

مجموعه^س

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۹)

(التبیه) السابع: إنَّ الشهيد الثاني في «المسالك»^١ ذكر وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة، قال: يحتمل الأول؛ لأنَّ المعاوضات محصورة وليست إحداها، وكونها معاوضة برأسها محتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني: لإطباقهم على أنَّها ليست بيعاً حال وقوعها فكيف تصير بيعاً بعد التلف. وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه. وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين اللزوم؟ كلٌّ محتمل. ويشكل الأول بقولهم: إنَّها ليست بيعاً والثاني: بأنَّ التصرف ليس معاوضة بنفسها، اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنَّها ليست لازمة. وإنَّما يتم على قول المفيد ومن تبعه^٢ [١].

[١] حاصل ما أفاده الشيخ رحمته الله نقلاً عن الشهيد في «المسالك»: أنَّ المعاطاة قبل تلف العينين أو إحداها لم تكن بيعاً. وأمَّا بعد التلف فهل تصير بيعاً أو معاملة مستقلة؟

احتمل أولاً: صيرورتها بيعاً بعد التلف؛ لأنَّ المعاوضات محصورة وليست المعاطاة منها. ودعوى كون المعاطاة معاوضة مستقلة برأسها تحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام.

واحتمل ثانياً: بكونها معاوضة مستقلة؛ لأنَّ ما لا يكون بيعاً قبل التلف كيف ينقلب ويصير بيعاً بعده، فلذلك لا تكون داخلة تحت أحد

١ . المسالك: ج ٣، ص ١٥١.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٠٣.

العناوين المحصورة (في الفقه) المعهودة، فلا بد أن تكون معاوضة مستقلة.

ثم إنَّ الشهيد قال: بظهور الفائدة لهذا المبحث في ترتب الأحكام المختصة بالبيع وعدم ترتبها - كخيار الحيوان - لو كان التالف الثمن أو بعضه؟ فعلى القول بثبوت خيار الحيوان في المعاطاة (بعد لزومها) المتحقق بالتلف، فهل الثلاثة (أي ثلاثة أيام) من حين المعاطاة أو من حين اللزوم؟ أشكل في الأول بقولهم: إنها ليست بيعاً وهذا ينافي القول بثبوت الخيار من حين المعاطاة؛ لأنَّ الخيار من أحكام البيع وترتبه فرع ثبوت كونها بيعاً.

وأيضاً أشكل في الثاني (أي من حين لزومها أي التلف) لأنَّ التصرف بنفسه ليس معاوضة مستقلة، فلا يمكن جعل خيار الحيوان الذي من أحكام البيع هنا.

ثم قال: «اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه». ثم قوى عدم ثبوت خيار الحيوان (في المقام) إلا بناءً على قول المفيد رحمته الله القائل بلزوم المعاطاة قبل التلف. وأضاف قائلاً: «وأما خيار العيب والغبن فيشتان على التقديرين (كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة) كما أن خيار المجلس منتفٍ»^١ (إنتهى كلام الشهيد مع ما يتعلق به من التوضيح).

ووجه انتفاء ترتب خيار المجلس على ما يستفاد من بيانه اختصاص هذا الخيار بالبيع اللازم والمعاطاة ليست ببيع لازم.

ثم إنَّ الشيخ رحمته الله استظهر من كلام الشهيد رحمته الله أنَّ ما أفاده تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة. وأمَّا بناءً على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم حتّى يتبعها حكمها بعد اللزوم...، فعلى الأخير (كونها بيعاً متزلزلاً) لا إشكال في كونها بيعاً، فإذا صار لازماً يترتب عليه أحكامه إلا ما دلّ الدليل على ثبوت الحكم (الخيار مثلاً) للبيع العقدي الذي لو لا الخيار من الشارع أو من المتبايعين كان لازماً.

ولكنَّ المشكلة في تسرية حكم الخيار في المعاطاة: إنَّ الجواز في المعاطاة لا يراد به ثبوت الخيار (لما مرّ مفصلاً) بل هو بمعنى ترادّ العينين ولا يراد منه ثبوت الخيار للمتعايطين. ثمَّ إنَّ الشيخ قوى بناءً على القول بالإباحة وأنها بيع عرفي لم يمضه الشارع إلا بعد تلف إحدى العينين، أو ما في حكمه ترتب أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر... . هذا كلّ ما يستفاد من كلام الشيخ.

ولكنَّ التأمل فيما أفاده من جريان الخيارات في المعاطاة يقتضي مزيد تحقيق في المقام: فنقول: ممّا لا ينبغي أن يتطرّق إليه الشك عدم جريان أحكام البيع ومنها الخيار على المعاطاة بناءً على أن يقصد بها الإباحة؛ لأنَّ شأنها حينئذٍ شأن إباحة الطعام في الضيافة ولا أكثر، فلا صلة بين هذا وبين البيع أصلاً. وأيضاً لا إشكال في ترتب أحكام البيع على

المعاطاة بناءً على أن يقصد بها على الملكية وإفادتها الملكية من أول الأمر؛ لأنها والبيع اللفظي على حدّ سواء، فلا وجه لاختصاص أحكامه باللفظي فقط.

ولكن يبقى الكلام في جريان أحكام البيع على المعاطاة المقصودة بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملكية الجائزة أو الإباحة.

وتمهيداً لتكميل الكلام نقول: إنّ الخيار تارة يثبت بالاشتراط والجعل وهذا الجعل منوط وموكول بتحقيق التخلّف ولا يعقل رجوع الشرط إلى توقّف أصل العقد على تحقيق أصل العقد؛ لأنّه من مقولة تعليق العقد. بل هو راجع إلى لزوم العقد و أنّه موقوف على الوفاء. وهذا هو معنى العقد الخياري.

وتارة: يثبت الخيار بالشرط الضمني حسب ما يقتضيه بناء العقلاء وارتكاز العرف، كاشتراء شيء مبنياً على صحة المتاع أو كونه بكذا مبلغ (للزوم التساوي في المالية) فبان معيياً أو عدم التساوي.

وتارة يكون الخيار ثابتاً بالدليل الشرعي التعبدّي والبيع بنفسه وعنوانه موضوعاً لذلك الخيار كخيار الحيوان والمجلس.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا وجه للنقاش في جريان الخيار (على القسم الأول والثاني) على المعاطاة بناءً على إفادتها الملك الجائز؛ لأنها بيع صحيح عرفي وشرعي وأنّ دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين لا يختصّ بالبيع، بل يشمل ويعمّ كلّ معاوضة.

ونوقش في جريان الخيار في المعاطاة (بناءً على الملكية الجائزة): بأنّ اثر الخيار إنّما هو جواز العقد فهي بما أنّها جائزة بالذات، فلا معنى

لجوازها بالفرض، فعليه جعل الخيار و جريانه في المعاطاة لغو وتحصيل للحاصل.

ولتحقيق المقال في المقام نقول: إنّ في دخول شرط الخيار في العقود الجائزة أقوال:

الأول: ما أفاده السيد اليزدي رحمته الله من عدم دخول شرط الخيار فيها؛ لكونها جائزة بالذات ومع أنّ نتيجة شرط الخيار هي الجواز فيكون جعله لغواً^١.

الثاني: ما يستفاد من كلام المحقق الإيرواني من أنّه يجوز و يكون مؤكّداً لجواز العقد.^٢

الثالث: استحالة شرط الخيار فيه، لا أنّه ممكن ولكنّه لغو.

الرابع: أنّه جائز عقلاً و حاصل شرعاً ولا لغوية فيه.

وبالتبّع في كلمات القائلين نجد أنّهم يستدلّون على القول بالمنع أولاً: بأنّه تحصيل للحاصل. وثانياً: لغوية ذلك الخيار. وثالثاً: أنّه من اجتماع المثليين.

ولكنّ الإشكال في الوجه الأول: إنّ تحصيل الحاصل بمعنى إيجاد ما هو الموجود وفي المقام ما يحصل بالشرط هو جواز مماثل لما هو الموجود (الملكية الجائزة) وليس هو نفسه لينطبق عليه عنوان تحصيل الحاصل.

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله): ج ١، ص ٨٤.

