

وعن التذكرة^(٣) الفرق بين الاضافة إلى نفسه كما لو قال «وكلتك في كل أمر هو إلي، أو في كل أموري، أو في كل ما يتعلق بي» فصحيح، وبين ما لم يصفه إلى نفسه، بأن قال «وكلتك في كل قليل وكثير» فباطل.

وعن الشهيد^(٤) التفصيل في توصيف العبد بين عبد القنية وعبد التجارة، فيعتبر الوصف في الأول دون الثاني.

والتحقيق: الصحة في الجميع عدا صورة الابهام والترديد؛ لشمول العمومات بعد تعارف المذكورات ومسيس الحاجة، والاجماع على صحة الاذن في التصرف في ماله عموماً، وارتفاع الحرمة التكليفية به، ولا مانع إلا دعوى الغرر، ودفعه مختص بالبيع، وعلى فرض العموم فلا ينبغي الفرق بين الصور، بل يجب أن يكون حال الوكالة حال البيع، مع أنه خلاف الاجماع؛ إذ الاشكال في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات، وانتفاء معظم الغرر لا يكفي لعدم الدليل على هذا التفصيل.

ثم إن التحقيق: أن الاجازة أيضاً كذلك، فلا يجب كون متعلقها معلوماً للمجيز. ودعوى: أنها لما كانت متعلقة بما وقع - وهو أمر واحد شخصي - فيكون كالتوكيل في أمر مبهم؛ إذ لا يتصور كون متعلقها عاماً، فليس حالها حال الاذن السابق، فإنه يمكن تعلقه بأمر عام.

(١) القواعد ١: ٢٥٤.

(٢) القواعد ١: ٢٥٤.

(٣) التذكرة ٢: ١١٩.

(٤) حكاة في الجواهر عمن حكاة عنه، ٢٧: ٣٥٥.

مدفوعة: بمنع كون هذا فارقاً؛ لا مكان أن يقول أنا راضٍ بما فعل زيد، أي فعل كان من البيع والصلح ونحوهما، فيكون كما لو تعلق بالأمر العام، ولا يكون من الأمر المبهم، فتدبر.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنها بحسب الحقيقة أحد ركني العقد فتشبه القبول كما ترى؛ إذ هي امضاء للعقد على حد الاذن السابق، الذي هو توكيل فيه، وإلا فيمكن أن يقال إن الاذن السابق أيضاً بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، وهذا واضح جداً.

٣٦٦ - قوله رحمه الله: (ومن هنا يظهر... الخ) (١).

أقول: الأقوى عدم اعتبار هذا العلم أيضاً؛ لمنع كونه راجعاً إلى التعليق، مع أن بطلانه مختص ببعض العقود؛ إذ الاجماع الذي هو المدرك لا يشمل الجميع، وعلى فرض عموم معقده لجميعها ليس الاجازة منها، ودعوى كونها في معنى العقد كما ترى، مع أن الاجماع لا يشمل إلا ما كان عقداً حقيقةً، ولا يعم ما كان في معناه.

٣٦٧ - قوله رحمه الله: (فتأمل... الخ) (٢).

أقول: لعله إشارة إلى ما ذكرنا، ويمكن أن يكون إشارة إلى منع ما ذكره في بيان كونها في معنى العقد، من قوله (ولذا يخاطب المجيز... الخ)؛ إذ كون الوفاء بالعقد مختصاً بالعاقدة ممنوع، بل يجب الوفاء على من له العقد سواء كان عاقداً أو أذنأ له في العقد أو مجيزاً له، فتعلق الوجوب به بعد الاجازة لا قبلها لا يكون دليلاً على كونها في معنى العقد.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٩.

□ حكم العقود المترتبة عليه

٣٦٨ - قوله ﷺ: (المجاز إما العقد الواقع... الخ)^(١).

أقول: الغرض من عقد المسألة بيان حكم العقود المتعددة المترتبة، إما بالطبع هو كما هو ظاهر عنوان الفقهاء، أو بمجرد الزمان كما هو ظاهر عنوان المصنف ﷺ، وأن إجازة بعضها هل تقتضي صحة البعض الآخر أو لا ؟

ومجمل الكلام في ذلك أن العقود المتعددة إما واقعة على مال الغير، أو على عوضه في كل طبقة، بأن يكون العوض في كل عقد معوضاً في العقد اللاحق، وعلى التقديرين إما أن يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره كفضولي آخر، ولا اشكال في أن للمالك إجازة أي من العقود شاء، فإن أجاز العقد الواقع على ماله في إحدى المراتب صح ذلك العقد، وكان فسخاً للعقود السابقة إن كانت، لكن بالنسبة إليه.

وأما بالنسبة إلى المشتري - الذي صار مالكاً لذلك المال بالاجازة - فإن قلنا إنه يشترط أن يكون المجيز مالكاً حين العقد فلا يصح له إجازة شيء منها، وإن قلنا بعدم الاشتراط جاز له ذلك؛ لأنه صار مالكاً حين العقد المجاز، وأما العقود اللاحقة إن كانت فإن كان العقد اللاحق من المشتري في ذلك العقد صح بلا حاجة إلى الإجازة بناءً على الكشف، لأنه كان حين العقد مالكاً، وبطل بناءً على النقل، إلا إذا قلنا بعدم اشتراط الملكية حين العقد.

وإن كان من غير ذلك المشتري صح مع إجازته بناءً على الكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناءً على النقل، وبطل على القول بالاشتراط.

وإن أجاز العقد الواقع على عوض ماله في إحدى المراتب صح ذلك العقد وما قبله مما هو مرتب عليه طبعاً كالعقد الأول وغيره مما وقع على العوض في كل مرتبة، بمعنى أن تلك الإجازة لا يصح إلا مع إجازتها، فهي في قوة إجازتها، لا

بمعنى أنها مؤثرة في صحتها، كيف؟ وهي متوقفة عليها، فلو قصد تخصيص
الاجازة بذلك العقد دون ما قبله بطلت؛ لأنه غير مالك لذلك العوض إلا بعد إجازة
العقود السابقة، وأما العقود السابقة التي لا تتوقف صحة هذا العقد عليها فالحال
فيها كما تقدم في الفرض الأول، وأما العقود اللاحقة إن كانت فهي محتاجة إلى
إجازة أخرى بناءً على الكشف، وعلى النقل يبني على ما مر من اشتراط الملكية
وعدمه.

٣٦٩ - قوله ﷺ: (وعلى كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو
عوضه... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن قوله (وقع على المال أو عوضه) بيان لقوله (وعلى كل منهما)،
وكان الأولى اسقاطه من العبارة لثلايوهم جريان هذه الأقسام على التقديرين، مع
أنه إذا كان المجاز العقد الواقع على نفس مال الغير لا يجري تقسيم كون المجاز
أول عقد وقع منه على العوض أو آخره... الخ، وإذا كان العقد الواقع على عوضه لا
يجري تقسيم كونه أول عقد وقع على المال أو آخره... الخ.

والحاصل: أن كون المجاز أول عقد وقع على المال أو آخره... الخ إنما هو على
التقدير الأول، وكونه أول عقد وقع على عوضه أو آخره... الخ إنما هو على التقدير
الثاني، والعبارة موهمة لمجيء كلا التقسيمين على كل من التقديرين، ولو أسقط
قوله (وقع على المال أو عوضه)، وقال «إما أن يكون المجاز أول عقد أو آخره
... الخ» سلمت من ذلك.

وقوله (واقعين على مورده أو بدله) يعني به واقعين على نفس مورد العقد
المجاز سواء كان ذلك المورد نفس مال الغير أو عوضه، أو على بدل ذلك المورد،
أي بدل مال الغير أو بدل عوضه.

ثم لا يخفى أن الأقسام اثني عشر، ستة للفرض الأول، وستة للفرض الثاني،
فإنه لو كان المجاز العقد الواقع على مال الغير، إما أن يكون ذلك أول العقود

الواقعة عليه أو آخره، أو وسط بين عقدين واقعين عليه، أو وسط بين عقدين واقعين على عوضه، أو وسط بين عقدين يكون السابق منهما واقعاً على نفسه، واللاحق على عوضه، أو بالعكس، وهكذا لو كان المجاز العقد الواقع على العوض.

ثم إنَّ المثال الذي جعله جامعاً للجميع، أما جامعته لجميع أقسام الفرض الأول فلائاً أول العقود الواقعة على نفس المال بيع العبد بالفرس، وآخرها يبيعه بالدينار، ويبيعه بالكتاب وسط بين هذين الواقعين على مورده، وبين بيع الفرس بالدرهم، ويبيع الدينار بجارية الواقعين على عوض المورد، ومن ذلك يظهر كونه وسطاً بين المختلفين.

وأما جامعته لجميع أقسام الفرض الثاني فلائاً أول العقود الواقعة على عوض العبد بيع الفرس بالدرهم، وثانيها بيع الدرهم بالرغيف، وثالثها بيع الرغيف بالعسل، ويبيع الدرهم بالرغيف الذي هو الوسط قبله عقد واقع على مورده، وهو بيع الفرس بالدرهم، وعقد واقع على بدل مورده، وهو بيع العبد بالفرس فإنَّ الفرس عوض للدرهم، والعبد عوض للفرس، وبعده عقد واقع على مورده، وهو بيع الدرهم بالحمار، وعقد واقع على بدله، وهو بيع الرغيف بالعسل.

٣٧٠ - قوله ﷺ: (تلززم بلزوم هذا العقد... الخ)^(١).

أقول: يعني عقد العبد بالدينار، فإنه مع صحته ولزومه يكون الدينار لبائعه بالجارية، وهو صاحب الكتاب، وأما مع عدم صحته - كما على القول بالنقل، واعتبار المجيز في الحال - فيكون الدينار لمالكة الأول، وله إجازة هذا البيع.

٣٧١ - قوله ﷺ: (وأما إجازة العقد الواقع على العوض أعني... الخ)^(٢).

أقول: لما فرغ من أقسام الفرض الأول شرع في أقسام الفرض الثاني، وهو كون المجاز العقد الواقع على عوض مال الغير، وإنَّما ذكر بيع الدرهم بالرغيف لأنَّه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

الوسط فيها.

٣٧٢ - قوله ﷺ: (سواء وقعت على نفس مال المالك ... الخ)^(١).

أقول: فإنَّ العبد عوض للفرس، الذي هو عوض للدرهم؛ حيث إنَّ المراد من العوض أعم مما جعل ثمناً في البيع أو مثمناً، ولا يخفى أنَّه لا بدَّ من تقييد ذلك - حتى ملزميته للعقود السابقة - بما إذا كانت مثل بيع الفرس بالدرهم، وبيع العبد بالفرس مما يتوقف صحته هذا المجاز عليه، وإلا فليس كل عقد سابق واقع على العوض كذلك، فإنَّه لو بيع الفرس بغير الدرهم، ثم بيع به، أو بيع العبد بغير الفرس، ثم بيع به، لا يكون اجازة بيع الدرهم بالرغيف ملزمة له، فتدبر.

٣٧٣ - قوله ﷺ: (وملخص ما ذكرنا ... الخ)^(٢).

أقول: لا وجه للعدول عن تعبير الفقهاء - من أنَّ في العقود الواقعة على الثمن يصح المجاز وما بعده، وفي العقود الواقعة على الثمن يصح وما قبله - إلى ما ذكره، مع أنَّه غير مطرد، ولا منعكس، فإنَّه لو باع العبد بالفرس ثم باعه ثانياً فضولاً أيضاً بالكتاب، ثم باعه ثالثاً بالدينار يكون الجميع صادراً من شخص واحد، وهو الفضولي الأول، ومع ذلك لا يصح المجاز وما قبله، بل ولا ما بعده، فإنَّ ما بعده أيضاً موقوف على إجازة المشتري في العقد المجاز.

ولو باع العبد بالفرس، ثم باع غير المشتري الفرس بالدرهم، وباع فضولي آخر غير مشتري الفرس بالرغيف، وباع فضولي آخر الرغيف بالعسل يصح المجاز وما قبله، ويتوقف ما بعده على الاجازة، مع أنَّها صادرة من أشخاص.

فالضابط الجامع المانع: هو أنَّه إذا وقعت عقود على المثلث أو الثمن أو بالاختلاف فاجازة الوسط في قوة إجازة كل سابق يتوقف عليه هذا المجاز، ومؤثرة في لزوم كل لاحق يتوقف على هذا المجاز إذا صدر من المشتري في كل طبقة، وإلا فمع إجازته، هذا على الكشف، وعلى النقل لا يصح شيء من العقود

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

اللاحقة إلا مع إجازة المالك الأصلي حين العقد، فتدبر.

٣٧٤ - قوله ﷺ: (ثم إن هنا إشكالاً في شمول... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن هذا الإشكال إنما يختص بما إذا كان الثمن شخصياً، وإلا فمع كونه كلياً غايته أن المدفوع إلى الغاصب يصير ملكاً له، لكن لا يتعين الثمن فيه، فيمكن حيثئذ إجازة البيع ومطالبة الثمن من المشتري، نعم حيثئذ لا يمكن إجازة العقد الثاني للغاصب؛ لأنه لا دخل له بالمجيز.

ثم إنه ليس إشكالاً في جواز تتبع العقود، بل الإشكال إنما هو في صحة العقد، بل الإشكال إنما هو في صحة العقد الأول، ومنه يسري إلى سائر العقود إلا فيما فرضنا من كون الثمن كلياً، فإن الإشكال فيه إنما هو في التتبع، لا في العقد الأول، ثم إنه مبني على كون الثمن المدفوع إلى الغاصب ملكاً له، وإلا فلا يكفيه مجرد عدم جواز الاسترداد، والقول بملكية الغاصب له مقطوع الفساد وإن نسب إلى ظاهر بعض الكلمات، ثم إنه مبني على القول بالنقل حسبما ذكره الفخر^(٢) وتبعه المصنف ﷺ، وإلا فعلى الكشف لا إشكال كما هو واضح كما بينه المصنف ﷺ.

ثم إن القول بعدم جواز الاسترداد من الغاصب أيضاً مما ينبغي القطع بفساده، فلا إشكال أصلاً، ولا طائل تحت إطالة الكلام على هذا المبنى الفاسد.

فالتحقيق: أنه لا ينتقل الثمن في العقد الثاني إلى الغاصب لعدم كونه مالاً للعوض، وهو الثمن في البيع الأول، فيجوز للمالك تتبع العقود بلا إشكال على الكشف والنقل.

نعم، لو تلف الثمن في البيع الأول قبل الإجازة أشكل الحال بناءً على النقل، لكن لا يختص هذا ببيع الغاصب، بل يجري في جميع المقامات؛ من حيث إنه لا بد من وجود كل من العوضين حين النقل، وقد مر سابقاً، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧١.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨.

٣٧٥ - قوله ﷺ: (لأنَّ العقد جزء سبب ... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنَّ الفخر لم يدع لأسبقيته حتى يرد عليه ذلك، بل ادعى وجوب تقديم حق المجيز، وعلمه بما ذكره، من كون الغاصب مأخوذاً بأشق الأحوال، مع أنَّه يمكن دعوى سبق حق المجيز من حيث الزمان أيضاً، بأنَّ سبب الملكية وإن كان هو العقد والاجازة، فيكون ملكية الغاصب سابقة من جهة تقدّم سببها، وهو الاقباض على الاجازة التي هي جزء سبب ملكية المجيز، إلا أنَّ العقد علة تامة لتعلق حق للمجيز بالثمن؛ حيث جعل ثمناً لماله، فهذا الحق مقدّم على ملكية الغاصب؛ لتقدم سببه على سببها، فالأولى أنَّ يمنع تعلق حق له بالثمن؛ أو حق الاجازة ليس من الحقوق، بل ليس هناك إلا الحكم الشرعي بجواز الاجازة والتملك بها، فتدبر.

٣٧٦ - قوله ﷺ: (فافهم ... الخ)^(٢).

أقول: لعله إشارة إلى أنَّ وجه عدم جواز الاسترداد أو ملكية الغاصب إذا كان هو التسليط المجاني من جانب مالك الثمن؛ حيث إنَّه عالم بعدم كونه مالكا له، ومع ذلك يدفعه إليه فهو مطلق غير مقيد بالاجازة؛ لأنَّ المفروض أنَّ المشتري إنما يشتري من الغاصب بعنوان أنَّه المالك، لا بتوقع إجازة المالك الحقيقي، فتدبر.



(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٦.

□ أحكام الرد وما يتحقق به

٣٧٧ - قوله ﷺ: (لا يتحقق الرد ... الخ) (١).

أقول: قد مرَّ سابقاً أنَّ الرد موجب لانفساخ العقد؛ بحيث لا يقبل الاجازة بعد ذلك، لعدم بقاء المعاقدة والمعااهدة معه، فيتتفي معه أهليته للاجازة. والتحقيق: أنَّه يتحقق بانثائه قولاً بكل لفظ دال عليه، وفعلاً أيضاً بكل فعل دال قصد به انشاؤه، ودعوى وجوب اللفظ كما ترى.

وأما التصرفات الغير المنافية كالتعريض للبيع والتوكيل فيه ونحوهما مع عدم قصد الانشاء بها فلا يكفي فيه، سواء كانت مع الالتفات إلى وقوع العقد أو لا معه، وأما التصرف المفوت للمحل كالبيع ونحوه - بناءً على كونه مفوتاً - فهو لا يوجب الرد بحيث يبطل العقد بالمرة، غايته أنَّه لا يصح معه إجازته، وهو أعم من ذلك، فأنَّه لا يمنع من إجازة المشتري لذلك العقد بناءً على عدم اشتراط الملكية حين العقد فيها، وهذا بخلاف الرد القولي أو الفعلي الحاصل بانثائه فإنَّه لا يمكن لحوق الاجازة ولو من غير الراد؛ لعدم بقاء الأهلية معه.

والحاصل: أنَّ تفويت المحل ليس رداً، وإنَّما غايته عدم صحة الاجازة من المالك معه.

وببقى الكلام في أنَّ البيع والهبة والعق ونحوها موجبة لفوات المحل، ولا اشكال في كونها مفوتة إذا قلنا بكون الاجازة ناقلة أو كاشفة بالكشف الحكمي؛ وذلك لأنَّ المبيع عليهما باقٍ على ملك المالك قبل مجيئها، فله التصرف فيه كيف شاء بمقتضى قوله ﷺ: (الناس مسلطون على أموالهم) (٢)، فيكون تصرفاته صحيحة نافذة، فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة.

وكذا بناءً على الكشف الحقيقي إذا قلنا بالشرط المتأخر، فإنَّ العين مع قطع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.

(٢) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، حديث ٩٩.

النظر عن الاجازة باقية على ملكه، وإنما تخرج عنه بالاجازة، فاذا تصرف فيها كان نافذاً ومانعاً من تأثيرها.

ويحتمل بعيداً القول بأن الاجازة اللاحقة تكشف عن كونها واقعة على مال الغير، فتكون باطلة، لكن فيه أنها وإن كانت كاشفة عن ملكية المشتري حين العقد إلا أن هذا فرع كون المحل قابلاً لها، والتصرف السابق يمنع من ذلك بعد صدق كونه صادراً من أهله في محله؛ إذا المفروض أن العين لا تخرج عن ملك مالكيها إلا بها، فمع قطع النظر عنها لا مانع من تأثير التصرفات فيها واقعاً، لا في مقام الظاهر فقط.

وكذا الحال بناءً على الكشف الحقيقي بمعنى كون الشرط لحقوق الاجازة، فإن الشرط لحقوق الاجازة الواقعة في محلها.

نعم، لو قلنا بالكشف الحقيقي الصرف بحيث لم يكن للاجازة دخل له أصلاً كانت التصرفات باطلة في الواقع إذا لحقتها الاجازة، وكذا لو قلنا إن الشرط لحقوق الاجازة بأي وجه كانت، بأن لم تكن مشروطة بشرط أصلاً، وكان الشرط مجرد وجودها في الخارج، لكنك عرفت سابقاً ضعف هذين الاحتمالين، فالتحقيق أن التصرفات المذكورة واقعة في محلها، ومانعة من تأثير الاجازة في العقد السابق، هذا كله في التصرفات المخرجة عن الملك.

وأما التصرفات الغير المخرجة كالاجارة وتزويج الأمة ونحوهما فهي لا تنافي وقوع الاجارة، فيحكم بصحتها وصحة الاجازة أيضاً، غاية أنه يستقل الملك المسلوب المنفعة إلى المشتري، فيكون كما لو انتفع المالك بالسكنى واللبس ونحوهما، فيجب عليه دفع أجرة المثل إلى المشتري، وأما الاستيلاء فهو من التصرف المفقوت للمحل كالبيع والعق.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره المصنف رحمه الله من الحكم بالتنافي بينهما وبين الاجازة، وفي عد الاستيلاء في عدادها مع أنه من قبيل البيع والعق، فتدبر.

٣٧٨ - قوله ﷺ: (والهبة تزويج... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن مراده تزويج البنت المزوجة فضولاً، لا تزويج الأمة المبيعة، فإنه ذكره بعد ذلك في عداد الاجازة والاستيلاء، فتدبر.

٣٧٩ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: ويمكن أن يكون إشارة إلى ما ذكرنا من منع المنافاة والمناقضة، ويمكن أن يكون إشارة إلى عدم الفرق بين السكنى واللبس وما سبق من الاجارة وتزويج الأمة والاستيلاء، فيجري فيهما الاشكال فيها.

٣٨٠ - قوله ﷺ: (هو العقد الملحق بالاجازة... الخ)^(٣).

أقول: يعني على وجه لا يكون للاجازة دخل أصلاً، أو كان الشرط لحوقها مطلقاً من غير اشتراط فيها بكونها في محلها حسبما ذكرنا.

٣٨١ - قوله ﷺ: (كانت التصرفات مبنية... الخ)^(٤).

أقول: حتى مثل البيع والعنق نحوهما.

٣٨٢ - قوله ﷺ: (أما الأول فهو رد فعلي... الخ)^(٥).

أقول: الظاهر أن المراد كونه رداً إذا قصد به انشاؤه، وإلا فمع عدمه لا يكون رداً بمجرد الالتفات؛ إذ هو أعم من قصد الرد وعدمه، ومع عدم القصد لا يصدق الرد الفعلي حتى يشمل الأدلة المذكورة.

٣٨٣ - قوله ﷺ: (مثل ما وقع في نكاح العبد... الخ)^(٦).

أقول: كما في موثقة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألت عن مملوك تزوج بغير إذن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

سيده؟ فقال ﷺ: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته، وإن شاء فرّق بينهما^(١)، وفي خبره الآخر عنه ﷺ (سألت عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه؟ فقال ﷺ: ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، وللمرأة ما أصدقها)^(٢).

٣٨٤- قوله ﷺ: (وما ورد في من زوّجته... الخ)^(٣).

أقول: كخبر محمد بن مسلم عن الباقر ﷺ (أنه سأله عن رجل زوّجته أمه وهو غائب؟ قال ﷺ: النكاح جائز، إن شاء المزوج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه)^(٤).

ولا يخفى ما في الاستدلال بهذه الروايات، فإنه لا يستفاد منها أزيد من عدم صحة العقد مع تفريق المولى، ومع ترك الولد، وهذا ليس محلاً للاشكال، وإنما هو في عدم بقاء أهلية العقد للاجازه، وعدم تأثيرها بعد ذلك، ولا يستفاد منها ذلك.

بل يمكن أن يقال: إن مقتضى اطلاق قوله (إن شاء أجازته)، وقوله ﷺ (إن شاء الزوج قبل) جواز ذلك حتى بعد الرد القولي أيضاً، فضلاً عن الفعلي. وبالجمله: لا دلالة في هذه الأخبار إلا على عدم نفوذ العقد بدون الاجازه، والمدعى كون الرد فاسخاً للعقد بحيث لا ينفعه الاجازه، ولعل هذا واضح، ولا يخفى أن هذا الذي ذكرنا غير ما ذكره المصنّف ﷺ في قوله (إلا أن يقال إن الاطلاق مسوق... الخ) فإن مقتضى ما ذكرنا عدم الدلالة حتى مع كون الاطلاق مسوقاً لبيان الكيفية أيضاً، فإن غايته أنه لا ينفذ العقد مع الترك الفعلي أيضاً، وهذا أعم من أن يخرج عن القابلية بالمرة، نعم يرجع ما ذكره إلى ما ذكرنا لو كان المراد كون الاطلاق مسوقاً لبيان كيفية الرد من حيث كونه فسخاً للعقد، وعدم كونه مسوقاً

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد، ح ٣.

لذلك، فتدبر.

٣٨٥ - قوله ﷺ: (أَنَّ المانع من صحة الاجازة ... الخ)^(١).

أقول: هذا الوجه هو العمدة في المقام بناءً على تماميته في الرد القولي، وإن كان فيه اشكال من حيث امكان منع خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه أحد الطرفين، بمعنى عدم أهلية العقد بعد ذلك لاجازته، بل يمكن منع كون رد القابل لايجاب الموجب موجباً لبطلانه؛ بحيث لو بداله فقبل قبل فوات الموالة لم يكن صحيحاً، نعم لو ردّ الموجب ايجابه قبل قبول القابل خرج عن الأهلية عرفاً.

والحاصل: أنَّ بطلان العقد بمجرد الرد أنا ما أو أزيد ممنوع، ولو سلم ذلك في الرد بين الايجاب والقبول لا يسلم في المقام؛ لأنَّ العقد وقع بين الفضولي والأصيل جامعاً لجميع الشرائط، وليس له حالة منتظرة لإرضا المالك، فاذا حصل أثره، بخلاف ما إذا تخلل الرد بين الايجاب والقبول فإنه يمكن دعوى عدم صدق المعاهدة معه.

ويؤيد ما ذكرنا صحيحة محمد بن قيس^(٢) في بيع الوليدة، حيث إنَّ الاجازة فيها بعد الرد كما تقدم الكلام فيها، وحيث أنَّ فلا دليل على مبطلية الرد إلا الاجماع المنقول، ولا تعويل عليه إذا كان النص على خلافه، نعم لو اعتمدنا عليه وجب الاختصار على الرد القولي؛ إذ في الفعلي لاجماع، فيبقى على مقتضى القاعدة من عدم المبطلية، ولو شك فمقتضى الأصل بقاء الأهلية، فتأمل.

٣٨٦ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى فحوى الاجماع ... الخ)^(٣).

أقول: يمكن دعوى أنَّ هذا الاجماع تقديرى، فإنَّ الظاهر من بعض كلماتهم أنَّ الفسخ يحصل بالتصرفات المذكورة ولو مع عدم قصد انشاء الفسخ بها، ولعلمهم يجعلونها نظير كون انكار الطلاق رجعة، مع أنَّ من المعلوم أنَّ المنكر ليس قاصداً

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

للرجوع.

ويمكن توجيهه بأن علاقة الملكية باقية للذي الخيار، فيجوز له التصرف الموقوف على الملك من جهتها، وإذا تصرف بالبيع مثلاً فلازمه انفساخ البيع السابق، وإذا كان نظر بعض المجمعين إلى ما ذكرنا، بل احتمال ذلك بالنسبة إلى بعضهم لا يمكن التمسك بهذا الاجماع لاثبات صحة انشاء الفسخ بهذه التصرفات كما هو المدعى، وإذا لم يثبت ذلك في فسخ ذي الخيار فلا يمكن التمسك بفحواه للمقام.

٣٨٧ - قوله ﷺ: (وإلا فتوقفها على الملك... الخ)^(١).

أقول: يعني لو قيل إن الوجه في حصول الفسخ بها ليس دلالتها على قصد الفسخ وانشائه، بل الوجه فيه توقف التصرفات المفروضة على الملك... الخ، فلازم جوازها حصول الفسخ بها أو قبلها وإن لم يكن المتصرف قاصداً له. بأن يقال: إن مقتضى ذلك بطلان تلك التصرفات، لا حصول الفسخ بها؛ وحيث لم يحكموا ببطلانها كشف ذلك عن كون نظرهم إلى حصول الفسخ بها من جهة دلالتها على القصد وانشائه بها.

قلت: كون مقتضى التحقيق ذلك لا يقتضي كون نظر جميع المجمعين إليه، فيمكن أن يكون نظر بعضهم إلى هذا الوجه وإن كان فاسداً، ومعه لا يتم الاجماع، مع أنه يمكن توجيهه بما ذكرنا، من كفاية بقاء العلاقة في صحة التصرفات، مع أن ما ذكره المصنف ﷺ من كون الوجه دلالتها على قصد الفسخ لا يدفع الاشكال؛ لأن المفروض توقف التصرفات المذكورة على الملك، وهو لا يحصل إلا بعد الفسخ، فانشاؤه لا ينفع في وقوعها في الملك، إلا أن يقال إن الفسخ يحصل بمجرد نية تلك التصرفات، لا بنفسها، وهو كما ترى، وإن اختاره المصنف ﷺ هناك، وإن شئت تحقيق الحال فراجع ما علقناه على الخيارات^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

(٢) ج ٣ تعليقة ٥٩٤.

٣٨٨ - قوله ﷺ: (نظير انكار الطلاق... الخ)^(١).

أقول: يعني أنه لا يمكن أن يجعل المقام نظير ما ذكره في باب الطلاق من حصول الرجعة فيه بمجرد الانكار، مع أنه غير قاصد لانشاء الرجوع، بل مقتضى اطلاق كلامهم حصوله به ولو كان معتقداً لعدم الطلاق، وغير ملتفت إلى وقوعه، ومعه لا يمكن قصد الرجوع به، ووجه عدم الامكان أن ذلك الحكم في ذلك المقام إنما ثبت بالنص الخاص، وهو صحيحة أبي ولاد عن أبي عبد الله ﷺ (سألت عن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً، يعني على طهر من غير جماع، وأشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك؟ فقال ﷺ: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدة فإن انكاره للطلاق رجعة لها، وإن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فإن على الامام أن يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ما تستحلف أن انكاره الطلاق بعد انقضاء العدة، وهو خاطب من الخطاب)^(٢). وما عن فقه الرضا (وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق، فيكون انكار الطلاق رجعة)^(٣) فلا يمكن قياس ما نحن فيه عليه.

مع أنه يمكن أن يقال: إن الوجه في كون انكار الطلاق رجعة هو كون المطلقة رجعية زوجة أو بحكمها، فيكفي كل لفظ أو فعل دال على التمسك بزوجيتها، وإن لم يقصد به انشاء الرجوع، فليس الرجوع فيه من قسم الايقاعات المحتاجة إلى قصد الانشاء، ولعل هذا الوجه ظاهر كلام المحقق؛ حيث قال (ولو أنكر الطلاق كان ذلك رجعة؛ لأنه يتضمن التمسك بالزوجية، وهو الظاهر من الآية الشريفة ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾^(٤) (٥)).

وهذا الوجه غير جارٍ في المقام، إذ المقصود حصول الانفساخ للعقد بحيث

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق، ح ١.

(٣) المستدرک ١٥: ٣٢١، حديث ١٨٣٧٦.

(٤) البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٥) شرائع الاسلام ٢: ٥٩٤.

يخرج عن أهلية الصحة بالاجازة، وهو لا يحصل بما يدل على التمسك بالملكية، بل موقوف على قصد الانشاء الغير الحاصل بالفرض، وكذا باب الفسخ بالخيار، وإن كان يمكن إلحاقه بباب الطلاق، بدعوى بقاء علة الملكية الكافية في صحة التصرفات حسبما أشرنا إليه، فتدبر.

٣٨٩ - قوله ﷺ: (فإن بعض المعاصرين يظهر منه ... الخ)^(١).

أقول: دعوى الاتفاق وإن كانت في غير محلها، بل ينبغي القطع بكفاية الاجازة الفعلية، إلا أنه يمكن تصحيح عدم كفاية الرد الفعلي بما أشرنا إليه من أن مقتضى القاعدة بقاء أهلية العقد وعدم انفساخه بالرد، وأن العدة في مبطليته هو الاجماع، والقدر المتيقن منه على فرضه هو الرد القولي حسبما أشار إليه المصنف ﷺ أيضاً.

٣٩٠ - قوله ﷺ: (فالظاهر أن الفسخ بها ... الخ)^(٢).

أقول: ظاهره ما صرح به في محله من أن الفسخ إنما يحصل بمجرد القصد إلى التصرفات، فلا يكون الفسخ بها، بل قبلها؛ ولازم ذلك التزام حصوله في الفسخ القولي أيضاً بمجرد القصد، وهو كما ترى، وتحقيق الحال ما ذكرناه هناك، فراجع.

بقي أمور:

الأول: الظاهر أن الرد قبل وقوع العقد لا اعتبار به، فيجوز الاجازة بعده، بمعنى أنه لا ينعقد باطلاً؛ فذلك لأن انشاءه قبل وقوع المتعلق لا يؤثر شيئاً، كما في الفسخ قبل صدور العقد الخياري، ولعله واضح.

ودعوى أن ذلك منه منافي لا مكان كونه أحد الطرفين، فلا يصير بعد ذلك طرفاً للعقد عرفاً بسبب الاجازة كما ترى.

الثاني: بناءً على جواز اجازة قبض الثمن إذا قبضه البائع، فهل الرد قبلها مانع عن تأثيرها بعد ذلك أو لا؟ الظاهر عدم كونه مانعاً، فإن القبض ليس من العقود ولا من الايقاعات ليبطل بالرد؛ بحيث يخرج عن أهلية الاجازة، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٢.

الثالث: إذا باع الفضولي عن المالك أو عن نفسه ثم فسخه أو رده فهل يبطل بذلك فلا يبقى محل لاجازة المالك؛ لأنه إنمّا يجيز العهد الصادر منه، وقد خرج عن كونه عاهداً بسبب فسخه أو رده، فلا يبقى عقد قابل لتأثير الاجازة فيه أو لا ؟ لأنه أجنبي، فبعد صدور العقد منه صار للمالك، وكما لا تأثير لفسخ سائر الأجانب، فكذا لا تأثير لفسخه أيضاً، وجهان، أقواهما الثاني، ويحتمل بعد الفرق بين الغاصب البائع بالخيار ثم فسخه بخياره فلا يصح إجازة المالك لعدم بقاء المعاهدة عرفاً وبين غيره، كما إذا باع عن المالك، أو لم يكن له خيار فإن فسخه حيثئذ في غير محله عرفاً أيضاً، فلا مانع من بقاء المعاهدة وتأثير الاجازة فيها.

ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا بيع مال الطفل فضولاً، وكانت المصلحة في إجازته فرده الولي بناءً على وجوب مراعاة المصلحة، فإن رده هذا غير مؤثر في البطلان، فيجوز له الاجازة بعد ذلك؛ وذلك لأنه أجنبي بالنسبة إلى هذا الرد؛ لأنه غير مأذون فيه، بل لو قلنا في الفرض الأول ببطلان العقد برد الفضولي لا نقول به في هذا الفرض؛ لأنّ العهد فيه غير متقوم بالولي وغير صادر عنه، بخلاف الفرض الأول فإنه لما كان هو العاهد أمكن أن يقال: لا يبقى عهده برده، فلا محل للاجازة، فتدبر.

الرابع: إذا باع الفضولي بالخيار فقال المالك في زمان بقاء الخيار «فسخت»، فالظاهر أنه امضاء للعقد وفسخ من حين صدور هذا القول بناءً على كون الاجازة كاشفة، فإنه لا مانع من انشاء الفسخ والاجازة بلفظ واحد إذا كان قاصداً لهما؛ لأنّ المتعلق مختلف، فالاجازة تتعلق بالعقد من حين وقوعه، والفسخ به باعتبار البقاء من حينه، هذا على الكشف الحقيقي.

وأما على الحكمي والنقل فلا يعقل ذلك؛ لاستلزامه حصول التملك والفسخ في زمان واحد، ولا يعقل كون شيء واحد سبباً للنقيضين، وأما على الأول فليسا نقيضين كما قلنا؛ حيث إنّ الاجازة امضاء للعقد باعتبار الزمان السابق، والفسخ متعلق به باعتبار استمراره بعد ذلك، فالمتعلق مختلف، هذا إذا لم يقصد من قوله «فسخت» الرد، وإلا فلا يكون إجازة، وهو واضح.

الخامس: إذا اختلفا في أنه هل ردُّ العقد فلا تكون إجازته نافعة، أو لا فيصح إجازته، فالقول قول المالك؛ لأنَّ الأصل عدم الرد، وكذا إذا ردُّ واختلفا في أنه أجاز قبل ذلك فلا تأثير لرده أو لا، فإنَّ القول فيه أيضاً قول المالك؛ لاصالة عدم الاجازة. السادس: الظاهر أنه لا يعتبر في الرد معلومية خصوصيات العقد، فلو علم بوقوع عقد على ماله فقال رددته مع جهله بكونه بيعاً أو غيره ويكون العوض كذا وكذا أو نحو ذلك صح رده، وبطل العقد.

○ مسألة: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

٣٩١ - قوله ﷺ: (ممن وجده في يده ... الخ)^(١).

أقول: وكذا له مطالبته من البائع، بل من كل من ترتب يده عليه، وله الالتزام برده وإن كان فيه مؤونة كما سيصرح به المصنّف ﷺ.

٣٩٢ - قوله ﷺ: (ومع التلف يرجع ... الخ)^(٢).

أقول: وكذا إلى البائع وغيره ممن ترتب يده عليه، ولا وجه للتقييد بقيمة يوم التلف، بل يجيء فيه جميع الأقوال والاحتمالات المذكورة في المقبوض بالعقد الفاسد.

٣٩٣ - قوله ﷺ: (ثم نقضت عند الأخير ... الخ)^(٣).

أقول: يعني قبل وصولها إلى يده، وإلا فلو فرض نقصانها عنده يجوز الرجوع بها عليه أيضاً، ومجمل الكلام أنه بناءً على ضمان الأعلى إذا فرض زيادة القيمة في بعض الأيدي المتعاقبة ونقصانها في بعضها يجوز للمالك الرجوع بتلك الزيادة ومطالبتها ممن حصلت في يده، ومن كل من تقدم عليه يده، ولا يجوز مطالبتها ممن تأخرت يده عنها، فلو فرض نقصانها في يد الأول، وحصول الزيادة في بعض الأيدي المتأخرة، ثم نقصانها يجوز له الرجوع بها إلى الأول، وإن لم

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

يحصل ملك تلك الزيادة في يده؛ لأنه إذا حصلت العين في يده فهو ضامن لجميع حالاتها، وإن كانت حاصلة عند غيره من الأيادي المترتبة على يده، وأما من لم تحصل في يده ولا في يد من تأخره فلا يجوز الرجوع عليه إلا بالقيمة حين كونها في يده، أو بالزيادة الحاصلة بعده، هذا ولكن الظاهر أن قرار ضمان الزيادة على من نقصت في يده.

ثم إن الكلام في الزيادة العينية أيضاً كذلك، فلو كان المبيع غنماً مهزولاً ثم سمن، ثم هزل يكون ضمان السمن المفروض على الأول وكل من كان سميناً عنده، أو عند من تأخر عنه، وأما من كان حين كونه في يده مهزولاً ولم يصر بعد سميناً فلا يضمن ذلك، نعم قرار الضمان بالنسبة إلى ذلك أيضاً على من تلفت الزيادة عنده.

والحاصل: أن للمالك الرجوع^(١) على من شاء من الأيدي بالنسبة إلى أصل القيمة، ويجوز له الرجوع على الكل بالنسبة أو بالاختلاف، وقرار الضمان على من تلفت العين في يده إذا لم يكن مغروراً، وإلا فعلى غاره. وأما بالنسبة إلى الزيادة الفعلية أو السوقية بناءً على ضمان أعلى القيم فله الرجوع بها على من حصلت في يده، أو في يد من تأخر عنه، ولكن قرار ضمانها على من نقصت عنده.

٣٩٤ - قوله ﷺ: (وجهان ... الخ)^(٢).

أقول: أوجههما بحسب القواعد الثاني؛ لعموم دليل الاقرار الذي لا يخصه إلا بما يكون معتبراً، ولا دليل على اعتبار الظهور المقابل فإنه ليس ظهوراً مستنداً إلى اللفظ حتى يكون من الظنون الخاصة.

ثم هذا كله بالنسبة إلى مقام المرافعة ومعاملة الحاكم الشرعي معه على فروض كون البائع مصرأً على دعوى الملكية، وأن المدعي كاذب في دعواه، فإن المشتري

(١) الصحيح ما أثبتناه، وفي الاصل «ان المالك في الرجوع».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤.

إذا أقرُّ بكون المال للبائع يكون مقراً بأن المدعي يكون ظالماً له، فلا وجه لرجوعه بالثمن على البائع، وأما بالنسبة إلى تكليفه بينه وبين الله تعالى فمع علمه بكذب المدعي أو البائع فلا اشكال، وأما مع جهله بالحال، وفرض كون البائع مصرّاً على دعوى الملكية، واحتماله صدقه فهل له أن يرجع عليه بالثمن تعويلاً على حكم الحاكم بكون المال للمدعي، وكون البائع غير مالك أو لا؛ لأنّ المفروض أنّ العين كانت في يد البائع، وظاهرها الملكية، ولم يعلم خلافه، غاية الأمر حكم الحاكم بكون المال للمدعي في الظاهر فصلاً للخصومة، ولذا يجوز للمشتري بعد الشراء أن يحلف على كون المبيع له كما هو مقتضى خبر حفص بن غياث^(١).

الحق في ذلك التفصيل بين ما لو كان الحاكم للمدعي مستنداً إلى البينة، وما لو كان من جهة نكول المدعى عليه، واليمين المردودة، فعلى الأول له الرجوع على البائع؛ لأنّ يده وإن كانت أمانة شرعية إلا أنّ البينة الشرعية المعتبرة عند الحاكم طريق إلى الواقع وحاكم عليها، فثبت شرعاً كون المبيع لغير البائع، وكون بيعه باطلاً.

بخلافه على الثاني فإن حكم الحاكم حيثئذٍ طريق لفصل الخصومة في الظاهر، فلا يحكم معه ببطالان البيع واقعاً، نعم يؤخذ منه المبيع في ظاهر الشرع، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المدعي ترافع مع المالك أو مع المشتري، ولذا لا يكفي حكم الحاكم على واحد من المشتري والبائع بالنسبة إلى الآخر، بل لو ترافع مع أحدهما بقي الآخر على دعواه، نعم لو أثبت المدعي دعواه بالبينة لا يحتاج إلى مرافعة ثانية إلا بالنسبة إلى حق جرح الشهود.

والحاصل: أنّ المدعي للملكية يكون طرفاً لكل من البائع والمشتري، فله أن يرافع مع كل منهما، وإذا حكم به الحاكم في إحدى المرافعتين بمقتضى اليمين المردودة عليه يبقى مرافعته مع الآخر، وهذا نظير ما لو كانت العين مرهونة عند واحد فادعى ثالث أنّ الراهن لم يكن مالكاً ولا مأذوناً، أو كانت مستأجرة فادعى

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى، ح ٢.

ثالث أن المؤجر لم يكن مالكا، فإنه لو ترفع مع الراهن أو المؤجر وحكم له الحاكم ليس له أن يأخذ العين من المرتهن والمستأجر، بل هما على دعواهما، وإذا ترفع معهما وردَّ اليمين على المدعي فحلف وأخذ منهما العين ليس للمستأجر الرجوع على المؤجر بالاجرة بمجرد ذلك، وكذا بالنسبة إلى مقامنا إذا ردَّ المشتري اليمين على المدعي فحلف، وأخذ المبيع ليس له الرجوع على البائع بالثمن، هذا ما يقتضيه النظر عاجلاً، ولم أرَ من تعرض للمسألة أو لنظيرها، فعليك بالمراجعة.

٣٩٥ - قوله ﷺ: (وفقاً للعلامة وولده... الخ)^(١).

أقول: وللمحقق في بعض تحقیقاته، ولصاحب الكفاية على ما حكاه عنهما في الجواهر^(٢) وخلافاً لما عن ظاهر المشهور، فإنهم على ما في المسالك^(٣) أطلقوا القول بعدم الرجوع مع العلم بالغصب، فيشمل كلامهم صورة البقاء أيضاً، بل عن التذكرة حكاية الاجماع عليه حيث قال (ولو كان عالماً لم يرجع بما اغترم، ولا بالثمن مطلقاً عند علمائنا)^(٤)، ولكنه قال بعد ذلك (والأقوى الرجوع مع بقاء العين لعدم الانتقال، بخلاف التالف فإنه إباحة بغير عوض)، وعن تلخيص التلخيص أنه قال (اطلق الاصحاب كافة ذلك)^(٥)، وعن الايضاح^(٦) نسبة عدم الرجوع حتى في صورة البقاء إلى قول الاصحاب تارة، وإلى بعضهم^(٧) أخرى، وعن جامع المقاصد أنه قال (يمنع استرداد العين عند الاصحاب وإن بقيت)^(٨)، وفي الجواهر (العمدة ظهور اطباق الاصحاب الذي قد عرفت الاعتراف منهم بأن معقده مطلق شامل لصورتی البقاء والتلف)^(٩) هذا.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٥.

(٣) مسالك الافهام ٣: ١٦٠.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٥) حكاه عنه الجواهر ٢٢: ٣٠٥.

(٦) ايضاح الفوائد ١: ٤١٨.

(٧) وفي نسخة «ب» نصهم.

(٨) جامع المقاصد ٤: ٧١.

(٩) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٦.

والظاهر كما هو مقتضى عبارة المسالك وتخليص التلخيص والجواهر أن نسبة هذا القول إلى المشهور أو المجمع عليه إنما هو من جهة اطلاق كلماتهم في عدم الرجوع، وإلا فلم أجد من نقل عنه الخلاف صريحاً.

ثم إن الظاهر أن مراد القائلين إنما هو عدم جواز الرجوع مع بقاءه على ملك المشتري، وليس مرادهم أنه ينتقل إلى البائع قهراً، فهم معترفون ببقاءه على ملك المشتري، والظاهر أن عدم جواز الرجوع عندهم بناءً على قولهم به إنما هو إذا لم يكن البائع دافعاً باختياره، وإلا فلو أراد الدفع تخلصاً عن التصرف في مال الغير فلا يظهر من كلامهم المنع من جواز أخذه، بل يمكن حمل كلامهم على صورة ادعاء البائع صحة البيع، وكون المبيع ملكاً له، وكونه مصرأً على ذلك، لا ما إذا كان معترفاً ببطلانه، وكون الثمن من مال المشتري.

وكيف كان الأقوى هو الأول، بل ينبغي القطع ببطلان الثاني؛ وذلك لأنه إن أريد كون البائع مالكاً للثمن فليس هناك سبب مملك، ولا دليل على الملكية القهرية، وإن أريد منع الرجوع مع بقاء ملكية المشتري فهو منافٍ لعموم قاعدة السلطنة، وقياسه على المال الذي حلف عليه المنكر؛ حيث إنه مع كونه من مال المدعي في الواقع لا يجوز له أن يتصرف فيه، ولا المقاصة من مال المنكر لا وجه له؛ إذ في المقيس عليه الحكم ثبت على خلاف القاعدة للنصوص الخاصة الناصة، نعم لو فرض وجود الدليل في المقام أيضاً كان التنظير بذلك الباب مناسباً لرفع الاستبعاد. كما أن التقريب الذي ذكره في الجواهر من أن وجه المنع من الرجوع مع كونه من ماله عقوبته على ما فعله من الاقدام على شراء المغصوب، إنما يناسب أن يكون حكمة للحكم بعد فرض ثبوته، ولا يصلح أن يكون دليلاً كما هو واضح.

٣٩٦ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يكون إشارة إلى ما ذكره ﷺ سابقاً من أن فوات محل الاجازة إنما يلزم بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف - كما هو المختار - فلا؛ وذلك لأن

المالك المجيز إنما ملك الثمن من أول الأمر، فلا يمكن أن يملكه البائع، فلعل القائلين بعدم جواز الرجوع إنما يقولون به بناءً على النقل.

ويمكن أن يكون إشارة إلى إمكان الالتزام بعدم صحة البيع بالاجازة حيثئذ فيما لو كان المشتري عالماً بالغصبية، هذا مع أن الاشكال إنما يرد فيما لو كان الثمن شخصياً، وفرض المقام أعم من ذلك ومن كونه كلياً، ولعل المشهور قائلون بعدم جواز الرجوع في الصورة الثانية فقط، فتدبر.

ويمكن أن يكون راجعاً إلى كلا الوجهين، ويكون إشارة إلى أن القائل بعدم جواز الرجوع لا يقول بملكية البائع حتى يورد عليه بهذين، بل يقول بعدم الجواز مع تسليمه لكونه باقياً على ملك المشتري، فتدبر.

٣٩٧- قوله ﷺ: (وهل يجوز للبائع... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن القولين إنما هما بناءً على اختيار القول الأول، أو القول الثاني مع فرض البقاء على ملك المشتري، وإلا فبناءً على القول بملكية البائع للثمن لا وجه لعدم جواز تصرفه فيه، ولا يكون من الأكل بالباطل، وإن كان أصل التملك باطلاً وحراماً، فإنه بعد فرض الاقدام على التملك بهذا الوجه المحرم وحصول الملكية بالفرض لا يكون التصرف إلا في ماله، فتدبر.

٣٩٨- قوله ﷺ: (فالمعروف عدم... الخ)^(٢).

أقول: حكى عن المحقق في بعض تحقیقاته الرجوع مطلقاً في صورة التلف.

٣٩٩- قوله ﷺ: (توضیح ذلك... الخ)^(٣).

أقول: لا بأس بالإشارة إلى ما عندي في المسألة على سبيل الاجمال حسبما يقتضيه الاستعجال، اعلم أن عمدة الدليل على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد وغيره من موارد الضمان إنما هو قاعدة من أتلف في خصوص الاتلاف،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٦.

وقاعدة اليد فيه وفي التلف السماوي، وإلا فما ذكره المصنّف ﷺ من قاعدتي الاقدام على الضمان، وما يضمن بصحيحه يضمن بفساده لا وجه لهما حسبما عرفت سابقاً.

ومن الغريب التشبث بهما مع عدم الدليل عليهما أصلاً، وأغرب من ذلك شرح عبارة القاعدة الثانية، والتكلم في ألفاظها حسبما مر من المصنّف ﷺ، مع أنها ليست بمدلول خبر من الأخبار، لا مورداً للاجماع.

وبالجملة: فالمرجع والمدرک ليس إلا ما ذكرنا من القاعدتين، ولا اشكال في عمومهما للظالم والجاهل والمجنون والعاقل والصبي والبالغ والمأذون وغيره في الجملة، ولا بد في الحكم بخروج خارج من إقامة الدليل على التخصيص كما في باب الامانات، أو دعوى الانصراف من جهة من الجهات كما لا يبعد ذلك أيضاً في الامانات.

ثم اعلم أن من جملة ما خرج من القاعدتين، وحكم فيه بعدم الضمان ما إذا أقدم المالك على هتك حرمة ماله، وأسقط احترامه، فأدّ المعروف بينهم أن من جملة مسقطات الضمان قاعدة اسقاط الاحترام والاقدام على عدم الضمان.

ومن مواردها: ما إذا دفع ماله إلى صبي غير مميز أو مجنون بعوض أو بغير عوض مع العلم بذلك.

ومنها: ما لو أذن في اتلافه بلا عوض، كما إذا قال «إلق هذا في البحر» وليس عليك ضمانه ونحو ذلك.

ومنها: ما لو باعه بلا ثمن أو أجره بلا أجره ودفعه إليه أو أذن في قبضه، بل يكفي الاذن الحاصل من البيع والاجازة.

ومنها: ما لو دفعه بعوض لا مالية له عرفاً كالحشرات والديدان ونحوهما كما جعله عوضاً للحر مع العلم بذلك، وأما ما لا مالية له شرعاً له كالخمر والخزير فلا يكون من ذلك؛ إذ لا يعد هتكاً لحرمة المال عرفاً، والمناط هو صدق الهتك العرفي، وإذا كان الشيء مما يبذل بازائه المال في نظر العرف مع قطع النظر عن

الشرع لا يصدق معه عنوان هتك الحرمة واسقاط الاحترام وإن كان عالماً بذلك ومعتقداً للشرع؛ فإنه ربما يكون بانياً على العصيان.

إذا عرفت ذلك فنقول: مقتضى القاعدتين الضمان في المقام، بل في مطلق العقود الفاسدة إلا إذا صدق عنوان إسقاط الاحترام من غير فرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، وصدق هذا العنوان مختلف باختلافات المقامات الشخصية، فليس كل بيع غاصب مما يصدق عليه ذلك، كما أنه ليس كل عقد فاسد من غير هذه الجهة مما يصدق عليه عدم الاسقاط، ألا ترى أنه لو كان الغاصب ممن تسلط على المال؛ بحيث لا يقدر المالك على أخذه منه، وكان المشتري أيضاً ممن يثق من نفسه القدرة على منع المالك منه، وكان بانياً على ذلك، أو كان المالك ممن لا يطلع على هذا، أو مجهولاً، أو نحو ذلك مما يعد الغاصب في نظر العرف - مع الاغماض عن الشرع - مالكا للمال، لا يصدق على دفع الثمن من المشتري بازاء مثل هذا اسقاطاً لحرمة ماله، فأنهما قاصدان للمعاوضة كما في البيوع الصحيحة.

وأما لو كان بحيث لا يوثق بعدم أخذ المالك المال من المشتري، بل كان في غرضه الاسترداد منه، فيصدق على دفعه الثمن عوضاً عنه أنه أسقط حرمة ماله، فالحال يختلف باختلاف المقامات، كما أنه في سائر البيوع الفاسدة أيضاً كذلك، فإنه قد يكون البائع ممن لا يدفع العوض إلى المشتري مع اطلاعه على أن البيع فاسد، أو يرجع عليه إذا دفعه إليه فلا يوثق بوصول المبيع إلى المشتري، أو بقاءه في يده، فلو دفع الثمن مع هذا الوصف يعد من المسقط لاحترام ماله، لكن الاقدام على البيع والشراء مع فرض عدم الوثوق فرض نادر في المقامين، فلا بأس باطلاق القول بأن مقتضى القاعدة الضمان في المقام كما في سائر العقود الفاسدة، إلا ما أشرنا إليه من الموارد التي عرفت صدق عنوان هتك الحرمة فيها.

وبالجملة: مقتضى عموم على اليد، وعموم من أتلف الضمان، والقدر الخارج إما للاجماع أو للانصراف هو صورة القدام على هتك الحرمة، واسقاط الاحترام، والدفع المجاني، ولا يصدق هذه العناوين بعد فرض كون قصد المتعاقدين

المعاملة الحقيقية من جهة بنائهم على كون ما بأيدي السراق والغصاب والظلمة من أموالهم ومعاملتهم معها معاملة الأموال، فإن المفروض أن المشتري إنما يدفع الثمن عوضاً عن هذا المال، لا عن رفع البائع يده عنه، فليس من قصده الاستنقاذ، بل المعاملة الحقيقية، وكذا البائع، فلا يكون هاتكاً لحرمة ماله عرفاً، ولا يصدق على ذلك التملك أو التسليط المجاني، نعم يصدق الهتك الشرعي بعد فرض عدم امضاء الشارع، لكنه ليس بمنط كما عرفت، فإن المنط هو الهتك العرفي مع الاغماض عن امضاء الشارع وعدمه، كيف ؟ والهتك الشرعي متحقق في جميع المعاملات الفاسدة.

فظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، فإن المدار في الجميع هو صدق الهتك وعدمه، والانصاف عدمه، وليس المنط تضمين البائع وعدمه، وإلا لزم الدوران مدار مقدار التضمين، فلو ضمّنه شيء يسير لزم القصر عليه، لا أخذ قيمة التالف كائنة ما كانت، مع أن الظاهر الاجماع على ذلك، فيكشف هذا عن كون المنط شمول على اليد، وكون الخارج صورة اسقاط الاحترام، فمع صدقه لا ضمان أصلاً، ومع عدمه فمقتضى العموم وجوب الخروج عن عهدة العين باعطاء المثل أو القيمة.

وظهر مما بينا ما في الفرق الذي ذكره المصنّف بين المقام وسائر العقود الفاسدة من أن في المقام وإن كان دفع المشتري الثمن إلى البائع بقصد العوض إلا أنه جعل العوض في الحقيقة مال الغير، فلا يضمن البائع، بخلاف سائر الموارد فإن قصده تضمين البائع من ماله وإن لم يكن صحيحاً شرعاً، ففي نفسه قاصد للتضمين، ولا يكون دافعاً للمال بلا عوض من كيس البائع، بل إنما دفعه إليه بقصد العوض، غايته أنه لم يعضه الشارع؛ وذلك لما عرفت من أن المنط صدق عنوان الهتك وعدمه، لا تضمين البائع وعدمه، فالتحقيق هو الحكم بالضمان إلا في بعض الصور النادرة.

وأما ما ذكره المصنّف في وجه العدم من فحوى أدلة الأمانات ففيه:

أولاً: أن هذه الفحوى لا تبلغ حد القطع، فلا تصلح مخصصاً للعموم.
وثانياً: أن الفرق موجود، فإن في موارد الأمانات المفروض أن المالك قصد الاستيمان، والشارع قد أمضاه، بخلاف المقام، فإن المفروض أن المالك قصد المعاوضة والشارع لم يمضه، فلا وجه لقياس الثاني على الأول، فتدبر.

٤٠٠ - قوله ﷺ: (فلا يتحقق الضمان الحقيقي... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أن المناط هو صدق اسقاط الاحترام وعدمه، لا التضمين وعدمه، مع أنه على فرض كون الثاني هو المناط المدار فيه على حكم العرف، مع قطع النظر عن الشرع، وهو متحقق في حكمهم.

٤٠١ - قوله ﷺ: (فاصل المعارضة حقيقة... الخ)^(٢).

أقول: فيه منع؛ فإن كون المعاوضة بين المالكين غير كونها للمالكين، والمسلم إنما هو الثاني دون الأول، وهذا واضح.

٤٠٢ - قوله ﷺ: (وجه الفساد أن... الخ)^(٣).

أقول: قد عرفت ما فيه، فإن فيما نحن فيه أيضاً التضمين الحقيقي العرفي حاصل بعد فرض كون المال معدوداً من جملة أموال الغاصب؛ لبناهم على كون اليد كافية في الملكية، وإن كانت عدوانية، خصوصاً إذا لم يكونوا معتقدين للشرع، فعدم كونه تضميناً حقيقة إنما هو بلحاظ الشرع، ومعه ففي سائر العقود الفاسدة أيضاً لا تضمين، فإنه اعطاه عوضاً عن شيء لم يسلم له، ودعوى كون ما نحن فيه من قبيل الدفع إلى ثالث يعلم عدم كونه مالاً كما ترى.

٤٠٣ - قوله ﷺ: (كالخمر والخنزير... الخ)^(٤).

أقول: قد عرفت أن عدم الملكية شرعاً لا دخل له في صدق المجانية والهتك

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٩.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٩.

للحرمة، نعم يتم ذلك في مثال الحر، فإنه غير مملوك عرفاً أيضاً.

٤٠٤ - قوله ﷺ: (بل يراد مطلق المعاملة... الخ)^(١).

أقول: يعني بأن يراد من العقد القدر المشترك بين مثل البيع والهبة إذا كانا متماثلين من حيث كونهما معاملة واقعة على المال مجاناً، فيكون المراد من العقد في قولهم «كل عقد... الخ» أنواع آخر يكون نوعيتها من حيثية أخرى غير ما هو المتعارف، فالمعاملة المالية المجانية نوع من المعاملة تكون تحتها الهبة المجانية والصلح المجاني والبيع بلا ثمن، فهي أفراد لنوع واحد بهذا المعنى، وإن كانت أنواعاً مختلفة بحسب المتعارف، وكذا المعاملة الواقعة على المنفعة بلا عوض نوع واحد، ويكون تحته الصلح على المنفعة والاجازة بلا أجر، بل والعارية، وهكذا بالنسبة إلى ما كان مع العوض، فالبيع بالثمن والصلح المعاوضي والهبة المعوضة نوع واحد، كما أن الاجازة مع الأجرة والصلح على المنفعة بعوض أيضاً نوع آخر وهكذا.

لكنك خبير بأن هذا بعيد عن تلك العبارة، فإن الظاهر منها الأنواع المتعارفة المشتملة على الصحيح والفساد، فلا ينفع وجود فرد صحيح من نوع آخر منها، كالهبة الغير المعوضة بالنسبة إلى البيع بلا ثمن، فلا يعدان فردين فعليين للعقد المذكور في تلك العبارة، ولعله لهذا أمر بالتأمل.

٤٠٥ - قوله ﷺ: (وبالجملة فمستند... الخ)^(٢).

أقول: وجه الغموض أن مقتضى ما ذكره أولاً وإن كان هو عدم الضمان إلا أن مقتضى اطلاق قاعدة ما يضمن الضمان، ولذا اتفقوا عليه في بعثك بلا ثمن، مع أنه نظير المقام، بل أولى بعدم الضمان، وكذا حكم بعضهم بضمان المرتشي فإنه أيضاً أولى بالعدم من المقام.

قلت: لعمرى إن هذا من الغرائب، فإن القضية المذكورة ليست مدلولاً لخبر من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

الأخبار، ولا موردًا للاجماع حسبما ذكرنا مراراً، فمع فرض تمامية ما ذكره أولاً من وجه عدم الضمان لا يجوز العدول عنه بسبب هذا الاطلاق، لكنك عرفت أن التحقيق عدم تمامية ما ذكره، فلا تغفل.

٤٠٦ - قوله ﷺ: (مع اتفاقهم عليه... الخ) ^(١).

أقول: يعني - مضافاً إلى أنه لم يصرح فيه أحد بعدم الضمان - اتفقوا فيه على الضمان، وكان الأنسب في العبارة أن يقول «بل اتفقوا عليه» أي على الضمان.

٤٠٧ - قوله ﷺ: (نعم ذكر الشهيد... الخ) ^(٢).

أقول: هذا يكشف عن عدم تمامية القاعدة المذكورة، وعدم واقعية الاتفاق المدعى في بعثك بلا ثمن، فإن من المعلوم عدم الفرق بينه وبين أجرتك بلا أجر، فمن يقول بعدم الضمان في الثاني لا بد وأن يقول به في الأول أيضاً، لأن من المعلوم عدم ورود نص خاص فيه دونه، فتدبر.

٤٠٨ - قوله ﷺ: (ويؤيد ما ذكرنا... الخ) ^(٣).

أقول: يعني ما ذكره من الغموض وقوة القول بالضمان، ووجه التأييد أن مقتضى السحتية عدم جواز التصرف فيه، ولازمه الضمان، لكنه كما ترى؛ ولذا قال (وإن أمكن الذب عنه... الخ).

والانصاف أن التأييد المذكور لا وجه له أصلاً، فلا موقع لذكره ثم الذب عنه؛ إذ ليس له صورة ظاهرية أيضاً كما هو واضح.

٤٠٩ - قوله ﷺ: (كأصل السحت... الخ) ^(٤).

أقول: يعني كما أن أصل السحت - وهو الكلب أو الخمر - يكون محرماً، ولا يجوز التصرف فيه، ومع ذلك لا يكون المتلف له ضامناً فكذا فرعه، وهو الثمن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

يمكن أن يكون محرم التصرف، ولا يكون مضموناً مع فرض التلف.

٤١٠ - قوله ﷺ: (فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن... الخ)^(١).

أقول: يعني بناءً على عدم الرجوع في الثمن المعين لا رجوع في فرد كلي أيضاً، وإلا فقد عرفت أن في الثمن المعين لم يفتَ بعدم الرجوع صريحاً، بل بقي فيه على الاشكال.

تنبيه: إذا أجاز المالك البيع وقد دفع المشتري الثمن إلى البائع، فإن أجاز القبض أيضاً فليس له الرجوع إلا على البائع، فإن كان باقياً أخذه، وإن كان تالفاً أخذ عوضه، وإن لم يجز القبض ففي صورة كون الثمن كلياً لا إشكال في أنه يرجع إلى المشتري بالثمن.

وأما حال المشتري في الرجوع على البائع - فكما مرّ - في أنه إن كان جاهلاً رجع عليه، وإن كان عالماً كان فيه وجهان، والأقوى الرجوع كما في صورة الرد، وفي صورة كونه شخصياً كان المالك مخيراً في الرجوع على البائع أو المشتري لثبوت يد كل منهما على ماله، ولو رجع على المشتري فهل يرجع هو على البائع أم لا، الحكم كما مرّ من أنه مع الجهل يرجع، ومع العلم فيه وجهان، ويحتمل القول بالرجوع هنا وإن لم نقل به في صورة الرد؛ وذلك لأنه لم يسلطه على ماله مجاناً؛ حتى يكون مسقطاً لاحترامه، بل إنما سلطه على مال الغير مجاناً، فلا يكون اسقاطه الاحترام مفيداً لعدم الضمان، وحيثُ فمقتضى ترتب يده على يد المشتري جواز رجوعه عليه كما هو الحكم في تعاقب الأيدي، من رجوع السابق إلى اللاحق إذا رجع المالك عليه حتى يستقر الضمان على من تلف في يده، فتدبر.

□ المسألة الثانية: حكم ما يغرمه المشتري من غير الثمن

٤١١ - قوله ﷺ: (إذا اغترم للمالك... الخ)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

أقول: يظهر منه، بل من كل من عبّر بمثل هذه العبارة أنَّ الرجوع في كل مورد يقال به إنما هو بعد الاغترام، فلو أراد الرجوع على البائع قبل أن يغترمه المالك ليس له ذلك.

ومنه يظهر عدم جواز رجوعه عليه إذا أبرأه المالك، أو دفع عنه متبرع كما صرح به في الجواهر^(١)، ولعله كذلك لعدم الدليل عليه؛ لأنَّ الاجماع وقاعدة الغرور ونحوهما لا تشمل ذلك، نعم لو أخذ منه ثم رده عليه هبة أو صدقة أو نحو ذلك جاز له الرجوع عليه، وكذا لو حسبه خمساً أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك، بل وكذا لو وهبه ما في ذمته، فإنَّ الهبة بمعنى التملك نوع أخذ منه، وكذا لو صالحه عما عليه بشيء قليل.

ويحتمل القول بجواز الرجوع بمجرد الضمان؛ لأنَّ شغل ذمته للمالك اغترام منه وضرر عليه وغرور، وكذا الحال في سائر موارد الغرور، فإنَّ الظاهر عدم الرجوع إلا بعد الاغترام، ويحتمل الرجوع كما ذكرنا، هذا.

لكن يظهر من الجواهر مفروغية العدم، بل استشكل في جواز المطالبة أيضاً وإن لم يأخذ قال في باب العيوب من النكاح (لا يرجع المغرور بالغرامة على الغار إلا بعد أن يغرم؛ لأنه إنما يرجع بما غرمه، وكذا الضامن، نعم في القواعد^(٢) للمغرور مطالبة الغار ليخلص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أنَّ للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص، ولعله لكونه ليس رجوعاً، لكن لا يخلو من نظر لعدم دليل على استحقاق هذا المطالبة قبل الدفع^(٣) انتهى، فتدبر.

٤١٢ - قوله ﷺ: (كالنفقة وما صرفه... الخ)^(٤).

أقول: وكاجرة كتابة القبالة، وأجرة الدلال والكيال ونحو ذلك، وأما مثل مصرف الوليمة والصدقة المستحيين في بعض المقامات ونحوهما مما ليس من لوازم

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٤.

(٢) القواعد ٢: ٣٦.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٣٨٥.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

المعاملة ففي جواز الرجوع بها على البائع وجهان، من صدق كون هذا الضرر من جهة الغرور منه، ومن عدم كونها من اللوازم، فيكون مستنداً إلى تقصيره، ولذا حكى^(١) عن بعض الاساطين في شرحه على القواعد^(٢) عدم الرجوع فيها.

والأقوى دوران الحكم مدار صدق الغرور، ولا يبعد اختلافه بحسب المقامات، وكيف كان مثل زيادة الأجرة على بعض الاعمال أو نحوها عن التعارف من باب المسامحة لا يرجع بها على البائع؛ لأن ذلك مستند إلى تقصيره، هذا.

وأما لو عمل بنفسه عملاً له أجرة في العادة، أو عمل له متبرع فهل يرجع بعوضه على البائع أو لا؟ فيه وجهان، من أنه لم يغرم شيئاً إذا عمله بنفسه؛ فليس مثل ما لو أعطى الأجرة عليه، ومن أن عمله محترم وله أجرة، فقد خسر فيه من جهة تغير البائع، وهذا هو الأقوى، فتدبر.

٤١٣ - قوله ﷺ: (إِنْ كَانَ عَالِماً فَلَا رَجُوعَ... الخ)^(٣).

أقول: وذلك لعدم الغرور حيثئذٍ، لكن ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان البائع مدعياً للاذن من قبل المالك، ثم تبين خلافه أو أنكره هو، وكذا لو شرط عليه الخروج من عهدة الغرامات على فرض عدم إجازة المالك؛ لصدق الغرور حيثئذٍ، فتأمل.

٤١٤ - قوله ﷺ: (لَلْغُرْرِ فَإِنَّ الْبَائِعَ... الخ)^(٤).

أقول: اعلم أن رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمة بينهم، ويمكن دعوى الاجماع عليها، بل ربما ينسب إلى النبي ﷺ (المغرور يرجع إلى من غره)^(٥) كما حكى عن المحقق الثاني في حاشية الارشاد، ويمكن دعوى انجبار ضعفها بالشهرة، فإن هذه القضية بهذا اللفظ متداول في أئستهم.

(١) حكاها الجواهر ٢٢: ٣٠٤.

(٢) شرح القواعد ١٧٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

(٤) كتاب المكاسب ٢: ٤٩٤.

(٥) لم أجدها في المصادر الحديثية.

ويمكن أن يستدل على القاعدة - مضافاً إلى ذلك - بالأخبار المتفرقة في الأبواب:

منها: ما ورد في ضمان شاهد الزور^(١)، وإن كان سيأتي^(٢) ما فيه.

ومنها: رواية جميل^(٣) المذكورة في المتن.

ومنها: صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام (في الرجل يتزوج إلى قوم، فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له؟ قال: لا ترد إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: أرايت إن كان دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال عليه السلام: لها المهر بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها)^(٤).

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال: في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذي ساق إليها الرجل على الذي زوجها ولم يبين)^(٥).

ومنها: خبر الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها... إلى أن قال عليه السلام: وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر قيمتها... الحديث)^(٦).

ومنها: خبر اسماعيل بن جابر (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها ف قيل هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد ذلك أنها غير ابنته، وأنها أمة؟ فقال عليه السلام: ترد الوليدة على موليها، والولد للرجل وعلى الذي زوجه قيمة الولد يعطيه مولي الوليدة كما غر الرجل وخدعه)^(٧).

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠، ١١، ١٢ من ابواب الشهادات.

(٢) تعليقة ٤٣٦.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الشهادات، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٦.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٧.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.

(٧) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العيوب والتدليس، ح ١.

ومنها: خبره الآخر عنه أيضاً (قلت: جاء رجل إلى قوم يخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجه وهو يرى أنها من أنفسهم، فعرف بعد ما أولدها أنها أمة؟ قال: الولد له وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية)^(١)، والظاهر أن المراد أن قرار الضمان عليهم، وإلا فللمولى أن يرجع عليه أولاً، فيرجع هو إلى القوم.

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألت عن رجل خطب إلى الرجل ابنة له من ماهرة، فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له أخرى من أمة؟ قال عليه السلام: ترد على أبيها، وترد إليه امرأته، ويكون مهرها على أبيها)^(٢)، والمراد منها أيضاً كون قرار المهر على أبيها.

ومنها: خبر رفاعة (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار المهر عليه لأنه دلسها)^(٣)، ويستفاد من التعليق فيها عموم الحكم، بل يمكن أن يستفاد العلية من خبر اسماعيل المتقدم أيضاً، في قوله (كما غر الرجل وخدعه)، إلى غير ذلك من الأخبار المتفرقة.

وبالجملة: قاعدة الغرور من القواعد المحكمة المجمع عليها، ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كما ترى.

٤١٥ - قوله عليه السلام: (وعلى التقديرين يثبت المطلوب... الخ)^(٤).

أقول: إذ على الأول يكون الدلالة بالفحوى، وعلى الثاني يكون مما نحن فيه، ووجه كونه على الأول بالفحوى أنه إذا كان الحكم جواز الرجوع فيما قابله نفع - وهو المسألة الثانية - ففيما نحن فيه مما ليس في مقابله نفع يجوز الرجوع بالأولى.

(١) وسائل الشريعة، باب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٧.

(٢) وسائل الشريعة، باب ٨ من ابواب العيوب والتدليس، ح ١، ٢.

(٣) وسائل الشريعة، باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٢.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٥.

٤١٦ - قوله ﷺ: (وأما السكوت عن رجوع... الخ)^(١).

أقول: إشارة إلى الجواب عما ذكره صاحب الحقائق، فإنه اختار في المقام عدم الرجوع، وقال ما حاصله (أن رجوع المشتري على البائع إنما يكون في الثمن خاصة، وأما ما اغترمه في مقابل استيفاء المنافع أو غيره فلا يرجع، لأن رواية زريق - مع كونها في مقام البيان - ساكتة عن ذلك، ومقتضى الأصول عدم الرجوع)^(٢). وحاصل الجواب أولاً: أنا نمنع كون الرواية في مقام بيان حكم المشتري مع البائع، وإنما هي في مقام بيان حكمه مع المالك.

وثانياً: على فرض التسليم غايته أن السكوت في مقام البيان دليل على العدم؛ حيث لا دليل، لا أن يكون معارضاً للدليل، والمفروض أن الدليل على الرجوع موجود، وهو ما قدمناه من الاجماع وقاعدتي الضرر والغرور، ورواية جميل، هذا بالنسبة إلى رواية زريق، وأما رواية زرارة فمضافاً إلى ذلك يمكن أن يكون وجه السكوت فيها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع لعدم معرفته.

٤١٧ - قوله ﷺ: (تصنع أن ترجع... الخ)^(٣).

أقول: «أن» في موضع نصب على المفعولية بعد تأويله إلى المصدر.

٤١٨ - قوله ﷺ: (فإن لم يفعل كان له ذلك... الخ)^(٤).

أقول: ظاهره وإن كانت ثبوت الخيار للمالك بين الأمرين من الصبر وأخذ الاجرة أو التملك واعطاء القيمة، وأنه ليس للزارع قلع زرعه، إلا أن المراد ذلك مع فرض رضا الزارع بذلك؛ ولذا قال في الفقرة اللاحقة، أو يكون ذلك المحدث (نفسه يقلعه ويأخذه)، فعلى هذا يكون الحاصل أن للزارع القلع أو الصبر إن رضي المالك، أو أخذ القيمة منه إن رضي بها، وليس له إجباره على أحد الأخيرين، كما أن للمالك أيضاً الصبر أو اعطاء القيمة مع فرض رضا الغاصب، وإلا فليس له إلا

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٥.

(٢) الحقائق الناضرة ١٨: ٣٩٣، ليس هذا نقل بالنص، وإنما هو بالمعنى.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٦.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٦.

الالزام بالقلع، فلا يكون الرواية من هذه الجهة مخالفة للقواعد، فإن مقتضاها في مثل المقام تسلط كل من المالكين على ماله، فللزارع القلع وإن لم يرص المالك، كما أن له أيضاً الأمر بالازالة تخليصاً، وليس لأحدهما اجبار الآخر على الصبر أو القيمة، بل إنما هما موقوفان على تراضيهما، نعم على الزارع أرش نقص الأرض إن حصل ذلك بسبب القلع، كما أن على المالك أرش نقص الزرع فيما لو كان ذلك باذنه، كما في العارية، وإلا فلا، كما في المقام وباب الغصب.

ويدل على ما ذكرنا - مضافاً إلى أنه مقتضى القاعدة - خبر عقبة بن خالد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فرزعتك لي وعلي ما أنفقت، أله ذلك؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كري زرعه)^(١).

وخبر عبد العزيز بن محمد قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول من خد أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قال عليه السلام: يرفع بناءه ويسلم التربة إلى صاحبها، وليس لعرق ظالم حق، ثم قال: قال رسول الله ﷺ من خد أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر)^(٢)، ويستفاد منه أن في صورة الغصب يجوز للمالك أيضاً مباشرة القلع، كما يجوز له إلزام الغاصب بذلك، هذا.

ولكن يظهر من بعض الأخبار جواز تملك المالك للزرع واعطاء القيمة، كموتقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل اكرى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغيرها ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك؟ فقال عليه السلام: عليه الكرى، ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكرى، وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب حيث شاء)^(٣).

لكن لا عامل بها، مع أن نسختها مختلفة، ففي التهذيب والفقهاء هكذا (فيعطيه

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ١.

الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الغرس والزرع... الخ^(١)، نعم حكى عن ابن الجنييد العمل بها، وهو شاذ.

وأما النبوي (من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته)، فليس من طرفنا، بل هو عامي ضعيف، وكيف كان فتمام الكلام في محل آخر، والغرض أن ظاهر الرواية ليس مخالفاً للقواعد، فتدبر.

٤١٩ - قوله ﷺ: (كل ذلك مردود إليه... الخ)^(٢).

أقول: هذا إذا كان شيئاً موجوداً، أو كان المشتري جاهلاً ببطلان البيع، والا فمع فرض علمه بكون الأرض للغير لا يستحق عوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة مما ليس إلا من قبيل زيادة الأوصاف، فإنهم ذكروا في باب الغصب أنه لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده، ولا شيء له؛ لعدم احترام عمله.

٤٢٠ - قوله ﷺ: (فالظاهر علم المشتري... الخ)^(٣).

أقول: وهذا محل منع، كيف وإلا لم يكن وجه لرجوعه على المالك بعوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة كما أشرنا إليه آنفاً، ولم يكن له قيمة الغرس والزرع، بل كان للمالك إزالتهما بلا عوض؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق، فتدبر.

٤٢١ - قوله ﷺ: (في مقابل النفع الواصل... الخ)^(٤).

أقول: ظاهره أن ما فات تحت يده من المنافع من جهة مسامحته وتقصيره داخل تحت ما سبق، مما ليس في مقابلة نفع، فالمناط الاستيفاء وعدمه، وقد صرح بذلك في المسالك^(٥) على ما حكى عنه في باب الغصب.

(١) الفقيه ٣: ٢٤٦، التهذيب ٧: ٢٠٦، رواية ٥٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.

(٥) مسالك الافهام ١٢: ٢٢٦.

٤٢٢- قوله ﷺ: (وفاقاً للمحكي عن المبسوط ... الخ)^(١).

أقول: وحكي^(٢) القول الآخر عن الخلاف وموضع من المبسوط والسرائر وكشف الرموز، وهو الظاهر من الرياض^(٣)، ومال إليه في الجواهر^(٤) في باب الغصب، وأن ظاهره في المقام^(٥) هو القول الأول، وقد عرفت أن مختار صاحب الحقائق^(٦) عدم الرجوع في المسألة السابقة فهنا بالأولى، بل هو صريح كلامه هنا، وفصل صاحب المستند بين صورة كون البائع عالماً بأنه ملك الغير فيرجع، وبين صورة جهله فلا يرجع، مع أنه في المسألة السابقة حكم بالرجوع مطلقاً، ونظره في ذلك إلى عدم صدق الغرور إلا مع علم البائع، فمقتضى الأصل عدم الرجوع في صورة الجهل، وإنما قال به مطلقاً في السابقة من جهة اطلاق موثقة جميل، وظاهر الاجماع قال: (ولولا هما لما قلنا هناك إلا في صورة العلم وعدم القول بالفصل بين الصورتين غير معلوم)^(٧).

ثم لا يخفى أن مقتضى القاعدة جواز رجوع المالك إلى كل من البائع والمشتري لثبوت يد كل منهما على العين، ولازمه ذلك، بل لو لم يكن العين في يد البائع وإنما باعه بعنوان أنه له وأذن للمشتري في أخذه والتصرف فيه كان للمالك الرجوع على كل منهما، أما المشتري فلثبوت يده، وأما البائع فلتسببه لذلك.

والحاصل: أن للمالك الخيار في الرجوع إلى أيهما شاء، وإنما الخلاف في أن قرار الضمان بالنسبة إلى ما حصل في مقابله نفع للمشتري على البائع أو عليه؟ فلازم القول الأول أنه لو رجع المالك إلى البائع لم يرجع إلى المشتري، ولو رجع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.

(٢) حكاه مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩، و ٦: ٣٠١.

(٣) الرياض ٥: ٦٨.

(٤) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٤.

(٦) الحقائق الناضرة ١٨: ٣٩٣.

(٧) مستند الشيعة ١٤: ٢٩٦، ليس هذا نص عبارته.

إلى المشتري رجع إلى البائع، ومقتضى القول الثاني العكس.

وعلى هذا فهنا قول آخر في المسألة، وهو ما نقله في الشرائع في باب الغصب من أن المالك لا يرجع إلا إلى البائع؛ حيث قال (وأما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن فقد قيل يضمه الغاصب لا غير؛ لأنه سبب الاتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة؛ فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك، وقيل له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فللحيلولة، وأما المشتري فلمباشرة الاتلاف، فإن رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده، وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب) ^(١) انتهى.

وكيف كان فالأقوى هو القول الأول؛ لقاعدة الغرور التي عرفت أنها من القواعد المسلمة المجمع عليها المستفادة من الأخبار المتفرقة حسبما بينا.

ودعوى ابتنائها على الضرر ممنوعة، فإن في موارد جملة من الأخبار وصل إلى المغرور نفع، كما أن في بعض موارد المجمع عليها يكون الحال كذلك، كمسألة من قَدَّم طعام المالك أو غيره إليه فأكله، وعلى فرض الابتناء فالضرر متحقق في المقام حسبما بينه المصنّف رحمته الله.

ومن هنا يمكن التمسك بقاعدة الضرر مستقلاً أيضاً، كما أنه يمكن التمسك بقاعدة التسبب، لا بمعنى قوة السبب بالنسبة إلى المباشر، بل بمعنى أن سبب غرامة المشتري وضمانه كان هو البائع، وهذا هو الوجه في كون قرار ضمان المُكْرَه على المُكْرِه، لا ما ذكره الأصحاب كما سيأتي الإشارة إليه، هذا مضافاً إلى رواية جميل على ما أشار إليه المصنّف رحمته الله، فإن الانصاف أن كون الولد حراً منفعة حاصلة للمشتري، فلا ينبغي الإشكال في الرجوع.

ودعوى عدم صدق الغرور في المقام كلياً - كما سيأتي ^(٢) نقله عن الجواهر، أو

(١) شرائع الاسلام ٤: ٧٧٢.

(٢) تعليقه ٤٣٣.

في خصوص ما لو كان البائع جاهلاً كما عرفت من صاحب المستند - كما ترى، وعلى فرضه قد عرفت عدم انحصار الدليل في هذه القاعدة، فلا اشكال في أن مقتضى التحقيق هو القول الأول.

٤٢٣ - قوله ﷺ: (ويؤيده قاعدة... الخ)^(١).

أقول: كان الأولى أن يقول «ويدل عليه»؛ وذلك لأنه بعد صدق الضرر لا مانع من التمسك بقاعدته، ولو نوقش في صدقه لا وجه لجعلها مؤيدة أيضاً، والمفروض أن المصنف بان على صدقه فلا وجه للتعبير المذكور، فتدبر.

٤٢٤ - قوله ﷺ: (فما في الرياض... الخ)^(٢).

أقول: قال فيها (والقول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارضة، بناءً على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور، وإن لم يلحقه ضرر كما في ما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفائه النفقة في مقابلة ما غرمه، والاجماع على هذه الكلية غير ثابت حتى يشمل مفروض المسألة، نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور، كما أخذت منه قيمة المنافع أزيد مما يبذله هو في مقابلها من غير ملكه)^(٣) انتهى.

