



کتابخانه
آیت الله العظمیٰ خراسانی

التَّائِبُ إِلَىٰ رَبِّهِ

الْمَكْسِبُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



التعليقة على المكاسب

تأليف

آية الله المجاهد السيد عبد الحسين اللاري رحمته الله
١٢٦٤ - ١٣٤٢ هـ ق

الجزء الثاني

مؤسسة المعارف الإسلامية

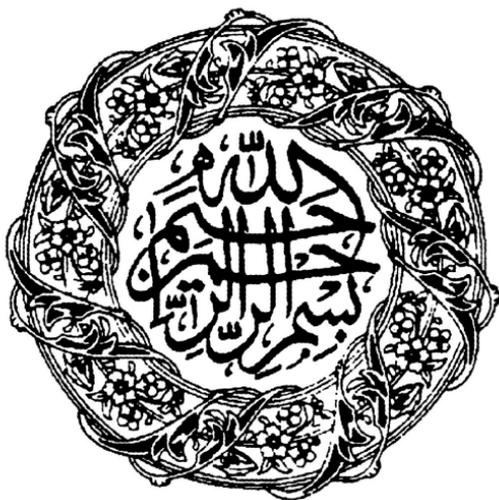
اللجنة العلمية للمؤتمر

مؤتمر إحياء ذكراه
آية الله المجاهد السيد عبد الحسين اللاري

الكتاب	التعليقة على المكاسب - ج ٢
المؤلف	آية الله المجاهد السيد عبد الحسين اللاري <small>رحمته</small>
تحقيق ونشر	اللجنة العلميّة للمؤتمر - مؤسّسة المعارف الاسلامية
الطبعة	الأولى / ١٤١٨ هـ . ق
صف الحروف	مؤسّسة المعارف الاسلامية
المطبعة	ياسدار اسلام - قم
العدد	١٢٥٠ نسخة
شابك	٩٦٤-٦٢٨٩-٢١-٥ ٩٦٤-٦٢٨٩-٢٣-١

جميع الحقوق محفوظة
للأمانة العامّة للمؤتمر

قم - ص - ب ٧٦٨ - ٣٧١٨٥ ، تلفون ٧٣٢٠٠٩ ، فاكس ٧٤٣٧٠١



كتاب البيع شروط المتعاقدين

قال الماتن طاب ثراه: «المشهور- كما عن الدروس^(١) والكفاية^(٢) - بطلان عقد الصبيّ... إلخ».

أقول: قبل الخوض في دليل المسألة ينبغي تحرير محلّ الكلام، ثمّ تأسيس الأصل الأصيل، الذي يصحّ عليه التعويل عند إغواز الدليل. فنقول: أمّا الكلام في تحرير محلّ النزاع من عقد الصبيّ فتفصيله: أنّ الخلاف في صحّة عقد الصبيّ لا ينحصر في صورة العقد لنفسه بالأصالة والاستقلال، بل يعمّ هذه الصورة وصورة العقد للغير بالوكالة، أو لنفسه بإذن الولي السابق، أو بإجازته اللاحقة، فالخلاف في صحّة عقد الصبيّ يعمّ جميع الصور الأربعة وإن اختلف كيفية الخلاف فيها بالشدّة والضعف، كما أنّ المراد بالصبيّ يعمّ المميّز وغيره.

ثمّ المراد من صحّة عقده ليس صحّة جميع عقود، لينتقض بطلان بعضها اتفاقاً، وإلحاق عهده بالخطأ في الجنایات، ولا من بطلانه بطلان جميع عقود، لينتقض بصحّة وصيّته وتدييره وإحرامه وإسلامه وعباداته وغير ذلك، بل المراد من صحّته وبطلانه أنّ القاعدة المستفادة من الشرع هل هو صحّة عقوده إلّا ما خرج، أو بطلان عقوده إلّا ما خرج، ومن هنا يعلم اندفاع توهم انتقاض القول ببطلان عقده بصحّة وصيّته وتدييره وعباداته وغير ذلك مما يمكن الالتزام بخروجه بمخصّص خارجي، من نصّ أو إجماع، كاندفاع توهم انتقاض القول

(١) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

(٢) كفاية الأحكام: ٨٤.

بصحته بإلحاق عهده بالخطأ في الجنائيات .

وأما الكلام في تأسيس الأصل فيه فمن الواضح أنّ الأصل العملي هو عدم صحّة عقده، استصحاباً لعدم النقل والانتقال به، وأما الأصل اللفظي فمقتضاه الصحّة وترتيب آثارها إن لزوماً فلزوم، وإن جوازاً فجواز؛ لعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، وصدق العقد على عقدة عرفاً.

نعم، قد يشكّ في صدق العقد عرفاً على عقد بعض الصبيان الغير المميّزين، من جهة الشكّ في قابليّتهم لقصد الإنشاء وعدمه، فلا يتأتّى في عقودهم عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ للشكّ في صدق موضوع العقد عليه.

وأما المميّز القابل لقصد الإنشاء سيّما المراهق للبلوغ سيّما إذا كان في العقل والرشد مثل فخر المحقّقين فلا ينبغي الإشكال في أنّ مقتضى الأصل الأصل وهو عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ هو صحّة جميع عقودهم بالاستقلال والإجازة.

نعم، الإشكال والخلاف إنّما هو في ورود الدليل الخاصّ على بطلانه وعدمه، وفيه أقوال.

ثالثها: التفصيل بين الصبيّ المأذون أو المجاز في عقده فيصحّ، وبين غيره فلا، وهو الظاهر عن كلّ ما استدلّ به على البطلان المطلق، بل أظهر صحّة عقد الرشيد وإن لم يبلغ ولم يؤذن ولم يجزله. أمّا الشهرة والإجماع المنقول على البطلان فلأنّ المتيقّن من معقدها بطلان عقد الصبيّ الغير المؤذون: ولا المجاز دون المأذون أو المجاز، بل الغير الرشيد دون الرشيد.

وأما خبر ابن حمزة وما في معناه من أن الغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة ففيه.

أوّلًا: دلّته على كفاية الرشد والعقل، وعدم انحصار الجواز في البلوغ، لما في ذيل الخبر المذكور في غير باب من أبواب الوسائل من العطف على قوله:

«إلا أن يبلغ خمس عشرة» بقوله: «أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^(١)، فإنّ ظاهر عطف الشعور على البلوغ بلفظ «أو» يدلّ على كفاية التمييز في أمر الصبيّ. وثانياً: لو أغمضنا عن دلالة ذيل الخبر أو عن وجوده في بعض أخبار آخر فلنا منع دلالة صدر الخبر على انحصار جواز أمر الصبيّ في البلوغ، لمعارضته بما يدلّ من الأخبار الآخر على كفاية الرشد والعقل في جواز أمره في كلّ شيء، كما عن باب الحجر من الوسائل عن الصادق عليه السلام «أنّه سئل عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿فإن أنستّم منهم رُشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾^(٢)، قال: إيناس الرشد حفظ المال»^(٣).

وفيه أيضاً قال: «سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنّها لا تُفسد ولا تُضيّع الخبر»^(٤). وفيه أيضاً عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل»^(٥).

وفي باب الصدقات من الوسائل أيضاً عن العسكري عليه السلام قال: «إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك»^(٦).

وفي باب الوصايا منه أيضاً في تفسير قوله تعالى: ﴿حتى إذا بلغ

(١) الوسائل ١٣: ١٤٢ ب «٢» من أبواب أحكام الحجر ح ١، وج ٣٠: «٤» من أبواب مقدّمة العبادات ح ٢، وج ٢٦٨: «١٤» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١.

(٢) النساء: ٦.

(٣) الوسائل ١٣: ١٤٣ ب «٢» من أبواب الحجر ح ٤.

(٤) الوسائل ١٣: ١٤٢ ب «١» من أبواب الحجر ح ٣.

(٥) الوسائل ١٣: ١٤٢ ب «١» من أبواب الحجر ح ٤.

(٦) الوسائل ١٣: ٣٢١ ب «١٥» من أبواب الوقوف والصدقات ح ٤.

أشدّه»^(١) قال: «الاحتلام، قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها، فقال: لا، إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتب له الحسنات وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً، فقال: وما السفيه؟ فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه، قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله»^(٢).

إلى غير ذلك من الأخبار المتفرقة في أبواب الوسائل، المعارضة للأخبار الظاهرة في انحصار جواز أمر الصبي في البلوغ، وتعارضها من قبيل تعارض العام والخاص من وجه، لاجتماع مدلوليهما في البالغ الرشيد، وافتراق مدلول الأول في البالغ الغير الرشيد والثاني في الرشيد الغير البالغ، والترجيح مع الثاني؛ لأنه أكثر عدداً، وأقرب إلى الأصول اللفظية، أعني: إطلاق «أوفوا بالعقود»^(٣) و«تجارة عن تراض»^(٤) وغيرهما وإن لم يكن أقوى دلالةً وأصح سنداً. وحمل إطلاق الرشد على البلوغ لكونه الفرد الغالب ليس بأولى من العكس، أعني: حمل إطلاق البلوغ على الرشد، لكونه الفرد الغالب.

وثالثاً: سلّمنا عدم دلالة على كفاية مجرد الرشد بل ودلالته على العدم، لكن الظاهر من نفي الجواز وإن كان ربما يشعر بعموم نفيه إلا أن الأظهر من جواز أمره هو استقلاله في التصرف؛ لأنّ جواز الأمر مرادف لمضيه، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ، بل موقوف. ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً»، فلا دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، وأتت إذا ساوم وليه متاعاً وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو وقع إيجاب

(١) الأحقاف: ١٥.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣٠ ب «٤٤» من أبواب أحكام الوصايا ج ٨.

(٣) المائدة: ١.

(٤) النساء: ٢٩.

النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليّه، فإنّ صحّة عقده حينئذٍ راجع في الحقيقة إلى جواز أمر الوليّ، لا جواز أمر نفسه المنفيّ.

وأما حديث رفع القلم عن الصبيّ^(١) المستدلّ به الشيخ^(٢) وابن ادريس^(٣) والعلامة^(٤) ففيه:

أولاً: ظهوره في رفع قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام، ضرورة أنّ مصبّه ومساقه هو مصبّ رفع عن أمّتي ما لا يعلمون^(٥)، ومساق أنّ نيّة السوء لا تكتب على هذه الأئمة^(٦) في الورود مورد التفضّل والامتنان، لا مورد إهانة الصبيان وإلحاقهم بالجماد والبهائم من أصناف الحيوان، في سلب العبرة والاعتبار عن عقودهم وقصودهم وعباراتهم.

وثانياً: لو سلّمنا، فلا نسلم دلالته على نفي المقتضي، لصحّة عقودهم، بل غاية دلالته على تقدير التسليم هو مانعيّة الصبوة عن الصحّة كمانعيّة السفه والرقية، فيصحّ بلحوق الإجازة من الوليّ، أو من نفس الصبيّ بعد زوال صبوّته المانعة بطرؤ البلوغ. فقله: «الغلام لا يجوز أمره»^(٧)، لا يزيد في الدلالة على مانعيّة الصبوة.

كمانعيّة السفه والرقية بقوله: ﴿عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء﴾^(٨)، بل كقوله ﷺ: «من فقه الضيف أن لا يصوم تطوعاً إلا بإذن صاحبه، ومن طاعة

(١) الوسائل ١: ٣٢ ب «٤» من أبواب مقدّمة العبادات ح ١١.

(٢) المبسوط ٣: ٣.

(٣) السرائر ٣: ٢٠٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤٥.

(٥) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

(٦) الوسائل ١: ٣٦ ب «٦» من أبواب مقدّمة العبادات ح ٦ و ٧.

(٧) الوسائل ١٢: ٢٦٨ ب «١٤» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١، المكاسب: ١١٤.

(٨) النحل: ٧٥.

المرأة لزوجها أن [لا] تصوم تطوعاً إلا بإذنه وأمره، ومن صلاح العبد وطاقته ونصحه لمولاه أن لا يصوم تطوعاً إلا بإذن مولاه، ومن برّ الولد بأبويه أن لا يصوم تطوعاً إلا بإذن أبويه»^(١).

وأما ما استأنس به الماتن رحمه الله على البطلان المطلق مما ورد في الجنائيات من أن عمداً الصبي خطأ^(٢) فلا استثناس به، على أن قصده كلا قصد، للفرق الواضح بين العمد والقصد والخطأ واللاقصد، مفهوماً ومصداقاً، بالعموم والخصوص المطلق، فإنّ العمد المقابل للخطأ لا يستعمل إلا في العمد المحظور بقصد، والخطأ المقابل للعمد لا يستعمل إلا في العمد المحظور لا عن قصد، بخلاف القصد واللاقصد فلا ينحصر متعلقهما في المحظورات، فلا يقال لغير الصائم: عمد في الأكل أو خطأ فيه، بل يقال: قصد الأكل أو لم يقصده، بخلاف الصائم، فيقال له: عمد الأكل أو لم يعمده، كما يقال: قصده أو لم يقصده.

وعلى ذلك لا استثناس في حديث: «عمد الصبي خطأ»^(٣) على ما استأنس به الماتن^(٤) من أن كلّ حكم شرعيّ تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعيّ عليها القصد، بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبيّ قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، لما عرفت من أن العمد والخطأ غير القصد واللاقصد.

ثم إنّ هذا كلّه في تشخيص كون الأصل اللفظي ومقتضى القواعد صحّة عقد الصبيّ إلا ما خرج، أو بطلانها إلا ما خرج، بعد تشخيص كون الأصل العملي الأوّلي مع البطلان، وقد عرفت أنّ المتيقن والأظهر من كلّ ما استدللّ به على

(١) الوسائل ٧: ٣٩٦ ب «١٠» من أبواب الصوم المحرم والمكروه ج ٢.

(٢) (٣) الوسائل ١٩: ٣٠٧ ب «١١» من أبواب العاقلة ح ٣، المكاسب: ١١٥.

(٤) المكاسب: ١١٥.

البطلان التفصيل بين المجاز بإذن سابق أو لاحق فيصح، وبين غيره فلا.
وأما تشخيص المخرجات والمستثنيات عن تحت الأصل والقاعدة
فتفصيل الكلام فيه أن يقال: أمّا على ما اخترناه من كون الأصل والقاعدة هو
مشاركة الصبيّ للبالغين في جميع الأحكام الوضعية والتكليفية والسياسات
والعقوبات - نظراً إلى عمومها وإطلاقها - فالخارج عن تحت هذا الأصل العامّ
والقاعدة المطلقة أمور:

منها: المؤاخذة على موجباتها حيث خصّت بالبالغين، وخرج الصبيان عن
تحت عمومها، والمخرج لهم هو الإجماع، وحديث رفع القلم عنهم^(١).
ومنها: الجنايات بل مطلق ما لا يعذر فيه العائد في الشريعة، حيث خرج
الصبيان عن عموم مشاركة البالغين فيما لم يعذر العائد فيه من المحظورات،
والمخرج لهم عن عموم المشاركة صحيحة ابن مسلم «بأنّ عمد الصبيّ خطأ»^(٢).
ومنها: بطلان جميع عقودهم الغير المجازة بإذن سابق من الأولياء أو
بإجازة لاحقة منهم، حيث خرج الصبيان عن عموم مشاركة البالغين في صحّة
العقود بالاستقلال والأصالة، والمخرج لهم عن ذلك هو الشهرة، والإجماع
المنقول، وخبر ابن حمزة المتقدم^(٣) من أنّ أمر الصبيّ لا يجوز. هذا كلّ في بيان
المخرجات والمستثنيات على القول بكون الأصل والقاعدة مشاركة الصبيّ مع
البالغين في جميع الأحكام.

وأما على القول بالعكس وعدم مشاركته معهم فالخارج والمستثنى عن
عموم هذا الأصل وإطلاق هذه القاعدة على تقدير تسليمها أيضاً أمور:
منها: عبادات الصبيّ، فإنّه يشارك البالغين في مشروعيّتها وإن قلنا بأصالة

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ٩.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٠٧ ب «١١» من أبواب العاقلة ح ٢.

(٣) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ٧.

عدم المشاركة، لثبوت المخرج من الشهرة والأخبار الدالة على وجوب الصوم على الصبي إذا طاقه ثلاثة أيام متتابة^(١)، والصلاة إذا عقّلها^(٢)، فإنّ أقرب مجازاتها الاستحباب.

وما في الوسائل: «لا بأس بالغلام الذي لم يبلغ الحلم أن يؤمّ القوم، وأن يؤدّن لهم»^(٣).

وما رواه الكليني^(٤)، والصدوق^(٥) في توحيد، عن طلحة بن زيد، عن الصادق عليه السلام قال: «إنّ أولاد المسلمين موسومون عند الله، شافع ومشفع، فإذا بلغوا اثني عشرة سنة كانت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات»^(٦)، ولا قائل بالفصل، وللزوم الظلم عليه تعالى لو خلا عمله من الثواب، ولا ينفع الاعتياد فيما بعد، فإنّه ربما لا يحتاج إليه، ولفحوى ما دلّ على الثواب للوليّ، مع أنّ مشقّة الفاعل أكثر بكثير. إلى غير ذلك من الوجوه المقرّرة في بحث أنّ الأمر بالأمر أمر من كتاب الأساس في الأصول.

ومنها: المعاملات الحقيرة، فإنّ الصبيّ يشارك البالغين في صحّتها منه عن قبل الأولياء عند جماعة من القائلين ببطان عقوده ومعاملاته، كما عن الفاضل القميّ في جواب سؤاله^(٧)، وعن المحدث الكاشاني^(٨) وكاشف الغطاء^(٩) وصاحب

(١) الوسائل ٧: ١٦٨ ب «٢٩» من أبواب من يصحّ منه الصوم ح ٥.

(٢) الوسائل ٣: ١٢ ب «٣» من أبواب أعداد الفرائض ونوافلها ح ٢.

(٣) الوسائل ٥: ٣٩٧ ب «١٤» من أبواب صلاة الجماعة ح ٣.

(٤) الكافي ٦: ٣ ح ٨.

(٥) التوحيد ٣٩٢ ح ٣.

(٦) الوسائل ١: ٣٠ ب «٤» من أبواب مقدّمة العبادات ح ١.

(٧) جامع الشتات ١: ١٥٠.

(٨) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

(٩) كشف الغطاء: ٤٩.

الرياض^(١) حيث استثنوا المعاملات الحقيرة للأولياء عن عموم بطلان عقود الصبي عندهم، دفعاً للعسر والحرص اللازم من عدم استثنائه، وأخذاً بالسيرة المستمرة بين المسلمين خلفاً عن سلف، على صحة نيابتهم الأطفال في شراء باقة من البقل وبيع بيضة بفلس، وإجلاس الصبيان مجلس أساتيدهم وأولياهم في الدكاكين والأسواق للمعاملة، واتخاذ الأكابر وذوي الشؤون الصبيان في بيوتهم لحوائج الأسواق، ولا إشكال في حجية مثل هذه السيرة وكشفها عن تقرير المعصوم، بعد اطلاعه عليها وتمكّنه من الردع وعدم الردع، بما يفني في قطع مادة العذر والاعتذار.

خلافاً للماتن عليه السلام^(٢) حيث منع صحة معاملات الصبي مطلقاً حتى في المحقرات، منكرراً للزوم العسر والحرص ولكاشفة السيرة المذكورة عن تقرير المعصوم عليه السلام.

وفيه: أمّا إنكار لزوم العسر والحرص من تفويض المحقرات إلى الصبيان فهو وإن كان الأصل للشاك في لزومه العدم إلا أنه إن أراد إنكار لزوم العسر الشخصي فمسلم الإنكار، إلا أن العبرة ليست به، وإن أراد إنكار لزوم العسر النوعي الذي به العبرة فلا مجال لإنكاره.

وأما إنكار السيرة فمنحصر إمّا في إنكار أصل السيرة، أو إنكار اطلاع المعصوم عليها، أو إنكار تمكّنه من الردع، أو إنكار عدم ردعه بدعوى كفاية الردع بمثل خبر ابن حمزة المتقدم^(٣)، أو بمثل الحوالة إلى الأصول.

أما أصل وجود السيرة فلا مجال لإنكاره في المحقرات، بل في كلّ ما يليق بحال الصبيان من المعاملات، لشهادة العيان بجريان سيرة المسلمين على

(١) رياض المسائل ٥: ٦١.

(٢) المكاسب: ١١٥-١١٧.

(٣) تقدّم في ص: ٧.

الوكول إلى كلِّ صبيٍّ ما هو فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فقد ترى أنَّهم يكلون إلى البالغ أربع سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة بفلس، وإلى البالغ ثمان سنين شراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى البالغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان، ولا يفرِّقون بينه وبين الكامل خمس عشرة سنة، ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلَّا بعد أن يحصل له التجارب.

وقول الماتن: «لا أظنَّ أن القائل بالصحة يلتزم العمل لسيرة على هذا التفصيل»^(١) مجرد استبعاد إذا لم يكن جهة انفراد، وإلَّا فهو الفارق بين الأفراد.

وتقوية الماتن رحمته^(٢) احتمال كون هذه السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة، كسيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الوليُّ أصلاً ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنَّ هذه مما لا ينبغي الإشكال في فسادها، سيّما الأخير. مدفوع.

نقضاً: بلزوم سقوط جميع سيرات المسلمين عن الحجية ما لم يعاضدها الأدلة الخارجية، إذ ما من سيرة من سير المسلمين إلَّا وبتأتى فيها هذا الاحتمال. وحلاً: بأننا لم نقصد الاستكشاف من مجرد تلك السيرة عن حكم العقل أو الشرع حتّى يدفعه احتمال صدورها عن عدم المبالاة بل إنّما نقصد الاستكشاف منها ومن عدم ردع المعصومين عنها بعد فرض اطلاعهم عليها عن تقريرهم ورضائهم بها، ضرورة أنَّ عدم مبالاة المسلمين في أمر من أمور الدين لا يقتضي عدم مبالاة المعصومين فيه أيضاً، بل يقتضي أشدّية مبالاتهم في الردع على الوجه الآكد والأبلغ.

ومن هنا يعلم أنّ الأصل في كلّ سيرة هو الكاشفيّة عن الرضا والتقدير إلّا ما ثبت عنه الردع القاطع للعدر، كما في معاملة الصبيان لأنفسهم من دون رضا الأولياء، لا أنّ الأصل في كلّ سيرة هو عدم الكاشفيّة وعدم الحجّية إلّا ما ثبت بدليل خاصّ.

ومن هنا يعلم أيضاً أنّ مقياسة السيرة الجارية على صحّة معاملة الصبيان في المحقرّات عن قبل الأولياء على السيرة الجارية على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال ومعاملتهم للأولياء على سبيل الآليّة فيه.

أولاً: منع السيرة على عدم الفرق إن لم ندّعي السيرة على الفرق.
 وثانياً: سلّمنا السيرة على عدم الفرق بين ما ذكر، إلّا أنّ مقياسة السيرة فيما نحن فيه على السيرة الجارية على عدم الفرق بين ما ذكر قياس مع الفارق، وهو ثبوت الردع في المقيس عليه وعدم ثبوته في المقيس، حتّى لو سئل عن نفس المعاملين مع الصبيّ الغير المأذون لاعترفوا بالتقصير، أو اعتذروا بما ليس عذراً، بخلاف ما لو سئلوا عن وجه معاملتهم مع المأذون فإنّهم يجيبون بأنّه مأذون، الذي هو بمنزلة الصغرى لكليّه صحّة كلّ ما هو مأذون فيه من المعاملات المكمون في أنفسهم قطعيتها أو ظنيتها، مع أنّ شكّهم في كليّة صحّته كافٍ في صحّته بعد قيام سيرتهم عليه من دون ثبوت ردع عنه.

والحاصل: أنا لم نتحاش عن حجّية كلّ سيرة من سير المسلمين وكاشفيّته عن رضا رئيسهم المعصوم.

فإن قلت: قد نرى بالعيان قيام الإجماع والبرهان على فساد بعض سيرهم. قلنا: هو الفارق بينه وبين ما نحن فيه، كما لا يخفى.

وأما احتمال حدوث السيرة الجارية على صحّة معاملة الصبيان في

المحقرات عن قبل أوليائهم بعد زمن المعصومين فبعيد جداً؛ لتشابه الأزمان وعدم تفاوت الأحوال والدواعي، مضافاً إلى عدم احتمال حدوثه أحد مع توقّر الدواعي على ضبط ما يحدث من السير، سيّما المخالفة للقواعد والسنن، ألا ترى ضبطهم كون السيرة الجارية بين المسلمين على شرب التتن حادثة من سفهاء إيران، وعلى شرب الجاهي حادثة من الإرسية، وعلى امتياز الهاشميين لغيرهم في الألبسة حادثة من سلاطين الصفوية، إلى غير ذلك من السير الحادثة، حيث ضبط حدوثها بحيث لم يشك في حدوثها، مع أنّها ليست من السير المخالفة للقواعد، فالمنصف يقطع بأنّ ما نحن فيه ليس منها.

وأما احتمال عدم اطلاع المعصومين بتلك السيرة الجارية على معاملة الصبيان عن قبل أوليائهم في المحقرات من الطرق البشرية الموجبة لوجوب ردعهم عنها فبعيد جداً؛ لقضاء العادة باطلاع المعصومين من جميع أنحاء الطرق البشرية فضلاً عن بعضها على الأمر المتداول فعله، وعموم البلوى به فيما يقرب من تسعمائة سنة.

وأما احتمال عدم تمكّنه من الردع عنها فمضافاً إلى أصالة عدم المانع منه معلوم العدم، لعدم تقيّة ولا غيرها من الموانع، سيّما المانع المستوعب جميع تلك المدّة الطويلة، فإنّه أيضاً من المحالات العادية المعلوم عدمه بقضاء العادة، ألا ترى أنّ الأمور المخالفة للعامة وسلاطين الجور مع شدّة التقيّة فيها قد أبرزوها حقّ الإبراز، فكيف بالأمور الموافقة للعامة؟ وعدم شائبة التقيّة فيها أصلاً.

وأما احتمال اكتفاء المعصومين في الردع عن تلك السيرة بالحوالة إلى مثل أصالة الفساد في المعاملات، أو إلى عموم حرمة أكل مال الغير، أو إلى إطلاق رواية ابن حمزة المتقدّمة^(١) فمدفوع أيضاً: بأنّ الاكتفاء بمثل الحوالة إلى أصل أو

عموم أو إطلاق في التبليغ إنما هو فيما لم يعم به البلوى ولم يجري السيرة على العمل به، وأما فيما عمّ به البلوى بل قد جرى عليه السيرة بزعم صحّته - كما فيما نحن فيه - فليس من مقتضى اللطف، وعادة المعصومين الاكتفاء في تبليغ الردع عن مثله بالحوالة إلى أصل أو عموم أو إطلاق، فضلاً عن العموم والإطلاق النازل منزلة الإجمال في مثل المقال. بل كان اللازم بمقتضى اللطف والعادة في كلّ ما شاع المنكر بتلك المثابة في الشيوخ وعموم البلوى وجريان السيرة عليه بالمبالغة في الردع عنه على الوجه الأكيد والنهي الشديد، بل لا يكفي بمجرد ذلك حتّى يعلّق الردع والنهي بعنوان ذلك المنكر صريحاً لا تلويحاً، كما علم ذلك منهم عليهم السلام بالنسبة إلى القياس^(١)، وشرب المسكرات^(٢) وغيرهما من المنكرات الشائعة في عصرهم، ﴿لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيَىٰ مَنْ حَيَّٰ عَنْ بَيِّنَةٍ﴾^(٣).

وبيان المنكر بالردع عنه يختلف باختلاف حال المنكر من حيث الشدّة والضعف، وباختلاف حال المكلفين في عموم البلوى به وعدمه، وفي كثرة ارتكابه وقلّته، فربّ منكر يكفي في بيانه والردع عنه بالحوالة إلى أصل من الأصول أو قاعدة من القواعد، وربّ منكر لا يكفي في بيانه والردع عنه بمجرد ذلك بل يحتاج إلى الردع بعموم أو إطلاق، وربّ منكر لا يكفي في بيانه والردع عنه ذلك المقدار أيضاً بل يحتاج إلى تأكيد الردع بعمومات متتابعة وتشديد النهي بإطلاقات متعاقبة، وربّ منكر لا يكفي في بيانه والردع عنه بهذا المقدار أيضاً بل يحتاج من جهة كثرة تداوله وشدّة حرّمته إلى تعلّق الردع والنهي بعنوانه الصريح الخاصّ، كما في القياس ونحوه.

وما نحن فيه من معاملة الصبيان عن قبل أوليائهم على تقدير كونه منكرّاً

(١) الوسائل ١٨: ٢٠ ب «٦» من أبواب صفات القاضي.

(٢) الوسائل ١٧: ٢٥٩ ب «١٥» من أبواب الأشربة المحرّمة.

(٣) الأنفال: ٤٢.

في الواقع إنما هو من قبيل الوجه الأخير الذي لا يكتفي في بيانه والردع عنه إلا بعنوانه الصريح الخاص - كالمقاييس - على الوجه الأكيد والردع الشديد حتى يطرق الأسماع، ويقطع مادة العذر في المحافل والبقاع، فإن المعصومين إنما نصبوا رحمةً للعالمين، وليس من دأبهم المؤاخظة وإلزام المكلفين من الطرق الخفية والمستمسكات المخفية، بل لم يرضوا باقتحام الكفار في المنكر، فكيف يرضوا باقتحام مواليتهم فيه؟

ثم إن صحة معاملة الصبي المأذون لا ينحصر فيما قرّرنا من السيرة، بل يحتمل أيضاً صحتها من باب الآلية، وإلحاق الصبي بالآلة التي يتعاطى بها المتعاملين الثمن أو الثمن.

أو من باب تولي المعامل مع الصبي طرفي العقد فيكون موجباً قابلاً بعد إحرازه مأذونية الصبي في المعاملة ورضا الآذن له فيها، كما عن كاشف الغطاء^(١) نفي البعد عنه.

أو من باب إلحاق معاملة الصبي المأذون في المعاملة بالمعاطاة الواقع بين الكاملين بمجرد الرضا وإن خرج عن موضوع المعاطاة بعدم وقوع التعاطي بينهما، بناءً على عدم توقف صحة المعاطاة على تعاطي قائم بشخصين، وحصوله بمجرد إحراز الرضا كيفما اتفق، كما عن بعض المحققين توجيهه الصحة به. ولكن على كل من هذه التوجيهات الثلاثة للصحة يخرج صحة معاملة الصبي عن موضوع كونه مستثنى من معاملة الصبي، لرجوع وجه الصحة في كل من التوجيهات الثلاثة إلى وقوع المعاملة بين الكاملين، لا بين الصبي وغيره، أو بين الصبين حتى يكون من مستثنيات معاملة الصبي.

وإلى هذا أشار الموجه المذكور في المتن: بأن التحقيق أن هذا ليس

مستثنى من كلام الأصحاب، ولا منافياً له^(١).... إلخ.

قوله: «بل ما ذكر أولى بالجواز من الهدية، من وجوه».

[أقول:] وهي أشدّية العسر، وأقوائية السيرة، وأبعدية الآلية فيه منه في الهدية بمزية الإنشاء، ومزيد الاعتناء به وبفعله وعقده وقصده في المعاملة، دون الإهداء.

ثم إن الماتن ص ٢١٦ بعد ما ضعف السيرة المتقدمة على استثناء المحقرات من معاملة الصبيان قد ضعف كل من سائر توجيهات الصحة الثلاثة الباقية، بما سيأتي التعرض لما في تضعيفه من الضعف، كما تقدّم تضعيف خدشته في السيرة بأبلغ وجه وأبسط.

مضافاً إلى توقّف تضعيفه التوجيهات الثلاث على عدم تمامية السيرة المتقدمة على صحة معاملة الصبيّ المأذون، بخلاف ما لو تمت السيرة المتقدمة، فإنّه على تقدير تماميتها لا يتوقّف صحة معاملة الصبيّ المأذون على تمامية شيء من التوجيهات الثلاثة، بل يحتمل أن يكون وجه صحتها كونه معاوضة مستقلة، أو إباحة معوضة، أو كون الصبيّ كالكبير في صحة المعاملات ولو في الجملة لا بالجملة، إلى غير ذلك من التوجيهات التبرعية التي هي كالجموع التبرعية والنكات بعد الوقوع التي لا يقدح الخدشة في وجهتها بصحة وقوع الواقع بعد فرض وقوعه.

هذا، مع أنّ الخدشة في توجيهه الصحة من باب المعاطة بأنّه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطة من دون إنشاء إباحة أو تملك مدفوعة.

أولاً: بما استظهرناه سابقاً من إطلاق «تجارة عن تراض»^(٢) وحديث

(١) (٢ و ١) المكاسب: ١١٦.

(٢) (٣) النساء: ٢٩.

«طيب النفس»^(١) الاكتفاء في حكم المعاطاة بمجرد المراضة كيفما اتفق، وعدم توقّفه على إنشاء إباحة أو تملك.

وثانياً: سلّمنا توقّفه على حصول الإنشاء، لكن ندّعي حصول ذلك الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبيّ.

وقول الماتن رحمته: «إنّ هذا إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجها عن موضوعها»^(٢).... إلخ». [أقول]: مدفوعة: أولاً: بأنّه معلوم الدخول في حكم المعاطاة بإطلاق «تجارة عن تراض»، و«طيب النفس»، ألا ترى أنّ تسبيل الماء لكلّ من شرب وإباحة الطعام لكلّ من أكل إلى غير ذلك من الإباحات العامّة صحيحة بإطلاق «التراض» و«طيب النفس»، مع عدم كون المقصود منها الإباحة لشخص معلوم.

وثانياً: أنّا نفرض إنشاء الإباحة لشخص معلوم بدفعه المال إلى الصبيّ وإرساله إلى ذلك الشخص المعلوم ثمّ نلحق الغير المعلوم به، بضميمة الإجماع المركّب وعدم القول بالفصل.

لا يقال: إنّ إلحاق الإباحة لشخص غير معلوم بالإباحة لشخص معلوم بضميمة الإجماع المركّب ليس بأولى من العكس، أعني: إلحاق الإباحة لشخص معلوم بالإباحة لشخص غير معلوم بضميمة الإجماع المركّب.

لأنّنا نقول: ضميمة الفرض الأوّل - وهو السيرة - أقوى، فهو أولى من العكس.

وكذلك الخدشة في توجيه الصحّة من باب التولّي لطرفي العقد الإيجاب

(١) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصليّ ح ١.

(٢) المكاسب: ١١٦.

والقبول، أولاً: بأنّ تولّي وظيفة الغائب - وهو من أذن للصغير - إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه، وإن كان مجرد العلم برضاه فالانتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع. مدفوعة: باختيار الشقّ الأوّل ومنع انتفائه؛ لأنّ إتيان الصبيّ للمعاملة بأمارات الإذن من الوليّ والشواهد الحاليّة الكاشفة عن إذن الوليّ له في المعاملة لا يقصر عن الكتابة المؤذنة بالوكالة لتولّي العقود والمعاملات عن قبل الغائب.

وكذلك الخدشة الأخرى على ذلك بأنّ من المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الصبيان النيابة عمّن أذن للصبيّ مدفوعة: بأنّ مجرد التعاطي مع الصبيّ على أنّه مأذون كافٍ في تحقّق النيابة المكمونة في خزانة الخاطر، ولا يحتاج إلى ما وراء ذلك من إحضارها في الخاطر وقصد عنوانها مقترناً بالمعاملة، سيّما في المعاطاة المبني على مجرد المراضاة، كما لا يخفى.

ثمّ إنّه إذا ثبت صحّة ما يصدر من الصبيّ من المعاملات اللائقة بحاله بإذن الوليّ فهل يختصّ صحّتها منه بصورة آليته عن قبل الوليّ في المعاملة، أم يعتبر مع ذلك في صحّتها قصد عنوان الآليّة لتلاّ يصحّ معاملة الصبيّ أصالته ولا وكالة إذا لم يقصد عنوان الآليّة في المعاملة، أم يكفي في صحّتها مجرد رضا الولي وإن كانت المعاملة لنفسه؟ وجوه.

أقواها الأخير وإن كان الأحوط منه الأوّل ثمّ الأحوط منه الوسط، وذلك لأنّ المتيقّن من معقد الشهرة والإجماع المنقول وأخبار عدم جواز أمر الصبيّ حتّى يبلغ^(١) هو صورة عدم رضا الوليّ بأمره دون صورة رضائه، فضلاً عن صورة إذنه الذي هو أخصّ من الرضا، سيّما صورة قصد عنوان الآليّة، ومن المقرّر في أصولنا حجّية العامّ المخصّص بالمجمل المفهوميّ والاقتران في

(١) الوسائل ١: ٣٠ ب «٤» من أبواب مقدّمة العبادات.

تخصيصه على القدر المتيقن، فيقتصر فيما نحن فيه من عدم جواز معاملة الصبي على خصوص صورة رضا وليه، ويرجع فيما عداه إلى عموم «أوفوا بالعقود»^(١)، وإطلاق «تجارة عن تراض»^(٢) و«طيب النفس»^(٣).

ويتفرّع على ذلك قوّة صحّة معاملة الصبي وإن كان لنفسه في المحقرات، بل مطلق ما يليق بحاله من المعاملات، التي هو فطن فيها بحيث لا يغلب في المساومة، وحليّة أخذ ما يبذله الصبي عن رضا بإزاء معاملاته وإن كان ما يبذله من ماله أو حيازاته أو لقطاته المتملّكة له بالالتقاط إذا أحرز رضا وليه بتلك المعاملة علاوة على رضا نفسه، وفاقاً لشيخنا العلامة، وما عن الفاضل القمي في جواب سؤاله^(٤).

بل الأقوى حليّة مطلق ما يبذله الصبي من ماله ولو مجاناً من الهديات والهبات والضيافات اللاتقة بحاله إذا أحرز رضا الولي فيها ولو بالفحوى أو شاهد الحال؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها على ما عدا المتيقن من التخصيص، وهو صورة عدم رضا وليه.

ثم الولي للصبي لا ينحصر في الأب والجدّ حتّى يخرج الفاقد لهما عن الحكم المذكور، بل لا يخلو الصبي عن وليّ في مذهب الإماميّة، إذ الفاقد للأب والجدّ لا أقلّ له من وصي، ومع فقدّه أيضاً لا أقلّ من وجود حاكم شرع، ومع فقدّه أيضاً فلا أقلّ من وجود عدول المؤمنين، ومع فقدّه الجميع فلا أقلّ من وجود الإمام الذي لا يخلو الأرض منه، فإذا أحرز رضا أحد أوليائه المترتبين ولو بشاهد الحال أو الفحوى كفى في حليّة ما يبذله الصبي ولو مجاناً مما يليق

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ٢٠.

(٤) جامع الشتات ١: ١٠١.

بحاله، بعد انضمام رضا الوليِّ إلى رضائه.

بل وكذا الحكم إن احتمل كون المبدول من مسروقاته أو مقبوضاته بالوجوه الفاسدة؛ لاندفاع احتمال الفساد عمّا في يد المسلم من الأموال بأصالة الصّحة وغلبيتها ولو كان المسلم صبيّاً مميّزاً.

نعم، يكره الأخذ من كسب الغلام الذي لا يبالي بالحرام، لما ورد في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الذي لا يحسن صناعة بيده»، معللاً بأنّه: «إن لم يجد سرق»^(١)، كما يكره الأخذ من كسب غير الغلام ممن لا يبالي بالحرام.

ثمّ لو سلّمنا عدم صحّة معاملات الصبيِّ إلّا في صورة الآليّة وإذن الوليِّ له فهل يكفي في إحراز الآليّة والمأذونيّة بمجرد الشواهد الظنيّة كالإكتفاء بجلوسهم مقام أوليائهم وتظاهره على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء وخصوصاً في المحقّرات، أم لا يكفي إحرازها إلّا بالعلم أو ما يقوم مقامه كما لا يكفي إحراز الرضا إلّا بأحدهما؟ وجهان. من عدم حجّية الظنّ في الموضوعات الصرفة، وكون المتيقّن من معقد السيرة هو صورة العلم. ومن أنّ الأظهر جريان السيرة على الإكتفاء بالشواهد الظنيّة في إحراز الآليّة والمأذونيّة للصبيِّ، كما عن كاشف الغطاء^(٢) التصريح به، مضافاً إلى عود لزوم العسر والحرج وانسداد باب المعاملة مع الصبيان لو اقتصر على خصوص العلم في إحراز المأذونيّة والآليّة.

وحاصل الكلام من البدو إلى الختام: أنّ الأصل الأصيل الذي عليه التعويل هو مشاركة الصبيان مع البالغين في جميع الأحكام التكليفيّة والوضعيّة، إلّا ما خرج من التكليفيّة كرفع المؤاخذه، ومن الوضعيّة كرفع الصّحة عن المعاملات

(١) الوسائل ١٢: ١١٨ ب «٣٣» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٢) كشف الغطاء: ٤٩ - ٥٠.

المستقلّة لنفسه من دون إذن الولي، كما هو الأقرب إلى القواعد وعموم الخطابات وإطلاقها، إذ لم نستشهد ورود شيء من الخطابات بلسان يا أيّها المكلفين، أو يا أيّها البالغين، بل هي واردة بلسان «يا أيّها الناس»^(١)، و «يا أيّها الذين آمنوا»^(٢)، «يا بني آدم»^(٣)، ونحوها من العمومات والإطلاقات الشاملة للصبيان.

ولو سلّمنا أنّ الأصل عدم مشاركتهم مع البالغين، فلا أقلّ من استثناء أمور: منها: عباداتهم، فإنّها مشروعة للوجه الخاصّة المتقدّمة. ومنها: المحقّرات، بل مطلق اللائق بحالهم من المعاملات المأذون فيها عن قبل الولي، للسيرة المتقدّمة.

ومنها: إنشاءاتهم وقصودهم في العقود الصادرة عنهم وكالّة عن قبل الأولياء، أو غيرهم، لعموم: «أوفوا بالعقود»^(٤).

ومنها: رضائهم ومراضاتهم في تصحيح جميع ما يتوقّف على الرضا والمراضاة، من المعاطة والإباحات والضيافات والهديات، وغيرها من المجانيات وغير المجانيات اللاتقة بحالهم إذا رضي الولي بها، لعموم: «تجارة عن تراض»^(٥)، وإطلاق «طيب النفس»^(٦).

بقي الكلام في حكم قبوضهم في الأحكام المتوقّفة على القبض والمقابضة، كلزوم الوقف والرهن والضمان، وتعيين الحقوق الكليّة الثابتة في

(١) الحج: ١ و ٥.

(٢) المائدة: ٨.

(٣) الأعراف: ٢٧.

(٤) المائدة: ١.

(٥) النساء: ٢٩.

(٦) تقدّم ذكر في هامش (١) ص: ٢٠٠.

الذمة الموقوف تعينها على القبض، إلى غير ذلك من الأحكام المتوقفة على القبض الصحيح، هل يتحقق بقبض الصبي مطلقاً، أم لا يتحقق بقبضه مطلقاً، أم التفصيل بين قبضه وكالةً فيترتب عليه أحكام القبض الصحيح، وأصالةً فلا؟ وهو الأقوى، فيكون حكم قبضه هو حكم إنشائه في الصحة والنفوذ وكالةً، لا أصالةً. والوجه الوجه.

قال طاب ثراه: «ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما... إلخ».

أقول: الخارج بهذا القيد عقد الغالط والعاث، وأما خروج عقد الفضولي والمكره، وما لا يقبل التملك شرعاً كبيع الخمر والخنزير، كما ربما يتوهم أو توهم فممنوع.

أما بيع المكره فخروجه بقيد القصد على إطلاقه ممنوع؛ لأن الإكراه على العقد تارةً يورث سلب القصد عن العاقد فيخرج، وتارةً لا يورث سلبه فلا يخرج، فيكون الإكراه داعياً إلى القصد، كما يكون داعياً إلى العقد.

وأما البيع الفضولي وما لا يقبل التملك شرعاً فلا يخرج شيء منهما بقيد القصد، من جهة أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المحقق في صدق مفهوم العقد، وأما اشتراط العلم بتأثيره شرعاً فلا دليل عليه بعد صدق اسم العقد والقصد عرفاً.

لكن لا لدعوى صدق التأثير والتكسير عرفاً من دون التأثير والانكسار، كما يقال: كسرتة فلم ينكسر، وسحقته فلم ينسحق حتى يمنع صدقه على وجه الحقيقة، بل لأن نفي ترتيب آثار قبول أثر العقد على ما لا يملك شرعاً عند الشارع لا يقتضي نفي ماهية صدق ذلك العقد عرفاً، كما أن نهي السلطان رعيته عن بيع شيء من الأشياء لمصلحة من المصالح لا يدل على نفي ماهية صدق ذلك البيع في العرف بعد اتفاهه، كما لا يخفى. هذا كله في بيان اعتبار قصد المتعاقدين

إلى مدلول اللفظ ليخرج الغالط، وإلى المعنى ليخرج الهازل.
 وأما تعيين المالكين الذين يتحقق النقل أو الانتقال بالنسبة إليهما ففي
 اعتباره مطلقاً - كما هو الأشبه إلى الأصول العمليّة - أو عدمه مطلقاً - كما هو
 الأقرب إلى الأصول اللفظيّة - أو التفصيل بين أن يتوقف تعيين المالك على التعيين
 حال العقد لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً اعتبر في النية أو مع اللفظ به أيضاً،
 وبين عدم توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد - بأن يكون العوضان
 معنيين ولا يقع العقد فيهما على وجه يصحّ إلّا لمالكهما فلا يعتبر مطلقاً - أو إذا لم
 ينو الخلاف، أو لم يصرح بالخلاف وإن نواه وجوه.

أقواها التفصيل المطلق، وفاقاً للماتن، وبعض المحقّقين المذكور في
 المتن^(١)، لكن لا لما ذكره الماتن، ولا لما ذكره البعض من المحقّقين، وتوضيح
 ذلك أن يقال:

أما وجه اعتبار تعيين المالك في الشقّ الأوّل من التفصيل فليس لما ذكره
 بعض المحقّقين من قوله: «لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك في نفس الأمر»^(٢).
 لإمكان المناقشة في هذا الاستدلال، نقضاً: ببيع الفضولي عن قبل مالك
 معيّن، وحالاً: بأنّه إن قلنا بأن إجازة المالك المعيّن في الفضولي كاشفة عن وقوع
 البيع في الواقع منعنا الملازمة المذكورة، وهو بقاء الملك بلا مالك في الواقع لو لم
 يعيّن المالك، بل كان مالكة في صورة لحوق الإجازة هو المجيز المعلوم في علم
 الباري، وفي صورة عدم لحوق إجازة له هو المالك الأوّل.

وإن قلنا بأنّ الإجازة ناقله عن الملك لا كاشفة منعنا بطلان اللازم، وهو
 بقاء الملك بلا مالك أو منعنا الملازمة أيضاً بأنّه قبل الإجازة باقياً على ملك مالكة

(١) المكاسب: ١١٧.

(٢) مقابس الأنوار: ١١٥.

الأول.

وبالجملة: فعدم تعيين المالكين في العقود نوع من العقود الفضولية كالمعّين فيها المالكين، فقول البائع: بعت ثوباً كذا بكذا وكذا من الدرهم من دون تعيينه مالك الثمن ولا المثلن في حكم الفضولي المعّين فيه المالكين، فيتعيّن مالك المثلن بمن بادر إلى إجازة مثل ذلك البيع ببذل ذلك المثلن، وكذا يتعيّن مالك الثمن بمن بادر إلى إجازة ذلك البيع بقبوله، فالمقتضي لصحة الفضولي من الإطلاقات وعمومات ﴿أحلّ الله البيع﴾^(١) و﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) و﴿تجارة عن تراض﴾^(٣) «والناس مسلّطون»^(٤) وغيرها قاضٍ بصحة مطلق الفضوليّ وإن لم يعيّن فيه المالكين لولا ظهور الشهرة بل الإجماع من الحدس على الفرق وعدم صحة مثله.

ولا لأجل ما عن ذلك المحقّق أيضاً من قوله: «لولا اعتبار التعيين، يعني في الشقّ الأوّل من تفصيله لزم عدم حصول الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان... إلخ»^(٥).

لمنع الملازمة؛ بأنّ اللازم هو انتفاء الجزم بتعيين المالكين في العقود لا انتفاء الجزم بنفس العقد، وهو النقل والانتقال، فإنّ الجزم بنفس العقد الذي هو النقل والانتقال لا ينافيه عموم المنتقل منه وعموم المنتقل إليه، كما لو قال: بعت كلّ ثوبٍ من الثياب المتّصّفة بالصفات الكذائيّة من أيّ مالك من المماليك بمبلغ كذا في ذمّة أيّ شخص من الأشخاص المجيزين لذلك العقد، فإنّه لولا الحدس

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) المائدة: ١.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) عوالي اللآليء ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

(٥) مقابس الأنوار: ١١٥.

بفتوى المشهور بل الإجماع على عدم صحته لم يمنع مانع آخر من نهوض الإطلاقات والعمومات إلى صحته وتنجزه من كل من يجيزه من المالكين للثمن والمثمن.

فكل مالكي الثمن والمثمن المجيزين لذلك العقد الكلي العام يندرجان في طرفي ذلك العقد الكلي العام، الذي يصح بعد الإجازة بالعمومات والإطلاقات المتقدمة^(١) لولا الحدس بعدم افتاء المشهور به، لصدق اسم العقد عرفاً عليه، ووجود الجزم المعتبر فيه. نعم الجزم المنتفي في مثل هذا العقد هو الجزم بتعيين المالكين.

وأما الجزم بنفس العقد فهو موجود وبه الكفاية في العقود، فإن الجزم بنفس العقد إنما ينتفي فيما يشترك بين العقد وغيره من الأفعال، لا فيما يتعين كون المقصود منه العقد، ولكن يشترك فيه المالكين بين أشخاص عديدة، وانتفاء الجزم الثاني في المعاملات غير قادح في صحتها.

وأما قرح انتفائه في العبادات حيث لا يكفي في صحتها مجرد الجزم بعنوان عبادة من العبادات من دون الجزم بتعيين تلك العبادة من بين المشتركات فيمكن أولاً: منع قرحه، لعدم الإجماع على قرحه في العبادة أيضاً.

بل قد نقل شيخنا العلامة عن الفاضل القمي^(٢) في جواب سؤاله صحة العبادات المأتي بها بعنوان العبادة، من دون تعيين مصرفها من بين المصارف المشتركة، فأجاز احتساب تلك العبادة بعد إيقاعها من كل ما شاء من المصارف، فإذا قرأ قراءة أو زار زيارةً على وجه القرية المطلقة من دون تعيين من يرجع الثواب إليه جاز احتسابها، بعد الاتمام عن نفسه وعن غيره، بل أجاز أخذ الأجرة

(١) تقدّم في هامش (١-٤) ص: ٢٧.

(٢) جامع الشتات ١: ٣٠٢-٣٠٤.

على انتقالها إلى الغير بعد وقوعها على الوجه الكلي كما يجوز قبله .
 وثانياً : لو سلمنا قدحه في العبادات، فإنما هو من جهة انتفاء القرية التي
 بها قوام العبادات، نظراً إلى أن اتيان العبادة من دون تعيينها من بين المشتركات
 ليس لداعي أمر خاص من تلك الأوامر المتعددة وإنما هو لداعي أحدها لا بعينه،
 وهو أمر منتزع ليس بمأمور به بذلك العنوان المنتزع، وإنما المأمور به كل واحد
 من الأوامر المتأصلة التي لم يأت العمل بداعي أحدها بخصوصه، فيكون البطلان
 من جهة أن ما وقع لم يؤمر به وما أمر به لم يقع، بخلاف المعاملات فإن قوامها
 ليس بتحقيق القرية ولوازمها حتى ينتفي صحتها بانتفاء شيء من اللوازم العقلية
 القرية.

ولا لأجل قوله: «لا دليل على تأثر التعيين المتعقب»^(١).

لما عرفت ما فيه من النقص بتأثر الإجازة المتعقبة، ومن الحل بإمكان
 الاستدلال عليه بالإطلاقات والعمومات المتقدمة.

ولا لأجل قوله: «لا دليل على صحة العقد المبهم، لانصراف الأدلة إلى
 الشائع المعهود»^(٢).

لما فيه من أنه إن أريد انصراف العمومات إلى العقود المعهودة نوعها فما
 نحن فيه من البيوع الغير المتعين فيها المالكين من قبيل المعهودة نوعها قطعاً، وإن
 أريد انصرافها إلى المعهودة صنفها فهو ممنوع؛ لبعده عن ظاهر عموم: «أوفوا
 بالعقود»^(٣)، أو إلى المعهودة شخصها فأبعد جداً؛ لاقتضائه الاقتصار في صحة
 العقود على خصوص الثابت عليه السيرة من العقود.

ولا لأجل ما استدلل به الماتن من قوله: «لتوقف اعتبار ملكية ما في الذم

(١ و ٢) مقابس الأنوار: ١١٥.

(٣) المائدة: ١.

على تعيين صاحب الذمة... إلخ»^(١).

لما فيه من إمكان منع التوقّف، فكما أنّ نفس ما في الذمة كلّياً لا يتوقف على تعيينه في الأعيان الخارجيّة كذلك كلّياً صاحب الذمة لا يتوقّف على تعيينه في الأشخاص الخارجيّة، بل يكفي التعيين المتعقّب بالإجازة لذلك الكلّي، كما لا يكفي نظيره في الفضولي.

ولا لأجل قوله: «إجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود»^(٢).

لما عرفت ما فيه من أنّه إن أراد كونه غير معهود نوعها فممنوع؛ لأنّ عدم تعيين المالكين لا يخرج البيع عن نوع البيع، وإنّما يخرجها عن الصنف الممنوع اشتراط معهوديته بعموم: «أوفوا بالعقود» حسب ما قرّر.

فتلخّص مما ذكرنا: أنّ اعتبار التعيين في الشقّ الأوّل من التفصيل المذكور ليس لأجل شيء مما ذكره بعض المحقّقين، ولا لأجل شيء مما ذكره الماتن طاب ثراه، بل إنّما هو لأجل أنّ الظاهر الشهرة بل الإجماع على اعتبار التعيين فيه، ولولا الشهرة والإجماع لم نفرّق بين الشقّين في الحكم بعدم اعتبار التعيين. ثمّ إنّ هذا كلّ في وجه اعتبار التعيين في الشقّ الأوّل من التفصيل.

وأما وجه عدم اعتبار التعيين في الشقّ الثاني فهو عموم: «أوفوا بالعقود»^(٣) و«تجارة عن تراض»^(٤) و«تسليط الناس على أموالهم»^(٥) وغيرها من الإطلاقات والعمومات.

لا ما قاله الماتن طاب ثراه: «من أنّ مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كلّ

(١) و٢) المكاسب: ١١٧.

(٣) المائدة: ١.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) عوالي اللآلئ: ١: ٢٢٢: ٩٩.

من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كلّ منهما عوضاً وبدلاً، وعلى هذا فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك»^(١).

لما فيه من أنه إن أراد أن دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر من مقتضى إطلاق المعاوضة فهو مسلّم، لكنّه لا ينهض إلى عدم اعتبار التعيين مطلقاً، حتّى في صورة التقييد، وإن أراد كونه من مقتضى ماهيّة المعاوضة لينتفي ماهيّة المعاوضة بتقييد دخول أحد العوضين في ملك ثالث - كما هو صريح كلامه^(٢) - فهو ممنوع، لوقوع نظيره في الشرع بكثير.

منها: الأمر بالعمل العائد نفعه إلى ثالث، فإنّه يستحق العامل الأجرة من الأمر وإن لم يرجع نفع عمله إلى الأمر.

ومنها: حقّ الجعائل لردّ ضالّة الغير، كما لو قال الجاعل: «من أتى بضالّة فلان فله عندي كذا» فإنّ الآتي بها يستحقّ حقّ الجعالة من الجاعل وإن لم يرجع إليه النفع.

ومنها: الهبة المعوّضة بعوض مشروط لثالث، فإنّ الظاهر صحّته وإن لم يدخل كلّ من العوضين في ملك المالك الآخر.

ومنها: تزويج الناس أولادهم أو غير أولادهم بجعل المهر في ذمهم أو في أعيان أموالهم، مع عدم دخول العوض إلى أنفسهم. اللهمّ إلا أن يمنع صحّة ذلك العقد، كما عن بعض، أو يمنع كون المهر عوضاً عن الزوجة، بناءً على أنّه من مقولة الهديات، وأنّ عوض الزوجة الزوج، كما عن بعض آخر.

ثمّ الفرق بين قولهم: «بشترط في العقود القصد» وبين قولهم: «العقود تابعة للقصد» إمّا بحسب المعنى فهما متعاكسان، ضرورة أنّ معنى شرطية القصد في العقود عبارة عن تأصل العقود واستتباع القصد لها في التأثير والصحة، ومعنى

تبعية العقود للقصد هو عكس ذلك، أعني: تأصل القصد في التأثير واستتباع الألفاظ لها.

وإما بحسب الفائدة فشرطيّة القصد في العقود مخرج لعقد الهازل والعاث والغالط، وتبعيّة العقد للقصد مدخل للعقد بأيّ لفظ كان، من أيّ لغة كان ولو بالكناية والمجاز، ومخرج للعقد الغير المطابق للقصد في الإطلاق والتقييد.

وتفصيل ذلك فيه أن يقال: إنّ هذا القصد إما متقدّم على العقد، أو متأخّر عنه، أو مقارن له، وعلى كلّ من هذه التقادير الثلاثة إما أن يتعلّق هذا القصد بلوازم ذلك العقد، أو بمنافي ذلك العقد، أو بالأمر الخارجة الغير المنافية لمقتضى العقد ولا اللازمة له، وعلى كلّ من هذه التقادير إما أن يتلفّظ في العقد بالمقصود من الإطلاق والتقييد والشرط، أو لا يتلفّظ في العقد بما هو مقصوده من الإطلاق والتقييد والشرط، أو لا يقصد أيضاً شيئاً من الإطلاق والتقييد، كما لو عقد على امرأة مع الذهول عن إطلاق العقد أو تقييده بشرط البكارة مثلاً. ولعلّ ما يأتي تفصيل حكم جميع التقادير فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ومن جملة فروعها ما أشار إليه الماتن رحمته بقوله: «وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره... إلخ».

أقول: الكلام في هذه المسألة ينبغي أن يقع تارة: في اعتبار قصد تعيين خصوص المشتري البائع وخصوص البائع المشتري وعدم اعتبار قصد تعيين الخصوصية، وتارة أخرى: في أنه على تقدير عدم اعتبار قصد الخصوصية لو قصد تعيينها فحكمه ماذا؟ فهل يتبع قصده، أم لا.

إذا عرفت ذلك ظهر لك ما في المتن من التخليط بين الفرضين؛ لأنّ ظاهر قوله في صدر العنوان: «وأما تعيين الموجب... إلخ» يعطي كون النزاع في الفرض الأوّل، أعني: في أصل اعتبار قصد تعيين الخصوصية وعدمه، وظاهر استدلاله

على اعتبار قصدها بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية وتسبعية العقود للقصود يعطي كون النزاع في الفرض الثاني، كما لا يخفى على المتأمل .

وكيف كان، فتحقيق الكلام إمّا في الفرض الأوّل - وهو اعتبار قصد تعيين الخصوصية - فالأقوى عدم اعتباره في صحّة العقود، إلّا ما علم من العقود اعتباره فيه بديل خارج، لعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، وسائر العمومات والإطلاقات .
وأما ما استدللّ به الماتن وغيره على اعتبار قصد تعيينها^(٢) فقد عرفت عدم انطباقه على النزاع الأوّل .

وإمّا في الفرض الثاني - وهو ما لو قصد في العقد خصوص طرفي الموجب والقابل - فلا يخلو إمّا أن يقصد الخصوصية على وجه التقييد بحيث ينوط النقل والانتقال مدارها وجوداً وعدمًا، أو على وجه الاعتقاد لا التقييد، وعلى الأوّل إمّا أن يكون قصد خصوصية الطرفين من أركان العقد - كخصوصية الطرفين في عقد النكاح - أو لا يكون قصدها من أركانه، كما في البيع والإجارة حيث إنّ ركني البيع والإجارة هما العوضان لا خصوصية المتعاضين، بخلاف النكاح فإنّه بالعكس .

أما صورة قصد خصوصية الطرفين على وجه التقييد فيما كانت الخصوصية من أركان العقد فلا إشكال ظاهراً في تبعية العقد للقصد، سيّما إذا كان لفظ العقد ظاهراً في إرادة الخصوصية كلفظ الخطاب، ويتفرّع على ذلك فساد عقد الموجب القاصد خصوصية القابل عن غيره لا نفسه، وفساد عقد القابل القاصد خصوصية الموجب عن غيره لا نفسه، عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية وتبعية العقود للقصود .

(١) المائدة: ١ .

(٢) المكاسب: ١١٧ .

وأما صورة قصد خصوصية الطرفين على وجه التقييد فيما لم تكن الخصوصية من أركان العقد - كما في البيع والإجارة - فلا إشكال ظاهراً في تبعية العقد للقصد فيه كالصورة الأولى، لعين ما مرّ فيها، إلا أنّ الفرق عدم فساد العقد فيه بتخلّف الخصوصية؛ لكون المفروض عدم كون الخصوصية المقصودة من الأركان حتّى يفسد العقد بتخلّفها، بل حكمه حكم تخلّف سائر الشروط الخارجة إذا قصدت في العقد في كون تخلّفها يوجب الخيار لا الفساد.

وأما صورة قصد الخصوصية على وجه الاعتقاد لا على وجه التقييد فلا إشكال في عدم تبعية العقد للقصد فيه وعدم إيجاب تخلّفه الخيار، كما لا يوجب الفساد؛ لرجوع الخصوصية المعتقدة من دون قصدتها على وجه التقييد إلى إطلاق العقد في الحقيقة، ونظير هذه المسألة مسألة ما لو اقتدى المقتدي بزيد - مثلاً - فبان بعد الصلاة أنّه غيره، حيث حكموا بصحة صلاته لو اقتدى بالحاضر على أنّه زيد، وفسادها لو اقتدى بزيد على أنّه الحاضر، وكذا المسافر سفر المعصية، حيث أنّ حكمه الاتمام فيه لو قصد السفر بداعي المعصية فيه، والقصر لو قصد المعصية في السفر بداعي آخر. وإذ قد عرفت ذلك فلنرجع إلى شرح ما في المتن.

قوله: «ويرد على الوجه الأوّل - من وجهي الفرق - أنّ كون الزوجين... إلخ».

أقول: ويوجّه ورود هذا الإيراد أنّ كون الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود لا يدلّ على عدم كون المتعاضدين في سائر العقود أيضاً كالعوضين في وجوب تعيينهما. ولكن يضعفه: أنّ قول القائل كون الزوجين كالعوضين وإن لم يدلّ على عدم وجوب التعيين في البيع بالصراحة إلاّ أنّه دالّ عليه بمفهوم المخالفة.

لا يقال: إنَّ اللقب ليس له مفهوم.

لأنَّا نقول: وإن لم يكن للقب مفهوم بحسب الوضع إلَّا أنَّ ذكر هذا اللقب في مقام الافتراق بين النكاح والبيع قرينة واضحة على ثبوت مفهوم المخالفة له، كما أنَّ قولك: «أنا لست بزاني» في مقام الافتراق عن مخاطبك قرينة واضحة على كونه زانياً بمفهوم المخالفة، والكناية أبلغ من التصريح.

وقد كنت أنا في زمان جهلي أزعم أنَّ أكثر فقرات مزار الأمير عليه السلام مثل: أشهد أنَّك آمنت بالله وأقمت الصلاة وآتيت الزكاة، وأمثالها مما لا يليق بخدام الأمير عليه السلام فكيف يليق به عليه السلام؟ فالهتمة بعد مدَّة أنَّ المقصود منها في الحقيقة التعريض بإرادة مفهوم المخالفة في مخالفته، وأنهم لم يؤمنوا بالله، ولم يقيموا الصلاة، ولم يؤتوا الزكاة وإن كانت إرادة الأكمليَّة أيضاً كافية.

قوله: «مع أنَّ الظاهر أنَّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح».

أقول: ويندفع هذه العلاوة أيضاً: بأنَّ تخصيصه الفرق بالنكاح ليس لإرادة التقييد به، بل لإرادة التمثيل به لكلِّ ما تكون الخصوصيَّة فيه من أركان العقد كالعوضين، فيشمل الوقف الخاصَّ والهبة والوكالة والوصيَّة، وأمَّا المصالحة فتابعة لموردها، فإن كانت في مورد البيع فحكمها حكم البيع، وإن كانت في مورد الإبراء فحكمها حكم الإبراء.

قوله: «ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل. فتأمل».

أقول: أمَّا وجه عدم منافاة عموم القصد لعدم سماع قول صاحب القصد فلأنَّ تابعيَّة العقود للقصد إنما هي بالنسبة إلى نفس القاصد فيما بينه وبين ربِّه من التكاليفات، وأمَّا بالنسبة إلى غيره ممن لم يطَّلِع على قصده فالعقود تابعة لظاهر اللفظ، كما لا منافاة بين أن يكون إقرار المقرِّ لأحدٍ بحقِّ تابعاً لقصده بالنسبة إلى

تكاليف نفسه فيما بينه وبين ربه، وبين عدم سماع تفسيره الإقرار بما يخالف ظاهر لفظه.

وأما وجه التأمل في عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل فمن جهة ابتناء عدم سماع قول المشتري على القول بتفسير المدعي بمن يخالف قوله الظاهر من اللفظ أو العادة، لا على القول بتفسير المدعي بسائر التفاسير، كما لا يخفى.

قوله: «فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً».

[أقول:] أي: ما منعناه، ووجه الفرق أن ما منعه سابقاً هو عدم صدق الزوج وأخته على الوكيل، وما ذكره آنفاً هو عدم تعارف صدق الزوج وأخته على الوكيل، وبينهما فرق واضح، كالفرق بين منع صدق اللفظ علي شيء وبين دعوى انصرافه عنه بعد تسليم صدقه عليه.

قال طاب ثراه: «ومن جملة^(١) شرائط المتعاقدين: الاختيار في مقابل

الإكراه... الخ».

أقول: الكلام في الإكراه تارةً في تشخيص موضوعه المستنبط، وتارةً في بيان حكمه، أما موضوعه فلما كان المرجع في كليّ تشخيص الموضوعات المستنبطة إلى عرف الشارع، ومع فقد عرفه فيها فإلى العرف العامّ، ومع فقد فإلى مطلق الظنّ في تشخيصه، ولم يعلم من عرف الشارع تشخيص الإكراه في المسألة إلا امتيازه عن الجبر في الجملة، فلا محالة يكون المرجع لنا في تشخيصه إلى العرف واللغة، لمساعدتهما عليه.

فنقول: الإكراه على الشيء لغةً^(٢) وعرفاً: هو حمل الغير على ما يكرهه،

(١) هذه الكلمة غير موجودة في المكاسب.

(٢) مجمع البحرين ٦: ٣٦٠.

فاشترط الاختيار في المتعاقدين عبارة عن اشتراط القصد إلى وقوع مضمون العقد عن الرضا وطيب النفس، في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، فاشترط الاختيار مساوق لاشترط الرضا وطيب النفس، ولكن الكراهة أخص من عدم الرضا والطيب، لأنّ الكراهة أمر وجودي ملازم لعدم الرضا، بخلاف عدم الرضا فإنّه أمر عدمي غير ملازم لها، كما أنّ الجبر أخص من الكراهة أيضاً لاعتبار عدم المندوحة في صدق الجبر، وعدم اعتبار عدمها في صدق الإكراه. ويعلم من ذلك أمور:

منها: أنّ الاختيار المشروط في المتعاقدين مقابل الكراهة فلا يصحّ عقد المكره، لا مقابل الجبر ليشمل الكراهة فيصحّ عقد المكره. ومنها: تعميم المكره عرفاً ولغةً لمن لم يقصد اللفظ لشدة الخوف والدهشة كالفالط، ولمن قصد اللفظ لكن لم يقصد مدلوله لذلك كالهازل، بل ولمن قصد اللفظ والمدلول معاً لكن لم يقصد الغايه المترتبة عليهما من النقل والانتقال كالأوامر الصوريّة، بل ولمن قصد اللفظ والمعنى والغايه جميعاً لكن لم يرض ولم تطب نفسه به.

خلافاً لما نسب في المتن^(١) إلى ظاهر الشهيدين^(٢) والعلامة^(٣) من تخصيص المكره بالقاصد إلى اللفظ الغير القاصد إلى مدلوله. ولكن المتأمل الراجع إلى كلامهم ولو إلى قرينة حالهم يقطع بأنّ مرادهم من عدم قصد المكره مدلول اللفظ عدم قصده لازم المدلول وهو الرضا والطيب، لا عدم قصد نفس المدلول، وعلى تقدير إرادة خصوص ذلك من المكره يكون خروج المكره من قيد اعتبار القصد، لا من قيد اعتبار الاختيار، وهو سهل.

(١) المكاسب: ١١٨.

(٢) الدروس الشرعيّة ٣: ١٩٢، مسالك الأفهام ٣: ١٥٦.

(٣) أنظر تحرير الأحكام ٢: ٥١.

ومنها: أنَّ خوف المكره قد يوجب الفعل بدفع الضرر ولكنه مستقلّ في فعله ومخلّي طبعه فيه، بحيث تطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إبعاد الغير على تركه بحيث لا تطيب نفسه به، وذلك معلوم بالوجدان، والذي يفسد العقد هو الإكراه بالمعنى الثاني لا الأوّل، لتعلّقه في الحقيقة بمقدّمات الفعل لا بنفس الفعل وإن لم يخرج بذلك عن اسم الإكراه عرفاً، وكذا حياء المستحي وطمع المستطمع على الفعل قد يوجب الفعل على وجه تطيب به نفسه وإن كان من باب الحياء والطمع، وقد يوجب فعله على وجه لا تطيب به نفسه، والذي يفسد فعل العقد هو الثاني لا الأوّل أيضاً، لرجوعه في الحقيقة إلى مقدّمات الفعل لا نفس الفعل.

فظهر من ذلك أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه من الخوف أو الحياء أو الطمع لا يدخله في حكم الإكراه أو الحياء أو الطمع، وهو فساد العقد وعدم صحّته، بل ولا في اسمه حقيقة ما لم يوجب ارتفاع الرضا والطيب النفساني، كيف! والأفعال الصادرة من العقلاء كلّها أو جلّها ناشئة عن دفع الضرر أو الحياء أو الطمع، بل قد ذكروا الخوف والحياء والطمع من جملة الجهات المصحّحة للقربة التي بها قوام العبادات أيضاً.

ومنها: أنّ اعتبار التورية على القول به في مواقع الاضطرار والإكراه إنّما هو للتخلّص عن موضوع الكذب لا الإكراه. وعلى كلّ من التقديرين في بيان موضوع اللغات ليس كبيان الأحكام من الوظائف الواجبة على الشارع وإن كان بيانها راجحة.

ومنها: أنّ الأصل العملي في المسألة وإن كان مع عدم القصد إلاّ أنّه بالنسبة إلى القصد الزائد على المدلول الظاهر من اللفظ كإرادة عموم المجاز أو الاشتراك، وأمّا بالنسبة إلى ظاهر حال اللفظ واللافظ في مقابل دعوى الغلط والهزل

فالأصل القصد وعدم الغلط والهزل والسهو والنسيان، وعدم تعلّق الإكراه إلاّ برضاه دون اللفظ ومعناه، كما في سائر العقود المكروهة طرّاً، ولهذا قالوا: الإرادة تابعة للدلالة، والإقالة خير من الإعالة، والتأسيس خير من التأكيد.

ومنها: أنّ حمل الغير على ما يكره إن اقترن بوعيد مظنون الترتّب على ترك ذلك الفعل مضرّاً بحال الفعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً فلا إشكال في دخوله في اسم الإكراه، كمعلوم الترتّب وفي حكمه أيضاً إن أوجب سلب الرضا والطيب النفساني عن الفعل، كما لا إشكال ظاهراً في أنّ المقترن بوعيد موهوم الترتّب أو مشكوكه لا يدخل في اسم الإكراه، كما لا يدخل في حكمه أيضاً إذا لم يوجب انتفاء الرضا والطيب عنه، وإمّا إذا أوجب انتفاؤه فالظاهر دخوله في حكم الإكراه وإن لم يدخل في اسمه، فيبطل عقده وإن لم يسمع قوله في عدم الرضا، وذلك لأنّ المناط في صحّة عقد المختار وفساد عقد المكروه هو الرضا وعدم الرضا، ولكن لما كان هذا المناط صفة باطني نفساني لا يقف عليه سوى صاحبه ولا يقبل قول مدّعيه فيه اعتبروا في الشرائط إبدال الرضا بوصف ظاهري مساوق له، وهو الاختيار، وإبدال عدم الرضا أيضاً بوصف ظاهري أخصّ منه، وهو الإكراه، ليصحّ التعويل على ظاهرهما، ويسمع قول مدّعيهما في الدعاوى. فتفتنّ فإنّ هذا أمر واضح من كلامهم واستدلّاهم وإن لم أفق على من سبقني في تفتنّه صراحة.

ومنها: عدم اعتبار العجز عن التفصّي في موضوع الإكراه الرافع لأثر الحكم الوضعي، واعتباره في موضوع الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي، فيكون النسبة بين الإكراه الرافع أثر الحكم التكليفي والرافع أثر الحكم الوضعي عموماً مطلقاً، كما يكون النسبة بين مناطيهما وهو عدم الرضا ودفع الضرر عموماً من وجه

حسب ما في المتن^(١).

ومن هنا ربما ينشأ إشكال تقريبه: أنه إن اعتبر في رفع الإكراه عدم وجود المندوحة والتفصي فليعتبر مطلقاً في رفع الأحكام الوضعية والتكليفية، وإن لم يعتبر فلا ينبغي أن يعتبر مطلقاً، لا في رفع الأحكام الوضعية ولا التكليفية، فالتفكيك بين اعتباره في رفع الأحكام التكليفية وعدم اعتباره في رفع الأحكام الوضعية يؤدي إلى استعمال الإكراه في أكثر من معنى. من دون قرينة.

ولكن يندفع هذا الإشكال: بأنّ معلومية إناطة رفع الإكراه لأثر الحكم التكليفي بقاعدة رفع الضرر، وإناطة رفعه لأثر الحكم الوضعي بعدم الرضا والطيب من الخارج قرينة خارجية على تقييد حكم الإكراه في الأحكام التكليفية بعدم المندوحة والتفصي، وتقييد حكم الإكراه في بعض الموارد لا يوجب استعمال نفس الإكراه في أكثر من معنى، مضافاً إلى أنّ استعمال اللفظ في أكثر من معنى على وجه عموم المجاز والاشتراك غير باطل، وإنّما الباطل استعماله في غير هذا الوجه، كما هو مقرّر في محلّه. هذا كلّه في تشخيص موضوع الإكراه في الجملة.

وأما الكلام في حكمه فيدلّ على اعتبار الاختيار في صحّة العقود وفسادها من المكروه مضافاً إلى أصالة عدم النقل والانتقال في عقد المكروه وجوه: منها: الإجماع بجميع أنحاءه من الفعليّ والقوليّ والقدمائيّ والمتأخريّ، ومن المحضّل والمنقول، ومن البسيط والمركّب منه، ومن ضميمة عدم الفرق والفصل بين طلاق المكروه وسائر عقود.

ومنها: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تجارةً عن تراضٍ»^(١).

وقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢).

ومنها قوله ﷺ في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رفع أو وضع عن أمّتي تسعة أشياء أو ستّة».

ومنها: «ما أكرهوا عليه وما لم يطبقوه وما أخطأوا»^(٣).

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة إلا أن استشهاد الإمام ﷺ^(٤) به في رفع بعض الأحكام الوضعيّة، بل وعموم حذف المتعلّق المعبر عنه بعموم المقتضي والمقتضى لكونه من قبيل دلالة الاقتضاء يشهد بعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء، مع أنه يمكن الاكتفاء في الاستدلال بمجرد تعميم رفع المؤاخذة للمؤاخذة على نفس المكروه عليه، وللمؤاخذة على ما يترتب عليه من الوطاء مثلاً في النكاح، والأكل في البيع، ونحوهما.

فالمعنى على الأوّل هو رفع المؤاخذة على المكروه، وعلى الثاني هو رفع الإلزام بشيءٍ عليه، وعلى الثالث هو رفع منشيئة المكروه عليه للمؤاخذة، وهو وإن رجع إلى سابقه من حيث الثمرة إلا أنه يفترق عنه من حيث الطريق والوصول إلى تلك الثمرة، من قبيل افتراق الدليل الإنّي عن اللّمي.

والحاصل: أنّ المرفوع في حديث الرفع إمّا خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى على نفس المكروه.

وإمّا مطلق الإلزام على الشيء الشامل لرفع الأحكام الوضعيّة من اللزوم والصحة في العقود والجزئية والشرطيّة والقاطعيّة والمانعيّة في الماهيات المركّبة

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلّي ح ١.

(٣) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

(٤) الوسائل ١٦: ١٣٦ ب «١٢» من أبواب الإيمان ح ١٢.

بالتخلل الخطائي، كما في السهو والنسيان، والإكراهي كما في التقيّة.
 وإمّا خصوص المؤاخذة لكن لا على نفس المكروه فقط لئلا يشمل الأحكام
 الوضعيّة، بل أعمّ منه ومن المؤاخذة على ما يترتب على مقتضى المكروه من
 الوطء في النكاح المكروه، والأكل في البيع المكروه، وعدم القضاء والإعادة في
 الصلاة والحجّ والصيام المكروه فيها على تخلل جزءٍ أو شرط.
 وأمّا الآثار العقلية الملازمة لفعل المكروه أو المنسي فغير قابلة للرفع حتّى
 يعمّها حديث الرفع.

فالمراد من الحديث منحصر في أحد المعاني الثلاثة المتقدّمة، وعلى كلّ
 من المعنيين الآخرين الذي يقتضيه عموم حذف المتعلّق واستشهاد الإمام عليه السلام
 يتأسّس من الحديث الشريف فوائد كثيرة.

منها: تأسيس أصل أصيل، وهو تقييد جميع الأجزاء والشرائط المعتبرة
 في الماهيات بالاختيار والعلم شرعاً، إلّا ما خرج بالدليل كأركان الصلاة، وذلك
 لعموم: «رفع الإكراه والنسيان»^(١).

ومنها: تأسيس أصالة الأجزاء في جميع العبادات الصادرة عن المكلف
 على وجه التقيّة من الصلاة والصوم والحج والوضوء وغيرها، فيسقط القضاء
 والإعادة فيها بعد رفع التقيّة إلّا ما خرج بالدليل، وذلك أيضاً لعموم: «رفع ما
 استكرهوا عليه».

ومنها: عدم توقّف تشخيص ماهيات العبادات المركّبة من الأجزاء
 والشرائط على ما تصدّى لتحقيقه صاحب القوانين من أصالة عدم ما عدا المعلوم
 جزئيته أو شرطيته^(٢)، حتّى يناقش بأنّ أصالة عدم الزائد لا يثبت كون الماهية

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٣) ص: ٤١.

(٢) قوانين الأصول ١: ٥٥-٥٦.

فيما عداه من الأجزاء والشرائط لكونه مثبتاً، كما توهم، بل يكفي في تشخيص تحقق ماهية كلّ عبادة من العبادات المركبة من الأجزاء والشرائط بمجرد عدم العلم والوقوف على جزئية ما عدا المعلوم جزئيته أو شرطيته من سائر الأجزاء والشرائط المشكوكة بعموم قوله ﷺ: «رفع عن أمّتي ما لا يعلمون»، كما بنى عليه الفصول^(١) تشخيص ماهية العبادات المركبة بعد ما كان بانياً على عدم تشخيصها بأصالة عدم، لكونه مثبتاً.

ثم بقي الكلام في تشخيص سائر مصاديق الإكراه، وقد عرفت أنّ تشخيص صدق الإكراه إنّما يثمر في الدعاوي، وأمّا في غيرها فصحة العقد منوطة بمجرد الرضا، فلو أكره الشخص على عقد فعقد راضياً صحّ عقده، سواء رضي حقيقةً أو حياءً أو طمعاً، فضلاً عما لو رضي لأجل شفقة دنيوية أو دينية على وقوع الغير في الحرام لو لم يرض بعقده، أو لأجل الجهل والغفلة عن أنّ التخلص عن اسم الإكراه وعن حكمه الشرعي غير متوقّف على الرضا بوقوع أثر العقد، فيوطن نفسه على الرضا بوقوع أثره جهلاً، كما في كثير من العوام.

ومن هنا يعلم أنّه لا وجه لاستشكال المصنّف^(٢) في صدق الإكراه على عقد المكره الراضي في عقده لأجل شفقة دنيوية أو دينية أو الجهل والغفلة، لما عرفت من أنّ العاقد المكره على العقد يدين بنيته في عقده، فيصحّ منه العقد المفروض رضائه به بالنسبة إلى نفسه، ويدين بظاهره بالنسبة إلى غيره، فيقبل قوله لو ادّعى عدم رضائه، فلا يصحّ بالنسبة إلى غيره، فبالنسبة إلى نفسه لا إشكال في صحته لفرض رضائه، وبالنسبة إلى غيره لا إشكال في بطلانه لفرض صدق الإكراه عليه ظاهراً، فالإشكال ليس في محلّه.

(١) الفصول الغروية: ٥١.

(٢) المكاسب: ١٢١.

مع أننا لو سلّمنا الإشكال في صدق الإكراه على شيء من الفروض التي استشكل فيها المصنّف فالمرجع إلى العمومات والإطلاقات الدالّة على صحّة العقود، بناءً على الاقتصار في تقييدها بالمكره على القدر المتيقّن منه، فلم يبق مسرح للإشكال من تلك الجهة أيضاً، كما لم يبق من سائر الجهات.

قال - طاب ثراه - : «ثمّ المشهور بين المتأخّرين أنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد».

أقول: الكلام في صحّة عقد المكره بعد لحوق الرضا له يتوقّف أولاً: على تشخيص ما يعتبر في مفهوم صدق العقد، وثانياً: على تشخيص ما يعتبر في صحته.

فقول: أمّا ما يعتبر في مفهوم صدق العقد فهو اللفظ الدالّ على العقد عرفاً، لكون العقد عرفاً ولغةً إنّما هو من مقولة الألفاظ لا المعاني، فيخرج عن موضوعه المعاطاة والكتابة والإشارة للقادر، ثمّ المعتبر في صدق موضوعه القصد إلى اللفظ ليخرج عقد الغالط والنائم، بل والقصد إلى مدلوله ليخرج عقد الهازل عن موضوعه.

وأما قصد الإنشاء أو الإخبار ففي اعتبار أيّهما في صدق موضوع العقد خلافٌ بين العامّة والخاصّة، تعرّضنا لتحقيقه في مقدّمات بحث الأخبار من الأصول، وعلى تقدير عدم اعتباره في صدق موضوعه فإجماع الإماميّة قائم على اعتباره في حكمه، كما تعرّضنا في ذلك البحث أيضاً لتحقيق كونه حقيقةً في الإنشاء على تقدير اعتباره في صدقه أو مجازاً، فليراجع.

وأما اعتبار الرضا في صدق موضوعه ليخرج عقد الفضولي عن موضوعه فضعيف للغاية. وأضعف منه اعتباره من نفس العاقد اللازم منه خروج عقد المكره عن موضوعه.

إذا عرفت ذلك فيكفي في عدم اعتبار مقارنة الرضا للعقد في صحته بعد فرض عدم اعتباره في صدق موضوعه الإطلاق.

مضافاً إلى الشهرة المحصلة والإجماع المنقول وإن كان الظاهر استنادهما إلى الأطلاق أيضاً، لا إلى أمر آخر وراء الإطلاق اطلعوا عليه وخفي علينا حتى يعدّ وجهاً برأسه.

ومضافاً إلى فحوى صحّة عقد الفضولي، والفرق بينهما غير فارق.

نعم؛ ربما انتصر للقول ببطان عقد المكره وإن تعقّب الرضا بمفهوم الحصر من قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، بتقريب: أنه وإن اختلفوا في حجّية مفهوم حصر «إنما» إلا أنّهم لم يختلفوا في حجّية مفهوم حصر «ما وإلا».

وفيه: أنّ الاستثناء منقطع لا متّصل، والاستثناء المنقطع في معنى الاستدراك المحض لا الاستثناء، فكأنّه قال عزّ من قائل: لا تأكلوا أموالكم بالباطل، ولكن كلوها بتجارةٍ عن تراضٍ في عدم ثبوت مفهوم حصر له، فكما لا يفهم من الآية حرمة الأكل بالإباحة والهبة والإذن وشاهد الحال وغيرها من المجانيات - التي لا يصدق عليها أصل التجارة، لكون المأخوذ في مفهومها المعاوضة عرفاً ولغةً - كذلك لا يفهم منها حرمة الأكل بالتجارة الناشئة عن الإكراه المتعقّب بالرضا، وإذا لم يفهم منه حرمة هذا النوع من التجارة كان المرجع في صحته سائر الإطلاقات والعمومات الدالّة على صحّة العقود ولزومها، كـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

وأما الاستدلال بمفهوم الوصف من تجارة عن تراض ففيه: ما أشار إليه

(١) النساء: ٢٩.

(٢) المائدة: ١.

الماتن طاب ثراه^(١).

وأما الاستدلال بعموم حديث الرفع^(٢) ففيه: مع دلالته على فساد عقد المكره بعد لحوق الرضا له من وجوه:

أحدها: من جهة ورود حديث الرفع مورد الامتنان، والمناسب لذلك رفع إزام المكره بشيء، لارفع اختياره فإن رفع الاختيار عن المكره وتأثير رضاه اللاحق في العقد السابق إنما يناسب الإهانة والاستهجان، لا الإحسان والامتنان. وثانيها: من جهة ظهور قوله ﷺ: «رفع عن أمّتي ما استكروها عليه» هو رفع ما هو ضرر عليه، فلا يعم المرفوع ما هو حقّ له لا عليه، كما أنّ قوله ﷺ «إقرار العقلاء على أنفسهم نافذ»^(٣) لا يعمّ نفوذ إقرارهم لأنفسهم بما فيه جرّ نفع أو دفع ضرر، ومن المعلوم أنّ الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقّ له لا عليه حسب ما أشار إلى تفصيله في المتن - إلى أن قال: - هذا على القول بكون الرضا ناقلاً واضح، وكذا على القول بكونه كاشفاً بعد التأمل^(٤).

أقول: الظاهر أنّ مراده من «التأمل» التأمل في أنّ كاشفيّة الرضا عن النقل على القول به ليس كاشفاً عن حصول النقل من مجرد العقد السابق المكره عليه، بل إنّما يكون كاشفاً عن حصوله من العقد السابق مع الوصف بالرضا اللاحق ولو بالوصف الاعتباري المنتزع، أعني: اتّصاف العقد السابق بكونه مما يستعقبه الرضا اللاحق، فكاشفيّة الرضا على القول به ليست كاشفيّة صرفة، بل لا بدّ من مدخليتها في النقل ولو ببعض الاعتبارات في الجملة لا بالجملة.

(١) المكاسب: ١٢٢.

(٢) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٣) ص: ٤١.

(٣) الوسائل ١٦: ١١١ ب «٣» من أبواب الإقرار ح ٢.

(٤) المكاسب، ١٢٢.

وأما على الكاشفية الصرفة الإيئة التي لا مدخلية للرضا في عليّة النقل بوجه وكون النقل مستنداً إلى عليّة العقد المكره فمن المعلوم استناد الصحّة بالرضا اللاحق إلى نفس العقد المكره المرفوع حكمه بالإكراه.

وثالثها: من جهة أنّ حديث الرفع عن المكره وأخواته إنّما يرفع الآثار المترتبة على نفس الفعل لا بشرط العمد والإكراه، دون رفع الآثار المترتبة على الفعل بوصف العمد مثل قوله: «من تعمّد الإفطار فعليه كذا»، لأنّ هذا الأثر يرتفع بنفسه في صورة الخطأ والنسيان والإكراه، لا بواسطة عروض الخطأ والإكراه، ولا الآثار المترتبة على عنوان الإكراه أو شيء من أخواته من الخطأ والنسيان من حيث هي، اذ لا يعقل رفع الأثر الشرعي المترتب على الإكراه والسهو والخطأ من حيث هذه العنوانات، كوجوب الكفارة المترتبة على قتل الخطأ، ووجوب سجدي السهو المترتب على نسيان بعض الأجزاء.

فانحصر كون المرفوع هو الآثار المترتبة على الفعل لا بشرط الإكراه والعمد، دون المترتبة عليه بشرط العمد ولا المترتبة عليه بوصف الإكراه، ومن البين أنّ الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه إنّما هو من آثار العقد بوصف الإكراه، لا من آثار نفس العقد مع قطع النظر عن الإكراه حتّى يرفعه الإكراه هكذا ما في المتن^(١).

وفيه: منع ونقض بالرضا اللاحق للفضولي، فإنّه من آثار العقد من حيث هو لا بشرط.

ورابعها: من جهة أنّ المراد بالآثار المرفوعة هي الآثار المجعولة الشرعية التي وضعها الشارع، وأما ما لم يكن يجعله من الآثار العقلية والعادية فلا تدلّ الرواية على رفعها ولا رفع الآثار المجعولة المترتبة عليها؛ فإنّ الآثار العقلية

والعادية تتبع حكم العقل والعادة، كالإحراق اللازم للنار بالعقل والعادة، فلو مسست شيئاً يحكم العقل والعادة بحصول الإحراق ولا يمكن الحكم بعدمه بقول الشارع: إذا لم يعلم الاحتراق بعد مس النار، ومن ذلك يظهر عدم اندراج الأصول المثبتة في أخبار الاستصحاب.

ومن قبيل الآثار العقلية والعادية الآثار الشرعية الثابتة بملازمة أمر عقلي أو عادي، فإنها تتبع وضعاً ورفعاً الملزوم العقلي والعادي، فاللوازم الشرعية الثابتة بأمر عقلي أو عادي كاللوازم العقلية والعادية في عدم صلاحيتها للجعل. ومن البين أن الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه إنما هو من آثار جزئية الرضا للعقد في التأثر وسببية النقل والانتقال، وجزئية الجزء من الآثار العقلية والعادية، لا الشرعية حتى ترتفع شرعاً بحديث الرفع.

وفيه تأمل كما في المتن^(١)، لأن استقالة جزئية الجزء من المجموع المركب عقلي، وأما تأثير الجزء والشرط أثرهما فمن الآثار الشرعية الراجعة إلى وظيفة الشارع إثباتاً ونفيًا فيما نحن فيه. ولأن الحكم المتعلق بالوصف المناسب المشعر بالعلية يقتضي مانعية الإكراه ما دام موجوداً، فإذا زال الإكراه بالرضا اللاحق زال حكمه، وهو الرفع.

فإن قلت: سلّمنا عدم اقتضاء حديث الرفع^(٢) لفساد عقد المكره المتعقب به رضاه لأحد الوجوه المتقدمة، لكنّه مع ذلك مانع عن الإطلاقات المقتضية لصحته، بواسطة أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بمسبوقية الرضا، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع إلى أصالة الفساد؛ لكون

(١) المكاسب: ١٢٢.

(٢) تقدّم ذكر مصدره في الهامش (٣) ص: ٤١.

الشكّ في أصل حكم العقد لا في وجه وقوعه الخارجي حتّى يكون مورداً لأصالة الصحّة في المعاملات والغلبة، فكأنّ مفاد الإطلاقات وهو سببية البيع والرضا للنقل والانتقال مطلقاً مقيّد بقول الشارع إلّا بيع المكره ورضاه، فإنّه لا أثر له.

قلت: نمنع مانعيّة حديث الرفع عن الإطلاقات، كما منعنا اقتضاه سابقاً، لكن لا لما قاله الماتن طاب ثراه - من منع أصل حكومة حديث الرفع على الإطلاقات مقيّدة بحكم الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل، ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه، ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له، وأمّا المرضي به بالرضا اللاحق فإنّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع ولا نقول بتأثيره إلى آخر كلامه^(١) - حتّى يرد عليه أنّ تقييدها أولاً بحكم الأدلّة الأربعة بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه لأجل اندفاع حكومة الحديث عليها ليس بأولى من العكس، أعني: تقييدها أولاً بحكم حديث الرفع بغير المكره، لأجل اندفاع حديث الرفع على الإطلاقات.

إلّا أنا تقتصر من تقييده الإطلاقات بغير المكره على القدر المتيقّن من تقييده، وهو استمرار الإكراه وعدم الرضا، وأمّا المتعقّب به الرضا فيرجع في حكمه إلى الإطلاقات، كما يرجع في العامّ المخصّص بالمجمل المفهومي إلى عموم العامّ أيضاً. فتدبّر.

قال: «ومن شروط المتعاقدين إذن السيّد لو كان العاقد عبداً».

أقول: الكلام تارة في شقوق عقد العبد، وأخرى في بيان حكمها.

أمّا شقوقه فهي أنّ العقد تارةً يصدر عن نفس العبد لنفسه في ذمّته أو بما

في يده أو لغيره، وتارةً يصدر عن الغير للعبد في ذمته أو بما في يده.
وعلى كلٍّ من التقديرين إِمَّا أن يسبق العقد إذن المولى أو يلحقه إجازته، أو لا يسبقه الإذن ولا يلحقه الإجازة، أو يسبقه النهي على وجه يتعلّق النهي بنفس المعاملة كـ «لا تبع» مثلاً فباع، أو بجزئها كـ «لا تبع بمبلغ كذا» فباع بذلك المبلغ، أو بشرطها كـ «لا تبع ببيع الملاقيح»، فإنَّ القدرة على التسليم حال البيع شرطه، وهو مفقود فيه «أو بوصفها الداخِل، أي اللّازم كـ «لا تبع ببيع الربوي أو الحصاة» مثلاً، أو بوصفها الخارج كـ «لا تبع العنب ليعمل خمراً» وبيع تلقّي الركبان، أو بشيء مفارق متّحد معه في الوجود كـ «بع، ولا تكلم الأجنبيّة» فباعها بالمكاملة معها، أو بشيء مفارق غير متّحد معه في الوجود كـ «بع ولا تنظر إلى الأجنبيّة».
فلبغت شقوق معاملة العبد ستة وعشرون شقاً، سبعة منها شقوق المنهي عنها، والباقي شقوق غير المنهي من المأذون وغير المأذون.
وأما حكمه فالكلام تارةً من حيث الأصول العمليّة، وتارةً من حيث الأصول اللفظيّة والقواعد الشرعيّة.

أمّا من حيث الأصول العمليّة فحكم العبد حكم الحرّ في مجرى أصل البراءة والإباحة، فيما عدا معاملاته من باقي أفعاله وحركاته وسكناته وإن زاحمت حقوق السيّد، ومجرى أصالة الفساد واستصحاب عدم النقل والانتقال في جميع معاملاته وإن أذن له السيّد فيها.

وأما من حيث الأصول اللفظيّة وعموم القواعد الشرعيّة من قوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾^(١)، وقوله ﷻ: «المملوك لاحق له ولا عمرة ولا شيء إلا بإذن المالك»^(٢) هو حرمة جميع تصرفات المملوك

(١) النحل: ٧٥.

(٢) الوسائل ٨: ٣٢٢ ب «١٥» من أبواب وجوب الحجّ وشرائطه ح ٣ و ٤.

الغير المأذون فيها من معاملاته وعباداته إلا ما خرج بالدليل، كفرائضه تعالى، بل ومن كلّ ما يطلق عليه الشيء من حركاته وسكناته، إلا الفرد الأندر الذي لا يندرج في العموم أو الفرد المفضي إلى العسر والحرّج المنفيين عن الشريعة، فيجب على العبد إطاعة السيّد في كلّ شيء إلا ما خرج بالدليل، أو ما يؤدّي إلى العسر وضيق السبيل، أو ما كان من أندر أفراد الشيء الذي لا يشملها العموم، كالنظر في شيء والتفكر فيه.

ويشبه بالعبد في هذا الحكم الولد، فيجب عليه إطاعة الوالدين في كلّ شيء إلا ما استثنى من الأمور الثلاثة المتقدّمة، للشهرة وفحوى الأخبار الدالّة على عقوق الولد الغير المستأذن عن والده، في الصيام المندوب والحجّ المندوب والسفر المندوب والصلاة المندوبة^(١)، ويلحق بها سائر الأفعال بالفحوى أو الأولويّة.

ثمّ إنّ الحرمة المتعلّقة بتصرّفات العبد حكمها حكم سائر النواهي في الدلالة على الفساد عقلاً و عرفاً إن تعلّقت بنفس عباداته، أو بجزئها، أو شرطها، أو وصفها الداخل، وعدم الدلالة على الفساد إن تعلّقت بمعاملاته مطلقاً، أو بعباداته باعتبار وصفها الخارج، أو شيء مفارق لها بقسيمه.

إلا أنّ المستفاد من التتبع والاستقراء في نواهي الشرع المتعلّقة بالمعاملات هو فسادها غالباً، فيلحق المشكوك بالأعمّ الأغلب، فكان مناط نهي الشارع عن المعاملات هو الإشارة إلى أنّك لا تفعل لأنّه لم يحصل، لا التكليف بلا تفعل لأنّي لم أقبل، فيكون معنى نهيّه عن المعاملات بالفارسيّة «نكن كه نميشود» نه «نكن كه نميخواهم».

وأما نهي السيّد العبد عن المعاملة فلا يقتضي فسادها بالاستقراء، كما لا

يقتضيه بالعقل والعرف وإن تعلق بنفسه .

خلافاً لبعض العامة، كالحكم بن عتبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما الزاعمين فساد نكاح العبد مطلقاً وإن لحقه إجازة المولى^(١).

ويردّهم أولاً: وضوح أنّ ترتّب آثار المعاملة لا ينافي بمبغوضيتها الاستفادة من النهي، سيّما من نهي المولى دون الشارع، كترتب الضمان على الغضب، والدية على القتل، والجرح المحرمين، والمهر على بعض صور الزنا، وغير ذلك، فلا منافاة عقلاً ولا عرفاً بين الحرمة والصحة في المعاملات حتّى يكون التخصيص عرفاً موجّباً للفساد. ألا ترى أنّه لو قيل: الطلاق موجبٌ للفراق والعدّة ثم قيل للسفيه: لا تطلق لم يفهم الفساد، كما لو قيل: السقمونيا مسهل للصفراء ثم قيل: لا تشربه لم يفهم منه عدم التأثير إذا شربه.

وثانياً: لو سلّمنا اقتضاء النهي الفساد حتّى في المعاملات عرفاً - كما زعمه بعض العامة - أو بالاستقراء والدليل الخارج - كما هو المختار - فإنّما هو مختصّ بنهي الشرع دون غيره وإن رجع إليه بالتبع، كما يدلّ عليه صحيحة زرارة عن المملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: «ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عتبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر^(ع): «إنّه لم يعص الله إنّما عصى سيّده، فإذا أجازّه فهو له جائز»^(٢).

فهذه الرواية صريحة في عدم اقتضاء نهي السيّد فساد عقد العبد وإن لم تخل من الإجمال من جهة دلالتها على اقتضاء نهي الشارع الفساد وعدمه. ومن جهة أنّ اقتضاءه الفساد على تقديره هل هو بالذات كما زعمه

(١ و ٢) الوسائل ١٤: ٥٢٣ ب «٢٤» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١، وفيه الحكم بن عبيدة .

العامة^(١)، أو بالاستقراء والدليل الخارج كما هو المختار؟

ومن جهة أنّ فارق تفرقة العصيانين في اقتضاء الفساد هل يرجع إلى معنى أنّه لم يعص الله بالأصالة، بل عصاه بالتبع لعصيان سيّده، فإذا أجاز له جائز، كما ارتضاه الضوابط^(٢).

أو إلى معنى أنّه لم يخالف مقتضى الحكم الوضعي الواقعي وهو إذن الشارع ورضخته من جهة العمومات بصحّة الفضولي بعد الإجازة، بل إنّما خالف الحكم الوضعي الظاهري، وهو الإذن من السيّد المستلزم لمخالفة الحكم التكليفي الظاهري، وهو الإذن من الشارع، فإذا أجاز له جائز، كما ارتضاه القوانين^(٣) والفصول^(٤) والإشارات^(٥).

أو إلى أنّه لم يعص الله في نفس العقد أو ما في حكمه بل إنّما عصاه في شيء خارج متّحد معه في الوجود، وهو مخالفة السيّد، كما عن التوني^(٦) والمناهج^(٧) ارتضائه في معنى الحديث المذكور.

أو إلى أنّه لم يخالف الحكم الوضعي الإرشادي بل إنّما خالف التكليفي، أعني: لم يفعل ما لم يحصل بل إنّما فعل ما لم يقبل، فإذا لحقه القبول فهو مقبول، كما هو الموافق للقواعد والأصول.

أو إلى أنّه لم يخالف فيما يستحيل تدارك مخالفته فيما بعد الوقوع، وهو عصيانه تعالى حيث لا يتصوّر رضاه بما سبق من معصيته، بل إنّما خالف فيما

(١) البحر المحيط ٢: ٤٤٥.

(٢) ضوابط الأصول: ١٩٠-١٩١.

(٣) قوانين الأصول ١: ١٦٢.

(٤) الفصول الفروية: ١٤٤.

(٥) إشارات الأصول: ١٠٧.

(٦) الوافية: ١٠٦.

(٧) مناهج الأحكام «للنراقي»: ٧٧.

يمكن تداركه فيما بعد، وهو معصية السيّد حيث إنّه مما يمكن تداركه بلحوق رضائه، فإذا أجازة فهو له جائز، كما ارتضاه الماتن في المتن.

ثمّ قال: «ومن ذلك يعرف أنّ استشهاد بعض بهذه الرواية على صحّة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازة بل ومع سبق النهي أيضاً، لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد والتصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد، خصوصاً النهي الناشيء عن معصية السيّد، كما يومیء إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصية السيّد لا يقدر بصحّة العقد في غير محلّه؛ بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأنّ الصحّة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدّله بالرضا بما فعله العبد... إلخ»^(١).

وفيه: أنّ الصحّة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدّله بالرضا بما فعله العبد إنّما هو صحّة مضمون العقد، وأمّا نفس العقد والإنشاء فلا يعقل أن يصحّحه الرضا اللاحق، بل إن وقع صحيحاً فهو صحيح وإن لم يلحقه الإجازة والرضا، وإن لم يقع صحيحاً فهو باطل وإن لحقه الإجازة والرضا.

واعتراف الماتن بذلك ثمّ جوابه بقوله: «إلّا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى، لعموم أدلّة الوفاء بالعقود... إلخ»^(٢) فيه: أنّ نهوض عموم أدلّة الوفاء بالعقود فرع إحراز صدق العقد قبل لحوق الإجازة، وبعد إحراز صدقه إن أريد كون الرضا اللاحق مؤثراً في صحّة نفس العقد فهو تحصيل للحاصل، لأنّ صحّة نفس العقد لا يزيد على صدق العقد المفروض حصوله قبل الرضا.

وإن أريد كونه مؤثراً في مضمون العقد وهو ترتيب آثاره فهو إنّما يجيء فيما لو أوقع العبد العقد لنفسه لا لغيره وأمّا إذا أوقعه عن الغير فرضا المولى أجنبي عن التأثير في حقّ ذلك الغير.

فإن قلت: إنَّ عموم^(١) «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء إلا بإذن المولى أو إجازته» يقتضي التبعّد بعدم ترتيب آثار العقد على عقده من دون رضا السيّد وإن كان العقد صحيحاً، سواء أوقع العبد العقد لنفسه أو لغيره.

قلت: إن بنيت على تخصيص عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) بعموم «لا يقدر على شيء» لزم التبعّد بعدم ترتيب الآثار على عقده الغير المسبوق بالإذن والرضا وإن لحقه الإجازة والرضا فيما بعد، وإن اقتصر في تخصيصه على القدر المتيقّن - وهو صورة عدم الرضا لا سابقاً ولا لاحقاً، كما التزمت به في توجيه تأثير الإجازة اللاحقة - فليقتصر في تخصيصه أيضاً على القدر الأيقن من ذلك، وهو تأثير الإجازة والرضا اللاحق في خصوص ما إذا أوقع العبد العقد لنفسه، دون ما إذا أوقعه عن غيره، فإنّه لا يحتاج في ترتيب الآثار إلى إجازة السيّد ورضائه اللاحق.

قوله: «فافهم واغتنم».

[أقول: إشارة إلى أنّ عصيان السيّد وإن رجع إلى عصيان الله إلا أنّه بالتبع القابل للتبديل والتحويل، بخلاف عصيانه تعالى بالأصالة، ﴿فلن تجد لسنة الله تبديلاً ولن تجد لسنة الله تحويلاً﴾^(٣)، وكفى به فارقاً.

وإذ قد عرفت ذلك فلنرتجل الكلام في المرام في تفصيل حكم كلّ واحدٍ من شقوق عقد العبد.

فنقول: أمّا عقد لنفسه أو عقد للغير عن نفسه فحكمه أنّه إن كان ذلك العقد مسبوفاً بإذن السيّد فلا إشكال ولا خلاف في صحّته، وأمّا إذا لم يكن مسبوفاً بإذنه ففيه وجوه:

(١) تقدّم مصدره في هامش (١) ص: ٥٠.

(٢) المائدة: ١.

(٣) فاطر: ٤٣.

أحدھا: صحّة عقده مطلقاً، أي ولو لم تلحقه الإجازة كما لم يسبقه الإذن، نظراً إلى عموم أدلة الوفاء بالعقود.

وثانيها: فساده مطلقاً، أي ولو لحقته الإجازة، نظراً إلى عموم: ﴿لا يقدر على شيء﴾^(١)، والاختصار في تقييده على القدر المتيقن، وهو صورة سبق الإذن منه دون صورتني عدم سبقه.

وثالثها: التفصيل بين ما تلحقه الإجازة فيصحّ، وما لا تلحقه فلا يصحّ، وهو الظاهر من القواعد والنصوص^(٢) به بالخصوص.

وأما عقده لغيره فيساوي العقد لنفسه في أنّه إن كان مسبقاً بالإذن صحّ إجماعاً، وإلا ففيه الوجوه المذكور، إلا أنّه يفترق عنه عندنا في كون الأقوى فيه هو الوجه الأوّل وهو الصحّة مطلقاً، لا الوجه الأخير وهو التفصيل بين لحوق الإجازة وعدمه.

خلافاً للماتن طاب ثراه^(٣) حيث لم يفرّق بين الفرضين في اختيار التفصيل. ويضعّفه عموم أدلة الوفاء بالعقود، والاختصار في تخصيصه على القدر المتيقن، وهو صورة ما إذا عقد لنفسه، كما أنّه مورد السؤال المجاب فيه بقوله ﷺ: «ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق»^(٤).

وأما لو اشترى نفسه من مولاه لغيره فقد صحّ ولزم، وفاقاً للماتن^(٥) لكفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه البيع من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني.

(١) النحل: ٧٥.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٣ ب «٢٤» من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) المكاسب: ١٢٣.

(٤) تقدّم ذكر مصدره في الهامش (١) ص: ٥٢.

(٥) المكاسب: ١٢٤.

أقول: الفرق كون الرضا القلبي من أوصاف الحال، والإذن الضمني من مقولة الأفعال وإن لم يكن من صريح الأقوال، بل ويمكن صحته مع فرض عدم إذنه لا صريحاً ولا ضمناً، لما تقدّم من عموم أدلة الوفاء بالعقود.

وما عن القاضي^(١) من البطلان في المسألة فإن كان مستنده ما قيل: من اتحاد عبارته مع عبارة السيّد - نظراً إلى تنزيل لسانه منزلة لسان السيّد، وعبارته منزلة عبارته، فيتّحد الموجب والقابل - ففيه أولاً: منع الاتّحاد، لتغاير العبد للسيّد حقيقة وثانياً: سلّمنا الاتّحاد، لكن التغاير الاعتباري كافٍ في الصّحة، لنزوله منزلة التغاير الحقيقي، فكيف! وهو حقيقيّ حقيقة.

وإن كان مستنده عدم قابليّة المشتري للقبول في زمان الإيجاب وعدم استقلال العبد في شيء ففيه: أنّ عدم قابليّته للقبول في زمان الإيجاب لا يقدح لما أشار إليه الماتن^(٢)، وأنّ المتيقّن من عدم استقلاله في شيء هو عدم استقلاله في مخالفة السيّد ومعارضته، اقتصاراً على القدر المتيقّن من تخصيص عموم الوفاء بالعقود بالمجمل المفهومي.

وإن كان مستنده نهى المولى ومنعه من تصرّف العبد ففيه ما مرّ من عدم اقتضاء نهيه الفساد في تلك المعاملة من جهات عديدة، من جهة أنّه لم يعص الله بل عصى سيّده، ومن جهة تعلّق نهيه بأمر خارج لا داخل. هذا حكم ما إذا أمر العبد امر باشتراء نفسه من مولاه.

وأما إن أمره بالاشتراء من وكيل المولى فإن كان الوكيل مأذوناً في إذن العبد فحكمه حكم الشراء من نفس المولى بلا فرق، وأما إذا لم يكن مأذوناً في

(١) جواهر الفقه ٦٣ المسألة ٢٣٥.

(٢) المكاسب: ١٢٤.

الإذن فعن المحقق^(١) والشهيد^(٢) الثانيين البطلان، ووافقهما الماتن^(٣)، استناداً إلى أدلة عدم استقلال العبد في شيء.

ويضعّف بما عرفت من أنّه إن أُريد عدم استقلاله حقيقةً بحيث يكون مسلوب العبارة كالحيوانات لزم بطلان شرائه مطلقاً ولو لحقته الإجازة، بل ولو سبقه الإذن وهو باطل بالوفاق، فالملزوم مثله.

وإن أُريد عدم استقلاله حكماً - بحيث لا يجوز ترتّب الآثار على عقده من باب التعبد وإن كان صحيحاً ما لم يأذن به السيّد - كان المتيقّن من تخصيص عموم أدلة الوفاء بالعقود بأدلة عدم استقلال العبد بهذا المعنى هو صورة ما إذا عقد لنفسه لا لغيره، فيقتصر على المتيقّن من التخصيص ويرجع في ما عداه إلى عموم أدلة الوفاء، فالأقرب إلى القواعد والعمومات حينئذٍ هو إلحاق اشتراء العبد نفسه للغير عن وكيل المولى بأشترائه عن نفس المولى في الصحّة عندنا، للوجوه المتقدّمة في دفع موهومات المنع طرّاً، من توهم الاتّحاد وعدم الاستقلال، أو اقتضاء النهي الفساد.

قوله: «بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه».

أقول: بل الأصل الأصيل الخالي عن ورود الدليل صحّة الفضولي حتّى في العبادات فضلاً عن الإيقاعات، كما هو المنصوص^(٤) في التصدّق باللقطة عن صاحبها فضولاً.

قوله: «ولعلّ مراد الشهيد... إلخ»^(٥).

(١) أنظر جامع المقاصد ٤: ٦٨.

(٢) أنظر مسالك الأفهام ٣: ١٥٨.

(٣) المكاسب: ١٢٤.

(٤) الوسائل ١٧: ٣٥٧ ب «٧» من أبواب اللقطة.

(٥) غايّة المراد: ١٧٨.

أقول: هذا ترجي منه ، لتوجيه الإيراد بالمصادرة على الاستدلال بأنه عقد صدر عن أهله وقع في محلّه بعد نفيه تحقّق وجه له ، وتقريب توجيه الإيراد: هو أن يكون المراد أنّه إن أُريد الاستدلال على صحّة الفضولي بمجرد كونه عقداً صدر عن أهله فهو أوّل الكلام، نظراً إلى أنّ أهليّة ما عدا المالك والوليّ والوكيل في العقد على شيء أوّل الكلام. وإن أُريد الاستدلال بمقدّمة مطوّية تكون هي الدليل على أهليّة الفضولي ، أعني: عموم أدلّة الوفاء بالعقود فهو مسلم، إلّا أنّه استدلال بالعموم لا بدليل مستقلّ آخر.

ثمّ إنّ وجه دلالة عموم الوفاء بالعقود على إحراز أهليّة الفضولي هو دلالة على صحّة كلّ عقد ولزوم الوفاء بكلّ ما يصدق عليه عرفاً أنّه عقد، ولازم ذلك إحراز أهليّة كلّ ما يصدق عليه عرفاً أنّه عاقد من عبدٍ أو صبيٍّ أو فضولي، بل وإحراز أهليّة كلّ ما يصدق عليه عرفاً أنّه معقود عليه من نجس أو ما لا منفعة فيه إلّا ما خرج بالدليل.

ودعوى انصراف عموم الآية عن إحراز أهليّة العاقد والمعقود عليه إلى بيان أصل وجوب الوفاء بالمحرز فيه الأهليّة من العقود بحسب الخارج مدفوعة.

أولاً: بأنّ الانصراف من خصائص الإطلاق، لا لعموم.

وثانياً: بأنّ الانصراف محتاج إلى بيان صارف، وإذ ليس فليس.

قوله: «ليس هذا من معاملة الفضولي».

[أقول:] فيه: أنّه لا فرق بين العقد و المعاطاة إلّا في اعتبار الإنشاء القوليّ

في العقد، والفعليّ في المعاطاة وهو لا يوجب انتفاء الفضوليّة في المعاطاة، بل غايته أنّ المعاطاة لا يتوقّف على عاقد بل على فاعل ما بأيّ وجه اتّفق، لا أنّ فاعله لا يكون فضولياً من دون أن يعلم رضا المالك من شاهدٍ أو مقال، مع أنّ أصل علم الفضولي برضا المالك بالفعل أو فيما بعد خلاف الأصل، فضلاً عن

شاهد الحال أو المقال المخرج له عن الفضوليّة.

قوله: «إلا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة^(١)... إلخ». أقول: يمكن منع موهنيّة النصّ للأولويّة بأنّ ظاهره بل صريحه هو الدلالة بالمطابقة على أولويّة النكاح بالاحتياط من البيع، وبالملازمة على أولويّة النكاح بالصحة من البيع المفروض استناد صحّته إلى الاحتياط، دون الدلالة بالأصالة على أولويّة النكاح بالصحة من البيع حتّى يوهن أولويّته من البيع بالاحتياط، كما زعمه الماتن^(٢).

نعم، لو هن أولويّة الاحتياط في النكاح وجه آخر غير النصّ المذكور، وهو الاستظهار من التتبع في أحكام النكاح عدم أولويّة النكاح من البيع بالاحتياط من جميع الجهات، بل الظاهر من الاستقراء اكتفاء الشارع في النكاح من جهة الوصل والإيصال بما لا يكتفي به في غير النكاح من البيع، كما يظهر من اكتفائه في النكاح من جهة الوصل بالسكوت من البكر وبعدم تعيين المهر، وبتقديم القبول على الإيجاب وبلفظ المستقبل في الإيجاب على ما في بعض الروايات^(٣) المفتى بها، بل وفي تحقّق الرجوع إلى المطلّقة الرجعيّة بمجرد النظر إليها بشهوة، فضلاً عن اللمس والضمّ والتقبيل بشهوة، إلى غير ذلك مما يقف عليه المتتبع من الموارد الدالّة على أهويّة النكاح من غيره من جهة الوصل والاتّصال، وأنّ أحوطيّةه إنّما هو من جهة الفكّ والانفكاك، لا من جميع الجهات.

فتلخّص مما ذكرنا: أنّ الموهن لأولويّة النكاح بالاحتياط وعدم الصحة إنّما هو الاستقراء والتتبع المذكور، وأمّا النصّ الوارد في ردّ العامّة^(٤) فيمكن منع

(١) الوسائل ١٣: ٢٨٦ ب «٢» من أبواب أحكام الوكالة ج ٢.

(٢) المكاسب: ١٢٦.

(٣) أنظر الوسائل ١٤: ٤٦٦ ب «١٨» من أبواب المتعة.

موهنيته بالتقريب المتقدّم.

قوله: «الحكم بالمضي إجازة الهيئة لاحقة للمعاملة. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى احتمال اختصاص النصّ بمورد اتّجار غير الوليّ في مال

اليتم وإجازة الولاية الإلهية له.

قوله: «فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه وحكم الإمام عليه السلام بعدم

البأس^(١) من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع

المحتملات».

أقول: لا يقال: إنّ ترك الاستفصال المفيد للعموم على القول به إنّما هو ترك

الاستفصال عن أفراد المطلق - كالإنسان بالنسبة إلى المسلم والكافر - وأمّا ترك

الاستفصال عن المشتركات اللفظية للفظ - كالعين بالنسبة إلى الجارية والباكية كما

فيه نحن فيه - فلا يفيد العموم كما نقله شيخنا العلامة عن سيّد أساتيده صاحب

الضوابط^(٢).

لأنّنا نجيب أولاً: بمنع الصغرى، وأنّ الفرق بين ترك الاستفصال عن أفراد

المطلق أو عن المشتركات اللفظية للفظ في إفادة العموم غير فارق، بعد جواز

استعمال المشترك في أكثر من معنى ولو على سبيل عموم الاشتراك، كجواز

استعمال المطلق في جميع أفرادها.

إلّا أن يقال: إنّ الفارق هو توقّف استعمال المشترك في معانيه على القرينة

المعيّنة، فبدونها لا يفيد مجرد ترك الاستفصال في جوابه العموم، بخلاف المطلق

فإنّ جواز استعماله في جميع أفرادها لا يتوقّف على القرينة المعيّنة فيفيد مجرد

ترك الاستفصال في جوابه العموم. وهو حسن.

(١) الوسائل ١٢: ٣٩٤ ب «٢٠» من أبواب أحكام العقود ح ٢.

(٢) ضوابط الأصول: ٢٠١.

ولعلّ نظر المفرّق إلى هذا الوجه من الفرق، أو إلى أنّ المشترك لما كان استعماله في كل من معانيه محفوظاً بقرينة التعيين غالباً انصرف الجواب إلى ما عيّنته القرينة فلا يفيد ترك استفضاله العموم، بخلاف المطلق فإنّ استعماله في أفرادها لم يكن في الغالب محفوظاً بالقرينة حتّى ينصرف الجواب إلى ما عيّنته القرينة فيفيد مجرد ترك استفضاله العموم.

وثانياً: بمنع الكبرى، وأنّ ترك الاستفصال فيما نحن فيه عن شراء السمسار ومن قبيل ترك الاستفصال عن أفراد المطلق، لا من قبيل ترك الاستفصال عن المشتركات اللفظيّة للفظ، ضرورة أنّ نسبة شراء السمسار إلى الشراء لنفسه أو لغيره فضلاً هو نسبة المطلق إلى أفرادها، لا نسبة اللفظ إلى مشتركاته اللفظيّة، كما لا يخفى.

إلّا أنّ الأظهر من خبر السمسار^(١) ومن كلّ ما تقدّمه من الأخبار كون الشراء فيها مأذوناً، لا فضولياً في شيء.

أمّا خبر ابن اشيم^(٢) فلكون العبد المأذون مأذون من طرف الآذن والدافع ومولى الأب البائع، وليس بفضولي من طرف، إلّا أنّ وجه الحكم بردّ المملوك رقاً لمولاه قبل البيّنة من جهة اختصاص مدّعيه بمزيّة موافقة الظاهر وأصالة عدم النقل.

وأما صحيحة الحلبي^(٣) فلعدم انطباق ردّ الزيادة إلّا على أنّ الرضا بالوضيعة رضاً بالزيادة بفحوى الاولويّة.

قوله: «هذا غاية ما يمكن أن يحتجّ به أو يستشهد به للقول بالصحة». أقول: بل زاد عليها شيخنا العلامة أخذاً من مشائخه وجوه أخرى:

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ٦١.

(٢) الوسائل ١٣: ٥٣ ب «٢٥» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٩٢ ب «١٧» من أبواب أحكام العقود ح ١.

منها: الأخبار^(١) الواردة في تحليل الأئمة عليهم السلام على شيعتهم شراء ما فيه خمسهم من الإماء والمساكن والمتاجر لتطيب مولدهم ويزكوا، نظراً إلى أنّ تحليل شراء ما فيه حقّهم على الشيعة مع تصريحهم بتحريمه على غير الشيعة البائعين له ليس إلّا كإجازة المغصوب منه شراء المغصوب من الغاصب في كون فضوليّاً من طرف البائع.

ومنها: تحليلهم عليهم السلام^(٢) شراء الخراج من سلطان الجور المستحلّ له، مع أنّ البيع من طرف الغاصب والمستحلّ فضوليّ.

ومنها: احتساب ما في ذمّة المديون المستحق عليه من باب الزكاة والمظالم والخمس والفقرة والصدقة بمجرد النية والإجازة اللاحقة.

ومنها: تقاصّ الغريم عمّاً في ذمّة غريمه من الدين والعين.

ومنها: العدول من صلاة إلى صلاة أخرى في موارد المقرّرة شرعاً.

ومنها: صوم يوم الشك وصلاة الاحتياط، فإنّه بعد انكشاف مصادفتها

الوجوب الواقعي احتسبت عن الواقع.

ومنها: الأخبار^(٣) الواردة في التصدّق باللقطة ومجهول المالك عن صاحبه

عند اليأس عن ظهوره، فإذا ظهر وأجاز احتسب لمالكة المجيز وإلّا احتسب

لدافعه، وضمن الدافع لمالكة المثل أو القيمة، نظراً إلى أنّ احتساب التصدّق وردّ

المظالم بمال الغير عن نفس ذلك الغير بعد فرض إجازته ليس إلّا من جهة صحّة

الفضوليّ.

بل ربّما يستشهد أو يستأنس بتلك الأخبار على أهليّة جميع وجوه البرّ

والتصدّقات والعبادات المندوبة الواقعة عن الغير على وجه الفضوليّ أو النيابة أو

(١) الوسائل ٦: ٣٧٨ ب «٤» من أبواب الأثقال وما يختصّ بالإمام.

(٢) الوسائل ١٢: ١٦٦ ب «٥٢» من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة.

الوكالة للنقل عمّن وقعت له إلى نفس الفاعل أو غيره، بعوض أو غيره بعد الفسخ أو عدم الإجازة.

فلو أوقع الفضوليّ أو الوكيل حبّاً أو قراءةً أو زيارةً أو غيرها من العبادات المندوبة عن شخص بمبلغ معيّن ثم لم يجز من له الإجازة أو فسخ الموكل صحّ للفاعل نقل ثواب العمل الذي عمله عن الغير إلى نفسه أو إلى غيره بعوض أو غيره، كما يصحّ نقل الأعيان الخارجيّة والذهنيّة التي في الذم إلى الغير ببيع ونحوه، وذلك لعدم المانع عن صحّة النقل والانتقال في مثل العبادات الواقعة عن الغير بعد عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، سوى احتمال الفرق بينهما وبين الأعيان وما في الذم في عدم أهليّتها للنقل والانتقال عن الوجه الواقع عليه إلى وجه آخر.

وا احتمال عدم الأهلية لذلك إن لم يكف في رفعه عموم الوفاء بالعقود، نظراً إلى فرض الشكّ في صدق العقد حينئذٍ، فلا أقلّ من الاكتفاء في رفعه بإحراز الأهلية ولو بالأخبار^(٢) الواردة في خصوص الموارد كما في مورد التصدّق باللقطة ومجهول المالك، نظراً إلى اتّحاد الطريق. هذا في العبادات المندوبة.

وأما الواجبة الواقعة عن الغير فعموم الوفاء بالعقود والأخبار الدالة^(٣) على أهلية نقلها إلى الغير بعد الوقوع أقصى ما يقتضي هو أهلية نقل أجرها وثوابها إلى الغير، وأما نقل سائر آثارها من براءة الذمّة وحصول الامتثال فمشكل جداً، مع احتمالها أيضاً على ضعف.

قوله: «وأما السنّة فهي أخبار... إلخ».

أقول: طائفة من هذه الأخبار واردة بلسان النهي بمثل قوله ﷺ: «لا تبع ما

(١) المائدة: ١.

(٢) تقدّم ذكر مصدره في الهامش (٣) ص: ٦٣.

(٣) الوسائل ٥: ٣٦٥ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات.

ليس عندك»^(١)، وطائفة أخرى منها واردة بلسان النبي بمثل قوله ﷺ: «لا بيع إلا فيما يملك»^(٢).

أما وجه الاستدلال على فساد الفضولي بالطائفة الناهية فمبني على ما هو المشهور عند المتأخرين من دلالة النهي في المعاملات على الفساد إذا لم يتعلق بأمر مفارق، لكن لا عقلاً ولا عرفاً - حتى تختصّ الدلالة على ذلك بالنهي في العبادات - بل بالاستقراء الحاصل من التتبع في نواهي الشرع، حيث وجدنا من التتبع أن المراد من أغلب نواهيه المتعلقة بالمعاملات هو الإرشاد إلى مثل قولك: «لا تفعل لأنه لم يحصل، لا لأنّي لم أقبل» وإن كان ظاهر النهي التبعّد والظنّ يلحق المشكوك بالأعمّ الأغلب.

وربما تؤيد الدلالة على الفساد أيضاً بمفهوم تعليقه ﷺ صحّة نكاح العبد المجاز «بأنّه لم يعص الله وإنما عصى سيّده»^(٣).

وأما وجه الاستدلال على فساد الفضولي بالطائفة النافية فمبني على ما هو الواضح من أن أقرب المجازات إلى الحقيقة - وهي نفي الماهية المتعدّر فيما نحن فيه - هو نفي الصحّة.

وما عن القوانين^(٤) من شيوع استعماله في نفي الكمال في المحاورات غالباً بحيث صار مجازاً مشهوراً يساوي الحقيقة ليجمل في الإطلاق ممنوع جداً.

لأنّ شيوع استعمال اللفظ في المعنى المجازي تارةً يبلغ في الكثرة مرتبة صحّة اعتماد المتكلّم في التفهيم على مجرد الشهرة وتجريد اللفظ عمّا عداها من

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٤ ب (٧) من أبواب أحكام العقود ح ٢.

(٢) المستدرک للحاکم ٢: ١٧، عوالي الآلي ٢: ٢٤٧ ح ١٦.

(٣) تقدّم ذكر مصدره في الهامش (١) ص: ٥٢.

(٤) قوانين الأصول ١: ٣٣٨.

سائر القرائن الحالية والمقالية المتصلة والمنفصلة .

وتارةً لا يبلغ الشيوخ بهذه المرتبة بأن كان استعمال اللفظ في المعنى المجازي باقياً على ما كان من ملازمة غير الشهرة من سائر القرائن الحالية أو المقالية المتصلة أو المنفصلة .

والذي يصير اللفظ مجازاً مشهوراً مساوياً للحقيقة ويحمل اللفظ معه إنما هو القسم الأول من الشيوخ، دون القسم الثاني من الشيوخ وإن بلغ شيوخه أضعاف شيوخ الأول، والذي هو فيما نحن فيه إنما هو القسم الثاني من الشيوخ لا الأول؛ لوضوح أن استعمال نفي الماهية في نفي كمالها وإن بلغ شيوخه في المحاورات العرفية والشرعية ما بلغ - مثل: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»^(١) و «ليس منّا من ترك صلاة الليل»^(٢) و «ليس من شيعتنا من ترك تهجد الليل»^(٣)، إلى غير ذلك من الاستعمالات الشرعية في نفي الكمال، ومثل: لادرس، ولا زوج، ولا رجل، ولا امرأة، ولا كتاب، ولا طعام، ولا أكل، إلى غير ذلك من المحاورات العرفية المستعملة في نفي الكمال - إلا أنه مع ذلك ملازماً بعد في كل من تلك الاستعمالات، لقرينة الحالية أو مقالية متصلة أو منفصلة، ولم يبلغ حد الاستغناء عنها بالشهرة ليصير بذلك مجازاً مشهوراً يساوي الحقيقة ويحمل اللفظ .

مضافاً إلى أنا لو سلمنا الشك فالأصل عدم بلوغ الاستعمال إلى حد الشهرة المستغنى بها عن سائر القرائن . هذا كله في بيان وجه الاستدلال بكل من طائفتي الأخبار، التي استدلت بها صاحب الحدائق من الأخبارية وغيرهم على فساد عقد

(١) الوسائل ٣: ٤٧٨ ب «٢» من أبواب أحكام المساجد ح ١ .

(٢) الوسائل ٥: ٢٨٠ ب «٤٠» من أبواب بقية الصلوات المندوبة ح ٨ .

(٣) أنظر الوسائل ٥: ٢٨٠ ب «٤٠» من أبواب بقية الصلوات المندوبة ح ١٠ .

الفضولي^(١).

ولكن مع ذلك كله لنا الجواب عنها إمّا بتضعيف السند فيها لكونه عامياً في أكثرها.

وإمّا بمنع الدلالة بدعوى ظهورها في أحد المعاني الأربعة من حرمة بيع الفضولي لنفسه لا لمالكه، أو لمالكه مع ترتيب آثار البيع عليه، أو مع قصده ترتيب الآثار عليه، أو مع شراء المبيع لنفسه بعد بيعه فضوله عن مالكه من دون إعلام المالك. مع احتمال معنى خامس في الطائفة النافية للبيع إلا فيما يملك، وهو حرمة بيع مالا يقبل الملكية كبيع الخمر والخنزير، لا ما ليس يملك فعلاً. كما يحتمل معنى آخر في الطائفة النافية لبيع ما ليس عندك، وهو بيع مالا يقدر على تسليمه كبيع العبد الآبق ونحوه، فإنه لا يصحّ بيعه وإن كان مملوكاً.

وإمّا بتخصيص عموم أخبار المنع من صحّة الفضولي بصورة عدم الإجازة، بناءً على أنّ النسبة بين أخبار المنع والجواز عموم وخصوص مطلقاً، فإنّ أخبار المنع مانعة من صحّة الفضولي ولو لم تلحقه الإجازة، وأخبار الجواز دالة على صحّة ما تلحقه الإجازة، فيتخصّص عموم الأوّل بالثاني، تقديماً للخاصّ على العامّ والنصّ على الظاهر.

وإمّا بحمل أخبار المنع على صورة عدم لحوق الإجازة، وأخبار الجواز على صورة لحوقها، لكن لا من باب التخصيص المتقدّم.

بل إمّا من باب أنّ المستفاد عرفاً من جمع طائفتي أخبار الجواز والمنع هو ذلك، نظير ما قيل: من أنّ المستفاد عرفاً من الجمع بين الأمر والنهي هو حمل الأمر على الاستحباب، والنهي على الكراهة.

وإمّا من باب أنّ هذا المحمل أقرب المجازات عرفاً إلى ما نحن فيه بعد

تعذر إبقاء المتعارضين على ظاهرهما .

وإما من باب ترجيح أخبار الجواز على أخبار المنع من الفضولي بالشهرة الفتوائية، نظراً إلى أنّ الجواز هو الأشهر فتوى، فتكون الشهرة الفتوائية جابرة لدلالة أخبار الجواز، وموهنة لدلالة أخبار المنع .

وإما من باب ترجيح أخبار الجواز على أخبار المنع سنداً، لأقوائيتها بأحد وجوه التقوية إن لم يكن بكلّها أو جلّها، فتطرح حينئذٍ أخبار المنع، أو تحمل على ما لا ينافي الجواز من المعاني المتقدمة من باب الجمع التبرّعي .

هذا غاية ما يمكن من الأجوبة عن أخبار منع صحّة الفضولي، ولكن الشأن كلّ الشأن في تشخيص الأسدّ منها عن غير الأسدّ، والأوفق إلى قواعد الأصول .

فنقول: أمّا القدح في سندها بالعاميّة ضعيف؛ لوجود الصحيح والمستفيض فيها، مضافاً إلى ما في كثرتها وتراكم بعضها مع بعض من الجبران، ونوع من التبيين الظني الكافي في حجّيتها المنوط بمظنون الصدور عندنا معاصر المشهور .

وأمّا منع دلالتها بدعوى ظهورها في منع البيع لنفسه وترتب الآثار على بيعه - كما أجاب به الماتن^(١) أولاً - فهو تقييد في ظهور الظاهر، وعموم العامّ من دون قرينة في المقام .