٢ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): ج ١، ص ٨٩.

وأما الوجه الثاني: (وحاصله: إنّ غاية ما يحصل من الشرط (أي شرط الخيار) هو جواز الفسخ وهذا الأثر حاصل من الأوّل فالشرط لغو) فالجواب عنه: إنّ العقود الجائزة على نحوين:

الأوّل: ما يعبر عنها بالعقود الإذنية التي قوامها الإذن، كالعارية والوديعة وليس في هذه العقود عهد ولا التزام، بل مجرد إذن وإطلاق العقد عليها لاشتمالها على الإيجاب والقبول.

ولعلّه لهذا قال المحقق النائيني رحمته الله بأنّ خروجها من تحت الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خروج تخصّصي ولا تخصيصي، فإنّ موضوع الآية العهود ولا عهد فيها.

الثاني: ما فيه عهد والتزام، كالهبة فإنّ الواهب يلتزم بتمليك الموهوب له المال.

ففي النحو الأوّل نسلم لغوية شرط الخيار؛ لأنّ الجواز فيها غير محدود بحدّ وهو دائمي وأبدي، مع أنّ الغرض من شرط الخيار جعل السلطنة على فسخ العقد وهذا الغرض حاصل بالجواز الحكمي الصادر من طرف الشارع. وبعبارة واضحة: إنّ العقد الذي قوامه بالإذن يبقى مادام الإذن ويرتفع بمجرد زواله فلا أثر لشرط الخيار.

وأما النحو الثاني: فالجواز فيه محدود بحدّ كما في الهبة، فإنّ جواز الرجوع محدود بعدم تلف العين حقيقتاً أو حكماً، فإذا وقع التلف (حقيقة أو حكماً كما لو باعها الموهوب له) ارتفع موضوع الجواز الحكمي الشرعي ولكن إذا شرط الخيار فلاّن الخيار لا يتعلّق بالعين

وإنّما تعلّق بالعقد فله حقّ الفسخ، فيكون للخيار أثر ظاهر، فتتفي اللغوية.

وأما الوجه الثالث: (اجتماع المثلين) فهو في التكوينيات محال بالذات بمعنى: أنّه لا يمكن اجتماع الفردين المشتركين في جامع ماهوي كأن يوجد في نقطة معيّنة من الجسم فردان من البياض. ولا يبعد دعوى عدم جواز اجتماعهما في الاعتباريات، كاجتماع وجوبين للصلاة أو حرمتين لشرب الخمر، إلّا أنّه هذه الدعوى مبتنّ على القول بالتضاد والتماثل في الأحكام، فعليه كان اجتماع الحكمين محالاً بالذات وإن قلنا بعدمه فلاستحالة في المبدأ والمنتهى بتوضيح: أنّ الاستحالة ناشئة من جهة أنّ الوجوبين يقتضيان مصلحتين ملزميتين في شيء واحد، كما أنّهما يقتضيان طاعتين مستقلّتين، مع أنّ الواجب الواحد لا يعقل إلّا طاعة واحدة، فالنتيجة محالية اجتماع المثلين في الأمور التكوينية ذاتاً وفي الأمور الاعتبارية عرضاً.

إلّا أنّ ما بنيناه غير منطبق على ما نحن فيه (بمعنى: أنّه لا يلزم اجتماع المثلين وإن قلنا بجواز شرط الخيار في المعاطاة بناء على الملكية الجائزة) فإنّ الجواز في العقود الجائزة إمّا جواز تكليفي وإمّا وضعي بمعنى: أنّ في العارية يجوز لك تكليفاً أن تستردّها، وأيضاً يكون ردّك نافذاً. وأمّا الجواز في شرط الخيار فليس متعلّقه الجواز التكليفي أو الوضعي، بل متعلّقه الخيار والخيار ليس جوازاً تكليفاً ولا وضعياً وهو سلطنة أو ملك فسخ العقد أو إمضائه، فما جعله الشارع في العقود

الجائزة هو الجواز التكليفي أو الوضعي، وما جعل بالشرط هو الحق وأثره الجواز التكليفي أو الوضعي.

وبعبارة واضحة: إنّ ما جعله الشارع حكم اصطلاحى وما جعل بالشرط حقّ اصطلاحى، وهما حقيقتان مختلفتان، فلا ينطبق عليهما اجتماع المثليين.

ونزيد توضيحاً: إنّ مورد كلّ منهما مغاير لمورد الآخر، فإنّ متعلّق الجواز في الهبة هو العين بمعنى جواز استرداد الموهوب. وأمّا متعلّق الشرط فهو الخيار الذي متعلّقه العقد بمعنى أنّ الخيار سلطنة على حلّ العقد، فلا يعقل اجتماع المثليين. وبما ذكرنا يتّضح عدم تمامية ما أفاده الإيرواني من القول باجتماع الجوازين وتأكّدهما؛ لأنّ التأكّد متصوّر في الفردين من حقيقة واحدة كاجتماع البياضين في نقطة واحدة، أو وجوب إكرام العالم ووجوب إكرام الهاشمي، فعند اجتماعهما يتأكّد الوجوب. وأمّا بعد اختلاف الأمرين حقيقة ومتعلّقاً فلا يعقل التأكّد وهو واضح.

وما ذكرناه بمنزلة الكبرى الكلية لمطلق العقود الجائزة وأمّا بالنسبة إلى المعاطاة المفيدة للملك الجائز، فيما أنّ الجواز الثابت فيها إمّا جواز حقّي (بمعنى: أنّ أمره بقاءً وارتفاعاً) بيد المتعاملين. وإمّا حكمي كان أمره بيد الشارع دون المتعاملين، كالجواز في الهبة. (وعلى كلا التقديرين) فمتعلّق الجواز إمّا هو العين المأخوذة بالمعاطاة وإمّا هو العقد، فإن كان جواز المعاطاة جوازاً حقّياً وقلنا بتعلّقه بالعقد كان ذلك مشمولاً لأدلة الخيارات، فثبت الخيار في البيع المعطاتي لكلّ من

المتعاطين بسببين ولا محذور في ذلك. فعلى هذا يجوز ارتفاع أحدهما وبقاء الآخر، كما إذا تلفت إحدى العينين في المجلس، فإنه يرتفع خيار المعاطاة وبقي خيار المجلس وكذا العكس، يعني: إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس وبقي خيار المعاطاة.

وإن قلنا بتعلق الخيار بالعين كان الأمر أوضح؛ لأن متعلق الخيار (أي خيار المعاطاة) أجنبي عن متعلق الخيار المصطلح؛ فلا يجتمعان في مورد واحد حتى يناقش فيه بلزوم اللغوية.

وإن كان جواز المعاطاة حكماً وقلنا بتغاير متعلقه (أي متعلق الجواز) مع متعلق الخيارات المصطلحة فالأمر واضح كما تقدم؛ لأن الجواز تعلق بالعين ومتعلق الخيار العقد، وإن تنزلنا وقلنا باتحاد متعلقيهما وإن لم يستبعد اللغوية وأيضاً تحصيل الحاصل. ولكنه لما مرّ منا أن لزوم اللغوية موقوف على عدم انفكاك أحد الأمرين (أي الجواز والخيار) عن الآخر وبعد أن الانفكاك واضح فلا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة؛ لأن النسبة بينهما عموم من وجه؛ إذ قد يسقط خيار المعاطاة ويبقى خيار المجلس (مثلاً) وقد يسقط الثاني ويبقى الأول وقد يجتمعان في السقوط.

وأورد على هذا شيخنا الأستاذ مدّ ظله: بأننا سلّمنا أن دليلي الخيار والجواز (في المعاطاة) يشملان بإطلاقهما كل فرد في كل زمان بمعنى: أن قوله: «البيعان بالخيار...» يثبت الخيار مطلقاً بجميع الأفراد وفي جميع الأزمنة قبل الافتراق وهكذا دليل جواز المعاطاة نعم، جميع أفراد

المعاطاة في جميع الأزمنة ولا تحصل اللغوية في مورد الافتراق ولكن الإشكال في صورة اجتماع هذين الجوازين الحكميين مع عدم تلف العوضين إلى زمان الافتراق؛ حيث إنّ الجواز الثابت للمتعاطين إثنان وأحدهما لغو.