٤٢٥ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى ما قيل عليه... الخ)^(٤).

أقول: القائل صاحب الجواهر حيث إنه بعد ما نقل عبارة الرياض في كتاب الغصب قال (وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم مدخلية التضمين بقاعدة الغرور في حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو المباشر)^(٥) انتهى.

هذا، ولكنه قال في موضع آخر في مقام البحث عن ضمان المكره وعدمه (بل

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٣) الرياض ٢: ٣٠٧، الحجرية.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٥) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

قد يقال إن القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكروه والمغرور، وإن أثم المكروه والغار؛ لاستقلال المباشر بالاتلاف، ولكن ضمنا للدليل، لا لقوة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الاسناد حقيقية للسبب دون المباشر الذي هو المكروه كالريح والشمس، بل قد يقال بشمول قوله (كل مغصوب مردود)^(١) له، وإن كان مكروهاً على تناول المغصوب والتصرف فيه^(٢) انتهى.

ويظهر من هذا الكلام اعترافه بما أورد عليه المصنف في قوله (وأما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً... الخ) ولولا هذا الاعتراف منه لحملت كلامه على إرادة أن قوة السبب اقتضت كون قرار الضمان عليه من جهة أنه هو السبب في تغريم المباشر؛ ليرجع إلى ما ذكرنا وسيدكره المصنف، من أن الغار لما كان هو السبب في ضمان المغرور كان له الرجوع عليه، وحيث كان يندفع عنه إيراد المصنف، لكنه بعد اعترافه بخلاف ذلك لا وجه لحمل كلامه عليه.

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت من عدم ابتناء قاعدة الغرور على قوة السبب، كما أنها غير مبتنية على الضرر، فتدبر.

٤٢٦- قوله: (لكنه لا يخلو من نظر... إلى قوله فلا بد من الرجوع بالآخرة... الخ)^(٣). أقول: ولا يخفى ما فيه من عدم حسن البيان، فإنه إذا ناقش في دليل الغرور باختصاص الاجماع والأخبار بصورة الضرر المفروض عدمه في المقام؛ حيث إن الكلام مع قطع النظر عن صدقه فإنه يتكلم على قوله (مضافاً إلى ما قيل عليه... الخ)، وناقش أيضاً في دلالية قوة السبب على المباشر كيف يسوغ له أن يتمسك بعد ذلك بالاجماع المدعى في الايضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، بالأخبار

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الغصب، ح ٣، وفيه (الغصب كله مردود).

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٥٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

الواردة في الموارد المتفرقة، بل وبقاعدة الضرر، فتدبر.

٤٢٧- قوله ﷺ: (كما في المكره... الخ)^(١).

أقول: ظاهر الاصحاب وإن كان ما ذكره المصنف ﷺ من عدم الرجوع على المكره - بالفتح - أصلاً، إلا أن التحقيق خلافه، وأن حاله حال المغرور في تخيير المالك في الرجوع إلى أيهما شاء، غايته كون قرار الضمان على المكره؛ إذ لا فرق بينهما أصلاً، ودليل الضمان - وهو اليد والاتلاف - لا مانع من اجرائه بالنسبة إلى المباشر أيضاً.

وأما وجه كون القرار على المكره فلائنه السبب في ضمان المكره كما أشرنا إليه آنفاً، وأما ما ذكره وجهاً لفتوى المشهور من أن المباشر بمنزلة الآلة فهو كما ترى، وإلا ففي المغرور أيضاً كذلك، وكذا الوجه الآخر من أن الأخذ ظاهر في الأخذ الاختياري، إذ فيه أولاً المنع، وثانياً أن الدليل غير منحصر في قاعدة اليد، بل قاعدة الاتلاف أيضاً جارية، وهي شاملة لجميع الأقسام حتى الاتلاف حال الغفلة والنوم ونحوهما.

وأضعف من الوجهين التمسك بحديث الرفع، بدعوى أنه كما يرفع الحكم التكليفي يرفع الوضعي؛ لأن لازمه كونه كذلك بالنسبة إلى الخطأ والنسيان أيضاً، ولا يقولون به، ودعوى خروجهما بالدليل كما ترى.

فالتحقيق ما ذكرنا من شمول دليل الضمان لكل من السبب والمباشر، إلا أن الأول لما كان سبباً لضمان الثاني كان له الرجوع عليه لقاعدة التسيب المستفادة من قاعدة الضرر، هذا.

واختار صاحب الجواهر أيضاً ما ذكرنا من التخيير، وكون القرار على المكره، وحاصل ما يظهر منه في وجهه هو أن مقتضى القاعدة اختصاص الضمان بالمباشر، إلا أن مقتضى حديث الرفع عدم ضمانه؛ لأنه شامل للحكم التكليفي والوضعي، ولازم ذلك جواز رجوعه على السبب، فيكون المكره - بالكسر - بعد

ذلك بمنزلة من تلف المال في يده في الأيدي المتعاقبة، ولعل المفروض في كلامه ما لو أمر بالاتلاف من دون أن يثبت يده على المال، وإلا فلو كان المال تحت يده وأكره غيره على أخذه واتلافه لا وجه لدعوى كون مقتضى القاعدة اختصاص الضمان بالمباشر؛ لأن يد ذي السبب أيضاً سبب لضمانه.

وكيف كان لا يخفى ما فيه، فإن حديث الرفع إن اقتضى رفع الحكم الوضعي أيضاً كان لازمه عدم جواز الرجوع على المباشر أصلاً، لأن يكون ضامناً، ويكون القرار على المَكْرَه، بل لازم بيانه عدم ضمان واحد منهما، أما المَكْرَه فلحديث الرفع، وأما المَكْرَه فلعدم المقتضي.

بقي شيء: وهو أن الظاهر أن ما ذكره المشهور من عدم الرجوع إلا على المَكْرَه - بالكسر - مختص بما لم يكن المال تحت يد المباشر على وجه الضمان سابقاً على الاكراه، وإلا فغاية الأمر عدم الضمان من حيث الاكراه، لكن يبقى ضمان اليد السابقة، نعم القرار على المَكْرَه في هذه الصورة أيضاً.

٤٢٨ - قوله ﷺ: (مورد الاخبار... الخ)^(١).

أقول: كرواية جميل عن الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال: (إن كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل)^(٢). ومرسله عن أحدهما عليه السلام في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل (ضمنوا ما شهدوا به وغرموه... الحديث)^(٣).

وحسن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان أنه سرق فقطع يده؛ حتى إذا كان بعد ذلك جاء شاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذي قطعت يده، إنما اشتبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر)^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الشهادات، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الشهادات، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب الشهادات، ح ١.

ومرسل ابن محبوب عن الصادق عليه السلام (في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهما بعد ما قتل الرجل ؟ فقال عليه السلام : إِنْ قَالَ الرَّاجِعُ أَوهَمْتُ ضَرْبَ الْحَدِّ وَاغْرَمَ الدِّيَّةَ، وَإِنْ قَالَ تَعَمَّدْتُ قُتِلَ) ^(١) إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة، هذا.

ولكن لا يخفى أنَّ هذه الأخبار إنَّما تكون دليلاً على ضمان السبب من جهة كونه سبباً، لا على ضمان المغرور ورجوعه على الغار كما هو المدعى، فتدبر.

٤٢٩ - قوله عليه السلام: (كما في كلام بعض ... الخ) ^(٢).

أقول: هو صاحب الجواهر في كتاب الغصب، لكنه أمر بعد ذلك بالتأمل؛ حيث قال بعد العبارة التي نقلناها عنه في الرد على سيد الرياض (نعم إنَّما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً، كالأباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل) ^(٣) انتهى.

٤٣٠ - قوله عليه السلام: (وهو الذي ذكره المحقق ... الخ) ^(٤).

أقول: قال (وما يغرمه المشتري مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع، ولو أولدها المشتري كان حراً، فيلزم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع، وقيل في هذه له مطالبة أيُّهما شاء، لكن لو طالب المشتري رجع على البائع، ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري، وفيه احتمال آخر) ^(٥) انتهى.

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الشهادات، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.

(٣) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.

(٥) شرائع الاسلام ٤: ٧٧١.

ويظهر من صاحب المسالك^(١) أن مراده من هذا الاحتمال إلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابلته؛ لأن حرية الولد منفعة عائدة إليه عرفاً، وفي الجواهر (ويمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعين رجوع المالك ابتداءً على البائع بناء على كونه الغار، كما فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله)^(٢). ولعل المصنّف رحمه الله أشار بقوله (وفيه تأمل) إلى هذا الذي ذكره صاحب الجواهر؛ إذ يخرج كلام المحقق عن كونه شاهداً على كون حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، ويمكن أن يكون مراد المصنّف رحمه الله التأمل في أصل المدعى من كونها منفعة، لا في شهادة كلام المحقق رحمه الله، فتدبر.

٤٣١ - قوله رحمه الله: (فأنه لا يرجع بعشر الثمن... الخ)^(٣).

أقول: يعني بمقدار ما يقابل الثمن، وأما أصل الثمن فقد مرّ حكمه، وأنه يرجع به عليه إذا دفعه إليه وكان جاهلاً مطلقاً، ومع البقاء لو كان عالماً. والحاصل: أن نفس الثمن له^(٤) ينتقل إلى البائع، بل هو باقٍ على ملك المشتري، فلو لم يدفعه لا يجب دفعه، ولو دفعه له استرداده إذا كان باقياً، واسترداد عوضه إذا كان تالفاً مع جهل المشتري؛ فليس الكلام في ذلك، وإنما الكلام في أنه إذا اغترم المشتري للمالك بقيمة ماله الذي هو المبيع فهل له الرجوع بها على البائع؛ لأن هذه الغرامة إنما جاءت من قبل تغريه، أو لا يرجع بها؛ لأنه أقدم على ضمانها، أو يفصل بين المقدار المقابل للثمن فلا يرجع به، وبين ما زاد عليه فيرجع به، والمصنّف اختاره هذا الوجه، وأبطل الوجهين الأولين. أما الأول فبقوله (والإلزام تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك... الخ). وأما الثاني فبقوله (وأما العشرة الزائدة... الخ).

وما ذكره هو الأقوى، إذ غاية ما يمكن أن يقال به في بيان الوجه الأول هو أن

(١) مسالك الافهام ١٢: ٢٢٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٢.

(٤) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «لا».

نفس الثمن قد عرفت أنه ليس محل الكلام، وأما غرامة المشتري للقيمة الواقعية فقد جاءت بسبب البائع؛ فيكون كما لو قَدِّمَ طعام الغير إليه فأكله، فإنه وإن انتفع بأكل الطعام، إلا أنه إذا رجع مالكة عليه وأخذ منه عوضه له أن يرجع به على الغار، ففي المقام أيضاً هو مغرور من قبل البائع، فله الرجوع عليه في تمام القيمة.

وغاية ما يمكن أن يقال في بيان الوجه الثاني هو أن المشتري قد أقدم على ضمان المبيع، فإن المفروض أنه أخذه بعوض، لا مجاناً، ومع أقدامه عليه لا يكون مغروراً في هذا الضمان، وهذه الغرامة، وفرق بينه وبين مسألة من قَدِّمَ إليه طعام الغير.

والجواب: أنه إنما قدم على ضمانه بمقدار ما سمي من الثمن، ففي مقداره مقدم غير مغرور، وفي الزائد عليه مغرور؛ لأنه غير مقدم، هذا.

ولكن الوجه الأول لا يخلو عن قوة؛ لأنه لم يقدم على هذه الغرامة، وإنما أقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم امضاء الشارع له، فتأمل.

٤٣٢ - قوله ﷺ: (ومما ذكرنا يظهر اندفاع... الخ)^(١).

أقول: حاصل الاشكال أن الموجب للضمان في سائر العقود الفاسدة إنما هو الاقدام عليه في مقابل المجانية، فإذا أقدم على الضمان في الجملة يكون ضامناً للقيمة الواقعية بالغة ما بلغت، وهو حاصل في المقام، فينبغي أن يكون ضامناً لتمام القيمة، ولا يكون مع ذلك مغروراً فيها.

وبتقرير آخر: إن كان مقدماً للضمان فلا غرور، وإلا فلا وجه لأصل الضمان.

وحاصل توضيح الاندفاع أننا نقول:

أولاً: أن الاقدام الموجب للضمان غير ما هو رافع للغرور، فإن في الأول يكفي الاقدام المقابل للمجانية، فإنه إذا أقدم على الأخذ بعوض لا مجاناً يكون بحكم الشارع ضامناً لتمام القيمة الواقعية، وإن لم يكن مقدماً عليها بتمامها، فهذا المقدار كافٍ في سببية القبض لضمان التمام، وهذا بخلاف الاقدام الرفع للغرور المانع

من صدقه، فإنه بمقدار المقدم عليه، ولا يكفي فيه الاقدام على الضمان في الجملة.

وحيثئذ فنقول: إن الاقدام في المقام وإن كان بمقدار الثمن إلا أنه سبب شرعي لضمان تمام القيمة، لكن مانعته عن صدق الغرور إنما هو بهذا المقدار، لا أزيد. ومن ذلك يظهر الفرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، فإن سبب الضمان فيها حاصل، وهو الاقدام في الجملة، وليس هناك غرور من قبل أحد أصلاً، بخلاف المقام.

وثانياً: أن التحقيق أن سبب الضمان هو اليد، لا الاقدام حتى يقال إن لازمه هو الضمان بتمام القيمة كما في سائر العقود الفاسدة، وحيثئذ نقول إن اليد في المقام موجب لضمان المشتري بتمام القيمة، إلا أنه لمكان غروره بالنسبة إلى ما زاد عن الثمن يرجع به على البائع.

قلت: لا يخفى أنه لا وقع للاشكال أصلاً؛ وذلك لأن في المقام الضمان لتمام القيمة الواقعية ثابت بالنسبة إلى المالك من جهة ثبوت اليد على ماله، والاقدام وعدمه لا دخل لهما في ضمانه بالنسبة إليه، وإنما ينفع ذلك أو يضر بالنسبة إلى البائع، وإلا بالنسبة إلى المالك لا يكون وجه الضمان اقدام المشتري على الضمان، ولو قلنا بأنه سبب في سائر العقود الفاسدة؛ وذلك لأنه لو فرض كون الأخذ مجاناً أيضاً يكون الأخذ ضامناً قطعاً، فكان ينبغي تقرير الاشكال بوجه آخر، وهو أنه كيف يصدق الغرور مع أن المفروض أن المشتري مقدم على الضمان.

ويكون الجواب حيثئذ أنه مغرور في المقدار الزائد على المقدم عليه. نعم يبقى هنا سؤال على أي حال، وهو أنه إذا كان المدار على المقدار المقدم عليه فاللازم الحكم في سائر العقود الفاسدة أيضاً بعد الضمان بتمام القيمة الواقعية مطلقاً، بل بمقدار الثمن فقط، لكن في صورة جهل المشتري بالفساد؛ وذلك لأن غروره من قبل البائع إذا كان سبباً لرجوعه عليه في مثل المقام الذي ضمنه المالك، فاللازم عدم رجوع البائع عليه إذا كان هو المالك، مع أنهم يقولون

إنه ضامن لتمام القيمة الواقعية للبائع فيها.
 والتحقيق: الالتزام بذلك، والحكم بأن البائع لا يرجع عليه في سائر العقود
 الفاسدة إذا كان جاهلاً إلا بمقدار الثمن من القيمة، فتدبر.

٤٣٣ - قوله ﷺ: (وقد ذكرنا في محله... الخ)^(١).

أقول: أشار بذلك إلى ما ذكره في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، من أن من
 جعل قاعدة الاقدام دليلاً على الضمان يحتمل أن يكون مراده أن الدليل هو اليد،
 وأنه لا مانع من تأثيرها من الاقدام على المجانية؛ حيث إنه أقدم على الضمان، لا
 على المجانية، فغرضه منه نفي المانع من مقتضى اليد، لا الاستدلال به مستقلاً.

٤٣٤ - قوله ﷺ: (أولى منه فيما حصل... الخ)^(٢).

أقول: غرضه أن حال زيادة قيمة العين في المقام حال المنافع المستوفاة؛ حيث
 قلنا فيها بالرجوع على البائع، وذلك لأن المشتري في المقامين يصدق أنه أعطى
 الثمن ودخل على أن يكون له تمام العين والانتفاع بها من غير عوض آخر، فكما
 أن المنافع المفروضة يرجع بها على البائع، مع أنه أعطى هذا المقدار من الثمن
 لأجلها، وإن لم يكن في قبالتها، ولا يضر هذا الاعطاء في صدق الغرور بالنسبة
 إليها، فكذا زيادة القيمة فأنه دخل على أن يكون له تلك الزيادة بهذا المقدار من
 الثمن، فاذا غرّمه المالك له أن يرجع بها عليه، ولا يضر دفع هذا المقدار من الثمن
 في صدق كونه مغروراً.

ولعل وجه كونه أولى اعتناء المشتري بتحصيل العين التي قيمتها كذا بمجرد
 هذا المقدار من الثمن أكثر من اعتناؤه بالمنافع المحتملة للحصول وعدمه، فمع
 ضمانه لقيمة الزيادة أولى بصدق المغرورية بالنسبة إلى ضمان المنافع المحتملة
 الحصول والعدم، فبناؤه على كونها له ليس كبنائه على كون زيادة القيمة له من غير
 عوض آخر، فصدق المغرورية في الثاني أولى، فتأمل.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

٤٣٥ - قوله ﷺ: (فالحكم بالرجوع فيه أولى... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأن المشتري لم يقدم على ضمان هذه الزيادة أصلاً فلو سلم ذلك في الصورة الأولى لا يسلم في هذه الصورة، فهي مثل سائر الغرامات. والانصاف أن دليل الغرور متساوي بالنسبة إلى جميع الغرامات، من غير فرق بين المنافع المستوفاة وغيرها، وزيادة القيمة وغيرها من الغرامات الخارجية، فإن قلنا إن الإقدام على الضمان في الجملة وبمقدار الثمن مانع عن صدق الغرور فبالنسبة إلى الجميع، وإلا فلا فرق إلا بمقدار ما يقابل الثمن من القيمة على إشكال قد أشرنا إليه؛ فلا وجه لهذا الاطناب؛ وذلك لأنه إذا أقدم على ضمان المعين فقد أقدم على أن يكون جميع الواردات عليه إجمالاً، فلو كان هذا مانعاً من صدق الغرور ففي الجميع، وإلا فكذلك، والتحقيق عدم مانعيته، فاستقم.

٤٣٦ - قوله ﷺ: (فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن... الخ)^(٢).

أقول: التحقيق أن شيئاً من الأوصاف لا يقسط عليه الثمن في مقام المعاملة؛ حتى وصف الصحة، نعم جميعها مما يوجب زيادة الثمن، فالثمن في جميع المقامات إنما يكون في مقابل نفس العين، لا أن يكون بعضه في مقابلها، وبعضه في مقابل الوصف، وإنما الوصف منشأ لزيادة قيمة العين الموجبة لزيادة جعل الثمن في مقابلها، ولهذا اشتهر أن الأوصاف لا تقابل بالأعواض، كما أن الشروط أيضاً كذلك.

وما يقال من أن للأجل قسطاً من الثمن، أو للشرط أو الوصف قسطاً من الثمن يراد منه زيادة ثمن العين من جهتها لا مقابلتها في مقام الانشاء، فليس حالها حال الاجزاء، وهذا واضح جداً.

ولا فرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، وثبوت الأرض في خيار العيب لا يدل على مقابلته بالثمن، كيف ؟ وإلا لكان التخلف مقتضياً لعدم انتقال ما يقابله

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤.

من الثمن إلى البائع، لا أن يكون تمامه له، ويكون المشتري مخيراً بين الرد والأرض.

بل أقول: إن ثبوت الأرض دليل على عدم المقابلة، فإن من المعلوم أنه لا يلزم أن يردّ البائع جزءاً من الثمن، بل له أن يعطي الأرض من كيسه، وإن كان عين الثمن موجوداً.

إذا عرفت ذلك فنقول: مقتضى القاعدة في غرامة الأوصاف كلها الرجوع على البائع لكونه غازراً، وإن كان المشتري دفع بعض الثمن لأجلها، فإن ذلك لا يمنع صدق الغرور، وعلى فرض مقابلتها بالثمن في مقام الانشاء يكون حالها حال زيادة القيمة، فتدبر.

هذا بالنسبة للأوصاف الموجودة حال البيع، وأما الأوصاف الحادثة في يد المشتري إذا زالت بعد ذلك وغرّمه المالك، فرجوعه فيها عليه البائع بالأولى؛ إذ هي كزيادة القيمة بعد البيع، بل أولى، وكذا الحال بالنسبة إلى الأجزاء إذا حصلت في يد المشتري ثم تلفت، كما لو كان الغنم مهزولاً ثم صار سميناً في يد المشتري، ثم صار مهزولاً، فإن المالك إذا رجع عليه بعوض السمن يرجع هو على البائع، فتدبر.

٤٣٧ - قوله ﷺ: (لأن الغرامة لم تجيء... الخ)^(١).

أقول: بناءً على ما قلنا من تحقق الغرور في مطلق العقود الفاسدة إذا كان المشتري جاهلاً بالفساد، ولازمه عدم رجوع البائع عليه بما زاد عما يقابل الثمن، لا اشكال في الرجوع في هذه الصورة أيضاً على البائع، وأما بناءً على ما هو المشهور من رجوع البائع عليه فيها بتمام القيمة وسائر النماءات فالحق ما ذكره ﷺ من عدم الرجوع في هذه الصورة، لما ذكره من أن الغرامة لم تجيء من تغريره. فان قلت: غاية الأمر كون الضمان مسبباً من الأمرين - أي الغرور وفساد المعاملة - فلا وجه لترجيح جانب الثاني، بل مقتضى القاعدة التشريك كما هو الشأن في

سائر الموارد التي يجتمع فيها السببان المستقلان، فإن المسبب مستند إلى المجموع، ولازمه التشريك.

قلت: فرق بين المقام وسائر المقامات، وذلك لأن وجود السبب الآخر الذي هو فساد المعاملة من حيث هي يمنع عن صدق الغرور، فهو نظير ما إذا أراد المالك أن يبيع ماله ومع ذلك أكرهه عليه غيره، فإن البيع حيثئذ وإن صدر من مجموع السببين، أي الإرادة والاكراه، لكن الاكراه لا يؤثر حيثئذ في رفع الحكم، بل لا يصدق أن الفعل وقع مكرهاً عليه.

والحاصل: أن أحد السببين مانع عن تحقق سببية الآخر، فإنه إذا كان مريداً للفعل من نفسه لا يكون للاكراه تأثير، وإن كان لولا الإرادة كان سبباً، ففي المقام أيضاً وإن كان يصدق الغرور مع قطع النظر عن فساد المعاملة، لكن معه يخرج عن كونه مغروراً؛ لأن المفروض أن مع صدق البائع أيضاً كان ضامناً ومقوماً عليه من نفسه.

ومن هنا يمكن أن يقال: إذا كان بيده أو بين يديه مال الغير، وكان عازماً على التصرف فيه غضباً، فقال قائل تصرف فيه فإنه مالي، أو كله فإنه طعامي، فتصرف فيه وبأن كذب القائل، لا يجري عليه حكم الغرور، فلا يجوز الرجوع على القائل وإن كان لولا عزمه على التصرف فيه كان يصدق عليه أنه مغرور.

وبالجملة: الغرور إنما يوجب الرجوع إذا كان الضمان مستنداً إليه، ومع وجود السبب السابق له لا يكون مستنداً إليه، وكذا مع المقارن كما في مانحن فيه إذا كان وجود ذلك السبب مانعاً من الاستناد، فتشريك السببين إنما هو فيما لم يكن وجود أحدهما مانعاً من تأثير الآخر والاستناد إليه، كما في سائر موارد الاجتماع، فتدبر.

٤٣٨ - قوله ﷺ: (فإن قلت: إن كلاً... الخ) (١).

أقول: حاصله أن وجه رجوع المشتري على البائع في صورة الغرور كان هو

الغرور، وأما رجوع البائع عليه في غير صورة الغرور فلا وجه له، فإن رجع المالك عليه فهو، وإن رجع على البائع لا ينبغي أن يرجع على المشتري وإن كان التلف في يده، نعم لو كان متلفاً أمكن الرجوع عليه من جهة قاعدة التسيب، من حيث إنه صار باتلافه سبباً لضمان البائع، وعلى هذا فيشكل رجوع كل سابق إلى اللاحق في تعاقب الأيدي كما هو المشهور من كون قرار الضمان على من تلف في يده العين.

قلت: يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف والاتلاف في صدق السببية، فاللاحق صار باثبات يده على العين وعدم دفعه إلى المالك أو إلى من أخذ منه سبباً لضمان السابق؛ لأنه لو دفعه إليه أو إلى المالك كان السابق فارغاً من الضمان، فضمانه بمعنى استقرار العوض في ذمته مستنداً إلى اللاحق، من جهة حيلولته بينه وبين العين، وعلى هذا فلا حاجة إلى التوضيح الذي ذكره المصنف رحمته؛ إذ هذا الجواب ليس مبنياً على فهم كيفية اشتغال ذمته كل من اليدين كما لا يخفى، فتدبر.

□ توارد الأيدي المتعددة على المال الواحد

٤٣٩ - قوله رحمته: (فهو يملك ما في ذمة كل واحد... الخ) ^(١).

أقول: هذا هو التحقيق، ولا اشكال في تصويره ومعقوليته كما في التكاليف؛ إذ لا فرق بين الوضع والتكليف في ذلك، بل يمكن عكسه أيضاً، وهو كون المالك أشخاصاً متعددة على سبيل البدل، مع كون المملوك واحداً، كما في مالكية السادة والفقراء للخمس والزكاة، وكما في مالكية كل واحد من الورثة لحق الخيار الثابت للمورث بناءً على أحد الأقوال، من أن كلاً منهم مستقل في مالكية الخيار، ومما يناسب المقام حرية أحد العبيد إذا أوصى بعقود واحد من عبيده، ولذا يستخرج بالقرعة.

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذمم عديدة لمال واحد على سبيل البدل، ومن الغريب دعوى صاحب الجواهر استحالة؛ حيث أورد في أول كتاب الضمان على

العامّة القائلين بأنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّة بعدم تصور شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد، قال (وقد بيّنا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المخصوب ذمّة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلاً، وإنّ جاز له الرجوع على كل واحد)^(١)، لكنه في كتاب الغصب لم يدع عدم المعقولة بل قال (لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد)^(٢)، ولذا جعل الخطاب بالاداء بالنسبة إلى غير من تلف في يده شرعياً، وبالنسبة إليه ذمياً.

وأنت خير بما فيه؛ إذ بعد فرض المعقولة كما هو واضح يكون الدليل عليه هو ما دلّ على جواز الرجوع على أيّهم شاء كما سيشير إليه المصنّف.

٤٤٠ - قوله: (وضمن عهدة العوضين... الخ)^(٣).

أقول: يعني إذا ضمن ضامن عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا قبضه البائع عند خروج البيع مستحقاً للغير، أو انكشف بطلان البيع، أو عن المشتري للبائع عهدة المبيع الذي قبضه المشتري إذا خرج الثمن مستحقاً للغير، أو انكشف بطلان البيع، ومعنى ضمان العهدة رجوع المضمون له إلى الضامن بعوض المضمون على فرض تلفه، أو امتناع أخذه.

ومن ذلك يظهر أنّه ليس نظير المقام؛ لأنّ المضمون له لا يرجع إلا إلى الضامن على فرض التلف، فلا يكون من اشتغال ذمتين، إذ حيث إنّ يكون المشغول ذمّة الضامن فقط، وليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه أيضاً حتى يكون من ضمّ ذمّة إلى أخرى، نعم ما دام باقياً في يده يجوز له الرجوع عليه، ومعه ليس ذمّة الضامن مشغولة بعوضه فعلاً، بل معنى ضمانه وجوب التدارك مع التلف، وعلى فرضه إلا أنّ يكون المراد هذا المقدار من الاشتغال، أعني كون العين مضمونة بالنسبة إلى المضمون عنه؛ حيث إنّّه مكلف بردها إلى المضمون،

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١١٣.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

وبالنسبة إلى الضامن حيث إنّه أيضاً مكلف بردها، أو رد عوضها إليه.

لكنك خبير بأنّه ليس من اشتغال ذمتين بمال واحد، فهذا ليس استثناء مما ذكره من كون الضمان عند الخاصة من باب نقل ذمة إلى ذمة، حيث إنّه ضم ذمة إلى ذمة، نعم يكون استثناء من مسألة أخرى، وهي أنّه لا يجوز ضمان العين الخارجية، بل يجب أن يكون المضمون مالاً ثابتاً له في الذمة، فإنّه في هذا الفرض من ضمان الأعيان.

وما ذكرنا هو الظاهر من كلماتهم في ذلك الباب؛ حيث إنهم يقولون يرجع المضمون عند خروج أحد العوضين مستحقاً للغير إلى ذلك الضامن، وظاهرهم عدم جواز رجوعه على فرض التلف إلى المضمون عنه أصلاً، بل صرح بذلك بعضهم، فتدبر.

٤٤١ - قوله ﷺ: (وَضَمَانَ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ... النخ)^(١).

أقول: اتفقوا على عدم جواز ضمان الأعيان الغير المضمونة، كالامانات قبل حصول التعدي والتفريط؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب، واختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغضب والمقبوض بالبيع الفاسد والامانات بعد التعدي أو التفريط، ففي الشرائع (الأشبه الجواز)، وحكي^(٢) عن المبسوط، والتحرير، والارشاد، والتذكرة، والايضاح، وذهب بعضهم إلى المنع كالمحقق والشهيد الثانيين، ولا يخفى أنّه بناءً على الجواز يرد الاشكال السابق، من عدم كونه مما نحن فيه، فالّ المضمون له لا يرجع في صورة تلف العين إلا إلى الضامن، نعم هو من ضم ذمة إلى ذمة قبل التلف، لكنه لا ينفع فيما نحن فيه كما عرفت.

نعم، يمكن الاستظهار من عبارة التذكرة ما راه المصنّف ﷺ؛ حيث قال - على ما حكى عنه - (أنّ ضمان المال ناقل عندنا، وفي ضمن الأعيان والعهد اشكال،

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

(٢) حكاها عنهم الجواهر ١٣: ٣٤٣.

أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه^(١).

هذا، ولكن يحتمل أن يكون مراده ذلك في ما قبل التلف، وإلا فبعده يتعين الرجوع على الضامن فقط، وأما عبارة الايضاح فلا يحضرني حتى ألاحظها.

٤٤٢ - قوله ﷺ: (وَضَمَانُ الْاِثْنَيْنِ لَوَاحِدٍ... الخ)^(٢).

أقول: اختلفوا فيه على أقوال:

أحدها: البطلان إذا كان دفعه، وصحة السابق مع التعاقب، حكى عن المختلف^(٣)، وجامع المقاصد^(٤)، وقواه في الجواهر^(٥).

الثاني: الصحة بالنسبة إلى من رضى به المضمون له، ومع الرضا بهما يقسّط المال عليهما بالنصف، احتمله في الجواهر^(٦)، وظاهره وجود القول به وإن لم ينقل به القائل.

الثالث: الصحة، وتخيير المضمون له كما اختاره في الوسيلة^(٧)، وفي الجواهر قيل إنهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال ألق متاعك وعلى كل واحد منّا ضمانه^(٨).

قلت: وهذا هو الأقوى؛ لعموم الأدلة، وعدم المانع، وهو نظير لما نحن فيه، كما أن مطلق الضمان على مذهب العامة أيضاً نظيره حسبما ذكره المصنّف ﷺ.

والتحقيق: - وإن كان خارجاً عن المقام - صحة الضمان إذا كان القصد ضم ذمة إلى ذمة كما هو مذهب العامة؛ لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإن كان خارجاً عن الضمان المصطلح؛ فكون الضمان عند الخاصة نقل الذمة على ما هو المستفاد من

(١) التذكرة ٢: ٩٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٦.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣٤١.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

(٦) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

(٧) الوسيلة ٢٨١.

(٨) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

الأخبار لا ينافي صحة قسم آخر أيضاً إذا شمله العمومات الأولية كـ«أوفوا» و «المؤمنون» ونحوهما، فتدبر.

٤٤٣ - قوله ﷺ: (وأما حال بعضهم... الخ)^(١).

أقول: حاصله أنه يجوز لكل سابق بعد رجوع المالك عليه أن يرجع إلى كل من اللاحقين، إلا إلى مغروره، ولا يجوز رجوع اللاحق إلى السابقين، لا إلى من كان غاراً له، ولازم هذا كون قرار الضمان على من تلف في يده العين إذا لم يكن مغروراً، وإلا فعلى الغار، وحيث أن فلو كان في السلسلة غار، فإن كان غاراً لمن تلف في يده فقرار الضمان على ذلك الغار، وإلا فعلى من تلف في يده أو أتلف، سواء رجع إلى المالك من الأول عليه أو على الغار أو على غيره، مثلاً إذا كان في البين غار، وبعده مغرور غير غار للاحقه، فرجع المالك على ذلك المغرور فله أن يرجع على الغار، وأن يرجع على أحد اللاحقين، فإن رجع على الغار رجع ذلك الغار على المتأخر عن المغرور؛ حتى يستقر الضمان على من تلف في يده، وإن رجع على من بعده فلا يرجع على الغار؛ لأنه غير مغرور منه، وإنما المغرور من سبقه، نعم له أن يرجع هو أيضاً على من بعده حتى يستقر الضمان على من تلف في يده. والحاصل: أن العبارة المختصة في بيان هذا المطلب ما ذكرنا، من أن كل سابق يرجع إلى كل من اللاحقين، إلا إلى مغروره، ولا يرجع اللاحق إلى السابقين، لا إلى غاره، ونتيجة هذا أن قرار الضمان على من تلف في يده إلا إذا كان مغروراً فإنه حيث أن على غاره.

٤٤٤ - قوله ﷺ: (فهذا الضمان يرجع إلى ضمان... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى ما في هذا التوجيه؛ إذ يرد عليه:
أولاً: أن السابق أيضاً يصدق عليه أنه ضامن شيئاً له بدل؛ لأنه وإن كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل؛ لأن ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين، بل

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.

المفروض أنه يحدث بعد ذلك فيتحقق البديل للعين بعد حدوث ضمان السابق، إلا أن استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنما هو بعد التلف، فحيث يصدق أن 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 المتأخر يكون السابق ضامناً لتلك الزيادة أيضاً، مع أنه لم يحدث الضمان في يده، إلا ناقصاً، بل وكذا بالنسبة إلى زيادة القيمة بناءً على القول بأعلى القيم.

وبالجملة: حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى القيمة يصدق بالنسبة إلى الكل أنه ضامن لما له بدل، بل أبداً.

وثانياً: أن ضمان العين التي لها بدل - أي عوض في ذمة آخر - لا يقتضي ما ذكره من ضمان واحد من البديل والمبدل، كيف؟ والبديل لم يتحقق فيه سبب الضمان؛ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً. ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة؛ حيث إنها مقبوضة بتبعية قبض العين، بخلاف التدرار الثابت في ذمة السابق فإنه ليس مقبوضاً للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً.

وثالثاً: لو سلمنا ذلك كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البديل، فإن البديل الذي في ذمة السابق إنما هو لمالك العين، فبذله وهو ما في ذمة اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البديل، ولا وجه لكونه لمن عليه البديل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح.

ورابعاً: أن لازم ما ذكره أن يكون في مسألة ضمان الاثنين لواحد بناءً على صحته للضامن الأول الرجوع على الضامن الثاني إذا رفع العوض إلى المضمون له، فإن الثاني قد ضمن ما له بدل في ذمة الضامن الأول، مع أنه ليس له ذلك، بل إنما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن باذنه، ولو كان متبرعاً فلا يرجع على أحد، وأيضاً 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 أنَّ الضامن إنَّما ضمن شيئاً له بدل في ذمة المضمون عنه، وأيضاً بناءً على مذهب العامة من كون الضمان ضم ذمة إلى أخرى يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه؛ لأنَّه يصدق على الضامن أنَّه ضمن شيئاً له بدل، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتاً في ذمته من باب الغرامة، بأن يكون متلفاً أو غاصباً أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا يمكن الالتزام به.

وخامساً: إذا فرضنا أنَّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنَّه لا يجوز للسابق حيثنَّ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، بل الأمر بالعكس؛ لأنَّ من تلف في يده هو السابق بالفرض، ولازم بيان المصنف عليه السلام أن يكون له الرجوع عليه؛ لأنَّه يصدق أنَّه - أي اللاحق - ضمن شيئاً له بدل، بخلاف السابق.

ودعوى: أنَّه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقاً، والسابق لاحقاً؛ فيصدق على السابق الذي صار لاحقاً أنَّه أيضاً ضمن شيئاً له بدل.

مدفوعة: بأن الضمان إنَّما حدث باثبات يده الأولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود إليه لا يحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عيناً وضمن، فاعطاه غيره أو أخذ منه قهراً، ثم رده ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أولاً باقي، وقرار الضمان حيثنَّ على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود إليه، ولازم بيان المصنف عليه السلام أن يكون القرار على الغاصب الثاني، مع أنَّه لم يتلف في يده، فتدبر.

وسادساً: أنَّ ما ذكره من أنَّه لا يعقل ضمان البدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج البدل عن كونه بدلاً، فيه أنَّا نقول إنَّه لا يعقل ضمان البدل من دون وجود سبب الضمان فيه حسب ما بينا.

وسابعاً: أن لازم ما ذكره جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البدل أيضاً.
وما ذكره من أنه نظير باب الضمان؛ حيث إنه لا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إلا بعد الدفع إذا كان الضمان باقياً باذنه.

فيه: أن مقتضى القاعدة في ذلك الباب أيضاً جواز الرجوع؛ لأن دمة المضمون عنه قد برئت بمجرد الضمان عنه باذنه، فاللازم جواز مطالبته قبل الدفع أيضاً، إلا أنه خرج عن القاعدة للنص الخاص، وهو في المقام غير موجود، فعدم القول به في المقام مع أنه لازم الوجه المذكور يكشف عن عدم تمامية الوجه، فتدبر.

٤٤٥ - قوله ﷺ: (فإن أداه إلى المالك... الخ) ^(١).

أقول: يعني إن أدى الضامن الثاني.

٤٤٦ - قوله ﷺ: (وربما يقال في وجه رجوع... الخ) ^(٢).

أقول: القائل صاحب الجواهر «أعلى الله مقامه» في كتاب الغصب ^(٣).

٤٤٧ - قوله ﷺ: (مع أنه لا يكاد يفهم الفرق... الخ) ^(٤).

أقول: الفرق واضح، فإن الأول مجرد تكليف لا يستتبع وضعاً، بخلاف الثاني فإن التكليف فيه تبع للوضع، ويكفي فيه أن لازم الثاني تعلقه بتركه إذا مات، بخلاف الأول كما اعترف به المصنف ﷺ في الايراد الآتي.

ونظير الأول مسألة وجوب نفقة الأقارب، فإنه مجرد تكليف؛ ولذا لو عصى لم تصر ديناً عليه، بخلاف نفقة الزوجة فإن الخطاب بها ذمي؛ ولذا لو مضت مدة لم يعطها النفقة عصياناً أو لعذر صارت ديناً عليه، فالخطاب باداء نفقة الأقارب شرعي، بخلاف الزوجة فإن الخطاب بالاداء فيها ذمي.

وأيضاً من قبيل الأول مسألة النذر، فلو نذر أن يعطي زيداً درهماً يجب عليه

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٩.

(٣) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٠.

ذلك تكليفاً لا وضعاً، بمعنى أنه لا يصير مديوناً لزيد، ولذا ليس له مطالبته كمطالبة سائر الديون، نعم يجوز له الزامه من باب الأمر بالمعروف، وهذا الايراد ساقط عن صاحب الجواهر.

نعم، يرد على ما ذكره من عدم تعقل اشتغال ذمتين بمال واحد أنه لا فرق بين التكليف والوضع في ذلك، بمعنى أنه إذا لم يعقل ذلك في الماليات يلزم أن لا يعقل في التكليفات أيضاً، بأن يشتغل ذمتان أو أزيد بفعل واحد، مع أنه موجود في الواجبات الكفائية، فلو أمكن أن يكون فعل واحد واجباً على شخصين لزم جواز اشتغال ذمتين بمال واحد؛ إذ لا فرق بين الدين الالهي والدين الخلقي.

ودعوى أن المال لا يعقل إلا في ذمة واحدة، بخلاف الفعل كما ترى؛ فإن الدين الخلقي أيضاً قد يكون فعلاً، كما إذا استأجر لخياطة الثوب فإنه مديون بالفعل، نظير كونه مديوناً لله بالصلاة أو الخياطة إذا نذرهما، وإذا جاز أن يكون الخياطة في ذمة شخصين على سبيل البدل جاز أن يكون الدرهم أو الدينار كذلك، ولا يخفى أن ما ذكرنا من أن في التكليف الالهية أيضاً جهة وضع، وأن الفعل إنما يكون في ذمة المكلف كالمال؛ ولذا اطلق عليه الدين في قوله ﷺ (إن دين الله أحق أن يقضى)^(١) لا ينافي ما ذكرنا آنفاً من صحة الفرق بين الخطاب بالاداء شرعياً وذهنياً؛ وذلك لأن ما ذكرنا هناك إنما كان عدم الملازمة بين التكليف بالاداء واشتغال الذمة بالنسبة إلى من كلف بالاداء إليه، والذي ذكرناه هاهنا أن التكليف مستتبع للوضع بالنسبة إلى المكلف الذي هو الله، ففي مسألة النذر نقول إن اعطاء الدرهم لزيد دين إلهي، بمعنى أن ذمته مشغولة بالفعل لله، لا أن تكون مشغولة لزيد بالدرهم، فالذي نفينه هو الثاني، والذي أثبتناه هو الأول.

والحاصل: أنه لا فرق بين الاشتغال بالفعل - كما في التكليفات - وبالمال، عينا كان أو فعلاً مثل الخياطة و النساجة، كما في الديون الخلقية في جواز التعلق بالمتعدد على سبيل البدل، فيتصور في الماليات نظير الواجب الكفائي والتخييري

وغيرهما حسبما هو واضح، هذا.

ويمكن على بعد أن يكون مراد المصنّف ﷺ من قوله (لا يكاد يفهم الفرق... الخ) ما ذكرنا في قولنا (نعم يرد... الخ) بأن يكون غرضه أنه لا فرق بين الخطاب بالاداء والخطاب الذمي في جواز التعلق بالمتعدد وعدمه، فاذا اعترفت بأن الأول متعلق بالجميع، فاللازم اعترافك به بالنسبة إلى الثاني أيضاً، ولا داعي إلى صرف الدليل الظاهر فيه عن مقتضاه، فتدبر.

٤٤٨ - قوله ﷺ: (مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع... الخ)^(١).

أقول: ظاهر كلام صاحب الجواهر الالتزام بذلك، فإنه لم يذكر رجوع كل سابق إلى كل لاحق، بل قال إنه يرجع إلى من تلف في يده، ولا مانع من هذا الالتزام أيضاً، بل لم أجد من صرح بجواز الرجوع إلى كل لاحق، فلا يمكن دعوى الاجماع عليه، ولا دليل غيره، وبالجمله ظاهر كلامه الالتزام به، ولا دليل على بطلانه، فتدبر.

هذا، ويمكن توجيه رجوع السابقين إلى اللاحقين بوجه آخر أحسن من توجيهي المصنّف والجواهر «قدس سرهما»، وهو أن يقال إن الوجه فيه أنه إذا أدى العوض إلى المالك فقد ملك العين الثالفة بالمعاوضة القهرية، فيقوم مقام المالك في جواز الرجوع إلى الأيدي المتأخرة إلى أن يستقر الضمان على من تلف في يده.

والفرق بين هذا وما ذكره صاحب الجواهر في موضعين:

أحدهما: أنه يقول إن العوض ليس إلا في ذمة من تلف في يده، وخطاب غيره بالاداء تكليفي لا ذمي، وهذا التوجيه ليس مبنياً على ذلك، بل يتم مع الالتزام بشغل ذمة الجميع أيضاً.

والثاني: أنه يقول بالمعاوضة القهرية بين البدل المدفوع من أحد السابقين وبين ما في ذمة الأخير، وهو من تلف في يده، وعلى هذا التوجيه المعاوضة القهرية إنما

هي بين البدل والعين التالفة، بمعنى أنها تعتبر ملكاً لدافع البدل، فيكون هو بمنزلة المالك لتلك العين، فله مطالبة عوضها ممن أثبت يده عليها أو أتلّفها.

وتوضيح هذا المطلوب ببيان مقدمات:

الأولى: لا اشكال في أن المالك إذا صالح^(١) العين التالفة التي اعتبر وجودها في ذمة ذوي الأيدي مع غيرهم، أو مع أحدهم يقوم ذلك المصالح معه مقامه في جواز مطالبة من شاء منهم، وكذا إذا حسب على أحدهم خمساً أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك فإنه حيثئذ يقوم مقام المالك في المطالبة.

الثانية: أن مقتضى القاعدة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض.

الثالثة: أن في باب الغرامات العوض المدفوع يكون عوضاً لنفس العين التالفة، ولازمه اعتبار كون العين ملكاً للدافع؛ إذ لا فرق بين المعاوضة بعنوانها وبين اعطاء العوض، فإن ما ذكرنا إنما كان مقتضى العوضيّة، فلو كان للعين التالفة اعتبار عقلائي يكون للدافع، ولذا قلنا في بدل الحيلولة أن مقتضى أخذ البدل إذا كان بدلاً عن نفس العين - لا عن الحيلولة كما هو الظاهر - دخول العين في ملك الضامن، غاية أن ملكه متزلزل، وأيضاً إذا غرقت العين في البحر فاعطى عوضها يكون العين للدافع، فإذا ترتب على وجودها تحت الماء أثر كان له، وإذا كان كذلك ففي المقام إذا دفع أحد السابقين بدل العين التالفة، وصارت كأنها مال تالف له يكون مثل المالك في جواز الرجوع إلى من بعده.

ودعوى: أنه لا معنى لاعتبار العين التالفة بعد تلفها ملكاً لأحد.

مدفوعة: بما هو المسلّم بينهم في باب الخيار من جواز فسخ المعاملة بعد تلف العين، فيرجع إلى المثل أو القيمة، مع أن الفسخ إنما يؤثر من حينه، فليس إلا اعتبار كون العين التالفة ملكاً للمالك الأول، فيرجع إلى بدلها، فلا مانع من هذا الاعتبار إذا ترتب عليه أثر كما في الضمان أيضاً.

نعم، يبقى شيء: وهو أن لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضاً؛ لأن

المفروض أنه قام مقام المالك.

ويمكن أن يقال: إن الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنه السبب في ضمانهم، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذا الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك، هذا.

والتحقيق: ما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا فرق بين الاتلاف والتلف واثبات اليد في صدق سببية الضمان، وأن الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمته، كيف ؟ وإلا أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعة الضمان، فكما اعترف القائل بأن الرجوع على المتلف موافق للقاعدة من جهة تسببيه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت اليد وإن لم يكن متلفاً، ولا فرق في ضمان السبب بين كونه عالماً أو جاهلاً، فحال اللاحقين بالنسبة إلى السابقين كحال الغار بالنسبة إلى المغرور؛ حيث قلنا إن الوجه في رجوعه على غاره كونه سبباً في استقرار العوض في ذمته، فإن اللاحق أيضاً كذلك سبب لاستقرار العوض في ذمة السابقين من جهة حيلولته بينهم وبين العين التي كان لهم أن يردوها إلى المالك؛ لثلا يستقر العوض في ذمتهم، ولا حاجة إلى الالتزام بالمعاوضة القهرية ولا غيرها، هكذا ينبغي تحقيق الحال، والمستعان بالله المتعال.

بقي شيء؛ وهو أننا قد أشرنا إلى أن للمالك الرجوع على الجميع على وجه الاشتراك بالتساوي أو بالاختلاف، وحال رجوع البعض إلى الآخر بالنسبة إلى ذلك المقدار المأخوذ منه حال ما تقدم.

وأشرنا أيضاً إلى أن من أنحاء الأخذ المصالحة مع أحدهم بعوض يسير أو مجاناً، أو احتسابه خمساً أو زكاة أو نحو ذلك، كما إذا وهبه ما في ذمته، وأما لو أبرء ذمة واحد منهم فهل يبرء الجميع، وليس له بعد ذلك الرجوع إليهم أو لا، فيجوز أن يبرء بعضهم ويأخذ من أحد الباقيين وجهان، أقواهما أن مقتضى ابراء واحد براءة الجميع، وذلك لأن المفروض وجود بدل واحد في ذمة الجميع، فإذا أبرء واحد

منهم فكأنه أخذ منه ذلك البدل، فليس له بعد ذلك شيء، وإن صرح ببراءته مع إرادة الأخذ من الباقيين يعد من التناقض، فلا يحصل إبراء ذلك الواحد أيضاً، وليس الحال في المقام كالواجب الكفائي إذا أسقط التكليف من أحدهم؛ حيث إن الوجوب يبقى على الباقيين؛ وذلك لأنه إخراج له عن التكليف، لا إسقاط المكلف به، بخلاف المقام فإنه إن أراد إخراج ذلك الواحد عن الضمان وعن سببية يده فليس له ذلك؛ إذ ليس أمر السببية بيده، فليس له عليه إلا ذلك البدل، فإذا جعله في حل منه فكأنه أخذه منه، ومعه لا معنى لمطالبة الباقيين.

وهل لهذا الواحد أن يرجع على لاحقه وجهان، أقواهما عدم؛ لأن الوجه في رجوعه إنما كان سببته لضرره، وأخذ الغرامة منه، والمفروض أنه لم يؤخذ منه شيء، والفرق بينه وبين الهبة والمصالحة ونحوهما واضح، فتدبر.

٤٤٩ - قوله ﷺ: (ولا يرتفع سلطنة المالك... الخ)^(١).

أقول: إذا تمكن من الاسترداد من الثاني بسهولة يشكل جواز أخذ بدل الحيلولة؛ لعدم مساعدة الأدلة، فتدبر.

□ بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

٤٥٠ - قوله ﷺ: (مع مال نفسه... الخ)^(٢).

أقول: ومثله لو باع مال غيره مع مال موكله أو المولى عليه أو نحو ذلك مما هو مسلط عليه ومأذون في بيعه.

٤٥١ - قوله ﷺ: (لظهور الاجماع... الخ)^(٣).

أقول: وحكي عن الغنية^(٤) والتذكرة^(٥) الاجماع، وكذا عن الشيخ الكبير في

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥١١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.

(٤) غنية النزوع ٢٠٩.

(٥) التذكرة ١: ٥٦٦.

شرحه على القواعد^(١)، وعن بعض عدم الخلاف فيه، وعن الرياض^(٢) وفي الجواهر^(٣) ظاهرهم الاجماع، نعم حكى الخلاف عن الاردبيلي^(٤) صريحاً، وفي الجواهر (لم نعرفه لأحد من أصحابنا - يعني سواء - نعم هو للشافعي)^(٥).

قلت: الحق هو الصحة من غير فرق بين القول بصحة الفضولي وعدمه، إذا فرض عدم الاجازة، نعم إنما يفترق القولان على فرض الاجازة، فإنه بناءً على صحة الفضولي لا يبقى اشكال، بل ولا خلاف، بخلافه على القول ببطلانه، والدليل على ما ذكرنا - مضافاً إلى الاجماع والنص - كونه بمقتضى القاعدة؛ لشمول العمومات بعد معلومية أن العقد ينحل إلى عقود.

ودعوى: عدم ورود العقد على البعض، وإنما ورد على الكل؛ فهو عقد واحد بسيط، غايته أن متعلقه مركب، فإذا فرض عدم صحته باعتبار المجموع لا يبقى وجه لصحته باعتبار البعض.

مدفوعة: بأن التمليك وإن كان واحداً بسيطاً، إلا أن متعلقه لما كان مركباً فهو باعتبار تعلقه بكل جزء جزء في قوة عقد مستقل، ألا ترى أنه يصح أن يقال بالنسبة إلى كل جزء أنه نقل هذا الجزء إلى المشتري بهذا العقد، وهذا معنى الانحلال، ونظيره في التكاليف ما إذا أوجب شيئاً مركباً بإيجاب واحد، فإنه يصدق على كل جزء أنه واجب بهذا الإيجاب البسيط، فإذا قال «أد دينك» وكان عشرة دراهم، فيصدق على كل درهم أنه واجب الأداء بهذا الإيجاب، فلا إيجاب الواحد البسيط إذا تعلق بمركب غير ارتباطي في قوة إيجابات، فيمكن أن يكون مؤثراً بالنسبة إلى بعضها دون بعض إذا كان هناك مانع بالنسبة إلى ذلك البعض، كأن يكون غير مقدور، وأيضاً يمكن التفكيك بينهما في الامثال كما إذا أدى بعض الدراهم دون

(١) شرح القواعد ١٨٠.

(٢) الرياض ٥: ٦٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٦٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٠.

بعض، فهذا الواحد البسيط مؤثر وغير مؤثر، وممثل وغير ممثل، وكذا في المقام العقد الواحد صحيح وباطل بالنسبة إلى الجزئين، وهذا واضح جداً.

ومن ذلك ظهر بطلان ما حكى عن الشافعي في وجه الفساد من أن اللفظة الواحدة لا يتأتى تبعضها، فاما أن يغلب الصحيح أو الفاسد، والثاني أولى؛ لأن تصحيح الفاسد ممتنع، وإبطال الصحيح غير ممتنع، إذ فيه أنه لا مانع من التبعض باعتبار المتعلق، ألا ترى أنه لو قال «جاء زيد وعمر» وكان كاذباً في أحدهما، وصادقاً في الآخر يكون هذه اللفظة صدقاً وكذباً، مع أن ما ذكره من امكان أحد التغليبين، وامتناع الآخر أيضاً كما ترى.

وأما ما حكى عن بعض الشافعية من قياس المقام على ما إذا باع درهماً بدرهمين، أو تزوج باختين؛ حيث يحكم بالبطلان فيهما.

ففيه: أيضاً - مضافاً إلى بطلان القياس - أنه مع الفارق؛ إذ في الفرضين لا ترجيح لأحد الدرهمين أو لأحد الأختين، بخلاف المقام، ولذا لو جمع بين الأختين في عقد واحد، وكان لأحدهما مرجح - كأن تكون الأخرى بنت زوجته مثلاً - نقول إن العقد صحيح بالنسبة إليها، هذا.

وربما يحتج للبطلان بوجهين آخرين:

أحدهما: جهالة الثمن بعد التقسيط.

الثاني: أن التراضي إنما وقع على المجموع.

وفي الأول أن الغرر مفروض الانتفاء، والدليل على اشتراط العلم في غير صورة الغرر الاجماع، والقدر المتيقن منه أن يكون الثمن المقابل بالمال معلوماً وإن كان مقدار حصة كل من الاجزاء عند التقسيط مجهولاً، ولذا لا يحكم بالبطلان على فرض الاجازة، مع أن حصة كل من المالكين غير معلومة، وكذا إذا باع المالكان ماليهما المختلفين في القيمة أو المتساويين بعقد واحد فإن ظاهرهم صحة البيع؛ مع أن مقدار حصة كل منهما مجهول، نعم حكى عن الشيخ في

المبسوط^(١) الحكم ببطلان بيع العبدین صفقة إذا كانا لمالکین مع الاختلاف في القيمة، بل عنه في خلافه^(٢) الحكم بالبطلان حتى مع التساوي فيها أيضاً، ولا وجه له.

فالتحقيق: كفاية العلم بثمن المجموع وإن كانا مختلفي القيمة مع كونهما لمالکین، إلا أن يكون هناك غرر، وإلا فمع عدمه لا دليل على اعتبار أزيد من هذا المقدار من العلم.

وفي الثاني أن الرضا في ضمن المجموع كافٍ؛ إذ ليس حال تخلف الجزء أشد من تخلف الوصف أو الشرط، وليس فيهما إلا الخيار، والسر أن الرضا المتعلق بكل جزء ليس مقيداً بوجود الجزء الآخر، بل هو من باب تعدد المطلوب وإن كان التقييد أيضاً ثابتاً في اللب، وبحسب بعض الجهات؛ ولذا يوجب تخلفه الخيار، وسيأتي تحقيق حال المطلب إن شاء الله، وحققناه بما لا مزيد عليه في بحث الشروط، فراجع^(٣).

٤٥٢ - قوله ﷺ: (أمكن الخدشة فيه... الخ)^(٤).

أقول: قد عرفت وستعرف دفع الخدشة، وأن الصحة على وفق القاعدة، فلا تغفل.

٤٥٣ - قوله ﷺ: (وكذا مع الرد... الخ)^(٥).

أقول: يعني لا ريب في الصحة معه أيضاً بالنسبة إلى البعض المملوك، هذا ويظهر من سياق بيانه حيث قال (أولاً بناءً على القول ببطلان الفضولي الظاهر أن حكمه بحكم... الخ) وهنا نفى الريب في الصحة، أن صحة البيع بالنسبة إلى المملوك وعدمها متفاوت على القولين، مع أنه لا فرق بينهما على تقدير عدم

(١) المبسوط ٢: ١٤٥.

(٢) الخلاف ٢: ٦٤ - كتاب البيوع، مسألة ٢٣٢.

(٣) ج ٣ تعليقة ٤٣٢.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

الاجازة، فلا وجه لهذا الاطناب، بل كان ينبغي أن يقول بناءً على صحة الفضولي إذا أجاز المالك فلا اشكال، وأما مع عدم الاجازة أو القول بعدم صحة الفضولي فكذا.

إلا أن يقال: بناءً على صحة الفضولي الحكم بالصحة أوضح، ولو فرض عدم الاجازة فإنه بالنسبة إلى حصة الغير أيضاً صحيح تأهلي، فلا يكون البيع بالنسبة إلى المجموع من حيث المجموع باطلاً صرفاً، بخلاف على القول بطلانه فإن العقد بالنسبة إلى المجموع باطل صرف ولغو محض، فالحكم بالصحة بالنسبة إلى المقدار المملوك يصير معه أشكل من الحكم بها على تقدير القول بصحة الفضولي، لكنه كما ترى.

والتحقيق: عدم الفرق بين القولين على تقدير عدم الاجازة، ولذا لم يفصل أحد بين القولين، نعم يظهر من عبارة الجواهر أن اشكال الارديلي في الصحة أو خلافه مختص بالقول بصحة الفضولي؛ حيث قال (فما عن الارديلي من احتمال بطلان العقد رأساً على تقدير صحة الفضولي وعدم الاجازة... إلى قوله واضح الفساد)^(١). ولكن ظاهر عبارة الارديلي أيضاً عدم الفرق، فإنه قال على ما حكى عنه في طي قوله (لو ضم مال غيره إلى مال نفسه وباعهما صفقة، فإن كان باذنه فهو صحيح، ويقسّط المسمى، وإن لم يكن باذنه فإن أجاز فكذلك إن قلنا بصحة الفضولي، وإلا بطل في مال الغير فقط، ويقسّط الثمن، ويحتمل البطلان رأساً، فإنه إنما حصل التراضي والعقد على المجموع، وقد بطل... إلى آخر كلامه)^(٢)، فإن قوله «وإلا بطل» يعني إن لم نقل بصحة الفضولي أو لم يجز، ولعل صاحب الجواهر حمّله على معنى أنه إن لم يجز فقط.

٤٥٤ - قوله ﷺ: (فإنه كما لو تبين... الخ)^(٣).

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٠.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٦٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

أقول: يظهر من هذه المقايسة مسلمية الحكم في المقيس عليه، وكذا يظهر من عبارة الجواهر^(١) أيضاً، مع أنه أيضاً من فروع المقام، فمن يستشكل فيه يستشكل فيه أيضاً، فتأمل.

٤٥٥ - قوله ﷺ: (غاية الأمر ثبوت الخيار حيثئذٍ... الخ)^(٢).

أقول: ظاهره اختصاص الخيار بما بعد الرد، فلا خيار له بمجرد الاطلاع على كون البعض للغير، مع أنه يمكن أن يقال لا يجب الصبر إلى أن يحصل الاجازة والرد، خصوصاً إذا احتاج إلى مضي مدة، وخصوصاً مع عدم الوثوق بالاجازة، وما أبعد بين هذا وبين ما عن العلامة في بعض كتبه، من ثبوت الخيار حتى في صورة الاجازة أيضاً، نظراً إلى ثبوت الضرر من جهة اختلاف الناس في سهولة الاقتضاء وصعوبته، واختلاف الاغراض في المعاملة مع الاشخاص.

وكيف كان فلا خيار مع علم المشتري بالحال؛ لاقدامه حيثئذٍ على التبعض، إلا أن يكون البائع غرّه في أن المالك مجيز لا محالة فبان الخلاف، فتدبر.

٤٥٦ - قوله ﷺ: (الجهل أو الاذن... الخ)^(٣).

أقول: يعني ادعى كونه جاهلاً بأن بعضه مال الغير، وادعى كونه مأذوناً في بيع حصة الغير، والمفروض أن المالك منكر للاذن؛ إذ في هاتين الصورتين لا يكون مقدماً بنفسه على تبعض الصفقة، فيكون له الخيار كما للمشتري مع جهله.

٤٥٧ - قوله ﷺ: (مانع شرعي كلزوم الربا أو بيع أبق... الخ)^(٤).

أقول: أما الأول فكما إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين، أو بثلاثة دراهم أو بثلاثة دنانير، وكان الدرهم للغير فأنه لو أجاز ذلك الغير يصح البيع وإن كان له في مقابلة درهمه درهم وقدر من الدينار، وللبيع في مقابلة دينار درهم ودينار،

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٥.

بل أزيد؛ لأنّ المدار على ما وقع عليه المعاملة، وهو المجموع بالمجموع.
وأما لو لم يجز فيكون البيع باطلاً؛ لأنّه من الأول كأنّه وقع العقد على الدينار في
مقابلة درهم ودينار، بل أزيد، فيكون من الربا، هذا.

ولكن يلزم مما ذكره الفقهاء من تعليل صحة البيع المفروض بأنّ كلاً من
الجنسين ينصرف إلى ما يخالفه الحكم بالصحة، ويكون الثمن في مقابل دينار
البائع هو الدرهمان، ويبطل بالنسبة إلى الدرهم وما يقابله من الدينارين، ولذا
حكى عن المحقق^(١) والشهيد^(٢) الثانيين الميل إلى الصحة في مثل الفرض مما
اشتمل كل من العوضين على جنسين ولو كانا لمالك واحد، إذا فرض تلف أحد
الجنسين قبل القبض الذي هو مثل ما نحن فيه، فإنّه موجب لانفساخ البيع بالنسبة
إليه، مع أنّهما لا يقولان فيما إذا كان أحد العوضين مشتملاً على جنسين، والآخر
على زيادة في الجنس الواحد، كالصورتين الأخيرتين من المثال الذي ذكرنا، وكما
إذا باع درهماً ومدّاً من تمر بدرهمين أو بمددين، فإنّه إذا تلف الدرهم أو المد قبل
القبض يكون الآخر في مقابل أزيد منه من جنسه، وهو ربا.

لكنك خير بأنّ انصراف كل إلى ما يخالفه في كلام الفقهاء والاختبار ليس إلا
تعبدياً من جهة تصحيح المعاملة، وإلا ففي الحقيقة الثمن يقسّط على المثلثين
بحسب القيمة، فلو فرض كون أحد الجنسين لمالك، والآخر لآخر لا يحكم بكون
مقابل مال كل يخالف جنس ماله.

فالتحقيق: بطلان البيع بالنسبة إلى مال البائع أيضاً إذا استلزم التقسيط الربا، نعم
في مسألة التلف قبل القبض لا يبعد الحكم بالصحة، لا في خصوص ما ذكره
المحقق والشهيد الثانيان، بل مطلقاً من جهة إمكان دعوى أنّ المدار في بطلان الربا
على الزيادة فيما وقع عليه العقد، لا عند التقسيط، والفرق بينه وبين المقام أنّ في
التلف قبل القبض يكون البطلان والتقسيط طارئاً، بخلاف المقام فإنّ البيع بالنسبة

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٧٥.

(٢) مسالك الافهام ٣: ٣٣٠.

إلى مال الغير باطل من الأول، ويلزم وقوع الربا من أول الأمر ومن حين وقوع العقد، فتدبر . وتماام الكلام في محله.

وأما الثاني فكما إذا كانت الضميمة في بيع العبد الأبق للغير، فإنه يبطل البيع بالنسبة إليه أيضاً؛ لأنه يلزم منه صحة بيعه بلا ضميمة، وفي هذا أيضاً يمكن الفرق بين ما لو كانت مال الغير ولم يجز، وبين ما لو تلفت قبل القبض، فإنه يمكن في الثاني الحكم بالصحة؛ لما أشرنا إليه من كون البطلان في التلف قبل القبض من حين التلف، لا أن يكون كاشفاً عن البطلان من الأول، والقدر المسلم من بطلان بيع الأبق بلا ضميمة ما إذا كان كذلك حين البيع، ويأتي الكلام فيه في محله.

ثم إن من الموانع الطارئة بسبب التقسيط ما إذا لزم منه الإبهام في البيع الموجب للبطلان، كما إذا أوصى له بأحد العبدین المختلفین أو المتساويين في القيمة فباع العبدین قبل تعيين الوارث أو غيره ممن بيده الأمر، أو قبل القرعة بناءً على أنها المرجع في التعيين، فإن البيع حينئذٍ صحيح مع إجازة المالك للآخر.

وأما مع عدم إجازته فيلزم كون المبيع مبهماً، وهو باطل، خصوصاً مع فرض الاختلاف في القيمة، وكذا إذا اشتبه عبده مع عبده غيره؛ بحيث لم يمكن التعيين فباعهما معاً ولم يجز مالك الآخر، فإنه لا يعلم أن المبيع من هو منهما.

ومنه على ما يظهر من الجواهر^(١) ما إذا باع المالك للنصاب تمام النصاب قبل اخراج الزكاة بناءً على القول بأنها متعلقة بالعين، لا على وجه الاشاعة، بل على وجه الكلّي في المعين، بأن يكون للفقير من أربعين شاة شاة مبهمة مرددة بين الكل، بأن يكون للمالك تعيينها في أي منها شاء مع اختلافها في السمن والهزال والصحة والمرض ونحو ذلك مما يوجب اختلاف القيمة، فإن مع عدم صحة البيع بالنسبة إلى حق الفقراء بأن فرض عدم دفع المالك لها من موضع آخر، وعدم امضاء الحاكم الشرعي أو وكيله بناءً على أن لهما الإجازة يلزم ما ذكر من إبهام المبيع وعدم معلومية ما يقابله من الثمن ولو عند التقسيط.

نعم بناءً على الشركة الاشاعية - كما هو المختار - لا إشكال، وكذا إن قلنا بالتعلق بالذمة، أو قلنا إن البيع موجب للانتقال إلى الذمة من جهة كون المفروض أن هذه الشركة ليست كسائر المقامات مما لا يمكن التصرف إلا برضا الطرفين، فإن للمالك التصرف في الكل مع التزام التأدية من موضع آخر، فبيعه الكل التزام قهري منه بذلك.

ولا يخفى أن ما ذكرنا من البطلان من استلزام التقسيط للابهام لا ينافي ما ذكرنا سابقاً في دفع الاشكال من جهة جهالة الثمن، بأن المدار على ما وقع عليه البيع، وهو معلوم من حيث إنه واقع على المجموع، وثمنه معلوم؛ وذلك لأن في هذا المقام لا يمكن العلم بالثمن حتى عند التقسيط، فلا يكفي معلومية المجموع وثمنه حين العقد، وهذا واضح، فتدبر.

بقي شيء؛ يجب التنبيه عليه، وإن لم أجد من تعرض له ولا أشار إليه، وهو أنه يشترط في صحة البيع بالنسبة إلى المقدار المملوك أن يكون جامعاً لجميع الشرائط بالنسبة إلى المجموع؛ بحيث لم يكن مانع من صحته إلا كون البعض مال الغير؛ حتى يكون صحيحاً بالنسبة إليه على فرض الاجازة، وإلا فلو فرض وجود مانع من جهة أخرى، وإن كان يرتفع على فرض عدم الاجازة والتقسيط، فالظاهر عدم الصحة بالنسبة إلى المقدار المملوك أيضاً، وإن كان واجداً للشرائط؛ وذلك كما إذا باع منين ونصفاً من الحنطة الجيدة بثلاثة أمان من الحنطة الرديئة، أو بثلاثة أمان من الشعير، وكان النصف الذي هو خمس البيع للغير، وفرض كون قيمته ما يساوي مناً من الرديء أو من الشعير، فإن بعد بطلان البيع بالنسبة إليه يبقى الأمان في مقابل المنين، ويخرج عن كونه رياً بعد أن كان منه من الأول، فإنه لا يحكم بالصحة حيثئذ بالنسبة إلى ملكه؛ وذلك لأن البيع من حيث هو مع قطع النظر عن كونه مال الغير باطل، فلا يمكن أن يصح بعد التقسيط، وإن كان لا مانع على فرضه، ويحتمل الحكم بالصحة قياساً على بيع الحر والعبد معاً، لكن الفرق موجود، وهو أن في المقيس عليه المعاملة واجدة في حد نفسها لجميع الشرائط سوى

المملوكية، بخلاف المفروض، فتأمل.

ومن هذا الباب ما إذبا عبه المعين وأحد العبدین اللذین هما للغير، فإن المعاملة من حیث المجموع غیر قابلة للاجازه من جهة ابهام المبیع باعتبار بعضه، لكن لا مانع منها بالنسبة إلى البعض المملوك، لكن إذا فرض تساوي العبدین فی القيمة لثلا یلزم جهالة الثمن عند التقسیط، وعلیك بالتأمل من المقام، والله العالم بالأحكام.

٤٥٨ - قوله ﷺ: (ثم إن البيع المذكور صحيح... الخ) (١).

أقول: اعلم أن فی كل مورد نحتاج إلى التقسیط كالمقام إذا لم یجز المالك، بل وكذا إذا أجاز لارادة تعیین حصة كل منهما من الثمن، وكما إذا تلف بعض المبیع قبل القبض، وكما إذا فسخ فی البعض بخیار إذا اختص الخیار به، أو تقایلا فیہ إذا قلنا بجواز الاقالة فی البعض ففقه المسألة أن مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع مقابلة كل جزء من أجزاء أحدهما بما یساوي قیمته من الآخر بالنسبة، فالثمن یفرق على أجزاء المبیع بحسب قیمتها الواقعية ما لم یعین فی المعاملة حصة كل، وإلا فبحسب ما عین، كما إذا ساومه على أن یكون هذا العبد بخمسة، وذاك بعشرة، فقال بعتك العبدین بخمسة عشر، فإن فی هذه الصورة لا حاجة إلى التقویم؛ إذ حصة كل منهما معينة، وأما فی غيرها فالحكم ما ذكرنا حتى فی مثل بیع درهم ومد من تمر بدرهمین ومدین، فإن مقتضى المقابلة ما ذكرنا، وإن ورد فی الأخبار (٢) أن كلاً من الجنسین ینصرف إلى ما یخالفه من الآخر، فإن ذلك إنما هو من باب الحيلة فی التفصی عن الربا، لا على الحقيقة حسبما أشرنا سابقاً، خلافاً لمن تقدم ذكره.

وكذا فی بیع الأبق مع الضمیمة، وإن كان یظهر من الأخبار (٣) أن تمام الثمن بازاء

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥١٥.

(٢) وسائل الشیعة، باب ٢٠ من ابواب الربا.

(٣) وسائل الشیعة، باب ١١ من ابواب عقد البيع وشروطه.

الضميمة، إلا أنَّ المراد أنَّه إذا لم يحصل العبد لا يوزع عليه الثمن، يعني لا يسترد من البائع، لا أنَّه ليس بازاء الأبق شيء حتى لو تلف قبل القبض، أو كان لمالك آخر.

ثم اعلم أنَّه لا اشكال في أنَّ الأوصاف والشروط لا تقابل في المعاملة بعوض، بمعنى أنَّه ليس شيء من الثمن بازائها، بل المقابلة إنما هي بين العينين وإن كانت هذه أيضاً موجبة لزيارة القيمة أو نقصانها، ولزيادة الثمن ونقصانه، فهيئة الاجتماع وإن كانت في بعض الأشياء دخيلة في زيادة الثمن، إلا أنَّها لا يقسُط عليها الثمن، فتخلّفها لا يوجب إلا الخيار كما في سائر الأوصاف والشروط، وهذا واضح حسبما بيّنه المصنّف أيضاً.

ثم إنَّ الهيئة الاجتماعية قد لا تكون موجبة لشيء من الزيادة والنقص، وقد تكون موجبة للزيادة في الطرفين بالسوية، وقد تكون موجبة لهما فيهما بالاختلاف، بأن يكون قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة، ولا معه أربعة، وقيمة الآخر معه ستة، ولا معه أربعة، وقد تكون موجبة للنقص فيهما بالسوية أو بالاختلاف، وقد تكون موجبة للزيادة في أحدهما، والنقص في الآخر.

إذا عرفت [هذا] تعرف أنَّ الأولى في كيفية التقسيط أنَّ يقوم كل منهما منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام، لا في حال الانفرد، ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قام كل منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف، مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف ﷺ - فيما إذا قام أحدهما منفرداً باثنين، ومنضماً بأربعة، والآخر منفرداً بأربعة، ومنضماً باثنين - أنَّ يكون لمالك الأول ثلث الثمن، وللمالك الثاني ثلثاه، مع أنَّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أنَّ يكون للأول الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر صور الاختلاف، وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في مورد من الموارد.

وبالجملة: فكما أنَّ طريق الشرائع والقواعد واللمعة لا يتم إلا في صورة عدم مدخلية الهيئة لشيء من الزيادة أو النقصان، كذا طريق المصنَّف ﷺ لا يتم إلا في غير صور الاختلاف، بأن كانت موجبة للزيادة بالسوية أو النقصان بالسوية، هذا. ويمكن ارجاع ما ذكره الجماعة أيضاً إلى ما ذكرنا، بأن يكون مرادهم من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع تقويمه منفرداً، ولكن بوصف الانضمام، وكيف كان فالطريق المستقيم في جميع الصور ما ذكرنا.

٤٥٩ - قوله ﷺ: (كان الحكم كما في القيمي ... الخ)^(١).

أقول: ذلك لا مكان اختلافهما في القيمة من حيث الجودة والرداءة، بل من حيث تعلق الأغراض بمال هذا أو ذاك، أو من حيث القلة الكثرة لكن هذين الأخيرين يمكن فرضهما في الحصة المشاعة أيضاً، ولعله لذا قال «فافهم».



□ مسألة: لو باع من له النصف النصف مشاعاً

٤٦٠ - قوله ﷺ: (لو باع من له نصف الدار ... الخ)^(١).

أقول: لا بأس بالإشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندي على وجه الاجمال:

اعلم أن التكلم في هذه المسألة في مقامين:

أحدهما: فيما إذا علم كون مراد البائع من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص أو المشاع في الحصتين، ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثاني: فيما إذا علم أنه لم يقصد إلا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصتين، بأن علم عدم إلتفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ.

والظاهر أن محل كلام من تعرض للمسألة من الفقهاء المقام الأول، لكن المصنف ﷺ وصاحب الجواهر حملاً محل كلامهم على المقام الثاني، وهو بعيد في الغاية؛ إذ عليه لا يبقى محل للتمسك بظهور المقام أو غيره في مقابل ظهور النصف في الاشاعة؛ إذ الرجوع إلى الظهورات إنما هو لتشخيص المرادات، والمفروض أن المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملك غيره، وإنما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلا الاشاعة.

ودعوى: أن بناءهم على العمل بالظهورات النوعية ولو مع العلم بعدم إلتفات المتكلم إلى الخصوصيات كما يظهر من مراجعة كلماتهم في باب الوقف والوصية والحلف والنذر ونحوها؛ حيث إنهم يقولون إن الظاهر من اللفظ الفلاني كذا وكذا، أو ينصرف إلى كذا أو لا، فتراهم يقولون لو حلف أن لا يدخل الدار هل ينصرف إلى كذا أو لا، مع أن المفروض أن المتكلم لم يتوجه ذهنه إليه أبداً.

مدفوعة: بأن المفروض في تلك الفروع القصد إلى مفهوم اللفظ، فيكون قصداً اجمالياً إلى جميع ما يندرج فيه من الخصوصيات، وهذا بخلاف المقام فإن

المفروض أنه لم يقصد خصوصية ملكه أو الحصة المشاعة في الملكين، فكيف يمكن الحمل على الأول مع عدم قصده؟! ومن المعلوم أن مقتضى التعليق على مفهوم النصف - من غير لحاظ الخصوصية - الاشاعة.

وأما دعوى: وجوب العمل بهذا الظهور تعبداً من جهة أنه أوجد العقد، فيجب عليه العمل به؛ لعموم وجوب الوفاء.

ففيه: ما سيأتي من أنه إنما يجب الوفاء على من له العقد، لا على من عقد، ومن له العقد في الفرض هو وشريكه بعد عدم قصد الخصوصية.

وكيف كان فأما المقام الأول فإن كان مع فرض عدم معلومية توارد الايجاب والقبول على شيء واحد، بأن لم يعلم كون قصد المشتري موافقاً لقصد البائع فالظاهر البطلان، فإذا قال «بعتك نصف الدار» ولم يعلم المشتري أن قصده خصوص نصفه أو نصف الدار على سبيل الاشاعة بين الحصتين، فلا يرد قبوله على ما ورد عليه الايجاب.

وبعبارة أخرى لا بد من تعيين أحد الأمرين قبل البيع، ومع عدمه يبطل لمكان عدم التعيين عندهما.

إلا أن يقال: إذا فرض معلومية كون قصد المشتري إلى خصوص حصة البائع، والمفروض أن ظهور المقام يقتضي كون مراد البائع أيضاً ذلك فيكونان واردين على محل واحد، لكن هذا يختص ببعض الصور.

وإن كان مع فرض معلومية تواردهما على محل واحد، وكون مقصدهما واحداً، وكان الشك في تعيين ذلك بأن اختلفا فيه بعد اتفاقهما على كون الصادر منهما هو البيع الصحيح فهنا يصح الرجوع إلى الظهورات في تشخيص ما وقع عليه العقد بحسب إرادتهما.

والظاهر أن محل كلام من تعرض للمسألة هو ذلك حسبما عرفت، والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصة على ظهور النصف في الاشاعة، بل في الجواهر أنه صرح به جميع من تعرض لذلك، قال (بل عن غصب جامع

المقاصد^(١) والمسالك^(٢) ارسال المسلمات، بل عن الثاني منهما نسبته إلى الأصحاب، ولا ينافي ذلك احتمال الاشاعة في النصيبين في جملة من الكتب، ضرورة عدم منافاة ذلك للظاهر^(٣) انتهى.

وهو ﷺ وإن جعل - كما عرفت - محل كلامهم في المقام الثاني، لكنك عرفت ما فيه، بل ينبغي القطع بأن مرادهم هذا المقام، أعني ما علم كون مقصدهما شيئاً مخصوصاً ولم يعلم التعيين.

وعلى أي حال فالتحقيق هو ترجيح ظهور مقام البيع في إرادته حصته المختصة في مقابل الاشاعة بينه وبين الأجنبي، وكذا إذا كان وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر أيضاً فإنه يحمل على خصوص ماله، لا المشاع بينه وبين الموكل، وكذا إذا لم يكن مالكاً أصلاً، وإنما كان وكيلاً أو ولياً في النصف، فإنه يحمل على هذه الحصّة، لا المشاع بين الشريكين، وذلك لأقوائية هذا الظهور من ظهور النصف في الاشاعة.

بل التحقيق: أنه لا منافاة بينهما أصلاً؛ لأن الأول حاكم على الثاني؛ لأن ظهور النصف في الاشاعة إنما يقتضي الاشاعة في الحصتين مع عدم ظهور يقتضي الاختصاص في ظهور العام مقتضٍ له، فالاشاعة في الاشاعة من جهة الاطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه كما في سائر المطلقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض الافراد.

ودعوى أن مرجع الشك إلى أنه هل قصد الخصوصية أم لا، والاصل عدمه، مدفوعة بأن الظهور المفروض رافع للشك، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل.

وبالجملة: لا فرق في وجوب العمل بهذا الظهور بين ما لو كان للمتعلق ظهور في حد نفسه كما في المقام؛ حيث إن النصف الذي هو متعلق البيع في حد نفسه ظاهر في المشاع في الدار الذي مقتضاه الاشاعة في النصيبين أيضاً، وبين ما لو كان

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٤١.

(٢) مسالك الافهام ١٢: ٢٥٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٦.

مجملاً في حد نفسه كما في قوله «بعتك غانماً» إذا كان الغانم مشتركاً لفظياً بين عبده وعبده غيره، غايته أنه مع الاغماض عن هذا الظهور - أعني ظهور مقام البيع - يبقى مجملاً في الثاني دون الأول، وإلا فلا فرق بينهما في وجوب الرجوع إلى الظهور المفروض.

ومن ذلك يظهر أن ما نقله المصنف رحمته الله عن فخر الدين من مقياسة ما نحن فيه على ما أجمعوا عليه من حمل البيع على عبده دون عبده غيره فيما لو قال بعتك غانماً مع فرض اشتراكه بينهما في محله، فلا وجه لها أورده عليه من الفرق؛ إذ قد عرفت أنه غير فارق.

ثم لا فرق في حكومة الظهور المذكور على ظهور النصف بين ما لو قلنا إن إنشاء البيع ظاهر في البيع لنفسه، وبعبارة أخرى التملك ظاهر في الأصالة بحسب المقام، أو أن النصف في مقام التملك ظاهر في نصفه المختص.

والحاصل: أنه لا فرق في الترجيح والتحكيم بين القول بأن الظهور إنما هو للفعل الذي هو التملك، أو للمعلق الذي هو لفظ النصف؛ إذ على التقدير الثاني أيضاً نقول إن ظهورها بملاحظة مقام التصرف حاكم على ظهوره في حد نفسه، كما في سائر المطلقات الظاهرة في حد أنفسها في الاطلاق، المنصرفة إلى فرد مخصوص بملاحظة قرينة المقام، وهذا واضح جداً.

فما يظهر من المصنف رحمته الله من الفرق، وأن التحكيم على ظهور النصف في الاشاعة إنما هو بالنسبة إلى ظهور الفعل دون ظهور المتعلق، أعني ظهور النصف بقرينة المقام؛ حيث قال (فهل هو كالأجنبي وجهان مبنيان على أن المعارض... الخ) لا وجه له كما سيأتي الإشارة إليه، هذا.

وأما ما احتمله في الجواهر^(١) من أنه يرجع إليه في تعيين ما قصده؛ حيث إنه لا يعلم إلا من قبله، وأنه أعرف بنيته.

ففيه أولاً: أن المفروض أن المشتري منازع معه، وهو أيضاً أعرف بنيته.

وثانياً: أن الرجوع إلى هذه القاعدة فرع عدم الظهور الموجب للتعيين، وأما معه - كما في المقام - فلا.

وأما المقام الثاني: فالحق فيه هو الحكم بالاشاعة؛ وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في الاشاعة؛ لأن المفروض هو العلم بأنه لم يقصد إلا مفهوم النصف، وأنه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختص أو المشترك بينه وبين غيره، والظهورات إنما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضاً.

