



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# حاشية المظفر على المكاسب

كاتب:

محمد رضا المظفر

نشرت في الطباعة:

حبيب

## الفهرس

٥	الفهرس
٧	حاشية المظفر على المكاسب المجلد ٢
٧	اشارة
٧	القسم الثاني: حاشية الخيارات
٧	اشارة
١٤	أصالة اللزوم في البيع:
١٩	أصالة اللزوم في غير البيع
٣٢	الأصول الجارية في المقام لإثبات اللزوم أو عدمه:
٣٩	الشبهة الموضوعية في العقود الجائزة و اللازمة
٤٤	خيار المجلس
٤٤	اشارة
٤٤	ثبوت خيار المجلس للوكيل
٥٢	ثبوت الخيار للفضولي و المجيز
٥٣	الخيار في بيع من ينعق على المشتري
٥٨	الخيار في ابتياع العبد المسلم من الكافر
٦٠	دخول خيار المجلس في غير البيع
٦٠	مبدأ خيار المجلس من حيث العقد أو من حين القبض
٦٣	سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه
٦٩	في الوجوه التي يتصور وقوع شرط الإسقاط عليها
٧١	إسقاط الخيار بعد العقد
٧٢	سقوط الخيار بالافتراق
٧٢	في الإكراه على التفرق
٧٤	خيار الحيوان

- ٧٤ ..... فى ثبوت الخيار للحيوان غير مستقر الحياة
- ٧٦ ..... اختصاص خيار الحيوان بالمشتري
- ٧٦ ..... خيار الغبن
- ٧٦ ..... اشارة
- ٧٧ ..... الاستدلال بالآية على خيار الغبن
- ٨٠ ..... (حديث لا ضرر)
- ٨١ ..... (الروايات)
- ٨٢ ..... اشتراط عدم علم المغبون فى ثبوت خيار الغبن
- ٨٢ ..... اعتبار القيمة حال العقد
- ٨٥ ..... خيار التأخير
- ٨٥ ..... خيار الرؤية

## حاشیه المظفر علی المکاسب المجلد ۲

### اشاره

سرشناسه: مظفر، محمدرضا، ۱۹۰۴-۱۹۶۴م.  
 عنوان و نام پدیدآور: حاشیه الشیخ المظفر علی المکاسب / تالیف محمدرضا المظفر؛ تحقیق جعفر الکوثرانی.  
 مشخصات نشر: قم: حیب [۱۴۱۵ق. = ۱۳۷۳].  
 مشخصات ظاهری: ۱۸۲ص.: نمونه.  
 شابک: ۱۰۰۰۰۰۰۰  
 وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری / در دست مستندسازی  
 یادداشت: عربی.  
 یادداشت: کتابنامه: ص ۱۷۸-۱۷۹؛ همچنین به صورت زیرنویس.  
 یادداشت: نمایه.

موضوع: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب -- نقد و تفسیر  
 موضوع: معاملات (فقه)  
 شناسه افزوده: کوثرانی جعفر  
 شناسه افزوده: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب. حاشیه  
 رده بندی کنگره: BP۱۹۰/۱/الف ۸۳۸/۳۷۳۷۰۳۸  
 رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲  
 شماره کتابشناسی ملی: ۱۹۱۹۰۱۴

### القسم الثاني: حاشية الخيارات

### اشاره

حاشیه المظفر علی المکاسب، ج ۲، ص: ۵  
 کتاب الخيارات  
 بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ  
 و علیه نتوکل، و به نستعین.  
 الحمد لله رب العالمین، و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهیرین، و اللعنة علی أعدائهم أجمعین «۱».  
 قوله قدس سره: الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار. إلى آخره.  
 كما نقل عن جملة من كتب اللغة المعتمدة، و قد ينقل عن بعضهم: أنّ الخيار بمعنى الاختيار فيكون مصدرا.  
 و الفرق بين المصدر و اسم المصدر: أن المصدر ما دلّ على الحدوث و التجدد، و اسم المصدر ما دلّ على نفس الحدث الموجود  
 بما له من الوجود الخاص به، كسائر الموجودات، مع قطع النظر عن انتسابه إلى فاعله، كما كان كذلك في المصدر، كما أوضحنا  
 ذلك في أول البيع، فراجع.

و عليه، فلا يبعد صحة ما هو المنقول عن جماعة من أهل اللغة من كونه اسم مصدر، لأنَّ الخيار ليس هو عبارة عن إيجاد الخيرة، بل هو عبارة عن نفس المعنى

(١) أرخ المصنف رحمه الله حاشيته هذه بيوم ٢٧ شوال ١٣٥٢ هـ.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦

الذي يوجد المختار باختياره، فيقال لمن اختار: أعمل الخيار، كما هو المتعارف مثل هذا الإطلاق في لسان الفقهاء. وليس معنى الخيار عندهم إلَّا ما هو المعنى عند أهل اللغة، وليس الفرق إلَّا بالإطلاق و التقييد، و إن كان قد يطلق الخيار على نفس حق الخيار، و حق الخيار غير الخيار بالضرورة، و سيأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى. قوله قدس سره: غلب في كلمات جماعة من المتأخرين. إلى آخره. قد أشرنا في الحاشية السابقة أن للخيار في لسان الفقهاء - بل الاخبار - إطلاقان: أحدهما: إطلاقه بما له من المعنى اللغوي، و هو اسم المصدر من الاختيار، لكن إنما يستعملونه في بعض مصاديق المعنى اللغوي، و هو الخيار في البيع مثلا.

و ثانيهما: إطلاقه على «١» نفس الحق و ملك الخيار، فيكون الاختلاف بين الإطلاق الأول و المعنى اللغوي بالإطلاق و التقييد، بخلاف الثاني، فإن الاختلاف بالتباين، للمباينة بين الحق و الملك و بين المتعلق لهما. و الإطلاق الأول شائع، كما في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترا» «٢»، و قوله عليه السلام: «الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام» «٣».

فجعل الخيار مملوكا للمشتري في الأخير، لدخول لام الملك، و لا معنى لأن يراد منه الحق. و الإطلاق الثاني هو المتعارف في لسان الفقهاء رحمه الله، و ربما استعمل في بعض الروايات.

(١) - في الأصل: عن.

(٢) - وسائل الشيعة ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣. (مصدر المذكور).

(٣) - المصدر المتقدم، باب ٣، حديث ٩، ص ١٢.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧

و المقصود في المقام تعريف المعنى الثاني، أعنى حق الخيار، و هو المقصود من كلام المصنف: (غلب في كلمات جماعة من المتأخرين)، لا المعنى الأول.

و الظاهر أنه بالمعنى الأول ليس فيه نقل عن المعنى اللغوي، إذ ليس الاختلاف - كما سمعت - إلَّا بالإطلاق و التقييد، فلعله استعمل اللفظ بما له من المعنى اللغوي في بعض مصاديقه، كما ربما يرشد إليه ما نقل عن بعض أهل اللغة، و على كل حال فالأمر سهل. قوله قدس سره: فيدخل ملك الفسخ. إلى آخره.

أى فيدخل في التعريف ملك فسخ العقد في العقود الجائزة، و عقد الفضولي إلى آخر الأمثلة التي ذكرها المصنف قدس سره. و هذا إيراد على التعريف بعدم كونه مانعا، لأن ملك الفسخ في هذه الأمور لا يسمى خيارا، لأنه ليس بحق، بل حكم، مع أنه يصدق عليه ملك الفسخ، و لكنه قدس سره، أجاب بعد ذلك بقوله: و لعل التعبير بالملك للتنبيه. إلى آخره.

و توضيح ما أفاده قدس سره: أن الملك تارة يطلق و يراد منه مطلق القدرة و السلطنة الحاصلة من الحكم الشرعي أو من الأمور الوضعية.

و أخرى يطلق و يراد منه المعنى الوضعي المجعول أو الانتزاعي على رأى، المنشأ ذلك بمثل عقد البيع و الإجارة، و أمثال ذلك.

فإن أريد من الملك المعنى الأول دخلت هذه الأمور فى التعريف، فلا يكون مانعا.

و أميا لو أريد منه المعنى الثانى، كما هو المتعارف إطلاقه فى لسان الفقهاء، فتخرج هذه الأمور، لأن السلطنة فيها على الفسخ حكم شرعى، لا حكم وضعى، بخلاف الخيار، لأنه حق، و فرق بين الحكم و الحق، فإنَّ الحقَّ مرتبة من

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨

مراتب «١» الملكية ضعيفة، كما هو المعروف فى لسان المتأخرين.

لكن يبقى شىء أنَّ الملكية إنما تتعلق بالأعيان أو المنافع، لأنها اعتبار مقولة الجدة كما هو الحق، و حق الخيار هو ملك الخيار، أو ملك الفسخ، كما فى التعريف، و الفسخ ليس عينا و لا منفعة، فلا معنى لإطلاق الملكية عليه بهذا المعنى، إلا أنه قد عرفت أنَّ الحق عندهم مرتبة ضعيفة من مراتب الملكية.

و معنى ذلك أنه أمر وضعى مجعول يشبه الملكية، و ضعفه باعتبار عدم تعلقه بالعين أو المنفعة، فصح إطلاق الملك عليه، و لذلك قال المصنف: (و لعلَّ التعبير بالملك، للتنبيه على أنَّ الخيار من الحقوق).

و منشأ ذلك أنَّ لفظ الملك ظاهر بالمعنى الثانى فى كلمات الفقهاء، و لا يبعد أن يكون هو المراد من التعريف، و لذلك كان تنبيها على أن الخيار من الحقوق، كما هو واضح لمن تدبر «٢».

و المهم فى المقام بيان الفرق الحقيقى بين الخيار و بين الردِّ فى العقود الجائزة، و فى عقد الفصولى، و سائر الأمور التى ذكرها المصنف، و عليه يبتنى فهم التعريف المذكور حقَّ الفهم.

فنقول: قد ذكر العلماء و أطبقوا عليه «٣» أنَّ كلَّ عقد تدخله الإقالة يدخله الخيار و بالعكس، فكل عقد لا تدخله الإقالة لا يدخله الخيار.

فالوقف و النكاح حيث لا تدخلهما الإقالة لا يدخلهما الخيار، و ذكروا أنَّ الخيار يقبل النقل و الإسقاط و يورث، فيستكشف من ذلك «٤» أنَّ الخيار حق من الحقوق.

(١)- فى الأصل: مراتبه.

(٢)- فى الأصل «تدبر».

(٣)- كذا.

(٤)- فى الأصل يوجد سهم من كلمة «ذلك» إلى السطر الأعلى على «لا تدخلهما».

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩

و حقيقة معنى ذلك أنه أمر بيد العاقد و تحت سلطنته، و من لوازم ذلك القدرة على نقله و إسقاطه، فيكون له التصرف فيه على النحو الذى يناسبه، فيخالف الحكم، لأنَّ الحكم أمر بيد الحاكم، فليس لغيره التصرف، و لا يزول إلا بارتفاع موضوعه أو برفع الحاكم له، إذ لا حكم لأحد فى سلطانه، بخلاف ما لم يكن من خواص الشارع و أحكامه كالحقوق و الملكية الاصطلاحية، فإنَّ من له هذه الأمور له أن يتصرف بالتصرفات التى تناسبها، لأنها داخله تحت سلطانه بجعل الشارع له هذا السلطان، و استكشاف هذا المعنى غالبا يكون بطريق الآن، كما قلنا فى الخيار، فإنه يستكشف كونه حقا من قبوله للنقل و الإسقاط، و من إجماعهم عليه أنَّ كل ما تدخله الإقالة يدخله الخيار و بالعكس.

فيعلم من هذا البيان ان الخيار يخالف مثل جواز الرد فى العقود الجائزة، و جواز فسخ عقد النكاح فى هذه الأمور التى ذكرها المصنف قدس سره، لأن مثل هذه الأمور من قبيل الأحكام، لعدم قبولها للنقل و التوريث و السقوط بالإسقاط.



و مناط كون الشيء حكما هو هذا، و بذلك يفترق عن الحق، و ليس عندنا للحق معنى آخر غير ما تترتب عليه الآثار، فما لا تترتب عليه هذه الأمور، فليس بحق.

و لا يصغى إلى ما قد يقال: إن بعض الحقوق ربّما لا تثبت لها هذه الآثار، أعنى قبول النقل و السقوط و التوريث، فلا يستكشف من عدم ترتب هذه الأمور أنه ليس بحق، بل لا بدّ من استكشاف كونه حكما، و للكلام فى هذا محل آخر.

و الغرض بيان افتراق هذه الأمور المذكورة فى عبارة المصنف عن الخيار لكونه حقا، و لكونها أحكاما، و التعريف بملك فسخ العقد لا يشملها، و إن قلنا:

إن المراد من الملك هو السلطنة و القدرة، بل لا بدّ من إرادة ذلك، كما سيأتى توضيحه، و الاعتبار شاهد على ذلك الافتراق، و كون الخيار حقا من الحقوق،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠

دون غيره من هذه الأمور المذكورة.

فإنّا إذا «١» لاحظنا المعاملات من غير جهة الشرع و اعتبار الشارع لها، بل نرجع إلى العرف و الطريقة الجارية بين الأمم، لا من حيث كونهم متشرعين، فإنّا نرى بعض المعاملات ممّا بنى العقلاء- لا من جهة الشرع- على لزومها فى حدّ ذاتها، حفظا لنظامهم و مصالحهم العاقية، كمعاملة الزواج مثلا، فإنّها معاملة بين الناس بنوا على لزومها و دوامها «٢»، إذ نظام المعيشة النوعية مما يتوقف على ذلك من دون توقف على الالتزام من الزوجين، و تملك أحدهما التزامه للآخر، على العكس من الهبة، فإنّها حيث كانت إحسانا، فالإحسان بطبعه لا يقتضى اللزوم و لا قهر المحسن على إحسانه، و نرى بعض العقود شأنها اللاتضاء، كالمبادلة، فإنّها بحسب ذاتها و طبعها لا تقتضى اللزوم و الدوام و لا تقتضى عدمه.

و إنّما يتحقق اللزوم إذا شاء أحد المتبادلين أن يملك التزامه للآخر، فقد يكون ذلك التمليك للالتزام من الطرفين، و قد يكون من طرف واحد.

و حيث كان الالتزام بجعلها لا بمقتضى طبيعة المعاملة، فلهما بعد الاتفاق أن يستردا هذا الالتزام و ينقضا هذه المعاملة، و هذا ما نسميه بالإقالة، فإنّ حقيقتها «٣» فسخ من الطرفين بتراضيهما.

و هذا بخلاف القسم الأول، فإنه لما كان اللزوم بمقتضى طبيعة المعاملة لا بجعل المتعاملين، لا مجال لهما أن ينقضا هذا اللزوم، لأنّه لم يكن بإعطائهما حتى يسترجعاه و لو برضاهما معا، و لذا إنّ النكاح كالوقف و أمثالهما لا تقبل الإقالة أصلا.

(١)- فى الأصل: إذ.

(٢)- فى الأصل: و دوامها.

(٣)- فى الأصل: حقيقتها.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١

و هذا هو السرّ فى الكليتين المتقدمتين أنّ كلّ ما يدخله الخيار تدخله الإقالة، و كلّما تدخله الإقالة يدخله الخيار، إذ ما تدخله الإقالة ما كان اللزوم بجعل المتعاملين، لا بمقتضى طبع المعاملة، فلا محالة لهما أن لا يجعلوا اللزوم، فيدخل الخيار، كما أن ما يدخله الخيار لا بدّ أن لا يكون لزومه بمقتضى طبعه، و إلّا لما صحّ عدم جعل اللزوم أو جعل عدم اللزوم، و ما كان لزومه لا بطبعه تدخله الإقالة.

إذا عرفت ذلك فالشارع الأقدس إذا اعتبر المعاملة التى من طبعها اللزوم، و جعل لها عقدا تنشأ به، فلا محالة يكون المنشأ تلك المعاملة التى هى من طبعها ذلك، و إن جعل لإنشائها شروطا خاصة و قيودا، كما فى النكاح.

و عليه يكون اللزوم لزوما حكما لا جعليا عقديا، فليس لأحد المتعاملين التصرف برفعه و حلّه.

نعم ربّما يجعل الشارع ما يكون رافعا له، كالطلاق و الفسخ بالعيوب، و لكن كل هذا يكون من باب الأحكام لا يورث، و لا يسقط بالإسقاط، و لا يصحّ نقله، لأنه رفع لذلك اللزوم الحكمي، فلا بدّ أن يكون جوازا حكما أيضا، و مثل ذلك أيضا تسلط العمّة أو الخالة على فسخ العقد على ضررتها بنت الأخ أو الأخت، و تسلط الأمّة المزوجة من عبد على فسخ العقد إذا تحررت. و لذا إن مثل هذه الأمور لا يجوز اشتراط عدمها في ضمن العقد، إذ ليست بجعل المتعاملين و تحت قدرتهما رفعا و وضعاً، فلا محالة يكون كل من اللزوم و الجواز في المقام حكما شرعيا كسائر الأحكام الشرعية، ليس للمتعاملين يد فيهما رفعا و وضعاً، كما أن الشارع إذا اعتبر المعاملة التي من طبعها عدم اللزوم، كما في العقود الجائزة كالهبة، كما تقدم، فالعقد الذي تنشأ به لا ينشؤها إلّا كذلك، فلا تقبل اللزوم، و إن التزم المنشئ و ملك التزامه للآخر.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢

نعم لو جعلها الشارع لازمة كما في هبة الأرحام، فذلك أمر آخر، و يكون لزومها حينئذ كجوازها حكما شرعيا، لا لزوما و جوازا عقديا «١»، و لذلك لا تقبل هبة الأرحام الإقالة.

و من جميع ذلك يتضح الكلام في العقود التي لا تقتضى بطبعها اللزوم و لا الجواز، كالبيع و الإجارة إلى غير ذلك من عقود المعاوضات، فإنه إذا أمضاها الشارع و اعتبرها بالشروط الخاصة منشاء باللفظ لا تقع لازمة بدون التزام المتعاقدين، و تملك التزام كل منهما للآخر، كما أنها تقع جائزة إذا لم يملك كل منهما التزامه للآخر، سواء ملك أحدهما فقط التزامه للآخر، فتقع لازمة من أحد الطرفين و جائزة من الطرف الآخر، أو لم يملك كل منهما التزامه للآخر أبدا على نحو العموم، فتقع جائزة من الطرفين. و عليه يكون كل من الجواز و اللزوم عقديا لا حكما، فلن ملك التزامه الإقالة، و لمن لم يملك الفسخ و الإمضاء، فيكون الخيار على هذا حقا و أمرا تحت قدرة من له الخيار الذي لم يملك التزامه و داخلا تحت سلطانه، لأنه جعل من وظيفة المتعاملين، لا ممّا جعله الشارع و من أحكامه، و ما هو داخل تحت سلطانه، حتى لا يكون لغيره التصرف في سلطانه، فلذلك يكون حق الخيار يورث و يسقط بالإسقاط، و يقبل النقل كسائر الحقوق.

إذا عرفت ذلك كله يتّضح لك الفرق بين الخيار و بعض الأمور التي ذكرها المصنف، مثل جواز الرد في العقود الجائزة، و فسخ عقد النكاح في العيوب، و للعيبة و الخالة إذا عقد زوجها على بنت الأخ و الأخت، فإن الجواز في مثل هذه الأمور جواز حكمي، و لا يصحّ إطلاق الملك عليه إلّا بنوع من المسامحة، كإطلاق السلطنة، لأنه ليس من سلطان من له ذلك، بل هو من سلطان جاعله و هو

(١)- في الأصل: عقدين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣

الحاكم، بخلاف حق الخيار، فإنه من سلطان نفس المتعاملين و حقوقهما، و بهذا يصحّ إطلاق الملك عليه بمعنى القدرة و السلطنة و السيطرة، لا بمعنى الملك الاصطلاحي الذي لا يتعلّق إلّا بالأعيان.

و بهذا يتّضح أن قول المصنف قدّس سرّه: (و لعلّ التعبير بالملك. إلى آخره) ليس غرضه أن المراد من الملك هو الملك الاصطلاحي، كما قلناه سابقا، بل الملك بمعناه اللغوي الذي لا يصحّ إطلاقه على مثل جواز الرد في العقود الجائزة، و جواز الفسخ في عيوب الزوجة و الزوج، و إن أطلق عليه بضرب من التأويل.

و الحاصل أنه بهذا الاستقراء المتقدّم و المراجعة إلى العرف في فهم العقود على أنها تستطيع أن تقع على حقيقة الخيار بأيّ تعبير عتبر.

و أحسن التعبير عنه ما ذكره المصنف قدّس سرّه: (من أنه ملك فسخ العقد) بهذا المعنى للملك المتقدم.

و بهذا تعرف كيف يكون التعبير بالملك تنبيها على أنه من الحقوق، فتدبر و لاحظ.

و في الحقيقة إن ملك الفسخ من لوازم حق الخيار لا نفسه، فإنه على ما قدّمناه يكون حق الخيار نفس القدرة و السلطنة على العقد، فيكون ذلك تعريفاً باللازم، فيخرج حينئذ عن التعريف جواز الرد في العقود الجائزة، و جواز فسخ عقد النكاح في هذه الأمور التي ذكرها المصنف قدّس سرّه.

و أمّا خروج جواز الفسخ و الإمضاء في عقد الفضولي، و خروج ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث فواضح، لأن ذلك ليس من قبيل الحق و السلطنة على نفس العقد كالخيار في عقود المعاوضات، بل ذلك من باب السلطنة على نفس المال، فإنّ المالك في الفضولي و الوارث بالنسبة إلى ما زاد على الثلث مالك حقيقة للمال، و لم ينتقل بعقد الفضولي و بوصية الميت عن ملكه، فليس ذلك

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤

ابتداء ملك للفسخ بعد فرض وقوع عقد يحتاج انحلاله إلى فسخ، و لذا كان في الفضولي و الوصية يكفي في الانحلال عدم الإمضاء و عدم الرضا، و تسمية ذلك فسحاً تسامحاً، فلا يحتاج إلى قول أن فعل يتحقق به إنشاء الفسخ، و إنّما المحتاج إلى ذلك هو الإمضاء، على العكس في العقد الخيارى، فإن بقاء العقد على مقتضاه يكفي فيه عدم الفسخ، و لا- يحتاج إلى إنشاء بقول أن بفعل، و إنّما المحتاج إلى ذلك هو الفسخ.

نعم إسقاط خياره الذي نسميه إمضاء هنا يحتاج إلى الإنشاء بالقول أو الفعل، بخلاف الفضولي و الوصية الزائدة على الثلث، فإن نفس بقاء العقد يحتاج إلى الإنشاء، فضلاً عن لزومه و سقوط الخيار لو كان هناك خيار، و لذا إن المالك في الفضولي، و كذا الوارث في الوصية لو أمضى بالقول أو الفعل لا يمضى إلّا نفس العقد تصحيحاً له، و لا يسقط ما كان من خيار لو كان لذلك العقد خيار، مثل خيار العيب أو المجلس، أو غير ذلك من الخيار، على تفصيل تقدّم في محله في بيع الفضولي، فراجع و استغنم «١».

قوله قدّس سرّه: و قد يعرّف بأنه ملك إقرار العقد. إلى آخره.

كما في الرياض، و ما ناقش به المصنف قدّس سرّه أمر ينبغي الاعتماد عليه.

توضيحه: أن إقرار العقد تارة يراد منه عدم الفسخ و إبقاء العقد على حاله، و قد عرفت أن إبقاء العقد على حاله يكفي فيه عدم صدور الفسخ، و لا يحتاج إلى إنشاء.

و أخرى يراد منه تثبيت العقد و جعله لازماً بعد أن كان جائزاً.

فإن أريد من الإقرار في التعريف الأول الذي هو عبارة عن نقيض الفسخ فيكون أمراً عدمياً، فإن الأمور العدمية على التحقيق لا تتعلق بها القدرة، و الملك

(١)- في الأصل: و استغنم.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥

عبارة هنا عن القدرة و السلطنة.

نعم نسبة القدرة إلى الترك لنسبتها إلى الفعل على طبع القدرة على الفعل، و لذا يقال المختار إذا شاء فعل، و إذا لم يشأ لم يفعل، لا أنّه إذا شاء لم يفعل، و إن اشتهر أن القدرة على الفعل و الترك معاً، و جرى عليه المصنف قدّس سرّه في كلامه.

إلّا أنّ التحقيق أنّه في الترك على طبع القدرة على الفعل، كما سمعت الآن، و على كل حال فذكر الترك مستدرّك لكفاية ذكر الفعل المقدور، بل لا معنى له، لعدم تعلق القدرة به.

و إن أريد من الإقرار الثاني، فيكون أمراً وجودياً، و يقابله الفسخ تقابل الضد للضد، ففيه أولاً: أنّ مرجع ذلك إلى إسقاط الخيار، ضرورة أن العقد بنفسه يقتضى دوام الملكية للطرفين، لا يحتاج إلى جعل من أحد المتعاقدين غير صدور نفس العقد منهما، بخلاف

الإمضاء فى الفضولى، كما تقدمت الإشارة، فلا- يصح أن يراد من الإقرار هنا معنى وجودى إلّا إسقاط الخيار، ولا ينافى ذلك أن الخيار- كما تقدم- هى السلطنة على العقد، فإن السلطنة على الشىء الحاصل ليس من مقتضاها تثبيت متعلقها، فإن السلطنة سلطنة ليس فوق ذلك شىء إلّا رفعها. كما فى السلطنة على الأعيان.

نعم لمن له السلطنة على الأعيان أن يرفع هذه السلطنة و أن لا يرفعها، أما إبقاء العين و تثبيتها فذلك نفس وجود العين مسلطا عليها كاف فيه، و لا يحتاج إلى أعمال زائد للسلطنة فوق نفس السلطنة.

فلا محالة لا بدّ أن يرجع إقرار العقد بهذا المعنى من الإقرار إلى إسقاط العقد و رفع هذه السلطنة التى له.

و لا معنى لأخذ هذا المعنى فى تعريف نفس الخيار، فإنّ إعدام الشىء كعدمه، لا يعقل أن يكون نفس مفهوم الشىء و هو نقيضه، كما أنه ليس من لوازمه

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦

و آثاره، فإن آثار الشىء الثابتة له إنّما تثبت بعد فرض وجوده و ثبوته، و إعدامه هو نفس عدمه، فكيف يعقل أن يثبت له بعد وجوده؟! و إلّا اجتمع النقيضان.

فإن قلت: إن إقرار العقد ليس هو عبارة عن نفس إسقاط الخيار مفهوما، و إنّما إقراره مسبب عن إسقاط الخيار.

قلت: و إن سلم، فليس الإقرار إذن نفس الخيار و لا من لوازمه، بل من لوازم نقيضه، فكيف يصح تعريفه به.

و ثانيا «١» لو سلمنا أن الإقرار بهذا المعنى لا يرجع إلى إسقاط الخيار، بل عبارة عن جعل العقد لازما ثابتا لا يزول فى قبال فسخه و إزالته، فإن مقتضى ذلك أنه لو كان الخيار للطرفين، و أمضى العقد أحد الطرفين، فإن العقد يكون لازما، و لا مجال لفسخ الآخر حينئذ، مع أنه من الضرورى عندهم أنه إذا أمضى أحد الطرفين، فإنّما يكون لازما من طرفه فقط لا من الطرفين، فإذا فسخ الآخر انفسخ العقد، و على هذا بنوا تقديم الفسخ على الإمضاء لو تعارضا، و إرادة اللزوم من أحد الطرفين فقط لا مطلقا، فليس لذلك معنى غير إسقاط الخيار، و رفع اليد عمّا له من السلطنة المجعولة له، إمّا بجعلها أو بجعل الشارع، كما فى خيار المجلس و الحيوان، و أمثال ذلك، فيعود ما قلناه أولا.

و الحاصل: أنه إمّا أن يراد من جعله لازما و تثبيته من طرف واحد، فليس له معنى إلّا إسقاط الخيار، و إمّا أن يراد من الطرفين، فمقتضاه عدم تقديم الفسخ على الإمضاء، كما هو مسلّم عندهم فيما إذا كان الخيار للطرفين، و أمضى أحدهما و فسخ الآخر. فإن قلت: فرق بين الإمضاء و الفسخ، فإنّ الفسخ حيث يكون معدوما للموضوع- و هو العقد، فيسقط خيار الآخر، و لا مجال حينئذ لأعماله- سألته

(١)- كذا، و لم يرد: أولا.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧

بانتفاء الموضوع.

و هذا بخلاف الإمضاء، فإن العقد فيه يتأكد ثبوته. و المفروض أن للآخر خيار، و مع فرض ثبوت الموضوع و بقائه أى مانع من أعمال الآخر سلطنته، فينزل العقد بالفسخ.

و الحاصل: أن تثبيت العقد من أحد الطرفين و جعله لا يزول، لا يقتضى زوال سلطنة الآخر و خياره، لأن الموضوع بعد لم ينتف، بل تأكد ثبوته حتى ينتفى الخيار لزوال الموضوع، كما كان فى صورة الفسخ، و ليس أحد الطرفين له السلطنة أيضا على إزالة خيار الآخر و إسقاطه حتى يزول خياره بمجرد أعمال الأول خياره فلا محالة يكون الخيار له باقيا.

قلت: بعد أن فرضت أن من له الخيار له القدرة على إقرار العقد و جعله ثابتا لا يزول بمعنى زائد على إسقاط الخيار، فلا محالة لا

مجال لإعمال الآخر خياره، فإن الشيء الثابت اللازم المفروض أنه لا يزول، كيف يتصور القدرة على زواله؟! فلا محالة يسقط خيار الآخر، لعدم تزلزل موضوعه، كما كان في انعدام موضوعه، حذو النعل بالنعل فتدبر جيدا.

و لكن الإنصاف ينبغي أن يقال: إن الإقرار الذي هو إعمال الخيار، وإن كان عبارة عن جعل العقد ثابتا لا يزول، إلا أنه ليس معناه جعله ثابتا من جميع الجهات، وإنما الغرض جعله ثابتا من جهته بتملكه الالتزام «١» للآخر.

ولازم هذا المعنى هو إسقاط الخيار، لأنه إذا أعمل خياره، فقد سقط طبعاً، كما أن لازم إسقاط الخيار إقرار العقد، والتلازم بينهما هو الذي يوقع الوهم في الاشتباه، وإلا فمفادهما ليس أمراً واحداً، وكلّ منهما ينشأ بغير ما ينشأ به الآخر

(١)- في الأصل: لالتزامه.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨

و يشهد لذلك قوله عليه السلام في خيار الحيوان «فذلك رضى منه» «١» أى الحدث قبل الثلاثة، فجعل التصرف مصداقاً للرضى بالعقد، وهذا غير معنى الاسقاط فيكون التصرف منشأ به الإمضاء والإقرار.

و يفهم من هذا أن الإقرار كالإسقاط يحتاج إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً.

نعم بقاء العقد على حاله لا يحتاج إلى إنشاء، و يكفي فيه عدم الفسخ، و لكن مجرد ذلك لا يوجب ثبوت العقد من قبله و سقوطه خياره، بل الخيار يبقى ما دام زمانه باقياً، و لو كان هذا إعمالاً للخيار للزمه سقوطه.

و من هذا التقرير يظهر أن هذا التعريف للخيار، و هو (ملك إقرار العقد و إزالته) خير من تعريف المصنف ب (ملك فسخ العقد).

### أصالة اللزوم في البيع:

قوله قدس سره: إن الأصل في البيع اللزوم. إلى آخره.

إن أصالة اللزوم لا يختص الكلام فيها بالبيع، بل ذلك جار في جميع العقود، فينبغي البحث هنا عن معنى اللزوم المتنازع في أصالته في جميع العقود، و في خصوص البيع و أمثاله، من عقود المعاوضات، كالإجارة و الصلح المتضمن للمعاوضة.

فنقول: قد عرفت في الحاشية السابقة أن العقود بحسب وضعها الأصلي و تشريعها من العقلاء و العرف أو الشرع على ثلاثة أنحاء: تارة يكون العقد بحسب وضعه و ما بنى عليه في أصل تشريعه من العقلاء هو اللزوم و الدوام، كما في عقد النكاح و الوقف و أمثالهما، فيكون مقتضياً للزوم.

(١)- الوسائل ١٨: ١٣، باب ٤ من أبواب الخيار، حديث ١. (مرجع مذکور).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩

و أخرى يكون بحسب وضعه على نحو الجواز، كالهبة، لأنها إحسان، و الإحسان عند العقلاء لا يروونه لازماً على المحسن، فيكون مقتضياً للجواز.

و ثالثة يكون على نحو اللاقتضاء فلا يقتضى اللزوم و لا الجواز.

و قلنا: إن الشارع إذا أمضى المعاملة التي من شأنها اللزوم أو الجواز تقع كذلك، فيكون لزومها أو جوازها حكماً لا تقبل الانقلاب باختيار المتعاملين إلا بالأسباب التي يضعها الشارع و يقرها، كالطلاق في النكاح، فلا يقبل ما كان لزومه حكماً أن يكون جائزاً بالجواز العقدي الحقي، و لا ما كان جوازه حكماً يقبل أن يكون لازماً باللزوم العقدي الحقي.

و أما ما كان من قبيل القسم الثالث فيقبل النحويين، لأن حقيقته اللاقتضاء.

فإن علم أن العقد من قبيل القسم الأول أو الثاني فلا- كلام، و يكون لازماً أو جائزاً، لزوماً أو جوازاً حكماً لا يقبل الأول الجواز العقدي، و لا الثاني للزوم العقدي.

و إن علم أنه من قبيل الثالث، فلا يحكم عليه بشيء من الزوم و الجواز الحكيمين، و يقبل للزوم و الجواز العقديين «١»، كما سمعت، فيكون لازماً بالتزام المتعاقدين، و جائزاً بعدم التزامهما، فإن ثبت التزام المتعاقدين أو عدم التزامهما، كما في البيع المشروط فيه الخيار فذاك، و إلا لو خلى العقد و نفسه من دون جعل للالتزام منهما و لا لعدمه، أو شك في التزامهما، فهل مقتضى الأصل أن يكون لازماً أو جائزاً؟ و قد تختلف العقود التي تكون من هذا القبيل بعضها بعض، لكن المشهور أن الأصل للزوم في مطلق العقد و خصوصاً في البيع.

ثم لو شك في عقد أنه من قبيل القسم الأول الذي يكون لازماً لزوماً

(١)- في الأصل: العقدين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠

حكماً، أو من قبيل القسم الثاني الذي يكون جائزاً جوازاً حكماً، فيرجع الشك في الزوم و الجواز الحكيمين، بخلاف ما تقدم، فإن الدوران يكون بين الجواز و الزوم العقديين، فهل الأصل أيضاً هنا للزوم؟

ربما يظهر من بعض الكلمات أن الحكم بأصالة الزوم عام لمثل المقام، و إن كان تمسكهم بعموم و جوب الوفاء بالعقد ينفي ذلك، فإن العقد عبارة عما عقده المتعاملان، و كان الزوم بجعلهما، كما أنه قد يشك في أن العقد المعلوم كونه لازماً، هل لزومه حكماً أو عقدي؟ و العقد المعلوم كونه جائزاً، هل جوازه حكماً أو عقدي؟ و للكلام في هذا محل آخر.

و المهم في المقام البحث عن البيع، و قد عرفت أن محل الكلام في البيع و في أمثاله من العقود التجارية هو الزوم و الجواز العقديين لا الحكيمين، لمعلومية كون البيع و ما يشبهه ليس لزوماً حكماً.

و الحق كما عليه المشهور، أو المجمع عليه- كما يستفاد من بعض- هو أصالة الزوم.

و يمكن تقريب هذا الأصل بوجهين:

الوجه الأول في تقريب الأصل:

الأول: إنه قد تقدم منا في المعاطاة و غيرها: أن حقيقة البيع هو المبادأة بين المالين، و معنى ذلك أن الإضافة الحاصلة بين المالك و المال التي ينتزع منها أن صاحب المال مالك، و المال مملوك لا تنقل في البيع، بل لا يعقل فيها النقل، فلا يقع التبديل بين الملكيتين أو الإضافتين، بل إنما يكون التبديل بين طرفي الإضافتين فقط، فالبائع يجعل المبيع بعد أن كان طرفاً لإضافته المالكية طرفاً لإضافة

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١

المشترى المالكية إلى الثمن بدلاً عن الثمن، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان الثمن طرفاً لها و يحل محلّه، و كذلك المشتري يجعل الثمن طرفاً لإضافة البائع المالكية إلى المبيع بدلاً عن المبيع، فيكون طرفاً لتلك الإضافة التي كان المبيع طرفاً لها، فيحل محلّه أيضاً، فلا يحدث حينئذ تغيير و تبديل في نفس الإضافات، بل أضافه البائع على حالها، و إضافة المشتري أيضاً على حالها، لكن كان الطرف لإضافة البائع هو المبيع، فصار بهذه المبادأة الثمن في محلها، و كان الطرف لإضافة المشتري هو الثمن، فصار بهذه المبادأة المبيع في محلها، فليس التبديل إلا بين الطرفين للإضافتين، أعني تبديل نفس المالين، كما يدل عليه التعريف.

و عليه إذ تبقى إضافة كل من البائع و المشتري على حالها، فلا بد أن يكون البيع لو خلى و طبعه يقتضى الزوم، لأنه كانت إضافة كل منهما إلى ماله قبل المبادأة على نحو الزوم بلا تزلزل في نفسها، فإذا كانت نفس هذه الإضافة باقية و تغير طرفها فقط، فلا محالة تبقى على ما كانت عليه من الزوم.

و قد قَرَّب بضع أجله مشايخنا هذا المعنى و هذا التبديل بين طرفي الإضافتين، بأن الإضافتين كالخيطين خيط مشدود من رقبة المالك البائع إلى المبيع، و خيط من رقبة المشتري المالك إلى الثمن.

و معنى تبديل الطرفين أن العقدة التي على المبيع تحلّ، و يشدّ طرف الخيط في الآخر و هو الثمن، و العقدة التي على الثمن تحلّ و يشد طرف الخيط على المبيع.

و أمّا طرفا الخيطين الآخرين فهما باقيا على حالهما على رقبتي المالكين، و الخيط المتصل برقبة البائع أو المشتري على حاله لم يتبدّل، فكذا الإضافتان لا يتبدلان و باقيتان على حالهما من كونهما إضافتين لزوميتين.

نعم إلّا أن يكون البائع لا يشدّ طرف الإضافة أو الخيط في الثمن شدّا وثيقا، و كذلك المشتري، فيكون العقد جائزا قابلا للانحلال، و هذا معنى أن كلا من البائع

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢

و المشتري قد لا يملك التزامه للآخر، فيكون البيع يباع خياريا، و قد يكون عدم الشدّ الوثيق يكون بجعل الشارع لمصلحة و حكمه، كما في خيار المجلس و الحيوان، و إلّا فعقد البيع، مع قطع النظر عن جعل المتبايعين أو الشارع للخيار، فبمقتضى طبعه و أصله أن يكون لازما.

و بهذا التقرير يظهر أنه لا ينافي هذا الأصل جعل خيار المجلس في كل عقد حتى يقال: كيف تجتمع أصالة اللزوم في البيع مع دخول خيار المجلس في جميع أفراد.

التقريب الثاني للأصل:

الوجه الثاني من التقريب: أن الغرض من البيع عند المتعاملين كسائر العقود التجارية هو البناء على الانتفاع بالمبيع أو الثمن ليكون ملكا لهما، فالبناء الأصلي في المتبايعين هو أن يكون ما يشتريه، أو ما يأخذه ثمنا ملكا له، يتصرف به كيف يشاء، ليس لأحد معارضته فيه، فاللزوم في البيع أم تباين عليه المتعاقدون لمصالحهم و قضاء حوائجهم، و هذا لا من جهة جعل جاعل أو بناء العرف أو العقلاء على أن يكون البيع لازما بين المتبايعين مع قطع النظر عن التزام الطرفين، كما كان في العقود اللازمة باللزوم الحكمي، كما قلناه سابقا، فإن ذلك معنى آخر.

و المقصود في المقام هو أن اللزوم من نفس بناء المتبايعين بأصل فطرة الناس من حيث الحاجة إلى المبادلة و انتظام معاشهم و قضاء حوائجهم شخصيا، مع قطع النظر عن بناء العقلاء أو العرف أو الشرع، بل هذا أمر يخص كل متعاقدين في نفسها.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣

و هكذا الكلام في سائر العقود التجارية، فإن الأمم جرت في معاملاتهم التجارية بعضهم مع بعض، و بين أمّة و أمّة على هذا الأساس، و البناء بحيث إنما يشتري البضاعة لتكون له إلى الآخر كسائر أمواله، بحيث لا يبقى لأحد التصرف فيها.

و الحاصل أن طبع البيع و المبادلة هو الالتزام من المتعاقدين على تملك أحدهما للآخر ليكون مالا له، و يخرج عن رقبة نفسه، و قد يخرج نادرا عن هذا الأصل، فلا يملك أحدهما التزامه للآخر، فيدخل الخيار في البيع بجعلهما.

و ليس الغرض من هذا الكلام أن الغلبة في البيع ذلك حتى يقال: إنه لا دليل على حجيه الظن في الغلبة، و أنّه إن أريد غلبة الأفراد فأغلبها ينعقد جائزا، لأجل خيار المجلس أو غيره من الخيارات، و إن أريد غلبة الأزمان، فلا ينفع في التمسك في الشك في الأفراد، كما في الكتاب، بل الغرض - كما عرفت - أن الأصل و طبع البيع هو أن يكون عن التزام من المتبايعين، لتوقف انتظام أمور معاشهم و قضاء حوائجهم على ذلك.

و لذا قال العلامة في التذكرة - كما نقله في الكتاب -: و الغرض تمكن كل من المتبايعين من التصرف فيما صار إليه، و إنّما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه (١)، انتهى.

و الظاهر أن غرضه ما ذكرناه من الأصل و دخول خيار المجلس في أغلب أفراد البيع يجعل الشارع ذلك، لا ينافي أن بناء المتعاملين على «٢» اللزوم.

و إذا عرفت ما ذكرنا من كون الأصل في البيع في بناء أهل العرف المتعاملين به هو اللزوم، فإذا أمضاه الشارع على هذه الحالة على ما عندهم، فلا بد أن يكون.

(١) - تذكرة الفقهاء ١: ٥١٥ ط. حجرية (منشورات المكتبة المرتضوية/ إيران).

(٢) - في الأصل: عن.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤

كذلك لازما بطبعه شرعا، و إذا لم يمضه كذلك، فلا بد أن يتبع دليله في ذلك.

و لكن المفروض أن الشارع أمضى هذه المعاملة بما هي عليه عند العرف، كما يدل عليه قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١» و قوله تعالى **تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** «٢» و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** «٣».

فيثبت بمقتضى هذه العمومات - المضية لما عند الناس من معاملة البيع، و غيرها من عقود التجارات - أن الأصل في البيع عند الشارع هو اللزوم، كما في غيره من العقود، و لا يخرج عن هذا العموم إلّا بدليل، كأدلة خيار المجلس و خيار الحيوان، و أمثال ذلك، فإذا شك في مورد في الخروج عن هذا الأصل، فالمرجع هذه العمومات.

و منه تعرف سرّ ما تمسك به بعض الأعلام لأصالة اللزوم بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، فإنه ليس الغرض إثبات اللزوم من نفس هذين الآيتين، حتّى يستشكل في الأولى بأنها لم تدل إلّا على حليّة البيع، و لا دلالة على اللزوم المدعى.

و في الثانية لزوم كثرة التخصيص بالنظر إلى سائر العقود الجائزة، فإنه بعد أن كان الاستفادة منهما ليس إلّا إمضاء البيع الذي هو عند العرف، و إمضاء العقود التي عندهم على ما هي عليها، فلا بدّ من إثبات لزوم البيع بهما، لكونه كذلك عند العرف، و قد أمضاه الشارع كذلك، فلو كان عقد جائزا عند العرف، بمعنى من الجواز يقابل اللزوم في البيع - و هو اللزوم العقدي الذي يكون بجعل المتعاقدين - فلا بدّ أن يكون ذلك العقد جائزا عند الشارع بهذا الدليل، كما كان جائزا عند

(١) - البقرة: ٢٧٥.