وما أفاده من الإشكال تامّ إلّا بناءً على تغاير متعلّقيهما كما مرّ تصويره. وللکلام مزيد بيان نبحت عنه في مبحث الخيارات.

وأما ما أفاده الشيخ رحمته الله بعد تسلّمه ترتّب أحكام البيع (كخيار الشرط والعيب والغبن) بقوله رحمته الله: «عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر»^١ فأراد بهذه المناقشة في جريان الخيارات المختصة بالبيع كخيار الحيوان وخيار المجلس وأيضاً خيار تأخير الثمن. ومستنده: أنّ المستفاد من أدلّة الخيارات المختصة كونها مجعولة في العقود اللازمة لولا الخيار، فدلّيل خيار المجلس يفيد لزوم البيع من حين وقوعه لولا الخيار. وأما المعاطاة فإنّها جائزة في نفسها حتّى مع عدم الخيار، فلا مجال بل لا حاجة لجريان الخيار المختصة.

وأجاب عنه السيد الخوئي رحمته الله نقضاً وحلاً:

أمّا الأوّل: لو تمّ هذا التفصيل في المعاطاة لجري مثله في البيع بالصيغة أيضاً؛ لأنّه إذا اجتمعت فيه عدّة من أسباب الخيار - بعد فرض أنّ دليل كلّ واحد مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية

هذا الخيار - لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضاً مع أنه لم يلتزم به أحد.

وأما الثاني: فلأن أدلة الخيارات وإن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم ولكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه، بمعنى: أنه إذا وجد عقد في الخارج ولم يقترن بما يقتضي جوازه كان ذلك العقد لازماً في نفسه. وهذا لا ينافي جوازه من الجهات الآخر العارضة. وقد أُشير إلى هذه فنكتة القيمة في أخبار خيار المجلس التي تدل على أن «المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» فإن الظاهر من وجوب البيع ولزومه - في تلك الروايات - إنما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط وهو لا ينافي جواز البيع من ناحية خيار آخر.^١

وبعبارة أخرى (المستفاد ممّا أفاده) إنّ خيار المجلس فيه خصوصية مفقودة في غيره؛ حيث إنّ اللزوم الحاصل بعد الافتراق لزوم حيثي لا ينافي الجواز من حيث المعاطاة، وهكذا اللزوم الحيثي المستفاد من خيار الحيوان (بعد ثلاثة أيام) لا ينافي الجواز من حيث المعاطاة أيضاً. وعلى الجملة: إنّ اللزوم الحاصل من أدلة الخيارات الخاصة إنما هو لزوم حيثي، فهو قابل للاجتماع مع الجواز الحاصل من جهة أخرى. وأورد عليه تلميذه المحقق شيخنا الأستاذ دام ظلّه: إنّ هذا القول - أي دعوى كون اللزوم (في خيار المجلس) حيثياً - ينافي الاستدلال بأخبار

خيار المجلس للزوم المعاطاة وإنه قد استدللّ تبعاً للشيخ رحمته الله على لزوم المعاطاة بها حيث دلّت على لزوم البيع ووجوبه بعد تفرّق المتبايعين وبما أنّ المعاطاة بيع بالحمل الشائع فتكون مشمولة لعموم تلك الروايات) لأنّه لا مجال للتمسّك بإطلاق الأدلّة الحيثيّة وهو (أي السيد الخوئي رحمته الله) قد اعترف بذلك عند نقل قول الشيخ: «وقد أُشير إلى هذه النكته القيّمة...»^١ هذا ولكنّه أجاب عن هذا الإشكال عند ردّ قول القيل: بأنّ هذا الاحتمال وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ولكنّه خلاف الظاهر من الروايات المزبورة في مقام الإثبات، فإنّ إطلاقها يقتضي اللزوم - على وجه الإطلاق - بعد التفرّق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط وهذا ظاهر لا خفاء فيه. ولكن إشكال شيخنا الأستاذ باقٍ على حاله؛ لأنّه إمّا نقول بأنّ الإطلاق في أدلّة الخيار حيثي وإمّا نقول بأنّ مقام الإثبات يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق. ولهذا رماه بالتناقض في كلامه، وعلينا الآن توضيح المرام للمقام لجميع المحتملات في الإباحة، فإنّها إمّا أن نقول بأنّها مجرد الإذن في التصرف، وإمّا أنّه يتحقّق بها الالتزام بالإباحة (الالتزام بإباحة التصرف في المثلن قبال إباحة التصرف في الثمن).

وفي هذه الصورة محتملات:

منها: أنَّ المعاطاة بيع فاسد وإنَّما حكم الشارع بإباحة التصرّف فيها تعبدًا.

منها: أنَّها معاوضة خاصة.

منها: أنَّها بيع بعد تحقّق أحد الملزمات.

منها: أنَّها بيع والإباحة الحاصلة شرعية لا مالكية ووزانها وزان بيع الصرف والسلم بحصول الملكية من حين القبض، وبناء على كونها إذن والتزام بالأمر واضح.

أمّا على الوجه الأول ولا مجال لجريان الخيارات فيها مطلقاً؛ لأنّ موضوع جريانها البيع الصحيح.

وعلى الثاني: لا تجري الخيار؛ لانتفاء الموضوع. وعلى الثالث والرابع: لا مانع من جريان الخيارات؛ لأنّها من مصاديق البيع وموضوع للخيار، لكن لا تأثير في زمان الإباحة، بل يتأخّر إلى ما بعد اللزوم.

هذا بالنسبة إلى المعاطاة المقصود بها الإباحة.

وأما المعاطاة المقصود بها الملك فبناءً على أنَّ الملكية الحاصلة بالمعاطاة لازمة لا إشكال في جريان الخيارات الخاصّة للبيع والعامة فيها.

وأما إذا كانت الملكية الحاصلة بالمعاطاة ملكية جائزة، فتارة نقول بالجواز هنا جواز حقّي يكون أمره بقاءً وارتفاعاً بيد المتعاملين. وأخرى نقول بأنّ الجواز حكمي يكون أمره بيد الشارع (كالجواز في باب الهبة) وغير قابل للإسقاط، فالجواز الحاصل من المعاطاة المفيدة للملكية

الجائزة يحتمل كونه حقياً كما يحتمل كونه حكماً. وعلى كلا الوجهين إما يكون متعلق الجواز هو العقد أو يكون العين، فهنا صور:

الأول: (أي كون الجواز حقياً ومتعلقاً بالعقد) يكون المعاطاة على وزن البيع العقدي من صحة تعلق الخيار بها.

وعلى الثاني: (أن يكون الجواز حقياً أيضاً ومتعلقاً بالعين) فهنا أيضاً لا مانع من صحة تعلق الخيار بها؛ لأنَّ الخيار (أي الخيار المجلس مثلاً) متعلق بالعقد وهذا الجواز متعلقه العين، فلا مانع من اجتماع الخيارين بعد تعدد المتعلق.

الثالث: (إذا اتحد المتعلق وتعلق الخياران بالعين) فإن كانا حقيين فلا مانع من ذلك؛ لإمكان إبقاء أحدهما وإسقاط الآخر.

الرابع: (إذا اتحدا المتعلق وتعلق الخياران بالعين) وكانا حكيمين (كاجتماع المعاطاة مع خيار آخر حكمي كالعيب في العين) فهنا يشكل اجتماعهما على عين واحدة؛ للزوم اللغوية وكفاية وجود أحدهما لإسقاط العقد.

ومع ذلك يبقى في المقام إشكال ينشئ عن مستندات ثبوت الخيار؛ لأنه تارة يكون المستند هو الإجماع (كما هو كذلك في المعاطاة) وتارة يكون المستند هو الأدلة الخاصة، كما في خيارى المجلس والحيوان. وتارة يكون المستند هو الشروط في ضمن العقد ارتكازاً لخيار الغبن والعيب. وأخرى يكون المستند دليل لا ضرر، فعلى الأول: يشكل القول باجتماع الجوازين؛ لأنَّ الاجماع دليل لبّي يقتصر فيه على القدر

المتيقّن؛ لاحتمال عدم التزام بعض المجمعين بصحة ثبوت الخيار في العقد الجائز.