ودعوى انصراف ظهورها إلى منع ترتب الآثار فيه :

أولاً: بمخالفته الأصل لو فرض الشكّ .

وثانياً: باختصاص الانصراف بالإطلاق لا العموم .

وثالثاً: بفقدان شيء من سببي الانصراف فيما نحن فيه .

ورابعاً: بأنّ سياقها سياق سائر أخبار المنع من بيع الربوي^(١)، وبيع الغرر^(٢) والحصاة^(٣)، وغيرها من البيوع المحرّمة في الدلالة ولو بالاستقراء والغلبة على عدم صحّة نفس البيع لا خصوص ترتيب الآثار، وعلى رفع قابليّته وتأهّله للصحة، لا رفع فعليّة الصحة.

نعم، لا نأبى من انصراف خبر حكيم بن حزام^(٤) إلى صورة بيع الدلال المال عن مالكة ثمّ يذهب ويشتريه من مالكة بأقلّ مما باعه من دون إعلامه بالحال، بقرينة احتفائه بسبق السؤال عن تلك الصورة.

وأما تخصيص عمومها بأخبار جواز الفضولي - كما ارتضاه المصنّف^(٥) جواباً ثانياً - ففيه: عدم ظهور تعارضهما في العموم والخصوص المطلق بالنسبة إلى محلّ النزاع؛ لدلالة أخبار المنع على المنع من صحّة الفضولي سواء أجاز أم لم يجز، وأخبار الجواز على صحّة الفضولي بعد الإجازة، ومحلّ النزاع في صحّته التأهليّة قبل الإجازة، لا في صحّته الفعليّة بعد الإجازة الذي هو مضمون أخبار الجواز حتّى يخصّص بها أخبار المنع.

إلا أن يقال: بأنّ دلالتها على الصحة الفعلية بعد الإجازة يستلزم الدلالة على الصحة التأهليّة قبل الإجازة، وهو حسن، إلاّ أنّه رجوع عن الجواب بمجرد تخصيص إلى ضميمة التزام التخصيص للمدعى.

وبعبارة أخرى: أنّ مدلولي أخبار المنع والجواز إمّا أن يتوافقا في التعرّض لحكم الصحة الفعلية أو التأهليّة، أو يختلفا، فإن اعتبر التأهّل في الطرفين لم يكن

(١) الوسائل ١٢: ٤٢٢ ب «١» من أبواب الربا.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٦٦ ب «١٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١٣.

(٤) سنن أبي داود ٣: ٢٨٣ ح ٣٥٠٣، سنن البيهقي ٥: ٢٦٧.

(٥) المكاسب: ١٢٧.

وجه لدلالة أخبار الجواز على الصحة التأهيلية فيما قبل الإجازة التي هي محلّ الكلام، وإن اعتبرت الصحة الفعلية فهما لم يكتف في الجواز بمجرد أخصية أخبار الجواز من أخبار المنع، بل يحتاج إلى ضمنية دلالة الالتزام المتقدم، وإن اعتبرت الصحة الفعلية في أحد الطرفين والتأهل في الطرف الآخر خرج تعارضهما عن تعارض العموم والخصوص المطلق والاستثناء المتصل إلى التباين والاستثناء المنقطع.

فالأولى والأسدّ في الجواب عن أخبار المنع هو حملها على صورة ترتيب الآثار والبيع لنفسه، دون مجرد التلقظ بالعقد والبيع لمالكة، لكن لا من باب الانصراف، ولا من باب التخصيص - حتى يرد عليهما ما أورد - بل من باب أنّ الاستفادة عرفاً من الجمع بين طائفتي الأخبار إرادة ذلك، كما قيل: إن الاستفادة من جمع الأمر والنهي على شيء واحد عرفاً هو إرادة الاستحباب من الأمر، والكرهية من النهي، أو من باب أنّ ذلك الجمع هو أقرب المجازات عرفاً إلى ما نحن فيه بعد تعدّد الحقيقة، أو من باب ترجيح أخبار الجواز بالشهرة أو القوّة، وطرح أخبار المنع، أو حملها على ما لا ينافي الجواز تبرّحاً.

قال طاب ثراه: «المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك... الخ».

أقول: أما محلّ النزاع في المسألة الثانية ففيمّا عقد الفضولي العقد عن الغير لا عن نفسه، وإلا لم يفترق عن المسألة الثالثة الآتية، فالمائز الفارق بين هذه المسألة عن المسألة الآتية في العقد عن الغير لا عن نفس العاقد، كما أنّ المائز الفارق بينهما عن المسألة الأولى السابقة في سبق المنع وعدمه.

وأما الأصل الجاري في المسألة فهو الأصل الجاري في المسألة الأولى من العملي واللفظي، فالكلام الكلام، والوجه الوجه، والمشهور المشهور، والمختار طابق النعل بالنعل.

فالفرق بين المسألتين اسماً غير فارقٍ بينهما حكماً بوجه من الوجوه، عدا ما تخيل من أن العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأما كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقة. والتحقق في خصوص المقام أن نسوق الكلام إلى كلي ما يندرج فيه نظائر المسألة بالتمام تشريحاً للمرام، وتعميماً للفوائد في الأحكام.

فنقول: هل يعتبر في تحقّق كلّ من الإجازة والتوكيل والإذن والردّ والعزل والفسخ خصوص الإنشاء، أم يكفي في تحقّقها مجرد الرضا الباطني في الثلاثة الأول، وعدم الرضا الباطني في الثلاثة الأخر ولو علم بذلك الرضا وعدم الرضا من شاهد حال أو قضاء عادة؟ وجوه فقهيّة وإن لم تكن أقوالاً تصرّحية.

ثالثها: التفصيل بين تحقّق الكاشف اللفظي عن وجود الرضا النفسي أو عدمه فيكتفي به فيها ولو كان ذلك الكاشف من مقولة الإخبار لا الإنشاء، وبين عدم تحقّق الكاشف اللفظي فلا يكتفي بمجرد الرضا وعدم الرضا فيها.

ورابعها: التفصيل بين ما يفيد العقد كالإجازة والتوكيل والإذن فيكتفي في تحقّقها مجرد الرضا الباطني، وبين ما يفيد الحلّ كالردّ والعزل والفسخ فلا يكتفي في تحقّقها مجرد عدم الرضا بمقتضى العقد.

وخامسها: التفصيل بين استمرار عدم الرضا الباطني إلى ما بعد العقد ولو آنأما فيكتفي بمجرد ردّه في تحقّق الردّ والفسخ والعزل، وبين زواله وعدم استمراره إلى ما بعد العقد فلا يكتفي بمجرد ردّه.

وأوجه الوجوه الخمسة إلى الأصول والقواعد هو الأوّل، أعني: اعتبار الإنشاء في تحقّقها مطلقاً، وعدم كفاية مجرد الرضا وعدم الرضا؛ لأصالة الفساد وعدم تحقّق شيء منها بمجرد الرضا وعدم الرضا، واستصحاب عدم ترتّب آثار شيء منها بمجرد الرضا وعدم الرضا، مضافاً إلى ظهور ما استظهره شيخنا العلامة

من الإجماع على ذلك من تتبّع موارد الفقه .

وأما وجه الاكتفاء في تحقّقها مطلقاً بمجرد الرضا النفساني وعدمه فلعلّه لفحوى اكتفائهم في توكيل الباكرة أو إجازتها التزويج وعقد النكاح بالسكوت ، وفي تحقّق الرجوع إلى المطلقة الرجعية بمجرد الوطء أو التقبيل أو الضمّ أو النظر بشهوة إليها .

ويضفّه اختصاص الاكتفاء في هذه المواضع بالدليل الخارج والنصّ الخاصّ ، فلا يتعدّى عنها .

وأما وجه التفصيل بين وجود الكاشف اللفظي ولو من مقولة الإخبار فيكتفي به وبين عدمه فلا يكتفي به فلعلّه لفحوى حكم بعضهم بأنّه إذا حلف الموكل لشخص في شيء على نفي توكيله انفسخ عقد التوكيل ، لأنّ الحلف عليه أمانة عدم الرضا .

وفيه : أنّ فسخ التوكيل بمجرد الحلف لو سلّم فلعلّه مختصّ بمرحلة الظاهر ، لأجل التعبد بعموم أدلّة فصل الخصومة بالحلف ، فلا يتعدّى إلى غير الحلف من سائر الكواشف عن عدم الرضا ، يعني حلف المنكر على إنكار نفي صدور العقد منه ، لا نفي الصادر منه . ولو سلّم فهو تعبد خاصّ بمورده . وتظهر الثمرة في صحّته بالإجازة على الأوّل ، دون الثاني .

وأما وجه التفصيل بين ما يفيد العقد - كالتوكيل والإجازة والإذن - فيكتفي في تحقّقها الرضا الباطني ، وبين ما يفيد الحلّ - كالفسخ والعزل والردّ - فلا يكتفي في تحقّقها بمجرد عدم الرضا الباطني ، وهو الظاهر من الماتن^(١) ، حيث أخرج بيع الفضولي العالم برضا المالك عن تحت الفضولي سابقاً مع اختياره هنا^(٢)

(١) المكاسب : ١٢٥ .

(٢) المكاسب : ١٢٨ .

عدم تحقق الردّ بمجرد عدم الرضا النفسي فمرجعه في الشقّ الثاني هو ما ذكرنا.

وأما في الشقّ الأوّل فلعلّ مرجعه إلى إطلاق «تجارة عن تراض» وعموم «التحليل بطيب النفس». وفيه: أنه لو سلّم إطلاق التراضي والطيب بالنسبة إلى ما ذكر فإنّما هو خاصّ بحليّة الأكل، لقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾^(١)، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢). وأما حليّة المناكح والفروج فلم يعلم من الآيّة والحديث الاكتفاء فيها أيضاً بمجرد الرضا والطيب النفساني. وتوهم عدم القول بالفصل مدفوع بوجوده من المكتفين بالمعاطاة في أكثر المعاملات دون النكاح.

وأما وجه التفصيل بين استمرار عدم الرضا الباطني إلى ما بعد العقد ولو أنّاً ما يفسخ وبين عدم استمراره فلا يفسخ فمرجعه في الشقّ الثاني هو ما ذكرنا، من عموم «أوفوا بالعقود»^(٣)، واستصحاب بقاء آثار العقد، وأصالة عدم انفساخه بمجرد عدم الرضا الباطني.

وأما في الشقّ الأوّل فهو ما زعم من أنّ مجرد استمرار عدم الرضا الباطني إلى ما بعد العقد ولو أنّاً ما موجب لانفساخ العقد. وفيه: ما تقدّم من المنع. والله العالم بحقيقة الأمر. قال طاب ثراه: «المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه... الخ».

أقول: أمّا محلّ النزاع في هذه المسألة فأعمّ من جهة الغاصب وغيره الزاعم ملكيّة المبيع لنفسه، وأمّا من جهة كون النزاع في صحّة البيع بإجازة المالك

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصليّ ح ١.

(٣) المائدة: ١.

لنفسه أو للبائع فعن الجواهر^(١) التعميم، وظاهر المتن^(٢) التخصيص بصورة ما إذا أجازته المجيز لنفسه لا لبائعه، وأيده شيخنا العلامة بأن شهرتهم على بطلان ما لو اشترى المشتري بماله شيئاً لغيره، مع شهرتهم على صحة بيع الفضولي مال الغير لنفسه يقتضي اختصاص النزاع بصورة ما إذا أجاز المجيز لنفسه لا لبائعه، وإلا لزم التعارض بين الشهرتين، نظراً إلى تعاكس المسألتين، فيقتضي اتحادهما في الحكم. وفيه: ما يظهر من المتن^(٣) من منع تعاكس المسألتين وإبراز الفارق بينهما، فلا مقتضي لاتحادهما في الحكم، ومقايسة أحدهما على الآخر.

فالأظهر حينئذٍ تعميم محلّ النزاع أيضاً من جهة إجازة المجيز لنفسه أو لبائعه وإن كان ظاهر المتن بل صريحه التخصيص. هذا في تحرير محلّ النزاع. وأمّا الأقوال في المسألة، فثالثها: التفصيل الظاهر من المتن بين بناء البائع على ملكية المئتمن بالجعل والادعاء فيصحّ، وبين عدم بنائه على ذلك فيفسد^(٤). ورابعها: التفصيل الآخر الظاهر من المتن^(٥) أيضاً بين أن تؤخذ خصوصية البائع في مفهوم الإيجاب على الجهة التعليلية فلا يصحّ بإجازة المجيز لنفسه، وبين أن تؤخذ فيه على الجهة التقييدية أو التعدّد المطلوب فيصحّ. هذا في الأقوال.

وأما الحكم والوجوه والأقوال فالكلام في هذه المسألة من الفضولي هو الكلام في المسألة السابقة طابق النعل بالنعل، فالوجه الوجه والقول القول، والتوجيه التوجيه، والمشهور المشهور، والمقتضي المقتضي، والمانع المانع، فلا فارق بين المسألتين من حيث المقتضي والمانع، سوى اختصاص هذه المسألة بتوهم مانعية ما لا يصلح للمانعية من عدم تحقق قصد المعاوضة من الفضولي في

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٩.

(٢-٤) المكاسب: ١٢٨.

(٥) المكاسب: ١٢٩.

هذه المسألة، ومن عدم تعلق الإجازة بمتعلق الإنشاء السابق بالتقريب الذي في المتن^(١).

أما توهم عدم تحقق قصد المعاوضة في الفضولي في أموال الناس فيدفعه المنع منه جداً؛ أما إذا قصد الفضولي البيع لمالك المبيع فلأنَّ تحققَّ قصد المعاوضة منه أوضح من تحققَّ قصده المعاوضة في ماله؛ ضرورة أنَّ نقل مال الغير على الشخص أهون وأطيب من نقل مال نفسه، كما أنَّ أكله أو بذله أهنأ إليه من أكل مال نفسه أو بذله، وما يكون أهون وأطيب وأهنأ إلى النفس كيف يكون القصد إليه أشكل؟ فما هو إلَّا توهم لا يليق ذكره بأحد.

وأما قصد المعاوضة منه فالجواب عن توهم عدم تحقُّقه من الفضولي مضافاً إلى ما في المتن^(٢) - من اختصاصه ببيع الغاصب الفضولي مع عموم محلِّ النزاع في المسألة، ومن أنَّ قصد المعاوضة الحقيقيَّة مبنيٌّ على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً بالادعاء نظير المجاز الادعائي - أنَّ المعاوضة الحقيقيَّة مبنيٌّ على جعل المعوِّض عن الثمن هو رفع اليد والتسلُّط عن المثلن، لا نفس المثلن حتَّى تتوقَّف المعاوضة الحقيقيَّة بينه وبين الثمن على ما قاله الماتن^(٣)، من جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً بالجعل والادعاء ليخرج عن تحت صحَّة الفضولي صورة ما إذا باع الغاصب لنفسه من دون البناء على ملكيَّة المثلن بالجعل والادعاء، بل مطلق بيع الغاصب المشكوك في صدوره عن الجعل والادعاء.

فإن قلت: إذا كانت المعاوضة في المغصوب بين الثمن ورفع يد الغاصب عن المثلن لا بين الثمن ونفس المثلن لزم صحَّة رجوع المشتري إلى الغاصب فيما دفع إليه من الثمن إذا انتزع المالك منه المثلن وإن كان حين الشراء عالماً بغصبيَّة المثلن، بل ولو تلف الثمن المدفوع إلى ذلك الغاصب، واللازم باطل عند

المشهور فالملزوم مثله .

قلت: أما أولاً: فبمنع الملازمة بأنَّ صحّة رجوع المشتري العالم إلى الغاصب فيما دفع إليه بأزاء المغضوب ولو بعد تلف ذلك المدفوع فعلى تقدير تسليمه إنّما هو لازم ما اختاره المصنّف^(١) في الجواب من جعل المعاوضة بين نفس الثمن والمثمن، وأما على ما اخترناه نحن في الجواب من فرض الثمن بأزاء رفع اليد عن المثمن فاللازم هو عدم صحّة الرجوع لا صحّة الرجوع، كما لا يخفى على المتأمل .

وثانياً: لو سلّمنا الملازمة قلنا الجواب بأنّ بطلان اللازم على تقدير تسليمه إنّما هو للدليل الشرعي الخارجي، إذا لا يُعَدَّ في أنّ الشارع تعبّدنا بعدم رجوع المشتري العالم إلى الغاصب إذا انتزع المالك منه المغضوب، عقوبة له حيث أقدم على شراء المغضوب ودفع الثمن بأزائه مع علمه بعدم استحقاقه . فتلخّص مما ذكرنا: عدم صلوح ما توهم من عدم تحقّق قصد المعاوضة من الغاصب البائع لنفسه للمانعية من الصحّة .

وأما توهم مانعية تصحيح إجازة المجيز لنفسه بيع الغاصب لنفسه مع استلزامه بقاء الجنس مع انتفاء فصله وبقاء المقيد مع انتفاء قيده - نظراً إلى تغاير متعلّق الإجازة لمتعلّق العقد وكون النقل من المنشىء غير مجازٍ والمجاز غير منشىء - فمدفوع أيضاً بعدم صلوحه للمانعية .

أما أولاً: فلاّنا وإن سلّمنا مغايرة ما وقع لما أجزى، إلّا أنّ لنا أن نجيب عن مانعية الصحّة بما عن المحقّق القمي^{رحمته} .

من أنّ إجازة المجيز بيع الغاصب لنفسه راجع إلى تبديله ماهية العقد لنفسه - كما لو باع فضولاً ثمّ ملك المبيع بإرث أو بيع - لا تبديل قيده وفصله مع بقاء

جنسه ومقيدته، حتى يستحيل عقلاً بقاء الجنس مع انتفاء فصله والمقيد مع انتفاء قيده، فتكون الإجازة حينئذٍ عقداً جديداً بمنزلة قوله: بدلت بيع الغاصب لنفسه إلى البيع لنفسه^(١).

واستشكال بعض الرفقاء على كونه عقداً جديداً مع اشتراطهم الصراحة في أفاظ العقود مدفوع، بأنه لو سلمنا اعتبار الصراحة فما نحن فيه خارج بالدليل المصحح لعقد الغاصب بمجرد الإجازة، فإنّ الدليل على اعتبار الصراحة في العقود على تقدير تسليمه ليس إلا الشهرة، وبعد فرض كون الشهرة على صحة الفضولي بهذا المعنى متحققاً كان ذلك دليلاً على خروجه عن تحت اعتبار الصراحة وكفاية المجاز والكناية فيه، كما لا يخفى.

وكذا استشكال بعض الرفقاء عن كون الإجازة عقداً جديداً نازلاً منزلة الإيجاب والقبول المستقلين مع أنه إنشاء واحد مدفوع، بأنّ الإشكال إن كان في إمكانه فمن المعلوم أنه كما يمكن أن يكون اللفظ الواحد دالاً على إنشاء واحد كذلك يمكن أن يكون دالاً على إنشاءين، كما يمكن استعمال اللفظ في معنى واحد وفي معنيين.

وإن كان الإشكال في وقوعه فمن الواضح أنه كما لا إشكال في وقوع استعمال اللفظ الواحد في معنيين إذا كان بينهما جامعاً قريباً وقامت القرينة على إرادته كذلك لا إشكال في وقوع استعمال «أجزت لنفسه» في إنشاء الإنشاء والقبول السابقين لنفس المتبائعين، بعد وجود الجامع القريب بينهما، وهو مضمون العقد السابق لنفس المجيز، بعد قيام القرينة الصريحة على إرادته، وهي تعقب الإجازة بالضمير الراجع إلى العقد السابق وبقوله: «لنفسه».

هذا كله، مع أن مدلول الإجازة معنى بسيط وحداني، وتعدده إنما هو

بحسب الإنحلال في الخارج، كإنحلال مدلول الأمر إلى طلب الفعل مع المنع من الترك، مع كونه بحسب العقل معنى بسيط، من غير فرق بين أن يكون مدلولها إمضاء العقد السابق لنفس البائع، أو تبديله لنفس المجيز.

غاية الفرق أنه إن اتحد مضمونه لمضمون العقد السابق في الجنس والفصل والإطلاق والتقييد وقع إمضاء له، وإن اختلف له في الجنس والفصل كما لو قيد الفضولي البيع لنفسه وأجازة المجيز لنفسه لا لبائعه وقع عقداً جديداً.

وكذا استشكل بعض الرقهاء في كونه عقداً جديداً مع ذهاب المشهور إلى كونه كاشفاً لا ناقلاً مدفوع، بأن فرضه عقداً جديداً من جهة مخالفته لمضمون العقد السابق في التقييد لا يقتضي كونه عقداً جديداً من سائر الجهات، لأنَّ الضرورة إنما تقدّر بقدرها. وكونه عقداً جديداً مخالفاً للسابق في الفصل، والقيد لا ينافي كونه باقياً على الاتحاد والمتابعة للعقد السابق في غير ذلك.

وكذلك إيراد المصنّف على كونه عقداً جديداً: بأنه خلاف العقل^(١) مدفوع، بأنَّ مخالفته للعقل مبنيّ على رجوع الإجازة إلى تبديل قيد العقد وفصله، وقد عرفت أنَّ اعترافه بكون الإجازة عقداً جديداً صريح أو كالصريح في إرادته من هذا الجواب تبديل ماهية العقد السابق بالإجازة، لا تبديل خصوص قيده وفصله مع بقاء الجنس على حاله حتّى يستحيله العقل.

مع أنّ المستحيل إنما هو بقاء الجنس بعد انتفاء فصله، والمقيّد بعد انتفاء قيده مع الوصف والارتباط الذي كان له سابقاً بالفصل والقيد المنتفيين، وأمّا مع انتفاء ذلك الوصف والربط فلا مانع من بقاء الجنس والمقيّد بعد انتفاء فصله وقيده، كما تشهد بالعيان بقاء جنس الإنسان من الجوهرية والجسمية بعد انتفاء فصله وقيده المقوم له وهو الناطقية والحياة بالموت.

بل كيف يستحيل عقلاً فرض الإجازة عقداً جديداً وقد وقع له نظائر شرعاً؟! فمن النظائر الواقعة له شرعاً ما تقدّم من الأخبار الدالة^(١) على أنّ ربح تجارة غير الولي في مال اليتيم لليتيم.

ومن صحيحة الحلبي المتقدمة^(٢) في الإقالة بوضيعة الدالة على عدم تحقّق الإقالة بالوضيعة، وأنّه إذا أقال المبيع بوضيعة ثمّ باعه لنفسه بأكثر من ثمنه فأجاز المشتري الأوّل كان الثمن الزائد له لا لبائعه.

ومن الأخبار الدالة^(٣) على استحقاق الشريك الحصّة المبيعة في شركته بمجرد الشفعة، فإنّ الشفعة كالإجازة حينئذٍ. إلى غير ذلك من النظائر والأشباه المتقدمة الواقعة للمسألة شرعاً.

وتوهم خروج هذه النظائر عمّا يقتضيه القاعدة بالتعبّد الشرعي والدليل الخارج مدفوع، بأنّه إن اقتضت القاعدة استحالة شيء عقلاً استحالة تعبّد الشارع بعدم استحالته، كما يستحيل تعبّده باجتماع الضدّين ونحوه ولنعم ما قاله شيخنا العلامة في ردّ بعض الرفقاء: من أنّ الالتزام باستحالة كونه عقداً جديداً مع وجود تلك النظائر والأشباه له لا يقصر من التزام العامّة باستحالة وجود إمام العصر إلى هذا الزمان الطويل، مع وجود الأشباه والنظائر له من الأنبياء وغيرهم.

وكذا إيراد الآخر الذي أورده الماتن^(٤) على الفاضل القميّ: بأنّ كون إجازة المجيز لبيع الغاصب عقداً جديداً بالتقريب المتقدّم خلاف الإجماع مدفوع، بأنّه أحد الأقوال في مطلق بيع الفضولي، فضلاً عن هذا الفرد منه.

(١) الوسائل ١٢: ١٩٠ ب «٧٥» من أبواب ما يكتسب به.

(٢) في ص: ٦٢.

(٣) أنظر الوسائل ١٧: ٣٢٠ ب «٧» من أبواب الشفعة.

(٤) المكاسب: ١٢٩.

بل كيف يكون خلاف الإجماع؟! وقد حكى^(١) هو أيضاً عن كاشف الرموز^(٢) بأنّ مطلق الإجازة عقد جديد، أي ولو لم يغير العقد السابق فضلاً عما لو غيره، نظراً إلى أنّ تقييد البائع البيع لنفسه كما يقتضي أن تكون الإجازة عقداً جديداً حذراً من بقاء الجنس مع انتفاء فصله وقيدته كذلك تقييد البائع البيع بإجازة مالكة فيما لو باعه لمالكة أيضاً يقتضي أن تكون الإجازة عقداً جديداً.

وبعبارة أخرى: أنّ المغايرة بين ما أجاز وبين ما وقع موجود في كلا فرضي الإجازة لنفسه أو لبائعه، فيقتضي الالتزام بكونه عقداً جديداً في كلا فرضيه. ولكن في نظره نظر للفرق الواضح بين المغايرتين، لإمكان منع كون الإجازة شرطاً في نفس عقد الفضولي للمالك، وإنّما هو أمر خارج مستفاد من الدليل الخارجي، الذي لولاه لقلنا بما قيل: من كون عقد الفضولي بمنزلة الاتلاف الموجب للضمان، لا الاحتياج إلى الإجازة.

ولو سلّم فإنّما هو شرط شرعيّ اعتبره الشارع في الخارج، لا اعتبره العاقد في ضمن عقده. ولو سلّم أيضاً فإنّما هو شرط مأخوذ في متعلّق العقد، لا في نفس العقد؛ فإنّ نفس البيع والنقل من الفضوليّ غير معلق على الإجازة، وإنّما المعلق عليها على تقدير التعليق هو انتقال المبيع، وترتيب آثار البيع عليه، نظير اعتبارهم في ضمن عقد النكاح تعليق توكيل الزوجة أو غيرها في الطلاق على غياب الزوج أو شيء آخر حيث لا يفسد العقد إن فرض المعلق على غياب الزوج - مثلاً - هو متعلّق التوكيل، أعني: الطلاق، ويفسد إن فرض المعلق على ذلك هو نفس التوكيل لا متعلّقه. هذا كلّه في الجواب أولاً عن مانعيّة المغايرة المدّعاة بين ما أجاز وما وقع.

(١) المكاسب: ١٢٩.

(٢) كشف الرموز ١: ٤٤٥-٤٤٦.

ويضاف إلى ذلك إمكان الجواب ثانياً بما ارتضاه الماتن^(١): من منع أصل المغايرة بين ما أجزى وما وقع بناءً منه على أنّ قصد البائع البيع لخصوص نفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب على وجه العلية حتى يقتضي انتفائها انتفاء المعلول، وهو أصل البيع، أو تردّد الأمر على تقدير الصحة بين محذوريّ مغايرة ما أجزى لما وقع، أو عدم اشتراط أن يكون كلّ من العوضين ملكاً لكلّ من المتعاضين في انتقال بدله إليه، بل إمّا مأخوذ على وجه التعدّد المطلوب فكأنّ البائع قصد أصل البيع بقصد مستقلّ ثمّ قصده لخصوص نفسه بقصد مستأنف مستقلّ لا يقتضي انتفائه انتفاء الأوّل، وإمّا مأخوذ على وجه التقييد بكونه المالك فكأنّه قصد البيع لخصوص نفسه بقصد واحد، لكن لا من حيثية مقيدة بكونه المالك، فإذا انتفت المالكية له في الواقع استتبع الحكم لمن ثبت له المالكية الواقعية من غيره.

قوله: «إنّه خلاف الإجماع والعقل».

[أقول:] أمّا مخالفته الإجماع ففيه أولاً: ما عرفت من أنّه أحد الأقوال في

مطلق بيع الفضولي، فضلاً عن هذا الفرد منه.

وثانياً: سلّمنا، لكن المراد من فرضه عقداً جديداً من جهة مخالفته

لمضمون العقد السابق في التقييد، لا من سائر الجهات.

وأما مخالفته العقل ففيه ما عرفت أيضاً من أنّه مبنيّ على رجوع الإجارة

إلى تبديل قيد العقد وفصله مع بقاء جنسه على الوصف والربط السابق بالفصل

والقيد المنتفيين، وقد عرفت منع كلّ من المبنيين.

قوله: «أمّا الفضولي فهو أجنبيّ عن المالك... الخ».

[أقول:] فيه: أنّه كما يمكن فرض العاقد أعمّ من الأصالة والنيابة كذلك

يمكن فرضه أعمّ من الأصلي والفضولي بلا فرق .

قوله: « التزمنا بلغويّته » .

[أقول:] فيه أولاً: أنه لو لغى ذلك للغى عند مطلق الوكيل والفضولي بل المالك الغير القاصد في تملكه وتملكه مالكيّة نفسه ، كما هو الغالب من الاكتفاء بقصد التملك ومطلق المبادلة من غير التفتات إلى مالكيّة نفسه ، فضلاً عن تنزيل نفسه منزلة المالك الأصلي .

وثانياً: أن العلم بالباطل ولو كان جهلاً مركّباً فضلاً عن اعتقاده أو توهمه أو ادّعائه أو قصده إن لم يضر لا ينفع في صدق العقد، ولا في صحّته ، ولا في حكمه ، عرفاً ولا شرعاً ، حقيقةً ولا مجازاً ، من غير علاقة مسوّغة مصدّقة ، ضرورة لغويّة الفاسد من العقائد والمقاصد ، بل كفرّيته ، إلّا إذا فرض معذوريّته بقصور لا تقصير ، لأنّ الأحكام تابعة لأساميتها الواقعيّة .

قوله: « فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة ، كما تقدّم في بعض فروع المعاطاة » .

أقول: قد تقدّم منّا الإيراد عليه أيضاً بأنّه إن كان عدم صحّته من جهة عدم قابليّة المحلّ لنفوذ التوكيل فيه شرعاً - كعدم قابليّة وطء الجارية لنفوذ التوكيل فيه شرعاً - فيكفي في ردّه وبطلان مقياسه على التوكيل في وطء الجارية وجود الأشباه والنظائر المتقدّمة له شرعاً :

منها: الأمر بالعمل العائد نفعه إلى ثالث ، فإنّه يستحقّ العامل الأجرة من الأمر وإن لم يرجع نفع عمله إلى الأمر .

ومنها: حقّ الجعائل لردّ ضالة الغير ، كما لو قال الجاعل: من أتى بضالّة فلان فله عندي كذا ، فإنّ الآتي بها يستحقّ حقّ الجعالة من الجاعل وإن لم يرجع النفع إليه .

ومنها: الهبة المعوّضة بعوض مشروط لثالث، فإنّ الظاهر صحّته وإن لم يدخل كلّ من العوضين في ملك المالك الآخر.

ومنها: تزويج الناس أولادهم، أو غير أولادهم بجعل المهر في ذمهم، أو في أعيان أموالهم مع عدم دخول العوض إلى أنفسهم على وجه تقدّم.

وإن كان عدم صحّته من جهة عدم وجود الدليل الشرعي على صحّته، فيكفي في ردّه وجود إطلاق «أوفوا بالعقود»^(١)، وعموم «أحلّ الله البيع»^(٢) و«تسليط الناس على أموالهم»^(٣)، بعد إحراز صدق البيع والعقد وقابليّة المحلّ بالأشباه والنظائر الثابتة له شرعاً.

قوله: «مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق... إلخ».

أقول: أقصى الفرق بين الإجازة والإذن هو السبق واللحق، فالإجازة إذن لاحق، والإذن إجازة سابقة، ولا ريب أنّ هذا الفرق غير فارق بينهما في اقتضاء ما يقتضيه من تقدير الملك آنأما قبل البيع، فإنّ أوجب الإذن في البيع من باب الاقتضاء تقدير الملك آنأما قبله فكذا الإجازة ينبغي أن توجهه .

واحتمال الماتن بني^(٤) الاقتضاء في الإذن دون الإجازة معللاً بأنّها لا تتعلّق إلّا بما يقع سابقاً والمفروض أنّه لم يقع إلّا مبادلة مال الغير بمال آخر فيه إجمالاً: أنّ الإذن أيضاً لا يتعلّق إلّا بما يقع لاحقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلّا مبادلة مال الغير بمال آخر.

وتفصيلاً: بأنّ الملك التقديري المتوقّف عليه البيع فيما نحن فيه إن كان عبارة عن حصول الملك القهري بجعله تعالى آنأما قبل البيع - كما هو المختار

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) عوالي اللآليء ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

(٤) المكاسب: ١٣٠.

فيما تقدّم^(١)، نظير حصوله القهري بمجرّد شراء العمودين وإن لم يقصده المشتري - فلا حاجة في تصحيح العقد بالإجازة إلى إيقاع ما يزيد على مبادلة مال الغير بمال آخر في المفروض. وإن كان عبارة عن تحصيل الملك بالقصد - كما هو ظاهر المتن^(٢) فيما تقدّم - فهو وإن احتاج تصحيح العقد بالإجازة إلى ما وراء مبادلة مال الغير بمال آخر من قصد التمليك وتحصيله قبل البيع آنأماً إلا أنّ الاحتياج إلى ذلك لا يختصّ بتصحيح الإجازة للعقد، بل يعمّ تصحيح الإذن له أيضاً.

وبالجملة: فالإذن المصحّح لبيع مال الغير لنفسه إن لم يتوقّف على تحصيل الملك بالقصد قبل البيع آنأماً وكذلك الإجازة المصحّحة لبيع مال الغير لنفسه لم يتوقّف على تحصيله بالقصد وإن توقّف الإذن على ذلك توقّفت الإجازة أيضاً عليه، فالفرق بين الإذن والإجازة بالسبق وللحقوق غير فارق، كما زعم.

قوله: «إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة».

[أقول]: فيه: أنّ عدم صحّة وقوعه للفضولي ليس لأجل أنّه لو صحّ لم يحتج إلى الإجازة، كيف! وصحّة كلّ فضوليّ يحتاج إلى الإجازة، بل عدم صحّة وقوعه للفضولي إنّما هو لعدم قصده في العقد بحيث لو قصد الفضولي ولو على وجه عموم قصد العقد لكلّ من أجاز صحّ للفضوليّ المجيز أيضاً.

قوله: «لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر... إلخ».

[أقول]: أي: لو دلّ على الفساد لدلّ على الفساد المراعى بعدم الرضا؛ لأنّ

قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٣) نهي إرشاديّ مادام لا تعبديّ مستدام.

(١) في ص: ٨٣.

(٢) المكاسب: ١٣٠.

(٣) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلّي ح ١.

قوله: «إذا انكشف عنها الإجازة . فافهم» .

[أقول:] إشارة إلى أنّ الفرق بين الفرضين فارق، من حيث إنّ التصرفات السابقة على الإجازة على تقدير الكشف لا تضمن، وعلى تقدير النقل تضمن .
قوله: « وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة» .

[أقول:] أي: الدالة بالعقل والنقل على حرمة الوطاء والتصرف والتملك والتملك في مال المسلم قبل رضاه وإن علم بأنه سيرضى بعد .
وفيه أولاً: منع التفرّيع المذكور والتصرف في الفضولي على الكاشفة قبل الإجازة الكاشفة .

وثانياً: لو سلّم فليس المانع عقلياً حتّى يأبى من التخصيص بنصوص كاشفة الإجازة عن صحّة الفضولي، خصوصاً صحيحة محمد بن قيس^(١) وما بعده^(٢)، كما خصّص بحقوق المازّة وحقوق الأخوة والقرابة والصدقة والضيافة، وحقّ إجبار الممتنع وحقوق الولاية والألويّة .

قوله: «ترتيب الإيجاب^(٣) من حين الإيجاب فتأمل» .

[أقول:] إشارة إلى الفرق الفارق بين المقيس والمقيس عليه من حيث إنّ عدم ترتّب الوفاء على مجرّد الإيجاب قبل القبول من جهة عدم تحقّق موضوع العقد، بخلاف عدم ترتبه على عقد الفضولي قبل الإجازة، فإنّه ليس إلّا لمانع عدم الرضا، لا لعدم صدق موضوع العقد بالوفاء .

قوله: «الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل ثمّ بعده الكشف الحكمي» .

(١) الوسائل ١٤: ٥٩١ ب «٨٨» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ .

(٢) الوسائل ١٣: ١٨٢ ب «١» من أبواب أحكام المضاربة ح ٩، وتقدّم باقي المصادر في

هامش (١) ص: ٦٢ وهامش (٢ و ٣) ص: ٦٢ .

(٣) في المكاسب: «ترتيب الآثار» .

أقول: بل الأمر بالعكس وأنّ الموافق لعمومات: ﴿أحلّ الله البيع﴾^(١) و﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) وقاعدة «العقود تابعة للقصد» ليس إلاّ الكشف الحكمي ثمّ الكشف الحقيقي، وأمّا النقل الحقيقي فلا يوافق شيئاً سوى عمومات: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»^(٣) و﴿تجارة عن تراض﴾^(٤) و«لا بيع إلاّ في ملك»^(٥) مما لم ياب من التخصيص بنصوص صحّة الفضولي بالإجازة على وجه الكاشفيّة، فالقول بالنقل الحقيقيّ دونه خرط القناد، بخلاف الكشف الحقيقيّ فإنّ الرضا اللاحق وإن لم يكشف عن الرضا السابق حقيقة - كيف! والمفروض عدمه ظاهراً - إلاّ أنّ صدوره في اللاحق لمّا كان كاشفاً عن تقدير سبقه في علم الله ومشيئته وإرادته لم يبعد الحكم بكونه كاشفاً.

مضافاً إلى أنّ صحّة نصوص الفضولي وصراحتها في الكاشفيّة - خاصّة صحيحة محمد بن قيس^(٦) وما بعدها^(٧)، خصوصاً صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين^(٨) - حجة قاطعة في صحّة الفضولي بالإجازة على وجه الكاشفيّة، فالكلام بعدها في الفضولي فضول وتضييع للعمر.

قوله: « وللشهيد الثاني في الروضة عبارة ».

[أقول:] وأمّا عبارته فهي: وتظهر الثمرة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فنماء المبيع المنفصل المتخلّل للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) المائدة: ١.

(٣) تقدم ذكر مصدر الهامش (٣) ص: ٨٤.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) المستدرک للحاکم ٢: ١٧، عوالي الآلي ٢: ٢٤٧ ح ١٦.

(٦ و ٧) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١ و ٢) ص: ٨٥.

(٨) الوسائل ١٧: ٥٢٧ ب «١١» من أبواب ميراث الأزواج ح ١.

ناقلة فهما للمالك المجيز^(١)، انتهى. ولما كان مقتضى النقل أن يكون نماء كل من الملكين لكل من المالكين السابقين لا لمالك المجيز احتاج إلى توجيه المراد من المجيز أو حكمه له.

أما توجيه المراد من المجيز فبأن يفرض كون العقد فضولياً من الطرفين لا من طرف واحد، أو من طرف واحد في صورتين لا في صورة واحدة، بأن يكون نماء المبيع للبائع المجيز إذا كان فضولياً من قبله، ونماء الثمن للمشتري المجيز إذا كان فضولياً من قبله، ولم يتعرّض لنماء الطرف الآخر الأصيل، لوضوحه بالمقايسة.

وأما توجيه حكم ظاهرها فبأن نماء الطرف الأصيل وإن كان له بقاعدة «تبعية النماء للأصل»، إلا أن النقل من طرف الأصيل لما كان منجزاً غير معلق على الإجازة انتقل نماء المنقول عنه، كنماء المنقول إليه إلى المجيز. وأما وجه أولوية توجيه المراد عن المجيز من توجيه حكمه الظاهري فلعدم التأمل بالناقل بهذا الحكم، وهو انتقال نماء الأصيل المتخلل بين النقل والناقل إلى المجيز، وعدم الإقدام المطلق. قوله: «لا يخلو عن إشكال».

[أقول:] وجهه: عدم تحقّق صدق العقد قبل الإجازة على فرض الناقلية. قوله: «و[الظاهر أن] الأصحاب لا يلتزمون بذلك».

[أقول:] فيه: منع عدم التزام الأصحاب بملازمة أن ما يكتفى به في الرضا اللاحق يكتفى به في السابق، كيف! والأولوية قطعية ونصوص الاكتفاء بالرضا مطلقة، وما لم يلتزم به الأصحاب إنما هو ملازمة الاكتفاء بالرضا في اللزوم للاكتفاء بالكراهة في الفسخ الذي جعله المصنّف مؤيداً لما لم يلزموا به.

وفيه أولاً: أنه غير مؤيد.

وثانياً: أنه غير ملتزم به؛ لنصوص^(١) صحة الفضولي المكروه والغاصب والمنهي بالإجازة.

قوله: « فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. فتأمل »^(٢).

[أقول:] إشارة إلى أن انتفاء محل الإجازة بسبق الردّ مبني على كون الإجازة ناقلة لا كاشفة، فتخلل الفرد بينها وبين العقد كتخلله بين الإيجاب والقبول في نفي قابلية لحوقه به، وتخلل الفصل بين ركني العقد في نفيه به. وأمّا على الكشف - خصوصاً الكشف الحقيقي - فالردّ لا ينفي موضوع العقد السابق كالحلّ والفسخ والإقالة، وإنما ينفي حكمها مادام باقياً على الردّ والكراهة فإذا أجاز جاز، فيكون الردّ اللاحق للعقد كالنهي السابق عليه لا يؤثر بطلان العقد وسلب صحته بالرضا اللاحق.

لا يقال: لا فرق بين سبق الرضا أو الردّ، فكما أن سبق الرضا مانع عن تأثر الردّ بعده كذلك سبق الردّ مانع عن تأثير الرضا بعده.

قلنا: عدم الفرق مبني على القول بكون الإجازة ناقلة والردّ فسخ. وأمّا على الكاشفية الصريحة من النصوص^(٣) الصحيحة فالفرق الفارق أن الرضا اللاحق كاشف شرعي كالبيّنة عن تحقّق موضوع العقد السابق، أو عن حكم لزوم للوفاء به على الخلاف في الحقيقي والحكمي، وعلى كلّ من تقديره لم يبق محلّ للردّ بعده، بخلاف سبق الردّ حيث لم يثبت شرعاً حلّه وفسخه العقد السابق على

(١) لم نجد هكذا نصوص، خصوصاً في المكروه والغاصب، وأمّا المنهي فانظر الوسائل ١٤: ٥٢٢ و ٥٢٣ ب «٢٣ و ٢٤» من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) هذه الكلمة غير موجودة في المكاسب.

(٣) الوسائل ١٧: ٥٢٧ باب «١١» من أبواب ميراث الأزواج ح ١، ولاحظ ما تقدّم من المصادر في هامش «١ و ٢» ص: ٨٥.

وجه لا يؤثر الرضا بعده أبداً، بل يحتمل عدم التأثير الدائم والعدم ما دام كالنهي السابق على عقد المكره بحيث يزول بزواله، والأصل بقاء العقد وعدم زوال قابليته صحته بالرضا والإجازة والقدر المتيقن من معقد الإجماع اللبّي على فساد العقد المردود هو المردود بالردّ المستدام لا الردّ المتعقّب بالرضا والإجازة، ويحتمل في المسألة التفصيل بين الردّ بإنشاء حلّ العقد وفسخه فيبطل فلا يؤثر الرضا بعده، وبين الردّ بعدم الرضا وعدم القبول فلا يبطل ويؤثر الرضا بعده. كما يحتمل في المسألة وجه رابع: وهو التفصيل المختار من ظاهر الأخبار بين ناقلية الإجازة فيبطله الردّ المتخلّل بينه وبين الإجازة وكاشفيته فلا يبطل بالردّ.

قوله: «الرابع: الإجازة أثار من آثار سلطنة المالك... إلخ».

أقول: في توضيح المرام أنّه لا إشكال في أنّه إذا مات من له الإجازة في الفضولي توقّف صحّة ذلك العقد الفضولي على إجازة وارث من له تلك الإجازة، إنّما الإشكال بدأً في أنّ ذلك من جهة توريث الإجازة بالأصالة، أو من جهة توريثه بالتبع لتوريث المال الذي عقد عليه الفضولي الحقّ هو الثاني لا الأوّل؛ لأنّ الإجازة من آثار سلطنة المالك على ما له فموضوعه المالك فإذا مات انقطعت السلطنة التي كانت له على ماله من البيع وغيره فينقطع ما كان له من آثار تلك السلطنة كالإجازة وغيرها. مضافاً إلى أنّ الإجازة حكم وضعي وحقّ من الحقوق الشرعيّة التوظيفية، والأصل فيما شكّ في قابليته للتوريث العدم حتّى يثبت بالدليل، كحقّ الخيار واختيار الفسخ. كما أنّ الأصل فيما يشكّ في قابليته للنقل والانتقال منها العدم أيضاً حتّى يثبت بالدليل، وأمّا الحقوق المشكوك قابليتها شرعاً للنقل والانتقال أو التوريث كحقّ الإجازة ونحوها فملحقة بالحقوق الغير القابلة لذلك شرعاً، كحقّ المضاجعة والمقاسمة ونحوها من الحقوق الغير القابلة للنقل والانتقال.

قوله: « والفرق بين إرث الاجازة وإرث المال يظهر بالتأمل ».

أقول: الفرق بينهما في غاية الوضوح لا حاجة فيه إلى التأمل، والمحتاج إلى التأمل هو الثمرة المترتبة على الفرق، ولعله المراد أيضاً.

وكيف كان فمن جملة ثمرات الفرق: استيراث الزوجة من زوجها إجازة العقد الواقع منه على الأراضي والعقار على تقدير إرث الإجازة وعدم استيراثها ذلك على تقدير إرث المال الذي عقد عليه الفضولي، بناءً على القول باستيراث الزوجة من الزوج ما عدا الأراضي من الأموال.

ومن جملة ثمرات الفرق أيضاً: عدم انفساخ عقد الفضولي برد بعض الورثة إلا في حصة ذلك البعض دون حصة الباقي إذا أجازوا على تقدير إرث المال الذي عقد عليه الفضولي، وانفساخه رأساً على تقدير إرث الإجازة، بناءً على القول بكون الإجازة كالفسخ أمر بسيط لا يقبل التجزئة.

ومن جملة الأمور التي ينبغي التنبيه عليها في المقام: تحقيق كون الإجازة كما يمضي العقود الفضولية - على القول بصحتها - هل يمضي غير العقود من سائر المعاملات الفضولية كالقبض في البيع عن البائع، وفي الوقف عن الواقف. وكذا العبادات كإعطاء الخمس والزكاة والفطرة عمّن في ذمته ذلك فضولة، أم لا يمضي غير العقود مطلقاً فلا يترتب على إجازة غير العقود من سائر الأمور المتوقفة على الاذن آثار الاذن السابق بالاجازة اللاحقة لها، أم التفصيل بين العبادات فلا يترتب على فعلها عن غير فضولة آثار الاذن السابق بها بالاجازة اللاحقة - نظراً إلى جهة اعتبار اقترانها بالقربة - وبين غيرها فيترتب على الإجازة اللاحقة لها آثار الاذن السابق فيها، أم التفصيل بين القول بكون الإجازة ناقلة فيترتب عليها آثار الاذن السابق وبين القول بكونها كاشفة فلا يترتب؟ وجوه، بل أقوال، ذهب

إلى الأوّل صاحب الجواهر^(١).

ويمكن الاستدلال له عليه بفحوى الأدلّة الدالّة على إمضاء العقود بالإجازة، وعدم الفرق بين الإذن السابق واللاحق في صحّة العقود، وترتيب آثار العقد فيدلّ بفحواها على إمضاء غير العقود من المعاملات والقبوضات والعبادات، بل والإيقاعات ما لم يتم عليها الإجماع بالإجازة اللاحقة، وترتيب آثار الإذن السابق فيها على الإجازة اللاحقة للفضوليّ لها.

اللهمّ إنّ أن يقال: بظنيّة هذه الفحوى، وعدم حجّيّة مطلق الظنّ. فتأمّل.
وقد استدللّ عليه الأستاذ دام ظلّه بعموم تعليل صحّة نكاح العبد الغير المأذون بقوله عليه السلام: «لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز جاز»^(٢)، مستشعراً منه عموم تدارك الإجازة بكلّ ما يقبل التدارك من الأمور المتوقّفة على الإذن. وكذا استدللّ عليه بفحوى الأخبار^(٣) الواردة في التصدّق بمجهول المالك واللقطة عن صاحبه ومالكة عند اليأس عن ظهوره، فإذا ظهر وأجاز احتسب لمالكة، وإلّا احتسب لدافعه وضمن الدافع لمالكة المثل أو القيمة، نظراً إلى أنّ احتساب التصدّق وردّ المظالم بمال الغير عن نفس ذلك الغير بعد فرض إجازته ليس إلّا من جهة تصحيح الإجازة ما وقع عن المجيز، مع كونه من العبادات لا المعاملات، فضلاً عن كونه من العقود.

وبالجملة فالمستفاد من هذه الأدلّة بحسب الظاهر أنّ كلّ ما يصحّ التوكيل فيه يصحّ الفضوليّ فيه وكلّ ما يترتّب على التوكيل والإذن السابق في الشيء من الآثار والأحكام الشرعيّة يترتّب أيضاً على الإجازة والإمضاء اللاحق له، فيمضي الإجازة اللاحقة في كلّ ما يمضي فيه الإذن السابق، سواء كان من العقود

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٠.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٣ باب «٢٤» من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٣) الوسائل ١٧: ٣٤٩ و ٣٥٧ ب «٢ و ٧» من أبواب اللقطة.

أم غيرها من سائر المعاملات والقبوضات والعبادات، بل والإيقاعات ما لم تخرج بالإجماع، وفاقاً للجواهر^(١)، وما مال إليه شيخنا العلامة دام ظلّه.

قوله: «ولو قال: أجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان».

أقول: أما وجه الأوّل: فناظر إلى كون المفروض لغويّة ذلك العقد بلا قبض فتلغو الإجازة في مثله. وأما وجه الثاني: فناظر إلى صون الإجازة عن اللغويّة وإن استلزم لغويّة ردّ القبض، واستوجه شيخنا العلامة التفصيل بين تقديم الإجازة على ردّ القبض في الذكر فيصحّ العقد ويلغى الردّ وبين العكس فبالعكس، وهو وجيه.

قوله: «عدم قابليّة العقد للتبويض من حيث الشرط وإن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء».

[أقول]: فيه: عدم قابليّة العقد المشروط للتبويض على تسليمه إنمّا يقتضي نفي المشروط بنفي شرطه إذا لم يتدارك بتعقّب إجازة الشارط إسقاط شرطه وبالعكس، وأما إذا تدرّك بتعقّب إجازته فلا مانع من صحّته بإطلاق نصوص^(٢) صحّة الفضوليّ بالإجازة.

قوله: «بخلاف [بطلان] الشرط».

[أقول]: فيه أولاً: منع الفرق، أي: منع بطلان المشروط ببطلان شرطه كالجزء، ولو سلّم ففيما لم يتدارك بتعقّب الإجازة، ولو سلّم فالفارق النصّ الخاصّ بالشرط، وهو قوله عليه السلام: «كلّ شرط جائز إلّا ما خالف الكتاب»^(٣).

قوله: «لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليّة

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٠.

(٢) لاحظ ما تقدّم من ذكر المصادر في هامش «٢٠١» ص: ٧٥.

(٣) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

تأثيرها».

[أقول:] فيه: ما قبل المانع هو لزوم تخصص كشف الإجازة بزمان القابلية، وتخصيص عموم: «أوفوا بالعقود»^(١) بالتزام بطلان هذا النحو من البيع أولى؛ لأنّ عمومه أكثر أفراداً من عموم أدلّة الكشف، ومتى دار الأمر بين تخصيص ما هو أكثر أفراداً وأقلّ أفراداً فلا ريب في ترجيح الأوّل على الثاني، ولا أقلّ من التساوي ولزوم الإجمال، فيرجع إلى أصالة الفساد في المعاملة واستصحاب عدم النقل والانتقال. ولكن قد عرفت ما في المتن من الإشارة إلى هذا الوهم بقوله: «إذ التخصيص إنّما يقدح مع القابلية» وأمّا مع عدمها فدوران الأمر بين التخصيصين ممنوع، بل الدوران بين تخصيص عموم «الوفاء بالعقود» وبين تخصيص أدلّة الكشف، ولا ريب أنّ التخصّص أولى من التخصيص قطعاً.

قوله: «والجواب أنّ فسخ عقد الفضوليّ هو إنشاء ردّه... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّ فسخ العقد هو حلّه الأعمّ من الحلّ الإنشائي، كـ «حلّته» و«فسخته»، والفعليّ الأعمّ ممّا يفوت محلّ الإجازة عرفاً كإتلافه، أو شرعاً كوطئه أو تمتعه أو تزويجه من الأفعال الصريحة شرعاً في حلّ العقد السابق مطلقاً، سواء كان فضولياً، أو جائزاً كالهبة، بخلاف ما ليس بصريح في حلّ العقد فليس بفاسخ حتّى يمنع من قابلية الإجازة بعده، سواء كان قولاً: كـ «كرهت العقد السابق» و«لم أرض به»، أو فعلاً كبيعته خصوصاً فضوله أو مع عدم التفاته إلى الفضوليّ السابق، وسواء كان العقد السابق فضولياً متزلزلاً للحدوث كما فيما نحن فيه، أو جائزاً متزلزلاً للبقاء كبيع الواهب الهبة عن المتهب، لا عن نفسه فإنّه ليس بفسخ حتّى يمنع من قابلية الإجازة بعده. وذلك كلّه إنّما هو للفرق في الفاسخ من حيث الصراحة وغيره، لا من حيث القوليّ والفعليّ، ولا من حيث

المفوّت لمحلّ الإجازة وعدمه، ولا من حيث العقد الفضوليّ والجائز، كما في المتن.

قوله: «أو يحلّل إذا وقع بعد الشراء».

[أقول:] وقد فسّرنا الحديث سابقاً بما هو أقرب من هذه المعاني الثلاثة، وهو أنّ العقد يحرم على أحد المتعاقدين ما كان حلالاً ويحلّل ما كان حراماً من العوضين.

قوله: «لا أنّه لغو من جميع الجهات. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ إطلاق النهي الدالّ على الفساد وإن اقتضاه من جميع الجهات إلا أنّ وجه الفساد والصحة لما كان منوطاً برضا المالك وعدمه خصّص النهي والفساد بما إذا لم يجزه المالك أصلاً، أو مادام لم يجزه، فإذا أجاز جاز.

قوله: «لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً. فتدبّر».

[أقول:] إشارة إلى أنّ التقيّة ضرورة تقدّر بقدرها وخلاف الأصل، فيقتصر

على موضع اليقين.

قوله: «لم يحتج إلى الاستفصال».

[أقول:] فيه: لعلّ احتياجه إلى الاستفصال عن ردّ المولى عقده الفضوليّ

وعدم الردّ حتّى يحتاج إلى تجديد العقد وعدمه، والاحتمال يبطل الاستدلال.

قوله: «واستدلاله بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في

وقوع الشراء^(١) غير مترقّب لإجازة مجيز».

[أقول:] فيه: منع، بل الظاهر أنّ غرره من جهة أنّ البائع الفضوليّ القاصد

الشراء لنفسه لا يجيز المالك ببيع ملكه فضولة ولا بالثمن الذي باعه به حتّى

يشتره منه بأنقص ويستريح به، وهو معرض الغرر والإغراء، ومثار البغضاء

(١) في المكاسب: «الاشتراء».

والشحناء، وخلاف الإنصاف والإخاء والصدق والصفاء في البيع والشراء، فيكون نواهي بيع ما لم يملك فضولة ثم شراؤه أصالة ليستريح بالإجازة، كنواهي «الدخول في سوم أخيه»^(١)، ونواهي «تلقّي الركبان»^(٢)، ونواهي «توكّل الحضري عن البدوي في الشراء»^(٣)، إلى غير ذلك ممّا هو ظاهر في الكراهة لا التقيّة، ولا في تقييد المنهّي بالفضولي المقصود به ترتيب آثار البيع اللازم قبل الشراء وقبل الإجازة، كما استظهره المصنّف تبعاً للعلامة^(٤).

قوله: «فأجازه المالك لنفسه. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى الفرق بينهما من حيث إنّ متعلّق الإجازة في المشبّه به هو ملك مالكة المجيز حين العقد وحين الإجازة بخلافه في المشبّه، إلّا أن يقال غير فارق، وأنّ الإجازة تابعة للملك حين الإجازة ولو لم يكن مالكاً حين العقد. قوله: «والمقام مقام استحباب حكم الخاصّ لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ. فتأمّل».

أقول: لعلّه أراد بالتأمّل الإشارة إلى ما فيه من المنع، بتقريب: أنّه إن صدق الطيب والرضا عرفاً على الرضا والطيب السابقين من البائع قبل تملكه فالمقام مقام الرجوع في تصحيح العقد المذكور من دون إجازة جديدة إلى إطلاق الطيب والرضا المخصّص عموم: «الوفاء بالعقود»، وإن لم يصدق فالمقام مقام الرجوع في بطلان العقد المذكور من دون إجازة أيضاً إلى إطلاق المخصّص لا إلى استحباب حكمه، وإن شكّ في صدقه وعدم صدقه فالمقام مقام الرجوع في

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٨ باب «٤٩» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٢٦ باب «٣٦» من أبواب آداب التجارة.

(٣) أنظر الوسائل ١٢: ٣٢٧ ب «٣٧» من أبواب آداب التجارة، ومستدرک الوسائل ١٣:

٢٨١ ب «٣٠» من أبواب آداب التجارة.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٣.

تصحيح العقد المذكور من دون إجازة جديدة إلى عموم العام، لحكومة عموم العام على إجمال المخصّص على ما هو المقرّر في محله.

وعلى أيّ من التقادير ظهر أنّ المقام ليس مقام استصحاب حكم الخاصّ، سواء أردنا تصحيح العقد المذكور من دون إجازة جديدة أو أردنا إبطاله، بل المقام مقام الرجوع إلى عموم المخصّص - بالكسر - أو عموم المخصّص - بالفتح -.

قوله: «يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ إجازة الوليّ البيع للمولى عليه لا يخرج عنه وقوعه من الوجه للغير المأذون إلى الوجه المأذون.

قوله: «فالدليل على اشتراط تعقّب الإجازة في اللزوم هو عموم: «تسلّط الناس على أموالهم»^(١) و«عدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب النفس»^(٢).... الخ».

أقول: الرجوع في اشتراط تعقّب الإجازة إلى عموم أدلّة الاحتياج إلى الطيب والرضا مبنيّ على تقدير عدم صدق الرضا والطيب عرفاً على الرضا والطيب من المالك قبل انكشاف كونه المالك، وأمّا على تقدير صدقه عرفاً أو الشكّ في صدقه فالمقام مقام الرجوع في عدم اشتراط تعقّب الإجازة على التقدير الأوّل إلى إطلاق المخصّص - بالكسر - أعني: إطلاق الرضا والطيب المخصّص عموم: «الوفاء بالعقود»، وعلى التقدير الثاني إلى عموم المخصّص - بالفتح - أعني: عموم الوفاء بالعقود بناءً على ما هو المقرّر في محله من حكومة عموم العامّ المخصّص بالمجمل على إجمال مخصّصه.

وربما احتتمل شيخنا العلامة كون المقام من قبيل مقام تعارض الاسم

(١) عوالي اللآلي، ١: ٢٢٢ ح ٩٩ وج ٢: ١٣٨ ح ٣٨٣.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٤ باب «٣» من أبواب مكان المصلّي ح ١.

والإشارة، فالمرجع فيه هو المرجع فيه من أنه إن قصد البائع البيع عن المالك على وجه التقييد بمالكية الغير ثم انكشف كونه المالك اشترط تعقب الإجازة في الزوم على تقدير صحة عقده، وإن لم يقصده على وجه التقييد فلا يشترط تعقبها، وهو حسن.

قوله: «لأنّ العتق لا يقبل الوقوف».

[أقول:] فيه: ما تقدّم من أنّ الأصل الأصيل الخالي من الدليل قبول الوقوف حتّى في العبادات فضلاً عن الإيقاعات، كما في صوم يوم الشكّ، وصلاة الاحتياط، والنذر، والصدقة عن صاحب اللقطة. وأمّا نقل الاتفاق على عدم الوقوف في الإيقاع لو سلّم فلعلّه لمصلحة التوقيف والتحقّظ عن انفتاح باب فساد دعوى الفضوليّ الإيقاع كذباً مع عدم القابل وقلة الحاجة.

قوله: «ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟... إلخ».

أقول: محصل الوجوه والأقوال في المسألة: أنه هل يشترط في صحة الفضوليّ استمرار شرائط العقد والمتعاقدين إلى زمان الإجازة مطلقاً، أم لا، أم التفصيل بين الكشف فيعتبر والنقل فلا، أم التفصيل بين شروط العقد فلا والمتعاقدين فنعم، أم التفصيل بين كون الاجازة عقداً جديداً فلا وبين عدمه فنعم؟ وجوه، بل أقوال:

أمّا الوجه الأوّل: فهو مقايسة الإجازة بالقبول، فكما يعتبر استمرار الشروط فيما بين الإيجاب إلى زمان القبول بحيث لا يتخلّل بينهما بفقد شيء من تلك الشروط وإلا كان التخلّل مفسداً للعقد بالإجماع، فكذلك يعتبر استمرارها فيما بينهما إلى زمان الإجازة بحيث يكون التخلّل بينهما وبين الإجازة مفسداً للعقد.

وفيه: منع الحكم في المقيس عليه، لعموم «الوفاء بالعقود»، وأصالة عدم التخصيص والتقييد باشتراط الموالاة وبقاء الشروط إلى زمان القبول.

نعم، نقل شيخنا العلامة عن شيخه صاحب الجواهر^(١) الإجماع على اشتراط الموالاة واستمرار الشروط بين الإيجاب والقبول، إلا أنه موهون بفتوى جماعة على عدم قدح تخلل الرد بين إيجاب الوصية وقبولها فضلاً عن تخلل غيره، وعلى تقدير تسليم الإجماع مطلقاً أو فيما عدا الوصية على استمرار الشروط إلى زمان القبول فهو دليل لبي لا ينبغي التعدي عن مورده إلى اعتبار الاستمرار إلى زمان الإجازة.

وأما وجه التفصيل والالتزام في تقدير كون الإجازة عقداً جديداً باشتراط استمرار الشروط إلى زمان الإجازة: فلغرض كون الإجازة عقداً جديداً فيعتبر فيها ما يعتبر في العقود.

ويضعف أولاً: بأن القائل بكونها عقداً جديداً إنما يقول به فيما لو قيد الفضوليّ البيع لنفسه وأجازه المجيز لنفسه، لا أنه يقول به مطلقاً.

وثانياً: بأن المراد بكونها عقداً جديداً: أنها عقد جديد من جهة خصوص مخالفتها لمضمون العقد السابق في التقييد، وهو لا يقتضي كونها عقداً جديداً من سائر الجهات؛ لأنّ الضرورة إنما تقدّر بقدرها حسب ما تقدّم تفصيل ذلك في بيع الغاصب من الفضوليّ.

وثالثاً: لو سلمنا كونها عقداً جديداً من جميع الجهات، مع أنه لا قائل، بل لا موهوم به، فمقتضاه اعتبار شروط العقد في خصوص حين الإجازة، لا اعتبار استمرارها من زمان العقد إلى زمان الإجازة الذي هو المدعى، كما لا يخفى.

قال: «هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل... إلخ».

(١) أنظر جواهر الكلام ٢٢: ٢٥٤-٢٥٥.

أقول: أمّا الكلام في موضوع المسألة وصغراه فتفصيله: أنه ينقسم المجاز باعتبار اعتقاد المجيز له إلى المعلوم بالتفصيل، والمعلوم بالإجمال والمظنون بالتفصيل، والمظنون بالإجمال والمشكوك.

وأما الكلام في حكم المسألة وكبراه فتفصيله: أن في اشتراط معلومية المجاز للمجيز تفصيلاً، أم الكفاية بمعلوميته ولو إجمالاً، أم الكفاية بمظنونيته ولو إجمالاً، أم الكفاية بمشكوكيته أيضاً، وجوه، ومقتضى الأصل العملي الاشتراط، واللفظي عدمه. ولما كان مرجع المانع المتصوّر من صحّة المعلوم الإجمالي ليس إلّا إلى الغرر في العقد، ومن المظنون والمشكوك ليس إلّا إلى التعليق في العقد وكانت الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن والتوكيل السابقين في الحكم، فلا جرم من رجوع الكلام في اشتراط العلم في الإجازة، وعدمه إلى الكلام في مانعيّة الغرر والتعليق من صحّة الإذن والتوكيل السابقين وعدمه.

فلنسوق الكلام إلى الإذن والتوكيل، ونقول: إن الإذن والتوكيل كما يفترقان في الاسم حيث إن الإذن من الإيقاعات الغير المتوقّفة على القبول والتوكيل من العقود المتوقّفة عليه، كذلك قد يفترقان في بعض الأحكام المقرّرة في محلّها مثل صحّة عمل الموكل - بالفتح - إلى أن يصل إليه خبر العزل وعدم جواز نقض شيء من أعماله الموكول فيها قبل وصول خبر العزل إليه وإن كان معزولاً في الواقع.

ثمّ الغرر في التوكيل يتصوّر موضوعه في كلّ ما إذا دار الموكول فيه بين ما يريده الموكل وما لا يريده الموكل، كما لو قال الموكل للموكل: أنت وكيل في إيقاع عقد على جاريتي أو بنتي أو مالي مثلاً، حيثما يحتمل إرادة عقد البيع والعق والوقف مثلاً.

وأما حكمه فهو حكم الغرر في سائر العقود من اقتضائه فساد العقد

وإبطاله، فإنه وإن اختصّ بالبيع النصّ النبويّ وهو: «لا غرر في بيع»^(١) إلا أنّ الإجماع ظاهراً قائم على تنقيح كون المناط في نفي الغرر عن البيع هو حزم مادة الضرر وقطع منشأ النزاع والخصومة، وهو عامّ سائر في جميع العقود الغرريّة، فلا اختصاص لفيه بالبيع.

وربما توهم بعض الرفقاء أنّ الإقدام على الغرر كالإقدام على الضرر غير مضمنّ ويدفعه: أنّ مجرى قاعدة الإقدام الغير المضمنّ هو الإقدام على ما يعلم المقدّم ضرريّته، لا الإقدام على ما يجهل المقدّم ضرريّته، كما هو من موارد الغرر.

وأما طريق التخلّص عن الغرر في التوكيل فهو بتعيين الموكل فيه من بين المحتملات بنصوص اللفظ على خصوص أو عموم أو إطلاق أو تقييد ولو بمعونة ضمّ القرائن الحالّيّة أو المقاليّة.

وأما التعليق في عقد التوكيل فحكمه حكم التعليق في سائر العقود أيضاً، فقد قيل بإفساده العقد بزعم منافاته للإنشاء المعتبر في العقود، أو بمقايسته على التعليق في العبادات حيث يقتضي الفساد، أو بزعم استلزامه التفكيك بين المتلازمين والسبب والمسبّب، أو استلزامه التشريع والخروج عمّا هو وظيفة التوقيفيات من الاقتصار على المتيقّن، أو بزعم الإجماع على إفساده العقد. وقد تقدّم في شروط البيع ضعف الأوّل: بأنّ المنافي لإنشاء العقد هو التعليق في نفس الانشاء، كما لو علّق أصل التوكيل على أمر مترقّب لا التعليق في المنشىء وهو الموكل فيه. وضعف الثاني: بوجود الفارق، وهو تحقّق القرية التي بها قوام العبادات دون المعاملات. والثالث: بمنع الملازمة، ولو سلّمت ففي خصوص التعليق على أمر مترقّب مستقبل دون التعليق على أمر متحقّق. والرابع: بمنع

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٠ باب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

الملازمة أيضاً بعد فرض إطلاق العقد عرفاً على العقد المعلق، وعموم «الوفاء بالعقود». والخامس: بأن الإجماع لبي فيقتصر على تقدير تسليمه على خصوص المورد المتيقن له.

وإذا عرفت ذلك فمن الحكم بعدم إفساد التعليق الوكالة يعلم عدم فساد ما هو بمنزلة الوكالة، أعني: الإجازة بما هو بمنزلة التعليق فيها معنى، أعني: الإجمال والشك في متعلقها. ومن الحكم بإفساد الغرر الوكالة يعلم فساد ما هو بمنزلة الوكالة، أعني: الإجازة بما يلزم منه الغرر فيها، أعني: الإجمال والشك في المجاز. ولكن من المعلوم أنّ مطلق الإجمال والجهل بالمجاز غير مانع، بل المانع هو الإجمال أو الجهل المؤدي إلى الغرر فيه، بواسطة دوران المجاز بين العقد الضرري وغيره ولو بحسب الإرادة، وأمّا الدائر بين الأمرين أو الأمور الغير الضرورية، فلا يمنع الإجمال ولا الجهل بالتعيين عن صحّة العقد عليه، ولا عن صحّة الإجازة له.

قوله: «لا يكون إلا في حقّ العاقد. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى ما سبق أولاً: من أنّ التعليق المذكور إنّما هو في

المنشئ لا الإنشاء، وفي المجاز لا الإجازة، وفي المأذون لا الإذن.

وثانياً: لو سلّم كون الإجازة في معنى العقد فإنّما هو على النقل. وأمّا على

الكشف فالكاشف غير المكشوف عنه لا بمعناه.

قوله: «ويجمع الكلّ... إلخ».

[أقول:] وهي صور ثمانية حاصلة من ضرب قسمي المجاز وهما العقد

الواقع على نفس مال الغير، أو على عوضه في أقسامه الثلاثة الأخر، وهي:

الأوّل والآخر والوسط المنقسم إلى ما يكون واسطة بين عقدين واقعين على مورد

مال الغير، أو بدله، أو باختلاف.

أما وقوع العقد الفضوليّ على نفس مال الغير فالجامع لأمثلته الثلاثة قوله: «ما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار». وأما وقوع العقد الفضوليّ على عوض مال الغير فيجمع أمثلته الثلاثة قوله: «وباع البائع الفرس بدرهم^(١)، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف^(٢)، وبيع الرغيف بعسل».

وأما وقوع العقد الفضوليّ على ما يكون واسطة بين عقدين واقعين على مورد مال الغير فمثاله هو الوسط بين الثلاثة الأول من الأمثلة، كما أنّ مثال ما يكون واسطة بين عقدين واقعين على بدل مال الغير هو الوسط من الثلاثة الآخر من الأمثلة المذكورة. وأما الواسطة بين المختلفين فأحدها قوله: «بيع الدينار بجارية» والآخر «بيع الدرهم بحمار»، وإنّما مثّل للواسطة بين المختلفين بمثلين تنبيهاً على ما يصحّ بإجازة ما قبله كالأول منهما، وما لا يصحّ بإجازة ما قبله كالثاني منهما. هذا كلّهُ في أقسام تعدّد العقود.

وأما أحكامها: فمجملة أنّه إذا وقعت عقود متعدّدة على مال المجيز فإنّ وقعت من أشخاص متعدّدة ولو بالاعتبار صحّ المجاز منها وما بعده، سواء كان تعدّد العقود على نفس مال المجيز أو على عوضه. أمّا صحّة المجاز فبالإجازة. وأمّا صحّة ما بعده من العقود فبالاستلزام، وإنّ وقعت من شخص واحد - ولا يتحقّق هذا الفرض إلّا في الثمن دون المثمن، بخلاف الفرض الأوّل - صحّ المجاز وما قبله. أمّا صحّة المجاز فبالإجازة. وأمّا ما قبله فبالتوقّف والمقدّميّة، فمرجع أقسام تعدّد العقود إلى ثلاثة:

أحدها: وقوع العقود المتعدّدة من أشخاص متعدّدة على المثمن، وحكمه

(١) توجد زيادة جملة في المكاسب هي: «وباع الثالث الدينار بجارية».

(٢) توجد زيادة جملة في المكاسب هي: «ثمّ بيع الدرهم بحمار».

تصحيح الإجازة المجاز منها وما بعده دون ما قبله .
 وثانيها: وقوع العقود المتعدّدة من أشخاص عديدة أيضاً على الثمن،
 وحكمه حكم الأوّل، ولهذا لم يتعرّض جماعة منهم لذكره بالخصوص، بل
 أدرجه في حكم الأوّل إتكالاً على الوضوح .

وثالثها: وقوع العقود المتعدّدة من شخص واحد على الثمن، وحكمه
 عكس حكم الأوّل في تصحيح المجاز وما قبله .

وهنا قسم رابع: وهو وقوع العقود المتعدّدة من شخص واحد على المثمن
 الواحد أسقطوه عن عداد الأقسام إتكالاً على وضوح حكمه، وهو تصحيح
 المجاز نفسه دون ما قبله ولا ما بعده .

ولكن تصحيح المجاز نفسه فقط في هذا القسم ومع أحد طرفيه كالما بعد
 في الأوّل، والمقابل في الثاني، ليس فسخاً للطرف الآخر، لا من طرف من ملك
 بالإجازة، ولا من طرف المجيز .

أما من طرف من ملك بالإجازة فوجود قابليّته فعلاً للإجازة، بناءً على ما
 هو الأقوى من عدم اشتراط ملك المجيز حين العقد .

وأما من طرف المجيز فوجود قابليّته شأنًا للإجازة وإن انتفت القابليّة
 فعلاً، وذلك لأنّ إخراج المال عن ملك المجيز بالإجازة لأحد المشتريين وإن نفي
 قابليّته لإجازة الآخر فعلاً إلاّ أنّه لم ينفي قابليّته الشأنيّة لإجازة الآخر لو رجع
 إلى ملكه بإرث أو شراء جديد .

ومن هنا يظهر لك ما في كلام الروضة^(١) من إطلاق كون المصحّح لأحد
 طرفي العقود المتعدّدة مبطل لطرفه الآخر، وما في كلام المتن^(٢) أيضاً من إطلاق

(١) الروضة الهيئة ٣: ٢٣٠ .

(٢) المكاسب: ١٤٣ .

كون المصحح لأحد الطرفين مبطل للطرف الآخر بالنسبة إلى المجيز لا بالنسبة إلى من ملك بالإجازة؛ لما عرفت من أن تصحيح أحد الطرفين ليس فسحاً للطرف الآخر، لا من طرف المجيز، ولا من طرف المجاز له، فكل من الإطالقين سيما الأول ليس في محله، كما لا يخفى وإن كان لكل من إطلاقي الفسخ سيما الأخير وجه سيأتي في باب الرد.

قوله: «ثم إن هنا إشكال في شمول الحكم لجواز^(١) تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب».

أقول: أما تقريب الإشكال فمن جهة المنافاة بين إطلاق حكمهم بصحة العقد المجاز وبجواز تتبع المجيز العقود الواقعة على ماله واختياره في إجازة أي منها، وبين إطلاق حكمهم بعدم رجوع للمشتري العالم بالغصب على الغاصب في ثمن المغصوب الذي دفعه إليه مطلقاً أو بعد تلفه على الخلاف، فإن فرض تملك الغاصب ثمن المغصوب من العالم بالغصب مطلقاً أو بعد تلفه ولو بشراء شيء به مناف لفرض تملك المجيز ذلك الثمن بإجازة ذلك الثمن أو بدله بإجازة البدل، بل مضافاً إلى أن فرض تملك الغاصب ثمن المغصوب المدفوع إليه في صورة علم المشتري بالغصب مشكل، من جهة منافاته لإطلاق حكمهم بأن للمالك تتبع العقود، وإجازة أي منها مشكل في نفسه أيضاً من جهة أخرى، وهي منافاته للقواعد والأصول الشرعية والعقلية، إذ كيف يتعقل تخلف محلي الثمن والمثمن - أعني: توجه الثمن إلى غير محل المثمن - مع أن مقتضى القاعدة كون الثمن والمثمن نظير الحركتين المتضادتين في تخلف كل منهما محل الآخر وعدم استقراره إلا في محل الآخر؟ ومع ذلك كيف يباح للغاصب ثمن ما هو مستحق للغير، بل كيف يتملك ما يشتري بذلك الثمن؟

فتلخص وتبين من ذلك: أنّ في القول بعدم رجوع المشتري إلى الغاصب فيما يدفعه إليه ثمناً للمغضوب إذا كان عالماً بالغصب إشكالاً ومنافاة للأصول والقواعد من جهات عديدة:

أحدها: من جهة إباحة ثمن المغضوب على الغاصب مجاناً، مع أنه مدفوع إليه بعنوان المعاوضة والمبادلة.

وثانيها: من جهة تملك الغاصب ما يشتريه بذلك الثمن، مع أنّ مقتضى القاعدة عدم توجه الثمن إلا إلى محلّ المثمن، وعدم تخلف كلّ منهما إلا في محلّ الآخر نظير الحركتين المتضادتين، فلا يصحّ في العقد ذهاب الثمن من شخص ورجوع المثمن إلى غيره.

وثالثها: من جهة انتفاء محلّ إجازة المالك لما يشتريه الغاصب بثمن المغضوب بعد فرض تملكه الغاصب بالشراء، مع أنّ مقتضى إطلاق حكمهم بأنّ للمالك تتبع العقود وإجازة ما يريد منها هو بقاء محلّ الإجازة.

هذا، ولكن يمكن رفع كلّ من الإشكالات الثلاث وتطبيق القول بعدم رجوع المشتري إلى الغاصب في صورة علمه بالغصب على القواعد إذا التزمنا بصحة هذا القول واختياره.

أما الإشكال الأول: فلا يمكن دفعه بقاعدة الإقدام، أعني: إقدام المشتري على تسليط الغاصب على ماله المبدول بأزاء المغضوب عند علمه بالغصب وعدم استحقاقه الثمن هو المبيع له مجاناً، والمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً حتّى يتوقف إباحته عليه على إباحة ربّ العين له ذلك وراء تسليط المشتري إياه عليه، وبهذا وجهوا القول بعدم رجوع المشتري العالم بالغصب على ما دفعه إلى الغاصب بأزاء المغضوب.

وأما الإشكال الثاني: فيمكن أيضاً دفعه أولاً: بمنع كون الثمن والمثمن

نظير الحركتين المتضادتين في عدم تخلف كل منهما إلا في محل الآخر، والالتزام بصحة ذهاب الثمن من شخص ورجوع المثلن إلى غيره في العقد أخذاً بعموم «الوفاء بالعقود»، وعدم مانعية كون الثمن من شخص والمثلن لآخر لا عقلاً ولا نقلاً، كما مرّ تفصيله سابقاً.

وثانياً: يمنع كون الثمن المدفوع إلى الغاصب باقياً على ملك المشتري في صورة علم المشتري بالغصب، لكن لا للالتزام بتخصيص ملكية ملكه، بل للالتزام بأن دليل القول بتملك الغاصب ما يشتره بثلن المغصوب - على تقدير صحته - كاشف عن تقدير تملك الغاصب الثمن قبل الشراء آنأماً، ودخول ذلك الثمن في ملكه قبل الشراء آنأماً بتقدير ملك قهري يجعله تعالى كتقدير الملك القهري يجعله تعالى في عتق العمودين بمجرد الشراء، وعتق العبد عن الغير بمجرد التوكيل وتملك ما يشتره بثلن المعاطاة عند القائلين بإفادتها الإباحة لا الملك.

فكما أن دليل صحة عتق العمودين بمجرد الشراء، وعتق العبد عن الغير بمجرد التوكيل، وتملك ما يشتره بثلن المعاطاة كاشف عن تقدير ملك قهري يجعله تعالى، ودخول كل منها في ملك دافع الثمن قبل الدفع آنأماً تقدماً للتخصّص على التخصيص في أدلة: «لا عتق إلا في ملك»^(١) و «لابيع إلا في ملك»^(٢)، كذلك دليل تملك الغاصب ما يشتره بثلن المغصوب في صورة علم المشتري بالغصب كاشف عن دخول ذلك الثمن في ملك الغاصب قهراً قبل الشراء آنأماً يجعله تعالى تقدماً للتخصّص على التخصيص في ملكية ملك المالك الأول.

وأما الإشكال الثالث: وهو منافاة تملك الغاصب ما يشتره بثلن

(١) الوسائل ١٥: ٢٨٦ ب «١٢» من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه.

(٢) المستدرک الحاكم ١٧: ٢، عوالي اللآلىء ٢: ٢٤٧ ح ١٦.

المغضوب في صورة علم المشتري بالغصب لإطلاق حكمهم بجواز تتبع المالك العقود وإجازة أيّ منها شاء، فيمكن أيضاً دفعه.

لكن لا بما احتمله الإيضاح^(١) من تقديم حقّ المميز لأسبقّيته وأولويّته حتّى يرد عليه المنع بحسب ما أشار إليه الماتن^(٢).

ولا بما اختاره الإيضاح^(٣) من حمل إطلاق جواز تتبع العقود على القول بالكشف دون النقل، لما يرد عليه من لزوم حمل قول المشهور بعدم استرداد المشتري ثمن المغضوب إذا كان عالماً بالغصب حين الدفع على تقدير ناقليّة الإجازة، وهو قول نادر غير مشهور، فكيف يقول المشهور بقول بيتني على تقدير لا يقول به المشهور؟ فتوجيه كلام المشهور بالابتناء على مثله توجيه للشيء بما لا يرضى صاحبه، وحمل للإطلاق على الفرد النادر.

ولا بما احتمله الماتن^(٤) من أنّ عدم استرداد الثمن لعلّه لأجل أنّ التسلّط عليه مرعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأنّ نفس التسلّط علّة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديري الردّ والإجازة، لما يرد عليه من منافاة المراعاة لإطلاق تعليلهم عدم الاسترداد بقاعدة التسليط والإقدام، مضافاً إلى رجوع المراعاة وابتنائها على كاشفيّة الإجازة، فيرد عليه ما ورد على سابقه من التوجيه بالكاشفيّة، لرجوعه إليه، وعدم كونه توجيهاً آخر.

فتبيّن أنّ دفع الإشكال الثالث: وهو منافاة تملك الغاصب ما يشتره بثمر المغضوب في صورة علم المشتري بالغصب، لإطلاق حكمهم بجواز تتبع المالك العقود ليس بشيء من التوجيهات المذكورة لبعدها، بل إنّما هو بأمر آخر أقرب منها، وهو منع إطلاق جواز تتبع العقود، وحمل إطلاق جوازه على صورة جهل

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨.

(٢ و ٤) المكاسب: ١٤٤.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧-٤١٨.

المشتري بالغصب. وأما في صورة علمه بعدم استحقاق ما يدفع إلى الغاصب ثمناً للمغضوب فلنترجم بعدم صحة إجازة المالك، بل بعدم بقاء مورد لإجازته على تقدير صحة القول بتملك الغاصب ما يشتره بتمن المغضوب، نظراً إلى ذهاب أحد طرفي العقد بذهاب الثمن مجاناً، فلا يبقى معه مورد للإجازة بعد.

لكن هذا التوجيه كله إنما هو على تقدير قبول قول المشهور بعدم استرداد الثمن من الغاصب. وأما على تقدير عدم قبوله - كما هو الأقرب إلى القواعد والأصول - فلا ورود لشيء من تلك الإشكالات، فضلاً عن الاحتياج في دفعها إلى تلك التوجيهات.

قال: «مسألة: في أحكام الردّ... إلخ».

أقول: أما موضوع الردّ فينقسم إلى الردّ بالقول وإلى الردّ بالفعل. ثمّ القوليّ ينقسم إلى العربي وغيره، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون الردّ بالألفاظ الدالّة عليه حقيقة أو مجازاً أو كناية، كما أنّ الفعليّ أيضاً ينقسم إلى ما يفوت محلّ الإجازة عقلاً كإخراج المبيع فضولة عن ملكه بالاتلاف، أو شرعاً كإخراجه عن ملكه بالنقل، وإلى ما ليس بمفوّت لمحلّه.

ثمّ الثاني ينقسم إلى ما ينافي العقد الفضوليّ كاستيلاء الجارية وإجارة الدار وتزويج الأمة، وإلى ما لا ينافيه كتعريضه للبيع أو بيعه بالبيع الفاسد، وكلّ منهما ينقسم أيضاً إلى ما يقصد به إنشاء الردّ وما لا يقصد.

ثمّ الثاني من هذا أيضاً ينقسم إلى ما يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضوليّ، وإلى ما يقع حال عدم الالتفات، فبلغ أقسام موضوع الردّ القوليّ إلى ستّة، والفعليّ إلى تسعة.

وأما أحكامه فأما بحسب الأصل العملي والاستصحاب فهو بقاء اللزوم من طرف الأصل وقابليّته من طرف المجيز إلى أن يحصل المتيقّن من أقسام الردّ.

فمقتضى هذا الأصل والاستصحاب عدم انرداد العقد الفضوليّ بالمشكوك كونه ردّاً من أقسام الردّ.

لا يقال: إنّ استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل والقابليّة من طرف المجيز معارض بأصالة عدم تأثير الإجازة اللزوم من طرف المجيز بعد سبقها بهذا النحو من الردّ المشكوك انرداده به.

لأنّا نقول: بعدم المعارضة بينهما؛ لأنّ مجرى الأوّل مزيل لموضوع الثاني، وموضوع الثاني وهو الشكّ مسبّب عن الأوّل، وقد تقرّر في الأصول حكومة الأصل في الشكّ السببي على الأصل في الشكّ المسببي.

وأما بحسب الأصول اللفظيّة فمقتضى إطلاق له الردّ هو عدم اشتراط أصل القول واللفظ في الردّ، فضلاً عن اشتراط كونه عربيّاً وإن اشترطناهما في إيجاب العقد وقبوله، نظراً إلى عدم صدق العقد، أو انصرافه إلى اللفظ العربيّ دون غيره، بل وإن اشترطناهما أيضاً في الإجازة، نظراً إلى احتمال توهم الإجماع على اعتبار اللفظ في الإجازة دون توهم اعتباره في الردّ وإن كان مقتضى ورود الردّ والإجازة في إطلاق واحد وسياق واحد - أعني: قوله: «له الردّ وله الإجازة - هو مساواتهما في الإطلاق عن اعتبار اللفظ، فضلاً عن اعتبار العربيّة.

نعم، المعتبر فيهما هو الإنشاء ولو في النفس، فلا يكفي في صدق الردّ بمجرد عدم الرضا المستمرّ من حين العقد أو ممّا قبله، ولهذا يلزم عقد المكره بلحوق الإجازة ولا يزد باستمرار الكره السابق ما لم ينشئء كره آخر ولو في النفس.

وهل يعتبر في صدق الردّ عرفاً اقتران ذلك الإنشاء النفسانيّ بما يكشف عنه من لفظ صريح أو فعل صريح، أم يكفي في صدقه مجرد إنشاء الردّ في النفس ولو لم يقارنه الرادّ بكاشف صريح ليكتفي بمجردّه في تحقّق الفسخ وعدم

صحة لحوق الإجازة بعده بالنسبة إلى نفس الرادّ فيما بينه وبين الله تعالى وبالنسبة إلى غيره إذا علم ذلك من الرادّ بإخبار مخبر صادق، أو نحوه من الكواشف الغير المقترنة بذلك الانشاء النفساني؟ وجهان.

جزم بالأوّل شيخنا العلامة دام ظلّه، كما جزم به أيضاً في صدق الإجازة، حيث لم يكتف فيها أيضاً بمجرّد إنشاء الرضاء النفساني ما لم يقترن بكاشف صريح، ولكنّه غير صريح.

وكيف كان فكما أنّ مقتضى إطلاق «له الردّ» هو عدم اعتبار العربيّ فيه كذلك مقتضاه عدم اعتبار ما عدا الصراحة في ألفاظه، فيكفي الردّ القوليّ ولو بلفظ المجاز أو الكفاية، كقوله: «لم أعط المبيع بتلك القيمة» أو «لم أرض به» أو «لا بارك الله فيه» أو نحو ذلك. كما يكفي بهما أيضاً في لفظ الإجازة ولو لم يكتف بهما في لفظي الإيجاب والقبول، فضلاً عمّا استقويناه في محلّه من الاكتفاء بهما فيه أيضاً.

وأما الردّ الفعليّ فالكلام تارةً في حكمه الكبرىّ المتعلّق بكليّ الأفعال، وتارةً في حكمه الصغرويّ المتعلّق بجزئياتها.

أما الكلام في المقام الأوّل فمحصّله: أنّ كلّ فعل اقترن بإنشاء الردّ النفساني فقد تحقّق في ضمنه الردّ عرفاً وصدق عليه الردّ قطعاً، سواء كان مفوّتاً لمحلّ الإجازة عقلاً كاتلاف المبيع فضولة، أو شرعاً كنقله عن الملك، أم غير مفوّت له، وعلى الثاني سواء كان منافياً لمقتضى الفضوليّ كاستيلاء الجارية، أم غير مناف كتعريضه معرض البيع وكلّ ما لم يقترن من الأفعال بإنشاء الردّ لم يتحقّق به الردّ عرفاً، سواء كان مفوّتاً أم غير مفوّت، وعلى الثاني سواء كان منافياً أم غير مناف، وسواء صدر في حال التفات الفاعل إلى وقوع الفضوليّ، أم صدر في حال عدم التفاته إليه.

نعم، غاية الفرق: أنّ الفعل المفوّت لمحلّ الإجازة كنقل المالك المبيع فضولة عن ملكه وأنّ المنافي لمقتضى الفضوليّ كاستيلاد الجارية مخرجان للملك عن قابليّة وقوع الإجازة عليه فعلاً، لا مخرجانه عنها مطلقاً، فالقابليّة الفعلية وإن انتفت بفعل المفوّت أو المنافي إلّا أنّ القابليّة الشأنيّة باقية، فلو رجع المخرج إلى ملك مالكة الأول بإرث أو شراء أو رجعت الجارية المستولدة إلى الحال الأوّل بموت ولدها أو سقطه كان مقتضى القواعد إمكان لحوق الإجازة للفضوليّ الفائت محلّه فعلاً، لرجوع القابليّة الفائتة حينئذٍ فرجع صحّة لحوق الإجازة.

أمّا على تقدير كون الإجازة ناقلة فلا إشكال.

وأما على تقدير كونها كاشفة، فهو وإن منع المصنّف^(١) من صحّة الإجازة بزعم استلزام صحّتها على هذا التقدير لبطلان الأفعال السابقة في الواقع وابتنائها قبل الإجازة على الظاهر، وأمّا بعدها فينكشف عدم مصادقتها للملك، فيبطل هي وتصحّ الإجازة، واللازم باطل بالإجماع على صحّة الأفعال السابقة على الإجازة. وإذا فرض الإجماع على صحّة الأفعال السابقة منع ذلك من صحّة الإجازة اللاحقة؛ لأنّ وقوع أحد المتنافيين صحيحاً مانع من وقوع الآخر صحيحاً، إلّا أنّه يمكن منع ما ذكر من ملازمة صحّة الاجازة على تقدير الكشف لبطلان الأفعال السابقة عليها، بتقريب: ما سبق من المصنّف^(٢) من أنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة على تقدير الكشف كاشفة عن التأثير من زمان قابليّة تأثيرها لا من زمان العقد مطلقاً، فلو عرض فيما بين زمانيّ العقد والإجازة رفع القابليّة بنقل المعقود عليه أو استيلاده ثمّ رجعت القابليّة برجوع المنقول بإرث أو غيره صحّت الإجازة بعده، وحكم على الكشف بتأثير الإجازة من

(١) المكاسب: ١٤٤.

(٢) تقدّم في ص: ٩٢.

زمانی القابلیة، وخروج زمان رفع القابلیة المتوسّط بین زمانی القابلیة عن التأثير بالإجازة.

وأما توهم كون ذلك تخصيصاً للإجازة بزمان القابلیة - وهو ليس بأولى من تخصيص عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) بالتزام بطلان هذا النحو من البيع والعقد إن لم يكن هذا أولى - فمدفوع بما مضى عن قريب من كون ذلك تخصّصاً لا تخصيصاً، فتذكّر.

أما دعوى الماتن^(٢) في المقام إجماع أهل الكشف على أنّ إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه فأيضاً مدفوع نقضاً: بتصحيح جماعة، كما تقدّم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثمّ ملكه. اللهمّ إلا أن يخصّص معقد إجماعه المدعى بإجازة المالك الأوّل - كما فيما نحن فيه - ليخرج من معقده إجازة المالك الجديد، كما استقر به شيخنا العلامة. وهو كما ترى.

وحاصل الكلام في الحكم الكبروي: أنّ المناط في صدق الردّ عرفاً على الإنشاء النفسي، واعتبار اقترانه بأحد الكواشف اللفظية أو الفعلية لمجرّد الكشف، وهو إنّما يثمر بالنسبة إلى غير الرادّ إذا أراد إجراء أحكام الردّ من عدم صحّة الإجازة بعده وغيره.

وأما بالنسبة إلى نفسه فلا يبعد الاكتفاء في ترتيب أحكام الردّ بمجرّد إنشائه النفسي، فإنّ المظنون صدق الردّ عرفاً على مجرّد ذلك الإنشاء، كما أنّ المظنون في صدق الإجازة مثله.

ولو سلّمنا اعتبار اقتران ذلك الإنشاء بكاشف فالأظهر الاكتفاء بمطلق الكاشف ولو لم يكن صريحاً في الكاشفة عنه.

(١) المائة: ١.

(٢) المكاسب: ١٤٤.

ولو سلمنا اعتبار الصراحة أيضاً كما اعتبرها الاستاد دام ظلّه فإنّما نعتبرها في الردّ القوليّ دون الفعلّي؛ لأنّ الفعل وإن كان مفوّتاً لمحلّ الإجازة، أو منافياً له، أو صادراً في حال الالتفات بوقوع الفضوليّ، إلّا أنّه من حيث هو فعل لا صراحة له في الدلالة على إنشاء الردّ إلّا بضميمة إشارة أو نحوها.

ولو سلمنا اعتبار الصراحة حتّى في الردّ الفعلّي، نظراً إلى أنّ الفعل من حيث هو فعل وإن لم يكن له صراحة في إرادة إنشاء الردّ النفسي منه، إلّا أنّ الفعل المفوّت بل والمنافي بل وكذا الصادر في حال الالتفات إلى وقوع الفضوليّ بملاحظة عدم انفكاكه غالباً عن إرادة إنشاء الردّ النفسانيّ يكون صريحاً أو كالصريح في إرادة إنشاء الردّ فإنّما هو من باب الكشف عن إنشاء الردّ، لا من باب اعتبارها في صدق موضوع الردّ عرفاً، كما يظهر من المتن^(١) وغيره.

وعلى تقدير اعتبار الصراحة من باب الكشف لا يعتبر بعد إنشاء الردّ نفساً صراحة ما يكشف عنه بالنسبة إلى نفس الرادّ، فيجوز له فيما بينه وبين الله ترتيب أحكام الردّ على مجرّد إنشائه الردّ ولو لم يصدر ما يكشف عنه صريحاً. وكذا بالنسبة إلى غير الرادّ إذا اطلع على ذلك الردّ من غير كاشف صريح عن الرادّ، كإخبار صادق أو نحوه، بخلاف اعتبارها من باب الموضوعيّة فإنّه على هذا التقدير لا يجوز ترتيب شيء من أحكام الردّ على الإنشاء المجرّد على الكاشف الصريح، لا بالنسبة إلى نفس الرادّ، ولا بالنسبة إلى غيره، وحكم الشكّ في تحقّق ما يعتبر في الردّ هو حكم الشكّ في أصل الردّ من استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليّته من طرف المجيز، كما تقدّم. هذا كلّه في بيان حكم كلّي الردّ من حيث الكبرى.

وأما حكم جزئيّاته من حيث الصغرى فنقول: أمّا الفعل المفوّت لمحلّ

الإجازة كإتلاف المبيع فضوله أو نقله عن ملكه فقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة والأصل عدم تحقّق الردّ به إلّا من باب كشفه الغالبيّ عن إرادة إنشاء الردّ به، وإلّا فهو وإن كان مفوّتاً ورافعاً لقابليّة المحلّ للإجازة فعلاً إلّا أنّه لم يرفع القابليّة الشأنيّة للحقوق الإجازة إذا رجعت القابليّة بعد الفوت .

وكذا الفعل المنافي لمقتضى العقد الفضوليّ كاستيلاء الجارية وإجارة الدار وتزويج الأمة فإنّه أيضاً كذلك، بل هو أولى بعدم تحقّق الردّ به، إلّا من باب الكشف الغالبي .

وكذا الفعل الغير المنافي إذا صدر عن الالتفات بوقوع الفضوليّ كتعريض المبيع فضولة للبيع أو بيعه فاسداً ، بل هو أولى بعدم تحقّق الردّ به من سابقه إلّا من باب الكشف الغالبي، كما أنّ سابقه أولى منه إلّا من ذلك الباب؛ لأنّ المفروض عدم تفويته لمحلّ الإجازة، وعدم منافاته لمقتضى الفضوليّ، وعدم دلالته على إنشاء الردّ إلّا من باب الكشف الغالبي عن إرادته .

وظاهر من يدّعي تحقّق الردّ بكلّ من هذه الثلاثة كالماتن^(١) وغيره إرادة تحقّقه بها من ذلك الباب أيضاً، لا من باب الموضوعيّة، كما يوهمه الإطلاق .

وأما الفعل الغير المفوّت والغير المنافي والغير الصادر عن الالتفات عن الفضوليّ فمقتضى الأصل والظاهر عدم تحقّق الردّ والفسخ به، لا من باب الكشف، ولا من باب الموضوعيّة . أمّا من باب الموضوعيّة فلانسداد بابها في سابقه، التي هي أولى به منه، وأمّا من باب الكشف فلانسداد بابه فيما فرض صدوره من دون التفات إلى المكشوف عنه وإن لم ينسد في سابقه .

وأما الفعل المغيّر للاسم كطحن الحطنة، أو عجن الطحين، أو خبز العجين، ففي ارتفاع محلّ الإجازة وفوات القابليّة به كالاتلاف وعدمه وجهان، من

استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل والقابلية من طرف المجيز، ومن تبعية الأحكام لأسمائها، وكون الشك في المقتضى واستعداد قابلية بقاء اللزوم من طرف الأصيل، فلا يستصحب.

أقول: أما الشك في المقتضى والاستعداد فلا يمنع الاستصحاب عندنا. وأما تبعية الحكم للاسم المانع من استصحاب الحكم بعد تغيير الاسم - كما هو المشهور في السنة الفقهاء - فالمراد به الاسم المأخوذ عنواناً، وعلّة لذلك الحكم كالكلب والخنزير والعدرة وغيرها ممّا أخذ عنواناً وعلّة للحكم بالنجاسة. وأما الأسماء الغير المأخوذة عنواناً لأحكامها فلا يمنع تغييرها من استصحاب أحكامها الثابتة عليها، ولهذا تراهم يستصحبون نجاسة الحنطة بعد صيرورتها طحيناً، والطحين بعد صيرورته عجينةً، والعجين بعد صيرورته خبزاً. وكذا يستصحبون نجاسة الحصرم بعد صيرورته عنباً، والعنب بعد صيرورته زبيباً مع تغيير الاسم، بل الحقيقة فيها، ولم يستصحبوا نجاسة الكلب والخنزير بعد صيرورتهما ملحاً بالوقوع في المملحة، ولا نجاسة العذرة بعد صيرورتها رماداً أو دخاناً.

وبالجملة: فاستصحابهم نجاسة الأعيان المتنجّسة بعد تغيير أسمائها، بل وتغيير حقائقها وعدم استصحابهم نجاسة الأعيان النجسة بمجرد تغيير أسمائها - حسب ما عرفت - أقوى شاهد ودليل. مضافاً إلى تصريح غير واحد على أنّ المراد من تبعية الحكم للاسم المانع من استصحاب الحكم بعد تغيير الاسم هو الاسم المأخوذ عنواناً للحكم، دون الاسم الغير المأخوذ عنواناً.

وإذا عرفت ذلك فاعلم أنّ أخذ اسم المعقود عليه عنواناً في العقد حتّى لا يستصحب الحكم بعد تغييره وعدم أخذه عنواناً حتّى يستصحب الحكم أمر مختلف باختلاف الأغراض المختلفة باختلاف المقامات والعقود، ففي مثل

الوصية بالحنطة - مثلاً - لعل ما يبطل الوصية بطحنها - مثلاً - نظراً إلى غلبة تعلق الغرض من الوصية بالأسماء، بخلاف بيع الحنطة فإنه لا يبطل ظاهراً، لعدم تعلق الغرض من البيع غالباً بالأسماء، إلا إذا علم من الخارج تعلق الغرض بأخذها عنواناً في العقد على وجه ينتفي بطحنها وتغيير اسمها.

وأما مزج المبيع فضولة بغيره أو خلطه بغيره على وجه يوجب الاشتباه بينهما فحكمه حكم الفعل الغير المنافي لمقتضى إجازة الفضولي، لعدم منافاته لها، وعدم دلالته على إنشاء الرد، إلا من باب الكشف المتقدم لو صدر عن التفات، بل غاية ما يقتضيه المزج هو الاشتراك والخلط هو الاشتباه، ولا شيء منهما بمناف للحقوق الإجازة، مع إمكان التخلص بعد الإجازة بقسمة أو صلح أو قرعة. إشكال اعترض في البين - نقله عن صاحب الحدائق^(١) - على الفقهاء في عدّهم عقد الشركة من أسباب الشركة في الأموال بأنه: إن امتزج المالكين فهو السبب المستقل في تأثير الشركة، وإن لم يمتزجا بعد فلا تأثير لنفس العقد في حصول الشركة، بل غاية تأثيره هو إذن كل من الشريكين للآخر في التصرف فهو أقرب إلى عقد الوكالة. فينبغي أن يعدّ من شؤون الوكالة، لا من أسباب الشركة. حل: يمكن الجواب عن هذا الإشكال بوجوه:

فأولاً: بما نقل عن ابن جنيد^(٢) من التزامه بتأثير نفس عقد الشركة وإن لم يمتزج المالكين بعد، ولكن ضعف بعدم التزام غير العامة^(٣) به سوى ابن جنيد منّا. وثانياً: بالالتزام بسببية كل من العقد والامتزاج في تأثير الشركة، ودفع إشكال توارد الأسباب العديدة على مسبب واحد بأن الأسباب الشرعية معرّفات فلا يمنع تواردها على مسبب واحد، إذ ليست كالأسباب العقلية في امتناع

(١) الحدائق ٢١: ١٥٢ - ١٥٣.

(٢) نقل عنه العلامة في مختلف الشيعة: ٤٨٠.

(٣) المجموع ١٤: ٦٩.

تواردها على مسبب واحد.

وثالثاً: بحمل تأثير عقد الشركة على الشركة في منافع المالكين الممتزجين وأرباحهما لا في نفس الممتزجين حتى يمنع توارد الأسباب العديدة على مسبب واحد.

ورابعاً: بحمل تأثير عقد الشركة على الشركة في المال الذي اشتراه شخص لنفسه ثم جاءه آخر وبذل له نصف الثمن الذي اشترى به المال على أن يكون شريكاً معه في ذلك المال، فإن عقد الشركة في ذلك يؤثر الشركة في جميع المال بينهما على وجه الإشاعة إن كان المبدول نصف ثمنه، وفي نصفه المشاع إن كان المبدول ربع ثمنه، وفي ربه المشاع إن كان المبدول ثمن ثمنه، وهكذا.

قوله: «وأما لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري... إلخ».

أقول: المحصل لعدم رجوع المشتري إلى الفضولي وعدم ضمان الفضولي له ما قبض منه وجوه:

منها: مقايضة ما يدفعه المشتري إلى الفضولي ثمناً بما يدفعه إلى أجنبي ثالث استمالة، فكما أنه لا رجوع لمن يريد النكاح فيما يدفعه إلى أقرباء من يريد نكاحها استمالة لهم، ولا يضمن المدفوع إليه للدافع شيء مما يدفعه إليه استمالة ونحوه، كذلك لا رجوع للمشتري فيما يدفعه إلى الفضولي مع علمه بعدم كونه المالك إذا تلف ذلك المدفوع. وعلى هذا الوجه اعتمد الماتن حيث قال بعد جواب إن قلت: «وحاصله: إن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع^(١)... إلخ». ويضعف - مع كونه قياساً - بأنه مع الفارق.

ومنها: الاستدلال عليه بقاعدة التسليط، وهو الذي استند به المشهور في نفي ضمان الفضولي لما قبضه من المشتري العالم بعدم كونه مالكاً، حيث استدلوا

على ذلك بقولهم: لآنه سلطه على ماله بلا عوض.

ويضعف نقضاً: بضمان القاضي ما يتعاطى رشوة لمعطيه ولو بعد تلفه، وبضمان كل من المتبائعين للآخر ما يقبضانه بالبيع الفاسد، وبضمان ثمن الكلب والخمر ومهر البغي، ونحو ذلك من أثمان ما حرّم الله، وبضمان ما يتلفه الشخص على الوجه المحرّم من مال غيره إذا أمره ذلك الغير بإتلافه على ذلك الوجه، كأمره بإلقاء ماله في بحر، أو قتل غلامه، أو الجناية على نفسه، ومن ذلك ضمان الطبيب ولو أسقط العليل ضمان نفسه عنه.

وحلاً: بأنّ التسليط المجانيّ المسقط ضمان المسلط عليه عن المسلط إنّما هو التسليط مجاناً على ما يباح للمسلط قبوله وفعله شرعاً، كالتسليط على أكل ماله، أو وطء جاريته، أو صرف ماله فيما يباح شرعاً.

وأما التسليط على ما لا يباح للمسلط قبوله ولا فعله شرعاً - كالتسليط على إلقاء ماله في البحر، أو قتل غلامه، أو الجناية على نفسه، أو أخذ ماله رشوة أو ثمناً للبيع الفاسد، أو للخمر والكلب، أو مهرأ للبغي، أو غير ذلك ممّا حرّم الله تعالى - فلا يسقط مجرد ذلك التسليط ضمان المسلط عليه عن المسلط قطعاً، وما نحن فيه من قبيل الثاني لا الأوّل، لأنّ تسليط الغاصب على ثمن المغصوب تسليط على ما لا يباح له شرعاً ولو بأصالة حرمة التصرف في مال الغير، كما التزم به الماتن أيضاً، وبعد الالتزام بذلك يستغرب منه الالتزام بإسقاط التسليط المجاني الضمان، كما لا يخفى.

ومنها: الاستدلال عليه بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

ويضعف: بأنه إن أُريد سقوط ضمان أصل العين المستأمنة والعارية والمستأجرة فممنوع، فضلاً عن أولوية سقوطه فيما نحن فيه، وإن أُريد سقوط ضمان منافعه المستوفاة والفائتة فمسلم، لكن مقايسة ما نحن فيه ممنوع؛ لأنه مضافاً إلى كونه قياساً فهو مع الفارق.

قال: «ومع الإقدام لا غرور... إلخ».

أقول: مع الإقدام إنما لا يكون غروراً بالنسبة إلى خصوص المقدم عليه وهو عشرة الثمن في المثال المذكور. وأما بالنسبة إلى غير المقدم عليه وهو العشرة الزائدة على عشرة الثمن فلا ينبغي الإشكال في تحقق الغرور، وإلا لزم تخصيص دليل الغرور بخصوص الموارد المجانية الصرفة دون غيرها. ومن الواضح على من له خبرة بالعرف واللغة عدم توقّف صدق الغرور على مورد المجان.

وبالجملة: فكما لا يتوقّف صدق الغرور عرفاً على مورد الضرر - كما زعمه الرياض^(١) - كذلك لا يتوقّف صدقه عرفاً على مورد المجان كما زعمه الجواهر^(٢)، وإذا لم يتوقّف الصدق العرفي عليهما فتخصيص الحكم الشرعي وهو الضمان بهما خلاف الأصل والظاهر.

وعلى ذلك فإذا باع الغاصب ما سوى عشرين بعشرة فتلف فأخذ المالك من الشاري بعشرين كان للشاري الرجوع على البائع في العشرة الزائدة على عشرة الثمن لغروره فيها، بخلاف ما إذا اعتبرنا في ضمان الغار المجانية - كما عن الجواهر^(٣) - اعتبارها - فإنه لا يرجع إليه في العشرة الزائدة، إلا إذا فرض عشرة الثمن ليس في أزاء تمام ما سوى عشرين، بل بأزاء نصفه، على أن يكون نصفه

(١) رياض المسائل ٨: ٣٥٩.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

الآخر مجاناً حتى يتأتى الغرور، وقد عرفت ضعفه، وأنه لا يعتبر في صدق الغرور عرفاً المجانيّة، كما لا يعتبر في صدقه الاجتماع مع الضرر، وكما لا يعتبر في صدقه أيضاً قصد التعزير من الغارّ فيصدق الغرور من دون أن يقصد الغارّ التعزير، كما في صورة جهله أو سهوه أو نسيانه بكون فعله موجباً لتعزير الغير وتغريمه.

وبالجملة: فلم يعتبر في التعزير المضمن شيء من القيود المتوهمة سوى جهل المغرور، فلو علم المغرور كذب الغارّ في ادّعاء ملكيّة ما يدفع إليه لم يرجع إليه فيما يغرّمه لعدم صدق الغرور، وسوى استناد الغرور عرفاً إلى نفس الغارّ. لا أقول: باعتبار إكراه المغرور على المغرور فيه على وجه يخرج عن اختياره عرفاً حتى يقال: بأنّ الإكراه موجب لضمان المكره - بالكسر - ومسقط لضمان المكره - بالفتح -.

بل أقول: باعتبار استناد غرور المغرور إلى تسيب الغارّ، كما في ضيافته على أكل ما ليس له، فإنّ أكل المغرور ذلك المال وإن كان باختيار الأكل لا بإكراهه إلاّ أنّه مع ذلك يستند الغرور إلى الغارّ، بخلاف ما إذا آمنه من سلوك طريق مخوف أتلف ماله فإنّه لا يضمن، لعدم استناد غروره في سلوك ذلك الطريق المتلف إلى الغارّ، بل إنّما يستند إلى نفسه، ولهذا لو راجعت العرف والعقلاء رأيت توجّه المؤاخذه إلى نفس المغرور بمجرد تأمينه الغارّ، لا إلى نفس الغارّ، كما في ضيافته على طعام الغير.

نعم، لو فرض تأمين المؤمن من سلوك الطريق المخوف على وجه يجوز الركون إليه عند العرف والعقلاء بحيث يعدّ الراكن إليه معذوراً فيما يغرّمه ويتلفه فيه لم نأب من استناد الغرور فيه إلى الغارّ وجواز رجوع المغرور إليه فيما غرّمه وتلفه فيه.

فتلخص مما ذكرنا: أنه لا يعتبر في صدق الغرور ما زعمه الرياض^(١) من الاجتماع مع الضرر، كما في تغيير الشخص بإفناق ماله على الغير، بل ويصدق من دون الاجتماع مع الضرر، كما في تغريه بأكل مال نفسه، فإنه يرجع على الغارّ في قيمته وإن لم ينضر بأكله، كما يرجع إليه في بذله على الغير الذي هو صورة الانضرار به. ولا ما زعمه الجواهر^(٢) من اعتبار المجان في إيجاب الغرور الضمان، بل يضمن الغارّ وإن لم يغر بوجه المجانيّة بأن غرّ الشخص ببيع ما سوى عشرين من مال الناس بعشرة فإنّ له الرجوع في العشرة الزائدة إلى الغارّ إذا أغرمه المالك بعشرين.

نعم، إنّما يعتبر في التغيير المضمن جهل المغرور بصدق الغارّ واستناد غروره إلى الغارّ عرفاً لا إلى سفاهة نفسه في التغرر بتغريه.

وقد اعتبر شيخنا العلامة دام ظلّه علاوة على اعتبار الأمرين في تضمين الغارّ ما يغرّمه المغرور استناد الغرور إلى جهل المغرور بالموضوع، كجهله بملكيّة الملك لغير الغارّ، لا إلى جهله بالحكم، كجهله بمضمنيّة المقبوض بالبيع الفاسد أو بفساد العقد بالفارسي مثلاً، فلو غرّ الغارّ أحداً في بيع ماله عليه بالعقد الفاسد لأجل تغريمه المبيع ومنافعه المستوفاة فلا رجوع للمغرور إليه فيما غرمه له. وكذا لا رجوع له إليه فيما غرمه للغير، كما إذا كان المبيع بالبيع الفاسد مستحقاً للغير، فالغرور المستند إلى جهل المغرور بالحكم لا يوجب الرجوع إلى الغارّ وإن اجتمع مع الجهل بالموضوع أيضاً.

أمّا في صورة عدم اجتماعه معه فلاستناد الغرور إلى الجهل بالحكم الذي لم يعذر فيه الجاهل والغافل، سيّما في الأحكام الوضعية التي يستوي فيه الجاهل

(١) رياض المسائل ٨: ٣٥٩.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

والعالم، والعامد والساهي والناسي.

وأما في صورة اجتماعه معه فلأنَّ الغرامة لم تجيء من تغرير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاء من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه.

نعم، إذا كان الجهل بالحكم أيضاً ناشئاً عن تغرير البائع وكذبه على وجه يستند التغرير إليه عرفاً وعند العقلاء، كما في صورة ما لو غرّه بدعوى صحّة البيع بالفارسي - عند من يصحّ تقليده - على وجه يعذر الركون إلى دعواه عند العرف والعقلاء صحّ الرجوع إلى الغازّ فيما يغرّمه المغرور.

فتلخص: أنّ غرور المغرور إما أن يستند إلى جهله بالموضوع، أو إلى جهله بالحكم، أو إلى جهله بكليهما، وتضمن الغازّ ورجوع المغرور إليه إنّما هو في الأوّل دون الأخيرين، لاستناد الغرور والتقصير عند العرف والعقلاء إلى تغرير الغازّ في الأوّل، وإلى تغرّر المغرور بتغرير الغازّ في الأخيرين، فإنّ من راجع العرف والعقل والوجدان السليم رأى أنّ المعرض للتقصير وصحّة المؤاخذة هو الغازّ في الأوّل والمغرور في الأخيرين، كما لا يخفى.

بقي الكلام في إشكالات ناشئة عن ضمان كلّ من الأيدي المتعاقبة للمغضوب، ورجوع كلّ من تلك الأيدي فيما أغرم إلى ما بعده دون ما قبله، إلا إذا كان غازراً من وجوه:

أحدها: من جهة تعدّد الضمانات في الأيدي المتعاقبة لمضمون واحد، واشتغال ذم عديدة لشيء واحد لشخص واحد.

وثانيها: من جهة الإشكال في وجه رجوع كلّ من تلك الأيدي فيما أغرمه

المالك إلى من بعده التالف، لا إلى من قبله، إلا إذا كان غاراً له.

وثالثها: من جهة الإشكال في وجه جواز رجوع المغروم إلى من بعده الغير

التالف من الأيدي المتوسّطة بين الغاصبين، مع أنّ التلف إنّما حصل بيد غيره.

وحلّ ذلك كلّهُ أن يقال:

أمّا الإشكال الأوّل فيندفع بما دفعه الماتن^(١) نقضاً: بوجود الأشباه

والنظائر له شرعاً، كضمان المال على طريقة الجمهور^(٢)، حيث إنّهُ ضمّ ذمّة إلى

ذمّة، وضمان عهده العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح^(٣)،

وضمان الأعيان المضمونة على ما استقره في التذكرة^(٤)، وضمان الاثنين لواحد،

ونظيره في العبادات الواجب الكفائيّ والتخيّريّ.

وحلّاً: بأنّ تعدّد الضمانات لمضمون واحد إنّما هو على وجه البدليّة،

فالمالك إنّما يملك ما في ذمّة كلّ منهم على البديل، بمعنى: أنّه إذا استوفى أحدهما

سقط الباقي لخروج الباقي عن كونها تداركاً؛ لأنّ التدارك لا يتدارك... إلخ.

فإن قلت: إنّ المالك إذا كان مالكاً لما في ذمّة كلّ من الغاصبين على البديل

فما وجه تسلّطه على الرجوع في أخذ المغضوب من جميعهم على وجه التوزيع

والتقسيت عليهم بأن يأخذ قدره من بعضهم وقدره الآخر من بعضهم الآخر على

وجه التساوي أو التخالف؟

قلت: إنّ تسلّط المالك على الرجوع في كلّ المغضوب إلى كلّ منهم على

البديل لازمة التسلّط على الرجوع في بعض المغضوب إلى كلّ منهم على

الاستقلال، لا مناف له، فإنّ التسلّط على الرجوع في كلّ الشيء يتضمّن التسلّط

(١) المكاسب: ١٤٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٧٠.

(٣) لم نعره عليه.

(٤) أنظر تذكرة الفقهاء ٢: ٩٢.

على الرجوع في بعضه، كما لا يخفى.

وأما الإشكال الثاني: فيندفع أيضاً، لكن لا بما نقل عن الجواهر: من أن ذمة من تلف المنصوب بيده مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية. وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال بيده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي^(١)... إلخ، حتى يرد عليه ما أورده الماتن^(٢): من أن تملك غير من تلف المال بيده؛ لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري.

مضافاً إلى عدم الوجه للفرق المذكور، وإلى أن اللازم منه استقرار الإشكال الثالث: وهو عدم رجوع الغارم فيمن لحقه في اليد العادية إلى من تلف في يده، وإلى غير ذلك مما أورده الماتن عليه.

ولا بما ارتضاه الماتن^(٣) من أن مفاد قوله: «على اليد ما أخذت» هو وجوب تدارك المأخوذ، على أن يكون الأخذ ضامناً لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد، ليستقل ذمته: إما بتدارك العين، وإما بتدارك ما تداركه حتى يرد عليه ما أورده شيخنا العلامة: من أنه وإن اندفع به إشكال رجوع المغروم فيما غرمه إلى من تلف بيده، بل والإشكال الآخر: وهو رجوعه إلى مطلق من بعده ولو كان غير من تلف بيده، إلا أن استفادة تدارك المأخوذ من على اليد على أن يكون الأخذ ضامناً لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه، دون كونه ضامناً للمالك فقط على وجه لو تداركه السابق سقط تداركه عن اللاحق محلّ نظر إن لم يكن محلّ منع، إلا أن يدعي استفادته من عموم حذف

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.

(٢) (٣٢) المكاسب: ١٤٩.

المتعلق من قوله: «حتى تؤدّي» على أن لازمه عدم تسلّط السابق على الرجوع إلى اللاحق قبل التدارك ولو طالبه المالك.

بل الدفع إنّما هو بما أفاده شيخنا العلامة: من أن وجه رجوع المغروم إلى من بعده من الأيادي المتعاقبة هو كون اليد اللاحقة هي الموجبة لغرم السابقة واضرارها بالغرامة، إذ لولا اليد اللاحقة لم يغرم السابقة سوى ردّ العين المغصوبة، فغرامة الغاصب السابق للمغصوب منه إنّما جاء من قبل غضب اللاحق منه، إذ لو لم يغصب اللاحق من الغاصب السابق لم يغرم السابق منه سوى ردّ المغصوب شيئاً.

ومن وجهة هذا التوجيه يتّجه وجه عدم رجوع اللاحق من الأيدي فيما يغرمه للمالك إلى سابقه ما لم يكن السابق غازراً له، ورجوع كلّ سابق فيما يغرمه إلى لاحقه مطلقاً، سواء كان اللاحق ممّن تلف المغصوب في يده، أم ممّن لم يتلف، كالتوسّط بين الغاصبين، فاستغنى بدفع الإشكال الثاني بهذا الوجه عن دفع الإشكال الثالث أيضاً، فلا يخفى لطفه.

ولكن قد يشكل: باستلزامه أن يكون رجوع كلّ سابق فيما يغرمه إلى لاحقه، مستفاداً من ضميمة قاعدة التسيب، لا من مجرد عموم قاعدة اليد، والحال أنه خلاف الظاهر من الأصحاب. وأيضاً باستلزامه عدم تسلّط السابق على الرجوع إلى اللاحق قبل التدارك ولو طالبه المالك، والحال أنه خلاف الظاهر من الأصحاب. وأيضاً باستلزامه اختصاص الرجوع إلى اللاحق بصورة غضب اللاحق من سابقه عدواناً دون صورة دفع السابق له إليه رضاء ببيع ونحوه؛ لاختصاص تسيب اليد اللاحقة لغرم السابقة واضرارها عرفاً وعقلاً بالصورة الأولى دون الثانية، والحال أن للسابق الرجوع إلى لاحقه مطلقاً، سواء كان غاصباً من السابق، أم آخذاً بإذنه.

ويمكن دفع الأول: بمنع بطلان اللازم، ومنع كونه خلاف ظاهر الأصحاب. كما يمكن دفع الآخرين: بمنع الملازمة في أولهما.

بتقريب: أن تسلط السابق على الرجوع إلى لاحقه لو طالبه المالك مع عدم غرمه شيئاً، من جهة أن اللاحق وإن لم يتسبب لغرم السابق بعد إلا أنه تسبب لقصور يده عن أداء المغصوب والخروج عن عهده، فيتسلط السابق عليه في رد المغصوب إليه ليتمكن من أدائه، أو إلى مالكة ليخرج عن عهده.

ومنع الملازمة في آخرهما. بتقريب: أن تسبب اليد اللاحقة لغرم السابقة لا يختص بصورة غضبها عن السابقة عدواناً كما توهم، بل يتحقق تسبب اللاحق وصدق استناد الغرم وإضرار السابق إليه عرفاً وعقلاً بمجرد أخذ المغصوب منه، سواء كان بعنوان الغضب والعدوان، أم بعنوان الاذن والأمان، إلا إذا كان الأخذ جاهلاً بغصبيّة المأخوذ ومغروراً في أخذه فإنه لارجوع للغارّ فيما يغرمه للمالك إلى المغرور، بل الرجوع للمغرور فيما يغرمه إلى الغارّ.

قوله: «نظير ذلك ضمان المال... إلخ».

[أقول:] أما ضمان المال من الديون فليس له نظر إلا ضمان الدين على طريقة العامة^(١)، حيث إنه عندهم مأخوذ من الضمّ، وهو ضمّ ذمّة إلى ذمّة، والنون زائدة. بخلافه على طريقة الخاصّة، فإنه انتقال ذمّة إلى ذمّة، والنون أصلية.

وأما من الأعيان فنظره عندنا ضمان الأعيان المضمونة، وضمن عهدة العوضين لكلّ من المتعاضين ثالث فإنه ضمّ ذمّة إلى ذمّة.

قوله: «لا يكاد يفهم الفرق... إلخ».

[أقول:] وفيه: وضوح الفرق بين خطاب الأداء كخطاب المولى بنفقة عبده،

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٢) ص: ١٢٣.

وبين خطابه الذمّي بنفقة زوجته .

قوله: « لو باع الفضوليّ مال غيره مع مال نفسه... إلخ ».

【أقول:】 يعني: لا إشكال في صحّة بيع ما يملك وما لا يملك - بالكسر - مطلقاً، لا أنّه مورد نصّ، كما لا إشكال في صحّة بيع ما يملك وما لا يملك - بالفتح - وإن لم يكن مورد نصّ، إنّما الإشكال في أمور آخر:

منها: الإشكال في تطبيق صحّته على القواعد عند عدم إجازة الغير فيما له من المبيع، ورفع هذا الإشكال وبقاؤه مبنيّ على تشخيص كون صحّة العقد المتبعّض فيه الصفة هل هو مطابق للقواعد ليلتزم بصحّة التبعّض في جميع العقود والإيقاعات والنذور والعبادات والأحكام، كما لو جمع في الطلاق بين ما يصحّ طلاقها وما لا يصحّ، وفي النذور بين ما يصحّ النذر به وما لا يصحّ، وفي الزكاة بين ما يصحّ وما لا يصحّ، وفي التذكية بين ما يقبل التذكية وما لا يقبل، وفي التغسيل والتكفين بين ما يصحّ وما لا يصحّ، أم مخالف للقواعد ليقصر في صحّته على مورد اليقين؟ وجهان، بل قولان. وقد يعبر عن ذلك بأنّ الأسباب الشرعيّة كالعقد والإيقاع ونحوهما هل هي كالأسباب العقليّة في تأثيرها لا محالة فيما يتأثر وعدم تأثيرها فيما لا يتأثر من جهة عدم قابليّة المحلّ وقصور القوابل دون عدم تاميّة السبب وقصور السببيّة، أم ليست كالأسباب العقليّة في ذلك؟ وقد يعبر أيضاً بأنّ العقد الواحد هل ينحلّ إلى عقود متعدّدة باعتبار قابليّة المحلّ وعدمه، أم لا؟ إلّا أنّ ظاهر هذا التعبير خاصّ بالعقود دون غيرها.

وبالجملة: ففي المسألة وجهان، بل قولان، أقواهما الأوّل، وفاقاً للمشهور، وأخذاً بعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، وأصالة عدم التقييد والتخصيص، وبفحوى الاتفاق ظاهراً في الطلاق على صحّة الجمع بين ما يصحّ طلاقها وما لا

يصحّ، وفي التذكية على صحّة الجمع بين ما يصحّ تذكيته وما لا يصحّ، وفي الزكاة على صحّة الجمع بين ما يقع زكاة وما لا يقع، وفي البيع على ما يقبل التملك وما لا يقبل.

وأما ما يقال: من أنّ الأسباب الشرعيّة معرّفات وليست كالأسباب العقليّة، فليس المراد نفي استقلال كلّ منهما في التسيب والتأثير ومنع تاميّة تسيب كلّ منها برأسه، بل المراد نفي كونها كالأسباب العقليّة في خصوص امتناع تواردها على محلّ واحد، فإنّها وإن كانت أسباباً تامّة مستقلّة في التسيب والتأثير إلاّ أنّها أسباب لمعرفة المسبّب لا لنفس المسبّب، فلا يتمتع تواردها على محلّ واحد، كما لا يتمتع توارد المعرّفات العديدة على معرّف واحد.

ثمّ إنّهُ يتفرّع على تطبيق تبعّض الصفقة على القواعد جواز تبعّض الصفقة أيضاً، أعني: جواز تبعّض من له الإجازة في بعض ماله الإجازة فيه دون بعضه الآخر فيجوز التبعّض في الصفقة، كما يجوز التبعّض، بل ربما قيل بجواز التبعّض في الإقالة بأن يقبل بعض الصفقة دون بعضها. بل قد نقل شيخنا العلامة عن شيخه صاحب الجواهر جزمه في المبحث بصحّة إقالة الإقالة بلفظ الإقالة إلى ما شاء من ترامي الإقالات، تمسكاً بعموم قوله: «من أقال مؤمناً أقال الله عثرته»^(١)، فجوّز إقالة فسخ العقد والرجوع إلى انعقاده بعد الفسخ بمجرد الإقالة والتواطؤ من دون إعادة صيغة العقد. وكذا إقالة هذه الإقالة والرجوع إلى انحلاله بعد الانعقاد بمجرد الإقالة أيضاً. وهكذا إلى ما شاء من الترامي.

ولكن يضعّف بأنّه - مضافاً إلى انصراف إطلاق الإقالة إلى إقالة نفس العقد دون إقالة فسخه بمجرد الإقالة من دون إعادة الصيغة - ثبوت الشكّ في قابليّة المحلّ بعد الفسخ للإنعقاد بمجرد إقالة الفسخ من دون إعادة صيغة العقد، وعموم

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٧ باب «٣» من أبواب آداب التجارة ح ٤.

العام وإطلاق المطلق لا يحزران القابليّة. وهذا معنى ما قيل: من أن عموم العام وإن بلغ في العموم ما بلغ لكنّه لا يشخّص الموضوع، فعموم الإقالة وإن اقتضى صحّة كلّ إقالة إلاّ أنّه ساكت عن موضوع ما يتحقّق به الإقالة هل هو مجرد لفظ الإقالة والتواطؤ على الرجوع عمّا صدر ووقع مطلقاً سواء كان الواقع عقداً أو فسخ عقد أو فسخ فسخه وهكذا، أم هو في خصوص عقد البيع ليعتبر في إقالة فسخه إعادة صيغة العقد دون الاكتفاء بمجرد لفظ الإقالة والتواطؤ على الرجوع؟ وكيف كان فقد تبين انطباق صحّة تبعض الصفقة على القواعد.

وأما ما يمكن الاستناد إليه للمنع فأمران:

أحدهما: منافية تطبيق صحّته على القواعد لتعاضد «أنّ العقود تابعة للقصد»، فإنّ ما وقع من بعض الصفقة لم يقصد وما قصد من مجموع الصفقة لم يقع، فيقتضي بطلان تبعض الصفقة.

ويندفع نقضاً: بصحّة ما يشتري بوصف الصحّة فيظهر فاسداً، وبشرط سائغ فلا يسلم لمشرطه، وبصحّة ما تقدّم من بيع الغاصب لنفسه، فإجازة المالك لنفسه لا للغاصب.

ودعوى الفرق بين تخلف وصف المطلق وجزئه في الارتباط بالمطلق مدفوع بأنّ الوصف أشدّ ارتباطاً بالمطلق من الجزء. ألا ترى أنّ الفاسد في ما يشتريه بشرط غير مقصود للمشتري بوجه من الوجوه، بخلاف بعض الصحيح فإنّه مقصود لا محالة ولو ضمناً فإذا لم يقدر تخلف وصف المعقود عليه مع شدّة ارتباطه به على وجه هو عينه، فتخلف الجزء أولى منه في عدم القدرح لا محالة. وحللاً: بالمنع من منافاته لتبعية العقود للقصد.

أما أولاً: فلأنّ بعض المقصود أيضاً مقصود لا محالة ولو ضمناً، فإنّ قصد الهيئة الاجتماعية - وهو تمام الصفقة - بوصف التمام من الدواعي الخارجية

الموجبة لتعدد المطلوب والمقصود غالباً، لا من القيود الداخلة الموجب انتفائها انتفاء المقيّد وهو قصد البعض .

وبعبارة أخرى: أنّ المقصود غالباً في شراء الصفقة هو المجموع في حال الاجتماع، لا بقيد الاجتماع على وجه ينتفي قصد المقيّد بانتفاء القيد .

وأما ثانياً: فلأننا وإن فرضنا هيئة اجتماع الصفقة مأخوذ في قصد المتعاقدين على وجه التقييد، بل ولو فرضنا التصريح باشتراط التقييد إلا أنّ تخلّفها أيضاً كتخلّف سائر الشروط المأخوذة في العقد غير قادح في صحّته، نظراً إلى أنّ قصد المقيّد والمشروط وإن تقيّد بحيثيّة كونه مقيّداً ومشروطاً وبوصف كونه مقيّداً ومشروطاً، إلاّ أنّه مع ذلك لا ينفكّ عن قصد الموصوف المجرد عن الوصف لا محالة ولو بقصد تبعيّ مقدّم، وبه الكفاية في صحّة العقد بالنسبة إليه، فإنّ تبعيّة العقود للقصد إنّما ينفي صحّة الغير المقصود رأساً دون الغير المقصود أصلاً ولو قصد تبعاً. ألا ترى قولهم: يعتبر في العقد القصد فيخرج الهازل والساهي دون تعرّضهم لإخراج غيرهما به .

الثاني من وجهي المنع: أنّ الجهل بتبعّض الصفقة عند العقد يوجب الجهل بمقدار المبيع ومقدار حصّته من الثمن، فيبطل للجهل والغرر .

ويندفع أيضاً أولاً: بمنع الجهل بمقدار المثلث ومقدار حصّته من الثمن، فإنّ الجهل بهما بدويّ، وتعيين تمام المثلث وما في أزاء تمامه من الثمن تعيين إجماليّ لكلّ من أبعاض المثلث ولما في أزاء كلّ من أبعاضه من ذلك الثمن المعين . وبهذا التعيين الإجماليّ المنحلّ إلى التفصيل بعد التأمل الكفاية في الصحّة .

وثانياً: سلّمنا الجهل، لكنّ الموجب لبطلان العقد هو الجهل من جميع الجهات، وأمّا الجهل من بعض الجهات فموجب لجبران ضرره بالخيار لا البطلان .