ألا ترى أنه لا إشكال في عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار مع اعتقاد كونه مالكاً أصلاً فبان كونه مالكاً له، ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام؛ إذ لا تفاوت الحال في عدم الظهور بين أن يكون جاهلاً بكونه مالكاً، وبين ما لو كان عالماً وفرض عدم التفاته إلى ماله ومال غيره، بأن يكون قصده مجرد تملك نصف الدار من حيث إنه دار معين، وهذا واضح جداً، هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تبعداً من حيث إنه ملك كلياً ملك مصداقه، كما لو باع كلياً سلفاً حسبما بيّنه المصنف رحمته الله أخيراً.

ففيه ما سيأتي من منع كونه كلياً أولاً، ومنع كون مقتضاه ذلك ثانياً، فإن أمر الكلي بيده، فله أن يعينه في فرد آخر غير حصته المختصة، غايته أنه يجب عليه إرضاء مالك النصف الآخر واجازته، مع أن المدعى تعينه في حصته من أول الأمر، مع أن وجوب الوفاء كما عرفت إنما هو بالنسبة إلى من له العقد، لا على من عقد؛ ولذا لا يجب على الفضولي إرضاء المالك.

فظهر مما بيّنا أن المتعين هو الاشاعة، فإن تعليق البيع على النصف المضاف إلى الدار التي هي عين خارجية يقتضي تعلقه بكل جزء على سبيل الاشاعة، من غير نظر إلى أنه مال هذا أو ذاك، وليس له مالك، ولازم هذا اشاعته في الحصتين كما في الاقرار من غير تفاوت، هذا.

وربما يحتمل بطلان البيع في المفروض - كما أشار إليه في الجواهر^(١) أيضاً؛ وذلك لعدم تعيين المبيع، أو لعدم تعيين المالك، هذا.

وقد مرَّ سابقاً في مسألة اشتراط تعيين الموجب والقابل أنَّ بعض المحققين حكم باشتراط تعيين المالك في بعض الصور، وهو ما إذا توقف تعين المالك على التعيين حال العقد دون بعض، كما إذا كان العوضان معينين، وذكر المصنَّف^{رحمته} هناك أنَّ اللازم إنَّما هو تعيين المالكين لا تعيين المالكيين، وفي الصورة الأولى الوجه في لزومه هو ذلك، فإنَّ مع عدم تعيين المالك لا يتعين البيع أو الثمن، فالسر في وجوبه إنَّما هو هذا، إلا أنَّ يكون تعيين المالك - من حيث هو - شرطاً.

وكيف كان ففي المقام إذا كان المفروض أنَّ المبيع هو النصف من الدار، وهو محتمل لأنَّ يكون حصته المختصة أو المشاع بين الحصتين، فلا يكون المبيع معيناً، وعلى قول ذلك البعض لا يكون المالك معلوماً، وعلى أي حال يلزم أنَّ يكون باطلاً؛ ولذا لو فرضنا أنَّه باع مناً من الحنطة في الذمة، ولم تعين أنَّها في ذمته أو ذمة شخص آخر معين، بأنَّ علم قصده إلى أحد الأمرين، يكون البيع باطلاً، ومجرد كونه هو العاقد لا يستلزم كون ذلك في ذمته؛ لأنَّ العاقد قد يكون مالكاً، وقد يكون وكيلاً، وقد يكون فضولياً، فمع عدم إرادة كون المبيع في ذمة شخص معين لا وجه للحكم بالصحة.

ولكن الاحتمال المذكور ضعيف؛ لأنَّ المقام ليس من باب الكلّي المردد بين الافراد ليحتاج إلى التعيين؛ وذلك لأنَّ النصف وإنَّ كان كلياً من حيث الانفراد والاشاعة، فالمفروض فرد منه، والمشاع فرد آخر، إلا أنَّ النصف المشاع ليس كلياً، والمفروض أنَّ المبيع هو النصف المشاع من الدار، وإنَّما الكلام في أنَّه مشاع في الحصتين أيضاً أم لا.

ووجه عدم كونه كلياً هو أنَّه إذا أضيف إلى الدار الخارجية مثلاً فكل جزء يفرض من أجزائها يكون نصفه مبيعاً، وليس تحته أفراد فعلية كثيرة، نعم إذا لوحظ

مع ذلك كله ملكاً لهذا أو ذاك يحصل تعدد الافراد، فتعدهه إنمّا هو فرع الاعتبار الزائد، وإلا فمع عدم ملاحظة شيء إلا النصف المضاف إلى الدار ليس له تعدد، كما في الاقرار، فالتعدد إنمّا يجيء من قبل الاعتبار الزائد الذي هو ملكية هذا وذلك، أو مفهوم غيرها من الاعتبارات، فليس نصفه المختص والنصف المشاع في الحصتين فردين واقعيين للنصف المشاع المضاف إلى الدار من حيث هو. ألا ترى أنّه لا فرق في ذلك بين ما لو كان المالك واحداً أو متعدداً، أو لم يكن له مالك أصلاً في كيفية النصف المضاف إلى الدار من حيث هو، ومن المعلوم أنّه لا تعدد فيه في صورة عدم المالك أو وحدته، فكذا مع تعدده وعدم ملاحظة هذا الاعتبار.

والحاصل: أنّه إذا كان المفروض عدم القصد إلا إلى مفهوم النصف المشاع المضاف إلى الدار لا يكون هناك تعدد بحسب الواقع، نعم مع وصف ملاحظة الاعتبارات يمكن أن يتعدد حسب تعددها، كما أنّه فيما إذا كان المالك واحداً أيضاً يمكن فرض التعدد باعتبار من الاعتبارات؛ ولذا لم يستشكل أحد من مسألة الاقرار بأنّه من باب الاقرار بالكلي، فلا بدّ من الرجوع إليه في تعيينه، أو من باب الاقرار بالمجمل، بل حملوا على الاشاعة من غير تأمل، وعلله بعضهم بأنّه من قبيل الاخبار، بأنّ نصف هذا الدار كذا، فأنّه لا دخل له بكون المالك من هو فنقول كذا الحال بالنسبة إلى مقام البيع إذا فرض عدم قصده إلى أزيد من ذلك، فالأخبار والانشاء في ذلك سواء، إلا إذا علم أنّه قصد أمراً زائداً، فحيثُ يرجع إلى الظهورات لتعيينه، وإذا علم إرادة خصوصية مجملة يحكم بطلانه.

ومن ذلك ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين بيع منّ من الحنطة أو نحوه حالاً أو سلماً، فأنّه من باب الكلي، فلا بدّ من تعيين كونه في ذمته أو ذمة غيره، وإلا كان باطلاً، وعلى فرض عدم اعتبار التعيين حين البيع وكفاية تعليقه بالكلي المذكور يكون أمر التعيين بيده، فإذا كان له أفراد عديدة، من حيث ذمته أو ذمة غيره له أن يعينه بتمامه في ذمة غيره أو في ذمة نفسه أو بالتشريك على التساوي أو

الاختلاف، ولا وجه لجعله في ذمته بتمامه؛ إذ قد قرر في محله أن البائع مخير في أفراد المبيع، فله تعيين أيها شاء.

ومن هنا تعلم أنه لو كان المقام من باب الكلّي، وكان النصف المشاع كلياً، ولم نقل ببطلانه لم يتج ما ادّعاء المصنّف ﷺ أخيراً من الحمل على حصته المختصة، بل كان البائع مخيراً فيه، وكان له أن يجعله في نصف الغير بتمامه كما أشرنا إليه آنفاً.

فظهر مما ذكرنا أن التحقيق في المقام الثاني هو الحكم بالصحة مع الحمل على الاشاعة كما في باب الاقرار، وإن حكم الفقهاء بالحمل على حصته المختصة؛ لأنّ كلامهم إنّما هو المقام الأول، لا في هذا المقام، ومن العجب حمل المصنّف ﷺ كلماتهم على هذا المقام، وأعجب منه اعمال الظهورات المذكورة، مع أنّها لا محل لها فيه أصلاً، وعلى فرض الرجوع إليها لا إشكال في حكومتها على ظهور النصف في الاشاعة، من غير فرق بين جعل الظاهر لفظ النصف في مقام البيع، أو الفعل الذي هو التمليك كما عرفت، فلا وجه لتخصيصه الحكومة بالثاني، فتدبر.

ثم إنّه إذا كان ولياً أو وكيلأ في النصف، أو أجنبياً في النصف الآخر، فالحال كما مرّ من أنّه في المقام الأول يحمل على النصف الذي له التصرف فيه، وفي المقام الثاني يحمل على الاشاعة على ما هو المختار، وأما إذا كان مالكا للنصف أو ولياً أو وكيلأ في النصف الآخر فحال المقام الثاني كما مرّ، وأما في المقام الأول فيشكل الحمل على خصوص ماله؛ إذ مقام البيع لا يقتضي أزيد من أنّه تصرف في ماله التصرف فيه، وأما كونه في ملكه أو في ملك المولّى عليه أو الوكيل فلا ظهور يعين أحدهما.

ويحتمل بعيداً حمّله على خصوص ماله، ولا يبعد اختلاف المقامات والاشخاص في ذلك، فقد يكون الغالب في تصرفاته التصرف في مال الغير بالولاية أو الوكالة، وقد يكون بالعكس فيحمل على ما هو الغالب.

ودعوى أن التصرف في مال الغير يحتاج إلى قصده، والأصل عدمه، وفيه أن

المفروض أنه قصد إما نفسه أو غيره، فكما أن الأصل عدم الثاني، فكذا الأصل عدم الأول، فهو معارض بالمثل، فتدبر.

ثم هذا كله فيما كان مالكا للنصف المشاع أو وكيلاً أو ولياً فيه، وأما إذا كان مالكا للنصف المفروز فباع النصف، ولم يعلم أنه أراد نصفه المختص المفروز [أو] المشاع المشترك، التحقيق أنه يحمل على نصفه المختص تحكيماً لظهور المقام، هذا بالنسبة إلى المقام الأول.

وأما بالنسبة إلى المقام الثاني، كأن علم أنه لم يقصد شيئاً من الأمرين، وإنما قصد مفهوم النصف فالتحقيق أن البيع فيه باطل؛ وذلك لأن النصف كلي من حيث الافراز والاشاعة، فلا بد من قصد إحدى الخصوصيتين، ومع فرض عدم فالبيع باطل، بل نقول إذا كان كل الدار له فباع النصف من غير قصد إلى الافراز والاشاعة يكون بيعه باطلاً؛ لمكان جهالة المبيع، فتدبر.

٤٦١ - قوله ﷺ: (وإن لم يكن له هذا الظهور... الخ) ^(١).

أقول: قد عرفت أن مع فرض عدم كون المقصود إلا مفهوم اللفظ يكون المقام كباب الاقرار من غير فرق أصلاً؛ لما عرفت من أنه مع هذا الفرض يكون كما لو باع النصف باعتقاد أن تمام الدار للغير، ومن المعلوم حيثئذ عدم الحمل على نصفه المملوك له واقعاً؛ لعدم ظهور المقام حيثئذ.

٤٦٢ - قوله ﷺ: (لأن بيع مال الغير لا بد... الخ) ^(٢).

أقول: فيه منع واضح؛ لأنه قد يكون قصده إلى بيع هذا الموجود من غير نظر إلى أنه ماله أو مال غيره، وقد يقصد بيعه عن مالكة كائناً من كان، فتدبر.

٤٦٣ - قوله ﷺ: (إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور... الخ) ^(٣).

أقول: وقد عرفت أن الظاهر أن محل كلام الفخر والعلماء المقام الأول، وحيثئذ

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.

(٣) كتاب الكاسب ٣: ٥٢٢.

يكون القياس في محله كما بينا، فلا تغفل .

٤٦٤ - قوله ﷺ: (ثم إنه لو كان وكيلاً... الخ)^(١).

أقول: يعني أن يكون مالكا للنصف أو وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر، والمراد من كونه كالأجنبي كونه مثله في جريان الوجهين السابقين، والمراد من عدم كونه مثل تعيين أحد الاحتمالين، وهو احتمال الاشتراك، فأحد الوجهين في قوله (وجهان) كونه كالأجنبي في جريان الوجهين، والآخر تعيين الاشتراك.

٤٦٥ - قوله ﷺ: (مبينان على أن... الخ)^(٢).

أقول: يعني إن جعلنا المعارض لظهور النصف في الاشاعة الظهور الأول المذكور في الفرض الأول، وهو ظهور لفظ النصف الذي هو المبيع في نصفه المختص من حيث كونه في مقام التصرف، ففي هذا المفروض يتعين الاشتراك، وإن جعلنا المعارض الظهور الثاني، وهو ظهور التملك في الأصالة - يعني في البيع لنفسه - فهذا الفرض أيضاً كالأجنبي، يعني كالسابق في جريان الوجهين والاحتمالين، والأقوى الأول، يعني الأقوى كون المعارض هو الظهور الأول، فيتعين الاشتراك في هذا الفرض.

وحاصل المطلب: أننا ذكرنا أن المعارض لظهور النصف في الاشاعة أمران على سبيل منع الخلو، فإن تم كلاهما، بأن كان الثاني أيضاً صالحاً للمعارضة ففي هذا الفرض أيضاً يجري الاحتمالان، لأن المعارض الأول وإن لم يكن موجوداً فيه، إلا أن الثاني كافٍ في المعارضة، ولازمه التوقف لمكان وجود الاحتمالين.

وإن لم يتم الثاني لم يصلح له للمعارضة فيتعين الاشتراك هنا، وإن قلنا بالاحتمالين هناك؛ وذلك لأن المعارض الأول ليس موجوداً في هذا الفرض؛ لأن المفروض أنه في النصف الآخر أيضاً مالك للتصرف، ومسلط عليه من حيث كونه مأذوناً فيه من المالك أو من الشارع، فلا يكون مقام التصرف مقتضياً للحمل على

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

نصفه المختص؛ لأن مناطه أن المتصرف إنما يتصرف في ما له أن يتصرف فيه، والمفروض أن له التصرف في كلا النصفين؛ فلا وجه لحمله على خصوص نصفه المختص به، والمعارض الثاني ليس صالحاً وقابلاً للمعارضة؛ لأن المفروض أن ظهور تلك التمليك في الأصالة من باب الاطلاق، فهو محكوم بالنسبة إلى ظهور النصف في الاشاعة؛ لأنه وإن كان أيضاً من باب الاطلاق، إلا أن اطلاق القيد - وهو النصف - مقدم على اطلاق المقيد - وهو البيع والتمليك -.

وبعبارة أخرى ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل، وأما الظهور الأول - وهو ظهور النصف في مقام التصرف - فحيث كان في عرض ظهور النصف في الاشاعة؛ لأن كليهما ظهور القيد، وظهور المتعلق، غايته أن أحدهما ظهوره بملاحظة المقام، والآخر ظهوره في حد نفسه، فلا حكومة لأحدهما على الآخر. والحاصل: أن في هذا الفرض الظهور الصالح للمعارضة غير موجود، والظهور الآخر الموجود غير صالح؛ لمكان محكوميته بالنسبة إلى ظهور النصف في الاشاعة، فيجب العمل به والحكم بالاشتراك، بخلافه في الفرض الأول فإن ظهور الأول موجود أيضاً، وهو صالح للمعارضة، وإن كان الثاني غير صالح، فلا يبقى ظهور النصف في الاشاعة سليماً؛ فيدور الأمر بين الاحتمالين، هكذا ينبغي فهم عبارة الكتاب، والله الموفق للصواب.

لكن قد عرفت مما ذكرنا سابقاً أن ظهور النصف في مقام التصرف وإن كان في عرض ظهور النصف في الاشاعة، إلا أنه مقدّم عليه، فالأقوى في الفرض الأول الحمل على نصفه المختص، بخلاف الفرض الثاني؛ لعدم تحقق ذلك الظهور حسبما قررنا.

ثم لا يخفى أن ما ذكره من أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق على اطلاقه ممنوع، بل قد يعكس الأمر كما اعترف به في مثل «لا تنقض اليقين»؛ حيث قدم ظهور النقض فيما له استحكام واستمرار على ظهور المتعلق، وهو اليقين؛ حيث إنه عام لجميع الأفراد من اليقين الذي له مقتضى للبقاء وغيره، ولأجله حكم

باختصاص الحجة بالشك في الرفع، وكذا في مثل «لا تضرب أحداً» فإن ظهور الضرب في الاختصاص بالاحياء مقدم على ظهور لفظ أحد في العموم بالنسبة إلى الأموات أيضاً، فالمدار على قوة أحد الظهورين، وهي مختلفة بحسب المقامات، فتدبر.

٤٦٦ - قوله ﷺ: (وما ذكره الشهيد الثاني... الخ)^(١).

أقول: حاصله أنه إن قيل إن المعارض لظهور النصف في الاشاعة ليس منحصراً في الأمرين، بل هنا ظهور آخر معارض له أيضاً، بل وارد عليه، وهو ظهور إرادة المدلول، فإن اللازم من الحمل على الاشاعة والحكم بالفضولية بالنسبة إلى الربع في الفرض الأول عدم قصد المدلول على ما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ، ومقتضى ظاهر الكلام إرادة المدلول، فلا بد أن لا يحمل على الاشتراك والاشاعة، وهذا الظهور مقدم على ظهور النصف في الاشاعة، فكون الظهور المتقدم محكوماً لا ينفع في الحمل على الاشاعة؛ لمكان وجود هذا الظهور الوارد.

قلنا إن هذا الظهور إنما ينفع في الفرض الأول؛ حيث إن الأمر دائر بين الحمل على حصته المختصة وعلى الاشاعة الموجبة لكونه فضولياً في نصف النصف، وأما في هذا الفرض فلا يكون من الفضولي على أي حال؛ لأن المفروض أنه مالك للنصف ومأذون في النصف الآخر، فلا يلزم من الحمل على الاشاعة مخالفة ظهور إرادة المدلول، فتدبر.

هذا كله مع الاغماض عما في كلام الشهيد من المنع، وإلا فلا حاجة إلى هذا الجواب كما هو واضح.

٤٦٧ - قوله ﷺ: (فالأقوى فيهما... الخ)^(٢).

أقول: أي في الوكيل والولي، وأما الفرض الأول فلم يرحج فيه شيئاً، لكن يظهر

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

من قوله (إلا أن يمنع ظهور النصف... الخ) أن المختار فيه أيضاً الحمل على حصته المختصة تحكيمياً لظهور المقام، أو من جهة أنه ملك كلياً يملك مصداقه، فتدبر.

٤٦٨ - قوله ﷺ: (إلا أن يمنع ظهور... الخ)^(١).

أقول: حاصله أن حمل النصف على ظاهره من الاشاعة لا ينافي حمله على نصفه المختص؛ إذ مقتضاه ليس إلا إرادة النصف المشاع في الدار من حيث إنه عين خارجي، وأما الاشاعة من حيث ملاحظة حقي المالين فلا يظهر منه، فلا ينافي حمله على خصوص حصة البائع؛ لأنه أيضاً نصف مشاع، والحاصل أن النصف ظاهر في الاشاعة في الدار، لا في الاشاعة في الحصتين.

٤٦٩ - قوله ﷺ: (فقد ملك كلياً... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت أن النصف المشاع ليس كلياً إذا لم يلاحظ معه اعتبار ملكية لمالكين كما هو المفروض، كيف ؟ وإلا كان اللازم بطلان البيع، وعلى فرض صحته كان اللازم أن يكون مخيراً في تعيينه في أي فرد شاء، حصته أو حصة شريكه، أو الشريك بالتساوي أو الاختلاف، وهذا واضح جداً كما عرفت مفصلاً.

٤٧٠ - قوله ﷺ: (ولعله لما ذكرنا... الخ)^(٣).

أقول: يعني من الحمل على نصفه المختص من حيث إنه لا ينافي ظهور النصف في الاشاعة بالنسبة إلى مجموع الدار، فيكون من باب تمليك كلي كان مالكا لمصداقه، فيجب عليه دفعه.

ثم لا يخفى أن مناسبة مسألة هبة نصف الصداق للمقام يمكن أن يقرر على وجهين:

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.

أحدهما: أن مقتضى حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي أنهم حملوا هبة الزوجة للنصف على نصفها المختص بها، أي النصف المستقر لها بمجرد العقد، لا على المشترك بينه وبين النصف الآخر المتزلزل، الذي لا يستقر إلا بالدخول، وإلا كان مقتضى القاعدة أن يحكموا باستحقاق الزوج نصف النصف الباقي وقيمة الربع الذي أتلفته عليه بالهبة.

لكن يرد على هذا أن المفروض كون تمام الصداق للمرأة قبل الطلاق، غايته تزلزله بالنسبة إلى النصف، وهذا لا يقتضي كونها كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك النصف، فلا معنى للحمل على خصوص النصف المستقر، فحكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي ليس كاشفاً عن شيء؛ إذ لا معنى للترديد بين حمله على خصوص حصتها أو الاشاعة بعد فرض كون المجموع لها.

الثاني: أن يقال إن حكم الشارع برد نصف الصداق بالطلاق في قوة تملك الزوجة نصف الصداق للزوج، فيكون من باب من ملك كلياً ملك مصداقه، فأنها مالكة لمصداق النصف، فيكون نظير المقام من هذه الجهة، لا من جهة الحمل على نصفها المختص في مقابل الحمل على الاشاعة.

وهذا الوجه أنسب بقوله ﷺ (وليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى) إذ على الوجه الأول كان المناسب أن يقول «فأنه بعد حمل الهبة على نصفها المختص بها يبقى الباقي للزوج»، ولا يناسبه التعليل بصدق النصف على الباقي كما لا يخفى.

ولكن الوجه الأول أنسب بالتنظير، وإن كان يرد عليه ما ذكرنا، فتدبر.

٤٧١- قوله ﷺ: (لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه... الخ)^(١).

أقول: يعني هذا التوجيه؛ وذلك لأن مقتضاه جواز دفع الباقي، لا وجوبه وكون الزوج مستحقاً له، مع أنهم عللوا استحقاقه بكون مقدار حقه باقياً، فهذا التعليل غير مناسب لهذا التوجيه، ولذا لا نقول في باب القرض باستحقاق المقرض للعين

المقرضة، بل نقول ويجوز للمقرض أن يدفعها إليه، وأنه يجب عليه القبول لو دفعها إليه .

وأما قوله ﷺ (فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام) فلا يخلو عن حرازة؛ إذ بعد عدم إرادة هذا التوجيه تعين كون حكمهم من جهة الحمل على حصتها المختصة؛ فيكون مناسباً للمقام، لا منافياً له، إلا أن يكون مراده ﷺ أن هذا التوجيه وإن كان بعيداً إلا أنه مع ذلك محتمل، وليس مقطوع بعدم، فلا يخلو حكمهم عن منافاة لهذا المقام؛ لمكان هذا الاحتمال الذي معه يكون مناسباً للحمل على الاشاعة المنافية للمقام، هذا.

ويحتمل أن يكون مراده من قوله «هذا الوجه» الوجه الأول الذي حمل عليه كلامهم، وهو الحمل على حصتها المختصة، يعني أن الظاهر أن مرادهم ليس ما ذكرنا من إرادة الحمل على حصتها؛ حيث قلنا (ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة... الخ) فأنهم عللوا استحقاق الزوج للنصف ببقاء مقدار حقه، وهذا مناسب للحمل على الاشاعة، وكون المراد التوجيه الذي ذكرنا في قولنا (وإن كان يمكن... الخ)؛ إذ على الأول كان المناسب أن يعللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء حقه، لا ببقاء مقدار حقه، وعلى هذا فمعنى قوله (فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام) واضح، هذا ولكن هذا الاحتمال بعيد عن العبارة، فتدبر.

٤٧٢ - قوله ﷺ: (ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا... الخ)^(١).

أقول: التحقيق أن ما ذكره في باب الصلح لا دخل له بالمقام؛ حتى يكون منافياً له، توضيحه يتوقف على الإشارة إلى تلك المسألة اجمالاً فنقول:
إذا كانت دار مثلاً في يد رجل، وأدعى كل واحد من اثنين نصفها المشاع، فاما أن يكونا معترفين بالشركة فيها على الاشاعة أو لا، وعلى الأول إما أن يكون ذلك بسبب واحد موجب للشركة كالارث أو الشراء صفقة ونحو ذلك، أو يدعي كل واحد منهما سبباً غير سبب الآخر.

فعلى الثالث لا إشكال في أنه إذا أقر المدعى عليه لأحدهما لا يشاركه الآخر أصلاً، فله حيثئذٍ الصلح معه ومع غيره، ويختص بعوضه، بل لو أعطاه النصف أيضاً لا يشاركه الآخر.

وعلى الثاني أيضاً كذلك، نعم في هذه الصورة إذا أعطاه النصف شاركة الآخر من جهة اعترافه بأنه أيضاً شريك في الدار، وأن ذا اليد غاصب لهما، فيكون ظلمه محسوباً عليهما، وإن شئت فقل إنه لا يصح قسمة الدار بدون رضا هذا الشريك باقرار المقر له، نعم لو صالح حصته الواقعية منها مع ثالث أو مع ذي اليد لا يشاركه الآخر؛ لأنه يجوز لأحد الشريكين بيع حصته المشاعة أو صلحها.

وأما على الأول فلو أقر ذو اليد لأحدهما شاركة الآخر بمجرد الاقرار، وإن خصه به؛ لأن ذلك مقتضى اعترافهما بوحدة السبب، فلا يثبت للمقر له في ظاهر الشرع إلا ربع الدار، وهذا مما لا إشكال فيه عندهم، وحيثئذٍ فإن أعطاه النصف شاركة الآخر، وإن صالحه معه شاركة إن كان ذلك برضاه، وإلا فلا يصلح الصلح إلا في نصف النصف، نعم لو صالح المقر له مع غير المقر على نصفه الذي يكون له في الواقع بادعائه اختصاص العوض به، ولا يحتاج إلى إجازة الآخر، وكذا لو صالح مع المقر قبل الاقرار، بأن صالحه على حقه الواقعي.

وأما لو صالحه بعد الاقرار فليس له قصد النصف الذي يكون له في الواقع بادعائه؛ إذ المقر لا يعترف له بأزيد من النصف الذي شاركة الآخر بمجرد الاقرار، فلا يقصد في صلحه إلا ذلك النصف، كيف ؟ وإلا يلزم أن يكون معترفاً بثلاثة أرباع؛ إذ النصف الذي أقر [به] أولاً صار مشتركاً بين الاثنين، ولم يبق للمقر له إلا الربع، والمفروض أنه صالحه على النصف الواقعي الذي يدعيه، فإذا أجابه المقر له إلى ذلك، وقبل الصلح على هذا الوجه يكون اعترافاً منه، من جهة هذا الصلح بربع آخر، وهذا خلاف المفروض.

إذا عرفت ذلك علمت أن مسألة الصلح المفروض لا تقبل غير الاشاعة؛ إذ لا يمكن حمله على نصفه المختص الواقعي الذي يدعيه؛ لأن المفروض أن

المصالح معه، وهو المقر ليس موافقاً له في هذه الدعوى، فإنه لم يقر إلا بالنصف الذي صار مشتركاً بين الشريكين، وليس قصده إلا ذلك النصف، فمع فرض كون تمام العوض للمقر له يلزم أن لا يبقى لشريكه شيء، والمفروض أنه صار مالكا للربع.

ومن هنا يظهر ما في اشكال صاحب المسالك^(١) على ما ذكره الفقهاء من الحكم بالاشاعة، وأنه منافٍ لمقتضى قاعدة الحمل على ماله المختص به في مقام التصرف، وأن إيراد الاردبيلي^(٢) عليه في محله، فراجع.

٤٧٣ - قوله ﷺ: (وعلى كل حال فلا اشكال... الخ)^(٣).

أقول: يعني أن ما ذكرنا من أول المسألة إلى هنا إنما كان إذا كان هناك قرينة صارفة للفظ النصف إلى نصفه المختص، وأما مع عدمها فلا اشكال في الحمل على الاشاعة كما في مسألة الاقرار.

ثم إن حمل الاقرار على الاشاعة في النصيبين هو المعروف بينهم، ولعل الوجه فيه ما أشرنا إليه من أن مقتضى الاشاعة بالنسبة إلى العين الخارجية من غير نظر إلى كونها ملكاً لشخص دون شخص ذلك، فإنه إذا كان المفروض أن كل جزء يفرض يكون نصفه للمقر له - كما هو مقتضى الاشاعة - يكون اللازم اشاعته في الحصتين أيضاً، وهذا مؤيد لما قلنا من أن النصف المشاع ليس كلياً؛ إذ لو كان كلياً كان للمقر له تعيين فردة في مال الغير بتمامه أو بعضه باختلاف، هذا.

وربما يقال: إن مقام الاقرار أيضاً كمقام البيع والصلح منصرف إلى حصته المختصة، بل حكي ذلك عن التحرير، وعن الشيخ الفقيه في شرح القواعد^(٤) التفصيل بين ما لو قال «نصف هذا الدار لزيد»، وبين ما لو قال «أنا مقر بأن نصف هذا الدار لزيد» مثلاً، فالثاني محمول على خصوص حصته، بقرينة لفظ أنا مقر.

(١) مسالك الافهام ٤: ٢٧٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٤٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٥.

(٤) شرح القواعد ١٨٥.

والتحقيق: ما هو المعروف مطلقاً، فإنّ الاقرار إخبار عن حكم عين خارجية، وليس ناظراً إلى الاعتبار الخارجي، إلا أن يكون هناك قرينة صارفة في خصوص بعض المقامات، فتدبر.

٤٧٤ - قوله ﷺ: (وهو تعلق الغصب بالمشاع... الخ)^(١).

أقول: لا اشكال في أصل تعلق الغصب بالمشاع في الجملة، وإنما الاشكال في اختصاص الغصب بحصة المغصوب منه، بيان ذلك أن غصب المشاع يتصور على صور:

إحداها: أن يسكن الغاصب مع المالك في الدار مثلاً على وجه يكون كل منهما متصرفاً فيها على وجه الشركة، كما في الشريكين المالكين.

الثاني: أن يشترك غاصبان في التصرف في الدار على وجه يكون كل منهما ذو يد عليها.

الثالث: أن تكون دار بين شريكين ساكنين، فأخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقاً بغصب حصته.

أما الصورة الأولى فلا ينبغي الاشكال في ضمان الغاصب للعين والمنفعة بالنسبة إلى النصف، نعم ناقش فيه المحقق في الشرائع قال (فاذا مكن الدار مالکها لم يضمن، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك، وهو في عين محله، نعم لو كان الغاصب بحيث لم يقاوم المالك تمّ ما ذكره)^(٢).

لكنه ليس مراده ذلك؛ لأنّه ذكره بعد ذلك وحكم فيه بعدم الضمان، وحيث إنّ المفروض صدق اليد والاستقلال كما في سائر موارد الاشتراك في التصرف فلا ينبغي التأمل في ضمانه لنصف العين، بل يحتمل ضمانه للتمام إذا فرض استقلال كل منهما لولا الآخر، فإنّه يصدق أن العين في يده كما أنّها في يد المالك، إلا أن يد

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٦.

(٢) شرائع الاسلام ٤: ٧٦١.

المالك لا أثر لها، وكذا بالنسبة إلى جميع المنافع إلا ما استوفاه المالك.
وأما الصورة الثانية فيضمن كل منهما النصف الشاع عيناً ومنفعة، ويجري الاحتمال الذي ذكرنا، ولازمه جواز رجوع المالك على أيهما شاء كما في الأيدي المتعاقبة، إلا إذا لم يكن أحدهما مستقلاً لولا الآخر، بل كان هناك يد واحدة على الكل بالشركة، فإنه حيثئذ يتعين ضمان كل منهما للنصف.

وأما الثالثة فلا اشكال في ضمان الغاصب أيضاً للنصف الشاع، إلا أن الكلام في أنه هل يتعين كون ما بيده حصه للمغصوب منه، بأن لا يكون على الآخر الذي هو مالك للنصف ضمان أصلاً أو لا، بل يكون ظالماً لهما، ويكون الآخر متصرفاً في حصته وحصه شريكه، فيكون كل منهما ضامناً للربع بالنسبة إلى المغصوب منه، والغاصب ضامناً للربع الآخر أيضاً، وعلى الاحتمال الذي ذكرنا يكون للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بتمام حقه، وعلى الآخر بنصفه، بل بتمامه أيضاً، وله الرجوع على الغاصب أيضاً بتمام حقه.

التحقيق: هو الوجه الثاني؛ إذ تصرف الشريك الغير المغصوب منه في المال المشترك لا بد أن يكون باذن صاحبه، وليس^(١) فيكون ضامناً من جهة اثبات يده وتصرفه في العين المشتركة، كما لو كان هو الغاصب، هذا.

ولكن حكى الوجه الأول عن الشيخ في المبسوط والفاضل في التحرير، قال الأول في كتاب الشركة (غصب المشاع يصح كما يصح غصب المقسوم، وذلك بأن يأخذ عبداً بين شريكين ويمنع أحد الشريكين من استخدامه، ولا يمنع الآخر، فيكون قد غصب حصه الذي منعه منه، وكذلك إذا كان شريكان في دار فدخل الغاصب إليها فأخرج أحدهما وقعد مع شريكه، فيكون غاصباً لحصه الشريك الذي أخرجه، ثم إنهما إذا باعا ذلك المال مضى البيع في نصيب الشريك البائع، ولا يمضي بيع الغاصب)^(٢) انتهى.

(١) هكذا في الأصل، والظاهر ان المراد وليس مأذوناً له فيكون ضامناً.

(٢) المبسوط ٢: ٣٥٥.

وقال الثاني (قد يتحقق المشاع كالمقسوم، بأن يغصب أحد الشريكين في عبد على أخذ حصته ويمنعه من استخدامه ودون الآخر، أو يخرج أحد المالكين من الدار المشتركة ويسكن مع الآخر، ويتعلق الضمان بالغاصب)^(١) وحكي عن الحلّي والقاضي والتذكرة أيضاً، لكن العبارة المحكية عنهم ليست صريحة في ذلك.

وكيف كان فالحق ما عرفت، إلا أنّ يكون المغصوب منه راضياً بتصرف الشريك بمقدار حصته، نعم بيع الشريك حصته ماضٍ، ولا يضره غصب الغاصب حصة الآخر، سواء كان ذلك مع الغاصب وفي صفقة واحدة، أو منفرداً كما في كل مال مشترك، فإنه لا حاجة في بيع أحد الشريكين حصته المشاعة إلى إذن الآخر، فتدبر.

هذا، وأما المقاسمة مع الغاصب إذا تعلّق غرضه بغصب حصة الشريك فلا اشكال في أنّها مخالفة لقاعدة اعتبار كون القسمة برضا الشريكين، فلو قاسمه وباع حصة الشريك أو أخذها لا يتمحض الحصة الباقية له، فيكون الغاصب حيثنّ غاصباً للمال المشترك، ويكون الضرر وارداً عليهما، ولا دليل على التعيين بارادة الغاصب، والتمسك بالسيرة والخرج كما ترى؛ إذ السيرة على فرض تحققها غير كاشفة؛ لعدم معلومية استمرارها وامضائها، والخرج يندفع باجبار الشريك على القسمة قبل أخذ الغاصب، أو بيع حصته من الغاصب أو غيره قبل الغصب.

نعم هنا شيء؛ وهو أنّ المصنّف رحمه الله ذكر في غير مقام أنّه لا يجب تحمّل الضرر لدفع الضرر عن الغير، كما إذا أكرهه ظالم على اضرار الغير، بحيث لو لم يفعل أضره، قال (وليس هذا من باب دفع الضرر عن النفس بالاضرار بالغير؛ لأنّ الضرر بمقتضى إرادة المكروه توجه أولاً إلى ذلك الغير، فمقتضى قاعدة نفى الضرر جواز الاضرار حيثنّ) ولازم هذا جواز التمسك بالقاعدة في المقام أيضاً، بأنّ يقال إنّ عدم جواز القسمة مع الغاصب حكم ضرري بالنسبة إلى هذا الشريك الذي لم يرد

الغاصب غصب حصته، فإن الضرر أولاً وبالذات توجه إلى الآخر، فلا يجب عليه ترك القسمة لدفع الضرر عن الغير.

لكن التحقيق عدم تمامية ما ذكره هناك؛ لمنع توجه الضرر أولاً إلى ذلك الغير، فإن مجرد إرادة الظالم لا يكفي في ذلك، مثلاً إذا كان مال الغير عنده بعنوان الأمانة وأراد الظالم أخذه منه بحيث لا يمكنه أخذه إلا بمباشرته لذلك، فإرادة الظالم وإن تعلقت بأخذه مال الغير إلا أن مجرد هذا لا يوجب صدق توجه الضرر إليه، بل يمكن أن يقال إن الضرر توجه أولاً إلى ذلك الشخص حيث صار مورداً لمطالبة الظالم مال الغير منه ومكرهاً على أخذه منه؛ بحيث لو لم يدفع يتضرر، وفي المقام أيضاً نقول إن الضرر الوارد من جهة الغاصب توجه إليهما؛ حيث إنه يريد أخذ نصف المال المشترك بينهما، فكون إرادته متعلقة بحصة الشريك لا يقتضي كون الضرر وارداً عليه أولاً، فتدبر.

٤٧٥ - قوله ﷺ: (وإن قال به أو مال إليه بعض... الخ)^(١).

أقول: لعله صاحب أنوار الفقاهة، حيث قال: - على ما حكى عنه - (ولو أراد غاصب غصب حصة الشريك فقط فلا يبعد جواز مقاسمة الشريك الآخر مع الغاصب، لا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه، وإن كان غائباً)^(٢).

ولعله إليه أشار أيضاً صاحب الجواهر؛ حيث قال في باب القسمة - بعد الحكم بأن الحاكم يجبر الممتنع على القسمة إذا طلبها الشريك - (بل ربما احتمل أو قيل بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له وإرادة قبض حقه، فينوي الشريك حيثئذ القسمة مع الغاصب، وتكون قسمة، لكنه كما ترى، وقد تقدّم منا البحث في ذلك)^(٣) انتهى.

ويمكن أن يكون مراد المصنف ﷺ من البعض الذي مال إلى هذا الاحتمال

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٧.

(٢) أنوار الفقاهة مخطوط.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ٣١٥.

صاحب الجواهر، فإنه في المقام بعد الحكم بكون ما تلف بانكار المنكر على المقر والمقر له بالنسبة في نظير الفرض الذي فرضه المصنف، وهو ما إذا قال أحد الشريكين نصف الدار لفلان، والنصف الآخر بيني وبين شريكي، فإن للمقر له ثلثا ما في يد المقر، وله على حسب نسبة مالهما بحسب الاقرار، وأنه منافٍ لما ذكره في الاقرار بالنسب، من أنه يدفع إلى المقر له الزائد عما بيده من نصيبه، قال (اللهم إلا أن يكون الفارق بين المقامين الدليل، أو يقال إن الموافق للضابطة ما في باب الاقرار، يعني الاقرار بالنسب، بدعوى تنزيل المنكر منزلة الغاصب القاصد غصب خصوص حصة الشريك المخصوص بناءً على قيامه حيثث مقام المالك في القسمة مع الشريك؛ لحديث الضرار والسيرة وغيرها، على معنى أن المالك في هذا الحال له افراز ملكه عن ملك شريكه، كما كان له ذلك في المال الزكوي ونحوه، وحيثث فيكون ما هنا بناءً على معلومية كون الحكم فيه ما سمعت خارجاً عن الضابطة، للدليل من اجماع أو غيره)^(١) انتهى.

وحاصل مراده أن باب الاقرار بالنسب على القاعدة، وأن مقتضاها كون المقام أيضاً كذلك، إلا أننا لم نقل به فمن جهة الدليل الخاص، وهو الاجماع في خصوص المقام على كون التلف بسبب انكار المنكر محسوباً عليهما بنسبة مالهما، فيظهر منه بعض الميل إلى الاحتمال المذكور، فتدبر.

٤٧٦ - قوله ﷺ: (نعم يمكن أن يقال ... الخ)^(٢).

أقول: حاصله أن الغاصب المنكر إنما قصد أخذ المال على أنه من مال المقر له، والشارع قرره على هذا؛ حيث حكم بعد^(٣) التعرض له في الظاهر، ولازم التقرير كون التلف من المقر له فقط فإنه في الحقيقة اتلاف من الشارع لخصوص مال المقر له.

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٧.

(٣) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «بعد».

وحاصل التضعيف الذي يذكره بعد ذلك أنَّ مقتضى إقرار المقر كون التلف عليهما؛ لأنه أقرَّ بأنَّ المال في الواقع مشترك، ومقتضى إلزامه إقراره كون ما أتلفه المنكر محسوباً عليهما؛ حيث إنه أيضاً مشترك بينهما .

وأنت خبير بأنَّ الأولى في الدفع أنَّ يقال: إنَّ الشارع لم يأذن للغاصب، ولم يقرره على حسب ما أراده من كون المأخوذ مالاً لخصوص المقر له، بل إنَّما قرره في مجرد عدم الأخذ منه قهراً عليه، وإنَّما أذن له في الظاهر في عدم الدفع، وأمَّا إذنه وتقريره في كون ذلك من مال المقر له فلا دليل عليه أصلاً، فإذا كان المأخوذ من المال المشترك بين المقر والمقر له كما هو مقتضى الإقرار، فالأزم احتسابه عليهما معاً، وهذا واضح جداً .



□ الاقرار بالنسب

٤٧٧- قوله ﷺ: (وأما مسألة الاقرار بالنسب... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يقال إن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة، والفرق بينهما أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند إلى يد المنكر؛ حيث إنه أثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر المقر له، فيكون محسوباً عليهما، وفي مسألة الاقرار بالنسب ليس مستنداً إلى اليد، بل هو من جهة مجرد انكار المنكر لخصوص حصة المقر له، إلا فلا أثر لليد؛ لأن المفروض كون المال تركة للميت، ولا يد لأحد عليها غيره.

وحيثئذ فنقول: إن المقر المعترف بأن للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلاثة إخوة مثلاً فلا بد أن يصل إليه حصته، والقدر التالف إنما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثاً، وإلى ذلك أشار في الجواهر؛ حيث قال بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين (أو يقال إن المأخوذ في الأول قد كان بسبب شرعي يعم الشريكين، وهو اليد، بخلاف الثاني فإنه قد أخذ بسبب يخص الأخ المنكر، وهو إقراره بأخوة من أنكره، وذلك أمر يخص الأخ المنكر، دون الأخ المقر، الذي قد اعترف الثلاثة بأخوته، ولم ينقص المال بسبب شرعي يعمه، بل كان ذلك بأمر يخص خصوص المتخاصمين، وهو الاقرار من أحدهما بالآخر، وانكار الآخر إياه)^(٢).

وذكر في باب الصلح أيضاً ما يفيد ذلك، وكذا في باب الاقرار بالنسب، فراجع^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٨.

(٣) جواهر الكلام ٣٥: ١٦٥.

وتوجيه فتوى الفقهاء بذلك أولى من دعوى كون مستندهم الروايات؛ لأنها ليست صريحة في ذلك كما لا يخفى، فإن قوله عليه السلام (يلزمه ذلك في حصته)^(١) ساكت عن كيفيته، وأن الضرر وارد على خصوص المقر له أو عليهما؛ إذ الرواية إنما تكون بصدد بيان أن ذلك ليس في تمام المال حتى في حصة من لم يعترف بذلك، بل هو في حصة المقر له فقط، وأما أنه هل يدفع الزائد عن حصته أو يحصل الضرر عليهما فلا يستفاد منه عليه السلام، فتدبر.

وأما الرواية الثانية فعدم دلالتها أظهر كما لا يخفى، وكان الأولى تبديلها بمرسلة الصدوق وهي (إن شهد اثنان من الورثة، وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين الزما ذلك في حصتهما)^(٢).

٤٧٨ - قوله عليه السلام: (وكذلك إن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين وإن لم يكونا عدلين... الخ)^(٣).

أقول: الظاهر أن النسخة غلط، إذ في الوسائل هكذا (وإن أقر اثنان من الورثة، وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين... الخ)^(٤).



(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٩.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٥.

□ بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

٤٧٩ - قوله ﷺ: (إطلاق مكاتبة الصغار المتقدمة... الخ)^(١).

أقول: من حيث إن قوله ﷺ (لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على ما يملك)^(٢) شامل لما إذا كان عدم الملك من جهة كونه غير قابل؛ لأجل كونه وقفاً، هذا إذا كان الجواب ناظر إلى الكلية، وأما إن حملناه على الجواب عن خصوص مورد السؤال فيمكن الاستدلال به من حيث ترك الاستفصال عن كون البعض الذي ليس له ملك للغير أو وقف مثلاً.

٤٨٠ - قوله ﷺ: (ممنوعة... الخ)^(٣).

أقول: لما أشرنا إليه من كون قوله ﷺ (لا يجوز بيع... الخ) ظاهراً في الكلية، لا جواباً عن خصوص المورد، وعلى فرضه أيضاً فالانصراف لا وجه له، هذا مع احتمال أن يقرأ (ليس يملك) بالبناء للمفعول، ومعه تصير الدلالة أظهر، وكذا إرادة الكلية، فتدبر.

٤٨١ - قوله ﷺ: (بل لا مانع من جريان... الخ)^(٤).

أقول: يعني لا مانع من التمسك بالعمومات، وقد بيناه في المسألة المتقدمة.

٤٨٢ - قوله ﷺ: (عدا ما يقال من أن التراضي... الخ)^(٥).

أقول: قد أشرنا سابقاً إلى أن وقوع التراضي على المجموع ليس من باب التقييد، بل من باب تعدد المطلوب، نظير تخلف الشرط والوصف، فإن الرضا فيهما وإن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

كان بالمشروط والموصوف إلا أنه لما كان على وجه تعدد المطلوب لم يوجب التخلف إلا الخيار، فكذا في المقام.

وأما التنظير بالشرط الفاسد حيث حكموا بكونه مفسداً ففيه:
أولاً: أن التحقيق خلافه.

وثانياً: يمكن الفرق بأن العقد مقيد به، لا بمعنى أنه مقيد بالشرط، بمعنى الملزم ليلزم منه بطلان العقد مع تخلف الشرط الصحيح أيضاً، بل بمعنى كونه مقيداً بالالتزام به، ففي الشروط الصحيحة القيد - وهو الالتزام - حاصل؛ لأن الشروط له مالك لذلك الشرط على الشارط؛ حيث إن المفروض أن الشارع أمضى ذلك الالتزام، بخلاف الشروط الفاسدة، فإن القيد فيها غير حاصل؛ إذ لا يحصل ملكية المشروط لذلك الشرط، وإذا لم يحصل القيد لم يحصل المقيد، مثلاً إذا قال «بعثك كذا بكذا بشرط أن تشرب الخمر»، فالعقد مقيد بالالتزام شرب الخمر، وسلطته عليه، والمفروض أن المشهور لم يمتص هذا الالتزام، ولم يجعل للمشروط له سلطنة على الشرب، ولم يحكم بمالكيته لهذا الفعل على المشروط عليه، وإذا كان العقد مقيداً بهذا كان اللازم بطلانه.

وهذا بخلاف الشروط الصحيحة فإنه يملك عليه ذلك، غايته عدم إيجاده في الخارج، والقيد ليس وجود المشروط في الخارج، بل ملكية المشروط له ذلك، فهو حاصل.

وأما في الاجزاء فلا تقييد أصلاً، فلا وجه لكون تخلفها مفسداً، وهذا الوجه الذي ذكرنا من الفرق وإن كان محلاً للمناقشة إلا أنه صالح لا يكون محطاً لنظر القائلين بكون الشرط الفاسد مفسداً، دون تخلف الشرط الصحيح.

وأما الكلام في باب الشروط فراجع ما ذكرناه هناك^(١)، والغرض أنه لا ملازمة بين كون الشرط الفاسد مفسداً وبين البطلان فيما نحن فيه، وأنه يمكن الفرق بحسب القاعدة أيضاً، مضافاً إلى النص والاجماع، فتدبر.

٤٨٣ - قوله ﷺ: (نعم ربما يفيد الحكم... الخ)^(١).

أقول: يعني الحكم بالصحة، ولا يخفى أن لازم هذا القائل أن يحكم بالبطلان في المسألة المتقدمة أيضاً في صورة العلم بناءً على القول ببطلان الفضولي، وكذا على القول بصحته إذا علم عدم الاجازة، بل مع عدم الرجاء بحصولها؛ وذلك لاشتراك وجه البطلان، وهو الافضاء إلى الجهل بالثمن عند التقسيط.

نعم إذا كان عالماً بأن البعض مال الغير، لكنه كان واثقاً بحصول الاجازة يمكن الحكم بالصحة؛ لأن المعاملة بحسب الظاهر واقعة على المجموع، والمدار على معلومية ثمنه، وأما في الصورتين المتقدمتين فالمعاملة كأنها واقعة من الأول على خصوص ماله، وثمنه مجهول.

ثم لا يخفى أنه لا يكفي جهل المشتري فقط، بل لا بد من جهلهما معاً، وإلا فمع علم البائع فقط أيضاً يكون البيع باطلاً من أجل جهله بالثمن عند التوزيع، وكذا الحال في المسألة المتقدمة، ولا يمكن الالتزام بالبطلان من طرف البائع، والصحة من طرف المشتري؛ لأن العقد متقوم بطرفين، فلا يمكن التفكيك بينهما في الصحة والبطلان، فلا وجه لنفي البعد عنه في الروضة، فتدبر.

٤٨٤ - قوله ﷺ: (لما ذكره في المسالك... الخ)^(٢).

أقول: قال فيها (أن المشتري لهذين الشئين إن كان جاهلاً بما لا يملك توجه ما ذكره بقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزع الثمن، وأما إذا كان عالماً بفساد البيع فيما لا يملك أشكل صحة البيع مع جهله بما يوجب التقسيط؛ لافضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع؛ لأنه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه وعلى شيء آخر، وهو باطل، وقد نبه على ذلك العلامة في

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

التذكرة^(١) وقال إنَّ البطلان ليس ببعيد من الصواب^(٢) انتهى.

٤٨٥ - قوله ﷺ: (بيع الغرر المتعلق النهي... الخ)^(٣).

أقول: فيه اشكال؛ إذ الظاهر أنَّ المدار فيه على ما يكون البيع بالنسبة إليه صحيحاً، فلا يكفي في رفع الغرر العلم بضمن المجموع الذي يعلم عدم سلامته له، وعدم تأثير المعاملة فيه شرعاً.

فالأولى في الدفع أن يقال: إنَّ الغرر غير لازم؛ لأنه بمعنى الخطر، ولا خطر بعد العلم بأنه يقسّط الثمن على حسب نسبة القيمة الواقعية عليهما، فيبقى الجهالة الموجبة للبطلان من جهة الاجماع التعبدى، والقدر المسلم منه ما إذا لم يكن ثمن المجموع الذي وقع عليه العقد معلوماً، وإلا فمع العلم به لا مانع من الصحة، وإن كان المقدار المقابل لما هو الصحيح مجهولاً، ويؤيد اختصاص معقد الاجماع بذلك ذهاب المشهور إلى الصحة في المقام من غير تقييد بصورة جهلها.

والحاصل: أنَّ الدليل على اعتبار العلم بالعوضين في البيع إما قاعدة نفي الغرر، وإما الاجماع، أما الغرر فغير متحقق في مثل المقام مما يؤول إلى العلم، وأما الاجماع فهو لبى، والقدر المتيقن فيه صورة الجهل بما وقع عليه العقد، فلا يشمل ما نحن فيه، فتدبر.

٤٨٦ - قوله ﷺ: (مع أنه لو تم ما ذكر... الخ)^(٤).

أقول: فيه منع ظاهر؛ لا لما ذكره ﷺ من أنه مخالف لظاهر المشهور؛ بل لأنَّ المفروض جعل الثمن في مقابل المجموع، ومجرد عدم امضاء الشارع له لا يقتضي صرفه إلى خصوص المملوك، وهو واضح.

٤٨٧ - قوله ﷺ: (وأما لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح... الخ)^(٥).

(١) التذكرة ١: ٥٦٥.

(٢) مسالك الافهام ٣: ١٦٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

أقول: هذا أيضاً لا وجه له كما عرفت سابقاً، نعم لو قيل بعدم جواز الرجوع على البائع بعد التلف لاقدامه على هتك حرمة ماله كان له وجه، لكنه لا يختص بالمقام، بل يجري في كل مقبوض بمعاملة فاسدة مع علم الدافع بالفساد، وقد مرّ تحقيق الحال فيه، فتذكر.

٤٨٨ - قوله ﷺ: (من أن العبرة بتقويم... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعدة تقويم كل منهما منفرداً لكن بوصف الانضمام، فتذكر.

٤٨٩ - قوله ﷺ: (ويشكل تقويم الخمر... الخ)^(٢).

أقول: التحقيق ما جزم به ذلك البعض، ولعله صاحب المستند، فإنه صرح بذلك، وذلك لأن المناط كما عرفت في المسألة المتقدمة الرجوع بما جعل في المعاملة مقابلاً لذلك الذي لم يصح البيع بالنسبة إليه، وفي مثل الفرض جعل الثمن بازاء الخمر بعنوان أنها خل فالقدر الذي جعل في قبالة إنما هو بملاحظة كونها خلّاً، فلا ينبغي أن يلاحظ القيمة الواقعية للخمر، بل إنما يفرض خلّاً ويلاحظ قيمته الواقعية، ويرجع من الثمن بالنسبة، والظاهر أن هذا الفرض خارج عن محل كلمات الفقهاء، فإن كلامهم إنما هو فيما كان بطلان المعاملة لمجرد كون البعض غير مملوك، لا في مثل الفرض الذي يكون البيع بالنسبة إلى ذلك البعض باطلاً، ولو كان مما يملك من جهة تخلف الجنس، فإنه لا اشكال في كونه مبطلاً للمعاملة، بل مقتضى القاعدة ايجابه البطلان حتى في مثل المهر أيضاً، غاية أن النكاح لا يبطل به من جهة عدم توقفه على ذكر المهر، فحيثُ يرجع إلى مهر المثل.

نعم، ذهب جماعة فيما لو أصدقها ظرفاً على أنه خل فبان خمرأ إلى أنه يصح، ويكون عليه مثله خلّاً.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٤.

وفيه ما لا يخفى؛ فإنه مخالف للقاعدة؛ حيث إنه لم يرد العقد إلا على هذا الموجود المفروض كونه خمرًا، فلا وجه لصرفه إلى الخل، كما أن القول الآخر الذي اختاره الشيخ من الانتقال إلى قيمة الخمر عند مستحليه أيضاً خلاف القاعدة، بل مقتضاها ما ذكرنا من بطلان المهر، والرجوع إلى مهر المثل، نعم النكاح لا يبطل بذلك لما عرفت.

وأما في مثل البيع حيث إنه لا يمكن كونه بلا عوض فمقتضى القاعدة فيه البطلان فيما قابله كما ذكرنا، هذا.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو باع الشيثين بعنوان أنهما خمر فبان أحدهما خلاً، أو بعنوان أنهما خنزير فبان أحدهما شاة، يكون البيع باطلاً حتى في الخل والشاة؛ وذلك لتخلف الجنس.

ويظهر أيضاً أنه لو باع الشيثين صفقة بعنوان كونهما خلاً فبان أحدهما عصيراً، أو بعنوان كونهما شاتين فبان أحدهما حماراً مثلاً، وبطل البيع بالنسبة إليه من أجل تخلف الجنس، لا يلاحظ في مقام التقسيط قيمة العصير أو الحمار، بل يلاحظ قيمته لو كان خلاً أو شاة.

ويظهر أيضاً أنه لو تخلف الوصف في أحد الشيثين المبيعين صفقة، ففسخ في ذلك البعض بناءً على جواز التبعض في الفسخ، يقوم ذلك الشيء مع الوصف لا بدونه، وهكذا في كل مقام لوحظ في المعاملة شرط أو وصف أو نحو ذلك فانفسخ بالنسبة إلى ذلك البعض بأحد الوجوه، من كونه تالفاً قبل القبض، أو من جهة الخيار أو الاقالة أو نحو ذلك، فإنه في مقام التقويم والتقسيط يلاحظ ذلك.

بقي هنا أمور:

أحدها: أن الصحة في البعض المملوك إنما هي إذا أمكن تعيين ما بازاء كل من الجزئين من الثمن، فعلى هذا ينبغي الحكم بالبطلان حتى في ذلك البعض إذا كان بعض الغير المملوك مما لا مالية له عرفاً أيضاً كبعض الحشرات أو القدرات، فإنه حيث لا يمكن تعيين ما بازائه من الثمن، فإن المفروض أنه لا قيمة له أصلاً، مع أنه

قد جعل بازائه في المعاملة بعضه قطعاً؛ حيث قبول المجموع بالمجموع، فلا يمكن معه تعيين ما بازاء البعض الآخر المملوك أيضاً، فلا يمكن أن يصح بالنسبة إليه أيضاً، فاطلاق كلام الاصحاب منزل على غير هذه الصورة.

ومن ذلك ظهر ما في ما ذكر الشيخ الكبير رحمته الله في شرحه على القواعد حيث حكم فيها بالصحة مع جهل المشتري، لا مع علمه، قال (إن كانت الضميمة لا تصلح لمقابلة الثمن شرعاً ولا عرفاً بأن يكون في حكم العدم، كضميمة الأوساخ وبعض القذرات فاشتراط الجهل فيها؛ حيث لا تكون كضميمة الاجزاء لدفع الجهل هو الوجه) ^(١) انتهى.

فأنه وإن أجاد حيث التفت إلى خصوصية هذا الفرع، إلا أنه كان اللازم أن يحكم بالبطلان مطلقاً؛ إذ الجهل حين البيع غايته أنه يوجب تحقق القصد إلى بيع المجموع حقيقة، إلا أنه لا يكفي بعد عدم امكان تعيين ما بازاء الباقي، بل لو عكس الأمر كان أقرب إلى التوجيه، بأن يقال مع العلم بعدم كونه مما له مالية يجعل تمام الثمن بازاء البعض القابل، بخلافه مع الجهل، فحيث لا يعلم يحكم بالصحة بتمام الثمن، وأما مع الجهل فيحكم بالبطلان، فتدبر.

الثاني: لا يخفى أن ما ذكره من تقويم الخمر والخنزير عند مستحليهما صحيح، إلا أن المدار على قيمتهما في مكان البيع، لا في بلاد الكفر، وحيث لا يكون لهما في بلاد الاسلام التي هي مكان البيع قيمة أصلاً؛ لعدم وجود كافر أو فاسق راغب فيهما، فيلحق بما ذكرنا في الأمر الأول، ويكون البيع باطلاً في الكل؛ لعدم امكان تعيين ما بازاء البعض المملوك.

والحاصل: أنه لا بد من ملاحظة قيمتهما عند المستحليين مع وصف كونهما في مكانهما الذي وقع البيع عليهما فيه، فقد تكون قيمتهما فيه أقل من بلاد المستحليين، وقد تكون أكثر، وقد لا تكون لهما قيمة أصلاً، فيلحق كلاهما حكمه.

الثالث: قيد صاحب الجواهر^(١) عنوان البحث بما إذا كان البائع مسلماً، ولعله من جهة أنه إذا كانا كافرين يكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى الخمر والخنزير أيضاً، فلا يتقسط الثمن حيثئذٍ؛ وذلك لما ذكروه في محله من ملك الكفار لهما في الظاهر، من جهة وجوب إقرارهم على مذهبهم.

نعم يمكن أن يكون من المقام إذا فرض بينهم للخل والخمر ثم اسلام أحدهما قبل القبض، فإنه حيثئذٍ يبطل البيع بالنسبة إلى الخمر كما هو أحد الوجوه، بل هو الأقوى، والوجه الآخر هو البقاء على الصحة والانتقال إلى القيمة عند المستحلين، بمعنى أن المشتري يملك على البائع ذلك، والوجه الثالث صحة البيع وملكية البائع لتمام الثمن مع عدم وجوب شيء عليه، وعلى هذين الوجهين لا يدخل في هذه المسألة أصلاً، وتمام الكلام في محله، فتدبر.



الْحَيَّاتُ

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين .

وبعد فيقول العبد الأقل محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي اليزدي هذا ما علّقته على مصنف الشيخ المحقق المدقق العلامة وحيد عصره وفريد دهره الشيخ مرتضى الانصاري - أعلى الله مقامه - في الخيارات، وأرجو أن ينتفع به الطلاب، والله الموفق للصواب، وإليه المرجع والمآب .

الخيارات

٤٩١- قوله ﷺ: (غلب في كلمات... الخ)^(١).

أقول: فعلى هذا ليس من النقل إلى المبائن؛ لأنَّ معناه اللغوي ملك مطلق الأمر أعم من فسخ العقد وغيره، والظاهر أنَّ الخيار لغة لا يضاف إلى غير الافعال؛ فلا يطلق على ملك الاعيان والمنافع، والسر أنَّ المصدر - وهو الاختيار - لا يضاف إلا إلى الافعال، ولو قيل بيده اختيار العين الفلانية يقدَّر مثل لفظ التصرف أو نحوه.

٤٩٢- قوله ﷺ: (ولعل التعبير... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أنَّ الملك لغة السلطنة، وفي العقود الجائزة أيضاً السلطنة متحققة؛ فلا دلالة في التعبير المذكور على ما ذكره، إلا أنَّ يراد من الملكية السلطنة المطلقة على الفسخ، بمعنى كون أمره بيده من جميع الجهات كما في لفظ الملك المضاف إلى الاعيان، وهو غير ظاهر؛ إذ الملك المضاف إلى الافعال يمكن أنَّ يجعل بمعنى السلطنة على نفس ذلك الفعل، بمعنى القدرة عليه، لا بمعنى كونه مملوكاً له ومسلطاً عليه من حيث سائر التصرفات.

٤٩٣- قوله ﷺ: (من الحقوق لا من... الخ)^(٣).

أقول: الفرق بينهما مفهوماً واضح، وهو أنَّ الحق مرتبة ضعيفة من الملك، بخلاف الحكم فأنَّه لا يرجع إلى اعتبار ملكية للمحكوم له، فإذا قال الشارع يجوز شرب الماء أو أكل الملح مثلاً فليس هناك إلا انشاء من الشارع، ولا يعتبر واجدية

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١.

المحكوم له لشيء، بأن يكون له شيء يكون أمره بيده، بل ليس إلا عدم منع الشارع من الشرب والأكل، وهذا بخلاف قوله له الفسخ أو له الخيار فإنه يعتبر هناك شيء مملوك له بحيث يكون واجداً لشيء أمره بيده، نظير ملك الأعيان فإن نفس العين مما يكون مسلطاً عليها، فالخيار بمنزلة تلك العين أمره بيد من له الخيار، هذا.

وأما تشخيص الصغريات ففي غاية الاشكال، ولا ضابط له، نعم قد تشخص بلحاظ الآثار، مثل جواز النقل أو الاسقاط أو الارث أو نحو ذلك فأنها من آثار الحق؛ إذ الحكم غير قابل لشيء منها، وأما العكس فليس دليلاً على كونه حكماً؛ إذ يمكن أن يكون الحق مما لا يتعدى ولا يسقط كما في ملك الاعيان الغير القابلة لذلك كالوقف وأم الولد ونحو ذلك.

٤٩٤ - قوله ﷺ: (قفيه: أن مرجحه إلى ... الخ)^(١).

أقول: فيه منع ذلك، بل حقيقته تثبيت العقد بحيث لا يقبل الانفساخ، غاية الأمر أن اسقاط الخيار أحد أسباب التثبيت، وإنما جيء بهذا القيد لخراج الجواز في العقود الجائرة؛ حيث إنه ليس مالكا لهذا التثبيت فيها، فهو لبيان كون الخيار من الحقوق؛ حيث إن أمره بيد من له الخيار، هذا.

ولكن التحقيق عدم اعتبار هذا المعنى في حقيقة الخيار وإن كان الأمر كذلك فعلاً، بمعنى أن في كل خيار يمكن تثبيت العقد، ولكن حقيقته ليس إلا السلطنة على الفسخ وعدمه، فلو فرض في مقام عدم امكان جعل العقد لازماً لا يعد منافياً للخيار.

والحاصل: أنه لا يعتبر في حقيقة السلطنة على اقرار العقد لا لما ذكره المصنف من رجوعه إلى اسقاط الخيار، بل لما ذكرنا، فتدبر.

٤٩٥ - قوله ﷺ: (مع أن ظاهر الالتزام ... الخ)^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢.

أقول: فيه منع ذلك، بل هو أعم منه ومن جعله لازماً من قبّله، بل هو المتبادر منه، واللزوم من الطرف الآخر إنّما يجيء من جهة عدم الخيار له إذا فرض ذلك، كما أنّ تأثير الفسخ من الطرفين إنّما هو من جهة عدم امكان التفكيك فيه، وإلا فلا ظهور في اللفظ فيه.

□ المقدمة الثانية: أصالة اللزوم

٤٩٦- قوله ﷺ: (والغرض تمكن... الخ) (١).

أقول: الظاهر أنّ هذا وجه آخر، وحاصل كلامه أنّ الأصل اللزوم لأنّ المفروض حصول الملكية، والأصل بقاؤها؛ لأن الغرض لا يتم إلا باللزوم؛ فيرجع إلى كون ذلك مقتضى بنائه بحسب وضعه عند العرف.

٤٩٧- قوله ﷺ: (وفيه: أنّه إن أراد... الخ) (٢).

أقول: وأيضاً لا دليل على حجية الغلبة.

٤٩٨- قوله ﷺ: (فغالبها ينعقد... الخ) (٣).

أقول: يمكن أنّ يكون مراده ندرة أسباب الخيار وموارده؛ إذ هي منحصرة في خمسة أو سبعة أو نحو ذلك.

٤٩٩- قوله ﷺ: (وإن أراد غلبة الأزمان فهي... الخ) (٤).

أقول: يمكن أنّ يقال إذا شك في فرد من البيع أنّه لازم أو جائز فلا محالة يكون الشك في جوازه في زمان خاص فيلحق بالغالب من حيث الأزمان فينتفع في الافراد أيضاً، غاية الأمر أنّ الحكم يثبت حيثئذٍ من حيثية الأزمان، وهذا لا يضر بالمطلب.

والحاصل: أنّ حيثية الشك من حيث الزمان ملازم لحيثيته من حيث الافراد، فاذا

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

ثبت الحكم من الجهة الأولى كفى في المدعى.

٥٠٠ - قوله ﷺ: (مع أنه لا يناسب... الخ)^(١).

أقول: وجه عدم المناسبة أن مورد الخيار حيثئذٍ مقابل الغالب فليس خارجاً عنه، فتدبر.

٥٠١ - قوله ﷺ: (بمعنى أن وضع البيع... الخ)^(٢).

أقول: الانصاف أن هذا الوجه أحسن الوجوه وأتمها، ومحصله أن بناء البيع على اللزوم، فإذا ورد دليل الامضاء كفى.

٥٠٢ - قوله ﷺ: (نعم لو كان في أول... الخ)^(٣).

أقول: هذا أيضاً^(٤) لا ينافي البناء على اللزوم، فإن مقتضى البيع عرفاً لزومه دائماً، وإنما خرج زمان المجلس تعبداً، بل لو كان خيار المجلس حكماً عرفياً أيضاً لا ينافي أصل اللزوم بهذا المعنى؛ إذ على هذا نقول وضع البيع على اللزوم بعد التفرق، والحاصل أنه لا فرق بين جعل الخيار حقاً أو حكماً في ذلك، فتدبر.

٥٠٣ - قوله ﷺ: (فان ظاهره أن... الخ)^(٥).

أقول: يمكن توجيه كلام العلامة بأن التزلزل الذي في العيب غير الخيار المصطلح؛ إذ هو عبارة عن ملك فسخ العقد، وهذا شيء آخر؛ إذ هو ملك لأحد الأمرين منه ومن أخذ الأرض، فتدبر.

٥٠٤ - قوله ﷺ: (نعم قد يساعد عليه... الخ)^(٦).

أقول: الاشكال المذكور جارٍ في عبارة التذكرة أيضاً؛ حيث جعل أحد الأمرين ثبوت الخيار، والآخر ظهور العيب، ومقتضى توجيه المصنف أن يكون الثاني

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥.

(٤) وفي نسخة «أ» على هذا أيضاً... الخ.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٥.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ١٥.

ثبوت الخيار من جهة العيب، وليس كذلك، وإن كان الغرض التأويل فهو جارٍ في عبارة القواعد أيضاً كما لا يخفى.

٥٠٥ - قوله ﷺ: (فالعقد بالنسبة إلى جزء... الخ)^(١).

أقول: لا يعقل الفسخ بالنسبة إلى الجزء إلا برء ما يقابله من المعوض؛ إذ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع كون بعض المبيع في مقابلة هذا الجزء من الثمن، فإذا رجع إلى المشتري يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ والاسترداد ابطال وإزالة للعقد بتمامه، وجعله واقعاً على مجموع المبيع وما بقي من الثمن، وعلى هذا فالنزول إنما هو بالنسبة إلى الكل، لا خصوص جزء الثمن.

٥٠٦ - قوله ﷺ: (لكنه مبني على كون... الخ)^(٢).

أقول: بناءً على كون الأرض غرامة أيضاً يمكن تصحيحه بأنه يُعد عرفاً جزءاً من الثمن قد رُدَّ إلى المشتري، فالبيع الواقع على المجموع كأنه قد انفسخ ووقع على ما بقي، فهو وإن لم يكن جزءاً حقيقة إلا أنه بمنزلة الجزء؛ ولذا لو فرض فسخ البيع بعد أخذ الأرض بسبب آخر يسترجعه البائع أو يرد إلى المشتري ما بقي من الثمن، وليس له أن يقول هذه غرامة خارجية قد استوفيتها ويسترد تمام الثمن، فليس حالها حال النماء الذي استوفاه المشتري.

٥٠٧ - قوله ﷺ: (فلا يقتضي ذلك الأصل... الخ)^(٣).

أقول: إلا أن يكون ذلك العقد أيضاً مثل البيع في كون بنائه عرفاً على اللزوم؛ إذ حيثئذٍ يكفيهِ دليل الامضاء.

٥٠٨ - قوله ﷺ: (والمراد بالعقد مطلق العهد... الخ)^(٤).

أقول: الظاهر - كما صرح به بعضهم - أن المراد من العقود في الآية مطلق العهود،

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٧.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٧.

أعم من التكاليف الالهية والعهود التي بين الخلق والخالق كالنذر وشبهه، والعهود التي بينهم بعضهم مع بعض، وحيثُ فاماً أن يجعل الأمر للوجوب ويكون خروج المستحبات والعقود الجائزة من باب التخصيص، وإما أن يجعل للقدر المشترك بين الوجوب والنذب فيشمّلها أيضاً، وعلى هذا يسقط الاستدلال، لكن إذا دار الأمر بين التخصيص والمجاز فالأول أولى، نعم، بعد الاعتراف بشمولها للتكاليف الالهية يبعد اخراج المستحبات على كثرتها، فتدبر.

٥٠٩ - قوله ﷺ: (منها التصرفات الواقعة... الخ)^(١).

أقول: يرد عليه أن وجوب الوفاء فرع وجود العقد، وبعد الفسخ نشك في بقائه فلا يتم إلا بالاستصحاب.

ودعوى: أن المفروض وجود العموم الأزمانى.

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 العدم؛ إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعاً.

ثم إنه يبعد هذا الوجه ما ذكرنا من شمول العقود للتكاليف الالهية، ويبعد خروج المستحبات منها - كما هو لازم هذا الوجه.

ودعوى: أن العقد هو العهد الموثق، ولا توثيق في المستحبات؛ فهي خارجة من باب التخصيص.

مدفوعة أولاً: بمنع اعتبار التوثيق.

وثانياً: بأن لازمه عدم شمول العقود الجائزة أيضاً؛ إذ لا توثيق فيها، فمع الشك في اللزوم والجواز لا يمكن التمسك بالآية؛ لعدم احراز كون المشكوك داخلياً فيها.

ثم يمكن أن يقال إن العموم الأزمانى إنما ينفع فيما كان وفاؤه قابلاً للاستمرار، لا في مثل العقود التي مفادها التملك، فإنه غير قابل للاستمرار، نعم أثره - وهو

الملكية - باقية أبداً إلى أن يرفعه رافع، وإلا فايجاد هذه الصفة - كما هو مفاد قوله «بعثك» - آني؛ إذ ليس المراد من بعث أو ملّكت بعث أبداً أو ملّكت أبداً، بترتيب آثار الملكية في الزمان الثاني إنما هو من حيث إنها من مقتضيات الملكية، فلا يعد وفاء للعقد.

وبالجملة: فالوفاء في هذه العقود آني الحصول؛ لأنه عمل بمضمونها، وهو مجرد حصول الملكية، لا الملكية الأبدية، فتدبر.

٥١٠ - قوله ﷺ: (فيستدل بالحكم التكليفي ... الخ) ^(١).

أقول: وذلك لأن عدم جواز التصرف حتى بعد الفسخ لا يكون إلا مع عدم تأثير الفسخ، وإلا كان التصرف في ملكه، فيكون الحكم التكليفي المستكشف بالعموم كاشفاً عن الحكم الوضعي، ولو قلنا بعدم تأصل الأحكام الوضعية نقول إن بطلان الفسخ ليس إلا حرمة التصرف فيما انتقل عنه، بمعنى أنه يتنزع منها.

٥١١ - قوله ﷺ: (من أن معنى وجوب الوفاء ... الخ) ^(٢).

أقول: وعلى هذا فيكون الأمر للإرشاد؛ إذ لا معنى لوجوب العمل بالعقد الجائز إلا إرشاداً، فهو نظير أن يقال يجب العمل بمقتضى التكليف الإلهية إن واجباً فواجباً وإن ندباً فنديباً، فتدبر.

٥١٢ - قوله ﷺ: (توضيح الضعف ... الخ) ^(٣).

أقول: اللزوم والجواز قد يكونان جزئين للعقد، كما إذا قال «ملّكتك ملكية لازمة لا فسخ فيها» أو «ملّكتك على أن لا فسخ» أو قال «ملّكتك بشرط أن يكون لي الفسخ»، وقد يكونان من الأحكام العرفية كما إذا فرضنا أن حكم التملك المطلق بالبيع عندهم عدم جواز الفسخ، وحكم الاستنابة المطلقة عندهم جواز الفسخ، كما أن حكم الهبة المجانية عندهم كذلك، وقد يكونان من الأحكام الشرعية

(١) كتاب المكاسب ٥ : ١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥ : ١٨.

(٣) كتاب المكاسب ٥ : ١٨.

كحكم الشارع في البيع باللزم وفي الهبة بالجواز، فعلى الأول تدل الآية على وجوب العمل بمقتضاهما؛ لأن المفروض كونهما جزئين لمضمون العقد، فهما داخلان حيثُذ في نفس المعاهدة، بخلافها على الأخيرين؛ إذ الظاهر من الآية الوفاء بمضمون العقد لا بأحكامه العرفية أو الشرعية.

٥١٣ - قوله ﷺ: (الإحکم واحد تکلیفی... الخ)^(١).

أقول: بل لا يمكن إرادة كليهما؛ إذ يستلزم استعمال اللفظ في معنيين، ويمكن أن يكون نظر المستدل أيضاً إلى ما ذكره المصنف لا إلى كون الحكمين في عرض واحد.

بقي شيء: وهو أنه يمكن تقريب الاستدلال بالآية بوجه آخر، وهو أن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد حرمة الفسخ؛ إذ هو مناقض للوفاء، ولأزم ذلك فساده وعدم تأثيره، لكن فيه منع دلالة الحرمة على الفساد؛ إذ ليس مثل هذا الحكم التكليفي كاشفاً عن الوضعي، والفرق بينه وبين ما ذكره المصنف واضح، إذ الحرام على هذا نفس الفسخ، لا التصرف بعده، والمفروض فيما ذكره حرمة التصرف بعده، فهي لا تكون إلا مع عدم تأثير الفسخ، بخلاف المقام فإنه يمكن أن يكون الفسخ حراماً ومؤثراً في إزالة العقد.

فإن قلت: يمكن حمل الآية على الارشاد إلى فساد الفسخ، كما هو الشأن في الأوامر والنواهي المتعلقة بالمعاملات.

قلت: هذا إنما يتم إذا كانت الآية مختصة بالمعاملات، وقد عرفت أن العقود فيها شاملة للتكاليف والعهود الالهية أيضاً، ولا معنى لارادة الارشاد بالنسبة إلى التكاليف إلا أن يقال إن المراد من الآية أن العهود مطلقاً ثابتة إلى الأبد، ولا تزول إلا بالامتنال في التكليف، والانتهاه إلى آخر المعاهدة في المعاملات، فالأمر بالوفاء ارشاد إلى هذا المعنى، وعلى هذا فيتم التقريب بوجه أخصر، فإن مفاد الآية حيثُذ أولاً بيان اللزوم والثبوت، فتدبر.

٥١٤ - قوله ﷺ: (فإن حلية البيع... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أن هذه الآية لا دلالة لها إلا على مجرد حلية البيع بمعنى التمليك والتملك، ولا تعرض فيها لحلية التصرفات بعد البيع؛ حتى تشمل باطلاها ما كان بعد الفسخ.

٥١٥ - قوله ﷺ: (ومنه يظهر وجه الاستدلال... الخ)^(٢).

أقول: هذه الآية متعرضة لحال التصرفات، فإن مفادها جواز الاكل بالتجارة إلا أنه لا اطلاق فيها، بل هي بصدد مجرد كون الاكل بالتجارة حلالاً في مقابل الأكل بالباطل، من غير نظر إلى بيان مدة الحلية وأنها في الجملة أو مؤبدة، فتدبر.

٥١٦ - قوله ﷺ: (باطلاق الآيتين الأخيرتين... الخ)^(٣).

أقول: قد عرفت ورود مثل هذا الايراد على الآية الأولى أيضاً، فلا وجه للتخصيص، فتدبر.

٥١٧ - قوله ﷺ: (وموارد ترخيص الشارع... الخ)^(٤).

أقول: على هذا التقريب يشكل الاستدلال؛ إذ من المعلوم أنه لا بد من احراز الموضوع في التمسك بالعموم والاطلاق، ومع فرض كون الاذن الشرعي كاشفاً عن عدم كونه باطلاً، فمع الشك في الاذن - بسبب الفسخ - يشك في صدق الباطل؛ فلا يمكن التمسك، وصدق الباطل عرفاً لا يكفي بعد فرض تصرف الشارع فيه؛ إذ الموضوع ليس الباطل العرفي.

فالأولى أن يقال: إن الموضوع هو الباطل العرفي، وموارد الاذن - مع صدق البطلان عرفاً - من باب التخصيص.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩، وهذه في نسخة اشار اليها في الحاشية.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠.

ويمكن أن يقرر الاستدلال بوجه آخر: وهو أن الظاهر من الآية أن كل أكل باطل شرعاً إلا ما كان بالتجارة؛ فتدل على أن الأكل بالفسخ لا مع رضا الطرف المقابل باطل وغير جائز، هذا.

وقد يناقش في هذه الآية أيضاً بأن حرمة الأكل فرع كونه مال الغير، وهو مشكوك بعد الفسخ.

وفيه: أن هذا إنما يرد إذا جعلنا الأكل بمعنى التصرفات الواقعة بعد الفسخ، وليس كذلك، بل نجعله كناية عن مطلق التصرف حتى مثل الفسخ والتملك، وعلى هذا يكون نفس الفسخ حراماً غير مؤثر؛ لأنه تصرف في مال الغير؛ حيث إنّه إزالة لملكيته.

لكن يمكن أن يقال: إن الحرمة لا تدل على الفساد وعدم التأثير حسبما عرفت سابقاً^(١)، ولا يمكن أن يجعل^(٢) النهي عن الأكل إرشاداً إلى الفساد، لأنه بالنسبة إلى سائر التصرفات حرام تكليفي، فلا يمكن حمله على بيان الوضع بالنسبة إلى خصوص الفسخ.

هذا مع أن الأكل وإن كان كناية عن مطلق التصرف إلا أنه لا ينصرف إلى مثل قوله «فسخت»؛ فلا تدل على الفساد؛ فيجيء الشك في كونه مال الغير؛ فلا يكون الموضوع محرراً، فتدبر.

٥١٨ - قوله ﷺ: (ومما ذكرنا يظهر وجه... الخ)^(٣).

أقول: هذه الرواية ظاهرة الدلالة بالتقريب الذي ذكر؛ حيث إنّه أسندت الحلية إلى نفس المال، لا إلى التصرف المنصرف إلى غير انشاء الفسخ، فنفي حلية المال يشمل انشاء الفسخ أيضاً فتدل على أن التملك بالفسخ غير حلال، أي غير ممضى. إلا أن يقال: إن الحلية فيها ظاهرة في الحلية التكليفية، ولا مانع من كون التملك

(١) تعليقة ١٨٠.

(٢) هكذا في الاصل، وفي نسخة «أ» «يحصل».

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.

والفسخ حراماً ومؤثراً.

والحاصل: أنَّ ظهورها في الحرمة التكليفية يكشف عن أنَّ المراد نفي حلية التصرفات المتعلقة بالمال، وحيثُ يمكن دعوى الانصراف، وعلى فرض الشمول لمثل الفسخ لا دلالة فيها على عدم تأثيره؛ فيجيء الاشكال المتقدم، من أنَّ كونه مال الغير مشكوك بعد الفسخ، فتأمل.

٥١٩ - قوله ﷺ: (لكن لا يبعد منع صدق ... الخ)^(١).

أقول: الحق أنَّ الشرط بمعنى مطلق الالتزام والالتزام فيشمل الشروط البدوية، ويدل عليه - مضافاً إلى التبادر، وما عن الصراح^(٢) من أنَّه بمعنى العهد - إطلاقه في الأخبار كثيراً على الشرط البدوي، مثل قوله ﷺ (ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري)^(٣) وقوله ﷺ (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري)^(٤)، وقوله ﷺ (في شراء الجارية) (إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته)^(٥)، إلى غير ذلك، فإنَّ المراد به في هذه الموارد عهد الله بالخيار.

هذا مضافاً إلى الفقرتين المذكورتين في المتن، وتوجيههما على وجه يكون الالتزام في ضمن شيء بعيد لا حاجة إلى ارتكابه، مع أنَّ الداعي إلى التخصيص إنَّ كان عبارة القاموس فهي محمولة على المثال، وبيان المعنى على سبيل الاجمال، وإلا فمن المعلوم عدم الاختصاص بالبيع ونحوه من المعاملات، فإنَّ الشرط في الفقرتين بناءً على توجيههما أيضاً لا ينطبق على ذلك، وعلى ما ذكرنا فهذه الرواية من أقوى الأدلة على اللزوم.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١.

(٢) هكذا في الاصل والظاهر انها الصحاح.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ٣.

٥٢٠ - قوله ﷺ: (أو علاقة تتفرع على الملك... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يقال إن علاقة الملك لها مراتب، والزائل بعض مراتبها، وقد بقي بعضها، وجواز التصرف معلق على ذلك البعض بناءً على عدم توقف جواز التصرف في زمان الخيار لمن له الخيار على الفسخ أولاً، والحكم بجوازه بلانية الفسخ أيضاً، غاية الأمر أنه يصير من استصحاب الكلبي إذا شك في وجوده أولاً في ضمن الفرد الباقي، فتأمل.

٥٢١ - قوله ﷺ: (إلى عموم «لوفوا بالعقوة»... الخ)^(٢).

أقول: هذا هو التحقيق بناءً على إفادة الآية للعموم الأزمني، لكنه خلاف مختار المصنف كما سيأتي^(٣) تحقيق الحال إن شاء الله.

ثم إن استصحاب الخيار مع الاغماض عن العمومات مما لا مانع منه إلا دعوى كونه من قبيل الشك في المقتضي، وقد يبين في محله حججه، أو دعوى أنه من استصحاب الكلبي التبديلي.