وعلى الثاني: إطلاق الدليل يقتضي شموله بجميع مصاديق البيع (ومنها المعاطاة) فلا مانع من اجتماع الحقّين.

وعلى الثالث: أيضاً لا بأس باجتماع الجوازين؛ لأنّ المرتكز عند العقلاء هو لزوم تساوي الثمن والمثمن في العوضين وإلاّ يثبت الخيار للمغبون وهذا موجود في العقد المعاطاتي، فهي وإن كانت جائزة شرعاً إلاّ أنّه لا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة الشرط الارتكازي.

وعلى الرابع: يشكل القول بالتزام الخيار؛ لأنّ الضرر مترتب لو كانت المعاملة لازمة وأما بعد كونها جائزة فلا يوجد الضرر حتّى يحتاج في دفعه وزواله بالخيار هذا.

ولكنّ الظاهر أنّ وزان جواز الرجوع ونسبته في المعاطاة مع جميع الخيارات واحد من حيث كون المستند له الإجماع، فلا وجه للتفريق بين إمكان الجمع بين هذا الجواز والخيار المستند بالشرط الارتكازي والمستند بلا ضرر من حيث ترتّب اللغوّة؛ لأنّ الخيار الضمني كيف يجتمع مع العقد بعد كونه جائزاً وأيّ فائدة فيه، كما قال بعدم الفائدة في الخيار الثابت بلا ضرر، فمن هذا الحيث يشتركان إلاّ بما قدّمناه من تغاير متعلّق الجوازين، وأيضاً القول بكون أحدهما حقّي والآخر حكمي، وأيضاً تظهر الثمرة في جعل الخيار لما بعد تحقّق اللزوم بأحد الملزمات في العقد المعاطاتي.

(التنبية) الثامن: لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل وهو قبض العينين، أمّا إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قوّيناه سابقاً بناءً على التخلّص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً. وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك لإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً أو بشرط تحقّق قبض العين معه أو لا يتحقّق به مطلقاً؟ نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً؛ لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط، ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين^١ الأول تبعاً لما يستفاد من ظاهر الكلام المحقّق والشهيد الثانيين^٢..^٣

الآقوال - بناءً على مقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ... - ثلاثة:

١. القول بوقوع المعاطاة بمجرد العقد سواء حصل التقابض أم لا؟
٢. القول برجوع هذا العقد بمجرد إذا وقع عقبيه القبض والإقباض.

١. السيد المجاهد في المناهل: ص ٢٧٠؛ الفاضل النراقي في المستند: ج ٢، ص ٣٦١-٣٦٢ والجواهر: ج ٢٢، ص ٢٥٦-٢٥٧.

٢. رسائل المحقّق الكركي: ج ١، ص ١٧٨. والروضة البهية: ج ٣، ص ٢٢٥.

٣. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٠٦.

٣. عدم رجوعه إلى المعاطاة، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة إلا إذا حصل إنشاء آخر بالقبض بمعنى وقوع المعاطاة مع إنشاء ثانوي.

ثم إنه عليه السلام نسب إلى المحقق والشهيد الثانيين هو القول الأول (أي ترتب أحكام المعاطاة عليه وأنه معاطاة) وأنّ ظهور كلاهما صورة وقوع الإنشاء بغير القبض وأنّ القبض من آثار الإنشاء السابق الذي وقع بالعقد الفاسد دون أن يكون القبض بنية المعاطاة. ثم استظهر من كلامهما بعد ذلك الوجه الثالث (أي كونه من البيوع الفاسدة) بعد نسبة التصريح إلى المحقق^١ والعلامة^٢ «بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه» واحتمل أنّ مرادهم بالعقد الفاسد: إمّا خصوص ما كان فساداً من جهة مجرد اختلال شروط، كما ربّما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين والمتعاقدين، وإمّا خصوص ما يشمل هذا وغيره، أي ما كان فاقداً لبعض الشروط ومن الإشارة والتصفيق مثلاً وإنّ هذه الصورة أعمّ من الأولى، فهذه الصورة الأخيرة لكونها أعمّ من الأولى فهي داخلة فيها قطعاً (أي الأولى داخلة في الثانية) وعدم تحقّق المعاطاة بها كما في الصورة الثانية ويشهد لذلك قول الشيخ عليه السلام: «ولا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان الحكم بالمعاطاة» بمعنى أنّ المستفاد من كلام المحقق والعلامة بعد حكمهما بالضمان عدم تحقّق المعاطاة، لأنّ لازم جريان المعاطاة عدم

١. شرائع الإسلام: ج ٢، ص ١٣.

٢. قواعد الأحكام: ج ١، ص ١٢٣.

الضمان وصحة المعاملة مع أنَّهما صرَّحا بالضمان ولازمه فساد المعاملة وعدم الرجوع إلى المعاطاة. وما ذكره بظاهره يناهض ما نقلنا عن المحقِّق والشهيد الثانيين من الرجوع إلى المعاطاة وعدم تحقُّق الضمان بالتصرُّف الموجب للتلف. وهذا ما يستفاد من كلام المحقِّق الثاني رحمته الله بقوله: «لو أوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضي منهما كان معاطاة، وأيضاً ما أفاده الشهيد رحمته الله: «ولا تكفي مع القدرة نعم تقييد المعاطاة».

ولكنَّ الشيخ رحمته الله نقل إمكان الجمع بين الكلامين (والجامع: مفتاح الكرامة)^١: فيقال: إنَّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرُّف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن؛ لترتبه على زعم الصحة، فكان التصرُّف تصرُّفاً بغير إذن وأكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلِّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراضٍ أو هبة أو نحوه من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض والأوَّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض وكذا البواقي؛ للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرُّف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم، فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرار رضاهما فلا كلام في صحة المعاملة ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أوَّل الأمر بإباحتهما التصرُّف بأيِّ وجه

١. مفتاح الكرامة: ج ١٢، ص ٥٣٩.

اتفق، سواء صحّت المعاملة أم فسدت، فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء...»^١.

ووجه الجمع بين كلام المحقّق والعلامة الصريح في عدم وقوع المعاطاة وموجبية التصرف للضمان مع كلام المحقّق والشهيد الثانيين الصريح في وقوع المعاطاة هو أنّ الرضا المتقدّم كالعدم بعد فرض بطلان المعاملة (عند الأولين) (وعند الثانيين) حصول العلم بتجدد الرضا وإن كانت المعاملة فاسدة.

ثم إنّ الشيخ رحمته الله شرع في النقاش على كلام المحقّق والشهيد الثانيين عليهما السلام: بقوله بعد بيان أنّ المفروض في المقام وقوع الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط: بأنّها لا تتضمن إلّا إنشاءً واحداً وهو التملك، وهذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك، والموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به (بالإنشاء الآخر) لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلامهما حصول المعاوضة والمرآضة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع وبفسد الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

ثم قال: إنّ التراضي الجديد بعد العلم بالفساد إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل لأجل رضى كلّ منهما بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرف في

ماله فهذا ليس من المعاطاة، بل هي إباحة مجّانية باقية ولا يترتب علة آثار المعاطاة. وإن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كلّ منهما لمال الآخر وليس تراضياً جديداً. وعلى الجملة: إدخال هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركّوز في النفس، بل الرضا الشّائي. الثاني: يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر والرضا بالتصرّف قبله أو بعده.

ثمّ أشكل أولاً: «بأنّ ظاهر محل النزاع بين العامّة والخاصّة هو العقد الفعلي، كما ينبي عنه قول العلامة رحمته الله في ردّ كفاية المعاطاة في البيع: «إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد» (فالعلامة شرط عنده التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة وتحقّقها الخارجي)، وكذا استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها: «بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة» وكذا ما تقدّم عن الشهيد رحمته الله في قواعده: «من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول وإنّما يفيد الإباحة...».