ثم إنَّ هذا كلُّه في رفع إشكال انطباق صحّة تبعّض الصفقة على القواعد. وأمّا الخيار بعد التبعّض فلا إشكال أيضاً في ثبوته للمشتري إذا جهل حين العقد بتبعّضه، ولا في ثبوته للبائع إذا جهله كذلك، لأنَّ ضرر التبعض نسبته إلى الثمن الذي هو حقّ البائع والمثمن الذي هو حقّ المشتري على حدّ سواء، فينجبر بثبوت الخيار لكلّ منهما إذا جهلاه معاً، ولأحدهما إذا جهله خاصّة. فلا وجه للفرق بثبوت الخيار للمشتري دون البائع بتوهم عدم تضرّر البائع في تبعّض حقّه، فالجزم بعدم ثبوت الخيار للبائع - كما عن الغنية^(١) - ينبغي حمل إطلاقه على ما هو الغالب من علم البائع، كما ينبغي حمل إطلاق ما عن الشيخ في الخلاف^(٢) من تقوية ثبوت الخيار للبائع على ما ذكر من صورة الجهل.

وأما الإشكال الآخر في المسألة ففي طريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن في غير المثلي حيث اختلف فيه ظاهر كلام الأصحاب على وجهين، والمتصوّر فيه عقلاً وجوه:

أحدها: تقويم الجزء الباقي من المثمن بانفراده وأخذة بتلك القيمة من الثمن.

والثاني: تقويم الجزء المرتفع من المثمن بانفراده ونقص قيمته من الثمن، وهما متعاكسان؛ لأنّ ما يستحقه البائع من الثمن في أزاء الجزء الباقي من المثمن عند المشتري هو قيمة الجزء الباقي بانفراده على الأوّل وبقية قيمة المجموع بعد إسقاط قيمة الجزء المرتفع منها التي قد تحيط بها، فلا تبقى بقية على الثاني، والتفاوت المتفق في أزاء وصف الاجتماع من الزيادة على قيمتي الانفراد أو

(١) غنية النزوع: ٢٣٠.

(٢) لم نعرث عليه في الخلاف بل الموجود إنكاره. راجع الخلاف ٣: ١٤٦ مسألة ٢٣٥. نعم قوّاه في المبسوط كما هو المحكي في الجواهر، راجع المبسوط ٢: ١٤٥. جواهر الكلام

النقصان عنه واقع في طرف البائع على الأول وفي طرف المشتري على الثاني .
 الثالث: تقويم كلّ من الجزئين منفرداً ثمّ ملاحظة التفاوت بينهما والأخذ
 من الثمن بنسبة التفاوت لكلّ منهما لا بنفس التفاوت، فإنّه قد يحيط بالثمن فيلزم
 اجتماع محذور اجتماع العوض والمعوض. والفرق بينه وبين الأولين أنّ التفاوت
 المتفق في أزاء وصف الاجتماع من الزيادة أو النقصان موزّع على كلّ من
 الجزئين بنسبته على الثالث، بخلافه على الأولين فإنّه واقع بأجمعه في طرف
 واحد.

ومن هنا يعلم تعيين الطريق الثالث في تشخيص الحصص، وفاقاً لتصريح
 المتن^(١) والإرشاد^(٢)، دون الأولين وإن وافقهما ظهور تعبير الشرائع^(٣) والقواعد^(٤)
 واللغة^(٥) بأنهما يقومان جميعاً، ثم يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته.

بتقريب ما ذكره المتن^(٦) في الاستظهار فإنّ في طريق تشخيص الحصص
 إذا لم يرد نصّ خاصّ كان مرجع تشخيصها إلى طريق العدل والإنصاف، وما
 يقتضيه العقل ويساعده الاعتبار من التحرّز عن الإجحاف، ومعلوم أنّ صرف
 التفاوت المتفق في أزاء وصف الاجتماع المفروض انتفائه إلى طرف واحد من
 طرفي البائع والمشتري - كما يقتضيه الأولان - إجحاف بأحد المتبائعين لا محالة،
 بواسطة استلزامه اجتماع العوض والمعوض بأجمعه وإن ندرا وبأكثره وقد كثر في
 طرف واحد، وهو خلاف ما يقتضيه العدل والإنصاف، فإنّ هذا الإجحاف وإن
 أمكن جبرانه بالخيار إلا أنّه مع ذلك لا يخلو من نوع إجحاف، خصوصاً فيما

(١) (٦ و ١) المكاسب: ١٤٩.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٢٥.

(٥) اللغة الدمشقيّة: ٦٢.

ليس لهما خيار كصورة علمهما بحال المبيع دون الجهل حتى يثبت لهما الخيار. هذا، مع أنّ إلزام المشتري بذلك الإجحاف دون البائع كالعكس ترجيح بلا مرجح، وهو قبيح. اللهمّ إلا أن يمنع ذلك بترجيح إلزام المشتري، من جهة أنّ إجحافه في صورة جهله منجبر بالخيار، وفي صورة علمه ناشيء عن الإقدام، وهو غير تمام، كما لا يخفى على الأعلام.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ الطريق في تشخيص الحصاص في تبعض الصفقة المطابق لقاعدة العدل والإنصاف السليم عن الظلم والإجحاف هو تقسيط الثمن المسمّى على مجموع الحصاص، على وجه يوزّع ما بأزاء هيئة الاجتماع من تفاوت زيادة القيمة ونقصانه على كلّ من الحصاص بنسبته، لئلا يلزم ظلم وإجحاف في طرف دون طرف، وطريق معرفة ذلك على وجه يطرد في جميع الموارد منحصر فيما ذكرنا من تقويم كلّ من الحصّتين منفرداً، ثمّ ملاحظة نسبة كلّ من القيمتين إلى مجموع القيمتين والأخذ بتلك النسبة من الثمن لكلّ واحد من الحصّتين.

ثمّ إنّه لم يظهر من المتن هنا دليل لتعيين هذا الطريق المختار في تشخيص الحصاص سوى ما يوهّم المصادرة من قوله: والحاصل أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير من الثمن يستحقّها الغير مع الاجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصّة، كأن يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر^(١)، يعني: كما أنّ الثمن المسمّى في صورة إجازة الغير يوزع على كلّ من المالكين بنسبة ملكه على السويّة من دون إجحاف، كذلك يوزّع الثمن المسمّى في صورة ردّ الغير على كلّ من المالكين بنسبته على السوية من دون إجحاف فيبطل البيع في ملك الغير بحصّته من الثمن التي كان يستحقّها مع الاجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصّة، كأن يأخذها مع

إجازة مالك الجزء الآخر.

وهو وإن كان توجيه وجيه وتنظير حسن إلا أنك خبير بأنه كالمصادرة في إثبات المطلوب، لإمكان منع الخصم من الملازمة في الحكم بين فرضي الإجازة والردّ وإن كان ضعيفاً، بل وإمكان تسليم الحكم في فرض الردّ دون الإجازة وإن كان أضعف. هذا كلّه فيما يقتضيه العقل والإنصاف في تشخيص معرفة الحصص. وأمّا ما يقتضيه الأصل والبراءة عند فرض الشكّ فهو عدم استحقاق البائع الزائد على قيمة ما يملكه منفرداً، وعدم انتقال الزائد من المشتري إليه، إلا على القول بعدم جريان أصل البراءة في حقوق الناس، واختصاص موردها بحقوق الله تعالى، كما عن صاحب الكفاية.

وهو مردود نقضاً: بكلّ ما إذا شكّ في اشتغال ذمّته بحقّ الغير، سيّما في الشكوك البدويّة.

وحلّاً: بعموم «أدلة البراءة» وإطلاقها، وأصالة عدم التخصيص والتقييد فيها.

قال: «مسألة: لو باع من له نصف الدار... إلخ».

أقول: أمّا ذكر النصف فمن باب المثل، فإنّ الخلاف عامّ لكلّ من الكسور التسعة، وهي: النصف والثلث والرابع والخمس والسادس والسبع والثمان والتسع والعاشر.

وأما المراد من النصف: فهو النصف المشاع على ما هو صريح بعض عباراته الآتية وإن كان الخلاف شامل لغير المشاع، فمحلّ النزاع فيما لو كان البائع للنصف مثلاً مالكاً للنصف المشاع وإن كان الحكم والخلاف جارٍ فيما كان مالكاً للنصف المعين حرفاً بحرف.

وأما شقوق المسألة فهي الثلاثة المذكورة في المتن بزيادة شقّ رابع، وهو:

ما إذا علم أنه قصد أحد النصفين لكن خفي تعيينه على نفسها أو الثالث .
وأما محلّ النزاع ففي الشقّ الثالث وإن لحق به الرابع في الحكم والوجه ؛
لعدم الفرق بينهما إلا في كون الأول من قبيل الشبهة الموضوعيّة ونزاع في مفهوم
النصف ، والثاني من قبيل الشبهة الحكميّة ونزاع في تعيين المقصود منه .

وأما وجوه المسألة فيجمعها الحكم ببطان أصل البيع للجهل والغرر أو
صحتّه ، والحمل على نصفه المملوك له لغلبة التصرّف وانصرافه إلى التصرّف في
مال نفسه لا مال غيره ، أو على النصف المشاع في النصفين لظهور النصف في
الإشاعة ، أو على أحد النصفين والحقّين على الوجه الكلّي ، ليتوقّف تعيّنه على
تعيين البائع إياه في نصف نفسه . أو نصف شريكه فيتوقّف على إجازته . ولكن لا
وجه له ، كما أشار إليه المصنّف بقوله : «وأما ملاحظة حقّ المالكين وإرادة
الإشاعة في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومة ، بل معلومة العدم»^(١) ،
بخلاف الوجوه الثلاثة الأولى فإنّ لكلّ منها وجه .

وأما أوسط تلك الوجوه الثلاثة فهو الوسط ، وفاقاً للمتّن وشيخنا العلامة ،
قياساً له على بيع الكلّي الدائر مصداقه بين مال البائع ومال موكله ، أو المولى عليه
في الانصراف إلى خصوص مال نفسه دون مال موكله ولا المولى عليه ، إلا أن
يدّعي الفرق بعدم معارضة ظهور الكلّي مع غلبة تصرّف المتصرّف في مال نفسه ،
بخلاف ظهور النصف في الإشاعة فإنّه معارض مع تلك الغلبة .

وبالجملة : ففيما سلمت الغلبة عن المعارض - كما في صورة بيع الكلّي أو
المشترك اللفظي الدائر مصداقه بين مال البائع وغيره - فلا إشكال في حمل المبيع
على مال البائع ، كما لا إشكال في الحكم بالعكس في صورة العكس ، أعني :
صورة سلامة ظهور النصف في الإشاعة عن معارضة غلبة تصرّف المتصرّف في

مال نفسه، كما في جميع الأقرار والإخبارات والشهادات المتعلقة بالنصف أو سائر الكسور التسعة، لعدم كون الإقرار والإخبار عن الشيء تصرفاً فيه حتى يلحق بالغالب، بخلاف الإنشاء المتعلق به فإنه تصرف فيه لا محالة.

إنما الاشكال في صورة المعارضة كما في سائر صور الإنشاء التي منها ما نحن فيه، فإنه لا ترجيح لتقديم غلبة تصرف المتصرف في مال نفسه على ظهور النصف في الإشاعة، بل الترجيح مع العكس، نظراً إلى أن ظهور المقيد - بالكسر - وهو النصف وارد على ظهور المقيد - بالفتح - وهو البيع، ثم الوجه في تقديم ظهور القيد على ظهور المطلق المقيد به هو الوجه في تقديم ظهور ذيل الكلام على ظهور صدره، فإن نسبة القيد إلى المقيد به والذيل إلى صدره نظير نسبة العلة إلى معلولها في قولك: «لا تأكل الرمان لأنه حامض»، فكما يقدم خصوص العلة على عموم معلولها كذلك يقدم ظهور ما هو بمنزلة العلة على ظهور ما هو بمنزلة المعلول.

قوله: «كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين وتبسيط الثمن على المجموع. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أن الفرق في قسمة المثلي بين الجزء المشاع فيقسّم الثمن فيه على المجموع من دون ملاحظة النسبة، وبين الجزء المقسوم فيلاحظ النسبة، وتبسيط الثمن على المجموع ممنوع، لأن اختلاف الجزء المقسوم في القيمة أحياناً من حيث وصف الاجتماع والافتراق كما يقتضي ملاحظة النسبة ثم تقسم الثمن على المجموع ليحصل التعديل في القيمة، كذلك الجزء المشاع قد يختلف أحياناً من تلك الحيثية المقتضية ملاحظة النسبة لتحصيل التعديل.

أو إشارة إلى أنه إن قيل: إن المثلي الناقص مضمون بمثله كما لو نقص المبيع المثلي لجزء فيضمن تكميله. قلنا: إن المبيع المضمون تقصه بالتكميل إنما

هو المقدار الكلّي لا الكلّي الشخصي، كما فيما نحن فيه .

قوله: « الأقوى [هو] الأوّل ».

[أقول:] أي: الأوّل من مبنى احتماليّ أصل المسألة، أعني: الأوّل من تعارض ظاهر النصف في الحصّة المشاعة في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختصّ، لا الأوّل من احتماليّ أصل المسألة، أعني: حمل النصف على النصف المملوك له أو على المشاع، ولا الأوّل من نفس احتمالي المسألة الثانية، أعني: كون الوكيل والوليّ كالأجنبيّ أم لا، ولا الأوّل من مبنى احتماليها، أعني: كون المعارض لظهور النصف في الإشاعة هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع أو ظهور التمليك في الأصالة كما يوهمه الأقربيّة، وذلك لعدم انطباق تعليله القوّة بورود ظهور المقيد على ظهور المطلق إلاّ على الأوّل من مبنى احتمالي أصل المسألة، لا على الأوّل من احتمالي أصل المسألة، ولا على الأوّل من غيره مطلقاً، كما لا يخفى على المتأمل .

قوله: « للخرج أو السيرة ».

[أقول:] فيه: منع الخرج في جعل الحاصل من المشاع المشترك لهما والتاوى عليهما. وأمّا السيرة على خلافه لو سلمت فإنّما هو سيرة الجهّال وأهل الضلال، كسيرتهم على توريث تركة الظالم قبل أداء مظالمه .

قوله: « إلاّ أنّه صرّح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعدة ».

أقول: يمكن تطبيق النصوص الواردة في الإقرار بالنسب المشترك ودين المورث على القاعدة بحمل الإقرار على صورة إقرار المقرّ باشتراك المقرّ له معه فيما أخذه من المنكر على غير وجه الإشاعة بأن كان المأخوذ بدلاً عن الحقّ المشترك مقاصّة لا من عينه المشاعة، أو كان المقرّ له قانعاً بما دون النصفة عن

المقرّ، أو كان الشارع قانعاً به عنه لمصلحة تسهيل الإقرار بالضرر على المقرّ ورفع تعسّر التنصيف عليه وشحّ النفس المولعة بالإنكار.

قوله: «ويدلّ عليه [إطلاق] مكاتبة الصقّار المتقدّمة».

أقول: أمّا المكاتبة فهي قوله ﷺ: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»^(١) وقد وجب الشراء فيما يملك. وأمّا وجه إطلاقها فهو شمول ما لا يملك - بكسر اللام - لما لا يملك من جهة أنّه غير قابل، ولما لا يملك من جهة أنّه غير حاصل. ودعوى انصراف إطلاقها إلى الثاني ممنوع وإن اختصّ به مورد السؤال.

قوله: «ولعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم».

أقول: ولعلّه أراد به «آية النّبأ»^(٢) أو آية ﴿لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾^(٣)، ولكن في دلالة كلّ منها نظر.

أمّا وجه النظر في الأولى: فهو انصراف الركون إلى الميل إلى الظلمة في ظلمهم دون توليتهم على غير الظلم، أو انصراف الظلم إلى الظلم بالغير، لا الظلم بالنفس.

وأمّا وجه النظر في الثانية: فهو ظهورها في عدم الاعتناء بقول الفاسق، لا عدم الاعتناء بشأن الفاسق مطلقاً لا بقوله ولا بفعله.

وأمّا وجه النظر في الثالثة: فلأنّ المراد من العهد على ما في الآثار هو عهد الإمامة دون التولية.

قال: «مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقلّ بالتصرف في ماله الحاكم.... إلخ».

أقول: الكلام في كفيّة ولاية الأولياء وكميّة منصب ذوي المناصب ومقدار

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٢ باب «٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١.

(٢) الحجرات: ٦.

(٣) البقرة: ١٢٤.

سلطنتهم وولايتهم من حيث الإطلاق والتقيّد والعموم والخصوص والكلية والجزئية، أعني: ولاية الربوبية على المربوبين، والرسالة على المرسل إليهم، والإمامة على المأمومين، وحكومة الحاكم على العوام، وعدول المؤمنين على مال الميت والأيتام، والأبوة على الأبناء، والوصاية على الموصى له، والمولوية على المماليك من العبيد والإماء، والزوجية على الزوجة، والوكالة على الموكل. أما كيفية ولاية الربّ على المربوبين، وكيفية قدرته على المقدورين، ومقدار سلطنته على خلقه، وشمول قدرته على بلاده، فيكفي في عموم حكومته التامة وإطلاق ولايته وسلطنته العامة بالذات والاستقلال وضوح كلّ من الأدلة الأربع على أنه ﴿على كلّ شيء قدير﴾^(١) وأنه «يسأل عمّا يفعل ولا يسأل عما يفعل»، فقدرته بالأشياء قدرة عامّة ذاتية بالأصالة بجميع الأشياء من دون تخصيص ولا تقييد أصلاً وأبداً. وأما عدم قدرته على خلق مثله أو على اجتماع الضدين فهو من قبيل التخصّص لا التخصيص في قدرته؛ لأنّه من قصور قابلية المحلّ لا قصور العلة الفاعلية، فإنّ كلّ عدم مستند إلى عدم قابلية المحلّ للانعقاد لا يخصّص عموم قدرة الفاعل على الفعل، وعدم قابلية المحلّ للتأثر لا يقيد شمول قدرة المؤثر على التأثير.

وأما منصب الرسول فله مرجعية الأحكام، والحكومة بين الخصام، وولاية التصرف في الأموال ونفوس الأنام، بنفسه أو بإذنه الخاصّ أو العامّ، فإنّ مقتضى الأصل وإن كان عدم ثبوت شيء من الوجوه المذكورة لكنّه خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي ﷺ بكلّ من الأدلة الأربع وفي خصوص سائر الأئمة بها أيضاً. مضافاً إلى عدم القول بالفصل بين الخاصة بينهما، حسب ما أشار في المتن إلى تفصيل الأدلة الأربع إلى قوله: «والمقصود من جميع ذلك دفع ما

يتوهّم... إلخ»^(١).

أقول: وجه التوهّم زعم المتوهّم أنّ قوله تعالى: ﴿النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(٢) معناه أنّه أحقّ بهم من أنفسهم في الاتّباع؛ لأنّه لا يأمر إلاّ عن وحي ومصلحة من المصالح، بخلاف النفس فإنّه كثيراً ما تأمر بالقيح والمفاسد. ووجه دفعه - مضافاً إلى عموم الآيات والأخبار، وإلى ظهور اقتران طاعتهم بطاعة الله في قوله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾^(٣) وقوله ﷺ: «إنّ أدنى ما يكون به العبد مؤمناً أن يعرف الله تبارك وتعالى إياه فيقرّ له بالطاعة، ويعرفه نبيّه ﷺ فيقرّ له بالطاعة، ويعرفه إمامه وحبّته في أرضه وشاهده على خلقه فيقرّ له بالطاعة»^(٤) - تفسير الآية في الأخبار الخاصّة بأنّها نزلت في الإمارة، أي: أحقّ بهم من أنفسهم حتّى لو احتاج إلى مملوك لأحد محتاج إليه جاز له أخذه.

وفي كتاب بصائر الدرجات للشيخ الجليل الملقّب بالصفّار من أصحاب العسكري ﷺ باب مشتمل على الأخبار المستفيضة، بل المتواترة الدالّة على أنّ «ما فوّضه الله تعالى إلى النبيّ ﷺ» بقوله: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾ وبقوله: ﴿ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾^(٥) فوّضه النبيّ ﷺ إلى الأئمّة من أوصيائه ﷺ^(٦) وفيه أيضاً باب مشتمل على الأخبار المستفيضة الدالّة على أنّه «ما من إمام يمضي إلاّ وأوتي من بعده من الأئمّة كلّ ما أوتي

(١) المكاسب: ١٥٣.

(٢) الأحزاب: ٦.

(٣) النساء: ٥٩.

(٤) أنظر معاني الأخبار: ٣٩٣ ح ٤١.

(٥) بصائر الدرجات: ٣٧٨.

(٦) بصائر الدرجات: ٣٨٣.

وبزيادة خمسة أجزاء»^(١).

وبالجملة: إذا لم يثبت وجوب طاعتهم في الاقتراحيات والأوامر العرفية لم يبق لوجوب الإقرار بطاعتهم وافتراس طاعتهم علينا وتفويض الله تعالى الأمر إليهم معنىً وشأناً فوق شأن نقلة الحديث ونقله الفتاوى عن المجتهدين منّا. ومن البين أنّ سياق الآيات والأخبار الدالة على وجوب طاعتهم وعموم خلافتهم واقتران طاعتهم بطاعته إنما يعطى فوق ذلك المعنى، وآبٍ عن الاختصار على هذا المعنى جداً؛ لأنّ هذا المعنى ليس شأناً من الشأن، بل هو من شؤون نقلة الفتاوى، ونظير شأن حملة طومار من السلطان إلى رعيته وليس من معنى الخلافة عن السلطان، وبمنزلة السلطان في افتراض طاعته ووجوب إطاعته. وهل ترى من نفسك حسناً ووجهاً لتسمية الحامل أو الناقل طومار السلطان إلى أحد خليفة ذلك السلطان وافتراس طاعته ووجوب إطاعته سوى الاستهجان البعيد عن الأذهان.

قوله: «وبين موارد الوجهين عموم من وجه».

[أقول:] يجتمعان في تصرف مال اليتيم حيث يستقلّ الحاكم به وتصرف غيره مشروط بإذنه، ويفترق الحاكم في الحدود وغير الحاكم في تصرف مال السفيه والمحجور عليه بإذنه.

قوله: «الحقّ هنا أعظم بمراتب. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى احتمال منع الأولوية باحتمال كون وجوب طاعة الأب من باب المصلحة التعبدية لا الحقوق المالية، كوجوب طاعة الأمّ على الابن، والزوج على الزوجة، مع عدم الولاية المالية لهما عليه شرعاً. أو إلى رفع هذا الاحتمال بدليل السياق واقتران شكرهم بشكر الله، وطاعتهم بطاعة الله،

ونصوص «أنهم أول ما خلق الله، ومن نورهم فتق واشتق خلق العلى وما تحت الثرى»^(١)، إلى غير ذلك مما لا يخفى من عمومات أدلة رئاستهم الضابط الكلي كماً وكيفاً إلا ما خرج من الخصائص تخصيصاً أو تخصصاً.
قوله: «مثل: أن العلماء ورثة الأنبياء... إلخ»^(٢).

أقول: في الاحتجاج بمثل هذه الأخبار^(٣) الواردة في شأن العلماء وبيان منصبهم كلامان: أحدهما المناقشة في سندها، والآخر في دلالتها بأن الصحيح منها غير صريح، والصريح منها غير صحيح، ولكن هذا إيراد غير مريح.
أما سندها فلائه وإن أمكن المناقشة فيه بأنها مع كثرتها ليس في مسانيدنا سند صحيح. إلا أن هذا الإيراد صريح بأنه على تقدير تسليم ضعفها منجبرة أولاً: بالشهرة. وثانياً: بغلبة الصدق في الأخبار بعد اعتبار الغلبة بفحوى الأمارات المعتمدة. وثالثاً: بعدم الداعي العقلاني عادة للجعل والوضع فيما يوافق الشهرة من المطالب فإنه كاللغو.

ومن هنا يعلم انجبار كتاب فقه الرضا^(٤) أيضاً على تقدير تسليم ضعف سند.

وأما المناقشة في دلالتها بما قاله الماتن^(٥) - من أن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدورها أو ذيلها يقتضي الجزم بأنها في مقام بيان وظيفتهم من حيث

(١) أنظر الكافي ١: ٣٨٩.

(٢) الوسائل ١٨: ٥٣ باب «٨» من أبواب صفات القاضي ح ٢.

(٣) أنظر الكافي ١: ٣٣ و ٤٦ ح ٥، تحف العقول: ٢٣٨، عوالي اللآلي ٤: ٧٧ ح ٦٧، فقه الرضا^(٤): ٣٣٨، نهج البلاغة: ٤٨٤ حكمة ٩٦، الوسائل ١٨: ٩٨ ب «١١» من أبواب صفات القاضي، إكمال الدين: ٤٨٣ ب «٤٥» ح ٤، كتاب الغيبة: ٢٩٠ الفصل «٤» ح ٢٤٧.

(٤) فقه الرضا^(٤): ٣٣٨.

(٥) المكاسب: ١٥٤.

الأحكام الشرعية، لا كونهم كالنبي ﷺ والأئمة عليهم السلام في كونهم أولى بالناس في أموالهم - ففيه: أنه وإن سلّمنا ضعف دلالتها على العموم بملاحظة نفسها، إلا أنّ ذلك أيضاً منجبر بالشهرة والإجماع المنقول، بل المحض على عموم سلطنة الفقيه على ما للإمام عليه السلام من السلطنة وقيام مقامه إلا فيما خرج، كقيام وليّ العهد مقام السلطان إلا في الخصائص. ولا إشكال في انجبار دلالة الأخبار المذكورة^(١) بتلك الشهرة والإجماع المنقول القائمين على عموم وظيفة الفقيه. أمّا على تقدير كشفها بالكشف القطعي عن مدرك قطعي أو ظني فلاندراجها في الأدلة الخاصة قطعاً. وأمّا على تقدير كشفها بالكشف الظني عن مدرك ظني أو قطعي فلتعلّقها بدلالة الألفاظ والظنون المتعلّقة بدلالة الألفاظ حجّة بالسيرة المستمرة بين المستدلين وإن كانت الألفاظ مورداً لتلك الظنون لا منشأ لها، كما لا يخفى على المتتبع الخبير.

إنّما الإشكال والخلاف في اندراج الظنون التي تكون الألفاظ مورداً لها لا منشأ في عداد الظنون الخاصة أو المطلقة، وأمّا أصل اتّباعها ممّا لا كلام فيه. فتبين ممّا ذكرنا: قيام الفقيه مقام الإمام في كلّ ما له من السلطنة والولاية عموماً إلا ما خرج بالدليل كالخصائص حيث لا يجب إطاعة الفقيه فيها وإن وجب إطاعة الإمام فيها.

فتلخص ممّا ذكرنا: ثبوت دلالة الأخبار المذكورة^(٢) على أنّ منصب النبي ﷺ الخلافة المطلقة من قبل الله تعالى في كلّ ما له تعالى من السلطنة والقدرة إلا ما خرج من خصائصه تعالى من غير فرق بين السلطنتين، سوى كون الأوّل بالأصالة والاستقلال، والثاني بالتبع والاستقبال من حضرة ذي الجلال.

وكذلك منصب الأئمة هي الخلافة المطلقة عن النبي ﷺ في كل ما له من السلطنة والولاية إلا ما خرج بالدليل كالخصائص، من غير فرق بين السلطنتين أيضاً إلا في تلقي الأولى من حضرة المولى بلا واسطة، والثانية بواسطة.

وكذلك منصب الفقيه هي الخلافة المطلقة عن الأئمة عليهم السلام في كل ما لهم من السلطنة والولاية إلا ما خرج كالخصائص، من غير فرق بين السلطنتين إلا في تلقي الأولى من الله تعالى بواسطة، والثانية بواسطتين.

فالمناصب المذكورة للنبي والأئمة عليهم السلام والفقهاء مناصب مطلقة عامة كل لاحق على نمط سابقه، من غير فرق إلا في الخصائص الخارجة بالدليل الخارجي، لثبوت كل لاحق منها بما ثبت به سابقه من ألفاظ العموم والإطلاق، فلا يقصر ما لثبوت كل لاحق من تلك المناصب عما لثبوت سابقه من لفظ الخلافة والولاية والحجة والحكومة والقضاة والخيرة والأفضلية وعموم المنزلة. فلا وجه للفرق بين اللاحق والسابق إلا في الخصائص الخارجة بالدليل الخارجي.

وعلى ذلك فالمرجع في كل ما يشك من التصرفات في اندراجه تحت سلطنة الفقيه إنما هو إلى إطلاق الأخبار الدالة^(١) على سلطنته لا إلى الأصول العملية.

نعم، ما يشك من التصرفات في قابلية السلطنة عليه كان المرجع فيه إلى الأصول العملية لا إلى إطلاق السلطنة، كما هو الحال في موارد الشك من سلطنة الإمام عليه السلام والنبي ﷺ من غير فرق، ضرورة أن العموم والإطلاق لا يحزران القابلية وإن بلغا ما بلغا، وإنما يحزران جمع الأفراد بعد إحراز القابلية.

وبالجملة: فكما أن لقدرته تعالى وسلطنته أفراد معلومة الاندراج تحت

(١) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ١٤٢.

سلطنته كخلق العالم وإفائه فتندرج في عموم سلطنته، وأفراد معلومة الخروج كاجتماع الضدين فلا تندرج، وأفراد مشكوكة لقابليته عليها فترجع إلى الأصول العمليّة، وأفراد مشكوكة الاندراج بعد احراز القابلية فيرجع فيها إلى عموم السلطنة.

كذلك سلطنة النبي ﷺ أيضاً على ذلك النمط لها أفراد معلومة الاندراج كتبليغ الأحكام فتندرج في سلطنته، وأفراد معلومة الخروج كتمليك الأحرار وتحرير الأملاك فلا تندرج، وأفراد مشكوكة القابلية كالخلاقية والرزاقية فيرجع فيها إلى الأصول العمليّة، وأفراد مشكوكة الاندراج كالاقتراحات فتندرج في عموم الولاية والسلطنة.

وكذلك سلطنة الأنمة على هذا النمط لها أفراد معلومة الاندراج تحت سلطنتهم كإقامة الحدود وفصل الخصومات فتندرج، وأفراد معلومة الخروج كخصائص النبي ﷺ فلا تندرج، وأفراد مشكوكة القابلية فيرجع فيها إلى الأصول العمليّة، وأفراد مشكوكة الاندراج بعد إحراز القابلية كالاقتراحات فتندرج في عموم سلطنتهم وخلافتهم عنه ﷺ.

وكذلك سلطنة الفقيه على هذا النمط والنهج لها أفراد معلومة الاندراج كالافتاء والحكومة فلا إشكال في اندراجها، وأفراد معلومة الخروج التي هي من خصائص الأنمة كوجوب الاعتقاد بإمامتهم وعصمتهم وحجّية فعلهم كحجّية قولهم وحرمة التقدّم عليهم، وأفراد مشكوكة القابلية كحجّية رؤياهم كحجّية رأيهم فلا تندرج بل يرجع فيها إلى الأصول العمليّة، وأفراد مشكوكة الاندراج تحت ولايتهم كإقامة الحدود، والجهاد، وبيع الأراضي المفتوحة عنوة، أو أخذ الأجرة عليها، وكذا أخذ الأجرة من المخالفين على أراضي الأنفال من بطون الأودية وقلل الجبال، إلى غير ذلك من التصرفات المندرجة تحت ولاية

الأئمة عليهم السلام.

فتندرج في عموم «ما دلّ على خلافه الفقيه وولايته»^(١) عن قبلهم.
فكما أنّ خروج خصائصه تعالى عن عموم خلافة نبيّه عنه غير قادح في بقاء عموم خلافته عنه وإطلاق سلطنته منه في كلّ ما له من السلطنة والولاية، كذلك خروج خصائص النبي صلى الله عليه وآله عن عموم خلافة الأئمة عنه عليهم السلام وإطلاق ولايته منه غير قادح في بقاء عموم خلافتهم عنه وإطلاق سلطنتهم منه في كلّ ما له من السلطنة والولاية، وكذلك خروج خصائص الأئمة عن عموم خلافة الفقيه عنهم وإطلاق نيابته منهم غير قادح في بقاء عموم خلافته وإطلاق نيابته عنهم في كلّ ما لهم من السلطنة والولاية.

وعلى ذلك لم يبق إجمال ولا إشكال في أنّ السلطنة المطلقة الثابتة للأئمة عليهم السلام من قبل النبي صلى الله عليه وآله بتنصيبه على خلافتهم عنه ثابتة للفقيه من قبل الأئمة عليهم السلام بتنصيبهم على خلافته عنهم أيضاً، إلّا فيما كان من خصائص الأئمة عليهم السلام فإنّها خارجة عن إطلاق خلافة الفقيه عنهم، كما أنّ خصائص النبي صلى الله عليه وآله أيضاً خارجة عن إطلاق خلافة الأئمة عنه.

والحاصل: أنّ الإشكال في شمول سلطنة الفقيه لبعض التصرفات ناشيء إمّا عن الشكّ في قابليّة السلطنة عليه كهبة مدّة المنقطعة للغير إذا كان صغيراً أو غائباً وفسخ ما فيه الخيار عمّن له الخيار وردّ العقد الفضوليّ الواقع عن الغير ولاية عليه، إلى غير ذلك من التصرفات المشكوك تسلّط الإمام عليها فضلاً عن الفقيه.

وإمّا عن الشكّ في اندراجه تحت عموم السلطنة بعد إحراز قابليّة السلطنة عليه كإقامة الحدود، والجهاد، وبيع الأراضي المفتوحة عنوة وقلل الجبال وبطون

(١) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ١٤٢.

الأودية، ونحوها من التصرفات الثابتة للإمام المشكوك ثبوتها للفقهاء بإطلاق الخلافة عنه.

وإما عن الشك في اشتراط ذلك التصرف بشرط حضور إمام الأصل أو غيره من الشروط المفقودة في الفقيه كتعيين الجمعة حيث يشك في اشتراطها بواجد الإمام.

وإما عن الشك في حجّية عموم سلطنته المخصّصة بخروج الخصائص في الباقي ممّا عدا الخصائص.

أمّا إشكال ما شكّ من التصرفات في قابليّة تسلّط الفقيه عليها فقد عرفت دفعه بمرجعية الأصول العملية فيه، أعني: أصالة عدم تسلّطه عليه.

وأما إشكال ما شكّ من التصرفات في اندراجه تحت عموم^(١) «سلطنة الفقيه» بعد إحراز القابليّة فقد عرفت دفعه أيضاً بمرجعية عمومات سلطنته وولايته.

وأما إشكال ما شكّ من التصرفات في اشتراطه بحضور إمام الأصل ونحوه فمندفع أيضاً بالرجوع إلى ملاحظة حال دليل الاشتراط مع حال دليل المشروط هل هما لفظيان، أو لبيان، أو مختلفان؟ فإن كانا لفظيين كان المرجع إلى إطلاق أدلة الاشتراط، وإن كانا لبيين كان المرجع إلى أصالة عدم الاشتراط فيما عدا المتيقّن من قدر الاشتراط، وإن كانا مختلفين، فإن كان دليل الاشتراط لفظياً والمشروط لبياناً كان المرجع إلى إطلاق الاشتراط، وإن كان بالعكس فبالعكس.

وأما إشكال حجّية عموم سلطنة الفقيه المخصّصة في الباقي ممّا عدا خصائص الإمام الخارجة فمندفع أولاً: بما عرفت من أنّ خروج خصائص الإمام عن تحت سلطنة الفقيه إنّما هو من باب التخصّص لا التخصيص.

(١) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ١٤٢.

وثانياً: بما قرّر في محلّه من حجّية العامّ المخصّص في الباقي وضعف قول المخالف فيه .

فتلخّص ممّا ذكرنا: ارتفاع الإشكال في عموم ولاية الفقيه على شيء من التصرفات من جميع الجهات المذكورة للإشكال .

وعلى ذلك فيثبت للفقيه من قبل الإمام عليه السلام مناصب عديدة:

منها: الافتاء فيما يحتاج إليه العامّي في عمله، ومورده المسائل الفرعيّة والموضوعات الاستنباطيّة من حيث ترتّب حكم فرعيّ عليها، ولا إشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه إلاّ ممّن لا يرى جواز التقليد للعامّي . وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد .

ومنها: الحكومة، فله الحكم بما يراه حقّاً في المرافعات وغيرها كالهلال ونحوه في الجملة، وهذا المنصب كمنصب الافتاء ثابت له بلا خلاف فتوىً ونصّاً^(١)، إلاّ ممن يرى الحكومة نوعاً من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يكون من المناصب المختصة بالفقيه، بل جاز القيام به لكلّ من عرف أحكام القضاء ولو بالتقليد، كما عليه الجواهر^(٢) والفاضل القمي^(٣) في جواب سؤاله والفاضل المقداد في التنقيح^(٤) وظاهر الشيخ في المبسوط^(٥) والشهيد في الدروس^(٦) والأردبيلي^(٧) وابن فهد^(٨). وإبداء الفرق بين الحكم والأمر بالمعروف

(١) الوسائل ١٨ : ١٠١ باب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٥ - ١٦ .

(٣) جامع الشتات ٢ : ٦٤٧ .

(٤) التنقيح الرائع ٤ : ٢٣٨ .

(٥) المبسوط ٨ : ٨٢ .

(٦) الدروس الشرعية ٢ : ٦٧ .

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١٧ .

(٨) المهذب البارع ٤ : ٤٥٢ .

من حيث المورد بالعموم من وجه، ومن حيث المفهوم بالتبائن لا ينافي اتحادهما في الحكم بعدم الاختصاص بالفقيه كالأمر الحسينية، وإن كان الأحوط الاختصاص بالفقيه، سيما عند عدم تعذر قيام الفقيه به، وعدم تعسر الوصول إليه، وعدم لزوم الاختلال والفساد من تعطيله.

ومنها: توقّف تصرّف غير الفقيه على إذنه فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام، وحيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوط فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول: ربما قيل أو يقال: إنّ ضابطه موكول إلى العرف والعقلاء، فكل ما كان من شأنه الرجوع فيه عند العرف والعقلاء إلى نظر الرؤساء رأي الكبراء هو ضابط ما يتوقّف من التصرفات على إذن الإمام أو أنّ ضابطه التصرف في أموال الغير وأموالهم أو أنّ ما يتوقّف على إذن الإمام أمور محصورة - كالتصرف في أموال القاصرين ونحوها ممّا سيأتي - فلا يتوقّف معرفتها على ضابط كلّي، كما حكى هذا عن قواعد^(١) الشهيد «رحمه الله»، ولكنّ الأقرب في ضابطه ما ذكره الماتن^(٢)، أخذاً من العوائد^(٣) بزيادة تنقيح وتوضيح: من أنّ كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج عقلاً ككلّ ما يلزم من تعطيله اختلال النظام أو الفساد أو خلاف اللطف، أو شرعاً ككلّ ما يلزم من تعطيله الضرر والضرار أو العصر والحرّج المنفيين في الشريعة إن علم كونه وظيفة شخص خاصّ كنظر الأب في مال ولده الصغير أو صنف خاصّ كالافتاء والقضاء أو كلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا إشكال في ذلك. وإن لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع إليه. ثمّ إن علم الفقيه

(١) القواعد والفوائد ١: ٤٠٥.

(٢) المكاسب: ١٥٤.

(٣) عوائد الأيّام: ٥٣٩.

من الأدلة جواز توليته لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة إن كان معن يرى الاستنابة فيه، وإلا عطّله إلى آخر ما أشار إليه الماتن.

أقول: بل الأشبه بالأصول كون الألفاظ الضابط الكلي لكلي ما يتوقف على إذن الإمام عليه السلام إنما هو عموم رئاسته وخلافته وسلطته الإلهية الأصلية الكلية العامة التامة كماً وكيفاً إلا ما خرج بتخصيص أو تخصص، لعموم أبوتهم وعليتهم وولايتهم على نحو ولاية العلة على المعلول، والمولى على العبد، والمالك على المملوك، وعموم ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾^(١) وعموم «أنهم أولي الأمر»^(٢) و «تنزل الملائكة عليهم بكلّ أمر، واستئذان الملائكة منهم في كلّ أمر»^(٣)، كما أنهم وعبوديتهم بالنسبة إلى المعبود الحقيقي كذلك وعلى هذا النهج ﴿لا يسبقونه بالقول وهم بأمره يعملون﴾^(٤).

والدليل على ثبوت هذا المنصب للفقير وجهان:

أحدهما: الأصل اللفظي وهو عموم: «وأما الحوادث»^(٥) وغيره من سائر العمومات الدالة على ثبوت النيابة المطلقة للفقير الحاكمة على عموم قوله: «كلّ معروف صدقة»^(٦)، وإطلاق ﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى﴾^(٧)، إلى آخر تقريب الماتن عليه السلام^(٨).

(١) الحل: ٧٥.

(٢) إشارة إلى الآية ٥٩ من سورة النساء.

(٣) أنظر الكافي ١: ٣٩٣.

(٤) الأنبياء: ٢٧.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠١ باب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٦) الوسائل ١١: ٥٢١ ب «١» من أبواب فعل المعروف ح ٢.

(٧) المائدة: ٢.

(٨) المكاسب: ١٥٤.

والآخر: الأصل العملي، بتقريب: أن كلَّ من يفرض جواز مباشرته للأمر العامة كالعدول أو الأمانة أو الثقات دخل الفقيه في صنفهم ولا عكس، فجواز ذلك للفقيه متيقن بخلاف غيره من الأصناف، فالأصل عدم جوازه لغيره، لعدم الدليل عليه.

ثم إنَّ تفصيل ذلك الضابط الكلِّي للأمر العامة التي مرجعها إلى نظر الامام ثمَّ الفقيه يتوقَّف على معرفة جزئياته.

فقول: من جملة الجزئيات المندرجة تحت ذلك الضابط الكلِّي: التصرف في أموال القاصرين من اليتامى والمجانين على الوجه الصالح، وتجهيز الأموات التي لا ولي لها، من تعيين الغاسل والغسل، وتعيين شيء من تركته للكفن، وتعيين المدفن، لا ندرجها في كلِّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج مع عدم كونه وظيفة شخص خاص، ولا صنف خاص، ولا كلَّ من يقدر على القيام به.

ومن جملة: الجزئيات المندرجة تحت ذلك الضابط الكلِّي! جبر الممتنع على أداء الحقِّ الواجب عليه ببيع ملكه وقبض ثمنه وأداء دينه، وكذا القيام بمصالح الغائب والمفقود والمريض والمغمى عليه الذي لا ولي له، وقاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة والموقوف عليهم في الأوقاف العامة ونحو ذلك، فيجوز للفقيه القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين لاندراجهم تحت ذلك الضابط الكلِّي.

وأما المقاصات، أعني: تقاصَّ الحقِّ من المنكر له عند عجز صاحب الحقِّ عن إقامة البيّنة عليه، وكذا التصدَّق بمجهول المالك واللقطة عن صاحبه، ففي توقّف مشروعيتها على إذن الفقيه وعدمه وجهان، بل قولان. من الشكِّ في ورود إطلاق الأمر الوارد عنهم عليهم السلام بالتصدَّق والمقاصَّة مورد حكم آخر فيندرج في

عموم الضابط الكلّي للأمر العامّة التي مرجعها إلى نظر الرئيس ورأيه، أعني: عموم «كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج مع عدم تعيينه الموجد له. ومن أنّ الأصل في الإطلاق المشكوك وروده مورد حكم آخر هو الإطلاق وعدم الصارف عنه بالورود مورد بيان حكم آخر، فيندرج في عموم كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج مع تعيينه الموجد له، لا مع عدم تعيينه ليندرج في عموم وظائف الفقيه.

وأما التصرف في سهم الإمام من الخمس وغيره بالحفظ أو الصرف على أقربائه أو على مطلق مصالح المسلمين بإذن شاهد حال الإمام أو فحواه على اختلاف الآراء في ذلك ففي توقّفه على إذن الفقيه لاندراجه في الضابط الكلّي المتقدّم، أو عدم توقّفه على إذنه ليجوز لغير الفقيه أن يتولّاه، أم التفصيل بين حقّه المعيّن كأعيان من لا وارث له، فيتوقّف التصرف فيها على الإذن، وبين الغير المعيّن كالجزة المشاع من أعيان ما يتعلّق بها الخمس كالمعادن والغنائم والكنوز فلا يتوقّف على إذن الفقيه، وجوه، أظهرها الأوّل، لعموم^(١) ما دلّ على النيابة المطلقة والخلافة العامّة للفقيه عن قبل الإمام عليه السلام في كلّ ما له من السلطنة والولاية من تعليل الرجوع إليهم بقوله عليه السلام: «فإنهم حجّتي عليهم»^(٢)، وقوله: «مجاري الأمور والأحكام على يد العلماء»^(٣)، وإطلاق قوله عليه السلام: «خلفائي عليهم»^(٤).

وقد تقدّم لك أنّ ما يشكّ في كونه من وظائف الفقيه تارةً يكون منشأه الشكّ في كونه من وظائف الامام وعدمه، وتارةً يكون منشأه الشكّ في ثبوته

(١) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ١٤٢.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠١ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٣) تحف العقول: ٢٣٨.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠٠ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٧.

للفقيه بعد إحراز كونه من وظائف الإمام عليه السلام، فما كان الشكّ فيه ناشئاً عن الشكّ في كونه من وظائف الإمام عليه السلام كتزويجه العاقلة الرشيدة من دون رضاها، وتطبيق زوجة الغير من دون رضاه، حيث يحتمل إناطة صحّتهما برضا خصوص الطرفين، فالأصل عدم ثبوته للفقيه، بل ولا للإمام، لما عرفت من أنّ ولاية الإمام عليه السلام على التصرف في أموال الأنام وأنفسهم وإن بلغ ما بلغ إلاّ أنّه إنّما يشمل من التصرفات ما يقبل تولية الغير عليه، وأمّا ما لا يقبل أو يشكّ في قابليّته لتولية الغير فلا يشملها عموم التولية للغير، وكان خروجه عن تحت عموم التولية بالتخصّص لا التخصيص، كما أنّ عموم «أكرم العلماء» وإن بلغ ما بلغ لا يشمل غير العالم ولا المشكوك عالميّته وكان خروجهما عن تحت العموم بالتخصّص لا التخصيص.

وأما ما كان الشكّ فيه ناشئاً عن الشكّ في إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ - أعني: الشكّ في كونه من المناصب الخاصّة بالإمام كتعيين وجوب الجمعة لئلاّ يكون للفقيه حظّاً فيها، أم من مناصبه العامّة القابلة لتفويضها إلى الفقيه - فالأصل العملي الأوّلي وإن كان أيضاً عدم ثبوتها للفقيه إلاّ أنّ الأصل اللفظي الثانوي - أعني: العمومات والاطلاقات المتقدّمة - يقتضي ثبوتها للفقيه، وما نحن فيه من قبيل القسم الثاني لا الأوّل، فيكون من مناصب الفقيه أيضاً، والله العالم.

قوله: «وإلّا لزم تخصيص أكثر أفراد العامّ... إلخ».

[أقول:] فيه: منع لزومه أوّلاً: بأنّ ما يمكن إخراجه من عموم ولاية الفقيه هو الأوامر الاقتراحية النادرة الاندرة صدورها من الفقيه الموصوف بقوله: «من كان من الفقهاء صائناً لنفسه من العصيان، حافظاً لدينه من الشيطان، مخالفاً

لهواه، مطيعاً لأمر مولاه»^(١) الحديث الشريف، الدالّ على أنّ العدالة المعترية في مرجعية الفقيه تالية تلو العصمة المانعة من الاقتراح، والمقتضية لعموم المنزلة، وتنزيله منزلة النبوة وإن كان مثل التراب بالنسبة إلى ربّ الأرباب، ومثل البعوضة في عرض مقادير الله تعالى، إلا أنّ أمثال قوله ﷺ: «ربّ التراب هو ربّ الماء»^(٢) نزلّ التراب منزلة الأرباب، كما نزلّ الأرباب منزلة ربّ الأرباب.

وثانياً: لو سلّم خروج اقتراحات الفقيه عن عموم سلطنته، لكن لا يسلم خروجها عن عموم^(٣) وجوب إطاعته، أو لا يقصر حقوقه وحرمة عقوقه عن حقوق الأمّ، فضلاً عن حقوق الأبوة والأخوة الإيمانية الواجبة حتّى في إجابة دعوته، وقضاء حاجته، وقبول معذرتة، وحسن صحبته، وحفظ خلّته، إلى آخر ما تقدّم من قوله ﷺ: «للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لبراءة له منها إلا بأدائها أو العفو»^(٤) الحديث.

وثالثاً: لو سلّمنا خروج اقتراحات الفقيه عن وجوب طاعته، ولكن خروجها عن طاعته بعنوان واحد، كخروج تبعيّة الشيطان بقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ﴾^(٥) وإن كان من التخصيص بالأكثر، إلاّ أنّه ليس من التخصّص بالأكثر المستهجن عرفاً قطعاً.

قوله: «من لا وليّ له - في المرسلة^(٦) [المذكورة] - ليس مطلق من لا وليّ

له... إلخ».

(١) الوسائل ١٨: ٩٤ باب «١٠» من أبواب صفات القاضي ح ٢٠.

(٢) الوسائل ٢: ٩٨٤ باب «١٤» من أبواب التيمم ح ١٣.

(٣) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ١٤٢.

(٤) الوسائل ٨: ٥٥٠ باب «١٢٢» من أبواب أحكام العشرة ح ٢٤.

(٥) الحجر: ٤٢.

(٦) مستند أحمد بن حنبل ١: ٢٥٠ و ج ٦: ٢٦٠.

أقول: وإن لم يكن المراد مطلق من لا وليّ له كما لم يكن المراد منه من له وليّ كالأب والجدّ إلّا أنّ مفهوم إثبات الشيء ليس نفي ما عداه، حتّى يناقض ويعارض منطوق: ﴿النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(١) وأنّ الحاكم وليّ الممتنع الصريح في عموم ولايته على من دونه من سائر الأولياء فضلاً عمّن هو وليّ نفسه أو مولى عليه أو لا وليّ له. مضافاً إلى ما عرفت من ضرورة العقل والنقل من أنّ الولاية كسائر الإفاضات الإلهيّة ليست كإفاضة بعضنا بعضاً، بل لا ينقص منه شيء ولا يزيده كثرة العطاء إلّا جوداً وكرماً، فتخصيص ولايته بمن لا وليّ له لا لتخصيص الولاية به، بل لأحوجيّةه، وبلاغة الكلام مطابقتها لمقتضى الحال؛ لأنّ جعل الولاية لغيره لا يوجب نقصاً في ولايته التي كانت له قبل جعله. قوله: «وينبغي أن يكون له هو السلطان. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى ظهور «وليّ من لا وليّ له»^(٢) كظهور وليّ الممتنع في عموم الولاية له، وعليه فلا وجه لتخصيصه بالمصلحة الراجعة إليه لا إلى غيره. ومن جملة مناصب الفقيه ووظائفه إقامة الحدود والتعزيرات والجهاد مع الكفّار في دعواهم إلى دين الإسلام، أو ضرب الجزية عليهم على المشهور المنصور، لكن ثبوت هذا المنصب للفقيه ليس مستنده عموم أدلّة وجوب إقامة الحدود، مثل عموم «أقيموا الحدود»^(٣)، وعموم قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾^(٤) أي: السارق والسارقة، وعموم ﴿فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة﴾^(٥) أي: الزاني والزانية، وعموم الآيات^(٦) الدالّة على وجوب الجهاد مع

(١) الأحزاب: ٦.

(٢) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٦) ص: ١٥٤.

(٣) إشارة إلى الآية: ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٤) المائدة: ٣٨.

(٥) النور: ٢.

(٦) التوبة: ٢٩.

الكفّار حتّى يعطوا الجزية عن يد حتّى يمنع دلالة صيغة الجمع على العموم .
 ولا عموم الخطاب الشفاهي للمعدومين حتّى يمنع القول به عند المشهور ،
 ولا لإطلاق وجوب إقامتها حتّى يمنع الإطلاق بوروده مورد الغالب ، أعني :
 توجّه الإطلاق إلى الحاضرين الواجدين حضور الإمام غالباً والواجب المشروط
 مطلق بالنسبة إلى الواجدين للشرط ، فإذا كان المفروض عدم اتّحادهم مع
 الحاضرين لا في الخطاب ولا في الصنف لم يجز لهم التمسك بإطلاق الخطاب في
 نفي الاشتراط ؛ لاحتمال أن يكون عدم تقييد الخطاب المختصّ بالحاضرين
 لأجل الحمل على الغالب من أفراد المطلق ، حيث إنّ حالة حضور المخاطبين
 خدمة الإمام ﷺ أغلب من حالة فقدهم إتياء بالمسافرة ونحوه ، فلا يجوز استدلال
 المعدومين بإطلاق الخطاب المختصّ بالحاضرين على الوجوب المطلق على
 المعدومين مع الاختلاف في الصنف ، كما لا يجوز استدلال الحاضرين أيضاً
 بإطلاقه على الوجوب المطلق عليهم في حال فقدهم الإمام المتفق لهم نادراً ،
 لانصراف الإطلاق إلى غالب أحوالهم المفروض وجدان الشرط حسب ما قرّر
 ذلك في محلّه من الأصول .

ولا لأجل اندراج إقامة الحدود فيما يتوقّف عليه حفظ نظام العالم ويترتب
 عليه بقاء عيش بني آدم .

ويلزم من تعطيله اختلال النظام وفساد أمور الأنام حتّى يمنع الملازمة
 إجمالاً : بأنّه لو كان مستند إقامة الحدود هو لزوم اختلال النظام من تعطيله
 لوجب إقامته على عدول المؤمنين عند تعدّر الفقيه أو تعسّره ، كما يجب ذلك في
 كلّ ما يلزم من تعطيله اختلال النظام من حفظ أموال القصر وغيره من كلّ ما
 يندرج في الضابط الكلّي للأمور العامّة الواجبة وجودها من دون تعيين الشارع
 الموجد لها .

وتفصيلاً: بأنَّ في وجوب الأمر بالمعروف الكفاية في حفظ النظام، سيّما إذا قلنا بجميع مراتبه في زمان الغيبة وإن أدى إلى القتل والجرح، كما يقتضيه عموم أدلّته.

ولا مجرّد الشهرة المنقولة والمحصّلة حتّى يناقش في حجّيتهما أو جبرانهما، لدلالة الأدلّة الدالّة على ثبوت النيابة المطلقة للفقهاء عن قبل الإمام عليه السلام، بل المستند لنا على ثبوت منصب إقامة الحدود والجهاد للفقهاء - مضافاً إلى الشهرة - هو عموم أدلّة خلافته عن الإمام عليه السلام، كعموم «مجاري الأمور والأحكام على يد العلماء»^(١)، وعموم «وأما الحوادث»^(٢)، وغير ذلك من العمومات المتقدّمة فإنّ المانع من ثبوت هذا المنصب للفقهاء.

أمّا الشكّ في قابليّة سلطنة الفقيه لمثله والمفروض عدم هذا الشكّ لعدم الموهب له عقلاً ولا عرفاً ولا شرعاً، لمنع قابليّة سلطنة الفقيه على مثله بعد ثبوت قابليّة سلطنة الإمام عليه السلام على مثله.

وأما الشكّ في شمول أدلّة خلافته عن الإمام لمثله بعد إحراز القابليّة لاحتمال كونه من خصائص الإمام، والمفروض عموم الأدلّة وإطلاقها على وجه لا يقصر عن عموم أدلّة خلافة الإمام عن النبيّ، فكيف يبقي المجال لاحتمال التفكيك فضلاً عن الجزم بمنع ثبوت هذا المنصب للفقهاء، كما زعمه الماتن^(٣) رحمه الله، تبعاً لبعض المتورّعين في الاحتياط مع اعترافه بشبوته للإمام وكون الشكّ في الاندراج تحت عموم الولاية بعد إحراز القابليّة؟

ومن جملة وظائف الفقيه: جواز تزويجه الصغيرة لغير الأب والجدّ، وولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، وفسخ العقد الخياري عنه كالبيع الشرط،

(١) تحف العقول: ٢٣٨.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠١ باب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٣) المكاسب: ١٥٥.

وأخذ الشفعة له. ولكن فيه: أنه إن كان في هذه التصرفات مصالح عامّة يلزم من تعطيلها الضرر على الصغير والغائب المنفي في الشريعة فمرجعها إلى الضابط الكلّي الواجب وجوده، المتقدّم كون القيام به من وظائف الإمام عليه السلام، ثمّ الفقيه، ثمّ عدول المؤمنين على الترتيب، لا أنّها من الوظائف الخاصّة بالفقيه كالافتاء.

وإن لم يكن في تلك التصرفات مصالح عامّة يلزم من تعطيلها ما هو منفيّ في الشريعة فليست من وظائف الفقيه الخاصّة ولا العامّة المشارك فيها عدول المؤمنين مع الترتيب، بل ولا من وظائف الإمام عليه السلام فضلاً عن الفقيه.

ثم إنّ هذا كلّه في ولاية الفقيه. وأمّا ولاية عدول المؤمنين فالكلام فيه تارةً في بيان أدلّة ولايته، وأخرى في بيان معنى ولايته هل هو على وجه الاستنباط عن الفقيه أو غيره؟ ومقدار ولايته وبيان مواردها والفرق بينهما وبين ولاية الفقيه، وبيان المراد من عدول المؤمنين هل هو الجنس أو الجمع؟ وعلى الأوّل هل المراد جنس المفرد أو الجمع؟ وهل المراد من العدالة المشروط بها الولاية فيهم هو الملكة أو مجرد الوثاقة؟ فالكلام إذن في مطالب:

أما أدلّة ولايته في الجملة فهي الأدلّة الأربع:

أما من الكتاب فيكفي ما تمسك الشهيد به عليه في القواعد^(١) من عموم:

﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى﴾^(٢).

وأما من السنّة فيكفي ما تمسكوا به من قوله صلى الله عليه وآله: «كلّ معروف صدقة»^(٣)،

وقوله عليه السلام: «والله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»^(٤)، وصحبة

محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيّة فرفع أمره إلى قاضي

(١) القواعد والفوائد ١: ٤٠٦.

(٢) المائدة: ٢.

(٣) الوسائل ١١: ٥٢١ باب «١» من أبواب فعل المعروف ح ٢.

(٤) الوسائل ١١: ٥٨٦ باب «٢٩» من أبواب فعل المعروف ح ٢.

الكوفة فصيرَ عبد الحميد القيمَ بماله، وكان الرجل خَلْفَ ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميْتَ صيرَ إليه وصيتهَ وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيمَ مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس^(١) الخبر.

وأما من الإجماع فيكفي وقوع ولاية العدول في الجملة معقد الفتاوى والإجماعات.

وأما من العقل فيكفي استقلال العقل بجواز تولية آحاد المكلفين لكل ما كان واجب الوجود عقلاً أو شرعاً من دون تعيين الموجد الخاص لها شرعاً ولا عقلاً.

ثم إن مقتضى عموم الأدلة المذكورة وإن كان جواز تولية العدول مطلقاً ولو مع عدم تعذر الفقيه ولا تعسره إلا أن عمومات ولاية الفقيه من قوله ﷺ: «وأما الحوادث»^(٢) إلخ و«مجاري الأمور بيد العلماء»^(٣) حاكمة على عمومات ولاية العدول، فتقتضي ترتب ولايتهم على تعذر الفقيه أو تعسره، كما أن عموم^(٤) ولاية الإمام ﷺ حاكمة على عموم ولاية الفقيه، فتقتضي ترتب ولايته على تعذر الإمام أو تعسره. مضافاً إلى أن المرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأي أولي الأمر أو من يخلفه في الولاية أخذاً بالمتيقن إلا في مقام التعذر أو التعسر.

ثم إن ولاية العدول هل هي على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي كما استظهره الماتن^(٥)، أم على وجه الاستنابة عن حاكم الشرع - كما استظهره

(١) الوسائل ١٢: ٢٧٠ باب «١٦» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢.

(٢) تقدم ذكر مصدرهما في هامش (٢ و ١) ص: ١٥٧.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠١ باب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٥) المكاسب: ١٥٦.

شيخنا العلامة - ليثبت لهم عند تعذر الفقيه كلما كان للفقيه من التولية حتى على الحكومة وإقامة الحدود؟ وجهان، من ظهور الآيات^(١) والأخبار المتقدمة^(٢) على ولايتهم في التكليف الوجوبي أو الندبي، ومن ظهور تعدادهم ولاية العدول عقيب ولاية الفقيه في الولاية على وجه الاستنابة عنه. ويضعف بعدم دلالة شيء من أدلة ولاية العدول على الاستنابة، ومغايرة لسانها للسان أدلة ولاية الفقيه من قوله ﷺ: «خلفائي وحجتي وورثتي»^(٣) حتى يدل على الاستنابة، بل لسانها كلسان أدلة الأمر بالمعروف في بيان الحكم التكليفي لا الاستنابة.

ومن هنا يعلم انحصار مقدار ولاية العدول ومواردها في كل معروف واجب الوجود عقلاً أو شرعاً من دون تعيين الموجد له بالخصوص.

ومن هنا يعلم الفرق أيضاً بين ولاية الفقيه والعدول، فإن ولاية العدول وإن ساوى ولاية الفقيه من حيث الوقوع في طول ما سبقه من سائر الولايات لا في عرضها، إلا أنه خالفه في الوقوع على وجه التكليف لا الاستنابة.

وأما المراد من عدول المؤمنين فهو وإن وقع في معقد الفتاوى بلفظ الجمع إلا أن الظاهر من أدلته بل صريح الأخبار المتقدمة وتصريح الأصحاب هو إرادة جنس المفرد، لا أقل الجمع من الأفراد، ولا من جنس الأفراد، كما يوهمه ظاهر التعبير بعدول المؤمنين.

وأما المراد من العدل ففي كونه مجرد الوثاقة أو عدالة الملكة الاجتنب عن الكبائر وجهان، من إطلاق الوثاقة في موثقة^(٤) زرعة، ومن تقييد العدل في

(١) انظر الأحزاب: ٦ والنساء: ٥٩ والمائدة: ٥٥.

(٢) تقدم ذكر مصادرها في هامش (٢) ص: ١٢٤.

(٣) الظاهر أنها متصيدة من عدة روايات، أنظر ما تقدم في هامش (٢) ص: ١٢٤.

(٤) الوسائل ١٣: ٤٧٤ باب «٨٨» في أحكام الوصايا ح ٢.

صحيحة^(١) إسماعيل بن سعد، وأصالة الأخذ بالمتيقن، وحمل المطلق على المقيد هو الاقتصار على ولاية العدل إلا إذا تعذر أو تعسر فيجوز لغير العدل من الثقات تولية ما للعدل، كما يجوز لغير الثقات من سائر المسلمين تولية ما للثقات فيما تعذر الثقات من الأمكنة والأقطار، كما يجوز لغير المسلمين من أصناف الكفار تولية ما للمسلمين فيما تعذر المسلمين من الأمكنة.

قوله: «العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة، لعموم^(٢) أدلة [فعل] ذلك المعروف... إلخ».

[أقول]: فيه: احتمال أن يكون عموم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مباشرة الأمر والنهي القولي لا الفعلي كالوعظ والنصيحة والتواصي بالحق والتهديد والتوعيد والإنذار القولي، أو في مباشرة ما يتعذر فيه العدل والعدالة، أو فيما يتعلّق بمال المباشر كالتصدّق بماله على اليتيم لا العكس ممّا هو خارج عن محلّ النزاع.

وأما مباشرة ما يتعلّق بمال اليتيم مع تمكّن العدل أو العدالة الذي هو محلّ النزاع لا غير فقد عرفت تخصيصه بقوله في صحيحة^(٣) محمد بن إسماعيل: «إذا كان القِيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس».

قوله: «أنّها محمولة على صحيحة^(٤) علي بن رثاب».

فيه: لا وجه لحمل العدالة المعتبرة في مذهب المباشرة وغيرها على مطلق الأمانة، بل الوجه العكس.

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٩ باب «١٦» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١.

(٢) الأنعام: ١٥٢، والأسراء: ٣٤، والوسائل ١١: ١٠٨ ب «٥٩» من أبواب جهاد العدو

ح ٢.

(٣) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ١٥٩.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٦٩ باب «١٥» من أبواب عقد البيع ح ١.

قوله: «ولو شكَّ في حدوث الفعل منه وأخبر به ففي قبوله إشكال... إلخ».

[أقول:] وجه الإشكال: احتمال اختصاص مجرى أصالة الصَّحة بفعل

المسلم دون قوله.

ويدفعه: إمكان تصحيح قوله بعموم: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

قوله: «كما لو شكَّ [المشتري] في بلوغ البائع . فتأمل - إلى قوله - فتدبّر» .

[أقول:] إشارة إلى ما فيه من أنَّ فعل المسلم إن حمل على الصَّحة الفاعليَّة

فقط المستندة إلى الأصل العملي كقوله: «احمل فعل أخيك على أحسنه» لم

يسقط فعله عن الغير . وأمَّا إن حمل على الصَّحة الحاملية المستندة إلى مثل قوله:

ما غلب عليه المسلمون فلا بأس من الأمانة الواقعية، كما يقتضيه قولك بسقوط

فعله عن الغير، فيثبت به سائر لوازمه الواقعية، فلا فرق بين اللوازم.

قوله: «بنفس ذي المقدّمة . فتأمل» .

[أقول:] إشارة إلى عدم الفرق في مزاحمة الوكلاء بين الوكالة المتعلقة

بنفس ذي المقدّمة أو بالأعمّ منه ومن المقدّمة، بعد فرض أنَّ الإذن في الشيء إذن

في لوازمه .

وأما قوله: «حكم الوكيل حكم الموكل» فإنما يقتضي عدم مزاحمة غير

الوكيل للوكيل، لا عدم مزاحمة الوكيل، لمشاركة المساوي له في الوكالة

بالفرض .

وأما قوله: «بلزوم اختلاف النظام»^(١) ممنوع أيضاً نقضاً: بتعدّد الأنبياء

والأوصياء والعلماء والسفراء والوكلاء في أمر واحد وعصر واحد وشرعية واحدة

وأمة واحدة، كما بعث ألف نبيٍّ مع الكليم ﷺ منهم هارون ويوشع وشعيب

والخضر، ونصب إمامين كالحسنين مع اشتراكهم في الرئاسة والولاية عن الثقلين .

(١) في المكاسب: «إلى لزوم اختلاف نظام» .

وحللاً: بأن اعتبار العصمة والعدالة ورعاية الغبطة والمصلحة في تعدد المتراحمين في أمور الأيتام يوجب مزية الاستحكام والانتظام لا اختلال النظام، فالمزاحمة بهذا الوصف معاونة على البرّ والتقوى، كما قال تعالى: ﴿سنشدّ عضدك بأخيك ونجعل لكما سلطاناً﴾^(١) و﴿أرسلنا إليهم اثنين فكذبوهما فعززنا بثالث﴾^(٢).

نعم، إنّما يلزم اختلال النظام من مزاحمة المبطل مع المحقّ كمزاحمة خلفاء الجور وقضاة الجور مع خلفاء الحقّ وقضاة العدل، وهو الشائع الذائع في كلّ زمان ومكان، خصوصاً في فتن آخر الزمان، ونزغ الشيطان بين الإخوان، وامتحان الكفر والإيمان والظلم والعدوان.

قوله: «القرب في الآية يحتمل معاني أربعة... إلخ».

أقول: بل القرب في خصوص ﴿لا تقربوا مال اليتيم﴾^(٣) بقريته سائر الآيات الواردة في تفسيرها وتفسير ﴿يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم - إلى قوله - ولو شاء الله لأعنتكم﴾^(٤) لا يحتمل إلا معنى واحد، وهو الكناية مبلغة عمّا يعدّ تصرفاً فعلياً عرفاً كالاقتراض والبيع، والإجارة لا القرب الحقيقي مكاناً، ولا الفعلي كالنظر واللمس والحركة، ولا الأعمّ منه ومن الترك إلاّ بتنقيح المناط، بخلاف ﴿لا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾^(٥) و﴿لا تقربوا الزنا﴾^(٦)، فإنّ المنهى في ﴿لا تقربوا

(١) القصص: ٣٥.

(٢) يس: ١٤.

(٣) الأنعام: ١٥٢.

(٤) البقرة: ٢٢٠.

(٥) الأنعام: ١٥١.

(٦) الأسراء: ٣٢.

الفواحش ﴿ هو مطلق القرب حتّى الركون والمجاورة والمصاحبة والمجانسة وجميع أنحاء القرب، أخذاً بأصل الحقيقة، وظاهرها الخالي عن القرينة، بخلاف ﴿لا تقربوا مال اليتيم﴾، والفارق النصّ والقرينة الصارفة عن مطلق التقلّب والتقرب إلّا ما يقصد به التوصل إلى التصرف المنهيّ فإنّه منهيّ من باب المقدّمة لا مطلقاً وبالأصالة، كما في ﴿لا تقربوا الفواحش﴾.

قوله: «المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرّفونه^(١)... إلخ». [أقول:] فيه: أنّ التجوّز في منطوق المنفعة بحمله على عدم الضرر ليس بأولى من تقييد إطلاق مفهوم «إن كان فيه ضرر فلا» بصورة ما فيه منفعة دون ما ليس فيه منفعة ولا مضرّة، بل الأولى العكس؛ لأظهرية المنطوق من المفهوم، وألوية التقييد من المجاز وإن كان تقييد مفهوم «إن كان فيه ضرر فلا» بصورة ما فيه منفعة ليس بأولى من العكس وهو تقييد مفهوم «إن كان فيه منفعة فلا بأس» بصورة ما فيه ضرر. مضافاً إلى أنّ الأصل والاحتياط وخصوص المستثنى وعموم المستثنى منه من قوله: ﴿لا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن﴾^(٢) اعتبار المصلحة والمنفعة، بل الأصلية.

قوله: «فيه وجهان، نعم».

[أقول:] تصديق للوجه الأوّل، وهو اعتبار الأصلية «لمثل ما قلنا» من الوجوه الثلاثة.

كما أنّ قوله: «لا» ردّ للوجه الأوّل، أي لا يعتبر الأصلية «لأنّه^(٣) لا يتناهى».

فيه: أن ما يعتبر من الأصلية يتناهى وما لا يتناهى لا يعتبر.

(١) في المكاسب: «ما يتصرّفون».

(٢) الأنعام: ١٥٢.

(٣) في المكاسب: «لأنّ ذلك».

قوله: «بل لأنَّ الغرض من الأمر لا يحصل إلَّا به . فافهم» .

[أقول:] إشارة إلى أنَّ الاحتمال يبطل الاستدلال، أو إلى أنَّ الأمر ببيع المسلم قهراً على الكافر دليل منع بيعه منه ابتداءً بالأولوية القطعية، كما أنَّ قوله تعالى: ﴿طَهَّرْ بَيْتِي﴾^(١) وقوله ﷺ: «جَنَّبُوا مَسَاجِدَكُمْ النَّجَاسَةَ»^(٢) دليل حرمة إحداثها بالأولوية القطعية . مضافاً إلى أنَّ جواز بيع المسلم للكافر ابتداءً مع الأمر ببيعته عليه قهراً نقض للغرض، ويلزم من إحداثه اعدامه .

فإن قلت: عموم نفي سلطنة الكافر ينافي ما نرى من سلطنة الكافر على المؤمنين، بل على الأنبياء والمرسلين بالقتل والحرق وأنواع الظلم . قلت: عموم نفي سلطنته كعموم نفي العسر والحرج والضرر والضرار ونفي سلطنة الشياطين بقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ اللَّهَ لَيْسَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾^(٣) ﴿وَمَا اللَّهُ يَرِيدُ ظُلْمًا لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٤) ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾^(٥) ﴿إِنَّمَا سُلْطَانُهُ عَلَى الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَهُ وَالَّذِينَ هُمْ بِهِ مُشْرِكُونَ﴾^(٦) لم يخصَّ بشيء من تلك الموارد الظلمية والجورية، إلَّا على وجه التخصُّص لا التخصيص، والاستثناء المنقطع لا المتصل .

لأنَّ الظلم والجور إمَّا من نفس الظالم، كاستيلاء الجائر والسارق والغاصب على مال المظلوم وحاله بجعل نفسه وسوء اختياره، لا يجعل الله وإجباره وإرادته، كما يتوهَّمه الجبرية، ضرورة أنَّ الجور والسرق والغصب لا يستند إلى

(١) الحج: ٢٦ .

(٢) الوسائل ٣: ٥٠٤ باب «٢٤» من أبواب أحكام المساجد ح ٢ .

(٣) آل عمران: ١٨٢، الأنفال: ٥١، الحج: ١٠ .

(٤) آل عمران: ١٠٨ .

(٥) الحجر: ٤٢ .

(٦) النحل: ١٠٠ .

جعل الله، ولا يجعل السارق والغاصب مالكاً ولا المظلوم مملوكاً.
 وإما عن سوء اختيار المظلوم والمغضوب وتسيبه لاستيلاء الظالم على نفسه وغيره بإعانتة واستعباده وتولاه، كما يستعبدون الأصنام، ويستحلّون الحرام، ويتولّون الأزمات، ويسلّطون الظلام على الإسلام وعموم الأنام، يجعلهم وسوء اختيارهم دون جعل الله واختياره. وهذا القسم من الاستيلاء أيضاً كسابقه إنّما يستند إلى فاعله المباشر أو السبب القاهر، دون مدخلة الشارع فيه مباشرة، ولا تسيبياً، ولا جعلاً بوجه من الوجوه تعالى الله عما يقول الظالمون علواً كبيراً.
 قوله: «وأما الآية فباب الخدشة فيها واسع... الخ».

أقول: محلّ هذه الآية في الآية المائة والأربعون من سورة النساء، وهي السورة الرابعة من القرآن، وصدورها ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِكُمُ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فِتْحٌ مِنْ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحِزْ بِكُمْ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ فَالْتَمَسْنَا لِكُلِّ فِتْحٍ مِنَ اللَّهِ فَجَعَلْنَا لِكُلِّ فِتْحٍ مِنْكُمْ مَكْرَهُمْ وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا فَحَسْبُ لِلْكَافِرِينَ﴾، وذيلها: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ﴾ الآية.

وأما دلالتها: فمن الواضح اللائح ظهورها بل نصوصها في الدلالة بنفسها على عموم نفي الشارع للكافر على المسلم سلطنة شرعية، لا خصوص نفي السلطنة العادية الحاصلة بمقتضى الأسباب العادية.

وبعبارة أخرى: المنفي شرعاً هو استيلاؤه الشرعي لا القهري، وذلك لأنّ المناسب بوظيفة الشارع هو بيان نفي السلطنة الشرعية لا خصوص نفي السلطنة العادية. كما أنّ مراعاة هذه المناسبة قرينة حمل قوله ﷺ: «الاثنتان فما فوقهما جماعة» على الحكم الشرعي، وهو انعقاد الجماعة بهما، لا على الحكم اللغوي، وهو بيان صدق لفظ الجماعة عليهما، فهذه الآية نظير آية ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي

الدين من حرج^(١) في الدلالة والعموم والنصوص والسياق والأسلوب والإيحاء عن التخصيص بنفسها، لكون المنفي نكرة في سياق النفي. مضافاً إلى انجبارها على تقدير الضعف بالشهرة، بل الإجماع المنقول، بل المحصل من ملاحظة أن تجويز كل من يجوز بعض التمليكات للكافر إنما يستند إلى منع موضوع سلطنته به، لا إلى منع حكم نفي سلطنته، وهو كاشف عن إجماعهم على تسليم الحكم الكبروي، وهو عموم نفي السلطنة بعد تحقق موضوعه وصغراه.

فتبين تمامية دلالة الآية على عموم نفي استيلاء الكافر على المسلم شرعاً من جميع الجهات بنفسها وبمعونة قرينة المناسبة والانجبار بالشهرة والإجماع بقسميه، وعدم بقاء المجال والمسرح للإيراد والمناقشة.

لأن الإيراد إن كان من جهة احتمال نفي الاستيلاء في الآخرة فهو وإن احتمله الماتن^(٢) والصابي^(٣) من المفسرين بقرينة ما قبلها بل وبموافقتها آية ﴿وَالَّذِينَ اتَّقَوْا فَوْقَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾^(٤) - نظراً إلى أن القرآن يفسر بعضه بعضاً - إلا أن عموم النفي بنفسه يدفع احتمال التخصيص بهذا المعنى، فضلاً عن الانجبار بالشهرة والإجماع المتقدمين.

وإن كان من جهة احتمال إرادة نفي الاستيلاء القهري والعادي فهو وإن احتمله الماتن^(٥) أيضاً - وفقاً لتفسير الجلالين^(٦) بنفي استيلاء الكفار على استيصال المسلمين بقرينة ما قبل ما قبلها، بل وبموافقتها لقوله ﷺ: «دعوت الله

(١) الحج: ٧٨.

(٢) المكاسب: ١٥٨.

(٣) تفسير الصافي ١: ٥١٢.

(٤) البقرة: ٢١٢.

(٥) المكاسب: ١٥٩.

(٦) تفسير الجلالين: ١٣٢.

تعالى ليلة المعراج أن لا يسلط على أمّتي من سوى أنفسهم ظالم»^(١) - إلا أن عموم النفي بنفسه مضافاً إلى الشهرة والإجماع يدفع احتمال التخصيص بهذا المعنى أيضاً.

وإن كان من جهة تفسيرها في بعض الأخبار^(٢) بنفي الحجّة للكفّار على المؤمنين فهو وإن كان حقاً إلا أنه إمّا من البطون، أو فرد من أفراد ظهورها العام. وكيف كان فلا موجب لتخصيصها به.

وبالجملة: فسياق صدر الآية في الخصوص لا يخصّص ظهور ذيلها في العموم، كما أنّ خصوص المعلوم لا يخصّص ظهور العلة في العموم، وكذا خصوصيّة شأن النزول لا تخصّص عموم النازل، كما أنّ خصوص المورد لا يخصّص عموم الوارد، وكذا البطون لا تخصّص الظواهر، كما أنّ إرادة كلّ من معنيي المشترك لا يعارض المعنى الآخر في إرادة واحدة على سبيل عموم الاشتراك. وفي إرادات عديدة على سبيل تعدّد الاستعمال.

وإن كان من جهة تعارض عموم الآية^(٣) لعموم «ما دلّ على صحّة البيع»^(٤) ولزوم «الوفاء بالعقود» و «حلّ أكل المال بالتجارة والتراضي»^(٥) وعموم «تسلطّ الناس على أموالهم»^(٦) فهو وإن احتمله الماتن أيضاً - مستبعداً الحكومة الآية عليها - إلا أنه يكفيه وضوح مماثلة الآية لقاعدة نفي الحرج والضرر في السياق والأسلوب والحكومة على جميع العمومات، بحيث يعدّ التفكيك بينهما تحكّم

(١) أنظر سنن ابن ماجه ٢: ١٣٠٣ باب «٩» ما يكون من الفتن ح ٣٩٥١.

(٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٠٣ ح ٥.

(٣) النساء: ١٤١.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) النساء: ٢٩، الوسائل ٣: ٤٧٤ باب «٣» من أبواب مكان المصلّي ح ١.

(٦) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

بحت .

وإن كان من جهة ما قاله الماتن أيضاً - من أنّ إِبَاء سِيَاق الآيَةِ عَنِ التَّخْصِيسِ مَعَ وَجُوبِ الْإِتِّمَارِ بِهِ فِي طَرَفِ الْإِسْتِدَامَةِ وَفِي كَثِيرٍ مِنَ الْفُرُوعِ فِي الْإِبْتِدَاءِ يُقَرَّبُ تَفْسِيرِ السَّبِيلِ بِمَا لَا يَشْمَلُ الْمَلِكِيَّةَ بِأَنَّ يَرَادُ مِنَ السَّبِيلِ السَّلْطَنَةِ فَيُحْكَمُ بِتَحَقُّقِ الْمَلِكِ وَعَدَمِ تَحَقُّقِ السَّلْطَنَةِ^(١) إلخ - ففِيهِ: الْمَنْعُ مِنَ الْإِتِّمَارِ بِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْفُرُوعِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، فَضْلاً عَنِ دَعْوَى الْإِتِّمَارِ بِهِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْفُرُوعِ فِي الْإِبْتِدَاءِ .

لأنّه إن أراد من موارد الالتزام به في الابتداء مورد الاستدانة من الكافر فمن المعلوم عدم كون الاستدانة من الكافر تسليط له على المسلم باعترافه أيضاً، بل إنّما هو تسليط له على نفس ماله، وتسليطه على المستدين تسليط خفي بالتبع للمال لا تسليط بالأصالة .

وإن أراد منه الالتزام به في مورد ما إذا كان العبد المسلم ملكاً لكافر مات فورته كافر آخر حيث يلتزم بدخوله ابتداء في ملك الوارث الكافر ففيه: المنع من دخوله في ملكه، وإنّما يدخل ثمنه في ملكه فيكون حقّ الكافر على العبد المسلم، نظير حقّ الرهانة متعلّق بثمر العين المرهونة لا بنفسها. وليت شعري ماذا أراد الماتن ﷺ من الالتزام بالتخصيص في كثير من الفروع ابتداء .

وأما الالتزام بالتخصيص في طرف الاستدانة كما لو أسلم عبداً لكافر حيث يلتزم باستدانة ملكه للكافر وإن وجب على المسلمين شراؤه ودفع ثمنه إليه ففيه أولاً: إمكان منع بقاء ملكه للكافر بعد الإسلام واختصاص حقّ الكافر بثمره كحقّ الرهانة لا بعينه، كما نقل الماتن^(٢) - فيما سيأتي^(٣) - تصريح الفخر في

(١) المكاسب: ١٥٩ .

(٢) المكاسب: ١٦٠ .

(٣) في ص: ١٧٢ .

الإيضاح بزوال ملك السيد عنه وبقاء حق استيفاء الثمن له منه .

وثانياً: بأن استدامة ملكه للكافر تخصّص لاتخصيص في نفي جعل السلطنة له أمّا بناءً على ظهور نفي الجعل في نفي الجعل الابتدائي لا الاستدامتي، لأنّ استدامة ما سبق إمضاء لما سبق لا جعل آخر، كما قيل به في لزوم ما يلتزم به الشخص من قبل نفسه من الأمور الشاقّة العسرة في ضمن العقود والإيقاعات اللازمة. وأمّا بناءً على أنّ نفي جعل السلطنة مختلف في كلّ شيء بحسبه ففيه في الابتداء هو نفي منشأه وهو تحقّق الملكية، وفي الاستدامة هو نفي آثاره لا نفي أصله، جمعاً بين الحقيين .

وثالثاً: سلّمنا، لكن الالتزام بتخصيص نفي الجعل في طرف الاستدامة فقط غير عزيز وإن بلغ في الإبقاء عن التخصيص ما بلغ، كالتزام غير واحد بتخصيص قاعدة نفي الحرج وقاعدة لا ضرر بأكثر من ذلك، مع إبقاء سياقها عن التخصيص أيضاً .

وإن كان الإيراد من جهة ما ذكره الماتن^(١) أيضاً من «أنّ استصحاب الصحة في بعض المقامات... إلخ» ففيه أولاً: المنع من عدم الفصل لشهرة الفصل، بل الإجماع باعترافه .

وثانياً: بأنّ استصحاب الصحة إنّما يقدم على أصالة الفساد في مورد اجتماعهما، لا في مورد عدمه، كما فيما نحن فيه، كما لا يخفى وثالثاً: بأنّ الأصل دليل حيث لا دليل، وعموم نفي السلطنة أقوى دليل عليه .

قوله: «فتأمل» .

[أقول:] هنا إشارة إلى تلك الوجوه، وإن كان الإيراد على الآية من جهة احتمال أن يكون معنى الآية: لن يجعل الله لمجموع الكافرين على مجموع

المؤمنين سبيلاً يدفعه ما ذكره في قواعد مجمع^(١) البحرين من أن تقابل الجمع بالجمع ينحل مفاده إلى تقابل كل فرد بكل فرد، كما في ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٢).

فتلخص مما ذكر: صحّة التمسك بالآية^(٣) على عدم صحّة بيع العبد المسلم من الكافر، وعمومها ينفي سلطنة الكافر على المسلم من جميع طرق السلطنة والاستيلاء الشرعي، واندفاع جميع الإيرادات عنه.

ثم إنّ هذا كلّه في بيان الحكم الكبرويّ لنفي سلطنة الكافر على المسلم. وأما تشخيص جزئيات موضوع السلطنة المنفيّة فتفصيله أن يقال: أمّا تمليك العين فجميع أنواعه من البيع والصلح والهبة والوصيّة داخلة في التسليط والاستيلاء. وأمّا تمليك المنافع فما ثبت منها في العين كان حكمه حكم تمليك العين، وما ثبت منها في الذمّة كان حكمه حكم الدين، إلى آخر ما في المتن^(٤) من تفاصيل القسمين. وأمّا التمليك المستعقب بالانعتاق قهراً بحسب الواقع كتمليك من يعتق على الكافر من الأقارب، أو بحسب الظاهر كتمليك من أقرّ الكافر بحرّيته قبل التملك، أو التزاماً بحسب اشتراط عتقه على الكافر بعد التملك في ضمن العقد، فبيّنتي تشخيص اندراجها تحت السبيل وعدمه على تشخيص كون السبيل هل هو مجرد الملك ليرتّب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرّية، أم الملك المستقرّ ولو بالقابليّة كمشروط العتق ليرتّب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق، أم المستقرّ فعلاً ليرتّب عليه استثناء الجميع؟ وجوه

(١) مجمع البحرين ٦: ٣٧٣.

(٢) النساء: ١١.

(٣) النساء: ١٤١.

(٤) المكاسب: ١٥٩.

ثلاثة، و «خير الأمور أوسطها»^(١). ووجه ذلك: إمّا عدم صدق السبيل على غير الملك المستقرّ ولو بالقابليّة، وإمّا انصراف إطلاق السبيل على غير السبيل المستقرّ.

فإن قلت: الانصراف من خصائص الإطلاق ونفي السبيل فيما نحن فيه على وجه العموم لا الإطلاق.

قلت: الانصراف الخاصّ بالمطلقات إنّما هو الانصراف عن الأفراد النادرة، وأمّا الانصراف عن الأفراد الأندرة المعبر عنها بمبين العدم فلا يختصّ بالمطلقات، بل يشترك فيه المطلقات والعمومات، وما نحن فيه - أعني: الملك الغير المستقرّ لا بالفعل ولا بالقابليّة - من أندر أفراد السبيل والعلوّ، فلا يشملها العموم، كما لا يشمل عموم^(٢) حرمة حلق اللحي لحلق لحية المرأة لشدة ندورها، وفيه نظر.

وأما التملّك القهري ابتداءً ففي نفي ثبوته للكافر وعدمه وجهان، من أنّه سبيل فينفي بعموم النفي كما هو الأقوى المصرّح به الفخر في الإيضاح^(٣)، ومن مخالفته لظاهر الفتوى الكاشف عن تخصيص عموم النفي أو تخصّصه بعدم صدق السبيل عليه، أو عدم انصرافه إليه. ثمّ وعلى تقدير عدم استيراث الكافر العبد المسلم ففي استيراثه الإمام تحكيماً لعموم «نفي السبيل» على عموم «أدلة الإرث» المقتضي نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام، أو استيراث الكافر حقّ استيفاء الثمن منه جمعاً بين العمومين المتعارضين. وجهان، أو جههما الثاني. كما أنّه على تقدير استيراثه الكافر ففي ثبوت ولاية بيعه للحاكم مطلقاً، أو في خصوص مورد امتناع الكافر من بيعه أيضاً وجهان، من أنّ الولاية على بيعه

(١) عوالي اللآلي، ١: ٢٩٦ ح ١٩٩.

(٢) الوسائل ١: ٤٢٢ باب «٦٧» من أبواب آداب الحمام.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٤.

سبيل عليه فينفيه عموم النفي، ومن انصراف إطلاق السبيل عن الولاية على البيع فلا ينفيه.

قوله: «إجارة الحرّ تملك الانتفاع لا المنفعة. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ الفرق وإن ظهر في قابليّة المنفعة للنقل والانتقال والتضمين والضمان كمنفعة استخدام الجارية والاستمتاع منها، بخلاف الاستنفاع فإنه لا يقبل النقل والانتقال والتضمين والضمان كالأستنفاع من العارية والاستمتاع من الزوجة. إلا أنّ هذا الفرق بين استئجار منفعة الحرّ والعبد غير مسلم، ولو سلم فهو غير فارق في صدق السبيل المنفي عموماً، كما يدلّ عليه بينونة الزوجة بارتداد الزوج^(١)، والنهي عن تزويج المؤمنة بالمخالف^(٢)، وعن متعة العلويّات، وكرهة الاقتراض بالأصالة^(٣)، وأن يؤجر نفسه^(٤).

قوله: «لم يعتبر الملكية إلا مقدّمة للاعتاق».

أقول: بل لم يعتبر إلا للتحفظ على أصالة عموم «لا عتق إلا في ملك»^(٥) أو أصالة كون البيع الحقيقي والمعاوضة الحقيقيّة أن يدخل كلّ من العوضين في ملك من خرج منه المعوّض، ومن المعلوم حكومة عموم نفي السبيل على الأصل.

قوله: «إلا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى عدم إمكان المنع من اعتبار العلم الإجمالي، إلا أن يمنع العلم أمّا على تقدير صدقه: فلمنع فساد البيع بدخول المعوّض في ملك غير من خرج منه العوض. وأمّا على تقدير كذبه: فلأنّ عموم نفي سبيله عنه إنّما يقتضي

(١) الوسائل ١٥: ٣٩٩ ب «٣٠» من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه.

(٢) الوسائل ١٤: ٤٢٣ ب «١٠» من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه.

(٣) الوسائل ١٣: ٧٦ ب «١» من أبواب الدين والقرض.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٤٣ ب «٢» من أبواب أحكام الإجارة.

(٥) الوسائل ١٦: ٦ ب «٥» من أبواب العتق.

اعتناقه بدون تملك، ولا دليل على فسادِه سوى عموم «لا عتق إلا في ملك» المحكوم بعموم^(١) نفي السبيل.

قوله: «يرجع إلى أصالة الملك وعدم زواله بالفسخ [والرجوع]. فتأمل». [أقول: إشارة إلى تأمله إلى حجية الاستصحاب في الشك في المقتضى دون الرافع على ما هو عليه في الأصول دون الفقه، وقد رفعناه في محلّه. قوله: «ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري. فتأمل».

[أقول: إشارة إلى الفرق بين ما نحن فيه وبين مانعية التلف والاعتناق من الخيار وإسقاطه، إلا أنه غير فارق.

ثمّ وعلى تقدير ثبوت ولاية البيع للكافر ففي ثبوت الخيارات بعد البيع مطلقاً له وعليه وعدمه مطلقاً كذلك، أو التفصيل بين الخيار عليه فيثبت وله فلا، أو التفصيل بين الخيارات الناشئة عن الضرر المنفي في الشريعة كالغبن والعيب فتثبت وغيرها كخيار المجلس فلا، أو التفصيل بين كون الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، وجوه:

الوجه الأوّل: عموم^(٢) أدلة الخيار وكون الخيار من مقتضى العقد فلا يخرج العقد عن مقتضاه. ويضعف بمعارضة عمومها بعموم^(٣) نفي السبيل.

الوجه الثاني: تحكيم عموم نفي السبيل على عموم أدلة الخيار. ويشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة أدلة نفي الضرر.

الوجه الثالث: قضاء أدلة نفي الضرر ثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع على الكافر، بخلاف ما لو تضرر الكافر فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره

(١ و٣) النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٤٥ باب «١» من أبواب الخيار

الموجب لعدم قابليّته تملّك المسلم. ويضعّف بعموم^(١) أدلّة نفي الضرر الشامل لنفي قسمي الضرر ولو حصل من قبل نفس المكلف وسوء اختياره.

الوجه الرابع: تحكيم عموم أدلّة نفي الضرر على عموم نفي السبيل. ويضعّف بأنّ تحكيم عموم نفي الضرر على عموم نفي السبيل ليس بأولى من العكس، بل الأولى الجمع بين العمومين بإثبات الخيار والحكم بالقيمة، فإنّه مقتضى الجمع بين نفي الضرر ونفي السبيل، وهو الأقرب إلى القواعد.

وبالجملة: فمقتضى قواعد الجمع بين الأدلّة والعمومات المتعارضة ليس ثبوت الخيارات للكافر في بيعه العبد المسلم مطلقاً، ولا عدم ثبوتها له مطلقاً، بل هو ثبوت الخيارات الضرريّة له وعليه دون الخيارات التعبديّة، لكن لا على وجه يوجب الخيار رجوع عين العبد المسلم إلى الكافر حتّى ينفيه عموم نفي السبيل، بل على وجه يرجع قيمته إليه، جمعاً بين عمومي نفي السبيل والضرر. هذا كلّه فيما يقتضيه القواعد والأصول حسب ما هو مسلك الأساطين والفحول، دون المتعسّفين في المناقشة والفضول.

قوله: «وما ذكره^(٢) حسن وإن كان وجهه لا يخلو من^(٣) تأمل».

أقول: فيه أولاً: أنّ حسن المدّعى بعد فرض قصور دليله غير واقع أو غير نافع إلّا عند أصحاب الرأي والاستحسان.

وثانياً: أنّ أقصى وجه التأمل في الاستدلال على عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر. أمّا بفحوى المنع من بيع العبد المسلم على الكافر فهو ملابسته القياس، أو ما هو في حكمه من الأولويّة الظنيّة. وأمّا بوجوب احترام المصحف فهو أعميّة الدليل من المدّعى.

(١) الوسائل ١٧: ٣٤٠ باب (١٢) من أبواب إحياء الموات.

(٢) في المكاسب: «وما ذكره».

(٣) في المكاسب: «عن».

بتقريب: أنّ وجوب احترام المصحف وتعظيم شعائر الله عبارة عن حرمة ترك التعظيم والاحترام وهو أعمّ من فساد البيع الملازم لخلاف التعظيم والاحترام إمّا من جهة عدم دلالة النهي في المعاملات على الفساد مطلقاً، وإمّا من جهة أنّه إن دلّ بقرينة الاستقراء فإنّما هو فيما لو لم يتعلّق النهي بالأمر الخارج عن المعاملة، وأمّا المتعلّق به فلا يدلّ عليه بالاستقراء في النواهي الشرعيّة، كما لا يدلّ عليه وضعاً ولا عرفاً، وكلا وجهي التأمل غير وجهين.

أمّا عدم وجاهة الأول: فلأنّ المراد من فحوى المنع من بيع العبد المسلم على الكافر ليس مجرد المقايسة ولا الأولويّة الظنيّة، بل المراد إنّما هو الأولويّة القطعيّة، لتتقيد كون المناط القطعي في منع بيع العبد المسلم على الكافر ليس إلّا علوّ الإسلام ودنو الكفر، وهو الوجه في إباء آية^(١) نفي السبيل في التخصيص، كما قيل، وبعد تتقيد هذا المناط القطعي في منع بيع العبد المسلم من الكافر، بل وتنقيح بقوله: «الاسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٢)، فلا مجال للتأمل في دلالة فحواه على منع نقل المصحف إليه بالأولويّة القطعيّة، لا بمجرد المقايسة، ولا الأولويّة الظنيّة، كما يتوهم.

وأمّا عدم وجاهة الوجه الثاني للتأمل: فلما فيه من أنّ أعميّة دلالة النهي في المعاملات على الفساد المدعي - خصوصاً إذا تعلّق بالخارج عن المعاملة، كما فيما نحن فيه - مجبورة بالشهرة الفتوائية، بل الدلاليّة الكاشفة عن استناد فهمهم ذلك من الدليل إلى القرينة.

قال: «يشترط في كلّ من العوضين^(٣) كونه متمولاً... إلخ».

أقول: قبل الدليل على اشتراط الملك والمال في العوضين ينبغي أولاً:

(١) النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٧٦ باب «١» من أبواب موانع الإرث ح ١١.

(٣) في المكاسب: «منهما» بدل «من العوضين».

تشخيص معنى المال والملك وبيان الفرق بينهما.

وثانياً: تحرير محلّ النزاع في اشتراطهما.

وثالثاً: تأسيس الأصل في اشتراطهما.

فنعول: أمّا الملك فعبارة عن الربط والعلقة والاختصاص العامّ التامّ الحاصل بين الشخص وشيء من الأشياء بالحيازة أو غيرها ولو بالغصب والنهب لولا حكم الشارع عن عدم حصوله به، وهو أعني: الملك من الأمور الخارجيّة كالنار والشمس ونحوهما لا من الأحكام الوضعيّة كملكيّة الملك المتنازع في كونها مجعولة بجعل مستقلّ، أو منجعله بجعل الأحكام التكليفيّة، كأنجعل الزوجية بجعل الأربعة لاجعل آخر، وهو الأصحّ، للغويّة جعلها بجعل آخر وراء جعل الأحكام التكليفيّة، إلا إذا أريد من جعلها هو مجرد النقل والكشف عن وجودها الخارجي فيعود النزاع لفظيّاً، كما احتمله شيخنا العلامة.

وكيف كان فقد تبيّن أنّ معنى الملك عرفاً الربط وعلقة الاختصاص العامّ التامّ الحاصل بين الشخص وشيء بالحيازة ونحوها مطلقاً، سواء كان متمولاً أم لا، والمتمول سواء كان متمولاً شرعاً كالأطعمة أو عرفاً كالخمر والخنزير وسائر النجاسات، والغير المتمول سواء استند عدم تموله إلى خسسته كالحشرات والفضلات، أم إلى قلته كحبة حنطة، بخلاف المال فإنه أخصّ من الملك، لاختصاصه عرفاً بما يتمول في السوق ولو بالانضمام كحبة الحنطة، فإنّ في أزائها قسط من ثمن الكلّ لو توزّع الثمن على كلّ الحبات، غايته تعسّر العلم بمقدار ذلك القسط الذي بأزاء تلك الحبة من ثمن الكلّ، كما لا يخفى.

وأما محلّ النزاع في اشتراط الملك والمال فإنّما هو في خصوص النقل بالبيع، وأمّا النقل بسائر النواقل كالصلح والهبة فلا يشترط فيها تمول المنقول وإن اشترط التملك، وعلى ذلك فلا نزاع في صحّة انتقال ما لا يتمول عرفاً

كالخنافس، أو شرعاً كالخمر والخنزير وسائر النجاسات يصلح أوهبة أو قرض وإن نوزع في صحّة انتقالها بالبيع، بل الظاهر اختصاص النزاع في اشتراط تموّل العوضين بخصوص لزوم الانتقال بالبيع دون صحّة أصل البيع، فيصحّ البيع على الغير المتموّل إذا اجتمع سائر شروط الصحّة من الرضا وققد الموانع من البيع السفهي، كما إذا اشترى الخمر أو غيره ممّا لا يتموّل عرفاً أو شرعاً، لأجل مصلحة عقلائيّة مخرجة للمعاملة عن المعاملة السفهيّة، فتصحّ تلك المعاملة بالبيع، لعموم ﴿تجارة عن تراض﴾^(١) وإن لم يلزم، وكذلك ضمان ما يضمن بغصب أو غيره لا يختصّ بالتموّل عرفاً، بل يعمّ التموّل والمتملّك، ولهذا يحرم غصب الملك وإن لم يتموّل كالفضلة وحبّة الحنطة، غايته وجوب ردّ المثل على ضامنه، كما صرح به كلّ من تأخّر عن العلامة راداً عليه.

وأما تأسيس الأصل فتفصيله أن يقال: أمّا الأصل العملي فهو مع اشتراط كلّ ما يشكّ في اشتراطه في المعاملة، لأصالة الفساد في المعاملات، واستصحاب عدم النقل والانتقال. وأمّا الأصل اللفظي وهو عموم ﴿تجارة عن تراض﴾ وعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) و﴿أحلّ الله البيع﴾^(٣) فمع عدم اشتراط تموّل كلّ من العوضين في البيع، لأصالة عدم التقييد والتخصيص. إلّا أن يقال: إنّ البيع لغة^(٤) مبادلة مال بمال، فلا يصدق على مبادلة غير المال، كما استدّلوا به على اشتراط التموّل، بل لو سلّمنا صدق البيع على ما لا يتموّل من العوضين فلا إشكال في أنّه من أندر أفراد البيع المنصرف عنه العموم والإطلاق بالاتّفاق، فيعود المرجع فيه إلى أصالة الفساد، واستصحاب عدم النقل والانتقال.

(١) النساء: ٢٩.

(٢) المائدة: ١.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) المصباح المنير ١: ٦٩.

وأما دليلهم على اشتراط تموّل العوضين في البيع فهو تحديد البيع لغّةً، كما عن المصباح^(١)، وعرفاً، كما استقرّ عليه اصطلاح الفقهاء بمبادلة مال بمال، فلا يصدق على مبادلة غير المال، كما صرّحوا به.

أقول: تحديد البيع بذلك وإن لم يكن اتفاقياً - بل عرّفه بعضهم بمبادلة عين بعوض وإن احتمل أن يراد من العين ما يقابل المنفعة لا الأعمّ من المال، بل وعلى تقدير كونه اتفاقياً كما استظهره شيخنا العلامة وفاقاً للمتّن^(٢) يحتمل كونه تعريفاً بالأعمّ لأغلب أفراد البيع، نظراً إلى أنّ أغلب أفراد البيع هو تموّل العوضين بحيث يعدّ بيع غير المتموّل من أندر أفراد البيع المنصرف عنه إطلاق البيع أو من أفراد بيع السفهي غالباً المخرج عن حكم البيع - إلاّ أنّه لا أقل من إفادة ظاهر تحديدهم المذكور لغّةً، واستقرار اصطلاح الفقهاء عليه الظنّ باعتبار تموّل العوضين في معنى البيع وصدقه، وهو كافٍ في إثبات ما يكون من الموضوعات المستنبطة اتفاقاً، ولو لم يكف في إثبات مثله فلا أقل من كفايته في وهن عمومات صحّة البيع ووهن نهوضها إلى صحّة بيع غير المتموّل، بل ولو لم يكف ذلك الظنّ في وهن نهوض عمومات صحّة البيع إلى الغير المتموّل، كما هو لازم القائلين باعتبار ظواهر الألفاظ من باب الظنّ النوعي أو التعبد المطلقين، فلا أقل من انصراف العمومات عنه بواسطة شدّة ندوره.

وأما ما قاله الماتن بقوله: «والأولى أن يقال... إلخ»^(٣) ففيه أولاً: أنّ استدلاله على عدم جواز وقوع غير المال أحد العوضين بقوله: «لا بيع إلّا في ملك»^(٤) استدلال على المدّعي بالأعمّ منه باعتراه أيضاً قبل ذلك، إلّا أن يوجّه

(١) المصباح المنير ١: ٦٩.

(٢) المكاسب: ٧٩.

(٣) المكاسب: ١٦٦.

(٤) عوالي اللآليء ٢: ٢٤٧ ح ١٦٦.

بأنَّ عدم الخلاف في المسألة جابر لعموم دليله، ولكنَّه توجيهِ بما لا يرضى به صاحبه، لعدم بناء الماتن عليه في أصوله على الجبر بمطلق الظن.

وثانياً: أنَّ تفصيله الَّذِي أشار إليه بقوله: «وما لم يتحقَّق فيه ذلك... إلخ»^(١) تفصيل في غير محلِّه، لأنَّ القرار والمدار في كلِّ مسألة البحث عنه من حيث هو، مع الإغماض عن سائر الأمور الخارجة المعتبرة وجوداً أو عدماً، كما لا يخفى على من له خبرة.

قوله: «ويمكن حملها على بيان الاستحقاق... إلخ».

أقول: لا يخفى أنَّ نصوص^(٢) وجوب خصوص الطسوق والخراج في الأراضي للإمام مخصَّصة لعمومات «ما كان لنا فهو لشييعتنا»^(٣)، فتخصيص هذه النصوص المخصَّصة لتلك العمومات بخصوص زمان حضور الإمام أو مطالبة الخراج بتخصيص بلا مخصَّص وبغير محلِّ الابتلاء وزمان عموم البلوى، بل المنصوص^(٤) تخصيص الإباحة للشيعة بخصوص الأَطْيَبِينَ من الشيعة أو المخاطبين بالتحليل والإباحة، أو بخصوص ما استثنى من عمومات الخمس من المساكن لتصحیح صلاتهم والمتاجر لتزكية أموالهم والمناكب لتطيب ولادتهم.

قوله: «وإلَّا فالظاهر عدم الخلاف... إلخ».

أقول: [فيه: ما عرفت من الخلاف من التابعين لنا عن خلف، حتَّى من الأصحاب المؤيِّد بفهم ثقاتهم.

(١) المكاسب: ١٦٦.

(٢) الوسائل ٦: ٣٨٢ و٣٨٣ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ١٢ و١٣ وج ١٧: ٣٢٩ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ٢.

(٣) الوسائل ٦: ٣٨٤ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ١٧.

(٤) الوسائل ٦: ٣٧٩ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام.

قال: «الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة أي لامن معمر، والظاهر أيضاً أنه للإمام عليه السلام... إلخ».

أقول: بل الظاهر من الأخبار المستفيضة بل المتواترة المسطورة في الوسائل^(١) والجواهر^(٢) والبحار^(٣) تعميم الأنفال لجميع الأراضي وما فيها من المغابر والمعاصر والمعادن والكنوز والعيون والأشجار والأنهار والأصهار والبراري والبحار كلها من أنفال الله تعالى، التي أعطاها لآدم عليه السلام لما جعله خليفة الأرض، وأورثها المصطفين من خلفاء ذريته، وأنها مغصوبة في أيدي الجائرين والكفار، محرمة على من عدا شيعتهم، كما يدل عليه من الكتاب تفسير قوله تعالى: ﴿أَنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ﴾^(٤)، وكما يومية إليه تسمية ما جعل الله لهم من الأنفال فيثأ في قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾^(٥)، إذ الفاء بمعنى الرجوع، أي أنه كان في أيدي الكفار مغصوباً ثم أرجعه الله إليهم.

ومن الأخبار: خير ابن الريان: كتبت إلى العسكري عليه السلام: «جعلت فداك، روي لنا أن ليس لرسول الله ﷺ من الدنيا إلا الخمس، فجاء الجواب: أن الدنيا وما عليها لرسول الله»^(٦)، ومرسل محمد بن عبد الله المضمّر: «الدنيا وما فيها لله ولرسوله ولنا»^(٧) الحديث.

وفي آخر في أخبار الوسائل: دخلت على أبي جعفر عليه السلام فقلت له: «إني

(١) أنظر الوسائل ٦: ٣٦٤ باب «١» من أبواب الأنفال.

(٢) جواهر الكلام ١٦: ١١٦-١٢١.

(٣) أنظر البحار ٩٦: ٢٠٤ ب «٢٥».

(٤) الأعراف: ١٢٨، أنظر تفسير البرهان ٢: ٥٧٠-٥٧١.

(٥) الحشر: ٧.

(٦) الكافي ١: ٤٠٩ ح ٦.

(٧) الكافي ١: ٤٠٨ ح ٢.

وليت البحرين فأصبحت بها مالاً كثيراً، واشترت متاعاً، واشترت رقيقاً، واشترت أمهات أولاد ولدي، وأنفقت، وهذا خمس ذلك المال، وهؤلاء أمهات أولادي ونسائي قد أتيتك به، فقال ﷺ: أما إنه كلّه لنا وقد قبلت ما جئت به، وقد حللتك من أمهات أولادك ونسائك وما أنفقت، وضمنت لك عليّ وعلى أبي الجنة^(١). ورواه المفيد في المقتنة^(٢): عن ابن أبي عمير.

وفي خبر آخر فيه عن الباقر ﷺ: «قال رسول الله: خلق الله تعالى آدم وأقطع الدنيا قطيعة، فما كان لآدم فلرسول الله، وما كان لرسول الله فهو للأئمة من آل محمد»^(٣).

والمعتبرة كالصحيح عن عمر بن يزيد قال: «رأيت أبا يسار مسمع بن عبدالمك بالمدينة وقد كان حمل إلى أبي عبدالله مالاً في تلك السنة فقلت له: ولم ردّ عليك أبو عبدالله المال الذي حملته إليه؟ فقال: إنّي قد قلت له حين حملت المال إليه: إنّي كنت وليت الغوص فأصبحت أربعمئة درهم وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقّ الذي جعله الله لك في أموالنا. فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلاّ الخمس.

يا أبايسار، إن الأرض كلّها لنا، فما أخرج الله من شيء فهو لنا. فقلت له: وأنا أحمل إليك المال كلّهُ. فقال: يا أبا يسار، قد طيّبناه لك وأحللناك منه، فضم إليك مالك، وكلّ ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون يحلّ لهم حتّى يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم، وأما ما كان في أيدي غيرهم فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا، فيأخذ

(١) الوسائل ٦: ٣٦٨ باب «١» من أبواب الأنفال ح ١٣.

(٢) المقتنة: ٢٨١.

(٣) الكافي ١: ٤٠٩ ح ٧.

الأرض من أيديهم ويخرجهم عنها صغرة.

قال عمر بن يزيد: فقال لي أبو يسار: ما أرى أحداً من أصحاب الضياع ولا

مَنْ يلي الأعمال يأكل حلالاً غيري إلا من طَيَّبوا له»^(١).

وخبر آخر: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: مالكم من هذه الأرض؟ فتبسم، ثم قال:

إنَّ الله تعالى بعث جبرئيل وأمره أن يخرق بإبهامه ثمانية أنهار في الأرض،

منها: سيحان وجيحان وهو نهر بلخ، والخشوع وهو نهر الشاش، ومهران وهو

نهر الهند، ونيل مصر، ودجلة، وفرات، فما سقت أو استقت فهو لنا، وما كان لنا

فهو لشيعتنا، وليس لعدونا منه شيء إلا ما غصب عليه، وإنَّ ولينا لفي أو سع

فيما بين ذه وذه يعني بين السماء والأرض- ثم تلا هذه الآية ﴿قل هي للذين

آمنوا في الحياة الدنيا- المصوبين عليها- خالصة يوم القيامة﴾^(٢) بلا

غصب»^(٣).

وقوله عليه السلام: «نحن أصحاب الخمس والفيء، وقد حرّمناه على جميع الناس

ما خلا شيعتنا»^(٤).

والمرويّ عن العسكري عليه السلام، عن آبائه، عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنّه

قال لرسول الله صلى الله عليه وآله: قد علمت يا رسول الله أنّه سيكون بعدك ملك

غضوض وجبر فيستولى على خمسي من السبي والغنائم، ويبيعونه ولا يحلّ

لمشتريه، لأنّ نصيبي فيه، وقد وهبت نصيبي لكلّ من ملك شيئاً من ذلك من

شيعتي لتحلّ لهم منافعهم من مأكّل ومشرب، ولتطيب مواليدهم ولا يكون

أولادهم أولاد حرام.

(١) الكافي ١: ٤٠٨ ح ٣.

(٢) الأعراف: ٣٢.

(٣) الوسائل ٦: ٣٨٤ باب «٤» من أبواب الأنفال ح ١٧.

(٤) الوسائل ٦: ٣٨٥ باب «٤» من أبواب الأنفال ح ١٩.

فقال رسول الله ﷺ: ما تصدق أحد أفضل من صدقتك، وقد تبعك رسول الله ﷺ في فعلك أحل للشيععة كل ما كان فيه من غنيمة أو بيع من نصيبه على واحد من شيعتي، ولا أحلها أنا وأنت لغيرهم»^(١).

وقوله ﷺ: «يا أبا محمد، أما علمت أن الدنيا والآخرة للإمام يضعها حيث يشاء، ويدفعها إلى من يشاء؟ جائز له ذلك من الله»^(٢).

إلى غير ذلك من تضافر الأخبار المؤيدة بالتدبر والاعتبار بأن الدنيا بأسرها لهم ومن أنفالهم، لا خصوص الموات والآجام وما لارب له من العمار، كما زعمه علامة مشايخنا الأعلام، وفاقاً لأكثر مشايخه العظام.

ومن جملة المؤيدات لعموم أخبار تعميم الأنفال فهم جملة من أجلاء خواص المشافهين بها العموم منها مثل: أبي يسار المتقدم حيث قال بعد ذكر الحديث المتقدم: «ما أرى أحداً من أصحاب الضياع ولا من يلي الأعمال يأكل حلالاً غيري إلا من طيبوا له»^(٣) ومثل ابن أبي عمير على ما حكى عنه في الجواهر من أنه «لم يكن يعدل بهشام بن الحكم شيئاً، وكان لا يغيب إتيانه ثم انقطع عنه وخالفه، وكان سبب ذلك أن أبا مالك الحضرمي كان أحد رجال هشام وقع بينه وبين ابن أبي عمير ملاحاة في شيء من الإمامة. قال ابن أبي عمير: إن الدنيا كلها للإمام على جهة الملك، فإنه أولى بها من الذين هم بأيديهم. وقال أبو مالك: أملاك الناس لهم إلا ما حكم الله به للإمام من الفيء والخمس والمغنم، وذلك له. وذلك أيضاً قد بين [الله] للإمام أين يضعه وكيف يصنع به، فتراضيا بهشام بن الحكم وصارا إليه فحكم هشام لأبي مالك على ابن أبي عمير، فغضب ابن أبي

(١) الوسائل ٦: ٣٨٥ ب «٤» من أبواب الأنفال ح ٢٠.

(٢) الكافي ١: ٤٠٨ ح ٤.

(٣) تقدم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ١٨٣.

عمير وهجر هشاماً بعد ذلك»^(١).

لا يقال: إنَّ فهم أبي يسار وابن أبي عمير معارض بفهم هشام وأبي مالك.

لأنَّ نقول: فهم المثبت مقدّم على فهم النافي لأغلبية الخطأ في النفي على الخطأ في الاثبات.

ومن جملة المؤيّدات لتعميم الأنفال أيضاً ما ورد من الأخبار^(٢) المفتي به الأصحاب من أنّ غنائم دار الحرب كلّها للإمام إذا اغتنمت بغير إذنه، إلّا إذا اغتنمت بإذنه فيختصّ به خمسها، نظراً إلى أنّ استحقاق المأذون الزيادة كأنه من قبيل حقّ الجعالة في أزاء عمله المأذون فيه.

ومن جملة المؤيّدات أيضاً لتعميم الأنفال خبر زرارة المفتي به قال: «الإمام يجزي وينفل ويعطي ما يشاء قبل أن تقع السهام، وقد قاتل رسول الله ﷺ يقوم لم يجعل لهم في الفية نصيباً وإن شاء قسّم ذلك بينهم»^(٣). وقوله ﷺ في الوسائل: «وللإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الأموال صفوها؛ الجارية الفارهة، والدابة الفارهة، والثوب، والمتاع، ممّا يحبّ أو يشتهي، فذلك له قبل القسمة وقبل إخراج الخمس، وله أن يسدّ بذلك المال جميع ما ينوبه من مثل إعطاء المؤلّفة قلوبهم، وغير ذلك ممّا ينوبه، فإن بقي بعد ذلك شيء أخرج الخمس منه فقسمه في أهله وقسم الباقي على من ولي ذلك، وإن لم يبق بعد سدّ النوائب شيء فلا شيء لهم»^(٤). الحديث. إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على أنّ

(١) جواهر الكلام ١٦: ٤.

(٢) الوسائل ٦: ٣٦٥ و ٣٦٩ ب «١» من أبواب الأنفال ح ٣ و ١٦.

(٣) الوسائل ٦: ٣٦٥ باب «١» من أبواب الأنفال ح ٢.

(٤) الوسائل ٦: ٣٦٥ باب «١» من أبواب الأنفال ح ٤.

للإمام أن يصطفي من الغنيمة ما شاء قبل القسمة. ونقل في الذخيرة^(١) عن المنتهى^(٢) نسبته إلى علمائنا أجمع.

ومن جملة المؤيدات أيضاً لتعميم الأنفال مخالفة أخباره لمذاق العامة جداً، وموافقة أخبار التخصيص لمذاقهم في الجملة.

ومن جملة مؤيدات تعميم الأنفال أيضاً مخالفة أخباره للأصل بناءً على تقديم الناقل على المقرّر.

ومن جملة مؤيدات تعميم الأنفال بالجملة تعميم الفتوى به في الجملة عن المفيد^(٣) والكليني^(٤) والشيخ^(٥) والديلمي^(٦) والقاضي^(٧) والقمي^(٨) في تفسيره والذخيرة^(٩) والكشف^(١٠) حيث عمّموا الأنفال للمعادن. وعن المفيد^(١١) والكليني^(١٢) على ما في الذخيرة^(١٣) تعميم الأنفال إلى البحار أيضاً.

لا يقال: تعميم معمم الأنفال للمعادن والبحار مستند إلى خصوص أخبار عدّ المعادن والبحار من الأنفال بالخصوص، لا أنه مستند إلى عموم أخبار^(١٤) أنّ الأرض كلّها لنا حتى يكون مؤيداً للعموم.

(١) ذخيرة المعاد: ٤٨٩، ٤٨٩، ٣٨.

(٢) المنتهى ١: ٥٥٣.

(٣ و ١١) المقنعة: ٢٧٨.

(٤ و ١٢) الكافي ١: ٥٣٨.

(٥) المسوّط ١: ٢٦٣ - ٣٦٤.

(٦) المراسم: ١٤٠.

(٧) المذهب ١: ١٨٦.

(٨) تفسير القمي ١: ٢٥٤.

(٩) ذخيرة المعاد: ٤٨٩.

(١٠) كشف الغطاء: ٣٦٤.

(١٣) ذخيرة المعاد: ٤٩٠.

(١٤) الكافي ١: ٤٠٧.

لأننا نقول: تعميم الفتوى في الجملة كافٍ في تأييد الفتوى بالجملة وإن اختلف المستند، كما أن أخبار التعميم في الجملة كافٍ في تأييد أخبار التعميم بالجملة وإن اختلفا من حيث العمل والفتوى.

وبالجملة: فالمقصود من ذلك كله بيان أن ما استقر به شيخنا العلامة وفاقاً للجواهر وغيره من إبطان ظاهر أخبار تعميم الأنفال وإظهار باطنها بتخريج ظاهرها عن إثبات السلطنة المالكية للإمام على أملاك الدنيا بالجملة إلى إثبات سلطنة الرئاسة له على الملاك نظير قول القائل: «إن المملكة الفلانية ملك للسلطان الفلاني» مريداً به سلطنة الرئاسة لا السلطنة المالكية، أو إلى إثبات العلة الغائية لهم في خلق الأملاك، بل الأفلاك خلاف ظاهر تلك الآيات والأخبار المتضادة المؤيد بالتدبر والاعتبار من غير موهن ولا موهوم.

لأن الموهن لو هن ظهورها في تعميم الأنفال إن كان من جهة اختصاص تفسير الأنفال في أكثر الأخبار^(١) بخصوص الموات والآجام وبطون الأودية ورؤوس الجبال والبادي والمنجلي عنها أهلها دون مطلق الأرض وما فيها ففيه نقضاً: باقتصار بعض الأخبار^(٢) المفسرة للأنفال على ذكر الأرض البادي أو المنجلي عنها أهلها فقط، واقتصار بعضها^(٣) الآخر على ذكر الموات فقط، وبعضها^(٤) الآخر على ذكر الموت وصفايا وبطون الأودية ورؤوس الجبال وما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فقط، وبعضها^(٥) الآخر على إلحاق المعادن بها.

(١) الوسائل ٦: ٣٦٤ باب «١» من أبواب الأنفال.

(٢) الوسائل ٦: ٣٦٥ و ٣٧٢ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ٤ و ٢٥.

(٣) الوسائل ٦: ٣٧٢ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ٢٤ و ٢٦ و ٢٩.

(٤) الوسائل ٦: ٣٦٥ و ٣٧١ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ٤ و ٢٢.

(٥) الوسائل ٦: ٣٧١ و ٣٧٢ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام ح ٢٠ و ٢٨ و ٣٢.

وحللاً: بأن إثبات شيء لا يقتضي نفي ما عداه، لعدم اعتبار المفهوم للألقاب، فكما أن اقتصار تفسير الأنفال في بعض هذه الأخبار لا ينافي تعميمها في بعض الأخبار الأخر في الجملة، حملاً له على التمثيل، كذلك لا ينافي تعميمها في بعضها الآخر بالجملة، حملاً له على التمثيل.

هذا، مع أن اقتصار أكثر أخبار تفسير الأنفال على الخصوصيات لعلّه من جهة مراعاة نوع من التقيّة، أو من جهة قلّة الجدوى في تعميم الأنفال لما هو مغضوب في يد أهل الجور والضلال، أو لما هو مباح لشيعتهم على كلّ حال.

وإن كان الموهم لو هن عمومها توهم إعراض الأصحاب عن عموماتها واستقرار فتواهم على أن المياه والعيون والمعادن ونحوها من المباحات بالأصالة التي ليست ملكاً لأحد سوى الله؛ لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء»^(١) ففيه أولاً: منع أصل تحقّق الإعراض، بعد ما عرفت من نقل العمل بعمومها عن مثل ابن أبي عمير وغيره من خواصّ أجلاء الصحابة والتابعين كالمفيد والكليني، وتابعي التابعين كبعض الأعلام من مشايخنا وبعض الأفاضل من معاصرنا.

وثانياً: لو سلّمنا أصل تحقّق الإعراض، إلا أنه لا نسلّم وهن العمومات بمثل هذا الإعراض، لكن لا من جهة عدم اعتبار الظنّ الفعليّ في اعتبار الظواهر، بل من جهة ما عرفت من اعتضاد تلك العمومات بالمؤيّدات المانعة من وهنها بمجرد الإعراض، خصوصاً مع احتمال استناد ذلك الإعراض إلى نوع من التقيّة أو قلّة الجدوى في عمومها.

وإن كان الموهم لو هن العموم أصالة عدم اختصاص الإمام (عليه السلام) بما عدا المتيقّن من الأنفال اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن فيندفع بعدم مقاومة

(١) الوسائل ١٧: ٣٣١ باب «٥» من أبواب إحياء الموات ح ١.

الأصل لنصوص الباب .

وإن كان الموهوم لوهنها توهم منافاة الأخبار الدالة على وجوب الخمس في المعادن والكنوز والغنائم لكونها بأسرها من الأنفال إذ لا معنى لوجوب الخمس في مال الإمام عليه السلام على الغير .

فنقول في دفعه: إن كان المنافي لكون المعادن والغنائم بأسرها من الأنفال هو استحقاق الإمام الخمس منها لا الكلّ فيدفعه: منع استحقاق الحائز الزائد على الخمس بمجرد الحيابة وبالأصالة، بل إنّما يستحقّه بالتبع لإذن الإمام في حيازته، فكأنّ استحقاق الحائز الزائد على الخمس في أزاء عمله من باب حقّ الجعالة لا من باب الأصالة، نظير استحقاق الملتقط من اللقيط المملوك للغير ما ينفقه عليه بنيت الرجوع. كما يرشد إلى ذلك جواب الذخيرة عن ذلك الإشكال بقوله: ومعنى كون الإمام مالكاً لمجموع المعادن أنّ له التصرف في المجموع بالإذن والمنع^(١)، وهو لا ينافي النصّ^(٢) والفتوى بأن ما أخرج بإذنه كان خمسه للإمام الآذن والباقي للمخرج المأذون. وكما يرشد إلى ذلك أيضاً قيام النصّ^(٣) والفتوى على اختصاص الإمام بجميع المغنم من دار الحرب بدون إذنه، وعلى أنّ له أن يصطفي كلّ ما شاء من المغنم بإذنه قبل القسمة أيضاً.

وإن كان المنافي له هو وجوب الخمس في مال الإمام على الغير - كما لعلة الموهوم من عبارة الموهوم - فيدفعه: أنّ وجوب الخمس في مال الإمام ليس على مطلق الغير، بل على خصوص الحائز لماله من قبيل وجوب ردّ الأمانات على أهلها .

وإن كان المنافي له هو جواز إبدال خمس العين بقيمته دون تعيين الخمس

(١) ذخيرة المعاد: ٤٩٠.

(٢) الوسائل ٦: ٣٦٥ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ٣.

(٣) الوسائل ٦: ٣٦٩ ب «١» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٦.

في العين - كما لعلّه الموهوم من عبارة الموهوم أيضاً - فيدفعه: أنّ جواز إبدال الخمس بقيمته من قضاء الدليل الخارجي المحتمل أن يكون سرّه التسهيل والمواسعة على شيعتهم في تأدية حقوقهم.

وإن كان الموهوم لو هن عموم النوافل هو ظهور النبويّ «الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء»^(١) في كون الثلاث من المباحات الأصليّة فيه - على تقدير تسليم سنده -: منع ظهوره في بيان الإباحة الأصليّة، لاحتمال إرادته ﷺ إباحتها على الناس من قبل نفسه ﷺ لا بالأصل من قبله تعالى. ولو سلّم ظهوره أيضاً في الإباحة الأصليّة فالأخبار المتقدّمة على العموم أقوى منه ظهوراً وأكثر عدداً وأقرب تأييداً بالتدبير والاعتبار فتقدّم عليه، حملاً للظاهر على الأظهر.

وإن كان الموهوم لو هن عموم النوافل هو منافاة عمومها للإجماع المنقول على تملك الحائز شيئاً من الماء والكلاء بمجرد الحيازة فيه: المنع بأنّه لا منافاة بين تملك الحائز شيئاً من الماء والكلاء بمجرد الحيازة، وبين الملكية السابقة على الحيازة للامام عليه السلام بالأصالة، كما لا منافاة بين الإجماع المنقول أيضاً على تملك الموات بمجرد الإحياء مع الاتفاق على كونها من الأنفال، وبين الملكية السابقة للإمام على إحيائها بالأصالة اتفاقاً.

هذا، مع أنّ الإجماع المدعى على تملك نوافل الإمام في زمن الهدنة بمجرد الحيازة أو الإحياء ممنوع جداً، فإنّ الإجماع إنّما هو على إباحتهم للشيعة خصوص التصرف دون التملك بالشراء، بل وخصوص التصرفات اللابديّة التي لا يتمّ التخلص من المأثم بدونها كالمناكح والمسكن والمتاجر، كما في الجواهر^(٢) عن التهذيب^(٣).

(١) تقدّم ذكر المصدر في هامش (١) ص: ١٨٨.

(٢) الجواهر ١٦: ١٤٦.

(٣) التهذيب ٤: ١٤٢.

وأما الأنفال وما يجري مجراها فليس يصح تملكها بالشراء وإنما أبيع لنا التصرف فحسب كما في المرسل من الصادق عليه السلام حيث سئل: «يا بن رسول الله، ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به إذا غاب غائبكم واستقر قائمكم؟ فقال عليه السلام: ما أنصفناهم إن أخذناهم، ولا أجبناهم إن عاقبناهم، نبيع لهم المساكن لتصح عباداتهم، ونبيع لهم المناكح لتطيب ولادتهم، ونبيع لهم المتاجر ليزكوا أموالهم»^(١).

وكما عن السرائر بعد ذكره الأنفال واختصاصها بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم ثم بالقائم مقامه، قال: وأما في حال الغيبة فقد رخصوا لشيعتهم التصرف في حقوقهم مما يتعلق بالأخماس وغيرها مما لا بد لهم منه من المناكح والمتاجر والمساكن. وأما ما عدا الثلاثة فلا يجوز التصرف فيه على حال^(٢)، إلى غير ذلك من تعبيرات القدماء، بل وجميع المتأخرين على ما حكاهها الجواهر^(٣)، المصرحة بنفي تملिकهم الأنفال للشيعية، وانحصار تحليلهم الشيعة في إباحة التصرف في مطلق الأنفال، أو خصوص المناكح والمساكن والمتاجر على اختلاف النصوص والفتاوى، التي عرفتها في الجملة على وجه لو لم يفد الإجماع على خصوص الإباحة دون التمليك فلا أقل من وهنها الإجماع المنقول على العكس.

لا يقال: إن مقتضى عموم «لا وطء إلا في ملك» عدم تحليل المناكح إلا بتمليكها.

لأننا نقول: أولاً: أن عموم «لا وطء إلا في ملك»^(٤) قد خصص بجواز

(١) مستدرک الوسائل ٧: ٣٠٣ باب «٤» من أبواب الأنفال ح ٣.

(٢) السرائر ١: ٤٩٨.

(٣) جواهر الكلام ١٦: ١٤٥-١٤٩.

(٤) لم نعر عليه بهذا اللفظ، أنظر الوسائل ١٥: ١٢ ب «٧» من أبواب المهور ح ١، وعوالي الآلى، ١:

٢٣٣ ح ١٣٦، وج ٣: ٢٥٠ ح ٣٧، والبحار ١٠٣: ٢٩٧ ح ١.

الوطء شرعاً بالتحليل، كما لو قلت للغير: أحللت لك جاريتي فإنه يجوز وطنها إجماعاً من دون ملك، فليكن تحليل الإمام عليه السلام المناكح لنا^(١) من هذا الفرد، الغير المتوقّف على التملك.

وثانياً: لو سلّمنا توقّفه على الملك من جهة الوطء فإنما هو تملك قهريّ حاصل من تقدير الملك قبل الوطء آنأ ما، لا تملك اختياريّ حاصل من مجرد الحيازة أو الإحياء.

ومن جملة مؤيّدات أن يكون تحليل أنفالهم على الشيعة على وجه الإباحة لا التملك: هو خلوّ جميع أخبار الباب - مع كثرتها وتواترها واختلاف تعابيرها - عن ترتّب التملك وما يؤدي مؤداه صريحاً ولا ظهوراً على حيازة شيء من الأنفال، أو إحيائها.

نعم، عمدة ما يوهم ظهوره التملك لفظ اللام في مثل قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشييعتنا»^(٢)، ولفظ الهبة في قوله عليه السلام: «وقد وهبت نصيبي لكلّ من ملك شيئاً من ذلك من شيعتي لتحلّ لهم منافعهم من مأكّل ومشرب لتطيب مواليدهم، ولا يكون أولادهم أولاد حرام»^(٣) الخبر، وظهور هذين اللفظين معارض بأظهرية لفظ التحليل والإباحة، المقيدتين بأداء الطسق وأجرة الأرض من بعض الأخبار^(٤)، وبزمان الهدنة من بعضها الآخر^(٥)، وبقيام القائم عليه السلام من بعضها الآخر^(٦) في مجرد الإباحة ونفي التملك. ومن البين حكومة الأظهر على الظاهر، وحمل الظاهر

(١) الوسائل ٦: ٣٧٨ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام.

(٢) الوسائل ٦: ٣٨٤ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٧.

(٣) الوسائل ٦: ٣٨٥ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ٢٠.

(٤) الوسائل ٦: ٣٨٢ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٢.

(٥) الوسائل ٦: ٣٨٣ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٣.

(٦) الوسائل ٦: ٣٨١-٣٨٣ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١١ و ١٢ و ١٣.

على الأظهر.

ومن جملة المؤيدات أيضاً لحمل التحليل على الإباحة لا التملك: هو مخالفة التملك للأصل واستصحاب عدم النقل، ولتقييد التحليل في بعض الأخبار بزمان الهدنة، وفي بعضها الآخر بأداء الطسق وأجرة الأرض، وفي بعضها الآخر بقيام القائم عليه السلام، فإن التملك لا يقبل التقييد بزمان دون زمان، ولا بأداء عوض منافع الملك.

فتحصّل مما ذكرنا تحقيق الكلام في الأنفال من جهتين: إحداهما: من جهة تعميم الأنفال، وعدم تخصيصها بما زعم. والأخرى: من جهة كيفية تحليلها على الشيعة في زمن الهدنة إنما هو على وجه الإباحة، لا التملك.

ومما يتفرّع على الأوّل: تحريم الماء والنار والكلاء كسائر الأنفال على من عدا الشيعة، بناءً على تعميم الأنفال لها، وتحليلها على الكلّ بناءً على تخصيص الأنفال بما عداها، فالحائز ممن عدا الشيعة شيئاً من الماء والنار والكلاء لا يملكه ولا يستباح له، بناءً على التعميم لا التخصيص، فيجوز للمتمكّن من الشيعة استنقاذه منه قهراً، إلا لتقيته ونحوه، بناءً على التعميم لا التخصيص، بل جاز لنائب الإمام أخذ الخراج من غير المسلمين على إباحة ما يجيزونه من الماء والكلاء أو يحيونه من موات الأراضي ونحوها على التعميم لا التخصيص.