(٢) - النساء: ٢٩.

(٣) - المائدة: ١.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥

العرف على نسق الاستفادة لزوم البيع عند الشارع من لزومه عند العرف و إمضائه بطريقتهم بحسب الفرض لو قيل: إن لفظ العقد شامل للعقد الجائز من حيث طبعه، و إلّا فهو خارج تخصّصا كخروج العقود الجائزة و اللازمة جوازا و لزوما حكما، لعدم كون اللزوم و الجواز فيها بجعل العاقد حتى يؤمر بالوفاء، كما سيأتى إن شاء الله توضيحه.

نعم خروج البيع الثابت له الخيار بأدلته و لو كان الخيار بجعل المتبايعين لا بدّ أن يكون تخصيصا لا تخصّصا، و لا يلزم منه حينئذ كثرة التخصيص، فتدبر جيدا، و لا يختلط عليك.

قول العلامة قدّس سرّه:

و الأصل الاستصحاب. إلى آخره.

ظاهر هذه العبارة أنّها بيان لما سبق من الأصل، إلّا أنّه لا معنى لكون البيع وضعه الشارع للنقل هو معنى الاستصحاب، فيحتمل أن



تكون على نحو التتمه لما سبق، فكأنه قال: و الأصل بقاء النقل.

و بيانه أنه لما علم من الشارع أنه جعل البيع للنقل، فإذا وقع البيع فقد وقع النقل، و لكنه يشك أنه لازم، فيسرى إلى جميع الأزمنه حتى بعد الفسخ، أو جائز فينقطع بحصول الفسخ، فيستصحب حينئذ النقل الذي وقع.

و يحتمل أن تكون وجها ثانيا للأصل، فتكون الوجوه - على هذا - التي ذكرها العلامة ثلاثه، ثانيها الاستصحاب.

و لكن يبعد هذا الاحتمال و إن كان هو أقرب في سوق العبارة: أنه على هذا لا يكون الوجه الأول تاما، بحيث يصلح أن يكون دليلا، فإن مجرد أن يكون الشارع وضعه لنقل الملك لا - يقتضى أن يكون البيع لازما، فإن من يقول: إن الأصل فيه الجواز، يقول أيضا بوضعه لنقل الملك.

إلا أن يقال: إنه إشارة إلى دليل مركب من صغرى و كبرى، و لكن أشار

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦

إلى صغراه اعتمادا على وضوح المقصود.

و حاصل ذلك يكون أن الغرض من البيع عند الشارع هو نقل الملك، لأنه وضعه لذلك، فجواز نقض البيع بالفسخ يكون نقضا للغرض منه، و هو لا يصح فتدبر.

و أما الثالث، فقد ذكرنا سابقا في الحاشية المتقدمة أن الظاهر أن غرضه بيان التقريب الثاني الذي ذكرناه، و هو غير بعيد من عبارته، و لكنه بنفسه غير تام الدليلية ما لم ينضم إلى ما ذكرناه سابقا من إمضاء الشارع لطريقة العرف على النحو الذي جروا عليها، فكأنه أيضا كالدليل الأول أنما اكتفى بذكر الصغرى فقط، و الكبرى على كل حال في كليهما عدم صحة نقض الغرض، إنا غرض الشارع كما في الأول، و إنا غرض المتبايعين، كما في الثاني، و على كل حال فالأمر سهل.

قوله قدس سره: مع أنه لا يناسب ما في القواعد. إلى آخره.

لأن هذا من الفرد النادر في مقابل الغالب، فلا يكون خروجا عن الغالب و هو في قبالة.

قوله قدس سره: و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع. إلى آخره.

قد يقال: ان إرجاعه إلى أصالة عدم الارتفاع بلا ملزم مع ان عدم الارتفاع ليس له حالة سابقة، و لكن غرض المصنف استصحاب عدم تأثير العقد سالبه بانتفاء الموضوع، و إن كان لا ملزم لهذا الإرجاع.

نعم الكلام في جريان استصحاب عدم الأزلى إلا أن المصنف قدس سره يرى صحة هذا الاستصحاب و إن منعه جملة من الأكابر، على ان المصنف قدس سره كثيرا ما يرجع الأصول الوجودية إلى الأصول العدمية، كما يرجع أصالة الحقيقة إلى أصالة القرينة، و أصالة العموم إلى أصالة عدم التخصيص، و هكذا، و غير معلوم منه أنه يريد الإرجاع الحقيقي، بل لعله يقصد بذلك التفسير و التوضيح،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧

و إن كان المشهور عنه هو الأول، فتأمل.

قوله قدس سره: الرابع المعنى اللغوي. إلى آخره.

ليس غرضه من المعنى اللغوي انه لغة كذلك، بل الغرض أن المنشأ بالبيع هو هذا المعنى، كما يرشد إلى هذا تفسيره للمعنى اللغوي ان وضعه و بناءه عرفا و شرعا، و لا معنى لهذا التفسير لو أراد أنه كذلك لغة، و هذا الوجه ظاهره ينطبق على ما ذكرناه من التقريب الثاني لأصل اللزوم كما تقدم.

قوله قدس سره: لكنّه مع عدم تماميته. إلى آخره.

وجه عدم تماميته أن خيار تخلف الوصف أنما يثبت أيضا لنقصان في أحد العوضين، فلا يدخل في القسم الأول، بل و كذا خيار

**أصالة اللزوم في غير البيع**

قوله قدس سره: أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم. إلى آخره.

لا يخفى أن الشك الأول في العقد الآخر إن كان المراد الشك في لزومه العقدي، كما في البيع، فلا بد أن يرجع إلى حال ذلك العقد عند العرف المتعاملين به.

فإن علم ان بناءهم على اللزوم، كما في جميع العقود التجارية، فالأصل اللزوم كما في البيع.

و إن علم بناؤهم على الجواز وقد أمضاه الشارع، فالأصل فيه على العكس من البيع، فإن الأصل حينئذ يكون الجواز و ان شك كذلك أيضا عند العرف، فلا مجال للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز، لأنه لم يعلم أن طبع العقد ما هو، وقد عرفت معنى أن الأصل في البيع اللزوم على هذا الوجه، كما أنه لا معنى للحكم بأصالة اللزوم أو الجواز العقديين «١» في عقد شك في جوازه و لزومه الحكمي.

نعم الكلام أيضا يجري في العقود المشكوك لزومها الحكمي، و يجري هذا التقريب في البيع لإثبات لزومها أو جوازها الحكمي، فإنه قد عرفت أن العقود منها ما هو يقتضى اللزوم الحكمي عند العرف لا بالمعنى الذي صورناه في البيع،

(١)- في الأصل: العقدين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩

و منها ما هو يقتضى الجواز الحكمي، و منها ما هو حقيقته اللاتقتضاء كالبيع.

فإذا علم أن العقد عند العرف على النحو الأول و أمضاه الشارع، فالأصل فيه اللزوم الحكمي، و إن علم أنه على النحو الثاني فالأصل فيه الجواز.

و مع الشك فيما عند العرف فلا أصل، بل لا معنى له، كما لو شك في اللزوم العقدي أيضا عند العرف، كما تقدم.

و إن علم أنه على النحو الثالث لا- مجال للشك في لزومه الحكمي مع إحراز إمضاء الشارع له، و لا أصل قطعا بهذا المعنى يقتضى اللزوم أو الجواز الحكميين.

نعم لو شك فيما هو عند الشارع. نعم «١» إذا شك في هذا القسم إنه لازم لزوما عقديا- كما في البيع- فالأصل اللزوم أو الجواز، و قد تقدم.

و بهذا التقرير يتضح لك ما في إطلاق عبارة المصنف هنا من عدم اقتضاء ذلك الأصل لزومه، أي لزوم عقد آخر غير البيع، و ما في تعليقه لذلك بأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي.

قوله قدس سره: فيجوز في البيع وغيره. إلى آخره.

سواء كان لزوم غير البيع المشكوك فيه لزوما حكما أو عقديا، كما سيأتي إن شاء الله توضيح معنى التمسك بهذا العموم في العقد المشكوك لزومه الحكمي.

العمومات:

قوله قدس سره: فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. إلى آخره.

اعلم أنه وقع الكلام بين العلماء أن المنشأ بهذه الآية و أمثالها، هل هو الحكم التكليفي و الحكم الوضعي منتزع منها، كما عليه المصنف قدس سره، و عليه جرت طريقته

(١) - كذا في الأصل.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠

في جميع الأحكام الوضعية أنها منتزعة من الأحكام التكليفية؟ أو أن المنشأ والمدلول لها هو الحكم الوضعي والتكليف معا، أو خصوص الوضعي، كما عليه جملة من أكابر علماء العصر و من قارب عصرنا؟ و ينبغي الآن أن نوضح طريقة شيخنا المصنف أعلى الله مقامه قبل كل شيء، فنقول: لبيان وجه التمسك بهذه الآية لأصالة اللزوم لا بد من تقديم أمرين:

الأول: العقد عبارة عن العهد أو ما يسمى عقدا لغه و عرفا، كما ذكره المصنف، و يمكن إرجاع أحدهما إلى الآخر، إذ من المعلوم انه ليس للشارع في مثل ذلك اصطلاح جديد، فما روى في تفسير علي بن إبراهيم من أنه العهد «١»، من القريب إرادة المعنى اللغوي أو العرفي، و المفهوم من العقد هو إيجاد العقدة في المنشأ بالمعاملة لثلا- تنحل المعاملة، و من المعلوم أن حصول العقدة في البيع لا تكون بنفس المبادلة، و كذلك غيره من المعاملات لا تكون بنفس إنشاء معنى المعاملة، بل معنى المعاملة هو الموضوع للعقدة، و هي التي تحتاج إلى الربط و العقد و الإيثاق حتى لا تنحل، فكيف يكون إيجادها إيجادا للعقدة؟!.

و هذا واضح، فمعنى إيجاد العقدة و جعل المعاملة وثيقة هو أن يعطى كل من المتعاملين التزامه للآخر و يملكه إياه، بحيث لا يجعل لنفسه الاختيار في الفسخ و الرد و إبطال المعاملة، فتكون العقدة حاصلة من الطرفين، و قد يعطى أحد المتعاملين فقط التزامه للآخر، فتكون العقدة حاصلة من طرف واحد.

و قد تقدم منا أن بناء المتعاملين في جميع المعاملات التجارية على الالتزام و التعهد في المعاملة، و البناء على إعطاء كل من المتعاملين التزامه للآخر، حفظا

(١) - الظاهر ان التفسير بالعهد ليس في تفسير القمي بل هو عن ابن عباس، كما نقله الطبرسي في مجمع البيان ٣/ ٢٣٣ و سيأتي مزيد تفصيل من الشيخ رحمه الله.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١

لنظامهم التجاري، و رعاية لحاجاتهم و ضرورياتهم، كما سبق توضيحه.

فالبيع كغيره من المعاملات التجارية مبني على هذا المعنى، و المتعاملين أصل معاملتهم تكون على إعطاء الالتزام و التعهد بإبقاء كل من العوضين عند من انتقل إليه على نحو الدوام.

و بهذا يتضح أن عقديّة العقد إنما تكون بهذا الالتزام و التعهد، الذي هو عبارة عن اللزوم المعاملي، و لهذا يصحّ تسمية العقد عهدا، لأنه لا يكون عقدا إلّا لتضمنه للتعهد و الالتزام، و مقتضى هذا التعهد و الالتزام أنه ليس لأحدهما التصرف فيما صار إلى الآخر بهذه المعاملة، و كلما يكون نقضا لهذه المعاملة و مضمون العقد فهو غير جائز بمقتضى التزامهما.

و أما المعاملة الخالية عن هذا التعهد و الالتزام لا تسمى عقدا.

الثاني: إن هذه العمومات بمقتضى إطلاقها لها العموم الزماني، و معنى عمومها الزماني أن الحكم مطلق مستمر لا يختص بزمان دون زمان، لأن متعلق الحكم له العموم الزماني و الحكم ثابت للعام الزماني، و بعبارة يكون مصب العموم الزماني هو الحكم، لا أن مصب الحكم هو العموم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى توضيح ذلك في خيار الغين.

إذا عرفت ما ذكرنا فنقول: إنه لما كان العقد عند العرف هو عبارة عن إيجاد العقدة بين المتعاملين، و إعطاء كل منهما التزامه للآخر، فمعنى الوفاء به هو العمل بمقتضاه و عدم نقض تعهدهما بأن التزام كل منهما بيد الآخر و التزامهما بعدم التصرف في ما انتقل إلى

الآخر، فإذا أمر الشارع بالوفاء، فليس معناه أن هذا حكم تعبدى مولوى دائمى كوجوب الصلاة و الصوم و أمثال ذلك من الواجبات التوصلية أو التعبدية التى لم يأمر بها الشارع إلّا لمصلحة نوعية يختل بدونها نظام النوع، بل لا بد أن يراد من وجوب الوفاء بالعقد هو لزوم الجرى على مقتضى

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢

العقد لمراعاة حقوقهما و تنفيذ ما التزما به لمصلحة نفسيهما «١» على طبق رضاهما، فلو تقايلا و رضيا بنقض هذا التعهد و العقد، و استرجاع الالتزام الذى أعطاه كل منهما للآخر، فلا محالة لا يجب حينئذ الوفاء، و لا يحرم ذلك عليهما، نظير وجوب الوفاء بالدين، فإن هذا الوجوب إنما هو مراعاة لحق الدائن، فلو أن الدائن أبرأ ذمة المدين أو أمهله، فموضوع وجوب الوفاء ينتفى قطعاً، و لا يجب الوفاء.

فمقتضى هذه الآية العامة لكل عقد- لمكان الجمع المحلى باللام- أن كل معاملة صدق عليها العقد يجب الوفاء بمقتضاها، و لا يجوز نقضها، و يحرم الفسخ على نحو يكون الوجوب وجوباً تكليفياً حقيقياً، أى لمراعاة حق الطرف الآخر، و الحرمة تكون حرمة تكليفية حقيقية كذلك، و حيث قلنا فى الأمر الثانى أن العموم عموم أزمانى فيعم وجوب الوفاء جميع الأزمنة إلى الآخر على نحو الدوام، إلّا أن يأتى مخصص فيخرج عن هذا العموم، كأدلة الخيارات، و مع عدمه فالمرجع هو هذا العموم بلا شبهة، و ينتزع من هذا الوجوب التكميلى الحقى- أى الذى هو لمراعاة حقى المتعاملين- الحكم الوضعى، و هو لزوم المعاملة الذى هو لازم مساوى لذلك الوجوب بالمعنى المتقدم.

و التمسك بهذا العموم لإثبات اللزوم لا يفرق فيه بين أن يكون فى اللزوم و الجواز من أول الأمر، أو بعد انعقاد المعاملة لازمة، لأنه يكون شكاً فى التخصيص.

أمّا على الثانى فواضح، و أمّا على الأول، فلأن المعاملة، و إن كانت مشكوكة اللزوم من أول الأمر، إلّا أن المفروض أن المتعاملين تعاقداً و تعاهداً، و أعطى كل منهما التزامه للآخر، فصدق على المعاملة اسم العقد، فهى داخله فى عموم وجوب الوفاء بالعقد، فإذا شككنا فى لزومها عند الشارع، فقد شككنا فى

(١)- فى الأصل: نفسيهما.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣

تخصيص هذا العموم و فى الشك فى التخصيص المرجع أصالة العموم، كما هو واضح.

هذا كله إذا كان الشك فى العقود التجارية التى لزومها لزوم عقدى لا حكمى، أمّا لو كان الشك فى لزوم العقود التى لزومها حكمى كالنكاح و الوقف، فالتمسك بهذا العموم لإثبات لزومها الحكمى محل نظر، فإن غاية ما ينتزع من هذا الوجوب هو اللزوم العقدى، أمّا اللزوم الحكمى فلا- معنى لانتزاعه من هذا الوجوب، لأن هذا الوجوب قد فرضناه رعاية لحق المتعاقدين، و مع رضاهما بالفسخ و انحلال العقد، لا مورد لوجوب الوفاء، فهو وجوب حقى كما قلناه آنفاً، فكيف ينتزع منه اللزوم الحكمى الذى هو ثابت حتى مع رضا المتعاقدين بالفسخ، و لهذا قلنا: إن الإقالة لا تدخل فى العقود اللازمة باللزوم الحكمى، لأنه لا أثر لرضاهما بالفسخ أو التقايل، فلا يكون اللزوم الحكمى منتزعا من الوجوب الحقى، و لا نفس الوجوب الحقى.

نعم لا بأس بالتمسك بهذا العموم فى العقود اللازمة باللزوم الحكمى إذا شك فى لزومها لتأكيد لزومها الحكمى لا لتأسيسه، فتدبر. ثم إنه أورد بعض المحشّين قدس سرّه على الكتاب أن وجوب الوفاء فرع وجود العقد، و بعد الفسخ نشك فى بقائه، فلا يتم إلّا بالاستصحاب.

و دعوى أن المفروض وجود العموم الأزمانى، مدفوعة بأنه على فرض التسليم إنما ينفع مع تحقق الموضوع، و هو مشكوك.

نعم لو كان الموضوع صدور العقد و لو لم يكن باقيا كان كما ذكر، لكنه مقطوع بعدم، إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعا «١».

أقول: بعد ما عرفت من التقريب الذى ذكرناه لكلام المصنف قدس سره تعرف

(١)- السيد محمد كاظم اليزدى: حاشية المكاسب، قسم الخيارات، ص ٣. ط. حجرية سنة ١٣٧٨ هـ.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤

عدم توجه هذا الإيراد، فإنه بعد أن كان المفروض أن العقد متضمن لالتزام كل من المتعاقدين للآخر بدوام مضمون المعاملة، و أنه ليس لكل منهما نقض هذا الالتزام بالفسخ، و لا بالتصرف فيما انتقل عنه بنحو من أنحاء التصرف، و إذا دخل هذا العقد تحت عموم وجوب الوفاء بالعقد، فيكون بحكم الشارع حينئذ ليس لهما الفسخ و لا التصرف أبدا، حتى بعد الفسخ، فإذا شك في أن لهما التصرف و الفسخ فذلك شك في تخصيص العموم، فيتمسك بالعموم، و ليس ذلك من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية. و الحاصل أنه بعد أن وقع من المتعاقدين الالتزام، و قد حكم الشارع بمقتضى هذا العموم بنفوذ هذا الالتزام و عدم جواز نقضه بالفسخ، فالعقد يكون محكوما بلزومه دائما، فإذا شك في زواله بالفسخ يحكم بعدم تأثير الفسخ فيه بمقتضى العموم الذى دل على أنه دائم لا يزيله الفسخ.

و بعبارة أخرى إنه أ ليس قلنا ان الحكم فى الآيه حكم تكليفى ينتزع منه حكم وضعى، و ذلك الحكم التكميلى ينحل إلى الحكم بعدم جواز الفسخ دائما، فلا بد فى مقام التخصيص أن يدلّ الدليل على حكم تكليفى، و هو جواز الفسخ فى خصوص هذا العقد الخاص أو فى خصوص زمان من أزمته هذا العقد الخاص، و من هذا الحكم التكميلى ينتزع حكم وضعى، و هو جواز العقد إتما من أول الأمر أو بعد زمان، فإذا شك فى أنه يجوز الفسخ أو لا يجوز، فلا بد أن يكون للشك فى ورود دليل يخص العموم، على أنه لو سلمنا أن العقد بحسب ذاته و أصل وضعه لا يقتضى اللزوم، لكن محالة أن اللزوم ثابت له من الشارع لو خلى و نفسه، فيحتاج إثبات جوازه «١» إلى التخصيص، فلا يكون المقام من الشبهة المصدقية.

و سرّ المغالطة فى المقام أن اللزوم و الجواز من الصفات المنوّعة للعقد، كما

(١)- فى الأصل: جواز.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥

قيل إنهما صفتان منوعتان للملكية أو أنهما من لواحق العقد. فإن كان الأول، فما ذكره المورد على الكتاب فى محله، لأنه إذا شك فى لزوم عقد و جوازه يشك فى وجود الموضوع بعد الفسخ، فلا يمكن التمسك بالعموم.

أما لو قلنا: إن الجواز و اللزوم من لواحق العقد إنما يثبتان بجعل الشارع بعد فرض العقد، فلا مجال لهذا الكلام فإنه بعد فرض أن كل عقد بحسب العموم جعل له الشارع اللزوم و الدوام لمقتضاه، فإذا شك فى عقد خاص أنه جائز، يشك فى تخصيص ذلك العموم الدال على لزوم كل عقد، فتدبر.

ثم هذا كله فى تقريب ما أفاده المصنف من أن الآيه مفادها الحكم التكميلى، و منه ينتزع الحكم الوضعى، لأن هذا الحكم التكميلى يلازم الحكم الوضعى، و هو اللزوم كما أوضحناه.

و التحقيق أن مفادها بالعكس هو الحكم الوضعى، و ينتزع منه الحكم التكميلى.

بيان ذلك يتوقف على ذكر مقدّمه و هى أن الالتزام و العهد و النذر و أمثال ذلك، تارة يتعلق بفعل الملتزم و النادر و المتعهد، و

أخرى يتعلق بالنتيجة.

فالأول مثل نذر الصيام والصلاة، وغير ذلك من أفعال الإنسان الاختيارية، والثاني مثل الملكية والإباحة، مما كان نتيجة فعله. ومن المعلوم أن البيع بأصل وضعه عند العرف وعامة الناس يتضمن الالتزام والتعهد، كما قلناه سابقا، ولكن هذا الالتزام والتعهد إنما هو متعلق بالنقل والانتقال الذي هو نتيجة عقد البيع، لا بنفس فعلهما، وهو إيجاد البيع، فإن إيجاد البيع هو إيجاد المبادلة، وهما يلتزمان كل للآخر بلزوم هذه المبادلة المنشأة وبقاء ملكية البائع للثمن، والمشتري للثمن.

وبعبارة أخرى إنه بعد إيجاد العقدة يلتزمان ببقائها وعدم انحلالها،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦

و بشدها شدا وثيقا لا تقبل الانحلال إلّا برضاها معا.

ثم إن الوفاء بالتعهد والالتزام عبارة عن إبقاء هذا الالتزام والقيام به والثبات عليه، غاية الأمر أن الثبات عليه تارة يكون نفسيا فقط حيث لا آثار هنا للملتزم به يظهر بها التزامه وثباته عليه.

وأخرى يكون خارجيا يحصل بترتيب آثار الملتزم به، ويكون ترتيب الآثار علمة لظهور الالتزام والثبات عليه على وجه يكون الوفاء والثبات على الالتزام عنوانا لترتيب الآثار.

فيقال: إن الآثار ثبات عملي على التزام، أو وفاء عملي بالتزام، كعنوان تصديق العادل في حجية خبر الواحد المأمور به، فإن الأخذ بمؤدى الخبر علمة لظهور تصديق العادل إذا كان بقصد التصديق، فيكون تصديقا عمليا، لا أن نفس العمل بمؤدى الخبر يكون تصديقا للعادل ولو لم يكن بقصد التصديق.

وهنا أيضا كذلك، فإن الأخذ بالآثار بنفسها ليس ثباتا على الالتزام ولا وفاء به، بل الثبات عليه والوفاء به إنما يظهر بترتيب آثار ما التزم به، فيكون الأخذ بالآثار ثباتا عمليا عليه والوفاء عمليا به، بمعنى أنه يعنون بهذا العنوان ولازم الثبات على ما التزم به والوفاء به عدم جواز ما يتحقق به نقض التزامه من التصرف في المقام بما انتقل عنه وفسخ البيع وأمثال ذلك مما يكون سببا لحصول نقض التزامه وتعهده.

إذا عرفت ما ذكرنا يتضح المقصود الذى نرمى إليه، فإن بعد أن فرضنا أن العقد عبارة عن إيجاد «١» العقدة بالتزام كل من المتبايعين مثلا للآخر، ومتعلق الالتزام ليس هو الفعل، بل هو النتيجة، والوفاء به عبارة عن الثبات على ذلك الالتزام والقيام بذلك الالتزام إلى ما بعد البيع، فلا محالة لا يكون المتعلق للأمر

(١)- فى الأصل: إيجاده.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧

بالوفاء هو فعل من أفعال المتبايعين حتى يكون الأمر متضمنا لحكم تكليفى، لأن متعلق الالتزام، كما قلنا، هو النتيجة التى هى عبارة عن الملكية والنقل والانتقال، لا البيع الذى هو فعل للبائع والمشتري، ولا عدم التصرف بما انتقل عنه، ولا عدم الفسخ ولا شىء من ذلك أصلا.

وعليه يكون المتعلق للأمر ليس إلّا اللزوم، الذى هو عبارة عن الثبات على الالتزام، الراجع إلى بقاء الالتزام، وهو معنى لزوم البيع. وأما صيغة الفعل، وإن كانت ظاهرة فى الحكم التكليفى، لكن لا بد أن تحمل على الأمر الإرشادى لبيان اللزوم، كما نقول فى الأوامر المتعلقة بالجزء والشرط للواجب إنها إرشاد إلى الجزئية الشرطية، كما أن النهى عن شىء فى المأمورى «١» إرشاد إلى المانعية.

والذى يشهد لما ذكرنا- من كون الوفاء فى الآية هو الثبات على الالتزام والقيام به، لا نفس ترتيب آثار ما التزم به- أنه فسرت العقود فى الآية:

تارةً يعقود أمير المؤمنين عليه السلام كما عن تفسير علي بن إبراهيم، عن الجواد عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢) التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين» (٣). □  
و أخرى العهود التي أخذ الله سبحانه على عباده بالإيمان به، و طاعته فيما أحل له أو حرم، كما عن ابن عباس (٤)، و غير ذلك من التفاسير.

و هذه المعاني لا تنطبق عليها كل الانطباق إلا إذا أريد ما ذكرناه من معنى

(١) - كذا في الأصل.

(٢) - المائدة: ١.

(٣) - تفسير القمي ١: ١٦٠ هـ. قم سنة ١٤٠٤ هـ.

(٤) - انظر الشيخ الطبرسي: مجمع البيان ٣/ ٢٣٣ طهران سنة ١٤٠٦ هـ.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨

الوفاء في الآية، و هو الثبات على الالتزام خصوصا في المعنى الثاني، فإن الوفاء بالإيمان و الطاعة لا يمكن يكون «١» واجبا بالوجوب المولوي، لعدم وجوب الطاعة بالوجوب الشرعي، فكذا الوفاء بها عملا و ترتيب آثارها □  
و لا بأس على ما نقول من عموم الآية لجميع هذه الأمور، و يكون المراد من الآية و الله العالم: هو لزوم الثبات على العهود الذي «٢»، يعاهدنا الإنسان على نفسه بالنظر إلى غيره و بالنسبة إلى نفسه، فتعم حتى النذر و العهد، و حتى مثل حلف الفضول عند الجاهليين.  
فاتضح أن مفاد هذه الآية هو إنشاء «٣» الحكم الوضعي و هو لزوم العقد دائما و بقاء الالتزام إلى ما بعد البيع، و منه ينتزع الحكم التكليفي من حرمة التصرف بما انتقل عنه، و حرمة الفسخ و أمثال ذلك، إذ بعد أن كان الالتزام ثابتا إلى الآخر، و العقد يكون لازما بقاء، كما هو لازم حدوثا، لا محالة يكون لازمه أن المبيع مثلا لا يجوز لأحد التصرف فيه - البائع و غيره على حد سواء - و كذلك لا يجوز فسخه، لأنه يكون به نقض الالتزام و هكذا من التكاليف الحكمية من النواهي و الأوامر المتعلقة بمال بالنسبة إلى غير مالكة.  
و اتضح أيضا أنه لا معنى لأن يكون مفاد الآية هو الحكم الوضعي، كما في الكتاب، فيكون نهيا عن التصرف و الفسخ، أو أمرا بعدم التصرف و الفسخ، فإن عدم التصرف و الفسخ، و العمل على مقتضى الملكية و الالتزام ليس بنفسه و بما هو كذلك وفاء بالعقد، و العمل بمقتضى العقد هو ليس إلا الثبات على الالتزام و عدم نقضه.

(١) - كذا في الأصل.

(٢) - كذا.

(٣) - في الأصل: الإنشاء.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩

ثم إنه يتضح لك من بياننا لهذا الوجه للآية الشريفة ان التمسك بها في مقام الشك في الجواز و اللزوم لإثبات اللزوم لا يتوقف على جعل الآية عامية بالعموم الزماني بإطلاقها، فإن نفس معنى الثبات على الالتزام، و الوفاء به لا يتحقق إلا بعدم نقض المعاملة بالفسخ، و إلا فمع الفسخ لم يتحقق ثبات أصلا.

و بعبارة أخرى إنه بعد أن تضمن العقد الالتزام بالمبادلة و دوامها، فلا يتحقق الوفاء بها أصلا مع الفسخ في زمان من الأزمنة، فنفس الوفاء بالعقد هو معنى يقتضي الدوام بلا حاجة إلى استفادة عموم الحكم الزماني من الإطلاق، فتدبر.

و بهذا التقرير كله تعرف أن خروج العقود الجائزة جوازا حكما ليس من باب التخصيص، بل من باب التخصيص. وذلك هو مقتضى لفظ الوفاء، فإن الوفاء إنما يكون في فرض يكون الالتزام من العاقد فيفي به، أما لو كان اللزوم من الشارع جعله على نحو الحكم المولوى كسائر الأحكام التكاليفية المحضة لا معنى لأن يأمر نفس العاقد بالوفاء، و ليس هو تحت يده رفعا و لا بقاء، فلا يكاد تشمل لفظ العقود فى الآيه المتعلقة لوفاء العاقد للعقود اللازمة باللزوم الحكمى، و إذا لم تكن اللازمة داخله موضوعا، فالجائزة كذلك لا يكون خروجها تخصيصا.

نعم العقود الجائزة بالجواز العقدى كالبيع الخيارى تخرج عن العموم تخصيصا لا تخصصا، لأن العقد بنفسه متضمن للالتزام المعاملى فهو فى حد نفسه داخل لو لا الدليل الذى يدل على ثبوت الجواز، كدليل خيار المجلس و الحيوان.

إلا أنه يشكل فى البيع الخيارى الذى كان الخيار بجعل المتعاملين، فإنه لا التزام من المتعاملين بحسب الفرض، فلا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الذى معناه، - كما قررناه - هو الثبات على الالتزام، إذ لا التزام، فلا عقد فلا وفاء، فلا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠

وجوب، و حينئذ يخرج مثل هذا البيع عن عموم الآيه تخصصا لا تخصيصا، كالعقود الجائزة بالجواز الحكمى.

و يجاب عن ذلك بتوضيح معنى جعل الخيار من المتعاملين: إنه لا شبهة أن المتعاملين بالبيع ينشأن المبادلة بالبيع، و يلتزمان بهذه المبادلة.

غاية الأمر أنه تارة يعطى كل منهما التزامه للآخر، فلا يثبت الخيار لهما من قبلهما، و أخرى لا يعطى كل منهما التزامه للآخر، فيكون التزامه تحت سلطنته باقيا، و بهذا تحدث له السلطنة على العقد، فإن شاء أن يعطى التزامه للآخر، فيكون البيع لازما من قبله، و إن شاء أن يحل العقد و يفسخ، فينحل البيع، لأن له ذلك.

و على كل حال لا ينافى ذلك أنه التزام بالمبادلة و أوجد العقدة الذى بذلك يكون العقد عقدا، لأنه غاية ما كان أن الالتزام لم يملكه إلى الطرف الآخر، و لم يجعل أمره بيد الآخر، فله إبقاء التزامه، و له حل العقد، لا أنه لم يلتزم أصلا بالمبادلة، و لم يوجد العقدة، و إنما العقدة التى أوجدها تكون عقدة قابلة للانحلال لا عقدة موثقة غير قابلة للانحلال، فلا يخرج البيع عن كونه عقدا قد التزم المتبايعان بإيجاد مضمونه.

و يمكن تصوير الوفاء به، فيدخل تحت عموم الآيه، و لكن لما دلّ الدليل الخاص على إمضاء ما جعله من الخيار، يكون ذلك الدليل مخصصا للعموم، و إلا فمجرد عدم إعطاء كل منهما الالتزام للآخر لا يقتضى جواز الفسخ بدون الإمضاء من الشارع لما جعله.

فتحصل أن الحق فى الآيه أن مفادها هو الحكم الوضعى، لا الحكم التكاليفى، كما عليه المصنف.

بقى الكلام فى القول الثانى، و هو عمومها للحكم الوضعى و التكاليفى عرضا،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١

كما ينسب إلى صاحب الجواهر.

و أنت إذا عرفت ما ذكرناه تعرف الوجه فى عدم صحة إرادة الحكم التكاليفى و إن كان مع إرادة الوضعى، لعدم صحة أن يراد من الوفاء نفس ترتيب الآثار، إلا أن يجعل ذلك عنوانا و مرآة عن ترتيب الآثار من باب حكاية العنوان عن المعنون، و لكن الجمع بين جعل نفس العنوان موضوعا للحكم، و المعنون الحاكى عنه العنوان فى استعمال واحد غير صحيح، فإنه جمع بين لحاظ العنوان لحاظا استقلاليا و لحاظه لحاظا مرآتيا آليا، مضافا إلى أن الجمع بين الحكم التكاليفى و الحكم الوضعى فى استعمال واحد غير ممكن، فإن استعمال الصيغة فى الحكم الوضعى للإرشاد، و فى التكاليفى على نحو المولوية، و لا جامع بينهما، إذ لا جامع بين داعى البعث و داعى الإرشاد، و لا يعقل أن تكون صيغة الأمر مصداقا للإرشاد و للبعث معا.

قوله قدس سره: و جب العمل بما يقتضيه التملك. إلى آخره.



لا يخفى أن ما يقتضيه العقد ليس إلّا الثبات على الالتزام، و القيام به في مقام الفعلية، كما تقدم، لا ترتيب آثار الملكية، فإن ترتيب الآثار بها يتحقق الثبات على الالتزام، و بها يخرج الالتزام إلى المرحلة الفعلية، و يكون التزاما خارجيا عمليا. نعم يكون الوفاء و الثبات على الالتزام عنوانا لترتيب الآثار، كما مثلنا بتصديق العادل عملا، فإن نفس العمل بما أخبر به لا يكون تصديقا، بل به يتحقق التصديق، فيصدق هذا العنوان على العمل، و إلّا فلو كان ترتيب الآثار بنفسه يكون مصداقا للوفاء لكان ترتيب الآثار من دون قصد الالتزام و الثبات عليه، مصداقا للوفاء، مع أنّه بالضرورة ليس كذلك. قوله قدس سرّه: و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه. إلى آخره.

بل يمكن دعوى أن البيع

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢

و سائر العقود التجارية أصل وضعها العرفي بحسب البناء هو اللزوم، كما ذكرناه سابقا مع قطع النظر عن حكم الشارع باللزوم، و إن كان نفس مفهوم البيع و غيره من المفاهيم التي من شأنها اللائقضاء بالنسبة إلى اللزوم و الجواز، لكن عرف المتعاملين جرت سيرتهم و بناؤهم العملي على الالتزام بمؤدى هذه المعاملات حفظا لشؤون معاشهم، و رعاية لقضاء حوائجهم. قوله قدس سرّه: التي لا يراد منها إلّا حليّة جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين. إلى آخره. هذا التعميم لما بعد الفسخ باعتبار إطلاق الآية لجريان مقدمات الحكمة هنا، و إذ ثبتت حليّة التصرفات حتى بعد الفسخ، كان لازمه عدم تأثير الفسخ الذي هو معنى لزوم البيع، و إلّا لما كانت التصرفات حينئذ محللة لغير الفاسخ فينتزع من حليّة التصرفات بعد الفسخ لزوم البيع.

و هكذا الاستدلال بأية حليّة أكل المال بالتجارة عن تراض، حيث أن المراد من الأكل هو التصرف، لا الأكل الحقيقي.

و حاصل ما أفاده المصنف، أن الحليّة التي دلّت عليها الآياتان هي الحليّة الحكمية التكليفية، و ينتزع منه الحكم الوضعي و هو اللزوم. و لكن الكلام الذي ذكرناه في آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) جار في آية حليّة البيع من أن المدلول المطابق للآية هو الحكم الوضعي و ينتزع منه الحكم الوضعي، بل هنا أولى.

بيان ذلك: إن الحليّة كما تطلق و يراد منها الحكم التكليفي في لسان الأدلة، كذلك تطلق و يراد منها الحكم الوضعي كلفظ الجواز و الحرمة، فيقال مثلا: و بر ما يؤكل لحمه حلال، و المراد منه مثلا صحة الصلاة به حتى لو حرم أكله بالحرمة

(١) - المائدة: ١.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣

التكليفية لعارض مثل صيرورته جلالا- أو موطوءا، كما يقال: و بر ما لا يؤكل لحمه حرام، و المراد منه فساد الصلاة به، حتى لو أحل أكله بالحليّة التكليفية لعارض كالمحصنة.

و مثل هذا كثير مثل «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) أي نافذ صحيح، و كقوله عليه السلام «جواز شهادة الأربعة الذين أحدهم الزوج» (٢).

و لا معنى للجواز هنا إلّا الصحة، كما قال الشهيد الثاني في الروضة (٣).

و من جملة الضوابط للتمييز بين الحليتين و الحرمتين أن المتعلق للحليّة أو الحرمة إن كان فعلا من الأفعال الاختيارية، كان اللفظ ظاهرا في الحكم التكليفي، إلّا أن تقوم قرينه، كما في قوله عليه السلام «جواز شهادة الأربعة»، و إن لم يكن فعلا من الأفعال الاختيارية كان اللفظ ظاهرا في الحكم الوضعي، إلّا أن تقوم أيضا قرينه على خلاف ذلك، فيقدّر حينئذ الفعل، كما في قوله تعالى، حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ (٤) فإنه لا معنى للحرمة الوضعية، فلا بدّ أن يقدر الفعل، مثل الوطء و مقدماته، و النظر إلى العورة، و هكذا.

إذا عرفت [هذا]، فهنا الحليّة في آية حلية البيع، إنما هي مستندة إلى البيع، وهو ليس من قسم الأفعال، لأنّ المراد منه هو البيع بالمعنى الاسم المصدري، لا بالمعنى المصدري، ولذا جعله المصنف قدّس سرّه كناية عن التصرفات في العوضين، فيكون البيع قرينة على أن المارد من الحلية الوضعية، ووجب ظهور اللفظ في ذلك.

وجعل البيع كناية عن التصرفات بلا ملزم، بل لا وجه له، ولا يصار إليه

(١) - الوسائل ٢٣: ١٨٤، كتاب الإقرار، باب ٣، حديث ٢.

(٢) - انظر الوسائل ٢٢: ٤٣١، كتاب اللعان، باب ١٢، حديث ١. (منقول بالمعنى).

(٣) - الروضة البهية ٦: ٢١٧ (منشورات جامعة النجف الدينية).

(٤) - النساء: ٢٣.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤

إلا مع القرينة الدالة على أنّ المراد من الحلية التكليفية، والمفروض ليس هناك من قرينة.

ودعوى أن ذلك يستفاد من مقابلة هذه الآية لقوله تعالى وَحَرَّمَ الرَّبِّا «١» ممنوعة، لأن ذلك أيضا جار فيه الكلام، ولا بدّ أن تحمل الحرمة على الحرمة الوضعية.

والحاصل أن حمل الحلية على الحكم التكليفي ثم التصرف لأجل ذلك في لفظ البيع، وجعله كناية عن التصرفات اللازمة عادة لانتقال المال إلى المشتري و البائع يحتاج إلى مؤنة زائدة لا يساعد عليها نفس لفظ الآية، بل ظاهرة في خلافها.

وحمل هذه الآية على الحكم الوضعي أولى من حمل آية وجوب الوفاء عليه، كما أشرنا إليه، لأن صيغة افعال موضوعه للوجوب البعثي التكليفي، أو ظاهرة فيه، فحملها على الإرشاد حمل للفظ على خلاف ما وضع له بواسطة القرينة وهي الوفاء الذي لا معنى لأن يكون واجبا بالوجوب التكليفي، لما سمعت من أن الوفاء غير ترتيب الآثار، وإنما ترتيب الآثار به يظهر الوفاء لا نفسه، وقد تقدّم تفصيله، فكانت المادة قرينة على المراد من الهيئة، كما جعلنا الوفاء أيضا قرينة على تخصيص العقود بالعقود التي من شأنها الاقتضاء «٢»، فخرجت العقود اللازمة و الجائزة لزوما و جوازا حكما عن موضوع الآية تخصصا.

و أما هنا فإن لفظ الحلية ليس موضوعا لخصوص الحكم التكليفي، فحملة على الحكم الوضعي ليس من باب حمل اللفظ على خلاف ما وضع له بواسطة القرينة، فلا يمكن توهم جعل لفظ الحلية قرينة على المراد من البيع، إذ لا ظهور لها

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) - في الأصل: الاقتضاء.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥

في الحلية التكليفية، بخلاف آية وجوب الوفاء، فإنه لما كانت الصيغة موضوعه للوجوب التكليفي أو ظاهرة فيه، كان مجال لتوهم قرينتها على المراد من المتعلق، وهو الوفاء بجعله كناية عن ترتيب آثار العقد من باب دلالة اللازم على الملزوم، حيث إن ترتيب الآثار علّة الحصول الوفاء، لأنه بها يظهر الوفاء كما قلناه، وعلى الأقل يمكن التشكيك بجعل الأمر دائرا بين صرف ظهور الهيئة في الوجوب التكليفي، و صرف ظهور الهيئة في نفس عنوان الوفاء الذي هو المعنى الحقيقي.

و إن كان الحق خلافه، لأن المادة تكون قرينة على الهيئة، و ظهورها حاكم على ظهورها.

ولكن الفرض أن في هذه الآية مجال للوهم، بخلاف آية حلية البيع.

والحاصل أن آية حلية البيع لا تدلّ إلا على إمضاء الشارع للبيع و نفوذه، ولا دلالة «١» لها على أكثر من ذلك و ينتزع منه حلية

□  
و أما دلالتها على اللزوم فسيأتى إن شاء الله ما يمكن تقريبه، وقد تقدمت الإشارة إليه أيضا.  
قوله قدس سره: لكن يمكن أن يقال انه إذا كان المفروض الشك. إلى آخره.

توضيح ما أفاده المصنف قدس سره أن البيع ليس عبارة إلا عن المبادلة بين المالكين التي ليست حقيقتها إلا اللابقتضاء بالنسبة إلى اللزوم، و الجواز كما أوضحناه سابقا في بعض حواشينا المتقدمة، و لا شبهة أن الحكم إنما يثبت لموضوعه بعد فرض ثبوته، و لا يعقل أن يكون حافظا لموضوعه، فلو شك في ثبوت الموضوع لا يعقل أن يتمسك بإطلاق الحكم لإثبات الموضوع بالضرورة، مثلا عموم (أكرم العلماء) لا يشمل ما كان مشكوكا العالمية، و لا يعقل أن يثبت كونه عالما، و هنا بعد الفسخ

(١)- في الأصل: و لأدلة.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦

نشك في بقاء البيع و ثبوت المبادلة، فكيف يعقل التمسك بإطلاق حلية التصرفات مع الشك في ثبوت الموضوع، بل لا يعقل أن تكون الآيه مطلقه و شاملة لما بعد الفسخ لقصورها عن ذلك، فنحتاج في التمسك بها إلى إثبات الموضوع من غير جهتها، و ليس إلا الاستصحاب، و الرجوع إلى الاستصحاب خروج عن محل الكلام من التمسك بالعمومات، و هكذا الكلام في آيه حلية أكل المال بالتجارة عن تراص.