وكذا كلمات العامّة فقد ذكر بعضهم إنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول... ولكنّه رجع وقال: «بأنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا (ويرد بذلك عدم دخل التقابض بالفعل في تحقّق مفهوم المعاطاة) وأنّ عمدة الدليل على ذلك هي السيرة (أي على عدم اشتراط التقابض الفعلي الخارجي في تحقّق مفهومها) ولذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين

والسيرة موجودة في المقام أيضاً، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي، فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة...»^١. انتهى كلام الشيخ رحمته الله [١]

[١] والمتحصّل من كلامه صدرّاً وذيلاً وقوع المعاطاة بمجرد الرضا، فيجوز التصرفات إلاّ أنّه قد أشكل في التنبيه الرابع بالاكْتفاء بمجرد الإباحة لجواز التصرفات المتوقّفة على الملك. وعلل: بأنّ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإنّ إذن المالك ليس شرعاً وإنّما يمضي فيما يجوز شرعاً (كالتي لا يتوقّف على الملك).

ففي المقام إن لم تكن التصرفات المذكورة جائزة، فهذا لا يرتبط بمسألة المعاطاة، مضافاً إلى أنّه قد أشكل في التنبيه السابع بكفاية الرضا في تحقّق المعاطاة؛ معللاً: بأنّه أيضاً لا يكون مشرعاً، فلا أثر للرضا. فما أفاده في آخر كلامه بقوله: «... وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة» في غاية البعد؛ لأنّ المعاوضة بين المالين بمعنى جعل أحدهما عوضاً عن الآخر فقد مرّ الكلام عنها.

وأما الإباحة في مقابل الإباحة فإنّها معاوضة بين الإباحتين لا بين المالكين، وقد تقدّم أنّ التملك أمر إرادي يتحقّق بإنشاء المنشأ ويوجد في الخارج، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضة بين المالكين في الملكية. وأما الشروط، فلا دليل على دخلها في إفادتها الملكية - بخلاف شروط العوضين والمتعاقدين - فعلى هذا لا وجه للقول بفساد العقد الفاسد لبعض الشروط، بل العقد صحيح نعم، إذا كانت هذه الشروط دخيلة في لزوم العقد فالعقد الفاسد جائز وحكمه حكم المعاوضة وإن لم يكن لها دخل في اللزوم، فما أنشأه (بالقول) مع وجود شروط العوضين والمتعاقدين بيع لازم.

ولمزيد التوضيح نقول: إنّ ما دلّ على اعتبار الصيغة الخاصّة في البيع - مثلاً - قد يكون ظاهراً في اعتبارها في صحة العقد وقد يكون ظاهراً في اعتبارها للزوم العقد.

فعلى الأوّل يحكم بفساد العقد مع الإخلال بها أو بشيء من شروطها، فعليه لا يجوز لكلّ من المتعاطيين أن يتصرّف فيما أخذه؛ مستنداً إلى هذا العقد، سواء حصل فيه قبض وإقباض أم لم يحصل.

فإنّ وزانه شأن المقبوض بالعقد الفاسد ولا وجه لأن يقاس بالمعاملة المعاطاتية (على القول بعدم إفادتها الملك) لأنّ جواز التصرّف لكلّ من المتعاطيين فيما انتقل إليه إنّما هو ثابت بالسيرة القطعية أو الإجماع وفي المقام (المأخوذ بالعقد الفاسد) لا إجماع ولا سيرة، والصيغة الفاقدة للشروط المعتبرة في ترتّب الملكية ونفوذ المعاملة، بل وحتىّ في ثبوت الإباحة وجواز التصرّف كالعدم نعم، إذا كان القبض والإقباض

وقعا لا على سبيل الوفاء بالعقد الفاسد، بل على سبيل المعاملة المعاطاتية مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث ينطبق على الفعل كونه مبرزاً للاعتبار النفساني كان ذلك مصداقاً للبيع المعاطاتي ويترتب عليه جميع آثارها؛ لأنه ليس من شرائط صحّة المعاطاة عدم سبقها بالعقد الفاسد، إلا أنّ هذا إباحة مالكية.

وأما الإباحة المترتبة على المعاطاة (على القول بإفادتها المعاطاة) إباحة شرعية وقد تقدّم الكلام عن ذلك مفصلاً.

وبالجملة: فرض تحقّق المعاطاة بالقبض والإقباض بعد فساد العقد أجنبي عن محلّ الكلام. وكذلك الكلام في فرض العلم برضا المالك بالتصرّف لا من جهة الوفاء بالعقد الفاسد. وهذا الرضا وإباحة التصرّف مستند إليه يدور مدار الرضا المالك ولا مانع من استصحابه إذا شكّ في بقاء إذنه للتصرّف إذا لم يحتمل رجوعه عن إذنه.

وبما ذكرناه يتّضح حكم ما إذا دلّ دليل على اعتبار الصيغة الخاصة في لزوم العقد، فحينئذٍ يكون البيع الواقع بهذه الصيغة الفاقدة للشرائط يكون بيعاً صحيحاً جائزاً؛ إذ المشروط بها إنّما هو اللزوم دون صحة العقد.

مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع.

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود ممّا نقل عليه عقد الإجماع وتحقّق فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص، لكن هذا يختصّ بصورة القدرة أمّا مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه، وكذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل؛ لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط، كما نحن فيه هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس فإنّ حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب، ثمّ لو قلنا بأنّ الأصل في المعاوضة للزوم بعد القول بإفادتها الملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ. والظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه، وأمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض الاشارة. ولعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابة وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس وإليه ذهب الحلّي رحمته الله هناك. [١]

[١] تعرّض في هذه المقدّمة (المذكورة) إلى أمور:

منها: دعوى اعتبار اللفظ في البيع بل في مطلق العقود بالإجماع والشهرة العظيمة وعدّة من النصوص، إلّا أنّ هذا مختصّ بصورة القدرة ومع العجز كالأخرس فلا خلاف في عدم اعتباره، بل يتحقّق بما يقوم

مقامه من الأفعال الدالة كالإشارة حتّى مع القدرة على التوكيل لا لأجل أصالة البرائة من وجوبه؛ لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل. وتوضيح مراده: هو أنّ الوجوب في باب العقود هو الاشتراط بمعنى الحكم الوضعي ولا الحكم التكليفي حتّى يكون مجرى البرائة، فلا يمكن القول بعدم اعتبار اللفظ مستنداً إلى أصالة عدم وجوبه، بل المستند هو الروايات الواردة في باب طلاق الأخرس، فإنّها بفحواها تدلّ على صحّة بيعه بالإشارة وإن كان متمكناً من التوكيل، كرواية أبان بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأخرس قال: «يلفّ قناعها على رأسها ويجذبه»^١ فحمل هذه وأشباهاها على العاجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر، مع أنّ ظاهر جلّ الفقهاء عدم خلافهم في عدم وجوب التوكيل وإن كان قادراً هذا. ولنا فيما أفاده تأملات:

منها: قد مرّ سابقاً شمول إطلاق أدلة الدالة على الوفاء بالعقود وعلى التجارة عن تراض وأحلّ الله البيع على ما يصدق عليه البيع عرفاً سواء صدر بالعقد اللفظي أو الفعلي أو بالإشارة أو بالكتابة. فعلى هذا لا مجال للاستناد لاعتبار اللفظ بالإجماع والشهرة والدليل اللفظي المدعى (إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام) لأنّه مضافاً إلى ما سيأتي يستلزم القول بكون هذه الثلاثة مخصّصاً أو مقيّداً وهو واضح البطلان.

١ . وسائل الشيعة: ج ٢٢، ص ٤٧؛ أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه: ب ١٩، ح ٢.