ومما يتفرّع على الثاني: هو عدم جواز التصرفات المالكية من البيع والشراء ونحوهما فيما عدا المستثنيات الثلاث من الأنفال للحائز أو المحيي شيئاً منها إلا تبعاً للآثار الحادثة، بناءً على التحليل، وجوازها بناءً على التملك. ومما يتفرّع على الثاني أيضاً: هو تملك الحائز أو المحيي شيئاً من الأنفال بمجرد الحيابة أو الإحياء، بناءً على أنّ تحليلها على الشيعة على وجه التملك، وعدم تملكه بمجرد الحيابة والإحياء وإن لم يجز للغير مزاحمته، بناءً على أنّ

تحليلها على وجه الإباحة، كما هو الأظهر. فلا يترتب أحكام الغصب على من يزاحم الحائز والمحيي في أخذ ما حازه أو أحياه وإن فعل حراماً في مزاحمته حق الاختصاص والأولوية، بناءً على إباحتها، ويترتب أحكام الغصب من بطلان العبادات المزاحمة لحق اختصاص الحائز والمحيي بما حازه أو أحياه من الأنفال، بناءً على تملكها بمجرد الحيابة والإحياء.

ولعل من مؤيدات أن يكون تحليل الأنفال على وجه الإباحة لا التملك: الأخبار الواردة في: «أن للناس من الأرض حق في الصلاة وأن شيعتنا لفي أوسع فيما بين السماء والأرض»^(١) وإن كان الفتوى بمثل هذه الآثار من الأخبار ينبغي أن يعدّ من الأسرار التي لا تودع إلا إلى الأخيار، سدّاً لأبواب الظلم والغصب على الأشرار والفجار، ولعلّه سرّ تحاشى فقهاؤنا الأبرار من الإفتاء بمثلها في الجهار.

قاعدة فقهية يعمّ البلوى بها: في تشخيص ما يتحقّق به حق الاختصاص والأولوية في المشتركات بين الناس، المعروف كونها ستة منافع: المرابط والمساجد والمشاهد والمدارس ومقاعد الأسواق والشوارع.

فقول: لا إشكال ولا خلاف بحسب النصّ والفتوى في تحقّق حق الاختصاص والأولوية لمن سبق إلى مكان من تلك الأمكنة الستة المشتركة مادام باقياً فيه، للنبوي: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به»^(٢)، وقوله ﷺ: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل»^(٣)، ولا في سقوط حق اختصاصه بمجرد مفارقة المكان بنية إسقاط حقه

(١) لم نعثر على صدر الحديث، ولكن ذكر آخره في الوسائل ٦: ٣٨٤ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٧.

(٢) السنن الكبرى ٦: ١٤٢، ج ١٠: ١٣٩، تلخيص الحبير ٣: ٦٣.

(٣) الوسائل ٣: ٥٤٢ ب «٥٦» من أبواب أحكام المساجد ح ٢، وج ١٢: ٣٠٠ ب «١٧» من

وعدم العود إليه .

إنما الإشكال والخلاف في بقاء حقه بعد المفارقة مطلقاً ما لم ينو رفع الأولوية وإسقاط الحق، استصحاباً لحق الاختصاص، واعتماداً على عموم من سبق. أو سقوط حقه بعد المفارقة مطلقاً، اقتصاراً فيما خالف الأصل من اختصاص المشترك على القدر المتيقن من اختصاصه لبطان الاستصحاب بتبدل موضوعه، ومجازية المشتق فيما انقضى عنه المبدأ. أو التفصيل بين المفارقة بنية العود فيبقى حق الاختصاص، وبين عدمه فلا. أو التفصيل بين المفارقة القصيرة زمانها والطويلة. أو التفصيل بين المفارقة لحاجة ضرورية من ضروريات البقاء في مكان - كمفارقة المسجد لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة، ومفارقة المدرسة والمرابط ومقاعد الأسواق لحاجة من الحوائج الضرورية لبقاء الإنسان فيها - فيبقى اختصاص السابق نظراً إلى أن المفارقة الضرورية للبقاء في حكم البقاء عرفاً، وبين عدمه فلا. أو التفصيل بين إبقاء رحله في المكان بنية العود فيبقى الحق، وبين عدمه فلا، نظراً إلى ما عن الشيخ^(١) من نقله مرسله في ذلك التفصيل. أو التفصيل بين أن يكون الرحل الباقي شاغلاً لمحلّ الجلوس فيبقى الحق، وبين عدمه فلا، نظراً إلى بقاء حق الاختصاص في الشاغل من حيث عدم جواز رفعه بغير إذن مالكة، وكونه في محلّ المشترك كالمباح وان احتل سقوط حقه مطلقاً على ذلك التقدير، وصحة رفع الشاغل لأجل غيره دفعاً لتعطيل بعض المسجد - مثلاً - ممن لاحق له. أو التفصيل بين ما يلزم ارتفاع حق السابق الضرر عليه فيبقى نفياً للضرر، وبين عدمه فلا. وجوه ثمانية مقتضى القاعدة عدم بقاء حق اختصاص السابق المفارق، إلا أن الأقوى التفصيل الثالث، ثم الرابع، ثم

أبواب آداب التجارة ح ١.

(١) المبسوط ٣: ٢٧٦.

السادس، ثمّ الأوّل، بل الأوّل والأحوط منها عدم الحكم بالبقاء إلّا في مورد اجتماع الشقوق الستّة ثنائياً، بل ثلاثياً، بل رباعياً، بل خماسياً، بل سداسياً.

وتظهر الثمرة في الحكم ببقاء حقّ الاختصاص بعد المفارقة وعدمه في الحكم التكليفي، وهو تأثمّ المزعج غيره السابق إلى مكان على تقدير بقاء حقّه، وعدمه على تقدير العدم. وفي الحكم الوضعي وهو جواز أخذ المفارق الثمن على إسقاط حقّه بعد المفارقة على تقدير البقاء، وعدمه على تقدير العدم.

ثمّ وعلى تقدير بقاء حقّ السابق لو أزعجه المزعج على وجه الإثمّ والحرمة فهل يصير المزعج أولى منه بعد ذلك؟ يحتمله، لسقوط حقّ الأوّل بالمفارقة، وعدمه للنهي، فلا يترتّب عليه حقّ. والوجهان آتيان في رفع كلّ أولويّة. وأقوى الوجهين الأوّل، لا الثاني، لعدم اقتضاء النهي الفساد في غير العبادات لا وضعاً ولا عرفاً، سيّما فيما نحن فيه.

ويتفرّع على ذلك: صحة صلاة الثاني في ذلك المكان وعدمها، والله أعلم.

قوله: «كما يملك الموات».

[أقول:] فيه: أولاً: يمنع الحكم في المقيس عليه، لما عرفت.

وثانياً: يمنع الحكم في المقيس لو سلم في المقيس عليه؛ للفرق الفارق

بين الحكم في الموات بقوله: «فهي له»^(١)، وبين قوله في العمار «فهو أحق»^(٢).

قوله: «وغير ذلك مما سيقف عليه المتتبع».

[أقول:] كبيع المصحف ودور مكة والترربة الحسينيّة وتركه المديون

والموصى قبل أداء الدين والوصيّة، إلّا أنّ أكثر موانع نفس الملك من التملك

المذكورة في المتن كبيع المنذور والمحلوف والمشروط عدم بيعه من الأحكام لا

(١) الوسائل ١٧: ٣٢٢٧ ب «١» من أبواب إحياء الموات ح ٥ و ٦.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٢٢٦-٣٢٢٧ ب «١» من أبواب أحياء الموات ح ٣ و ٤ و ٧، ب «٣» من

أبواب إحياء الموات ح ٢.

الحقوق المانعة حتى يقتضي الفساد.

قوله: «فإن العلم بعدم طرؤ مسوغات البيع في التخصيص^(١) لا يعني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع... الخ».

[أقول:] فيه أولاً: منع العلم بعدم طرؤ مسوغات البيع، فإن طرؤها معلوم في الخارج بالوجدان وقضاء العادة بالظلم والعدوان.

وثانياً: أن تقييد إنما يعني عن تقييد الوارد به؛ لأنه تحصيل للحاصل، ولا يعني عن تقييد اللازم مطلقاً فإن المورد لا يخصص عموم الوارد، غاية الأمر تأخير بيانه عن غير محل الحاجة اللازم على التقديرين.

قوله: «ثم إنه^(٢) جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع».

أقول: تفصيل الحال أن في منافاة جواز البيع للوقف فيما يجوز بيعه على أن يكون الجواز بنفسه مبطلاً لوقفية الوقف، كما عن الجواهر^(٣) وشرح القواعد، استناداً إلى منافاة جواز البيع لحقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه، فيكون جواز بيعه مع كونه وفقاً من التضاد.

وفي عدم منافاة الجواز لبقاء الوقف إلى أن يباع على أن يكون البيع مبطلاً للوقف بنفسه - كما هو ظاهر مختار المتن - استصحاباً لبقاء الوقف على الوقفية إلى أن يباع، أو بكشفه عن سبق بطلان الوقف قبل البيع آنأماً - كما هو مختار شيخنا العلامة - جمعاً بين استصحاب الوقفية وعموم «لا يبيع الا في ملك»^(٤)، وجوه، أوجهها الأخير، كما لا يخفى على الخبير.

وتظهر الثمرة في بقاء الوقف على حاله قبل البيع لو فرض اندفاع الضرورة

(١) في المكاسب: «في الشخص».

(٢) في المكاسب: «ثم إن».

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٥٨.

(٤) عوالي اللآلي، ٢: ٢٤٧ ح ١٦.

المسوَّغة للبيع، أو عدم اتفاق البيع بعد الحكم بجوازه على الأخيرين، وعدم البقاء على الأوَّل.

وربما يظهر من استشهدا الماتن^(١) على عدم منافاة الجواز للوقف بما صرَّح به جامع المقاصد - من عدم جواز رهن الوقف، وإن بلغ حدًّا يجوز بيعه^(٢) - تفرير جواز رهن الوقف على بطلانه بنفس جواز البيع لا بالبيع.

وفيه نظر، بل منع، إذ لولا القاعدة الكلّية المستفادة من حكمه الرهن أن كلّما جاز بيعه جاز رهنه صحَّ تفرير القول بعدم جواز رهن الوقف على عدم بطلان الوقف بنفس جواز البيع. وأمّا بعد تلك القاعدة الكلّية بأنّ كلّما جاز بيعه جاز رهنه فلا يصحَّ تفريره، وذلك لجواز رهن الوقف الجائز بيعه مطلقاً أمّا على القول ببطلان الوقف بمحض الجواز فلبطلان الوقف، وأمّا على القول بعدم بطلانه بمحض الجواز فلملازمة جواز البيع لجواز الرهن. وأمّا تعليل المانع من جواز رهن الوقف الجائز بيعه باحتمال طرؤ البسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن فعليل، بأنّ احتمال طرؤ المانع من جواز بيع الوقف المرهون في دين المرتهن يبسار الموقوف عليهم غير مانع من جواز رهنه بعد أصالة عدم طرؤ ذلك، كما أنّ احتمال طرؤ المانع من بيعه ابتداء بموت القابل أو جنونه قبل القبول غير مانع من جواز بيعه، بعد أصالة عدم طرؤ مانعه، من غير فرق بين الاحتمالين، إلّا فيما هو غير فارق، كشدّة الاحتمال وضعفه.

قوله: «وقطع سلطنته عنه. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى الفرق بين الوقف الجائز بينه والعقد الجائز فسخه، خصوصاً الوقف العام، والمساجد على القول بخروجه عن ملك الواقف وعدم

(١) المكاسب: ١٦٤.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٥١.

دخوله في ملك احد كالتق والتحرير .

قوله: «ولعلّه من شدة مخالفته القواعد لم يرتض بظاهره» .

[أقول]: فيه: منع مخالفته لشيء من القواعد سوى مخالفة لايبيع الوقف المخصص بالنصوص^(١) والإجماعات .

قوله: «والظاهر أنّ المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظنّ بذلك» .

[أقول]: فيه: إن كان مستند تخصّص عمومات لايبيع الوقف الفتايا المذكورة فالأظهر والأحوط الاقتصار في تخصيصها المخالف للأصل على المتيقّن، وهو التأدية على وجه القطع لا الظنّ. وإن كان مستنده خبر جعفر بن حنان^(٢) وصحيحة مهزيار^(٣) وعموم تعليقه: «بأنّه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس» فالأظهر تعميم مسوّغات بيع الوقف بطرّو مطلق ما فيه مظنة الضرر ومعرضه تلف المال والنفوس، سواء بلغ حدّ الخوف والظنّ أم لم يبلغ، وسواء كان من اختلاف أربابه أو قصورهم أو ظهور الآفة أو جور الظلمة والسرقة، الغالبة في زماننا على انسداد أبواب المعروف والصدقات وغصب الموقوفات، أو صرفها في وجوه المحرّمات المناقضة لغرض الواقف وصحة بقائه، بل المانعة من صحّة الوقف بدوّاً، فضلاً عن استدامته .

قوله: «أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم... إلخ» .

أقول: تفصيل الحال في المسألة أن يقال: هل الوقف مخرج للعين الموقوفة عن ملك واقفها كإخراج منافعتها عنه كما يقتضيه خروج جميع آثار ملكيته عن تحت سلطنته، أم غير مخرج لها عن ملك واقفها كما يقتضيه استصحاب بقاء

(١) الوسائل ١٣: ٣٠٣ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

(٢) الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٨ .

(٣) الوسائل ١٣: ٣٠٥ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٦ .

العين على ملك الواقف؟

وعلى تقدير الإخراج فهل يدخلها في ملك الموقوف عليهم، كإدخال منافعها في ملكهم، كما يقتضيه ظاهر اشتراط تعيين الموقوف عليهم في بعض النصوص^(١) والفتاوى، وجواز قسمة ثمن الوقف المبيع للمصلحة المقتضية له على الموقوف عليهم، من دون تبديله بما يماثلها من الأوقاف. أم يدخلها في ملكه تعالى، كما يقتضيه اشتراط بعضهم فيه القرابة دون القبول، مع البناء على أنه من العقود لا الإيقاعات. أم يخرجها عن ملك واقفها من غير أن يدخلها في ملك الموقوف عليهم، ولا في ملك الباري تعالى، نظير التحرير، كما يقتضيه الأخذ بالمتيقن، وهو خروجها عن ملك مالكة، وأصالة عدم دخولها في ملك أحد. أم التفصيل بين الأوقاف الخاصة فتدخل في ملك الموقوف عليهم، والعامّة فلا تدخل، كما لعلة المراد من تفصيل الماتن^(٢) بين ما هو كالمساجد والمدارس والربط فهي تفكيك، وبين غيرها فهي تمليك للموقوف عليهم، ولعل وجهه استظهار الإجماع عليه؟ وجوه خمسة.

وقد عرفت أن مقتضى الاستصحاب البقاء على ملك واقفه وإن خرجت منافعها عنه كالعين المستعارة وكالسكن والعمرى والرقبي، ومقتضى زوال جميع آثار الملكيّة عنه شرعاً هو الخروج. ولكن الأصل عدم دخوله بعد الخروج في ملك أحد وإن استظهر شيخنا العلامة الدخول في ملك الموقوف عليهم مطلقاً، من غير فرق بين الأوقاف الخاصة والعامّة.

وتظهر الثمرة: أمّا بين القول ببقاء الوقف على ملك واقفه وبين سائر الأقوال الأخر، ففيما لو زالت منافع العين الموقوفة بتخريب ونحوه فإنه يرجع الى

(١) أنظر الوسائل ١٣: ٣٠٧ ب «٧» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

(٢) المكاسب: ١٦٦.

ملك الواقف أو ورثته، بحيث جاز لهم تصرّف الملاك فيه ببيع ونحوه على القول ببقاء عين الوقف على ملك واقفه، ولا يرجع على سائر الأقوال.

وأما بين القول بعدم دخوله في ملك أحد أو دخوله في ملك الباري تعالى، وبين سائر الأقوال، ففي تعلق أجره مثل المنافع المستوفات بل الفائتة بدمّة الغاصب للوقف للموقوف عليهم على القول بتفكيك الوقف عن الملكية، أو دخوله في ملك الباري تعالى وعدم تعلق أجره المثل بدمّة الغاصب للموقوف عليهم على سائر الأقوال.

وأما بين القول بدخوله في ملك الموقوف عليهم وبين سائر الأقوال، ففي جواز بيعه للموقوف عليهم عند الضرورة المحوكة إليه بناءً على القول بدخوله في ملك الموقوف عليهم، وعدم جوازه بناءً على سائر الأقوال.

ثم لا يقال: إنّ استقرار النصّ^(١) والفتوى على جواز بيع الوقف إذا وقع الخلف بين أرباب الموقوف عليهم كاشف عن صحّة مبنى هذا الفرع، وهو دخول الوقف في ملك الموقوف عليهم، لاحتمال استناد جواز البيع إلى التبعّد بالنصّ وإن لم يدخل في ملك الموقوف عليهم، لا إلى دخوله في ملكهم حتّى يستكشف هذا الدخول في ملكهم.

ثم إنّ تولية بيع الوقف وقبض ثمنه هل هو للواقف كما يقتضيه استصحاب بقائه في ملكه، أو للموقوف عليهم كما لهم منفعه، أم لناظره الخاصّ كما له النظر في العين فكذا في بدله، أو لحاكم الشرع كما له الرئاسة في الأمور العامّة؟ وجوه أربعة. وإذا انضمت إليها سائر الوجوه المركّبة من الرباعي والثلاثي والثنائي بلغت أربعة عشر وجهاً.

أوجهها كون التولية للبطن الموجود من الموقوف عليهم، بضميمة الحاكم

(١) الوسائل ١٣: ٣٠٥ «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٦.

القيّم من قبل سائر البطون.

ويحتمل أنّ هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنّه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف. إلا أن يقال: بعدم انصراف وظيفته المَجعولة من قبل الواقف إلى الصرف في نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. ويحتمل بقائه لتعلّق حقّه بالعين الموقوفة، فيتعلّق بمبدالها.

ثمّ النظر في الوقف المطلق إلى الحاكم الشرعي. وفي الوقف المَجعول في ضمنه النظر لشخص خاصّ إلى ذلك المَجعول له النظر.

ثمّ إنّ وظيفة الناظر مع الإطلاق العمارة والإجارة وتحصيل الغلّة وقسمتها على مستحقّيها.

وهل من وظيفته أيضاً توقّف تناول الموقوف عليهم شيئاً من منافع الوقف على إذنه مطلقاً، كما يقتضيه الاحتياط والاقتصار على المتيقّن. أم ليس من وظيفته ذلك مطلقاً، كما يقتضيه إطلاق الوقف. أم التفصيل بين تعيين الموقوف عليه لتناول منفعة الوقف فلا يتوقّف تناوله على إذن الناظر، وبين عدم تعيينه فيتوقّف تعيينه على إذنه، بناءً على اعتبار إذنه من باب الطريقة والكشف غير الرضا، لا من باب الموضوعيّة حتّى يتبع حتّى في مقام التعيين وعدم الحاجة إلى الإذن. أم التفصيل بين الحكم التكليفي وهو جواز تناول وعدم الجواز فيتوقّف على إذنه، وبين الحكم الوضعي وهو ضمان المتناول وعدم ضمانه فلا يتوقّف، كما عن المسالك^(١). أم التفصيل بين الناظر المَجعول له النظارة في ضمن الوقف فيتوقّف تناول على إذنه، وبين الغير المَجعول له النظارة في ضمن الوقف كالحاكم الشرعي فلا يتوقّف على إذنه؟ وجوه. أوجهها الأخير؛ لأنّ إطلاق جعل النظارة في ضمن عقد الوقف ظاهر في اعتبار إذن الناظر مطلقاً، ومن باب

الموضوعية لا الطريقية، حتى يستغنى عنه في مقام تعيين الموقوف عليه والعلم برضا الناظر، بل يعتبر إذنه مطلقاً في الحكم التكليفي وهو الجواز، وفي الحكم الوضعي وهو سقوط الضمان، وذلك لأنّ الموهم لعدم اعتبار إذنه.

أمّا عدم جعل النظارة له في ضمن العقد فالمفروض خلافه.

وأما عدم لزوم النظارة المجعولة في ضمنه فيندفع بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، وقوله عليه السلام: «الأوقاف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

وأما احتمال اختصاص النظارة المجعولة له بغير ذلك من المصالح فيندفع بفرض إطلاق الجعل، والنظارة، وأصالة عدم انصرافهما عن الإطلاق.

وأما احتمال اعتبار جعل النظر له من باب الطريقية والكشف عن الرضا لا من باب الموضوعية حتى يستغنى عن إذنه في مقام تعيين الموقوف عليه والعلم برضائه فيندفع بظهور الجعل للنظارة المأخوذة شرطاً في ضمن العقد اللازم في الموضوعية، وكون المقصود اعتبار إذنه مطلقاً.

فان قلت: فما ثمره إذنه بعد العلم برضائه أو عدم المناص له شرعاً من الإذن، كما في صورة تعيين الموقوف عليه.

قلت: الأغراض والدواعي مختلفة فلعلّما الغرض الداعي الى جعل النظر للناظر في ضمن عقد الوقف على وجه يتوقف اباحته للموقوف عليهم على اذنه هو تكريم الناظر وتعظيمه واهابته في أنظار الموقوف عليهم، ليطيعوه وينقادوا أمره، ولا يخالفوه فيتشتت أمرهم ويفترق جمعهم.

فان قلت: إباحة المال الطلق إذا لم يتوقّف على الإذن الصريح بعد إحراز مجرد الرضا فكيف يتوقّف عليه إباحة الوقف، مع خروجه عن الطليقة بعد إحراز

(١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب «٢» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

الرضا.

قلت: القياس مع الفارق، لأنَّ المال الطلق الذي لم يتوقَّف إباحته للغير على إذن صاحبه بعد إحراز رضاه إنما هو المال الغير المشروط في ضمن العقد اللازم توقُّف إباحته على الإذن الخاصّ، وأمّا المشروط في ضمن العقد اللازم فيتبع شرطه. ألا ترى أنه لو نذر شخص أو اشترط على نفسه في ضمن عقد لازم أن لا يبيح أو لا يعير شيئاً من ماله على أحد إلا في وقت خاصّ أو مكان خاصّ توقّف أباحة ذلك الشيء على ذلك الوقت أو ذلك المكان وإن رضي قبله بجميع أنحاء الرضا، فما نحن فيه من هذا القبيل.

ثمَّ إنّ ثمن الوقف المبيح للضرورة المسوّغة بيعه للواقف بناءً على بقائه في ملك الواقف، وللموقوف عليهم بناءً على دخوله في ملكهم، وللإمام بناءً على دخوله في ملك الباري تعالى، ولكلّ من استبق إلى حيازته بناءً على أنه تفكيك عن الملكيّة لا تمليك لأحد.

ثمَّ وعلى القول بكون ثمنه للإمام ففي زمن الهدنة والغيبة هل هو مباح لمطلق من استبق إلى أخذه كالمال المعرض عنه صاحبه لعموم قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشييعتنا»^(١)، أم موكول إلى نظر نائب الإمام عليه السلام في صرفه في مصالح المسلمين أو حفظه للإمام بدين أو إيداع على اختلاف الآراء في مصرف سائر أموال الإمام عليه السلام في زمن الغيبة، أم لا بدّ من صرف ثمن الوقف فيما يماثله من الأوقاف مقدّماً للأقرب فالأقرب إلى غرض الواقف، فإن تعدّر صرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعدّر صرف في مصالح المسلمين؟ وجوه، أقواها الأول، وأحوطها الثاني، بل الأحوط منه الثالث، بل لعلّما الأقوى هو ذلك على جميع الأقوال، حتّى على القول بدخوله في ملك الواقف عليهم.

(١) الوسائل ٦: ٣٨٤ ب «٤» من أبواب الأنفال وما يختصّ بالإمام ح ١٧.

فإنّ دخول العين الموقوفة في ملكهم على تقدير صحته لا ينافي تقييده الملكية في رأي الواقف بالمصرف المماثل لها على تقدير تعذر الانتفاع من نفسها، وقد قال رحمته الله: «الأوقاف على حسب ما يوقفها أهلها»^(١).

ومجرّد عدم منافاة الملكية لتقييدها في نظر الواقف بالمصرف المماثل وإن لم يثبت التقييد إلا أنّ ظاهر حال الواقف سيّما في الوقف المبني على التأييد بحسب العادة أو الغلبة شاهد حال على التقييد ولو ظناً.

ثمّ وعلى تقدير لزوم صرف ثمن الوقف في مماثلة فهل يحتاج وقف المماثل إلى صيغة على حدة، أم يكفي في وقفه مجرد صرف ثمن الوقف فيه؟ وجهان، أقواهما الثاني، وأحوطهما الأوّل. وذلك لتبعية الثمن لمثمنه في الطلقة وعدم الطلقة، ولهذا لو باع أحدهما - أي الراهن أو المرتهن - الرهن من دون إذن الآخر كان الثمن رهناً كأصله، ولم يبطل الرهن من الثمن، كما أنّه تابع له في الملكية والغصبة، ولهذا لو اشترى بعين المغصوب شيئاً جرى عليه أحكام الغصب أيضاً.

قوله: «فإنّها تصير ملكاً للمسلمين . فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى عدم الفرق بين أرض المسجد وأجزاء بنيانه في عدم الخروج عن أصالة عدم دخوله في ملك المسلمين.

قوله: «ويضعّف»^(٢) قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه».

[أقول:] وجه هذا القول: أنّ اشتراطه منافٍ لمقتضى العقد. ووجه ضعفه أنّ منافاته لمقتضاه قبل طرؤ مسوغاته لا مطلقاً، فاشتراطه المسوّغ غير منافٍ.

قوله: «والحاصل أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه - الى قوله -

(١) الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب «٢» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

(٢) في المكاسب: «وتضعيف» .

والثالث هو المطلوب».

أقول: ويدلّ على الثالث المطلوب - أعني: على جواز بيع الوقف المخروب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه - بعد اندفاع استصحاب المنع بتبدّل الموضوع أو يكون الشكّ في القابليّة والاستعداد دخول بيع مثله في الأشياء النافعة الخالية عن إمارة المضرة، التي هي مورد أصالة الإباحة على ما هو المقرّر في محلّه مضافاً إلى ميسيس الحاجة إلى بيع مثله في كثير من الفروض، وهي القاعدة المعولّ عليها في براءة ذمّة الطبيب باستبراء ذمّته من الضمان قبل الطبابة، فإنّ الاستبراء عمّا لم يجب وإن لم يبرأ عمّا يجب بحسب القاعدة إلا أنّ جماعة قالوا: بإيرائه في هذه المسألة، تمسكاً بميسيس الحاجة فيه وفي ضمان الأمر ذي المتاع بإلقاء متاعه في الماء عند الخوف من الغرق على أن يكون عليه ضمانه، فإنّ مقتضى القاعدة وإن كان عدم لزوم ما لم يجب إلا أنّ جماعة منهم العلامة في القواعد^(١) التزموا بلزومه في المقام، تمسكاً بميسيس الحاجة. ولعلّ مأخذه قاعدة نفي الحرج، أو رفع ما اضطرّوا إليه، أو قاعدة اللطف الواجب على الحكيم في رفع ما يلزم منه اختلال نظام الناس معاداً أو معاشاً.

قوله: «فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ عدم بقاء شخص العين لا ينافي إمكان بقاء نوعه ومنفعته المقصودة بالتبديل عادة للبطون اللاحقة، فيستصحب بقائها بالتبديل إلى أن ينتهي إلى عدم إمكان التبديل أيضاً فيختصّ اتلافه بمن انتهى إليه.

قوله: «والجواب أمّا عن رواية جعفر... إلخ».

أقول: هذه الروايات الثلاث - أعني: رواية جعفر^(٢) والحميري^(٣) وابن

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢١.

(٢) الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٨.

(٣) الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٩.

مهزيار^(١) -كلها- مضافاً إلى ضعف دلالتها ومعارضتها بما هو أقوى من الأخبار^(٢) الصريحة بعدم جواز شراء الوقف واستتباع الوقف رأي واقفها - موهونة بإعراض الأصحاب من العمل بها. فلا بد إما من طرحها، أو حمل لفظ الوقف فيها على الوصية، لأنه معنى لغوي مستعمل في الأحاديث، كما يومىء إليه رواية جعفر، أو على عدم حصول القبض في الوقف كما هو ظاهر رواية ابن مهزيار، أو على النذر كما لعنه ظاهر مكاتبة الحميري، أو على مقابلة الوقف من دون تحقق ما يلزمه مع كون الموقوف عليهم وارثين، كما هو أحد محامل الروايات في الوسائل^(٣).

قوله: «فعلى الإمام أن يستفصل إذا كان بين المؤيد وغيره فرق في الحكم. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى احتمال الاستفصال بقوله عليه السلام: «إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز»^(٤).

قوله: «أو يجعل الوقف^(٥) كالاشتراط في متن العقد. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن منافاة شرط بيع الوقف لمقتضى الوقف حتى لا يجوز أو لإطلاق الوقف حتى يجوز مرجعه إلى عموم نصوص^(٦) المنع من بيع الوقف، أو تخصيصها بغير الاشتراط، كما هو الصحيح في الصحاح^(٧).

قوله: «بخلاف المال. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن المال والعين وإن لم يكن كالحق والدين في السقوط

(١) الوسائل ١٣: ٣٠٤ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٥.

(٢) الوسائل ١٣: ٣٠٣ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

(٣) الوسائل ١٣: ٣٠٥ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ذيل الحديث ٦.

(٤) الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٩.

(٥) في المكاسب: «الوقف».

(٦) الوسائل ١٣: ٣٠٣ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

(٧) الوسائل ١٣: ٣٠٣ و ٣٠٤ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢ و ٣ و ٤.

بالإسقاط والإبراء إلا أنه يسقط أيضاً بمحض الإعراض القلبي الذي هو أقل من الإسقاط اللفظي، ولا يتوقف على إيجاب ولا قبول.

قوله: «ربما تأمل فيما قبله. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ المدفوع إلى البائع في الأول عين ثمن الجارية وفي الثاني غيره؛ لأنّ المفروض أنّ ثمن الجارية كلي في الذمة والمدفوع الى البائع بدله المسقط عنه، إلا إذا قلنا أنّ الكلي عين أفراده.

قوله: «المراد به غير هذا القسم».

[أقول:] وهو الملك التقديريّ الالتزامي، تفضيلاً من لزوم الملك بلا مالك. فان قلت: إنّ مقطوعة يونس المتقدمة: «إن كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملك الولد عتقت بملك ولدها»^(١) صريحة في ملكها الحقيقي. قلت: المقطوع على الراوي ليس برواية، بل دراية من فتوى الراوي وفهمه.

قوله: «ويبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل».

[أقول:] والترجيح للوجه الأول؛ لأنّ منافع الحرّ لا يضمن، فليس عليه إلا الاستسعاء، كما في مديون الغرماء.

قوله: «فالمرجع فيه إلى فساد^(٢) بيعها قبل الحاجة إلى الكفن. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ الشكّ في طرؤ ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء والأصل عدمه، أو ترجيح الرجوع إلى قاعدة عموم المنع من بيع أمّ الولد، أو إطلاق من ليس له كفن دفن عارياً، فليس له حقّ على المستولدة، كما ليس له على الأجانب.

(١) الوسائل ١٦: ١٠٦ ب «٥» من أبواب الاستيلاء ح ٣، ولم تتقدّم منه شيء.

(٢) في المكاسب: «فالمرجع الى أصالة فساد».

قوله: «وعن الشيخ في التهذيب^(١) والاستبصار^(٢) الجمع بينهما بغير ذلك».

[أقول:] أي: حمل مرسله حمّاد^(٣) على ما إذا كان الخطأ شبه عمد لا خطأ محض.

قوله: «ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمة وملكت أمواله التي هي منها».

[أقول:] فيه: أن خروج المولى عن الذمة أشبه شيء بارتداده المحكوم بموته الموجب اعتاقه فلا تملك هي كسائر أمواله، مضافاً إلى أصالة عدم طروء ما يقدم على حق الاستيلاء، وإلى عموم قاعدة المنع من تملك أم الأولاد.

قوله: «ومنها: ما إذا كان مولاها ذمياً فقتل^(٤) مسلماً فإنه يدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول».

[أقول:] وفيه: أن قتل الذمي المسلم أشبه شيء بدين القتال غير ثمن رقبته، فيلحقه حكمه المتقدّم.

قوله: «حقّ اسلامها أولى من حقّ الاستيلاء».

أقول: وإن كان أولى إلا أنه يمكن الجمع بين الحقين بنفي سلطنة الكافر عنها بغير البيع عليه، بأن يخلي سبيلها، أو يودعها عند مسلم.

لا يقال: إن الجمع بين حقّ الإسلام وحقّ الاستيلاء ليس أولى من الجمع بين حقّ الإسلام وحقّ المالك بالبيع عليه.

لأننا نقول: أولويته من جهة أظهرية قاعدة عموم المنع من بيع المستولدة

(١) التهذيب ١٠: ٢٠٠ ذيل الحديث ٧٩٣.

(٢) الاستبصار ٤: ٢٧٦ ذيل الحديث ١٠٤٧.

(٣) الوسائل ١٩: ١٥٩ ب «١١» من أبواب ديّات النفس ح ١.

(٤) في المكاسب: «وقتل».

في العموم من إطلاق بيع العبد المسلم على مولاه الكافر، فإنه منصرف إلى غير المستولدة، كما في مطلق اجتماع الأمر والنهي العامين من وجه، مثل تصدق ولا تسرق، وصل ولا تغصب.

قوله: «والمفروض أن حق أم الولد مانع شرعاً - إلى قوله - فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن حق الاستيلاء مانع من الرد لا الاسترداد، مضافاً إلى استصحاب جواز الاسترداد قبل الاستيلاء.

قوله: «ربما يتجه الصحة فيما كان الغرض من الحجر [رعاية] مصلحة كالشفعة».

[أقول:] فيه أولاً: أن مصلحة حجر الشريك من التصرف في المال المشترك من دون إذن شريكه إنما هو رفع الضرر لا الشفعة، كما أن مصلحة الشفعة أيضاً هو رفع الضرر.

وثانياً: أن حجر الراهن بل كل حجر لا محالة يكون له مصلحة دفع الضرر الشخصي أو النوعي، فيتجه الصحة في الكل الراهن وغيره.

قوله: «وتعلق الحق هنا بالعين . فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن الحق هناك بالأصالة وإن تعلق بالذمة إلا أنه يجوز استيفائه من العين، كما أنه هنا وإن تعلق بالعين إلا أنه يجوز استيفائه من غيره، والفرق غير فارق.

قوله: «وفي بعض كلامه تأمل».

[أقول:] منها: تخصيصه الغرر بجهل الحصول^(١)، ومن الواضح عرفاً وشرعاً تعميمه.

ومنها: قوله: بين الغرر والجهل عموم من وجه^(١)، ومن الواضح اتّفاقهم على أخذ الجهالة في الغرر، وكون الجهالة معتبرة في صدق الغرر، وهو أخصّ منه مطلقاً فتعميمه في العبد الآبق المعلوم الصفة خلاف العرف والشرع واللغة. ومنها: تعميمه الغرر إلى مجهول الوجود وتقسيمه إلى الجهل بالجنس وإلى الجهل بالنوع وإلى الجهل بالقدر والعين^(٢)، فإنّه كالتهافت والتناقض، لما ذكره أولاً: من تخصيصه بجهل الحصول، وتقسيم الشيء الى نفسه وغيره. ومنها: قوله: ولو شرط في العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غرراً عند الكل^(٣)، فإنّ الشرط وإن خرج عن قدرة الشارط إلاّ أنّه لا يزيده غرراً على عدم اشتراطه.

قوله: «إلاّ أنّه أخصّ من المدعى».

[أقول:] بل قيل: إنّ مباين للمدعى، نظراً إلى اعتبار القدرة على التسليم في الواقع، لا العلم بالقدرة حتّى يكون أخصّ من المدعى. فكيف كان فدلالة النبوي^(٤) على المدعى بالفحوى كافٍ في الاستدلال، وأولى. قوله: «وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح».

[أقول:] أمّا في الاعتراض: فلأنّ تقييد الوجوب بالقدرة دليله عقليّ لبيّ لا لفظيّ صرف حتّى يُدفع بالأصل.

وأما في المعارضة: فلأنّ أصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط لا يقاوم أصالة عدم تقييد الوجوب به، لحكومة الأصل في المقيّد - وهو «أو فوا بالعقود»^(٥) -

(١-٣) القواعد والفوائد ٢: ١٣٧ قاعدة ١٩٩.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٦٦ ب «١٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١٣، و ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب

آداب التجارة ح ٣.

(٥) المائدة: ١.

على الأصل في المطلق، وهو ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾^(١).

قوله: «وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه». [أقول:] فيه: أَنَّ اعتاقه عليه الموجب لعدم استحقاقه التسليم من أحكام صحّة البيع وآثاره المتأخّرة عنه رتبة فلا تترتب عليه إلّا بعد اجتماع شرائط الصحّة، ومنها القدرة على التسليم، فكيف يسقط ما يعتبر في صحّته بما يترتب عليه من الآثار، خصوصاً بعد إطلاق النصّ^(٢) بعدم صحّة بيع الآبق إلّا بالضميمة. قوله: «لصدق الغرر عرفاً - إلى قوله - فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى ما تقدّم من اعتبار الجهل في صدق الغرر عرفاً، أو أَنَّ القدرة شرط لا العجز مانع. قوله: «وفيه ما فيه».

[أقول:] أي: مما سبق من أَنَّ الجهل وإن اعتبر في الغرر إلّا أَنَّ دلالاته بالفحوى على الفساد مع علم المشتري كافٍ في الاستدلال، مضافاً إلى دلالة الأكل بالباطل عليه.

قوله: «مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه».

[أقول:] اشتراط العلم في الأوّل واعتقاد قدرته في الثاني لأجل التفصي عن صدق الغرر مع الجهل.

قوله: «وفي بعض كلامه تأمل»^(٣).

أقول: موقع التأمل أمّا دعوى العموم من وجه بين الغرر والجهل. ووجهه هو ما ذكره المانن سابقاً من اتّفاق تعاريفهم على اعتبار أخذ الجهالة في معنى

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٢ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) تقدّم ذكر هذا المتن بعينه في ص: ٢١٠، إلّا أَنَّ تعليقة المصنّف عليها مختلفة، فراجع.

الغرر، فهو أخصّ منه مطلقاً، فتعميمه في العبد الآبق المعلوم الصفة خلاف العرف واللغة وكلمات المتشرّعة.

وأما ظهور التنافي بين تخصيصه الغرر في صدر كلامه بمجهول الصفة وتعميمه بعد ذلك لمجهول الوجود المشار إليه بقوله: «ويتعلّق الغرر تارةً بالوجود وتارةً بالحصول... إلخ»^(١). ووجه التأمل في هذا الموقع هو وضوح التناقض والتهافت البيّن بين العبارتين. ويمكن رفع التناقض بحمل الأوّل: على الغرر المبطل، والثاني: على الغرر المطلق.

وأما في تقسيمه الغرر بثلاثة أقسام وادعائه الخلاف في القسم الثالث. ووجه التأمل فيه هو عدم الخلاف بين العامّة والخاصّة في بطلان البيع بعد تسليم صدق الغرر عليه. نعم، إن كان خلاف فهو في صدق موضوع الغرر لا في حكمه بعد إحراز صدق الموضوع.

أما الموقع الأوّل: فليس محلاً للتأمل، بل هو محلّ المنع جدّاً، كما أشار إليه الماتن فيما قبل، فلا يصحّ إرادته محلاً للتأمل بعد منعه، فتعيّن إرادة أحد الموقعين الآخرين للتأمل، كما لا يخفى.

ثمّ المحصل من التحقيق في المسألة: أنّ الغرر لا ينفكّ في الصدق عن الجهل لا محالة، بخلاف الجهل فإنّه قد ينفكّ عن الغرر، وأنّ العنوان المنهّي عنه شرعاً المبطل للبيع هو الغرر لا الجهل.

وأما ما يتخيّل من نقض ذلك باتّفاقهم على فساد بيع أحد الأشياء المتماثلة من جميع الجهات، حيث إنّه لا وجه لفساده سوى الجهل، ضرورة انتفاء الغرر بعد فرض التماثل من جميع الجهات. فيدفعه منع انتفاء الغرر عن المثال بمجرد التماثل النافي للضرر حتّى يكون نقضاً لما ذكر، وذلك لاختلاف أغراض

الأشخاص والدواعي في المبيع المطلق وعدم اقتصار الغرر على مورد الضرر حتى ينتفي بانتفائه.

ولو سلمنا فلنا أن ندعي أن الفاسد من المعاملات الغررية هو ما كان نوعه معرضاً للغرر وإن لم يكن شخصه غررياً، كما في بيع أحد المتماثلين من جميع الجهات من غير تعيين.

ولو سلمنا فلنا أن نسند الفساد في المثال إلى أن ما قصد منه لم يقع وما وقع لم يقصد، نظراً إلى أن ما وقع عليه العقد هو مفهوم ذهني منتزع من المتماثلين، وما قصد هو فرد خارجي منهما، وأحدهما غير الآخر قطعاً. فالفساد من هذه الجهة لا من جهة الغرور.

ولو تنزلنا عن ذلك أيضاً فلنا منع الإجماع على بطلان البيع في مثله بعد فرض انتفاء المستند له، كما استقرب جماعة منهم الشهيد في اللمعة صحة نظير المسألة من باب الإجارة، وهو ما لو عقد الإجارة على أجرتين على تقديرين كعقده الإجارة على نقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي يوم آخر بأجرة أخرى^(١).

لا يقال: مستند الصحة على القول بها في باب الإجارة هو النص^(٢) المفقود في باب البيع مثله، فهو الفارق.

لأننا نقول: لا ينحصر مستندهم في النص، بل قد استندوا في الصحة أيضاً بوجود المقتضي، وهو الإجارة المعيّنة المشتملة على الأجرة المعيّنة وإن تعددت واختلفت، لانحصارها وتعيينها.

ولو تنزلنا عن ذلك كله فلنا استناد فساد البيع المذكور إلى الإجماع لا

(١) اللمعة الدمشقية: ٩٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٢٥٣ ب «١٣» من أبواب الإجارة.

القاعدة، فإن استناد صحّة الإجارة المذكورة على القول بها إلى النصّ لا القاعدة ليس بأولى من استناد فساد البيع المذكور على القول به إلى الإجماع دون القاعدة.

قوله: «وفي الاعتراض والمعارضة نظر... إلخ»^(١).

[أقول:] أمّا وجه النظر في الاعتراض فلأنّ وجوب التسليم حكم تكليفيّ والأحكام التكليفيّة لا زالت مقيدة بالقدرة بالدليل العقليّ الغير المتخلف أبداً، فلا مورد للشكّ في تقييدها به، حتّى يكون مورداً لأصالة عدم تقييده.

وأما وجه النظر في المعارضة فلأنّ أصالة عدم تقييد صحّة البيع بالقدرة على التسليم أصل أصيل لفظيّ، غير معارض لا بأصل ولا بغيره. أمّا عدم معارضته بأصل فلما عرفت من انتفاء موضوع ما يعارضه من الأصول.

وأما عدم معارضته بتقييد وجوب التسليم بالقدرة فلأنّ وجوب التسليم المقيد بالقدرة من أحكام صحّة البيع المتأخّر طبعاً ورتبةً، ومن البين أنّ التقييد في الحكم المتأخّر رتبةً لا يعارض عدم اعتبار ذلك التقييد في موضوع ذلك الحكم، لاختلاف رتبتي الموضوع والحكم بالتقدّم والتأخّر. ومحلّ النزاع فيما نحن فيه إنّما هو في تقييد صحّة البيع بالقدرة، وقد عرفت أنّ الأصل الأصيل اللفظي هو عدم تقييده من غير معارضته بشيء من الأصول، ولا من غيرها.

فان قلت: إنّ معارض بأصالة عدم تقييد اشتراط القدرة.

قلت: اشتراطها إن كان مستنداً إلى وجوب التسليم فقد عرفت عدم معارضته بأصالة عدم تقييد صحّة البيع.

وإن كان مستنداً إلى أدلّة النهي عن بيع الغرري والبيع السفهي فمن البين أنّ

(١) تقدّم ذكر هذا المتن بعينه في ص: ٢١١، إلّا أنّ تعليقه المصنّف عليها مختلفة، فراجع.

لسان النهي عن بيع الغرري بقولهم: نهى النبي عن بيع الغرر^(١) وعن السفهي بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢) إنما هو ظاهر في مانعية العجز لا اشتراط القدرة.

نعم، لو وردتا بلسان الإيجاب - كما لو قال: بيع الغير الغرري والغير السفهي صحيح أو مطلوب - لدلّ ظاهراً على اشتراط القدرة، وإذ ليس فليس. وإن كان مستنداً إلى الإجماع فمن المعلوم أنه لبي يقتصر فيه على القدر المتيقن من مفاده، وهو مانعية العجز، لا اشتراط القدرة. فتبين أن أصالة عدم تقييد صحة البيع باشتراط القدرة سليم عن المعارض، وأنه لا معارض له أصلاً. فتسليم المعارض له - كما فعله المجيب بالمعارضة - محلّ نظر، كما عرفت وجهه.

وأما ما أورد عليه المتن بقوله: «وفيه ما عرفت من أنّ صريح... الخ»^(٣) فيمكن الجواب عن الأوّل منها: بأنّ إجماعهم المذكور على تقدير تسليم صراحة معقده في اشتراط القدرة موهون، بعد استنادهم في الاشتراط إلى النهي عن بيع الغرري والسفهي، الذي قد عرفت عدم دلالاته على ما عدا مانعية العجز. نعم، لو أطلقوا الإجماع ولم يستندوه إلى ما نعلم عدم دلالاته على معقد الإجماع واحتملنا استناده إلى ما فيه دلالة على المطلق لم تتخلف عن ظاهر معقده، وإذ ليس فليس.

والجواب عن إيراد الثاني: بأنّ المراد من مانعية العجز هو المانع اللغوي المتحقّق في ضمن الأمر العدمي أيضاً لا المانع الاصطلاحي حتّى ينحصر تحقّقه في ضمن الأمر الوجودي دون العدمي.

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٢) البقرة: ١٨٨.

(٣) المكاسب: ١٨٦.

والجواب عن الثالث: بأنّ ما قلت: من أنّ التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنّما يصحّ ويشمر في الضدين مثل الفسق والعدالة مما يمكن الواسطة بينهما لا فيما نحن فيه مما يكون تقابلهما تقابل العدم والملكة في عدم الواسطة بينهما، فيه: أنّه وإن كان كذلك إلاّ أنّه يمكن فرض مورد للثمرة، وهي ما إذا شكّ في تحقّق القدرة والعجز مع الشكّ في سبق القدرة وعدمه، فإنّه على اشتراط القدرة يكون الأصل عدمها ولا يصحّ البيع، وعلى مانعية العجز يكون الأصل عدمه فيصحّ البيع، فتبيّن للتردد ثمرة وإن كانت نادرة.

ثمّ وعلى تقدير اشتراط القدرة على التسليم في صحّة البيع فهل يشترط وجود القدرة حين البيع، أم حين التسليم، أم في الحينين، أم يكفي في أحد الحينين سواء كان حين العقد، أم حين التسليم؟ وجوه، أقواها الأخير؛ لأنّه الأقلّ تخصيصاً في أدلّة صحّة العقد من سائر الوجوه، كما أنّ الثالث أكثر تخصيصاً منها، فهو أضعفها.

ويتفرّع على هذا صحّة بيع المقدور حين التسليم ولو لم يكن مقدوراً حين العقد. وكذا صحّة بيع المقدور حين العقد ولو لم يكن مقدوراً حين التسليم.

وزعم بطلانه بواسطة الغرر مدفوع بفرض علم المشتري وعدم جهالته بالحال. وكذا زعم بطلانه بواسطة أنّه سفهيّ في معنى أكل مال بالباطل مدفوع أيضاً بفرض أن يترتب على البيع ثمرة عقلائية غير التسليم، كعتق ونحوه، فإنّ المنافع والأغراض المترتبة على الشراء لا تتوقّف على التسليم دائماً، أو بفرض الثمن قليلاً، بحيث تقدّم العقلاء على بذله عند رجاء المنفعة المحتملة.

ثمّ وعلى تقدير اشتراط القدرة أيضاً فهل يعتبر قدرة المالك على التسليم، أم البائع ولو كان وكيلاً أو فضولياً، أم قدرة أحدهما، أم يكفي بقدرة المشتري على التسليم ولو لم يكن المالك ولا العاقد بقادرين على التسليم؟ وجوه، أقواها

الأخير، لعين ما ذكر من أقلية التخصيص الناشئ منه في عموم أدلة صحة العقود من التخصيص الناشئ من سائر الوجوه .

ويتفرع عليه صحة بيع المقدور للمالك تسليمه وإن لم يكن مقدور التسليم لبائعه ولا لمشتريه ، أو مقدور التسليم لبائعه وإن لم يكن مقدور التسليم لمالكه ولا لمشتريه ، أو مقدور التسليم لمشتريه وإن لم يكن مقدور التسليم لمالكه ولا لبائعه . ثم الشرط هل هو القدرة المعلومة للمتبايعين ، أم القدرة الواقعية وإن لم تكن معلومة لهما ولا لأحدهما؟ وجهان، أقواهما الأول، لكن لا لكون الألفاظ موضوعة للمعاني المعلومة حتى يندفع بأنه خلاف مذهب التحقيق، بل لأن الجهل بالقدرة على التسليم موجب لكون المعاملة غررية، فتبطل من هذه الجهة، لا من جهة اعتبار العلم من باب الموضوعية، فلو باع ما يعتقد التمكّن من تسليمه فبان عجزه في زمان البيع صحّ، سواء تجددت القدرة بعد البيع، أم لم تجدد، غاية الأمر ثبوت خيار تعدّر القبض للمشتري في صورة عدم تجدها، كما يثبت هذا الخيار له فيما لو تجدد تعدّر القبض بعد البيع، هكذا رجّح شيخنا العلامة.

خلافاً للمتن^(١)، حيث صرح ببطلان البيع في صورة عدم تجدد القدرة بعد

البيع.

واعترض عليه شيخنا العلامة: بأنه إن اعتبر العلم بالقدرة في صحة البيع فما وجه اعتبار تجدد القدرة في صورة ما لو بان عدمها حين العقد، وإن اعتبر نفس القدرة الواقعية ولو تجددت بعد البيع فما وجه اعتبار العلم بها حين البيع .

ويمكن أن يكون الوجه في اعتبار العلم بالقدرة هو الاحتراز عن الجهل الموجب للغرر، كما صرح به . والوجه في اعتبار القدرة ولو كانت متجددة هو الاحتراز عن السفاهة، وأكل المال بالباطل فإنها تندفع ولو بالقدرة المتجددة الغير

الثابتة حين البيع إذا اعتقدها حين البيع. فظهر أنّ الوجه لاعتبار الأمرين هو الاحتراز عن المحذورين، وهو الأقوى.

ومنه يظهر الفرق أيضاً بين تعذّر القبض المتجدّد بعد البيع فيوجب الخيار لا البطلان، وبين تعذّر القبض المنكشف ثبوته حين البيع فيكشف عن البطلان، فلا يقاس على الأوّل.

قوله: «وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثمّ تفريع الفضولي ثمّ في الاعتراض الذي ذكره ثمّ في الجواب عنه أولاً وثانياً تأمل، بل نظر».

أقول: أمّا وجه النظر في مبنى مسألة الفضولي فلأنّه إن أراد من تقييد الحكم بكفاية قدرة الموكل بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل ورضي المالك برجوع المشتري إليه تحقّق قدرة المشتري على التسليم، المراد من اشتراط القدرة على التسليم، حيث إنّه لو لم يرض المشتري بتسليم الموكل أو لم يرض المالك برجوع المشتري عليه لم يتحقّق معنى القدرة على التسليم المشروط فيه، فمن المعلوم عدم إناطة القدرة على التسليم، ونفي الغرر بشيء من الرضائين لا عرفاً ولا شرعاً. أمّا عرفاً فظاهر. وأمّا شرعاً فلكفاية مجرد الرضا بأصل العقد في لزوم لوازم العقد قطعاً، ولهذا يجبر كلّ من المتبايعين بترتيب لوازم البيع لو امتنعا عن ترتيبهما بعد تحقّق البيع.

وإن أراد من تقييد الحكم غير ذلك فلا دليل على التقييد، وتخصيص عموماً أدلّة صحّة العقود.

وأما وجه النظر في تفريع بطلان الفضولي على ذلك المبنى فلأنّ صحّة الفضوليّ مورد النصّ^(١) والإجماع. وعلى ذلك فلو سلّم صحّة المبنى المذكور لم يصحّ أن يفرّع عليه بطلان ما يكون صحّته مورد النصّ والإجماع كالفضولي

(١) المستدرک ١٣: ٢٤٥ ب «١٨» من أبواب عقد البيع ح ١.

فكيف إذا يسلم المبنى المذكور؟

وأما وجه النظر في الاعتراض فلأن وثوق الفضولي بإرضاء المالك في المستقبل لا يعتبر المالك راضياً بالفعل ولا الفضولي وكليلاً بالفعل، ولا يخرجهُ عن الفضولي في الحال، وإلا لصح وطء المعقودة أو المتباعدة فضولة قبل الإجازة بمجرد الوثوق والعلم بالإجازة والرضا المستقبل.

وأما وجه النظر في الجواب الأوّل: فلما عرفت من منع صيرورة الفضولي وكليلاً خارجاً عن الفضولي بمجرد الوثوق بتعقّب الإجازة وإرضاء المالك في المستقبل.

وأما وجه النظر في الجواب الثاني: فلما عرفت من ضعف التفرّيع والبناء على الأصل، للفرق بين الأصل وهو اعتبار القدرة، وبين الفرع وهو الفضولي، والفارق النصّ والإجماع.

قوله: «مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفرداً.... إلخ».

أقول: الكلام المناسب في المقام هو بيان أقوالها ثمّ بيان التنافي بين عبائهم في ذلك ورفع ذلك التنافي ثمّ تأسيس الأصل فيها والترجيح بينهما. فنقول: أما الأقوال فأؤلّها: المنع من بيعه منفرداً مطلقاً، وهو المشهور المنقول عليه الإجماع عن الخلاف^(١) والغنية^(٢) والرياض^(٣).

وثانيها: القول بجواز بيعه منفرداً مطلقاً، وهو أندرها، حتّى لم نعرف له قائلاً منّا وإن نسبه في التذكرة إلى بعض علمائنا وبعض العامة^(٤).

(١) الخلاف ٣: ١٦٨ مسألة ٢٧٤.

(٢) غنية النزوع: ٢١١.

(٣) رياض المسائل ٥: ٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٦.

وثالثها: تفصيل الإسكافي^(١) بين ما يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع فيجوز، وبين عدمهما فلا.

ورابعها: تفصيل الفاضل القطيفي بين ما يرضى به المشتري أو يعلم به أو يتمكّن منه عرفاً فيجوز، وبين عدم ذلك كلّه فلا.

وأما التفصيل الآخر بين جوازه مع الضميمة وعدمه مع عدمها فراجع إلى المنع المطلق في المسألة؛ لأنه تفصيل بين محلّ النزاع وغيره، لا تفصيل في محلّ النزاع. فلا تزيد الأقوال عن أربعة.

وأما العبائر المتنافية فمنها عبارة اللمعة^(٢)، حيث تردّد في جعل الآبق ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً والحكم بصحّة بيع الضال والمجحد، فإنّ كلّ من فقراتها الثلاثة - أعني: التردّد في أحدها مع الجزم بالمنع في الثانية والصحّة في الثالثة - متنافية من جهة خفاء الفرق بينها.

ويمكن توضيح الفرق ورفع المنافاة بما أشار إليه في المتن: من أنّ الاستناد في المنع عن جعله مثنياً لعلّه إلى النصّ والإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثلن إلخ^(٣).

ونظيرها عبارة التذكرة^(٤) حيث ينافي ظاهر صدرها المدعى عليه الإجماع لذيلها المنقول فيه الخلاف. ويمكن رفع المنافاة بفرض الخلاف غير قادح في الإجماع، أو بفرض الخلاف في بيع الآبق المقدور عليه المشتري أو المضمون عليه البائع، والإجماع فيما عداهما حتّى يختلف موردهما.

وأما تأسيس الأصل في المسألة فمن المعلوم أنّ الأصل العمليّ الأوّل هو

(١) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥: ٢١٦.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ٦٣.

(٣) المكاسب: ١٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٦.

الفساد في المعاملات، لأصالة عدم النقل والانتقال، والأصل اللفظي الثانوي هو الصحة، لعموم أدلة^(١) لزوم الوفاء بالعقود، فإنَّ القدر المتيقن هو تخصيصه بنهي النبي عن الغرر^(٢) المخرج للبيع، ونهيه تعالى عن أكل المال بالباطل^(٣) المخرج للبيع السفهي. فالمرجع فيما عدهما من التخصيص الزائد إلى عموم العام.

وعلى ذلك فإذا شككنا في إطلاق نصوص^(٤) المنع من بيع الآبق منفرداً - الموجب لتخصيص عموم أدلة صحة البيع بأزيد. من التخصيص المتيقنين، وفي انصراف إطلاقها إلى ما هو الغالب المتيقن تخصيص البيع به، وهو صورتَي الغرر والسفه - كان المرجع المعول عليه هو عموم أدلة صحة العقود، وحمل إطلاق نصوص المنع من بيع الآبق على صورة لزوم الغرر أو السفه، كما هو الغالب، فيصح بيع الآبق منفرداً فيما عدا صورتين، أخذاً بعموم أدلة صحة العقود، والاقتصار في تخصيصها على القدر المتيقن.

وأما إطلاق معقد الإجماعات المنقولة على المنع وعلى اشتراط القدرة على التسليم مضافاً إلى وهنّها بوجود المخالف ونقل الخلاف أولى بالحمل على منصرف إطلاق نصوص المنع، كما لا يخفى.

ولو سلّمنا إطلاق نصوص المنع ومعقد الإجماع المنقول فمقتضى الأصل المذكور هو الاقتصار في المنع على خصوص موردها، وهو جعل الآبق مثنياً، فلا يتعدى إلى جعله ثمناً، فضلاً عن التعدي عن الآبق إلى الضالّ والمجهود.

فتبين مما ذكر أنّ الأظهر صحة بيع الآبق منفرداً إذا تجرّد عن الغرر بفرض علم المشتري وعن السفه بقصد الانتفاع بعثقه، أو بضمان البائع له، أو بقلّة ثمنه

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٣) البقرة: ١٨٨.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٦٢ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه.

بحيث يقدّم العقلاء على ضرره، أو غير ذلك ممّا يخرج المعاملة عن السفهي .
نعم، يبقى الكلام في الصغروي هو أنّ إرادة المشتري من شراء الآبق عتقه
أو ضمان البائع له هل يخرج عن الغرر المبطل، أم لا؟ وجهان، بل قولان مبتنيان
على تشخيص كون المراد من نفي الغرر نفيه عن نفس البيع على أن يكون البيع
بنفسه خالياً عن الغرر مع الإغماض عن الأحكام والشروط والقصود اللاحقة
الرافعة لغيره الأصلي، أم المراد من نفي الغرر نفيه ولو بواسطة الأحكام
والطوارئ اللاحقة الرافعة لغيره الأصلي، فيصحّ بيع الآبق منفرداً فيما يراد عتقه،
لأنّ هذه الإرادة رافعة لغيره الأصلي. وكذا بيع المضمون على البائع دركه شرعاً
أو شرطاً فإن هذا الضمان رافع لغيره الأصلي المفروض بالإباق أو الضلال، ولعلّ
الظاهر من عموم النهي عن الغرر هو الأوّل، كما لعلّ الظاهر من نصوص^(١) تعليم
بيع الآبق مع الضميمة وتعليل الجواز فيها بمضمون كون الضميمة مقلّلة للغرر هو
الثاني. وهو الأقوى، لاعتضاده بعموم أدلّة صحّة البيع والاقتصار في تخصيصه
على المتيقّن. وقد عرفت أنّه الأصل الأصيل الذي عليه التعويل عند اشتباه
السييل. وعلى ذلك فيجدي في رفع الغرر الحكم بصحّة البيع مراعيّاً بالتسليم،
فإن تسلّم قبل مدّة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به وإلاّ تخيّر بين الفسخ والإمضاء، كما
استقره للعبة^(٢) في بيع الضالّ والموجود.

ولا يرد عليه ما أورده الماتن: من أنّ ثبوت الخيار حكم شرعيّ عارض
للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسليم المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت
عرفاً في البيع المبطل له - إلى قوله - فتأمّل^(٣).

إشارة إلى ما عرفت من انتقاضه بصحّة بيع الآبق مع الضميمة بالتعليل

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٢ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) اللعبة الدمشقية: ٦٣.

(٣) المكاسب: ١٨٨.

المشير فيه إلى كون الضميمة مقلّلة للغرر، وإلى كونها كالحيل الشرعية الرافعة له . مضافاً إلى أنّ المرجح المعوّل عليه لو فرض الشكّ والاشتباه في المقام هو عموماً أدلّة صحّة العقود، وإلى إمكان منع إطلاق العرف الغرر على ذلك البيع، بعد إطلاعهم على الحكم الشرعيّ اللاحق للمبيع من ضمانه قبل العلم، ومن عدم التسلّط على مطالبة الثمن، سيّما إذا أخذ المتبائعان هذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى مدّة معلومة، ولهذا لا يعدّ بيع العين الغير المرئية الموصوف بالصفات المعيّنة من بيع الغرر، إلى آخر ما أشار إليه الماتن^(١).

بقي الكلام في أنّه هل يلحق بالبيع الصلح والإجارة وغيرها من سائر المعاوضات في اعتبار القدرة على التسليم وبطلان الغرري والسفهيّ منها، أم لا؟ وجهان، أشار إليهما الماتن^(٢)، أقواهما وأشهرهما الأوّل؛ لأنّ الغرر المنفيّ في النبويّ^(٣) وإن قيّد بالبيع إلّا أنّ الظاهر من فهم الأصحاب وغيره هو ورود القيد مورد الغالب، فلا عبرة به، كما لا عبرة بالإطلاق الوارد مورد الغالب، بل ادّعى شيخنا العلامة إجماعهم على أنّ الغرر مبطل في جميع العقود، حتّى في عقد الوكالة والوصيّة، وأنّه إن كان لهم كلام وخلاف في بعض العقود فهو في تشخيص الصغرى، وهو تحقّق الغرر وعدمه.

نعم، الغرر في الصلح يرتفع بمجرد المشاهدة والوصف، وليس كغرر البيع في عدم ارتفاعه إلّا بالتقادير، لاختصاص أخبار عدم رفعه بالتقادير بالبيع دون الصلح وفي المسألة وجوه وأقوال أخر، ثالثها: التفصيل بين الصلح المحاباتي وغيره فيغتفر الغرر في الصلح المحاباتي لا غيره.

(١) المكاسب: ١٨٨-١٨٩.

(٢) المكاسب: ١٨٨.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

ولكن هذا التفصيل راجع إلى عدم اغتفاره في الصلح مطلقاً وذلك لأجل اغتفاره في المحاباتي من جهة عدم تصوير الغرر فيه أصلاً، لعدم تعلّق الغرض بالعوض فيه إلاّ للخروج عن شبهة الخلاف ونحوه ورابعها التفصيل بين العوض والمعوّض أعني : التفصيل بين المصالح به فلا يغتفر الغرر والجهل فيه وبين المصالح عنه فيغتفر فيه ذلك وخامسها بالتفصيل بين المصالحة على استمرار بقاء الموجود كالمصالحة على^(١) إبقاء عروق الشجر الساري إلى دار الغير مثلاً فيغتفر فيه الغرر والجهل، وبين المصالحة على انتفاء إحداث شيء كإحداث تراب ونحوه في دار الغير الذي يغتفر فيه الغرر والجهل، ويرجع هذين التفصيلين إلى انتفاء الغرر فيما اغتفر فيه، لا انتفاء حكمه .

وسادسها: التفصيل بين الصلح المتعدّر أو المتعسّر فيه رفع الغرر والجهل فيغتفر فيه وبين الغير المتعدّر فيه ذلك والمتعسّر .

وسابعها: التفصيل بين العوض المصالح به فلا يغتفر فيه الغرر والجهل مطلقاً، وبين المعوّض المصالح عنه فيغتفر فيه ما تعدّر أو تعسّر رفعه من الغرر والجهل دون ما لم يتعدّر ولا يتعسّر منهما . وهو الاقوى، وفاقاً لما استقواه شيخنا العلامة، وجمعاً بين عمومات أدلّة الصلح، وبين عموم نفي الغرر، مع عموم نفي العسر والهرج .

قوله: «لثلاً يخلو الثمن عن المقابل . فتأمل» .

[أقول:] لعلّ التأمّل إشارة إلى ما يقال: من أنّ ظاهر جوابه عنه عن شراء الآبق بقوله: «لا يصلح إلاّ أن يشتري معه ثوباً أو متاعاً»^(٢) هو عموم المنع قضاء لوقوع النكرة في سياق النفي، إلاّ في مورد التنصيص والتخصيص، وهو اعتبار

(١) هذا هو المقدار الذي تمكّن أن تقرأه من هامش النسخة الخطيّة .

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٦٢ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ .

كون الضميمة مما يصلح للبيع بعد التمؤل، فلا يصلح ضميمة المنافع كسكنى الدار أو ركوب الدابة إلى الآبق، فضلاً عن ضميمة الحقوق، كحقّ الشفعة، وحقّ القسمة والمضاجعة، وحقّ الاختصاص، لخروجها عن مورد التنصيص بالتخصيص، فيلحقها عموم منع العام، لأنّ المرجع المعوّل عليه عند إجمال المخصّص ودوران التخصيص بين الأقلّ والأكثر.

ولكن يدفعه ظهور قوله بإيضا في ذيل الخبر: «فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه»^(١) في تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن، فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال، أو كناية عن نقل مال، أو حقّ إليه مع الآبق، لثلاً يخلو الثمن عن المقابل.

مضافاً إلى إمكان دعوى تنقيح المناط القطعي، وعدم الفرق في الضميمة، بعد اعتبار التمؤل فيه بين المال والمنفعة والحقّ.

وإلى أنّه لو سلّمنا تعارض ظهور ذيل الخبر الدالّ على اكتفاء مطلق الضميمة مع ظهور صدره الدالّ على عموم المنع وعدم حكومة ظهور ذيل الكلام على ظهور صدره كان المرجع إلى الأصل الأصيل، الذي عليه التعويل عند اشتباه السبيل، وهو عموم أدلّة صحّة العقود.

قوله: «لا إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري».

أقول: بل ولا في عدم رجوع المشتري إلى البائع ولو لم يقدر عليه وتعذّر

تحصيله.

إنّما الإشكال في أنّ الثمن المدفوع في شراء الآبق مع الضميمة هل يحتسب بحسب الواقع في أزاء الضميمة كما لعلّه الظاهر من استناد صحّة البيع إلى الضميمة، أم يحتسب مجموعها في أزاء الآبق كما لعلّه الأقرب إلى قصد

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٣ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢.

المتبايعين للآبق، أم يحتسب الثمن في أزاء كلّ من الآبق والضميمة على وجه التوزيع والتقسيط فيوزّع على كلّ منهما في الواقع مقدار ما يقابله من الثمن كما يقتضيه ظاهر وقوع العقد على مجموعهما معاً، أم يكون احتساب الثمن مراعىً بأنّه إن حصل الآبق توزّع على كلّ منهما بمقدار ما قابله من الثمن وإن لم يحصل وقع مجموعه في أزاء الضميمة، كما هو الظاهر من قوله في ذيل الخبر: «فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه»^(١)، فإنّ مفهومه أنّه إن قدر عليه لم يكن الذي نقده فيما اشترى؟ وجوه، أظهرها الأخير.

وتظهر الثمرة في فروع كثيرة:

منها: ظهورها فيما لو كانت الضميمة المنضّمة إلى الآبق في البيع مالكةا الغير فاجاز، فإنّه على الوجه الأوّل: يستحقّ مالك الضميمة المجيز للبيع مجموع ثمن الآبق والضميمة، وعلى الثاني لا يستحقّ شيئاً من الثمن، وعلى الثالث يستحق من الثمن مقدار قيمة الضميمة، وعلى الرابع التفصيل بين ما إذا حصل الآبق فيستحقّ صاحب الضميمة مقدار قيمتها، وبين ما إذا لم يحصل فيستحقّ المجموع.

ومنها: ظهور الثمرة في صيرورة الحكم بعدم رجوع المشتري على البائع عند عدم حصول الآبق في يده، الذي هو في حكم التلف قبل القبض، مخصّصاً لعموم «إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(٢) على الوجهين الوسطين، وعدم صيرورته مخصّصاً على الوجهين الآخرين.

ومنها: ظهور الثمرة أيضاً فيما لو تلف الضميمة قبل القبض، فعلى الوجه الأوّل: يسترجع مجموع الثمن، وعلى الثاني: لا يسترجع منه شيئاً، وعلى

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٣ ب «١١» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار، والمستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

الثالث: يسترجع منه ما قابل الضميمة، وعلى الرابع: التفصيل بين ما إذا حصل الآبق في اليد فيسترجع منه بما قابل الضميمة وبين ما إذا لم يحصل فيسترجع مجموع الثمن.

ومنها: ظهور الثمرة فيما لو تلف الآبق قبل قبضه من غير جهة الإباق، فعلى الأول: لا رجوع للمشتري على البائع بشيء من الثمن لكونه في أزاء الضميمة، وعلى سائر الوجوه: له الرجوع بكلّ الثمن على الوجه الثاني، وبما يقابله منه على الوجهين الآخرين. وذلك لأنّ المتيقّن من تخصيص قوله بالمالك: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١) إنّما هو تلف الآبق من جهة إباقه، أي من جهة عدم القدرة على استرجاعه من الإباق، فإنّه من مال مشتريه لا بائعه. وأمّا لو تلف بسائر الجهات كموته في زمان رجاء الوجدان فهو من مال بائعه قطعاً.

ومنها: ظهور الثمرة فيما لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً فإنّ له الرجوع بإرشه على بعض الوجوه دون بعضها. فنسبة المصنّف لإطلاق الرجوع بإرشه الى القيل^(٢) لعلّه إشارة إلى تمييزه من هذه الجهة.

ومنها: ظهور الثمرة أيضاً فيما لو وجد في الضميمة عيباً سابقاً فإنّ له الرجوع بإرشه على بعض الوجوه دون بعض.

ثمّ الطريق في أخذ الإرش أيضاً يتفاوت على بعض الوجوه، فإنّه على تقدير وقوع الثمن في أزاء ما ظهر معيباً فقط هو تقويم المعيب منفرداً والأخذ من المسمّى بنسبة التفاوت الموجود بينه وبين صحيحه منفرداً، وعلى تقدير وقوعه في أزاء المجموع المركّب من الآبق والضميمة هو تقويم المجموع المركّب منهما

(١) انظر الهامش «٢» في الصفحة السابقة.

(٢) المكاسب: ١٨٩.

والأخذ من المسمّى بنسبة التفاوت الموجود بين المركّب من المعيب والمركّب من الصحيح. ولعلّ نسبة المصنّف لإطلاق الرجوع بالإرش في عيب الآبق إلى القيل^(١) إشارة إلى ترميذه من هذه الجهة أيضاً.

قال: «فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعاً... إلخ».

أقول: لا إشكال ولا خلاف في بطلان البيع بحكم أحد المتبائعين على وجه الإطلاق لو كان الإطلاق مقصوداً لهما للغرر والجهالة. وإنّما الإشكال والخلاف في البيع بحكم أحدهما على وجه التقييد، أعني: تقييد الحكم بالثمن السوقية، حيث إنّ في بطلانه كما هو ظاهر المشهور، أو جوازه كما عن الحدائق^(٢) وجهان، من عموم لاغرر، ومن منع كونه غرراً، بعد تقييد الحكم بالثمن السوقية بحسب القصد بالفرض، وانصراف الحكم إليه أيضاً بحسب اللفظ في العرف بواسطة أنه أقرب مجازات المعنى الحقيقي، وهو مطلق الحكم المتعدّر إرادته بقرينة الحال والاعتبار، كما يشهد به الاختبار في العرف، إذا لا يخفى على المخبر الخبير من حال العرف أنّ مقصودهم من إكالة الثمن إلى الحكم ليس مطلق الحكم ولو كان بأقلّ من القيمة السوقية قطعاً، فتعيّن انصرافه إلى أقرب مجازاته، وهو القيمة السوقية عرفاً. فتبيّن أنّ صحّة البيع بحكم أحد المتبائعين المتقيّد بالثمن السوقية بشاهد الحال قويّ بالغاية، لوجود المقضي وهو عموم أدلّة صحّة البيع، وانتفاء المانع وهو الغرر المنفي.

وأقوى منه ما عن الإسكافي^(٣) من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعت على أن يكون للمشتري الخيار. ووجه الأقوائية هو انتفاء الغرر فيه من أحد الجانبين بالفرض، ومن الجانب الآخر بالخيار، ولكنه مبنيّ على ما مرّ في

(١) المكاسب: ١٨٩.

(٢) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٦٠.

(٣) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥: ٢٤٤.

المسألة السابقة من اختيار انتفاء الغرر عرفاً بالخيار وإن كان حكماً عرفياً عارضاً للبيع .

وأما ما قاله المصنّف: من أنّ صحّة البيع بحكم المشتري وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية بهذه الرواية - كما عن ظاهر الحدائق - ضعيف وأضعف منه ما عن الإسكافي إلخ^(١) فمبنيّ على تقدير ثبوت الغرر، وفرض الرواية^(٢) مخصّصة لعموم نفيه .

ومن المعلوم على هذا التقدير أنّ ضعف صحّة البيع بحكم المشتري للرواية هو إباء عموم نفي الغرر المؤيّد بالعقل والاعتبار عن التخصيص بمثل الرواية، الموهونة بإعراض الأكثر، وأنّ أضعف صحّة ما عن الإسكافي هو خروج مدّعاؤه عن مورد تلك الرواية أيضاً، مع ثبوت الغرر فيه .

وأما على التقدير الآخر - وهو منع موضوع الغرر في البيع بحكم المشتري - فمن المعلوم قوّة الصحّة، وإقوائية ما عن الإسكافي حسب ما ذكر . فتلخّص: أنّ صحّة البيع بحكم المشتري على تقدير انتفاء موضوع الغرر بالتقريب المذكور قويّ، وأقوى منه ما عن الإسكافي، وعلى تقدير بقاء الغرر وإرادة تخصيصه بالرواية ضعيف، وأضعف منه ما عن الإسكافي .

ومما ذكرنا: ظهر لك أنّ تضعيف الرواية بأنّ البيع بحكم المشتري إن صحّ على إطلاقه فلا وجه لتقييد الرواية بإطلاقه بالقيمة السوقية، وإن لم يصحّ فلا وجه لتصحیح الرواية إياه ضعيف بما عرفت من تقييد صحّته بعدم إطلاقه .

فالرواية^(٣) الدالّة على صحّة البيع بحكم المشتري، نظير الرواية الدالّة على أنّ الشيء الموصى به لشخص هو السدس^(٤) من غير تعليل، والسهم هو الثمن،

(١) المكاسب: ١٩٠ .

(٢) (٣) والوسائل ١٢: ٢٧١ ب «١٨» من أبواب عقد البيع وشروطه ج ١ .

(٤) الوسائل ١٣: ٤٥٠ ب «٥٦» من أبواب أحكام الوصايا ج ١ .

معللاً إياه ﷺ بأنه أصناف الزكاة الثمانية، وأن النبي ﷺ قَسَمَهَا على ثمانية أسهم^(١)، والجزء هو العشر، ممثلاً ﷺ بقوله تعالى: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جِزَاءٌ مَّقْسُومٌ﴾^(٢). ونظير الروايات^(٣) الدالة على أن القائل كلَّ عبد قديم لي فهو حرّ تحرير لكلٍّ من استخدمه ستة أشهر من عبده، معللاً بقوله تعالى: ﴿وَالْقَمَرِ قَدَرْنَاهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾^(٤). فان من المعلوم أن التعليل بتلك التعليلات تعليل بالاستعمال، وهو لا يصلح للتعلية، وإنما ذكروها ﷺ على وجه التقريب والتمثيل للمنصرف، الصحيح شرعاً من اللفظ، المجمل لغةً، الغير المراد إجماله قصداً. ونظير الرواية^(٥) الواردة فيمن نذرت الطواف على أربع يديها ورجليها أن عليها طوافين، حيث عمل بمضمونها المشهور، مع مخالفتها للأصل، وكون الهيئة المنذورة غير متعبدها شرعاً.

فكما أن في أمثال هذه الروايات إيماء وإشعار وإرشاد إلى أن مدلول اللفظ اللغوي فيها إذا كان مجملاً مفسداً للعقد المتعلق به المقصود صحته بشاهد حال ونحوه فلا بدّ من انصرافه إلى معنى مبين يصحّ معه العقد شرعاً، وهو السدس في الشيء، والثلث في السهم، والعشر في الجزء، واستخدام ستة أشهر في العبد القديم، والطوافين في الطواف على أربع. كذلك الرواية الدالة على صحّة البيع

(١) الوسائل ١٣: ٤٤٨ ب «٥٥» من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

(٢) لا يخفى أنه لا ينطبق قوله: «والجزء هو العشر» مع الآية المذكورة؛ لأنه إما أن يكون الجزء هو واحد من سبعة فينطبق مع الآية المذكورة، وتوجد روايات بهذا المعنى، أنظر الوسائل ١٣: ٤٤٢ ب «٥٤» من أبواب أحكام الوصايا. أو أن يكون الجزء هو واحد من عشرة فينطبق مع قوله تعالى: «فاجعل على كل جبل منهن جزءاً»، وتوجد روايات بهذا المعنى أيضاً، أنظر الوسائل ١٣: ٤٤٢ ب «٥٤» من أبواب أحكام الوصايا.

(٣) الوسائل ١٦: ٣٤ ب «٣٠» من أبواب العتق.

(٤) يس: ٣٩.

(٥) الوسائل ٩: ٤٧٨ ب «٧٠» من أبواب الطواف.

بحكم المشتري وتقييده الحكم بالقيمة السوقية لا تخلو عن الإيماء بل الإرشاد إلى أن مدلول حكم المشتري لما كان إطلاقه في اللغة مجملاً مفسداً للبيع المتعلق به المقصود صحته بشاهد حال ونحوه فلا بدّ من انصرافه إلى معنى مبين يصحّ معه العقد شرعاً، وهو القيمة السوقية، نظير انصراف اللفظ إلى أقرب مجازاته العرفية عند تعدّد إرادة الحقيقة منه، كما لا يخفى.

وبالجملة: فالرواية لا تقصر في الدلالة على المطلوب عن أشباهها ونظائرها المذكورة.

قوله: «والإيراد على دلالة الصحيحة^(١) بالإجمال.... إلخ».

أقول: أمّا وجه الإجمال فلأن سميت كيلاً محتمل لا شرط الكيل فيه، كما لعلة الظاهر من التسمية، فيكون وجه قوله عليه السلام: «فإنه لا يصلح مجازفة»^(٢) من جهة تخلف الشرط، لا من جهة تخلف اعتبار الكيل في المكيل. ومحتمل لتسمية كيل مجهول كما لعلة ظاهر تنكير الكيل المسمى، ليكون وجه عدم صلوح المجازفة هو الغرر، لا انتفاء الكيل. ومحتمل لكون التسمية كناية عن كون الطعام مكيلاً في العادة، فيكون وجه عدم صلوح المجازفة هو اعتبار الكيل في كلّ مكيل.

وأما وجه عدم وجاهة هذا الإيراد فلأنّ تسمية الكيل وإن احتمل لكلّ من المعاني الثلاثة إلاّ أنه بمعونة فهم المشهور وصراحة سائر الأخبار الأخر^(٣) - التي هي كالقرآن يفسر بعضها بعضها - تنجبر الدلالة، ونستقرب الإرادة، وتتعيّن في المعنى الأخير، وهو كون التسمية كناية عن كون الطعام مكيلاً في العادة، فيتّمّ دلالة الخبر، كدلالة سائر الأخبار الأخر على اعتبار الكيل في المكيل.

(١) والوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه.

وحينئذٍ فيندفع ما يقال: من أنّ توصيف الطعام بكونه مكيفاً الظاهر في التنوع، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن، إلا مثل الزرع قائماً يبعد إرادة المعنى الأخير من الرواية ويقرب إرادة ما عداه. ووجه الاندفاع ليس مجرد إمكان منع ظهور التوصيف في التنوع، ولا مجرد احتمال إرادة المطعوم من الطعام، بل إنّما هو ما ذكرنا من انجبار ضعف الدلالة على تقدير ضعفه، بمعونة فهم المشهور، وصراحة سائر الأخبار الأخر المفسّرة بعضها بعضها. ولعلّ وجه تأمل الماتن^(١) إشارة إلى ذلك، كما لا يخفى.

قوله: «فإنّاطة الحكم بوجود معرفة وزن المبيع وكيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية».

أقول: بل هو المتعيّن من ظاهر الأدلّة أمّا من أخبار^(٢) اعتبار الكيل والوزن فلاّنها وإن كانت مطلقة إلا أنّ منصرف إطلاقها هو الدوران مدار الغرر الشخصي صرفاً للمطلق إلى الأفراد الغالبه لا النادرة. وأمّا عموم لا غرر فإنّ مفاده بحسب العرف واللغة ليس إلاّ نفي الغرر الشخصي والفعلي، أعني: فساد كلّ ما اشتمل من المعاملات على غرر فعلاً، دون ما اشتمل عليه نوعاً وشأناً، أعني: ما من شأنه الاشتمال على الغرر المتحقّق فعليّته في غالب الأفراد وإن لم يشتمل عليه شخصه فعلاً، فإنّ إلحاق ما لم يشمل شخصه على غرر فعلاً على ما اشتمل عليه يحتاج إلى قرينة خارجة تنضمّ إلى نفي الغرر حتّى تدلّ على أطراد الحكم، وعدم الفرق بين الأفراد أو عدم الفصل بين حكمها لمصلحة التسهيل أو غيره من المصالح العامّة أو الخاصّة، كما في نفي العسر والهرج، الدافع لنجاسة الحديد عن جميع المكلفين، حتّى عمّن لا يتعسّر عليه الاجتناب، والرافع لوجوب الاجتناب عن

(١) المكاسب: ١٩٠.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه.

الشبهة الغير المحصورة، حتّى عمّن لا يتعسّر عليه الاجتناب، حيث أنّه بضميمة الإجماع المركّب وعدم القول بالفصل بين أفراد المكلّفين في الاجتناب وعدم الاجتناب عنهما، وإلاّ فمجرّد نفي العسر والحرّج لولا تلك الضميمة الخارجيّة إنّما هو كعموم نفي الضرر^(١) والغرر^(٢) لا يدلّ بمدلوله اللفظي وبمفاهيمه العرفيّة على التعدّي عن موضوعه الشخصيّ والفعليّ إلى النوعيّ والشأنيّ.

ومن هنا كان مختارنا في الأصول على إناطة نفي العسر والحرّج على العسر والحرّج الشخصيّ والفعليّ في جميع مواردّه، إلاّ في الموردين المتقدّمين الخارجين بضميمة الخارج، وكذلك نفي الضرر والغرر منوطان بالضرر والغرر الشخصيّ، فلا يتعدّى منه إلى النوعيّ إلاّ بضميمة شيء من الضمائم الخارجيّة، وإذ ليست فليس.

ثمّ لو سلّمنا كون المناط في الغرر على الغرر النوعيّ فلنا تصحيح تلك المعاملة المفروض سلامتها عن الغرر الشخصيّ بعد إحراز أنّ التمليك المقصود للمتعارضين فيها غير مقيد بصحّة البيع شرعاً، على وجه لا ينتفي بانتفائها، كما يدلّ عليه شاهد حالهما، وفحوى تقاولهما بتخصيص اشتراط انتفاء الغرر النوعيّ. بخصوص عقد البيع، وتخريج ما نحن فيه عن عقد البيع إلى البيع المعاطاتي.

ولو سلّمنا أيضاً اشتراطه في مطلق البيع فلنا تخريج ما نحن فيه عن البيع إلى معاملة مستقلّة يدلّ على صحّتها عموم «تجارة عن قراض»^(٣) و«لا يحل مال امرء مسلم إلاّ عن طيب نفسه»^(٤)، فإنّ عمومهما يدلّ على صحّة كلّ ما اشتمل على الرضا والطيب وإن لم يندرج في أحد العقود المتعارفة الثمانية عشر،

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ٣ و ٤ و ٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) عوالي اللآليء ٢: ١١٣ ح ٣٠٩.

بل وإن اندرج في ضمن المعاملة الربويّة أو القماريّة إذا رجع التعاطي فيها إلى الطيب والرضا، لا الالتزام بخصوص عنوان الربا والقمار، كما خصّص بعض العلماء قوله ﷺ: «ثم العذرة سحت»^(١) بخصوص ما إذا استند تعاطيه إلى الالتزام ببيع العذرة، بخلاف ما لو استند إلى الرضا والطيب فلا سحت فيه، بل لعلّ ما يثاب الراضي على رضائه بعموم: ﴿لَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٢).

بل لو سلّمنا تخصيص عموم الرضا والطيب بخصوص ما يوجد في ضمن أحد المعاملات المشروعة وسلّمنا أيضاً تخصيص عموم «الوفاء بالعقود» بخصوص العقود المتعارفة المعهودة الثمانية عشر بدعوى الانصراف أو الاحتراز عن توهم لزوم التخصيص بالأكثر فلنا تصحيح ما نحن فيه أيضاً بإرجاعه إلى الهبة المعوّضة أو المصالحة بعوض أو غير ذلك، مما يغتفر فيه الغرر في الجملة، فضلاً عن الغرر النوعيّ السليم شخص المعاملة عنه فعلاً.

قال: «اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدم جوازه على أقوال... إلخ».

أقول: الكلام المناسب في المسألة هو تحرير محلّ النزاع أولاً، ثم تأسيس الأصل، ثم بيان الأقوال، ثم تحقيق الحقّ.

فنقول: أمّا تحرير محلّ النزاع فمن جهات:

الأولى: أنّ النزاع في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس مبنيّ على تقدير كون المناط في الغرر المنفيّ هو الغرر النوعيّ، وإلاّ فعلى كون المناط هو الغرر الشخصيّ فلا إشكال ولا خلاف في دوران الجواز مدار رفع الغرر الشخصيّ وجوداً وعمداً، من غير مدخليّة للكيل والوزن، إلاّ التوصلّ الغالبيّ الحاصل منهما

(١) الوسائل ١٢: ١٢٦ ب «٤٠» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

إلى رفع الغرر، فضلاً عن مدخليّة خصوص الكيل في المكيل والوزن في الموزون.

الثانية: أنّ محلّ النزاع في كفاية الكيل في الموزون وبالعكس إنّما هو في كفايته من باب الموضوعيّة والأصالة، أي وإن لم يكشف الوزن كيل المكيل والكيل وزن الموزون. وأمّا من باب الطريقيّة وكشف الكيل في الموزون عن وزنه والوزن في المكيل عن كيله فلا إشكال في جوازه حيثما كشف، بل ولا في جواز الاكتفاء بالمشاهدة الكاشفة عن وزن الموزون وكيل المكيل، كمشاهدة الماهر في التخمين من اولي الحدس الصائب.

والحاصل: أنّ أخبار اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون إنّما هو من باب الطريقيّة والكشف عن مقدار المبيع؛ لأنّه الغالب، فيحمل عليه إطلاق اعتبارها، لا من باب التعمّد والموضوعيّة. ويتفرع عليه صحّة بيع المستعلم مقداره بحدس صائب أو متخالف بما يتسامح به عرفاً وإن كان من المكيل والموزون، وعدم صحّة بيع المستعلم مقداره بكيل مجهول أو وزن مجهول لا يعرفه أحد المتعاملين وإن علمه الآخر، كالحقّة والرطل والوزنة في اصطلاح أهل العراق بالنسبة إلى الأعاجم، وكذا المنّ والسير والخروار باصطلاح الأعاجم بالنسبة إلى الأعراب، لانتفاء الغرر الشخصي في الأوّل بمجرد ذلك الحدس، وعدم انتفائه في الثاني بمجرد معرفة إسم الوزن مع الجهل بمقدار مسماه، إلّا إذا اندفع غرر الجهل بمقدار ذلك الإسم بمعرفة ثمنه السوقية في بلد الشراء، كما جزم به شيخنا العلامة.

وكيف كان فعلى تقدير اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون من باب الطريقيّة لا إشكال ولا نزاع في صحّة قيام كل منهما مقام الآخر حيثما كشف عن مقدار المبيع. وإنّما الإشكال والنزاع في الاكتفاء بتقدير أحدهما عن الآخر

مبنيّ على تقدير اعتبارهما من باب الموضوعيّة والأصالة .
 وأمّا تأسيس الأصل في المسألة فمع المجوّز المطلق في المسألة ، أعني مع جواز الاكتفاء في المكيّل بالوزن وبالعكس حيثما انتفى الفرر الشخصي ، والمراد من هذا الأصل هو عموم أدلّة^(١) صحّة العقود وحليّة البيع بمجرّد الطيب والتراضي .

وأما ما قاله شيخنا العلامة من أنّ الأصل مع المانع من اكتفاء أحدهما عن الآخر فقد اعترضت عليه بأنّه إن أردت منه الأصل العمليّ - وهو استصحاب عدم النقل والانتقال به - فمن المعلوم ورود عموم أدلّة الصحّة وحليّة البيع بمحض الطيب والتراضي عليه ، وإن أردت منه الأصل اللفظي - أعني إطلاق أدلّة اعتبار الكيل في المكيّل والوزن في الموزون - فقد عرفت استظهار انصرافها إلى الطريقيّة بالغلبة ، وإلى المنع عن بيع المجازفة والفرر لا غير .

فأجاب دام ظلّه : بأنّ البناء على الموضوعيّة والجمود على إطلاق أخبار اعتبار التقدير القاضي أصالة عدم جواز كفاية أحد التقديرين عن الآخر لتخصيصه وحكومته على أصالة الجواز ، المستند إلى عموم أدلّة صحّة العقد ، وعموم حليّة البيع بمجرّد الطيب والتراضي .

وأما الأقوال في المسألة فثالثها : التفصيل بين وقوع المعاملة على المتاع الكثير المتعدّد أو المتعسّر تقدير المكيّل منه بالكيل والموزون بالوزن ، فيجوز الاكتفاء بالوزن في المكيّل والكيل في الموزون ، ولعلّه مستظهر من رواية عبد الملك^(٢) المذكورة في المتن^(٣) . وبين عدم التعدّد والتعسّر فلا يجوز ، للأصل المتقدّم .

(١) المائدة : ١ ، والبقرة : ٢٧٥ ، وعوالي اللآليء ٢ : ١١٣ ح ٣٠٩ ، والنساء : ٢٩ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٥٥ ب «٥» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ .

(٣) المكاسب : ١٩١ .

ورابعها: التفصيل بين تقدير المكيل بالوزن فيجوز، للشهرة المستفيضة، التي كادت تكون إجماعاً، ولأنّ الوزن أضبط وأرفع للغرر، ولأنّه الأصل في التقدير. وبين العكس - أعني: تقدير الموزون بالمكيل - فلا يجوز، للأصل. وهو الأقوى، بناءً على اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون من باب الموضوعيّة، وإلا فعلى ما هو المختار من اعتبارها من باب الطريقيّة والتوصل إلى رفع الغرر الشخصي - كما هو ظاهر الشهيدين في الروضة^(١) - فالأقوى في المسألة هو الجواز المطلق، لعموم أدلّة صحّة البيع إلا فيما لم يرتفع الغرر، كالكيل في بعض المؤذونات العريضة مالميتها كالذهب والفضة.

قوله: «قصور الرواية سنداً بوهب^(٢) - أي بين الثقة وغيره - ودلالة بأنّ الظاهر منها [جواز] إسلاف الموزون في المكيل - أي مبادلة الموزون بالمكيل - وبالعكس لا [جواز] تقدير [المسلم فيه] المكيل بالوزن وبالعكس». قوله: «بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة. فافهم».

[أقول]: إشارة إلى أنّ ضبط كلّ شيء بحسب متعارفه، وليس له حقيقة سوى ذلك، إلا أن يكون له متعارف سابق، فيكون حقيقة بالنسبة إلى لاحقته. قوله: «بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً... إلخ».

أقول: الذي يناسب المسألة الكلام أولاً: في تحرير محلّ النزاع. وثانياً: في بيان مبنى المسألة وما يتفرّع عليه النزاع فيها. وثالثاً: في بيان وجوه المسألة وأقوالها. ورابعاً: في تحقيق الحقّ منها. أمّا الكلام في محلّ النزاع فمن جهات:

(١) الروضة ٣: ٢٦٦.

(٢) الوسائل ١٣: ٦٣ ب «٧» من أبواب السلف ح ١.

الأولى: أنه لا ينبغي الإشكال في أنّ النزاع في هذه المسألة ليس في مفهوم المكيل والموزون وتشخيص معنى اللفظ، وإلاّ لكانت من الموضوعات المستنبطة المتفق على كون المرجع في تشخيصها إلى عرف الشارع، أو العرف العام، أو الظنّ المطلق، على وجه الترتيب، أعني: تقديم عرف الشارع إن وجد، والعرف العامّ إن لم يوجد، والظنّ المطلق إن لم يوجد، من غير نزاع فيه، ولا في ترتبه بالترتيب المتقدّم.

كما لا ينبغي الإشكال أيضاً في عدم كون النزاع في تشخيص كون التقدير الموجود في زماننا مثلاً للشيء بالكيل أو أحد أخويه هل هو التقدير الموجود في زمان الشارع لذلك الشيء ليكون المدار في صحّة المعاملة عليه، أم غيره؟ لئلاّ يصحّ التقدير به، بناءً على كون العبرة على تقدير زمان الشارع، لأنّ النزاع في ذلك نزاع في تشخيص الموضوع الصرف، ومبنيّ على تقدير صحّة الشقّ الأوّل من النزاع الأوّل، المفروض عدم الفراغ عنه بعد، بل النزاع في المسألة إنّما هو فيما هو المعبر في تحقيق ذلك المفهوم، وهو المكيل والموزون، أعني: في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم.

ومن هنا يعلم أنّ النزاع في المسألة من جزئيات مسألة الاختلاف في تقديم عرف السائل أو المسؤول أو بلد السؤال عند التعارض.

وأما مبنى المسألة وما يتفرّع النزاع عليه فيها فهو القول باعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون من باب الموضوعيّة والأصالة، والبناء في الفرر المنفي على الفرر النوعي لا الشخصي، كما عليه الماتن^(١)، جموداً على إطلاق النصوص^(٢) والفتاوى، المعبرة للكيل في المكيل والوزن في الموزون.

(١) المكاسب: ١٩١.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه.

وأما على القول باعتبار التقدير المقدّر في المبيع من باب الطريقيّة والتوصّل إلى رفع الغمّد الشخصيّ - كما هو الأظهر من إطلاق النصوص^(١) والفتاوى المعتمدة للتقدير، حملاً لإطلاقها على إرادة ما هو الغالب من نفي الغرر الشخصيّ به، سيّما بملاحظة تفرّيع نفي صحّة الجراف على اعتبار التقدير في بعض النصوص والفتاوى - فمن الواضح تعيين كون المناط في التقدير المعتمد إنّما هو في كلّ زمان بالنسبة إلى عرف المتبائع فيه، فإنّه الرفع للغرر المفروض إناطة اعتبار التقدير به.

ولا يبقى وجه لتوهم اعتبار التقدير المقدّر في زمانه ﷺ، فضلاً عن دعوى الشهرة بل الإجماع على اعتباره. ولا لمقايسة التقدير المعتمد في مسألة البيع على التقدير المعتمد في مسألة الربا إن سلّمنا الحكم في المقيس عليه، لما عرفت من وجود الفارق البين بينهما حينئذٍ، وهو إناطة اعتباره في البيع بنفي الغرر، المعلوم عدم المدخليّة لزمانه ﷺ في رفعه، وعدم إناطة اعتباره في الربا بنفي الغرر. فكيف لو لم نسلم الحكم في المقيس عليه، وقلنا بإناطته اعتبار التقدير فيه على نفي الضرر الشخصيّ الغير المتسامح فيه عرفاً، المعلوم عدم المدخليّة لزمانه ﷺ في رفعه؟ كما هو الأقوى أيضاً لولا مخافة الإجماع.

فتلخص أنّه لا وجه لاعتبار تقرير زمان الشارع على تقدير اعتبار التقدير من باب الطريقيّة والتوصّل إلى نفي الغرر، وأنّ النزاع المذكور مبنيّ على تقدير اعتباره من باب الموضوعيّة والأصالة.

وأما وجوه المسألة وأقوالها فمنها: تقدير المبيع بالتقدير الثابت له في عهد النبي ﷺ، فلا يصحّ بغيره، كما عن مجمع البرهان^(٢) نسبتها إلى الأصحاب، بل

(١) هامش (٢) من الصفحة السابقة.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٧٧.

استظهر الماتن^(١) الوفاق عليه من كلماتهم.

ومنها: عدم اعتبار ذلك مطلقاً، وكفاية تقديره بالتقدير الراجع للغرر الشخصي، المختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فالعبرة في كلِّ عصر ومصر على التقدير المتعارف لرفع الغرر في ذلك العصر والمصر، كما استحسنته الشهيد الثاني في الروضة^(٢)، وعليه الجواهر^(٣)، نافياً لوجدان خلافه في كلام أحد من الأساطين.

ومنها: التفصيل بين جواز بيع المكيل في عهد الشارع وزناً دون العكس، كما استظهره الماتن^(٤) في المسألة السابقة، ناسباً إتياءه إلى المشهور.

ومنها: التفصيل الظاهر من عبارة المبسوط^(٥) المحكيّة في المتن^(٦) من أنّ المكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل الحجاز.

وأما تحقيق الحقّ من تلك الوجوه والأقوال فمبنيّ على تشخيص كون الأخبار^(٧) المعتمدة للكيل في المكيل والوزن في الموزون معتبرة من باب الموضوعيّة فيتبع فيها عهد الشارع تقديماً لعرف المسؤول على عرف السائل عند تعارض العرفين في اللفظ، أو من باب الطريقيّة والتوصّل إلى رفع الغرر الشخصي فلا يتبع عهد الشارع، بل يكفي البناء في كلِّ عصر أو مصر على المتعارف فيه، وقد مرّ غير مرّة أنّه الأقوى والأظهر، حملاً لإطلاق النصوص^(٨) والفتاوى المعتمدة للكيل في المكيل والوزن في الموزون على الغالب من خواصهما، وهو

(١) المكاسب: ١٩٢.

(٢) أنظر الروضة البهية ٣: ٢٦٦.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٤٢٧.

(٤) المكاسب: ١٩١.

(٥) المبسوط ٢: ٩٠.

(٦) (٧) الوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه.

التوصل إلى نفي الغرر الشخصي المعلوم عدم مدخلية اتباع عهد الشارع في رفعه .
ويؤيد ذلك بل يشهد عليه أمور :

منها : قيام الشهرة بل الوفاق ظاهراً حتى من المصرّحين بلزوم اتباع عهد
الشارع في المكيل والموزون على صحة الوزن في المكيل وإن لم يصح العكس ،
معللين إتياءه بأبسطية الوزن من الكيل . ووجه الاستشهاد : أن اعتبار تقدير المكيل
بالكيل والموزون بالوزن في النصوص والفتاوى لو كان من باب الموضوعية لما
جاز تفكيكهم بين صحة الوزن في المكيل دون العكس ، ولما صحّ تعليلهم الصحة
بأبسطية الوزن ، فتفكيكهم بينهما وتعليلهم بالأبسطية أقوى شاهد على اعتبار
التقدير بما ذكر من باب الطريقة لا الموضوعية .

ومنها : أنه لو كان اعتباره من باب الموضوعية لا الطريقة للزم اعتبار
تقدير المكيل والموزون بخصوص الكيل والوزن المعتادين في زمن الشارع وبلد
الشارع ، كما لزم اتباع عهده في كونه مكيلاً أو موزوناً . ووجه الملازمة : أن تقديم
عرف المسؤول على عرف السائل ، كما يقتضي البناء في مكيالية المكيل
وموزونية الموزون على عهده ، كذلك يقتضي البناء في كيله ووزنه على الكيل
والوزن المعتادين في عهده ، بل وفي بلده ، ومن المعلوم من السيرة وغيره بطلان
هذا اللزوم ، فينبغي أن يكون الملزوم مثله .

ومنها : أنه لو اعتبر في مكيالية المكيل وموزونية الموزون ما هو المعتاد في
عهده ﷺ للزم على الصحابة والعلماء بل وعلى المعصوم الأمر بضبط ما هو
المعتاد في عهده لتقدير الأشياء ، حذراً من تغيير المعتاد بغيره ، وانقلاب الموزون
أو المعدود مكيلاً وبالعكس ، كما ضبطوا الأخبار والرسوم المطلق اتباعها بأشدّ
ضبط ، ومن المعلوم الواضح على كلّ متتبع عدم أثر لضبط المعتاد في عهده في
شيء من كتب الخلف ولا السلف . وهو أقوى شاهد أيضاً على عدم اعتبار المعتاد

لتقدير الأشياء في عهده ﷺ .

ومنها: قيام السيرة القطعية المستمرة خلفاً عن سلف في البيع والشراء في كل من الأعصار والأمصار المختلفة على ما هو المتعارف في نفسها من التقادير، من دون ملاحظة انطباقها على المعتاد في عهده ﷺ، وعدم انطباقها عليه. وهو أيضاً أقوى شاهد من الشواهد على عدم اعتبار اتباع عهده ﷺ، لما ذكرنا سابقاً من تفصيل أن الأصل في سيرة المسلمين هو الحجية والكشف عن تقرير المعصوم عليه السلام، وعدم استنادها إلى المسامحة، وعدم المبالاة إلا ما ثبت خروجه بدليل.

فان قلت: لعل ما يكون جريان السيرة في كل عصر ومصر - على ما هو المتعارف في نفسه من التقادير - ناشئاً عن إحراز تطابق التقدير الموجود في كل عصر ومصر على التقادير الموجودة في عهده ﷺ، بواسطة غلبة التطابق، وعدم التغيير، وتشابه الأزمان، واستصحاب القهقرى.

قلت: أولاً: أن الشك في تطابق تقدير هذا الزمان مع تقدير عهده ﷺ شك في الموضوع الصرف، وما ذكر من غلبة التطابق وأصالة عدم التغيير لا يفيد سوى الظن، الغير الثابت حجتيه في الموضوعات الصرفة إلا في مثل إثبات الضرر والوقف والعدالة ونحوها مما أحرز من الخارج عدم رضا الشارع بمرجعية الأصول فيها عند الظن، كمرجعيته عند الشك بواسطة لزوم تفويت الغرض المقصود منها. وما نحن فيه ليس من تلك الموضوعات.

وثانياً: سلمنا، لكن السيرة المستمرة جارية على عدم ملاحظة تطابق التقديرين وعدم تطابقهما، لا أنها جارية على مجرد البيع بما هو المتعارف في كل عصر ومصر، حتى يحتمل استنادها إلى إحراز التطابق، وهل وجدت من نفسك في البيع والشراء منذ نشأت في الإسلام إلى يومك هذا ملاحظة تطابق التقدير

الذي تباع أو تشتري به مع التقدير المعتاد في عهده ﷺ؟

ثم وبالجملة: فالموهم لاعتبار اتباع تقدير عهده ﷺ في صحّة شراء ماله تقدير إن استند إلى الجمود على إطلاق اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون، - الظاهر في اعتبار التقدير على وجه الموضوعيّة - فقد عرفت دفع هذا الوهم بالنقوض والإبرامات المقتضية لاعتباره من باب الطريقيّة لا غير.

وإن استند الوهم المذكور إلى الوفاق على تقديم عرف الشارع في الموضوعات المستنبطة إذا وجد على العرف العامّ فقد دفعه أيضاً في تحرير محلّ النزاع بمنع الصغرى، وهو كون المسألة من الموضوعات المستنبطة وإن سلّمت الكبرى.

وإن استند إلى القول بتقديم عرف المسؤول على عرف السائل عند تعارض العرفين فهو وإن سلّم في محلّه تقديم عرف المسؤول، إلاّ فيما علم المسؤول اختلاف عرف السائل وجهله بعرف المسؤول فيقدّم عرف السائل، حذراً من لزوم الإغراء بالجهل. ولكن كلّ ذلك فيما لم يقدّم على الخلاف قرينة خارجيّة، وقد عرفت من تلك النقوض والإبرامات قرينة صرف اللفظ عن إرادة خصوص عرف المسؤول بما لا مزيد عليه.

وإن استند إلى ما استظهره الماتن من الوفاق والإجماع^(١) فيكفي في دفعه تصريح مثل صاحب الجواهر^(٢) مع كثرة باعه وطول ذراعه على نفي وجدان القول به، فضلاً عن الإجماع عليه. مضافاً إلى اندفاعه بتلك النقوض والإبرامات المتقدّمة.

وإن استند إلى مقايسة المكيل والموزون في مسألة البيع عليهما في مسألة

(١) المكاسب: ١٩٢.

(٢) الجواهر ٢٢: ٤٢٧.

الربا مضافاً إلى إمكان منع الحكم في المقيس عليه يدفعه بطلان القياس في مذهبنا، خصوصاً مع وجود الفارق.

وإن استند إلى ما ادّعاه المتن^(١) أيضاً من اتّحاد الموضوع وهو المكيّل والموزون في كلتا المسألتين فيدفعه ما عرفت من اختلاف المناط فيهما، وهو استناد اعتبار التقدير في مسألة البيع إلى نفي الغرر، وعدم استناد اعتباره في مسألة الربا إلى ذلك.

قوله: «لمقطوعة ابن هاشم^(٢) الآتية. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ المقطوعة دراية لا رواية.

قوله: «فإذا سئل عن مقدار ما عنده... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّ كلام الفقيه والفقه إنّما هو في تعيين العوضين، لا في

جواب السؤال. وثانياً: أنّ جواب السؤال عن مقدار الشيء إنّما هو بالمقدار المتعارف فيه إن وزناً فوزن، وإن كيلاً فكيل، وإن عدداً فعدّ. وعن مقدار ماليته الجواب بمقدار قيمته، لا مقدار وزنه.

قوله: «والأقوى بناءً على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعليّ هو

عدم الاعتبار».

أقول: بل الأقوى الاعتبار مطلقاً. أمّا على عدم اعتبار التقدير إلا من باب

دفع الغرر الشخصيّ فلأنّ المفروض اندفاعه بثبوت خيار التخلف له، إلا على توهم كون المطلوب خلوّ نفس المعاملة عن الغرر بالذات، لا بعروض الحكم عليه بالخيار. وأمّا على اعتبار التقدير من باب الموضوعيّة فلأنّ المفروض كفاية الأخبار عنه فيه.

(١) المكاسب: ١٩٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٣٥ ب «٦» من أبواب الرباح ٦.

لا يقال: إنَّ القدر المتيقن كفاية الخبر المفيد للظنّ فيه لا مطلق الخبر، فيرجع فيما عدا المتيقن من تخصيص عموم أخبار^(١) اعتبار التقدير إلى عموم اعتبار التقدير.

لأنّا نقول: أولاً: أنّ عموم أخبار اعتبار التقدير قد عرفت أنّه عموم حكمتي وارد مورد الغالب، وهو نفي الغرر الشخصي.

وثانياً: سلّمنا، لكن أخبار كفاية الأخبار عن التقدير ليست بمجملة حتّى يرجع فيما عدا المتيقن من تخصيصها الاعتبار إلى عموم الاعتبار، بل هي أيضاً مطلقات، والمرجع في المشكوك إلى إطلاقها.

قوله: «فتأمّل فإنّ المتعيّن الصّحة والخيار».

أقول: قد اعترضت على شيخنا العلامة: بأنّ الأوجه التفصيل بين ما يكون مقصود المشتري في الشراء الموجود الخارجي بالذات والأصالة ويكون العنوان المقدّر مقصوداً بالبيع لزعم انطباقه عليه فيتعيّن الصّحة والخيار بالتخلف، وبين ما يكون المقصود العكس، أعني: شراء العنوان المقدّر بالذات والأصالة ويكون الموجود الخارجي مقصوداً بالتبع لزعم تحقّق العنوان في ضمنه، فيتعيّن البطلان بالتخلف.

فأجاب دام ظلّه: بأنّ البناء على هذا التفصيل في تخلف الجزء يستلزم البناء عليه أيضاً في تخلف الوصف والجنس، ومن الاتفاق الصّحة في تخلف الوصف مطلقاً، والبطلان في تخلف الجنس مطلقاً، من غير تفصيل.

واعترضت عليه: بأنّ إطلاق الحكم بالصّحة في تخلف الوصف وبالبطلان في تخلف الجنس لعلّه مبنيّ على الظاهر دون الواقع، نظراً إلى أنّ القصد إلى الوصف تابع لقصد الموصوف في الظاهر، والقصد إلى الموصوف متبوع في

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٤ ب «٤» من أبواب عقد البيع وشروطه.

الظاهر، وهو لا ينافي أن يدين المشتري ببيته في الواقع.

قوله: «وأما الملحوظ في عنوان المبيع... إلخ».

[أقول:] وتفصيل الحال: أنّ الملحوظ في عنوان المبيع تارةً مفسد له كالربا مطلقاً، وغير المفسد تارةً يكون مجرد ملاحظته كافٍ في صحته ولا يحتاج إلى ذكره كتعيين مقدار العوضين، وتارةً يكون صحته منوطاً بذكره كتعيين جنسه، وتارةً لا يكون صحته منوطاً بملاحظته ولا بذكره، بل يكفي بناء أصل العقد عليه كوصف الصحة. وأما حكم ما لو بان تخلف العنوان فهو الصحة والخيار مطلقاً، إلا في تخلف الجنس فإنه يبطل لقاعدة «العقود تابعة للقصد».

قوله: «الإيهام في البيع مبطل له، لا من حيث الجهالة».

[أقول:] الفرق كون المبهم هو المجهول في الواقع والظاهر، والمجهول معلوم في الواقع دون الظاهر.

قوله: «فالدليل هو الإجماع... إلخ».

أقول: بل لم يثبت الإجماع.

أما أولاً: فلما عرفت آنفاً من ذكره^(١) مخالفة جماعة منهم المحقق الأردبيلي^(٢).

وأما ثانياً: فلأنّ الإجماع على عدم جواز بيع الكلّي المنتزع على تقدير تسليمه لبيّ، والمتيقّن من معقده هو صورة تفاوت الأفراد التي هي منشأ الانتزاع، لا صورة تساويها.

وأما ثالثاً: فلأنّ من المعلوم أنّ مدرك إجماعهم لو ثبت ليس سوى ما ذكر من تلك الوجوه الأربعة، الموهونة نقضاً بجواز بيع الكلّي والإسلاف في الكلّي

(١) المكاسب: ١٩٥.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٨٢.

اتفاقاً، وجواز بيع الكلّي على وجه الإشاعة - كصاع من صبرة - اتفاقاً، وبجواز بيع الباقي من أحد العبدین المتلوف أحدهما مع الجهل بالباقي على ما عن التذكرة، وبجواز بيع الكلّي المنحصر مصاديقه في أفراد متصورة كبيع ربع من الأرباع المقسمة، الذي هو الوجه الثالث من وجوه بيع البعض من الكلّ، الذي استظهر عدم الخلاف في جوازه، فإذا جاز كلّ ذلك من بيع الكلّي المطلق والكلّي المشاع والكلّي المنحصر مصاديقه في أفراد فينبغي أن يجوز بيع الكلّي المنتزع، إذ لا فارق بين الكلّي المنتزع وغيره، بل ولا فرق بينهما على أقرب الرأيين من عدم وجود الكلّي الطبيعي.

توضيح ذلك: أنّ الكلّي الموجود في الذهن أمّا أن يكون له ما بأزاء في الخارج، ليكون وجوده في الذهن تالياً لوجوده في الخارج، كالجزئيات، ويعدّ من هذه الجهة من المعقولات الثانوية، فهو الكلّي الحقيقي، بناءً على القول بوجوده في الخارج. وأمّا أن لا يكون له ما بأزاء خارجي، بل يكون له منشأ انتزاع، كالمفاهيم الكلّية المنتزعة من الجزئيات من مثل أحد الأفراد أو أحد الفردين، ليكون وجوده في الذهن متلوّاً لوجوده الخارجي، ويعدّ من هذه الجهة من المعقولات الأوّلية، فهو الكلّي الانتزاعي. وأمّا أن لا يكون له ما بأزاء ولا منشأ انتزاع، كالبحر المتّصف بأمواج الذهب والإنسان المتّصف بذئ الرأس، فهو كلّي فرضي.

والذي لا يجوز بيعه من تلك الكلّيات هو الكلّي الفرضي. وأمّا الكلّيان الآخران فينبغي جواز بيع كلّ منهما، لعدم الفارق، بل وعدم الفرق بينهما، بناءً على عدم الوجود الكلّي الطبيعي، وأمّا بناءً على وجوده فهو وإن حصل بينهما فرق إلاّ أنه غير فارق فيما هو مناط جواز البيع من نفي الغرر.

وبالجملة: فبيع أحد الأشياء الجزئية الخارجية يتصور على ثلاثة وجوه:

أحدها: إرادة الكلّي المشاع في تلك الجزئيات الخارجيّة المشار إليها، والفرق بينه وبين الكلّي المطلق في الإطلاق والتقييد.

وثانيها: إرادة الكلّي المتنزع من تلك الجزئيات. وهو على وجهين: أحدهما: إرادة مصداق أحدها، وهو جزئيّ مبهم، كالنكرة على رأي المشهور.

وثانيهما: إرادة مفهوم أحدها، والفرق بينه وبين سابقه، وهو مصداق أحدهما. أمّا إجمالاً فهو كالفرق بين الكلّي المقيّد بالوحدة وبين الفرد المنتشر، وكالفرق بين المطلق في إنشاء الواجب الكفائي وبين المطلق في إنشاء الواجب التخيري، وكالفرق بين الموضوع في الوضع العامّ والموضوع له العام مثل وضع المشتقات، وبين الموضوع في الوضع العامّ والموضوع له الخاصّ كوضع المبهمات، حيث إنّ الكلّي العامّ كهيئة فاعل مثلاً في المشتقات هو الموضوع له في الأوّل وآلة لملاحظة الموضوع له في الثاني، وكذلك مفهوم أحد الأفراد في الثاني هو المبيع أصالة وأولاً وبالذات، وفي الأوّل هو آلة وواسطة لملاحظة المبيع الجزئيّ المرّد.

أمّا الوجه الأوّل - من وجوه أحد الأفراد وهو الكلّي على وجه الإشاعة -: فلا إشكال ولا خلاف في جواز بيعه، لانتهاء جميع ما يصلح للمانعيّة من الفرر والجهل والإيهام في أصل المبيع، ولعدم الفرق بينه وبين بيع الكلّي إلّا في الإطلاق والتقييد، حيث إنّ المبيع الكلّي على وجه الإطلاق متعلّق بالذمّة، فزمان دركه على صاحب الذمّة، بخلاف المبيع الكلّي على وجه الإشاعة فإنّه متعلّق بالموجود الخارجي، وزمان دركه على الموجود والذمّة بمعنى العهد والأمان و والحرمة والحقّ^(١).

(١) هذا هو المقدار الذي تمكّن أن نقرأه من هامش النسخة الخطيّة.

وأما الوجه الثالث: فكذاك على ما هو الظاهر المصرّح به في المتن أيضاً، لخلوّ أصل المبيع فيه أيضاً عن كلّ ما يصلح للمانعية من الغرر والجهل والإبهام، ولعدم الفرق بينه وبين بيع الكلّي المشاع، إلّا في تقييد كلفة الكلّي بما في ضمن أفراد منه في الإشاعة، وتقييد مصاديق الكلّي بأفراد منه في غير الإشاعة، وهو غير فارق.

وأما الوجه الثاني - من وجوه بيع أحد الأفراد وهو مصداق أحدها -: فهو وإن ادّعى الإجماع على عدم جواز بيعه إلّا أنّ قد عرفت ما ينبغي من تخصيص معقده بصورة تفاوت الأفراد بما يستلزم الغرر المنفي. وأما صورة تساوي الأفراد فلا مانع من جواز بيعه لا من الغرر ولا من الجهل سوى الإبهام، الذي لا دليل على مانعيته. كما لا مانع من جواز بيع الباقي من أحد العبدین المتساويين المتلوف أحدهما لا من الغرر ولا من الإبهام سوى الجهل، الذي لا دليل على مانعيته، فكما أنّ جهل المبيع في شراء العبد الباقي من العبدین غير مانع من جواز بيعه على ما عن التذكرة، كذلك إبهام المبيع في مصداق أحدها غير مانع بمجردة عن جواز البيع، بل كما لا مانع كذلك لا فرق بين مفهوم أحدها ومصداقه، إلّا في كون الإبهام في نفس المبيع على إرادة المصداق من أحدها، وفي مصاديق المبيع على إرادة المفهوم، وهو غير فارق بمجردة، كما لا يخفى.

قوله: «وإن كان بين المصطلحين عموم من وجه^(١)».

[أقول: لاجتماعهما في ابتياع مجهول المقدار بأكثر مقاديره، وافتراق الغرر الشرعيّ عن العرفيّ في ابتياعه بأقلّ ما يحتمل من مقاديره، والعكس في ابتياع الآبق مع الضميمة.

(١) في المكاسب: «عموم وخصوص من وجهين».

قوله: «وأصالة الصّحة لا تصرف الظواهر».

أقول: هذا مبنيّ على ما هو مذهبه في الأصول من اعتبار الظواهر من باب الظنّ النوعيّ والشأنّي^(١). وأمّا على ما هو المختار - وفقاً لمشايخنا الأعلام من اعتبارها من باب الظنّ الفعليّ - فمن المعلوم إضرار أصالة الصّحة بالظواهر.

ومستند هذا الأصل ليس مجرد أخبار^(٢) حمل فعل المسلم على الصّحة حتّى ينحصر مجراها في معاملة المسلمين، بل هو الغلبة القويمة المستقيمة المستمرّة عليها بناء الفقهاء طرّاً في المعاملات الصادرة، حتّى من الكفّار، فضلاً عن المسلمين. ولهذا استمرّ بنائهم على الصّحة في كلّ ما يحتمل الصّحة والفساد من المعاملات، بل وفي العبادات الصادرة، حتّى من الجهّال، فضلاً عن العالمين. ولهذا استمرّ بنائهم على الصّحة في كلّ ما يحتمل الصّحة والفساد من عبادات الجاهل بالمسألة، فضلاً عن العالم، بل وفي مطلق ما يمكن وقوعه من الأفعال على وجه الصّحة والفساد يحتمل على الصّحة وإن لم يقصد بها وجه الصّحة، بل وإن قصد بها الفساد، كما لو وطء الأمة الموهوبة أو المطلقة الرجعيّة من غير قصد الرجوع، بل ومع قصد عدمه، فإنّه يعدّ رجوعاً وإن لم يقصد به الرجوع، بل وإن قصد عدمه، كما لو قصد الزنا عند بعض، تقدّماً لأصالة الصّحة على أصالة العدم واستصحابه في تلك المواضع.

وهو كاشف عن قوّة مدرك أصالة الصّحة بالغاية والنهائية، بحيث لا ينحصر في أفعال المسلمين، بل ولا في أفعال القاصدين، بل ولا في فعل من الأفعال، وكانّ مأخذه غلبة الصّحة على الفساد وغلبة التمام على الناقص في جميع

(١) فرائد الأصول: ٤١.

(٢) الوسائل ٨: ٦١٤ «١٦١» من أبواب أحكام العشرة ح ٣، والمستدرک ٩: ١٤٤ ب

«١٤١» من أبواب أحكام العشرة ح ٧، والاختصاص: ٢٢٦، نهج البلاغة: ٥٣٨ حكمة

الأشياء، بحيث يكون الغالب في الأشياء بحسب الذات والطيبة والفطرة هو الميل إلى جانب الصحة دون الفساد وإلى جانب التمام والكمال دون النقصين والضلال. ولعلّ إلى ذلك يشير قوله ﷺ في الحديث المشهور بين الفريقين: «كَلَّ مولود يولد على الفطرة حتّى يكون أبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه»^(١)، أي يولد على المعرفة حتّى ينقلانه عنها أبواه.

وفي كتاب التوحيد للصدوق مسنداً إلى زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال: «سألته عن قول الله: ﴿حنفاء لله غير مشركين به﴾^(٢)، وعن الحنيفيّة، فقال: هي الفطرة الّتي فطر الله الناس عليها لا تبديل لخلق الله، قال: فطرهم الله على المعرفة، قال زرارة: وسألته عن قول الله: ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم﴾^(٣) الآية، قال: أخرج من ظهر آدم ذريّته إلى يوم القيامة فخرجوا كالذّر فعرفهم وأراهم، ولولا ذلك لم يعرف أحد ربّه»، وقال: قال رسول الله: كلّ مولود يولد على الفطرة يعني على المعرفة بأنّ الله تعالى خالقه فذلك قوله: ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله﴾^(٤)،^(٥) و ﴿إن من شيء إلا يسبح بحمد ربّه ولكن لا تفقهون تسبيحهم﴾^(٦)، خصوصاً على قراءة لا يفقهون.

وكما علم مما ذكرنا أصالة الصّحّة في الأشياء كذلك يعلم منه أصالة الصدق في الأخبار، وهو وإن خصّص عندنا بمنطوق قوله تعالى: ﴿إن جاءكم

(١) الوسائل ١١: ٩٦ ب «٤٨» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ٣، والسنن الكبرى ٢٠٢: ٦ و ٢٠٣.

(٢) الحجّ: ٣١.

(٣) الأعراف: ١٧٢.

(٤) لقمان: ٢٥، الزمر: ٣٨.

(٥) التوحيد: ٣٣٠، ح ٩.

(٦) الأسراء: ٤٤.

فاسق بنياً فتيينوا^(١).

إلا أنه تبقى ثمرة هذا الأصل في عدم احتياج حجية خبر غير الفاسق إلى إثبات مفهوم لآية النبأ أو إثبات دليل آخر على حجية الخبر لكفاية الأصل عنه . وكما علم منه أصالة الصحة في المعاملات والأقوال كذلك يعلم منه أصالة الصحة في العقائد والأفعال، من غير فرق بين فعل الجاهل والعالم، ولا بين البالغ والصبي، ولا بين العادل والفاسق.

ومن فروع هذا الأصل الأصل: أن الشاك في انطباق عباداته أو أفعاله الماضية على الواقع وعدمه يبنى فيها على الانطباق والصحة ولو كان الفاعل جاهلاً بشرائط الصحة، تقدماً لأصالة الصحة على قاعدة الاشتغال واستصحابه، بخلاف المحروم من فوائد هذا الأصل، فإنه يبنى على الاشتغال.

ومن فروعه أيضاً: أن من كان في ذمته عبادة عن الميت فأجر شخصاً على التعبد بها عن الميت فرغ ذمته عنها بمجرد اشتغال الأجير وإن لم يكن الأجير عادلاً؛ لأن عدم مأمونية الفاسق في أن ينوي العبادة عن غير الميت المأجور له أو ينوي فيها الربا أو غيره من المبطلات مدفوع بغلبة الصحة المذكورة، بخلاف المحروم من فوائدها فإنه يبنى على الاشتغال ما لم يقطع بصحة عبادة المتعبد عنه حقيقة أو شرعاً، كما لو كان المتعبد عادلاً.

ومن فروع هذا الأصل الأصل أيضاً: صحة اكتفائك في تطهير المتنجس، والبناء على تطهيره بتوكيل الغير في تطهيره ولو كان فاسقاً أو صيباً أو جاهلاً بشرائط التطهير على ما هو حقه، فإنه يجوز الاعتماد على تطهيره بأصالة الصحة وغلبتها من غير حاجة إلى عدالة المباشر والوكيل، ولا إلى بلوغه، ولا إلى معرفته بكيفية التطهير شرعاً، ولا إلى قاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»، بخلاف

المحروم من فوائد هذا الأصل فإنه يبنى على استصحاب النجاسة لا محالة .
ثم إن هذه الفروع كلها مبنية على استناد أصالة الصحة إلى الغلبة، وكونها
من الأصول الاجتهادية المقدّمة على الأصول العمليّة من الاستصحاب وغيره .
وهل هي معتبرة من باب الظنّ النوعيّ والشأنّي كاليد والسوق والبينه، أم
من باب الظنّ الفعليّ كظواهر الألفاظ وسند الأخبار عندنا؟ وجهان، أحوطهما
الثاني .

ومحصّل الكلام في تعارض هذا الأصل مع غيره من سائر الأصول
العمليّة: أنه إن تعارض مع ظواهر الألفاظ فأما أن يتّحدا في اعتبار كلّ منهما من
باب الظنّ الفعليّ كما هو المختار، أم من باب الظنّ الشأنّي كما هو وجه . وأما أن
يختلفا بأن اعتبر أحدهما من باب الظنّ الفعليّ، والآخر من باب الظنّ الشأنّي .
أما على الأولين: فالمرجع في تعارضهما إلى المرجّحات الخارجيّة من
شهرة ونحوه إن وجدت، وإلا فإلى التساقت والرجوع في مورد التعارض إلى ما
فوقه من الأصول .

وأما على الأخير: فالمرجع إلى ما اعتبر منهما من باب الظنّ الشأنّي فيقدّم
على ما اعتبر من باب الظنّ الفعليّ؛ لأنّ المعبر من باب الظنّ الفعليّ ينتفي فعليّة
الظنّ منه بالمعارضة فيسقط عن الاعتبار، ويسلم عنه معارضة المعبر من باب
الظنّ الشأنّي .

وإن تعارض مع الأصول العمليّة فأما أن يتّحدا في اعتبار كلّ منهما من
باب الظنّ والنظر إلى الواقع أو من باب التبعّد وعدم النظر إلى الواقع، أو يختلفا
فيعتبر أحدهما من باب الظنّ والآخر من باب التبعّد .

أما على الأول: فالمرجع إلى التساقت والرجوع إلى ما فوق .

وأما على الثاني: فالمرجع إلى أصالة الصحة، بناءً على تقديم الأصل في

الشكّ السببي على الأصل في الشكّ المسببي، وذلك لأنّ أصالة صحّة المعاملة - مثلاً - مزيل للشكّ في تعيين المبيع وتقديره، بخلاف أصالة عدم تعيينه وتقديره فإنّه غير مزيل للشكّ في صحّة المعاملة.

وبعبارة أخرى: أنّ أصالة الصحّة أثره إثبات تعيين المبيع، بخلاف أصالة عدم تعيينه فإنّه لا أثر له، لأنّ فساد المعاملة إنّما هو من آثار العدم الأزلي المستمرّ - أعني: عدم وجود مقتضى الصحّة - لا من الآثار الحادثة الناشئة عن عدم تعيين المبيع وتقديره، كما أنّ أصالة طهارة الماء المغسول به الثوب المتنجّس أثره طهارة الثوب المغسول به، بخلاف استصحاب نجاسة المغسول فإنّ أثر نجاسة الماء حينئذٍ لا يستند إلى نجاسة المغسول، كما لا يخفى.

وأما على الأخير: وهو اعتبار أحدهما من باب الظنّ والآخر من باب التبعّد فمن المعلوم تقديم الأوّل على الثاني، لورود الأدلّة الاجتهاديّة على الأصول العمليّة قطعاً. هذا كلّه في التقدير.

وأما التحقيق: فهو اعتبار أصالة الصحّة من باب الظنّ فيه الناظر به إلى الواقع، فلا يقاومه شيء من الأصول العمليّة، وذلك لأنّ أصالة الصحّة إنّما اعتبر في مورد الأصول العمليّة، إذ ما من مورد اعتبر فيه أصالة الصحّة إلّا وهو مورد لأصل من الأصول العمليّة، فلو لم يكن من الأدلّة الاجتهاديّة المقدّمة على الأصول لم يعتبر في مورد أصلاً، ولا يبقى له مورد رأساً. قوله: «أما أصالة عدم التعيين فلم أتحقّقها».

[أقول:] إذ ليس الشكّ في الحدوث، بل في الحادث، وهو كون المراد المشاع أو المعين، ولا أصل في البين في تعيين أحد المعنيين.

قوله: «وحيئنذٍ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين... إلخ».

أقول: الفرق بين المسألتين واضح عرفاً وشرعاً، مطّرد في جميع الموارد

العرفية والشريعة، بحيث لا يكاد يظهر التخلف في مورد من الموارد العرفية، ولا في باب من أبواب الفقهية. لكن الفارق ليس شيء ولا بوجه من الوجوه التي ذكرها الماتن^(١) على طولها وكثرتها، بل إنما هو لوضوح الفرق والفارق بين بعثك صاعاً من صبرة وبين بعثك صبرة إلا صاعاً، حيث إن المستثنى وإن دخل في المستثنى منه صورة لحكمة ونكتة إلا أنه غير داخل فيه معناً وحقيقةً، فإذا لم يدخل فيه كان باقياً على ملك البائع، فإذا أقبضه المشتري كان المستثنى منه ملكاً لقبضه والمستثنى أمانةً في يده، فيحصل الاشتراك بينهما من باب الشركة، لا من باب الإشاعة في الكلّي، فيكون الباقي لهما والتالف عليهما.

قوله: «لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك، وعدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع».

[أقول]: فيه: منع واضح، لوضوح أن الحكم بكون التالف عليهما حكم باشتراكهما، وأن إقباض البائع المستثنى إذن بتصرف المشتري له. قوله: «ولا يزاحمه عنوان ملك البائع. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى أنه إذا فرض المبيع صاعاً من صبرة كلياً كنفس الصاع فبيع الصبرة إلا صاعاً أولى بأن يكون كلياً، ولا يزاحمه ملك البائع بالاشتراك. قوله: «إلا أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن [بناءً] على ما ذكره العلامة^(٢)... إلخ».

أقول: وجه ذلك على ما استفدنا من بحث الأستاذ دام ظلّه: هو كون النقل الصحيح لما كان على قسمين: قسم: كافٍ في إثبات السلطنة التامة للبائع على وجه اللزوم وهو ما لا خيار فيه، وقسم: يثبت السلطنة الناقصة للبائع على وجه

(١) المكاسب: ١٩٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٧.

التزلزل وهو ما فيه الخيار لم يكن مجرد تحقّق الناقل الصحيح كافٍ في إثبات السلطنة التامة للأزمة، فيستصحب في مقام الشكّ عدمها للبائع، وإبقائها للمشتري، نظراً إلى أنّ العامّ لا يدلّ على الخاصّ.

وبعبارة أوضح: أنّ سلطنة المدّعي على ماله كيده عليه أمر عرفيّ خارجيّ قابل باعتبار أسبابه للنقص والكمال والتمام، فمتى شكّ في كماله وتمامه كان الأصل عدمه، ولو أحرز حدوثه في الجملة - كما لو شكّ في أصل حدوثه - كان الأصل عدمه رأساً.

ولكن يعود عليه أيضاً إيراد الماتن^(١) بأنّ الشكّ في المقام ليس في الحدوث حتّى يكون الأصل عدم حدوث تماميّة السلطنة وكمالها وإنّما هو في الحادث. والأصل فيه أمّا غير جارٍ لعدم الحالة السابقة له إن رجع الشكّ إلى تقييد متعلّق العقد وعدمه، وأمّا جارٍ غير نافع، لكونه مثبتاً إن رجع الشكّ إلى عدم وقوع العقد على المقيّد، نظير الشكّ في كزيّة الماء المخلوق دفعه من أصله، فإنّ أصالة عدم كزيّته بالخصوص نافعة في ترتيب آثار القلّة على الماء المذكور. إلّا أنّ يفرّق بين هذا المثال وبين ما نحن فيه بخفاء الواسطة. وهو كما ترى.

قوله: «ولأجل ما ذكرنا قوّى بعض تقديم قول البائع».