و لكن يبقى إشكال الفرق بين هذين الآيتين، و الآيه الأولى، و هي قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، كما لم يفرق بينهما من هذه الجهة بعض المحشين، فمنع من التمسك بعموم وجوب الوفاء لما ذكرناه هنا في هذين الآيتين، كما سبق التنبيه عليه.  
و أنت بعد الإحاطة بما ذكرناه هناك و هنا، يتضح لك الفرق، فإن الموضوع هناك لوجوب الوفاء هو العقد، و العقد ليس هو نفس المبادلة، فإن المبادلة هي متعلق للعقد، و العقد يكون من لواحق المبادلة الذي هو عبارة عن جعل العقد و الالتزام، بخلاف ما هنا، فإن الموضوع نفس المبادلة فلا بد من إحرازها و لو بالأصل.

أما في الآيه المتقدمة، فلا يلزم إحراز المبادلة حيث إن المطلوب فيها هو الوفاء بالعقد و الثبات على الالتزام، فيكون نفس مدلول الآيه هو حرمة النقض بالفسخ و عدم جواز الفسخ حرمة تكليفية الذي معناه بقاء العقد و المبادلة، كما يقول المصنف قدس سره، أو وضعيه، كما قلناه فالآيه بنفسها دالة على عدم نفوذ الفسخ، و أين هذا من الآيتين اللتين لا يدلان إلا على حلية التصرفات بعد الفسخ بمقتضى الإطلاق الذي لازمه عدم نفوذ الفسخ، و لا يثبت إطلاق الحلية لما بعد الفسخ إلا بعد فرض ثبوت الموضوع، فدلالتهما على عدم نفوذ الفسخ يتوقف على ثبوت

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧

موضوعهما، و هما التجارة و البيع، و لا يمكن أن يثبتا بأنفسهما الموضوع، فلا مجال لدعوى دلالتهما على عدم نفوذ الفسخ. بخلاف آيه و وجوب الوفاء، فإن دلالتها على عدم نفوذ الفسخ ليس من طريق ثبوت الموضوع، بل بنفسها دالة على بقاء المبادلة و العقد، فلا يتوقف على بقائها.

فأتضح السر في عدم تعرض المصنف للإشكال في آيه و وجوب الوفاء، و تعرضه له في هذين الآيتين.

و العجب من بعض المحشين «١» السابق الذكر حيث أخذ هذا الإشكال من المصنف هنا، و أورده عليه في آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يتفطن إلى أن المصنف مع التفاته إلى الإشكال في هذين الآيتين، فخصصه بهما و لم يذكره هناك، لا بد لعدم جريانه هناك، و إلا كيف يغفل المصنف قدس سره عن ذلك و هو المتبه عليه؟

و المصنف قدس سره من تعرف! و التحقيق أنه يمكن تميم الاستدلال بآيه حلية البيع، و لكن لا على ما سلكه المصنف من كون

المدلول لهما هو الحلية التكليفية، بل لا على ما سلكناه من كونه هو الحلية الوضعية.

بيان ذلك أن البيع وإن كان هو نفس المبادلة، والآية تدلّ على نفوذ المبادلة، وحقيقه المبادلة هي اللإقتضاء من جهة اللزوم و الجواز، إلّا أنّا قد ذكرنا سابقا و كررنا غير مرة أن من يرجع إلى العرف و سيرة الناس في معاملاتهم هو البناء على الالتزام، و التعهد بدوام المبادلة و النقل و الانتقال، لا من جهة جعل شارع أو مشرع آخر من عرف عام أو سلطان أو عقل أو غير ذلك، بل بطبعهم و فطرتهم حفظا لنظام معاشهم، و رعاية لقضاء حوائجهم التي لا تتم إلّا بهذا

(١) - و هو السيد اليزدي، و قد سبق ذكر الاشكال.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨

الالتزام من الطرفين، و التعهد بعدم انتقاض المعاملة، و قد قلنا: إن هذا الكلام جار في جميع العقود التجارية، و لا يختص بخصوص البيع، و حينئذ إذا أمضى الشارع البيع بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١» على ما هو عليه عند الناس من البناء على لزوم و جريان سيرتهم على التعهد و تمليك الترام كل من الطرفين للآخر.

ففي الحقيقة لا يكون إمضاء لصرف المبادلة، بل إمضاء للمبادلة المعقود عليها و الملتزم بها، فيكون إمضاء للالتزام و اللزوم العقدي، فتدل الآية بنفسها على اللزوم العقدي على نحو الإمضاء، كدلالة آية و جوب الوفاء بالعقد على اللزوم، و لا حاجة إلى إحراز بقاء المبادلة لا من جهة الآية، لأنّ نفس مدلولها يكون هو بقاء المبادلة و لزومها و عدم نفوذ الفسخ بلا فرق بين الآيتين.

و أما آية حلية أكل المال بالتجارة على تراض، فإنها و إن كانت ظاهرة في الحكم التكليفي لا الوضعي، لأن متعلق الحلية هو الأكل لا التجارة، إلّا أنّ لازم حليّة التصرفات في مال التجارة عند الشارع هو نفوذ المعاملة و حصتها عنده بالضرورة، فينتزع من الحلية التكليفية الحلية الوضعية، كما في آية حليّة البيع عند المصنف.

فإذا دلت الآية على نفوذ المعاملة و إمضاءها بالدلالة الالتزامية، و المفروض أن بناء المعاملات التجارية على اللزوم العقدي، كما ذكرناه، فتدلّ الآية على إمضاء اللزوم الذي عند العرف بعين ما قلناه في آية حلية البيع.

و منه يظهر أن آية حلية البيع أيضا يمكن استفادة هذا المعنى منها على القول بأن مفادها الحلية التكليفية، كما سلكه المصنف قدس سرّه لانتزاع الحلية الوضعية بلا فرق بين الآيتين، و لا حاجة إلى التمسك بإطلاق الآيتين لاستفادة عمومهما الأزمانى،

(١) - البقرة: ٢٧٥.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩

كما تصدى إليه المصنف قدس سرّه لعين ما قلنا في آية و جوب الوفاء بالعقود، كما سبق التنبيه عليه، فراجع.

قوله قدس سرّه: و منها قوله تعالى **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ**. إلى آخره.

هذه الآية، و هي قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** «١».

قد استدلل المصنف بها على اللزوم، تارة بالمستثنى، كما تقدم، و اخرى بالمستثنى منه، كما هنا، و يمكن الاستدلال بمجموع الآية كما سيأتي.

و لا بدّ من بيان الآية على نحو الإجمال حتى يتضح المقصود من الكلام فنقول: الأكل لغه الازدرداد بعد المضغ.

و لكن استعمل استعمالا شائعا في التصرف و الأخذ على نحو الكفاية، لأن لازم الأكل هو إتلاف الشيء بإدخاله في البطن، و عدم إمكان استرجاعه، فأطلق الملزوم و أريد اللزوم، و لعلّ التعبير يقصر عن بيان حقيقة هذا المعنى، لكن الرجوع إلى العرف كاف في استفادة معناه، و لا يكاد يخفى ما فيه من لطف.

و الخطاب بضمير الجماعة المضاف إليه الأموال، قد يتوهم فيه ابتداء أنه كيف يحرم أكل أموالهم؟ وكيف يكون أكل أموال الآكل باطلا؟ فذلك حمل الضمير بعضهم على البعض أى: لا تأكلوا أموال بعضهم، فحذف المضاف للعلم. وقيل: إن الإضافة هنا لمطلق الاختصاص، و المراد الأموال التي خلقها الله تعالى لنعفكم، إلا أن المتدبر قد لا تخفى عليه النكتة في الآية الكريمة في إضافة الأموال إلى جميع المخاطبين، فإن الإضافة على حقيقتها إضافة تملكية بلا تقدير شيء.

(١) - النساء: ٢٩.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠

و لكن للمبالغة باعتبار تنزيل المؤمنين منزلة نفس واحدة، فمال أحدهم مال للجميع، فيكون فيه رمز اجتماعي و لطف بيان للحث على الوحدة و الأخوة و التكاتف بين المؤمنين، حتى لا يظلم بعضهم بعضا، و لا يغال أحدهم الآخر بأكل ماله بالباطل، كما يرشد إلى هذا المعنى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المسلم أخو المسلم لا يحلّ له ماله إلاّ عن طيب نفس منه» (١). □  
فمهد صلى الله عليه و آله و سلم لحرمة مال المسلم على غير المسلم بالحكم بأنه أخوه، فجعله صلى الله عليه و آله و سلم كالتعليل لعدم حلية أكل ماله من دون طيب نفسه.

و تقدير البعض و إن كان لازمان، لكن لا باعتبار المعنى المطابقي، بحيث يكون تقديرا في نفس اللفظ و حذف اعتمادا على العلم به، بل باعتبار المعنى الجدى الكنائى المقصود من الكلام جدا لا المعنى الاستعمالي، فهو تقدير معنوى لا لفظي.

و قوله تعالى يَبَيِّنْكُمْ يشهد لهذا المعنى من الرمز للاتحاد، فإنّ البيئية إنّما تكون في الشيء المجتمع.

و الباطل خلاف الحق، و لكن يختلف باختلاف ما يراد منه، فقد يراد منه الباطل عند العرف، و قد يراد منه الباطل عند الشرع، و قد يراد الباطل ما كان عند العقل، و هو الظلم.

و الظاهر في المقام بملاحظة المقابلة للتجارة أن الباطل ما كان لا عن تجارة عن تراض.

و المراد من التجارة ما يصدق تجارة عرفا، فالباطل ما كان باطلا عرفا، و لذا قال المصنف قدس سرّه بكلّ وجه يسمى باطلا عرفا، و لا شبهة أنه يصدق عليه الظلم عقلا- حينئذ فهو باطل أيضا عقلا و باعتبار إمضاء الشارع لما في طريقة العرف يكون الباطل عرفا باطلا شرعا، لكن كونه باطلا شرعا يستفاد من هذه

(١) - مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨ كتاب الغصب، باب ١، حديث ٥.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١

الآية، فالمرجع في تشخيص الباطل هو العرف، فكل ما هو باطل عرفا باطل شرعا بمقتضى هذه الآية، فإذا دلّ الدليل الخاص على جواز أكل ما هو باطل عرفا يكون مخصصا لعموم هذه الآية، كما دلّ الدليل على جواز أكل المارة من ثمر الأشجار، فيكون خروجه تخصيصا لا على نحو الحكومة. □

هذا كلّه في مفردات عقد المستثنى منه، و قد أتضح - و الله العالم - المعنى بهذا البيان.

و أمّا عقد المستثنى، فنقول: الاستثناء إما أن يكون من نفس النهي عن الأكل فيكون الاستثناء منفصلا، و إن كان من الأكل بالباطل، فيكون الاستثناء منقطعاً.

و الظاهر هو الثاني، لأن الظاهر أن الاستثناء من مجموع الجملة الأولى، فتدلّ الآية على حصر حلية الأكل للمال بالتجارة عن تراض. و قد يجعل الاستثناء من جملة مقدرة بأن يقدر: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل بأى سبب كان، أو ما يؤدي هذا المعنى، فيكون استثناء التجارة التي هي من جملة الأسباب من عموم الأسباب، و لكن لا يخفى ما فيه من تكلف و ضعف.

و التجارة قرئت بالنصب، فتكون خبر كان الناقصة، و الاسم إمّا يعود إلى الأكل، أو يقدر لفظ التجارة، فيكون التقدير: إمّا أن تكون التجارة تجارة عن تراض، و يبعد الأول تأنيث الفعل، و هو: تكون.

و قرئت أيضا بالرفع، فتكون كان تامية (و تجارة) فاعلها، و (عن تراض) قيد للتجارة إمّا أنها متعلقة بالتجارة، أو حال منها، و لا وجه لجعله خبرا بعد خبر على تقدير قراءة النصب.

إذا عرفت ما ذكرناه، فنقول: أما الاستدلال للمقام بعقد المستثنى، فقد عرفت الكلام فيه في الحاشية السابقة في أن الاستدلال لا يتم إمّا على ما ذكرناه،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٢

لا على ما ذكرناه المصنف، فإنه لا دلالة له على اللزوم.

و أما الاستدلال بعقد المستثنى منه فحاصله - كما أفاده المصنف قدس سره - أنه بعد أن دلت الآية على حرمة أكل مال الغير بالباطل بما يسمى باطلا عرفا، فالمدار كما ذكرنا في تشخيص الباطل هو العرف، فكلما كان باطلا عرفا فهو باطل شرعا، يحرم أكل المال به، و لا يخرج عن هذا العموم إمّا مع الدليل المخصص، و هنا لما كان أكل المثلث مثلا بدون إذن من انتقل إليه باطل عرفا، فهو حرام بمقتضى عموم الآية، فينتزع منه عدم تأثير الفسخ.

و لكن لا يخفى أنه إمّا يعدّ باطلا عرفا بعد عدم تأثير الفسخ، و إمّا فمع تأثير الفسخ لا يكون باطلا عرفا، لأنه «١» أكل لماله لا لمال غيره، فمع الشك في تأثير الفسخ لا يحرز كونه باطلا عرفا.

نعم إمّا أن يكون الفسخ عند العرف غير مؤثر، فيكون باطلا عرفا، فتدبر.

و على كلّ حال فالأولى الاستدلال بمجموع عقدي المستثنى و المستثنى منه، فتكون الآية دليلا واحدا، لا كما جعلها المصنف دليلين، و ذلك لأن الآية بمجموعها بمقتضى الاستثناء تدلّ على حصر حلية أكل المال بالتجارة عن تراض، فكل ما لم يكن تجارة عن تراض فهو محرم، و الأكل بالفسخ بمفهوم الحصر يكون محرما من جهتين.

أحدهما كون الفسخ ليس بتجارة عرفا، كما هو واضح.

و ثانيهما إنه لا عن تراض، لأن الفرض فرض عدم رضا الطرف الآخر بالفسخ، فيحتاج الحكم بتأثير الفسخ إلى دليل مخصص لعموم الآية.

قوله قدس سره: فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع. إلى آخره.

لا يخفى أن الاستدلال بهذه الآية يتوقف على كون الخيار يتعلّق بنفس العين

(١) - في الأصل: لأن.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٣

لا بالعقد، فإن مقتضى عموم السلطنة على المال أن لا يكون لغير صاحب المال سلطنة عليه، فيكون الشك في ثبوت حق الخيار شكا في التخصيص، فيتمسك بالعموم لنفيه.

و أمّا لو قلنا أن الخيار إمّا هو متعلّق بنفس العقد - كما هو الحق و قد تقدم - فلا يكون الشك في التخصيص، و ذلك لأن السلطنة على ماله الذي انتقل إليه بواسطة البيع من تبعات العقد و آثاره، فدوام هذه السلطنة تابع لدوام العقد، فلو شككنا في دوام العقد لأجل الخيار، كما هو الفرض، فلا يمكن التمسك بعموم السلطنة لإثبات دوام العقد للشك في دوامها، إذ لا يمكن إثبات الموضوع بعموم الحكم، لأنّ السلطنة تكون على هذا من قبيل الحكم بالنسبة إلى العقد.

و الحاصل أن دليل عموم السلطنة لا يعقل أن يكون حافظا لموضوعه كما تقدمت الإشارة إليه، فلا يمكن أن يكون عموم وجوب

إكرام العلماء مثبته لكون المشكوك العالیه عالما.   
 وَ هَكَذَا يَنْبَغِي الْكَلَامُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِي إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ».

فإنه لو كان الخيار من متعلقات نفس العقد، فالمال الذي انتقل إلى المشتري مثلا بالبيع إنما يدوم كونه مالا له إذا كان العقد دائما لازما، فلو فرض الشك في ثبوت حق الخيار، فقد شك في دوام العقد بعد الفسخ، فيشك في كون المبيع بعد الفسخ مالا للمشتري، فلا يصح التمسك بعموم النهي عن أكل مال الغير بالباطل و عموم عدم حليه مال المرء بدون طيب نفسه، إذ هذا العموم لا يثبت أن هذا المال له، فلا يمكن إثبات دوام العقد، و بقاء المال مالا لمالكه بعموم النهي عن أكل مال الغير.

نعم لو كان الخيار متعلقا بنفس العين ثم هذا الاستدلال، لأن الشك يكون

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٤

في التخصيص، لأن العموم يدل على أن مال المرء لا يجوز لأحد التصرف فيه و أخذه من يده و تملكه.

و أما الدليل الذي يدل على ثبوت الحق في المال يكون مخصصا لهذا العموم كدليل حق الشفعة و حق المازة، و كدليل حق الخيار إذا كان الخيار متعلقا بنفس العين، فيكون حاصل المعنى بعد التخصيص أنه لا يجوز أخذ مال الغير و التصرف فيه إلا إذا كان للأخذ و المتصرف فيه حق، فإذا شك في ثبوت حق كحق الخيار يكون شكا في التخصيص ينفي بالعموم، بخلاف ما إذا كان الخيار متعلقا بنفس العقد، فإن دليل الخيار لا يكون مخصصا للدليل العام الذي يدل على عدم جواز التصرف بمال الغير، فإنه أجنبي عنه، إذ لا تعرض له بنفس المال.

نعم يكون لازمه رفع موضوع هذا الدليل، لأنه إذا دل على عدم دوام العقد بعد الفسخ، فلازمه عدم كون المال مالا للغير، فيكون واردا على هذا الدليل لا مخصصا، فتدبره فإنه حقيق به.

### الأصول الجارية في المقام لإثبات اللزوم أو عدمه:

قوله قدس سره: و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب. إلى آخره.

المراد من الاستصحاب هو استصحاب ملكية كل من المتبايعين للثمن و المثلن إلى ما بعد الفسخ، و قد أرجعه المصنف - كما سبق - إلى استصحاب عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما، و قد تقدم فيه الكلام من هذا الخصوص.

و توضيح المقام أن يقال: إن حقيقة الخيار ليس هو ملك الفسخ كما ليس هو نفس تأثير الفسخ، فإن هذا كله من آثار حق الخيار، و إنما الخيار عبارة عن السلطنة على العقد و ملكية العقد بالملكية الضعيفة، و ضعفها لضعف متعلقها، و قد

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٥

تقدم ذلك كله.

فإذا شكنا في تأثير الفسخ و بقاء الملكية فهو مسبب عن الشك في ثبوت حق الخيار و عدمه، و من المعلوم أن الأصل في المسبب لا يجري إلا بعد الفراغ عن عدم جريانه في السبب، فالظفرة إلى إجراء الأصل في المسبب لا بد أن يكون لعدم جريان الأصل في السبب. و يمكن تقريب الأصل في السبب تارة لإثبات الخيار، و أخرى لنفيه.

أما الأول، فإنه يقال: كما أشار إليه المصنف قدس سره: إن الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على العقد، و كون العقد بزامم العاقد لا وجه لثبوته و صحة جعله إلا لمكان ملكية العاقد للمال المنتقل عنه قبل إجراء عقد النقل عليه، فهو من تبعات ملكية العين و آثارها، الثابت بثبوت الملكية للعين قبل العقد.

و بعبارة أخرى إن السلطنة على آثار العين سلطنة على آثار العين و التصرفات بها التي من جملتها نقل العين و العقد عليها، و جعل

ذلك العقد لازماً أو جائزاً، فالمالك من أول الأمر له السلطنة على العقد ليجعله لازماً أو جائزاً باختياره، فإذا يشك بعد العقد ذهاب هذه السلطنة على العقد للشك في وقوع العقد لازماً أو جائزاً نستصحب هذه السلطنة، فيثبت له الخيار.

و فيه ما لا يخفى، فإن السلطنة التي هي حاصلة قبل العقد و من توابع ملكية العين الواقع عليها العقد ليست عين الحق الخياري، و هو حادث بالعقد و تلك منقطعة قطعاً، فلا استصحاب.

بيان ذلك أنه قبل العقد ليس لمالك العين إلّا التصرفات بها التابعة لملكيتها لها، و من جملة تلك التصرفات و هو نقل العين بالعقد، و له أن يجعل العقد لازماً أو جائزاً، لأن السلطنة على التصرف بالعقد سلطنة على العقد، و حقيقة هذه السلطنة هو القدرة على جعل الخيار و عدم جعله، التي هي من توابع ملكية العين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٦

و أما حق الخيار فمتعلقه بحسب الفرض نفس العقد، لأنه عبارة عن السلطنة على العقد المستتبعه لجواز حله و فسخه، و جواز إبقائه و إمضائه، فالخيار موضوعه العقد، فلا يتحقق إلّا بعد ثبوت موضوعه، فهو لا يحدث إلّا بعد العقد، و هو غير السلطنة على جعل الخيار، فإن السلطنة على الشيء غير الشيء قطعها، فالسلطنة التي هي ثابتة قبل العقد قد انتقض اليقين بها باليقين بعدمها، لأنها من لوازم الملكية للعين، كما قلنا، و بالعقد قطعاً قد زالت ملكية العاقد لما انتقل عنه، سواء كان العقد جائزاً أو لازماً فتزول آثارها التي منها هذه السلطنة على جعل العقد لازماً أو جائزاً.

و أما السلطنة التي هي عبارة عن الخيار فهي مشكوكه الحدوث بحدوث العقد، فلا يقين بوجودها سابقاً قبل العقد، و إلى هذا التقرير يرجع ما أفاده في المتن من الرد مع شيء من الاختلاف، لبناء كلامه على كون الخيار هو السلطنة على إعادة العين في ملكه التي «١» هي عبارة عن ملك فسخ العقد، لا السلطنة على العقد، و لذا يكون التعليل لبيان أن هذه السلطنة غير ثابتة قبل العقد بما بينه قدس سره من أن السلطنة على إعادة العين في ملكه لا يعقل أن تكون من آثار نفس الملك، لأنها لا تكون إلّا بعد فرض عدم الملك، فكيف تثبت مع الملك؟! و إلّا للزم فرض النقيضين مجتمعين و هو الملك و عدمه!

و أما الثاني و هو إجراء الأصل في السبب لنفي الخيار، كما يظهر من المصنف بقوله: فإذا فقد الدليل، فالأصل عدمها. أي فالأصل عدم السلطنة على إعادة العين في ملكه، و هي الخيار.

و عليه مع فرض جريان الأصل في السبب لا معنى لجريانه في المسبب و إن توافق مؤدى الأصلين: الأصل في السبب، و الأصل في المسبب، فلا مجال لإجراء

(١)- في الأصل: الذي.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٧

أصالة بقاء الملكية أو أصالة عدم تأثير الفسخ، كما هو محل الكلام.

و كيف كان، فوجه هذا الأصل أنه بعد فرض أن الخيار إنما يحدث بحدوث العقد، فلا حالة سابقة له قبل العقد، بل متيقن بعدم قبل العقد لعدم العقد فيستصحب «١» عدمه.

و دعوى عدم جريان مثل هذا الأصل، لأنه من استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا يقين سابق بعدم، فاسدة، فإن الحق - وفاقاً لما ذهب إليه المصنف قدس سره - جريان هذا الاستصحاب، و تحقيقه موكل إلى محله.

و لكن يرد على هذا الأصل أولاً بإمكان معارضته باستصحاب عدم اللزوم، لأنه أيضاً يحدث بحدوث العقد، و المفروض أنا نتكلم نحن و الأصول مع قطع النظر عن دلالة العمومات أو غيرها على اللزوم، إلّا أن يقال: إن اللزوم أمر عدمي هو عدم الجواز.

و ثانياً بأنه أصل مثبت، لأن الأثر إنما يترتب على كون هذا العقد لازماً، لا على عدم الخيار سالبة بانتفاء الموضوع، و بعبارة أخرى إن



الأثر لمفاد ليس الناقصة لو قيل: إن اللزوم عبارة عن عدم الجواز، والمستصحب هو العدم بمفاد ليس التامة، لأنه هو المتيقن، وهذا نظير استصحاب عدم وجود الكر في هذا المكان، فإنه لا يثبت عدم كرية الماء الأحاديث المشكوك كريتته حين وجوده، و أما لو قلنا: إن اللزوم أمر وجودى ضد للجواز، فالأمر أوضح، فإن نفى أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر. إذا عرفت ما ذكرنا من عدم جريان الأصل فى السبب بكلا- وجهيه، فننقل الكلام فى الأصل فى المسبب، وهو بحسب الفرض استصحاب ملكية كل من المتبايعين إلى ما بعد الفسخ، فنقول: من الممكن منع هذا الأصل، كما أفاده بعض

(١)- فى الأصل: فتستصحب.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٨

أجله مشايخنا العظام- دام ظله العالى- فى مجلس البحث فى باب المعاطاة عند تعرض المصنف قدس سزه لمثل هذا البحث هناك، و قد نقله أيضا لنا بعض أجله تلامذته السادات هنا.

و تقريب ما أفاده دام ظله أن اللزوم و الجواز من صفات الملكية المنوعة لها، فالملكية اللازمة نوع، و الجائزة نوع آخر و حقيقة كون الملكية لازمة أنها تدوم و تبقى إلى ما بعد الفسخ، و حقيقة كونها جائزة أنها لا تبقى بعد الفسخ، و حيث يشك فى تأثير الفسخ، فإنه يشك فى أن الحادث بالعقد المنشأ به هو الملكية التى من قوام ذاتها البقاء إلى ما بعد الفسخ، أو التى من قوام ذاتها عدم البقاء، فيتردد الحادث بين ما هو مقطوع البقاء و بين ما هو مقطوع الارتفاع، و ميت كان المتيقن أحد فردين أحدهما مقطوع البقاء و الآخر مقطوع الارتفاع، لا يجرى استصحاب ذلك الفرد المتيقن المردد بين هذين الفردين، لأن الاستصحاب إنما هو لإبقاء ما كان و استمرار وجود الحادث، و أن الحادث باق، لا لإثبات حدوث الباقي، و أن الباقي هو الحادث كما حقق فى الأصول، و هذا ما نسميه باستصحاب الفرد المردد الباطل.

هذا إذا أريد ترتيب آثار الخصوصية الفردية كما هو المقصود فى المقام، إذ المقصود ترتيب آثار اللزوم.

و أما لو أريد ترتيب آثار كلى الملكية الجامعة بين الملكيتين من باب القسم الثانى من استصحاب الكلى، فإنه مضافا إلى أنه خلاف المقصود فى المقام- من تنقيح أصالة اللزوم و لا يثبت خصوصية اللزوم إلّا بنحو الأصل المثبت- أن الاستصحاب فى القسم الثانى إنما يجرى حيث يكون هناك جامع بين الفردين حقيقى موجود بوجود أحدهما، بحيث يكون البقاء و عدمه من لواحق وجوده متخصصا بإحدى الخصوصيتين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٩

مثلا- فى مثال البق و الفيل المعروف أن الجامع بينهما، و هو الحيوانية، جامع حقيقى موجود بوجود خصوصية البقية أو الفيلية، و الخصوصية الفيلية تستتبع البقاء، و الفيلية تستتبع عدم البقاء أو لا تستتبع البقاء.

و هكذا الكلام فى مثال الحدث الأكبر و الحدث الأصغر، فالبقاء و عدمه يكون من المحمولات اللاحقة للطبيعى المتخصص بإحدى «١» الخصوصيتين، فنستصحب نفس الكلى الجامع لنحكم عليه بالبقاء من حيث نفسه بما هو كلى غير ملاحظ فيه خصوصية من الخصوصيات، و نرتب آثار نفس الكلى الجامع بين الفردين.

و أما هنا فإن صفتى البقاء و العدم ليستا من الصفات اللاحقة للجامع بعد تخصصه بإحدى الخصوصيتين، كما كان فى المثالين المتقدمين حتى نستصحب نفس الكلى الجامع لنحكم عليه بالبقاء من حيث هو كذلك، بل صفتا البقاء و العدم هما الخصوصيتان المنوعتان للكلى الجامع، لما عرفت من أن حقيقة الملكية اللازمة أنها ملكية بحسب ذاتها باقية إلى ما بعد الفسخ، و المترزلة بحسب ذاتها غير باقية كذلك، فلا يكونان من المحمولات اللاحقة للكلى بعد تخصصه بإحدى خصوصيتين غيرهما، بل بهما التخصص، فكيف نستصحب الجامع بين ما هو باق بذاته و بين ما هو غير باق بذاته لنحكم عليه بالبقاء الذى هو فصل أحد نوعيه، و نرتب عليه

آثار البقاء التي هي في الحقيقة آثار إحدى الخصوصيتين المعلوم وجود أحدهما إجمالاً. فإن هذا لا يصح، إما لأنه في معنى الأصل المثلث، بل هو أصل مثبت، وإما لأن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يعقل أن يحكم عليه بالبقاء من حيث هو جامع بينهما مع قطع النظر عن خصوصية البقاء، وإلا لما كان جامع بين الباقي

(١)- في الأصل: بأحد.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٠

وغير الباقي، بل كان هو خصوص الباقي، وهذا خلف.

على أن الجامع بين الباقي وغير الباقي لا يكون جامعاً حقيقياً له وجود بوجود إحدى الخصوصيتين، بل هو جامع مفهومي صرف لا تحقق له في الخارج، فلا قضية متيقنة سابقاً نستصحب بقاءها، فلا محالة يرجع الاستصحاب إلى استصحاب الفرد المردد الباطل، وإن حاول تصحيحه بعض أجلة المحشين على الكتاب في باب المعاطاة بدعوى استصحاب الفرد الواقعي المردد بين الفردين «١». ويكفي في رده أن الفرد المردد إن أريد به المردد بالحمل الأولى فلا مصداق له في الخارج، فإنه ليس فرداً آخر في قبال الفردين ولا أحدهما، وإن أريد الفرد المردد بالحمل الشائع، فإنه لا يعقل أن يوجد المردد بما هو مردد في الخارج، فإن الوجود رفيق الوحدة والتعين، فلا يعقل أن يكون المتعين مردد والمتردد متعينا، فتأمل، وللکلام فيه محل آخر ليس هذا موضع ذكره. قلت: والمصنف قدس سره في باب المعاطاة كأنه تنبه لهذا الذي ذكره الأستاذ دام ظله، فحاول دفعه بدعوى أن انقسام الملك إلى المترزّل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال بفسخ المالك الأصلي، فيكون اللزوم والجواز من لواحق نفس العقد لا المنشأ بالعقد، وإلا فالملك لا تختلف حقيقته في المقامين، ولعل هذا هو الصحيح.

ولكن مع ذلك يمكننا الجواب عما أفاده الأستاذ دام ظله، وإن قلنا إن اللزوم والجواز من لواحق المنشأ ومقوماته لا من لواحق العقد.

بيان ذلك أنه على هذا التقدير ليس معنى اللزوم هو البقاء بعد الفسخ ولا الجواز هو عدم البقاء بعده، بل حقيقة اللزوم أن الملك بصفته غير قابل معها لتأثير الفسخ فيه، والجواز أن الملك بصفته يكون قابلاً للتأثر بالفسخ، بلا أن يكون البقاء

(١)- السيد محمد كاظم اليزدي: حاشية المكاسب ١: ٧٣. (مصدر مذکور).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦١

أو عدمه مأخوذاً في حقيقته، وإنما هو لازم كونه كذلك قابلاً وغير قابل، وإلا فعدم بقاء الشيء الذي هو عبارة عن عدم وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقة نفس الشيء، كما أن البقاء أيضاً الذي هو عبارة عن وجوده في الزمان الثاني لا يعقل أن يؤخذ في حقيقته، فلا بد أن يكون البقاء كعدمه من الأمور الانتزاعية للملك نظير ماهية التشكيكية، فإن المرتبة الضعيفة منها كالنور الضعيف من ماهية النور ليس مركبة من وجود الماهية وعدمها، فالنور الضعيف ليس مركباً من نور وظلمة، بل نور محض في مرتبة خاصة من النور، وليان هذه المرتبة منه وتحديدتها يعبر بجهة فقدان المرتبة القوية، بل الملك المترزّل مرتبة ضعيفة من الملك، والمستقر مرتبة قوية منه لا نوعان، والفصل لهما البقاء وعدمه.

فاتضح أنه على كل حال لا مانع من استصحاب القدر المشترك لترتيب آثاره، لا لترتيب آثار خصوص اللزوم وكون المقصود هو ترتيب آثار خصوص اللزوم غير مسلم، بل ليس المقصود إلا الحكم ببقاء الملك وعدم تأثير الفسخ فيه.

هذا كله على تقدير أن يكون اللزوم والجواز من لواحق العقد فالعقد هو الذي يكون جائزاً ولزماً،

فنقول: إما أن يكون المستصحب نفس الملكية، و يكون من الاستصحاب الشخصي، و إما أن يكون نفس العقد، و يكون كذلك أيضا، إذ لا شبهة أن الجواز و اللزوم لو كانا «١» من صفات العقد و لواحقه لا يحتمل أن يكون من مقوماته و فصوله، كما يحتمل فيما إذا كان من لواحق الملك، بل حتى لو كانا من مقوماته يصح الاستصحاب، غاية الأمر يكون من القسم الثاني، و لا مانع منه كما سبق. و ليس معنى الحكم ببقاء العقد الحكم ببقاء نفس الإنشاء المتصرّم، فإنه ضروري البطلان، بل الغرض بقاء العقد حكما و اعتبارا، أو بقاء العقد بالمعنى

(١)- في الأصل: كان.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٢

الاسم المصدرى، أى العقدة الموجودة بالإنشاء و الإيجاد، و هى تدوم و تبقى مع تصرّم الإنشاء كما هو واضح. و لكنى يبقى الكلام فى أن الحق فى وصفى اللزوم و الجواز، هل هما من صفات العقد كما اختاره المصنف و قد تقدم فى المعاطاة، أو من صفات الملك كما اختاره الأستاذ دام ظله. الحق هو الأول، و البرهان عليه ما ذكره المصنف فى باب المعاطاة، و توضيحه أن الجواز و اللزوم لو كانا من لواحق الملك، فإما أن يكونا يجعل المتعاملين أو يجعل الشارع، و على كل حال لا يصح ذلك، فإنه من الضروري على الأول أن مجرد قصد المتعاملين بدون الإنشاء بالعقد لا يكون الملك لازما و لا جائزا، إذ لا تأثير لنفس القصد، فلا بد أن يكون العقد هو الدخيل فى اللزوم. و عدمه.

و لا جائز أن يقال: إن قصد المتعاملين إنما يكون دخيلا فى ذلك بواسطة التسبب بالإنشاء، و عليه يكون اللزوم و الجواز بقصد هما و إنشائهما بالعقد، و لا حاجة إلى القول بأن مجرد القصد هو السبب حتى يفرض بأنه لو قصدا بدون التسبب لا يقعا أصلا. فإنه يقال: إنه لو كان كذلك فلا يكون بجعلهما، بل يجعل الشارع لذلك، لأن تأثير الأسباب ليس بيد المتعاملين و بجعلهم، و ان الذى هو تمام ما بيدهما نفس إيجاد السبب، فإن الشارع يجعل السبب و يعتبر على طبقه المسبب بحسب ما جعله، و المتعامل يتسبب لاعتبار الشارع بالسبب الذى جعله الشارع سببا، فلا يكون اللزوم و الجواز من جعل المتعاملين و إن كان بتسببهما. على أن هذا ينتقض بجمله أمور:

منها خيار المجلس و خيار الحيوان، فإنهما يثبتان حتى مع قصد المتعاملين

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٣

للزوم، و قد ينتقض أيضا بما إذا قصدا الجواز بشرط الخيار لأحدهما أولهما على وجه غير جائز شرعا، كما إذا كانت مدة الخيار مجهولة فإنه لا يقع ما قصدها قطعا، فليس للقصد المجرد و لا له مع التسبب بالعقد مدخلية فى وقوع اللزوم أو الجواز من دون اعتبار الشارع و جعله.

و أما على تقدير أن صفتى اللزوم و الجواز بجعل الشارع فلازمه تخلف العقود عن القصد، كما إذا قصد المتبايعان اللزوم مثلا، و الشارع جعل الملكية المنشأة «١» جائزة أو بالعكس، و من المسلم أن العقود لا تتخلف عن القصد.

و كل هذا لا يرد و لو قلنا إن اللزوم و الجواز من صفات الأسباب و العقود، فإنه لا بد أن يكونا باعتبار الشارع الذى جعل السبب سببا، و لا يلزم تخلف العقود عن القصد، لأن المراد من التبعية أن العقود لا بد أن تتبع ما قصد المتعاقدان من الأمور الاعتبارية التى يمكن إنشاؤها باللفظ، بحيث يكون العقد تابعا لما أنشأه المتعاقدان بالعقد المقصود لهما، لا أنه يتبع كل قصد للعاقدا و لو لم يكن منشأ بالعقد، فإنه من الضروري أنه ليس كذلك، و لذا قلنا فى المعاطاة كما تقدم فى بابها أن الفعل لما لم يكن قابلا لإنشاء اللزوم به لا يقع اللزوم و إن قصده المتعاطيان، و لا ينافى ذلك قاعدة تبعية العقود للقصد.

و من المعلوم انه على ما قلناه لا يكون اللزوم و الجواز داخليين في المنشأ متضمنا لهما العقد، كما كان ذلك على القول بكونهما من صفات الملكية، فلا يجب على هذا القول أن يتبع العقد قصد التعاقد للزوم أو الجواز، إذ ليس هما مما يتسبب إلى إيجادهما بالإنشاء. و الحاصل أنه «٢» كلما كان العقد متضمنا له، بحيث يكون من مداليه، فلا بد

(١)- في الأصل: المنشأ.

(٢)- في الأصل: ان.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٤

أن يتبع العقد فيه القصد، إذ المفروض أن هذا الشيء يكون إيجاداً بالإنشاء العقدي و الإنشاء يتقوم بالقصد، و كلما كان خارجاً عن مدلول العقد و إنشائه ليس بالعقد، بل بجعل آخر إما بجعل الشارع أن يجعل غيره بالتسبب بغير العقد، فلا وجه لتبعية العقد حينئذ فيه القصد، حتى يقال ما قصد لا بد أن يقع، أو ما وقع لا بد أن يكون عن قصد.

و من الواضح أن اللزوم و الجواز إن كانا من صفات الملكية فهما ينشآن بالعقد بإنشاء الملكية به، فلا بد من التبعية و إن كانا من الصفات للعقد فهما أجنبيان عن المنشأ فلا وجه للتبعية، و حيث دل الدليل على عدم التبعية في اللزوم و الجواز فيكشف إننا عن أنهما من صفات العقد لا الملكية، فالحق إذن أن اللزوم و الجواز من صفات نفس العقد فالعقد هو الذي يكون لازماً و جائزاً، و هو المستصحب في المقام و إن استلزم أيضاً اتصاف الملكية بالتبع باللزوم و الجواز فتحصل إلى هنا أن مقتضى الاستصحاب في العقود المشكوك لزومها هو اللزوم، سواء كانت الشبهة حكمية أو موضوعية، و سواء كان الشك في اللزوم الحكمي أو العقدي بلا فرق، و بهذا يفترق الاستصحاب عن العمومات في مقام التمسك لأصالة اللزوم، لعدم جريان العمومات في العقود اللازمة و الجائزة باللزوم و الجواز الحكميين، كما سبق تفصيله.

نعم في البيع خصوصية يفترق بها عن سائر العقود ستأتي.

قوله قدس سره: و إن أريد بها العلاقة التي كانت. إلى آخره.

قد عرفت في الحاشية المتقدمة أن مقتضى القاعدة هو اللزوم في جميع العقود لجريان استصحاب العقد أو استصحاب الملكية، و عرفت أيضاً سقوط الأصل السببي و أشرنا أخيراً إلى أن للبيع خصوصية يختلف بها عن سائر العقود، و تلك الخصوصية هي ثبوت خيار المجلس فيه دون غيره، فيوجد العقد من أول حدوثه

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٥

جائزاً، فإذا شك في لزومه فإنما يشك بعد انقضاء المجلس، و افتراق المتبايعين، فيستصحب جواز العقد المتيقن من حين حدوث العقد إلى زمان الانقضاء، و هو حاكم على استصحاب العقد، لأن الشك في انحلال العقد بالفسخ مسبب عن الشك في كون العقد لازماً من غير جهة خيار المجلس، و مع الحكم ببقاء الخيار يرتفع الشك في انحلال العقد بالفسخ.

و لكن المصنف قدس سره ناقش في هذا الأصل من وجهين:

الأول: إن خيار المجلس لا يثبت في جميع أفراد البيع، فلا يجرى هذا الاستصحاب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس، بل لا يجرى مطلقاً حتى ما ثبت فيه هذا الخيار، لأن المورد من موارد الرجوع إلى حكم العالم، لا إلى استصحاب حكم المخصص.

الثاني: عدم جريان هذا الاستصحاب مع قطع النظر عما تقدم، و ذلك لأن.

هذا الاستصحاب إما أن يكون من القسم الأول من القسم الثالث من استصحاب الكلي، أو من القسم الثاني من الثالث، و كلاهما غير جار كما حقق في الأصول.

بيان ذلك أن شخص خيار المجلس نعلم بانقطاعه يقينا بمجرد الافتراق، لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» «١»، و حينئذ

فالشك في حدوث خيار آخر إما في زمان خيار المجلس أو حين ارتفاعه بالافتراق، فإن كان الأول كان من القسم الأول من الثالث الذي هو عبارة عما إذا علمنا بحدوث فرد من الكلي، و علمنا بانقطاعه، و شككنا في حدوث فرد آخر مقارنة لحدوث الأول، مع العلم بأنه لو كان حادثا لكان باقيا، و إن كان الثاني كان من القسم الثاني من الثالث الذي هو عبارة عما إذا شككنا بحدوث فرد مقارنة لارتفاع الفرد المتيقن الوجود

(١)- الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٤.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٦  
فالارتفاع «١».

قلت: و لكن يمكن المناقشة في كلا الوجهين:

أما في الأول، فبدعوى أنه يكفينا ثبوت خيار المجلس في بعض أفراد البيع، و بعدم القول بالفصل «٢» يتم المطلوب في غير ما ثبت فيه خيار المجلس.

و هذه الدعوى و إن كانت فاسدة كما نبهنا عليها غير و سيأتي أيضا إذ لا معنى للتمسك بالإجماع المركب في مورد الأصول، لأنها لا تثبت الواقع، و إنما هي صرفت مرجع عند العمل، و شأن الأصول جمع المتفرقات و تفريق المجتمعات.

و بعبارة أخرى إن الموافقة الالتزامية القطعية غير واجبة في فرض جريان الأصول، كما حقق في الأصول، و لكن المصنف قدس سره صدرت منه هذه الدعوى كثيرا، فهذا الإيراد من باب الالتزام على ما بنى عليه.

و أما ما أفاده قدس سره من أن المورد ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص، فيمكن أن يقال: إنا نتكلم هنا مع فرض قطع النظر عن العمومات و أن دليل خيار المجلس لا يكون مخصصا لعام دال على اللزوم، فكيف يقال: إن هذا ليس مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص، و سيأتي إن شاء الله الكلام في ذلك في خيار الغبن، فانتظر.

و أما في الثاني، فلأن الخيار على كل حال واحد و حقيقة واحدة و إن تعدد أسبابه، لأن الأسباب معرفات، كما سيأتي من المصنف قدس سره في خيار الحيوان، فلو فرض أن العقد جائز من غير جهة خيار المجلس فليس ذلك جواز آخر غير جوازه من جهة خيار المجلس، فالجواز على كل حال فرد واحد، قد وجدنا يقينا، و شك في ارتفاع شخصه سواء كان الشك لحدوث سبب آخر للجواز

(١)- كذا.

(٢)- في الأصل: الفصل.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٧

حين وجود السبب لخيار المجلس، أو كان لحدوث السبب الآخر عند ارتفاع سبب خيار المجلس.

و بعبارة أخرى إنه حين الافتراق لا- يعلم إلا- بارتفاع السبب المتيقن للخيار، لا أنه يعلم بانقطاع الخيار الشخصي الذي علم بوجوده سابقا، فلا يكون الاستصحاب إلّا استصحابا شخصيا، أو من القسم الأول من استصحاب الكلي.

اللهم إنا أن يقال: إن قوله عليه السلام: «فإذا افترقا وجب البيع» يدل على انقطاع شخص الخيار لا السبب، لمكان قوله عليه السلام: «وجب البيع»، و سيأتي إن شاء الله ما يتعلق بالمقام في خيار الحيوان، و لعل المصنف قدس سره أشار إلى بعض ما ذكرناه بقوله: (فتأمل).