منها: إنّه بعد التنزّل والقول بعدم تحقّق العقود بغير اللفظ وأنّ الآية الشريفة: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ واردة في قبال قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وأنّها في مقام أصل حليّة البيع دون الخصوصيات المعتبرة فيه، فلا إطلاق حتّى يتمسّك بها لصحّة البيع، بل ومطلق العقد من دون ما يشترط فيه، إلّا أنّه مضافاً إلى التمسّك بسائر الأدلّة لا يمنع منه مثل هذا المانع كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

يشكل الاستناد إلى الإجماع والشهرة بما ادّعاه (أي اعتبار اللفظ) لأنّ الإجماع المدّعى هو الإجماع المنقول بمعنى الإخبار عن رأي المعصوم عليه السلام حدساً لا حسّاً ومثله يندرج تحت أدلّة حجّية الخبر، فلا اعتبار به؛ لأنّ الاعتبار بالإخبار بالحسّي، أو الحدسي القريب من الحسّ، أو الإخبار عن السبب الملازم لرأي المعصوم عليه السلام، أو الخبر المرّدّد بين الحسّ والحدس بعد احتمال كونه حسّياً عقلائياً. وهذه بأجمعها مفقودة في مثل إجماعات ابن زهرة وأشباهه ولذلك صرّح الشيخ رحمته الله في «الرسائل» (بأنّ الغالب من المحصّلين في زماننا يعاملون مع المظنون معاملة المقطوع ويرتّبون على الظنّ آثار القطع).^١

فعلى هذا يكون الإجماع المنقول هذا لا يلزم رأي المعصوم، فلا يمكن أن يخصّص به عموم الأدلّة وإطلاقها، فلا يعتمد عليه لاعتبار اللفظ في العقود.

وأما الشهرة العظيمة المدّعاة فهي أسوأ حالاً من الإجماع؛ لأنّها شهرة فتوائية لا دليل على اعتبارها نعم، لا بأس بدعوى كاشفيتها عن النصوص باعتبار اعتماد القدماء في فتاواهم على النصوص ولكن هذا أعمّ من اعتبار الرواية وعدمه ولذلك قد حمل قوله عليه السلام في المقبولة: «خذ بما اشتهر بين أصحابك»^١ على الشهرة الروائية هذا؛ فالظنّ الحاصل من الشهرة الفتوائية عند القدماء لا دليل على حجّيتها. فلا يقال بأنّ الظنّ الحاصل منها لا يقلّ عن الظنّ الحاصل من الخبر الواحد؛ لأنّه يقال بأنّ الظنّ الحاصل من الخبر حجّيته ليس من باب إفادته الظنّ بل للدليل الدالّ على اعتبار الخبر.

وأما النصوص التي أشار إليها الشيخ فالظاهر أنّ مراده قوله: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» وهي ما بمضمونها مضافاً إلى ضعف السند، يحتمل وجوهاً أربعة (ذكرها الشيخ في أوّل مبحث المعاطاة) خصوصاً بعد ورود هذا التعبير «إنّما يحلّل...» في مورد اشتراء ما ليس عند البائع فإن كان المراد بقوله: «إنّما يحلّل» حصر سبب التحليل باللفظ يوجب تخصيص الأكثر.

منها: أي من الأمور التي تعرّض إليه الشيخ عليه السلام لاعتبار اللفظ ثمّ الحكم بصحّة المعاملة الفاقدة مع العجز بالإشارة، إلّا أنّ الكلام في جواز الاكتفاء بالفعل كالإشارة والكتابة مع القدرة على التوكيل أم لا؟

١ . مستدرک الوسائل: ج ١٧، ص ٣٠٣؛ أبواب صفات القاضي: ب ٩، ح ٢.

قيل: بأن الأصل عدم وجوب التوكيل والمراد بهذا الأصل إمّا هو استصحاب عدم جعل التوكيل بتقريب: أنّه لم يتعلّق جعل أزلي بوجوب التوكيل في حقّ الأخرس فيستصحب عند الشكّ. وإمّا هو استصحاب عدم المجعول بتقريب: أنّ وجوب التوكيل لم يكن مجعولاً في زمان ونشك في انتقاضه بالوجوب في الزمان الثاني فنستصحب عدمه.

ويمكن أن يكون المراد بالأصل البرائة الشرعية؛ لعدم المجال لجريان العقلية، والشرعية موقوفة على جريان حديث الرفع في الوضعيات؛ لأنّه لو خصّصناه بالتكليف أو حملنا (الرفع) على رفع المؤاخذه فلا يمكن التمسك بالبرائة في المقام.

توضيح ما أفاده رحمته الله من «أنّ الأصل هو الاشتراط...»: أنّه إذا شكّ في اعتبار اللفظ في تحقّق العقد أو في صحّته، فإنّ الأصل هو الاشتراط بمعنى: أنّ الأصل عند الشكّ في الصّحة أو اللزوم هو الفساد، فالعقد الأخرس القادر على التوكيل يشترط في صحّة عقده اللفظ ومع عدمه و حدوث الشكّ في صحّته وفساده فالأصل هو الفساد.

والوجه واضح بعد ما كان الشكّ في اعتبار أمر واشتراطه في صحّة العقد راجع إلى تحقّق العقد وعدمه، وحيث إنّ أمر حادث مسبق بالعدم فالأصل عدم تحقّقه. وهذا الأصل جارٍ أيضاً في الآثار المترتبة على العقد؛ لأنّا نشكّ في ترتّب الأثر على العقد الفاقد للشرط والأصل

عدمه كما يقتضي ذلك الأصل عدم زوال الملكية عن المالك السابق هذا.

ولكنه ناقش هذا الكلام المحقق الإيرواني وقال: «لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البرائة في الأحكام الوضعية، كما يظهر من استدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال؛ لأن هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبب، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البرائة حيث يكونان في مرتبة واحدة»^١.

ولكن المشهور منع جريان حديث الرفع في جميع المعاملات وللسيد الخوئي رحمته الله بيان لتصحيح مرادهم مع زيادة فتعرض إلى كلامه، وإليك نصه كلامه وبيانه في مقام دفع مناقشة الإيرواني:

قال رحمته الله: «وتدفع هذه المناقشة: بأن حديث الرفع وإن كان يشمل الأحكام الوضعية - كشموله للأحكام التكليفية - إلا أنه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمانعية؛ ضرورة أن هذه الأمور الثلاثة أمور غير قابلة للوضع فلا تكون قابلة للرفع أيضاً إلا برفع منشأ انتزاعها، وعليه فإذا شك في شرطية شيء أو جزئيته أو مانعيته لم يجز الرجوع فيها إلى البرائة

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله) ج ١، ص ٨٩.

وبيان ذلك إجمالاً: إنّا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول أنّ الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام (فهو قسّم الأحكام الوضعية إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الوضعيات المستقلّة بالجعل وقابلاً للاعتبار المستقل كالملكية والزوجية.

والثاني: الوضعيات التي لها دخل في نفس الحكم كشرط الوجوب الذي يعدّ شرطاً لنفس الحكم، كجعل الشارع دلوک الشمس شرطاً لوجوب الصلاة.

الثالث: الوضعيات المتعلّقة بمتعلّق الحكم كجعل الطهارة شرطاً للصلاة، فالأول مستقلّ والآخران منتزعان من متعلّق الحكم المقيّد بالوقت أو الطهارة.)

١- أن يكون مجعولاً بنفسه كالملكية والزوجية والرقيّة ونحوها، فإنّها أمور متأصّلة أي مجعولة بنفسها وغير منتزعة من التكاليف الشرعية؛ بديهية أنّ انتزاعها من الأحكام التكليفية وإن كان ممكناً ثبوتاً ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات؛ إذ النسبة بين الملكية مثلاً وبين جواز التصرف أو عدم جوازه هي العموم من وجه؛ لأنّه قد توجد الملكية ولا يترتب عليها جواز التصرف في المملوك كالأشخاص المحجورين عن التصرف في أموالهم لسفه أو فلس أو صغر.

وقد يتحقّق جواز التصرف ولا توجد الملكية كالمباحات الأصلية، فإنّها غير مملوكة لأحد ويجوز التصرف فيها لكلّ شخص وكأولياء السفهاء والمجانين والصغار، فإنّه يجوز لهم التصرف في أموال هؤلاء

المحجورين وليسوا بمالّك، وقد يجتمعان وهو كثير وإذن فلا نعقل وجهاً صحيحاً لانتزاع الملكية من الحكم التكليفي دائماً.