أقول: الظاهر أنّ المراد من البعض صاحب الجواهر^(٢). ويؤيد أيضاً تقديم قول البائع على المشتري لو اختلفا في التغيير مضافاً إلى ما ذكر هنا تقديم قوله: لو اختلفا في العيب أو الغبن أو الدلس أو اشتراط الخيار، فكما أنّ الأصل هو لزوم البيع وعدم الخيار للمشتري في دعوى العيب والغبن والدلس أو اشتراط الخيار، فليكن الأصل أيضاً لزوم البيع وعدم الخيار للمشتري في دعوى التغيير،

(١) المكاسب: ١٩٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٤٣١.

لاتّحاد الطريق في الكلّ، من غير فرق بين ولا مبيّن. ولعلّ وجه الحكم بتقدّم قول البائع في تلك الموارد هو البناء في تشخيص المنكر والمدّعي على العرف، لا المطابقة للأصل وعدمه، وإلّا فقد عرفت عدم سلامة الأصول عن موانع القبول. قوله: «وتأخّره عنه على وجه لا يوجب الخيار... إلخ».

أقول: احترز بذلك القيد عن التأخّر الموجب للخيار. وقد مثّل له شيخنا العلامة بتأخّر الهزال في مثل بيع الحيوان قبل مضي ثلاثة أيّام، فإنّ الهزال وإن تأخّر عن البيع فيه موجب للخيار قبل مضي الثلاثة، بخلاف تأخّره في بيع غير الحيوان أو في بيع الحيوان بعد مضي الثلاثة فإنّه لا يوجب الخيار.

أقول: بل له أيضاً مثال آخر في بيع غير الحيوان: وهو بلوغ الهزال والتغيّر إلى حدّ مشرف على تلف المبيع قبل قبضه فإنّه وإن تأخّر عن البيع بالفرض إلّا أنّه أيضاً موجب للخيار. بل وله مثال ثالث: وهو ما إذا كان التغيّر بتسيب البائع أو بتفريطه، فإنّه أيضاً موجب للخيار.

قوله: «مقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم».

[أقول]: فيه: ما عرفت من أنّ أصالة عدم اللزوم وعدم وصول حقّ المشتري لا يثبت الجواز والخيار إلّا على الأصل المثبت للضرر، الموجب للخيار والجواز.

قوله: «وبالجملة الفاسد شرعاً الذي تنزّه عنه فعل المسلم... إلخ».

أقول: محصل الكلام وتوضيحه: أنّ أصالة الصّحة في المعاملات إنّما يجري بعد إحراز القابليّة العقليّة لتأثير المحلّ، وأمّا قبله فلا، وذلك لأنّ صّحة العقد عبارة ترتيب الأثر الشرعيّ عليه، فإذا فرضنا أنّه عقد على معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلاً، ففساده مستند إلى عدم وجوده في الحقيقة، لا إلى وجوده الناقص أو المعيب شرعاً. ومن البين أنّ أصالة الصّحة كالعموم والإطلاق وسائر

الأحكام الظاهرية إنما تجري بعد إحراز موضوعاتها لا قبله، فهي إنما تجدي إحراز كفيّة الموضوع وحكمه، دون إحراز الموضوع والقابليّة، كما فيما نحن فيه.

لا يقال: إذا لم يجري أصالة صحّة الرجوع فيما نحن فيه فليجري أصالة صحّة البيع، حيث إنّ الشكّ أيضاً راجع إلى صحّته وفساده.

لأنّا نقول: أولاً: أنّه لا يلزم من فساد الرجوع فيما نحن فيه فساد البيع حتّى يقال: الأصل صحّة البيع، بل غاية الأمر وقوع البيع فضولياً على تقدير فساد الرجوع، لا وقوعه فاسداً أو البيع الفضوليّ صحيح لا فاسد، وإلاّ لما لزم بالإجازة.

ولو سلّمنا فسادَهُ أيضاً - كما هو قول بعض - فمع ذلك لم يجر أصالة صحّة البيع في المقام، لاستناد فسادِهِ إلى عدم إحراز موضوعه، وهو القابليّة لتأثر العقد.

هذا، ولكن يمكن توجيه مجرى أصالة صحّة الرجوع المشكوك وقوعه بعد البيع أو قبله - كما هو قول بعض - بأنّ مستند هذا الأصل الغلبة ولم يفرّق وجود هذه الغلبة بين ما أحرز موضوع العقد وقابليّة محلّه للتأثر وبين ما لم يحرز ذلك، كما فيما نحن فيه. فكما أنّ الغالب في العقود، بل الأفعال والعقائد والأقوال الصحّة، كذلك الغالب في الرجوع المشكوك وقوعه لغوّاً فيما نحن فيه عدم اللغويّة، ووقوعه صحيحاً مؤثراً. ولكن في ثبوت عموم تلك الغلبة تأمل.

قوله: «مسألة: لا بدّ من اختبار الطعم... إلخ».

أقول: محصل هذا المبحث تشخيص جزئيات ما يرفع الغرر المنفي في البيع، التي منها الاختبار، ومنها الوصف، ومنها اشتراط الصحّة، ومنها الإطلاق المبني على أصالة الصحّة أو غلبتها، ومنها البراءة من العيوب على ما حكى عن

النهاية^(١) وغيرها.

أما الغير المنضبط وصفه مما يختلف قيمته والغرض منه باختلاف الوصف شدةً وضعفاً كبيع المطعومات والروائح فلا يرتفع غره إلا باختبار الطعم واللون والرائحة، فينحصر المجوز لبيع هذا الصنف في الاختبار، إلا ما كان الاختبار مفسداً له - كالبيض والبطيخ - فيجوز بغيره، أو الاعتماد على أصالة السلامة، من غير إشكال ولا خلاف في شيء من شقيه.

وأما المنضبط وصفه المختلف به القيمة والغرض فيجوز بالوصف مطلقاً، سواء أمكن فيه الاختبار كبيع العين الحاضرة، أم لم يمكن كالعين الغائبة. وهذا أيضاً مما لا ينبغي الإشكال والخلاف فيه، إلا ما احتمله السرائر^(٢) من عدم جواز بيع العين الحاضرة بالوصف. ويضعف بما في المتن: من أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا رفع بالوصف كان الفرق بين الغائب والحاضر تحكّم الخ^(٣)، وإلا ما نسب إلى المفيد^(٤) والقاضي^(٥) وسألا^(٦) وأبي الصلاح^(٧) وابن حمزة^(٨) من عدم جواز بيع ما يمكن اختباره من غير إفساده بلا اختبار مطلقاً حسب ما ذكر الماتن^(٩) عبائرهم الدالة على ذلك، ثم وجهها بأبلغ وجه، بعد تأويلها وحملها على إرادة ما لا ينضبط بالوصف.

وأما اشتراط الصحة فيما ينضبط بها فيجوز البيع به من غير اختبار ولا

(١) النهاية: ٤٠٤.

(٢) السرائر ٢: ٣٣١.

(٣) ٩ و ٣: المكاسب: ٢٠١.

(٤) المقنعة: ٦٠٩.

(٥) لم نثر عليه في كتابه وحكاها العلامة في المختلف ٥: ٢٦٠.

(٦) المراسم: ١٨٠.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٥٤.

(٨) الوسيلة الى نيل الفضيلة: ٢٤٦.

وصف وإن أمكن الاختبار والوصف بالاتفاق ظاهراً، لارتفاع الغرر به .
وأما الإطلاق المنصرف إلى الصحة لأصالة السلامة أو غلبتها فكذلك
ظاهراً يجوز البيع به، سواء حصل الوثوق من الأصل والغلبة بالصحة والسلامة،
أم لم يحصل، لارتفاع الغرر العرفي مطلقاً على الظاهر .

وأما اشتراط البراءة من العيب فهو وإن كان الظاهر من الفتاوى المنقولة في
المتن^(١) وغيرها هو جواز البيع به مطلقاً وارتفاع الغرر به - وبناء المتعاملين كثيراً
ما يكون على ذلك أيضاً حيث تراهم كثيراً ما يشترطون في البيع إسقاط جميع
الخيارات والإبراء منها بزعم سقوطها عنهم بذلك الشرط والإبراء - إلا أن الأظهر
أن مجرد اشتراط التبرّي من العيب غير رافع للغرر العرفي بل هو عينه .

نعم، لو اشترط البراءة من العيب ببيع الشيء على أنه معيب وبعنوان أنه
معيب صح، ولزم وسقط خيار عيبه، لارتفاع غرره بعد إقدام المشتري على قبول
شراء المعيب بعنوان أنه معيب . وأما بيعه بعنوان الصحيح أولاً بعنوان الصحيح ولا
بعنوان المعيب بل على وجه الإطلاق والإهمال فمجرد تبرّي البائع عن عيبه لا
يرفع غرره، بل معين ومكثّر لغرره عرفاً، فلا يلزم مثله .

قوله: «وكيف كان فإذا تبين فساد المبيع^(٢).... إلخ» .

أقول: محضل شقوق المسألة والكلام في حكم كل منهما: أن تبين فساد
المبيع أما أن يتفق قبل تصرف المشتري فيه بكسر ونحوه، أو بعده بمقدار
الاختبار والاستعلام عن فساد المبيع، أو بأزيد من ذلك المقدار .

أما الشق الأول: فحكمه صحة البيع وتخيير المشتري بين الرد والإرش،
إلا فيما فرض بلوغ فساد المبيع إلى حيث لا يعدّ الفاسد من أفراد ذلك الجنس

(١) المكاسب: ٢٠١ .

(٢) في المكاسب: «البيع» .

كالبوز الأجوف الذي لا يصحّ إلا للإحراق فيحتمل قوياً فساد البيع .
 وأما الشقّ الثاني: فحكمه سقوط الردّ وتخيير المشتري بين أخذ الإرش
 والقبول من غير إرش، على ما يظهر من الشهيدين في الروضة وشرحها^(١). خلافاً
 لما عن ظاهر المبسوط^(٢) من عدم سقوط الردّ، وهو وإن كان مقتضى
 الاستصحاب إلا أنّ مقتضى الجمع بين دفع ضرريّ المشتري والبائع معاً هو
 سقوط الردّ وتعيين الإرش، كما لا يخفى قوّته .

وأما الشقّ الثالث: فالظاهر الاتّفاق على سقوط الردّ فيه وتعيين الإرش .
 هذا كلّه إذا كان لفساد المبيع أو مكسوره قيمه . وإلا ففي فساد البيع من
 أصل أو من حين تبيّن الفساد أو صحّته وتخيير المشتري بين الردّ وأخذ الإرش
 المستوعب وجوه، وقولان، من وقوع البيع على ما لا قيمة له كالحشرات كوقوعه
 على ما لا يملك مثل الخمر والخنزير، ومن توهم أن تموّل العوضين علمي لا
 واقعي وأنّ احتمال التموّل يتموّل عرفاً ما دام الاحتمال باقياً، ومن توهم نهوض
 أصالة صحّة العقد فيه . والأشهر الأظهر بل كاد يكون إجماعاً هو الأوّل، ويظهر
 وجه الخلاف وثمراته من إعمال التأمل، أو مراجعة المتن .

قوله: «مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه
 وعدمه» .

أقول: الكلام في المسألة يناسب أن يكون تارة: في مقتضى الأصل
 والعمومات، وتارة: في تشخيص ورود واردة على الأصل والعموم من دليل أو
 تخصيص وعدمه، وتارةً ثالثة: في تشخيص كفيّة التخصيص وكميّته على
 تقديره . فالكلام إذن في مراحل:

(١) الروضة البهية ٣: ٢٧٧ .

(٢) البسوط ٢: ١٣٥ .

أما المرحلة الأولى: فمحصل الكلام فيها: أنه لا إشكال ولا خلاف في أن مقتضى الأصل العمليّ بل اللفظيّ - وهو عموم^(١) النهي عن الغرر - هو عدم افتراق بيع المجهول بين ضمّ المعلوم إليه وعدمه، من حيث أصل الغرر وإن افترق من حيث القلّة والكثرة، لأنّ ضمّ المعلوم إليه وإن قلّ غرره في الجملة إلاّ أنّه لا يخرج عن أصل موضوع الغرر والجهالة، فيكون المجموع غرراً مجهولاً، إذ لا نعني بالمجهول ما كان كلّ جزء منه مجهولاً.

وأما المرحلة الثانية: فمحصل الكلام فيها: أنه لا ينبغي الإشكال والخلاف في ورود الأخبار^(٢) المستفيضة، بل المتواترة، المقتضية لتخصيص الأصل، وعموم النهي عن بيع المجهول إذا انضمّ إلى المعلوم في سمك الآجام ولبن الضرع والعبد الآبق وما في بطون الحيوان وغيرها، مما هو مجهول المقدار أو الوصف أو الحصول والتسليم حسب ما ذكرت تلك الأخبار في المتن^(٣) والجواهر^(٤) وغيرهما. هذا مما لا خلاف ولا إشكال فيه.

وإنّما الخلاف في ورود تلك الأخبار على الأصل، وتخصيصها عموم القاعدة المسلّمة، المجمع عليها من منع بيع المجهول، حيث منعه بعض، تبعاً لما عن المشهور والحدائق^(٥).

وهو ضعيف ومخالف لأكثر القدماء وكثير من المتأخّرين، بل وللإجماع المحكي عن الخلاف^(٦) والغنية^(٧).

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «١١» من آداب التجارة ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٩ ب «٨ و ١٠ و ١١» من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) المكاسب: ٢٠٤.

(٤) جواهر الكلام ٢٢: ٤٤١.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٨٧.

(٦) الخلاف ٣: ١٥٥ المسألة ٢٤٥.

(٧) غنية النزوع: ٢١٢.

لأنّ المانع من ورود تلك الأخبار على الأصل وعموم المنع إن كان ضعف سندها - كما ادّعاه الشهيد في الروضة^(١) - مضافاً إلى ما فيها أيضاً من الصحاح والمؤثقات والمراسيل المعتمدة منجبر بشهرة القدماء، بل المتأخّرين، بل الإجماعين المحكيين عن الغنية والخلاف.

وإن كان المانع ضعف دلالتها مضافاً إلى عدم العثور بتوهم أحد به من الواضح وضوح دلالة جلّها إن لم يكن كلّها.

وإن كان المانع هو إباء عموم النهي عن بيع المجهول من التخصيص فمن البين عدم كونه قاعدة عقلية قطعية كقبح الظلم ونحوه حتّى يمتنع تخصيصها بالظني، بل هو كسائر القواعد الشرعية التعبدية القابلة للتخصيص والتقيد ألبتة.

وأما المرحلة الثالثة: فتفصيل الكلام فيها: أنّ لتجوز الضميمة بيع المجهول إطلاقاً وتقيداً من جهات: أحدها: من حيث الجهل بالمقدار أو الوصف أو الحصول. والآخر: من حيث اعتبار ذلك المجهول شرطاً أو تابعاً في البيع وعدمه. والثالث: من جهة الاقتصار على مورد تلك النصوص^(٢) المجوزة لبيع المجهول مع الضميمة، أعني: خصوص سمك الآجام ولبن الضرع والعبد الآبق، أو التعدي إلى مطلق بيع المجهول مع الضميمة وإن خرج عن مورد النصوص.

فنقول في اعتبار إطلاق تلك الأخبار من تلك الجهات الثلاث وعدمه: أمّا إطلاقها من الجهة الأولى: فلا ينبغي الإشكال بل ولا الخلاف في اقتضاء تلك الأخبار تجوز الضميمة لبيع المجهول مطلقاً، من حيث كون الجهل في مقداره أو وصفه أو حصوله. وذلك لأنّه وإن اختصّ مورد بعضها ببعض ذلك إلاّ أنّه لمّا كان المفروض اعتبار جميعها كان المعبر جميع ذلك.

(١) الروضة البهية ٣: ٢٨٢.

(٢) تقدّم ذكر مصادره في هامش (٢) ص: ٢٦٣.

وأما من جهة ثانية: فهو وإن اختلف الأصحاب في تجويز الضميمة لبيع المجهول مطلقاً، أو تقييده بخصوص ما إذا أخذ المجهول شرطاً في المبيع المعلوم لا جزءاً كما عن العلامة في القواعد^(١) والتذكرة^(٢) في غيره، أو تقييده بخصوص ما إذا كان المجهول تابعاً للمعلوم بحسب العرف كالحمل مع الأمّ واللبن مع الشاة والبيض مع الدجاج كما عن ظاهر الشهيدين^(٣)، أو بحسب الشخص أي بحسب قصد المتبايعين وإن كان بحسب العرف متبوعاً في البيع كما هو محتمل عبارة بعضهم، أو تقييده بخصوص ما إذا كان المعلوم المنضمّ إلى المجهول في البيع مقارباً للثنى في القيمة كما عن ظاهر مواضع من المختلف^(٤). إلا أنّ إطلاق الأخبار^(٥) يضغّف تقييدها بشيء من تلك التقييدات الأربعة، مضافاً إلى ما في بعضها من تقييد المطلق بالفرد النادر، وما في جلّها من عدم التأثير في رفع الغرر، بل وعدم الفرق بينه وبين ضدّه، من حيث لزوم الغرر والجهالة حسب ما في المتن تفصيله.

وأما إطلاقها من الجهة الثالثة: - أعني: من جهة التعديّ إلى مطلق بيع المجهول مع الضميمة - فهو وإن احتمل منعه - اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النصّ^(٦)، وهو خصوص بيع الآبق وسمك الآجام ولبن الضرع وما في بطن الحيوان من الحمل، دون ما خرج عن مورد النصّ - إلا أنّ الظاهر من إطلاق تعليل بيع الآبق واتّحاد الطريق وتنقيح المناط هو الإطلاق أيضاً من تلك الجهة،

(١) قواعد الأحكام ١: ١٢٧ و ١٥٠ و ١٥٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٣.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ٢١٦، اللعة الدمشقيّة: ٦٧، الروضة الهيّية ٣: ٢٨٢ و ٣١٣.

(٤) مختلف الشيعية ٥: ٢٤٨ و ٢٥١.

(٥ و ٦) تقدّم ذكر مصادرها في هامش (٢) ص: ٢٦٣.

كالإطلاق من الجهتين الأوليتين.

فإن قلت: لعل الوجه والحكمة في جواز بيع المجهول مع الضميمة في موارد النصّ هو شدة احتياج الناس بخصوصها، بخلاف الخارج عن موارد فلا يتعدّى إليه.

قلت: أولاً: نمنع الفرق. وثانياً: نمنع فارقته، نظراً إلى إمكان التوصل إلى نقلها بصلح ونحوه، وعدم انحصار المخلص في البيع حتى يشر الاحتياج إليه.
قوله: «وأما رواية معاوية - إلى قوله - فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنه لا يمكن حمل رواية معاوية^(١) على رواية البزنطي^(٢)، فضلاً عن أن يكون قرينة عليها، لوضوح المنافاة بينهما، من حيث اعتبار القصب في إحداها وعدمه في الأخرى.

قوله: «ويمكن أن تحرر المسألة على وجه آخر... إلخ».

[أقول:] الفرق بين الوجهين بعد اشتراكهما في أنّ المبيع هو المظروف دون ظرفه أنّ الإندار والإسقاط للظرف بعد البيع في الأوّل وقبله في الثاني، ولتعيين التسعير وحقّ البائع من الثمن على الأوّل، ولتعيين المظروف وجعل المثمن في حكم المعلوم على الثاني. وتظهر الثمرة بينهما أنّ تعيين حقّ البائع من الثمن يمكن إصلاحه بالتراضي، والخطب فيه أسهل من الخطب في تعيين المثمن.

قوله: «إذ الإندار حينئذٍ لتعيين الثمن. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ تفريع استثناء المجهول على جواز الإندار، لا على جواز بيع المظروف دون الظرف وإن استظهر منه الوجه الثاني، إلا أنّ استثناء المجهول من المبيع ظاهر في الوجه الأوّل، إلا أنّ يريد من المبيع ما يراد بيعه

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٤ ب «١٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٣ ب «١٢» من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢.

مجازاً.

قوله: «لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتّى ينصرف... إلخ».

[أقول:] لأنّ العادة كالعبرة إذا تعلّقت باستعمال اللفظ كانت صارفة له،

بخلاف العادة في الفعل فإنّها كعبرة الوجود، لا بوجود انصراف اللفظ بنفسه.

قوله: «ارتطم في الربا»^(١).

[أقول:] من ارتطم الحمار في الوحل إذا حبس فيه، ولم يقدر على

الخروج.

قوله: «تورّط في الشبهات»^(٢).

[أقول:] أي وقع في الورطة، أي البليّة والهلاكه.

قوله: «بناءً على أنّ الخارج من العموم ليس إلّا ما علم».

[أقول:] وفيه: أنّ هذا المبنى خلاف الأصل الأصيل في أنّ الموضوعات

إسم للمعاني الواقعيّة، لا لخصوص المعلومة إلّا ما خرج لصارف خارجي، ولعلّ

البناء عليه في المقام.

قوله: «ويشهد للغاية الأولى».

[أقول:] وهي الإطّلاع على المسائل الربا الخفيّة، فإنّ معرفة الأخفى من

ديبب النملة يناسب الاستحباب لا الوجوب.

قوله: «وللغاية الثانية».

[أقول:] وهي قوله: ويطلّع على موارد الشبهة، لكن ظاهر صدره الوجوب،

وهو قوله «من أراد التجارة فليتفقه في دينه»^(٣).

قوله: «طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٣ ب «١» من أبواب آداب التجارة ح ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٨٣ ب «١» من أبواب آداب التجارة ح ٤.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٨٣ ب «١» من أبواب آداب التجارة ح ٤.

الخمسة».

[أقول:] وجه التردد، التردد في كونهما من العبادات - كما هو الأصل في مطلق الأوامر الشرعيّة - فلا يتأتى فيهما الإباحة، أم لا، فيتأتى. أمّا إيراد التعارض وعدم اجتماع طلب العلم وطلب الرزق فيندفع في اجتماعهما.

أمّا إجمالاً: فلقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا﴾^(١)، وقوله: ﴿وَإِن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى﴾^(٢).

وأما تفصيلاً: فأما في زمان الحضور فكما في زمان الظهور غير مانعة الجمع، بل الاجتماع في غاية اليسر، كما كان أكثر الصحابة جامعين لفضيلتي العلم والكسب بأكمل وجه، بل جامعون لأقصى مراتب العلم والعمل وطلب المال الحلال والعبادات الشاقّة والمجاهدات الفائقة، كما لا يخفى على الخبير بأحوال كلّ طبقة من أصحاب الأئمة عليهم السلام، بل التابعين وأنّ إفاضتهم عليهم السلام لقابلي الاستفاضة مما لا غاية له ولا نهاية. وقد ورد في تفسير: ﴿وما أرسلناك إلاّ كافّةً للناس﴾^(٣) أنّه صلى الله عليه وآله لم يخرج من المدينة، ولكن جعلت له جميع طبقات الناس ونقاط الأرض بمنزلة راحة كفه صلى الله عليه وآله فبلغ الجميع بنفسه^(٤)، وكان أصحاب الأئمة عليهم السلام يضرّون المسائل فيبلغهم الجواب، وينقذونهم من الهلكات بأبلغ وجه، وأسرع من طرفة عين. وأمّا في الغيبة الكبرى خصوصاً في زماننا هذا وإنّ تعرّس بل تعرّس الجمع بين تحصيل المعاد والمعاش بل تعرّس الأفراد بكلّ منهما لكن المانع ممّا بسوء الاختيار، الذي لا ينافي الاختيار، كما قال تعالى: ﴿ولو أنّ

(١) العنكبوت: ٦٩.

(٢) النجم: ٣٩.

(٣) سبأ: ٢٨.

(٤) أنظر تفسير القميّ ٢: ٢٠٢-٢٠٣.

أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركاتٍ من السماء والأرض ﴿١﴾ ﴿ولو استقاموا على الطريقة لأسقيناهم ماءً غدقاً﴾ (٢).

ولنعم ما قيل: وجوده لطف وتصرفه لطف آخر وعدمه منا، فحينئذٍ إذا دار الأمر بين تحصيل المعاد والمعاش ولم يمكن الجمع تعين الترجيح بالأهم فالأهم المختلف باختلاف المقامات، كما لا يخفى.

قوله: «لا إشكال في اعتبار القصد، إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقي».

[أقول]: فيه: أن صدق عنوان النهي من قوله: «لا تعلق ولا تشتر ولا تأكل» (٣) لا يحتاج إلى القصد، لتحقق صدقه في الخارج والواقع بمجرد وجوده، لأنه ذو جهة واحدة في ضرب اليتيم وقتله، فإن صدق عنوان الضرب والقتل في الواقع والخارج لما كان ذو جهة واحدة لم يحتج إلى القصد في صدق العنوان وثبوت الجناية به ولو صدر عن خطأ من دون قصد وعمد، بخلاف عنوان كونه للإحسان أو العدوان فإنه لما كان ذو جهتين احتج إلى القصد في البين.

نعم، كلّ عنوان منهجي إذا صدر لا عن قصد وعلم لم يكن منهجياً، لكن لا من باب السالبة بانتفاء الموضوع - كما توهم - بل لحديث الرفع (٤)، ومن باب السالبة بانتفاء المحمول. ومن هنا سرى الوهم في اعتبار القصد في صدق العنوان الخارجي.

(١) الأعراف: ٩٦.

(٢) الجن: ١٦.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب «٣٦» من أبواب آداب التجارة ح ٢ و ٣.

(٤) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

الخيارات

12/10/00

في الخيارات

قال: «الخيار اسم مصدر من الاختيار... إلخ».

أقول: وقيل: من التخيّر، كالطيرة من التطيّر. وقيل: هما لفتان بمعنى واحد. وعلى الأولين فالفرق بين المصدر واسم المصدر كالفرق بين الفعل وأسماء الأفعال، وكالفرق بين المشتقّ - كضارب مثلاً - وبين الجامد الموضوع لمعنى المشتقّ، كزيد مثلاً. فيظهر الفرق بينهما في كون أحدهما مشتقاً أو مبدأً للاشتقاق، دون الآخر. أو في دلالة أحدهما على المعنى بلا واسطة، والآخر بواسطة الدلالة على لفظه. أو في دلالة المصدر على الحدث، واسم المصدر على الأثر المحصل منه، أو على الهيئة المحصّلة منه. أو في الإجمال والتفصيل. إلى غير ذلك من الفروق المنقولة عن حاشية آقا جمال على الروضة في معنى الظهر والظهور^(١).

قال: «الخيار من الحقوق لا من الأحكام».

أقول: أمّا الفرق بين الحقّ والحكم فهو: أنّ الحقّ في اصطلاح المتشرّعة ما كان قابلاً للنقل والانتقال، ويصحّ الصلح عليه، ويورث، ويسقط بالإسقاط، كحقّ الاختصاص والشفعة والمضاجعة وخيار الشرط والمجلس والحيوان والغبن والعيب، وغير ذلك من الحقوق، بخلاف الحكم، فإنّه في اصطلاح المتشرّعة غير

قابل للنقل والانتقال، ولا يصحّ الصلح عليه، ولا يورث، ولا يسقط بالإسقاط، كالإجازة والردّة لعقد الفضولي، والتسلّط على فسخ العقود الجائزة.

وأما المشخّص المائز بين الحقّ والحكم فمرجه إلى نظر الفقيه، وما يستنبطه الفقيه من آثار الشيء ولوازمه، أو من التعبير عنه في لسان الشارع بلفظ الحقّ أو الحكم، أو الشهرة، أو غير ذلك ممّا يرجّح نظر الفقيه إلى كون الشيء حقاً أو حكماً.

وأما مع شكّه وعدم المرجّح عنده لأحد الطرفين فالمرجع إلى الأصل الأصيل، وهو أصالة عدم الحقّ وإن كان الشكّ في الحادث، لأنّه في حكم الشكّ في الحدوث، نظراً إلى أنّ لأحد المشكوكين أثراً دون الآخر، أو أثراً زائداً على أثر الآخر. وكلّما كان الشكّ في الحادث من هذا القبيل فهو في حكم الشكّ في الحدوث في مجري الأصل واعتباره.

قوله: «ولذا لا تورث ولا تسقط بالإسقاط... إلخ».

أقول: ويمكن النقض طرداً وعكساً على الفرق المذكور بين الحكم والحقّ - بأنّ الحكم لا يورث ولا يسقط بالإسقاط بخلاف الحقّ - فإنّ من جملة الأحكام الموروثة حكم قضاء الوالدين على الولد الأكبر، وحكم أداء الدّين على الوصيّ والودعيّ والوارث من تركة الميّت.

ومن جملة الأحكام المسقطّة بالإسقاط نذر الأولاد المسقط بإحلال الوالدين، والزوجة بإحلال الزوج.

ومن جملة الحقوق غير الموروثة وغير المسقطّة بالإسقاط حقّ ولاية النبوّة والإمامة على جميع الأمّة، وولاية الأب والجّد على الأولاد، والتولية على الأوقاف، والوصاية على الموصى به، وحقّ نفقة الوالدين على الأولاد وبالعكس، فإنّها لا تورث ولا تسقط بالإسقاط شرعاً، بخلاف حقّ نفقة الزوجة على الزوج،

فإنه يستورث ويسقط بالإسقاط، وحقّ المضاجعة، فإنه يسقط ولا يستورث، وحقوق الأخوة من الاحترام والحرمة وقبول الشفاعة والإجابة والمعذرة والمواساة وحرمة الغيبة والأذية والخيانة، فإنها تسقط بالإسقاط ولا تستورث.

فتبين أن كلاً من الأحكام والحقوق الشرعية في قابلية الإسقاط والوراثة وعدمها تابعة للمأثور المقرّر في كميّتها وكميّيّتها، المختلف باختلاف المأثور المقرّر فيها، وليست القابلية للإسقاط والوراثة في الحقوق وعدمها في الأحكام بضابطة كلبية مطّردة من الطرفين، بل الضابط والفارق الكليّ المطّرد إنما هو في كون الحكم الشرعي ما يتعلّق بفعل المكلف ابتداءً وأصاله مطلقاً، سواء لم يستورث ولم يسقط بإسقاطه، كحكم التسلّط على فسخ العقود الجائزة، أم استورث ولم يسقط، كوجوب أداء الدّين، أم أسقط ولم يستورث، كوجوب إطاعة الوالدين، بخلاف الحقّ الشرعي، فإنه ما تعلّق بنفس المكلف لا بفعله أصالة، سواء استورث وأسقط بالإسقاط، كحقوق الخيارات والشفعة وحقوق المالكية على المملوك، أم استورث ولم يسقط بالإسقاط، كحقّ التولية في الطبقات، فإنه يستورث من السابق إلى اللاحق ولا يسقط بالإسقاط، أم أسقط ولم يستورث، كحقوق الأخوة الإيمانية وحقوق الوالدين، فإنها تسقط بالإسقاط ولا تستورث.

ثمّ الحكم من الأحكام التكليفية، والحقّ من الأحكام الوضعية. ومن لوازم الحكم ترتّب أحكام حقوق الله عليه، والحقّ ترتّب أحكام حقوق الناس عليه. وكون الجزاء في الإطاعة والمخالفة لحقوق الله إنما هو على الله، وفي حقوق الناس على الناس. وكون المكفّر لمخالفة الله مجرد التوبة، ومخالفة الناس مجرد إرضائهم. وكثيراً ما يختلف في كونه من الأحكام أم الحقوق.

منها: حرمة الأبوين وإطاعتها.

ومنها: حرمة المؤمن وحرمة غيبته وحرمة عرضه، حيث اختلف في أن مكفرها ومسقطها الاستحلال أو مجرد التوبة والاستغفار، والنصوص^(١) فيه متعارضة، ومقتضى الأصل كونها من حقوق الله، والجمع كونها من حقوق الناس، ويرجع مقتضى الأصل فيها وجود الفرق بين حق الأبوة والأخوة وبين حق المالكية وحق النبوة والإمامة.

ومنها: حق الحكومة الشرعية بالنيابة للفقير العادل، فإنه من جهة عدم الانتقال بالوراثة وعدم الإسقاط بالإسقاط قد يتوهم كونه من الأحكام، كولاية عدول المؤمنين في الأمور الحسينية. ولكن الفرق واضح، من حيث إن حكم الفقيه متعلق بالأصالة بنفس المكلف بقوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر﴾^(٢)، و«ارجعوا إلى رواة أحاديثنا، فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله»^(٣). وحكم عدول المؤمنين متعلق بنفس التكليف وفعل المكلف، كقوله تعالى: ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾^(٤) و«عونك الضعيف من أفضل الطاعات»^(٥).
قوله: «وهو مبائن له».

[أقول:] وذلك لأن الخيار مسبب، والعيب سبب الخيار، وبين السبب والمسبب تبائن لا عموم، إلا أن يعطف العيب على أسباب الخيار المقدرة لا على نفسه. ولكن المغايرة بالتبائن أولى من المغايرة بالعموم بين المعطوف والمعطوف عليه، فلا وجه للاعتراض به.

(١) الوسائل ٨: ٦٠٥ ب «١٥٥» من أبواب أحكام العشرة.

(٢) النحل: ٤٣.

(٣) الوسائل ١٨: ١٠١ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٤) المائدة: ٢.

(٥) الوسائل ١١: ١٠٨ ب «٥٩» من أبواب جهاد العدو وما يناسبه ح ٢، وفيه: من أفضل

قوله: «والمراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية... إلخ».

[أقول]: يعني: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه من الالتزام والتباني المطلق أو المشروط بحسب الدلالة اللفظية.

وعن العلامة في بعض كتبه أنّ معنى الآية وجوب الوفاء بمقتضى العقد، إن لازماً فلازم، وإن جائزاً فجائز^(١). وهو محتمل لوجهين:

أحدهما: أن يكون معنى الآية^(٢) لمحض التأكيد والإمضاء والإرشاد إلى ما للعقد شرعاً أو عرفاً من الاتصاف باللزوم أو الجواز أو الصحة أو البطلان، إن معلوماً فمعلوم، وإن مشكوكاً فمشكوك.

والآخر: أن يكون المعنى للتأسيس، وجعل ما ليس للعقد من الاقتضاء للعقد.

وعلى أيّ من الوجهين فالأظهر هو المعنى الأوّل دون الثاني بأحد وجهيه. لكن لا لما في المتن من استظهار ضعف الثاني بأنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. حتّى يمكن اندفاعه بفرض المعنى هو وجوب الوفاء بحكم العقد من لزوم أو جواز، لا بمقتضى العقد.

ولا لما توهم من استلزام الثاني لاستعمال الآية في معنى التأكيد والتأسيس معاً - بتقريب أنّ العقود العامة على قسمين: قسم ثبت لها في العرف مقتضى في العرف من لزوم أو جواز، كالعقود المعهودة، فيكون وجوب الوفاء بالنسبة إلى

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٥.

(٢) المائدة: ١.

هذا القسم تأكيداً وإمضاءً. وقسم ليس لها في العرف مقتضى أصلاً، كالعقود المخترعة، فيكون وجوب الوفاء بالنسبة إلى هذا القسم تأسيساً - حتى يمكن اندفاعه بفرض التناسي والتغمّض عن مقتضى ما ثبت لبعضها.

ولا لما توهم أيضاً من استلزام الثاني لاستعمال لفظ الأمر بالوفاء في معنى الوجوب والجواز معاً حتى يمكن اندفاعه أيضاً بإمكان فرض التعدّد في متعلّق الأمر دون معنى الأمر، على أن يكون معنى الأمر هو وجوب الوفاء وإن اختلف متعلّقه، وهو مقتضى العقد باللزوم تارةً والجواز أخرى، نظراً إلى أنّ الجائز أيضاً ممّا يجب الوفاء - أي: الاعتقاد - بجوازه. بل أظهرية المعنى الأول إنّما هو لإطلاق وجوب الوفاء بمقتضى العقد، حسبما في المتن تقريبه. مضافاً إلى أشهرية هذا المعنى بناءً على جابريّة الشهرة للدلالة، خصوصاً هذه الشهرة العظيمة التي كادت تكون اتّفاقاً.

وربما استقرّب شيخنا العلامة المعنى الثاني واستبعد الأول^(١)، بأنّ الظاهر من وجوب الوفاء بالعقد ليس العمل بمقتضاه مطلقاً، بل العمل بمقتضاه ما دام عقداً، مع السكون عن تعرّض حال العقد من زواله بالفسخ وعدم زواله به. كما أنّ الحكم على كلّ موضوع من الموضوعات لا يقتضي ترتّب ذلك الحكم على ذلك الموضوع مطلقاً، بل مادام الموضوع باقياً، من غير تعرّض لمقدار بقاء الموضوع والمزيل له. ألا ترى أنّ وجوب الاجتناب عن النجس مثلاً لا يقتضي الاجتناب عنه إلاّ ما دام موضوع النجاسة باقية، من غير تعرّض لمقدار بقاء النجاسة وتعيين المزيل له وعدمه.

وعلى ذلك، فمعنى وجوب الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه ما دام العقد باقياً، وأمّا انفساخه بالفسخ وعدم انفساخه به فمסקوت عنه لا تعرّض في

الآية^(١) له. وهذا هو الذي يساعد عليه التبادر وملاحظة سائر الأشباه والنظائر المساوقة للآية. مضافاً إلى أصالة عدم التخصيص فضلاً عن كثرته، وذلك لأنّ تفسير الآية بما يقتضي أصالة لزوم العقد يستلزم تخصيصها بالإقالة من الطرفين، وبالعقود الجائزة كالقرض والمشاركة والمضاربة، وبذوي الخيار من العقود، بخلاف تفسيرها بما ذكرناه من عدم التعرّض لحال العقد من الانفساخ بالفسخ وعدمه، فإنّه لا يستلزم التخصيص بشيء ممّا ذكر، وإنّما يقتضي أن تكون العقود الجائزة وذو الخيار والإقالة من العقود اللازمة خارجة عن عموم الوفاء بالعقود من التخصيص وانتفاء موضوع العقد عنها بالرجوع والفسخ، لا من باب التخصيص وبقاء موضوع العقد. ومن المعلوم أنّه كلّما دار الأمر بين التخصيص والتخصّص كان الأصل مع التخصّص دون التخصيص. انتهى تقرّبه البعيد على طوله.

ولكن لا يخفى ما فيه من المغالطة، فإن دوام الموضوع المنوط بدوامه الحكم هو دوامه عرفاً لا دوامه شرعاً وراء دوامه العرفي، حتّى يتوقّف في بقاء الحكم عند الشكّ في بقاء موضوعه شرعاً، كما فيما نحن فيه. وما ذكر من الأشباه والنظائر المنوط فيها الحكم ببقاء الموضوع كلّها من قبيل ما أنيط فيه الحكم ببقاء موضوعه عرفاً، فلا يقاس عليه إناطة حكم ببقاء موضوعه شرعاً، كما فيما نحن فيه، فإنّ الشكّ في ثبوت الخيار وعدمه لعقد وانفساخه بفسخ أحد المتعاقدين وعدمه مستند إلى الشكّ في بقاء موضوع ذلك العقد شرعاً وعدمه، لا إلى الشكّ في بقاء موضوعه عرفاً، فإنّ موضوع العقد عرفاً - وهو التباني والالتزام السابق - لا ينتفي بانتفاء اللزوم قطعاً، كما لا يخفى.

ومن هنا ظهر لك أن عدم استلزام القول بعدم دلالة الآية على أصالة

اللزوم التخصيص في عموم الآية^(١)، إنما هو من باب عدم خروج شيء من العقود الجائزة عن عموم الآية، لا من باب خروجها تخصّصاً لا تخصيصاً، كما توهم. فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ القول بأصالة اللزوم في العقود وإن استلزم التخصيص في الآية في الجملة، بخلاف القول بعدم دلالتها على اللزوم، فإنّه لا يستلزم تخصيصاً ولا تخصّصاً، إلّا أنّه مع ذلك كلّه هو الأظهر، لظهور وجوب الوفاء بالعقد في وجوب الوفاء بالالتزام والتباني مطلقاً ولو فسخ أحد الطرفين من دون رضا الآخر، وهو المعنيّ بأصالة اللزوم، ولشهرة ذلك المعنى بين الفقهاء خلفاً عن سلف، بناءً على جابريّة الشهرة للدلالة كما أنّها جابرة للسند، كما قرّر في محلّه.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الأصل العملي - وهو الاستصحاب أيضاً - يقتضي اللزوم بالتقريب المذكور في المتن. بل ربما يستدلّ على أصالة اللزوم أيضاً بأصالة عدم المانع عن اللزوم في مشكوك اللزوم.

ولكنّه مبنيّ على تقادير بعيدة:

أحدها: إحراز استناد خروج الخارج عن العموم إلى وجود المانع دون عدم المقتضي، وهو لا يتأتّى إلّا فيما لو تعلق حكم العامّ على الوصف المناسب المشعر بالعلية، كأكرم العلماء إلّا زيداً، دون أكرم الناس إلّا زيداً.

وثانيها: أنّ أصالة عدم المانع الكلّي لا يثمر في المشكوك الجزئيّ إلّا على حجّية الأصل المثبت. وعدم المانع الجزئي لم يكن له حالة سابقة، لكونه من قبيل الشكّ في الحادث. فالأصل النافع غير جارٍ، والجارى غير نافع.

كما أنّه ربما يستدلّ على أصالة اللزوم أيضاً بأنّ مجرد الشك في مشكوك

الخروج عن تحت عموم اللزوم كافٍ في بقائه، بناءً على انصراف الخارج عن العموم إلى معلوم الخروج دون مشكوكه. وهو مبنيّ على تقدير عدم وضع اللفظ للمعاني الواقعيّة، وهو أبعد من سابقه.

ثمّ إنّ ثمرة أصالة اللزوم بالمعنى الأوّل - وهو عموم الوفاء ومرجعيتّه - إنّما تظهر في الشبهات الحكميّة، والشكّ في حكم الشارع باللزوم وعدمه في عقد من العقود. وأمّا في الشبهات الموضوعيّة والشكّ في المصدق، كما لو شكّ في كون العقد الواقع في الخارج هل هو مصداق لعقد البيع ليلزم أو لعقد الهبة لئلا يلزم؟ فلا مرجعيّة للعموم في كونه عقد بيع لا هبة، نظراً إلى [أنّ] خروجه عن عموم الوفاء لا يستلزم تخصيص عمومه بما وراء تخصيصه بخروج الهبة حتّى تكون أصالة عدم التخصيص محرراً لعدم خروجه، حسبما حرّر في محلّه من الأصول، من أنّ العموم لا يشخّص الموضوع، وأنّ العامّ المخصّص بالمجمل المصدقي لا حكومة له على رفع الإجمال.

نعم، أصالة اللزوم بمعنى استصحابه إنّ تمّ جرت في الشبهات الموضوعيّة كجربانها في الشبهات الحكميّة.

قوله: «لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب، ولا ينفع الإطلاق».

[أقول:] ضرورة أنّ إطلاق حكم حليّة البيع و ﴿تجارة عن تراض﴾^(١)

إنّما يجري بعد احراز صدق موضوع البيع و ﴿تجارة عن تراض﴾، والمفروض الشكّ في بقاء صدقه بعد فسخ أحد المتعاقدين، فلا يجري فيه إلا استصحاب بقاء صدق الموضوع وحكمه، دون إطلاق الحكم المتوقّف على صدق الموضوع. مضافاً إلى أنّ ﴿أحلّ الله البيع﴾^(٢) وارد مورد تشريع حليّة البيع في مقابل حرمة

(١) النساء: ٢٩.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

الربا و «قالوا إنما البيع مثل الربا»^(١)، فلا إطلاق له يشمل صورة الشك في تأثير الفسخ.

قوله: «حتى في مثل قوله بإني في دعاء التوبة: ولك يا رب [شرطي أن لا أعود]»^(٢).

[أقول]: أي: ذلك التراضي في ضمن التوبة بقوله: «اللهم إنني أتوب إليك... إلخ»^(٣).

قوله: «في أول دعا الندبة: بعد أن شرطت عليهم الزهد».

[أقول]: أي: في ضمن قوله: «اخترت لهم جزيل ما عندك من النعيم المقيم»^(٤).

قوله: «فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى أن نصوص^(٥) انقطاع الخيار بعد الافتراق كما أنها حاكمة على الأصل المخالف لها، كذلك حاكمة على الأصل الموافق، فلا مجرى للاستصحاب الحاكم، كما لا مجرى للاستصحاب المحكوم بعد نصوص انقطاع الخيار بالافتراق.

قوله: «هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمّن «تمليكاً» كالبيع «أو تسليطاً» كالإجارة».

[أقول]: وأما تضمّنه سبق بالفتح - وهو العوض - فيما كانت المسابقة معوضةً فإنما هو بعد سبق بالسكون، من قبيل حقّ الجعالة الذي لا يتملّك إلا بعد إتمام العمل، فليس لها أثر سابق على الفسخ كالبيع والإجارة حتى يقال

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢ و ٣) الصحيفة السجادية: ١٦٦ و ١٦٥.

(٤) مفاتيح الجنان: ٦٥٣.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٤٧ ب «٢» من أبواب الخيار.

الأصل بقاؤه وعدم زواله بعد الفسخ، حتى يستصحب لزومه كأثر البيع.

قوله: «إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار».

[أقول:] بل ولا هي خلافيّة، وإنّما هو مجرد جمع واستقصاء.

قوله: «ولا خلاف بين الإماميّة في ثبوت هذا الخيار... إلخ».

أقول: بل الإجماع منّا بقسميه عليه، بل النصوص عليه متواترة، منها

صحيحاً زرارة^(١) وابن مسلم^(٢) عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار حتى يفترقا وما

لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار، أو وجب البيع» إلى غير ذلك.

قوله: «مطروح أو مؤول».

[أقول:] أمّا وجه الطرح فلشذوذه، ومعارضته بما هو أصح وأصرح وأشهر

وأكثر وأبعد عن مخالفة العامّة.

وأما كفيّة التأويل فيحمل الوجوب على الثبوت لا اللزوم، أو تخصيص

لزومه - كمحموم «أوفوا بالعقود»^(٣) - بأدلة الخيار، أو تقييد إطلاقه بإسقاط

الخيار أو سقوطه بالافتراق أو اشتراط السقوط، أو الحمل على التقيّة من أبي

حنيفة وأتباعه المنكرين به على النبي ﷺ، ولذا عدّت في مطاعنه.

قوله: «وهل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف».

أقول: بل أقوال، ثالثها التفصيل بين الوكيل في مجرد إيقاع العقد فلا يثبت

لهما الخيار، وبين الوكيل في مطلق المعاملة فيثبت لهما الخيار.

رابعها: التفصيل في المسالك بقوله: «وأما الوكيلان فإن لم ينصّ لهما

الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ، فينتفي الحكم عنهما، وإن كلّهما فيه، فإن

كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصحّ بوجه أم لا؟

(١) (٢) الوسائل ١٢: ٣٤٥ «١» من أبواب الخيار ح ٢ و ١، وليس فيها من قوله: «وما

لم يفترقا... إلخ»، بل هو موجود في روايات أخرى، أنظر نفس الباب.

(٣) المائدة: ١.

وسياتي في بابہ، فإن لم نجوزہ لم يكن لهما ذلك أيضاً، وإن جوزناه أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا، عملاً بإطلاق الخبر^(١).

كما أن وجه القولين الأولين هو إطلاق البيعين على الوكيلين، أو انصرافه إلى خصوص العاقد المالك.

قوله: «وإن عمّمناه لبعض أفراد الوكيل».

[أقول:] وهو الوكيل في مطلق التصرف المالي بالاستقلال، لا خصوص إيقاع العقد أو التصرف على وجه المعاوضة لا الاستقلال.

قوله: «مفاد أدلة الخيار إثبات حقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه».

[أقول:] أي: بعد إحراز تسلّطه ومفروغيّة تسلّطه عليه، لا قبل الإحراز والشكّ في تسلّطه.

وفيه: أن إحراز تسلّطه إنّما هو معنى الخيار وهو استحقاق فسخ العقد، لا في مرتبة موضوع الحكم بالخيار حتّى يلزم إحراز صدقه والمفروغيّة عن إحرازه قبل الحكم بالخيار، لأنّ إطلاق الحكم وعمومه إنّما يجري في مشكوك الحكم بعد إحراز صدق موضوعه، لا في مشكوك الموضوع قبل إحراز صدق موضوعه، ضرورة أنّ موضوع الخيار البيعان ما لم يفترقا، وصدقهما على الوكيلين مطلقاً ولو في إيقاع العقد معلوم بالفرض من المصنّف لا مشكوك، وليس الموضوع البيعين المقيّد بثبوت التسلّط لهما على الفسخ، حتّى يقال إنّ مشكوك الصدق على الوكيلين في إيقاع العقد، ولا يفيد أدلة الخيار.

نعم، لو كان الشكّ في خيار الوكيلين في إيقاع العقد من جهة الشكّ في

صدق البيعان عليهما، أو انصرافه إلى العاقد المالك كما قيل، لم يفده عموم أدلة الخيار^(١)، لأنّ الشكّ في موضوعه، وعموم الحكم لا يجز الموضوع. إلّا ذلك خلاف مفروض المصنّف وصريح تعبيره عن المشكوك في محلّ الكلام بقوله: «مفاد أدلة الخيار إثبات حقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه... إلخ».

قوله: «فإنّ المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد».

[أقول:] أي: تقييد البيّعين بالخيار بالعاقد المالك وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد، لعدم الدليل على التقييد والانصراف، إلّا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من البيّعين.

قوله: «يتحقّق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة... إلخ».

[أقول:] من الموكلّ والوكلاء المترتّبين في الوكالة، كالوكيل ووكيل الوكيل، وهكذا، والمتعدّدين في الوكالة على وجه الاجتماع أو الاستقلال، لكن اتّفقوا جميعاً في إيقاع المعاملة، أو وكلّوا غيرهم في إيقاع العقد.

قوله: «وليس المقام من تقديم الفاسخ... إلخ».

[أقول:] والحاصل: أنّ حقّ الخيار إمّا حقّ واحد، أو متعدّد. وكلّ منهما إمّا

ثابت لشخص واحد، أو لأشخاص عديدة.

فالخيار الواحد الثابت لشخص واحد حكمه سقوط الفسخ بالإجازة، وبالعكس وهو سقوط الإجازة بالفسخ، وذلك لأنّ الحقّ الوجداني لا يتبعّض، وذو الحقّ الواحد لا يتناقض.

الثاني: الخيار الواحد المنتقل إلى متعدّدين، يارث أو تفويض أو توكيل.

وحكمه: أنّه إن سبق الفسخ من أحدهم سقط خيار الباقيين، لكن لا من باب

تقديم الفاسخ على المجيز، بل من باب انتفاء موضوعه - وهو عقد البيع - بالانفساخ والانحلال، بخلاف ما لو سبق الإجازة واللزوم من أحدهم، فإنّه لم يسقط الفسخ من الباقيين، بل كان لهم الفسخ من باب تقديم الفاسخ على المجيز، وذلك لفرض الخيار فيه حقاً وحدائياً لا يتبعّض، ولما كان المجيز في المعنى مسقطاً لحقّه وإن تقدّم لم يزاحم الفاسخ وإن تأخّر، بل قدّم الفاسخ، لأنّه أخذ بحقّه، والآخذ بحقّه لا يزاحمه المسقط لحقّه.

الثالث: الخيارات العديدة الثابتة لواحد، كخيار المجلس والحيوان والعيب والغبن والشرط من المتعدّدة جنساً، وخيارات المجالس والحيوانات والعيوب والشروط العديدة أفراداً، الثابتة كلّها لشخص واحد، حكمه أنّه لا يسقط شيء منها بإسقاط آخر، ولا يلزم شيء منها بإلزام آخر، ولا ينفسخ شيء منها بفسخ آخر، ولا بفاسخ آخر، بل لكلّ من الخيارات العديدة حكم نفسه وبالنسبة إلى نفسه مستقلاً مستقلاً، لفرض تعدّد كلّ منها على وجه الاستقلال.

وكذلك القسم الرابع وهو الخيارات العديدة جنساً أو فرداً الثابتة لمتعدّدين، كما لو كان المبيع ملكاً لمتعدّدين، فإنّ إجازة كلّ منهم لا يسقط فسخ الآخرين، ولا فسخ كلّ منهم يمنع من إجازة الباقيين، بل يتعلّق بكلّ من الفسخ والإجازة بالنسبة إلى كلّ من الفاسخ والمجيز حكم نفسه لا غير، ومن غير مزاحمة للغير، لفرض تعدّد كلّ من الفسخ والإجازة والفاسخ والمجيز مستقلاً مستقلاً.

ومما ذكرنا يظهر لك أنّ قوله: «فإنّ تلك المسألة» أي: مسألة لزوم العقد أو انفساخه بخيار الباقيين «فيما إذا ثبت للجانبين، وهذا فرض من جانب واحد» فيه نظر واضح، لأنّ المسألة فيما ثبت الخيارات العديدة لمتعدّدين، ولا مدخلة لثبوته للجانب الواحد أو الجانبين. فتدبّر جدّاً.

قوله: «الأقوى عدم، لأنّ المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار للعاقدين في

صورة القول به عند العقد، لا لحوقه [له] بعده».

أقول: وفي كل من المعلول وتعليبه نظر. أمّا المعلول - وهو عدم انتقال خيار الموكل بتفويضه إلى الوكيل - فلمنافاته ما تقدّم منه من الفرق بين الحق والحكم، بكون الحقّ قابلاً للنقل والانتقال دون الحكم.

وأما تعليبه بقوله: «لأنّ المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار... إلخ» فلأنّ عدم انتقال خيار الموكل بتفويضه إلى وكيله - على القول به - إنّما يستند إلى عدم قابليّة الخيار للنقل والانتقال، لا عدم دلالة أدلّة ثبوت الخيار إلّا للخيار الثابت عند العقد لا اللاحق بعده، كما لا يخفى.

قوله: «يمكن توكيله في الفسخ».

[أقول]: والفرق بين التفويض والتوكيل أنّه على التفويض يصير الوكيل ذا حقّ مستقلّ يجوز له الاقتراح فيه بإسقاط وفسخ ونقل بعوض وغيره، وعلى التوكيل لا يجوز له إلّا ما أذن به الموكل أو عزله ورفع يده.

قوله: «خصوصاً إذا كانت بلفظ: التزمت. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى أنّ «التزمت» بمعنى: أجزت والتزمت بأصل البيع، لا بلزومه وإسقاط خياره، فلا يزيد في قدر الدلالة على معنى «بعت» حتّى يسقط الخيار. مضافاً إلى أصالة عدم سقوطه.

قوله: «ومنه يظهر سقوط القول بأنّ كلمة «حتّى» تدخل على الممكن والمستحيل».

[أقول]: وجه السقوط أنّ دخوله على المستحيل إنّما هو فيما أريد منه استحالة المغيّب بغاية مستحيلة، كقوله تعالى في عذاب الكفّار: ﴿حتّى يلج الجمل في سمّ الخياط﴾^(١) و«يعذب المصوّر حتّى ينفخ في الصورة»^(٢). ومن المعلوم

(١) الأعراف: ٤٠.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٢٦ ب «٩٤» من أبواب ما يكتسب به ح ٧ و ٩.

أنَّ المراد فيما نحن فيه بقوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(١) إنما هو إمكان المغيَا والغاية، لا استحالتها حتى يحمل على المستحيل.

قوله: «لكنه حسن مع علمهما. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنَّ كلاً من إقدام المتبايعين وعلمهما إنما يتعلّق بانعتاق المبيع وفكّه في الجملة، وأما سقوط حقّ الرجوع والخيار فيه حتى من طرف البائع أو من طرف المشتري، حتى يردّ المثل والقيمة دون العين، فمما لم يعلم به المتبايعان فضلاً عن إقدامهما عليه، حتى يسقط خيارهما مطلقاً. مضافاً إلى أصالة عدم سقوطه واستصحاب بقائه.

قوله: «وقد يقال».

[أقول:] القائل صاحب المقاييس^(٢).

قوله: «ولو تقديراً».

[أقول:] أراد بقوله: «ولو تقديراً» الملك الذي يفرض آناً ما.

قوله: «لا يقبل المنعق عليه».

[أقول:] ولفظه «عليه» زائدة، بل غلط مخلّ بالمعنى.

قوله: «دفدع الخيار به أولى وأهون من رفعه. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنَّ أولويّة دفعه من رفعه إنما هو فيما لم يثبت الخيار

بالأصل والأخبار، وقد عرفت ثبوته بهما، فلا مجال لدفعه، بل يتعيّن حينئذٍ رفعه كما قيل.

قوله: «لأنّه لا يسقط به إذا ثبت قبله. فتأمل».

[أقول:] تعليل المصنّف بقوله: «لأنّه» تعليل لعدم ارتفاع إشكال اعتبار

(١) الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١ و ٢.

(٢) مقاييس الأنوار: ٢٤٠.

قابليّة بقاء العين في خيار فسخه، بما في جامع المقاصد^(١) من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف.

وأمره بالتأمّل إشارة إلى إمكان منع عدم ثبوت الخيار قبل التلف فيما نحن فيه - وهو شراء الجمد في شدّة الحرّ - لو فرضنا بقاء عينه بمعالجة أو ندرة.

أو إشارة إلى انتقاض قوله: «لا يسقط الخيار بالتلف إذا ثبت قبله» بقاعدة انفساخ البيع بالتلف قبل قبضه، إلّا أن يقال بخروج ذلك بالنصّ لا^(٢) يناقض أصالة عدم سقوط الخيار بالتلف.

قوله: «وهو محتمل كلام الشيخ. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ هذا الاحتمال لا يجمع تصريح الشيخ بعدم دخول خيار المجلس في غير البيع^(٣).

قوله: «إمّا للزوم الربا... إلخ».

[أقول:] نظراً إلى أن قبض أحد الطرفين دون الآخر موجب للربا وزيادة المقبوض على غير المقبوض. وأنت خبير بأنّ تعليل اشتراط التقابض في صحّة الصرف في السلم بلزوم الربا لولاه وإن صرّح به في صرف التذكرة^(٤)، إلّا أنّ فيه أولاً: بمنع الملازمة، وكون الزيادة الحكميّة ليست كالزيادة الحسيّة الحقيقيّة ربا. وقولهم: للأجل قسط من الثمن، معناه اشتراط التأجيل لا مطلق تأخير قبض أحد العوضين عن الآخر، وإلّا لاشتراط التقارن في تقابض العوضين.

وثانياً: لو سلّمنا الملازمة فهو أخصّ من المدعى، لعدم لزومه إلّا في الصرف دون السلم المبنيّ على قبض الثمن لا المثلث، بل في خصوص ما اتّحد

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

(٢) كذا في النسخة الخطيّة، ولعلّ الصحيح: فلا.

(٣) الخلافة ٣: ١٣ المسألة ١١ و١٢.

(٤) التذكرة ١: ٥١١.

جنس الصرّفين وقبض أحدهما دون الآخر، دون ما إذا اختلف الجنسان أو اتّحدا ولكن لم يقبض شيئاً منهما. وإّما المتعيّن عندنا في دليل اشتراط التقابض في كلّ من الصرّف والسلم ليس إلّا النصوص الخاصّة المستفيضة بل المتواترة، كقوله عليه السلام: «لا يباع الذهب والفضّة إلّا يداً بيد»^(١) «لا تفارقه حتّى تأخذ منه، وإن نزا حائطاً فانز معه»^(٢). كما أنّ الظاهر منها كون حكمة اشتراط التقابض في الصرّف من الطرفين إنّما هو خطر فرار القابض بالمقبوض عن صاحبه، أو دعوى الإفلاس بعد قبضه عن الإقباض بعد المجلس، وفي السلم من طرف البائع انتفاء فائدة معجّلة فيه لو لم يقبض الثمن.

قوله: «مع احتمال كونه من زمان العقد».

[أقول:] واحتمل الجواهر^(٣) احتمالاً ثالثاً، وهو ثبوت الخيار للفضوليّين،

بل ورابعاً وهو عدم الخيار رأساً لا للفضوليّين ولا للمجيزين.

أقول: بل ويحتمل خامساً ثبوت الخيار لكلّ من الفضوليّين والمجيزين من

حين العقد أو حين الإجازة.

قوله: «وقد يتخيّل معارضته بعموم أدلّة الخيار».

[أقول:] وهذا المتخيّل وما بعده المتمسك بعموم: «أو فوا بالعقود»^(٤) هو

الجواهر، بعد نفيه الخلاف ونقله الإجماع على سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه، [و] بأصالة اللزوم، مع الشكّ في تناول أدلّة الخيار له، قال: «ولعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وصحيح: «المؤمنون عند شروطهم» الذي هو أرجح ممّا

(١) الوسائل ١٢: ٤٥٨ ب «٢» من أبواب الصرّف ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٥٩ ب «٢» من أبواب الصرّف ح ٨.

(٣) الجواهر ٢٣: ٩.

(٤) المائدة: ١.

دَلَّ على الخيار من وجوه، فيحكّم عليه، وإن كان التعارض من وجه^(١)... إلخ». قوله: «فلزومه الثابت بمقتضى عموم الوفاء بالشرط عين لزوم العقد... إلخ».

أقول: رفع الإشكال بذلك عدول عن الاستدلال بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) إلى الاستدلال بعموم الوفاء بالعقد المتضمّن للشرط والاشتراط، الذي ضعفه هو بتخصيصه بعموم دليل الخيار. مضافاً إلى أنّ العدول عن الاستدلال دافع لا رافع عن الإشكال المبني على الاستدلال.

فالصواب الجواب عن الإشكال بظهور: «المؤمنون عند شروطهم» في وجوب الوفاء بالشروط مطلقاً، كما هو الشأن في سائر الجمل الخبرية القائمة مقام الإنشاء، وأنّ الشروط غير الواجبة الوفاء - كالوعد والشروط الابتدائية والتي في ضمن العقد الجائز - [خارجة] بالتخصّص أو التخصيص، فيبقى الباقي فيه كما نحن فيه. فلزوم الشرط موقوف على عموم: «المؤمنون عند شروطهم» لا على لزوم العقد المأخوذ فيه حتّى يلزم الدور، فاندفع الدور بمنع التوقف من جانب لزوم الشرط.

قوله: «المقتضي للخيار العقد بشرط لا، لطبيعة العقد من حيث هي... إلخ».

أقول: بل المقتضي للخيار حكم الشارع بقوله: «البيعان بالخيار»^(٣) لا نفس العقد، بل مقتضى نفس العقد عدم الخيار لا الخيار، وإلّا لم يكن الخيار مخالفاً للأصل الأصيل، ولم يتوقّف ثبوته على دليل، بل كان الدليل المثبت له

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١١-١٢.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١ و ٢ و ٣.

تحصيلاً للحاصل المحال، بل لم يكن مخصّصاً لعموم: «أوفوا بالعقود»^(١)، ولا مخصّصاً هو بالافتراق.

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّه لو لم يكن فرق بين هذا الجواب وجواب المصنّف إلّا كالفرق بين الدفع والرفع، أو لويّة الدفع على الرفع كافياً في الأرجحية. قوله: «وأما عن الثالث فيما عرفت من أنّ المتبادر من النصّ المثبت للخيار صورة الخلوّ عن الاشتراط... إلخ».

[أقول:] وبعبارة: أنّ دليل الخيار لم يوجب وجوب خيار الفسخ حتّى يكون إسقاطه في ضمن البيع إسقاط ما لا يجب، كإسقاطه قبل البيع، وإنّما يوجب جواز الخيار لا وجوبه، فإسقاطه في ضمن البيع إسقاط ما لا يجب، لا إسقاط ما لم يجب ممّا سيجب، والذي لا يسقط بالإسقاط إسقاط ما لم يجب ممّا يجب، كإسقاط حقّ تملك الثمن أو المثمن في ضمن البيع، وإسقاط حقّ المضاجعة والمهرية والنفقة في ضمن عقد النكاح، كقولك: بعتك هذا بكذا بشرط إسقاط الثمن أو المثمن، أو: زوّجتك فلانة على كذا بشرط إسقاط حقّ المهرية أو المضاجعة أو النفقة. وأمّا إسقاط ما لا يجب ممّا لا يجب - كخيار الفسخ - فلا مانع من سقوطه بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» في ضمن بعتك هذا بهذا بشرط إسقاط الخيار.

وبعبارة أخرى: إنّ إسقاط خيار البيع لمّا كان في ضمن ذلك البيع لا قبله، كان باعتبار وجود المقتضي له كإسقاطه بعده لا إسقاطه قبله، فالعبرة في صحّة إسقاط ما يجب وعدم صحّة إسقاط ما لم يجب بوجود المقتضي له وعدمه لا بوجوده الفعلي السابق، كما يشهد عليه صحيحة مالك بن عطية المتقدّمة. قوله: «نعم، يحتمل أن يريد الصورة الأولى».

[أقول:] هذا استدراك من قوله: «فهذا هو ظاهر كلام الشيخ» أي: ظاهر كلام الشيخ^(١) هو المعنى الثاني الذي استدرك المختلف صحته، فلم يتوجه إيراده عليه بقوله: «وعندي في ذلك نظر»^(٢). وكان الأنسب تبديله الاستدراك بقوله: «نعم... إلخ» بالترقي بقوله: بل يحتمل أن يريد الشيخ المعنى الأول، لئلا يبقى وجه لإيراد المختلف عليه بوجه من محتملي كلامه، خصوصاً المحتمل الأخير. قوله: «فحاصل الشرط إلزام في التزام... إلخ».

أقول: وهو المعنى الظاهر من منصرف إطلاقات الشرط، واستقراء موارد استعماله، وتفسير اللغويين^(٣) له بأنه التزام في بيع ونحوه، فلا يشمل الشروط الابتدائية. مضافاً إلى أصالة عدم لزوم الشرط الابتدائي الخارج عن ضمن العقد، وأصالة عموم دليل الخيار، وعدم تخصيصه وسقوطه بالخيار الخارج عن ضمن الملزم الشرعي. مضافاً إلى فحوى أو عموم النصوص النافية للشروط السابقة على النكاح بقوله ﷺ في المستفيضة: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»^(٤). وقوله عن قول الله: «لا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة» قال ﷺ: «ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها»^(٥). قيل: المراد ممّا بعد النكاح بعد إيجابه فيكون داخلياً.

هذا، ولكن مقتضى قاعدة «العقود تابعة للقصد» أنّ الشرط الخارج إذا قصد في ضمن العقد كان في حكم الداخل كسائر القيود المقصودة، غاية الفرق

(١) الخلاف ٣: ٢١ المسألة ٢٨.

(٢) المختلف ٥: ٦٣.

(٣) لسان العرب ٧: ٣٢٩.

(٤) الوسائل ١٤: ٤٦٨ ب «١٩» من أبواب المتعة ح ٢.

(٥) الوسائل ١٤: ٤٦٩ ب «١٩» من أبواب المتعة ح ٣.

أنه يدان بنيته ويقبل قوله بيمينه، بل الظاهر صدق الشرط وصححة مالك بن عطية^(١) المتقدمه عليه.

قوله: «بلغو الشرط ويصحّ [أي] البيع».

[أقول]: ولازم هذا القائل من جهة صحّة النذر وجوب شراء الناذر العبد بعد بيعه، من باب تحصيل مقدّمة العتق المنذور وهو الملك. كما أنّ لازم صحّة البيع وبقاء خياره هو وجوب الفسخ بالخيار، مقدّمة لوجوب العتق المنذور المعلّق تنجزه على البيع المفروض تحقّقه. وأمّا على فساد البيع رأساً، من جهة اشتراطه بنفي الخيار الفاسد المفسد لمشروطه وهو بيع المنذور، فهل يجب عتقه وفاء للنذر المعلّق على البيع أم لا؟ وجهان مبيّتان على كون المراد من البيع المتعلّق به النذر هل هو البيع الصحيح، أم الأعمّ منه ومن الفاسد؟

قوله: «فحوى ما سيجيء من النصّ الدالّ على سقوط الخيار بالتصرّف».

[أقول]: أي: ما دلّ على إسقاطه بالأفعال الكاشفة عن الرضا يقتضي أولويّة إسقاطه بالأقوال الكاشفة عن الرضا، كما قيل أيضاً إنّ فسخ اللازم بالتقابل يقتضي أولويّة لزوم الجائز بالتخاير، لأنّه أصرح، مضافاً إلى فحوى أو عموم ما دلّ على إسقاط حقّ المهرية والنفقة والمضاجعة وغيرها بالإسقاط، كقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾^(٤).

قوله: «ووجهه واضح».

[أقول]: لأنّ السكوت أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه بإحدى الدلالات،

(١) الوسائل ١٦: ٩٥ ب «١١» من أبواب المكاتبه ج ١.

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في المكاسب.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) النساء: ٢٤.

واستصحاب بقاء الخيار، وأصالة عدم سقوطه وإسقاطه.

قوله: «ما لم يفترقا أو يقول [أحدهما] لصاحبه: اختر»^(١).

أقول: صرح الجواهر بأنّ هذه الزيادة لم تثبت من طرفنا^(٢)، بل هي من طرق العامة^(٣).

قوله: «لأنّه مقتضى ثبوت الخيار... إلخ».

[أقول:] أي: انفساخ البيع بالفسخ المتأخّر عن إجازة المجيز إنّما هو من باب أخذ الفاسخ بمقتضى حقّ خياره غير المزاحم بإجازة المجيز السابق، لأنّه إسقاط لخصوص حقّه، وإسقاط الحقّ الخاصّ من ذي الحقّ الخاصّ لا يزاحم أخذ الغير - وهو الفاسخ - بحقّه. كما أنّه لو تقدّم الفاسخ على المجيز كان الانفساخ من باب انتفاء موضوع الإجازة المتعقّبة بعد الانفساخ المتقدّم سببه، وهو الفسخ. كما أنّه لو ثبت الخيار للطرف الواحد أو الطرفين لمتعدّد كالكيلين أو الأصيل والوكيل، فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة، أو تصرّف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً بجارية ثمّ أعتقهما جميعاً دفعة واحدة كان ذلك من باب تعارض الفاسخ والمجيز.

والحاصل أنّ ذا الخيار المتعدّد بالأصالة كخيار الطرفين، أو الورثة كخيار الوارثين، أو الوكالة كخيار الوكيلين أو الأصيل والوكيل، إن اتّفقا جميعاً على الفسخ أو الاجازة فلا كلام.

وإن اختلفا، فإن تقدّم الفسخ انفسخ العقد وانحلّ، من باب انتفاء موضوع المتعقّبة لانفساخ العقد وانحلاله.

وإن انعكس، فقدّم الإجازة على الفسخ فكذلك ينفسخ العقد، لكن لا

(١) المستدرک ١٣: ٢٩٩ ب «٢» من أبواب الخيار ح ٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ١٦.

(٣) السنن الكبرى ٥: ٢٦٩.

بواسطة انتفاء موضوعه، بل من باب عدم مزاحمة إسقاط حق الخيار - الذي هو معنى الإجازة - لأخذ الفاسخ بحقه، وهو الانفساخ بفسخه بمقتضى ثبوت حق الخيار له.

وإن فرض وقوعهما دفعة واحدة بالقول أو الفعل فهو من باب تعارض الفاسخ والمجيز، المقدم فيه الفاسخ مطلقاً عند العلامة^(١)، الذي وجهه غير بيّن ولا مبين.

قوله: «وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله: فإذا افترقا فلا خيار [لهما] بعد الرضا».

[أقول:] أمّا وجه ظهوره فلأنّ مفهوم اشتراط نفي الخيار بما بعد الافتراق المقيد بما بعد الرضا عدم نفيه بمجرد الافتراق قبل ظهوره في الرضا.

وأمّا وجه عدم اعتبار ظهوره في المقام مع كونه من مفاهيم الشرط والقيود ورود القيد مورد الغالب، أعني: بيان كون الافتراق كاشفاً نوعياً غالبياً عن الرضا لا فعلياً دائماً، كمفهوم تقييد حرمة الرائب بالحجور في قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾^(٢)، كما يقتضيه ظهور النصّ^(٣) والفتوى في عدم اعتبار قصد الإسقاط بالافتراق، بل وعدم الفرق بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين، ولا بين الناسيين للبيع والخيار وغيرهما، ولا بين الافتراق له أو لغرض آخر، بل ولا بين الافتراق المستند إلى الاختيار أو الاضطرار، على ما سيأتي في المسألة الآتية.

هذا مضافاً إلى أنّ اشتراط كون الافتراق عن رضا الاحتراز^(٤) عن الافتراق

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٥١٨.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٤٥ «٢» من أبواب الخيار.

(٤) كذا في النسخة الخطية، ولعلّ الصحيح للاحتراز.

الإكراهي الناشئ عن غير رضا، لا اشتراط كشفه عن رضا لا غفلة، خصوصاً بملاحظة أصرحيّة قوله ﷺ في المستدركات: «المتبايعان بالخيار فيما يتبايعاه حتى يفترقا عن رضا»^(١).

قوله: «وفيه منع الانصراف، ودلالة الرواية».

[أقول:] أمّا المتأمل في كفاية الخطوة بدعوى الانصراف إلى الأزيد منه فهو الرياض^(٢). وأمّا منع الانصراف فلعدم الصارف، وأصالة عدمه. وأمّا منع دلالة الرواية^(٣) فلائها حكاية فعل مجمل لا قول مطلق، بل ولعدم صراحتها في الزيادة، لأنّ «خطا» وإن احتمل كونه جمع خطوة كغرف جمع غرفة، إلّا أنّ جمعه الصريح خطوات كغرفات. و«خطا»^(٤) في الحديث محتمل لأن يكون مصدر: خطأ يخطو خطأ، أي: مشى مشياً، والاحتمال يبطل الاستدلال.

قوله: «فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري، لعدم القول بالفصل».

[أقول:] أي: لأنّ كلّ من قال بدخول الافتراق الإكراهي في حكم الافتراق الاختياريّ قال بدخول الاضطراريّ فيه، كما أنّ كلّ من قال بخروج الافتراق الاختياريّ عن حكمه قال بخروج الاضطراريّ عنه أيضاً.

ثمّ إنّ عدم القول بالفصل بينهما بهذا المعنى - أي: من حيث الدخول والخروج في الحكم دون الاسم، أي: من حيث الحكم بمسقطيّة الافتراق للخيار وعدمه - لا ينافي ما تقدّم منه من الفرق بينهما من حيث الاسم والصدق العرفي، واستناد الإكراه غير البالغ حدّ سلب الفعل عن الفاعل المكره بالفتح إلى المكره

(١) المستدرک ١٣: ٢٩٧ ب «١» من أبواب الخيار ح ١.

(٢) رياض المسائل ٥: ١٠٧.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٤٨ ب «٢» من أبواب الخيار ح ٣.

(٤) كذا في النسخة الخطيّة، ولكن مصدر هذا الفعل: الخطو، أنظر لسان العرب ١٤: ٢٣١.

بالكسر، إلى الاختيار ونفس المختار، لا إلى الاضطرار وقيام صورته بجسم المختار، بخلاف البالغ حدّ السلب عرفاً عن المكره بالفتح إلى المكره بالكسر، فإنه لا يستند عرفاً إلى الاختيار، ولا إلى قيام الفعل بنفس الفاعل المختار، لتبادر الافتراق عرفاً إلى الاختيار.

قوله: «مستدلين عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار... إلخ».

[أقول:] توجيه الاستدلال به إمّا بما نقله عن المبسوط، من أنّ المفترق إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتّى وقع التفرّق كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء^(١). وإمّا بما نقله عن جامع المقاصد، من تحقّق صدق الافتراق مع التمكن من الاختيار^(٢).

وفي كلّ من الوجهين كأصل الدعوى منع واضح.

أمّا الوجه الأوّل فيما قاله الجواهر، ولنعم ما قال، وفيه: «أن ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الإكراه على الافتراق، الذي نزّله الشارع منه بمنزلة العدم بالنسبة إلى الإسقاط، كالسكوت في المجلس لا دلالة فيه عليه، ولا وضع له شرعاً كما هو واضح»^(٣).

وأما الثاني فأولاً: بمنع صدق تحقّق الافتراق عرفاً على كلّ من قسمي الإكراه، خصوصاً المضطرّ على الافتراق. بحمل أو دفع لا يسند الافتراق عرفاً إلا إلى الحامل لا المحمول وإلى الدافع لا المدفوع، كما عرفت التصريح به من المصنّف.

وثانياً: لو سلّمنا تحقّق صدق الافتراق على الافتراق الإكراهي، كما لو لم

(١) المبسوط ٢: ٨٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١٠.

يبلغ حدّ سلب الاختيار، ولكن من البين والمبين أنّ عموم حديث الرفع^(١) لآثار الإكراه والاضطرار حاكم قطعاً على إطلاق الافتراق ومخصّص لحكمه، ومنزّل له شرعاً منزلة عدم الافتراق في عدم مسقطيّة الخيار، كما أنّه حاكم على عموم الوفاء بالعقود^(٢) والعهود^(٣)، ورافع لآثار عقد المكره وفسخه ولزومه وإلزامه وإمضائه وإسقاطه، وإن لم يبلغ حدّ سلب العقد والفسخ والإمضاء والإلزام والإسقاط قطعاً. بل من المعلوم شرعاً أنّ المكره في كلّ من إنشائه وإخباراته وأقاريره وأفعاله وأقواله معذور ومأجور، وموضوع ومرفوع عن حكم المكره وآثاره، حتّى لو أسقط الخيار بالقول الصريح الصحيح كرهاً لم يسقط خياره قطعاً، فكيف يسقط بالإكراه على فعل الافتراق، الذي هو فعل مجمل لا قول صريح ولا ظاهر في الإسقاط عرفاً ولا شرعاً، بل هو أعمّ من الإسقاط، كالسكوت الذي هو أعمّ من الرضا والإمضاء؟!

ومما ذكرنا يظهر لك وجه الاستدلال بعموم حديث الرفع على كون المكره على الافتراق كالمكره على ترك التخاير، معذوراً ومرفوع الحكم، ونازلاً شرعاً منزلة عدم الافتراق. والمنع من قوله: «لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره، للاعتراف بدخول المكره والمضطرّ إذا تمكّنا من التخاير».

وجه المنع: ما عرفت من منع دخولهما في اسم الافتراق الاختياريّ وصدقه عرفاً، بل ومن منع دخولهما فيه حكماً، أي: في حكم مسقطيّتهما الخيار. مضافاً إلى أنّ دخول المكره في عموم اسم الاختيار وصدقه لا ينافي تحقّق صدق المكره الموضوع لحديث الرفع، ولا للاستدلال به على الرفع أيضاً. نعم، لو كان بين الافتراق الاختياريّ والإكراهي تبائن كليّ كالضدّين

(١) الوسائل ٥: ٣٤٥ ب «٣٠» من أبواب الخلل ح ٢.

(٢) المائدة: ١.

(٣) الأسراء: ٣٤.

اللذين لا ثالث لهما، كان الاعتراف بدخول الإكراه في موضوع الاختيار مانعاً من الاستدلال بحديث رفعه، لعدم تحقق موضوع الإكراه - كموضوع الاضطرار - بعد فرض الدخول في الاختيار. ولكن قد عرفت منع كل من المقدمتين جداً بأبلغ وجه وجيه.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن سائر الوجوه التي استدلل بها المصنف على ما اختار، من إلحاق المكره من الافتراق بالمختار في إسقاط الخيار. **منها قوله:** «مضافاً إلى الشهرة المحققة الجارية للإجماع». **[أقول:]** فيه أولاً: إمكان منع الشهرة، بل نسبه الجواهر^(١) إلى جماعة راداً لهم بما تقدّم.

وثانياً: منع حجيتها وجابريتها بعد معلومية استنادها إلى ما عرفت من ضعف المدركين.

ومنها قوله: «إن المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد... إلخ». **[أقول:]** فيه أولاً: أنّ مفهوم اشتراط التفريق بما كان عن رضا بالعقد في سقوط الخيار إنما هو عدم اعتبار التفريق الإكراهي الصادر عن غير رضا، وإلا فلا معنى لاشتراط الرضا بالعقد الموجود من حين صدوره، لأنه تحصيل للحاصل، فهو على خلاف المطلوب أدلّ.

وثانياً: أنّ اشتراط التفريق بما كان عن رضا بالعقد لا يمنع من حكومة عموم دليل الرفع عليه، كما أنّه حاكم على سائر أدلّة الأحكام التي منها سقوط الخيار.

ومنها قوله: «أو يقال: إن قوله: بعد الرضا^(٢) إشارة... إلخ».

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٠.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٤٦ ب «١» من أبواب الخيار ح ٣.

[أقول:] فيه أولاً: ما تقدّم منه من منع دلالة على اشتراط الرضا في التفريق المسقط للخيار، لوروده مورد الغالب.

وثانياً: سلّمنا، لكن لا معنى لاشتراط هذا الشرط الحاصل إلا الاحتراز عن التفريق الإكراهي الصادر عن غير رضا.

وثالثاً: سلّمنا اشتراط الخيار بالتفريق الكاشف عن الرضا بالعقد، لكن لا يسلم في تفريق المكره الكشف الحقيقي الفعلي الدائمي - بل ولا الظني النوعي الغالبي - عن الرضا بالعقد المسقط للخيار.

نعم، لو فرضنا تفرّق من تمكّن من التخاذل بالكره كاشفاً جعلياً نزله الشارع منزلة الرضا والإمضاء بالعقد تعبدًا، كتثنيه المشكوك منزلة المتيقّن السابق في الاستصحاب، لم يفرّق في كاشفة التفريق عن الرضا ومسقطية الخيار بين الاختياري والإكراهي.

ولكن هذا التنزيل مخالف للأصل الأصل، فلا يصار إليه إلا بدليل. مضافاً إلى أنه مع ذلك غير مانع أيضاً من تحكيم دليل رفع الإكراه على دليل سقوط الخيار بالتفريق. مضافاً إلى استصحاب بقاء الخيار وعموم دليله، مع الشك في نهوض إطلاق تخصيصه بمطلق الافتراق الإكراهي، خصوصاً البالغ حدّ سلب الاختيار بحمل أو دفع يسند التفريق إلى الحامل لا المحمول وإلى الدافع لا المدفوع، خصوصاً بملاحظة أنّ حكمة الخيار شرع للإفراق المفقود مع الإيجاب.

قوله: «وإن قلنا بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلّل كذلك».

[أقول:] أي: في عدم سقوط خياره، لكن لا لما علّل به تقدير ثبوتية الافتراق من أنه لم يفعل شيئاً، بل لأنّه على تقدير عدمية الافتراق وعدم معلّل ومؤثّر له لا ميز بين الأعدام، حتّى يعدّ مصاحبه الماكت وعدم افتراقه المجلس افتراقاً ممتازاً عن العدم الكلّي.

قوله: «وإن قلنا إنه يعلل سقط».

[أقول:] لامتياز المفارقة عن سائر الأعدام بمعلّله، وهو عدم إرادة الفسخ

مع اختياره.

قوله: «فيتنفي القول المحكي عن الخلاف^(١) والجواهر^(٢)».

[أقول:] وهو القول الثالث المفضل بين سقوط خيار المختار دون غيره،

لرجوعه إلى القول الرابع المفضل بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما،

ومفارقته فالسقوط عنهما. بل هو راجع إلى القول الثاني وهو ثبوته لهما، لما في

الإيضاح^(٣) من أنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، وإلا

سقط خيارهما اتفاقاً. ولكن فيه أنّ ظهور كلام الإيضاح والده^(٤) في نفي القول

المحكي عن الخلاف والجواهر - وهو القول الثالث المفضل بحسب نظرهما - لا

يستلزم انتفاء القول به من غيرهما في الواقع، إلا أن يستظهر منهما نفي الخلاف

بحسب الواقع لا بحسب نظرهما. وهو محلّ نظر.

قوله: «لا تقتصر على قوله بطل خيارهما. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ مراد الشيخ^(٥) من العطف بقوله: «أو خيار من تمكّن»

على قوله: «بطل خيارهما» لعلّه أراد سقوط خيار المتمكّن من التخايير من حيث

تمكّنه لا من حيث اختصاص السقوط به، فلا ينافي سقوط خيار الآخر من حيث

آخر، وهو التلازم بين الخيارين من حيث اتّحادهما في غاية الافتراق.

قوله: «حكي هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها، وفيه تأمل».

(١) الخلاف ٣: ٢٦ المسألة ٣٥.

(٢) جواهر الفقه: ٥٥ المسألة ١٩٧.

(٣) هذا الكلام من استظهار الماتن في المقام، أنظر المكاسب: ٢٢٣، والإيضاح ١: ٤٨٢.

(٤) تحرير الأحكام ١: ١٦٦.

(٥) الخلاف ٣: ٢٦ المسألة ٣٥.

[أقول:] أمّا الحاكي فمفتاح الكرامة^(١). وأمّا الحكاية فقوله في التذكرة: «لو أكرها على التفرّق وترك التخايير لم يسقط خيار المجلس، وكان الخيار باقياً - إلى أن قال: - وكذا لو حمل أحد المتعاقدين وأخرج عن المجلس مكرهاً، ومنع من الفسخ بأن سدّ فوه»^(٢).

وأمّا وجه التأمل فيه فلأنّ دلالته على ما فهمه الحاكي موقوف على أن يريد بقوله: «وكذا لو حمل أحد المتعاقدين» أنّه لا يسقط خياره وحده، لا أنّه لا يسقط الخيار أصلاً من الطرفين، أمّا من طرف المكره فلا إكراهه على التفرّق وإن تفرّق، وأمّا من طرف المختار فلعدم تفرّقه المجلس وإن لم يكره.

قوله: «ويمكن التفصّي عن الأصل بصدق تفرّقهما».

[أقول:] وفيه: ما عرفت من منع صدقه. أمّا من طرف المختار فلغرض عدم تفرّقه المجلس. وأمّا من طرف المكره فلا أنّه إن بلغ إكراهه حدّ سلب الاختيار فلا يستند التفرّق إلّا إلى المكره بالكسر لا المكره بالفتح، وإلّا فتفرّقه بمنزلة عدم التفرّق شرعاً، بعموم حديث رفع أثر الإكراه الحاكم على إطلاق سائر الأحكام التي منها المقام.

نعم، لو تفرّق المختار المجلسي بعد تفرّق المكره صدق تفرّقهما المسقط للخيار، لما عرفت من تحقّق صدق غاية الافتراق بافتراق أحدهما عن الآخر عرفاً. ولكنّه خارج عن محلّ الفرض والخلاف.

قوله: «بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما».

[أقول:] وفيه: ما عرفت من أنّه لا معنى لاشتراط الرضا بالبيع الحاصل إلّا الاحتراز عن الافتراق الإكراهي الصادر عن غير رضا، كما أنّ الخبر السابق^(٣)

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٥٥١.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥١٨.

(٣) تقدّم مصدره في هامش (٣) ص: ٢٩٧.

الحاكي لمشي الإمام عليه السلام لإلزام بيعة دليل إطلاق الافتراق، وعدم اشتراطه بالرضا، كما يؤيده الفتوى بعدم اعتبار شيء زائد على الافتراق، من القصد ولا العلم ولا الالتفات ولا قصد الإسقاط، ولا غير ذلك سوى عدم الإكراه.

قوله: «مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختياراً، فإنّ الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين».

[أقول:] وأمّا الخلاف في سقوط الخيار بموت أحدهما في المجلس فمسألة أخرى مفروضة فيما كان الآخر باقياً في المجلس لا مفارقاً له، كما فيما نحن فيه.

قوله: «وإلاّ بقيا. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى إمكان التفكيك، بأن يكون افتراق كلّ منهما غاية لسقوط خياره فقط دون صاحبه، لإمكان القول بأنّ غاية خيار كلّ منهما رضا المنكشف باختيار المفارقة، فالغاية متعدّدة حسب تعدّد الخيار.

قوله: «شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختصّ بطلان الخيار فيه بالتمكّن ممّا لا بدّ منه».

[أقول:] كالمفوّض خياره قبل عدم تمكّنه إلى صاحبه المتمكّن، ثم أكره على الافتراق على وجه يتمكّن صاحبه من التخاير فلم يختار، فإنّه يبطل خياره وخيار غير المتمكّن المفوّض إليه الخيار، فلم يختصّ بطلان الخيار بالتمكّن.

قوله: «أولى من تخصيصها ببعض الصور».

[أقول:] وهو ما إذا فوّض المتمكّن الماكث خياره إلى المكروه المتفرّق قبل إكراهه وجه الأولوية: أنّ تعميم الخاصّ أولى من تخصيصه بالفرد النادر عرفاً، لأنّ ذكر الخصوصية قد يكون لغلبة الخصوصية لا لتخصيص الحكم، بخلاف النادر، فإنّه لا يراد من غيره بالخصوص.

قوله: «ولم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد».

[أقول]: فيه: أن جعل الشارع الافتراق الإكراهي للمجلس بمنزلة عدم

افتراقه جعل لتنزيل مجلس زوال الكره منزلة العقد وبدله.

ولنعم ما قال الجواهر: «لو زال الإكراه ففي فوريتة الخيار وتراخيه إلى

حصول الافتراق قولان، أقواهما الثاني، للأصل، ولأن خيار المجلس موضوع

على التراخي وهذا منه أو بدله، بل إن لم يتم إجماع على أن غاية الافتراق بعد

الزوال، أمكن القول ببقائه مطلقاً في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال

صدق الافتراق، فيكون الخيار حينئذٍ باقياً بقوله: «البيعان بالخيار... إلخ»، ولم

يحصل الغاية حال إمكانها، وبعد الإكراه لم يبق لها مصداق، فتأمل جداً ولو زال

الإكراه وهو ماّر، ففي التذكرة انقطع خياره ببقائه سائر... إلخ»^(١).

قوله: «فإن المنفيّ يشمل شرط المجلس والحيوان. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى إمكان منع شمول شرطه لشرط المجلس، وانصراف

المنفيّ إلى خصوص المعهود من شرط الحيوان لا المجلس، فإنّ تمام الرواية

قوله ﷺ: «الشرط في الحيوان- أي: الخيار- ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم

يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا

منه، فلا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما

كان يحرم عليه قبل الشراء»^(٢).

إلا أنّ عموم النكرة في سياق النفي لسائر الشروط المشتركة بين الحيوان

وغيره- التي منها خيار مجلسه- شامل خيار مجلس غيره بعدم القول بالفصل. أو

يقال: عموم العلة المنصوصة فيه بأنّ تصرّفه رضا منه حجة على اتّحاد مناط

(١) الجواهر ٢٣: ١١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١.

السقوط في مطلق الرضا ولو لم يكن بقول صريح، بل بمطلق التصرف الدالّ عليه، ولو احتمل صدوره عن سهو ونسيان وغفلة، لأصالة عدمه.

ثم إن مقتضى عموم العلة المنصوصة كون المدار في سقوط الخيار حصول الرضا النفسي، ولو لم يقترن بدالّ قوليّ ولا فعليّ يدلّ عليه. فيحرم عليه فيما بينه وبين ربّه العمل على ما وقع منه من الرضا، ولو لم يعلم به إلا هو، كما هو ظاهر النصّ^(١) المعلّل له بالرضا. إلا أنّه خلاف الاستصحاب وظاهر الأصحاب.

قوله: «وفي منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه».

[أقول:] وهي الفوريّة، والامتداد إلى الموت، أو فيما بعد الموت إلى الثلاثة، أو إلى أن ينتن فيخرج عن المالّية أو ينقص، أو أقرب الأجلين.

قوله: «بالحكمة غير الجارية في الكلّي الثابت في الذمّة».

[أقول:] أمّا حكمة خيار الحيوان في ثلاثة أيّام فهو عدم ظهور خفايا ما تتفاوت به الرغبات في شراء الحيوانات فيما دون الثلاثة غالباً، وإن لم توجب خيار العيب والغبن.

وأما عدم جريان تلك الحكمة في شراء الحيوان الكلّي الثابت في الذمّة فممنوع، لعدم الفرق، فإنّ الكلّي قبل تعيينه كالشخصيّ قبل قبضه لا يجري فيه حكمة استظهار حاله في الثلاثة، وبعد تعيينه بالقبض والإقباض كالشخصيّ من جميع الجهات يجري فيه الحكمة. ففيما لا يجري فيه الحكمة من الكلّي لا يجري في مثله من الشخصيّ أيضاً، وفيما يجري فيه من الشخصيّ يجري في مثله من الكلّي أيضاً. فلا فرق بين شراء الحيوان الكلّي والشخصيّ في مجرى خيار الثلاثة. مضافاً إلى إطلاق النصوص^(٢) واستصحاب الخيار.

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٢) ص: ٣٠٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٤٨ ب «٣» من أبواب الخيار.

قوله: «لأنَّ الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا توجب تنزيل الإطلاق».

[أقول:] أي: لا يقيّد المطلق ما يطلق المقيّد من أيّ غلبة كانت، إلا إذا كانت غلبة تامّة لا ناقصة، كغلبة الاستعمال الصارفة للمطلق إلى الغالب، لا مجرد غلبة الوجود الحاملة للقيّد على الغالب، وذلك لأظهرية المطلق في الإطلاق من المقيّد في التقييد، خصوصاً على القول بكون المطلق مجازاً في المقيّد. والسّرّ في ذلك أنّه لا فائدة في ذكر المطلق غالباً إلاّ الإطلاق، بخلاف ذكر القيد، فإنّ فوائده كثيرة لا تنحصر في التقييد، بل قد تكون نكته أخرى مخرجة له عن اللغوية.

هذا كلّّه، مضافاً إلى أنّ حمل المطلق على المقيّد إنّما هو في الأحكام التكليفيّة الإلزاميّة، بقرينة اتّحاد المراد من المطلق والمقيّد فيها، بخلاف الأحكام النديّة، لقابليّة تعدّد مراتب الكمال فيها. وما نحن فيه من الأحكام الوضعيّة القابلة للتعدّد، وهو ثبوت الخيار لكلّ من البيعين، وسببّيّة البيع لكلّ من الخيارين.

قوله: «ولم أقف لهم على دليل».

[أقول:] لأنّ النصوص^(١) الدالّة على وجوب استبراء الأمة الموطوءة على بائعها قبل البيع أو بعده، وعلى مشتريها إذا لم يستبرئها البائع، حكم تكليفيّ لا ربط له بالضمان والخيار.

نعم، إنّما يضمنها البائع إذا أمكسها للاستبراء بعد البيع وقبل القبض. ولكنّه على تقدير جوازه بعد البيع فهو ضمان قبل القبض، لا ضمان مدّة الحيوان قطعاً. كما أنّ ضمانها البائع لو لم يستبرئها فظهر لها حملاً إنّما هو من جهة ضمان

(١) الوسائل ١٣: ٣٦ ب «١٠» من أبواب بيع الحيوان.

العيب، لا ضمان مدّة الاستبراء .

قوله: «لأنّ الأسباب معرّفات».

[أقول:] أي: لا مؤثرات، فلا استحالة في اجتماعها، كالعلامات العديدة على معلوم واحد، فإنّ الممتنع العلل العديدة على معلول واحد، لا العلامات العديدة على معلوم واحد، كما اجتمعت في المجلس والعيب وخيار الرؤية باعتراف الخصم .

قوله: «فهي علل تامّة إلا من هذه الجهة».

[أقول:] وهو اتّحاد التأثير والتداخل في التأثير عند الاجتماع والاتّفاق لا الاختلاف والافتراق . وفائدته البقاء بإحدى الجهتين مع سقوط الأخرى .

قوله: «إلا أنّه لا يعلّل بما ذكر».

[أقول:] أي: بلزوم اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد . وذلك لمنع لزوم افتراق أفراد الجمع، بل يعلّل اتّحاد حكمي الليل واليوم مع كمال الافتراق بالإجماع والاتّفاق على خصوص الإلحاق مع اتّحاد السياق وعدم الافتراق، فإنّ اليوم وإن كان حقيقة فيما بين الطلوعين دون الليل، إلا أنّ إلحاق الليلتين المتوسّطتين بل الليلة السابقة إذا وقع العقد فيها، بل الليلة الرابعة إذا توقّف تكميل الملقّق من الأوّل منها أو من اليوم الرابع، إنّما هو للإلحاق الحكمي والإجماع على استمرار حكم ثلاثة أيّام لتلك الليالي المتّصلة بها، وعدم انقطاع خيار الثلاثة أيّام من مبدأ وقوع البيع، ولو من مبدأ الليلة السابقة إلى غاية ثلاثة أيّام، ولو أكملت من اليوم الرابع، تحكيماً لدليل الإلحاق - وهو الاتّفاق - على ظاهر اللفظ والسياق . فاستمرار الحكم وعدم تخلّله بتخلّل الليالي المتوسّطة إنّما هو إلحاق حكمي لا اسمي، لمخالفة اسم اليوم الليل لفةً وعرفاً وشرعاً قطعاً .

قوله: «توجب زهادة المشتري».

[أقول]: في المصباح: «زهد في الشيء وزهد عنه أيضاً زهداً وزهادة، بمعنى: تركه وأعرض عنه»^(١). وعن الخليل: «الزهادة في الدنيا، والزهد في الدين»^(٢).

وفي بعض النسخ بدل «يوجب زهادة المشتري»: «يوجب ضرر المشتري». وهو غلط، لأن ما يوجب ضرر المشتري موجب لخيار آخر من عيب أو غبن لالخيار الحيوان.

قوله: «فقوله: فذلك رضا منه ولا شرط له، يحتمل وجوهاً».

أقول: الفرق العلمي بينهما، ففي كون الرضا في الأول حكماً شرعياً للتصرّف، وفي الثاني حكمة للحكم عليه بسقوط الخيار بقوله: لا شرط له، وفي الثالث علّة نوعيّة غالبية للحكم المذكور، وفي الرابع علّة فعلية شخصية يناف الحكم بنفسه فعلاً.

وأما الفرق العملي فيظهر في أنّ الحكم بسقوط الخيار على الأولين مترتب على مطلق التصرّف، بل مطلق الحدث ولو لم يكن تصرّفاً، كالنظر والتعريض للبيع، بل ولا كاشفاً عن الرضا به، كالعافل والناسي للبيع، بل ولو كان للاختيار والتحقّظ.

وعلى الثالث مبني على التصرّف الكاشف نوعاً وغالباً عن الرضا بالبيع ولو لم يكشف عنه فعلاً، كتصرّف العافل والناسي، بخلاف تصرّف المختبر والمستحفظ، فإنّه غير مسقط إلا على الأولين.

وعلى الرابع مبني الحكم على نفس الرضا الفعلي، ومنوط بنفس الرضا الفعلي ولو لم يدل عليه تصرّف، بل ولا دالّ آخر قوليّ ولا فعليّ كاشف عنه،

(١) المصباح المنير: ٢٥٧.

(٢) العين ٤: ١٢.

كالنظر والتعريض، ولا غير كاشف، كالرضا القلبي فيما بينه وبين ربّه.

قوله: «وإن كان أظهر الاحتمالات».

[أقول:] وجه الأظهرية: أمّا من حيث اللفظ فلظهور كون الرضا بحسب الإطلاق علّة تامّة فعلية شخصية لسقوط الخيار ونفيه شرعاً، كظهور أدلّة نفي العسر في عليّته التامة لنفي العسر الفعلي الشخصي لا النوعي الغالب.

وأما من حيث الخارج فللنصوص^(١) الدالّة على سقوط الخيار بمجرد التعريض للبيع، أو النظر إلى ما يحرم من الأمة قبل الشراء، لمجرّد كشفه عن الرضا الفعلي ولو لم يكن تصرفاً فيه، بل والنصوص^(٢) الدالّة على توجّه اليمين على الفاسخ بنفي رضاه به.

قوله: «[إلا]»^(٣) أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلي».

أقول: لو سلّم الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلي وإلحاق غيره من موارد الرضا الشأني به، فإنّما هو بالنص^(٤) المخرج والإجماع على الإلحاق بحكم الرضا الفعلي لا باسمه. كما أنّ موارد نفي العسر النوعي في الشرع على كثرتها، من القصر في السفر وطهارة الحديد وغسالة الاستنجاء، ألحقت بحكم العسر الفعلي الشخصي لا باسمه، بأدلّتها الخارجية النافية لها. وكإلحاق الليالي المتوسطة بأيام الخيار حكماً لا اسماً، بعدم القول بالفصل، وتخلّل الخيار بتخلّل الليالي بين أيّام الخيار شرعاً.

قوله: «كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلّة الغير الموجودة إلا في

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب «٤» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥١ ب «٥» من أبواب الخيار.

(٣) لم ترد «إلا» في المكاسب.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب «٤» من أبواب الخيار.

قليل من أفراده مستهجنًا».

أقول: لو سلّم عدم غلبة لزوم مطلق التصرف الرضا، أو غلبة عدم لزومه، ولكن مع ذلك يمكن رفع استهجان تعليل مسقطيّة مطلق التصرف بأنه رضا، بحمل التعليل على ضرب من التنزيل، أعني: تنزيل غالب التصرفات التي من شأنها الكشف عن الرضا بمنزلة الرضا بالبيع شرعاً المنوط به الحكم أولاً وأصالة، كتنزيه المشكوك الفعلي بمنزلة المتيقن السابق بقوله: «لأنّ اليقين لا يتقض بالشك»^(١)، وتنزيه حسن الظاهر بمنزلة ملكة العدالة شرعاً، كقوله عليه السلام فيمن يصلّي الخمس جماعة: «فظنّوا فيه كلّ الخير»^(٢). فتدبرّ. قوله: «ففيه ما سيجيء».

[أقول:] ممّا قيل: من أنّ عدم مسقطيّة التصرف إنّما هو قبل الردّ وهو قبل زمان الخيار، لا بعده الذي هو بعد زمان الخيار ليسقط الخيار. أو إنّما هو التصرف في الثمن المشروط بردّ عينه الخيار، لا بردّ الأعمّ منه ومن بدله الخيار، كما هو المخصوص والمنصوص في بيع الخيار.

قوله: «مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الرواية. فتأمّل».

[أقول:] فإنّ ترك العمل ببعض مداليل الخبر بقريئة سهو الراوي أو ثبوت غفلته لا يوجب ردّ كلّ، كالعالم المخصّص حجّة في الباقي.

«فتأمّل» إشارة إلى أنّ التبعض الجائز إنّما هو في مداليله المستقلّة، لا غير المستقلّة، كالمدلولين لدالّ واحد، كما فيما نحن فيه، لأنّ جواز أصل ردّ الشاة مدلول التزاميّ لقوله: «يردّ معها ثلاثة أمداد»، ولا يترك المدلول المطابقي ويؤخذ بلازمه.

(١) الوسائل ٥: ٣٢١ ب «١٠» من أبواب الخلل ح ٣.

(٢) الوسائل ٥: ٣٧٢ ب «١» من أبواب صلاة الجماعة ح ٦.

قوله: «لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً».

[أقول:] ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب، كاشتراط الخيار شهراً يوماً ويوماً، لا لعموم المقتضي وعدم المانع. لكن في المسالك^(١) احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال.

قوله: «لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد».

[أقول:] أي: لا يصح السلم إلى وقت مجهول كوقت الدياس والحصاد، وهو وقت دقّ الطعام بالفدان^(٢) وقطع الزرع بالمنجل، فالدياس هنا مصدر داس أي: دقّ، والحصاد مصدر حصد أي: قطع.

قوله: «وقد^(٣) يستدلّ على ذلك».

[أقول:] أي: على اشتراط تعيين المدّة وفساد الشرط المجهول المخالف للكتاب والسنة الناهية عن الفرر^(٤). والمستدلّ الجواهر^(٥) مفرّعاً عليه فساد البيع المشروط بالشرط المجهول المدّة.

قوله: «وفيه: أنّ كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً».

[أقول:] يعني: أنّ فساد الاشتراط المخالف للكتاب - كما هو لفظ المستدلّ مفرّعاً عليه فساد البيع المشروط بالشرط المجهول المدّة - غير فساد نفس الشرط المجهول الذي هو المدعى. إلا أن يراد من فساد الاشتراط فساد نفس الاشتراط بالشرط الفاسد وإن لم يكن في ضمن بيع، لافساد البيع المشروط به. أو يراد من

(١) مسالك الأفهام ٣: ٢٠١.

(٢) الفدان بالتخفيف: الآلة التي يحرث بها. لسان العرب ١٣: ٣٢١.

(٣) في المكاسب: وربما يستدلّ....

(٤) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٣٢.

فساد البيع المشروط بالشرط المجهول فساد شرطه المجهول، من باب الاستدلال بالمسبب على السبب وبالفرع على أصله.

قوله: «كالأكل من القفا».

[أقول]: أي: كترك أقرب الطرق والأخذ بأبعدها، فإن الاستناد في فساد البيع المشروط بالشرط المجهول المخالف للكتاب والسنة الناهية عن الفرر^(١) في البيع، أقرب من الاستناد على فساده بفساد شرطه المجهول المخالف للكتاب والسنة الناهية عن مطلق الفرر.

قوله: «فجعلوا مدة الخيار في الصورة الأولى^(٢) ثلاثة أيام، ويحتمل حمل الثانية^(٣) عليها».

[أقول]: أراد بالأولى أولى الآخرتين، وبالثانية الأخيرة من الثلاثة، لتصريح الكل على ما حكى عن المقنعة^(٤) والانتصار^(٥) والخلاف^(٦) والغنية^(٧) والكافي^(٨) والمبسوط^(٩) والمراسم^(١٠) والتحرير^(١١) والتذكرة^(١٢) والمختلف^(١٣)

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٢) و (٣) في المكاسب: الثانية... الثالثة، والتعليقة تبني على نسخته من المكاسب.

(٤) المقنعة: ٥٩٢.

(٥) الانتصار: ٢١٠-٢١١.

(٦) الخلاف ٣: ٢٠ المسألة ٢٥.

(٧) غنية النزوع: ٢١٩.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

(٩) المبسوط ٢: ٨٣ و ٨٥.

(١٠) المراسم: ١٧٢.

(١١) تحرير الأحكام: ١٦٦.

(١٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٠.

(١٣) مختلف الشيعة: ٣٥٠.

ومفتاح الكرامة^(١) والجواهر^(٢)، حتّى المصنّف^(٣)، بل كلّ من تعرّض للمسألة صرّح بعقد الخلاف في الآخريتين، وجعل الأولى مسألة مستقلة مسلّمة الفساد فيها، كالأصل المقيس^(٤) عليها الآخريتين، بنفي الفرق بينها وبين الأخيرتين. بل صرّحوا بأنّ إطلاق الخيار - كقولهم: بعثك ولي الخيار - كإناطته بمدة مجهولة غير مضبوطة، بل هذه أولى بالفساد، لأنّ الإطلاق أغرق في الجهالة، بل لأنّه إن صحّ فإمّا أن يعيّن ولا يعيّن، أو يدوم الخيار وهو معلوم البطلان.

قوله: «أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاصّ، وهو إهمال مدة الخيار».

أقول: الفرق بينهما أنّ تحديد الخيار المهمل بالثلاثة وإن كان على كلّ من تقديري كونه تحديداً تعديدياً أو حكماً شرعياً لموضوع خاصّ، تخصيصاً لعموم نفي الضرر^(٥) لا تخصّصاً، كما صرّح به، إلّا أنّه على الأوّل خارج عن عموم الفرر^(٦) بلسان الخروج الموضوعي والتخصيص الادّعائي، وعلى الثاني خارج عنه بلسان الخروج الحكمي والتخصيص الحقيقي، نظير الفرق بين قولك: أكرم العلماء والفاسق ليس بعالم، وأكرم العلماء ولا تكرم الفاسق.

قوله: «لا ينهض لتخصيص قاعدة الفرر».

[أقول:] وذلك لأنّ التخصيص رفع يحتاج إلى دليل رافع، والأصل عدمه، بخلاف التخصّص فإنّه دفع لا يحتاج إلى كلفة رافع، بل يكفي في نفيه الأصل،

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٥٦١.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣٣.

(٣) المكاسب: ٢٢٨.

(٤) كذا في النسخة الخطيّة، والظاهر أن الصحيح: المقيسة عليه الآخرتان.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٢٩ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة.

فإذا فرض أنّ موضوع الغرر المنفيّ عرفيّ عامّ لغرر الشرط المهمل المجهول المدّة، فلا محالة من توقّف تخصيصه ونفي جوازه على المخصّص المعلوم، والأصل عدمه، بخلاف ما لو فرضنا موضوعه معنيّاً شرعيّاً وشكّ في دخول الشرط المهمل فيه فإنّ الأصل بالعكس هو جوازه وعدم دخوله في الغرر المنفيّ.

قوله: «وفي دلالته فضلاً عن سنده ما لا يخفى».

[أقول:] أمّا سنده فلأنّه من طرق العامّة^(١) لا غير.

وأما دلالته فلأنّ نفي الخلافة بمعنى الخديعة - كما في المتن - لا دلالة له على تعيين الخيار في الثلاثة. وجعل النبيّ له الخيار ثلاثاً من باب قضايا الأحوال المقرونة بالإجمال، أو من باب الولاية الشرعيّة بعد تحقّق السفه والانخداع من حنان بواسطة شجّة رأسه.

وأما بالمعنى المحكيّ عن التذكرة من أنّ «لا خلافة» عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً^(٢)، فلو سلّم فتختصّ دالتها على خيار الثلاثة بما هو خارج عن محلّ النزاع، وهو فرض اللفظ صريحاً في تعيين مدّة الخيار لا مجملأً ولا فظه عالمأً بمعناه الشرعي لا جاهلاً، قاصداً له لا ذاهلاً.

قوله: «وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء».

[أقول:] وفيه: أنّ عدم رضا ذي الخيار الأجنبي لا يرجع إلى خيار المبتاع، إلّا على تقدير أن يكون خيار الأجنبيّ وكالة من طرف المبتاع لا أصالة مجعولة. قوله: «لم يكن لذكره فائدة».

[أقول:] لا يقال: يمكن أن يفرض له فائدة الوكالة، بأن يكون اعتبار فعله منوطاً بالتقدّم على فعل الأصيل لا مطلقاً، فيمضي المتقدّم من الفسخ والإمضاء

(١) سنن الدارقطني ٣: ٥٤ ح ٢١٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٠.

من كلّ منهما .

لأنّا نقول: فائدة فعل الوكيل هو بعينه فائدة فعل الأصيل، وليست فائدة جعل الأصيل خيار نفسه للأجنبيّ وتحكيمة على نفسه، كما هو المفروض .
قوله: «لا يخلو عن نظر» .

[أقول:] وجه النظر: أنّ مراعاة الوكيل مصلحة الأصيل إنّما هو من جهة أنّ فعله عين فعل الأصيل وبمنزله وتابع له، وكون الوكالة استنابة في التصرف، بخلاف المجهول له الخيار بالأصالة، فإنّه في عرض الجاعل لا تابع له .
قوله: «الاستثمار، بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبيّ في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتّمه إذا أمره ابتداءً» .

أقول: الفرق بين شرط الاستثمار والائتمار: أنّ اشتراط الاستثمار هو اشتراط خيار للمستأمر بالكسر بعد أمر المستأمر بالفتح وطلبه منه، والائتمار هو اشتراطه به له ابتداءً .

والفرق بينهما وبين اشتراط الخيار للأجنبي: أنّ خيار الأجنبي اشتراط خيار للأجنبي بنفس الاشتراط من غير توقّف على أمر أمر، وخيار الاستثمار والائتمار اشتراط الخيار لنفس المشتراط مشروطاً بأمر الأجنبي، من غير أن يكون للأجنبيّ خيار سوى الأمر به .

ويتميّز فيما لو فسخ أو أجاز المستأمر بالكسر قبل أمر المستأمر بالفتح لم يلزم ولم يفسخ، لانتهاء المشروط قبل تحقّق شرطه، بخلاف ما لو أجاز أو فسخ بعد أمره، فإنّه يلزم وينفسخ، لتحقّق شرطه .

وأما وجوب الالتزام بما أمره من الفسخ والإجازة فليس حقاً للأمر على المستأمر، إلّا إذا كان اشتراط الاستثمار من المتبايعين معاً، وقد أمرهما الأمر بالفسخ، ففسخ أحدهما دون الآخر، فإنّه يفسخ، لكنّه بواسطة فسخ صاحب

خيار الفسخ من أحد المتبايعين، لا بواسطة أمر المستأمر الأجنبيّ به الذي لا خيار له سوى الأمر به .

ويقرب من الاستثمار خيار شرط الاستشارة والمشاورة، حيث يتوقف خيار المشير على إشارة المستشار وأمره .
قوله: «وإلا فالبيع لك»^(١).

[أقول:] أي: البيع أو الشراء لك، فإنه من الأضداد، كما عن الحدائق^(٢) واللغة^(٣)، إلى غير ذلك من النصوص المتقاربة لتلك النصوص لفظاً ومعنىً وقدرًا في المستدركات^(٤).

قوله: «الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ».

[أقول:] والفرق: أن ردّ الثمن في الأوّل قيد وشرط لحصول الخيار قهراً، ولا يحصل قبله، وفي الثاني لتحصيل الفسخ اختياراً وحصول الخيار قبله، فيصحّ له إسقاطه قبله، ولا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب، بخلافه على الأوّل.
قوله: «وإلا استقبل^(٥) بالفسخ».

[أقول:] أي: إن لم يكن حاكم استقبل البائع أو استقبل بالفسخ. والفرق: أن الإقالة من العقود الموقوفة على طرفي الإيجاب والقبول، والفسخ إيقاع يحصل بالإيجاب فقط. ومن هنا يتوجّه المنع على قوله: «وإلا استقبل بالفسخ»، فإنه عند تعذّر الحاكم وتحقّق الإقالة من الطرفين لا يكتفى بفسخ الفاسخ، بل لا بدّ من توليّة طرفي الإقالة: الإيجاب والقبول.

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب «٧» من أبواب الخيار ح ٢.

(٢) الحدائق الناظرة ١٩: ٣٤.

(٣) لسان العرب ٨: ٢٣.

(٤) المستدرک ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٥) في المكاسب: استقبل.

قوله: «ويحتمل العدم».

[أقول:] أي: عدم الخيار ولزوم البيع، لا عدم لزوم البيع وثبوت الخيار، كما يدلّ عليه مبناه المذكور.

قوله: «من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً ولغةً ردّ العين... إلخ».

[أقول:] وفيه: أنّ الفسخ المقتضى ردّ العين دون بدله لو سلّم إنّما هو في البيع بشرط خيار الفسخ، لا في اشتراط الفسخ بشرط زائد وهو ردّ الثمن، فإنّه تابع لمقتضى الشرط، ومنصرف المشروط الزائد - وهو ردّ الثمن - هل هو عينه أو الأعمّ منه ومن بدله؟

قوله: «وفي جواز اشتراط ردّ القيمة في المثليّ وبالعكس وجهان».

[أقول:] من أنّ هذا القسم فرد من خيار الشرط فيعمّه عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، ومن خروج هذا الفرد من الشرط الزائد عن منصرف الروايات الخاصّة بهذا القسم من أفراد خيار الشرط، فلا يجوز. والأظهر الجواز، لكفاية عموماً أدلّة الشرط فيه.

قوله: «مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة».

[أقول:] كالنظر والتعريض للبيع، فإنّه من البائع في زمان خياره فسخ فعليّ. والفرق بين فرض الردّ فسحاً معاطياً أو فعلياً يظهر في اختلاف أحكامهما، من حيث إنّ المعاطاة لا تتحقّق إلا بالتقابض، ولا تلزم إلا بالتصرّف، بخلاف غيرها، كما لا يخفى.

قوله: «إلا أن يفرّق هنا بأنّ المشروط له مالك للخيار قبل الردّ، ولو من حيث تملكه للردّ الموجب له».

[أقول:] وفيه: إمكان أن يقال: ذو الخيار في الشرط والحيوان أيضاً مالك

(١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهورح ٤.

للخيار قبل التفريق، ولو من حيث تملكه للتفرّق الموجب له.

قوله: «لكن الفرق يظهر بالتأمل».

أقول: كلما تأملنا لم يظهر لنا الفرق بين اشتراط الخيار بالتفرّق أو بالردّ، من حيث لزوم محذور جهالة مبدأ الخيار والغرر المنفي، إلا من حيث اغتقار الشارع جهل مبدأ الردّ وإمضائه الخيار المشروط به، فيخرج عن عموم الغرر المنفي^(١)، بخلاف جهل مبدأ التفريق، فإنه غير مغتفر شرعاً.

قوله: «ويحتمل عدم الخيار، بناءً على أن مورد هذا الخيار... الخ».

[أقول:] وفيه: أن احتمال عدم الخيار بعد تلف المبيع بناءً على ما ذكر منافٍ لعموم أدلة الخيار^(٢)، واستصحاب بقاءه، وأصالة عدم سقوطه بتلف المبيع. قوله: «لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط».

[أقول:] فيه: أن شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط بمعنى واحد لا بينونة بينهما توهم التنافي، إلا أن يقدر قوله المتقدم بقوله: لا تنافي بين تملك المشتري المبيع وبين شرطية بقاءه.

قوله: «ولم أعرف وجه الاستظهار».

أقول: وجهه ظاهر من تعليل كون نماء الثمن للبائع وغلة الثمن للمشتري بأنّ تلف المبيع من مال المشتري، القاضي بأنّ تلف الثمن من مال البائع أيضاً، وأنّ من كان عليه الغرم كان له الغنم، وبالعكس، وأنّ غنم النماء لمن عليه غرم الفناء.

قوله: «وإنما المخالف لها [هي] قاعدة أن الخراج بالضمان».

[أقول:] يعني: قاعدة الغنيمة لمن عليه الغريمة بالمثل والقيمة، وبالعكس،

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٦) ص: ٣١٤.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٥ ب «٨» من أبواب الخيار.

أعني: مفهومها، وهو كون الغريمة وضمان المتلف على من له الغنيمة ومنفعة النماء.

قوله: «لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى وجه الفرق بين الردّ والفسخ، حيث إنّ الردّ حقّ

للمشتري فيعتبر حضوره، والفسخ حقّ للبائع فلا يعتبر حضور المشتري.

قوله: «مدفوعة بأنّ هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الوليّ حتّى يناط

بالمصلحة... إلخ».

[أقول:] يعني: أنّ أخذ الحاكم الثمن الموجب لتسلّط البائع على الفسخ

كأخذ المشتري له ليس باختياره، بل هو بواسطة حقّ ذي حقّ الخيار، ولهذا لا

يعتبر قبول الآخذ ورضاه بالأخذ كائناً من كان، بل هو محكوم بتمكين خيار ذي

الخيار والأخذ بحقه، النافذ قهراً إلى المشتري أو من يقوم مقامه. فكما أنّه لو

امتنع المشتري من قبول ردّ من له الخيار وهو حاضر أجبره الحاكم أو قبض عنه،

فكذلك أخذ الحاكم وقبضه عنه إذا كان غائباً ممتنعاً عليه القبض والأخذ، من

باب الولاية الحسينية الشرعية.

هذا، مضافاً إلى أنّ تصرف الحاكم المنوط بالمصلحة إنّما يناط بالمصلحة

النوعية الشرعية، لا خصوص المصلحة الشخصية غير الشرعية. ألا ترى أنّ

الحاكم يجبر الممتنع على الحقّ كما يحكم للمحقّق بالحقّ؟! فكما له الأخذ بخيار

من يمتنع منه الأخذ بصغر أو جنون، كذلك عليه القبض وقبول الردّ عمّن عليه

القبض وقبول الردّ الممتنع منه بغيبة ونحوه.

قوله: «والظاهر^(١) أنّها مزاحمة عرفاً».

[أقول:] وفيه أولاً: أنّ المرجع في حكم مزاحمة الحاكم في المقام من

(١) في المكاسب: لكن الأظهر...

حيث الجواز وعدمه ليس إلى إجمال النصّ وعدمه، من حيث العموم والخصوص، حتّى يكون المرجع فيه إلى العرف، وإتّما المرجع فيه إلى ما يستفاد من الشرع بالأدلة الاجتهاديّة، من إنفاذ حكم الحاكم إلى الكلّ في الكلّ، وعدم جواز نقضه وردّه وعدم قبوله، أو بالأصول العمليّة، من أصالة البراءة، وعدم حرمة المزاحمة بهذا المعنى المشكوك عند فرض عدم الدليل.

وثانياً: سلّمنا، لكن من المعلوم شرعاً وعرفاً أنّ مزاحمة الحاكم غير الجائزة إنّما هو نقض حكمه، والحكم بعدم جواز ما هو صحيح جائز وعدم لزوم ما هو لازم من عقوده وإيقاعه، وأمّا القبض عنه ممّا هو لازم عليه، من قبول ردّ الثمن عليه بحقّ خيار من له الخيار، فليس بمزاحمة له أصلاً ورأساً، لا شرعاً ولا عرفاً.

نعم، لو كانت معاملة الحاكم السابق لازمة شرعاً أو عرفاً لا جائزة خياريّة، كان قبول الآخر ردّ ثمنه أو فسخه أو إقالته من غير حقّ ولا وجه مزاحمة له شرعاً وعرفاً، ونقضاً له.

قوله: «أمكن الجواز، لأنّه بمنزلة اشتراط إبقاء»^(١) ما في الذمّة بغير جنسه.»

[أقول:] أي: إثبات ما في الذمّة بغير جنسه، كتحويل الدراهم بدنانير في الذمّة، وبالعكس.

وتصحيح نسخة «الإبقاء» بإيفاء ما في الذمّة، أي: إسقاط وإبراء ما في الذمّة بغير جنسه، هو الصحيح المصحّح، والمصحّح للتنزيل والتعليل المذكورين، وإلّا لم يصحّ تعليل جواز ضمان التالف بغير جنسه بإثبات ما في الذمّة بغير جنسه، فإنّه غير جائز، فلا يصحّ تعليل الجواز به، بل ولا تنزيهه به مطلقاً، للفرق

(١) في المكاسب: إيفاء.

بينهما، من حيث إنَّ ضمان التالف بغير جنسه فيما نحن فيه إسقاط ما لم يجب بعد حين الشرط والضمان، فلا ينبغي أن يصحَّ، بخلاف إسقاط ما في الذمة بغير جنسه، فإنه إسقاط ما وجب وثبت في الذمة فعلاً، فيصحَّ إسقاطه بغير جنسه. قوله: «ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع. فتأمل.»

[أقول:] لعلَّه إشارة إلى المنع من التنزيل المذكور، لما عرفت من الفرق. أو إشارة إلى المنع من عدم منافاة ضمان التالف بغير مثله لمقتضى العقد، بدعوى منافاته له.

ولكن هذه الدعوى ممنوعة جداً، لوضوح أنَّ ضمان التالف المثلي بالقبلي وبالعكس إنما ينافي مقتضى العقد لولا الشرط، لا أنه ينافيه مطلقاً. قوله: «لأنَّ الخيار لكلِّ منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط.»

[أقول:] وفيه: أنَّ ثبوت الخيار الدائمي للعقد الجائز لا يمنع من اجتماع خيار الشرط معه، كما لا يمنع خيار المجلس وخيار الحيوان من اجتماع خيار آخر معه - من شرط أو غيره - وإن اتَّحدا زماناً، فيفيد الاجتماع عند إسقاط أحدهما جواز الأخذ بالآخر.

قوله: «دخول [خيار] الشرط في كلِّ عقد سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعق».

[أقول:] أمَّا استثناء الوقف وما بعده من العقود فمبنيٌّ على تعميم العقد لمطلق الإنشاء، أو جعل الاستثناء منقطعاً. وأمَّا صحَّة استثناء ما استثني فسيجيء ما فيه من المنع والنقض.

قوله: «أمَّا الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلِّي^(١).... إلخ.»

[أقول:] وفي كلِّ من المدعى ودليله منع ونقض. أمّا المدعى فلانتقاضه بصحة اشتراط البذل في الخلع، والخدمة في العتق، وبالشرط المعلوم الوقوع في الطلاق، كأنت طالق إن كان الطلاق يقع بك، وبالتخيير للزوجة بين الطلاق والبقاء إن اختارت نفسها في الحال، ولو على كونه من خصائص النبي ﷺ، أو على قول ابن الجنيّد^(١)، والوقف والصدقة بشرط عوده إلى مالكة إن احتاج، على قول السيّد^(٢) وجماعة^(٣).

وأما الاستدلال عليه بخروجه عن العقود، أو بتوقّفه على الإيجاب والقبول، أو بقوله: «الشرط ما كان قائماً بشخصين: المشروط له، والمشروط عليه».

ففيه انتقاضه أيضاً بإيقاع النذر والعهد واليمين مشروطاً بشرط قائم بشخص واحد، والوقف مشروطاً بعوده ملكاً بعد مدّة معلومة أو بشرط الاحتياج، والطلاق بشرط البذل، والعتق بشرط الخدمة، إلى غير ذلك. قوله: «خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس».

[أقول:] أي: من تفسيره بالإلزام والالتزام في البيع^(٤). قوله: «فالأولى الاستدلال عليه... بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات».

[أقول:] وفيه: النقض بفسخ الوقف المنقطع، ومشروعية فسخ الأبوين نذر الولد والمالك نذر المملوك والزوج نذر الزوجة، والرجوع في عدّة الطلاق الرجعي، بل وفي الخلع إذا رجعت في البذل.

(١) ذكر قوله العلامة في مختلف الشيعة: ٥٦٥.

(٢) الانتصار: ٢٢٦.

(٣) منهم المفيد في المقنعة: ٦٥٢، وسلار في المراسم: ١٩٧، والشيخ في النهاية: ٥٩٥.

(٤) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨.

قوله: «والرجوع في العدة ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعي للطلاق^(١)».

[أقول:] فيه: ما تقدّم^(٢) في أول الخيار من المنع والنقض، وتحقيق الفرق بين الحكم والحق.

فالتحقيق: أن عموم المقتضي لصحة الشرط بقوله ﷺ: «المسلون عند شروطهم، إلا ما خالف كتاب الله»^(٣) «وكل شرط جائز ولازم، إلا ما حرم حلالاً أو أحلّ حراماً»^(٤) حاكم وشامل جميع العقود اللازمة والجائزة والإيقاعات، وأنّ المانع المخصّص لعموم هذا المقتضي لصحة الشرط ينحصر فيما خالف المشروع من الشروط، وهو مختلف لا يطرد في كليّ الإيقاعات. كما أنّ عموم المقتضي لصحته أيضاً مختلف لا يطرد في كليّ العقود، بل مختلف باختلاف موارد المشروع وغير المشروع من الشروط كمّاً وكيفاً.

وبالجملة، المتبع هو المانع الشرعي المختلف كمّاً وكيفاً باختلاف موارد العقود والإيقاعات، غير المطرد ولا المضبوط فيما زعمه الأصحاب من الوجوه والموارد، تبعاً لما عليه العامة من الأقيسة والمقرّبات المرسلة.

قوله: «ولو كان عقداً، كالصلح المفيد فائدة الإبراء».

[أقول:] كأن يقول: صالحتك ما في ذمتك، أو على ما في ذمتك. وكون هذا المثال عقداً متضمناً للإيقاع مبنيّ على ما هو المشهور بكون الصلح من العقود لا تابعاً لما تضمّنه، وعلى كون الإبراء من الإيقاع لا يحتاج إلى القبول، وإلا فالمثال لا يطابق الحال.

(١) لم ترد «للطلاق» في المكاسب.

(٢) في ص: ٢٧٣ و ٢٧٤.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٢.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥، ولم يرد فيه صدر الحديث.

قوله: «لم يدخله، لأنّ مشروعيتّه لقطع المنازعة فقط... إلخ».

[أقول:] فيه [أولاً]^(١): أنّ مشروعية الصلح لقطع المنازعة لا ينافي انفساخه بمقتضى شرط خيار الفسخ، كانفساخه بسائر الخيارات كالعيب والغبن والحيوان، لاشتراك مصلحة قطع المنازعة في مشروعية كلّ مشروع من العقود والإيقاعات والخيارات.

وثانياً: لو سلّمنا ذلك كان المانع من دخول الخيار هو نفس عقد الصلح ومطلق المصالحة، لا ما تضمّنه من الإيقاع والإبراء الذي في ضمنه كما هو المدعى.

قوله: «ولا أقلّ من الشكّ في ذلك، الراجع إلى الشكّ في سببية الفسخ لرفع الإيقاع».

أقول: فيه أنّ أصالة عدم سببية الفسخ لرفع الإيقاع عند الشكّ في سببية دليل حيث لا دليل، من عموم المقتضى لسببية الشرط بقوله ﷺ: «كلّ شرط جائز ولازم»^(٢).

قوله: «فالأوّل النكاح فإنّه لا يدخله اتفاقاً».

أقول: فيه أنّ الذي لا يدخل النكاح اتفاقاً من الشروط إنّما هو شرط نفس الخيار على النحو الداخِل في البيع، الموجب لفسخه بمجرد الاختيار والإقالة. وأمّا اشتراط غير الخيار من الشروط الأخر الموجبة انتفاؤها لخيار الفسخ، كاشتراط البكارة أو بنت مهيّرة في الزوجة أو اشتراط الحرّية في كلّ من الزوجين، فلا خلاف في دخولها في النكاح على وجه لو ظهر خلاف الشرط كان للمشتراط الفسخ قضيّة للشرط.

(١) ما بين المعقوفين أضفناه بقرينة قوله بعد أسطر: وثانياً.

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة الهامش رقم (٤) ص: ٣٢٤.

وكذا يدخل في النكاح مطلق كل شرط سائغ مشروع، كاشتراط العدل في القسمة والنفقة، والتسري والتزويج عليها متى شاء، واختيار السكنى، وشرط الخيار أو التأجيل في المهر، وشرط التوارث، والإتيان ليلاً أو نهاراً مرة أو مراراً في المنقطع، إلى غير ذلك من الشروط الداخلة في النكاح أيضاً، إلا أن مخالفتها لا توجب ما توجهه الشروط الأول من حق خيار الفسخ والحكم الوضعي، بل يوجب اشتراطها مجرد الحكم التكليفي، وهو وجوب الوفاء بالشرط.

قوله: «والكبرى في الصغريين ممنوعة».

[أقول:] لانتقاض كلية الكبرى بصحة اشتراط خدمة مدّة في إعتاق العبيد، مع اشتراطه بالقرية، وكونه فكّ ملك بغير عوض. وبصحة اشتراط انقطاع الوقف ورجوعه ملكاً بعد مدّة في ضمن التحييس والوقف والصدقة والسكنى والعمرى، مع اشتراطها بالقرية، وكونها فكّ ملك بغير عوض.

قوله: «وفي دلالتها على المدعى تأمل».

[أقول:] وجه التأمل: أنّ عود الوقف والصدقة إلى الميراث بسبب الاشتراط، كما يحتمل أن يكون من جهة عدم دخول الشرط في الوقف والصدقة، وفساد الشرط المفسد للمشروط، وهو أصل الوقف والصدقة، كذلك يحتمل أن يكون من جهة صحة دخول الشرط وانفساخ المشروط به بعد تحقّق شرطه، وهو احتياج الواقف والمشرط إلى ما وقف وتصدّق.

قوله: «لعموم ما دلّ^(١) على أنّه لا يرجع فيما كان لله، بناء على [أنّ] الاستفادة منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهيّة الصدقة».

[أقول:] إنّما قيّد الدلالة بالبناء على الإفادة لاحتمال كون النهي عن

(١) الوسائل ٦: ٢٩٤ ب «٢٤» من أبواب الصدقة، وج ١٣: ٣١٥ «١١» من أبواب أحكام الوقف والصدقات.

الرجوع لمجرد التحريم أو التنزيه، لا الحكم الوضعي وهو عدم صحّة الشرط وعدم تأثيره الفسخ والرجوع. أو تقييد النهي عن الرجوع فيما كان لله بصورة عدم شرط الرجوع، لا مطلقاً حتّى مع اشتراط الرجوع، نظراً إلى خروج الرجوع. بمقتضى الشرط عن الرجوع المنهّي فيما كان لله من باب التخصّص أو التخصيص، بتحكييم عموم: «كلّ شرط جائز»^(١) على عموم النهي عن الرجوع فيما كان لله^(٢). قوله: «وتوهم إمكان إثبات السببيّة بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع».