وفيه: أنه ليس كذلك بل هو من استصحاب الكلبي المحتمل وجوده من الأول في ضمن الفرد الباقي أيضاً، حيث إنه يحتمل تحقق خيار آخر غير خيار المجلس من الأول، إلا أن يكون الشك في حدوثه حين زوال خيار المجلس.

٥٢٢ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٤).

أقول: لعل وجهه أن الكلام مع الاغماض عن العموم، إذ مع فرض وجوده لا معنى للتمسك باستصحاب الملكية أيضاً، فلا تغفل.

٥٢٣ - قوله ﷺ: (نعم هو حسن في خصوص المسابقة... الخ)^(٥).

أقول: الظاهر جريان الاستصحاب في جميع المعاملات؛ إذ الأصل بقاء أثرها

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣.

(٣) تعلية ٨٠٢.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٣، أشار في الحاشية إلى أنها في بعض النسخ.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٣.

وعدم زواله إلا بالفسخ على وجه شرعي كائناً ما كان ذلك الأثر، فتدبر.

٥٢٤- قوله ﷺ: (فَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ قَصْدٍ... الخ)^(١).

أقول: هذا إنَّما يثمر إذا كان جواز الرجوع معلقاً على عنوان عدم القربة، وأما إذا كان معلقاً على عنوان الهبة فلا كما لا يخفى، إذا الأصل لا يثبت العنوان، فتدبر.

٥٢٥- قوله ﷺ: (بَلْ يَرْجِعُ فِي أَثَرِ... الخ)^(٢).

أقول: هذا في غير صورة التنازع، وأما فيها فيمكن أن يكون الحكم بالتحالف، والأقوى أنه يختلف الحكم باختلاف تحرير الدعوى، فإن جعلنا النزاع في أصل العقد فالحق التحالف، وإن كان نزاعهما في ثبوت شغل الذمة بالعوض وعدمه فكما ذكره المصنف.

٥٢٦- قوله ﷺ: (حُكِمَ بِالْبَرَاءَةِ الَّتِي هِيَ... الخ)^(٣).

أقول: يمكن أن يقال إنه إذا فسخ العقد يعلم إجمالاً إما بخروج العين عن ملكه أو بثبوت العوض عليه، فلا يمكنه اجراء البراءة؛ وذلك لأن لازم البيع العوض، ولازم الهبة الانفساخ بالفسخ، فتدبر.

٥٢٧- قوله ﷺ: (لِعُمُومٍ عَلَى الْيَدِ... الخ)^(٤).

أقول: هذا بناءً على أن الاستفادة من العموم المذكور كون اليد مقتضياً للضمان؛ فلا يضره كون الشبهة مصداقية، إذ الأصل حيثئذ عدم المانع من اقتضاءها للضمان، لكن لا يخفى ما فيه.

٥٢٨- قوله ﷺ: (كَانَ الْأَصْلُ الْبَرَاءَةُ أَيْضاً... الخ)^(٥).

أقول: الرجوع إلى البراءة فرع عدم امكان التمسك بالعموم، وإلا فالوجه الضمان

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

وإن جعلنا المستند دخوله في ضمان العين؛ إذ عليه لا يرتفع العموم من البين، غاية الأمر تعدد موجب الضمان .

نعم، يتم ما ذكره إذا قلنا إن العموم لا يكفي إلا في صورة كون ذي اليد داخلاً في ضمان العين ومُقَدِّماً عليه، فتدبر .



الأول
خيار المجلس

أقسام الخيارات

الاول: خيار المجلس

٥٢٩ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى أن مفاد... الخ) (١).

أقول: يعني أن مقتضى أدلة الخيار ثبوته في مورد يكون الشخص مسلطاً على التصرف في العوض المتقل إليه حتى يمكنه نقله إلى الطرف المقابل بالفسخ، وفي المفروض ليس كذلك؛ إذ ليس أمر المال بيد الوكيل، وإنما هو مسلط بمقتضى الوكالة على مجرد إيجاد الصيغة.

قلت: يمكن منع ذلك، بل القدر المسلم اعتبار السلطنة على نفس العقد إيجاداً وإعداماً، ألا ترى أنه لو كان وكيلاً في أصل المعاملة بأن جعل أمرها إليه من غير أن يكون وكيلاً في التصرف في العين كفى في ثبوت الخيار على التحقيق الآتي (٢)، وإن لم يكن كذلك عند المصنف، فالمدار على السلطنة على المعاملة مطلقاً وإن لم يكن مسلطاً على سائر التصرفات في العين، ولعل هذا مراد جامع المقاصد من الانصراف إلى العاقد المالك، بأن يكون مراده مالك العقد لا مالك العين، فتأمل.

فالأولى أن يقال: إن الأدلة منصرفة إلى صورة السلطنة على العقد، وفي الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ليس كذلك، فلا يثبت له الخيار.

فإن قلت: فعلى هذا لا بد في إثبات الخيار من إثبات السلطنة على العقد، وهو عين الخيار، فيلزم توقف إثبات الخيار على إثبات الخيار.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩.

(٢) تعليقة ٥٣٣.

قلت: هذا إنما يلزم إذا اعتبرنا السلطنة الشرعية ولا نقول بذلك، بل نقول إن ثبوت الخيار شرعاً فرع ثبوت السلطنة العرفية على العقد بحيث يكون أمره بيده؛ ولو بأن يكون له الفسخ مع رضا الطرف المقابل كما في القسم الآخر من الوكيل، والوكيل في مجرد اجراء الصيغة ليس له الفسخ ولو مع رضا الآخر.

وبالجملة: كل مورد يجوز له الاقالة يثبت له الخيار، وكل مورد لم يثبت له الاقالة لا ينصرف إليه الأدلة وليس له الخيار، والوكيل المذكور ليس له الاقالة.

٥٣٠ - قوله ﷺ: (ألا ترى أنه لو شك... الخ) (١).

أقول: محصله أنه يدل على ما ذكرنا من إعتبار المفروغية المذكورة عدم امكان الاستدلال بأدلة الخيار على نفي الاعتناق، وعدم الوجوب في الموارد المذكورة؛ إذ الوجه في عدم امكان الاستدلال هو عدم مفروغية السلطنة على المبيع المنتقل إليه لفرض الشك في الاعتناق، وفي وجوب صرفه في النذر أو النفقة، كيف ؟ ولو لم يكن المفروغية معتبرة جاز التمسك بأدلة الخيار، والحكم بجواز الفسخ الذي لازمه عدم الاعتناق، وعدم وجوب الصرف.

وفيه: أنه إن كان المراد أننا لا نحكم فعلاً بالخيار في هذه الموارد فهو ممنوع؛ إذ مع الشك في الاعتناق أو وجوب الصرف يرجع إلى الأصل فيهما؛ فلا مانع من عموم أدلة الخيار، بل مع العلم بكونه ممنوعاً عليه أو يجب عليه صرفه في النفقة أو النذر يمكن الحكم بالخيار؛ لأنه حق ثابت في العقد، والاعتناق أو الوجوب فرع عدم ازالته بالفسخ، فتدبر.

وإن كان المراد أننا لا نجعل أدلة الخيار دليلاً على العدم وإن كنا نحكم بالعدم من باب الأصل، ونحكم بالخيار أيضاً ففيه أنه مع فرض اعتبار المفروغية المذكورة أيضاً لا نجعلها دليلاً على العدم؛ لأن أدلة الخيار ليست متكفلة لحال الاعتناق وعدمه، أو وجوب الصرف وعدمه.

٥٣١- قوله ﷺ: (وإن لم يكن من تعارض... الخ) (١).

أقول: وذلك لتعدد المورد، فأخيار الحيوان لا دخل له بخيار المجلس؛ فلا ينافي كون الأول خاصاً والثاني عاماً.

٥٣٢- قوله ﷺ: (وأضعف منه... الخ) (٢).

أقول: الأضعفية ممنوعة، بل هذا لازم القول المذكور؛ إذ مقتضى كون الخيار للوكيلين كونه حقاً ثابتاً للعاقد في عقده، نظير السلطنة على الرد بالنسبة إلى الإيجاب، فلا يناط برضا الموكل وعدمه؛ حتى يثمر منعه في عدمه، فتدبر.

٥٣٣- قوله ﷺ: (ونسبة الفعل ليهما شائعة... الخ) (٣).

أقول: يعني أنه يقال باعاه ولو صدرت الصيغة من وكيلهما، فيمكن شمول لفظ البيع لهما وإن قلنا بكون الاطلاق المذكور مجازاً؛ إذ المدار في الاخبار على الانفهام العرفي وإن كان بعنوان المجاز، وعلى هذا فلا بد من استعمال قوله (البيعان) في عموم المجاز، أي من انتسب إليه البيع، سواء كان بيعاً حقيقة أو مجازاً.

ويمكن دعوى كون الاطلاق على الحقيقة أيضاً، ولا ينافي كون الوكيل أيضاً بيعاً حقيقةً لا مكان كون فعل واحد منسوباً حقيقةً إلى فاعلين، أحدهما سبب والآخر مباشر، فيقال «أحرق زيد عمرواً» و«أحرق النار عمرواً» كل واحد منهما على وجه الحقيقة، غاية الأمر أن احراق زيد إنما يكون بالآلة، وهذا لا ينافي كون النسبة إليه على وجه الحقيقة، فالنار بالنسبة إليه كالخشب بالنسبة إلى الضارب، بل يمكن هذه الدعوى في جميع الأفعال التوليدية، فالضرب مؤدب، كما أن زيد الضارب مؤدب، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.

٥٣٤ - قوله ﷺ: (فَإِنْ كَانَ وَكِيلًا مُسْتَقْلًا ... الخ) ^(١).

أقول: ولو مات الوكيل في المجلس فهل ينتقل خياره إلى وارثه أو إلى الموكل أو يسقط وجوه، من عموم دليل الارث، ومن أن الحق في الحقيقة للموكل، لأنه إرفاق به، وتصرف في ماله، ومن الشك في شمول عموم الارث، وأن الموكل التزم بنظر الوكيل لا وارثه.

والأقوى كونه للوارث؛ للعموم، والانصراف ممنوع، ولا وجه لانتقاله إلى الموكل سواء قلنا له أيضاً الخيار أو لم نقل؛ لأنه لا دليل على الانتقال إليه، ولا يلزم من كون الخيار إرفاقاً به انتقاله إليه، بل إن كان له أصالة فهو، وإلا فالانتقال إليه يحتاج إلى دليل، هذا.

ولو قلنا في الصورة السابقة بالخيار للوكيل فالقول بانتقاله إلى وكيله بالأولى؛ حيث إن التبعية فيها أظهر، وكون الخيار فيها حقاً للعائد في عقده أوضح، ولازمه الانتقال إلى وارثه.

ودعوى أن الخيار من شؤون الوكالة الزائلة بالموت مدفوعة بمنع ذلك، ومجرد كونه جائياً من قبل الوكالة لا يستلزم أن يكون دائراً مدارها، فتدبر.

ثم هل يبطل خيارهما بعزلهما وجهان، من أن الحق لهما بمقتضى العقد، ومن أن ذلك من جهة كونهما بمنزلة الموكلين في السلطنة على التصرف، وكونهما كذلك فرع بقاء النيابة، وهذا هو الأقوى في هذه الصورة.

وأما في الصورة السابقة بناءً على القول بثبوتة للوكيلين فالأقوى عدم البطلان، والسر في الفرق أن القول به هناك كان من جهة دعوى أن الحق ثابت للعائد كائناً من كان، بخلاف المقام حيث إن القول به من جهة أنهما متصرفان ومسلطان على التصرف، فكأنهما نفس المالكين، ومع العزل يبطل هذا الأمر، فتدبر.

٥٣٥ - قوله ﷺ: (ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة ... الخ) ^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١.

أقول: هذا هو الأقوى عندي أيضاً.

٥٣٦ - قوله ﷺ: (وليس المقام من تقديم... الخ)^(١).

أقول: هذا إذا قلنا إن هناك خياراً واحداً ثابتاً لكل واحد من حيث إنه من مصاديق البيع، وأما إذا قلنا إن لكل واحد من الموكل والوكيل خياراً مستقلاً، وأنه متعدد فيكون المقام من مسألة تقديم الفاسخ؛ إذ السر فيه تعدد الحق، والمفروض في المقام ذلك، والحق ما ذكره المصنف؛ لأن الظاهر من البيع الجنس لا العموم، فتدبر.

٥٣٧ - قوله ﷺ: (قواها الأخير... الخ)^(٢).

أقول: الأقوى أنه يكفي في سقوط الخيار تفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل، وذلك لأن الظاهر أن الحكم معلق على صدق التفرق، لا على صدق عدم التفرق، والمفروض صدقه وإن كان يصدق عدم التفرق أيضاً مع بقاء أصيل أو وكيل.

٥٣٨ - قوله ﷺ: (والظاهر حيثئذ عدم الخيار... الخ)^(٣).

أقول: قد أشرنا أن التحقيق ثبوته؛ لأن المدار على مالكية أمر العقد، لا مالكية التصرف في المال.

٥٣٩ - قوله ﷺ: (تفويض الأمر... الخ)^(٤).

أقول: ولا فرق في عدم جواز ذلك بين أن يكون قبل العقد حين التوكيل، أو بعد جريان الصيغة، نعم يجوز نقل الخيار إليه، بل للأجنبي بعنوان المصالحة إن قلنا إنه من الحقوق القابلة للنقل كما هو الظاهر.

٥٤٠ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٥).

أقول: وجهه واضح؛ حيث إن الإجازة تصحيح للعقد لا إسقاط للخيار، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٤.

□ هل يثبت الخيار اذا كان العاقد واحداً

٥٤١ - قوله ﷺ: (لو كان العاقد واحداً... الخ)^(١).

أقول: يعني إذا اشترى لنفسه عن غيره، أو اشترى لغيره عن نفسه، أو عن غيره فصور المسألة ثلاث، وعلى هذا قوله (عن نفسه أو غيره) يتعلق بالقسمين الأولين في الجملة لا بأن يكون كل واحد من كونه لنفسه أو غيره منقسماً إلى قسمين؛ إذ لا يتصور شراءه لنفسه عن نفسه، وقوله (ولاية أو وكالة) قيد للغير في الموضوعين.

٥٤٢ - قوله ﷺ: (والغاية فيه الافتراق... الخ)^(٢).

أقول: هذا إنما يتم إذا كانت الغاية قيداً في الحكم وليس كذلك؛ إذ ليس الحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق؛ حتى لا يتحقق في صورة الاتحاد، بل الظاهر من الخبر أن الخيار ثابت لكل من المتبايعين، وغايته التفرق، بمعنى أنه إن حصل يرتفع الخيار، لا أنه يختص بما إذا حصل التفرق، ولذا لو فرض تلازم البيعين كما إذا باع أحد الشخصين المتلاصقين أو الشريكين في الرجلين^(٣) من الآخر لا نقول فيهما بسقوط الخيار، مع أنه لا يحصل الافتراق بينهما.

وبالجملة: الوجه في عدم ثبوت الخيار أمران:

أحدهما: كون الموضوع لفظ البيعين الظاهر في التعدد.

وفيه: أنه لبيان حكم كل منهما كسائر أحكامهما على ما بيّنه المصنف، فلا ينافي

اجتماعهما في موضوع واحد.

الثاني: جعل الغاية الافتراق.

وفيه: أن الغاية ليست مقيدة للحكم، ألا ترى أنه لو قال «أكرم زيداً إلى أن يفسق»

لم يرد الاكرام المقيد بكونه قبل الفسق، بل المراد أن الفسق إذا حصل يرتفع

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٦.

(٣) بأن يكون أعلاهما رجلين، وليس لهما في الاسفل إلا رجلان.

الوجوب، وهكذا في نظائره، فالحق ثبوت الخيار له من الجانبين، وله اسقاطه من أحدهما وإبقاء الآخر.

٥٤٣- قوله ﷺ: (فالظاهر بقاؤه ... الخ) (١).

أقول: يمكن أن يقال يبقى إلى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو أوسطها، فتأمل.

□ البيوع التي لا يثبت فيها خيار المجلس

٥٤٤- قوله ﷺ: (قد يستثنى ... الخ) (٢).

أقول: يمكن عد هذه الموارد من المسقطات أيضاً، وإنما لم يعدها منها لأنها ترجع إلى عدم المقتضي؛ لأن كون المبيع ممن ينعق عليه - مثلاً - لا مقتضي فيه للخيار، فلا يكون من قبيل السقوط.

لكن التحقيق عدّها منها؛ لأن المقتضي نفس العقد، وكون المبيع كذا مانع عن تأثيره، كما أن شرط السقوط والاسقاط كذلك، فتأمل.

٥٤٥- قوله ﷺ: (واحتمل في الدروس ... الخ) (٣).

أقول: أي ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، بدعوى أن الانعقاد إنما يحصل بعد مضي زمان الخيار، أو مراعى بعدم الفسخ، ويمكن تأييده بأن ما دلّ على عدم الملك في الأب والأم ونحوهما منصرف إلى الملك المستقر الباقي، فلا ينافي الملكية المتزلزلة، فالانعقاد تبع للملك المستقر، ويمكن توجيهه بأنه وإن كان يحصل الانعقاد بمجرد الملك إلا أنه متزلزل يقبل العود إلى الرقية، وما دلّ على أن الحر لا يعود رقاً إنما هو في الحرية المستقرة أو الأصلية كما يظهر مما سينقله عن السرائر بالنسبة إلى خيار العيب، هذا، ولكن نظر الشهيد إلى الوجه الأول.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.

٥٤٦ - قوله ﷺ: (والأفلاشكال في ثبوت... الخ)^(١).

أقول: وذلك لأنَّ الموجب للانعقاد - الذي هو المانع عن الخيار - الملكية، لا نفس الشراء بما هو هو؛ لأنَّه ليس في الأخبار «لو اشترى قريبه ينعقد عليه»، بل الموجود أنَّه لا يملك أبويه^(٢) أو ابنه، أو نحو ذلك كقوله (إذا ملكوا اعتقوا)^(٣)، فالعقد معلق على الملكية الغير الحاصلة إلا بعد الخيار على هذا المذهب، فلا وجه لعدم الخيار.

نعم، لو كان هناك خبر دال على الانعقاد بالشراء أمكن دعوى أنَّه بمجرد حصوله وإن لم نقل بالملك، ولم أعر على مثل هذا المضمون، بل لولا الاجماع أمكن دعوى بطلان شراء من ينعقد عليه، إذ قد عرفت أنَّ الموجود أنَّهم لا يملكون، وإذا ملكوا اعتقوا، ومقتضى هذا عدم امكان البيع الذي هو التمليك. إلا أنَّ الظاهر قيام الاجماع على صحة البيع وحصول الانعقاد، ولعله من جهة الجمع بين القواعد، وهي عموم دليل البيع، وعموم (لا عتق إلا في ملك)^(٤)، وعموم قوله ﷺ (إذا ملكوا اعتقوا) فإنَّ الجمع بين الجميع يقتضي ما ذكره من صحة البيع، وتأثير الملكية الآنية ثم الانعقاد، أو الملكية التقديرية ثم الانعقاد على خلاف التحقيق، وتام الكلام في محله.

٥٤٧ - قوله ﷺ: (لكن الانصاف... الخ)^(٥).

أقول: الانصاف يقتضي خلاف ذلك؛ وذلك لمنع كون الشراء اتلافاً؛ إذ المفروض أنَّه لا يقصد منه إلا التملك الحقيقي، والانعقاد حكم تعبدى شرعى قهري، بل لو قصد بالشراء الاعتاق بطل؛ لأنَّ العتق فرع الملكية، وما سيجيء من سقوط الخيار بالاتلاف لا دخل له بالمقام كما لا يخفى، ولا فرق في ذلك بين

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العتق، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العتق، ح ٧.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب العتق، ح ٥، قريب منه.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٩.

القول بحصول الملكية الحقيقية الآنية ثم الانعتاق، والقول بالملكية التقديرية، مع أنَّ التحقيق هو الأول؛ إذ قد عرفت أنَّه لا دليل على أنَّ الشراء يوجب الانعتاق حتى يقال مقتضى الجمع بينه وبين قوله ﷺ (لا عتق إلا في ملك) تقدير الملك ثم الانعتاق، بل الموجود أنَّه لا يملك، وإذا ملك اعتق كما عرفت، فاللزام إما الحكم بطلان أصل البيع لعدم إمكان تأثيره الملكية التي هي مقتضاه، أو حصولها آنأ ما ثم الانعتاق، وبعد الاجتماع على صحة البيع لا يبقى إلا الثاني، وما دُلَّ على عدم ملكية المذكورين لا يدل على أزيد من عدم الملكية المستقرة.

والحاصل: أنَّ الشراء ليس اتِّفاقاً بحسب قصد المتعاقدين وإنَّ علماً بأنَّ الحكم الشرعي ذلك، فهو كما لو باع مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان فأنَّه ليس اقدماً على الخيار وجعلاً له؛ حتى يكون راجعاً إلى خيار الشرط، وإذا لم يكن اتِّفاقاً فمقتضى العموم ثبوت الخيار، غاية الأمر أنَّ نفس العين لما لم يمكن استرجاعها يجب دفع البدل، والمفروض أنَّ الخيار إنَّما هو في العقد، وليس حقاً في العين؛ فيكون المقام نظير ما إذا تلف أحد العوضين.

٥٤٨ - قوله ﷺ: (تقديري لا تحقيقي... الخ) (١).

أقول: يعني أنَّه لو قلنا بكونه تحقيقاً لم يصدق الاتلاف؛ لأنَّ المفروض كون قصدهما إيجاد الملكية دون الاعتاق، بخلاف ما لو قلنا بكونه تقديرية فأنَّ أثر البيع حيثئذٍ ليس إلا الاعتاق فيكون الاقدام عليه اقدماً على الاعتاق، وإنشأؤه انشاءً له، ولكن قد عرفت أنَّه ليس كذلك، بل الانعتاق حكم قهري، ولا فرق بين القولين في كون المنشأ إيجاد الملكية، وإلا بطل البيع؛ إذ لا يمكن انشاء العتق بالبيع الذي مقتضاه التملك، هذا مع أنَّ التحقيق هو الملك الحقيقي لا التقديري كما عرفت، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فتأمل».

فلا فرق بين العالم بالحكم والجاهل في عدم صدق الاتلاف، خصوصاً بالنسبة إلى البائع، ألا ترى أنَّه لو علم البائع أنَّ المشتري يخرج العين عن ملكه بعد الشراء

بلا فصل فأقدم على البيع منه لا يقال إنه أقدم على اتلاف ماله فلا خيار له، إذا كان البيع خيارياً، بل يبقى خياره، غاية الأمر أنه يرجع إلى البدل لو لم تبق العين.

٥٤٩ - قوله ﷺ: (وقد يقال إن ثبوت... الخ) (١).

أقول: هذا التفصيل إنما يناسب إرادة اثبات الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لا بالنسبة إلى القيمة كما هو مراد المفضل؛ إذ على هذا لا فرق بين تقارن التعليق وتقدم أحدهما؛ إذ غاية الأمر أن العتق يحصل بمجرد العقد فيكون بمنزلة تلف المبيع، وهذا لا ينافي الخيار الذي هو حق في العقد.

نعم، لو قلنا إن الخيار يتوقف على الملك، بخلاف العتق، وأن العقد لا يؤثر في الملك أصلاً، وإنما أثره حصول الانعتاق من أول الأمر لا يثبت الخيار، لكن هذا الوجه واضح الفساد، مع أنه يكفيهِ الملك التقديري الذي لا بد من التزامه لا أقل، فالحق ما ذكره من الثبوت جمعاً بين الحقين... الخ.

ثم إن ما ذكره من نصية أخبار العتق - على فرض تسليمه - لا يقتضي عدم الخيار بعد كونه في نفس العقد دون العين، فلا ينافي ثبوته بالنسبة إلى القيمة، وكونها بدلاً عن العين لا يضر، وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا محصل له؛ إذ المبدل - وهو العين - قد حصل في ملكه، ثم تلف عليه.

ثم لا محصل لقوله (وبالاجماع على عدم امكان... الخ) إذ لا يلزم زوال يد البائع عن العوضين على شيء من تقديري الفسخ وعدمه؛ إذ مع عدمه يبقى له الثمن، ومع الفسخ يأخذ القيمة.

ثم قوله (وتنزيراً للفسخ منزلة الارش) لا ربط له بالمطلب كما لا يخفى.

٥٥٠ - قوله ﷺ: (أقول: إن قلنا... الخ) (٢).

أقول: التحقيق هو الوجه الأول؛ إذ لا معنى للفسخ إلا رد ما انتقل عنه إلى ملكه، ورد ما انتقل إليه إلى ملك مالكة الأول، وذلك لأنه حل العقد الأول، فكل ما كان

مفاده يعود ويرجع إلى الحالة الأولى، ومن المعلوم أن مفاد العقد تمليك كل منهما صاحبه ماله بعوض، فالفسخ إعادة هذا المعنى من حينه، ولازمها ما ذكرنا. وأما الوجه الثاني وهو دعوى أن الفسخ لا يقتضي أزيد من رد العين إن كانت موجودة، وبدلها إن كانت تالفة بدون اعتبار تلقّي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه.

ففيه: أنه على هذا لا وجه لضمّانه البذل؛ لأنّ المفروض أن العين تلفت في ملكه بلا ضمان منه، فما لم يقدر كون العين التالفة ملكاً لمالكها الأول لا معنى للتضمين، هذا.

ولكن لا نسلم أن لازم الوجه الأول ما ذكره المصنّف من عدم الخيار؛ وذلك لأنّ العبد وإن لم يمكن كونه مملوكاً للمشتري ويسترجعه البائع حقيقة، إلا أنه يمكن تقدير كونه مملوكاً له، فيقال - بعد الفسخ - إن العبد الذي تلف عند المشتري بالانعتاق كأنه ملك للبائع حين الفسخ، وهو موجود عند المشتري، فلا بد من إعطاء عوضه كما في سائر موارد الفسخ مع تلف العين، ولا يعتبر تقدير ملكه له قبل الانعتاق ليكون منعقداً في ملكه، بل يكفي تقدير ملكيته حين الفسخ، وكذلك الكلام في صورة البيع في زمن الخيار، فأنه لا يقدر بعد الفسخ كونه ملكاً للبائع قبل أن يبيع المشتري حتى يكون اتّلافاً لماله، بل يكفي أن يقال إذا فسخ المبيع الذي هو كالتالف ملك للبائع الأول وهو عند المشتري حيث باعه وأخذ عوضه؛ فيجب عليه رده إليه برد بدله، وكذا الحال في التلف الحقيقي.

والحاصل: أن تصحيح الفسخ مع التلف إنمّا هو بدعوى أن الخيار حق متعلق بالعقد، ولذي الخيار أن يحل العقد من هذا الحين، وحيث إنّ يعود كل من العوضين اللذين وقع عليهما العقد من حين الفسخ إلى مالكه الأول، فإن كان موجوداً فله أخذه، وإن كان تالفاً عند الآخر فيعتبر ويقدر وجوده في عهده فيؤخذ منه عوضه، وهذا المعنى ممكن الاعتبار فيما نحن فيه بعد كون الانعتاق بمنزلة التلف، فالتقدير إنمّا هو حين الفسخ، بمعنى أنه يقدر التالف حين الفسخ موجوداً عند

المفسوخ عليه، لا أن يقدر تملك الفاسخ له قبل التلف ليصير مالا له قبل التلف؛ ليكون مضموناً على الآخر؛ لمكان كون التلف في يده، هذا. وعلى فرض اعتبار التقدير على هذا الوجه أيضاً لا مانع منه في المقام أيضاً كما لا يخفى.

وكيف كان فلا ينبغي التأمل والاشكال في أن مقتضى القاعدة ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة لكل من المتبايعين، وليس في اعتناق العبد في المقام مزية على سائر موارد تلف العين؛ إذ في الجميع لا بد من اعتبار كون التالف ملكاً للفاسخ، مع أنه لا معنى لمملوكية التالف، ومع هذا لا معنى للضمان، مع أن المفروض أن تلفه كان على وجه لا يوجب الضمان؛ لأنه تلف وهو ملك له، فكما يقدر في سائر الموارد وجود التالف، ويقدر كونه مملوكاً فعلاً للفاسخ، ويحكم بضمانه من جهة أنه كأنه موجود عند المفسوخ عليه، فكذا في المقام حرفاً بحرف.

٥٥١- قوله ﷺ: (الإمع اقدم المتبايعين... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أنه ليس اقدماً على الاتلاف، كيف؟ وإلا فلو باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري لزم أن لا يكون له خيار المجلس أو الحيوان بعد العتق، بل قبله أيضاً؛ إذ الشرط المذكور في قوة اسقاط الخيار على ما ذكره المصنف، وكذا في سائر البيوع إذا شرط عليه تصرفاً ناقلاً أو متلفاً، وكذا لو باع عبداً على من نذر عتقه إذا ملكه، فإنه مع علم البائع بذلك يلزم أن يسقط خياره، فتدبر.

٥٥٢- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعل وجهه وضوح الفرق بين المقام ومسألة اتلاف البائع، فإنه اتلاف لمتعلق الحق، بخلاف المقام فإن الاقدام على البيع لا يكون اقدماً على تفويت متعلق الحق، هذا مع أن ارتفاع الخيار في تلك المسألة أيضاً ممنوع، ومما ذكرنا ظهر أن أهوية الدفع من الرفع لا تنفع في المقام، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٣.

بقي شيء: وهو أن لازم القول بعدم الخيار في بيع من ينعتق على المشتري سقوط الخيار إذا لم يكن ممن ينعتق عليه لكن اعتقه المشتري، فإنه لا يمكن أن يسترجع العبد لمكان اعتاقه، ولا يمكن خروجه عن ملك المشتري إلى البائع؛ إذ لا يجوز تملك الحر، فكما أنه لا يملك العمودين كذلك لا يملك الحر، فالمانع مشترك، كما أن المصحح - وهو التقدير - أيضاً مشترك، فلا تغفل.

٥٥٣ - قوله ﷺ: (ويمكن أن يريد بذلك ... الخ) ^(١).

أقول: لازم كون البيع المذكور استنقاذاً - بالنسبة إلى الكافر، بمعنى أن المشتري يستنقذه منه، ويبيعاً بالنسبة إلى المشتري، بمعنى أن الكافر يبيعه - أن يكون الخيار للكافر دون المسلم؛ لأنه البيع على هذا التقدير، دون المشتري، هذا. ولكن ظاهر العبارة أن الكافر مستنقذ، والمشتري مشتري، ولازمه ما ذكره المصنف، لكن ليس الأمر كذلك، إذ مع فرض إمكان التفكيك الأمر بالعكس كما لا يخفى، فإن المشتري معتقد لعدم ملكية الكافر، وهو معتقد لملكه، فتدبر.

٥٥٤ - قوله ﷺ: (والأقوى في المسألة ... الخ) ^(٢).

أقول: والأقوى أن الخيار بالنسبة إلى نفس العين أيضاً؛ إذ مقتضى نفي السبيل عدم الملكية المستقرة الباقية، فلا ينافي عوده إليه، ثم اجباره على البيع، كيف؟ وإلا لازم الحكم بخروجه عن ملكه بمجرد الاسلام، فيكون البيع باطلاً واقعاً، وحيث لا خيار حتى بالنسبة إلى القيمة أيضاً، بل لازمه عدم استحقاق الكافر للقيمة واقعاً لعدم ملكيته له؛ فيكون من قبيل التلف السماوي، ولا يمكن الالتزام بذلك، فتدبر.

٥٥٥ - قوله ﷺ: (لعدم شمول أدلة الخيار ... الخ) ^(٣).

أقول: إن قلنا بصحة شراء العبد نفسه، وأنه شراء حقيقي كما لا يبعد؛ إذ لا مانع

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٥.

منه إلا دعوى اعتبار مغايرة المبيع للمشتري، وأنه لا يعقل تملك الشخص لنفسه. وفيه: أنه يكفي المغايرة الاعتبارية، وهي مصححة للتملك أيضاً، نظير تملكه ما على نفسه، كالدين يبيعه الدائن من المديون، غاية الأمر أنه بعد هذا الاعتبار يسقط المال عن كونه مملوكاً له، فلا وجه لعدم شمول دليل الخيار؛ إذ هو إما دعوى الانصراف، وهو ممنوع، أو دعوى أن يتعقبه الحرية فيكون نظير شراء من ينعق عليه، وقد عرفت أنه لا يمنع إلا رد العين، فلا ينافي الرجوع إلى القيمة.

٥٥٦ - قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: لعل وجهه أن عدم قابلية العين للبقاء؛ إذا فرض كونه مانعاً فأنما يمنع من امتداد الخيار بامتداد المجلس، وإلا فلا يقتضي سقوط أصل الخيار، وحيث لا يتم ما دفع به كلام جامع المقاصد^(٢) من أنه لا يسقط به إذا ثبت قبله؛ لأن المفروض ثبوته قبل التلف في الجملة، فتأمل فإنه لا يتم على هذا كلام جامع المقاصد أيضاً؛ إذ هذا المقدار من الثبوت لا ينفع في الرجوع إلى القيمة مع التلف كما هو مراده.

والتحقيق: عدم اعتبار القابلية المذكورة بعد اطلاق الأدلة، وكون الخيار حقاً في العقد لا العين، وليس الغرض منه استرجاعها، بل التروّي لدفع الضرر الحاصل من المعاملة، وهذا لا يتفاوت فيه بقاء العين وعدمه.

بقي شيء: وهو أنه لو كان المبيع ديناً على المشتري بأن باع ما عليه من الدين منه فالظاهر ثبوت خيار المجلس لكل منهما، ولا يضر سقوطه بمجرد البيع؛ إذ لا يبقى الدين مملوكاً للمديون، بل يسقط بمجرد الشراء، وحيث لا فسخ أحدهما لا يرجع الدين إلى البائع، بل يثبت له عوض ذلك الدين، فإنه تلف بمجرد الشراء، مثلاً لو كان له عليه من الحنطة فباعه، ثم فسخ لا يرجع الحنطة إلى ذمته، بل عليه عوضها لأنها تالفة بمجرد الشراء، ويحتمل القول برجوع نفس الحنطة، وذلك لا مكان اعتبارها في ذمته، فكانها تالفة، فليس حالها حال العين الشخصية

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٥.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

إذا تلفت بعد البيع، فإنه لا يمكن استعادتها، بخلاف الكلي في الذمة، فتدبر.

□ اختصاص خيار المجلس بالبيع

٥٥٧- قوله ﷺ: (فتفسخ بفسخ البيع... الخ)^(١).

أقول: على هذا أيضاً يكون الخيار في البيع لا فيها، غاية الأمر أن مقتضى تبعيتها له انفساها بفسخه، وهذا لا يعد خيار فيها.

والأولى أن يقال: بناءً على إرادة هذا المعنى أنه يدخل الخيار فيها أنفسها إذا وقعت في ضمن العقد بعنوان شرط النتيجة، فإن مقتضى القاعدة لزومها حيث لا دخول الخيار فيها، فيمكن أن يقال بجريان الخيار، بأن يفسخ الوكالة المشروطة في البيع مع عدم فسخ أصل البيع، لكن هذا صحيح بالنسبة إلى خيار الشرط لعموم أدلته، وأما بالنسبة إلى خيار المجلس فلا؛ لاختصاص دليله بالبيع.

٥٥٨- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعل وجهه أنه لو كان مراد الشيخ ما ذكره السرائر جرى في جميع العقود الجائزة، لا خصوص المذكورات في كلام الشيخ، وأيضاً لم يكن مختصاً بمقدار زمان المجلس أو الشرط، وظاهر كلامه الاختصاص في المقامين، فلا وجه لحمل كلامه على هذا.

□ مبدأ خيار المجلس

٥٥٩- قوله ﷺ: (وجوباً تكليفاً... الخ)^(٣).

أقول: التحقيق عدم الوجوب التكليفي لعدم الدليل، وما ذكره العلامة من لزوم الربا ممنوع، فإن الظاهر أن مراده أنه لو لم يتقابضاً يكون كبيع الربوي نسيئة، وهو ربا.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٨، قد وردت في بعض النسخ كما اشار إليها في الهامش.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٩.

وفيه أولاً: أنه إنمّا يتم إذا كان العوضان من جنس واحد بأن يكون كل منهما ذهباً أو فضةً، لا في صورة بيع الذهب بالفضة.

وثانياً: مجرد عدم التقابض لا يلحقه بالنسيئة كما لا يخفى.

وثالثاً: أن ترك التقابض يوجب البطلان فلا يبقى بيع؛ حتى يكون ربوياً، ومن الغريب أنه حكم بوجوب التقايل إذا فرض عدم إمكان التقابض؛ لثلا يلزم الربا إذا حصل البطلان بالتفرّق، قال في صرف التذكرة بعد ذكر اشتراط التقابض في الصحة (لو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأراد الافتراق لزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما، فإن تفرّقا قبله كان ذلك ربا، وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة، ولا يغني تفرّقهما؛ لأنّ فساد العقد إنمّا يكون به شرعاً كما أنّ العقد مع التفاضل فاسد، ويأثم به)^(١) انتهى.

وأنت خبير بأنّه لا دخل لما نحن فيه بالبيع مع التفاضل؛ فإنّ وجه حرمة كونه معاملة ربوية، بخلاف التفرّق في المقام فإنّه ليس معاملة، غايته أنّه يجعل المعاملة السابقة ربوية على تقدير صحتها، والمفروض أنّه يوجب فسادها فلا يبقى للحرمة والائتم وجه، وكيف كان لا وجه للتمسك بالربا في وجوب التقابض في المقام، هذا.

وأما ما ذكره المصنف من دليل وجوب الوفاء بالعقد ففيه: أنّه لا معنى للوفاء بالعقد إلا ترتيب الأثر، والمفروض أنّ ذلك غير حاصل إلا بعد التقابض؛ لأنّه شرط في صحة العقد، فما لم يتحقق لا يتم العقد.

ودعوى: أنّه شرط شرعي، وإلا فالعقد تمام بالنسبة إلى المتعاقدين؛ إذ المفروض تمامية معاهدتهما على النقل والانتقال، فيجب عليهما إبقاء هذه المعاهدة واتمامها بما جعله الشارع شرطاً في صحتها.

مدفوعة: بأنّ المفروض عدم تأثير هذه المقابلة قبل التقابض، فكيف يرتبان عليها الأثر؟ ولا يجب عليهما اتمام المعاهدة، بل إنمّا الواجب العمل بها،

والمفروض عدم وجوب العمل قبله، هذا.

مع أنه يمكن أن يقال: لا يعقل وجوب ايجاد ما يكون شرطاً في صحة العقد؛ إذ مآله إلى وجوب ايجاد العقد، والحال أن الواجب العمل به، لا ايجاده، فتأمل. وقد يتمسك في اثبات الوجوب بما دل من الأخبار على الأمر بالتقاض، أو النهي عن البيع إلا يداً بيد^(١).

وفيه: أن مفاد هذه الأخبار الوجوب الشرطي لا الشرعي، فلا يمكن ارادتهما معاً كما لا يخفى؛ فلا يمكن دعوى امكان كون المراد الأعم.

والحاصل: أن الأمر دائر بين حمل هذه الأخبار على الوجوب الشرعي فقط، وحيث لا يستفاد منها الشرطية أو الشرطي فقط؛ فلا تكون دليلاً على المدعى، والجمع غير ممكن، والوجوب الشرطي مراد قطعاً، فلا يبقى محل للاستدلال بها. ٥٦٠ - قوله ﷺ: (فلا يجب التقاض ... الخ)^(٢).

أقول: قد يتوهم أنه إن بنينا على وجوب التقاض فكيف يجري الخيار الذي لازمه عدم وجوبه، فلو كان جريان الخيار موقوفاً على وجوبه يلزم من وجوده عدمه.

وفيه: أن الخيار موقوف على وجوب التقاض لو خلي وطبعه، وإن لم يكن واجباً من جهة الخيار فتأمل، فإن المفروض أن القائلين بوجوبه يقولون به فعلاً، ولازمه عدم الحكم بالخيار.

والأولى أن يقال: إن وجوب التقاض معلق على بقاء العقد والخيار في الفسخ، والابقاء لا يستلزم عدمه، غايته إنما يمكن تفويت موضوعه، وهذا لا ينافي الوجوب المادامي، فوجوب التقاض حاصل فعلاً حتى مع الخيار، لكن له أن يفسخ العقد لثلا يبقى موضوعه، فهو نظير أن الصوم واجب فعلاً على المكلف الحاضر عيناً، لكن له أن يسافر فيرتفع موضوع الوجوب، فجواز السفر لا ينافي

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الصرف، ح ٣، ٦، ٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٩.

وجوب الصوم في موضوع الحاضر.

٥٦١- قوله ﷺ: (ويمكن أن يكون أثر... إلخ)^(١).

أقول: ويثمر أيضاً في جواز الصلح عنه، هذا.

ويمكن أن يقال: لا يعقل الخيار في المقام؛ إذ هو ملك فسخ العقد، والفسخ إنما يتعلّق بالعقد الصحيح، والمفروض أن الصحة موقوفة على التقابض، فقبل وجوده لا يتحقق موضوع الفسخ.

فإن قلت: هذا إنما يتوجه إذا لم يتحقق التقابض في الخارج أصلاً، وأما إذا حصل التقابض بعد الفسخ فيكون المؤثر في البطلان هو الفسخ؛ إذ لولاه كان العقد صحيحاً لمكان حصول شرطه.

قلت: الشرط هو تقابض العوضين بما هما عوضان، ولا يعقل حصول ذلك بعد الفسخ؛ إذ التقابض بعده ليس وارداً على العوضين، فتأمل.

فإن قلت: البطلان قد يستند إلى الفسخ، وقد يستند إلى عدم التقابض، فاذا فرض سبق أحد السببين يستند المسبب إليه، والمفروض أن الفسخ أسبق.

قلت: هذا إنما يتم إذا فرض إحراز الصحة قبل الأمرين؛ بحيث يكون كل منهما مبطلاً له، والمفروض أن الصحة لا تتحقق إلا بالتقابض، فليس تركه مبطلاً للعقد، بل وجوده شرط في صحته، بمعنى أن عدمه يكشف عن البطلان من الأول، نعم يتم ما ذكره إن قلنا بأن العقد أثر في الملكية، وأن ترك التقابض مبطل من حين التصرف، نظير الفسخ، أو قلنا أنه شرط في حصول الملكية، لا في صحة العقد، نظير معنى زمان الخيار على مذهب الشيخ، فإنه لا يجعل ذلك شرطاً في صحة العقد، وإلا ورد عليه هذا الاشكال، بل يجعله شرطاً في الملكية، وإلا فالعقد صحيح، وليس له شرط متأخر، فحيث يمكن الفسخ لرفع هذه الأهلية، وهذا بخلاف ما لو جعلناه شرطاً في الصحة فإن الفسخ قبله كالفسخ بين الإيجاب والقبول، فتدبر.

هذا ولكن التحقيق معقولة الفسخ؛ لأن أثره رفع الأهلية عن العقد، وهي غير موقوفة على التقابض، بل حاصلة فعلاً حتى مع عدم حجته أصلاً؛ إذ هو إنما يكشف عن البطلان من الأول، بمعنى التأثير في النقل والانتقال فعلاً، لا البطلان بمعنى عدم الأهلية؛ ولذا يعقل في عقد الفضولين قبل الاجازة ولو قلنا بكونها ناقلة، وإثماً لم نقل بثبوت الخيار لهما من جهة الانصراف.

نعم، لو قلنا إن الفسخ بمعنى رفع الأثر المترتب على المعاملة فعلاً بحيث تحقق موضوع الوفاء ولو على سبيل الجواز، بأن يجوز الوفاء لم يمكن تحقيقه قبل تمامية شرائط الصحة، فتدبر.

٥٦٢ - قوله ﷺ: (وعليهما التقابض ... الخ)^(١).

أقول: هذا منافٍ لما نسب إليه سابقاً من وجوب التقابض، إذ مقتضى هذه العبارة أن وجوبه متفرع على اسقاط الخيار، وإلا فمع بقاءه لا يجب كما هو المصرح به في عبارة الدروس أيضاً، ومقتضى ما نسب إليه سابقاً وجوبه مطلقاً حتى قبل الالتزام واسقاط الخيار، غاية الأمر أنه يجوز له الفسخ حتى يرتفع موضوعه حسبما بينا.

ثم إن ظاهر قوله (فإن تفرقا قبله انفسخ العقد)^(٢) أن التفرق قبل التقابض مبطل من حينه، وهذا ينافي كونه شرطاً في الصحة، ويمكن توجيهه بأنه موجب للانفساخ، بمعنى الخروج عن الأهلية، وإلا فهو كاشف عن الانفساخ، بمعنى عدم التأثير من الأول.

٥٦٣ - قوله ﷺ: (ومما ذكرنا يظهر ... الخ)^(٣).

أقول: وذلك لأن مبدأ الخيار وإن كان من حين العقد، إلا أن العقد لا يصير عقداً إلا بعد الاجازة، فمبدأ عقدهما أول زمان الاجازة، وإلا فهو قبلها غير مربوط بهما،

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٠.

(٢) التذكرة ١١: ٣٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٠.

ولو على القول بالكشف، فلا يعقل مالكية الفسخ قبلها بالنسبة إليهما، وإن كانت معقولة بالنسبة إلى الفضولين.

لكن يمكن أن يقال: يكفي في ذلك كون العقد وارداً على مالهما فلهما الفسخ قبل الاجازة لاسقاطه عن الأهلية، هذا.

ولو كان أحدهما أصيلاً فالظاهر أن مبدأ خياره من حين العقد، ومبدأ خيار الآخر من حين الاجازة، ولا يضر التفكيك، فتدبر.



مسقطات خيار المجلس

□ المسقط الأول: اشتراط سقوطه في ضمن العقد

٥٦٤ - قوله ﷺ: (باشتراط سقوطه ... الخ)^(١).

أقول: يعني في ضمن ذلك العقد، وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد آخر لازم أيضاً يسقط، ولا يرد عليه بعض الاشكالات الآتية، مثل اشكال الدور، واشكال كونه خلاف مقتضى العقد؛ إذ المفروض كونه في عقد آخر، وكذا اشكال كونه اسقاطاً لما لم يجب، إذا كان ذلك بعد البيع قبل مضي زمن الخيار. نعم يرد عليه اشكال مخالفة السنة، وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد جائز، ولا يضره جواز ذلك العقد، فإنه بمجرد الشرط يسقط، ولا يعود بفسخ ذلك العقد، وكذا لا يعود بفسخ العقد اللازم بالاقالة، أو بحدوث سبب الفسخ بعد اللزوم.

فإن قلت: الشرط تابع للعقد فإذا فسخ يفسخ أيضاً بالتبع.

قلت: نعم، ولكن هذا فيما لم يكن من قبيل شرط النتيجة كالمقام، بل فيما نحن فيه نظير أن يشترط في ضمن عقد الوكالة سقوط دينه، فإنه بفسخ الوكالة لا يعود، ومن نظائره ما إذا اشترط في ضمن بيع داره بيع فرسه، فباع الفرس ثم فسخ بيع الدار، فإنه لا يبطل بيع الفرس.

فإن قلت: الشرط بمنزلة الجزء لأحد العوضين، فلا بد من عود مثله.

قلت: نعم، ولكن معنى عوده أنه لا يجب الوفاء به بعد الفسخ، وهذا إنما يتصور فيما لم يف به بعد، وأما إذا وفي به فلا معنى لعوده، نعم له أن يأخذ عوض ذلك

الشرط؛ لأنه قد تلف عنده، فيكون كما لو تلف بعض أحد العوضين، حيث إنّه يؤخذ منه القيمة حين الفسخ، مثلاً إذا اشترط الخياطة في ضمن عقد فخاط ثم فسخ يأخذ منه عوض الخياطة، ففي المقام أيضاً يأخذ عوض اسقاط الخيار، أو عوض بيع الدار، أو عوض إبراء الدين، أو نحو ذلك، فلا تغفل.

٥٦٥ - قوله ﷺ: (إذ فيه أن أدلة الخيار ... الخ) (١).

أقول: لعل غرض المستدل أن هذا العقد من حيث اشتماله على الشرط كأنه ينحل إلى عقدين، بيع و شرط، وأخصية دليل الخيار إنما تنفع بالنسبة إلى حيثية البيعية، لا بالنسبة إلى حيثية الشرطية، فلو فرضنا عدم وجود مثل قوله ﷺ (المؤمنون عند شروطهم) أمكن اثبات وجوب الوفاء بالشروط بـ ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإذا كان العقد المذكور بمنزلة عقدين، وفرض أن دليل الخيار أثبت الجواز في ذلك العقد من حيث تبعيته، لا من حيث شرطيته، فيكون عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ بالنسبة إلى حيثية الشرطية حاكماً على دليل الخيار، وإن كان أخص منه؛ إذ هو نظير ما إذا صالح عن اسقاط خياره بشيء، فإن دليل وجوب الوفاء بهذا الصلح ولو كان عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وهو أعم من دليل الخيار إلا أنه مقدّم عليه، وكذا إذا صالح على اسقاط الخيار في ضمن عقد البيع، كما إذا قال «بعثك وصالحتك خياري» فقال الآخر «قبلت» فإن مقتضى صحة هذه المعاملة سقوط الخيار، ولا يضره كون دليل وجوب الوفاء عموم ﴿أوفوا﴾ فإنه مخصص بأدلة الخيار، بلحاظ كونه بيعاً، وباقٍ على عموميه بلحاظ كونه صلحاً، فتدبر.

٥٦٦ - قوله ﷺ: (لوجوب العمل به شرعاً ... الخ) (٢).

أقول: لا يخفى أنه يكفي في المقام وجود دليل على صحة الشرط، ولو لم يدل على وجوب العمل به، إذا مع صحته يحصل السقوط فلا يبقى خيار، فلو فرض أن مفاد قوله ﷺ (المؤمنون) ليس إلا الامضاء كفى، بل وكذا الحال في سائر المقامات

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٢.

حتى مثل شرط الخياطة، فإنه إذا ألزم على نفسه فعل الخياطة وأمضى الشارع التزامه بها فيصير المشروط مالكاً عليه لهذا الفعل، فيجب العمل به من جهة قاعدة السلطنة، ولا يحتاج في لزومه إلى كون الشرط واجب العمل شرعاً من حيث إنه شرط، فهذا نظير ما لو قلنا بعدم دلالة «أوفوا» أو «أحل» على لزوم البيع، فبعد وجود دليل الصحة، وفرض إفادة البيع للملكية يكفينا عموم (الناس مسطون)^(١) ففي الشروط أيضاً إذا جاء دليل الامضاء حصل المؤدى، ونثبت لزوم العمل به بدليل الناس، بل وكذا الحال في النذر والعهد، فلو قلنا إن مفاد قوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾^(٢) ليس إلا الامضاء، وأنه لا يفيد الوجوب نقول إن مقتضى صحة النذر كون المنذور لله، فيجب الاتيان به.

والحاصل: أنه لو حملنا الأمر بالوفاء بالشرط أو النذر أو البيع أو نحو ذلك على الارشاد وقلنا إنه لا يفيد الوجوب الشرعي لا يضر بمقصودنا من اثبات اللزوم والوجوب فيها، لا مكان الاثبات بقاعدة الناس أو نحوها.

٥٦٧ - قوله ﷺ: (والرواية محمولة ... الخ)^(٣).

أقول: الانصاف أن هذه الرواية دليل على شمول أدلة الشروط للشروط البدوية، وأنها أيضاً واجبة الوفاء، والاجماع على الخلاف ممنوع، مع أن في مورد الرواية - وهو شرط سقوط خيار [المأمرة]^(٤) - لا حاجة إلى اللزوم، بل يكفي فيه صحة الشرط؛ إذ مقتضى صحته السقوط؛ فلا يبقى محل لعدم الوفاء إلا أن يناقش في صحتها أيضاً، فتدبر.

٥٦٨ - قوله ﷺ: (أما الأول فلأن الخارج ... الخ)^(٥).

أقول: محصل الجواب أن مقتضى عموم المؤمنون وجوب الوفاء بالشرط،

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٩.

(٢) الحج، الآية ٢٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٣.

(٤) الصحيح ما ثبتناه، وفي الاصل (المرأة).

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٥٤.

خرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز فعلاً؛ لأن مقتضى كونه تابعاً للمشروط جوازه بجوازه؛ لعدم إمكان التفكيك، وأمّا اللازم فعلاً - ولو كان لزومه لأجل الشرط - فلا دليل على خروجه؛ لأن المانع كان هو التفكيك بين التابع والمتبوع، وهو غير حاصل.

وفيه: أن مقتضى التبعية كونه لازماً بلزوم العقد، وجائزاً بجوازه فيعود المحذور، إلا أن يمنع التبعية المطلقة، ويقال إنه تابع في الجواز فقط، لا في اللزوم، لكن هذا ليس معنى التبعية، بل هو في الحقيقة انكار لها، وقول بأن جواز العقد فعلاً مانع عن لزوم الشرط، فالأولى أن يقال إن مقتضى العموم وجوب الوفاء به، لكن جواز العقد فعلاً مانع عنه، ومع لزومه - ولو بلزوم الشرط - لا يبقى المانع.

لكن على هذا يبقى السؤال عن وجه المانعية، فإن كان هو التبعية يعود المحذور، وإن كان شيئاً آخر فلا بد من بيانه.

فإن قلت: المانع هو التفكيك.

قلت: إنه مانع إذ سلمنا التبعية، وإلا فلا بأس به.

نعم، يمكن أن يقال: المانع هو الإجماع، لكن معه يسقط التقرير المذكور في المتن.

والتحقيق أن يقال: إن الشرط واجب الوفاء حتى ما كان في ضمن العقد الجائز، لكن وجوب الوفاء به مشروط ببقاء العقد، وفي العقد الجائز فعلاً يمكن النسخ لثلاث يبقى موضوع الشرط، وهذا معنى التبعية، لا أنه جائز بجواز العقد، بمعنى أنه يجوز فسخه وعدم العمل به ولو مع عدم فسخ العقد، فمعنى التبعية أنه جائز بجواز العقد، لا أنه جائز حين جواز العقد، وبعبارة أخرى جوازه عين جواز العقد، بمعنى أنه فسخه يؤثر في رفعه أيضاً، لا بمعنى أنه يمكن رفعه مع قطع النظر عن رفع العقد الذي هو موضوع له، ولعل هذا مراد الفقهاء القائلين بجواز الشروط في العقود الجائزة، لا أنها جائزة في حد أنفسها.

والحاصل: أن مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه حتى في العقود الجائزة، ولا

يضر به امكان فسخ العقد المقتضي لرفع موضوع الشرط، نظيره أن الصوم في الحضر واجب عيناً، ولكن للمكلف أن يسافر فيرتفع موضوع الوجوب، وكذا الاتمام واجب عليه عيناً، لكن يجوز له تبديل الموضوع بالسفر ليرتفع هذا الوجوب، ويثبت وجوب القصر.

ولا يقال: حيث أنّه مخير بين القصر والاتمام، وحيث فيرتفع الاشكال في المقام؛ إذ الشرط إذا كان واجب العمل حتى في العقود الجائزة، فإذا كان مفاده لزوم ذلك العقد لا يبقى جوازه، فلا يمكن رفع موضوع الشرط، هذا.

ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور بأن شرط السقوط لا يقبل للزوم والجواز، فلو لم يكن الشرط لازم الوفاء أيضاً كفى، إذ بمجرد الصحة كما هو المفروض يحصل السقوط، نعم لو كان راجعاً إلى اشتراط عدم الفسخ أو اشتراط الاسقاط يقبل الجواز كما لا يخفى؛ فيحتاج إلى الجواب السابق، فتدبر.

٥٦٩ - قوله ﷺ: (وأما الثاني فلأن... الخ)^(١).

أقول: محصله بعد التهذيب - وإن كان في العبارة تهافت لا يخفى - أن الاشكال بوجهين:

أحدهما: أنا نمنع كون الخيار من مقتضيات العقد مطلقاً حتى في صورة الشرط، بل الدليل إنما دلّ عليه في صورة فقد الشرط، وإطلاقه لا يشمل صورة وجوده، بل منصرف عنه.

والثاني: أنا سلمنا كون الدليل شاملاً للصورتين، إلا أننا نستكشف من النص والاجماع على جواز اسقاطه في الجملة أنه ليس من مقتضيات العقد على وجه لا يمكن تغييره، وحيث نقول إن دليل الشرط لما كان حاكماً على أدلة الأحكام يدلّ على امكان اسقاطه بالشرط أيضاً.

وأنت خير بأن الوجه الأول فاسد؛ إذ الاشكال في ظهور دليل الخيار وشموله للصورتين، كيف؟ وإلا لم يكن الشرط مسقطاً، بل كان عدم الخيار من جهة عدم

الدليل، مع أنَّ لازمه عدم ثبوت الخيار مع الاغماض عن صحة الشرط ووجوب الوفاء به أيضاً، فإنَّ المفروض أنَّ وجه السقوط عدم شمول الدليل لصورة الشرط، فلا يتفاوت الحال بين صحته وعدمها، ولا يقول به المصنف أيضاً فضلاً عن غيره. نعم، الوجه الثاني تام، إلا أنَّ المصنف خلط بين مسألة مخالفة الشرط لمقتضى العقد، ومخالفته للشرع.

فالأولى أنَّ يقال في الجواب عن الاشكال: أنَّه إنَّ كان المراد أنَّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد من حيث هو مع قطع النظر عن الحكم الشرعي فهو ممنوع أشد المنع؛ إذ ليس الخيار من مقتضيات جعل المتعاقدين، بل ولا من الأحكام العرفية للبيع، وإنَّما اقتضاء التمليك والتملك، وهو حاصل مع عدم الخيار أيضاً، بل بالأولى.

وإنَّ كان المراد أنَّه مخالف لمقتضاه شرعاً - أي للأثر الذي رتبته عليه الشارع - فهو راجع إلى أنَّه شرط مخالف للكتاب والسنة؛ حيث إنَّ السنة حاکمة بالخيار، والشرط نافٍ له.

والجواب ما ذكره المصنف ثانياً من أنَّ الشرط المنافي إنَّما هو فيما كان الحكم الثابت بالشرط من الأحكام المطلقة التي لا تتغير أصلاً، والخيار في المقام ليس كذلك، فتدبر.

٥٧٠- قوله ﷺ: (للاسقاط والارث ... الخ)^(١).

أقول: قابليته للارث لا دخل له بالمقام كما لا يخفى.

٥٧١- قوله ﷺ: (كما لو اشترط في هذا العقد ... الخ)^(٢).

أقول: لو كان الاشكال من جهة مخالفته للمقتضى الشرعي لا يتفاوت الحال بين كونه في ذلك العقد أو في عقد آخر كما لا يخفى.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.

٥٧٢- قوله ﷺ: (وَأَمَّا عَنِ الثَّالِثِ بِمَا عَرَفْتَ... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت ما في هذا الجواب، والأولى أن يقال إن شرط السقوط معناه شرط عدم الثبوت؛ فلا يكون اسقاطاً حقيقةً حتى يكون اسقاطاً لما لم يجب، مع أن اشتراط السقوط في محل الثبوت ليس اسقاطاً لما لم يجب كما لا يخفى، وسيأتي تنمة البيان لهذا إن شاء الله.

٥٧٣- قوله ﷺ: (مَنْ هَذَا الْوَجْهَ الثَّالِثُ... الخ)^(٢).

أقول: أمّا من هذا الوجه فواضح؛ إذ اشتراط سقوط الخيار فيه اسقاط لما لم يجب؛ إذ الخيار إنما يحصل بعد ذلك، إلا أن يقال الخيار ثابت لها بمجرد الكتابة، وزمان الفسخ متأخر، وفيه ما لا يخفى.

وأما دفعه الاشكال من الوجه السابق فهو مبني على أن يكون الاشكال السابق مخالفة الشرط للشرع، وإلا فلو كان المراد به مخالفته لمقتضى العقد فالشرط في الصحيحة ليس في عقد الكتابة، ولا في عقد النكاح، مع أن الخيار ليس من مقتضيات عقد الكتابة، ولا من مقتضيات عقد النكاح، بل هو من أحكام الحرية؛ فلا ربط لهذا الشرط بمسألة المخالفة للعقد كما لا يخفى.

هذا، ولكن قال في المستند (وكون هذا الشرط مخالفاً للسنة المثبتة للخيار أو لمقتضى العقد ممنوع، لأنه إنما هو إذا شرط عدم ثبوت الخيار، لا سقوطه المستلزم للثبوت أولاً، فيشترط أنه يسقط بمجرد ثبوته، وهذا لا يخالف سنة، ولا مقتضى العقد، نعم لو شرط عدم ثبوت الخيار فالظاهر فساد، ولكن لا يبعد القول باستلزامه للإيجاب؛ لدلالته التزاماً على الالتزام المسقط للخيار)^(٣) انتهى.

وهو مخالف لما قلنا من جهات، والتحقيق ما عرفت، فتدبر.

٥٧٤- قوله ﷺ: (لَأَنْ وَجُوبُ الْوَفَاءِ بِالْشَّرْطِ... الخ)^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.

(٣) المستند ١٤: ٣٧٢.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٥٦.

أقول: أولاً يمكن منع وجوب الاجبار.

وثانياً: أنه لا يدل على عدم التأثير؛ إذ لا ملازمة بينه وبين عدم التأثير، ألا ترى أنه لو شرط البيع فلم يبيع ولو بعد الاجبار لا يحكم بوجوب ترتيب أثر البيع. وأما دعوى عدم السلطنة على تركه فإن أريد بها عدم السلطنة الوضعية فهو أول الدعوى، وإن أريد عدم السلطنة التكليفية فلا يجدي.

وأما حكمهم ببطالان بيع منذور التصديق فيرد عليه أولاً المنع، وثانياً نقول يمكن أن يكون من جهة حدوث حق للفقير في ذلك الشيء نظير حق الرهانة؛ فيكون هو المانع من تأثير البيع، إلا أن يقال في المقام أيضاً أنه يحدث للمشروط له حق في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضاه.

والتحقيق: منعه في المقامين؛ إذ النذر لا يثبت أزيد من الحكم التكليفي، وكذا الشرط في المقام، هذا.

وأما ما ذكره المصنف أخيراً (من أن الأوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط... إلى آخره) ففيه أن وجوب الوفاء لا يقتضي ترتيب آثار الشرط، وإنما يقتضي وجوب العمل به، ففي المقام مقتضى العموم المذكور وجوب ترك الفسخ، لا ترتيب أثر عدم الفسخ؛ وذلك كما في عكسه - وهو شرط الفسخ - فإن مقتضى وجوب العمل به إيجاده، لا ترتيب أثر الفسخ ولو مع عدم انشائه، ثم على فرض وجوب ترتيب أثر عدم الفسخ نقول إنه مشروط ببقاء موضوعه، وهو عدم الفسخ.

وأما إذا فسخ فلا يبقى شرط حتى يجب الوفاء به، بمعنى ترتيب أثره، لا أقل من الشك، وهو مانع عن التمسك بالعموم كما قلنا بنظيره في عموم «أوفوا»، فراجع^(١). والتحقيق: تأثير الفسخ ونفوذه؛ لأنه مقتضى الخيار المفروض عدم إسقاطه، وكذا نفوذ بيع منذور عدم بيعه أو التصديق به، وما يتصور وجهاً لعدم النفوذ أمور لا يتم شيء منها:

أحدها: ما ادعاه المصنف أولاً من أن وجوب الوفاء يقتضي عدم السلطنة على

تركه، الذي هو في معنى عدم السلطنة على الفسخ الراجع في الحقيقة إلى سقوط الخيار، ونظيره في بيع المندور صدقته أن يقال إنه يخرج عن ملكه، وفي المندور عدم بيعه أنه لا يبقى له ملكية البيع، فليس مسلطاً على ماله بالتصرف البيعي، وإن كان مسلطاً على سائر التصرفات.

وتوضيح هذه الدعوى أن يقال: إنه إذا قال «بعتك على أن لا أفسخ» في قوة قوله «بعتك وجعلت لك فسخي» وإذا صار الآخر مالكا لعدم فسخه فيبقى هو بلا سلطنة على الفسخ، وهذا معنى سقوط الخيار.

ولكن فيه: أن الشرط التزام بعدم الفسخ، لا تمليك له، فالمجوعول للمشروط له التزام ترك الفسخ لا نفس تركه، فتدبر.

الثاني: ما ذكره المصنف أخيراً من أن مقتضى العموم ترتيب أثر عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، وفيه ما عرفت.

الثالث: أن الفسخ منهى عنه، والنهي يقتضي الفساد كما ركن إليه في المستند^(١). وفيه: أن النهي متعلق بأمر خارج عن المعاملة.

الرابع: أن يقال إن الشرط ثبت حقاً للمشروط له في خيار المشروط عليه، فهو ممنوع عن العمل بمقتضى خياره لمكان تعلق حق الغيرية، كما أنه لو شرط في العقد أن يبيع منه شيئاً معيناً يكون له فيه حق يمنعه عن البيع، بمعنى أنه يصير ملكيته لذلك الشيء غير طلق، نظير العين المرهونة، ففي المقام أيضاً يصير ملكيته للخيار غير طلق.

وفيه: منع تعلق الحق بالخيار كمنع تعلق حق المشروط له بالعين المشروط ببيعته منه، وأنه إنما له على المشروط عليه حق الشرط، وليس هذا الحق متعلقاً بعين خارجي أو غيره كالخيار فيما نحن فيه.

٥٧٥ - قوله ﷺ: (وَمَقْتَضَى ظَاهِرُهُ... الخ)^(٢).

(١) المستند ١٤: ٣٧٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

أقول: يعني أن ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، وإلا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه^(١).

٥٧٦ - قوله ﷺ: (الوجهان... الخ)^(٢).

أقول: لا يمكن في هذا المقام توجيه عدم التأثير، بأن شرط الاسقاط راجع إلى شرط السقوط، وإلا لم يحتج إلى الاسقاط، ففي المقام الخيار باقٍ قطعاً، والشك إنما هو في امكان العمل به وعدمه.

فإن قلت: مع فرض عدم تأثير الفسخ ما فائدة بقاءه.

قلت: يسقط فيما لو أسقط المشروط له حق شرطه، فإنه يجوز حيثئذ العمل بالخيار، بخلاف ما لو شرط السقوط، أو قلنا برجوع شرط عدم الفسخ إلى شرط السقوط، فإنه لا يعود الخيار باسقاط حق الشرط، فإن الساقط لا يعود، فتأمل. ثم إن الأقوى في هذا المقام أيضاً ما قوينا في السابق من تأثير الفسخ، بل هذا المقام أولى كما لا يخفى.

٥٧٧ - قوله ﷺ: (وجهان من عدم... الخ)^(٣).

أقول: لا وجه لعدم الخيار؛ لأن التخلّف حاصل؛ إذ المشروط هو الاسقاط بعد العقد بلا فصل على ما هو الظاهر، والمفروض عدم العمل به، ودعوى أن المقصود وهو ابقاء العقد حاصل كما ترى، وإلا لم يجب عليه الاسقاط، ولا معنى لدعوى أن التخلّف لا يحصل إلا إذا فسخ بعد فرض شرطية الاتصال، بل مع كونه موسعاً أيضاً يمكن التخلّف إذا علم من حاله أنه لا يسقط.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا وجه لقوله (والأولى... الخ)؛ إذ تأثير الفسخ وعدمه لا مدخلية له في صدق التخلّف بعد كون المفروض أنه لو لم يسقط يبقى الخيار، والمشروط اسقاطه، والغرض كونه بحيث لا يمكن إعادته ولو باسقاط حق

(١) أي لا ظاهره.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

الشرط، وبعبارة أخرى الغرض عدم كون العقد في معرض التزلزل، ولو لم يكن متزلزلاً فعلياً.

والحاصل: أنه إذا قلنا ببقاء الخيار قبل الاسقاط فلا وجه لعدم صدق التخلف سواء قلنا بتأثير الفسخ أو لا، وحيث لا بد من الحكم بالخيار للمشروط له، وإن قلنا بعدم بقاء الخيار فلا معنى للاسقاط ولا شرطه.

بقي شيء: وهو أنه لو لم يسقط حتى مات وانتقل الخيار إلى وارثه فهل يجب على الوارث الاسقاط أو لا؟

الظاهر عدم الوجوب؛ لعدم كونه مشروطاً عليه؛ فله حيث لا يفسخ ويؤثر فسخه، وإن قلنا بعدم تأثير فسخ المورث؛ لأن المانع منه هو وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض عدمه في حق الوارث، فعلى هذا يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط ما لم يفسخ الوارث.

ومن هنا يظهر اشكال آخر على تفصيل المصنف؛ إذ يكفي في تزلزل العقد كونه في معرض موت المشروط عليه، وانتقال حق الخيار إلى الوارث، ولو قلنا بعدم تأثير فسخ المورث، إلا أن يقال بعدم تأثير فسخ الوارث أيضاً، وإن لم يجب عليه الوفاء بالشرط أو قيل بوجوب الوفاء عليه، فإنه لا يسقط هذا الاشكال عنه، فتدبر.

بقي شيء آخر: وهو أنه لو شرط سقوط الخيار في بعض المدة، مثل ساعة من الأول أو من الآخر، أو عدم الفسخ كذلك، أو الاسقاط كذلك، أو أسقط بعد العقد كذلك، فالظاهر صحته، وحيث فيثبت الخيار في غير محل الشرط أولاً أو آخرأ أو وسطاً، فتدبر.

٥٧٨ - قوله ﷺ: (فهذا هو ظاهر كلام الشيخ ... الخ)^(١).

أقول: يمكن حمل كلامه على الأعم من ذلك ومما إذ اشترط السقوط قبل العقد وغفل عنه حين العقد، بأن لا يكون التباني عليه أيضاً، بل هذا مقتضى اطلاق

كلامه، وظاهر المستند^(١) أيضاً اختياره، وفي الرياض نفى البعد عنه، قال (إن قول الشيخ غير بعيد لولا نصوص النكاح؛ للشك في شمول دليل الخيار)^(٢)، ومراده من نصوص النكاح الأخبار الدالة هناك على عدم العبرة بالشرط قبل العقد، لكن لا عموم فيها يشمل المقام.

فالأقوى ما ذكره الشيخ، لا لما في الرياض من الشك في شمول دليل الخيار، بل لصديق الشرط على الشرط البدوي، وشمول المؤمنون، ولا يضره كونه اسقاطاً لما لم يجب؛ إذ هو راجع إلى المعاهدة على عدم الثبوت؛ فهو نظير ما لو شرطاً في ضمن عقد سقوط الخيار في البيع الذي يريدان انشاء.

وحمل كلامه على إرادة ما كان قبل تمام العقد؛ ليكون رداً على بعض أصحاب الشافعي بعيد؛ إذ ذلك البعض يحكم ببطلان شرط السقوط، ولو كان في ضمن العقد، ولو كان غرضه الرد عليه لم يكن وجه للتعبير عنه بالشرط قبل العقد، بل كان المناسب أن يقول ولو شرطاً في العقد صح، ولا يكون من اسقاط ما لم يجب، ويدل على ما ذكرنا كلام المختلف؛ حيث إنه أورد عليه بأنه إنما يعتبر إذا وقع في متن العقد، فيظهر منه أنه فهم منه ما قلنا.

٥٧٩ - قوله ﷺ: (أما وعد بالتزام أو التزام تبرعي... الخ)^(٣).

أقول: أمّا كونه وعداً فممنوع؛ إذ ليس قصدهما الوعد على ما هو المفروض، بل انشاء السقوط، وأمّا كونه التزاماً تبرعياً فهو كذلك، لكن نقول يجب الوفاء به لعموم «المؤمنون»، إلا أن يكون اجماع، وهو ممنوع سيما مع مخالفة من ذكر. وأما قوله: (والعقد اللاحق... إلى آخره) فمحصله أنه إن أريد اثبات وجوب الوفاء به من حيث رجوعه إلى الشرط الضمني إذا فرض تبانيهما عليه وإن لم يذكر في العقد، نقول إن التباني لا يثمر إلا إذا كان ما تبانيا عليه من قيود أحد العوضين

(١) المستند ١٤: ٣٧٢.

(٢) الرياض ٨: ١٧٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٩.

كوصف الصحة وغيره من أوصاف المبيع أو الثمن، فإن مثل هذه يمكن الاكتفاء بقصدها في الانشاء بدون اللفظ، وكذا نفس العوضين، بخلاف الشروط الخارجية فإنها محتاجة إلى دال في الانشاء.

والسر أن العوضين وقيدوهما من ضروريات العقد، فيمكن جعل العقد دالاً عليها وانشاء البيع انشاء لها، بخلاف الشروط حيث إنه لا يمكن إرادتها من العقد بدون أن تذكر فيه قرينة لفظية عليها، فقوله «بعت» بمنزلة قوله «بعت الشيء الفلاني المتصف بالوصف الفلاني» بعد كونه معلوماً ومقصوداً للمتبايعين على الوجه المذكور، وأما الشروط فلا يمكن الاكتفاء عنها بمجرد قوله «بعت»، ومجرد القصد والتباني ليس انشاءً للالتزام.

والحاصل: أن الشرط الضمني إنما يعتبر في القيود، لا مطلقاً، أو يقال لا يصدق الشرط إلا فيها.

وفيه نظر ظاهر، إذ لا فرق في الشروط بين كونها من أوصاف أحد العوضين أو غيرها، فإن كان ولا بد من دال لفظي فهو مفقود في المقامين، وإن قلنا بكفاية المعلوماتية والمعهودية بين المتعاقدين فلا فرق، بل الشروط أولى بعدم الحاجة إلى القرينة اللفظية من نفس العوضين؛ حيث إنهما ركنان العقد، مع أنه يمكن حذفهما، فتدبر.

□ فرع: لو نذر عتق عبده إذا باعه

٥٨٠ - قوله ﷺ: (ولا يتم برفع الخيار ... الخ)^(١).

أقول: ينبغي فرضه فيما لا يمكن إقالته، أو الشراء منه ثانياً، وإلا فليس منافياً، هذا، ولم أفهم وجه تخصيص الفرض بما إذا نذر عتقه إذا باعه، مع أن الحكم يجري فيما إذا نذر عتقه وإن لم يقيد بصورة البيع؛ إذ البيع الخياري ليس منافياً، والبيع بشرط سقوط الخيار منافٍ له، فلا يجوز له شرط السقوط.

ثم لو لم يشترط سقوط الخيار، لكن لم يفسخ إلى أن انقضى الخيار يحصل

الحث في فرض العلامة، وكذا فيما فرضنا، ولا يحكم معه ببطلان البيع؛ إذ المفروض أنه لم يكن منافياً، وإنما المنافي ترك الفسخ، فالمخالفة مستندة إليه.

□ المسقط الثاني: اساقطه بعد العقد

٥٨١- قوله ﷺ: (الغير القابلة للنقل... الخ)^(١).

أقول: يظهر منه أنه لو كان قابلاً للنقل لم يمكن الاستدلال؛ إذ حيثُذ يكون معنى التسلُّط عليه التسلُّط على نقله؛ فلا يشمل مثل الاسقاط، وليس كذلك؛ إذ يمكن إرادة الأعم من الاسقاط والنقل، كما أنَّ الأموال لو كانت قابلة للاسقاط كان المنطوق^(٢) دالاً على التسلُّط على اسقاطها أيضاً.

٥٨٢- قوله ﷺ: (فرضي الآخر سقط... الخ)^(٣).

أقول: يعني إذا رضي في زمان الخيار، وإلا فلو أسقط في زمانه ورضي الآخر بعد الانقضاء لا يكشف عن السقوط سابقاً لعدم جريان الفضولية فيه، فاعتبار الرضا من حيث إنه اسقاط بالفعل، لا من حيث إنه إجازة.

□ مسألة: إذا قال أحدهما لصاحبه «اختر»

٥٨٣- قوله ﷺ: (أقول... الخ)^(٤).

أقول: الأولى في بيان الأقوال أن يقال: لو قال أحدهما لصاحبه «اختر» فهل يسقط خيار الأمر أو لا؟ أقوال:

أحدها: السقوط مطلقاً.

الثاني: السقوط إذا قصد التملك.

الثالث: السقوط إذا قصد التملك أو التفويض.

الرابع: السقوط إذا قصد التملك وأسقط الآخر أيضاً.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦١.

(٢) الصحيح ما أثبتناه، وفي الاصل (كانت منطوق دالاً... الخ).

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٢.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٦٣.

فعلى الثلاثة الأولى يسقط خياره بمجرد الأمر، وعلى الأخير يسقط حين اسقاط الآخر، لكن لا بد لهذا القائل أن يقيّد ذلك بما إذا أسقط المأمور الخيار مطلقاً، أمّا إذا أسقط خصوص خيار نفسه فلا يسقط خيار الأمر كما هو واضح.

٥٨٤- قوله ﷺ: (وليس فيه دلالة على ما ذكروه من تملك ... الخ) (١).

أقول: يظهر منه أنه لو علم إرادة التملك سقط الخيار، وهو مشكل؛ إذ قد مرّ منه أن حق الخيار لا يقبل النقل، إلا أن يكون المراد أنه لو قصد التملك سقط الخيار من حيث إنه راجع إلى الاسقاط، لا من حيث نقله إلى الآخر وتملكه له، لكن على هذا ينبغي القول بالسقوط ولو سكت الآخر ولم يمض، فالمسقط نفس انشاء التملك، لا اسقاط الآخر، ولعله مراد المصنّف أيضاً.

فالشكّال إما يرد على القول الرابع الذي نقلنا (٢)، ولعل القائل به ملتزم بجواز نقل الخيار إلى الغير، أو إلى خصوص الطرف المقابل، فتدبر.

٥٨٥- قوله ﷺ: (لزوم العقد من الطرفين ... الخ) (٣).

أقول: مراده بالطرفين الشخصان اللذان لهما الخيار في أحد طرفي العقد، لا المتعاقدان كما لا يخفى.

ثم إن الأصيل والوكيل يكونان مما نحن فيه إذا قلنا بثبوت خيار واحد لكل منهما، لا بثبوت الخيار لكل منهما، وإلا فلا يسقط خيار الآخر باسقاط أحدهما خياره، فلا تعارض، وعلى الأول يكون السابق مقدماً إذا ترتبا، ومع التقارن يحصل التعارض ويقدم الأصيل؛ لأنّ فسخه أو امضاؤه عزل للآخر.

فإن قلت: إذا جعلنا الخيار للوكيل أيضاً فلا يسقط خياره بالعزل؛ لأنّه حكم شرعي تعبدي.

قلت: نعم، ولازمه القول بأنّ لكل منهما خياراً مستقلاً؛ فلا يجيء مسألة

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٤.

(٢) العبارة فيها ما فيها، نعم لو كان بدل «إما» «إنّما» لكانت العبارة تامة.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٥.

التعارض، وأما مسألة اختلاف الورثة فهي أيضاً مما نحن فيه بناءً على كون خيار واحد لكل منهم، وحيث إنَّ الفسخ والامضاء مقدم، ومع التقارن يحصل التعارض، وحكمه التساقط لعدم جهة لتقديم البعض، فهي مما نحن فيه على البناء المذكور.

ومن أمثلة التعارض أيضاً ما إذا وكل شخصين في خياره فسخاً وامضاءً فاختار أحدهما الفسخ والآخر الامضاء في آنٍ واحد.

وأما مسألة تصرف ذي الخيار في العوضين دفعة واحدة فهي وإن كانت من تعارض الفسخ والاجازة إلا أنها لا تدخل تحت ما فرضه المصنّف في العنوان من اقتضاء الاجازة لزوم العقد من الطرفين كما لا يخفى، ففي العبارة خلل.

٥٨٦ - قوله ﷺ: (ولم يظهر له وجه تام... الخ)^(١).

أقول: بل لا وجه أصلاً؛ وذلك لأنَّ الاجازة اسقاط للخيار وتثبيت للعقد، والفسخ ابطال له، وهما متنافيان، ولا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، فمقتضى القاعدة تساقطهما كما عرفت، فيبقى العقد مع الخيار.

□ المسقط الثالث: افتراق المتبايعين

٥٨٧ - قوله ﷺ: (وإن كان ظاهر... الخ)^(٢).

أقول: يمكن منع ظهوره في ذلك الاحتمال، بل ظهور كون المراد لا خيار لهما بعد أن رضيا بالبيع، أي أوجدا البيع مع الرضا، فالمراد الرضا بأصل البيع، لا الالتزام به بعد ذلك، فتدبر.

٥٨٨ - قوله ﷺ: (والظاهر أن ذكره... الخ)^(٣).

أقول: يعني أن من مثل لأقل الأفراد بالخطوة لا يريد أنه لا أقل منه، بل تمثيله مبني على الغالب في الخارج، من وقوع الفرد الأقل، بمعنى أن من يريد الاختصار

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٦٦.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٦.

على أقل الأفراد يوجد الخطوة غالباً، لا أقل، وإن كان يحصل بالأقل أيضاً، وإن ذلك مبني على الغالب في التمثيل، يعني أن من يريد التمثيل لأقل الأفراد يمثل بالخطوة غالباً، وإن كان يمكن التمثيل بالأقل أيضاً، فضمير قوله (ذكره) راجع إلى الخطوة، وقوله (ليبان) متعلق بذكره، وقوله (مبني) خبر إن.

٥٨٩ - قوله ﷺ: (وعن صريح آخر... الخ)^(١).

أقول: فالأقوال ثلاثة، كفاية مجرد الافتراق، ولو كان أقل من خطوة، وهو مختار المصنف، واعتبار الخطوة لا أقل، وعدم كفايتها، بل المدار على الصدق العرفي؛ وهذا هو الأقوى للانصراف عن الخطوة، فضلاً عن الأقل، ولقوله (فمشيت خطأ)^(٢)، فلو كان الأقل كافياً لم يكن وجه لتعليق الامام عليه السلام الوجوب على المشي خطأً، ومنع الانصراف، ودلالة الرواية كما ذكره المصنف كما ترى.

إذ لا ينبغي التأمل في عدم صدق الافتراق، إذا فرض كونهما جالسين في مجلس العقد، لكن تحرك أحدهما في الاثناء بحيث بُعد عن الآخر بخطوة أو نصفها.

وأما دلالة الرواية فهي واضحة، لا من حيث فعل الامام عليه السلام، بل من حيث تعليقه الوجوب على المشي خطأً، ثم على ما ذكرنا من الانصراف لا حاجة إلى الاستصحاب في ابقاء الخيار، بل الخبر دال عليه؛ لأنه إذا فرض كون التفرق منصرفاً إلى أزيد من الخطوة فهي داخلة في عدم التفرق، وقد صرح فيه ببقاء الخيار معه.

ومن ذلك ظهر ما في قوله ﷺ (لانصراف الاطلاق إلى أزيد فيستصحب الخيار) حيث تمسك بالاستصحاب بعد دعوى الانصراف، نعم نحتاج إلى الاستصحاب لو شكنا في الشمول وعدمه، والانصراف غير الشك في الشمول كما هو واضح.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الخيار، ح ٣.

□ ما يحصل به الافتراق

٥٩٠ - قوله ﷺ: (فذاث الافتراق... الخ)^(١).

أقول: لا يريد من هذه العبارة أنَّ الساكن ليس بمفترق، وإنما المفترق هو المتحرك، وسكون الآخر موجب لاتصاف حركته بالافتراق، بل غرضه أنَّ الافتراق لما كان من الأفعال التي يحتاج تحققه إلى الطرفين، فمجرد الحركة من أحدهما لا يكفي في صدقه، بل يحتاج إلى عدم مصاحبة الآخر، فعلى هذا سكون الآخر أيضاً افتراق بشرط حركة صاحبه إلى جانب آخر.