أضف إلى ذلك: أنّ المستفاد من الأدلة أنّ الأحكام التكليفية تترتب على الملكية والزوجية والرقيّة وأمثالها تترتب الحكم على موضوعه. ومن الواضح جداً أنّ مرتبة الموضوع متقدمة على مرتبة الحكم، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الأمر المتأخّر. ومثال ذلك أنّ جواز تصرّف الإنسان في ماله مستفاد من قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم» وحرمة تصرّفه في مال غيره بدون إذنه مستفادة من الروايات المستفيضة الدالة على ذلك «لا يحلّ أن يتصرّف...» ومن الضروري أنّ جواز التصرّف أو حرمة على المال المملوك، فلا بدّ من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرّف وعدمه بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك وبديهي أنّه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكية من آثار نفسها وهذا واضح لا ريب فيه.

٢. أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه، كالشرطية والسببية والمانعية للوجوب - مثلاً - فإنّ الحكم الشرعي إذا لوحظ بالإضافة إلى شيء فإمّا أن يكون مطلقاً، أو مقيداً بوجوده أو بعدمه، ولا كلام لنا في فرض الإطلاق. وأمّا على فرض التقييد فإن كان الحكم الشرعي مقيداً بقيد وجودي فيكون القيد معتبراً في موضوعه وعندئذٍ تنتزع منه الشرطية تارة والسببية أخرى؛ لأنّ مرجعها إلى شيء واحد وإنّما الفرق بينهما اصطلاح محض. وإن كان الحكم الشرعي مقيداً

بقيد عديم كتييد وجوب الصلاة بعدم الحيض فتتزع منه المانعية، وإذن فالشرطية والسببية والمانعية كلها منتزعة من جعل الحكم ولحاظه مقيداً بقيد وجودي أو عديمي.

٣. أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف، كالشرطية والجزئية والمانعية للمأمر به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر. وذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديدة انتزعت منه الجزئية وإذا تعلق بشيء مقيداً بوجود شيء آخر، كالأمر بالصلاة مقيداً باستقبال القبلة والستر انتزعت منه الشرطية. وإذا تعلق بشيء مقيداً بعدم شيء آخر، كتييد الصلاة بعدم استصحاب المصلي أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة انتزعت منه المانعية وإذن فالجزئية والشرطية والمانعية للمأمر به منتزعة من كيفية الأمر.

إذا عرفت ما تلوناه عليك: اتضح لك عدم جريان البرائة في الشرطية والسببية والمانعية والجزئية؛ لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها. وعليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها فلا تكون قابلة للرفع أيضاً، سواء قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية أم لم نقل بذلك نعم، ترتفع هذه الأمور بإجراء البرائة في مناشئ انتزاعها؛ ضرورة أنها كما تثبت تبعاً لثبوت مناشئها كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما استدلال الإمام عليه السلام - في بعض الروايات - بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه (كرواية البنظي عن أبي الحسن عليه السلام في

الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعراق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: «لا، قال رسول الله ﷺ: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا أو ما أخطأوا»^١ فهو بعيد عما نحن فيه؛ بداهة أن صحة العقود والإيقاعات بنفسها قابلة للوضع، فتكون قابلة للرفع أيضاً بحديث الرفع. ومن هنا يحكم بنفسها إذا صدرت كرهاً وإذن فلا وجه لقياس الصحة والفساد بالجزئية والشرطية والمانعية.

وعلى الجملة: إذا كانت الجزئية والشرطية أو السببية من الأمور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها. وعليه فإذا شك في شرطية شيء للمأمور به كان ذلك بعينه شكاً في تعلّق الأمر بالمقيد به فيدفع بأصالة البرائة. وأمّا الأقل - أعني الطبيعي الجامع بين المطلق والمقيد - فهو مأمور به قطعاً أمّا إذا شك في شرطية شيء لصحة عقد أو إيقاع نعكس الأمر؛ لأنّ ترتّب الأثر - كالملكية أو براءة الذمة - على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم وترتّبته على الفاقد مجهول، فيدفع بالأصل. وهذا هو الفارق بين الشك في شرطية شيء للمأمور به وبين الشك في شرطية للعقد أو الإيقاع^٢ انتهى كلامه ﷺ بطوله.

١ . وسائل الشريعة: ج ٢٣، ص ٢٢٦؛ كتاب الأيمان: ب ١٢، ح ١٢.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ٧-١١.

ومحصّله: إنّهُ بما لم تكن شرطية العجز عن التوكيل قابلة للجعل فهي غير قابلة للرفع، فعلى هذا لا مجال للقول بعدم وجوبه استناداً إلى الأصل.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ دام ظله: بمنافاة ما أفاده هنا لمسلكه في الأصول حيث قسّم هناك الصحة والفساد إلى قسمين: الظاهريين والواقعيين. أمّا الأول: فإنّه قابل للجعل بمعنى: أنّ الشارع يعتبر الصحة الظاهرية، كاعتبار الصحة للصلاة التي شكّ في إتيان جزئها أو شرطها بعد الفراغ بقاعدة الفراغ؛ حيث إنّ المجعول في القاعدة هي الصحة، كما أنّ الفساد الظاهري أيضاً قابل لتعلّق الجعل به، كالشكّ في الركعتين الأوليين من الصلاة؛ حيث حكم الشارع بأنّ الشكّ مفسد للصلاة والفساد حكم مجعول.

أمّا الصحة والفساد الواقعيين فلا يتعلّق بهما الجعل؛ لأنّ الطبيعة الكلية غير قابلة للاتصاف بالصحة والفساد وما يمكن اتصافه بهما هو الفرد، فالصلاة بما هي لا يمكن اتصافها بالصحيحة والفاصلة وإنّما الفرد منها قابل للاتصاف بأحدهما ومنشأ اتصاف الفرد بالصحة هو مطابقته مع الطبيعة المأمور بها، كما أنّ منشأ اتصافه بالفساد المخالفة معها، فالصحة والفساد أمران انتزاعيان غير مجعولين بالاستقلال، بل ينتزعان من الموافقة أو المخالفة للطبيعة المأمور بها، بخلاف الصحة والفساد الظاهريين؛ حيث إنّهما مجعولان بالاستقلال.

وأما حديث الرفع فليس باستطاعته رفع الصحة الواقعية والرواية في رفع طلاق الأخرس إنّما ترفع الصحة الواقعية دون الظاهرية. والصحة

الواقعية أيضاً هي عبارة عن مطابقة الطلاق الواقع مع ما اعتبره الشارع طلاقاً. والمطابقة أمر انتزاعي لا يمكن رفع الصحة عنها بحديث الرفع، فبعد قيام الدليل على أنّ الصحة الواقعية أمر انتزاعي ولا يعقل أن تكون مجعولة بالاستقلال وإلا بطل نقضه على المحقق الإيرواني القائل بجريان الأصل في الشرط؛ لأنّ السيّد الخوئي رحمته الله صرح بأنّ الصحة والفساد قابلة للوضع والرفع في ردّ كلام الإيرواني، مع أنّه التزم بأنّهما أمران انتزاعيان والأمر الانتزاعي لا يمكن وضعه ورفعها إلا بوضع منشأ انتزاعه أو رفعه هذا.

وكيف كان، أساس الإشكال فيما أفاده الإيرواني بإمكان إجراء الأصل في الشرطية مبني على أنّها لا يقبل الوضع والرفع، وأمّا جريان حديث الرفع في مورد شكّ فيه في جعل الشارع حكماً فذاك أمر آخر؛ لأنّ الحكم أمر اعتباري يقبل الجعل من الشارع وأمره بيده ومتى شكّ فيه جرت البرائة عنه من دون إشكال.

وهذا الوجه أصلاً مأخوذ من المحقق الإصفهاني رحمته الله (فهو يقول: بأنّها انتزاعية وإن كانت جعلية بالتبع...) ^١ وسلك مسلكه المحقق الخوئي ^٢ والمحقق الميلاني رحمته الله.

ولكنّ الإشكال العمدة هو ما أفاده الشيخ والنائيني من التفريق بين الوضعيات والتكليفات، أمّا التكليفات فلو حصل الشكّ في تقييد

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): ج ١، ص ٢٦٨-٢٦٩.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ٧-٨.