[أقول:] لا وجه لوضوح اندفاعه سوى تحكييم عموم: «لا يرجع فيما كان لله»^(٣) على عموم دليل الشرط^(٤)، وإلاّ فعلى تقدير العكس أو كون النهي لمجرد الحرمة أو التنزيه فيمكن إثبات السببيّة بعموم دليل الشرط. قوله: «الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي».

أقول: هذا مبنيّ على القول بانصراف صدق الشرط إلى الشرط الضمني في ضمن الإنشاء القولي، كما عرفت عن القاموس^(٥) ومختار المصنّف، وإلاّ فعلى تعميم الشرط يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي أو بالإخبار القولي، بأن يقول: لي الخيار حال اشتغاله بفعل التعاطي، أو حال إخباره عنه بأنّي أتعاطى البيع ولي فيه الخيار، بل ويمكن صدقه على الشرط الابتدائي من غير ضمن أيضاً. قوله: «كما إذا زوّجها الوليّ بدون مهر المثل، وفيه نظر».

[أقول:] وجه النظر: أنّ مشروعيّة فسخ المولّي عليه عقد الوليّ بدون مهر المثل دفعاً لضرره وجبراً لكسره لا يستلزم دخول خيار الشرط فيه ومشروعيّة

(١) تقدّم ذكر مصدره في هامش (٤) ص: ٣٢٤.

(٢) تقدّم ذكر مصدره في هامش (١) ص: ٣٢٦.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٥) في هامش (٤) ص: ٣٢٣.

الفسخ به، للفرق بين الفسخين، أو النصّ الفارق في البين.

قوله: «هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي».

[أقول]: وفيه: أن تخصيص اختلافهما بالمتعلق يوهم اتّحادهما في معنى

الخدعة والباب والتعدية، كما صرّح بهذا التوهّم في آخر المسألة بقوله:

«فيحتمل - أي: في نصوص النهي عن الغبن - كون الغبن بفتح الباء»، فيكون غابن

الرأي كغابن البيع بمعنى خادعه، أي: صرفه عن الحقّ إلى الباطل، والحال أنّ

الصاح (١) والقاموس (٢) والمصباح (٣) مصرّحون بأنّ «غبنته في البيع» من باب

«ضرب» بفتح العين بمعنى: خدعته، و«غبن رأيه» من باب «تعب» بكسر العين

بمعنى: نقص رأيه وضعف عقله وقلّ ذكاؤه وفطنته، وبينهما بون بعيد من حيث

الباب والفدية واللزوم والتعدية، فإنّ الغابن في البيع قويّ الرأي والعقل متعدّد،

والغابن في الرأي بالعكس ضعيف الرأي والعقل ولازم.

قوله: «والظاهر أنّ كون الزيادة ممّا لا يتسامح به شرط خارج عن

مفهومه».

[أقول]: أي عن منصرف صدقه تخصّصاً، أو عن إطلاق حكمه تخصيصاً.

قوله: «ولا يعدّ ذلك خلافاً في المسألة».

لتصريحه به هو في شرائعه بقوله: «الرابع: خيار الغبن (٤)... إلخ». ولأنه

مسبوق بإجماع الغنية (٥)، وملحوق بإجماع المختلف (٦) من زمانه إلى يومنا هذا.

(١) الصحاح ٦: ٢١٧٢.

(٢) القاموس المحيط ٤: ٢٥٣.

(٣) المصباح المنير: ٤٤٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣.

(٥) غنية النزوع: ٢٢٤.

(٦) مختلف الشيعة: ٣٤٦.

قوله: «عن الإسكافي^(١) منعه لبناء البيع على المغالبة».

[أقول:] وفيه أولاً: منع البناء.

وثانياً: لو سلّم فإنّما هو في خصوص التجارة لا مطلق المبايعة. وثالثاً: لو سلّم فإنّما هو بما يتسامح فيه لا الغبن الفاحش.

ورابعاً: لو سلّم البناء مطلقاً في مطلق لكن البناء على المغالبة لا ينافي الحكم الشرعيّ بالخيار.

قوله: «المغبون لو عرف الحال لم يرض».

[أقول:] وفيه: أنّ المدار على الرضا الفعليّ الحاصل، لا على عدمه الشأني. فلا استدلال بالرضا على خلاف المدعى أدلّ، وهو من أدلّة العمامة^(٢)، وتبعهم العمامة^(٣).

قوله: «وعدم^(٤) وجودها في الكتب المعروفة».

أقول: وإن لم يوجد في الأصول المعروفة إلاّ أنّه يكفي في انجبارها ما في الغنية^(٥): «نهى عَلَيْهِ السَّلَامُ عن تلقّي الركبان». وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فإن تلقّى متلقّي فصحاب السلعة بالخيار إذا دخل السوق»^(٦). مضافاً إلى الشهرة وإجماع الغنية^(٧) والمختلف^(٨)، ونفي الخلاف عنه. وعموم لا ضرر^(٩) ولا غرر^(١٠). وخصوص ما

(١) حكاه عنه الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية ٣: ٢٧٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٩٣، الشرح الكبير ٤: ٨٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٢.

(٤) في المكاسب: لعدم.

(٥ و ٧) غنية النزوع: ٢٢٤.

(٦) جامع الأصول ١: ٤٤٥، السنن الكبرى ٥: ٣٤٨.

(٨) مختلف الشيعة: ٣٤٦.

(٩) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار.

(١٠) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

في المستدركات عن الصادق: «إذا باع رجل من رجل سلعة ثم ادعى أنه غلط في ثمنها، وقال: نظرت في بارنامجاتي فرأيت فوتاً من الثمن وغبناً بيئناً، قال: ينظر في حال السلعة، فإن كان مثلها يباع بمثل ذلك الثمن أو بقريب منه، مثل ما يتغابن الناس بمثله، فالبيع جائز، وإن كان أمراً فاحشاً وغبناً بيئناً حلف البائع بالله الذي لا إله إلا هو على ما ادعاه من الغلط، إن لم يكن له بيئنة، ثم قيل للمشتري: إن شئت خذها بمبلغ القيمة، وإن شئت فدع»^(١).

قوله: «وقد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل . فتأمل» .
 [أقول: إشارة إلى أن تعلق غرض الغابن بما انتقل إليه أمر غالب بل دائم لا يعارض بما هو نادر بل أندر، من أن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لاقتنائها للتجمل، على وجه يستنكف عن اقتنائها بقيمة يسيرة للتجمل .
 أو إشارة إلى أن الخيار جبر للضرر لا لنقض الغرض، ومن المعلوم أن مطلق نقض الغرض - سيما الغرض النادر الأندر - ليس في العرف بضرر حتى ينفيه عموم لا ضرر^(٢)، سيما إذا أقدم عليه باختيار .
 فالأقوى والأظهر - سيما من نصّ المستدركات^(٣)، وأدلة نفي الغبن^(٤) والضرر^(٥) والغرر^(٦)، وإن كان مخالفاً للأشهر - هو انجبار ضرر المغبون برّد الزيادة الغبنيّة، وعدم خيار الرّد له على الغابن، إلا بعد الامتناع عن ردّ الزيادة الغبنيّة . وهذا المقدار من الخيار جمع بين الحقين، ودفع لضرر الجانبين، وإنصاف في البين .

(١) والمستدرك ١٣: ٣٠٧ ب «١٣» من أبواب الخيار ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار .

(٤) الوسائل ١٢: ٣٦٣ - ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ١ و ٢ .

(٥) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار .

(٦) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣ .

قوله: «ويظهر منه أنّ ما ذكره أولاً حديث رابع»^(١).

أقول: بل في المستدركات حديث خامس، وهو: «غبن المسترسل ربا»^(٢). وسادس صريح في الخيار الجامع بين الحقيين، قد نقلناه وراء الصفحة^(٣).
قوله: «فيحتمل كون الغبن بفتح الباء».

أقول: [فيه: ما يبيّنه في أول المسألة^(٤) من أنّ الغبن بالفتح من بابٍ لازم، بمعنى: نقص الرأي والعقل وقلة الذكاء والفظانة، لا بمعنى الغبن بالسكون وهو الخدعة، فلا يمكن إرادة الغبن بالفتح من تلك النصوص^(٥) الناهية عنه، بل يتعيّن إرادة الغبن بالسكون منها قطعاً.

قوله: «ففي الخيار وجه».

أقول: [وجه ليس تقييد المقدار المقدم عليه من الضرر بشرط عدم الزيادة حتّى يرده عدم تقييده بشرط، بل لأنّ المتيقّن من الإقدام في الخروج عن إطلاق الغبن وعموم حكمه بالخيار ونفي الضرر هو صورة تقييد المقدم عليه بصورة عدم الزيادة، لأنّه فعل مجمل لا قول مطلق حتّى يؤخذ بإطلاقه ويخصّص به عموم دليل الخيار والضرر.

نعم، لو صرّح لفظاً في ضمن العقد بأنّي مقدم على قدر من الزيادة، فبان أنّه أزيد بزيادة لا يصدق الغبن بها منفرداً إلاّ بانضمام الساقط إليه، لم يكن وجه لخياره.

(١) مجمع البحرين ٥: ٣٨٣.

(٢) المستدرک ١٣: ٣٠٧ ب «١٣» من أبواب الخيار ح ١.

(٣) تقدّم ذكره في ص: ٣٢٩.

(٤) في ص: ٣٢٨.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٦٣ ب «١٧» من أبواب الخيار.

قوله: «وبأنّ موكله^(١) يعقد على أزيد».

[أقول:] الصحيح أنّ وكيله يعقد على أزيد، لأنّ الكلام في عقد الوكيل وتقريره له، أي: تقرير الموكل له.

قوله: «لجهله بالحال. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ جهل المغبون وإن لم يحس ويعسر الاطلاع عليه إلاّ لعلام الغيوب، إلاّ أنّه ليس ممّا لا يحسّ مطلقاً لا بنفسه ولا بآثاره كعلم النجوم وآثاره، حتّى لا يقبل قول مدّعيه، ويتعدّد الاطلاع فيه، بل هو كالعلم والخبريّة وملكمة العدالة والاجتهاد من الأمور غير الحسيّة التي هي في حكم الحسيّة، من جهة أنّ لها آثاراً حسيّة يمكن الاطلاع بها ويقام البيّنة عليها، كإقرار المغبون بعلمه أو معلوميّة خبريّة بحيث لا تخفى عليه الزيادة الغنيّة، أو فرحه وانبساطه بالبيع الكاشف عن جهله بغبنه، وتكذّره وندامته من البيع بعد ظهور غبنه.

أو إشارة إلى أنّ اتفاق تعسّر إقامة البيّنة على الجهل وإن أثر قبول قول مدّعيه في مورده، إلاّ أنّه لا يوجب مطلقاً على وجه الكلّيّة التي هي محطّ النظر. أو إشارة إلى أنّ الاحتياج في قبول قول مدّعي الجهل إلى تعسّر إقامة البيّنة إنّما هو على تقدير كون مدّعي الجهل مدّعيّاً لخلاف الأصل والظاهر، والمفروض خلافه، وكونه منكر العلم بالغبن، فلا يتوقّف قبول قوله على تعسّر إقامة البيّنة عليه. هذا، إذا حلف حلف المنكر. وأمّا إذا حلف اليمين المردودة ثبت به غبنه على كلّ من تقديري كونه منكراً أو مدّعيّاً.

قوله: «مع أنّ عموم تلك القاعدة ثمّ اندراج المسألة فيها محلّ تأمل».

[أقول:] أمّا وجه التأمل في عموم قاعدة قبول قول ما تعسّر فيه البيّنة لكلّ

(١) في المكاسب: وكيله، وإشكال المحشّي «قدّس سرّه» يبنتي على نسخته من المكاسب.

ما هو حَسِّيٌّ أو في حكم الحَسِّيِّ وإن كان له آثار حَسِّيَّة، فلاحتمال اختصاصها بما ليس بحَسِّيٍّ ولا له آثار حَسِّيَّة، كالإقرار وظهور الآثار.

وأما وجه التأمل في اندراج المسألة فيها على تقدير عمومها، فلا مكان منع تعسّر البيّنة على جهل المغبون.

قوله: «لا [دليل] نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكاليف لا يكون إلا إذا كان تحمّله حرجاً».

[أقول:] وذلك لما فرضنا من حكومة دليل التكليف بالضرر المالي - كتضايف قيمة ماء الوضوء، والحجّ والزكاة والخمس، ونفقة واجبي النفقة - على عموم نفي الضرر، بل وكذلك دليل التكليف بالضرر النفسيّ والبدنيّ في الحجّ والجهاد والصيام حاكم على دليل نفي الضرر.

وبعد فرض تحكيم أدلّة التكليف بالضرر الماليّ أو البدنيّ أو النفسيّ على دليل نفي الضرر لم يبق للمحكوم على حاكمه حكومة، بل ينحصر الحاكم على هذا الحاكم شرعاً في دليل نفي الحرج والعسر النافي للضرر المجحف لا مطلق الضرر.

قوله: «وهو محال . فتأمل».

[أقول:] لعلّ وجهه أنّ المحال هو اعتبار الأقلّيّة والأكثريّة بالنسبة إلى المال، وأما بالنسبة إلى الحال فليس بمحال.

قوله: «فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقلّ من القيمة السوقية بخمس تومان».

[أقول:] اعترض عليه الفاضل المامغاني في شرحه بأنّ أقلّ ما يوجب خيار الغبن هو الزيادة بقدر خمس الثمن أو القيمة، وهو تومان لا خمس تومان، كما نقله المصنّف عن صريحه.

فأجاب بأنّ قرار المصنّف بالخُمس المحكيّ عنه التصريح بغبنه هو ما ذكره في طرف غبن المشتري، من زيادة الدنانير على أربعة توأمين بخمس توأمين إلاّ خمساً، وهو ثمانية قرانات التي هي خمس أربعة توأمين^(١).

وفيه: أنّ هذا الجواب لا يوافق رأي المصنّف الحاكي ولا رأي المحكيّ عنه التصريح بغبن الخمس في المثال. أمّا المحكيّ عنه فلتصريحه الصريح بكون الغبن في المثال من الطرفين لا من طرف واحد. وأمّا المصنّف فلتصريحه الصريح أيضاً في الجواب عنه بقوله: «الحقّ ما ذكرنا من وحدة المعاملة، وكون الغبن من طرف واحد»^(٢) يعني: من طرف البائع الشارط لا المشتري المشتراط عليه.

بل الصواب في الجواب: أنّ مراد كلّ من الحاكي والمحكيّ عنه مثال غبن من الطرفين إنّما هو غبنه بمقدار الخمس، وهو في المثال تومان من طرف غبن البائع، وتومان إلاّ خمساً من طرف غبن المشتري، كما صرّح به بقوله: «ثمّ تبين أنّ المتاع المشتري بأربعة توأمين يسوى خمسة... إلخ» إلاّ أنّ البائع لمّا استوفى من غبنه المشتري مقدار أربعة أخماس غبن المشتري له، كان له حقّ مطالبة الباقي من مال الغبن، وهو خمس الباقي، أعني: خمس التومان، كما هو صريح عبارته الفارسيّة^(٣) المحكيّة بالعربيّة.

قوله: «وإنّما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله إيّاه إلى مكان الرخص». [أقول]: فيه: أنّ العبرة في القيمة إن كان على مكان البائع والمبيع فالمشتري مغبون لا البائع، لوجود المبيع في مكان الرخص فعلاً لا تقديراً بأقلّ قيمته، فلا يتوقّف غبنه بأقلّ القيمتين على تقدير قبضه ونقله إلى محلّ الرخص بعد فرض وجوده فعلاً فيه. وإن كان العبرة في القيمة على مكان المشتري،

(١) نهاية المقال في تكملة غاية الآمال: ٧٧.

(٢) المكاسب: ٢٣٧.

(٣) جامع الشتات ١: ١١١.

فلاغبين في شيء من الطرفين .

أمّا من طرف المشتري فواضح . وأمّا من طرف البائع فلأنه مغبون على تقدير قبض المشتري ونقله إلى الغلاء .

قوله: «ومّا يؤيّد الأوّل أنّهم اختلفوا... إلخ» .

[أقول:] وجه كونه مؤيِّداً لا دليلاً أنّ حكمهم . بصحّة تصرّفات الغابن حين جهل المغبون وإنفاذها، كما يحتمل أن يكون من جهة عدم خيار المغبون حين جهله، كذلك يحتمل أن يكون من جهة عدم منافاة صحّة تصرّفات الغابن في الظاهر لثبوت فسخ المغبون في الواقع فضلاً عن خياره، لإمكان انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البديل .

قوله: «ويؤيِّده أيضاً الاستدلال... إلخ» .

[أقول:] وجه كونه مؤيِّداً لا دليلاً: أنّ دخول السوق وظهور الغبن، كما يحتمل أن يكون شرط حدوث الخيار، كذلك يحتمل أن يكون شرط إعماله وانكشافه .

قوله: «لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين... إلخ» .

أقول: إن أراد إرجاع النزاع في المسألة إلى النزاع اللفظي بهذا التوجيه، فهو الذي ينبغي، لكنّه بعيد عن فهم العلماء ومقاصدهم . وإن أراد إرجاع النزاع إلى النزاع في الصغرى والمبنى والموضوع، فلا جدوى فيه، بل الجدوى والغاية القصوى إنّما هو في ترجيح أحد المبنيين وأحد الوجهين على الآخر .

فقول: أظهر الوجهين هو الوجه الثاني، وكون خيار الغبن كسائر الخيارات، وحقّه كسائر الحقوق الشرعيّة حكم شرعيّ وحقّ واقعيّ مترتب على نفس الغبن، علم به المغبون أم لم يعلم، وإنّما المتوقّف على العلم إعماله والأخذ به لا أصل ثبوته الواقعي .

ومنه يظهر لك وجه النظر بل المنع من قوله: «نَمَّ إِنَّ الْآثَارَ الْمَجْعُولَةَ للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف... إلخ» فإن فيه: أَنَّ مسقطية التصرف للخيار لم يترتب على ظهور الغبن، ولا على فعلية الخيار شرعاً، وإنما علم من تعليل مسقطية التصرف بأنه «رضي بالعقد» اشتراط مسقطية التصرف بكونه كاشفاً عن الرضا، ولا كشف عنه إلا بعد العلم بغبنه، وأين هذا من ترتب مسقطية التصرف على العلم بالغبن وكونه من آثاره؟ ولهذا لم يعتبر في المسقط القولى كونه بعد العلم بالغبن، بل يسقط الخيار به مطلقاً.

قوله: «وأما خيار الرؤية فسيأتي أن ظاهر التذكرة^(١) حدوثه بالرؤية». [أقول:] فيه: أن هذا الاستظهار من ظاهر إضافة الخيار إلى الرؤية، والمفروض خلافه، وأن معنى خيار الرؤية هو خيار تخلف الوصف المنكشف بالرؤية لا الحادث المشروط به قطعاً.

قوله: «والقذف وما دونه حقان مختلفان».

[أقول:] فيه: إمكان منع الفرق بين القذف وما دونه من الشتم وبين المائة وما دونه من العشرة، سوى كون النسبة بين الأولين التباين وبين الآخرين الأقل والأكثر. فإن كان ملحوظ المسقط حقه أصالة ما دون الآخر من الفردين فلا يعم الآخر، وإن كان ملحوظه أصالة إسقاط كلي حقه فيسقط وإن زعمه ما دون.

قوله: «وهذا هو الأقوى. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنه يغتفر في المصالحة ما لا يغتفر في غيرها، من جهة أنها مشروعة لمصلحة رفع الخصومة، فلا تكون مثاراً لها.

قوله: «كإبراء [المالك] الودعي المفرط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب».

[أقول:] وفيه: أن الحكم في المقيس عليه فضلاً عن المقيس ممنوع، فإنّ ظهور حقّ الضمان وحقّ الخيار إن كان شرطاً لحدوثه في المقيس عليه - كما فرض في المقيس - كان إسقاطه قبل ظهوره في المقيس عليه ممنوعاً فضلاً عن المقيس، لأنّه إسقاط ما لم يجب، فلا يسقط بإسقاطه قبل وجوبه. وإن كان ظهوره كاشفاً عن سبق ثبوته بالعقد كان هو الفارق بين المقيس والمقيس عليه في مسقطيّة إسقاطه قبل ظهوره وعدمه.

قوله: «فإنّ الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقّف تحقق مفهوم الإنشاء عليه... إلخ».

[أقول:] وفي الروضة جعل الفارق بين الشرط الممنوع من الإنشاء وغيره في معلوم الوقوع له وغيره، قال: «ولا يقع الطلاق معلّقاً على شرط أو صفة، إلّا أن يكون الشرط معلوم الوقوع حالة الصيغة، كأنت طالق إن كان الطلاق يقع بك، وهو يعلم وقوعه»^(١).

وكلّ من الفرقين غير فارق، لانتفاضة في العقود بصحة اشتراط البكارة وبنّت المهيرة في الزوجة والحرية في كلّ من الزوجين، بل وبصحة كلّ شرط سائغ، من اشتراط السكنى والعدل في النفقة والقسمة وأن يتسرّى أو يتزوّج عليها متى شاء، وبصحة تعليق العتق على الموت، والنذر وشبهه على شفاء مريض أو هلاك عدوّ، إلى غير ذلك من الشروط السائغة في الإنشاء باتّفاق وتصريح منهم، مع أنّها ليست بمعلوم الوقوع ولا بمتوقّف عليها تحقق الإنشاء.

فالتحقيق: جعل الفارق بين الممنوع والمانع من الشروط في الإنشاء وعدمه فيما قدّمناه من الضابط الكلّي المطرّد في جميع الشروط غير المنتقض بشيء منها، من أنّ كلّ شرط تعلّق بنفس الإنشاء منع من تحقّقه مطلقاً، ولو توقّف

عليه تحقّقه وكان معلوم التحقّق، كأنّك طالق إن كنت زوجتي أوصحّ طلاقك، وأنت حرّ إن كنت ملكي أو رقي، وبعثك هذا إن كان ملكي أو صحّ بيعي، وكلّ شرط تعلّق بالمنشأ وآثار الإنشاء لا نفس الإنشاء لم يمنع منه مطلقاً، ولو لم يتوقّف عليه تحقّق الإنشاء ولم يكن معلوم التحقّق أيضاً، كتعليق العقد والإيقاع بما تقدّم من الشروط الناقضة للفارقين.

قوله: «احتمل الفرق بين الخيارين بأنّ الغرر في الغبن سهل الإزالة».

[أقول]: وجه الفارق: أسهليّة إزالة خيار الغبن بالاختيار واستعلام الحال

قبل الرؤية، بخلاف خيار الرؤية، فإنّ غرره لا يزول إلاّ بالرؤية.

ووجه الفاضل المامعاني الفرق بينهما بأنّ الغبن زيادة ماليّة يمكن جبره

بالأرش، بخلاف خيار الرؤية، فإنّه مخالفة وصفية لا يمكن جبره بالأرش^(١).

وفيه أولاً: أنّ المخالفة الوصفية الموجبة للخيار أيضاً راجعة إلى ما

تختلف به القيمة وإن لم يبلغ حدّ الغبن، وإلاّ لم يوجب الخيار.

وثانياً: لو سلّمنا الفرق المذكور كان غرر خيار الرؤية أقلّ من غرر الغبن،

لعدم بلوغه حدّ الغبن، فيكون هو أسهل في رفع الاشكال لا الغبن.

وثالثاً: أنّ الكلام إن كان قبل اشتراط إسقاط الخيار فهو خارج عن محلّ

إشكال اشتراطه، فلا يتوقّف رفع إشكاله على الفرق المذكور بينهما. وإن كان بعد

اشتراط إسقاطه فلا خيار أصلاً، فضلاً عن الفرق المذكور بينهما.

قوله: «لأنّه حكم شرعيّ لا يرتفع به موضوع الغرر... إلخ».

[أقول]: لا يقال: وإن لم يرتفع بالخيار موضوع الغرر المبطل للبيع، إلاّ أنّه

يرفع به موضوع الضرر أو يجبر به كسره ويرفع به حكم الضرر والغرر، وهو

البطلان.

(١) نهاية المقال في تكملة غاية المراد: ٧٩.

لأننا نقول: الضرر المبطل هو موضوع الغرر، وأما ما عدا الغرر من الضرر فغير مبطل، خصوصاً المقدم عليه اختياراً بإسقاط خياره المفروض فيما نحن فيه.

قوله: «ولا تنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن إسقاط الحق وإن لم يناف استحقاقه، بل استلزمه وأكده، كالتوبة والعتو حيث لا تنافي الذنب بل تستلزمه، إلا أن الابتاع بشرط الوصف ينافي اشتراط إسقاطه خياره، لأنه في معنى إلغاءه تأثير الشرط الخيار، فاشتراط إسقاطه منافٍ لمقتضى اشتراطه في كلام واحد.

نعم، لو ابتاع بالوصف لا على وجه الشرطية، بل على وجه التعدد^(١) المطلوب، أو اشترط إسقاط خياره في ضمن عقد آخر، صحَّ الإسقاط ولم يتناقض قطعاً.

قوله: «إلا أن يقال: إن الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى إمكان منع الاستصحاب بفرض كون الشك في المقتضي وتبدل موضوع الاستصحاب، لأنَّ المتيقن من الإجماع هو ثبوت الخيار قبل التصرف، وأما بعده وبعد العلم بالغبن فلم يعلم المقتضي له حتى يستصحب، بل موضوع ما قبل التصرف عن علم - الذي هو معقد الإجماع على الخيار - متبدل بالتصرف عن علم، فلا يستصحب قطعاً. فتأمل.

قوله: «وفي لحوق الامتزاج مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه».

[أقول:] اللحوق مطلقاً، وعدمه مطلقاً، واللحوق في الجملة، وهو التفصيل

(١) كذا في النسخة الخطية، ولعلَّ الصحيح: تعدد.

بين الامتزاج بالزيادة الممكنة فلا يلحق بالتلف، والزيادة العينية فيلحق به .
 قوله: «بناءً على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين . فتأمل» .
 [أقول:] هكذا نقلت عن نسخة الأصل وصححت به . إشارة إلى إمكان منع
 الرد في الوسطى أيضاً بمنع مبناه، وهو الفرق بينها وبين غيرها في الشركة المانعة
 من الرد .
 أو إشارة إلى أن الشركة مطلقاً ولو كانت عينية لا تمنع من الرد إذا رضي
 بها الغابن أو عافها المغبون .

قوله: «ومقتضى فسخ البيع الأوّل تلقّي الملك من الغابن» .
 [أقول:] أي: مقتضى فسخ المغبون البيع الأوّل انفساخ البيع الثاني من
 أصله، فيتلقّى المغبون المبيع من الغابن، لا فسخ المغبون البيع الثاني بعد فسخ
 الأوّل حتّى يتلقّى المبيع من المشتري الثاني .
 قوله: «ويمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إمّا بدخول العين في
 ملكه... الخ» .

[أقول:] يعنى: إن انفسخ البيع الثاني من الغابن ودخل العين في ملكه
 بمجرد فسخ المغبون يبيعه الأوّل، فلا حاجة إلى فسخ البيع الثاني حتّى يعين
 فاسخه في الغابن وإلا فالحاكم وإلا فالمغبون . وإن لم يوجب فسخ المغبون دخول
 العين في ملكه، بل أوجب استحقاق بدله، فلا وجه للعدول ممّا استحقّقه بالفسخ
 إلى غيره وهو العين .

قوله: «وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين» .
 [أقول:] وهو كون الفارق بين التفاسخ والفسخ بالخيار: أنّ الإجارة
 المستتبعة للمنفعة الفائتة من المالك عند المستأجر بعد الفسخ حدث في محلّ
 معرض الزوال بالخيار فلا يجب تداركها، وبعد التفاسخ لم يحدث في محلّ

معرض الزوال، لأنّ التفاسخ أمر طارٍ اتّفقا عليه من دون سبق سبب الخيار، فيجب تداركها بأجرة المثل.

قوله: «مضافاً إلى مفهوم قوله ﷺ: ليس لعرق ظالم حقّ»^(١).

[أقول:] استدللّ بمفهومه على ثبوت حقّ بقاء الغرس في الأرض لغير غاصبها، فليس لمالك الأرض قلع ما غرس فيها غير غاصب بل بإذن شرعيّ. كما استدللّ بمنطوقه على عدم حقّ بقاء الغرس فيها للغاصب، بل للمغصوب منه قلع ما غرس الغاصب في أرضه. والعرق واحد عروق الشجر. وروايته بالإضافة أبلغ منه بالتنوين.

قوله: «فعلية أرش طمّ الحفر».

[أقول:] أي: أجرة طمّ للطّام. وأمّا أرش نقص الأرض لمالكها بواسطة الحفر والطمّ وإن كان على قالع الغرس أيضاً، إلّا أنّه خلاف الظاهر من أرش الطمّ، لأنّه أرش الحفر ونقص الأرض لا أرش الطمّ.

قوله: «فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى دقّة أنّه ليس من باب استحقاق الغرس المكان أصالة، بل من باب مقدّمة وجوب محافظة كلّ من الملكين بالمكان وبالعكس، من باب الملازمة التبعيّة والمقدّميّة لا الحقوق الأصليّة، كما لا يخفى.

قوله: «لطول مدّة البقاء. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى منع فارقية طول مدّة البقاء وعدمه بين المسألتين غالباً، لأنّ الإبقاء بالأجرة إن رفع ضرر مالك الأرض ارتفع مانع إبقاء كلّ من الزرع والغرس بالأجرة، وإن لم يرفع ضرره لم يرتفع مانع الإبقاء منها من غير فارق. وأمّا اتّفاق مانعيّة طول مدّة الغرس من بعض التصرفات المقصودة لمالك الأرض،

فيعارض بأنه قد يتفق أحياناً أنّ عدم طول مدّة الزرع وإن قلّ جداً قد يمنع من بعض التصرفات المقصودة لمالك الأرض أحياناً.

أو إشارة إلى أنّ ضرر المالك بإبقاء الغرس معارض بضرر الغارس في قلع غرسه مع كون الغرس بحق. إلا أن يقال: إنّه أقدم على ضرره بوضع غرسه في معرض الزوال.

قوله: «وفي استحقاقه لأرش النقص، أو تفاوت الرداءة [من] الجنس الممتزج، أو من ثمنه وجوه».

[أقول:] الفرق بين أرش النقص وتفاوت الرداءة: أنّ امتزاج الأجوّد بالأردأ يسلب عنه وصف الأجوّديّة المضمونة على المازج، ويحدث فيه بواسطة التركيب وسلب وصف الأجوّديّة وصف ناقص ثالث متوسّط من الأجوّد والأردأ.

فإن كان المضمون على المازج أرش وصف الأجوّديّة المسلوّبة مطلقاً لزمه أرش تفاوت الأجوّديّة والأردئيّة. وإن كان المضمون عليه هو أرش وصف الأجوّديّة المسلوّبة بالنسبة إلى وصف الأردئيّة المتوسّطة الحادثه، لزمه أرش نقصانه بأرش التفاوت الذي بينه وبين الأجوّد، وهو أقلّ دائماً أو غالباً من أرش تفاوت الرداءة، وأوجه وجهي ضمان غير الغاصب، وأعدل وجهي الضمان في أرش النقصان، سيّما إذا كان النقصان على وجه العدل لا العدوان.

كما أنّ أوجه وجهي ضمانه من الجنس الممتزج أو من ثمنه هو ضمانه من ثمنه لا جنسه، لكن لا لما قيل من استلزام ضمانه من جنسه الربا، بل لأنّ وصف الأجوّديّة المضمونة على المتلف من القيمي لا المثلي حتّى يضمن بالمثل والجنس.

قوله: «والتلف إمّا أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى

المغبون».

[أقول:] وحاصل صور التلف منتهية إلى ثمان، أربع صور تلف ما وصل إلى الغابن، وأربع صور تلف ما وصل إلى المغبون. وقد أشار المصنّف إلى حكم كلّ منها.

قوله: «صريح في أنّ العبرة بقيمة يوم الانفساخ، دون تلف العين».

[أقول:] وذلك لأنّ المضمون قيمته هو المقبوض المبيع ثانياً، حيث إنّ بيعه الثاني بمنزلة تلفه المضمّن لقيّمته، ولو كان المضمون قيمته يوم تلفه لكان قيمته يوم بيعه الثاني لا يوم انفساخ بيعه الأوّل، بواسطة تلف عوضه غير المقبوض.

قوله: «والفرق بين المسألتين مشكل».

[أقول:] يمكن الفرق بأنّ الضمان تابع لسببه الأصلي الأوّلي، فإن كان سببه الأصلي هو الانفساخ لا الإتلاف بالبيع - كما في المسألة الثانية - كان المضمون على المتلف ضمانه يوم الانفساخ لا البيع. وإن كان سببه الأصلي هو التلف - كما فيما نحن فيه، فإنّ تلفه في زمان خيار الفسخ وزوال البيع وتزلزله السابق سبب أصليّ لكلّ من الفسخ والضمان - كان المضمون على المتلف قيمته يوم التلف لا الفسخ. فتدبرّ جدّاً.

قوله: «ولذا صرّح في الشرائع^(١) بجواز المصالحة على ذلك المتلف».

أقول: جواز المصالحة علّة كون المال المتلف في ضمان متلفه وذمّته، لا علّة رجوع المغبون بعد فسخ المتلف إلى متلفه دون غابنه الذي هو المدعى ظاهراً، فإنّ هذا التعليل لا يمنع من رجوع المغبون إلى غابنه، لاستحقاقه البدل على المتلف، ورجوع الغابن إلى متلفه، لأنّ التلف حين هو في ملكه، أو تخيير المغبون إلى أيّهما شاء.

قوله: «وفيه ما لا يخفى».

[أقول:] فإنَّ مشروعیة العلم لقطع المنازعة حکمة لا علة مطرودة.
 وثانياً: لو سلّم علیته فلا ینافیہ جبران ضرر المغبون بخیاره، وعدم
 الملازمة بین مشروعیته لقطع النزاع و بین التزام المغبون بضرر الغبن.
 وثالثاً: لو سلّم فهو منافٍ لجعل الخیار فیہ بالشرط لا للخیار المشروع
 بالأصل.

قوله: «مقام جریان الاستصحاب لا یجوز فیہ الرجوع إلى العموم، ولو
 على فرض عدم الاستصحاب».

[أقول:] وذلك لفرض عدم العموم الأزمانی، وكون الزمان ظرفاً للحکم لا
 موضوعاً له. فإذا فرض مع ذلك مانع من الاستصحاب رجع فیہ إلى أصل آخر
 من براءة أو اشتغال. كما أنه فی مقام جریان العموم، وهو موضوعیة الزمان
 للحکم لا ظرفیته له، كقولك: أكرم العلماء كلَّ يوم يوم، لا یجوز الرجوع إلى
 الاستصحاب ولو فرض عدم العموم، لتبدل موضوعه، فیتعین الرجوع إلى أصل
 آخر من براءة أو اشتغال أو غلبة اللزوم.

قوله: «لم یجز التمسك بالعموم أيضاً، نعم یتمسك فیہ [حينئذٍ] بأصالة
 اللزوم الثابتة بغير العمومات».

[أقول:] وذلك لا لأنَّ اللزوم الثابت بالعموم مخصّص بالخيار، فلا یجوز
 الرجوع فیما عدا المتیقّن من زمانه إلى العموم، حتّى یرد علیه بأنَّ تخصیص
 اللزوم بالخيار إن منع من الرجوع فی مشکوکه إلى العموم منع من الرجوع فیہ إلى
 أصالة اللزوم أيضاً، بل لأنَّ المفروض انتفاء العموم الأزمانی فی اللزوم الثابت
 بالعموم حتّى یرجع إليه، فنفي الرجوع إليه من قبیل السالبة بانتفاء الموضوع،
 بخلاف اللزوم الثابت بغير العموم كالثابتة ونحوها، فلا مانع من الرجوع إليه.

قوله: «لو أحرز الموضوع من دلیل لفظي على المستصحب» - كما لو قال:

للمغبون الخيار - إلى قوله: «أتجه التمسك بالاستصحاب».

[أقول:] فيه أولاً: ثبوت موضوع الخيار بدليل لفظي من غير واحد من أدلة تلقّي الركبان^(١) وغيره^(٢) ممّا قدّمناه، فلا وجه لتعليق ثبوته على «لو» الامتناعية. وثانياً: على تقدير ثبوت موضوع الخيار بدليل لفظي لا حاجة إلى الاستصحاب، بل لا مجرى له مع إطلاق الحكم في الدليل اللفظي، لأنّ الأصل دليل حيث لا دليل، والمفروض وجود الدليل.

قوله: «والأوّل أقوى».

[أقول:] أي: عموم دوام لزوم العقد واستمراره المبنيّ عليه فوريّة الخيار، والاقتصار على المتيقّن منه، أقوى من القول بإهمال لزومه ودوامه المبنيّ عليه استصحاب الخيار وتراخيه.

وقد علّل هذا التفصيل بتعليل مركّب لإثبات أقوائيّة مبني فوريّة الخيار، ونفي مبني تراخيه واستصحابه، بقوله: «لأنّ حدوث الحادث» أي: الخيار «مع زوال العلة السابقة» تصحيحها: مع زوال علة السابق، أي مع زوال علة اللزوم السابق، وهو عموم اللزوم واستمراره المبنيّ عليه تراخي الخيار واستصحابه «يقضي بعدم اعتبار السابق» أي: يقتضي زوال معلوله السابق وهو اللزوم «أمّا مع بقائها» أي: مع بقاء علة السابق، وهو عموم اللزوم واستمراره المبنيّ عليه فوريّة الخيار «فلا يلغو اعتبار السابق» أي: اللزوم السابق والاقتصار في تخصيصه على المتيقّن، وهو فوريّة الخيار لا تراخيه.

قوله: «وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأنّ الشكّ هنا في الرفع^(٣)، فالموضوع محرز، كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذي. فافهم».

(١) أنظر الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب «٣٦» من أبواب آداب التجارة.

(٢) أنظر الوسائل ١٢: ٣٦٣ ب «١٧» من أبواب الخيار.

(٣) في المكاسب: الواقع.

[أقول:] إشارة إلى دفع ما يقال: من أن استصحاب الخيار وإن كان شكاً في المقتضي والموضوع فيه غير محرز، إلا أنه استصحاب تقديري، وهو على تقدير حجّيته - كما عليه المصنّف في أصوله^(١) - مقدّم وحاكم على استصحاب اللزوم السابق، كتقدّم استصحاب نجاسة عصير الزبيب بعد الغليان على استصحاب طهارته قبل الغليان، خصوصاً على تقدير كون الزمان ظرفاً للحكم، فإنّ تغييره أقلّ من تغيير وصف العنب بالزبيب لموضوع المستصحب، فلا يكون مانعاً من استصحاب الخيار. ولا يقاس استصحاب اللزوم فيما نحن فيه باستصحاب الطهارة بعد خروج المذي، بل ينبغي أن يقاس باستصحاب طهارة الزبيب بعد غليانه.

وطريق دفعه أن يقال: إنّ المراد بأصالة لزوم العقد وعدم انفساخه بفسخ المغبون بعد الفور والتراخي إنّما هو الأصل بمعنى الغلبة وأمانة الواقع الوارد على استصحاب الخيار، لا مجرد استصحاب لزوم العقد وعدم انفساخه بالفسخ المتراخي حتّى يكون محكوماً باستصحاب الخيار. إلا أن يقال: إنّ أصالة اللزوم بمعنى الغلبة لو سلّمت فإنّما هي فيما لو شكّ في أصل طرؤ الخيار وعدمه، لا فيما طرأ عليه الخيار قطعاً وشكّ في بقاء الطاري وعدمه، فإنّ الأقوى فيه استصحاب الخيار وتراخيه مطلقاً في جميع الخيارات، لا الاقتصار على الفور. قوله: «تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار. وفيه تأمل».

[أقول:] إشارة إلى منع ضرورية التأخير على من عليه الخيار بعد فرض تسلّطه ونفوذ جميع تصرّفاته حتّى الوطاء والبيع والعتق، غايته رجوع ذي الخيار إلى البديل.

أو إشارة إلى إمكان تحديد الخيار بما لم يتضرّر منه من عليه الخيار، لكن

(١) فرائد الأصول: ٣٨٠.

لا بما يرجع تحديده إلى الفور العرفي، بل بما هو أوسع منه وأعمّ منه.

قوله: «ظهور الأخبار في الفساد في محلّه».

[أقول: فيه أولاً: إمكان منع أظهرية الأخبار^(١) في نفي الصحة من نفي

اللزوم بعد تعدّر نفي الحقيقة التي هي الحقيقة، للمساواة وعدم الأقرية.

وثانياً: سلّمنا أقرية نفي الصحة من نفي اللزوم بعد تعدّر نفي الحقيقة، إلاّ

أنّ في خصوص المقام قرائن صارفة له عن نفي الصحة إلى نفي اللزوم.

ومنها: ورود النفي فيها مورد توهم اللزوم المقتضي لنفي اللزوم لا الصحة.

ومنع المستند^(٢) ورودها مورد توهم اللزوم بقوله: «بل يمكن أن يكون مورد

توهم الصحة» ممنوع جداً، كما يشهد به حاجّة ابن الحجّاج المتقدّمة^(٣).

ومنها: حمل سائر نصوص الخيارات - التي منها خيار ما يفسد ليومه،

بقوله: «فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل وإلا فلا بيع له»^(٤) - على نفي اللزوم لا

الصحة قرينة حمل نصوص الباب^(٥) أيضاً على نفي اللزوم لا الصحة، لأنّ

الأخبار كالقرآن يفسّر بعضه بعضاً. بل لم يعهد في شيء من الخيارات الانفساخ

القهري بدون فسخ فعلي ولا قولي حتى تحمل نصوص الباب عليه، إلاّ في تلف

المبيع قبل قبضه الخارج بالتخصيص أو التخصّص عمّا نحن فيه.

ومنها: الشهرة المحقّقة والإجماعات المنقولة على فهم خيار الفسخ لا

الانفساخ القهري من نفي البيع بعد الثلاثة.

قوله: «فلا أقلّ من الشكّ، فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٢) مستند الشيعة ٢: ٢٨٧.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار ح ٢، ولم يتقدّم منه «قدّس سرّه الشريف».

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١١» من أبواب الخيار ح ١.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

البيع».

[أقول]: فيه: أن استصحاب صحّة البيع لا يجمع فرض ظهور نصوص الباب^(١) في نفي الصحّة، ولا صرفها عنه إلى نفي اللزوم قطعاً، إلاّ بالعدول عن فرض الظهور.

قوله: «مندفع بأنّ اللزوم ليس من قبيل الفصل له»^(٢).

أقول: كيف ولو كان اللزوم من قبيل الفصل له لانتفى الخيار بل الجواز في شيء من العقود رأساً، حتّى ما كان جائزاً بأصل الشرع، واقتضى حمل كلّ خيار من الخيارات بل وجواز كلّ عقد من العقود الجائزة على فسادها وانفساخها القهري، لا جواز فسخها الاختياري، وهو كما ترى خلاف الضرورة.

قوله: «لا خلاف في اشتراطه ظاهراً».

أقول: بل في المستند^(٣) والجواهر^(٤) نقل الاتفاق على اشتراط هذا الخيار بعدم إقباض المثلن كاشتراطه بعدم قبض الثمن، فلو تقابضا أو أحدهما فلا خيار بعد الثلاثة وإن أبقاه عند صاحبه، خلافاً لما عن الشيخ من عدم اشتراطه، والقول بالخيار عند تعدّد قبض الثمن وإن قبض المثلن^(٥). وقوّاه في الدروس^(٦)، لنفي الضرر. ولم يستبعده في المسالك^(٧).

أقول: ويقوّيه إطلاق نصوص الباب^(٨) عن اشتراطه، إلاّ ما في سؤال بعض

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٢) في المكاسب: الفصل للصحة.

(٣) مستند الشيعة ٢: ٣٨٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٥٣.

(٥) أنظر المبسوط ٢: ٨٧ و ١٤٨.

(٦) الدروس الشرعية ١٣: ٢٧٤.

(٧) مسالك الأفهام ٣: ٢٠٩.

(٨) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

الموارد الذي لا يخصّص عموم الوارد، والأصل عدم اشتراط شرط زائد وراء اشتراط عدم قبض الثمن، وحجّية العامّ المخصّص في الباقي.

وأما تضعيفه في الجواهر بأنّ البائع هو أدخل الضرر على نفسه بتسليم^(١) المبيع.

ففيه: أنّ تسليم البائع المثلثن مقدّمة لتسليم ثمنه وجهله بأنّه لا يسلمّه ليس بإقدام على ضرر نفسه قطعاً. نعم، مع علمه بأنّه يقبض المثلثن ولا يسلمّ الثمن إقدام على ضرر نفسه، ولكنّه خارج عن محلّ الفرض والخيار.

وأما تضعيف الجواهر^(٢) والمستند^(٣) الخيار أيضاً بنفي الضرر بعد قبض المبيع، بأنّه إن أمكن استرداد البائع المبيع حينئذٍ أخذه مقاصّة عن الثمن، فلا ضرر يوجب نفيه الخيار، وإلاّ فلا فائدة في فسخه.

ففيه أيضاً: أنّ أخذه مقاصّة قد يوجب ضرر اشتراك المشتري أو غرمائه في العين المقاصّة، بخلاف ما في فسخها من التخصيص بالفاسخ.

وأما فائدة الفسخ فلم تنحصر في استرداد المفسوخ، فقد يحصل في القدرة على إعتاقه أو إيقافه أو احتسابه على من في يده أو ذمّته، عن دين أو زكاة أو صدقة أو مظلمة، أو القدرة على نقله إلى من يقدر على استرداده، أو استحقاق ضمانه وضمن نائه وغراماته ولو في الآجل دون العاجل.

قوله: «ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة».

أقول: لعلّ وجه البناء على أنّ قوله عنه: «إن قبضه بيعه»^(٤) - بقرينة

انطباق جوابه على السؤال عمّن يبيع المبيع ولا يقبّضه الثمن ولا المثلثن - بمعنى: إن

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) مستند الشيعة ٢: ٣٨٧.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب «٩» من أبواب الخيار ح ٣، وفيه: قبض.

وفى بيعه وتقابضا الثمن والمثمن، لا قبض المبيع فقط، وإلا لم ينطبق الجواب على السؤال.

أو البناء على أن قبض المبيع فقط مسقط لخيار الفسخ من حيث نفي ضرر ضمانه على البائع، ولا ينافيه بقاء خياره الفسخ من حيث بقاء ضرر عدم قبض ثمنه، بناءً على أن يكون كل من عدم قبض الثمن وإقباض المثمن ضرراً مستقلاً على البائع وسبباً مستقلاً لخياره، ولا يسقط أحدهما بسقوط الآخر، وهو ظاهر عموم نفي الضرر، ومحتمل النصوص الخاصة بخيار ما نحن فيه، كما لا يخفى على المتأمل.

قوله: «وكلاهما ممكن الارتفاع^(١) بأخذ المبيع مقاصّة».

[أقول:] وفيه: قد لا يكون ارتفاع الضرر بأخذه مقاصّة فيما لو استلزم المقاصّة اشتراك المشتري أو غرمائه في العين المقاصّة، فيتعيّن الفسخ لنفي الضرر دون المقاصّة حينئذٍ.

قوله: «وفيه نظر».

[أقول:] نظراً إلى عدم حجّية فهمي ابني الحجّاج والعيّاش^(٢) من عدم قبض الثمن عدم قبض مجموعه، وأنّ قبض البعض كلا قبض، لاحتماله عدم قبض شيء منه، إلا أنّ عموم نفي الضرر^(٣) جعل قبض البعض كلا قبض.

قوله: «والقبض بدون الإذن كعدمه، لظهور الأخبار^(٤) في اشتراط وقوعه بالإذن».

(١) في المكاسب: الارتفاع.

(٢) الوسائل: ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار ح ٢.

(٣) الوسائل: ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار.

(٤) أنظر الوسائل: ١٢: ٣٥٧ ب «٩» من أبواب الخيار.

[أقول:] فيه: إمكان منع الظهور، لأنّه إن كان من خبر ابن يقطين^(١) بناءً على تشديد «قبضه» فهو محتمل التخفيف، بل ظاهر فيه ولو بالأصل. وإن كان من اعتبار مجيء المشتري في سائر أخبار الباب^(٢) فلا ظهور لها في اعتبار أصل القبض، فضلاً عن اعتبار الإذن فيه، إلّا من باب إقامة السبب مقام المسبّب، وهو أعمّ، فلا ظهور في الأخبار.

نعم، هو مقتضى العقل والاعتبا والأصل والآثار، بل القرار والمدار بين المتعاضين في استحقاق كلّ من العوضين على وجه التقابض من الطرفين، أو اعتبار الإذن من الجانبين، لاتّحاد المقتضي وعدم الفارق في البين.

قوله: «لو كان القبض بدون الإذن حقاً، كما لو عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه، فالظاهر عدم الخيار، لعدم دخوله في منصرف الأخبار، وعدم تضرّر البائع بالتأخير».

[أقول:] فيه أولاً: أنّ مجرد إقباض المبيع فضلاً عن مجرد عرضه على المشتري لا يوجب حقّية قبض البائع الثمن بلا إذن، إلّا إذا كان عيناً شخصياً، وأمّا إذا كان ديناً كلياً فيتوقّف تعيّنه على تعيين مالكة أو إذنه أيضاً.

وثانياً: المقصود من قوله: «لو كان القبض بدون الإذن حقاً» إن كان قبض البائع الثمن بلا إذن المشتري على وجه الحقيّة، فلا وجه لاستظهاره عدم الخيار، لمعلوميّة عدمه، ولا لتعليل عدمه بعدم دخوله في منصرف الأخبار، وبعدم تضرّر البائع بالتأخير، لكون المفروض عدم موضوع لتأخير الثمن مع سبق قبضه بالفرض، إلّا من باب السالبة بانتفاء موضوعه.

وإن كان المقصود به مجرد إقباض البائع المبيع للمشتري أو تمكينه من

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب «٩» من أبواب الخيار ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

القبض وإن لم يقبض، فلا وجه لفرض موضوع المسألة بقوله: «لو كان القبض بدون الإذن» لزيادة ذلك، وكفاية موضوع المسألة بقوله: «لو عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه»^(١)، ولا للحكم باستظهار عدم الخيار، لعموم دليل الحكم بالخيار، إلا في سؤال مورد لا يخصص عموم الوارد، ولا لتعليل عدم خياره بعدم تضرره بالتأخير، لأنّ عدم تضرر البائع بتأخير قبض المشتري المبيع، مع فرض عرضه عليه بواسطة ارتفاع ضمانه عنه، لا ينفي تضرره بتأخير الثمن الذي هو عمدة سبب الخيار، الظاهر من نصوص الأخبار في المضمار.

قوله: «لأنّ هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة».

[أقول]: يعني: أنّ تغيير التعبير بقبض البائع وإقباضه ليس من جهة اعتبار الإذن في قبض المبيع وعدم اعتباره في قبض الثمن، بل هو من جهة اختلاف معنى الفعلين المستندين إلى فاعل واحد بالزوم والتعدية، كالتسليم والتسليم والتعليم والتعلم، ولهذا لو أسندتهما إلى البائع قلت: قبض البائع الثمن وأقبض المبيع، ولو أسندتهما إلى المشتري انعكس التعبير وقلت: قبض المشتري المبيع وأقبض الثمن، ولو أسند كل من الفعلين إلى فاعله لم يختلف التعبير وقلت: قبض البائع الثمن وقبض المشتري المبيع، أو أقبض البائع المبيع وأقبض المشتري الثمن. فعلم أنّ اختلاف التعبير لاختلاف معنى الفعلين المسندين إلى فاعل واحد، لا لاعتبار الإذن في قبض الثمن دون الثمن، ولهذا ينعكس التعبير بانعكاس الفاعل، ويتحد التعبير باختلاف الفاعل.

قوله: «وهو القبض في الأوّل، والإقباض في الثاني. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى أنّ اختلاف الفعلين ولو فرض لأجل اختلاف الشرط في البين لا اختلاف نفس الفعلين المسندين، إلا أنّ تنقيح المناط المفهوم واتحاد

السبب المعلوم يقتضي اتحاد الحكم من الجانبين، واعتبار الإذن في القبضين، لاتحاد السببين، وانتفاء الفرق في البين، وعدم استحقاق البيعين قبض أحد العوضين إلا بالتقابض من الطرفين، أو الإذن من أحد الجانبين.

قوله: «وهل هي كاشفة، أو مثبتة؟ أقواهما الثاني».

[أقول:] لعدم سبق هذه الإجازة بما يصلح كونه مكشوفاً عنها من الأسباب والنواقل الشرعية، بخلاف إجازة الفضولي، فإنها مسبوقه بما يصلح له من العقد الفضولي والناقل الشرعي والسبب الجعلي.

قوله: «وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمة»^(١).

[أقول:] فيه: أن نفي الفرق في الثمن، ظهوره^(٢) في ثبوت الفرق في المثلن مبني على ثبوت المفهوم لما هو غير معلوم، لعدم ظهور إثبات شيء في نفي ما عداه.

قوله: «وقال في الغنية^(٣)... إلخ».

أقول: استظهار اعتبار العينية وعدم الكلية في مبيع خيار التأخير من لفظ القبض في قوله: «المشتري إذا لم يقبض المبيع»، ومن لفظ البقاء في قوله: «إذا كان المبيع يصح بقاءه»، ومن لفظ التلف في قوله: «إن تلف المبيع قبل الثلاثة» الظاهرة هذه الألفاظ المتعلقة بالمبيع، بل الصريحة جداً فضلاً عن الظهور، في المبيع العيني الشخصي لا الكلي.

ولكن مع ذلك يرد عليه بأن إثبات خيار التأخير للمبيع الظاهر بل الصريح

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٩٨.

(٢) كذا في النسخة الخطية، ولعل الصحيح: وظهوره.

(٣) غنية النزوع: ٢١٩.

في الشخصي لا يستلزم نفيه عن المبيع الكلّي، بعد عموم نفي الضرر والضرار^(١)، وإطلاق نصوص الخيار^(٢)، وكون خصوص المورد لا يخصّص عموم الوارد. مضافاً إلى أنّ تقييد المبيع في خيار التأخير بالعين الشخصي لو سلّم فهو وارد مورد الغالب، فلا مفهوم له عرفاً في نفي خياره عن المبيع الكلّي، لا في شيء من الفتاوى ولا في معاهد الإجماع، بل ولا في نصوص الباب^(٣) مطلقاً.

قوله: «وأما حديث نفي الضرر^(٤) فهو مختصّ بالشخصي، لأنّه المضمون على البائع - إلى قوله - بخلاف الكلّي.

[أقول]: وفيه: منع اختصاصه بالشخصي، لما عرفت من أنّ ضرر الضمان وإن اختصّ بالمبيع الشخصي، إلا أنّ ضرر تأخير الثمن الذي هو عمدة الضرر والضرار وسبب ثبوت الخيار باقٍ في الكلّي، فيعمّه النفي، لعموم المنفي.

قوله: «والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرفاً لا يحوج إرادة المطلق [منه]^(٥) إلى القرينة».

[أقول]: فيه: أنّ كلمة «لا» من قوله: «لا يحوج» زائدة، لأنّ المطلق المنصرف إلى بعض أفراده يحتاج إرادة المطلق منه إلى القرينة، إلا أنّ يراد من المطلق لفظه أو الفرد الشائع منه المنصرف إليه.

قوله: «فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة. فافهم».

[أقول]: إشارة إلى أنّ إرادة الخصوصية الموقوفة على القرينة، والمدفوعة

(١) وسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار.

(٢) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ٣ و ٤ و ٥.

(٥) ما بين المعقوفتين لم يرد في المكاسب.

بأصالة عدم القرينة وعدم الانصراف وعدم الصارف، إنما هي الخصوصية والانصراف الطارئ على عموم اللفظ وإطلاقه، وأمّا الخصوصية والانصراف الأصلي أو الوضعي الطارئ عليه العموم وإطلاق اللفظ، كما هو المفروض والظاهر من تنظيره بالمجاز المشهور والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده لا جعله منها، فلا يتوقف على القرينة، ولا يمكن دفعه بأصالة عدم القرينة وعدم الانصراف وعدم بلوغه حدّ الشباع والشهرة. فتأمل، فإنّ الشأن في ثبوت كون خصوصية الشيء وانصرافه إلى خصوص الموجود الخارجي الشخصي بالوضع الأوّلي والانصراف الأصلي، بعد فرض صحّة إطلاق لفظ الشيء على الكلّي أو على ما يعمّه، وأصالة عدم النقل.

قوله: «وربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر».

أقول: وإن نسب الجواهر^(١) التعميم إلى الأكثر، حملاً لعباراتهم المقيدة بالمعنى على النقد لإخراج النسيئة لا الكلّي، إلّا أنّ الأظهر نسبة التعميم إلى الكلّ، وحمل المقيد بالمعنى ظاهراً أو صريحاً من الفتاوى والنصوص^(٢) كلّها على الورود مورد الغالب، لأنّ الغالب المتعارف في المبيعات والمعاملات بيع الأعيان الشخصية لا الكلّيات، إلّا ما شدّد من بيع السلف، ومن المعلوم كما أنّ المطلق المنصرف إلى الغالب لا إطلاق فيه بل يعمّ الضرر والنادر، كذلك التقييد الوارد مورد الغالب لا مفهوم له يخرج الفرد النادر، بل يعمّه عموم الحكم.

قوله: «لدلالة النصّ^(٣) والفتوى على لزوم البيع في الثلاثة، فيختصّ بغير صورة ثبوت الخيار له».

[أقول:] حذراً من لزوم اجتماع الحكّمين المختلفين المتضادين، وهو

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٥.

(٢) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

اللزوم في الثلاثة مع ثبوت الخيار فيها الذي هو عدم اللزوم.

قوله: «ودعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة».

[أقول]: أي: من جهة تأخير الثمن في الثلاثة، لا مطلقاً حتى ينافي الخيار

فيها من جهة أخرى، كشرط أو غبن أو عيب.

قوله: «مدفوعة بأن التأخير سبب للحكم، ولا يتقيد الحكم».

[أقول]: يعني: التأخير جهة تعليلية للحكم بالخيار، لاجهة تقييدية حتى

يقيد الحكم به، ويوجب تقييده تنوع الحكم وتكثره الموجب لرفع التناقض،

كجهتي حكم العالم بالإكرام وعدم الإكرام من جهة العدالة والفسق، الجامعة

للحكمن المختلفين، والرافعة للتناقض في البين، بخلاف الجهة التعليلية، فإن

تقييد الحكم بها لا يصحح الاجتماع بين المتناقضين، ولا يرفع التناقض عن

البين، كأكرم العالم من جهة علمه ولا تكرمه من جهة فسقه. ولكن ذلك ممنوع

جداً.

قوله: «وأما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي

الخيار في الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير».

[أقول]: وجه عدم منعه: أن المنوع تقييد الحكم به هو الجهة التعليلية التي

لا تكثر الحكم، ولا توجب تعدده، وصحة اجتماع المتناقضين باختلاف الجهتين،

وأما جهة حكم الخيار فهي جهة تقييدية لا تعليلية، ولهذا يصح اجتماع كل خيار

مع خيار آخر وعدمه بواسطة تعدد الجهات الموجبة لها نفيًا وإثباتًا، فكذلك

يجتمع لزوم العقد في الثلاثة مع خيار خاص من جهة وجود سببه، وعدم خيار

آخر من جهة عدم وجود سببه، جمعاً بين السببين، وعدم المانع في البين، وتقييد

الحكم بالجهتين.

قوله: «مع أنه أولى بالجواز».

[أقول:] وجه الأولوية: تقدّم سبب خيار الشرط، وهو الشرط في ضمن العقد، وإن تأخّر حكمه عن التفوّق بالفرض، بخلاف خيار التأخير، فإنّه متأخّر عن الثلاثة سبباً ومسبباً، فإسقاطه قبل الثلاثة إسقاط ما لم يجب. قوله: «بأن لا يعود لازماً أبداً. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ التعويل على هذه الأنسيّة الاعتباريّة دون العرفيّة في مقابل ما يفضي بالفور بعيد. هكذا نقل بعض الأساتيد^(١) عن أستاذه المصنّف في وجه التأمّل.

وفيه: أن الأنسيّة عرفيّة لا محيص عنها عرفاً، وأنّ عموم نفي اللزوم بالتأخير حاكم على عموم لزوم الوفاء. مضافاً إلى أنّ استصحاب حال المخصّص مقدّم على استصحاب حال المخصّص، حسبما تقدّم، بل وأولى.

قوله: «فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ إليه حقه». [أقول:] أي: المشتري ضامن لحقّ البائع حتّى يردّ عليه حقه، أي: الثمن. قوله: «كأنّه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين».

[أقول:] أي: في إفادة تقييد الأولى بما قبل القبض والثانية بما بعده تعميم الثالثة لصورتي الهلاك قبله أو بعده، خصوصاً مع التصريح بالتعميم على كلّ حال. قوله: «منافٍ لتعليل الحكم... إلخ».

أقول: بل هو منافٍ لمقتضى التعليل أيضاً، لأنّ ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة يقتضي أن يكون ضمان المبيع على المبتاع لا البائع، بقاعدة أنّ تلفه في زمان الخيار ممّن لا خيار له، إلّا أن يريد من التعليل بالخيار الفسخ به.

قوله: «وأحسن تلك العبارات عبارة الصدوق... إلخ».

[أقول:] فَإِنَّ تعبيره بأنَّ: «العهدَة فيما يفسد ليومه يوم»^(١) بمعنى: عهدَة الضمان والصبر على لزوم البيع يوم على البائع، أحسن من تعبيراتهم الأخر في النهاية^(٢) وغيرها^(٣) بأنَّ خيار ما لا يصحَّ عليه البقاء يوم، فإنَّ التعبير عن عدم خيار الفسخ للبائع يوماً بخيار المشتري يوماً - بمعنى اختياره تأخير القَبْض والإقباض - خلاف ما اصطلح عليه عرفاً بل وشرعاً، من كون الخيار إمَّا جواز تأخير القَبْض والإقباض، وإمَّا ملك حقَّ الفسخ، وليس للمشتري خيار يوم بأحد المعنيين، إلَّا بتأويل كون المراد من خياره هو عدم خيار البائع في اليوم على الفسخ، ولزوم البيع عليه فيه، وإنَّ أحرَّ المشتري حقَّه فيه عصياناً من غير حقِّ له في التأخير.

ومنه علم أنَّ أبلغ التعابير وإنَّ بلغت في البلاغة ما بلغت إنما هو تعبير النصوص بأنَّ: «ما يفسد ليومه فإنَّ جاء بالثمن ما بينه وبين الليل، وإلَّا فلا بيع له»^(٤)، فإنَّه لسان الخالق وفوق لسان المخلوقين ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾^(٥). قوله: «خيار الرؤية، واستدلَّ عليه بأخبار... إلخ».

أقول: وإنَّ كان ما ذكر المصنَّف منها هو الأصحَّ، إلَّا أنَّ الأصرح منها ما في المستند من النبويِّ المنجبر «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار»^(٦)، وما عن التذكرة عن طريق الخاصَّة: «سألوا عن بيع الجرب الهرويَّة، فقال: لا بأس به إذا

(١) الفقيه ٣: ١٢٧ ح ٥٥٥.

(٢) النهاية: ٣٨٥-٣٨٦.

(٣) الوسيلة: ٢٣٨.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١١» من أبواب الخيار ح ١.

(٥) كذا في النسخة الخطيَّة، ولعلَّ في الكلام سقطاً، والصحيح: دون لسان الخالق...

(٦) النجم: ٤.

(٧) مستند الشيعة ٢: ٣٨٨.

كان لها بارنامجه، فإن وجدها كما ذكرت وإلا ردها»^(١).

قوله: «في الصحيح: عن عبد الرحمان بن الحجّاج، عن منهال القصاب^(٢)، وهو مجهول».

[أقول:] هذا تعريض على كون التصحيح غير صحيح. أو أن المراد بالصحيح الصحيح إلى ابن الحجّاج، لا الصحيح إلى آخر السند.
قوله: «ولم أعلم^(٣) وجه الاستشهاد به لما نحن فيه... إلخ».

أقول: وجهه ولو بقرينة فهم الأصحاب واستشهاد المحدثين به - كالوسائل^(٤) وغيره^(٥) - هو حمله على شراء سهم معيّن ولكن بالوصف لا الرؤية ولا المشاع، وحمل «لا تشتري» و«لا يصلح» على الإرشاد أو على الكراهة جمعاً، خصوصاً بقرينة قوله ﷺ: «يكراه شراء ما لم تره»^(٦)، وكون الأخبار كالقرآن يفسّر بعضه بعضاً.

قوله: «ولا يخفى بعده، وأبعد منه دعوى عموم الجواب».

[أقول:] وجه الأبعديّة: أنه - مضافاً إلى بعد حمل المشتري في السؤال على البائع - يكون إرجاع الضمير في الجواب بقوله: «لكان له فيها خيار الرؤية»^(٧) إلى الأعمّ من البائع والمشتري بعداً في بعد، بل خارجاً عن قانون العرف والاستعمال.

نعم، لا بأس بالحاق البائع بالمشتري في خيار الرؤية بعموم نفي الضرر:

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٤.

(٢) الكافي ٥: ٢٢٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٧٩ ح ٣٣٩.

(٣) في المكاسب: لم يعلم.

(٤) الوسائل ١٢: ٦٢ ب «١٥» من أبواب الخيار ح ٢.

(٥) الكافي ٥: ٢٢٣ ح ٣، والفتاوى ٣: ١٤٦ ح ٦٤٣، التهذيب ٧: ٧٩ ح ٣٤٠.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٦٥ ب «١٨» من أبواب الخيار ح ٢.

(٧) الوسائل ١٢: ٣٦١ ب «١٥» من أبواب الخيار ح ١.

وتتقيح المناط، والإجماع المركّب، وعدم القول بالفصل عندنا.

قوله: «إذا باع ما يملك وما لا يملك وغير ذلك. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى إمكان الفرق بين المقيس وهو شراء العين المفقود وصفه أو شرطه، وبين المقيس عليه وهو المفقود صحته أو تبعض صفقته، بأن المبيع في المقيس عليه من قبيل تعدّد المطلوب، ينحلّ بحسب أوصاف المبيع وأجزائه إلى بيوع عديدة، بخلاف المقيس فيما نحن فيه، فإنه متّحد المطلوب، والمقصود منه مبيع واحد، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيبطل.

إلّا أنّ هذا الفرق على تقدير تسليمه غير فارق، بعد فرض النصّ والإجماع على صحّة البيع في الفرضين، وتسوية الحكم على التقديرين، وانتفاء الفارق في البين.

نعم، يبقى إشكال الفرق بين الشرط الفاقد والفاسد، حيث إنّ فاقد الشرط غير مبطل للبيع، وفساده مفسد له.

ويندفع هذا الإشكال على تقدير هذا الفرق بأنّ فارقة النصّ، بأنّ كلّ شرط جائز إلّا ما حرّم حلالاً أو حلّل حراماً^(١)، إلى غير ذلك.

قوله: «وإن خالف ضابطة التغيرات المذكورة في باب الربا. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى إمكان منع مخالفة الضابط التغيرات في باب الربا أولاً. واستناد المخالفة على تقديرها إلى المخرج الخارجي من إجماع أو نصّ ثانياً.

قوله: «يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفاً».

أقول: هذا مبنيّ على فوريّة هذا الخيار، وإلّا فعلى التراخي، كما هو الأظهر، وإن لم يكن الأشهر - فلا يسقط بترك المبادرة.

قوله: «لم يلزم، لتعلّق الخيار بالرؤية».

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

[أقول:] وفيه: ما تقدّم من أنّ ظهور كلّ خيار متعلّق بظهور سببه المتأخّر من عيب أو غبن أو تأخير أو رؤية أو خلف شرط، ولكن على وجه الكاشفيّة عن السبب الواقعيّ المتقدّم، وهو العقد أو ما في ضمنه من وصف أو شرط أو غبن أو عيب، لا على وجه السببيّة المحدثّة.

قوله: «ثمّ إنّّه قد يثبت فساد هذا الشرط... إلخ».

أقول: بل يمكن أن يثبت بوجه ثالث أيضاً، وهو مخالفة هذا الشرط للسنة. ولكن الإنصاف أنّ كلّاً من وجوه بطلان هذا الشرط ضعيفة جداً، فضلاً عن إبطاله المشروط، بل الأقوى الصحة، ودونه القول بالتفصيل الثالث، وهو فساد الشرط دون المشروط، لوجود المقتضي للصحة، وهو عموم أدلّة الشرط^(١)، وعدم ما يصحّ للمانع من وجوه الفساد.

أمّا وجه^(٢) مخالفة اشتراط سقوط هذا الخيار للسنة - كما استند إليه المستند^(٣) - فلمنع المخالفة، لقوله ﷺ: «كلّ شرط جائز إلا ما حرّم حلالاً أو حلّ حراماً»^(٤) كيف ولو كان اشتراط سقوط هذا الخيار مخالفاً للسنة لكان اشتراط سقوط سائر الخيارات بأسرها مخالفاً لها؟ ولزم الاستناد في صحّتها إلى فارق النصّ المخصّص، بل التخصيص بالأكثر.

وأمّا وجه كون اشتراط سقوطه اشتراطاً لما لم يجب، فمبنيّ على مثبتيّة الرؤية للخيار، وقد عرفت كاشفيّته.

وأمّا وجه مخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد، من حيث إنّ المصحّح النافي لغرره المفسد إنّما هو الوصف، فاشتراط عدم الاعتداد به رجوع إلى الغرر

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٢) كذا في النسخة الخطيّة، ولعلّ الصحيح: ... وجه منع مخالفة

(٣) مستند الشيعة ٢: ٣٨٨.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

المفسد، كما عن جامع المقاصد^(١)، أو رجوع إلى الالتزام بالعقد على تقديري وجود الصفات وعدمها، كما قرّره الماتن^(٢).

فيه: منع المخالفة والمنافاة بين اشتراط الوصف واشتراط عدم الفسخ به، ضرورة أنّ المنافي لاشتراط الوصف الموسّغ للبيع والنافي للغرر والجهل المانع عنه إنّما هو اشتراط سقوط موضوع الوصف الثابت به، وإثبات الغرر والجهل المنفيّ عنه، الخارج عن محلّ الكلام. وأمّا اشتراط عدم الفسخ وسقوط حكم الخيار عنه، وإثبات حكم اللزوم والالتزام بالبيع الموصوف المعلوم بالوصف الذي هو محلّ الكلام، فليس بمنافي ولا بمخالف إلاّ للحكم بالخيار، لا لموضوعه المعلوم بالوصف الموسّغ حتى يرجع إلى الغرر والجهل المانع. فاشتراط السقوط المنافي خارج عن محلّ الكلام، والذي هو داخل في محلّ الكلام غير منافٍ قطعاً، كيف ولو كان منافياً لصحّ اشتراط الخيار كلّ بيع مجهول غرريّ باطل، وأبطل اشتراط سقوطه كلّ بيع معلوم صحيح، ولزم أن يكون اشتراط سقوط كلّ خيار - حتّى خيار المجلس والحيوان والغبن والتأخير وغيرها، خصوصاً خيار العيب، خصوصاً ما ليس لمعيوبه قيمة - شرطاً فاسداً ومفسداً للبيع، واللازم باطل فالملزوم مثله.

وأما دعوى المصنّف الفرق بينهما بقوله: «بأنّ نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط» إلى أن جعل الضابط الكلّي في الفرق. قوله: «كلّ وصف تعهّده البائع وكان رفع الغرر به لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكلّ وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى كالأصل^(٣) أو الغلبة جاز

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

(٢) المكاسب: ٢٥١.

(٣) في المكاسب جملة: «كالأصل أو غلبة مساواة...» متأخّرة عن: «خيار فقده» في نهاية العبارة.

اشتراط سقوط خيار فقده».

ففيه: أنّ الفرق المذكور غير فارق بين التعهدين، لانتفاء الفرق في البين، وعدم التنافي بين الشرطين، لاختلاف متعلقي النفي والإثبات في البين، ولهذا لو بيع بوصف الصحة مشروطاً بسقوط خيار عيبه لو ظهر معيباً صحّ البيع والشرط أيضاً، ولم يكن وجهاً لبطلانه فضلاً عن إبطاله.

وكما أنّ هذا الفارق غير فارق بينهما، كذلك جعل النصّ والإجماع فارقاً بين الشرطين من حيث الصحة والفساد المشار إليه بقوله: «مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعترية علمها في البيع، خرج اشتراط التبرّي من العيوب بالنصّ^(١) والإجماع، لأنّ قاعدة نفي الغرر قابلة للتخصيص».

فيه: منع فارقية هذا الفرق أيضاً أولاً: بأن حكمهم بصحة كلّ ما يصحّ اشتراط سقوط خياره من الخيارات على كثرتها مستند إلى قاعدة عموم أدلّة الشرط، لا إلى الخروج عن قاعدة نفي الغرر بنصّ أو إجماع مخصّص، كما لا يخفى على الخبير.

وثانياً: بأنّ الالتزام بخروج اشتراط سقوط كلّ خيار - من المجلس والحيوان والغبن والتأخير والعيب - بالتخصيص عن عموم فساد اشتراط سقوط الخيار وعموم قاعدة نفي الغرر، من قبيل التخصيص بالأكثر المستهجن عرفاً.

قوله: «وبذلك ظهر ضعف ما في الحدائق - إلى قوله -^(٢) انتهى».

[أقول]: أي: انتهى اعتراض الحدائق. وجه ضعفه: أنّ تفصيله في الفساد وعدمه بين ظهور الموصوف على الوصف وعدمه إنّما يناسب لو أريد من الفساد

(١) الوسائل ١٢: ٤١٩ - ٤٢٠ ب «٨» من أبواب أحكام العيوب.

(٢) الحدائق الناضرة ١٩: ٥٩.

فساد البيع المشروط، وأمّا إذا أُريد به فساد الشرط ولو أفسد المشروط، كما صرّح به المصنّف^(١)، واستظهره المعترض بقوله: «والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور، حيث لا تأثر له مع الظهور وعدمه»^(٢)، فلا يتفاوت مع ظهور الوصف وعدمه.

ولكن مقتضى الفقاهة كون المسألة ذات وجوه ثلاثة: فساد الشرط المفسد للمشروط، وعدمه، وصحّته.

أمّا فساد الشرط فلمنافاة اشتراط البدل، مع ظهور مخالفة الوصف لمقتضى العقد الواقع على البدل الموصوف الشخصي لا الكلّي القابل للبدل.

وأما وجه إفساد المشروط فلقاعدّة الملازمة الآتية في أن الشرط الفاسد مفسد لمشروطه.

وأما وجه عدم إفساد المشروط فلمنع الملازمة كليّة، أو في خصوص المقام، فيلغو الشرط دون المشروط، فيصحّ البيع دون شرطه. أمّا مع ظهور الوصف فلعموم الوفاء بالعقد^(٣)، وأمّا مع مخالفة الوصف فلعموم دليل خيار الرؤية له.

وأما وجه القول بصحّة الشرط فلعموم أدلّة كلّ شرط جائز، وعدم مانعيّة ما قيل بمانعيّته من قوله: «لأنّ البدل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط... إلخ».

لما فيه أولاً: من إمكان كون البدل من مقتضيات اشتراطه، لا بإزاء المشروط المخالف للوصف حتّى يرجع إلى معاملة تعلقيّة غرريّة، ولا بإزاء عوضه حتّى يرجع إلى معاوضة جديدة عند المخالفة.

وثانياً: بإمكان فرض اشتراط البدل عند المخالفة قرينة وقوع العقد على الموصوف الكلّي القابل للتبديل، لا الشخصي غير القابل.

وثالثاً: لو سلّمنا فساد هذا الشرط، وسلّمنا ملازمة فساده لفساد المشروط كلية، إلا أنه مع ذلك يمكن تصحيح هذا المشروط بخصوصه، بتخصيص ملازمة فساد الشرط لفساد المشروط بعموم أدلة خيار الرؤية^(١) مع خلف الوصف.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ أظهر وجوه المسألة هو القول بصحة الشرط والمشروط، لعموم أدلة الشرط^(٢)، وصحة العقود المشروطة. ودونه القول بصحة المشروط ولو فسد شرطه ولغا، لعموم أدلة صحة العقود ووجوب الوفاء، وعموم أدلة خيار الرؤية عند المخالفة، لشمول العمومين للمقام.

قوله: «لأنّه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإنّما أن يحكم ببطلان العقد... إلخ».

أقول: لا حاجة إلى كلفة الاستدلال بذلك على عموم خيار الرؤية لكل عقد، بل يكفي الدليل عليه إطلاق أدلة الخيار، وعموم: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، وتقيقح المناط والمدار، وعدم الفرق في المضمار.

قوله: «واللزوم من أحكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه».

[أقول:] فيه أولاً: أنّه لا مجرى لأصالة عدم وجود الوصف في العين المباعة إذا كان من الأوصاف غير المسبوقه بالعدم، كحسن الجارية وجمالها وشبابها وبكارتها وذكائها وعقلها وشعورها، وسائر أوصافها الذاتية التي يكون الشكّ فيها شكّاً في الحادث، لا الحدوث المسبوق بالعدم، من الأوصاف العرضية كالكتابة والمعرفة والخياطة، حتّى يكون الأصل عدمه عند الشكّ.

وثانياً: لو سلّمنا مجرى الأصل، لكنّه مثبت لموضوع الخيار، وهو عدم

(١) الوسائل ١٢: ٣٦١ و ٣٦٤ ب «١٥ و ١٨» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار.

كون المبيع على الوصف، وعدم وجدانه عليه، ومن المقرّر عدم حجّية الأصل المثبت.

وثالثاً: أنّ أصالة عدم كون المبيع على الوصف معارض بأصالة عدم خيار المشتري، وعدم انفساخ البيع اللازم بفسخه، خصوصاً على القول بحدوث خياره بالرؤية دون كاشفيّة الرؤية عنه.

ورابعاً: لو سلّمنا كون الأصل مع المشتري، إلّا أنّ المنكر في المقام في العرف والشرع هو البائع لا المشتري، فيقدّم قوله بيمينه.

قوله: «ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم القبول، وبقي على مال البائع، وكان للمشتري الخيار في المنسوج، لتبعّض الصفقة عليه».

أقول: فيه وإن كان الفرق من حيث الموضوع بين الصورتين كون الأخيرة من قبيل ضمّ المبيع الكلّي الموصوف إلى الشخصيّ المشاهد المحسوس، وغيرها من قبيل ضمّ المبيع الشخصيّ الموصوف إلى الشخصيّ المحسوس، إلّا أنّه لا فرق بينهما من حيث الحكم بالصحة، لانتفاء مانع الغرر والجهل في المبيع المعين بالوصف ولو كان كلياً، ولا في ثبوت خيار الرؤية فيه مع تخلف الوصف ولو كان كلياً أيضاً، ولا في خيار تبعّض الصفقة لو فسخ بالرؤية البعض غير الموصوف بالوصف ولو كان شخصياً أيضاً، من غير فرق سوى أنّ للمشتري مع تخلف وصف الكلّي مطالبة الفرد الواجد للوصف منه، وعدم قبول بدله الفاقد منه، كما له القبول والفسخ بخيار الرؤية، ومع تخلف وصف الشخصيّ ليس له مطالبة البدل الواجد للوصف، لخروجه عن المبيع الشخصيّ بالفرض، بل يتعيّن عليه القبول أو الفسخ بخيار الرؤية، كما أنّه لو فسخ بخيار الرؤية البعض الفاقد للوصف كان له خيار تبعّض الصفقة في البعض الآخر الواجد للوصف، في كلّ من الصورتين، لعموم دليل الخيارين، وعدم الفرق في البين.

فتخصيص المصنف خيار تبعّض الصفقة بالصورة الأخيرة، وخيار الرؤية

بغيرها، لا وجه له بعد عموم الخيارين .

قوله: «وإن لم ينصرف إليه في غير [هذا] المقام . فتأمل» .

[أقول]: إشارة إلى أنّ الانصراف إن استند إلى خصوص المقام رجع إلى ظاهر الإقدام، وإلا فلا يختصّ بالمقام .

أو إشارة إلى أنّ الانصراف إلى الصحيح إن استند إلى الإرادة والدلالة كان مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا يصحّ قبوله عن الصحيح، كما لا يصحّ قبول ما خرج عن جنس المبيع عنه، فكيف يخير بينه وبين الردّ؟ وإن استند الصّحة إلى الأمر الخارج عن القصد، كأصالة الصّحة وغلبتها واستصحابها والحمل عليها تعديداً، فلم يلزم إرادة الصحيح، بل لزم الغرر والجهل في نفس المبيع، المانع من صّحة العقد بحسب القصد، إلا أن يستفاد من نصوص^(١) خيار العيب اغتفار هذا النحو من الغرر والجهل المانع، واستثنائه من عموم النهي عن الغرر المانع، كما هو الصواب في الجواب عن هذا الريب والارتياب، لا مجرد دعوى الانصراف إلى الصحيح، إذ ليس بصريح بل ولا صحيح، وإنما هو من جهة حكم الشارع عليه بالتصحيح، وحمله على الصحيح كالتصريح .

ولهذا أورد عليه في الجواهر بأن اقتضاء الإطلاق السلامة من العيوب شرعاً، وأما عرفاً فلا يخلو من إشكال، خصوصاً بعد عدم الانصراف في مثل التكاليف والوصايا ونحوها، وأصالة السلامة لا تقتضي إرادة السالم من الإطلاق، وإلا لاقتضت في الجميع، بل لم يكن المعيب بعض أفراد المبيع لو كان كلياً^(٢) .

قوله: «اشتراط الصّحة في متن العقد يفيد التأكيد... الخ» .

[أقول]: وفيه: المنع وفاقاً لما استوجهه الجواهر^(٣) بعد [ما] حكاة

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار .

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٥ .

(٣) المصدر السابق .

عن المسالك^(١) من ثبوت خيار الشرط علاوة على خيار العيب، لأنَّ الأصل في تعدّد الأسباب تعدّد المسبّبات وعدم التداخل، وكون التأسيس خيراً من التأكيد، والإفادة خيراً من الإعادة، ضرورة أنه لا مانع من اجتماع الجهتين، والعمل بالدليلين غير المتنافيين، بعد تعدّد المقتضي المفروض في البين.

وتظهر فائدة اشتراط الصحة في جواز الفسخ بعد التصرف لو ظهر عيب، وفي ثبوت خيار العيب لو أسقط خيار شرط الصحة.

قوله: «لأنّه تصريح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه».

[أقول:] فيه أولاً: منع ذلك، لأنّه تصريح بما يكون الإطلاق مساوياً له حكماً وشرعاً، لا اسماً و عرفاً حتّى يكون تأكيداً.

وثانياً: سلّمنا، لكن كونه تصريحاً بمقتضى الإطلاق اسماً لا يمنع من تعدّد مقتضاهما حكماً، أعني: تعدّد الخيار بتعدّدهما، كما هو مقتضى الظاهر والأصل الأصيل في الأخبار والآثار والاعتبار.

قوله: «وهو صعب جداً».

[أقول:] وجه صعوبته: أنه مبنيّ على أن يدلّ استحقاق أرش المعيب بعد التصرف على استحقاقه قبل التصرف أيضاً بالفحوى والألويّة. وهو ممنوع جداً، لوضوح الفرق بإمكان جبر ضرر العيب قبل التصرف بالردّ، وعدم إمكانه به بعده، فلعلّه الفارق. كما يحتمل أن يكون الفارق هو تعيين الأرش بعد التصرف، والتخيير بينه وبين الردّ قبله.

قوله: «ينافيه إطلاق الأخبار^(٣) بجواز أخذ الأرش. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى دفع ما يقال: من إمكان حمل مطلقات أخذ الأرش على

(١) مسالك الأفهام ٣: ٢٨٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب (١٦) من أبواب الخيار.

المقيدّات بما بعد التصرف في المعيب لا قبله بأنّ تخيير المطلق بين الردّ وأخذ الأرض مانع من تقييده بما بعد التصرف، بل معيّن لتقييده بما قبله لامتناع الردّ بعده شرعاً أو عادةً.

قوله: «والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين الي^(١) القواعد.

فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ مقتضى قاعدة لزوم العقد وأصالة عدم الخيار إلّا بظهور العيب لا يقاوم أخبار الخيار وترتب الآثار وما يقتضيه الاعتبار في ثبوته بنفس السبب السابق لا بظهوره اللاحق.

أو إشارة إلى دفع ما يقال: من عدم ترتّب فائدة الخيار قبل ظهور سببه بالمنع وثبوت فوائد كثيرة عليه، منها: إسقاط الردّ بالتصرف والخيار بالإسقاط وانفساخه بالفسخ قبل ظهوره على القول بثبوته قبله، وعدم ذلك على القول بعدمه.

قوله: «إقامة البيّنة على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلة».

[أقول:] وجه الإشكال: أنّ اختلاف الخيارين وافتراق السببين والجهتين مانع من اتّحاد المسقطين بالمقايسة في البين، بل يقتضي الرجوع في كلّ من المسقطين إلى ما يقتضيه دليله الخاصّ به من النصّين.

أمّا اختلاف السببين والجهتين فلأنّ سبب خيار الحيوان الارفاق على المشتري بما قد يبدو له من اختلاف الأغراض والرغبات، وسبب خيار العيب رفع الضرر المعيب الذي قد يستوعب تمام قيمة الصحيح، ولا يبقى للمعيب قيمة أصلاً، ولعلّه لأجل اختلاف السببين اختلف حكم الخيارين بإضافة خيار الأرض

(١) في المكاسب: «هي القواعد».

إلى خيار الردّ في خيار العيب دون خيار الحيوان وغيره، وعدم إسقاط الردّ في خيار العيب بمطلق التصرف المسقط لخيار الحيوان وغيره، بل يختصّ سقوطه بالتصرف المغيّر له اسماً كقطع الثوب، أو وصفاً كصبغه، أو حكماً كبيعته ووقفه، كما هو ظاهر المرسل^(١) والصحيح^(٢)، فأحدث فيه شيئاً، فإنّ ظاهر إطلاق الحدث فيه المسقط لخيار الردّ في العيب لا يشمل ما عدا هذا النحو من التصرفات المغيّرة، خصوصاً إذا كانت بقصد الاختيار، أو لا عن قصد ولا عن رضاً.

وأما إطلاق الحدث عليها وإسقاط الخيار بها في خيار الحيوان ونحوه فإنّما هو من باب الإلحاق بالحدث المسقط للخيار حكماً لا اسماً، كإلحاق النظر به أيضاً تنزيلاً له منزلة الرضا مع عدم صدق الحدث والتصرف عليه قطعاً، فيقتصر في الحكم المخالف على موضعه، فإسقاط الردّ بمطلق التصرف ولو لم يعيّر في خيار الحيوان وإن استلزم إسقاطه في خيار الشرط ونحوه لاتّحاد المناط لكّنه لا يستلزم إسقاطه به في خيار العيب للفرق، كما أنّ إسقاط الردّ في خيار العيب بمطلق التصرف المغيّر ولو لم يدل على الرضا في خيار العيب لا يستلزم إسقاطه به في خيار الحيوان ونحوه، لوجود الفارق.

فظهر من ذلك أنّ التصرف المسقط للردّ في خيار العيب وإن قيّد في نصوصه^(٣) بالمغيّر لا الأعمّ منه لكّنه مطلق من حيث الدلالة على الرضا وعدمه، وفي خيار الحيوان بالعكس فإنّه مقيّد بما يدلّ على الرضا، لكّنه مطلق من حيث المغيّر وعدمه.

قوله: «وفي نهوض ذلك كلّه لتقييد إطلاق أخبار الردّ - إلى قوله: - نظر،

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٣ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار.

بل منع».

[أقول:] وجه النظر بل المنع هو ما عرفت من أنّ اختلاف السببين والجهتين بين الخيارين مانع من اتّحاد المسقطين والمقايسة في البين، كما هو ظاهر الأخبار، واختلاف الآثار في حكم الخيار وقضاء الحكمة والاعتبار ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾^(١) للأحكام أنظار وأسرار، لا يحيط بها الأفهام والأفكار، فكيف يحاط بالقياس والأنظار؟

قوله: «وهو أيضاً لا يخلو عن شيء، لعدم صدق التصرف والإحداث المسقط للخيار على مثل الاعتناق القهري».

[أقول:] وفيه: أنّه وإن لم يصدق عليه التصرف والإحداث إلّا أنّه يصدق عليه أنّه غير قائم بعينه بعد الاعتناق القهري، كما يصدق عليه لو مات قهراً بآفة سماوية.

قوله: «هذا ما يخطر بالبال عاجلاً^(٢) في معنى هذه الفقرة».

أقول: حمل كلام أمير المؤمنين على ما ابتدعه الثاني من البدعة المخالفة لنصّ الكتاب^(٣) والسنة^(٤) في تحريم المتعة وإن كان نظير تقرير الناس على زعمهم الفاسد - كقوله في الخمر والميسر: ﴿فيهما إثم كبير ومنافع للناس﴾^(٥) وقوله: ﴿ذوق إنك أنت العزيز الكريم﴾^(٦) وقول الخليل: ﴿هذا ربّي﴾^(٧) ﴿هذا ربّي﴾ - لكنّه شاذّ نادر، لا يحمل عليه الظاهر من كلام الملك القادر إلّا لضرورة،

(١) الحشر: ٢.

(٢) في المكاسب: «عاجلاً بالبال».

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) الوسائل ١٤: ٤٣٧ ب «١» من أبواب المتعة ح ٤.

(٥) البقره: ٢١٩.

(٦) الدخان: ٤٩.

(٧) الأنعام: ٧٧ و ٧٨.

أو تقية، أو مصلحة ملزمة يأبى عنها شواهد الحال وقرائن الأحوال في أمثال هذا المقال والتعليل والإعلال، فالأولى بل المتعين حلها على الظهور، بأن أجراها شرعاً أجر فجور لا أجور، واعتياد السفاح لا النكاح، والفساد لا الصلاح، كأجر الزانية والمغنية والقمار، وأكل المال بالباطل، وثمان العذرة والميتة والخمر والخنزير والربا، إلى غير ذلك مما هو حلال جائز، بل واجب على وجه، وحرام سحت خبيث على وجه آخر.

فلا يقال: ما الفرق بين الربا والبيع، وبين أجر السفاح والنكاح، وبين ما يميته الرحمن أو يميته الانسان من الحيوان، وبين إبليس وأدم ﷺ؟
لأننا نقول: والله أعلم حيث يجعل رسالته ورئاسته وحلاله وحرامه ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾^(١) أن الله أجل من أن يدرك، أو يوصف، أو يتناهى حكم أحكامه، ومصالح حلاله أو حرامه، جلّت حكمته وتعالى عما يقول الظالمون علواً كبيراً.

قوله: «وهو ظاهر الشيخ في النهاية^(٢)، حيث قال.... إلخ».

[أقول:] ومحلّ هذا الاستظهار هو قوله: «فيلزمه ردّها»، فإنّ لزوم ردّ الحبلى لا يكون إلا مع بطلان البيع وكون الحبل من المولى حرّاً والجارية أمّ ولد، وإلا كان له خيار الردّ لا لزومه.

وفيه: أنّ الردّ كما يحتمل أن يكون من جهة اختصاص الردّ بأمّ الولد، كذلك يحتمل أن يكون من جهة إرادتها أو غلبتها بالخصوص لا اختصاص حكم الردّ بها في الفتوى والنصوص، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

(١) الأحزاب: ٣٦.

(٢) النهاية: ٣٩٣.

ومنه يعلم أنّ تفصيل الإسكافي^(١) والمختلف^(٢) والوسيلة^(٣) فضلاً عن إطلاق الميسوط^(٤) بين تخصيص وجوب الردّ بأمّ الولد وعدم وجوب الردّ بغيرها لا يدلّ على التفصيل المدعى بين وجوب الردّ وسقوطه، بمعنى حرمة الذي هو مدعى المفضل.

ومّا ذكرنا ظهر عدم معلوميّة المفضل ولا التفصيل فضلاً عن عدم الدليل عليه في المسألة، واستظهار الإجماع فضلاً عن الشهرة، وإطلاق النصوص^(٥) المستفيضة بل الصريحة على ردّ الحبل وعدم سقوطه بالوطء مطلقاً.

قوله: «أحدها: من حيث مخالفة ظهورها في وجوب ردّ الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى... إلخ».

[أقول:] وفيه أولاً: إمكان الخروج عن ظهورها في وجوب الردّ بالحبل إذا لم يكن حرّاً بقرينة خارجيّة خاصّة من إجماع ونحوه، أو عامّة كوقوعه عقيب توهم الحظر من غير تقييد الحمل بغير المولى، لأنّ شمول الإطلاق له أيضاً كافٍ في انصرافه عن الوجوب كليّة، أو بالنسبة إلى مورد التوهم كونه من غير المولى. وثانياً: سلّمنا عدم إمكان الخروج عن ظهورها في وجوب ردّ الحبل ولو لم يعلم من المولى، لكن لا ضير فيه ولا محذور في الالتزام به بقاعدة الفراش، وأصالة صحّة الحبل، وغلبة الحرّية، والقواعد الظاهريّة، والمصالح الشرعيّة، والحكم الكليّة، التي هي أجلّ من أن يدركها العقول والأوهام وأن يحيط بها الأفكار والأفهام ﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً﴾^(٦).

وثالثاً: سلّمنا، لكن الظاهر يحمل على الأظهر، كما يحمل المجمل على

(١) نقل عنه العلامة في مختلف الشيعة ١٧٨: ٥.

(٢) مختلف الشيعة ١٧٩: ٥.

(٣) الوسيلة: ٢٥٦.

(٤) الميسوط ١٢٦: ٢.

(٥) الوسائل ١٢: ٤١٥ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب.

(٦) الأسراء: ٨٥.

الميّن، والمتشابه على المحكم. ومن المعلوم أنّ نصوص ردّ الحبل في العموم أظهر من ظهور الردّ في الوجوب، فيحمل عليه، خصوصاً بعد التصريح بتعميم الحبل بقوله: «إن كانت بكرأ فعشر قيمتها، وإن كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها»^(١) لا يمكن تخصيصها بالحبل من المولى، بخلاف ظهورها في الوجوب.

قوله: «الثاني: مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعدة عدم العقر في وطء الملك... إلخ».

[أقول]: العقر - بالضمّ - دية الفرج المغصوبة، أو دية وطء الشبهة، ثمّ كثر استعماله في المهر. وفيه: أنّ تخصيص عموم القاعدة بنصوص^(٢) لزوم العقر على خصوص الرادّ بالحبل غير عزيز، بل ما من عامّ إلّا وقد خصّ، والعامّ المخصّص حجّة في الباقي.

قوله: «الثالث: مخالفة^(٣) ما دلّ... إلخ».

[أقول]: وفيه ما في الثاني: من أنّ تخصيص العامّ وتخصيص المخصّص أيضاً ليس بعزيز، والعامّ المخصّص حجّة في الباقي.

قوله: «وإلّا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة».

أقول: لعلّ فائدته الاعتذار بجهل البائع عن إغراء المشتري بالجهل وتدليسه وغبنه الموجب لإثمّه وحرمة بيعه وخيار المشتري عليه.

وثانياً: لو سلّمنا ظهور بعض الأخبار^(٤) في الحبل من المولى، لكن لا يوجب تخصيص عموم الباقي، خصوصاً الصريح منها في العموم، على ما

(١) الوسائل ١٢: ٤١٦ باب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٤.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٣٨ ب «٣» من أبواب النكاح المحرم وما يناسبه ح ٢. وج ١٨: ٢٠٢ ب

«١٩» من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ح ١.

(٣) في المكاسب: «مخالفته».

(٤) الوسائل ١٢: ٤١٧ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٨ و ٩.

عرفت .

قوله: «إشارة إلى تشبُّهها بالحرية للاستيلاد» .

[أقول:] فيه: أن تشبُّهها بالحرية للاستيلاد لا يوجب استحقاقها الكسوة، بل استحقاقها الكسوة إشارة إلى عدم قيام المولى نوعاً أو في خصوص المقام بحقوقها الواجبة فيكسوها من ثمنها الراجع إلى المولى، تقاصاً عن حقها الواجب عليها ولاية عمن هو أولى بالمؤمنين، كما يباع المملوك في ثمن نفقته شرعاً كذلك .

قوله: «الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرف المشتري في الجارية بغير الوطاء» .

[أقول:] أي علاوة على الوطاء فيعارض ظهور الأخبار لنصوص^(١) ما نعيته التصرف من الردّ .

أقول: هذا الإيراد راجع إلى الإيراد الثالث، ففيه ما فيه من أن تخصيص العمومات المتعددة بل المختلفة بمخصّص واحد ليس بعزيز، كتخصّص «أكرم العلماء» و«أضف الفقهاء» و«أطعم الفقراء» بمثل «ولا تعباً بالفاسق» فكما أن أخبار ردّ الحبل مخصّصة لمانيّة الوطاء من الردّ كذلك مخصّصة لمانيّة التصرف من الردّ على تقدير تسليم ظهورها في الردّ بعد التصرف، وإلا فلا تخصّص سوى نصوص الردّ بعد الوطاء .

قوله: «تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطاء عن الردّ بالعموم من وجه... إلخ» .

[أقول:] وجه العموم من وجه بينهما ناظر إلى افتراق أخبار^(٢) ردّ الحبل

(١) الوسائل ١٢: ٤١٣ ب «٤» من أبواب أحكام العيوب .

(٢) الوسائل ١٢: ٤١٥ باب «٥» من أبواب أحكام العيوب .

الموطوءة عن أخبار مانعيّة الوطاء من الردّ في الحبل من المولى، كافتراق العكس في الموطوءة الغير الحبلية واجتماعهما في الموطوءة الحبلية من غير المولى.

وفيه أولاً: منع أن يكون ردّ الحبلية الموطوءة من المولى مادة افتراق مغاير لعموم ردّ الحبلية الموطوءة، لكونه فرداً منه لاصناً آخر، وكون ردّه من جهة الوجوب وبطلان البيع لا من باب الخيار وصحة البيع لا يوجب تغيّرهما في صدق الردّ عرفاً، ولا تفارقهما اسماً، وإلا لكان اختلاف جهات الفسق المخصّص لعموم «أكرم العلماء» من حيث الكذب والظلم والكفر أو غيره من أسباب الكبائر موجباً لتعارضهما بالعموم من وجه، وهو معلوم الفساد.

وثانياً: لو سلّمنا العموم من وجه لكن قد عرفت عدم مرجّحية الوجوه المتقدّمة لتقييد أخبار^(١) ردّ الحبلية الموطوءة بالحبل من المولى، بل عدم إمكان تقييد الصريح منها في العموم.

قوله: «أو ظهور اختصاصها^(٢) بما لم يكن من المولى وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: أنّه بعد فرض اختصاصها لا مناص من تخصيصها للعموم، لا الرجوع إلى العموم.

وثانياً: لو سلّمنا فرض إطلاقها وعدم اختصاصها فلا يتعيّن الرجوع إلى عموم مانعيّة الحدث^(٣) والتصرّف من الردّ، لإمكان الرجوع إلى عموم جواز الردّ مع قيام العين، بل لو فرض تكافؤ المرجعين أو منع العمومين وجب الرجوع إلى استحباب جواز الردّ الثابت قبل الوطاء.

قوله: «لا دليل عليه إلاّ الإجماع المركّب وعدم الفصل بين الردّ والعقر».

(١) الوسائل ١٢: ٤١٥ باب «٥» من أبواب أحكام العيوب.

(٢) في المكاسب: «اختصاصه».

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب «٤» من أبواب الخيار.

فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنه لو قيل: إنّ الدليل على العقر نصوصه المتقدّمة^(١). قلنا: المفروض تعارض النصّين، وسقوط المتعارضين، والرجوع إلى الأصل في البين.

قوله: «مقتضى الإطلاق جواز الردّ ولو مع الوطاء في الدبر... إلخ». أقول: لا يصحّ معنى جواز الردّ في المقام إلّا بكونه عدم جواز الردّ، ليكون معناه مقتضى إطلاق لا يردّ الموطوءة عدم الردّ بالوطء ولو في الدبر، ويمكن دعوى انصرافه إلى غير الوطاء بالدبر، فيقتصر في مخالفة عمومات خيار العيب، وجواز الردّ به على منصرف إطلاق الوطاء المخصّص لها، وهو الوطاء بالقبل لا الدبر.

قوله: «وجهان: من الخروج عن مورد النصّ».

[أقول:] أي خروج التقبيل واللمس عن مور النصّ^(٢)، وهو مانعيّة الوطاء من الردّ، فلا يلحق به. «ومن الأولويّة».

أي أولويّة اللمس والتقبيل من الوطاء في الدبر في عدم اللحوق والتنزيل منزلة الوطاء في قبل. فالوجهان وجهان عدم اللحوق لا اللحوق، فلفظ العدم ساقط عن اللحوق، كما سقط عن جواز الردّ آنفاً. قوله: «بل هو سبب مستقلّ موجب للردّ».

[أقول:] أي العيب الحادث وراء العيب السابق، ومع قطع النظر عنه سبب مستقلّ للردّ، لا مسقط له في زمان الخيار قطعاً وإجمالاً.

(١) المكاسب: ٢٥٦.

(٢) الوسائل ١٢: ٤١٣ باب «٤» من أبواب أحكام العيوب.

قوله: «ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه . ويضعف... إلخ» .

أقول: الجاعل والمضعف هو الجواهر، حيث قال: فما عن المصنف من أن الرد بأصل الخيار لا بالعيب الحادث وابن نما بالعكس في غير محلّه، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين^(١).

أقول: بل وبكلّ من شقي الخيارين الردّ والأرش في كلّ من الفرعين، أي العيين السابق واللاحق.

قوله: «فيعمّ عيب الشركة وتبعّض الصفقة إذا اشترى اثنان» .

[أقول]: أو واحداً صفقة فأراد أحدهما بعد ظهور العيب ردّ حصته خاصة أو ردّ المعيب خاصة لم يجز له ذلك، بل لزمه ردهما معاً أو أخذ الأرش. لكن لا لمجرد تضرر البائع بالتبعيض أو الشركة، لإمكان جبره بتسلط البائع على الخيار، أو فرض عدم تضرره بالتبعيض والشركة. ولا لمحض معارضة خيار الشركة والتبعيض من طرف البائع مع خيار العيب من طرف المشتري ليجمع بين الخيارين والحقيين بردهما معاً أو أخذ الأرش، لاحتمال منع المعارضة باختصاص خيار الشركة والتبعيض بالبيع، لا مطلق الانتقال وفسخ البيع. ولا لما استظهره الجواهر من تعلق حقّ الخيار في ردّ المعيب بالمجموع لا بكلّ جزء، لمنع الظهور، وعدم الانصراف، ولا أقلّ من الشك^(٢). والأصل عدمه، بل إنّما هو لصدق المرسل^(٣) المبيع غير قائم بعينه على عيب الشركة وتبعّض الصفقة، من غير فرق بين ما ينقصه التفريق والشركة كأحد مصراعي الباب وأحد فردي النعل والخفّ، أو لم ينقصه كأحد الثوبين والمركوبين. هذا هو المشهور، بل المجمع عليه في عيب التفريق.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٢.

(٢) الجواهر ٢٣: ٢٤٨.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٣ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣.

خلافاً للمحكّي عن شركة المبسوط^(١) والخلاف^(٢) وأبي علي^(٣) والقاضي^(٤) والحلي^(٥) والبشري^(٦) وفخر الإسلام^(٧) والتذكرة^(٨) والمسالك^(٩) فجوّزوا اختلاف المشتريين في الردّ بالعيب، لإطلاق الأدلّة، وتنزيل تعدّد المشتري منزلة تعدّد العقد.

وللتحرير^(١٠) والكركي^(١١) فيجوز مع علم البائع بالتعدّد لا مع جهله، لإقدام البائع على الشقص.

وضعف الكلّ واضح، لمنع التنزيل وتخصيص الإطلاق والإقدام بعيب الشركة وعدم صدق قيام المبيع بعينه عليه، كما لا فرق بمقتضى نقص العيب وخيار الردّ به بين النقص الحسيّ كصبغ الثوب وخياطته ونسجه ونحوه من أصناف نقص الشركة الموجبة لشركة البائع مع المشتري في الزيادة الصبغية والخياطة والنساجة على تقدير الردّ، وبين النقص الغير الحسيّ والغير الموجب للشركة كفساد اللحوم والفواكه والخضرويات بنفسها.

قوله: «الظاهر من قيام العين بقاؤه، بمعنى أن لا ينقص ماليّته، لا بمعنى أن لا يزيد... إلخ».

(١) المبسوط ٢: ٣٥١.

(٢) الخلاف ٣: ٣٣٣ المسألة ١٠.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف ٥: ١٨٧.

(٤) لم نثر عليه في كتبه المتوفرة لدينا، ولكن نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥: ١٨٧.

(٥) السرائر ٢: ٣٤٥.

(٦) لم نثر على كتابه، وحكاه عنه النجفي في جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٩.

(٧) إيضاح الفوائد ١: ٤٩٤.

(٨) تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٦.

(٩) مسالك الأفهام ٣: ٢٨٦.

(١٠) تحرير الأحكام ١: ٢٧٤.

(١١) جامع المقاصد ٤: ٣٣٤.

[أقول:] لا يقال: ما الفرق بين الزيادة الصبغية المسقطة للردّ والزيادة

السميّة الغير المسقطة له؟

قلنا: الفارق ظهور النصّ^(١) المقيّد للمسقط بإحداث شيء فيه، وعدم قيامه بعينه الصادق على زيادة مثل الصبغ والخياطة وإن لم تعد عيباً، وعلى نقص مثل الشركة وتبعّض الصفقة ونقص الهزال والمرض وفساد اللحوم والفواكه وبيس الخضرويات ممّا يعدّ عيباً، والغير الصادق على الزيادة الحادثة بنفسها، كالسمن وبلوغ الكمال والعقل والرشد والعلم والقوّة والنشاط وتعلّم الصنعة والكتابة والحرفة، لعدم عدّها عيباً ولا حدثاً أحدثه المشتري فيه ولا صار المبيع به غير قائم بعينه عرفاً، بل وغير صادق أيضاً على نقص أمثال هذه الزيادات المنتفية بنفسها، كنسيان صنعة أو كتابة أو حرفة أو زوال قوّة أو قدرة أو نشاط أو شباب أو شجاعة أو سجيّة، أو نحو ذلك ممّا لا يوجب نقصه أرشاً ولا يعدّ عيباً ولا حدثاً أحدثه المشتري فيه ولا صار العين به غير قائم بعينه عرفاً.

قوله: «إلا أنّ الإنصاف أنّ المستفاد من التمثيل في الرواية بالصبغ

والخياطة إنّما هو إناطة الحكم بمطلق النقص».

[أقول:] فيه: أنّ استفادة إناطة الحكم بمطلق النقص ولو لم يوجب أرشاً

ولا عيباً ولا حدثاً أحدثه المشتري فيه ولا صار العين به غير قائم بعينه عرفاً ظاهر عرفاً، ولا أقلّ من الشكّ. والمرجع إلى استصحاب بقاء خيار الردّ، وأصالة عدم مسقطيّة هذا القسم من النقص.

قوله: «المراد بالأرش الذي يغرّمه المشتري عند الردّ قيمة العيب، لا

الأرش الذي يغرّمه البائع».

[أقول:] الأرش هو تفاوت ما بين قيمتي المعيب والصحيح بالنسبة إلى

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٣ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٣.

قيمتها الواقعية إذا كان مضموناً بضمان اليد، وبالنسبة إلى قيمته المسمى لا الواقع إذا كان مضموناً بضمان المعاوضة والمبايعة، حذراً من اجتماع المبيع وقيمتها المسمى العوض والمعوض معاً عند المشتري.

قوله: «فهو أولى بالمنع عن الردّ من نسيان الدابة الطحن».

[أقول:] وجه الأولوية أنّ نقص التبويض كأحد الخفّين ومصراعي الباب

نقص ذاتي كثيراً ما يسلب القيمة والمنفعة، بخلاف نسيان الصنعة والحرفة.

قوله: «وهذا الضرر وإن أمكن جبره... إلخ».

[أقول:] يعني أنّ مدرك خيار نقص التبويض هو النصّ، وإلا فمجرد تضرّر

البائع وإن أمكن جبره بخيار البائع إلاّ أنّه معارض بتضرّر المشتري بعد جبره

بمنعه من ردّ المعيب خاصة وإمساك الصحيح خاصة.

وفيه: أنّ تضرّر المشتري بعد جبره بردّ الكلّ أو أخذ الأرش لا يقاوم

تضرر البائع.

قوله: «فإنّ المانع فيهما ليس إلاّ حصول الشركة في الثوب... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّه لو انحصر تمثيل المانع في النصّ^(١) بالصبغ والخياطة لم

يكن للمانع وجه إلاّ حصول الشركة، ولكن بعد تصدّر التمثيل فيه بتقطع الثوب

يعلم كون المانع هو مطلق تغيّر الهيئة وصدق الأحداث فيه، وكونه غير قائم بعينه

ولو لم يوجب الشركة، ولذا لو أسقط المشتري حقّ شركته عن صبغ الثوب

وخيوطه لم يرتفع مانع ردّه قطعاً، ولم يجب على البائع استرداده جزماً.

قوله: «ولذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة - كالسمن - لم يمنع عن الردّ».

أقول: عدم مانعية السمن من الردّ لو سلّم فإنّما هو من جهة عدم صدق

المانع المنصوص^(١) عليه بإحداث شيء فيه، أو صيرورة العين غير قائمة بعينها، ولذا لو فرضنا تغيير الهيئة بالسمن الكثير أو الهزال الشديد أو غيرهما على وجه يصدق معه عدم قيام المبيع بعينه منع من الرد قطعاً.

قوله: «لأنّ المراد بالشيء هو المعيب، ولا شكّ في قيامه هنا بعينه».

[أقول:] وفيه: أنّ المراد به هو المبيع لا المعيب بانفراده، وإلّا لم يتأتّى الشركة ونقص التبعض في المعيب المانع من رده، ومن الواضح عدم قيام المبيع عند ردّ المعيب منه بعينه.

قوله: «منع سلطنته على الردّ أولاً وأولى.... إلخ».

[أقول:] وجه الأولوية أسهلية الدفع من الرفع.

قوله: «وبالجملة فالأصل كافٍ في المسألة».

[أقول:] فيه: أنّ أصالة اللزوم في المقام معارض باستصحاب خيار ردّ المعيب منفرداً، كما كان يجوز مجتمعاً مع الصحيح، بناءً على أصله المقرّر في حجّية الاستصحاب التقديري، خصوصاً مع انقطاع أصل اللزوم بأدلة الخيار واستصحابه، مضافاً إلى عدم اكتفاء أحد من المستدّئين على سقوط خيار الردّ فيه بمجرد الأصل، إلّا من باب التأييد للاستدلال عليه بالإجماع والأخبار.

قوله: «ولا دليل على تعدّد الخيار هنا».

[أقول:] فيه أولاً: أنّ الدليل عليه هو الدليل على تعدّد الخيار في القسم الأوّل، وهو التعدّد المنصور فيه التبعض في العوض ثمناً كان أو مثنياً لرجوع الثاني وهو تعدّد المشتري إليه بعينه. وقد عرفت أنّ الدليل على مانعيته في الأوّل هو صدق كلّ من النصّين^(٢) المانعين من ردّ المعيب بالإحداث فيه، أو صدق عدم

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٢ و ٣٦٣ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢ و ٣.

قيامه بعينه على كل من التعددين تعدد العوض أو المشتري. كيف ولو لم يكن دليل على مانعية رده وسلم انصراف الخيار عنه إلى غيره، أو تقوم خيار واحد بالمشتريين لا بكل منهما لم يجز الرد حتى مع قبول البائع أيضاً، لعدم مقتضى له، ومن المعلوم جوازه قطعاً وجزماً؟

قوله: «ومن ذلك يعلم قوة المنع وإن قلنا بتعدد العقد».

[أقول:] لأن تنزيل تعدد المشتري منزلة تعدد العقد لو سلم لا يوجب اتحاد المشتري، وانتفاء تعدده المنوط به انتفاء التبعض الحاصل في العوض من رد أحد المشتريين حصّة دون صاحبه.

قوله: «الفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى غير وجيه».

أقول: بل هما متحدان اسماً، كما ينبغي اتحادهما حكماً، لرجوع الثاني إلى الأول قسماً، فلا وجه للخلاف فيه أصلاً، كما لا وجه للتفصيل علماً.

قوله: «بعد أن حكاها وجهاً ثالثاً».

[أقول:] ولعلّ كونه ثالثاً باعتبار احتمال التفصيل في أخذ الأرش من غير الجنس لا من الجنس، وإلا فالمسألة ذات وجهين.

قوله: «ولا بدّ من مراجعة أدلّة الربا وفهم حقيقة الأرش».

أقول: أمّا أدلّة الربا - كالمستفيضة^(١) في المتجانسين ولو اختلفا صنفاً كالشعير بالحنطة أو الدقيق، أو وصفاً كالجيد بالرديء، لا يباع إلا مثلاً بمثل، ولا يستبدل وسقاً بوسقين - فظاهره الانصراف إلى حرمة الربا في نفس المعاوضة والابتداء، لا الغرامة والانتهاء، وعلى الوجه المعهود في عهد الشرك والجاهلية من الربا والمزية، وترك القرض وصنائع المعروف والهدية، على وجه الزيادة والنقصان، لا الأرش والضمان، والفضل والإحسان، وعلى وجه الظلم والعدوان،

(١) الوسائل ١٢: ٤٣٧ ب «٨» من أبواب الربا.

لا العدل والميزان، والحقّ والحسبان، وحقّ مطالبة الديان، في كلّ زمان ومكان.

كما يدلّ عليه ما في المستدركات عن النبي ﷺ: «إِلَّا إِنْ كَلَّ رَبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ»^(١)، وَأَنَّهُ ﷺ كَتَبَ فِي آخِرِ الْمَصَالِحَةِ عَلَى أَهْلِ نَجْرَانَ: «فَمَنْ أَكَلَ الرَّبَا مِنْهُمْ بَعْدَ عَامِهِ فَذَمَّتِي مِنْهُمْ بِرِيئَةٍ»^(٢)، وتعليل تحريم الربا في المستفيضة بقوله ﷺ: «لَمَا فِيهِ مِنَ الْفُسَادِ وَالظُّلْمِ، وَفَنَاءِ الْأَمْوَالِ، وَتَرْكِ التِّجَارَاتِ وَالْقُرْضِ وَصَنَائِعِ الْمَعْرُوفِ، وَاسْتِخْفَافِ الْحَرَامِ الْمُدْخَلِ فِي الْكُفْرِ وَالْعَصِيَانِ، بَعْدَ الْبَيْئَةِ وَالْبَيَانِ»^(٣)، أي بعد نصوص السنّة والقرآن .

وكما يدلّ عليه أيضاً حمل الشيخ نصوص المنع من بيع التمر بالربط والزبيب بالعنب لأوّله إلى النقص بعد اليبس على الكراهة^(٤). وما رواه الحرّ عن المحمدين في جواز التفاضل في بيع الثوب بالغزل^(٥)، وجواز التخلّص عن الربا بضميمة شيء إلى الناقص من غير جنسه، أو بمبايعة شيء آخر^(٦).

نعم، يحتمل دخول أخذ الأرش على المعيب من المتعاضين المتجانسين في خفايا الربا من قوله ﷺ: «الرِّبَا فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ أَخْفَى مِنْ دَبِيبِ النَّمْلَةِ فِي اللَّيْلَةِ الظُّلْمَاءِ عَلَى الصَّخْرَةِ الصَّمَاءِ»^(٧)، ولكن مجرد الاحتمال يبطله الاستدلال بأدلة أصل البراءة من عموم: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(٨) و «رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا

(١) المستدرک ١٣: ٣٤٥ ب «١٧» من أبواب الرباح ٤.

(٢) المستدرک ١٣: ٣٤٥ ب «١٧» من أبواب الرباح ٥.

(٣) الوسائل ١٢: ٤٢٥ ب «١» من أبواب الرباح ١١.

(٤) الاستبصار ٣: ٩٣ ذيل الحديث ٣١٦.

(٥) الوسائل ١٢: ٤٥٤ ب «١٩» من أبواب الرباح ١.

(٦) الوسائل ١٢: ٤٥٥ ب «٢٠» من أبواب الربا.

(٧) الوسائل ١٢: ٢٨٢ ب «١» من أبواب آداب التجارة ح ١، وفيه أن أمير المؤمنين عليه

السلام.

(٨) الطلاق: ٧.

لا يعلمون»^(١) و «الناس في سعة ممّا لا يعلمون»^(٢) و «ما حجب الله علمه فهو موضوع»^(٣).

مضافاً إلى ظواهر الأدلّة، وأصالة صحّة العقود ولزومها، وعموم أرش المعيب الحاكم على عموم حرمة الربا بالتحكيم والتخصيص بخلاف العكس، فإنّه بالتخصيص لا التخصّص وإن رجّح العقل حسن الاحتياط عن مطلق الشبهات.

وأما حقيقة الأرش فالظاهر من نفس البيع ودليله وخياراته وأحكامه إنّما هو جعل الثمن في ازاء المثلن على أن يكون كلّ من أبعاض الثمن وال عوض في ازاء كلّ من أبعاض المثلن وأجزائه، لا في ازاء أوصافه وصفاته، خصوصاً الأوصاف الغير المشروطة على البائع والغير المأخوذة في البيع، بل الغير الموجودة حين العقد أو المفقودة بعده، فإنّها وإن كانت مضمونة على البائع بضمان شرعي إلاّ أنّه من باب الغرامة الشرعيّة لا تبويض المعاوضة الأوّلية على الأبعاض الجزئيّة، ولذا كان للمشتري الفاقد جزء المثلن جزء من عين ثمنه طالب البائع به أو لم يطالبه، بخلاف الفاقد وصفه. فإنّما لم يكن له أرش أصلاً كخيار الرؤية وما عدا العيب من سائر الخيارات، وإنّما أن يكون له مطالبة أرشه، لا نفس الأرش بل قيمة التفاوت، لا جزءً من عين ثمنه.

قوله: «وقد مثلوا لذلك بالخصاء في العبيد».

أقول: بل الصواب التمثيل له بالخصاء في الغنم والبقر والديوك والعقم وقطع الحيض والتوالد في الإماء ونحوه ممّا لا يوجب هذه العيوب أرشاً شرعاً، بل قد يزيد في قيمتها عرفاً لأغراض صحيحة شرعيّة، بخلاف الخساء في العبيد فإنّه

(١) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ١.

(٢) الوسائل ٢: ١٠٧٣ ب «٥٠» من أبواب النجاسات ح ١١.

(٣) الوسائل ١٨: ١١٩ ب «١٢» من أبواب صفات القاضي ح ٢٨.

مثلة محرمة يوجب انعاقها شرعاً وخرجها عن المايّة رأساً، كتخمر العصير أو غليانه أو تنجيسه شرعاً، فكيف لا يوجب عيبه أرشاً؟ ففرض جواز بيع الخصي شرعاً إنّما هو إذا كان خلقه أو قصاصاً أو خصي قبل التملك شرعاً.

قوله: «كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمرة».

[أقول:] أي لجودة خمرة لونه في التحليل أو لجودة خمرة التحليل أو التخمير به، وهو المناسب لتمثيل المصنّف به لما لا يوجب زيادة المايّة من الأغراض الفاسدة، فإنّ الأغراض الفاسدة المنهية شرعاً وإن بلغت في الكثرة والرغبة وازدياد القيمة ما بلغت لا يصحّ فعلها شرعاً، ولا يغيّر حكمها قطعاً، ولا يسقط أرشها واقعاً، إذ الشارع الحكيم جلت حكمته لم يزل حكيماً مطاعاً لا سقيماً مطيعاً.

قوله: «وقد يستدلّ بمفهوم صحيحة زرارة المتقدّمة، وفيه نظر».

[أقول:] وجه النظر: أنّ مفهوم قوله ﷺ: «أَيّما رجل اشترى شيئاً وبه عوار أو عيب ولم يتبرّء إليه ولم ينبّه فأحدث فيه- بعد ما قبضه- شيئاً وعلم بذلك العوار والعيب فإنّه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما ينقص»^(١) مفهوم وصف ضعيف، من جهة الحجّية والأخصّيّة من المدّعي، وهو سقوط كلّ من الردّ والأرش معاً. ولكن يمكن تقوية حجّيته بمنطوق ما رواه الحرّ عن المحدثين في الصحيح عن ابن عمير عن الصادق ﷺ: «عَمَن اشترى زقّ زيت فوجد فيه درديّاً، قال: إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه»^(٢).

وتعميم أخصّيته من المدّعي بعدم القول بالفصل بين مسقطيّة العلم للردّ

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٤١٨ ب «٧» من أبواب أحكام العيوب ح ١.

والأرش معاً، وبالقطع الحاصل من مطاوي النصوص والفتاوى به من غير خلاف.
قوله: «وأما التبرّي من العيوب المتجدّدة^(١) فيدلّ على صحّته وسقوط
الخيار به عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)».

أقول: بل ويدلّ عليه أيضاً عموم مفهوم الصحيح المتقدّم^(٣) بقوله: «ولم
يبرء إليه فله الردّ». وقوله عَلَيْهِ في المستدركات^(٤) وغيره^(٥): «من ردّ المملوك
بالعيوب المتجدّدة من أحداث السنة إلا أن يشترط ألا عهدة عليه»، وهو كافٍ في
تخصيص عموم أدلّة الخيار^(٦)، واستصحاب بقائه، وعدم سقوطه بإسقاطه ما لم
يجب في المتجدّد من العيوب.

قوله: «لم يزل ضمان البائع لعموم النصّ»^(٧).

[أقول]: وهو كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وكلّمّا تلف في
زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له.

قوله: «فالقول بثبوت الأرش وسقوط الردّ قويّ».

أقول: الحكم بخيار الأرش والردّ في العيب مترتب على موضوع العيب
نصاً الزائل فعلاً كالنجاسة والحرمة المترتبة على تغيير الكرّ بالنجاسة الزائل تغييره
من قبل نفسه، فإن جرى استصحاب الحكم بعد تغيير موضوعه وكون الشكّ في
المقتضي - كما هو المختار - ثبت كلّ من شقي خياره، وإلا لم يثبت شيئاً من
شقيه، فلا وجه للتفصيل مع اتّحاد الدليل.

(١) في المكاسب: «المتجددة الموجبة للخيار».

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٣) تقدّم في ص: ٣٨٦.

(٤) المستدرك ١٣: ٣٢٥ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢.

(٥) الوسائل ١٢: ٤١١ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢.

(٦) أنظر الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار.

(٧) أنظر الوسائل ١٢: ٣٦٢ و ٤١٩ ب «١٦ و ٨» من أبواب الخيار.

قوله: «مع أنّ اختصاص النصّ بصورة التصرف قبل العلم ممنوع».

[أقول:] لإطلاق أكثر النصوص^(١) في إناطة ردّ المعيب وسقوط ردّه بكونه قائماً بعينه وعدم كونه قائماً بعينه، وبحدوث حادثه فيه وعدمه، من غير أن يقيّد مسقطيّة التصرف وحدوث الحادثة للردّ وتعيين الأرض بما إذا كان قبل العلم إلّا من حيث المورد في بعض الموارد الذي لا يخصّص عموم الوارد بحسب القاعدة.

قوله: «كما لو رضي بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه».

[أقول:] لا يقال: إنّ سقوط خيار شرط كتابة العبد بمجرد الرضا به بعد تبين عدم الشرط لا يستلزم سقوط خيار العيب بمجرد التصرف، لأنّ المسقط لخيار الشرط مسقط للردّ لا إلى بدل، ولخيار العيب مسقط له إلى بدليّة الأرض وتعيينه، فعند عدم بدل ما يوجب الأرض من العيب المفروض لا يسقط الردّ.

لأنّنا نقول: إطلاق مسقطيّة الحدث والإحداث الردّ في المقامين كافٍ فيما هو المدّعي من سقوط الردّ بالتصرف في البين، وصحة التشبيه والمقايسة بين المسألتين. وأمّا سقوط الأرض فبالفرض الخارج عن البين.

قوله: «ومنها ثبوت أخذ مانع^(٢) الردّ... إلخ».

[أقول:] ولا معنى لهذه العبارة وإن اتّفقت في جميع النسخ المطبوعة، وتصحيحها على ما يشهد به قوله فيما بعد: «أمّا المانع الأوّل... وأمّا المانع الثاني»، وعلى ما صحّحه بعض الأعلام من تلامذة المصنّف هو «ثبوت أحد مانعي الردّ في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرض فيه». والمراد من «مانعي الردّ» هو ما تقدّم من التصرف أو الحدث المانع من الردّ.

قوله: «والأوّل أولى».

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار.

(٢) في المكاسب: «أحد مانعي».

[أقول:] يعني أن لزوم الربا في أخذ البائع من المشتري أرش العيب الحادث عند المشتري في الفسخ باعتبار لزومه في أصل المعاوضة بفرض أبعاض الثمن في مقابل أوصاف المثمن أولى من لزومه في الفسخ باعتبار فرض أنه قابل فيه الثمن بمقداره من المثمن، وزيادة وجه الأولوية أن أرش العيب في المعاوضة أشبه إلى الربا منه في الإقالة، وفي الإقالة أشبه إلى الغرامة منه في المعاوضة بناءً على الفرق بينهما اسماً بكون التقايل تفسخ لا معاوضة، ولهذا يبطل التقايل باشتراط الزيادة أو النقيصة، أو حكماً بفرض حرمة الربا في المعاوضات لا الضمانات، كما عرفت بآتم وجه.

قوله: «إذ فيه وضوح الفرق، فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكة... إلخ».

[أقول:] وفيه: أن الفرق بين أن يكون تلف الوصف في ملك الغارم أو ملك الغير غير فارق بين أن يكون ضمان الوصف غرامة أو عوضي جزء الثمن، لأنّ الموجب لغرامة الزيادة هو إناطة ضمان الزيادة بردّ الموصوف من غير وصف سواء كان تلف الوصف في ملك الرادّ أو المردود إليه.

نعم، لو أنيطت الغرامة بتلف الوصف كان تلفه في ملك الرادّ والمردود إليه فارقاً بين الغرامة وعدمه.

قوله: «فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابة لا يستحقّ البائع عند الفسخ قيمتها».

[أقول:] فيه أولاً: إمكان منع الحكم في المقيس عليه، وكون نسيان العبد الكتابة غير مضمون على المشتري.

وثانياً: لو سلّمنا فإنّما هو للفرق من حيث إن نسيان الكتابة غير مانع من الردّ ولا موجب للأرش، بخلاف حدوث سائر ما يمنع الردّ ويوجب الأرش،

كهزال المبيع وفساده وتعقنه وسلب منافعه المقصودة منه .

قوله: «لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل» .

[أقول:] أي تقدير الموصوف الموجود معدوماً بمجرد انعدام وصفه لأجل

تضمينه ببدل سليم خلاف الأصل، لأنّ الوصف المنفي إن كان مضموناً على المشتري فضمانه الأرش، كما هو مقتضى الوجه الأوّل، وإلّا فالأصل عدم ضمانه بالسليم وهو موجود لا عديم .

قوله: «ولا يعارضه ما في المسالك والحدائق... إلخ» .

[أقول:] أي لا يعارض الفور ما في المسالك^(١) والحدائق^(٢) والكفاية^(٣) من

التراخي .

نعم، يعارضه ما في الرياض^(٤) من أنّه - أي التراخي - ظاهر أصحابنا

المتأخّرين كافة، كما لا يخفى على من راجع الكتب المذكورة، وكان الإضرار في المضمار لوضوح الظهور، أو لمصلحة الاستظهار ومراجعة الاختبار .

قوله: «فإنّ البيع لا يبطل في ملكه وإن كان مجهولاً قدره وقت

العقد... إلخ» .

[أقول:] فيه: أنّه إنّما يسلم عدم بطلان مجهول القدر وقت العقد من بيع

الخليط بغير جنسه وبيع ما يملك وما لا يملك إذا تعيّن مقداره وقت العقد بظاهر حال أو مقال ولو بأصل صحّة يعتمد عليه وقت العقد ثم انكشف خلافه بعد العقد . وأما المجهول قدره وتعيينه وقت العقد من غير معين أصلاً فهو الفرر

(١) مسالك الأنهام ٣: ٣٠٢ .

(٢) الحدائق الناضرة ١٩: ١١٧ .

(٣) كفاية الأحكام: ٩٤ .

(٤) رياض المسائل ٥: ١٦٧ .

الباطل المبطل نصاً^(١) وفتوى، وإن كانت الجملة معلومة المقدار، لأنَّ الجملة المركبة من الجزء الخليط المجهول المقدار غرر عرفي مانع شرعي من صحّة بيع الجملة المركبة منه ومن غيره، وإن كانت الجملة معلومة المقدار، لأنَّ معلوميّة مقدار الجملة وإن رفع غرر مقدار الجملة من حيث الجملة في الجملة، إلاَّ أنه لا يرفع غرره من حيث الجزء الخليط المجهول المقدار بالجملة، فلا يجدي معلوميّته. غاية الأمر أنّ غرر الجملة الغير المعلومة المقدار من جهتين والمعلومة المقدار من جهة واحدة، وهذا المقدار غير رافع لمصداق الغرر عرفاً المانع من الصحّة شرعاً.

قوله: «نعم، لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقة ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد».

[أقول]: فيه: أنّ الخليط الممزوج بالمبيع إن كان قليلاً بحيث يتسامح بمثله عادة ولا يعاب به لقلّته وعدم تعيب المبيع به عرفاً فمن المعلوم أنه ليس بغرر يمنع من الصحّة، ولا يعيب يمنع من اللزوم استهلك كشوب اللبن بالماء، أم لم يستهلك كخلط الحنطة بما لا ينفكّ منه عادة من التبن والتراب.

وأما إن كان الخليط في الكثرة ممّا لا يتسامح بمثله عادة فلا محالة إن استهلك في المخلوط به كازدياد الملح في الخبز والماء في اللبن والمخيض والدرد في الدهن والزيت كان عيباً مانعاً من اللزوم، وإن لم يستهلك كالتبن والتراب في الحنطة والشعير كان غرراً مانعاً من الصحّة لا محالة، فمدار المانع وعدمه عن الخليط إنّما على قلّة الخليط على وجه يتسامح فيه وعدمه وإن استهلك لا على مجرّد الاستهلاك وعدمه وإن لم يتسامح فيه.

(١) الوسائل ١٢: ٣٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

نعم مدار كون المانع منه تعيياً مانعاً من اللزوم أو غرراً مانعاً من الصحة مبنّي عرفاً على استهلاك الخليط وعدمه، كما لا يخفى. واستوجه الجواهر^(١) تفصيل آخر: بين ما إذا اشترى اللبن المشوب بالماء على أنه لبن فيبطل، وعلى أنه المشاهد فيصحّ للعلم بالجملة حينئذٍ ولو كان بعنوان أنه لبن. وفيه: أن وصف المشاهدة لا يجعله معلوم المقدار ولا يرفع صدق الغرر والجهل المانع من صحته شرعاً، غاية الرضا بوصف المشاهدة والجهالة المانعة من الصحة شرعاً. هذا الخلاف كلّه في صحة بيع اللبن الممزوج بالماء مع الاتفاق على حرمة بيعه، وبطلان كلي مسألة بيع الغرري المخلوط فيه المبيع بغير جنسه، وقد عرفت أن الأظهر بطلان الكليّة مطلقاً في جميع جزئياته.

وأما بيع المعيب مع كتمان عيبه وعدم إظهاره فالأظهر الأشهر صحة بيعه وإن كان أظهر أقوالها الخمسة في حكمه التكليفي هو الحرمة كالبيع الغرري، لأنّ النهي عن أمر خارج، مضافاً إلى عدم اقتضائه الفساد في المعاملات. شرعاً ولا عرفاً، بل احتمال الماتن ذلك، وفاقاً لجامع المقاصد^(٢) والمسالك^(٣) والجواهر^(٤)، حتّى في بيع اللبن الممزوج.