قوله قدس سره: نعم هو حسن في خصوص المسابقة. إلى آخره.

لا يبعد القول في جريان استصحاب العقد في مثل المسابقة و إن لم يجر استصحاب الأثر حيث لا أثر لها متيقن الوجود قبل حصول ما

علق عليه و هو السبق مثلا، على أن القول بجريان الاستصحاب التعليقي في مثل المقام مما لا- بأس به، فإنه ليس من الاستصحاب التعليقي الفاسد فإن هذا نظير استصحاب الأحكام الكلية التي على نحو القضايا الحقيقية التي تكون فعليتها بفعليتها موضوعها، فإنها قبل تحقق الموضوع أحكاما تعليقية، و مع ذلك لا كلام في جواز استصحابها لكفاية ثبوتها بما لها من هذا الثبوت.

### الشبهة الموضوعية في العقود الجائزة و اللازمة

. قوله قدس سره: و يجرى أيضا فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق.

إلى آخره.

لا يخفى أن الشك

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٨

في الشبهة المصدقية تارة يكون ترديدا بين نوعين، كالترديد بين البيع و القرض، و الهبة و البيع، و الوديعة و الرهن، و أمثال ذلك. و أخرى يكون ترديدا بين فردين أو صنفين لنوع واحد، كالترديد في الهبة لدى الرحم بين المقبوضة و غيرها، أو في الهبة بين كونها هبة ذى رحم أو غيره، و في البيع بين كونه خياريا بجعل المتبايعين الخيار و عدمه، و هكذا.

و الصحيح أنه لا- مجال للرجوع إلى العمومات في ذلك أصلا، بناء على ما هو الصحيح من عدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، سواء كان التردد بين صنفين و فردين أو بين نوعين، و يزيد التردد بين النوعين أنه إذا كان النوع الجائر جائزا بالجواز الحكمي، فقد تقدم أنه خارج عن العموم تخصصا لا تخصيصا، خصوصا في آية وجوب الوفاء بالعقد التي هي العمدة في المقام، و مع خروج أحد النوعين المتردد بينهما تخصصا، فعدم جواز التمسك بالعموم أوضح مما إذا كان الخروج تخصيصا، لأن الشك يكون في موضوع حكم العام، و لا- يعقل إثبات الموضوع بالحكم، و لئن أمكن التوهم في صورة الخروج تخصيصا فلا- مجال له هنا كما هو أوضح من أن يخفى.

و إذا اتضح عدم جواز الرجوع إلى العمومات، فلا بد من الرجوع إلى الأصول، و الأصول تختلف باختلاف المقامات و الفروع، فقد يقتضى الأصل اللزوم، و قد يقتضى الجواز و تفصيل كل فرع موكول إلى محله لا يسعه المجال.

و لكن الذي ينبغي التنبه له في المقام أن الأصول الجارية تارة يكون إعمالها من جهة بقاء العقد و جواز الرجوع و الفسخ و عدمه، و أخرى من جهة ضمان البدل المسمى و غيرها، و ما يثبت اللزوم أو الجواز فإنما يثبت نتيجة اللزوم أو الجواز، فلا يجوز الرجوع أو يجوز، لا أنه يثبت خصوصية العقد اللازم أو الجائر حتى

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٩

يترتب عليه الضمان أو عدمه، بل هذا إنما يثبت بأصول آخر، و الذي وقع الكلام فيه هنا أن الأصل في الأموال، هل هو الضمان أو البراءة؟ و سيأتي إن شاء الله تعالى تنم الكلام.

قوله قدس سره: إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر. إلى آخره.

اعلم أن الدوران بين النوعين أحدهما لازم و الآخر جائز، تارة يكون بين نوعين ناقلين للعين كالهبة و البيع، و أخرى يكون بين نوعين ناقلين للمنفعة فقط كالعارية و الإجارة، و ثالثة بين نوع ناقل للعين و آخر ناقل للمنفعة كالعارية و البيع أو الهبة و الإجارة، و رابعة بين نوع ناقل للعين أو المنفعة، و نوع لا- نقل فيه أصلا، كالبيع و الوديعة، أو الرهن و الهبة، أو الإجارة و الوديعة أو العارية و الرهن، و خامسة بين نوعين لا نقل فيهما أصلا كالوديعة و الرهن، فإن كان الأول أو الثاني، فلا شبهة باستصحاب الأثر غاية الأمر إن الأثر على الأول هو الملكية للعين، و على الثاني الملكية للمنفعة، و لا يتفاوت الحال في ذلك.

و أما على الثالث فيمكن استصحاب ملكية المنفعة، لأن ملكية العين تستتبع ملكية المنفعة، فملكية المنفعة على كل حال تكون متيقنة

فتستصحب، إلّا أن استصحب ملكية العين جار، المقتضية للسلطنة على العين و آثارها إذا كان العقد الجائر هو الناقل للعين، و الآخر اللازم ناقل للمنفعة، كالهبة و الإجارة، و بهذا يفترق الحال في مقام التنازع، فلو كان صاحب المال يدعى الإجارة للعين، و الآخر يدعى الهبة له، فإن كان استصحب ملكية المنفعة جاريا كان القول قول مدعى الهبة، لموافقته قوله الأصل، و إن جرى استصحب ملكية العين كان القول قول مدعى الإجارة، لموافقته قوله الأصل، و لا يبعد تحكيم استصحاب ملكية العين.

هذا مع قطع النظر عن جهة ضمان الأجرة التي يدعيها صاحب العين، و إلّا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٠

فلو كان مصب الدعوى هو الأجرة فينفىها مدعى الهبة و يثبتها مدعى الإجارة، فالمسألة مبنية على ما سيأتي من أنّ القاعدة هو الضمان في الأموال، فالقول قول مدعى الإجارة، أو البراءة فالقول قول مدعى الهبة.

و إنما كان الكلام هنا من جهة نفس العين، و لو بفرض مدعى الإجارة يعترف بقبض الأجرة، و إن كان تصوير التنازع هنا مشكلا، لأن مدعى الهبة لا تكون دعواه لازمة فلا تقبل، و للواهب بمقتضى دعواه الرجوع.

نعم يصور النزاع هكذا، بأن يدعى صاحب العين الهبة ليرجع بها، و الآخر يدعى الإجارة لينتفع بالعين و لو مع اعترافه بعدم تسليم الأجرة، فالقول قول مدعى الإجارة لو كان استصحب ملكية المنفعة جاريا، و القول قول مدعى الهبة لو كان استصحب ملكية العين هو الجارى، و إن كان مدعى الهبة يعترف بانقطاع ملكيته للعين بالهبة، لأنه يدعى نقله للعين، فلا يكون الأصل على طبق قوله، بل على خلاف قوله.

لكن المدار في المدعى و المنكر أن تلحظ الدعوى في نفسها من حيث كونها مشكوكة، و يلاحظ فيها جريان الأصول، فإن كان الأصل في النتيجة يخالف قول أحدهما كان هو المدعى و الآخر المنكر، و إن كان لا ينطبق قوله على مفاد الأصل.

و بعبارة أخرى: إن المدعى هو الذى يكون على خلاف قوله أصل يحتاج رفع اليد عنه إلى أماره و هى البيئه، و هنا إذا جرى استصحاب الملكية لصاحب العين يقتضى أن يكون له السلطنة على العين و آثارها، فلا تكون لمدعى الإجارة السلطنة على العين بالانتفاع بها، فيحتاج إثباته للسلطنة إلى بيئه.

اللهم إلّا أن يقال: إن ملكية المنفعة على كلّ حال متيقنة، فلا مجال لإثبات ملكية المنفعة باستصحاب ملكية العين فيتوافق استصحاب ملكية العين و استصحاب ملكية المنفعة، فيكون القول قول مدعى الإجارة، و يكون الأصل

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧١

اللزوم، فتأمل في المقام، و إنما ذكرنا هذا من باب المثال.

هذا إذا كان العقد الجائر هو الناقل للعين، أما لو كان هو الناقل للمنفعة، و اللازم ناقل للعين كالتنازع بين العارية و البيع «١»، فتارة يدعى صاحب العين الأصلية العارية لأن يسترجع العين، و الآخر يدعى البيع حتى لا تسترجع العين، سواء يعترف بعدم تسليم الثمن أو لا.

و أخرى بالعكس بأن يدعى صاحب العين الأصلية البيع ليطالبه بالثمن و يدعى الآخر العارية حتى يرجع العين.

و ثالثه مع فرض تلف العين بتفريط غير مالكة الأول فيدعى المالك الأول العارية ليضمن له المفرد، و يدعى الثانى البيع مع إقباض الثمن حتى لا يضمن.

و رابعة مع فرض تلف العين أيضا لكن مع عدم تفريط الآخر فيدعى المالك الأول البيع ليضمن الآخر له المسمى، و الآخر العارية حتى لا يضمن.

أما الصورة الأولى فتستصحب ملكية المنفعة فيقتضى اللزوم، و يكون القول قول مدعى البيع إن لم نقل بجريان استصحاب ملكية المالك الأول للعين، فالأصل يقتضى الجواز، و يكون القول قول مدعى العارية، و لا مانع من جريانه، و حكومته على الأول واضحة

هنا، لأن الشك في بقاء ملكية المنفعة مسبب عن الشك في نقل العين، بخلافه في صورة الدوران بين الهبة والإجارة، فإن الشك في بقاء ملكية المنفعة ليس مسببا عن الشك في نقل العين، لأن صورة العلم ببقاء ملكية المنفعة هو صورة العلم بعدم نقل العين، ولذلك قلنا هناك قد يتوافق الأصلان، فلا محالة هنا يكون استصحاب ملكية العين محكما.

و أما جهة ضمان المسمى في هذه الصورة لو لم يعترف مدعى الشراء بعدم تسليم الثمن، فيمكن أن يقال هنا لا ضمان على مدعى الشراء لو قلنا بأن القول

□  
(١) - بناء على أن العارية مملوكة للمنفعة لا مبيحة إباحة مالكية. (منه رحمه الله).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٢

قوله لجريان استصحاب ملكية المنفعة، وعدم جريان استصحاب ملكية العين، لأن صاحب العين الأول يدعى العارية فيعترف أن ليس له على الآخر شيئا، بل حتى لو اعترف مدعى الشراء بعدم التسليم ليس لصاحب العين أخذ المسمى.

و هكذا الكلام في الصورة الثالثة من جهة جريان الاستصحاب السببي وهو استصحاب ملكية العين لصاحبها الأول، فيكون القول قوله، فيضمن مدعى الشراء المثل أو القيمة، لا المسمى.

و أما الصورة الثانية فحيث أن الجارى هو استصحاب ملكية العين لمالكها الأصلي الحاكم على استصحاب ملكية المنفعة، فالقول قول مدعى العارية، وهو من بيده العين لا المالك الأصلي.

و هكذا القول في الصورة الرابعة، لكن استصحاب ملكية العين لا يثبت كون العقد بوصف العارية حتى يرفع الضمان، ويرجع حينئذ ضمانه وعدمه إلى المسألة الآتية من أن الأصل هو الضمان أو البراءة في الأموال.

و أما على الرابع والخامس - وهما ما إذا كان أحد النوعين أو كل منهما غير ناقل للمنفعة ولا للعين - فلا مجال لاستصحاب الملكية للعين ولا للمنفعة لعدم اليقين سابقا، بل لعدم متيقن في الخامس، ولا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين أيضا في الخامس، لأن بقاءها متيقن على كل حال، كما إذا دار الأمر بين الرهن والوديعة، لكن لا بأس بجريانها على الرابع فيما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للعين لازم، وعقد غير ناقل كالبيع والوديعة، وفيما إذا دار بين عقد ناقل للعين جائز وغير ناقل لازم كالهبة والرهن، وأما إذا دار الأمر بين عقد ناقل للمنفعة وغير ناقل أصلا، فلا مجال لاستصحاب ملكية المالك الأصلي للعين كالخامس لليقين ببقائها.

و لكن الدوران بين البيع والوديعة في التنازع يتصور على صور أربعة،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٣

كالدوران بين البيع والعارية والجارى هو استصحاب ملكية المالك الأصلي للعين، فيكون الأصل الجواز، والقول قول مدعى الوديعة، سواء كان هو المالك الأصلي أو الآخر، ولكن لا يثبت كون العقد بعنوان الوديعة، فلا يرفع الضمان في الصورة الرابعة، كالصورة الرابعة في الدوران بين البيع والعارية.

و أما الدوران بين الهبة والرهن، فتارة يدعى المالك الهبة ليرجع، والآخر يدعى الرهن ليكون وثيقة.

و أخرى يدعى المالك الرهن مع فرض تلف العين بالتفريط ليضمن له الآخر، والآخر يدعى الهبة حتى لا يضمن.

و في الصورة الأولى لا يثبت استصحاب ملكية المالك للعين كونها رهنا حتى يثبت اللزوم، ويكون القول قول مدعى الرهن، ولكن (لا بأس) «١» بهذا الاستصحاب في الصورة الثانية لأجل إثبات الضمان، مع قطع النظر عما سيأتى من كون القاعدة هي الضمان بناء عليها.

ثم إنه فيما إذا لم يجر استصحاب ملكية المالك للعين كما في الخامس وبعض صور الرابع، فلا بأس بالقول باستصحاب نفس العقد



الواقع المررد بين الجائز و اللازم، كما سبق تحقيقه، و إن كان لا يثبت صفة اللزوم ليرتفع الضمان في بعض المقامات، إلا أنه يثبت نتيجة اللزوم و هو بقاء العقد، بل يمكن جريانه في كل مقام، فيكون القول قول مدعى اللزوم على كل حال، فتدبر جيدا. قوله قدس سره: حكم بالبراءة. إلى آخره.

إلا أن يقال: إن القاعدة هي الاحتياط في أموال الناس و أعواضها، فلو شك في انتقال مال الغير إليه بعوض أو بدون عوض، فالاحتياط يقتضى الاشتغال بالعوض، بل ربما يقال: إن الأصل هو الضمان في الأموال، كما هو

مظفر، محمد رضا، حاشية المظفر على المكاسب، ٢ جلد، ه ق

حاشية المظفر على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٧٣

(١)- في الأصل: بأس.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٤

المشهور من احترام مال الناس، خرج منه مال الحربى بالتخصيص، كاحترام الدماء و الفروج.

و ربما يستأنس له من موارد حكم الشارع بتنصيف المال بين المتداعيين، و تنصيف الدرهم عند الودعى بين الشخصين الذين أودع كل منهما عنده درهما، و قد يستأنس له أيضا من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» (١). و حينئذ فإذا دار الأمر بين العقد اللازم و الجائز، فالأصل إما يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز، و على كل منهما، إما أن تكون العين تالفه أو موجودة، فإن كان الأصل يقتضى الجواز و كانت العين موجودة، فلا شبهة في جواز الرجوع بالعين، لأن هذا هو مقتضى الجواز، و إن كانت تالفه، فلا بد من ضمانها بالمثل أو القيمة، لقاعدة «على اليد» (٢)، كما سيأتى مفادها، إلا إذا فرضنا أن يد الغير عليها يد أمانة على كل حال، كما لو تردد العقد بين العارية و الإجارة أو الرهن و الوديعة، بخلاف ما إذا لم يحرز كذلك مثل ما لو تردد العقد بين العارية و البيع، فإن أصالة الجواز لا يثبت كون العقد الواقع عارية بهذا الوصف حتى يرتفع الضمان، و لا أصل يقتضى ثبوت المسمى أيضا، فتدخل تحت قاعدة «على اليد»، أو أن الأصل ضمان الأموال لاحترامها حتى يثبت ما هو الراجع لذلك، فلو كان صاحب العين الأول يدعى البيع مع فرض تلف العين ليضمن له الآخر العين بالمسمى، و الآخر يدعى العارية حتى لا يضمن، فإن القول قول مدعى البيع، و إن كان القول قول مدعى العارية من جهة الجواز و اللزوم الذى لا-مورد له هنا لغرض تلف العين، فلا يتصور الرجوع بها، و إن كان الأصل يقتضى اللزوم.

(١)- المستدرک ١٤: ٨٨ كتاب الغصب، باب ١ حديث ٥.

(٢)- الاستفادة من قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» المستدرک ١٤: ٧ كتاب الوديعة، باب ١، حديث ١٢.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٥

فإن كانت العين موجودة فلا رجوع، و لكن لا يثبت بأصالة اللزوم الضمان بالمسمى، لو كان العقد اللازم يقتضى الضمان بالمسمى كالبيع، لأنه لا يثبت صفة اللزوم.

نعم تكون مضمونة بالمثل أو القيمة مع التلف، و إن كانت العين تالفه فلا ينبغى التأمل حينئذ بالضمان بالمثل أو القيمة، فتدبر.

قوله قدس سره: و إذا شك في الضمان مع فساد العقد. إلى آخره.

كان الكلام كله فيما إذا كان العقد اللازم صحيحا، أما لو كان فاسدا، فمع وجود العين فلا شبهة بجواز الرجوع بها، و هذا لا كلام فيه،

و أما مع تلف العين، فهل قاعدة أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده جارية في المقام فيحكم بالضمان؟ فضل المصنف بين ما إذا كان المستند لهذه القاعدة هو عموم «على اليد»، و ما إذا كان المستند هو إقدام المتعاملين و دخولهما في ضمان العين، فالضمان على الأول و عدمه على الثاني، لجريان قاعدة البراءة، و ذلك لأنه لو كان المستند هو عموم «على اليد» فهو جار في المقام، و لا يخرج عن العموم، إلا مع ثبوت كون الإقباض من المالك كان مجانا، و مع الشك يرجع إلى العموم بخلاف ما لو كان المستند هو الإقدام، فإن إقدامهما على الضمان، كما يقتضى الضمان، كذلك إقدامهما على المجانية يقتضى عدم الضمان، و حيث يشك إنهما أقدا على الضمان أو على عدمه، فأصالة عدم إقدامهما على الضمان معارض بأصالة عدم إقدامهما على عدم الضمان فيتساقطان، و المرجع البراءة.

و لكن لا يخفى عليك أن المصنف قدس سره في مسألة الضمان بالعقود الفاسدة استقر كلامه أخيرا على أن المستند لهذه القاعدة واحد، و هو عموم «على اليد».

و إنما الإقدام على الضمان محقق لموضوع العموم لا دليل برأسه، و حينئذ

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٦

فنقول: على هذا لا يكون مقامنا من باب الشك في التخصيص، بل يكون من باب التردد بين الداخل في العموم و الخارج، لأن المفروض الشك في الإقدام على الضمان، و الإقدام على عدمه.

اللهم إلا أن يقال أن الخارج عن العموم ليس إلا العقد المتضمن للإقدام على عدم الضمان، و الداخل في العموم الأعم مما تحقق فيه الإقدام على الضمان و عدمه، و الأصل عدم الإقدام على عدم الضمان و لا أثر لأصالة عدم الإقدام على الضمان حينئذ و هذا الأصل يكون محققا لموضوع العام، و مخرجا للمورد عن موضوع الخاص، فيتمسك بالعموم بمعونه هذا الأصل.

و التحقيق أن خروج العقود المجانية عن عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» «١» لا على نحو التخصيص، بل على نحو التخصيص، لأن قوله صلى الله عليه و آله و سلم «أخذت» يشعر باشتغال اليد بالأخذ، بحيث تكون هي الآخذة إما ظلما و إما بتعهد الضمان، كما في عقود المعاوضات.

و أما في العقود المجانية فإنما هي أعطيت لا أخذت، و إنما يكون أخذها أخذنا تابعا للإعطاء، لا أخذنا استقلاليا، كما هو المتبادر من قوله «أخذت» فتكون العقود المجانية خارجة موضوعا لا بالتخصيص.

و معه لو تردد العقد بين العقد الجائز المجاني و اللازم المعاوضي لا مجال للتمسك بهذا العموم لإثبات الضمان، إذ لا يثبت العموم موضوعه كما لا يخفى.

و حينئذ فالمرجع بعد عدم التمسك بهذا العموم إما البراءة أو الاحتياط، كما قلنا سابقا: إن الأصل هو الاحتياط في الأموال في غير الشبهة البدوية، أو نقول:

إن الأصل هو الضمان لمكان احترام مال الغير، لا من جهة عموم «على اليد»، فلا مجال حينئذ للبراءة و لا للاحتياط، فتأمل.

(١) - المستدرک ١٤: ٧ كتاب الوديعه، باب ١، حديث ١٢.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٧

قوله قدس سره: أو قلنا: بأن خروج الهبة. إلى آخره.

إما لأنه يكون خروجها تخصصا، كما أشرنا إليه، إما لأن الشك يكون من باب الفرد المردد بين عنواني العام و المخصص، كما أشرنا إليه أيضا.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٨

قوله قدس سره: مطلق مكان المتتابعين. إلى آخره.  
و إن لم يكن جلوس، بل و إن لم يكن مكان المتتابعين حين البيع، فإنه لا يشترط المكان الذي وقع فيه البيع، و إنما المدار على عدم افتراقهما و إن انتقالا مصطحبين إلى مكان آخر غير المكان الذي وقع فيه.  
قوله قدس سره: لاختصاصه به و ارتفاعه. إلى آخره.

فيكون من باب إضافة المسبب إلى سببه و معنى اختصاصه بالمجلس، لا أنه بمعنى عدم وقوع غيره في المجلس، بل بمعنى أنه لا يقع إلّا في المجلس، فيكون مختصا بالمجلس، فيكون الحصر للخيار في المجلس، لا للمجلس في هذا الخيار.  
قوله قدس سره: مطروح مؤول. إلى آخره.

أما طرحه فلمخالفته على ظاهره للمستفيض أو المتواتر، كما ادعى، و أما تأويله فيمكن حمله على إرادة الافتراق الكثير، فيكون المعنى: ان وجوب البيع بعد صفقه الرجل لا يتوقف على الافتراق الكثير، فسواء افترقا كثيرا أو لم يفترقا كثيرا وجب البيع، و لا شبهة فيه، غاية الأمر يكون مطلقا بالنظر إلى إطلاق الوجوب مع عدم الافتراق الكثير الذي يتحقق بالافتراق القليل و بعدم الافتراق أصلا، فيقيد بباقي الروايات.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٩

و يمكن حمله أيضا على معنى إسقاط الخيار، فيكون التصرف في لفظ «صفق الرجل» بإرادة الالتزام و إسقاط الخيار، لدلالة الصفق على الالتزام، و لا شبهة أنه إذا صفقا كذلك وجب البيع و إن لم يفترقا.

و يمكن حمله أيضا على إرادة حصول الملكية من لفظ «وجب»، فيكون المعنى: إذا صف الرجل حصل الملك و ترتب الأثر، و لم يتوقف على التفرق، في قبال من يقول: إن النقل و الانتقال لا يحصلان إلّا بعد التفرق، كما ينسب إلى الشيخ قدس سره.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٠

### نبوت خيار المجلس للوكيل

قوله قدس سره: مضافا إلى أن مفاد أدلة الخيار. إلى آخره.

أى أن الاستفادة من أدلة الخيار أن الخيار مأخوذ في موضوعه السلطنة على المال الذي انتقل إليه، إما لأن الخيار حق يتعلق بالعين، فلا يعقل بدون السلطنة على العين، و إما لأنه يتعلق بالعقد، و السلطنة على العقد تابع للسلطنة على العين.  
إلّا إذا جعل المالك للغير السلطنة على العقد، و إن لم يجعل له السلطنة على العين.

و على كل حال تكون من فروع السلطنة على العين، إذ لو لا- تسلط المالك على العين لما صح له تسليط الغير على العقد عليها و المفروض أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة ليس مسلطا لا على العين و لا على العقد، إذ لم يجعل المالك ذلك له إلّا مجرد إجراء الصيغة و بعد أخذ السلطنة على المال في موضوع الخيار، كيف يعقل أن يثبت لمن ليس له هذه السلطنة؟!  
قوله قدس سره: ألا ترى أنه لو شك المشتري. إلى آخره.

قياس المقام على الشك في كون المبيع ممن ينعتق عليه لا- يخلو عن مسامحة، فإن المقام معلوم فيه عدم تحقق موضوع الخيار، و المقيس مشكوك فيه و إن كان الجامع بينهما أن في كل منهما يكون التمسك بالعموم من باب إثبات الموضوع بالحكم، و المقيس عليه أسوأ حالا من المقيس، لمعلومية عدم الموضوع في الأول

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨١

و مجهوليته في الثاني.

قوله قدس سره: و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيد. إلى آخره.

المطلق سائر أخبار خيار المجلس، و المقيد الخبر الذي جمع بين خيار المجلس و خيار الحيوان، و أما كونه ليس من قبيل المقيد، فلأن تقييد خيار الحيوان بصاحب الحيوان الظاهر في الأصل لا يقتضى تقييد خيار المجلس بالأصيل أيضا، للجمع بينهما. نعم وحدة السياق تشهد بوحدتهما من هذه الجهة.

قوله قدس سره: مع أن ملاحظة حكمه الخيار. إلى آخره.

و هي الإرفاق على المتبايعين من جهة الغبن و ظهور العيب الذي لا يثبت بهما الخيار من أجلهما، أو من جهة أن يكون لهما مجال للعدول و التأمل، أو لغير ذلك، و لا معنى للإرفاق على الوكيل على مجرد إيقاع الصيغة الذي لا علاقة له في شيء من المال أصلا. قوله قدس سره: و على المختار فهل يثبت للموكلين. إلى آخره.

لا يخفى أن بعضهم جعل المستند لعدم ثبوت الخيار للوكيل على مجرد إجراء الصيغة هو كون الوكيل على الصيغة ليس إلّا آلة للموكل، فليس البيع إلّا نفس الموكل، و لا فرق بين أن يكون البيع بلسانه ينشئ البيع، فيكون لسانه آلة و هو البيع، أو ينشئه بلسان غيره بتسبيبه، فيكون آلة أيضا كلسان نفسه، و حينئذ ثبوت الخيار للموكل لعموم: «البيعان بالخيار» (١) مما لا شبهة فيه، و إن قلنا بانصراف البيع إلى العاقد المالك: لأن الموكل يكون أيضا عاقدا بآله.

و قد أشار المصنف قدس سره إلى هذا المعنى بقوله: إن الوكيلين كآله للمالكين.

و لكن للنظر في هذا مجال، فإن تشبيه الوكيلين بالآله مما لم يتضح معناه، لأنه حقيقة كون الشيء آلة لشيء أنه موصل لأثر ذلك الشيء من دون أن يكون

(١) الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٢

للآلة اختيار في الفعل، و لا إشكال أن الوكيلين على الصيغة موجودان لمضمون العقد باختيارهما، و إلّا لما صح توكيلهما و لا صح إنشاؤهما.

نعم ليس لهما بعد قبول التوكيل أن يتصرفا إلّا بمقدار ما توكلتا فيه، لقصور الإذن و الوكالة عن الشمول، و هذا معنى آخر غير كونهما كآله.

فالتحقيق أن يقال في المقام: إن البيع حقيقته هو المبادلة بين الطرفين، فالبيع حقيقة لا يصدق إلّا على من قام به طرف الإضافة، و ليس هو إلّا المالك فهو البيع حقيقة، سواء كان هو العاقد أو وكيله، و سواء كان الوكيل وكيلا على الصيغة فقط، أو وكيلا مفوضا، و ليس هذا إلّا كالزوج و الزوجة، فإن الزوج ليس إلّا من كان طرفا للنكاح، سواء كان هو المنشئ للعقد أو وكيله على العقد أو وكيله المفوض، فكما أن الوكيل المفوض على عقد النكاح لا يكون زوجا، فكذلك المفوض على البيع لا يكون بيعا، فقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار» لا يشمل الوكيل مطلقا أبدا.

و السر في ذلك أن الوكيل إنما يوجد المعاملة لغيره لا لنفسه، فالمبدأ إنما يقوم حقيقة بالموكل، فهو الذي له البيع و المبادلة، كما هو الذي له النكاح و الزواج، و هكذا، و إن كان المبدأ قائما بالوكيل قيام صدور و إيجاد، لكن ليس إيجادا لنفسه، فلا يكون طرفا للإضافة المعاملية التي أوجدها، فلا يكون المبدأ قائما به قيام حلول، و لم يكن منتسبا له و طرفا للإضافة الموجودة.

و هذا نظير من يلبس الثوب لآخر، فإنه ليس هو اللابس، بل الآخر الذي ألبسه إياه هو الذي يكون لابسا، فيكون الوكيل على هذا

كواسطة في الثبوت لنسبة المعاملة إلى الموكل.

نعم لو أريد من البيع هو نفس العقد الذي هو عبارة عن إيجاد المعاملة صحّ إطلاق البيع و البائع على الوكيل، فيكون البيع على نسق الإلباس، فيصدق البائع

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٣

على موجد البيع، و لو كان لغيره، كما يصدق الملبس على موجد اللبس و لو كان لغيره.

و عليه يساوق البائع الملبس إذا أريد من البيع المعنى المصدرى، و يساوق اللابس إذا أريد من البيع المعنى الاسم المصدرى، إلّا أن إطلاق البيع على المعنى المصدرى قليل يحتاج إلى القرينة، خصوصا لفظ البيع الذي هو من الصفات المشبهة باسم الفاعل الدالة على الثبوت لا على التجدد، فلا يناسب اشتقاقه من البيع بالمعنى المصدرى الدال على التجدد وجهة الصدور و الإيجاد و إن صح في لفظ البائع، فلا يصح إطلاق البيع على الوكيل، كما لا يصح إطلاق الزوج على الوكيل و إن صح إطلاق المزوج عليه، و يشهد لذلك لفظ البيع في بعض الأخبار بالتاجر الذي لا يصدق على الوكيل خصوصا الوكيل على مجرد العقد.

إذا عرفت ما ذكرناه، فمقتضاه عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل المفوض فضلا عن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة، لعدم عموم دليل الخيار بدلالته اللفظية له.

و لكن المجموع من الأدلة الدالة على قبول الشيء للتوكيل فيه، و على صحة الوكالة و نفوذها تكون حاكمة على أدلة الشيء الموكل فيه، فإذا دل الدليل مثلا على أن الطلاق بيد من أخذ بالساق، و دل الدليل على قبول الطلاق للتوكيل فيه، و دل على صحة الوكالة و نفوذها. كما هو الفرض، فإن دليل الوكالة يكون حاكما على دليل أن «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (١) و موسعا، فيكون الطلاق بيد من أخذ بالساق (٢) أصالة أو بيد من هو بمنزلة بالتوكيل، و لا- يكون هذا الدليل معارضا لأدلة التوكيل، و لا يحتاج صحة عمل الوكيل إلى أكثر من دليل الوكالة،

(١)- المستدرک ١٥: ٣٠٦ كتاب الطلاق، باب ٢٥ من المقدمات و الشرائط، حديث ٣.

(٢)- في الأصل: بالسياق.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٤

فلا يلاحظ شمول قوله: «الطلاق بيد» إلى آخره للوكيل.

نعم لا بد أن يلاحظ مقدار الوكالة سعة و ضيقا، فيكون التنزيل بمقدار مضمون الوكالة و لا يتعدى عنه، و هنا و إن كان قوله: «البيعان بالخيار» لا- يشمل إلّا المالكين الذين وقعا طرفا للمبادلة، و لا يشمل بمنطوقه الوكيلين بأى معنى فرض للوكيل، إلّا أن دليل الوكالة حاكم على هذا الدليل كسائر الأدلة المثبتة لأحكام الأصيل، فلا بد أن يلاحظ مقدار الوكالة، فإن كانت الوكالة على مجرد إجراء العقد، كما هو فرض المقام، فلا يكون دليل الوكالة حاكما إلّا على الدليل الدال على أن البائع هو الذى ينشئ العقد، فلا ينزل الوكيل منزلة الموكل إلّا من حيث كونه عاقدا، و الخيار لم يثبت للمالك بعنوان كونه عاقدا كما هو الفرض، بل بعنوان كونه يّيعا، فلا وجه لاحتمال أن الوكيل على مجرد إجراء الصيغة يثبت له الخيار بدليل البيعان بالخيار كما هو واضح.

و بهذا يظهر أن ثبوت الخيار للموكلين أيضا لا وجه لاحتمال خلافه، لأنهما يّيعان حقيقة.

و من هذا التقرير يتضح لك الحال فى حكم الوكيل المفوض، فإنه لما كان وكيلا مفوضا على كل شىء يتعلق بالمال من جميع أنواع التصرفات، فهو وكيل على جميع ما يخص هذا المال من أنواع التصرفات و شؤونها، و ما يترتب عليها كالمقارض فى القراض، فيكون بمنزلة المالك من حيث كونه يّيعا، فهو يّيع تنزيلا أن هذا معنى التفويض، فكل ما للمالك من الأحكام التجارية لا بد أن تثبت له.

و من جملة الأحكام كون المالك يّيع بالخيار، فهو بالخيار أيضا بحكم حكومة أدلة الوكالة، فلا يحتاج حينئذ إلى الاستدلال على

ثبوت الخيار للوكيل المفوض بعموم البيع له، بل لا معنى له لعدم الشبهة في عدم عمومته، كما ذكرناه، و سيأتي لذلك مزيد توضيح.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٥

قوله قدس سره: و المراد به مجلسهما المضاف عرفا إلى العقد. إلى آخره.

لا يخفى أنه ليس في روايات الباب لفظ المجلس حتى يرجع إلى مقدار دلالاته عرفا، و صدق المجلس و عدمه على مجلس الموكلين المتبايعين، فإن هذا التعبير ليس إلّا من الفقهاء لأجل العنوان انتزاعا من تقييد الخيار بعدم الافتراق، و إنما الموجود في الروايات هو تحديد الخيار بعدم الافتراق، فلا بد أن يلحظ مقدار دلالة هذا المعنى، و لما كان الافتراق معنى يقابل الاجتماع تقابل عدم الملكة للملكة، فلا- محالة لا- يصدق الافتراق إلّا بعد الاجتماع، فلا بد من فرض اجتماع المتبايعين حين البيع في ثبوت الخيار لأجل هذه المقابلة، و إلّا فلا يصدق الافتراق أصلا، و حينئذ ففى فرض تباعدهما و عدم اجتماعهما مع اجتماع الوكيلين الذين لا خيار لهما، كما هو المفروض، فإما أن يثبت الخيار لهما دائما لعدم معقولية تحقق الافتراق بعد ذلك الذى أخذ في موضوع زوال الخيار، و إما أن لا يثبت الخيار من أول الأمر، و لا إشكال بطلان الأول، لعدم تحقق موضوع الخيار، و لأن دوامه على هذا النحو لا يقول به أحد.

نعم يعتبر الاجتماع البيعى لا الاجتماع المكاني بحيث يكونان في مكان واحد، لأن ظاهر قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أن الخيار ثابت للبيعين الغير المتفارقين بما هما بيعان، إذ الظاهر في كون العنوان مأخوذا في الموضوع، لا صرف مرآة و حاك عن ذات البيعين، خصوصا مع ملاحظة مناسبة الحكم و الموضوع، فلو أمكن تحقق الاجتماع البيعى بدون وحدة المكان لما ضرّ في تحقق موضوع هذا الخيار.

و لكن لما كان الغالب هو الملازمة بين الاجتماع البيعى، و الاجتماع المكاني «١»، بل يستحيل انفكاكهما عادة في غير هذه الأعصار، عبّر عن هذا

(١)- في الأصل: المكان.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٦

الاجتماع بوحدة المكان و المجلس.

و تظهر الثمرة في هذه الأعصار إذا تباع المتبايعان بالهاتف- المعبر عنه بالتليفون- فإنه يتحقق الاجتماع البيعى، و إن لم يتحقق الاجتماع المكاني، فإذا قلنا بكفاية الاجتماع البيعى- كما هو الظاهر- يثبت لهما الخيار، و إن كانا متبايعين مكانا، لصدق الافتراق بعد ذلك.

قوله قدس سره: فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص. إلى آخره.

قد عرفت أن النص لا عموم له للوكيل مطلقا حتى المفوض، و إنما صححنا ثبوت الخيار للمفوض بملاحظة حكومه أدلة الوكالة على هذا النص باعتبار تنزيل الوكيل منزلة الموكل، بحيث يكون الوكيل هو نفس الموكل تنزيلا بمقتضى الوكالة، فكأنه وجود آخر للموكل و صورة أخرى له، فإذا أوجد الوكيل البيع للموكل ينسب وجود البيع للموكل، فكأنه هو الموجود له، و من هذا الطرف ينسب المال للوكيل، فكأنه باع لنفسه و باع ماله، فينسب له البيع بالمعنى الاسم المصدرى تنزيلا، فالمالك له البيع تحقيقا و موجد له تنزيلا، و الوكيل له البيع تنزيلا و موجد له تحقيقا.

و بهذا التقريب يكون الوكيل بيعا تنزيلا، و إن قلنا: إن المنصرف من البيع هو المالك العاقد، فالخيار الذى يثبت لعنوان البيع يثبت لهما معا، لا على نحو يكون لكل منهما خيار مستقل، بل هو خيار واحد ثابت لموضوع واحد، و هو عنوان البيع، و الموكل و الوكيل بالتنزيل صاروا كشخص واحد قام به البيع، فليس إلّا بيع واحد و ليس إلّا خيار واحد ثبوته للوكيل بعين ثبوته للموكل.

و بهذا التقرير يظهر أن الخيار كما يثبت للوكيل أيضا يثبت للموكل، بل ثبوته للموكل أولى، لأنه إنما يثبت للوكيل لتنزيله منزلة

الموكل، فيكون في طوله لا في عرضه، و لهذا تكون حكومته أدلة الوكالة على سائر الأدلة من باب التوسع

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٧

في النسبة لا الموضوع، فتكون نسبة حقيقية، و نسبة أخرى مجازية، بمقتضى الحكومة، فيكون هذا الخيار في هذا المقام له نسبة حقيقية إلى ما هو بيع حقيقة بغير تنزيل، و نسبة مجازية إلى ما هو بيع تنزيل.

و على هذا الأساس تتفرع الفروع الآتية في الكتاب كما سيأتي.

نعم قد يشكل الحال في الموكلين لو كانا متفرقين ليس لهما الاجتماع البيعى، فهل يثبت الخيار للوكيلين دون الموكلين، كما في التذكرة و ظاهر الكتاب؟ أو لا يثبت للجميع؟ أو يثبت للجميع؟ وجوه:

من أن الموكلين لم يتحقق فيهما موضوع الخيار، فلا يثبت لهما دون الوكيلين.

و من أن ثبوت الخيار للوكيل، لأنه نائب الموكل و في طوله، فإذا لم يثبت للموكل كيف يثبت للوكيل، و ما بالعرض لا بد أن ينتهى إلى ما بالذات.

و من أن الوكيل لما نزل منزلة الموكل، بحيث كان الوكيل كصورة أخرى و وجود آخر للموكل، فكما أن عقد الوكيل عقد الموكل تنزيلا، كذلك حضوره حضور الموكل تنزيلا، فالموكل عاقد و حاضر للعقد تنزيلا، فله الاجتماع التنزيلي كالعقد التنزيلي، لأن نسبة العقد من الوكيل الحاضر إليه تستدعى نسبة الحضور إليه، بل حتى في صورة حضور الموكلين للعقد، فإن الخيار إنما يثبت لهما لكون حضور الوكيلين حضور لهما تنزيلا، لأن اجتماعهما حال البيع ليس اجتماعا بيعيا، فتأمل.

و هذا الأخير أقوى الوجوه، و عليه فلو تفرق الوكيلان، فهل يبقى الخيار للموكلين، لأنهما لم يتفرقا- بل لا يعقل أن يتفرقا إذ ليس لهما اجتماع حتى يتفرقا- أو أنه يزول بمجرد افتراق الوكيلين؟ الظاهر هو الثانى إن لم يكن هو المتعين، لأنه إنما ثبت لهما الخيار لنسبة الاجتماع إليهما تنزيلا، فإذا تفرق الوكيلان كان لهما

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٨

التفرق التنزيلي أيضا، فلا وجه لبقاء الخيار لهما حينئذ.

و على هذا أنه لو كانا مجتمعين في مكان آخر غير مكان البيع، كان تفرق الوكيلين عن مجلس العقد موجبا لسقوط خيارهما و إن بقيا مجتمعين، كما أنه لو تفرقا عن مجلسهما الذى ليس هو مجلس العقد لا يسقط خيارهما مع بقاء الوكيلين على اجتماعهما.

و الحاصل أن المدار على اجتماع الوكيلين و افتراقهما.

قوله قدس سره: و قد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع. إلى آخره.

لا- مساس لعدم حث الحالف على ترك البيع و كيله في المقام، لأن الحالف إنما يحلف على ترك ما هو فعله و عمل نفسه حقيقة، و بيع الوكيل هو فعل الوكيل حقيقة و إنما كان فعل الموكل تنزيلا.

نعم البيع بالمعنى الاسم المصدري يكون طرفه الموكل، فهو بيع بهذا المعنى، إلما أن هذا لا يجعله فاعلا للبيع تحقيقا حتى يحصل الحث و لا- شبهة أن الحث إنما يحصل بفعل ما حلف على تركه، و لا يعقل أن يحصل بفعل الغير عن الحالف و إن كان ينسب إليه الفعل مجازا، لأنه إنما فعله عنه، و هذا بخلاف الوكيل على مجرد العقد، فإن الموكل هو البائع حقيقة و البيع فعله، و إن كان مجرد العقد ليس بفعله، فإذا كان حالفا على ترك البيع و باع و وكل الغير على إجراء الصيغة لا بد من حصول الحث، لأنه فعل ما حلف على تركه.

نعم لو كان حالفا على ترك العقد، و وكل في إجراء العقد يمكن القول بعدم حصول الحث.

و الحاصل أن المقصود في المقام أن الموكل يصدق عليه عنوان البيع و لو باعتبار أن فعل الوكيل فعله تنزيلا، فلا ينافيه القول بعدم حصول الحث لو حلف على ترك البيع و قد باع و كيله عنه، لأن هذا لا يكشف إلما عن عدم كون البيع فعلا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٩

له حقيقة، لا أنه يكشف عن عدم اتصافه بعنوان البيع، خصوصا وأن صيغة البيع من الصيغ المشبهة باسم الفاعل، فيكفي قيام المبدأ بالمعنى الاسم المصدري بالمالك في صدق عنوان البيع حقيقة على المالك، وإن كان بسبب الوكيل الذي أوجد البيع، فيكون الوكيل هو الذي أوجد البيع حقيقة، و البيع منتسب إلى المالك حقيقة وإن كان انتسابه إلى الوكيل تنزيلا- باعتبار كونه صورة للمالك كما تقدم، فالبيع، قائم بالمالك وإن لم يكن بفعله وإيجاده.

فتحصّل أن الحق ثبوت الخيار للموكل، لصدق عنوان البيع، بل هو أولى من الوكيل لصدق عنوان البيع على الموكل حقيقة و على الوكيل تنزيلا و مجازا على ما تقدم، و توهم مدخلية المباشرة في صدق عنوان البيع لا وجه له أصلا. قوله قدس سره: فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله. إلى آخره.

لما عرفت أنه ليس هناك إلّا خيار واحد لبيع واحد، غاية الأمر أن وجود البيع الواحد ينسب إلى الموكل حقيقة و أولا و بالذات، و إلى الوكيل مجازا و ثانيا و بالعرض لمكان التنزيل، و لذا يكون الوكيل كصورة للموكل و وجود ظلي له، و لذا أيضا لا يكون صدق قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» على الوكيلين و الموكلين معا من باب العموم الاستغراقي و لا المجموعى، بل ليس من باب العموم أصلا، ففي الحقيقة لا يكون في هذه المعاملة الخاصة إلّا بيعان لبيع واحد لا بيعان و بيعان لبيع واحد، فإذا سبق واحد من أهل الطرف الواحد، فأعمل الخيار لا بد من نفوذه فسخا كان أو إمضاء، و سقوط خيار الآخرين، إذ الخيار الواحد لا يبقى بعد إعماله و إعدامه، و من هنا تعرف أنه ليس من باب تقديم الفاسخ على المجيز، بل من باب إعدام الخيار الشخصي، فلو كان السابق مجيزا و اللاحق فاسخا قدّم السابق.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٠

قوله قدس سره: ثم على المختار من ثبوته للموكلين، فهل العبرة. إلى آخره.