المأمور به بشرط، فلا محالة ينتهي الأمر إلى دوران الأمر بين الأقل والأكثر في الأجزاء والشروط سواء الخارجية أو التحليلية، فحينئذ تجري البرائة بالنسبة إلى الأكثر سواء في الجزء الخارجي كالسورة، أو في الجزء التحليلي العقلي كتقييد الصلاة بالطهارة وهي تؤدي إلى الكلفة الزائدة على المكلّف، وحينئذ أركان البرائة تامة لأن المرفوع قابل للوضع والرفع الشرعيين، فيرفع الشارع الزائد المشكوك بحديث الرفع. أمّا الوضعيات: فإنّ الغرض النهائي من وراء إجراء الأصل فيها هو رفع الجزئية أو الشرطية ولكن لا أثر فيهما في المقام (أي في مورد الجريان) لأنّه بعد وقوع العقد اللفظي لا نشكّ في صحة العقد الواقع، كما أنّ إجراء البرائة من قيدية اللفظ ليس له تأثير في العقد اللفظي؛ لأنّنا نحاول به إثبات صحة العقد الفاقد للفظ ومثل هذا المعنى لا يمكن تحقّقه بحديث الرفع؛ لأنّ حديث الرفع رافع وليس بمثبت، أي يرفع الجزئية أو الشرطية وليس له القدرة على إثبات الصحة ومؤثريّة البيع الفاقد للفظ، هذا فضلاً عن أنّ جريان الحديث لإثبات صحة العقد الفاقد يعدّ مثبتاً ومثبتات حديث الرفع ليست بحجّة.

وبالجملة: إنّ موضوع حديث الرفع هو نفي الكلفة الزائدة عن المكلّف في التكليفات التي نعلم بجزئية بعض الأجزاء ونشكّ في جزئية معيّنة فترفعها بالحديث.

وأما في الوضعيات، فإنّ الغرض النهائي من إجراء الحديث فيها عدم التأثير وعدم صحة العقد الفاقد لجزء معيّن، كاللفظ أو العربية مع عدم العلم بالنسبة إلى الفاقد وحديث الرفع يعدّ رافعاً للكلفة الزائدة لا مثبتاً

لصحة العقد الفاقد، كما أنّ الاستصحاب أيضاً قاصر عن الجريان وإثبات الأثر وعليه إذا نشك في اعتبار شيء في العقود والمعاملات - جزءاً أو شرطاً - فالأصل هو الفساد.

وفي المقام قول آخر يؤيد الرجوع إلى حديث الرفع (في المقام) وهو: ما اعتمد عليه السيد الخوانساري في «جامع المدارك»^١، بتوضيح: إنّ بيان السبب تارة يكون من مسؤوليات الشارع وأخرى لا يكون وظيفته. أمّا في الصورة الثانية: فلا مجال لجريان حديث الرفع (والوجه واضح). أمّا الصورة الأولى: فإنّها تعدّ مورد الجريان حديث الرفع بمقتضى القاعدة فشرطية الطهارة للصلاة وكيفية تحصيلها يكون بيد الشارع، فلو شك في مدخلية شيء في تحقق الطهارة وعدمه، فإنّ المشكوك يمكن رفعه بحديث الرفع ورفع السبب الذي يكون بيانه وظيفة الشارع يفيد حصول المسبّب وتحقّقه بدونه. وعليه فالأصل في العقود والمعاملات هي الصحة دون الفساد وهكذا في المقام، فإنّ بيان الأسباب والعوامل التي تؤدّي إلى حصول الملكية الشرعية بيد الشارع، فإذا شكّ في مدخلية اللفظ فيها وعدمها يفيد حديث الرفع عدم مشروطة تحقّق الملكية الشرعية باللفظ.

وأورد عليه: بأنّا سلّمنا الكبرى (وهي الالتزام بجريان حديث الرفع فيما كانت المسؤولية في بيان السبب بيد الشارع بعد ما كان وضع السبب ورفع بيد الشارع) لكنّ الإشكال في رفع المشكوك فهو لا

يتحقّق إلّا بسلب الحكم عن تمام السبب وهو غير قابل للرفع مستقلاً وإنّما يرتفع برفع منشأ انتزاعه، وهو الأمر الخاص وعند ارتفاعه يكون ترتّب الأثر بالنسبة إلى الفاقد مشكوكاً، بتوضيح: إنّ بيان اشتراط أن يكون المسح مقبلاً لا مدبراً من وظائف الشارع والمفروض أنّ الأثر مترتب على المسبّب وهو الطهارة، والغسل والمسح سببان لحصول الطهارة والشك في اشتراط الإقبال أو الإدبار في المسح يؤدّي إلى الشك في شرطية المسح بهذه الخصوصية، فأخذها يستلزم إيجاب السبب الخاص، كما أنّ رفعها يستلزم رفع الوجوب من أساسه، فيؤدّي إلى الشك في ترتّب الأثر على فاقد الخصوصية والأصل عدمه. وهذا بخلاف الشكّ في جزئية السورة؛ حيث إنّ الشك فيها لا يخلّ بعلمنا بوجوب سائر الأجزاء المعلومة وجوبها ضمناً أو استقلالاً وبأنّ على المكلف إتيانها وأنّه مؤاخذ بها بخلاف الزائد المشكوك؛ حيث يجري فيه قاعدة قبح العقاب بلا بيان؛ لأنّها تفيد رفع الكلفة الزائدة.

وعلى الجملة: يكون الفارق بين المقامين هو أنّه تارة يحاول ترتّب الأثر على الأمر الوضعي الفاقد للجزء المشكوك وهو ما لا يمكن إثباته بحديث الرفع، وأخرى نريد ترتّب الأثر على الأجزاء والشروط الموجودة برفع مشكلة الأمر عن الجزء المشكوك، فيتّم ذلك بجريان حديث الرفع، فإنّه يرتفع به الشكّ.

والنتيجة: أنّ الأصل عند الشك في جزئية شيء أو شرطيته في العقود والمعاملات هو الفساد.

منها: أي من الأمور التي تعرض إليها الشيخ رحمته الله (في هذه المقدمة) بعد تمامية الاستناد إلى الأصل لصحة العقد الصادر من الأخرس مع القدرة على التوكيل هو التمسك بفحوى ما ورد من النص على جواز الإشارة في الطلاق مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه.

- ١- قوله رحمته الله فيما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله رحمته الله قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنتعها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها».^١
- ٢- ما عن السكوني: قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنتعها ويضعها على رأسها ويعتزلها».^٢

٣- صحيحة البنظري أنه سأل أبا الحسن الرضا رحمته الله عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال: «أخرس هو؟» قال: نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: «لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك»، قلت: أصلحك الله فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: «بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها».^٣

وهذه الروايات تدلّ على تمامية طلاق الأخرس بالفعل وحصوله به وأن الإشارة بنفسها إنشاء للطلاق. وأما ما أفاده رحمته الله من التمسك بفحواها

١. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٨؛ أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه: ب ١٩، ح ٥.

٢. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٨؛ أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه: ب ١٩، ح ٣.

٣. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٧؛ أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه: ب ١٩، ح ١.

من باب أن أمر الطلاق بعد اهتمام الشارع به وتقييده بقيود وشروط ومع ذلك اعتبر كفاية الإشارة فيه فبالأولية القطعية يتحقق البيع بالإشارة، كما أن إطلاقها دال على صحته من المتمكن من التوكيل وغيره، لأن حمل هذه الروايات على فرض العجز عن التوكيل حمل على الفرد النادر وهو ممنوع.

قد قيل: بمنع الفحوى؛ لمكان الخصوصية الموجودة في النكاح والطلاق وهي التوسعة على العباد مخافة وقوعهم في الحرام، بخلاف باب البيع، إلا أننا سلّمنا التوسعة في النكاح ولكن في الطلاق أمره مشدد كما مرّ من تشييده وتقييده بالإشارة والصيغة واعتبار وقوعه في الطهر غير المواقعة، ومع ذلك صحّ إيقاعه بالإشارة فلا مانع من التمسك بالفحوى للبيع.

وما أفاده المحقق النائيني رحمته الله: من أن الكناية لا دليل على صحة إنشاء العقود والإيقاعات بها رأساً فضلاً عن تقديمها على الإشارة ممّا لا دليل عليه، مضافاً إلى ما قدّمناه من كفاية مطلق المبرز مفصلاً دلالة الرواية الصحيحة المتقدمة.