قوله: «كان القول قول منكر تقدّمه للأصل».

[أقول:] والمراد من هذا الأصل هو أصالة عدم ضمان البائع للعيب وعدم خيار المشتري به، لا مجرد أصالة عدم تقدّم العيب وأصالة تأخّره، لأنّ هذا الأصل - مضافاً إلى معارضته بالمثل وهو أصالة عدم العقد والقبض عليه وأصالة تأخّره عنهما - أصل مثبت لا يثبت وقوع العقد على الصحيح حتّى لو علم تاريخ

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٦-٢٤٧.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٣٣.

(٣) مسالك الأفهام ٣: ٢٨٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٦.

العقد وجهل تاريخ الحدوث، كما أنّ أصالة عدم العقد حتّى حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب أيضاً كذلك لذلك .

قوله: «ولعلّه لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود وعدم استحقاقه الثمن كلّاً... إلخ» .

[أقول:] وفيه: أنّ هذا النوع من الأصول محكوم لأصالة الصحّة ولزوم البيع وأصالة السلامة في المبيع. فتوجيه كون المشتري منكرّاً بموافقته والبائع مدّعياً بمخالفته بعد المحكوميّة لغيره غير وجيه. وكذلك التنظير له بقوله: «نظير ما إذا ادّعى البائع تغيير العين عند المشتري وأنكر المشتري» تنظير بغير نظير، كما لا يخفى على الخبير .

قوله: «وفيه كلام في محلّه» .

[أقول:] وهو إمكان إرجاع النزاع بينهما في تقدّم العيب وتأخّره إلى التحالف، كالنزاع في تعيين كون الثمن درهماً أو ديناراً، أو المثلث عبداً أو جارية، من حيث إنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر .

قوله: «وهذا أوفق بالقواعد» .

[أقول:] أي قاعدة إسقاط اليمين بدعوى المدّعين مطلقاً أصلاً ورأساً .

قوله: «لا أنّ اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار .

فافهم» .

[أقول:] إشارة إلى أنّ ظاهر عبارة التذكرة^(١) ومن خالفه وإن كان طرح الخلاف في كفاية عين نفي العلم وعدمه مع الاختبار، إلّا أنّ عدم كفايته مع الاختبار لما كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا بدّ من جعل الخلاف في صورة الحاجة إليه، وهو صورة عدم الاختبار .

قوله: «ولكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجاري في الآخر مجال».

[أقول:] وجه النظر: النظر في حجّة المثبت.

قوله: «أقواها الأول».

[أقول:] وذلك لحكومة استصحاب بقاء العيب وعدم زواله المسقط للخيار على أصالة لزوم العقد، وعدم ثبوت الخيار وعدم سببه أو شرطه حال وجوده.

قوله: «قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه رفع الردّ، واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرض».

أقول: فيه أولاً: أنّ التحالف بحسب القاعدة إنّما هو في المتباينين اللذين لا أصل بينهما في البين، كالنزاع في كون الثمن درهماً أو ديناراً، أو المثنى عبداً أو جارية. وأمّا ما نحن فيه فمن المعلوم وجود استصحاب بقاء الخيار وأصالة عدم زواله المسقط الموجب، لكون البائع منكرًا لموافقته، والمشتري مدّعياً لمخالفته، فلا وجه للتحالف.

وثانياً: لو سلّمنا التحالف فمقتضاه التفاسخ، لا تقسيم الخيار بين المتحالفين.

وثالثاً: فلم يرفع يمين البائع الردّ، ويقتضي يمين المشتري الأرض دون العكس مع أغلبية العكس، وهو سقوط الأرض دون الردّ في أغلب الخيارات. قوله: «وفي كلّ منهما نظر».

[أقول:] أمّا الكتابة فلاّتها مكاتبة جعفر بن عيسى^(١) المخصوص بحسن الحال، والمنصوص بالتوثيق وصدق المقال. وأمّا موافقته لقاعدة «البينة على المدّعي واليمين على من أنكر» فمن الواضح خلافه ومخالفته لها، إلاّ بتوجيه

(١) الوسائل ١٢: ٤٢٠ ب «٨» من أبواب أحكام العيوب ح ١.

الحدائق^(١) أو المصنّف^(٢).

قوله: «ويبقى قدر الأرض مستحقاً على التقديرين».

[أقول:] وفيه: أن مقتضى عموم «نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم» في الضرر دون النفع سقوط الأرض بإقراره الرّد وعدم الرّد لعدم ثبوته وأصالته عدمه، جمعاً بين مقتضى الأصل والإقرار، والتفكيك بين المتلازمين غير عزيز في البين كجمع المختلفات، وتفريق المؤتلفات في الشرعيّات، كدعوى العبد على مولاه الاعتناق فإنّه مسقط لنفقته بالإقرار وباق على ملكيّته بعدم ثبوت الاعتناق وأصالته عدمه.

قوله: «لا يثبت وقوع الفسخ في أوّل الزمان».

[أقول:] فيه: أنّه ولو لم يثبته إلّا على الأصل المثبت، لكنّه كافٍ في إثبات صحّة الفسخ واستصحابها، مضافاً إلى أنّ أصالة صحّة الفسخ بنفسه كافٍ في صحّة الفسخ من باب ظهور الحال وغلبة الصحّة في الأفعال، كما أنّ أصالة تأخر الطلاق عن الزمان المشكوك وقوعه فيه وإن لم يثبت وقوع الرجوع في العدة لكونه مثبتاً إلّا أنّه كافٍ في استصحاب بقاء العدة وصحّة الفسخ فيه، مضافاً إلى أنّ أصالة صحّة الفسخ بنفسه كافٍ في صحّة الفسخ من باب ظاهر الحال وغلبة الصحّة في الأفعال، كما هو المعوّل في كلّ نقل وانتقال، وقيل وقال.

قوله: «والجهل بالفوريّة فيعذر... إلخ».

[أقول:] وفيه: أنّ الجهل بالموضوع يعذر، وأمّا الجهل بالحكم سيّما الحكم الوضعي فلا يعذر مطلقاً، سواء كان بالخيار أو الفوريّة، كالجهل بمدّة الخيار أو الصحّة والبطلان.

(١) الحدائق الناضرة ١٩: ٩١.

(٢) المكاسب: ٢٦٥.

قوله: «وتظهر الثمرة في طرّو موانع الردّ بالعيب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار^(١) الشرط . فتأمّل» .

[أقول:] إشارة إلى ما أشار إليه في الآخر بقوله: «وللنظر في كلا شقّي الثمرة مجال» .

أما وجه النظر في ثبوت الردّ بالعيب على الأوّل - وهو تقدير العيب غير مالي - فلأنّ تقدير استلزام العيب الغير المالي الردّ يستلزم سائر أحكام العيب التي منها المنع من الردّ بطرّو موانعه، وكونه مضموناً على البائع قبل القبض وفي مدّة الخيار بالعيب لا الخيار .

وأما وجه النظر في عدم ثبوت الردّ به على الثاني - وهو تقدير إناطة العيب بالمالي - فلاحتمال تبعض أحكام العيب، بدعوى انصراف خيار العيب الغير المالي إلى خصوص الردّ فقط دون سائر أحكام خياره من جواز الردّ مع طرّو موانعه، وكونه مضموناً على البائع قبل القبض وفي مدّة الخيار بالعيب لا الخيار، كما احتمله المصنّف في الجواب الثاني عن مرسلّة السيّاري^(٢) الآتية .

وبعبارة: أنّ العيب الغير المالي إن كان عيباً عرفاً ترتّب عليه جميع أحكام العيوب شرعاً لا الردّ فقط، وإن لم يكن عيباً لم يترتب عليه الردّ، إلا أن يقال: بتبعض أحكام خيار العيب وانصراف خياره إلى خيار الردّ فقط، لكن ينبغي أن يقال: لا مجال لهذا الإشكال والاحتمال في موضوع العيب ولا في أحكامه .

أما موضوع العيب بحسب النصّ فضابطه الكلّي المنصوص في المرسلّة قوله: «كلّما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^(٣)، وقوله في فقه الرضا: «كلّ زائدة في البدن ممّا هو في أصل الخلقة أو ناقص منه يوجب الردّ في

(١) في المكاسب: «بخيار تخلف الشرط» .

(٢ و ٣) الوسائل ١٢: ٤١٠ ب «١» من أبواب أحكام العيوب ح ١ .

البيع»^(١).

ومن الواضح عرفاً أنّ أصل الخلقة المرتبة المتوسطة بين لحمل الشيء ونقصه المعبر عنها بالصحة والسلامة، وعمّا عداها بالعيب والنقص، وكما يكون في غالب أفراد أصل الخلقة كالحيض ممن من شأنها الحيض كذلك قد يكون في النادر كالطهر في سيّدة النساء، فإنّ الحيض فيها عيب، كما أنّ عدمه في غيرها عيب، والحكم بخيار ردّ المعيب شرعاً إنّما هو من جهة التزام المتبايعين بالصحة في المبيع وإقدامهم عليه، لأنّه جهة انصراف المطلق إلى الصحيح كما يوهم، ويوهمه استكشاف الصحة من حال غالب أفرادها.

ومن هنا يختصّ خيار العيب بالمعاملات دون الأقارير والإيقاعات. وأمّا حكمه الشرعي بخيار الردّ والأرش فأيضاً لا إشكال في عمومه وإطّراده في جميع ما وقع عليه العقد من موضوع المعيب، إلّا في خصوص موضوع الثيبوبة حيث خصّ الشارع خيار الردّ والأرش فيها بما إذا اشترط البكارة دون ما لم يشترط، وهو تخصيص لا تخصّص، كما يوهمه التعليل بأنّه قد يذهب بالمرض أو الخطوة، والتفصيل بين الصغيرة الغير المجلوبة وغيرها فإنّ التفصيل عليل، والتعليل تقريب لا علّة، بل حكمة ملزمة جلّت من حكمه تحقّقاً لمراتب العقّة والعصمة من سوء الظنّ والتهمة والتعريض للأعراض والحرمة، كما أنّ تعليل العدّة بحفظ المياه تقريب لحكمة الاطّراد.

قوله: «الكاشف عن مرض في العضو أو في [أصل] المزاج».

[أقول:] وفيه نظر: لأنّ عدم الشعر من أصل الخلقة لا يستلزم تمرّض العضو أو المزاج في الرجال فضلاً عن استلزامه في النسوان والصبّيان، بل ولا في رجال بعض أهل البلدان، بل هي طبيعة ثانويّة وإن كانت نادرة الوجود خارجة

عن الخلقة الأصلية الأولى الغالبية، كاللحية في المرأة وعدمها في الرجل ليست من تمرّض العضو والمزاج، بل هي مزاج آخر من مظاهر عموم القدرة والمشينة جلّت قدرته.

قوله: «كما يدلّ عليه عدم اكتفائه في عذر الردّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً»^(١) حتّى ضمّ إليه دعواه أنّه لم يكن لها قطّ».

أقول: استناد الردّ بمعيبه عدم شعر العانة بقوله: «لم يكن لها قطّ»^(٢) يدلّ على أنّ عدمه ونقصه بالأصل لا بعروض مرض، فهو على خلاف المدعى أدلّ منه على المدعى، خصوصاً بملاحظة أغلبية زوال العارض بمرض، وعدم زوال الأصلي، وأدوية العارض من الأصلي، مع عدّه من العيوب الموجبة للأرش، ولذا أسند الرادّ الردّ إلى نفس العيب لا المرض، وإلى الأصلي منه لا العارضي بقوله: «وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ - إلى أن قال: - أيّها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به»^(٣).

قوله: «فلا يظهر من الرواية ترتّبها على العيب. فتأمّل».

[أقول: إشارة إلى عدم الصارف والانصراف من ظهور العيب وإطلاقه في عموم الخيار إلى خصوص حكم الردّ.

أمّا أولاً: فلظهور قوله: «كلّما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^(٤) في بيان حقيقة العيب اسماً لا مجرد التشبيه والإلحاق به حكماً حتّى ينصرف إلى أظهر خواصّ المشبه به.

وثانياً: لو سلّمنا التشبيه والإلحاق، لكنّ السياق يقتضي العموم والإطلاق، لأنّه في مقام إعطاء القاعدة الكلّية لا المسألة الجزئية.

قوله: «لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال. فافهم».

[أقول]: إشارة إلى أن الخبر وإن رواه الكليني^(١) والشيخ^(٢) عن الحسين بن محمد الذي هو من أجلاء مشائخ الكليني إلا أن ضعفه بواسطة استناده إلى رسالة أحمد بن محمد السياري البصري الضعيف الحديث فاسد المذهب مجفوء الرواية كثير المراسيل، لكن الظاهر انجبارها بالشهرة فتوى ورواية حتى جعلت قاعدة من القواعد المسلمة وبالموافقة لما عن فقه الرضا^(٣)، وروى: أن كل زائدة في البدن مما هو في أصل الخلقة أو ناقص منه يوجب الرد في البيع^(٤). فتأمل.

قوله: «ولعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالئة - كما في المسالك^(٤) وعن جماعة^(٥) - أراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذي ترتب^(٦) عليه كثير من الأحكام - وإن لم يكن فيه أرش - كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب، وغير ذلك... إلخ».

[أقول]: وفيه: أن إرادة موجب الرد من العيب لا ينفي ما عده من سائر أحكام العيب، كما أن نفي موجب الرد من قولهم عدم الختان في المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً لعلم المشتري بجلبه لا يثبت ما عده، إذ من المعلوم أن الثابت بعض أحكام العيب ونفي بعض أحكامه لا ينفي الحقيقة الثابتة من عموم القاعدة المنصوصة المسلمة، نصاً^(٧) فتوى كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب.

(١) الكافي ٥: ٢١٥ ح ١٢.

(٢) التهذيب ٧: ٦٥ ح ٢٨٢.

(٣) فقه الإمام الرضا^(٤): ٢٥١.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ٢٩٠.

(٥) منهج العلامة في قواعد الاحكام ١: ١٤٥، وفخر المحققين في إيضاح الفوائد ١: ٤٩١.

والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٢٣.

(٦) في المكاسب: «بترتب».

(٧) الوسائل ١٢: ٤١٠ ب «١» من أبواب أحكام العيوب ح ١.

قوله: «والحول والحوص والسبل».

[أقول:] بالتحريك في الثلاثة، والحول حيلولة بياض العين محلّ سواده ومنه الأحول. والحوص ضيق مؤخّر العين، يقال للرجل: أحوص، والمرأة: حوصاء. والسبل بالتحريك والسبال سبلان رطوبة الفمّ إلى خارجه الغالب في المرضع. وفي الجواهر: هو زيادة الأجفان^(١)، ولعلّه اصطلاح الأطباء.

قوله: «لأنّ ذلك غير منقص^(٢) للقيمة».

[أقول:] فيه أولاً: منع عدم منقصيّة حمى اليوم القيمة، غايته منقصيّة حمى اليوم قيمة اليوم والأكثر للأكثر.

وثانياً: سلّمنا، لكن ما لا ينقص القيمة من العيوب لا يوجب الأرش، لا أنّه لا يوجب ما عدا الرّد من سائر أحكام العيب الذي هو المدعى.

قوله: «وإلّا فالأمر أوضح».

[أقول:] أي وإن لم يكن الحمل للبائع بأن كان ملكاً لثالث أو حرّاً بتحليل أو شبهة فعيبه أوضح. أمّا أوضحيّة عيب الحمل الحرّ فلانتفاء مالية الحمل ونفقته في مقابل كلفة حمله وتحمله، وأمّا الحمل المملوك فلم يعلم وجه أوضحيّة عيب المملوك للبائع من المملوك لغيره، خصوصاً إذا كان ذلك الغير المشتري فإنّ عدم عيبه لا عيبه أوضح، لأنّه حينئذٍ زيادة مالية لا نقيصة، خصوصاً في مثل حمل الخيل.

قوله: «فالأقوى في مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرّد... إلخ».

أقول: بل الأظهر من عموم: «كلّما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^(٣) هو عيبه الحمل والحبل مطلقاً في الإماء والبهائم، إلّا في حمل بيض

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٩.

(٢) في المكاسب: «ليس منقصاً».

(٣) الوسائل ١٢: ٤١٠ ب «١» من أبواب أحكام العيوب ح ١.

الدجاج والطيور فإنه زيادة مالية محضة من غير شائبة نقص أصلاً. وأمّا في غيرها فهو وإن كان زيادة مالية من جهة إلا أنه نقص من جهة معرضته للهلاك والتلف ومانعيته من بعض الخدمات والاستنفاعات.

ولا فرق في نقصه وعيبه بين الإماء والدواب، غاية الأمر أنّ عدم إيجابه النقص المالي لو سلّم في بعض الدواب كالخيل فهو مانع من خصوص الأرش دون الردّ وسائر أحكام العيب ولو لم يكن مالياً.

بل ولا فرق بين عيبه ونقصه بين ما قبل الوضع وما بعده، بل ولا بين ما يوجب الوضع فيه النقص وعدمه، غاية الأمر أنه قبل الوضع أو بعده الغير الموجب لنقصه يوجب الأرش من جهة واحدة وبعده الموجب لنقصه يوجب من جهتين، من جهة نقص الحمل ونقص الوضع.

بل ولا فرق أيضاً في نقص الحمل وعيبه بين القول بتعيّة الحمل للحامل وملكيته للمشتري، وبين القول بعدمه وملكيته للبائع، غاية الفرق أنه على الأول يوجب الردّ من جهة واحدة وهو نقص العيب، وعلى الثاني يوجب من جهتين، من جهة نقص العيب ونقص تبعض الصفقة بين البائع والمشتري بالحمل والحامل.

بل ولا فرق أيضاً في نقصه وعيبه بين الحادث قبل القبض أو بعده، غاية الفرق أنّ الحادث قبل القبض مضمون على البائع ومثبت للمشتري خيار الردّ والأرش، وبعده القبض مضمون على المشتري ومانع من خصوص الردّ بالعيب السابق دون الأرش إذا كان نقصاً مالياً، كما هو الغالب خصوصاً في الإماء.

قوله: «وقدح هذا الاحتمال أمّا لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وأمّا لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها... إلخ».

أقول: تنزيل الخبر على كلّ من المعنيين لا يخلو عن شين.

أما المعنى الأول: فلأنه تخصيص لعموم نفي الردّ والأرش من قوله: «لا تردّ ولا شيء عليه»^(١) بخصوص ما إذا اشترط البكارة بعد القبض، وهو مناف لعموم الحكم وصريح تعليله بقوله: «قد يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها»^(٢).

وأما المعنى الثاني: فلأنه وإن لم يناف التعليل إلا أنه تقييد عليل ينافي إطلاق الدليل وعدم التفصيل، بل الأظهر في معنى الخبر هو تعليل نفي العيبوبة ونقص الثيبوبة اسماً وصدقاً، أو نفي خيارية الردّ والأرش حكماً وحقاً وإن كان الأول أظهر عرفاً والثاني شرعاً، بعلية أن إذهابها قد يكون بمقتضى أصل الخلقة، كسقوط أسنان الصبيان في أوان عدم العيب والنقصان وفي غير أوان عيب ونقصان، ويعضده شهرة النصّ والفتوى: «في الرجل يتزوّج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً أيجوز أن يقيم عليها؟ قال ﷺ: قد تفنق البكر من المركب ومن النزوة»^(٣)، ولا قصور في سند الخبر ولا في دلالاته بعد انجباره سنداً ودلالةً بالشهرة، إلا من جهة المعارضة بمقطوعة يونس: «عن رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»^(٤)، المعاوضة بمكاتبة محمد بن جزك: «عمّن تزوّج جارية بكراً فوجدها ثيباً، هل يجب لها الصداق وإفياً أم ينقص؟ قال: ينقص»^(٥)، ولكن رواية يونس وإن كانت صحيحة إلا أنها هنا موقوفة لا تقاوم خبر زرعة^(٦) وإن كان واقفياً، لكونه ثقة عن سماعة وإن كانت مضرة، لكونها من سماعة موثقة. مضافاً إلى إمكان الجمع

(٢٠١) الوسائل ١٢: ٤١٨ ب «٦» من أبواب أحكام العيوب ح ٢.

(٣) الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب «١٠» من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

(٤) الوسائل ١٢: ٤١٨ ب «٦» من أبواب أحكام العيوب ح ١.

(٥) الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب «١٠» من أبواب العيوب والتدليس ح ٢.

(٦) تقدّم مصدرهما في هامش (٣) هنا.

بحمل خبر يونس على اشتراط البكارة وخبر زرعة على اشتراطها وإن ظنّها، كما أنّ المكاتبه أيضاً لا يقاوم ما عارضها من الخبر المعلّل بقوله: «قد تفنق البكر من المركب ومن النزوة»^(١).

قوله: «ومثل هذين وإن لم يكن نقصاً في الخلقة الأصليّة إلاّ أنّ عروض هذا النقص - أعني الخوف - مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع». [أقول:] وبعبارة أوضح: أنّ عدم الجدري والختان وإن لم يكن نقصاً في العيان والأركان لكنّه نقصان في المعنى والعرفان، كخوف الجبان، وكثرة السهو والنسيان، والخراج والعدوان، على الضياع والبلدان، بل وسوء خلق الإنسان، وشوم الملك والأعيان، ووسوسة الشيطان، من جملة العيوب والنقصان، لخروجها عن المجاري الطبيعيّة والفترة الأصليّة، والمحاسن الشرعيّة الخلقية والخلقية.

قوله: «عدم الحيض ممّن شأنها الحيض بحسب السنّ والمكان وغيرها من الخصوصيّات التي لها مدخليّة في ذلك عيب تردّ معه».

[أقول:] فخرج عن العيبية عدم حيض من شأنها عدم الحيضية، لعدم بلوغ أوانها، أو تجاوز سنّها، أو علوّ شأنها بالاصطفاء والتطهير، كسيّدة نساء العالمين مريم وفاطمة عليهما السلام، حيث لم تريا ما تراه النساء من الحيض والنفاس، كعدم البول والغائط والجنابة والاحتلام والنوم والسهو والنسيان، في سائر الأنبياء والأوصياء المصطفين المطهّرين بنصوص القرآن من كلّ عيب وريب ونقصان، حتّى من نقص عدم الختان والهوان، بل وجود هذه الصفات الطبيعيّة فيهم بملاحظة الشأنية الأصليّة الأولى الضفيّة المصطفوية، كعدمها في غيرهم من العيوب والنقصان، الممتنع في خلفاء الرحمن بالدليل والبرهان.

قوله: «وظاهر الحلي في السرائر^(١) عدم العمل بمضمون الرواية رأساً». [أقول:] بناءً على أصله الغير الأصيل وهو عدم حجّية سند الدليل، وإلا فلا قصور في دلالته على عيبية عدم الحيض وموجبيّة الردّ وإن اقتضى العادة في تلك المدّة المديدة عدم انفكاكه عن التصرف المسقط للردّ، وإلا أنّه استبعاد بحت وخارج عن منصرف السؤال والجواب عن أصل عيبية عدم الحيض وحكمه مع الإغماض عن حدوث مانع الردّ وعدمه. ولو سلّمنا فلا أقلّ من العمل بمضمونه في أصل عيبية عدم الحيض وموجبيّة الخيار، غايته تبديل خيار الردّ فيه بالأرش إذا حصل مانع الردّ، وهو لا يقتضي بطرحه من أصل.

قوله: «صحيحة أبي هشام الآتية».

أقول: الصحيح أبي همام لا هشام، ثمّ إنّ ترك ذكرها في ضمن عيوب السنة الآتية في ضمن الصحيحة وإن أوعده، وهي قوله لا يبرأ: «ليس الإباق من ذا- أي من أحداث السنة- إلا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده»^(٢) أي عند البائع لا المشتري.

قوله: «والأقوى ذلك».

[أقول:] أي كون الإباق عيباً، وفاقاً لظاهر الشرائع^(٣)، وصریح التذكرة^(٤) من الاكتفاء في نقص عيبه بالمرّة، «لكون ذلك» أي المرّة «بنفسه» أي لا بالاعتیاد «نقصاً عرفاً»، لمخالفته الفطرة الأصليّة والمحاسن العقلية، لأنّ الإقدام ولو مرّة على الحرام يوجب التجزّي والاقترام في الموبقات العظام، كما يقتضيه إطلاق الصحيحة المتقدّمة.

(١) السرائر ٢: ٣٠٤-٣٠٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٤١١ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ج ٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٤٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٨.

قوله: «وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل».

أقول: يمكن رفع الإشكال بتطبيقها القواعد بالحمل على كون المبتاع ليس عين ما في العكّة الشخصية من مقدار السمن حتّى يقتضي القاعدة بطلان بيعها على تقدير مخالفة المبيع وهو السمن للربّ المنكشف جنساً، وخيار الردّ والأرش على تقدير كون المخالفة تعيب المبيع به وصفاً، بل المبتاع إنّما هو مقدار ما تسعه العكّة من السمن الكلّي لا الشخصي، فيوافق القاعدة الحكم بقوله ﷺ: «لك بكيل الربّ سمناً»، كما يصدقه تعلّل البائع بقوله: «إنّما بعته حكرة»، وتعليل ردّه ﷺ بقوله: «إنّما اشترى منك سمناً»^(١)، أي كلياً لا شخصياً.

قوله: «لأنّ الدردي غير متموّل».

[**أقول:**] وفيه أولاً: المنع، لأنّ الدردي هو سفل الزيت وجليظه الباقي في أسفله، وهو متموّل يصلح للطلاء والاستصباح وأكل البقر، فلا يقصر تموّله عن تموّل الظرف لمظروفه، فضلاً عن قصوره عن تموّل النواة للتمر والقشور للّب قشور الجوز واللوز والتارجيل والارز ونحوه.

وثانياً: لو سلّمنا عدم تموّله، لكنّه لا يخرج المبيع عن جنسه عرفاً وإن أخرجته عن وصف الصحيح، فلا يبطل أصل البيع، بل يوجب خيار العيب.

وثالثاً: لو سلّمنا خروجه عن التموّل وإخراج المبيع به عن الجنسيّة، لكن مع ذلك لا يستلزم بطلان بيعه، إلّا إذا باع زقّ الزيت الجزئي الشخصي، وهو غير مجهول المقدار بالدردي، وأمّا إذا باعه مقدار ما يسعه الزقّ من الزيت الكلّي^(٢).

قوله: «فيشكل الحكم بالردّ في باقي الأخبار»^(٣).

(١) الوسائل ١٢: ٤١٩ ب «٧» من أبواب أحكام العيوب ح ٣.

(٢) كذا في النسخة الخطيّة، والظاهر أنّ الكلام غير تام.

(٣) الوسائل ١٢: ٤١١ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب.

أقول: يدفع الإشكال، لكن لا بما في المسالك^(١) ليردّ عليه ما أورده الماتن، بل بأنّ انتعاق المجذوم بمجرد الجذام قرينة كون المراد ليس الردّ إلى الملك والتملك السابق، بل الردّ لاسترداد الثمن وعدم الامتناع منه.
قوله: «وكلاهما مشكل».

[أقول:] وجهه: أنّ كلّاً من جواز الأرش وتعيّنه إنّما هو العيب القديم لا أحداث السنة.
قوله: «لعدم صدق العيب عليه عرفاً وعدم كونه نقصاً [أو زيادة] في أصل الخلقة».

[أقول:] وفيه: أولاً: منع عدم صدق العيب على الكفر وعدم كونه نقصاً أو زيادة في أصل الخلقة. كيف! ولو كان كذلك لم يجز الردّ أيضاً، كما لم يجز الأرش، وذلك لما عرفت من عدم انحصار النقص عن أصل الخلقة في النقص الحسيّ في الأعضاء والكميّة، بل هو أعمّ منه ومن المعنويّ في الأوصاف والكميّة، بل وفي الأفعال الخارجية الشامل لما دون الكفر من الشوم المشوم والعين المسموم، بل ولكثير السهو والنسيان، والخوف والجبان، ولمثل وسوسة الشيطان، بل ولمثل السفه والإباق من العصيان.

وثانياً: لو سلّمنا عدم إطلاق العيب عرفاً على الكفر، لكن يكفي إحاقه به شرعاً بقوله ﷺ: «كلّ مولود يولد على الفطرة حتّى أنّ أبواه يهودانه»^(٢)، وفحوى نصّ^(٣) كون الإباق عيباً.

قوله: «لأنّه لا يعدّ نقصاً بالتنوع.... وليس نقصاً عند كلّ الناس».

أقول: تحريم الأمة على المشتري برضاع أو نسب أو إيلاء أوظهار أو

(١) مسالك الأفهام ٣: ٣٠٥.

(٢) الوسائل ١١: ٩٦ ب «٤٨» من أبواب جهاد العدو وما يناسبه ح ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٤١١ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢.

نحوه وإن لم يكن عيباً قطعاً، إلا أنه ليس لأجل إناطة النقص والتعيب بالنوع لا الشخص وعند كل الناس لا المشتري، بل إنما هو لأجل اعتبار التلبس الفعلي في صدق المشتق لا الشائني. ومن المعلوم أن تحريم الأمة على المشتري وإن كان نقصاً في نفسه عند الكل إلا أنه ليس نقصاً فعلياً قائماً بنفس الأمة حتى يوجب تعييبها واستناد العيب إليها عرفاً، بل هو نقص شائني قائم بأمر خارجي وهو شراء المشتري من تحرم عليه، فلا يستند عرفاً إلى نفس الأمة المتباعدة.

قوله: «الأقوى عدمه».

[أقول:] وذلك لأن خطر فساد البيع بالنيابة كخطر فساده بالأصالة احتمال مدفوع بأصالة صحة فعل المسلم وعدم حدوث كاشف الفساد له شرعاً.

قوله: «وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف».

[أقول:] لأصالة عدم تحقق شرائط لزومه من الصيغة وتصرف الوقفية، بل وكذا لو اشترى ما هو محقق الوقفية فإنه وإن لم يصح بالأصالة إلا أن أصالة صحة فعل المسلم عند احتمال طرؤ المسوغ شرعاً يصحح بيعه ويقدم على أصالة عدم حدوث المسوغ له، لأنها أمانة شرعية تتقدم على الأصول العملية، إلا إذا عورضت بغلبة الفساد في بعض الأزمنة والبلاد. نعم، خطر الفضولي بمعرضية الرد والتعطيل عيب لا سبيل لرفعه.

قوله: «أقر به عدم».

[أقول:] أقرية عدم مبني على انحصار العيب في النقص الحسي الخلقي لا الخلقي ولا الفعلي، وقد عرفت منعه. مضافاً إلى فحوى النص^(١) والفتوى بعيية الإباق ولو مرة عند البائع، فإنه يدل بالأولوية على نقص المقامرة والتمامية والخمارية والسحر والقتف ونحوه من العيوب الموجبة للفساد والإفساد واره

(١) الوسائل ١٢: ٤١١ ب «٢» من أبواب أحكام العيوب ح ٢.

العباد وتخريب البلاد وإيجاب الحدود. نعم، لو تاب المحدود قبل شرائه زال عنه نقص موجب وعيبه الموجب لخيار المشتري.

قوله: «أو زهيداً فلا ردّ ويردّ الدابة بالزهادة».

[أقول]: فيه: عدم الفرق بين الزهادة في الرقيق والدابة في كونه قليل الأكل مقابل الأكل فإنه إن بلغ حدّ النقص أوجب الردّ في كلاهما وإلا لم يوجه في كلاهما، فلا وجه للتفصيل.

قوله: «ولم يقدر له في الشرع مقدّر».

[أقول]: لأنّ ماله مقدّر شرعي يسمّى في الشرع بالدبّة لا الأرش.

قوله: «و ضمان^(١) النقص تابع [في الكيفيّة] لضمان المنقوص».

[أقول]: يعني ضمان العيب تابع لضمان وصف الصحّة، فإن كان وصف الصحّة مضموناً بقيمته الواقعيّة - كضمان اليد في مثل المغضوب والمستام - كان ضمان نقصه مضموناً بقيمته الواقعيّة فيضمّ قيمة الصحّة الواقعيّة إلى نقص المعيب جبراً لزمانه باليد المضمونة بالقيمة الواقعيّة، وإن كان مضموناً بقيمة المسمّى - كما في ضمان المعاوضة - كان نقصه مضموناً بقيمة المسمّى الموزوع على مجموع الناقص والمنقوص، فيضمّ قيمة الصحّة بالنسبة إلى قيمة المسمّى لا الواقع إلى نقص المعيب جبراً لزمانه بالمعاوضة وقيمة المسمّى لا الواقع، وإلا لجمع في بعض الأحوال بين العوض والمعوض المنهيّ عنه بقوله ﷺ: «لا يجمع بين العوض والمعوض لواحد»^(٢)، على أنّ المراد جبر ما فاته بالعيب لا بغيره ممّا أقدم عليه بغيره ونحوه، والذي فاته بالعيب في المعاوضات هو ضمان قيمة المسمّى لا القيمة الواقعيّة. مضافاً إلى ظهور المعبرة: «يردّ عليه بقدر ما نقص من

(١) في المكاسب: «ثم إن ضمان».

(٢) لم نجد بهذا المضمون عن النبي ﷺ ولا عن غيره، وإنما هي قاعدة فقهية واقعة مورد قبول عند الفقهاء وإن أسنده في الجواهر إلى النبي ﷺ، أنظر جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٨.

ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك»^(١)، في تقييد سائر المطلقات بـ«ثمن المسمّى»، وإلاّ لم يكن وجه للتقييد بالثمن.

قوله: «كالمغصوب والمستام وشبههما».

[أقول]: أمّا المغصوب فهو المأخوذ غصباً. والمستام هو المقبوض بالسوم، أي بالقيمة الواقعيّة، لا المسمّى وشبههما ما يضمن باليد لا بالمعارضة، سواء قبض بالسوم أو بالمعاوضة فاسدة أو بعارية مضمونة، أو نحوها.

قوله: «على مجموع الناقص والمنقوص».

[أقول]: الناقص: المغيّب. والمنقوص: هو وصف الصحّة. والنقص هو

العيب.

قوله: «فإنّه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيها».

[أقول]: بل يجب بذل مقدار نسبة التفاوت لا نفسه، وكلّه من قيمة عوض

الجارية وهو العبد، لكونه بمنزلة ثمنها المسمّى وعوضها في الفرض المذكور.

قوله: «الردّ باعتبار النوع لا الشخص».

[أقول]: أي باعتبار نوع الثمن وكليّته لا جزئيّة الثمن وشخصيّته، ولكنّ

الظاهر انصراف الردّ والمردود إلى المعهود من الثمن، إن كان كلياً فكلياً، وإن كان

جزئياً فجزئياً، إلاّ أن اعتبار الأوصاف كالأجزاء في توزيع الثمن عليها لما

استلزم الربا المحرّم بين المتجانسين الصحيح والمغيّب كان ذلك قرينة شرعيّة

على كون الأرش غرامة شرعيّة، لا عوض الوصف المنقوص في الناقص.

قوله: «ويمكن دفع^(٢) هذا الإشكال بأنّ المضمون بالنقدين هي الأموال

المتعيّنة المستقرّة، والثابت هنا ليس مالاً في الذمّة... إلخ».

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب «١٦» من أبواب الخيار ح ٢.

(٢) في المكاسب: رفع.

[أقول:] فيه أولاً: أنّ المضمون بالنقدين إنّما هو خصوص النقدين، وأمّا غيرهما من الأموال المضمونة فإنّما تعين مقدارها بالنقدين، وأمّا تضمينها فبالأقرب فالأقرب إلى العين لا بخصوص النقدين. وقد عرفت أنّ نقص الأوصاف ليس كنقص الأجزاء مضموناً بجزء الثمن، وإنّما هو مضمون بكليّ الأرش الأعمّ من النقدين وغيره، وتعيين الأرش المضمون كليّة إنّما هو إلى ضامنه لا المضمون له. فكما لا حقّ للمضمون له خصوص أحد النقدين كليّة مطالبة أحد فرديه المعين الجزئيّ، وإنّما له مطالبة الحقّ الكليّ من النقدين دون أحد فرديه الراجع تعيينه إلى ضامنه لا غير، حتّى لو أقرضه عيناً وهو موجود لم يكن للمدين مطالبة عين ماله بعد تملكه الديان بالدين، وإنّما له مثله أو قيمته على وجه الكليّة.

كذلك لا حقّ للمضمون له الأرش الكليّ سوى مطالبة كليّ، وإنّما تعيينه من حيث النقد وغيره، وكذا من حيث أفراد كلّ من النقدين وغيرهما ليس إلّا إلى ضامنه، فليس للمضمون له مطالبة فرد معيّن لا من أفراد كليّ الأرش ولا من أفراد أحد النقدين، ولو طالبه المعين كان للضامن الامتناع منه، لعدم تعيين الفرد الجزئيّ عليه، وإنّما المتعيّن عليه هو الكليّ، فله تعيينه في أي فرد من أفراد كليّ شرعاً.

وثانياً: لو سلّمنا كون المضمون بالنقدين هي الأموال، فأيّ فرق بين المستقرّ في الدمّة، وبين المعلق على مطالبته بحقّ الخيار أو الضمان بعد الاستقرار بالمطالبة.

وثالثاً: لو سلّمنا الفرق، فليس بفارق بين ضمان الأروش وضمن الأموال من حيث كون المضمون النقدين وغيره.

قوله: «ولا يعقل أن يكون مستغرماً له، لأنّ المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل

ويبذل في مقابله شيء من المال يبطل بيعه ، وإلا فلا بدّ أن يبقى له من الثمن قسط» .

أقول: فيه: أنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من استغراق العيب الثمن ولا من صحّة بيعه حينئذٍ، بل ولا من تضمينه أضعاف الثمن لو ردّه المشتري مع مؤونة الردّ ونفقة المردود، وهذا لا يستلزم عدم تموّله المبطل بيعه من أصل عرفاً أو شرعاً، كبيع العذرة. كيف! وقد ظهر ما تقدّم أنّ الأرش غرامة شرعيّة لا استرداد زيادة عوضية، وإلا لبطل ما قابل العيب من أجزاء الثمن من المبيع، كما يبطل ما قابل النقص الجزئي منه.

نعم، يستلزم انفساخ بيعه قهراً لو طلب المشتري أرشه المستغرق للثمن شرعاً بعموم قوله ﷺ: «لا يجمع العوض والمعوض لواحد»^(١).
قوله: «بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا دليل على إلحاقه بالتلف» .

أقول: الدليل على إلحاق العيب المخرج عن الملك بالتلف، بل وإلحاق العيب المستغرق للثمن به أيضاً في انفساخ البيع ورجوع المبيع إلى البائع هو تنقّح المناط وإطلاق النصّ بقوله ﷺ: «لا يجتمع بين العوض والمعوض لواحد»^(٢)، فإنّه لو لم يمنع اجتماع العوض والمعوض للمشتري من بقاء الملك له ولم يقتض انفساخ البيع ورجوع المبيع إلى بائه إذا استغرق عيبه الثمن أو أخرجه عن الملكية لم يمنع اجتماع العوض والمعوض له من بقاء المتلف على ملك المشتري، ولم يقتض انفساخ بيع المتلف في ضمان البائع ورجوعه إلى بائه أيضاً. ولكنّ النصّ المانع من اجتماع العوض والمعوض لما كان مانعاً من بقاء

(١) تقدّمت الإشارة إليه في هامش (٢) ص: ٤٠٨ .

(٢) تقدّمت الإشارة إليه في هامش (١) ص: ٤٠٩ .

المتلف في ملك المشتري لا محالة كان مانعاً من بقاء المعيب في ملكه إذا استغرق أرش عيبه الثمن كله أو أخرجته عن الملكية أيضاً، وملحقاً له بالتلف في انفساخ البيع، ورجوع المبيع مطلقاً إلى بائعه، واختصاص حق اختصاصه ومؤونات حفظه أو دفنه، ورفع مضارّه ومفاسدهه بالبائع لا المشتري، إلى غير ذلك من موارد ظهور الثمرة.

قوله: «وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم».

[أقول:] لإخباره عن موضوع ما هو محفوظ القيمة ومعلومه أي عن موضوع المعيب والصحيح لا عن قيمتهما، كما أنّ الأول إخبار عن المحسوس في التعاطي من القيمة والمقومي كالمعرّف من الصفات الباطنية لا يصدق عليه المقوم، إلا إذا أخبر عن معرفته لاحسّه كالفقيه لا يصدق عليه الفقاهاة إلا إذا أخبر عن اجتهاده لاحسّه، فالأول وإن أخبر عن القيمة لكنّه خارج عن المقوم من جهة إخباره عن حسّه لا عن حدسه، والثاني وإن أخبر عن حدسه إلا أنّه خارج عنه في جهة إخباره عن موضوع القيمة لا عن نفس القيمة.

قوله: «ويحتمل الجمع بطريق آخر وهو أن يرجع إلى البيّنة في مقدار التفاوت».

[أقول:] والفرق أخذ الأرش على الطريق الأول بنسبة التفاوت الملحوظ بين قيمتي الصحيح والمعيب بعد تنصيف المجموع المختلف فيه، وعلى الثاني بالعكس وهو أخذه بنصف التفاوتين بين القيمتين المختلفين. والأسهل أخذ النسبة بين كلّ صحيح ومعيب من نصف الثمن.

وبعبارة: أعمل كلّ من البيّنتين في نصف الثمن إن كانتا اثنتين، وثلثه إن كانتا ثلاثة، وربعه إن كانتا أربعة، وهكذا.

قوله: «وبنصف المجموع أعني ستّه ونصف».

[أقول:] وذلك لأنّ سدس الاثني عشر اثنان وثلاثة أثمانه لا أربعة ونصف .
قوله: «ونصفهما السدس والربع».

[أقول:] أي نصف الثلث السدس وهو الاثنان من اثني عشر المفروض قيمة الصحيح ونصف النصف الربع وهو الثلاثة منه. «وهذا» أي المجموع من السدس والثلث وهي الخمسة من اثني عشر «بعينه تفاوت السبعة والاثني عشر».
قوله: «أعني العشرة والستّة^(١) ونصف».

[أقول:] فيه : غلط إذ كما صحّح أنّ مجموع قيمتي الصحيح من العبد والجارية هو العشرة كذلك المجموع في الطرف الآخر، لملاحظة النسبة والتفاوت ينبغي أن يكون مجموع قيمتي المعيب من العبد والجارية أيضاً وهو السبعة ونصف لا الستّة ونصف، لأنّ الستّة ونصف هو مجموع قيمتي الصحيح والمعيب من العبد، لا المعيب منهما المعتبر طرفاً للصحيح منهما لملاحظة نسبة التفاوت وأخذه أرشاً ويشهد عليه أيضاً.

قوله: «وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن وهو ثلاثة إذا فرض الثمن اثني عشر، كما هو طريقة المشهور».

[أقول:] إذ من المعلوم أنّ التفاوت بالربع إنّما هو بين العشرة والسبعة ونصف، لا الستّة ونصف.

قوله: «فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشاً».

[أقول:] أي الثلاثة من اثني عشر فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته، أي الواحد والنصف من الأربعة التي هي قيمة صحيح العبد المضاف إلى قيمة معيبة الاثني عشر ونصف أرشاً وهو ثلثا الربع المأخوذ من اثني عشر، أي الاثني عشر من الثلاثة المأخوذة من اثني عشر.

(١) في المكاسب: «والسبعة».

قوله: «وللجارية سدسه»^(١).

[أقول:] وهو ثلث الربع المأخوذ من اثني عشر، أي الواحد من الثلاثة المأخوذة من اثني عشر.

قوله: «لأنّه أخذ من مقابل الجارية أعني سبعة وخمساً سدسه وهو واحد وخمس، ومن مقابل العبد، أعني أربعة وأربعة أخماس ثلاثة أثمان وهو واحد وأربعة أخماس».

[أقول:] وذلك لأنّ مقابل الجارية من قيمة المسمّى المفروض اثني عشر بعد توزيع العشر على ستّة الجارية وأربعة العبد ستّة أخماس الاثني الباقية، وهو واحد وخمس على ستّة الجارية، فيبلغ سبعة وخمس وأربعة أخماس الباقية على أربعة العبد، فيكون المأخوذ له ثلاثة أثمان وهو واحد وأربعة أخماس، لأنّ ثلاثة أثمان الأربعة واحد ونصف وثلاثة أثمان الأربعة والأربعة أخماس واحد وأربعة أخماس.

قوله: «فالثلاثة [التي] هي ربع الثمن».

[أقول:] أي ربع الاثني عشر «منطبق على السدس وثلاثة أثمان» أي على سدس السبعة والخمس وهو واحد وخمس وعلى ثلاثة أثمان الأربعة والأربعة أخماس وهو واحد وأربعة أخماس، ولكنّ الانطباق بالتكسير، كما لا يخفى.

قوله: «فيصير مجموع الأرش ثلاثة وربع».

[أقول:] لأنّه نصف مجموع التفاوتين المنصف على طريق الشهيد^(٢)، أعني سدس الاثني عشر وهو اثنان وثلاثة أثمانه وهو أربعة ونصف إذا أخذ نصفها

(١) في المكاسب: «سدسها».

(٢) لم نجده في كتبه المتوفرة لدينا ونقله إيضاح النافع، كما عن صاحب جواهر الكلام ٢٣:

أرشاً - على ما مرَّ^(١) من طريقة الشهيد - صار مجموع الأرش ثلاثة وربع .

قوله: «وصاركلّ واحد من التفاوتين بعد التعديل سدساً» .

[أقول:] وهو اثنان «ونصف سدس» وهو واحد «وثمنه» أي ثمن السدس

المفروض اثنان «وهو» ربع الواحد فبلغ مجموع الأرش «من الثمن المفروض

اثني عشر ثلاثة وربع» فراد على طريق المشهور ربع أيضاً .

قوله: «الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد» .

[أقول:] أي الوسط بين الجميع بحيث لا يكون نسبته إلى واحدة أقرب منها

إلى الأخرى لا الوسط بالمعنى المنساق، ضرورة انتفائه في نحو القيمتين والأربعة

ونحوها ممّا لا وسط له، هذا فيما اختلفت القيم عند أهل الخبرة، وكذا إذا

اختلفت القيم لأفراد ذلك النوع المساوية للمبيع؛ كما في الأضاحي .

قوله: «وقد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت، لأنّه الحقّ دون [خصوص]

القيمتين المحتملتين» .

أقول: نعم، إلّا أن يستند بطريق المشهور - مضافاً إلى الشهرة - إلى خبر

عبدالله بن عمر، ولعلّه الحنّاط الثقة، ولو كان الليثي الضعيف فهو مجبور بعمل

الأصحاب به في محلّه، قال: «كُنّا بمكّة فأصابنا غلاء في الأضاحي فاشترينا

بيدنا ثمّ بيدناين ثمّ بلغت سبعة ثم لم توجد بقليل ولا كثير، فوقع هشام

المكاري إلى أبي الحسن فأخبره بما اشترينا وأنا لم نجد، فوَقَّعَ ﷺ: «انظروا إلى

الثمن الأوّل والثاني والثالث فاجمعوا ثم تصدّقوا بمثل ثلثه»^(٢)، وقد عمل به

الأصحاب في محلّه، بل قالوا: الضابط أن يجمع القيمتان أو القيم ويتصدّق بقيمة

منسوبة إلى القيم بالسويّة، فمن الثلاثة الثلث، ومن الأربعة الربع، وهكذا،

(١) لم يتقدّم منه «قدّس سرّه الشريف» .

(٢) الوسائل ١٠: ١٧٢ ب «٥٨» من أبواب الذبح ح ١ .

واقْتِصَارُ بَعْضِ عَلَى الثَّلَاثِ تَبَعاً لِلرَّوَايَةِ، وَإِلَّا فَالْمُرَادُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَرِيبٌ إِلَى طَرِيقَةِ الْمَشْهُورِ، بَلْ لَعَلَّ اخْتِلَافَ الْبَيِّنَاتِ هُوَ تَعَدُّدُ الْقِيَمِ بِاعْتِبَارِ تَفَاوُتِ الرِّغْبَاتِ، فَيَكُونُ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ الَّذِي لَهُ قِيَمٌ مُتَعَدِّدَةٌ. وَمَقْتَضَى الْعَدْلِ الْجَامِعِ بَيْنَ حَقِّي الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِيِّ هُوَ مَا ذَكَرَهُ الْمَشْهُورُ، وَتَضَمَّنَهُ الْخَبَرُ الْمَزْبُورُ، فَلَيْسَتْ الْمَسْأَلَةُ حِينئِذٍ مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ كَمَا يَجْرِي فِيهَا حُكْمُهُ.

قوله: «واشتقاق الشروط منه ليس على الأصل كالشارط».

[أقول:] أي كاشتقاق الشارط على خلاف الأصل، أي على غير القياس، كاشتقاق المضحي لمن أضحى الأضحى في يوم الأضحى، والمعروف لمن أقام عرفات، والمشعر لمن بات المشعر، إلى غير ذلك مما يشتق من الجوامد على خلاف الأصل.

قوله: «ولذا ليسا بمتضايفين في الفعل والانفعال».

[أقول:] كالخالق والمخلوق، والصانع والمصنوع، والقاتل والمقتول، بل كان الشارط بالمعنى الثاني هو الشارع، والشرط هو الطهارة والقبلة، والمشروط له الصلاة.

وفيه: أن عدم التضايغ بين الفاعل والمفعول لا ينحصر بالمشتق من الجوامد حتى يستدل به على جمود مبدأ اشتقاقه، بل قد يأتي في المشتق من مبدأ الحدوث أيضاً، كالنازل والمنزول، والعاذل والمعدول، إلا أن يخرج الأفعال اللازمة بقوله: «في الفعل والانفعال».

قوله: «وعلى كل تقدير ففي الأخبار عنه بثلاثة أيام مسامحة».

أقول: لا مسامحة عرفاً في حمل الزمان على نفس الخيار، أو ثبوته بتقدير حرف في أو إلى، كقوله ﷺ: «الحيض ثلاثة أيام»^(١) و«خيار ما يفسد ليومه

(١) الوسائل ٢: ٥٥١ ب «١٠» من أبواب الحيض.

يوم»^(١) فإنه بليغ شائع كثير النظائر في العرف.

قوله: «فاسند الجعل إلى نفسه بهذا الاعتبار. فافهم».

[أقول: إشارة إلى أنه لا يقال: إنَّ الإلزام والالتزام باشتراك الشرط الغير

المقدور باعتبار الأصل وبالذات غير مقدور وغير متوهم الجواز، كذلك باعتبار

الواسطة مقدور جائز غير متوهم عدم جوازه، فأين محلّ الكلام والخلاف ممّا

يتوهم فيه الجواز والعدم؟

لأنّا نقول: إنَّ محلّه المقدور بالواسطة الغير المحتمل وجوده بالفعل، بل في

المستقبل، فمن حيث إنّه غير مقدور بالأصل والذات يوهّم الفرر المانع من

جوازه، ومن حيث إنّه مقدور بالواسطة في المستقبل شبيه المشروط به في الحال

يوهّم إلحاقه بالمشبه به في الصّحة، لأصالة الصّحة شرعاً، وعدم معلوميّة المانع

من صدق الفرر عرفاً، كما عن الشيخ^(٢) والقاضي^(٣) والتذكرة^(٤).

قوله: «ويدها الجماع والطلاق»^(٥).

أقول: الصحيح في نسخ كتب الأصول «بيده» لا «بيدها»، كما يشهد عليه

قوله فيما بعد: «وذلك السنّة» وفيما قيل: «خالفت السنّة ووليت حقاً ليست

بأهله»^(٦)، من ولي يلي، أي تبعت واتبعت حقاً ليست بأهله.

قوله: «فإنّ التزم ترك المباح وإن لم يخالف الكتاب المبيح له إلاّ أنّه

التزاه^(٧) فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له».

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١١» من أبواب الخيار.

(٢) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٣) جواهر الفقه: ٦٠ مسألة ٢١٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٣.

(٥) الوسائل ١٥: ٤٠ ب «٢٩» من أبواب المهور ح ١.

(٦) في المكاسب: «إلاّ أنّ التزم».

[أقول:] بقوله: ﴿لِمَ تَحَرَّمَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾^(١) وقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾^(٢) وقوله: ﴿وَاللَّهُ أَذْنُ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾^(٣)، ولا ينقضه صحّة اشتراط توارث المتعة، ولا رقية ولد الحرّ من مملوكه الغير بالشرط، ولا اختيار السكنى للزوجة، ولا اشتراط ما دون الوطاء أو ما دون الليل أو النهار أو ما دون القسم لها، ولا اشتراط ما يخالف الكتاب في العقود ولو كانت المخالفة لعموم الوفاء بالعقود^(٤)، إلى غير ذلك ممّا يخالف عموم جوازه بالكتاب للزومه بالشرط أو بالعكس، وهو مخالفة جوازه بخيار الشرط للزوم الوفاء به بالكتاب، لإمكان الجواب بأنّ النصوص^(٥) المثبتة للزوم الشرط في أمثال تلك الموارد المخالفة لعمومات الكتاب إمّا أن تكون قاصرة عن الحجّية وتخصيص عموم الكتاب وعموم قوله ﷺ: «إِلَّا شَرْطًا يَخَالِفُ الْكِتَابَ»^(٦)، وإمّا أن لا تقصر عن الحجّية وتخصيص عموم الكتاب والقاعدة.

أمّا على الأوّل فلا تنهض قاعدة فساد الشروط المخالفة للكتاب. وأمّا على الثاني فلا مانع من تخصيصها عموم فساد الشرط المخالف بالكتاب، فكما جاز تخصيص عموم الكتاب القطع وهو عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالخبر الظنيّ وهو «المؤمنون عند شروطهم»^(٧)، وكذلك جاز تخصيص عموم: «المؤمنون عند شروطهم» بقوله ﷺ: «إِلَّا شَرْطًا خَالَفَ الْكِتَابَ» فكذا جاز تخصيص عموم: «إِلَّا مَا خَالَفَ الْكِتَابَ»^(٨) بمثل إلّا توارث

(١) التحريم: ١.

(٢) الأعراف: ٣٢.

(٣) يونس: ٥٩.

(٤) المائدة: ١.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٢.

(٨) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٣.

المتعة^(١)، أو رقية الولد^(٢)، أو اختيار السكنى^(٣)، ونحوه ممّا يصلح للتخصيص بالفرض.

قوله: «فيمكن حمل رواية محمد بن قيس^(٤) على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط . فتأمل» .

[أقول:] إشارة إلى استبعاد الحمل المذكور في الرواية من جهات:

أحدها: من جهة أنّ في سياق نفي سببته للطلاق نفي سببته للجماع أيضاً بحكم الشرط وعموم النكرة في سياق النفي من قوله ﷺ: «خالفت السنّة ووليت حقاً ليست بأهله»^(٥)، فلا وجه لحمله على نفي سببته للطلاق خاصّة من غير مخصّص .

وثانياً: من جهة عدم نهوض الحمل المذكور في سائر النصوص^(٦) المستفيضة النافية لاشتراط التسري والتزويج بمخالفة الكتاب، خصوصاً في مثل قوله: «سألت الصادق ﷺ عن رجل تزوّج امرأة وشرط لها أن لا يتزوّج عليها ورضيت أنّ ذلك مهرها، فقال ﷺ: هذا شرط فاسد»^(٧)، وخبر زرارة «أنّ ضريساً كانت تحته بنت حمران فجعل لها أن لا يتزوّج عليها ولا يتسري أبداً في حياتها ولا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا تتزوّج بعده أبداً، وجعلا عليهما من الحجّ والعمرة والهدى والنذور وكلّ مال لهما في المساكين إن لم يف كلّ واحد منهما لصاحبه. فقال ﷺ: إنّ لابنة حمران لحقاً، ولن يحملنا ذلك على أن لا نقول

(١) الوسائل ١٤: ٤٨٥ و ٤٨٦ ب «٣٢» من أبواب المتعة ح ١ و ٥ .

(٢) الوسائل ١٤: ٥٧٨ ب «٦٧» من أبواب نكاح العيب والإماء ح ٢ و ٣ و ٤ .

(٣) الوسائل ١٥: ٤٨ ب «٤٠» من أبواب المهور .

(٤) و ٥) الوسائل ١٥: ٤٠ ب «٢٩» من أبواب المهور ح ١ .

(٦) الوسائل ١٥: ٢٩ ب «٢٠» من أبواب المهور .

(٧) الوسائل ١٥: ٢٩ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ١ .

الحقّ لك فاذهب وتسرّ، فإنّ ذلك ليس بشيء، وليس شيء عليك ولا عليها»^(١)،
الخير.

وثالثاً: من جهة أنّ تأويل خبر ابن قيس ليس بأولى من تأويل خبر منصور: «فليف للمرأة شرطها»^(٢) بالحمل على استحباب الوفاء بالشرط والوعد ولو لم يلزم، أو على التقيّة كما عن الشيخ^(٣)، ويعاضده خبر منصور بن حازم: «سألته عمّن حلفت لزوجها بالعناق والهدي إن هو مات لا تتزوّج بعده أبداً ثمّ بدا لها أن تتزوّج، قال: تبع مملوكتها فإنّي أخاف عليها السلطان، وليس عليها في الحقّ شيء»^(٤)، الخير.

قوله: «المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأوّل». [أقول]: فيه: ما عرفت من أنّ عموم تعليل ترك التسرّي والتزويج والجماع والعناق والصدقة والحجّ والعمرة ونحوها بالمخالفة ظاهر، بل صريح في كون المخالف للكتاب هو الشرط بقسميه، بل مورد جميع نصوص^(٥) الشرط والاشتراط ليس إلّا الشرط المخالف بالمعنى الأوّل لا الثاني.

قوله: «فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة الدالّين على الحكم الذي يراد تغييره بالشرط والتأمّل فيه حتّى يحصل له التمييز وعرف أنّ الشروط^(٦) من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق... إلخ».

[أقول]: فيه: أنّ إحالة تميّز الأحكام من حيث قابليّة التغيير بالشرط

(١) الوسائل ١٥: ٢٩ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٢.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٣) الاستبصار ٣: ٢٣٢ ذيل الحديث ٨٣٥.

(٤) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٥.

(٥) الوسائل ١٥: ٢٩ ب «٢٠» من أبواب المهور.

(٦) في المكاسب: «المشروط».

وعدمه، ومن حيث مخالفة الشرط فيه للكتاب والسنة وعدمه إلى نظر المجتهد وتأمله وتتبعه في الموارد المذكورة لا يكاد أن يضبط ولا أن يظهر، لاختلاف النظر، وإنما الضابط والأظهر الرجوع في جميع موارد الاشتراط المشكوكة الصحة إلى ملاحظة النصوص الواردة في الاشتراط، فإن كانت قاصرة سنداً أو دلالة عن الحجية وتخصيص المخالف له في الكتاب والسنة من عموم الوفاء بالعقود^(١) والعهود^(٢) وعموم «ما خالف السنة رد إلى السنة»^(٣) - كما في ثبوت الولاء لغير المعتق - كان المرجع فيها إلى عموم الكتاب والسنة المخالف للزوم الشرط والاشتراط شرعاً، لغرض قصور المخصّص له بالشرط عن التخصيص، وإلا فالمرجع إلى عموم دليل الاشتراط المخصّص لعموم: «رد ما خالف الكتاب والسنة إلى الكتاب والسنة».

وحاصل الضابط: أنّ مورد الشرط إن لم يخالف عموم الكتاب والسنة كان المرجع فيه إلى عموم الوفاء بالعهود و «المؤمنون عند شروطهم»^(٤)، وإن خالفه كان المرجع فيه إلى عموم الكتاب والسنة، إلا إذا خصّصه مخصّص رجع إليه. فلم يبق من مورد للشك في صحة الشروط حتى يحتاج فيه إلى تتبع المجتهد أو الرجوع إلى الأصل، على أنّ ما يترأى من التعارض وتخصيص المخالف للكتاب سيما في التحريم والتحليل فهو على شذوذه وعلى تقدير ثبوته مؤول إلى الموافقة للكتاب في الواقع والباطن، لأنّ للقرآن سبعون^(٥) بطون ﴿ولا رطب ولا يابس﴾ إلا

(١) المائدة: ١.

(٢) النحل: ٩١.

(٣) أنظر الوسائل ١٥: ٣١١ ب «٢٩» من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه.

(٤) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٥) لم نثر على الحديث بهذا اللفظ، ولكن وجد بألفاظ أخرى، راجع البحار ٩٢: ٩١ و ٩٥

في كتاب مبين»^(١) ﴿وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون﴾^(٢). فحينئذٍ فلا معارض للقاعدتين الكلّيتين «كل شرط جائز إلا ما حرّم حلالاً»^(٣)، بل ولا تخصيص في البين فضلاً عن التخصيص بالأكثر، بل هو آية عن التخصيص، لقوله تعالى فيه: ﴿تبيان لكل شيء﴾^(٤) ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾^(٥) ﴿ولا رطبٍ ولا يابسٍ إلا في كتاب مبين﴾ و ﴿لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه﴾^(٦). وقوله ﷺ: «لن يفترقا حتى يردا عليّ الحوض»^(٧)، وقوله ﷺ: «ما جاءكم عنّي لا يوافق القرآن فهو باطل»^(٨) «فهو زخرف»^(٩) إلى [غير ذلك] من نصوص «العرض على الكتاب»^(١٠) المتواترة الصحيحة الصريحة في كون الكتاب ضابط كليّ لتميّز الحقّ والباطل، والصدق والكذب، ومع ذلك كيف يعقل المخالفة للقرآن ممّن هو نفس القرآن؟!

قوله: «فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة... إلخ».

[أقول:] وفيه أولاً: ما عرفت من الضابط الكلّي أنّ مورد الشرط إن لم يخالف عموم الكتاب والسنة كان راجعاً إلى عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١١)، وإن خالفه كان مرجعه إلى عموم الكتاب والسنة، إلا إذا خصّص بمخصّص رجع

(١) الأنعام: ٥٩.

(٢) آل عمران: ٧.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

(٤) النحل: ٨٩.

(٥) الأنعام: ٣٨.

(٦) فصلت: ٤٢.

(٧) الوسائل ١٨: ١٩ ب «٥» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٨) الوسائل ١٨: ٧٩ ب «٩» من أبواب صفات القاضي ح ١٥.

(٩) الوسائل ١٨: ٧٩ ب «٩» من أبواب صفات القاضي ح ١٤.

(١٠) الوسائل ١٨: ٨٤ ب «٩» من أبواب صفات القاضي ح ٢٩.

(١١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

إليه. فلم يبق مورد للشك حتى يرجع فيه إلى الأصول.

وثانياً: لو سلمنا فالأصل الأصيل في مورد الشك في صحة الشرط وعدمه هو أصالة عدم تأثير الشرط، واستصحاب بقاء العقد على لزومه، وبقاء المشروط على عدم لزومه، والشرط على عدم تأثيره، لا أصالة عدم المخالفة وأصالة قابلية الحكم الحادث للتغير بالشرط.

لأنّ الشك في ذلك أولاً: كالشك في ذكورية المولود وأنوئته شك في الحادث لا الحدوث فلا يجري فيه الأصل.

وثانياً: أنه مثبت لا يثبت بأصالة عدم المخالفة تأثير الشرط لزوم المشروط.

وثالثاً: بأن أصالة عدم تأثير الشرط والاشتراط لزوم المشروط وعدم تغير المشروط بالشرط، واستصحاب بقاء العقد المشروط على ما كان قبل الشرط حاكم على أصالة عدم المخالفة وأصالة قابلية الحكم المشروط للتغير بالشرط. كما أنّ استصحاب طهارة التيمّم وأصالة عدم انتقاضه بوجود الماء في أثناء الصلاة حاكم على أصالة عدم ثبوت التيمّم، وحكم الطهارة على وجه لا يقبل الانتقاض بوجود الماء في أثناء الصلاة.

قوله: «وفيه من الضعف ما لا يخفي».

أقول: أمّا المفضل المذكور فهو ظاهر المستند^(١) وعن صريح العوائد^(٢). وأمّا تفصيله فهو تخصيص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه بما كان الحكم المشروط لا شرطه، والتزامه مخالفاً للكتاب، وظاهره إرادة ما لو اشترط حلّ الحرام أو حرمة الحلال، لا فعل الحرام أو ترك الحلال، كما مثّل له باشتراط عدم

(١) أنظر مستند الشيعة ٢: ٣٨٩.

(٢) عوائد الأيام: ٤٩.

خيار ما فيه الخيار لا سقوط الخيار.

وأما وجه ضعفه فلما فيه أولاً: بأنه لا مخصّص لتخصيصه الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه باشتراط حلّ الحرام لا فعله، بل لا موقع له في الشروط والالتزامات الغالبة.

وثانياً: بأنّ نسبة الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه بالنسبة إلى عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) ووجوب الوفاء بالشرط خاصّ مقدّم عرفاً ومستثنى من العموم، فأين التعارض المحوج إلى المرجّح الخارجي من إجماع ونحوه.

وثالثاً: بما في المتن من قوله: «مع أنّ اللازم»^(٢)... إلخ».

قوله: «وأدلة الشروط حاكمة على القسم الأوّل دون الثاني».

[أقول]: وفيه: ما عرفت من أنّ حكومة أدلّة الشرط على الأوّل مبنيّ على ما اختاره من تخصيص المخالف للكتاب المخصّص لعموم أدلّة الشروط بالقسم الثاني دون الأوّل، وإلاّ فعلى تعمّم المخالف للقسمين - كما عرفت - ينعكس الأمر ويكون المخالف بقسميه مخصّص لأدلة الشروط لا محالة.

قوله: «والوقوف مع الدليل الخارج الدالّ على فساد الاشتراط يخرج

الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشكّ... إلخ».

أقول: أصل هذا الإشكال على طوله من الجواب والسؤال، والقيل والقال، مبنيّ على تخصيص المخالف للكتاب الممنوع فيه الاشتراط بخصوص الأحكام الالزاميّة دون غيرها، وأما على تعمّم المخالف للقسمين فلا إشكال في البين، لانحصار المشكوك في ضابطين كليتين، لأنّ مشكوك الصحّة من جميع موارد

(١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهورح ٤.

(٢) المكاسب: ٢٧٩.

الاشتراط حينئذٍ إن لم يخالف الكتاب بشيء من قسمي المخالفة شرطاً أو مشروطاً أندرج في عموم كَلِيَّة ضابطة صحّة الاشتراط ووجوب الوفاء بالشرط، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١). وإلاّ بأن خالفه بشيء من قسمي المخالفة شرطاً أو مشروطاً أندرج في عموم كَلِيَّة ضابطة ممنوعية اشتراط المخالف من الصحّة، إلاّ ما أخرجه الدليل المخصّص فانضبط ضابطة الرواية من الجهتين وارتفع الإشكال في البين.

إذ كما لا إشكال في تخصيص عموم قاعدة: «أوفوا بالعقود» بعموم قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» ولا في تخصيص عموم هذا المخصّص بعموم: «كلّ شرط خالف الكتاب فهو باطل» «مردود»^(٢) كذلك لا ينبغي الإشكال في تخصيص القاعدة الثانية ببعض المخصّصات الخاصّة المنصوصة لصحّة اشتراط بعض ما خالف الكتاب من توريث المتعة^(٣) ورقية ولد المملوكة من الحر^(٤)، ونحوه ممّا أخرجه النصّ المخرج عن القاعدة على تقدير ثبوته، وحاملهم على تكليف تخصيص الشرط الجائز والغير الجائز بأحد المخصّصات المذكورة على طولها توهم التعارض أو لزوم التخصّص بالأكثر بين قوليه: «كلّ شرط أو صلح جائز إلاّ ما حرّم حلالاً»^(٥)... إلخ»، حيث إنّ الشرط كالنذر والعهد واليمين كثيراً ما يحرم الحلال.

ويدفعه: أنّ النذر والعهد واليمين خارج عن موضوع الشرط تخصّصاً، والشرط المحرّم للحلال خارج عن حكمه تخصّصاً في خصوص ما أخرجه

(١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) الوسائل ١٤: ٤٨٥ و ٤٨٦ ب «٣٢» من أبواب المتعة ح ١ و ٥.

(٤) الوسائل ١٤: ٥٧٨ ب «٦٧» من أبواب نكاح العبيد والأماء ح ٢ و ٣ و ٤.

(٥) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

الدليل الدالّ على الوفاء بالشرط المحرّم للحلال في موارد قليلة لا تستلزم التخصيص بالأكثر ولا غيره، بل المعلوم من نصوص «العرض على الكتاب»^(١) و«إني تارك فيكم الثقلين: كتاب الله وعترتي، وأنهما لن يفترقا»^(٢) أنّ المخالف للكتاب سيّما في التحريم والتحليل على شذوذه وعلى تقدير ثبوته مؤوّل في الواقع والباطن إلى الموافق، لأنّ «للقرآن سبعون بطن»^(٣) «ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين»^(٤) «وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون»^(٥).
قوله: «بل يلزم كون الكلّ لغوًّا».

[أقول:] أي يلزم من تعميم المستثنى بقوله: «إلا ما حرّم حلالاً»^(٦) لعموم تحريمه الحلال بنفسه أو بغيره لغوية عموم المستثنى منه بقوله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٧) «وكلّ شرط جائز»، لانحصار المستثنى منه حينئذٍ في اشتراط الواجب فعله أو تركه بعد تعميم المستثنى لمطلق المحرّم للحلال بنفسه أو بغيره، بخلاف ما لو خصّصناه بالمحرّم بلفظ التحريم لا غير. وفيه منع الملازمة، لأنّ لغويّة الكلّ إنّما هو في التخصيص بالأكثر.

قوله: «وللنظر في مواضع من كلامه مجال. فافهم».

[أقول:] لما فيه أولاً: من أنّه لا مخصّص للشرط المخالف بالمخالفة الكلية دون الجزئية في فرد من الكليّ.

(١) الوسائل ١٨ : ٨٤ ب «٩» من أبواب صفات القاضي ح ٢٩.

(٢) الوسائل ١٨ : ١٩ ب «٥» من أبواب صفات القاضي ح ٩.

(٣) لم نعر على الحديث بهذا اللفظ ولكن وجد بألفاظ أخرى، راجع البحار ٩٢ : ٩١ و ٩٥ ح ٣٧ و ٤٨.

(٤) الأنعام : ٥٩.

(٥) آل عمران : ٧.

(٦) الوسائل ١٢ : ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

(٧) الوسائل ١٥ : ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

وثانياً: بأنّ المنع عن كلّي شيء منع عن كلّ فرد من جزئياته بخلاف العكس، والمنع عن كلّي ترك التسري والتزويج منع عن كلّ فرد من جزئياته أيضاً، فأين التفكيك؟

وثالثاً: بأنّ مخالفة الشرط ومبدعيّة الالتزام وعدمه منوط بمشروعيّة الشرط والالتزام وعدمه لا بكلّيّة الملتزم وجزئيّته.

وقد تلخّص ممّا ذكرنا أنّ مشروعيّة الشرط وعدمه وصحّة الالتزام به وعدمه ومخالفة الشرط للكتاب وعدمه لا يناط ولا يحاط بشيء من المخصّصات المذكورة بأسرها، لا بمخالفة المشروط دون الشرط للكتاب، ولا بمخالفة الحكم المشروط له وعدمه كما عن العوائد^(١)، ولا بقابليّة المشروط للتغيّر بالشرط وعدمه كما عليه المصنّف^(٢)، ولا باستناد حلّيّته إلى الحكم الوضعي دون التكليفي، ولا بتحريم الشرط الحلال بلفظ التحريم لا بنفس الشرط كما قيل أو يقال، ولا باشتراط المخالفة الكلّيّة للكتاب والجزئيّة كما عن القمي^(٣).

نعم، إنّما يناط ويحاط صحّة الاشتراط وعدمه بما اخترناه من الضابط الكلّي والقانون الشرعي، وهو كون الشرط إن لم يخالف حكمه حكم الكتاب بشيء من قسمي المخالفة شرطاً أو مشروطاً كان مرجعه إلى عموم قاعدة «لزوم الوفاء بالشرط» بعموم «كلّ شرط جائز»، وإلّا فإن خالف حكمه بشيء من قسمي المخالفة كان مرجعه إلى عموم قاعدة «فساد الشرط المخالف للكتاب»، إلّا ما أخرجّه النصّ المخرج.

(١) عوائد الأيام: ٤٨.

(٢) المكاسب: ٢٧٩.

(٣) لم نحصل على كتابه المسمّى «الرسالة الشرطية».

وفي الجواهر^(١) تخصيص الشرط المخالف للكتاب بالمثبت للحكم المخالف له دون الملزوم للجائز منه، ولعلّه راجع إلى أحد التفاصيل الستة أو السابع المختار.

قوله: «فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقييده بهذا الشرط».

[أقول:] لأنّ الجمع بين ضدي النفي والاثبات وهو الوفاء بالعقد الذي هو العمل بمقتضاه والوفاء بالشرط الذي هو عدم الوفاء به تكليف بالمحال، بل في نفسه محال، لرجوعه إلى الجمع بين الضدين، بل المتناقضين.

قوله: «فإنه شرط مناف كالعقّ ليس مبنياً على التغليب».

[أقول:] وفيه أولاً: أنّ الوقف أيضاً كالعقّ عبادة مبنية على التغليب.

وثانياً: أنّ التغليب في العقق وإن بلغ ما بلغ لا يصحّ اشتراطه المنافي بالفرض لمقتضى العقد ووقوع التنافي المفروض بين الأخذ بمقتضى العقد أو الشرط المنافي له بالفرض وكون التكليف به من قبيل التكليف المحال أو في نفسه محال، إلا إذا فرض تخصيص عموم^(٢) بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، كالمنافي للكتاب بالنص^(٣) المخرج لاشتراط العقق أو نحوه عن عموم بطلان المنافي.

قوله: «فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة في الرواية^(٤) السابقة منافياً لهذه الآية^(٥)، ولم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافياً».

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل ١٣: ٤٣ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان.

(٤) الوسائل ١٥: ٤٠ ب «٢٩» من أبواب المهور ح ١.

(٥) في المكاسب: «لهذا الأثر».

أقول: فيه أن عموم ﴿الرجال قوامون على النساء﴾^(١) منافي لكل من الجعلين، لعدم الفارق في البين، إلا على ما فرضنا من تخصص عموم بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد بالنص^(٢) المخرج لاشتراط السكنى دون اختيار الجماع عن عموم ﴿الرجال قوامون﴾.

قوله: «وقد فهم الفقهاء من قوله ﷺ: «البيعان بالخيار حتى يفترقا فإن افترقا وجب البيع»^(٣) التنافي».

[أقول:] أي للشرط المنافي لما قبل التفرق باشتراط سقوط الخيار، ولما بعده باشتراط ثبوته.

قوله: «فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد وكذا [على صحة] اشتراط الخيار بعد الافتراق».

أقول: إن رفع التنافي لمقتضى العقد بين صحة اشتراط سقوط خيار ما فيه الخيار، وإثبات خيار ما ليس فيه الخيار، لو استند إلى الإجماع أو نظر الفقيه وفهمه، مضافاً إلى ما عرفت من اختلافه وعدم انضباطه يستلزم الإشكال والاختلال في انضباط الضوابط الشرعية والقواعد الكلية في باب الشروط من أن كل شرط جائز إلا كل شرط خالف الكتاب، بل هو مستند إلى الضابط الكلي في باب الشروط من تخصيص عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾، وبخصوص «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٤)، وحكومة «المؤمنون عند شروطهم»^(٥) على عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإلا لم يبق لعموم الحاكم وهو «كل شرط جائز» مورد إلا

(١) النساء: ٣٤.

(٢) الوسائل ١٥: ٤٨ ب «٤٠» من أبواب المهور.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٤٦ ب «١» من أبواب الخيار.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٤٦ ب «١» من أبواب الخيار.

(٥) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

ونافي عموم المحكوم وهو وجوب الوفاء بالعقد ومقتضاه، ودخل في عموم المخالف للكتاب الممنوع اشتراطه. فوروده مورد عموم الوفاء بالعقد قرينة حكومته وتقدمه عليه وانحصار الشرط المخالف للكتاب والمنافي لمقتضى العقد المستثنى من عموم جواز الشروط وصحتها بقوله: «إلا ما خالف الكتاب» أو «أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فهو باطل» «مردود» في خصوص المنافي بغير عموم الوفاء بالعقد والمخالف لغيره من سائر العمومات والمقتضيات الأخر، لأنّ عموم الوفاء محكوم لعموم: «كلّ شرط جائز» وهو محكوم قوله ﷺ: «إلا ما خالف الكتاب»^(١) ونافي مقتضى العقد. ومن المعلوم أنّ محكوم المحكوم للحاكم فلا ينافيه ولا يخالفه، بل المراد ممّا يخالفه وينافيه الممنوع والموضوع للحاكم، إنّما هو غير مخالفة المحكوم من سائر المخالفات والعمومات الغير المحكومة للحاكم المخالفة له على وجه التعارض.

فتبيّن أنّ المرجع والمستند في تميّز المخالف للكتاب وعدمه والمنافي لمقتضى العقد وعدمه ليس إلى ما ذكره المصنّف من الرجوع إلى نظر الفقيه وفهمه، أو إلى الدليل الخارج من إجماع أو غيره ممّا يقيّد قابلية العقد للتغيير بالشرط وعدمه، ومنافاة الشرط لمقتضى العقد وعدمه، بل المرجع فيه إلى الضابطين الشرعيّين والقاعدتين الكلّيتين في باب المشروط من أنّه إن لم يخالفه عموم غير عموم «أو فوّا بالعقود» المحكوم له من سائر عموماته المخالفة كان مرجعه إلى عموم: «كلّ شرط جائز»، وإن خالفه شيء من سائر عمومات الكتاب المخالفة له على وجه المعارضة لا المحكوميّة كان مرجعه إلى عموم: «كلّ ما خالف الكتاب فهو باطل» «مردود»^(٢) إلا ما أخرجّه النصّ^(٣) المخصّص لعموم

(١) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) تقدّم مصدره في هامش (١-٣) ص: ٤١٩ وهامش (٢) ص: ٤٢٠.

المخالفة، وحينئذٍ فلم يبق مورد للشكّ المحوج إلى الأصل، فضلاً عن الإشكال في جواب السؤال، وتطويل المقال عن مقتضى الحال بالقييل والمقال.

هذا كله مضافاً إلى ما عرفت من أنّ عموم بطلان مخالفة الكتاب وردّه قاعدة كلية وضابط كلي جعله الشارع تميّز الحقّ والباطل والصدق والكذب آبٍ عن التخصّص، فضلاً عن التخصيص بالأكثر، فضلاً عن المعارض. وما ترأى من المعارض والمخالف للكتاب كالمتشابهات مؤوّل إلى الموافقة القطعية للكتاب عند من عنده علم الكتاب، وقد قال عليه السلام في تفسير ﴿الله الصمد﴾: «لو وجدت لعلمي الذي أتاني الله عزّ وجلّ حملة لنشرت التوحيد والإسلام والإيمان والدين والتشريع من الصمد»^(١).

قوله: «لعموم نفي الغرر^(٢) إلا أن يعدّ المشروط^(٣) في العرف تابعاً غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج».

أقول: وكذلك ثياب المملوك، وجلّ الفرس، وشعر المعز، وصوف الشاة، ووبر الإبل، ونحوها من توابع المبيع الغير المقصودة فيه ممّا لا يعدّ الجهل في كمّها وكيفها غرراً عرفاً، ويقرب منه جهالة مدّة الخيار فإنّ اشتراطه في عقود المعاوضة يوجب الغرر الباطل، بل المبطل، وفي عقود المصالحة المبتنية على الصلح لا المعاوضة لا يوجب غرراً عرفاً وإن بلغ الجهل فيه ما بلغ.

قوله: «وصرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه».

أقول: تقرير الدور في جميع صور اشتراط نقل المنقول عن الناقل إلى الناقل مبنيّ على توقّف نقل المنقول إلى الناقل على سبق نقله عنه لعموم: «لا بيع

(١) مجمع البيان ٥: ٥٦٦.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٣٠ ب «٤٠» من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٣) في المكاسب: «إلا إذا عدّ الشرط».

إلا في ملك»^(١)، وتوقف نقله عنه على سبق نقله إليه لقضاء الشرطيّة وهو الدور .
ويدفعه: أنّ معنى اشتراط العقد بشرط إن كان التعليق في إنشائه لزم الدور، بل وعدم تحقّق الإنشاء وعقده من أصل في جميع أقسام الشروط ولو شرط الانتقال إلى غير الناقل، فضلاً عن اشتراط نقله إليه قبل الانتقال عنه، لأنّ الإنشاء والتعليق ضدّان لا يجتمعان، فيبطل الإنشاء المشروط بأيّ شرط كان في جميع صورته، وإن كان التعليق في المنشئ وأحكام الإنشاء وآثاره المترتبة عليه صحّ المشروط بأيّ شرط كان في جميع صورته، حتّى لو اشترط على المبتاع بيعه على البائع، فضلاً عن بيعه على غيره، أو رهنه عند البائع في ثمن المبيع، لعدم استلزام الشرط في المنشئ كالندورات ما استلزمه الشرط في الإنشاء من الدور ولا الخلف.

قوله: «لكنّ الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد... إلخ».

أقول: بل الأظهر من منصرف معقد الإجماع وظواهر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد الانصراف إلى عدم لزوم الغير المقصود المتباني عليه في العقد، وإلا فمن قواعدهم المسلّمة كون «العقود تابعة للقصد» و«المرء يدان بنبّته» و«إنّما يحشر الناس على نيّاتهم».

قوله: «بجواز أن يبيع الشيء من غيره بضمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع... إلخ».

أقول: فيه لا أقل من احتمال أن يراد من قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع قصدهما بقصد مستقلّ لا بقصد تباعي على وجه الشرطيّة التبعية المقصودة من نفس العقد الذي هو محلّ النظر، والاحتمال يبطل الاستدلال.

قوله: «لكنّه تقييد لإطلاق كلماتهم».

أقول: بل لعله بيان منصرف إطلاقاتهم، خصوصاً بقرينة الجمع بينهما وبين قواعدهم المسلّمة من «أنّ العقود تابعة للقصد» و«كلّ يدان ببيّته».

قوله: «حكى عن المشهور أنّ عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر المعيّن إذا خلا عن ذكر الأجل ينقلب دائماً».

أقول: الاستشهاد به إنّما يتمّ لو لم يستند فتوى المشهور به إلى خصوص النصّ^(١) الدالّ على انقلابه دائماً وتغليب الدوام على الانقطاع، وإلا فلا شهادة فيه على القاعدة الكلّية، وهو عدم اعتبار الشرط المتباني عليه في العقود التابعة للقصد.

قوله: «لأنّ الشرط من أركان العقد المشروط، بل قد^(٢) عرفت أنّه كالجزء من أحد العوضين».

أقول: ركنيّة الشرط للمشروط بل لو فرض جزئيّته أيضاً في خصوص اختلال حكم المشروط وهو اللزوم باختلاله لا يوجب فساد العقد بعدم ذكره لفظاً مع التباني عليه قصداً، بعد فرض صدق العقد وصحّة إطلاقه عليه عرفاً، وعدم مدخليّته في صدق العقد وإطلاقه عرفاً وإن كان له مدخليّة في اللزوم وعدمه على وجه عرفت ضعفه.

قوله: «ولذا اعترف بعضهم بأنّ مرجع قوله: «أنت وكيلي إذا جاء رأس الشهر في أن تبع» و«أنت وكيلي في أن تبع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحد، مع الاتفاق على صحّة الثاني وبطلان الأوّل».

أقول: لا وجه لما ذكره من اتّحادهما معنى واختلافهما حكماً بالصحّة

(١) الوسائل ١٤: ٤٦٩ ب «٢٠» من أبواب المتعة.

(٢) هذه الكلمة غير موجودة في المكاسب.

والبطلان، إلا بإرجاع الشرط والتعليق في صورة البطلان إلى أصل الإنشاء، وفي صورة الصحة إلى المنشئ وأحكام الإنشاء وآثاره المترتبة عليه، وهو راجع إلى اختلاف المعنيين، لا إلى مجرد اختلاف لفظ المثالين مع اتحاد المعنى في البين، كما زعم.

قوله: «وأما توقّف الملك [وشبهه] على أسباب خاصّة فهي دعوى غير مسموعة».

[أقول]: وفيه: كيف تكون الدعوى غير مسموعة والحال أنّ الشرط لا يزيد على النذر والعهد واليمين التي ليست بنحو أقلّ شرعيّة لتمليك معلقاتها؟ بل الخلف والحنت يوجب الكفارة لا النقل والانتقال، فكيف يكون الشرط ناقلاً مملكاً خصوصاً شرط الصدقة والعتق ممّا يتوقّف على الإنشاء والقربة بالاتفاق ممّن عدا العامّة^(١)؟

قوله: «والأظهر في كلمات الأصحاب وجود الخلاف في المسألتين».

[أقول]: أي وجود الخلاف في وجوب الوفاء بالشرط وعدمه، وفي وجوب إجبار الممتنع من الوفاء بالشرط وعدمه، ولكن مقتضى القاعدة والملازمة مع الغضّ عن كلمات الأصحاب هو ابتناء الخلاف في المسألة الثانية على الخلاف في الأولى لا غير، إذ كلّ من التزم بوجوب الوفاء بالشرط كوجوب الوفاء بالعقد، كما هو الأظهر الأشهر من قوله عليه السلام: «ومن شرط شرطاً فليف به»^(٢) و «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) لزمه القول بوجوب إجبار الممتنع بالشرط قطعاً، كما هو القاعدة الكلية في إجبار كلّ ممتنع عن حقّ واجب من الوفاء بالعقد أو الشرط أو غيرهما. وكلّ من قال بعدم وجوب الوفاء بالشرط وكون الشرط هو

(١) المغني لابن قدامة ١٢: ٢٣٤، الشرح الكبير ١٢: ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

(٣) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

الالتزام والالتزام وعداً من جانب الشارط لا حكماً من جانب الشارع لزمه القول بعدم وجوب إجبار الممتنع منه، لأنه وعد لا يجب الوفاء به وإلزام من الشارط لا من الشارع حتى يجب الالتزام به.

نعم، الانجبار بالخيار في موارد تعذر الاجبار جبراً للضرر والضرار.

قوله: «فيكون ذلك بمنزلة التقايل من الطرفين عن تراض».

[أقول]: وفيه: عدم الدليل على هذا التنزيل مع وجود الفرق والفرق بينهما، وهو وجود التراضي في التقايل من الطرفين وعدمه فيما نحن فيه إلا من طرف الشارط دون المشروط عليه، لأن مجرد امتناعه عن الشرط لا يستلزم رضاه بفسخ العقد المشروط، ورضاء الشارط بفسخ العقد مع عدم رضاه المشروط عليه لا يكون فسخاً، لأصالة عدمه وعدم الانفساخ به واستصحاب بقاء لزوم العقد والشرط وعدم الخيار، إلا مع تعذر الاجبار جبراً للضرر والضرار. قوله: «فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى ما ذكرنا من الفرق بين التقايل وما نحن فيه، أو إلى منع ما ذكره هو من الفرق بين الامتناع عن أحد العوضين وبين الامتناع عن الشرط المفروض فعلاً في البين، إلا في كون المملوك في العوضين هو العين بالعقد، وفي المشروط هو الفعل بالشرط، وهو غير فارق لتنقيح المناط واتحاد الملك بالأصالة بينهما.

فكما أن المملوك بالعقد هو أحد العوضين بالأصالة سواء كان عيناً أو فعلاً أو منفعة ولا يفسخ العقد بالفسخ ولا يتأتى الانجبار لرفع الضرر والضرار إلا بعد تعذر الاجبار، فكذلك المملوك بالشرط إنما هو المشروط بالأصالة سواء كان عيناً أو وصفاً أو فعلاً أو منفعة، ولا يفسخ بالفسخ ولا ينجبر بالخيار لرفع الضرر والاضرار إلا بعد تعذر الاجبار؛ لأصالة عدم الانفساخ وعدم الخيار إلا بعد تعذر

الاجبار .

قوله: «ثمّ على المختار من عدم الخيار مع تعذّر الاجبار» .

[أقول:] والصحيح سقوطه إلّا مع تعذّر الاجبار .

قوله: «إذكلّ شرط كذلك، أي: كلّ شرط يتفاوت به قيمة المشروط عن غير المشروط، كتوصيف العبد بالكتابة والشجاعة المشروطة في اتباعه وإن لم يتقوّم في نفسه، كفعل الكتابة والخياطة .

قوله: «وما ذكره لا يخلو من وجه» .

أقول: لا وجه إلّا قياس الفئات من الشرط بالعيب في الأرش وبالجزء في المقابلة بالمال، وهو لو تمّ لتمّ في مطلق الشرط والقيّد، فلا وجه لتفصّله بين الوصف والعمل المقابل بالمال وعدمه في أخذ الأرش .

قوله: «وتخالف هذه العتق بشرط الخدمة» .

[أقول:] وفيه: منع الخلف والفرق بين هذه العقود وبين العتق بشرط الخدمة وتعليل الفرق بقوله: «لأنّ العتق مبنيّ على التغليب»^(١) إنّما هو في موارد النصّ بالسراية، لأنّه خلاف الأصل فيقتصر عليه ولا يقاس عليه غيره .

قوله: «فيه احتمال» .

أقول: احتمالاته أربعة:

أحدها: إمضاء البائع لكلّ من يبيعه ويبيع المشتري .

الثاني فسخهما معاً .

والثالث والرابع: إمضاء يبيعه دون بيع المشتري والعكس أقواها الملازمة،

وأنّ إمضاء يبيع البائع إمضاء لبيع المشتري، كما أنّ فسخه يستلزم انفساخ ما تعقّبه من بيع المشتري .

وأما التفكيك بإمضاء أحدهما دون الآخر فهو ضعيف، سيّما إمضاء البائع ببيعته دون ما تعقّبه من بيع المشتري.

قوله: «وظاهره ما اخترناه».

[أقول:] أي: ظاهر قوله: «للبائع فسخ ذلك كلّ» ما اخترناه من الصّحة بالإمضاء لا البطلان مطلقاً فإنّه ضعيف.

قوله: «لا يسقط بالتصرّف فيها».

[أقول:] أي: بتصرّف ذي الخيار وهو المشروط له لا المشروط عليه، بقرينة قوله بعده: «نعم، إذا دلّ التصرّف على الالتزام بالعقد لزم وسقط الخيار»^(١)، فإنّ المراد من هذا التصرّف المستدرك المسقط للخيار هو تصرّف الشارط فيما انتقل إليه قطعاً.

قوله: «المطلوب غير هذا. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّه لا يقال: ما الفرق بين نذر العتق واشتراطه؟ فكما أنّ نذره يوجب الحقّ لله تعالى بعموم: ﴿يوفون بالنذر﴾^(٢) و﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾^(٣) و﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾^(٤) وعموم «لا عتق إلاّ لوجه الله»^(٥) و «لا يمين ولا نذر إلاّ لوجه الله»^(٦) و «لا نذر إلاّ في طاعة»^(٧)، وكذلك شرطه يوجب الحقّ لله تعالى بعموم:

(١) المكاسب: ٢٨٦.

(٢) الانسان: ٧.

(٣) البقرة: ١٧٧.

(٤) المائدة: ٨٩.

(٥) الوسائل ١٦: ٦ ب «٤» من أبواب العتق ح ١ و ٢.

(٦) الوسائل ١٦: ١٣٨ ب «١٤» من أبواب الايمان ح ١ و ٢.

(٧) كنز العمال ١٦: ٧١٣ ح ٤٦٤٧٨، مجمع الزوائد ٤: ١٨٦.

«من شرط لامرأته فليف»^(١) و «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) ﴿وَالَّذِينَ هُمْ
لَأْمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾^(٣) وعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

لأننا نقول: وإن كان الأصل الأصل في كلّي الأوامر التبعّد لا التوصل إلّا إنّنا
خرجنا عن هذا الأصل بالدليل المعلوم، بل المفهوم من أدلّة الشروط الفرق
الفارق بين الشرط والنذر، فإنّ المطلوب من الوفاء بالشرط هو صرف التوصل
إلى حقّ الناس وحقّ الشارط لا غير، بخلاف النذر، فإنّه حقّ الله تعالى لا غير،
كما يفهم ذلك من كون الشرط في النذر مع الله تعالى وفي خلفه الكفّارة وفي
الشرط مع الناس، ولا كفّارة في خلفه واعتبار القرينة في متعلّق النذر وانحلاله
بعروض المرجوحية بعده، بخلاف الشرط.

قوله: «والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى عدم المقابلة الحقيقية في الصيغة المؤثّرة في توزيع
الثمن على الشرط، لوقوع العقد على هذا المحسوس المشروط بالشرط.
وأما المقابلة الحكمية الموجودة في كلّ عقد مشروط نظراً إلى كون الشرط
بمنزلة جزء العوض في نظر المتعاقدين، فلا يوزع عليه الثمن شرعاً.

نعم، لو احرز المقابلة بحسب قصد المتعاقدين وزع عليه الثمن بقاعدة
«تبعيّة العقود للقصد»، لكنّه خلاف المعهود من ظاهر الشرطيّة عرفاً.

قوله: «وفيه مع منع كون نحو الأرض مثلياً أنّ الفاتئ لم يقع المعاوضة
عليه... إلخ».

أقول: يمكن الجواب عن الأوّل: بفرض مثلية الأرض خصوصاً المتقاربة
المتلاصقة منها فإنّه غالب المثلية.

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ٥.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٣) المؤمنون: ٨.

وعن الثاني: بفرض وقوع المعاوضة على الجزء الفأنت أيضاً بفرض وقوعها على كلّي الأرض المشروطة بعشرة أجرة المتبيّنة خمسة، لا الأرض الشخصية المعيّنة في الواقع في خمسة أجرة حتّى يكون الجزء الفأنت خارجاً عن المعاوضة، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال بالخبر على المدّعي.

مضافاً إلى احتمال آخر في الخبر^(١) على كلّ من تقدير كون الأرض المبتاعة كلياً أو شخصياً وهو احتمال أن يكون السؤال في الخبر عن الفأنت من العشرة أجرة على وجه الجزئية لا الشرطية ولو بحسب القصد الذي يتبعه العقد. ويقوّي الاحتمال في هذا الخبر الخبر الآخر المتقدّم^(٢): «فيمن اشترى عكة بسمن احتكرها حكرة - أي جملة - فوجد فيها رباً، فخاصمه إلى عليّ عليه السلام، فقال له عليّ عليه السلام: لك بكيل الربّ سمناً، فقال الرجل: إنّما بعته حكرة. فقال له عليّ عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر رباً»^(٣).

وعلى أيّ حال فالاحتمال في كلّ من الجواب والسؤال مبطل للاستدلال. قوله: في الثالث من أقسام الشرط المتبيّن خلافه: «فإن دلّت القرينة على أنّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر أنّ الكلّ للمشتري».

[أقول:] ومقابل الظاهر ما نقله بعض الأساتيد عن أستاذ المصنّف من احتمال بطلان المبيع من جهة أنّ إرادة اشتراط مقدار لا بشرط عدم الزيادة غرر مبطل، ولكن يضعفه أنّ تعيين المقدار ولو بشرط كافٍ في رفع الغرر شرعاً وصحّة سلبه عنه عرفاً.

قوله: «استحبّ الوفاء به على القول بعدم فساد [أصل] العقد».

(١) الوسائل ١٢: ٣٦١ ب «١٤» من أبواب الخيار ح ١.

(٢) ولم يتقدّم منه «قدّس سرّه الشريف».

(٣) الوسائل ١٢: ٤١٩ ب «٧» من أبواب أحكام العيوب ح ٣.

أقول: استحباب الوفاء بالوعد يعمّ صورة فساد الشرط والمشروط.

قوله: في آخر القسم الثالث من أقسام الشرط المتبيّن خلافه: «والمشتري لم يقصد شراء البعض . وفيه تأمل» .

[أقول:] وجهه: أنّ مقتضى شرطه عدم زيادة المبيع على القدر المشروط كون كلّ من المتبايعين الشارطين عدم الزيادة قاصدين بيع ما عدا الزيادة وعدم بيع الزيادة، فلا وجه لبطلانه المستند إلى عدم قصد المعين .

قوله: «النقض بالشرط الفاسد في النكاح» .

[أقول:] فيه أولاً: منع النقض في النكاح، لتصريح المشهور - كما في المسالك^(١) - بفساد النكاح بالشرط الفاسد، وتبديل المسمّى فيه بمهر المثل .

وثانياً: لو سلّمنا النقض في النكاح، فلعلّه للفرق والفارق النصّ، أو تغليب جانب العبادة على المعاوضة .

قوله: «الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد

به» .

[أقول:] وفيه: ما تقدّم من المنع أولاً، والفرق ثانياً، والفارق العقد وكون الشرط اللغو، والغير المذكور غير مقصود و«العقود تابعة للقصد» .

قوله: «فإنّ العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب... إلخ» .

أقول: العرف لا يفرّق بين الموردين وقضيّة الشرط متّحد الدلالة في البين، وهل يجد العرف الفرق في قول الشارع: «اغسل الميّت بماء السدر والكافور» و«اغسله بماء الفرات» إلّا من الخارج . مضافاً إلى قاعدة «العقود تابعة للقصد» وإلى «إطلاق الحكم الشرعي بفساد الشرط الشامل للمشروط عرفاً»، إلى غير

ذلك من النصوص الآتية، وإلى حكم العقل بأنّ المشروط ينتفي بانتفاء شرطه، كما أنّ الكلّ ينتفي بانتفاء جزئه.

لا يقال: إنّ المنفي بانتفاء شرطه هو وصف المشروط لا ذاته وحكمه ومطلوبيّته، فلم يعلم انتفاؤه، فيستصحب بقاؤه بأصالة عدم انتفائه.

لأنّا نقول: الشكّ فيما نحن فيه ليس في بقاء صحّة المشروط حتّى يستصحب الصحّة، بل في أصل صحّته، والأصل فيه الفساد وعدم النقل والانتقال. مضافاً إلى ما عرفت من حكم العرف والشرع والعقل.

قوله: «على أن ليس منه عليّ وضيعة»^(١).

[أقول]: أي: يشترط المبتاع على البائع أن ليس عليه وضيعة المتاع أي نقيصته وخسارته، كما هو المتعارف في الغارس شراء الزرع وثمر الأشجار والأراضي والأملاك بشرط أن تكون الخسارة والآفات السماويّة والأرضيّة حتّى النهب والغصب والفرق والسرقة على البائع، وهو فاسد منافٍ لمقتضى العقد.

قوله: «فيطلب منّي العيّنة»^(٢).

[أقول]: بكسر العين المهملة والياء المثناة التحتانيّة وفتح النون من العين كليتة من اللين، وهي بيع السلعة بثمان مؤجل ثمّ يشريها منه بأقلّ تخلصاً عن الربا المحرّم الذي زعمه أهل المسجد، أي العامّة.

قوله: «وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده... بكونه مخالفاً لكتاب».

أقول: يحتمل أن يكون التعليل بمخالفة الكتاب تعليل له والاشتراط وإسقاطه وعدم قبوله في ضمن العقد، لا لردّه بعد القبول والتباني عليه في ضمن

(١) الوسائل ١٢: ٤٠٩ ب «٣٥» من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤.

العقد فإنّ الاشتراط من طرف الشارط لا يستلزم القبول، بل الغالب من طرف القابل الردّ والنكول والتباني على عدمه.

قوله: «فإنّ الحكم بوجوب الوفاء بالأوّلين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلّا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه».

أقول: لعلّ الأمر بالوفاء في الأوّلين دون الثالث، لاستحباب الوفاء بالوعد ولو كان فاسداً فيما كان حقاً للموعد لا حقاً لغيره كالميراث، أو أنّ الوفاء بالأوّلين دون الثالث من جهة عدم اجتماع الشروط الثلاثة معاً، أو عدم قبول الفاسد، فمعنى قوله ﷺ: «قضى بذلك إذا اشترط لهم إلّا الميراث»^(١)، لأنّه حقّ الوارث لا المشروط عليه، أو لانفراده عن الأوّلين في الاشتراط وعدم اجتماعه معهما في الاشتراط. وعلى أيّ حال فالاحتمال مبطل للاستدلال.

قوله: «فإنّها تورث»^(٢) يدلّ على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على الصحّة».

أقول: لعلّ قوله: «فإنّها تورث» ردّ لاشتراط أن لا تورث قبل قبوله لا بعد قبوله، والتباني عليه في العقد فإنّ الاشتراط لا يستلزم القبول، بل الغالب فيه النكول.

ومما ذكرنا يعلم أنّ معنى قوله ﷺ في المهور: «ما خالف السنّة ردّ إلى السنّة»^(٣) معناه: الردّ قبل القبول لا بعده، كما عن السيّد^(٤). وهل تجد من شاهد حال النبيّ الصادق الوعد ردّ ما اشترطوا عليه من الشرط بعد قبوله في العقد والأخذ بالعقد المشروط، وهل هو إلّا أشبه بالزور.

(١) أنظر الوسائل ١٣: ٤٤ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان ح ٢ وذيله.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣ ب «١٥» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) الوسائل ١٥: ٣١١ ب «٢٩» من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

(٤) لم نعر عليه في مضائه.

قوله: «عدم الاجبار^(١) في تركها إنّما يتحقّق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأوّل».

[أقول]: وفيه: أنّ عدم الاجبار في تركها إنّما هو بعدم اشتراط فعلها لا باشتراط فعلها؛ لأنّ عدم الاجبار هو القدرة، ونسبة القدرة إلى طرفي الوجود والعدم متساوية، إذ تأثير صفة القدرة في العدم فقط امتناع لا قدرة، كما أنّ تأثيرها في الوجود وجوب لا قدرة كحرارة الغاز، كما هو صريح منطوق: «إذا كان هو بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع»^(٢).

قوله: «ودلالاتها أوضح من الأولى».

[أقول]: وجه الأوضحيّة مع اشتراكها في الدلالة على المدعى بالمفهوم لا المنطوق أنّه أصرح من الأولى.

قوله: «لزم الدور».

[أقول]: وفيه: ما لا يخفى من أنّه على تقديره دور معي حال، لا توقفي محال. قوله: «لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الإيقاف».

أقول: وجهه أنّ صحّة عقد البيع وإن توقّف على التراضي الواقع عليه العقد إلّا أنّ صحّة مطلق البيع ولو على سبيل المعاطاة لا يتوقّف على التراضي الواقع عليه البيع، بل يكفي فيه مطلق التراضي ولو كان لاحقاً ومتعقباً لتعاطيه، وهو وجه وجيه.

قوله: «ويظهر من المسالك هنا قول ثالث... إلخ»^(٣).

أقول: وإن كان ظاهر عبارة المسالك التفصيل بين علم المتبايعين بتأثير الشرط المتقدم أثره وعدمه، إلّا أنّه لا يبعد ولو بقرينة فضل المفصل، وضعف

(١) في المكاسب: «الاختيار».

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤.

(٣) مسالك الأفهام ٣: ٢٢٤ و ٣٠٨ - ٣٠٩.

التفصيل أن يكون مراده ابتناء وجهي المسألة على ما تقدّم من الخلاف في تأثير الشرط قبل العقد وعدمه، لا التفصيل بقول ثالث بين علمهما بتأثير الشرط وعدمه، فالتفصيل في البين ناشيء من بيان منشيء القولين.

قوله: «فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فإنّ العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد... إلخ».

[أقول:] وفيه أولاً: ما عرفت من احتمال أن يكون مراد المفصل ولو بقرينة فضله وضعف تفصيله ابتناء وجهي المسألة على ما تقدّم من الخلاف في تأثير الشرط قبل العقد وعدمه، لا التفصيل بقول ثالث بين العلم بأنّ الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له، وإلاّ أتجه البطلان، لأنّهما لم يقدموا إلاّ على الشرط ولم يتم لهما فيبطل [العقد].

وثانياً: لو سلّمنا التفصيل المذكور، فلعلّ وجهه هو مدخليّة العلم بفساد الشرط وعدمه في الحكم بالفساد وعدمه لا في الإقدام على الفاسد وعدمه، لأنّ إناطة الأحكام الوضعيّة بالعلم والجهل، خصوصاً بناءً على انتزاعها من الأحكام التكليفيّة ليس في البعد بمثابة توهم مانعيّة العلم بالفساد من الإقدام على الفاسد وقصد الفاسد.

قوله: «ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميّت أو عنه».

[أقول:] فالأوّل: كما لو اشترى الميّت أرضاً أو حبة والثاني: كما لو باع أرضاً أو حبة فهل للوارث المحروم من أريثه ما انتقل إلى الميّت بالابتياح، أو عنه بالبيع الخيار مطلقاً نظراً إلى عموم: «ولكم ما ترك آباؤكم»^(١) و «ما كان للميّت من حقّ فهو لوارثه»^(٢)، أو ليس له الخيار مطلقاً نظراً إلى حرمانه من

(١) النساء: ٧.

(٢) الوسائل ١٧: ٥٤٨ ب «٣» من أبواب ولاء ضمان الجريمة والامامة ح ٤.

الملك المفروض فكذا من خياره للتبعية، أو التفصيل بين ما ينتقل فيثبت له الخيار في الأوّل ليرث من ثمنه بعد الفسخ دون الثاني، أو بالعكس؟ والأقرب الأوّل، لعموم: «ما كان للميت من حقّ فهو لوارثه» خرج منه ما اختصّ بغيره من الأرض والحبوة فيبقى خياره للمحروم منهما. ودعوى تبعية الخيار للملكية منقوض بخيار الوكيل والأجير. ودعوى الفرق غير فارقة.

قوله: «كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة».

[أقول:] وهي ما لو كان الميت انتقلت عنه الأرض بازاء ما انتقل إليه الثمن المشارك فيه الزوجة لسائر الورثة.

قوله: «المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث».

[أقول:] وجه هذا الظهور أنّ قوله: «الأقرب ذلك»^(١) ظاهر في الإشارة إلى الظاهر وهو عدم الإرث لا إلى المضرر في الإشكال وهو الإرث، لكن الأقرب بالإشارة ودليل المسألة وتعليقه بقوله: «لترث» هو الإرث، كما فسره الشارحان^(٢)، لا كما شرحه الثالث بقوله: «الأقرب عدم إرثها إن اشترى الميت بخيار فأرادت الفسخ لترث من الثمن»^(٣) فإنّ فيه تكلف زيادة تقدير.

قوله: «فإنّ الأرض حقّ لباقي الورثة».

أقول: كلّ من الحقّ والاستحقاق والملك المتزلزل ممّن عليه الخيار لا ينافي إبطاله بخيار ذي الخيار، فالشأن في إثبات الخيار بعموم: «ما ترك الميت من حقّ فهو لوارثه»^(٤)، وهو العمدة.

قوله: «وهو أولى من [إبطال] إرثها حقّ غيرها».

(١) قواعد الأحكام ١: ١٤٣.

(٢) كنز الفوائد ١: ٤٥١، إيضاح الفوائد ١: ٤٨٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٦.

(٤) الوسائل ١٧: ٥٤٨ ب «٣» من أبواب ولاء ضمان الجريرة والامامة ح ٤.

[أقول:] وجه الأولوية نظراً إلى أولوية الدفع من الرفع وإن إبطال حقها دفع لحقها الغير الثالث وإرثها حق غيرها رفع للحق الثابت، لكنه أغماض عن عموم ما ترك الميت من حق فلوارثه، وإلا فلا أولوية، بل الأولوية في عكس القضية. قوله: «فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنه لا يقال: إن حق الفسخ وإن لم يقبل التعدد ولا التجزئة في نفسه إلا أنه يقبله باعتبار متعلقه وهو الفاسخ أو المفسوخ. لأننا نقول: ولكن الظاهر والمتيقن أن المنقول إلى الورثة هو نفس حق الفسخ الواحد الشخصي الغير القابل للتعدد والتجزئة، لا شيء من متعلقاته الفاسخ والمفسوخ، والحق الواحد الشخصي مستحيل التعدد، بل التجزئة عقلاً و عرفاً. قوله: «وهو^(١) غير موجود فيما نحن فيه. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أن تضرر غير المسقط للخيار بإسقاط أحد الشركاء فيه أيضاً موجود في أكثر الخيارات، خصوصاً فيما كان جبراً للضرر كخيار الغبن والعيب، لا لمصلحة أخرى كخيار الشرط والمجلس. قوله: «وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وجهان».

أقول: أوجهها اشتراطه، بل يتوقف نفوذ فسخ الوارث على إذن الديان أو أداء الدين، كتصرفه في سائر تركة المديون، لعموم: «ولكم ما ترك آباؤكم من بعد وصية أو دين»^(٢).

قوله: «لأنه حق لهم فلا يجبرون على أعماله».

أقول: وإن كان حق لهم إلا أن عموم قوله تعالى: «من بعد وصية...أو

(١) في المكاسب: «وهذا غير».

(٢) إقتباس من سورة النساء: ٧ و ١١ و ١٢.

دين» دين ظاهر في تعلق حقّ الديان به أيضاً على وجه حقّ الرهانة أو الجناية .
قوله: «ولاية الوارث لا كولاية الوالي أو الوكيل» .

[أقول:] والأصحّ تبديل الوالي بالولي أو الأصيل ، وأنّ الجمع بين الأدلّة والحقوق يقتضي أن يكون ولاية الوارث كولاية الأصيل ، إلّا أنّ حكومة عموم^(١) نفي الضرر عليه يقتضي جبران ثمن المفسوخ من مال الميّت إن كان له مال ، ومن مال الفاسخ إن لم يكن ، جمعاً بين الحقّين ، ودفعاً للضرر من الطرفين .

وعلى ذلك فاستحقاق الشفيع لتملّك الحصّة بثمن من ماله لا من مال الميّت مطلقاً إنّما هو من جهة أنّ حقّ الشفيعه حقّ استرداد المبيع عن المشتري إلى نفس الشفيع لا إلى الميّت ، وليس فسخاً ليرجع إلى البائع . وأمّا ردّ ثمن المفسوخ بخيار من مال فاسخه إذا لم يكن للميّت فهو وإن كان فسخاً راجعاً إلى الميّت ، إلّا أنّ جبران ضرره على الفاسخ من باب وجوب دفع الضرر .

فظهر أنّ تملّك الشفيع والفاسخ لما يملكه بثمن من ماله لا من مال الميّت ليس على خلاف الأصل والقاعدة كما يتوهم ، بل هو على وفق قاعدة الجمع بين الحقّين .

قوله: «فظهر^(٢) من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً وحللاً . فافهم» .

[أقول:] أمّا نقضه فلانتقاض عدم مدخليّة نفس الأصيل في الخيار بالخيار المجعول العبد الأجنبي حيث لم ينتقل إلى مولاه .

وأما حلّه : فلعدم ملك المولى من العبد ما عدا استخدامه من سائر الحقوق ، كما لا يملك طلاقه ورجوعه ، ولا قعوده وقيامه ، ولا سكوته وكلامه ، ما لم يمنع حقّ مولاه .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٣ ب «١٧» من أبواب الخيار .

(٢) في المكاسب : «فيظهر» .

وأما قوله: «فافهم» فإشارة إلى أنه لا يقال: بالفرق بين الخيار المجعول للعبد فلا ينتقل إلى مولاه بالملك وبين الخيار المجعول للحرّ فينتقل إلى وارثه بالموت.

لأننا نقول: لو لم يكن لنفس الأصيل مدخليّة في الخيار المجعول للأجنبي لم يكن الفرق بالموت والملك فارقاً في الانتقال وعدمه قطعاً.
قوله: «مع أنّه لو أريد به أصالة عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ».

[أقول:] وجه حكومة أحد الأصلين على الآخر مع استنادهما إلى الاستصحاب، والأصل العملي أنّ الشكّ في فسخ البيع وعدمه ناشيء عن الشكّ في بيع البائع عن نفسه أو غيره، والأصل في الشكّ السببي وهو أصالة عدم قصد البيع عن غيره حاكم على الأصل في المسبّب، وهو قصد عدم الفسخ.
قوله: «يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً- أي: بنفس اللفظ وإنشائه - لأنّ اللفظ أبداً مسبوق بالقصد... الخ».

[أقول:] أي لأنّ الإنشاء أيضاً مسبوق بالإرادة فيلزم به كون الإنشاء القولي كالفسخ الفعلي كاشفاً من مقولة الاخبار لا إنشاء من مقولة الفعل. ويمكن منع الملازمة بإبداء الفرق في البين بين الإرادتين من حيث المتعلّقين، على أن يكون الفسخ الفعلي مسبوقاً بإرادة الفسخ، والقولي مسبوقاً بإرادة اللفظ الفاسخ، نظير قصد الإفطار وقصد المفطر، فلا يلزم من كاشفيّة الفسخ الفعلي عن الفسخ دون سببته له كاشفيّة القولي عنه أيضاً، وعدم فاسخيّة اللفظ له أصلاً، كما زعمه الماتن. مضافاً إلى إمكان منع الملازمة بفرق آخر وهو دلالة الإنشاء القولي على الفسخ بنفس الإنشاء أولاً، وبالكشف أيضاً ثانياً، مضافاً إلى إمكان منع بطلان اللازم أيضاً.

قوله: «بمنع عدم صحّة حصول الفسخ والعقد بشيء واحد بالنسبة إلى شيئين».

أقول: وبالنسبة إلى شيء واحد في زمانين أو مكانين أو جهتين تقيديتين . نعم، إنّما لا يحصل الضّدان بشيء واحد من جميع الجهات لاستحالة اجتماع الضدين، وأمّا عدم صحّة الصلاة اللاحقة بالتكبير المبطل للسابقة فلأنّ النهي عن الإبطال نهي فاسد مفسد في العبادة. أمّا عدم النهي - كما في حال السهو أو النافلة بناءً على جواز إبطالها - فلا مانع من حصول الأمرين الإبطال والصحة به، كما في الفقه.

قوله: «الأصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق أصلاً، وهو الأقوى».

أقول: لا مجرى لشيء من الأصول بعد فرض الدليل على الفسخ والعتق وانتفاء العقد والخيار، فلا وجه لشيء من الوجوه الثلاثة، بل الأوجه وجه رابع، وهو نفوذ عتقهما على المشتري العتق، وكذا على البائع المجز عتقهما، وإلا فله أحدهما الجارية، نظراً إلى أنّ عتق العبد إمضاء بيع الجارية أو العبد، لأنّ عتق الجارية فسخه.

قوله: «امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين... إلخ».

أقول: وإن كان الظاهر من مبنى الخلاف في الدروس^(١) وإطلاق المنع وتعليقه باستلزام نفوذ التصرف بطلان حق الخيار هو ذلك - أعني: مسلميّة امتناع التصرف في زمن الخيار مطلقاً - إلا أنّ الأظهر من كلام المجوّزين وردّهم دليل المانع باستلزام النفوذ بطلان حق الخيار تارةً بمنع الملازمة، وأخرى بمنع بطلان اللازم هو عدم صحّة الامتناع، فضلاً عن إطلاقه ومسلميته بين القولين. ألا ترى

المانعين هنا - كالشهاد في الدروس^(١) والفاضل في القواعد^(٢) - عدلوا في باب آخر من الدروس^(٣) وفي كتاب آخر كالتذكرة^(٤) والمختلف^(٥) إلى الجواز ونفوذ التصرف في زمن الخيار مطلقاً، أو النفوذ على وجه الضمان واستدراكه بالفسخ، أو غير الائتلاف من التصرفات، أو في خصوص خيار المجلس، إلى غير ذلك من الاضطراب والاختلاف في الفتوى والمبنى والمعنى على وجه لا يكاد المسلمية والاتفاق منهم على رأي في كتاب واحد، فضلاً عن الكتب والأبواب العديدة، فيحتمل أن يكون مراد المانعين من نفوذ التصرف نفوذه على وجه لا يملك بطلانه وتداركه بفسخ ذي الخيار، كما لعلة الظاهر في خيار المجلس دون سائر الخيارات، ولعل الفرق أن خيار المجلس ليس بمثابة سائر الخيارات جبراناً أو شرطاً، فكان التصرف بمحضر ذي الخيار قبل التفريق بمنزلة التفريق مسقطاً للخيار، أو كالإذن والرضا بسقوطه.

ويحتمل أيضاً أن يكون مراد المانعين من التصرف الممنوع في زمن الخيار التصرف بالبدار في معرض الضرر والإضرار بذي الخيار، كإتلاف المفلس وعتق الجارية واستيلادها في زمن الخيار، كما يحتمله تعليل بطلان العتق بوجوب صيانة حقّ البائع في العين.

قوله: «بالتصرف الذي [أذن] فيه [ذو] الخيار فلدلالة العرف لا للمنافاة». [أقول]: أي لدلالة الإذن عرفاً على إسقاط خياره لا لمنافاة الخيار لتصرف غير المأذون حتى لا يجوز تصرف غير المأذون، ولا ينافي الإذن ضمان المأذون. وفي إطلاقه نظر، فإنّ الدلالة العرفية مختلف بين الإذن في تصرف المال

(١ و ٣) الدروس الشرعية ٣: ٢٧٠ و ٣٠٢.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٥٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٥١٤.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ١١٧.

اليسير والكثير الفسخ الفعلي مسبقاً بإرادة الفسخ، والقولي مسبقاً بإرادة اللفظ الفاسخ، نظير الفرق بين قصد الإفطار المفطر للصوم وقصد المفطر الغير المفطر له بنفسه، فلا يلزم من كاشفيّة الفسخ الفعلي عن الفسخ دون سببيّته له كاشفيّة القولي عنه أيضاً وعدم فاسخيّة اللفظ له أصلاً، كما زعمه الماتن آنفاً.

قوله: «فالجواز لا يخلو من^(١) قوّة في الخيارات الأصليّة».

أقول: بل الأقوى الجواز في مطلق الخيارات، لعموم: «أدلة سلطنة الناس على أموالهم»^(٢)، وتحكيم أدلة الخيار على عموم أدلة السلطنة، ولزوم الوفاء بالعقود لا يقتضي بأزيد من تبديل لزوم الوفاء بها بجواز الفسخ فيها دون المنع من التصرف قبل الفسخ، وهو لا ينافي جواز التصرف قبله.

ودعوى أنه مانع من حقّ الخيار ممنوع بأنّه مانع من استرداد خصوص العين عند خصوص التلف، لا من مطلق الاسترداد، ولا من سائر التصرفات الغير المتلفة، فالمانع غير واقع والواقع غير مانع.

قوله: «وأما الخيارات المجعولة بالشرط فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليستردّه عند الفسخ... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: منع ظهور اشتراط الخيار إلّا في بقاء جواز الاسترداد لا إبقاء العين المستردة إلّا إذا اشترط إبقاء العين وعدم التصرف لاخيار فسخه وهو خارج عن الفرض.

وثانياً: لو سلّمنا ظهور الارادة، فالمتبع إنّما هو ظهور الدلالة، وليست إلّا في اشتراط إبقاء العين وعدم التصرف، لا خيار فسخه المفروض.

قوله: «انفسخ البيع الأوّل دون الثاني».

(١) في المكاسب: «عن».

(٢) عوالي اللآليء ١: ٢٢٢ ح ٩٩، وص ٤٥٧ ح ١٩٨، وج ٢ ص ١٣٨ ح ٢٨٣.

[أقول:] وفيه أولاً: إمكان منع الشهرة على التفكيك بين انفساخ الأوّل دون الثاني، وعدم الملازمة والتبعيّة بينهما.
وثانياً: لو سلّمنا الشهرة، لكن نمنع المشهور وهو التفكيك بين انفساخ الأوّل دون الثاني.

وثالثاً: لو سلّمنا الشهرة والمشهور وهو التفكيك بين انفساخ الأوّل دون الثاني فيما لو تلف أحد العوضين قبل قبضه وبعد بيع العوض الآخر المقبوض، لكن يمكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه بتزلزل البيع الثاني حين البيع فيما نحن فيه فيتبع الأوّل في الانفساخ، وعدم تزلزله حين البيع في غيره فلا يتبع الأوّل. ودعوى أنّه غير مجدٍ ممنوع، بل هو مجدٍ جداً وفارقاً ظناً.

نعم، المثال الغير الفارق لما نحن فيه هو الأخذ بالشفعة فإنّه مبطل لتصرّفات المشتري اتفاقاً، فليكن ما نحن فيه كذلك، لعدم الفارق.
قوله: «ثمّ على القول بانفساخ العقد الثاني فهل يكون من حين فسخ الأوّل أو من أصله؟ قولان».

أقول: ويظهر الثمرة في أنّ نتاج المفسوخ ومنافعه السابقة على الفسخ للمشتري الأوّل على الثاني وللثاني على الأوّل، وفي أن تلقى الفاسخ والمفسوخ من الأوّل على الثاني ومن الثاني على الأوّل.

قوله: «ورده القائل^(١) بعدم معرفيّة التملّك المؤقت في الشرع. فافهم».
[أقول:] إشارة إلى أنّه إن قيل: كيف ينكر معرفيّة ومشروعيّة التملّك المؤقت في المشتري الثاني والحال أن تملّك الأوّل أيضاً مؤقت إلى حين الفسخ؟ بل وجميع التملّكات الخياريّة مؤقتة إلى حين الفسخ؟ قلنا: لم ننكر التوقيت في أصل التملّك حتّى ينتقض بجميع التملّكات الخياريّة المؤقتة إلى حين الفسخ، بل

(١) هذه الكلمة غيره موجودة في المكاسب.

إنّما ننكر التوقيت في الآثار والثمرات المترتبة على التملك المؤقت من تملك المشتري النتاج والمنافع السابقة على الفسخ ورجوع الفاسخ إلى المشتري الثاني لا الأوّل في تلقّي المفسوخ بحيث يرجع جميع آثار تملك المشتري الثاني من النتاج والمنافع وغيرها بعد الفسخ إلى المشتري الأوّل، بل إلى الفاسخ فإنّه المراد بعدم معرفتيّه مشروعيتّه في شيء من التملّكات المؤقتة الخيارية وغيرها شرعاً. قوله: «ويمكن الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان... إلخ».

أقول: كما يمكن القول بعدم الفرق بينهما إلّا في كون المتوقّف على حضور الزمان متحقّق الوقوع في الزمان الآتي والمتوقّف على غيره محتمل الوقوع، وهو غير فارق؛ لأنّ الخيار إن أنيط عرفاً على الوصف الفعلي - كما هو الظاهر - فليس بموجود على التقديرين، وإن أنيط على الوصف الشأني المتزلزل فعلاً فهو موجود على التقديرين.

قوله: «ولذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف في أحد من العوضين قبل قبض الآخر».

[أقول: فيه: أنّ عدم المنع من التصرف في أحد العوضين المقبوض دون الآخر ليس لعدم مانعيّة الخيار المتوقّف على الزمان المعلوم الوقوع، بل إنّما هو على ما نقله المصنّف^(١) عن المشهور أنّاً، لأجل عدم انفساخ التصرف في المقبوض بانفساخ تلف عوضه الغير المقبوض. وأمّا على غير المشهور فلاحتمال أن يستند انفساخ المقبوض بانفساخ تلف عوضه الغير المقبوض إلى أنّ معرضيّة انفساخه بالتلف مخالف للأصل والظاهر، بخلاف معرضيّة الانفساخ المتوقّف على الزمان المعلوم الوقوع وكفى به فرقاً فارقاً شرعاً وعادةً.

قوله: «ومن إبطال هذا التصرف لتسلّط الفاسخ على أخذ العين... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: منع إبطال الإجارة تسلط الفاسخ على استرداد العين إلا في خصوص مدة الإجارة لا مطلقاً، بل وفي خصوص ما قبل الفسخ لا فيما بعده فيسترجع العين بعد الفسخ، كما يسترجع البطن الثاني ما استأجره البطن الأول بعد قوته، جمعاً بين الحقيين.

وثانياً: لو سلّمنا، لكن لا دليل على بطلان المبطل تسلط الفاسخ على استرداد العين، بل الدليل إنّما هو على تسلط الفاسخ على مطلق الاسترداد لا استرداد خصوص العين حتى يبطله المبطل له.

قوله: «وليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول».

أقول: الفرق بينهما مبني على أن يكون الفسخ كالتفاسخ ناقلاً لعين المفسوخ إلى الفاسخ، فلا يستتبعه المنفعة المسلوّبة عنه بالإجارة ونحوه قبل الانتقال، كما لو باع العين بعد الإجارة فلم يبطل الإجارة، لا كموت البطن الأول من الموقوف عليه من حيث إنّهُ مزيل لملك البطن الأول السابق وكاشف عن منتهى ملكه ومضيّ مدّته فيستتبعه المنفعة، وإلا كان الملك هنا نظير ملك البطن الأول من غير فرق؛ لأنّ البطن الأول إن آجر الموقوف عليه من البطن الثاني أو بإذنه فمات لم تبطل إجارته أيضاً، وإن آجره من ثالث بغير إذنه فمات بطلت الإجارة فيما بعد موته، كما بطلت فيما بعد الفسخ لو آجره المالك من غير ذي الخيار بغير إذنه أيضاً.

وأما صحّة الإجارة هنا دون الملك البطن الأول فيما فرضه المصنّف فلو سلم فلعلّه مستند إلى التفرقة الخارجيّة بين المسألتين، من حيث الإجارة بإذن ذي الخيار في الأول وعدمه في الثاني، وإلا فلو فرض الإذن في كليهما صحّت الإجارة في كليهما أو عدمه في كليهما بطلت في كليهما، فنفي التنظير بينهما مبني على الفرق المذكور، وهو محلّ نظر.

قوله: قلت: أولاً: أنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطلان الإجارة. وثانياً: أنه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقّق الملك المستعدّة^(١) للدوام لولا الرفع آنأماً».

أقول: يمكن الجواب عن النقض بالفرق بين الفسخ من طرف واحد والتفاسخ من الطرفين، كما يمكن الجواب عن حلّه بكونه الملكيّة المستعدّة للدوام لولا الرفع ولو آنأماً في ملكيّة المنفعة الدائمة، وعدم زوالها بزوال الملكيّة، بمنع الكفاية نقضاً بملكيّة البطن الأوّل من الموقوف عليه، مع استتباع زوال منافعه لزوال ملكيّته بمجرد موته. فلعلّ فسخ الفاسخ من قبيل فوت البطن الأوّل في بطلان إجارته، لا من قبيل موت المؤجر منافع ملكه حيث لم تبطل إجارته بموته، بل يستورثها الوارث مسلوبة المنافع قطعاً.

قوله: «مع أنّ الأصل عدم الانفساخ... إلخ».

[أقول: وفيه: أنّ الشكّ في الانفساخ مسبب عن الشكّ في تملك المشتري منافع ما بعد الفسخ وعدمه، وفي انفكك المنفعة عن العين وعدمه، وفي صحّة الإجارة والنقل والانتقال لمنافع ما بعد الفسخ وعدمه، والأصل عدم الفساد في كلّ ذلك. ومن المعلوم تقدّم الأصل في السبب عليه في المسبب كما عن القمي^(٢). مضافاً إلى أنّ الخيار والفسخ إنّما شرّع لجبر الضرر لا لجبره، وأيّ ضرر وغرر وخطر أعظم من ردّ العين على الفاسخ مسلوب المنفعة؟ فلو عكس بل لو ردّ أصل الخيار والفسخ حينئذٍ كان أقلّ ضرراً قطعاً.

قوله: «الظاهر كون إذن ذي الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه

فسخاً بحكم^(٣) العرف... إلخ».

(١) في المكاسب: «المستعدّة».

(٢) جامع الشتات ١: ٢٨٩.

(٣) في المكاسب: «لحكم».

[أقول:] وفيه أولاً: أنّ الإذن في التصرف إذا لم يكن إجازة عرفاً لم يكن فسخاً عرفاً بالأولوية، للاكتفاء بالرضا في الإجازة دون الفسخ. وثانياً: لو سلّمنا حكم العرف بكونه فسخاً لم يفترق بين التصرف المخرج وغيره.

قوله: «ولأنّ إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً فيحمل على الفسخ».

[أقول:] وفيه ما تقدّم في محلّه: من أنّه لا نمنع من جوازه، بل هو منصوص في «اعتق عبدك عتي».

وثانياً: سلّمنا، لكن صحّة الإذن في بيع ما فيه الخيار لا ينحصر في الحمل على الفسخ، بل الحمل على الإجازة أيضاً صحيح إن لم يكن أصحّ. وثالثاً: سلّمنا، لكن الحمل على الصحّة إنّما هو الفعل للمأذون، لا الإذن المجرد المفروض فيما نحن فيه الرجوع عنه.

قوله: «فقوله: ليس هو متاعك^(١) إشارة إلى ما ينقل^(٢) إليك بالشراء... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّ عموم الوارد لا يخصّ بالمورد، وعموم العلة لا يخصّ بالمعلول، بل الأمر بالعكس.

وبعبارة: أنّ عموم النفي المؤكّد بالترّكّر بأنّه: «ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»^(٣) بجواز الشراء لا يخصّ بمورد السؤال، وهو خصوص حال تواطئهما على الشراء الثاني لا الشراء الأوّل. مضافاً إلى عموم ترك الاستفصال في جواب السؤال.

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٣.

(٢) في المكاسب: «ما يتنقل».

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٣.

قوله: «مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختصّ بالمشتري».

[أقول:] بل لم يثبت منه ذلك أيضاً في المختصّ بالبائع، كما يعلم من شواهد حال شيخ الطائفة، بل الثابت من حال الشيخ وحال الطائفة المعدّة على كثرتهم مقلّده له هو الإجماع^(١)، وعدم الاختلاف في المسألة بينهم، ولو كان لبان.

ومنه يعلم الإجماع المحصّل بجميع أقسامه في المسألة حتّى من الشيخ فضلاً عن المنقول، فكيف يليق بمثل شيخ الطائفة مخالفة جميع الطائفة على كثرتهم؟!.

قوله: «فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان... إلخ». [أقول:] لا يقال: إنّ بيع النسيئة من طرف الثمن والسلف من طرف الثمن مقيّد بالزمان المتأخّر، كما أنّ بيع النقد والصرف بالعكس مقيّد من الطرفين بالحال.

لأنّا نقول: نفس مدلول العقد وهو التمليك والتملك مجرد عن الزمان وعن كلّ تقييد وتعليق، والذي يقيّد بالزمان والزمانيات هو الحكم بالوفاء به وترتب الآثار عليه، والتقييد في المنشئ والحكم لا يوجب التقييد في الإنشاء والموضوع، إلّا أنّ تصريح الماتن بقوله: «لكنّه علّة تامّة لمضمونه وإمضاء الشارع تابع له»^(٢) ينافي قياسه ببيع الصرف والسلم والفضولي في تأخير أثره عنه، لأنّه منافٍ لغرض العليّة التامة وقياس مع الفارق.

نعم، ما قيل مقصود المتعاقدين التمليك والتملك في الحال والعقود تابعة

(١) أنظر الخلاف ٣: ٢٢ المسألة ٢٩.

(٢) المكاسب: ٢٩٩.

للقصود، فيمكن الجواب عنه بأنّ المعلوم من القصد يتبعها العقود، كما أنّ المفهوم من العقود يتبعها القصد، بل المجل كلفة تابع للمبين من كليّ الدلالة والإرادة.

وأما الإرادة والدلالة المجلان معاً فلا تبعية بينهما، كمفهوم الألقاب والسياق والوصف وإن دلت بالإشعار، كما أنّ القصد الخارجة عن مداليل العقود ليست بمعتبرة وإن قصدت، كالأغراض والغايات المترتبة على أسبابها الشرعية والعرفية المقصودة منها، كقصد الاسترباح من البيع فيخسر والاستنتاج من ابتياع الجارية وإنّ الخيل فتعقم، وقصد المتبائعين من التملك والتملك المطلق خصوص الحال من القصد الخارجة عن مدلول العقد المجرد عن الزمان، كالأغراض والغايات المتخلفة عن أسبابها المعدّة عرفاً أو شرعاً، فلا تنتفي السببية بانتفاء تلك الغاية والفائدة المتخلفة عن سببها وإن كانت مقصودة منها قطعاً.

قوله: «استناداً إلى عموم^(١) قاعدة تلف المبيع قبل الضمان»^(٢).

[أقول:] أي: قبل القبض فهو من مال بائعه، فإنّ عمومه يشمل ما إذا كان خيار التأخير للبائع.