والحاصل: أنَّ الافتراق يحصل تارة بالحركة من كل منهما إلى غير جانب الآخر، وحيثُ حركة كل منهما افتراق منه بملاحظة عدم مصاحبة صاحبه له، وتارة يحصل بالحركة من أحدهما والسكون من الآخر، وحيثُ حركة المتحرك افتراق منه بملاحظة سكون الآخر، وسكونه افتراق منه بملاحظة حركة الأول، وعلى هذا البيان لا يبقى مجال لاحتمال اعتبار حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر في صدق الافتراق؛ لما عرفت من أنَّ سكون الساكن أيضاً افتراق حقيقة كحركة المتحرك، هذا.

ولكن الانصاف أنَّ الذي يظهر من تمام كلام المصنف أنَّ الساكن عنده ليس بمفترق، وأنَّ صدق الافتراق في صورة حركة أحدهما فقط إنَّما هو بملاحظة حركته، بمعنى أنَّ المتحرك هو الموجد للافتراق، وأما الساكن فلم يفترق، فالافتراق في هذه الصورة مستند إلى المتحرك فقط، وهو كافٍ في سقوط الخيارين، لدلالة قوله ﷺ (فمشت خطاً ليجب البيع حين افتراقنا)^(٢)؛ حيث أثبت افتراق الطرفين بمشييه ﷺ فقط.

والتحقيق: ما عرفت من أنَّ الساكن أيضاً مفترق، سواء كان سكونه باختياره وقصده أو غفلة عن حركة الآخر، والخبر لا دلالة فيه على أنَّ الامام ﷺ أوجد

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب الخيار، ح ٣.

افتراق الطرفين، بأن يكون هو الفاعل للافتراق فقط، بل المسلّم أنه ﷺ صار سبباً لصدور الافتراق من الآخر أيضاً، هذا.

ولو كان الأمر كذلك أشكل سقوط خيار الساكن؛ لأن الظاهر من الخبر أن افتراق كل سبب لسقوط خياره، لا أن حصول الافتراق سبب لسقوط الخيارين، فلو فرضنا إمكان حصول الافتراق مسنداً إلى أحدهما دون الآخر لزم عدم سقوط خياره، إلا أن يقال إن هذا الخبر دليل على كفاية ذلك.

والانصاف عدم إمكان الاسناد إلى أحدهما فقط، مع أن افتراقاً في قوة افتراق البائع وافتراق المشتري، فلا يصدق افتراقهما إلا بصدوره من كل منهما.

وكيف كان إن كان مراد المصنف ما ذكرنا أولاً فهو حق، إلا أنه لا طائل تحت قوله (وكيف كان فلا يعتبر...إلى آخره) إذ لا مجال لهذا التوهم، ولا يحتاج إلى الاستدلال بالرواية، وإن كان مراده أن الافتراق في صورة سكون أحدهما مسند إلى المتحرك فقط فلا وجه له، بل غير معقول حسبما عرفت.

فإن قلت: قد يقال «افتراق زيد عن عمرو» فيسند الافتراق إلى أحد المفترقين دون الآخر.

قلت: نعم، ولكن في هذا المورد يصح أن يقال «افتراق عمرو عن زيد» وإن كان المتحرك زيداً فهذا الاسناد والاطلاق إنما هو في مقام كان الشأن أن لا يفتراق زيد، وأن يكون باقياً على الاجتماع، ولا دخل له بكونه متحركاً أو ساكناً، ألا ترى أنه قد يسند إلى الساكن منهما دون المتحرك، كما إذا كانا مصطحبين في المشي فترك زيد المشي مع عمرو، فإنه يقال افتراق زيد عن عمرو مع أنه ساكن وعمرو متحرك، ويصح أن يقال في هذا الفرض أيضاً افتراق عمرو عن زيد.

والحاصل: أن هذا الاطلاق إنما يكون في مقام تعلّق الغرض بذكر افتراق أحدهما عن الآخر، دون العكس؛ فلا يدل على عدم صحة العكس.

□ مسألة: الافتراق عن إكراه

٥٩١ - قوله ﷺ: (المعروف أنه لا اعتبار...الخ)^(١).

أقول: التحقيق أنَّ الافتراق مسقط بأي وجه حصل، من غير فرق بين كونه على وجه القصد والشعور، أو على وجه النسيان أو الغفلة أو الاضطراب أو الاكراه أو نحو ذلك؛ وذلك لصحة استناد الافتراق إليهما في جميع هذه الصور، وهو المدار؛ إذ لا يعتبر في اسناد الفعل إلى الفاعل إلا قيامه به أو صدوره منه، ولا يشترط فيه كونه على وجه القصد والشعور، فضلاً عن كونه على وجه الاختيار في مقابل الاكراه. نعم، بعض الأفعال يعتبر فيها القصد كالتعظيم والتأديب ونحو ذلك، كما أنَّ بعضها لا يمكن صدوره إلا بلا قصد كالسهو والنسيان والغفلة، أو بالاضطراب كالموت والسقوط ونحو ذلك، وفي الحقيقة هذا راجع إلى مادة الفعل، بمعنى أنَّه يعتبر في مادته القصد أو الغفلة وعدم الشعور، وإلا فلا اسناد لا شرط له، فالأفعال التي لا يشترط في صدق موادها القصد والاختيار لا يشترط في صدق اسنادها شيء، والافتراق من هذا القبيل.

ودعوى: أنَّ المتبادر من الاسناد ذلك، وإن كان اسناده إلى المضطر أيضاً على وجه الحقيقة كما ترى.

وكذا دعوى: أنَّ الاسناد إلى الفاعل المختار ظاهر في صدوره منه على وجه الاختيار، فإنها ممنوعة، ولا مستند لهذه الدعوى سوى دعوى الانصراف، ولا بدُّ للانصراف من سبب، وكون الغالب كذلك يمكن منعه، ولذا ترى أنَّ الظاهر من قوله ﷺ (من أتلف مال الغير) أعم، وكذا من أحدث بطل وضوء أو صلاته ونحو ذلك، فاعتبار الاختيار سواء كان في مقابل الاضطراب أو الاكراه لا بدُّ من دليل؛ ولذا الاشكال عندهم على الظاهر في سقوط الخيارين في المقام إذا كان أحدهما قاصداً مختاراً، وكان الآخر غافلاً أو نائماً، أو مضطراً في ترك المتابعة أو نحو ذلك.

مع أنك قد عرفت أنَّ الظاهر من الخبر أنَّ افتراق كل منها مسقط لخياره، لا أنَّ حصول الافتراق ولو من أحدهما مسقطاً للخيارين، فلو كان الاختيار شرطاً كان الواجب التفكيك.

وكذا لا اشكال في سقوطهما إذا كانا مضطرين في الافتراق، أو فرقهما الريح أو

نحوه، أو افتراقاً خوفاً من سبع أو لص أو نحو ذلك، وكذا إذا كانا غافلين معاً أو ناسيين؛ فيكشف هذا كله عن كون المدار على مجرد حصول الافتراق واستناده إلى كل منهما.

وغاية ما يمكن أن يقال في توجيه اعتبار الاختيار في مقابل الاكراه وجوه: أحدها: دعوى التبادر، وقد عرفت ما فيه، خصوصاً بالنسبة إلى الاكراه.

الثاني: الاستناد إلى الاجماع المنقول عن الغنية وتعليق الشرايع^(١) المعتمدة بالاسناد إلى المعروف في كلام المصنف، وبدعوى عدم الخلاف في الجواهر^(٢)، وفيه ما فيه.

الثالث: أن يقال إنه مقتضى حديث الرفع.

وفيه: أنه إنما يجري فيما كان الفعل منوطاً بالقصد والاختيار كالبيع والطلاق ونحوهما من العقود والایقاعات، ألا ترى أنه لا يجري في الاتلاف وإيجاد أسباب الوضوء والغسل والنجاسة ونحوها مما لا يعتبر فيه قصد واختيار، ومن المعلوم أن الافتراق المسقط في مقامنا لا يعتبر فيه قصد، كما عرفت من عدم الاشكال فيما كان في حال الغفلة والسهو والنوم والموت ونحوها، هذا.

مع أن حديث الرفع كما يدل على رفع الاكراه يدل على رفع النسيان والاضطرار ونحوهما مما لا يلتزمون به في مقامنا، هذا.

مضافاً إلى أن مقتضاه عدم السقوط بمجرد صدق الاكراه وإن لم يكن ممنوعاً من التخاير، مع أنهم لا يقولون به.

ثم إنه يمكن الاشكال في التمسك بحديث الرفع بوجه آخر، وهو أنه إنما يجري فيما كان الفعل مع قطع النظر عن الاكراه مما له أثر شرعي؛ حتى يرتفع ذلك الأثر بالاكراه، وهذا مبني على كون الافتراق مسقطاً، وأما إذا جعلناه حداً للخيار وغاية له فلا حكم له، وإنما أثره رفع موضع الخيار، ألا ترى أنه لو قال «أكرم زيداً ما

(١) حكاه عنهما جواهر الكلام ٢٣: ٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩.

دام في المسجد» وكان فيه ثم أخرجه مخرج كرهاً لا يقال إنه واجب الاكرام بعد خروجه أيضاً؛ لأن هذا الخروج كلا خروج؛ وذلك لأن الخروج ليس له حكم شرعي، وإنما هو مغير للموضوع إلى ما لا حكم له، ففي المقام أيضاً إذا قلنا إن الخيار معلق على ما قبل الافتراق فهو ليس له أثر شرعي، وإنما أثره تبديل الموضوع الذي علق عليه الحكم إلى غيره، وحيث فاطلاق المسقط عليه من باب المسامحة، وقوله ﷺ (فاذا افترقا فلا خيار لهما)^(١) لا يدل على كونه مسقطاً؛ لاحتمال كونه من باب بيان لازم تبدل الموضوع، فتدبر.

الرابع: أنه المستفاد من صحيح الفضيل (فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا)^(٢) حيث اعتبر الرضا.

وفيه: ما عرفت سابقاً من أن المراد منه بعد الرضا بأصل البيع سابقاً، لا الرضا بالافتراق، مع أن لازمه عدم السقوط إلا مع الرضا، ولا يلتزمون باعتباره في غير صورة الاكراه، مضافاً إلى أنه يعارض بما يستفاد من قوله ﷺ (فمشت خطاً ليجب البيع)^(٣) حيث يظهر منه كفايته وإن لم يرخص الطرف المقابل.

فالحق هو القول بالسقوط مطلقاً سواء كانا ممنوعين من التخاير أم لا إن لم يكن اجماع، والظاهر عدم الاجماع، فهذا العلامة ﷺ يستشكل في المسألة في القواعد^(٤)، في عبارته التي ينقلها المصنف، ونقل صاحب الجواهر^(٥) عن بعض التوقف في المسألة، هذا.

ومع العلم بعدم المخالف في المسألة نقول لا يحصل القطع من هذا الاجماع؛ فلعل مستند الكل أو البعض بعض الوجوه المذكورة التي عرفت فسادها، ومع عدم حصول القطع لا ينفع الاجماع كما هو واضح.

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٣، قريب منه.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الخيار، ح ٣.

(٤) القواعد ١: ١٤٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٩.

ثم مما ذكرنا ظهر حكم عكس المسألة، وهو ما لو كانا مكرهين على عدم التفرق بعد إرادتهما الافتراق، فإنه لا يسقط خيارهما لتحقيق الموضوع، وعلى المشهور لا بد من الحكم بالسقوط؛ لأن عدم الافتراق الاكراهي لا حكم له، فتدبر. ثم على قول المشهور - من عدم العبرة بالافتراق الاكراهي - لو كان الاكراه من أحد الجانبين، كأن يكره أحدهما على الافتراق دون الآخر، أو أكره على البقاء في المجلس وعدم مصاحبة الآخر فهل يثبت الخياران، أو يثبتان ويسقط خيار المختار دون المكره؟ أقوال ذكرها المصنف، ومقتضى القاعدة على المختار سقوطهما بطريق الأولوية من الصورة السابقة.

ولكن لو قلنا في الصورة السابقة بمقالة المشهور فالحق القول الأخير؛ وذلك لأنك قد عرفت أن الظاهر من الخبر أن افتراقهما معاً غاية لسقوط مجموع الخيارين من باب مقابلة الجمع بالجمع، لا كون افتراق المجموع غاية لكل من الخيارين، ولا كون افتراق أحدهما غاية لهما، فإذا كان الظاهر ما ذكرنا فنقول إن افتراق أحدهما وإن كان لا ينفك عن افتراق الآخر إلا أنه إذا قلنا باعتبار الاختيار في كونه مسقطاً من جهة التبادر أو دلالة حديث الرفع أو ظهور صحيح الفضيل في اعتبار الرضا فلا بد من التفكيك؛ لامكانه بهذا الاعتبار؛ فيلحق كلاً من الافتراقين حكمه، والعمدة اثبات ظهور الخبر في كون افتراق كل غاية لخياره، وإلا فكون مقتضى القاعدة بعد هذا ما ذكرنا لا اشكال فيه.

والانصاف ظهور الخبر في ذلك كما يظهر بملاحظة نظائر هذه العبارة، مثلاً إذا قلنا «المتبايعان بالخيار حتى ينقضي شرطهما» يستفاد منه أن كل واحد بالخيار حتى ينقضي شرطه، وكذا إذا قلنا «يجب عليهما الوفاء بالعقد ما لم يشرطا الخيار»، أو ما لم يتخلف شرطهما ونحو ذلك، وكون الافتراق من أحدهما ملازماً للافتراق من الآخر لا يقتضي كون الغاية مجموع الافتراقين لكل من الخيارين، خصوصاً إذا اعتبرنا الاختيار في كونه مسقطاً بأحد الوجوه المتقدمة، فإنه حيثئذ يمكن التفكيك أيضاً بملاحظة القيد كما بينا.

٥٩٢ - قوله ﷺ: (بعد تبادر الاختيار...الخ)^(١).

أقول: يظهر منه الحاجة إلى الأصل بعد دعوى التبادر، مع أنه لو تمت هذه الدعوى لا حاجة إلى اجراء أصالة بقاء الخيار؛ لأنه لو كان المراد من الافتراق الافتراق الاختياري فمنطوق الرواية دالٌّ على بقاء الخيار، ويمكن حمل العبارة على إرادة كون كل منهما دليلاً مستقلاً.

٥٩٣ - قوله ﷺ: (فإن المتبادر هو الاختياري...الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت منعه أيضاً، ودعوى أنه لا يعد فعلاً حقيقياً بل صورة فعل كما ترى؛ فإن من الواضح أن الالتفاف في حال النوم فعل للمتلطف حقيقة، وكذا مشبه وقيامه وقعوده، وكذا الاحراق فعل النار حقيقة، وهكذا إلى ما شاء الله، ولعمري إن هذه الدعوى من المصنف عجيبة.

٥٩٤ - قوله ﷺ: (للاعترا ف بدخول المكره...الخ)^(٣).

أقول: يعني أن مقتضى حديث الرفع عدم سقوط الخيار مطلقاً، ولو لم يكن ممنوعاً من التخيير؛ لصدق الاكراه مع ذلك أيضاً، مع أنهم يقولون بالسقوط حيثئذٍ، إلا أن يقال خرج هذا بالدليل، وفيه ما فيه.

٥٩٥ - قوله ﷺ: (لأن المفروض أن...الخ)^(٤).

أقول: لو كان الدليل اختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري كان الواجب الحكم بعدم السقوط مع الاضطراري، سواء كان ممنوعاً من التخيير أو لا، مع أنهم يقولون بالسقوط في صورة عدم الممنوعة، ودعوى أنه إذا كان متمكناً من التخيير لا يكون مضطراً مدفوعة بأن الاختيار في ترك التخيير لا ينافي الاضطرار في التفرق كما هو واضح.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٦٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٠.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٧٠.

٥٩٦ - قوله ﷺ: (وإلى أن المتبادر من التفرق... الخ)^(١).

أقول: هذا ممنوع أشد المنع، كيف ؟ ولازمه عدم اعتبار التفرق في حال الغفلة عن البيع، أو في حال النوم، أو نحو ذلك، ولا يلتزم بذلك.

٥٩٧ - قوله ﷺ: (أو يقال إن قوله... الخ)^(٢).

أقول: الفرق بين هذا الوجه والوجه الأول أنه بناءً على الوجه الأول يكون محصل المعنى لا خيار إذا افترقا ورضيا بالبيع حين التفرق، فالمسقط مجموع الأمرين من التفرق والرضا المتصل به.

وبناءً على هذا الوجه يكون محصل المعنى أنه لا خيار إذا افترقا لكون الافتراق رضا بالبيع، أي كاشفاً عنه نوعاً، فقوله ﷺ (لا خيار بعد الرضا)^(٣) في قوة قوله ﷺ لا خيار بعد الافتراق لكونه رضا، هذا.

وقد عرفت سابقاً قوة احتمال كون المراد بعد الرضا بالبيع سابقاً، يعني إذا افترقا والمفروض صدور البيع منهما عن رضا فلا خيار لهما، ويؤيد هذا أنه بناءً على ما ذكره المصنف يلزم عدم الاعتبار بالافتراق حال الغفلة والنوم ونحوهما مما لا يمكن الالتزام به.

□ مسألة: لو أكره أحدهما على التفرق

٥٩٨ - قوله ﷺ: (ومبنى الأقوال... الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أن العمدة توجيه كل واحد من هذه المباني، والمصنف ﷺ أهمل ذلك، فالأولى أن يقال إذا بنينا على أن الافتراق المسقط هو ما كان عن الاختيار في مقابل الاكراه فلا بد أن يتأمل في أن المستفاد من الخبر أن تفرق كل واحد مسقط لخياره، بأن يكون من باب مقابلة الجمع بالجمع؛ حتى يكون تفرق المختار

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٧٣.

مستقلاً للخياره، دون المكره، أو أن مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين؛ حتى يكون اللازم بعد التخصيص بالاختياري عدم سقوط واحد منهما، أو أن حصول الافتراق ولو من واحد منهما غاية لكل من الخيارين؛ حتى يكون اللازم سقوط الخيارين؛ لفرض حصول الافتراق الاختياري إذا كان أحدهما مختاراً، أو هذا مطلقاً إذا قلنا إن الساكن أيضاً مفترق، أو في خصوص ما إذا فارق الآخر المجلس اختياراً إذا لم نقل، هذا.

وقد عرفت أن الأظهر هو الأول، وأن الثاني خلاف الظاهر، وأما الثالث فهو بعيد غايته، بل لا معنى له؛ لأنه لا يمكن حمل قوله ﷺ (حتى يفترقا) على معنى حتى يحصل الافتراق من واحد منهما لا بعينه كما لا يخفى.

فبناءً على اعتبار الاختيار بأحد الوجوه المتقدمة الأقوى هو القول بالتفكيك كما ذكرنا سابقاً، ولا يضر قلة القائل به أو عدمه كما لا يخفى، هكذا ينبغي أن يبين المطلب، فتأمل وتبصر.

٥٩٩- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: وجهه ما يشير إليه من احتمال كون مراد الشيخ والقاضي أن الساقط خيار من تمكّن من التخيير مع قطع النظر عن التلازم، وإلا فبملاحظته يسقط كلاهما.

٦٠٠- قوله ﷺ: (إذ الغاية غاية للخيارين... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت أنه ظاهر في مقابلة الجمع بالجمع، وهكذا الكلام في صحیحة فضيل بناءً على استفادة اعتبار الرضا منهما؛ إذ مقتضاها سقوط خيار من رضي دون الآخر.

٦٠١- قوله ﷺ: (وتبادر تفكيده بكونه... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.

أقول: لا يخفى أنه بناءً على كون المتبادر التفرُّق عن رضا لا بدَّ من اعتبار رضا كليهما؛ إذ الافتراق فعل لكل منهما، فاذا قيد بالرضا فلا بدَّ من رضا كل منهما، وهذا واضح جداً.

٦٠٢- قوله ﷺ: (إلا أنه معارض... الخ)^(١).

أقول: مقتضى الرواية السابقة عدم اعتبار الرضا أصلاً، فلو قدّمناها على الصحيحة - بملاحظة كونها مؤيدة بالتزام مقتضاهما في كثير من المقامات حسبما ذكره المصنف - كان اللازم عدم اعتبار الرضا أصلاً، والحكم بالسقوط في المسألة المتقدمة أيضاً، وهي ما إذا كانا مكرهين كليهما حسبما اخترنا.

٦٠٣- قوله ﷺ: (وإلا بقيا فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعله إشارة إلى ما ذكرنا من كونه من باب مقابلة الجمع بالجمع، فتدبر فأنه سيصرح بأن ظاهر النص لا يساعد عليه.

□ مسألة: لو زال الاكراه

٦٠٤- قوله ﷺ: (فالنص ساكت... الخ)^(٣).

أقول: لا نسلم ذلك، بل هو دال على بقاء الخيار أبداً؛ لأنه إذا فرض كون المسقط الافتراق الاختياري، والمفروض عدم تحققه، وعدم بقاء شأنية التحقق له أيضاً؛ لأنَّ المفروض حصول الافتراق حساً؛ فيكون كما لم يمكن الافتراق من الأصل، كالتبايعين المتلازمين، كما إذا كانا ذوي رأسين على حقٍّ واحد، فلا بدَّ من الحكم ببقاء الخيار إلى أن يحصل أحد المسقطات الأخر.

بل المقام أولى مما لم يمكن الافتراق من الأصل؛ لا مكان أن يقال النص لا يشمل؛ لأنه إنَّما يشمل ما يمكن فيه الافتراق، لكن لا مانع من شموله للمقام؛ لأنَّ المفروض امكان الافتراق من الأول، وإنَّما طرأ عدم الامكان بعد ذلك، هذا إذا قلنا

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٩.

إن الافتراق منصرف إلى الاختياري، وإن قلنا بذلك لا من باب الانصراف، بل من جهة حديث الرفع فكذلك؛ لأن مقتضاه أن الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، والمفروض عدم مسقط آخر، فلا بد من بقاء الخيار.

تنبيه: لو اختلفا [في] تحقق الافتراق، فالأصل عدمه وبقاء الخيار، ولو اتفقا على الافتراق واختلفا في كونه على وجه الاكراه أو الاختيار - بناءً على اعتبار الاختيار - فإن قلنا بذلك من باب التبادر فالأصل بقاء الخيار، ولا تجري أصالة عدم الاكراه؛ لأنه لا يثبت كون الافتراق اختياريًا، والمفروض أنه الغاية بمقتضى الانصراف، وإن قلنا به من باب حديث الرفع فالأصل عدم الاكراه، ولازمه رفع الخيار، والوجه فيه أنه على هذا يكون الاكراه رافعاً لأثر الافتراق فالحكم معلق عليه فتجري أصالة عدمه من غير حاجة إلى الإثبات، فالسر في الفرق أنه على الأول يكون المسقط هو الافتراق الخاص، والأصل عدمه، وعلى الثاني يكون البقاء معلقاً على تحقق الاكراه، والأصل عدمه؛ وذلك لأن الافتراق مقتضى للسقوط، والاكراه مانع له، فتدبر.

ولو كان اختلافهما في الافتراق وعدمه من جهة الاختلاف في زمان البيع، كأن يقول أحدهما كان البيع بالأمس، وقال الآخر بل كان في هذا المجلس، فإن قلنا إن الخيار ثابت بعد البيع ما لم يفترقا فالأصل بقاءه، وإن قلنا إنه ثابت فيما قبل الافتراق، أو في مجلس العقد فالأصل عدم تأثير الفسخ؛ لعدم إمكان استصحاب الخيار؛ لعدم اثباته كون هذا مجلس العقد، أو ما قبل الافتراق.

ولو اختلفا بعد الافتراق في الفسخ قبله فالأصل عدمه.

ولو اتفقا على انشاء الفسخ واختلفا في كونه قبل الافتراق أو بعده فإصالة عدم كل منهما إلى زمان الآخر متعارضة، ويبقى أصالة عدم تأثير الفسخ بمعنى استصحاب ملكية كل منهما لما انتقل إليه سليمة.

□ المسقط الرابع: التصرف

٦٠٥ - قوله ﷺ: (ولعل لدلالة التعليل... الخ)^(١).

أقول: سيأتي^(١) أن التمسك بهذا التعليل في غير خيار الحيوان عليل، والأقوى دوران الحكم مدار انشاء الاسقاط بذلك التصرف وعدمه، فمع قصد الاسقاط يقصد، ولو انكشف بطلان التصرف بأن كان بيعاً فاسداً مثلاً، ومع عدمه لا يسقطا لعدم الدليل.

٦٠٦- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: وجهه وضوح كون نظره في قوله (فلا شرط له) إلى خصوص خيار الحيوان، فلا تعرض له لسائر الخيارات، والتمسك باطلاقه كما ترى بعد ما ذكرنا.



(١) تعلية ٦٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٢.

الثاني

خيار الحيوان

الثاني: خيار الحيوان

□ تعيين موضوعه

٦٠٧- قوله ﷺ: (ولا يبعد اختصاصه... الخ)^(١).

أقول: هذا هو الأقوى؛ للانصراف إلى غير المذكورات، لا أقل من الشك في الشمول، ولا ينافيه قوله ﷺ (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام)^(٢) فإن العموم بمقدار ما ينصرف إليه لفظ الحيوان، فتأمل.

٦٠٨- قوله ﷺ: (ويشكل فيما صار... الخ)^(٣).

أقول: يعني يشكل الاختصاص في هذا القسم، وفيه أنه أولى بذلك كما لا يخفى، فإنه لا يقال إنه باع حيواناً، بل باع لحماً.

٦٠٩- قوله ﷺ: (وجوه... الخ)^(٤).

أقول: أحدها: كونه إلى مضي الثلاثة.

الثاني: كونه ما دام حياً إذا مات في الثلاثة، لا مطلقاً.

الثالث: كونه فورياً.

ولا يخفى أنه يتعين الوجه الأول؛ لأنه إن لم يكن مشمولاً للنص فلا خيار أصلاً، وإلا فهو إلى الثلاثة، ولا يضر موته فيها وعدم بقائه حيواناً؛ لأن المدار على كونه حيواناً حال العقد بناءً على الشمول.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.

٦١٠ - قوله ﷺ: (بالحكمة الغير الجارية... الخ)^(١).

أقول: وهي الاطلاع على عيوبه الخفية التي تظهر في الثلاثة غالباً.

٦١١ - قوله ﷺ: (ولعله الأقوى... الخ)^(٢).

أقول: الأقوى التعميم لاطلاق النص والفتوى، والحكمة الظنية لا تصلح مقيدة، بل القطعية أيضاً كذلك؛ لعدم لزوم اطرافها في جميع موارد الحكم، مع احتمال كون الحكمة تروى المشتري وتأمله في أصل البيع، وأنه موافق لغرضه أو لا. والظاهر أن المصنف مستشكل في ظهور الاطلاق، وإلا فلا وجه لتقوية الخلاف بمجرد عدم جريان هذه الحكمة.

□ اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

٦١٢ - قوله ﷺ: (لعموم قوله ﷺ: إذا افترقا... الخ)^(٣).

أقول: يمكن الخدشة فيه بأنه مقيد ببيع غير الحيوان بقرينة المقابلة في صحيحة الفضيل الآتية، بل هو الظاهر من قوله ﷺ في صحيحة محمد بن مسلم (وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا)^(٤).

ويدل عليه أيضاً رواية ابن أسباط عن الرضا ﷺ (الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا)^(٥).

وكذا صحيحاً محمد بن مسلم وزرارة أحدهما عن الصادق ﷺ والأخرى عن الباقر ﷺ (قال: قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام)^(٦).

والحاصل: أنه يمكن أن يدعى أن مورد وجوب البيع بالافتراق إنما هو بيع غير

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٦.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب الخيار، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب الخيار، ح ٨.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب الخيار، ح ٦.

الحيوان، فهو لا يشمل بيعه، فلا يبقى مجال للاستدلال به، فتدبر.

٦١٣- قوله ﷺ: (بالنسبة إلى ماليس فيه ... الخ)^(١).

أقول: التحقيق كما سيجيء جواز التمسك به بناءً على إفادته العموم الزماني في صورة ثبوت خيار المجلس أيضاً.

٦١٤- قوله ﷺ: (ولكن الانصاف أن ... الخ)^(٢).

أقول: بل الانصاف أن ظهورها أقوى من ظهور الصحيحة بمراتب، وعلى تقدير التكافؤ في الظهور فاخبار المشهور أكثر وأشهر فيجب ترجيحها، ومع الاغماض فالمرجع ما ذكره المصنف من العمومات، ومع الاغماض فالأصل عدم تأثير فسخ البائع، فلا ينبغي التأمل في ضعف قول السيد كما ذكره المصنف.

٦١٥- قوله ﷺ: (حتى محمد بن مسلم ... الخ)^(٣).

أقول: يشير إلى صحيحته التي نقلناها وسينقلها^(٤) المصنف بعد سطرين عن الصادق عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام)^(٥) حيث خصه بصاحب الحيوان، و عدل عما جعله موضوعاً لخيار المجلس من قوله (البيعان ... الخ).

٦١٦- قوله ﷺ: (في موثقة ابن فضال ... الخ)^(٦).

أقول: هي ما عن علي بن موسى عليه السلام (صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام)^(٧).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ١.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.

(٧) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٢.

٦١٧- قوله ﷺ: (ولا ينافي هذه الدعوى... الخ)^(١).

أقول: يعني أنه إن قيل كما يمكن حمل التقييد في الموثقة بالمشتري على الغالب كذا يمكن حمل إطلاق الصحيحة عليه أيضاً، بمعنى أن يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، ويكون عدم ذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة نقول يمكن أن يكون التقييد منزلاً على الغالب، ويكونه الاطلاق بحاله، وفي المقام كذلك.

قلت: نعم ولكن مجرد الدعوى لا يصحح الاستدلال، والأولى أن يقال إن الظاهر من التقييد بالمشتري إرادة أن المراد من صاحب الصاحب بعد البيع، لا صاحب السابق وهو البائع؛ فليس بصدد اخراج البائع إذا كان الثمن حيواناً. والحاصل: أن المقصود من التقييد دفع توهم إرادة البائع فيما كان البيع حيواناً فقط؛ فعلى هذا يؤخذ بعموم صاحب سواء كان هو البائع أو المشتري، لكن بإرادة صاحب الفعلي، فتدبر.

٦١٨- قوله ﷺ: (فلا محيص عن المشهور... الخ)^(٢).

أقول: الأقوى هو القول الثالث؛ لصحيفة محمد بن مسلم المذكورة^(٣) المعتضدة بصحيحته الأخرى^(٤) بعد الحمل المذكور، وبصحيفة زرارة عن الباقر عليه السلام مثلها حسبما نقلناها آنفاً^(٥)، وبحكمة الحكم وبغير ذلك، ولا ينافيها التقييد بالمشتري في سائر الأخبار؛ لما عرفت من حمله على الغالب، فتدبر.

□ مبدأ خيار الحيوان

٦١٩- قوله ﷺ: (فجعل من حين التفرق... الخ)^(٦).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٠.

(٣) قبل حاشيتين.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب الخيار، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب الخيار، ح ٦.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ٩٢.

أقول: يمكن أن يقال بعدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان أصلاً؛ لما عرفت من أنه مقتضى المقابلة بينهما في الأخبار، فتذكر.

ولو أغمضنا عن ذلك لاطلاق بعض أخبار خيار المجلس، ولظهور الاجتماع فلا ينبغي الاشكال في ضعف قول الشيخ؛ لأن الظاهر من أخبار خيار الحيوان أنه من حين العقد، ولا تنافي بين الخيارين حسبما بينه المصنف.

٦٢٠ - قوله عليه السلام: (وما دلّ على أن تلف ... الخ) ^(١).

أقول: كخبر عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ... إلى أن قال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه) ^(٢).

وفي خبر عبد الله بن سنان (حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري) ^(٣) وغير ذلك فراجع ^(٤).

٦٢١ - قوله عليه السلام: (مع أنه بالتقرير الثاني مثبت ... الخ) ^(٥).

أقول: لا يخفى أن كون مبدأ الخيار من حين التفرّق يستلزم أمرين: أحدهما: عدمه قبل التفرّق.

الثاني: بقاءه إلى ما بعد الثلاثة من حين العقد، فإن أريد من اجراء الاصلين ترتيب أثر العدم قبل التفرّق والوجود بعد الثلاثة فكل منهما مثبت من جهة، غير مثبت من أخرى، فالتقرير الأول مثبت من حيث ترتيب أثر العدم على ما قبل التفرّق، وغير مثبت من حيث ترتيب أثر الوجود بعد الثلاثة، والتقرير الثاني بالعكس؛ فلا وجه لتخصيص الاثبات بأحدهما، وكأن المصنف لم ينظر إلى ترتيب أثر العدم على ما قبل التفرّق، وإنما لاحظ بقاءه بعد الثلاثة وعدمه فقط.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٩٣.

٦٢٢ - قوله ﷺ: (وأدلة التلف من البائع... الخ)^(١).

أقول: وعلى فرض الأخذ باطلاقها تكون مؤيدة، أو دالة على ما احتملنا من عدم جريان خيار المجلس في بيع الحيوان، لا على مذهب الشيخ، نعم لو فرض الاجماع على ثبوت خيار المجلس في المقام تكون دالة على ما ذكره مع الاغماض عن حملها على الغالب.

والانصاف أن حملها على ذلك بعيد، مع أن كون الغالب التلف بعد المجلس يمكن منعه، فتأمل.

والأولى - مع الاغماض عما ذكرنا - أن يجاب عنها بمنع كون حكم الخيار المشترك كون التلف من المشتري كلية حتى في مثل المقام، فإن اطلاق هذه الأخبار على كثرتها مخصص لتلك القاعدة.

ويمكن أن يقال: بملاحظة هذه الاطلاقات أن في الخيار المشترك كون التلف على المشتري إذا لم يكن خيار آخر مختص به كما في المقام؛ فإن خيار المجلس فيه مشترك، ولازمه كون التلف من المشتري، لكن خيار الحيوان أيضاً موجود للمشتري وهو يقتضي اختصاص التلف بالبائع.

بل يمكن أن يقال: إن هذا بمقتضى القاعدة؛ فإن المقام من باب تعارض المقتضي واللامقتضي؛ فيعمل الأول عمله، فإن كون التلف من المشتري في صورة الاشتراك إنما هو بمقتضى قاعدة الملكية؛ بمعنى أن خيار المشترك لا يقتضي كون التلف على البائع، وكونه من البائع في صورة الاختصاص من باب اقتضاء الخيار ذلك، فإذا قلنا باجتماع الخيارين فاللازم الحكم بكون التلف على البائع لوجود مقتضيه - وهو خيار الحيوان - ووجود خيار المجلس ليس مقتضياً شيئاً، وإنما كنا نحكم بكون التلف معه على المشتري من باب قاعدة الملكية المحكومة بالنسبة إلى قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، فتدبر.

٦٢٣- قوله ﷺ: (ثم ان المراد... الخ)^(١).

أقول: الظاهر من الاخبار أن ابتداء الخيار من زمان البيع؛ بحيث يصدق على المشتري أنه صاحب الحيوان، وهذا لا يتحقق في بيع الفضولي إلا بعد الاجازة بناءً على النقل؛ إذ قبلها ليس العقد عقداً للمشتري المجيز حتى يصدق عليه أنه صاحب الحيوان، نعم بناءً على الكشف يكون هو صاحب الحيوان من أول العقد، فلو كانت الاجازة في الثلاثة يبقى البقية، ولو كانت بعدها يلزم البيع عليه. وأما في بيع السلم قبل القبض فيصدق عليه المشتري وصاحب الحيوان وإن كانت الصحة الشرعية موقوفة على القبض الغير المتحقق بعد.

٦٢٤- قوله ﷺ: (وتمثيله بما ذكر... الخ)^(٢).

أقول: يعني أن هذا البعض إنما عدل عما هو المتعارف من المثال من بيع الحيوان سلماً وفرض المثال في بيع الطعام بالحيوان بناءً على مذهبه الذي نُقل سابقاً من عدم جريان خيار الحيوان لا في^(٣) بيع العين الشخصية، وفي السلم لو فرض كون المبيع حيواناً لا بد من فرضه كلياً؛ فلهذا فرض المثال فيما إذا كان الثمن حيواناً بناءً على كون الخيار لصاحب الحيوان ولو كان هو البائع.

٦٢٥- قوله ﷺ: (وقد تقدم الاشكال... الخ)^(٤).

أقول: وقد تقدم منه ﷺ توجيهه أيضاً، وأن أثر الخيار حيثئذٍ خروج العقد بالفسخ عن قابلية لحوق القبض المصحح، وتقدم منا بعض الكلام في ذلك فراجع^(٥).

□ مسألة: دخول الليلتين المتوسطتين

٦٢٦- قوله ﷺ: (لا اشكال في دخول... الخ)^(٦).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.

(٣) هكذا في الاصل، والظاهر انها «لا في بيع».

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.

(٥) تعليقة ٥٦٠.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.

أقول: المستفاد من الأخبار بقاء الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام، ومقتضى ذلك دخول الليلتين المتوسطتين بالتبع، وكذا الليلة الأولى أو بعضها إن كان العقد في أول الليل أو في أثنائه، ولو كان في أثناء النهار فإن كان ما مضى منه قليلاً بحيث يصدق اليوم الكامل على باقيه فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً، كما إذا كان في آخر النهار بحيث لم يبق منه إلا يسير لا يعتنى به فيلغى بالمرة، ولا بد من مضي ثلاثة أيام تامة غيره، وإن كان في الاثناء ولم يكن الماضي أو الباقي ملحقاتاً بالعدم فاللازم بمقتضى القاعدة الغاء ذلك اليوم ومضي ثلاثة أيام آخر؛ وذلك لأن التلفيق من اليوم الرابع فرع إرادة مقدار بياض اليوم، مع أن ظاهر اللفظ إرادة نفس اليوم لا مقداره.

ودعوى أن اليوم الملقق أيضاً يوم حقيقة كما ترى؛ إذ هو اسم لما بين طلوع الشمس إلى الغروب، لا لمقداره من الوقت سواء كان ليلاً أو نهاراً، ولا لمقداره من بياض اليوم، فالتلفيق من الليل ومن اليوم الآخر في عرض واحد في كون كل منهما خلاف الظاهر، فما يظهر من المصنف من التلفيق عند الانكسار لا وجه له.

٦٢٧- قوله ﷺ: (ويحتمل النقض من ... الخ)^(١).

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال أصلاً؛ إذ هو مبني على إرادة مقدار اليوم من الساعات، ومعه يلزم كفاية يوم وليلتين أو يومين وليلة، مع أنه قطعي الفساد.

٦٢٨- قوله ﷺ: (إلا أنه لا يعطل ... الخ)^(٢).

أقول: يعني أن الوجه في دخولها هو ما ذكرنا من اعتبار الاستمرار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام.

قلت: ومن ذلك يظهر أن الليلة الأولى أيضاً خارجة عن الأيام الثلاثة، إلا أنها داخلية في حكمها من جهة اعتبار الاستمرار؛ فلا يلزم من فرض خروجها أيضاً اختلاف مفردات الجمع، هذا.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.

ويمكن أن يقال: إن اليوم كثيراً يستعمل في مجموع الليل والنهار، ففي المقام كما يحتمل أن يكون دخول الليلتين من جهة الاستمرار كذلك يمكن أن يكون بالاصالة، ومن باب ذلك الاستعمال، بل العرف في مثل المقام الذي يكون الليل داخلاً في الحكم قطعاً يحمل اللفظ على إرادة ذلك المعنى، أي مجموع اليوم والليل، وحيث لا بد من دخول الليلة الأخيرة إذا كان العقد في أول طلوع الشمس، وكون الاستعمال المذكور مجازاً على فرض تسليمه لا ينافي الظهور العرفي، هذا.

ولو شككنا في إرادة أي من المعنيين فمقتضى الاستصحاب أيضاً بقاء الخيار إلى آخر الليلة الأخيرة.

ثم أقول: تأييداً لهذه الدعوى أنه فرق واضح بين قوله للمشتري الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام، وقوله له الخيار ثلاثة أيام، أو أن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، فإن في العبارة الأولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، إلا أنه لما كان الخيار ثابتاً إلى أن ينقضي ثلاثة أيام لا بد من دخول الليلتين أو الليالي، وهذا بخلاف العبارة الثانية فإنه بعد غاية البعد إرادة بياض الأيام، وإرادة الليالي من الخارج من اجماع أو غيره، بل الظاهر المتبادر بعد العلم بثبوت الخيار في الليالي أيضاً إرادتها من نفس اللفظ، وأخبار الباب كلها من قبيل العبارة الثانية، فدعوى ظهورها في إرادة المجموع من النهار والليل قريبة جداً، وحيث لا يمكن التفكيك [الذي] ذكره القائل، ويؤيده أن أصحاب الاثمة والعلماء كلهم فهموا دخول الليلتين من نفس اللفظ، ولم يتوقفوا في ثبوت الخيار في الليل أيضاً إلى أن يدل دليل من الخارج، وهكذا الحال في سائر الموارد التي من قبيل المقام، فتدبر.

٦٢٩- قوله ﷺ: (إلى أن يمضي ست ... الخ)^(١).

أقول: هذا من باب المثال، وإلا فقد يكون اليوم أزيد من اثني عشر ساعة أو أقل.



○ مسقطات خيار الحيوان

□ المسقط الأول: اشتراط سقوطه في العقد

٦٣٠- قوله ﷺ: (ولا بأس به... الخ)^(١).

أقول: وذلك لعموم أدلة الشروط بناءً على أنَّ حق الخيار وإن كان وحدانياً إلا أنه بمنزلة حقوق عديدة باعتبار الأيام والساعات، هذا.

ولو شرط عدم الفسخ فأمر جواز تبغيضه أظهر كما لا يخفى.

ثم لا فرق في^(٢) جواز اشتراط السقوط بين أن يكون في ضمن العقد أو في ضمن عقد آخر سابق أو لاحق جائز أو لازم حسبما عرفت سابقاً في خيار المجلس^(٣)، ولو شرط سقوط الخيار في ضمن عقد آخر سابق، وشرط ثبوته في ضمن عقد آخر، أو في نفس البيع الخياري فهل يصح الشرط الثاني أو لا وجهان.

□ المسقط الثالث: التصرف

٦٣١- قوله ﷺ: (فوقع ﷺ إذا أحدث... الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أنَّ ظاهر السؤال في هذه الصحيحة كون المراد بالحدث ما يوجب تغيير المبيع من قبيل أخذ الحافر والنعل ونحوها، لا مطلق التصرف بقرينة عطف الركوب على الاحداث، وحيثُ فيمكن أن يكون الامام ﷺ سكت عن جواب الركوب لعدم كونه مانعاً من الرد؛ فيخالف حيثُ الصحيحة المتقدمة والمتأخرة، ويمكن أن يكون مراده ﷺ من قوله ﷺ (إذا أحدث فيها حدثاً)^(٥) الأعم فيوافقهما، وهذا هو الأظهر بعد ملاحظة المجموع كما لا يخفى.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٧.

(٢) وفي نسخة «أ» لا فرض.

(٣) تعلية ٥٦٤.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٩٨.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ٢.

٦٣٢- قوله ﷺ: (واستدل عليه في التذكرة... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن مراد العلامة الاستدلال على المدعى في الجملة، وليس غرضه الاستدلال على مطلق التصرف بالدليل المذكور، كيف؟ ومن المعلوم أن مطلق التصرف - خصوصاً مع الغفلة عن البيع أو عن الخيار - لا يدل عن الرضا، فكيف يمكن أن يقول إنه إجازة، فمراده الاستدلال على بعض أفراد التصرف.

وأما الدليل على مسقطية مطلقه فهو الاجماع والاخبار، ومما ذكرنا ظهر ما في قول المصنف بعد ذلك (ويظهر من استدلال العلامة وغيره... إلى آخره) هذا.

ولكن الانصاف أن مقتضى جملة من كلماته أن المسقط عنده هو التصرف الدال على الرضا نوعاً، بل يظهر من بعض كلماته أن المسقط هو الالتزام الفعلي، وأن المدار على الرضا، فالانصاف أن كلماته مضطربة، فيظهر من جملة منها أن المدار على مطلق التصرف، وأنه مسقط تعبدي، كقوله في رد بعض الشافعية (أن المسقط مطلق التصرف)، وقوله (لو كان على الدابة... الخ) ما نقله المصنف عنه، وأظهر منهما قوله (عندنا أن الاستخدام، بل كل تصرف... إلى آخر ما نقله المصنف) حيث لم يفرّق بين ما قبل العلم بالعيب وما بعده، والظاهر أن خيار الحيوان والعيب عنده من واحد.

ويظهر من جملة منها أن المدار على الكاشف عن الرضا نوعاً وإن لم يكن كذلك فعلاً، كقوله (لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضا بها، ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا)^(٢)، وقوله في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف (وكذا لو اشتغل البيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا)^(٣).

ويظهر من جملة منها أن الملاك هو الرضا الفعلي، وأنه المسقط كقوله (إن

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٨.

(٢) التذكرة ١١: ١٢٠.

(٣) التحرير ١: ١٨٤.

التصرف دليل الرضا) وقوله (إنه إجازة).

بل كلمات سائر العلماء أيضاً مضطربة كما لا يخفى، ألا ترى أن المحقق الثاني يظهر من أول كلماته التي نقلها المصنف بعد ذلك أن المسقط هو التصرف بقصد الالتزام بالبيع، ومن كلامه الثاني أنه الدال نوعاً؛ حيث فرق بين ركوب الدابة للاستخبار وحملها له، وقال إن الأول لا يعد تصرفاً، والثاني ليس ببيعاً أن لا يعد، فإنه لو كان المدار على الالتزام الفعلي لم يكن وجه لذلك؛ إذ بعد فرض قصد الاستخبار لا يكون هناك التزام فعلي في صورتين، ومن كلامه الثالث أنه ما يكون المقصود منه التملك لا الاختبار، وهذا أعم من الثاني، فإنه لم يعتبر فيه الدلالة على الالتزام أصلاً، بل اكتفى بكونه بقصد الملكية، إلا أن يقال إن مراده من التملك الالتزام فيرجع إلى الثاني.

وكيف كان فالمتحصل من كلماتهم أن في المسألة أقوالاً:

أحدها: أن المدار على الرضا الفعلي، والتصرف بقصد الاسقاط والالتزام فيرجع إلى الاسقاط الفعلي.

الثاني: أن المناط ما يكون من التصرفات كاشفاً عن الالتزام بالبيع نوعاً فإنه مسقط، لكن من حيث الكاشفية لا من باب الموضوعية، بمعنى أنه لو علم عدم إرادة الالتزام به لا يكون مسقطاً كما في المسقط القولي؛ حيث إنه لا يعتبر مع العلم بعدم القصد.

الثالث: أن الكاشف النوعي مسقط من باب الموضوعية، بمعنى أنه مسقط تعبدية وإن علم عدم إرادة الالتزام والاسقاط من الخارج، وإلا فلو كان هناك قرينة مانعة عن كشفه فلا يكون مسقطاً لعدم كونه حيثز كاشفاً نوعياً، ويحتمل الاسقاط ولو مع القرينة على الخلاف.

الرابع: أن المسقط مطلق التصرف تعبدية، إما مطلقاً أو باستثناء خصوص ما يراد منه الاختبار، أو باستثناء بعض التصرفات الجزئية.

الخامس: أنه ما يكون دالاً على الرضا، أو منقصاً للقيمة، أو يكون لمثله أجرة كما

يظهر من كلام السرائر^(١) حسبما نقله المصنف.

السادس: أنه ما يكون مفهماً للرضا أو موجباً لتغيير المبيع، كأخذ الحافر وانعال الدابة، وهذا هو الظاهر من المستند^(٢).

السابع: أنه التصرف الكاشف عن الرضا بأصل البيع، وإن لم يكن كاشفاً عن الالتزام به، وهو الظاهر من ثالث كلمات جامع المقاصد^(٣)، ويمكن أن يحمل عليه كلام غيره أيضاً ممن اعتبر الدلالة على الرضا بحمله على الرضا بأصل البيع والملكية، وحاصله التصرف في المبيع بعنوان كونه مملوكاً له كتصرف الملاك في أموالهم؛ فيخرج منه التصرف حال السهو والغفلة وبقصد الاختبار، وسيأتي^(٤) تحقيق الحال وبيان الأقوى من هذه الأقوال.

٦٣٣ - قوله ﷺ: (يراد منه الرضا بالعقد... الخ)^(٥).

أقول: نعم هذا هو الظاهر منه، لكن يحتمل أن يكون المراد أن المسقط هو التصرف بعنوان الملكية والرضا بأصل البيع وإن لم يكن بعنوان الالتزام في مقابل التصرف حال الغفلة أو على وجه الاشتباه؛ بأن يتخيله شيئاً آخر من أملاكه، أو كونه مال الغير، أو على وجه الاختبار، وكون الرضا في الرواية المذكورة بمعنى الالتزام لا يدل على كونه كذلك في الصحيحة؛ لعدم ذكر التصرف في موردها، وحيث لا فمّن المعلوم أن كون الضمان على المشتري لا يكون إلا مع الالتزام بالمبيع واسقاط الخيار.

والحاصل: أنه لا منافاة بين كون المسقط في صورة التصرف ما يدل على الرضا بأصل الملك، وفي صورة عدمه انشاء الالتزام بالمبيع، فتدبر.

(١) السرائر ٢: ٢٤٧.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٧٣.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٥.

(٤) تعليقة ٦٣٤.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٠٠.

٦٣٤ - قوله ﷺ: (فقلوه ﷺ) فذلك رضا منه ولا شرط له يحتمل وجوهاً... الخ^(١).

أقول: الوجوه المحتملة في هذه الفقرة أزيد مما ذكره المصنف ﷺ، وذلك لأن قوله (فذلك رضا)^(٢) إما أن يراد منه أنه بمنزلة الرضا تعبدًا، أو يراد منه أنه دال على الرضا نوعاً، بمعنى أنه كاشف نوعي عنه، أو يراد منه أنه دال عليه فعلاً، وعلى التقادير إما أن يكون هو الجواب عن الشرط، أو يكون توطئة للجواب الذي هو قوله ﷺ (لا شرط) وعلى أي تقدير يكون بمنزلة التعليل للحكم، أما على تقدير التوطئة فواضح، وأما على تقدير كونه جواباً فلأنه جواب في الصورة، وفي التركيب النحوي، وإلا فبحسب المعنى يكون الجواب قوله (لا شرط له) أو ما يفيد معناه، كقوله يسقط خياره أو نحو ذلك، وإلا فلا يعقل أن يكون هو الجواب في المعنى، ولو على تقدير إرادة التنزيل التعبدية كما لا يخفى، إذ معنى قوله (إذا أحدث حدثاً فهو بمنزلة الرضا) أنه يسقط به خياره؛ لأنه بمنزلة الرضا تعبدًا.

والتحقيق: أنه هو الجواب في الصورة وفي التركيب، وتوطئة بحسب اللب والمعنى، وإلا فيبعد جعل الجواب قوله (لا شرط له) ويكون قوله (فذلك رضا) تعليلاً حقيقة؛ بأن يكون الفاء الداخلة عليه فاء التعليل، لا فاء الجواب، بل الحال كذلك في جميع مقامات التوطئة، بمعنى أن ما ذكر توطئة جواب صورة، وعلة في المعنى، أو بمنزلة العلة، مثلاً إذا قلت «إن جاءك زيد فهو عالم أكرمه» الجواب قوله «فهو عالم» لكن في المعنى كأنك قلت «أكرمه فإنه عالم» فلا تغفل.

ثم على تقدير إرادة كونه دالاً على الرضا نوعاً إما أن يجعل علة للحكم أو حكمة، فعلى الأول يكون المراد بحسب اللب أن التصرف مسقط؛ لأنه دال على الرضا نوعاً، أي دلالة نوعية، وعلى الثاني يكون المعنى بحسب نوعه يكون دالاً على الرضا نوعاً، والفرق أنه على تقدير العلية يكون المسقط ما يدل على الرضا نوعاً دون مثل التصرف الاختباري ونحوه، وعلى الثاني مطلق التصرف؛ لأنه قال

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

التصرف مسقط؛ لأن نوعه يدل على الرضا النوعي، ومن هذا يظهر أن حمله على الحكمة للحكم خلاف ظاهر التعليل؛ إذ ظاهره أن نفس المسقط يدل على الرضا لا نوعه، مثلاً إذا قال «اعمل بالخبر لأنه يكشف عن الواقع» ظاهره أن ما يجب العمل به ما يكون كاشفاً نوعياً، فتدبر.

ثم إما أن يجعل المسقط الكاشف النوعي من حيث إنه كاشف، أو من باب الموضوعية.

ثم إن المراد بالرضا إما الالتزام بالبيع أو الرضا بأصل البيع، بمعنى كون التصرف بعنوان الملكية، فعلى بعض هذه الوجوه يكون التصرف مسقطاً تعديداً مطلقاً، أو في الجملة، وعلى بعضها يكون المسقط الرضا المستكشف نوعاً، وعلى بعضها الرضا المستكشف فعلاً، وعلى بعضها التصرف الكاشف نوعاً وإن لم يكن بقصد الالتزام، وعلى بعضها التصرف الكاشف عن الرضا بأصل البيع فعلاً أو نوعاً، بيان ذلك أنه على تقدير كون المراد التنزيل منزلة الرضا يكون التصرف مطلقاً مسقطاً تعديداً سواء جعل الجزاء قوله (فذلك رضا) أو قوله (لا شرط) والوجه واضح.

وكذا لا فرق على التقادير الأخر أيضاً بين جعل الجزاء هذا أو ذاك؛ لما عرفت من أن الفرق بحسب الصورة والتركيب لا بحسب اللب والمعنى، وعلى تقدير كون المراد الدلالة النوعية فكذلك إن جعل حكمة للحكم لا علة، وعلى تقدير جعله علة فمع إرادة الموضوعية فالمسقط التصرف الكاشف نوعاً عن الرضا بأصل البيع بناءً على كونه المراد من الرضا وإن لم يكن كاشفاً نوعاً عن الالتزام؛ فيخرج التصرف مع الاشتباه والغفلة، وعلى التقدير المذكور إن كان المراد من الرضا الالتزام بالبيع فيكون المسقط ما يدل نوعاً على الالتزام وإن لم يكن بقصده؛ إذ المفروض أن الكاشف النوعي مسقط موضوعاً وتعديداً، وحيث يخرج منه ما لم يكن في نوعه كاشفاً كالتصرف الاختباري، بل مثل النظر واللمس والتقبيل والاستخدام ونحو ذلك، بل غالب التصرفات لا يكشف عن الالتزام، وإنما يكشف عن الرضا بأصل البيع، ومع إرادة الكاشفية دون الموضوعية فالحال

كذلك، إلا أنه يخرج ما علم من الخارج عدم إرادة الالتزام به، وكذا إذا قامت قرينة على عدمها بناءً على عدم خروجه بذلك عن الكاشفية النوعية.

وإذا كان المراد من الرضا الرضا بأصل البيع فيكون كالتقدير السابق، إلا إذا علم عدم الرضا بأصل البيع، وعلى تقدير إرادة الدلالة الفعلية على الرضا فالمسقط هو الرضا الفعلي بأصل البيع على أحد البنائين، وبالاتزام على الآخر، وعليه يكون راجعاً إلى الاسقاط الفعلي، وليس التصرف بما هو مؤثراً شيئاً؛ إذ كل ما يمكن أن ينشأ به الالتزام والاسقاط يكون مسقطاً، وفي الحقيقة لا فرق بين جعل المدار على الكاشف النوعي على وجه الكاشفية، وبين هذا الوجه الأخير، وهو جعل المدار على الكاشف الفعلي في كون الملاك الرضا والالتزام بالبيع واقعاً وإنما التفاوت أنه بناءً على الكاشف النوعي يكون ظاهر الفعل حجة، وعلى الفعلي لا يكون كذلك. ومن هذا ظهر أن لا فرق بين المعنى الثالث والرابع في كلام المصنف في أن المدار في كليهما على كون المنطوق الرضا والالتزام بالبيع؛ لأنه ﷺ جعل الثالث من باب الكشف النوعي على وجه الكاشفية لا الموضوعية؛ فيكون الاختلاف بينهما والنزاع الواقع في تعيينهما راجعاً إلى أن الكاشف النوعي في الأفعال هل هو حجة كما هو في الأقوال أو لا.

نعم، بناءً على جعله من باب الموضوعية يكون الفرق واضحاً بحسب اللب والواقع أيضاً؛ إذ لازم الوجه الثالث على الموضوعية كون المسقط نفس التصرف الكاشف بما هو تصرف، لا الرضا والالتزام المكشوفين، بخلافه على الوجه الرابع. وظهر أيضاً الاضطراب في كلام المصنف ﷺ فإنه في هذا المقام بمقتضى بيانه يجعل المدار على التصرف الكاشف من حيث الكاشفية، وفي سائر المقامات يجعله من باب الموضوعية؛ حيث إنه استدل على كونه مسقطاً في سائر الخيارات بعموم التعليل في هذه الرواية، ومن المعلوم أن المحتاج إلى عموم التعليل إنما القول بالموضوعية؛ فإن كونه مسقطاً حيث لا يحتاج إلى دليل؛ لكونه على خلاف القاعدة، وأما بناءً على الكاشفية فليس أمراً وراء الاسقاط فلا يحتاج إلى دليل، بل

هو على طبق القاعدة كالاسقاط القولي، فيكفيه كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط، وصدق الانشاء عرفاً بانشائه بالفعل كصدقه بانشائه بالقول، وعلى تقدير الحاجة فليس نظر هذه الاخبار إلى بيان حجية الفعل الكاشف وعدم حجيته كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأظهر في محتملات الخبر إرادة التنزيل التعبدي وهو المناسب لاطلاق الأمثلة في ذيله، ولاطلاق الصحيحين الآخرين، بل هو الظاهر من الجملة الشرطية أيضاً كما لا يخفى.

مع أن الظاهر من الرضا - كما عرفت - الالتزام بالبيع، لا الرضا بأصل البيع، ومعه لو لم يحمل على هذا المعنى يلزم التخصيص بالفرد النادر؛ إذ الغالب في التصرفات عدم دلالتها - ولو نوعاً - على الالتزام.

وأيضاً الظاهر من الاخبار كون المسقط نفس التصرف واحداث الحدث، وعلى إرادة الكشف النوعي أو الفعلي يكون المسقط التصرف بقصد الاسقاط، لا نفسه بما هو، إلا أن يراد من التعليل الحكمة، وهو خلاف الظاهر كما عرفت، أو يقال بكونه مسقطاً من باب الموضوعية، وهو أيضاً خلاف الظاهر بعد إرادة التصرف الكاشف، فإن الظاهر من تعليق الحكم على الكاشف اعتبار كاشفيته.

ولا يضره رواية عبدالله بن زيد^(١) الحاكية للنبي ﷺ لما عرفت من أن موردها صورة عدم التصرف، أو الاغماض عنه، ومعه لا يكون المسقط إلا الرضا والالتزام كما هو واضح.

ولا يضره أيضاً ما دلّ من الاخبار على الأمر لذي الخيار بإيجاب البيع على نفسه إذا أراد التصرف، بدعوى أنه لو كان التصرف من حيث هو مسقطاً لم يحتاج إلى الإيجاب أولاً كخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه، ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق فلم يبعه فقد وجب

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.

عليه^(١)، ونحوه صحيحة الحلبي^(٢) وغيرها؛ وذلك لأنها غير معمول بها، وربما حملت على الاستحباب، مع أنها واردة في خيار الشرط فلا دخل لها بالمقام، مع أن لازمها عدم كفاية التصرف بقصد الالتزام أيضاً، بل لا بد من الالتزام أولاً ثم التصرف، فالاشكال من جهتها مشترك ورود.

ولا يضره أيضاً تعليلهم لكون التصرف مسقطاً بأنه دليل الرضا أو إجازة أو نحو ذلك؛ إذ يمكن أن يكون دليلاً على بعض المدعى، مع أن المشهور لم يعللوا بذلك.

ولا يضره أيضاً حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، مع أن الفسخ لا يتحقق إلا بانثائه فعلاً أو قولاً؛ وذلك لأن هذه العبارة إنما صدرت من القائل باعتبار الدلالة على الرضا، وليست في كلام الجميع، مع أن غاية مفاد هذا الكلام أن الإجازة الفعلية والفسخ الفعلي متلازمان بحسب المورد، وهذا لا يدل على عدم كون التصرف مسقطاً تعبدياً؛ إذ القائل بالتعبدية لا يجعله من الإجازة الفعلية؛ ليكون اللازم كفايته في الفسخ الفعلي أيضاً. ولا يضره أيضاً تحقق الاجماع على عدم مسقطية بعض التصرفات كالتصرف الاختباري ونحوه مما لا ينفك عن كون الحيوان عند المشتري في مدة ثلاث أيام، إذ يمكن أن يقال نمنع الاجماع أولاً، ونلتزم بالتخصيص والخروج بالدليل ثانياً، وندعي انصراف الحدث إلى غيرها ثالثاً.

ومما ذكرنا تبين أن الأقوى هو القول بالسقوط بالتصرف مطلقاً، ثم على فرض الاعراض عما ذكرنا فالظاهر كون المناط نفس الرضا المستكشف، لا التصرف الكاشف؛ لأنه علل الحكم بنفس الرضا لا بالدال عليه، مع أنك عرفت أن لازم اعتبار الكاشف النوعي أيضاً ذلك؛ إذ اعتباره على وجه الموضوعية بعيد، فلا وجه لاتعاب المصنف عليه السلام نفسه في تقوية الوجه الثالث؛ إذ لا فرق بينه وبين الرابع إلا

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ٢.

مجرد حجية الكشف النوعي في التصرفات بناءً على الثالث، والسكوت عنه بناءً على الرابع، فتدبر.

بقي شيء؛ وهو أنه بناءً على المختار في معنى الخبر لا وجه للتعدي إلى سائر أفراد الخيار مما لم يرد فيه نص بالخصوص كما عدا خيار العيب؛ إذ على فرض استفادة العلية أيضاً يكون العلة أمراً تعبدياً، وهو كون التصرف بمنزلة الرضا، وهذا التعبد لم يثبت في غير المقام.

وأما على فرض جعل المناخ هو الرضا المستكشف بالظن الفعلي أو النوعي فالحكم على طبق القاعدة، فالتعدي لا يحتاج إلى دليل، وعلى فرض كون المناخ هو الكاشف النوعي على وجه الموضوعية فقد يتخيل جواز التعدي وإن كان الحكم على خلاف القاعدة؛ وذلك لدلالة عموم التعليل؛ لأن الكلام في قوة أن يقال «إذا أحدث المشتري حدثاً فلا خيار له» لأن الحدث كاشف نوعي؛ فيدل على أن كل كاشف نوعي يسقط الخيار؛ ولكنه ممنوع؛ لأن غاية الأمر استفادة كبرى كلية، ولا يلزم أن تكون تلك الكبرى قوله «كل كاشف نوعي يسقط كل خيار»، بل يكفي كونه مسقطاً في خصوص خيار الحيوان، والحاصل أنه لا يستفاد من الخبر أزيد من ذلك، فتدبر.

٦٣٥ - قوله ﷺ: (لكنه توطئة... الخ)^(١).

أقول: الأولى أن يقول لكنه حكمة للحكم لا علة؛ إذ ليس قوله ﷺ (فذلك رضا) توطئة للحكم، بل نفس الحكمة، كما أنه على تقدير العلية يكون نفس العلة لا توطئة لها، فتدبر.

٦٣٦ - قوله ﷺ: (ويكون العله هي نفس الرضا... الخ)^(٢).

أقول: لا يخفى أنه بناءً على الوجه الثالث أيضاً على مقتضى بيان المصنف من اعتبار التصرف الكاشف على وجه الكاشفية دون الموضوعية، وإلا لم يختص

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٠٢.

بصورة عدم القرينة على الخلاف، أو عدم العلم بالخلاف، ولم يكن حاله حال الالفاظ يكون العلة نفس الرضا الفعلي الواقعي، غاية الأمر أنه مظنون بالظن النوعي ومستكشف بالكاشف النوعي لا الشخصي، فالفارق بين الوجهين - أعني الثالث والرابع - كون الرضا في الثالث مظنوناً بالظن النوعي، وفي الرابع مظنوناً بالظن الشخصي، وإلا ففي كل منهما يعتبر الرضا الفعلي الشخصي.

نعم، بناءً على حمل الوجه الثالث على اعتبار نفس الكاشف النوعي، لا بما هو كاشف، بل من حيث إنه موضوع من الموضوعات يتم الفرق، لكنه خلاف ظاهر كلامه في المقام، وإن كان مقتضى ظاهره في غيره؛ حيث حكم بتوقف كون التصرف في سائر الخيارات مسقطاً على استفادة العلية التامة من الخبر المذكور، مع أنه على فرض إرادة الكاشفية يكون التعدي على طبق العادة كما عرفت مراراً، ولا يحتاج إلى عموم التعليل، فتدبر.

٦٣٧ - قوله ﷺ: (وورود النص أيضاً... الخ)^(١).

أقول: هذا عطف على فاعل «ويؤيده»، وهو لفظ الحكم، ووجه التأيد أنه اكتفى في النص بما يدل على الرضا وإن لم يصدق عليه التصرف عرفاً، وهذا كاشف عن أن المناط هو الرضا.

قلت: هذا لا يدل على انحصار المسقط والموجب في الرضا، بل على مجرد كفاية الدال على الرضا، وهذا أعم من المدعى.

ثم إن الظاهر أن المراد من هذا النص رواية السكوني المتقدمة^(٢) حيث حكم فيها بكون الإقامة في السوق موجباً للبيع.

ويمكن أن يقال إن المفروض في الرواية الإيجاب قبل الإقامة في السوق فلا يكون المسقط مجرد الإقامة، بل الإيجاب السابق، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

٦٣٨- قوله ﷺ: (ومما يؤيد عدم...الخ)^(١).

أقول: قد عرفت عدم تمامية هذا التأييد.

٦٣٩- قوله ﷺ: (الظاهرة في المعنى الثالث...الخ)^(٢).

أقول: ظاهر جملة من هذه الكلمات الاناطة بنفس الرضا الفعلي كما عرفت، فتدبر.

٦٤٠- قوله ﷺ: (وأمّا الاستشهاد لذلك...الخ)^(٣).

أقول: يعني لاعتبار الدلالة على الالتزام وعدم كفاية مطلق التصرف.

٦٤١- قوله ﷺ: (ففيه ما سيجيء...الخ)^(٤).

أقول: من أن ذلك من جهة تواطىء المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً؛ وذلك لأن بناء ذلك البيع على الانتفاع بالثمن، فكأنهما اشترطا بقاء الخيار حتى بعد التصرف، هذا.

وذكر المصنف هناك وجهين آخرين في توجيه عدم سقوط الخيار بالتصرف في الثمن، لكنهما مبنيان على اعتبار الدلالة على الالتزام في كون التصرف مسقطاً، فهما مؤيدان لهذا الاستشهاد، فراجع^(٥).

ويمكن الجواب عن الاستشهاد المذكور بأنه لا تلازم بين خياري الحيوان أو الشرط في السقوط وعدمه بالتصرف، فيمكن أن يكون الحكم في المقام تعبيراً منوطاً بمطلق التصرف، وفي ذلك المقام بمقتضى القاعدة، وهذا هو التحقيق في الجواب.

٦٤٢- قوله ﷺ: (يظهر فساد الجمع...الخ)^(٦).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٠٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٠٨.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٠٨.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٣٦.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.

أقول: حاصل كلام الجامع أن هذه الاخبار الدالة على مسقطية التصرف وإن كانت مطلقة إلا أنها معارضة بما يدل على عدم كونه مسقطاً كخبر عبدالله بن الحسن^(١)، وخبري الشاة المشتركة^(٢)، ومقتضى الجمع بين الطائفتين حمل الفرقة الأولى على صورة الدلالة على الالتزام، وحمل الأخيرة على صورة عدم الدلالة عليه.

وحاصل جواب المصنف أن هذا الجمع غير ممكن لاستلزامه استهجان التعليل المذكور فيها.

قلت: هذا مع أن هذا الجمع لا شاهد له، ودعوى دلالة قوله (فذلك رضا منه) عليه مدفوعة بأن الكلام مع الاغماض عنه، مع أنك عرفت عدم دلالاته، كيف؟ وإلا كان هو الدليل على اعتبار الدلالة على الالتزام، ولم يحتاج إلى التمسك بكونه مقتضى الجمع بين الاخبار هذا، وأيضاً نمنع دلالة الفرقة الثانية على عدم سقوطه بالتصرف، أما خبر عبدالله فواضح؛ إذ ليس فيه إشعار بكونه بعد التصرف، وعدم استنصال الامام^(عليه السلام) أيضاً لا يكون دليلاً؛ لأنه كان بصدد بيان حيثية التلف في زمن الخيار، لا بيان جميع الجهات.

وأما الخبران الأخيران فللفرض كون الرد فيهما بعد الثلاثة فهو ليس من باب خيار الحيوان، بل يمكن أن يكون من جهة الاقالة، ويمكن أن يكون من جهة خيار آخر من شرط أو نحوه؛ فلا دخل لهما بما نحن فيه.

٦٤٣ - قوله^(عليه السلام): (فتأمل... الخ)^(٣).

أقول: لعل وجهه أن عدم العمل وإن كان لا يوجب رد الرواية إلا أنه يوهنها، مع أن موضع دلالتها على جواز الرد بعد التصرف الفقرة الغير المعمول بها، وهو قوله^(عليه السلام) (يرد معها ثلاثة أمداد)^(٤)، فإذا طرحت لا يبقى فيها دلالة على المدعى، إلا

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب الخيار، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب الخيار، ح ١.

أُنْ يُقال إنَّ الحكم مستفاد من تقريره ﷺ كلام السائل أيضاً، مع أنَّ طرح الحكم لا يقتضي طرح الفقرة بالمرة، فتدبر.

٦٤٤- قوله ﷺ: (وبالجملة فالجمع... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أنَّ هذا الاشكال غير الاشكال السابق، فلا وجه لهذا التعبير؛ إذ مقتضاه أنَّه اجمال لذلك، وليس كذلك، فتدبر.

بقي أمور:

الأول: على ما ذكرنا من كون التصرف مسقطاً تعدياً أيضاً يمكن أن يقال بعدم السقوط ببعض التصرفات الجزئية التي لا تنفك عن كون الحيوان عند المشتري في الثلاثة حسبما أشرنا سابقاً^(٢)، والسر فيه انصراف الاخبار عنها، وعدم صدق الحدث عليها، وكذا الحال في التصرف الاختباري والتصرف الاشتباهي ونحو ذلك مما لا ينصرف إليه الاخبار.

نعم لو كان التصرف المذكور مغيراً فالظاهر شمول الاخبار وإن كان من باب الاشتباه، كما لو أخذ حافر الحيوان باعتقاد أنَّه حيوانه الآخر غير المبيع فبان أنَّه هو، فأنَّه يصدق عليه أنَّه أحدث فيه حدثاً، أما لو قبَّل الجارية باعتقاد أنها زوجته فبان أنها الجارية المباعة فالظاهر عدم الشمول.

وبالجملة المدار على صدق إحداث الحدث، وانصراف الاخبار.

الثاني: لو قبَّلها أجنبي أو وطئها أو نحو ذلك من التصرفات من غير إذن المشتري لا يكون تصرفاً مسقطاً، وكذا لو أخذ حافر الدابة أو نعلها بغير إذنه؛ إذ المناطق تصرف المشتري، ولا يضر التغيير بعد إن كان الحكم معلّقاً على احداثه الحدث، لا حدوث التغيير، فليس المقام من قبيل خيار العيب؛ حيث إنَّ التغيير بغير التصرف أيضاً مسقط له.

نعم، لو كان تصرف الغير باذن المشتري يسقط خياره، فلو وكل في بيع

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.

(٢) تعلية ٦٣٤.

الحيوان أو نعله أو أخذ حافره فمع فعل الوكيل لا اشكال في سقوط الخيار، وأما مع عدمه فالظاهر العدم لعدم كونه تصرفاً، ومجرد التوكيل في بيعه لا يعدُّ من التصرف واحداث الحدث.

نعم لو أذن في وطء الجارية من باب التحليل فالظاهر أنه تصرف؛ لأن نفس التحليل تصرف فيها وإن لم يحصل الوطء بعد.

الثالث: لا فرق في التصرف بين كونه محللاً أو محرماً في كونه مسقطاً حتى لو كان للبائع أيضاً خيار من جهة المجلس أو الشرط أو نحو ذلك، وقلنا بعدم جواز التصرف في زمان الخيار حتى المشترك فتصرف المشتري نقول بسقوط خياره، نعم لو باع الحيوان وقلنا بعدم صحته في زمان خيار البائع فالظاهر عدم سقوط خياره بمجرد ذلك، أي ما لم يقصد انشاء الاسقاط، فإن البيع الفاسد لا يعدُّ تصرفاً، وكذا إذا كان البيع باطلاً من جهة فقدان بعض الشرائط على القول بجواز جميع التصرفات، ويحتمل أن يقال إنه تصرف وإن كان باطلاً.

وأما البيع الخياري والهبة الجائزة والتدبير والوصية ونحوه فلا اشكال في كونها تصرفات.

الرابع: العرض على البيع ليس تصرفاً مسقطاً للخيار إلا إذا قصد به انشاء الالتزام، وربما يقال إنه مسقط لرواية السكوني المتقدمة^(١).

وفيه: - مع ضعف سندها واشتمالها على ما لا يقول به أحد من وجوب الاستيجاب قبل البيع - عدم دلالتها كما عرفت لاحتمالها إرادة وجوب البيع من جهة الاستيجاب السابق على الإقامة في السوق، لا من جهة مجرد الإقامة.

الخامس: لو أذن المشتري للبائع في التصرف في الثمن فهل يسقط خياره أم لا؟ التحقيق عدم السقوط سواء قلنا بجواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار أو قلنا بعدمه، أما على الأول فواضح، وأما على الثاني فلأن رفع المنع من التصرف لا ينافي بقاء الحق، وإن كان الأذن في تصرف خاص فعدم المنافاة أوضح.

وقد يقال بالسقوط على هذا البناء بدعوى أنَّ المنع من التصرف إنما هو لمكان حق الخيار، فالأذن فيه رفع للمنع، وهو في قوة رفع الخيار، وقد عرفت ضعفه.

السادس: التصرف إنما يسقط الخيار بما هو تصرف إذا كان من المشتري، وأما لو تصرف البائع في الثمن وقلنا بثبوت خيار الحيوان له أيضاً مطلقاً أو إذا كان الثمن حيواناً فلا يسقط خياره بمجرد، فبالنسبة إليه الحكم على طبق القاعدة لا بد من كونه بعنوان الالتزام ويقصد الاسقاط، وذلك لأنَّ الاخبار الخاصة كلها مختصة بالمشتري إلا أنَّ يفهم منها المثالية لصاحب الحيوان، ويجعل التقييد منزلاً على الغالب، وهو كما ترى.

السابع: مسقطية التصرف تعبداً مختص بخيار الحيوان، فلو كان للمشتري خيار آخر كالمجلس أو الشرط فهو باقٍ بعد التصرف، إلا أنَّ يكون بعنوان الاسقاط والالتزام، ويحتمل أنَّ يقال إنَّ خيار المجلس أيضاً يسقط في خصوص المقام لملازمته لخيار الحيوان، فاطلاق الاخبار بوجوب البيع بالتصرف وافٍ به أيضاً، فتأمل.

الثامن: لو اختلفا في التصرف وعدمه فالقول قول النافي؛ لاصالة عدم، وبقاء الخيار، ولو اتفقا عليه واختلفا في كونه بعنوان الالتزام وعدمه - بناءً على عدم كفاية مطلق التصرف - فإن كان ذلك التصرف مما له ظهور نوعي في الالتزام فالقول قول مدعي الالتزام، وذلك لأنَّ ظواهر الافعال حجة كالأقوال، وإن لم يكن كذلك فالقول قول مدعي بقاء الخيار للأصل، بمعنى أصالة عدم وجود التصرف الكذائي، وأصالة بقاء الخيار، ولو اختلفا في التصرف أنَّه من قبيل الوطء مثلاً حتى يكون مسقطاً أو من قبيل ناولني كذا حتى لا يكون فالقول قول الثاني؛ لأنَّ الأصل عدم الأول الذي علق عليه الخيار بالفرض، وأيضاً الأصل بقاء الخيار، ويظهر مما ذكرنا حكم سائر صور التنازع.

تذييلات:

الاول: خيار الحيوان مختص بباب البيع؛ فلا يجري في الصلح والاجارة إذا

كانت الاجرة حيواناً؛ وذلك لأنه على خلاف القاعدة ثبت في خصوص البيع، إلا أن يدعى أن لفظ المشتري من باب المثال، وهو كما ترى.

الثاني: لا فرق بين بيع تمام الحيوان أو بعضه المشاع كالنصف والثالث لاطلاق الاخبار، والانصراف بدوي.

الثالث: إذا باع ثوباً وحيواناً بثمن واحدة فهل يثبت الخيار في المجموع أو يثبت في خصوص الحيوان أو لا خيار أصلاً؟ وجوه أوسطها الوسط، غاية الامر أن للبائع خيار تبعض الصفقة على تقدير الفسخ، هذا إذا كان البائع واحداً، وأما لو تعدد فلا خيار لمن كان صاحب حيوان؛ لعدم التبعض عليه، هذا ولو كان الثمن متعدياً فهو في الحقيقة يكون من قبيل تعدد العقد.

ولو تعدد المشتري فيما كان المبيع حيواناً واحداً فالظاهر أن لكل منهما خيار، ويحتمل أن يكون خيار واحد لهما، فلا يجوز أن يختلفا في الفسخ والامضاء، ولتحقيق حال هذه المسألة كلية مقام آخر، ولعلنا نتعرض فيما له سيأتي.



الثَّالِثُ

خِيَارُ الشَّرْطِ

الثالث: خيار الشرط

٦٤٥- قوله ﷺ: (فمن الأولى... الخ)^(١).

أقول: ومن الثانية صحيحة بن سنان عن أبي عبد الله ﷺ - في حديث - (قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع)^(٢) ورواية السكوني المتقدمة (أن أمير المؤمنين ﷺ قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط إلى نصف النهار... الخ)^(٣) والاختبار المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برد الثمن كما سيأتي نقلها^(٤).

ولا يخفى أن شرط الخيار ليس مخالفاً للكتاب والسنة؛ لأن وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب والسنة كقوله (إذا افترقا وجب البيع)^(٥) من مقتضيات اطلاقه لا من مقتضيات طبيعته، كيف؟ والبيع الخياري ثابت في الشرع كثيراً، فالحكم قابل للتغيير بالطوارئ فلا اشكال في صحة الشرط المذكور، ويجوز الاستدلال عليه بالفرقة الأولى من الاخبار، بل هي العمدة في المضمار، فلا وجه لما في المستند^(٦) من الاشكال في التمسك بها من جهة مخالفة الشرط للكتاب والسنة. ثم إنه جعل الدليل على المدعى - مضافاً إلى الاجماعات المنقولة - الفرقة الثانية من الاخبار، وجعلها مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف، مع

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) في بيع الخيار.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٤.

(٦) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٢.

أن سياق أدلة عدم صحة الشرط المخالف أب عن التخصيص، فالتحقيق ما عرفت من عدم المخالفة.

□ مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار منفصلاً أو متصلاً بالعقد

٦٤٦- قوله ﷺ: (أو منفصلاً عنه... الخ)^(١).

أقول: ويجوز التعاقب بأن يجعل الخيار يوماً ويوماً، لا في شهر أو سنة، أو يوماً ويومين لا^(٢) ونحو ذلك، وعن المسالك^(٣) احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال، ولا وجه له.

٦٤٧- قوله ﷺ: (نعم يشترط تعيين المدة... الخ)^(٤).

أقول: يكفي أن يعين شهراً هلالياً وإن كان محتملاً للنقص والتمام، فإنه لا يعتبر المضبوطة من جميع الجهات، وإلا فلو عين ثلاثين يوماً لا يعلم أنه شهر أو أزيد بيوم.

٦٤٨- قوله ﷺ: (ولعل هذا مراد... الخ)^(٥).

أقول: يعني أن مراده أن العرف قد يقدمون على الغرر ويجوزون المعاملة الغررية لمسامحتهم في ذلك، والشارع لم يجوز الإقدام عليه مطلقاً، ولم يمض هذا التسامح منهم، لا أن بعض الجهالات ليس غرراً عند العرف، وغرر عند الشارع، كيف؟ وليس للعز حقيقة شرعية.

قلت: مع أنه على هذا كان الأنسب أن يقول إن الغرر في الشرع أوسع دائرة لا أضيق، على هذا يكون الغرر الشرعي أعم من العرفي، ومن المعلوم أن الأعم أوسع لا أضيق، هذا والظاهر أن هذا مراد ذلك البعض، ولا يضر عدم ثبوت الحقيقة

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٣.

(٢) هكذا في الأصل، والظاهر زيادة «لا».

(٣) مسالك آلفهام ٣: ٢٠١.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١١٣.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ١١٤.

الشرعية؛ إذ يكفي المراد الشرعي ولو لم يكن على وجه الحقيقة، فمثل بيع أحد العبدین المتساوين من جميع الجهات لا يعد غرراً في العرف، ولا يجوز بيعه شرعاً لعدم العلم بشخص المبيع، إلا أن يقال لا نسلم أن ذلك من باب الغرر، فلعله من جهة اعتبار لعلم زائد على اعتبار عدم الغرر هذا.

والانصاف أنه لا وجه لكلام هذا القائل أصلاً؛ إذ من المعلوم أن الغرر موضوع عرفي، فإن كان موارد المسامحة لا تعد عندهم غرراً فلا يشملها دليل المنع، وإن كان غرراً، ومع ذلك يقدمون عليه من باب المسامحة فهذا شأن الشارع، فإن نهي عن الغرر لسد باب هذا التسامح المنجر إلى التنازع.

نعم، يتم كلامه إن ثبت للشارع اصطلاح خاص حقيقة أو مجازاً، ومعه ينبغي أن يقال إن دأثرته في الشرع أوسع كما عرفت، ولم يثبت هذا الاصطلاح، فتدبر. ويمكن أن يوجه كلامه بأن مراده أنه موارد مسامحة عقلاء العرف كالسلم إلى دياس أو حصاد لا تعد عندهم غرراً أصلاً، ومع ذلك منع عنها الشارع وخطأهم في عدم كونها غرراً بنهيها عنها، وقوله عليه السلام (نهى النبي ﷺ عن الغرر) وإن كان لا يفي بمنع هذه الموارد إلا أن الاخبار الأخر الواردة في خصوصيات الموارد كموثقة غياث (لا بأس بالسلم... الخ)^(١)، والاخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم ونحو ذلك شاهدة على التعميم والتخطئة، وهذا حسن إن ثبت أن المنع في هذه الاخبار من جهة الغرر، فتدبر.

٦٤٩- قوله عليه السلام: (ويشير ما ذكرنا... الخ)^(٢).

أي أن الغرر لا يتفي بمسامحة الناس.

قلت: يظهر من المصنف أن سر اعتبار الأجل المعلوم في هذه الاخبار هو لزوم الغرر، وحيث لا يتجه التوجيه الذي ذكرنا؛ فإنه إذا أقدم العقلاء على المعاملة بتعيين الأجل بالحصاد والدياس ونحوهما يستكشف منه عدم كونه غرراً عندهم؛

(١) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب السلف، ح ٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٤.

فيكون الشارع قد خطأهم في ذلك، وأن مبنى الغرر على ما يكون غرراً بالمداقة.