لا يخفى أنه تارة يتكلم أنه يشترط حضور الموكلين و عدمه في ثبوت الخيار لهما، و قد تقدم أن المختار هو ثبوته لهما مطلقا، و إن لم يكونا حاضرين.

و أخرى يتكلم فيما إذا لم يكن الموكلين حاضري مجلس العقد- و قلنا بثبوت الخيار لهما في هذه الصورة- أن اجتماعهما في غير مجلس العقد، هل يعد اجتماعا، فيكون تفرقهما عن هذا الاجتماع الخارج عن مجلس العقد مسقطا للخيار، و أن تفرق الوكيلين موجب لسقوط خيار الوكيلين، سواء كانا مجتمعين خارج العقد أو لا؟ «١»، و قد تقدم أن العبرة في هذا المقام هو تفرق الوكيلين و بقاؤهما مجتمعين، و يدور خيار الموكلين مدار ذلك سقوطا و بقاء.

و ثالثه يتكلم بعد فرض حضور الموكلين- و القول بثبوت الخيار حينئذ لهما- أن المدار في سقوط الخيار على تفرق الوكيلين فقط حتى لو بقى الموكلان مجتمعين أو على تفرق الموكلين فقط، فيسقط الخيار حتى لو بقى الوكيلان مجتمعين، بعكس الاحتمال الأول، أو على تفرق الجميع، الوكيلين و الموكلين، فلو بقى الوكيلان أو الموكلان، أو وكيل من طرف، و موكل من طرف آخر مجتمعين لا يسقط الخيار، و لا يضر تفرق الآخرين، و إنما يكون التفرق مسقطا لخيار نفس المتفرق خاصة دون من كان باقيا في مجلس العقد، و هذا الوجه الأخير أقوى الوجوه كما في الكتاب.

أما بناء على ما سلكه المصنف قدس سره و غيره من ثبوت الخيار للوكيل في عرض ثبوته للموكل لمكان عموم النص لكل منهما عموما استغراقيا لصدق البيع على كل منهما فواضح، لأنه قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ينحل

(١)- في الأصل: أولى.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩١



كسائر العمومات على قدر تعدد الموضوع، فلكل متبايعين خيار مستقل، سواء كانا وكيلين أو أصيلين «١»، كما أن لكل متبايعين تفرق مستقل يوجب سقوط خيار نفسيهما، فلا ربط حينئذ لخيار الوكيل بالأصيل ولا لتفرقه بتفرقه كما لو تعدد البيع و لكل بيع يتبعان، و لكن هذا المبني لا يمكننا المساعدة عليه كما تقدمت الإشارة إليه غير مرة ضرورة أنه ليس هناك بحسب الفرض إلا بيع واحد، فلا بد أن لا يكون إلما يتبعان، بائع و مشتري، لا بائعان و مشتريان أحدهما في عرض الآخر لبيع واحد، فلا بد أن لا يكون إلا خيار واحد و تفرق واحد.

و أما بناء على ما سلكناه من أن ثبوت الخيار للوكيل في طول ثبوته للموكل باعتبار أن الوكيل وجود آخر تنزيلي للموكل، كما أوضحناه، فقد يشكل الحال في المقام للزوم التناقض في الغاية- و هو قوله «ما لم يتفرقا»- لو تفرق الوكيلان أو الأصيلان، أو وكيل و أصيل من الطرفين، و ذلك لأنه على هذا الفرض ليس إلا خيار واحد، و لا بد أن تكون غاية واحدة، كما أن المفروض صدق النص على الوكيلين بعين صدقه على الأصيلين، فإذا تفرق الوكيلان فقط مثلا صدق تفرق البيعين الذي هو غاية لثبوت الخيار، فلا بد أن يسقط، و صدق أيضا عدم تفرقهما لبقاء الموكلين، فلا بد أن يكون باقيا، و هذا ما نريده من التناقض و يرتفع هذا التناقض بتخصيص سقوط الخيار بتفرق الوكيل و «٢» الموكل أو أحدهما.

و الوجه في الأول أن ثبوت الخيار للموكلين بناء على عدم اعتبار حضورهما في مجلس العقد في ثبوته لهما، لا لمكان كون لهما الحضور البيعي، فإنه لا حضور بيعي لهما، بعد أن كان الوكيلان مفوضين، و إنما لهما الحضور حال البيع على

(١)- في الأصل: أصيلين.

(٢)- في الأصل: أو.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٢

نحو الاتفاق، بل إنما ثبت الخيار لهما لمكان أن حضور الوكيلين حضورهما تنزيلا، لأن وجود الوكيل وجود الموكل تنزيلا، و حيث كان كذلك فالمدار في سقوط الخيار على تفرق الوكيلين، كما كان مدار ثبوته للموكلين على حضور الوكيلين، فلا اعتبار بحضور الوكيلين و لا بتفرقهما، فيثبت الخيار للموكلين مع حضور الوكيلين و إن تفرقا، و يسقط خيارهما مع تفرق الوكيلين و إن بقيا مجتمعين.

و لكن هذا الوجه مخدوش، لأن استفادة اعتبار الحضور البيعي على نحو التوصيف أو الغاية من دليل هذا الخيار لا شاهد لها، و غاية ما يستفاد اعتبار الحضور حال البيع و عدم التفرق، فلا حاجة إلى تنزيل حضور الوكيلين منزلة حضور الموكلين في ثبوت الخيار للموكلين، بل هما بأنفسهما حاضرين، بلا حاجة إلى هذا التنزيل.

نعم فيما إذا لم يكونا حاضرين لا بد من هذا التنزيل في ثبوت الخيار لهما، و إلا لما ثبت الخيار لهما.

و الوجه في الثاني- و هو تخصص سقوط الخيار بتفرق الموكلين دون الوكيلين- أن الخيار إنما يثبت للوكيلين ثانيا و بالعرض و مجازا بعد فرض ثبوته للموكلين حقيقة و بالذات، فثبوت الخيار للوكيلين تابع لثبوته للموكلين، و مقتضاه أن المدار على تفرق الموكلين، لأنهما هما اللذان ثبت لهما الخيار أصالة و حقيقة فهما كانا مدلول الدليل، فالضمير الذي في قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا» «١» إنما يعود عليهما خاصة.

و هذا الوجه أيضا مخدوش كسابقه، لأنه و إن كان ثبوت الخيار للوكيلين يتبع ثبوته للموكلين، و الضمير بحسب الحقيقة إنما يعود إلى المالكين، و لكن على مقتضى طريقة الحكومة و قضية ثبوت الخيار الطولي للوكيلين لا بد أن يكون

(١)- في الأصل: يتفرقا.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٣

لتفرقهما دخل في سقوط خيارهما، لأنه معنى الحكومة المفروضة أن الوكيلين داخلان في موضوع الدليل توسعا في النسبة، فالحكم ثابت لهما بهذه الحكومة كثبوتها للموكليين، بل بعين ثبوته لا بثبوت آخر كما تقدم توضيحه، فكما أن الخيار يثبت لهما لصدق البيعين عليهما صدقا طويا، فكذلك لا بد أن يسقط عنهما بتفرقهما، كما يسقط بتفرق الأصيلين، و الوكيلان بحسب الفرض صورة الموكليين و وجود آخر لهما، فتفرقهما بمنزلة تفرق الموكليين.

فالتحقيق و الأقوى ما قوّاه المصنف قدّس سرّه، من أن المدار على تفرق كل من الوكيلين و الموكليين، بمعنى كفاية بقاء أصيل من طرف و وكيل من طرف آخر في مجلس العقد في بقاء الخيار لخصوص الباقي، لأن وحدة الخيار، و كون الوكيلين وجود تنزيلي و صورة لوجود الموكليين تقتضى ذلك، و لا يلزم التناقض في الغاية، فإن الدليل على هذا بعين صدقه على الموكليين يصدق على الوكيلين بصدق واحد، فإذا تفرّق الوكيلان مع بقاء الموكليين لم يصدق التفرق للبيعين، لأن الموكليين بيعان حقيقة، فالبيعان بما هو بيعان بأحد الوجودين - و هو الوجود الحقيقي لهما - باقيا لم يتفرقا - كما أنه إذا تفرق الموكلان مع بقاء الوكيلين لم يصدق التفرق للبيعين أيضا، لأن الوكيلين أحد وجودى البيعين التنزيلي، فالبيعان بأحد وجوديهما باقيا لم يتفرقا.

و الحاصل أن الموضوع هو البيعان بما هو بيعان بهذه الصفة لم تلاحظ فيه خصوصية الأشخاص، كما أن الضمير في قوله «لم يتفرقا» عائد للبيعين بما هما كذلك، و ليس لهما إلّا وجود واحد ينسب إلى الأصيلين حقيقة و إلى الوكيلين مجازا، فإذا بقى الوكيلان و الأصيلان في مجلس العقد، فالبيعان لم يتفرقا و إذا بقى الوكيلان أو الأصيلان، فالبيعان لم يتفرقا أيضا، و لا يضر تفرق الوكيلين أو الأصيلين، لأنه لا يوجب صدق تفرق البيعين مع بقائهما بوجود آخر حقيقى أو

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٤

تنزيلي، و لا يصدق تفرق البيعين إلّا مع تفرق الجميع حيث لا يبقى وجود لهما باق في مجلس العقد أصلا.

و من هذا التقرير يتضح ما في بعض حواشى الكتاب من أن: الأقوى أنه يكفى في سقوط الخيار تفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل، و ذلك لأن الظاهر أن الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق، و المفروض صدقه و إن كان يصدق عدم التفرق أيضا مع بقاء أصيل أو وكيل «١». انتهى.

وجه الاتضاح أنه - بناء على ما ذكرناه - بمجرد تفرق الأصيل أو الوكيل لا يصدق تفرق البيعين مع بقائهما بوجودهما الآخر، فعدم سقوط الخيار بتفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل لا لصدق عدم التفرق فقط، بل لعدم صدق التفرق للبيعين.

و الحاصل أن المدار على صدق تفرق البيعين بما هو بيعان، لا على صدق تفرق الوكيلين أو الموكليين بشخصهما بما هما وكيلان أو موكلان، و التفرق الصادق هنا هو تفرق الوكيلين أو الموكليين بما هما كذلك، و إلّا لا يعقل صدق تفرق البيعين بما هو كذلك مع بقائهما بوجود آخر، فتدبر و لاحظ، فإنه دقيق في الجملة.

قوله قدّس سرّه: و إن لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل. إلى آخره.

الأقوى هو ما أفاده المصنف قدّس سرّه من عدم ثبوت الخيار لهكذا وكيل لم تستدم و كالتة إلى ما بعد العقد، و إن كان و كيلا مفوضا بالنسبة إلى إيجاد المعاملة لا و كيلا على مجرد إجراء الصيغة، و ذلك بناء على ما سلكناه من الحكومة واضح، لأن المرجع هنا هو مقدار الوكالة سعة و ضيقا، فلا بد أن يكون تنزيل الوكيل منزلة الموكل على مقدارها، فبيما إذا كان و كيلا على مجرد إجراء الصيغة كان بمنزلته بهذا

(١) - حاشية السيد اليزدى ٢: ٦.

المقدار، فلم يثبت له الخيار، لعدم صدق البيع تنزيلا- عليه، وفيما إذا كان وكيلا- مفوضا إلى الآخر فهو بمنزلة المالك من جميع الجهات فثبت له أحكام المالك من حيث كونه يبيعا.

و أمّا في المقام، فإنه و إن كان يصدق على الوكيل عنوان البيع تنزيلا و يكون وجودا آخر للبيع المالك حال البيع، إلّا أنه لما كانت وكالته محدودة لم تتجاوز ما بعد العقد، فلا يكون وجودا آخر للبيع فيما بعد العقد الذي هو محل ثبوت الخيار، فلا محالة لا تقتضى الحكومة ثبوت الخيار لهذا الوكيل إلى ما بعد العقد.

و هذا نظير ما لو كان وكيلا مفوضا مطلقا ثم زالت وكالته بعد العقد، فإنه لا يبقى له هذا الوجود التنزيلي حتى يثبت له الخيار. نعم الحكم الذي يثبت للأصيل حال العقد لا بد أن يثبت لهذا الوكيل حال العقد أيضا، فتدبر. قوله قدس سرّه: لأن المتيقن من الدليل. إلى آخره.

لأن عنوان البيع قد أخذ في موضوع الخيار فلا بد أن يصدق هذا العنوان لمن يثبت له هذا الخيار، فلا يقبل النقل لشخص لم يثبت له هذا العنوان، و مجرد التوكيل على الخيار لا يقتضى صدق عنوان البيع على الوكيل. و الحاصل أن هذا الخيار يدور مدار صدق عنوان البيع، لأنه هو المتيقن من الدليل، فلا يقبل النقل و الانتقال، و لا التوكيل فيه.

### ثبوت الخيار للفضولي و المميز

قوله قدس سرّه: لا لعدم صدق المتبايعين. إلى آخره.

إذا كان الفضولي قد باع عن المالك، فهو أسوأ حالا من الوكيل على مجرد

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٦

اجراء العقد، لعدم صدق البيع عليه حتى عند العرف، لأن البيع من قام به البيع، و المفروض عدمه، و ليس هناك ما يجعله منزلا منزلة المالك و لو في مجرد إجراء العقد حتى يجعله يبيعا تنزيلا، فليس يصدق عليه البيع لا حقيقة و لا تنزيلا، لا عرفا و لا شرعا. و أما إذا كان الفضولي قد باع لنفسه فإنه و إن كان يبيعا عرفا كما أفاده المصنف قدس سرّه، و لكنه لا يكون داخلا تحت عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» لخروجه تخصصا، و إن كان البيع هو النقل العرفي.

بيان ذلك أن جعل الخيار من الشارع إرفاقا على المتبايعين لا بد أن يكون بعد فرض صحة البيع عنده، و إلّا لما كان موردا للإرفاق و لا للخيار، بل لا معنى للخيار شرعا في مورد فساد البيع، فلا بد- أخذنا من مناسبة الحكم و الموضوع- أن يكون المراد من البيع البيع شرعا، بأن يكون يبيعا بالبيع الصحيح شرعا، و الفضولي «١» ليس يبيعا شرعا، و إن كان يبيعا عرفا، فيكون هذا الفضولي خارجا عن موضوع هذا الخيار تخصصا، كالفضولي البائع عن المالك، و ليس الإشكال فيه هو عدم حصول النقل الفعلي شرعا حتى يقال- كما في المتن-: إن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض، بل الإشكال ما عرفت من عدم صدق البيع عليه شرعا، و البائع في الصرف و السلم قبل القبض يبيعا شرعا. و إن لم يحصل النقل فعلا كما هو واضح.

و على تقدير فرض عدم صدق البيع عليه شرعا، فلا مضايقة من القول بعدم الخيار في الصرف و السلم، بل لا بد من الالتزام به، و ليس ذلك في نفسه لازما باطلا.

قوله قدس سرّه: فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين. إلى آخره.

لم نفهم معنى هذه الفحوى

(١)- في الأصل يوجد: «الباع لنفسه».

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٧

بعد أن كان المستند عند المصنف لعدم ثبوت الخيار للموكلين الغير المستقلين هو عدم نهوض أخبار الباب لإثبات التمكّن من رد ما انتقل إليه المأخوذ في موضوع هذه الأدلة باعتبار إطلاقها المسوق لذلك بعد فرض الشك في هذا التمكّن، وذلك لأن عدم نهوض الأخبار لا يكون له فحوى.

قوله قدّس سرّه: نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما. إلى آخره.

لصدق البيع على المميز الحاضر مجلس العقد، وليس شأنه إلّا كشأن المالك الحضار الذي باع عنه وكيله، ولا يفرق في ذلك بين النقل والكشف.

نعم لو قلنا باعتبار الحضور البيعي توصيفا أو غاية ربما نقول بعدم ثبوت الخيار حينئذ للمالكين، لأن حضورهما ليس حضورا بيعيا و الإجازة بحسب الفرض ليست بيعا، لكن الشأن في اعتبار هذا المعنى من الحضور، بل القدر المتيقن من الحضور المعتبر هو الحضور المقارن للبيع، كما تقدمت الإشارة إليه.

قوله قدّس سرّه: و اعتبار مجلس الإجازة على القول. إلى آخره.

أما على القول بالكشف فواضح عدم ثبوت الخيار للمميز اعتبارا بمجلس الإجازة، لأن البيع ينتسب له واقعا من أول الأمر، فهو بيع واقعا من حين العقد، لا من حين الإجازة، و المفروض عدم حضوره مجلس العقد، بخلافه على القول بالنقل، فإنما يصدق عليه البيع من حين الإجازة، فيصدق عليه البيع و هو مجتمع مع الطرف الآخر، فيشمله عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (١). لكن هذا بناء على أن الإجازة بيع واضح، و أما بناء على عدمه، فلا بد من بنائه على عدم اعتبار حضور مجلس العقد، بل يكفي الاجتماع للبيعين بصفة كونهما يبيعان الذي يصدق بعده الافتراق لهما بما هو بيعان، بحيث يكون ابتداء

(١) - الوسائل ١٨: ٦ كتاب التجارة، باب ١ من الخيار، حديث ٣.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٨

صدق البيعين عليهما في حال الاجتماع، و كفاية هذا القدر من الاجتماع تحتاج إلى مؤنة زائدة لا يتحملها انصراف الأدلة و إطلاقها، و المسألة تحتاج إلى التأمل.

و بناء على الاكتفاء بهذا القدر لا- بد من القول بثبوت الخيار للموكلين في صورة الوكالة، و إن كانا مجتمعين خارج مجلس العقد بحيث يكون اجتماعهما خارج مجلس العقد هو المقتضى لثبوت الخيار لهما.

### الخيار في بيع من ينتق على المشتري

قوله قدّس سرّه: و إلّا فلا إشكال في ثبوت الخيار. إلى آخره.

لأن العتق إنما يحصل بعد الملك، و المفروض أنه لا يملك إلّا بعد انقضاء زمن الخيار، فلا عتق قبل انقضائه حتى يكون مانعا من التراد، إذ «لا عتق إلّا في ملك» (١). و لكن هذا مبنى على أن العتق بعد فرض حصول الملك آنا ما.

و أما لو قلنا أن العتق يحصل بمجرد الشراء، فيكون البيع صوريا لا حقيقيا فلا يدخل تحت عموم «البيعان بالخيار»، كما سيأتي.

و تفصيل المقام يقتضى بسطا في البحث، فنقول: إن الأقوال في مسألتنا مبنية على أمور وقع الخلاف فيها:

أولها: المسألة التي أشار إليها المصنف ها هنا، و هي أن ملك المتبايعين يحصل بعد انقضاء زمن الخيار أو بعده، و الأول قول اختصاص به الشيخ قدّس سرّه على ما نسب إليه، و النزاع إنما يجيء على الثاني دون الأول كما سبق، و الحق في المسألة هو الثاني، و عليه اتفقت الكلمة الآن.

ثانيها: إن الخيار حق يتعلق بنفس العين أو بالعقد، فإن كان الأول فلا

(١)- و هو مضمون وارد في بعض الروايات، راجع الوسائل ٢٣: ١٦ كتاب العتق، باب ٥.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٩

إشكال بعدم ثبوت الخيار في مقامنا، لعدم بقاء العين على ملك من انتقلت إليه بالعقد، فخرجت عن المالية، وعندئذ لا معنى للرجوع إلى بدلها بعد تعذرها و خروجها عن المالية، أو لأنه إذا تعلق الخيار بالعين تتعارض أدلة هذا الخيار مع أدلة عدم عود الحر إلى الرقبة، و أدلة انعقاد أحد العمودين على ولد بمجرد الملك، و الأدلة الأخيرة مقدمة، إمّا لكونها لا تقبل التخصيص أو لغير ذلك، فلا يكون المورد من باب تزامم الحقوق، كما يكون على الوجه الثاني و هو تعلق الخيار بالعقد لا بالعين، فالخلاف في المقام إنما يجيء على هذا القول دون الأول، و القول الثاني هو الأصح.

ثالثها: إن الفسخ حل العقد من حين العقد أو من حين الفسخ، فإن كان الأول فلا إشكال بثبوت الخيار في المقام، لأن الفسخ يكون إبطالا لملكية المشتري الحاصلة بالعقد التي ترتب عليها الانعقاد، فيكشف عن عدم تملك المشتري لأبيه - مثلا - من أول الأمر و عدم انعقاده عليه، بخلافه على القول الثاني و هو الأصح أيضا.

رابعها: إن شراء من ينعقد عليه شراء صوري، من قبيل استنقاذ المسلم من يد الكافر بالشراء منه، أو شراء حقيقي، فإن كان الأول فلا مجال للخيار، إذ لا بيع حتى يدخل تحت دليل «البيعان بالخيار»، بخلافه على الثاني، و هو الأصح أيضا، لأنه مقتضى الجمع العرفي بين أدلة شراء من ينعقد عليه الدال بعضها على الانعقاد بعد حصول الملك، و البعض الآخر على عدم ملك الشخص لعموديه و ما يلحق بهما، المحمول بمقتضى الجمع على عدم تملكه على نحو الاستمرار، لا آنا ما لحصول الانعقاد.

خامسها: إن إقدام المشتري على شراء أبيه يعد إتلافا له أم لا؟ فإن كان الأول فلا وجه لثبوت الخيار له بعد إقدامه على إتلافه، و هذا هو مبنى التفصيل

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٠

بين البائع و المشتري، فيثبت للبائع دون المشتري، كما نقل في الكتاب احتمالاه عن الدروس، إذ ليس للبائع ذلك الإقدام.

و قد يقال بعدم ثبوت الخيار له أيضا، لأنه أيضا له الإقدام على إتلافه و إخراجه عن المالية، كما سيذكره المصنف.

و قد فصل قدس سرّه بين ما إذا كان المشتري عالما بالحكم، فيكون إتلافا، و بين جهله به، فيكون تلفا قهريا، كما أشار إليه فيما سيأتي، و لكنه تأمل فيه، و سيأتي وجه التأمل.

سادسها: إن حقيقة الفسخ إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، أو صرف إرجاع المال بإرجاع بدله، و لو كان قد انتقل بعقد لازم إلى الثالث، فينتقل حينئذ إلى بدله لا إلى عينه، فإن كان الأول لا مجال لثبوت الخيار، لأنه لما تلف المبيع من المشتري بالانعقاد امتنع الفسخ إلّا برجوع المبيع إلى ملك المشتري آنا ما حتى يكون الرجوع بما هو ملكه و يتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه، ثم يرجع كذلك إلى ملك البائع حتى يرجع إلى من انتقل عنه.

ثم إنه حيث تلفت العين بالانعقاد بإتلاف المشتري مضمونه عليه، فيرجع عليه البائع ببديلها، كما هو كذلك في كل إتلاف للمبيع في مورد الخيار، كما لو نقله بعقد لازم. و لكن هذا المعنى لا يعقل تحققه في المقام، لعدم الدليل على رجوع العبد رقا إلى ولده بعد الانعقاد و لا آنا ما، و إنما قام الدليل على ملكه ابتداء، ثم انعقاده، كما تدل عليه أدلة «١» صحة شرائه، فلا يعقل تحقق الفسخ بهذا المعنى، فكيف يثبت الخيار؟

و أما بناء على القول الثاني في حقيقة الفسخ، فيصح التكلم في ثبوت الخيار و عدمه، و سيأتي.

(١)- في الأصل: أدل.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠١

إذا عرفت هذه الأمور الستة يتضح لك أن الكلام في ثبوت الخيار يتوقف على اختيار أمور:

١- إن الملك للعوضين في البيع يحصل قبل انقضاء زمن الخيار.

٢- إن الخيار يتعلق بنفس العقد.

٣- إن الفسخ من حينه لا من حين العقد.

٤- إن شراء من ينعق عليه شراء حقيقي لا صوري.

٥- إن الفسخ عبارة عن تراؤد نفس العينين أينما كان، فإذا امتنع إرجاع العين ينتقل إلى بدلها المثل أو القيمة.

و حينئذ نرجع إلى أدلة خيار المجلس و أدلة شراء من ينعق عليه، فإنها بظاهرها متعارضة، إلا أنه لما كان الخيار يتعلق بالعقد فيكون المقام من باب تراحم الحقوق، فإنه يتراحم حينئذ حق المتبايعين و حق العبد المنعق، فإن أمكن الجمع بين الحقوق فذاك، و إلا فالمقدم أقوى الحقين.

ولا شبهة أن حق العبد أقوى من حق الخيار، إلا أنه يمكن الجمع بينهما بناء على تلك المباني المتقدمة و طريق الجمع هو الانتقال إلى البديل، فيكون الرد لبديل العبد المنعق، فإنه بعد البناء على أن الفسخ عبارة عن تراؤد العينين أينما كانا لا حاجة في مقام الرد إلى رجوع العين إلى ملك المشتري آنا ما، حتى يقال: إنه لا دليل على جواز رجوع العبد إلى ملك من انعق عليه ثانيا، بعد أن قام الدليل على ملكه ابتداء له ثم انعاقه، بل يكفي فيه أن يعود رقا إلى ملك البائع آنا ما، ثم ينعق مضمونا على المشتري فيرجع إلى بدله، و لا بأس بالالتزام به بعد أن كان ذلك مقتضى الجمع بين الحقوق المتراحمة.

نعم لا مجال لهذا الجمع إذا قلنا: إن حقيقة الفسخ هو إرجاع المال عمن انتقل إليه إلى من انتقل عنه، لما تقدم من عدم الدليل على ملك الولد لأبيه، و غاية

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٢

ما دل على ملكه له ابتداء و لا- يقتضيه الجمع بين الحقوق، فتأمل، فإن عود الحرّ رقا آنا ما و لو إلى غير من انعق عليه مشكل، لأدلة استحالة عود الحرّ رقا.

اللهم إلا أن يقال: لا حاجة على هذا القول إلى تقدير رجوع العين إلى ملك من انتقلت عنه في الفسخ، بل العين لما كانت مضمونة على المشتري فمقتضاه أنه مضمونه بعد الفسخ بقيمتها، كما في صورة تلف المبيع المستحيل عوده ملكا إلى البائع و إن صحّ فيه التقدير قبل التلف، ثم التلف مضمونا على المشتري، فليصح هنا.

و أما مسألة الإلتلاف، فظاهر بعض كلمات المصنف أن الإلتلاف إنما يتحقق إذا كان العتق يتحقق بنفس العقد من دون حصول الملك فيما إذا كان البيع صوريا.

و أما إذا كان البيع حقيقيا، و العتق إنما يحل بعد الملك، فلا يتحقق الإلتلاف من الطرفين بالإقدام على البيع، لأنه ليس الإقدام على البيع إقداما على الانعاق، و لكنك قد عرفت أن الإقدام على السبب إقدام على المسبب و لو بالواسطة، فيكون إقداما على الإلتلاف. و التحقيق أنه و إن صدق الإلتلاف بالإقدام على السبب إلا أنه لا يسقط به الخيار، أما إذا كان البيع صوريا، فلا يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار» فلا خيار حتى يسقط بالإلتلاف.

و أما إذا كان البيع حقيقيا- كما هو الصحيح- فالإلتلاف إنما يكون مسقطا للخيار إذا كان كاشفا عن الرضا باللزوم كما يستفاد من التعليل في الرواية في خيار الحيوان، فذلك رضا منه.

و ليس المراد منه صرف الرضا بمضمون العقد و حصول الانتقال، فإن ذلك حاصل في كل بيع، ضرورة أن هذا من قوام البيع المتضمن للنقل و الانتقال، بل المراد منه ما يكون محققا لإسقاط الخيار و حق الفسخ، و ذلك إنما يتصور بعد

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٣

فرض ثبوت الخيار و إنما فمع عدم ثبوته لا- معنى للإسقاط و لا يثبت الخيار إلا بمرتبة متأخرة عن البيع و الشراء، فلا يكون الإتلاف بنفس البيع داخلا- في الإتلاف المسقط للخيار المدلول عليه بالدليل، لعدم كشفه عن الرضا بلزوم العقد بهذا المعنى من الرضا المتوقف على حصول البيع و ثبوت الخيار، فلا وجه لما أفاده المصنف أخيرا من أن الدفع أولى من الرفع لمنع الأولوية، لأنه في صورة الرفع إنما دليل الدليل على سقوط الخيار بالإتلاف لكشفه عن الرضا باللزوم، فيكون إسقاطا فعليا بالقصد إليه، و مفهوم الأولوية إنما يثبت فيما إذا كانت علة الحكم موجودة في الفرع بنحو أقوى، و هذه العلة- و هي الرضا على ما سمعت معناه- غير موجودة في الفرع و هو صورة الدفع، فضلا عن أن تكون بنحو أقوى.

و على كل حال فالحق في المسألة عدم ثبوت الخيار، لأن الحق أن الفسخ عبارة عن إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، ضرورة أن التراد هو عكس المبادلة، و الحق في المبادلة، كما هو مختار المصنف، و جملة من المحققين التابعين له، خلافا لبعض المحققين قدس سره- أنها عبارة عن تبديل طرفي الإضافة، و نقل كل من البدل و المبدل إلى ملك من خرج الآخر عن ملكه، لا مطلق التبديل بين العينين، مع قطع النظر عن إضافتهما إلى ملك مالكهما، و قد تقدم الكلام فيه في محله. و التراد لَمَّا كان بديلا للمبادلة و عكسها، و إرجاع المالكين إلى حالهما السابق، فلا بد أن يكون عبارة عن إرجاع كل من البدل و المبدل عن ملك من انتقل إليه بالمبادلة إلى ملك من انتقل عنه، و قد تقدم أنه بناء على هذا المبنى في حقيقة الفسخ لا مجال لثبوت الخيار.

قوله قدس سره: و الحاصل أنا إذا قلنا: إن الملك فيمن ينعق عليه تقديرى لا تحقيقى. إلى آخره.

كما إذا كان البيع

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٤

صوريا استنقاذا للعبد، و إنما كان الملك تقديرى على هذا القول، لأنه «لا عتق إلا في ملك»، فلا بد أن يقدر الملك آنا ما قبل الانعتاق.

قوله قدس سره: لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

لعله قدس سره أشار بالتأمل إلى أن المفروض أنه أقدم على الشراء في صورة الجهل، و إنما كان جهله بترتب التلف عليه، و ذلك لا يخرج عن كونه إتلافا، لأنه يكتفى في الإتلاف الإقدام على السبب، و إن جهل بترتب المسبب عليه، و لعله أشار إلى ما هو التحقيق من أن البيع ليس صوريا، بل هو حقيقى، و الإتلاف إنما يكون على الأول دون الثانى، كما أفاده قدس سره.

قوله قدس سره: و قد يقال: إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى. إلى آخره.

القائل هو صاحب المقاييس قدس سره.

و بيان ما أفاده أن الخيار و الانعتاق إما أن يكونا معلولى علة واحدة، و هي نفس العقد أو الملك آنا ما بعد العقد، و إما أن يكون الخيار معلولا للعقد، و الانعتاق معلولا للملك، و إما يكون العكس، الخيار معلولا للملك، و العتق معلولا للعقد، فإن كان الأول بأن كان معلولى علة واحدة هي العقد أو الملك كان في رتبة واحدة، فيقع التزاحم بينهما للتنافى بين حق الخيار و حق الانعتاق، فإما نرجع إلى الترجيح بالأدلة حيث يكون ذلك من باب التعارض، كما رجح قدس سره أخبار الانعتاق بالأنصية، و إما نرجع إلى أقوى الحقيين حيث يكون المقام من باب التزاحم، و حيث إن حق الحرية أقوى، فهو المقدم لغلبة جانب الحرية، كما هو المشهور.

و على كل حال فالأقوى عدم ثبوت الخيار و إن كان قدس سره احتمل الثبوت جمعا بين الحقيين.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٥

و إن كان الثانى، و هو الثالث فى كلامه، لأنه جعل الأول قسمين، فيكون الخيار فى رتبة سابقة على الانعتاق، لأنه فى رتبة علة الانعتاق

و هي الملك، فالأقوى ثبوت الخيار لسبق تعلق حقه، فلا مجال لثبوت حق الانعقاد بعده.

و إن كان الثالث و هو الأخير في كلامه، كان حق الانعقاد ثابتاً برتبة سابقة عكس السابق، فلا مجال لثبوت حق الخيار، فيقوى عدم ثبوت الخيار كما في الأول.

و التحقيق أنه لا يمكن القول بكون الانعقاد متركبا على العقد، لما عرفت من أن البيع حقيقي فيترتب عليه الملك، ثم الانعقاد. و أما الخيار فهو من أحكام نفس العقد لا الملك، فالصورة الثانية من الصور الأربع هي الصحيحة.

و لكن لا يخفى أن ما ذكره - من أن حصول الخيار في رتبة سابقة على العتق، فلا يزاحمه العتق - محل نظر، لأنه ليس ترتب الخيار على العقد و لا - ترتب الملك على العقد من باب ترتب المعلول على علته حتى يكون حصول الملك الذي هو علة للعتق في رتبة حصول الخيار، بل ترتب الخيار من باب ترتب الحكم على موضوعه، و ترتب الملك من باب ترتب المنشأ على الإنشاء، و من الضروري أن وجود المنشأ بعين وجود الإنشاء، فإذا ترتب الخيار على العقد، فقد ترتب على الإنشاء الموجود بوجوده المنشأ و هو الملك، فيكون الخيار أيضا في مرتبة متأخرة عن الملك، أو نقول: إنه إذا قلنا: إن العقد موضوع للخيار ليس المقصود صرف الإنشاء اللفظي، بل الإنشاء بما له من المنشأ، ضرورة أن العقد من دون أن يكون منشأ به مضمونه حقيقه لا يكون موضوعا للخيار، فالخيار يتوقف على فرض المنشأ، و هو الملكية و حصوله، فكيف يكون في رتبة حصول الملكية؟

قوله قدس سره: لأنصية. إلى آخره.

حيث إن عموم

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٦

أخبار الانعقاد يأبى عن التخصيص، بخلاف أخبار خيار المجلس و إن كان بينهما عموم من وجه، فإن الاستفادة منها عدم قابلية ملك القريب لقربيه، فبمجرد ملكه ينعقد، و في بعض النسخ بدل قوله: «لأنصية» «لأخصية»، و لعله بالنظر إلى أخبار شراء من ينعقد على المشتري، فتكون أخص من أخبار الخيار.

قوله قدس سره: و بالإجماع على عدم إمكان. إلى آخره.

هذا تتميم للجمع بين الحقين، و العمل بالنصين بالرجوع إلى قيمة المبيع بمقتضى هذا الإجماع، إذ مقتضى ثبوت الخيار مع عدم انقلاب الحر عبدا أنه إذا فسخ البائع لا يبقى في يده الثمن و لا المثل، فلا بد من الرجوع إلى البدل - القيمة أو المثل - بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين.

قوله قدس سره: و تنزيلا للفسخ منزلة الأرش. إلى آخره.

لأنه إذا فسخ البائع يرجع على المشتري في الحقيقيه بالتفاوت بين المسمى و قيمة المبيع متى ما كان المسمى أنقص من القيمة، و إذا فسخ المشتري يرجع على البائع بالتفاوت أيضا متى ما كانت القيمة أنقص من المسمى.

قوله قدس سره: أو تعيب بما يوجب ذلك. إلى آخره.

أى ما يوجب العتق كالعمى و الإقعاد.

قوله قدس سره: لما مر، و لسبق. إلى آخره.

أى لما مر من الجمع بين الحقين، و حينئذ فلا - مورد للتعليل الثاني، لأنه إنما يثبت الخيار لسبقه، حيث يكون منافيا لحق الانعقاد، و المتنافيان إذا وجد أحدهما برتبة سابقة لا مجال لوجود الثاني، و مع فرض إمكان الجمع بين الحقين لا يكون أحدهما منافيا للآخر، فوجوده في رتبة سابقة لا يمنع من وجود الآخر، فالتعليل الثاني إنما يتم في فرض عدم إمكان الجمع، فكان المناسب عطفه ب «أو»

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٧

لا ب «الواو».



قوله قدس سره: و لو تقدیرا. إلى آخره.

بأن يقدر (كما في صورة نقل أحد العوضين في زمان الخيار بعقد لازم) دخول التالف بالعقد اللازم أو غيره في ملك من انتقل إليه أو لا- أنا ما، ثم خروجه عن ملكه إلى ملك من انتقل عنه، ثم تلفه بالعقد اللازم أو غيره مضمونا على من انتقل إليه أولا، الذي قد تلف بيده المال بالنقل أو غيره.

قوله قدس سره: كما لو فرض بيع المشتري. إلى آخره.

هذا مثال للنفي أي ما لا يجوز فيه التقدير، وهو نفس المثال الذي ذكرناه في الحاشية السابقة. ولكن لا مانع من التقدير فيه، و ما سيذكره المصنف قدس سره من عدم إمكان عود الملك قبل الانتقال- الذي هو بمنزلة التلف- إلى الفاسخ محل منع، فإنه في صورة التلف يقدر الملك أنا ما قبل التلف حتى يكون تلفه مضمونا عليه، فكيف ما هو بمنزلته؟

و الحاصل أنه بعد قيام الدليل على أنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، و قيامه على عدم سقوط الخيار مع التلف، و بما هو بمنزلته لا محيص من تقدير العود إلى ملك من انتقل عنه قبل التلف أنا ما، ثم تلفه من ملكه مضمونا على من انتقل إليه.

قوله قدس سره: كما يشهد به الحكم. إلى آخره.

و لكن لو قلنا بالمقالة الأولى في حقيقة الفسخ على ما هو الأصح، فلا بد من الالتزام بعدم جواز الفسخ، فيسقط الخيار.

قوله قدس سره: كان الأوفق بالعمومات. إلى آخره.

جواب لقوله: و إن قلنا: إن الفسخ. إلى آخره.

قوله قدس سره: فدفع الخيار أولى. إلى آخره.

لعله قدس سره

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٨

أشار بالأمل إلى ما ذكرناه سابقا من عدم الأولوية.

### الخيار في اتباع العبد المسلم من الكافر

قوله قدس سره: و منها العبد المسلم المشتري. إلى آخره.

اعلم أن الأقوال في شراء العبد المسلم من الكافر ثلاثة:

١- أنه صورة بيع و شراء و حقيقته صرف استنقاذ، بلا [أن] يكون للكافر فيه قبل البيع ملك و لا حق.

٢- إنه شراء من جانب المشتري المسلم و استيفاء من جانب الكافر من غير أن يكون منه بيع، و إنما له الحق في استيفاء ثمنه منه. و هذا ما أشار المصنف إلى رده بأنه إن وجدت شرائط البيع فهو بيع من الطرفين، و إلّا فلا بيع.

٣- إنه بيع من الطرفين حقيقة بناء على أن الكافر يملك المسلم بقاء، لا حدودا، لكنه يقهر على سلب سلطنته بشرائه منه قهرا، لنفي السبيل.

و البحث في المقام في أن أدلة الخيار شاملة للمقام أم لا-؟ إنما يتأتى على القول الثالث دون الأولين، أما الأول، فلأنه لا بيع حقيقة حتى يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار» كما تقدم نظيره في المسألة السابقة، و أما الثاني فلما أفاده المصنف قدس سره: من أن الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين.

و حينئذ- بناء على القول الثالث- أ يدخل هذا البيع تحت عموم «البيعان بالخيار»، أو هنا مخرج عقلي كالمسألة السابقة أو مسقط؟ فإن قلنا: إن إقدامهما على هذا البيع يعد إسقاطا للخيار، للعلم بأنه لا سبيل للكافر على المسلم، و عدم جواز إرجاع العين إليه ثانيا، فلا بد

من القول بسقوط الخيار كسقوطه باسقاط الإسقاط، و لكن فيه ما لا يخفى، فإن المفروض أن الكافر مقهر على بيعه، فلا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٩

يكون ذلك باختياره و إقدامه، حتى يكون منه إسقاطا، إذ الإسقاط لا يتحقق إلا بالاختيار و الإقدام عليه.

نعم ربما يقال: إن ذلك يتحقق من جانب المشتري، و إن لم نقل بأن إقدامهما إسقاط للخيار لعدم تحقق الإقدام أو لعدم تحقق الإسقاط به فينتى القولان فيه على القولين في حقيقة الفسخ، كما تقدم في المسألة السابقة.

فإن قلنا: إنه يعتبر في الفسخ خروج الملك عن الملك من انتقل إليه إلى من انتقل عنه، فلا مجال للقول بالخيار لتوقف ذلك - كما عرفت - على تقدير دخول العبد في ملك الكافر آنا ما، و المفروض أنه لا سبيل لكافر على مسلم، و هذا سبيل.

اللهم إلا أن يقال: إن دخوله في ملكه آنا ما لينتقل إلى البدل ليس سبيل عليه، لأن الدخول كالخروج يكون قهريا عليه، و إنما يتحقق السبيل عليه حيث يدخل في ملكه و لو آنا ما، ثم يكون باختياره إخراج بنقل أو عتق إلى غير ذلك، و إن قلنا بعدم اعتبار ذلك في الفسخ، فلا إشكال في ثبوت الخيار، و مع الفسخ يرجع إلى البدل، و هو الذي يظهر اختياره من المصنف قدس سره، فتأمل تعرف. قوله قدس سره: و منها شراء العبد نفسه بناء. إلى آخره.

قد تذكر لمنع شراء العبد لنفسه (بعد فرض أنه يملك) وجهان:

أحدهما: إنه على تقدير القول بأن العبد يملك، فلا يخرج ما له عن ملكية المولى له، غاية الأمر تكون ملكية تبعية تابعا لملك ربة العبد، لأنه لا استقلال للعبد من حيث الملكية، فهو و ما تحت يده في قبضة مولاه.

و مع هذا كيف تصح المبادلة بين شيئين مملوكين لشخص واحد، و قد تقدم مكررا أن المبادلة هي تبديل طرفي الإضافة، و هنا لا يحصل النقل إلا لطرف واحد و هو المثلن، أما الثمن فهو مملوك للمولى أولا و أخيرا، و أيضا هذا يكون من قبيل

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٠

البيع بلا ثمن و إن قلنا بتحقيق مفهوم المعاوضة.

و ثانيهما: إن الشراء يستدعي ملكية المشتري للمبيع، و الشخص لا يملك نفسه.

و لكن يمكن دفع كل من الوجهين:

أما الأول، فبأن يقال: إن ملكية المولى لمال العبد في طول ملكه له، فمعنى المبادلة أن المال المملوك طولا يجعل بالمبادلة مملوكا بلا واسطة كسائر أمواله، فينقل من مرتبة التبعية إلى مرتبة الأصالة، و يخرج المال من إضافته إلى العبد و يتمحض بالإضافة إلى المولى، فتحصل المغايرة بين الحالين و يكون طرف المبادلة المال بنقله من مملوكية العبد إلى مملوكية المولى أصالة و بلا واسطة، فتصح المعاوضة و المبادلة، و لا يكون البيع بلا ثمن.

و أما الثاني، فبدعوى أنه لا مانع من القول بملك الشخص لنفسه باعتبارين، فباعتبار كونه مشتريا هو مالك، و باعتبار وقوع البيع عليه صار مملوكا، غاية الأمر أن نتيجة هذه الملكية هو انقلابه حرا بعد البيع بلا فصل كسائر ما في الذمة الموجب لفرغ ذمته بمجرد الشراء كما تقدمت الإشارة إليه في بعض المباحث السابقة، كما في باب المعاوضة.