قوله: «والشرط ولو كان منفصلاً بناءً على أنّ البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط».

[أقول:] وفيه: أنّ الخيار إن كان منوطاً ومشروطاً بالتزلزل الفعلي لم يشمل الشرط المنفصل ولو كان معلوم التحقق فيما بعد وإن كان منوطاً بمطلق التزلزل ولو شأناً، كما استظهر من قوله: «حتّى ينقضي شرطه»^(٣)، أي خياره شمل كلّ

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار.

(٢) في المكاسب: «تلف المال قبل القبض».

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٥» من أبواب الخيار ج ٢.

خيار ولو كان عيباً أو غبناً، خصوصاً على المختار من تعلّق خياره بنفس العيب والغبن الواقعي ولو لم يعلم به لا على ظهوره، خصوصاً على احتمال أن يكون ضمان غير ذي الخيار موقوفاً على فسخ ذي الخيار بعد التلف أو عدم منافاته لبقاء خيار ذي الخيار بعد التلف، لا على انفساخ المتلوف بنفس التلف ودخوله في ملك من يضمنه آنأ ما قبل التلف، فإن تفرقة الخيار بعد الاستقرار من حيث الأسباب والآثار خلاف الأصل والاعتبار، بخلاف الانفساخ القهري بالتلف وتقدير الملك قبله فإنّه لما كان مخالفاً للأصل جداً أمكن الاقتصار فيه على المتيقّن من أسبابه وآثاره. فتأمّل.

قوله: «على تأمّل في خيار المجلس».

[أقول:] وجه التأمل: انصراف الشرط من قوله: «حتّى ينقضي شرطه»^(١) إلى خيار الشرط، وقد عرفته منعه وإطلاق الشرط في الأخبار على كلّ خيار، خصوصاً خيار الحيوان والمجلس. إلا أنّ الشرط في قوله: «حتّى ينقضي الشرط، أو شرطه»^(٢) إشارة إلى المعهود الذكري في السؤال الخاص بخيار الشرط، بل الحيوان، بل المشتري دون غيره من الخيارات وأفرادها المخالفة، للأصل، وقاعدة «تلف الملك من مالكة»، فالمرجع فيما عدا المتيقّن من الأفراد المخالفة لقاعدة «التلف من المالك» إلى هذه القاعدة، لا إلى عموم: «أنّ التلف في زمان الخيار ممّن ليس له الخيار»^(٣)، لعدم العموم وإن كان بعض أفراده مطابق للقاعدة كما لو تلف في يد المشتري وخيار البائع، ولعلّ تسهيل الخطب عليهم في عمومته وتسميته قاعدة. مضافاً إلى توهم العموم ومطابقة بعض أفراده القاعدة أنّ ضمان المتلوف في يد ذي الخيار على من ليس له الخيار لما كان مخالفاً للأصل

(٢١) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٥» من أبواب الخيار ح ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٥٥ ب «٨» من أبواب الخيار.

ولقاعدة «أن التلف من المالك» ولمفهوم «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١)، وكان تخصيصاً في تخصيص في تخصيص، كان بيانه كالأمر الواقع عقيب توهم الحظر ﴿وليس عليكم جناح أن تقصروا﴾^(٢) و﴿كلوا مما أمسكن﴾^(٣) من الظواهر الواردة في مقام التشريع ولمجرد رفع توهم الحظر. فلا ينبغي الجمود على ظواهرها والغض عن مقتضيات مواردها. ولا يقاس التلف في يد ذي الخيار على من ليس له الخيار على قاعدة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» الفرق من جهات وإن اتّحدا من جهة أنّ كلّ من القاعدتين مخصّص لقاعدة «التلف من المالك».

قوله: «لأنّ المراد به انفساخ العقد ودخول العوض في ملك صاحبه الأصلي وتلفه من ماله».

[أقول:] فيه أولاً: أنّ إرادة ذلك من ضمان المتلوف وإن نسبه المصنّف - فيما سيأتي آنفاً - إلى ظاهر الأصحاب إلّا أنّ دليله وهو قوله ﷺ: «إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(٤) كما يحتمل لإرادة كون التلف كاشفاً شرعياً عن انفساخ العقد وتقدير دخول المتلوف في ملك ضامنه قبل التلف ليكون التلف من ماله، كذلك يحتمل لإرادة كونه كاشفاً عن الفسخ الفعلي القلبي وهو عدم الغرض والرضا العقلاني بالمتلوف غالباً إلّا لبعض الأغراض والمنافع النادرة، كالانتفاع بعقّ الآبق أو ماله أو إرثه أو ولاء عتقه، أو جلد الميتة وصفه وشعره ممّا يقدر

(١) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار، المستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٢) النساء: ١٠١.

(٣) المائدة: ٤.

(٤) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار، المستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

اكتفاء العاقل به غالباً. فإطلاق قوله: «فهو من مال بائعه» لعلّه منصرف إلى الفرد الغالب لا النادر، والاحتمال يبطل الاستدلال.

وثانياً: لو سلّمنا ذلك، فإنّما يسلم فيما قبل القبض لا بعده، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين.

قوله: «وحيث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاؤها بعد القبض في مدّة الخيار».

[أقول:] فيه أولاً: احتمال تبدّل موضوع الأصل. وثانياً: انقطاعه بمفهوم قوله: «إذا تلف المبيع قبل القبض فهو من مال بائعه»^(١)، المقتضي كونه بعد القبض من مال قابضه. فلا مجرى لاستصحاب ضمانه الثابت قبل القبض على غير قابضه، لكن النسبة بين عموم ضمان المقبوض ولو في زمان خيار القابض وبين عموم ضمان المتلوف في زمان الخيار ممّن لا خيار له ولو كان مقبوضاً لذي الخيار وإن كان عموماً من وجه. إلا أنّ عموم المنطوق ولو بواسطة الشهرة مقدّم ومخصّص لعموم المفهوم وهو الصواب في الجواب عن توهم عدم جريان عموم المنطوق، وعدم جريان استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض، لكن قد عرفت منع العموم جدّاً.

قوله: «فتلف الثمن في مدّة الخيار إنّما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله».

[أقول:] أي تلف الثمن في مدّة الخيار قبل الفسخ إنّما يتحقّق بعد ردّ الثمن لا قبله. وحاصل هذا الإيراد أنّ تلف ثمن بيع الخيار إن كان قبل ردّ الثمن فليس في زمان الخيار حتّى يكون من غير ذي الخيار، وإن كان بعده كان التلف في ملك

(١) أنظر الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار. المستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

غير ذي الخيار، فزمانه حينئذٍ على الأصل وقاعدة التلازم بين الضمان والخراج، لا على خلاف الأصل والقاعدة.

قوله: «مدفوع بما أشرنا [إليه] سابقاً من منع ذلك».

[أقول:] أي منع حدوث الخيار في بيع الخيار بعد رد الثمن، بل هو متّصف بالخيار ومحكوم بحكم الخيار شرعاً قبل رد الثمن باعتبار تزلزله الفعلي وإن كان أثره وهو الفسخ أو الانفساخ بعد رد الثمن، بل وإن انفصل زمن الخيار عن العقد أيضاً.

قوله: «لأن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاءه على ما كان عليه قبل القبض».

[أقول:] فيه: منع اقتضاء ضمان المبيع بقاءه على ما كان، بل مقتضاه عدم تغييره بالتغيير المسقط لخياره لا مطلق التغيير حتى يتغير الكلّي وفرده الذي هو عين الكلّي أو المتضمن له الغير المسقط لخياره. ألا ترى أنّ خيار من له الخيار في بيع الكلّي وشرائه لا يسقط بتعيين الكلّي في فرد ولا بالقبض والاقباض فيه قطعاً، فكيف يسقط ضمانه المنوط بخياره وجوداً وعدمًا؟ تغيير المبيع المسقط لزمانه هو تغييره المسقط لخياره لا مطلق تغييره، ولو كان من قبيل الكلّي المقبوض بالنسبة إلى غير المقبوض فإنه لا يعدّ تغييراً عرفاً ولا شرعاً قطعاً.

قوله: «وهذا أي صيرورة الكلّي المقبوض^(١) كغير المقبوض [وهذا] ممّا لا يدلّ عليه الأخبار المتقدّمة - أي أخبار^(٢) ضمان المتلوف في زمان الخيار على غير ذي الخيار - فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ مدلول الأخبار إناطة ضمان المبيع على غير ذي

(١) لم ترد كلمة «المقبوض» في المكاسب.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٥ ب «٨» من أبواب الخيار.

الخيار بخيار ذي الخيار وجوداً وهدماً، فما دام خيار ذي الخيار باقياً غير ساقط بالتغير المسقط للخيار كان ضمانه على غير ذي الخيار باقياً أيضاً، ومادام خياره ساقطاً بالتغير المسقط له كان ضمانه ساقطاً أيضاً.

قوله: «فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين».

[أقول:] أي قاعدتي عدم ضمان ما يتلف في ملك الغير وتلازم الضمان للخراج وهو الملك. وفيه: أن تقدير المبيع في ملك البائع ليس بأولى في المخالفة للقاعدة من تخصيص قاعدة تلازم الضمان للخراج، ولا بأولى من فرض التلف فسخ قهري أو سبب اختياري لخيار فسخ فعلي قلبي وهو عدم الرضا بالمتلوف والأخذ بعوضه، لعدم فائدة وغرض عقلائي فيه غالباً.

قوله: «والعبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه».

[أقول:] أحدها: التأمل من جهة الفرق في بطلان البيع والخيار إذا تلف المبيع قبل القبض، وعدم بطلان الخيار إذا تلف بعده، مع اتحاد سياق ضمان البائع المبيع قبل القبض لضمانه بعده في زمان الخيار على من ليس له الخيار، ولعل وجه الاختصار في مخالفة الأصل والقاعدة على موضع التعيين.

ثانيها: قوله: «وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري»^(١).

فإن كون التلف من البائع مبطل للحكم بالخيار، بل رافع لموضوعه، بناءً على قاعدة التلازم بين الضمان والخراج وهو الملكية، ولعل وجه الجمع بين الدليلين، وهو كون المتلوف في زمان الخيار من غير ذي الخيار، واستصحاب بقاء خيار ذي الخيار فيه على وجه يقدر على الالتزام بالمتلوف، واسترداده من

غير الخيار إلى ذي الخيار باستصحاب بقاء ما كان له قبل التلف من الخيار بعد التلف.

ثالثها: قوله: «ولو أوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع».

وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، وجهه من استصحاب بقاء خياره فيؤثر إيجابه بالخيار تضمين البائع المثل أو القيمة، ومن أن تلفه من البائع مبطل لخياره، بل رافع لموضوعه، بناءً على التلازم بين الضمان والخراج. قوله: «والظاهر أنه غير مراد».

أقول: وإن كان بحسب ظاهر اللفظ المحكي غير مراد إلا أن من المعلوم أن خيار الفسخ خصوصاً المنفصل عن العقد لا يمنع من عموم^(١) «السلطنة على المال»، ولا من «وجوب الوفاء بالعقود»، إلا على وجه التخيير بين أحد الأمرين من الفسخ أو الوفاء، أو على القول بتوقف الملك على مضي زمان الخيار، لا على مجرد العقد. كيف! ولو كان كذلك لم يجز التصرف في بيع الخيار ولا شيء من التصرفات المالكية.

قوله: «ومن المعلوم أن تلف العين حينئذٍ موجب لانفساخ العقد».

[أقول: وفيه ما عرفت من قوله ﷺ: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(٢) لم يعلم الانفساخ، بل الفسخ القهري بل الاختياري أوفق بالأصول والقواعد.

قوله: «شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين... إلخ».

[أقول: وفيه: أن تشريع الخيار لدفع ضرر الصبر والالتزام بالمبيع مطلقاً،

(١) عوالي الآتي ١: ٢٢٢ ح ٩٩، وص ٤٥٧ ح ١٩٨، وج ٢ ص ١٣٨ ح ٣٨٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار، مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

سواء كان على نفس المبيع أو بدله. كيف! وضرر الالتزام بالبدل لا يقصر عن ضرر الالتزام بالعين، بل هو عينه.

قوله: «إذا كان دليل الخيار معنوياً بجواز الردّ لا بالخيار اختصّ ثبوت الخيار بصورة تحقّق الردّ المتوقّف على بقاء العين».

أقول: وإن علّق الخيار في بعض الأخبار على جواز الردّ لكن جواز الردّ وعدمه باعتبار أنّ للجواز طرفان. مضافاً إلى التصريح في بعضها بقوله: «إن شاء ردّ وإن شاء أخذ»^(١) صريح في الخيار. مضافاً إلى أنّ الردّ بنفسه أيضاً أعمّ من ردّ العين أو البدل.

قوله: «مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: أنّ إلحاق سائر الخيارات بخيار العيب في السقوط بالتلف قياس.

وثانياً: مع الفارق؛ لأنّ سقوط الردّ بالتلف في العيب يستدرك بخيار الأرض والامضاء، بخلاف سائر الخيارات فلا جابر لتدارك ضرر الالتزام بها سوى ردّ البدل بعد تلف العين. مضافاً إلى استصحاب بقاء الخيار بعد التلف، وإلى أنّ سقوطه بنفس التلف نقض للغرض من جعله دفعاً للضرر وجبراً للحظر.

قوله: «إذا فرض الغرض من الخيار الردّ والاسترداد»^(٢) فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء والتمكّن من الردّ».

[أقول:] فيه: إن كان تخصيص الخيار بردّ العين لا غير في ضمن الشرط فهو إسقاط لنوع من خياره كإسقاط أصله، وكلّه تابع للشرط وخارج عن محلّ الكلام، وإلّا فيبعد سقوط الردّ بالتلف بمجرد التواطىء عليه إلّا إذا رجع التواطىء

(١) الوسائل ١٢: ٣٦١ ب «١٤» من أبواب الخيار ح ١.

(٢) في المكاسب: «أو الاسترداد».

عليه إلى اشتراط سقوطه به، نظراً إلى عموم «العقود تابعة للقصد».

قوله: «ولكن المسألة لا تخلو عن إشكال».

[أقول:] وجه الإشكال أنّ تلفه قبل الفسخ من غير ذي الخيار يقتضي أن يكون تلفه بعد الفسخ من غير ذي الخيار وسقوط ضمانه عن ذي الخيار بالطريق الأولى، فيكون عموم دليل ضمانه في زمن الخيار على غير ذي الخيار مسقطاً لضمانه عن ذي الخيار، ومخصّصاً لعموم: «على اليد ما أخذت»^(١).

لا يقال: الأصل عدم تخصيص عموم يد الضمان.

لأننا نقول: أولاً: إنّ الأصل دليل حيث لا دليل، وقد عرفت أنّ نصوص ضمان المتلوف في زمن الخيار من غير ذي الخيار دليل سقوط ضمانه عن ذي الخيار قبل الفسخ وبعده بالأولوية، فلا مجرى للأصل معه.

وثانياً: أنّ تخصيص عموم يد الضمان بعد الفسخ ورفع ضمان الفاسخ عن المفسوخ بعد الفسخ ليس بتخصيص زائد على تخصيصه المعلوم بيد الأمانة، فإنّ يد الفاسخ بعد فسخه الشرعي يد أمانة شرعية مقطوع عن اليد المضمونة السابقة على الفسخ، فلا مجرى لاستصحابها. مضافاً إلى ما عرفت من الإشكال في ضمان اليد السابقة.

(١) عوالي اللآلي، ١: ٢٢٤ ح ١٠٦.

القول في النقد والنسيئة

قوله: «ينقسم البيع...إلخ».

أقول: أمّا انقسامه إلى أربعة فعقليّ؛ لدورانه بين النفي والإثبات.

قوله: «المراد بالحاضر أعّم من الكلّي وبالمؤجّل خصوص الكلّي».

[أقول:] يعني في عرف الشرع حيث خصّ أحكام السلم من اشتراط القبض وغيره بالكلّي، وإلاّ فيتبعه حكم الحاضر شرعاً.

قوله: «لكنّه خلاف متفاهم ذلك الشرط».

[أقول:] لأنّ التأسيس خير من التأكيد، والإفادة خير من الإعادة، فاشتراط

التعجيل ليس معناه عدم التأجيل كالنقد في مقابل النسيئة، بل معناه المبادرة قبل المطالبة واستحقاقها، بخلاف تأكيد منصرف الإطلاق فإنّ معناه المبادرة بعد المطالبة وبعد استحقاقها.

قوله: «وقوىّ الشهيد الثاني ثبوت الخيار مع الإطلاق^(١) أيضاً...إلخ».

أقول: وجهه انصراف الإطلاق إلى اشتراط تعجيل الوفاء بموجب العقد عند وجوبه والمطالبة به في أوّل أوقات الإمكان عرفاً فالتأخير والمماطلة عنده حينئذٍ من غير عذر شرعيّ تخلف ومخالفة للشرط المنصرف إليه إطلاق العقد عرفاً بحسب الظاهر، مضافاً إلى أنّ التأخير عن أوّل أوقات الإمكان عند اجتماع شروط التعجيل من الإيجاب والموجب والوجوب والمطالبة لو لم يوجب الخيار لم يوجهه إلى الأبد، وهو مظنة الضرر المنفي بالخبر.

فإن قلت: ما الفرق بين اشتراط التعجيل والإطلاق؟

قلت: الفرق أنّ الاشتراط صريح في الشرط، والإطلاق ظاهر، وتخلّف الشرط موجب لخيار ذي الشرط مطلقاً، تمكّن من الإيجاب أم لم يتمكّن، وجب البيع أم لم يجب، قبض المبيع أم لم يقبض، طولب بالشرط أم لم يطالب، تمكّن من التعجيل وإجابة الشرط أم لم يتمكّن، تأخّر التعجيل عن أوّل أوقات الإمكان أم لم يتأخّر، بخلاف تخلّف الإطلاق فإنّه لا يوجب الخيار إلا بعد اجتماع جميع القيود المذكورة أخذاً بإطلاق الشرط في الأوّل ومنصرف الإطلاق في الثاني.

فإن قلت: مفهوم نصوص^(١) خيار تأخير ما يفسد ليومه وخيار تأخير ثلاثة أيّام تنفي خيار التأخير فيما قبله.

قلت: إثبات خيار التأخير لا ينفي خيار التعجيل، خصوصاً بعد اشتراط خيار التأخير بعدم قبض شيء من الثمن ولا الثمن واشتراط خيار التعجيل بقبض أحدهما دون الآخر، وعدم اشتراط خيار التأخير بالمطالبة وعدم التمكّن من الإيجاب، بخلاف خيار التعجيل فإنّه مشروط بهما.

قوله: «وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّة مجهولة.

فافهم».

[أقول:] إشارة إلى إمكان اندفاع هذا الإشكال عن الإفراط في التأجيل نقضاً: بوروده في مطلق التأجيل المتفق حلوله بموت المشتري، فإن أراد المشتري الزيادة عليه كان لغواً مخالفاً للمشروع فاسداً بل مفسداً، وإن أراد المقدار الحال بموته دون الزيادة كان اشتراط مدّة مجهولة.

وحلاً: بالمنع من بطلان إرادة كلّ من الأجلين الحال بالموت على تقديره والزيادة عليه على تقدير عدمه ولو كان محالاً عادة، إلا أنّ الالتزام به تقديراً مقدّمة لتصحيح العقد لا مانع منه شرعاً سوى شائبة كونه سفهائياً خارجاً عن

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١١» من أبواب الخيار، وص ٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

منصرف العقود والقصود العقلائية المعروفة عرفاً وشرعاً .

قوله: «إلا أن فساد المقابلة لا يقتضي فساد الإسقاط» .

[أقول]: وفيه: أن الأصل الأصيل الملازمة عرفاً وشرعاً بين فساد السبب وفساد المسبب، سواء كان حقاً أو إسقاطاً أو مالاً أو فعلاً، فلا يسقط الإسقاط بعد فساد سببه استصحاباً لبقائه على ما كان .

قوله: «فيقع الإشكال في نهوض الروائيتين^(١) لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل... إلخ» .

[أقول]: أي أصالة عموم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢)، واشتراط الطيب والتراضي في المؤجل بأكثر الثمنين لا أقلهما المقتضي انتفاء المشروط بانتفاء شرطه، فما قصد من أكثر الثمنين في المؤجل لم يقع وما وقع من أقلهما فيه الذي هو مضمون الروائيتين لم يقصد .

ولكن يمكن رفع هذا الإشكال في نهوضهما لتأسيس هذا الحكم، وهو صحة المعاملة المخيرة بأقل الثمنين في أبعد الأجلين على وجه يوافق الأصل، ولا يخالفه في البين بعد تصحيح سندهما بالشهرة والاعتبار، وعدم قصورهما سنداً عن نواهي: «بيع في بيعين»^(٣)، وعن: «بيع في شرطين»^(٤)، وتحكيم دلالتهما على عموم النهي المذكور، وتخصيصه بخصوص المؤجل بأكثر الثمنين دون أقلهما، إذ لا مانع من صحة كل من المعجل والمؤجل بانفراده، بل ولا مجتمعاً في بيع واحد إلا شائبة الربا المحرم في المؤجل، بظهور الزيادة في أزاء الأجل بعد الرضا بالأقل، فيصح بأقل الثمنين للرضا به في أبعد الأجلين، لعدم

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ١ و ٢ .

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلي .

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٨ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ٤ و ٥ .

(٤) الوسائل ١٢: ٣٦٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ٢ و ٣ .

صحة ما بأزاء الأجل في البين، فيرجع صحة بيع الشيء الواحد بشرطين على ما هو مضمون الروايتين من صحته بأقل الثمنين في أبعد الأجلين إلى بيعه أولاً: مؤجلاً ومعجلاً بالأقل. وثانياً: مؤجلاً بالأكثر، فيبطل الثاني لجعله الزيادة في أزاء الأجل المحرّم ربا، ويصحّ الأول بالأقل، لوجود المقتضي من عموم الوفاء بالعقود، وعدم المانع من مخالفة أصل ولا معارضة قاعدة، سوى كون الأقل في أزاء التعجيل لا التأجيل في فرض، وهو تخلف شرط موجب لخيار الشارط، لا لفساد المشروط.

فتبين رفع الإشكال عن مضمون الروايتين^(١) بتطبيقهما على الأصول والقواعد في البين.

قوله: «وأما ما عداه - كما إذا جعل له الأقل في أجل والأكثر في أجل آخر - فلا ينبغي الإشكال^(٢) في بطلانه، لحرمة القياس، خصوصاً على مثل هذا الأصل».

[أقول]: وفيه: ما عرفت من رفع الإشكال واتّحاد المسألتين في مقتضى الصحة وعدم المانع في البين. وما أبعد بينه وبين ما عن التحرير^(٣) من البطلان هنا قولاً واحداً.

قوله: «وفيه تأمل».

[أقول]: وجه التأمل: احتمال أن يكون حقّ التأجيل للمشتري من قبيل حقّ الجعالة لو ردّه المَجْعُول له على الجاعل وحقّ مال الوصاية لو ردّه الموصى له على الموصي، لا من قبيل الزيادة التبرّعية حتّى لا يجب قبوله.

قوله: «مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حقّ المطالبة فلا يعود

(١) تقدّم مصدرهما في هامش (١) ص: ٤٦٩.

(٢) في المكاسب: «الإشكال».

(٣) تحرير الأحكام ١: ١٧٣.

الحقّ بإسقاط التأجيل... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّ مرجع كلّ من الضدّين الوجوديين كالتأجيل والتعجيل إلى عدم الآخر وإسقاطه، لا العدم المطلق كإبراء الدين الغير القابل للعود بالإسقاط. وأمّا مقايسة إسقاط المشتري التأجيل بإسقاط البائع التعجيل أو التبرّي عن العيوب، ففيه: أولاً: إمكان الفرق. وثانياً: إمكان منع الحكم في المقيس عليه. نعم، هذا الحكم مسلّم في إبراء الدين حيث لا يعود بإسقاط الإبراء، لكنّه مع الفارق لما نحن فيه حيث إنّ أجل الدين وصف تابع لا يفرد بالإسقاط بخلاف الدين.

قوله: الظاهر تعدّد الحقّ. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى منع ظهور التعدّد نقضاً: بحقّ الرهانة حيث يختصّ بالمرتهن لا الراهن، وحقّ الجناية بالمجنى عليه لا الجاني، وحقّ الجعالة بالمجعول لا الجاعل.

وحنّاً: بأنّ استظهار التعدّد إن كان من وقوع الاشتراط بينهما فظاهره كونه حقّاً للشارط على المشروط عليه، وإن كان من غيره فالأصل عدم تعدّده. قوله: «وهذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد»^(١).

[أقول:] إشارة إلى الفرق بين التعليلين من حيث الضعف والقوّة، لا إلى مجرد الفرق ورفع توهم الاتحاد كما توهم فإنّه بعيد. قوله: «وهو الذي رجّحه جامع المقاصد»^(٢).

[أقول:] وذلك لعموم ولاية الحاكم^(٣)، وعموم الممتنع عرفاً وشرعاً

(١) جامع المقاصد ٥: ٤١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٤٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٩٨ ب «١١» من أبواب صفات القاضي، و ص ٩٤ «١٠» ح ٢٠، النساء: ٥٩.

وإجمالاً وسيرةً في موارد أعماله .

قوله: «والمحكّي^(١) عن إطلاق جماعة عنهم عدم اعتبار الحاكم» .

[أقول:] أي من إطلاق العزل، ولكّنه ناظر إلى ما هو الغالب من عدم التمكّن من الحاكم .

قوله: «وقاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا» .

[أقول:] وذلك لتخصيص عمومها بقاعدة «نفي الضرر والضرار»، ومقتضاه بقاء المال المعزول في ملك عازله ونمائه له استصحاباً لما قبل عزله، ولكن ضمانه بواسطة العزل منفي بنفي الضرر، جمعاً بين الحقيّن، وأخذاً بمقتضى القاعدتين، وهو أقرب وجوه الجمع في رفع الإشكال في البين .

قوله: «وفي دلالتها نظر» .

[أقول:] وجه النظر: عدم دلالتها على كون الطعام المأخوذ هو عين الطعام المبيع أولاً، بل يحتمل أن يكون غيره، بخلاف الروايات^(٢) السابقة^(٣) فإنّها دالّة على محلّ النزاع .

قوله: «أورده^(٤) في الاستبصار^(٥) دليلاً على مختاره، وحكي عن بعض ردّها بعدم الدلالة بوجه» .

[أقول:] أمّا وجه الاستدلال بظاهر: «لا تأخذ منه حتّى يبيعه ويعطيك» . وأمّا وجه عدم دلالتها فلاحتمال أن يكون «لا تأخذ» خصوصاً بقريضة قوله أولاً «خذ منه» نهي تخيري، أي إن شئت خذ منه وإن لم تشأ وتستكره أخذ ما بعته فلا تأخذ .

(١) أنظر مفتاح الكرامة ٥ : ٦٥ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٦٩ ب «٥» من أبواب أحكام العقود .

(٣) ولم يسبق منه شيء .

(٤) في المكاسب : «أوردها» .

(٥) الاستبصار ٣ : ٧٧ ح ٢٥٧ .

أو نهي كراهة بقرينة الجمع بينه وبين نصوص^(١) الحلّ والجواز.
أو نهي إرشاد إلى أنّه لا نفع في شراء ما باعه، كما يوميء إليه تعليقه في
خبر خالد بأنّه «لا خير فيه»^(٢).

أو نهي إرشاد إلى أنّ فساد ابتياع ما باعه بالتفاضل ليس لأجل فساد
الابتياع، بل لأجل فساد البيع الأوّل لعلم الإمام به في خصوص مورد السؤال أو
غالب موارد السلف من جهة الإخلال بشرائط صحّته من الجهال، كما يوميء إليه
تفريع تعليل الفساد في رواية عليّ بن جعفر بقوله عليه السلام: «فلا يصحّ دراهم
بدراهم»^(٣)، وإلّا لقال: «فلا يصحّ المعوّض الدراهم بدراهم»، مضافاً إلى ضعف
أخبار^(٤) المنع وشذوذها وموافقها العامّة والتقيّة ومخالفتها الكتاب والسنة، حيث
«قالوا إنّما البيع مثل الربا»، وردّهم بقوله: «أحلّ الله البيع وحرم الربا»^(٥)،
بخلاف نصوص^(٦) الحلّ والجواز ونصوص^(٧) التخلّص عن الربا فإنّها موافقة
للكتاب والسنة والشهرة بين الخاصّة، بل القواعد المسلّمة المنصوصة للفرار عن
الربا المحرّم، لا أنّه من الربا المحرّم، وقاعدة كلّية على أنّ عوض العوض في
حكم العوض في حرمة التفاضل، كما توهم تبعاً للعامّة^(٨)، وضعاف الأخبار
الشاذّة النادرة المخالفة للكتاب والسنة.

(١) الوسائل ١٢: ٣٦٩ ب «٥» من أبواب أحكام العقود.

(٢) الوسائل ١٣: ٧٤ ب «١٢» من أبواب السلف ح ٣.

(٣) الوسائل ١٣: ٧١ ب «١١» من أبواب السلف ح ١٢.

(٤) الوسائل ١٣: ٧٣ ب «١٢» من أبواب السلف.

(٥) البقرة: ٢٧٥.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٦٩ ب «٥» من أبواب أحكام العقود.

(٧) الوسائل ١٢: ٤٥٥ ب «٢٠» من أبواب الربا.

(٨) حلية العلماء ٤: ٣٨٤.

قوله: «لا يظهر من رواية خالد^(١) دلالة على مذهب الشيخ»^(٢).

[أقول:] وجه عدم دلالتها: أنه لم يعلم كون الطعام المنهَى عن شرائه هو عين الطعام الذي باعه عليه أولاً فيخرج المنهَى به عن محلّ النزاع، ويكون الإيراد به مشترك الورود لوجه آخر غير ما نحن فيه.

قوله: «أما لو شرط أن يبيعه على غيره صحّ عندنا... إلخ».

أقول: البيع بشرط البيع لا يخلو إما أن يريد حصول الشرط مع المشروط دفعة، وإما أن يريد حصوله بعد المشروط بالتقديم والتأخير. لا ينبغي الخلاف ولا الإشكال في صحّة الثاني، لوجود المقتضى، وعدم المانع، كما يشهد عليه تعليل الصحّة وفساد ما زعمه أهل المسجد من فساده بقوله ﷺ: «إنما هذا تقديم وتأخير ولا بأس»^(٣).

كما لا ينبغي الخلاف ولا الإشكال في فساد الأول، للدور والتحصيل الحاصل المحال، من غير فرق بين شرط البيع على البائع أو على غيره، ولا بين شرط البيع، أو شرط الرهن، أو شرط الوقف، أو شرط العتق، أو شرط الشراء، أو شرط غيرها من موارد زعم النقض أو الفرق، فلا وجه لأصل الخلاف والإشكال ولا للنقض والجواب بالفرق، بل ينبغي أن يكون النزاع في مثل المسألة لفظياً بعد كشف المراد من الصحّة والفساد، كما لا يخفى.

قوله: «فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصحّ أن يستند إلى فساد الأوّل».

أقول: بل يمكن حمل الروايتين^(٤) على فساد العقدين من جهة قصد البائع الشراء المتوقّف على البيع، فيضمن إنشاء البيع دفعة واحدة لا على وجه التقديم والتأخير، كما يشهد عليه تعليل الصحّة وعدم فساد ما زعمه أهل المسجد من

(١) الوسائل ١٣: ٧٤ ب «١١» من أبواب السلف ح ٣.

(٢) الاستبصار ٣: ٧٧ ذيل الحديث ٢٥٦.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٧٠ و ٣٧١ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤ و ٦.

فساده في أولى الروايتين بقوله عليه السلام: «إِنَّمَا هَذَا تَقْدِيمٌ وَتَأْخِيرٌ وَلَا بَأْسَ»^(١)، واستدلالهم على بطلانه بالدور وبعدم قصد البائع حقيقة الإخراج عن ملكه وقطع علاقة الملكية عن نفسه.

قوله: «وإن فسرت برفع جميع الموانع وإذن المشتري في التصرف... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: لا يكاد يظهر الفرق بين تفسيري التخلية، فإن تفسيرها الأوّل بقوله: «فعل البائع بالنسبة إلى المبيع وهو جميع ما يتوقّف عليه من طرفه ووصوله إلى المشتري ويعبّر عنه مسامحة بالاقباض والتسليم، وهو الذي يحكمون بوجوبه على البائع والغاصب والراهن في الجملة، ويفسرونه بالتخلية التي هي فعل»^(٢) إنّما هو عين التفسير الثاني.

نعم، لو فسّر التخلية في الأوّل بالترك لا الفعل - أعني: مجرد رفع اليد عن تسلّط نفسه دون تسليط صاحبه - افترق المعنيين، ولكنّه خلاف ظاهر التفسير وخلاف ما هو الواجب على البائع والغاصب والراهن، بل وخلاف ما هو مراد المفسّرين له بالتخلية حتّى في غير المنقول، إذ من المعلوم أنّ التخلية بمعنى مجرد رفع اليد عن تسلّط نفسه يعدّ إعراضاً لا قبضاً اسماً ولا حكماً، أمّا اسماً فواضح، وأمّا حكماً فلعدم الاكتفاء به فيما يجب على البائع والراهن والغاصب في الوفاء بالعقود وإسقاط الضمان قطعاً حتّى في غير المنقول، بل التخلية المجزية في إسقاط الضمان وأداء الواجب على البائع والغاصب والراهن إنّما هو «تسليط الناس على أموالهم».

نعم، هو إمّا فعليّ، كوضعه أو وضع مفتاحه أو عثانه في يده أو بين يديه أو سوق الدابة معه أو إلى داره، أو قولي كالإشارة أو الكتابة أو التصريح بقوله

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٠ ب «٥» من أبواب أحكام العقود ح ٤.

(٢) المكاسب: ٣٠٩.

«خذه» أو «تصرّف فيه» أو «سلّطتك عليه» أو «حوّلتَه» أو «نقلته إليك» أو نحو ذلك ممّا يفيد التسليط فعلاً أو قولاً على القبض مطلقاً، سواء قبضه وقبّله الطرف المقابل، أم لم يقبضه.

ومن هنا يحتمل جداً أن يكون اختلاف تفاسير القبض على كثرتها اختلاف في اللفظ والتمثيل لا المعنى والتحديد، وأنّ مراد المتّفقّين على اكتفاء التخلية هو الاكتفاء بالتخلية الفعلية وهو التسليط على القبض، ومراد المنكرين هو إنكار الاكتفاء بالتخلية بمعنى الترك لا الفعل، وهو مجرد رفع اليد عن التسلّط من غير أن يسلّط صاحبه عليه.

وثانياً: لو سلّمنا الفرق بين معني التخلية، لكنّه غير فارق بما ذكره من أنّ التخلية بالمعنى الأوّل ليس بقبض وبالمعنى الثاني قبض، بل التقييض على المعنيين ليس بقبض حقيقي وإنّما يلحقه حكم القبض شرعاً، دفعاً لضرر الضمان وكلفة الأمانة فيما مكّن القابض من القبض فلم يقبض من غير عذر شرعي، كما قد يلحق القبض حكم عدم القبض شرعاً فيما لو قبضه كرهاً وله عذر شرعيّ من قبضه كتقيّة أو خوف غصب أو نهب أو معرض سرقة، للإكراه والضرر المنفيين شرعاً.

قوله: «ولعلّ تفصيل الشهيد^(١) في البيع بين حكم الضمان وغيره من حيث إنّ الحكم الأوّل منوط بالإقباض وغيره منوط بفعل المشتري».

[أقول]: وفيه: ما عرفت من أنّ حكم الضمان وغيره من جواز التصرّف وتعيين ما في الذمّة من الكلّي وبيع ما لم يقبض كلّها منوطه بالقبض، إلّا أنّ مجرد التقييض قد يلحقه حكم القبض شرعاً، كما أنّ القبض قد يلحقه حكم عدم القبض شرعاً، وهذا لا يوجب ما ذكره المصنّف^(٢) من اختلاف أحكام القبض ولا

(١) الدروس الشرعية ٣: ٢١٣.

(٢) المكاسب: ٣١٠.

اختلاف أدلة الأحكام.

قوله: «وإن استند إلى قوله في رواية عقبة بن خالد: «حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»^(١) ففيه^(٢) إناطة الحكم بالتخلية».

أقول: وجه إناطة الحكم بالتخلية أن إقباض المتاع قد يفارق القبض، ولكن فيه أن عدم قبض القابض عند التقبض والتمكين من القبض إن كان لا لعذر شرعي فهو في حكم القبض شرعاً وإجماعاً بدليل خارج عن هذا المستند وهو دليل «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، وإن كان لعذر شرعي فلا يناط الحكم بالتخلية، بل يحمل الرواية على النبوي^(٤). وحينئذٍ فلا منشئ لما ذكره المصنف^(٥) من اختلاف المستند في تفسير القبض بالتخلية وغيره.

قوله: «وليس إلا لكون^(٦) ذلك قبضاً».

[أقول: وفيه نظر، إذ لعله لكونه تعييناً لما في الذمة من الحق الكلي والتعيين به أعم من القبض، بل هو الأنسب، لأن مدخلية القبض وعدمه في صحة البيع بعيد جداً، بخلاف التعيين فإن فيه مصالح وفي عدمه مفسدات لاتعد، ويحتمل أيضاً أن يكون اعتبار الكيل في البيع الثاني من المكيل لأجل التخلّص من شائبة الربا فيما ربح عليه البائع ليقع الربح في أزاء كيله ووزنه، كما يشهد عليه صحة علي بن جعفر^(٧) المتقدمة^(٨).

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب أحكام الخيار ح ١.

(٢) في المكاسب: احتتمل فيه.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار.

(٤) المستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٥) المكاسب: ٣١٠.

(٦) في المكاسب: «إلا كون».

(٧) الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ح ٩.

(٨) لم يتقدّم منه شيء.

قوله: «ومنه يظهر ما في المسالك».

[أقول:] ومحلّ النظر من كلام المسالك قوله: «لأنّ الاعتبار بهما قبض وزيادة»^(١)، إذ قد ظهر كون الاعتبار بهما تعبّد لأجل النصّ^(٢)، أو تعيين لرفع الجهل، أو تخلّص عن شائبة الربا لا قبض وزيادة، ومراده من الزيادة تعيينه.

قوله: «إن لم يكن إحداث [قول]».

[أقول:] وذلك لتوقّف كلّ من نقل الضمان والبيع ثانياً على القبض، فالتفكيك بتوقيف نقل الضمان عليه دون البيع الثاني إحداث قول.

قوله: «وهذا كما أنّ إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع».

[أقول:] وفيه: أنّ مقايسة التخلية بالإتلاف في رفع الضمان في غير محلّه، لأنّ الاتلاف إن كان بنحو القبض فالقياس مع الفارق، وإلّا فالحكم في المقيس عليه غير مسلّم.

قوله: «وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنة».

[أقول:] وفيه: أنّ الاستيلاء كالتملك والمالكيّة من الشؤون والصفات الأعمّ من القبض وإن بلغ ما بلغ. ألا ترى أنّ القدرة والسلطنة الكليّة التامة الإلهيّة على قبض الأرواح غير قبضها وأخذها الغير الصادق عرفاً إلّا بالإماتة؟ فتفسير القبض بكلّ من المعاني المذكورة على اختلافها وكثرتها تفسير بالأخفى والأدنى، وليس له معنى أجلى وأعلى وأضبط وأقوى من الحوالة إلى ما هو معروف، وليس لفظ أعرف وأبلغ وأفصح وأضبط عرفاً وشرعاً بحيث لا يحتاج إلى تفسير أصلاً، ولا يختلف في قبض الضمان ورفع، ولا في تعيين ما في الذمّة من الكليّ وقبضه، ولا بين قبض المنقول وغيره، إلّا أنّ القبض في كلّ شيء بحسبه. وما يترآى من الاختلاف فهو في حكمه لا في اسمه أي فيما بحكمه.

(١) مسالك الأفهام ٣: ٢٤٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ح ١١.

قوله: «لأنَّ البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه وهنا لا استحقاق، بل القبض سبب في الاستحقاق».

[أقول:] فيه أولاً: منع الفرق، لأنَّ عقد الرهن أيضاً كعقد البيع سبب لازم لاستحقاق المرتهن العين المرهونة بعموم^(١) «وجوب الوفاء بالعقود». نعم، في العقود الجائزة كالقرض والهبة والصدقة لا استحقاق إلا بالقبض.

وثانياً: سلمنا، لكن الفرق المذكور غير فارق، لأنَّ استحقاق المبيع بمجرد عقد البيع لا يستلزم كفاية التمكين منه في سقوط ما رتب الشارع على قبضه من الضمان وغيره. نعم، إنما يستلزم جواز تصرف المشتري فيه.

قوله: «وإن كان في موضع يختص به بالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي، لجواز التصرف، ويكفي لدخوله في ضمانه... إلخ».

[أقول:] فيه: منع هذا الفرق على إطلاقه، لأنَّ المشتري إن أدى الثمن استحقَّ المبيع وجواز التصرف فيه من غير توقّف على قبض ولا على إذن، وإلا لم يستحقّه بلا استئذان، من غير فرق بين النقل من مكان خاصّ دون مكان وإن سقط الضمان بتصرف الإثم والعصيان.

قوله: «ومن أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض».

[أقول:] فيه: ما عرفت من أنّ الأظهر كونه لأجل التعيين أو التخلص من شائبة الربا فيما لو استريح البائع عليه، لا لأجل خصوص القبض، خصوصاً واعتبار ما هو معلوم الاعتبار تحصيل للحاصل المحال ولو لا يليق بحكم الحكيم المتعال.

قوله: «يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد».

[أقول:] أمّا الفرق فهو كون المراد على ما ذكرنا من قوله: «لو اشترى

مكايلة وباع مكايلة فلا بدّ لكلّ بيع من كيل جيد ليتمّ القبض»^(١) إنّما هو الشراء والبيع بمكيال معيّن مسمّى في العقد في مقابل الشراء والبيع جزافاً، أو ما علم كيله سابقاً من دون تسمية الكيل المعيّن في العقد لكونه لغوياً.

وأما على ما ذكره جامع المقاصد^(٢) فالمراد به: لو اشترى أو باع ما من شأنه أن يباع، أو يشتري مكايلة في مقابل ما ليس من شأنه المكايلة فلا بدّ فيه من الكيل.

وأما وجه ترجيح إرادة ما ذكرنا فلأنّ المعنى على ما ذكره جامع المقاصد من قبيل توضيح الواضحات، وهو كون المكيل لا يباع ولا يشتري إلاّ بكيل، بخلاف المعنى على ما ذكرنا فإنّ معناه أنّ الكيل المعيّن تسميته في عقد البيع والشراء لا يتعيّن قبضه إلاّ بكيله.

قوله: «مع أنّه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافاً. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّه لا يقال: إنّ قبض المرهون جزافاً بنقله من مكانه لا يقتضي أن يكون قبض المبيع جزافاً كذلك بنقله من مكانه لا بتجديد كيله. لأنّنا نقول: نعم، لا يقتضي ذلك، ولكن يعلم منه بتفقيح المناط أنّه لو أجاز بيع الصبرة جزافاً لم يكن له سبيل إلى قبضه إلاّ بنقله من مكانه أيضاً لا محالة، فيعلم أنّ اعتبار قبض المبتاع بكيل معيّن بكيله إنّما هو لأجل التوصل إلى تعيّن المسمّى في بيعه، لا لأجل التعبّد به حتّى يلزم تجديد كيله مرّة أخرى مع حصوله والعلم به.

قوله: «ولذا يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع».

[أقول:] وفيه نقضاً: أنّه كما يستقبّحون ذلك يستقبّحون العكس أيضاً، وهو

مطالبة المثلّ قبل الثمن.

(١) قواعد الأحكام ١: ١٥٠.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

وحالاً: بأنَّ المستقبِح إنما هو مطالبة كلِّ من العوضين مع الامتناع من بذل الآخر، وأمّا مع عدم الامتناع من التقابض معاً فلا يستقبِح، بل هو واجب يجر عليه الممتنع شرعاً.

قوله: «والأقوى ما عليه الأكثر».

[أقول]: وذلك لانعقاد العقد على تعويض كلِّ من الثمن والمثمن بالآخر فلا تقديم لأحدهما على الآخر، ونسبة وجوب الوفاء بالعقد إلى كلِّ من المتعاقدين مساوية. ودعوى انصراف العقد إلى تقديم المثمن ممنوع، والأصل عدمه.

قوله: «ولعلَّ وجهه أنَّ غير المؤجَّل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجَّل أصلاً».

[أقول]: أي: لا حالاً ولا بعد الحلول، وهو ممنوع، ضرورة أنَّ مبنى عقود المعاوضات كلبية على التقابض يبدأ بيد وتسليم أحد العوضين على تقدير تسلّم الآخر، من غير فرق بين المؤجَّل والمعجَّل غايته في المؤجَّل بعد حلول الأجل. نعم، المبنى في غير المعاوضات من عقود الصلح والهبات على تسليم المعقود عليه، من غير تعليق أصلاً ورأساً دون المعاوضات ولو كان مؤجَّلاً، فإذا لم يسلم المعجَّل من الثمن ولو عصيانياً حتّى الأجل كان له حبس المعجَّل لدخوله فيما التزمه المتعاقدان من حقِّ المعاوضة والتقابض، بل لو علم البائع بعد البيع مؤجَّلاً من حال المشتري عدم أدائه الثمن عند حلول أجله لإفلاس، أو عذر جار له في الحال حبس المبيع والامتناع من تسليمه معجَّلاً دفعاً للضرر المنفيّ.

قوله: «والمالك قد ملك [الزرع] غير مستحقّ للبقاء».

[أقول]: وفيه منع، لأنَّ سبق ملك الزرع على ملك المشتري للأرض ملك لبقائه فلم يبق للمشتري إلاّ الخيار مع الجهل، وهو أقوى الوجوه المذكورة هنا.

قوله: «والمراد بالأرّش [نفس] قيمة الهدم لا أرّش العيب».

[أقول:] نظراً إلى أنه لو حدث بالهدم عيب كان حدوثة في ملك المشتري، ولأجل مصلحته ومقدّمة لإيصال حقّه فلا يضمنه البائع. إلا أن يقال: إن العيوب الحادثة قبل القبض في ضمان البائع ولو كان إحداثها مقدّمة لإيصال حقّ المشتري ولأجل مصلحته.

قوله: «ففي [وجوب] إجابته وجهان».

[أقول:] من أنّ الامتناع حقّ لمالكة المشتري الممنوع من العين بالامتناع فلا مانع من الانتفاع، ومن أنّ الانتفاع وصف تابع فلا ينفكّ كما في العين المرهونة.

قوله: «ولعلّ الرواية^(١) أظهر دلالة على الانفساخ».

[أقول:] وجه الأظهرية نسبة التالف فيها إلى صاحب المتاع الذي هو في بيته، وفي النبوي^(٢) إلى بائعه.

قوله: «وفي غير موضع ممّا ذكره تأمل».

[أقول:] منها: قوله في الهارب المعسر قبل وزن الثمن: «يملك البائع الفسخ»^(٣)، فإنّ الهارب مرجوّ العود والمعسر مرجوّ اليسار فكيف يلحق بالتلف؟ ومنها: قوله في الهارب المؤسر: «أثبت البائع ذلك عند الحاكم... إلخ»^(٤)، فإنّه موضع خيار الفسخ بعد ثلاثة أيّام.

قوله: «لا يخلو السقوط عن^(٥) قوّة وإن لم نجعله قبضاً».

[أقول:] فيه ما تقدّم من أنّ عدم قبض القابض مع التخلية والتقييض إن كان لا لعذر فهو في حكم القبض قطعاً وإجماعاً، وإن كان لعذر فلا يسقط الضمان

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١» من أبواب الخيار ح ١.

(٢) المستدرک ١٣: ٣٠٣ ب «٩» من أبواب الخيار.

(٣ و ٥) تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٣.

(٥) في المكاسب: «من».

قطعاً أيضاً. فليست المسألة ذات قولين ولا ذات وجهين، كما زعم.

قوله: «ولولا شبهة الإجماع على عدم تعيين^(١) القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك».

[أقول:] وذلك لأنه بعد انصراف دليل الانفساخ لم يبق للمسألة مرجع إلا إلى قاعدة إتلاف مال الغير، وأصالة عدم الفسخ، وعدم انتقال الثمن من البائع إلى المشتري.

قوله: «لو أكلت الشاة ثمنها المعين».

[أقول:] بأن كان ثمنها شعيراً أو علفاً أو شيئاً معيناً آخر فأكلته أو شربته أو أتلفته، فإن كانت - أي الشاة - في يد المشتري فكإتلافه، أي إتلاف المشتري، وإن كان في يد البائع فكإتلافه، أي كإتلاف البائع، لتفريطه في حفظ ما في يده المسبب للإتلاف المضمن للتالف إلى قوله: «لأنّ المبيع هلك قبل القبض»، وهو الشاهد من عبارة التذكرة^(٢) هنا حيث أطلق المبيع على ثمن الشاة المأكول لها. قوله: «وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً».

[أقول:] أي ظاهر كلام التذكرة^(٣) حيث لم يفرق في جواز بيع ما لم يقبض بين ما انتقل ببيع أو غيره من سائر المعاضات كالصلح والإجارة، معللاً بقوله: لتام الملك فيه وكذا ظاهر المحكي عن الشافعي من عدم جواز صلح ما لم يقبض من حيث لم يفرق أيضاً بينه وبين البيع، معللاً له بتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع^(٤). وإن كان محلّ نظر، بل منع، لأنّ توهم طرؤ الانفساخ بطرؤ تلفه مضافاً إلى أنّه خلاف الأصل لا يمنع من بيعه قبل طرؤ المانع، كما لا يمنع من شرائه قبله

(١) في المكاسب: «تعيّن».

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٥.

قطعاً .

قوله: «وفيه تأمل» .

[أقول:] وجه التأمل: أنّ نقصان البعض وإن كان أظهر من نقصان الوصف إلا أنه موجب لخيار تبعض الصفقة وهو الردّ لا الأرش، بخلاف الوصف .

قوله: «ظاهر الشرائع^(١) عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب . فتأمل» .
[أقول:] إشارة إلى أنّ عدم الأرش هنا وإن كان مقتضى الأصل إلا أنّ القول به في العيب يستلزم القول به هنا، لأنّ مقطوع اليد من أظهر أفراد العيب المقرّر شرعاً بكلّ ما زاد أو نقص عن الخلقة الأصليّة .

قوله: «وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة» .

[أقول:] وقد يرجح الحمل على الكراهة في خصوص المقام لوجوه:

منها: أنّ حمل المطلق على المقيد وإن كان أقرب المجازات الشائعة إلا أنّ حمل النواهي على الكراهة من المجاز الشائع جداً، خصوصاً على قول المعالم^(٢)، خصوصاً بقرينة الجمع بينهما وبين نصوص^(٣) «لا بأس» .

ومنها: استئناس الكراهة من نفس النواهي، وكون النهي عن بيع ما لم يقبض لأجل شائبة الجهل والغرر المنفي في البيع، أو رفع شائبة الربا فيما استريح عليه من غير قبض وكلفه يقابل الريح، كما يشهد به تفصيل بعض النصوص^(٤) الناهية بين المكيل والموزون وغيرهما، وبين ما استريح عليه وعدمه، بل ويحتمل قوياً عدم دلالة النواهي على الفساد، بل ولا الحرمة، بل ولا الكراهة، وكونها لمحض الإرشاد إلى حسم ماله التشاجر والتنازع المنجّر إلى الفساد بين

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٥ و٤٣ .

(٢) معالم الدين: ٢٤١ .

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٧ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود .

(٤) الوسائل ١٢: ٣٨٧ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود .

المتبائعين في القبض والإقباض في المبيع الذي يبيع قبل قبضه فالميسور من القبض قبله قد يتعسر بعده للشحّ والبخل في إقباض ما لم يقبضه البائع وفي قبضه وكيله ووزنه على ما يبيع قبل قبضه، كما يؤيده التفصيل في بعض النواهي بين بيع التولية والمراوحة، وبين بيعه على البائع الأوّل وغيره، وبين ما يكال من الطعام وغيره، كما [في] صحيحة الفقيه المتقدّمة: «أصلح لأحد بيع بزّه قبل أن يقبضه؟ قال عليه السلام: لا بأس» معللاً بـ: «أنّ هذا ليس بمنزلة الطعام»^(١)، يعني: أنّ البزّ وهو ثوب البزّاز ومتاع التاجر ليس بمنزلة الطعام الذي يكال حتّى يحصل التشاجر والتنازع في قبضه وكيله.

قوله: «وهنا سادس».

أقول: بل ربّما يبلغ الوجوه، بل الأقوال في المسألة إلى اثني عشر، حاصله من ضرب احتمالات إطلاق النهي الأربعة: التحريم والكرهية والفساد والإرشاد في احتمالات التفاصيل الثلاثة، تارةً بين التولية والمراوحة، وأخرى بين المكيل والموزون وغيره، وثالثةً بين الطعام وغيره، وأقوى احتمالات الإطلاق الإرشاد، ودونه الكراهية، ودونه الحرمة، ودونه الفساد، فإنّه في غاية الضعف. كما أنّ أخفّ مراتب النهي بأيّ من معانيه الأربعة التفصيل بين التولية والمراوحة، ودونه التفصيل بين المكيل والموزون وغيره، ودونه التفصيل بين الطعام حتّى يجرى فيه صاعان: صاع البائع،

وصاع المشتري».

أقول: هذا مضمون النواهي المأثورة وإن لم تكن بهذه العبارة، إلّا أنّ المخالفين نقلوه بالمعنى، كما أنّ رأيهم المخالفة مهما أمكن وكيف كان فالمعنى نهى عن بيع الطعام بالطعام حتّى يجرى فيه صاعان، أي كيل البائع وكيل المشتري. وفيه ما عرفت من أنّ دلالته على الفساد مبنيّ على اعتبار الكيل

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ١٠، ولم يتقدّم منه عليه السلام.

للقبض . وأما لو احتمل كونه لتعيين المبيع ورفع الجهل والغرر أو كونه النهي للكرهه أو الإرشاد فلا يدلّ على الحرمة فضلاً عن الفساد .

قوله: «لأنّ محلّ^(١) الكلام فيما [إذا] كان المالان سلمين» .

أي محلّ الكلام هنا «فيما كان المالان» ، أي المال الذي اشتراه والمال الذي الباعه «سلمين» . وأما لو كان أحدهما دون الآخر خرج عن محلّ هذا النزاع لانتهاء النزاع المركّب بانتفاء أحد أجزائه .

لا يقال : إذا كان أحدهما شخصياً - فضلاً عن كلاهما - دخل في النزاع أيضاً .

قلت : نعم ، ولكن لما كان دخول فرض الشخصي في محلّ النزاع أوضح من فرض الكلّي قدّم وأخر فرض الكلّي بعد قوله : «ثمّ هذا كلّهُ... إلخ»^(٢) .

قوله: «أمكن خروجه عن المسألة ، لأنّ الظاهر هنا كون السلم^(٣) ثمناً» .

أقول : بل الأظهر أنّ خروجه من جهة الفرق وعدم صدق بيع ما لم يقبض على بيع الكلّي مع الإيفاء بالشراء الشخصي للفرق بين الكلّي والفرد .

قوله: «كما يلزمهم القول بذلك في وطء الجارية» .

أقول : الالتزام بذلك لأجل التحقّظ على عموم : «لا وطء إلا في ملك»^(٤) ،

وأصالة عدم الملكيّة في المعاطاة ليس بأولى من تخصيص العموم ، كما خصّصه التحليل ، أو تخصيص الأصل بأدلة البيع وإطلاقات إفادته الملك ، بل اللزوم .

قوله: «فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كلّ عوض مقام معوّضه» .

[أقول:] فيه نقضاً : ما عرفت من عموم : «لا بأس في الشراء لنفسه بمال

(١) هذه الكلمة غير موجودة في المكاسب .

(٢) المكاسب: ٣١٧ .

(٣) في المكاسب: «كون المسلم» .

(٤) أنظر البحار ١٠٣: ٢٩٧ ح ١ .

الغير»^(١) و«اعتق عبدك عتي» و«تمليك البضع بصداق من الغير»^(٢) و«تملك العامل ربح المضاربة»^(٣).

وَحَلًّا: بأنَّ قيام كلِّ عوض مقام معوّضه في «العقود تابع للقصد»، فإنَّ قصد المعاوضة بين العوضين قام كلٌّ منهما مقام معوضه، مثل: «بعت هذا المال بهذا المال»، وإنَّ قصد المعوّض لغير من له العوض اتبع قصده في قيام كلِّ منهما مقام الآخر في أصل العوضيّة دون الكيفيّة، كـ«بعت مالي بمال الغير» و«التزويج بصداق من الغير» و«الخلع يبذل الغير» و«الأجير لغير من عليه الأجرة»، كما أنَّه لو قصد التمليك بلا عوض اتبع قصده كالصلح والهبة بلا عوض ومفوضة البضع. قوله: «فلا بدّ من توجيهه إمّا بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاوضة، وإمّا بانتقال العوض الآخر [إليه] بعدها».

أقول: التوجيه بالانتقال قبلها أو بعدها مع عدم الدليل عليه ليس بأولى من ظهور الانتقال بنفس المعاوضة لإطلاق «لابأس» في الجواب عن «أشر لنفسك»^(٤) و«اعتق عبدك عتي» عموم ترك الاستفصال. قوله: «وحيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطعام. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّه لا يقال: إن استند الشراء إلى نفسه بمال الغير إلى ما سبق من إذن الغير له فهو باطل لا فضولي، وإن قطع النظر في شرائه عن سبق الإذن له فهو فضولي، لكن لم يلحقه إجازة الشراء والقبض المصحح له. لأنّنا نقول: وإن لم يلحقه إجازة الشائبة قوليّة إلا أنّ استمراره بيد المشتري

(١) الوسائل ١٣: ٧٣ ب «١٢» من أبواب السلف.

(٢) أنظر الوسائل ١٢: ٥٨ ب «٣» من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

(٣) الوسائل ١٣: ١٨٥ ب «٣» من أبواب أحكام المضاربة.

(٤) الوسائل ١٣: ٧٣ ب «١٢» من أبواب السلف ح ١.

إجازة فعلية كاشفة عن الرضا بالقبض والشراء، وهو كافٍ خصوصاً على القول بكون الإجازة كاشفة لا ناقله، كما هو الأظهر.

قوله: «فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد».

[أقول:] في إطلاقه منع إذا فرضنا تعذّر الأداء أو تعسّره في البلد خصوصاً من طرف الديون، فيتعيّن الأداء حينئذٍ في بلد المطالبة بالمثل أو القيمة لدفع الضرر.

قوله: «فتعذّر البراءة مستند إلى غيبته».

[أقول:] في إطلاقه منع فيما إذا كان للغائب في بلد الاستحقاق وكيل في الأداء فليس للغريم قيمة بلد الاستحقاق.

قوله: «في المسألة الثانية: «وفيه تأمل. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ القيمة إنّما تتعيّن عند تعذّر المثل في بلد القرض لا في بلد المطالبة.

قوله: «أو احتاج تسليم المثل إلى مضيّ زمان. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ الاحتياج في تسليم المثل إلى مضيّ زمان إنّما لا يوجب تعذّر المثل وتعيّن القيمة إذا كان الاحتياج إلى مضيّ زمان يسير بحيث لا ينافي الفوريّة العرفيّة في وجوب الوفاء بالمثل. وأمّا إذا كان الاحتياج إلى مضيّ زمان طويل ينافي الفوريّة العرفيّة في أداء المثل - كما هنا - فهو في حكم تعذّر المثل وتعيّن القيمة عرفاً وعقلاً.

هذا آخر ما علّقناه على المكاسب.

تعليقات

على رسالة التقيّة المُلحقة بالمكاسب

تلقيلو

بسم الله الرحمن الرحيم

تعليقات على رسالة التقيّة الملحقه بمكاسب أستاذ أساتيد الأعلام

قوله: «لأنّه مقتضى عموم الأدلّة. فتأمل».

[أقول: إشارة إلى أنّ مقتضى أدلّة مفطريّة الأكل للصوم^(١) ومبطلية التكتّف في الصلاة^(٢) وإن عمّ صورتي الاختيار والاضطرار إلّا أنّ عموم^(٣) أدلّة «رفع الاكراه والاضطرار» حاكم عليه، وعموم «الحاكم كنفس الحاكم» حاكم على المحكوم. مضافاً إلى أنّ الأصل الأصيل فضلاً عن عموم الدليل أن يكون آثار الشيء من الشروط والموانع آثاراً واقعيّة غير مقيدة بالاختيار، لأصالة الاشتغال، فضلاً عن أصالة عدم التقييد.

لا يقال: إطلاق أدلّة التقيّة تفيد الإجزاء، أي إجزاء ما أتى به تقيّة.

لأنّنا نقول: أمّا الأوامر العقلية بالتقيّة كأدلّة نفي الضرر والضرورة المبيحة للمحظورات فمقدّرة بقدرها فلا تفيد الإجزاء بعد رفع الضرورة.

وأما الأوامر الشرعيّة بالتقيّة فهي واردة مورد تشريع الحكم بالتقيّة وتسويغ أصل التقيّة مع الغضّ عن الكميّة والكيفيّة، فتأمل.

قوله: «وحيثنذ إذا^(٤) فرض عدم اضطرار المكلف إلى الصلاة».

[أقول: الممنوعة مع أحد الموانع عند التقيّة بواسطة وجود المندوحة له بفعلها خالية عن الموانع ولو في غير وقت التقيّة، فلا اضطرار له يبيح محذور

(١) أنظر الوسائل ٧: ٧٨ ب «٤٢» من أبواب ما يمسك عنه الصائم ووقت الإمساك.

(٢) الوسائل ٤: ١٢٦٤ ب «١٥» من أبواب قواطع الصلاة.

(٣) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

(٤) في المكاسب: «فان فرض».

التقيّة ويرخص المانعيّة ويسوّغ الممنوعيّة، وإن فرض اضطرابه إلى الصلاة حال التقيّة مع المانعيّة والممنوعيّة بواسطة عدم المندوحة له من فعلها على وجه المانعيّة والتقيّة فالرخصة فيها حينئذٍ رخصة في صلاة باطلة مبطلّة، وهي لا تقتضي الإجزاء والصحة وحاصل قلت صدق الاضطراب إلى الصلاة في حال التقيّة ووقتها ومكانها ولو كان له مندوحة من فعلها في وقت آخر ومكان آخر، وأنّ الإذن المرخص له حينئذٍ لا ينحصر في رفع المؤاخذه والحرمة التكليفيّة، بل يرفع المبطلية والمانعيّة والشرطيّة والجزئيّة من الأحكام الوضعية للإذن المطلق وعموم حذف المتعلّق.

قوله: «وهو الَّذي يفهم من إطلاق أوامر التقيّة... إلخ».

[أقول:] وفيه: أنّ المفهوم والمعلوم من إطلاق أوامر التقيّة أنّ الخوف والتقيّة كالعسر والحرَج علّة لرفع اليد عن الأحكام الواقعيّة الأوّليّة، ومقتضى العليّة دوران الرفع مداره وجوداً وعدمياً وإناطة الرفع بوجود الخوف الفعلي الشخصي لا الشائنيّ النوعي. فالخوف والتقيّة في أغلب أحوال الشخص لا يوجب التقيّة في سائر أحواله التي لا خوف فيها من العمل بالواقع. وكذا الخوف في أغلب أفراد الشيعة أو أغلب بلادهم لا يوجب التقيّة فيمن لا خوف له من العمل بالواقع ولو كان نادراً بل أندر. وكذا الخوف في أغلب العبادات كالتقيّة في الوضوء والصلاة والزكاة والصيام لا يوجب التقيّة فيما لم يتفق فيه خوف كالحجّ وإن ندر، لأنّ انتفاء العلّة ولو في أندر الأحوال أو الأفراد أو الأعمال يوجب انتفاء المعلول قطعاً، وأنّ التقيّة كالعسر، والضرورة تقدّر بقدرها، وإلحاق النادر بحكم الغالب في بعض موارد العسر - كقصر المسافر لمشقة السفر - إنّما هو بالنصّ^(١) والإجماع، لا لمجدّد عسر الإتمام على نوع المسافرين. فتوهّم كون التقيّة نوعيّة

(١) أنظر البحار ٩٦: ٣٧٠ ذيل الحديث ٥١.

لا شخصية ليلحق النادر من أحوال المكلفين وأفرادهم وأعمالهم التي لا خوف لهم فيها بالفرد الغالب مما لم يتوهمه متوهم ولا يوهمه موهم وإن أوهمه ظاهر عبارة المصنّف^(١).

قوله: «وأما إيصال الرطوبة إلى الممسوح فهو واجب لا من حيث التقية».

[أقول:] وفيه: أن الواجب من إيصال الرطوبة إلى الممسوح في الوضوء إنما هو رطوبة الوضوء لا الرطوبة الخارجيّة المفروضة في غسل الرجلين تقية فإنها خارجة عن ضمن المسح بببل الوضوء المأمور به واقعاً، ولهذا لو تعذرت الرطوبة الوضوئية بواسطة حرارة المزاج والهواء لم تقم الرطوبة الخارجيّة مقامها، بل يسقط وجوبها رأساً وبقي وجوب المسح الضمني بالجفاف، بخلاف مباشرة الماسح للممسوح لو تعذرت قام المسح الضمني مقامه بدلالة التضمن.

وعلى ذلك فبطلان وضوء تارك غسل الرجلين الواجب في التقية ليس لأجل تركه الجزء المسح الضمني وهو إيصال الرطوبة الخارجيّة، بل إنما هو لأجل تركه كلّ من التكليفيين الاختياري وهو المسح، والاضطراري وهو الغسل، ومخالفة كلّ من الواقعيين في البين.

ومن هنا يعلم أيضاً منع ما نقله المصنّف «من ترجيح غسل الرجلين على مسح الخفّين عند دوران الأمر في البين»^(٢). تمت الحاشية.

The first part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions. It is essential for the business to have a clear and concise record of all income and expenses. This will help in the preparation of the tax return and in the event of an audit.

The second part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all assets and liabilities. This will help in the preparation of the balance sheet and in the event of an audit.

The third part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all income and expenses. It is essential for the business to have a clear and concise record of all income and expenses. This will help in the preparation of the tax return and in the event of an audit.

The fourth part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all assets and liabilities. This will help in the preparation of the balance sheet and in the event of an audit.

The fifth part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all income and expenses. It is essential for the business to have a clear and concise record of all income and expenses. This will help in the preparation of the tax return and in the event of an audit.

The sixth part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all assets and liabilities. This will help in the preparation of the balance sheet and in the event of an audit.

The seventh part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all income and expenses. It is essential for the business to have a clear and concise record of all income and expenses. This will help in the preparation of the tax return and in the event of an audit.

The eighth part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all assets and liabilities. This will help in the preparation of the balance sheet and in the event of an audit.

تعليقات

على رسالة القضاء عن الميِّت

تلقیعت

تلقیعت و لحقاً مالتی رلد

تعليقات على رسالة القضاء عن الميِّت لأستاذ أساتيدنا الأعلام الشيخ مرتضى طاب ثراه

قوله: «ثمّ إثبات مشروعيّة النيابة في المستحبّات بعدم القول بالفصل . فتأمّل» .

[أقول:] إشارة إلى كون المسألة لما كانت من المسائل المستحدثة استنباطها وعنوانها أمكن التفكيك بينهما وحمل نصوص^(١) النيابة في المستحبّات على الهدية والصدقة كما أمكن حمل نصوص^(٢) القضاء عن الميِّت على الواجبات الأصليّة من القاضي للميِّت لا عنه، كما عرفته عن ظاهر السيِّدين^(٣)، وكما في الوسائل: «سألته عن الصلاة عن الميِّت أيلحق به؟ قال: نعم»^(٤)، قال السيّد ابن طاووس: أي التي كانت على الميِّت أيام حياته، ولو كانت ندباً كان الذي يلحقه ثوابها لا الصلاة نفسها^(٥).

قوله: «فالأولويّة هنا عليه وفي القضاء له . فتأمّل» .

[أقول:] إشارة إلى ما فيه أولاً: من منع الفرق بين القضاء والغسل والصلاة والدفن من حيث المعنى الراجع نفعه للميِّت وإن اختلف التعبير بالصلاة عليه والقضاء له وعنه من حيث آخر .

وثانياً: لو سلّمنا الفرق من حيث متعلّق الولاية، لكنّه بمجرد غير فارق

(١) الوسائل ٢: ٦٥٥ ب «٢٨» من أبواب الاحتضار، وج ٥: ٣٦٥ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات .

(٢) الوسائل ٥: ٣٦٥ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات .

(٣) الانتصار: ٧١، غنية النزوع: ١٠٠ .

(٤) الوسائل ٥: ٣٦٧ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات ح ١٣ .

(٥) الوسائل ٥: ٣٦٧ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات ذيل الحديث ١٣ .

في الولي والأولى بالميت، من حيث كونه في باب التجهيز هو أب الميت، وفي باب القضاء هو أكبر ولده. فإنّ هذا الفرق لو سلّم فإنّما هو راجع إلى نصّ الشارع لا مجرد اختلاف متعلّقه، كما في المستفيضة «الزوج أحقّ بامرأته من الأب والولد والأخ حتّى يضعها في قبرها»^(١). أو راجع إلى حكمه كون التجهيز حرمة يناسب الأب، والقضاء خدمة يناسب الابن.

والحاصل أنّ الأولوية المنصوصة في الكتاب والسنة وإن اختلفت من حيث العموم والخصوص والكمّ والكيف إلّا أنّ المراد بها معيّن ومعلوم في كلّ باب من أبواب الفقه بالقرائن الخارجيّة المنصوصة وغيرها.

ففي مثل قوله تعالى: ﴿النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(٢)، و﴿إنّما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا﴾^(٣) الآية، وقوله ﷺ: «من كنت مولاه فعليّ مولاه... إلخ»^(٤) هي الولاية العامّة الكلّية الإلهية، أعني النبوة والإمامة الأصليّة على جميع الكائنات من جميع الجهات التي لا يتقدّمها أحد، كما ورد في صلاة الجمعة وصلاة الجنّازة: «إذا حضر الامام ﷺ فهو أحقّ الناس»^(٥)، ولا يجوز أن يتقدّمه أحد ومن دونه من الأولياء ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾^(٦). وأمّا وليّ تجهيز الميت والأيتام وعقد الباكرة فهو الجدّ والأب والوصيّ والزوج لا غير.

وأمّا قوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾^(٧) فالمراد

(١) أنظر الوسائل ٢: ٨٠٢ ب «٢٤» من أبواب صلاة الجنّازة.

(٢) الأحزاب: ٦.

(٣) المائدة: ٥٥.

(٤) الوسائل ٣: ٥٤٨ ب «٦١» من أبواب أحكام المساجد ح ١.

(٥) الوسائل ٢: ٨٠١ ب «٢٣» من أبواب صلاة الجنّازة ح ٣.

(٦) النحل: ٧٥.

(٧) الأنفال: ٧٥.

الأولوية في خصوص الإرث لا غير على حسب الطبقات الثلاث.

وأما قوله ﷺ: «يقضي عنه أولى الناس به»^(١) و «أولى الناس بميراثه»^(٢) و «أكبر وليه»^(٣) و «أفضل أهل بيته»^(٤) و «قضى عنه وليه»^(٥) و «على وليه أن يقضي عنه»^(٦)، فيخصص عمومها طرّاً بأكبر أولاده الذكور دون الإناث، للنص على خروجها في صحيحة حفص^(٧) ومرسلة حماد^(٨) ودون من عدا الولد الذكور من الأب والجدّ، لعدم القول بالفصل، فإن كلّ من نفى القضاء عنهم نفاه عمّن عدا الولد.

وأما مثل الرضوي: «يقضي الولي، فإن لم يكن له ولي من الذكور قضى عنه وليه من النساء»^(٩) فكنصوص^(١٠) الأمر لمطلق الأرحام والأخوان بتشريع القضاء والتصدّق عن الأموات واستحبابه لا تعيين من وجب عليه القضاء، جمعاً بين النصوص والقرائن الصريحة.

ولكنّ الأظهر العموم وعدم التخصيص، كما فضلناه في الدورة الآخرة بأبلغ وجه.

قوله: «فإذا تعلّق التكليف به فارفاه عند بلوغ أخيه يحتاج إلى دليل. فتأمّل».

(١) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٦.

(٢) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٥.

(٣) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٣٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٣.

(٤) الوسائل ٧: ٢٤٢ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١١.

(٥) الوسائل ٨: ٤٧ ب «٢٦» من أبواب وجوب الحج وشرائطه ح ١.

(٦) الوسائل ٧: ٢٤٣ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١٣.

(٧) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٥.

(٨) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٦.

(٩) فقه الإمام الرضا ﷺ: ٢١٢.

(١٠) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان.

[أقول:] إشارة إلى إمكان تعلّق التكليف بالبالغ سابقاً من المتساويين في السنّ على وجه العينية، بحيث لو بلغ الآخر المساوي له سنّاً صار العينيّ كفايئاً ببلوغ الشريك له، كما قد يصير الكفائيّ عينياً بقصد شريكه، لا أنّه يرتفع التكليف عن السابق حتّى يحتاج إلى الدليل، أو إلى إمكان تعلّق الحكم الوضعي وهو ضمان القضاء بالمتساويين سنّاً على وجه يشتركان في الخطاب الوضعي وإن اختلفا بسبق التكليف ولحوقه، كما لو لم يكن الوليّ بالغاً عند موت المولى عليه، فإنّ لحوق التكليف غير مانع من سبق الحكم الوضعي وهو ضمان القضاء كسائر الضمانات والأحكام الوضعية السابقة على التكليف الفعليّ.

قوله: «ثمّ إنّ حكم القاضي^(١) بالقرعة عند اختلافهما لا وجه له، لعدم جواز [الاختلاف]».

[أقول:] أي: لعدم اشتباه من يجب عليه القيام في الواجب الكفائي في الواقع، ولا في الظاهر حتّى يكون مورد قوله: «القرعة لكلّ أمر مشكل»^(٢) بعد فرض وجوب القيام عليهما وجواز قيامهما بالواجب الكفائي وعدم سقوطه إلّا بفعل أحدهما.

قوله: «وعلى المتأخّر إفتاراً مع التراخي. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى إمكان أن يثبت الكفارة عليهما مطلقاً، نظراً إلى إطلاق صدق الإفتار عليهما الموجب للكفارة وإن كان المتأخّر جزء الأخير العلة التامة. قوله: «يمكن دعوى شمول الروايات للمفعولة فاسدة فيشمل المتروكة عمداً، لعدم الفصل. فتأمّل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ فرض شمولها للمفعولة فاسدة يقتضي شمولها

(١) المهذب ١: ١٩٦.

(٢) أنظر الوسائل ١٨: ١٨٩ و ١٩١ ب «١٢» من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوي

المتروكة عمداً بالأولوية.

أو إلى منع الشمول واختصاص النصوص^(١) بقضاء المتروك لعذر من نوم أو إغماء أو مرض أو سهو أو جهل.

أو إلى منع الأولوية لاستحقاق المتروك لعذر ما لا يستحقه المتعمد الغير المعذور في الترك من القضاء وعدمه.

قوله: «النسبة بين قول الحلّي»^(٢).

[أقول:] وهو قضاء الفائت في مرض الموت ومختار المحقق^(٣) وهو قضاء

الفائت لعذر عموم من وجه، يجتمعان في الفائت لعذر في مرض الموت، ويفترق قول الحلّي في الفائت عمداً في مرض موته ومختار المحقق في الفائت في الصحة لعذر السفر أو الحيض بالنسبة إلى الصوم، كما أنّ قول المشهور وهو قضاء جميع ما فاتّه أعمّ مطلقاً من كلّ من القولين الآخرين. وهو الأشهر الأظهر من الأقوال الثلاثة، لإطلاق الأمر بقضاء ما فات الميِّت.

قوله: «إلا أنّ تخصيص الخبر المشتمل على هذا لا يقتضي تخصيص

بعض المطلقات، لعدم التنافي».

[أقول:] وذلك لأنّ تخصيص الخبر^(٤) المشتمل على وصف بمورد وصفه لا

يقتضي تخصيص سائر المطلقات به إلا على حجّية مفهوم الوصف.

وأما حمل المطلق على المقيد فهو في خصوص ما أحرز فيه اتّحاد

التكليف ولو بالأصل لا في الأحكام الوضعية والندبية القابلة لتعدّد المراتب

(١) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان، وج ٥: ٣٦٥ ب «١٢» من أبواب قضاء الصلوات.

(٢) السرائر ١: ٢٧٧ و ٣٩٩.

(٣) الرسائل التسع «المسائل البغدادية»: ٢٥٨ المسألة ٣٢.

(٤) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٧.

والأسباب، كما فيما نحن فيه، فإنَّ تسبیب موت كلِّ من الحرِّ والعبد للقضاء على وليِّه لا ينافي تسبیب الآخر له.

قوله: «هل الملحوظ - في كونه ديناً - الأمر الأدائي».

أي قوله ﷺ: «فليقض عنه وليِّه»^(١) الذي هو بمعنى فليؤدِّ عنه دينه.

قوله: «أو الأمر القضائي».

[أقول:] أي قوله ﷺ: «اقض ما فات كما فات»^(٢) الذي هو بمعنى تدارك

الوليِّ قضاء ما فات المولى عليه، فيكون فعل الوليِّ تداركاً لقضاء ما يكون تداركاً لفعل المولى عليه.

قوله: «ففعل الوليِّ بدل الأداء لا القضاء».

[أقول:] أي: بدل ما أمر به المولى عليه بالأمر الأدائي الأوَّليِّ قبل الفوت

مثل صم وصلَّ لا بالأمر القضائي الثانويِّ البدليِّ عمَّا فات سابقاً، فيكون فعل الوليِّ على الأوَّل بدلاً عن أصل، وعلى الثاني بدلاً عن بدله.

قوله: «فلو جاز لغير الوليِّ القضاء لم يرجِّح انفراد الوليِّ به على

المشاركة... إلخ».

[أقول:] لوضوح كون المشاركة أعجل في إبراء ذمَّة الميِّت من الانفراد فيه.

إلَّا أن يقال: إنَّ ظاهر المكاتبه^(٣) ولو بقرينة الجمع بين النصوص بيان عدم

وجوب القضاء على غير الوليِّ لا عدم جوازه من غيره حتَّى ينافي جوازه المشهور والمنصوص^(٤).

وبعبارة ظاهر المكاتبه تعيين من يجب عليه القضاء لا تعيين من يجوز منه

(١) الوسائل ٨: ٤٧ ب «٢٦» من أبواب وجوب الحج وشرائطه ح ١.

(٢) أنظر التهذيب ٣: ١٦٢ ب «١٠» ح ١١.

(٣) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٢.

(٤) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان.

القضاء، وبيان وجوب المبادرة في إبراء ذمّة الميِّت على خصوص الوليِّ، لا وجوب مطلق المبادرة حتّيٰ ينافي نفي المشاركة.

قوله: «فظاهر الرواية^(١) لو حمل على الوجوب نافي مذهبهم في جواز تبرّع الغير».

[أقول:] فيه ما عرفت من أنّ المنافي لجواز تبرّع الغير هو وجوب القضاء على الوليِّ بالمباشرة، لا الوجوب الأعمّ كوجوب أداء ديون الناس؛ قوله: «ولو حمل على الاستحباب لم يدل على مذهبهم بتعيين^(٢) القضاء على الأكبر».

[أقول:] فيه أيضاً أنّ تعيين القضاء على الأكبر لا ينحصر بهذا الخبر حتّيٰ ينافي حمله على الاستحباب، بل يكفي النصّ عليه بقوله: «يقضي عنه أولى الناس به»^(٣) و «أولى الناس بميراثه»^(٤)، وهو الحبوّة الخاصّة بالأكبر. قوله: «لكن لا يجب تحصيل العلم أو الظنّ على الوليِّ بقيام الوصيِّ به... إلخ».

أقول: وبهذا الاستدراك يفترق وجوب القضاء على الوصيِّ المتقبّل له عن الواجب الكفائي بالفعل المحتاج سقوطه عن الغير إلى العلم أو الظنّ بقيام الآخر به، بل يصير من قبيل الواجب الكفائي بالأصالة المعين على الغير فعلاً باستيجار ونحوه في عدم احتياج سقوطه عن المستأجر بالعلم أو الظنّ بقيام الأجير به، فتقبّل الوصيِّ القضاء نظير التزام الأجير بتجهيز الميِّت، فإنّ سقوطه عن الغير قبل الاستيجار والالتزام يحتاج إلى العلم أو الظنّ بقيام الآخر به، وبعده لا يحتاج إليه

(١) الوسائل ٧: ٢٤٠ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٣.

(٢) في المكاسب: «في تعين».

(٣) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٦.

(٤) الوسائل ٧: ٢٤١ ب «٢٣» من أبواب أحكام شهر رمضان ح ٥.

وإن كان سقوطه عن الغير مراعى بفعل الآخر ولكن بمعنى أنه إذا علم بعدم قيام الأجير به وجب على المستأجر القيام به، لا بمعنى يجب عليه إذا لم يعلم كالأجبات الكفائية بالفعل.

قوله: «فجعل الغرض والداعي أمراً آخر مخالف لذلك».

[أقول:] أي مناف ومناقض لذلك من حيث امتناع توارد العلتين على معلول واحد واستناد الفعل الواحد إلى علتين وغرضين وداعيين متضادين لا يجتمعان القربة والأجرة. ويمكن توجيه اجتماعهما بجعل الأجرة ونحوه من دواعي غير القربة داعياً لإيجاد القربة وإحداثها، وجعل القربة الحاصلة من تلك الدواعي داعياً على الفعل المقرب.

قوله: «فإذا وقع في حيز الإجارة تبدلت صفة نده بصفة الوجوب، كما في صلاة التحية الواقعة^(١) في حيز النذر. وفيه نظر».

[أقول:] وذلك: لأن الفرق الفارق بين التبرع والإجارة هو استناد الفعل إلى داعي الندب في التبرع وداعي الأجرة في الإجارة، وهو المانع القوي من الصحة، لا مجرد تبدل صفة الندب بالوجوب حتى لا يكون فارقاً ولا مانعاً.

قوله: «فالنسبة بين القول بصحة الاستئجار وصحة قيام غير الولي بالعمل [بالعمل] بإذنه أو بدون إذنه عموم من وجه».

[أقول:] وذلك لاجتماع الصحتين في استئابة أجير الميت عن غير وليه كوصي أو غيره، وافتراق صحة الاستئجار في استئابة أجير الميت عن وليه، وافتراق صحة قيام غير الولي في استئابة المتبرع.

(١) في المكاسب: التي تقع.

تعليقة أُخرى

على رسالة الموسعة والمضايقَة

تعليقة أخرى على رسالة المواسعة والمضايقة

قوله: «والنصوص^(١) الدالّة على رجحان تقديمها على الفائتة لأجل إدراك فضيلة وقت الحاضرة. فتأمل».

[أقول: إشارة إلى إمكان القول بالتخيير أو الرجوع إلى أصالة عدم أفضليّة تقديم كلّ من الفائتة والحاضرة على الأخرى بعد فرض تعارض أدلّة تقديم كلّ منهما على الآخر على وجه العموم من وجه وعدم المرجّح. قوله: «أو لأدلّة المسارعة إلى الخير^(٢). فتأمل».

[أقول: إشارة إلى أنّ في تقديم كلّ من الفائتة على الحاضرة والعكس مسارعة إلى الخير، فلا يختصّ المسارعة بتقديم الفائتة، بل العكس أولى بالمسارعة، لاختصاصه بمزيّة درك فضيلة وقت الحاضرة. قوله: «لأنّ^(٣) ذلك لمجرّد رجحان المبادرة... إلخ».

[أقول: وذلك لعدم اختصاص هذه العلة بتقديم الحاضرة، بل يعمّ تقديم كلّ منهما الآخر.

قوله: «وضعف كلا القولين وبيان الفرق بين المستحبين المتزاحمين مع أهمية أحدهما والواجبين كذلك موكول إلى محلّه».

أقول: أمّا ضعف إنكار الترجيح بالأهميّة فلابتناؤه على مقايسة الترجيح بالتعيين في الاحتياج إلى الدليل، ومن المعلوم الفرق بينهما اسماً وحكماً، وذلك لأنّ الترجيح هو الميل والأخذ والعمل بأحد الشئيين المتساويين لمزيّة من المزايا

(١) الوسائل ٣: ٢٠٨ ب «٦٢» من أبواب المواقيت.

(٢) البقرة: ١٤٨، المائدة: ٤٨، آل عمران: ١١٤، المؤمنون: ٦١.

(٣) لأنّ.

أو داعية من الدواعي والأغراض النفسية من غير أن يحكم ويلزم بتعيين الراجع وإسقاط المرجوح. ولهذا يجوز الترجيح بأيّ مرجح ومزية وداعية ولو لم يقدّم على اعتباره دليل معتبر، بخلاف التعيين فإنّه لما كان عبارة عن الحكم والإلزام والإلتزام بأحد الشئيين المتساويين احتاج إلى دليل اعتبار التعيين والمعين له شرعاً أو عقلاً.

وأما ضعف القول ببقاء غير الأهمّ من الواجبين المتزاحمين على صفة الوجوب وعدم سقوطه عن وصفه فلا يتناهى على مقايسة الواجبين المتزاحمين المتفاوتين بالأهميّة على المستحيين المتزاحمين بها في البقاء على ما كان له من الحكم وعدم سقوط غير الأهمّ بالأهمّ. ومن المعلوم الفرق بينهما اسماً وحكماً، من جهة أنّ حكم الاستحباب قابل للمراتب، فلا يسقط استحباب غير الأهمّ بمزاحمة الأهمّ وترجيحه على غير الأهمّ، بخلاف حكم الوجوب وهو ما يستحقّ تاركة العقاب فإنّه بهذا المعنى لا يقبل التعدّد، وبقاء المزاحم للأهمّ منه على صفة الوجوب، بل لمجرّد الترجيح بالأهميّة بتعيين الأهمّ، ويسقط غير الأهمّ عن الوجوب لا محالة.

قوله: «لعدم التمكن من فعلها إلا بعد ما أذن في تأخّره^(١)».

[أقول:] أي: لعدم التمكن من تقديم أحد فائتي اليوم وما قبله إلا بعد إذن الشارع في تأخير الآخر منهما المفروض عدمه، فإنّ الترجيح بلا مرجح والتعيين بلا معيّن قبيح، فتعيّن التخيير وعدم وجوب تقديم أحد الفائتين على الأخرى، لأصالة البراءة، وعدم التعيين والترجيح.

قوله: «مع إمكان إدخاله في إطلاق كلامه الراجع إلى عدم وجوب الترتيب إذا كان عليه أكثر من يوم. فتأمّل».

(١) في المكاسب: تأخير.

[أقول:] إشارة إلى عدم التعرّض فيها لحكم فائتة الأكثر من يوم، فضلاً عن إطلاقه الشامل ما نحن فيه.

قوله: «إلا أن يقال: إن^(١) ظاهر العذر في كلامه ما عدا الصلاة. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى عدم ظهور العذر فيما عدا الصلاة، فإنّ الاشتغال بالفائتة الفوريّة عذر شرعيّ في تأخير الحاضرة قطعاً.

قوله: «وأما المراد بالوقت في قوله: «مالم يتضيق وقت الحاضرة»^(٢) فيحتمل أن يكون وقت الاختيار... إلخ».

أقول: كما أنّ وقت الفائت والقضاء من قولهم وقت الذكر محتمل لإرادة التذكّر بعد النسيان وهو المضايقة، أو مطلق الوقت الصالح للقضاء، كقوله تعالى: ﴿اقم الصلاة لذكركي﴾^(٣) أي في وقتها، وقوله: ﴿جعل الليل والنهار خلفاً لمن أراد أن يذكر﴾^(٤)، أي أراد قضاء ما فاته الليل بالنهار وبالعكس كذلك وقت الحاضرة والأداء.

أما وقت مختصّ أو مشترك أو اختياري للمختار أو اضطراري لذوي الأعذار، والمختصّ مقدار ما يسع الصلاة من أوّل الوقت أو آخره والمشارك ما بين الوقتين، ولا خلاف في ذلك، كما لا خلاف في اعتبار الترتيب في الأداء، إنّما الخلاف والمعقود في هذه الرسالة في اعتبار الترتيب والفوريّة في خصوص القضاء.

وأما الأداء فلا خلاف في اعتبار الترتيب فيه، كما لا خلاف في التوسعة فيه في الجملة وإن اختلف في التوسعة الكلّية فيه للمختار أو لذوي الأعذار، كما

(١) هذه الكلمة غير موجودة في المكاسب.

(٢) الوسيلة: ٨٤.

(٣) طه: ١٤.

(٤) الفرقان: ٦٢.

هو ظاهر الأخبار.

فالمراد من الوقت في قول القائل: «ما لم يتضيق وقت الحاضرة»^(١) إن كان من القائلين بتضييق وقت الأداء الاختياري للمختار فهو وقت الفضيلة لكلّ فريضة، كما هو ظاهر الأخبار: «أول الوقت رضوان الله وآخر الوقت غفران الله»^(٢) «وإنما جعل آخر الوقت لذوي الأعذار»^(٣).

وإن كان من القائلين بالتوسعة الكلّية في وقت الأداء والاختيار فوقت الأداء الاختياري من أول الوقت إلى أن يبقى من آخره الاختياري مقدار أداء تمام الصلاة ومن آخره الاضطراري مقدار ركعة، لقوله: «من أدرك من الوقت ركعة فقد أدرك الصلاة كلّها»^(٤).

ومما ذكرنا يعلم الفرق والتفاوت بين الحكمين وسرّ الاختلاف بين المسألتين، حيث حكموا بأداء الظهرين للمدرك من الوقت مقدار خمس ركعات للصلايتين، ولم يحكموا بأداء العشاءين للمدرك منه أربع ركعات. وسرّ التفاوت أنّ المدرك من وقت الظهرين خمس ركعات مدرك وقت اختياري الظهر واضطراري العصر، بخلاف المدرك من وقت العشاءين أربع ركعات فإنّه مدرك وقت اختياري العشاء فقط، فلا يجوز له تفويت الاختياري إلى الوقت الاضطراري بالاختيار إلا لذوي الأعذار.

قوله: «ووجهه مع ضعفه يظهر بالتأمّل».

[أقول:] أمّا وجهه فلأنّ مقتضى الفوريّة الحقيقيّة العدول عن الحاضرة إلى الفائتة. وأمّا وجه ضعفه فلأنّ تأخير الفائتة إلى إتمام الحاضرة من المعاذير

(١) الوسيلة: ٨٤.

(٢) المستدرک ٣: ١٠٠ ب «٣» من أبواب المواقيت ذيل الحديث الأوّل.

(٣) المستدرک ٣: ١٠١ ب «٢» من أبواب المواقيت ٣.

(٤) الوسائل ٣: ١٥٨ ب «٣٠» من أبواب المواقيت ح ٤.

الشرعية الغير المنافية للفورية بعد ما كان العدول منافياً للأصل.

قوله: «حَقَّقْنَا فِي الْأُصُولِ عَدَمَ جَرِيَانِ اسْتِصْحَابِ الصَّحَّةِ».

[أقول:] وهو ما حَقَّقَهُ فِي التَّنْبِيهِ الثَّامِنِ مِنْ تَنْبِيهَاتِ الْاسْتِصْحَابِ «مَنْ أَنْ الْمَرَادُ مِنَ صَحَّةِ الْأَجْزَاءِ السَّابِقَةِ إِمَّا مَوَافَقَتَهَا لِلأَمْرِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا، وَإِمَّا تَرْتَبَ الْأَثَرِ عَلَيْهَا. أَمَّا مَوَافَقَتَهَا لِلأَمْرِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا فَالْمَفْرُوضُ أَنَّهَا مُتَيَقِّنَةٌ سِوَاءِ فَسَادِ الْعَمَلِ أَمْ لَا»^(١) إِلَى آخِرِ تَحْقِيقِهِ.

وفيه نقضاً: باستصحاب صحّة صلاة المتيمّم الواجد للماء في أثناء الصلاة. وحللاً: بأنّ المدار في موضوع الاستصحاب على المسامحة العرفية لا المداقة، وإلّا لا نسدّ باب الاستصحاب، لإمكان التجزئة في غير ذي الأجزاء ولو كان بسيط، فإذا صحّ استصحاب صحّة صلاة المتيمّم الواجد للماء في أثناء الصلاة مع انتقاض تيمّمه بوجودان الماء قبل الدخول في الصلاة إجماعاً صحّ استصحاب صحّة صلاة من ذكر الفائتة في أثناءها بالأولوية.

قوله: «فافهم، فإنّه لا يخلو من دقّة».

[أقول:] إشارة إلى أنّ أصالة عدم مشروعية الحاضرة محكوم بأصالة عدم وجوب تقديم الفائتة، وعدم اشتراط تقديمها في صحّة الحاضرة.

قوله: «فأصالة الإباحة وعدم التحريم لا ينفع في شيء... إلخ».

[أقول:] وذلك لأنّ الشكّ فيها مسبّب عن الشكّ في تعلق الأمر بذلك الضدّ وعدمه المسبّب عن الشكّ في تضييق الفائتة وعدمه المتقدّم فيها أصالة عدم تعلق الأمر بالضدّ، بل وعدم تضييق الفائتة من جهة تقدّم الأصل في السبب على الأصل في المسبّب.

قوله: «الأمر دائر بين حرمة الحاضرة ووجوبها فلا أصل. فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى أنّ أصالة عدم كلّ من الحرمة والوجوب وإن جرى واقتضى الإباحة والجواز، لكن مجرد ذلك لا يقتضي مشروعية العبادة المتوقّف عليها الصّحة إلّا على الأصل المثبت واستصحاب الرجحان بعد نفي الوجوب. قوله: «راجع إلى استصحاب أمر محقق منجز... إلخ».

[أقول:] ألا ترى أنّ كليات الأحكام والخطابات والتكاليف الشرعية والعرفية متعلّقة بأنواع الكليات المشروطة بأنواع الشروط المفقودة، بل المعدومة شروطها ومشروطها، كقوله: ﴿ولله على الناس حجّ البيت من استطاع إليه﴾^(١)، ومع ذلك يقدّم استصحابها بعد تنجز الشروط ووجود الشروط على استصحاب عدما السابق عند الشروط والمشروط. قوله: «ولا يخلو عن قوّة».

[أقول:] وذلك لعدم ناظرية الأصول الظاهرية إلى الواقع، بل هي تنزيل مؤدبها منزلة الواقع في خصوص ما يترتب على الواقع من الآثار الشرعية المترتبة عليها بلا واسطة عقلية أو عادية، دون الآثار الغير الشرعية ولا الشرعية المترتبة على الوسائط العقلية أو العادية. ولهذا بنى محققوا المتأخرين على عدم حجّية الأصول المثبتة، وعلى جواز المخالفة للالتزامية الغير العملية للأصول الظاهرية فيما لو دار الأمر بين وجوب الشيء وحرمة بأصالة عدم كلّ من الوجوب والحرمة فيه، فيثبت الإباحة مع كونه قولاً بالفصل، ومخالفاً للاجماع المركّب، وإحداث قول ثالث.

قوله: «تلك الإطلاقات مسوقة لبيان حكم الصلاة في أوّل الوقت... إلخ».

[أقول:] وفيه: أنّ دعوى انصراف الإطلاقات وسوقها لبيان حكم آخر من دون صارف وسائق مع الشكّ والريب رجم بالغيب، ولا يخلو من عيب. وقياس

تلك الإطلاقات بإطلاق لحم الغنم حلال طاهر في الانصراف عن لحم المسروق والنجس قياس مع الفارق، لوجود الصارف والسائق في المقيس عليه دون المقيس.

وما قيل أو يقال: إنَّ الشكَّ في مانعيَّة الفائتة من تقديم الحاضرة فيما نحن فيه شبهة موضوعيَّة لا تشخص بالإطلاق والعموم، كما لو رأَت المبتدئة بعد دخول الوقت الدم المشكوك الحيضة والمانعيَّة من الصلاة. مدفوع أولاً: بأنَّ شبهة مانعيَّة الفائتة من تقديم الحاضرة شبهة حكميَّة لا موضوعيَّة.

وثانياً: لو سلَّمنا، لكن الإطلاق الوارد في مورد الموضوع المشتبه برفع الاشتباه وتشخيص الموضوع المشتبه، فإنَّ عموم «أكرم العالم» وإن لم يشخص عالميَّة مشكوك العالمية ولكن إذا فرضنا ورود «أكرم العالم» في مورد دخول مشكوك العالمية تبين أنه عالم أو داخل في حكمه، كما فيما نحن فيه، فإنَّ إطلاق تقديم الحاضرة بعد دخول وقتها وارد فيمن لا يخلو ذمته غالباً عن فائتة، بل وعن سائر الواجبات الأهميَّة، بل الفوريَّة بحيث يكون الخلو عنها تقييد المطلقات جواز الحاضرة في أوَّل الوقت أو جميعه بالفرد النادر أو الأندر جداً.

قوله: «وكان كلِّما ورد من الدليل على فوريَّة شيء يتوقَّف على تأخَّر الحاضرة مقيداً لتلك الأدلَّة معارضاً لها».

أقول: ويحتمل في كلِّ ما دلَّ^(١) على فوريَّة الفائت فوريته على وجه التعدد المطلوبي وبيان أهميَّته تقديم الفائت لا تقييد مطلوبيَّة الحاضر، لعدم فائت في ذمته، والاحتمال يبطل الاستدلال، فتسلم الإطلاقات المذكورة في هذا الفرض عن التقييد بأصالة الإطلاق وعدم التقييد، كما تسلم أيضاً في الفرض السابق

(١) الوسائل ٣: ٢٨ ب «٦٢» من أبواب المواقيت، طه: ١٤.

واللاحق عن التقييد والانصراف إلى بيان أصل تشريع حكم الصلاة في أوّل الوقت الجامعة للشرائط، لا الأعمّ من الجامعة وغيرها بأصالة الإطلاق وعدم الصارف والانصراف.

ومما ذكر يعلم أنّ جواب المصنّف^(١) عن استدلال الموسع. بهذا الإطلاق على جميع فروض الجواب من بدئه إلى ختمه على طوله راجع إلى تقييد الإطلاقات المذكورة بأدلة فوريّة الفاتنة أو ترتّب الحاضرة عليها.

أو راجع إلى تقييد الإطلاقات المذكورة ومقايستها بإطلاق قوله: «الغنم حلال أو طاهر» في مقابل «الكلب حرام أو نجس»^(٢) و«صيد الكلب حلال» في مقابل «المقيسة حرام نجس» في ورود إطلاقها مورد حكم آخر غير الإطلاق وانصرافها إلى مجرّد بيان حكم الصلاة الجامعة للشرائط الواقعيّة في أوّل الوقت لا الأعمّ من الجامعة وغيرها، وهو ممنوع، لأصالة الإطلاق، وعدم التقييد والتقييد، وعدم الصارف والانصراف، وكون المقايسة بين الإطلاقين مع الفارق البين جدّاً، وإلّا لانسدّ باب الإطلاق طرّاً، لطرؤ احتمال هذا المانع والصارف في كلّ مطلق، وهو خلاف الأصل الأصيل الذي عليه التعويل. مضافاً إلى أنّ تقييد مطلقات جواز الحاضرة في أوّل الوقت أو جميعه بصورة خلوّ الذمّة عن فائنة تقييد لها بالضرر النادر الأندر، إذ قلّما ينفكّ ذمّة مكلف عن فائنة نفسه أو غيره بوراثة أو إجارة.

قوله: «والمطلوب في مسألة المضايقة منع الفائنة عن صحّة الحاضرة قبلها. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ عموم النكرة في سياق النفي من قوله: «إذا زالت الشمس فما يمنعك إلّا سبحتك»^(٣) يفيد عموم نفي المانع الكمالي والصحّة. مضافاً

(١ و ٢) المكاسب: ٣٥٤.

(٣) الوسائل ٣: ١١٤ ب «١٠» من أبواب المواقيت ح ١.

إلى أنّ نفي المانع الكمالي يقتضي نفي مانع الصحّة أيضاً بالأولوية القطعيّة.
 قوله: «مضافاً إلى أنّ الاستحباب المذكور إنّما يتوجّه إلى فعل الحاضرة
 في أوّل الوقت بعد الفراغ عن وجوبها».

[أقول:] وفيه أنّ الاستدلال باستحباب تقديم الحاضرة إنّما هو على عدم
 وجوب تأخيرها وتقديم الفائتة، لا على وجوب تقديم الحاضرة حتّى يقال: إنّهُ
 بعد الفراغ عن وجوبها فلا يدلّ على وجوبها المدعى، فاستحباب تقديم الحاضرة
 دليل عدم الترتيب وعدم الفوريّة في الفائتة ممّن لا يخلو من فائتة غالباً.
 والجواب عنه قد تقدّم بأبلغ وجه، فالإعادة خالٍ عن الفائتة.

قوله: «وليس يلزم حينئذٍ تصرّف في تلك الأوامر... إلخ».

[أقول:] فيه منع كون الفور بأمر آخر لا يلزم التصرّف والتقييد في مطلقات
 الأمر بالقضاء إلّا على انصراف إطلاقها إلى بيان أصل وجوب القضاء دون
 كيفياته، أو على كون الفوريّة المطلوبة على وجه التعدّد المطلوب لا التقييدي،
 وكلا الأمرين خلاف الأصل الأصيل الذي عليه التعويل.

قوله: «ظاهر الأمر حيث إنّهُ موضوع لطلب الفعل الغير المقيّد بزمان
 حصول الامتثال بالإتيان به في الزمان الثاني والثالث وإن قلنا بدلالته على
 الفور. فتأمل جدّاً».

[أقول:] إشارة إلى أنّه لا يعني المستدلّ بإطلاق أوامر القضاء على
 الموسعة إلّا ما اعترفت به من حصول الامتثال بالإتيان به في الزمان الثاني
 والثالث.

أو إشارة إلى منع كون الفوريّة لا ينافي حصول الامتثال به في الزمان الثاني
 والثالث إلّا على انصراف المطلق، أو كون الفوريّة على وجه التعدّد المطلوب
 المخالف كلّ منهما للأصل الأصيل.

قوله: «ويرد عليه أن قوله: «يصلين على كل حال»^(١) يدل على مشروعيّتها في مقام دفع توهم المنع... الخ».

أقول: بل يرد الإيراد بأن المورد وهو دفع توهم مانعيّة الطلوع والغروب لا يخصّص عموم الوارد، بل قد يؤكّده، نظراً إلى أنه لو كان لقضاء الفائت توهم مانع آخر لكان دفعه أولى وأهمّ.

قوله: «لأنّ هذا غير ممكن في الكسوف والطواف».

[أقول: لعدم جريانه في باقي الصلوات.

وفيه أولاً: أنّ عموم التوسعة في كلّ صلاة بحسب حاله ووقته الزائد على ما يسعه شرعاً، ومن المعلوم جريان هذا العموم في باقي الصلوات، إذ ما من صلاة إلا ووقتها أوسع منها.

وثانياً: لو سلّمنا، لكن عدم جريان العموم في باقي السياق لا يخصّص عموم المنساق، كما لا يخصّص عموم: «أربع صلوات يصلّيها الرجل في كلّ ساعة» بقوله: «صلاة فاتتكم فمتى ذكرتها أدبّتها»^(٢)، لاحتمال أن لا يكون المراد بوقت ذكرها التذكّر بعد النسيان الفوريّة، بل مطلق ما يصلح من الوقت الموسع لذكرها، كقوله: ﴿أقم الصلاة لذكري﴾^(٣) و﴿هو الذي جعل الليل والنهار خلفاً لمن أراد أن يذكر﴾^(٤).

قوله: «لا يحضرني الآن تأويل حسن له».

أقول: وإن احتمل المجلسي^(٥) تصحيف «متى أحبّ» بـ«متى وجب»،

(١) المستدرك ٣: ١٤٨ ب «٣١» من أبواب المواقيت ح ١.

(٢) الوسائل ٣: ١٧٤ ب «٣٩» من أبواب المواقيت ح ١.

(٣) طه: ١٤.

(٤) الفرقان: ٦٢.

(٥) ذكر المجلسي في البحار ٨٨: ٢٩٩ ح ٦، الرواية «متى أحبّ» ولم يذكر التصحيف.

ولكنّه مع ذلك عامّ لمطلق وقت الوجوب، فلا يخصّص عموم كلّ حال وكلّ ساعة.

قوله: «العبرة المذكورة ليست برواية... إلخ».

[أقول:] فيه أولاً: أنّ الظاهر والغالب أنّ عبارات كتب أصول أصحاب الصادقين عين الرواية لا الرأي.

وثانياً: لو سلّمنا، لكن الرأي والفتوى بعد فرض استحسان الصادق عليه السلام له يكون رواية بل أحسن منها.

قوله: «لأنّ التأخّر والتعجيل [إنّما] يعتبران بالنسبة إلى أزمنة الإمكان. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ أزمنة إمكان قضاء الفاتّة في الحضر فوراً ومعجلاً إنّما هو تعجيل فعله في الحضر والمنع معه عن السفر الغير الضروري الأهمّ من الصلاة المضيّقة، أو في أول أزمنة إمكان النزول عن الراحلة في السفر الضروري الأهمّ من الصلاة المضيّقة في الحضر، سواء كان ليلاً أو نهاراً، بإطلاق تأخيره إلى مطلق السفر، خصوصاً إلى مطلق الليل دليل الموسعة وعدم المضايقة فيه بوجه، خصوصاً بملاحظة ترك الاستفصال بين السفر الضروري وغيره المفيد لعموم التوسعة.

قوله: «فمدفوع بأنّ مقام السؤال لا يقتضي ذلك، كما لا يخفى... إلخ».

[أقول:] فيه: أنّ عدم اقتضاء السؤال لذلك إنّما هو مبنيّ على انصراف السؤال إلى خصوص السؤال عن القصر والإتمام في قضاء الفاتّة حضراً في السفر، كما يوميء إليه تخصيص الجواب بقوله: «ويصلّي كما يصلّي في الحضر»^(١)، وهو بعيد عن حال السائل وإن دفع توهمه في الجواب. مضافاً إلى

(١) الوسائل ٥: ٣٥٩ ب «٦» من أبواب قضاء الصلوات ح ٢.

أصالة عدم الانصراف، كما يومئ إليه تفصيله عليه السلام بين الليل والنهار دون السفر الضروري وغيره، فيقيد ترك الاستفصال عموم الجواب والسؤال.

قوله: «المنع التحريمي عن قضاء الفريضة بالنهار ممّا أجمع على خلافه... إلخ».

أقول: وإن كان الأمر كذلك إلا أنّ النهي عن قضاء الفوائت في النهار لعلّه لرفع توهم الحضر وهو وجوب الفور والتعجيل في النهار، أو للإرشاد إلى أنّ تعجيل قضاء الفوائت في نهار السفر معرّض للحظر والضرر أو العسر والمشقة أو خوف انقطاعه عن الرفقة.

قوله: «خصوصاً على تفصيلي المحقّق^(١) والعلامة^(٢)».

[أقول:] وجه الخصوصية تخصيصهما المضايقة والترتيب بفائتة اليوم دون غيرها، فنفي الفورية لا يستلزم نفي الترتيب، خصوصاً نفيه عن فائتة اليوم فقط. قوله: «فلعلّه كان القضاء مستحبّاً في حقّه».

[أقول:] بأن يكون القضاء للنافلة أو المعادة أو الاحتياط أو التبرّع عن الغير، لكن القضاء بالمستحبّ خلاف ظاهر الدين والقضاء وأرجحية استحباب أداء النوافل المرتبة على قضاء المستحبّ، فإنّ هذا الاحتمال لا يحتاج إلى السؤال وينافي شاهد الحال ممّن هو من أهل الاستدلال.

قوله: «وهو مخالف للأخبار»^(٣).

[أقول:] وفيه: أنّ المخالف للأخبار هو وجوب القضاء على المغمى عليه المستوعب، لجميع الوقت المستحيل عادة في سبعة عشر ليلة دون غير المستوعب.

(١) الرسائل التسع: ١١٢ المسألة السادسة.

(٢) مختلف الشيعة ٣: ٦.

(٣) الوسائل ٥: ٣٥٢ و ٣٥٦ ب «٣ و ٤» من أبواب قضاء الصلوات.

قوله: «فالأولى حملها على التقيّة... خصوصاً إذا لم يكن محمّل غيرها». أقول: بل الأولى والأشهر حملها على الكراهة مطلقاً، أو بالنسبة إلى من كان عبدة الشمس دون الهاشميين.

قوله: «لا إشكال في أنّ الحكم قضاء الأوّل في الليل والثاني في النهار». [أقول:] وفيه أولاً: الإشكال في الحكم المذكور فإنه أوّل الكلام. وثانياً: بأنّ الحكم بقضاء فوائت الليل في النهار وفي الليل لا ينفى التوسعة، سيّما بعد التصريح بقوله: «إن شاء بعد المغرب وإن شاء بعد العشاء»^(١). قوله: «مع إمكان حمل النهار على نهار آخر لا يوم الفوت»^(٢).

[أقول:] لا يقال: إنّ حمل النهار على نهار آخر أدلّ على التوسعة. لأنّنا نقول: نعم، ولكنّه أخصّ من المدعى من جهة اختصاص أوسعيته بغير فائتة اليوم الذي لا يضايق عنه المفضّل من أهل المضايقة كالمحقّق^(٣) والعلامة^(٤). قوله: «وأما الحكم فيها بتقديم العشاء [المنسيّة] على الفجر فعلى وجه الأولويّة».

[أقول:] أي: كما أنّ تقديم الحاضرة على الفائتة أولى من جهات كذلك تقديم الفائتة على الحاضرة أولى من جهات آخر تقدّم ذكرها في أوّل أقوال المسألة.

قوله: «وهكذا الحكم المذكور في المغرب»^(٥). فافهم». [أقول:] إشارة إلى ما قيل: من أنّ ظاهره متروك بالإجماع على اعتبار

(١) الوسائل ٣: ١٧٥ ب «٣٩» من أبواب المواقيت ج ٦ و ٧.

(٢) في المكاسب: «على النهار الآخر لا يوم الفوات».

(٣) الرسائل التسع: ١١٢ المسألة السادسة.

(٤) مختلف الشيعة ٣: ٦.

(٥) في المكاسب: «للمغرب».

الترتيب بين الحاضرتين ، وليس الترتيب بينهما كالترتيب في الفاتحة والحاضرة في الابتناء على الأولوية .

يمكن دفعه: بأنّ المتيقّن من معقد الإجماع على اعتبار الترتيب بين الحاضرتين إنّما هو في الوقت المختصّ لا المشترك ، وفي مثل العصر الذي لا صلاة بعدها . وأمّا في مثل العشاء الذي بعدها صلاة فكان بعدها قبلها ووقت الصلاة الأولى باقٍ بعدها ، بخلاف مثل العصر فلما لم يكن بعدها صلاة لم يكن لفعّل الظهر بعدها محلّ ووقت على ما هو ظاهر تعليل الفرق في النصّ^(١) .

قوله: «وكون نفس السهو نقصاً دون نفس النوم لا ينافي كون هذا الفرد من النوم أنقص» .

أقول: بل نفس النوم مع الغضّ عمّا يعتريه من مناقص المقام أنقص من نفس السهو جدّاً بحيث يغلب السمع والبصر وجميع الحواسّ الظاهرية والباطنية والعقل الكلّي المدرك لمعارف الله تعالى ، الذي هو المائز الكلّي بين الإنسان والبهائم ، بخلاف السهو لعدم بلوغ نقضه هذا الحدّ ، كما يشهد عليه عد النوم من نواقض الطهارة دون السهو ، وعدّه أيضاً في عداد النواقض التي نفيها من علانم الإمامة في خصال العشرة المستفيضة^(٢) .

قوله: «فإن اشترأكه ﷺ مع غيره في هذا التكليف الخاصّ - أي: في قضاء ما فاتته ﷺ بنوم لا لمصلحة - ليس الدليل عليه أوضح من الأخبار^(٣) المذكورة - أي: أخبار أنّه تعالى أنامه لمصلحة - حتّى يوجب طرحها» .

أقول: فيه أنّ أدلّة اشترأك النبي ﷺ مع الأئمة في جميع أحكام الطهارة

(١) الوسائل ٣: ٢١٣ ب «٦٣» من أبواب المواقيت ح ٥ .

(٢) الخصال: ٤٢٨ ح ٥ .

(٣) الوسائل ٣: ٢٠٦ ب «٦١» من أبواب المواقيت ح ١ و ٦ و وج ٥: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب

قضاء الصلوات ح ٢ .

والنجاسة والغسل والجنابة والكفارة والجنابة لا يستلزم اشتراكه معهم في موجباتها من مناقص النوم والبول والغائط والسهو والظلم والكفارة والجنابة والجنابة، بل تنزيهه عن جميع المناقص الخلقيّة والخلقيّة والحسيّة والنسيّة من جميع الجهات الغير المتناهية، واختصاصه بجميع كمالات البشريّة وأوصاف الكبريائيّة الجلالية والجمالية الملكوتية والجبروتية، التي لا يبلغها العقول والأفهام ولا غوص الفطن والأوهام من ضروريّات العقل والنقل ومحكمات الكتاب والسنة المتواترة، بحيث يكون المعارض لها مصادماً لضرورة الدين ولو كان من الصراح والصرح، فضلاً عن كونه من الآحاد، بل الضعاف، بل من الشواذ، بل من المتشابهات، بل الموافقة للعامة الواجبة طرحها، أو حملها على التقيّة، أو تأويلها بضرب ممّا فضّلناه في رسالة المعارف بأبلغ وجه وإن لم يبلغ حقّه.

قوله: «وإنّما فعل ذلك رحمة لهذه الأمة لئلاّ يعير المسلم إذا هو نام عن^(١) صلاته أو سها، الخبر^(٢). فتأمل».

[أقول:] إشارة إلى امتناع اجتماع المصلحة مفسدة المنقصة الذاتية عقلاً.

قوله: «لا عن كلّ فائتة حتّى يجب الاشتغال بها مهما أمكن. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى إمكان القول بهذا التفصيل وإن لم يذكر في ضمن الأقوال

المتقدّمة بأن يقال: القدر الواجب من الفوريّة والمضايقة أن يكون المكلف متشاعلاً بالقضاء على وجه لا يعدّ متهاوناً وتاركاً لها رأساً، ولا يلزم من الاشتغال بها حرج ولا عسر.

قوله: «وإن كان القطع به في بعض الموارد ممكناً».

[أقول:] كما في طهارة العامّة والحديد وغسالة الاستنجاء والقصر في

(١) في المكاسب: «على».

(٢) الفقيه ١: ٢٣٣ ح ١٠٣١.

السفر، حيث يقطع فيها بعدم الفرق بين موارد العسر وغيره، وبين استنحاء الغائط والبول، فإنّ العسر المنوط به الحكم في هذه الموارد نوعي لا شخصي وحكمه للحكم، لا علّة مطّردة حتّى يدور مدارها الحكم وجوداً وهدماً، بل الحكم بإلحاق النادر من الضرر الغير العسر أو المورد الغير العسر بالأفراد أو الموارد العسرة الغالبة إنّما هو للغلبة، وبالذليل الخارج من إجماع أو إطلاق نصّ.

قوله: «إلّا أنّ غلبة الفصل بين الموردين في المسائل ممّا يمنع القطع غالباً. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ غلبة العسر الشخصي وإنّاطة الأحكام به وجوداً وهدماً على وجه العلّية المطّردة في كلّ باب من أبواب الأحكام الشرعيّة صارت بحيث لا يخرج عن مقتضاها إلى العسر النوعي وإلحاق غير العسر بالعسر إلّا بدليل قطعي مخرج، كما عرفت في مورده.

قوله: «فافهم واغتنم».

[أقول:] إشارة إلى دفع ما يقال: من أنّ استصحاب الاشتغال مقدّم على البراءة عند التعارض دون العكس بأنّ هذا فيما لم يكن الشكّ في الاشتغال مسبباً عن الشكّ في مجرى البراءة عن الواجب المشكوك.

قوله: «فهو وقت للواجب لا لمجرّد الوجوب... إلخ».

أقول: فيه أولاً: الفرق عرفاً بين التوقيت بمتى وإذا دخل الوقت فصل وبين صلّ حين أو عند الزلزال.

وثانياً: بأنّ التوقيت فيما نحن فيه لرفع توهم الحظر عن بعض الأوقات لنهيه.

وثالثاً: سلّمنا ظهور الآيات^(١) والأخبار^(٢) في المضايقة، لكن أولويّة

(١) طه: ١٤.

(٢) الوسائل ٣: ٢٠٩ ب «٦٢» من أبواب المواقيت ح ٢، وج ٣: ٢٠٦ ب «٦١» من أبواب

الجمع مهما أمكن من الطرح قرينة انصرافها عن الوجوب إلى الاستحباب أو إلى الأولوية من بعض الجهات.

قوله: «فالمتَّجه حمل الرواية^(١) على الاستحباب».

أقول: بل الأمر إن دار بينه وبين حمل الصحيحة على الاستحباب أو طرحها لمخالفة ظاهر الإجماع وصحيحة زرارة^(٢) فالأرجح بل المتعين حمل القضاء على الإعادة والمبادرة في الأداء، خوفاً من القضاء وفوت الأداء، كما هو الغالب، خصوصاً للمسافر الواجب عليه إعادة ما صلى قصرًا بالتمام الاستحباب، لأنه أقرب المجازات جدًّا إذا لم يكن حقيقةً أو مجازاً مشهوراً.

قوله: «ولا يجوز قلب الاستدلال بها فيما إذا فرض تذكُّر الفائتة بعد تنجِّز

الحاضرة عليه... إلخ».

[أقول:] أمَّا وجه القلب فبأن يقال: إنَّ إطلاق قوله ﷺ: «إذا دخل الوقت

وجب الطهور والصلاة»^(٣) يشمل وجوب الحاضرة المسبوقه بالفائتة إذا تذكَّرها بعد تنجِّز الحاضرة.

وأما وجه عدم جواز هذا القلب فلحكومة عموم قوله: «لا صلاة لمن عليه

الصلاة»^(٤) على إطلاق «إذا دخل الوقت وجب الطهور والصلاة» كحكومة «الفاسق ليس بعالم» على عموم «أكرم العلماء».

قوله: «فتعين حمل الأمر على الاستحباب، وكون إدراك فضيلة المغرب

أولى من المبادرة إلى الفائتة».

المواقيت ح ٤ و ٦، وج ٣: ١٧٧ ب «٣٩» من أبواب المواقيت ح ٢ و ١٦.

(١) الوسائل ٥: ٥٠٤ ب «٥» من أبواب صلاة المسافر ح ١.

(٢) الوسائل ٥: ٥٤١ ب «٢٣» من أبواب صلاة المسافر ح ١.

(٣) الوسائل ١: ٢٦١ ب «٤» من أبواب الوضوء ح ١.

(٤) مستدرک الوسائل ٣: ١٦٠ ب «٤٦» من أبواب المواقيت ح ٢.

[أقول]: وفيه: أن تعيين حمل الأمر على الاستحباب مبنيّ على حمل وقت المغرب على وقت فضيلته حتّى يلائم استحباب الترتيب وتقديم فائتة العصر في وقت فضيلة المغرب ما لم يتضيق وقت الفضيلة، إذ لو وجب تقديم العصر الفائتة لوجب في مجموع وقت الحاضرة ما لم يتضيق وقت أدائها لا وقت فضيلتها، فتقييد تقديمها بسعة وقت فضيلة المغرب قرينة معيّنة لحمل أمره على الاستحباب. ومن المعلوم أنّ ظهور الأمر بتقديم العصر الفائتة على المغرب في الوجوب سيّما بقرينة سياق الأمر بالعدول من العصر إلى الظهر ومن العشاء إلى المغرب أظهر جدّاً من ظهور وقت المغرب في وقت فضيلته، بل ظهور وقت المغرب في وقت فضيلته مبنيّ على حمل الأمر بتقديم فائتة العصر على الأفضليّة، فلو بنى حمل الأمر على الأفضليّة على حمل وقت المغرب على وقت الفضيلة كان دوراً.

قوله: «فإذا لم نقل بهذا سقط الاستدلال بجميع الفقرات الأربع. فتأمل».

[أقول]: إشارة إلى منع ابتناء الاستدلال بها على أن آخر وقت أجزاء

المغرب زوال الحمرة، بل الاستدلال بها مبنيّ على أنّ وقت أجزاء المغرب غير وقت فضيلته لا وقت فضيلته.

قوله: «كان التعليل المذكور قرينة أخرى على استحباب الترتيب.

فافهم».

[أقول]: إشارة إلى أنّ تعليل الأمر بتأخير الفائتين عن شعاع الشمس بعدم

خوف فواتها بهذا التأخر ينافي استحباب الترتيب المستلزم لاستحباب الفوريّة بالاجتماع المركّب، لا أنّه قرينة أخرى عليه إلا إذا فرضنا الأمر بالتأخير لدفع توهم وجوب الفوريّة لاستحبابها.

قوله: «فالأمر يدور بين تقييدها بصورة الاستدبار».

[أقول]: أي: بإخراج صورة الاستدبار وتخصيصها بما بين اليمين واليسار

المستحبّ فيه الإعادة.

قوله: «لما ذكر».

[أقول]: أي: لمنع القياس «ولغيره» أي: لمنع الحكم في المقيس عليه أيضاً، فإنّ الترتيب في أصل الفوائت ممنوع لا دليل عليه، فضلاً عن الترتيب بينهما وبين الحواضر الذي هو محلّ النزاع.

قوله: «لكنّه منصرف إلى صورة التمكنّ بعد ذلك من القضاء... إلخ».

[أقول]: وفيه: أنه لا صارف لهذا الانصراف. مضافاً إلى عموم العلة المنصوصة لتقديم الحاضرة فيما تقدّم من مرسلّة الوشاء في أخبار الموسعة بقوله ﷺ: «يبدأ بالوقت الذي هو فيه، فإنّه لا يأمن من الموت فيكون قد ترك صلاة فريضة في وقت قد دخلت بعذر آخر»^(١).

قوله: «حتّى في الآداب الخارجة والمستحبّات الداخلة. فافهم».

[أقول]: إشارة إلى أنه لا يقال: إنّ فوريّة الشروع في القضاء غير الفوريّة في نفس القضاء.

لأنّا نقول: أولاً: إنّ فوريّة العمل هو التعجيل فيه لا في أثائه بعد الشروع

فيه.

وثانياً: سلّمنا، لكن فوريّة كلّ عمل بحسب العرف إنّما هو التعجيل فيه على حسب ما هو مطلوب من حيث التماميّة والكماليّة لا التماميّة فقط.

قوله: «فإذا فرض عجزه في زمان خرج عن الإطلاق».

[أقول]: وفيه: منع الخروج عنه، لأنّ إطلاق ﴿أقيموا الصلاة﴾^(٢) مثلاً

معارض بعموم أدلّة اعتبار الشروط والأجزاء مثل «لا صلاة إلا بطهور»^(٣) و «لا

(١) الوسائل ٥: ٣٥١ ب «٢» من أبواب قضاء الصلوات ح ٥، ولم يتقدّم منه شيء.

(٢) البقرة: ٤٣ و ٨٣ و ١١٠، النساء: ٧٧.

(٣) الوسائل ١: ٢٢٢ ب «٩» من أبواب أحكام الخلوة ح ١، وص ٢٥٦ ب «١» من أبواب

صلاة إلا إلى القبلة»^(١) و «لا صلاة لمن لم يقيم صلبه»^(٢).

لا يقال: إنَّ عموم أدلّة اعتبار الشروط والأجزاء حاكم على إطلاق ﴿أقيموا الصلاة﴾، فيخرج العاجز في الحال عن الإطلاق.

لأنّا نقول: نعم، لولا حكومة إطلاق أدلّة الرفع ونفي العسر والحرج وسقوط الشروط والأجزاء عن العاجز الفعلي في زمان مثل قوله: «رفع عن أمّتي ما اضطروا إليه»^(٣) و «الميسور لا يسقط بالمعسور»^(٤) و «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»^(٥) و ﴿لم تجدوا ماءً فتيّموا﴾^(٦).
قوله: «لكن هذا لا ضابط له».

أقول: إنّما لا يكون له ضابط بحسب النصوص الجزئية الخاصّة بكلّ باب من أبواب العجز عن الشروط والأجزاء. وأمّا بحسب العمومات الكلية - كحديث الرفع والميسور لا يسقط بالمعسور - فله ضابط كليّ، كما عرفت، وكما عرفت الفرق، وأنّ الضابط الكليّ بين الواجبات المؤقتة والفورية اعتبار فعل المؤقت بجميع أجزائه من البدو إلى الختام في الوقت المضروب له فالتطويل بأدابه ومستحبّاته مخرج لبعض أجزائه عن الوقت الاختياري، بخلاف الفوري وإن بلغ في التعجيل ما بلغ لا يوجب التطويل بأدابه ومستحبّاته الخروج عن الفورية وخروج آخره عن الفور وإن بلغ التطويل فيه ما بلغ.

نعم، لو تعدّد الواجب الفوري كان التطويل في مستحبّات الأوّل منافٍ

الوضوء ح ١ و ٦.

(١) الوسائل ٣: ٢١٧ ب «٢» من أبواب القبلة ح ٩، وص ٢٢٧ ب «٩» من أبواب القبلة ح ٢.

(٢) الوسائل ٤: ٩٤٢ ب «١٨» من أبواب الركوع ح ٦.

(٣) الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ١ و ٣.

(٤) عوالي اللآلي ٤: ٥٨ ح ٢٠٥.

(٥) عوالي اللآلي ٤: ٥٨ ح ٢٠٦.

(٦) النساء: ٤٣، المائدة: ٦.

للتعجيل في الآخر.

وروي عن أمير المؤمنين أنه صَلَّى بالكوفة صلاة الكسوف فقرأ فيها بالكهف والأنبياء وردّها خمس مرّات وأطال في ركوعها حتّى سال العرق على أقدام من كان معه وغشي على كثير منهم^(١).
قوله: «فالمقدّم [على الحاضرة] هي صلاة الصبح المتأخّرة شرعاً عن سابقتها. فافهم».

[أقول:] إشارة إلى أنّ هذا مبنيّ على [أن] يكون الترتيب المعتبر بين الحاضرة والفوائت من مقتضى الفوريّة والمضايقة في القضاء. وأمّا لو قلنا: إنّه مقتضى نصوص^(٢) اعتبار الترتيب بينهما مطلقاً كنصوص^(٣) العدول من كلّ لاحقة إلى سابقتها فيتعين ترجيح الثاني، وهو إهمال الترتيب بين الحاضرة وبين الفوائت على إهمال الترتيب بين نفس الفوائت.

قوله: «لا يخفى الترجيح بينهما على الخبير بالقواعد».

[أقول:] لأنّه إن قلنا بكون الترتيب المعتبر بين الفوائت من مقتضى الفوريّة والمضايقة في القضاء تعيّن تقديم ما أمكن من احتمالات الفوائت على الحاضرة المضيقّة وقتها.

وإن قلنا بكونه مقتضى نصوص اعتبار الترتيب الواقعي بينهما مطلقاً توقّف تحصيله على تأخّر احتمالات الفوائت على الحاضرة المضيقّة وقتها.

(١) الوسائل ٥: ١٥٤ ب «٩» من أبواب صلاة الكسوف والآيات ح ٣.

(٢) الوسائل ٣: ٢٠٨ و ٢١١ ب «٦٢ و ٦٣» من أبواب المواقيت.

(٣) الوسائل ٣: ٢١١ ب «٦٣» من أبواب المواقيت.

خاتمة

ومن جملة الفروع المترتبة على اعتبار الترتيب في الفوائد المقضية اعتبار أن يكون زمان القضاء كلّ فائتة سابقة سابقاً على زمان قضاء اللاحقة، فقضاء كلّ سابقة مقدّم على لاحتقتها، وحصول هذا الترتيب في القاضي عن نفسه القاضي المتّحد عن غيره ممكن الحصول، وأمّا في القاضي المتعدّد عن غيره فلا يحصل هذا الترتيب إلاّ باشتغال كلّ منهما في لاحقة ما فرغ عن سابقتها الآخر منهما، ليحصل الترتيب المطلق في جميع الفوائد المقضية المترتبة بعضها على بعض من كلّ من القاضيين المتعدّدين، وإلاّ فمجرّد ما اعتبره المعتبر للترتيب بين الفوائد في قضاء المتعدّدين من اعتبار اختلاف الزمان المضروب لقضاء كلّ منهما بحيث يعتبر اشتغال كلّ منهما في القضاء في زمان غير زمان قضاء الآخر لا يحصل الترتيب المطلق بين نفس الفوائد المقضية المعتبر ترتّب بعضها على بعض وإن صدرت عن قاضي متعدّد، بل إنّما يحصل الترتيب بين نفس القضاء بين الصادرين عن متعدّد، وهو غير كافٍ في ترتيب نفس الفوائد المقضية المعتبر ترتّب بعضها على بعض. فلا بدّ إمّا من إلغاء هذا الشرط، أو اعتبار شرط آخر معه، وهو اشتغال كلّ قاضي في قضاء فائتة لاحقه بعد فراغه أو فراغ صاحبه عن سابقتها. ولما كان الملزم للترتيب من الشرطين المذكورين لم يلتزم به أحد من معتبري الترتيب. مضافاً إلى استلزام الالتزام به العسر والحرج المنفيّ والملتزم به من الشرطين غير ملزم للترتيب. فلا مناص من القول بسقوط الترتيب في قضاء الفوائد، خصوصاً إذا كان القاضي لها متعدّداً.

فهرس الموضوعات

٥	شروط المتعاقدين
٥	البلوغ
٦	بطلان عقد الصبي
٩	مناقشة روايات البطلان
٢٥	القصد
٣٦	الاختيار
٤٩	اذن السيد لو كان العاقد عبداً
٥٨	البيع الفضولي
٦١	صور البيع الفضولي
٦١	الأولى : أن يبيع للمالك مع عدم سبق المنع من المالك
٧٠	الثانية : أن يسبقه منع المالك
٧٣	الثالثة : أن يبيع الفضولي لنفسه
٨٥	القول في الاجازة والرد
٨٦	ثمرة البحث بين الكشف والنقل
٩٢	القول في المجيز
٩٧	القول في المجاز

٥٣٠ التعلیقة على المكاسب - ج ٢
١٠٨ مسألة في أحكام الرد
١٢٧ لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه
١٣٤ لو باع من له نصف الدار
١٣٨ ولاية الأب والجد
١٣٩ ولاية الفقيه
١٤٨ مناصب الفقيه
١٥٩ ولاية عدول المؤمنين
١٦٥ بيع العبد المسلم على الكافر
١٧٥ بيع المصحف على الكافر
١٧٧ الملك والمال
١٨٠ بحث في تعميم الأنفال
١٩٧ بيع الموقوفات
٢١٠ القدرة على التسليم
٢٢٠ لا يجوز بيع الآبق منفرداً
٢٢٨ العلم بالثمن والمثمن قدرأ
٢٣٥ المكيل والموزون
٢٦٧ استحباب التفقه في مسائل التجارة
٢٧١ الخيارات
٢٧٣ حقيقة الخيار وحدّه
٢٨٣ أنواع الخيار
٢٨٣ خيار المجلس
٣٠٥ خيار الحيوان

٥٣١	فهرس الموضوعات
٣١٢	خيار الشرط
٣٢٨	خيار الغبن
٢٤٦	خيار التأخير
٣٥٨	خيار الرؤية
٣٦٧	خيار العيب
٤١٦	في الشروط
٤٤٤	في أحكامه
٤٦٧	القول في النقد والنسيئة
٤٧٥	حقيقة القبض
٤٨١	في وجوبه وأحكامه
٤٨٩	تعليقات على رسالة التقية
٤٩١	تعليقات على رسالة القضاء عن الميت
٥٠٥	تعليقات على رسالة المواسعة والمضايقة
٥٢٨	الخاتمة
٥٣٠	فهرس الموضوعات