٦٥٠- قوله ﷺ: (وربما يستدل على ذلك... إلى قوله فيلغو الشرط)^(١).

أقول: لا يخفى ما في العبارة من الاجمال، ولعل مراده الإشارة إلى ما في الجواهر؛ حيث قال في مقام الاستدلال على البطلان للغرر حتى في الثمن؛ لأن له قسطاً منه فيدخل فيما نهى النبي ﷺ، فاشتراطه مخالف للسنة، وما دلّ على وجوب اتباعها من الكتاب، وحيث فحصل الاستدلال أن هذا الشرط مخالف للسنة القائلة بعدم جواز البيع الغرري، وحاصل إيراد المصنف أن المخالف للسنة إنما هو البيع بواسطة الشرط المجهول، فلا وجه لدعوى أن الشرط مخالف؛ إذ المفروض أن النهي إنما هو عن البيع الغرري، لا الشرط الغرري، فلا يصح ما فرّعت على النهي المذكور من قولك (فاشتراطه مخالف... الخ)، بل كان ينبغي أن تقول (فهذا البيع المشتمل على الشرط المذكور مخالف... الخ).

وحاصل التوجيه بقوله «اللهم» أنه يمكن أن يكون الضمير في قوله (فيدخل فيما نهى النبي ﷺ) راجع إلى الشرط لا إلى البيع، ويكون مراده من النهي النهي عن الغرر، ولو كان في الشرط، وحيث فالشرط الغرري مخالف للنهي الوارد في السنة عن مطلق الغرر، ولو كان في غير البيع من الشرط ونحوه فيصح التفريع، إلا أنه لما كان الغرر في الشرط موجباً للغرر في البيع كان الأنسب التعليل لبطلان البيع بأنه بيع غرري، لا بما ذكره من أن شرطه غرري، وهو باطل، وبطلانه يوجب بطلان البيع من باب أن الشرط الفاسد مفسد، فتدبر.

□ مسألة: يبطل العقد اذا لم تحدد المدة

٦٥١- قوله ﷺ: (وبين عدم ذكر المدة أصلاً... الخ)^(٢).

أقول: هذا إذا أراد المدة ولم يذكرها، وأما لو أراد الدوام فالظاهر الصحة لعدم الغرر حيث؛ فله الخيار أبداً إلا أن يسقطه بأحد المسقطات؛ فيكون كما لو كان

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٦.

العقد جازياً من الاصل، ولو أراد اثبات الخيار في الجملة - بمعنى إرادة طبيعة الخيار - فالظاهر أيضاً الصحة وينقضي بمضي زمان يمكن فيه الفسخ؛ فهو كأن يقول «على أن يكون لي الخيار فوراً» فتدبر.

٦٥٢- قوله ﷺ: (في الصورة الأولى ... الخ) (١).

أقول: يعني من الصورتين الأخيرتين، وإلا فذكر صوراً ثلاثة، وليس مراد الجماعة أوليها.

٦٥٣- قوله ﷺ: (وأوله بارادة ... الخ) (٢).

أقول: هذا التأويل بعيد غايته، بل قطعي العدم.

٦٥٤- قوله ﷺ: (بعض المعاصرين ... الخ) (٣).

أقول: هو صاحب الجواهر (٤).

٦٥٥- قوله ﷺ: (كخيار الحيوان ... الخ) (٥).

أقول: الفرق واضح؛ إذ في خيار الحيوان لا يكون البيع الصادر منهما غريباً؛ إذ لم يشترط الخيار أصلاً، وإنما حكم به الشارع قهراً، بخلاف المقام فانهما جعلاً الخيار مدة مجهولة فيكون غريباً في الشرط، ويسري إلى أصل البيع؛ لأن للشرط قسطاً من الثمن، فاذا كان مجهولاً يكون الثمن مجهولاً.

٦٥٦- قوله ﷺ: (فإن ثبت بالدليل كان مخصصاً ... الخ) (٦).

أقول: يمكن أن يقال إن البيع وإن كان غريباً من حيث هو، وكان مقتضى القاعدة بطلانه إلا أنه إذا حكم الشارع بكون الحد ثلاثة يخرج عن الغرر؛ لأن كونه غريباً

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٣٤.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.

إنما هو من جهة احتمال الزيادة والنقصان، فمع التحديد الشرعي يرتفع الاحتمال؛ فيكون من باب التخصيص، وبعبارة أخرى البيع غرري بشرط عدم تحديد الشارع، ومع قطع النظر عنه، وأما بملاحظته فلا يكون غريباً، نعم المتبايعان أقداً على الغرر، لكن لم يحصل ما أقداً عليه بسبب حكم الشارع، فالتخصيص إنما يتصور إذا حكم الشارع بالصحة من دون تحديد، نعم هذا التخصيص في حكم التخصيص في احتياجه إلى الدليل، لكن بعد وروده لا يكون تصرفاً في العام، وإنما يثمر كونه تخصصاً في مقام دوران الأمر بينه وبين ارتكاب خلاف ظاهر آخر، فإنه يقدم على ذلك الآخر من جهة أنه ليس طرْحاً لظاهر محقق، فتدبر.

٦٥٧- قوله ﷺ: (أو يكون حكماً شرعياً... الخ)^(١).

أقول: هذا إما عطف على قوله (كان مخصصاً) أو عطف على قوله (كان التحديد) وعلى أي حال لا فرق بينه وبين ما عطف عليه في المعنى حتى يصح التردد بينهما، فالأولى إسقاطه من البين، ولا يصح أن يكون إشارة إلى ما في الجواهر حيث قال (إن التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الاطلاق إليها عرفاً؛ لكونها أقل مدة يترؤى بها في مثله، والشرع كاشف، أو لتعيين الشارع، والشرط سبب لا مناطاً كالوصايا المبهمة)^(٢) انتهى. وذلك لعدم احتمال العبارة لافادة هذا المعنى الذي يقول صاحب الجواهر كما لا يخفى.

٦٥٨- قوله ﷺ: (على اجتهاده في دلالة... الخ)^(٣).

أقول: وذلك بأن يقال كما قيل إن قوله ﷺ (الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط)^(٤) يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار وإن لم يشترط الثلاثة، وليس المراد أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراطها؛ إذ لا اختصاص بها، فإنه يصح اشتراط أي عدد شاء، فالمختص بها

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

حيثُذ اطلاق اشتراط الخيار، وأنت خبير بما فيه.
أو يقال إن التحديد بالثلاثة لتدارك احتمال الضرر على المشتري، فيكشف عن كونه حداً شرعياً في سائر المقامات، وفيه ما فيه.

٦٥٩- قوله ﷺ: (وفي دلالة فضلاً... الخ)^(١).

أقول: أما الثاني فواضح، وأما الأول فلا احتمال كون المراد قل لا خديعة وأن لك الخيار ثلاثاً، يعني اجعل لنفسك الخيار، بل في التذكرة^(٢) أن «لا خلافة» عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً، فاطلاقها مع العلم بها كالتصريح.

٦٦٠- قوله ﷺ: (في الخروج عن قاعدة الغرر... الخ)^(٣).

أقول: العمدة في الاشكال عدم كفايتها في اثبات أصل التحديد المذكور، وإلا فأمر قاعدة الغرر سهل؛ لما عرفت من أنه على فرض الثبوت لا يكون تخصيصاً لها، بل تخصصاً، فتدبر.

٦٦١- قوله ﷺ: (يوجب كون البيع غررياً... الخ)^(٤).

أقول: فإن قلت إذا فرض بطلان الشرط فلا يبقى التزام به حتى يسري الغرر منه إلى البيع، خصوصاً لو كان الدليل على البطلان غير قاعدة الغرر، كالاخبار الدالة على اعتبار معلومية الأجل، فيصح أن يقال إنه مبني على كون الشرط الفاسد مفسداً أم لا.

قلت: إن الموجب للغرر في البيع وجود الشرط في مقام الانشاء، والبطلان الشرعي لا يرفع الموضوع من البين، فالغرر في البيع حاصل وإن لم يجب الوفاء بالشرط، مع أن الدليل على بطلان الشرط إذا كان قاعدة الغرر - بدعوى جريانها في الشروط أيضاً - فنقول إنه متساوي النسبة إلى البيع والشرط، فلا يتقدم الشرط في

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.

(٢) التذكرة ١١: ٤٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.

الفساد حتى يبقى البيع بلا غرر.

والحاصل: أنَّ عدم ذكر الأجل يوجب كون الشرط غررياً، وكون البيع أيضاً غررياً؛ فهما موضوعان غرريان، وقاعدة الغرر تدل على بطلان الموضوع الغرري، فبطلان العقد والشرط في عرض واحد.

إلا أن يقال: إنَّ غرر البيع إذا كان من قبل غرر الشرط فالمشمول للقاعدة أولاً الشرط ومنه يسري الفساد إلى البيع، فإذا فرض أنَّ بطلان الشرط يستلزم رفع الغرر عن البيع فلا يبقى وجه لبطلانه إلا قاعدة مفسدية الشرط الفاسد بناءً على القول بها، فالعمدة في الجواب هو الوجه الأول، وهو أنَّ الفساد الشرعي لا يستلزم رفع موضوع الشرط، وهو الموجب للغرر فتدبر فان الالتزام الذي لا أثر له يكون بحكم عدم الالتزام، فيكون كما لو لم يُذكر خياراً أصلاً، فتأمل.

□ مبدأ خيار الشرط

٦٦٢- قوله ﷺ: (ولو جعل مبدؤه... الخ)^(١).

أقول: أي مبدأ خيار الشرط، ويحتمل أنَّ يرجع الضمير إلى خيار الحيوان، ولا يتفاوت أصل المطلب كما لا يخفى.

٦٦٣- قوله ﷺ: (إلى جهالة مدة الخيار... الخ)^(٢).

أقول: هذا إذا قال «لي الخيار من حين التفريق إلى يوم الجمعة» مثلاً فإنَّ الجهل بزمان التفريق يوجب الجهل بمقدار الخيار، وأما إذا قال «لي الخيار من حين التفريق إلى ثلاثة أيام» فيرجع إلى الجهل بوقت الخيار لا بمقدار مدته؛ لأنه معلوم أنَّه ثلاثة أيام مثلاً.

٦٦٤- قوله ﷺ: (حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢٠.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٢١.

أقول: ويمكن أن يقال إنَّ مبدأه من حين انقضاء الخيار، لا من جهة الانصراف، بل من جهة عدم امكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر، ومعه لا اشكال أصلاً، لا من حيث الجهل، ولا من حيث مخالفة القصد؛ إذ المدار في الجهل والعلم على جعل المتعاقدين، وهو معلوم القدر فرضاً، والمانع من التأثير قهري، والجهل بمقدار ما أثر من الجعل لا يوجب الغرر.

إلا أنَّ الشأن في تمامية هذه الدعوى، فانا نقول لا مانع من الاجتماع الخيارين سواء كانا شرعيين أو جعليين أو مختلفين.

□ مسألة: لو جعل الخيار للأجنبي

٦٦٥- قوله ﷺ: (واجتمعاً على فسخ أو امضاء... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يكون مراده كون الخيار لمجموعهما، ولكنه خلاف الظاهر؛ إذ هو بمنزلة اللغو؛ لأنَّ مرجعه إلى الاقالة، فالظاهر أنَّ المراد كون الخيار لكل منهما، وحيثئذٍ معنى قوله «نفذ» نفوذ كل من الفسخ والامضاء، ومعنى قوله «بطلان البيع»، ويكون المراد من عدم اجتماعهما اختلافهما في الفسخ والامضاء، فيرجع إلى تقديم الفاسخ، ويبقى الاشكال في قوله (وإنَّ لم يرَضَ... الخ) إذ مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الامر بيده فلا معنى لكون الامر بيد المبتاع مع فرض فسخه. ويمكن أن يكون الوسيلة جعل شرط الخيار للأجنبي من باب التوكيل، ولازمه كون الموكل أيضاً ذا خيار، فيكون الأمر بيده، لكنه أيضاً لا يتم مع فسخ الوكيل، إلا أنَّ يكون مراده من عدم الرضا عدم الامضاء لا الفسخ، وحيثئذٍ فمع كونه من باب التوكيل لا التحكيم يتم المطلوب، فتأمل.

٦٦٦- قوله ﷺ: (فتعليل وجواب... الخ)^(٢).

أقول: إنَّ قلنا إنَّه من باب التوكيل فلا اشكال في وجوب مراعاة الأصلح، وإنَّ قلنا

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢٣.

بقوله تحكيماً فالمقامات مختلفة، فقد يكون المقصود جعل الأمر بيد الأجنبي بحيث يكون صاحب حق، وحيث لا يجب عليه مراعاة المصلحة، وقد يكون المقصود جعل الأمر إليه بشرط مراعاتها، وهذا هو الغالب الوقوع؛ إذ لا داعي غالب إلى جعل الخيار للأجنبي من حيث هو.

ثم لا يخفى أن جعل الخيار للأجنبي إذا كان من باب التوكيل فقد يكون على وجه يكون للموكل أيضاً خيار، وقد يكون لخصوص الوكيل، ومعنى كونه وكيلاً أن له خيار عن فلان ولا يلزم أن يكون للموكل أيضاً، فإن خيار الوكيل خيار للموكل بلسان الوكيل وباختياره، والثمرة بين التحكيم والتوكيل - مضافاً إلى وجوب مراعاة المصلحة على الثاني دون الأول؛ حيث يختلف المقامات - أنه لو مات الوكيل يبطل خياره، ولو مات الحاكم ينتقل إلى وارثه، وأيضاً يجوز عزل الوكيل فيبطل الخيار، ولا يجوز عزل الحاكم.

نعم لو قال بناءً على التحكيم «أسقطت حقي من اشتراط كون الخيار للأجنبي» فهل يبطل خياره أو لا؟ وجهان، من أنه حق للشارط فيسقط باسقاطه، ومن أنه بمجرد الشرط حصل للأجنبي أيضاً حق، ولا يسقط حقه باسقاط المشروط له حق شرطه لمضي الأمر بمجرد إجراء الصيغة.

والحق السقوط بالاسقاط؛ لأن شرطه كون الأجنبي ذا خيار فخيار الأجنبي حق للمشروط له، فكما يجوز اسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه، فكذا في الأجنبي، وليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي، بل دوامه فيكون كخيار نفسه في جواز اسقاطه، ولا يضر سقوط حق الأجنبي أيضاً من غير اختياره، كما أنه يجوز للأجنبي اسقاطه فيسقط حق المشروط له أيضاً قهراً عليه، هذا إذا كان الشرط لأحدهما على الآخر.

وأما إذا كان لهما كان اشتراط كل منهما على الآخر كون الخيار لزيد فلا يسقط خياره إلا باسقاطهما معاً.

ثم هل يحتاج في جعل الخيار للأجنبي إلى قبوله أو لا؟ وجهان: أقواهما عدم

الحاجة؛ لعدم كونه طرفاً للعقد، إلا أن يقال إنه كما لا يصح جعل الغير مالاً لشيء إلا برضاه كذلك لا يصح جعله ذا حق بغير رضاه، وهو ممنوع حتى في الملك أيضاً، فإنه يصح الوقف أو الوصية للعنوان الذي ينطبق عليه من دون رضاه، كما لو أوصى لعالم البلد مثلاً، فتأمل فإن الظاهر أنه يحتاج إلى القبول منه أو من الحاكم الشرعي، فتدبر.

ثم إنه لا بد في صورة جعل الخيار للاجنبي أيضاً من تعيين المدة، وأيضاً لا بد من تعيين ذلك الاجنبي، فلو جعل الخيار لأحد الشخصين بطل.

□ شرط الاستيمار للأجنبي

٦٦٧- قوله ﷺ: (يجوز لهما اشتراط... الخ)^(١).

أقول: هذا يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يجعل الخيار لنفسه ويشترط الآخر عليه أن لا يختار أحد الأمرين من الفسخ أو الامضاء إلا بتعيين المستأمر - بالفتح -.

الثاني: أن يكون خياره على تقدير أمر المستأمر - بالفتح - وعلى هذا التقدير إما أن يكون شرط الاستيمار لأحدهما على الآخر، أو يكون لكل منهما على الآخر، ففي الصورة الأولى إذا فسخ قبل أمر المستأمر يكون صحيحاً؛ لأن المفروض ثبوت الخيار له، غاية الأمر أنه خالف ما اشترط عليه من كونه بعد تعيينه، بل لو أمر بالامضاء فخالف وفسخ كان ذلك.

وعلى تقدير أمره بالفسخ يجب عليه الفسخ إذا كان الشرط للآخر عليه إذا طال به بذلك، وكذا إذا أمره بالامضاء يجب عليه العمل به، فلو خالف كان للآخر خيار تخلف الشرط، وفي الصورة الثانية لو أمره بالامضاء فلا خيار له، ولو أمر بالفسخ يثبت له ملك الفسخ، فإن كان هو المشروط له فلا يجب عليه، وإن كان المشروط له الآخر وطال به بالفسخ وجب عليه، ولو خالف يكون للآخر خيار تخلف الشرط.

ولو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لا يؤثر الفسخ شيئاً؛ لعدم الخيار إلا على تقدير أمره بالفسخ، هذا.

ولكن يشكل هذه الصورة بأن لازمها كون الخيار معلقاً على أمر المستأمر، والتعليق مبطل؛ لكونه بمنزلة ما لو قال بشرط أن يكون لي الخيار إن قدم الحاج، أو إن جاء زيد، مع أن هذا ظاهر كلام الفقهاء لا الصورة الأولى.

٦٦٨ - قوله ﷺ: (فمعناه سلطنة صاحبه ... الخ)^(١).

أقول: هذا ممنوع، بل معناه سلطنة صاحبه على إجازة بالفسخ، ولو لم يفسخ كان له خيار تخلف الشرط كما عرفت .



□ بيع الخيار

٦٦٩- قوله ﷺ: (لا بأس بهذا إن جاء ...الخ)^(١).

أقول: هذه الرواية محتملة لجميع الاحتمالات الخمسة، والمصنف جعلها ظاهرة في الثالث أو الخامس، قلت ويحتمل أن يكون المراد بيع الدار عليه إذا جاء بثمنها، أي بقيمتها، بأن لا يكون المراد الثمن في البيع الأول، ثم إن الظاهر منها إرادة الاحتمال الثاني؛ بأن يكون المراد ثبوت الخيار من أول السنة إلى آخرها بشرط أن يكون الفسخ مقيداً بحد الثمن على ما هو المتعارف بين الناس، وهو الظاهر من عناوين الفقهاء؛ إذ هذا الخيار هو خيار الشرط، لكن بقيد أن يكون الفسخ بعد رد الثمن، كما إذا قيل بشرط أن يكون لك الخيار بشرط أن تفسخ في حضوري أو حضور زيد مثلاً، فالخيار مستمر لكن على هذا الوجه.

ثم إن الفقرة الأخيرة من الرواية كالرواية التي بعدها دليل على قاعدة كون الخراج في مقابل الضمان، بمعنى أن من كان عليه الغرم فله الغنم، لكن هذه القاعدة لا تحتاج إلى دليل؛ إذ مفادها مقتضى قاعدة الملكية، فتدبر.

هذا، وأما الرواية الثانية فهي ظاهرة في الاحتمال الرابع، وأما الثالثة فهي كالأولى، وأما الرواية الرابعة فهي كالثانية، ويحتمل كون المراد منها خيار الاشتراط، يعني إن وفي بما اشترطت عليه فالبيع له، أي لازم عليك، وإن خالف شرطك فالبيع لك، يعني لك الخيار، فقوله ﷺ (إن أتاك بمالك)^(٢) أي بما جعل لك من الشرط كخيطة الثوب مثلاً.

٦٧٠- قوله ﷺ: (يتصور على وجوه ...الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٨.

(٢) وسائل الشريعة، باب ٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٢٩.

أقول: وهنا وجه سادس، وهو ما أشرنا إليه من اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن، وسابع وهو أن يجعل له الخيار طول المدة، ولكن يشترط عليه أن لا يفسخ إلا بعد الرد، فلو خالف وفسخ قبل الرد ففي التأثير وجهان، وثامن وهو أن يجعل الخيار في رأس المدة بشرط رد الثمن.

٦٧١- قوله ﷺ: (والأظهر في كثير... الخ)^(١).

أقول: وهو الأنسب بعنوانه في المقام، إذ قد عرفت أنه خيار الشرط المصطلح إلا أن الفسخ فيه ليس مطلقاً، بل هو مقيد برد الثمن، كما إذا قيد بقيد آخر من كونه في المسجد أو عند الحاكم أو بحضرة المشتري أو نحو ذلك.

٦٧٢- قوله ﷺ: (بكل من الوجوه الخمسة... الخ)^(٢).

أقول: في الوجه الأول اشكال، وهو جهالة زمانه؛ إذ هو من قبيل ما لو قيل بشرط أن يكون لك الخيار إن قدم الحاج، أو إن جاء زيد، وهذا أشكل من الوجه الرابع، إذ يمكن دفع الاشكال عنه بأن الشرط يكفي في سببته للفسخ، ولا حاجة إلى سبب آخر، وذلك كما في الملكية فأنها أيضاً يكفي فيها نفس الشرط، وسيأتي^(٣) أن مقتضى القاعدة - بمعنى عموم دليل الشروط - صحة شرط النتيجة كلية إلا إذا ثبت كون المورد محتاجاً إلى سبب خاص كالطلاق والنكاح والبيع.

والحاصل: أنه كما يصح أن يقول «بعتك بشرط أن يكون مالك الفلاني لي» كذلك يصح أن يقول «بشرط أن يكون يبعك الفلاني منفسخاً».

نعم يبقى اشكال كونه معلقاً على الرد، وهذا مشترك الورود بين الأول والرابع؛ إذ على الأول أيضاً يكون الخيار معلقاً على الرد، والظاهر عدم المانع من مثل هذا التعليق في الشروط؛ إذ العمدة في دليل منعه الاجماع المفقود في أمثال المقام.

ثم إن الفرق بين الوجه الثالث والرابع أنه على الثالث يكون الشرط كون الرد

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٣) ج ٣ تعليقة ٤٤٦.

سبباً للفسخ، وعلى الرابع كون المعاملة منسوخة عند الرد، لا أن يكون الرد سبباً، وحيث يشكك بأنه لا معنى لكون الرد من حيث هو سبباً إلا أن يكون المراد جعله سبباً بقصد انشاء الفسخ به، وهو خلاف ظاهر الشرط، فإن ظاهره كون مجرد الرد سبباً، ومعه يكون أشكل من الوجه الرابع؛ إذ يصير كما لو جعل النظر في المرأة سبباً للفسخ وإن لم يقصد به انشاءه، ومن المعلوم بطلانه.

والظاهر أن نظر المصنف إلى جعله سبباً بأن يقصد انشاء الفسخ به كما يظهر منه في الامر الثالث الذي سيجيء، وحيث فلو رد لا بهذا القصد، بل بأن يفسخ بعده يلزم عدم كفايته.

٦٧٣- قوله ﷺ: (ويحتمل عدم...الخ)^(١).

أقول: يعني ويحتمل عدم الخيار مع عدم القبض؛ لأن الشروط إذا كان رد الثمن فلازمه مشروطة القبض أيضاً قبله، فلم يحصل شرط الخيار، وهو الرد المسبوق بالقبض.

أقول: المسألة مبنية على أن الرد هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقة لوصول الثمن إلى المشتري؟ أي حصوله عنده؟ فعلى الأول لا خيار لعدم تحقق شرطه، وهو الرد المسبوق بالقبض، لا لاشتراط القبض قبله كما بيّنه المصنف، بل لعدم تحقق الموضوع حيث، وعلى الثاني فله الخيار؛ لأن المفروض حصول الثمن عنده، والغالب في أنظار العرف هو الطريقة؛ إذ لا غرض لهم في تحقق موضوع الرد بما هو رد.

٦٧٤- قوله ﷺ: (على اشكال في الأخير...الخ)^(٢).

أقول: لا اشكال في الفساد حيث؛ إذ لا يعقل الفسخ مع كون العين باقية إلا برد نفس العين، إلا مع معاملة جديدة، والمفروض عدمها.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٢.

٦٧٥- قوله ﷺ: (فالظاهر عدم الخيار... الخ) (١).

أقول: بل ينبغي القطع بالعدم؛ إذ مع فرض اشتراط الفسخ برد نفس العين كيف يعقل بقاء الخيار مع تلفها سواء كان التلف بفعل البائع أو المشتري أو الاجنبي أو الآفة السماوية؟

٦٧٦- قوله ﷺ: (أنه لا يكفي مجرد الرد... الخ) (٢).

أقول: الظاهر أن مراد القائل أن الرد من غير قصد الانشاء لا يكفي، لا أن الفسخ الفعلي لا يكفي، وهو كما يقول، فمع فرض قصد انشاء الفسخ بالرد لا اشكال عنده في كفايته، فحاصل غرضه أن المسألة عند الاصحاب ليست من باب شرط حصول الانفساخ عند الرد، ولا من باب شرط سببية الرد في الفسخ وإن لم يقصد به انشاء الفسخ، بل من باب شرط الخيار على أن يكون الفسخ عند الرد وإن كان انشاؤه بنفس الرد، بأن يكون فسخاً فعلياً بأن قصد به الفسخ.

٦٧٧- قوله ﷺ: (مع أن ظاهر الاخبار... الخ) (٣).

أقول: نعم، ولكن كون الرد فسخاً فعلياً غير ظاهر من الأخبار، فيحتمل كونه من باب الانفساخ، ويحتمل كونه كناية عن انشاء الفسخ ولو بالقول بعد الرد أو حينه، فتأمل.

٦٧٨- قوله ﷺ: (على الوجه الثاني من الوجهين... الخ) (٤).

أقول: لم أفهم وجه التخصيص بالوجهين، فإن الظاهر جواز الاسقاط على جميع الوجوه الخمسة، غاية الأمر أن في بعضها لا يكون من اشتراط الخيار كما على الوجه الخامس، بل الرابع أيضاً، ولكن يجوز اسقاط حق الشرط، فلا يفسخ بالرد، ولا يجب الاقالة به، وأما على الوجه الثالث فهو من اشتراط الخيار، ويجوز

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٣.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٣٤.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.

اسقاطه بعنوان اسقاط الخيار أيضاً، ومنه يظهر أنه لا يندفع الاشكال عنه ﷺ، ولو كان مراده الاسقاط بعنوان اسقاط الخيار؛ إذ الوجه الثالث كذلك غاية الأمر أنه اشترط أن يكون الفسخ بنفس الرد.

٦٧٩- قوله ﷺ: (بخلاف ما في التذكرة... الخ) (١).

أقول: الفرق صحيح، إلا أنه غير فارق، والتحقيق جواز الاسقاط حتى في مورد كلام التذكرة؛ إذ لا مانع منه إلا كونه اسقاطاً لما لم يجب، والقدر المسلّم من كونه باطلاً - كما ذكرنا مراراً - ما إذا أنشأ الاسقاط في غير محل الثبوت، كأن يقول «أسقطت خياري الآن» والمفروض عدم الخيار له إلا بعد ذلك، وأما إذا أنشأ سقوطه في محل ثبوته فلا مانع منه إلا الاجماع، والقدر المسلّم منه ما إذا لم يوجد المقتضي له أيضاً، كأن يقول «أسقطت الخيار في العقد الذي أو جده بعد ذلك» وأما إذا أوجد المقتضي - كما فيما نحن فيه - فلا اجماع، ولا يكون مانع عقلي أيضاً بالفرض، وكونه تعليقاً لا يضر أيضاً؛ إذ دليل بطلانه منحصر في الاجماع المفقود في المقام وأمثاله.

٦٨٠- قوله ﷺ: (ويسقط أيضاً بانقضاء... الخ) (٢).

أقول: من غير فرق بين كونه مختاراً أو مضطراً ملتفتاً أو غافلاً أو متخيلاً بقاء الوقت؛ حتى لو أكرهه المُكرِه على ترك الرد فإنه يسقط خياره أيضاً إذا انقضى الزمان المضروب، ورفع حكم الاكراه لا يثمر في المقام على ما بينا سابقاً في خيار المجلس (٣).

بل أقول: لو كان مغروراً من قبَل المشتري كأن يقول له الوقت بعدُ باقي فترك الرد اعتماداً على قوله أيضاً يسقط خياره، نعم لو أتى بالثمن فلم يقبل المشتري، أو غاب عنه أو نحو ذلك له الفسخ، لكن لو لم يفسخ مع ذلك أيضاً قبل انقضاء المدة

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.

(٣) تعليقة ٥٩١.

ليسقط خياره، إلا إذا كان المشروط كون الفسخ بنفس الرد، فإنه يكفي احضاره الثمن عند حاكم الشرع إذا لم يكن له ولي أو وكيل.

والحاصل: أن المانع إن كان من قبل البائع فالخيار يسقط بترك الرد إلى الانقضاء، وإن كان من قبل المشتري بأن امتنع من الأخذ أو غاب عمداً أو كان مسافراً ولم يكن له وكيل في البلد الذي يجب كون التسليم فيه فللبائع الاحضار عند الحاكم والفسخ أو ليحصل الانفساخ، ومع ترك ذلك حتى انقضت المدة يسقط خياره، وسيأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف.

٦٨١ - قوله ﷺ: (ولو ظهر معيباً كفى... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن مراده إنما هو فيما لو قبل المشتري ورضي بتخيّل الصحة، ثم بان كونه معيباً ولو بعد انقضاء المدة، فإن الفسخ صحيح، وله الاستبدال، وإلا فلو فرض أنه أتى بالمعيب من الجنس وأراد الفسخ فليس له الزام المشتري بالقبول، فله الامتناع من الأخذ لئلا يتمكن من الفسخ؛ وذلك لأن له المطالبة بالفرد الصحيح من جهة كونه كالشرط الضمني في شرط الفسخ برد مثل الثمن، ومن ذلك يمكن الاشكال في الصورة الأولى أيضاً، فإن المشتري وإن كان قبضه ورضي به، لكن لما كان بتخيّل أنه مطابق لحقه فبان الخلاف - والمفروض عدم رضاه به بعد ذلك - فيكون كما لو لم يأخذ، نظير ما إذا تبين كونه من غير الجنس.

فإن قلت: المفروض أن المعيب أيضاً فرد من الكلّي، فمع قبضه يحصل الشرط ويصح الفسخ، وجواز المطالبة بالبدل لا ينافي ذلك، والسر فيه أن اعتبار وصف الصحة إنما هو من باب تعدد المطلوب، وهذا هو الفارق بينه وبين غير الجنس، ولذا نقول بصحة بيع الصرف إذا كان الفرد المقبوض معيباً، غاية الأمر أن له الاستبدال وإن كان بعد التفريق.

قلت: نعم، المعيب فرد، ويكفي قبضه عن قبض الكلّي، إلا أنه مختص بما إذا كان لقبض الطرف الآخر دخل في تعيينه، كما في الصرف وغيره من أفراد البيع

الكلي، دون مثل المقام الذي قبض المشتري له وعدمه ليس مناطاً في الحكم؛ لأنّ المدار على اتیان البائع للثمن سواء قبضه المشتري أم لا، فإنّ خياره ليس منوطاً بقبضه، بل بمجرد الاتیان يفسخ، ويصير المردود ملكاً للمشتري، فلو كفى اتيانه للمعيب في فسخه لزم كفايته وإن لم يرَضَ المشتري أيضاً، فاللازم إما الحكم بكفاية رد المعيب في الصورتين، وإما الحكم بعدم كفايته في الصورتين، هذا. ولكن التحقيق الفرق بين الصورتين، فأنه لو لم يرَضَ المشتري بالمعيب حين الرد لا يصدق أنّه ردّ الثمن؛ لأنّ المفروض أنّ له المطالبة بالفرد الصحيح ولو من جهة كونه شرطاً ضمناً.

وأما لو رضي به حين الرد فأنه يصدق الرد الذي هو شرط صحة الفسخ، غاية الأمر أنّ له المطالبة بالبدل ولو بعد انقضاء زمن الخيار، هذا.

ويحتمل بعيداً أنّ يقال: بكفاية رد المعيب في الفسخ وإن كان للمشتري الامتناع عن قبوله، فيفسخ ويعطيه فرداً صحيحاً ولو بعد الانقضاء، وذلك لكونه منطبقاً على الكلي الذي علّق الخيار على رده، وجواز امتناع المشتري عن قبوله في مقام أخذ حقه لا دخل له بجواز فسخه؛ ولذا لو كان صحيحاً أيضاً لا يتعين كونه ملكاً للمشتري بعد الفسخ، بل ما لم يقبض يكون طالباً للكلي، ويجوز للبائع أن يدفع إليه فرداً آخر، فتدبر.

٦٨٢ - قوله ﷺ: (قول: في أصل الاستظهار... الخ)^(١).

أقول: الظاهر من كلام هؤلاء أنّ نظرهم إلى كون التصرف مسقطاً تعدياً، لا من باب كونه اسقاطاً فعلياً، وحيث يَصِحُّ كلام كل منهم على مذاقه؛ إذ مع فرض مسقطيته تعدياً يمكن دعوى خروج هذا الخيار من جهة ما ذكره المستظهر من دليل المسقطية، ويصح للمصاييح أيضاً دعوى أنّ التصرف المسقط ما كان في زمان الخيار لا قبله، ويصح للمناقش - وهو صاحب الجواهر أيضاً - دعوى أنّ مجموع المدة زمان الخيار، وعلى فرض كون المراد مسقطيته من جهة الالتزام

الفعلي أيضاً يصح أن يكون نظر المستظهر إلى ما وجهه المصنف من الوجوه الثلاثة أو بعضها، فلا وقع للإيراد عليه.

وللمصاييح أيضاً أن يقول إن التصرف إنما يكشف عن إرادة الالتزام إذا كان في زمان الخيار لا مطلقاً ولو كان قبله، وللمناقش ما ذكره من منع كون الخيار منفصلاً حتى لا يكون التصرف كاشفاً.

٦٨٣- قوله ﷺ: (والظاهر عدم الاشكال...الخ)^(١).

أقول: ظاهره عدم الاشكال حتى في الوجه الأول، وإلا لم يكن فرق بينه وبين إيراد الثاني، فقلوه (هذا مع أن حدوث الخيار...الخ) مع أنه استشكل فيه سابقاً ويستشكل فيه لاحقاً بعد أربعة أسطر.

٦٨٤- قوله ﷺ: (ففيه أنها لا تقدر...الخ)^(٢).

أقول: يعني يكفي في رفع الغرر كون زمان التسلّط على الرد معلوماً محدوداً، وإن لم يكن زمان الخيار معلوماً؛ لكونه معلقاً على الرد المجهول زمان تحقّقه، ووجه عدم الغرر حيث أن أمر الرد بيده، فأمر الخيار أيضاً بيده، ولا يتفاوت كون الزمان زمان الخيار أو زمان إيجاد الخيار بإيجاد سببه، وهو الرد.

ومن هذا البيان يظهر الفرق بينه وبين ما في التذكرة؛ وذلك لأن أمر التفرّق المحدث للخيار ليس بيده، فجهالة زمان حدوث الخيار فيه قاذحة دون ما نحن فيه، هذا.

ولكن لازم ما ذكره جواز تعليق الخيار على كل ما كان أمره بيده مع تحديد مدة ذلك الأمر، كأن يقول «بشرط أن يكون لي الخيار إن صليت في المسجد أو أكرمت زيداً أو نحو ذلك إلى سنة» والالتزام به مشكل، مع أن أمر الرد وإن كان بيده إلا أنه قد يعجز عنه أو يمنعه مانع، فيكون كالتعليق على ما ليس بيده.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٨.

٦٨٥- قوله ﷺ: (وأما الاستشهاد...الخ)^(١).

أقول: غرض المستشهد أن العرف يفهم من العبارة المتعارفة بين الناس في مقام انشاء هذا الشرط تحقق الخيار في مجموع المدة.

٦٨٦- قوله ﷺ: (كما لا يبعد عن اطلاق...الخ)^(٢).

أقول: بل هو بعيد عنه وعن اطلاق الاخبار أيضاً فراجع.

٦٨٧- قوله ﷺ: (والظاهر عدم سقوط...الخ)^(٣).

أقول: قال في الجواهر (وكما أن النماء له - أي للمشتري - فالتلف منه بلا خلاف للصحيح والموثق، بل هو كذلك وإن كان بعد الرد إلا أنه مضمون عليه؛ لأنه وقع في زمن خيار البائع فله حيثنفسه الفسخ، ثم الرجوع إلى المثل أو القيمة، بخلاف التلف قبل الرد الذي ليس زمن خيار كي يستحق الرجوع عليه، بل المتجه سقوط الخيار)^(٤) انتهى.

قلت: يظهر منه الفرق في الرجوع إلى البدل وعدمه بين التلف بعد الرد وقبله؛ لمكان قاعدة التلف في زمن الخيار، وأن هذه القاعدة جارية فيما انتقل عن ذي الخيار أيضاً كالبيع فيما نحن فيه؛ حيث إنه منتقل عن البائع الذي له الخيار إلى المشتري، فمقتضى هذه القاعدة كون الضمان على المشتري، وأيضاً يظهر منه أن مقتضى هذه القاعدة فسخ ذي الخيار والرجوع إلى البدل، وفي كلامه نظر من وجوه:

الاول: مقتضى المناقشة المنقولة عنه في السابق كون ما قبل الرد أيضاً زمان الخيار، استظهر كون الخيار في مجموع المدة.

الثاني: أن قاعدة التلف في زمن الخيار مختصة بما انتقل إلى ذي الخيار مثل الثمن فيما نحن فيه؛ حيث إن مقتضى ملكية البائع له كون الضمان عليه، وهذه

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٣٩.

القاعدة مقتضية كونه على المشتري، وكالمبيع في زمان خيار المشتري كما في خيار الحيوان، وأما مثل المبيع فيما نحن فيه فكون ضمانه على المشتري إنما هو بمقتضى القاعدة، وبعبارة أخرى هذه القاعدة كما يظهر من أخبارها جارية في مورد مخالفة القاعدة الأولية لا مطلقاً.

الثالث: أن مقتضى جريانها حصول الانفساخ كما في قاعدة التلف قبل القبض، لا خيار الفسخ، فلازم جريانها في المقام انفساخ المعاملة، لا خيار البائع في الفسخ كما ظهر منه في المقام.

وقد صرح بما ذكرنا في أحكام الخيار^(١)، فجعل المراد من القاعدة الانفساخ ولم يجعلها شاملة للمبيع فيما كان الخيار للبائع، وقال ببقاء خياره مع التلف في زمن الخيار من حيث إنه غير معلق على بقاء العين، ولازمه بقاءه لو تلف قبل الرد أيضاً، قال (مع فرض أن الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البائع)، والمراد به انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض؛ لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك، ومع فرض أن الخيار للبائع خاصة كان التلف من المشتري؛ أي لا ينفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد؛ لأنه ملكه وقد تلف في يده، إلا أنه يبقى مع ذلك خيار البائع على حسب ما ذكرنا، وأشار به إلى ما ذكره سابقاً بأسطر حيث قال (نعم لا ينافي ذلك بقاء الخيار فيها للبائع كما صرح به جماعة منهم الفاضل والكركي، بل لا خلاف أجده فيه؛ للأصل وعدم اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه؛ فله الفسخ حيثئذ والمطالبة بالمثل أو القيمة)^(٢) انتهى ملخصاً، وهذا منه كما ترى موافق للقاعدة، بخلاف ما ذكره في المقام حسبما عرفت.

وكيف كان فالتحقيق ما ذكره المصنف من عدم الفرق بين ما قبل الرد وما بعده في عدم سقوط الخيار أو سقوطه بناءً على الوجهين من إرادة ارتجاع نفس المبيع أو الاعم منه ومن بدله.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٨٧.

والحق الاحالة على اختلاف الموارد، فإنه قد يكون الغرض متعلقاً بنفس العين، وقد يكون متعلقاً بالقيمة، فلا بد من ملاحظة ما يفهم في خصوصيات الموارد من الفاظ المتعاقدين في مقام ذكر الشرط، وعلى أي حال فلا دخل للمقام بقاعدة التلف في زمن الخيار.

٦٨٨- قوله ﷺ: (ثم إنه لا تنافي... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أنه دفع لتوهم المنافاة بين ما ذكره من عدم جواز اتلاف المبيع للمشتري ووجوب إبقائه عليه ليتمكن البائع من الاسترجاع، وبين كون الخيار معلقاً على بقاءه، فإنه لو كان الخيار على فرض البقاء فلا يكون الإبقاء واجباً، نظير عدم وجوب مقدمة وجوب الواجب في التكاليف، ووجه الدفع واضح، بل المطلوب لا يحتاج إلى هذا المقدار من البيان أيضاً، فإن الإبقاء واجب على المشتري، والمعلق على البقاء خيار البائع، ولا مجال لتوهم التنافي بينهما. نعم، إنما يتوهم المنافاة لو كان الإبقاء واجباً على من خياره معلق على البقاء، مع أنه أيضاً مدفوع بما لا يخفى، فتدبر.

٦٨٩- قوله ﷺ: (كما ذكره بعض المعاصرين... الخ)^(٢).

أقول: هو صاحب الجواهر في البحث عن أحكام الخيار، حيث إنه بعد نقل الحاق الثمن أيضاً عن بعض الاعلام قال (وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسر من اخبار اشتراط الخيار برد الثمن أن تلف الثمن من البائع، وأنه ملكه وإن كان الخيار له... إلى آخر ما قال)^(٣).

٦٩٠- قوله ﷺ: (ولم تحرف وجه الاستظهار... الخ)^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٨٨.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.

أقول: إن قلت لعل نظره إلى أن الرواية دالة على المدعى بضميمة قاعدة الخراج بالضمان؛ حيث دلت على أن نماء الثمن للبائع.

قلت: نعم، ولكن على هذا لا تكون دليلاً في مقابل قاعدة التلف في زمن الخيار؛ إذ هي حاکمة على هذه القاعدة، وغرضه إثبات تخصيصها بهذه الرواية. والحاصل: أنه لو أراد دلالة الرواية في حد نفسها فهي ممنوعة، ولو أراد بضميمة القاعدة فهو مسلم، إلا أنها لا تكفي حيثئذ في تخصيص قاعدة التلف في زمن الخيار كما هو مقصوده.

٦٩١ - قوله ﷺ: (وإنما المخالف لها... الخ)^(١).

أقول: يعني أن المخالف لقاعدة التلف في زمن الخيار قاعدة الخراج بالضمان بضميمة الاجماع على كون النماء للبائع؛ حيث إن مقتضاها كون التلف من البائع الذي له النماء.

قلت: لكنك عرفت حكومة قاعدة التلف في زمن الخيار على هذه القاعدة. فالتحقيق أن يقال: إن قاعدة التلف لا مخصص لها ولو مع الضميمة، وأن كلاً من قاعدة الخراج بالضمان والرواية مخالفة لها مع الضميمة، وغير مخالفة من حيث هو، فإن كان المراد المخالفة بلا ضميمة فالقاعدة أيضاً غير مخالفة، وإن كان مع الضميمة فإن أريد المخالفة المثمرة فليس شيء منهما كذلك، وإن أريد مجرد المخالفة وإن لم تكن مثمرة فكل منهما كذلك؛ إذ الرواية أيضاً بضميمة القاعدة مخالفة لقاعدة التلف كما عرفت؛ فلا وجه للعدول عنها إلى جعل الاجماع ضميمة، فتدبر.

هذا، ووجه حكومة قاعدة التلف على قاعدة الخراج أن معنى كون التلف على غير ذي الخيار أنه يفسخ البيع قبل التلف أنا ما ليكون التلف في ملك من لا خيار له، ومقتضى قاعدة الخراج أن الضمان على المالك للعين فلا منافاة.

نعم لو أخذنا بعموم قاعدة الخراج وقلنا إن كل من له النماء يكون ضامناً لتلف

العين وإن لم يكن مالكا لها كالمستعير والمستأجر والمباح له المنفعة ونحو ذلك خرج ما خرج وبقي الباقي ارتفعت الحكومة، لكن من المعلوم أنه ليس كذلك؛ إذ لا يستفاد من القاعدة أزيد مما ذكرنا من أن المالك ضامن.

هذا مع امكان دعوى أخصية قاعدة التلف في زمن الخيار من قاعدة الخراج؛ إذ هي مختصة بما إذا تلف مال ذي الخيار في زمان الخيار المختص به، وأن تلفه على من لا خيار له وإن لم يكن مالكا، ولا كان له النماء، وأنها لا تجري فيما كان التالف مال غير ذي الخيار كما عرفت فهي أخص من قاعدة الخراج مطلقاً، وعلى فرض جريانها فيما لو تلف مال غير ذي الخيار أيضاً يمكن تخصيصها بهذه الصورة، فهي نص في كون ضمان المال على غير مالكة، فلا بد من تخصيص قاعدة الخراج بها، فمع فرض اغماض الحكومة أيضاً نقول بتقديم هذه القاعدة، ويتم ما ذكرنا من عدم مثمرة المخالفة، فتدبر.

٦٩٢- قوله ﷺ: (كما يقتضيه أخبار تلك المسألة... الخ)^(١).

أقول: الحق كما سيجيء عدم جريانها في الخيار المنفصل لقوله ﷺ في بعضها (حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري)^(٢)؛ إذ في الخيار المنفصل قد حصل المبيع للمشتري؛ أي صار ملكاً مستقرأه في زمان اللزوم، وهو قبل مجيء زمان الخيار، فتدبر.

ثم إن الظاهر عدم جريانها فيما كان الثمن كلياً، فيكون حكم تلفه على القاعدة من مال البائع، وإن قلنا بجريان القاعدة في الثمن.

ثم لا يخفى أنه يمكن أن يقال إن المراد من أخبار القاعدة الانفساخ من الأول، بمعنى كون التلف كاشفاً عن عدم الملكية أولاً، وعدم انعقاد البيع؛ فيكون البقاء إلى انقضاء الخيار من الشرط المتأخر؛ ولذا استدلل بها الشيخ على مذهبه من توقف الملك على انقضاء الخيار، ولعل مراده ما ذكرنا من الشرط المتأخر، لا أنه

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

مع فرض البقاء أيضاً لا يحصل الملك إلا بعد الانقضاء، وعلى هذا فمقتضى القاعدة كون نماء الثمن للمشتري، ونماء الثمن للبائع، للكشف عن عدم انعقاد البيع، ويكون خبر معاوية دليلاً على عدم جريان القاعدة في المقام، أو يكون حكم النماء على خلاف القاعدة، وتامام الكلام في المسألة من حيث جريانها في الثمن وعدمه وجريانها في الكلي وعدمه وجريانها في الخيار المنفصل وعدمه وكون الانفساخ من حين التلف أو من الأول وغير ذلك سيأتي^(١) إن شاء الله فانتظر.

٦٩٣- قوله ﷺ: (وكيف كان فالأقوى... الخ)^(٢).

أقول: يعني قد يكون الرد إلى المشتري من باب القيدية، وقد يكون من باب مجرد الموردية، فعلى الأول لا يجوز إلا الرد على نفس المشتري، فلو لم يمكن بأي وجه كان لا يجوز الفسخ؛ لعدم حصول الشرط، نعم لو كان حاضراً وامتنع من الأخذ كفى الاحضار عنده لصدق الرد عليه، وعلى الثاني يقوم وكيله ووليّه والحاكم وعدول المؤمنين مقامه؛ لأنّ المناط حيثئذٍ إيصال المال إليه لثلاث يبقى في ذمة البائع بعد الفسخ، لكن يعتبر أن يكون ذلك من جهة غيبة المشتري عن البلد الذي اعتبر الرد فيه.

والأول كان البائع في غير ذلك البلد وأراد الرد إلى الحاكم أو غيره لا يجوز له ذلك؛ لأنّ المفروض أنّ المشروط رده إلى المشتري في البلد الكذائي الذي اشترط كون الرد فيه، أو انصرف الاطلاق إليه، فتحصل أنّ صور المسألة ثلاث: أحدها: أن يشترط الرد إليه أو إلى وكيله أو وليّه.

الثانية: أن يشترط الرد إليه من غير ذكر للوكيل والولي، ولكن كان التخصيص به من باب الموردية.

الثالثة: أن يكون التخصيص من باب القيدية.

(١) ج ٣ تعليقة ٦٦٦ وما بعدها.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٣.

ففي الصورة الأولى لا اشكال، ويكون التعميم من جهة تعميم الشرط، وفي الثانية أيضاً الحكم كذلك، لكن من جهة عموم دليل النيابة والولاية وتنزيله لهم منزلته في ذلك، وفي الثالثة لا يكفي إلا الرد إلى نفسه، هذا.

ويمكن أن يقال: إذا لم يصرح بالتعميم لا يكفي الرد إلى الولي والوكيل وإن لم يكن التخصيص من باب القيدية، بل كان من باب الموردية؛ إذ يكفي في لزوم الاختصار السكوت عن الرد إلى غيره، وعموم دليل النيابة والولاية لا يجعل الرد إلى الولي والوكيل رداً إليه، بمعنى أنه لا يثبت تحقق هذا الموضوع، والمفروض أن الحكم معلق عليه، نعم يكفي في جواز دفع المال الذي ثبت كونه له إليهما، ومن هنا يمكن الاستشكال في كفاية الرد إلى وارثه لو مات وانتقل المال إلى وارثه، ففرق بين موته وموت البائع، ففي الثاني ينتقل الخيار الكذائي إلى الوارث، فله الرد إلى المشتري والفسخ، وفي الأول لا يكفي الرد إلى الوارث؛ لأنه ليس رداً إلى المشتري؛ فلا يتحقق موضوع الخيار، ولو كان عموم دليل النيابة والولاية نافعا لزم الاكتفاء فيما لو كان من باب التقييد والتقيّد والموردية من قبيل الثاني، ويمكن أن وبالجملة: لا فرق بين التقييد والتقيّد والموردية من قبيل الثاني، ويمكن أن يجاب بأننا لا نتمسك بمجرد دليل النيابة والولاية، بل نقول إذا كان التخصيص من باب الموردية فكأنه اشترط الرد إلى من كان مالكا للمال ومتصرفاً فيه وولياً عليه، فكأن المشروط الرد إلى المشتري ومن يقوم مقامه، فهو وإن كان مورداً إلا أنه ليس كذلك بما هو هو، بل بما هو مالك ومتصرف، ودليل النيابة يجعل الوكيل أيضاً بمنزلة المالك، وهذا بخلاف ما لو جعل قيدا فأشترط حيثشترط الرد إليه بما هو هو، فلا يقوم مقامه غيره، ومن هنا يظهر جواز الرد إلى الوارث أيضاً في هذه الصورة، لا في صورة التقييد.

وبالجملة: فالمقام بناءً على الموردية يكون من قبيل قول البائع للمشتري «ملكك» مع أنه قد يكون وكيلاً عن الغير أو فضولياً، فإنه في قوة قوله «ملكك المالك»، فتدبر.

٦٩٤- قوله ﷺ: (وليس في قبول... الخ)^(١).

أقول: إذا لم يجز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فلا يكون الحاكم الثاني بمنزلة المالك وهذا التصرف^(٢)؛ لأن المفروض أن أمر هذا المال صار إلى الحاكم الأول فهو الولي عن المالك في هذا المال، فالرد إلى الحاكم الثاني ليس رداً إلى من كان بمنزلة المالك؛ فيكون كما لو كان له وكيلان، وكان اختيار المبيع بيد أحدهما، وكان الآخر وكيلاً في تصرف آخر، فإنه لا يكفي حيث لا يرد إلا الرد إلى من كان وكيلاً في هذا المال، وكذلك الحال بالنسبة إلى الحاكمين.

نعم، لو جوزنا المزاحمة كان كل منهما ولياً؛ فيكونا من قبيل الأب والجدة، ثم لو فرض أن الحاكم الأول اشترى واشترط الرد إلى خصوص نفسه فلا يكفي الرد إلى غيره قطعاً، وكذا بالنسبة إلى الأب والجدة.

٦٩٥- قوله ﷺ: (وللمشتري خيار التبعض... الخ)^(٣).

أقول: هذا إذا كان الشرط رد الكل، لكن لا على هذا الوجه، وإلا فلا يثبت له خيار التبعض؛ لأنه باقداً على الشرط المذكور أقدم على التبعض، هذا. واستشكل في المستند في صحة اشتراط الخيار برد البعض فيما قبله؛ لأن الحكم على خلاف القاعدة، ومورد النصوص غير هذه الصورة، وأدلة الشروط ليست جارية؛ لأن شرط الخيار مخالف للسنة، وإنما جوزناه في المقام من جهة النصوص الخاصة، قال (وقال أيضاً - يعني صاحب المسالك - ولو اشترط ارتجاع بعض ببعض الثمن أو الخيار في البعض ففي صحته نظر، من مخالفة النصوص، وعموم «المسلمون عند شروطهم» وهو أوجه.

أقول: وقد تنظر فيه في الدروس^(٤) أيضاً، والتحقيق أنه إن كان الشرط رد البعض

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٤.

(٢) هكذا في الأصل، وفي نسخة «أ» بمنزلة الحاكم لمالك هذا التصرف، والظاهر اما نقصان لفظة «في» على أن تكون العبارة بمنزلة المالك في هذا التصرف، أو زيادة وهذا التصرف.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٤٥.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٢٦٩.

دون ثبوت الخيار فالأوجه الصحة لعموم الوفاء بالشرط، وإن كان ثبوت الخيار في البعض ففيه نظر؛ لما عرفت من أن دليله الاجماع وتحققه في البعض غير ثابت، والروايتان وشمولهما غير ظاهر، بل عدم الشمول أظهر، أما الأولى فلحكمه عليه السلام بأن جميع المبيع لو تلف إنما هو من البائع، وأما الثانية فلأنها قضية في واقعة.

ومنه يظهر فساد الشرط أو شرط خيار فسخ البعض الآخر في مدة أخرى، أو خيار فسخ الجميع بعضه في مدة، وبعضه في الأخرى^(١) انتهى.

ومراده من الروايتين صحيحة ابن سنان (وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع)^(٢)، ورواية السكوني المتقدمة (أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار... إلى آخرها)^(٣) هذا.

وفي كلامه أنظار لا تخفى:

منها: فرقه بين شرط رد البعض وثبوت الخيار في البعض، فإنه لا فرق بينهما إلا في مجرد اللفظ، وقال قبل العبارة التي نقلناها في أصل المسألة (والتحقيق أن المشروط تارة يكون ثبوت الخيار للبائع مع رد ائتمن، وأخرى رد المشتري المبيع إليه معه، أو كونه له، وكل منهما يصح ويلزم، أما الأول وهو من باب خيار الشرط فلما مر من الاجماع... إلى أن قال: وأما الثاني فلعمومات الشرط وخصوص الروايات، وليس هو من باب خيار الشرط، بل المشروط هو رد المشتري المبيع فيجب عليه لما ذكر، من غير احتياج إلى فسخ كما هو المستفاد من تلك الروايات، ومن ذلك يظهر أن الاستدلال بها على خيار الشرط لبعض المتأخرين في غير موقعه)^(٤) انتهى.

وأنت خبير بأن الثاني أيضاً من باب خيار الشرط، غاية الأمر أن الرد فسخ فعلي

(١) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٥.

حيثُذ، فتدبر.

والتحقيق صحة الشرط على حسب جعل المتعاقدين أي وجه؛ لعموم دليل الشرط من غير حاجة إلى دليل آخر، ولا نسلم كونه شرطاً مخالفاً للسنة كما مرّ مراراً.

٦٩٦- قوله ﷺ: (الأمر الثامن... الخ)^(١).

أقول: الأمر التاسع: كما يجوز اشتراط الفسخ برد الثمن أو المثلن كذلك يجوز اشتراطه بفعل آخر من المشروط له، كأن يقول بشرط أن يكون لك الخيار إلى سنة إن أعطيتني درهماً أو مالك الفلاني، أو فعلت كذا، أو تركت كذا، فيكون له الفسخ على التقدير المذكور، وكذا إذا قال على أن تفسخ بحضوري أو بحضور الحاكم أو نحو ذلك كل ذلك لأدلة الشروط، ولا يكون من التعليق؛ لأن الخيار له من حين العقد إلى آخر المدة، لكن على هذا الوجه.

الأمر العاشر: يجوز أن يشترط المشتري على البائع الفسخ برد الثمن أو العكس، بأن يكون الراد هو المشروط عليه فيجب عليه ذلك بالشرط، ومع تخلفه يكون للأخر الخيار، ولكن ليس هذا من خيار الشرط، بل من خيار تخلف الشرط، ولم يجعل للمشروط عليه أيضاً الخيار، بل جعل عليه الفسخ برد الثمن.

الأمر الحادي عشر: يجوز أن يشترط عليه فعلاً على أنه إن لم يفعل يكون للشارط الخيار، كأن يقول «بعثك على أن تخط لي ثوباً على أن يكون لي الفسخ على تقدير تخلفك» وفي الحقيقة هذا يكون من اشتراط خيار الاشتراط الموجب تخلفه للخيار، غاية الأمر أنه صرح بالخيار مع التخلف فيكون راجعاً إلى خيار الشرط على تقدير الترك، هذا.

ولو لم يشترط عليه ذلك الفعل، بل علق الخيار على تقدير عدمه، كان يقول «بشرط أن يكون لي الخيار إن لم تخط» بحيث لم يكن الخيار مشروطة عليه، ففي صحته اشكال؛ لأنه راجع إلى التعليق، والفرق بينه وبين الأول أن في الأول

يكون من باب تخلف الشرط وإن كان الخيار مصرحاً به على تقدير التخلف، ويحتمل الصحة لعدم الدليل على بطلان هذا المقدار من التعليق، لكنه كما ترى، وإلا لزم صحة تعليقه على قدوم الحاج أو مجيء زيد أو نحو ذلك، والظاهر عدم الاشكال في بطلانه.

الامر الثاني عشر: شرط الخيار برد الثمن قد يكون بالنسبة إلى العقد، وقد يكون بالنسبة إلى استرداد الثمن، فعلى الثاني - كما هو المتعارف - لا يجوز للمشتري التصرف المتلف أو الناقل لمنافاته لحق البائع المتعلق بالعين، وعلى الأول يبني المسألة على جواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار، والفرق أنه على الأول يكون الحق متعلقاً بالعقد، وعلى الثاني بنفس العين، فهو في قوة اشتراط ابقائها إلى آخر المدة ليتمكن من الفسخ إذا شاء، فتدبر.

□ مسألة: لا يختص خيار الشرط بالبيع، بل يشمل سائر المعاوضات

٦٩٧- قوله ﷺ: (عدم معنى للخيار في العقد الجائز... الخ) (١).

أقول: هو كذلك لما ذكره العلامة من أن الخيار لكل منهما دائماً؛ فيكون جعل الخيار لغواً إلا أن تصير لازمة بالعرض، فحيث يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمن عقد آخر.

فإن قلت: فلم يجوزتم اشتراط الخيار في العقد الخياري كالبيع الجائز بخيار المجلس أو الحيوان.

قلت: لحصول الفائدة؛ لا مكان اسقاط الخيار الثابت فيه بعد العقد، فيؤثر هذا الخيار في جواز الفسخ، وفي العقود الجائزة لا يمكن اسقاط جوازها؛ لأنه حكم شرعي غير قابل للاسقاط؛ فلا ينك الجواز الأصلي عنها ليؤثر هذا الخيار.

٦٩٨- قوله ﷺ: (قيل لأن المفهوم... الخ) (٢).

أقول: كلام هذا القائل أن الايقاع بما هو ايقاع لا يقبل الشرط أصلاً سواء كان

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٨.

شرط الخيار أو غيره؛ وذلك لأن الشرط مما يحتاج إلى رضا من عليه الشرط ليتحقق موضوعه، ويدخل في عموم المؤمنون عند شروطهم، وإلا فلو لم يقبل ولم يرضَ به لا يكون شرطاً له حتى يجب عليه الوقوف عنده، والايقاع إنما يتم بطرف واحد، فمع الاقتصار عليه لا يتحقق موضوع الشرط، ومع اعتبار القبول يخرج عن كونه ايقاعاً، أو يكون الشرط معاهدة مستقلة لا ربط له بالايقاع، غاية الأمر وقوعه فيه كوقوع عقد في عقد آخر.

والحاصل: أن لازم الشرط أن تكون من تتمات ما تضمنه؛ بحيث يكون نفس ذلك المتضمن من العقد والايقاع كافياً عنه، والايقاع بما هو ايقاع لا يكون كذلك. وحاصل الجواب: منع اعتبار ذلك، وعدم المنافاة لكونه محتاجاً إلى القبول، ومنع خروجه بذلك عن كونه شرطاً، وكذلك منع خروج الايقاع عن كونه ايقاعاً فنختار أنه موقوف على القبول، ومع ذلك يصدق عليه الشرط في ضمن الايقاع، ولا يخرج الايقاع بذلك عن حقيقته، هذا.

والتحقيق: قبول الايقاعات للشرط، وهو قد يكون على نفس الموقع كما إذا قال «طلقتك على أن أعطيك درهماً» أو «أعتقتك على أن أزوجك ابنتي»، وحيث لا يحتاج إلى القبول؛ لأنه شرط على نفسه، فهو المشروط عليه، ويدخل بذلك في عموم المؤمنون، ولا دليل على اعتبار رضا المشروط له، غاية الأمر أن له أن لا يقبل، بمعنى أن يسقط حقه، ومن ذلك يظهر أنه لو اشترط الخيار في البيع للأجنبي لا يحتاج إلى قبوله، فيثبت له الحق بذلك إلا أن له اسقاطه وعدم الأخذ به. ومن هذا القليل ما لو كان على غيره، لكن كان أمر ذلك الغير إليه بحيث يكون مسلطاً عليه، بأن يلزمه بشيء، كما لو اشترط في ضمن العتق خدمة مدة على عبده، فإنه لا يحتاج إلى قبول العبد، لأنه مالك له ولخدمته مدة عمره، فايجابها عليه في ضمن العتق بمنزلة استثناء هذه المنفعة، لا أنه حقيقة استثناء، بل لما كان أمر العبد إليه وكان يجوز له أن يأمره بالخدمة أي وقت أراد فله أن يلزمه بذلك من دون رضاه، ولا يكون من الانتفاع بخدمة الحر؛ لأنه حين الشرط لم يكن حراً، وإنما

يصير حراً بعد وجوب ذلك عليه، ولا مانع، ويدل عليه جملة من النصوص:

منها: صحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن رجل قال غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا؟ قال: هو حر وعليه العمالة)^(١).

ومنها: صحيحة يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدمه عشر سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها؟ قال عليه السلام: لا)^(٢) بناءً على أن يكون ذلك من باب كون الشرط خدمة نفس المولى وقد مضى وقتها.

وقد يكون الشرط على غير الموقع ممن لا يكون مسلطاً عليه بالنسبة إلى ذلك الشرط، كما إذا قال لزوجته «طلقتك على أن تفعل كذا» أو قال للمديون «أبرأتك على أن تخط لي ثوباً» وهذا بحسب القاعدة لا مانع منه، لكنه يحتاج إلى قبول من عليه ليدخل في عموم المؤمنين، ولعل منه ما لو شرط على عبده المعتقد أن لا يتزوج على ابنته، أو لا يتسرى، وعليه يحمل ما ورد من صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يقول لعبده اعتقتك على أن أزوجك ابنتي، فإن تزوجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فاعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى؟ قال عليه مائة دينار)^(٣) فإن الزامه بعدم التزويج والتسري يحتاج إلى قبوله، وكذا الزامه بمائة دينار على فرضهما، فإنه ليس له الزام عبده بمال، بل إنما له أن يستخدمه أو يأمره بالعمل سواء حصل المال أم لا، فلا بد من حمل الرواية على صورة القبول.

فظهر مما ذكرنا أن الشرط على المعتقد قسمان: قسم منه يحتاج إلى القبول، وقسم منه لا يحتاج، وقد يقال بعدم الحاجة مطلقاً لاطلاق الاخبار، وقد يقال بالحاجة مطلقاً؛ لأنه مالك لمنافعه حال كونه حراً، فاشتراط خدمته بعد حريته يحتاج إلى رضاه، ولصحيحة حريز قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال

(١) وسائل الشريعة، باب ١٠ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.

(٢) وسائل الشريعة، باب ١١ من ابواب كتاب العتق، ح ١.

(٣) وسائل الشريعة، باب ١٢ من ابواب كتاب العتق، ح ١.

لمملوكه أنت حر ولي مالك؟ قال ﷺ: لا يبدأ بالحرية قبل المال، فيقول لي مالك وأنت حر إن رضي المملوك فالمال للسيد^(١) حيث اعتبر رضا المملوك في هذا الشرط، والتحقيق ما ذكرنا.

والجواب عن اطلاق الاخبار أنها ليست بصدد بيان اعتبار القبول وعدمه، وعن كونه مسلطاً على منافعه حال حرّيته ما قد عرفت، وعن الصحيحة بكونها أخص من المدعى أولاً وعدم العمل بمضمونها من اعتبار الابتداء بكون ماله له ثانياً، وظهورها في عدم سلطنة المولى على تملك مال عبده، وهو خلاف التحقيق ثالثاً، مع أن سندها غير معتبر لأنها مروية في التهذيب^(٢) عن أبي جرير بدل حرّيز، وهو غير موثق.

وكيف كان فالإيقاع غير أبٍ عن دخول الشرط فيه سواء احتاج إلى القبول أو لا، وحيث لا فنقول مقتضى القاعدة جواز شرط الخيار فيه أيضاً سواء في ذلك العتق والطلاق والابراء وغيرها، وما ذكره المصنف من امكان منع صدق الشرط كما ترى، كدعواه الانصراف؛ إذ لا وجه له بعد صدق الشرط، ولا يلزم بناءً على قول صاحب القاموس أزيد من كونه في ضمن معاهدة، والإيقاع معاهدة، فإن كان اجماع على عدم صحة شرط الخيار في كلها أو بعضها فهو، وإلا فمقتضى عموم المؤمنون الصحة.

والظاهر تحقيقه بالنسبة إلى الطلاق، فإن الرجوع وإن كان فسخاً إلا أنه إذا كان في الأول والثاني فلا حاجة فيه إلى اشتراط الخيار، وإن كان في الثالث فليس مشروعاً سواء كان بعنوان اشتراط الخيار أو بغيره، وكذا في كل طلاق بائن، وفي الابراء أيضاً الظاهر تحقق الاجماع.

وأما العتق فأنه وإن قيل فيه أيضاً بتحقيقه إلا أنه يمكن منعه؛ وذلك لما عن

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب كتاب العتق، ح ٥، ولكنها عن أبي جرير كما في الكافي والتهذيب والاستبصار.

(٢) التهذيب ٨: ٢٢٤، باب العتق واحكامه، ح ٣٩.

الشيخ في النهاية^(١) والقاضي^(٢) وغيرهما من جواز اشتراط اعادته في الرق إن خالف ما اشترط عليه للموثق عن اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل يعتق مملوكه ويؤوجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق؟ قال عليه السلام: له شرطه)^(٣).

ودعوى: أنه غير ما نحن فيه من اشتراط الخيار مدفوعة:

أولاً: بأنه راجع إلى اشتراط الخيار على تقدير المخالفة.

وثانياً: بأنه إذا أمكن عوده رقاً بهذا الاشتراط جاز باشتراط الخيار أيضاً، بأنه حيث لا مانع من شمول عمومات الشرط؛ لأن المانع منها عدم مشروعية عود الحر رقاً، والمفروض إمكانه.

نعم حكى عن المشهور عدم العمل بالموثق المزبور، والحكم بفساد الشرط فقط، أو مع العتق أيضاً، وأنت خير بآئه لا وجه لطرحة مع أنه من الموثق، ولا لحمله على إرادة فساد العتق بذلك كما قيل، إذ هو خلاف ظاهره، بل صريحه لقوله عليه السلام (له شرطه) إلا أن يقال إن خلاف الشيخ والقاضي في مورد الرواية لا ينافي الوفاق على عدم جواز اشتراط الخيار؛ ولذا حكى المصنف عن الشيخ في مبسوطه^(٤) الاجماع على عدم دخول شرط الخيار في العتق والطلاق، وعن السرائر^(٥) نفي الخلاف في ذلك، هذا.

ويمكن أن يقال: إن مورد الاجماع اشتراط الخيار، وأما اشتراط شيء آخر يلزم من تخلفه الخيار فليس اجماعياً فيما عدا الطلاق، فيجوز أن يبرأه دينه ويشترط عليه خياطة ثوب، أو يعتقه ويشترط عليه شيئاً، وحيث فلو خالفاً كان له الخيار بمقتضى القاعدة، هذا.

(١) النهاية ٥٤٢.

(٢) المهذب ٢: ٣٥٩.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.

(٤) المبسوط ٢: ٨١.

(٥) السرائر ٢: ٢٤٦.

ولكن قال في الجواهر^(١) في باب الاقالة إن الشرط فيها لا يوجب التسلّط على الفسخ على فرض التملّك، بل فائدته مجرد الالتزام، نظير الشرط في العتق والوقف ونحوهما، فيظهر منه مفروغية ذلك في العتق والوقف، فتدبّر.

فان قلت: إن الإبراء لا يقبل الفسخ؛ لأنّه اسقاط للحق، وإذا سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ونظيره اسقاط أحد الخيارات فإنّه لا يمكن إعادته.

قلت: لا مانع منه عقلاً؛ إذ له أن يرفع اليد عن معاهدته فيكون كما كان أولاً، بل نقول إن الفسخ أيضاً قابل لخيار الفسخ عقلاً لكنه غير معهود، إلا أن مجرد عدم المعهودية لا يصلح مانعاً عن عمومات الشرط.

وأما ما ذكره المصنف وجهاً للمنع من عدم مشروعية الفسخ فيها فلا يقبل الاشتراط وإلا لزم كون الشرط مشروعاً وجاعلاً لغير السبب سبباً، وهذا بخلاف العقود فإنّ الفسخ مشروع فيها لمكان صحة الاقالة والفسخ بخيار المجلس والحيوان ونحوها، فيصح اشتراط الخيار.

ففيه: - بعد منع عدم المشروعية في الجملة - أن اشتراط ذلك في صحة الشرط ممنوع، نعم لو علم عدم المشروعية المطلقة كان في قوة العلم بعدم قبولها الخيار، وإلا فعدم المشروعية بغير الشرط لا ينافي المشروعية به، غاية الأمر أنّه يحتاج إلى الدليل ويكفيه العمومات ما لم يثبت كون الحكم غير قابل للتغيير بالشرط.

ثم أقول: إذا كانت المشروعية في الجملة كافية في صحة الشرط فمجرد الاحتمال أيضاً كافٍ بعد عموم الدليل؛ إذ هما مشتركان في كون الشرط المذكور مشكوك الصحة، ولا بدّ فيه من التمسك بالعموم، فإذا أمكن التمسك به فيما لو وجد مورد يصح الفسخ فكذا إذا لم يوجد، لكن كان مشكوكاً.

والحاصل: أن المعيار في صحة التمسك بعمومات الشرط عدم ثبوت كون الحكم مما لا يقبل التغيير، وهو متحقق في المقام، فتدبّر.

فتحصل أن مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الايقاعات، وأنّ المانع

منحصر في الاجماع.

٦٩٩- قوله ﷺ: (والرجوع في العدة... الخ)^(١).

أقول: الانصاف أن الرجوع فسخّ للطلاق حقيقة، وإن لم يكن كذلك اصطلاحاً، مع أنه لا يعتبر مشروعية عنوان الفسخ، بل يكفي عدم لزوم العمل على طبق الطلاق، وجواز ازالته ولو بعنوان الرجوع، فعلى فرض كفاية المشروعية في الجملة لا بدّ من الحكم بصحة الشرط، والتحقيق أن المانع هو الاجماع كما عرفت.

٧٠٠- قوله ﷺ: (وقد وجد في العقود... الخ)^(٢).

أقول: قد عرفت أن المشروعية في غير مورد الشرط لا تنفع بحال الشرط؛ لأنّ الشك بعد بحاله، ولا مزيل له إلا التمسك بالعمومات، وهي كافية في الايقاعات أيضاً على فرض عدم ثبوت عدم المشروعية المطلقة.

٧٠١- قوله ﷺ: (بناءً على أن اللزوم... الخ)^(٣).

أقول: يعني أنه كالجواز في العقود الجائزة من حيث عدم قابليته شرعاً لأن يتغير بالطوارئ، بخلاف اللزوم في العقود اللازمة فإنه قابل للتغيير بها، وليس المراد أن اللزوم في العقود اللازمة من الحقوق، وفي الايقاعات والعقود الجائزة من الأحكام، وإن كان ظاهر العبارة موهماً لذلك؛ وذلك لأنه لا وجه لدعوى كون اللزوم في العقود اللازمة من الحقوق، كيف؟ وإلا لكان قابلاً للاسقاط، مع أنه ليس كذلك، نعم هو قابل للازالة بالاقالة، لكن مجرد هذا لا يستلزم كونه من الحقوق.

٧٠٢- قوله ﷺ: (لم يدخله لأن... الخ)^(٤).

أقول: التحقيق جريانه فيه لعدم المانع، ومجرد كونه مشروعاً لقطع المنازعة لا

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥٠.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٥٠.

يقتضي المنع، وإلا لجري فيما لو كان بعنوان المعاوضة أيضاً.

٧٠٣- قوله ﷺ: (لا أقل من الشك... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أن العمومات مزيلة للشك ما لم يثبت كون الحكم مما لا يتغير بالطوارئ، وقد ذكر المصنف في بحث الشروط أنه يتسمك بالعمومات مع الشك في كون الحكم قابلاً للتغير وعدمه، وكونه مخالفاً للكتاب أو لا، وهو منافٍ لما ذكره هنا من عدم التمسك مع الشك.

٧٠٤- قوله ﷺ: (ولعله لتوقف ارتفاعه... الخ)^(٢).

أقول: العمدية فيه الإجماع، وإلا فيجري فيه الفسخ في الجملة، كالفسخ بالعيوب، وربما يقال إن شرط الخيار منافٍ لمقتضاه؛ ولذا حكى عن المشهور أنه لو اشترط الخيار فيه بطل، مع أن منهم من لا يقول بكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، قال في الجواهر في كتاب النكاح (لا أجد خلافاً في بطلان هذا الشرط، بل لعل الإجماع بقسميه عليه؛ لمعلومية عدم قبول النكاح لذلك؛ لأن فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار، ولحضر فسخته بغيره؛ ولذا لا تجري فيه الاقالة، بخلاف غيره من عقود المعاوضات، فيكون حيثئذ اشتراط الخيار فيه منافياً لمقتضاه المستفاد من الأدلة الشرعية، بل لم يريد بلفظ العقد معنى النكاح مع اشتراطه، ومن هنا كان هذا الشرط مبطلاً للعقد، وإن قلنا إن فساد الشرط بالمخالفة للكتاب والسنة لا يبطل النكاح)^(٣).

قلت: لا يخفى ما في هذه الدعوى؛ لمنع المنافاة المذكورة، وشبهه بالعبادة لا يقتضي ما ذكر، ولذا تردد المحقق في فساد العقد، قال (فيه تردد منشأ الالتفات إلى تحقق الزوجية بوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار، والالتفات إلى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط)^(٤) فعلى وجه البطلان بأنه منافٍ للرضا بأصل

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٠٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٥٥٢.

النكاح، كما يعلل به في كل شرط فاسد على القول بكونه مفسداً.

وعن ابن ادريس بطلان الشرط فقط دون أصل العقد، قال (إنه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع، بل الاجماع على الصحة؛ لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم اختاره الشيخ على عادتهم في الكتاب)^(١) انتهى.

والحاصل: أنه لا وجه لدعوى كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد؛ ولذا رجع عن الدعوى المذكورة في الجواهر أيضاً؛ حيث قال في آخر كلامه (اللهم إلا أن يمنع ذلك، فإنه لا يخلو من تأمل)^(٢).

فتبين أن العمدية هو الاجماع، والظاهر تحققه حتى في صورة تخلف سائر الشروط الصحيحة أيضاً؛ حيث إنه لم يقل أحد منهم بتطرق خيار تخلف الشرط فيه، ففائدة الشروط في النكاح إنما هو مجرد الالتزام، هذا كله في شرط الخيار في نفس العقد.

وأما في المهر فالظاهر جوازه، ومع الفسخ يرجع إلى مهر المثل، فيكون كما لو لم يذكر أصل المهر، فإنه ليس شرطاً في صحة العقد، وعندهم أنه بمنزلة عقد مستقل فيجري فيه الشرط؛ لعموم المؤمنون، قال في الشرائع (لو شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط)^(٣) هذا.

والظاهر عدم الفرق في عدم الجواز بين الدوام والمتعة، لكن في الجواهر (في المتعة اشكال إن لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الاجماع، وأما في عوض المتعة فلا يجوز بلا اشكال؛ لأنه ليس مثل المهر فهو عوض حقيقة، ولذا لا يجوز اخلاء المتعة عنه، وجريان الخيار فيه دون أصل العقد يستلزم جواز الاخلاء كما لا يخفى؛ إذ لو فسخ العوض يصير أصل العقد بلا عوض)^(٤).

(١) السرائر ٢: ٥٧٥، ليس هذا نص عبارته.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٠٦.

(٣) شرائع الاسلام ٢: ٥٥٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٦٣.

٧٠٥ - قوله ﷺ: (والكبرى في الصغرين ... الخ) ^(١).

أقول: أما الثانية فواضح، وأما الأولى فيمكن الالتزام بها لما سيأتي منه ﷺ بعد أسطر من عموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله، فتدبر.

٧٠٦ - قوله ﷺ: (وقريب منها غيرها ... الخ) ^(٢).

أقول: وهو خبر اسماعيل بن الفضل قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال إنّ احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله؟ يكون له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً إلى أهله أو يمضي صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً إلى أهله) ^(٣). وجه الاستدلال بالروايتين دعوى ظهورهما من حيث الحكم بالرجوع إلى الميراث في بطلان الوقف المذكور، وليس إلا لاشتماله على الشرط المذكور، ووجه التأمل أنّه لا دلالة فيهما على البطلان، بل ظاهرهما صحة الشرط وأنّ الرجوع في الميراث إنّما هو بعد تحقق الحاجة والعود إلى الواقف، والغرض أنّه إذا احتاج ورجع إليه يبقى على ماله وورثه وارثه، لأنّ يرجع إلى الوقفية بعد موته، هذا.

مع أنّهما لا دخل لهما بما نحن فيه من اشتراط الخيار، فإنّ اشتراط العود إليه مع الحاجة في قوة جعل عنوان الوقف ما قبل الحاجة، وبعدها يخرج عن الوقفية من دون حاجة إلى الفسخ؛ ولذا ذهب جماعة منهم إلى صحة الشرط المذكور مع قولهم ببطلان شرط الخيار، بل عن المسالك ^(٤) نسبة الصحة إلى السيد والمعظم تارة، وأخرى قال إنّ العمل بخبر اسماعيل بن الفضل اتفاق من الاصحاب أو من أكثرهم.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٤) مسالك الافهام ٥: ٣٦٤.

وفي الجواهر أنه الأقوى؛ لعموم الوقوف والمؤمنون، قال (وليس هذا من ادخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً، بل هو تقييد للوقف بما يقتضي انتهاءه... إلى أن قال: ولا تعليق فيه على نحو ينافي عقد الوقف، بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا اشكال في جوازها، ضرورة رجوعه إلى جعله وفقاً ما دام غنياً... إلى أن قال: وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم أعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارة محكمة عن السرائر لم يعلم أنها له أو للشيخ، وعلى كل حال لا ريب في شذوذها لمنافاته للزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه، وما نحن فيه إنما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلق عليه، وفرق واضح بين المقامين^(١)) انتهى.

وبالجملة: لا دخل لهذه المسألة بما نحن فيه من اشتراط الخيار، فإن فيها أقوالاً ثلاثة، فجماعة على البطلان، والمعظم على الصحة وفقاً، وعن جماعة صحته حبساً، بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يعلم قول بجواز اشتراط الخيار بحيث يجوز له أن يرجع في الوقف اختياراً.

نعم، عرفت ما حكى عن السرائر وعن المسالك أيضاً أنه نبه في الدروس وغيرهما على أنه موضع خلاف كما أشار إليهما المصنف رحمه الله أيضاً.

٧٠٧- قوله رحمه الله: (لعموم ما دلّ... الخ)^(٢).

أقول: وهي أخبار مستفيضة:

منها: قوله رحمه الله: (إنما الصدقة لله عز وجل فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه)^(٣).

ومنها: قوله رحمه الله: (قال رسول الله ﷺ: إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٧٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ١.

فيها مثل الذي بقيء ثم يعود في قيئه^(١).

ومنها: قوله ﷺ (من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها؛ لأنه لا شريك لله عز وجل في شيء مما جعل له، إنما هو بمنزلة العناقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق)^(٢)، ويستفاد من هذا الخبر عدم جواز الرجوع في العتق أيضاً.
ومنها: قال أبو عبد الله ﷺ (قال رسول الله ﷺ: إنما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه)^(٣).

ومنها: (لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عز وجل)^(٤).

بل يظهر من بعض الاخبار عدم جواز الرجوع حتى بالشراء والاستيهاب كخبر منصور بن حازم قال أبو عبد الله ﷺ: (إذا تصدق الرجل لم يحل له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث)^(٥).

وخبره الآخر عنه ﷺ (إذا تصدقت بصدقة لم ترجع إليك ولم تشتريها إلا أن تورث)^(٦). لكنهما محمولان على الكراهة، هذا.

والانصاف أنه لا دلالة في هذه الاخبار على عدم جواز الاشتراط، بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه يستفاد منها كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة بحيث لا يقبل التغير فهو كما ترى، كيف؟ وإلا كان أول دليل على الحكم في جملة من العقود والايقاعات^(٧)، فتدبر.

والتحقيق: أنه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن إخراجها للمال ليس على كل تقدير، والإخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقياً،

(١) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٧.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٥.

(٧) هكذا في الاصل.

فالرجوع إنَّما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك، لا مثل المقام، فتدبّر.

٧٠٨- قوله ﷺ: (ولو شك في ذلك كفى... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت ما فيه من أنَّ المقام من موارد التمسك بعموم الشروط، وسيأتي منه ﷺ في باب الشروط^(٢) أنَّه لو شك في كون الشرط مخالفاً فالأصل عدم المخالفة، وتام الكلام موكل إلى ذلك المقام فانتظر.

٧٠٩- قوله ﷺ: (ولا يخلو عن قرب لما تقدم... الخ)^(٣).

أقول: التحقيق عدم الفرق كما تقدّم ولو قلنا بعدم جريان الخيار في الإبراء، فإنَّ حقيقة الصلح غير الإبراء، وإنَّ كان في مقامه، فإنَّه معاهدة بين طرفين فهو قابل لذلك، خصوصاً إذا اشتمل على عوض، فإنَّه حيثُذٍ نظير بيع الدين على من عليه، حيثُ إنَّه يرجع إلى الاسقاط بالنسبة إليه ولا ينبغي الاشكال في جريان الخيار فيه.

٧١٠- قوله ﷺ: (أقسام البيع... الخ)^(٤).

أقول: قيَّده في الجواهر^(٥) بما لم يستعقب اعتقافاً، ولعله لأنَّه لا يمكن استرداده حيثُذٍ، وفيه ما عرفت سابقاً في خيار المجلس^(٦) من أنَّه لا ينافي الفسخ والرجوع إلى القيمة، وإلا لزم عدم جريانه في بيع الدين على من عليه أيضاً، فتأمّل.

٧١١- قوله ﷺ: (لا يمكن ارتباطه... الخ)^(٧).

أقول: هذا ممنوع، بل يصح الارتباط؛ ولذا يجوز أن يكون القرينة على الكلام حالياً أو فعلاً من الأفعال، ولا فرق بين المقامين، فتدبّر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٣.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٣١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥٤.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٥٥.