إذا عرفت ذلك، فالكلام في المقام بعد فرض إمكان شرائه لنفسه في أنه يدخل هذا البيع في عموم: «البيعان بالخيار» أم لا؟

و الأولى هو الأول، و إن قلنا: إن الفسخ عبارة عن المعنى الأول، لإمكان تقدير ملكية المولى آنا ما كملكته لنفسه كذلك، و يكون تلفه بمعنى صيرورته حرا لا يملك مضمونا عليه، فيرجع إلى المبدل، فدعوى عدم شمول أدلة الخيار ظاهرا لا وجه لها إلا أن يكون البيع منهما يعد إسقاطا للخيار، و بهذا يمكن الاستدلال على سقوط الخيار في مسألة بيع الجمدة في شدة الحر، بل بيع كل ما يفسد بعد العقد.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١١

و المسألة محل إشكال تحتاج إلى مزيد تأمل، و إن كان الأظهر سقوط الخيار في مسألة شراء العبد لنفسه، لتحقيق الإقدام على إخراجها عن قابلية الملك بنفس البيع، و لا يتصور فيه الجهل، كما في بيع على من ينعق على المشتري.

### دخول خيار المجلس في غير البيع

قوله قدس سره: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود. إلى آخره.

الكلام تارة يكون في العقود اللازمة، كالإجارة و الصلح و المساقاة، و أخرى في العقود الجائزة، كالهبة و الوكالة و العارية. أما عدم دخوله في العقود اللازمة، فمضافاً إلى الإجماع المنقول اختصاص دليل هذا الخيار بالبيع، فتعديته إلى غيره من العقود اللازمة قياس لا نقول به، حتى في عقود المعاوضة.

و لو قيل: إنه في التلف قبل القبض ورد النص في أنه من مال البائع و عدّوه إلى غير البيع من عقود المعاوضة، فهلما كان اختصاص دليله بالبيع مانعاً عن التعدي، لأنه قياس؟ يجب عنه بالفرق بين المقامين، فإنه يفهم من دليل (أن التلف قبل القبض من مال البائع) - و لو بمناسبة الحكم و الموضوع - أن ضمان البائع للمبيع ليس لخصوصية البيع، لأن تمامية عقد المعاوضة يقتضى التسليم و التسلم، و ضمان المعاوضة لما وقعت عليه المعاوضة حتى يقبضه للآخر، فقبل حصول القبض و الإقباض لم يحصل الغرض من المعاوضة، و يبقى صاحب المال ضامناً له قبل الإقباض، فيكون الدليل بمفهومه الذي يكون ذلك بمنزلة العلة المنصوصة غير مختص بالبيع، فيعم سائر عقود المعاوضة.

و هذا بخلاف دليل خيار المجلس، فإنه ليس فيه إشعار بأن ثبوته لاقتضاء

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٢

نفس المعاوضة له حتى يعم سائر عقود المعاوضة.

و أما عدم دخوله في العقود الجائزة، فيعرف حالها من الأولى، بل عدم دخوله فيها بالطريق الأولى، بل لا معنى لدخوله فيها، لأنها من أصلها هي جائزة، و ما نسب إلى الشيخ قدس سره من ثبوت الخيار فيها، فسيأتي من المصنف قدس سره توجيهه و إن كان بعيداً.

قوله قدس سره: بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها. إلى آخره.

لما تقدم أنها من أصلها جائزة، فأى معنى للخيار خيار المجلس و غيره.

قوله قدس سره: إن مراده دخول الخيارين في هذا العقد. إلى آخره.

أى في ضمن عقد البيع بأن تكون شرطاً من باب شرط النتيجة، لأن هذا الشرط يحصل بنفس حصول العقد و إنشائه، فيتبع عقد البيع لزوماً و جوازاً، و ينفسخ بانفساخه، و يلزم بلزومه، و أما إذا كان العقد المشروط في ضمن عقد البيع من باب شرط الفعل، فلا يكون تابعاً للبيع لزوماً و جوازاً، لأنه عقد مستقل بإنشاء مستقل، غاية الأمر إن تخلفه يوجب تزلزل العقد المشروط فيه لدخول خيار تخلف الشرط.

قوله قدس سره: و هو محتمل كلام الشيخ قدس سره، فتأمل. إلى آخره.

قيل: يحتمل أنه أشار بالأمر بالتأمل إلى أن هذا المعنى المراد من الخيار لا يختص بزمان دون زمان، و ظاهر الشيخ هو الاختصاص بزمان المجلس و الشرط، فلا ينطبق على ظاهر كلام الشيخ.

### مبدأ خيار المجلس من حيث العقد أو من حين القبض

قوله قدس سره: مبدأ هذا الخيار من حين العقد. إلى آخره.

لا من حين القبض

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٣

و الدليل عليه ما ذكره المصنف من ظهور الدليل في علية البيع لثبوت هذا الخيار و هو قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» الظاهر منه أن الخيار يثبت للبيع بما هو بيع، و البيع يصدق بمجرد حصول العقد من دون حاجة في صدقه إلى حصول التقابض. و هذا كله لا إشكال فيه، و إنما الإشكال في عموم هذا الحكم لبيع الصرف و السلم، لعدم حصول الملك و النقل و الانتقال فيهما قبل القبض، فلا معنى للخيار قبل حصول الملك، لأن معناه أو ثمرته جواز الفسخ، و حقيقة الفسخ هو الترادد بإرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، و لا يعقل أن يتحقق هذا المعنى من دون سبق الملك و النقل و الانتقال. و لكن يجاب عنه بأن حقيقة الفسخ إنما هي إبطال الالتزام و حل العقدة، فلا يتوقف على حصول الملك. نعم في مورد حصول الملك لا بد أن يعتبر فيه إرجاع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه، لا أن هذا المعنى مأخوذ في مفهومه، و حينئذ يكفي في جريان خيار المجلس تحقق العقد و الالتزام ليصدق عنوان البيع حتى يدخل تحت عموم: «البيعان بالخيار»، و لا شبهة في صدق هذا العنوان على المتعاقدين في الصرف و السلم قبل القبض. إلّا أنه لا بد من ظهور ثمرة في جريان الخيار مع فرض عدم سبق الملك و إلّا فعدم الثمرة مما يمنع عن ثبوت الخيار للزوم لغويته، و إن وجد مقتضى لثبوته، و هو تحقق العقد.

فينحصر الكلام حينئذ في الصرف و السلم في ثمره ثبوت الخيار فيهما قبل القبض، و لا إشكال بظهور الثمرة فيه، أما على القول بوجوب التقابض في المجلس فيهما فواضح، لأنه بالفسخ يبطل العقد، فيرتفع وجوب التقابض لارتفاع حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٤

موضوعه، فتكون الثمرة هو عدم وجوب القبض.

و أما على القول بعدم الوجوب، ففيه خفاء كما في المتن، لأنه قبل التفرق يجوز له أن لا يقبض المثلث أو الثمن حتى ينقضى مجلس البيع، و بعد انقضائه و حصول التفرق بدون قبض يبطل العقد. و على كل حال فالبايع أو المشتري مسلط على ماله، و ليس للآخر حق فيه، فلا حاجة إلى الفسخ ليتسلط على ماله، إلّا أنه يمكن تصوير الثمرة بأنه مما لا شبهة فيه أنه لو بطل العقد بالفسخ قبل التفرق لا يكون القبض قابلاً لأن يكون مملكا للثمن أو المثلث، بخلاف ما لو كان العقد باقيا على حاله، فتكون الثمرة من الفسخ بإجراء الخيار هو خروج القبض عن هذه القابلية، أو خروج العقد عن قابلية لحقوق القبض المملك له، فلو شرط سقوط الخيار في ضمن العقد لا يخرج العقد عن هذه القابلية بالفسخ. قوله قدس سرّه: إمّا للزوم الربا. إلى آخره.

هذا تعليل لوجوب التقابض وجوبا تكليفيا، و بيانه أن للزمان قسط من الثمن، فإذا أخر قبض أحد العوضين يلزم نقصه عن قيمته حين العقد، فيكون أخذ العوض الآخر الذي جعل عوضا له في العقد على وجه المساواة له زائدا عليه، و حينئذ يكون أخذ الزائد بلا مقابل، فيكون من الربا المحرم.

و فيه ما لا يخفى أما أولا- فلأنه لا- يجرى ذلك فيما لو تأخر التقابض من الطرفين في الصرف إلى زمان واحد يحصل فيه التقابض منهما معا، و أما ثانيا فإنما يلزم الربا إذا جعل ذلك على نحو الشرط في العقد، أما لو لم يكن من مقتضى العقد، فلا وجه للزومه. و أمّا ثالثا فإن التأخير مقداراً من الزمن قبل التفرق بحسب العادة الجارية في طول مجلس البيع لا يكون له قسط من الثمن، فإن الساعة و الساعتين، بل و النهار ممّا يتسامح فيه، فلا يقابله ثمن حتى يلزم الربا.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٥

قوله قدس سرّه: و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد. إلى آخره.

فإن القبض و إن كان لا تحصل الملكية إلّا به إلّا أنه ليس جزءاً من العقد و متمماً له، إذ العقد في نفسه تام العقدية، فيدخل في عموم

وجوب الوفاء بالعقد، و هذا يكون نظير وجوب الوفاء بالعقد في بيع الفضولي من جانب الأصيل المقابل للفضولي قبل الإجازة، بناء على النقل، مع أن الملك إنما يحصل بعد الإجازة، وإن كان لا يجرى هذا العموم من جانب الفضولي، وقد تقدم وجه ذلك في باب بيع الفضولي من أن عموم وجوب الوفاء عموم انحلائي، واستفاده هذا الوجوب التكليفي لا- يفرق فيه بين القول بانتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية أو بالعكس.

أمّا على الأول فواضح، لأن المدلول المطابق لـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو الحكم التكليفي، و ينتزع منه الحكم الوضعي، و أمّا على الثاني فكذلك، غاية الأمر يكون المدلول المطابق هو الحكم الوضعي، و ينتزع منه الحكم التكليفي على العكس من الأول. قوله قدس سرّه: و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون. إلى آخره.

لأنّه لا- أثر لخيار المالكين في بيع الفضوليين قبل إجازتهما لبقاء سلطنته كلّ منهما على ملكه، و عدم حق للآخر فيه ثبت الخيار أو لم يثبت.

و قد يقال: إنّه يكفي في ثبوت الأثر هو خروج العقد بالفسخ عن قابليته للحقوق الإجازة كما كان الأمر في الصرف و السلم، بناء على عدم وجوب التقابض، فما الفرق بينهما؟

و لكن التحقيق فساد القول بالاكْتفاء بظهور أي أثر كان، فالوجوب الذي ذكر في الصرف و السلم لا يجرى هنا، كما أن التعليل بعدم ظهور الثمرة في محل البحث من قبيل الأكل من القفا، و السر في ذلك أن المالك قبل الإجازة لم يستند

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٦

إليه البيع و لم يحصل منه الالتزام، فلا يصدق عليه البيع حتّى يدخل تحت عموم «البيع بالخيار»، فلا معنى لثبوت الخيار للمالكين من مبدأ العقد، و المفروض أنهما لم يصدر منهما بيع و لم يستند إليهما، فلا مقتضى لثبوت الخيار، فلا تصل النوبة إلى التعليل بعدم ظهور الثمرة، لأن هذا من باب بيان المانع، و قد عرفت أن المقتضى مفقود، و التعليل بالمانع إنما يصح بعد فرض وجود المقتضى، لأن المعلول إنما يستند إلى أسبق العلل.

نعم بناء على الكشف تكشف الإجازة عن استناد البيع إلى المالك من حين العقد، فهو يقع من ذلك الوقت.

و لكن فيه ما لا- يخفى، فإنه و إن تكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد، و تترتب عليها آثارها من ذلك الحين، إلّا أن من يقول بالكشف يقول بتحقيق ما هو من الأمور الاعتبارية لا- التكوينية، و صدق عنوان البيع أمر حقيقي واقعي ليس من الأمور الاعتبارية، كنفس الإجازة، فكما أن الإجازة لا معنى لفرضها متقدمة أو اعتبارها كذلك بناء على الكشف، بل الفرض أنها متأخرة وجوداً، فكذلك الالتزام الحاصل بها من المجيز و صدق عنوان البيع، فإن المفروض حدوث ذلك بنفس الإجازة، و لذا إن المصنف قدس سرّه احتمل ثبوت الخيار، بناء على الكشف من حين العقد احتمالاً.

ثم إن المصنف قيد الفضولية بما إذا كانت من الجانبين، أمّا لو كانت من جانب واحد، فلاحتمالات ثلاثة:

ثبوت الخيار للمالكين من حين العقد. و ثبوته لهما من حين الإجازة، و التفصيل، فيثبت من حين العقد لطرف الفضولي، و من حين الإجازة لأصيل الفضولي المجيز.

و لا وجه للأول، لما سمعت من أن المالك الأصيل قبل الإجازة لا يصدق

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٧

عليه عنوان البيع، فيبقى الوجهان الآخريان، و منشؤهما أن ثبوت الخيار للبيعين على وجه التلازم و المعية، كما ربما يستشعر من قوله: «البيع بالخيار» أو لا؟

و الأوجه هو الثاني، و لو بقرينه ما دل على سقوط خيار أحد البيعين و بقاء خيار الآخر إما لتصرف أو اشتراط سقوطه في ضمن العقد فليس المقصود من قوله عليه السلام:

«البيعان بالخيار» إلّا العموم الأفرادى، و لا بأس بثبوت الخيار لخصوص المالك المقابل للفضولى من مبدأ العقد، لصدق عنوان البيع، و إن لم تحصل الملكية، لأن العقد من جانبه تام، و لذا يدخل فى عموم وجوب الوفاء بالعقد كما أشرنا إليه قريبا.

### سقوط خيار المجلس باسقاط سقوطه

قوله قدس سره: لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باسقاط سقوطه. إلى آخره.

لا بأس من تقديم مقدمات لشرح المقام.

الأولى: إنه لا يعقل تحقق الإسقاط إلّا بعد فرض تحقق موضوعه و وجوده حين الإسقاط، لأن الإسقاط هو إبطال ما وجب، فلا يتصور إسقاط ما لم يجب، و إن كان يجب و يثبت فيما بعد، إذ لا معنى لإسقاط المعدوم، إذ المعدوم معدوم بذاته كما أن الإسقاط أمر إيقاعى، و الإيقاع كما حقق فى محله لا يقبل التعليق، فلا يصح أيضا إسقاط ما لم يجب معلقا على وجوده. و الحاصل أنه لا بدّ من أن يكون المسقط مفروض الوجود و التحقق.

الثانية: إن الشروط فى العقد على ثلاثة أقسام: □ □ شرط مخالف لكتاب الله تعالى و لسنة نبيه صلى الله عليه و آله و سلم.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٨

و شرط مخالف لمقتضى العقد أى مخالف لحقيقة العقد.

و شرط مخالف لإطلاق العقد.

فالأول كاشتراط شرب الخمر و قطع الصلاة فى ضمن العقد.

و الثانى كاشتراط البيع بلا ثمن، فإن حقيقة البيع هو المبادلة و المعاوضة، و يفرضه بلا ثمن خروج عن حقيقته.

و الثالث كاشتراط نقد بلد خاص أو تأجيل الثمن أو المثلن إلى غير ذلك مما ينافى إطلاق العقد، فإن العقد لو خلى و طبعه بمقتضى إطلاقه ينصر إلى نقد بلد المتبايعين، و تعجيل الثمن و المثلن و هكذا.

و لا شبهة فى بطلان الشرطين الأولين و صحة الثالث، أما الأول فلدلالة الروايات على ذلك كما سيأتى فى محله، و أما الثانى فلأنه يلزم من صحته عدمه، و هو محال، و ذلك لأنه لو صح لما تحققت حقيقة العقد فيبطل العقد و يبطلان العقد يبطل الشرط الواقع فى ضمنه التابع له، و أما صحة الثالث فواضحة، لأن كون العقد يقتضى بإطلاقه ذلك لا ينافى تقييده بما يرفع معه ذلك الإطلاق.

الثالثة: فى المراد من مخالفة الكتاب و السنة و موافقتهما، فإننا نرى أن اشتراط عدم التسرى فى عقد النكاح محكوم بالبطلان، مع أن التسرى من الأمور المباحة، كاشتراط عدم شرب الماء فى زمان محدود لا يوجب الضرر، فيخيل لنا أن المناط فى مخالفة الكتاب و السنة يعم الالتزام بالامتناع عن الأمور المباحة، كما نستظهر ذلك من قوله عليه السلام: «فإن المسلمين عند شروطهم إلّا شرطا حرم حلالا، أو أحلّ حراما» (١).

و مع ذلك نشكك فى ذلك لما نرى صحة اشتراط عدم شرب الماء فى وقت محدود إذا كان له غرض عقلاى، و نزيد تشكيكا لما نرى فى مورد آخر أن

(١) - الوسائل ٢١: ٣٠٠ حديث ٤ من الباب ٤٠ من أبواب المهور.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٩

الإمام عليه السلام يحكم بصحة الشرط، و هو مخالف للكتاب و السنة بهذا المعنى، كما ورد فى بعض الروايات: «فى رجل حر له أب

مملوك و تحته زوجة مملوكه مكاتبه، قد أدت بعض ما عليها، و قد اشترط الرجل الحر على الأمة زوجه أبيه أن ليس لها خيار فسخ عقد نكاح أبيه إذا ملكت نفسها، على أن يعطيها باقى مال المكاتبه، فقال عليه السلام: لا يكون لها الخيار: المسلمون عند شروطهم» (١).

مع أن هذا الشرط مخالف للدليل الدال على أن الأمة المزوجه بعبد لو صارت حرة يكون لها خيار فسخ عقد النكاح، و قد ذكر المصنف قدس سره فيما سياتى ضابطه لذلك فى بحث الشروط حاصلها:

(ان دليل حليله الشىء المشترط أو حرمة، تارة يكون معارضا لدليل وجوب الوفاء بالشرط، و أخرى لا يعارضه، فالأول فيما إذا دل ذلك الدليل على عدم ارتفاع الحكم أبدا حتى مع الاشتراط، فالشرط فى هذا القسم على تقدير صحته يكون مغيرا للحكم الشرعى. و الثانى فيما إذا لم يدل الدليل على هذا العموم للحكم، بل إنما يثبت الحكم للموضوع من حيث نفسه مجردا عن ملاحظة عنوان طار عليه، و لازم ذلك عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم، و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع، و فى هذا القسم على تقدير صحة الشرط يكون مغيرا لموضوعه، فلا يكون محرما للحلال).

ثم جعل قدس سره المحرمات و الواجبات من القسم الأول، و استظهر أن المباحات التكليفية و الوضعية جميعا من القسم الثانى، إلا ما دل الدليل بخصوصه على عدم صحة اشتراط تركه فى ضمن العقد، كالتسرى، و مجامعة الزوج لزوجته، و من هنا استشكل فى كون هذا ضابطه يرجع إليه فى الأمور المباحة، مع أن ظاهر الروايات

(١) - راجع الوسائل ٢٣: ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتبه. (باختلاف لا يغير المضمون).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٠

أن استثناء الشرط الفاسد و وصفه بأنه ما حرم حلالا أو أحل حراما هو ضابط و معيار يرجع إليه. و على ما ذكره قدس سره لا بد من النص الخاص على عدم صحة الشرط فى المباحات، و أنت خير أيضا أن بعض المحرمات و الواجبات أيضا مما يمكن أن يتغير حكمه بملاحظة عنوان طار عليه، فيكون من القسم الثانى كما لو توقف حفظ النفس على شرب الخمر، أو كانت التقيه فى ترك الصوم الواجب، و هكذا.

و لكن قد نقل لنا مشافهه عن بعض أجله مشايخنا دام ظله العالى ضابطه فى المقام تنحسر بها كل شبهه، حاصلها: أن الأحكام على قسمين، تكليفية و وضعية، ثم التكليفية اقتضائية و تخييريه، و المراد بالاقتضائية الوجوب و الحرمة، ثم الوضعية إما حق كحق الشفعة و الخيار، أو صرف حكم كالحكم يارث الزوجه الدائمة و عدم إرث المنقطعه، فهذه أقسام أربعة:

الأول: الحكم التكليفى الاقتضائى، و الشرط فى العقد تارة يكون عدم هذا الحكم بأن يشترط عدم وجوب الشىء أو عدم حرمة، و أخرى يكون عدم المحكوم بالوجوب أو فعل المحكوم بالحرمة، و كل من القسمين يعد مخالفا للشرية بغير شبهه، و تزيد الصورة الأولى أنه غير مقدور، لأن الوجوب و الحرمة ليسا من أفعال العبد و مقدوراته، و من الضرورى أن شرط نفوذ الشرط مقدورته للمشترط عليه، و إلا يقع لاغيا.

الثانى: الحكم التكليفى التخيرى، و صورتان فى القسم الأول جارتان هنا، فيشترط تارة عدم إباحه الشىء، أو عدم كراهته، أو عدم استحبابه، و أخرى يشترط فعل الشىء المباح أو المستحب أو المكروه، أو عدمه، فالصورة الأولى كالصورة فى القسم الأول من جهة المخالفة للشرية، و من جهة كون المشروط غير مقدور بخلاف الصورة الثانية، فلا بأس فى القول بصحة الشرط هنا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢١

لعدم لزوم المخالفة للشرية، لأن الشارع قد أجاز ترك ذلك الشىء و فعله، فللمكلف أن يلزم نفسه بأحدهما الترك أو الفعل، لأنه ليس ذلك تصرفا فى نفس الحكم، و إنما هو تصرف فى متعلق الحكم المأذون فيه من قبل الشارع، فكيف يكون مخالفا للشرية؟

نعم لو آل الالتزام بالترك أو الفعل إلى التصرف في نفس الحكم أيضا لكان مخالفا للشريعة كما إذا التزم بالترك أو الفعل إلى آخر العمر ومدى الزمان، فإن هذا في حكم اشتراط عدم إباحته أو استحبابه أو كراهته، و من هذا الباب لعله تعد مسألة اشتراط عدم التسرى و عدم التزويج على الزوجة و عدم هجرها.

الثالث: الحكم الوضعي إذا كان حقا، و صورتان في القسمين الأولين جاريتان، و الشرط على كل منها صحيح نافذ، لأن الحق ملكية ضعيفة كما تقدم، فصاحبه مسلط عليه، فيجوز له اشتراط عدمه بمعنى إسقاطه أو نقله إلى آخر، و لا يعد مخالفا للشريعة، كما يجوز له اشتراط عدم الفعل الذي يقتضيه الحق كاشتراط عدم الفسخ، و لا مخالفة فيه للشريعة لوضوح أنه أمر اعتبره الشارع لصاحبه توسعا عليه و منة، و جعل له القدرة عليه، فله أن يعمل، و له أن لا يعمل، و له أن يسقطه، و له أن لا يسقطه، فهو حقه، و لا أوضح عن عبارة أنه حقه.

نعم لو دل دليل خاص على عدم سقوط حق معين بالإسقاط، أو عدم صحته نقله، أو عدم جواز الالتزام بعدم الفسخ، فذلك أمر آخر، و الكلام في أن القاعدة في نفس الشيء ما إذا تقتضى.

الرابع: الحكم الوضعي إذا كان حكما صرفا، و لا يصح فيه الشرط مطلقا، سواء كان اشتراط عدم الحكم أو عدم متعلقه، كأن يشترط عدم إعطاء الزوجة من إرثها، إذ ليس للمكلف نفوذ و سلطته أصلا في مثله، فلو اشترط بما ينافي حكم الشارع كان مخالفا للشريعة، و من هذا الباب اشتراط ولاء الأجنبي غير المعتق،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٢

كما في النبوي الآتي في محله.

فاتضح من هذه الضابطة أن مثل الخيارات ليس شرط إسقاطها من الشروط المخالفة للشريعة، لأنها من الحقوق.

الرابعة: إنه لا شك أنه دليل: «المؤمنون عند شروطهم» (١) بعد فرض إخراج الشرط المخالف للشريعة و ما ينافي مقتضى العقد، و غير ذلك مما أخرج، ليس نسبته إلى سائر الأدلة نسبة المتعارضين حتى يلتمس الترجيح، كما ربما يقع في كلمات بعض، بل المحقق عند أهله أن نسبته إليها نسبة الحاكم إلى المحكوم، كنسبة دليل وجوب الوفاء بالندى و العهد إلى سائر الأدلة، لأن لسان أدلة الواقعات ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الأولى بما هو كذلك، بلا نظر فيها إلى حال الطوارئ و العوارض.

و لسان هذه الأدلة - أعنى دليل وجوب الوفاء بالشرط و الندى و العهد و اليمين - ثبوت الحكم للشيء بعنوانه الطارى من نذره و يمينه و اشتراطه، و لا منافاة قطعا بين أن يكون الشيء بعنوانه الأولى محكوما بحكم، و بعنوانه الثانى له حكم آخر، مثلا السفر في حد نفسه مباح، و لكنه بعنوان عصيان الوالدين أو الإضرار بالنفس يكون محرما، و قد يكون واجبا إذا كان مقدمة للجهد الواجب.

فدليل حرمة معصية الوالدين في غير الواجب و الحرام لا يعارض دليل إباحة الشيء في حد نفسه و بعنوانه الأولى.

و هكذا حال دليل الشروط، فإنه دال على وجوب الوفاء بالشرط، و فعل ما وقع عليه الاشتراط بعنوان أنه كذلك، بحيث لو لا هذا العنوان لما وجب الوفاء به، فلا ينافيه أنه بعنوانه الأولى مع قطع النظر عن طوارئه و عناوينه الثانوية أن له هذا الحكم الكذائى، لأنه بطرو العنوان الثانوى يخرج عن موضوع الحكم الأول

(١) - انظر الوسائل ٢١: ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٣

الثابت له بذلك العنوان الأولى، إذ ليس بحسب الفرض في دليل الحكم الأول عموم يشمل جميع طوارئ الموضوع و حالاته السابقة و اللاحقة.

نعم لو فرض أن دليل حكم العنوان الأولى ناظر إلى جهة طوارئه على وجه كان عامًا لحالاته اللاحقة و عناوينه «١» الثانوية، لا محالة



يكون دليل حكم العنوان الثانوي معارضا له، لا حاكما، وهذا ما يسمى في لسان البعض بالعلّة التامة للحكم. إذا عرفت ما ذكرناه من المقدمات يتضح لك الحال في محل الكلام، وهو سقوط خيار المجلس باسقاط سقوطه في ضمن العقد تمسكا بعموم: «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم»، إذ ليس ذلك مخالفا للشريعة باعتبار ما ذكرناه من الضابطة التي نقلناها، لأن الخيار حق مالكي، كما أنه ليس مخالفا لمقتضى العقد، بل إنما يكون مخالفا لإطلاق العقد، ضرورة أنه ليس حقيقة المبادلة و المعوضة تقتضي ثبوت الخيار. على أنه لا يقتضيه إطلاق العقد أيضا، وإنما ثبت بدليله في فرض ثبوت العقد و دليل الشروط حاكم عليه لا معارض له، كما عرفت في المقدمة الأخيرة، فيقدم عليه. و لعله إلى هذا يرجع مرام المصنف قدس سرّه فيما سيأتي من الجواب عن الإشكال الثاني، و إلّا فلا يخفى ما فيه من المسامحة بعد ما عرفت من ضابطة الشرط المخالف لمقتضى العقد. فاتضح أن الحق هو سقوط هذا الخيار باسقاط سقوطه في ضمن العقد بمقتضى القاعدة تمسكا بدليل الشروط، مضافا إلى الإجماع المنقول. نعم يبقى الإشكالان اللذان ذكرهما المصنف قدس سرّه، و هما أن ذلك إسقاط ما لم يجب، و الثاني لزوم الدور، و سيأتي الكلام فيهما.

(١)- في الأصل: و عنوانية.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٤

و المتحصل من الإشكالات في المقام- التي ذكرها، و أجاب عنها في المتن- خمسة:

- معارضة دليل الشروط لدليل الخيار.

- و مخالفة الشرط للكتاب.

- و مخالفته لمقتضى العقد.

- و إسقاط ما لم يجب.

- و لزوم الدور.

تقدم الجواب عن الثلاثة الأولى و بقي الأخيران.

قوله قدس سرّه: و الرواية محمولة بقرينة الإجماع. إلى آخره.

لأن الرواية بظاهرها أنها واردة في شرط ابتدائي، لأن إعاتتها في المكاتبه ليست عقدا من العقود، فلا بد من تأويلها و حملها على مورد الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو حملها لا على صورة الاشتراط، بل على المصالحة على إسقاط خيارها المتحقق سببه بالمكاتبه بأن يعينها في إتمام مال المكاتبه، فيكون ذلك صلحا لا اشتراطا، إلّا أنه يبعد الاحتمال الأخير تطبيق الإمام عليه السلام عموم:

«المسلمون عند شروطهم» (١) على المورد، و على كل حال، فهو تأويل.

قوله قدس سرّه: بذلك المال.

متعلق بالمصالحة لا بالمكاتبه.

قوله قدس سرّه: أما الأول، فلأن الخارج. إلى آخره.

بيانه أنه ليس هناك دليل على أن لزوم الشرط متوقف على لزوم العقد، حتى يلزم الدور، بل نحن و عموم: «المسلمون عند شروطهم» خرجت عنه الشروط الابتدائية للاجتماع، و لأنها وعد.

(١)- الوسائل ٢٣: ١٥٥ حديث ١ من الباب ١١ من أبواب المكاتب.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٥

و خرجت الشروط في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار، مع بقائهما على الجواز لدليل العقل، و هو استحالة الجمع بين لزوم الشروط و جواز العقد، و بقي الباقي داخلا- تحت العموم و ليس المورد من الشروط الابتدائية، و لا- مما يحكم العقل باستحالة لزمه، لأن المفروض أن العقد لم يثبت له الجواز بعد، و ثبت لزوم هذا الشرط- و هو إسقاط الخيار- إنما هو بعموم دليل الشروط لا من جهة لزوم العقد حتى يلزم الدور. و لا حاجة إلى فرض لزوم العقد، بل كون العقد لم يستقر له الجواز كاف في جواز التمسك بعموم دليل الشروط المثبت للزومه.

و الحاصل أن المهم بيانه هنا أن المخصص العقلي و هو استحالة انفكاك الشرط عن المشروط في اللزوم و الجواز غير جاز في المقام، فيتمسك حينئذ بعموم دليل الشروط لإثبات لزوم هذا الشرط الذي هو نفس مؤداه لزوم العقد، و هو الذي اهتم المصنف قدس سره لبيانه.

فينبغي أولاً بيان وجه الاستحالة، ثم بيان عدم جريانها في المقام.

أما وجه الاستحالة فهو أن الشرط في ضمن العقد غير مستقل بالالتزام به، و إنما كان الالتزام به يتبع الالتزام بالعقد كما هو واضح، و بهذا يفرق بين الشرط الابتدائي و الشرط في ضمن العقد.

فالشرط في ضمن العقد التزام في التزام، على نحو الترتب على ذلك الالتزام. فلو كان العقد جائزاً و الشرط لازماً للزم مع فسخ ذلك العقد بقاء الشرط على حاله، و المفروض أنه تابع لثبوت العقد كالمعلول إلى علته أو المحمول إلى موضوعه، و يستحيل وجود المعلول بدون العلة، أو المحمول بدون الموضوع، و يلزم الخلف أيضاً، و ذلك لأن ما فرضناه تابعا لا يكون تابعا، أو ما فرضنا شرطاً في ضمن العقد لا يكون شرطاً في ضمن العقد.

و أما وجه عدم جريان هذا الوجه العقلي في الاستحالة في اشتراط سقوط

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٦

الخيار في ضمن العقد. فهو أن نفس مؤدى اشتراط سقوط الخيار هو لزوم العقد، فلا يعقل فرض جواز العقد مع فرض لزوم هذا الشرط، و إلا لزم الجمع بين المتنافيين، و هو فرض لزوم العقد و جوازه في آن واحد، ففرض لزوم هذا الشرط لا محالة يستلزم فرض لزوم العقد، بل هو عينه، فلا يمكن فرض جواز العقد في فرض لزمه حتى يلزم التفكيك بين التابع و المتبوع.

فإن قلت: إن الجواز ثابت بدليل الخيار، فالعقد يقتضى الجواز، فهو بنفسه مفروض الجواز، و عليه فيستحيل هذا الاشتراط، لأن عين هذا الاشتراط فرض لزوم العقد، و ذلك جمع بين المتنافيين.

قلت: إن دليل الخيار محكوم بدليل الشروط، فجريان دليل الخيار متوقف على عدم جريان دليل الشروط، فلو كان عدم جريان دليل الشروط مستندا على ثبوت الجواز بدليل الخيار لزم «١» الدور، فلا بد أن يتكلم في شمول دليل الشروط مع قطع النظر عن ثبوت الجواز بدليل الخيار، و مع قطع النظر عن ذلك، فليس من العاقد إلا الالتزام بلزوم العقد، فأين التفكيك؟! و حينئذ يدخل في عموم دليل الشروط بلا- مانع عقلي، و إنما يفرض المانع العقلي فيما إذا لم يجر دليل الشروط، حيث إنه حينئذ يثبت الجواز بجريان دليل الخيار، فكيف يعقل أن يكون ذلك المانع العقلي موجبا لعدم جريان دليل الشروط؟! و هل هو إلا دور واضح؟! قوله قدس سره: و أما الثاني فلأن الخيار حق للمتبايعين. إلى آخره.

قد عرفت معنى الشرط المخالف لمقتضى العقد، فلا ينطبق على ما نحن فيه، ضرورة أن نفس حقيقة المبادلة و المعاوضة لا يقتضى ثبوت الخيار، بل على الضد من ذلك، و إنما كان الخيار ثابتا بدليله مرتبا على العقد، و هذا هو معنى اقتضاء العقد له، و لا شك أن دليل الشروط- كما سبق- حاكم عليه، فكيف يعقل أن

(١) - فى الأصل: لزوم.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٧

يكون ذلك مانعا عن جريان دليل الشروط؟! نعم لو كان دليل الخيار عاما ناظرا إلى صور الطوارئ اللاحقة من إسقاط و اشتراط للسقوط، و أمثاله لكان معارضا لدليل الشروط، و هذا معنى كون العقد علة تامّة لثبوت الخيار، و لكن ليس فى دليل الخيار هذا العموم و اللحاظ، و إنما أثبت الخيار للبيع بما هو بيع بهذا العنوان الأولى.

و من هذا التقرير تعرف مواقع النظر فى المتن و إن كان ليس من البعيد أنه أراد ما ذكرنا، إلّا أن فى عبارته من المسامحات ما لا يخفى.

منها: إن ظاهر عبارته تسليم أنه هذا الشرط من الشروط المنافية لمقتضى العقد، و قد عرفت ما فيه، فكان ينبغى أن يمنع كونه من منافيات مقتضى العقد بالمعنى المعروف، ثم يتكلم فى مقدار دلالة دليل الشرط، هل على نحو العلة التامة أو المقتضى.

و منها: قوله و إن كان له ظهور فى العلية التامة، إلّا أن المتبادر من إطلاقه إلى آخره، فإنه إن كان المراد من العلية التامة أن العقد بعنوانه الأولى علة تامّة مع قطع النظر عن عنوان آخر طارئ عليه لا حق له، فكل موضوع بالنسبة إلى حكمه عليه تامّة بهذا المعنى، و لا ينافيه حكومة دليل آخر عليه لطرو عنوان ثانوى، فلا- يحتاج إلى دعوى الظهور، و لا للاستدراك بأن المتبادر هو صورة خلوه عن الشرط، فإنه سواء تبادر هذه الصورة أو لا، فإن ثبوت الحكم للشئء بعنوانه الأولى مع قطع النظر عن غيره علة تامّة للحكم، و لا ينافى ارتفاعه بطرو عنوان آخر.

و بعبارة أخرى يكفى فيه أن يفهم أنه مأخوذ لا بشرط و لا يلزم تبادر أنه مأخوذ بشرط لا، على أن هذا التبادر ممنوع أشد المنع.

و إن كان المراد من العلية التامة أنه علة تامّة حتى مع ملاحظة طرو عنوان

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٨

ثانوى، فليس ذلك ظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» على أنه يكون متهافتا مع ما ادّعاه من التبادر، فالظاهر أنه أراد المعنى الأول، و قد عرفت ما فيه.

و منها: قوله: مع أن مقتضى الجمع بينه و بين- إلى آخره، فإن استفادة كونه مقتضيا للخيار، لا بد أن يكون قبل الجمع بينه و بين دليل الشروط، و إلا لما أمكن الجمع، إذ لا يكون حينئذ حاكما، ضرورة توقف كونه حاكما على دليله على أن لا يكون المستفاد منه أنه علة تامّة للخيار بالمعنى الثانى من العلية التامة.

قوله قدس سرّه: ففائدة الإسقاط إبطال المقتضى. إلى آخره.

لأن دليل الخيار كما تقدم من المصنف مخصوص بما إذا كان العقد خاليا عن الاشتراط، لأنه المتبادر، فإذا اشترط السقوط لا يثبت الخيار، لعدم تحقق موضوعه، فلا يكون ذلك الاشتراط إسقاط حقيقة، حتى يقال: كيف يعقل إسقاط ما لم يجب؟ بل يكون ذلك الاشتراط موجبا لخروج العقد عن موضوع دليل الخيار، فلا يثبت الخيار.

و أما كون ذلك ليس إسقاطا، فلأن حقيقة الإسقاط هو إعدام الشئء بعد وجوده، فلو فرض أن دليل الخيار عاما لصورتى الاشتراط و عدمه، فلا- ينفع اشتراط الإسقاط فى تحقق الإسقاط، لأن المفروض أنه قبل وجوده لا يمكن إسقاطه، و ليس حينئذ يكون الدليل مخصوصا بخصوص عدم الاشتراط حتى لا يثبت الخيار لعدم ثبوت موضوعه.

و لكن قد عرفت أن دعوى هذا التبادر ممنوعة، فالتحقيق فى رفع الإشكال أن إسقاط ما لم يجب و إن كان ممتنعا، و لكن يكفى فى تحقق حقيقة الإسقاط ثبوت الشئء و لو بوجود مقتضيه، لأن وجود المقتضى هو وجود المقتضى- بالفتح- بالعرض، و لا يحتاج إلى وجوده الخاص به، بل وجوده بوجود مقتضيه أقوى من وجوده الخاص به، كما حقق فى محله، على أن حقيقة اشتراط السقوط فى

كما سيأتي - هو اشتراط عدم الخيار و إن عبر عنه بالسقوط، فلا يكون إسقاطا لما لم يجب، بل اشتراط عدم الشيء قبل تحققه. قوله قدس سره: و قد يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه. إلى آخره.

أما دفع الإشكال الثالث، فاستثناسه من هذه الرواية واضح، لأن خيار الأمانة في فسخ عقد نكاح زوجها العبد إنما يثبت لها إذا ملكت نفسها، و هذا متأخر عن المعاملة المذكورة و هي اعانتها في مكاتبها، فاشتراط عدمه قبل حدوث زمانه إسقاطا لما لم يجب، و لكن دفع الوجه الثاني لا نرى له وجهاً في هذه الرواية، لأن خيار الأمانة لا ربط له بهذه المعاملة التي اشترط فيها عدم هذا الخيار، ضرورة أن الخيار من لوازم ملكها لنفسها، فلا يمكن تصوير كونه من مقتضيات هذه المعاملة التي اشترط فيها عدمه بأي معنى من مقتضى مهما توسعنا في معناه، و على كل حال لا حاجة إلى هذا الاستثناس بعد وضوح المسألة.

### في الوجوه التي يتصور وقوع شرط الإسقاط عليها

قوله قدس سره: أحدها: أن يشترط عدم الخيار. إلى آخره.

و هذا من باب شرط النتيجة، فيكون نفس الاشتراط إعداما للخيار و إسقاطا له، و بعبارة أخرى: نفس الاشتراط يكون حصولا للمشروط، و لذا أنه لا يتصور فيه تخلف الشرط، إذ ليس للمشروط وجود آخر غير وجود نفس الاشتراط، و هذا الوجه هو موضوع الكلام المتقدم من حيث التمسك بدليل الشرط، و كونه إسقاطا لما لم يجب إلى غير ذلك.

قوله قدس سره: الثاني: أن يشترط عدم الفسخ. إلى آخره.

و هذا الوجه من

باب شرط الفعل كالوجه الآتي، لا- النتيجة، و المشتراط كما يصح أن يكون فعلا يصح أن يكون تركا، و الدليل عليه هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) و لا مانع من التمسك به كالوجه السابق، بل هو أولى منه لعدم جريان بعض الإشكالات فيه. و على كل، فهذا الوجه يتصور فيه تخلف الشرط كالوجه الثالث الآتي، إلا أنه هنا يستشكل في ثبوت فائدة تخلف الشرط، لأن فائدته هو ثبوت الخيار المسمى بخيار تخلف الشرط، و إذا لم يلتزم الطرف الثاني بالشرط ففسخ العقد، و قلنا بنفوذ فسخه لا مجال لثبوت خيار المشتراط بعد انفساخ البيع.

و على تقدير ثبوت الخيار له فرضا، فغاياته من الخيار هو الفسخ، و قد حصل، و أما لو قلنا بعدم نفوذ الفسخ، فلا يتصور حينئذ تخلف الشرط، لأن الشرط في الحقيقة هو عدم حصول حقيقة الفسخ منه، و أما صرف القصد أو النطق، فليس مشروطا بعدم، فالعمدة في الكلام هنا هو البحث عن أن الفسخ نافذ بعد اشتراط عدمه أم لا؟

قوى المصنف قدس سره عدم نفوذه، و هو الأقوى، لأن نفوذ الفسخ منه يتوقف على سلطنته عليه، و مقتضى وجوب الوفاء بالشرط عدم جواز فسخه، و عدم سلطنته عليه، و لا مجال للتمسك بعموم دليل الخيار، لحكومة دليل الشروط عليه المستلزم لسلب سلطنته ذي الخيار على الفسخ.

و أمّا دعوى أن الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ، فظاهرة البطلان، لأننا لا نقول بفساده من جهة صرف الالتزام بتركه، بل لكونه وقع شرطا في ضمن العقد، و الوفاء واجب بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يكون مسلطا عليه شرعا، فكيف يصح منه؟!

(١)- انظر الوسائل ٢١: ٢٧٦ حديث ٤ من الباب ٢٠ من أبواب المهور.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣١

و على الأقل إنا نشك في سلطنته على الفسخ، و هذا كاف في عدم صحة فسخه، للرجوع حينئذ إلى أصالة اللزوم، و هكذا الكلام في منذور الصدقة، فإنه لا يصح بيعه لعدم السلطنة شرعا على نقله، و شرط البيع سلطنة البائع على المبيع.

قوله قدس سره: و الأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ. إلى آخره.

اشتراط إسقاط الخيار يتصور على نحوين، تارة على نحو يكون مؤقتا إلى وقت معلوم، و أخرى إلى وقت [غير] معلوم فان كان الأول، فلا شبهة بثبوت الخيار للمشتري له فيما إذا مضى الوقت و لم يسقط المشتري خياره، سواء كان الفسخ مؤثرا أم لا، لأنه بمضى زمن الاشتراط يتحقق تخلف الشرط حقيقة، و لا يجب بعد ذلك الوفاء بالشرط، فلا يكون مانع عن تأثير الفسخ.

و إن كان الثاني، فالكلام واضح مع القول بعدم تأثير الفسخ، كما أفاده في المتن، و مع القول بتأثير الفسخ، فلا وجه أيضا لثبوت الخيار، لأنه لا يتصور تخلف الشرط ما لم يمض زمن الاشتراط، و المفروض أن زمن الاشتراط غير محدد بحد، إلا إذا كان تأخيره يعد تساهلا و تسامحا بالشرط، فيكون تخلفا عرفا.

و أمّا ما أفاده في المتن من أنه قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه، فلا ينفع، لأن انتقاله إلى وارثه لا بد أن يكون على ما هو عليه من الثبوت له، فكما أنه يجب الوفاء عليه بالشرط، كذلك يجب على وارثه الوفاء به.

ثم إن هذا الكلام كله لا يجري في خيار المجلس خاصة، لأنه مؤقت بانقضاء المجلس، فإذا انقضى المجلس و لم يسقط الخيار لا مجال لثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري له، لأن الغرض من هذا الشرط هو لزوم العقد و عدم تزلزله، و يحصل ذلك بانقضاء المجلس.