(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٦١.

(٦) تعليقة ٥٤٥.

(٧) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

٧١٢- قوله ﷺ: (وفيه نظر... الخ)^(١).

أقول: لا وجه له بعد العموم وعدم المانع، خصوصاً مع مشروعية الفسخ فيه في الجملة.

٧١٣- قوله ﷺ: (بصحة التقايل في العقد... الخ)^(٢).

أقول: يعني من حيث هو، وإلا فيمكن أن يقال بعدم جريان التقايل في البيع الخياري ما دام الخيار باقياً؛ لقصور أدلته عن الشمول لأنه مع الخيار لا يكون من إقالة النادم؛ لامكان رفع الندم بالفسخ من جهة الخيار، مع أنه لا اشكال في جريان شرط الخيار وإن كان له خيار آخر، ويمكن جريان الاقالة مع عدم جريان الشرط إذا كان منافياً لمقتضى العقد، كما في عقد الرهن بناءً على كون شرط الخيار منافياً للاستيثاق المقصود منه، فلائذ لا اشكال في جريان الاقالة فيه.

والتحقيق: أن النسبة بين مورد الاقالة وخيار الشرط - من حيث هما - عموم من وجه، فمورد افتراق الاقالة مسألة الرهن والوقف بناءً على كون شرط الخيار فيه منافياً لمقتضاءه من الدوام، فأنه على هذا لا يصح شرط الخيار، لكن لا مانع من جريان الاقالة بعد انعقاده وتمايمته إذا كان الموقوف عليه معيناً، أو مع ولي الوقف العام.

ومورد افتراق شرط الخيار بعض الايقاعات الذي يجري فيه شرط الخيار، أو يمكن أن يجري فيه فأنه لا معنى لجريان الاقالة فيها مطلقاً؛ لأنها محتاجة إلى الطرفين، والايقاع متقوم بطرف واحد، ومع ذلك يمكن اشتراط الخيار لمن لا يكون طرفاً في الايقاع، كأ أن يجعل الخيار في الطلاق للزوجة أو لنفسه ورضيت الزوجة به، وكذا في البراء ونحوه، وأيضاً العقد المشتمل على الخيار حسبما عرفت.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

والحاصل: أنَّ التفكيك ممكن من الجانبين، وإنْ لم يكن واقعاً، كما إذا منعنا دخول شرط الخيار في الايقاعات مطلقاً، وقلنا بجريان الاقالة في العقد المشتمل على الخيار أيضاً، وجوزنا دخول الشرط في الرهن بدعوى عدم المنافاة.

تتمة: يجري خيار الشرط في القرض، فإنه من العقود اللازمة، ولا ينافي ذلك جواز الرجوع فيه بعد العقد؛ إذ هو غير الفسخ، فإنْ مقتضاه عود نفس المال إليه، ومطالبة الاداء لا تستلزم وجوب دفع عين المال، فيجوز للمقترض دفع المثل أو القيمة ولو مع بقائها، ففائدة الخيار فسخ العقد والرجوع إلى نفس العين، وكذلك يجري في الوفاء، فلو كان عليه كلي كمن من الحنطة فعينه في فرد لزم، ولكن لا يجوز له شرط الخيار ليتمكن من ابطال التعيين وإعادة الكلي إلى ذمته، وكذلك لا مانع من جريانه في الخلع والمباراة.



الرَّائِعُ
خِيَارُ الْغَيْبِ

الرابع: خيار الغبن

٧١٤- قوله ﷺ: (لأنَّ المبيع يبيع بالخيار... الخ)^(١).

أقول: يعني أنَّه ينقص ثمنه عن المبيع بالمبيع اللازم في الجملة، لا أنَّه مع الخيار لا يصدق الغبن أصلاً ولو كان بأقل مراتب، نعم يمكن نفي خيار الغبن مع ثبوت الخيار بوجه آخر سواء كان من جهة الاشتراط أو غيره؛ لقصور الأدلة عن الشمول؛ خصوصاً إذا كان المدرك قاعدة الضرر، هذا.

وكما أنَّه يلاحظ خيار البائع فكذا خيار المشتري، فلو باع ما يساوي مائة بمائة مع اشتراط الخيار للمشتري يكون مغبوناً؛ لأنَّه مع الخيار للمشتري قد يكون قيمته أكثر، لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فكأنَّه باع بأقل من مائة، وأما سائر الشروط فأمرها أوضح.

٧١٥- قوله ﷺ: (والظاهر أنَّ كون... الخ)^(٢).

أقول: إذا كانت الزيادة مما يتسامح بها يمكن دعوى عدم صدق الغبن، فهذا أيضاً معتبر في مفهومه، بل يمكن أن يعكس ويقال إنَّ اعتبار الجهل بالقيمة شرط خارج عن المفهوم بحسب اصطلاح الفقهاء أيضاً؛ إذ الغبن عندهم التملك بما يزيد على قيمته وإنَّ لم يكن الآخر جاهلاً، فإنَّهم يطلقون الغبن مع العلم أيضاً، ويقولون إنَّه قد أقدم عليه.

نعم يعتبر الجهل في مفهومه بحسب معناه اللغوي؛ لأنَّ الخديعة لا تتحقق إلا

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٧.

مع جهل المخدوع، مع احتمال الصدق ولو مع العلم أيضاً إذا كان بعنوان الخدعة، كما في قوله تعالى ﴿يَخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا... الخ﴾^(١).

ثم لا يخفى أنه بناءً على كون الغبن باقياً على معناه اللغوي، وكونه بمعنى الخديعة لا يكفي مجرد الجهل بالقيمة في تحقق مفهومه، بل يعتبر فيه مع ذلك علم الغابن، بل قصده للخدعة [أيضاً، فغالب موارد اطلاق الفقهاء خارج عن معناه اللغوي، بل صورة علم الغابن وقصده للخدعة]^(٢) وجهل الآخر جهلاً يصدق معه عنوان الخدعة في غاية الندرة، فلا بد إما من القول بحدوث معنى اصطلاحى له، أو عدم اعتبار القيد في معناه اللغوي أيضاً، بدعوى أن معناه لغةً الاتيان بفعل يناسب الخادع، كما في لفظ الجهالة؛ حيث إنها بمعنى الاتيان بأفعال الجهال وإن كان على وجه الالتفات، فالمغبون حيثئذ من عمّل عمل المخدوعين، فتأمل.

٧١٦- قوله ﷺ: (فَالْآيَةُ إِنَّمَا تَدُلُّ عَلَى... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أن مقتضى البيان المذكور بطلان البيع، لا الخيار كما هو مقتضى قوله (فاذا حصل التراضي... الخ) فإنه أيضاً إنما يناسب البطلان بدون الرضا، وإلا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة إلى اجراء فحوى حكم الفضولي والمكره كما لا يخفى.

والأولى توجيه الاستدلال أن يقال: إن المغبون إنما أقدم على المعاملة بانياً على كون المبيع مساوياً لماله بحسب القيمة والمالية، فكأنه اشترط المساواة، وإذا كان أقل يكون من باب تخلف الشرط، فاعتبار المساواة ليس على وجه التقييد ليتوجه عليه المنع أولاً، واستلزامه البطلان ثانياً، ولا على وجه الداعي ليرد عليه أن تخلفه لا يوجب شيئاً، بل هو من باب الشرط الضمني نظير وصف الصحة، فيكون معتبراً على وجه تعدد المطلوب، ولازم تخلفه الخيار كما في سائر الشروط الصريحة أو

(١) البقرة، الآية: ٩.

(٢) ما بين القوسين لا يوجد في نسخة «ب».

(٣) كتاب المكاسب ١٥٩:٥.

الضمنية.

لكن يرد عليه أن الآية متكفلة لبيان اعتبار أصل الرضا في جواز الأكل، وأنه لو لم يكن التجارة مع التراضي تكون باطلة، وليست نازرة إلى اثبات الخيار على تقدير تخلف ما اعتبر في المعاملة على وجه الشرطية، فعلى البيان المذكور لا بد من التمسك بغير الآية مما يدل على جواز الفسخ مع تخلف الشرط.

والحاصل: أنه لا يمكن الاستفادة كلا الحكمين - أعني البطلان والخيار - من الآية، بأن يكون المراد أنه لو لم يكن راضياً بأصل المعاملة فهي باطلة، ولو رضي بها، ولكن أعتبر وصفاً مفقوداً، وهو المساواة بحسب القيمة فله الخيار.

فإن قلت: إنا نقول إن المستفاد من الآية معنى واحد، وهو أن جواز الأكل مقيد بالرضا، وأنه لولاه لا يجوز الأكل، وحيث أن فنقول إن فقيد الرضا من الأصل فالمعاملة باطلة ولا يجوز الأكل، وإن كان حاصلها بأصل المعاملة ولكن كان مبنياً على وجود وصف، فما دام لم ينكشف الخلاف يجوز الأكل؛ لمكان حصول الرضا، وبعد الانكشاف لا يجوز إلا برضا جديد متعلق بها مع فرض عدم وجود ذلك الوصف، وهذا معنى ما قاله المصنف من أنه إذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى قوله (حكم الفضولي والمكره).

قلت: المدار على تحقق الرضا حين انشاء المعاملة، لا مستمراً إلى الآخر، وحيث فنقول إما أن يكون المراد الرضا الانشائي الحاصل بالفعل على ما هو الفرض، ولازمه الصحة وجواز الأكل أبداً، وأما المراد الرضا الواقعي على تقدير العلم بالخلاف، ومعه لا يجوز الأكل إلا بعد الاطلاع والانكشاف وحصول الرضا مع العلم بالتخلف، مع أن المفروض أنه لا اشكال ولا خلاف في جواز التصرف قبل الاطلاع على الغبن، بل بعده أيضاً قبل أن يفسخ، فالانصاف أن الآية لا دخل لها بمسألة الخيار.

٧١٧ - قوله ﷺ: (ولو لُبدل ﷺ هذه الآية ... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن هذه الآية أيضاً إنما تدل على البطلان بناءً على الشمول، وما ذكره ﷺ من التقييد بقوله (مع عدم تسلط المخدوع... الخ) لا وجه له؛ إذ تسلط وعدمه لا دخل لهما في المخدوعة وعدمها، فإن صدق كونه مخدوعاً بالبيع المذكور يكون باطلاً، والتسلط الشرعي بل العرفي أيضاً على رد المعاملة لا يخرج عن كونه خداعاً وبطلاً، فلزم شمول الآية البطلان، لا الخيار، من غير فرق بين ما قبل التبيين وما بعده.

والتحقيق: أنه لا يعد من الأكل بالباطل إذا فرض الرضا بالبيع، وكون اعتبار المساواة من باب الداعي لا التقييد ولا الشرطية.

بل أقول: الظاهر أن معنى الآية أن كل ما لا يكون تجارة عن تراض فهو من الباطل، وأن الباطل ما يكون لا عن تراض، وعلى هذا فلو فرضنا صدق التراضي في المقام - كما هو كذلك، واعترف به المصنف - فهو مخرج لكونه أكلاً بالباطل، ولا يكون من التعارض بين الفقرتين، فإن الثانية مبينة للمراد من الأولى، ومن ذلك يظهر أن استدلال العلامة أحسن مما ذكره المصنف، وإن كان هو أيضاً في غير محله كما عرفت.

٧١٨ - قوله ﷺ: (إلا أن يقال إن... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى ما فيه بظاهره، فإن عدم خروجه عن كونه بالباطل لا ينافي التعارض الذي ذكره، بل هو محقق له، فمع الاغماض عما ذكرنا من أن الفقرة الثانية حاكمة على الأولى ومبينة للمراد منها لا بد من الرجوع إلى أصل اللزوم، ولعل مراده ﷺ من هذه العبارة أن التراضي على هذا الوجه ليس تراضياً حقيقةً، فلا تكون الفقرة الثانية دليلاً على الصحة فتبقى الأولى بلا معارض.

ولكن لا يخفى أن هذا المعنى - مع بعده عن العبارة - مستلزم لصحة استدلال العلامة ﷺ بالفقرة الثانية أيضاً؛ لأنه إذا فرض أن التراضي على الوجه المذكور ليس تراضياً، فيكون الآية دليلاً على الخيار بالتقريب المذكور في وجه الاستدلال على

فرض تماميته، وحيثُذ فيتم الاستدلال بكل من الفقرتين.

٧١٩- قوله ﷺ: (ويمكن أن يقال... الخ)^(١).

أقول: الفرق بين هذا الوجه وما ذكره سابقاً بقوله (لكن يعارض الآية... الخ) أن في الوجه السابق كان المراد أن الفقرتين شاملتان لمورد الاجتماع، ومقتضى أحدهما للزوم، ومقتضى الأخرى عدمه فتعارضان وتتساقطان؛ ولذا أورد عليه بعدم شمول آية التراضي لصورة الجهل، وأن أكل المال حيثُذ لا يخرج عن كونه باطلاً، والرضا في حكم العدم، وفي هذا الوجه يسلم عدم شمول آية التراضي لصورة الخدع، وآية الأكل بالباطل لصورة عدم الخدع، وأن الأولى مختصة بغير هذه الصورة، والثانية مختصة بها، وأنه لا معارضة بينهما من حيث مفادهما، لكنهما تتعارضان بضميمة الاجتماع على عدم الفرق بينهما، وتتساقطان فيرجع إلى أصل اللزوم.

والتحقيق: ما عرفت من عدم التعارض، وأن المستفاد من الآية أن التجارة عن تراخيص غير باطل، وأن غيره باطل، فمتى صدق كونه تجارة عن تراخيص لا بد من الحكم بعدم بطلانه، نعم إنما يتم المعارضة إذا استفيد منها تعليق الحكم على عنوان التراضي مرة كائناً ما كان، وعلى عنوان الأكل بالباطل كذلك، فلو صدق مع التراضي عرفاً أنه أكل بالباطل فمقتضى الأولى البطلان، ومقتضى الثانية الصحة، وقد عرفت أنه ليس كذلك، فلم يعلق البطلان على عنوان البطلان العرفي، بل كأنه بين أن الأكل بالباطل ما يكون من غير تراخيص سواء صدق عليه الباطل عرفاً أو لا، وما يكون مع التراضي لا يكون باطلاً وإن صدق عليه البطلان العرفاً، هذا.

مع امكان دعوى مساعدة العرف أيضاً على ذلك، فكل ما يكون مع التراضي ليس باطلاً في العرف أيضاً وإن كان على وجه الخداع، بحيث يكون تخيل المساواة من باب الداعي أو تعدد المطلوب لا التقييد، وأما إذا كان من باب التقييد فلا يصدق عليه التراضي، فالمعيار في صدق كونه أكلاً بالباطل عرفاً وعدمه أيضاً

على حصول التراضي وعدمه وإن كان ذلك من جهة الاشتباه في حصول وصف أو شيء آخر ما لم يرجع إلى التقييد في الرضا، ومع رجوعه إليه لا يكون من التراضي؛ إذ التراضي المقيد بقيد غير حاصل ليس تراضياً حقيقة.

٧٢٠- قوله ﷺ: (بأن النبي ﷺ أثبت... الخ)^(١).

أقول: عن الدروس أنه روي نبوياً مرسلأ (إن تلقى فصاحب السلعة بالخيار)^(٢)، وعن العامة أنهم رويوا عن النبي ﷺ (لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار)^(٣)، ولا يخفى أن الاستدلال بهذا المرسل على ما أشار إليه المصنف مبني على أمرين:

أحدهما: إمكان كون ضعفه مجبوراً بالشهرة، وهو ممنوع؛ لعدم كونه في كتب أخبارنا ليكون نظر الفقهاء في فتاويهم إليه، ومجرد كون عملهم على طبقة لا يكفي في الجبر، بل لابد من الاستناد، وهو غير معلوم، بل معلوم العدم، بعد عدم كونه منقولاً في كتبهم.

الثاني: أن يكون حكمه ﷺ بالخيار من جهة الغبن، وهو غير معلوم، فلعله خيار آخر كما حكى عن بعض العامة أنه أثبت خيار الثلثي وإن لم يكن غبن، بل عن ظاهر ابن ادریس من علمائنا أيضاً الفتوى باطلاقه وعدم اعتبار الغبن فيه.

٧٢١- قوله ﷺ: (ينافي مقتضى المعاوضة... الخ)^(٤).

أقول: وذلك لأن مقتضى المعاوضة ومقابلة المجموع بالمجموع النصف بالنصف وهكذا، فاسترداد بعض أحد العوضين يستلزم رد ما يقابله، هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إذا كان مقابلة المجموع بالمجموع بتخيّل مساواتهما في المالية فكأنه قابل كل جزء من أحدهما بما يساويه في المالية من الآخر، فإذا فرض زيادة مالية أحدهما فكأنه لم تقابل بالمعاملة بعوض، وإنما أعطيت مجاناً،

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٠.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٧٩.

(٣) صحيح مسلم، باب تحريم تلقي الجلب، رواية ١٥١٩.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.

فبهذا الاعتبار يجوز لصاحب الزيادة استردادها، فما نحن فيه نظير ما إذا قال «بعثك هذا المرن من الحنطة بهذا الدرهم» فبان أزيد من مرن، فإن الزائد لم يقابل بشيء، وهذا إن كان على وجه التقييد يستلزم بطلان المعاملة بالنسبة إليه، وإن كان على وجه الداعي أو الاشتراط يكون له الخيار في الاسترداد، وفيما نحن فيه المفروض أنه ليس بعنوان التقييد حتى يبقى الزائد لمالكة من غير حاجة إلى الفسخ والاسترداد، بل إنما قابل المجموع بالمجموع بداعي المساواة، فله الامضاء وله الاسترداد.

وهكذا الحال في مسألة محاباة المريض فإنه يمكن أن يقال إن المقدار المحابى فيه وإن كان مقابلاً بالعوض أيضاً إلا أن المعاوضة - لما كانت بلحاظ المالية - فكأن ذلك المال أعطي مجاناً، ولما كان التصرف المحابى فيه من المريض موقوفاً على إجازة الوارث في الزائد على الثلث منه نقول بايقافه، فله أن يرد الزائد على الثلث من مقدار المحاباة، ولا يكون هذا منافياً لمقتضى المعاوضة؛ إذ في عالم اللب لم يكن المقدار المذكور داخلاً في المعاوضة، بل كان بمنزلة الهبة، هذا توجيه كلام المشهور هناك، وذكر في الجواهر في آخر باب الوصايا وجهاً آخر لتطبيق فتاويهم على القاعدة لم أعرف محصله، وإن كانت النسخة أيضاً مغلوطة فراجع^(١).

٧٢٢ - قوله ﷺ: (ويحتمل أن يكون... الخ)^(٢).

أقول: الفرق بين الاحتمالين أن في الأول يكون للمغبون الزام الغابن بخصوص رد الزائد، وفي هذا الوجه ليس له ذلك، بل له الزامه بأحد الأمرين من الفسخ وبدل الزائد، فعلى الأول ليس للغابن اختيار الفسخ إذا لم يرَضَ المغبون، وعلى الثاني له ذلك إلا أن يسقط الغابن حقه، وأيضاً على الثاني يجوز للمغبون الفسخ بمجرد عدم بذل الغابن التفاوت، وعلى الأول لا يجوز له ذلك، بل يجب إجباره على دفع

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٧٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.

الزائد، نعم لو لم يمكن له ذلك جاز له الفسخ حيثئذٍ، وإلا لزم الضرر، فتدبر.

٧٢٣- قوله ﷺ: (فالمبذول غرامة... الخ) (١).

أقول: يعني على الاحتمال الثاني، وإلا فعلى الاحتمال الأول هو مقدار من أحد العوضين، ولذا أورد عليه بما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة، ولو كان على وجه الغرامة لم يكن كذلك.

ومن ذلك يظهر أن في العبارة اضطراباً؛ حيث إن ظاهرها كون المبذول كذلك على الاحتمالين، وكذا ظاهر قوله بعد ذلك (ثم إن المبذول ليس هبة... الخ) وقوله (ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين... الخ) حيث إنه جعل الاحتمالين في عرض واحد، ولو كان المبذول على الأول جزءاً من العوض لم يكن في عرض الثاني؛ لبطلان الاحتمال الأول حيثئذٍ؛ لكونه منافياً لمقتضى المعاوضة حسبما قرر ﷺ ما ذكره العلامة.

والحاصل: أن ظاهر هذه الكلمات تساوي الاحتمالين في كون المبذول غرامة، مع أنه على الاحتمال الأول ليس كذلك قطعاً، بل هو جزء من أحد العوضين استرد وفسخ المعاملة بالنسبة إليه، ولهذا جعل للبائع خيار تبعض الصفقة، وإذا كان غرامة لم يكن له الخيار قطعاً، ومن هذا ظهر فرق آخر بين الاحتمالين مضافاً إلى ما ذكرنا أولاً.

هذا، ويمكن أن يكون غرض المصنف أنه يمكن تصحيح الاحتمال الأول بأن يجعل الرد فيه من باب الغرامة، لا من باب استرداد نفس العوض، لكن العبارة قاصرة كما لا يخفى.

٧٢٤- قوله ﷺ: (ليس هبة مستقلة حتى يقال... الخ) (٢).

أقول: إن قلت: إن الهبة المستقلة إنما لا تكون مخرجة للمعاملة عن كونها غبنية إذا لم تكن بداعي تدارك الضرر، وإلا فهي كالغرامة في ذلك، بل الغرامة أيضاً هبة

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٣.

في المعنى، لكنها بعنوان التدارك لما فات على المغبون، فلا فرق بينهما في ذلك. قلت: لا نسلم ذلك، بل الغرامة استرداد للمالية الزائدة الفائتة على المغبون بسبب هذه المعاملة، وليست تمليكاً استقلالياً، فهي رافعة للغبن، بخلاف الهبة فإنها تمليك جديد وإن كانت بعنوان التدارك وبهذا الداعي، فتدبر.

فأنه إذا كان المفروض حصول الضرر بمجرد المعاملة، وأن الغرامة رافعة لذلك الضرر لا دافعة له فالهبة المستقلة إذا كانت بهذا الداعي وبهذا العنوان أيضاً كذلك، فلا فرق بينهما في أن كلاهما رافع للضرر الحاصل وجبران له، وليس شيء منهما مانعاً من وجوده من الأول، ولا رافعاً لموضوعه.

نعم، استرداد جزء من أحد العوضين رافع لموضوعه، لا جبران له، ولكن لا نقول به، وحيث إذا كان القدر المتيقن من إيجاب الضرر للخيار صورة عدم الجبران فلا فرق بين الوجهين، بل لو بذل الأجنبي التفاوت المذكور بعنوان التدارك أمكن القول بعدم الخيار؛ إذ القدر المتيقن صورة عدم الجبران أصلاً.

والحاصل: أن الموجب للخيار إن كان مجرد حدوث الضرر فلا بد من الحكم به حتى مع بذل الغابن للتفاوت بعنوان الغرامة، وإن كان الضرر الغير المعبور فلا فرق بين أنحاء الجبران، ودعوى أن الموجب هو موضوع الضرر وأنه مرتفع بالغرامة دون غيرها كما ترى.

٧٢٥ - قوله ﷺ: (ما تقدم من احتمال ... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أن الهبة أيضاً كافية في ذلك، ولعل نظرهما إلى أن الغبن موجب للخيار من حيث هو، والبذل بأي وجه كان لا يوجب رفعه، غاية الأمر أنه جبران له، ولا دليل على كون الجابر مسقطاً لحكم الغبن من الخيار، وبهذا التقرير يصح تمكسهما بالاستصحاب أيضاً، وحيث لا إيراد عليهما منع مجرد كون الغبن علة للخيار؛ إذ لا دليل عليه إلا قاعدة الغرر، والقدر المسلّم من اقتضاءها للخيار صورة بقاء الضرر بلا جبران أصلاً.

٧٢٦- قوله ﷺ: (لتعلق غرض الناس... الخ)^(١).

أقول: هذا لا يعد من الضرر، بل من تدارك الضرر كما لا يخفى.

٧٢٧- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعل وجهه أن مثل هذا الغرض نادر ليس منوطاً؛ فلا يعد مخالفته ضرراً في العرف والعادة، وإلا فقد يكون غرض الغابن تمليك ماله بأزيد من قيمة مثله، فليس كل غرض مما يعد مخالفته ضرراً.

ثم إن محصل ما ذكره المصنف أن قاعدة الضرر لا تعين الخيار على ما هو مذهب المشهور، بل الأمر يدور بين ثلاثة احتمالات:
أحدها: الخيار.

ثانيها: الالتزام برد التفاوت أولاً، فإن لم يمكن فالخيار.

ثالثها: الالتزام بأحد الأمرين، من رد التفاوت أو الالتزام بالفسخ، ولازم الأخيرين عدم الخيار مع بذل الغابن للتفاوت، ولا مرجح للاحتمال الأول على الأخيرين، بل الأمر بالعكس؛ لأن مقتضى الأول الزام الغابن بالفسخ، وهو ضرر عليه؛ لأنه منافٍ لغرضه وإن عورض بضرر آخر على المغبون على الأخيرين، وهو منافاة اللزوم وأخذ التفاوت لغرضه، فنقول حيث لا ترجيح فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل اللزوم صورة عدم بذل التفاوت، فمقتضى التمسك بقاعدة الضرر ثبوت الخيار على تقدير عدم البذل على ما احتمله العلامة في التذكرة^(٣) والقواعد^(٤)، وحكي عن بعض الفتوى به، واختاره في المستند^(٥).

لكن قد يقال: إذا اقتضت القاعدة بعدم لزوم البيع على ما هو عليه لاستلزامه الضرر ندفع احتمال الأرض بالاجماع على خلافه، فإنه لم يذكره أحد ممن تقدم

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٤.

(٣) التذكرة ١١: ٧١.

(٤) القواعد ١: ١٤٣.

(٥) مستند الشيعة ١٤: ٣٩١.

على العلامة، وهو أيضاً إدعى الاجماع أولاً على عدمه، لكنه استشكل في صورة البذل في ثبوت الخيار مجرد استشكال، وهذا لا يضر بالاجماع، هذا.

وفي المستند نفى الاحتمال الأول من الأخيرين بالاجماع على خلافه، دون الثاني قال (فإن قلت الضرر كما يندفع بالخيار يندفع بالتسلط على أخذ التفاوت أيضاً، فاللازم من نفي الضرر عدم كون اللزوم، وعدم التسلط على التفاوت معاً من حكم الشرع، بل يتعين انتفاء أحدهما، ولا دليل على كون المنفي هو الأول.

قلنا يتعين الأول بالاجماع على بطلان الثاني، مع أنه لو قطع النظر عن الاجماع يتعارض أدلة لزوم البيع مع أدلة تسلط الناس على ماله الذي منه التفاوت، والترجيح مع الثاني لموافقة الكتاب، على أنه لولا الترجيح لعمل بالأصل المقتضي لعدم اللزوم، نعم يحصل الاشكال كما في القواعد والتذكرة فيما إذا بذل الغابن التفاوت، ولذا قيل بعدم الخيار حيثئذ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على لزوم العقد على المتيقن المجمع عليه والمتحقق به الضرر، وليس فيهما محل الفرض، واحتمله بعض المتأخرين^(١)، وهو الأقوى لذلك خلافاً للمشهور^(٢) انتهى.

قلت أولاً: يمكن دعوى الاجماع على انتفاء الأرض مطلقاً، وأن المتعين هو الخيار ولو بذل التفاوت.

وثانياً: أن ما ذكره من تعارض أدلة اللزوم مع أدلة التسلط على تقدير صحته يجري في هذه الصورة أيضاً، فإنه يلزم الغابن بأحد الأمرين من الأرض أو الالتزام بالفسخ، وهذا أيضاً منافٍ لقاعدة التسلط على المال؛ إذ مقتضاه سلطته على عدم رد ما تملكه بالمعاملة، وعدم بذل التفاوت.

والحاصل: أن المعارضة بين دليل اللزوم ودليل التسلط إنما هي بضميمة قاعدة الضرر، وإلا فلا معارضة بينهما، وإذا كان كذلك فالأمر دائر بين رفع اليد عن دليل اللزوم والحكم بالخيار، أو رفع اليد عن دليل التسلط والحكم بالزام الغابن بأحد

(١) كالكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٤.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٩٠.

الأمرين، هذا مع أنَّ قاعدة السلطنة إنما تجري في الأموال الخارجية، لا مثل المقام مما هو من مشغولية الذمة باعطاء التفاوت، فالمعارض لادلة اللزوم أدلة البراءة، لا أدلة السلطنة.

ثم مع تساقط الدليلين المرجع استصحاب الملكية، لا أصالة عدم اللزوم، هذا كله إن كان مراده تعارض الدليلين بملاحظة نفي الضرر كما هو الظاهر.

وأما لو أراد تعارض الضررين، بدعوى أنَّ اللزوم ضرر على المغبون، والأرش ضرر على الغابن ففيه أنَّ اللازم بعد تسليمه تساقطهما والرجوع إلى أصالة اللزوم. ثم أقول: إنَّ الاحتمالات في المقام أزيد مما ذكره المصنّف رحمه الله، وذلك لأنَّه

يحتمل أنَّ يقال إنَّ مقتضى نفي الضرر تعين استرداد الزائد، بمعنى فسخ البيع بالنسبة إليه، ويحتمل تعين استرداده على وجه الغرامة، ويحتمل تخيير المغبون بين الامضاء بكل الثمن والفسخ في الكل، ويحتمل تخييره بين الفسخ والأرش، ويحتمل الزام الغابن بأحد الأمرين من الالتزام بالأرش أو الفسخ، ويحتمل تخيير المغبون بين الفسخ وعدمه إلا مع بذل الغابن للتفاوت، بمعنى أنَّه لو بذل قبل الفسخ فليس له الفسخ، ولكن للمغبون المسابقة إلى الفسخ قبل أنَّ يبذل، ويحتمل الحكم ببطالان البيع، ويحتمل تخيير المغبون إلا مع بذل التفاوت ولو من أجنبي، فمع فرض جريان قاعدة الضرر في المقام يدور الأمر بين هذه الاحتمالات الثمانية، ولا يخفى توجيه كل من هذه الوجوه.

ولكن التحقيق أنَّ مقتضى نفي الضرر نفي الحكم الذي يجيء من قبله الضرر، لا جبران الضرر بأي وجه حصل، وبأي نحو كان، والحكم الذي يوجب الضرر في المقام ليس إلا اللزوم، فلا بدَّ من رفعه باثبات الخيار، وأما بذل التفاوت وعدمه فليس له دخل في ايجاب الضرر، ببيان ذلك:

أنَّ معنى قوله ﷺ (لا ضرر) - بعد حملة على انشاء النفي ليعم الأحكام الوضعية، وعدم حملة على النهي - أنَّ الحكم الثابت للموضوع الضرري مع قطع النظر عن الضرر مرفوع عنه، لكن لا كل حكم، بل الحكم الذي يوجب الوقوع

بالضرر ويستلزم عدم التخلّص عنه بعد الوقوع، سواء قلنا إنّ المرفوع أولاً هو الحكم؛ بأن يكون معناه لا حكم ضرري مجعول، أو أنّه الموضوع بلحاظ الحكم، بأن يكون معناه أنّ الموضوع الضرري مرفوع الحكم؛ إذ على التقديرين يكون المرفوع هو الحكم الثابت للموضوع الضرري الذي لو لم يرفع يستلزم وقوع المكلف في الضرر من قبل الشارع، كما لو أوجب الوضوء حال الضرر، أو عدم امكان التخلّص عنه كما لو باع مغبوناً، فإنّه بمجرد البيع قد وقع في الضرر، فلو أوجب الشارع عليه الوفاء لا يمكنه التخلّص عنه بالفسخ.

نعم لو لم يمكن رفع الضرر إلا باثبات حكم آخر، أو نفي حكم آخر لا دخل له بالموضوع الضرري وجب اثباته أو نفيه، مثلاً لو غصب شخص مال غيره فهذا ضرر، والشارع لا يمضيه، بل يوجب عليه الرد ويرخص للمغضوب منه اجباره على ذلك، ولو تلف المال في يده إذا تلفه يجعل ذمته مشغولة بالمثل أو القيمة، وإلا لزم الضرر، بمعنى أنّ عدم الضرر حكم ضرري.

وإن شئت قلت إنّ قاعدة الضرر قد ترفع الحكم عن الموضوع الضرري إنّ كان ذلك الحكم هو الموجب للضرر، وقد تثبت حكماً له إن كان عدم الاثبات موجباً كما في اتلاف مال الغير، فإنّ عدم جعل الضمان حكماً لهذا الموضوع يستلزم الضرر.

ثم إنّ الموضوع إنّ كان له حكم واحد يرتفع الضرر برفعه فهو المتعين للرفع، وإن كان له حكمان يرتفع الضرر برفع أحدهما، فإن كان بينهما ترتب فالمرفوع هو المتأخر، وإلا فهو أحدهما لا على التعيين، وكذا في كل مقام كان هناك حكمان أو أحكام يلزم الضرر من ثبوت الجميع ويرفع برفع أحدهما.

ففيما نحن فيه نقول إنّ البيع المغبون فيه موضوع ضرري، وله حكمان أحدهما الصحة والآخر اللزوم، والضرر إنّما يلزم من ثبوت كليهما، لكن اللزوم متأخر طبعاً عن الصحة، فهو المتعين للرفع، وأما بذل التفاوت فهو وإن كان رافعاً للضرر سواء كان من باب الغرامة، أو من باب الهبة المستقلة من الغابن، أو من بيت

المال، أو من الأجنبي إلا أن عدمه ليس من أحكام البيع؛ حتى يقال بأن ذلك الحكم مرفوع، وأنه يجب عليه بذل التفاوت، وقد عرفت أن مقتضى القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري، لا جبران الضرر بأي وجه كان، فبذل التفاوت جبران للضرر، ولا دخل له بالمعاملة الضررية أصلاً، نعم لو فرض كون المعاملة صحيحة ولازمة على وجه لا يمكن تغييرهما، بأن قام الاجماع على الصحة واللزوم انحصر رفع الضرر حيثئذ في اثبات الأرش، ولو كان حكماً آخر، إذ حيثئذ يكون البيع الواقع من قبيل اتلاف مال الغير الذي لا يمكن تداركه إلا بالضمان.

وبالجملة: فشأن القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري إن كان الحكم الثابت له مع قطع النظر عن الضرر موجباً له، واثبات حكم آخر له إن كان عدم الاثبات موجباً له، فاللزوم الثابت مع قطع النظر عن الضرر لما كان هو الموجب للضرر فهو المرفوع، ولو فرض في مقام عدم امكان رفعه بأن قام الاجماع أو دليل آخر قطعي على اللزوم نقول حيثئذ إن الموجب للضرر في هذا الفرض عدم جعل الأرش فلا بد من جعله حكماً للموضوع الذي هو البيع.

ومما يتناظر جواب ما يمكن أن يقال: كما أن اللزوم موجب للضرر كذلك الصحة، وارتفاعه يمكن برفع كل منهما، فما المعين لكون المرفوع هو اللزوم؟! بل يمكن دعوى أن الصحة أولى بالرفع؛ لأنها المحدث للضرر، وإلا فمع عدم الصحة لا ضرر أصلاً.

فانا نقول: إن مقتضى القاعدة اثبات كل حكم حكم إلى أن يصل إلى حد الضرر، فالصحة من حيث هي لا مانع منها وإن كانت، بل المحدث للضرر، مع أن إحداثها له ممنوع، بل المحدث هو الايجاب الانشائي للبيع، وبعد الحكم بالصحة لا يمكن الحكم باللزوم؛ لأنه ضرري، نعم لو لم يكن بينهما ترتيب أصلاً وكانا في عرض واحد جاء الاشكال، لكن المفروض تأخر اللزوم عن الصحة طبعاً، وهذا كما في مسألة الوضوء الضرري، فإن الموجب للضرر إنما هو ايجاب الشارع، لا حكمه بالصحة.

فإن قلت: فعلى هذا إذا رفع الشارع الوجوب ينبغي أن يبقى الجواز، ويحكم بالصحة، مع أنكم لا تقولون به.
قلت أولاً: يمكن الالتزام به.

وثانياً: نقول فرق بين المقامين؛ إذ الوجوب في باب الوضوء فصل متنوع للجواز، وبارتفاعه يرتفع الجواز أيضاً، بخلاف اللزوم في المقام فإنه حكم آخر للبيع منفك عن الصحة، لأن تكون الصحة متنوعة بنوعين، فليس اللزوم من أنحاء وجود الصحة، بل هما حكمان مختلفان متعددان، وقاعدة الضرر ترفع منهما ما هو الموجب له فعلاً حين ثبوته، وهو ليس إلا اللزوم؛ إذ الحصة لا تستلزم الضرر بمجرد ثبوتها إلا بلحاظ ما يتعقبها من اللزوم، ففي الحقيقة اللزوم مؤثر، وفي باب الوضوء أيضاً لو كان للشارع حكمان مستقلان أحدهما أصل الجواز، والآخر الوجوب كنا نقول بأن المرفوع هو المتأخر في الزمان أو الطبع، وهو الوجوب، وأن المتقدم باقٍ بحاله، لكن ليس له إلا حكم واحد إلزامي، وبارتفاعه لا يبقى شيء آخر؛ لعدم بقاء الجنس بارتفاع الفصل، هذا كله إذا قلنا إن المرفوع هو الحكم الذي يوجب الضرر؛ بحيث لا يمكن للمكلف دفعه عن نفسه كما في الأحكام الالزامية، وأن الأحكام النديبة غير مرتفعة بهذه القاعدة؛ لا مكان التخلّص عن الضرر فيها، فالوضوء النديبي الضروي مثلاً غير مشمول للقاعدة.

أما إذا قلنا إن المرفوع بها كل حكم يقتضي الضرر ولو أمكن دفعه، بأن لم يكن إلزامياً، ولازمه رفع النذب، بل الرخصة عن الوضوء المستحبي وغيره من المستحبات الضرورية، فيمكن أن يقال: إن مقتضى القاعدة - مع قطع النظر عن الاجماع - بطلان البيع الغبني؛ لأن امضاء الشارع له إيقاع له في الضرر، غاية الأمر أنه يمكنه دفعه عن نفسه بالفسخ إذا لم يكن لازماً.

ومن هنا يظهر حال البيع الخياري مع قطع النظر عن الضرر، فإن مقتضى الوجه الأول عدم ثبوت خيار الغبن فيه، ومقتضى الثاني ثبوته، والأظهر في بادئ النظر هو الوجه الأول.

ومع الاغماض عنه وعن جميع ما ذكرنا يمكن أن يقال إذا ثبت بقاعدة الضرر عدم لزوم البيع على ما هو عليه ودار الأمر بين رفع الصحة أو اللزوم فالمتعين هو الثاني؛ للاجماع على عدم بطلان البيع الغبني.

وكيف كان فلا يثبت الأرش في المقام لا معيناً ولا مخيراً بينه وبين الرد؛ لما عرفت من أن عدمه ليس من أحكام البيع مع قطع النظر عن الضرر.

فإن قلت؛ سلمنا أن مقتضى القاعدة رفع اللزوم، لا اثبات الأرش، إلا أنا نقول إذا فرض بذل الغابن له فليس يلزم من ابقاء اللزوم وعدم رفعه ضرر على المغبون، فهو موجب لوقوع المكلف في الضرر في موضوع خاص، وهو الغبن الذي لم يبذل الغابن التفاوت، وأما في صورة البذل فلا مقتضى لرفع اللزوم؛ إذ لو لم يقبله المغبون كان الضرر عليه من قبل نفسه، فغاية ما ثبت من البيانات المذكورة عدم اثبات الأرش بمقتضى قاعدة الضرر، ولازم ذلك عدم جواز اجبار الغابن على دفعه، وأما مع اعطائه باختياره فلا وجه للحكم بالخيار.

قلت؛ المفروض أن البيع - من حيث هو - موضوع ضرري، فاللازم رفع الحكم الذي يوجب عدم التخلص عنه، وتسجيله على الشخص؛ لأنه مستلزم لكون هذا الضرر من قبل الشارع، وذلك الحكم هو اللزوم، وبذل التفاوت إنما هو من باب الجبران لذلك الضرر، فلا يُعتنى به؛ لأن مقتضى الخبر كون الحكم الكذائي مرفوعاً وإن أمكن جبرانه، بل ولو انجبر فعلاً، مثلاً لو فرضنا ارتفاع القيمة بعد البيع بمقدار النقصان الموجود حينه بحيث لم يترتب على الفسخ أثر في زيادة المالية لا نقول بعدم الخيار حيثئذٍ من جهة الجبران المذكور، بل نقول إن له الفسخ حيثئذٍ أيضاً من جهة الغبن المتحقق حين البيع، بل ولو زادت القيمة أضعافاً بحيث كان الفسخ ضرراً عليه نقول إن له الخيار.

والحاصل: أن الموضوع الضرري مرفوع الحكم وإن انجبر ضرره بوجه.

٧٢٨ - قوله ﷺ: (وأما الرواية الأولى... الخ)^(١).

أقول: وجه كونها ظاهرة في الأموال التعبير بلفظ «السحت»، فإنه لا يطلق على الحرام من الأفعال، بل هو مختص بالأموال، قال في القاموس (السحت بالضم وبضمين الحرام، أو ما خبث من المكاسب)^(١).

٧٢٩- قوله ﷺ: (فالعمدة في المسألة الاجماع... الخ)^(٢).

أقول: ويمكن الاستدلال بما أشرنا إليه سابقاً من رجوعه إلى الشرط الضمني، فإن الظاهر من مقام المعاملة والتجارة أن إقدامه على إعطاء العوض من باب البناء على أنه يسوى هذا المقدار، وأن العوضين متساويان في المالية؛ فيكون بمنزلة اشتراط المساواة، فإنه لو علم الحال لم يقدم على بذل هذا المقدار من المال، فرضاه مقيد، لكن بنحو تعدد المطلوب، نظير ما ذكره في مسألة خيار العيب من أن وصف الصحة شرط ضمني، والاقدام على المعاملة من باب البناء على السلامة.

ودعوى: أن البناء هناك إنما هو من باب الاعتماد على الأصل، بمعنى الغلبة وهي غير متحققة في المقام.

مدفوعة: بأن اعتبار الغلبة هناك إنما هو من جهة تصحيح المعاملة وإخراجها عن الغرر والجهالة، وإلا فالخيار غير متبنٍ على ذلك، بل الوجه رجوعه إلى الشرط الضمني، فإن مقام المعاوضة شاهد على أن الغرض بذل المال في مقابل الشيء الصحيح، فيكون الخيار من باب تخلف الشرط، فتدبر.

وكيف كان فيكفي في إثبات الخيار مجموع ما ذكر من الاجماع المحكي، وخبر تلقى الركبان، وقاعدة الضرر، وخبر السحت، بل بقية أخبار حرمة غبن المسترسل أو المؤمن، لا مكان إرادة الأعم من الغبن في المال وفي الرأي، وما ذكرنا من الرجوع إلى الشرط الضمني.

نعم آية التراضي، وحرمة الأكل بالباطل أجنبية عن المقام كما عرفت، فالتحقيق

(١) قاموس المحيط ١: ١٥٥، باب التاء فصل السين.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٥.

ثبوت الخيار مطلقاً حتى في صورة بذل التفاوت .



○ شروط خيار الغبن

□ الشرط الأول: الجهل بالقمية

٧٣٠- قوله ﷺ: (لأنَّه أقدم على الضرر... الخ)^(١).

أقول: فإن قلت: إنَّ إقدامه ليس على الضرر، بل هو من باب ادخال نفسه في موضوع ضرري، وقد بيّن في محله أنَّ مجرد ذلك لا يرفع حكم الضرر، نظير شرب ما يوجب مرضه الذي يضر معه الصوم أو الوضوء، ومن أجنب نفسه متعمداً مع كونه مريضاً.

قلت: نمنع ذلك، بل يُعدُّ في العرف إقداماً على الضرر، فإنَّ بذل المال في مقابل الأنقص مع العلم به إقدام على الضرر عرفاً.

ويمكن أن يقال: بالفرق بين ما لو كان اللزوم حكماً عرفياً قد أمضاه الشارع، أو حكماً شرعياً، فعلى الأول الإقدام على البيع الكذائي إقدام على الضرر، وعلى الثاني ليس كذلك، بل الضرر إنَّما يأتي من قبل اللزوم الذي هو من مجعولات الشارع، فيكون نظير إيجاب الوضوء أو الغسل بعد المرض الذي هو بسبب المكلف عمداً، فإنَّ مجرد البيع مع قطع النظر عن حكم الشارع حيثيِّد ليس ضرراً؛ لامكان فسخه في نظر العرف والمتعاقدين على الفرض، فتدبّر.

إلا أن يقال: إنَّ نفس البيع الكذائي وإنَّ لم يكن لازماً إقدام على الضرر؛ لأنَّه بذل للزائد في مقابل الناقص، وحكم الشارع باللزوم لا يوجب الضرر، بل غاية ما يكون أنَّه مانع عن تداركه، وليس مقتضى القاعدة إلا رفع الحكم الذي يوجب الضرر، لا رفع الحكم المانع من تدارك الضرر الذي جاء من قبل إقدام المكلف.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٦.

٧٣١- قوله ﷺ: (بل قد يقدم برجاء... الخ)^(١).

أقول: هذا خلاف ما فرضه أولاً؛ لأن مفروضه إنما كان فيما إذا بنى على المسامحة على تقدير الزيادة والنقيصة، ثم إن الانصاف أن الشاك مقدم على الضرر عند العرف، فهو في حكم العالم.

ويمكن أن يقال: إن المقامات مختلفة، ففي بعضها يصدق الاقدام كما إذا تسامح في مورد يكون بناء العقلاء على الفحص والمداقة، وفي بعضها لا يصدق كما إذا فرض كون بنائهم في مقام على الاقدام مع البناء على نفي الاحتمال، هذا. ولو كان شاكاً لكن اعتمد على إخبار البائع بالقيمة السوقية، فإن حصل له من إخباره طمأنينة فلا يُعدّ مقدماً لو بان الخلاف، وإن لم يحصل له ذلك فهو مقدم ولا خيار له، إلا أن يرجع إلى اشتراط المساواة، فيكون له خيار تخلف الشرط.

٧٣٢- قوله ﷺ: (ففي الخيار وجه... الخ)^(٢).

أقول: الأقوى في هذه الصورة والتي قبلها ثبوت الخيار؛ لأن المجموع من حيث المجموع لم يكن مقدماً عليه، والاقدام على القدر المتسامح به أو غيره في ضمن الكل لا ينفع؛ لأن اقدمه عليه إنما كان بشرط لا مطلقاً.

٧٣٣- قوله ﷺ: (ويحتمل عدم الخيار... الخ)^(٣).

أقول: هذا هو الأقوى بناءً على كون المدرك قاعدة الضرر، لكن بمعنى أنه يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أن يكون كاشفاً عن عدمه من الأول؛ وذلك لأنه لا يلزم من اثبات اللزوم حيثُ ضرر عليه من جانب الشارع، وكون الزيادة حاصلة في ملكه لا دخل له في ذلك؛ لأنه لا بد أن يكون الخيار مما يندفع به الضرر، وليس كذلك في الفرض، نعم لو كان أصل المغبونية في المعاملة مما يُعدّ ضرراً وإن انجبر بعد ذلك، بحيث لم يفد الفسخ في رفعه، كما لو فرض أن يكون له

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

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

والأقوى في خيار العيب أيضاً سقوطه لو زال قبل الفسخ، نعم له أخذ الأرش لأن المدار فيه على قيمة الشيء حين العقد، وحيث لا أرض في مقامنا فنقول بسقوط الخيار بالمرة، هذا.

ولو قلنا بكون الخيار من باب تخلف الشرط الضمني فالحق عدم سقوطه، والوجه واضح، وكذا إن قلنا بكونه من باب التعبد من جهة الاجماع أو الاخبار.

٧٣٤- قوله ﷺ: (وُثِّقَ مِنْهُ... الخ) (١).

أقول: يعني أن احتمال عدم الخيار في هذا الفرض أقوى من السابق، وهو كذلك، بل التحقيق عدم الاشكال في العدم.

٧٣٥- قوله ﷺ: (يُثْبِتُ الْخِيَارَ... الخ) (٢).

أقول: يعني إذا ارتفع الضرر قبل التقابض على ما هو المفروض.

قلت: إن قلنا بالسقوط بناءً على عدم وجوب التقابض فلا بد من القول به بناءً على الوجوب أيضاً؛ لأن المدار على كون المال المتقل إليه مساوياً أو ناقصاً، ولا يتفاوت ذلك بناءً على القولين؛ لأن المفروض أن الاطلاع على الغبن إنما هو بعد القبض، والغرض اثبات الخيار، وإلا فلو كان قبل القبض لا حاجة إلى اثبات الخيار، سواء زال النقصان أو لا.

نعم، بناءً على وجوب التقابض ينفع الخيار، والأقوى فيه حيثئذ السقوط إذا زال.

وبالجملة: الفرق بين القول بوجوب التقابض وعدمه إنما يثمر لو كان الاطلاع على الغبن قبل القبض وأريد الفسخ حيثئذ، وإلا فلا فرق بينهما لو كان المراد الفسخ بعده، وظاهر كلام المصنف صورة كون الاطلاع بعد القبض؛ فلا وجه لقوله

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

(نعم...الخ).

٧٣٦- قوله ﷺ: (ولو ثبت الزيادة أو النقص...الخ)^(١).

أقول: يعني أن المدار في المغبونية على حال العقد، فحدوث الغبن بعد لا يؤثر في الخيار، وهذا لا ينافي كون زواله بعده مسقطاً له؛ لأن المدار على الضرر الذي كان طريق دفعه الفسخ، فإذا اندفع قبله فلا مقتضي لاثبات الخيار حيثئذٍ. فالمتحصل أن الموجب للخيار هو الضرر الموجود حين العقد الباقي إلى زمان الفسخ، فلا عبرة بما يحدث بعد العقد، ولا بما يزول بعده قبل الفسخ. فان قلت: إذا كان القبض شرطاً في الصحة كما في الصرف والسلم فالغبن الحادث قبله كالحادث بين الإيجاب والقبول، والظاهر عدم الاشكال في سببته للخيار.

قلت: فرق بين المقامين؛ إذ مع الحدوث بين الإيجاب والقبول يصدق كونه مغبوناً حال العقد وفي المعاملة، بخلاف الحادث قبل القبض وبعد تمامية العقد فان المعاملة العرفية تامة قبل القبض، وإنما هو شرط شرعي، بخلاف ما قبل القبول فإنه لم يتم المعاملة العرفية، فالمناط مغبونيته حين انشاء التملك والتملك، لا حين حصول الملكية الشرعية.

نعم، لو فرض كون القبض من تتمات المعاملة عرفاً أمكن القول باللاحاق، لكن ليس كذلك، فإنه لا إشكال في أنه شرط شرعي، ولذا اختص بالمقامين دون سائر البيوع، ومن المعلوم عدم الفرق بينهما وبين سائرهما في نظر العرف.

٧٣٧- قوله ﷺ: (وقد مر ذلك مشروحاً...الخ)^(٢).

أقول: ولا يخفى عدم اتحاد طريق المسألتين، فان الموضوع للخيار هناك عنوان البيع وهو صادق على الوكيل، بخلاف المقام فان العنوان فيه المتضرر، ويمكن منع صدقه على الوكيل، وبعبارة أخرى الخيار في المقام من جهة الضرر، فهو ثابت

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨، أشار في الهامش إلى أنه موجود في بعض النسخ.

للمالك، وفي ذلك المقام الحكم تعدي فيصح ثبوته للوكيل، فتدبر.

٧٣٨- قوله ﷺ: (لأصالة عدم العلم... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن الحكم غير معلق على العلم والجهل، بل على صدق الاقدام وعدمه، فالعلم إنما يوجب تحقق موضوع الاقدام الذي هو مسقط للخيار، وليس نفسه مسقطاً له بما هو، وحيثُذْ أصالة عدم العلم لا تنفع كما في عكسه، بأن كان مسبوقاً بالعلم، فإن أصالة بقاء علمه لا تنفع لعدم اثباتها الاقدام، فما ذكره إنما يتم لو كان العلم من حيث نفسه مانعاً عن الخيار تعدياً، والمفروض أنه ليس كذلك، فعلى هذا فمقتضى القاعدة عدم الخيار، لا للرجوع إلى عموم «أوفوا» أو نحوه؛ لأن الشك إنما هو في مصداق المخصص، بل لأصالة عدم تأثير الفسخ. فإن قلت: مقتضى القاعدة الرجوع إلى عموم قاعدة الضرر؛ لأن القدر الخارج منه صورة تحقق الاقدام.

قلت أولاً: الخارج هو الاقدام الواقع، فبالنسبة إليه أيضاً الشك في مصداق المخصص، ولا يمكن التمسك بالعموم.

وثانياً: نقول نمنع عدم عموم القاعدة، وكون الاقدام خارجاً من باب التخصيص، بل هو من باب التخصيص، فإن معنى قوله «لا ضرر» لا حكم ضرري مجعول، فالموضوع هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الاقدام لا يكون الضرر من قبله، بل من قبل نفس المكلف، فصورة الاقدام خارجة عن العموم من حيث هي، فالشك في الاقدام وعدمه راجع إلى الشك في تحقق موضوع القاعدة وعدمه، فتدبر.

٧٣٩- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(٢).

أقول: لعل وجهه أن مجرد عدم سهولة اقامة البينة، وعدم امكان الحلف لا يقتضي تقديم قول المدعي، وعلى فرضه فأنما يتم في صورة عدم ادعاء الغابن

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

للعلم بعلمه، لا مطلقاً كما هو المدعى.

٧٤٠- قوله ﷺ: (إِلَّا أَنْ يَقَالَ... الخ)^(١).

أقول: حاصله أن معنى تقديم الظاهر على الأصل ليس مجرد جعل مدعيه منكرًا، ومقابله مدعيًا حتى يجري عليهما حكم المدعي والمنكر؛ فيكون مقتضى القاعدة في المقام تقديم قول المدعي؛ لقاعدة تقديمه فيما لو تعسر عليه إقامة البينة، بل معناه أزيد من ذلك، وهو أنه يقدم قوله أيضاً مع اليمين على قول المدعي ولو كان ممن تعسر عليه إقامة البينة؛ فلا يجري عليهما حكم سائر الموارد من تقديم قول المدعي الكذائي؛ ولذا حكموا بتقديم قول مدعي الصحة مع يمينه؛ لموافقته للظاهر من حيث إن ظاهر حال العاقل عدم الاقدام على المعاملة الفاسدة، مع أن مدعي الفساد - الذي يكون قوله موافقاً لاصالة عدم ترتب الاثر - قد يكون ممن يعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد.

قلت: لا وجه لهذا الكلام؛ إذ لو كان تقديم قول من يوافق قوله الظاهر من باب حجية ذلك الظاهر فلا وجه لتحليفه، وإن لم يكن لذلك، بل من باب كونه منكرًا حيثئذ؛ لأن الظاهر المذكور بمنزلة الأصل التعبدى في كون من يوافقه منكرًا؛ فلا بد من اجراء سائر احكام المدعي والمنكر عليهما.

وأما ما ذكره من تقديم قول مدعي الصحة فلا نسلم ذلك؛ حتى في صورة تعسر إقامة البينة على الفساد، وعلى فرضه نقول إن ذلك من جهة عدم اعتبار القاعدة المشار إليها من تقديم قول المدعي إذا تعسر عليه إقامة البينة حسبما أشار إليه المصنف بقوله (هذا مع أن عموم... الخ).

فالتحقيق: عدم الفرق بين هذا المنكر وسائر أفراد المنكرين، وأن غاية الأمر كون الظاهر موجباً لصيرورة مدعيه منكرًا، لا أزيد من ذلك، وأن تلك القاعدة غير معتبرة؛ لعدم الدليل عليها.

٧٤١- قوله ﷺ: (هذا مع أن عموم... الخ) (١).

أقول: أما التي في عموم القاعدة فلما ذكرنا من عدم الدليل عليها، وأما التي في الاندراج فلامكان دعوى أن الغالب امكان الاطلاع على العلم وعدمه، فليس اقامة البينة متعسرة في الغالب، فتدبر.

٧٤٢- قوله ﷺ: (لأصالة عدم التغير... الخ) (٢).

أقول: لا يخفى أنها مثبتة، مع أنها قد تكون مثبتة للخيار، وأيضاً قد لا تكون القيمة معلومة في السابق، فالأولى الاقتصار على التمسك بأصالة اللزوم، بمعنى الاستصحاب، لا بمعنى الرجوع إلى العمومات؛ لما عرفت من كون الشبهة مصداقية، وهكذا الكلام في حكم الفرعين اللاحقين، فلا تغفل.

□ الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

٧٤٣- قوله ﷺ: (كون التفاوت فاحشاً... الخ) (٣).

أقول: يظهر منه أن غير الفاحش يُعدّ ضرراً أيضاً، ومع ذلك لا يشمل الحكم، وهو مشكل؛ إذ مع صدق الضرر لا وجه لعدم جريان القاعدة؛ إذ دعوى الانصراف ممنوعة كدعوى صدق الاقدام؛ إذ مجرد اقدام النوع على هذا المقدار لا يكفي بعد عدم احراز اقدام هذا الشخص المتضرر، فالحق بناءً على صدق الضرر شمول القاعدة.

لكن التحقيق أن مثل هذا التفاوت لا يُعدّ ضرراً، ولا غبناً، فكون التفاوت فاحشاً معتبراً في مفهوم الغبن، وليس حاله حال الجهل بالقيمة في كونه من شرائط الحكم، على خلاف ما يظهر من المصنف كما أشرنا إليه سابقاً (٤).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.

(٤) تعليقة ٧٣٣.

٧٤٤- قوله ﷺ: (ثم إن الظاهر أن المرجع... الخ) (١).

أقول: يظهر منه ﷺ التمسك بعموم القاعدة في صورة الشك، مع أنه مشكل، وذلك لأننا قلنا إن ما لا يتغابن الناس بمثله ليس بضرر، فمع الشك فيه لا يمكن التمسك بالعموم؛ لعدم احراز الموضوع، كما لا يمكن التمسك حيثئذ بعموم «أوفوا» ونحوه؛ لكون الشبهة مصداقية، وإن قلنا إنه ضرر لكنه خارج عن الحكم فكذلك أيضاً؛ لأن الخارج من عموم الضرر حيثئذ هو الفرد الواقعي، ومع الشك يكون من التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية.

إلا أن يقال: إن الخارج هو الضرر المعلوم تسامحهم فيه، بحيث يكون جزءاً للموضوع، وهو كما ترى.

فالتحقيق: أن المرجع أصالة للزوم الثابتة بغير العمومات من الاستصحاب ونحوه.

٧٤٥- قوله ﷺ: (وظاهر حديث نفي الضرر... الخ) (٢).

أقول: الحديث غير منافٍ لما هو المناط عند الاصحاب؛ إذ التضرر الشخصي غير الضرر الحالي، ومناط الاشكال كون الضرر المستفاد منه هو الضرر الحالي، فالأولى في تقرير الاشكال ما ذكره أخيراً بقوله (والحاصل أن... الخ) هذا.

والانصاف أنه لا وقع للاشكال أصلاً؛ إذ المدار في الضرر على ما هو كذلك مع قطع النظر عن حال المتبايعين وكونهما كثير المال أو قليله، مسامحاً فيه أو غير مسامح، غاية الأمر أن الضرر الحالي أيضاً معتبر في بعض المقامات، كما في العبادات، بل لا يبعد اعتباره في المعاملات أيضاً، لا أن يكون المدار عليه فقط.

وأما مسألة شراء ماء الوضوء فخارجة عن القاعدة بالنص الخاص، وهو من باب تخصيص القاعدة، وأما عدم وجوب الشراء إذا أضر بحال المكلف فلائذ ضرر زائد على ما خرج عن القاعدة.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٠.

والحاصل: أنَّ مقتضى القاعدة عدم وجوب بذل المال الكثير لشراء ماء الوضوء؛ لأنَّه وضوء ضروري، لكنه ثبت بالدليل الخاص هذا التكليف، ولو فرض أداؤه إلى ضرر - غير هذا المقدار الخارج - فهو منفي بالقاعدة، ولا يحتاج إلى التمسك بقاعدة الحرج، فإنَّ الضرر الحالي أيضاً من أفراد الضرر المنفي، والثابت بالدليل المخصص هو الضرر المالي، وأما الحالي فباقٍ تحت العموم.

وأما دعوى عدم كون الشراء ضرراً، بملاحظة ما بازائه من الأجر الأخروي فهي كما ترى؛ إذ العوض لا يوجب رفع موضوع الضرر، وإلا لزم عدم جريان القاعدة في شيء من العبادات، فتدبر.

٧٤٦ - قوله ﷺ: (ويمكن رده بأنَّ المبيع بعد العقد... الخ)^(١).

أقول: يمكن تصحيح هذا الوجه بأنَّ اشترط تسليم الطعام في البلد مع الفرض الذي فرضه الموجه، فإنَّ البائع حيثئذٍ مغبون؛ لأنَّه يلزم عليه تسليم الطعام الذي له قيمة زائدة في المكان الذي ينقص قيمته، والمشتري مغبون لمكان شرائه بأزيد من مقدار قيمته في مكان التسليم، وهكذا الكلام في مورد اشترط تسليم المبيع في مكان يكون قيمته فيه أنقص من مكانه الأول، مثلاً لو باع مناً من حنطة بغداد بمنٍّ من تمر الكوفة على أنَّ يسلم الحنطة في الكوفة، ويسلمه الآخر التمر في بغداد، وفرض نقصان قيمة التمر في بغداد، ونقصان قيمة الحنطة في الكوفة، فإنَّه يمكن فرض مغبونية كل منهما، فتدبر.

٧٤٧ - قوله ﷺ: (والأولى من هذه الوجوه... الخ)^(٢).

أقول: وأولى من ذلك أن يقال: إنَّ الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالية عرفاً في حد نفسه، بأنَّ يكون قيمته في حد نفسه أزيد من الثمن، وأنَّ يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة وإنَّ كانت بثمن المثل، كما لو فرض أنَّ له أمة تسوى عشرة توأمين، ولها ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٥.

الولد بعشرين، وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإن كان يبيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة أنه اشترى ما يسوى عشرة بعشرين، فكل منهما مغبون.

بل يمكن أن يقال: إن قيمة المال قد تختلف باختلاف الأشخاص، فالأمة المفروضة قيمتها للبائع ستين، وللمشتري عشرة. والحاصل: أنه يمكن دعوى أن مالية المال الواحد في المكان الواحد تختلف باختلاف الأشخاص، ومعه يمكن فرض مغبونية كل منهما في المعاملة الواحدة، فتدبر.

□ ظهور الغبن شرط أو كاشف

٧٤٨- قوله ﷺ: (ظهور الغبن شرط شرعي... الخ)^(١).

أقول: التحقيق هو الثاني؛ وذلك لأن ظاهر الأدلة ذلك، خصوصاً قاعدة الضرر؛ إذ المدار هو الضرر الواقعي.

ودعوى: أنه مع الجهل لا يكون الضرر مستنداً إلى الشارع، بل إلى جهله. مدفوعة أولاً: بالنقض بما لو جهل الحكم، فإنه لا اشكال في أن العلم به ليس شرطاً شرعياً في ثبوته، بل هو كاشف عقلي.

وثانياً: بالحل بأن ظاهر الحديث عدم جعل الحكم الضرري، وإن كان لولاه كان الشخص مقدماً عليه أيضاً، مع أن الموجب للضرر في الحقيقة اعتقاد اللزوم بتخيّل عدم الموجب للخيار، فالضرر مستند إلى جعل الشارع، ولذا قلنا ببطلان وضوء الجاهل بكونه مضراً، فإنه لولا جعل الشارع لأصل الوضوء لم يقع في الضرر، فتدبر.

نعم، لو تمسكنا في ثبوت الخيار بالاجماع أمكن دعوى أن القدر المتيقن منه ما بعد الاطلاع على الغبن، وأما خبر تلقّي الركبان فيمكن أن يكون تعليقه على

دخول السوق من جهة عدم الطريق إلى الضرر إلا بذلك، فهو من باب الطريقة لا الموضوعية، هذا.

ويمكن دعوى كون ما ذكرنا مراد الجميع، وأنه لا خلاف بينهم في أن الخيار من حين العقد، ويكون مرادهم من الظهور الذي اعتبروه الطريقة أيضاً، وهكذا الحال في خيار العيب والرؤية كما سيجيء.

٦٤٩- قوله ﷺ: (وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته... الخ) (١).

أقول: هذا ممنوع، ألا ترى أنهم يقولون يسقط الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، مع أن هذا الشرط مانع عن الثبوت، فمرادهم السقوط في محل الثبوت، ويكفي في هذا التعبير وجود المقتضي للثبوت وإن لم يكن فعلاً.

٧٥٠- قوله ﷺ: (ولم يحكموا بطلان التصرفات... الخ) (٢).

أقول: لا دلالة في مجرد عدم الحكم إلا أن يكون المراد أنهم حكموا بعدم البطلان، ولكنه غير مراد؛ لقوله (بل صرح بعضهم... الخ). وأما تصريح هذا البعض بالنفوذ فلعله من جهة أن مذهبه عدم مانعية الخيار من جواز التصرفات ونفوذها كلية.

٧٥١- قوله ﷺ: (ويؤيده أيضاً... الخ) (٣).

أقول: التأييد ممنوع؛ إذ لعلهما فهما من الحديث كون اعتبار الدخول من باب الطريقة كما ذكرنا، ويؤيد ذلك قول العلامة في العبارة السابقة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا، فأسند كونه من حين العقد إلى العلماء.

٧٥٢- قوله ﷺ: (ولكن لا يخفى إمكان... الخ) (٤).

أقول: يعني أنه يمكن أن يرفع النزاع بارجاع كل من القولين إلى الآخر، بأن

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.

يكون مراد من عبّر بكونه بعد الظهور أنّه طريق إلى ثبوته، أو يكون مراد من قال إنّ الغبن سبب مقتضى وإن كان متوقفاً على شرط متأخر، هو الظهور هذا.
ولا يخفى أنّ قوله ﷺ: (وتوضيح ذلك... الخ) ليس توضيحاً لهذه الدعوى، بل هو تحقيق للمطلب، وفي الحقيقة اختيار للوجه الثاني.

٧٥٣- قوله ﷺ: (ثم إنّ الآثار المجعولة... الخ)^(١).

أقول: التحقيق أنّ جميع الآثار مترتبة على وجود الحق الواقعي، نعم قد يكون بعض الآثار معلقاً على موضوع لا يتحقق مع الجهل بالواقع، كما في التصرف المسقط، فإن اسقاطه إذا كان من باب دلالة على الالتزام نوعاً؛ فلا يتحقق إلا بعد الاطلاع، وإلا فأصل المسقطية لا يتفاوت على التقديرين إذا تحقق الدلالة على الالتزام، بل يمكن تحقق الدلالة مع الجهل أيضاً؛ فعدم السقوط حال الجهل إنّما هو من جهة عدم الكشف عن الالتزام غالباً، لا من جهة أنّه يشترط في كونه مسقطاً الفعلية من حيث هي، هذا إذا قلنا إنّ التصرف مسقط من باب الدلالة المذكورة، وإن قلنا بكونه مسقطاً تعبداً فلا فرق كما لا يخفى.

وأما التلف فاتفقهم على كونه من المغبون إذا كان قبل الاطلاع، إنّما هو من جهة أنهم يخصون قاعدة التلف^(٢) في زمن الخيار بغير هذا الخيار، وأما من قال بجريان تلك القاعدة في هذا الخيار فلا نسلم أنّه أيضاً قائل بكونه من المغبون، ولو سلمنا فلا نسلم أنّه ممن يقول بكون الخيار من حين العقد، فلعله قائل بكونه من حين الظهور.

وبالجملة: فالاتفاق المذكور على فرض تسليمه تقيدي فإن المتفقين بين من يقول بكون القاعدة مختصة بغير المقام، وبين من يقول بكون الخيار في المقام من حين الظهور، وإلا فلم يعلم اتفاقهم على كونه من المغبون وإن قلنا بكون الخيار من حين العقد، وقلنا بعموم القاعدة، فلا تغفل.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٨.

(٢) وفي نسخة «ب» (قاعدة لتلف التخلف).

وأما التصرفات الناقلة - التي جعلها المصنف رحمه الله من المتردد بين الأمرين - فالحق فيها أيضاً أنها مترتبة على الوجود الواقعي لو قلنا بالمنع عنها، ولا خصوصية للمقام، فإن الوجه في المنع تعلق حق ذي الخيار، وهو موجود. وأما حكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار، بمعنى التصرفات الواقعة من المغبون قبل العلم فلعله من جهة أنه يجعل الخيار من حين الظهور، وعلى فرض قوله بالمضي مع جعله الخيار من حين العقد فلا حجية في قوله (والايراد وارد عليه)؛ لأن المناط في المنع معلوم، وهو شامل للمقام بالفرض، فمجرد قول ذلك البعض لا يوجب التردد كما هو واضح. فظهر أن التشقيق الذي ذكره المصنف وجعله الآثار أقساماً ثلاثة لا وجه له، فتدبر.



○ مسقطات خيار الغبن :

□ المسقط الأول: اسقاطه بعد العقد

٧٥٤- قوله ﷺ: (ففي السقوط وجهان ... الخ)^(١).

أقول: ويحتمل الفرق بين ما لو احتمل الزيادة فيسقط، وما لم يحتمل فلا. والتحقيق: الفرق بين كونه بنحو الداعي والتقييد، ففي الأول يسقط دون الثاني، والمسألة سيالة في غير المقام أيضاً، بل الأمر كذلك في مسألة حق العرض الذي زعمه شتماً، فبان قذفاً، وإن كانا حقين مختلفين، فإنه لو أسقط ما عليه بداعي أنه شتم فبان قذفاً فإنه يسقط، ولو أسقطه بقيد أنه شتم فبان قذفاً فلا، والوجه واضح؛ فلا فرق بين تعدد الحقين نوعاً، كما في هذه المسألة، أو فرداً كما في مقامنا.

٧٥٥- قوله ﷺ: (وهذا هو الأقوى ... الخ)^(٢).

أقول: بل الأقوى هو الوجه الأول بعد فرض الانصراف، فإنه لو كان للاطلاق منصرف يكون الفرد المنصرف إليه مصباً للصلح، وهو غير منطبق على الموجود، فينبغي بطلانه ولا مجرى فيه لخيار الغبن.

نعم، لو كان الانصراف على وجه تعدد المطلوب فاللازم اثبات الخيار، إما للغبن، وإما تخلف الشرط الضمني، والأقوى هو الثاني؛ لأنه قد يكون الصلح المذكور مبنياً على المحاباة دون المغالبة فلا يجري فيه خيار الغبن.

نعم لو لم يكن للاطلاق منصرف، لكن كان متعقداً للتقيصة فتبين الزيادة ففي هذه الفرض يأتي الوجوه المذكورة في كلام المصنف ﷺ، والحق فيه الفرق بين الداعي والتقييد، فعلى الثاني يبطل، وعلى الأول يصح الأول ويأتي فيه خيار الغبن بناءً على عمومته كما سيأتي^(٣)، لكن إذا كان الصلح مبنياً على المغالبة، والأولى ما

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٠، وفي نسخة أخرى «ففي السقوط اشكال».

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨١.

(٣) تعلية ٧٩٧.

عرفت من جريان خيار تخلف الشرط كما لم يكن مبنياً على المغابنة، هذا إذا قلنا إنه يرجع إلى الشرط الضمني، وإلا فمع عدم رجوعه إلى الشرط الضمني فمقتضى القاعدة الصحة واللزوم، فتدبر.

٧٥٦- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: لعله إشارة إلى ما ذكرنا من أنه إذا كان المفروض أن يكون للاطلاق^(٢) منصرف فمقتضى القاعدة البطلان، ويحتمل أن يكون إشارة إلى أن الحق الذي يصلح عنه هو الخيار، وهو معلوم العين، مجهول المالية، فيكون الغبن فيه هو الغبن في سائر المقامات من حيث كونه للجهل بمقدار المالية، فلا حاجة إلى اللاحاق الحكمي، فتدبر.

٧٥٧- قوله ﷺ: (ولا يقدح عدم تحقق شرطه... الخ)^(٣).

أقول: لا يخفى أنه بناءً على كون الخيار من حين العقد يرد اشكال كونه اسقاطاً لما لم يتحقق، فينافي الجزم المعتبر في العقود، ويوجب التعليق، وعلى كونه من حين ظهور الغبن، وكونه شرطاً شرعياً في حدوث الخيار يرد هذا الاشكال، واشكال آخر وهو أنه من قبيل اسقاط ما لم يجب.

والجواب عن الاشكال الأول الذي أشار إليه المصنف بقوله (ولا يقدح في المقام أيضاً كونه... الخ) هو ما ذكره المصنف، وحاصله أن التعليق على الواقع لا مانع منه، والجزم ساقط في صورة الاحتمال وانشاء المعاملة بناءً على وجود المحل.

وعن الثاني أولاً: بما ذكره المصنف من أن هذا المقدار من التحقق يكفي في صحة الاسقاط.

وثانياً: أن اسقاط ما لم يجب إنما يكون باطلاً بحكم العقل فيما إذا أريد اسقاطه

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨١، هذه كذلك في بعض النسخ.

(٢) في الاصل لفظ «في» هنا والظاهر زيادتها.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٨٢.

قبل وجوده، وأما إذا أُريد إسقاطه في محل ثبوته وفي زمان وجوده فلا مانع منه، ففي المقام إنَّما يسقط قبل ظهور الغبن الخيار الذي يأتي فيما بعد الظهور، وهذا لا بأس به، والاجماع على بطلان التعليق يشمل^(١) المقام، فتدبر.

٧٥٨- قوله ﷺ: (فالاولى ضم شيء... إلخ)^(٢).

أقول: الظاهر صحة الصلح عن الحق المحتمل بعوض؛ فلا يحتاج إلى ضم شيء؛ إذ في الحقيقة العوض مقابل المحتمل بوصف أنه محتمل، لا الحق الواقعي حتى ينكشف البطلان على تقدير عدمه.

والتحقيق: أنه قد يكون العوض في مقابل الحق الواقعي على فرض وجوده، ولازمه البطلان مع عدمه، وقد يكون في مقابل احتمال الحق في الواقع، بمعنى أنه يأخذ العوض عن تجاوزه عن الحق على فرض وجوده، وهذا لا بأس به، ثم إنَّ المضر عدم وجوده في الواقع، لا الجهل بوجوده، فما لم ينكشف الخلاف يحكم بالصحة، فتأمل.

□ المسقط الثاني: اشتراط سقوطه

٧٥٩- قوله ﷺ: (من الجهات المذكورة هنا... إلخ)^(٣).

أقول: وهي لزوم التعليق، وعدم الجزم، وكونه من اسقاط ما لم يجب، وأما الوجوه المتقدمة فهي واضحة من الرجوع إلى خيار المجلس.

٧٦٠- قوله ﷺ: (مع احتمال الصحة هناك أيضاً... إلخ)^(٤).

أقول: هذا هو الأقوى كما سيأتي^(٥) مفصلاً؛ لأنَّ رفع الغرر في بيع العين الغائبة ليس من أجل اشتراط الأوصاف، بل من جهة الاطمئنان بوجودها، فبطلان

(١) هكذا في الاصل.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٨٣.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.

(٥) ج ٣، تعليقة ٤٦ وما بعدها.

الاشتراط لا يوجب الغرر، هذا أولاً.

وثانياً: نقول بعدم بطلان الاشتراط لعدم التنافي حسبما بينه المصنّف؛ لامكان بقاء الاشتراط مع الالتزام بعدم الخيار عند التخلف، وذلك لأن خيار التخلف ليس راجعاً إلى جعل المتعاقدين، والا رجوع إلى خيار الشرط، بل هو حكم تعبدي من الشارع أو العرف في موضوع الاشتراط، وسيأتي تمام الكلام.

٧٦١- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: إشارة إلى ما يبيّنه بعد ذلك من التنافي، وكونه راجعاً إلى التناقض، وأنه يبطل الاشتراط الراجع للغرر فيعود الغرر.

□ المسقط الثالث: التصرف المغبون

٧٦٢- قوله ﷺ: (الثالث تصرف المغبون... الخ)^(٢).

أقول: لو كان التصرف بعنوان الالتزام بالبيع بحيث يرجع إلى الاسقاط الفعلي فلا اشكال في كونه مسقطاً، سواء كان قبل الاطلاع على الغبن أو بعده، وأما إذا لم يكن كذلك فإن كان قبل الاطلاع فلا اشكال في عدم كونه مسقطاً، بل الظاهر اجماعهم عليه كما اعترف به المصنّف، ويدل عليه - مضافاً إلى الاجماع - شمول الأدلة، من قاعدة الضرر، وخبر تلقّي الركبان، وقاعدة تخلف الشرط، ونحو ذلك. وإن كان بعد الاطلاع فالتحقيق أيضاً عدم كونه مسقطاً؛ لعدم الدليل عليه، وما ذكره المصنّف من اطلاق بعض معاهد الاجماعات ممنوع، إذ القدر المتيقن من الاجماع ما إذا كان التصرف بعنوان الالتزام والرضا بالبيع، وأما عموم العلة في خبر خيار الحيوان ففيه ما عرفت سابقاً^(٣).

وأما دعوى: أن المدرك لخيار الغبن إما الاجماع أو قاعدة الضرر، والأول غير ثابت، والثاني لا تجري في المقام؛ لانتفاء الضرر، فكما أنها لا تجري في صورة

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.

(٣) تعليقة ٦٣٤.

الاقدام، فكذا في صورة الرضا بعد البيع.
 مدفوعة: بأنّ الاجماع قائم في المقام أيضاً على أصل الثبوت، وإنّما الكلام في السقوط بالتصرف، فلا بدّ من اقامة الدليل على كونه مسقطاً، وإلا فالاصل بقاؤه، وأما قاعدة الضرر فهي أيضاً جارية؛ إذ المفروض عدم الالتزام وعدم الرضا بالبيع، نعم مع كون التصرف بقصد الالتزام والرضا لا اشكال ولا حاجة إلى دعوى عدم الضرر، أو قصور الدليل كما هو واضح.

٧٦٣- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ)^(١).

أقول: لعله إشارة إلى كون الشك في المقتضي، أو الموضوع فلا يجري الاستصحاب.

٧٦٤- قوله ﷺ: (ويؤيد ذلك ما اشتهر... الخ)^(٢).

أقول: لم أفهم وجه التأييد، مع أنّ وجه كون التصرف قبل العلم بالعيب مسقطاً ليس كونه دالاً على الرضا؛ لعدم الدلالة، بل إنّما هو النص الخاص الذي سيجيء في خيار العيب من أنّه إذا لم يكن المبيع قائماً بعينه لا رد، من غير فرق بين ما قبل العلم وما بعده، ولو كان التصرف غير موجب لعدم القيام بأنّ لم يكن ناقلاً ولا مغيراً نمنع كونه مسقطاً كما سيجيء إن شاء الله^(٣).

٧٦٥- قوله ﷺ: (من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا... الخ)^(٤).

أقول: لا يخفى أنّه لو كان المدار في التصرف المسقط على هذا لم يحتج إلى الاتعاب في التمسك باطلاق معاهد الاجماع، أو بعموم التعليل في خيار الحيوان كما أشرنا إليه مراراً، فأنّه على هذا يكون من الاسقاط الفعلي الذي هو كالقولي بمقتضى القاعدة؛ إذ الناس مسلطون على حقوقهم كسلطهم على أموالهم.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٥.

(٣) ج ٣ تعليقة ١١٥.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٨٧.

□ المسقط الرابع: التصرف المخرج عن الملك

٧٦٦- قوله ﷺ: (تصرفاً مخرجاً عن الملك... الخ)^(١).

أقول: ما مر^(٢) في الأمر الثالث من دعوى الاجماع على عدم مسقطية التصرف قبل الاطلاع إنما كان في التصرف الغير المتلف وما بحكمه، والمقصود في هذا الأمر بيان حال المتلف وما بحكمه.

والتحقيق فيه أيضاً عدم السقوط، خلافاً لما نقل المصنف عن المشهور من الحكم بالسقوط، وحاصل ما ذكره في وجه السقوط أمور:

أحدها: ظهور الاجماع، كما يظهر من كلام الشهيد في الروضة، حيث قال (إن الحكم بعدم السقوط حسن إن لم يكن الحكم اجماعاً)^(٣).

وفيه: ما ذكره المصنف من أن الظاهر عدمه.

الثاني: أن العمدة في مدارك الخيار قاعدة الضرر، وقد أقدم عليه بالتصرف.

وفيه: أن التصرف قبل العلم ليس اقداماً، ولا بمنزلة.

الثالث: أن الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل.

وفيه: ما ذكره المصنف توضيحاً لكلام الشهيد، من أن المبيع إن كان مثلياً فلا ضرر بتبدله بمثله، وإن كان قيمياً فتعريضه للبيع يدل على إرادة قيمته، فلا ضرر في أخذ البدل، فضلاً عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة.

وبعد عدم تمامية هذه الوجوه لا وجه للحكم بالسقوط؛ إذ لو أغمضنا عن شمول الأدلة من قاعدة الضرر، وخبر تلقّي الركبان^(٤)، وخبر غبن المسترسل^(٥)

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٧.

(٢) تعليقة ٧٦٢.

(٣) لم أعثر عليها.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب آداب التجارة، ح ٧.

ونحوها، فلا أقل من الاستصحاب.

والتحقيق: عدم الفرق في المغبون بين البائع والمشتري، كما أنا لو أخذنا بمقالة المشهور أيضاً نقول لا فرق إلا أن يكون المدرك في السقوط الاجماع، فإن القدر المتيقن منه حيثئذ كون المغبون هو المشتري، لكن نظرهم ليس إليه، فالظاهر عدم الفرق بناءً عليه كما على المختار.

٧٦٧- قوله ﷺ: (ثم إن ظاهر التقييد بصورة... الخ)^(١).

أقول: بناءً على ما اخترنا من عدم السقوط فلا اشكال في هذه الفروع، وأما بناءً على المشهور فالتحقيق في جميع هذه الفروع الحكم بعدم السقوط أيضاً، لأن العمدة في مدرك المشهور دعوى الاجماع، والقدر المتيقن منه غير هذه الموارد. نعم، لو جعلنا مدركهم تعارض الضررين أو الاقدام فيختلف الحال، ففي بعضها ينبغي الحكم بالسقوط، وفي بعضها بالعدم كما لا يخفى، وحيث إن التحقيق عدم صحة مقالاتهم فلا يهمنا تفصيل الحال بالنسبة إلى كل واحد منها.

٧٦٨- قوله ﷺ: (وأما تصرف الغابن... الخ)^(٢).

أقول: تصرف الغابن على أقسام؛ لأنه إما بالنقل اللازم، أو ما بحكم النقل كالعتق والوقف والاستيلاد، وإما بالنقل الجائز وما بحكمه، وإما بالتغيير بالتقيصة، وإما بالتغيير بالزيادة، وإما بالامتزاج، ولا اشكال في حكمها من حيث سقوط الخيار وعدمه، فإن شيئاً منها لا يسقط الخيار، وإنما تعرض المصنف لحكمها من جهة أخرى، وهي كيفية استرداد العين بعد الفسخ، وهذه الجهة لا دخل لها بما نحن فيه، فإنه لا فرق بين خيار الغبن وسائر الخيارات الغير الساقطة بالتصرف في ذلك، وهذا من جملة أحكام الخيار، والمناسب التعرض له في أحكام الخيار، لكن بعض الفقهاء تعرض له في هذا المقام فتبعه المصنف في ذلك، وإلا فالأولى إيكاله إلى ذلك المبحث.