نعم لو كان الشرط مؤقتا بوقت قبل انقضاء المجلس بزمان ثم لم يسقط حتى انقضى ذلك الوقت و بعد لم ينفذ المجلس، فلا بد من القول بثبوت خيار تخلف

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٢

الشرط على نحو «١» ما قلناه سابقا، فتدبر.

قوله قدس سره: قوله التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة. إلى آخره.

لا يخفى أن المدار في الشرط الابتدائي أن يكون التزاما مستقلا، أما إذا كان التزاما في نفس العقد فهو شرط في ضمن العقد، سواء كان الدال عليه لفظا صريحا أو إشارة إلى سابق بحيث يكون السابق كالتمهيد، فتفرض تلك الإشارة عن التصريح، أو يكون ذلك الشرط مما تباين عليه العقلاء و العرف في معاملاتهم بحيث يكون ذلك التباين مغنيا عن ذكره تصريحاً أو إشارة كاشتراط المساواة بين الثمن و المثمن و القبض و الإقباض، و اشتماله على وصف الصحة.

و الحاصل أن كل شرط كان مدلولاً عليه في العقد بأي دلالة كانت فهو من الشروط في ضمن العقد، و إلا فمجرد القصد و النية لا يجعله من الشروط المذكورة في ضمن العقد، و إن اشتراط مستقلا سابقا أو لاحقا.

قوله قدس سره: و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه. إلى آخره.

في صحة مثل هذا النذر نظر فإنه مما لا شبهة فيه أن صحة النذر تتوقف على القدرة على المنذور، و الظاهر اعتبار القدرة و الاستطاعة الشرعية، كما في الحج.

و معنى القدرة الشرعية أن يكون المتعلق مقدورا بالفعل مباشرة، بخلاف القدرة العقلية، فإنها تعم حتى ما كان مقدورا بواسطة أوساط، و هنا العتق بعد البيع لا يكون مقدورا مباشرة، ضرورة أنه بعد البيع هو ملك للمشتري، و «لا عتق إلا في ملك»، فإنه يكون مقدورا له إذا فسخ العقد بعد التمكن من فسخه، فيكون العتق حينئذ مقدورا بالواسطة، فلا تكون القدرة الشرعية حاصلة. نعم لو اكتفينا

فى النذر بالقدرة العقلية كان مجال للقول بصحة هذا النذر، و لكن الظاهر

(١)- فى الأصل: ما نحو.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٣  
خلافه.

### إسقاط الخيار بعد العقد

قوله قدس سره: و لعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم. إلى آخره.

لا يخفى أن غاية ما يدل عليه عموم السلطنة هو السلطنة على نفس المال، فلا يشمل السلطنة على نفس السلطنة، أو على نفس الملكية، فله أن يتصرف صاحب السلطنة بالمال بجميع أنحاء التصرف التى تتعلق بالمال، و ليس له أن يتصرف فى نفس السلطنة أو الملكية، لأنها ليس مما يقتضيها السلطنة على نفس المال، و لذا نقول: إن الإعراض عن المال لا يخرج المال عن ملك صاحبه، إذ ليس له إبطال الملكية ابتداء.

نعم له أن ينقل المال إلى آخر، فتبطل ملكيته له، و لكن هذا من نقل طرف الإضافة لا نفس الإضافة، و لذلك قلنا: إن البيع هو تبادل طرفى الإضافة، كما سبق مكررا.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن الحق نوع من الملك ضعيف، أو نوع من السلطنة، و ليس هو كالمال متعلقا للسلطنة، بل هو نوع من الملكية من آثارها السلطنة على متعلق الحق كالعقد فى الخيار و المبيع المشترك فى خيار الشفعة، و أمثال ذلك، فإذا ثبت عموم السلطنة على المال غير الشامل للسلطنة على الملكية، و على السلطنة لا يقتضى فحواه ثبوت السلطنة على الحق التى ترجع إلى السلطنة على السلطنة، أو على الملكية.

نعم لو ثبت أن الناس مسيطون على سلطنتهم على أموالهم كان بفحواه يدل على ثبوت سلطنتهم على حقوقهم، لما سمعت أن الحق بمنزلة الملك، فهو من سنخه

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٤

لا من سنخ المال الذى يكون متعلقا للسلطنة.

و الحاصل أن إسقاط الخيار الذى هو من آثار السلطنة على حق الخيار من باب الإعراض عن المال، لا من باب التصرف فى نفس المال.

نعم إقرار العقد و فسخه من مقتضيات ثبوت الحق، كالتصرف فى نفس المال الذى من مقتضيات ثبوت الملك، و لا يقاس الإقرار بإسقاط الخيار، و إن كانا متلازمين، لأن الإقرار متعلقه هو متعلق الخيار، و هو تحت الحق و السلطنة، و الإسقاط متعلقه نفس الحق، فهو فوق السلطنة، و كون لازم إسقاط الخيار لزوم العقد و إقراره لا يلزم أن يكون الإسقاط خاليا من هذا المحذور حيث كان لازمه خاليا أعنى الإقرار.

أقول: لو كان المراد من إسقاط الحق هو إبطال حقه الذى جعله له الشارع فى قبال جعل الشارع، فىكون تصرفا فى حكم الشارع و سلطانه، و لا شبهة بعدم جوازه و لا يقتضيه فحوى «الناس مسيطون على أموالهم»، و قد تقدم أن مثل هذا لا يجوز اشتراطه فى ضمن العقد، لأنه من المخالف للكتاب و السنة، و لكن ليس هناك من معنى للإسقاط يكون فوق الحق إلا هذا المعنى، و ما عداه لا بد أن يكون من مقتضيات نفس الحق، فينحصر هذا المعنى فى إقرار العقد و التعبير عنه بالإسقاط، لأن لازم إقرار العقد سقوط حق الخيار. على أنه يمكن أن يقال: إن الحق ليس هو بمعنى الملكية، بل هو مما تعلق به الملكية فهو مملوك لدى الحق، كما أن العين مملوكة.

فإذا قيل: إن للشريك حق الشفعة، فمعناه أن الشريك له أن يشفع، فهو يملك أن يشفع في العين، فيكون حقه هو الشفعة إضافة الحق إليها من باب الإضافة البيانية.

و كذلك حق الخيار، فالخيار هو الحق، لا أنه متعلق الحق، و ليس الخيار هو

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٥

نفس الملكية، بل هو المملوك لصاحب الحق، بمعنى أن له أن يختار و أن لا يختار.

و إذ قلنا: إن له حق في أن يختار، فهو من باب التسامح أو إطلاق الحق لمعنى آخر، غير ما هو مراد في قولك: حق الخيار، و الخيار حق من الحقوق، كما نقول:

الشفعة حق من الحقوق، و هكذا الحال في جميع الحقوق.

قوله قدس سره: أو من طرفهما لمتعدد كأصيل و وكيل. إلى آخره.

لمتعدد متعلق بقوله (ثبوت الخيار)، و حاصل هذا الفرض أن يثبت الخيار لشخصين أحدهما أصيل، و الثاني وكيل، سواء كانت هذا التعدد من طرف أحد المتعاقدين، أو من الطرفين، فإذا أجاز أحدهما- و ليكن الوكيل- و فسخ الآخر- و ليكن الأصيل- في آن واحد، فإن الإجازة هنا تعارض الفسخ، لأن الإجازة تقتضى لزوم العقد من طرف الوكيل و الأصيل، لا من طرف خصوص المجيز منهما.

قوله قدس سره: فلا خيار لهما بعد الرضا. إلى آخره.

يحتمل أنه أراد: فلا خيار لهما بعد الرضا بحدوث البيع لإبقائه، فلا يكون شاهدا في المقام.

### سقوط الخيار بالافتراق

قوله قدس سره: فإذا حصل الافتراق الإضافي. إلى آخره.

أى بالإضافة إلى الهيئة الاجتماعية، و لكن لا يخفى أن المدار على تحقق الافتراق عرفا، أى ما يصدق عليه الافتراق عرفا، لا الافتراق الحقيقي العقلي كما هو واضح، فيختلف ذلك باختلاف ما يضاف إليه، و هو الهيئة الاجتماعية، فقد يصدق الافتراق على ما هو أقل من الخطوة، كما لو كانا جالسين فقام أحدهما

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٦

فخطا أقل من خطوة، و قد لا- يصدق بأكثر من ذلك، كما لو كانا راكبين على فرسين و سارا معا مجتمعين، فإن الاجتماع يصدق بتجاربهما معا في المشى، و إن بلغ الفرق بينهما بأكثر من خطوة.

و على كل حال، فالمدار على تحقق الافتراق العرفي، و إن كان ربما يشكل تعيين بعض المصاديق العرفية إلا أنه من المعلوم أنه لا يصدق على الحركة بمقدار الشعرة أن الإصبع أو نحو ذلك، و إن كان ذلك بالنظر العقلي افتراقا.

### في الإكراه على التفريق

قوله قدس سره: فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري. إلى آخره.

بل حتى الاختياري بهذا المعنى ليس متبادرا من قوله عليه السلام «ما لم يفترقا»، لأنه لا دلالة في نفس الأفعال لا بمادتها و لا بهيئتها على الاختيار، و لا على الالتفات و لذلك يصح إسناد مات و هلك إلى الميت و هالك بدون تجوز.

نعم إذا أسندت الأفعال إلى الفاعل في مورد التكليف تكون ظاهرة في الاختيار و الالتفات، و لكن لمكان وقوعها في مورد التكليف المستدعي للاختيار و الالتفات، لا من أجل دلالتها في نفسها على ذلك.

و على هذا فإذا صدر الافتراق عن نسيان أو سهو أو اضطرار أو إكراهها، فلا بد من القول بسقوط الخيار لمكان إطلاق قوله عليه

السلام: «ما لم يفترقا».

فتحصل أن تبادل الاختيار- سواء كان في مقابل الاضطرار أو مقابل الإكراه- ممنوع أشد المنع، و إن كان يمكن دعوى- و لا بأس بها- أن صيغة الافتعال غالبا تدل على صدور الفعل عن اختيار، كاجتهاد و انتحر و انتهض

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٧

و ارتزق، فلا تصدق هذه الأفعال على من صدر منه الحدث بدون اختياره، ألا ترى أنه لا يقال لمن نحر نفسه غافلا أو نائما أنه انتحر، و هكذا؟

قوله قدس سره: و منه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث. إلى آخره.

و ذلك لعدم مطابقة الدليل للمدعى حينئذ، لأن المدعى أن الخيار إنما لا يسقط مع وقوع الافتراق عن إكراه، و مع الإكراه على ترك التخايير، و الدليل إنما يدل على تقديره على عدم سقوط الخيار، إذا وقع الافتراق خاصة عن إكراه، و لازمه عدم سقوط الخيار مع عدم الإكراه عن ترك التخايير، و قد اعترفوا بسقوطه حتى مع الاضطرار على التفرق إذا لم يكن التخايير ممنوعا، فكيف يصلح أن يكون حديث الرفع دليلا على مدعاهم، فلا بد أن لا يكون دليلهم حديث الرفع، و كذا لا يصح أن يكون دليلهم تبادل الاختيار من الفعل، لما ذكرنا.

هذا حاصل ما يريده المصنف، و إنما علل بجزء من التعليل في قوله:

(للاعتراف بدخول المضطر و المكره.) و كذلك تعليله في ما يأتي قوله: (لأن المفروض أن التفرق الاضطراري).

على أنه يمكن [أن] يقال: حتى لو كانت الدعوى عدم سقوط الخيار مع الإكراه على التفرق فقط لا يصح الاستدلال بحديث الرفع «١»، لأن المرفوع فيما أكرهوا عليه و فيما اضطروا، و إن كان الموضوع المكروه عليه و المضطر إليه، و لكن بنفسه لا يقبل الرفع، و إنما هو بالنظر إلى حكمه، فلا بد أن يكون الإكراه ساريا إلى الحكم الوضعي أو التكليفي حتى يكون نفس الحكم إكراهيا، لأنه المرفوع حقيقة مع أن المفروض هنا أن الإكراه على الافتراق مع عدم الإكراه على عدم التخايير لا يستلزم الإكراه على الحكم الوضعي، و هو لزوم العقد حتى يكون مرفوعا بحديث الرفع.

(١)- الوسائل ١٥: ٣٦٩، حديث ١ من الباب ٥٦ من جهاد النفس.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٨

و بعبارة أخرى: إن الرفع حقيقة إنما يكون للحكم بلسان رفع الموضوع، و المرفوع لا بد أن يكون ثقيلًا ليصدق الرفع، و الثقل في صورة الإكراه إنما يكون بواسطة الإكراه، فإذا لم يكن الحاكم مما يمسه الإكراه لا يكون ثقيلًا، فلا يكون مرفوعا، كما في المقام.

ثم إنه قد يقال: فلتكن دعوى المشهور هو عدم سقوط الخيار عند الإكراه على الافتراق و على عدم التخايير، و يستدل بحديث الرفع على هذه الدعوى الخاصة، لأن الافتراق على عدم التخايير لما كان مكرها عليهما فهما مرفوعان معا.

قلنا: أي معنى لرفع عدم التخايير، لأنه ليس موضوعا لحكم اللزوم و لا- التخايير موضوعا للجواز و الخيار، كما أنه لا معنى لرفع عدم الفسخ و إن صح رفع الفسخ بأن لا يكون مؤثرا.

نعم الافتراق موضوع اللزوم أو عدم الافتراق موضوع الجواز، و لكن قلنا: بنفسه لا يكون مشمولًا لحديث الرفع.

اللهم إله أن يقال: إن الإكراه على الافتراق بضميمة الإكراه على عدم الفسخ يكون اللزوم مكرها عليه، فهو مرفوع و لو بلسان رفع الموضوع، و هو الافتراق، فتدبر جيدا.

قوله قدس سره: و إلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد. إلى آخره.

ما أغرب دعوى هذا التبادر و أبعدها، فأى علاقة بين الرضا بنفس العقد و كلمة يفترقان حتى يتبادر منها الرضا بالعقد، فإنها لا دلالة



لها عليه، لا بمادتها ولا بهيئتها، كما وليس هناك من قرينه تقتضى هذا التبادر إلا كون الافتراق وقع بعد فرض العقد، وهو لا يصح لهذه القرينة، ولا مناسبة بين الحكم والموضوع تقضى بذلك، وإلا لكان افتراق الساهى والنائم غير مسقط للخيار مع عدم القائل حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٩ به ظاهرا.

قوله قدس سره: بقوله عليه السلام فى صحیحة الفضيل: «فإذا افترقا». إلى آخره.

هذا لو كان قوله: «بعد الرضا منهما» قيدا لنفى الخيار، ولكن لو كان تعليلا للحكم، فلا شاهد للمقام بأن يكون المراد أنه الافتراق رضا بالبيع ومصدق له، فكأنه بعد أن حصل الافتراق الذى هو رضا بالعقد، فلا مورد لثبوت الخيار، وهذا يكون كالتصرف فى خيار الحيوان المحكوم فى الرواية بأنه رضا بالبيع، كما سيأتى بيانه، وتوضيح معنى الرضا الذى يصح أن يكون التصرف مصدقا له وهو محمولا عليه، وليس هو الرضا المتبادر المعروف.

قوله قدس سره: وعلى تقدير، فيدل على أن المتفرقين. إلى آخره.

الظاهر أنه ليس المهم هو الاستدلال على سقوط الخيار فى صورتى الإكراه والاضطرار على التفرق فقط مع عدم الإكراه والاضطرار على عدم التأخير، وعدم الفسخ، فإن هذا يكفيه عموم: «البيعان بالخيار» وإنما المهم الاستدلال على عدم سقوط الخيار عند الإكراه على التفرق وعلى عدم الفسخ، إذ هو الذى يحتاج إلى إقامة الدليل خروجاً عن العمومات.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٠

## خيار الحيوان

### فى ثبوت الخيار للحيوان غير مستقر الحياة

قوله قدس سره: ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود. إلى آخره.

أما الحيوان المذبوح، فلا شبهة فى عدم دخوله فى عمومات أدلة خيار الحيوان، لأنه جماد وإنما يطلق عليه الحيوان مسامحةً فالحيوان هو ذو الحياة، وإنما يقع الكلام فى الحيوان غير المستقر الحياة كالسمك والجراد وغيرهما، فإن الحيوان يصدق عليها، فيدخل فى ظاهر الأدلة وكلمات الأصحاب.

ولكن المصنف لم يستبعد خروج الحيوان غير مستقر الحياة غير المقصود منه الحياة خروجاً موضوعياً، وذلك ل. ن المنساق من دليل خيار الحيوان بيع الحيوان بما أنه حيوان، والحيوان المبيع غير المقصود منه إلبا اللحم كالسمك الخارج من الماء، والجراد فى الإناء ليس المبيع فيه إلبا اللحم، لأن الثابت من حيثية تقييدية ثابت لتلك الحيثية، فلا- يشمل بيع الحيوان لبيع اللحم، فلا- يثبت له خيار الحيوان، وكونه حيواناً فى الواقع لا يجعله مبيعا من هذه الخصوصية.

ومن الواضح أيضاً أنه لم يثبت خيار آخر للحوم بهذا العنوان، فعموم خيار الحيوان لا يشمل بيع اللحم، فهو خارج عنه تخصصاً.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤١

ومن هذا التقرير يتضح الفرق بين مثل السمك خارج الماء المقصود منه اللحم، والحيوان المشتري لغاية الذبح، كما إذا اشتراه القصاب، فإنه وإن كان قد يتخيل أنه مقصود منه اللحم مع أنه لا شبهة فى ثبوت الخيار فيه إلا أنه من الواضح أن حيثية اللحم لم تجعل حيثية تقييدية، بل حيثية تعليلية، فإن المشتري حقيقةً والمبذول بإزائه الثمن هو الحيوان بما له من الحياة، وإنما كانت الغاية منه هو لحمه بعد ذبحه بخلاف مثل السمك، فإن المشتري حقيقةً هو اللحم، وجهه الحياة ملغاةً فى نظر المشتري.

و مما تقدم يظهر حال الحيوان المشرف على الموت لعارض كالصيد، فإنه إذا بيع فإنما يباع نفس اللحم، فلا مجال لقصد حياته، فليس هو أشد إشكالا من الحيوان المقصود منه اللحم ابتداء، لا لعارض كالمسك.

قوله قدس سره: و على كل حال فلا يعد زهاق الروح. إلى آخره.

حاصله أنه لو قلنا بثبوت الخيار للحيوان المشرف على الموت لعارض، بل و لغيره، فلو مات قبل القبض، فهل يعد ذلك تلفا فيكون من مال بائعه، كما هو الحال في كل مبيع تلف قبل القبض؟ بل و كذا لو مات في زمن الخيار، فهل يتلف ممن عليه الخيار، كما هو الحال أيضا في كل مبيع تلف في زمن الخيار؟.

الحق أن مجرد إزهاق الروح في مثل هذا الحيوان لا يعد تلفا، لأنه لما كان المقصود منه اللحم، و هو المبيع حقيقة، فالمبيع لم يتلف، و إنما ذهبت صفة لم تؤخذ قيما في المبيع، و هذا لا ينافي ثبوت الخيار على تقدير القول به، لأنه لو قلنا به، فإنما هو لعموم دليل خيار الحيوان و عدم تأثير جهة كون اللحم هو المقصود في الخروج عن العموم، فلا يخرج عن هذه الجهة الواقعية، و هي كون اللحم هو المقصود، و أنه هو المبيع حقيقة، فلا يكون الجمع بين القول بالخيار فيه، و القول بأن زهاق روحه ليس بتلف تناقضا، كما ربما يتوهم في بادئ النظر.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٢

قوله قدس سره: و في منتهى خيار مع عدم بقائه. إلى آخره.

هذه الوجوه بعد فرض ثبوت الخيار له، و الوجوه التي تذكر في المقام ثلاثة:

الأول: فورية الخيار، بناء على أن ما لا تحديد لخياره، القاعدة فيه تقتضى الفورية، و هنا لما لم يبق الحيوان إلى الثلاثة، لا يصح تحديده بالثلاثة، فلا يدخل في الدليل الدال على بقاء خيار الحيوان إلى الثلاثة، و إنما يدخل في عموم الدليل الدال على مطلق ثبوت خيار الحيوان فتبقى مدة خياره بلا دليل يدل عليها، فلا بد من الرجوع حينئذ إلى القاعدة.

الثاني: استمرار الخيار إلى الموت إذا كان قبل انقضاء الثلاثة، نظرا إلى أنه لما كان معلوما للمشتري أو لهما معا أنه لا يبقى إلى الثلاثة، فهما قد أقدمتا على عدم ثبوت الخيار إلى الثلاثة، فكان ذلك بحكم الإسقاط من بعد الموت، و الدليل الدال على ثبوت الخيار إلى الثلاثة، ليس لسانه لابدئية الثبوت إلى الثلاثة على نحو إن ثبت إلى الثلاثة و لّا فيسقط، بل إنما جعلت مضى الثلاثة غاية بقاءه، و ذلك على تقدير إمكان بقاءه، فلا ينافيه عدم استمراره إلى الثلاثة لمانع، كما هنا، و هو الموت الذي يكون الإقدام عليه، كالإقدام على الإسقاط، أو لأنه لا فائدة في بقاء الخيار إلى الثلاثة بعد الموت بملاحظة الحكم في خيار الحيوان، و هي النظرة المستفاد من دوران الخيار مدارها.

الثالث: ثبوت الخيار إلى الثلاثة نظرا إلى دخوله في دليل ثبوته إليها، حيث إنه مجرد موته قبل الثلاثة غير مانع من ثبوت الخيار لما هو معلوم أن متعلق الخيار هو العقد، لا نفس العين، فمع تلف العين ينتقل إلى البدل.

و الأرجح من هذه الوجوه هو الثاني لما تقدم أن زهاق روح هذا الحيوان لا يعد تلفا، بل المبيع كما عرفت نفس اللحم، و هو لم يتلف بزهاق الروح، و تقدم

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٣

أنه لا- ينافيه ثبوت الخيار على تقدير القول به، و عليه فلا- معنى للانتقال إلى البدل في الفسخ إذا مات ذلك الحيوان لعدم التلف، فالمبيع باق على حاله، و لا معنى أيضا لثبوت الخيار بعد الموت، لأنه بعد الموت لحم صرف، لا حياة فيه، فلا يصدق عليه الحيوان حتى يثبت فيه خيار الحيوان، و لا- يصح ثبوت خيار الحيوان لغير الحيوان و لو آنا ما، و ثبوته للبدل مع التلف في غير المقام إنما هو لمكان أن ثبوته للبدل في طول ثبوته لنفس الحيوان، لأنه بدل عنه، و ليس كذلك بقاءه في اللحم مع زهاق الروح، لأن ثبوته للحم حينئذ ليس على نحو البدلية، بل في عرض الحيوان.

قوله قدس سره: بالحكمة غير الجارية. إلى آخره.

والعلة هي النظرة، والمراد منها الاطلاع على عيوبه الخفية، ولا شبهة أن الكلي مع بقائه على كليته لا معنى للاطلاع على عيوبه، إذ لا يتصور ذلك في المتشخص، وأما مع تشخصه بالقبض، فإن طابق المقبوض الوصف، فلا معنى لظهور العيب، وإن لا يطابق الوصف لظهور العيب، فلم يكن ذلك مصداقاً للمبيع حتى يثبت الخيار. نعم يثبت خيار الرؤية على القول بثبوتها في الكلي، وهذا أمر آخر. قوله قدس سره: ولعله الأقوى. إلى آخره.

إما لعدم جريان الحكمة فيه كما تقدم، وإما للانصراف من الحيوان إلى خصوص الشخصي، والكل محل شبهة. أما الحكمة، فاستفادة كون الحكم يدور مدارها وجودها وعدمها ممنوعة، والانصراف أشد منعاً، فإن ذلك من غلبة الوجود، لا غلبة الاستعمال، فلا ينفع.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٤

### اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

. قوله قدس سره: المشهور اختصاص. إلى آخره.

الأقوال المذكورة هنا ثلاثة:

الأول: - وهو المشهور - اختصاص الخيار بالمشتري فيما إذا كان المثلن حيواناً، فلا خيار للبائع مطلقاً، حتى لو كان الثمن حيواناً، ولا للمشتري فيما إذا كان الثمن حيواناً لا المثلن.

الثاني: ثبوت الخيار لهما معاً، كما هو المنقول عن السيد المرتضى رحمه الله، سواء كان الثمن والمثلن معا حيوانين أو كان أحدهما حيواناً دون الآخر، وهذا القول يبين الأول إلماً من جهة ثبوت الخيار للمشتري فيما إذا كان المثلن حيواناً.

الثالث: ثبوت الخيار لصاحب الحيوان أي من انتقل إليه الحيوان، سواء المشتري والبائع، فلو كان كل من المثلن والثمن حيواناً كان الخيار لهما معاً، وبين هذا القول وبين الأول عموم وخصوص مطلقاً، فيجتمعان فيما لو كان المبيع حيواناً، ويفترق عن الأول فيما إذا كان الثمن حيواناً أو كلاهما، وكذلك النسبة عينها بينه وبين الثاني، لكن العموم من جانب الثاني فيجتمعان فيما إذا كان الثمن والمثلن حيوانين، ويفترق الثاني عن الثالث فيما إذا كان أحدهما حيواناً. «١».

(١) - إلى هنا ما عثرنا عليه من خيار الحيوان، وكان رقم الصفحة هذه «٤٦» بحسب تسلسل المؤلف طاب ثراه، وبقية الصفحات مرقمة لكنها بياض إلى صفحة «٧٩»، فيبدأ فيها بخيار الغبن.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٥

### خيار الغبن

#### إشارة

قوله قدس سره: واستدل في التذكرة على هذا الخيار. إلى آخره.

أقول: يمكن الاستدلال لخيار الغبن بغير ما هو مذكور في المتن بأن يقال:

إنه مما لا شبهة فيه أن بناء المعاملات التجارية عند العرف على التساوي بين العوضين تساوي عرفياً، كما أشار إليه المصنف قدس سره فيما يأتي في توجيه استدلال العلامة بالآية، بحيث كان ذلك البناء منهم، وجريان عرف المعاملات عليه كافياً لاعتماد المشتري أو

البائع على عدم ذكر شرط التساوى فى مضمون العقد، فيكون لنفس المعاملة لمكان هذا البناء العام ظهور فى اعتبار التساوى، لا ترفع اليد عنه إلا مع القرينة الصارفة اللفظية أو المقامية.

فلا يرد ما ذكره المصنف قدس سره فى رد الاستدلال بالآية، تارة أن هذا من قبيل الداعى لا العنوان، و أخرى أنه قد لا يكون داعيا، كما إذا كان المقصود ذات المبيع، فإنه بعد أن كان البناء العرفى جرى فى المعاملات على هذا الاعتبار، بحيث كان للمعاملة المجردة عن القرينة ظهور فى ذلك، كان هذا من باب الشرط الضمنى، كاشتراط وصف الصحة، و لا يضر فيه أنه قد لا يكون داعيا أحيانا. فنحن نعرف من هذا أن التساوى بين العوضين شرط ضمنى استغنى عن ذكره لتباني الناس على اعتباره الذى جعل لنفس المعاملة ظهورا فيه لا يصرف

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٦

عنه إلا صارف و قرينه تقوم على خلافه.

و من المعلوم أنه من الغبن الفاحش يتخلف هذا الشرط، و عند تخلفه يثبت الخيار، و لما ذا يثبت الخيار؟

مظفر، محمد رضا، حاشية المظفر على المكاسب، ٢ جلد، ه ق

حاشية المظفر على المكاسب؛ ج ٢، ص: ١٤٦

نقول: إنه مما لا شبهة أنه فى البيع كل من البائع و المشتري يملك التزامه للآخر على تقدير حصول جميع الشرائط المعترية فى المعقود عليه من غير أن يكون للشرط قسط من الثمن، بل إنما جعل الثمن بإزاء نفس المبيع، لكن التزامه بنقل المبيع و تملكه لهذا الالتزام مشروط بالشروط التى وضعها على البائع مثلا- و قبلها البائع و ملكه التزامه له، فإذا تخلف الشرط مثلا من قبل البائع كان المشتري مالكا لالتزامه، لأنه لم يملكه التزامه إلا على تقدير حصول ذلك الشرط و لم يحصل، و لم يملكه التزامه على كل تقدير، و ليس معنى الخيار إلا أن صاحب الخيار مالك لالتزامه، فله أن يلتزم بالمعاملة، و له أن لا يلتزم فيفسخها، فيكون على هذا من تخلف عليه الشرط و هو المشتري مالكا لاختياره، و ليس للبائع أن يلزمه، و هذا بخلاف البائع فإنه بالنظر إلى هذا الشرط المتخلف من قبله لم يكن تملكه لالتزامه معلقا على تقدير خاص، بل إنما ملكه على كل من تقدير تخلف هذا الشرط و عدمه، فالتزامه مملوك للمشتري مع هذا التخلف، فلا يثبت له الخيار، و كذلك الكلام لو تخلف الشرط من قبل المشتري لا البائع، فيثبت الخيار للبائع خاصة، و لو تخلف من كل منهما يثبت الخيار لكل منهما.

و الحاصل أن خيار الغبن يرجع - على هذا البيان - إلى خيار تخلف الشرط، و الدليل عليه دليل على هذا الخيار.

و لكن خروج هذا الخيار كخيار التخلف عن أدلة اللزوم خروج تخصصى أو تخصيصى؟

وجهان، و الوجه الثانى هو الأولى و إن ذهب إلى الأولى أحد أجله مشايخنا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٧

دام ظلّه العالى، و للكلام فيه محل آخر إن شاء الله تعالى.

### الاستدلال بالآية على خيار الغبن

قوله قدس سره: و توجيهه أن رضا المغبون. إلى آخره.

الاستدلال بالآية «١» على هذا النحو مبنى على أن الاستثناء فيها منقطع، لأن نفس التجارة أو كونها عن تراض كاف للخروج عن عموم أكل المال بالباطل، لأن أكل المال بالتجارة ليس أكلا بالباطل عرفا، فالباطل نوع ليس هو التجارة، فتدل الآية على أن التجارة عن

تراض ماضية عند الشارع صحيحة، و لازمة أيضا إذا التزم المتبايعان بمضمون العقد، لأن هذا معنى إمضائها فإذا فرض أن المتعاقدين لم يحصل منهما التراضي بلزوم العقد بمعنى أنه لم يملك كل منهما التزامه للآخرين، و إن حصل التراضي بنفس المبادلة، فلا تدل الآية على لزوم العقد، بل تدل على عدم لزومه، لأنها إنما تدل على إمضاء ما تراضيا عليه، و المفروض أنهما لم يراضيا باللزوم، و إنما تراضيا بنفس المبادلة بين العوضين، فما تراضيا عليه ممضى عند الشارع، و هو ليس إلا نفس المعاملة، و ما لم يراضيا عليه ليس بمضى، بل منهي عن التملك بدون حصول الرضا بمقتضى الحصر بالتجارة عن تراض.

و هنا في مسألتنا على تقدير الغبن الفاحش لم يحصل التراضي من المتبايعين معا بلزوم العقد على تقدير الغبن و عدم تساوى العوضين في القيمة، و إن كان التراضي بنفس المعاملة حاصلًا، و لذا تكون المعاملة مع الغبن صحيحة، و لا

(١)- و هي قوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ النساء: ٢٩.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٨

لزوم، بل يثبت الخيار.

هكذا ينبغي تقرب الاستدلال بالآية الشريفة على هذا الخيار، بل الآية تكون دليلا على ثبوت الخيار في كل موضع تخلف الشرط، سواء كان الشرط ضمنيا أو صريحا.

قوله قدس سره: لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع. إلى آخره.

هذه دعوى لا بد أن تستفاد من الآية، و إلا فلا يكون استدلالا بالآية، و لم يظهر من المتن أن هذا مدلول الآية، و لكن على ما قلناه يظهر وجه دلالة الآية عليه، كما عرفت في الحاشية السابقة، ان الآية تدل على إمضاء ما تراضيا عليه، و في هذا الفرض و إن لم يحصل التراضي باللزوم، لتخلف الشرط الضمني و هو التساوى بين قيمتي العوضين، إلا أن التراضي بالمبادلة، بين نفسى العوضين حاصل، فلا يكون تبين فقط الشرط أو الوصف كاشفا عن بطلان البيع، لعدم كشفه عن عدم حصول التراضي بالمبادلة بين نفسى العوضين حتى لا يكون نفس العقد ممضا من الشارع صحيحا.

نعم تبين فقد الوصف لا- يوجب إلما الخيار، لعدم حصول التراضي باللزوم حتى يكون اللزوم ممضا بمقتضى الآية، و إلا كان لزوم المعاملة إلزاما للمشتري أو البائع بما لم يلتزم، و بما لم يرض.

أقول: و كأن المفهوم من كلام المتن- على ما قررناه- أنه يكفي في ثبوت الخيار عدم ثبوت اللزوم، فكأن الآية لا تدل على لزوم العقد لا أنها تدل على عدم لزومه، و فرق بين الدلالة على عدم اللزوم، و عدم الدلالة على اللزوم، لأنها غاية ما تدل على إمضاء ما تراضيا، و النافع هو دلالتها على عدم اعتبار ما لم يراضيا عليه.

و لكن المصنف أخيرا يصرح بدلالة الآية على عدم اللزوم، و ليس ذلك إلا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٩

لما أشرنا إليه في الحاشية السابقة أن الآية بمقتضى الحصر تدل على النهي عن التملك بدون حصول التراضي، فتدل على عدم اعتبار ما لم يراضيا عليه، كما تدل على إمضاء ما تراضيا عليه، و الفاقد للوصف مما لم يراضيا عليه و لم يلتزما به، فتدبر.

قوله قدس سره: لفحوى حكم الفضولى المكروه. إلى آخره.

لا- حاجة إلى الاستدلال بهذه الفحوى، بل لا- معنى لها، و السر في ذلك أن التجارة إما أن يراد بها المعنى المصدرى و هو إيجاد المعاملة و حدوثها، و إما أن يراد المعنى الاسم المصدرى، و هو نفس المعاملة الموجودة في الخارج كسائر الموجودات.

فإن كان الأول، فالآية تدل على اعتبار مقارنة الرضا للتجارة، لأن الإيجاد إنى، فإذا تأخر الرضا أو تقدم، لا يكون إيجاد التجارة عن تراض، فلا ينفع إذن لحوق الرضا في الفضولى و المكروه، فضلا عن المقام.

و إن كان الثاني، فالآية لا تدل على اعتبار مقارنة الرضا لصدق التجارة عن تراض حتى مع تأخره، فهي تدل على كفاية التراضي المتأخر، سواء في بيع الفضولي و المكروه و تخلف الوصف، فلا فرق بين المقامات، و الفحوى إنما تفرض فيما إذا دل الدليل بمنطوقه على شيء، و كان شيء خارج عن المنطوق أولى بالحكم، فيدل الدليل بالفحوى على ثبوت الحكم للشئ الخارج.

أما هنا فهذه الثلاثة جميعا، إما أن تكون كلها خارجة عن منطوق الآية أو كلها داخله، و إن كان الحق هو الثاني لظهور لفظ التجارة في المعنى الاسم المصدرى، كما ادّعا جملة من المحققين.

قوله قدس سرّه: لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى. إلى آخره.

أقول: لا معنى لفرض المعارضة بين عقد المستثنى و عقد المستثنى منه، لأن الاستثناء مخرج للمستثنى عن حكم المستثنى منه، فلو كان الشئ الداخل تحت

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٠

عموم المستثنى منه داخلا تحت عموم المستثنى، فلا بد أن لا يكون محكوما إلّا بحكم المستثنى، لأن هذا معنى الإخراج. فإن قلت: هذا فيما لو كان الاستثناء متصلا دون ما إذا كان منقطعا، و بعبارة أخرى إن بين المستثنى و المستثنى منه إما أن يكون عموم و خصوص مطلقا، و العموم من جانب المستثنى منه، و إما أن يكون عموم و خصوص من وجه، و إما أن يكونا متباينين. فإن كان الأول كان الاستثناء منفصلا، فلا محالة لا يقع التعارض بينهما، لأن المستثنى أخص من المستثنى منه، و قد أخرج من حكمه، و كذا على التقدير الثالث لا يقع التعارض بينهما، إذ لا يجتمعان في مادة، و يكون الاستثناء منقطعا.

و إن كان الثاني كان الاستثناء منقطعا لا محالة، لعدم دخول مورد افتراق المستثنى في المستثنى منه، فيبقى مورد الاجتماع، و لا يصح أن يكون داخلا- في كل من المستثنى و المستثنى منه، و إلّا لكان الاستثناء متصلا بالنظر إليه، و لا يصح جمع الاستثناء المتصل و المنقطع لأداء واحدة باستعمال واحد، لأنه يكون من باب استعمال اللفظ في أكثر من معنى، فلا بد أن يدخل مورد الاجتماع في المستثنى منه وحده أو في المستثنى وحده، فإن دلت قرينة على أحدهما فذاك، و إلّا فيقع التعارض بين ظاهريهما و المقام من هذا القبيل، لأن بعض ما هو باطل ليس بتجارة عن تراض، و بعض ما هو تجارة عن تراض ليس باطل، و مورد البحث- و هو البيع الغبى- من جهة باطل، فيدخل في عموم المستثنى منه، و من جهة تجارة عن تراض، فيدخل في المستثنى- كما قرره المصنف- فيتعارضان.

قلت: أولا: إن الاستثناء المنقطع و إن كان في مورد تباين المستثنى و المستثنى منه و إن كان تباينا جزئيا، لكنه لا بد أن يقدر شمول المستثنى منه بأن يقدر عامّا و لو مجازا، فيكون المجاز في الاستثناء المنقطع في نفس المستثنى منه، لا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥١

في الأداء، فمرجع الاستثناء المنقطع إلى الاستثناء المتصل، بل هو حقيقة.

غاية الأمر إن المستثنى منه بمعناه الحقيقي في المنقطع لا يشمل المستثنى بخلاف المتصل و إن كان بمعناه المجازى أو المقدر شاملا، ففي صورة ما إذا كان العموم و الخصوص بين المستثنى و المستثنى منه من وجه لا- بد أن يقدر المستثنى منه عامّا مطلقا، فيصح الإخراج لجميع ما يدخل تحت عموم المستثنى، سواء كان هو مورد الافتراق أو مورد الاجتماع، و لا يقع التعارض بين العقدين أبدا، و يكون عقد المستثنى مبيّنا دائما لعقد المستثنى منه.

و ثانيا: سلمنا ما ذكرتم، لكن الآية الشريفة ظاهرا أن ما صدق عليه التجارة عن تراض خارج عن الباطل موضوعا، فتدل على التباين بين الباطل و التجارة عن تراض، فتكون من القسم الثالث الذي فرضتم أنه لا يقع فيه التعارض، و لما فرض في موردنا أن التراضي بنفس المعاملة و بالمبادلة بين نفسى العوضين حاصل «١» فتصدق عليه التجارة عن تراض، فهو بنفسه كاف للخروج عن الباطل، و عدم حصول الالتزام، و التراضي بالوصف المفقود لا يقتضى دخوله بعد هذا تحت الباطل.

و لو فرض الشك في دخول المورد تحت الباطل أو التجارة عن تراض تكون الشبهة مفهومية، فلا معنى لوقوع التعارض بين العقدين،

إذا لا يكون حينئذ الظهور محفوظا في كل منهما.

والتحقيق أن المورد مشمول لعقد المستثنى فقط لحصول التراضي بنفس المبادلة و لصدق التجارة، و لعدم صدق الباطل على نفس المعاملة، و الاستدلال على ثبوت الخيار هنا بعقد المستثنى على ما أوضحناه سابقا، فتدبر.  
قوله قدس سره: و يمكن أن يقال: إن آية التراضي تشمل غير صورة

(١)- في الأصل: حاصل.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٢

الخدع. إلى آخره.

فيه أولا: إن صورة الخدع مشمولة لآية التراضي كغير صورة الخدع، لا لآية النهي، فلا تعارض.

و ثانيا: إن آية التراضي لا تدل على عدم الخيار، بل تدل على الخيار كما سلف، فلا تعارض أيضا من هذه الجهة.

و ثالثا: إن فيما لو أقدم المغبون على الشراء محتملا كون الشراء بأضعاف قيمة العين إما أن يتبين كونه مغبونا فوق ما كان يحتمله، أو بمقدار ما كان يحتمله، فإن كان الأول فهو مخدوع و مغبون، فليست هذه الصورة غير صورة الخدع، و إن كان الثاني فسيأتي أن الشاك بالزيادة يمكن أن يكون حكمه حكم العالم بها لا خيار له، لتحقق الإقدام منه، فلا ملازمة بين القول بالخيار في صورة الخدع و غيرها، فلو كانت آية التراضي دالة على نفى الخيار في غير صورة الخدع و آية دالة على الخيار في صورة الخدع، فلا بأس من الالتزام بهما، و لا يكون مخالفا للإجماع المركب، فتأمل تعرف.

### (حديث لا ضرر)

قوله قدس سره: و لكن يمكن الخدشة في ذلك. إلى آخره.

لا يخفى أن المعاملة من الضروري وقعت بين العوضين بين الكل و الكل، و المجموع و المجموع على نسبة واحدة، فالنصف يقابله النصف، و الربع يقابله الربع، و هكذا إلى أصغر كسر يفرض، و ليس لهذه المعاملة إلّا لزوم واحد، فإما أن يكون منفيا أو ثابتا، فإذا فرض أن حديث «لا ضرر» «١» دل على نفى اللزوم

(١)- الوسائل ٢٦: ١٤ حديث ١٠ من الباب ١ من أبواب موانع الإرث.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٣

الضروري في المعاملة الغبية، فلا يبقى للمعاملة لزوم آخر، لأنه ليس لها إلّا لزوم واحد، و معه ينحصر نفى اللزوم في الخيار، فلا يكون في عرضه جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة.

و بعبارة أخرى: إنه ليس لنفى اللزوم إلّا فرد واحد هو الخيار، و ليس من أفرادها هنا رد الزائد، و ذلك لأنه لو استرد المغبون الزائد بعنوان دفع الضرر بالغبن بمقتضى نفى الضرر، فمعناه أن المعاملة في غير الزائد لازمة و في الزائد غير لازمة، فينحل حينئذ اللزوم، و لكنه للمعاملة لزوم واحد فقط، فلا ينحل إلّا بانحلال المعاملة.

و من الواضح أن جعل المبدل في قبال ما يساويه قيمة من البدل و يبقى الزائد بغير مقابل ليس ذلك معنى انحلال المعاملة، بل هو خلاف مقتضى المعاوضة المفروضة، و إنما يكون معاوضة أخرى، و إنما انحلال المعاملة بجعل البعض مقابل البعض، لا بجعل الكل مقابل البعض، و البعض الآخر يبقى بلا مقابل، و يرد إلى المغبون.

فتحصل أن جواز رد العقد في المقدار الزائد لا يكون من أفراد نفى اللزوم، ذلك اللزوم الضروري الذي جاء من قبل المعاملة الغبية

الواحدة، و التي ليس لها إلّا لزوم واحد ينحل بانحلال «١» المعاملة.

فإن قلت: إن شرط المساواة الضمنية في العقد يقتضى جعل المبدل في قبال ما يساويه من البدل فتكون المعاملة لازمة بالنسبة إليه، إذ لا ضرر حينئذ، و في الزائد ينفي اللزوم، لأنه ضررى بالنسبة إليه.  
قلت: أولاً: على تقدير هذا الغرض يكون الخيار في طول جواز رد الزائد أو أخذ الغرامة لا في عرضه، فإذا امتنع الغابن من الرد أو الغرامة يكون للمغبون

(١)- في الأصل: بإحلال.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٤

الفسخ في الكل، و إلّا فليس للمغبون الفسخ في الكل ابتداء، لأن لزوم المعاملة في المقدار المساوي ليس بضررى، فهو غير منفي و لا يكون ضررى إلّا بعد امتناع الغابن من رد الزائد أو الغرامة.