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩١.

٧٦٩- قوله ﷺ: (وهذا هو الأقوى ... الخ)^(١).

أقول: يعني أنَّ الأقوى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث.

قلت: هو كذلك، لكن للوجه الأول من الوجهين، وهو أنه لا مانع من تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار كما سيجيء في أحكام الخيار؛ إذ حق الخيار متعلق بالعقد، لا بالعين حتى يكون من قبيل حق الرهانة وحق الشفعة، نعم لو جعلناه متعلقاً بالعين فمقتضى القاعدة منعه من التصرف، وعدم نفوذه من الأول إلا باذن من له الحق، هذا.

وأما الوجه الثاني - وهو عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن - فقد عرفت عدم تماميته، وأنَّ التحقيق أنَّ الظهور كاشف عقلي، لا شرط شرعي، مع أنَّ محل الكلام أعم مما كان قبل الظهور وبعده، فهذا الوجه أخص من المدعى.

٧٧٠- قوله ﷺ: (ويحتمل هنا تقديم ... الخ)^(٢).

أقول: يعني أنا لو قلنا إنَّ مثل البيع والعقود ونحوهما لا يبطل الفسخ يمكن أن نقول ببطالان الاستيلاد به، وذلك لتقدم سبب الخيار عليه فيعمل بأسبق السببين. قلت: لا وجه للفرق؛ إذ هذا الاحتمال إنما يتمشى إذا جعلنا حق الخيار متعلقاً بالعين بأنَّ يكون له في العين الخارجية حق الاسترداد، ومعه فلا بدَّ من القول ببطالان البيع والعقود أيضاً، وأما لو جعلناه متعلقاً بالعقد فكما أنَّ لازمه نفوذ البيع والعقود؛ إذ ليس له إلا فسخ العقد، وحيث أنَّ وجد العين أخذها، وإلا انتقل إلى البديل، فكذلك بالنسبة إلى الاستيلاد، وبالجمله لا فرق بين الاستيلاد والبيع في ذلك.

٧٧١- قوله ﷺ: (إنما يتم مع كون العين ... الخ)^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٣.

أقول: يمكن أن يقال: إن العين وإن لم تكن باقية على ملك المغبون كما في بدل الحيلولة في سائر المقامات؛ حيث إنها باقية على ملك مالكيها إلى حين أخذ البدل، إلا أنا نقول إذا فسخ العقد يعتبر العين في ملكه أولاً، ثم يؤخذ البدل حتى في صورة التلف أيضاً يعتبر دخول العين في ملكه أولاً ثم ينتقل إلى البدل، بمعنى أنه يؤخذ منه عوضاً عن العين؛ وذلك لأن معنى الفسخ حل العقد الواقع على العوضين، فلا بد من اعتبار عودهما إلى مالكيهما الأول، وإلا فلو قلنا إن الفسخ يقتضي ملك البدل أولاً يلزم عدم كونه حلاً للعقد، بل معاملة مستقلة.

والحاصل: أن مقتضى الفسخ عود نفس العوضين إلى مالكيهما ولو بحسب الاعتبار، لا عود بدلتهما، وهذا نظير باب الضمانات على التحقيق الذي اخترناه، من أن نفس العين الثالثة في ذمة المتلف إلى حين أخذ البدل، سواء ذلك في المثليات والقيميات، ولزامه أخذ قيمة العين يوم أخذ البدل، وفي المقام أيضاً إذا فسخ العقد ولم يأخذ البدل إلى أن تبدلت قيمته إلى الزيادة يستحق أخذها، كما أنه لو تبدلت إلى النقيصة ليس عليه إلا القيمة حال الأخذ، ومقتضى الانتقال إلى البدل من حين الفسخ اعتبار قيمة يوم الفسخ، وإذا كان كذلك فاللزام على الغابن دفع نفس العين إن أمكن ولو بالفسخ أو بالاقالة في العقد اللازم، بل بالشراء إذا أمكن، ولم يكن ضرراً ولا حرجاً، فنحن نمنع تملك المغبون للبدل قبل أن يأخذه؛ حتى يقال إذا تملكه فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

اللهم إلا أن يقال: سلمنا أن العائد إليه أولاً نفس العين، بمعنى أنها تعتبر موجودة ومتقلة إليه بسبب الفسخ، إلا أن الغابن ليس مكلفاً بردها حتى يلزم تحصيلها، بل المغبون إن وجد عين ماله أخذها، وإلا طلبها من الغابن، بمعنى مطالبة بدلها، وإلا فليس له مطالبة نفسها؛ لعدم اشتغال ذمته بها.

وفيه: أن عدم الشغل إنما هو في صورة بقائها حقيقة؛ لانتقالها بوجودها الخارجي إلى الفاسخ، وأما مع تلفها فتعتبر موجودة في ذمة الغابن؛ إذ لا وجود لها في الخارج حتى يقال إن المغبون مالك للمال الخارجي لا في ذمة أحد، فظرف

وجودها الاعتباري إنما هو عهدة الغابن وذمته، فيجوز مطالبة نفسها، غاية الأمر أنه مع عدم امكان تحصيلها لا يجب عليه بعد مطالبتها إلا دفع بدلها، فالمغبون في جميع الأوقات مطالب لنفس العين؛ إذ هي المملوكة له بالفسخ أولاً، ولا انتقال إلى البذل إلا حين الأخذ، وبشرط الأخذ، فتدبر.

٧٧٢- قوله ﷺ: (لأنه ملك جديد تلقاه... الخ)^(١).

أقول: محصل كلامه ﷺ أنه لو أعاد الملك إلى الغابن بالفسخ يمكن أن يؤثر فسخ المغبون في رجوعه إليه إذا كان قبل أخذ البذل، بخلاف ما إذا عاد إليه بالعقد الجديد، والوجه في الفرق أن الفسخ إنما يعيد الملكية السابقة بجعل السبب الناقل كالعدم، ففيما كان العود إلى الغابن بالفسخ يمكن اعادته الملكية السابقة؛ لأن فسخه إعادة ملكيته السابقة، ففسخ المغبون أيضاً يعيد ملكيته السابقة، وفيما كان بالعقد الجديد لا يمكن ذلك؛ لأن الغابن ليس مالكاً بالملكية السابقة؛ ليجب إزالة المغبون للسبب الناقل إلى الغابن إعادة ملكيته السابقة، بل هو مالك بالملكية الجديدة، وفسخ المغبون لا يؤثر في إزالة هذه الملكية.

إذا عرفت ذلك فقوله ﷺ (والفاسخ إنما يملك بسبب... الخ) يمكن أن يكون بياناً للفرق؛ بجعل المراد من الفاسخ الغابن الفاسخ للعقد الثاني، يعني أن ملكيته إنما هي بالسبب السابق بعد ابطال الفسخ للعقد الناقل، فيمكن تأثير فسخ المغبون في إعادة ملكيته السابقة أيضاً، بخلاف الغابن المالك بالعقد الجديد، ويمكن أن يكون علة لعدم العود إلى المغبون إذا كان العود إلى الغابن بالعقد الجديد، بأن يكون المراد من الفاسخ المغبون، يعني أن المغبون لا بد وأن يملك بالسبب السابق بعد ابطاله العقد الأول بالفسخ، وفي هذه الصورة لا يمكن؛ لأن ملكية الغابن ملكية جديدة، ففسخ المغبون لا يمكن أن يؤثر فيها.

وبالجملة: مصداق الفاسخ إما الغابن فيكون بياناً للفرق، وعلة الحكم مستفادة من الخارج، وإما المغبون فيكون علة للحكم وبيان الفرق معلوم من الخارج،

فتدبر.

ثم أقول: التحقيق عدم الفرق وأن مقتضى القاعدة وجوب الرد مطلقاً، سواء كان العود بالفسخ أو بعقد جديد؛ وذلك لأن مقتضى الفسخ عود ما وقع عليه العقد إلى مالكة، والانتقال إلى البدل إنما هو للحيلولة، فما دامت موجودة وجب رد نفسها، وإن كانت بملكية جديدة، ففسخ المغبون إنما يؤثر في رفع العقد الأول، وإعادة العين من هذا الحين إليه؛ فيجب على الغابن ردها إليه إذا كانت موجودة، ورد بدلها إذا لم تكن موجودة من حيث إنها حيثئذ بدفع بدلها، لا من جهة اشتغال الذمة بالبدل من الأول؛ لما عرفت من أن العائد على أي حال نفس العين، وكيف كان فلا فرق في وجودها بين كونها باقية على الملكية السابقة أو كونها بملكية جديدة.

والحاصل: أنا نقول إن الفسخ يوجب عود الملكية السابقة للمغبون من حينه، لا من الأول، وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها إليه، وتخلل ملك الغير في البين لا يمنع عن عود الملكية السابقة [للمغبون من حينه، لا من الأول، وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها^(١)]، سواء كانت باقية على ملك الغير أو زائلة بالفسخ أو بعقد جديد، وهذا على ما اخترناه سابقاً من وجوب تحصيل العين بأي وجه كان من الفسخ أو الاقالة أو الشراء أو نحو ذلك واضح.

وعلى الوجه الآخر أيضاً نقول لما كان العائد بالفسخ نفس العين - بمعنى أنه يعتبر ملكية الفاسخ لها حين الفسخ - فإن كانت موجودة وجب ردها، وإن كانت مفقودة ولو من جهة النقل اللازم لا يجب تحصيلها، فوجوب ردها على هذا القول مشروط بوجودها في ملكه من غير فرق بين كون ملكيته لها هي الملكية السابقة أو غيرها.

وأما على ما اخترناه فوجوب ردها مطلق، لا مشروط، فعلى أي حال مع وجودها يجب ردها بنفسها.

(١) ما بين القوسين ساقط من نسخة «ب».

٧٧٣- قوله ﷺ: (فأما أن يكون نقصاً يوجب الأرض... الخ)^(١).

أقول: الظاهر أن مراده بالنقص الموجب للارش - حدوث عيب في العين بسبب التصرف وبالنقص الغير الموجب له - فوات سائر الأوصاف الكمالية وإن كانت منقصة للقيمة، هذا.

ولا يخفى أنه لا اختصاص لهذا الحكم بخيار الغبن، بل يجري في سائر الخيارات، ولا بالنقص بسبب التصرف، ولا بخصوص الغابن، بل لا بد من التكلم في أن النقص الحاصل في أحد العوضين بالآفة السماوية أو بفعل المفسوخ عليه أو بفعل الأجنبي هل هو مضمون على المفسوخ عليه؟ بمعنى أنه يجب عليه رد العين على ما كانت عليه حال العقد أو لا؟ بل الواجب عليه ردها على ما هي عليه حين الفسخ، وكون النقص بسبب التصرف أو غيره لا دخل له في ذلك، كما أنه لا فرق بين فوات وصف الصحة وغيرها؛ إذ لا فرق بينه وبين سائر الأوصاف في عدم المقابلة بالعوض في المعاملة، وفي كونها مقومة بالمال وموجبة لزيادة العوض في المعاملة، والمسألة مبنية على أن الفسخ هل هو موجب لرجوع العين على ما هي عليه حين البيع، ولازمه ضمان كل وصف فائت بأي وجه كان، أو رجوعها على ما هي عليه حال الفسخ، ولازمه عدم ضمان شيء من الأوصاف؛ لأنها قد فاتت في ملك المفسوخ عليه؛ فلا وجه لضمانه لها، هذا.

والذي يقتضيه النظر عاجلاً الأول؛ لأن معنى الفسخ حل العقد وإعادة كل من العوضين على ما هما عليه حين العقد إلى ملك مالكة الأول من حين الفسخ، فكما أنه ضامن لنفس العين إذا كانت تالفة، فهو ضامن لجميع أوصافها التي لها مالية؛ بحيث لو كانت فائتة في يد الغاصب كان ضامناً لها.

ومن ذلك يندفع ما يقال من أنه لا معنى لضمان المفسوخ عليه لما فات تحت يده من ماله؛ وذلك لأن العين أيضاً كانت ماله، فكما أن مقتضى الفسخ ضمانه لها

فكذا أوصافها من غير فرق بين وصف الصحة وغيرها، هذا ولعلنا نتكلم على هذا المطلب مفصلاً فيما سيأتي من أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

ولكن الظاهر عدم التزام الفقهاء بما ذكرنا، فإنهم ذكروا في باب الفلّس أنه لو وجد بائع العين عين ماله معيباً أنه إما أن يكون العيب مما قد استحق المفلّس أرشه؛ كأن كان بفعل أجنبي، أو لا بأن كان من فعل الله، أو من فعل المفلّس، فعلى الأول يرجع بعين ماله ويضرب بالارش مع الغرماء، وعلى الثاني يكون مخيراً بين الأخذ بالثمن أو الضرب به مع الغرماء، وليس له على الأول أرش النقصان.

نعم، ذهب بعضهم كالعلامة في المختلف^(١)، والمحقق والشهيد الثانيين إلى ثبوت الارش في هذه الصورة أيضاً، وفي الجواهر أن مقتضى الضوابط عدم الارش حتى في الصورة الأولى.

والحاصل: أن البائع إذا أراد الرجوع بعين ماله ففي استحقاقه أرش العيب عندهم أقوال ثلاثة، المشهور على التفصيل بين كون العيب من أجنبي بحيث يستحق المفلّس عليه الأرش فيرجع البائع به، وبين كونه بفعل الله أو بفعل المفلّس فلا، والجماعة المذكورة على الاستحقاق مطلقاً، وصاحب الجواهر على عدمه مطلقاً. والتحقيق: عدم الفرق، وأنه مستحق له مطلقاً؛ لما عرفت من أن مقتضى الفسخ عود العين على ما كانت عليه حين البيع، نعم لو قلنا بمقالة ابن الجنيّد من أنه ليس للبائع فسخ العقد، بل إنما له أخذ العين بقيمتها الفعلية عوضاً عن دينه، وأنه مقدم على الغرماء بهذا المعنى، فلا محل لأخذ الأرش، ولا دخل له بما نحن فيه من مسألة الفسخ.

ثم إن اقتصارهم على مسألة العيب وذكرهم الأقوال المذكورة فيها ظاهرة في أنه لو فات سائر الأوصاف فلا شيء له، وبإدء النظر يقتضي ما عرفت إلى أن نتأمل ونتعرّض لها فيما سيأتي إن شاء الله، هذا كله في فوات الوصف.

وأما تلف بعض العين فلا اشكال في ضمانه، فيرد البعض الموجود، ويغرم

البعض التالف، ونقصان قيمة البعض الموجود إن فرض نقصه بالتبعض كما في تلف أحد مصراعي الباب، لكن هذا على البناء الذي ذكرنا من ضمان كل نقص.

٧٧٤- قوله ﷺ: (ومنه ما لو وجد العين مستأجرة... الخ)^(١).

أقول: مقتضى البيان الذي ذكرنا ضمانه نقص العين بسبب كونها مسلوقة المنفعة في المدة الباقية؛ لأن مقتضى الفسخ رجوع العين إليه كما كانت حين العقد، وأما ما ذكره المحقق القمي ﷺ من الانفساخ فلا وجه له؛ لأنه إذا ملك العين أنا ما فقد ملك جميع المنافع المتصورة لها إلى الأبد، فيجوز له اجارتها، وعقد الاجارة لازم مقتضى الادلة العامة والخاصة.

فإن قلت: إذا كان مالكا للمنافع إلى الأبد، ويجوز له استيفاؤها، والمفروض أنه استوفاه بالاجارة فلا وجه لضمانه لها، إذ المنافع المستوفاة قبل الفسخ ليست مضمونة قطعاً.

قلت أولاً: إنا لا نقول بضمان المنافع، بل نقول بضمان النقص الحاصل بسبب مسلوقة العين عنها.

وثانياً: أن بعض تلك المنافع واقعة في حال ملكية الفاسخ، فهي وإن كانت للمفسوخ عليه قبل الفسخ، وجاز له استيفاؤها إلا أنها لا تخرج عن كونها منافع ملك الفاسخ أيضاً؛ إذ هي متدرجة الوجود، فالمقدار الموجود منها حال ملكية منافع ملكه، وقد أتلّفها المفسوخ عليه بالاستيفاء، فلا بد من ضمانها بناءً على عود العين كما كانت حين العقد إلى الفاسخ.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام العلامة أيضاً، من ضمان أجره المثل للمدة الباقية وأن مقتضى القاعدة على ما عرفت ضمان النقص الحادث بسبب كونها مسلوقة المنافع، فهو ضامن لأجره المثل وللنقص الحادث، إلا أن الغالب أن مقدار النقص مطابق لمقدار أجره المثل؛ فيصح إطلاق العلامة ﷺ.

والغرض أنه لو فرض التفاوت فالقاعدة تقتضي ما ذكرنا من ضمان النقص

دون خصوص أجرة المثل، هذا.

وأما ما ذكره المصنّف من الفرق بين صورة التفاسخ التي ذكرها العلامة وحكم فيها بأجرة المثل، وبين ما نحن فيه فلا وجه له؛ إذ المدار على عود العين إلى المالك الأول بعد اجارة المالك الثاني اجارة صحيحة لازمة، ولا يتفاوت الحال بين كونه بالفسخ أو بالتفاسخ، نعم لو انتقل إليه بغير الفسخ - مثل الشراء أو الارث أو نحوهما - فلا ضمان للنقص ولا لأجرة المثل، وسيأتي تمام البيان إن شاء الله في أحكام الخيار.

٧٧٥ - قوله ﷺ: (فالظاهر ثبوت الشركة... الخ)^(١).

أقول: ظاهره الشركة في العين بالنسبة، وهو مشكل، بل مقتضى القاعدة كون الوصف والموصوف للفاسخ، فلو تراضيا على البيع كان شريكاً في القيمة بالنسبة، ولو فرض زوال الوصف بعد ذلك أو سقوطه عن المالية فلا شيء له، ولو كان ذلك بفعل غاصب يرجع عليه صاحب الوصف، هذا.

ولا فرق بين أن يكون ذلك الوصف بفعل الغابن أو بفعل الله أو بفعل أجنبي، فإنه مالك له على التقادير، وهذا هو المدار، لا عمله لعدم أخذه من باب أخذ الأجرة؛ لأن عمله إنما كان في ملكه على ما بينه المصنّف، فلا أجرة له، هذا. والظاهر عدم عدّ السمن من هذا القبيل، فلا يعد مالاً للغابن، بل يردّه ولا شيء له، ويحتمل كونه مثل التعليم، خصوصاً إذا بدل مالاً كثيراً في تحصيله.

نعم، يظهر من صاحب الجواهر^(٢) في باب الفلس مفروغية كون مثل السمن ونحوه من الزيادة المتصلة تابعاً للعين، وكونه للفاسخ بلا عوض، هذا.

ولكن ذهب جماعة منهم المختلف^(٣) والمحقق الثاني في باب الفلس^(٤) إلى كونه للمفلس لا للبائع الفاسخ، وحكي عن الشيخ وجماعة تبعيته للأصل في العود

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٣٠٥.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ١٨١.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢٥٢.

إلى البائع، فالمسألة هناك خلافية، والظاهر عدم الفرق بينها وبين ما نحن فيه إلا دعوى أن استحقاق الرجوع في العين هناك طارٍ بعد الحجر، بخلاف المقام فإنه بأصل العقد؛ فلا يلزم من القول بعدم التبعية هناك القول به هنا، لكن هذا الفرق غير فارق؛ إذ المدار على كون الزيادة مما يعد مالا للمفسوخ عليه أو لا، بل هي تابعة للعين، ولا يحسب شيئا على حدة.

والظاهر عدم عده مالا إلا إذا كان كثيراً في الغاية، أو كان تحصيله محتاجاً إلى زيادة مؤونة، ويمكن دعوى اختلاف المقامات، وتمام الكلام في محل آخر، والغرض الإشارة الاجمالية.

٧٧٦- قوله ﷺ: (ولو كانت الزيادة عيناً... الخ)^(١).

أقول: توضيح الحال في الزيادة العينية كالغرس والبناء والزرع ونحوها في جميع المقامات على سبيل الاجمال، أن تلك الزيادة إما أن توجد في أرض الغير بلا إذن منه، كما لو غرس الغاصب في أرض مخصومة، أو بنى أو زرع أو نحو ذلك، وأما أن تكون باذن منه كما في العارية للغرس ونحوه، وأما أن توجد في ملك الموجد مع كونه متزلزلاً من جهة حق الخيار أو حق الشفعة أو نحوهما، وأما أن توجد في ملكه غير^(٢) المتزلزل لكن طراه الفسخ بسبب الحجر كما في المفلس، أو أوجدها ثم حجر ورجع مالك العين أو بالاقالة، وأما أن تكون بتملك أحدهما للأرض، والآخر للغرس ابتداءً، كأن يبيع مالك الأرض المغروسة الأرض من مشترٍ آخر، أو بأن يبيع الأرض دون الغرس، أو بالعكس.

أما المسألة الأخيرة فإن كان هناك قرينة على إرادة الابقاء بلا أجرة أو معها أو القلع بلا أرش أو معه فهو المتبع، وإن لم يكن إلا صرف كون أحدهما ملكاً لشخص، والآخر لآخر سواء كان التملك بالبيع أو بغيره من الانحاء فمقتضى القاعدة البقاء مع الأجرة؛ لأن ذلك مقتضى تسلط كل منهما على ماله؛ لأن مالك

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «عدم التزلزل».

الغرس مالك للشجر مثلاً، لا للحطب، والمفروض أنه إذا قلع يكون حطباً، بل وكذا إذا لم يخرج عن الشجرية بأن أمكن غرسه في موضع آخر؛ وذلك لأنه مالك لهذا الشجر الشخصي الواقع في هذا المكان الخاص، فليس لصاحب الأرض إجباره على القلع.

ودعوى: أنه على هذا فهو مستحق للبقاء؛ فلا وجه لأخذ الأجرة.

مدفوعة: بأن القدر المسلم من حق الابقاء إنما هو مع الأجرة، وإلا فمالك الأرض أيضاً مسلط على أرضه، فانتفاع الغير بها مجاناً منافٍ لسلطته.

وأما المسألة الأولى فلا اشكال فيها، فإن صاحب الأرض مسلط على القلع مجاناً؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق، ولو لزم من القلع الضرر عليه، فإنه قد أقدم عليه، بل وكذا الحال إذا لم يكن على وجه العدوان [كان] كان مشتبهاً أو مقبوضاً بالعقد الفاسد مع الجهل بالفساد، فالمدار في الظالمية على عدم الاذن المعتبر شرعاً.

نعم، في هذه الصورة يمكن أن يقال بعدم الوجوب إذا استلزم ضرر؛ لقاعدة لا ضرر، ولا اقدام منه، إلا أن يقال جهله بالفساد أو اشتباهه في الموضوع لا يمنع من صدق الاقدام، مع أن الابقاء - ولو مع الأجرة - ضرر على المالك أيضاً فيتساقط الضرران، ويبقى قاعدة السلطنة في جواز الاجبار على القلع أو المباشرة له، وهذا هو الأقوى.

وأما مسألة الفلس فمقتضى القاعدة فيها أيضاً الابقاء مع الأجرة؛ لأن ما دل على جواز الرجوع في عين المال لا يقتضي أزيد من جواز الفسخ وتملك الأرض، والمفروض أن المفلس أيضاً مالك للغرس بما هو غرس، وعرقه حق فهو أيضاً مسلط على ماله، غاية الأمر أن مقتضى عود العين إلى البائع كما كانت عليه حين العقد - أنه لو فرض نقص فيها من هذه الجهة - أن يكون على المفلس، فيجوز له أن يضرب به مع الغرماء، مضافاً إلى الأجرة؛ ولهذا ذهب المشهور إلى وجوب الابقاء وعدم جواز القلع والاجبار عليه.

نعم، عن الشيخ في المبسوط^(١) جواز القلع مع الأرض؛ لأن مقتضى جواز الرجوع في العين استحقاق منافعها أيضاً.

وفيه: أنه أعم من ذلك ومن استحقاق أخذ الأجرة، هذا ولكن المشهور قائلون بالابقاء مجاناً على ما قيل، ويظهر من المسالك^(٢) عدم الخلاف في ذلك بينهم، والأقوى ما عرفت من وجوب الابقاء مع الأجرة، ومن هذا يظهر حال مسألة الاقالة، وكذا حال مسألة الخيار والأخذ بالشفعة؛ إذ لا فرق بينهما وبين الاقالة ومسألة الفلّس إلا بالترزّل فيهما دونهما، وهو لا يوجب شيئاً بعد أن كان الوضع بحق، وفي ملك.

نعم، لو قلنا إن حق الخيار أو الشفعة يتعلّق بالعين، نظير حق الرهن لا بالعقد فقط يلزمنا القول بجواز القلع أو الاجبار عليه؛ لأن مقتضى تعلّق حق ذي الخيار بالعين تسلّطه على دفع ما ينافيه.

لكن التحقيق عدم تعلّق الحق إلا بالعقد؛ بمعنى السلطنة على حله، وأنه لا ربط له بالعوضين، وإلا فلا بد من القول بالمنع عن التصرفات فيهما في زمان الخيار كما هو مذهب بعضهم كما أشرنا إليه سابقاً، وسيأتي تحقيقه لاحقاً.

والحاصل: أنه بناءً على ما هو الحق من عدم كون الحق متعلقاً بالعين يكون حال الخيار حال مسألة الفلّس؛ إذ التزلزل لا يقتضي إلا جواز الفسخ وعود العين إلى مالكيها الأول إن كانت موجودة، وعوضها إن كانت تالفة، وهذا لا يقتضي كون الغرس بغير حق؛ إذ لا دخل للعين بالفاسخ قبل فسخه، نعم على مالك الغرس بذل الأجرة وغرامة النقص الحاصل بسبب ذلك إن قلنا بضمائه للنقص، ووجوب رد العين كما كانت حين البيع حسبما عرفت.

ومما ذكرنا ظهر ما في تحقيق المصنّف رحمه الله فإنّ مبناه كون الغرس واقعاً في ملك منزّل، وقد عرفت أنه لا ينافي سلطنته على الابقاء، فأنه مقتضى قاعدة السلطنة

(١) المبسوط ٢: ١١٣، و ٢: ٢٠٦.

(٢) مسالك الافهام ٤: ١١٠.

على المال الذي هو الغرس بوصف أنه غرس في المكان الخاص، وليس هذا راجعاً إلى حق في الأرض، وعلى تقديره فليس بلا دليل، بل الدليل قاعدة السلطنة، كما أنها الدليل على استحقاق الأجرة حسبما عرفت.

وأما مسألة العارية فالمشهور بينهم جواز الاجبار على القلع لكن مع الارش، وعن أبي علي عدم وجوب الاجابة في العارية للغرس والبناء، وعن الشيخ في المبسوط (إذا أذن له في الغرس إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف)^(١)، وربما ينقل عن بعضهم القول الأول - أعني جواز الاجبار مع الاستشكال في الارش أيضاً -.

والتحقيق: عدم الاجبار لما عرفت من أنه مقتضى قاعدة السلطنة، فإن مالك الغرس مالك له بحق، وجواز العارية لا يقتضي أزيد من استحقاق الأجرة على البقاء بعد الرجوع.

فإن قلت: إن اقدمه على العارية التي من شأنها رجوع الغير اقدام على الضرر؛ فينبغي جواز القلع بلا أرش.

قلت: لا نسلم صدق الاقدام؛ لما عرفت من أن الجواز لا يقتضي إلا استحقاق الأجرة بعد الفسخ، وإلا فنحن نقول إن المالك أقدم على ضرر نفسه بالاذن في الغرس الذي يوجب سلطنة المستعير على ابقائه، بل هو كذلك عرفاً، فإنهم يجعلونه المقدم على ضرر نفسه دون المستعير، فكأنه باذنه في الغرس قد فوت على نفسه المنفعة.

نعم، هذا إذا كانت مؤقتة، وإلا فله الرجوع فيما بعد الوقت والاجبار على القلع بلا أرش.

ومن ذلك يظهر حال مسألة الاجارة للغرس مدة معينة، فإنه يستحق فيما بعد المدة قلعه بلا أرش، وإن فسخ في الاثناء فعليه الصبر مع الأجرة إلى آخر المدة، من غير فرق بين كونه بالخيار أو بالاقالة أو نحوهما، ثم لا فرق في جميع ما مر بين

الغرس والزرع، وما يقال من أن في الثاني يجب الصبر - لأن له أمداً ينتظر وإن لم نقل به في الأول - كما ترى.

٧٧٧- قوله ﷺ: (أعني تفاوت ما بين كونه منصوباً... الخ) (١).

أقول: لا وجه لذلك بعد عدم استحقاقه بقاء الغرس، من غير فرق بين أن يقوم مع اعتبار كونه باقياً بالأجرة، أو بلا أجرة كما اختار كلاهما جماعة في باب العارية.

بل التحقيق ما ذكره صاحب الجواهر (٢) في ذلك الباب وغيره من أنه يقوم ثابتاً مستحقاً للقلع ومقلوعاً؛ إذ لو قلنا بعدم وجوب إبقائه فلا وجه لتقويمه باقياً؛ لأن المفروض عدم استحقاقه ذلك.

ومن هذا يظهر ما في كلام المصنف ﷺ من أن كونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً... الخ، فإننا نقول إذا كان مالاً له على صفة النصب دائماً فمقتضاه استحقاق البقاء، وعدم جواز الاجبار على القلع؛ لأنه مسلط على ماله الكذائي.

٧٧٨- قوله ﷺ: (ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت... الخ) (٣).

أقول: إن هذا يكفي في عدم حواز الاجبار وإن لم يعتبر كونه مستحقاً للمكان؛ فإن استحقاق البقاء لا يدور مدار ثبوت الحق في المكان، مع أن لنا أن نقول هذا عين كونه مستحقاً للمكان، وبعبارة أخرى السلطنة على المال الكذائي في قوة استحقاق المكان، فتدبر.

٧٧٩- قوله ﷺ: (وجوه ذكروها... الخ) (٤).

أقول: التحقيق هو الأخير، والأحوط الوسط؛ لأن فيه - أعني في الأخير - رعاية سلطنة المالك على ماله، فما لم تمنع لا يجوز التصرف في ماله، ومع امتناعه

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٩٣.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٧.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

يسقط حرمة ماله، ولا دليل على الرجوع إلى الحاكم، إلا أنه أحوط.
ولا فرق بين المقام وبين ما ذكره في مسألة الاغصان، وكون الدخول بغير فعل المالك أو بفعله لا دخل له بعد كون فعل المالك في المقام تصرفاً في ملكه، وكونه بحق.

نعم يمكن أن يقال: لا يجب على المالك الاجابة إلى القلع، بل يجوز له أن يقول أنا لا أقلع، فإن شئت تخليص مالك فاقلعه، ولا فرق في هذا أيضاً بين المقامين، فتدبر.

٧٨٠- قوله ﷺ: (لأن انتقال الأرض... الخ) (١).

أقول: قد عرفت أنه لا فرق في استحقاق الأجرة بين كون الفسخ بسبب سابق أو بسبب لاحق، ولا بين كون الانتقال بفسخ أو غيره، وأن ملاك وجوب الأجرة هو الانتفاع بمال الغير ما لم يرص بالمجانبة.

٧٨١- قوله ﷺ: (فتأمل... الخ) (٢).

أقول: الظاهر أنه إشارة إلى ما ذكرنا من عدم الفرق.

٧٨٢- قوله ﷺ: (قواهما الثاني... الخ) (٣).

أقول: بل لا وجه للأول أصلاً كما لا يخفى.

٧٨٣- قوله ﷺ: (فهو في حكم التالف... الخ) (٤).

أقول: ولو كان الامتزاج في الصورة المفروضة في باب الغصب، بأن يكون الغاصب غصب ماء الورود وخطه بزيتة فالحكم كذلك أيضاً، فيؤخذ منه القيمة، ولا اشكال فيه.

وأما إذا كان الامتزاج اتفاقياً وكان كل منهما لشخص فيكون الزيت لصاحبه من

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

غير ضمان، فإن مال الآخر قد تلف بلا ضمان من أحد.

وكذا لو كان بفعل مالكة، وإن كان بفعل صاحب الزيت اشتباهاً، أو بفعل ثالث ضمن، والوجه واضح، وفي باب الفلس أيضاً بعد الصورة المفروضة من عدم بقاء العين فلا خيار للبائع.

٧٨٤- قوله ﷺ: (وجهان من لحصول... الخ)^(١).

أقول: يمكن أن يقال: إن المغبون مخير بين أخذ العوض وبين اختيار الشركة؛ وذلك لأن عين ماله موجود في الضمن، فله أن يطالبهما، ويكون طريق ذلك الشركة، بمعنى الشركة في الثمن، لا في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أن يطالب العوض لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال هذا، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز.

ثم الظاهر أن مراد المصنف من الشركة ما ذكرنا بقريته ما يذكره بعد ذلك، لا الشركة في العين؛ لما عرفت من عدم الدليل، هذا.

ولو فرض هذه الصورة في مسألة الفلس فالظاهر أيضاً عدم الخيار؛ لعدم صدق قيام العين الذي هو المناط في خيار البائع، ويحتمل بعيداً القول بالخيار بدعوى أنه يصدق القيام وإن كان غير متميز، وحيث أن يكون شريكاً بنسبة القيمة في الثمن. وأما لو كان الخلط بفعل الغاصب فالحكم كما في الخيار، فيجوز فيه الوجهان، أو الوجوه، لكن الأشهر كما في الكفاية^(٢) الضمان، وحكي الشركة عن التذكرة، وعن المسالك^(٣) له وجه؛ لأن إسقاط حقه من العين مع وجودها بعيدة، وظاهرهما الشركة في العين، وهي كما ترى، وفي الجواهر^(٤) نفى البأس عن الشركة في القيمة، فتدبر.

ولو كانا اتفاقياً وكانا لمالكين فالحكم كما ذكره المصنف من الشركة، بمعنى

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩، أشار في الحاشية إلى وجودها في نسخة.

(٢) الكفاية ١: ٢٦٠.

(٣) مسالك الافهام ١٢: ٢١٦.

(٤) جواهر الكلام ٣٧: ١٦٥.

الشركة في الثمن.

٧٨٥- قوله ﷺ: (يثبت الشركة ... الخ) (١).

أقول: وكذا الكلام في الفلس والغصب والمزج الاتفاقية فيما لو كانا للمالكين، والظاهر اجتماعهم على ذلك في الجملة، ومرادهم الشركة في نفس العين حسب ما ذكروه في باب الشركة، من أن أسبابها المزج بغير اختيارهما، لكن فيه اشكال، بل مقتضى القاعدة بقاء كل من المالكين على ملك صاحبه؛ فيكونان شريكين في الثمن؛ لأنه الطريق إلى التوصل إلى الملك، فلو أراد أحدهما بيع ماله من شخص جاز له بيع ماله الواقعي، فيكون حال المشتري حاله في شركته في الثمن مع الآخر. نعم، حكى عن ابن ادريس (٢) في باب الغصب أن الغاصب مخير بين دفع المثل واعطاء قدر الحصة من العين، قال (إن مال المالك كالمستهلك) وادعى أنه الذي يقتضيه مذهبننا.

وفيه: أن كون مال المالك كالمستهلك ليس بأولى من كون مال الغاصب كذلك، مع أنه لا يصدق الهلاك قطعاً، ولو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، لكن فيه أيضاً أن الاعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله من اعطاء العوض مشتمل على ماله وغيره، بخلاف العوض الخارجي، نعم لو كان للمالك غرض في عدم أخذ الحصة من العين من جهة كونها مشتبهة أو محرمة في نظره جاز له المطالبة بالعوض حيثنذ، فتدبر.

٧٨٦- قوله ﷺ: (وفي استحقاقه لأرش ... الخ) (٣).

أقول: الأحسن في بيان المطلب أن يقال: لو كان بالأردى فهل يكون شريكاً في الثمن، أو في العين مع الأرش، أو في العين على حسب القيمة وجوه، ثم لو فرض هذه الصورة في مسألة الفلس فالحكم كذلك، ويحتمل القول بعدم الخيار لعدم

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

(٢) السرائر ٢: ٤٨٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

قيام العين، لكنه بعيد.

ولو فرض في المزج الاتفاقية فالظاهر الاشتراك على حسب القيمة؛ لعدم الدليل على الشركة في العين، ولو فرض في الغصب فمقتضى القاعدة تخير المالك بين التضمين [والرضا بالشركة في القيمة، ويحتمل التخيير بين التضمين^(١)] والشركة في العين مع الأرض، وهو مختار جماعة كالقواعد والتذكرة وجامع المقاصد والروضة، قالوا لأنه في حكم المستهلك، إلا أن حق المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع إمكان التوصل إلى البعض، والنقص مجبور بالأرض، وعن المبسوط والسرائر والارشاد واللمعة والدروس التضمين، بل عن التنقيح^(٢) لا خلاف فيه، ويحتمل القول بتعيين الشركة إما في القيمة أو في العين مع الأرض، والأقوى ما ذكرنا أولاً.

ثم لا يخفى أن أشكال الربا الآتي في الفرض الآتي آت في هذا الفرض أيضاً بناء على الشركة في العين مع الأرض، أو فيها على حسب القيمة.

٧٨٧ - قوله ﷺ: (ويحتمل الشركة ... الخ)^(٣).

أقول: ويحتمل الشركة في العين بقدر ماله، ويعطي المغبون تفاوت الجودة، وفي مسألة الفلس يجيء الاحتمالات مع زيادة عدم الاختيار؛ لعدم قيام العين كما اختاره الشيخ والفاضل في بعض كتبه، وفي باب الغصب أيضاً كذلك، لكن عن جماعة الشركة في العين من غير رد التفاوت، لأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً فلا يسقط حق المالك من العين، كما لو صاغ النقرة خاتماً، أو علم العبد صنعة، أو علف الدابة فسمنت، ودخول الضرر على الغاصب إنما هو بسوء اختياره، وهو كما ترى؛ إذ لا وجه لذلك مع وجود عين مال الغاصب الموجب لزيادة القيمة.

(١) ما بين القوسين سقط من نسخة «ب» و «ج».

(٢) حكاه عنهم الجواهر ٣٧: ١٦٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

وعن الشيخ في المبسوط^(١) أنَّ الغاصب بالخيار بين اعطائه من العين أو من غيرها مثل ماله؛ لأنَّه كالمستهلك، وهو أيضاً كما ترى.

والأولى أن يقال: إنَّ المالك مخير بين التضمين - للحيلولة - والشركة في القيمة، إلا أن يرضى الغاصب بدفع العين بقدر ماله.

وأما في مسألة المزج الاتفاقي إذا كانا لمالكين فيحتمل الشركة في القيمة، وبقاء كل من المالكين على ملك صاحبه، ويحتمل الشركة في العين على حسب القيمة، ويحتمل الشركة فيها بقدر المال لفوات وصف الجودة على مالك الجيد، والأقوى الأول، نعم لو رضي صاحب الجيد بالتقسيم كان له.

٧٨٨ - قوله ﷺ: (وهو حسن مع عموم... الخ)^(٢).

أقول: الشركة القهرية ليست معاوضة، فبناءً على العموم أيضاً يشكل الحكم بالحرمة، إلا أن يقال بالعموم حتى للتعاوض القهري، وهو بعيد.

نعم، لو لم نقل بالشركة في العين كذلك، لكن تراضيا على ذلك أمكن أن يقال بالحرمة والبطالان؛ من جهة أن الشركة حيث اختيارية، فيصير التعاوض حيث اختيارياً وإن لم يكن بعنوان المعاوضة، نظير التقسيم حيث إنَّه عنوان مستقل لكنه راجع إلى المعاوضة، فأولنا بعموم الربا لكل تعاوض اختياري وإن كان لا بعنوان المعاوضة جاءت الحرمة والفساد في الشركة الاختيارية، والقسمة كذلك، وعلى أي حال فلا يشمل الشركة القهرية إلا على الاحتمال السابق، هذا.

وقد ظهر مما بينا حكم كلي مسألة امتزاج المالكين أو لمالك واحد إذا طرأ ملكية الغير لأحدهما بالفسخ أو نحوه اجمالاً، وتفصيل حال المسألة وبيان الاقسام والاحكام المختصة بكل قسم، والمشاركة بينها يحتاج إلى عنوان مستقل، ومزيد تأمل وبيان، والله المستعان، ولعلنا نتكلم عليها مستقلة مفصلة إن ساعدنا الزمان ووفقنا ربنا المنان.

(١) حكاه عنهم الجواهر ٣٧: ١٦٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

٧٨٩- قوله ﷺ: (في مورد التعليل... الخ)^(١).

أقول: وهو ما لو كان بتصرف المغبون بالنقل إلى الغير قبل العلم بالعيب.

٧٩٠- قوله ﷺ: (يوم التلف أو يوم الفسخ... الخ)^(٢).

أقول: لا وجه لاعتبار يوم التلف؛ لأن الانتقال إلى الغابن إنما هو من حين الفسخ؛ فلا بد من اعتبار قيمته حينه، لا حين التلف الذي كان ملكاً للمغبون.

٧٩١- قوله ﷺ: (ورجع الغابن إلى المتلف... الخ)^(٣).

أقول: لا وجه للرجوع إليه إذا لم يتلف ماله، وإنما أتلف مال المغبون فاشتغلت ذمته بعوض له، خصوصاً إذا قلنا بالانتقال إلى البدل من حين التلف، وخصوصاً في القيميات.

نعم على القول ببقاء نفس العين في ذمة المتلف إلى حين أخذ البدل يمكن دعوى أن الغابن يجد ما صار ملكاً له بالفسخ في ذمة المتلف، فيرجع عليه بناءً على ما حققناه سابقاً من أن مقتضى عود نفس العين إلى مالكة وإن كانت تالفة، لا الانتقال إلى البدل أولاً؛ إذ معه لا وجه للرجوع إلى المتلف أيضاً؛ إذ الفسخ على هذا يؤثر في شغل ذمة المغبون، غاية الأمر أن له الرجوع على المتلف.

٧٩٢- قوله ﷺ: (وإن فسخ أخذ الثمن... الخ)^(٤).

أقول: لا وجه له، بل التحقيق أن الغابن يغرم للمغبون القيمة يوم التلف، ويغرم المغبون له قيمة يوم الفسخ، وتظهر الثمرة في تفاوت القيمتين.

٧٩٣- قوله ﷺ: (ظاهر الأكثر الأول... الخ)^(٥).

أقول: قد عرفت أنه لا وجه له، وكونه ظاهر الأكثر أيضاً محل تأمل.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.

٧٩٤- قوله ﷺ: (دون تلف العين ... الخ) ^(١).

أقول: وإلا لقالوا بقيمة يوم البيع؛ لأنه زمان تلف العين بالنقل إلى الغير.

٧٩٥- قوله ﷺ: (رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن ... الخ) ^(٢).

أقول: كان عليه ذكر هذا الاحتمال في تلف ما في يد المغبون أيضاً كما ذكرنا؛ إذ لا فرق بين المقامين كما لا يخفى.

والتحقيق بناء المسألة في المقامين على كيفية الضمان، وأن الانتقال إلى البدل من حين التلف أو من حين التعزيم، وأن الثابت في الذمة نفس العين ولو في القيميات ما لم يأخذ البدل، فكل من الاحتمالين الأولين مبني على قول في ذلك الباب، فتدبر.

٧٩٦- قوله ﷺ: (ويحتمل التخيير ... الخ) ^(٣).

أقول: هذا الاحتمال أيضاً يجري في تلف ما في يد المغبون، وهو الأقوى في المقامين بناءً على كون العين في العهدة إلى حين أخذ البدل، وأما بناءً على الانتقال إلى البدل من حين التلف فالوجه الرجوع على المغبون في المقام الأول، وعلى الغابن في هذا المقام؛ لما مرت الإشارة إليه.

□ هل يثبت خيار الغبن في غير البيع

٧٩٧- قوله ﷺ: (لا يخلو عن قوة ... الخ) ^(٤).

أقول: هذا هو الأقوى؛ لشمول جميع الأدلة المتقدمة لما عدا البيع أيضاً، سوى الاجماع، لكن ينبغي التقييد بما لم يكن مقدماً على الغبن والضرر نوعاً أو شخصاً؛ فلا يجري في الصلح المحاباتي، ولا فيما كان محتملاً للزيادة وكان مسامحاً في ذلك، فما ذكره البعض المتقدم من التفصيل هو المتبع؛ لما ذكره المصنف من

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٢.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٥.

قصور الأدلة عن الشمول لمثل تلك الصورة، ولا يمكن التتميم بعدم القول بالفصل كما لا يخفى.

□ هل خيار الغبن على الفور أو التراخي

٧٩٨- قوله ﷺ: (ويمكن الخدشة في جميع... الخ)^(١).

أقول: لا يجتمع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن، فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار؛ إذ المفروض أن الأصل في البيع اللزوم.

٧٩٩- قوله ﷺ: (وأما ما ذكره في جامع المقاصد... الخ)^(٢).

أقول: محصل كلامه في هذه الخدشة أن العموم الأزمانى قسمان، قسم منه يكون الزمان فيه ملحوظاً على وجه الاستمرار بالنظر الوجداني، سواء كان مستفاداً من الاطلاق المنزل على العموم بدليل الحكمة، أو من ظاهر اللفظ، بأن كان عموماً لغوياً.

وقسم منه يكون ملحوظاً على وجه العموم، بأن يكون كل فرد منه موضوعاً مستقلاً، نظير العموم الأفرادى، غاية الأمر أن أفراد الزمان، فالأول كقوله «أكرم العلماء دائماً»، والثاني كقوله «أكرم العلماء كل يوم»، والزمان في الأول ظرف للحكم، وفي الثاني قيد مكثّر للموضوع، بمعنى أن إكرام زيد يوم الجمعة فرد، ويوم السبت فرد آخر وهكذا، بخلاف القسم الأول فإن إكرام زيد في جميع الأزمنة فرد واحد مستمر.

ففي القسم الأول إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد لا يجوز التمسك بالعموم في باقيها؛ لأن المفروض أنه فرد واحد مستمر، فإذا خرج فلا يبقى مجال للتمسك بالعموم؛ إذ لا يلزم من خروج بقية الأزمان زيادة تخصيص حتى يقال الأصل عدمها.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٧.

وفي القسم الثاني يجوز التمسك به؛ لأن كل زمان موضوع مستقل، فخروج بعضها لا يوجب خروج البقية، والاصل عدم خروج أزيد من القدر المعلوم؛ لأن خروجه مستلزم لتخصيص آخر، فمرجع الشك في الأول الاستصحاب، وفي الثاني العموم.

ثم إن في القسم الأول مع الاغماض عن الاستصحاب أيضاً لا يجري العموم، وهو واضح، وفي القسم الثاني مع الاغماض عن العموم أيضاً لا يجري الاستصحاب؛ لأنه من قبيل إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر، وهو قياس لا استصحاب.

قلت: لا يخفى أن الواجب في القسم الأول أيضاً اكرامات عديدة بعدد الأيام، غاية الأمر أنها ملحوظة بلحاظ وحداني، ولهذا لو أكرم في بعض الأيام دون بعض يحصل الامتثال بالنسبة إلى الأول، والمخالفة بالنسبة إلى الثاني، وليس من قبيل التكليف الارتباطي كالامساك في الصوم الواجب إلى الغروب؛ حيث إنه أمر واحد مستمر مرتبط، فلو لم يمسك بعض اليوم يسقط الامتثال رأساً، وفيما نحن فيه لو وفى بالعقد في بعض الأوقات حصل الامتثال بالنسبة إليه قطعاً، وإن حصل المخالفة أيضاً بالنسبة إلى البعض المتروك.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن في كلامه نظر من وجوه:

أحدها: أن ملاك التمسك بالعموم عند الشك إنما هو ظهور العموم وشموله لمورد الشك بحسب نظره اللفظي، لا جريان أصالة عدم التخصيص، فإنه لا معنى لهذا الاصل إلا ظهور العموم ونظره، وكذا الحال في أصالة الاطلاق وأصالة الحقيقة، وحيث فنقول لا شك في أن العموم في القسم الأول أيضاً ناظر إلى جميع الأزمنة، وجميع الأيام، بل جميع الآتات؛ لأن هذا معنى قوله «أبداً»، غاية الأمر أن تلك الأجزاء ملحوظة بلحاظ وحداني، لا بلحاظات عديدة، فهي أبعاد، لا أفراد، وإذا كان ناظر إليها مع خروج بعضها والشك في البعض الآخر لا مانع من الأخذ بمقتضى ظهوره ونظره؛ إذ لا فرق في كون كل من تلك الأزمنة داخلات تحت

النظر بين كونه ملحوظاً مستقلاً، أو ملحوظاً بعنوان الجزئية، فمجرد كون خروج الباقي غير موجب لزيادة التخصيص لا يستلزم عدم التمسك بالظهور؛ إذ ليس المدار فيه على زيادته ونقصانه، بل على كون المورد منظوراً في العام أو غير منظور، ولا اشكال في كون الجميع داخلات تحت النظر الوحداني، فحال هذا القسم من العموم الأزماري حال العموم المجموعي، كما إذا قال «أكرم مجموع العلماء»، ومن المعلوم أنه لو شك في بعض الأفراد بعد خروج بعضها يتمسك فيه بالعموم، مع أنه ليس منظوراً على وجه الاستقلال، بل في ضمن المجموع.

ثم على فرض كون الملاك أصالة عدم التخصيص نقول يمكن أن يقال في المقام أيضاً أن خروج بعض الأزمنة معلوم، وخروج البعض الآخر مشكوك، والأصل عدمه، وإن كان على فرض الخروج خارجاً مع ذلك البعض بعنوان واحد؛ إذ ليس المدار على كيفية الخروج وأنه اخراج واحد أو أزيد، بل المدار على كونه كثيراً أو قليلاً، سواء كان اخراجاً واحداً، أو اخراجين، وسواء كان الخارج فرداً مستقلاً، أو جزء لفرد ملحوظ على وجه الاستمرار، ولعمري إنَّه من الواضح بمكان، ويزيده وضوحاً ملاحظة أن قوله «أكرم العلماء دائماً» في قوة قوله «أكرم زيداً دائماً» «أكرم عمرواً دائماً» وهكذا، ومن المعلوم أنه لو قال أكرم زيداً دائماً وخرج منه بعض الأيام يتمسك بعموم قوله «دائماً» بالنسبة إلى البعض الآخر إذا شك فيه.

الثاني: أن ما ذكره من أن عموم الأزمان في القسم الأول تابع للأفراد، فإذا خرج بعضها لا يبقى محل للعموم بالنسبة إلى أزمان ذلك الفرد.

فيه أولاً: أن هذا لا دخل له بالمطلب، فإنه لا يوجب عدم كون الأزمان في حد أنفسها منظورة في العموم ومشمولة له، وخروج الفرد يمكن أن يكون من الرأس، وحيث لا يبقى محل للعموم الأزماري بالنسبة إليه، ويمكن أن يكون بالنسبة إلى بعض الأزمنة.

فإن قلت: فعلى هذا الفرد خارج أو داخل.

قلت: خارج بلحاظ بعض الأزمنة، داخل بلحاظ بعضها الآخر، ولا يلزم من ذلك ملاحظة الأزمنة متعددة وعلى وجه الاستقلال، إذ يمكن لحاظ كل جزء على وجه الاستقلال، وعلى وجه التبعية والبعضية، وعلى التقديرين فهو ملحوظ.

والحاصل: أنَّ اللحاظ قسمان، ولا فرق بينهما في مشموليته للعموم. وثانياً: أنَّ الحال في القسم الثاني أيضاً كذلك؛ إذ قوله «أكرم العلماء كل يوم» بمنزلة «أكرم زيدا كل يوم وعمرواً كل يوم» وهكذا، فلو خرج زيد عن العموم لا يمكن بقاء أزمنته، فالأزمنة فيه أيضاً تابعة للأفراد، والسر فيه أنَّ القضية المذكورة في الحقيقة مشتملة على عمومين، عموم أفراد غير أزماري، وهو بالنسبة إلى زيد وعمرو، وعموم أفراد أزماري وهو بالنسبة إلى أفراد الأزمنة، والثاني في طول الأول، لا في عرضه حتى يكون هناك عموم واحد أفراد كما يظهر من بيان المصنّف؛ حيث جعل «أكرم زيدا يوم الجمعة» فرداً من العام وأكرامه يوم السبت فرداً آخر، وهكذا بالنسبة إلى بقية الأفراد وبقية الأزمان، فأنه خلاف ظاهر اللفظ، وخلاف متفاهم العرف، فإنَّ الاستفادة من العبارة المذكورة في العرف ما ذكرنا من كون العموم الأزماري عموماً آخر في طول العموم الأول، لا رجوعهما إلى عموم واحد أفراد، وإذا كان كذلك فكما أنَّه لو علم بخروج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد لا يضر بدخول بقية الأزمنة، فكذلك الحال في القسم الأول.

وكون الأزمنة أفراداً أو أبعاضاً لا دخل له بالمطلب، ففي القسم الثاني أيضاً إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد، وبقي بعضها الآخر نقول إنَّ هذا الفرد خارج عن العموم الأول - أي العموم الأفراد - ودخل فيه كل بلحاظ، ولا بأس به، فلا يضرنا ما إلترمناه في القسم الأول من أنَّ الفرد خارج ودخل بلحاظ أجزاء الأزمنة.

الثالث: ما ذكره من أنَّ الزمان في الثاني قيد، وفي الأول ظرف. فيه: أنَّه يمكن أن يجعل في الثاني أيضاً ظرفاً، ويكون تعدد الأفراد من جهة أخرى، لا من جهة تقييدها بكل واحد من الأيام، فيكون الملحوظ أكرامات عديدة

بعدد الأيام مع كونها ظرفاً، بأن يكون الشخص لكل فرد فرد من الاكرامات أمر آخر غير الزمان، فليس تعدد الملاحظة دائراً مدار القيدية والظرفية، بل يمكن أن يقال كل أعم من كل.

والحاصل: أن مناط الفرق على ما ذكره تعدد اللحاظ، سواء كان من جهة كون الزمان قيداً، أو كان من جهة أخرى؛ فلا وجه لما ذكره من أن المناطق كون الزمان في الأول ظرفاً، وفي الثاني قيداً، فتدبر.

الرابع: ما ذكره ﷺ من أنه لو أغمض عن العموم أيضاً في القسم الثاني لا يجوز التمسك بالاستصحاب أيضاً.

فيه: أن مدار الاستصحاب على ملاحظة دليل المخصص، لا العام؛ لأن مجرد كون العام منحللاً إلى أحكام متعددة بعدد الأزمان لا يستلزم كون دليل الخاص أيضاً كذلك، فيمكن أن يكون الزمان قيداً أكثر في العام، مع كونه ظرفاً في الخاص، فقوله «أكرم العلماء كل يوم» لا يستلزم أن يكون قوله «لا تكرم زيدا» أيضاً مثله، في كون يوم الجمعة قيداً، ويوم السبت أمراً آخر غيره، بل يجوز أن يكون الموضوع في الثاني نفس اكرام زيد، مع عدم التقيد بالزمان، فإذا فرض كون حرمة الاكرام في يوم الجمعة معلومة، وفي السبت مشكوكة يمكن التمسك بالاستصحاب، ولا يكون من اسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر.

والحاصل: أن الاستصحاب تابع الدليل المستصحب، دون ما يكون دليل المستصحب مخصصاً له، فتعدد الملاحظة في الثاني، وكون الزمان ملحوظاً فيه على وجه القيدية لا يستلزم التعدد في الأول، بل يمكن أن يكون الأمر بالعكس أيضاً، بأن يكون الحكم في العام مع وحدة اللحاظ، وملاحظة الزمان ظرفاً، وفي المستصحب بعكسه، وهو كونه على وجه القيدية، فالعام بالنسبة إلى دليل المستصحب كسائر الأدلة بالنسبة إليه، فكما أن جعل الزمان قيداً في قوله «أضف الشعراء في كل يوم» لا دخل له بقوله «لا تكرم زيدا يوم الجمعة»، كذلك قوله «أكرم العلماء»، ومجرد كونه مخصصاً له لا يوجب اتحادهما في اللحاظ؛ إذ لا

يتفاوت الحال في قوله «لا تكرم زيداً» بين وجود قوله «أكرم العلماء» حتى يكون مخصصاً له وعدمه، وهذا واضح جداً.

الخامس: مقتضى ما ذكره عدم إمكان إرادة العموم بالنسبة إلى بقية الأزمان فيما لو خرج بعض الأزمنة في القسم الأول؛ لأنَّ المفروض أنَّ المجموع فرد واحد، وقد خرج عن العموم، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخارج أول الأزمنة أو وسطها أو آخرها، وعلى هذا فقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا يمكن أن يشمل البيع، لأنَّ زمان خيار المجلس خارج، فلا يمكن بقاء البقية، إلا أن يكون بيع لا يكون فيه خيار المجلس من جهة الاسقاط في العقد أو غيره، بل لازمه عدم شموله لشيء من الأفراد التي فيها خيار بأي وجه كان، ولو بعد سنة، بل ولو في آخر الدهر، فلو باع واشترط الخيار بعد ألف سنة لا يكون هذا البيع مشمولاً لقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ لمكان خروج ما بعد الألف، وهو فرد واحد مستمر، لا يمكن أن يتبعض بمقتضى ما ذكره، وهذا مما لا يمكن التفوه به.

ودعوى الفرق بين الأول والآخر، وأنَّ العموم شامل إلى زمان الخروج وبعده لا يشمل وإن كان له قدر متيقن كما ترى.

بقي شيء: وهو أنَّ المصنّف جعل في باب الاستصحاب من الفرائد من قبيل القسم الثاني من العموم ما إذا قال «أكرم العلماء»، ثم قال «لا تكرم زيداً يوم الجمعة» قال (إذا الاستثناء قرينة على أخذ كل زمان فرداً مستقلاً، فحيثُ يعمل عند الشك بالعموم)^(١).

وأنت خبير بأنَّ قوله «يوم الجمعة» يمكن أن يكون ظرفاً فلا يكون قرينة على ما ذكره، وعلى فرض كونه قيداً أيضاً لا يلزم كون الزمان في العام أيضاً كذلك؛ إذ لا دخل لأحدهما بالآخر، ولا ملازمة بينهما في ذلك كما لا يخفى.

ثم إنَّه ﷺ جعل من قبيل القسم الأول مثل قوله «لا تهن فقيراً» حيث إنَّ النهي للدوام، ويمكن أن يقال عليه أيضاً أنَّ افادة النهي للدوام ليس من جهة إرادة

العموم الأزمانى، بل هو من باب تعليق الحكم على الطبيعة، فإنه إذا كان المطلوب ترك الطبيعة فلازمه الترك أبداً، فليس ذلك من جهة أن الاستمرار ملحوظ فيه، فلا دخل له بهذه المسألة.

نعم، لو خرج بعض الأزمنة أمكن أن يقال مع ذلك بعدم جواز الاستصحاب، لا من جهة استفادة العموم، بل من جهة استفادة الاقتضاء من دليل النهي، وأن الطبيعة تقتضي الترك، خرج ما خرج، وبقي الباقي، فلا يكون من العام الأزمانى، لكن له حكمه، هذا.

ولكن التحقيق عدم كفاية مجرد الاقتضاء إلا بناءً على القول بكفاية المقتضى في ترتب الحكم، وإن لم يجر الاستصحاب، وهو فاسد، فمقتضى القاعدة التمسك باستصحاب حكم الخارج.

إلا أن يقال: لا فرق بين استفادة العموم من اللفظ أو من تعليق الحكم على الطبيعة، فعلى الثاني أيضاً يجوز الرجوع إلى العموم عند الشك بناءً على المختار، من عدم الفرق بين القسمين، فالثاني نظير استفادة العموم من الاطلاق من باب دليل الحكمة.

ويتحصّل من ذلك أن القسم الأول من العموم الأزمانى يكون على أقسام؛ إذ قد يكون العموم فيه مستفاداً من اللفظ كقوله «أكرم العلماء أبداً»، وقد يكون مستفاداً من دليل الحكمة، وقد يكون مستفاداً من تعليق الحكم على الطبيعة.

ثم إن حال أدلة حل الاشياء أيضاً حال النواهي، كقوله «الغنم حلال» أو «الملح حلال»؛ إذ هي أيضاً من تعليق الحكم على الطبيعة، فبناءً على التوجيه الذي ذكرنا يمكن عدّها من قبيل القسم الأول من العموم، ولعله إليه نظر من عدّها منه، بل يظهر من المصنّف أيضاً ذلك؛ إذ لا فرق بينهما وبين دليل حرمة بعض الأفعال، وقد عدّه من قبيل القسم الأول فيلحقها حكمه على مختاره، وكذا على مختارنا، فيجوز الرجوع إليها عند الشك بناءً على مختارنا، ولا نرجع إلى الاستصحاب، فتدبر.

٨٠٠- قوله ﷺ: (يظهر فساد دفع ... الخ)^(١).

أقول: الدافع صاحب الجواهر^(٢).

٨٠١- قوله ﷺ: (فساد ما قيل في الاصول ... الخ)^(٣).

أقول: القائل هو العلامة الطباطبائي، لكنه خصّ ذلك بالاستصحاب المخالف للأصل، قال (إنّ الاستصحاب المخالف للأصل دليل شرعي مخصص للعمومات ... إلى أن قال: ولذا ترى الفقهاء يستدلون على الشغل والنجاسة والتحريم بالاستصحاب في مقابلة ما دلّ على البراءة الأصلية وطهارة الأشياء وحليتها، ومن ذلك استنادهم إلى استصحاب النجاسة والتحريم في صورة الشك في ذهاب ثلثي العصير، وفي كون التحديد تحقيقاً أو تقريباً، وفي صيرورته قبل ذهاب الثلثين ديبساً، إلى غير ذلك)^(٤).

وقد وجه المصنّف في الاستصحاب^(٥) كلامه بأن مراده من العمومات - بقرينة تخصيصه الكلام بالاستصحاب المخالف - هي عمومات الأصول، وبالتخصيص ما يعم الحكمة، وحيث إنّ فكلامه موجه، وليس من تخصيص الاستصحاب للعموم الاجتهادي حتى يرد عليه أنّه أصل عملي لا محل له في مقابل الدليل، وهذا توجيه وجيه، وإن كان أول كلامه آيياً عنه هذا.

ويستثنى من عدم جواز العمل بالاستصحاب في مقابل العموم ما إذا كان جارياً في موضوع المخصص، كما إذا قال «أكرم العلماء كل يوم» وقال أيضاً «لا تكرم الفساق»، وكان زيد فاسقاً يوم الخميس، ثم شك في بقاء فسقه يوم الجمعة، فمقتضى العموم اكرامه، ومقتضى استصحاب الفسق العدم، إلا أنّ هذا في الحقيقة

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٩.

(٤) فوائد السيد بحر العلوم ١١٦.

(٥) فرائد الاصول ٣: ٢٧٧.

ليس من تخصيص العموم، بل اثبات [موضوع] ^(١) المخصص، وهو الدليل الاجتهادي، فرفع اليد عن العموم إنما هو بقوله «لا تكرم الفساق»، والاستصحاب مثبت لموضوعه.

فإن قلت: ما الفرق بينه وبين ما نحن فيه من تخصيصه للعموم، فإن فيه أيضاً الاستصحاب مجرى للدليل المخصص في اللاحق، مثلاً إذا قال «أكرم العلماء كل يوم»، وقال «لا تكرم الفساق»، وكان القدر المتيقن منه حرمة الاكرام يوم الخميس، وشك فيها في يوم الجمعة، فإن أصالة بقاء حرمة الاكرام تعمم دليل المخصص، وهو قوله «لا تكرم الفساق»، ولعله إلى هذا نظر العلامة الطباطبائي، فالممنوع من تخصيص الاستصحاب للعموم ما إذا كان مخصصاً بنفسه، لا مجرى للدليل الاجتهادي المخصص، وفي الحقيقة لا فرق بين تعميم موضوع المخصص بالاستصحاب كما في الصورة الأولى، وتعميم حكمه كما في هذه الصورة.

قلت: الفرق ما أشرنا إليه من أن في الصورة الأولى المخصص هو الدليل الاجتهادي، وإلا فلا معارضة بين جريان استصحاب الفسق من حيث هو ووجوب اكرام العلماء عموماً، بخلاف هذه الصورة فإن الاستصحاب بنفسه معارض للعموم ومخصص له، فإن حرمة الاكرام - الذي هو مفاد الاستصحاب - ينافي وجوبه الذي هو مفاد العموم، فاذا رفعنا اليد عن العموم فقد رفعنا بواسطة الاستصحاب الذي هو أصل عملي لا محل له مع وجود الدليل الاجتهادي.

والسر أنه بعد جريان الاستصحاب أيضاً لا يكون المخصص قوله «لا تكرم الفساق»؛ لأن الاستصحاب ليس كاشفاً عن سعة دائرته، وأما في الصورة الأولى فهو محقق لموضوع الدليل ومثبت لأعميته في اللب، وإن لم يكن بنحو الكشف، بل بنحو الحكومة، فهو متصرف في الدليل المخصص في الصورة الأولى بنحو الحكومة، فكأنه كاشف عن سعة دائرته، بخلاف هذه الصورة فإنه ليس حاكماً عليه أيضاً؛ حتى يكون كاشفاً حكماً أيضاً، بل هو بنفسه معارض، غاية الأمر أنه لا

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «موضع».

يتحقق مورد إلا إذا كان هناك دليل دال على الحكم في الزمان السابق، فالفرق بين الصورتين بيّن.

٨٠٢- قوله ﷺ: (وأما على التحقيق... الخ)^(١).

أقول: التحقيق أن تحقيق الموضوع غير مبني على المداقة، بل الميزان فيه العرف على ما حققه المصنف في الاصول، ومن المعلوم أنهم يجعلون الموضوع في المقام الشخص المغبون، أو الشخص المتضرر في المعاملة؛ إذ الموضوع عندهم معروض المستصحب، لا ما جعل موضوعاً في القضية.

بل أقول: يمكن أن يصدق عرفاً بقاء الموضوع ولو كان الحكم في الدليل معلقاً على المتصف بوصف عنواني، كما إذا قال «الماء المتغير نجس» فزال التغير، فأنه لو شك في بقاء النجاسة يمكن الاستصحاب، بجعل الموضوع نفس الماء، لا هو بوصف أنه متغير؛ إذ النجاسة عارضة لنفسه، والتغير علة للعروض.

والحاصل: أنه يكفي بقاء معروض المستصحب وإن ارتفع سائر القيود التي يحتمل مدخليتها في الحكم؛ إذ معه لو أبقى الحكم السابق لا يقال إنه من إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر، فيصدق على ابقائه البقاء، وعلى عدمه النقض عند العرف.

٨٠٣- قوله ﷺ: (إلا أن يدعى... الخ)^(٢).

أقول: يعني أنه على هذا لا شك في الحكم ولا في الموضوع؛ إذ هو معلوم الارتفاع، فالحكم أيضاً مرتفع، وأنه لا شك في الموضوع، بل هو مقطوع بعدم، فلو شك في الحكم لا يمكن اثباته بالاستصحاب؛ لعدم بقاء موضوعه، ولا يجري فيه المسامحة حيثئذ، بخلاف ما لو كان المدرك الاجماع، فإن الموضوع وإن كان مشكوكاً إلا أنه يمكن احراز بقاءه بالمسامحة، فيستصحب الحكم، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١١.

٨٠٤- قوله ﷺ: (بعض المعاصرين ... الخ)^(١).

أقول: لا يخفى أن كلام هذا البعض - وظني أنه الشيخ أسد الله^(٢) التستري ﷺ - في غاية المتانة، ومحصله أن المسألة مبينة على وجود العموم الزماني وعدمه، فإن قلنا به نرجع إليه ونحكم بالفورية، وإن قلنا بعدم نرجع إلى استصحاب الخيار، وهو ممن لا يفرق بين قسمي العموم - كما على المختار - ووجود العموم مبني على ملاحظة أن معنى الوفاء العمل بمقتضى العقد أبداً، ولو بأن يكون من جهة أن مفاد العقد الدوام، فلا بد في صدق الوفاء من العمل به كذلك، أو أن معناه ترتيب أثر الملكية في أول وهلة.

ثم إن شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع، فعلى الأول للزوم إنمّا يأتي من قبل العموم، وعلى الثاني إنمّا يأتي من قبل الاستصحاب، فمع الشك في الخيار نرجع إلى العموم على الأول، وإلى الحالة السابقة على الثاني، وحيث إن الحالة السابقة في مقامنا هو الخيار فالاصل ببقاؤه، وهو حاكم ومقدم على استصحاب بقاء أثر العقد.

ثم إنّه اختار الوجه الأول؛ لأن مفاد العقد هو الدوام عرفاً، وبحسب قصد المتعاقدين، فيكون معنى الوفاء العمل به أبداً، ومراده من قوله (لأن حدوث الحادث مع زوال ... الخ) أن للزوم أو وجوب الوفاء الحادث من الأول، إما لا يحكم ببقائه إذا زالت علته الموجبة له أولاً، وأما إذا كانت باقية فلا وجه لعدم الحكم ببقائه، وفي مقامنا علته هي المعاهدة على الملكية الأبدية، وهي باقية، فاللزوم أو وجوب الوفاء أيضاً باقٍ، فلا حاجة في الزمان الثاني إلى الاستصحاب، وحاصله أن وجوب الوفاء ليس آنياً، بل هو دائمٍ، فالعموم موجود.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١١.

(٢) في حاشية كتاب المكاسب، خرّجه المحقق على أنه الشيخ كاشف الغطاء في تعليقه على اللّعة، وهي مخطوطة، وهو الأقرب، لأن الشيخ يعبر ببعض المعاصرين عنه وعن صاحب الجواهر.

٨٠٥- قوله ﷺ: (مبني لطرح العموم... الخ) (١).

أقول: هذا ما اختاره المصنّف من الفرق بين قسمي العموم، والقائل المذكور لا يفرق بينهما على ما هو مقتضى التحقيق، فلا وجه للحكم بعدم المحصل لكلامه من هذه الجهة.

٨٠٦- قوله ﷺ: (فلا وجه للاغماض عن الآية... الخ) (٢).

أقول: بناءً على كون الوفاء إلى الحصول، وكون وجوبه أنياً كما هو مقتضى الوجه الثاني، لا مناص عن عدم التمسك بالآية وعن الرجوع إلى الاستصحاب، فلا وقع للايراد عليه على هذا التقدير.

نعم، التقدير خلاف الواقع، والقائل أيضاً اختار الوجه الأول، هذا مع امكان تقوية الوجه الثاني بأن الوفاء هو العمل بمقتضى العقد، ونمنع أن مفاده الدوام، بل مفاده الملكية المطلقة، وقوله «بعثك» إنما يفيد ملكية المشتري، ومقتضى الملكية البقاء، ومعنى قوله تعالى «أوفوا» اعملوا بمقتضى بمعاهدتكم، وإذا لم يكن الدوام مأخوذاً في المعاهدة فلا دلالة على العموم الزماني؛ فيكفي في صدق الوفاء ترتيب أثر الملكية آنأماً، ويعدّه يصير هذا المال كسائر أموال المشتري، إلا أن يكون هناك ما يقتضي جواز الرجوع.

وإذا شك فيه فالاصل عدمه، وإذا ثبت جواز الرجوع فالاصل بقاءه؛ لما ذكره القائل من ورود هذا الاصل على أصالة بقاء الملكية، فتدبر.

٨٠٧- قوله ﷺ: (كما في جميع الاحكام المستمرة... الخ) (٣).

أقول: الفرق بين المقام وسائر الأحكام المستمرة أن في المقام المقتضي للاستمرار هو العموم، وهو دليل اجتهادي، ولا يجوز معه الرجوع إلى الاصل، بخلاف سائر الموارد التي ثبت فيها استمرار الحكم من غير أن يكون هناك عموم

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.

دليل، فإن مجرد المقتضي ليس دليلاً حتى يرجع إليه، فلا بد من العمل بالأصل.
والحاصل: أن العموم الموجود في المقام مانع عن الرجوع إلى الأصل؛ لأنه رافع للشك، فهو الدليل على العود بعد الانقطاع، وأما حيث لا عموم فلا دليل على العود.

٨٠٨- قوله ﷺ: (لما عرفت من أن الموضوع ... الخ)^(١).

أقول: قد عرفت أن الميزان في تشخيص الموضوع هو العرف، وهو محرز في حكمهم في المقام؛ إذ هم يجعلون الموضوع في المقام شخص المغبون، هذا مع أنه قد بين في محله أن الموضوع الذي لا بد من احرازه في جريان الاستصحاب معروض المستصحب، لا موضوع القضية، وهو باق في المقام قطعاً؛ إذ المعروض لحكم الخيار والمحل له هو الشخص، والضرر أو الغبن مناط في الحكم، لا جزء للمعروض، فالقيود المعتمدة في الحكم وإن كانت قيوداً للموضوع في الواقع وفي حكم العقل وجزء له، إلا أنها ليست جزءاً من المعروض حتى في المداقة العقلية، مثلاً إذا قال الشارع «الماء المتغير نجس» فالتغير جزء للموضوع في لسان الدليل وفي حكم العقل، إلا أنه ليس جزءاً للمعروض؛ إذ معروض النجاسة نفس الماء، والدليل الدال على وجوب بقاء الموضوع - وهو استحالة انتقال العرض، أو ثبوت الغرض بلا محل - لا يقتضي أزيد من بقاء المعروض.

ففي جميع الموارد التي يحكم العرف فيها ببقاء الموضوع على خلاف العقل أو خلاف لسان الدليل نقول الموضوع باق حقيقة وفي حكم العقل من غير حاجة إلى المسامحة، وفي حكم العرف، فإن العقل أيضاً حاكم بأن المعروض للنجاسة نفس الجسم، والمفروض أن الذي يجب بقاءه هو هذا دون موضوع القضية.
فإن قلت: السر في وجوب بقاء الموضوع أنه لولاه لا يصدق البقاء والنقض.

قلت: نعم، ولكن صدقهما دائر مدار المعروض كما لا يخفى.

فالتحقيق أن يقال: إن الخيار فوري بناءً على ثبوت العموم الزماني ولو كان

القسم الأول منه، ومع عدمه أو الاغماض عنه فمقتضى القاعدة تراخيه؛ لاستصحاب الخيار، سواء كان المدرك الاجماع أو الخبر أو قاعدة الضرر أو غيرها. نعم على القول بعدم حجية الاستصحاب في الشك في المقتضي نرجع مع عدم العموم إلى أصالة اللزوم الثابتة بغير العموم من الاستصحاب أو غيره.

٨٠٩- قوله ﷺ: (وفيه تأمل... الخ)^(١).

أقول: وذلك لمنع كون مجرد جواز التأخير ضرراً، مع فرض أن الغابن غير ممنوع من التصرف في زمان الخيار حتى الناقل والمتلف.

٨١٠- قوله ﷺ: (عدا هذا المؤيد الأخير... الخ)^(٢).

أقول: يعني به لزوم الضرر على فرض التراخي، وإنما استثناء لأن مقتضاه كما سيشير إليه أوسع من الفورية العرفية، بمعنى أن معه يجوز التأخير وإن خرج عن الفورية العرفية؛ لعدم الضرر في التأخير بهذا المقدار، وإنما يلزم الضرر - بناءً على تسليمه - لو جاز التأخير إلى الأبد.

٨١١- قوله ﷺ: (لكن الذي يظهر التذكرة... الخ)^(٣).

أقول: يمكن أن يقال بالفرق بين خيار العيب وهذا الخيار، فإنه مستند إلى النص، ويمكن دعوى شموله للتأخير أزيد من الفور العرفي بناءً على عدم الأخذ باطلاقه، وأما بناءً على الأخذ باطلاقه فالحكم جواز التأخير مطلقاً وإلى الأبد، وهذا بخلاف المقام فإن الخيار فيه غير مستند إلى النص الخاص حتى يقال بشموله مع التأخير أزيد من الفور العرفي، فقول العلامة هناك لا يدل على القول به في المقام أيضاً، فتدبر.

٨١٢- قوله ﷺ: (ثم ان الظاهر... الخ)^(٤).

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢١٤.

أقول: هذه الفروع إنما تتم بناءً على كون مدرك الخيار قاعدة الضرر، وأما بناءً على التعبدية فيشكل عدم السقوط بالجهل والنسيان ونحوهما من الاعذار إذا قلنا بالفورية كما هو واضح؛ فإنَّ الجهل بالحكم الشرعي لا يوجب تغييره عما هو عليه، ثم إنَّ المراد من الجاهل هو الغافل، لا الملتفت بقريضة ذكره للشاك بعد ذلك.

٨١٣- قوله ﷺ: (ويشكل بعدم جريان... الخ) (١).

أقول: يمكن منعه، فإنَّ الضرر مستند حيثئذٍ إلى الشارع، لا إلى اقدامه؛ إذ اقدامه إنما هو بتخييل بقاء الخيار، نعم لو كان محتملاً للفورية أمكن صدق الاقدام بترك المبادرة حيثئذٍ.

٨١٤- قوله ﷺ: (وحكى عن بعض الاساطين... الخ) (٢).

أقول: لعله من جهة أنَّ مدرك ذلك الخيار غير قاعدة الضرر، فليس المناط واحداً.

٨١٥- قوله ﷺ: (فالأقوى القبول... الخ) (٣).

أقول: وذلك لاصالة عدم العلم، لكن لا يخفى عليك أنَّه لو كان المناط في الفورية كون الموضوع هو المتضرر عاجز فاصالة عدم العلم لا تثبت ذلك، فالأقوى بناءً عليه عدم القبول؛ لاصالة عدم تأثير الفسخ.

٨١٦- قوله ﷺ: (ففيه أنَّه لا داعي إلى اعتبار... الخ) (٤).

أقول: هذا الايراد وارد على العلامة من جهة أنَّ محل كلامه حق الشفعة، وهو ليس من باب الضرر، وأما في مقامنا فمقتضى القاعدة عدم السماع إلا مع وجود ظاهر معتبر؛ لما عرفت من أنَّ أصل عدم العلم لا يثبت الموضوع، وهو كونه متضرراً عاجزاً.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.

٨١٧- قوله ﷺ: (فافهم... الخ)^(١).

أقول: لعله اشارة إلى منع صدق الاقدام على الضرر بمجرد ذلك، وهذا وأما المكره على ترك المبادرة فالظاهر بقاء خياره، أما بناءً على كون المدرك قاعدة الضرر فواضح، وأما بناءً على كونه تعدياً فلحديث رفع الاكراه، وقد مرَّ سابقاً ما يمكن أن يقال فيه في خيار المجلس فراجع ثمة^(٢).



(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٦.

(٢) تعلية ٥٩٣.

المحتويات

٧	شروط المتعاقدين
٩	الشرط الاول: البلوغ
٢٦	الشرط الثاني: قصد المتعاملين مدلول العقد
٣٩	الشرط الثالث: الاختيار
٦٤	فرع: الاكراه على بيع عبد من عبيدين
٨١	الشرط الثالث: إذن السيد إذا كان العاقد عبداً
٩٤	فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه
٩٩	الشرط الرابع: أن يكون المتعاقدان مالكين أو مأذونيين
١٠٥	بيع الفضولي
١٠٧	صور بيع الفضولي
١٠٧	الصورة الأولى: أن يبيع للمالك
١٠٧	ما استدل به لصحة بيع الفضولي
١١٥	المؤيدات لصحة بيع الفضولي
١٢٤	ما استدل به لبطلان بيع الفضولي
١٢٤	الاول: الكتاب
١٢٦	الثاني: السنة
١٣٣	الثالث: الاجماع
١٣٣	الرابع: العقل
١٣٥	المسألة الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه ١٣٨

الاجازة والرد ١٦٧

هل الاجازة كاشفة أو ناقلة ١٦٧

الثمرة بين القول بالكشف والقول بالنقل ١٨٣

تنبيهات الاجازة ٢٠٤

التنبيه الأول: عدم الخلاف في مفهومها وإثما الخلاف في الحكم ٢٠٤

التنبيه الثاني: اشتراط كون الاجازة باللفظ الصريح دون الكناية ٢٠٥

التنبيه الثالث: يعتبر عدم سبقها بالرد ٢٠٩

التنبيه الرابع: أن الاجازة لا تورث ٢١١

التنبيه الخامس: أن اجازة البيع ليست اجازة قبض الثمن أو المثل ١١٢

التنبيه السادس: الاجازة ليست فورية ٢١٤

المجيز ٢١٨

المجاز ٢٥٢

حكم العقود المترتبة عليه ٢٥٧

أحكام الرد وما يتحقق به ٢٦٣

مسألة: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز ٢٧٢

المسألة الثانية: حكم ما يغرمه المشتري من غير الثمن ٢٨٤

توارد الأيدي المتعددة على المال الواحد ٣٠٦

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره ٣١٨

مسألة: لو باع من له النصف النصف مشاعاً ٣٣٠

الاقرار بالنسب ٣٥٣

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله ٣٥٥

فهرس ٥٨٧

الخيارات ٣٦٣

المقدمة الثانية: أصالة اللزوم ٣٦٩

أقسام الخيارات ٣٨١

الاول: خيار المجلس ٣٨٣

هل يثبت الخيار اذا كان العاقد واحداً ٣٨٨

البیوع التي لا يثبت فيها خيار المجلس ٣٨٩

اختصاص خيار المجلس بالبيع ٣٩٧

مبدأ خيار المجلس ٣٩٧

مسقطات خيار المجلس ٤٠٣

المسقط الأول: اشتراط سقوطه في ضمن العقد ٤٠٣

فرع: لو نذر عتق عبده إذا باعه ٤١٥

المسقط الثاني: اساقطه بعد العقد ٤١٦

مسألة: إذا قال أحدهما لصاحبه «اختر» ٤١٦

المسقط الثالث: افتراق المتبايعين ٤١٨

ما يحصل به الافتراق ٤٢٠

مسألة: الافتراق عن إكراه ٤٢١

مسألة: لو أكره أحدهما على التفريق ٤٢٧

مسألة: لو زال الإكراه ٤٢٩

المسقط الرابع: التصرف ٤٣٠

الثاني: خيار الحيوان ٤٣٣

تعيين موضوعه ٤٣٥

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ٤٣٦

مبدأ خيار الحيوان ٤٣٨

مسألة: دخول الليلتين المتوسطتين ٤٤١

مسقطات خيار الحيوان ٤٤٤

المسقط الأول: اشتراط سقوطه في العقد ٤٤٤

المسقط الثالث: التصرف ٤٤٤

الثالث: خيار الشرط ٤٦١

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار منفصلاً أو متصلاً بالعقد ٤٦٤

مسألة: يبطل العقد اذا لم تحدد المدة ٤٦٦

مبدأ خيار الشرط ٤٧٠

مسألة: لو جعل الخيار للأجنبي ٤٧١

شرط الاستيمار للأجنبي ٤٧٣

بيع الخيار ٤٧٥

مسألة: لا يختص خيار الشرط بالبيع، بل يشمل سائر المعاولات ٤٩٣

الرابع: خيار الغبن ٥٠٩

شروط خيار الغبن ٥٢٩

الشرط الأول: الجهل بالقمية ٥٢٩

الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً ٥٣٥

ظهور الغبن شرط أو كاشف ٥٣٨

مسقطات خيار الغبن ٥٤٢

المسقط الأول: اسقاطه بعد العقد ٥٤٢

٥٨٩	فهرس
٥٤٤	المسقط الثاني: اشتراط سقوطه
٥٤٥	المسقط الثالث: التصرف المغبون
٥٤٧	المسقط الرابع: التصرف المخرج عن الملك
٥٦٨	هل يثبت خيار الغبن في غير البيع
٥٦٩	هل خيار الغبن على الفور أو التراخي
٥٨٥	فهرس