و ثانياً: إن شرط المساواة إن كان موجبا لانحلال المعاملة، فمعناه أن الزائد يبقى بلا عوض مقابل، فلا بد أن يرجع به إلى صاحبه و هو المغبون لا من جهة نفي اللزوم، بل لأنه ماله لم ينتقل عنه بأى أحد من النواقل.

و ثالثاً: إن شرط المساواة لا يجعل المعاوضة معاوضة ثانية بحيث يكون الكل في قبال البعض، و إنما معنى المساواة أن الكل لا بد أن يساوى الكل، و البعض أيضاً لا بد أن يساوى البعض على نسبة واحدة، فإذا لم يكن في الواقع مساويا لم يحصل الشرط، لا أنه تحصل المساواة و يبقى زائد بلا مقابل، فإنه لا بد أن تحصل مساواة بغير مجموع البدل و مجموع المبدل، فإن لم يحصل ذلك فلم يحصل الشرط أصلاً.

و رابعاً: إن ما أفاده الشيخ قدس سره هنا بعد فرض أن الاستدلال بنفي الضرر في المقام ليس مبنيًا على تخلف الشرط، و هو المساواة، و أن الضرر جاء من قبله، بل مبني على أن نفس لزوم المعاملة يكون ضررى، فتدبر.

و الخلاصة أن جواز رد المعاملة في المقدار الزائد و أخذ الغرامة ليس من أفراد نفي اللزوم المدلول عليه بعموم نفي الضرر، و أما إلزام الغابن بفسخ المعاملة فكذلك، لأنه ليس من مقتضيات نفي اللزوم من جانب المغبون، لأنه هو هذا الضررى و هو لزوم المعاملة على المغبون.

نعم لو فسخ الغابن أو ردّ الزائد أو أدى الغرامة لا يبقى مورد للخيار، لأنه بذلك تبطل المعاملة أو يرتفع الضرر، و على تقدير لا معنى للخيار الثابت لثبوت الضرر، فيكون ذلك من قبيل رافع الموضوع لدليل نفي الضرر، لا أنه مدلول لنفي

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٥

الضرر، فلا يكون أحد أفراد نفي اللزوم في عرض الخيار، كما هو المقصود إثباته في المقام، فالمغبون ابتداء له أن يفسخ العقد في الجميع، فإذا فسخ الغابن قبل فسحه و رضى بفسخه، أو رد الزائد أو أدى الغرامة، فلا مجال لفسخ المغبون لارتفاع ضروره.

غاية الأمر إن فسخ الغابن إنما يصح إذا كان بإذن المغبون، إذ ليس له خيار، و يكون من قبيل التقليل، كما أن رد الزائد لا بد أن يكون على نحو الغرامة لا بعنوان رد نفس الزائد من بعض عين البدل، لئلا يلزم الجمع عند المغبون بين جزء العوض و تمام المعوض المنافي لمقتضى المعاوضة كما نبه عليه المصنف قدس سره.

### (الروايات)

قوله قدس سره: فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهرة. إلى آخره.

و لكن بعضها وارد في خصوص البيع و الشراء، فلا وجه لدعوى ظهورها في حرمة الخيانة في المشاورة.



قوله قدس سره: و يحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه. إلى آخره.

و هذا الاحتمال هو أظهرها و أوجهها، فإن الأول بعيد لمكان إسناد البحث إلى الغبن الظاهر في عدم كون الإسناد للتشبيه، و تنزيل الغبن منزلة السحت، و الغابن منزلة آكل السحت.

و الثالث: أبعده، فإنه لو كان المراد بيان خيار الغبن لما كان وجه للاختصاص بالمسترسل، فإن الغبن فيه الخيار مطلقا كان المغبون مسترسلا أم لا، و أكل الثمن سحت مطلقا بعد رد المغبون، و من البديهي أن هذه الروايات ظاهرة في أن للاسترسال دخل في الحكم فيناسب الاحتمال الثاني و إسناد السحت إلى حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٦ الغبن باعتبار أنه السبب لأخذ المال الزائد، فيكون الإسناد مجازيا.

### اشتراط عدم علم المغبون في ثبوت خيار الغبن

قوله قدس سره: أو الظن بهما. إلى آخره.

ليس المراد الظن بالزيادة و النقيصة معا، فإنه محال، بل المراد الظن بعدم المساواة، و الظن بعدم المساواة إما بظن الزيادة أن بظن النقيصة أو باحتمال كل منهما احتمالا مساويا مع مرجوحية المساواة. قوله قدس سره: و يشكل في الأخيرين. إلى آخره.

أما إذا كان المستند في خيار الغبن ما قدمناه، و هو تخلف الشرط الضمني فلا إشكال في المقام مع فرض ظهور المعاملة لو خليت و نفسها في المساواة ببناء المتعاقدين و جريان سيرتهم في معاملاتهم على ذلك، بحيث لا يحتاج ذلك إلى ذكر و اشتراط، إذ لا شبهة أن الشرط إنما يحتاج إليه في صورة الجهل و الشك، و إلّا في صورة العلم بالمساواة لا حاجة إلى الاشتراط، فلا ينبغي الإشكال حينئذ في ثبوت خيار الغبن.

نعم إنما يستشكل فيما إذا كان المستند قاعدة نفى الضرر، لأن الإقدام على الزيادة قد يقال بتحقيقه في صورة الشك أو صورة ظن التفاوت.

### اعتبار القيمة حال العقد

قوله قدس سره: ثم إن المعبر القيمة حال العقد. إلى آخره.

اعلم أن الكلام في هذا الباب يختلف باختلاف المدرك لخيار الغبن، و لما كنا

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٧

رجحنا أن يكون المستند فيه هو تخلف الشرط الضمني، فنقول: إن الشرط إما أن يكون هو التساوي حال العقد، أو التساوي مطلقا حتى لا يتضرر المشتري بشرائه و لو كان بعد العقد.

فإن كان الأول فلا- شبهة في ثبوت الخيار لو كانت الزيادة بعد العقد، سواء كانت قبل إطلاق المغبون أو بعده، و سواء كانت قبل القبض أو بعده لتخلف الشرط على كل حال، لكن الشأن في كون الشرط كذلك، فإن شرط الصفة شيء، و شرط مقارنتها للموصوف عند التسليم أو عند البيع شيء آخر، فإنه شرط زائد على الشرط الأول، فإنه يمكن شرط الكتابة في العبد المشتري، و عدم شرط مقارنتها للبيع أو التسليم، و لو أن حصولها يكون بعد ذلك بالتعليم، و الذي نقوله:

من ظهور المعاملة في المساواة لو خليت و نفسها، لبناء المتعاقدين و سيرتهم، فإنما هو ظهورها في نفس المساواة، أما كونها حاصله حين العقد فلا.

و إن كان الثاني - كما هو الظاهر - فنقول: إن كل شرط يوجب اشتغال ذمة المشتري عليه بالمشروط، فإن كان المشروط حاصلًا قبل الإقباض بحيث أن البائع سلم المبيع واجدا له فلا - شبهةً بالوفاء و فراغ ذمته، و لو كان حين البيع غير واجد له، بل و لو كان حصول المشروط لا باختيار البائع و لا بعلمه، بل بتقدير سماوى أو عمل أجنبي، كما لو زادت القيمة السوقية أو علف الدابة المشروط سمنها أجنبي، فسمنت، و إن كانت تلك الزيادة قد حصلت و المبيع فى ملك المشتري، و سيأتى ما يوضح هذا المعنى.

و إن حصل المشروط بعد القبض، فإما أن يكون حصوله بعمل البائع و فعله، و إما لا يكون كذلك، بل بعمل المشتري أو بتقدير سماوى، و إما أن يكون بعمل أجنبي.

فإن كان الأول، فأيضاً لا مجال للخيار لحصول الوفاء بالشرط و صدقه،

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٨

كما لو علم العبد الكتابة أو علف الدابة حتى سمنت، ضرورة أن الشرط هو تحصيل الوصف، و قد حصله و لم يشترط مقارنته للعقد أو القبض.

نعم قد يشكل أنه قد حصل فى ملك المشتري لا فى ملك البائع، لكن سيأتى الجواب عنه.

و إن كان الثانى، فالظاهر ثبوت الخيار فلأن نفس حصول الشرط بغير فعل من المشروط عليه لا يكون مصداقاً للوفاء عما فى ذمته، إذ المشروط فى الحقيقة ليس هو نفس حصول الشرط من أى فاعل كان، و لو كان لا - يستند إلى المشتري عليه، بل و لو كان فعل المشتري، ضرورة أنه قد لا يكون مقدوراً و من فعله، على أن خصوص المقام ليس هو مقدوراً أصلاً، فإن التساوى بين المبيع و الثمن فى السوق ليس من اختيار المتبايعين، و إنما المشروط هو تسليم المساوى و هو فعل للبائع تحت اختياره، فلا بد أن يحصل منه التسليم لهذه الصفة و هى المساواة و لو بعد القبض، و بدونها لا يصدق الوفاء بالشرط و إن حصلت المساواة فى فعل المشتري إن أمكنه، أو بارتفاع القيمة السوقية بنفسها، و هذا كما لو أن الدائن رزق مالا بدون تسببه أو بتسببه، فإنه لا يكون هذا المال وفاء للمديون مع عدم استناده إليه بوجه من الوجوه، و هكذا الحال فى جميع الشروط.

و الحاصل أن معنى الاشتراط على شخص فى المبيع يقتضى أن يكون المشروط فعلاً للمشروط عليه، سواء كان هو تسليم الصفة و إيصالها إلى المشتري، كما لو كانت الصفة غير اختيارية، أو إيجاد الصفة و غير الصفة، فإذا فعل ذلك الفعل فقد حصل الوفاء و فرغت ذمته، و إلا فلا.

نعم لو قلنا: إن نفس حصول الشرط و لو من فعل المشتري يكون مصداقاً للوفاء موجبا لفراغ الذمة، و إن الشرط هو نفس الحصول، لا تسليم الصفة و لو بإيجادها، فلا بأس من القول بعدم ثبوت الخيار لحصول الشرط و عدم تخلفه.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٩

و يبقى إشكال تبعية الصفة للعين فى الملكية، فإن العين إذا كانت مملوكة فمأؤها و ما يحصل فيها من زيادة معنوية أو عينية مملوك لمالك العين، و حينئذ فلا - معنى للوفاء بما هو غير مملوك للبائع، و يتطرق هذا الإشكال فى جميع صور حصول الشرط بعد البيع، سواء كان قبل القبض أو بعده، و سواء كان من فعل البائع أو من غيره، كما أشرنا إليه سابقاً.

و قد وعدنا «١» بالجواب، فنقول: إن ملكية المالك للصفة متأخر رتبة عن حصولها بمرتين، لأن حصول الصفة و وجودها شىء، و إضافتها إلى الموصوف شىء آخر، و الأول متقدم على الثانى بالتقدم الطبيعى قطعاً، ثم دخولها فى ملك مالك العين بعد فرض إضافتها إلى العين، فالدخول فى الملكية متأخر عن وجودها بمرتين.

و مما لا شبهة فيه أن فى مرتبة وجودها تقع مصداقاً للوفاء، بل فى مرتبة إيجادها إن كانت بفعل البائع، فلا يمنع منه دخولها فى ملكية المشتري بعد وقوعها مصداقاً للوفاء، و هذا لا يفرق فيه بين أن يكون حصول الصفة قبل القبض أو بعده بفعل البائع أو بدون فعله، و يستثنى من ذلك صورة ما إذا كان وجود الصفة بفعل المشتري، لأنها تقع فى ملكه بمرتبة وجودها و لا يتوقف دخولها فى ملكه على

التبعية للعين، فلا مجال لوقوعها مصداقا للوفاء عن البائع.

و إن كان الثالث، و هو ما إذا كان حصول الصفة بعد القبض بفعل أجنبي، فإن كان بقصد تفرغ ذمة البائع فلا شبهة أيضا بعدم ثبوت الخيار، لأنه بهذا القصد يستند إلى البائع، و يكون الأجنبي بدلا عنه، كوفاء ذمة المديون بأداء أجنبي عنه بقصد تفرغ ذمته، و إن لم يكن بقصد التفرغ فكالقسم الثاني أن الظاهر ثبوت الخيار، و الكلام الكلام.

(١)- في الأصل: أوعدنا.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٠

ثم إنه يبقى شيء لا- بد من التنبه له: إنه في الصور التي قلنا فيها بعدم ثبوت الخيار أن المغبون إما أن يطلع على الغبن قبل الزيادة أو بعدها، و على التقدير الثاني إما أن يكون العلم أخذ على نحو الموضوعية للخيار، أو على نحو الكشف.

فإن كان الأول- و هو إطلاق المغبون على الغبن قبل الزيادة- فما قررناه من عدم ثبوت الخيار يحتاج إلى تأمل، و ذلك لأنه حين علمه بالغبن يثبت له الخيار قطعا، سواء كان العلم كاشفا أو موضوعا، فإذا لم يفسخ لسبب مشروع حتى زادت القيمة السوقية، فثبوت اللزوم و ارتفاع الخيار لا بد أن يكون لجريان عمومات اللزوم، و إلا فأى شيء يقتضى اللزوم بعد ثبوت الخيار، فيكون المقام حينئذ من باب استصحاب حكم المخصص، أو الرجوع إلى العموم الأزمانى، و سيأتى الكلام فيه في فوريه هذا الخيار، و هكذا الكلام في صورة ما إذا كان الاطلاع بعد الزيادة و كان العلم مأخوذا على نحو الكشف.

نعم لو قلنا: إن الخيار لا يثبت إلا بعد تعذر الوفاء بالشرط أو امتناع المشتري عليه- لا بمجرد تخلفه حين العقد، و هنا إنما يتعذر بعد القبض- اتجه القول بعدم ثبوت الخيار مع فرض عدم تعذر الوفاء و عدم امتناعه، و لا يبعد أن يقال:

إن الأمر كذلك في جميع الشروط، لأنه متى ما فرضنا أن للوفاء زمان لم ينصرم بعد لا يصدق التخلف.

و أما لو قلنا: إن العلم له الموضوعية في ثبوت ما له مع فرض أن المغبون لم يعلم إلا بعد الزيادة، فلا مجال لثبوت الخيار، لأنه حين النقيصة لا علم فلا خيار، و حين العلم لا نقيصة و لا تخلف للشرط، فلا خيار أيضا، لكن الشأن في موضوعية العلم.

هذا كله إذا قلنا: إن المبنى لخيار الغبن هو تخلف الشرط، و أما لو قلنا: إن المبنى هو عموم نفى الضرر، فنقول: إن كانت الزيادة حصلت بعد القبض بتقدير

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦١

سماوى أو بفعل المشتري، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار، كما في المبنى السابق، و ذلك لأن الضرر ثابت و حصول الزيادة لا من فعل البائع لا يكون تداركا لضرره، و لا يخرج المعاملة عن كونها غنبيه ضرريه، لأن التدارك بحقيقته بحيث يكون تداركا لا يعقل أن يحصل من دون أن يكون من قبل المضرر، و هو البائع هنا، و إلا فلا يصدق عليه التدارك، و إنما يكون ضرر من باب و نفع من باب آخر، كما لو تاجر المشتري بمعاملة أخرى و ربح، فإنه لا يجعل المعاملة السابقة الضرريه غير ضرريه، لأنه ربح في المعاملة الثانية، و هذا واضح.

و إن كانت الزيادة حصلت من فعل البائع، أو من متبرع عنه، أو قبل القبض، فلا يبعد حينئذ صدق التدارك و إن كانت الزيادة في ملكه، لما قلناه سابقا من أن تبعية الصفة للعين في الملكية في مرتبة متأخرة عن وجودها، و في مرتبة وجود الصفة يصدق التدارك و ارتفاع الضرر.

لكن يبقى الكلام في أن الخيار يثبت ما دام الضرر باقيا بحيث يكون موضوع هذا الخيار محددًا و مؤقتًا، أو أنه يثبت بمجرد ثبوت الضرر مطلقًا لا مقيدًا، فإن كان الأول فلا شبهة في الرجوع إلى العمومات لإثبات اللزوم بعد ارتفاع الضرر و تداركه.

و إن كان الثاني فيبني على ما يأتي من أن المقام من باب التمسك بالعموم أو باب استصحاب حكم المخصص، و سيأتى، إلا أن هذا

إذا لم يكن العلم مأخوذاً على نحو الموضوعية و كان حصول العلم بعد الزيادة، و إلا لو كان العلم حاصلًا بعد الزيادة، و كان على نحو الموضوعية فلا شبهة في عدم ثبوت الخيار، لأن العلم إنما حصل بعد التدارك، فلا يثبت الخيار حينئذ، فتدبر و استقم، فإن المقام يحتاج إلى مزيد تنقيح فوق ما ذكرناه.

قوله قدس سره: و أشكل منه ما لو توقف الملك. إلى آخره.

أي أشكل من الأول

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٢

في ثبوت الخيار، لأنه لما احتمل هناك عدم ثبوت الخيار فكان ثبوت الخيار مشكلاً، و عدم ثبوت الخيار هنا أولى، فكان ثبوت الخيار أشكل من الأول، و السر في أولوية عدم ثبوت الخيار هنا أنه حيث يتوقف الملك على القبض لا تحصل المبادلة إلا بعد القبض، و قبله ليس إلا الإنشاء للنقل و الانتقال من دون حصول النقل و الانتقال، و الضرر إنما يتصور فيما إذا خرج من كيس المتضرر شيء لم يدخل بإزائه شيء، و مع فرض زيادة القيمة السوقية للمبيع قبل القبض على وجه يرتفع الغبن لم يحصل ذلك المعنى من الضرر، لأنه قبل القبض لم يخرج من كيسه شيء من دون بدل، إذ لا نقل و لا انتقال، و مجرد الإنشاء لا يوجب دخول الضرر عليه.

و أما ما استثناه المصنف فهو حق، لأنه إذا وجب التقابض بمجرد العقد فهو مرتفع في المقام، لأن إقباض الزائد في مقابلة الناقص ضرر على المشتري، فالإلزام به إلزام بالضرر، و هو منفي بحديث «لا ضرر»، فلا يجب على المشتري أن يقبض الزائد، و له الخيار في إقباض الزائد، كما له الخيار في قبض الناقص، و لكن الخيار في القبض و الإقباض معنى آخر غير الخيار في العقد المصطلح في المقام، فإنه ليس عبارة إلا عدم وجوب القبض و الإقباض، ثم إنه لو ارتفع الغبن قبل القبض كما المفروض - و لو قبلية إنتية - لا معنى حينئذ لثبوت الخيار في التقابض، لأنه ليس إقباضاً للزائد في مقابل الناقص حتى يكون وجوبه ضرورياً.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٣

## خيار التأخير

قوله قدس سره: و بما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبداً مظنة الضرر. إلى آخره.

الاستدلال بقاعدة نفى الضرر لهذا الخيار يقتضى ثبوت الخيار بمجرد تحقق التأخير الضروري، و لا تفي بتقييده بمضى خصوص ثلاثة أيام، و تتميمه بالأخبار رجوع إليها.

فالحق أنه لا يفى بهذا التعبد إلا بالأخبار، و ليس المستند إلا هي على ما فيها من الكلام الذي سيأتي، فلا وجه لابتناء بعض الفروع كما سيأتي على قاعدة نفى الضرر. نعم الضرر قد يكون هو الحكمه في هذا التشريع، و هذا أمر آخر.

قوله قدس سره: منها رواية على بن يقطين «١». إلى آخره.

الظاهر أن المراد من البيع هو المبيع، فاستعمل المصدر في اسم المفعول، و هذا الاستعمال شائع في خصوص البيع، و من البعيد أن يكون المبيع مفعولاً مطلقاً لقوله: «يبيع»، لتعريفه، و لإعادة الضمير في «لا يقبضه» إلى لفظ البيع ظاهراً.

(١) - الوسائل ١٨: ٢٢، حديث ٣ من الباب ٩ من أبواب الخيار.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٤

## خيار الرؤية

قوله قدس سره: على خلاف ما اشترطه (فيه المتبايعان) «١». إلى آخره.

غرضه قدس سره من الاشتراط هو وصف المبيع الراجع لجهالته الذي به يصح العقد على العين الغائبة، و تعبيره عن ذلك بالاشتراط كأنه يشير به إلى رجوع خيار الرؤية إلى خيار تخلف الشرط، كما قيل برجوع خيار التأخير إليه، إلا أنه في خيار التأخير يكون الشرط المتخلف ضمنيا، بخلافه هنا.

و لكن إرجاع التوصيف إلى الاشتراط لا يخلو عن بحث، فإن التوصيف هو المحقق لصحة البيع و بدونه يلزم الغرر المبطل للبيع، و أما الاشتراط فإنما يكون بعد فرض صحة البيع، و يكون الشرط زائدا في المبيع كاشتراط الضمى لتعجيل التسليم و أمثاله. و بعبارة أوضح: إن الوصف و إن كان معناه الشرط إلا أنه شرط في صحة البيع كشرط أن يكون المبيع مال البائع، و الشرط الذي يكون تخلفه سببا للخيار هو الشرط الذي يكون زائدا على ما يقوم صحة البيع بعد فرض صحة البيع بدونه، كشرط كون العبد كاتباً و الجارية حاملاً، و هكذا.

قوله قدس سره: و لا بد من حملها على صورة. إلى آخره. و جه أنه لا بد

(١)- في الأصل: (البائعان).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٥

من الحمل هو ظهورها فيما هو مخالف للقواعد، لأن ظاهرها في أن القطعة الباقية التي لم يرها المشتري أنها مجهولة بمقتضى الإطلاق، و مع جهل جزء المبيع يبطل البيع في الجميع، للزوم جهالة المجموع، فلا بد من حملها على ما يرفع الجهالة بأحد الوجهين الذين ذكرهما المصنف قدس سره.

و لا يخفى ما في هذه الصحيحة «١» من دلالة على كفاية عدم رؤية البعض في ثبوت خيار الرؤية في جميع المبيع، بل فيها مبالغة في ثبوت خيار الرؤية حتى لو كان غير المرثي جزءا يسيرا، بأن يكون جزءا من مائة، فكأنه يقول: إن الخيار يثبت حتى لو كان عدم المرثي جزءا من مائة، فكيف إذا كان مجموع المبيع أو غالبه غير مرثي.

فتكون الرواية في صدد بيان أن عدم الرؤية تكون سببا لثبوت الخيار، فلا إطلاق في الصحيحة من جهة التوصيف و عدمه، و من جهة كون الجزء المرثي دالا على غيره أو غير دال.

و منه يتضح أنه لا حاجة إلى التأويل و الحمل، كما أفاده المصنف قدس سره، لأنها مسوقة إلى بيان خصوص كون عدم الرؤية سببا لثبوت الخيار، و أما جهة أن هذا الجزء غير المرثي موصوف، أو أنه مدلول عليه بباقي الأجزاء، فمسكوت عنه.

قوله قدس سره: لم يعلم وجه الاستشهاد به. إلى آخره.

تذكير الضمير في قوله «به» يوهم أن المرجع هو صحيح عبد الرحمن بن الحجاج «٢»، و لكنه يرتفع الوهم بأدنى تأمل، لأن هذا الخبر لم يستشهد به في الحدائق لما نحن فيه، و إنما ذكره مفسرا لصحيفة زيد الشحام «٣»، على أن التعليل

(١)- الوسائل ١٨: ٢٨، حديث ١ من الباب ١٥ من أبواب الخيار.

(٢)- رواها الشيخ الطوسي في تهذيب الأحكام ٧: ٧٩ حديث ٣٣٩.

(٣)- الوسائل ١٨: ٢٩ حديث ٢ من الباب ١٥ من أبواب الخيار.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٦

بقوله: لأنه المشتري. إلى آخره، كاف في رفع هذا التوهم. فالمراد قطعا هو صحيح زيد الشحام، و تذكير الضمير باعتبار أنه عبر عنها سابقا بالخبر فيما نقله عن الحدائق.

قوله قدس سره: فلا مورد لخيار الرؤية. إلى آخره.

لأنه إذا كان المبيع مشاعا فهو كلي، و لا يتصور فيه تخلف الوصف، لأنه إذا أقبضه الفاقد للوصف لا يكون مصداقا للبيع، فلا يحصل قبض المبيع، وإنما هذا يكون قبض شيء أجنبي عنه، فيبقى المبيع في ذمة البائع، و سيأتي ما ينفع في المقام: قوله قدس سره: و يكون له خيار الحيوان. إلى آخره.

قيل: يبعده قوله: إذا خرج فإن خيار الحيوان غير معلق على الخروج، بل يثبت بمجرد العقد، و فيه أن المصنف استظهر فيما تقدم أن خيار الحيوان لا يثبت إلا بعد الملك لا بمجرد العقد، فإذا كان المبيع كلياً في المعين نظير الصاع من صبرة، فلا يتحقق الملك إلا بعد خروج السهم الذي به يكون تعيين المبيع و يحصل الملك. قوله قدس سره: ثم إن صحيحة جميل «١» مختصة. إلى آخره.

إلما أنها لا- تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، لأن السؤال كان عن المشتري فقط، و الغرض مع ذلك فرض تخلف الوصف بالنسبة إليه، و الجواب لا- بد أن يكون مطابقاً للسؤال، فلا تكون هذه الصحيحة منافية لما دل على ثبوت خيار الرؤية للبائع فيما إذا تخلف الوصف بالنسبة إليه على حسب الفرض الذي ذكره في المتن. نعم ليس فيها دلالة على ثبوته للبائع. قوله قدس سره: و لا يخفى بعده. إلى آخره.

أى بعد هذا الاحتمال، لأن الظاهر من قوله عليه السلام: «صار إلى الضيعة» أن الذي صار إلى الضيعة هو الناقد، و هو المشتري، لأنه هو المناسب لترتب الجزاء

(١)- تقدمت قريباً.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٧

على الشرط، على أنه لم يتقدم ذكر للبائع حتى يعود عليه الضمير المستتر في قوله «صار إلى الضيعة».

ثم لا- معنى لتفريع عموم الجواب على هذا الاحتمال، فإنه كما في صورة اختصاص السؤال بالمشتري- كما هو الظاهر- يختص الجواب به كذلك في صورة اختصاصه بالبائع على هذا الاحتمال البعيد لا بد أن يختص الجواب به.

و منه يظهر أن تأويل الصحيحة بهذا الاحتمال البعيد لا يرفع إشكال الاختصاص، فإنها بعد أن كانت مختصة بالمشتري تكون حينئذ مختصة بالبائع، و يسأل حينئذ أن هذا الخيار أيضاً يثبت للمشتري فلا ثمره في هذا الاحتمال لأجل تعميم الجواب.

و أما دعوى عموم الجواب، فلا شاهد لها، بل الشاهد على عدمها، لأن الجواب ظاهر أنه على طبق السؤال و المسؤول عنه هو المشتري أو البائع على الاحتمال البعيد، فهذه الدعوى أبعد من هذا الاحتمال.

قوله قدس سره: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة. إلى آخره.

قيد العين بالشخصية لأنه في بيع العين الكلية لا يتصور ثبوت خيار الرؤية كما تقدمت الإشارة إليه قريباً، لأنه إذا أقبض أحد المتبايعين الفاقد للوصف فقد أقبض غير ما كان مبيعاً أو ثمناً، فلا يكون مصداقاً للمبيع أو للثمن و لا يتحقق القبض، فلا معنى لثبوت الخيار في شيء أجنبي عن المبيع و الثمن، بخلاف الشخص، لأن البيع قد وقع على شخصه، فليس لفاقد الوصف الفسخ، وإنما له أن يرد و يرجع هذا المقبوض الفاقد حتى يقبض المبيع أو الثمن الحقيقي، كما أنه له أن يقنع بهذا عوضاً عن المبيع، إلما أنه ليس هذا معنى الخيار، فإن الخيار حقيقة هو ملك الفسخ، و ليس له الفسخ هنا، إذ لم يحدث ما يوجب الفسخ، كما أنه لو لم يرد و يرجع هذا المقبوض، فبمجرده لا يكون ذلك موجبا لكون المقبوض مصداقاً

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٨

للمبيع ما لم يقنع به بدلا عنه، بل يبقى البائع مشغولاً بالذمة بنفس المبيع الكلي، و هذا يكون في يد المشتري مال غيره في يده، و

يجرى عليه أحكام مال الغير من جهة وجوب تسليمه إلى مالكة و ضمانه لو تلف في يده، أو عدم ضمانه على بعض الوجوه، على كلام مذكور في محله.

هذا و قد يستثنى من بيع الكلي بيع الكل في المعين كصاع من صبرة، فإن الكلي حينئذ يكون محدودا في أفراد خاصة موجودة معينة، و لا يتعاهدا إلى أفراد آخر، فيمكن فيه تخلف الوصف عن جميع أفراد الموجوده، فيثبت خيار الرؤية، لأن الذمة لا تكون مشغولة إلا بالكلي المنتزع من هذه الأفراد الخاصة، فإذا كانت هذه الأفراد جميعها غير جامعة للأوصاف لكونها- بحسب الفرض - متساوية، فلا محالة يتعين المبيع الكلي في واحد منها، و لا يتعدها إلى فرد من صبرة أخرى واجد للوصف.

و يمكن أيضا إلحاق بيع الحصه المشاعة في بيع الكلي في المعين، فيثبت فيه خيار الرؤية، لأنه يكون كليا محدودا. و أما تقييد العين بالغائبة فواضح، لأنه إذا كانت حاضرة مرئية لا معنى لتخلف الوصف، إذ لا حاجة إلى الوصف حتى يذكر في ضمن العقد.

قوله قدس سره: الدال على الجنس. إلى آخره.

المراد بالجنس - كما في الشرائع -: اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه أفراد الحقيقة «(١)».

أى: الدال على الحقيقة النوعية، لا الجنس باصطلاح المناطقه، كما أن المراد بالوصف هنا اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع. قوله قدس سره: و ربما يتراءى التنافى. إلى آخره.

حاصله أن ما

(١) - شرائع الإسلام ٢: ١٨. (مرجع مذكور).

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٩

ذكره تارة من أن المراد بالأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع العين الغائبة الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، يناهى ما ذكره تارة أخرى من أن المراد الأوصاف التي يعتبر في السلم ذكرها، و لا يرجعان إلى معنى واحد، كما قاله المصنف أولا، لأن بعض الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها قد لا- تعتبر في السلم لإفضائها إلى عزة الوجود، أو لتعذر استقصاء جميع الخصوصيات على سبيل التحقيق، فليس كل ما يختلف به الثمن من الأوصاف معتبرا ذكره في السلم.

(و بعبارة أخرى) يكون بين التعبيرين عموم و خصوص مطلقا، و العموم من جانب التعبير الأول، فكيف يرجعان إلى معين واحد؟! فإن قلت: نقيذ العبارة الأولى بما قيدنا به أوصاف السلم بأن لا تفض إلى عزة الوجود.

قلت: لا- معنى لهذا التقييد، لأن المفروض أن المبيع عين شخصيه، و إذا كانت واجده لهذا الوصف العزيز الوجود، فأى معنى لعزة وجود المبيع و هو موجود، و هذا بخلاف السلم، لأن المبيع فيه عين كلية، فيتصور فيها عزة الوجود، و هذا معنى قوله قدس سره: (و المانع مفقود فيما نحن فيه).

قوله قدس سره: قال في التذكرة. إلى آخره.

هذا استشهاد على اعتبار عدم إفضاء ذكر الأوصاف في المسلم إلى عزة الوجود، و نقل قوله الثانى استشهاد على اعتبار عدم تعذر الاستقصاء على التحقيق.

قوله قدس سره: و يمكن أن يقال: إن المراد. إلى آخره.

هذا جواب عن التنافى المترائى، و حاصله أنه يمكن إرجاع العبارة الثانية إلى الأولى، بأن يكون المراد من كل منهما جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، حتى ما كانت توجب عزة الموصوف، إلا أن استثناء الأوصاف

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٠

الموجبة لعزّة وجود الموصوف في السلم لوجود المانع من اعتبارها، لا لعدم اعتبارها في نفسها، وهذا المانع مفقود في العين الغائبة، فإذا قلنا: إن المراد من الأوصاف هنا هي المعتبرة في السلم، فالمراد الأوصاف التي تعتبر فيه في حد ذاته مع قطع النظر عن العوارض و الموانع التي توجب المسامحة، في ذكر بعض الأوصاف المعتبرة، و إن كانت هذه المسامحة في السلم لا محل لها، كما سيأتي، إلا أن الغرض صحة هذا التشبيه و التحديد و مطابقته للتحديد بجميع الأوصاف.

أما أنه لا محل لهذه المسامحة كما أشار إليه المصنف قدس سرّه بقوله: (و إن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم)، فلأنه إذا كان المعتبر في السلم هو ذكر جميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، كما هو الفرض فتعذر بعض الأوصاف يقتضى البطلان لا المسامحة كما حكموا بعدم جواز السلم بما لم يكن ضبط أوصافه، لأن انتفاء الشرط يوجب فساد المشروط، و سيأتي ما ينفع في الجواب.

قوله قدس سرّه: ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة. إلى آخره.

هذا إشكال ثان على تحديدهم للأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة، بأنها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

و حاصل هذا الإشكال: أن الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، إما أن يراد بها جميعها على نحو الاستغراق الحقيقي، أو يراد الأوصاف التي يرتفع بها معظم الضرر، سواء كان على نحو الاستغراق العرفي أو على نحو الموجبة الجزئية.

فإن أريد الأول، فهي غير محصورة، فيستحيل استقصاؤها أو يتعسر، و إن أريد الثاني، فأحاله على مجهول، لأن ما يرتفع به معظم الضرر يختلف باختلاف المبيعات، بل في مبيع واحد باختلاف الأموال و الأزمان، أو على نحو التبادل في أوصافه، مثلا- إذا فرض أن الأوصاف التي يختلف من أجلها الثمن

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧١

عشرة في المبيع الواحد و يرتفع بها جميع الضرر و كانت التي يرتفع بها معظم الضرر تسعة منها لا على التعيين، فكل من هذه الأوصاف تصلح لأن تكون داخله و خارجه، فيلزم أن يكون الوصف الواحد معتبرا ذكره في المبيع غير معتبر.

على أنه يوجب أن يكون هذا الضابط للأوصاف أخص من الضابط الثاني، أعني تحديدها بما يعتبر ذكره في السلم، على عكس الإشكال الأول المتقدم الذي مرجعه إلى عموم الضابط الأول، و ذلك لأنه إذا حددنا جميع الأوصاف بما يرتفع بها معظم الضرر فمعناه الاكتفاء بارتفاع الضرر العرفي، لأن الضرر المنفي عرفا غير المتسامح به عندهم هو معظم الضرر لا جميعه، بخلاف الضرر الشرعي فإن الضرر المنفي شرعا هو جميع الضرر و إن تسامح فيه العرف، فكل ضرر يتسامح فيه العرف لا يتسامح فيه الشرع، و هذا معنى أخصية الضرر العرفي من الضرر الشرعي.

و من المعلوم أن الضرر المنفي في السلم هو الضرر الشرعي لا العرفي، فكان المعتبر من الأوصاف في السلم هو الأوصاف التي يرتفع بها الضرر الشرعي، فلو كان المعتبر في المقام هو الأوصاف التي يرتفع بها معظم الضرر أي الضرر العرفي كانت الأوصاف المعتبرة في السلم أعم من الأوصاف المعتبرة هنا، لأن الرفع للأعم أعم من الرفع للأخص.

و هذا هو اللازم الباطل الذي أردناه من أخصية الضابط الأول. هذا توضيح ما أراده المصنف من الإشكال، و قد أجاب عنه المصنف فيما يأتي باختيار الشق الثاني، و سيأتي توضيحه.

و لنا أن نجيب بغير ما أجاب به المصنف، (تارة) باختيار الشق الأول، قولكم: إن الأوصاف غير محصورة.

قلنا: إن كان المراد منها أوصاف جميع المبيعات على اختلافها، فمسلم أنها

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٢

غير محصورة، و لكن لا يجب حصرها، لأنه إن كان المراد حصرها عند الفقيه فإنما عليه أن يذكر العنوان العام الذي يجمعها، و هو ما ذكره الفقهاء من كونها الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها و المرجع في تعيينها في كل مبيع إلى المتبايعين، و ربما كان العامي



أعرف بها من الفقيه.

و إن كان المراد حصرها عند البائع كما هو المقصود، فواضح عدم وجوب حصر جميع أوصاف المبيعات عند بيع شيء واحد، بل الواجب - على تقدير لزوم الحصر - هو حصر أوصاف الشيء المراد بيعه.

و إن كان المراد من جميع الأوصاف جميع أوصاف كل مبيع بانفراده، فإن المبيع الشخصي لا - استحالة و لا تعذر في ذكر جميع أوصافه التي يختلف الثمن باختلافها، و معرفة الوصف الذي يختلف الثمن لأجله مرجعه إلى العرف. (و أخرى) باختيار الشق الثاني، قولكم: إنه إحالة إلى مجهول.

قلنا: بعد أن كان مرجع ارتفاع معظم الغرر إلى ارتفاع الغرر العرفي كما تقدم في الإشكال، فتكون الإحالة إلى العرف لا - إلى المجهول، و العرف أعرف به من الفقيه.

و أما لزوم الاكتفاء على ما دون صفات السلم فممنوع، لأنه في صفات السلم لا يعتبر فيها أكثر من أن يرتفع بها معظم الغرر، قال في الروضة في بيع السلم: بل الذي يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدر الاختلاف اليسير غير المؤدى إليه، و المرجع في الأوصاف (إلى) «١» العرف، و ربما كان العامي أعرف بها من الفقيه، و حظ الفقيه منها الإجمال «٢». (و التحقيق) أن كل هذا الكلام تبعيد للمسافة، و إغلاق للبحث من غير ما

(١) - من المصدر.

(٢) - الشهيد الثاني: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣: ٤٠٣.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٣

جدوى، و من تفتن إلى مذاق القوم في باب السلم من كلامهم، يغنيه عن هذا التطويل، قال في القواعد في باب السلم: ثم يذكر كل وصف تختلف فيه القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم «١»، و مثله غيره كما مرت عليك عبارة الروضة. و الخبير يتضح له من كلام القواعد: (لا يتغابن الناس بمثله في السلم)، و الروضة: (لا يتسامح بمثله عادة)، أن مرادهم من الأوصاف خصوص الأوصاف التي جرت العادة بذكرها، و اختلاف الثمن لأجلها، لا كل وصف و لو كان نادرا وجوده يختلف الثمن لأجله لو وجد.

و بعبارة أخرى: إن المراد هو الوصف المقصود من الشيء الذي به يختلف الثمن لأجله عند الناس عادة، فلا يشمل الأوصاف النادرة و إن اختلف الثمن لأجلها، و لا الأوصاف غير المقصودة عند الناس في ذلك الشيء، ألا ترى أن الفقهاء في السلم يذكرون بعد هذا التحديد للأوصاف بعض المبيعات، و يعددون أوصافها التي يجب ذكرها، فيذكرون مثلا التمر و يعتبرون فيه أربعة أوصاف: النوع كالبرني، و البلد، و المقدار كالكبار، و الحدائة و العتق، و هكذا، مع أن التمر قد تكون فيه خصوصيات كشدة الحلاوة، و حسن وضعه في أوانيه، و اللون، و أمثال ذلك على وجه تختلف لأجلها الأثمان، و لكن ليست مقصودة من التمر عند عامة الناس. و هكذا باقى المبيعات التي ذكروا أوصافها، و إن كان قد يناقش في بعض ما ذكروه، و قد يختلف ذلك باختلاف الأزمان و البلدان، و ليس الفقيه هو المرجع في ذلك إلا أن ذلك يكشف عن أن مقصودهم ليس كل وصف يختلف الثمن لأجله و لو لم يكن مقصودا بحسب عادة الناس في ذلك المبيع، بل الأوصاف المقصودة

(١) - راجع جامع المقاصد ٤: ٢٠٩.

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٤

المتعارف ذكرها عند الناس، و لذا لا بد من الرجوع إلى العرف فيها.

و من هذا التقرير يتضح الجواب عن جميع ما ذكره في المقام حتى ما أورده أولاً و جوابه، فإنه إذا كان المراد من الأوصاف خصوص الأوصاف المقصودة للناس المتعارف ذكرها، فلا يكون الضابط الأول- أعنى قولهم: الأوصاف التي يختلف لأجلها الثمن- أعم من الضابط الثاني- أعنى قولهم: الأوصاف التي تعتبر في السلم- ولا أخص، بل كل منهما يختص بما ذكرناه، أعنى الأوصاف المقصودة المتعارفة التي يوجب الإخلال بها الغرر، و لا حاجة إلى تقييدها بما يرتفع معها معظم الغرر أو بما يرتفع بها الغرر العرفي، بل ينبغي تعميمها إلى ما يرتفع بها كل غرر، لأن الأوصاف غير المقصودة ليس في إهمالها غرر، و إن كان لا بأس بذكرها بشرط أن لا توجب فساد البيع من جهة أخرى، كما إذا أوجب عزة الوجود في السلم.

و من هنا ينقدح عما أورده قدس سره على القوم في السلم كما تقدم: من أن تعذر الوصف يوجب فساد السلم، لا الحكم بعدم اشتراطه، فإن التعذر لم يجعله مناطاً للخروج عن قاعدة اعتبار الوصف، بل جعله مانعاً عن ذكره بعد فرض عدم اعتباره، ضرورة أن عزة وجوده تخرجه عن كونه مقصوداً لهم في السلم متعارفاً ذكره فيه، فيكون ذلك خارجاً من الضابط.

نعم يكون مما لا بأس بذكره لو لم يكن هناك مانع، فيقول مثلاً: يجوز اشتراط كذا لو لم يكن موجبا لعزة الوجود، و عدم الضبط و هكذا.

فتحصل أن تحديد الوصف بما هو مقصود من الموصوف متعارف ذكره يرفع كل إشكال في البين، و لا يكون إحالة على مجهول، بل على العرف و هم أعرف به، كما تقدم.

قوله قدس سره: و أشكل من ذلك أن الظاهر. إلى آخره.

هذا إشكال ثالث

حاشية المظفر على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٥

على القوم في تحديد الأوصاف بما تقدم من كونها ما يختلف الثمن لأجلها.

و حاصله أنه في الرؤية لا- يعتبر ما يعتبر في الوصف، أعنى التعميم لجميع الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها، و إلا لما صح إلاً شراء العارف المجرب.

مع أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية، فلا بد أن يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية.

(قلت): نعم يكتفى بالوصف ما يكتفى بالرؤية، إلا أنك قد عرفت ما هو المعتبر في الوصف، فإنه ليس المقصود ذكر جميع الأوصاف حتى غير المقصودة من المبيع المتعارفة، و كذا المعتبر في الرؤية ذلك، و ما نقله المصنف قدس سره عن التذكرة بقوله: (يشترط في الرؤية ما هو مقصود في البيع) «١» شاهد على ما نقول، بل هو صريح بالمراد، فلا بد من الالتزام بهذا القدر في الرؤية أو الوصف، و كون المشتري غير عارف بالأوصاف و نكاتها لا ينافي أنه يراها و يطلع عليها، كما لو وصفت له، و هو لا يعرف أن الوصف المذكور ما مقدار ما يجعل بإزائه من الثمن لجهله بحسن الأوصاف و قبيحها، فهذا إشكال آخر لا يختص بالرؤية، بل يعم الوصف أيضاً، و لا بد من الجواب عنه على كل حال.

و لا يبعد أنه يكفي العلم بالصفة بالرؤية أو بالوصف، و أما مقدارها و مقدار ما يختلف الثمن باختلافها فذلك أمر آخر، و إذا اتفق لغير العارف الاشتباه، فيثبت له خيار الغبن حيث يكون مغبوناً.

قوله قدس سره: و لا أجد في المسألة أوثق. إلى آخره.

هذا لا- يصلح أن يكون جواباً إلا عن الإشكال الأخير دون سابقه، إذ لا يرفع كون ذلك إحالة على مجهول، أو كون الضابط الأول أخص من الثاني «٢».

(١)- التذكرة ١: ٤٦٧، الطبعة الحجرية/ منشورات المكتبة المرتضوية.